

# Examensrepetitorium Zivilrecht

Heinrich

4. Auflage 2022  
ISBN 978-3-406-77315-0  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

### Rückgewähranspruch des Käufers nach § 346 Abs. 1 BGB wegen Mangelhaftigkeit der Kaufsache (§ 437 Nr. 2 BGB) (Fortsetzung)

#### 3. Mangelhaftigkeit

Der Verkäufer hat dem Käufer nach § 433 Abs. 1 S. 2 BGB den Kaufgegenstand frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Dabei handelt es sich um eine Hauptleistungspflicht; die Lieferung einer mangelhaften Sache bildet keine ordnungsgemäße Erfüllung. Die Mangelhaftigkeit kann sich aufgrund eines Sach- (§ 434 BGB) oder eines Rechtsmangels (§ 435 BGB) ergeben.

#### 4. Bei Gefahrübergang

Gemäß § 434 Abs. 1 S. 1 BGB (§ 434 Abs. 1 BGB nF) ist eine Sache mangelhaft, wenn ihr bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit fehlt. Gefahrübergang meint die Übergabe (§ 446 S. 1 BGB), beim Versandkauf die Auslieferung an die Transportperson (§ 447 Abs. 1 BGB), spätestens die Ablieferung (§ 438 Abs. 2 BGB). Bei Annahmeverzug des Käufers kommt es ebenfalls zum Gefahrübergang, § 446 S. 3 BGB.

#### 5. Erheblichkeit des Mangels

Der Rücktritt ist nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ausgeschlossen, wenn sich die Pflichtverletzung als unerheblich erweist. Erforderlich ist eine umfassende Interessenabwägung, bei der insbesondere der für eine Mängelbeseitigung erforderliche Aufwand zu berücksichtigen ist.

#### 6. Nachfristsetzung

§ 323 Abs. 1 BGB gibt dem Käufer auf, dem Verkäufer eine angemessene Frist zur Nacherfüllung zu setzen. Dabei handelt es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung mit einer eindeutigen Aufforderung zur Leistung. Die Fristsetzung ist angemessen, wenn dem Schuldner eine letzte Möglichkeit gewährt wird, eine (bereits begonnene) Erfüllung noch zu beenden. Entbehrlich ist die Fristsetzung in den Fällen des § 323 Abs. 2 BGB und bei § 326 Abs. 5, § 440 BGB.

#### 7. Kein Ausschluss

Der Rücktritt kann aus vielfältigen Gründen ausgeschlossen sein, so zB nach § 323 Abs. 6 BGB bei Verantwortlichkeit des Gläubigers und Unmöglichwerden im Annahmeverzug. § 442 BGB schließt den Rücktritt bei Kenntnis des Käufers aus, § 377 Abs. 2 HGB bei unterlassener Mangelanzeige bei einem beiderseitigen Handelsgeschäft. Den vertraglichen Haftungsausschluss regeln §§ 444, 476 BGB.

#### 8. Keine Verjährung

Das Rücktrittsrecht unterliegt als Gestaltungsrecht nicht der Verjährung, weil sich § 194 Abs. 1 BGB nur auf Ansprüche bezieht. Nach §§ 218 Abs. 1, 438 Abs. 4 S. 1 BGB ist ein Rücktritt aber unwirksam, wenn der Anspruch auf die Hauptleistung (§ 433 Abs. 1 BGB) oder auf Nacherfüllung (§ 439 BGB) verjährt ist.

Auf Ansprüche gemäß §§ 346ff. BGB aufgrund eines wirksam erfolgten Rücktritts findet § 218 BGB keine Anwendung. Für den Rückgewähranspruch gilt die allgemeine Regelung in § 195 BGB, also eine Verjährungsfrist von drei Jahren (hM, Palandt/Ellenberger, § 218 Rn. 7; PWW/Deppenkemper, § 218 Rn. 1).

Für den Zahlungsanspruch ist zunächst zu klären, ob die nicht funktionierende Software (600 EUR) einen Rücktritt rechtfertigt, und sodann, ob sich ein solcher Rücktritt auch auf die mangelfreie Hardware (3.000 EUR) bezieht.

**1. Rücktrittserklärung**

W hat sich auf seine Mängelrechte berufen und Rückzahlung begehrt. Das ist nach §§ 133, 157 BGB als Rücktrittserklärung iSd § 349 BGB auszulegen. Eine laienhafte Fehl- oder Nichtbezeichnung schadet nicht. Im Zusammenhang mit der Kaufpreisrückforderung ist aus der Sicht eines objektiven Dritten zu erkennen, dass W nicht weiter am Vertrag festhalten möchte.

