

Allgemeine Einkaufsbedingungen

Bearbeitet von
Von Friedrich Westphalen, Rechtsanwalt

7. Auflage 2018. Buch. VI, 206 S. Mit Freischaltcode zum Download der Vertragsmuster. Kartoniert

ISBN 978 3 406 71720 8

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Zivilrecht > BGB Allgemeiner Teil > Allgemeine Geschäftsbedingungen](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

ohne Rücksicht auf Verschulden auf Schadensersatz zu haften, wenn und soweit die von ihm gelieferte Sache mangelhaft war.³¹⁸

(2) Es ist im Wesentlichen geklärt, unter welchen Voraussetzungen der Lieferant im Rahmen der Übernahme eines **Beschaffungsrisikos** im Sinn des § 276 Abs. 1 BGB auch eine vom Verschulden losgelöste Haftung für die Mangelfreiheit der gelieferten Sache übernimmt.³¹⁹ Überwiegend wird dies deswegen verneint, weil die Regelung von § 276 Abs. 1 BGB an die Stelle des früher geltenden § 279 BGB a.F. getreten ist, der aber lediglich das Beschaffungsrisiko zum Gegenstand hatte. Denn diese Norm bezog sich nur auf die Frage, ob der Schuldner/Lieferant die verschuldensunabhängige Verpflichtung – garantiemäßig – übernommen hat, eine Sache zu beschaffen, sie insbesondere auch fristgerecht zu beschaffen.³²⁰ Daraus folgt, dass die Haftung für die mangelfreie Qualität einer Sache sich im Rahmen des § 276 Abs. 1 BGB nur danach beantwortet, ob denn der Lieferant – für den Besteller erkennbar – die Zusicherung einer Eigenschaft/Beschaffenheit der zu liefernden Sache übernommen und damit zum Ausdruck gebracht hat, für das Fehlen einer solchen Eigenschaft/Beschaffenheit ohne Rücksicht auf ein Verschulden auch eintreten zu wollen.³²¹ Es geht also hier nur um die Begründung einer „Garantie“ der Beschaffenheit der Sache im Sinn des § 443 BGB.³²²

(3) Entsprechend dem Inhalt der **Gesetzesbegründung** ist also die Garantie im Rahmen von § 276 BGB gleichbedeutend mit der Begründung einer – verschuldensunabhängigen – Eigenschaftszusicherung.³²³ Eine derartige Zusicherungsklärung des Lieferanten setzt voraus,³²⁴ dass er in vertragsgemäß bindender Weise aus Sicht des Bestellers die Gewähr für das Vorhandensein einer Eigenschaft einer Kaufsache übernommen und damit seine Bereitschaft zu erkennen gegeben hat, für alle Folgen des Fehlens dieser Eigenschaft eintreten zu wollen.³²⁵ Seit der bekannten Kleber-Entscheidung des BGH³²⁶ ist deshalb danach zu differenzieren, ob der Lieferant im Rahmen einer Zusicherung lediglich das Risiko der vertragsgemäße Beschaffenheit der jeweiligen Lieferung – bezogen auf eine bestimmte Eigenschaft/Beschaffenheit – übernommen hat, oder ob er weitergehend auch bereit war, für alle Schadensfolgen/Folgeschäden einzustehen, die sich aus dem Fehlen der zugesicherten Eigenschaft/Beschaffenheit ergeben konnten. Anders gewendet: Im Rahmen von § 276 Abs. 1 BGB ist bei einer Eigenschaftszusicherung/Garantie immer ge-

318. BGH a. a. O.; BGHZ 50, 200, 204 f. – Kleber.

319. Verneinend Palandt/Grüneberg, BGB, § 276 Rdnr. 32; Unberath, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BGB, § 276 Rdnr. 42; MünchKomm/Ernst, BGB, § 276 Rdnr. 177 ff.; bejahend allerdings Graf von Westphalen ZIP 2002, 548.

320. MünchKomm/Ernst, BGB, § 276 Rdnr. 177 f.; vgl. auch Palandt/Grüneberg, BGB, § 276 Rdnr. 32.

321. BGH NJW 2007, 1346, 1348 – angegebene Laufleistung eines Motorrads.

322. BGH a. a. O.

323. Reg. E. BR-Drucks. 338/01 S. 563; vgl. auch Palandt/Weidenkaff, BGB, § 443 Rdnr. 10 f.; Graf von Westphalen, in: Henssler/Graf von Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, § 444 Rdnr. 6 ff.

