



Scheinkulanz

ARNOLD RUSCH

Häufig bekommt man zu hören, dass eine Reparatur aus Kulanz erfolge – obwohl die erworbene Sache handfeste Mängel aufweist, für die der Verkäufer einstehen müsste. Was grosszügig klingt und vordergründig keine Rolle spielt, zeigt indes bei der Gewährleistung unangenehme Folgen: Die Gewährleistungsfrist verlängert sich ohne Anerkennung des Mangels nicht. Wie kann man dagegen vorgehen? Der Fokus richtet sich zuerst auf das Phänomen der Scheinkulanz und zeigt im Anschluss das dazu passende Korrektiv auf.

Même dans les cas évidents de garantie en raison des défauts, la réparation se fait souvent comme un geste à bien plaisir, sans reconnaissance d'une obligation. À première vue, c'est une différence sans pertinence et un acte de générosité. L'inconvénient se démontre dans l'absence d'un nouveau délai de garantie – il manque une reconnaissance de dette interruptive de prescription. Comment réagir face à cette situation ?

Inhaltsübersicht

1. Problemstellung
2. Korrektiv
 - 2.1. Verzugsrecht
 - 2.2. Feststellungs- und Leistungsklage
 - 2.3. Beweissicherung
 - 2.4. AGB-Korrektiv
 - 2.5. Androhung der Rückgriffsverhinderung

1. Problemstellung

Wer mag sich schon aufregen, wenn er erhält, wonach er gefragt hat? Wer eine mangelhafte Sache nachbessern lässt, muss sich eigentlich nicht darum kümmern, dass der Verkäufer oder Werkunternehmer behauptet, die Sachgewährleistung erfolge lediglich aus Kulanz. Kulanz ist ein gefälliges Verhalten aus Grosszügigkeit. Rechtlich betrachtet ist es eine Handlung *ohne Anerkennung einer Rechtspflicht*. Ist die Kulanz echt, soll man sich freuen. Scheinkulanz hingegen verkürzt die Rechte des Erwerbers. Der kulanzbedingte Nachteil ist insbesondere *verjährungsrechtlicher Natur* und liegt in der fehlenden Anerkennung des Mangels. Fehlt die Anerkennung, verlängert sich die Verjährungsfrist der Sachgewährleistung nicht – *erst die Anerkennung einer Forderung lässt die Verjährung unterbrechen und neu beginnen* (Art. 210 Abs. 1, 135 Ziff. 1, 137 Abs. 1 OR). Dieses Problem zeigt sich gleichermaßen bei Kauf- und Werkverträgen. Die Nachbesserung gehört zwar nur beim Werkvertrag zum gesetzlichen Gewährleistungsanspruch (Art. 368 Abs. 2 OR), doch lässt sie sich auch beim Kauf vertraglich als Gewährleistungsrecht vereinbaren.

Erweisen sich beispielsweise die Parksensoren eines neuen Fahrzeugs nach eineinhalb Jahren als mangelhaft, so fällt dies unter die Sachgewährleistung. Erfolgt die Reparatur ohne Vorbehalt, erhält man für die *reparierten Parksensoren* erneut die volle Gewährleistungsfrist von zwei Jahren. Erfolgt die Reparatur lediglich aus Kulanz, läuft die Gewährleistung auch für die reparierten Sensoren nur noch ein halbes Jahr.¹ *Wie deutlich muss die Anerkennung erfolgen?* Nicht nur Erklärungen, sondern auch konkludente Handlungen zeigen Anerkennungswirkung.² Somit liegt im Reparaturversuch, in der Reparatur und auch im Austausch einer Sache eine verjährungsunterbrechende Anerkennungshandlung, es sei denn, der Gewährleistungsschuldner zeige, dass er die Gewährleistung

¹ Beispiel nach LG Koblenz, Urteil vom 10. Oktober 2006 – 6 S 132/06, NJW-RR 2007, 272 ff., 273 (ständige Rechtsprechung, vgl. BGH, Beschluss vom 9. Juli 2014 – VII ZR 161/13, NJW 2014, 3368 ff., 3369, N 15); vgl. BGE 23 930 ff., 940 f., BGE 57 II 583 f., 583, ZBJV 1949, 327 f. und HGer ZH, Urteil vom 30. August 2012, HG100244, E. 7.1.4; FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Die Schuldanerkennung im schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Fribourg 2003, N 285.

