

Wider das Kulanzgeschwätz

Recht häufig bekommt man zu hören, dass Anbieter trotz offensichtlich erwiesener Ansprüche lediglich „aus Kulanz“ für ihre Produkte oder Handlungen einstehen wollen. Was auf den ersten Blick als belanglose Floskel erscheint, kann indes empfindliche Folgen zeitigen. Dieser Beitrag zeigt, wie betroffene Käufer dagegen vorgehen können.

Rechtsanwalt PD Dr. Arnold F. Rusch, LL. M.*

NJOZ 2011, 1713 ff.

I. Einführung – Was ist Kulanz?

Eigentlich verheißt „Kulanz“ eine Wohltat, auf die man keinen Anspruch hätte. Nicht immer ist das so. Dieser Aufsatz geht in einem ersten Schritt auf das Phänomen ein, dass Anbieter lediglich aus Kulanz für ihre eindeutig mangelhaften Produkte und Leistungen einstehen wollen. Der Verkäufer repariert beispielsweise kostenlos ein mangelhaftes Fahrzeug und behauptet fälschlicherweise, ihn treffe keine Verpflichtung dazu, weil gar kein Mangel bestehe oder der Käufer diesen verursacht habe. Dieses nachfolgend als „Scheinkulanz“ bezeichnete Verhalten ist vordergründig belanglos, weil der Vertragspartner bekommt, wonach er gefragt hat. Erst bei genauem Hinsehen zeigen sich die negativen Konsequenzen, die verjährungsrechtlicher Natur sind und auf dem fehlenden Anerkenntnis beruhen. Der Fokus der Betrachtung richtet sich auf die Kulanz in der *Sachgewährleistung* und sucht nach Wegen, wie sich betroffene Personen wehren können.

Kulanz und *kulant* meinen gemäß Wörterbuch ein Entgegenkommen, eine Großzügigkeit, ein gefälliges Verhalten. Etymologisch stammt das Wort von *coulant* ab, das französische Adjektiv für fließend, beweglich, gefällig, gewandt¹. Kulanz meint im rechtlichen Kontext folglich ein Entgegenkommen im Sinne einer Gefälligkeit und eine Großzügigkeit ohne rechtliche Verpflichtung.

II. Rechtliche Folgen der Kulanz

1. Anerkennung und Verjährung

Erfolgt die Nacherfüllung bloß aus Kulanz, so fehlt die Anspruchsanerkennung i. S. des § 212 I Nr. 1 BGB². Folge davon ist, dass die Verjährungsfrist nicht neu zu laufen beginnt³. Liegt eine Anerkennung vor, bezieht sich der Neubeginn der Verjährung bei der Nachbesserung nur auf den nachgebesserten Mangel, bei der Nachlieferung auf die ganze Sache⁴. Bei Vergleichsgesprächen, die lediglich aus Kulanz erfolgen, ergibt sich ebenso keine Hemmung der Verjährung i. S. des § 203 BGB⁵.

Strittig ist, ob die im Rahmen der *Nacherfüllung* erfolgte *Ablieferung* eine neue Verjährungsfrist beginnen lässt, die unabhängig von einem inneren Moment der Anerkennung eintreten würde. Diese verkehrsfreundliche, von einzelnen Autoren vertretene Ansicht stützt sich auf § 438 II BGB. Sie erfasst die Nachlieferung, nicht aber unbedingt die Nachbesserung, die

auch ohne Ablieferung vor Ort erfolgen kann und ohnehin nur hinsichtlich des reparierten Mangels greifen würde⁶.

2. Rückgriff

Der Rückgriff des Verkäufers gegen seinen Lieferanten gem. §§ 437, 478 I BGB steht nur dann offen, wenn der Verkäufer die im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs verkaufte Sache als Folge ihrer Mangelhaftigkeit zurücknehmen oder deren Kaufpreis mindern muss. Ist er aus Kulanz so vorgegangen, steht ihm der Rückgriff in der erleichterten Form des § 478 BGB folglich nicht zu⁷. Bei *echter Kulanz* ist dies ohne Zweifel richtig. Im Falle der *Scheinkulanz* stellt sich die Frage, ob der Lieferant den Verkäufer auf die gegenüber dem Käufer geltend gemachte Kulanz behaften kann. Die Kausalität der Gewährleistung zum Mangel wäre zwar eindeutig, bloß hat sie der Verkäufer auf Grund des Kulanzvorbehalts nicht anerkannt.