324. BGH NJW 2007, 1346, 1348.

325. BGH ZIP 1996, 597, 598; BGH ZIP 1996, 279, 280; BGHZ 48, 118, 123 f. – TREVIRA.

326. BGHZ 50, 200, 204 ff. – Kleber.

mäß §§ 133, 157 BGB zunächst festzustellen, ob überhaupt eine solche Erklärung mit zusicherndem Charakter vorlag, nicht aber lediglich eine Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB. Sodann ist zu fragen, welchen Inhalt und welche Reichweite die jeweils vom Lieferanten abgegebene Zusicherungserklärung – bezogen auf das Risiko von Mangelschäden oder im Hinblick auf das Risiko von Mangelfolgeschäden – zum Gegenstand hatte.

(4) Bereits nach der früheren Rechtsprechung war es nicht erforderlich, dass der Lieferant das Wort „garantieren“ verwendete.³²⁷ Vielmehr knüpften die Rechtsfolgen von § 276 Abs. 1 BGB – bezogen auf die Haftung wegen Schadensersatz statt der Leistung nach § 444 BGB – stets und unmittelbar an die Vertragsbestandteil gewordene Erklärung an.³²⁸ Entscheidend war, dass der Lieferant vertragsgemäß für die Folgen der Unrichtigkeit seiner Erklärung gegenüber dem Besteller schadensersatzrechtlich eintreten wollte, und zwar ohne Rücksicht auf ein Verschulden.³²⁹

(5) Von praktischer Bedeutung ist im Rahmen der Interpretation von § 276 Abs. 1 BGB, aber in gleicher Weise nach den §§ 443, 444 BGB relevant, dass sich aus den **Umständen** eines Vertrages jeweils ergeben kann, ob und inwieweit der Lieferant bereit ist, eine garantiemäßige, d.h. verschuldensunabhängige Einstandspflicht zu begründen. Denn auch im Rahmen der Zusicherungshaftung gemäß § 459 Abs. 2 BGB a.F. war dieser Tatbestand einer stillschweigenden Garantie anerkannt.³³⁰ Doch hatte bereits die Rechtsprechung des BGH im Rahmen von § 459 Abs. 2 BGB a.F. wesentliche und praktisch bedeutsame Restriktionen vorgenommen, die auch weiterhin zu beachten sind. Zum einen war immer eine scharfe Differenzierung zwischen einer Eigenschaftszusicherung/Garantie im Sinn des § 276 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 443 BGB einerseits und einer **Beschaffenheitsvereinbarung** nach § 434c Abs. 1 Satz 1 BGB andererseits veranlasst.³³¹

(6) Maßgebender Ansatzpunkt für diese Differenzierung ist zum anderen der Blick auf die **Rechtsfolgen**. Denn nur dann, wenn das aus dem Fehlen einer Zusicherung/Garantie resultierende Schadensersatzrisiko Teil der verschuldensunabhängigen Einstandspflicht des Lieferanten ist, sind die Voraussetzungen einer Garantie gemäß §§ 443, 444 BGB begründet. Ist dies nicht der Fall, verbleibt es bei dem gewöhnlichen Tatbestand der Beschaffenheitsvereinbarung, wie er in § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB seinen Niederschlag gefunden hat. Dies bedeutet gleichzeitig: Für etwaige Folgeschäden haftet der Lieferant im Rahmen von § 437 Nr. 3 BGB i. V. m. § 280 BGB nur dann, wenn er die Pflichtverletzung auch im Sinn von § 276 BGB zu vertreten hat.³³² Praktisch folgt daraus: Hat der Lieferant – für den Besteller erkennbar und von ihm nicht zurückgewiesen – lediglich die Beschaffenheit der Sache im Sinn des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB

327. Hierzu Staudinger/Honsell, BGB, 11. Aufl., § 459 Rdnr. 27.

328. Im Einzelnen Graf von Westphalen, in: Foerste/Graf von Westphalen, Produkthaftungs-handbuch, 3. Aufl. § 3 Rdnr. 58.

329. BGH NJW 2007, 1346, 1348 – angegebene Laufleistung eines Motorrads.

330. BGH BB 1972, 1069 – Fensterlack.

331. Palandt/Weidenkaff, BGB, § 443 Rdnr. 10f.; vgl. auch Graf von Westphalen, in: Henssler/Graf von Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, § 444, Rdnr. 13 ff.

