

Wolfgang Köck/Dr. Hans-W. Micklitz*

*Die Abschnitte 1 – 8 dieses Beitrages wurden von Herrn Dr. Hans-W. Micklitz verfaßt, die Abschnitte 9 – 12 von Herrn Wolfgang Köck. Wegen eines Redaktionsversehens ist die Mitautorenschaft von Herrn Köck nicht innerhalb des Beitrages kenntlich gemacht worden.

Reparatur

| Gliederung | Rn. |
|---|------------|
| 1. Einleitung | |
| 1.1 Was behandelt der Beitrag? | 1 |
| 1.2 Rolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen | 4 |
| 1.3 Rechtsnatur des Reparaturvertrages | 6 |
| 2. Der Vertragsschluß | 7 |
| 2.1 Der Vertragsschluß nach BGB Angebot und Annahme | 8 |
| 2.2 Einbeziehung von AGB | 9 |
| 2.3 Preisauszeichnung | 11 |
| 2.4 Anzahlung und Vorkasse | 14 |
| 3. Der Kostenvoranschlag | 16 |
| 3.1 Kostenüberschlag, unverbindlicher Kostenvoranschlag, Cirka-Preisangaben und verbindlicher Kostenvoranschlag | 17 |
| 3.2 Kostenlosigkeit des Kostenvoranschlages | 21 |
| 3.3 Überschreitung des unverbindlichen Kostenvoranschlages bzw. der Cirka-Preisangaben | 23 |
| 3.3.1 Wann ist eine Überschreitung »wesentlich«, so daß sie zur Anzeige gebracht werden muß? | 24 |
| 3.3.2 Rechtsfolgen der Verletzung der Anzeigepflicht | 27 |
| 4. Der Reparaturpreis | 31 |
| 4.1 Preisvereinbarung | 32 |
| 4.1.1 Berechnungsmethoden des Reparaturpreises | 33 |
| 4.1.2 Anforderungen an die Preisvereinbarung | 35 |
| 4.2 Bestimmung des üblichen Preises | 39 |
| 4.2.1 Normative Anforderungen an die Bestimmungen der Üblichkeit | 40 |
| 4.2.2 Effektivstundenlohn als Grundlage einer Preisvereinbarung | 41 |
| 4.3 AGB-Kontrolle der Berechnungsmethode | 42 |
| 4.3.1 Berechnungsmethode im Rechnungsformular als AGB im Sinne des § 1 AGB-Gesetz | 43 |
| 4.3.2 Zulässigkeit der Inhaltskontrolle | 44 |
| 5. Die Reparaturleistung | 45 |
| 5.1. Leistungsvereinbarung | 45 |

| | Rn. | |
|-------|---|-----|
| 5.2 | Kontrollmöglichkeiten unklarer Leistungsbestimmungen | 49 |
| 5.2.1 | Unklarheiten der Leistungsbestimmung | 50 |
| 5.2.2 | Undurchführbarkeit der Leistung | 53 |
| 5.3 | Rechtliche Zulässigkeit der Auftragserweiterung | 58 |
| 5.4 | Aufklärungs- und Beratungspflichten des Werkunternehmers | 60 |
| 6. | Nebenkosten | 65 |
| 6.1 | Fallkonstellationen | 66 |
| 6.2 | Das Grundproblem der AGB-Kontrolle: verbotene Preiskontrolle und erlaubte Überprüfung der Preisnebenabreden | 67 |
| 6.3 | Kontrolle einzelner Nebenkosten | 69 |
| 7. | Die Rechnungsstellung | 76 |
| 7.1 | Fallkonstellation und rechtliche Relevanz der Rechnungsstellung | 77 |
| 7.2 | Zahlungspflicht bei Abnahme des Werkes oder Zahlungspflicht mit der Rechnungslegung | 79 |
| 7.3 | Anspruch auf Erteilung einer spezifischen Rechnung | 81 |
| 7.4 | Anspruch auf Prüfung vor der Zahlung | 83 |
| 8. | Das Werkunternehmerpfandrecht | 86 |
| 8.1 | Begründung des Werkunternehmerpfandrechts | 87 |
| 8.2 | Ausübung des Pfandrechts | 89 |
| 8.3 | Beschränkung des Pfandrechts | 91 |
| 9. | Die verspätete Leistung | 95 |
| 9.1 | Verbraucher will sich vom Vertrag lösen | 96 |
| 9.1.1 | Der Rücktritt vom Vertrag | 96 |
| 9.1.2 | Schadensersatz wegen Nichterfüllung | 99 |
| 9.1.3 | Herbeiführen des Verzugs | 100 |
| 9.1.4 | Hauptproblem: Vereinbarung eines verbindlichen Leistungstermins | 103 |
| 9.2 | Verbraucher will Vertragserfüllung | 109 |
| 9.3 | Besonderheiten des AGB-Vertrages | 111 |
| 9.3.1 | Schriftformklausel und Bestätigungsvorbehalte | 112 |
| 9.3.2 | Betriebsstörungsklausel | 117 |
| 9.3.3 | Kein Ausschluß von Verzugsschäden durch AGB | 123 |

| | Rn. | |
|----------|---|-----|
| 10. | Verspätetes Abholen | 126 |
| 10.1 | Die Rechtslage beim verspäteten Abholen | 128 |
| 10.2 | Fallgruppen | 131 |
| 10.2.1 | Keine Abholpflicht bei mangelhafter Reparaturleistung | 131 |
| 10.2.2 | Nichtabholen bei Undurchführbarkeit der Reparatur | 132 |
| 10.2.3 | Verspätetes Abholen bei Leistungsverzögerung des Werkunternehmers | 133 |
| 10.3 | Abhol- und Verwertungsklauseln | 134 |
| 11. | Die mangelhafte Reparaturleistung | |
| 11.1 | Grundprobleme der Mängelrechte im Reparatursektor | 135 |
| 11.1.1 | Partikularcharakter der Reparatur | 136 |
| 11.1.2 | Beweislastverteilung | 139 |
| 11.2 | Die Abnahme der Reparaturleistung | 142 |
| 11.2.1 | Kenntnis von Mängeln bei der Abnahme | 143 |
| 11.2.2 | Abnahme von Vergütungspflicht | 144 |
| 11.2.3 | Beginn der Verjährungsfrist | 145 |
| 11.2.4 | Änderung der Beweislast | 146 |
| 11.2.5 | Wann ist eine Reparaturleistung abgenommen? | 147 |
| 11.3 | Nachbesserung und Gewährleistung | 148 |
| 11.3.1 | Verjährung | 150 |
| 11.3.1.1 | Der Verjährungsbeginn bei Nichtabnahme | 151 |
| 11.3.1.2 | Hemmung und Unterbrechung der Verjährung | 152 |
| 11.3.1.3 | Keine Verkürzung der Verjährungsfrist durch AGB | 154 |
| 11.4 | Sachmangel | 155 |
| 11.4.1 | Fehler | 156 |
| 11.4.1.1 | Herstellungsfehler/Diagnosefehler | 157 |
| 11.4.1.2 | Objektive Bestimmung der Leistungsqualität | 159 |
| 11.4.2 | Zugesicherte Eigenschaften/unselbständige Garantie | 160 |
| 11.4.3 | Untersuchungs- und Beratungspflichten | 165 |
| 11.5 | Verbraucherpflichten und Erschwerung der Rechtsdurchsetzung | 169 |
| 11.5.1 | Grundsatz: Keine Untersuchungspflicht des Verbrauchers | 169 |
| 11.5.2 | Mangelanzeigepflichten in AGB-Verträgen | 170 |
| 11.5.3 | Bestätigungsklauseln | 174 |
| 11.5.4 | Einschaltung von Schiedsstellen durch AGB-Vereinbarung | 175 |
| 11.6 | Mängelbeseitigung | 177 |
| 11.6.1 | Die Eigenreparatur (Eigennachbesserung) | 178 |

| | Rn. | |
|-------------------|---|----------|
| 11.6.1.1 | Dritteingriffsklauseln | 179 |
| 11.6.1.2 | Gefahren der Eigenreparatur | 180 |
| 11.6.1.3 | Kein Aufwendungsersatzanspruch bei Eigenreparatur | 182 |
| 11.6.2 | »Folgefehler«-/»Sowieso-Kosten« | 185 |
| 11.6.3 | Kostenfreie Nachbesserung | 193 |
| 11.6.4 | Fehlschlagen der Nachbesserung | 195 |
| 11.6.4.1 | Zahl der Nachbesserungsversuche | 197 |
| 11.6.4.2 | Verschleppen der Nachbesserung | 198 |
| 11.6.4.3 | Folgen fehlgeschlagener Nachbesserung | 200 |
| 11.6.5 | Nachbesserung durch einen dritten Werkunternehmer | 204 |
| 11.7 | Der Anspruch auf Minderung | 205 |
| 11.8 | Schadensersatz | 207 |
| 11.8.1 | Einfluß des Nachbesserungsrechts auf den Schadensersatzanspruch | 208 |
| 11.8.2 | Die Verjährungsregelung als Ausgangspunkt unterschiedlicher Schadensersatzansprüche | 213 |
| 11.8.3 | Schadensersatz wegen Nichterfüllung der vertraglich geschuldeten Leistung | 218 |
| 11.8.3.1 | Mangelschäden | 219 |
| 11.8.3.2 | Enger und entfernter Mangelfolgeschaden | 220 |
| 11.8.4 | Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzung | 226 |
| 11.8.5 | Schadensersatz aus unerlaubter Handlung | 228 |
| 11.8.6 | Beschränkungen des Schadensersatzes durch AGB | 233 |
| 11.8.6.1 | Grenzen der Haftungsbeschränkung bei leichter Fahrlässigkeit | 234 |
| 11.8.6.2 | 15-fache Haftungsbeschränkung der Chemischreiniger | 238 |
| 12. | Reparaturversicherung | 246 |
| Literaturhinweise | | Seite 68 |
| Sachregister | | Seite 69 |

1. Einleitung

1.1 Was behandelt der Beitrag

- 1 Der Beitrag befaßt sich mit Problemen, die bei der **Reparatur** von Konsumgütern auftreten. Es geht um defekte Autos, funktionsuntüchtige Waschmaschinen, undichte Wasserrohre aber auch um die Reinigung von Kleidungsstücken.
- 2 Jeder, der sich mit Verbraucherbeschwerden in diesem Bereich zu befassen hat, stellt schnell fest: Dort wo die Probleme liegen, gibt es kaum rechtliche Lösungen, die sich aus dem Gesetz oder mit Hilfe der Rechtsprechung ableiten lassen; dafür stehen ausgefeilte rechtliche Lösungen in um so größerem Umfang zur Verfügung in Bereichen, die für die Verbraucher weitgehend irrelevant sind. Konkreter: Die Probleme liegen eher in der Preis-/Leistungsbestimmung und tendenziell weniger im Bereich der Gewährleistung/Haftung. Dieser Erkenntnis versucht der Beitrag konsequent Rechnung zu tragen.
- 3 **Merke:** Unsere Leitvorstellung in der Interpretation rechtlicher Regeln und instanzlicher wie höchstrichterlicher Entscheidungen ist es, mehr **Transparenz** in die Probleme des Reparaturvertrages zu bringen. Uns geht es nicht darum, dem Handwerk berechnete finanzielle Forderungen abzusprechen. Wir wollen erreichen, daß mit diesem Beitrag langfristig eine Preis-/Leistungsgestaltung entsteht, die für den Verbraucher die Reparaturleistung besser kalkulierbar erscheinen läßt. Eine solche Transparenz bei Vertragsschluß würde erheblich dazu beitragen, die auftretenden rechtlichen Schwierigkeiten und vor allem den erheblichen Ärger der Verbraucher zu reduzieren.

1.2 Rolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

(Lesen Sie den Beitrag Kaufrecht B 1 Rn. 5)!

- 4 Die Vertragsfreiheit und der weitgehend dispositive Charakter des Werkvertragsrechts §§ 631 ff. BGB ermöglichen es den Werkunternehmern, umfangreiche Allgemeine Geschäftsbedingungen auszuarbeiten und sie mit dem Verbraucher zu »vereinbaren« (siehe dazu Beitrag Allgemeine Geschäftsbedingungen E 1). Für die uns interessierenden Bereiche des Kfz-Handwerks, des Elektrohandwerks und der Chemischreinigung liegen sogenannte unverbindliche Konditionenempfehlungen der jeweiligen Interessenverbände vor. Diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen entwerfen das Bild eines Reparaturvertrages aus der Sicht der Werkunternehmer. Grundsätzlich gilt: Allgemeine Geschäftsbedingungen nehmen dem Verbraucher Rechte, sie gewähren keine über das BGB hinausgehenden Rechte! Deshalb ist es besser, wenn im konkreten Fall keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart sind, sondern die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches §§ 631 ff. Anwendung finden.

- 5 Soweit wir in unseren Ausführungen auf Allgemeine Geschäftsbedingungen bzw. die unverbindlichen Konditionenempfehlungen Bezug nehmen, haben wir auf die Unterschiede in der Rechtslage **mit AGB oder ohne AGB** deutlich gemacht. Auch hier gilt: diffizile Allgemeine Geschäftsbedingungen finden sich vor allem im Bereich der Gewährleistung und Haftung, dagegen weniger im Bereich der Preis-/Leistungsbestimmung. Insofern verhalten sich die Allgemeinen Geschäftsbedingungen spiegelbildlich zu den Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches, sowie der Rechtsprechung und vorhandenen Literatur.

1.3 Rechtsnatur des Reparaturvertrages

- 6 Der Reparaturvertrag ist ein Werkvertrag. Das Wesen des Reparaturvertrages ist seine **Erfolgsbezogenheit**, d. h. der Verbraucher muß von der Konzeption des Reparaturvertrages als Werkvertrag her den verlangten Preis nur bezahlen, wenn der Erfolg erreicht ist, d. h. wenn das defekte Gerät wieder funktionstüchtig geworden ist. Die Wirklichkeit des Reparaturvertrages sieht anders aus, die Werkunternehmer, vor allem aber die Interessenverbände mit den Konditionenempfehlungen versuchen, dem Werkvertrag seine Erfolgsbezogenheit zu nehmen. Auf dieses Ziel hin ist die Berechnungsmethode im Reparaturhandwerk ausgelegt (Rn. 33, 34), diesem Ziel dienen Versuche, den Verbraucher auch dann zur Kasse zu bitten, wenn die Reparatur sich als undurchführbar erwiesen hat (Rn. 53 ff.). Die Rechtsprechung scheint geneigt zu sein, den Reparaturvertrag in diese Richtung »fortzuentwickeln«. Dies ist umso bedauerlicher, als der Einzug der Technik es tendenziell erlauben würde, die Schwierigkeiten der Preis-/Leistungsbestimmung zu reduzieren.

2. Der Vertragsschluß

- 7 Lesen Sie bitte den Beitrag Kaufrecht (A 1 Rn. 13 ff.)! Unser Beitrag beschränkt sich darauf, Abweichungen von den allgemein gültigen Ausführungen für das Kaufrecht deutlich zu machen.

2.1 Der Vertragsschluß nach BGB

Angebot und Annahme!

- 8 Verbraucher und Werkunternehmer schließen einen Vertrag über die Wiederherstellung der Funktionstüchtigkeit eines bestimmten Gegenstandes, nur was soll genau der Inhalt des Vertrages sein? Der Umfang der Leistung, sowie die Höhe des Preises liegen regelmäßig bei Vertragsschluß nicht fest. Diesem Umstand wird in der Erörterung **des Reparaturpreises** (Rn. 31 ff.) und der **Reparaturleistung** (Rn. 46 ff.) Rechnung getragen. Der Blick ins BGB auf die formalen Rechtsregeln des Zustandekommens eines Vertrages geben ein völlig falsches Bild von der Wirklichkeit ab und sind für die Interpretation des Reparaturvertrages praktisch wertlos.

2.2 Einbeziehung von AGB

- 9 Wieder bereitet im Reparaturvertrag die tatsächliche Seite erhebliche Schwierigkeiten. Denn der Verbraucher erhält in der Regel nur ein einziges schriftliches Dokument vom Werkunternehmer: das Rechnungsformular. Von Ausnahmefällen abgesehen bekommt der Verbraucher das Rechnungsformular erst nach Durchführung der Reparaturarbeiten zu Gesicht. Es besteht Einigkeit darüber, daß Allgemeine Geschäftsbedingungen auf der Rechnung nicht Bestandteil werden können.
- 10 Nach Lage der Dinge kommt nur eine Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen mittels eines Aushangs (siehe Kauf B 1 Rn. 14) in Betracht. Dies ist bei Textilreinigungsbetrieben zulässig, für alle anderen Branchen jedoch ungeklärt.

2.3 Preisauszeichnung im Schaufenster

(Lesen Sie bitte vorab Kauf B 1 Rn. 15 und 16!)

- 11 Auch der Werkunternehmer ist verpflichtet, den Preis für seine Leistungen zu nennen. Das heißt jedoch nicht, daß er den Endpreis für die individuell vereinbarte Reparaturleistung angeben muß. Nach § 1 Abs. 2 der Preisangabenverordnung ist es zulässig, wenn der Werkunternehmer den Reparaturpreis in den Stundenverrechnungssatz (oder Stundensatz) und die Nebenkosten für die An- und Abfahrt aufspaltet (Rn. 65 ff.).
- 12 Verschiedene Branchen im Bereich des Reparaturvertrages haben auf der Basis der Preisangabenverordnung sogenannte Musterpreisverzeichnisse (abgedruckt im Anhang) entwickelt. Vergleichsweise klar ist das Musterpreisverzeichnis im Chemischreinigungsgewerbe. Chemischreiniger bieten ihre Leistungen zu Festpreisen im Schaufenster an. Der Verbraucher kann sich informieren und so er will, die Preise vergleichen. Das sieht im Elektro- und Kfz-Handwerk gänzlich anders aus. Beide Branchen machen von der Möglichkeit der Aufspaltung des Reparaturpreises in Stundenverrechnungssatz und Nebenkosten in differenzierter Weise Gebrauch.
- 13 Tatsächlich ist mit der Legalisierung der Aufspaltung des Reparaturpreises in § 1 Abs. 2 Preisangabenverordnung der Grundstein für alle jene Schwierigkeiten der Preis-/Leistungsbestimmung gelegt, die den Reparaturvertrag so sehr beherrschen. Der Verbraucher kann mit den Informationen im Musterpreisverzeichnis, wenn es denn im Schaufenster aushängt, nur wenig anfangen. Denn die effektiven Kosten ließen sich nur errechnen, wenn er einen Einblick in die Preisberechnungsmethoden hätte und außerdem die Mühe auf sich nähme, die verschiedenen Methoden auf einen Nenner zu bringen und dann untereinander zu vergleichen.

2.4 Anzahlung und Vorauskasse

- 14 Das Bürgerliche Gesetzbuch sieht zwar die Möglichkeit einer Anzahlung/Vorauskasse nicht vor, der Werkunternehmer ist grundsätzlich vorleistungspflichtig, nur diese Regelung hilft dem Verbraucher wenig, wenn er sich bei Vertragsschluß mit der Aufforderung des Werkunternehmers konfrontiert sieht, eine Anzahlung oder Vorauskasse leisten zu sollen. Die rechtliche Beurteilung differiert erheblich, je nachdem ob Anzahlung/Vorauskasse in Allgemeinen Geschäftsbedingungen verlangt wird. Liegen keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor, bleibt dem Verbraucher praktisch nur die Möglichkeit, einen anderen Betrieb zu suchen.
- 15 Ist die Anzahlung oder Vorauskasse dagegen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Werkunternehmer festgeschrieben, so taucht eine ähnliche Problematik auf, wie sie in der Vorleistungsklausel der Reiseveranstalter bereits Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung geworden ist (siehe Beitrag B 1 Rn. 14 ff.). Der Verbraucher gerät bei der Durchsetzung seiner Mängelgewährleistungsrechte in die Defensive. Ein legitimes Bedürfnis, woraus eine Vorauszahlung des Werkunternehmers zu rechtfertigen wäre, ist jedoch im Reparaturvertrag nicht erkennbar (so auch Ulmer/Brandner/Hensen, Anhang §§ 9–11, Rn. 602). Hensen hält auch Abschlagszahlungen nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 641 Abs. 1 BGB für unwirksam, »wenn der Reparaturgegenstand nicht in der tatsächlichen alleinigen Verfügungsgewalt des Bestellers steht und diesem daher nicht der durch die Reparaturleistung eintretende Vermögenszuwachs unentziehbar verbleibt . . .«. Als Beispiel nennt Hensen den Einbau eines Austauschmotors, bei dem keine Abschlagszahlung verlangt werden kann. Hier kann sich der Werkunternehmer mittels einer Eigentumsvorbehaltsklausel absichern. Soweit der Werkunternehmer lediglich Arbeitszeit in großem Umfang aufwenden muß, um die Reparatur durchführen zu können, ist er durch das Werkunternehmerpfandrecht (Rn. 86 ff.) hinreichend in seinen Interessen geschützt.

3. Der Kostenvoranschlag

- 16 Den genauen Preis erfährt der Verbraucher nur, wenn er einen Kostenvorschlag einholt. Diese Leistung lassen sich immer mehr Handwerker gesondert honorieren. Da diese Praxis rechtlich zulässig ist (Rn. 21), bleibt dem Verbraucher nur der mühevollen Weg, einen Handwerker zu suchen, der den Kostenvoranschlag auch ohne gesondert vereinbarte Vergütung erstellt.

3.1 Kostenüberschlag, unverbindlicher Kostenvoranschlag, Cirka-Preisangaben und verbindlicher Kostenvoranschlag

- 17 Nicht jede Preisangabe, die der Verbraucher auf Befragen erhält, ist gleich als Kostenvoranschlag zu werten, an dem der Verbraucher sich orientieren kann. Die Begrifflichkeiten sind nicht eindeutig, oftmals fällt im Gespräch auch die Bezeichnung »Kostenvoranschlag« gerade nicht. Deshalb kommt es umso mehr darauf an, zwischen solchen Preisangaben zu unterscheiden, die eine rechtliche Wirkung entfalten und solchen, die rechtlich mehr oder weniger bedeutungslos sind.
- 18 Bloße Kostenüberschläge entfalten keine rechtliche Wirkung. Sie sind genaugenommen für den Verbraucher wertlos und stiften eher Verwirrung als daß sie Hilfe brächten. Hier geht es um in den Raum geworfene Angaben, zwischen »Tür und Angel« fallengelassene Zahlen, die auf keiner oder einer sehr oberflächlichen Prüfung des Auftragsvolumens beruhen. Davon zu unterscheiden ist der unverbindliche Kostenvoranschlag, an den der Handwerker gebunden bleibt. »Unverbindlich« ist der Kostenvoranschlag, weil der Verbraucher »unwesentliche« Überschreitungen hinnehmen muß (Näheres Rn. 24, 25). Ein unverbindlicher Kostenvoranschlag liegt vor, wenn der Handwerker die Gelegenheit hatte, sich ein wirkliches Bild von dem Auftrag zu machen und nach Begutachtung gefragt wird, was die Reparatur kosten soll. Der unverbindliche Kostenvoranschlag ist eine fachmännisch vorgenommene Schätzung des Reparaturvolumens.
- 19 Der verbindliche Kostenvoranschlag bindet den Werkunternehmer an den einmal genannten Preis. Das kommt im normalen Geschäftsverkehr zwischen Verbraucher und Werkunternehmer selten vor, allenfalls bei Kfz-Unfällen, wenn ein Sachverständiger zur Schadensregulierung herangezogen wird. Die Anforderungen an einen verbindlichen Kostenvoranschlag sind hoch, denn der Werkunternehmer übernimmt hier das Risiko, daß er sich bei der Erstellung des verbindlichen Kostenvoranschlages verkalkuliert hat.
- 20 **Merke:** Letztlich entscheiden die konkreten Umstände des Einzelfalles darüber, was die Parteien denn genau wollten. Der Werkunternehmer wird Preisangaben tendenziell als bedeutungslose Kostenüberschläge verstehen, der Verbraucher dagegen als rechtlich verbindliche Informationen, auf die er sich auch verlassen kann.

3.2 Kostenlosigkeit des Kostenvoranschlages

- 21 Die Rechtsprechung (BGH NJW 1982, 765 f.) ist klar und eindeutig:
- Die Kostenpflichtigkeit des Kostenvoranschlages kann nicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart werden, aber
 - eine individuelle Vereinbarung der Kostenpflichtigkeit des Kostenvoranschlages ist zulässig.

- 22 Merke:** Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Kostenlosigkeit des Kostenvoranschlages steht derzeit nicht zur Disposition. Deshalb sind Versuche, gegen diese Rechtsprechung in der Beratung vorzugehen, wenig aussichtsreich. Langfristig erscheint es jedoch sinnvoll, über das Konzept des Effektivstundenlohns auf die Abgabe eines verbindlichen Kostenvoranschlages zu drängen (dazu Rn. 41).

3.3 Überschreitung des unverbindlichen Kostenvoranschlages

- 23** Eine Absprache über den Preis bei Vertragsschluß ist keinesfalls der Regelfall, wie wir aus der Verbraucherberatung wissen. Wird aber ein Preis genannt, so scheint dessen Überschreitung ganz unabhängig von seiner juristischen Qualifikation vorprogrammiert. Der Verbraucher steht nicht rechtlos da, soweit die Preisangabe als »unverbindlicher Kostenvoranschlag« (Rn. 18) zu qualifizieren ist. § 650 Abs. 2 BGB ist der Werkunternehmer zur Anzeige »wesentlicher« Überschreitungen verpflichtet.

