

## VERTRAGSRECHT

## Der Hersteller als Erfüllungsgehilfe des Verkäufers

Prof. Dr. Andreas Klees

*Stehen Schadensersatzansprüche des Käufers gegen den Verkäufer gem. §§ 280 ff. BGB im Raum, stellt sich mangels Vertretenmüssens des Verkäufers gem. § 276 BGB oftmals die Frage, ob der Hersteller Erfüllungsgehilfe des Verkäufers ist und dem Verkäufer ein etwaiges Verschulden des Herstellers gem. § 278 BGB zugerechnet werden kann. Der folgende Beitrag untersucht anhand verschiedener Konstellationen, wann der Hersteller als Erfüllungsgehilfe des Verkäufers in Betracht kommt. Im Mittelpunkt steht die klassische Streitfrage, ob der Hersteller auch bezüglich einer mangelhaften Herstellung der Kaufsache als Erfüllungsgehilfe des Verkäufers anzusehen ist. Der Beitrag setzt sich kritisch mit dem gängigen Lösungsweg auseinander und plädiert für eine Überprüfung des geltenden Haftungssystems.*

## I. Einleitung

Karl Larenz schrieb über § 278 BGB, man könne die Vorschrift „ohne Übertreibung als eine der wichtigsten des ganzen Vertragsrechts ansehen“.<sup>1</sup> Unbestritten spielt § 278 BGB heute in der juristischen Ausbildung wie in der Praxis eine erhebliche Rolle. Die Frage nach Grund und Reichweite der Haftung für den Erfüllungsgehilfen ist auch unter wissenschaftlichen Gesichtspunkten von Interesse, weil sie grundsätzliche Fragen nach einer angemessenen Risikoverteilung in einer arbeitsteilig organisierten Wirtschaftswelt aufwirft. Trotz zahlreicher Abhandlungen liegen Teile dieser Vorschrift noch immer im Dunkeln. Für zusätzliche Spannungen und neue Aspekte sorgt die voranschreitende europäische Integration, die mehr und mehr auch die Privatrechtsordnungen im Griff hat. Neben den Einflüssen durch das sekundäre Unionsrecht und die Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Union steht auch das BGB zunehmend in einem „Wettbewerb der Rechtsordnungen“.<sup>2</sup> Demzufolge ist die Überzeugungskraft der eigenen Wege immer auch im europäischen Kontext zu beleuchten und zu hinterfragen.<sup>3</sup> Der nachfolgende Beitrag untersucht nach einer Einordnung des § 278 BGB in die Systematik des BGB (unter II.), wann der Hersteller als Erfüllungsgehilfe des Verkäufers in Betracht kommt (unter III.). Im Zentrum steht die klassische Streitfrage, ob der Hersteller auch bezüglich der (mangelhaften) Herstellung als Erfüllungsgehilfe des Verkäufers anzusehen ist. Der Beitrag schließt mit einem Fazit (unter IV.).

## II. Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen in der Systematik des BGB

Gemäß § 278 BGB hat der Schuldner ein Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, im gleichen Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden. Der Grundgedanke dieser Vorschrift beruht auf der Erwägung, dass der Schuldner mit der Gehilfeneinschaltung im eigenen Interesse seinen Geschäftskreis erweitert und daher das mit der Arbeitsteilung verbundene Personalrisiko tragen muss.<sup>4</sup> Heute erscheint dieser Gedanke als Selbstverständlichkeit. Das war aber nicht immer so. Liest man in den Motiven zum BGB nach, findet sich folgendes:

„Die Frage nach der (...) Haftung des Schuldners [für Dritte] ist für das gemeine Recht eine der heutzutage meistbestrittenen.“<sup>5</sup>

So wurde vertreten, dass ein Schuldner, der befugtermaßen Dritte hinzuzieht, nur für eigenes Verschulden im Hinblick auf Auswahl oder Aufsicht der Hilfspersonen haften sollte.<sup>6</sup> Eine Haftung auf Schadensersatz sollte nur bei eigenem Verschulden in Betracht kommen. Durchsetzen konnte sich dies nicht. Ausschlaggebend war die Erkenntnis, dass eine angemessene Risikoverteilung eine Durchbrechung dieses (eng verstandenen) Verschuldensprinzips erfordert. In den Motiven zum BGB heißt es:

„Mit Recht lässt sich für den heutigen Verkehr sagen, dass der Schuldner, welcher sich der Hilfe Dritter bei der Bewirkung der Leistung bedient, im eigenen Interesse und folgeweise auch auf seine eigene Gefahr handelt. (...) Es erscheint hiernach gerechtfertigt, (...) schlechthin die Haftung des Schuldners für das Verschulden seiner Leute zu bestimmen.“<sup>7</sup>

Damit war die Haftung für den Erfüllungsgehilfen in ihren Grundstrukturen vorgezeichnet.