332. S. 72 ff.

beschrieben, etwa indem er auf technische Spezifikationen, technische Regelwerke oder Normen Bezug genommen hat, liegt darin regelmäßig eine Beschaffensvereinbarung, nicht aber die Übernahme einer – verschuldensunabhängigen – Garantie im Sinne von § 276 BGB sowie des § 443 BGB.³³³

(7) Das ist die eine wesentliche Beschränkung, die es zu beachten gilt. Die andere: Der BGH hat – und dies ist auch bei der Interpretation, ob der Lieferant eine verschuldensunabhängige Garantie gemäß § 276 BGB übernommen hat im Auge zu behalten –, beim Verkauf neu hergestellter beweglicher Sachen eine **stillschweigende Zusicherung** nur in Ausnahmefällen, d.h. nach sehr gründlicher Prüfung der einzelnen Umstände bejaht und im Zweifel abgelehnt hat.³³⁴ Diesen Grundsatz hat der BGH erst jüngst erneut unterstrichen.³³⁵ Wann diese Ausnahmetatbestände anzunehmen sind, lässt sich also nur schwer sagen, zumal der BGH schon vor langen Jahrzehnten in der bekannten Fensterlack-Entscheidung das letzte Mal das Vorliegen einer weitreichenden Garantieerklärung auf Grund der besonderen Umstände bejaht hat.³³⁶ Darauf ist der BGH jedoch später nicht mehr mit gleicher Deutlichkeit zurückgekommen. Zurückhaltung gegenüber stillschweigend begründeten Garantien steht daher im Vordergrund.

b) Von besonderer praktischer Bedeutung ist die unmittelbar in § 437 Nr. 3 BGB verankerte Haftung des Lieferant auf **Schadensersatz**. Dieser Anspruch resultiert aus der dem Lieferanten anzulasten Pflichtverletzung, eine im Sinn von § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB mangelhafte Sache geliefert zu haben, welche als Folge eines solchen Mangels beim Besteller zu einem Schaden geführt hat. Folgende Differenzierung ist insoweit zu bedenken:

aa) Wenn der Lieferant eine Sache liefert, die von Anfang an einen **nicht behebbaren Mangel** aufweist, dann ergibt sich die Schadensersatzhaftung in der Regel aus § 311a Abs. 2 BGB, soweit darin gleichzeitig der Tatbestand der **Unmöglichkeit** verwirklicht wird.³³⁷ Dieser Ansatz gilt primär beim Kauf einer Stückschuld. Handelt es sich hingegen um die Übernahme eines Beschaffungsrisikos im Sinn des § 276 Abs. 1 BGB, so gilt die sich aus § 311a Abs. 2 BGB abgeleitete Rechtsfolge des Schadensersatzes eben nur dann, wenn die Lieferung einer mangelfreien Sache aus der Gattung nicht mehr in Betracht kommt.³³⁸ Die entscheidende Pflichtverletzung und damit auch das erforderliche Vertretenmüssen liegt in diesen Fällen darin, dass es der Lieferant überhaupt übernommen hat, eine solche Sache zu liefern, die an einem nicht behebbaren Mangel leidet; denn der Lieferant ist grundsätzlich verpflichtet, seine Lieferfähigkeit zu prüfen und sich entsprechend zu organisieren.³³⁹

333. BGH ZIP 1996, 711, 713 – Prüfgerät; BGH ZIP 1996, 279, 280 – Fertigbeton; BGH NJW 1968, 2238, 2240 – Dieseldieselmotor.