**2. Kaufvertrag**

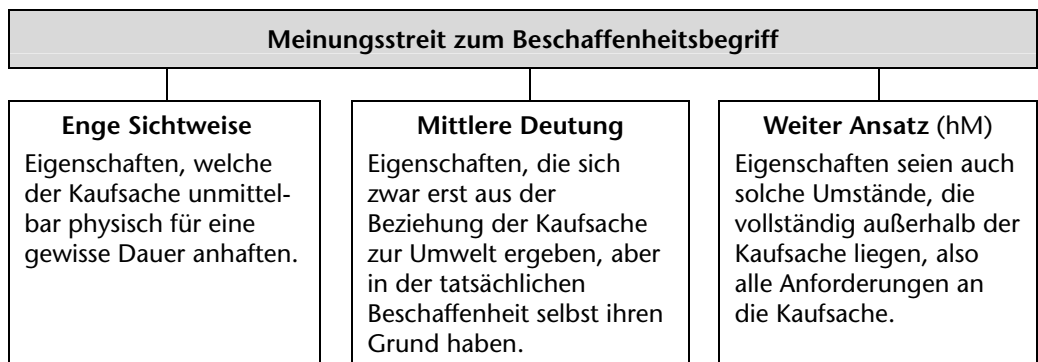
W kauft von B die Software zum Preis von 600 EUR. Software ist ein sonstiger Gegenstand iSd § 453 Abs. 1 BGB, der die Vorschriften über den Kauf von Sachen (§ 433 BGB) für entsprechend anwendbar erklärt. Zwar ist bei einem Softwarevertrag auch ein Werkvertrag denkbar, bei einer dauerhaften und endgültigen Überlassung von Standardsoftware handelt es sich aber um einen Kaufvertrag.<sup>21</sup> W und B haben gemäß §§ 453, 433 BGB einen Kaufvertrag über die Software geschlossen.

**3. Mangelhaftigkeit**

Weiter wird vorausgesetzt, dass der Kaufgegenstand mangelhaft iSd § 434 BGB ist.<sup>22</sup> Ein Sachmangel kann sich aufgrund einer Beschaffenheitsabweichung (§ 434 Abs. 1 BGB), einem Montagefehler (§ 434 Abs. 2 BGB) oder einer Falsch- bzw. Zuweniglieferrung (§ 434 Abs. 3 BGB) ergeben.<sup>23</sup>

Gemäß § 434 Abs. 1 S. 1 BGB (§ 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB nF) ist eine Sache mangelhaft, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit nicht hat. Unabhängig von der streitigen Bestimmung des Beschaffenheitsbegriffs<sup>24</sup>

Dreistufige Prüfung  
**§ 434 Abs. 1 BGB**  
 1. Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit, § 434 Abs. 1 S. 1 BGB  
 2. Nichteignung für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung, § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB  
 3. Nichteignung zur gewöhnlichen Verwendung oder Fehlen einer üblichen Beschaffenheit, § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB



stellt die ordnungsgemäße Funktion der Software jedenfalls eine Beschaffenheit dar. Vereinbart ist eine Beschaffenheit, wenn sie ausdrücklich oder konkludent Vertragsinhalt wurde. Dazu genügt es, wenn in einem Prospekt bzw. Verkaufsgespräch eine bestimmte Beschaffenheit genannt oder eine Probe bzw. ein Muster vorgelegt wurde

21 MüKoBGB/Westermann, Vor § 433 Rn. 19; Palandt/Weidenkaff, § 433 Rn. 9.  
 22 § 434 BGB wird mit dem „Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags“ vom 25. Juni 2021 (BGBl. I 2133) neu gefasst. Die vom Gesetzgeber geplante Konkretisierung des Sachmangelbegriffs tritt zum 1. Januar 2022 in Kraft und gilt für ab diesem Zeitpunkt geschlossene Verträge. Siehe auch Gesetzesbegründung (BT-Drs. 19/27424) und Ausschussempfehlung des Bundesrates (BR-Drs. 146/1/21).  
 23 Vgl. Fall 1, S. 18 und Fall 5, S. 118.  
 24 PWW/Wagner, § 434 Rn. 12 ff.; Schmidt, BB 2005, 2763f.; MüKoBGB/Westermann, § 434 Rn. 9 ff.; Erman/Grunewald, § 434 Rn. 2 ff.; BGH NJW 2020, 1287, 1290.

und sich der Käufer vor diesem Hintergrund zum Vertragsschluss entschlossen hat.<sup>25</sup> Bei einer auf die Bedürfnisse des W abgestimmten Software ist davon auszugehen, dass die Erklärungen des Verkäufers Inhalt des Vertrages geworden sind.