Weiter stellt sich die Frage, ob der Regress auf Grund des Kulanzvorbehalts generell nicht offensteht. Grundsätzlich [S. 1713/S. 1714] sind die einzelnen Vertragsverhältnisse in Lieferketten voneinander unabhängig. Auch wenn der Verkäufer keine oder nur eine begrenzte Beanspruchung durch den Käufer zu befürchten hat, behält er den Anspruch auf Gewährleistung gegenüber seinem Lieferanten. Rechtsprechung und Lehre berücksichtigen indes diese Konstellation mit der *Vorteilsanrechnung*⁸. Der Vorteil kann sich durch Verjährung, Freizeichnung oder auf Grund eines günstigen Vergleichs ergeben. Muss sich der Verkäufer im Verhältnis zum Lieferanten alle Vorteile aus dem Verhältnis zum Endabnehmer anrechnen lassen, spricht dies spiegelbildlich auch dafür, dass sich der Lieferant gegen die Übernahme eines auf Verkäuferkulanz basierenden Nachteils verwahren kann. Wie aber ist die Rechtslage, wenn sich die Kulanz als bloße Scheinkulanz entpuppt? Nur vordergründig handelt es sich um ein anderes Problem. Wenn sich der Verkäufer gegenüber dem Lieferanten als Vorteil anrechnen lassen muss, dass er mit dem Käufer einen günstigen Vergleich geschlossen hat, fragt niemand nach der Richtigkeit und Angemessenheit dieses Vergleichs. Ebenso ist es nicht angezeigt, die allenfalls gewährte Kulanz und damit das Eingeständnis der Freiwilligkeit der Gewährleistung zu hinterfragen.

3. Recht zum Rücktritt?

Ist es denkbar, die Berufung auf Kulanz als ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung aufzufassen? Immerhin hat die Lehre die Berufung auf §§ 281 II, 323 II Nr. 1, 440 S. 1 BGB gestattet, wenn der Verkäufer die Nacherfüllung nur unter zusätzlichen Bedingung gewähren möchte oder die Pflichtverletzung hartnäckig abstreitet⁹. Der Verkäufer, der aus Kulanz Nacherfüllung leistet, bestreitet zwar das Vorliegen eines Mangels, will aber dennoch leisten. Lehre und Rechtsprechung bejahen die ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung nur unter strengen Voraussetzungen, die eine Nachfristsetzung als leere Formalität erscheinen lassen¹⁰. Die Tatsache, dass die Nacherfüllung bloß aus Kulanz erfolgen solle, kann deshalb nicht genügen¹¹.

4. Konditionssperre

Wer aus Kulanz leistet, bringt häufig den Vorbehalt der „*Leistung ohne Anerkennung einer Rechtspflicht*“ an. Der wahre Wille des Schuldners muss sich nicht unbedingt auf die Verjährung richten. Denkbar ist auch, dass sich der Schuldner lediglich die Rückforderung des Geleisteten mit der *condictio indebiti* offenhalten will. Die vorbehaltlose Leistung einer Nichtschuld im Wissen um deren Nichtbestehen löst die Konditionssperre des § 814 BGB aus¹².

Wer sich indes die Rückforderung vorbehält, verhält sich nicht widersprüchlich. Allerdings genügt dafür der Hinweis der „*Leistung ohne Anerkennung einer Rechtspflicht*“ nicht¹³. Der Vorbehalt der Rückforderung hingegen schließt wohl eine Anerkennung *und* die Konditionssperre aus.

III. Beurteilung gängiger Phänomene und Gegenmaßnahmen

1. Kulanzvorbehalt in AGB

a) Phänomen

Auktor/Mönch schlagen eine AGB-Klausel vor, die die Gewährleistung generell nur noch aus Kulanz vorsieht¹⁴. Fast identische Formulierungen finden sich in vielen Vertragsformularen:

„Nachbesserungen und Ersatzlieferungen bei einer Mängelrüge erfolgen stets nur aus Kulanz und ohne Anerkennung einer Leistungspflicht“¹⁵.