§ 278 BGB wurzelt im Verschuldensprinzip, nach dem Schadensersatz auch bei Pflichtverletzungen im Rahmen von Schuldverhältnissen grundsätzlich nur dann zu leisten ist, wenn ein Verschulden gegeben ist. Dieses Prinzip ist für unsere Privatrechtsordnung bis heute tragend, auch wenn es verschiedentlich modifiziert bzw. durchbrochen wird.<sup>8</sup> Neben den in § 276 Abs. 1 BGB angelegten Fällen (schuldunabhängige Einstandspflicht kraft Parteiwillens insbesondere durch die Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos) gehören auch die Vermutung des Vertretenmüssens in § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB und der Fahrlässigkeitsbegriff in § 276 Abs. 2 BGB<sup>9</sup> hierher. § 278 BGB stellt mit dem in ihm enthaltenen „Garantieelement“<sup>10</sup> ebenfalls eine Durchbrechung des Verschuldensprinzips dar. Historisch gese-

▷ Andreas Klees ist Universitätsprofessor für Bürgerliches Recht und Unternehmensrecht und Leiter des Instituts für Rechtswissenschaften an der TU Braunschweig sowie Lehrbeauftragter an der Leibniz Universität Hannover.

1 Larenz, Vertrag und Unrecht, 1. Teil: Vertrag und Vertragsbruch, 1936, S. 172.

2 Zu den Modellen zur Rechtsangleichung des Vertragsrechts in der EU etwa Pfeiffer, AcP 2008, 227 ff.; Zimmermann, EuZW 2009, 319 ff. Zum Haftungsmaßstab *Düchs*, Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht, 2006, S. 60 ff.; Lorenz, Perspektiven des europäischen Vertragsrechts: Die Pflichtverletzung, Vortrag 2008, S. 10f. (abrufbar unter [http://www.jura.uni-augsburg.de/djiv/veranstaltungen/2008/Lorenz\\_Dt\\_Vortrag\\_Berlin.pdf](http://www.jura.uni-augsburg.de/djiv/veranstaltungen/2008/Lorenz_Dt_Vortrag_Berlin.pdf)).

3 Vgl. Drobniq, DRiZ 2007, 258 ff.

4 Vgl. BGHZ 31, 358, 367; BGH v. 24.11.1995 – V ZR 40/94, MDR 1996, 788 = NJW 1996, 451 m.w.N.

5 Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Band 2, Berlin/Leipzig 1888, S. 29.

6 Vergleichbares findet sich heute für die Haftung bei der Substitution. Zur Abgrenzung der Substitution von der Haftung für den Erfüllungsgehilfen s. Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl. 2010, § 278 Rz. 10.

7 Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Band 2, Berlin/Leipzig 1888, S. 30.

8 Vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl. 2010, § 276 Rz. 3.

9 Zu dem „objektivierten oder typisierten“ Fahrlässigkeitsmaßstab im BGB vgl. Larenz, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, § 20 III; Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl. 2010, § 276 Rz. 15.

10 Staudinger/Löwisch, BGB, 2004, § 278 Rz. 1. In den Motiven zum BGB (a.a.O., S. 30) heißt es: „Wenn der Schuldner eine Leistung versprochen hat, so erblickt der heutige Verkehr in diesem Versprechen auch die Übernahme einer Garantie für das ordnungsgemäße Verhalten derjenigen, deren Mitwirkung bei der Leistung sich zu bedienen dem Schuldner ausdrücklich oder stillschweigend gestattet ist“.

## Vertragsrecht

hen mag man § 278 BGB als Ausnahme von dem Grundsatz begreifen, dass nur für *eigenes* Verschulden gehaftet wird; heute wird dies freilich so kaum mehr wahrgenommen. Geblieben ist allerdings, dass die Haftung für den Erfüllungsgehilfen eine bestehende Sonderverbindung voraussetzt („Schuldner“);<sup>11</sup> nur hier hielt man eine Haftung für fremdes Verschulden für angemessen. Im deliktischen Bereich gilt bis heute der Grundsatz, dass für das Handeln Dritter nur bei eigenem – vermuteten – Verschulden gehaftet wird (vgl. § 831 BGB).