Die funktionsgestörte Software bildet einen Mangel iSd § 434 Abs. 1 S. 1 BGB (§ 434 Abs. 1 BGB nF).<sup>26</sup>

#### 4. Bei Gefahrübergang

Der Mangel muss im Zeitpunkt des Gefahrübergangs gegeben sein, § 434 Abs. 1 S. 1 BGB (§ 434 Abs. 1 BGB nF). Eine Fehlfunktion tritt nicht erst nachträglich auf, sie haftet der Software von Beginn an. Somit war sie auch schon bei Gefahrübergang (Übergabe der Sache § 446 BGB) vorhanden, auch wenn sie erst später in Erscheinung getreten ist.

#### 5. Erheblichkeit des Mangels

Hat der Verkäufer die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, kann der Käufer nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB wegen einer unerheblichen Pflichtverletzung nicht vom Vertrag zurücktreten. Bei der Bestimmung der Unerheblichkeit ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten und bedarf es einer umfassenden Interessenabwägung, bei der insbesondere der für eine Mängelbeseitigung erforderliche Aufwand zu berücksichtigen ist.<sup>27</sup>

Der Mangel, der W zum Rücktritt berechtigt, ist eine wesentliche Fehlfunktion, mithin kein unerheblicher Mangel. Der Rücktritt ist nicht gemäß § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ausgeschlossen.

#### 6. Nachfristsetzung

W müsste gemäß § 323 Abs. 1 BGB eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt haben.<sup>28</sup>

Möglicherweise ist die Fristsetzung nach § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich, wenn B sich endgültig und ernsthaft weigert zu leisten. B hat hier die Rückzahlung der 3.600 EUR verweigert. Damit hat er gleichfalls zum Ausdruck gebracht, dass aus seiner Sicht die Lage der Dinge unverändert bleiben soll. Darüber hinaus spricht die AGB-Klausel, die eine von ihm aufgestellte Vertragsbedingung ist, dafür, dass er nicht mehr (nach)leisten will. B verweigert somit die Leistung endgültig.

Eine Fristsetzung ist daher gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich.

#### 7. Kein Ausschluss

Möglicherweise könnte die Gewährleistung für Mängel durch die Geschäftsbedingungen des B ausgeschlossen sein. Sie sehen vor, dass Mängel dem Käufer lediglich das Recht geben, innerhalb von sechs Monaten schriftlich Nacherfüllung zu fordern. Fraglich ist, ob diese Regelung Vertragsbestandteil geworden ist (dazu

25 Palandt/*Weidenkaff*, § 434 Rn. 17; BRHP/*Faust*, § 434 Rn. 46; Erman/*Grunewald*, § 434 Rn. 15.

26 Mit dem Inkrafttreten des „Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags“ vom 25. Juni 2021 (BGBl. I 2133) gelten für ab dem 1. Januar 2022 geschlossene Verbrauchsgüterkaufverträge über Waren mit digitalen Elementen §§ 475b, 475c BGB nF ergänzend.

27 BRHP/*Schmidt*, § 323 Rn. 47 ff.; MüKoBGB/*Ernst*, § 323 Rn. 246 ff.; vgl. auch BGH NJW 2020, 1287, 1291 f.

28 Mit dem Inkrafttreten des „Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags“ vom 25. Juni 2021 (BGBl. I 2133) gilt für ab dem 1. Januar 2022 geschlossene Verbrauchsgüterkaufverträge über Waren mit digitalen Elementen § 475d BGB nF ergänzend.

unter a) und einer Prüfung anhand der §§ 474ff. bzw. §§ 305 ff. BGB<sup>29</sup> standhält (dazu unter b)).

