BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 46/13

Verkündet am:
2. April 2014
Ermel,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB § 433

a) Zur Abgrenzung von Kaufvertrag und Werklieferungsvertrag (hier: Lieferung von Aluminium-Profilleisten in einem bestimmten Farbton durch einen Fachgroßhändler für Baubedarf).

b) Beim Kaufvertrag ist der vom Verkäufer eingeschaltete Hersteller der Kaufsache nicht Erfüllungsgehilfe des Verkäufers; gleiches gilt gemäß § 651 Satz 1 BGB beim Werklieferungsvertrag, wenn der Lieferant einen Dritten mit der Bearbeitung der Sache betraut (Bestätigung von BGHZ 48, 121).

BGH, Urteil vom 2. April 2014 - VIII ZR 46/13 - OLG Frankfurt/Main
LG Gießen

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Februar 2014 durch den Richter Dr. Frellesen als Vorsitzenden, die Richterin Dr. Hessel sowie die Richter Dr. Achilles, Dr. Schneider und Kosziol

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Beklagten werden das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 24. Januar 2013 aufgehoben und das Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Gießen vom 13. Mai 2011 abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten der Nebenintervention zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger stellt in seiner Schreinerei Holzfenster mit einer Aluminiumverblendung her. Die Beklagte betreibt einen Fachgroßhandel für Baubedarf (Baubeschläge, Werkzeuge, Maschinen, Bauelemente, Holz, Glas, Farben, Tapeten und Teppichböden). Die Parteien stehen in laufender Geschäftsbeziehung miteinander.

2 Im Jahr 2005 erhielt der Kläger einen Auftrag zur Lieferung und zum Einbau von Aluminium-Holz-Fenstern für den Neubau eines Wohnhauses der Familie Sch. in S. (im Folgenden: Bauherren). Er bestellte bei der Beklagten die in einer Liste der Beklagten angebotenen, für die Herstellung der Aluminium-Außenschalen benötigten Profilleisten im Farbton RAL 9007 (grau-metallic). Die Beklagte beauftragte die Nebenintervenientin, die ein Pulverbeschichtungswerk betreibt, mit der Beschichtung der - von der Beklagten als Stangenware zur Verfügung gestellten - Profilleisten und lieferte die Halbzeuge an den Kläger. Der Kläger fügte die von ihm zugeschnittenen Aluminium-Profile zu einem Rahmen zusammen und montierte sie auf die Holzfenster.

3 Nach dem Einbau der Fenster rügten die Bauherren Lackabplatzungen an den Aluminium-Außenschalen gegenüber dem Kläger. Ursache für die mangelnde Haftung der Beschichtung ist eine nicht fachgerechte Vorbehandlung der Profilleisten während des Beschichtungsprozesses seitens der Nebenintervenientin. Eine Nachbehandlung der Außenschalen an den eingebauten Fenstern ist nicht möglich.

4 Der Architekt der Bauherren verlangte in deren Auftrag vom Kläger Mangelbeseitigung durch Erneuerung der Außenschalen an allen 19 Fenstern und schätzte die Kosten für den Austausch der Außenschalen, die dafür notwendige teilweise Entfernung und Wiederherstellung des Wärmedämmsystems, die Erneuerung des gesamten Putzes und weitere notwendige Arbeiten auf 43.209,46 €.

5 Der Kläger hat von der Beklagten - unter Berücksichtigung einer von ihr aufgrund eines rechtskräftigen Urteils des Landgerichts Gießen vom 12. März 2008 (5 O 249/07) geleisteten Teilzahlung von 20.000 € - zunächst Zahlung weiterer 23.209,46 € sowie vorprozessualer Rechtsanwaltskosten in Höhe von

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

911,80 €, jeweils nebst Zinsen, begehrt. Das Landgericht hat der Klage - unter Reduzierung der Hauptforderung auf 22.209,46 € - stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten - nach entsprechender Umstellung des Klageantrags - mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Beklagte verurteilt wird, den Kläger von Schadensersatzansprüchen der Bauherren in Höhe von 22.209,46 € nebst Zinsen freizustellen. Dagegen wendet sich die Beklagte mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, mit der sie weiterhin Klageabweisung begehrt. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision mit der Maßgabe, dass die Beklagte zur Zahlung des genannten Betrages verurteilt wird, hilfsweise, die Revision (ohne Maßgabe) zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision hat Erfolg.

