

Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln

## Einkaufsbedingungen und AGB-Gesetz

### I. Abwehrklauseln

Einkaufsbedingungen<sup>1)</sup> enthalten stets sehr umfassend formulierte Abwehrklauseln; diese dienen dem Ziel, bereits im Vorfeld – also bei der Kollision von Einkaufs- und Verkaufsbedingungen – durch eine möglichst geschickte Klauselfassung sicherzustellen, daß der Lieferant mit seinen Verkaufsbedingungen nicht zum Zuge kommt. Daß es auf das Vorhandensein von Abwehrklauseln nicht unmaßgeblich ankommt, ist einem Teil der BGH-Judikatur zu entnehmen.<sup>2)</sup> Im Ergebnis haben die Abwehrklauseln in diesen BGH-Entscheidungen, wenngleich auch andere Gründe dafür maßgebend waren, stets dazu geführt, daß weder die Einkaufs- noch die Verkaufsbedingungen zum Zuge kamen; es galten vielmehr die gesetzlichen Bestimmungen. Nicht zuletzt aus diesem Grund ist bei der Kollision von Einkaufs- und Verkaufsbedingungen stets davon auszugehen, daß die gesetzlichen Bestimmungen zum Zuge kommen.<sup>3)</sup> Dies gilt dann allerdings nicht, wenn und soweit der Besteller – ungeachtet des Bestehens einer formulärmäßigen Abwehrklausel – der Geltung der Verkaufs- und Lieferbedingungen gesondert widersprochen hat; denn dieser Kollisionsfall ist nicht aufgrund der §§ 154, 155 BGB zu bewältigen, sondern mit Hilfe des Lösungsansatzes gem. § 150 Abs. 2 BGB<sup>4)</sup>. Freilich gilt eine Ausnahme, wenn bei kollidierenden AGB Indizien dafür vorliegen sollten, daß ein Eigentumsvorbehalt stillschweigend oder aufgrund der sachenrechtlichen Dimension des Eigentumsvorbehalts trotz vorhandener Kollision der Verkaufs- und Einkaufsbedingungen vereinbart worden ist.<sup>5)</sup>

### II. Lieferzeitklauseln

Aus praktisch leicht einsichtigen Gründen haben Besteller ein vitales Interesse an der exakten Einhaltung vertraglich vereinbarter Lieferfristen durch den Lieferanten. Indessen führt dies in Einkaufsbedingungen oft zu Klauselgestaltungen, welche mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unvereinbar sind. Im wesentlichen gilt dabei folgendes:

1. Die Abbedingung des Verschuldensfordernisses als maßgebliche Verzugsvoraussetzung widerspricht dem Grundsatz des § 285 BGB; dem Lieferanten müssen die gesetzlich vorgesehenen Leistungsbefreiungsgründe ungeschmälert verbleiben. Deswegen ist die Abbedingung des Verschuldensfordernisses – als Verzugsvoraussetzung – nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unwirksam.<sup>6)</sup> Ähnlich sind die Fälle zu beurteilen, in denen die Leistungsbefreiungstatbestände zugunsten des Lieferanten auf Fälle höherer Gewalt reduziert worden sind. Der Unterschied zwischen dem Verschuldensprinzip einerseits und dem Grundsatz der höheren Gewalt andererseits ist erheblich.<sup>7)</sup> Denn tatbestandliche Voraussetzungen der höheren Gewalt sind: Unvorhersehbarkeit, Unvermeidbarkeit und Außergewöhnlichkeit.<sup>8)</sup> Das das Haftungsprinzip des BGB beherrschende Verschuldensprinzip stellt demgegenüber – weiterreichend – auf das Tatbestandselement des Vertretenmüssens ab. Daran ist unter Berücksichtigung von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG zu erinnern, wenn in

Einkaufsbedingungen die Verschuldensvoraussetzungen auf Fälle höherer Gewalt reduziert worden sind.

2. Unvereinbar mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG ist es, wenn Lieferzeitklauseln in Einkaufsbedingungen von den weiteren Verzugsvoraussetzungen der Mahnung und der Nachfristsetzung – etwas anderes gilt für die Ablehnungsandrohung – gem. §§ 284, 326 BGB absehen. Insoweit ist grundsätzlich auf die Wertung von § 11 Nr. 4 AGBG unter Berücksichtigung von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG zurückzugreifen.<sup>9)</sup> In Einkaufsverträgen werden jedoch regelmäßig kalendermäßig bestimmte Termine i. S. d. § 284 Abs. 2 BGB vereinbart; daß dann keine Mahnung erforderlich ist, um die Verzugsfolgen auszulösen, entspricht der Gesetzeslage. Fehlt es jedoch an einer kalendermäßigen Bestimmung des Leistungszeitpunktes i. S. d. § 284 Abs. 2 BGB mangels individualvertraglicher Festlegung, insbesondere bestätigt der Lieferant, was sehr häufig vorkommt, die Lieferzeit abweichend von dem Text der Bestellung, dann ist eine auf § 284 Abs. 2 BGB abhebende Klausel mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG nicht vereinbar. Dies ergibt sich bereits aus § 4 AGBG: Eine AGB-Klausel ist nicht in der Lage, von der individualvertraglich erfolgten Leistungsbestimmung i. S. d. § 284 Abs. 1 BGB abzuweichen, um – statt dessen – die Privilegien des § 284 Abs. 2 BGB in Anspruch zu nehmen. Bezogen auf § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG bedeutet dies: Das Erfordernis der Mahnung i. S. d. § 284 Abs. 1 BGB ist auch im kaufmännischen Verkehr unverzichtbar.<sup>10)</sup> Die gleichen Erwägungen gelten dann, wenn das Erfordernis der Nachfristsetzung i. S. d. § 326 BGB abbedungen wird.<sup>11)</sup>

3. Unwirksam ist es gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG, wenn die Verzugsfolgen wegen Lieferzeitüberschreitung in Einkaufsbedin-

1) *Hanisch*, Allgemeine Einkaufs- und Bestellbedingungen in der metallverarbeitenden Industrie, Diss. München, 1981; *Heinze*, Inhaltskontrolle Allgemeiner Einkaufsbedingungen, NJW 1973, 21, 82 ff.; *Müller/Scholz/Schreien*, Einkaufsbedingungen auf dem Prüfstand – Automobil-Industrie, 1979; *Thamm/Hesse*, Einkaufsbedingungen und AGB-Gesetz, BB 1979, 1583; *Graf v. Westphalen*, Einkaufsbedingungen der Automobil-Hersteller und das AGB-Gesetz, DB 1982, 1655.

2) BGH BB 1973, 1459; BGH BB 1974, 1136; BGH WM 1977, 451.

3) Vgl. neuestens OLG Köln ZIP 1980, 270 – WM 1980, 905; LG Hagen BB 1976, 723; OLG Hamm BB 1975, 1606.

4) Anderer Meinung *Staudinger/Schlösser*, BGB, 12. Aufl., § 2 AGBG Rz. 83; OLG Köln ZIP 1980, 270 – WM 1980, 905; *Flume*, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., 1979, S. 675 f.

5) BGH ZIP 1982, 447; BGH NJW 1982, 1751; im einzelnen *Ulmer/Schmidt*, JuS 1984, 18.

6) *Thamm/Hesse*, BB 1979, 1583, 1584; *Heinze*, NJW 1973, 2182, 2183.

7) Im einzelnen *Graf v. Westphalen*, in: Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner, AGBG, § 10 Nr. 3 Rz. 49 ff m. w. N.

8) Vgl. RGZ 101, 94, 95; RGZ 109, 172, 173; BGHZ 7, 338, 339.

9) *Graf v. Westphalen* (Fußn. 7), § 11 Nr. 4 Rz. 20, 24, 30 – Ablehnungsandrohung allein ist abdingbar.

10) *Schmidt-Salzer*, AGBG, 2. Aufl., F 169; *Hanisch* (Fußn. 1), S. 32; anderer Meinung *Thamm/Hesse*, BB 1979, 1583, 1584.

11) *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG, 4. Aufl., Anh. zu §§ 9–11 Rz. 296; *Schmidt-Salzer* (Fußn. 10), F 169; *Thamm/Hesse*, BB 1979, 1583, 1584; *Hanisch* (Fußn. 1), S. 26 f.

gungen abweichend von den §§ 286, 326 BGB festgelegt werden. Dies gilt zum einen, wenn als gewöhnliche Verzugsfolge – also ohne die weiteren Voraussetzungen des § 326 BGB – Rücktritt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung – anstelle des gesetzlich normierten Verzugschadens des § 286 BGB – verlangt wird. Denn die kommerziellen Konsequenzen des gesetzlichen Verzugschadensanspruchs gem. § 286 BGB sind wesentlich weniger einschneidend und für den Lieferanten nachteilig als die des § 326 BGB, was gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG zu berücksichtigen ist. Zum anderen kommt es in Einkaufsbedingungen immer wieder vor, daß sich der Besteller das Recht vorbehält, die ihm gem. § 326 BGB alternativ zur Verfügung stehenden Ansprüche kumulativ geltend zu machen, also Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Eine solche Kumulierung ist bereits aus dogmatisch-systematischen Gründen ausgeschlossen.<sup>12)</sup> Dies gilt jedoch dann nicht, wenn der Besteller Rücktritt und Schadensersatz gem. § 286 BGB verlangt.<sup>13)</sup> Die ex-nunc-Wirkung des Rücktritts läßt den gem. § 286 BGB mit dem Erfüllungsinteresse zusammenhängenden sekundären, auf Verzugschadensersatz gerichteten Leistungsanspruch unberührt.