<b>Prüfung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, §§ 305 ff. BGB</b>	
<p>Bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen werden aus Rationalisierungsgründen vom Verwender die Vertragsbedingungen unter Ausnutzung der Gestaltungsfreiheit (vgl. § 307 Abs. 3 BGB) einseitig vorformuliert. Dies beinhaltet die Gefahr einer unangemessenen Risikoverteilung auf den Kunden. Da für den Kunden im Massenverkehr typischerweise keine Möglichkeit besteht, die Bedingungen gleichberechtigt und individuell auszuhandeln, bedarf es einer Inhaltskontrolle.</p>	
	<p><b>1. Allgemeine Geschäftsbedingungen, § 305 Abs. 1 BGB</b></p> <p>AGB sind nach § 305 Abs. 1 BGB einseitig vom Verwender gestellte und für eine Vielzahl von Verwendungen vorformulierte Vertragsbedingungen.</p> <p><b>a) Vertragsbedingungen</b> sind sämtliche vom Verwender vorgelegte Erklärungen, welche den Inhalt eines Vertrages regeln sollen. Die Rechtsnatur des Vertrages ist ebenso unerheblich wie der Inhalt. Erfasst werden also auch Prozessverträge (BGH NJW 2002, 138) und Klauseln, die sich auf den Abschluss eines Vertrages beziehen (OLG Düsseldorf NJW 2005, 1515). Keine Vertragsbedingungen sind bloße Informationen oder unverbindliche Hinweise ohne rechtlichen Gehalt.</p> <p><b>b) Vorformuliert</b> sind die Bestimmungen, wenn sie zeitlich vor dem Vertragsabschluss fertig vorliegen, um in künftige Verträge einbezogen zu werden. Ausreichend sind gedankliche Vorformulierungen (BGH NJW 2001, 2635; NJW 1999, 2180). Auf Schriftform oder auf eine stets gleichlautende Formulierung kommt es nicht an. Ausreichend ist die Identität des materiellen Regelungsgehalts (BGH NJW 2000, 1110; OLG Dresden BB 1999, 228).</p> <p><b>c) Für eine Vielzahl von Verträgen</b> vorformuliert sind die Bedingungen, wenn sie für mindestens drei Verträge vorgesehen sind (BGH NJW 2002, 138); bei Verbraucherverträgen genügt nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB die einmalige Verwendung.</p> <p><b>d) Vom Verwender gestellt</b> sind die Bedingungen, wenn dieser oder eine Hilfsperson die Einbeziehung verlangt. Bei Verbraucherverträgen wird dies nach § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB fingiert, sofern die Bestimmungen nicht durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt werden.</p>
	<p><b>2. Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich, § 310 BGB</b></p> <p><b>a) § 310 Abs. 1, 2 BGB</b> begrenzen den persönlichen Anwendungsbereich. So beschränkt § 310 Abs. 1 S. 1 BGB die Anwendung der §§ 305 ff. BGB bei Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden, wobei auch Verträge zur Vorbereitung oder Abwicklung einer unternehmerischen Tätigkeit erfasst sind (BGH NJW 2005, 1273).</p> <p><b>b) § 310 Abs. 4 S. 1 BGB</b> normiert hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereichs Ausnahmen für das Erb-, Familien- und Gesellschaftsrecht. Das Kollektiv- und Individualarbeitsrecht findet in § 310 Abs. 4 S. 2, 3 BGB eine sachliche Regelung.</p>
	<p><b>3. Einbeziehung in den Vertrag, § 305 Abs. 2 BGB</b></p> <p>§ 305 Abs. 2 BGB schreibt für die Einbeziehung der AGB in den Vertrag kumulativ drei Voraussetzungen vor:</p>

<sup>29</sup> Zur AGB-Prüfung, insbesondere zu den §§ 306, 307 BGB siehe Fall 11, S. 275 f. Vgl. auch v. Westphalen, NJW 2010, 2254 ff.; Schwab, JuS 2014, 69; ausführlich Heinrich, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 428 ff.

**Prüfung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, §§ 305 ff. BGB (Fortsetzung)**

a) Zunächst bedarf es nach Nr. 1 eines **ausdrücklichen Einbeziehungshinweises** bei Vertragsschluss, nicht danach. Eine nachträgliche Übersendung von Rechnung oder Lieferschein genügt als einseitige Erklärung nicht; zur Einbeziehung bedarf es in diesem Fall einer gesonderten Einverständniserklärung.