I.

7 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

8 Die Klage sei begründet. Ohne Rechtsfehler habe das Landgericht angenommen, dass die von der Beklagten gelieferten Aluminiumprofile mangelhaft im Sinne des § 434 BGB gewesen seien. § 434 BGB finde gemäß § 651 BGB auf den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag Anwendung. In der Einordnung des streitgegenständlichen Vertragsverhältnisses als Werklieferungsvertrag sei dem Landgericht beizupflichten.

9 Sämtliche von der Beklagten gelieferten und in das Bauvorhaben eingebauten Aluminiumprofile wiesen aufgrund ungeeigneter Vorbehandlung durch

die Nebenintervenientin eine fehlerhafte Beschichtung auf und eigneten sich nicht für die vorausgesetzte Art ihrer Verwendung als Außenschalen von Holz-Aluminium-Fenstern. Auf dieser Grundlage habe das Landgericht zutreffend einen Anspruch des Klägers auf Nacherfüllung durch Ersatzlieferung mangelfreier Aluminiumprofile bejaht. Da ein Nacherfüllungsanspruch nicht geltend gemacht werde, habe das Landgericht ohne Rechtsfehler Schadensersatzansprüche aus § 437 Nr. 3 BGB in Verbindung mit §§ 440, 280, 281 BGB geprüft und angenommen, dass diese jedenfalls nicht an der fehlenden Nachfristsetzung für eine Ersatzlieferung scheiterten. Ihm könne in der Beurteilung gefolgt werden, dass dem Kläger nach Verarbeitung und Einbau der mangelhaften Aluminiumprofile eine Fristsetzung zur Mangelbeseitigung unter Berücksichtigung des vorprozessualen Verhaltens der Beklagten gemäß § 440 BGB unzumutbar gewesen sei und zudem die Voraussetzungen einer endgültigen Erfüllungsverweigerung gemäß § 281 Abs. 2 BGB vorgelegen hätten.

10 Das Landgericht habe aber die im Hinblick auf die schadensersatzbegründenden Voraussetzungen notwendige Differenzierung zwischen den einzelnen dem Freistellungsbegehren des Klägers zugrunde liegenden Aufwendungspositionen unterlassen. Es habe verkannt, dass der von ihm bejahte Schadensersatzanspruch statt der Leistung gemäß §§ 440, 281 Abs. 2 BGB die Rechtsfolgen der Verweigerung, des Fehlschlagens oder der Unzumutbarkeit der Nacherfüllung regele und verschuldensunabhängig sei. Als Folgeanspruch des Nachbesserungsanspruchs umfasse dieser verschuldensunabhängige Schadensersatzanspruch sowohl die Kosten der Ersatzlieferung neuer Aluminiumdeckblenden als auch die Kosten der Rücknahme und Entfernung der mangelhaften Aluminiumaußenschalen (Ausbaukosten). Der darüber hinaus streitgegenständliche Anspruch auf Freistellung von den Kosten des Einbaus neuer Fenster sei demgegenüber nicht aus dem Nacherfüllungsanspruch in Form des

Ersatzlieferungsanspruchs abzuleiten und werde von dem verschuldensunabhängigen Folgeanspruch, gerichtet auf Schadensersatz, nicht umfasst.

11 Ein verschuldensunabhängiger Anspruch auf Befreiung von den Einbaukosten stehe dem Kläger auch nicht aus § 478 Abs. 2 BGB zu. Die Anwendbarkeit des § 478 Abs. 2 BGB scheitere daran, dass es sich bei dem streitgegenständlichen Vertrag nicht um einen Verbrauchsgüterkauf im Sinne des § 474 Abs. 2 BGB handele, sondern um einen Werklieferungsvertrag im geschäftlichen Verkehr zwischen Unternehmern.