3.3.1 Wann ist eine Überschreitung »wesentlich«, so daß sie zur Anzeige gebracht werden muß?

- 24** Das BGB bietet keine Anhaltspunkte. Auf Urteile kann nur begrenzt zurückgegriffen werden. Für das Baurecht liegen Entscheidungen vor, die eine Überschreitung um 27,7% (BGB Rspr. BauZ. 3.01.BL.70), OLG Frankfurt (BauR 1985, 207 f.) 20% für hinnehmbar hielten. Dürftiger noch sieht es mit Urteilen aus, die Reparaturverträge zum Gegenstand haben. Das OLG Frankfurt (OLGZ 1984, S. 198 f.) erachtete eine Überschreitung von 20% als »unwesentlich«. Die Literatur ist gespalten, eine feste Höchstgrenze wird abgelehnt, 10–20% werden als zulässig angesehen (Werner, Festschrift Korbion, S. 475/476).
- 25** Manchmal enthalten die AGB's prozentuale Angaben über eine zulässige Überschreitung von Preisangaben. Hier hat das BGH-Urteil zu den Kfz-Reparaturbedingungen (NJW 87, 2818 ff., VuR 6/1987, S. 336 f.) die Rechtsposition des Verbrauchers erheblich verbessert. AGB-mäßig für zulässig erklärte Erhöhungen des Auftragspreises um 20% bei Aufträgen bis DM 500,- und um 15% bei Aufträgen über DM 500,- verstoßen gegen § 10 Nr. 4 AGB-Gesetz. Die BGH-Entscheidung wird sich auf die Festsetzung der Wesentlichkeitsgrenze auswirken, obwohl nicht jede Preisangabe gleich als unverbindlicher Kostenvoranschlag zu werten ist (siehe oben Rn. 18, 19) und obwohl nach wie vor ein Unterschied darin besteht, ob die Wesentlichkeitsgrenze in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorab festgelegt ist oder sich aus dem BGB ergeben muß.
- 26 Merke:** Ist der bei Vertragsschluß genannte Preis als unverbindlicher Kostenvoranschlag zu werten, ist der Werkunternehmer verpflichtet, **zumindest** jede voraussehbare Überschreitung um mehr als 20% anzuzeigen. Das BGH-Urteil zu den Kfz-Reparaturbedingungen erlaubt,

diesen Rahmen noch enger zu stecken, in Richtung auf eine zulässige »10%ige Überschreitung« des Auftragspreises.

3.3.2 Rechtsfolgen der Verletzung der Anzeigepflicht

- 27 Der Gesetzgeber sah die Lösung so: Der Werkunternehmer stellt bei der Durchführung der Arbeiten fest, daß er den unverbindlichen Kostenvoranschlag nachhaltig überschreiten wird. Er informiert den Verbraucher, der nun die Wahl hat, ob er der Überschreitung zustimmt oder ob er den Vertrag kündigt und die bisher erbrachte Leistung bezahlen will (§ 650 Abs. 1 BGB). Nur die Probleme entstehen, wenn der Werkunternehmer es unterlassen hat, die Überschreitung zur Anzeige zu bringen und einen erheblich höheren Preis verlangt als im unverbindlichen Kostenvoranschlag genannt.
- 28 Ausgangspunkt für einen Lösungsweg ist § 650 Abs. 2 BGB, der den Werkunternehmer zum Schadensersatz verpflichtet, der es unterlassen hat, die wesentliche Überschreitung zur Anzeige zu bringen. Generell gilt: Der Besteller ist so zu stellen, wie er stehen würde, wenn der Werkunternehmer seine Anzeigepflicht nachgekommen wäre. Danach ist zu ermitteln, ob der Verbraucher den Reparaturauftrag gekündigt hätte, wenn er rechtzeitig informiert worden wäre oder ob er sein Einverständnis zu der angezeigten Überschreitung des unverbindlichen Kostenvoranschlags gegeben hätte. Nach den allgemeinen Regeln der Beweislast obläge es an sich dem Verbraucher darzutun, wie er sich hypothetisch verhalten hätte. Das wird nicht immer einfach sein. Generell besteht deshalb in der Literatur, aber auch in der Rechtsprechung (OLG Frankfurt BauR 1985, S. 207) die Tendenz, keine zu hohen Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast des Verbrauchers zu stellen. Es soll ausreichen, wenn der Verbraucher »plausibel« darlegen kann, daß er bei rechtzeitiger Anzeige gekündigt hätte. Eine solche Interpretation des § 650 Abs. 1 BGB mag bei Kfz-Reparaturen durchaus zu adäquaten Ergebnissen führen. Denn dort resultiert eine Preiserhöhung oftmals daraus, daß bei Gelegenheit Arbeiten vorgenommen werden, die die Verkehrssicherheit des Autos nicht unbedingt beeinträchtigen, die aber »sinnvollerweise« gleich miterledigt werden sollten. Schwieriger verhält es sich da schon mit Reparaturen an Elektrogeräten. Aus der Sicht des Werkunternehmers formuliert, resultiert die Überschreitung des Kostenvoranschlags allein aus der Notwendigkeit, das Gerät überhaupt funktionstüchtig zu machen. Die Alternative besteht hier nicht zwischen besser und schlechter, sondern zwischen einem funktionsfähigen oder einem funktionsuntauglichen Gerät. Eine mögliche Kündigung kann der Verbraucher regelmäßig nur dann darlegen, wenn die Kosten der Reparatur so hoch sind, daß ersichtlich die Reparatur sich im Nachhinein als unwirtschaftlich herausstellt (siehe zur Darlegungslast oben Rn. 29/30).

- 29 Kann der Verbraucher darlegen, daß er gekündigt hätte, so ist aber längst noch nicht klar, wie ein Interessenausgleich aussehen könnte. Klare Vorgaben aus Gesetz und Rechtsprechung existieren nicht. Werner (Festschrift Korbion, S. 477) unterscheidet vier Lösungsmöglichkeiten:
- der Werkunternehmer erhält den vollen Werklohn ggf. unter Abzug einer Gewinnmarge
 - der Verbraucher erhält ein Wahlrecht: Entweder er erstattet die erbrachte Werkleistung zurück oder er behält sie, dann muß er sie aber auch vollständig bezahlen
 - der Werkunternehmer hat einen Werklohnanspruch lediglich in Höhe des Kostenvoranschlages
 - dem Werkunternehmer steht eine Vergütung in Höhe des Kostenvoranschlages zuzüglich der zulässigen Überschreitung zu.
- 30 Etwa zu gleichen Teilen favorisiert das Schrifttum den Lösungsweg eins, sowie den Lösungsweg vier. Auch die Rechtsprechung ist gespalten. In neuerer Zeit mehren sich jedoch Stimmen (OLG Frankfurt, OLGZ 1984, S. 198 f. und OLG Frankfurt BauR 1985, S. 207 f.), die dem Werkunternehmer einen Anspruch auf seine Vergütung in Höhe des Kostenvoranschlages zuzüglich der »unwesentlichen« (siehe dazu Rn. 24, 25) Überschreitung zubilligen wollen. Auf darüber hinausgehenden Kosten bleibt der Handwerker sitzen.

4. Der Reparaturpreis

- 31 Hat der Verbraucher einen Kostenvoranschlag eingeholt, bereitet die Bestimmung des Reparaturpreises vergleichsweise wenig Probleme. Oftmals wird über den voraussichtlichen Reparaturpreis bei Vertragschluß jedoch gar nicht gesprochen oder es wird lediglich eine Preisangabe genannt, die rechtlich unverbindlich, weil als bloßer Kostenüberschlag zu werten ist. Dann stellt sich die Frage, wie in solchen Konstellationen überhaupt ein rechtlich verbindlicher Reparaturpreis entstehen kann.

4.1 Preisvereinbarung

- 32 Das Modell des BGB ist eindeutig: § 631 Abs. 1 BGB verpflichtet den Verbraucher, die **vereinbarte** Vergütung zu zahlen. Offensichtlich hat sich der Gesetzgeber vorgestellt, daß Verbraucher und Werkunternehmer im Regelfall eine Vereinbarung über den Reparaturpreis treffen. Tun sie das nicht, so stellt § 631 Abs. 2 BGB dar, daß der Verbraucher die Reparaturleistung jedenfalls bezahlen muß, wenn den Umständen nach zu entnehmen ist, daß er die Leistung nicht umsonst erwarten konnte. Fehlt schließlich eine Absprache über die Höhe des Reparaturpreises, so ist »die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen«, § 632 Abs. 2 BGB. Die Lektüre des Gesetzestextes drängt den Schluß auf, daß der

Verbraucher den üblichen Reparaturpreis zahlen muß, wenn eine genaue Absprache über die Höhe des Reparaturpreises fehlt, was in einer Vielzahl von Fällen zutrifft. Doch dies hieße, den zweiten Schritt vor dem ersten zu tun. Denn zunächst ist zu klären, ob Verbraucher und Werkunternehmer nicht doch eine »Vereinbarung« getroffen haben; nämlich die Absprache, daß der Werkunternehmer nach der in seiner Branche üblichen **Berechnungsmethode** abrechnen wird.

4.1.1 Berechnungsmethoden des Reparaturpreises

- 33 Es gibt nicht **die** Berechnungsmethode des Reparaturpreises, die von allen Handwerksbetrieben einheitlich gehandhabt wird. Unabhängig von Details haben alle Berechnungsmethoden jedoch zwei grundlegende Gemeinsamkeiten: Einmal werden die Nebenkosten (Fahrzeiten, Kilomergeld etc., siehe dazu Rn. 69 ff.) von der eigentlichen Berechnung des Reparaturpreises abgespalten, zum anderen gehen alle Berechnungsmodelle von der **Arbeitszeit** als gemeinsame Bezugsgröße aus. Bei der sog. Index-Methode bezahlt der Verbraucher die **effektive Dauer** der Werkstattbenutzung.
- 34 Diese Berechnungsmethode ist seit der Einführung der **Arbeitswert- und Zeiteinheitssysteme** stark zurückgegangen. An die Stelle der individuell geleisteten Arbeitszeit ist die von Refa-Ingenieuren ermittelte **Normzeit** getreten. Der Verbraucher zahlt nicht die tatsächlich geleistete Arbeitszeit, sondern die durchschnittliche Dauer der Werkstattbenutzung. Was auch immer die Methode sein sollte, eins gilt es im Gedächtnis zu behalten: Der Verbraucher bezahlt nicht den Erfolg, so wie es im Werkvertragsrecht vorgesehen ist, sondern er bezahlt die Zeit, die er die Werkstatt entweder konkret oder abstrakt in Anspruch nimmt.

4.1.2 Anforderungen an die Preisvereinbarung

- 35 Nach § 631 Abs. 1 BGB müssen Verbraucher und Werkunternehmer sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses darüber geeinigt (»vereinbart«) haben, wie der Reparaturpreis ermittelt werden soll. Regelmäßig findet ein Gespräch zwischen Verbraucher und Werkunternehmer über die konkrete Berechnungsmethode nicht statt. In Betracht kommt deshalb vom Lebenssachverhalt her eine konkludente (stillschweigende) Einigung über die Abrechnung auf Stundenlohnbasis.
- 36 Schrifttum und Rechtsprechung, soweit überhaupt vorhanden, nehmen eine rechtsgültige Preisvereinbarung an. Aus dem Werkvertragsrecht sei nicht abzulesen, daß die Parteien über die Höhe bereits bei Vertragsschluß eine Vereinbarung treffen müßten. Lediglich eine Einigung über den Berechnungsmodus müsse vorliegen, die aber auch konkludent erfolgen könne (siehe dazu MünchKomm-Soergel, §§ 443–656 Rn. 12). Die Konsequenzen dieser Rechtsauffassung sind klar: Da die Höhe der

Vergütung offenbleiben kann, liegt die Bestimmung des Reparaturpreises im Ergebnis in den Händen des Reparateurs.

- 37 Wir halten diese Interpretation des § 631 Abs. 1 BGB für nicht haltbar. Weyers (Gutachten S. 1115, 1147) kritisiert die Risikoverschiebung, die der Berechnungsmethode immanent sei. Dem Verbraucher werde das Risiko unzumutbaren Vorgehens des Werkunternehmers zugeschoben. Eine gewisse Bestätigung von Weyers Sichtweise findet sich in dem BGH-Urteil zu dem Kfz-Reparaturbedingungen (NJW 87, 2818 ff., VuR 6/1987, S. 336 f.). Denn der BGH versagt der prozentual begrenzten Auftragsverlängerungsklausel in den Reparaturbedingungen nicht zuletzt deshalb die Wirksamkeit, weil die Kfz-Werkstatt allein darüber entscheiden könne, welche Arbeiten »notwendig« seien. Nur, Rechtsprechung, die explizit die Berechnungsmethode bzw. deren Vereinbarung problematisieren würde, existiert nicht.
- 38 Unsere Kritik richtet sich einmal gegen die schleichende Umwandlung des Werkvertrages in einen Dienstvertrag als auch gegen die niedrigen Anforderungen, die das Schrifttum an die konkludente Einigung über die Berechnungsmethode stellt. Denn auch wenn die Parteien sich ausdrücklich nicht besprechen, so muß doch der Antrag des Werkunternehmers auf Vereinbarung der Berechnungsmethode zu seiner Wirksamkeit der Bestimmtheit oder zumindest Bestimmbarkeit, also einer in sich geschlossenen, aus dem Empfängerhorizont zu beurteilenden, Verständlichkeit der angetriebenen rechtsgeschäftlichen Regelung, genügen. Das wiederum ist im Grundsatz unbestritten und läßt sich in jedem Kommentar nachlesen. Kramer (MünchKomm-Kramer, § 145 Rn. 3) geht sogar noch einen Schritt weiter und verlangt eine **objektiv verständliche** Regelung im Angebot nach § 145 BGB. Nimmt man diese Kriterien ernst, so müßte das Ergebnis ebenso eindeutig sein. Denn die im Reparaturhandwerk durchgängig praktizierten Berechnungsmethoden sind weder objektiv verständlich noch vom Verbraucher nachzuvollziehen (dazu Micklitz, Handwerkerrechnungen). Angesichts dieses Befundes sind Reparaturverträge u. E. so anzusehen, als ob eine rechtsgültige Preisvereinbarung im Sinne des § 631 Abs. 1 nicht zustande gekommen ist. Was nützt, ist, eine Berechnungsmethode zu entwickeln, die für den Verbraucher durchschaubar ist und die eine rationale Preisgestaltung erlaubt (siehe dazu Rn. 41 Effektivstundenlohn).

4.2 Bestimmung des üblichen Preises

- 39 Da sich aus den Berechnungsmethoden des Reparaturhandwerks immer ein konkreter Preis errechnen läßt, kann § 632 Abs. 2 eigentlich nicht zum tragen kommen. Die Höhe ist zwar im Zeitpunkt des Vertragschlusses noch nicht bestimmt, aber sie ist im Nachhinein bestimmbar, was die herrschende Meinung ausreichen läßt. Übrig bleiben dann allein Fallgestaltungen, in denen Verbraucher und Werkunternehmer aus-

nahmsweise vor Gericht über die Berechtigung des Reparaturpreises, sprich die Höhe streiten. Richter, die nicht selbst über die Höhe des Preises entscheiden wollen, benennen gerne einen Sachverständigen, der dann über die Höhe des Preises gutachten soll. Die Sachverständigen kommen entweder von der Handwerkskammer, sind möglicherweise auch Innungsmitglieder und kennen die Berechnungsmethoden des Reparaturhandwerks genau. Damit findet die Preisberechnungsmethode mittelbar Eingang in die Entscheidung des Richters, der sich auf den Sachverständigen stützt und so die Berechnungsmethode als geeignet qualifiziert, um den »üblichen Preis« im Sinne des § 632 Abs. 2 BGB zu finden.

4.2.1 Normative Anforderungen an die Bestimmungen der Üblichkeit

- 40 § 632 Abs. 2 enthält keine Vorgaben. Was üblich ist, wird nicht definiert. Der Blick in die Kommentarliteratur zeigt, daß die Üblichkeit im Sinne des § 632 Abs. 2 BGB als faktischer Begriff, als Verkehrssitte begriffen wird. Die Bemühungen der Kommentatoren richten sich darauf, Kriterien für die Üblichkeit zu liefern. Verkürzt ließe sich sagen, daß unter einem üblichen Preis, der durchschnittliche Marktpreis zu verstehen ist. Die Rechtsprechung scheint diese Sichtweise zu teilen. Jedoch mehren sich die Zeichen, die darauf hindeuten, daß die Richter den üblichen Preis nicht allein als faktisch zu ermittelnden Durchschnittspreis verstanden wissen wollen, sondern auch als »angemessen« zur Entlohnung der Werkleistung (BGH NJW 1970, 699 ff.; OLG Köln BB 1974, 715).

4.2.2 Effektivstundenlohn als Grundlage einer Preisvereinbarung

- 41 Wir fassen zusammen: unseres Erachtens liegt bei den Reparaturverträgen, die auf der Basis der hier kritisierten Berechnungsmethode abgeschlossen werden, eine gültige Preisvereinbarung nicht vor. Denn über etwas Unverständliches kann man sich nicht einigen. Nach der Systematik des BGB müßte nun der übliche Preis i. S. des § 632 Abs. 2 BGB ermittelt werden. Dies kann aber nicht aufgrund einer Berechnungsmethode geschehen, die nicht nur unverständlich ist, sondern auch zu irrationalen Ergebnissen führt (Micklitz, Handwerkerrechnungen). Um es klar und deutlich zu formulieren: die über Jahre geübte Praxis einer Berechnungsmethode mag »üblich« sein, sie ist damit aber noch lange nicht rechtmäßig. Den Anforderungen an § 632 Abs. 2 BGB genügt nur eine Berechnungsmethode, die die Aufspaltung in Haupt- und Nebenkosten aufgibt. Ein gangbarer, aber nicht notwendig der einzige Weg, wäre das Konzept des Effektivstundenlohns. Hier werden alle Kosten, Arbeitskosten und Preisnebenkosten in einem einheitlichen »Effektivstundenlohn« zusammengefaßt.

4.3 AGB-Kontrolle der Berechnungsmethode

- 42 Wir gehen davon aus, daß die Berechnungsmethode des Reparaturhandwerks, die eine Aufspaltung in Haupt- und Nebenkosten vorsieht, einer der Hauptursachen für die Ärgernisse der Preisgestaltung ist. Deshalb möchten wir einen anderen Weg aufzeigen, wie die Rechtmäßigkeit der im Reparaturhandwerk praktizierten Berechnungsmethode überprüft werden kann. Dabei mag es befremdlich erscheinen, an eine AGB-Kontrolle zu denken. Denn die Berechnungsmethode ist regelmäßig schriftlich nirgendwo niedergelegt, jedenfalls nicht in individuellen Reparaturverträgen.

4.3.1 Berechnungsmethode im Rechnungsformular als AGB im Sinne des § 1 AGB-Gesetz

- 43 Die einzelnen Bestandteile, die unter den Kriterien des § 1 AGB-Gesetz von Bedeutung sind, lassen sich aus dem Formular zusammensuchen. Dann ergibt sich: Die Berechnungsmethode ist als Vertragsbedingung anzusehen, da sie die Grundlage der Preisvereinbarung bildet bzw. bilden soll. Ihrem Charakter nach soll sie gleichermaßen für gleichartige Rechtsverhältnisse im überindividuell ausgerichteten Massenreparaturvertrag verwendet werden. Unabhängig davon, ob man das »Stellen« der Vertragsbestimmung als Akte einseitiger Ausnutzung einer übermächtigen Rechtsposition definiert oder die Aufgabe des Merkmals darin sieht »die Rolle des Verwenders, an die das AGB-Gesetz zahlreiche Rechtsfolgen knüpft, derjenigen Partei zuzuweisen, auf deren Veranlassung die Einbeziehung der vorformulierten Bedingungen in den Vertrag zurückgeht« (Ulmer/Brandner/Hensen, § 1 Rn. 27), das Ergebnis bleibt dasselbe. Die Berechnungsmethode ist Ausdruck organisierter Übermacht des Handwerks. Gleichzeitig erfolgt die Einbeziehung in den Vertrag auf Veranlassung des Verwenders – des Werkunternehmers nämlich.

4.3.2 Zulässigkeit der Inhaltskontrolle

- 44 Es gibt keine Rechtsprechung und keine Literatur, die zum Charakter der Berechnungsmethode Stellung bezieht. Es gibt »nur« ein BGH-Urteil (BGH BB 1984, S. 321 f., siehe dazu Rn. 70) und einige obergerichtliche Urteile sowie Kommentare, die sich auf die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Kontrolle von Preisnebenabreden einlassen. Ausgangspunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit ist § 8 AGB-Gesetz, der Preiskontrollen verbietet. Gemeint ist damit der unerlaubte Eingriff in die eigentliche Preisabrede, »also in die Festlegung der vom Erwerber des Wirtschaftsguts als Gegenleistung zu entrichtenden Geldsumme« (Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 Rn. 8). Darum geht es bei der Überprüfung der Berechnungsmethode im Reparaturhandwerk jedoch gerade nicht. Denn zur Überprüfung steht nicht die Höhe des Reparaturpreises,

sondern allein das »Wie«, also der Mechanismus der Preisfestsetzung. Damit aber ist der Weg frei für eine Überprüfung der Preisberechnungsmethode anhand des § 9 AGB-Gesetz. Die Berechnungsmethode verstößt deshalb gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz in Verbindung mit den §§ 631 Abs. 1 und 632 Abs. 2 BGB (siehe die Rn. 38).

5. Die Reparaturleistung

5.1 Leistungsvereinbarung

- 45 Es geht um zwei Konstellationen
- die Unbestimmtheit des Auftrages und
 - die Erweiterung des Auftrages
- 46 **Unbestimmtheit des Auftrages:** Der Verbraucher möchte die Reparaturleistung gern bestimmen, kann es aber regelmäßig nicht; der Handwerker ist dazu vielleicht in der Lage, hat aber nur bedingt Interesse an einem zu engen Arbeitsauftrag. Das Ergebnis dieser »Parteivereinbarung« ist de facto ein Blankoauftrag. Der Handwerker soll die Funktionstauglichkeit des ihm zur Reparatur überlassenen Gerätes wiederherstellen.
- 47 **Erweiterung des Auftrages:** Hat der Verbraucher einen Blankoauftrag erteilt, kann es zwischen ihm und dem Handwerker zu einem Streit über die unzulässige oder unangebrachte Erweiterung des Arbeitsauftrages gar nicht kommen. Denn der Verbraucher hat mit seinem Blankoauftrag die Konkretisierung der Reparaturleistung in die Hände des Handwerkers gelegt. Anders verhält es sich, wenn der Verbraucher den Arbeitsauftrag eingegrenzt hat. Er kann dies entweder über die Bestimmung einer Preisobergrenze oder über die Bestimmung des Auftragsvolumens versuchen. Eine Begrenzung des Auftragsvolumens erscheint nur vorstellbar, wenn die Fehlerquelle die Funktionstauglichkeit des Gerätes nicht in Frage stellt. Ansonsten bleibt nur das Setzen einer Preisobergrenze, unabhängig von der möglichen Fehlerquelle.
- 48 Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält kaum Vorgaben an die Bestimmung der Leistungsvereinbarung. Grundgedanke ist die Vertragsfreiheit. Die Folge: die nähere Ausgestaltung der Leistungsvereinbarung erfolgt in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, im Sinne des Werkunternehmers.

5.2 Kontrollmöglichkeiten unklarer Leistungsbestimmungen

- 49 Reparaturverträge sind Werkverträge, der Werkunternehmer schuldet den **Erfolg**. D. h., er kann vom Grundgedanken des Gesetzes her Bezahlung für die Reparaturleistung nur verlangen, wenn er das Ziel des Reparaturauftrages, nämlich die Instandsetzung erreicht hat. § 631 BGB spricht schlicht von der »Herstellung des versprochenen Werkes«. Von diesem Grundsatz gibt es eine Ausnahme, die in § 645 BGB normiert ist: Kann die Reparatur aus Gründen, die der Verbraucher zu

verantworten hat, nicht durchgeführt werden, so steht dem Werkunternehmer ein Anspruch auf den Teil der Leistung zu, den er bereits erbracht hat, ohne den Erfolg erreichen zu können. Das AGB-Gesetz unterwirft Leistungsbestimmungs- und Auftragsenerweiterungsklauseln dem Klauselverbotskatalog des § 10 Nr. 4, d. h., es verbleibt ein Wertungsspielraum, der unter Zuhilfenahme der tragenden Prinzipien des Werkvertragsrechts Erfolgsbezogenheit einerseits, Verantwortlichkeit für die Durchführung andererseits auszulegen ist.

5.2.1 Unklarheiten der Leistungsbestimmung

- 50 Die strukturellen Schwierigkeiten der Leistungsbestimmung kann der Verbraucher nicht beseitigen. Er muß aber alles tun, was in seiner Hand steht, um die Leistungsvereinbarung so präzise wie möglich zu gestalten. Er kann nicht bei Abschluß des Vertrages das Auftragsvolumen völlig offenlassen und sich dann hinterher über die zu hohen Kosten beschweren.
- 51 Soweit Allgemeine Geschäftsbedingungen existieren, die die Leistungsbestimmung zum Gegenstand haben, ist der Verbraucher in zweierlei Richtung geschützt:
- Blanko-Auftragsklauseln sind rechtswidrig. Das gilt für alle Klauseln, die den Verbraucher bei Abschluß eines Reparaturvertrages über den Umfang der Arbeiten im Dunkeln lassen und dem Handwerksbetrieb einseitig das Recht der nachträglichen Leistungsbestimmung zugestehen (Nachweise in Micklitz, Der Reparaturvertrag, S. 267, 268 und ders. in VuR 1/88)
 - das Gleiche gilt für sogenannte Auftragsbestätigungsklauseln: »Maßgebend für Inhalt und Umfang der Aufträge ist unsere Auftragsbestätigung. Bei Abweichungen von der Bestellung des Kunden gilt die Auftragsbestätigung als verbindlich, wenn nicht vom Kunden hiergegen schriftlich Einspruch erhoben wird.« Eine solche Klausel verstößt gegen § 9 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz (siehe Beitrag E 1).
- 52 In den Konditionenempfehlungen des Reparaturhandwerks finden sich weder Blanko-Auftragsklauseln noch Auftragsbestätigungsklauseln.

5.2.2 Undurchführbarkeit der Leistung

- 53 Der Werkunternehmer kann den Auftrag nicht durchführen, weil
- er den Fehler nicht finden kann (siehe etwa Konditionenempfehlungen Radio-/Fernsehtechnik 2.1)
 - das Ersatzteil nicht mehr zu beschaffen ist (Konditionenempfehlung Radio-/Fernsehtechnik 2.2)
 - die Reparatur sich im Nachhinein als unwirtschaftlich herausstellt
 - Mängel am Reparaturgut bestanden, die eine Fehlerbeseitigung ausschließen.