Der Einbeziehungshinweis hat derart klar und lesbar zu sein, dass er von einem Durchschnittskunden auch bei flüchtiger Betrachtung nicht zu übersehen ist (Palandt/*Grüneberg*, § 305 Rn. 27). Der Abdruck auf der Rückseite genügt nur, wenn sich auf der Vorderseite ein deutlicher Verweis findet (BGH NJW 1987, 2432). Ist ein ausführlicher Hinweis nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich, genügt ein **deutlich sichtbarer Aushang** bei Vertragsschluss an dessen Ort. Die Regelung bezieht sich auf die typischen konkludent geschlossenen Massengeschäfte.

b) Weiterhin muss nach Nr. 2 die **Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme** bestehen. Auf eine tatsächliche Kenntnisnahme kommt es nicht an (BGH NJW 2002, 372). Mithin genügt das Aushändigen der AGB (BGH NJW 2006, 1587). Zumutbar müssen die Art und Weise der Kenntnisnahme sowie die Lesbarkeit und Gestaltung sein. Wird vom Kunden eine eigene Mitwirkung verlangt (Zusendung auf Wunsch), genügt dies dem Zumutbarkeitserfordernis nicht (BGH MDR 1999, 1061; BRHP/*Becker*, § 305 Rn. 58; MüKoBGB/*Basedow*, § 305 Rn. 64).

c) Nach § 305 Abs. 2 letzter Halbsatz BGB bedarf es weiterhin einer **Einverständniserklärung** mit der Geltung der AGB. Davon ist regelmäßig auszugehen, wenn dem Kunden beim Vertragsschluss die Kenntnisnahme der AGB möglich war und der Vertrag unter deren Einbeziehung geschlossen wurde. Eine besondere Einverständniserklärung ist nicht notwendig.

**4. Vorrang einer Individualabrede, § 305b BGB**

Individuelle Abreden, die vor, bei oder nach Vertragsabschluss von den Parteien wirksam getroffen werden, gehen gemäß § 305b BGB den Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor, sofern sie zu ihnen im Widerspruch stehen. Das gilt unabhängig davon, ob die Parteien bewusst oder unbewusst eine abweichende Regelung getroffen haben. Beispielsweise gilt eine Klausel in AGB, wonach Lieferfristen unverbindlich sind, dann nicht, wenn individuell eine bestimmte Zeit vereinbart wurde (Palandt/*Grüneberg*, § 305b Rn. 4).

Da Individualabreden Vorrang haben, ist eine mündliche Vereinbarung grundsätzlich auch dann gültig, wenn die AGB eine **Schriftformklausel** enthalten (näher BGH NJW-RR 1995, 179; BRHP/*Schmidt*, § 305b Rn. 9 ff.).

**5. Überraschende oder unklare Klauseln, § 305c BGB**

a) Überraschende Klauseln werden nach **§ 305c Abs. 1 BGB** nicht Vertragsbestandteil. Überraschend sind Regelungen, die **objektiv ungewöhnlich** sind und **subjektiv** für den Kunden einen **Überrumpelungs- oder Übertölpelungseffekt** innehaben (BGH NJW 2001, 1416). Ersteres ist anzunehmen, wenn die Klausel aus dem Blickwinkel eines vertragstypischen Durchschnittskunden derart vom Vertragstypischen abweicht, dass mit ihr nach den Umständen nicht zu rechnen ist (BGH NJW-RR 2004, 780; 2001, 439). Bei Letzterem ist aus objektiver Sicht zu fragen, ob Regelungen enthalten sind, mit denen vernünftigerweise nicht zu rechnen ist (BGH NJW-RR 2004, 1397).

b) Unklare Formulierungen sind zunächst nach §§ 133, 157 BGB auszulegen (**Vorrang der Auslegung**). Verbleiben nach der Auslegung gleichwohl Zweifel, kommt die Unklarheitenregel in **§ 305c Abs. 2 BGB** zur Anwendung, wonach zu Lasten des Verwenders auszulegen ist. Danach ist zunächst die **kundenfeindlichste Auslegung** zu wählen und zu prüfen, ob diese kundenfeindliche Regelung aufgrund der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB unwirksam und § 306 BGB anzuwenden ist.

**Prüfung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, §§ 305 ff. BGB (Fortsetzung)**

Führt die kundenfeindliche Interpretation nicht zu einer Unwirksamkeit der Klausel, ist die **kundenfreundlichste Auslegung** zu wählen und dem Vertrag zugrunde zu legen (Palandt/*Grüneberg*, § 305c Rn. 18; PWW/K. P. Berger, § 305c Rn. 17).