Diese Klauseln kommen den Verwendern entgegen, die einen Neubeginn der Verjährung i. S. des § 212 I Nr. 1 BGB durch Anerkennung von Gewährleistungsansprüchen vermeiden möchten.

b) Unwirksamkeit des Kulanzvorbehaltes in AGB

Auktor/Mönch erachten die Klausel mit dem generellen Kulanzvorbehalt als zulässig, jedoch als überraschend i. S. des § 305 c I BGB¹⁶. Dies bedeutet, dass die Klausel bei besonderem Hinweis gegenüber dem Kunden Bestand hätte¹⁷. Dies ist für sich betrachtet sicher richtig. Die Klausel wäre aber auch nach der Inhaltskontrolle unwirksam. Wer nach § 475 I BGB oder § 309 BGB zwingende Ansprüche lediglich aus Kulanz gewährt, gibt bei genauer Betrachtung zwei Erklärungen ab. *Erstens* liegt darin die grundsätzliche Verneinung der Gewährleistung und *zweitens* deren ausnahmsweise und freiwillige Gewährung aus Kulanz – nach Belieben also. Die erste Erklärung ist schon eindeutig unwirksam, während die zweite Erklärung dies auf Grund des Kulanzvorbehalts nicht „heilen“ kann¹⁸.

Diese Überlegungen finden eine Stütze in einem Entscheid aus dem Jahre 1998. Das *OLG Stuttgart* behandelte allgemeine Geschäftsbedingungen, die die Rückerstattung der Rücksendungskosten generell nur aus Kulanz vorsahen¹⁹. Das *Gericht* hielt fest, dass die Kulanz die Unangemessenheit der Belastung nicht aufhebe, sondern im Gegenteil sogar bestärke:

„Die unangemessene Benachteiligung wird nicht gemildert durch den Zusatz, dass die Bekl. Auf Verlangen auch die günstigsten Rückversandkosten miterstatten könne (Kulanz). Damit wird dem Käufer schon kein Rechtsanspruch auf eine kundengünstigere Behandlung gewährt. Das Entgegenkommen steht ausschließlich im Belieben der Bekl. Zudem wird die Wirkung der ersten Klausel durch diesen Satz eher vertieft. Beim Käufer wird nämlich der Eindruck verstärkt, die Bekl. Sei sich der von ihr beanspruchten Rechtslage sicher, weshalb sie sich nach Gutdünken dem Kunden gegenüber großzügig zeigen könne. Damit aber trägt die Klausel eher noch mehr dazu bei, Kunden den Rechtsvorgaben in der Klausel zu unterwerfen und damit eine Wahrnehmung des tatsächlichen Rechtsanspruchs zu vereiteln“²⁰. [S. 1714/S. 1715] Die Vermeidung eines neuen, anerkennungsbedingten Verjährungsbeginns ist ein grundsätzlich legitimes Ziel²¹. Es stellt sich die Frage, ob der Verwender dies durch eine geschickte und vor allem engere Formulierung erzielen kann. Der Effekt der Klausel

sollte einzig in der Derogation des § 212 I Nr. 1 BGB liegen, ohne alle Ansprüche nur noch als freiwillige Kulanzleistungen auszugestalten. Die entsprechende Klausel könnte deshalb wie folgt lauten:

„Die Gewährleistung führt auch bei deren Anerkennung nicht zu einem Neubeginn der Verjährung i. S. des § 212 BGB“.