- 54 Eins haben alle Konstellationen gemeinsam, der Verbraucher soll für die **abgebrochene Reparatur** bezahlen. Deutlich tritt das Spannungsverhältnis zwischen erfolgsbezogenem Werkvertrag und zeitbezogenem Dienstvertrag zutage. Der Verbraucher hat den Erfolg im Blick und will die abgebrochene Reparatur nicht bezahlen. Der Handwerker besteht auf einem Entgelt für den letztlich untauglichen Versuch, weil er Zeit aufwenden mußte, um die Untauglichkeit feststellen zu können.
- 55 Eine direkt auf die Problematik zugeschnittene Lösung im BGB existiert nicht. § 645 BGB bietet sich an, er wird aber widersprüchlich interpretiert. Was nicht verwundern kann, weil für jede Konstellation entschieden werden muß, ob die Undurchführbarkeit aus der Sphäre des Verbrauchers oder der Sphäre des Werkunternehmers herrührt. Während die einen damit eine Bezahlung der Fehlersuchzeit rechtfertigen (siehe Weyers Gutachten S. 1147), wollen die anderen unter Zuhilfenahme der §§ 275 f. BGB eine Einstandspflicht des Handwerkers ableiten, (Nachweise bei Micklitz, Der Reparaturvertrag, S. 275).
- 56 Die Kommentarliteratur zum AGB-Gesetz tendiert dazu, dem Werkunternehmer einen Anspruch auf den Teillohn jedenfalls bei »hohen Kosten und Kosten für die Ersatzteilbeschaffung zu versagen (siehe Ulmer/Brandner/Hensen, Rn. 602 Anhang 9–11, Löwe-Westphalen/Trinkner Reparatur-AGB Rn. 3, Wolf § 9 R 128). Aus der Rechtsprechung ist, soweit ersichtlich, nur das Urteil des Oberlandesgerichts Celle bekanntgeworden (Bunte AGB/E I, § 10 Rn. 33). Das Gericht hat keine Schwierigkeiten, den Verbraucher mit den Kosten zu belasten, die dadurch entstehen, daß das benötigte Ersatzteil nicht zu beschaffen ist. Die Kommentarliteratur zum AGB-Gesetz lehnt das Urteil ab (siehe dazu Micklitz, Der Reparaturvertrag S. 272/273 m. w. N.).
- 57 **Merke:** Es gibt bislang keine eindeutige Lösung dafür, wer mit dem Risiko der Undurchführbarkeit einer Reparatur belastet sein wird. Es zeichnet sich zwar eine Tendenz in der Literatur ab, den Handwerker mit den Kosten zu belasten, Nachweise in der Rechtsprechung fehlen jedoch bislang. Der Verbraucher selbst löst die Problematik oft so, daß er vor allem ältere Geräte nicht mehr abholt, wenn hohe Reparaturkosten anfallen (siehe dazu Rn. 131 ff.).

5.3 Rechtliche Zulässigkeit der Auftragsenerweiterung

- 58 Genau genommen geht es um zwei Konstellationen: Entweder wird dem Verbraucher die Festlegung des Auftrages bei Vertragsschluß aus der Hand genommen oder es werden »notwendige« Arbeiten im Nachhinein für erforderlich erklärt, ohne daß der Verbraucher um Erlaubnis für eine Ausweitung des Auftragsvolumens nachgefragt werden müßte. Was immer die Parteien bei Vertragsschluß gesprochen oder nicht gesprochen haben, es kommt darauf an, die Zielvorstellung des Verbrauchers bei Vertragsschluß so festzulegen, wie der Werkunternehmer sie verste-

hen **konnte** und **mußte**. Damit sind dem Werkunternehmen insofern Grenzen gesetzt, als er auch bei einem unklaren Reparaturauftrag nicht ohne Rücksicht auf die Kosten reparieren kann, er muß den Verbraucher informieren, wenn eine Situation auftritt, die die Parteien bei Vertragschluß nicht antizipiert haben.

- 59 AGB-Klauseln, die sich den Vorteil einer unklaren Leistungsabsprache zunutze machen, haben vor den Gerichten nur sehr bedingt Bestand.
- Blanko-Auftragsklauseln sind rechtswidrig (siehe dazu Micklitz, Der Reparaturvertrag, S. 272 m. w. N., Klauseln wie »nicht in Auftrag gegebene Arbeiten dürfen ohne Rückfrage ausgeführt werden, wenn erst dann die volle Leistung des Gerätes erreicht werden kann«, verstoßen gegen § 10 Nr. 4 AGB-Gesetz. In den Konditionenempfehlungen finden sich solche Beispiele nicht mehr.
 - Auftragerweiterungsklauseln, die dem Werkunternehmer vorab einen prozentual begrenzten Spielraum einräumen, sind nach der BGH-Entscheidung zu den Kfz-Reparaturbedingungen nicht mehr hinnehmbar (BGH NJW 87, 2818 ff., VuR 6/1987, S. 336 f.). Aus dem Urteil läßt sich ganz allgemein ableiten, daß der Werkunternehmer den Verbraucher über **jede** Erweiterung des Auftrages informieren muß, auch wenn sie finanziell gesehen lediglich zu einer sehr begrenzten Erhöhung des vorab vereinbarten Reparaturpreises führt.

5.4 Aufklärungs- und Beratungspflichten des Werkunternehmers

- 60 Vorab: Es geht nicht um die Anzeigepflicht nach § 650 Abs. 1 BGB bei der voraussehbaren Überschreitung eines unverbindlichen Kostenvorschlages (Rn. 28 ff.), sondern zur Diskussion steht die Frage, ob der Handwerker bei der Konkretisierung der Leistung Hilfestellung leisten muß, um die Schwierigkeiten die aus einer unklaren Leistungsbestimmung mit nachfolgender Auftragerweiterung resultieren, zu reduzieren.
- 61 Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt im Werkvertragsrecht eine solche spezielle Beratungspflicht des Werkunternehmers nicht. Weyers (Gutachten, S. 1145/1194) hat unter Bezugnahme auf das skandinavische Recht den Vorschlag gemacht, die Beratungspflicht des Werkunternehmers in einen neuen Paragraphen 650 BGB aufzunehmen:
- »Ist die Vergütung von dem Aufwand abhängig, den der Unternehmer zur Herstellung des Werkes zu machen hat, so ist er verpflichtet, den Besteller über die Höhe des voraussichtlichen Aufwandes zu beraten, wenn nicht der Besteller die zur Beurteilung erforderliche Sachkunde besitzt«.
- Rechtspolitisch hat dieser Gedanke insofern Gewicht, als der 55. Deutsche Juristentag eine gesonderte Kodifizierung der Beratungspflicht des Werkunternehmers unterstützt.

- 62** Rechtsprechung speziell zur Aufklärungspflicht des Werkunternehmers existiert nur für Einzelfälle (siehe dazu OLG Köln, BB 1974, 715), das von einer Kfz-Werkstatt verlangt hatte, den Verbraucher darüber aufzuklären, daß für Lackierungsarbeiten ein Fremdarbeitszuschlag von 10% verlangt wurde. Die Literatur hat sich bislang kaum zu der Frage geäußert (Nachweise bei Micklitz, Reparaturvertrag, S. 269).
- 63** Anzeichen für eine Aufklärungspflicht des Werkunternehmers liefern die Allgemeinen Geschäftsbedingungen selbst. So sprechen die Konditionenempfehlungen des Radio- und Fernsehtechnikerhandwerks in Nr. 1.1 davon, daß der Techniker den Verbraucher »befragen soll«, die Konditionenempfehlungen des Kfz-Reparaturhandwerks verlangt, das genaue Auftragsvolumen im Auftragschein zu bezeichnen, was eine Befragung voraussetzt (siehe dazu Micklitz, Der Reparaturvertrag, S. 269); dezidiert findet sich in der Konditionenempfehlung der Elektrohandwerke III.3 ein ganzer Passus über die »Haftung für Nebenpflichten«, die jedoch mehr eine Einschränkung von Pflichten statuiert, als sich positiv mit dem Umfang auseinandersetzt.
- 64** Hier bieten sich Perspektiven einer Fortentwicklung des geltenden Rechts und Chancen in der Beratung über die Bezahlung abgebrochener Reparaturen: Trifft nämlich den Handwerker ein Verschulden, weil er den Verbraucher überhaupt nicht danach gefragt, was denn genau getan werden soll, läßt sich ein Freistellungsanspruch begründen, mit dem der Verbraucher gegen den überhöhten Preis aufrechnen kann (siehe Rn. 29, 30).

6. Die Nebenkosten

- 65** Nebenkosten haben sich zu einer zweiten Rechnung gemausert, die durchgängig Anlaß zu Ärger bieten, nicht aber unbedingt zu einer Beschwerde führen. Die Versuche in der Rechtsprechung und in der Literatur, sogenannte Preisnebenabreden einzudämmen, mehren sich. Als Kontrollmaßstab fungiert durchweg das AGB-Gesetz, vereinzelt werden Nebenkosten an der Generalklausel § 138 BGB gemessen.

6.1 Fallkonstellationen

- 66** Ständig tauchen neue Posten auf, die allesamt ein Ziel verfolgen, aus dem Preis für die erbrachte Arbeitsleistung mehr und mehr Kosten abzuspalten, die dann gesondert in Rechnung gestellt werden. Fünf Gruppen lassen sich bilden:
- Intransparenz von Nebenkosten, der Verbraucher kann das Gewirr von Posten, Fahrtzeiten, Wegezeiten, Rüstzeiten, Mahnkosten, Kleinteile etc. nicht durchschauen;
 - Höhe der Nebenkosten, oftmals gerade bei kleineren Reparaturen muß der Verbraucher für die gesondert ausgewiesenen Posten mehr aufwenden, als für die »eigentliche« Arbeitsleistung;

- An- und Abfahrtskosten, hier ist das Durcheinander am schlimmsten, fünf Methoden lassen sich unterscheiden (Micklitz, Handwerkerrechnungen), die sich bei einigem Wohlwollen in zwei Großposten unterscheiden lassen: Die Kosten für die Arbeitszeit, die der Handwerker benötigt, um zum Verbraucher zu fahren; sodann die Kosten, die dadurch entstehen, daß der Handwerker ein Kraftfahrzeug zur Anfahrt benutzt;
- Phantasieposten, Mahngebühren, Schreibgebühren, Rechnungsstellungskosten, Verwaltungskosten, Barzahlungsposten usw.;
- Bereitstellungskosten, Kleinteile, Rüstzeit, Geräteinsatzwagen.

6.2 Das Grundproblem der AGB-Kontrolle: verbotene Preiskontrolle und erlaubte Überprüfung der Preisnebenabreden

- 67 Die AGB-Literatur versucht, in allgemeinen Formulierungen und Definitionen eine Trennungslinie zu finden, die eine allgemeine Abgrenzung von verbotener Preiskontrolle und zulässiger Überprüfung von Preisnebenabreden erlaubt. Soweit ersichtlich fehlt es jedoch an einer systematischen Durchsicht der vorhandenen Preisnebenabreden vor dem Hintergrund der abstrakt formulierten Definitionsversuche. Tatsächlich wird fallbezogen argumentiert und einzelne Preisnebenabreden für rechtmäßig oder für rechtswidrig erklärt. Ein solcher Ansatz bleibt immer cursorisch und stellt letztlich niemanden zufrieden, da immer noch Argumente gefunden werden können, die die Lösung in Frage stellen oder untermauern. Wir selbst halten eine generelle Kontrolle der Nebenkosten für zulässig, weil es im Grunde immer um die Methode selbst geht, nicht um die Höhe (siehe Rn. 42–44).
- 68 Aus den bislang vorliegenden Urteilen lassen sich **unseres Erachtens** folgende tragende Grundsätze für die Beurteilung von Nebenkosten ableiten:
- (1) Nebenkosten können dann in den Reparaturpreis einfließen, wenn sie **tatsächlich** angefallen sind (BB 1984, 1321 ff.).
 - (2) Den Werkunternehmern ist es nicht gestattet, »außer den Personal- und Gemeinkosten auch den auf die erbrachte Werkleistung entfallenden Unternehmergewinn sowie einen Risikozuschlag für etwaige Gewährleistungsansprüche« in die nicht der Hauptleistung zugehörigen Nebenkosten einzurechnen (BGH BB 1984, 1321 f.).
 - (3) Die Obergerichte scheinen bereit zu sein, eine Pauschalierung von Nebenkosten zur Vereinbarung der Abrechnung hinzunehmen, sofern bei der Festsetzung des Pauschalbetrages ein Ausgleich der Interessen der Vertragsparteien angestrebt wird. Der BGH hat zur Möglichkeit der Pauschalierung bislang nicht Stellung genommen.
- Allein (3) bedarf einer Konkretisierung, die wir gefunden zu haben glauben. Danach erscheint die Pauschalierung insbesondere von An- und Abfahrtskosten zulässig, wenn gesicherte Erkenntnisse über die

durchschnittlichen Anfahrtskosten vorliegen und von diesem Durchschnittswert Unternehmergewinn und Risikozuschlag abgezogen werden.

(4) Als weiteren tragenden Gesichtspunkt an dem Preisnebenabreden zu messen sind, möchten wir hinzufügen: Nur solche Nebenposten können überhaupt als Bestandteil des Reparaturpreises angesehen werden, die der Verbraucher auch kontrollieren kann.

6.3 Kontrolle einzelner Nebenkosten

- 69 Eine Vielzahl von Nebenkosten sind bereits Gegenstand der Rechtsprechung gewesen oder werden zumindest in der Literatur erörtert. Die folgende Übersicht illustriert den Stand der Diskussion:
- 70 Die Klausel »**Fahrtzeiten gelten als Arbeitszeiten**« verstößt gegen § 9 AGB-Gesetz (BGH BB 1984, 1321 f.). Dagegen wendet sich allein Palandt-Heinrichs, (46. Auflage 1988 § 9 Wartungsverträge).
- 71 Die Klausel »**angefangene Stunden werden als volle berechnet**« ist vom OLG Frankfurt (DB 1983, 1482 f. a. A. LG Düsseldorf VuR 89, 38 ff.) für zulässig erklärt worden. Die AGB-Literatur spricht sich dagegen für die Unzulässigkeit der Klausel aus (Palandt-Heinrichs, 46. Aufl. § 9 Wartungsverträge; Wolf W 2 § 11 Nr. 1 Rn. 38; Löwe/Westphalen/Trinkner Reparatur-AGB Rn. 10; Ulmer/Brandner/Hensen, 5. Aufl. 1985, Wartungsverträge Rn. 930). Es erscheint schlichtweg nicht hinnehmbar, angefangene Stunden als volle zu berechnen, in einer Zeit, in der die kleinste Berechnungseinheit üblicherweise zwischen fünf und zehn Minuten schwankt. Legt man die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zugrunde, so berücksichtigt das OLG Frankfurt nicht, daß der Werkunternehmer lediglich die tatsächlichen Kosten berechnen darf.
- 72 Die Klausel, wonach **bei der Berechnung von Fahrtweg und Fahrtzeit grundsätzlich von einem Einsatz des Technikers ab seiner Geschäftsstelle ausgegangen wird**, findet die Zustimmung des OLG Frankfurt (DB 1983, S. 1482; anderer Auffassung Löwe/Westphalen/Trinkner, Reparatur-AGB, Rn. 10), sowie Wolf, der die Klausel nicht für generell unzulässig hält, aber zu einer anderen Beurteilung »bei klaren Verhältnissen und hohen Kosten« kommt. Eine Übertragung der BGH-Rechtsprechung auf die Klausel führt ebenfalls zu deren Unzulässigkeit. Denn der Unternehmer kann in keinem Fall für die insoweit aufgewandte Arbeitszeit den Unternehmergewinn und Risikozuschlag aufschlagen. Schwierig ist diese Klausel vor allem deshalb, weil es hier um die Pauschalierung von Kosten geht, die tatsächlich anfallen. Nur muß die Pauschalierung rational nachvollziehbar sein, und auf konkreten Daten beruhen. Genau das ist aber nicht der Fall, wenn jedem Kunden der Anfahrtsweg in Rechnung gestellt wird. Handwerksbetriebe organisieren den Einsatzplan ihrer Techniker so, daß die Anfahrtzeit von Kunde zu Kunde so weit möglich reduziert wird.

- 73 Die Berechnung eines **Geräteeinsatzwagens** bei der Rohrreinigung, unabhängig davon, ob der Wagen tatsächlich zum »Einsatz kommt«, verstößt gegen das AGB-Gesetz (OLG Stuttgart VuR 1988, 285 ff.). Das OLG schließt allerdings eine Individualvereinbarung nicht aus, wenn der Rohrreiniger den Verbraucher ausdrücklich auf die Klausel hingewiesen hat (zur gleichgelagerten Problematik bei der 15-fachen Haftungsbeschränkung siehe Rn. 238).
- 74 **Rüstzeiten** sind ebenfalls mit dem AGB-Gesetz nicht zu vereinbaren. Denn sie sind für den Verbraucher nicht kontrollierbar (so auch Ulmer/Brandner/Hensen Anhang § 9–11 AGB-Gesetz, Reparaturverträge Rn. 602). Das Gleiche gilt für Schreibgebühren, Rechnungsgebühren und sonstige »Phantasieposten«.
- 75 Die generelle **Berechnung von Kleinteilen** ist nicht zulässig (siehe dazu OLG Bamberg NJW 1982, 778). Kleinteile können, wenn überhaupt, nur berechnet werden, wenn im konkreten Fall tatsächlich Kosten angefallen sind. Darüber hinaus ist die Berechnung von Kleinteilen für den Verbraucher auch nicht kontrollierbar und es besteht die Gefahr einer Doppelberechnung, einmal im Rahmen des Gemeinkostenzuschlags, einmal gesondert als Preisnebenkosten.

7. Die Rechnungsstellung

- 76 Der Werkunternehmer ist nach herrschender Meinung nicht verpflichtet, dem Verbraucher eine Rechnung auszustellen (Rn. 83). Damit ist der Boden bereitet für Strategien, den Verbraucher mit intransparenten Rechnungsformularen »abzuspeisen«. Wehrt sich der Verbraucher und verlangt er eine spezialisierte Aufstellung, ist die Aussicht auf Erfolg gering. Jedenfalls, wenn er bereits gezahlt hat. Tatsächlich sind nämlich die Ausübung des Werkunternehmerpfandrechts und die (fehlende) Pflicht zur Rechnungslegung (spezialisierte Rechnung) eng miteinander verknüpft (Rn. 83).

7.1 Fallkonstellationen und rechtliche Relevanz der Rechnungsstellung

- 77 Die Probleme der Verbraucher resultieren eher aus der mangelnden Transparenz der ihnen erteilten Rechnungsbelege als aus der Nichterteilung einer Rechnung. Rechnungen sind entweder beschränkt rational, pauschal oder unvollständig (Micklitz, Handwerkerrechnungen):
- beschränkt rational sind vor allem solche Rechnungen zu nennen, die mit Stundenverrechnungssätzen arbeiten und die Nebenkosten vor allem die Fahrtkosten differenziert aufschlüsseln (Rn. 38). Erhöht wird die Intransparenz noch dadurch, daß keine einheitlichen Rechnungsformulare verwandt werden, und die Berechnungsmethoden differieren.
 - das genaue Gegenteil bilden Rechnungen von kleinen Reparaturbetrieben. Diese verwenden entweder jedermann zugängliche Rech-

nungsformulare, die nicht auf die spezifischen Bedürfnisse des Betriebes zugeschnitten sind oder sie verfügen über einen eigenen Briefkopf mit dem Aufdruck »Rechnung« ohne nähere Spezifikation.

- Unabhängig von der Art des verwendeten Formulars unterteilen derartige Firmen den Rechnungsbetrag durchgängig in Materialkosten und Arbeitskosten, in denen die Nebenkosten enthalten sind,
- die weitaus überwiegende Anzahl der Rechnungsbelege zeichnet sich durch ihre **Unvollständigkeit** aus, unabhängig davon, ob es sich um ausdifferenzierte Formulare oder Blankoformulare handelt. Die Angaben reichen nicht aus, um den errechneten Endbetrag nachvollziehen zu können.

Worum geht es rechtlich?

78 Der Verbraucher will wissen, ob

- er vor Erhalt der Rechnung zur Zahlung verpflichtet ist,
- ob er einen Anspruch auf Erhalt einer Rechnung hat,
- ob er die Rechnung prüfen kann, bevor er bezahlen muß.

Kurz, es geht um die Bedeutung der Rechnungslegung im Werkvertragsrecht. Erschwert wird die Darstellung der Rechtslage, weil es keine Vorschriften im BGB gibt. Wichtig für die Möglichkeiten der Gegenwehr ist, ob die Reparatur in den Räumen des Verbrauchers oder in der Werkstatt des Werkunternehmers durchgeführt worden ist. Dies gilt es bei der Erörterung der einzelnen Rechtsprobleme im Auge zu behalten.

7.2 Zahlungspflicht bei Abnahme des Werkes oder Zahlungspflicht mit der Rechnungslegung?

- 79 In rechtliche Kategorien übersetzt, geht es um die **Fälligkeit** des Werklohnanspruchs. Praktisch bedeutsam wird die Entscheidung über die Entstehung der Fälligkeit in Konstellationen, in denen der Verbraucher das »Werk abnimmt« (Rn. 142 ff.), obwohl er die genaue Höhe des voraussichtlichen Reparaturpreises noch nicht kennt, für den Beginn der Verjährungsfrist. Denn setzt die Verjährungsfrist mit Abnahme des Werkes ein, weil der Anspruch fällig wird, obwohl die Höhe des Reparaturpreises noch nicht feststeht, so hat es der Verbraucher in Händen, die Verjährungsfrist in Gang zu setzen. Genau umgekehrt verhält es sich, wenn der Reparaturpreis erst mit der Rechnungslegung fällig wird. Dann kann der Werkunternehmer den Beginn der Fälligkeit/Verjährung beliebig hinauszögern, was insbesondere Bedeutung gewinnen kann, wenn der Jahreswechsel vor der Tür steht (siehe Rn. 150 ff.).
- 80 Da das BGB keinerlei Vorschriften über die genaue Entstehung der Zahlungspflicht enthält, muß auf die Rechtsprechung und das Schrifttum zurückgegriffen werden. Der BGH (NJW 1981, S. 814), sowie das OLG Düsseldorf (MDR 1983, S. 403) und das OLG Celle (NJW 1986, S. 327), vertreten die Auffassung, daß der Reparaturpreis bei der Abnahme fällig wird und zwar auch dann, wenn die genaue Höhe zu

diesem Zeitpunkt noch nicht feststeht. Genau umgekehrt verweisen das OLG Hamm (Schäfer-Finnern-Hochstein, § 641 BGB Nr. 8), sowie das Oberlandesgericht Köln (zitiert nach Werner-Pastor, Der Bauprozeß 4. Aufl. 1982, Rn. 953) auf die Erteilung der Rechnung als notwendige Voraussetzung für den Eintritt der Fälligkeit. Weyers (Gutachten S. 1148), hat vorgeschlagen, § 641 Abs. 2 BGB in diesem Sinne neu zu formulieren:

»Ist die Vergütung nicht im voraus bestimmt, und verlangt der Besteller vom Unternehmer eine Rechnung, aus der sich Art und Umfang des erbrachten Aufwandes und die Berechnung der dafür geforderten Vergütung ergeben, so wird der Anspruch hierauf nicht fällig, ehe der Unternehmer eine solche Rechnung erteilt hat.«

Merke: Es besteht innerhalb von Rechtsprechung und Literatur keine Einigkeit über den Eintritt der Fälligkeit.

7.3 Anspruch auf Erteilung einer spezifischen Rechnung

- 81 Orientiert man sich allein an der obergerichtlichen Rechtsprechung, ist die Antwort schnell gefunden. Das Reichsgericht hat im Jahre 1902 (RGZ 72, S. 177, 178) einen Anspruch des Verbrauchers auf Erteilung einer Rechnung verneint. Er sei dadurch hinreichend geschützt, daß er sich gegenüber der nicht spezifizierten Forderung des Unternehmens abwartend verhalten könne. Soweit ersichtlich, ist die Frage, ob der Verbraucher einen **Anspruch** auf Rechnungslegung hat, nie mehr vor die Obergerichte gelangt. Gleichwohl ergibt sich die Position des BGH und der ihm folgenden Gerichte aus der Entscheidung über die Entstehung der Fälligkeit. Denn wenn die Fälligkeit mit der Abnahme entsteht, obwohl der Preis noch nicht feststeht, so versteht sich von selbst, daß die Rechnungslegung allenfalls eine komplementäre Bedeutung haben kann. Um es deutlich hervorzuheben, auch die Obergerichte, die die Entstehung der Fälligkeit an die Rechnungslegung koppeln, gehen nicht soweit, dem Verbraucher einen Anspruch auf Rechnungslegung einzuräumen. Das tut auch Weyers in seinem Vorschlag zur Neuformulierung des § 641 Abs. 2 BGB nicht.
- 82 Rechtsprechung und Literatur diskutieren einen möglichen Anspruch auf Rechnungslegung immer im Zusammenhang mit der Entstehung der Zahlungspflicht. Dabei ist genau jene Konstellation praktisch von geringer Bedeutung. Denn ein aufmerksamer Verbraucher wird vom Handwerker eine Rechnungslegung **vor Zahlung** verlangen. Der Handwerker wird die Rechnung erteilen und tut es auch, um an sein Geld zu kommen. Das verschafft dem Verbraucher immerhin die Möglichkeit, am Ladentisch oder in der Werkstatt den Reparaturpreis zu überprüfen (zur Prüfpflicht und Prüfmöglichkeit Rn. 83, 84) und ggf. die Zahlung zu verweigern, was allerdings zur Folge hat, daß er den Reparaturgegen-

stand auch nicht ausgehändigt erhält (zum Werkunternehmerpfandrecht Rn. 87 ff.).

7.4 Anspruch auf Prüfung vor der Zahlung

- 83 Ist es dem Verbraucher gelungen, den Reparaturgegenstand vor der Zahlung wieder in Besitz zu nehmen, hat er die Möglichkeit, zu prüfen, ob die Reparatur ordnungsgemäß ausgeführt worden ist. Er kann eventuelle Mängel reklamieren und seinem Mißfallen durch Kürzung der Rechnung Ausdruck geben. Weit häufiger ist dagegen die Situation, daß dem Verbraucher keine Zeit bleibt, den Reparaturgegenstand vor Wieder-Inbesitznahme auf seine Funktionsfähigkeit hin zu prüfen. Sicher kann er vom Werkunternehmer eine Vorführung verlangen, bevor er den verlangten Reparaturpreis begleicht. Jedoch wird es ihm in der Kürze der Zeit faktisch nicht möglich sein, eventuelle Mängel der Reparatur aufzudecken. Wirklich prüfen kann er die geleistete Arbeit nur, wenn er den Reparaturgegenstand selbst wieder in Besitz genommen hat. Genau das wird aber der Handwerker vermeiden, weil er dann sein Pfandrecht verlöre (Rn. 87).
- 84 Rein rechtlich ist die Situation eindeutig. Der Verbraucher hat keinen Anspruch auf Überlassung des Reparaturgegenstandes, allein um sich vom Erfolg der geleisteten Arbeit zu überzeugen. Weyers (Gutachten S. 1148) hat die Problematik zwar erkannt, räumt aber den Interessen des Werkunternehmers im Ergebnis den Vorrang ein.
- 85 **Merke:** Ein Anspruch auf Prüfung vor Zahlung hat der Verbraucher nicht.

8. Das Werkunternehmerpfandrecht

- 86 Das Werkunternehmerpfandrecht soll den Anspruch des Werkunternehmers auf den Reparaturpreis sichern. Faktisch beschneidet es die Möglichkeit des Verbrauchers, sich gegen unberechtigte Forderungen zu wehren nachhaltig.