12 Dem Kläger stehe aber ein Anspruch auf Befreiung von den Einbaukosten aus § 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1 BGB zu. Denn die Kosten der Neumontage der neu hergestellten Fenster (Einbaukosten) stellten sich als Bestandteil des Schadensersatzes neben der Leistung dar.

13 Ohne Erfolg greife die Beklagte die Auffassung des Landgerichts an, wonach der Beklagten gemäß § 278 BGB das durch die fehlerhafte Vorbehandlung der Profilleisten begründete Verschulden der Nebenintervenientin zuzurechnen sei. Dabei verkenne der Senat nicht, dass beim Kaufvertrag der Lieferant des Verkäufers nicht dessen Gehilfe bei der Erfüllung seiner Pflicht sei, eine Sache dem Käufer zu übereignen. Bei dem vorliegenden Vertrag handele es sich aber nicht um einen reinen Kaufvertrag, sondern um einen Werklieferungsvertrag. Vor diesem Hintergrund komme es auf die Frage an, ob die Beklagte nur die Lieferung der lackierten Aluminiumprofile geschuldet habe oder ob von der Leistungspflicht der Beklagten auch die Herstellung und dabei insbesondere die - fehlerbehaftete - Lackbeschichtung erfasst worden sei. Letzteres habe das Landgericht im Ergebnis zu Recht bejaht. Die Besonderheit des vorliegenden Sachverhalts liege darin, dass die Nebenintervenientin die Aluminiumprofile nicht als Fertigprodukte hergestellt und dann an die Beklagte gelie-

fert habe. Sie habe vielmehr Aluminiumprofile, die ihr von der Beklagten übersandt worden seien, fehlerhaft vorbehandelt und beschichtet. Damit sei die Nebenintervenientin unmittelbar in den seitens der Beklagten geschuldeten Herstellungsvorgang eingeschaltet gewesen. Für die Verschuldenszurechnung eines in den Herstellungsprozess eingebundenen Dritten könne es nach Auffassung des Senats nicht darauf ankommen, ob es sich bei dem zugrunde liegenden Vertrag um einen Werkvertrag oder - wie hier - um ein Werklieferungsvertrag handele. Da den Werklieferer ebenfalls eine Pflicht zur Herstellung treffe, seien Dritte, soweit sie zur Herstellung notwendige Leistung erbrächten, ungeachtet des Vertragstyps - Werk- oder Werklieferungsvertrag - als Erfüllungsgehilfen anzusehen.

14 Soweit die Beklagte das erstinstanzliche Urteil hinsichtlich der Höhe der zuerkannten Schadensbeträge angegriffen habe, fehle es an der gebotenen Darlegung derjenigen Umstände, die Zweifel an der Richtigkeit der zur Anspruchshöhe getroffenen erstinstanzlichen Feststellungen begründeten. Unter Zugrundelegung des Sachverständigengutachtens halte der Senat die vom Landgericht in Anwendung von § 287 ZPO vorgenommene Schadensschätzung für zutreffend.

II.

15 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht dem Kläger gegen die Beklagte wegen der von der Beklagten gelieferten, hinsichtlich der Beschichtung mangelhaften Aluminium-Profilleisten der geltend gemachte Schadensersatzanspruch - sei es auf Zahlung von 22.209,46 € oder auf Freistellung von Mangelbeseitigungsan-

sprüchen der Bauherren gegen den Kläger - nicht zu (§ 437 Nr. 3, §§ 280, 281 i.V.m. §§ 433, 434, 439, 440 BGB).

16 1. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts handelt es sich bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag über die Lieferung von Aluminium-Profilleisten im Farbton RAL 9007, wie die Revision mit Recht geltend macht, nicht um einen Werklieferungsvertrag (§ 651 BGB), sondern um einen Kaufvertrag (§ 433 BGB).

