

Haftung für reine Vermögensschäden in der Absatzkette

*Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 16. Juni 2011**

mit Anmerkung von *Florian Bien*, Würzburg

Leitsätze des Gerichts:

1. Art. 3 Abs. 2 und 3 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter ist dahin auszulegen, dass, wenn der vertragsgemäße Zustand eines vertragswidrigen Verbrauchsguts, das vor Auftreten des Mangels vom Verbraucher gutgläubig gemäß seiner Art und seinem Verwendungszweck eingebaut wurde, durch Ersatzlieferung hergestellt wird, der Verkäufer verpflichtet ist, entweder selbst den Ausbau dieses Verbrauchsguts aus der Sache, in die es eingebaut wurde, vorzunehmen und das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut in diese Sache einzubauen, oder die Kosten zu tragen, die für diesen Ausbau und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts notwendig sind. Diese Verpflichtung des Verkäufers besteht unabhängig davon, ob er sich im Kaufvertrag verpflichtet hatte, das ursprünglich gekaufte Verbrauchsgut einzubauen.

2. Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 1999/44 ist dahin auszulegen, dass er ausschließt, dass eine nationale gesetzliche Regelung dem Verkäufer das Recht gewährt, die Ersatzlieferung für ein vertragswidriges Verbrauchsgut als einzig mögliche Art der Abhilfe zu verweigern, weil sie ihm wegen der Verpflichtung, den Ausbau dieses Verbrauchsguts aus der Sache, in die es eingebaut wurde, und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts in diese Sache vorzunehmen, Kosten verursachen würde, die verglichen mit dem Wert, den das Verbrauchsgut hätte, wenn es vertragsgemäß wäre, und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit unverhältnismäßig wären. Art. 3 Abs. 3 schließt jedoch nicht aus, dass der Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der Kosten für den Ausbau des mangelhaften Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts in einem solchen Fall auf die Übernahme eines angemessenen Betrags durch den Verkäufer beschränkt wird.

* *Europäischer Gerichtshof* (EuGH) 16.6.2011, verb. Rs. C-65/09 und C-87/09 (*Gebr. Weber GmbH und Ingrid Putz*), *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (EuZW) 2011, 631 = *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 2011, 2269.

Anmerkung:**I. Das Problem: Haftung für reine Vermögensschäden aufgrund Lieferung einer defekten Kaufsache**

Der hier zu besprechende Luxemburger Richterspruch ist in Deutschland ganz überwiegend auf Ablehnung gestoßen¹. Die Kritik lässt sich mit dem Vorwurf zusammenfassen, die Entscheidung sei von „verbraucherschutzrechtlicher Sozialromantik“² geprägt. Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Berechtigt ist die Kritik an der Begründung des Urteils. Es stellt fast ausschließlich auf die vermeintlich verbraucherschützende Zielrichtung der einschlägigen Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf³ ab. Das vom EuGH gefundene Ergebnis ist dennoch zu begrüßen. Es geht lediglich nicht weit genug. Die vom EuGH zu beantwortende Frage stellt einen bloßen Ausschnitt aus einem größeren Problembereich dar: Die Haftung für reine Vermögensschäden, die durch Lieferung einer defekten, nicht vom Verkäufer hergestellten Kaufsache entstehen. Angesichts der auf Aus- und Einbaukosten im Verbrauchsgüterkauf beschränkten Vorlagefrage darf man sich freilich nicht darüber wundern, dass der EuGH das eigentliche Problem sowohl in sachlicher als auch in persönlicher Hinsicht nur ausschnittsweise zu lösen vermochte⁴.

In den Fällen *Weber* (defekte Fliesen) und *Putz* (defekte Spülmaschine) bedurfte es zunächst des Ausbaus der defekten und anschließend des Einbaus einer mangelfreien Kaufsache. Der Schaden der Käufer setzt sich aus drei Elementen zusammen. Es sind dies die defekte Kaufsache selbst (Mangelschaden) sowie die Kosten des Ausbaus der defekten und die Kosten des Einbaus der mangelfreien Ersatzsache (Mangelfolgeschaden). Bei sämtlichen Schadensposten handelt es sich um reine Vermögensschäden. Absolut geschützte Rechtsgüter der Käufer im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB sind nicht betroffen.

Weitere reine Vermögensschäden, die beim Käufer als Folge der Lieferung einer mangelhaft hergestellten Kaufsache eintreten, sind denkbar⁵. Neben den streitgegenständlichen Aus- und Einbaukosten sind als weitere Mangelfolgeschä-

¹ Besonders deutlich *Stephan Lorenz*, Ein- und Ausbaupflichtung des Verkäufers bei der kaufrechtlichen Nacherfüllung – Ein Paukenschlag aus Luxemburg und seine Folgen, *NJW* 2011, 2241, 2242: „erschreckend“ und *Dagmar Kaiser*, EuGH zum Austausch mangelhafter eingebauter Verbrauchsgüter, *Juristenzeitung* (JZ) 2011, 978: „im Ergebnis erschreckend geantwortet.“ Außerdem *Felix Mautzsch*, Der Umfang des Nacherfüllungsanspruchs gemäß Art. 3 VerbrGK-RL, *Gemeinschaftsprivatrecht* (GPR) 2011, 253, 256; *Thomas Pfeiffer*, Kommentierte BGH-Rechtsprechung *Lindenmaier-Möhring* (LMK) 2011, 321439.

² *Lorenz*, *NJW* 2011, 2241, 2243.

³ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, *ABl.* 1999 L 171/12.

⁴ Nicht Gegenstand der vorliegenden Besprechung sind die Ausführungen des EuGH zur Frage, ob dem Verkäufer ein Leistungsverweigerungsrecht wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung zusteht (siehe den zweiten Leitsatz des Urteils).

⁵ Siehe schon *Bundesgerichtshof* (BGH) 15.7.2008, *BGHZ* 177, 224, Tz. 22, sowie die Besprechung von *Andreas Klees*, Die Ansprüche des Käufers auf Schadensersatz bei Lieferung einer mangelhaften Kaufsache zwischen Verschuldensprinzip und Garantiehaftung – zugleich eine Anmerkung zu der „Parkettstäbe-Entscheidung“ des BGH, *Juristische Ausbildung* (Jura) 2010, 207, 214 Fn. 97.

den Nutzungsausfallsschäden zu nennen. Sie können zum einen in der Variante des entgangenen Gewinns auftreten. Lehrbuchbeispiel ist der am Tag der Restauranteröffnung gelieferte defekte Pizzaofen⁶. Alternativ kann sich der Nutzungsausfallsschaden in den Kosten der Anmietung einer Ersatzsache manifestieren⁷. Zu denken ist schließlich an die Kosten für Zulassung- und Überführung eines gekauften Kraftfahrzeugs. Erweist sich der Wagen später als mangelhaft, mögen sich die Kosten im Nachhinein als nutzlos herausstellen. Sie fallen für ein eventuelles Ersatzfahrzeug erneut an⁸.

Es bedarf keiner besonderen Erwähnung, dass sämtliche genannten Schadensposten unabhängig davon eintreten können, ob der Käufer unter den Verbraucherbegriff der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf fällt. Prominente Beispiele aus der gerichtlichen Entscheidungspraxis, in denen Unternehmer unter ähnlichen⁹ Umständen (erfolglos) Ersatz von Ein- und Ausbaurkosten eingeklagt haben, sind der *Prüfzeichen*¹⁰- und der *Fugendichtungsmassefall*¹¹.

II. Mangelschadensersatz

Für den Mangelschaden, die defekte Kaufsache, erhält der Käufer nach deutschem Kaufrecht – für die meisten europäischen Rechtsordnungen gilt Entsprechendes – regelmäßig unproblematisch Ersatz¹². Anspruchsgegner ist der Verkäufer. Er haftet insoweit verschuldensunabhängig gemäß §§ 434, 437 Nr. 1, 439 BGB. Das gilt unabhängig davon, ob der Käufer Verbraucher im Sinne des § 13 BGB ist oder nicht. Über den Rückgriff des Verkäufers beim Hersteller (möglicherweise vermittelt durch weitere Zwischenglieder in der Absatzkette) kommt es schließlich zu einer Haftung des eigentlich verantwortlichen Herstellers. Eine direkte Haftung des schuldhaft handelnden Herstellers gegenüber dem am Ende der Absatzkette stehenden Käufer scheidet hingegen normalerweise aus¹³. Mangels

⁶ Dazu u. a. *Wolfgang Ernst*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II, 6. Auflage, 2012, § 280, Rn. 55 ff.; *Christian Berger*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch BGB, 14. Auflage, 2011, § 437, Rn. 17; *Barbara Dauner-Lieb/Wolfgang Dötsch*, Schuldrechtsreform: Haftungsgefahren für Zwischenhändler nach neuem Recht?, *Der Betrieb* (DB) 2001, 2535 ff.; *Hans Christoph Grigoleit/Thomas Riehm*, Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrechts, *Archiv für die civilistische Praxis* (AcP) 203 (2003), 727, 754; *dies.*, Der mangelbedingte Betriebsausfallschaden im System des Leistungsstörungenrechts, *Juristische Schulung* (JuS) 2004, 745 ff.

⁷ Vgl. BGH 28.11.2007, BGHZ 174, 290.

⁸ Vgl. BGH 20.7.2005, BGHZ 163, 381.

⁹ Die geschädigten Käufer hatten – anders als in den Vorlageverfahren – unmittelbar gegen den Hersteller der eingebauten defekten Baumaterialien geklagt.

¹⁰ BGH 14.5.1974, NJW 1974, 1503.

¹¹ BGH 11.10.1988, NJW 1989, 1029.

¹² Zu Ausnahmen siehe *Florian Bien*, Haftungskoordination in der arbeitsteiligen Pflichtenkette, Tübingen, 2012, Viertes Kapitel B (im Erscheinen): (1) nachträgliche unzutreffende Werbeaussagen (z. B. niedriger Kraftstoffverbrauch eines Neuwagens) des Herstellers, von denen der Verkäufer im Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses mit dem Endverbraucher keine Kenntnis hat; (2) arglistiges Verschweigen des Mangels (z. B. Unfallwageneigenschaft) durch den Erstverkäufer gegenüber dem privaten Zweitverkäufer, der seinerseits gutgläubig die Gewährleistung gegenüber dem Letztverkäufer ausschließt.