§ 278 BGB ist bis heute von zahlreichen Streitigkeiten gekennzeichnet. Eine der bekanntesten betrifft die Frage, wann der Hersteller Erfüllungsgehilfe des Verkäufers ist. Grundsätzlich erfordert eine Haftung des Verkäufers auf Schadensersatz Verschulden (vgl. § 280 Abs. 1 BGB).<sup>12</sup> Dabei ist zwar auch § 278 BGB anzuwenden, jedoch ist der Hersteller bzw. der Lieferant des Verkäufers nach herkömmlichem Verständnis grundsätzlich nicht dessen Erfüllungsgehilfe.<sup>13</sup> Hier lohnt es sich allerdings etwas genauer hinzusehen.

### III. Der Hersteller als Erfüllungsgehilfe des Verkäufers

#### 1. Begriff des Erfüllungsgehilfen

Erfüllungsgehilfe ist, „wer nach den tatsächlichen Gegebenheiten des Falles mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig wird.“<sup>14</sup> Das zentrale Kriterium ist dabei das Tätigwerden bei der Erfüllung einer dem Schuldner obliegenden Verbindlichkeit: Nur so weit der Schuldner mit der Gehilfeneinschaltung im eigenen Interesse seinen Geschäftskreis erweitert, soll er das mit der Arbeitsteilung verbundene Personalrisiko tragen und für fremdes Verschulden einstehen müssen. Ob eine Haftung für den Erfüllungsgehilfen in Betracht kommt, hängt damit maßgeblich von dem Pflichtenkreis des Schuldners aus seiner Sonderverbindung zu dem Gläubiger ab. Dieser bestimmt (und begrenzt) den Verantwortungsbereich des Schuldners, in dem er ggf. für das Verschulden seiner Hilfspersonen einstehen muss. Das gilt auch für die Frage, wann der Hersteller als Erfüllungsgehilfe des Verkäufers in Betracht zu ziehen ist. Dabei wird gewöhnlich zwischen Vorgängen bei der Vertragsabwicklung, insbesondere der Lieferung und der Instruktion, und der Herstellung der Sache unterschieden.<sup>15</sup>

#### 2. Lieferung und Instruktion

##### a) Haupt- und Nebenleistungspflichten

Zum Pflichten- und Verantwortungsbereich des Schuldners, in dem er ggf. für Dritte haften muss, gehören zunächst alle Haupt- und Nebenleistungspflichten aus dem Schuldverhältnis. Verpflichtet sich also etwa der Verkäufer im Rahmen einer Bringschuld, dem Käufer die Ware zuzusenden, und vereinbart er mit dem Hersteller, dass der Hersteller die Kaufsache direkt an den Käufer ausliefern soll, ist der Hersteller bezüglich der Lieferung Erfüllungsgehilfe des Verkäufers.<sup>16</sup> Wichtig ist aber auch hier, sich den Pflichtenkreis des Schuldners genau anzusehen: Handelt es sich nämlich um einen Versendungskauf gem. § 447 BGB, gehört der Transport selbst nicht mehr zum Pflichtenkreis des Schuldners, so dass § 278 BGB dann auch nicht bezüglich der Lieferung angewendet werden kann.<sup>17</sup>

##### b) Weitere Verhaltens- und Schutzpflichten

Der Pflichtenkreis des Schuldners, in den er Dritte – und damit grundsätzlich auch den Hersteller – einbeziehen kann, reicht aber noch weiter. „Verbindlichkeiten“, deren

Nicht- oder Schlechterfüllung nach § 278 BGB die Haftung begründet, sind auch Sorgfaltspflichten, Aufklärungspflichten oder Hinweispflichten vor Abschluss eines Vertrages bei dessen Vorbereitung, sofern sie bei eigenem Handeln der Vertragspartei von dieser selbst zu erfüllen gewesen wären.<sup>18</sup> Nach ganz überwiegender Ansicht erstreckt sich der Pflichten- und Verantwortungsbereich des Schuldners somit auch auf die sog. weiteren Verhaltens- bzw. Schutzpflichten aus einem Schuldverhältnis.<sup>19</sup> Die Übergänge zwischen Vertrags- und Deliktspflicht sind hier allerdings fließend. Die herrschende Meinung verlangt daher für die Haftung für den Erfüllungsgehilfen, dass dieser „bei Erfüllung“ und nicht bloß „bei Gelegenheit“ tätig geworden ist.<sup>20</sup>