8.1 Begründung des Werkunternehmerpfandrechts

- 87 Das Werkunternehmerpfandrecht § 647 BGB, entsteht qua Gesetz. Der Verbraucher muß nicht etwa sein Einverständnis zur Begründung des Pfandrechts geben. Notwendig ist allein die Besitzübertragung. Deshalb erwirbt der Werkunternehmer ein Pfandrecht nur an solchen Reparaturgegenständen, die er außerhalb der Räume des Verbrauchers in seiner Werkstatt repariert. Denn innerhalb der Sphäre des Verbrauchers kann der Handwerker keinen eigenen Gewahrsam an dem Reparaturgegenstand begründen. Die Konsequenzen zeigen sich im Verhalten des Werkunternehmers bei Reparaturen im Hause des Verbrauchers. Da er ein Pfandrecht nicht erwerben kann, kann er seinen Werklohnanspruch nicht sichern.

- 88 **Merke:** Da bei Hausreparaturen ein Werkunternehmerpfandrecht nicht begründet werden kann, ergeben sich theoretisch für den Verbraucher günstige Möglichkeiten, über den Reparaturpreis zu verhandeln, wenn dieser unberechtigt hoch erscheint.

8.2 Ausübung des Pfandrechts

- 89 Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat das Werkunternehmerpfandrecht in drei Schritten zu einem echten Bollwerk gegen unberechtigte Forderungen der Verbraucher ausgebaut:
- 1960 hat der BGH (BGHZ 22, 122–135; BGHZ 22, 153–158) dem Werkunternehmer ein Pfandrecht auch solchen Reparaturgegenständen des Verbrauchers zugestanden, die nicht in dessen Eigentum stehen. Rechtskonflikte drehen sich regelmäßig um zur Reparatur fortgegebene Kraftfahrzeuge, sie berühren den Verbraucher nur indirekt, da sie aus der Konkurrenz der Sicherungsgläubiger (Finanzierende Bank/reprierender Handwerker) resultieren. Kann der Verbraucher seine Reparatur nicht bezahlen, ist es ihm aber relativ gleichgültig, ob die Werkstatt sich vorab durch den Verkauf des Wagens befriedigen kann oder ob die Werkstatt den Wagen an die Finanzierungsbank herausgeben muß, da sie ein wirksames Pfandrecht an dem bestellerfremden Wagen nicht erworben hat. Die Entscheidung des BGH ist in dogmatischer Hinsicht vielfach kritisiert worden (siehe die Darstellung des Sachstandes etwa bei Staudinger/Wiegand § 1257 Rn. 7 f., 12. Aufl. 1981), überwiegend ist jedoch die Literatur der Ansicht, daß den Sicherungsinteressen des Werkunternehmers der Vorzug gebührt.
 - Letzte Zweifel hat der BGH 1977 (BGHZ 68, S. 323 f.) beseitigt, als er die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Kraftfahrzeugreparaturhandwerks vorgesehene »vertragliche Vereinbarung des Pfandrechts« anerkannte.
 - 1987 schließlich hat der BGH (NJW 87, 2818 ff., VuR 1987, S. 339 f.) das in den Kfz-Reparaturbedingungen vorgesehene erweiterte oder verlängerte Unternehmerpfandrecht für rechtmäßig erklärt (siehe Anm. Plett in VuR 1/1988, 4–9). Danach erstreckt sich das vertragliche Pfandrecht auch auf Forderungen aus früher durchgeführten Arbeiten, Ersatzteillieferungen und sonstigen Leistungen, soweit sie mit dem Auftragsgegenstand in Zusammenhang stehen.
- 90 Die werkunternehmerfreundliche Tendenz in der Rechtsprechung, im letzteren Fall gegen die nahezu einhellig votierende Kommentarliteratur zum AGB-Gesetz, läßt wenig Spielraum für eine verbraucherfreundliche Interpretation des Werkunternehmerpfandrechts.

8.3 Beschränkung des Pfandrechts

- 91 Unsere Frage lautet: Kann es Konstellationen geben, in denen das Werkunternehmerpfandrecht eingeschränkt werden muß, um die Rechte des Verbrauchers zu wahren oder anders formuliert, gibt es so etwas wie eine »mißbräuchliche« Ausübung des Werkunternehmerpfandrechts? Die Leitvorstellung sollte sein, einen Ausgleich zwischen den Interessen beider Parteien zu finden, d. h. den legitimen Anspruch des Werkunternehmers auf den Reparaturpreis zu wahren, gleichzeitig aber dem Verbraucher eine Möglichkeit zu verschaffen, wie er vor der Zahlung sich von der ordnungsgemäßen Reparatur überzeugen kann.
- 92 Soweit ersichtlich sind lediglich zwei Entscheidungen bekanntgeworden, die sich mit den Auswirkungen des Werkunternehmerpfandrechts auf die Vertragsbeziehungen zwischen dem Werkunternehmer und dem Verbraucher beziehen. Das Oberlandesgericht Celle (NJW 1953, S. 1470 f.) ebenso wie das Landgericht Wuppertal (DAR 1983, S. 23 f.) hatten sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob dem Werkunternehmer ein Pfandrecht auch dann zusteht, wenn die noch offenstehende Werklohnforderung in einem krassen Mißverhältnis zum Wert des zurückgehaltenen Gegenstandes steht. Während das Oberlandesgericht Celle dem Werkunternehmer das Recht zugestand, die Herausgabe eines LKW's zu verweigern, weil der Besteller die noch offene Werklohnforderung über DM 26,10 nicht beglichen hatte, erklärte das Landgericht Wuppertal in einer gleichgelagerten Konstellation die Ausübung des Werkunternehmerpfandrechts für rechtsmißbräuchlich im Sinne des § 242 BGB. Hier standen sich eine Werklohnforderung in Höhe von DM 87,99 und ein Fahrzeug gegenüber, welches 1½ Jahre vor Durchführung der Reparatur zum Preis von DM 18 500,- als Neuwagen erworben worden war.
- 93 Beide Entscheidungen lassen sich nicht verallgemeinern. Gleichwohl scheint es Konstellationen zu geben, in denen dem Werkunternehmer eine Berufung auf sein Pfandrecht ausnahmsweise zu versagen ist. Es wäre zu überlegen, ob nicht der Rechtsstreit um die Vorleistungsklausel in Pauschalreiseverträgen Anhaltspunkte bieten könnte, um das Werkunternehmerpfandrecht neu zu überdenken. Da der Bundesgerichtshof die Vorleistungsklausel für unvereinbar mit dem AGB-Gesetz erklärt hat (BGH DB 1986, S. 1388 f.), ist der Boden bereitet, auch im Bereich von Reparaturverträgen eine differenzierte Zahlungspflicht des Verbrauchers einzuführen, die das Pfandrecht des Werkunternehmers im Ergebnis auf die Durchsetzung nur eines prozentualen Anteils des Werklohnes begrenzt. Eine solche Lösung findet sich bereits im Baurecht § 17 Nr. 6 VOB. Danach ist der Besteller berechtigt, seine Zahlung um höchstens 10% zu kürzen, wenn eine Sicherheitsleistung mit dem Bauunternehmer vereinbart worden ist. Den zurückbehaltenen Betrag hat der Verbraucher auf ein Sperrkonto einzuzahlen.

- 94 Merke:** Wir befinden uns auf rechtlich bislang ungesichertem Boden, es ist aber an der Zeit, das Werkunternehmerpfandrecht neu zu durchdenken.

9. Die verspätete Leistung

- 95** Leistet der Werkunternehmer nicht pünktlich, so kann sich der Verbraucher unter bestimmten Voraussetzungen vom Vertrag lösen. Meist wird es dem Kunden aber darum gehen, den Vertragspartner zu einer baldigen Leistungserbringung anzuhalten.

9.1 Verbraucher will sich vom Vertrag lösen

9.1.1 Der Rücktritt vom Vertrag

- 96** Wird die Reparatur nicht termingerecht durchgeführt, so hat der Verbraucher das Recht vom Vertrag zurückzutreten – § 636 Abs. 1. Voraussetzung ist, daß dem Werkunternehmer eine angemessene Nachfrist gesetzt und zugleich die Ablehnung der Reparatur für den Fall des Überschreitens dieser Frist angedroht worden ist – § 634 Abs. 1 i. V. m. § 636 Abs. 1. Auf ein Verschulden des Werkunternehmers kommt es nicht an.
- 97** Zeigt sich schon vor dem vereinbarten Leistungstermin, daß der Auftragnehmer ihn nicht einhalten können – etwa weil er schon zum Ausdruck gebracht hat, daß er andere Aufträge vorziehen mußte – so kann der Verbraucher die Nachfrist sofort setzen, also schon vor dem Ablieferungstermin des zu reparierenden Gegenstandes. Die Frist darf aber nicht vor Ablauf des ursprünglich vereinbarten Ablieferungstermins enden – § 634 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 636 Abs. 1.

Angemessenheit der Nachfrist

- 98** Das Gesetz verlangt, daß die gesetzte Nachfrist angemessen zu sein hat. Was das konkret bedeutet, läßt sich allgemein nicht sagen. Eine Rolle spielt sicherlich der ursprünglich vereinbarte Leistungszeitraum. Zu berücksichtigen ist aber auch, daß die Nachfrist keine »Ersatzlieferungsfrist« ist. Sie muß also nicht so bemessen sein, daß der Auftragnehmer, der noch gar nichts getan hat, in die Lage versetzt wird, die Leistung doch noch zu erbringen. Hierauf hat insbesondere die Rechtsprechung immer wieder hingewiesen (BGH NJW 1985, 855, 857; BGH NJW 1985, 2640, 2641). In Anbetracht dessen dürfte die im Beitrag zum Kaufrecht genannten Faustregel einer 14-Tage-Nachfrist (siehe Gruppe B 1, Rn. 39) im Reparaturgewerbe das Äußerste sein, was dem Kunden zugemutet werden kann. Im übrigen fährt eine zu kurz bemessene Nachfrist nicht zur Unwirksamkeit der Fristsetzung als solche; sie setzt vielmehr eine angemessene Frist in Lauf (BGH NJW 1985, 2640).

9.1.2 Schadensersatz wegen Nichterfüllung

- 99 Will der Kunde nicht nur die Reparaturleistung ablehnen, sondern darüber hinaus Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen, so kann er das trotz Nachfristsetzung und Ablehnungsandrohung nur, wenn er seinen Vertragspartner zuvor in Verzug gesetzt hat – § 326 Abs. 1.

9.1.3 Herbeiführen des Verzugs

- 100 Zur Herbeiführung des Verzugs ist es erforderlich, daß der Verbraucher nach Eintritt der Fälligkeit mahnt, den Werkunternehmer also unmißverständlich zur unverzüglichen Leistung auffordert – § 284 Abs. 1. Eine Mahnung ist entbehrlich, wenn für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist – § 284 Abs. 1. Beispiele für nach dem Kalender bestimmte Zeiten: Siehe den Beitrag zum Kauf, Gruppe B 1, Rn. 38.
- 101 Zur Verbindung von Mahnung und Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung siehe den Beitrag zum Kauf, Gruppe B 1, Rn. 39.
- 102 Der Verzug setzt stets ein Verschulden voraus – § 285. Deswegen kommt der Werkunternehmer nicht in Verzug, wenn er sich entlasten kann. Die Anforderungen an die Entlastung sind von der Rechtsprechung hoch gesteckt worden. Insbesondere das Fehlen von Ersatzteilen oder allgemeiner gesprochen, das Ausbleiben von Zulieferungen entlastet den Werkunternehmer in der Regel nicht (vgl. §§ 278, 279), es sei denn, sie beruhen auf höhere Gewalt (etwa Naturkatastrophen). Die Beweislast für die Erfüllung nach der Sachlage gebotener Vorkehrungen trägt der Werkunternehmer (vgl. BGHZ 32, 218, 222 f.).

9.1.4 Hauptproblem: Vereinbarung eines verbindlichen Leistungs-termins

- 103 Hier gilt: Wirklich eindeutig ist die Sachlage für den Kunden, wenn eine Leistungszeit nach dem Kalender bestimmt ist. Hierauf sollte bei Vertragsschluß nach Möglichkeit hingewirkt werden. Aber auch wenn dies nicht geschehen ist, ist der Verbraucher nicht rechtlos.
- 104 Oft wird der Werkunternehmer zwar nicht bereit sein, sich exakt festzulegen, aber einen Cirka-Termin nennen.
Beispiel:
»Das Gerät kann in ca. einer Woche wieder abgeholt werden.«
- 105 Klar ist, daß dem Werkunternehmer eine gewisse Toleranzzeit für die Leistungserbringung eingeräumt worden ist. Die Besonderheiten des jeweiligen Marktes sind bei der Interpretation der Vereinbarung zu berücksichtigen. Als Faustregel für Cirka-Fristen kann eine Toleranzschwelle von 25% angenommen werden. Cirka-Angaben bezüglich Menge und Qualität sind demgegenüber enger auszulegen (vgl. Thamm, DB 1982, 417, 419; Baumbach/Duden/Hopt, zu § 346 HGB, Anm. 5 Ü).

- 106** In Fällen, in denen auch eine solche Vereinbarung nicht zustandekommt, ist die Regelung des § 271 heranzuziehen. § 271 verweist zunächst »auf die Umstände«, insbesondere auf die »Natur des Schuldverhältnisses«. Ergibt sich auch hieraus keine Leistungszeit, so kann der Verbraucher die Reparatur sofort verlangen.
- 107** Zu berücksichtigende »Umstände« sind etwa Fehlersuchzeiten oder – sofern bei Vertragsschluß schon absehbar ist, daß Ersatzteile beschafft werden müssen – die für die Materialbeschaffung notwendig aufzuwendende Zeit.
- 108** **Merke:** Die »Natur« des Reparaturvertrages spricht dafür, daß die Leistung gerade nicht sofort zu bewirken ist, weil es nicht schlicht um die Übergabe einer Ware geht, sondern um die Herstellung eines Werkes und die dafür unter Berücksichtigung objektiver Gegebenheit des Einzelfalles erforderliche Zeit (vgl. Münchner Kommentar – Soergel, § 636, Rn. 5 f.).

9.2 Verbraucher will Vertragserfüllung

- 109** Soweit der Verbraucher trotz der Verzögerung am Vertrag festhalten will, kann er auf den Werkunternehmer dadurch Druck ausüben, daß er ihn in Verzug setzt und einen Verzögerungsschaden geltend macht (zu den Voraussetzungen des Schuldnerverzuges siehe oben, Rn. 100 ff.).
- 110** Der Verzögerungsschaden umfaßt alle Schäden, die dadurch entstehen, daß der Werkunternehmer nicht rechtzeitig, sondern verspätet leistet – § 286 Abs. 1.
Beispiele: Die Mietkosten eines Fernsehgerätes, die dadurch entstanden sind, daß der Werkunternehmer das Gerät nicht rechtzeitig repariert hat.
Bei Kraftfahrzeugen auch schon die entgangene Nutzung, da diese als selbständiger Vermögenswert anerkannt ist (BGHZ 85, 14).

9.3 Besonderheiten des AGB-Vertrages

- 111** In AGB wird vielfach versucht, hinsichtlich der Leistungszeit und der Rechtsfolge von Verzögerungen Einschränkungen der Verbraucherrechte durchzusetzen. Im Reparatursektor spielen Bestätigungsklauseln bezüglich angegebener Reparaturzeiten, Betriebsstörungsklauseln sowie der Schadensersatzausschluß für einfache Fahrlässigkeit eine besondere Rolle.

9.3.1 Schriftformklauseln und Bestätigungsverhalte

- 112** Soweit Reparaturzeiten in AGB als »unverbindlich« angegeben werden, verstößt dies gegen § 10 Nr. 1 AGB-Gesetz und ist unwirksam. Gleiches gilt für einfache Schriftformklauseln, wie etwa »Vereinbarungen sind nur in schriftlicher Form gültig«.

- 113 Sie ist gemäß § 9 AGB-Gesetz unwirksam, weil sie auch nachträgliche Absprachen zwischen den Parteien von der Ungültigkeitssanktion erfaßt sind (vgl. BGH NJW 85, 320; siehe dazu ausführlich: Bultmann, VuR 1988, 61 ff.).
- 114 Komplizierter ist die Rechtslage bei Bestätigungsklauseln. Die AGB-Bestimmung
»Reparaturzeiten sind nur verbindlich, wenn sie schriftlich bestätigt werden.«
hat vor dem AGB-Gesetz (§ 9) keinen Bestand (vgl. BGH NJW 1982, 1389, 1390). Dies dürfte u. E. auch für die vom Zentralverband des Kfz-Handwerks (ZdK) zur Verwendung empfohlene Klausel
»Der Auftragnehmer ist verpflichtet, einen schriftlich als verbindlich bezeichneten Fertigstellungstermin einzuhalten.«
gelten, da sie ebenfalls einen Bestätigungscharakter hat und insgesamt identische Ziele verfolgt.
- 115 Bei den Bestätigungsvorbehalten geht es dem Werkunternehmer darum, die Handlungsvollmacht seiner Angestellten einzuschränken, um die Abwicklung der Aufträge zentral koordinieren zu können. Der BGH erkennt an, daß ein solches Bestreben des Werkunternehmers legitim ist, will aber die Zulässigkeit entsprechender Vorbehalte davon abhängig machen, ob der Verbraucher **vor Erteilung des Reparaturauftrages deutlich hingewiesen** worden ist, daß die von der Annahmestelle angegebene oder gar auf dem Abholschein vermerkte Reparaturzeit noch unverbindlich ist und der Bestätigung der Werkstattleitung bedarf, um verbindlich zu werden. Der BGH verlangt einen **ausdrücklichen Hinweis** (BGH NJW 1982, 1389, 1390). Diesem Erfordernis kann unserer Auffassung nach nur dadurch Rechnung getragen werden, daß in jedem Einzelfall über die Bestätigungsbedürftigkeit aufgeklärt, der Vorbehalt also individuell vereinbart wird. Der BGH deutet demgegenüber in einem Nebensatz der genannten Entscheidung an, daß auch ein unübersehbarer Aushang in der Kundendienststelle ausreichen soll, um den Bestätigungsvorbehalt wirksam werden zu lassen. U. E. eine bedenkliche Auffassung des Gerichts, weil die Gefahr besteht, daß ein Plakathinweis von den Verbrauchern nicht gesehen und das Verdikt eines formularmäßigen Bestätigungsvorbehalts auf diese Weise wieder entwertet wird.
- 116 Ein deutlicher Hinweis auf die Bestätigungsbedürftigkeit von Terminvereinbarungen kann im übrigen stets nur dann Wirkungen entfalten, wenn der Verbraucher mit nicht vertretungsberechtigten Mitarbeitern des Werkunternehmers Vereinbarungen trifft. Absprachen, die mit dem Werkstattleiter getroffen worden sind, bleiben in jedem Falle unberührt (BGH NJW 1983, 1853; OLG Köln VersR 1984, 763; OLG Saarbrücken, Urteil vom 28. 3. 84, Bunte, AGBE V, Nr. 126 zu § 9): Gleiches gilt für Terminvereinbarungen, die mit kraft Duldungsvollmacht handelnden

Personen getroffen werden (siehe Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, zu § 5 AGB-Gesetz, Rn. 35; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, zu § 4 AGB-Gesetz, Rn. 44). Duldung setzt allerdings Kenntnis oder Kennenmüssen der Handlungen des Mitarbeiters voraus (Beweisproblem – Beweislast für den Rechtsschein der Duldungsvollmacht trägt der Verbraucher, für das Nichtkennenmüssen hingegen der Werkunternehmer; siehe Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 1, zu § 167 BGB, Rn. 3).

9.3.2 Betriebsstörungsklauseln

- 117** Praktisch bedeutsam sind Betriebsstörungsklauseln, wenn es um das Ausbleiben von Zulieferungen (Rohstoffe, Ersatzteile) geht. Der Werkunternehmer will sich mit einer solchen Klausel vor den Folgen von Reparaturterminüberschreitungen schützen bzw. die vereinbarte Leistungszeit hinausschieben oder gar ganz von der Leistungspflicht befreien.
- Beispiel für Betriebsstörungsklauseln im Reparatursektor sind etwa:
- 118** *»Die Leistungszeit verlängert sich) . . . bei Eintritt unvorhersehbarer Hindernisse, die außerhalb des Willens des Werkunternehmers . . . liegen, wie z. B. höhere Gewalt, Arbeitskämpfe, . . ., Verzögerung in der Anlieferung wesentlicher Rohstoffe, Materialien oder Teile, soweit solche Hindernisse auf die Fertigstellung oder Ablieferung des Gegenstandes von erheblichem Einfluß sind. Dasselbe gilt, wenn die genannten Umstände bei Unterlieferanten eintreten.« (AGB für die Elektrohandwerke, Nr. III 2.2 – empfohlen vom Zentralverband der Deutschen Elektrohandwerke)*
- oder
- 119** *»Wenn der Auftragnehmer den Fertigstellungstermin infolge höherer Gewalt . . . oder unverschuldeter erheblicher Betriebsstörungen, insbesondere durch Ausbleiben von Fachkräften oder von Zulieferungen nicht einhalten kann, besteht aufgrund hierdurch bedingter Verzögerungen keine Verpflichtung zum Schadensersatz . . .« (Kraftfahrzeugreparaturbedingungen 1982, Nr. III.4 – empfohlen vom Zentralverband des Kfz-Handwerks)*
- 120** Rechtsprechung zu den genannten Klauselbeispielen gibt es, soweit ersichtlich, nicht. Die Gerichte haben Betriebsstörungsklauseln bislang unter dem Aspekt eines Rücktrittsvorbehaltes des AGB-Verwenders geprüft und hierbei am Maßstab des § 10 Nr. 3 AGB-Gesetz Freizeichnungen nur insoweit gestattet, als die Verzögerungen vom AGB-Verwender nicht zu vertreten und auch nicht nur vorübergehender Natur waren – vgl. §§ 275, 279, 323 (BGH NJW 83, 1320, 1321; BGH NJW 1985, 855, 857; OLG Koblenz, WPM 1983, 1272, 1274). Bei den genannten Klauseln geht es indessen nicht um einen Rücktritt des Werkunternehmers, sondern um Leistungszeitverschiebungen (§ 10

Nr. 1 AGB-Gesetz) bzw. Einschränkungen der Geltendmachung von Verzugsschäden (§ 11 Nr. 8 b AGB-Gesetz).

- 121 Der Klausel Nr. III 2.2 in den AGB für die Elektrohandwerker dürfte deshalb – ungeachtet der Tatsache, daß sie auf »Unvorhersehbarkeit« des Leistungshindernisses abstellt – gemäß § 10 Nr. 1 AGB unwirksam sein, weil die Leistungszeit nicht hinreichend bestimmt ist.
- 122 Die Klausel Nr. III.4 in den Kraftfahrzeugreparaturbedingungen ist nicht zu beanstanden, da eine Freizeichnung nur möglich sein soll, wenn dem Werkunternehmer an der Betriebsstörung kein Verschulden trifft (vgl. Micklitz, Der Reparaturvertrag, S. 368 f.; von Westphalen in Löwe/Westphalen, Trinkner, Bd. III, 54.4, Rn. 3). Da der Werkunternehmer die Beschaffung von Gattungsschulden (Rohstoffe, Ersatzteile) gemäß § 279 stets zu vertreten und auch für Verschulden von Zulieferern einzutreten hat (§ 278), dürfte die Klausel Nr. 3.4 lediglich noch eine Haftung für Hindernisse aus höherer Gewalt ausschließen. Dagegen ist nichts einzuwenden.

9.3.3 Kein Ausschluß von Verzugsschäden durch AGB

- 123 § 11 Nr. 8 b AGB-Gesetz **verbietet** nicht nur den **Ausschluß** oder die Beschränkung von Schadensersatzansprüchen aus dem Verzug, die auf grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz des Werkunternehmers bzw. seiner Gehilfen beruhen (siehe dazu für den Kfz-Reparaturvertrag BGH JZ 1987, 1124, 1128 = VuR 87, 336 ff.), sondern auch den **Ausschluß** von Verzugsschäden, die auf leichte Fahrlässigkeit des Werkunternehmers zurückzuführen sind. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der Norm (Hensen in: Ulmer/Brandner/Hensen, zu § 11 Nr. 8 AGB-Gesetz, Rn. 10; Wolf in: Wolf/Horn/Lindacher, zu § 11 Nr. 8, Rn. 8 und 16 f.; Bunte, Handbuch der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 105).
- 124 Inwieweit **Beschränkungen** der Haftung in solchen Fällen zulässig sind, ist von BGH und Obergerichten für Verzugsschäden explizit noch nicht entschieden worden. Es dürfte aber nicht zu beanstanden sein, insoweit die Rechtsprechung des BGH zum formularmäßigen Ausschluß leicht fahrlässig verursachter Mangelschäden heranzuziehen, da in beiden Fällen § 9 AGB-Gesetz der Maßstab ist. Der BGH hat angedeutet, daß bei leichter Fahrlässigkeit eine formularmäßige Beschränkung der Haftung auf typische vorhersehbare Schäden Bestand haben könnte (BGH ZIP 1984, 921, 976). Dies deckt sich mit Auffassungen in der Literatur (Hensen in: Ulmer/Brandner/Hensen, zu § 11 Nr. 8, Rn. 14; Wolf in: Wolf/Horn/Lindacher, zu § 11 Nr. 8, Rn. 15 f.).
- 125 **Merke:** Der Werkunternehmer kann in AGB Schadensersatzansprüche, die auf Verzug beruhen, auch in Fällen leichter Fahrlässigkeit nur beschränken, nicht aber ausschließen. Für typische Verzögerungsschäden muß er einstehen, da ein entsprechender Haftungsausschluß dem Sinn und Zweck der strengen Verzugsfolgen, nämlich den Werkunter-

nehmer zur pünktlichen Leistungserbringung anzuhalten, zuwiderlaufen würde – siehe auch § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz.

