

unterschiedlichen Publizitätsbedarf. Stehen Leistung und Gegenleistung bei einer Sponsoring-Vereinbarung zwischen einer Partei und einem Unternehmen in erheblicher Diskrepanz, liegt im Hinblick auf den „überschießenden“ Leistungsanteil eine verkappte Spende vor, die parteirechtlich als solche zu behandeln ist.

– Politische Gespräche mit Regierungsmitgliedern sind untaugliche Gegenleistungen im Rahmen einer Sponsoring-Vereinbarung. Für solche Gespräche erzielte Einnahmen stellen eine nach dem Parteiengesetz verbotene Spende dar. Davon unberührt bleibt der in der Öffentlichkeit stattfindende Smalltalk als Geste des Dankeschöns beim Sponsor.

– Für Körperschaften des öffentlichen Rechts sowie Fraktionen und Gruppen in Parlamenten und Kommunalvertretungen begründet das Grundgesetz selbst unmittelbar ein Verbot, Parteiveranstaltungen als Sponsoren zu unter-

stützen, wenn die begünstigte Partei an der staatlichen Teilfinanzierung nach dem Parteiengesetz teilnimmt.

Man sieht: Nicht jede Skandalisierung löst in der Sache gleich den Bedarf nach gesetzgeberischem Aktivismus aus. Die Rechtspolitik wäre deshalb gut beraten, in Fragen des Rechts der Parteienfinanzierung zu einer rationalitätssichernden und die rechtssystemimmanenten Kapazitäten für Anpassungsleistungen schützenden Entschleunigung beizutragen. Denn sonst könnte auf Dauer das Vertrauen in die Gewissenhaftigkeit des Gesetzgebers, also der im Bundestag vertretenen Parteien, bei im Parteienrecht unvermeidlichen „Entscheidungen in eigener Sache“⁵⁷ notleiden – und damit die Demokratie insgesamt Schaden nehmen.

57 Zum Topos *Streit*, Entscheidungen in eigener Sache, 2006.

Dr. Ulrich G. Schroeter, Freiburg*

Untersuchungspflicht und Vertretenmüssen des Händlers bei der Lieferung sachmangelhafter Ware

Schadensersatzansprüche des Käufers scheitern nach herrschender Ansicht immer dann an dem fehlenden Vertretenmüssen des Verkäufers, wenn ein produktionsbedingter Sachmangel vorliegt, der Verkäufer jedoch ein bloßer Händler (und nicht der Hersteller der Ware) ist. Der Beitrag begründet, warum dieser pauschale Ansatz seit der Schuldrechtsreform nicht länger haltbar ist, und schlägt eine differenzierte Lösung vor.

I. Die Schadensersatzpflicht des Verkäufers

Unter den Rechtsbehelfen, die das modernisierte Schuldrecht dem Käufer bei der Lieferung mit Sachmängeln behafteter Kaufgegenstände zur Verfügung stellt, führt der Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 437 Nr. 3 i. V. mit §§ 280, 281, 283 und 311a BGB im Ergebnis zum umfangreichsten Nachteilsausgleich. Da sich die Schadensersatzhaftung aber zugleich als für den Verkäufer besonders belastend darstellen kann, hat der Gesetzgeber sie von einer zusätzlichen Voraussetzung abhängig gemacht, die den übrigen Käuferrechtsbehelfen (Nacherfüllung, Rücktritt sowie Minderung¹) unbekannt ist: Der Verkäufer muss die Mangelhaftigkeit der gelieferten Sache zu vertreten haben (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB).²

Zu vertreten hat der Verkäufer nach der allgemeinen Regel des § 276 Abs. 1 BGB grundsätzlich Vorsatz und Fahrlässigkeit. Was dies im Einzelnen heißt, lässt sich für die Sachmängelhaftung nicht pauschal sagen, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, darunter vor allem dem betroffenen Kaufgegenstand und der Person des Ver-

käufers. Die folgende Untersuchung konzentriert sich in sachlicher Hinsicht auf die praktisch insoweit wohl wichtigste Fallgestaltung, nämlich die Lieferung industriell produzierter (Massen-)Ware, die mit produktionsbedingten Sachmängeln behaftet ist.³ Mit Blick auf die Person des Verkäufers lässt sich wiederum zwischen dem Kauf beim Warenhersteller und – zahlenmäßig erheblich bedeutsamer – dem Kauf bei einem Händler (Groß-, Zwischen- oder Einzelhändler) unterscheiden. Übereinstimmender Ausgangspunkt ist dabei, dass das Vertretenmüssen jedes Verkäufers – des Herstellers wie des bloßen Händlers – vermutet wird (§ 437 Nr. 3 BGB i. V. mit § 280 Abs. 1 Satz 2 bzw. § 311a Abs. 2 Satz 2 BGB).⁴ Den ihm danach obliegenden Entlastungsbeweis kann der Verkäufer dadurch führen, dass er vorträgt und gegebenenfalls beweist, dass er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet hat (§ 276 Abs. 2 BGB).⁵

II. Produktionsbedingte Sachmängel und Fahrlässigkeit des Händlers

Wird ein Schadensersatzanspruch darauf gestützt, dass die gelieferte Kaufsache bei Gefahrübergang mit einem produktionsbedingten Sachmangel behaftet war,⁶ so gilt der Bezugs-

* Der Autor ist Akademischer Rat und Habilitand an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

1 Dagegen hängt der Anspruch des Käufers auf Aufwendungsersatz gem. § 437 Nr. 3 i. V. mit § 284 BGB von denselben Voraussetzungen ab wie der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung.