Daraus folgt, dass der Hersteller auch im Hinblick auf eine dem Verkäufer obliegende Unterweisungspflicht als dessen Erfüllungsgehilfe handeln kann. Entscheidend ist freilich auch hier, dass der Verkäufer ggü. dem Käufer eine entsprechende Aufklärungs- und Instruktionspflicht hat. Das hängt vom Einzelfall ab.<sup>21</sup> Verweist bspw. der Verkäufer eines Pkw den Käufer auf das vom Hersteller mitgelieferte Bedienungshandbuch und gibt dieses den Ölstand falsch an, so dass es in der Folge zu einem Motorschaden kommt, wird man den Hersteller im Hinblick auf die Aufklärungs- und Instruktionspflicht des Verkäufers als dessen Erfüllungsgehilfe ansehen können. Hingegen haftet der Verkäufer nicht für Fehler einer Gebrauchsanweisung, wenn er diese ohne eigene Instruktionspflicht lediglich mitliefert.<sup>22</sup>

#### 3. Die (mangelhafte) Herstellung einer Kaufsache

##### a) Herrschende Meinung

Die Frage, ob der Hersteller bezüglich der Herstellung der Ware Erfüllungsgehilfe des Verkäufers ist, ist insbesondere in den 1960er Jahren intensiv diskutiert worden.<sup>23</sup> Die herrschende Meinung lehnt die Anwendung

11 Vgl. BGHZ 58, 207, 212 m.w.N.

12 Im Rahmen des § 437 Nr. 3 BGB kann das Verursachen des Mangels, Kenntnis des Mangels oder auch Kennenmüssen bedeuten. Die Pflichtverletzung des Verkäufers kann in der (mangelhaften) Erstlieferung oder der Nichtvornahme der (möglichen und gebotenen) Nacherfüllung liegen, vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB, 69. A. 2010, § 437 Rz. 37.

13 Vgl. OLG Köln v. 21.12.2005 – 11 U 46/05, MDR 2006, 926 = NJW-RR 2006, 677; Schubell/Koch, DB 2004, 119; Palandt/Weidenkaff, BGB, 69. Aufl. 2010, § 437 Rz. 37.

14 Vgl. BGHZ 98, 334, 336 f.; Palandt/Grüneberg, BGB 69. Aufl. 2010, § 278 Rz. 7. Erfüllungsgehilfe kann auch sein, wer in seinem Verhalten keinem Weisungsrecht des Schuldners unterliegt, vgl. BGH v. 24.11.1995 – V ZR 40/94, MDR 1996, 788 = NJW 1996, 451.

15 Vgl. Grundmann in MünchKomm/BGB, 5. Aufl. 2006, § 278 Rz. 31.

16 Vgl. BGH WM 1971, 1121 f.; Staudinger/Löwisch, BGB 12. Aufl. 1979, § 278 Rz. 54 m.w.N.; Lorenz, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 14. A. 1987, § 20 VIII; Palandt/Grüneberg, BGB 69. A. 2010, § 278 Rz. 13.

17 In diesem Fall ist die Nebenpflicht des Verkäufers zur Versendung an den Bestimmungsort bereits mit der Befragung des Spediteurs oder des Frachtführers und der Auslieferung der Sache erfüllt, vgl. BGHZ 50, 32 (35); Grundmann in MünchKomm/BGB, 5. Aufl. 2006, § 278 Rz. 31. Entsprechendes gilt auch dann, wenn § 447 BGB gem. § 474 Abs. 2 BGB keine Anwendung findet, vgl. Lorenz in MünchKomm/BGB, 5. Aufl. 2008, § 447 Rz. 34.

18 BGH v. 3.7.1985 – VIII ZR 102/84, BGHZ 95, 170 (179) = MDR 1985, 929 m.w.N.

19 Lorenz, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, § 20 VIII.

20 Vgl. BGH NJW 1965, 1709; Palandt/Grüneberg, BGB, 69. A. 2010, § 278 Rz. 20.

21 BGHZ 47, 312, 316. Bejahend etwa OLG Düsseldorf v. 25.2.2003 – 23 U 35/02, NJW-RR 2004, 672 ff.

22 Vgl. BGH v. 18.2.1981 – VIII ZR 14/80, MDR 1981, 749 = NJW 1981, 1269. Zur Frage, ob § 434 Abs. 2 Satz 2 BGB auf Gebrauchsanweisungen und Bedienungsanleitungen anwendbar ist, vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB, 69. Aufl. 2010, § 434 Rz. 48 m.w.N.

