

# Der private Verkauf von gebrauchten Kraftfahrzeugen: Reichweite und Grenzen der Privatautonomie bei der Verwendung von Musterverträgen<sup>1\*</sup>

Von Prof. Dr. Stephan Lorenz, München

## In Kürze

Seit der Schuldrechtsreform des Jahres 2002 hat das Kaufrecht für den „Normalverbraucher“ erheblich an Komplikation zugenommen. Nicht nur die ausschließlich für das Verhältnis zwischen Unternehmer und Verbraucher geltenden Sondervorschriften des Verbrauchsgüterkaufrechts (§§ 474 ff BGB), sondern auch die für alle Teilnehmer am Rechtsverkehr geltenden Regelungen haben mittlerweile einen Komplikationsgrad erreicht, der es Nichtjuristen schwer macht, bei alltäglichen Verträgen ihre legitimen Interessen in rechtsbeständiger Weise in eine wirksame vertragliche Regelung einfließen zu lassen. Die häufig ungeschickt, für den Juristen manchmal fast schon drollig formulierten Versuche von Gewährleistungsausschlüssen in Internetportalen wie „ebay“ liefern hierfür beredtes Zeugnis. Verstärkt wird das Problem weiter durch das AGB-Recht, welches insbesondere in Gestalt der §§ 309 Nr. 7 a, b und Nr. 8 BGB Fallstricke enthält, die sich – bis in jüngste Zeit – selbst für Unternehmer als fatal erwiesen haben.<sup>2</sup>

## I. Mustervertrag als Risiko?

Nicht nur, aber insbesondere beim privaten Verkauf gebrauchter Kfz greifen Verbraucher daher regelmäßig auf vorformulierte Vertragsmuster zurück. Diese stehen in vielfältiger Form und durchaus unterschiedlicher Qualität zur Verfügung. Sie werden (entgeltlich und unentgeltlich) über Internetseiten aber auch über den Schreibwarenhandel vertrieben. Automobilclubs und Kfz-Versicherer stellen sie als Kundenservice für ihre Mitglieder bzw. Versicherungsnehmer und auch für Dritte zur Verfügung. Da der Verkauf eines Gebrauchtwagens angesichts der typischen verdeckten Mängel eines oft jahrelang benutzten Fahrzeugs stets ein erhebliches Haftungsrisiko für den Verkäufer darstellt, hat dieser ein legitimes Interesse an einer möglichst weitgehenden Beschränkung seiner Gewährleistung. Das stellt nicht *a priori* eine Benachteiligung des Käufers dar, dessen Interessen insoweit gegenläufig sind, sondern schlägt sich im Rahmen der Preisgestaltung nieder: Der Käufer wird seinerseits das Risiko, welches er beim Kauf eines Gebrauchtwagens (bewusst!) eingeht, in seinem Preisangebot berücksichtigen. Die „Gerechtigkeit“ des Ergebnisses gewährleistet damit schlicht der Markt.<sup>3</sup> Nicht umsonst hat die Rechtsprechung des BGH vor der Schuldrechtsreform den vollkommene Ausschluss der Gewährleistung beim Gebrauchtwagenkauf durch die verbreitete Klausel „gekauft wie besichtigt unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung“<sup>4</sup> als AGB-Klausel selbst im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern nicht nur für zulässig erachtet, sondern gar als „Gebot wirtschaftlicher Vermunft“ bezeichnet.<sup>5</sup> Nur in engen Ausnahmefällen hat die Rechtsprechung die Berufung auf eine solche Klausel als rechtmisbräuchlich betrachtet. Dies etwa dann, wenn sich dem Verkäufer der Verdacht eines Mangels aufdrängen musste, mit welchem der Käufer seinerseits nicht rechnen musste oder der Verkäufer gegen eine Untersuchungspflicht verstossen hatte.<sup>6</sup>

Das AGB-Recht setzt allerdings seit dem Jahre 2002 Gewährleistungsausschlüssen engere Grenzen, als das vor diesem Zeitpunkt der Fall war. Wenn und soweit auch Formularverträge von Drittanbietern oder auch nur im „copy & paste“-Verfahren übernommene Formulierungen der AGB-Klauselkontrolle der §§ 307 ff BGB unterliegen, sehen sich auch Verbraucher einem strengen Kontrollmaßstab ausgesetzt.

## II. Der rechtliche Rahmen

### 1. Die gesetzliche Gewährleistung: Der Fehlerbegriff

#### a) Objektiver Fehlerbegriff

Nach § 433 Abs. 1 S. 2 BGB ist der Verkäufer zur Lieferung einer mangelfreien Sache verpflichtet. Vorbehaltlich einer vertraglichen Beschaffenheitsvereinbarung gilt für die Sachmangelfreiheit nach § 434 Abs. 1 Nr. 2 BGB der *objektive Fehlerbegriff*. Für die Frage, ob sich die Kaufsache „für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann“, kommt es dabei maßgeblich auf die *objektive Verkehrserwartung* an. Diese orientiert sich am Empfängerhorizont eines Durchschnittskäufers. Welche Beschaffenheit der Käufer im Einzelfall tatsächlich erwartet und wie er auf eine hiervon abweichende Beschaffenheit reagiert, ist hingegen unbeachtlich.<sup>7</sup> So darf der Durchschnittskäufer bei einem zum Gebrauch im Straßenverkehr, d.h. als „fahrbereit“ verkauften Gebrauchtfahrzeug ohne weiteres erwarten, dass dieses zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs betriebsfähig und verkehrssicher ist.<sup>8</sup> Auch die Eigenschaft eines Fahrzeugs als „Unfallfahrzeug“ begründet selbst dann einen Sachmangel, wenn der Unfallschaden fachmännisch repariert wurde, sofern es sich nicht um einen Bagatellschaden handelt.<sup>9</sup> Normaler altersbedingter Verschleiß eines Gebrauchtwagens stellt hingegen keinen Sachmangel dar.<sup>10</sup> Auch darf der Käufer eines Gebrauchtwagens nicht ohne weiteres erwarten, dass sich alle Teile im Originalzustand befinden.<sup>11</sup>