2 Im – praktisch seltenen – Fall eines bereits bei Vertragsschluss bestehenden, unhebbbaren Mangels des Kaufgegenstands ist Bezugspunkt des Vertretenmüssens dagegen die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis der Mangelhaftigkeit (§ 311a Abs. 2 Satz 2 BGB).

3 Einzelne Stimmen gehen allerdings davon aus, dass der Verkäufer beim Vorliegen einer Gattungsschuld sogar *verschuldensunabhängig* hafte, weil sich das in diesen Fällen übernommene Beschaffungsrisiko in der Regel auch auf die Mangelfreiheit der Kaufsache beziehe; vgl. in diesem Sinne *Canaris* DB 2001, 1815 f.; *von Westphalen* ZGS 2002, 154, 159; mit Recht a. A. *Büdenbender*, in: *AnwKommBGB*, 2005, § 437 Rn. 65; *Medicus/St. Lorenz*, Schuldrecht I, 18. Aufl. 2008, Rn. 401; *U. Huber*, in: *Festschrift für Schlechtriem*, 2003, S. 521, 532; *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB, 69. Aufl. 2010, § 276 Rn. 32; *Vollkommer*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt*, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, S. 123, 129.

4 *Canaris* DB 2001, 1815; *Weidenkaff*, in: *Palandt* (Fn. 3), § 437 Rn. 37; *Westermann*, in: *MünchKommBGB*, 5. Aufl. 2008, § 437 Rn. 27.

5 *Schmidt-Räntsch* AnwBl 2003, 529, 532.

6 Schadensersatzpflichten, die daraus resultieren, dass der Verkäufer eine gem. § 437 Nr. 1 i. V. mit § 439 BGB geschuldete Nacherfüllung nicht (oder nicht ordnungsgemäß) erbracht hat, bleiben im Folgenden außer Betracht.

punkt der Sorgfaltspflichtverletzung als unproblematisch, wenn die Ware direkt bei deren Hersteller gekauft wird: Der Hersteller hat produktionsbedingte Sachmängel nach h. M.⁷ zu vertreten, soweit er diese bei ausreichender Sorgfalt während des Herstellungsprozesses hätte verhindern oder noch vor Auslieferung der Ware hätte entdecken können.

Eine differenzierte Beurteilung ist demgegenüber dort notwendig, wo es um die Haftung des Groß-, Zwischen- oder Einzelhändlers für produktionsbedingte Sachmängel geht. Das Vertretenmüssen des Händlers kann hier nicht schon daraus resultieren, dass er einen solchen Mangel selbst herbeigeführt hat, denn er ist mit dem Produktionsprozess weder befasst, noch besitzt er üblicherweise Einblick in dessen Abläufe. Ein Verschuldensvorwurf kann sich jedoch daraus ergeben, dass er den Mangel bei Anwendung verkehrserforderlicher Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) vor Ablieferung der Sache bei ihrem Käufer noch hätte beheben können, und zwar entweder durch Reparatur oder – in der hier interessierenden Konstellation näher liegend – durch Auswahl eines anderen, mangelfreien Exemplars der geschuldeten Gattung.⁸ Die entscheidende Frage ist daher zunächst, ob der Händler den Mangel kannte (dann haftet er unproblematisch wegen Vorsatzes), oder ihn – praktisch bedeutsamer – bei Anwendung verkehrserforderlicher Sorgfalt hätte erkennen können. Letzteres hängt wiederum davon ab, ob den Händler nach der Verkehrsauffassung eine diesbezügliche Untersuchungspflicht trifft, die er verletzt hat: Auch in diesem Fall hat er den Sachmangel zu vertreten.

1. Keine generelle Untersuchungspflicht des Händlers

Nach h. M. soll den Händler hinsichtlich der Kaufsache, die er direkt vom Produzenten oder von einem anderen Händler bezogen hat, allerdings im Grundsatz keine Untersuchungspflicht treffen.⁹ Diese Ansicht war schon zum alten Kaufrecht ganz herrschend.¹⁰ Zur Begründung wird überzeugend argumentiert, dass eine Untersuchung sämtlicher Waren auf Konstruktions- und Fertigungsmängel von einem Händler zumeist nicht mit vertretbarem Aufwand durchzuführen sei;¹¹ sie werde daher nach der für § 276 Abs. 2 BGB maßgeblichen Verkehrsanschauung auch nicht erwartet.¹² Der Händler dürfe bei neuen, industriell hergestellten Massenartikeln in der Regel davon ausgehen, dass sie nicht mit

Mängeln behaftet sind.¹³ Etwas anderes gilt etwa dann, wenn für den Händler im konkreten Fall Veranlassung besteht, der Güte der Ware zu misstrauen,¹⁴ sowie bei (hier nicht weiter zu erörternden) gebrauchten Waren, bezüglich derer der verkaufende Händler über besondere Expertise verfügt.¹⁵ Jenseits dieser Ausnahmefälle darf der Händler die bei ihm angelieferte Ware hingegen regelmäßig ohne eigene Untersuchung weiterveräußern, ohne sich *bereits deshalb* bei späterem Sichtbarwerden eines produktionsbedingten Mangels einem Fahrlässigkeitsvorwurf ausgesetzt zu sehen.