23 Vgl. Canaris, JZ 1968, 494 ff.; Diederichsen, Haftung des Warenherstellers, 1967.

## Vertragsrecht

des § 278 BGB insoweit traditionell ab,<sup>24</sup> doch hat die Gegenansicht, die den Hersteller auch bezüglich der Herstellung als Erfüllungsgehilfen des Verkäufers einordnen will, im Zuge der Schuldrechtsreform 2002 neuen Zulauf bekommen.<sup>25</sup> Diese Ansicht stützt sich auf § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach der Verkäufer dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen hat. Die ganz herrschende Meinung lehnt die Anwendung des § 278 BGB allerdings weiterhin ab.<sup>26</sup> Auch der BGH bemerkt lapidar:

„Ein etwaiges Verschulden des Herstellers musste sich die Beklagte [= Verkäuferin] nicht gem. § 278 BGB zurechnen lassen, weil der Hersteller nicht Erfüllungsgehilfe des Verkäufers ist.“<sup>27</sup>

### b) Materialien zur Schuldrechtsreform

Bei unbefangener Annäherung an diese Frage scheint es zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen, den Hersteller auch insoweit als Erfüllungsgehilfen des Verkäufers in Betracht zu ziehen. Letztlich hängt es davon ab, wie weit man Pflichten – und Verantwortungsbereich des Verkäufers zieht. Der Umstand, dass die Herstellung dem Verkauf häufig vorgelagert ist, muss kein unüberwindbares Hindernis sein, jedenfalls dann nicht, wenn man auch bestimmte Vorbereitungshandlungen in den Anwendungsbereich des § 278 BGB einbezieht.<sup>28</sup> Letztlich scheint es allerdings müßig, hierüber weiter nachzudenken. Denn die herrschende Meinung kann sich auf die insoweit eindeutigen Materialien zur Schuldrechtsreform stützen. Dort heißt es:

„Die Verpflichtung zur mangelfreien Verschaffung der Sache führt auch nicht etwa auf dem Umweg über die Gehilfenhaftung zu einer grundlegenden Ausweitung von Schadensersatzpflichten des Verkäufers. Eine solche Ausweitung ergäbe sich, wenn der Warenhersteller Erfüllungsgehilfe des Verkäufers wäre. Die Verpflichtung zur mangelfreien Lieferung hat jedoch nicht diese Rechtsfolge. Die Verpflichtung des Verkäufers soll sich auf die mangelfreie Verschaffung der Sache beschränken, soll hingegen nicht die Herstellung der Sache umfassen. Bei der Erfüllung der Verschaffungspflicht bedient sich der Verkäufer nicht des Herstellers, die Herstellung der Sache ist nicht in den Pflichtenkreis des Verkäufers einbezogen.“<sup>29</sup>

Auch wenn man das anders sehen wollte, dürfte es jedenfalls bei Anwendung des „klassischen“ Auslegungskanons schwer werden, sich darüber hinwegzusetzen. Es ist daher auch nicht überraschend, dass der BGH die Erfüllungsgehilfeneigenschaft des Herstellers weiterhin verneint.

### c) BGH-Rechtsprechung

Zumindest anfangs tat er das allerdings noch mit einigen Bauchschmerzen. In der „Trevira-Entscheidung“ räumte der BGH ein, „dass diese Einengung des Anwendungsbereichs des § 278 BGB unter Umständen zu Ergebnissen führt, die im Einzelfall als wenig billig erscheinen können.“ Weiter heißt es dann allerdings: „Im Schrifttum wird daher erörtert, wie dem Käufer in solchen Fällen geholfen werden kann (...). Die Lösungsversuche zielen aber nicht darauf ab, den Zwischen-Verkäufer gem. § 278 BGB haften zu lassen, sondern darauf, dem Käufer einen direkten Anspruch gegen den Lieferanten seines Verkäufers zu gewähren.“<sup>30</sup> Seither wurde die Position des Käufers diesbezüglich in mancher Hinsicht gestärkt. So stehen ihm ggf. Direktansprüche gegen den Hersteller unter dem Gesichtspunkt der Produkt- bzw. der deliktischen Produzentenhaftung zu. Der Schutz des Abnehmers ist gleichwohl lückenhaft. Das hat vor allem damit zu tun, dass der BGH schon früh festgestellt hat, dass die Herstellerhaftung dem Deliktsrecht und nicht dem Vertragsrecht unterfällt („Relativität“ der Schuldverhältnisse).<sup>31</sup> Das Deliktsrecht aber ersetzt reine bzw. primäre Vermögensschäden nur sehr bedingt.<sup>32</sup> Ein- und Ausbau-

kosten werden danach grundsätzlich ebenso wenig ersetzt wie etwa Betriebsausfallschäden.