17 a) Zwar kann die tatrichterliche Vertragsauslegung, soweit es - wie hier - um Individualerklärungen geht, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in der Revisionsinstanz nur eingeschränkt darauf überprüft werden, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt sind oder wesentlicher Auslegungsstoff außer Acht gelassen worden ist (st. Rspr.; vgl. nur Senatsurteile vom 6. Februar 2013 - VIII ZR 374/11, NJW 2013, 1365 Rn. 11; vom 5. Juni 2013 - VIII ZR 287/12, NJW 2013, 2417 Rn. 16). Ein solcher Rechtsfehler liegt hier jedoch vor.

18 Das Berufungsgericht hat bei der Einordnung des Vertrages nicht berücksichtigt, dass der Vertragsgegenstand - Lieferung einer bestimmten Menge von Aluminium-Profilleisten im Farbton RAL 9007 - Standardware ist, die von der Beklagten als Fachgroßhändlerin für den Baubedarf listenmäßig angeboten wird, und dass die Frage, ob die Ware von der Beklagten vorrätig gehalten wurde oder - von wem auch immer - erst noch herzustellen war, nicht Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung geworden ist. Ein solcher Vertrag, dem - ebenso wie im Versandhandel - eine Bestellung aus einem Warenkatalog des Anbieters zugrunde liegt, ist aus der maßgeblichen Sicht des Bestellers ein Kaufvertrag und kein Werklieferungsvertrag. In den Vorinstanzen sind die Parteien deshalb auch mit Recht übereinstimmend von einem Kaufvertrag ausgegangen.

19 b) Ein Kaufvertrag liegt hier vor, weil die Beklagte als Fachgroßhändlerin für den Baubedarf ein breites Spektrum von Baumaterialien - von Baubeschlägen und Bauelementen über Werkzeuge und Maschinen bis hin zu Holz, Glas, Farben, Tapeten und Teppichböden - anbietet, die vom Fachhandel typischerweise nicht selbst hergestellt werden. Die Beklagte tritt - aus der maßgeblichen Sicht des Kunden - erkennbar als Zwischenhändlerin und nicht als Herstellerin der in ihren Preislisten angebotenen Standardprodukte auf. Das hat auch der Kläger bei der Bestellung so gesehen. Er hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht erklärt, ihm sei klar gewesen, dass er mit der Beklagten einen Fachhandel beauftragt gehabt habe. Er habe die für die Außenschalen benötigten Profile aus Preislisten der Beklagten heraussuchen lassen, in denen die Profile in einem bestimmten Farbton aufgelistet gewesen seien. Ihm sei damals nicht klar gewesen, wer die Beschichtung erstelle; darauf habe er keinen Einfluss gehabt.

20 Bei dieser Sachlage ist für die Vertragsauslegung des Berufungsgerichts, die Beklagte selbst sei zur Herstellung der Beschichtung verpflichtet gewesen, rechtsfehlerhaft (§ 286 ZPO) und kein Raum für die darauf gestützte Annahme, es liege ein Werklieferungsvertrag vor. Vielmehr handelt es sich um einen reinen Kaufvertrag, der nur eine Liefer- und keine Herstellungspflicht der Beklagten zum Gegenstand hat. Ebenso wenig wie sich die Beklagte dazu verpflichtet hatte, die (rohen) Aluminiumprofile herzustellen, war sie zur Herstellung der Beschichtung verpflichtet. Ihre Verpflichtung beschränkte sich auf die Lieferung von Profilleisten im Standardfarbton RAL 9007, unabhängig davon, ob diese bereits hergestellt worden waren und von der Beklagten vorrätig gehalten wurden oder ob sie erst noch - von wem auch immer - hergestellt werden mussten. Ob und von wem die farbigen Profilleisten bereits hergestellt oder erst noch herzustellen waren, war für den Kunden nicht ersichtlich und auch dem Kläger unstreitig nicht bekannt. Eine Herstellung der beschichteten Aluminium-Profile

durch die Beklagte ist daher nicht Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung geworden. Eine derartige Verpflichtung kann deshalb nicht zur rechtlichen Einordnung des Vertrages herangezogen werden.