4. Die vorstehenden Gesichtspunkte gelten insbesondere auch dann, wenn die Einkaufsbedingungen darauf abzielen, die Rechtsfolgen eines Fixgeschäfts gem. § 361 BGB – insbesondere gem. § 376 HGB – auszulösen, obwohl lediglich eine Lieferzeitbestimmung i. S. d. § 284 Abs. 2 BGB vorlag. Ob die Voraussetzungen eines Fixgeschäfts vorliegen, entscheidet sich grundsätzlich auf der Basis der individualvertraglichen Abreden.<sup>14)</sup> Unangemessen ist es i. S. d. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG, die weiterreichenden Rechtsfolgen des § 376 HGB klauselmäßig festzulegen, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen nicht gegeben sind. Eine Ausnahme gilt insoweit kraft gesetzlicher Wertung im Bereich des § 636 BGB.<sup>15)</sup> Beim Werkvertrag kann der Besteller, ohne daß es auf das Vorliegen des Verschuldens ankommt, bei Überschreitung des Fertigstellungszeitpunkts gem. § 636 BGB zurücktreten; dieses Recht nützt jedoch dem Besteller in aller Regel sehr wenig, weil es kaum seinem Interesse entsprechen dürfte, wegen der eingetretenen Verspätung vom Vertrag zurückzutreten, ohne das Werk zu erhalten<sup>16)</sup>. Indessen ist diese Privilegierung des § 636 BGB auf das Rücktrittsrecht beschränkt; es ist mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unvereinbar, auch weitergehende Schadensersatzfolgen unter Berufung auf § 636 BGB zu rechtfertigen, weil das Verschuldensmoment kardinale Voraussetzung der Schadensersatzhaftung wegen Verzugs ist.

5. Vertragsstrafeversprechen wegen Lieferzeitüberschreitung sind in Einkaufsbedingungen ausgesprochen häufig; dies ist darauf zurückzuführen, daß die Schadensersatzberechnung – auch unter Berücksichtigung der vorhandenen Pauschalierungsmöglichkeiten aufgrund einer abstrakten Schadensberechnung – häufig sehr schwierig ist, ganz abgesehen davon, daß die Vertragsstrafe den Zweck hat, auf den Lieferanten Druck auszuüben, um ihn zur rechtzeitigen Lieferung anzuhalten.<sup>17)</sup> Demzufolge wird die Vertragsstrafe in der Einkaufspraxis auch „Pönale“ oder „Terminsicherungsbetrag“ genannt; regelmäßig ist damit jedoch kein Anspruch auf Schadenspauschalierung gewollt. Es gelten demzufolge die gleichen Grundsätze, welche bei § 11 Nr. 6 AGBG anerkannt sind. Das bedeutet insbesondere:

Es ist nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unwirksam, wenn von der Voraussetzung des Verschuldens bei Geltendmachung einer Vertragsstrafe abgesehen wird<sup>18)</sup>; es ist mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unvereinbar, wenn der Besteller uneingeschränkt darauf verzichtet, den nach § 341 Abs. 3 BGB zu erklärenden Vorbehalt im Hinblick auf die Geltendmachung der Vertragsstrafe geltend zu machen<sup>19)</sup>; es ist schließlich auch nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG zu beanstanden, wenn der Besteller Schadensersatzansprüche und Vertragsstrafeversprechen kumuliert, ohne dem Grundsatz des § 340 Abs. 2 BGB Rechnung zu tragen<sup>20)</sup>. Ebenfalls nach § 9 Abs. 1 AGBG ist es zu beanstanden, wenn überhöhte<sup>20a)</sup> oder auch unlimitierte Vertragsstrafeversprechen<sup>20b)</sup> gefordert werden.

### III. Einseitige Änderungsbefugnis

Derartige Klauseln kommen in Einkaufsbedingungen oft in verschiedener Ausgestaltung vor; sie betreffen den Preis, die Lieferzeit sowie den Bestellgegenstand in qualitativer und quantitativer Hinsicht. Unter Berücksichtigung von § 9 AGBG ergeben sich dabei folgende Gesichtspunkte:

1. Eine einseitige Änderung der Lieferzeit widerspricht diametral dem Grundsatz des vertraglichen Konsenses; will der Besteller eine Änderung der Lieferzeit erreichen, so kann er dies nur aufgrund eines neuen Individualvertrages. Dies gilt freilich nicht für in der Einkaufspraxis übliche Abrufverträge, sofern dem Lieferanten ausreichend Zeit und Gelegenheit zu entsprechenden Dispositionen eingeräumt worden ist. Im Zweifel entscheiden die Wertungsprinzipien der §§ 315 ff BGB: Die Lieferzeitbestimmung bei Abrufverträgen muß demzufolge billigem Ermessen entsprechen; dies ist im Rahmen der Angemessenheitsprüfung gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG zu berücksichtigen.
2. Einseitige Änderungsbefugnisse des Bestellers, welche den Preis sowie die Zahlungsbedingungen betreffen, sind ebenfalls mit dem Konsensprinzip nicht zu vereinbaren.<sup>21)</sup> Dies gilt auch dann, wenn und soweit die Einkaufsbedingungen vorsehen, daß der Lieferant verpflichtet ist, dem Besteller eine Meistbegünstigung einzuräumen. Derartige Klauseln dürften in der Regel bereits nach § 15 GWB unwirksam sein<sup>22)</sup>. Soweit dies der Fall ist – aber auch losgelöst hiervon<sup>23)</sup> – verstoßen derartige ein-

12) Statt aller *Palandt/Heinrichs*, BGB, 43. Aufl., § 326 Anm. 7 b m. w. N.

13) Hierzu BGH DB 1983, 2461; anderer Meinung OLG Düsseldorf WM 1979, 1220 m. Anm. *Körner*.

14) Insbesondere BGH ZIP 1982, 1444, 1445 f = WM 1982, 1384, 1385.

15) Hierzu auch *Thamm/Hesse*, BB 1979, 1583, 1584.

16) Vgl. auch zur schadensersatzrechtlichen Problematik BGH BB 1980, 13; *Grüter*, BB 1980, 700.

17) Im einzelnen *Graf v. Westphalen* (Fußn. 7), § 11 Nr. 5 Rz. 3 ff.

18) *Hanisch* (Fußn. 1), S. 70.

19) *Hensen* (Fußn. 11), § 11 Nr. 6 Rz. 13 f. Abweichend *Reinicke/Tiedtke*, DB 1983, 1640.

20) *Graf v. Westphalen* (Fußn. 7), § 11 Nr. 6 Rz. 46; zum Vorstehenden auch *Thamm/Hesse*, BB 1979, 1583, 1584 f.

20a) BGH DB 1979, 1740.

20b) BGH ZIP 1983, 76 = DB 1983, 440.

21) Vgl. BGH ZIP 1980, 765 = BB 1980, 1490.

22) Bundeskartellamt, BB 1975, 1359; hierzu auch *Beuthien*, DB 1980, 2021 ff.

23) So auch *Thamm/Hesse*, BB 1979, 1583, 1587.

seitige Änderungsbefugnisse des Bestellers gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG. Denn sie zwingen den Lieferanten nicht nur dazu, seine mit anderen Abnehmern getroffenen Konditionen offenzulegen; sie verpflichten ihn vielmehr auch, dem Besteller – ohne Rücksicht darauf, aus welchen Gründen der Konkurrenz andere Konditionen eingeräumt wurden – die gleichen Bedingungen zu gewähren.

**3. Einseitige Änderungsbefugnisse des Bestellers, welche den Liefergegenstand betreffen, kommen in der Einkaufspraxis vor allem in zwei Variationen vor: Zum einen betreffen sie die Liefermenge, zum anderen zielen sie auf eine Annullierung, Stornierung oder Sistierung.<sup>24)</sup>**

Soweit der Besteller im Hinblick auf die Bestellmengen von einem einseitigen Änderungsrecht Gebrauch macht, verstößt dies gegen das individualvertragliche Konsensprinzip; derartige Klauseln sind demnach gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unwirksam. Anders ist das Kündigungsrecht des Bestellers zu beurteilen: Es findet bei Werkverträgen seine gesetzliche Grundlage in § 649 BGB; soweit der Besteller dieses Recht auch auf Kaufverträge, insbesondere auf Werklieferungsverträge über vertretbare Sachen gem. § 651 BGB ausdehnt, ist dies mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG vereinbar.<sup>25)</sup> Entscheidend kommt es jedoch darauf an, welche Rechtsfolgen bei einer Kündigung – das gleiche gilt für eine Annullierung, Stornierung und Sistierung – formularmäßig vorgesehen sind. Ansatzpunkt ist hierfür die Wertung in § 649 BGB: Der Werkunternehmer/Lieferant hat demnach Anspruch auf Vergütung seiner bisherigen Leistungen sowie auf den gesamten Geschäftsgewinn, muß sich freilich das anrechnen lassen, was er an Aufwendungen erspart oder anderweitig erwirtschaftet. Es dürfte daher grundsätzlich nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG nicht zu beanstanden sein, wenn der Besteller dem Lieferanten im Fall der Kündigung die erbrachten Leistungen, einschließlich des darauf entfallenden kalkulatorischen Gewinns, vergütet, d. h. dem Lieferanten nur einen anteiligen Gewinn zugesteht, nicht aber – unter Berücksichtigung etwaiger Ersparnisse pp i. S. d. § 649 BGB – den gesamten Geschäftsgewinn. Dabei ist freilich auf den jeweiligen Vertragstyp, insbesondere aber auch darauf abzustellen, ob es sich um einen Subunternehmer-Vertrag handelt, da dann durchaus die hier generell für wirksam angesehene Klauselgestaltung nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unangemessen sein kann.<sup>26)</sup>

