



Prof. Dr. Matthias Fervers

**Circular Economy in
Handwerksunternehmen: Hemmnisse
und Potenziale einer Umsetzung bei der
Verwendung von Second-Hand-
Materialien**

Stand 2.12.2024

Gefördert durch:



Bundesministerium
für Wirtschaft
und Klimaschutz

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages



sowie die
Wirtschaftsministerien
der Bundesländer

Die Erstattung der vorliegenden Untersuchung stellt keine Rechtsdienstleistung gemäß § 2 I RDG dar. Die Stellungnahme ist Meinung des Verfassers, für die keine Haftung im Sinne des Rechtsdienstleistungsgesetzes übernommen wird.

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwendung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

2025

Ludwig-Fröhler-Institut

Forschungsinstitut im Deutschen Handwerksinstitut

Prof. Dr. Matthias Fervers

**Circular Economy in Handwerksunternehmen:
Hemmnisse und Potenziale einer Umsetzung bei der
Verwendung von Second-Hand-Materialien**

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	1
1.	Ressourcenschonung und Nachhaltigkeit	2
a)	Veränderung der (gesetzlichen) Rahmenbedingungen zur Nachhaltigkeit	2
b)	Verwendung von Second-Hand-Materialien als Beitrag zur Nachhaltigkeit	3
2.	Materialknappheit und Materialverfügbarkeit	4
3.	Zeit- und Kostenersparnis	4
4.	Besonderheiten bei Restaurierungs- und Sanierungsprojekten	5
5.	Kreative und individuelle Projekte	5
II.	Nachteile und Gefahren bei der Verwendung von Second-Hand-Materialien	5
III.	Die einzelnen Haftungsrisiken im Überblick	6
1.	Haftungsrisiko bei fehlender Vereinbarung bezüglich der Second-Hand-Materialien	6
2.	Auch bei transparenter Vereinbarung grundsätzlich möglich	7
a)	Gewährleistung aufgrund der Gebrauchteigenschaft und des typischen Second-hand-Risikos	7
b)	Ansprüche aufgrund von Defekten außerhalb des typischen Second-Hand-Risikos	7
3.	Fortgang der Untersuchung	9
IV.	Die Haftung bei fehlender Vereinbarung	9
1.	Das Vorliegen eines Sachmangels	9
a)	Die Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit	9
b)	Die Verwendung von Second-Hand-Materialien als Sachmangel	10
aa)	Im Zweifel neuwertige Ware geschuldet	10
bb)	Keine abweichende Beurteilung durch ein gesteigertes Nachhaltigkeitsbewusstsein	12
cc)	Das Vorliegen eines Sachmangels bei Verwendung gebrauchter Teile	13
2.	Die nachteiligen Folgen für das Handwerksunternehmen	14

3.	Zusammenfassende Erklärung.....	15
V.	Mögliche Haftungsvermeidung durch ausreichende Transparenz.....	16
1.	Empfohlene Vorgehensweise und Formulierungsvorschläge.....	16
a)	Transparente Bezeichnung des Vertrags.....	16
b)	Aufklärung über spezifische Risiken.....	16
c)	Haftungsbeschränkung für Schadensersatzansprüche.....	17
d)	Verhalten während der Vertragsverhandlungen.....	17
2.	Gewährleistungsansprüche aufgrund der Second-Hand-Eigenschaft und des typischen Second-Hand-Risikos.....	17
a)	Kein Sachmangel aufgrund der Second-Hand-Eigenschaft.....	17
b)	Kein Verstoß gegen § 476 Abs. 1 S. 1 BGB.....	18
aa)	Voraussetzungen von § 476 Abs. 1 S. 1 BGB nicht erfüllt.....	18
bb)	Kein Umgehungsgeschäft iSv § 476 Abs. 4 BGB.....	19
c)	Kein Verstoß gegen Transparenzanforderungen nach § 476 Abs. 1 S. 2 BGB.....	19
d)	Keine Unwirksamkeit nach den §§ 305 ff. BGB.....	22
aa)	Keine überraschende Klausel iSv § 305c Abs. 1 BGB.....	22
bb)	Keine Unwirksamkeit nach den §§ 307 ff. BGB.....	23
a)	Mangelbedingte Schadensersatzhaftung.....	26
aa)	Das Vorliegen eines Sachmangels.....	26
bb)	Schuldhaftes Verhalten in Bezug auf den Mangel vermeidbar.....	27
(1)	Bezugspunkt des Vertretenmüssens.....	27
(2)	Reichweite der Erkundigungspflichten.....	28
(3)	Beweislast und Dokumentation.....	29
cc)	Einschränkung der Schadensersatzhaftung durch Vereinbarung.....	29
b)	Schadensersatzanspruch wegen Aufklärungspflichtverletzung.....	31
aa)	Allgemeine Maßstäbe.....	31
bb)	Aufklärungspflichten von Handwerksunternehmen.....	31
cc)	Erfüllung der Aufklärungspflichten und Dokumentation.....	32

c)	Verschuldensunabhängige Gewährleistungsansprüche des Vertragspartners	33
aa)	Unwirksamkeit abweichender Abreden im B2C-Verhältnis.....	33
(1)	Verbrauchsgüterkauf	33
(2)	Werkvertrag.....	34
bb)	Eingeschränkte Möglichkeit im B2B-Verhältnis	35
(1)	Kaufvertrag.....	35
(2)	Werkvertrag.....	35
VI.	Zusammenfassung.....	36

I. Einleitung

Die viel diskutierte und sehr verbreitet für wünschenswert gehaltene Circular Economy¹ lässt sich ohne Beteiligung der Handwerksunternehmen praktisch kaum verwirklichen.² Schon zum jetzigen Zeitpunkt wird die Umsetzung der Circular Economy in Handwerksunternehmen vielfach durch Vorgehensweisen vorangetrieben, die auch als die zehn R-Strategien bezeichnet werden.³ Ein wesentlicher Bestandteil der Umsetzungsstrategie ist die Verwendung von Second-Hand-Materialien durch Handwerksunternehmen. Der Einsatz gebrauchter Materialien dient dabei sogar nicht nur der Ressourcenschonung und der Nachhaltigkeit (1.), sondern kann darüber hinaus auch Materialknappheit kompensieren (2.), führt häufig zu einer Zeit- und Kostenersparnis (3.) und kann bei besonderen Restaurierungs- oder Sanierungsprojekten (4.) sowie bei kreativen und individuellen Projekten (5.) sinnvoll sein. Der Einsatz gebrauchter Materialien liegt deshalb im Grundsatz nicht nur im Interesse der Handwerksunternehmen, sondern auch im Interesse der Vertragspartner und teilweise sogar im allgemeinen Interesse.

¹ S. beispielsweise von Hauff, Grundwissen Circular Economy, 2023, passim; Meller-Hannich/Krausbeck EuCML 2020, 168 1.; Micklitz EuCML 2019, 229 (230 f.); s. zudem die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen v. 2.12.2015, COM(2015) 614 final: Den Kreislauf schließen – Ein Aktionsplan der EU für die Kreislaufwirtschaft.

² Zur notwendigen Einbindung des Handwerks bei der Erreichung von Nachhaltigkeitszielen auch bereits Arnold, Recht auf Reparatur, 2024, S. 15 f. (im Zusammenhang mit dem Recht auf Reparatur).

³ S. die ausführliche Darstellung bei Hoffmann, Implementierung von Circular Economy Aktivitäten im Handwerk: Eine empirische Bestandsaufnahme und Situationsanalyse, Ludwig-Fröhler-Institut, 2023, S. 7 1., wo die zehn R-Strategien wie folgt klassifiziert werden: „Refuse“ (Die veränderte Bereitstellung einer Produktfunktion, um das Produkt überflüssig zu machen); „Rethink“: Intensivere Nutzung eines Produkts durch den Verleih oder das Teilen; „Reduce“: Einsparung von Ressourcen bei der Herstellung des Produkts; „Repair“: Reparatur und Wartung eines defekten Produkts zum Zwecke der Verwendung in seiner ursprünglichen Funktion; „Refurbish“: Wiederherstellung und Restauration eines alten Produkts; „Repurpose“: Verwendung eines ausrangierten Produkts (oder seiner Teile) in einem neuen Produkt mit einer anderen Funktion; „Remanufacture“: Verwendung von Teilen eines ausrangierten Produkts in einem neuen Produkt mit derselben Funktion; „Reuse“: Verwendung eines noch funktionsfähigen ausrangierten Produkts durch einen anderen Benutzer; „Recycle“: Herstellung eines Kreislaufs zwischen Nachnutzung und Produktion; „Recover“: Verbrennung von Material zur Energierückgewinnung.

1. Ressourcenschonung und Nachhaltigkeit

a) Veränderung der (gesetzlichen) Rahmenbedingungen zur Nachhaltigkeit

Insbesondere in den letzten Jahren⁴ haben sich sowohl die wissenschaftliche Diskussion⁵ als auch die rechtlichen Rahmenbedingungen zunehmend in Richtung Nachhaltigkeit verschoben.

In der wissenschaftlichen Diskussion wird immer häufiger die Frage aufgeworfen, wie das (Privat-)Recht in Bezug auf die Nachhaltigkeit insgesamt (neu) zu positionieren ist⁶ und wie sich einzelne Rechtsgebiete wie das Völkerrecht,⁷ das Zivilprozessrecht,⁸ Gesellschaftsrecht,⁹ das Kartellrecht,¹⁰ das Arbeitsschutzrecht,¹¹ das Sachenrecht,¹² das Mietrecht,¹³ das Vergaberecht,¹⁴ das Baurecht,¹⁵ das Vertragsrecht¹⁶ und das Verbraucherrecht¹⁷(künftig) zum Gesichtspunkt der Nachhaltigkeit verhalten sollen.

Die EU verfolgt spätestens mit der Ankündigung des europäischen Green New Deal¹⁸ das Ziel einer nachhaltigen Ausgestaltung des Rechts¹⁹ und hat diese Linie seither in zahlreichen Rechtsakten zementiert.²⁰ Mit der Warenreparatur-Richtlinie²¹ soll – insbesondere über die Einführung einer Reparaturverpflichtung gegenüber Herstellern²² – ein nachhaltiger Konsum und

⁴ Diskussionsansätze zum Thema Nachhaltigkeit finden sich freilich schon sehr viel früher, s. beispielsweise die Befassung mit der „Kfz-Reparatur mit Gebrauchtteilen“ durch den Arbeitskreis VII auf dem 37. Deutschen Verkehrsgerichtstag 1999 in Goslar; näher zur zeitwertgerechten Reparatur Budel r+s 1999, 221 1.

⁵ S. beispielhaft die NJW 42/2024, mit der anlässlich des 77. Geburtstags der Zeitschrift ein Themenschwerpunkt „Nachhaltigkeit und Recht“ gewählt wurde.

⁶ Halfmeier AcP 216 (2016), 717 (725); Kirchhefer-Lauber JuS 2024, 915 1.; Meller-Hannich/Krausbeck EuCML 2020, 168 (169 f.); Neuner ZfPW 2024, 127 1.; Schirmer, Nachhaltiges Privatrecht, 2023, passim; ders. ZEuP 2021, 35 (37 f.); Weller/Höbl/Seemann ZEuP 2024, 575 1.

⁷ Birkner NVwZ 2024, 1394 1.

⁸ Deuring ZZZ 137 (2024), 195 1.

⁹ Bachmann ZHR 187 (2023) 166 1.; ders. NJW 2024, 2734 1.; Fleischer DB 2024, 2410 1.; Roth NZG 2024, 1103 1.; Weller, Empfehlen sich im Kampf gegen den Klimawandel gesetzgeberische Maßnahmen auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts?, Gutachten F zum 74. Deutschen Juristentag, 2024; Schockenhof AG 2024, 597.

¹⁰ Mansius EnK-Aktuell 2024, 010415.

¹¹ Jarosch ARP 2024, 258, 261.

¹² Mangold JZ 2024, 694.

¹³ Gsell, in: Schnittstellen zum Mietrecht – 40. Berchtesgadener Mietrechtstage, 2022, S. 49 1.

¹⁴ Gielen/Püstow NZBau 2024, 528 1.

¹⁵ Gielen/Püstow (erscheint in: NZBau).

¹⁶ Koch JZ 2024, 687 1.; Gramlich ZVertriebsR 2024, 209 1.; zum Recht auf Reparatur Arnold, Recht auf Reparatur, 2024, passim.

¹⁷ Meller-Hannich, Verbraucherschutz und Nachhaltigkeit, Vortrag auf der Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung am 16.9.2024; Meller-Hannich/Krausbeck EuCML 2020, 168 1.; Kirchhefer-Lauber JuS 2024, 915 1.; Tonner VuR 2022, 323 1.

¹⁸ Mitteilung der Kommission v. 11.12.2019 – Der europäische grüne Deal, COM(2019) 640 final.

¹⁹ Kirchhefer-Lauber JuS 2024, 915 (916); Tonner VuR 2022, 323 1.

²⁰ Ebenso die Einschätzung von Arnold, Recht auf Reparatur, 2024, S. 19.

²¹ Richtlinie (EU) 2024/1799 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 über gemeinsame Vorschriften zur Förderung der Reparatur von Waren und zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinien (EU) 2019/771 und (EU) 2020/1828, ABl. L, 2024/1799, 10.7.2024.

²² Zur Warenreparatur-Richtlinie beispielsweise Lauschke BC 2024, 445 1.; noch zum Richtlinienvorschlag ausführlich Arnold, Recht auf Reparatur, 2024, S. 81 1.; Croon-Gestefeld ZEuP 2024, 379 1.

ein grüner Wandel gefördert und die Wirtschaft stärker kreislaforientiert ausgerichtet werden.²³ Die im Juli 2024 in Kraft getretenen Ökodesign-VO²⁴ regelt Anforderungen speziell im Hinblick auf Energieeffizienz, Reduzierung von Umweltbelastungen, Produktgestaltung und Langlebigkeit, Kreislaufwirtschaft und Ressourceneffizienz. Und mit der im März 2024 in Kraft getretenen EmpCo-RL²⁵ soll die Nachhaltigkeit unter anderem dadurch gefördert werden, dass dem Verbraucher durch die Ausdehnung des Katalogs vorvertraglicher Informationspflichten²⁶ nachhaltigere Konsumententscheidungen ermöglicht werden sollen.²⁷

b) Verwendung von Second-Hand-Materialien als Beitrag zur Nachhaltigkeit

Die Verwendung von Second-Hand-Materialien durch Handwerksunternehmen kann einen erheblichen Beitrag zu Nachhaltigkeit und Ressourcenschonung leisten. Durch die Verwendung gebrauchter Materialien wird die Umwelt nämlich in doppelter Hinsicht entlastet: Zum einen werden Ressourcen dadurch eingespart, dass keine neuen Teile eingesetzt werden müssen. Die Herstellung neuer Materialien geht nicht selten zulasten knapper und schwer zugänglicher Rohstoffe²⁸ und ist ihrerseits häufig mit Emissionen zulasten der Umwelt verbunden. Zum anderen wird die emissionsintensive und teilweise kostspielige Entsorgung der Second-Hand-Materialien verhindert, wenn diese stattdessen in den Wirtschaftskreislauf zurückgeführt werden.²⁹ Je weiter die Verwendung von Second-Hand-Materialien verbreitet ist, desto eher besteht für Handwerksunternehmen ein Anreiz, gebrauchte Materialien nicht (kosten- und emissionsintensiv) zu entsorgen, sondern aufzubewahren und im Bedarfsfall an andere Handwerksunternehmen zu verkaufen.

Einerseits können deshalb Handwerksunternehmen mit der Verwendung von Second-Hand-Materialien einen Beitrag zur Erhaltung von Ressourcen und Umwelt leisten.³⁰ Andererseits

²³ S. Erwägungsgrund 1, 5, 40, 41 der Warenreparatur-Richtlinie;

²⁴ VO (EU) 2024/1781 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.6.2024 zur Schaffung eines Rahmens für die Festlegung von Ökodesign-Anforderungen für nachhaltige Produkte, ABl. 2023 L 103 29–47v. 18.4.2023.

²⁵ Richtlinie (EU) 2024/825 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Februar 2024 zur Änderung der Richtlinien 2005/29/EG und 2011/83/EU hinsichtlich der Stärkung der Verbraucher für den ökologischen Wandel durch besseren Schutz gegen unlautere Praktiken und durch bessere Informationen, ABl. L, 2024/825, 6.3.2024.

²⁶ S. insbesondere Art. 2 Abs. 2 und Abs. 3 der EmpCo-RL.

²⁷ Vgl. Erwägungsgründe 1 und 3 der EmpCo-RL; zur Richtlinie Nieß/Voßberg GRUR-Prax 2024, 225 1.; noch zum Richtlinienvorschlag COM(2022) 143 final Legner ZEuP 2024, 649 (650 f.).

²⁸ Vgl. die Mitteilung der Kommission zur Kreislaufwirtschaft (Fn. 1) unter 4.: „Ferner muss der grenzüberschreitende Verkehr mit Sekundärrohstoffen erleichtert werden, so dass mit diesen Stoffen in der gesamten EU problemlos gehandelt werden kann.“

²⁹ Vgl. Mitteilung der Kommission zur Kreislaufwirtschaft (Fn. 1) (Einleitung).