2. Auswirkungen der handelsrechtlichen Untersuchungspflicht (§ 377 Abs. 1 HGB)

Allerdings ergibt sich aus § 377 Abs. 1 HGB, dass der Käufer bei einem Kauf, der für beide Teile ein Handelsgeschäft ist – und um ein solches wird es sich sowohl bei Kaufverträgen zwischen Hersteller und Händler als auch zwischen Händlern regelmäßig handeln¹⁶ – die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer zu untersuchen und, sofern sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen hat. Jedoch zeitigt die handelsrechtliche Vorschrift des § 377 Abs. 1 HGB, die sich insoweit an den Händler in seiner Rolle als Käufer – also bei Beschaffung der zum Weiterverkauf bestimmten Ware – richtet, nach richtiger Ansicht keine Auswirkungen auf sein Vertretenmüssen im Verhältnis zu seinem Abnehmer (§ 437 Nr. 3 i. V. mit § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB), führt also insbesondere nicht (gleichsam mittelbar) doch zu einer Untersuchungspflicht.¹⁷

Zur Begründung lässt sich zweierlei anführen: Zum einen wird der kaufmännische Käufer durch § 377 Abs. 1 HGB trotz des insoweit nicht völlig eindeutigen Wortlauts der Norm nicht zur Untersuchung der Ware verpflichtet;¹⁸ es handelt sich vielmehr lediglich um eine Obliegenheit, das heißt eine Verhaltensanforderung in eigener Sache.¹⁹ Bei der Verletzung dieser Untersuchungsobliegenheit kann der Käufer daher allenfalls eigene Mängelrechte verlieren, wenn nämlich seine Rüge gegenüber dem Verkäufer infolge der unterlassenen Untersuchung nicht oder nicht rechtzeitig erfolgt (§ 377 Abs. 2 HGB). Zum anderen ergibt sich aus § 377 Abs. 2 HGB, dass die Untersuchungsobliegenheit nur im Verhältnis des Käufers zu seinem Vertragspartner – dem kaufmännischen Verkäufer – besteht und auch nur in diesem Verhältnis Rechtsfolgen zeitigen soll („gilt ... als genehmigt“), weshalb Dritte wie etwa der Abnehmer des Käufers sich auch aus diesem Grund nicht auf eine Verletzung der Untersuchungsobliegenheit berufen können.²⁰

7 BGH NJW-RR 1989, 559, 560; Faust, in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl. 2007, § 437 Rn. 85; U. Huber, in: Festschrift für Peter Ulmer, 2003, S. 1165, 1184 ff.; Grüneberg, in: Palandt (Fn. 3), § 280 Rn. 19; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 8. Aufl. 2009, Rn. 566; Vollkommer, in: Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt (Fn. 3), S. 123, 125; Westermann, in: MünchKommBGB (Fn. 4), § 437 Rn. 27.

8 Faust, in: Bamberger/Roth (Fn. 7), § 437 Rn. 82; Reinicke/Tiedtke (Fn. 7), Rn. 566.

9 BGH NJW 2009, 2674, 2676; OLG Düsseldorf NJW-RR 2008, 1282; OLG Köln NJW-RR 2006, 677; Büdenbender, in: AnwKommBGB (Fn. 3), § 437 Rn. 62; Berger, in: Jauernig, BGB, 13. Aufl. 2009, § 437 Rn. 22; Faust, in: Bamberger/Roth (Fn. 7), § 437 Rn. 87; U. Huber, in: Festschrift für Peter Ulmer, 2003, S. 1165, 1188; St. Lorenz ZGS 2004, 408, 410; Grüneberg, in: Palandt (Fn. 3), § 280 Rn. 19; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 2007, § 2 Rn. 286; Reinicke/Tiedtke (Fn. 7), Rn. 567; Schmidt-Räntsch AnwBl 2003, 529, 532; Schubel/Koch DB 2004, 119, 120; Westermann, in: MünchKommBGB (Fn. 4), § 437 Rn. 28; a. A. Braun ZGS 2006, 328, 331.

10 BGH LM § 276 (Hb) Nr. 2; NJW 1968, 2238, 2239; WM 1971, 1121, 1122 f.; NJW 1977, 1055, 1056; BGHZ 74, 383, 388 f. = JZ 1979, 643; BGH NJW 1981, 928, 929; NJW 1981, 1269, 1270.

11 Gesetzesbegründung zum SchuldRMdG, BT-Drs. 14/6040, S. 210; OLG Düsseldorf NJW-RR 2008, 1282; U. Huber, in: Festschrift für Peter Ulmer, 2003, S. 1165, 1189.

12 Berger, in: Jauernig (Fn. 9), § 437 Rn. 22.

13 OLG Düsseldorf NJW-RR 2008, 1282; OLG Köln NJW-RR 2006, 677; Büdenbender, in: AnwKommBGB (Fn. 3), § 437 Rn. 62.

14 BGH NJW 1968, 2238, 2239.

15 Praktisch bedeutsam ist dies vor allem bei Pkw-Verkäufen durch Gebrauchtwagenhändler mit Werkstatt; vgl. Gesetzesbezgr. z. SchuldRMdG, BT-Drs. 14/6040, S. 210; Reinicke/Tiedtke (Fn. 7), Rn. 567.

16 Zu Tendenzen im Schrifttum, § 377 HGB über den beiderseitigen Handelskauf hinaus auf weitere Konstellationen auszudehnen siehe Grunewald, in: MünchKommHGB, 2. Aufl. 2007, § 377 Rn. 8.

17 BGH LM § 276 (Hb) Nr. 2; NJW 1977, 1055, 1056; Grunewald, in: MünchKommHGB (Fn. 16), § 377 Rn. 27; vgl. auch K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Aufl. 1999, § 29 III 4b; a. A. aber Schmidt-Räntsch AnwBl 2003, 529, 532 sowie zum alten Schuldrecht bereits U. Huber AcP 177 (1977), 281, 301 f.

18 Emmerich/Hoffmann, in: Heymann, HGB, 2. Aufl. 2005, § 377 Rn. 46; Grunewald, in: MünchKommHGB (Fn. 16), § 377 Rn. 27; Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl. 2010, § 377 Rn. 21; missverständlich OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 1344, 1346.