Doch auch dieses Ansinnen scheitert aus mehreren Gründen. *Klas/Kleesiek* lehnen diese Klausel in Anwendung des § 307 BGB ab, weil die Regelung in § 212 I Nr. 1 BGB Ausdruck besonderer Gerechtigkeitserwägungen sei²². Auch § 309 Nr. 8 b ff BGB verbietet dies, weil sich das Verkürzungsverbot auch gegen die Nichtbeachtung von Hemmungs- und Erneuerungstatbeständen richtet²³. Der *BGH* hat im umgekehrten Fall – es ging um die allgemeinen Lieferanten-Einkaufsbedingungen eines Baumarkts – den generell vorgesehenen Neubeginn der Verjährung als übermäßig belastend erachtet, weil dabei die konkreten Umstände der Gewährleistung keine Beachtung finden²⁴. Daraus lässt sich ableiten, dass *nicht nur die generelle Gewährung, sondern auch die generelle Verweigerung* des Verjährungsneubeginns unangemessen nachteilig wirkt. Eine weitere Benachteiligung ergibt sich möglicherweise dadurch, dass keine Zeit mehr besteht, die nachgelieferte Sache zu prüfen. Ebenfalls nachteilig ist die mittelbare Abweichung zu § 476 BGB beim Verbrauchsgüterkauf. Wer den Verbraucher um die Anerkennung des Mangels streiten lässt, verletzt *indirekt* die Beweisregel des § 476 BGB, die bei einem innerhalb sechs Monaten auftretenden Mangel dessen Vorhandensein im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vermutet. All diese Fragen stellen sich gar nicht erst, wenn man den (strittigen) Verjährungsneubeginn bei Lieferung im Rahmen der Nacherfüllung auf Grund des § 438 II BGB bejaht – § 475 II BGB verbietet eine Verkürzung der Verjährung beim Verbrauchsgüterkauf²⁵.

2. Kulanzvorbehalt im Gewährleistungsfalle

a) Phänomen

Wer offensichtliche Mängel erworbener Güter anzeigt und die vertraglich oder gesetzliche vorgesehenen Ansprüche geltend macht, bekommt vom zuständigen Personal häufig zu hören, man regle dies aus Kulanz. Ob hinter dieser „Scheinkulanz“ Kalkül oder Ignoranz steckt, bleibt oft unklar. Handelt es sich um juristisch trainiertes Personal, bringt es die Kulanz wahrscheinlich ins Spiel, um keinen Neubeginn der Verjährung durch Anerkennung auszulösen (§ 212 I Nr. 1 BGB). Denkbar ist auch, dass sich der Anbieter die Prüfung der Sache auf ihre Mangelhaftigkeit ersparen will – hat die Sache einen geringen Preis, kann es für den Anbieter billiger sein, diese ungeprüft zu ersetzen.

Berater empfehlen Unternehmungen bisweilen Kulanz, um gute Kunden nicht zu verlieren. Im Internet finden sich diverse Formulierungsvorschläge, die meist Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche ohne Anerkennung einer Rechtspflicht gewähren. Ein Beratungsunternehmen empfiehlt als optimale Lösung das Einverständnis des Kunden mit der Kulanz:

„Optimal wäre dazu noch eine Unterschrift des Kunden, mit der er sich mit dieser Regelung einverstanden erklärt. Wer Kunden den beiderseitigen Nutzen dieser Kulanzregelung bewusst macht, sollte damit kein Problem haben“²⁶.

Bei echter Kulanz ist dies sicher möglich und richtig. Bei der Scheinkulanz liegt der Fall jedoch anders. Wer sich gegen die Kulanz verwahrt und auf seinen gesetzlichen Ansprüchen beharrt, bekommt freiwillig wahrscheinlich gar nichts.

b) Beseitigung des Kulanzvorbehalts mittels Feststellungsklage

Mittels Feststellungsklage ist es möglich, den Schein-Kulanzvorbehalt trotz angebotener Gewährleistung zu beseitigen²⁷. Das Begehren richtet sich auf Feststellung der Pflicht zur Ersatzlieferung. Das Feststellungsinteresse i. S. des § 256 ZPO besteht auf Grund der unterschiedlichen Verjährungsfolgen.

Auch in diesem Prozess muss die Beweislastumkehr des § 476 BGB greifen. Zumindest in den ersten sechs Monaten und bei Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs trägt der Verkäufer die Beweislast, dass er tatsächlich aus Kulanz geleistet hat. Immerhin wäre es an ihm, im Streitfall die Mängelfreiheit des Gutes im Zeitpunkt des Gefahrübergangs zu beweisen. Die Kulanzbehauptung kann, muss sich aber nicht gegen diese Vermutung richten. Es sind auch Fälle denkbar, in denen der Verkäufer schon die Vermutungsbasis – das Auftreten eines Mangels innerhalb sechs Monaten – bestreitet. Im Anwendungsbereich der zwingenden Vermutung kann es jedenfalls nicht angehen, dass der Käufer die Beweislast für die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung tragen muss.

c) Großzügige Auslegung der Gewährleistungshandlungen

Der *BGH* weist bei der Auslegung der Gewährleistungshandlungen klar auf die Sicht des Käufers:

„Maßgeblich ist dabei, dass der Verkäufer aus Sicht des Käufers nicht nur aus Kulanz oder zur gütlichen Beilegung eines Streits, sondern in dem Bewusstsein handelt, zur Nachbesserung verpflichtet zu sein (...)“²⁸.