³⁰ Laut einer Studie von IWW Institut für Wissen in der Wirtschaft, BBP 2024, 60 haben bereits 15 % der Unternehmen wiederaufbereitete Geräte im Einsatz; weitere 15 % würden diese Produkte künftig nutzen und 75 % sehen in deren Benutzung einen wichtigen Beitrag zum Umwelt- und Klimaschutz. 61 % würden im Falle besserer steuerlicher oder finanzieller Anreize Refurbished-Produkte nutzen.

besteht aber auch vonseiten nachhaltigkeitsbewusster Kunden vielfach der Wunsch nach einer möglichst ressourcenschonenden und umweltfreundlichen Lösung.

2. Materialknappheit und Materialverfügbarkeit

Ein weiterer Grund für die Verwendung von Second-Hand-Materialien ist die mitunter fehlende Materialverfügbarkeit. Erstens ist es möglich, dass die benötigten neu hergestellten Materialien allgemein – etwa aufgrund von kriegs- oder katastrophenbedingten Lücken der globalen Versorgungskette – nicht oder nicht in ausreichendem Maße verfügbar sind. So kam es beispielsweise während der COVID-19- Pandemie nicht zuletzt aufgrund von Lockdown-Maßnahmen in China zu einem weltweiten Mangel an Halbleiterprodukten („Chipkrise“).³¹ Zweitens ist es möglich, dass entsprechende Neumaterialien für das konkrete Handwerksunternehmen schwer oder gar nicht zu beschaffen sind. Und drittens können neuwertige Materialien auch für ein konkretes Objekt schwer oder gar nicht (mehr) zu beschaffen sein. Insbesondere bei mittlerweile nicht mehr hergestellten oder bei sehr speziellen und/oder individuellen Objekten sind Ersatzteile häufig nicht mehr verfügbar.

In all diesen Konstellationen ist es nicht nur für das beteiligte Handwerksunternehmen attraktiv, auf Second-Hand-Produkte zurückzugreifen. Auch für den Vertragspartner kann deren Verwendung vorteilhaft sein, da das Anliegen anderweitig überhaupt nicht bzw. nicht von dem gewählten Handwerksunternehmen durchführbar wäre. Darüber hinaus darf nicht übersehen werden, dass auch ein ganz erhebliches Allgemeininteresse an einem funktionierenden Kreislauf mit Second-Hand-Materialien besteht: Die Existenz eines solchen Kreislaufs verstärkt die Unabhängigkeit der deutschen bzw. europäischen Wirtschaft von bestimmten Wirtschaftsgütern und eröffnet die Möglichkeit, die aus internationalen und häufig nicht beeinflussbaren Krisen resultierenden Materialengpässe zumindest teilweise abzufedern.

3. Zeit- und Kostenersparnis

Aus der Verwendung gebrauchter Materialien besteht für Handwerksunternehmen ein erhebliches Einsparpotenzial im Hinblick auf Zeit und Kosten. Die mitunter zeitintensive Beschaffung von Neumaterialien³² entfällt, und gebrauchte Materialien lassen sich typischerweise sehr viel günstiger beschaffen als neuwertige. Und wiederum bestehen diese Vorteile nicht nur für das

³¹ S. beispielsweise „Zwei Jahre Lieferfrist: Lockdowns in China treiben Chip-Kunden zur Verzweiflung“, www.handelsblatt.com vom 27.7.2022.

³² S. soeben unter I. 2.

beteiligte Handwerksunternehmen, sondern auch für den Vertragspartner, auf den die Vorteile umgelegt werden (können) und der deshalb das entsprechende Produkt sehr viel günstiger erhält.

4. Besonderheiten bei Restaurierungs- und Sanierungsprojekten

Eine Verwendung von Second-Hand-Materialien kann ferner aufgrund der Besonderheiten eines bestimmten Objekts erforderlich werden. Soll beispielsweise ein historisches Gebäude oder ein Instrument mit historischem Wert (etwa eine Violine oder eine Orgel) restauriert bzw. saniert werden, so sind ältere Bauteile (Ziegel, Fenster, Holzbalken, Orgelpfeifen) oftmals gegenüber neu hergestellten Materialien die bessere Wahl, weil sie aufgrund des Alters die Konsistenz und die Authentizität des Objekts wahren.

5. Kreative und individuelle Projekte

Zuletzt können gebrauchte Materialien auch bei der Erstellung von kreativen und individuellen Projekten zum Einsatz kommen, wobei die Verwendung von Second-Hand-Materialien nicht nur die Basis für künstlerische Projekte, sondern auch für maßgeschneiderte Lösungen bieten kann. Der Markt für die künstlerische Verwendung dürfte allerdings eher überschaubar sein. Und auch maßgeschneiderte Anfertigungen und Reparaturen sind zumeist nicht nur mit gebrauchten, sondern auch mit neuwertigen Materialien möglich.

II. Nachteile und Gefahren bei der Verwendung von Second-Hand-Materialien

Obwohl die Verwendung von Second-Hand-Materialien somit im Grundsatz sowohl dem Handwerksunternehmen, dem Vertragspartner als auch dem Gemeinwohl dienlich sein kann, ist sie zugleich mit Nachteilen und Risiken verbunden. Ein erster und zugleich offensichtlicher Nachteil besteht in der gegenüber neuwertigen Materialien kürzeren Lebensdauer. Da nahezu jedes Produkt lediglich über eine beschränkte Lebensdauer verfügt, muss der Vertragspartner bei Verwendung eines gebrauchten Teils sehr viel schneller mit einer Ersatzbedürftigkeit rechnen als bei der Verwendung einer neuwertigen Komponente.

Darüber hinaus bergen gebrauchte Materialien Risiken aufgrund ihrer Verwendungsgeschichte. Die Historie eines gebrauchten Produkts lässt sich häufig (auch für das verwendende Hand-

werksunternehmen) nicht zuverlässig zurückverfolgen. Es lässt sich deshalb auch nicht mit Sicherheit bestimmen, ob und wie pfleglich das Produkt von seinem Vorbesitzer behandelt worden ist und ob es möglicherweise sogar schwer oder nicht erkennbare Beschädigungen aufweist. Diese Unsicherheit verstärkt sich nochmals, wenn das Produkt nicht nur einen, sondern mehrere Vorbesitzer hatte.

Sollte es sich um ein Produkt handeln, das schon mehrere Jahre oder sogar Jahrzehnte in Gebrauch ist, treten zusätzliche Risiken hinzu: Das Produkt genügt im Hinblick auf Eigenschaften wie Sicherheit oder Stabilität möglicherweise nicht mehr den aktuellen Standards oder Vorschriften. Darüber hinaus steigt mit zunehmendem Alter die Gefahr, dass das Produkt Schadstoffe und/oder Verunreinigungen enthält. So können jahrzehntealte Baumaterialien mit Asbest, Bleifarbe oder anderen Chemikalien verseucht sein, die heute als gesundheitsgefährdend eingestuft werden.

III. Die einzelnen Haftungsrisiken im Überblick

Bereits aus den dargestellten Nachteilen von Second-Hand-Materialien ergibt sich, dass deren Verwendung aus Sicht des Handwerksunternehmens weder sinnvoll noch attraktiv sein kann, wenn das Handwerksunternehmen dem Vertragspartner für alle nachteiligen Folgen haftet. Es ist deshalb zu untersuchen, ob und mit welcher Vorgehensweise eine Vermeidung oder zumindest eine wesentliche Einschränkung der Haftungsrisiken bewirkt werden kann. Dabei ist zwischen verschiedenen Haftungsrisiken zu unterscheiden, was anhand des folgenden Beispiels verdeutlicht werden soll.

Beispiel: B bringt sein kaputtes Fahrzeug in die Werkstatt des Handwerkers U. Dieser erkennt, dass zwar das für die Reparatur erforderliche Ersatzteil in neuwertiger Form derzeit am Markt nur schwer zu beschaffen ist. Allerdings hat U ein von einem anderen Händler erworbenes gebrauchtes Ersatzteil vorrätig, mit dem sich die Reparatur einfach und kostengünstig bewerkstelligen ließe.

1. Haftungsrisiko bei fehlender Vereinbarung bezüglich der Second-Hand-Materialien

Zwar ist allgemein nicht undenkbar, dass einem Vertragspartner auch dann keine Gewährleistungsansprüche zustehen, wenn das Handwerksunternehmen ohne entsprechende Vereinbarung

gebrauchte Materialien verwendet. Sehr häufig wird der Vertragspartner allerdings Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche geltend machen können, mit der Begründung, er habe den Einsatz eines neuwertigen Teils erwarten dürfen.³³ So ist es im Beispielsfall in der Tat so, dass B ohne Weiteres nicht damit rechnen muss, dass U für die Reparatur ein gebrauchtes Ersatzteil verwendet.

2. Auch bei transparenter Vereinbarung grundsätzlich möglich

In aller Regel ist dem Handwerksunternehmen deshalb anzuraten, eine transparente Vereinbarung über die Verwendung gebrauchter Materialien mit dem Vertragspartner anzustreben, mit der möglichst viele Haftungsrisiken ausgeräumt werden. Konkret kommen die folgenden Haftungsrisiken in Betracht.

a) Gewährleistung aufgrund der Gebrauchteigenschaft und des typischen Second-hand-Risikos

Zunächst ist denkbar, dass der Vertragspartner des Handwerksunternehmens (hier B) Gewährleistungsansprüche mit der schlichten Begründung geltend macht, es handele sich nicht um ein neuwertiges, sondern um ein gebrauchtes Teil und er habe ein neuwertiges Teil erwartet und erwarten dürfen. Weitergehend und darauf aufbauend ist möglich, dass der Vertragspartner Gewährleistungsrechte geltend macht, weil negative Folgeerscheinungen auftreten, die typischerweise auf die Eigenschaft als Gebrauchware zurückzuführen sind, also beispielsweise, weil die Ware Gebrauchsspuren aufweist, weil sie schneller verschleißt oder weil sie schneller unbrauchbar wird (dieses Risiko wird im Folgenden als „typisches Second-Hand-Risiko“ bezeichnet).

b) Ansprüche aufgrund von Defekten außerhalb des typischen Second-Hand-Risikos

Darüber hinaus können sich Schwächen zeigen, die zwar bei der Verwendung gebrauchter Teile abstrakt gesehen wahrscheinlicher sein mögen, die aber gerade nicht typischerweise eintreten und die deshalb im Hinblick auf die konkreten gebrauchten Teile auch von beiden Parteien nicht erwartet wurden (diese Defekte werden im Folgenden als „Defekte außerhalb des typischen Second-Hand-Risikos“ bezeichnet). So mag sich im Beispielsfall herausstellen, dass das konkrete Ersatzteil von einem Vorbesitzer nicht mit der nötigen Sorgfalt behandelt worden ist und deshalb innere Beschädigungen davongetragen hat, die dazu führen, dass das Ersatzteil

³³ Ausführlich unter IV.

schon nach kurzer Zeit „den Geist aufgibt“. Konkret zu befürchten hat das Handwerksunternehmen hier dreierlei:

Erstens könnte der Vertragspartner (hier B) Ersatz der eingetretenen Schäden geltend machen mit der Begründung, dass es sich bei dem aufgetretenen Defekt um einen Mangel gehandelt hat. Zwar stellen auch Schadensersatzansprüche statt der Leistung³⁴ ein Haftungsrisiko dar; deutlich unkalkulierbarer und deshalb mutmaßlich gefährlicher ist allerdings die Haftung für Mangelfolgeschäden nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 bzw. §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB. Sollte deshalb etwa im Beispielfall das gebrauchte Ersatzteil plötzlich kaputtgehen und im Auto des B (oder durch einen Unfall an anderen Rechtsgütern) weitere Schäden verursachen, so wird sich B auf den Standpunkt stellen, dass das Ersatzteil nicht mangelfrei war und dass U ihm alle mangelbedingten Folgeschäden nach §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB ersetzen muss.³⁵

Zweitens könnte der Vertragspartner ein solches Schadensersatzbegehren darauf stützen, dass das Handwerksunternehmen es versäumt hat, ihn über die möglichen Gefahren bei der Verwendung gebrauchter Teile aufzuklären (Schadensersatzanspruch wegen Aufklärungspflichtverletzung nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB).

Und drittens stellt sich die aus der Sicht des Handwerksunternehmens sehr viel weniger folgen schwere, aber gleichwohl nicht irrelevante Frage, ob dem Vertragspartner die verschuldensunabhängigen Gewährleistungsrechte zustehen.³⁶ Selbst wenn B im Beispielfall keinen Schadensersatzanspruch geltend macht, so könnte er doch immerhin verlangen wollen, dass ihm der

³⁴ Ansprüche auf Schadensersatz statt der Leistung ergäben sich bei Behebbarkeit des Mangels aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB bzw. §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB oder bei Unbehebbarkeit des Mangels aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB oder §§ 437 Nr. 3, 311a Abs. 2 BGB bzw. §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB oder §§ 634 Nr. 4, 311a Abs. 2 BGB.

³⁵ In diesem Fall käme zudem auch eine außervertragliche Inanspruchnahme nach § 823 Abs. 1 BGB in Betracht, da mit dem U mit dem Einbau des defekten Ersatzteils das mangelfreie Eigentum des B am Auto verletzt hätte. Eine Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB kommt selbst dann in Frage, wenn das Handwerksunternehmen eine Sache mit gebrauchten Teilen an den Vertragspartner verkauft und aufgrund eines Mangels der gebrauchten Teile Schäden an der Kaufsache selbst entstehen. Eine Eigentumsverletzung ergibt sich zwar in diesem Fall nicht schon daraus, dass die Sache aufgrund der Verwendung gebrauchter Teile als mangelhaft anzusehen ist, weil der Käufer beim Erwerb einer mangelhaften Sache von vornherein kein mangelfreies Eigentum erlangt hat. Kommt es aber aufgrund des Mangels zu weiteren Schäden an der Kaufsache, so ist dieser nach hM nach den Grundsätzen über den „Weiterfresserschaden“ deliktsrechtlich ersatzfähig (hierzu BGH 23.2.2021 – VI ZR 21/20, NJW 2021, 1883 Rn. 11 mit umfangreichen Nachweisen zur Rechtsprechung; monografisch zur Thematik Gsell, Substanzverletzung und Herstellung, 2003, passim).

³⁶ Der Verkäufer ist verschuldensunabhängig zur Nacherfüllung verpflichtet (§ 439 Abs. 1 BGB bzw. § 635 Abs. 1 BGB) und muss in diesem Rahmen gemäß § 439 Abs. 3 auch die Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache ersetzen. Der Verkäufer hat überdies gemäß §§ 437 Nr. 2, 346 Abs. 1 BGB den Kaufpreis oder den über den geminderten Kaufpreis hinausgehenden Betrag gemäß §§ 437 Nr. 2, 441 Abs. 4 S. 1 BGB zurückzuzahlen, sofern der Mangel nicht durch die Lieferung einer neuen Sache (ohne Second-Hand-Teile) oder durch den vollständigen Austausch der Second-Hand-Teile gegen neue Teile behoben wird oder sofern (wie häufig) die Nachlieferung iSv § 275 Abs. 1 BGB unmöglich ist (§§ 437 Nr. 2, 346 Abs. 1, 326 Abs. 5 BGB).

für die Reparatur mit dem offenbar mangelhaften Teil bezahlte Werklohn zurückerstattet wird (Geltendmachung verschuldensunabhängiger Gewährleistungsansprüche).

3. Fortgang der Untersuchung

Im Folgenden soll zunächst gezeigt werden, dass und warum die Verwendung gebrauchter Materialien ohne eine transparente Abrede zumeist zu einer Haftung des Handwerksunternehmens führt (IV.). Im Anschluss wird erläutert, auf welchem Wege eine ausreichende Transparenz hergestellt werden kann und welche Haftungsrisiken in welchem Umfang vermieden werden können (V).

IV. Die Haftung bei fehlender Vereinbarung

Verwendet ein Handwerksunternehmen gebrauchte Materialien, ohne dies gegenüber dem Vertragspartner zu kommunizieren, so führt dies nicht in allen, allerdings doch in den meisten Fällen zu einer vollumfänglichen Haftung des betroffenen Handwerksunternehmens.

1. Das Vorliegen eines Sachmangels

a) Die Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit

Ob sich die verkaufte Sache bzw. das hergestellte Werk iSv § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB³⁷ bzw. § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB für die gewöhnliche Verwendung eignet, bestimmt sich nach dem

³⁷ Im Kaufrecht galt bis zum 31.12.2001 unzweideutig der Vorrang des subjektiven Mangelbegriffs. Gemäß § 434 Abs. 1 S. 1 BGB aF war die Sache mangelhaft, wenn sie nicht die vereinbarte Beschaffenheit hatte oder, mangels Beschaffenheitsvereinbarung, gemäß § 434 Abs. 1 S. 2 BGB dann, wenn sie sich nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignete (Nr. 1) oder wenn sie sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignete und nicht eine Beschaffenheit aufwies, die bei Sachen der gleichen Art üblich war und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten konnte (Nr. 2).

Zum 1.1.2022 hat der Gesetzgeber § 434 BGB zwar neu gefasst. In der Sache waren damit allerdings entgegen dem ersten Anschein kaum Veränderungen verbunden. Nach wie vor liegt gemäß § 434 Abs. 2 S. 1 BGB ein Sachmangel vor, wenn die Sache nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat (Nr. 1) oder wenn sie sich nicht für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung eignet (Nr. 2). Und nach wie vor entspricht die Sache gemäß § 434 Abs. 3 S. 1 BGB nicht den objektiven Anforderungen, wenn sie sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet (Nr. 1) oder wenn sie nicht eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen derselben Art üblich ist und die der Käufer erwarten kann (Nr. 2).