#### IV. Gewährleistungsregeln

Im Gewährleistungsbereich weichen Einkaufsbedingungen immer wieder an verschiedenen Stellen in wesentlichem Maß von den gesetzlichen Bestimmungen ab; dabei ergeben sich folgende Schwerpunkte:

**1. Den Untersuchungs- und Rügeerfordernissen der §§ 377, 378 HGB kommt durchaus ein beträchtlicher Gerechtigkeitsgehalt zu.<sup>27)</sup> Die Abbedingung des Erfordernisses der unverzüglichen Rüge – ohne Rücksicht auf die Natur des Mangels – ist mit der Grundwertung der §§ 377, 378 HGB unvereinbar.<sup>28)</sup> Demzufolge ist die Klausel nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unwirksam, die immer wieder anzutreffen ist: „Der Besteller verzichtet auf den Einwand nicht rechtzeitiger Mängelrüge.“ Maßgebend ist insoweit, daß die Ausgestaltung der §§ 377, 378 HGB auf die**

Bedürfnisse des Handelsverkehrs zugeschnitten ist; der Lieferant hat ein vitales Interesse daran, rasch darüber unterrichtet zu werden, ob er mit Mängelansprüchen rechnen muß. Bedenklich ist es gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG auch, wenn die Rügefrist auf unvertretbar lange Fristen terminiert wird, so z. B. auf die Frist „ein Monat nach Entdeckung“. Wirksam erscheint allerdings die formularmäßige Verankerung einer Rügepflicht innerhalb einer Frist von 8 bis maximal 10 Tagen, wobei anzumerken ist, daß die von der Judikatur für zulässig angesehenen Fristen im Bereich des § 377 HGB äußerst kurz sind.<sup>29)</sup> Bedenklich ist es gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG auch, die Untersuchungsobliegenheiten des Bestellers erheblich zum Nachteil des Lieferanten zu modifizieren, indem z. B. auf die Üblichkeit abgestellt wird, sofern diese gleichbedeutend ist mit einer Nicht-Ordnungsmäßigkeit. Insbesondere gilt dieser Gesichtspunkt, wenn die Frage zu entscheiden ist, ob im aktuellen Fall ein nicht erkennbarer Mangel i. S. d. § 377 Abs. 2 HGB vorlag; denn dies beurteilt sich gem. § 377 Abs. 1 HGB nach den Kriterien der im ordnungsgemäßen Geschäftsgang vorgenommenen Untersuchung, eingeschränkt durch das Moment der Tunlichkeit<sup>30)</sup>. Unwirksam ist auch die Klausel, wonach der Besteller berechtigt ist, den im Zusammenhang mit der Mängeluntersuchung anfallenden Mehraufwand zu reklamieren, sofern damit die Verschuldensvoraussetzung eines Anspruchs aus positiver Vertragsverletzung negiert wird. Unwirksam gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG ist insbesondere die Klausel, wonach die Gewährleistungsfrist erst dann beginnt, wenn der Mangel entdeckt worden ist; denn dies widerspricht diametral der Grundwertung der §§ 477, 638 BGB, derzufolge keine Differenzierung im Hinblick auf die Gewährleistungsfristen nach der Natur des Mangels vorgenommen wird. Insbesondere ist eine eigene Gewährleistungsfrist für „verborgene Mängel“ nicht anzuerkennen; selbst ein späterer, auf die Entdeckung des Mangels abstellender Beginn der Gewährleistungsfrist ist nunmehr vom BGH verbindlich abgelehnt<sup>31)</sup>. Wirksam ist es hingegen, die Wareingangskontrolle in der Weise abzubedingen, daß der Lieferant seinerseits verpflichtet ist, eine eigene, an den Grundsätzen der §§ 377, 378 HGB ausgerichtete Wareausgangskontrolle vorzunehmen. Doch bedarf dies wegen des damit für den Lieferanten verbundenen, oft beträchtlichen Aufwands (z. B. bei der Ausstellung von Abnahmezertifikaten) regelmäßig einer individualvertraglichen Absprache.

**2. Die Vereinbarung einer Nachbesserungs- und Ersatzlieferungspflicht des Lieferanten ist unter Berücksichtigung von § 476 a BGB grundsätzlich nicht zu beanstanden. Dies gilt jedenfalls uneingeschränkt im Verhältnis zwischen einem Herstel-**

24) Hierzu *Thamm*, BB 1975, 1280; *Grüter*, DB 1980, 867.

25) So auch *Thamm/Hesse*, BB 1979, 1583, 1585.

26) Hierzu *Grüter*, DB 1980, 867.

27) Anderer Meinung *Schmidt-Salzer* (Fußn. 10), F 160; *Heinze*, NJW 1973, 2182, 2184; wie hier *Thamm/Hesse*, BB 1979, 1583, 1586; im einzelnen *Graf v. Westphalen* (Fußn. 7), § 11 Nr. 10 e Rz. 15 ff.

28) So auch *Hensen* (Fußn. 11), Anh. zu §§ 9–11 Rz. 299.

29) Im einzelnen *Brüggemann*, in: HGB-RGRK, § 377 Rz. 28 ff m. w. N.

30) *Graf v. Westphalen* (Fußn. 7), § 11 Nr. 10 e Rz. 15.

31) BGH ZIP 1980, 880 = BB 1980, 1068 m. w. N.; im einzelnen *Graf v. Westphalen* (Fußn. 7), § 11 Nr. 10 f Rz. 5.

ler/Lieferanten und dessen Verkäufer, weil die gem. § 476 a BGB besonders gravierende Nachbesserungsverpflichtung einem Hersteller ohne weiteres zuzumuten ist.<sup>32)</sup> Bedenklich kann allerdings die Verankerung der Nachbesserungspflicht gem. § 476 a BGB im Verhältnis zwischen Vertriebshändler/Lieferanten und Besteller sein, sofern der Vertriebshändler – branchenspezifisch – keinen eigenen Reparaturservice unterhält und auch nicht auf irgendwelche „Garantien“ des Herstellers seinerseits zurückgreifen kann.<sup>33)</sup> Diese Einschränkung dürfte jedoch nicht für den Nachlieferungsanspruch gelten, weil dieser den Händler/Lieferanten bei Berücksichtigung von § 480 Abs. 1 BGB kaum unangemessen benachteiligt.<sup>34)</sup> Unwirksam ist indessen in der Regel eine auf den Gewährleistungsfall bezogene Selbsthilfeklausel des Bestellers, wonach dieser berechtigt ist, Mängel anstelle des Lieferanten – allerdings auf dessen Kosten – zu beseitigen. Denn die Gewährleistungsrechte stehen dem Käufer/Unternehmer zu und entsprechen der Gewährleistungspflicht des Lieferanten. Nur unter den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 633 Abs. 3 BGB gilt zugunsten des Bestellers eine Ausnahme. Unter diesen engen Voraussetzungen wird man also ein Selbsthilferecht des Bestellers stets mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG für vereinbar halten dürfen, aber auch z. B. dann, wenn besondere Eilbedürftigkeit besteht oder wenn Gefahr im Verzug ist. In allen anderen Fällen aber belastet eine Selbsthilfeklausel den Lieferanten in unangemessener Weise, weil sie sein Interesse an einer Überprüfung des Mangels sowie an dessen kostengünstiger Beseitigung geringachtet.<sup>35)</sup>

3. Eine Kumulierung der kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche mit der Nachbesserungspflicht gem. § 476 a BGB ist nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG nicht zu beanstanden. Im Werkvertragsrecht ist allerdings die Rangfolge der Rechtsbehelfe gem. § 634 BGB zu beachten, insbesondere darf auf das Erfordernis der Fristsetzung in Form einer angemessenen Nachfrist nicht verzichtet werden, ohne daß dies gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG verstößt.<sup>36)</sup> Für den Verzicht auf eine Ablehnungsandrohung gilt dies jedoch nicht. Unwirksam ist es gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG des weiteren, wenn der Besteller sich wegen eines Mangels Schadensersatzansprüche ausbedingt, sofern er damit von den Voraussetzungen der §§ 463, 480 Abs. 2, 635 BGB abweicht.<sup>37)</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, daß lediglich die Haftung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Bereich der §§ 463, 480 Abs. 2 BGB verschuldensunabhängig ist, während § 635 BGB diesen Anspruch nur dann gewährt, wenn ein Verschulden vorliegt. Im Bereich des Mangelfolgeschadens, der aus positiver Vertragsverletzung reklamiert wird, ist stets Verschulden Voraussetzung. Demzufolge verstößt es gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG, wenn – entgegen der gesetzlichen Wertung – in Einkaufsbedingungen auf das Verschuldensmoment verzichtet wird oder wenn die Haftung für Mangelfolgeschäden im Bereich der Eigenschaftszusicherung in den Bereich der Haftung für Mangelschäden gem. §§ 463, 480, 635 BGB vorverlagert wird.<sup>38)</sup> Unwirksam gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG ist es aber auch, wenn – entgegen der individualvertraglichen Wertung – Warenbeschreibungen zu Eigenschaftszusicherungen hochstilisiert werden, um in den Genuß des Schadensersatzanspruches zu gelangen; dies verstößt bereits gegen § 4 AGBG, ist aber auch nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG zu beanstanden, weil sich der Besteller damit

haftungsrechtliche Vorteile verschaffen will, die er aufgrund des gesetzlichen Gewährleistungsrechts der §§ 459 ff, 633 ff BGB nicht besitzt.<sup>39)</sup>

4. Besonders problematisch ist die Bestimmung der Grenze, welche für eine Verlängerung der Gewährleistungsfristen gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG zu beachten ist.<sup>40)</sup> Dabei ist von folgenden Kriterien auszugehen: Zunächst ist anzumerken, daß Gewährleistungsfristen als Verjährungsfristen einen erheblichen Gerechtigkeitsgehalt besitzen.<sup>41)</sup> Des weiteren muß die Festlegung der Wirksamkeitsgrenzen bei einer Verlängerung der Gewährleistungsfristen über die Zeiträume der §§ 477, 638 BGB hinaus stets die besondere Vertragssituation im Auge haben. Dessenungeachtet ist eine in ihrem Beginn und ihrer Dauer ins Belieben des Bestellers gestellte Gewährleistungsfrist stets nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG zu beanstanden, so insbesondere dann, wenn keine Spätestfrist vorgesehen ist, die Gewährleistungsfrist also – um ein Beispiel zu nennen – erst nach Entdeckung des Mangels oder nach der Inbetriebnahme beginnt, weil und sofern diese Ereignisse außerhalb der Einschlußsphäre des Lieferanten liegen.