¹³ Etwas anderes gilt selbstverständlich in den Fällen, in denen der Hersteller sich etwa im Wege einer

unmittelbarer Vertragsbeziehung kommt nach ganz allgemeiner Meinung nur eine deliktische Haftung des Herstellers in Betracht¹⁴. In den hier interessierenden Fällen scheidet ein auf § 823 Abs. 1 BGB basierender Anspruch aber mangels Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts an sich aus. Die vom Käufer erworbene Sache ist schon im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs defekt. Zu einem anderen Ergebnis gelangen die Gerichte in Ausnahmefällen aufgrund der sogenannten Weiterfresser-Rechtsprechung. Liegen die vom Bundesgerichtshof (BGH) aufgestellten Voraussetzungen vor, hat der geschädigte Käufer gegen den schuldhaft handelnden Hersteller Anspruch auf Ersatz des Mangelschadens mit Ausnahme des schadhafte „weiterfressenden“ Einzelteils¹⁵.

Andere europäische Rechtsordnungen, namentlich die französische und die belgische ermöglichen hingegen mit der *action directe dans les chaînes de contrats*¹⁶ eine unmittelbare Abwicklung des Mangelschadens im Verhältnis Käufer – Hersteller¹⁷. Das Haftungsregime ist ein vertragliches.

III. Ersatz von Mangelfolgeschäden

Als problematischer erweist sich die haftungsrechtliche Bewältigung von reinen Vermögensschäden in Form von Mangelfolgeschäden. Anders als in vielen Nachbarrechtsordnungen funktioniert eine Abwicklung entlang der Absatzkette (unten 1.) nach deutschem Recht nur bedingt. Grundsätzlich haftet der Verkäufer in Ermangelung eigenen Verschuldens nur auf Nachlieferung. Sie umfasst in erster Linie Reparatur oder Neulieferung der defekten Sache, § 439 BGB (Ersatz des Mangelschadens, siehe oben II). Eine unmittelbare Abwicklung des Schadensereignisses im Verhältnis Letztkauf – Hersteller (unten 2.) ist im Hinblick auf reine Vermögensschäden nach deutschem Recht ebenfalls schwierig. Bei näherem Hinsehen erkennt man jedoch, dass es der Rechtsprechung in vielen Fällen gelungen ist, die Beschränkungen des § 823 Abs. 1 BGB zu umgehen.

besonderen Herstellergarantie vertraglich gegenüber dem Endabnehmer verpflichtet, Ersatz für die defekte Sache zu leisten.

¹⁴ A.A. *Bien* (Fn. 12) Viertes Kapitel D: Quasivertragliche Direkthaftung des Herstellers gemäß § 280 Abs. 1 BGB.

¹⁵ Siehe noch sogleich III.2.a).

¹⁶ Grundlegend *Cour de cassation, Chambre civile* (Cass. civ.) 25.1.1820, Sirey 1820, 1, 171, in der dem Zweitkäufer die *garantie d'éviction* (Art. 1626 CC) gegen den Erstverkäufer zugesprochen wurde. Später wurde die *action directe* auf die Garantie des *vices cachés* ausgedehnt (Cass. civ. 12.11.1884, Recueil Dalloz (D.) 1885, 1, 357 = 1886, 1, 149.). Ausführlich *Jochen Bauerreis*, Das französische Rechtsinstitut der *action directe* und seine Bedeutung in internationalen Vertragsketten, 2001.

¹⁷ Mithilfe der *action directe* ist es auch möglich, ein anderes Zwischenglied der Absatzkette, etwa einen Großhändler in Anspruch zu nehmen.

1. Regresskette

a) Aus- und Einbau als Teil des Anspruchs auf Nachlieferung gemäß § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB

Zur Frage einer auf § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB gestützten Pflicht des Verkäufers zum Einbau bzw. zum Ersatz der Kosten des Einbaus der neuen Sache äußerte sich der BGH im *Parkettstäbefall*¹⁸. In Übereinstimmung mit der herrschenden Literaturmeinung¹⁹ und vereinzelt instanzgerichtlichen Entscheidungen²⁰ verneinte er eine entsprechende Haftung des Verkäufers²¹. Eine Vorlage an den EuGH hielt der BGH (wie sich nunmehr herausstellte) irrtümlich und anders als später das AG Schorndorf²² für entbehrlich.

Bezüglich der Ausbaurkosten²³ der defekten Sache wandten die Bundesrichter sich hingegen mit der entsprechenden Vorlagefrage an den EuGH. Sie ist – zusammen mit dem erwähnten Vorlagebeschluss des Amtsgerichts Schorndorf – Ausgangspunkt der vorliegend zu besprechenden Entscheidung. In seinem Vorlagebeschluss äußerte der BGH sich in der Tendenz wiederum ablehnend, jedenfalls für den von ihm zu entscheidenden Fall, in dem die mangelhaften Baumaterialien (Fliesen) gemäß §§ 946, 93, 94 BGB durch Einbau zu wesentlichen Bestandteilen des Gebäudes geworden sind²⁴. Die herrschende Meinung in der Literatur²⁵ sowie die instanzgerichtliche Rechtsprechung²⁶ hatten demgegenüber einen verschuldensunabhängi-

¹⁸ BGHZ 177, 224.

¹⁹ Harm Peter Westermann, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band III, 6. Auflage, 2012, § 439, Rn. 13; Dietrich Reinicke/Klaus Tiedtke, Kaufrecht, 7. Auflage, 2009, Rn. 439 f.; Maximilian Haedicke, Die Mängelbeseitigungspflicht des Verkäufers bei fehlerhafter Montageanleitung, Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht (ZGS) 2006, 55, 59 f. A. A. Florian Faust, in: Bamberger/Roth, BGB, Band I, 3. Auflage, 2011, § 439, Rn. 18.

²⁰ Oberlandesgericht (OLG) Köln 21.12.2005, NJW-Rechtsprechungsreport Zivilrecht (NJW-RR), 2006, 677; OLG Düsseldorf 31.1.2008, NJW-RR 2008, 1282. Weitere Nachweise auf unveröffentlichte und nicht rechtskräftige oberlandesgerichtliche und landgerichtliche Urteile in BGHZ 177, 224, 229. A. A. OLG Karlsruhe, Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR) 2005, 135; Landgericht (LG) Deggendorf 3.4.2007, Az. 3 O 370/06 (nicht veröffentlicht, abrufbar über juris.de).

²¹ BGHZ 177, 224 (erster und zweiter Leitsatz).

²² Amtsgericht (AG) Schorndorf 25.2.2009, ZGS 2009, 525 = BeckRS 2009, 88603.

²³ Erst der EuGH brachte in seiner Vorabentscheidung die Option der Naturalerfüllung (durch Ein- und Ausbau) durch den Verkäufer ins Spiel. Die 2. Vorlagefrage des BGH bezog sich – wie die entsprechenden Fragen des AG Schorndorf – allein auf die Variante der Kostentragung durch den Verkäufer.

²⁴ BGH 14.1.2009, NJW 2009, 1660, 1662 f., Tz. 21. Der BGH will hier aus dem Wegfall des Anspruchs des Verkäufers gegen den Käufer auf Rückgewähr und Wertersatz nach §§ 439 Abs. 4, 346 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 1 BGB auch den Ausschluss des „korrespondierenden Rücknahmeanspruchs“ des Käufers herleiten (siehe noch unten c)). Anders das vorinstanzlich zuständige OLG Frankfurt/M. 14.2.2008, ZGS 2008, 315, das den beklagten Verkäufer (G) zum Ersatz der Ausbau- und Entsorgungskosten verurteilt hatte.

²⁵ MünchKomm/Westermann (Fn. 19) § 439, Rn. 13; Bamberger/Roth/Faust (Fn. 19) § 439, Rn. 32; Hein Kötz, Vertragsrecht, 2009, Rn. 764; David Schneider/Christoph Katerndahl, Ein- und Ausbaurkosten mangelhafter Kaufsachen im unternehmerischen Rechtsverkehr – Vertragliche Vereinbarung einer Selbstvornahme durch den Käufer, NJW 2007, 2215, 2216 f. A. A. Dagmar Thürmann, Der Ersatzanspruch des Käufers für Aus- und Einbaurkosten einer mangelhaften Sache, NJW 2006, 3457, 3461 f. Siehe außerdem die umfangreichen Literaturhinweise zu dieser Frage bei Florian Faust, Ersatz der Ausbaurkosten bei der Ersatzlieferung; absolute Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung, JuS 2009, 470, 471 Fn. 7 (bejahend) und Fn. 8 (verneinend).

²⁶ OLG Köln 21.12.2005, NJW-RR 2006, 677; OLG Frankfurt/M. 14.2.2008, ZGS 2008, 315.

gen Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer auf Demontage der mangelhaften Sache bejaht. Letzterer Ansicht hat der EuGH sich nunmehr angeschlossen. In seiner für die deutschen Gerichte verbindlichen Lesart²⁷ folgt aus Art. 3 Abs. 2 und 3 der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, dass der Verkäufer verpflichtet ist, das mangelhafte Verbrauchsgut entweder selbst auszubauen oder aber die dafür anfallenden Kosten zu tragen. Zum selben Ergebnis gelangte der EuGH hinsichtlich der Frage des Einbaus des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts²⁸. Damit ist die vorangegangene Entscheidung des BGH im *Parkettstäbelfall* obsolet geworden²⁹.