334. BGH ZIP 1996, 711, 712 – Prüfgerät; BGH ZIP 1996, 597, 598 – Benzinverbrauch; BGH ZIP 1996, 479, 480 – Fertigbeton.

335. BGH NJW 2007, 1346, 1348 – angegebene Laufleistung eines Motorrads.

336. BGH BB 1972, 1069 mit Anm. von Graf von Westphalen.

337. MünchKomm/Westermann, BGB, § 437 Rdnr. 22; Palandt/Weidenkaff, BGB, § 437 Rdnr. 33.

338. MünchKomm/Westermann a. a. O.

339. MünchKomm/Westermann, BGB, § 437 Rdnr. 23.

bb) Wenn der Mangel aber erst **nach Gefahrenübergang** in Erscheinung tritt, dann ist die Erfüllungspflicht des Lieferanten nach § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB eingefordert. Erweist es sich dann, dass der Mangel nicht behebbar ist, dann liegt der Fall einer **nachträglichen Unmöglichkeit** vor, weil die nach § 437 Nr. 1 BGB geschuldete Nacherfüllung dann zwangsläufig ausfällt.³⁴⁰ In diesem Fall wird der Lieferant von seiner Leistung frei; doch schuldet er nach Maßgabe des § 283 BGB Schadensersatz statt der Leistung, sofern er das Leistungshindernis zu vertreten hat.³⁴¹ Der Inhalt des dann dem Besteller zustehenden Schadensersatzanspruchs richtet sich nach den allgemeinen Regeln, wie sie zu § 281 BGB entwickelt worden sind und den Tatbestand des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung prägen, womit auch Folgeschäden eingeschlossen sind.³⁴²

cc) Die Schadensersatzansprüche des Bestellers, wie sie sodann als **Folge eines Mangels** der Sache in § 437 Nr. 3 BGB adressiert sind, unterscheiden sich grundsätzlich danach, ob der Besteller wegen des Mangels den erlittenen **Schaden neben oder anstelle der Leistung** verlangt.

(1) Im ersten Fall ist an die Schadensersatzsanktion des § 280 Abs. 1 BGB anzuknüpfen; geschuldet wird Ersatz des wegen der Pflichtverletzung des Lieferanten dem Besteller entstandenen Schadens. Der neben den Anspruch auf Nacherfüllung tretende Anspruch auf Ersatz des dem Besteller entstandenen Schadens bezieht sich **folglich auf alle die Schäden**, welche beim Besteller endgültig als Folge der Schlechtlieferung entstanden sind, was voraussetzt, dass diese Schäden nicht durch eine Nacherfüllung – Mangelbeseitigung/Ersatzlieferung – beseitigt und ausgeglichen werden können.³⁴³ Dazu zählt insbesondere auch der Anspruch auf Ersatz des Nutzungsausfalls, des **entgangenen Gewinns**; dieser Anspruch folgt aus § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit § 437 Nr. 3 BGB, ohne dass es darauf ankommt, dass der Besteller den Lieferanten zuvor in Verzug gesetzt hätte.³⁴⁴ Es bedarf also auch keiner vorherigen Fristsetzung, um die Schadensersatzhaftung des Lieferanten wegen eines Mangels nach § 437 Nr. 3 BGB auszulösen.³⁴⁵

Im zweiten Fall, dem **Schadensersatzanspruch statt der Leistung** nach § 281 BGB in Verbindung mit § 437 Nr. 3 BGB, erfasst der Schadensersatzanspruch nur solche Schäden, welche durch Nacherfüllung abgewendet werden können.³⁴⁶ In der Sache geht es hier um den **Ersatz des positiven Interesses**. Der Besteller ist als Gläubiger durch den Schadensersatz so zu stellen, wie er stünde, wenn der Lieferant seine Vertragspflicht nach § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB ordnungsgemäß erfüllt hätte.³⁴⁷ Die Höhe dieses Schadens bemisst sich nach den allgemeinen Regeln der §§ 249 ff. BGB. Zu unterscheiden ist in dieser Kategorie eines Schadens statt der Leistung (§ 281

340. Vgl. MünchKomm/Westermann, BGB, § 437 Rdnr. 25.

341. Palandt/Grüneberg, BGB, § 283 Rdnr. 4.

342. MünchKomm/Ernst, BGB, § 283 Rdnr. 9.

343. BGH NJW 2009, 2674, 2676; Palandt/Grüneberg, BGB, § 280 Rdnr. 18.

344. BGH NJW 2009, 2674.

345. OLG Hamm NJW-RR 2013, 1002, 1004.

346. Palandt/Grüneberg, BGB, § 281 Rdnr. 2

347. BGH NJW 1999, 2901; Erman/Westermann, BGB, § 281 Rdnr. 23.

BGB) nach der Kategorisierung als Differenzschaden, und zwar als „kleiner“ oder als „großer“ Schadensersatzanspruch, worauf später noch einzugehen ist (S. 146).