4.1 Geht man von diesen Wertungskriterien aus, so ist aufgrund der besonderen Vertragssituation wie folgt zu differenzieren: Im Verhältnis zwischen Endverkäufer – AGB-Kunde ist im nicht-kaufmännischen Verkehr von § 11 Nr. 10 f AGBG auszugehen; demzufolge ist jedenfalls eine Verjährungsverkürzung im Verhältnis Verkäufer – Händler aufgrund der Verkaufsbedingungen des Händlers mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG grundsätzlich nicht vereinbar.<sup>42)</sup> Umgekehrt: Der gem. § 11 Nr. 10 f AGBG verpflichtete Verkäufer hat, sofern er Einkaufsbedingungen verwendet, ein vitales Interesse daran, durch eine angemessene Verlängerung der Verjährungsfrist sicherzustellen, daß sein Gewährleistungsregreß gegenüber seinem Lieferanten/Händler gewahrt wird. Dabei ist es legitim, wenn der Verkäufer die Verlängerung der Gewährleistungsfrist unter Berücksichtigung üblicher Lagerzeiten bemißt – nicht zuletzt auch deswegen, weil und soweit die Ware für den Endverbraucher, also nicht für den Händler selbst bestimmt ist.<sup>43)</sup> Die gleichen Erwägungen gelten im Verhältnis zwischen Händler und Hersteller: Auch hier hat der Händler ein berechtigtes Interesse daran, den Gewährleistungsregreß zu sichern. In diesen Fällen dürften jeweils Gewährleistungsfristen bis maximal 24 Monaten regelmäßig nach

32) So auch *Schmidt-Salzer* (Fußn. 10), F 164.

33) Eger *Schmidt-Salzer* (Fußn. 10), F 164.

34) Anderer Meinung *Schmidt-Salzer* (Fußn. 10), F 164; im Ergebnis wie hier *Heinze*, NJW 1973, 2182, 2184.

35) So im Ergebnis auch *Thamm/Hesse*, BB 1979, 1583, 1586; auch *Hanisch* (Fußn. 1), S. 132 ff.

36) Vgl. *Graf v. Westphalen* (Fußn. 7), § 11 Nr. 4 Rz. 24 f.

37) *Schmidt-Salzer* (Fußn. 10), F 168; *Heinze*, NJW 1973, 2182, 2184 f.

38) Zur Abgrenzung vgl. *Graf v. Westphalen* (Fußn. 7), § 11 Nr. 11 Rz. 16–21.

39) So mit Recht auch *Hanisch* (Fußn. 1), S. 145 ff.

40) Hierzu im einzelnen *Schmidt-Salzer* (Fußn. 10), F 161 ff; *Thamm/Hesse*, BB 1979, 1583, 1586 f; *Hanisch* (Fußn. 1), S. 117 ff.

41) *Graf v. Westphalen* (Fußn. 7), § 11 Nr. 10 f Rz. 16 ff m. w. N.

42) *Graf v. Westphalen* (Fußn. 7), § 11 Nr. 10 f Rz. 16 ff.

43) Hierzu *Schmidt-Salzer* (Fußn. 10), F 162.

§ 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG nicht zu beanstanden sein; indessen verbieten sich gerade hier starre Festlegungen.<sup>44)</sup>

Ein Sonderproblem ist die Bestimmung der Gewährleistungsfrist im Verhältnis zwischen Herstellern und Zulieferanten z. B. in der Automobilindustrie.<sup>45)</sup> Die Verlängerung der Gewährleistungsfrist in diesem Verhältnis dient in erster Linie der Absicherung des Herstellers gegenüber dem Risiko der Produzentenhaftung gem. § 823 BGB. Indessen rechtfertigt dieser Gesichtspunkt – für sich allein genommen – keineswegs eine im Belieben des Herstellers/Bestellers liegende Gewährleistungsfrist, z. B. ab jeweiliger Inbetriebnahme des verkauften Pkw, in welchem ein Zubehörteil eingebaut wurde.<sup>46)</sup> Denn auch der Zulieferant ist für von ihm verursachte Produktfehler unmittelbar gem. § 823 BGB haftbar<sup>46a)</sup>, sofern ein vom Hersteller nach den Grundsätzen der Produzentenhaftung nicht zu vertretender Fehler<sup>47)</sup> vorliegt, haftet also der Zulieferant dem Geschädigten gegenüber ausschließlich<sup>48)</sup>. Liegt sowohl ein dem Hersteller anzulastender Produktfehler (z. B. Kontrollfehler) als auch ein vom Zulieferanten zu vertretender Herstellungsfehler vor – und dies dürfte häufig der Fall sein –, dann hat der Hersteller für die Verlängerung der kaufrechtlichen bzw. werkvertragsrechtlichen Gewährleistungsfristen deswegen gar kein legitimes Bedürfnis, weil nämlich dann ein deliktrechtliches Gesamtschuldverhältnis i. S. d. §§ 830, 840 BGB besteht, so daß der Schadensausgleich im Innenverhältnis durch § 426 BGB gesichert ist.<sup>49)</sup> Berücksichtigt man also die haftungsrechtlichen Besonderheiten im Verhältnis Zulieferant/Hersteller, wie sie von der Rechtsprechung zur Produzentenhaftung entwickelt worden sind, dann besteht grundsätzlich kein Anlaß, die Verlängerung der Gewährleistungsfrist in diesem Verhältnis anders zu beurteilen als im Verhältnis Hersteller – Händler – Endkunde. Dabei ist auch im Auge zu behalten, daß der Hersteller – genauso wenig wie der Generalunternehmer – einen Anspruch darauf hat, von allen im Außenverhältnis begründeten Haftungsrisiken durch Risikoverlagerung auf die Zulieferanten/Subunternehmer aufgrund von AGB-Klauseln freigestellt zu werden, ohne daß diese Vertragsgestaltung – abhängig vom Einzelfall – nach § 9 AGBG zu beanstanden ist.<sup>49a)</sup>

4.2 Von großer Wichtigkeit im Hinblick auf die Beurteilung verlängerter Gewährleistungsfristen gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG ist es, wenn die Klausel – zusätzlich – eine Regelung der Hemmungs- und Unterbrechungstatbestände der Verjährung enthält, welche vom gesetzlichen Typenbild abweichen. Häufig findet sich eine solche Regelung in Einkaufsbedingungen mit der Maßgabe, daß teilweise der besondere Hemmungstatbestand des § 639 Abs. 2 BGB nicht nur auf Kaufverträge übertragen wird, was in der Sache angesichts der Besonderheiten des Nachbesserungsanspruchs ohne weiteres wirksam ist<sup>50)</sup>; vielmehr wird dem Hemmungstatbestand die Rechtsfolge der Verjährungsunterbrechung zugewiesen. Teilweise wird aber auch klauselmäßig verankert, daß jedwede Nachbesserung – auch und insbesondere an Teilen eines Gesamttaggregats – dazu führt, daß sich die Gewährleistungsfrist insgesamt verlängert. Beide Klauselgestaltungen sind nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unwirksam.<sup>51)</sup> Wenn nämlich in Wirklichkeit lediglich ein Hemmungstatbestand i. S. d. § 639 Abs. 2 BGB vorliegt, dieser aber mit der Rechtsfolge eines Neubeginns der Verjährungsfrist ausgestaltet

ist, so ist dies zweifelsfrei eine unangemessene Benachteiligung i. S. d. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG zu Lasten des Lieferanten. Wirksam ist es jedoch, wenn der Hemmungstatbestand auf den Zeitpunkt der Mängelanzeige vorverlagert wird.<sup>52)</sup> Nicht zu beanstanden ist es auch, wenn der Hemmungstatbestand erst dann entfällt, wenn die Sache wieder benutzbar ist, nicht aber schon dann, wenn die Mängelbeseitigung für beendet erklärt wird.<sup>53)</sup> Unwirksam ist es freilich nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG, falls der AGB-Verwender bestimmt, daß der Lieferant – als Konsequenz einer Mängelanzeige – für die Dauer einer bestimmten Zeit – etwa für zwei Jahre (vgl. § 477 BGB) – auf die Einrede der Verjährung verzichtet.<sup>54)</sup>