² Vgl. HGer ZH, Urteil vom 30. August 2012, HG100244, E. 7.1.2, BGE 134 III 591 ff., 594, Urteile BGer 4C.134/2004, E. 4.3 f., BGer 4C.60/2002, E. 1.3, BGer 4C.258/2001, E. 4.1.2, BGE 121 III 270 ff., 272, ZR 1991, 49 ff., 54, ZR 1980, 142 f., 143, ZBJV 1949, 327 f., LGVE 1976 I 363 ff., 364 f.; vgl. BK-HANS GIGER, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV, 2. Abteilung, 1. Teilband, 1. Abschnitt, Art. 184–215 OR, Bern 1979, OR 210 N 16 (zit. BK-GIGER), BSK-HEINRICH HONSELL, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. A., Basel 2011, OR 210 N 4 und PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. A., Zürich 2011, N 2266; a.M. ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Band, 3. A., Zürich 1974, 226 Fn. 10: «Die Anerkennung des Vorhandenseins von Mängeln unterbricht nicht die Verjährung aus der Sachgewährleistung hervorgehender Forderungen (...).»

lediglich aus Kulanz und damit ohne Anerkennung einer rechtlichen Pflicht gewähre.

Unabhängig von einer allfälligen Anerkennung tritt eine neue Frist gemäss Art. 210 Abs. 1 OR ein, wenn die «Gewährleistung» durch *Ersatzlieferung wahrhafter Ware* im Sinne des Art. 206 OR erfolgt. Dies ist dem *Erfüllungscharakter* des Anspruchs zuzuschreiben.³ Diese Frist muss meines Erachtens *unabhängig von einem inneren Moment* eintreten, da sie nicht auf einer Anerkennung basiert.⁴

2. Korrektiv

2.1. Verzugsrecht

Liegt ein Fall der Sachgewährleistung vor, muss der Gewährleistungsgläubiger ein Leistungsangebot aus Kulanz nicht annehmen.⁵ Dies bedarf einer tieferen Begründung,

³ Vgl. BK-GIGER (FN 2), OR 210 N 32: «Wenn sich aber auch die Nachlieferung des Verkäufers als mangelhaft erweist, gilt für die neu konstatierten Mängel wiederum die einjährige Frist des Art. 210 (...).»; der Beginn der Frist gemäss Art. 210 Abs. 1 OR mit der Nachlieferung lässt sich damit begründen, dass Art. 206 OR zu den Erfüllungsansprüchen zählt, vgl. BK-GIGER (FN 2), OR 206 N 13 und BGE 94 II 26 ff., 30; dieselben Überlegungen gelten für die Neuerstellung eines Werks im Rahmen eines Werkvertrags.

⁴ Vgl. den diesbezüglichen Streit zum willensunabhängigen Neustart der Frist in Deutschland bei PALANDT-WALTER WEIDENKAFF, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 74. A., München 2015 (zit. PALANDT-VERFASSER), BGB 438 N 16a.