(2) Da der Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB als einfacher Anspruch auf Ersatz des durch die in der **Mangelhaftigkeit liegende Pflichtverletzung** des Lieferanten entstandenen Vermögensschadens zu begreifen ist, wird folglich der entgangene Gewinn als praktisch bedeutsamster Fall hiervon ohne weiteres erfasst.³⁴⁸ Der Vergleich der Vermögen des Bestellers – im Rahmen der mangelhaften Lieferung und auf Grund der geschuldeten (mangelfreien) Erfüllung nach § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB – schließt diesen Nachteil als entgangene Nutzungsmöglichkeit ein. Dieser Schaden ist also endgültig entstanden; er kann nicht durch Nacherfüllung – Mangebeseitigung oder auch Ersatzlieferung – beseitigt werden. Daher ist es auch nicht erforderlich, dass der Lieferant gleichzeitig in Verzug nach § 286 BGB ist, um etwa den Schaden als Verzögerungsschaden nach § 280 Abs. 2 BGB geltend zu machen. Der einfache Befund, dass die Sache mangelhaft war, reicht vielmehr aus, um die Pflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB objektiv zu begründen. Es ist dann Sache des Lieferanten, sich vom **Verschulden** nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zu entlasten.

(3) Für einen nach § 437 Nr. 3 BGB ausgelösten **Schadensersatzanspruch statt der Leistung** nach § 281 BGB sind jedoch weitergehende **Voraussetzungen** zu beachten. Als erstes ist – wie beim Rücktritt – zu nennen, dass der Besteller einen solchen Schadensersatzanspruch nur dann geltend machen kann, wenn die dem Lieferanten anzulastende **Pflichtverletzung erheblich** war, was sich aus § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB ablesen lässt.³⁴⁹ Auch hier ist – ähnlich wie bei der Parallelbestimmung zum Rücktritt nach § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB – eine umfassende Bewertung der beiderseitigen Interessen vorzunehmen. Die Grenze von 5 % an Reparaturaufwand – bezogen auf den Kaufpreis – wird man – wie beim Rücktritt – auch hier als zutreffende Grenze ansehen dürfen, um die Erheblichkeit der Pflichtverletzung nach § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB zu bejahen.³⁵⁰ Dabei kommt es nicht auf das Verschulden, sondern darauf an, ob die den Mangel begründende Pflichtverletzung des Lieferanten als „unerheblich“ anzusehen ist.³⁵¹ Zu berücksichtigen sind hier in erster Linie die Intensität des Mangels und vor allem der Aufwand, der für die Beseitigung des Mangels erforderlich ist.³⁵² Nachvollziehbar ist es daher, dass der BGH entschieden hat, bei Vorliegen einer **Arglist** ist der Tatbestand einer unerheblichen Pflichtverletzung nicht in Betracht zu ziehen.³⁵³ Dabei ist zu bedenken, dass § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB auf einem Regel-Ausnahme-Verhältnis beruht, weil eine auf dem Vorwurf der Arglist aufbauende Pflichtverletzung darauf zielt, dass das Interesse des Lieferanten/Schuldners an der

348. BGH NJW 2009, 2674.

349. Hierzu Palandt/Grüneberg, BGB, § 281 Rdnr. 40 ff.

350. Vgl. BGH NJW 2014, 3229 – Rücktritt.

351. Vgl. MünchKomm/Ernst, BGB, § 281 Rdnr. 147.

352. Palandt/Grüneberg, BGB, § 281 Rdnr. 47.

353. BGH NJW 2006, 1960.

Verneinung des Schadensersatzanspruchs statt der Leistung – und damit am Behalten der Leistung durch den Besteller – keine schützenswerte Position verkörpert.³⁵⁴