19 Larenz/Wolf, BGB AT, 9. Aufl. 2004, § 13 Rn. 36.

20 Vgl. RGZ 125, 76, 78; BGH LM § 276 (Hb) Nr. 2; NJW 1977, 1055, 1056; a. A. Schmidt-Räntsch AnwBl 2003, 529, 532.

Anders wird man freilich zu entscheiden haben, wenn der Händler seiner Untersuchungsobliegenheit nachgekommen ist und dabei einen Mangel der Sache entdeckt hat, diese aber gleichwohl weiterveräußert: In diesem Fall verfügt der Händler über positive Kenntnis des Sachmangels und handelt damit vorsätzlich (§ 276 Abs. 1 BGB), wenn er den mangelhaften Kaufgegenstand an seinen Abnehmer ausliefert.²¹ Sein Vertretenmüssen des produktionsbedingten Sachmangels i. S. des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB findet den Grund hier darin, dass der Händler sich bewusst zur Lieferung einer erkanntermaßen mangelhaft produzierten Ware entscheidet – dass er die diesbezügliche Kenntnis bei Erfüllung seiner handelsrechtlichen Untersuchungsobliegenheit erlangt hat, ist hingegen rein zufällig und rechtlich ohne Relevanz.

III. Zurechnung des Verschuldens des Herstellers

Da produktionsbedingte Sachmängel – wie bereits erwähnt – vielfach aus einem Fehlverhalten des Herstellers während der Produktionsphase resultieren, welches dieser seinerseits i. S. des § 276 BGB zu vertreten hat, drängt sich zudem die Frage nach der Bedeutung dieses Umstandes für das Vertretenmüssen des Händlers auf. Ein Herstellerverschulden bei der Produktion soll der Händler sich jedoch nach ganz h. M., der auch der *BGH* jüngst wieder gefolgt ist,²² nicht über § 278 Satz 1 BGB zurechnen lassen müssen.²³ Zur Begründung wird angeführt, der Händler schulde nur die Verschaffung (das heißt Übergabe und Übereignung) der Sache, nicht aber deren Herstellung, weshalb der Hersteller nicht sein Erfüllungsgehilfe sei.²⁴ Dieser Ansatz war bereits zum alten Schuldrecht ganz herrschend²⁵ und wurde unter dem neuen Schuldrecht einschließlich seiner Begründung schlicht fortgeführt, wobei man sich ergänzend auf eine Passage aus der Gesetzesbegründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz stützt.²⁶

1. Der Hersteller als Erfüllungsgehilfe des Händlers

Die beschriebene Auffassung der h. M. überzeugt nicht und verdient keine Gefolgschaft, steht sie doch mit Grundprinzi-

pien des reformierten Kaufrechts nicht im Einklang. Fragwürdig erscheint bereits ihre zentrale These, wonach der verkaufende Händler sich des Herstellers deshalb nicht zur Erfüllung seiner „Verbindlichkeit“ i. S. des § 278 Satz 1 BGB bediene, weil er nach § 433 Abs. 1 BGB selbst keine Herstellung schulde – auch der Hersteller schuldet, wenn er selbst produzierte Waren veräußert und damit als Verkäufer auftritt, schließlich nach § 433 Abs. 1 BGB wie auch § 651 Satz 1 BGB seinem Käufer gegenüber nicht deren Herstellung (sondern deren mangelfreie Verschaffung),²⁷ soll Produktionsmängel aber nach h. M. gleichwohl zu vertreten haben.²⁸ Es deutet sich damit bereits die fehlende Schlüssigkeit des überkommenen Ansatzes an – nach richtiger Ansicht spielen etwaige Fehler im Produktionsprozess nämlich nicht auf der Ebene der objektiven Pflichtverletzung des verkaufenden Herstellers oder Händlers, sondern seines subjektiven Vertretenmüssens eine Rolle.²⁹

a) Die objektive Verkäuferpflicht aus § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB als Gegenstand der Erfüllungshilfe

Für eine Zurechnung des Herstellerverschuldens über § 278 BGB spricht vor allem, dass zur „Erfüllung der Verbindlichkeit“ i. S. dieser Norm nach überkommener Rechtsprechung „alles [gehört], was aus dem Verträge vom Vertragsschuldner verlangt werden kann“.³⁰ Das objektive Pflichtenprogramm des Händlers, an das die Zurechnungsregel des § 278 BGB damit anknüpft, wurde jedoch durch die Schuldrechtsreform entscheidend verändert: Er schuldet nach der seit 2002 geltenden Rechtslage eben nicht mehr nur die Verschaffung (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB), sondern gemäß § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB auch die Sachmängelfreiheit des Kaufgegenstandes, die damit nunmehr – in bewusster Abweichung vom alten Kaufrecht – eine eigenständige Hauptleistungspflicht jedes Verkäufers³¹ darstellt. § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB legt dem Verkäufer insoweit eine erfolgsbezogene Pflicht auf, die da lautet: „Stelle sicher, dass der gelieferte Kaufgegenstand zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vollständig frei von Sachmängeln ist (einschließlich solcher, die während des Herstellungsprozesses auftreten können)“, und nicht etwa lediglich: „Verursache innerhalb deiner Einflussphäre (zu der der Herstellungsvorgang nicht gehören mag) keinen Sachmangel.“ Es ist diese erfolgsbezogene Pflicht aus § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB, zu deren Erfüllung der Händler sich des Herstellers bedient.³²

Dass die genannte objektive Verkäuferpflicht sich im Regelfall – das heißt wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben (§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB) – auch auf die Freiheit von produktionsbedingten Sachmängeln erstreckt, lässt sich durch die Überlegung verdeutlichen, dass auch alle anderen, dem Käufer in dieser Situation unstreitig zustehenden Rechtsbehelfe an die Verletzung dieser Pflicht anknüpfen: Es bezweifelt aber niemand, dass der Käufer bei produktions-

²¹ Vgl. *Büdenbender*, in: *AnwKommBGB* (Fn. 3), § 437 Rn. 61; *Berger*, in: *Jauernig* (Fn. 9), § 437 Rn. 22.