Keine sachliche Änderung ergibt sich auch daraus, dass die verkaufte Sache nunmehr gemäß § 434 Abs. 3 BGB kumulativ den subjektiven und den objektiven Anforderungen genügen. Denn zum einen gelten die objektiven Anforderungen nach § 434 Abs. 3 BGB nur dann, „soweit nicht wirksam etwas anderes vereinbart wurde“. Es ist somit – vorbehaltlich der Einschränkung in § 476 Abs. 1 S. 2 BGB (hierzu noch V. 2. c)) – nach wie vor möglich, mittels einer negativen Beschaffenheitsvereinbarung die objektiven Anforderungen vertraglich abzubedingen. Und zum anderen lassen sich auch objektive Anforderungen ohnehin niemals isoliert, sondern immer nur mit

Erwartungshorizont eines vernünftigen, durchschnittlichen Vertragspartners;³⁸ maßgeblich ist, ob der Rechtsverkehr zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses den Vertragsgegenstand uneingeschränkt als für die gewöhnliche Verwendung geeignet ansieht,³⁹ wobei sich dieser Erwartungshorizont durch einen Vergleich mit Gegenständen der gleichen Art bemisst.⁴⁰ In ganz ähnlicher Weise ist zu bestimmen, ob die verkaufte Sache bzw. das hergestellte Werk iSv § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 a) BGB bzw. § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB die für die Art der Sache übliche Beschaffenheit aufweist.⁴¹ Maßgeblich ist, welche Erwartungen der Rechtsverkehr an Sachen der gleichen Art hat. An eine neuwertige Sache hat der Rechtsverkehr höhere Erwartungen als an eine gebrauchte;⁴² wird ein Bauteil einer höheren Preisklasse zugeordnet, gelten andere Maßstäbe als bei einem Bauteil einer niedrigeren Preisklasse.⁴³

b) Die Verwendung von Second-Hand-Materialien als Sachmangel

Für die Beantwortung der Frage, ob die Verwendung von Second-Hand-Materialien ohne entsprechenden Hinweis zum Vorliegen eines Sachmangels führt, kommt es deshalb entscheidend darauf an, welcher Gegenstand im konkreten Fall geschuldet war. Wenn ein Vertrag über neuwertige Ware zustande gekommen ist, führt die Verwendung gebrauchter Materialien in aller Regel zum Vorliegen eines Sachmangels.

aa) Im Zweifel neuwertige Ware geschuldet

Zwar erscheint es etwas zu weitgehend, wenn angenommen wird, die verkaufte Sache müsse fabrikneu sein, sofern nicht ausdrücklich der Verkauf einer gebrauchten Sache vereinbart

Rücksicht auf die Vereinbarung der Parteien feststellen (s. BeckOK-BGB/Faust, 1.8.2024, § 434 Rn. 63): Wenn sich die Parteien darauf verständigen, dass eine Ware mit gebrauchten Teilen verkauft werden soll, gelten auch in objektiver Hinsicht gänzlich andere Anforderungen als beim Verkauf einer neuwertigen Sache. Denn bei einer gebrauchten Sache darf ein Käufer selbstverständlich nicht iSv § 434 Abs. 3 Nr. 2 a) BGB die gleichen Erwartungen haben wie bei einer neuwertigen Sache (s. BT-Drs. 14/6040, 214; BeckOK-BGB/Faust, 1.8.2024, § 434 Rn. 84).

Dass der Gesetzgeber darüber hinaus den Katalog der mangelrelevanten Tatsachen in § 434 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 S. 2 BGB erweitert hat, hat ebenfalls kaum praktische Auswirkungen. Auch nach alter Rechtslage lag selbstverständlich ein Sachmangel vor, wenn die Sache nicht den üblichen Anforderungen im Hinblick auf Qualität, Haltbarkeit, Funktionalität, Kompatibilität und Sicherheit genügte. Dass der Gesetzgeber die Aufzählungen eingefügt hat, liegt vornehmlich daran, dass in Art. 6 Abs. 1 a) und Art. 7 Abs. 1 d) der Warenkauf-Richtlinie entsprechende Aufzählungen enthalten sind und dass sich der Gesetzgeber grundsätzlich für eine Eins-zu-Eins-Umsetzung europäischer Vorgaben entschieden hat. Da somit die Bestimmung des Sachmangels nach § 434 BGB nF in der Sache nicht wesentlich von der Bestimmung nach § 434 BGB aF abweicht, bestehen auch keine signifikanten Unterschiede zwischen Kaufrecht und Werkvertragsrecht. Denn die Definition des Sachmangels in § 633 Abs. 2 BGB entspricht wiederum derjenigen in § 434 Abs. 2 BGB.

³⁸ S. BeckOK-BGB/Faust, 1.8.2024, § 434 Rn. 75; BeckOGK/Preisser, 1.10.2024, § 633 Rn. 149.

³⁹ BGH 27. 3. 2009 – V ZR 30/08, BGHZ 180, 205 = NJW 2009, 2120 Rn. 7.

⁴⁰ BeckOK-BGB/Faust, 1.8.2024, § 434 Rn. 76; MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, § 633 Rn. 30.

⁴¹ BeckOK-BGB/Faust, 1.8.2024, § 434 Rn. 84.

⁴² BT-Drs. 14/6040, 214; BeckOK-BGB/Faust, 1.8.2024, § 434 Rn. 84.

⁴³ S. BeckOK-BGB/Faust, 1.8.2024, § 434 Rn. 88; MüKoBGB/Maultzsch, 9. Aufl. 2024, § 434 Rn. 45; BeckOGK/Preisser, 1.10.2024, § 633 Rn. 152.

wurde.⁴⁴ Tatsächlich sind nämlich durchaus Fälle denkbar, in denen sich ein Vertragspartner aufgrund der Gesamtumstände auch ohne ausdrücklichen Hinweis des Handwerksunternehmens mit der Lieferung von Waren mit Second-Hand-Komponenten abfinden muss. Tritt ein Handwerksunternehmen etwa unter „Second-Handwerker“⁴⁵ der einer ähnlich lautenden Firma auf und lassen die entsprechenden Produkte schon nach ihrem äußeren Anschein und ihrem niedrigen Preis leicht darauf schließen, dass es sich um Second-Hand-Komponenten handelt, so darf ein Käufer oder Besteller von vornherein nicht davon ausgehen, neuwertige Ware zu erhalten. Gleiches gilt beispielsweise dann, wenn zwischen zwei Unternehmen eine ständige Geschäftsbeziehung besteht und der Verkäufer bzw. Werkunternehmer auch in der Vergangenheit ausschließlich Produkte mit gebrauchten Teilen geliefert hat. In diesen Konstellationen kommt zwischen Parteien konkludent ein Vertrag über eine Ware mit Second-Hand-Komponenten zustande. Es ist deshalb noch nicht einmal eine negative Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 3 BGB erforderlich; geschuldet ist vielmehr schlicht von vornherein die Übereignung einer Ware mit gebrauchten Komponenten bzw. die Herstellung eines solchen Werkes. Richtig ist allerdings gleichwohl, dass der Rechtsverkehr zumindest derzeit nach wie vor im Zweifel von dem Verkauf neuwertiger Waren bzw. davon ausgeht, dass bei der Herstellung eines Werkes neuwertige Komponenten zum Einsatz kommen. Im B2C-Bereich gilt dies ohnehin: Der durchschnittliche Verbraucher tätigt jeden Tag eine Vielzahl von Rechtsgeschäften und in praktisch allen Fällen erwirbt er neuwertige Ware; ein Unternehmer muss deshalb damit rechnen, dass sich der durchschnittliche Verbraucher daran gewöhnt hat und somit ohne Weiteres auch nicht mit dem Verkauf von Gebrauchtware rechnet. Auch bei Werkverträgen wie der Reparatur eines Fahrrads oder eines Kfz muss ein Verbraucher ohne einen ausdrücklichen Hinweis nicht damit rechnen, dass in sein Fahrrad oder sein Auto ein Teil eingebaut wird, welches bereits anderweitig verwendet worden ist, und zwar schon deshalb nicht, weil die Verwendung von Second-Hand-Materialien mit einem nicht unerheblichen Risiko einhergeht.⁴⁶ Bei B2B-Verträgen ist die Sachlage zwar weniger klar und letztlich hängt die Auslegung der Vereinbarung vom konkreten Auftreten des Handwerksunternehmens und der konkreten Geschäftsbeziehung ab. Doch selbst im B2B-Bereich kann keine Rede davon sein, dass die Verwendung

⁴⁴ In diesem Sinne BeckOK-BGB/Faust, 1.8.2024, § 434 Rn. 93.

⁴⁵ S. die ZDF-Dokumentation „Secondhandwerker“, abrufbar unter <https://www.zdf.de/dokumentation/37-grad-leben/secondhandwerker-102.html> (Abrufdatum: 21.10.2024).

⁴⁶ Hierzu bereits unter II.

gebrauchter Waren allgemein verkehrsüblich geworden wäre. Vielmehr ist auch im B2B-Bereich davon auszugehen, dass ein Vertragspartner des Handwerksunternehmens ohne ausdrückliche anderweitige Vereinbarung die Verwendung von Neuware erwarten darf.

bb) Keine abweichende Beurteilung durch ein gesteigertes Nachhaltigkeitsbewusstsein

Eine andere Beurteilung ist auch nicht etwa aufgrund des allgemein gestiegenen Nachhaltigkeitsbewusstseins geboten. Zwar erscheint es nicht von vornherein fernliegend, die Vorzüge einer Circular Economy und einer (Wieder-)Verwendung gebrauchter Materialien für die Umwelt und das Gemeinwohl auch bei der Bestimmung der berechtigten Erwartungen des Vertragspartners zu berücksichtigen. Wenn allgemein im Rechtsverkehr die Bereitschaft steigt, zugunsten der Nachhaltigkeit eines Produkts auch (leichte) Abstriche im Hinblick auf die übrigen Eigenschaften eines Produkts (Langlebigkeit, Funktionsfähigkeit, etc.) in Kauf zu nehmen, dann wirkt sich dies auch auf die Eignung „für die gewöhnliche Verwendung“ iSv § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB sowie darauf aus, welche Beschaffenheit iSv § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB „bei Sachen derselben Art üblich ist“ und welche Beschaffenheit der Käufer iSv § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 a) BGB „unter Berücksichtigung der Art der Sache“ erwarten kann. Ist die Verwendung von Second-Hand-Materialien (sektorspezifisch) mit Kenntnis des Rechtsverkehrs üblich geworden, so muss der Käufer auch mit deren Verwendung im konkreten Fall rechnen und muss – sollte er deren Verwendung nicht wünschen – eine Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 2 BGB mit dem Verkäufer treffen. Und je verbreiteter die Anwendung ist, desto eher muss der Vertragspartner auch im konkreten Fall mit der Verwendung rechnen.

Gleichwohl führt – trotz der objektiven Vorzüge einer Circular Economy – kein Weg daran vorbei, dass sich das Vertragsrecht an dem Willen der Parteien auszurichten hat. Für die Frage, ob ein Mangel nach § 434 Abs. 3 BGB vorliegt,⁴⁷ ist allein maßgeblich, welche Erwartungen an den verkauften Gegenstand bestehen. Und für die Bestimmung des verkauften Gegenstands kommt es allein darauf an, welche Erwartungen der Käufer nach der Verkehrsauffassung haben durfte und keinesfalls darauf, welche Erwartungen der Käufer unter Nachhaltigkeitsaspekten hätte haben sollen. Dass der Erwerb von Refurbished-Ware durch Verbraucher nachhaltiger sein mag als der Erwerb von Neuware, und dass es unter dem Aspekt der Nachhaltigkeit möglicherweise wünschenswert wäre, wenn Verbraucher deren Erwerb verstärkt in Betracht ziehen, ändert nichts daran, dass dem Verbraucher derzeit typischerweise Neuware angeboten wird und

⁴⁷ Im Hinblick auf § 434 Abs. 2 BGB ist dies ohnehin offensichtlich, da diese Vorschrift von einem Sachmangel ausdrücklich schon dann ausgeht, wenn die Beschaffenheit der Sache in irgendeiner Hinsicht nicht den Vereinbarungen der Parteien entspricht. Auch in der Sache erscheint es unabweisbar, dass dem Käufer nicht vorgehalten werden kann, er habe zwar explizit einen Kaufvertrag über eine neuwertige Ware geschlossen, er solle sich aber aufgrund des allgemein gestiegenen Nachhaltigkeitsbedürfnisses mit Second-Hand-Materialien abfinden.

er deshalb mangels anderweitiger Vereinbarung nicht mit Refurbished-Ware rechnen muss. Ein im Grundsatz wünschenswertes Streben nach Nachhaltigkeit darf nicht dazu führen, dass die Regeln über die Auslegung von Willenserklärungen und damit die Privatautonomie ausgehebelt werden.

cc) Das Vorliegen eines Sachmangels bei Verwendung gebrauchter Teile

Ergibt die Auslegung, dass nicht ausnahmsweise der Verkauf einer Ware bzw. die Herstellung eines Werkes mit Second-Hand-Komponenten geschuldet ist, liegt bei Verwendung gebrauchter Teile in aller Regel ein Sachmangel nach § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 a) bzw. nach § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB vor. Zwar gilt dies selbstverständlich nicht für jede Form der Circular Economy und der Verwendung von Second-Hand-Materialien im weiteren Sinne. Hat die Verwendung gebrauchter Teile keinen weiteren Einfluss auf die verkehrswesentlichen Eigenschaften der Sache und ist die vollständige Neuwertigkeit im engeren Sinne nicht selbst eine verkehrswesentliche Eigenschaft,⁴⁸ so liegt auch kein Sachmangel vor. So ist ein Sachmangel beispielsweise nicht deshalb zu bejahen, weil für ein Produkt recyceltes Aluminium verwendet wurde, sofern dieses recycelte Aluminium sich im Hinblick auf Qualität, Langlebigkeit und die sonstigen verkehrsrelevanten Eigenschaften nicht von gänzlich neu hergestelltem Aluminium unterscheidet. Sofern sich die Verwendung gebrauchter Teile dagegen (wie zumeist) auf die verkehrswesentlichen Eigenschaften der Sache auswirkt, kann kein Zweifel daran bestehen, dass jedenfalls ein Mangel nach § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 a) BGB bzw. nach § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB gegeben ist. Denn auch wenn die Tauglichkeit der Sache nicht aufgehoben sein mag, so ist sie doch zumindest herabgesetzt⁴⁹ und selbstverständlich weisen als Vergleichsmaßstab heranzuziehende⁵⁰ neuwertige Produkte im Hinblick auf verkehrsrelevante Eigenschaften wie Lebensdauer, Sicherheit, etc. bessere Eigenschaften auf als das verwendete Second-Hand-Teil.

⁴⁸ Ein Beispiel hierfür wäre der Verkauf von Schmuck, bei dem die Verwendung von recycelten Materialien zu einem Prestige- und damit insgesamt zu einem Wertverlust der Ware führt.

⁴⁹ Dass die Tauglichkeit herabgesetzt ist, reicht aus, s. BGH 16.1.1985 – VIII ZR 317/83, NJW 1985, 1769 juris Rn 12; BGH 26.4.2017 – VIII ZR 80/16, NJW 2017, 2817 Rn. 18; BGH 8.1.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 21; BGH 21.7.2021 – VIII ZR 254/20, BGHZ 230, 296, NJW 2021, 2958 Rn. 35 BGH 21.07.2021 – VIII ZR 275/19 Rn. 33; BeckOK-BGB/Faust, 1.8.2024, § 434 Rn. 73.

⁵⁰ Konkurrenzprodukte sind als Vergleichsmaßstab heranzuziehen, sofern sie aus derselben Preisklasse stammen, wobei hiermit nicht der konkrete zwischen Käufer und Verkäufer vereinbarte Preis gemeint ist, sondern der für das Produkt typischerweise verlangte Marktpreis (BeckOK-BGB/Faust, 1.8.2024, § 434 Rn. 78).

2. Die nachteiligen Folgen für das Handwerksunternehmen

Ist der Einsatz gebrauchter Materialien als Sachmangel zu qualifizieren, so bestehen zunächst die bereits dargestellten verschuldensunabhängigen und verschuldensabhängigen Gewährleistungsansprüche gegen das Handwerksunternehmen.⁵¹ Neben der Nacherfüllung, der Minderung und der Rückzahlung des Kaufpreises kann der Vertragspartner das Handwerksunternehmen deshalb auch auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, wobei insbesondere der Ersatzanspruch wegen Mangelfolgeschäden nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB bzw. §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB schwer kalkulierbare Folgen für das Handwerksunternehmen haben kann.

Darüber hinaus wird man bei fehlender Aufklärung über die Verwendung gebrauchter Teile von einer arglistigen Täuschung durch das Handwerksunternehmen ausgehen müssen.⁵² Denn das Handwerksunternehmen weiß oder nimmt in einem solchen Fall mindestens billigend in Kauf, dass Second-Hand-Teile nicht den verkehrsüblichen Anforderungen entsprechen und damit mangelhaft sind, dass der Vertragspartner den Mangel nicht kennt und dass er bei Kenntnis des Mangels den Vertrag nicht oder nicht zu denselben Bedingungen geschlossen bzw. die Sache nicht als Erfüllung angenommen hätte.⁵³ In der Konsequenz ist nicht nur die Fristsetzung für Rücktritt und Schadensersatz (auch bei Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs⁵⁴) entbehrlich,⁵⁵ ergänzend ein Anspruch des Vertragspartners auf die Rückabwicklung nach §§ 280 Abs.