Der Spielraum der nationalen Rechtsordnungen beschränkt sich darauf, dass sowohl ein Anspruch auf Naturalerfüllung (Aus- und Einbau durch den Verkäufer selbst) als auch ein Anspruch auf Kostenerstattung den Vorgaben der Richtlinie entspricht³⁰. Zwischenzeitlich hat der BGH in Umsetzung des EuGH-Urteils abschließend über die Revision im Fall *Weber* entschieden³¹. Der BGH hat aus dieser Wahlmöglichkeit des Gesetzgebers ein Wahlrecht des Verkäufers gemacht. Letzterer kann sich entscheiden, ob er die notwendigen Aus- und Einbauarbeiten selbst vornimmt oder dem Käufer die Kosten erstattet³².

b) Keine Beschränkung auf den Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrechtsrichtlinie

Der BGH hat nunmehr entschieden, dass die Nacherfüllungsvariante „Lieferung einer mangelfreien Sache“ auch den Ausbau und den Abtransport der mangelhaften Fliesen umfasst³³. Für den in der Rechtssache *Putz* – anders als im Fall *Weber* – zusätzlich streitgegenständlichen Einbau muss dasselbe gelten. Eine Beschränkung dieser käuferfreundlichen Lesart von Art. 3 Abs. 2 und 3 der Richtlinie auf Verbrauchsgüterkäufe ist weder dem Tenor noch der Begründung des Urteils zu entnehmen³⁴. Solche gesplante Auslegung von § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB wäre zwar möglich³⁵, aber auch wenig übersichtlich gewesen³⁶.

²⁷ Siehe nur BGH 21.12.2011, NJW 2012, 1073, 1075, Tz. 24.

²⁸ Der EuGH hat die beiden vom BGH und vom AG Schorndorf gestellten Vorabentscheidungsfragen verbunden.

²⁹ So auch Lorenz, NJW 2011, 2241, 2243: „Makulatur“.

³⁰ Siehe Erster Leitsatz des Urteils sowie Lorenz, NJW 2011, 2241, 2243. Anders offenbar Kai Purnhagen, Zur Auslegung der Nacherfüllungsverpflichtung – Ein Paukenschlag aus Luxemburg, EuZW 2011, 626, 629, der von einer primären Pflicht des Unternehmervkäufers zum Aus- und Einbau auszugehen scheint. Konsequenterweise hält er für den Fall der Nichterfüllung dieser Pflicht durch den Verkäufer § 439 Abs. 2 BGB für ungeeignet, einen Kostenerstattungsanspruch zu begründen. Er plädiert stattdessen für eine Lösung über einen – verschuldensunabhängigen – Schadensersatzanspruch.

³¹ BGH NJW 2012, 1073.

³² BGH NJW 2012, 1073, 1076, Tz. 27.

³³ BGH NJW 2012, 1073, 1075, Tz. 25.

³⁴ Hinsichtlich der Frage nach dem Erfüllungsort der Nacherfüllung hatte sich der BGH 13.4.2011, NJW 2011, 2278, 2283, Tz. 47, hingegen explizit für eine einheitliche Behandlung sämtlicher Kaufverträge entschieden.

³⁵ Dazu hatten Lorenz, NJW 2011, 2241, 2244; ders. auch schon, Die Reichweite der kaufrechtlichen Nacherfüllungspflicht durch Neulieferung, NJW 2009, 1633, 1636 und Maultzsch, GPR 2011, 253, 256; Pfeiffer, LMK 2011, 321439 und Kaiser, JZ 2011, 978, letztere sogar mit einem dahingehenden Gesetzesvorschlag (ebenda, 988), geraten.

³⁶ Florian Faust, Erfüllungsort der Nacherfüllung, JuS 2011, 748: „unschön“. Gegen eine gesplante

Der Gesetzgeber hat sich mit der Einfügung des neuen § 474 Abs. 2 S. 1 BGB im Nachgang zur *Quelle*-Entscheidung des EuGH³⁷ hingegen ausdrücklich für eine unterschiedliche Behandlung entschieden. Nach Ansicht des BGH bedarf es auch im Nachgang zum EuGH-Urteil in Sachen *Weber* und *Putz* noch eines Tätigwerdens des Gesetzgebers. Ihm obliege es, das Recht des Verkäufers, den Käufer auf Kostenerstattung in angemessener Höhe zu verweisen, näher auszugestalten³⁸. Es ist nicht ausgeschlossen, dass der Gesetzgeber in diesem Zusammenhang die extensive Lesart von § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB auf Verbrauchsgüterkaufverträge im Sinne des § 474 BGB beschränkt. Faute de mieux bzw. faute de plus (sogleich unten IV.8. und V.) ist die vom BGH judizierte Gleichbehandlung sämtlicher Kaufverträge im Hinblick auf § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB jedoch zu begrüßen.

c) Ausbaukosten als Verzugschaden?

Unter Geltung des alten Schuldrechts hatte der BGH sowohl die Frage der Ein- als auch der Ausbaukosten in seiner *Dachziegel*-Entscheidung im Ergebnis noch im Sinne des EuGH entschieden³⁹.

Die Kosten des Einbaus, genauer: des Verlegens neuer Ziegel auf dem Dach des Käufers subsumierten die Bundesrichter damals unter einen weit verstandenen Vertragskostenbegriff. Anspruchsgrundlage war § 467 S. 2 BGB a. F.⁴⁰. Diese Vorschrift ist zwischenzeitlich entfallen. An seine Stelle ist § 284 BGB n. F. getreten⁴¹. Damit hat der Gesetzgeber den Anspruch auf Vertragskostenersatz von einem Vertretenmüssen des Verkäufers abhängig gemacht⁴².

Einen Anspruch auf Ersatz der Kosten des Abdeckens der Dachziegel sprach der BGH dem Käufer unter dem Aspekt des Verzugs zu, §§ 284 Abs. 1, 286 Abs. 1 BGB a. F.⁴³ Der Verkäufer sei im Rahmen des Wandelungsvollzugs verpflichtet, die mangelhaften Ziegel beim Käufer abzuholen⁴⁴. Dieser Lösungsweg hinsichtlich der Ausbaukosten erscheint auch nach neuem Schuldrecht weiterhin gangbar⁴⁵. An die Stelle der Wandelung ist der Rücktritt getreten. Die herrschende Meinung nimmt immer noch an, Erfüllungsort für die Rückgewähr der Kaufsache sei der Ort der vertragsgemäßen Belegenheit der Kaufsache⁴⁶. Auf der

Auslegung auch *Susanne Augenhöfer/Carmen Appenzeller/Viktoria Holm*, Nacherfüllungsort und Aus- und Einbaukosten, JuS 2011, 680, 684; *Michael Stöber*, Der Umfang der Nachlieferungspflicht des Verkäufers bei Einbau der mangelhaften Kaufsache durch den Käufer, ZGS 2011, 346, 352.

³⁷ EuGH 17.4.2008, Rs. C-404/06 (*Quelle*), NJW 2008, 1433 = EuZW 2008, 310.

³⁸ BGH NJW 2012, 1073, 2. Leitsatz und Tz. 54.

³⁹ BGH 9.3.1983, BGHZ 87, 103.

⁴⁰ BGHZ 87, 103, 107.

⁴¹ Siehe schon Bundesregierung, Begründung Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucksache 14/6040, 225; *Stephan Lorenz/Thomas Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rn. 524 (Aufwendungsersatzanspruch).

⁴² BGHZ 177, 224, Tz. 26 m.w.N.

⁴³ BGHZ 87, 103, 109.

⁴⁴ BGHZ 87, 103, 109 ff.

⁴⁵ So offenbar auch die Bundesregierung, Gegenäußerung, BT-Drucks. 14/6857, 59 (unter Bezugnahme auf BGHZ 87, 103): „Entwurf führt nicht zu einer Änderung der Rechtslage“. A.A. *Lorenz*, NJW 2009, 1633, 1634 ff. (mit ausführlicher Auseinandersetzung). Anders noch *Lorenz/Riehm* (Fn. 41) Rn. 524.

⁴⁶ Umfangreiche Nachweise auf Rechtsprechung und Literatur bei *Dagmar Kaiser*, in: Staudinger,

Ebene des Sachverhalts liegt ein gewisser Unterschied zwischen dem *Dachziegelfall* einerseits und den beiden jüngeren *Bodenfliesen-* und *Parkettstäbefällen* andererseits darin, dass diese zum Zeitpunkt der Wandelung (§ 462 BGB a.F.) nicht eingebaut, vielmehr lose auf dem Dach verlegt worden waren⁴⁷. An den Bodenfliesen bzw. Parkettstäben hatte der Käufer hingegen aufgrund von §§ 946, 93, 94 Abs. 2 BGB Eigentum erworben⁴⁸. Zwar mag in diesen Fällen der Anspruch des Rückgewährgläubigers (hier: Verkäufer) auf Rückgabe analog § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB entfallen. Wegen § 346 Abs. 3 Nr. 1 BGB gilt das sogar für den subsidiären Anspruch auf Wertersatz⁴⁹. Methodisch erscheint es aber mehr als zweifelhaft, aus diesen den Rückgewährschuldner (hier: Käufer) privilegierenden Regelungen ableiten zu wollen, auch sein „korrespondierender“ (BGH) Rücknahmeanspruch sei ausgeschlossen⁵⁰.

Zwischenergebnis: Im *Dachziegelfall* aus dem Jahr 1983 hat der BGH einen Rücknahmeanspruch des Käufers gegen den Verkäufer nach erfolgter Wandelung bejaht. Dieser Rücknahmeanspruch besteht mindestens in den Fällen, in denen der Käufer Eigentum an der mangelhaften Kaufsache nicht von Gesetzes wegen, sondern allenfalls rechtsgeschäftlich erworben hat. Zu denken ist an den defekten Kühlschrank in der Rechtssache *Putz*. Die Rücknahmeverpflichtung des Verkäufers umfasst den Ausbau der mangelhaften Kaufsache. Kommt der Verkäufer dieser Pflicht nicht nach, besteht ein entsprechender vertraglicher Schadensersatzanspruch des Käufers. Dieser Lösungsweg lässt sich – entgegen anderslautender Stellungnahmen in der Literatur – auf das Neue Schuldrecht (Rücktritt statt Wandelung) übertragen. Die Voraussetzungen des Verbrauchsgüterkaufs müssen nicht vorliegen.

d) Schadensersatzhaftung des Verkäufers für Verschulden des Herstellers gemäß § 278 BGB?