⁵ KGer GR, Urteil vom 19. Februar 2013, ZK2 11 52, E. d.a.a.: «Die Leistungsbereitschaft hat in einer Weise vorzuliegen, dass die Leistung in jeder Beziehung – qualitativ, quantitativ und hinsichtlich aller Erfüllungsmodalitäten – vertragsgemäss erbracht werden kann. An der Leistungsbereitschaft fehlt es, wenn der Unternehmer kein vorbehaltloses Angebot zur Nachbesserung abgibt, sondern nur aus Kulanz oder ohne Anerkennung einer Rechtspflicht nachbessern will.»; ebenso ROGER BRÄNDLI, Die Nachbesserung im Werkvertrag, Diss. St. Gallen 2007, N 739; anders die Rechtslage in Deutschland, vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 20. März 1998 – 22 U 159–97, NJW-RR 1998, 1030 f., 1031, OLG Koblenz, Hinweisbeschluss vom 16. Juli 2009 – 5 U 605/09, NJOZ 2010, 13 f., 13, OLG Düsseldorf, Urteil vom 2. Dezember 2014 – I-21 U 94/14, BeckRS 2015, 11288, Rz. 50 und OLG Naumburg, Urteil vom 10. Oktober 2013 – 1 U 96/12, NJW 2014, 1539 ff., 1540, E. 4c und OLIVER MOUFANG/OLIVER KOOS, in: Burkhard Messerschmidt/Wolfgang Voit (Hrsg.), Privates Baurecht, 2. A., München 2012, BGB 635 N 58: «Einem ordnungsgemässen Angebot steht nicht der Hinweis des Unternehmers entgegen, die Nacherfüllung erfolge ohne Anerkennung einer Rechtspflicht (etwa unter dem Hinweis, er handele allein aus Kulanz), da sich diese Einschränkung nicht auf die Art und Weise der Nachbesserung bezieht und allein massgeblich ist, ob die Werkleistung letztlich die geschuldete Beschaffenheit aufweist.»; Rechtsprechung und Lehre verneinen das Vorliegen einer ordentlichen Erfüllung nur bei einem Rückforderungsvorbehalt, der die Beweislast beim Sachgewährleistungs-

denn eigentlich erhält der Gläubiger, worum er gebeten hat. Bei genauerer Betrachtung liegt dennoch eine Verkürzung der Gewährleistungsansprüche vor, weil die Verjährungsfrist nicht erneut zu laufen beginnt. Erweist sich die Nachbesserung kurze Zeit später als Fehlschlag, ist die Verjährung vielleicht schon eingetreten. Zeigen sich kurze Zeit später Folgeschäden, so ist der Erwerber für das Vorliegen des ursprünglichen Mangels beweispflichtig, weil der Gewährleistungsschuldner diesen nicht anerkannt hat. Nimmt der Gewährleistungsgläubiger die Leistung aus Kulanz an, so akzeptiert er auch die Nachbesserung unter dieser Bedingung. Damit verzichtet er auf Ansprüche, die ihm bei richtiger Anerkennung in der neu laufenden Verjährungsfrist noch zugestanden hätten. Diese Konstellation entspricht daher dem bekannten Fall eines Angebots unter der Bedingung der Ausstellung einer Saldoquittung. Dieses *nicht erfüllungstaugliche Angebot* kann der Gläubiger ablehnen, ohne in Gläubigerverzug zu fallen.⁶ *Wie geht es dann weiter?* Der Gewährleistungsgläubiger kann eine Frist zur vorbehaltlosen Leistung der Gewährleistungshandlungen setzen. Nach ergebnislos verstrichener Frist stehen ihm die Wahlrechte des Art. 107 Abs. 2 OR offen. Insbesondere kann er auf Kosten des Gewährleistungsschuldners die nötigen Reparaturen *durch Dritte* ausführen lassen. Voraussetzung dafür ist, dass er auf die nachträgliche Leistung verzichtet und Schadenersatz für das positive Interesse verlangt.⁷

2.2. Feststellungs- und Leistungsklage

Es stellt sich die Frage, ob die Klage auf Feststellung der Pflicht zur Gewährleistung die geeignete Reaktion auf die Scheinkulanz bildet. Die Voraussetzungen der Feststellungsklage sind die erhebliche Ungewissheit über den Bestand der Rechtsbeziehung, die Unzumutbarkeit der fortdauernden Ungewissheit und die Subsidiarität zur Feststellungsklage.⁸ Vorliegend liegt die Ungewissheit bezüglich der Dauer und der Pflicht zur Gewährleistung vor. Unzumutbar erscheint dies, weil die Sache bereits in der ursprünglichen Gewährleistungsfrist Mängel gezeigt hat und sich weitere Folgen des Mangels noch ergeben

gläubiger belässt, vgl. PALANDT-GRÜNEBERG (FN 4), BGB 362 N 14, m.w.H.