⁵¹ S. bereits unter III.

⁵² Zumindest zum alten Recht hat der BGH entschieden, dass, wenn der Verkäufer eines fabrikneuen, zur Auslieferung an den Käufer vorgesehenen Kraftfahrzeugs neue Teile desselben durch gebrauchte Teile ohne Wissen des Käufers auswechselt, das Vertrauensverhältnis dadurch so gestört sein kann, dass der Käufer unter dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung zum Rücktritt vom Verträge berechtigt ist, s. BGH 19.10.1977 – VIII ZR 42/76, NJW 1978, 260 juris Rn. 17 1.

⁵³ Zur Definition der arglistigen Täuschung vgl. RG 19.1.1906 – II 239/05, RGZ 62, 300 (302); BGH 30.11.2012 – V ZR 25/12, NJW 2013, 1671 Rn. 27; BGH 26.4.2017 – VIII ZR 233/15, NJW 2017, 3292 Rn. 26; BGH 14.06.2019 - V ZR 73/18, ZIP 2019, 2115 Rn. 11; BeckOK-BGB/Faust, 1.8.2024, § 438 Rn. 40 mwN.

⁵⁴ Zwar sind § 323 Abs. 2 Nr. 3 und § 440 BGB beim mangelbedingten Rücktritt beim Verbrauchsgüterkauf aufgrund des vorrangigen § 475d BGB nicht anwendbar, sodass sich die Rechtsprechung zur Entbehrlichkeit der Fristsetzung bei arglistiger Täuschung (s. die nachfolgende Fn.) nicht ohne Weiteres übertragen werden kann. Allerdings wird die Fristsetzung beim Einbau gebrauchter Teile ohne Wissen und Einverständnis des Vertragspartners in aller Regel gemäß § 475d Abs. 1 Nr. 3 BGB entbehrlich sein. Denn auch wenn die Auslegung dieser Vorschrift im Einzelnen umstritten ist und insbesondere keine Einigkeit darüber besteht, ob bereits bei Vorliegen einer arglistigen Täuschung von einer Entbehrlichkeit auszugehen ist (dafür etwa BeckOK-BGB/Faust, 1.8.2024, § 475d Rn. 21; Lüdicke NJW 2022, 3606 Rn 25; Martens, Schuldrechtsdigitalisierung, 2022, Rn 112; dagegen MüKoBGB/Lorenz, 9. Aufl. 2024, § 475d Rn. 22), dürfte der Einsatz von gebrauchten Materialien entgegen den berechtigten Erwartungen des Käufers durchaus als so schwerwiegend anzusehen sein, dass ein sofortiger Rücktritt (oder ein sofortiges Schadensersatzverlangen) gerechtfertigt ist (dass auch die arglistige Täuschung Bestandteil der Abwägung sein kann, wenn nur der Mangel schwerwiegend genug ist, erkennt auch die restriktive Auflassung an, s. MüKoBGB/Lorenz, 9. Aufl. 2024, § 475d Rn. 22).

⁵⁵ Nach mittlerweile ständiger Rechtsprechung und ganz herrschender Meinung in der Literatur ist die nach § 323 Abs. 1 BGB bzw. § 281 Abs. 1 S. 1 BGB an sich erforderliche Fristsetzung zur Nacherfüllung im Falle einer arglistigen Täuschung über das Vorliegen eines Mangels entbehrlich (BGH 8.12.2006 – V ZR 249/05, NJW 2007, 835 Rn. 12; BGH 9.1.2008 – VIII ZR 210/06, NJW 2008, 1371 Rn 19 f.; BGH 20.5.2009 – VIII ZR 247/06, NJW

1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB gegeben⁵⁶ und der Vertragspartner berechtigt, den Kaufvertrag nach § 123 Abs. 1 BGB anzufechten.⁵⁷ Es bestehen darüber hinaus auch ein Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB und sogar ein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB iVm § 263 Abs. 1 StGB. Denn zumindest dann, wenn ein Handwerker gebrauchte Teile einsetzt, obwohl er weiß, dass der Vertragspartner von der Verwendung neuwertiger Teile ausgeht, liegt eine Täuschung iSv § 263 Abs. 1 StGB vor.⁵⁸

Aus Letzterem folgt, dass dem Handwerker sogar strafrechtliche Konsequenzen drohen. Zum einen aufgrund von § 263 Abs. 1 StGB, aber zum anderen je nach Einzelfall auch aufgrund weiterer Delikte. So kann beispielsweise dann, wenn der Vertragspartner aufgrund eines defekten Ersatzteils einen Unfall erleidet, ohne Weiteres eine Strafbarkeit nach § 229 StGB oder sogar nach § 222 StGB gegeben sein.

3. Zusammenfassende Erklärung

Aufgrund der möglichen gravierenden Konsequenzen ist die Verwendung gebrauchter Materialien ohne explizite Vereinbarung mit dem Vertragspartner nicht zu empfehlen. Selbst in Fällen, in denen der Vertragspartner aufgrund der Gesamtumstände möglicherweise mit der Verwendung von Second-Hand-Materialien rechnen muss, ist vorsorglich der Abschluss einer Vereinbarung anzuraten.

2009, 2532 Rn. 17; BGH 18.3.2010 – VIII ZR 182/08, NJW 2010, 2503 Rn. 19; BGH 29.2.2021 – VIII ZR 111/20, BGHZ 231 = NJW 2022, 463 Rn. 24; Arnold JuS 2013, 865, 869; BeckOGK/Looschelders, 1.8.2024, § 323 Rn. 204 f.; Fischinger/Lettmaier NJW 2009, 2496 (2499); Looschelders, in: GS Hübner, 2012, 147; MüKoBGB/Maultzsch, 9. Aufl. 2024, § 437 Rn. 22; Riehm NJW 2014, 2065 [2068 f.]; Rösler AcP 207 [2007], 564 [590 f.]; s. zudem die weiteren Nachw. bei Staudinger/Fervers, 2025, § 475d Rn. 14 [im Erscheinen]).

⁵⁶ Die grundsätzlich bestehende Sperrwirkung des Mängelgewährleistungsrechts gegenüber der c.i.c. (BGH 27.3.2009 – V ZR 30/08, BGHZ 180, 205 = NJW 2009, 2120 Rn 19 1; Brüggemeier WM 2002, 1376 [1378]; Kuhn AcP 221 [2021], 845, 865 f.; MünchKommBGB/Maultzsch § 437 Rn 87; s. zudem die Nachw. bei Staudinger/Fervers, 2025, § 475d Rn. 287 [im Erscheinen]) besteht bei einem arglistigen Verschweigen des Mangels nicht (BGH 27.3.2009 – V ZR 30/08, BGHZ 180, 205 = NJW 2009, 2120 Rn 24 f.; Berger JZ 2004, 276, 282; Brüggemeier WM 2002, 1376, 1378; Kuhn AcP 221 [2021], 845 [866 f.]; Looschelders, in: GS Hübner [2012] 147; s. zudem die Nachw. in BGH 27.3.2009 – V ZR 30/08, BGHZ 180, 205 = NJW 2009, 2120 Rn 17 und bei Staudinger/Fervers, 2025, § 475d Rn. 288 f. [im Erscheinen]).

⁵⁷ Das Mängelgewährleistungsrecht sperrt die Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB nicht, s. RG 24.6.1919 – III 573/18, RGZ 96, 156, 157 f.; BGH 7.6.2006 – VIII ZR 209/05, BGHZ 168, 64 = NJW 2006, 2839 Rn 8; BGH 6.8.2008 – XII ZR 67/06, BGHZ 178, 16 = NJW 2009, 1266 Rn 39; Arnold JuS 2013, 865, 868; Looschelders, in: GS Hübner [2012] 147; Lorenz NJW 2006, 1925, 1926; MünchKommBGB/Armbrüster § 123 Rn 102; Staudinger/Bach [2023] § 437 Rn 37; s. zudem die Nachw. bei Staudinger/Fervers, 2025, § 475d Rn. 285 f. [im Erscheinen]).

⁵⁸ Zu den Anforderungen an die Täuschung BeckOK-StGB/Beukelmann, 1.8.2024, § 263 Rn. 9 1.

V. Mögliche Haftungsvermeidung durch ausreichende Transparenz

Vorgeschlagen werden soll im Folgenden eine Vorgehensweise (1.), mit der sich Gewährleistungsansprüche aufgrund der Second-Hand-Eigenschaft und des typischen Second-Hand-Risikos vollständig (2.) und Ansprüche aufgrund von Defekten außerhalb des typischen Second-Hand-Risikos zumindest überwiegend vermeiden lassen (3.).

1. Empfohlene Vorgehensweise und Formulierungsvorschläge

a) Transparente Bezeichnung des Vertrags

Entscheidend ist, wie noch zu zeigen sein wird, dass die Verwendung gebrauchter Teile bereits in die Vertragsbezeichnung aufgenommen wird.⁵⁹ Dass gebrauchte Teile verwendet werden, sollte keinesfalls erst in einer vertraglichen Klausel festgelegt werden, sondern sich bereits in der Beschreibung des Vertrags wiederfinden. Die Vertragsbezeichnung kann deshalb beispielsweise lauten „Vertrag über die Reparatur des Kfz XY mit gebrauchten Ersatzteilen“.

Weist die Sache bestimmte verkehrsrelevante Eigenschaften auf, die ihren Wert mindern, die sich aber nicht schon aus der Second-Hand-Eigenschaft der Ware ergeben, dann können und sollten auch diese Eigenschaften in die Vertragsbezeichnung aufgenommen werden. Beträgt beispielsweise die durchschnittliche Lebensdauer für ein gebrauchtes Teil vier Jahre, weisen die zu verwendenden Ersatzteile aber nur eine Restlebensdauer von maximal zwei Jahren auf, so kann die Vertragsbezeichnung „Vertrag über die Reparatur des Kfz XY mit einem gebrauchten Ersatzteil mit einer Restlebensdauer von maximal zwei Jahren“ lauten.⁶⁰

b) Aufklärung über spezifische Risiken

Sofern der Einsatz der gebrauchten Teile Risiken birgt, die für den Vertragspartner nicht ohne Weiteres ersichtlich sind, sollte der Vertragspartner mittels eines gesonderten Formulars über diese Risiken aufgeklärt werden.⁶¹ Diese Aufklärung könnte mit „Risikoaufklärung über die Verwendung gebrauchter Teile“ überschrieben werden und sollte das entsprechende Risiko möglichst präzise bezeichnen. Eine Formulierung könnte beispielsweise lauten: „Es wird darauf hingewiesen, dass die verwendeten gebrauchten Ersatzteile möglicherweise nicht optimal auf das Gesamtsystem abgestimmt sind, was die Leistung oder die Funktionalität beeinträchtigen und zu einem Funktionsausfall des Kfz insgesamt führen kann.“

⁵⁹ S. die umfangreichen Erläuterungen hierzu unter V. 2.

⁶⁰ S. hierzu noch V. 2. c).

⁶¹ Nähere Erläuterungen hierzu unter V. 3. b).

c) Haftungsbeschränkung für Schadensersatzansprüche

Aufgenommen werden sollte zudem eine Klausel, mit der die Schadensersatzansprüche gegen das Handwerksunternehmen begrenzt werden.⁶² Diese könnte lauten: „Ansprüche des Vertragspartners auf Schadensersatz sind ausgeschlossen. Hiervon ausgenommen sind jedoch Schadensersatzansprüche des Vertragspartners aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, wenn der Verkäufer die Pflichtverletzung zu vertreten hat, und die Haftung für sonstige Schäden, die auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Verkäufers, seines gesetzlichen Vertreters oder seines Erfüllungsgehilfen beruhen.“⁶³

d) Verhalten während der Vertragsverhandlungen

Bereits während der Vertragsverhandlungen sollte auf die Verwendung von Second- Hand-Teilen hingewiesen werden. Ergänzend sollte während der Vertragsverhandlungen alles unterlassen werden, was beim Vertragspartner den Eindruck erwecken könnte, dass neue Teile verwendet werden.

2. Gewährleistungsansprüche aufgrund der Second-Hand-Eigenschaft und des typischen Second-Hand-Risikos

Mit der dargestellten Vorgehensweise wird sichergestellt, dass der Vertragspartner keine Gewährleistungsansprüche mehr mit der Begründung geltend machen kann, die Sache sei nicht neuwertig oder weise für gebrauchte Sachen typische Schwächen auf (a)). Die vorgeschlagene Formulierung ist auch weder nach § 476 Abs. 1 S. 1 BGB (b)) noch nach § 476 Abs. 1 S. 2 BGB (c)) noch nach den §§ 307 ff. BGB (d)) unwirksam.

a) Kein Sachmangel aufgrund der Second-Hand-Eigenschaft

Wird die Verwendung der gebrauchten Sache in die Vertragsbezeichnung aufgenommen, so kann die Tatsache, dass es sich um eine gebrauchte Ware handelt, für sich genommen keinen Mangel nach § 434 Abs. 3 bzw. § 633 Abs. 2 S. 2 BGB mehr begründen. Denn wenn eine Sache mit gebrauchten Teilen Vertragsgegenstand ist, so gelten nach § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 a) bzw. § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB lediglich die Verkehrserwartungen für gebrauchte und nicht für neuwertige Teile. Hieraus folgt zugleich, dass der Vertragspartner auch sämtliche Nachteile hinzunehmen hat, die sich spezifisch aus der Verwendung gebrauchter Teile ergeben. Erwarten kann der Vertragspartner lediglich diejenigen Eigenschaften, die gebrauchte Teile im

⁶² Nähere Erläuterungen hierzu unter V. 3 a) cc).

⁶³ S. die ähnliche Formulierung bei MüKoBGB/Lorenz, 9. Aufl. 2024, § 476 Rn. 63.

Durchschnitt aufweisen. Und durchschnittliche gebrauchte Teile sind nicht frei von Gebrauchsspuren und haben gegenüber neuwertigen Teilen eine deutlich verkürzte (Rest-)Lebensdauer.

b) Kein Verstoß gegen § 476 Abs. 1 S. 1 BGB

Gemäß § 476 Abs. 1 S. 1 BGB ist zwar bei Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs⁶⁴ eine vor Mitteilung des Mangels an den Unternehmer getroffene Vereinbarung, die zulasten des Verbrauchers zum Nachteil von den §§ 433 ff. BGB abweicht, unwirksam. Wird die Verwendung von Second-Hand-Materialien allerdings ausreichend transparent gemacht und in die Vertragsbezeichnung aufgenommen, so liegen weder die Voraussetzungen von § 476 Abs. 1 S. 1 BGB vor (aa)), noch handelt es sich um in Umgehungsgeschäft nach § 476 Abs. 4 BGB (bb)).

aa) Voraussetzungen von § 476 Abs. 1 S. 1 BGB nicht erfüllt

Wenn § 476 Abs. 1 S. 1 BGB eine Abweichung von den §§ 433 ff. BGB zulasten des Verbrauchers verbietet, so bedeutet dies, dass die Rechte des Verbrauchers bei Vorliegen eines Mangels nicht eingeschränkt werden dürfen. Denn sämtliche der in § 476 Abs. 1 S. 1 BGB genannten Vorschriften betreffen entweder die Voraussetzungen oder die Folgen von Sach- und Rechtsmängeln.

Hieraus folgt aber zugleich auch, dass § 476 Abs. 1 S. 1 BGB nicht einschlägig ist, wenn überhaupt kein Mangel vorliegt. Wenn ein Handwerksunternehmen gegenüber einem Kunden ausreichend deutlich macht, dass die Ware bzw. das Werk gebrauchte Teile enthält, so kommt ein Kaufvertrag (bzw. ein Werklieferungsvertrag) über eine Sache mit gebrauchten Teilen zustande, sodass diese Tatsache auch keinen Mangel iSv § 434 BGB begründen kann. Die Vereinbarung, dass die Ware bzw. das Werk gebrauchte Teile enthält, kann deshalb auch nicht nach § 476 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam sein.

Dieses Ergebnis steht auch mit der Ratio des § 476 Abs. 1 S. 1 BGB in Einklang. Denn die Vorschrift soll keineswegs die Privatautonomie aushebeln und den Parteien vorschreiben, welche Ware Teil des Kaufvertrags werden soll. Untersagt ist lediglich, die Rechte des Verbrauchers für den Fall einzuschränken, in dem die Anforderungen, die an die vereinbarte Ware gestellt werden dürfen, nicht erfüllt sind. Wenn sich die Parteien aber auf die Verwendung von Second-Hand-Materialien geeinigt haben, wird nicht das Risiko noch nicht ersichtlicher Mängel auf den Verbraucher abgewälzt, sondern wird privatautonom ein Vertragsgegenstand gewählt, der seine Anforderungen voll und ganz erfüllt.