²² So (jeweils ohne Begründung) in *BGHZ* 177, 224, 235 = *NJW* 2008, 2837, 2840, *BGH NJW* 2009, 2674, 2676 und *BGH JZ* 2009, 310 m. Anm. *Unberath/Cziupka*.

²³ *OLG Köln NJW-RR* 2006, 677; *Büdenbender*, in: *AnwKommBGB* (Fn. 3), § 437 Rn. 63; *Berger*, in: *Jauernig* (Fn. 9), § 437 Rn. 26; *Eckert/Maifeld/Matthiessen*, Hdb. d. KaufR, 2007, Rn. 730; *P. Huber*, in: *P. Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, Kap. 13 Rn. 123; *U. Huber*, in: *Festschrift für Peter Ulmer*, 2003, S. 1165, 1187; *Looschelders*, Schuldrecht AT, 4. Aufl. 2006, Rn. 542; *ders.*, Schuldrecht BT, 2007, Rn. 132; *St. Lorenz ZGS* 2004, 408, 410; *Medicus/St. Lorenz* (Fn. 3), Rn. 386; *Oetker/Maultzsch* (Fn. 9), § 2 Rn. 286; *Grüneberg*, in: *Palandt* (Fn. 3), § 278 Rn. 13; *Weidenkaff*, in: *Palandt* (Fn. 3), § 437 Rn. 37; *Reimicke/Tiedtke* (Fn. 7), Rn. 566; *Schubel/Koch DB* 2004, 119, 123; *Schwarze*, Recht der Leistungsstörungen, 2008, § 34 Rn. 50, 54; *Löwisch/Caspers*, in: *Staudinger*, BGB, 2009, § 278 Rn. 36; *Unberath*, in: *Bamberger/Roth* (Fn. 7), § 278 Rn. 27.

²⁴ *Berger*, in: *Jauernig* (Fn. 9), § 437 Rn. 26; *Eckert/Maifeld/Matthiessen* (Fn. 23), Rn. 730; *P. Huber*, in: *P. Huber/Faust* (Fn. 23), Kap. 13 Rn. 123; *U. Huber*, in: *Festschrift f. Peter Ulmer*, 2003, S. 1165, 1187; *Looschelders*, Schuldrecht AT (Fn. 23), Rn. 542; *St. Lorenz ZGS* 2004, 408, 410; *Schwarze* (Fn. 23), § 34 Rn. 50, 54; *Löwisch/Caspers*, in: *Staudinger* (Fn. 23), § 278 Rn. 36.

²⁵ *RGZ* 101, 152, 154; 101, 157, 158 f.; 108, 221, 223; *BGH BB* 1956, 320; *VersR* 1962, 480, 481; *BGHZ* 48, 118, 120 = *NJW* 1967, 1903; *BGH NJW* 1968, 2238, 2239; *MDR* 1977, 390.

²⁶ Gesetzesbegründung zum SchuldRModG, BT-Drs. 14/6040, S. 210.

²⁷ *E. Schmidt*, in: *Festschrift für Heinrichs*, 1998, S. 511, 514; *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 22. Aufl. 2009, Rn. 806; zu § 651 BGB *BGHZ* 48, 118, 121 = *NJW* 1967, 1903, 1904; *Busche*, in: *MünchKommBGB*, 4. Aufl. 2005, § 651 Rn. 4; a. A. *Sprau*, in: *Palandt* (Fn. 3), § 651 Rn. 3.

²⁸ Siehe oben I; wie hier kritisch *Faust*, in: *Bamberger/Roth* (Fn. 7), § 437 Rn. 86: „äußerst bedenklich“.

²⁹ Zum Bezugspunkt des Vertretenmüssens (§§ 280 Abs. 1 Satz 2, 276 BGB) sogleich im Text.

³⁰ *RGZ* 108, 221, 224.

³¹ *Büdenbender*, in: *AnwKommBGB* (Fn. 3), § 433 Rn. 27: „darin liegt eine wesentliche Änderung gegenüber der Rechtslage vor der Schuldrechtsreform“; *Beckmann*, in: *Staudinger*, BGB, 2004, § 433 Rn. 66, 89.

³² A. A. Gesetzesbegründung zum SchuldRModG, BT-Drs. 14/6040, S. 210; *Eckert/Maifeld/Matthiessen* (Fn. 23), Rn. 730; *P. Huber*, in: *P. Huber/Faust* (Fn. 23), Kap. 13 Rn. 123.