**6. Unwirksamkeit nach §§ 308, 309 BGB**

Werden die AGB nicht gegenüber einem Unternehmer (§ 14 BGB) verwendet (§ 310 Abs. 1 S. 1 BGB), ist die Regelung zuerst anhand der §§ 308, 309 BGB zu prüfen. Während § 308 BGB Klauselverbote mit richterlichem Wertungsakt bestimmt, enthält § 309 BGB solche ohne richterliche Wertungsmöglichkeit.

**7. Unwirksamkeit aufgrund der Generalklausel, § 307 BGB**

Nach der Generalklausel zur Inhaltskontrolle in § 307 Abs. 1 S. 1 BGB sind AGB unwirksam, wenn sie den Kunden entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Satz 2 verdeutlicht, dass auch unklare, unverständliche Regeln unangemessen benachteiligen können, und enthält damit ein Transparenz-, Verständlichkeits- und Bestimmtheitsgebot sowie ein Täuschungsverbot (BGH NJW 2006, 998; NJW 2001, 300; 2001, 2637; NJW 2011, 50; OLG Hamm MMR 2014, 689).

§ 307 Abs. 2 BGB beschreibt Regelbeispiele für eine unangemessene Benachteiligung. Nr. 1 nennt die Unvereinbarkeit mit dem gesetzlichen Leitbild, Nr. 2 enthält ein Aushöhlungsverbot (näher zu § 307 bei Fall 11, S. 275f.).

**a) Einbeziehung in den Vertrag**

Die Geschäftsbedingungen des B könnten gemäß § 305 Abs. 2 BGB Vertragsbestandteil geworden sein.

Bei den Regelungen auf der Rückseite des Vertragsformulars handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen iSd § 305 Abs. 1 BGB, weil sie einseitig vom Verwender vorgelegte, für eine mehrfache Verwendung vorgefertigte Bestimmungen darstellen, mit denen der Inhalt eines Vertrages geregelt wird.

Ein Verbraucher (§ 13 BGB), W, und ein Unternehmer (§ 14 BGB), B, haben einen Verbrauchervertrag (§ 310 Abs. 3 BGB) geschlossen, auf den die Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB) mit den in § 310 Abs. 3 Nr. 1–3 BGB genannten Maßgaben anwendbar sind.

§ 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB entsprechend hat der Verwender B mit der fett gedruckten Angabe auf die auf der Rückseite befindlichen AGB ausdrücklich hingewiesen.

Weiter müsste nach § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB B dem W die Möglichkeit verschafft haben, in zumutbarer Weise vom Inhalt der Vertragsbedingungen Kenntnis zu nehmen, wobei insbesondere eine für den Verwender **erkennbare körperliche Behinderung** berücksichtigt werden muss. Die zumutbare Kenntnisnahme darf somit besonders bei erkennbar sehbehinderten Vertragspartnern nicht am Durchschnittskunden orientiert werden; vielmehr ist in geeigneter Weise die Wahrnehmung sicherzustellen.<sup>30</sup> Die körperliche Einschränkung war nicht erkennbar. W hat zwar eine altersbedingte Sehschwäche. Selbst wenn für B das Alter des W erkennbar war, besteht für eine Kenntnis der Sehschwäche aber kein Anhaltspunkt. W hätte auf seine Sehschwäche hinweisen müssen. W war mit der Geltung der AGB einverstanden; er hat den Kauf getätigt.

Die AGB des B sind gemäß § 305 Abs. 2 BGB Vertragsbestandteil geworden.

**Überprüfung Allgemeiner Geschäftsbedingungen**

1. Allgemeine Geschäftsbedingung, § 305 Abs. 1 BGB
2. Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich, § 310 BGB
3. Einbeziehung in den Vertrag, § 305 Abs. 2 BGB
4. Vorrang einer Individualabrede, § 305b BGB
5. Überraschende oder unklare Klausel, § 305c BGB
6. Unwirksamkeit nach §§ 308, 309 BGB
7. Unwirksamkeit aufgrund der Generalklausel in § 307 BGB

<sup>30</sup> BRHP/Becker, § 305 Rn. 61; Palandt/*Grüneberg*, § 305 Rn. 38; Arzt, JuS 2002, 528.

**b) Unwirksamkeit der Klausel**

Die Klausel, innerhalb von sechs Monaten nur Nacherfüllung fordern zu können, widerspricht möglicherweise § 476 Abs. 1, 2<sup>31</sup> bzw. § 309 Nr. 8 b) bb), ff) BGB.