Nachdem der BGH im „Parkettstäbelfall“ – vorbehaltlich möglicher Korrekturen durch den EuGH – entschieden hat, dass Einbaukosten nicht im Rahmen der Nacherfüllung zu ersetzen sind, sondern nur als Schadensersatz geltend gemacht werden können,<sup>33</sup> kommt es entscheidend auf die Frage des Vertretenmüssens an. Ist der Verkäufer nicht zugleich Hersteller, kannte er den Mangel nicht und lagen auch keine besonderen Umstände vor, die Anlass zur Prüfung der Ware gegeben haben,<sup>34</sup> und hat er den Mangel auch nicht selbst verursacht, kommt ein Vertretenmüssen des Verkäufers gem. § 276 BGB ungeachtet der Vermutung des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB in der Regel nicht in Betracht. Lehnt man mit der h.L. und dem BGH nun auch die Erfüllungsgehilfeneigenschaft des Herstellers ab, werden dem Käufer derartige Schäden selbst dann nicht ersetzt, wenn der Hersteller schuldhaft gehandelt hat. Entstehen dem Käufer durch mangelhafte Kaufsachen primäre Vermögensschäden, geht das im „Dreieck“ zwischen Hersteller, Verkäufer und Käufer damit häufig zu Lasten des einzelnen Abnehmers. Hinzu kommt, dass Direktansprüche gegen den Hersteller mitunter schwer(er) zu realisieren sind als Ansprüche gegen den Verkäufer, jedenfalls wenn Käufer und Hersteller nicht aus demselben Land kommen.<sup>35</sup>

### d) Rechtspolitische Erwägungen

Dahinter mag die Sorge vor einer haftungsrechtlichen Überforderung des Verkäufers stehen, letztlich kommt das aber vor allem dem Hersteller zugute, obgleich dieser mit der mangelhaften Produktion die Schadensursache gesetzt hat.<sup>36</sup> Für (gewerbliche) Verkäufer scheint das nicht angebracht, zumal er den Hersteller (im „Dreieck“

24 *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 1984, § 27 I 2 (391 f.).

25 Vgl. *Grundmann* in MünchKommBGB, 5. Aufl. 2006, § 278 Rz. 31; *Schmidt*, FS Heinrichs, 1998, 511 (525 ff.).

26 Palandt/*Grüneberg*, BGB, 69. Aufl. 2010, § 278 Rz. 13; *U. Huber* in FS Ulmer, 2003, 1165 (1187 f.); *Wältermann/Kluth*, ZGS 2006, 296; *Kleinhenz*, Jura 2008, 281 (284).

27 BGH v. 15.7.2008 – VIII ZR 211/07, MDR 2008, 1146 = NJW 2008, 2837 (2840); v. 19.6.2009 – V ZR 93/08, MDR 2009, 1030 = NJW 2009, 2674 (2676).

28 Vgl. etwa *Larenz*, Vertrag und Unrecht, 1. Teil: Vertrag und Vertragsbruch, 1936, S. 173, wonach jede bloße vorbereitende Tätigkeit genügt, sofern sie zur Erfüllung notwendig ist.

29 BT-Drucks. 14/6040 v. 14.5.2001, S. 210.

30 BGHZ 48, 118 ff.

31 BGH NJW 1969, 269 m. Anm. *Diederichsen* = JZ 1969, 387 m. Anm. *Deutsch*.

32 *U. Huber*, FS Ulmer, 2003, S. 1165 (1197). Hierzu das „Hühnerpest-Urteil“ (BGH NJW 1969, 269 [271]): Die „Unterscheidung zwischen begünstigter Vertragshaftung und begrenzter Deliktshaftung gehört zum System des geltenden Haftungsrechts und ist nicht nur ein theoretisches Dogma“; *Picker*, FS Medicus, 1999, S. 397 (436).

33 BGH v. 15.7.2008 – VIII ZR 211/07, MDR 2008, 1146 = NJW 2008, 2837 ff. Zur Anspruchsgrundlage s. *Lorenz*, NJW 2009, 1633 f. Der BGH (NJW 2008, 2837 [2839]) nennt „etwaigen Nutzungsausfall, den der Käufer in der Zwischenzeit durch die Mangelhaftigkeit der Kaufsache erlitten hat“ sowie „Zulassungs- und Überführungskosten beim Kraftfahrzeugkauf“.