(4) Es hat sich eingebürgert, auch im Rahmen des Schadensersatzanspruchs nach § 437 Nr. 3 BGB in Verbindung mit § 280 Abs. 1 BGB von einem **Mangelschaden** zu sprechen.³⁵⁵ Erfasst wird damit der Vermögensnachteil, der deswegen entsteht, weil der Lieferant den von ihm zu vertretenden Mangel im Rahmen der Nacherfüllung beseitigt. Das sind der Reparaturaufwand und vor allem auch der Minderwert.³⁵⁶ Doch auch der entgangene Gewinn zählt in diese Kategorie.³⁵⁷ Damit ist auch geklärt, dass der Ersatz des Betriebsausfalls, des entgangenen Gewinns von § 280 Abs. 1 BGB im Fall der Mangelhaftigkeit erfasst wird: Das ist also der Vermögensnachteil, der dadurch entsteht, dass der Besteller die Sache wegen des Mangels und der dadurch erforderlichen Nacherfüllung für eine bestimmte Zeit nicht nutzen kann.³⁵⁸ Daher wird der mangelbedingte Betriebsausfallsschaden – also: auch der Ersatz des entgangenen Gewinns nach § 252 BGB – ohne Rücksicht darauf gewährt, ob sich der Lieferant auf Grund einer Mahnung und einer Fristsetzung des Bestellers in Verzug befindet.³⁵⁹ Es gelten die Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 BGB, die durch § 437 Nr. 3 BGB eingefordert sind. Auch der Gesetzgeber hat sich in dieser Richtung geäußert.³⁶⁰ Daher ist die Gegenseite abzulehnen³⁶¹ und dem BGH zu folgen.³⁶²

(5) Eine hiervon scharf zu trennende Frage bezieht sich darauf, ob denn der Lieferant immer den Mangel der Sache und damit die aus § 437 Nr. 3 BGB in Verbindung mit § 280 Abs. 1 BGB resultierende Haftung auf Schadensersatz zu vertreten hat (§ 276 BGB). Hier erweist sich neben der bereits behandelten Frage nach dem Schuldmaßstab eine weitere Grundüberlegung als zielführend: Der Lieferant in seiner Position als **Händler** haftet nicht für **Mängel seines Vorlieferanten**, weil dieser nicht als **Erfüllungsgehilfe des Lieferanten** im Sinn des § 278 BGB einzuordnen ist. Das Verschulden des Vorlieferanten ist ihm daher nicht als eigenes zuzurechnen.³⁶³ Doch diese Antwort erschöpft nicht die ganze Dimension der hier zu behandelnden Problemstellung. Denn es kann durchaus sein, dass der Lieferant – etwa im Rahmen der Arbeitsteiligkeit – für eine Pflichtverletzung seines Vorlieferan-

354. BGH NJW 2006, 1960, 1961 – für die Parallelfrage des Rücktritts.

355. Palandt/Weidenkaff, BGB, § 437 Rdnr. 34; MünchKomm/Westermann, BGB, § 437 Rdnr. 26.

356. Palandt/Weidenkaff, BGB, § 437 Rdnr. 34.

357. BGH NJW 2009, 2674 – Grundsatzentscheidung..

358. Vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB, § 439 Rdnr. 35.

359. Lorenz NJW 2005, 1889, 1891; MünchKomm/Ernst, BGB, § 280 Rdnr. 55f.; Canaris ZIP 2003, 321, 326 f.; Faust, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BGB, § 437 Rdnr. 67.

360. BT-Drucks. 14/6040 S. 225.

361. Palandt/Weidenkaff, BGB, § 437 Rdnr. 34; Dauner-Lieb/Dötsch, DB 2001, 2535 ff.

362. BGH NJW 2009, 2674; im Einzelnen auch Dauner-Lieb/Khan, FS für Graf von Westphalen, 2010, S. 55 ff.; Palandt/Grüneberg, BGB, § 280 Rdnr. 18.