Denkwürdig an dieser Regel ist die subjektive Sicht auf eine Bewusstseinslage als inneres Moment. Der Gläubiger hat unter Umständen sichere Kenntnis, dass ein Gewährleistungsfall vorliegt. Muss er dennoch die Berufung des Schuldners auf Kulanz für bare Münze nehmen? Aus der berechtigten Sicht des Gläubigers leistet der Schuldner im Bewusstsein der Verpflichtung, auch wenn er das Gegenteil behauptet²⁹. Wer auf diese Weise auf ein Gewährleistungsbegehren voll eingeht, ist deshalb auch bei Vorbehalt der Kulanz darauf zu behaften³⁰. Dies ergibt die Interpretation des *gesamten* [S. 1715/S. 1716] schuldnerischen Vorgehens nach §§ 133, 157 BGB. Wer nicht schon den willensunabhängigen Neubeginn der Verjährung auf Grund der Nacherfüllung gestützt auf § 438 II BGB³¹ bejaht, sollte zumindest zu dieser *großzügigen Auslegung* der Gewährleistungshandlungen Hand bieten. Diese großzügige Sicht verbietet auch, in die Annahme der scheinkulanten Gewährleistung einen stillschweigend angenommenen Vergleich i. S. des § 779 I BGB zu interpretieren³².

d) Entsprechende Anwendung des AGB-Korrektivs bei generellem Kulanzvorbehalt

Die *generelle* Geltendmachung der Kulanz bei der konkreten Gewährleistungshandlung verdient keine bessere Behandlung, bloß weil das AGB-Korrektiv auf diese keine Anwendung findet³³. Wer selber ausschließlich aus Kulanz Gewähr leisten will oder sein Personal auf die konstante Anbringung des Kulanzvorbehalts abrichtet, sollte im Ergebnis ebenso der AGB-

Kontrolle unterliegen. Die Elemente der Vorformulierung³⁴ und des einseitigen „Stellens“³⁵ würden vorliegen, doch verhindert der fehlende Bezug zum Vertragsschluss die Anwendung des AGB-Korrektivs. Der generelle Kulanzvorbehalt in AGB wäre nicht gültig (s. oben III.1.b). Die konstante Berufung auf die Kulanz beim konkreten Gewährleistungsfall ist für den Käufer indes ebenso nachteilig. Sie ist sogar noch nachteiliger, weil dafür nicht einmal die Globalübernahme notwendig ist. Es lässt sich argumentieren, dass der generelle Kulanzvorbehalt wie die Berufung auf eine Verkehrssitte wirkt, die die Parteien nicht in den Vertrag einbezogen haben³⁶. Der Einbezug ist *notwendig*, weil nur der Verkäufer diese Usanz pflegt, aber wegen der Nichtigkeit des AGB-Kulanzvorbehalts im Ergebnis *unmöglich*. Das AGB-Korrektiv muss folglich auch auf diese Usancen anwendbar sein. Der Verkäufer könnte ansonsten davon profitieren, wenn er seine grundsätzliche Gewährleistungsbereitschaft nur unter Kulanzvorbehalt nicht in den AGB offenlegt und damit dem AGB-Korrektiv entzieht.