21 2. Nach Kaufrecht steht dem Kläger der geltend gemachte Anspruch auf Freihaltung von den Kosten des Aus- und Einbaus der Aluminium-Außenschalen, die der Kläger im Zuge der Mangelbeseitigung gegenüber den Bauherren zu tragen hat, nicht zu.

22 Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht festgestellt, dass die von der Beklagten gelieferten Aluminium-Profilleisten wegen fehlerhafter Vorbehandlung bei der farbigen Beschichtung mangelhaft waren (§ 434 Abs. 1 BGB), eine Nachbesserung der mangelhaften Aluminium-Außenschalen nicht möglich ist und die Beklagte deshalb zur Nacherfüllung durch Ersatzlieferung mangelfreier Profilleisten verpflichtet war (§ 439 Abs. 1 BGB). Das ist im Revisionsverfahren ebenso wenig im Streit wie die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, dass die Beklagte die Nacherfüllung endgültig verweigert hat und die Nacherfüllung dem Kläger auch unzumutbar war (§ 440 BGB).

23 a) Damit steht dem Kläger ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung insoweit zu, als die Beklagte ihre Verkäuferpflicht zur Nacherfüllung schuldhaft verletzt hat (§ 437 Nr. 3, §§ 280, 281, 439, 440 BGB; vgl. BGH, Urteil vom 17. Oktober 2012 - VIII ZR 226/11, BGHZ 195, 135 Rn. 12).

24 aa) Dieser Anspruch ist auf Ersatz der Kosten für eine anderweitige Beschaffung mangelfreier Profilleisten durch einen Deckungskauf gerichtet. Derartige Kosten macht der Kläger mit vorliegender Klage aber nicht geltend. Es ist weder vom Kläger vorgetragen noch vom Berufungsgericht festgestellt worden, welche Kosten dem Kläger durch eine nochmalige Beschaffung der Profilleisten entstanden sind oder entstehen würden. Soweit die Revisionserwiderung auf

das Angebot des Klägers vom 19. Juni 2008 verweist und geltend macht, die Kosten eines anderweitigen Einkaufs beliefen sich auf 6.580 €, handelt es sich um ein zur Schätzung der Höhe der Aus- und Einbaukosten erstelltes, fiktives Angebot des Klägers an die Bauherren, das nichts darüber aussagt, zu welchem Preis der Kläger selbst die Profilleisten zu beziehen hätte. Selbst wenn man den Betrag von 6.580 € als Kosten für einen erforderlichen Deckungskauf zugrunde legen wollte, wären diese Kosten bereits durch die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts unstreitig als Teilerfüllung geleistete Zahlung der Beklagten in Höhe von 20.000 € abgegolten.

25 bb) Der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung wegen verweigerter und unzumutbarer Nacherfüllung erstreckt sich aber nicht auf Ersatz der Aus- und Einbaukosten für den durch die mangelhafte Beschichtung der Profilleisten notwendig gewordenen Austausch der Aluminium-Außenschalen. Denn insoweit besteht kein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Verweigerung der Nacherfüllung und den Aus- und Einbaukosten. Diese Kosten wären auch entstanden, wenn die Beklagte durch Ersatzlieferung mangelfreier Profilleisten ordnungsgemäß nacherfüllt hätte.

26 cc) Die Auffassung des Berufungsgerichts, dass der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung wegen verweigerter, fehlgeschlagener oder unzumutbarer Nacherfüllung als "verschuldensunabhängiger" Folgeanspruch des Nachbesserungs- und Erfüllungsanspruchs (§ 439 BGB) sowohl die Kosten der Ersatzlieferung als auch die Kosten der Rücknahme und Entfernung der mangelhaften Außenschalen (Ausbaukosten) umfasse, trifft nicht zu.