10. Verspätetes Abholen

- 126 Der Verbraucher ist verpflichtet, den zur Reparatur gegebenen Gegenstand nach erfolgter Reparatur wieder an sich zu nehmen – § 640 Abs. 1. Diese Pflicht entspricht seinem Interesse, da er die Sache wieder benutzen will, so daß Probleme normalerweise nicht entstehen. Dennoch sind Fälle denkbar, in denen der Verbraucher die Sache nicht wieder abholt oder genauer ausgedrückt, nicht abnimmt, wobei »Abnehmen« im Rechtssinne zweierlei bedeutet, nämlich zum einen das Entgegennehmen des hergestellten Werkes und zum anderen die Anerkennung dieser Leistung als im wesentlichen vertragsgerecht« (allgemeine Auffassung; siehe statt aller Palandt-Thomas, zu § 640, Anm. 1).
- 127 Denkbare Fälle in diesem Zusammenhang wären etwa
- *der Verbraucher meint, daß die Reparatur nicht gemäß der Vereinbarung durchgeführt worden ist, beanstandet dies und weigert sich, den geforderten Preis zu zahlen. Der Werkunternehmer will die Sache nicht herausgeben, bevor seine Forderungen beglichen sind (10.2.1).*
 - *Der Werkunternehmer erklärt dem Verbraucher, daß die Untersuchung der zur Reparatur gegebenen Sache ergeben hat, daß eine Reparatur undurchführbar ist, verlangt für seine Arbeitsaufwendungen aber gleichwohl eine Vergütung. Der Verbraucher lehnt eine Bezahlung ab. Der Werkunternehmer weigert sich – unter Hinweis auf sein Pfandrecht – die Sache herauszugeben (10.2.2).*
 - *Die Reparatur ist zum vereinbarten Termin noch nicht durchgeführt; auch späteres Nachhaken bleibt erfolglos. Der Verbraucher verliert das Interesse und kommt nicht mehr (10.2.3).*

10.1 Die Rechtslage beim verspäteten Abholen

- 128 Überblick über die Rechtslage beim verspäteten Abholen (ausführlich dazu Kreuzer/Stehle, JA 1984, 69 ff.): Der Reparaturvertrag statuiert eine Abnahmepflicht. Hierbei handelt es sich um eine Hauptpflicht des Verbrauchers. Kommt der Verbraucher dieser Pflicht nicht nach, obwohl die Leistung ordnungsgemäß angeboten worden ist, so verliert er einen Teil seiner Rechte (§§ 293 ff. BGB). Ordnungsgemäß angeboten ist die Leistung dann, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat und zur richtigen Zeit am richtigen Ort erfolgt. Die vereinbarte Beschaffenheit meint im wesentlichen »frei von Mängeln«, aber auch die Reparatur, die in Auftrag gegeben worden ist und keine andere. Der »richtige Ort« zielt auf die vertragliche Vereinbarung, nämlich Holschuld oder Bringschuld. Bringt der Verbraucher die reparaturbedürftige Sache beispielsweise

selbst in die Werkstatt, so muß er sie auch selbst wieder abholen, soweit nichts gegenteiliges vereinbart ist – § 269 Abs. 1. In diesem Falle genügt es, daß der Werkunternehmer den Verbraucher über die durchgeführte Reparatur benachrichtigt – § 295. Die richtige Zeit meint die vereinbarte Leistungszeit (siehe Rn. 103 ff.). Ist für die Leistung ein Termin nach dem Kalender bestimmt, so bedarf es des Angebotes oder der Benachrichtigung nicht – § 296. Der Werkunternehmer ist »im Zweifel« auch berechtigt, vor der vereinbarten Zeit zu leisten, muß dann aber dem Verbraucher eine angemessene Zeit zum Abholen einräumen (§ 271 Abs. 2 i. V. m. § 299).

- 129 Der Rechtsverlust bezieht sich im wesentlichen auf zwischenzeitliche Schäden am Reparaturgut: der Werkunternehmer haftet für Beschädigungen der reparierten Sache nur noch, wenn ihm grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz vorzuwerfen ist – § 300. Darüber hinaus muß sich der Verbraucher unter bestimmten Voraussetzungen, insbesondere Fristen, Verwertungsrechte des Werkunternehmers am reparierten Gegenstand gefallen lassen (§§ 372, 383). Außerdem entstehen Aufwendungsersatzansprüche des Werkunternehmers für die weitere Aufbewahrung der reparierten Sache – § 304.
- 130 Schadensersatzpflichtig ist der Verbraucher unter den Voraussetzungen der §§ 286 I bzw. 326 I – Schuldnerverzug (siehe Rn. 102) Verzugsschäden des Werkunternehmers dürfte im Reparatursektor selten sein. Die erwähnten Rechtsverluste und Aufbewahrungskosten wiegen in der Praxis schwerer.

10.2 Fallgruppen

10.2.1 Keine Abholpflicht bei mangelhafter Reparaturleistung

- 131 Eine nicht ordnungsgemäß erbrachte Reparaturleistung muß der Verbraucher nicht abnehmen. Dies ergibt sich aus dem Rechtsgedanken des § 320 (Jauernig/Schlechtriem, zu § 640 BGB, Anm. 2). Meint der Werkunternehmer, daß seine Leistung einwandfrei erbracht worden ist, so muß er dies ggf. beweisen. Erweist sich die Behauptung des Werkunternehmers als zutreffend, so ist die Zurückweisung durch den Verbraucher unberechtigt gewesen. Er ist vom Zeitpunkt der Zurückweisung an in Annahmeverzug geraten (siehe etwa Palandt/Heinrichs, zu § 294, Anm. 2 t). Das Irrtumsrisiko muß der Verbraucher in der Tat selbst tragen.

10.2.2 Nichtabholen bei Undurchführbarkeit der Reparatur

- 132 Im Kern geht es bei dieser Fallgruppe gerade nicht um Rechtsfolgen des unterbliebenen Abholens, sondern um die Frage, ob der Werkunternehmer das Recht hat, das Reparaturgut einzubehalten, mit dem Ziel die Sache zu verwerten, um sich aus dem Erlös zu befriedigen. Angesprochen ist damit in erster Linie das Werkunternehmerpfandrecht.

10.2.3 Verspätetes Abholen bei Leistungsverzögerung des Werkunternehmers

- 133 Leistet der Werkunternehmer nicht termingerecht, so stehen dem Verbraucher die Rechte aus den §§ 636, 284 ff. und 326 zu (Rn. 100 f.). Macht der Verbraucher von diesen Rechten keinen Gebrauch, lehnt er also insbesondere die Leistung nicht ab, so bleibt er grundsätzlich zur Abnahme verpflichtet. Da aber die ursprünglich vereinbarte Leistungszeit überschritten ist, muß der Werkunternehmer den Verbraucher von der durchgeführten Reparatur in Kenntnis setzen und zur Abnahme auffordern – »wörtliches Angebot« (§ 295). Erst wenn der Verbraucher dieser Aufforderung nicht nachkommt, muß er mit den beschriebenen Rechtsverlusten und Verwahrungskosten rechnen.

10.3 Abhol- und Verwertungsklauseln

- 134 Abhol- und Verwertungsklauseln sind grundsätzlich zulässig, da auch die gesetzliche Regelung die Abnahmepflicht und Verwertungsrechte in bezug auf nicht abgeholte Sachen kennt (siehe §§ 372, 383 Abs. 1, 1234 Abs. 1). Die Rechtsprechung hat sich bislang lediglich mit einer einschlägigen Klausel in den Konditionenempfehlungen des Textilreinigungsverbandes auseinandergesetzt und sie für unwirksam erklärt (OLG Köln ZIP 1981, 1101, 1103). Die daraufhin geänderte Klausel dürfte u. E. in ihrer Gesamtheit nicht mehr zu beanstanden sein. Vereinzelt wird zwar kritisiert, daß das ausbedungene Recht des Werkunternehmers, nicht abgeholte Kleidungsstücke nach einem Jahr Aufbewahrungszeit an Sozialeinrichtungen abgeben zu dürfen, nicht mit der gesetzlichen Regelung, die an einer optimalen Verwertung orientiert ist (§ 1235), übereinstimmt (siehe v. Westphalen in Löwe/v. Westphalen/Trinkner, Bd. III, 38.1), jedoch darf dabei nicht außer acht gelassen werden, daß die Fälle, in denen ein nicht abgeholtes Kleidungsstück überhaupt einen nennenswerten Erlös bringen würde, verschwindend gering sind. Das Interesse der Chemischreiniger davon, sich nach einem Jahr des Reinigungsgutes auf eine praktikable Weise entledigen zu können, ist legitim und kann nicht als angemessene Benachteiligung des Verbrauchers angesehen werden. Auch die Abhol- und Verwertungsklauseln in den Empfehlungen des Elektro- und der Radio- und Fernsehtechniker-Handwerks (Ziff. 5.2) sind AGB-rechtlich nicht zu beanstanden.

11. Die mangelhafte Reparaturleistung

11.1 Grundprobleme der Mängelrechte im Reparatursektor

- 135 Nachbesserung und Gewährleistung bilden seit jeher das Kerngebiet des Verbraucherschutzes im Werkvertragsrecht. Im Reparatursektor wird dem Verbraucher die Durchsetzung der Mängelrechte erheblich erschwert. Dies liegt im **partikularen Charakter der Reparatur** und in der **Beweislastverteilung** begründet.

11.1.1 Partikularcharakter der Reparatur

- 136 Anders als im Bauvertrag schuldet der Reparateur nicht die vollständige Herstellung eines Werkes, sondern lediglich die Reparatur, also die Wiederinstandsetzung einer bereits vorhandenen Sache. Das Werk des Reparateurs ist notwendig ein Ausschnitt, das sich in einem anderen Produkt realisiert. Dies macht es so schwer, festzustellen, ob ein Mangel der reparierten Sache zugleich ein Mangel der Werkleistung des Reparateurs ist.
- 137 **Beispiel:** *Der Verbraucher stellt einige Tage, nachdem er die reparierte Sache vom Werkunternehmer abgeholt hat fest, daß die Sache wiederum in ihrer Funktion beeinträchtigt ist. Er rügt den Mangel. Der Werkunternehmer beruft sich darauf, daß ein neuer Defekt vorliege, der bei der Durchführung der Reparatur nicht erkennbar gewesen sei.*
- 138 Angesprochen ist so die **Auftragserteilung**, also die konkrete Leistungsvereinbarung, und die Frage, wer ggf. **beweisen** muß, ob die Funktionsbeeinträchtigung der reparierten Sache ein Fehler der Werkleistung des Reparateurs ist. Die Schwierigkeiten der Auftragserteilung (Rn. 45 ff.) strahlen auf das Gewährleistungs- und Haftungsrecht aus, da der Werkunternehmer vertraglich nur für solche Mängel einzustehen hat, die von der Leistungsvereinbarung erfaßt sind.

11.1.2 Beweislastverteilung

- 139 Die Beweislastverteilung ist das eigentliche Hauptproblem bei der Mängelgewährleistung im Reparatursektor. **Bis zur Abnahme** der Reparaturleistung muß **der Werkunternehmer** beweisen, daß sein Werk frei von Mängeln ist. **Nach der Abnahme** muß **der Verbraucher** gemäß der Rechtsprechung des BGH (BGH 61, 42, 47; BGH 96, 111, 121) beweisen, daß die Werkleistung des Werkunternehmers mit einem Fehler behaftet ist. Beweisen wird der Verbraucher aber in der Regel nur können, daß die zur Reparatur gegebene Sache auch nach der Reparatur in ihrer Funktion beeinträchtigt ist. Ob dieser Defekt das vertragliche Leistungsprogramm betrifft, wird er nur beweisen können, wenn ausdrücklich die Funktionen, die lt. Rechnung wiederhergestellt worden sind, beeinträchtigt sind. Der Abnahme kommt somit die Schlüsselrolle für die Beweislastverteilung zu. Ihre hohe rechtliche Bedeutung spiegelt sich aber nicht in einer entsprechend sorgfältigen Erörterung ihrer Voraussetzungen wider (Näheres unter Rn. 146).

Eigene Wertung

- 140 Der partikulare Charakter einer jeden Reparatur verhindert strukturell, daß der Verbraucher die Mangelhaftigkeit der Reparaturleistung beweisen kann. Unseres Erachtens ist es deshalb erforderlich, auf Beweiserleichterung für den Verbraucher zu erkennen. Dies ist gerechtfertigt, weil

die Reparaturleistung nur teilweise sichtbar und faßbar ist. Der andere Teil des Reparaturwerkes, die diagnostische Untersuchung, bleibt dem Verbraucher verborgen. Mängel dieses »unsichtbaren« Diagnoseteils sind nach der Abnahme vom Verbraucher nur sehr schwer zu beweisen, da es um Vorgänge geht, die sich vollständig in der Sphäre des Werkunternehmers abgespielt haben.

Beweiserleichterungen können sich schon ergeben, wenn der Werkunternehmer verpflichtet wäre, seine Leistung zu dokumentieren und den Verbraucher Einsicht in die Unterlagen nehmen zu lassen. Eine solche Dokumentations- und Informationspflicht ist für den ärztlichen Behandlungsvertrag aus § 242 BGB entwickelt worden (siehe dazu nur Francke/Hart, Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation, 1987, S. 79 ff.). Ihre Übertragung auf den Reparaturvertrag rechtfertigt sich, weil es sowohl im Arzthaftungsrecht als auch im Reparaturvertragsrecht darum geht, die beschriebene unzureichende Informationslage des Verbrauchers zu verbessern, damit dieser überhaupt die Möglichkeit erhält, den ihm obliegenden Beweis der Mangelhaftigkeit des Werkes führen zu können.

- 141 Auch hinsichtlich der Rechtsfolgen einer Verletzung der Dokumentationspflicht bietet es sich an, die Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht heranzuziehen: verletzt der Arzt seine Dokumentationspflicht schuldhaft, so erwachsen ihm daraus prozessuale Konsequenzen. Dem Verbraucher wird der Beweis des Behandlungsfehlers erleichtert, bis hin zu einer Beweislastumkehr, wenn dem Patienten aufgrund der vom Arzt verschuldeten Aufklärungshindernisse durch unvollständige, unwahre oder unklare Dokumentation die volle Beweislast für einen Behandlungsfehler billigerweise nicht mehr zugemutet werden kann (BGHZ 72, 132, 139). Die Übertragung der skizzierten Rechtsprechungsrichtlinie auf den Reparaturvertrag ist die unabdingbare Voraussetzung für einen effektiven Verbraucherschutz. Nur wenn der Werkunternehmer verpflichtet wird, über seine Arbeit durch Dokumentation und Einsichtgewährung Rechenschaft abzulegen, sind Mängel (Unterlassungen) im Diagnoseteil des Werkes zu beweisen und damit sanktionierbar. Die angedeuteten Beweiserleichterungen bei Verstößen gegen diese Pflichten sind notwendig, um auf die Einhaltung derselben hinzuwirken.

11.2 Die Abnahme der Reparaturleistung

- 142 Der Abnahme kommt im Werkvertragsrecht eine zentrale Bedeutung zu, da sie an eine Reihe wichtiger Rechtsfolgen geknüpft sind. Abnahme im Rechtssinne meint nicht nur die Entgegennahme der reparierten Sache, sondern auch die Anerkennung der Leistung als im wesentlichen vertragsgerecht.

11.2.1 Kenntnis von Mängeln bei der Abnahme

- 143** Mit der Anerkennung des Werkes ist nicht zugleich eine Aussage über die Abwesenheit von Mängeln getroffen. Abgeschnitten ist mit der Abnahme nur die Geltendmachung solcher Mängel, die der Verbraucher zu diesem Zeitpunkt positiv kennt – § 640 Abs. 2, es sei denn, der Verbraucher hat sich seine Rechte wegen dieser Mängel ausdrücklich vorbehalten. Ist dem Verbraucher der Mangel infolge eigener Nachlässigkeit unbekannt geblieben, so tritt keine Rechtsverkürzung ein. Im übrigen erfaßt der beschriebene Rechtsverlust auch nur die Rechte aus den §§ 633, 634, nicht aber einen Schadensersatzanspruch (BGHZ 61, 369, 371), auch wenn dieser im wesentlichen aus den Kosten der Mängelbeseitigung bestehen sollte (BGHZ 77, 134, 136).

11.2.2 Abnahme und Vergütungspflicht

- 144** Nach der Abnahme der Reparaturleistung kann der Werkunternehmer die vereinbarte Vergütung verlangen – § 641. Der Verbraucher ist berechtigt die Vergütung zurückzuhalten, wenn die Reparatur nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden ist. Er darf in einem solchen Fall die Bezahlung auch nach der Abnahme bis zur Beseitigung der Mängel verweigern, um auf diese Weise Druck auf den Unternehmer auszuüben, damit dieser seiner Nachbesserungspflicht zügig nachkommt – sogenannte Einrede des nicht erfüllten Vertrages, § 320 (vgl. BGHZ 26, 337, 339; BGH NJW 1982, 2492 f.). Praktisch bedeutsam dürfte das Zurückbehaltungsrecht für den Verbraucher aber nur in den Fällen werden, in denen die Reparatur in seiner Wohnung erfolgt und die Vergütung nicht sofort kassiert wird. Bei Werkstattreparaturen wird er wegen des Pfandrechtes am Reparaturgut die Sache gar nicht ausgehändigt bekommen, bevor er bezahlt hat (Rn. 86 ff.).

11.2.3 Beginn der Verjährungsfrist

- 145** Mit der Abnahme beginnen die Fristen für die Geltendmachung von Nachbesserungs- und Gewährleistungsrechten zu laufen – § 638 Abs. 1.

11.2.4 Änderung der Beweislast

- 146** Mit der Abnahme geht die Beweislast hinsichtlich eines Mangels der Reparaturleistung auf den Verbraucher über. Bis zur Abnahme hat der Werkunternehmer ggfs. zu beweisen, daß er die vertraglich übernommene Leistung ordnungsgemäß erfüllt hat (BGHZ 61, 42, 47; BGHZ 96, 111, 121).

11.2.5 Wann ist eine Reparaturleistung abgenommen?

- 147** Da die wesentlichen Rechtsfolgen der Abnahme auf dem rechtsgeschäftlichen Aspekt der »Anerkennung des Werkes« beruhen, erhebt

sich die Frage, wann eine Reparaturleistung »abgenommen« ist. Schließlich dürfte es verhältnismäßig selten der Fall sein, daß der Verbraucher die Arbeit des Werkunternehmers ausdrücklich als vertragsgemäß anerkennt. In einer Vielzahl von Fällen wird die reparierte Sache lediglich übergeben werden. Ob das bloße Ansichnehmen des Reparaturgutes durch den Verbraucher als Abnahme im Rechtssinne qualifiziert werden kann, mag zweifelhaft sein. Die Gerichte behelfen sich in solchen Situationen damit, den Handlungen des Verbrauchers einen Erklärungswillen beizumessen. So wird beispielsweise die **Bezahlung der vereinbarten Vergütung** als schlüssig erklärte Abnahme angesehen (BGH NJW 1970, 421, 422). Gleiches dürfte für das vorbehaltslose Wiederansichnehmen gelten. Hohe Anforderungen werden von der Rechtsprechung nicht gestellt. Lehnt es der Verbraucher hingegen ab, die reparierte Sache mitzunehmen, etwa weil ihm Mängel aufgefallen sind, so wird ein solches Verhalten als konkludent erklärte Verweigerung der Abnahme anzusehen sein. Der Verbraucher behält in einem solchen Falle seinen ursprünglichen Erfüllungsanspruch.

11.3 Nachbesserung und Gewährleistung

- 148 Der Verbraucher hat ein Recht auf Nachbesserung der Reparatur, wenn die Reparaturleistung mit einem Mangel behaftet ist – § 633 Abs. 2 Satz 1. Scheitert die Nachbesserung, etwa weil der Werkunternehmer seinen Mangelbeseitigungspflichten nicht nachkommt, so kann der Verbraucher nach seiner Wahl Rückgängigmachung des Vertrages (Wandelung) bzw. Herabsetzung der vereinbarten Vergütung (Minderung) – § 634 Abs. 1 – oder, sofern der Werkunternehmer den Mangel gar verschuldet hat, statt der Rückgängigmachung des Vertrages oder der Herabsetzung der Vergütung auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen – § 635. Das Nachbesserungsrecht bleibt dem Gewährleistungsrecht vorgeschaltet; dem Werkunternehmer muß die Gelegenheit gegeben werden, den Mangel selbst zu beseitigen.
- 149 Voraussetzung all dieser Mangelansprüche ist die Geltendmachung der Rechte innerhalb der gesetzlichen **Verjährungsfristen**.

11.3.1 Verjährung

- 150 Mängelrechte können nur innerhalb der kurzen Verjährungsfrist des § 638 Abs. 1 geltend gemacht werden. Nach der Vorschrift des § 638 Abs. 1 verjähren Ansprüche nach **sechs Monaten**, gerechnet vom Zeitpunkt der Abnahme des Werkes. Bei Arbeiten an Bauwerken beläuft sich die Verjährungsfrist hingegen auf fünf Jahre. Ein Reparaturvertrag, der als Arbeit ab Bauwerk qualifiziert werden kann, dürfte äußerst selten sein und lediglich umfangreiche Elektroinstallationsarbeiten betreffen (siehe dazu Werner/Pastor, Der Bauprozess, 5. Aufl., Rn. 1676), so daß diese Konstellation vernachlässigt werden kann. Für Schadensersatz-

ansprüche gelten unter bestimmten Voraussetzungen längere Verjährungsfristen (siehe dazu Rn. 213 ff.).

11.3.1.1 Der Verjährungsbeginn bei Nichtabnahme

- 151 Da die Abnahme für den Lauf der Verjährungsfrist konstituierend ist, stellt sich die Frage, wann die Frist beginnt, wenn der Verbraucher das Reparaturgut nicht abnimmt. Rechtsprechung und herrschende Meinung stellen in solchen Fällen die **endgültige Abnahmeverweigerung** der Abnahme gleich (BGH, NJW 1981, 822; Münchner Kommentar – Soergel, zu § 638, Rn. 36 m. w. N.). Endgültige Abnahmeverweigerung meint jedoch nur eine solche Ablehnung der Abnahme, die **ohne rechtfertigenden Grund** erfolgt. Lehnt der Verbraucher hingegen wegen Mängel die Abnahme ab (siehe oben Rn. 147), so ist die Weigerung begründet, und die Verjährungsfrist wird nicht in Gang gesetzt. Die **Beweislast** dafür, daß die Weigerung grundlos erfolgt ist, trägt der Werkunternehmer. Er muß hierbei nicht nur beweisen, daß er seine Leistung vertragsgemäß erbracht hat, sondern auch, daß sie **zum Zeitpunkt der Ablehnung** vertragsgemäß war (Jacobs, AcP 183 [1983], 148, 174).

11.3.1.2 Hemmung und Unterbrechung der Verjährung

- 152 Das BGB enthält Vorschriften, die den Lauf der Verjährungsfrist hemmen bzw. unterbrechen. Die **Hemmung** der Verjährung bewirkt, daß der Zeitraum der Hemmung in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet wird – § 205. Der wichtigste Hemmungsgrund ist im § 639 Abs. 2 geregelt. Nach dieser Vorschrift läuft die Verjährungsfrist nicht, solange der Werkunternehmer prüft, ob ein Mangel vorhanden ist. **Unterbrechung** bedeutet demgegenüber, daß mit Beendigung der Unterbrechung die Verjährungsfrist neu zu laufen beginnt – § 217. Die wichtigste Unterbrechungshandlung ist die Klageerhebung – § 209 Abs. 1.
- 153 Da der § 639 Abs. 2 analog auch für den Kaufvertrag gilt und die Unterbrechung sich nach Kauf- (§ 639 Abs. 1 i. V. m. § 477 Abs. 2) oder allgemeinen Vorschriften richtet, sei bezüglich Einzelheiten auch Berechnungs- und Fallbeispielen auf den Beitrag zum Kauf, Gruppe B 1, Rn. 82–86 verwiesen.

11.3.1.3 Keine Verkürzung der Verjährungsfrist durch AGB

- 154 Gemäß § 11 Nr. 10 f. AGB-Gesetz ist eine formularmäßige Verkürzung der gesetzlichen Gewährleistungsfristen unzulässig. Der Werkunternehmer darf sich aber in AGB ausbedingen, daß **offensichtliche Mängel** in einem kürzeren Zeitraum gerügt werden müssen – § 11 Nr. 10 e AGB-Gesetz (dazu ausführlich unten Rn. 170). Hinsichtlich einer Verkürzung der Verjährungsfrist für Schadensersatzansprüche in AGB siehe Rn. 173.

11.4 Sachmangel

- 155 Nachbesserungs- und Gewährleistungsrechte setzen voraus, daß die Reparatur mangelhaft ausgeführt worden ist. Ein Mangel im Rechtssinne liegt vor, wenn das Werk mit **Fehlern** behaftet ist, oder wenn dem Werk **zugesicherte Eigenschaften fehlen** – § 633 Abs. 1.

11.4.1 Fehler

- 156 Das Gesetz spricht von einem Fehler, wenn der Wert oder die Tauglichkeit für den gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufgehoben oder gemindert ist – § 633 Abs. 1. Es bringt damit zum Ausdruck, daß der Werkunternehmer nicht nur Arbeitsleistungen, sondern den **Erfolg** dieser Leistungen schuldet (Rn. 137). Dennoch kann von einem Fehler im Reparatursektor nicht schon immer dann gesprochen werden, wenn die reparierte Sache nicht oder nur eingeschränkt funktioniert. Dies hängt mit dem **partikularen Charakter** der Reparatur zusammen (Rn. 137). Entscheidend ist die Leistungsvereinbarung, der Umfang des Reparaturauftrages. Er gibt Aufschluß darüber, ob ein Defekt als ein gewährleistungspflichtiger Fehler qualifiziert werden kann.

11.4.1.1 Herstellungsfehler – Diagnosefehler

- 157 Reparaturleistungen gliedern sich in einen Diagnose- und einen Herstellungsteil. Beide Teile sind Hauptpflichten des Reparaturvertrages. Fehler können sowohl in der Diagnose, als auch in der Herstellung des Werkes auftreten. Fehler der Diagnose, die zu einer Funktionsbeeinträchtigung führen, machen den Unternehmer nachbesserungs- bzw. gewährleistungspflichtig. Der Umfang der geschuldeten Diagnose hängt vom Umfang des Reparaturauftrages ab.

Beispiel: Der Verbraucher ist mit der Bremsleistung seines Wagens nicht zufrieden und beauftragt eine Werkstatt mit der Reparatur. Geschuldet ist nur eine Diagnose des Bremssystems des Wagens und auf der Basis dieses Untersuchungsergebnisses das Nachstellen der Bremse bzw. Auswechseln der Beläge.

- 158 Bei sogenannten »Blankoaufträgen« – in Situationen also, in denen der Verbraucher lediglich Symptome der Funktionsbeeinträchtigung schildern kann, eine eindeutige Eingrenzung des Defekts aber nicht möglich ist – bezieht sich der Diagnoseteil der Reparaturleistung auf alle denkbaren Ursachen der Funktionsbeeinträchtigung. Ein Fehler in der Diagnoseleistung wäre gegeben, wenn der Werkunternehmer lediglich einen Ursachenstrang verfolgt und hierauf seine Herstellungsleistung aufbaut. Voraussetzung allerdings auch hier: Der Diagnosefehler muß Folgen haben und sich in einer Funktionsbeeinträchtigung niederschlagen.