Zutreffend weisen die Kritiker der käuferfreundlichen EuGH-Lösung darauf hin, der Anspruch auf Ersatz von Aus- und Einbaukosten sei in Wirklichkeit ein

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 27a, 2012, § 346, Rn. 83. A. A. jetzt *dies.*, ebenda, Rn. 84; Lorenz, NJW 2009, 1633, 1635 m.w.N. Zwar hat der BGH im Hinblick auf den Erfüllungsort der Nacherfüllung in seinem Urteil vom 13.04.2011, NJW 2011, 2278, zwischenzeitlich auf § 269 BGB abgestellt. Er betont aber gleichzeitig die Unterschiede von Nacherfüllung einerseits und Rückabwicklung des Vertrages andererseits. Sie sprächen gegen eine Übertragbarkeit der zum Erfüllungsort der Rückgewähransprüche nach erfolgtem Rücktritt entwickelten Grundsätze (ebenda, 2280, Tz. 28). Zum Beleg für diese „vielfach vertretenen“ Grundsätze zitiert der Senat aus seiner eigenen Rechtsprechung auch das Urt. v. 9.3.1983, BGHZ 87, 103, relativiert dessen Bedeutung allerdings mit dem Hinweis „zum alten Schuldrecht.“

⁴⁷ Der der Rs. 87/09 (*Putz*) zugrundeliegende Fall der eingebauten mangelhaften Spülmaschine hingegen dürfte eher unter die Kategorie lose aufgelegte Dachziegel als unter die Kategorie fest eingebaute Parkettstäbe bzw. Bodenfliesen fallen.

⁴⁸ Auf diesen Unterschied weist der BGH NJW 2009, 1660, 1663 hin. Siehe auch schon Thürmann, NJW 2006, 3457, 3461.

⁴⁹ BGH NJW 2009, 1660, 1663; Staudinger/Kaiser (Fn. 46) § 346, Rn. 176 („analog“); Reinhard Gaier, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II, 6. Auflage, 2012, § 346, Rn. 49 m.w.N.

⁵⁰ So aber BGH NJW 2009, 1660, 1663 sowie vorher schon Thürmann, NJW 2006, 3457, 3461: „In diesen Fällen hat der Verkäufer also gar keinen Rückgewähranspruch, an dem man eine Rücknahmepflicht anknüpfen kann.“

Schadensersatzanspruch.⁵¹ Als Anspruchsgrundlagen kommen §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB⁵² bzw. § 284 BGB für den Anspruch auf Aufwendungsersatz in Betracht⁵³. Die genannten Anspruchsgrundlagen setzen ein Vertretenmüssen des in Anspruch genommenen Verkäufers voraus⁵⁴. Mangels eigenen Verschuldens des Verkäufers bzw. Zwischenhändlers⁵⁵ kommt allein die Zurechnung des Herstellerverschuldens über § 278 BGB in Betracht. Jedoch versperren Rechtsprechung und herrschende Lehre den geschädigten Endabnehmern auch diesen Lösungsweg. Hersteller und Vorlieferanten gelten nicht als Erfüllungsgehilfen des Verkäufers⁵⁶. Soweit ersichtlich ist die Rechtsprechung bislang nur in zwei vereinzelt gebliebenen Entscheidungen von dem selbst aufgestellten Dogma abgewichen. Sie betreffen Sonderfälle⁵⁷.

2. Direktliquidation

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass im Verhältnis des Endverbrauchers zum – vertragsrechtlich gesehen – entfernten Hersteller regelmäßig nur ein deliktischer Schadensersatzanspruch in Betracht kommt. Die Anspruchsgrundlage § 823 Abs. 1 BGB vermag mangels Eigentumsverletzung in den hier interessierenden Fällen reiner Vermögensschädigungen jedoch nur schwerlich eine Haftung des Herstellers zu begründen. Dennoch haben Literatur und Rechtsprechung in vielen Fällen Mittel und Wege gefunden, einen Direktanspruch des geschädigten Letztkäufers gegen den Hersteller der mangelhaften Kaufsache herzuleiten.

⁵¹ Z.B. *Kaiser*, JZ 2011, 978, 982; *Lorenz*, NJW 2011, 2241, 2243; *Pfeiffer*, LMK 2011, 321439. Siehe auch schon BGHZ 177, 224, Tz. 21; vgl. auch Generalanwalt *Mazák*, Schlussanträge vom 18.5.2010, Rs. C-65/09 (*Weber*), Tz. 58 unter Bezugnahme auf den Vortrag der deutschen Regierung.

⁵² BGHZ 177, 224 (2. Leitsatz).

⁵³ BGHZ 177, 224, 227 f., Tz. 10 und Tz. 30 ff., wo zutreffend darauf hingewiesen wird, dass allenfalls die Kosten der Verlegung der mangelhaften, nicht aber der Verlegung der zum Ersatz zu liefernden Parkettstäbe vom Anspruch aus § 284 BGB umfasst sind. Bei letzteren Kosten handelt es sich um zukünftige Aufwendungen, die nicht im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht wurden (ebenda, Tz. 31). Dieser Gedanke lässt sich auf die Ausbaukosten übertragen.

⁵⁴ So zutreffend auch BGHZ 177, 224 (2. Leitsatz).

⁵⁵ Eine etwaige Kontroll- oder Untersuchungspflicht des Zwischenhändlers hat die Rechtsprechung bislang stets verneint. Grundlegend *BGH* 25.9.1968, NJW 1968, 2238. Die Entscheidung des *BGH* 18.6.1969, NJW 1969, 1708, stellt insoweit einen Sonderfall. Der *BGH* bejahte hier ausnahmsweise eine der Verkäuferin eines Neuwagens obliegende besondere Pflicht zur Durchführung einer Ablieferungsinspektion (ebenda, 1710). Jedoch bleibt in der Entscheidung die vertragliche Grundlage für diese Pflicht unklar. Das Gericht (ebenda) erwähnt lediglich ein von der beklagten Verkäuferin vorgelegtes Heft „Kontroll- und Inspektionsdienst“ der Herstellerin (Ford-Werke AG).

⁵⁶ Grundlegend *BGH* 21.6.1967, BGHZ 48, 118. Noch einmal bestätigt in BGHZ 177, 224, 235, Tz. 29. Siehe auch schon *Reichsgericht* (RG) 4.1.1921, RGZ 101, 157. *Richard Allf*, in: RGRK, BGB, Band 2, Teil 1, 12. Auflage, 1976, § 278 Rn. 23; *Hannes Unberath*, in: Bamberger/Roth, BGB, Band I, 3. Auflage, 2011, § 278 Rn. 27; *Lothar Haas*, Kaufrecht, in: Lothar Haas/Dieter Medicus/Walter Rolland/Carsten Schäfer/Holger Wendtland (Hg.), Das neue Schuldrecht, 2002, 175, Rn. 44; *Thomas Finkenauer*, Garantiehaftung des Verkäufers für Sachmängel?, Wertpapier-Mitteilungen (WM) 2003, 665 ff.

⁵⁷ *BGH* 5.4.1967, BGHZ 47, 312: Verwendung fehlerhafter Bedienungsanleitungen des Herstellers durch den beklagten Verkäufer; *BGH* 18.6.1968, NJW 1968, 1929 (obiter dictum): Der Hersteller oder Lieferant wird im Rahmen der dem Verkäufer obliegenden Pflicht zur Verladung der verkauften Waren tätig.

a) Weiterfresser-Rechtsprechung

An erster Stelle zu nennen ist der Rückgriff auf die Grundsätze der Weiterfresser-Rechtsprechung. Sie kann Grundlage für den Ersatz eines über den bloßen Mangelschaden hinausgehenden reinen Vermögensschadens sein. Interpretiert man nämlich den Mangelschaden an der defekten Kaufsache als Eigentumsverletzung (abzüglich des „weiterfressenden“ defekten Einzelteils), eröffnet man den haftungsbegründenden Tatbestand von § 823 Abs. 1 BGB. Mangelfolgeschäden fallen dann unproblematisch in den haftungsausfüllenden Tatbestand. Das gilt auch für reine Vermögensschäden wie Aus- und Einbaukosten. Die haftungsausfüllende Kausalität ist zu bejahen. Die Aus- und Einbaukosten sind auf die Verletzung des Eigentums an der – bei Gefahrübergang – mangelfreien Restsache zurückzuführen. Der schuldhaft handelnde Hersteller der mit einem weiterfressenden Mangel versehenen Kaufsache hat dem Käufer daher auch für die Aus- und Einbaukosten auf Grundlage von § 823 Abs. 1 BGB Ersatz zu leisten⁵⁸.

b) Eigentumsverletzung ohne Eingriff in Substanz

In anderen Fällen begegnete der BGH dem Problem des auf Verletzungen absolut geschützter Rechtsgüter beschränkten Anwendungsbereichs des § 823 Abs. 1 BGB, indem er eine Eigentumsverletzung auch ohne Eingriff in die Substanz bejahte. So hielt er es etwa für ausreichend, dass die vom klägerischen Installateur (Käufer) verwendeten, vom beklagten Importeur eingeführten und über einen Großhändler vertriebenen Gewindeschmiermittel an den vom Installateur bearbeiteten und für einen Neubau vorgesehenen Leitungen einen ekelerregenden Geruch verursachten⁵⁹. Der Geruch und die Geschmacksbeeinträchtigungen ließen sich nur durch aufwändige Spülungen mit Chemikalien beseitigen. Der BGH urteilte, eine Eigentumsverletzung könne sich auch erst in der späteren Verpflichtung des Installateurs gegenüber seinem Auftraggeber, dem Bauherrn des Hauses, zur Behebung des Sachmangels konkretisieren⁶⁰. Im *Kondensatorenfall*⁶¹ beurteilte der BGH die Lieferung mangelhafter Einzelteile (Kondensatoren) als Verletzung des Eigentums an mangelfreiem Material (elektronische Regler), da jene nicht ohne Beschädigung der mangelfreien Regler von diesen getrennt werden können⁶².

⁵⁸ Beispiel BGH 24.3.1992, NJW 1992, 1678 (Zerstörung des eingebauten Motors aufgrund unterstellten Fehlens einer Befestigungsschraube des Nockenwellensterrades). Näher *Bien* (Fn. 12) Viertes Kapitel A Mangelfolgeschäden.