34 Grundsätzlich ist der Zwischen-Verkäufer nicht zur Untersuchung der weiterveräußerten Ware verpflichtet, vgl. BGH v. 19.6.2009 – V ZR 93/08, MDR 2009, 1030 = NJW 2009, 2674 (2676); WM 1971, 1121 f.; v. 18.2.1981 – VIII ZR 14/80, MDR 1981, 749 = WM 1981, 382 f.; OLG Köln v. 21.12.2005 – 11 U 46/05, MDR 2006, 926 = NJW-RR 2006, 677 f.; *Kleinhenz*, Jura 2008, 281 (284); *U. Huber*, FS Ulmer, 2003, 1165, 1188 f. Siehe auch BT-Drucks. 14/6040 v. 14.5.2001, S. 210. Kritisch *U. Huber*, FS Ulmer, 2003, S. 1165 (1188, Fn. 89).

35 Vgl. den Bericht der Kommission v. 25.7.2007 zum Gemeinsamen Referenzrahmen, KOM(2007) 447 endg.

36 Vgl. *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 1984, § 27 I 2 (S. 393); *Esser/Schmidt*, FS Heinrichs, 1998, S. 511 (528) („Privilegierung auf Kosten des Enderwerbers“).

## Vertragsrecht

also seinen Vertragspartner) in Regress nehmen könnte. Das bedeutet für den Verkäufer zwar zusätzlichen Aufwand und ist unangenehm, zumal er ggf. in Vorleistung treten müsste;<sup>37</sup> allerdings ist es ihm eher zuzumuten, sich mit dem Hersteller auseinanderzusetzen, als dem Käufer, der mangels vertraglicher Beziehung zum Hersteller hier rechtlich und faktisch deutlich schlechter steht. Eine Ausweitung der Haftung hätte für Verkäufer bzw. Hersteller zudem u.U. disziplinierende Wirkung in Bezug auf die Auswahl des Herstellers bzw. die Qualität der Produktion. Das verbleibende Risiko scheint gegenwärtig auch deswegen nicht sachgerecht verteilt, weil sich zumindest der Verbraucher im Gegensatz zum Hersteller gegen entsprechende Risiken wie erneute Einbaukosten in der Regel nicht versichern kann. Die dabei entstehenden Kosten ließen sich auf die Gesamtheit der Abnehmer umlegen. Zu beachten ist schließlich, dass der Hersteller-Verkäufer dem Käufer grundsätzlich auch für die mangelhafte Herstellung haftet.<sup>38</sup> Das schafft Anreize, eine drohende Haftung durch gesellschaftsrechtliche Konstruktionen (z.B. durch Ausgründung einer Vertriebsgesellschaft) zu begrenzen.<sup>39</sup>

## e) Europäische Dimension

Möglicherweise zwingt das Unionsrecht zumindest partiell zum Umdenken. Dafür könnten die Vorabentscheidungsersuchen des BGH<sup>40</sup> bzw. des AG Schorndorf<sup>41</sup> sorgen, die die Frage betreffen, ob der Verkäufer im Falle der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts durch Ersatzlieferung auch die Ein- und Ausbaurkosten zu tragen hat.

Eine Rolle spielen kann dabei, dass das bestehende Haftungssystem den Käufer von der Geltendmachung seiner Gewährleistungsansprüche bzw. -rechte abhalten könnte,<sup>42</sup> wenn ihm die Mittel für die „Folgekosten“ (wie den erneuten Einbau) fehlen oder er diese Kosten für zu hoch hält. Noch weitergehenden Einfluss könnte die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher auf unsere nationale Rechtsordnung haben.<sup>43</sup> Was hier kommt, ist zwar noch offen; der Gesetzgeber wäre aber besser beraten, die wesentlichen Weichenstellungen selbst vorzunehmen und ein in sich stimmiges Haftungskonzept zu entwickeln, anstatt durch die Implementierung „europäischer Inselösungen“ zu versuchen, die unionsrechtlichen Vorgaben, die schon kompetenzbedingt nur Teilbereiche betreffen,<sup>44</sup> unter Inkaufnahme systematischer Brüche sukzessive in die eigene Rechtsordnung zu integrieren, und ggf. darauf zu vertrauen, die Gerichte werden es durch richtlinienkonforme Auslegung<sup>45</sup> oder gar Rechtsfortbildung<sup>46</sup> schon richten. Dabei sollte der Gesetzgeber auch berücksichtigen, dass das Verschuldensprinzip auf europäischer und internationaler Bühne mit dem Prinzip der Garantiehaftung konkurriert, dem etwa das UN-Kaufrecht folgt und bei dem es prinzipiell auf ein Verschulden des Verkäufers nicht ankommt.<sup>47</sup> Hierbei allein auf die „höhere rechtsethische Überzeugungskraft“<sup>48</sup> des Verschuldensprinzips zu setzen, wäre nicht ratsam.