⁶ BGE 88 II 111 ff., 115 f.; BK-ROLF WEBER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung, 4. Teilband, Art. 68–96 OR, 2. A., Bern 2005, OR 91 N 109 f.; EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. A., Zürich 1988, 293.

⁷ Urteile BGer 4C.130/2006, E. 6.2 (Schadenersatz ohne Verschuldenserfordernis) und BGer 4A_232/2014, E. 14.3.2.2.

⁸ BSK-MARC WEBER, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A., Basel 2013, ZPO 88 N 9 (zit. BSK-Verfasser).

können, doch muss gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein Streitwert über der Bagatellgrenze vorliegen.⁹ Künftige Schadenersatzansprüche jedenfalls sind nicht mittels Leistungsklage einklagbar – die Subsidiarität der Feststellungsklage ist diesbezüglich gewahrt: «Zulässig ist insb. auch ein Begehren auf Feststellung, dass der Beklagte für künftig eintretende Schäden aus einem bestimmten schadensstiftenden Ereignis haftet (...).»¹⁰ Bezüglich der Gewährleistung für den konkret vorliegenden Mangel steht indes die Leistungsklage klar offen,¹¹ auch wenn ein Gewährleistungsangebot aus Kulanz vorliegt. Das Fazit lautet folglich, dass bei Scheinkulanz für den konkret vorliegenden Mangel die Leistungsklage und für künftige Schädigungen die Feststellungsklage offen steht. Heisst das Gericht die Leistungsklage gut, so steht zugleich fest, dass bei gescheiterter Nachbesserung erneut eine Gewährleistungspflicht gestützt auf der erneut laufenden Verjährungsfrist besteht.¹²

2.3. Beweissicherung

Für Fälle der Scheinkulanz könnte sich auch der Anspruch auf *vorsorgliche Beweisführung* gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO eignen. Voraussetzung dafür ist entweder die *Gefährdung der Beweismittel* oder das *Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses*. Nach erfolgter Reparatur sind die Beweise, dass ein gewährleistungspflichtiger Mangel vorgelegen hat, möglicherweise nicht mehr verfügbar.¹³ Als schutzwürdiges Interesse zählt auch die Abklärung allfälliger Prozessaussichten.¹⁴ Ohne diese spezifischen Voraussetzungen kann der Besteller bei Werkverträgen auch gestützt auf Art. 367 Abs. 2 OR und der Käufer bei

Kaufverträgen gemäss den Voraussetzungen des Art. 204 Abs. 2 OR eine Bestandesaufnahme durch einen amtlichen Sachverständigen mitsamt Beurkundung des Befunds verlangen.¹⁵ Diese drei Institute bewirken *als solche* zwar keine Unterbrechung der Verjährung,¹⁶ doch lässt sich damit das Vorliegen eines Mangels beweisen, den der Verkäufer oder Unternehmer nur scheinbar aus Kulanz beheben wollte. Diese Erkenntnis bereitet das Terrain für eine vollumfängliche Anerkennung des Mangels vor. Bei *Vereinbarung der SIA 118* entschärft sich das Problem: Hier trägt der Unternehmer, der die Gewährleistung nur aus Kulanz anbietet, die Beweislast, dass ein gerügter Mangel keine Vertragsabweichung darstellt.¹⁷

2.4. AGB-Korrektiv

Tatsächlich existieren in der Vertragspraxis allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), die jegliche Gewährleistung nur aus Kulanz vorsehen.¹⁸ Viel häufiger liegen *mündliche AGB* vor, die das Personal erst im Gewährleistungsfall «vorformuliert» von sich gibt.¹⁹ Aufgrund der

⁹ Dazu BGE 135 III 378 ff., 380 f., m.w.H. und BSK-WEBER (FN 8), ZPO 88 N 14, m.w.H.