e) Androhung der Verhinderung des Regresses

In den Fällen der Scheinkulanz dürften viele Verkäufer dennoch versuchen, Rückgriff auf ihre Lieferanten zu nehmen. Bekannt und ähnlich ist auch der Fall des Verkäufers, der einen vermittelten Vertrag aus Kulanz aufhebt und danach den Provisionsanspruch des Maklers bestreitet³⁷. Beide Fälle erinnern unweigerlich an den unbarmherzigen Schuldner im Matthäusevangelium, den der König hart bestrafen ließ³⁸. Es liegt deshalb nahe, den Spieß umzudrehen und dem Verkäufer den Regress beim Lieferanten zu verunmöglichen. Der Käufer kann zu diesem Zweck dem Lieferanten mitteilen, dass der Verkäufer gemäß eigenen Angaben die Gewährleistung lediglich aus Kulanz erbracht habe und folglich kein Recht auf einen Rückgriff bestehe, weder in der normalen, noch in der vereinfachten Form gemäß § 478 BGB. Dieses Vorgehen eignet sich wohl lediglich für Fälle, bei denen der Regress einen beträchtlichen Wert darstellt. *Nützlich* ist die Benachrichtigung des Lieferanten ohnehin nur, wenn sie der Käufer dem Verkäufer für den Fall der Nichtanerkennung der Gewährleistungsansprüche legal androhen kann. Die Konnexität zwischen dem anspruchsbegründenden Handeln und der Mitteilung an den Lieferanten ist gegeben, wenn man die vorliegende Konstellation mit der allfälligen Rechtswidrigkeit der Nötigung durch Androhen einer Strafanzeige vergleicht³⁹. Der Gläubiger könnte stets auch vor Gericht klagen, weshalb die Mitteilung an den Lieferanten als *minus* umso deutlicher zulässig sein muss. Hinzu kommt der berechtigte Verdacht, dass der Verkäufer seinen Lieferanten über die Rücknahme infolge des Mangels täuschen möchte.

Fußnoten

* Der Autor ist Lehrbeauftragter an der Universität Zürich.

¹ Vgl. den Eintrag „kulant“ im *Duden*, Herkunftswörterbuch, 20. Aufl.

² Vgl. *BGH*, NJW 1988, 254 (255).

³ Vgl. *LG Koblenz*, NJW-RR 2007, 272 (273); vgl. *BGH*, NJW 1999, 2961 (2962); vgl. *BGHZ* 164, 196 = NJW 2006, 47 (48); vgl. *OLG Celle*, NJW 2006, 2643; vgl. *Klas/Kleesiek*, NJOZ 2010, 2148 (2150).

⁴ Vgl. *Klas/Kleesiek*, NJOZ 2010, 2148 (2149).

⁵ Vgl. *Erman/Schmidt-Räntsch*, BGB, 12. Aufl. (2008), § 203 Rdnr. 4, mit Verweis auf *AG Hannover*, RRa 2001, 225; ebenso *OLG Saarbrücken*, NJOZ 2009, 1405 (1408 f.); vgl. auch *Klas/Kleesiek*, NJOZ 2010, 2148 (2149); a. A. *Staudinger/Lorenz*, BGB, Neubearb. 2009, § 203 Rdnr. 16.

⁶ Vgl. die Übersicht und die Hinweise bei *Palandt/Weidenkaff*, BGB, 70. Aufl. (2011), § 438 Rdnr. 16 a, *Klas/Kleesiek*, NJOZ 2010, 2148 (2149, insb. Fußn. 20); *Faust*, in: BeckOK-BGB, Stand: 1. 3. 2011, § 438 Rdnr. 59; *Menges*, JuS 2008, 395 (insb. 398); *Bolthausen/Rinker*, ZGS 2006, 12; v. *Westphalen*, ZGS 2002, 19 (21); *Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. (2007), N 292 a; vgl. *BGHZ* 164, 196 = NJW 2006, 47 (48) Rdnr. 18; vgl. aber *OLG Celle*, NJW 2006, 2643 (2644), das die Verlängerung nur bei Anerkenntnis bejaht.