<sup>1</sup> \* Zugleich Anmerkung zu BGH v. 17. 2. 2010 – VIII ZR 67/09 (in diesem Heft S. 326). Der Verfasser ist Inhaber eines Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Ludwig-Maximilians-Universität München und Mitglied des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs.

<sup>2</sup> S. dazu BGH NJW 2007, 674; OLG Hamm DAR 2006, 25; zur (mittelbaren) Geltung auch im kaufmännischen Verkehr s. BGH NJW 2007, 3774.

<sup>3</sup> Drängt man die Privatautonomie zurück, wie dies im Verhältnis Unternehmer/Verbraucher durch das weitgehende Verbot eines Gewährleistungsausschlusses gem. § 475 BGB geschehen ist, reagiert der Markt ebenfalls: Billige Gebrauchtfahrzeuge werden im gewerblichen Kfz-Handel kaum mehr angeboten.

<sup>4</sup> Zur Auslegung dieser Klausel als Gewährleistungsausschluss s. Tiedtke/Burgmann NJW 2005, 1153.

<sup>5</sup> BGH NJW 1966, 1070; 1970, 29, 31.

<sup>6</sup> Vgl. etwa BGH NJW 1979, 1886, 1887.

<sup>7</sup> BGH NJW 2009, 2807 (für BGHZ vorgesehen).

<sup>8</sup> BGHZ 170, 67 = BGH NJW 2007, 759; zugleich zur Abgrenzung zur Haltbarkeitsgarantie.

<sup>9</sup> BGH NJW 2008, 53.

<sup>10</sup> BGH NJW 2006, 434.

<sup>11</sup> BGH NJW 2009, 2807 (für BGHZ vorgesehen).

## b) Subjektiver Fehlerbegriff: Beschaffenheitsvereinbarungen

Vorrangig vor diesem objektiven Fehlerbegriff ist freilich im Rahmen des *subjektiven Fehlerbegriffs* auf vertragliche Beschaffenheitsvereinbarungen abzustellen. Solche geben den Parteien die Möglichkeit, die geschuldete Qualität autonom festzulegen. Freilich muss eine Beschaffenheitsvereinbarung wie jede andere vertragliche Abrede Bestandteil der vertraglichen Einigung sein. Einseitige Beschreibungen sind für eine Beschaffenheitsvereinbarung damit ebenso wenig ausreichend wie einseitige Erwartungen des Käufers, selbst wenn diese für den Verkäufer erkennbar waren. Insbesondere bei positiven Beschreibungen seitens des Verkäufers wird jedoch das erforderliche Einverständnis des Käufers in der Regel konkludent erklärt werden. Die Beweislast für das Vorliegen einer Beschaffenheitsvereinbarung trägt allerdings der Käufer.<sup>12</sup> Beschaffenheitsvereinbarungen können *positiv* (es wird etwa ein Kfz „als unfallfrei“ verkauft), aber auch *negativ* sein (ein Kfz wird „als Unfallfahrzeug“ verkauft). Im Falle einer negativen Beschaffenheitsvereinbarung liegt wegen des Vorrangs des subjektiven Fehlerbegriffs auch dann kein Sachmangel vor, wenn sich die Sache wegen der entsprechenden Eigenschaft nicht zur „gewöhnlichen Verwendung“ i.S.v. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 eignet. Hierbei stellen sich zwei wichtige Abgrenzungsprobleme, deren erstes hauptsächlich im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern von Bedeutung ist: Da das Verbrauchsgüterkaufrecht nach § 475 BGB gewährleistungsbeschränkende Vereinbarungen weitestgehend ausschließt<sup>13</sup>, den Sachmangelbegriff aber nicht tangiert, stellt sich insoweit die Frage der Grenze zwischen einem unzulässigen Gewährleistungsausschluss und einer zulässigen negativen Beschaffenheitsvereinbarung. So kann natürlich auch im Verhältnis Unternehmer/Verbraucher ein Fahrzeug „als Unfallfahrzeug“ verkauft werden mit der Folge, dass die Tatsache eines Unfalls dann schlicht keinen Sachmangel darstellt. Die Gewährleistung ist dann schon tatbestandlich nicht gegeben, so dass kein Verstoß gegen § 475 BGB vorliegen kann. Auch im Verhältnis zwischen Verbrauchern stellt sich aber das Problem der Abgrenzung von Beschaffenheitsvereinbarungen und reinen Wissensmitteilungen ohne vertraglichen Rechtsbindungswillen. Teilt der Verkäufer anlässlich des Vertragsschlusses lediglich seinen Kenntnisstand über bestimmte Umstände mit, ohne in vertragsmäßig bindender Weise die Haftung für die Richtigkeit einer solchen Angabe übernehmen zu wollen, liegt keine Beschaffenheitsangabe vor. So sind etwa die (gerade in Musterverträgen häufige) Angaben „Unfallschäden lt. Vorbesitzer: Nein“ oder „Kilometerstand lt. Tacho: ...“ in der Regel lediglich eine bloße Wissensmitteilung, nicht aber Beschaffenheitsvereinbarungen in Bezug auf die Unfallfreiheit<sup>14</sup> oder auf eine bestimmte Laufleistung des Fahrzeugs. Der Durchschnittskäufer darf in einem solchen Fall angesichts des jeweils erklärten Vorbehalts sowie angesichts der Unwägbarkeiten, die sich auch für den Verkäufer in Bezug auf Vorunfälle und tatsächliche Laufleistung vor seiner Besitzzeit ergeben, aus seinem Empfängerhorizont nicht davon ausgehen, dass Letzterer für solche Angabe vertragsmäßig Gewähr leisten will.<sup>15</sup> Zu betonen ist noch, dass das Vorliegen einer solchen Beschaffenheitsvereinbarung zwar einen Sachmangel begründet, mit der Folge, dass dem Käufer die vom Vertretenmüssen unabhängigen Gewährleistungsrechte der Nacherfüllung (§§ 437 Nr. 1, 439 BGB) sowie Rücktritt oder Minderung (§§ 437 Nr. 2, 323, 326 Abs. 5, 441 BGB), nicht aber ohne weiteres Schadensersatzansprüche zustehen. Liegen weder Vorsatz oder Fahrlässigkeit vor, setzen solche Ansprüche das Vorliegen einer Beschaffenheitsgarantie voraus, die sich noch nicht alleine aus einer Beschaffenheitsvereinbarung ergibt. Ebenso wie die Haftung für das Fehlen einer „zugesicherten Eigenschaft“ nach dem vor 2002 geltenden Kaufrecht (§§ 459 Abs. 2, 463 BGB a.F.) setzt eine Beschaffenheitsgarantie über eine bloße