11.4.1.2 Objektive Bestimmung der Leistungsqualität

- 159 Ein Fehler der Reparaturleistung kann auch vorliegen, wenn die reparierte Sache zwar funktioniert, aber die Reparatur nicht nach **anerkannten Methoden** ausgeführt worden ist (siehe OLG München, BauR 1984, 637 f.; OLG Karlsruhe NJW-RR 1987, 889). Besonders ausgeprägt ist diese Entwicklung im Bausektor, wo sich die geschuldete Leistung vielfach nach DIN-Normen und anderen Regeln der Technik konkretisiert (siehe etwa OLG München BauR 1984, 637 f.; Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rn. 1020; Kaiser, BauR 1983, 19, 23 f.; Fischer, Die Regeln der Technik im Bauvertragsrecht, 1985, 99 ff.). Vor kurzem hat das OLG Karlsruhe entsprechende Überlegungen aber auch auf einen Kfz-Reparaturvertrag übertragen (NJW-RR 1987, 889) und klar ausgesprochen, daß auch eine technisch nicht zu beanstandende Reparatur mangelhaft sei, wenn sie nicht den Werksvorschriften der Herstellerfirma entspricht. »Derjenige, der ein Kraftfahrzeug in Reparatur gibt«, so das Karlsruher OLG, »kann mit Recht erwarten, daß Werksvorschriften der Herstellerfirma, die auf den besonderen Kenntnissen des Herstellers über seine Produkte und deren Beschaffenheit beruhen, beachtet werden. Eine Reparatur, welche dem Auftraggeber bei vom Hersteller nicht gebilligten und auch sonst nicht weiter erprobten Reparaturmethoden die Gebrauchsrisiken überbürdet, kann nicht als ordnungsgemäß bezeichnet werden.«

11.4.2 Zugesicherte Eigenschaft/unselbständige Garantie

- 160 Die Reparaturleistung ist auch dann mangelhaft, wenn ihr zugesicherte Eigenschaften fehlen. Zusicherung ist das Versprechen, das Werk mit einer bestimmten Eigenschaft auszustatten (Palandt/Thomas, zu § 633, Anm. 1 b). Dieses Versprechen muß sich auf konkrete Eigenschaften beziehen (BGH NJW 1981, 2403, 2404; BGH 96, 111, 114).
- 161 So reicht beispielsweise das Versprechen des Werkunternehmers, den Motor wieder in einen »1-A-Zustand« zu versetzen, nicht aus, um von einer Zusicherung sprechen zu können. Die Vereinbarung, daß der Wagen nach der Reparatur »20% weniger Treibstoff« benötigen werde, kann demgegenüber als Zusicherung gewertet werden. Nicht erforderlich ist es – anders als im Kaufrecht – daß der Auftragnehmer zum Ausdruck bringt, er werde für alle Folgen einstehen, wenn die Eigenschaft nicht erreicht werde (BGHZ 96, 111, 115).
- 162 Eigenschaftszusicherungen spielen in der Praxis des Werkvertragsrechts, und insbesondere auch des Reparaturvertrages, eine nur untergeordnete Rolle. Rechtsprechung aus den Zentralbereichen des Reparaturssektors gibt es, soweit ersichtlich, nicht. Die weitgehende Irrelevanz mag darauf beruhen, daß sowohl Fehler in der Werkleistung als auch das Fehlen zugesicherter Eigenschaften im Werkvertragsrecht auf dieselbe Rechtsfolge gerichtet sind: Nachbesserung und Gewährleistung! Auf

das Vorhandensein von Zusicherungen dürfte es deshalb nur dann ankommen, wenn die reparierte Sache »an sich« funktioniert, also der Gebrauch nicht beeinträchtigt ist.

- 163** Fehlt dem Werk eine zugesicherte Eigenschaft und ist Nachbesserung nicht möglich oder scheitert sie aus anderen Gründen (dazu ausführlich unten, Rn. 160 ff.), so kann der Verbraucher **Schadensersatz** verlangen, allerdings nur, wenn dem Werkunternehmer ein Verschulden zur Last fällt. Einen verschuldungsunabhängigen – und damit der kaufrechtlichen Zusicherungshaftung vergleichbaren – Schadensersatzanspruch gibt allein die **unselbständige Garantie**. Die Unterschiede zwischen bloßer Zusicherung und (unselbständiger) Garantie sind von der Rechtsprechung bislang noch nicht in operationalisierbarer Weise geklärt worden. Rechtsprechung und Literatur fordern einen »unbedingten Einstandwillen« (siehe BGHZ 96, 111, 115; Marburger, Die Regeln der Technik im Recht, 1979, S. 524).
- 164** Nachbesserungs-, Gewährleistungs- und ggf. Schadensersatzansprüche bestehen nach herrschender Meinung auch dann, wenn die versprochene Eigenschaft technisch gar nicht zu erreichen, also objektiv unmöglich ist. Insofern vollzieht sich die Haftung für das Vorhandensein von Zusicherungen abweichend von den allgemeinen Regeln, insbesondere abweichend von § 306 (Jauernig/Schlechtriem, zu § 633, Anm. 10 b).

11.4.3 Untersuchungs- und Beratungspflichten

- 165** Die Reparaturleistung (Diagnose und Herstellung) steht im Werkvertragsrecht nicht für sich alleine. Sie wird abgesichert durch das Werk begleitende Untersuchungs- und Beratungspflichten. Diese gründen sich auf den Rechtsgrundsatz, den Vertragspartner vor Schaden zu bewahren, § 242 und § 157 BGB. Sie orientieren sich in ihren Anforderungen an der Fachkunde des Berufsstandes. Ausdifferenziert worden sind die Begleitpflichten für das Bauvertragsrecht. Der BGH hat mehrfach deutlich gemacht, daß der Werkunternehmer verpflichtet ist, Vorarbeiten anderer Werkunternehmer bzw. den Stoff auf den das Werk aufbaut, zu untersuchen, soweit dies für die eigene Werkausführung notwendig ist (BGH JZ 1957, 442; BGH BauR 1970, 57, 58; BGH WPM 1972, 76 f.). Ähnliches gilt für Anweisungen des Auftraggebers. Auch hier hat der Werkunternehmer aufgrund seiner Sachkunde zu prüfen, ob sich das Werk überhaupt nach den Anweisungen des Verbrauchers herstellen läßt und ihn über etwaige Bedenken zu unterrichten (siehe Münchner Kommentar – Soergel, zu § 633, Rn. 45 f.).
- 166** Verletzt der Werkunternehmer seine Begleitpflichten schuldhaft und führt dies zu einem mangelhaften Werk, so hat der Verbraucher einen Anspruch auf Nachbesserung auch dann, wenn die »eigentliche Herstellungsleistung« nicht zu beanstanden ist. Der Maßstab des Vertreten-

müssens bestimmt sich, an den Fähigkeiten eines die Regeln seines Fachs beherrschenden Werkunternehmens. An die Entlastung des Werkunternehmers werden hohe Anforderungen gestellt. Behauptet der Werkunternehmer, daß der Mangel des Reparaturwerkes auf das vom Verbraucher bereitgestellte Material oder auf Anweisungen des Verbrauchers zurückzuführen ist, muß er dies beweisen. Außerdem muß er beweisen, daß er seiner Prüfungs- und Hinweispflicht nachgekommen ist (Münchener Kommentar – Soergel, zu § 633 Rn. 125).

Eigene Wertung

- 167 Unseres Erachtens läßt sich die Begründung der bauvertraglichen Entscheidungen auf den Reparaturvertrag übertragen. Entsprechende Ansätze sind auch in reparaturvertragsrechtlichen Entscheidungen erkennbar (siehe LG Nürnberg-Fürth, NJW-RR 1988, 313). Die Übertragung von Verschuldungsgesichtspunkten in die Nachbesserungsverpflichtung führt auch nicht zu Verkürzungen der Mängelrechte, weil es im Reparatursektor, wegen des partikularen Charakters der Reparaturleistung, von vornherein schwieriger ist, Werkmängel als solche eindeutig zu qualifizieren. Insoweit hilft der Rekurs auf Untersuchungs-, Beratungs- und Informationspflichten, Verantwortlichkeiten zu Lasten des Werkunternehmers eindeutig zu fixieren.

Beispiel: Der Verbraucher gibt eine Zylinderkopfreparatur in Auftrag. Einige Tage nach der Reparatur bleibt das Fahrzeug mit Motorschaden liegen. Der Schaden ist darauf zurückzuführen, daß nach der Reparatur das Motoröl nicht gewechselt worden ist. Der Werkunternehmer verteidigt sich damit, daß ein Ölwechsel nicht in Auftrag gegeben worden ist.

- 168 Zu Unrecht! Der Werkunternehmer hätte den Verbraucher auf die hohe Wahrscheinlichkeit eines Motorschadens hinweisen müssen, wenn nach erfolgter Zylinderkopfreparatur ein Ölwechsel unterbleibt (LG Nürnberg-Fürth, NJW-RR 1988, 313).

11.5 Verbraucherplichten und Erschwerung der Rechtsdurchsetzung

11.5.1 Grundsatz: Keine Untersuchungspflicht des Verbrauchers

- 169 Das Werkvertragsrecht kennt keine Untersuchungspflicht des Verbrauchers. Er muß sich die reparierte Sache nicht bei Abnahme oder alsbald nach der Abnahme auf ihre Funktionstüchtigkeit hin anschauen, sondern kann seine Rechte im Rahmen der Verjährungsfrist geltend machen.

11.5.2 Mangelanzeigepflichten in AGB-Verträgen

- 170 In AGB-Verträgen wird vielfach der Pflichtenkreis des Verbrauchers durch eine Statuierung von Rügepflichten erweitert. Schützenhilfe bietet den Werkunternehmern hierbei § 11 Nr. 10 e AGB-Gesetz. Die Norm

bestimmt, daß eine Klausel unwirksam ist, die dem anderen Teil für die Anzeige **nicht offensichtlicher Mängel** eine Ausschlußfrist setzt, die kürzer ist als die Verjährungsfrist für den gesetzlichen Gewährleistungsanspruch. Für offensichtliche Mängel darf demgegenüber eine Ausschlußfrist gesetzt werden. Grenzen ergeben sich durch § 9 AGB-Gesetz. Die Frist darf nicht unangemessen kurz sein. Im Schrifttum ist man sich darüber einig, daß die Ausschlußfrist **mindestens eine Woche** betragen muß; statt aller Hensen in: Ulmer/Brandner/Hensen, zu § 11 Nr. 10 e, Rn. 73; Palandt/Heinrichs, zu § 11, Anm. 10 e aa). Ist für die Mängelrüge Schriftform vorgeschrieben, will ein Teil des Schrifttums gar eine Frist von zwei Wochen verlangen (siehe etwa Palandt/Heinrichs, ebenda). Gerichtssentscheidungen sind nicht bekannt.

- 171 Als offensichtliche Mängel können nach einer im Schrifttum weit verbreiteten und auch in der Rechtsprechung angewendeten Formulierung nur solche Mängel bezeichnet werden, die so offen zutage liegen, daß sie auch dem durchschnittlichen nicht kaufmännischen Kunden ohne besonderen Aufwand auffallen (siehe OLG Stuttgart, BB 1979, 908; Hensen in: Ulmer/Brandner/Hensen, zu § 11 Nr. 10 Rn. 72). Die bloße Sichtbarkeit eines Mangels genügt nicht, um Offensichtlichkeit annehmen zu dürfen (vgl. OLG Stuttgart BB 1979, 908). Auch Mängel, die vom Verbraucher im Laufe der Nutzung erkannt werden, werden dadurch nicht zu offensichtlichen Mängeln (OLG Stuttgart BB 1979, 908; OLG Köln NJW 1986, 2581).

Beispiele für Mangelanzeige Klauseln:

(1) *»Offensichtliche Mängel der Leistungen des Werkunternehmers muß der Kunde unverzüglich spätestens fünf Tage nach Eintritt der Erkennbarkeit bei Abnahme oder Inbetriebnahme dem Werkunternehmer anzeigen, ansonsten ist dieser von der Mangelhaftung befreit.« (Verbandsempfehlungen Radio- und Fernsehtechniker-Handwerk)*

(2) *»Aus der Sicht des Kunden erkennbare Mängel sind unverzüglich, spätestens acht Werktagen nach Abnahme, versteckte Mängel unverzüglich nach Entdeckung schriftlich zu rügen. Ansonsten ist der Werkunternehmer von der Mangelhaftung befreit.« (Verbandsempfehlungen Elektrohandwerk)*

(3) *»Ansprüche bestehen nicht wegen eines Schadens, der dadurch entstanden ist, daß der Auftraggeber den Mangel dem Auftragnehmer nicht unverzüglich nach Feststellung schriftlich angezeigt und genau bezeichnet hat.« (Kfz-Handwerk)*

- 172 Die Klausel (3) ist vom BGH für unwirksam erklärt worden, weil die formulärmäßig vereinbarte Form der Rüge (schriftliche Anzeige und genaue Bezeichnung) zu hohe Anforderungen an einen Laien stellt (BGH v. 14. 7. 1987, VuR 1987, 336, 341).

- 173 Auch die Klauseln (1) und (2) dürften einer AGB-Kontrolle nicht standhalten, da sie gegen § 9 bzw. § 11 Nr. 10 e AGB-Gesetz verstoßen: in Klausel (1) ist die Fünf-Tage-Frist zu kurz bemessen – § 9; Klausel (2) statuiert eine Rügepflicht für versteckte Mängel. Außerdem werden »erkennbare Mängel« unzulässigerweise mit »offensichtlichen« Mängeln gleichgesetzt – Verstöße gegen § 11 Nr. 10 e.

11.5.3 Bestätigungsklauseln

- 174 Klauseln, in denen sich der Verwender bestätigen läßt, daß die Reparatur ordnungsgemäß durchgeführt worden ist, sind unwirksam. Die Rechtsprechung läßt solche Bestimmungen an § 11 Nr. 10 e AGB-Gesetz scheitern, (siehe KG ZIP 1981, 1105), weil sie den Verbraucher faktisch zwingen, die reparierte Sache sofort zu untersuchen. Überdies bestehen Bedenken im Hinblick auf § 11 Nr. 10 a AGB-Gesetz (KG ZIP 1981, 1105; Brandner in: Ulmer/Brandner/Hensen, zu § 11 Nr. 15 Rn. 15; siehe auch Micklitz, BB 1988, S. 639, 645).

11.5.4 Einschaltung von Schiedsstellen durch AGB-Vereinbarung

- 175 Erschwerungen der Rechtsdurchsetzung können sich für den Verbraucher auch dann ergeben, wenn in AGB vereinbart ist, daß bei Streitigkeiten über das Vorhandensein eines gewährleistungspflichtigen Mangels die Schiedsstelle des entsprechenden Gewerbezweiges entscheidet, weil der Rechtsweg dann nur über den Umweg eines vorherigen Schiedsgutachtens möglich ist und die Gerichte an die Tatsachenfeststellungen der Schiedsstellen bis zur Grenze der offenbaren Unrichtigkeit (siehe § 319 BGB) gebunden sind. Der BGH hat die Klausel »*Bestreitet der Auftragnehmer das Vorliegen eines gewährleistungspflichtigen Mangels, entscheidet die für den Sitz des Auftragnehmers zuständige Schiedsstelle des Kraftfahrzeughandwerks.*« für unwirksam erklärt (BGH VuR 1987, 336, 339 f.). Der BGH sieht eine unangemessene Benachteiligung des Verbrauchers darin, daß der Schiedsgutachter bereits in der Klausel bestimmt sei und damit dem anderen Teil aufgezwungen werde. Darüber hinaus sei die Klausel auch deshalb unwirksam, weil sie den Eindruck erwecke, die Anrufung der Schiedsstelle sei zwingend, die Bindung an deren Tatsachenfeststellungen gelte ohne Einschränkungen und der Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten sei ausgeschlossen.
- 176 Obligatorischen Schiedsgutachtenvereinbarungen in AGB ist durch die BGH-Entscheidung vom 14. 7. 1987 ein wirksamer Riegel vorgeschoben. Individuelle Schiedsstellenvereinbarungen bleiben selbstverständlich weiterhin möglich. Wird eine Individualvereinbarung getroffen, entfallen die Tatsachenfeststellungen der Schiedsgutachter auch gegenüber später angerufenen ordentlichen Gerichten eine Bindungswirkung, soweit sie nicht offenbar unrichtig sind. Ob die Bindungswirkung hingegen

auch dann schon entfällt, wenn die Schiedsstellen nicht neutral besetzt sind, ist vom BGH bisher nicht entschieden worden (ausführlicher dazu Plett, VuR 1988, 4, 6 ff.).

11.6 Mangelbeseitigung

- 177 Der folgende Abschnitt befaßt sich mit der eigentlichen Mangelbeseitigung, insbesondere mit Rechtsfragen der Nachbesserung.

11.6.1 Die Eigenreparatur (Eigennachbesserung)

- 178 Der Eigenreparaturversuch bzw. der Reparaturversuch durch Dritte (Freunde, Bekannte etc.) ist bedeutungsvoll, insbesondere im Hinblick auf sogenannte »Dritteingriffsklauseln« in AGB-Verträgen.

11.6.1.1 »Dritteingriffsklauseln«

- 179 *Beispiele für solche Klauseln sind:*

»Das Gewährleistungsrecht erlischt, wenn ohne das schriftliche Einverständnis des Werkunternehmers Eingriffe des Kunden oder Dritter am Gegenstand oder sonstige Änderungen am Gegenstand vorgenommen wird, die mit dem Mangel im Zusammenhang stehen.« (Ziff. 4.5 der Konditionenempfehlungen der Elektrohandwerke)

oder

»Der Gewährleistungsanspruch erlischt, wenn ohne das Einverständnis des Werkunternehmers von anderen Änderungen an den Leistungen vorgenommen wird« (Ziff. 4.4 der Konditionenempfehlungen für das Radio- und Fernsehtechniker-Handwerk)

Beide Klauseln benachteiligen den Verbraucher unangemessen und sind deshalb gemäß § 9 AGB-Gesetz unwirksam (siehe BGH BB 1980, 338 f.; OLG Karlsruhe, ZIP 1983, 1091 f.; LG Köln NJW 1986, 67, 69; BGH VuR 1987, 336, 341). Das Gleiche gilt für die Dritteingriffsklausel in den Kfz-Reparaturbedingungen 1982 (vgl. LG Köln NJW 1986, 69; BGH VuR 1987, 341).

11.6.1.2 Gefahren der Eigenreparatur

- 180 Dennoch ist bei Eigeneingriffen bzw. Dritteingriffen Vorsicht geboten. Die Rechtsprechung hat erkennen lassen, daß sie den Verbraucher für beweisbelastet hält, wenn sich der Werkunternehmer substantiiert darauf beruft, daß der gerügte Mangel auf einen Fremdeingriff zurückzuführen ist (BGH BB 1980, 388 f.; OLG Karlsruhe, ZIP 1983, 1092).
- 181 Im übrigen gilt folgendes: Schäden, die durch den Eigeneingriff verursacht worden sind, können nicht mehr über die Mängelrechte geltend gemacht werden. Ist der selbstnachbessernde Verbraucher nur teilweise für den Schaden verantwortlich zu machen, hat er sich entsprechend der Regelung des § 254 an den Kosten der Mängelbeseitigung zu

beteiligen. Praktisch dürfte die Beweislastverteilung die größte Hürde für den Verbraucher sein.

11.6.1.3 Kein Aufwendungsersatzanspruch bei Eigenreparatur

- 182 Bessert der Verbraucher die mangelhafte Sache selbst nach, so hat er regelmäßig keinen Anspruch auf einen Aufwendungsersatz. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Werkunternehmer mit der Mangelbeseitigung in Verzug ist (§ 633 Abs. 3), oder sein Nachbesserungsrecht gemäß § 634 Abs. 1 verloren hat (dazu unten Rn. 198 ff.).
- 183 Der Werkunternehmer ist verpflichtet, Mängel in seiner Werkleistung zu beseitigen – § 633 Abs. 2. Er ist aber auch berechtigt, nachbessern zu dürfen. Der Verbraucher darf also nicht ohne weiteres einen dritten Werkunternehmer mit der Mangelbeseitigung beauftragen und die Kosten hierfür von seinem Vertragspartner zurückverlangen, es sei denn, daß für eine solche Vorgehensweise ein **besonderes Interesse** gegeben ist – § 634 Abs. 2. Das ist nur im Kfz-Reparaturbereich denkbar:

Beispiel: Das aus der Reparaturwerkstatt abgeholte Auto bleibt auf einer Urlaubsfahrt im Ausland liegen.

- 184 Es ist geradezu selbstverständlich, daß dem Verbraucher nicht zugemutet werden kann, den Wagen in die Werkstatt zurückschleppen zu lassen. Er darf an Ort und Stelle den Mangel beseitigen lassen und Ersatz seiner Aufwendungen verlangen. In den Kfz-Reparaturbedingungen 1982 ist diese Konstellation berücksichtigt (Ziff. VIII. 4). Die Anforderungen, die in dieser Klausel an den Verbraucher gestellt werden, sind allerdings so hoch (Beschränkung auf Werkstätten, die der Vertriebsorganisation des Werkunternehmers angehören), daß das OLG Köln zumindest schon Bedenken gegen die Wirksamkeit angedeutet hat (NJW 1986, 2579, 2581). Gerichtlich überprüft worden ist die Klausel VIII. 4 nicht.

11.6.2 »Folgefehler«/»Sowieso-Kosten«

- 185 Probleme in der Praxis der Nachbesserung ergeben sich aus Versuchen der Werkunternehmer, einen Mangelbeseitigungsanspruch entweder gar nicht anzuerkennen (dazu oben Rn. 158), oder aber die Nachbesserung ganz bzw. anteilig wegen **Folgefehler** bzw. sogenannter **»Sowieso-Kosten«** in Rechnung zu stellen.
- 186 »Folgefehler« begründen keine Nachbesserungs- und Gewährleistungsansprüche. Von einem »Folgefehler« wird gesprochen, wenn ein Defekt mehrere Ursachen hatte, der Werkunternehmer bei der Reparatur aber nur eine beseitigt hat (siehe Micklitz, Der Reparaturvertrag, S. 358 f.). Die Kosten für die Beseitigung der weiteren Fehlerursachen im Nachbesserungsverlangen sind dann als sogenannte »Sowieso-Kosten« vom Verbraucher zu tragen, da diese weitere Reparaturleistung

notwendig zu Mehrkosten einer ordnungsgemäßen ursprünglichen Werkausführung geführt hätte (siehe dazu BGHZ 90, 344, 346 f.).

Beispiel: Bei der Reparatur eines Kfz wird übersehen, daß neben dem ausgewechselten Teil auch ein anderes Teil reparaturbedürftig war.

187 Die Materialkosten für dieses weitere Teil sind »Sowieso-Kosten«, weil sie von vornherein für eine ordentliche Reparatur notwendig waren. Arbeitslohn kann nur insofern als »Sowieso-Kosten« geltend gemacht werden, als auch die ursprüngliche Werkausführung eine entsprechende Mehrarbeit erfordert hätte. Ein »Folgefehler« liegt auch dann vor, wenn ein völlig neuer Defekt eintritt, der bei der Erstreparatur noch nicht erkennbar war.

188 Das Problem für den Verbraucher liegt darin, daß er der Behauptung des Werkunternehmers, der gerügte Defekt sei ein »Folgefehler«, aufgrund seiner schlechten Informationslage und der Beweislastverteilung (Rn. 139) nahezu hilflos gegenüberstellt. Sein Nachbesserungs- und Gewährleistungsrecht läuft faktisch leer.

189 Günstiger sieht es für den Verbraucher aus, wenn der Werkunternehmer die Nachbesserung nicht ablehnt, sondern ohne Rücksprache den Defekt behebt.

Beispiel: Der Verbraucher rügt einen Mangel und verlangt Nachbesserung. Der Werkunternehmer beseitigt den Defekt, verlangt hierfür aber die normale Werkvergütung, weil die Überprüfung ergeben hat, daß ein »Folgefehler«, also kein Fall von Nachbesserung vorliegt.

190 Soweit der Verbraucher beweisen kann, daß er Nachbesserung und nicht eine weitere Reparatur verlangt hat, dürfte er dem Vergütungsverlangen u. E. erfolgreich widersprechen können; denn ein Vergütungsanspruch ist nur dann Rechtens, wenn der Verbraucher einen entsprechenden Reparaturauftrag erteilt hat. Ein Nachbesserungsverlangen aber kann nicht ohne weiteres in einen Reparaturauftrag umgedeutet werden. Ein Bereicherungsanspruch dürfte dem Werkunternehmer nur zustehen, wenn er beweisen kann, daß er rechtsgrundlos geleistet hat.

191 In diesem Zusammenhang ist auch eine dritte Konstellation weit verbreitet:

Der Werkunternehmer prüft das Gewährleistungsverlangen des Verbrauchers und kommt zu dem Ergebnis, daß ein Fall von Gewährleistung nicht vorliegt. Da ihm durch die Prüfung Kosten entstanden sind (etwa »Einschicken des Gerätes an den Hersteller«), verlangt er einen entsprechenden Aufwendersatz.

192 Gerichtsurteile zu diesem Problem sind nicht bekannt. U. E. ist ein Zahlungsanspruch nicht gegeben, da der Überprüfungsaufwand zur Feststellung von Mängeln der Werkleistung zu den selbstverständlichen Pflichten des Werkunternehmers bei der Vertragsabwicklung zählt. Bedient sich der Werkunternehmer eines Dritten, etwa indem er den Hersteller konsultiert, so ist das seine Sache. Die sorgfältige Prüfung

eines Nachbesserungsverlangens liegt auch im Interesse des Werkunternehmers; denn eine unberechtigte Ablehnung des Mangelbeseitigungsanspruchs gibt dem Verbraucher das Recht, nunmehr gleich auf Minderung oder ggf. Schadensersatz überzugehen (vgl. OLG Frankfurt NJW 1970, 1084; OLG Stuttgart BB 1971, 239). Da ein solcher Aufwendungsersatz unserer Meinung nach gegen Grundgedanken der werkvertraglichen AGB-Vereinbarungen durchgesetzt werden. Gegen die Klauseln Ziff. 4.3 in den Konditionenempfehlungen der Elektro-Reparaturhandwerke und des Radio- und Fernsehtechniker-Handwerks bestehen deshalb große Bedenken.