⁵⁹ BGH 7.12.1993, NJW 1994, 517.

⁶⁰ BGH NJW 1994, 517 (1. Leitsatz). Der beklagte Importeur (S) war in der Vergangenheit vom Fachhandel auf Probleme aufmerksam gemacht worden. Seine Untätigkeit qualifizierte der BGH als Verstoß gegen die Pflicht zur sogenannten passiven Produktbeobachtung und zur Abwendung der dabei erkennbaren Gefahren. Hätte es sich um Eigentum des Bauherrn gehandelt, wäre ein deliktisches Vorgehen des klagenden Installateurs gegen den beklagten Importeur nicht in Betracht gekommen, allenfalls ein deliktischer Schadensersatzanspruch des Bauherrn selbst gegen den Importeur. Daraus folgt aber zugleich die Möglichkeit eines Ausgleichs zwischen dem Installateur und dem Importeur. Im Hinblick auf den beim Bauherrn eingetretenen Schaden sind sie nämlich Gesamtschuldner.

⁶¹ BGH 12.2.1992, BGHZ 117, 183.

⁶² Im Originalfall erfolgte allerdings keine Direktliquidation zwischen Käufer und Hersteller. Vielmehr nahm der klägerische Käufer den eigenen Vertragspartner und Zulieferer in Anspruch.

c) Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

Im Fall *Baustromverteiler*⁶³ hatte die mit dem Bau eines Kraftwerks beauftragte ARGE (Käuferin) über eine Zwischenhändlerin einen Baustromverteiler bestellt. Diese bestellte den Baustromverteiler ihrerseits bei der beklagten Herstellerin. Aufgrund eines Defekts des Baustromverteilers kam es zu einem Kurzschluss, der die Überflutung der Baustelle verursachte. Der ARGE erwuchs hieraus ein größerer Vermögensschaden. Er umfasste insbesondere Aufwendungen für das Herauspumpen des Wassers und einen Produktionsausfall. Einen Folgeschaden aus einer Eigentumsverletzung vermochte der BGH darin nicht zu erblicken⁶⁴. Dennoch gelangten die Richter zu einer deliktischen Schadensersatzpflicht der Herstellerin auf Grundlage von § 823 Abs. 1 BGB. Sie bejahten einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der ARGE⁶⁵.

d) Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung

Im bereits erwähnten Fall *Fugendichtungsmasse*⁶⁶ verwies der BGH die zunächst erfolglose Klage des Glasermeisters (Käufer) gegen den Hersteller der – über einen zwischengeschalteten Baustoffhändler erworbenen – mangelhaften Dichtungsmasse an das Berufungsgericht zurück. Die Karlsruher Richter erblickten einen möglichen Ansatzpunkt für eine Haftung des Herstellers für den dem Glasermeister entstandenen reinen Vermögensschaden (Aufwendungen für Nachbesserungsarbeiten) in der Vorschrift § 826 BGB. Möglicherweise habe die beklagte Herstellerin bewusst Reklamationen geheim gehalten und damit den Tatbestand der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung gegenüber dem Glasermeister erfüllt⁶⁷.

e) Stillschweigend geschlossener Auskunftsvertrag

In anderen Fällen neigt der BGH dazu, zwischen dem geschädigten Letztkäufer und dem Hersteller die Verletzung eines stillschweigend geschlossenen Auskunftsvertrages zu bejahen. Auf diese Weise steht dem Letztkäufer gegen den schuldhaft handelnden Hersteller ein vertraglicher Direktanspruch auf Basis von § 280 Abs. 1 BGB zu. Er greift unabhängig vom Erfordernis der Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts⁶⁸.

⁶³ BGH 24.4.1990, NJW 1992, 41.

⁶⁴ BGH NJW 1992, 41, 42. So aber noch die Vorinstanz, das OLG Karlsruhe 27.9.1989, Versicherungsrecht (VersR) 1990, 1281, die offenbar von einem Weiterfresser-Mangel ausging.

⁶⁵ BGH NJW 1992, 41, 42.

⁶⁶ BGH NJW 1989, 1029.

⁶⁷ BGH NJW 1989, 1029, 1030.

⁶⁸ Beispielhaft genannt seien BGH 19.3.1992, NJW-RR 1992, 1011 und BGH 11.6.1996, NJW 1996, 2507.

f) Zwischenergebnis

In nicht wenigen Fällen konstruiert die Rechtsprechung zugunsten des geschädigten Käufers der defekten Kaufsache einen die Kette überspringenden Direktanspruch gegen den schuldhaft handelnden Hersteller. Sie gelangt auf diese Weise zu einer Haftung des Herstellers auch für reine Vermögensschäden des am Ende der Absatzkette stehenden Letztkäufers. Neben einer deliktischen Konstruktion (Weiterfresser-Rechtsprechung, Fälle der Eigentumsverletzung ohne Eingriff in die Substanz, Eingriff in den ausgeübten und eingerichteten Gewerbebetrieb, § 826 BGB) kommt ein vertraglicher Anspruch auf Schadensersatz in Betracht (stillschweigend geschlossener Auskunftsvertrag).

IV. Rechtspolitische Bewertung

Insbesondere die Begründung des EuGH-Urteils ist vielfach kritisiert worden⁶⁹. Der EuGH stellt im Wesentlichen auf die verbraucherschützende Zielrichtung der Verbrauchsgüterkaufrechtsrichtlinie ab⁷⁰. Weiterhin weist der EuGH darauf hin, das gefundene Ergebnis sei auch nicht ungerecht. Zwar treffe weder den Verkäufer noch den Käufer ein Verschulden. Jener habe aber die ihm aus dem Kaufvertrag obliegenden Pflichten nicht ordnungsgemäß erfüllt. Diese Pflichtverletzung des Verkäufers sei Grund für die erforderlich gewordenen Zusatzkosten des Aus- und Einbaus. Im Übrigen werde den finanziellen Interessen des Verkäufers in dreifacher Weise Rechnung getragen. Der EuGH verweist zum einen auf die Möglichkeit des Verkäufers, nach Ablauf von zwei Jahren die Einrede der Verjährung zu erheben (Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie), zum anderen auf sein Recht, die Ersatzlieferung wegen Unverhältnismäßigkeit zu verweigern (Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 2 der Richtlinie) und schließlich auf das in Art. 4 der Richtlinie bekräftigte Recht des Verkäufers, bei vorgelagerten Gliedern der Absatzkette Regress zu nehmen⁷¹.

Vertiefung verdient der zuletzt genannte Aspekt, die Möglichkeit des Käuferregresses in der Absatzkette⁷². Sie führt im Ergebnis zu einer Haftung des Herstellers für den beim Käufer eingetretenen reinen Vermögensschaden. Es kommt damit zu einer Internalisierung der Haftungskosten beim Hersteller. Namentlich Stephan Lorenz⁷³ und Felix Maultzsch⁷⁴ haben diesen Aspekt in ihrer Kritik des Urteils aufgegriffen.

⁶⁹ Siehe nur Lorenz, NJW 2011, 2241, 2243; Kaiser, JZ 2011, 978 ff.; Maultzsch, GPR 2011, 253, 254 ff.; Patrick Ayad/Sebastian Schnell, Der Eiertanz des EuGH – verschuldensunabhängige Mängelhaftung für Ein- und Ausbaukosten, aber nicht unbegrenzt!, Betriebs-Berater (BB) 2011, 1938, 1939.

⁷⁰ Insbesondere Tz. 43–55 des Urteils.

⁷¹ Tz. 58 des Urteils.

⁷² Diesen Punkt spart der BGH NJW 2012, 1073, Tz. 21, bei der im Übrigen sorgfältigen Wiedergabe der Begründung des EuGH-Urteils aus.

⁷³ Lorenz, NJW 2011, 2241, 2243.

⁷⁴ Maultzsch, GPR 2011, 253, 256.

1. Der Hersteller als cheapest cost avoider

Zunächst ist festzuhalten, dass der Hersteller eines Produktes in aller Regel das Risiko der Lieferung eines mangelhaften Produkts wesentlich besser steuern kann als der Käufer. Der Hersteller beherrscht die Produktionsvorgänge. Außerdem kann er die Qualitätskontrolle wesentlich kostengünstiger durchführen als der Käufer. Grund hierfür sind erhebliche Skalenvorteile des Herstellers⁷⁵. Das zur Qualitätskontrolle eingesetzte Personal sowie die hierfür erforderliche Technik kann der Hersteller – anders als der Käufer – für eine Vielzahl produzierter Einheiten nutzen. Der Hersteller ist damit cheapest cost avoider. Er sollte daher in der Regel das Risiko eines Schadenseintritts tragen⁷⁶.

2. Preisentwicklung

Lorenz und Maultzsch verweisen hingegen auf die Konsequenz steigender Preise als Folge der allgemeinen Hersteller- bzw. (im Fall der Abwicklung entlang der Regresskette) Verkäuferhaftung⁷⁷. Zu solchen Preissteigerungen – insoweit ist den beiden Autoren zuzustimmen – wird es bei von Baumärkten und ähnlichen Zwischenhändlern vertriebenen Produkten vermutlich kommen. Da Baumärkte etc. zukünftig auch im Hinblick auf Aus- und Einbaukosten Regressansprüche gegenüber ihren Vorlieferanten geltend machen werden, ist damit zu rechnen, dass die Abgabepreise der Hersteller steigen. Sie spiegeln damit das gestiegene Haftungsrisiko bzw. die höheren Schadensvermeidungskosten der Hersteller wider. Es ist anzunehmen, dass diese Preiserhöhung über die Absatzkette an den Endverbraucher weitergegeben wird.