Beschaffenheitsvereinbarung hinaus voraus, dass der Verkäufer in vertragsmäßig bindender Weise erklärt, für sämtliche Folgen des Fehlens der Beschaffenheit ohne Rücksicht auf Verschulden eintreten zu wollen. Das ist zwar auch konkludent möglich, darf aber keineswegs vorschnell angenommen werden. Bei der Angabe von Laufleistungen von Kfz dürfte das zumindest beim Privatverkauf i.d.R. zu verneinen sein.<sup>16</sup>

## III. Zulässigkeit von gewährleistungsbegrenzenden Vereinbarungen

### 1. Individualvertraglicher Gewährleistungsausschluss – Zulässigkeit und Grenzen

§ 444 BGB lässt sich im Umkehrschluss entnehmen, dass eine vertragliche Begrenzung oder ein vertraglicher Ausschluss der Gewährleistung grundsätzlich möglich ist. Nach § 444 BGB kann sich der Verkäufer hierauf lediglich dann nicht berufen, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen oder soweit er eine Beschaffenheitsgarantie übernommen hat. Abgesehen von den AGB-rechtlichen Grenzen gibt es beim Privatverkauf von gebrauchten Kfz keine weiteren besonderen Grenzen des Gewährleistungsausschlusses. § 475 BGB, der einen solchen Ausschluss nur in Bezug auf Schadensersatzansprüche (§ 475 Abs. 3 BGB) sowie eine Begrenzung der Verjährung auf minimal ein Jahr zulässt (§ 475 Abs. 2 BGB), gilt im Verhältnis zwischen Verbrauchern nicht.

Dies gilt grundsätzlich auch, wenn der Privatverkauf über einen professionellen Kfz-Händler im Wege des sog. „Agenturgeschäfts“ erfolgt. Damit wird die früher aus umsatzsteuerrechtlichen Gründen praktizierte und seit 2002 wegen der Strenge des Verbrauchsgüterkaufrechts wieder klassische Situation bezeichnet, in welcher ein Händler, der z.B. beim Verkauf eines Neuwagens ein Gebrauchtfahrzeug des (privaten) Kunden „in Zahlung“ nimmt, dieses nicht im eigenen Namen, sondern als Stellvertreter im Namen des Kunden an einen Verbraucher weiterverkauft. Da es für die Unternehmer- bzw. Verbrauchereigenschaft (§§ 13, 14 BGB) auf die Vertragsparteien selbst ankommt, ist ein solcher Weiterverkauf ein reines Verbrauchergeschäft mit der Folge, dass die §§ 474 ff. BGB und damit auch § 475 BGB keine Anwendung finden. Das verstößt nach der Rspr. des BGH als solches auch noch nicht gegen das Umgehungsverbot des § 475 Abs. 1 S. 2 BGB. Ein Verstoß gegen dieses liegt erst dann vor, wenn bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise der Unternehmer als der eigentliche Verkäufer des Fahrzeugs anzusehen ist, weil er etwa dem Verkäufer einen Fixpreis oder Mindestpreis garantiert und ihm bis zur Weiterveräußerung des Altwagens den Kaufpreis stundet und damit die wirtschaftlichen Vertragsrisiken trägt.<sup>17</sup> Doch selbst in einem solchen Fall erhält der BGH einen Gewährleistungsausschluss zugunsten des Privatverkäufers aufrecht und gibt dem Käufer Gewährleistungsansprüche gegen den lediglich als Stellvertreter agierenden Händler, macht Letzteren also zur *de facto*-Vertragspartei.<sup>18</sup>

<sup>12</sup> S. dazu zuletzt BGH, Urteil vom 9. 2. 2010 – X ZR 82/07.