4.3 Wenn schon Verlängerungen der Gewährleistungsfristen über die Grenzen der §§ 477, 638 BGB hinaus wie gezeigt nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unwirksam sein können, so gilt die gleiche Überlegung, wenn der Besteller in seinen Einkaufsbedingungen anstelle der Gewährleistungsregelungen „Garantien“ vorsieht. Zum einen kann diese Garantie als Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft bewertet werden, häufig aber erscheint – gerade in Einkaufsbedingungen – eine „Garantie“ in Form einer Haltbarkeitsgarantie.<sup>55)</sup> Deren Rechtsgehalt besteht in folgendem: Im Hinblick auf den für die Gewährleistung maßgebenden Zeitpunkt, den des Gefahrenübergangs bzw. den der Abnahme, folgt bei Vereinbarung einer Haltbarkeitsgarantie, daß der Fehler/Mangel in diesem Zeitpunkt nicht, und zwar auch nicht „im Keim“ vorhanden sein muß; es reicht vielmehr aus, wenn der Mangel innerhalb der Frist der Haltbarkeitsgarantie auftritt und gerügt wird. Das ist der eine Aspekt; der andere: Bei einer Haltbarkeitsgarantie wird lediglich die Gewährleistungsfrist verlängert, nicht die Verjährungsfrist. Diese läuft vielmehr gem. §§ 477, 638 BGB von dem Zeitpunkt an, in welchem der Mangel entdeckt wurde.<sup>56)</sup> Diese Auswirkungen einer Haltbarkeitsgarantie sind bei der Angemessenheitskontrolle i. S. d. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG zu berücksichtigen, weil ja in diesen Fällen ein Kumulationseffekt eintritt, wenn zusätzlich die Gewährleistungsfristen entgegen den §§ 477, 638 BGB verlängert wurden.

5. Die bei Vereinbarung eines Nachbesserungsanspruchs des Bestellers sich aus § 476 a BGB ergebende Kostentragungs-

44) So auch mit Recht *Thamm/Hesse*, BB 1979, 1583, 1586 f.

45) *Graf v. Westphalen*, DB 1982, 1655, 1660 f; hierzu im einzelnen *Müller/Scholz/Schreven* (Fußn. 1), S. 42 ff.

46) Hierzu *Müller/Scholz/Schreven* (Fußn. 1), S. 43.

46a) BGH NJW 1968, 247.

47) Hierzu im einzelnen *Schmidt-Salzer*, BB 1979, 1 m. w. N.

48) Vgl. allerdings BGH BB 1977, 162.

49) *Graf v. Westphalen*, NJW 1979, 836.

49a) Zum Problem der den Zulieferanten treffenden Rückrufpflicht vgl. *Diedrichsen*, DAR 1976, 312; *Lempennau*, DB 1980, 1679; *Beise*, DB 1978, 286.

50) Vgl. BGHZ 39, 287, 292 = BB 1963, 747; *Mezger*, in: BGB-RGRK, § 477 Rz. 18.

51) So auch *Thamm/Hesse*, BB 1979, 1583, 1586.

52) So *Hanisch* (Fußn. 1), S. 121.

53) *Hanisch* (Fußn. 1), S. 121.

54) *Hanisch* (Fußn. 1), S. 122.

55) Statt aller *Palandt/Putzo* (Fußn. 12), § 477 Anm. 4 b.

56) BGH BB 1961, 228; BGH BB 1962, 234; BGH BB 1979, 185.

pfligt ist zunächst an den Kriterien dieser Norm zu messen.<sup>57)</sup> In Einkaufsbedingungen wird jedoch zusätzlich häufig vereinbart, daß die in § 476 a Satz 2 BGB im einzelnen bezeichneten Beschränkungen aufgehoben werden, z. B. dann, wenn es sich um eine typische ab-Werk-Lieferung handelt, der Besteller den Lieferanten aber verpflichtet, die Nachbesserung an der jeweiligen „Baustelle“ vorzunehmen und die diesbezüglichen Kosten insgesamt zu übernehmen, oder wenn gar vorgesehen ist, daß bei einem reinen Inlandsgeschäft die Kostentragungspflicht den vom Besteller kontrahierten Auslandsvertrag betrifft. Derartige Erweiterungen der Kostentragungspflichten des § 476 a BGB verstoßen mangels individualvertraglicher Vereinbarung regelmäßig gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG und sind deshalb unwirksam; dies gilt insbesondere auch bei Subunternehmer-Verträgen.

## V. Produkthaftungsregeln

In Einkaufsbedingungen finden sich, insbesondere gegenüber Zulieferern, recht häufig Regeln, welche auf das den Hersteller treffende Risiko der Produzentenhaftung zugeschnitten sind. Dabei können sich – abhängig vom Einzelfall – im Hinblick auf die rechtliche Beurteilung derartiger Klauseln i. S. d. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG folgende Besonderheiten ergeben:

1. Soweit in Einkaufsbedingungen eine Versicherungspflicht dem jeweiligen Lieferanten vorgeschrieben wird, ist dies – für sich allein genommen – noch nicht zu beanstanden. Ausgangspunkt ist dabei, daß die Schadensersatzhaftung des Gesetzes nur durch die adäquate Kausalität – Verschulden vorausgesetzt – limitiert wird. Insoweit belastet also die Verpflichtung zum Abschluß einer entsprechenden Haftpflichtversicherung den Lieferanten grundsätzlich nicht in unangemessener Weise. Dies kann aber dann anders sein, wenn in den Einkaufsbedingungen den Umständen nach unangemessene, d. h. untypisch hohe Deckungssummen als nachzuweisender Versicherungsschutz vorgeschrieben werden. Anders kann die Beurteilung gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG schon im Grundsatz ausfallen, sofern die Versicherungspflicht sich nicht auf den Abschluß einer Haftpflichtversicherung bezieht, sondern den Abschluß einer Rückrufkostenversicherung einschließt. Zwar knüpft eine derartige Versicherung an den Haftungstatbestand an, nimmt also – so gesehen – dem Lieferanten ein ihn ansonsten treffendes Haftungsrisiko; doch dürfte bei der Angemessenheitsprüfung i. S. d. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG – möglicherweise ist auch auf § 9 Abs. 1 AGBG zurückzugreifen – entscheidend sein, daß das Rückrufisiko sich nur selten realisiert, die nachzuweisende Rückrufkostenversicherung aber den Lieferanten auf Dauer erheblich belastet, weil diese Versicherung wegen des hohen potentiellen Risikos recht teuer ist. Schließlich dürfte im Rahmen der Angemessenheitsprüfung auch noch ins Gewicht fallen, daß es dem Lieferanten freistehen muß, ob er sein Unternehmen einem gesetzlichen Haftungsrisiko – unlimitiert – aufgrund der Produzentenhaftung aussetzt oder ob er es aufgrund eigener unternehmerischer Entscheidung vorzieht, dieses Risiko durch Abschluß einer Versicherung weitestgehend abzudecken.

2. Besonders belastend wirkt sich im Zusammenhang mit der Produzentenhaftung die in den Einkaufsbedingungen der Herstellerwerke in aller Regel vorgenommene Überwälzung des

technischen Leistungsrisikos aus. Daß die Qualitätsanforderungen an den Lieferanten in technischer Hinsicht sehr hoch sind, ist – für sich allein genommen – der AGB-Kontrolle entzogen; es handelt sich nämlich um die technische Leistungsbeschreibung gem. § 8 AGBG. Anders kann – abhängig vom Einzelfall – die rechtliche Beurteilung i. S. d. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG aber dann ausfallen, wenn der Hersteller im Rahmen der technischen Leistungsbeschreibung die eigentlich nach den §§ 377, 378 HGB von ihm selbst geschuldete Eingangskontrolle als Ausgangskontrolle zum Lieferanten verlagert. Damit weicht er zwar in erheblicher Weise zum Nachteil des Lieferanten von dem in den §§ 377, 378 HGB verankerten Gerechtigkeitsgehalt ab. Doch ist eine Ausgangskontrolle beim Lieferanten so lange i. S. v. § 9 AGBG nicht zu beanstanden, als sie sachlich den Kriterien der §§ 377, 378 HGB entspricht und – regelmäßig – Ergebnis einer individualvertraglichen Abrede zwischen den Parteien ist.

3. Eng mit dem Vorstehenden hängt eine mitunter in Einkaufsbedingungen enthaltene Beweislastregelung zusammen, z. B. wenn vorgesehen ist, daß der Lieferant dann, wenn der Nachweis erbracht ist, daß ein Produktfehler in ursächlichem Zusammenhang mit einer vom Lieferanten durchgeführten Lieferung/Leistung steht, den Nachweis erbringen muß, daß der eingetretene Schaden für ihn unvorhersehbar und unabwendbar war.<sup>58)</sup> Derartige Beweislastregelungen sind – für sich allein genommen – bereits aufgrund der zu § 11 Nr. 15 AGBG geltenden Grundsätze unwirksam<sup>59)</sup>, weil sie nämlich den vom Lieferanten geforderten Nachweis des Nichtverschuldens auf Tatbestände der höheren Gewalt limitieren. Hinzu kommt: auch bei Ansprüchen aus der Produzentenhaftung obliegt es dem Anspruchsteller, den Nachweis der Fehlerhaftigkeit und der Ursächlichkeit in bezug auf den Schaden zu führen, wenngleich ihm die üblichen Beweiserleichterungen zustehen.<sup>60)</sup> Außerdem sind – gerade im Verhältnis Hersteller/Zulieferer – in der Produzentenhaftung die Fälle typisch, in denen es sich um eine gesamtschuldnerische Haftung i. S. d. §§ 830, 840 BGB handelt.<sup>61)</sup> Gerade im Rahmen der Arbeitsteiligkeit obliegen auch einem Hersteller wesentliche Kontrollpflichten gegenüber dem jeweiligen Lieferanten.<sup>62)</sup> So gesehen aber trifft auch den Hersteller bei Ansprüchen aus der Produzentenhaftung regelmäßig ein nicht unerhebliches Beweisrisiko in bezug auf sein eigenes Nichtverschulden. Es geht nicht an, unter Vernachlässigung dieser haftungsrechtlich bedingten Beweislastverteilung den Lieferanten einseitig zu belasten.<sup>63)</sup>

4. Ähnliche Erwägungen gelten dann, wenn – was freilich nicht eben sehr häufig ist – im Verhältnis Hersteller – Zulieferer in bezug auf das Risiko der Produzentenhaftung eine Freistellungsverpflichtung des Lieferanten verankert ist. Abgesehen da-

57) *Graf v. Westphalen* (Fußn. 7), § 11 Nr. 10 c Rz. 18 ff.