Dem ersten Halbsatz von § 309 BGB ist zu entnehmen, dass die Regelung subsidiär und demnach vorrangig auf § 476 BGB abzustellen ist. Auf § 309 BGB kommt es also bei einem Fall des § 476 BGB nicht mehr an.<sup>32</sup>

§ 476 BGB ist vor § 309 BGB zu prüfen.

W als Verbraucher (§ 13 BGB) und B als Unternehmer (§ 14 BGB) haben einen **Verbrauchsgüterkauf** iSd § 474 Abs. 1 S. 1 BGB getätigt. Nach § 476 Abs. 1 BGB kann sich der Unternehmer auf eine vor Mitteilung eines Mangels getroffene Vereinbarung, die zum Nachteil des Käufers von §§ 433 bis 435, 437, 439 bis 443 BGB abweicht, nicht berufen. Die von B formulierte Beschränkung auf Nacherfüllung stellt eine Abweichung von § 437 BGB dar. Die Bestimmung einer sechsmonatigen Verjährung verstößt gegen § 476 Abs. 2 BGB.<sup>33</sup> Die von B in seinen Geschäftsbedingungen verwendete Klausel ist gemäß § 476 Abs. 1, 2 BGB unwirksam.

Rechtsfolge ist, dass an die Stelle der unwirksamen Klauseln die gesetzliche Regelung tritt (§ 476 Abs. 1 S. 2 BGB [§ 476 Abs. 4 BGB nF]); der Kaufvertrag bleibt gültig, § 139 BGB kommt nicht zur Anwendung.

Verkürzung von Verjährungsfristen		
Individualabrede	AGB	Verbrauchsgüterkauf
Verkürzung grundsätzlich möglich. Ausnahmen: • § 444 BGB • § 202 BGB	Verkürzung grundsätzlich möglich. Einschränkungen: • § 444 BGB • § 202 BGB • § 309 Nr. 7 BGB (Die Verkürzung der Verjährungsfrist stellt eine Haftungsbegrenzung dar.) • § 309 Nr. 8 b) ff) BGB	Verkürzung grundsätzlich möglich. Grenzen: • § 444 BGB • § 202 BGB • § 476 Abs. 2 BGB (Ausnahme sind Schadensersatzansprüche, § 476 Abs. 3 BGB, bei denen aber die Klauselverbote von § 309 Nr. 7a, b BGB zu beachten sind.)

Es gelten die allgemeinen Regeln, so dass hier die Gewährleistungsvorschriften (§§ 434 ff. BGB) anzuwenden sind.<sup>34</sup> Der Rücktritt ist durch die Klausel nicht ausgeschlossen. Sonstige Ausschlussstatbestände sind nicht ersichtlich.

31 Mit dem Inkrafttreten des „Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags“ vom 25. Juni 2021 (BGBl. I 2133) ist für ab dem 1. Januar 2022 geschlossene Verbrauchsgüterkaufverträge über Waren mit digitalen Elementen zudem § 475e BGB nF zu beachten.

32 Palandt/*Grüneberg*, § 309 Rn. 61, 68; BRHP/*Becker*, § 309 Nr. 8 Rn. 22; MüKoBGB/*Wurmnest*, § 309 Nr. 8 Rn. 13.

33 Zu beachten ist BGH NJW 2021, 1008, Rn. 19f., wonach § 476 Abs. 2 BGB unionsrechtswidrig, bis zur Schaffung einer Neuregelung jedoch anwendbar ist.

34 Das gleiche Ergebnis wird bei der Anwendung des § 309 Nr. 8 b) ff) BGB erreicht. Die Klausel in den AGB des B verkürzt die zweijährige Verjährungsfrist (§ 438 BGB) auf sechs Monate und ist daher unwirksam iSd § 306 Abs. 1 BGB, so dass die dadurch entstandene Lücke nach § 306 Abs. 2 BGB durch das dispositive Recht sowie die von Rechtsprechung und Schrifttum entwickelten Rechtsgrundsätze (BGH NJW 1996, 2093) geschlossen wird.



### 8. Keine Verjährung

Verjährung der Mängelansprüche im Kaufrecht  
**§ 438 BGB**

- 30 Jahre bei Eviktionsfällen und Grundbuchrechten
- 5 Jahre bei Bauwerksmängeln
- 2 Jahre im Übrigen

Das Recht auf Rücktritt (§ 437 Nr. 2 BGB) darf nicht gemäß § 218 Abs. 1 S. 1 iVm § 438 Abs. 4 S. 1 BGB unwirksam sein.