⁶⁴ Sofern im konkreten Fall ein Werkvertrag vorliegt oder die Voraussetzungen von § 474 Abs. 1 BGB nicht gegeben sind, spielt § 476 Abs. 1 S. 1 BGB keine Rolle. Sofern aber ein Verbrauchsgüterkauf iSv § 474 BGB bzw. ein Werklieferungsvertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher iSv §§ 650 S. 1, 474 BGB vorliegt, müssen die Vorgaben von § 476 Abs. 1 S. 1 BGB beachtet werden.

bb) Kein Umgehungsgeschäft iSv § 476 Abs. 4 BGB

Die vorgeschlagene Vorgehensweise stellt auch – zumindest wenn die aufgezeigten Transparenzanforderungen gewahrt werden – kein Umgehungsgeschäft iSv § 476 Abs. 4 BGB dar.

Zwar kann die Vereinbarung einer bestimmten Gattung oder Beschaffenheit nach herrschender und auch zutreffender Auffassung durchaus ein Rechtsgeschäft sein, mit dem der Mechanismus des § 476 Abs. 1 S. 1 BGB unzulässigerweise umgangen wird.⁶⁵ So ist beispielsweise anerkannt, dass ein Verkäufer nicht beim Verkauf eines prima facie völlig funktionstüchtigen Fahrzeugs in den Kaufvertrag die Bezeichnung „Bastlerfahrzeug“ aufnehmen und den Käufer beim Auftreten etwaiger Mängel stets auf diese „Gattungsvereinbarung“ verweisen kann.⁶⁶ Denn in diesem Fall ist eben nicht ein „Bastlerfahrzeug“, sondern ein funktionsfähiges Auto verkauft. Die Bezeichnung „Bastlerfahrzeug“ ist dagegen keine echte Gattungs- oder Eigenschaftsbezeichnung, sondern verfolgt ausschließlich den Zweck, dem Käufer seine Mängelrechte abzuschneiden, sodass funktional ein nach § 476 Abs. 1 S. 1 BGB unzulässiger Gewährleistungsausschluss und damit auch ein Umgehungsgeschäft iSv § 476 Abs. 4 BGB vorliegt. Wenn deshalb ein Handwerksunternehmen die Transparenzanforderungen nicht einhält und der Verbraucher dadurch den Eindruck gewinnt, er erhalte eine neuwertige Ware, so wäre es in der Tat auch unzulässig, in den Kaufvertrag Formulierungen wie „Enthält gebrauchte Teile“ aufzunehmen; denn hierdurch würde dem Verbraucher ein Großteil seiner Mängelrechte im Hinblick auf die vereinbarte Neuware abgeschnitten und funktional eine weitgehende und gegen § 476 Abs. 1 S. 1 BGB verstoßende Gewährleistungseinschränkung vorgenommen.

Werden dagegen die Transparenzanforderungen durch das Handwerksunternehmen gewahrt, stellt sich diese Problematik nicht. Wenn offensichtlich und unzweifelhaft deutlich gemacht wird, dass die Ware gebrauchte Komponenten enthält, dann liegt weder eine perplexer Vereinbarung noch ein Fall der *falsa demonstratio* vor.⁶⁷ Die Vereinbarung bezüglich der Second-Hand-Teile steht in dieser Konstellation nicht hinter einer anderen, eigentlich geltenden, Vereinbarung, sondern steht alleine und bestimmt alleine den Vertragsgegenstand.

c) Kein Verstoß gegen Transparenzanforderungen nach § 476 Abs. 1 S. 2 BGB

Liegt im konkreten Fall ein Verbrauchsgüterkauf vor (oder finden die §§ 474 ff. BGB über § 650 S. 1 BGB Anwendung), so sind zudem die Transparenzanforderungen nach § 476 Abs. 1 S. 2 BGB zu beachten. Hiernach kann von den Anforderungen des § 434 Abs. 3 BGB nur

⁶⁵ S. zum Ganzen BeckOK-BGB/Faust, 1.8.2024, § 434 Rn. 66 1.; Staudinger/Fervers, 2025, § 476 (im Erscheinen).

⁶⁶ S. zum Beispiel AG Marsberg 9.10.2002 – 1 C 143/02 juris Rn. 9.

⁶⁷ Dazu, dass es sich bei der Problematik letztlich um einen Fall der *falsa demonstratio* handelt, MüKoBGB/Lorenz, 9. Aufl. 2024, § 476 Rn. 44; aA BeckOK-BGB/Faust, 1.8.2024, § 434 Rn. 67.

abgewichen werden, wenn der Verbraucher vor der Abgabe seiner Vertragserklärung eigens von der Abweichung in Kenntnis gesetzt wurde (Nr. 1) und wenn darüber hinaus die Abweichung im Vertrag ausdrücklich und gesondert vereinbart wurde (Nr. 2).

Bei zutreffender Lesart der Vorschrift stellt sich bei der hier vorgeschlagenen Vorgehensweise allerdings gar nicht die Frage, ob diese Transparenzanforderungen eingehalten wurden oder nicht. Denn die Anforderungen des § 476 Abs. 1 S. 2 BGB gelten keineswegs für jede Vereinbarung, die sich in irgendeiner Weise nachteilig auf die Mängelrechte auswirken könnte, sondern ausdrücklich nur für Vereinbarungen, mittels derer von den Anforderungen von § 434 Abs. 3 BGB abgewichen wird. Entscheidend sind also wiederum die Erwartungen die berechtigten Erwartungen des Rechtsverkehrs.⁶⁸ Und die berechtigten Erwartungen des Rechtsverkehrs lassen sich niemals abstrakt bestimmen, sondern richten sich stets danach, welche Sache Vertragsgegenstand geworden ist. Wenn ein Verkäufer durch die Bezeichnung einer Sache bestimmte Verkehrserwartungen weckt, so soll er diese einhalten oder entsprechend transparent in der Form des § 476 Abs. 1 S. 2 BGB wieder entkräften.⁶⁹ Wenn deshalb beispielsweise ein Fahrzeug als „Neuwagen“ bezeichnet ist, so muss eine Vereinbarung, wonach das Fahrzeug trotz dieser Bezeichnung Lackkratzer aufweist, den Anforderungen des § 476 Abs. 1 S. 2 BGB genügen; denn der Rechtsverkehr darf erwarten, dass ein Neuwagen keine Lackkratzer aufweist.⁷⁰ Entsprechende Verkehrserwartungen werden aber von vornherein nicht geschürt, wenn der Vertrag bereits als Vertrag über eine Sache mit gebrauchten Teilen bezeichnet wird.⁷¹ Von einer gebrauchten Sache erwartet der Rechtsverkehr das, was er von Sachen dieser Art erwarten darf und somit die Eigenschaften, die eine durchschnittliche gebrauchte Sache aufweist. Und eine durchschnittliche gebrauchte Sache ist eben nicht frei von Benutzungsspuren und hat auch typischerweise keine einer neuwertigen Sache vergleichbare Restlebensdauer. Es liegt deshalb schon keine Abweichung von den Anforderungen des § 434 Abs. 3 BGB vor, wenn eine Sache mit gebrauchten Teilen Vertragsgegenstand geworden ist.

Aus diesem Grund ist es wichtig, die Gebrauchteigenschaft – wie hier vorgeschlagen – bereits in die Vertragsbezeichnung aufzunehmen. Wird dies nicht gemacht, so kann die Auslegung

⁶⁸ S. bereits ausführlich IV. 1.

⁶⁹ S. die Ausführungen bei Gsell ZfPW 2022, 130, 146: „Wenn aber die Richtlinien mithin gar nicht regeln können, ob Äpfel oder Birnen verkauft bzw. gekauft werden, dann müssen sich die objektiven Qualitätsanforderungen in Wahrheit darauf beschränken vorzugeben, dass wirklich Birne sein muss, was als Birne vertrieben wird und wirklich Apfel, was als Apfel gehandelt wird. Die entscheidende „Gretchenfrage“ ist dann aber diejenige, ob der Apfel noch Apfel oder schon Birne ist. Und dies hängt schlicht davon ab, welche Bezeichnung und Beschreibung der Händler für das betreffende Produkt verwendet und ob er dabei Unterscheidungen, die sich in den maßgeblichen Verkehrskreisen insbesondere aufgrund öffentlich zugänglicher Werbung und Produktbeschreibung herausgebildet haben, korrekt und nachvollziehbar abbildet.“

⁷⁰ Gsell ZfPW 2020, 130, 148; zum Ganzen auch Staudinger/Fervers, 2025, § 476 (im Erscheinen).

⁷¹ Vgl. Gsell ZfPW 2020, 130, 148.

ergeben, dass nicht eine Sache mit gebrauchten Teilen, sondern eine neuwertige Sache als Vertragsgegenstand anzusehen ist. Und dann stellt die Vereinbarung, dass die Sache gebrauchte Teile enthält, doch wieder eine Abweichung von den Anforderungen nach § 434 Abs. 3 BGB dar und die Vorgaben nach § 476 Abs. 1 S. 2 BGB müssten eingehalten werden.

Dass sich diese Rechtsfolge mit der Bezeichnung als Vertrag über eine gebrauchte Sache vermeiden lässt, gilt selbst dann, wenn man die restriktivere Gegenauffassung zugrunde legt, nach der nicht jede Vereinbarung hinsichtlich der Sache ihre Art prägen kann.⁷² Denn auch nach dieser Auffassung sollen lediglich Zuschreibungen, die auf die konkrete Sache zugeschnitten sind (wie zB der Kilometerstand bei einem Gebrauchtwagen) stets als Beschaffenheitsvereinbarungen anzusehen sein; dass hingegen die Klassifizierung als neu oder gebraucht keine negative Beschaffenheitsvereinbarung darstellt, sondern vielmehr den Vertragsgegenstand selbst festlegt, wird auch von dieser Auffassung ausdrücklich anerkannt.⁷³

Nicht gänzlich unproblematisch wäre auf der Grundlage der restriktiven Gegenauffassung dagegen möglicherweise die hier angeregte Aufnahme weiterer Eigenschaften (wie einer verkürzten Lebensdauer) in die Vertragsbezeichnung.⁷⁴ Zwar stellt die Lebensdauer einer Sache an sich sehr wohl eine Eigenschaft dar, die eine Klasse von Sachen kennzeichnet,⁷⁵ sodass wohl selbst bei Zugrundelegung der restriktiven Gegenauffassung die Anforderungen nach § 476 Abs. 1 S. 2 BGB nicht eingehalten werden müssen. Und nach zutreffender Auffassung sollte den Parteien ohnehin die Möglichkeit eingeräumt werden, den vertraglich geschuldeten Gegenstand großzügig festzulegen.⁷⁶ Denn § 476 Abs. 1 S. 2 BGB soll nicht die Parteien mit formellen Anforderungen überfordern, sondern wie gezeigt lediglich sicherstellen, dass geweckte Verkehrserwartungen auch tatsächlich erfüllt werden. Mit Sicherheit lässt sich gleichwohl nicht ausschließen, dass ein Gericht in einem solchen Fall auf die Einhaltung der Anforderungen des § 476 Abs. 1 S. 2 BGB besteht, sodass – sollte eine bestimmte Eigenschaft wie die verkürzte Lebensdauer in die Vertragsbezeichnung aufgenommen werden – sicherheitshalber die Anforderungen nach § 476 Abs. 1 S. 2 BGB eingehalten werden sollten. Der Verbraucher sollte deshalb vor der Abgabe seiner Vertragserklärung (nochmal) eigens von der Eigenschaft in Kenntnis gesetzt werden und darüber, dass eine Abweichung von den objektiven Anforderungen vorliegt und über die Abweichung sollte eine ausdrückliche und gesonderte Vereinbarung getroffen werden.

⁷² BeckOK-BGB/Faust, 1.8.2024, § 434 Rn. 65.

⁷³ BeckOK-BGB/Faust, 1.8.2024, § 434 Rn. 65.

⁷⁴ S. oben unter V. 1. a).

⁷⁵ Hierauf abstellend BeckOK-BGB/Faust, 1.8.2024, § 434 Rn. 65.

⁷⁶ Gsell ZfPW 2020, 130, 148.

d) Keine Unwirksamkeit nach den §§ 305 ff. BGB

Da der vorgeschlagene Vertragsentwurf Vertragsbedingungen enthält, die für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert sind und vonseiten des Handwerksunternehmens gestellt werden, handelt es sich gemäß § 305 Abs. 1 S. 1 BGB um Allgemeine Geschäftsbedingungen, sodass – unabhängig davon, ob die §§ 474 ff. BGB anwendbar sind oder nicht – die §§ 305 ff. BGB zu beachten sind. Die (weichenstellende) Vereinbarung, dass ein Vertrag über eine Sache bzw. ein Werk mit Second-Hand-Materialien zustande kommt, stellt allerdings keine überraschende Klausel dar (aa)) und verstößt auch nicht gegen die §§ 307 ff. BGB (bb)).

aa) Keine überraschende Klausel iSv § 305c Abs. 1 BGB

Eine Klausel ist als überraschend iSv § 305c Abs. 1 BGB anzusehen, wenn sie von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht und dieser mit ihr nach den Umständen des Falles vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht.⁷⁷ Welche Erwartungen der Vertragspartner haben darf, bestimmt sich dabei nach den allgemeinen und individuellen Umständen des Vertragsschlusses, insbesondere nach dem Grad der Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht und der für den Geschäftskreis üblichen Gestaltung, dem Gang und dem Inhalt der Vertragsverhandlungen und dem äußeren Zuschnitt des Vertrages andererseits.⁷⁸ Bereits auf der Grundlage dieser Definition lässt sich leicht überblicken, dass die Vereinbarung über eine Sache bzw. ein Werk mit gebrauchten Materialien keine überraschende Klausel sein kann. Wenn das Handwerksunternehmen die Transparenzanforderungen wahrt und – wie hier vorgeschlagen – den Vertrag schon als Vertrag über Second-Materialien bezeichnet, dann hat der Vertragspartner zu keinem Zeitpunkt die Erwartung, eine vollständig neuwertige Sache zu erhalten; die Klausel weicht deshalb nicht nur nicht deutlich, sondern überhaupt nicht von den Erwartungen des Vertragspartners ab. Vom dispositiven Gesetzesrecht wird ebenfalls nicht abgewichen, und zwar schon deshalb nicht, weil das Gesetz nicht regelt (und in einer freien Marktwirtschaft auch nicht regeln kann), welchen Vertragsgegenstand die Parteien wählen. Sofern das Handwerksunternehmen den Vertragspartner auch in den Vertragsverhandlungen auf die Verwendung gebrauchter Teile hinweist, sprechen auch Gang und Inhalt der Vertragsverhandlungen neben dem äußeren Zuschnitt des Vertrags gegen das Vorliegen einer überraschenden Klausel.

⁷⁷ BGH 11.12.2003 – III ZR 118/03, NJW-RR 2004, 780 juris Rn. 20 mwN; BGH 30.9.2009 – IV ZR 47/09, NJW 2010, 294 Rn. 13 mwN; BGH 28.5.2014 – VIII ZR 179/13, BGHZ 201, 271 = NJW 2014, 2940 Rn. 19; BGH 21.6.2016 – VI ZR 475/15, NJW-RR 2017, 501 Rn. 10; BGH 11.10.2023 – IV ZR 41/22 Rn. 39; Schmidt-Futterer/Fervers Vor § 535 Rn. 217; ähnlich BeckOK BGB/H. Schmidt § 305c Rn. 13; v. Westphalen NZM 2015, 112 f.; s. auch Staudinger/Mäsch, 2022, BGB § 305c Rn. 20.

⁷⁸ BGH 26.2.2013 – XI ZR 417/11, NJW 2013, 1803 Rn. 23; BGH 28.5.2014 – VIII ZR 179/13, BGHZ 201, 271 = NJW 2014, 2940 Rn. 19; OLG Dresden 30.3.2023 – 8 U 1389/21, ZIP 2023, 1890 juris Rn. 52.

Dass keine überraschende Klausel vorliegt, steht auch mit der Ratio von § 305c Abs. 1 BGB in Einklang. Die Vorschrift soll nämlich nicht die Privatautonomie aushebeln, sondern die Privatautonomie schützen. Vertragsinhalt werden sollen lediglich Vereinbarungen, die der Vertragspartner mittels einer vollwertigen privatautonomen Entscheidung mit dem Verwender getroffen hat, nicht aber solche „Vereinbarungen“, die dem Vertragspartner im „Kleingedruckten“ untergejubelt werden⁷⁹ und die von der vollwertigen privatautonomen Willenserklärung des Vertragspartners nicht gedeckt sind. So darf einem Bürgen, der sich privatautonom dazu entschieden hat, für eine konkrete Verbindlichkeit einzustehen, nicht die „Abrede“ untergejubelt werden, er verbürge sich auch noch für alle weiteren gegenwärtigen und künftigen Verbindlichkeiten des Hauptschuldners.⁸⁰ Bei Lichte besehen ordnet § 305c Abs. 1 BGB somit letztlich nur das an, was sich ohnehin aus einer zutreffenden Auslegung der entsprechenden Willenserklärungen der Parteien ergeben müsste. Ein Verwender, der den Vertragspartner mit einer Klausel im Kleingedruckten überrumpelt, darf nämlich nach §§ 133, 157 BGB nicht davon ausgehen, dass der Vertragspartner eine entsprechende Erklärung tatsächlich abgeben will, sodass eine der überraschenden Klausel entsprechende Erklärung des Vertragspartners streng genommen schon nach dem objektiven Empfängerhorizont nicht angenommen werden kann.