<sup>13</sup> Zu den Grenzen im Einzelnen s. etwa MünchKomm/S. Lorenz BGB, 5. Aufl. 2008, § 475 Rdn. 8 ff.

<sup>14</sup> BGH NJW 2008, 1517; BGH, Urteil vom 17. 2. 2010 – VIII ZR 67/09.

<sup>15</sup> Einen Grenzfall stellt insoweit BGHZ 170, 86 = NJW 2007, 1346, dar, wo die Angabe „Kilometerstand: 30000 km“ als Beschaffenheitsvereinbarung in Bezug auf die tatsächliche Laufleistung gewertet wurde. Die Besonderheit bestand im entschiedenen Fall darin, dass der Streckenzähler tatsächlich auf „Meilen“ lautete und die Erklärung keinen Vorbehalt wie etwa „lt. Tacho“ enthielt.

<sup>16</sup> BGHZ 170, 86 Tz. 20 ff.

<sup>17</sup> BGH NJW 2005, 1039; NJW 2006, 1066; NJW 2007, 759.

<sup>18</sup> BGH NJW 2007, 759; zur Kritik hieran s. etwa MünchKomm/S. Lorenz, § 475 Rdn. 36; Looschelders JR 2008, 45; eingehend S. Lorenz FS Westermann (2008) S. 415 ff.

## 2. Konkurrenz von Gewährleistungsausschluss und Beschaffenheitsvereinbarungen

Enthält ein Kaufvertrag sowohl eine Beschaffenheitsvereinbarung als auch einen Gewährleistungsausschluss, stellt sich die Frage des Verhältnisses beider Vereinbarungen zueinander.<sup>19</sup> Nach der Rechtsprechung des BGH ergibt in einem solchen Fall die Auslegung des Gesamtvertrages, dass sich der Gewährleistungsausschluss nicht auf die vereinbarte Beschaffenheit bezieht: Beide Regelungen stünden nämlich aus der Sicht des Käufers „gleichrangig nebeneinander“ und könnten deshalb „nicht in dem Sinne verstanden werden, dass der umfassende Gewährleistungsausschluss die Unverbindlichkeit der Beschaffenheitsvereinbarung zur Folge haben soll“. Sonst sei nämlich die Beschaffenheitsvereinbarung für den Käufer „ohne Sinn und Wert“.<sup>20</sup> Dem ist unter der Prämisse, dass tatsächlich eine Beschaffenheitsvereinbarung vorliegt, zuzustimmen.<sup>21</sup> Es bleibt aber zu bedenken, dass umgekehrt das Vorliegen eines Gewährleistungsausschlusses Einfluss auf die (vorgelagerte) Auslegungsfrage hat, ob der Verkäufer mit der Äußerung über bestimmte Beschaffenheiten nach dem objektiven Empfängerhorizont tatsächlich eine Beschaffenheit i.S. von § 434 Abs. 1 Nr. 1 BGB vereinbaren oder nicht lediglich eine unverbindliche Wissensmitteilung machen wollte. Ergeben sich bei der Auslegung Zweifel, ob es sich bei einer bestimmten Angabe um eine Wissensmitteilung oder eine Beschaffenheitsvereinbarung handelt, so wird das Vorliegen eines umfassenden Gewährleistungsausschlusses meist gegen die Annahme einer Beschaffenheitsvereinbarung sprechen.

So ist die Angabe in BGHZ 170, 86 über den „Kilometerstand“<sup>22</sup> durchaus auslegungsfähig, insbesondere ist daraus sprachlich nicht zwingend eine Beschaffenheitsvereinbarung über die tatsächliche Laufleistung zu folgern. In einer Gesamtschau mit dem erklärten Gewährleistungsausschluss hätte man deshalb im Wege der Auslegung durchaus auch zu dem Ergebnis kommen können, dass es sich um eine reine Wissensmitteilung gehandelt hat. Dass die Mitteilung im konkreten Fall unrichtig war, weil – was der Verkäufer bei seiner Angabe übersehen hatte – der Entfernungszähler auf „Meilen“ und nicht „km“ lautete, hätte im Falle bloßer Fahrlässigkeit allerdings wohl nicht zu einer Haftung aus vorvertraglichem Verschulden (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB) geführt. Eine solche ist nach h.M. in Bezug auf Falschangaben, die Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung sein können, im Konkurrenzwege ausgeschlossen.<sup>23</sup> Das gilt aber nicht im Falle von Vorsatz.<sup>24</sup>

Keinesfalls aber darf aus der Rechtsprechung des BGH geschlossen werden, dass jede Mitteilung eines Privatverkäufers über Beschaffenheiten der Sache ohne weiteres als Beschaffenheitsvereinbarung auszulegen ist. Das gilt umso mehr für Erklärungen des Verkäufers, die unter dem Vorbehalt „soweit bekannt“ stehen, wie das in den gebräuchlichen Musterverträgen üblich ist.