bedingten Sachmängeln Nacherfüllung verlangen (§ 437 Nr. 1 i. V. mit § 439 BGB) oder vom Kaufvertrag zurücktreten bzw. mindern kann (§ 437 Nr. 2 i. V. mit §§ 323, 441 BGB), obgleich der Verkäufer als bloßer Händler mit der Produktion der Kaufsache gar nichts zu tun hatte.³³ Entscheidend ist, dass die aus § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB fließende Verkäuferpflicht durch den geschuldeten Erfolg definiert ist und nicht durch die Tätigkeiten, die zu dessen Herbeiführung vorgenommen werden, weshalb es zu Recht als für die Erfüllungsgehilfeneigenschaft irrelevant angesehen wird, dass der Herstellungsvorgang zeitlich regelmäßig schon vor dem Kauf liegt.³⁴ Da das Gesetz es dem Verkäufer überlässt, wie er die Erfüllung dieser Pflicht organisiert, spielt es für die Anwendung des § 278 Satz 1 BGB ebenfalls keine Rolle, ob der Hersteller durch seine Tätigkeit eine eigene Pflicht gegenüber dem Händler erfüllen will³⁵ – dies dürfte in Fällen der Arbeitsteilung sogar typischerweise der Fall sein, und für § 278 BGB soll es auf die rechtlichen Beziehungen zwischen Erfüllungsgehilfen und Schuldner gerade nicht ankommen.³⁶ Im Ergebnis setzt der Händler damit auf einen arbeitsteiligen Prozess, um den nach § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB geschuldeten Erfolg zu bewirken, und bedient sich des Herstellers i. S. des § 278 BGB zur Erfüllung seiner Pflicht, die Freiheit der gelieferten Kaufsache (auch) von produktionsbedingten Sachmängeln sicherzustellen.³⁷

b) Die subjektive Sorgfalt

Auf die Verletzung dieser erfolgsbezogenen Pflicht muss sich nun das Vertretenmüssen des verkaufenden Händlers beziehen (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB).³⁸ Unter welchen Voraussetzungen insoweit ein Verschulden des Händlers oder seiner Erfüllungsgehilfen vorliegt, bestimmt sich zuvörderst nach etwaigen vertraglichen Abmachungen mit dem Käufer (§ 276 Abs. 1 Satz 1 BGB). Ist nichts anderes vereinbart, so muss der Händler die Sorgfalt walten lassen, die nach der Verkehrsanschauung bei der Erfüllung seiner objektiven Pflicht aus § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB erforderlich ist, § 276 Abs. 2 BGB.

Auf welche Weise er verkehrsbliche Sorgfalt übt, ist dabei grundsätzlich dem Händler überlassen: Er kann den bei ihm eingetroffenen Kaufgegenstand selbst auf etwaige produktionsbedingte Sachmängel untersuchen, muss dies aber – wie bereits erörtert³⁹ – nach herrschender und zutreffender Ansicht nicht notwendigerweise tun. Alternativ kann er darauf vertrauen, dass der Hersteller die notwendige Sorgfalt hat walten lassen, um Produktionsfehler der Ware von vornherein zu vermeiden oder aber gegebenenfalls zu entdecken und zu beseitigen; der Händler kann die geschuldete Sorgfalt mit anderen Worten selbst wahren oder diese Auf-

gabe delegieren. Da er im letztgenannten Fall jedoch nur mit Blick auf die Sorgfalt des Herstellers von einer eigenen Untersuchung freigestellt wird,⁴⁰ muss er sich ein etwaiges Verschulden des Herstellers gemäß § 278 BGB zurechnen lassen, wenn dieser in concreto eben nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gehandelt haben sollte (§ 276 Abs. 2 BGB).⁴¹ Sofern der Händler nämlich selbst keinerlei Sorgfalt bezüglich der Freiheit von produktionsbedingten Sachmängeln übt, weil er sich diesbezüglich vollständig auf den Produzenten verlässt, handelt sich um einen geradezu klassischen Fall der Arbeitsteilung, die nach § 278 BGB nur um den Preis der Risikotragung durch den Schuldner möglich sein soll. Dieser kann sich sodann entlasten, indem er die Beachtung der erforderlichen Sorgfalt nachweist (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB).⁴²

2. Systemkonformität der Lösung

Für die hier vorgeschlagene Lösung spricht, dass sie sich besser als der überkommene Ansatz der h. M. in das System des reformierten Schuldrechts einfügt. So trägt sie zum einen der Ausweitung der gesetzlichen Verkäuferpflichten Rechnung, die durch Aufnahme des § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB gegenüber dem alten Schuldrecht erfolgt ist und damit auch den Bezugspunkt für das Vertretenmüssen verändert hat. Zum anderen beachtet sie die allgemeine Wertung, der zufolge die Risikoverteilung in Mehrpersonenverhältnissen vorrangig davon abhängen soll, welche Personen sich gegenseitig als Vertragspartner ausgesucht und welchen Haftungsmaßstab diese untereinander vereinbart haben:⁴³ Der Käufer sollte sich deshalb darauf verlassen können, dass sein Verkäufer hinsichtlich produktionsbedingter Sachmängel Sorgfalt walten lässt, sofern sich die Parteien nicht – wie stets möglich – auf eine andere vertragliche Beschaffenheit (§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder einen eingeschränkten Sorgfaltsmaßstab (§ 276 Abs. 1 Satz 1 BGB) geeinigt haben. Das bloße Auftreten des Verkäufers als Händler⁴⁴ dürfte hierzu nicht ohne weiteres ausreichen. Der Umstand, dass ein Verkäufer sich bei der Sicherstellung der Produktionsmangelfreiheit auf den Hersteller verlässt – den er seinerseits ausgewählt, und mit dem er möglicherweise einen abweichenden Sorgfaltsmaßstab vereinbart hat – kann sich gegenüber dem Käufer vielmehr nur auswirken, wenn dies im Vertrag zwischen Verkäufer und Käufer seinen erkennbaren Niederschlag gefunden hat. Fehlt es daran, so ist es Sache des Händlers, den Hersteller für Folgen der von ihm verursachten Mängel in Regress zu nehmen.

Darüber hinaus erscheint eine Schadensersatzhaftung des Händlers für verschuldete Produktionsmängel geeignet, drohende Verwerfungen innerhalb des Systems der Käuferrechtsbehelfe zu verhindern, die sich in jüngerer Zeit ver-

³³ So etwa *BGHZ* 177, 224, 235 = *NJW* 2008, 2837 für die Lieferung von Parkettstäben mit produktionsbedingten Verklebungsmängeln; *BGH JZ* 2009, 310, 312 für die Lieferung von Fliesen mit produktionsbedingten Schleifspuren.