27 Der Ausbau der mangelhaften Außenschalen wird - ebenso wie der erneute Einbau mangelfreier Außenschalen - bei dem hier vorliegenden Kaufvertrag zwischen Unternehmern entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts

von dem Nacherfüllungsanspruch auf Ersatzlieferung (§ 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB) nicht umfasst. Der Senat hat entschieden, dass die richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB, nach der die Nacherfüllungsvariante "Lieferung einer mangelfreien Sache" neben dem Ausbau und Abtransport der mangelhaften Kaufsache auch den Einbau der als Ersatz gelieferten Sache erfasst, auf den Verbrauchsgüterkauf (§ 474 BGB) beschränkt ist und sich nicht auf Kaufverträge zwischen Unternehmern oder zwischen Verbrauchern erstreckt (Senatsurteil vom 17. Oktober 2012 - VIII ZR 226/11, aaO Rn. 16 ff.). Daher umfasst auch der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung wegen verweigerter Ersatzlieferung nicht die Aus- und Einbaukosten.

28 Aus dem vom Berufungsgericht für seine Auffassung angeführten Senatsbeschluss vom 21. Oktober 2008 (VIII ZR 304/07, juris) ergibt sich nichts anderes. Ausbaukosten waren nicht Gegenstand dieses Beschlusses und des zugrunde liegenden Revisionsverfahrens.

29 b) Ein Schadensersatzanspruch auf Erstattung sowohl der Aus- als auch der Einbaukosten besteht im geschäftlichen Verkehr zwischen Unternehmern nur dann, wenn der Verkäufer seine Vertragspflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache verletzt und dies zu vertreten hat (§ 437 Nr. 3, § 280 BGB i.V.m. § 433 Abs. 1 Satz 2, § 434 BGB; Senatsurteil vom 17. Oktober 2012 - VIII ZR 226/11, aaO Rn. 11).

30 Zwar hat die Beklagte ihre Vertragspflicht zur Lieferung mangelfreier Profilleisten verletzt (§§ 433, 434 BGB). Sie hat diesen Mangel jedoch entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht zu vertreten (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Eigenes Verschulden ist der Beklagten unstreitig nicht anzulasten, weil die mangelhafte Beschichtung der Profilleisten vor dem Einbau der Aluminium-Außenschalen für die Beklagte ebenso wenig erkennbar war wie für den Kläger.

31 Der Beklagten ist das Verschulden der Nebenintervenientin nicht nach § 278 BGB zuzurechnen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Vorlieferant des Verkäufers nicht dessen Gehilfe bei der Erfüllung der Verkäuferpflichten gegenüber dem Käufer; ebenso ist auch der Hersteller der Kaufsache nicht Erfüllungsgehilfe des Händlers, der die Sache an seine Kunden verkauft (Senatsurteile vom 21. Juni 1967 - VIII ZR 26/65, BGHZ 48, 118, 121 f.; vom 15. Juli 2008 - VIII ZR 211/07, BGHZ 177, 224 Rn. 29; Senatsbeschluss vom 14. Januar 2009 - VIII ZR 70/08, NJW 2009, 1660 Rn. 11; BGH, Urteil vom 19. Juni 2009 - V ZR 93/08, BGHZ 181, 317 Rn. 19; vgl. auch BGH, Urteile vom 22. Februar 1962 - VII ZR 205/60, juris Rn.18; vom 9. Februar 1978 - VII ZR 84/77, NJW 1978, 1157).