## IV. Gewährleistungsausschluss durch Allgemeine Geschäftsbedingungen

### 1. Anwendungsbereich des AGB-Rechts

#### a) Begriff der AGB

Allgemeine Geschäftsbedingungen werden in § 305 BGB definiert als „für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt“. Dabei kommt es für das Merkmal des „Vorformulierens“ sowie für dasjenige der Absicht mehrmaliger Verwen-

dung nicht auf den Verwender selbst an. Ausreichend ist vielmehr, dass ein Dritter die Vertragsbedingungen mit der Absicht mehrfacher Verwendung durch andere Personen vorformuliert hat. Der Verwender selbst muss die Vertragsbedingungen also weder selbst verfasst noch selbst die Absicht mehrmaliger Verwendung haben.<sup>25</sup> Selbstverständlich muss er auch nicht Unternehmer sein. Auch die Art der „Speicherung“ spielt keine Rolle: Wer also Formulierungen aus einem Musterkaufvertrag übernimmt, indem er sie – und sei es auch nur aus dem Gedächtnis – abschreibt, kann ebenfalls Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen sein.

#### b) Erfordernis des „Stellens“ – der Begriff des „Verwenders“

„Verwender“ von AGB ist nach § 305 ff BGB aber nur derjenige, der die solchermaßen vorformulierten Vertragsbedingungen der anderen Vertragspartei bei Vertragsschluss „stellt“. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB definiert dies negativ, indem dort klargestellt wird, dass AGB nicht vorliegen, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien „im Einzelnen ausgehandelt“ sind. Nur im Verhältnis zwischen Unternehmen und Verbrauchern gilt hier nach § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB eine (unwiderlegliche!) Fiktion des „Stellens“, sofern nicht der Verbraucher die AGB in den Vertrag eingeführt hat. Im Übrigen aber hat die Frage, welche Partei die AGB in den Vertrag eingeführt hat, lediglich Indizfunktion für die Frage, wer sie „gestellt“ hat. So kann eine Partei auch dann „Verwender“ sein, wenn die Gegenseite die AGB zwar in den Vertrag eingeführt hat, dies aber mit Rücksicht auf die gängige Praxis der anderen Seite getan hat.<sup>26</sup> Sind die Vertragsbedingungen wie in den hier interessierenden Fallkonstellationen von einem Dritten vorformuliert, ist maßgebend, ob sich eine der Parteien die Bedingungen als von ihr gestellt zurechnen lassen muss.<sup>27</sup> Auch insoweit gibt es keine gesetzlichen Vermutungen, vielmehr trägt nach allgemeinen Regeln die Beweislast für die Voraussetzungen der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle die Partei, die sich im Prozess auf den Schutz der §§ 305 ff BGB beruft.<sup>28</sup> Bei der Verwendung von Musterverträgen durch Verbraucher ist es daher nicht einfach, zu beantworten, wer die vorformulierten Bedingungen „stellt“.

Der BGH hatte sich jüngst mit genau dieser Problematik zu befassen und dabei festgehalten, dass jedenfalls dann kein einseitiges „Stellen“ von Vertragsbedingungen vorliegt, wenn sich rechtsunkundige Parteien einvernehmlich auf die Verwendung eines bestimmten Vertragsmusters einigen.<sup>29</sup> Ein „Stellen“ ist nämlich zu verneinen, wenn die andere Vertragspartei selbst die ernsthafte Möglichkeit hatte, entweder die inhaltliche Gestaltung des Formulartextes oder die Auswahl des Vertragstextes als solchen zu beeinflussen. Zutreffend wendet sich der BGH auch gegen die Ansicht, dass in einem solchen Fall der einverständlichen Benutzung eines Musters eines Drittanbieters eine AGB-Kontrolle jeweils zugunsten der

<sup>19</sup> Im Falle einer Beschaffenheitsgarantie ergibt sich die Unwirksamkeit des Gewährleistungsausschlusses bereits aus § 444 BGB.

<sup>20</sup> BGHZ 170, 86 Tz. 31.

<sup>21</sup> A.A. Emmert NJW 2006, 1765; kritisch auch Gutzeit NJW 2007, 1350, 1351.

<sup>22</sup> Oben Fn. 15.

<sup>23</sup> Im Einzelnen str., s. dazu Medicus/Lorenz, Schuldrecht II (Besonderer Teil), 15. Aufl. 2010, Rdn. 272 m.w.N. auch zur Gegenansicht; aus der Rspr. vgl. OLG Düsseldorf ZGS 2004, 271; OLG Hamm NJW-RR 2003, 1360; OLG Köln NJW 2005, 1666.

<sup>24</sup> BGH NJW 2009, 2120.

<sup>25</sup> Ganz unstr., vgl. nur BGH NJW 2000, 2988 m.w.N.; zuletzt BGH v. 17. 2. 2010 – VIII ZR 67/09 (in diesem Heft S. 326).

<sup>26</sup> BGH NJW-RR 2006, 740.

<sup>27</sup> BGHZ 126, 326, 332; zuletzt BGH VIII ZR 67/09 v. 17. 2. 2010 (in diesem Heft S. 326) Tz. 10.

<sup>28</sup> BGHZ 118, 229, 238; 130, 50, 58; zuletzt BGH VIII ZR 67/09 v. 17. 2. 2010 Tz. 11.