11.6.3 Kostenfreie Nachbesserung

- 193 § 633 Abs. 2 Satz 2 (i. V. m. § 476 a) bestimmt, daß der zur Nachbesserung Verpflichtete auch die zum Zwecke der Nachbesserung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen hat (AG Dülmen, NJW 1987, 385). Erfordert die Nachbesserung Nebenarbeiten, so sind die hierauf entfallenden Kosten als Mangelbeseitigungskosten vom Werkunternehmer zu tragen (BGH 72, 33; BGH NJW 1979, 2095).
- 194 Soweit durch **AGB-Vereinbarungen** versucht wird diese Kosten oder Teile der Kosten auf den Verbraucher abzuwälzen, ist eine solche Vereinbarung gemäß § 11 Nr. 10 c AGB-Gesetz unwirksam.

11.6.4 Fehlschlagen der Nachbesserung

- 195 Der Verbraucher kann zu den Gewährleistungsrechten (Minderung bzw. Schadensersatzanspruch) übergehen, wenn die Nachbesserung fehlergeschlagen ist. Das Gleiche gilt, wenn die Nachbesserung objektiv unmöglich ist (siehe BGH NJW 1981, 1501) oder der Werkunternehmer (zu Unrecht) die Mangelbeseitigung verweigert (BGH NJW 1983, 1732) – siehe dazu Tonner Kauf, Gruppe B 1, Rn. 131 ff.
- 196 Die Fälle des Fehlschlagens der Nachbesserung beschränken sich im wesentlichen auf zwei Konstellationen.
1. *Dem Werkunternehmer gelingt es bei der Nachbesserung nicht, den Mangel zu beseitigen. Die weiteren Rechte des Verbrauchers hängen nun davon ab, wieviele Nachbesserungsversuche er gestatten muß (Rn. 199).*
 2. *Die Nachbesserung wird unzumutbar verzögert (Rn. 198 ff.).*

11.6.4.1 Zahl der Nachbesserungsversuche

- 197 Eine klare Antwort kann auf diese Frage nicht gegeben werden. Die Rechtsprechung hält daran fest, daß Umstände des Einzelfalles entscheiden (BGH NJW 1960, 667, 669; BGH NJW 1976, 234; OLG Köln NJW 1987, 2520). Das Schrifttum teilt mehrheitlich diese Auffassung. Als Regel gilt, daß **zwei Nachbesserungsversuche** hingenommen

werden müssen (BGH BauR 1982, 493, 495; OLG Nürnberg BB 1983, 212, OLG Köln NJW 1987, 2520). Entsprechende Vereinbarungen dürften auch in AGB zulässig sein (ausführlich Micklitz, Der Reparaturvertrag, S. 355 ff.).

11.6.4.2 Verschleppen der Nachbesserung

- 198** Auch die Frage, wann eine unzumutbare Verzögerung der Nachbesserung vorliegt, kann nicht mit der nötigen Klarheit beantwortet werden. Verbraucherrechtlich relevante Gerichtsurteile sind nicht bekannt. Wolf ist der Auffassung, daß in den Branchen, in denen ein normaler Kundendienst erwartet werden kann, eine dreiwöchige Wartezeit das äußerste ist, was dem Verbraucher zugemutet werden kann (Wolf/Horn/Lindacher, zu § 11 Nr. 10 b, Rn. 28; siehe auch von Westphalen in: Löwe/von Westphalen/Trinkner, zu § 11 Nr. 10 b, Rn. 13). Tonner schlägt zwei Wochen vor (siehe Kauf, Gruppe B 1, Rn. 134).
- 199** Unserer Meinung nach muß die Bemessung der Nachbesserungsfrist davon abhängen, inwieweit die Gebrauchsfähigkeit durch den Mangel beeinträchtigt ist. Führt der Mangel dazu, daß die Sache überhaupt nicht genutzt werden kann, so dürfen vom Werkunternehmer besondere Anstrengungen verlangt werden. Bei Kfz-Reparaturen scheint uns schon nach einer Woche die Grenze der Unzumutbarkeit erreicht zu sein, bei »brauner« und »weißer« Ware halten wir, wie Tonner, zwei Wochen für angemessen. Soweit sich der Werkunternehmer darauf beruft, daß Ersatzteile beschafft werden müssen, kann auf unsere Ausführungen zu Betriebsstörungen verwiesen werden (siehe oben, Rn. 119 ff.; siehe auch von Westphalen in: Löwe/von Westphalen/Trinkner, zu § 11 Nr. 10 b, Rn. 28).

11.6.4.3 Folgen fehlgeschlagener Nachbesserung

- 200** Die fehlgeschlagene Nachbesserung führt ebenso wie die objektive Unmöglichkeit der Mangelbeseitigung oder die Ablehnung der Nachbesserung durch den Werkunternehmer dazu, daß der Verbraucher sofort, also ohne erneute Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung, zu den Gewährleistungsrechten (Minderung, ggf. Schadensersatz) übergehen kann (OLG Nürnberg BB 1983, 212; BGH NJW 1983, 1731, 1732).
- 201** Wir möchten allerdings zu großer Vorsicht raten. Da hinsichtlich der Zahl der Nachbesserungsversuche und des Verschleppens der Nachbesserung präzise Angaben nicht gemacht werden können, ist zu empfehlen, dem Werkunternehmer stets eine Frist zu setzen und diese mit einer Ablehnungsandrohung zu versehen. Das Risiko, durch ein voreiliges Übergehen zu den Gewährleistungsrechten sämtliche Mängelansprüche zu verlieren, ist sonst zu groß. Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung ist risikolos entbehrlich, wenn der Werkunternehmer die Mangel-

beseitigung selbst abgelehnt bzw. eine Mangelbeseitigung technisch nicht möglich ist (BGH NJW 1983, 1732).

Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung

- 202 Die dem Werkunternehmer gesetzte Frist zur Mangelbeseitigung muß angemessen sein. Als Faustregel kann von einer Zwei-Wochen-Frist ausgegangen werden. Befindet sich die nachzubessernde Sache schon zwei Wochen in der Reparaturwerkstatt, so kann die Frist kürzer bemessen sein. Vorschlag: eine Woche.
- 203 Wichtig ist die Ablehnungsandrohung. Es genügt, wenn die Erklärung deutlich zum Ausdruck bringt, daß nach Ablauf der Frist die Mangelbeseitigung durch den Werkunternehmer abgelehnt wird (BGH NJW 1983, 1732).

11.6.5 Nachbesserung durch einen dritten Werkunternehmer

- 204 Läßt der Verbraucher den Mangel am Reparaturgut nicht durch seinen Vertragspartner, sondern durch einen dritten Werkunternehmer in Ordnung bringen, so kann er diese Kosten nur dann ersetzt bekommen, wenn
- sein Vertragspartner das Nachbesserungsrecht verloren hat (siehe oben Rn. 195 ff.);
 - eine Mangelbeseitigung durch den Werkunternehmer aus besonderen Umständen nicht in Betracht kommt. (Das reparierte Fahrzeug bleibt während einer Urlaubsfahrt liegen – siehe dazu oben Rn. 183 f.);
 - der Werkunternehmer mit der Mangelbeseitigung in Verzug ist (§ 633 Abs. 3 – zum Verzugsproblem siehe oben, Rn. 100 f.).

11.7 Der Anspruch auf Minderung

- 205 Hat der Werkunternehmer sein Nachbesserungsrecht verloren, so kann der Verbraucher mindern, also die Werklohnvergütung herabsetzen.
- 206 Für die Berechnung der Minderung gelten die kaufrechtlichen Vorschriften – § 634 Abs. 4; insbesondere also § 472 Abs. 1. Insoweit kann auf die Ausführungen im Beitrag zum Kauf verwiesen werden (Gruppe B 1, Rn. 102). Im Werkvertragsrecht werden zumeist die **Mängelbeseitigungskosten** in Ansatz gebracht: Das Werk ist um den Betrag im Wert gemindert, der benötigt wird, um es in einen mangelfreien Zustand zu versetzen (vgl. BGH NJW 1972, 821). Auch hier wird aber, sofern der Verbraucher die Mängel nicht durch einen Dritten beseitigen läßt, der Minderungsbetrag in aller Regel geschätzt werden müssen (bei großen Reparaturaufträgen unter Umständen unter Einschaltung eines Sachverständigen). Sind die Mängelbeseitigungskosten höher als der ursprünglich vereinbarte Werklohn, so kann die Vergütung bis auf Null reduziert werden. Etwas anderes gilt nur in den Fällen, in denen der

Werkunternehmer die Nachbesserung zu Recht wegen eines unverhältnismäßigen Aufwandes abgelehnt hat – § 633 Abs. 2 Satz 3. Maßgebend hierfür sind nicht die mutmaßlichen Kosten der Mangelbeseitigung im Verhältnis zum ursprünglich vereinbarten Werklohn, sondern allein das Verhältnis der Mangelbeseitigungskosten zu dem durch die Mangelbeseitigung erzielbaren Erfolg (OLG Hamm BauR 1980, 462, 463; BGH BauR 1986, 93, 98). Unzumutbar ist die Mangelbeseitigung dann, wenn sie einen hohen Aufwand erfordert und das Werk nur unwesentlich verbessern würde.

11.8 Schadensersatz

- 207 Wegen mangelhafter bzw. in sonstiger Weise schlecht erfüllter Reparaturleistungen kann der Verbraucher Schadensersatz verlangen, sofern der Werkunternehmer **schuldhaft** schlecht geleistet hat. Die Frage, ob der Verbraucher **sofort** nach Eintritt des Schadens Schadensersatz beanspruchen kann oder erst Nachbesserung verlangen muß, hängt davon ab, ob der Schaden vom **Nachbesserungsrecht** des Werkunternehmers erfaßt ist, oder ob er durch die Nachbesserung des Werkes gerade nicht wieder gutgemacht werden kann (BGH NJW 1985, 381, 382).

11.8.1 Einfluß des Nachbesserungsrechts auf den Schadensersatzanspruch

- 208 Für Schäden, die dem Nachbesserungsrecht unterliegen, kann Schadensersatz nur unter den Voraussetzungen des § 634 Abs. 1 erlangt werden. Der Verbraucher muß in diesen Fällen den Werkunternehmer zunächst zur Mangelbeseitigung auffordern. Er kann ihm eine Frist setzen und diese mit einer Ablehnungsandrohung verbinden. Erst nach fruchtlosem Ablauf der Frist darf er dann zum Schadensersatzanspruch übergehen.
- 209 Welche Schäden dem Nachbesserungsrecht unterliegen, ist in der Rechtsprechung bisher nicht mit der nötigen Deutlichkeit entschieden worden (siehe aber die Ausführungen in BGH JZ 1986, 397, 399). Klar ist nur, daß sich das Nachbesserungsrecht auf **Mängel der Werkleistung** bezieht – § 634 Abs. 1 i. V. m. § 633 Abs. 1. Ob aber auch **Beschädigungen am Vermögenobjekt, an dem die Werkleistung zu erbringen war**, als »Mangel am Werk« anzusehen ist, ist nach wie vor eine offene Frage.

Beispiel 1: Bei der Reparatur eines Motors werden Teile der Karosserie vom Werkunternehmer beschädigt.

Beispiel 2: Der Werkunternehmer wird beauftragt, einen Ölwechsel durchzuführen und den ÖlfILTER zu ersetzen. Hierbei unterläuft der Werkstatt ein Fehler, so daß der Motor einen Lagerschaden erleidet (vgl. BGHZ 98, 45 ff.).

- 210** So oder so stellt sich die Frage, ob der Verbraucher sofort einen dritten Werkunternehmer beauftragen und dann einen entsprechenden Schadensersatz verlangen kann, oder ob er diesem zunächst ein Nachbesserungsrecht einräumen muß. In der BGH-Rechtsprechung finden sich sowohl Hinweise, die auf ein Nachbesserungsrecht deuten (BGH NJW 1983, 2440, 2441), als auch solche, die auf einen sofortigen Schadensersatzanspruch schließen lassen (BGH JZ 1986, 397, 398). Das Schrifttum ist ambivalent (grundsätzlich für ein Nachbesserungsrecht des Unternehmers: Grunewald, JZ 1987, 1098, 1102 f.; zurückhaltender: Stoll, JZ 1986, 400).
- 211** **Merke:** Der Schadensersatzanspruch im Reparaturvertragsrecht setzt voraus, daß der Werkunternehmer sein Nachbesserungsrecht verloren hat – § 634 Abs. 1. Schadensersatz kann nur in den Fällen sofort verlangt werden, in denen der Schaden durch die Nachbesserung nicht wiedergutmacht werden kann. Gemeint sind damit jedenfalls Schäden an anderen Rechtsgütern des Verbrauchers, sowie Verdienstausfall, Gutachterkosten, merkantiler Minderwert (siehe BGH NJW 1985, 382). Schäden, die in der Mangelhaftigkeit des Werkes selber liegen, können nur nach vorheriger Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung als Ersatzanspruch geltend gemacht werden. Rechtliche Unsicherheiten bestehen hinsichtlich der Schäden am Objekt, an dem die Werkleistung zu erbringen war.

Eigene Wertung

- 212** U. E. hängt die Frage des Nachbesserungsrechts in den »Unsicherheitsfällen« davon ab, ob der Mangel am Vermögensobjekt in Ausführung des Werkes oder eher zufällig »bei Gelegenheit« entstanden ist (so auch Stoll, JZ 1986, 400). So hat etwa die Beschädigung an der Karosserie im Beispiel 1 mit der Werkleistung überhaupt nichts zu tun. Nachbesserung kommt deshalb nicht in Betracht. Im Beispiel 2 hingegen gibt es einen zwingenden Zusammenhang zwischen fehlerhafter Werkausführung (Ölwechsel) und Beschädigung der Sache, an welcher die Werkleistung zu erbringen war (Motor). In solchen Fällen sollte dem Verbraucher empfohlen werden, grundsätzlich den Werkunternehmer zur Mangelbeseitigung aufzufordern. Dies ist nur entbehrlich, wenn eine Nachbesserung für den Werkunternehmer unzumutbar ist – § 634 Abs. 2. Unzumutbarkeit liegt u. E. vor, wenn der Werkunternehmer nach der Ausrichtung seines Handwerksbetriebes für eine solche Mangelbeseitigung nicht die nötige Kompetenz besitzt (ähnlich Grunewald, JZ 1987, 1098, 1102).

11.8.2 Die Verjährungsregelung als Ausgangspunkt unterschiedlicher Schadensersatzansprüche

- 213** Schadensersatzansprüche im Werkvertrag können über verschiedene Anspruchsgrundlagen geltend gemacht werden. Welche Anspruchs-

grundlage jeweils einschlägig ist, hängt im Werkvertragsrecht entscheidend von der **Art des Schadens** ab. Die Zentralnorm ist der § 635. Er bildet die Grundlage für den Ersatz aller **Mangelschäden** und damit zusammenhängender **enger Mangelfolgeschäden** (Rn. 222). Zum Teil parallel dazu gibt § 823 Abs. 1 einen Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung für schuldhaft Verletzungen des Eigentums, des Körpers oder der Gesundheit (Rn. 230 ff.). Über das Institut der positiven Vertragsverletzung können schließlich **entferntere Mangelfolgeschäden** und Schäden, die aus **Nebenpflichtverletzungen** hervorgegangen sind, geltend gemacht werden (Rn. 225 f.).

- 214** Alle drei Anspruchsgrundlagen setzen ein schuldhaftes Verhalten des Werkunternehmers voraus (siehe allgemein zu den Tatbestandselementen der positiven Vertragsverletzung und der unerlaubten Handlung Tonner Kauf, Gruppe B 1, Rn. 111–125).
- 215** Ansprüche aus § 635 verjähren in den Fristen des § 638, also im Reparatursektor zumeist nach 6 Monaten; der Anspruch aus unerlaubter Handlung hingegen erst nach 3 Jahren ab Kenntnis des Schadens – § 852 (BGHZ 55, 392, 397). Über das Institut der positiven Vertragsverletzung kann ein Schaden sogar 30 Jahre geltend gemacht werden.
- 216** Die Gerichte sind sich dieser Problematik bewußt. Sie versuchen daher das **werkvertragstypische Mängelrisiko**, soweit es vertragliche Ansprüche betrifft, ausschließlich über § 635 abzuwickeln. Der deliktsrechtliche Weg steht dem Verbraucher offen (dazu ausführlich unten 11.8.5, Rn. 230), weshalb der BGH auch eine formularmäßige Verkürzung der deliktischen Verjährungsfrist nicht zuläßt (BGH NJW 1976, 1505).
- 217** Eine Verkürzung der 30jährigen Verjährungsfrist für Ansprüche aus pVV soll nach Auffassung des Schrifttums auch in AGB prinzipiell möglich sein. Die Durchsetzung von Ersatzansprüchen darf dem Klauselgegner aber nicht weitgehend unmöglich gemacht werden (BGH NJW 1976, 1318, 1319 f.). In der Literatur wird die Zulässigkeit der Verjährungsverkürzung davon abhängig gemacht, »welche Zeit üblicherweise erforderlich ist, um bestimmte Ansprüche geltend zu machen« (so Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, zu § 11 Nr. 10 f., Rn. 12) bzw. »ob der Schaden für den Kunden alsbald erkennbar ist« (so Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, zu § 11 Nr. 10 Rn. 82). Diese Vorbehalte sprechen dafür, nur solche Verjährungsverkürzungen zu akzeptieren, die sich auf die Kenntnis des Schadens beziehen.

11.8.3 Schadensersatz wegen Nichterfüllung der vertraglich geschuldeten Leistung

- 218** § 635 gibt dem Verbraucher einen Schadensersatzanspruch, wenn der Werkunternehmer Mängel des Werkes verschuldet hat und Nachbesserung nicht zum Ziel führte, bzw. von vornherein nicht in Betracht kam

(Rn. 213). Der Schadensersatzanspruch aus § 635 umfaßt alle Mangelschäden und solche Schäden, die **eng** und **unmittelbar** mit dem Mangel zusammenhängen (enge Mangelfolgeschäden).

11.8.3.1 Mangelschäden

- 219 Mangelschäden sind die Vermögensbeeinträchtigungen, die sich aus der Mangelhaftigkeit der Reparatur ergeben. Gemeint sind
- die Kosten für die Behebung der Mängel der Reparatur (Mangelbeseitigungskosten einschließlich Nebenkosten),
 - Kosten zur Kompensation des Nutzungsausfalls (etwa Mietwagen),
 - bei Kraftfahrzeugen auch entgangene Gebrauchsvorteile (BGHZ 85, 13),
 - Kosten für die Einholung eines Privatgutachtens über Reparaturmängel (siehe BGHZ 54, 352, 358).

11.8.3.2 Enger und entfernterer Mangelfolgeschaden

- 220 (Lies zunächst Rn. 215, 217). Auf die Frage, was enge Mangelfolgeschäden im Gegensatz zu entfernteren Mangelfolgeschäden sind, kann eine eindeutige Antwort nicht gegeben werden. Der BGH hält daran fest, daß für die Abgrenzung eine allgemein gültige Festlegung nach abstrakten Kriterien nicht in Betracht kommen. Es bedürfe vielmehr »jeweils der näheren Begründung aus der Eigenart des Sachverhalts«. Auch müsse berücksichtigt werden, »daß gerade im Bereich des Werkvertrages nicht selten noch nach Ablauf der kurzen Verjährungsfristen des § 638 BGB Mängelfolgen auftreten, die in ihren Wirkungen unverhältnismäßig schwer« seien und deshalb jeweils eine an Leistungsobjekt und an Schadensart orientierte Güter- und Interessenabwägung erforderlich macht (BGH NJW 1982, 2244, 2245).
- 221 Als Faustregel darf man sich aber merken, daß **Schäden, die an anderen Rechtsgütern des Verbrauchers entstanden sind**, als entferntere Mangelfolgeschäden angesehen werden (BGH 58, 305, 308).
- 222 Von diesem Grundsatz gibt es **wichtige Ausnahmen**. So hat der BGH wiederholt deutlich gemacht, daß auch der Schaden an anderen Rechtsgütern dann als ein **enger Mangelfolgeschaden** anzusehen sei, wenn das Werk des Unternehmers in einem so engen Zusammenhang mit diesem Rechtsgut stehe, daß der Mangel des Werkes zwangsläufig und typischerweise das andere Rechtsgut beeinträchtigen müsse (BGH NJW 1983, 2440, 2442; BGHZ 98, 45 ff.).
- 223 Praktisch relevant ist diese Rechtsprechungsformel geworden, wenn das Werk des Unternehmers darauf angelegt war, sich in einem anderen Werk zu verkörpern (siehe BGHZ 37, 341, 344 – Fehlerhafte Architektenplanung und Mängel am Bauwerk), bzw. die Werkleistung mit dem Vermögensobjekt, an dem sie zu erbringen war, gewissermaßen zu einer Einheit zusammengewachsen ist bzw. funktionell zusammenhängt (BGH

55, 392 ff. – Fehlerhafter Einbau eines Achsaggregats in einen Lkw führte zu Rißbildungen an den Längsträgern des Sattelschleppers; BGH NJW 83, 2440 ff. – Fehlerhafte Montage einer Lkw-Ladebordwand verursachte Mängel am Rahmen des Fahrzeugs; BGHZ 98, 45 ff. – Fehlerhafter Ölwechsel verursachte einen Lagerschaden am Motor).

- 224** Die Entscheidungen zeigen, daß der Begriff des engen Mangelfolgeschadens im Reparatursektor eine große praktische Bedeutung hat, weil Reparaturleistungen nie für sich allein stehen, sondern an Vermögensobjekten des Verbrauchers zu erbringen sind. Schäden, die infolge einer mangelhaften Werkleistung an diesen Objekten entstehen, dürften deshalb grundsätzlich als enge Mangelfolgeschäden anzusehen sein und der kurzen Verjährung unterliegen.

Beispiel: Der Schaden am Fahrzeug, der durch eine fehlerhafte Reparatur der Bremsen verursacht wurde.

- 225** Etwas anderes gilt, wenn die Schäden am Vermögensobjekt nicht auf die eigentliche Werkleistung zurückzuführen, sondern der Verletzung von Nebenpflichten geschuldet sind (siehe BGH NJW 1982, 2244, 2245).

Beispiel: Bei der Reparatur eines Motors beschädigt der Werkunternehmer die Karosserie.

11.8.4 Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzung

- 226** Über das Institut der positiven Vertragsverletzung können entferntere Mangelfolgeschäden sowie Schäden, die aus Nebenverpflichtungen resultieren, geltend gemacht werden. Entferntere Mangelfolgeschäden sind Schäden, die infolge einer mangelhaften Werkleistung an anderen Rechtsgütern des Verbrauchers auftreten (siehe aber die geschilderte Einschränkung Rn. 222 ff.). Beispiele sind etwa Personenschäden, Gesundheitsschäden oder die Beschädigung des sonstigen Eigentums.

- 227** Nebenverpflichtungen sind nur solche schuldhaftige Sorgfalts- und Obhutspflichtverletzungen, die nicht zu einem Mangel der Werkleistung führen, sondern unmittelbar weitere Schäden verursachen.

Beispiel: Bei der Reparatur eines Motors beschädigt der Werkunternehmer die Karosserie.

Zu den Tatbestandsvoraussetzungen der positiven Vertragsverletzung (siehe den Beitrag zum Kauf, Gruppe B 1, Rn. 111).

11.8.5 Schadensersatz aus unerlaubter Handlung (Delikt)

- 228** § 823 Abs. 1 gewährt einen Schadensersatzanspruch bei schuldhaften Verletzungen des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder des Eigentums. Der Anspruch steht selbständig neben etwaigen vertraglichen Ansprüchen (BGH GG, 315, 319; BGH 67, 359, 362 f.; BGH JZ 1986, 397, 399) und verjährt in den Fristen des § 852 BGB (vgl. BGHZ 55, 392, 395; siehe auch BGHZ 66, 315, 319). Deliktischen Ansprüchen

kommt wegen der längeren Verjährungsfristen eine praktische Relevanz zu, wenn Schäden nicht über positive Vertragsverletzung ersetzt werden können, also im Bereich der engen Mangelfolgeschäden.

229 Schwierigkeiten bereitet das Kriterium der **Eigentumsverletzung**. Von einer Eigentumsverletzung kann gemäß der Rechtsprechung nur dann gesprochen werden, wenn schuldhaft in **bislang unversehrtes Eigentum** eingegriffen worden ist. Damit sind all die Schäden, die in der Mangelhaftigkeit des Werkes liegen, zweifelsfrei nicht über § 823 Abs. 1 zu realisieren, da insoweit auch vor Ausführung der Werkleistung das Eigentum schon verletzt war (BGH 55, 392, 398 f.; BGH JZ 1986, 397, 399). Entsprechendes gilt für die abgrenzbaren Teile, die Gegenstand der Reparatur waren. Diesbezüglich ist allein das Vertragsrecht anwendbar.

230 Etwas anderes gilt dann, wenn durch die Werkleistung sonstiges (unversehrtes) Eigentum des Verbrauchers beschädigt wird (BGH 61, 203; BGH NJW 1977, 1819), wenn m. a. W. keine »Stofflichkeit« zwischen dem eingetretenen Schaden und dem anfänglichen Mangelunwert besteht (BGH 86, 256, 262). Im Reparatursektor wird diese Rechtsprechung relevant, wenn die Reparatur sich nur auf abgrenzbare Bereiche bezieht, die Sache im übrigen aber noch funktioniert und erst infolge der Werkausführung beschädigt wird.

Beispiel: Ein fehlerhaft montierter Pkw-Vorderreifen führt zu einem Unfall und zur Zerstörung des gesamten Fahrzeugs.

Hinsichtlich des Fahrzeugschadens dürfte ein deliktischer Anspruch gegeben sein (siehe BGH NJW 1978, 2241, 2242; BGH 86, 256, 259 ff.).

231 Die Abgrenzung ist aber nicht immer einfach. Dies soll ein anderes Beispiel verdeutlichen:

Ein unsachgemäß durchgeführter Ölwechsel führt zu einem Lagerschaden am Motor (BGH 98, 45 ff.).

U. E. dürfte der Motorschaden nicht als eine Eigentumsverletzung anzusehen sein, weil der Mangelunwert, der durch den fehlerhaften Ölwechsel hervorgerufen wurde, zwangsläufig den Motor in Mitleidenschaft ziehen mußte. Das Motoröl diente einzig dazu, die Schmierung des Motors sicherzustellen. Insoweit fehlt es schon an der funktionellen Begrenzung des Mangels (siehe BGH 67, 359, 364; OLG Düsseldorf WPM 1985 1079; BGH NJW 1985, 2420).