32 Das wird, soweit es um einen Kaufvertrag geht, auch vom Berufungsgericht - und ebenso von der Revisionserwiderung - nicht in Frage gestellt. Der in der Literatur teilweise vertretenen Auffassung, die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stehe nicht im Einklang mit der seit der Schuldrechtsreform in § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB geregelten Pflicht des Verkäufers zur Lieferung einer mangelfreien Sache (Schroeter, JZ 2010, 495, 497 ff.; Peters, ZGS 2010, 24, 27; Schmidt in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 8. Aufl., § 437 Rn. 46; MünchKommBGB/Grundmann, 6. Aufl., § 278 Rn. 31; Weller, NJW 2012, 2312, 2315), kann nicht gefolgt werden. In der Gesetzesbegründung zu § 433 BGB wird auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 278 BGB Bezug genommen und deren Fortgeltung zum Ausdruck gebracht (BT-Drucks. 14/6040, S. 209 f.; Lorenz, ZGS 2004, 408, 410). Dort heißt es:

> "Die Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer die Sache frei von Sachmängeln zu verschaffen, führt nicht zu einer unangemessenen Verschärfung der Haftung des Verkäufers. .... So gesehen tritt hinsichtlich einer Schadensersatzpflicht keine grundlegende Änderung gegenüber der bisherigen Rechtslage ein. .... Die Verpflichtung zur mangelfreien Verschaffung der Sache führt auch nicht etwa auf dem Umweg

> über die Gehilfenhaftung zu einer grundlegenden Ausweitung von Schadensersatzpflichten des Verkäufers. Eine solche Ausweitung ergäbe sich, wenn der Warenhersteller Erfüllungsgehilfe des Verkäufers wäre. Die Verpflichtung zur mangelfreien Lieferung hat jedoch nicht diese Rechtsfolge. Die Verpflichtung des Verkäufers soll sich auf die mangelfreie Verschaffung der Sache beschränken, soll hingegen nicht die Herstellung der Sache umfassen. Bei der Erfüllung der Verschaffungspflicht bedient sich der Verkäufer nicht des Herstellers, die Herstellung der Sache ist nicht in den Pflichtenkreis des Verkäufers einbezogen. Der Warenhersteller ist deshalb ebenso wenig Erfüllungsgehilfe des Verkäufers, wie nach bisherigem Recht der Hersteller von Baumaterialien Erfüllungsgehilfe des Werkunternehmers ist, der solche Materialien bei der Herstellung des geschuldeten Werks verwendet (BGH, NJW 1978, 1157)."

33 3. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts wäre der Beklagten das Verschulden der Nebenintervenientin auch dann nicht nach § 278 BGB zuzurechnen, wenn der Vertrag zwischen den Parteien nicht als Kaufvertrag, sondern als Werklieferungsvertrag einzuordnen wäre. Denn auch auf einen Werklieferungsvertrag findet Kaufrecht Anwendung (§ 651 Satz 1 BGB).

34 Der Auffassung des Berufungsgerichts, dass der Beklagten das Verschulden der Nebenintervenientin nach § 278 BGB zuzurechnen sei, weil der Werklieferungsvertrag insoweit dem Werkvertrag gleichzustellen sei (ebenso Wältermann/Kluth, ZGS 2006, 296, 304), kann nicht gefolgt werden. Der Senat hat bereits vor der Schuldrechtsreform den Grundsatz, dass sich der Verkäufer seines Vorlieferanten nicht als Erfüllungsgehilfen bedient, entsprechend gelten lassen, wenn der Werklieferer einer vertretbaren Sache diese durch einen Dritten hatte bearbeiten lassen (Senatsurteil vom 21. Juni 1967 - VIII ZR 26/65, aaO). Nach der durch die Schuldrechtsreform vollzogenen gesetzlichen Gleichstellung des Werklieferungsvertrags mit dem Kaufvertrag (§ 651 Satz 1 BGB) gilt dies erst recht.

35 a) Das Berufungsgericht meint, für die Verschuldenszurechnung eines Dritten könne es nicht darauf ankommen, ob es sich bei dem zugrunde liegenden Vertrag um einen Werkvertrag oder - wie hier - um einen Werklieferungsvertrag handele. Da den Werklieferer ebenfalls eine Pflicht zur Herstellung der Sache treffe, seien Dritte, soweit sie zur Herstellung notwendige Leistungen erbrächten, ungeachtet des Vertragstyps - Werk- oder Werklieferungsvertrag - als Erfüllungsgehilfen anzusehen.