58) Hierzu *Müller/Scholz/Schreven* (Fußn. 1), S. 53 f.

59) *Graf v. Westphalen* (Fußn. 7), § 11 Nr. 15 Rz. 17 ff, 39 f.

60) BGH BB 1970, 1414.

61) *Graf v. Westphalen*, NJW 1979, 836.

62) Im einzelnen *Schmidt/Salzer*, BB 1979, 1 m. w. N.

63) Vgl. auch *Beise*, DB 1978, 286; *Lempenau*, DB 1980, 1679.

von, daß derartige Freistellungsklauseln in jedem Fall die haftungsrechtlichen Beweislastverteilungen berücksichtigen müssen, dürfen sie im Ergebnis auch nicht weiterreichen als aufgrund des Ausgleichsanspruchs gem. § 426 BGB gerechtfertigt – vorausgesetzt freilich, daß in diesen Fällen ein deliktrechtliches Gesamtschuldnerverhältnis i. S. d. §§ 830, 840 BGB vorliegt<sup>64</sup>. Fehlt es daran, ist also der Lieferant für den aufgetretenen Produktschaden allein verantwortlich, ist die Freistellungsklausel überflüssig, weil dann der Besteller/Hersteller überhaupt nicht Adressat der haftungsbegründenden Normen des § 823 BGB ist.

## VI. Abtretungsausschluß

1. Vom Grundsatz her gilt: Abtretungsverbote i. S. d. § 399 BGB sind – sowohl im nicht-kaufmännischen Verkehr als auch im kaufmännischen Bereich – nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG wirksam. Dies entspricht auch dem Trend der Judikatur.<sup>65</sup> Diese Ansicht deckt sich auch mit der in der Literatur grundsätzlich vertretenen Auffassung.<sup>66</sup> Dies besagt freilich nicht, daß – unter exakter Auswertung der rechtlichen und wirtschaftlichen Belange der am jeweiligen Vertrag beteiligten Parteien – die Unwirksamkeitssanktion von § 9 Abs. 1 AGBG nicht doch eingreifen kann. Doch sind hierfür die besonderen Interessen des AGB-Verwenders und die des AGB-Kunden gegeneinander abzuwägen. Denn entscheidend für die Anwendbarkeit von § 9 Abs. 1 AGBG ist der Befund, daß der Abtretungsausschluß – ungeachtet entgegenstehender Interessen des AGB-Verwenders – eine unangemessene Benachteiligung des AGB-Kunden nach sich zieht. Unter dieser Prämisse bieten sich folgende Differenzierungen an:

2. Soweit ein Abtretungsausschluß in Einkaufsbedingungen vorkommt, kann es sich zum einen auf die Ware, zum anderen auf die Forderung beziehen.

2.1 Ausschlußklauseln, die verhindern, daß der AGB-Kunde/Lieferant mit Dritten einen Eigentumsvorbehalt bzw. einen verlängerten Eigentumsvorbehalt vereinbart, sind in der Praxis selten. Die entsprechende Klausel kann sich zum einen als reiner Verbotstatbestand gegenüber der Vereinbarung eines einfachen Eigentumsvorbehalts auswirken, zum anderen kann sie – gestützt durch eine Abtretungsausschlußklausel – die Fälle des verlängerten Eigentumsvorbehalts erfassen.<sup>67</sup> Erforderlich ist jedoch insoweit, daß ein berechtigtes Interesse des AGB-Verwenders an der Vereinbarung eines Abtretungsausschlusses vorliegt.<sup>68</sup> Dies ist im Zweifel immer dann zu bejahen, wenn wegen des Umfangs der Geschäftsbeziehungen ein legitimes Interesse des AGB-Verwenders daran besteht, den Abrechnungs- und Zahlungsverkehr nicht durch Abtretung zu erschweren, weil sein Interesse dann auch darauf abzielt, Doppelzahlungen – trotz erfolgter Abtretungsanzeige i. S. v. § 410 BGB – zu vermeiden. Dieses Interesse des AGB-Verwenders überwiegt regelmäßig das Interesse des AGB-Kunden, seine Forderung an Dritte abzutreten. Doch muß im Hinblick auf die Abwägung der beiderseitigen Interessen stets im Auge behalten werden, daß derartige Abtretungsverbote – im Hinblick auf einen verlängerten Eigentumsvorbehalt – bewirken, daß die Ermächtigung des Vorbehaltskäufers zur Weiterveräußerung hinfällig wird, wenn und

soweit im Verhältnis zwischen AGB-Kunden und Zweitabnehmer/AGB-Verwender ein Abtretungsverbot vereinbart ist.<sup>69</sup> Insbesondere wird der Abkäufer/AGB-Verwender aber wegen des von ihm herrührenden Abtretungsverbots bösgläubig i. S. d. § 932 BGB und gegebenenfalls auch ersatzpflichtig.<sup>70</sup> Doch wird man grundsätzlich auch dies nach § 9 Abs. 1 AGBG für wirksam ansehen müssen. Denn der AGB-Kunde/Vorbehaltskäufer hat bei dieser Konstellation die Verpflichtung, entweder gegenüber dem Vorbehaltsverkäufer oder gegenüber dem Abkäufer/AGB-Verwender klarzustellen, welcher Verpflichtung – verlängertem Eigentumsvorbehalt oder Respektierung des Abtretungsverbots – der Vorrang einzuräumen ist. Unterläßt er eine derartige Klarstellung, dann wird man ihn regelmäßig nicht für schutzbedürftig halten müssen – vorausgesetzt freilich, daß die legitimen Interessen des AGB-Verwenders an der Vereinbarung eines Abtretungsausschlusses dieses Resultat rechtfertigen. Dies gilt ohne Rücksicht auf die Erkundigungspflicht des Abkäufers.<sup>71</sup>

Ob diese Gesichtspunkte auch für Fälle des einfachen Eigentumsvorbehalts gelten, ist jedoch keineswegs sicher. Zwar ist gewiß auch beim einfachen Eigentumsvorbehalt soviel richtig: Selbst wenn der Besteller in seinen Einkaufsbedingungen die Vereinbarung eines einfachen Eigentumsvorbehalts nicht ausdrücklich ausschließt, so kann dieser – bei kollidierenden Einkaufs- und Verkaufsbedingungen – ebenfalls an § 6 Abs. 2 AGBG mangels individualvertraglicher Vereinbarung scheitern. Doch muß gerade beim einfachen Eigentumsvorbehalt stets geprüft werden, ob nicht deswegen ein einfacher Eigentumsvorbehalt stillschweigend vereinbart wurde, weil es sich um ein Zielgeschäft, also nicht um einen Barkauf handelte.<sup>72</sup> In diesen Fällen aber bewirkt der ausdrückliche Ausschluß eines Eigentumsvorbehalts in Einkaufsbedingungen, daß eine solche individualvertragliche Vereinbarung scheitert. Eine solche aber ist dann regelmäßig auch nicht im Rahmen eines nachträglichen Eigentumsvorbehalts zu perfektionieren, weil dieser – sofern der Eigentumsvorbehalt lediglich das Erfüllungsgeschäft betrifft, z. B. durch Aufdruck von Eigentumsvorbehaltsklauseln auf Rechnungen und Lieferscheinen – als vertragswidrig zu qualifizieren ist. Eine nachträgliche Eigentumsvorbehaltsklausel kann deshalb bei Abbedingung des Eigentumsvorbehalts abhängig von den Umständen des Einzelfalles als überraschend i. S. d. § 3 AGBG zu werten sein.<sup>73</sup> Gerade aber wenn der Lieferant, weil es sich um ein Zielgeschäft, nicht aber um einen Barkauf handelt,

64) Vgl. im einzelnen *Graf v. Westphalen*, DB 1982, 1655, 1660 ff.

65) BGHZ 51, 113, 117 – BB 1969, 420; BGHZ 56, 173, 175; BGHZ 77, 274, 275 – ZIP 1980, 634, 635.

66) *Schmidt-Salzer* (Fußn. 10), F 171, 198; *Staudinger/Schlosser* (Fußn. 4), § 9 Rz. 46; *Brandner* (Fußn. 11), Anh. zu §§ 9–11 Rz. 1.

67) Vgl. BGHZ 77, 274 – ZIP 1980, 634.

68) Vgl. BGHZ 51, 113, 117 – BB 1969, 420.