363. BGH NJW 2009, 2674; BGH NJW 2008, 2827, 2838; BGH NJW 1968, 2268; OLG Köln NJW-RR 2006, 677; Palandt/Grüneberg, BGB, § 278 Rdnr. 13; MünchKomm/Westermann, BGB, § 437 Rdnr. 27 ff.

ten eintreten muss, vor allem auch dann, wenn er verpflichtet war, die Vertragsgemäßheit des ihm zugelieferten Produkts zu überprüfen.³⁶⁴ So gesehen kommt es – ein wenig verkürzt gesagt – darauf an, ob denn der Lieferant, der ja den Herstellungsprozess nach § 433 Abs. 1 BGB nicht schuldet, sondern nur die Eigentums- und Besitzverschaffung, auf diesen Prozess Einfluss nehmen konnte oder musste.³⁶⁵ Ist indessen der Lieferant selbst der **Hersteller** der mangelhaften Sache, dann besteht kein Zweifel daran, dass er dann auch den Mangel im Sinn einer Schadensersatzhaftung nach § 437 Nr. 3 BGB zu vertreten hat,³⁶⁶ zumal er dann auch für seine Erfüllungsgehilfen/Hilfspersonen eintreten muss.

Letztlich kommt es also entscheidend darauf an, ob der Lieferant selbst im Blick auf die aufgetretene Mangelhaftigkeit der von Vorlieferanten gelieferten Sache eine ihm obliegende Pflicht – objektiv gewertet – im Sinn des § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB verletzt hat, so dass es dann seine Sache ist, den Nachweis **fehlenden Verschuldens** im Sinn von § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zu führen.³⁶⁷ Das ist dann ganz und gar unproblematisch, wenn sich etwa herausstellt, dass der Lieferant selbst beim Liefervorgang eine Pflichtverletzung gesetzt hat.³⁶⁸

Für den Fall des **Aus- und Einbaus**, die im Rahmen einer Nacherfüllung einer mangelhaften Sache, vor allem auch einer Ersatzlieferung erforderlich werden, ist jetzt durch § 439 Abs. 3 BGB klargestellt, dass diese Aufwendungen auch im unternehmerischen Verkehr keinen verschuldensabhängigen Anspruch auf Ersatz des Schadens begründen, sondern dem Bereich der Aufwendungen (§ 256 BGB) zuzuweisen sind. Darüber hinaus kann es sein, dass der Lieferant **Anlass** hatte (§ 241 Abs. 2 BGB), wegen zuvor bereits aufgetretener Mängel die gelieferte Sache sehr sorgfältig auf Ihre Mangelfreiheit zu untersuchen. Doch die nach § 377 HGB geschuldete Wareneingangskontrolle fällt nicht in diese Rubrik einer dem Besteller anzulastenden Pflichtverletzung, weil es sich hierbei um eine Obliegenheit des Bestellers handelt, nicht aber um eine Nebenpflicht.³⁶⁹ Ihre Erfüllung sichert nämlich dem Besteller die aus der Mangelhaftigkeit der gelieferten Sache resultierenden Mängelansprüche gegenüber dem Lieferanten.³⁷⁰ Ob jedoch eine solche **Nebenpflicht** nach § 241 Abs. 2 BGB vorliegt, welche den Besteller zu einer Untersuchung der Ware am Ablieferungsort verpflichtete, welche den Rahmen von § 377 HGB überschreitet, ist abhängig von den Umständen des Einzelfalls. Die Bewältigung dieser Fragestellung entzieht sich wegen ihrer fehlenden Typizität einer AGB-Klausel.

dd) Ist der Besteller – regelmäßig nach Setzung einer angemessenen Frist – berechtigt, einen Anspruch auf **Ersatz des Schadens statt der Leistung** geltend

364. MünchKomm/Westermann, BGB, § 437 Rdnr. 27; differenzierend MünchKomm/Grundmann, BGB, § 278 Rdnr. 31.

365. Vgl. BGH NJW 2009, 2674; Palandt/Grüneberg, BGB, § 278 Rdnr. 13; MünchKomm/Grundmann a. a. O.

366. Palandt/Grüneberg a. a. O.

367. Zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, § 280 Rdnr. 34 ff.

368. BGH NJW 1970, 1457 – fehlerhaftes Abfüllen von Öl.

369. Baumbach/Hopt, HGB, § 377 Rdnr. 5 ff.

370. Wagner, in Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, § 377 Rdnr. 10 ff.

zu machen, dann kann er im Sinn des § 437 Nr. 3 BGB in Verbindung mit § 281 BGB stets Ersatz des Schadens geltend machen, der in die Kategorie des **Mangelfolgeschadens** fällt.³⁷¹ Erfasst werden damit alle die Schäden/Nachteile, die durch den Mangel der Sache endgültig entstanden sind und durch die Nacherfüllung nicht mehr zu beseitigen sind. Das sind die Kosten der Ersatzbeschaffung und auch der verbleibende Minderwert.³⁷²