³⁴ *Medicus/St. Lorenz* (Fn. 3), Rn. 386; *Medicus/Petersen* (Fn. 27), Rn. 806.

³⁵ Wie hier *RGZ* 108, 221, 223; *BGHZ* 13, 111, 113; *E. Schmidt*, in: *Festschrift für Heinrichs*, 1998, S. 511, 515. A.A. – aber abstellend auf die Pflicht zur Verschaffung der Kaufsache in Konstellationen, in denen der Hersteller an den Händler geliefert hatte – noch *RGZ* 101, 152, 154; 101, 157, 158 f.; ebenso *Looschelders*, *Schuldrecht BT* (Fn. 23), Rn. 132.

³⁶ Statt vieler *Grüneberg*, in: *Palandt* (Fn. 3), § 278 Rn. 7 m. w. N.

³⁷ Im Ergebnis wie hier *Grundmann*, in: *MünchKommBGB*, 5. Aufl. 2007, § 278 Rn. 31; *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, *Schuldrecht AT*, 6. Aufl. 2005, Rn. 610; *E. Schmidt*, in: *Festschrift für Heinrichs*, 1998, S. 511, 520, 528; vorsichtig in diese Richtung auch *Brüggeheimer WM* 2002, 1376, 1382.

³⁸ *Heinrichs*, in: *Festschrift für Schlechtriem*, 2003, S. 503, 517; *P. Huber*, in: *P. Huber/Faust* (Fn. 23), Kap. 13 Rn. 111.

³⁹ Siehe oben II 1.

⁴⁰ Vgl. *BGH LM* § 276 (Hb) Nr. 2; *Büdenbender*, in: *AnwKommBGB* (Fn. 3), § 437 Rn. 62. A.A. *Grüneberg*, in: *Palandt* (Fn. 3), § 278 Rn. 13.

⁴¹ Maßgeblich ist – wie stets im Rahmen der Zurechnung nach § 278 Satz 1 BGB – der in concreto für den Schuldner (das heißt den Händler) geltende Verschuldensmaßstab: Hafet dieser gegenüber dem Käufer etwa ausnahmsweise nur für grobe Fahrlässigkeit, so wird ihm auch nur ein grob fahrlässiges Verhalten des Herstellers zugerechnet. Der hier vertretene Ansatz redet daher insbesondere keiner verschuldensunabhängigen Garantiehaftung das Wort.

⁴² Hierzu dürfte freilich der Beweis einer sorgfältigen Auswahl des Produzenten nicht ausreichen, weil letztere nur im Bereich der deliktischen Haftung für Verrichtungsgehilfen zur Exkulpation genügt (§ 831 Abs. 1 Satz 2 BGB); vgl. *Larenz/Canaris*, *Schuldrecht II/2*, 13. Aufl. 1994, § 79 III 5a.

⁴³ Vgl. *Canaris*, in: *Festschrift für Larenz*, 1973, S. 799, 860 f.

⁴⁴ Darauf abstellend *Medicus/St. Lorenz* (Fn. 3), Rn. 386; differenzierend *Medicus/Petersen* (Fn. 27), Rn. 806.

mehrt andeuten: Der Umstand, dass die h.M. Händler von diesbezüglichen Sorgfaltsanforderungen und damit auch Schadensersatzansprüchen faktisch vollständig freistellt, dürfte maßgeblich dazu beigetragen haben, dass mittlerweile verbreitet für die Erstreckung des – verschuldensunabhängigen – Nacherfüllungsanspruchs (§ 437 Nr. 1 i. V. mit § 439 BGB) auf Aus- und Einbauvorgänge (sowie die dazugehörige Kostentragspflicht) eingetreten wird.⁴⁵ Ob der *EuGH* die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zum Nacherfüllungsanspruch bei Verbrauchsgüterkäufen, bezüglich derer ihm ein Vorabentscheidungsersuchen des *BGH* vorliegt,⁴⁶ entsprechend weit verstehen wird, erscheint zwar einstweilen offen. Es dürfte aber kein ernsthafter Zweifel bestehen, dass die drohende finanzielle Belastung mit Aus- oder Einbaukosten in beträchtlicher Höhe, die auf die Lieferung von Ware mit produktionsbedingten Sachmängeln zurückgeht, einen Käufer davon abhalten kann, seinen Nacherfüllungsanspruch geltend zu machen⁴⁷ – eben dies hat der *EuGH* in seiner „Quelle“-Entscheidung jedoch für richtlinienwidrig erklärt.⁴⁸ Aus gemeinschaftsrechtlicher Perspektive bleibt es zwar dem deutschen Staat und dessen Legislative und Judikative überlassen, wie die voraussichtlich unzulässige Kostenbelastung des kaufenden Verbrauchers in Nacherfüllungskonstellationen beseitigt wird. Systemkonform erscheint es, dies mittels des flexiblen Instruments einer neu verstandenen Schadensersatzhaftung des Händlers zu tun.⁴⁹

3. Sachgerechtigkeit der praktischen Ergebnisse

Schließlich überzeugt der hier vertretene Ansatz auch in seinen praktischen Ergebnissen. Zum einen trägt er der Tatsache Rechnung, dass die Eigenschaft eines Verkäufers als Warenproduzent oder aber bloßer Händler nicht selten für den Käufer unerkennbar ist:⁵⁰ So haftet ein Supermarktbetreiber nach der h.M. für fahrlässig verursachte Produktionsmängel dann auf Schadensersatz, wenn es sich um das Produkt einer „Eigenmarke“ handelt, bei sonstigen Produkten hingegen nicht – und dies, obgleich die Transaktion aus

Kundensicht exakt dieselbe ist.⁵¹ Die h.M. führt damit zu zufälligen Ergebnissen sowie zu einer haftungsrechtlichen Privilegierung der Produktionsauslagerung auf eigenständige Gesellschaften, die durch § 278 BGB gerade vermieden werden soll.