<sup>29</sup> BGH VIII ZR 67/09 v. 17. 2. 2010 (in diesem Heft S. 326).

durch eine Klausel gegenüber dem dispositiven Gesetzesrecht benachteiligten Partei stattzufinden habe, also *beide Parteien* als „Verwender“ zu gelten hätten. Das lässt sich nicht nur durch das (zutreffende) Wortlautargument begründen, dass § 307 BGB die Inhaltskontrolle nur gegenüber dem Vertragspartner des Verwenders, nicht aber gegenüber dem Verwender selbst eröffnet. Denn es wäre in der Tat noch vorstellbar, die „Verwenderrolle“ jeweils einseitig nach der begünstigenden Klausel zu verteilen. Entscheidend ist vielmehr, dass es am inneren Grund der Inhaltskontrolle fehlt: Diese stellt einen Ausgleich dafür dar, dass die (theoretische) Grundidee der Vertragsgerechtigkeit, dass nämlich ein Vertrag schlicht deshalb gerecht ist, weil er das Ergebnis einer freien Willenseinigung ist, durch das *einseitige* Stellen der Vertragsbedingungen ihrer Grundlage beraubt ist. Das ist bei einem gemeinschaftlichen Entschluss über die Verwendung eines bestimmten Vertragsmusters gerade nicht der Fall. Das gilt insbesondere dann, wenn das Muster nicht von einem Interessenverband stammt, der typischerweise die Interessen einer Vertragspartei vertritt, sondern von einer gleichsam „neutralen“ Instanz wie etwa einer Kfz-Versicherung oder einem Automobilclub.

Damit kann der Privatverwender eines solchen Vertragsmusters in zweierlei Weise der AGB-Inhaltskontrolle entgehen: Entweder er schlägt lediglich vor, ein bestimmtes Drittanbieter-Formular zu verwenden oder aber er stellt einzelne Klauseln des Formulartextes im Rahmen der Vertragsverhandlungen inhaltlich ernsthaft zur Disposition. Geschieht dies nicht, hat er sich der Inhaltskontrolle auch dann zu stellen, wenn im konkreten Fall kein formales Verhandlungsgleichgewicht zwischen den Parteien bestand. Eine solche verlangt die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle wegen ihres insoweit typisierenden Charakters gerade nicht.<sup>30</sup>

### c) „Fallen“ bei der Inhaltskontrolle

Die größte Gefahr für den Verwender von AGB (nicht nur) beim Kfz-Verkauf im Rahmen der Inhaltskontrolle besteht seit der Schuldrechtsreform des Jahres 2002 in Gestalt von § 309 Nr. 7 a und b BGB. Danach ist jede Begrenzung der Haftung für Schäden aus der Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit unwirksam (Nr. 7 a). Für sonstige Schäden ist ein Haftungsausschluss nur für einfache Fahrlässigkeit möglich (Nr. 7 b). Eine Klausel, welche die Gewährleistung insgesamt ausschließt oder auch nur in zeitlicher oder sachlicher Hinsicht begrenzt, ergreift auch (beim Kfz-Kauf durchaus denkbare) Mangelfolgeschäden an den genannten Rechtsgütern. Das führt dann wegen des grundsätzlichen Verbots der sog. „geltungserhaltenden Reduktion“ zur *Gesamtunwirksamkeit* des Gewährleistungsausschlusses auch für den Bereich, in welchem er an sich wirksam gewesen wäre.<sup>31</sup> Im Übrigen bleibt der Vertrag aber wirksam (§ 306 Abs. 1 BGB), anstelle der Klausel gilt das dispositive Gesetzesrecht (§ 306 Abs. 2 BGB), d.h. die volle gesetzliche Gewährleistungspflicht des Verkäufers. Dieser haftet dann für Sachmängel, auch wenn es gar nicht zu Schäden an den in § 309 Nr. 7 a BGB beschriebenen Rechtsgütern gekommen bzw. kein Fall grober Fahrlässigkeit vorlag. Das wurde bis in die jüngste Zeit hinein selbst im unternehmerischen Rechtsverkehr missachtet, was umso erstaunlicher ist, als in der Literatur bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes auf diesen Umstand hingewiesen wurde.<sup>32</sup> Ein Gewährleistungsausschluss beim Privatverkauf von Kfz hält also einer AGB-Kontrolle nur dann Stand, wenn dort die Haftung für Schäden an Leben, Körper und Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verkäufers oder einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung seines gesetzlichen Vertreters oder seines Erfüllungsgehilfen beruhen sowie allgemein die Haftung für grobe Fahrlässigkeit des Verkäufers sowie grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz von gesetzlichen Vertretern und Erfüllungsgehilfen ausdrücklich und transparent vorbehalten bleiben.

Im Übrigen stehen dem vollständigen Ausschluss der Gewährleistung beim Privatverkauf *gebrauchter* Kfz keine AGB-rechtlichen Hindernisse entgegen. Insbesondere ist § 309 Nr. 8b BGB nicht anwendbar, weil diese Vorschrift einen vollständigen Gewährleistungsausschluss nur bei *neu hergestellten* Sachen verbietet. Unter Verbrauchern verbleibt es also – sieht man von der „AGB-Falle“ ab – bei dem, was die Rechtsprechung vor Inkrafttreten der Schuldrechtsreform als „Gebot wirtschaftlicher Vernunft“ bezeichnet hat: Der vollständige Gewährleistungsausschluss ist individualvertraglich uneingeschränkt, in AGB nur mit der geschilderten Einschränkung der § 309 Nr. 7 a und b BGB möglich.