Bei dieser Betrachtung bleibt aber ein möglicher gegenläufiger Effekt unberücksichtigt. Da der BGH wie ausgeführt⁷⁸ nicht nur Verbrauchern, sondern auch gewerblichen Käufern wie z. B. Parkett- und Fliesenlegern einen Anspruch auf Ersatz von Aus- und Einbaukosten gewährt, können diese ebenfalls Regress bei ihrem jeweiligen Baustoffhändler nehmen. Wegen der wie ausgeführt niedrigeren Schadensvermeidungskosten des am Kopf der Absatzkette stehenden Herstellers kann der Risikoaufschlag des Parkett- und Fliesenlegers zukünftig geringer als bislang ausfallen. Es ist daher insgesamt davon auszugehen, dass sich die (bisher niedrigeren) Baumarktpreise einerseits und die (bisher höheren) Parkett- und Fliesenlegerpreise andererseits zukünftig auf einem mittleren Niveau einpendeln.

⁷⁵ Illustrativ das Beispiel bei Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Auflage, 2005, 404 ff.

⁷⁶ Das gilt jedenfalls solange wie die Risikovermeidungskosten niedriger sind als der Erwartungswert des Risikos.

⁷⁷ Lorenz, NJW 2011, 2241, 2243 und 2245; Maultzsch, GPR 2011, 253, 255 f.

⁷⁸ Oben III.1.b).

3. Fehlende Möglichkeit zur Preisdifferenzierung

Damit einher geht aber ein ebenfalls kritizierter Verlust an Preisdifferenzierung⁷⁹. Die Preise waren unterschiedlich hoch, je nachdem, ob der Endverbraucher seine Parkettstäbe im Baumarkt (keine Haftung für Aus- und Einbaukosten) oder beim Parkettleger erwarb (volle werkvertragliche Gewährleistung)⁸⁰. Den Kritikern ist zuzugeben, dass eine im Wettbewerb entstandene Preis- und Produktdifferenzierung, die unterschiedliche Sicherheitsbedürfnisse befriedigt, grundsätzlich effizient und daher aus volkswirtschaftlicher Sicht zu begrüßen ist⁸¹. Auf die hier interessierenden Fälle trifft diese Annahme aber nicht zu. Sie setzt wohlinformierte Verbraucher⁸² der unterschiedlichen Produkte voraus. Man wird aber kaum annehmen können, dass die vorgefundene Preisdifferenzierung in der Vergangenheit auf Verbraucher stieß, die Kenntnis von den bestehenden Haftungslücken hatten. Die Verbraucher konnten daher keine informierte Entscheidung zwischen den beiden Optionen mit oder ohne Haftung treffen. Wer sich gegen die Beauftragung eines Parkettlegers entschied, tat das häufig, weil er die Parkettstäbe selbst verlegen und nicht verlegen lassen wollte⁸³. Der Preis für die Arbeitsleistung des Parkettlegers, nicht für die vom Parkettleger gebotene und dem Bauherrn mangels entsprechender Rechtskenntnisse regelmäßig unbekannte besondere Gewährleistung war ihm zu hoch. Zu der Unkenntnis des unterschiedlichen Haftungsumfangs der beiden Varianten kommt die fehlende Kenntnis des Schadenserwartungswertes⁸⁴. Unterstellt, sie wäre bei den Bauherren vorhanden: die Zahl der (risikofreudigen) Käufer, die einen etwas niedrigeren Kaufpreis im Tausch gegen das Risiko, einen erheblichen Schaden zu erleiden⁸⁵, bevorzugen, dürfte sehr gering sein⁸⁶.

Bei Verbrauchsgütern von der Art einer Spülmaschine hingegen wird eine Werkvertragsvariante (mit entsprechender umfassender Gewährleistung) am Markt schon gar nicht angeboten. Hier wird vom Händler allenfalls zusätzlich zum Kaufvertrag der Einbau als eigenständige Werkleistung angeboten. Die (teurere) Versicherungsvariante in Form der Haftung des Verkäufers bzw. (nach

⁷⁹ Lorenz, NJW 2011, 2241, 2243. Siehe auch Maultzsch, GPR 2011, 253, 255, der dem an Versicherung interessierten Käufer den Abschluss eines Werkvertrags empfiehlt und demgegenüber kritisiert, der EuGH zwingt die Verbraucher, den Schutz „mitzukaufen“, schränke deren „ökonomische Wahlmöglichkeiten“ also ein.

⁸⁰ Lorenz, NJW 2011, 2241, 2243. Das meint wohl auch Maultzsch, GPR 2011, 253, 255, wenn er dem an Versicherung interessierten Käufer den Abschluss eines Werkvertrags empfiehlt und demgegenüber kritisiert, der EuGH zwingt die Verbraucher, den Schutz „mitzukaufen“, schränke deren „ökonomische Wahlmöglichkeiten“ also ein.

⁸¹ Näher Schäfer/Ott (Fn. 75) 336 ff.

⁸² Näher zu dieser Annahme Schäfer/Ott (Fn. 75) 335 f.: Vollständige Information über die Gefährlichkeit der zur Auswahl stehenden Produkte und die mit dem Eintritt eines Schadens verbundenen Kosten.

⁸³ Anders offenbar der Kläger im Fall *Weber*.

⁸⁴ Schadenserwartungswert = Produkt aus Schadenshöhe und der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts.

⁸⁵ In der Rs. C-65/09 (*Weber*) bezifferte der Sachverständig die Kosten des Aus- und Einbaus auf 5830,57 EUR. Der Kaufpreis der Fliesen hatte lediglich 1382,28 EUR betragen.

⁸⁶ Grund ist der abnehmende Grenznutzen von Einkommen, dazu Schäfer/Ott (Fn. 75) 135 ff.

entsprechendem Käuferregress) des Herstellers für aus der Mangelhaftigkeit der Kaufsache etwa resultierende reine Vermögensschäden (insbesondere Aus- und Einbaukosten) existierte gar nicht. Zu einer etwaigen Preisdifferenzierung in Abhängigkeit vom Umfang der Gewährleistung konnte es in diesen Fällen von vornherein gar nicht kommen.

4. Individuelle Versicherbarkeit reiner Vermögensschäden durch Vereinbarung einer Garantie?

Zurückzuweisen ist auch der Hinweis, die gesetzlich vorgegebene Zuweisung des Schadensrisikos an den Hersteller sei deshalb entbehrlich, weil die Käufer etwaige Schäden „individuell durch die Vereinbarung einer Garantie“ absichern könnten⁸⁷. Diese Behauptung geht an den Realitäten deutscher Baumärkte und Elektronikhändler vorbei. Alleine die damit verbundenen hohen Transaktionskosten sprechen auch in der Theorie gegen die Überlebensfähigkeit dieses Geschäftsmodells⁸⁸.

5. Schadensbewältigung entlang der Regresskette verursacht Transaktionskosten

Ein weiterer ökonomischer Einwand gegen die Haftung des Verkäufers lautet, die Abwälzung der Haftung entlang der Regresskette auf den Hersteller verursache hohe Transaktionskosten. Sie beeinflussten im Übrigen die Preiskalkulation des Verkäufers⁸⁹. Zunächst: Transaktionskosten fallen ohnehin an bei der Abwicklung des zugrundeliegenden Mangelschadens entlang der Regresskette. Zwar ist die haftungsrechtliche Bewältigung des bloßen Mangelschadens zugegebenermaßen weniger komplex als die Auseinandersetzung über Mangelfolgeschäden wie die hier im Mittelpunkt der Betrachtung stehenden Aus- und Einbaukosten. Dennoch dürfte sich der erforderliche Zusatzaufwand in Grenzen halten. Die meisten Händler und Hersteller unterhalten ohnehin eine Abteilung, die für die Behandlung von Reklamationen zuständig ist.

Berechtigt ist allerdings die Kritik an unnötigen Transaktionskosten, die bei der Schadensbewältigung auf dem Regresswege anfallen. Das gilt gleichermaßen für die Abwicklung von Mangel- wie von Mangelfolgeschäden. Man sollte diese Transaktionskosten aber eher dadurch zu senken versuchen, dass man eine Direktliquidation, die sowohl den Mangel- als auch den Mangelfolgeschaden umfasst, bevorzugt⁹⁰. Im Übrigen ist das deutsche kaufrechtliche Gewährleistungs- und Haftungsrecht im Hinblick auf die zur Schadensbewältigung aufzuwendenden

⁸⁷ So *Maultzsch*, GPR 2011, 253, 255.

⁸⁸ Zutreffend daher *Andreas Klees*, Der Hersteller als Erfüllungsgehilfe des Verkäufers, MDR 2010, 305, 308, der darauf hinweist, dass sich „der Verbraucher im Gegensatz zum Hersteller gegen entsprechende Risiken wie erneute Einbaukosten in der Regel nicht versichern kann.“

⁸⁹ *Lorenz*, NJW 2011, 2241, 2243.

⁹⁰ Dazu ausführlich *Bien* (Fn. 12) Fünftes Kapitel B: Subsidiarität der Regresskette gegenüber der Direktliquidation. Siehe außerdem noch unten V.2.

den Transaktionskosten nicht zuletzt deshalb ineffizient, weil es regelmäßig zu einer zweispurigen Abwicklung kommt: Mangelschadensersatz wird grundsätzlich entlang der Regresskette geleistet. Hier greift die verschuldensunabhängige Verkäufergewährleistung. Ansprüche auf Mangelfolgeschadensersatz⁹¹ bestehen ausschließlich im Verhältnis Käufer – Hersteller. Es kommt hier im Rahmen der deliktischen Produkt- bzw. Produzentenhaftung zu einer Direktliquidation. Im Ergebnis wird eine einzige Pflichtverletzung, die Lieferung einer ursprünglich mangelhaften Kaufsache durch den Hersteller, haftungsrechtlich auf zwei verschiedenen, komplementären Wegen bewältigt⁹².