69) BGHZ 27, 306 – BB 1958, 649; BGHZ 30, 176, 181 f; BGHZ 51, 113, 116 – BGH BB 1969, 420; vgl. auch OLG Hamburg ZIP 1983, 46.

70) BGHZ 77, 274 – ZIP 1980, 634.

71) BGHZ 77, 274, 277 f – ZIP 1980, 634, 636 f.

72) BGH ZIP 1982, 845 – NJW 1982, 1751.

73) *Graf v. Westphalen*, BB 1980, 1405; im einzelnen *Ulmer/Schmidt*, JuS 1984, 18.

vital darauf angewiesen ist, seinen Warenkredit zu sichern, ist der formularmäßige Ausschluß auch des einfachen Eigentumsvorbehalts überhaupt nur dann mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG – notfalls ist auf § 9 Abs. 1 AGBG zurückzugreifen – vereinbar, wenn berechnete Belange des Bestellers dies rechtfertigen.<sup>74)</sup> Ein solcher Ausnahmefall ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Besteller ein Unternehmen betreibt, welches auf Massenumsatz ausgerichtet ist<sup>75)</sup>, sofern Bargeschäfte zwischen AGB-Verwender und Zulieferanten vereinbart sind.<sup>76)</sup> Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG bzw. des § 9 Abs. 1 AGBG sind insoweit allerdings schärfere Anforderungen zu stellen als in den Fällen, in denen in Einkaufsbedingungen ein Abtretungsverbot vorgesehen ist, weil der Ausschluß des Eigentumsvorbehalts die Warenkreditsicherheit abbedingt, während das Abtretungsverbot dem Lieferanten nur die zu Refinanzierungszwecken oder im Rahmen des Factoring einzusetzende Forderung entzieht.

2.2 Abtretungsausschlußklauseln bewirken aber gleichzeitig, daß der AGB-Kunde daran gehindert wird, die ihm zustehende Forderung gegen den AGB-Verwender/Besteller als Kreditsicherheit einzusetzen. Von besonderem Belang ist dieses Problem im Zusammenhang mit dem Factoring: Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß die Interessen des Klienten/AGB-Kunden an einer Abtretung der Forderung und damit an der Unwirksamkeit des Abtretungsverbots i. S. v. § 9 Abs. 1 AGBG überwiegen – vorausgesetzt freilich, der Factor erklärt verbindlich, daß er den AGB-Verwender/Debitor im Fall irrtümlicher Zahlung an den Altgläubiger nicht erneut in Anspruch nimmt.<sup>77)</sup>

3. Soweit im übrigen in Einkaufsbedingungen Abtretungsverbotsklauseln vorkommen, wird man sie unter Berücksichtigung der legitimen Interessen des AGB-Verwenders in der Regel für wirksam gem. § 9 Abs. 1 AGBG halten müssen: Denn immer dann, wenn der AGB-Kunde/Lieferant kein unmittelbar einleuchtendes, überwiegendes Interesse an einer Abtretung der Forderung – zur Verwendung als Kreditsicherheit – hat, dominiert das Interesse des AGB-Verwenders, den Abrechnungsverkehr klar und übersichtlich zu gestalten, insbesondere auch zu verhindern, daß ihm eine im voraus nicht übersehbare Vielzahl von Gläubigern gegenübertritt.<sup>78)</sup> Gleichzeitig und gleichrangig ist das weitere Interesse des AGB-Verwenders zu respektieren, durch irrtümliche Zahlungen an den Altgläubiger – trotz erfolgter Abtretungsanzeige i. S. v. § 410 BGB – vor dem Risiko von Doppelzahlungen ebenso geschützt zu werden wie vor dem Risiko einer Insolvenz des Altgläubigers, die den Rückforderungsanspruch des AGB-Verwenders gefährdet. Zwar ist einzuräumen, daß diese Interessenabwägung aus der BGH-Judikatur resultiert, die Abtretungsverbote am Tatbestand des § 138 BGB gemessen hat, doch ergeben sich – bei nuancierter Bewertung der verschiedenen Interessen der Beteiligten – keine grundsätzlichen Unterschiede bei einer Anwendung der Wertungskriterien von § 9 Abs. 1 AGBG.<sup>79)</sup> Diese Gesichtspunkte werden auch von der instanzgerichtlichen Judikatur anerkannt<sup>80)</sup>. Insbesondere kann hierbei auch ins Gewicht fallen, daß der zur Nachbesserung verpflichtete Verkäufer/Werkbesteller – im Fall eines Abtretungsverbotes – wesentlich eher bereit ist, diese Arbeiten durchzuführen, wenn er davon ausgehen darf, hierfür

auch seine Vergütung zu erhalten<sup>81)</sup>, und zwar ungeachtet der Tatsache, daß § 404 BGB gilt.

## VII. Preise – Zahlungsbedingungen

In Einkaufsbedingungen sind unter dem Blickwinkel dieses Gesetzes vor allem folgende Klauselgestaltungen von Belang:

1. Soweit in Einkaufsbedingungen ein Festpreis vorgesehen ist, bestehen hiergegen grundsätzlich keine Bedenken. Dies gilt auch bei längerfristigen Kontrakten. Es ist stets Sache des AGB-Kunden/Lieferanten, sich im Rahmen einer zu treffenden Individualvereinbarung darum zu bemühen, Preisanpassungen durchzusetzen.

2. Sind Preisermäßigungsklauseln, insbesondere Meistbegünstigungsklauseln, verankert, so sei zunächst auf die zuvor dargelegten Ausführungen verwiesen.<sup>82)</sup> Doch genauso wie Preiserhöhungsklauseln an § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG zu messen sind, trifft dies auch für etwaige Preisermäßigungsklauseln zu, weil und soweit sie – im Gegensatz zum Individualvertrag – das Risiko willkürlicher<sup>83)</sup> und unvorhersehbarer sowie unkalkulierbarer Preisrisiken einseitig auf den AGB-Kunden/Lieferanten abwälzen.<sup>84)</sup>

3. Soweit Irrtumsklauseln im Zusammenhang mit der Preisvereinbarung vorkommen, ist exakt zu prüfen, ob eine Kongruenz zu den Anfechtungstatbeständen der §§ 119 ff BGB besteht. Ist dies der Fall, sind derartige AGB-Klauseln zweifelsfrei wirksam. Weichen sie jedoch davon ab, berechtigen sie also insbesondere den AGB-Verwender/Besteller dazu, eine Irrtumsanfechtung bei Vorliegen eines Motivirrtums zu erklären, so ist derartigen AGB-Klauseln gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG die Wirksamkeit zu versagen.<sup>85)</sup>

4. Bei Zahlungsbedingungen ist darauf abzuheben, daß die Zahlungsfristen ab Rechnungsdatum oder ab Versanddatum zu laufen beginnen, dann bestehen hiergegen gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG keine Bedenken. Auch wird man nichts dagegen einwenden können, daß die Zahlungsfristen erst dann zu laufen beginnen, wenn die jeweilige Rechnung beim AGB-Verwender/Besteller eingegangen ist. Denn damit ist auf den Zeitpunkt des § 130 BGB abgestellt. Problematischer sind jedoch folgende Konstellationen:

74) BGH ZIP 1980, 1090 = BB 1981, 73; OLG München WRP 1979, 667; vgl. aber auch *Vennemann*, WRP 1979, 606.

75) BGH ZIP 1980, 1090 = BB 1981, 73.

76) Vgl. auch *Hanisch* (Fußn. 1), S. 177 ff.

77) Im einzelnen BGH ZIP 1980, 634 = WM 1980, 933, 934; BGHZ 72, 15, 22; *Blaurock*, ZHR 142, 325, 333 f.

78) BGHZ 51, 113, 117 = BB 1969, 420; BGHZ 56, 173, 175.

79) Vgl. insbesondere BGHZ 77, 274, 275 = ZIP 1980, 634, 635.

80) OLG Hamburg MDR 1978, 313.

81) OLG Hamburg MDR 1978, 313.

82) Vgl. Abschnitt III.2.

83) Vgl. BGH ZIP 1982, 71 = BB 1982, 146.

84) Hierzu *Hanisch* (Fußn. 1), S. 75 ff.

85) Vgl. auch *Hanisch* (Fußn. 1), S. 77 f.; sehr bedenklich OLG Düsseldorf VersR 1982, 1147; grundlegend BGH ZfBR 1983, 188.

4.1 Bei der Vereinbarung von Skontofristen handelt es sich häufig um individualvertragliche Vereinbarungen; verschiedentlich kommt aber auch den entsprechenden AGB-Klauseln entscheidende Bedeutung zu.<sup>86)</sup> Man wird davon ausgehen können, daß die übliche Zahlungsfrist in der Industrie 30 Tage, gerechnet ab Rechnungsdatum – netto – beträgt. Skontoabzüge in Höhe von 2% oder in Höhe von 3% sind regelmäßig dann statthaft, wenn die Zahlung innerhalb von 8, maximal innerhalb von 14 Tagen, erfolgt.<sup>87)</sup> Unangemessen i. S. v. § 9 Abs. 1 AGBG ist es jedoch, wenn in Einkaufsbedingungen wesentlich längerfristige Skontofristen vorgesehen werden, wie z. B. Barzahlung innerhalb von 90 Tagen, Skontofrist: 45 Tage.<sup>88)</sup> Die Unwirksamkeitssanktion von § 9 Abs. 1 AGBG dürfte in diesen Fällen jedoch nur dann zum Zuge gelangen, wenn und soweit der AGB-Verwender nicht in der Lage ist, den Nachweis zu erbringen, daß die Vereinbarung derartiger Zahlungsziele branchentypisch ist. Gegen die Vereinbarung eines Skontoabzugs bestehen auch dann keine Bedenken, wenn in Einkaufsbedingungen vorgesehen ist, daß der Besteller/AGB-Verwender auch dann hierzu berechtigt ist, wenn die verspätete Zahlung darauf zurückzuführen ist, daß z. B. nicht ordnungsgemäß ausgestellte Lieferpapiere/Rechnungen hierfür ursächlich geworden sind.<sup>89)</sup> Dabei ist selbstverständlich stets darauf abzuheben, ob im Hinblick auf die Ordnungsmäßigkeit von Lieferpapieren/Rechnungen (Rechnungs-Nr., exakte Versandanschrift etc.) individualvertragliche Abreden zwischen den Parteien bestehen. Fehlen diese, wird man es dem AGB-Kunden/Lieferanten in der Regel wohl kaum anlasten können, daß er die diesbezüglichen Weisungen in den AGB nicht beachtet hat. Denn auch im kaufmännischen Verkehr werden erfahrungsgemäß AGB, wenn überhaupt, dann nur in Streitfällen (erstmalig) zur Kenntnis genommen.