- ⁷ Vgl. *Lorenz*, in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl. (2008), § 478 Rdnr. 19; vgl. *Klose*, Risikoallokation beim Lieferantenregress nach den §§ 478, 479 BGB – eine rechtsdogmatische und rechtsökonomische Analyse, Diss. 2006 = Deutsches und int. WirtschaftsR, Bd. 47, S. 172 f.
- ⁸ Vgl. dazu früher noch *BGH*, NJW 1977, 1819 und jetzt anders *BGHZ* 173, 83 = NJW 2007, 2695; sowie *BGH*, NJW 2007, 2697; vgl. dazu eingehend *Schiemann*, NJW 2007, 3037.
- ⁹ Vgl. *Oechsler* (o. Fußn. 6), N 170; *Ernst*, in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl. (2007), § 323 Rdnr. 101; *LG Aachen*, NJW 2005, 2236 (2238).
- ¹⁰ Vgl. *Ernst*, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 9), § 323 Rdnrn. 99 ff.; *BGH*, NJW 2006, 1195 Rdnr. 25 und die Übersicht bei *Palandt/Grüneberg* (o. Fußn. 6), § 281 Rdnr. 14.
- ¹¹ Vgl. *OLG Koblenz*, NJOZ 2010, 13.
- ¹² Vgl. *Prölss*, in: *Prölss/Martin*, VVG, 28. Aufl. (2010), § 1 Rdnr. 92.
- ¹³ Vgl. *Staudinger/Lorenz*, BGB, Neubearb. 2007, § 814 Rdnr. 7; a. A. *OLG Nürnberg*, Beschl. v. 27. 8. 2007 – 2 U 885/07, BeckRS 2007, 16212, mit differenzierender Anmerkung in *NJW-Spezial* 2007, 509.
- ¹⁴ Vgl. *Auktor/Mönch*, NJW 2005, 1686 (1688); vgl. den ähnlichen Vorschlag bei *Klas/Kleesiek*, NJOZ 2010, 2151.
- ¹⁵ Nr. VII.4 der folgenden AGB: <http://www.zahngmbh.eu/de/AGB>; sowie statt vieler Nr. VIII.8 http://www.spitzer-silo.com/media/AGB_EKB/AGB_Spitzer_Gruppe_Stand_01.08.pdf (beide abgerufen 30. 7. 2011).
- ¹⁶ Vgl. *Auktor/Mönch*, NJW 2005, 1686 (1688).
- ¹⁷ Vgl. *Basedow*, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 9), § 305 c Rdnr. 8.
- ¹⁸ Dass die im konkreten Fall abgegebene Kulanzzusage grundsätzlich rechtlich bindend ist, ändert nichts an der Freiwilligkeit der Kulanzzusage als solcher – die Verweigerung der Nacherfüllung bleibt durch den generellen Kulanzvorbehalt in den AGB beliebig möglich. Auch ein Kulanzangebot bleibt ein Angebot zur Nachbesserung, vgl. dazu *OLG Koblenz*, NJOZ 2010, 13; zur grundsätzlichen Verbindlichkeit der Kulanzzusage vgl. *OLG München*, NJW 2011, 1369 (1370) = *NZM* 2011, 412 = *NZBau* 2011, 493; vgl. auch *AG Neuruppin*, Urt. v. 4. 9. 2007 – 43 C 6/07, BeckRS 2008, 4289.
- ¹⁹ Vgl. den Wortlaut der AGB bei *OLG Stuttgart*, NJW-RR 1999, 1576 (1576): „Bei fristgerechter, berechtigter Mängelrüge und vom Absender-Käufer freigemachter Warenrücksendung erstatten wir den Kaufpreis zurück. Wir behalten uns vor, auf Verlangen auch die günstigsten Rückversandkosten mitzuerstatten (Kulanz).“
- ²⁰ *OLG Stuttgart*, NJW-RR 1999, 1576 (1577).
- ²¹ Das Motiv des generellen Kulanzvorbehalts liegt in besonderen Fällen wohl in der generell weggelassenen Prüfung des Anspruchs. Die Anbieter wissen mangels Prüfung gar nicht, ob die beanstandete Sache mangelhaft ist. Dies ist insbesondere bei Sachen von geringem Wert möglicherweise effizient. Es stellt sich dabei aber die Frage, ob der Abnehmer wirklich die negativen Folgen dieser Effizienz tragen muss. Da die konkrete Situation keine genügende Berücksichtigung findet, lässt sich diese Klausel auch mit dieser speziellen Motivierung beiseite schieben (vgl. die Hinw. unten Fußn. 24).