6. Ausufernde Herstellerhaftung?

Maultzsch weist schließlich darauf hin, „dass jüngere Untersuchungen die wirtschaftliche Effizienz einer strikten und umfassenden Rückverlagerung der Einbußen, die aus Produktfehlern resultieren, auf die Herstellerebene ernsthaft in Zweifel ziehen“⁹³. Die in dem zitierten Aufsatz der Autoren A. Mitchell Polinsky und Steven Shavell genannten Argumente haben im vorliegenden Zusammenhang aber keine Relevanz. Ein detailliertes Eingehen auf sämtliche Aspekte des Beitrags würde den Rahmen sprengen. Hingewiesen sei auf zwei zentrale Einwände, die das Ziel einer Steigerung der Produktqualität und -sicherheit⁹⁴ betreffen: Erstens: Zwar vermögen die Wettbewerbskräfte in bestimmten Fällen das Ziel, die Produktqualität zu verbessern, auch unabhängig von der Existenz eines entsprechenden, transaktionskostenträchtigen Haftungsregimes zu erreichen helfen. Wie die zitierten Autoren aber selbst zu bedenken geben, setzt dies ausreichende Information der Verbraucher über die unterschiedlichen Produktqualitäten bzw. -gefahren voraus⁹⁵. Sie ist im Fall von Fliesen, Parkettstäben oder Spülmaschinen aber nur in geringem Umfang vorhanden⁹⁶. Zweitens: Zwar vermögen öffentlich-rechtliche Sicherheitsbestimmungen einen gewichtigen Einfluss auf die Qualität

⁹¹ Es geht hier zunächst um die klassischen Produkthaftungsfälle der Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts. Deliktshaftung in Fällen reiner Vermögensschädigung ist nach bisheriger Rechtsauffassung ausgeschlossen, wenngleich die Rechtsprechung wie oben III.2. gezeigt nicht selten Ausweichstrategien gefunden hat.

⁹² Ausführlich *Bien* (Fn. 12) Fünftes Kapitel B III: Komplementarität von Regresskette und Direktliquidation.

⁹³ *Maultzsch*, GPR 2011, 253, 255. Er zitiert *A. Mitchell Polinsky/Steven Shavell*, The uneasy case for product liability, 123 Harvard Law Review (Harv. L. Rev.) 1437 (2010) und *dies.*, A sceptical attitude about product liability is justified: a reply to Professors Goldberg and Zipursky, 123 Harv. L. Rev. 1949 (2010). Dass es sich bei dem zweiten Beitrag um das Schlusswort zu einer Kontroverse mit kritischer Antwort von *John C. P. Goldberg/Benjamin C. Zipursky*, The easy case for products liability law: a response to Professors Polinsky and Shavell, 123 Harv. L. Rev. 1919, handelt, unterschlägt *Maultzsch* an dieser Stelle. Auch verzichtet er darauf, die in den zitierten Papieren genannten Argumente zu würdigen.

⁹⁴ Weitere Aspekte betreffen die Signalwirkung hoher bzw. niedrigerer Preise sowie die Kompensationswirkung der Produkthaftung.

⁹⁵ *Polinsky/Shavell*, 123 Harv. L. Rev. 1437, 1445 (2010). Siehe schon oben IV.3.

⁹⁶ *Polinsky/Shavell*, 123 Harv. L. Rev. 1437, 1444 (2010) zitieren als Beispiel u. a. den signifikanten Absatzrückgang bestimmter Autofabrikate nach Entdeckung eines Konstruktionsfehlers, der mehrerer tödliche (!) Unfälle verursacht hatte und die in den Medien ein breites Echo fanden.

bestimmter Güter haben⁹⁷. Polinsky und Shavell zählen beispielhaft Sicherheitsvorschriften in den besonders gefährlichen Bereichen Automobile, pharmazeutische Produkte, Flugzeuge und Konsumgüter wie Feuerzeuge, Babybetten und Chemikalien für den Gebrauch im Haushalt auf. Für die hier interessierenden Produktfehler an Parkettstäben, Fliesen und Spülmaschinen, die zusätzliche Aus- und Einbaukosten verursachen können, sind entsprechende Vorschriften jedoch nicht ersichtlich. Mangels drohender Gesundheitsrisiken für die Nutzer besteht schon kein ausreichender Anlass für ein hoheitliches Eingreifen.

7. Ausufernde Haftung bei reinen Vermögensschäden?

Über die – in den hier interessierenden Sachverhaltsgestaltungen nicht einschlägigen – Überlegungen von Polinsky und Shavell hinaus weist Maultzsch darauf hin, bei reinen Vermögensschäden „[wögen] die angedeuteten Bedenken [...] tendenziell noch schwerer“⁹⁸. Jedoch geht seine Begründung, der Hersteller sei hinsichtlich dieser Schäden nicht der *cheapest insurer*⁹⁹, in doppelter Hinsicht fehl. Auf die Frage nach der Partei, die das Risiko mit der geringsten Versicherungsprämie hätte versichern können, kommt es im Rahmen einer ökonomischen Analyse nur an, wenn es sich um – im ökonomischen Sinne – unvermeidbare Schäden handelt¹⁰⁰. Aber auch wenn man davon ausginge, weder Hersteller noch Käufer könnten den Schadenseintritt zu vertretbaren Kosten vermeiden, dürfte der Hersteller, und nicht der Endverbraucher in aller Regel *cheapest insurer* sein. Dieser kann sich – allein wegen der anfallenden Transaktionskosten einschließlich der anfallenden Suchkosten – nicht oder allenfalls zu prohibitiv hohen Kosten gegen den Schadenseintritt versichern. Für den Hersteller gilt in der Regel etwas anderes. Er kann die erforderlichen Versicherungskosten überdies über den Preis abwälzen.

Jüngst hat Florian Faust drei Gründe genannt, weshalb das deutsche Recht der außervertraglichen Haftung reine Vermögensschäden seines Erachtens zu Recht nur sehr zurückhaltend kompensiert¹⁰¹. Erstens: Unkalkulierbare Haftungsrisiken auch schon bei bloßem Augenblicksversagen drohten sozial erwünschte Aktivitäten übermäßig zu beschränken¹⁰². Faust führt den Schulfall der bei einem Unfall verletzten Sängerin an¹⁰³. Es sei richtig, dass der bloß fahrlässig handelnde Autofahrer nicht für den Vermögensschaden des Opernhauses einzutreten habe. Zweitens: Der Geschädigte könne gegen reine Vermögensschäden häufig

⁹⁷ Polinsky/Shavell, 123 Harv. L. Rev. 1437, 1450 ff. (2010).

⁹⁸ So Maultzsch, GPR 2011, 253, 255.

⁹⁹ So Maultzsch, GPR 2011, 253, 255.

¹⁰⁰ Siehe nur Schäfer/Ott (Fn. 75) 406.

¹⁰¹ Florian Faust, Der Schutz vor reinen Vermögensschäden – illustriert am Beispiel der Expertenhaftung, AcP 210 (2012), 555, 557 ff. Siehe außerdem schon Claus-Wilhelm Canaris, Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten, in: Festschrift für Karl Larenz, 1983, 27, 36 ff.

¹⁰² Ähnlich schon Canaris (Fn. 101) 37, der vor einem „Ausufren der Haftung“ und einem „unüberschaubaren“ Kreis der Ersatzberechtigten warnt.

¹⁰³ Faust, AcP 210 (2012), 555, 558.

selbst gut Vorsorge treffen. Im Fall des Opernhauses könne das etwa dadurch geschehen, dass der Intendant eine Zweitbesetzung bereit hält, die auch einen krankheitsbedingten Ausfall der Sängerin auffangen kann¹⁰⁴. Drittens: Reine Vermögensschäden in der Jedermann-Beziehung seien regelmäßig weiter „entfernt“ vom Schädiger als Verletzungen absolut geschützter Rechtsgüter. Das Problem hoher Rechtsdurchsetzungskosten aufgrund komplizierter Beweisführung bei schwierigen Kausalzusammenhängen ließe sich durch den grundsätzlichen Ausschluss dieser Schadenskategorie verringern.

Keiner der genannten Gründe für den grundsätzlichen Ausschluss der außervertraglichen Haftung für reine Vermögensschäden trifft auf die hier in Rede stehende Konstellation der Leistungsstörung in der Absatzkette zu. Wer Parkettstäbe produziert und über Zwischenhändler an Endverbraucher verkauft, wird schwerlich behaupten können, er habe den Eintritt eines Vermögensschadens etwa in Form von Ein- und Ausbaurkosten nicht vorhersehen können. Art, Höhe und Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts sind unabhängig davon, ob der Schaden bei einem entfernten Kettenglied oder beim unmittelbaren Vertragspartner eintritt. Für die Kalkulation des Haftungsrisikos sollte es aus Sicht des Herstellers nicht darauf ankommen, ob der Zwischenhändler die mangelhaften Parkettstäbe selbst verbraucht oder ob er sie an einen Dritten weiterverkauft. Der zweite von Faust genannte Aspekt betrifft wiederum die soeben aufgeworfene Frage des *cheapest cost avoider*. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass diese Rolle in den Aus- und Einbaurfällen genauso wie in den meisten anderen Produkthaftungsfällen dem Hersteller und nicht dem Endverbraucher zukommt. Schließlich findet auch die Bezugnahme auf die entfernte Kausalbeziehung zwischen dem schädigenden Ereignis und dem geschädigten „Jedermann“ in Absatzketten keine Entsprechung. Die zwischen Endverbraucher und Hersteller bestehende Absatzkette – ökonomisch gesprochen liegt hier eine Marktbeziehung vor – unterscheidet das Verhältnis des entfernten geschädigten Kettenglieds zum Hersteller von demjenigen Zufallskontakt, der zwischen dem Hersteller und dem echten bystander besteht.

8. Ergebnis

Eine ökonomische Analyse der hier in Rede stehenden Sachverhaltsgestaltungen führt zu folgendem Ergebnis: Der Hersteller sollte für die von ihm verschuldeten Aus- und Einbaurkosten sowie für sonstige reine Vermögensschäden haften, die ein entferntes Glied der Absatzkette wie etwa der Letztkäufer erleidet. Zu einer solchen Internalisierung der Haftungskosten gelangt man über eine Haftung des Verkäufers. Über den Regress des Verkäufers haftet im Ergebnis der Hersteller für die von ihm verursachten Schäden¹⁰⁵. Zum selben Resultat kann man – bei

¹⁰⁴ Faust, AcP 210 (2012), 555, 559.

¹⁰⁵ Siehe auch Eike Schmidt, Schlechtleistung und Händlerisiko, in: Recht im Spannungsfeld von Theorie und Praxis, Festschrift für Helmut Heinrichs, 1998, 511, 521.

reduzierten Transaktionskosten – gelangen, indem man dem geschädigten Käufer eine Direktliquidation der erlittenen Schäden beim Hersteller erlaubt.