Stimmt aber der Vertragspartner des Handwerksunternehmens explizit einem Vertrag über die Verwendung von Second-Hand-Teilen zu, so liegt hierin eine vollwertige privatautonome Entscheidung des Vertragspartners, die das Handwerksunternehmen selbstverständlich nach §§ 133, 157 BGB als solche verstehen und die auch nicht über § 305c Abs. 1 BGB ausgehebelt werden darf.

bb) Keine Unwirksamkeit nach den §§ 307 ff. BGB

Eine Unwirksamkeit nach den §§ 307 ff. BGB ist prima facie deshalb nicht fernliegend, weil dem Vertragspartner des Verwenders bei einer Vereinbarung über Second-Hand-Materialien im Ergebnis Ansprüche abgeschnitten werden, die er ohne diese Vereinbarung hätte. Würde das Handwerksunternehmen nicht auf den Abschluss einer „Second-Hand-Vereinbarung“ bestehen, dürfte der Vertragspartner im Zweifel von neuwertiger Ware ausgehen und hätte bei objektivem Zurückbleiben hinter diesem Standard entsprechende Gewährleistungsrechte und Schadensersatzansprüche.⁸¹ Insbesondere im Hinblick auf die Schadensersatzansprüche mag eine „Second-Hand-Vereinbarung“ prima facie angreifbar erscheinen, da sich ein Verwender

⁷⁹ S. BGH 21.6.2016 – VI ZR 475/15, NJW-RR 2017, 501 Rn. 10 („Das Wesensmerkmal überraschender Klauseln liegt in dem ihnen innewohnenden Überrumpelungs- oder Übertölpelungseffekt“).

⁸⁰ BGH 17.3.1994 – IX ZR 102/93, NJW 1994, 1656 juris Rn. 24; HK-BGB/Schulte-Nölke, 12. Aufl. 2024, § 305c Rn. 3.

⁸¹ Ausführlich oben unter IV. 2.

gemäß § 309 Nr. 7 a) und b) BGB nicht formularmäßig von Schadensersatzansprüchen freizeichnen kann, die auf der Verletzung von Körper und Gesundheit oder auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Verwenders beruhen.

Tatsächlich findet eine Inhaltskontrolle der „Second-Hand-Vereinbarung“ allerdings überhaupt nicht statt und zwar deshalb nicht, weil es sich bei zutreffender Betrachtung um eine Abrede handelt, die gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB der Inhaltskontrolle entzogen ist. Trotz des teilweise missglückten Wortlauts⁸² des § 307 Abs. 3 S. 1 BGB besteht im Ergebnis Einigkeit darüber, dass Klauseln, die den Kernbereich der Privatautonomie betreffen, nach dieser Vorschrift kontrollfrei bleiben müssen.⁸³ Der Zweck der Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB besteht nämlich nicht darin, das zwischen den Parteien privatautonom ausgehandelte Synallagma gerichtlich auf seine Angemessenheit zu überprüfen. Die Inhaltskontrolle soll vielmehr die Privatautonomie schützen und die bei der Verwendung von AGB vorhandene einseitige vertragliche Gestaltungsmacht des Verwenders kompensieren.⁸⁴ Weil es für den Vertragspartner des Verwenders weder möglich noch zumutbar ist, stets mit voller Aufmerksamkeit das „Kleingedruckte“ zu studieren, kann er hinsichtlich der AGB typischerweise keine vollwertige privatautonome Entscheidung treffen und auf die Vertragsgestaltung dementsprechend auch nur sehr eingeschränkt Einfluss nehmen. Sofern die Vertragspartner aber vollwertige privatautonome Entscheidungen getroffen haben, bedarf es keines Schutzes der Privatautonomie.

Die völlig herrschende Meinung zieht hieraus den Schluss, dass sog. „Preishauptabreden“ und „Leistungsbeschreibungen“ gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB der Inhaltskontrolle entzogen sein müssen. Dabei sollen unter Preishauptabreden bzw. Leistungsbeschreibungen Klauseln fallen, die Art, Umfang und Güte der vertraglichen Hauptleistung und der hierfür zu bezahlenden Vergütung unmittelbar bestimmen, während eine (kontrollfähige) Preisnebenabrede vorliegen soll, wenn die Leistungspflicht des Verwenders lediglich eingeschränkt, verändert, ausgestaltet oder

⁸² Vgl. MüKoBGB/Wurmnest, 9. Aufl. 2022, § 307 Rn. 1; Staudinger/Wendland, 2019, § 307 Rn. 283; Fervers WuM 2022, 441 (443).

⁸³ BGH 20.4.2023 – I ZR 113/22, ZIP 2023, 1088 Rn. 13; MüKoBGB/Wurmnest, 9. Aufl. 2022, § 307 Rn. 1; Fervers WuM 2022, 441 (443).

⁸⁴ BGH 7.7.1976 – IV ZR 229/74, NJW 1976, 2345 juris Rn. 18; BGH 2.3.1978 – VII ZR 104/77, WM 1978, 723 juris Rn. 15 (jeweils zur Rechtslage vor Einführung des AGBG); BGH 20.1.2016 – VIII ZR 26/15, BGHZ 184, 259, NJW 2010, 1131 Rn. 12; BeckOGK-BGB/Lehmann-Richter, 1.9.2024, § 305 Rn. 8; Fervers/Gsell, Control of price related terms in Standard form contracts, in: German National Reports on the 20th International Congress of Comparative Law, S. 283 (285 f.); Fervers WuM 2022, 441 (442); ebenso die Gesetzesbegründung zu § 1 I 1 AGBG, BT-Drs. 7/3919, 15f.: „[...] In der hierin zum Ausdruck gebrachten Einseitigkeit der Auferlegung liegt der innere Grund und Ansatzpunkt für die rechtliche Sonderbehandlung von AGB gegenüber Individualabreden. AGB werden zwischen den Vertragspartnern nicht ausgehandelt, sondern von einer Vertragspartei fertig in den Vertrag eingebracht. Der andere Vertragsteil, der mit einer solchen Regelung konfrontiert wird, kann auf ihre Ausgestaltung gewöhnlich keinen Einfluss nehmen. Die Einseitigkeit der Auferlegung ist mithin das wesentliche Charakteristikum von AGB.“

modifiziert wird.⁸⁵ Dahinter steht die (zumindest im Ausgangspunkt zutrebende⁸⁶) Erwägung, dass die Parteien ihre Aufmerksamkeit typischerweise auf die Hauptleistungen richten und dementsprechend auch eine privatautonome Entscheidung treffen, dass diese privatautonome Entscheidung von der Rechtsordnung zu akzeptieren ist und dass es zudem hinsichtlich der Hauptleistungen idR auch kein dispositives Gesetzesrecht gibt, das gemäß § 306 Abs. 2 BGB an deren Stelle treten könnte.⁸⁷

Nach diesen Maßstäben liegt bei einer Vereinbarung über Second-Hand-Materialien zumindest dann eine kontrollfreie Preishauptabrede vor, wenn der Vertrag als solcher bezeichnet ist. Wird eine Ware oder ein Werk mit gebrauchten Materialien durch die Parteien zum Vertragsgegenstand erklärt, so wird mit dieser Abrede unmittelbar die Art der vertraglichen Hauptleistung bestimmt. Aus diesem Grunde ist aber auch entscheidend, dass die hier empfohlene Vertragsbezeichnung durch das Handwerksunternehmen tatsächlich erfolgt. Wenn nämlich die vertragliche Hauptleistung zunächst ohne Bezugnahme auf die Second-Hand-Materialien bestimmt wird, etwa durch eine Bezeichnung wie „Kaufvertrag über Schmuck“ oder „Vertrag über die Reparatur eines Kfz“, dann besteht die vertragliche geschuldete Hauptleistung auch ohne Rücksicht auf Second-Materialien und dann liegt eine die Hauptleistungspflicht modifizierende Preisnebenabrede vor, wenn in den Vertragsbedingungen dann doch bestimmt wird, dass gebrauchte Materialien zum Einsatz kommen bzw. gekommen sind. Ansprüche aufgrund von Defekten außerhalb des typischen Second-Hand-Risikos Hinsichtlich der möglichen Ansprüche aufgrund von Defekten außerhalb des typischen Second-Hand-Risikos lässt sich zumindest im

⁸⁵ BGH 15.11.2007 – III ZR 247/06, NJW 2008, 360 Rn. 18; BGH 24.3.2010 – VIII ZR 304/08, NJW 2010, 279 Rn. 25 f.; BGH 9.4.2014 – VIII ZR 404/12, BGHZ 200, 362, NJW 2014, 2269 Rn. 43 f.; BGH 5.10.2017 – III ZR 56/17, NJW 2018, 534 Rn. 15; BGH 23.8.2018 – III ZR 192/17, NJW 2019, 47 Rn. 14 1.; BGH 5.7.2019 – V ZR 278/17, WuM 2020, 29; BGH 20.4.2023 – I ZR 113/22, ZIP 2023, 1088 Rn. 13 (jeweils mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung); im Grundsatz zustimmend BeckOGK-BGB/Eckelt, 1.1.2024, § 307 Rn. 188 1., 192 1.; Erman/Looschelders, 17. Aufl. 2023, § 307 Rn. 42 1, 45 1.; Moes ZfPW 2021, 257 (259 f.); s. auch die weiteren Nachw. bei Fervers WuM 2022, 441 (444).

⁸⁶ Zwar wurde seitens des Verfassers bereits an anderer Stelle dargelegt, dass die von der herrschenden Meinung vorgenommene technisch-formale Unterscheidung zwischen Preishaupt- und Preisnebenabreden nicht überzeugen kann (Fervers, in: FS Börstinghaus, 2020, 89 1.; ders. WuM 2022, 441 [445 1.]). Richtigerweise ist § 307 Abs. 3 S. 1 BGB vielmehr entsprechend dem Schutzzweck der Inhaltskontrolle auszulegen und eine Klausel (erst) dann für kontrollfrei zu erklären, wenn sie durch eine vollwertige privatautonome Entscheidung des Vertragspartners zustande gekommen ist. Ein Unterschied zur Konzeption der herrschenden Meinung ergibt sich insbesondere in der (hier nicht vorliegenden) Konstellation, in der der Verwender Preishauptabreden oder Leistungsbeschreibungen gerade nicht so präsentiert, dass sie der Aufmerksamkeit des Vertragspartners nicht entgehen können, sondern sie stattdessen im Kleingedruckten versteckt. In diesem Fall liegt zwar eine Preishauptabrede oder eine Leistungsbeschreibung, aber eben keine vollwertige privatautonome Entscheidung des Vertragspartners vor.

Auch nach diesem Maßstab ist die „Second-Hand-Vereinbarung“ jedoch gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB kontrollfrei. Denn eine Vereinbarung, die als Vereinbarung über die Verwendung gebrauchter Materialien bezeichnet und auch im Vorfeld des Vertrags stets als solche bezeichnet worden ist, kann der Aufmerksamkeit des Vertragspartners nicht entgehen. Und wenn sich der Vertragspartner vollwertig privatautonome für die Verwendung von Second-Hand-Materialien entscheidet, ist diese Entscheidung von der Rechtsordnung zu respektieren.

⁸⁷ BGH 20.4.2023 – I ZR 113/22, ZIP 2023, 1088 Rn. 13; MüKoBGB/Wurmnest, 9. Aufl. 2022, § 307 Rn. 1.

Ergebnis eine an den Mangel anknüpfende Schadensersatzhaftung (a)) und eine Haftung wegen Aufklärungspflichtverletzung (b)) vermeiden. Nur teilweise vermeidbar sind dagegen die (sehr viel weniger einschneidenden) verschuldensunabhängigen Gewährleistungsansprüche des Vertragspartners (c)).

a) Mangelbedingte Schadensersatzhaftung

Eine mangelbedingte Schadensersatzhaftung lässt sich bei dieser Art von Defekten im Ergebnis abwenden. Das liegt zwar nicht daran, dass kein Sachmangel vorläge (aa)). Vermeiden lässt sich allerdings ein schuldhaftes Verhalten des Handwerksunternehmens (bb)). Und schließlich kann die Haftung für Schadensersatzansprüche durch entsprechende Vereinbarungen zumindest teilweise eingeschränkt werden (cc)).

aa) Das Vorliegen eines Sachmangels

Tatsächlich liegt auch bei Verwendung der vorgeschlagenen Vorgehensweise ein Sachmangel nach § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 a) bzw. § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB vor, wenn sich bei der Sache ein Defekt zeigt, der außerhalb des typischen Second-Hand-Risikos liegt. Wenn deshalb beispielsweise ein in ein Kfz eingebautes gebrauchtes Ersatzteil schon nach kurzer Zeit ausfällt, so begründet dies auch dann einen Sachmangel, wenn offensichtlich und transparent ein Vertrag über eine gebrauchte Sache geschlossen wurde.

Denn die Tatsache, dass es sich bei der Sache vereinbarungsgemäß um Second-Hand-Ware handelt, bedeutet nicht, dass der Käufer jegliche Mängelrisiken übernimmt. Vielmehr darf der Käufer in diesem Fall selbstverständlich das erwarten, was er nach § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 a) BGB immer erwarten darf, nämlich eine Beschaffenheit, die der verkehrsüblichen Beschaffenheit und den berechtigten Erwartungen des Rechtsverkehrs entspricht. Und bei einer gebrauchten Ware darf der Rechtsverkehr zwar nicht die Qualität einer neuwertigen Ware erwarten, sondern muss in Rechnung stellen, dass die Lebensdauer begrenzt ist und dass die Sache möglicherweise bereits Gebrauchsspuren und gebrauchsbedingte Nachteile aufweist. Dagegen muss der Rechtsverkehr und damit auch der Vertragspartner keineswegs damit rechnen, dass die Sache bereits nach kürzester Zeit nicht mehr benutzbar ist. Erwartet werden darf vielmehr – wenn keine anderweitigen Vereinbarungen bestehen⁸⁸ –, dass die Sache diejenigen Eigenschaften (und damit auch eine Lebensdauer) aufweist, die dem Durchschnitt aller gebrauchten Sachen dieser Art entsprechen. Im Einzelfall kann dieser Durchschnitt mangels empirischer Daten schwer zu bestimmen sein, sodass sich ein Gericht in einem möglichen Prozess mit der Anwendung des § 287 ZPO behelfen wird. Sicher ist aber, dass ein Sachmangel nicht mit der

⁸⁸ S. zur Aufnahme einer geringeren Lebensdauer in den Vertrag bereits oben unter V. 1. a).

Erwägung verneint werden kann, der Vertragspartner habe sich bewusst auf eine gebrauchte Sache eingelassen und müsse deshalb auch damit rechnen, „dass sie jederzeit kaputtgehen kann“.

Dass eine solche Erwägung unzutreffend ist, zeigt auch ein Vergleich mit der Anwendung von § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 a) und § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB bei neuwertigen Sachen. So muss beispielsweise der Käufer eines Fernsehers zwar selbstverständlich eher damit rechnen, dass das Gerät einen versteckten Mangel aufweist und deshalb plötzlich kaputt geht, als der Käufer eines Goldklumpens. Denn selbst bei hochwertigen elektronischen Geräten lassen sich aufgrund ihrer Komplexität versteckte technische Defekte bekanntlich niemals ausschließen, wohingegen derartige Defekte bei einem Goldklumpen nicht denkbar sind. Gleichwohl wird (zu Recht) von keiner Seite ernsthaft erwogen, im Falle eines unerwarteten Defekts das Vorliegen eines Mangels mit der Begründung zu verneinen, der Käufer habe sich auf ein elektronisches Gerät eingelassen und müsse deshalb auch mit plötzlich auftretenden Defekten rechnen. Denn auch wenn dieses Risiko bei technischen Geräten generell bestehen mag, so ist das tatsächliche Auftreten eines technischen Defekts eben doch nicht die Regel, sondern die Ausnahme. Der Käufer darf deshalb auch berechtigterweise erwarten, dass das erworbene Gerät keine versteckten Defekte aufweist.