- ²² Vgl. *Klas/Kleesiek*, NJOZ 2010, 2148 (2152).
- ²³ Vgl. *Palandt/Grüneberg* (o. Fußn. 6), § 309 Rdnr. 82; *Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Dammann*, AGB-Recht, 5. Aufl. (2009), § 309 Nr. 8 b ff Rdnr. 15; *Staudinger/Coester-Waltjen*, BGB, Neubearb. 2006, § 309 Nr. 8 Rdnr. 95; *BGHZ* 79, 117 = *NJW* 1981, 867; *BGH*, NJW 1992, 1236.
- ²⁴ Vgl. *BGHZ* 164, 196 = *NJW* 2006, 47 (48 f.); vgl. *Klas/Kleesiek*, NJOZ 2010, 2148 (2152).
- ²⁵ Vgl. *v. Westphalen*, ZGS 2002, 19 (22).
- ²⁶ Ratschlag der „HKF Beratergruppe“, Internet: <http://hkf-gruppe.de/hkf-aktuell/Die-Krux-mit-der-Kulanz> (abgerufen am 3. 8. 2011).
- ²⁷ Vgl. *Auktor/Mönch*, NJW 2005, 1686 (1689).
- ²⁸ *LG Koblenz*, NJW-RR 2007, 272 (273) = BeckRS 2006, 13047; vgl. auch die ausführliche Analyse im Urteil des *OLG Frankfurt a. M.* v. 25. 8. 2008 – 16 U 200/07, BeckRS 2009, 26956, die ebenfalls vom „Empfängerhorizont“ spricht; vgl. auch *Oechsler* (o. Fußn. 6), N 169, der das Kulanzangebot wie eine Erfüllungsverweigerung behandelt.
- ²⁹ A. A. statt vieler *Gramer/Thalhofer*, ZGS 2006, 250 (254) und *Arnold*, ZGS 2002, 438 (440).
- ³⁰ Vgl. *Staudinger/Peters/Jacoby*, BGB, Neubearb. 2009, § 212 Rdnr. 12; vgl. auch *v. Westphalen*, ZGS 2002, 19 (21), der bei einer Neulieferung stets von einer Anerkennung ausgeht.
- ³¹ Vgl. die Hinw. in Fußn. 6.
- ³² Es fehlen der Annahmewillen bezüglich des Vergleichs und ein bewusstes, gegenseitiges Nachgeben (vgl. § 779I BGB und die Ähnlichkeit zu den Fällen der Erlass- oder Vergleichsfalle, *Habersack*, in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl. (2009), § 779 Rdnr. 28). Im Falle des generellen Kulanzvorbehalts auch bei evidenten Mängeln liegen ohnehin keine zu beseitigende Streitlage oder Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis vor.
- ³³ *Reinking*, ZGS 2002, 140 (144) schlägt die generelle Anbringung des Kulanzvorbehalts vor für den Fall, dass jede Nacherfüllung eine Verlängerung der Verjährung bewirkt.
- ³⁴ Vgl. *Basedow*, in: MünchKomm-BGB, (o. Fußn. 9), § 305 Rdnr. 13; vgl. dazu auch *Staudinger/Schlosser*, BGB, Neubearb. 2006, § 305 Rdnrn. 22 ff.
- ³⁵ Vgl. zu dieser Voraussetzung *Basedow*, in: MünchKomm-BGB, (o. Fußn. 9), § 305 Rdnr. 20.
- ³⁶ Dieser Gedanke und weitere Hinweise zu Verkehrssitte und Handelsbrauch bei *Staudinger/Schlosser*, BGB, Neubearb. 2006, § 305 Rdnrn. 187, 194; vgl. *OLG Hamburg*, Urt. v. 17. 4. 1997 – 6 U 34/97, BeckRS 1997, 31168006; vgl. *BGH*, NJW-RR 1992, 626.
- ³⁷ Vgl. *BGH*, NJW-RR 1998, 1561 (1562); vgl. dazu § 87 aIII 2 HGB.
- ³⁸ Nach *Matthäus* 18, 23–35.
- ³⁹ Vgl. § 240 StGB; vgl. *Gropp/Simm*, in: MünchKomm-StGB, 1. Aufl. (2003), § 240 Rdnr. 134; vgl. *BGHSt* 5, 254 = *NJW* 1954, 565.