### d) Einschränkung der Inhaltskontrolle unter Verbrauchern?

Die kompliziert formulierten Einschränkungen der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle und insbesondere das (so nirgends kodifizierte) Verbot geltungserhaltender Reduktion sind – wie die Rechtsprechung beweist – bereits für unternehmerische AGB-Verwender offenbar nicht immer evident. Einem arglosen, juristisch nicht geschulten Verbraucher wird man umso weniger zumuten können, diese Fallstricke des AGB-Rechts zu kennen. Verwendet er ein (meist gegen Entgelt erworbenes) Formular eines Drittanbieters, vertraut er auf die Beständigkeit des so geschlossenen Vertrages und insbesondere auf die Wirksamkeit des für den Verkäufer beim Privatverkauf von gebrauchten Kfz so wichtigen – und vernünftigen – Gewährleistungsausschlusses. Es ist deshalb der Gedanke aufgekommen, unabhängig von der Frage der AGB-rechtlichen Verwendereigenschaft des Verkäufers auf dem Markt erhältliche Musterverträge von der AGB-Kontrolle auszunehmen, weil diese nicht selten inhaltlich dem übereinstimmenden Willen beider Seiten entsprechen, so dass es nicht sinnvoll sei, einer Partei die Verantwortung für deren Inhalt zuzuweisen.<sup>33</sup> Dem hat der BGH mit dem Argument widersprochen, die Prüfung der Verwendereigenschaft werde damit entgegen der gesetzlichen Regelung bereits von einer inhaltlichen Angemessenheit abhängig gemacht. Dem ist über das zutreffende Argument hinaus, dass das Gesetz für den Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen keine Inhaltskontrolle vorsieht, auch wertungsmäßig zuzustimmen. Eine pauschale Befreiung von Musterverträgen von der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle verbietet sich schon deshalb, weil nicht bei jedem Mustervertrag *a priori* davon ausgegangen werden kann, dass er stets und in allen Bereichen eine kompromisshafte, beiden Teilen gerecht werdende Regelung enthält. Man denke insoweit nur an die durchaus divergierenden Musterverträge für die Wohnungsmiete von Mieterverbänden einerseits und von Vermieterverbänden andererseits. Eine inhaltliche Prüfung im Einzelfall würde hingegen die Inhaltskontrolle nur vorverlagern oder gar abmildern, wozu keine Veranlassung besteht. Der Weg des BGH über die Verwendereigenschaft ist daher sowohl dogmatisch wie auch rechtspolitisch der einzig gangbare. Der Privatverkäufer, der einseitig einen Mustervertrag stellt, bleibt damit AGB-rechtlich im Verhältnis zum Käufer für dessen Inhalt verantwortlich. Er trägt selbst das Risiko der Unwirksamkeit einzelner Klauseln.

### 2. Haftung des Mustervertragsanbieters

Das kann dazu führen, dass ein auf die Wirksamkeit des Mustervertrages vertrauender privater Kfz-Verkäufer infolge der Unwirksamkeit eines Gewährleistungsausschlusses einen

<sup>30</sup> So zutr. BGH VIII ZR 67/09 v. 17. 2. 2010 (in diesem Heft S. 326) Tz. 12.

<sup>31</sup> S. nur BGH NJW 2007, 674 Tz. 21.

<sup>32</sup> S. bereits Leenen JZ 2001, 552, 558; ders. DStR 2002, 34, 41.

<sup>33</sup> So Lapp in *jursPK-BGB*, 4. Aufl. 2008, § 305 BGB Rdn. 23; Ulmer in: *Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht*, 10. Aufl. 2006, § 305 Rdn. 29.

Schaden in Gestalt der Gewährleistungsaufwendungen erleidet. Dann kommt ein Schadensersatzanspruch gegen denjenigen in Betracht, von dem der Kfz-Verkäufer den Mustervertrag bezogen hat.

#### a) Vertragliche Haftung

Hat der Kfz-Verkäufer den Mustervertrag käuflich erworben<sup>34</sup>, so stellt eine unwirksame Gewährleistungsausschlussklausel einen Sachmangel des Vertragsmusters i.S.v. § 434 BGB dar. Der Kfz-Verkäufer kann dann Ersatz seiner Gewährleistungsaufwendungen verlangen. Dabei handelt es sich um einen (einfachen) Schadensersatz neben der Leistung (Mangelfolgeschaden), der unmittelbar nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB ersetzbar ist, also insbesondere keiner vorgängigen Fristsetzung bedarf. Der Anspruch hängt freilich vom Vertretenmüssen des Mustervertragsverkäufers ab. Dieses wird zwar nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet, jedoch kann der Nichtfachmann als Verkäufer (also etwa ein Schreibwarenhändler) diesen Nachweis i.d.R. unschwer führen, da ihm sicher keine juristische Prüfungspflicht in Bezug auf die inhaltliche Richtigkeit des Vertragsformulars obliegt. Lediglich in Ausnahmefällen (z.B. Verkauf vollkommen veralteter Vertragsmuster) wird man hier eine Prüfungspflicht (etwa in Bezug auf vorhandene Neuauflagen) und damit Vertretenmüssen bejahen können. Ist der Verkäufer hingegen zugleich der Hersteller des Vertragsmusters, so wird die Vermutung des Vertretenmüssens bei Klauseln, deren Unwirksamkeit dem Fachmann bekannt sein muss, nur dann nicht zu widerlegen sein, wenn das Vertragsmuster zur Zeit des Erwerbs (und nicht lediglich zum Zeitpunkt der Herstellung) dem Stand der Rechtsprechung entsprach. Wird der Mustervertrag im Rahmen einer anderen vertraglichen Beziehung (etwa im Rahmen eines Versicherungsvertrages oder einer Verbandszugehörigkeit) erworben, so stützt sich die Haftung unter im Übrigen gleichen Voraussetzungen auf §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB, d.h. eine Schutzpflichtverletzung aus dem jeweiligen Vertragsverhältnis.