Auch wenn somit bei gebrauchten Teilen das Risiko eines unerkannten Defekts höher sein mag als bei neuwertigen, entspricht es eben nicht der durchschnittlichen Erwartung und damit auch nicht der berechtigten Erwartung des Rechtsverkehrs, dass sie in kürzester Zeit bzw. zu einem Zeitpunkt kaputtgehen, der wesentlich vor dem Ablauf der durchschnittlichen Lebensdauer liegt. Sollte dies doch der Fall sein, so handelt es sich um einen gewöhnlichen Anwendungsfall von § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 a) bzw. § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB, sodass ein Sachmangel zu bejahen ist.⁸⁹

bb) Schuldhaftes Verhalten in Bezug auf den Mangel vermeidbar

(1) Bezugspunkt des Vertretenmüssens

Aus Sicht des Handwerksunternehmens vermeidbar ist allerdings ein schuldhaftes Verhalten im Hinblick auf den Mangel. Dabei ist zunächst darauf hinzuweisen, dass Vertretenmüssen im Rahmen von §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB und §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB an sich nicht schon dann vorliegt, wenn der Verkäufer bzw. Werkunternehmer Kenntnis vom Mangel hat

⁸⁹ Dazu, dass sich das Vorliegen eines Sachmangels auch durch eine besondere Abrede weit überwiegend nicht ausschließen lässt, s. unter V. 3. c).

bzw. hätte haben können und/oder den Vertragspartner schuldhaft nicht über den Mangel aufgeklärt hat (zur Aufklärungspflichtverletzung noch sogleich V. 3. b)). Vertretenmüssen iSv §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB und §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB liegt vielmehr (erst) dann vor, wenn der Verkäufer bzw. Werkunternehmer entweder den Eintritt des Mangels oder die Nichtbeseitigung bis zur Lieferung bzw. Herstellung zu vertreten hat.⁹⁰ Dass das Handwerksunternehmen den Eintritt des Mangels zu vertreten hat, dürfte nur in seltenen Fällen (etwa im Falle einer unsachgemäßen Lagerung) anzunehmen sein. Sehr viel häufiger wird fraglich sein, ob das Handwerksunternehmen den Mangel hätte beseitigen müssen, und für diese Frage kommt es zumindest teilweise als Vorfrage doch wieder darauf an, ob das Handwerksunternehmen von dem Mangel hätte wissen müssen; denn eine Beseitigungspflicht des Schuldners nur dann bestehen, wenn der Schuldner von dem Mangel Kenntnis hatte oder hätte haben müssen.⁹¹

(2) Reichweite der Erkundigungspflichten

Es kommt deshalb letztlich maßgeblich darauf an, wie weit man die Erkundigungspflichten des Handwerksunternehmens zieht. Entscheidend dürfte insoweit der mit den entsprechenden Erkundigungen verbundene Aufwand sein.⁹² So ist zwar einerseits zu verlangen, dass das Handwerksunternehmen die Herkunft der Teile nicht „unter den Tisch fallen lässt“, sondern sicherstellt, dass die Teile aus einer grundsätzlich vertrauenswürdigen Quelle (also beispielsweise von einem anderen vertrauenswürdigen Handwerksunternehmen) bezogen werden. Zu verlangen ist zudem – ähnlich wie beim Verkauf eines Gebrauchtwagens⁹³ – dass das Handwerksunternehmen eine „Sichtprüfung“ vornimmt und die Sache äußerlich in fachmännischer Art und Weise begutachtet. Auch wenn dies (beim Gebrauchtwagenkauf) von der Rechtsprechung zu-

⁹⁰ Zutreffend Gsell, in: FS Canaris, 2007, S. 337 (351 f.); BeckOK-BGB/Faust, 1.8.2024, § 437 Rn. 149, 90 1.; ähnlich Staudinger/Bach, 2023, § 437 Rn. 236 1.; wohl auch BeckOGK-BGB/Seichter, 1.7.2024, § 634 Rn. 309 („dass der Unternehmer den Mangel seiner Werkleistung zu vertreten hat“); anders offensichtlich BeckOK-BGB/Voit, 1.2.2024, § 636 Rn. 48, der unzutreffenderweise die mangelhafte Leistung mit Aufklärungspflichten vermischt.

⁹¹ S. Staudinger/Bach, 2023, § 437 Rn. 238.

⁹² Vgl. Gsell EWiR 2014, 147 (148) (zum Gebrauchtwagenkauf); tendenziell ebenso die Rechtsprechung, vgl. die nachfolgende Fn.

⁹³ Der BGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass den Verkäufer eines Gebrauchtwagens ohne Vorliegen besonderer Anhaltspunkte nicht die Obliegenheit trifft, das Fahrzeug auf Unfallschäden zu untersuchen (Senat, NJW 1981, 928; BGH 7.6.2006 – VIII ZR 209/05, BGHZ 168, 64 = NJW 2006, 2839 Rn. 15; BGH 19.6.2013 – VIII ZR 183/12, NJW 2014, 211 Rn. 24; ähnlich auch bereits BGH 21.1.1975 – VIII ZR 101/73, BGHZ 63, 382 = NJW 1975, 642 juris Rn. 40). Verpflichtet ist der Händler nach Auflassung des BGH lediglich zu einer fachmännischen äußeren Besichtigung, einer sog. „Sichtprüfung“ (BGH 19.6.2013 – VIII ZR 183/12, NJW 2014, 211 Rn. 24). Wenn eine solche Sichtprüfung aber keine Anhaltspunkte für einen Vorschaden liefert, muss sich der Gebrauchtwagenhändler auch nicht über die Reparaturhistorie des Fahrzeugs informieren (BGH 19.6.2013 – VIII ZR 183/12, NJW 2014, 211 Rn. 25).

mindest nicht explizit gefordert wird, sind darüber hinaus auch solche Erkundigungen einzuholen, die praktisch kaum oder keinen Aufwand verursachen.⁹⁴ Liefert eine dieser ersten Erkundigungen Anhaltspunkte für Mängel, so hat das Handwerksunternehmen diesen Anhaltspunkten nachzugehen und weitere Erkundigungen einzuholen. Verfügt deshalb beispielsweise die Person, die das gebrauchte Teil an das Handwerksunternehmen verkauft hat, über weitere Informationen darüber, so sind diese Informationen einzuholen. Insgesamt ist von einer Erkundigungspflicht umso eher auszugehen, je geringer der damit verbundene Aufwand ist und je größer und folgenschwerer die potenziellen Risiken sind.

Andererseits ist ohne das Vorliegen weiterer Anhaltspunkte nicht erforderlich, dass die gesamte (Reparatur-)Historie des gebrauchten Teils zurückverfolgt wird.⁹⁵ Ebenfalls nicht erforderlich ist eine Objektprüfung, die über eine bloße Sichtprüfung hinausgeht. Und bei der Beantwortung der Frage, ob und welcher Erkundigungsaufwand erforderlich ist, ist zu berücksichtigen, dass es sich bei Verwendung der Second-Hand-Ware explizit um eine kostengünstige Lösung handeln soll. Wenn der Vertragspartner explizit eine kostengünstige Lösung wünscht, muss ihm bewusst sein, dass aufwendige und kostspielige Untersuchungsmaßnahmen nicht standardmäßig stattfinden können.

(3) Beweislast und Dokumentation

Hinzuweisen ist darauf, dass das Handwerksunternehmen als Verkäufer bzw. Hersteller nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB die Beweislast für das fehlende Vertretenmüssen trägt. Zu empfehlen ist deshalb zum einen, die Lagerung der betreffenden Teile zu dokumentieren, um den Beweis für die fehlende Verursachung antreten zu können. Zum anderen sollte dokumentiert werden, welche Informationen über die Herkunft und den Zustand der Sache eingeholt wurden, dass eine Sichtprüfung vorgenommen wurde und zu welchem Ergebnis diese Sichtprüfung geführt hat.

cc) Einschränkung der Schadensersatzhaftung durch Vereinbarung

Zwar lässt sich durch eine vertragliche Vereinbarung nicht das allgemeine Mängelrisiko auf den Vertragspartner abwälzen und auf diese Weise verhindern, dass überhaupt ein Sachmangel vorliegt.⁹⁶ Möglich ist aber nach allgemeinen Grundsätzen eine Beschränkung der Schadensersatzhaftung in den Grenzen der §§ 307 ff. BGB, insbesondere in den Grenzen des § 309 Nr. 7 a) und b) BGB. Aus diesem Grunde wurde hier vorgeschlagen, in den Vertrag eine Klausel aufzunehmen, wonach dem Vertragspartner keine Schadensersatzansprüche zustehen, die nicht

⁹⁴ Vgl. Gsell EWiR 2014, 147 (148).

⁹⁵ Zur entsprechenden Rechtsprechung beim Gebrauchtwagenkauf s. Fn. 93.

⁹⁶ Hierzu noch V. 3. c).

aus der Verletzung des Körpers, des Lebens oder der Gesundheit resultieren oder auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Verwenders beruhen.⁹⁷

Ein solche Haftungsbeschränkung ist einerseits nicht nur im B2B-Verhältnis, sondern auch beim Verbrauchsgüterkauf wirksam. Denn § 476 Abs. 1 S. 1 BGB gilt nach der ausdrücklichen Anordnung des § 476 Abs. 3 BGB nicht für die Beschränkung von Schadensersatzansprüchen, sodass auch bei der Haftungsbeschränkung für Schadensersatzansprüche beim Verbrauchsgüterkauf lediglich eine Kontrolle anhand der §§ 307 ff. BGB erfolgt. Zwar soll nicht verschwiegen werden, dass eine solche Haftungsbeschränkung trotz des fehlenden Verstoßes gegen § 309 Nr. 7 a) und b) BGB auch gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam sein kann⁹⁸ und aus meiner Sicht sprechen zumindest im B2C-Verhältnis gute Gründe für eine solche Unwirksamkeit. Die hM geht indes (zumindest stillschweigend) davon aus, dass ein Haftungsausschluss in den Grenzen des § 309 Nr. 7 a) und b) BGB zulässig ist,⁹⁹ sofern nicht besondere Gesichtspunkte eine abweichende Beurteilung gebieten.¹⁰⁰

Andererseits sind jedenfalls die Grenzen von § 309 Nr. 7 a) und b) BGB zwingend einzuhalten und zwar auch bei der Verwendung von AGB gegenüber Unternehmern. Zwar gilt § 309 BGB gemäß § 310 Abs. 1 S. 1 BGB nicht unmittelbar bei AGB gegenüber Unternehmern; anwendbar ist allerdings § 307 BGB und nach ständiger Rechtsprechung entfaltet § 309 BGB im Rahmen des § 307 BGB Indizwirkung: Wenn eine Klausel gegen ein Wertungsverbot aus § 309 BGB verstößt, so ist sie im Zweifel auch gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam, sofern sich nicht wegen der besonderen Bedürfnisse und Gepflogenheiten des unternehmerischen Geschäftsverkehrs ausnahmsweise als angemessen anzusehen ist.¹⁰¹ Und die ganz hM nimmt zu Recht an, dass ein Ausschluss der Schadensersatzhaftung bei Körperschäden und bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr nicht ausnahmsweise gerechtfertigt ist.¹⁰²

⁹⁷ So oben unter V. 1. c).

⁹⁸ So hat der BGH (BGH 30.11.2004 – X ZR 133/03, NJW 2005, 422 juris Rn. 18 1.) beispielsweise entschieden, dass der Betreiber einer Autowaschanlage gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB auch nicht seine Haftung für leichte Fahrlässigkeit ausschließen darf, da der Betreiber derjenige ist, der durch Wartung, Kontrolle und Überwachung der Anlage und durch sorgfältige Auswahl des Bedienungspersonals das Risiko beherrschen kann, während dem Kunden eine Einflussnahme regelmäßig verwehrt ist.

⁹⁹ S. beispielsweise die Formulierung bei MüKoBGB/Lorenz, 9. Aufl. 2024, § 476 Rn. 63.

¹⁰⁰ S. Fn. 98.

¹⁰¹ BGH 8.3.1984 – VII ZR 349/82, BGHZ 90, 273 = NJW 1984, 1750 juris Rn. 27 mwN zur Literatur; BGH 3.3.1988 – X ZR 54/86, BGHZ 103, 316 = NJW 1988, 1785 juris Rn. 42 (jeweils noch zu § 9 AGBG a.F.); BGH 19.9.2007 – VIII ZR 141/06, BGHZ 174, 1 = NJW 2007, 3774 Rn. 12; BGH 19.6.2013 – VIII ZR 183/12, NJW 2014, 211 Rn. 30; BGH 4.2.2015 – VIII ZR 26/14, NJW-RR 2015, 738 Rn. 16.

¹⁰² BGH 19.9.2007 – VIII ZR 141/06, BGHZ 174, 1 = NJW 2007, 3774 Rn. 13 1.; BGH 19.6.2013 – VIII ZR 183/12, NJW 2014, 211 Rn. 30; BGH 4.2.2015 – VIII ZR 26/14, NJW-RR 2015, 738 Rn. 16.

b) Schadensersatzanspruch wegen Aufklärungspflichtverletzung

Auch dann, wenn kein Verschulden hinsichtlich der mangelhaften Leistung vorliegt, kommt gleichwohl eine Haftung wegen einer Aufklärungspflichtverletzung nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB: Wenn ein Vertragspartner sein Auto von einem Handwerksunternehmen mit einem gebrauchten Ersatzteil reparieren lässt und wenn dieses Ersatzteil im Anschluss plötzlich wider Erwarten kaputt geht, so mag zwar (sofern die Sorgfaltsanforderungen eingehalten wurden) kein Verschulden des Handwerksunternehmens im Hinblick auf die mangelhafte Leistung vorliegen. Gleichwohl könnte sich der Vertragspartner auf den Standpunkt stellen, dass das Handwerksunternehmen ihn auf das aus der Verwendung von gebrauchten Teilen resultierende gesteigerte Risiko hätte hinweisen müssen.

aa) Allgemeine Maßstäbe

Zwar ist die Frage, wann in einem vorvertraglichen Schuldverhältnis Aufklärungspflichten bestehen, im Einzelnen sehr umstritten¹⁰³ und eine Aufklärungspflicht besteht im Vertragsrecht keineswegs allgemein. Grundsätzlich ist es vielmehr Sache einer jeden Vertragspartei, ihre Interessen selbst wahrzunehmen und sich die erforderlichen Informationen zu verschaffen.¹⁰⁴ Die Rechtsprechung geht allerdings von einer Aufklärungspflicht aus, wenn Tatsachen vorliegen, die für den anderen Teil offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung sind und deren Mitteilung er nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung erwarten darf.¹⁰⁵ Darüber hinaus wird zu Recht vom Vorliegen einer Aufklärungspflicht ausgegangen, wenn zwischen den Parteien ein Wissensgefälle besteht; denn bei Vorliegen eines Wissensgefälles hat die informationsbedürftige Partei aufgrund fehlender Anhaltspunkte oder aufgrund von Unerfahrenheit häufig keine aussichtsreiche Möglichkeit, sich über die betreffende Tatsache durch Recherche oder Rückfrage selbst zu informieren.¹⁰⁶

bb) Aufklärungspflichten von Handwerksunternehmen

In Anwendung dieses Maßstabs ist das Handwerksunternehmen im Hinblick auf die Second-Hand-Ware zwar nicht zur Aufklärung über Nachteile verpflichtet, die als allgemein bekannt

¹⁰³ Monografisch zur Thematik beispielsweise Rehm, Aufklärungspflichten im Vertragsrecht, 2003; Heese, Beratungspflichten, 2015.

¹⁰⁴ BGH 13.7.1983 – VIII ZR 142/82, NJW 1983, 2493 juris Rn. 16; BGH 9.10.1990 – XI ZR 200/89, NJW-RR 1991, 170 juris Rn. 11; BGH 11.8.2010 – XII ZR 192/08, NJW 2010, 3362 Rn. 21; BGH 15.7.2011 – V ZR 171/10, BGHZ 190, 272 Rn. 7; BGH 14.9.2017 – VII ZR 307/16, NJW 2017, 3586 Rn. 14; BGH 15.9.2023 – V ZR 77/22, BGHZ 238, 179 = NJW 2023, 3423 Rn. 24; Staudinger/Singer/von Finckenstein, 2021, § 123 Rn. 10; Korch ZIP 2024, 657 (658).

¹⁰⁵ BGH 13.7.1983 – VIII ZR 142/82, NJW 1983, 2493 juris Rn. 16; BGH 28.4.2004 – XII ZR 21/02, NJW 2004, 2674 juris Rn. 21; BGH 14.9.2017 – VII ZR 307/16, NJW 2017, 3586 Rn. 14; BGH 15.9.2023 – V ZR 77/22, BGHZ 238, 179 = NJW 2023, 3423 Rn. 24.

¹⁰⁶ Gsell DWW 2010, 122 (123); Wietz WuM 2016, 323 (326); Schmidt-Futterer/Fervers, 16. Aufl. 2024, Vor § 535 Rn. 77; Kumkar JuS 2024, 1001 (1003).

angesehen werden können. So besteht keine gesonderte Aufklärungspflicht darüber, dass von einem gebrauchten Teil eine geringere Lebensdauer zu erwarten ist als von einem neuwertigen und dass ein gebrauchtes Teil nicht frei von Abnutzungen und Gebrauchsspuren ist. Sehr wohl aufklären muss das Handwerksunternehmen allerdings über Tatsachen, mit denen der Vertragspartner nicht ohne Weiteres rechnet, die aber dem Handwerksunternehmen aufgrund seiner Expertise und Erfahrung bekannt sind. Besteht deshalb etwa beim Einbau eines gebrauchten Teils in einen Motor das Risiko, dass der Motor aufgrund von gebrauchsbedingten Nachteilen der Sache einen Motorschaden erleiden kann, so muss zumindest gegenüber einem Verbraucher über diesen Umstand aufgeklärt werden; denn bei einem Verbraucher ist nicht davon auszugehen, dass ihm das komplexe Zusammenwirken der einzelnen Kfz-Teile bekannt ist. Gleiches gilt etwa dann, wenn ein Handwerksunternehmen im Auftrag eines Verbrauchers in einem Altbau gebrauchte Teile einbaut, wenn diese gebrauchten Teile mit der eingebauten Haustechnik (teilweise) inkompatibel sind oder wenn gebrauchsbedingte Abnutzungen der Second-Hand-Teile sogar Nachteile wie Schimmelbildung nach sich ziehen können.