¹⁰ BSK-WEBER (FN 8), ZPO 88 N 7; BGE 84 II 685 ff., 692; BGE 119 II 368 ff., 370 f.

¹¹ BSK-WEBER (FN 8), ZPO 88 N 6; in Deutschland steht die Leistungsklage nicht offen, weil die Gewährleistung aus Kulanz als taugliche Erfüllungshandlung gilt (vgl. vorne, FN 5, ARNOLD RUSCH, Wider das Kulanzgeschwätz, NJOZ 2011, 1713 ff., 1714 f. und CHRISTIAN AUKTOR/HARALD MÖNCH, Nacherfüllung – nur noch auf Kulanz? NJW 2005, 1686 ff., 1689).

¹² BK-GIGER (FN 2), OR 210 N 32.

¹³ BSK-GUYAN (FN 8), ZPO 158 N 4, m.w.H. nennt als Beispiel einen *umstrittenen Werkmangel mit weiterem Schadenspotential*, was dem Phänomen der Scheinkulanz schon recht nahe kommt; lässt der Unternehmer oder Verkäufer den Mangel beseitigen, ohne auf die legitime Beweissicherungsabsicht des Erwerbers Rücksicht zu nehmen, kann eine *beweislastverändernde Beweisvereitelung* vorliegen (vgl. ZK-THEODOR BÜHLER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V2d, Der Werkvertrag, Art. 363–379 OR, 3. A., Zürich 1998, OR 368 N 42 und AG Offenbach, Urteil vom 19. März 2007 – 340 C 23/06, NJW-RR 2007, 1546 f., 1547).

¹⁴ Urteil BGer 4A_604/2013, E. 2.1.2.

¹⁵ Liegt tatsächlich ein Mangel vor, kann der Besteller die Kosten der Untersuchung vom Unternehmer als Mangelfolgeschaden einfordern (Urteil BGer 4A_83/2009, E. 4.2 und BGE 126 III 388 ff., 392); zu Art. 367 Abs. 2 OR ausführlich GAUCH (FN 2), N 1516–1526.

¹⁶ Urteile BGer 4A_165/2012, E. 2.1 und BGer 4C.296/2003, E. 3.4.

¹⁷ Dies ergibt sich aus Art. 174 Abs. 3 SIA 118; vgl. HANS RUDOLF SPIESS/MARIE-THERES HUSER, Norm SIA 118, Bern 2014, Art. 174 N 3, 18 und Art. 176 N 4.

¹⁸ Internet: <http://bababoomstore.ch/agb/> (§ 5.1: «Grundsätzlich bieten wir keine Garantie, oder Gewährleistung. (...) Sollten Materialfehler, oder eindeutige Produktfehler festgestellt werden bitten wir den Kunden um sofortige Kontaktaufnahme. Allenfalls kann die Ware mit Kulanz ersetzt werden, oder der Hersteller, der von uns vertriebenen Waren, übernimmt den Ersatz des fehlerhaften Produktes.»), <http://www.braunbeer.ch/index.php/2013-10-06-17-37-34/content/view/agb?tmpl=component> (Titel «Gewährleistung»: «Es besteht keine Gewährleistung. Gewährleistungspflicht besteht ebenfalls nicht, wenn der Fehler oder Schaden durch die nicht vorschriftsmässige Behandlung, Wartung oder Pflege der Ware entstanden ist. Die dafür vorgesehenen Anleitungen und Empfehlungen kann der Käufer bei uns erfragen. Wichtig: Je nach Schaden können wir uns kulant zeigen.»), <http://www.generalparts.ch/agb.html> (Ziff. 5; alle 23.7.2015).