## IV. Fazit

Das geltende Haftungssystem bedarf einer Überprüfung. Dabei erscheint es lohnenswert, auch die Frage, ob der Hersteller bezüglich der Herstellung Erfüllungshilfe des Verkäufers ist, neu zu diskutieren. Unter anderem sorgt § 278 BGB – jedenfalls theoretisch – für eine erhebliche Flexibilität des geltenden Verschuldensprinzips. Daher kann in § 278 BGB eine Lösung zu suchen sein, um zu einer angemessenen Risikoverteilung zwischen Hersteller, (gewerblichem) Verkäufer und Käufer zu kommen und zugleich eine Brücke zum Gegenentwurf, einer Garantiehaftung des Verkäufers, zu schlagen, ohne das Verschuldensprinzip im Kern aufzugeben. Es sind freilich noch weitere Anknüpfungspunkte und Konzepte zur Erreichung interessengerechter Ergebnisse denkbar. Gefordert ist hier in erster Linie der Gesetzgeber; er sollte die notwendigen Weichenstellungen vornehmen und dabei die Voraussetzungen dafür schaffen, dass die Flexibilität des Verschuldensprinzips auch praktisch zum Tragen kommen kann.

37 Die Vermutung des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB i.V.m. § 278 BGB zu widerlegen, wird häufig nicht gelingen.

38 Siehe hierzu BGH NJW-RR 1989, 559 f.; *Westermann* in MünchKomm/BGB, 5. Aufl. 2008, § 437 Rz. 27; ferner *P. Huber*, Examens-Repetitorium, Besonderes Schuldrecht/1, 2. Aufl. 2008, Rz. 174. Danach erweckt derjenige, der als Hersteller verkauft, beim Käufer höhere Erwartungen in Bezug auf die Möglichkeit und Fähigkeit, Mängel zu erkennen und zu beheben. Beruht der Mangel allerdings darauf, dass der Hersteller bei der Produktion ein von einem Dritten bezogenes mangelhaftes Vorprodukt verwendet hat, haftet er für den Dritten nach h.M. nicht nach § 278 BGB, vgl. die Kritik bei *Bamberger/Roth/Faust*, BGB, 2007, § 437 Rz. 85 f. Anderes gilt ggf. auch dann, wenn es sich um sog. „Ausreißer“ handelt, da dann der Hersteller in Bezug auf die Herbeiführung des Mangels kein Verschulden trifft. In der Praxis dürfte es ihm freilich zumeist schwerfallen, sich gem. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zu entlasten. Auch bei „Ausreißern“ kann der Hersteller aber dadurch schuldhaft handeln, dass er den Mangel vor Auslieferung nicht erkennt und beseitigt, vgl. *Bamberger/Roth/Faust*, BGB, 2007, § 437 Rz. 85.

39 Vgl. auch *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 1984, § 27 I (S. 393).

40 Rs. C-65/09 (hierzu *Lorenz*, NJW 2009, 1633 ff.).

41 Rs. C-87/09.

42 Siehe hierzu EuGH Slg. 2008, I-2685, Rz. 34 – Quelle AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen.

43 Vgl. Art. 27 des Vorschlags für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher v. 8.10.2008 (verfügbar unter: [http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/Directive\\_final\\_DE.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/Directive_final_DE.pdf)). Hierzu und zur angestrebten Vollharmonisierung s. *Artz*, GPR 2009, 171 ff.; *Zimmermann*, EuZW 2009, 319 (321).

44 Es scheint angebracht, nicht nur Verbraucher, sondern (etwa im Hinblick auf Betriebsausfallschäden) alle Abnehmer ins Blickfeld zu nehmen, die Waren von gewerblichen Verkäufern beziehen.

45 In Bezug auf Ausbaurkosten im Verhältnis „Verbraucher/Unternehmer“ vgl. *Lorenz*, NJW 2009, 1633 (1636).

46 Vgl. BGH v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, MDR 2009, 248 = NJW 2009, 427 ff.

47 Hierzu *Klees*, Jura 2010, 207 ff. Vgl. auch den Draft Common Frame of Reference (DCFR) (vgl. Art. III.-3:701).

48 BT-Drucks. 14/6040 v. 14.5.2001, S. 165.