Gegenüber einem Unternehmer wird eine Aufklärungspflicht zwar nicht ganz so häufig bestehen, da das Wissensgefälle in dieser Konstellation typischerweise nicht gleichermaßen ausgeprägt ist. So ist der Inhaber eines landwirtschaftlichen Betriebs eher mit Funktion und Aufbau landwirtschaftlicher Maschinen vertraut als ein Verbraucher mit der Funktionsweise eines Kraftfahrzeugs. Gleichwohl kann ein Informationsgefälle aber selbstverständlich auch gegenüber einem Unternehmer bestehen. Bringt beispielsweise ein Fotograf sein (ausschließlich beruflich genutztes) Fahrzeug in die Kfz-Werkstatt zur Reparatur, so ist das Wissensgefälle ähnlich groß wie gegenüber einem Verbraucher, sodass ebenfalls vom Bestehen einer Aufklärungspflicht auszugehen ist.

cc) Erfüllung der Aufklärungspflichten und Dokumentation

Liegen Umstände vor, über die das Handwerksunternehmen aufklären muss, so sollte zum einen die Aufklärung mit größtmöglicher Transparenz erfolgen. Das betreffende Risiko bzw. der betreffende Umstand ist möglichst präzise und in einer für den Vertragspartner verständlichen Art und Weise zu bezeichnen. Der Vertragspartner ist hierauf gesondert hinzuweisen und die Aufklärung sollte nicht als „Klausel im Kleingedruckten“, sondern mittels eines gesonderten Formulars erfolgen. Zum anderen ist die Dokumentation dieser Aufklärungsverpflichtung durch eine Unterschrift des Vertragspartners unter die Aufklärung sicherzustellen.¹⁰⁷

¹⁰⁷ S. oben V. 1. b).

c) Verschuldensunabhängige Gewährleistungsansprüche des Vertragspartners

Da bei Defekten außerhalb des typischen Second-Hand-Risikos ein Sachmangel vorliegt,¹⁰⁸ ist das Handwerksunternehmen dagegen nach wie vor den (weit weniger einschneidenden) verschuldensunabhängigen Gewährleistungsansprüchen des Vertragspartners ausgesetzt.¹⁰⁹

Zwar mag angesichts dieses Befunds die Erwägung nahelegen, ob dem Vertragspartner auch dieses Mängelrisiko durch eine vertragliche Vereinbarung aufgebürdet werden kann, nach der keine verschuldensunabhängigen Gewährleistungsrechte für versteckte Mängel bestehen sollen. Im B2C-Verhältnis wäre eine entsprechende Vereinbarung jedoch vollumfänglich unwirksam (aa)); und auch im B2B-Verhältnis ist sie nur sehr eingeschränkt möglich (bb)).

aa) Unwirksamkeit abweichender Abreden im B2C-Verhältnis

(1) Verbrauchsgüterkauf

Liegt ein Verbrauchsgüterkauf iSv §§ 474 ff. BGB oder finden die Vorschriften über § 650 S. 1 BGB Anwendung, so ist eine solche im Vertrag enthaltene Vereinbarung gemäß § 476 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam. Wird durch die Vereinbarung explizit das Mängelrisiko auf den Verbraucher übertragen (zB „Der Vertragspartner trägt auch das Risiko von Mängeln, die den Parteien nicht bekannt sind“), so liegt unproblematisch ein Verstoß gegen § 476 Abs. 1 S. 1 BGB vor. Denn die Überwälzung des Risikos für versteckte Mängel ist nichts anderes als Ausschluss der dem Verbraucher nach den §§ 433 f., 437 ff. BGB zustehenden Mängelrechte. Doch auch eine Formulierung, die nicht explizit das Mängelrisiko überwälzt, sondern lediglich die Sache in entsprechender Weise bezeichnet („unbrauchbar“, „kann jederzeit kaputtgehen“) ist unwirksam und zwar deshalb, weil es sich dabei nach den oben dargestellten Grundsätzen um ein Umgehungsgeschäft nach § 476 Abs. 4 BGB handelt. Die Konstellation ist insoweit identisch mit derjenigen, in dem sich die Parteien tatsächlich auf den Verkauf eines funktionsfähigen Gebrauchtwagens zu einem verkehrüblichen Preis geeinigt haben, der dann aber vom Verkäufer in den Verkaufsbedingungen als „Bastlerfahrzeug“ bezeichnet wird¹¹⁰: Wenn die Parteien einen Vertrag über Second-Hand-Teile geschlossen haben und wenn die Gesamtumstände des Vertrags, insbesondere der vereinbarte Preis, belegen, dass die Parteien sich objektiv auf eine durchschnittliche (oder bessere) Beschaffenheit geeinigt haben, dann stellt eine Klausel, die die Sache als „unbrauchbar“ oder dergleichen bezeichnet, funktional einen Gewährleistungsausschluss dar, mit dem in der Sache entgegen der Wertung des § 476 Abs. 1 S. 1 BGB das Risiko versteckter Mängel auf den Verbraucher abgewälzt wird. Etwas anderes gilt zwar dann, wenn

¹⁰⁸ Hierzu ausführlich V. 3. a) aa).

¹⁰⁹ Zum Umfang dieser Haftung oben unter III. b).

¹¹⁰ Hierzu näher unter V. 2. b) bb).

der Vertrag bereits so bezeichnet ist, dass die Umstände gar nicht erst ergeben, dass eine Vereinbarung über eine durchschnittliche (oder bessere) Sache gewollt ist. Ist der Vertrag beispielsweise transparent als „Kaufvertrag über Schmuck mit unbrauchbaren Teilen“ bezeichnet, so liegt ein Vertrag über unbrauchbare Teile vor, bei denen der Vertragspartner auch keine weitere Lebensdauer mehr erwarten darf. Und eine solche Vereinbarung ist nach den zuvor herausgearbeiteten Grundsätzen auch nicht nach § 476 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam, da von vornherein nur unbrauchbare Teile geschuldet sind.¹¹¹ Der entscheidende Unterschied besteht hier darin, dass eben nicht potenzielle und versteckte Risiken einer durchschnittlichen Sache auf den Verbraucher abgewälzt werden, sondern dass der Verbraucher in diesem Fall von vornherein privatautonom eine wertlose Sache erwirbt. Allerdings dürfte der Abschluss derartiger Verträge sicherlich die absolute Ausnahme sein. Abgesehen davon, dass sich ein Verbraucher kaum auf den Abschluss einer solchen Vereinbarung einlassen wird, ist sie auch für Handwerksunternehmen nicht attraktiv, da sich mit einem solchen Verkauf ein lohnenswerter Erlös nicht erzielen ließe.

(2) Werkvertrag

Im Ergebnis gelten die dargestellten Grundsätze auch beim Werkvertrag. Liegt ein Verbraucherbauvertrag iSv § 650i BGB vor, ist eine Abweichung nach den gleichen Grundsätzen wie bei § 476 Abs. 1 S. 1 BGB gemäß § 650o BGB nicht möglich. Zwar existiert außerhalb des Verbraucherbauvertrags beim Werkvertrag – mangels europarechtlichen Einflusses – keine § 476 Abs. 1 S. 1 BGB entsprechende Vorschrift. Zumindest im B2C-Verhältnis ist die Vereinbarung jedoch nach den §§ 307 ff. BGB unwirksam. Ein Ausschluss der Mängelrechte ist bereits nach § 309 Nr. 8 aa) BGB und eine Beschränkung auf die Nacherfüllung bereits nach § 309 Nr. 8 bb) unwirksam. Schließt das Handwerksunternehmen nicht ausdrücklich die Gewährleistung auf, sondern wählt es eine entsprechende Sachbezeichnung, so liegt auch hier – ebenso wie zuvor nach § 476 Abs. 4 BGB – ein Umgehungsgeschäft iSv § 306a BGB vor. Darüber hinaus dürfte auch eine unzulässige Abweichung vom gesetzlichen Leitbild der §§ 634 ff. BGB nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB oder zumindest eine unangemessene Benachteiligung des Verbrauchers nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB vorliegen, wenn dem Verbraucher das Risiko für versteckte Mängel durch eine im Vertrag enthaltene Formularbestimmung aufgebürdet wird.

¹¹¹ S. oben unter V. 2. c).

bb) Eingeschränkte Möglichkeit im B2B-Verhältnis

(1) Kaufvertrag

Liegt ein Kaufvertrag (oder ein Werklieferungsvertrag nach § 650 BGB) vor, so ist es im B2B-Verhältnis in deutlich weiterreichendem Maße als im B2C-Verhältnis möglich, die verschuldensunabhängige Gewährleistung einzuschränken. Insbesondere findet (der Rechtsgedanke des) § 309 Nr. 8 b) BGB keine Anwendung, da diese Vorschrift einen Vertrag über die Lieferung neu hergestellter Sachen voraussetzt. Dass Einschränkungen der Gewährleistung in diesem Verhältnis prinzipiell zulässig sind, ergibt sich im Umkehrschluss aus § 444 BGB.¹¹² Bei einem Kaufvertrag im B2B-Verhältnis ist es deshalb möglich, die verschuldensunabhängigen Gewährleistungsrechte des Vertragspartners (Nacherfüllung, Minderung und Rücktritt) für Mängel der gebrauchten Teile auszuschließen.¹¹³

(2) Werkvertrag

Liegt dagegen ein Werkvertrag vor, so sind auch im B2B-Verhältnis die Möglichkeiten zur Einschränkung der verschuldensunabhängigen Gewährleistungsrechte beschränkt. Auf Werkleistungen findet nämlich – anders als beim Kaufvertrag über gebrauchte Sachen – § 309 Nr. 8 b) BGB Anwendung. Zwar gilt § 309 BGB gemäß § 310 Abs. 1 S. 1 BGB nicht unmittelbar bei AGB gegenüber Unternehmern, er entfaltet aber nach ständiger Rechtsprechung Indizwirkung für die Prüfung der Unwirksamkeit nach § 307 BGB,¹¹⁴ wovon speziell für § 309 Nr. 8 b) sogar der Gesetzgeber explizit ausgegangen ist.¹¹⁵ Und in Anwendung dieses Maßstabs geht die hM davon aus, dass auch gegenüber Unternehmern nicht die Mängelrechte insgesamt ausgeschlossen werden dürfen (§ 309 Nr. 8 b) aa) BGB),¹¹⁶ dass die Gewährleistungsrechte nicht unter Ausschluss von Minderung und Rücktritt auf die Nacherfüllung beschränkt werden dürfen (§ 309 Nr. 8 b) bb) BGB)¹¹⁷ und dass sich der Verwender auch nicht von der Last der Nacherfüllungsaufwendungen freizeichnen darf (§ 309 Nr. 8 b) cc) BGB)¹¹⁸. Und da es sich bei einer Vereinbarung, die dazu führt, dass der Vertragspartner das Risiko versteckter Mängel trägt, in der Sache um einen Gewährleistungsausschluss handelt,¹¹⁹ lässt sich ein solcher auch im B2B-

¹¹² BeckOK-BGB/Faust, 1.8.2024, § 444 Rn. 4.

¹¹³ S. BeckOK-BGB/Faust, 1.8.2024, § 444 Rn. 4; Staudinger/Matusche-Beckmann, 2023, § 444 Rn. 16.

¹¹⁴ S. oben V. 3. a) cc).

¹¹⁵ S. BT-Drs. 14/6040, 158 linke Spalte.

¹¹⁶ BGH 12.1.1994 – VIII ZR 165/92, BGHZ 124, 351 = NJW 1994, 1060 juris Rn. 76 (noch zu § 11 Nr. 10 a) AGBG a.F.); MüKoBGB/Wurmnest, 9. Aufl. 2022, § 309 Nr. 8 Rn. 33.

¹¹⁷ MüKoBGB/Wurmnest, 9. Aufl. 2022, § 309 Nr. 8 Rn. 51.

¹¹⁸ BGH 9.4.1981 – VII ZR 194/80, NJW 1981, 1510 juris Rn. 15 1. (noch zu § 11 Nr. 10 c) AGBG a.F.); MüKoBGB/Wurmnest, 9. Aufl. 2022, § 309 Nr. 8 Rn. 61.

¹¹⁹ S. oben unter V. 2. b) bb).

Verhältnis zumindest hinsichtlich der verschuldensunabhängigen Gewährleistungsrechte nicht wirksam im Vertrag unterbringen.¹²⁰

VI. Zusammenfassung

1. Die Verwendung von Second-Hand-Materialien ist nicht nur in zahlreichen Konstellationen für Handwerksunternehmen sinnvoll, sondern liegt darüber hinaus auch häufig im Interesse der Kunden sowie im öffentlichen Interesse. Zugleich gehen mit der Verwendung gebrauchter Materialien allerdings auch Risiken und damit auch Haftungsrisiken einher, die, wenn sie nicht vermieden werden können, die Verwendung dieser Materialien aus Sicht der Handwerksunternehmen wirtschaftlich unmöglich machen.

2. Praktisch niemals zu empfehlen ist der Einsatz gebrauchter Materialien ohne eine ausreichend transparente Vereinbarung mit dem Vertragspartner. In der weit überwiegenden Anzahl der Fälle führt dies nicht nur zu einer umfassenden gewährleistungsrechtlichen und deliktischen Haftung der Handwerksunternehmen, sondern darüber hinaus sogar zu strafrechtlichen Konsequenzen.

3. Auch die Offenlegung der Verwendung gebrauchter Materialien führt nicht per se dazu, dass keine Haftungsrisiken mehr bestehen. Vielmehr muss die Offenlegung in einer Weise erfolgen, die die folgenden Haftungsrisiken vermeidet bzw. minimiert: Erstens muss verhindert werden, dass der Vertragspartner Gewährleistungsansprüche allein deshalb geltend macht, weil es sich um eine gebrauchte Sache handelt bzw. weil die Sache gebrauchtsbedingte Nachteile aufweist. Zweitens besteht das Risiko, dass der Vertragspartner Ansprüche wegen Defekten geltend macht, die außerhalb des typischen Second-Hand-Risikos liegen (zB weil die Sache unerwarteterweise schlecht behandelt wurde und deshalb plötzlich nicht mehr funktioniert). Und drittens besteht das Risiko einer Inanspruchnahme wegen einer Aufklärungspflichtverletzung.

4. Gewährleistungsansprüche aufgrund des typischen Second-Hand-Risikos lassen sich dadurch vermeiden, dass die Verwendung gebrauchter Teile nicht lediglich in einer vertraglichen Klausel erwähnt, sondern bereits in die Vertragsbezeichnung aufgenommen und bereits im Stadium der Vertragsverhandlungen transparent gemacht wird.

5. Wird der Einsatz gebrauchter Teile in die Vertragsbezeichnung aufgenommen, kann der Vertragspartner Mängelrechte aufgrund der Second-Hand-Eigenschaft nicht mehr geltend machen.

¹²⁰ Zu Schadensersatzansprüchen s. oben unter V. 3. a).

In diesem Fall liegt auch kein Verstoß gegen § 476 Abs. 1 S. 1 BGB, kein Verstoß gegen § 476 Abs. 1 S. 2 BGB und auch kein Umgehungsgeschäft nach § 476 Abs. 4 BGB vor. Eine überraschende Klausel nach § 305c Abs. 1 BGB liegt ebenfalls nicht vor und ein Verstoß gegen die §§ 307 ff. BGB kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil eine nach § 307 Abs. 3 BGB kontrollfreie Klausel vorliegt.

6. Macht der Vertragspartner dagegen Ansprüche aufgrund von Defekten geltend, die außerhalb des typischen Second-Hand-Risikos liegen, so liegt auch bei transparenter Vertragsbezeichnung ein Sachmangel vor. Denn auch bei einer Zustimmung des Vertragspartners zum Einsatz gebrauchter Teile darf dieser erwarten, dass die Sache den berechtigten Erwartungen des Rechtsverkehrs und damit denjenigen Anforderungen spricht, die bei durchschnittlichen gebrauchten Teilen üblich sind.

7. Gleichwohl vermeidbar sind die (einschneidenden) Schadensersatzansprüche des Vertragspartners. Denn diese Ansprüche setzen voraus, dass das Handwerksunternehmen die mangelhafte Leistung zu vertreten hat, was wiederum nur bejaht werden kann, wenn das Handwerksunternehmen den Mangel verursacht oder ihn nicht beseitigt hat, obwohl es ihn hätte kennen müssen. Zu verlangen ist von dem Handwerksunternehmen insoweit zwar eine Kontrolle der Bezugsquelle, eine Sichtprüfung der Second-Hand-Teile und die Einholung weiterer Informationen, sofern die Einholung mit nur geringem Aufwand verbunden ist. Die Anforderungen dürfen jedoch umgekehrt nicht überspannt werden und gehen insbesondere nicht so weit, dass sich das Handwerksunternehmen ohne besondere Anhaltspunkte über die (Reparatur-)Historie der Teile informieren müsste. Ergänzend lassen sich Schadensersatzansprüche selbst beim Verbrauchsgüterkauf durch eine entsprechende formularmäßige Vereinbarung zumindest einschränken.

8. Aufklärungspflichten des Handwerksunternehmens bestehen zwar hinsichtlich solcher Risiken, mit denen der Vertragspartner nicht ohne Weiteres rechnet und die dem Handwerksunternehmen aufgrund seiner überlegenen Erfahrung bekannt sind. Das Handwerksunternehmen kann dieser Aufklärungspflicht aber genügen, wenn es mithilfe eines gesonderten Formulars transparent über diese besonderen Risiken aufklärt.

9. Überwiegend unvermeidbar sind demgegenüber verschuldensunabhängige Gewährleistungsansprüche des Vertragspartners aufgrund von Defekten außerhalb des typischen Second-Hand-Risikos. Denn diese Ansprüche bestehen schon aufgrund des (bestehenden) Sachmangels. Eine vertragliche Vereinbarung, wonach der Vertragspartner das Risiko unerwarteter Mängel tragen

soll, ist im B2C-Verhältnis unwirksam und selbst im B2B-Verhältnis nur eingeschränkt möglich.