232 **Merke:** Festzuhalten ist, daß die Rechtsprechungsentwicklung zur Eigentumsverletzung, die ersichtlich dem Bemühen geschuldet ist, dem Kunden längere Verjährungsfristen einzuräumen, Parallelen zur Rechtsprechung bezüglich der Abgrenzung enger und entfernterer Mangelfolgeschäden im Werkvertragsrecht aufweist. Von einer Kongruenz beider Rechtsprechungslinien kann aber noch nicht gesprochen werden (dies zeigt die Entscheidung BGH 55, 392, 394 f.), so daß die Prüfung deliktischer Ansprüche bei engen Mangelfolgeschäden sinnvoll bleibt.

11.8.6 Beschränkungen des Schadensersatzes durch AGB

- 233** Formulärmäßige Haftungsausschlüsse bzw. Haftungsbeschränkungen für vorsätzlich oder grob fahrlässig verursachte Schäden sind gemäß § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz unwirksam.

Beispiel: In Abschnitt VIII Nr. 6 der Kfz-Reparaturbedingungen 1982 ist bestimmt, daß der Verbraucher Anspruch auf ein Ersatzfahrzeug bzw. auf Ersatz der Kosten für ein tatsächlich in Anspruch genommenes Mietfahrzeug hat, wenn der Werkunternehmer grob fahrlässig die Instandsetzung oder schuldhaft die Nachbesserung mangelhaft ausführt. Die Regelung verstößt gegen § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz, weil durch die Klausel auch bei eigener grober Fahrlässigkeit für bestimmte Schadenspositionen, etwa Ansprüche auf Nutzungsentgang, nicht gehaftet wird (vgl. OLG Köln NJW 1986, 2579, 2581; BGH JZ 1987, 1124, 1128).

Schäden, die auf einfache Fahrlässigkeit des Werkunternehmers beruhen, können demgegenüber nach Art und Umfang beschränkt, nicht aber völlig ausgeschlossen werden (BGH ZIP 1984, 971, 975).

11.8.6.1 Grenzen der Haftungsbeschränkung bei leichter Fahrlässigkeit

- 234** Maßstab ist in diesen Fällen § 9 AGB-Gesetz. Faßt man die vielfältige Rechtsprechung zur Freizeichnung bei einfacher Fahrlässigkeit zusammen, so ergibt sich folgendes Bild:

1. Die Rechtsprechung erlaubt keine Freizeichnung von der Verletzung solcher Pflichten, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages überhaupt erst ermöglicht (OLG Hamm Urteil vom 25. 2. 1983, AGBE IV, Nr. 35 zu § 9 AGBG; BGH 89, 363, 389; BGH ZIP 1984, 971, 975; OLG Hamburg DAR 1984, 260). Gemeint sind alle für die Vertragserfüllung wesentlichen Pflichten (sogenannte Kardinalpflichten). Das können auch Nebenpflichten sein, soweit gerade sie für die Vertragszweckerreichung bedeutungsvoll sind (Untersuchungspflichten, Informationspflichten – siehe OLG Hamburg DAR 1984, 260 ff.; BGH NJW 1985, 1165).

Beispiel 1: Wird ein Vertrag über die Reparatur eines Gefrierschranks abgeschlossen, so liegt der Vertragszweck darin, daß der Verbraucher mit dem reparierten Gegenstand in die Lage versetzt wird, Lebensmittel einzufrieren und dauerhaft zu lagern. Verderben infolge eines leicht fahrlässig verursachten Reparaturmangels die eingelagerten Lebensmittel, so kann sich der Werkunternehmer von der Haftung für diese Schäden nicht freizeichnen (vgl. insoweit BGHZ 89, 363, 368 – Kaltlagerfall).

Beispiel 2: Der Werkunternehmer baute eine vom Verbraucher mitgelieferte Ölpumpe in einen Pkw-Motor ein, ohne sich das gestellte Material im Hinblick auf die Tauglichkeit anzuschauen. Die Ölpumpe erwies sich im Nachhinein als so verschlissen, daß ein Lagerschaden am Motor

entstand. Auch hier kann der Werkunternehmer sich, unserer Auffassung nach, nicht für die Schäden am Motor freizeichnen. Er hat zwar nur eine Nebenpflicht verletzt, diese war aber für die Vertragszweckerreichung (Einbau einer Ölpumpe, die eine ausreichende Schmierung des Motors sicherstellt) wesentlich.

2. Rechtsprechung und Literatur erlauben grundsätzlich eine Haftungsfreizeichnung von »vertragsuntypischen und daher kaum vorhersehbaren Schäden« (BGH ZIP 1984, 971, 976; BGHZ 89, 363, 368 f.; aus der Literatur etwa Brandner in: Ulmer/Brandner/Hensen, zu § 9, Rn. 112). Was kaum vorhersehbare Schäden sind, läßt sich allgemein nicht sagen, da es auf die Typizität des jeweiligen Vertrages ankommt. Mangelschäden und enge Mangelfolgeschäden dürften aber regelmäßig unabdingbar sein (zu diesen Begriffen oben, Rn. 219, zu Unklarheiten unten, Rn. 221 ff.; siehe auch die oben angeführten Beispiele 1 und 2).

- 235** Auch Personenschäden können vorhersehbar und deshalb vertragstypisch sein, soweit der Vertrag sich auf Rechtsgüter bezieht, die typischerweise Gefahren für Leben und Gesundheit ergeben können.
- 236** Im Kfz-Reparatursektor dürfte ein Ausschluß der Haftung für Personenschäden infolge leicht fahrlässiger Pflichtverletzungen des Werkunternehmers deshalb unzulässig sein (vgl. insoweit BGH NJW 1969, 1708; siehe Wolf in: Wolf/Horn/Lindacher, zu § 11 Nr. 8, Rn. 30; Bunte/Heinrichs, »Aktuelle Fragen zur Freizeichnung nach dem AGB-Gesetz« [1985], S. 104). Die Kfz-Reparaturbedingungen 1982 tragen diesem Umstand insoweit auch Rechnung (siehe Klausel IX Nr. 2). Ob Personenschäden in den anderen Branchen des Reparatursektors wirksam ausgeschlossen werden können, ist weniger eindeutig zu beantworten. Relevant ist dies insbesondere für Elektroreparaturen und Radio-/Fernsehreparaturen (siehe Klausel 4.6 der jeweiligen Konditionenempfehlungen). Gerichtsurteile sind nicht bekannt. Das Schrifttum geht fast einhellig von der Unwirksamkeit einer solchen Freizeichnung aus (siehe Wolf in: Wolf/Horn/Lindacher, zu § 9, Rn. R 139; Hensen in: Ulmer/Brandner/Hensen, Anhang zu den §§ 9–11, Rn. 603; von Westphalen in: Löwe/von Westphalen/Trinkner, Bd. III, 54.3 Rn. 7). Ob hingegen auch der **merkantile Minderwert** zu den typischen und damit nicht antastbaren Schadenspositionen gehört, ist umstritten. Die Kfz-Reparaturbedingungen schließen den Ersatz eines merkantilen Minderwertes bei leicht fahrlässigen Pflichtverletzungen aus (Klausel IX Nr. 3). Das OLG Köln hat in einem Urteil vom 18. 9. 1986 (NJW-RR 1987, 53 ff.) diese Freizeichnung für wirksam gehalten, da sie sich noch im »angemessenen Rahmen« halte. Demgegenüber haben verschiedene Amts- und Landgerichte einen diesbezüglichen Haftungsausschluß für unwirksam erklärt, da der Kunde erwarten dürfe, daß die unmittelbar mit der Beschädigung eines Wagens verbundenen Vermögensnachteile, wie etwa merkantiler Minderwert, ausgeglichen würden (vgl. AG Schweinfurt DAR

1982, 293; LG Bayreuth NJW 1982, 1766; LG Berlin VerR 1983, 840). Dies ist auch unsere Auffassung.

- 237 Merke:** Schadensersatzansprüche bei einfacher Fahrlässigkeit des Werkunternehmers können zwar beschränkt, nicht aber ausgeschlossen werden. Gehaftet wird uneingeschränkt für Kardinalpflichten und typischerweise vorhersehbare Schäden. Dies sind nicht nur Schäden am Auftragsgegenstand selbst, sondern grundsätzlich auch enge Mangelfolgeschäden und – je nach Branche – auch Personenschäden.

11.8.6.2 15-fache Haftungsbeschränkung der Chemischreiniger

- 238** Vorab: eine Beschränkung der Haftung ist nur für durch einfache Fahrlässigkeit verursachte Schäden zulässig. Soweit Chemischreiniger in AGB ihre Haftung generell, d. h. für jede Verschuldensform, auf das 15-fache des Reinigungspreises beschränken, liegt ein Verstoß gegen § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz vor, der zur Unwirksamkeit der gesamten Klausel führt. Die Unwirksamkeitssanktion gilt auch, wenn dem Werkunternehmer im konkreten Fall nur einfache Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann, weil eine unangemessene Klausel nicht auf das gerade noch zulässige Maß zurückgeführt werden darf (Verbot der geltungserhaltenden Reduktion – etwa BGH WM 1983, 916, 917).
- 239** Die Haftungsbeschränkung auf den 15-fachen Reinigungspreis in der Textilreinigungsbranche ist von besonderem Interesse, weil hier der Grundsatz vom vertragstypischen Durchschnittsschaden seinen Ausdruck in einer summenmäßigen Begrenzung findet. Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 12. 5. 1980 (BB 1980, 1011 ff.) diese Klausel beanstandet. Es sei unangemessen, so der BGH, wenn die Branche nur in 90% aller Fälle vollen Schadensersatz leiste. Für die übrigen 10% müsse zumindest Vorsorge für einen vollen Ausgleich getroffen werden (a. a. O., S. 1012 f.). Hierbei genüge es, wenn das Reinigungsunternehmen dem Kunden den Abschluß einer entsprechenden Versicherung empfehle. Der Hinweis müsse allerdings deutlich erfolgen (S. 1013).
- 240** In der Folgezeit verlagert sich der juristische Streit auf die Frage, welche Anforderungen an einen deutlichen Hinweis zu stellen seien. Das Kammergericht Berlin hat hierzu in seinem Urteil vom 2. 2. 1983 (VuR 1987, 282 ff.) entschieden, daß ein Hinweis in den AGB des Verwenders nicht ausreicht, um das Gebot einer hinreichend deutlichen Aufklärung zu erfüllen (VuR 1987, 283). Dies ist auch die einhellige Meinung im Schrifttum (vgl. die Hinweise bei Micklitz, VuR 1987, 248, 252). Fehlt es an der Kombination von formularmäßiger Haftungsbeschränkung und genügend deutlichem Hinweis auf die Möglichkeit einer Versicherung, so ist die Haftungsbeschränkungsklausel insgesamt unwirksam (KG a. a. O.; Micklitz, a. a. O., m. w. N.).
- 241** Ob die Textilreinigungsbranche, wie vielfach praktiziert, dem Hinweiserfordernis schon durch einen entsprechenden Aushang im Ladenge-

schäft (Hinweisplakat) genüge tun kann, ist von Obergerichten explizit noch nicht entschieden, in einem anderen Zusammenhang (Terminbestätigungsvorbehalt) aber vom BGH als ausreichend erachtet worden (BGH NJW 1982, 1389, 1890).

- 242 Eigene Wertung: Wir halten das für bedenklich, weil die Gefahr besteht, daß Plakathinweise vom Verbraucher gar nicht wahrgenommen werden. Es geht bei der Hinweispflicht um eine tatsächliche Aufklärung des Verbrauchers über seine Möglichkeiten, das eingelieferte Reinigungsgut in vollem Umfang abzusichern. Dies erfordert einen individuellen Hinweis, bei gleichzeitiger Möglichkeit an Ort und Stelle das Zusatzangebot (Zeitversicherung) annehmen zu können. Im übrigen kann keinesfalls jeder Plakataushang dem Hinweiserfordernis genügen. Inhalt und Aufmachung des Plakates spielen ebenso eine Rolle, wie die übrige Plakatierung (in der Nähe angebrachte Werbeplakate sind geeignet, die visuelle Wirkung zu relativieren) und die Plazierung im Ladengeschäft.
- 243 In jedem Falle unwirksam ist die Haftungsbegrenzungsklausel – auch bei Verwendung von Hinweisplakaten – unserer Auffassung nach, wenn ein Spezialreinigungsunternehmen für wertvolle Reinigungsgüter der Vertragspartner ist, weil der vertragstypische Durchschnittsschaden hier stets höher als das 15-fache Reinigungsentgelt sein wird. Vom vertragstypischen Schaden aber darf sich der Werkunternehmer nach verbreiteter Auffassung nicht freizeichnen (Rn. 236). Das KG hat diesem Umstand in seinem Urteil vom 2. 2. 1983 (siehe den Sachverhalt in Bunte, AGBE III Nr. 34 zu § 9) bedauerlicherweise nicht Rechnung getragen.

Verlust des Reinigungsgutes

- 244 Die Frage, ob die mit einem deutlichen Hinweis kombinierte Haftungsbeschränkung auf den 15-fachen Reinigungspreis auch wirksam ist, wenn das eingelieferte Reinigungsgut durch ein leicht fahrlässiges Verhalten des Werkunternehmers **verlorengegangen** ist, wird unterschiedlich beantwortet. Während vor einigen Jahren, soweit ersichtlich, noch Einigkeit darüber bestand, daß eine Haftungsbegrenzung auf den 15-fachen Reinigungspreis bei Verlust der Sache eine unangemessene Benachteiligung für den Verbraucher bedeute und deshalb unwirksam sei (so AG Lübbecke MDR 1979, 1024; LG München I MDR 1981, 405), sind in jüngerer Zeit Urteile bekanntgeworden, die die gegenteilige Ansicht vertreten (AG Bergisch-Gladbach, Urteil vom 3. 7. 1986, Az. 60 C 2/86; AG Obernburg, Urteil vom 23. 7. 1986, Az. 198/86, VuR 1988, 221 ff. m. Anm. Köck). Entscheidungen von Obergerichten sind nicht bekannt.
- 245 Unseres Erachtens läßt sich die Rechtsprechung des BGH zur Haftungsbeschränkung nicht auf den Verlustfall übertragen (so auch AG Memmingen, NJW-RR 1988, 380), weil dem Verlust gegenüber der

Beschädigung eine andere Qualität zukommt. Darüber hinaus erscheint eine Haftungsbegrenzung bei Verlust oder Diebstahl so außergewöhnlich, daß entsprechende Klauseln schon an § 3 AGB-Gesetz scheitern dürften. Im übrigen: auch ein deutlicher Hinweis auf die Haftungsbeschränkung kann vom Verbraucher nur als Eingrenzung des **typischen Reinigungsrisikos**, also der Beschädigung des Textils infolge des chemischen Reinigungsverfahrens, aufgefaßt werden. Eine Erstreckung der partiellen Freizeichnung auf den Verlust oder Diebstahl verlangt einen ausdrücklichen, eindeutigen Hinweis (AG Memmingen NJW-RR 1988, 380; Köck, VuR 1988, 221 ff.).

12. Reparaturversicherung

- 246** Von der Versicherungswirtschaft werden seit einigen Jahren Reparaturversicherungen für Fernsehgeräte angeboten. Der Versicherer leistet aus einem solchen Vertragsverhältnis Ersatz für alle Reparaturen, die durch Verschleiß, Abnutzung, Alterung oder Konstruktions- und Materialfehler der Bauteile des versicherten Gerätes erforderlich werden (§ 1 I der Allgemeinen Reparaturbedingungen – ARB).
- 247** Das Angebot erscheint verlockend: die Schwierigkeiten der Preisvereinbarung und der Durchsetzung der Mängelrechte im Reparatursektor werden mit einem Schlag irrelevant; denn die Versicherung zahlt . . . Bei Lichte betrachtet wird indessen auch die Pflichtenseite augenfällig, die das Ganze zu einer zweifelhaften Alternative geraten läßt: der Verbraucherschutz ist im Versicherungsvertragsrecht weniger entwickelt (vgl. Gärtner, DuR 1987, 187 ff.).
- 248** Die Hauptprobleme der Reparaturversicherung liegen in der Vertragslaufzeit und der Prämienanpassung. Die Laufzeit beträgt fünf Jahre und beginnt neu zu laufen, wenn die Versicherungsnehmer statt der Reparatur die Anschaffungshilfe zum Erwerb eines neuen Gerätes wählt (§ 3 I i. V. m. § 2 IV ARB). Zwar hat der BGH die Verknüpfung von Versicherungsleistung und Vertragsneuabschluß in seinem Urteil v. 25. 6. 1986 WM 1986, 1253 = VuR 1986, 104 m. Anm. Micklitz) beanstandet und entsprechende Klauseln für unwirksam erklärt. Die Prämienanpassungsmöglichkeit genügt für sich aber auch schon, um den Nutzen einer Reparaturversicherung in Zweifel zu ziehen. Gem. § 4 IV ARB ist der Versicherer berechtigt die Prämie zu erhöhen, wenn die Fernsehreparaturkosten gegenüber dem letzten für die Prämienfestsetzung maßgebend gewesenen Stand um mehr als 5% angestiegen sind. Ein Lösungsrecht vom Vertrag soll dem Verbraucher demgegenüber erst dann zustehen, wenn die jeweilige Prämienhöhung mehr als 20% beträgt (§ 4 V ARB). Tatsächliche Kostensteigerungen von mehr als 5% können sich demnach in Prämienhöhungen von 20% niederschlagen, ohne daß der Verbraucher zur Kündigung berechtigt ist. Ob eine solche Klausel wirksam ist, erscheint mehr als zweifelhaft. Zwar kann der

Verbraucher der Klausel entnehmen, unter welchen Voraussetzungen eine Prämien­erhöhung zulässig ist (so die Anforderung in BGH ZIP 1980, 765, 767). Das vertragliche Gleichgewicht kann sich aber bei jeder einzelnen Erhöhung zuungunsten des Verbrauchers verschieben, ohne daß ihm in jedem Falle ein Kündigungsrecht zusteht. Diese vertragliche Konstellation berücksichtigt die Verbraucherinteressen nur unzureichend, so daß u. E. auch ein Verstoß gegen § 9 AGB-Gesetz zu erkennen ist (siehe dazu auch BGB, Urteil v. 16. 3. 1988, VSV-Info 2/88, S. 7 ff.).

Literaturhinweise

- Micklitz, Der Reparaturvertrag 1984;
ders., Der Schutz des Verbrauchers vor ungerechtfertigten Handwerker-
und Kundendienstforderungen, ZERP DP 5/85;
ders., Effektivstundenlohn und Preistransparenz im Reparaturvertrag,
ZIP 1986, 285 ff.;
ders., Die Rechte des Verbrauchers bei fehlender oder unvollständiger
Reparaturrechnung, DB 1986, 1709 ff.;
ders., Berechnungsmethode im Reparaturhandwerk und AGB-Gesetz,
BB 1988, 639 ff.

Sachregister

| | Rn. |
|---|-----------------------------|
| Abholen (des Reparaturgutes) | |
| – Verspätungsfolgen | 128–134 |
| – Abholklausel | 134 |
| Ablehnungsandrohung | 98, 101, 103, 202 f. |
| Abnahme (der Reparaturleistung) | 128, 130, 133, 139, 142 ff. |
| Allgemeine Geschäftsbedingungen | |
| – Allgemeines | 4 f. |
| – Einbeziehung in den Vertragsschluß | 9 f. |
| – Überschreitung von Kostenvoranschlägen | 25 |
| AGB-Kontrolle | |
| – Auftragerweiterung | 58 f. |
| – Berechnungsmethode beim Reparaturpreis | 42 ff. |
| – Nebenkosten | 65 ff. |
| – unklare Leistungsbestimmungen | 49 ff. |
| Anweisung (des Auftraggebers) | 165 f. |
| Anzahlung | 14 ff. |
| Anzeigepflicht | |
| – Überschreitung des Kostenvoranschlages | 27 ff. |
| Aufbewahrung | |
| – Kosten der A. | 129 f. |
| Aufklärungspflichten (des Werkunternehmers) | |
| – siehe auch unter Dokumentationspflichten | |
| Aufklärungs- und Beratungspflichten | 60 ff. |
| Auftrag – siehe Leistungsvereinbarung | |
| Auftragerweiterung | 58 f. |
| Beratungspflichten (des Werkunternehmers) | 165–168, 225 f., 237 |
| Berechnungsmethoden | |
| – als AGB | 43 |
| – des Reparaturpreises | 33 f. |
| Dokumentationspflicht | 140 |
| Dritteingriffsklausel | 179 |
| Effektivstundenlohn | 41 |
| Eigenreparatur | 179 ff. |
| – siehe auch unter Dritteingriffsklausel | |
| Eigentumsverletzung | 228–231 |
| Fehler | |
| – siehe unter Mangel | |
| Folgefehler | 185–188 |
| Fristsetzung (mit Ablehnungsandrohung) | 98–101 |
| Fristen | |
| – siehe unter Verjährung | |
| – siehe unter Nachbesserung | |

| | Rn. |
|--|--|
| Gewährleistung | Rn. |
| – siehe unter Mangel | |
| Garantie | 163 |
| Gutachterkosten | 211, 220 |
| Irrtum (über Mängel) | 131 |
| Informationspflichten (des Werkunternehmers) | 140, 167 |
| Kostenvoranschlag | 16 ff. |
| – Kostenlosigkeit | 21 f. |
| – Kostenüberschlag | 18 |
| – Überschreitung | 23 ff. |
| – unverbindlicher | 19 |
| – verbindlicher | 19 |
| Leistungsvereinbarung | 138, 156 f., 190 |
| – siehe auch Reparaturtermin | |
| Mahnung | 100, 101 |
| Mangel (der Reparaturleistung) | 131, 135–141, 143, 151 |
| – Gewährleistung | 135, 148, 162, 164, 191 f. |
| – offensichtliche Mängel | 154, 170–173 |
| – Sachmangel | 155 |
| – Fehler | 156–182 |
| – Reparaturmethoden | 159 |
| – Zusicherung | 160–164 |
| Mangelanzeigespflicht | 170–173 |
| Minderung | 205 f. |
| Nachbesserung | 135, 144, 148, 162 f., 177, 183, 185 f., 190 ff., 198 f., 204, 207–212, 218 |
| – Kosten der Nachbesserung | 193 f. |
| – Fehlschlagen der Nachbesserung | 195 f., 200 f. |
| – Zahl der Nachbesserungsversuche | 197 |
| – Frist | 202 f., 208, 211 |
| Nebenkosten | 65 ff. |
| – Allgemeines | 66 |
| – AGB-Kontrolle | 67 f. |
| – Berechnung angefangener Stunden | 71 |
| – Fahrzeiten | 70, 72 |
| – Fahrweg | 72 |
| – Kleinteile | 75 |
| – Rüstzeiten | 74 |
| Pfandrecht | 132, 144 |
| Preisnebenabreden | 67 f. |
| Preisvereinbarung | 32 ff. |
| – Anforderungen an die | 35 ff. |
| – Berechnungsmethoden | 33 f. |
| Rechnungsprüfung | 83 ff. |

| | Rn. |
|--|--------------------------|
| Rechnungsausstellung | Rn. |
| – Allgemeines | 67 ff. |
| – spezifische Rechnung | 81 f. |
| – Zeitpunkt der Zahlungspflicht | 79 f. |
| Reparaturauftrag | |
| – siehe Leistungsvereinbarung | |
| Reparaturleistung | 165 |
| – Mängel der Reparatur | |
| – siehe unter Mangel | |
| – siehe unter Leistungsvereinbarung | |
| – siehe unter Dokumentationspflicht | |
| – Diagnose | 140 f., 157 f. |
| – Herstellung | 157 |
| – Untersuchungspflicht | |
| – siehe unter Begleitpflichten | |
| Reparaturleistung | |
| – Bestätigung ordnungsgemäßer Reparatur in AGB | 174 |
| Reparaturleistung | |
| – Aufklärungs- und Beratungspflichten | 60 ff. |
| – Auftragserweiterung | 58 f. |
| – Kontrolle unklarer Bestimmung | 49 ff. |
| – Vereinbarung | 46 ff. |
| Reparaturpreis | |
| – AGB-Kontrolle der Berechnungsmethode | 42 ff. |
| – Preisvereinbarung | 32 ff. |
| – üblicher Preis | 39 ff. |
| Reparaturtermin | 103–108 |
| Reparaturterminklauseln | |
| – Bestätigungsklausel | 111, 114 ff. |
| – Schriftformklausel | 112 f. |
| – Betriebsstörungsklausel | 117–122 |
| Reparaturversicherung | 246–248 |
| Rücktritt (v. Vertrag) | 96 |
| Sachmangel | |
| – siehe Mangel | |
| Sowieso-Kosten | 185–188 |
| Schadensersatz | 99, 143, 148, 207, 245 |
| – wg. Nichterfüllung | 99, 143, 148, 212, 218 |
| – aus Verzug | 109 f., 120, 123 f., 130 |
| – aus pVV | 213, 217, 215, 226 |
| – aus Delikt | 215, 228–232 |
| – für Mangelschäden | 213, 218 f. |
| – für Mangelfolgeschäden | 213, 220–227, 232 |
| – Ausschluß v. Sch. durch AGB | 233–237 |

| | Rn. |
|---|----------------------|
| – Beschränkung v. Sch. durch AGB | 232–236, 238–244 |
| Schiedsstelle | 175 f. |
| Spezifische Rechnung | 81 f. |
| Undurchführbarkeit der Reparatur | 53 ff. |
| Untersuchungspflichten | |
| – siehe Begleitpflichten (des Werkunternehmers) | |
| (des Verbrauchers) | 169 |
| Üblicher Preis | 39 ff. |
| – Bestimmung der Üblichkeit | 40 |
| – Effektivstundenlohn als Grundlage | 41 |
| Überschreiten des Kostenvoranschlages | 23 ff. |
| – Wesentlichkeit | 24 ff. |
| – Anzeigepflicht | 27 ff. |
| Unklare Leistungsbestimmung | |
| – Kontrolle | 49 ff. |
| – Undurchführbarkeit der Leistung | 53 ff. |
| Verdienstausschlag | 211 |
| Vergütung | 144, 147 |
| – Zurückbehaltung der V. | 144 |
| – Herabsetzung der V. | |
| – siehe Minderung | |
| Verjährungsfrist | 149–154, 215 ff. |
| – Beginn der Verjährungsfrist | 145 |
| Versicherung | |
| – siehe Reparaturversicherung | |
| Verzug | 99 f., 102, 109, 204 |
| – des Verbrauchers | 118–131 |
| – Verzugsschaden | |
| – siehe Schadensersatz | |
| Vorauskauf, siehe »Anzahlung« | |
| Werkunternehmerpfandrecht | |
| – siehe Pfandrecht | |
| Werkunternehmerpfandrecht | |
| – Begründung | 87 f. |
| – Ausübung | 89 f. |
| Zahlungspflicht | 79 f. |
| – Zurückhaltungsrecht | |
| – siehe unter Vergütung | |
| Zusicherungen | |
| – siehe unter Mangel | |