¹⁹ Vgl. ROMAN PERRIG, Die AGB-Zugänglichkeitsregel, Diss. Basel 2011, 14: «Die Vertragsbedingungen können sogar in Form von Textbausteinen vorliegen oder im Gedächtnis des Verwenders («im Kopf») gespeichert werden, wenn etwa der Verwender sein Personal angewiesen hat, bestimmte Vertragsklauseln auswendig zu lernen und sie bei allen Vertragsabschlüssen jeweils in den Vertragstext schriftlich einzufügen.»; BGH, Urteil vom 10. März 1999 – VIII ZR 204–98, NJW 1999, 2180 ff., 2181; BGH, Urteil vom 19. Mai 2005 – III ZR 437/04, NJW 2005, 2543 ff., 2544; die schriftliche Einfügung in den Vertrag ist für die Qualifikation als AGB indes gerade nicht notwendig, vgl. PETER ULMER/MATHIAS HABERSACK, in: Peter Ulmer/Hans Erich Brandner/Horst-Diether

generellen Anwendung und der Vorformulierung gehören diese Erklärungen auch zum Inhalt des Vertrags über den Erwerb der Sache,²⁰ doch scheitert deren Geltendmachung am fehlenden Einbezug im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Unabhängig von der Qualifikation als AGB und unabhängig vom Einbezug ist es dennoch richtig, diese gleichförmigen Erklärungen dem *gesamten AGB-Korrektiv* zu unterwerfen, weil sich damit derselbe Effekt wie mit AGB erzielen lässt.²¹ Gibt es einen Einbezug – denkbar wäre auch die Erfassung des konkreten Vorgangs als Vergleichsvertrag über die Gewährleistungserbringung – scheitern die Klauseln jedenfalls an der Inhaltskontrolle. Wer die Gewährleistung nur aus Kulanz anbietet, schafft ein erhebliches Missverhältnis zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten im Sinne des Art. 8 UWG: Nachteilig ist dies, weil der gesetzlich vorgesehene Neubeginn der Verjährungsfrist gemäss Art. 135 Ziff. 1, 137 OR mangels Anerkennung nicht erfolgt. Auch verbleibt die Beweislast für weitere Folgen des Mangels beim Erwerber, der den Mangel aufgrund der Kulanzleistung vielleicht gar nicht mehr beweisen kann. Die besondere Perfidie liegt darin, dass der Vertragspartner die Verkürzung seiner Rechte erst später bemerkt. Im Gegenteil glaubt er, von einem besonderen Entgegenkommen profitieren zu können. Hinzu

kommt, dass die Gewährleistung nur noch unter dem Vorbehalt einer *de facto-Saldoquittung* für die Zukunft offen steht: Nimmt der Gewährleistungsgläubiger die Kulanzleistung an, verzichtet er auf die volle Gewährleistungsdauer bezüglich des reparierten Mangels. Dies zeigt, dass auch schon Klauseln, die lediglich die Verlängerung der Verjährungsfrist ausschliessen, als missbräuchliche Klauseln nichtig sind.

Das Missverhältnis besteht aber auch in der *grundsätzlichen Verweigerung* jeglicher Gewährleistung. Wer die Gewährleistung *ab initio* nur aus Kulanz offeriert, gibt genau betrachtet *zwei Erklärungen* ab: *Erstens* gibt es überhaupt keine Gewährleistung und *zweitens* vielleicht doch, aber im Belieben des Anbieters. Nach der relevanten *kundenfeindlichsten Auslegung* bedeutet dies, dass man gar nie in den Genuss der Gewährleistung kommt. Das Ungleichgewicht manifestiert sich besonders deutlich, weil dies sogar den nichtigen Ausschluss des *absichtlich verschwiegenen oder vorsätzlich verursachten Mangels* von der Gewährleistung umfasst (Art. 100 Abs. 1, 199 OR).²² Die erworbene Sache ist überdies eindeutig weniger wert, wenn die Gewährleistung im Belieben des Anbieters steht.