V. Eigener Lösungsvorschlag

Dogmatisch lässt sich das rechtspolitisch gewünschte Ergebnis einer Herstellerhaftung für sämtliche Arten von Vermögensschäden der Glieder einer Absatzkette auf zwei verschiedenen Wegen erreichen.

1. Regressweg

Die Regresslösung hat bei einer Haftung des Verkäufers anzusetzen. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass es sich bei dem vom EuGH in Art. 3 Abs. 2 und 3 der Verbrauchsgüterkaufrechtsrichtlinie gefundenen Anspruch auf Ersatz der Aus- und Einbaukosten in Wirklichkeit um einen vertraglichen Anspruch auf Schadensersatz handelt¹⁰⁶. Dieses Verständnis erlaubt eine systemkohärente Lösung des Problems der Aus- und Einbaukosten. Die in § 280 Abs. 1 S. 2 BGB normierte Voraussetzung des Vertretenmüssens ist erfüllt, wenn man dem Verkäufer ein etwaiges Herstellerverschulden gemäß § 278 BGB zurechnet¹⁰⁷. Nach überzeugender, wenngleich immer noch überwiegend bestrittener Ansicht ist der Hersteller Erfüllungsgehilfe des Verkäufers im Hinblick auf dessen erfolgsbezogene Pflicht, eine mangelfreie Kaufsache zu liefern (§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB)¹⁰⁸.

Der Anspruch des Käufers auf Nacherfüllung gemäß § 439 BGB steht zwar im Mittelpunkt der Vorlagefragen. Als Lösungsweg ist er hingegen abzulehnen. Er deckt nur Aus- und Einbaukosten ab. Weitere reine Vermögensschäden wie Nutzungsausfall oder vergeblich aufgewendete Zulassungskosten im Fall des Autokaufs sind nicht erfasst. Ein auf § 280 Abs. 1 BGB gestützter Anspruch auf Schadensersatz umfasst hingegen sämtliche genannten Schadenspositionen. Rechtspolitisch bedenklich erscheint es auch, dem Verkäufer die Wahl zu lassen, ob er die vom EuGH weit verstandene Nacherfüllungspflicht dadurch erfüllt, dass er den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der Ersatzsache selbst vornimmt¹⁰⁹. Nicht wenige Käufer beauftragen einen speziell ausgewählten Handwerker damit, die beim Baustoffhändler erworbenen Baumaterialien einzubauen¹¹⁰. Die

¹⁰⁶ Oben III.1.d).

¹⁰⁷ Dafür *Stefan Grundmann*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II, 6. Auflage, 2012, § 278, Rn. 31; *Martin Schmidt-Kessel*, in: Hanns Prütting/Gerhard Wegen/Gerd Weinreich (Hg.), BGB, 2009, § 278, Rn. 14; *Peter Schlechtriem/Martin Schmidt-Kessel*, Schuldrecht AT, 2005, Rn. 610; *Schmidt* (Fn. 105) 511 ff.; *Frank Peters*, Der Beginn der Verjährung bei Regressansprüchen, ZGS 2010, 24 ff.; *Ulrich G. Schroeter*, Untersuchungspflicht und Vertretenmüssen des Händlers bei der Lieferung sachmangelhafter Waren, JZ 2010, 495 ff. Vorsichtig zustimmend auch *Kötz* (Fn. 25) 448. Siehe schon oben III.1.d) die Nachweise zur ablehnenden herrschenden Meinung.

¹⁰⁸ *Schroeter*, JZ 2010, 495, 497. Näher auch *Bien* (Fn. 12) Viertes Kapitel D: Stellungnahme und eigener Lösungsvorschlag.

¹⁰⁹ So aber der BGH, NJW 2012, 1073, 1076, Tz. 27, siehe schon oben III.1.a).

¹¹⁰ Auch der Kläger im Fall *Weber* hatte einen Dritten mit dem Verlegen der Fliesen beauftragt.

Aussicht, dass diese Arbeiten (einschließlich Ausbau) nunmehr von Angestellten des Baustoffhändlers ausgeführt werden, dürfte nicht bei allen Bauherren auf Gegenliebe stoßen. Die Konstruktion über einen Schadensersatzanspruch schließt die Naturalerfüllung als Möglichkeit zwar nicht aus, § 249 Abs. 1 BGB. Dem geschädigten Käufer steht aber gemäß § 249 Abs. 2 S. 1 BGB ein Wahlrecht zu, den zur Herstellung erforderlichen Geldbetrag zu verlangen. Schließlich fällt es dogmatisch schwer, ein etwaiges Mitverschulden des Endverbrauchers im Rahmen von § 439 BGB zu berücksichtigen. Er mag die Fliesen eingebaut haben, obwohl sich ihm deren mangelhafte Qualität aufdrängte. Der EuGH stellt mit dem Erfordernis der „Gutgläubigkeit“ des Verbrauchers im ersten Leitsatz seines Urteils kurzerhand ein zusätzliches Kriterium auf. Den Versuch einer dogmatischen Herleitung unternimmt er erst gar nicht¹¹¹. Der hier vorgeschlagene Lösungsweg über einen gegen den Verkäufer gerichteten Schadensersatzanspruch des Käufers erlaubt die unmittelbare Anwendung von § 254 Abs. 1 BGB¹¹². Der Mitverschuldenseinwand ermöglicht gegebenenfalls eine flexible Quotelung des Ersatzanspruchs. Das vom EuGH aufgestellte Kriterium der Gutgläubigkeit normiert hingegen ein starres Alles-oder-Nichts-Prinzip.

2. Direktliquidation

Über die Regresslösung hinaus ist zu erwägen, dem geschädigten Käufer einen die Absatzkette überspringenden direkten Anspruch auf Schadensersatz gegen den letztverantwortlichen Schädiger zu gewähren¹¹³. Dieser Anspruch ist quasivertraglicher Natur. Er umfasst damit insbesondere auch den Ersatz reiner Vermögensschäden. Seine Grundlage hat er in der Vorschrift § 280 Abs. 1 BGB. Die den geschädigten Käufer und den entfernten Hersteller verbindende arbeitsteilige Pflichtenkette ist als Schuldverhältnis im Sinne des § 311 Abs. 3 S. 1 BGB zu interpretieren. Aus ihr erwachsen den Parteien die in § 241 Abs. 2 BGB genannten Schutzpflichten. Ihre Verletzung löst den genannten Ersatzanspruch aus.

VI. Zusammenfassung

Das Urteil des EuGH in Sachen *Weber* und *Putz* ist beifallswürdig, soweit es zur Folge hat, dass dem Käufer unverschuldet entstandene Aus- und Einbaukosten kompensiert und die Kosten über den Regress des zunächst haftenden Verkäufers schließlich vom eigentlich verantwortlichen, schuldhaft handelnden Hersteller getragen und damit internalisiert werden. Letztere Konsequenz ist aus ökonomi-

¹¹¹ Er betont lediglich in Tz. 56 des Urteils, dass der gutgläubige Einbau des Verbrauchsguts kein Verschulden des Verbrauchers darstelle. Der BGH geht in seinem Urt. v. 21.12.2011 (VIII ZR 70/08) auf das Kriterium der Gutgläubigkeit des Käufers gar nicht ein.

¹¹² Eine analoge Anwendung im Rahmen von § 439 BGB erwägen z.B. MünchKomm/Westermann (Fn. 19) § 439, Rn. 16; Bamberger/Roth/Faust (Fn. 19) § 439, Rn. 59 m.w.N.

¹¹³ Näher *Bien* (Fn. 12) Viertes Kapitel D: Stellungnahme und eigener Lösungsvorschlag.

schen Gründen zu begrüßen. Mit dem vom EuGH betonten Verbraucherschutz hat das zunächst nichts zu tun.

Der vom EuGH gewiesene dogmatische Weg zur Lösung des Problems der dem Verbraucherkäufer entstandenen Aus- und Einbaukosten greift jedoch in zweifacher Hinsicht zu kurz. Sachlich: Die Aus- und Einbaukosten sind nur ein, wenngleich wichtiger Fall eines reinen Vermögensschadens, der durch die Lieferung einer mangelhaften Kaufsache entstehen kann. Darüber hinaus sind insbesondere Nutzungsausfallschäden zu nennen. Persönlich: Nicht nur Verbraucher, auch Unternehmer können Vermögensschäden durch eine mangelhafte Kaufsache erleiden (z.B. *Prüfzeichenfall*).

Eine kohärente Lösung des Problems geht dahin, dem Verkäufer das Verschulden des Herstellers gemäß § 278 BGB zuzurechnen. Jener kann sich nicht nur wegen des Mangel-, sondern auch wegen des Mangelfolgeschadens, den er dem Käufer ersetzen musste (Haftungsschaden) bei seinem Lieferanten (z.B. dem Hersteller) schadlos halten (Regresskette). Daneben ist über eine quasi-vertragliche Direkthaftung des Herstellers gegenüber dem geschädigten Letztkäufer nachzudenken. Anspruchsgrundlage ist § 280 Abs. 1 BGB. Dieser Lösungsansatz erfordert es, die vom Hersteller über den Verkäufer bis zum Käufer reichende Absatzkette als Schuldverhältnis im Sinne von § 311 Abs. 3 S. 1 BGB aufzufassen. Die daraus resultierende Haftung des Herstellers gemäß § 280 Abs. 1 BGB wegen Verletzung der in § 241 Abs. 2 BGB genannten Rechtsgüter greift – anders als § 823 Abs. 1 BGB – auch im Fall des Eintritts eines reinen Vermögensschadens. Darin liegt der entscheidende Unterschied zur deliktischen Produzentenhaftung auf Grundlage von § 823 Abs. 1 BGB. Sie umfasst sämtliche Mangel- und Mangelfolgeschäden, einschließlich reiner Vermögensschädigungen.

aufgespießt

„I can explain it to you, but I can't understand it for you.“

(Stefan Riesenfeld zugeschrieben in <http://berkeley.edu/news/berkeleyan/1999/0224/riesenfeld.html>)