4.2 Soweit in Einkaufsbedingungen bestimmt ist, daß Mängelrügen dem AGB-Verwender/Besteller das Recht zur Zahlungsverweigerung gewähren, bestehen gegen eine solche AGB-Klausel regelmäßig i. S. v. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG keine Bedenken: Der AGB-Verwender/Lieferant macht in diesen Fällen lediglich von seinem Recht gem. §§ 320, 273 BGB Gebrauch. Doch wird man hier beachten müssen, daß auch im Fall von Mängelrügen der AGB-Verwender/Besteller keineswegs immer berechtigt ist, die gesamte Zahlung zurückzuhalten. Zwar soll die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts i. S. d. §§ 320, 273 BGB ein Druckmittel gegenüber dem AGB-Kunden/Lieferanten sein.<sup>90)</sup> Doch gelten insoweit – bezogen auf die Höhe des Zurückbehaltungsrechts – auch in diesem Zusammenhang die grundsätzlich anerkannten Einschränkungen: Das Zurückbehaltungsrecht findet auch in Einkaufsbedingungen seine Grenze, wo die Gebote von Treu und Glauben gem. § 9 Abs. 1 AGBG zu beachten sind.<sup>91)</sup>

5. Als Zahlungsmittel ist in Einkaufsbedingungen in der Regel Barzahlung vorgesehen. Dagegen bestehen i. S. v. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG keine Bedenken. Soweit Wechselzahlungen vorgesehen werden, bedarf dies gem. § 364 Abs. 2 BGB stets einer entsprechenden Vereinbarung. Etwas anderes gilt bei Scheckzahlungen: Diese sind durchaus üblich, ungeachtet der Tatsache, daß es sich auch hierbei um eine Leistung handelt, welche erfüllungshalber i. S. v. § 364 Abs. 2 BGB erfolgt. Soweit der Scheck Deckung aufweist, besteht gegenüber der Barzahlung kein Un-

terschied – vorausgesetzt, der AGB-Kunde/Lieferant hat den Scheck erhalten.<sup>92)</sup>

Bedenken im Hinblick auf § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG bestehen jedoch in den Fällen, in denen sich der AGB-Verwender/Lieferant die Bezahlung der Rechnung in der Weise vorbehält, daß er hierfür „Zahlungsmittel nach eigener Wahl“ einsetzen kann. Eine solche AGB-Klausel verstößt gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG, weil sie den Grundtatbestand von § 364 Abs. 2 BGB außer acht läßt; des weiteren berücksichtigt eine solche Klausel nicht den Tatbestand, daß Zahlung mit Wechseln – wegen der darin liegenden Stundungsabrede – ein typisches Kreditmittel ist, das besonderer Vereinbarung bedarf.<sup>93)</sup> Dies gilt selbst in den Fällen, in denen diskontfähige Wechsel dem AGB-Kunden/Lieferanten hereingereicht werden<sup>94)</sup>, und zwar auch dann, wenn sich der Lieferant dazu verpflichtet, die Diskontspesen zu übernehmen. Zweifelsfrei unwirksam gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG ist indessen eine AGB-Klausel, die das sog. „Scheck-Wechsel-Verfahren“ vorsieht.<sup>95)</sup> Entscheidend ist insoweit, daß die wechselfähige Haftung des Ausstellers/AGB-Kunden nicht wirksam gem. Art. 10 WG abbedungen werden kann, was – schon für sich allein genommen – eine unangemessene Benachteiligung i. S. v. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG darstellt.<sup>96)</sup>

### VIII. Aufrechnungs- und Verrechnungsklauseln

1. Soweit in Einkaufsbedingungen vorgesehen ist, daß sich der AGB-Verwender/Besteller das – uneingeschränkte – Recht zur Aufrechnung und Zurückbehaltung vorbehält, bestehen hiergegen keine Bedenken: In diesen Fällen sind vielmehr die Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 387 ff, 320 ff BGB zu berücksichtigen.

2. Konzernverrechnungsklauseln zeichnen sich dadurch aus, daß auf das Gegenseitigkeitserfordernis gem. §§ 387 ff BGB zugunsten der konzernverbundenen Unternehmen verzichtet wird. Abgesehen davon, daß Konzernverrechnungsklauseln im Konkurs unbeachtlich sind<sup>97)</sup>, sind sie im kaufmännischen Verkehr grundsätzlich gem. § 3 AGBG zu beanstanden.<sup>98)</sup> Darüber hinaus sind Konzernverrechnungsklauseln wegen Verstoßes gegen das Vorrangprinzip des § 4 AGBG zu verwerfen.<sup>99)</sup> Für deren Unwirksamkeit gem. § 9 Abs. 1 AGBG spricht insbesondere, daß es nicht in das Belieben des AGB-Verwenders/Bestellers gestellt sein darf, zugunsten Dritter, d. h. der konzernverbundenen Unternehmen, Aufrechnungslagen zu schaffen, die

86) Hierzu auch BGH ZIP 1983, 1207 = WM 1983, 1008 – Beweislast.

87) Vgl. Ratz, in: HGB-RGRK, § 346 Anm. 159.

88) Vgl. auch Hanisch (Fußn. 1), S. 90.

89) Vgl. auch Hanisch (Fußn. 1), S. 90 f.

90) Vgl. Graf v. Westphalen (Fußn. 7), § 11 Nr. 2 Rz. 31 ff.

91) Vgl. Graf v. Westphalen (Fußn. 7), § 11 Nr. 2 Rz. 31 f.

92) Vgl. statt aller Erman/Westermann, BGB, § 364 Rz. 10 m. w. N.

93) Vgl. auch Hanisch (Fußn. 1), S. 92 f.

94) Anderer Meinung Hanisch (Fußn. 1), S. 94.

95) Hierzu Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. IV, S. 58 ff.

96) Vgl. auch Hanisch (Fußn. 1), S. 94.

97) BGH ZIP 1981, 880.

98) Anderer Meinung Jousen, ZIP 1982, 279.

99) Graf v. Westphalen (Fußn. 7), § 4 Rz. 33.

dem gesetzlichen Leitbild widersprechen. Dies gilt unabhängig davon, ob die konzernverbundenen Unternehmen i. S. v. § 15 AktG aufgeführt sind oder nicht.<sup>100)</sup> Dies aber gilt erst recht, wenn zusätzlich auf das Tatbestandserfordernis der Fälligkeit verzichtet wird.<sup>101)</sup> Folglich greift die Unwirksamkeitssanktion des § 9 Abs. 1 AGBG auch dann ein, wenn – als Kompensation für noch nicht fällige, zur Aufrechnung gestellte Forderungen – eine Abzinsung vorgesehen wird, obwohl einzuräumen ist, daß jedenfalls dann insoweit die in der Aufrechnung liegende unangemessene Benachteiligung des AGB-Kunden beseitigt wird. Allein, es bleibt als wesentliches Argument im Hinblick auf die Unwirksamkeit derartiger Konzernverrechnungsklauseln, daß diese auf das Tatbestandselement der Gegenseitigkeit i. S. d. § 387 BGB verzichten.

Soweit in Konzernverrechnungsklauseln – darüber hinaus – bestimmt wird, daß etwa zugunsten eines Unternehmens gewährte

Sicherheiten gleichzeitig für alle konzernverbundenen Unternehmen „gewährt“ werden, bestehen hiergegen gem. § 9 Abs. 1 AGBG durchgreifende Bedenken: Derartige Sicherungsklauseln führen angesichts des – für den AGB-Kunden regelmäßig nicht durchschaubaren – Konzernverbundes zu einer Perpetuierung einmal gewährter Sicherheiten. Aber selbst dann, wenn der AGB-Kunde/Lieferant in der Lage sein sollte, den Konzernverbund nachzuvollziehen, widerspricht es diametral dem Sinn und Zweck des individuellen Sicherungsvertrages, daß eine Sicherheit – ohne Vorliegen einer entsprechenden Individualvereinbarung – drittbegünstigt sein soll.<sup>102)</sup>

100) Vgl. *Ulmer* (Fußn. 11), § 3 Rz. 34.

101) Anderer Meinung *Hanisch* (Fußn. 1), S. 100; *Erman/Westermann* (Fußn. 92), vor § 387 Rz. 4 m. w. N.

102) Vgl. hierzu insbesondere BGH ZIP 1982, 290 = BB 1982, 459; OLG Düsseldorf ZIP 1984, 42 = WM 1984, 82.