(1) Im Rahmen eines Anspruchs auf Ersatz des Schadens statt der Leistung gemäß § 281 BGB ist zusätzlich eine maßgebende **Differenzierung zwischen der Geltendmachung des „großen“ und des „kleinen“ Schadensersatzes** hier wichtig und kurz näher zu beleuchten.³⁷³ Immer geht es hier um den Ersatz des positiven Interesses: Der Besteller ist also vermögensmäßig so zu stellen, wie er stünde, wenn der Lieferant den Kaufvertrag mangelfrei erfüllt hätte.³⁷⁴ Einzubeziehen sind hier auch die Schäden, welche der Besteller deswegen erleidet, weil er gegenüber seinen Abnehmern – als Folge der Nichtbelieferung – Ansprüchen auf **Vertragsstrafe** oder auf Verzugsschäden ausgesetzt ist.³⁷⁵

(2) Den geltend zu machenden Schaden kann der Besteller auf zwei Wegen liquidieren. Macht der Besteller den **„kleinen“ Schadensersatzanspruch** geltend, dann behält er die mangelhafte Sache.³⁷⁶ Doch ist in diesen Fällen die Ermittlung des Minderwerts der mangelhaften Sache problematisch. Denn es geht um die Feststellung der absoluten Differenz beider Wertansätze, weil die vom Besteller erbrachte Gegenleistung außen vor bleibt.³⁷⁷ Doch kann der Besteller – praktisch als Lösung grundsätzlich vorzuziehen – auch auf den nach § 441 BGB zu ermittelnden Minderwert abstellen und diesen der Berechnung seines Schadens zugrunde legen, wenn es sich um ein Geschäft handelt, dem ein gewisser **Marktpreis** zugrunde liegt, weil sich dann die Differenz zwischen der absoluten und der relativen Ermittlung des Minderwerts praktisch nicht auswirkt.³⁷⁸ Dies ist jedoch dann anders, wenn der Besteller die Sache besonders günstig eingekauft hat, weil dann die auf den entstandenen Schaden bezogene Betrachtung für ihn günstiger ist. Auch bei der Geltendmachung des „kleinen“ Schadensersatzes sind alle **Folgeschäden** mit in Rechnung zu stellen.³⁷⁹ Der entgangene Gewinn ist stets Gegenstand eines solchen „kleinen“ Schadensersatzanspruchs.³⁸⁰

(3) Entscheidet sich der Besteller jedoch dazu, den **„großen“ Schadensersatzanspruch** zu reklamieren, so ist dieser dadurch charakterisiert: Der Be-

371. Palandt/Weidenkaff, BGB, § 437 Rdnr. 35; Faust, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BGB, § 437 Rdnr. 71 ff.

372. Palandt/Grüneberg, BGB, § 280 Rdnr. 18.

373. MünchKomm/Ernst, BGB, § 281 Rdnr. 131 ff.; MünchKomm/Westermann, BGB, § 437 Rdnr. 35.

374. BGH NJW-RR 1997, 654; Unberath, in: Bamberger/Rau/Hau/Poseck, BGB, 1.3.2011, § 281 Rdnr. 33.

375. Unberath, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BGB, § 281 Rdnr. 39.

376. BGHZ 108, 156; Palandt/Grüneberg, BGB, § 281 Rdnr. 45.

377. MünchKomm/Ernst, BGB, § 281 Rdnr. 132 ff. – Einzelheiten.

378. Weitere Einzelheiten bei MünchKomm/Ernst, BGB, § 281 Rdnr. 132.

379. MünchKomm/Ernst, BGB, § 281 Rdnr. 139.

380. MünchKomm/Ernst, BGB, § 281 Rdnr. 139; a.M. BGH NJW 2009, 2674 – Anspruch nach § 280 Abs. 1 BGB.