#### b) Außervertragliche Haftung

Außerhalb einer solchen Sonderrechtsbeziehung kommt eine Haftung des Autors bzw. Herausgebers des Vertragsformulars nur im Ausnahmefall des § 826 BGB (vorsätzliche sittenwidrige Schädigung) in Betracht. Dabei ist zu beachten, dass die Rechtsprechung in den – freilich nicht vollständig vergleichbaren – Fällen der sog. „Expertenhaftung“ (Dritthaftung von Sachverständigen wie z.B. Wirtschaftsprüfern) bereits „grobe Leichtfertigkeit“ dem Vorsatz gleichstellt. Der Sittenwidrigkeitsvorwurf ergibt sich daraus, dass der Herausgeber/Autor weiß bzw. wissen muss, dass Dritte auf die juristische Bestandskraft des Vertragsmusters vertrauen.

Abgesehen von solchen wohl kaum realistischen Extremfällen kommen aber außerhalb einer vertraglichen Beziehung eine Haftung des Autors/Herausgebers des Vertragsmusters für bloße Fahrlässigkeit oder gar eine verschuldensunabhängige Garantiehaftung nicht in Betracht: Ein durch § 823 Abs. 1 BGB geschütztes Rechtsgut ist nicht verletzt, es liegt lediglich ein nach § 823 Abs. 1 BGB nicht ersetzbarer *primärer Vermögensschaden* vor. Auch das Produkthaftungsrecht bietet keinen Ansatzpunkt, weil § 1 Abs. 1 ProdHaftG ebenfalls keine Schadensersatzansprüche für primäre Vermögensschäden gewährt, sondern die Verletzung von Körper, Gesundheit oder eine Sachbeschädigung voraussetzt. Auch die auf dem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte basierende allgemeine Expertenhaftung<sup>35</sup> bietet keine geeignete Haftungsgrundlage.

#### c) Haftungsausfüllung

Der Inhalt eines solchen Schadensersatzanspruches bestimmt sich nach § 249 Abs. 1 BGB. Er hängt damit von der Art und Weise ab, in welcher der Kfz-Verkäufer auf Gewährleistung in Anspruch genommen wurde. Ist er auf Nacherfüllung (§§ 437 Nr. 1, 439 BGB) in Anspruch genommen worden, kann er im Wege des Schadensersatzes Ersatz seiner Nacherfüllungsaufwendungen verlangen. Im Falle von Minderung (§ 437 Nr. 2, 441 BGB) oder Schadensersatz (§§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3 bzw. § 311a Abs.2 BGB) den Minderungsbetrag bzw. den geleisteten Schadensersatz. Im Falle des Rücktritts (§§ 437 Nr. 2, 323 bzw. § 326 Abs. 5 BGB) kann er vom Formularverkäufer Zahlung des gesamten Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Übereignung des verkauften Kfz verlangen. Es kann also zu einer Art „Zwangskauf“ auf schadensersatzrechtlichem Wege kommen.

### V. Ergebnis

1. Der Gewährleistungsausschluss mit der gebräuchlichen Formel „gekauft wie besichtigt unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung“ ist beim Privatverkauf gebrauchter Kfz weiterhin grundsätzlich möglich.
2. Er ist unwirksam, sofern der Verkäufer einen Mangel des Fahrzeugs arglistig verschwiegen hat oder eine Garantie übernommen hat (§ 444 BGB).
3. Haben die Parteien eine bestimmte Beschaffenheit als Soll-Beschaffenheit im Rahmen des subjektiven Fehlerbegriffs des § 434 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 vereinbart, so bezieht sich der Gewährleistungsausschluss nicht auf einen hierauf gegründeten Sachmangel.
4. Letzteres gilt nicht für bloße Wissensmitteilungen des Verkäufers, die nicht in einer (vertraglichen) Beschaffenheitsvereinbarung Ausdruck gefunden haben.
5. Ist im Rahmen der insoweit erforderlichen Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zweifelhaft, ob es sich bei einer Angabe um eine bloße Wissensmitteilung oder um eine Beschaffenheitsvereinbarung handelt, spricht das Vorliegen eines Gewährleistungsausschlusses gegen die Annahme einer Beschaffenheitsvereinbarung.
6. Bedient sich ein privater Kfz-Verkäufer eines Mustervertrages eines Drittanbieters, so „stellt“ er allgemeine Geschäftsbedingungen und unterliegt damit der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle, sofern nicht die Benutzung des Vertragsmusters auf einen einverständlichen Entschluss beider Vertragsschließender zurückgeht. Schlägt er selbst die Benutzung des Musters vor, liegt ein einverständlicher Entschluss vor, wenn er diesen Vorschlag ernsthaft zur Disposition stellt.
7. Ist ein in einem Mustervertrag formulierter Gewährleistungsausschluss unwirksam, kann der auf Gewährleistung in Anspruch genommene Verkäufer den Ersteller des Vertragsmusters bereits im Falle bloßer Fahrlässigkeit auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, wenn der Erwerb im Rahmen einer Vertragsbeziehung erfolgte. Außerhalb einer solchen Vertragsbeziehung kommt eine Haftung nur im (seltenen) Fall von Vorsatz in Betracht.

<sup>34</sup> Zur Qualifikation eines solchen Vertrages als Kaufvertrag (und nicht etwa als Beratungsvertrag) s. BGH NJW 1973, 843.

<sup>35</sup> Aus der Rspr. s. etwa BGH NJW 2009, 512 m.w.N.