2.5. Androhung der Rückgriffsverhinderung

Auch im Falle der Scheinkulanz versuchen die Verkäufer meist, die Kosten der erbrachten Gewährleistung bei den Lieferanten oder Herstellern erhältlich zu machen. Dieser Rückgriff steht indes nur für «echte» Gewährleistungsfälle offen. Für freiwillig erbrachte Leistungen muss der Lieferant nicht eintreten.²³ *Was liegt also näher, als dem scheinkulanten Verkäufer die Verhinderung des Rückgriffs auf seinen Lieferanten anzudrohen?* Bei Beträgen oberhalb der Bagatellgrenze könnte dies ein schnelles Einlenken des scheinkulanten Vertragspartners versprechen: Der Rückgriff des Verkäufers auf den Lieferanten dürfte sich trotz der Unabhängigkeit der Vertragsverhältnisse voneinander schwierig gestalten, wenn der Lieferant dem Verkäufer die eigene Kulanz-Aussage entgegenhalten kann. Fraglich ist lediglich, ob dies nicht schon eine *Nötigung* im Sinne des Art. 181 StGB darstellt. Der Zweck, das Mittel und das Verhältnis zwischen Mittel und Zweck scheinen indes rechtmässig und adäquat zu sein, da bei der Scheinkulanz ein Gewährleistungsanspruch des Erwerbers tatsächlich besteht und dieser eine gewisse Konnexität zum Rückgriff aufweist.²⁴

Hensen (Hrsg.), AGB-Recht, 11. A., Köln 2011, BGB 305 N 36 und BAG, Urteil vom 27. August 2008 – 5 AZR 820/07, NZA 2009, 49 ff., 51, N 20: «Auch eine mündliche oder durch betriebliche Übung begründete Vertragsbedingung, die der Arbeitgeber für eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen verwendet, ist eine Allgemeine Geschäftsbedingung.»; vgl. die Hinweise in FN 21; die Verwendung der Klauseln durch das Personal ist ein Indiz für deren Vorformulierung, ist doch das Personal regelmässig zu Kulanz gerade nicht berechtigt.

²⁰ Vgl. BARBARA GRUNEWALD, Was sind Vertragsbedingungen im Sinne von § 305 BGB? In: F. Christian Genzow/Barbara Grunewald/Hans Schulte-Nölke (Hrsg.), Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz, Festschrift für Friedrich Graf von Westphalen zum 70. Geburtstag, Köln 2010, 229 ff., 231 ff.; vgl. ULMER/HABERSACK (FN 19), BGB 305 N 18 mit der Einschränkung, dass nur diejenigen vorformulierten einseitigen Erklärungen *des Anbieters selbst* unter das AGB-Korrektiv fallen, die zum Abschluss eines Haftungsausschluss- oder begrenzungsvertrags führen, was auf den Kulanzvorbehalt im Ergebnis zutrifft.

²¹ BGH, Urteil vom 8. März 2005 – XI ZR 154/04, NJW 2005, 1645 ff., 1645: «Die Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen finden (...) auf bankinterne Anweisungen jedenfalls dann Anwendung, wenn damit die Absicht verfolgt wird, Allgemeine Geschäftsbedingungen zu vermeiden, der Inhaltskontrolle (...) zu entgehen und ebenso effizient wie bei der Stellung Allgemeiner Geschäftsbedingungen eine AGB-rechtlich unzulässige Gebühr zu erheben.»; THOMAS PFEIFFER, in: Manfred Wolf/Walter Lindacher/Thomas Pfeiffer (Hrsg.), AGB-Recht, 6. A., München 2013, BGB 305 N 13; ANDREAS KAPPUS, Strategische Individualabreden, in: F. Christian Genzow/Barbara Grunewald/Hans Schulte-Nölke (Hrsg.), Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz, Festschrift für Friedrich Graf von Westphalen zum 70. Geburtstag, Köln 2010, 369 ff., 381 f. («AGB kraft Instruktion»).

²² ARNOLD RUSCH, Bitte recht feindlich – zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, AJP/PJA 2014, 203 ff., 206 f.

²³ Vgl. auch Urteil BGer 4C.300/2006, E. 2.1 und 3.3.

²⁴ Die Situation ähnelt dem Androhen einer Anzeige, vgl. dazu BGE 87 IV 13 ff., 14 f.