Nach § 194 Abs. 1 BGB verjähren nur Ansprüche, nicht Gestaltungsrechte. Deshalb ordnet § 218 Abs. 1 BGB an, dass eine Erklärung des Rücktritts oder der Minderung unwirksam wird, wenn sich der Verkäufer zum Zeitpunkt der Erklärung berechtigterweise auf die Verjährung des Anspruchs auf Leistung oder Nacherfüllung beruft.

Hier beläuft sich die Verjährungsfrist auf zwei Jahre, § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB. Die Verjährung beginnt gemäß § 438 Abs. 2 BGB mit Ablieferung der Sache. Ablieferung setzt voraus, dass der Verkäufer in Erfüllung des Kaufvertrags die Sache dem Käufer so überlassen hat, dass dieser sie untersuchen kann.<sup>35</sup>

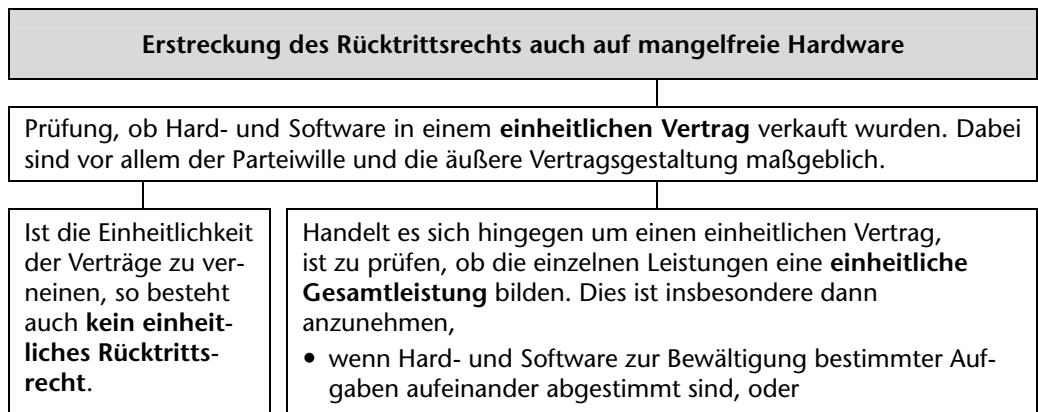
Computer und Software wurden am 15. März an W ausgeliefert. Im Oktober sind erst sieben Monate vergangen. Die Frist von zwei Jahren ist eingehalten.<sup>36</sup> Das Rücktrittsrecht ist nicht nach §§ 218 Abs. 1 S. 1, 438 Abs. 4 S. 1 BGB unwirksam. In Bezug auf die Software sind alle Voraussetzungen eines Rücktritts erfüllt. W steht demnach jedenfalls ein Anspruch auf Rückzahlung von 600 EUR gemäß § 346 Abs. 1 iVm §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 Alt. 2 BGB zu.

### 9. Rücktrittsrecht auch hinsichtlich des mangelfreien Teils der Ware

Reichweite des Rücktrittsrechts

Eine andere Frage ist, ob sich das Rücktrittsrecht bezüglich der Software auch auf die mangelfreie Hardware erstreckt.

Rechtsprechung und Literatur haben hierzu ein mehrstufiges Prüfungsschema entwickelt:<sup>37</sup>



35 BRHP/Faust, § 438 Rn. 30; Palandt/Weidenkaff, § 438 Rn. 15.  
 36 Es ist unbeachtlich, ob die Verjährungsfrist erst mit der Auslieferung des Handbuchs beginnt. Der frühere Streit, ob das Fehlen eines Handbuchs ein eigenständiger Mangel ist, wird durch § 434 Abs. 2 S. 2 BGB, jedenfalls nach § 434 Abs. 3 BGB zugunsten der hM entschieden. Vgl. dazu MüKoBGB/Westermann, § 434 Rn. 38 ff.; MüKoHGB/Grunewald, § 377 Rn. 28; EBJS/Achilles, § 377 Rn. 48 ff.  
 37 Grundlegend BGHZ 102, 135, 148; siehe auch BGH NJW 1993, 2436, 2438; OLG Köln NJW-RR 1994, 1204, 1205; OLG Koblenz NJW-RR 1992, 688, 689; Henssen, NJW 1988, 2441, 2443; Palandt/Ellenberger, § 139 Rn. 6; vgl. auch Staudinger/Roth, § 139 Rn. 39 ff.