Zudem vermeidet eine Zurechnung des Herstellerverschuldens über § 278 BGB weitere rechtliche Ungleichbehandlungen, die ohne sachliche Rechtfertigung sind: So soll nach bislang herrschender Auffassung eine bloße Änderung der Liefermodalitäten – nämlich von einer Lieferung des Produzenten an den Händler zu einer Direktlieferung an dessen Abnehmer (also eine Vertragsdurchführung in Form eines Streckengeschäfts) – zu einer entscheidenden Ausdehnung der Händlerhaftung führen, weil die h.M. in letzterem Fall sehr wohl eine Erfüllungsgehilfenstellung des Herstellers annimmt, bediene sich der Verkäufer seiner nunmehr doch zur Erfüllung eigener Pflichten (nämlich zur Lieferung der Sache).⁵² Tatsächlich wirkt jedoch auch in dieser Konstellation erkennbar nicht der verspätete oder sonst fehlerhafte Verschaffungsvorgang (Übergabe und Übereignung der Ware, § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB), sondern die verschuldete Sachmangelhaftigkeit der Ware (§§ 433 Abs. 1 Satz 2, 434 BGB) haftungsbegründend.⁵³

IV. Fazit

Den Groß-, Zwischen- und Einzelhändler trifft zwar keine Pflicht, die zum Weiterverkauf bestimmte Ware selbst auf produktionsbedingte Sachmängel zu untersuchen; eine solche Untersuchungspflicht lässt sich auch nicht mittelbar aus § 377 Abs. 1 HGB ableiten. Der Händler muss sich dann allerdings – entgegen der h.M. – ein etwaiges Verschulden des Warenherstellers über § 278 BGB zurechnen lassen, weil er sich des Herstellers als Gehilfen zur Erfüllung seiner (durch die Schuldrechtsreform neu geschaffenen) Verkäuferpflicht aus § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB bedient. Dies führt dazu, dass die Schadensersatzhaftung des Händlers für produktionsbedingte Sachmängel sich der Vorstellung annähert, die § 437 Nr. 3 i. V. mit § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zugrunde liegt, nämlich dem im Regelfall anzunehmenden Vertretenmüssen des Verkäufers mangelhafter Ware.

⁴⁵ Vgl. statt vieler *Faust*, in: *Bamberger/Roth* (Fn. 3), § 439 Rn. 18; *Weidenkaff*, in: *Palandt* (Fn. 3), § 439 Rn. 11; *Schneider/Katerndahl* NJW 2007, 2215, 2216 (für Ausbau); *Ball* NZV 2004, 217, 218; *Matusche-Beckmann*, in: *Staudinger*, BGB, 2004, § 439 Rn. 22; *Witt* ZGS 2008, 369 (für Einbau).

⁴⁶ Der *BGH* (JZ 2009, 310) hat dem *EuGH* die Frage vorgelegt, ob die EG-Verbrauchsgüterkauf-RiL die Tragung der Ausbauposten durch den Verkäufer verlangt.

⁴⁷ *Jud* GPR 2009, 79, 81 f.; *Mörsdorf* GPR 2009, 134, 138 f.; vgl. auch *St. Lorenz* NJW 2009, 1633, 1636.

⁴⁸ *EuGH* Rs. C-404/06 – Quelle = *JZ* 2008, 942, 943, dazu *T. Möllers/Möhring* JZ 2008, 919.

⁴⁹ Flexibel deshalb, weil der Schadensersatzanspruch durch die Parteien nach Maßgabe der §§ 307–309, 475 Abs. 3 BGB ausgeschlossen oder beschränkt werden kann, während ein weit verstandener Nacherfüllungsanspruch gemäß § 475 Abs. 1 BGB in Verbraucherkonstellationen zwingendes Recht wäre. Für eine richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs. 2 BGB eintretend hingegen *St. Lorenz* NJW 2009, 1633, 1636.

⁵⁰ Entgegen *Medicus/St. Lorenz* (Fn. 3), Rn. 386; *Medicus/Petersen* (Fn. 27), Rn. 806.

⁵¹ Vgl. *Grundmann*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 37), § 278 Rn. 31; zum alten Kaufrecht schon *BGHZ* 48, 118, 120 = NJW 1967, 1903: „Der Revision ist zuzugeben, daß diese Einengung des Anwendungsbereichs des § 278 BGB unter Umständen zu Ergebnissen führt, die im Einzelfall als wenig billig erscheinen können.“

⁵² *RGZ* 108, 221, 223; *BGHZ* 66, 208, 211; *BGH* WM 1971, 1121, 1122; *Faust*, in: *Bamberger/Roth* (Fn. 3), § 437 Rn. 84; *U. Huber*, Leistungsstörungen I, 1999, § 27 II 6a; *Schubel/Koch* DB 2004, 119, 125; *Löwisch/Caspers*, in: *Staudinger* (Fn. 23), § 278 Rn. 94. Zu Recht noch anders *U. Huber*, in: *Soergel*, BGB, 12. Aufl. 1991, § 433 Rn. 101.

⁵³ *RGZ* 108, 221, 224 benennt ausdrücklich die „Mangelhaftigkeit der gelieferten Ware“ als die Schadensersatzpflicht auslösenden Umstand.