36 Dem steht die gesetzliche Regelung des § 651 BGB entgegen, die für den Werklieferungsvertrag nicht auf das Werkvertragsrecht, sondern - anders als vor der Schuldrechtsreform - uneingeschränkt auf das Kaufrecht verweist. Grund dafür ist die mit der Einführung des kaufrechtlichen Nachbesserungsanspruchs vollzogene Angleichung der Haftung für Sachmängel beim Werkvertrag und beim Kaufvertrag, die das Bedürfnis nach einem gesonderten Typus des Werklieferungsvertrags entfallen lässt und es rechtfertigt, auch Verträge mit einer Herstellungsverpflichtung dem Kaufrecht zu unterstellen (BT-Drucks. 14/6040, S. 268).

37 Davon abgesehen hat das Berufungsgericht aus dem Blick verloren, dass es im Verhältnis zwischen den Bauherren und dem Kläger einerseits und zwischen dem Kläger und der Beklagten andererseits um unterschiedliche Anspruchsgrundlagen geht. Gegenüber den Bauherren ist der Kläger zum Ausbau der mangelhaften und zum Einbau mangelfreier Aluminium-Außenschalen unter dem Gesichtspunkt der werkvertraglichen Nacherfüllung verpflichtet (§ 634 Nr. 1, § 635 BGB), nicht dagegen unter dem Gesichtspunkt eines Anspruchs der Bauherren auf Schadensersatz statt der Leistung (§ 634 Nr. 4, §§ 636, 280, 281 BGB). Ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung steht den Bauherren gegenüber dem Kläger wegen der mangelhaften Aluminium-Profile ebenso wenig zu wie dem Kläger gegenüber der Beklagten. Denn der Kläger

hat als Werkunternehmer gegenüber den Bauherren für ein Verschulden seines Lieferanten - sei es der Beklagten oder der Nebenintervenientin - ebenso wenig nach § 278 BGB einzustehen wie der Beklagten gegenüber dem Kläger das Verschulden der Nebenintervenientin nach § 278 BGB zuzurechnen ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, auf die auch die Gesetzesbegründung zur Schuldrechtsreform verweist, ist ein Lieferant, der einen Werkunternehmer mit von diesem zu beschaffenden Ausstattungsgegenständen für ein Bauvorhaben beliefert, im Verhältnis zum Auftraggeber nicht Erfüllungsgehilfe des Werkunternehmers; für Fehler der gelieferten Sachen aufgrund eines Verschuldens des Lieferanten hat der Werkunternehmer daher nicht einzustehen (BGH, Urteile vom 22. Februar 1962 - VII ZR 205/60, juris Rn.18; vom 9. Februar 1978 - VII ZR 84/77, aaO; BT-Drucks. 14/6040, S. 210).

38 4. Schließlich steht dem Kläger, wie das Berufungsgericht im Ergebnis richtig gesehen hat, auch kein Anspruch gegen die Beklagte aus der Bestimmung über den Regress beim Verbrauchsgüterkauf zu (§ 478 Abs. 2 BGB). Denn der Vertrag zwischen den Bauherren und dem Kläger über die Herstellung und den Einbau von Holz-Aluminium-Fenstern in den Einfamilienhaus-Neubau der Bauherren ist nicht, wie die Revision meint, ein Kauf- oder Werklieferungsvertrag mit Montageverpflichtung, sondern ein Werkvertrag (vgl. BGH, Urteile vom 7. März 2013 - VII ZR 119/10, NJW 2013, 1528 Rn. 1, 8 ff., und vom 24. September 1962 - VII ZR 52/61, juris Rn. 9 ff., jeweils zu einem VOB-Vertrag über den Einbau von Türen und Fenstern; vgl. auch Senatsbeschluss vom 16. April 2013 - VIII ZR 375/11, juris Rn. 8; Senatsurteil vom 17. Oktober 2012 - VIII ZR 226/11, aaO Rn. 11 ff. zur Lieferung und Verlegung von Parkettstäben). Das Vorbringen des Klägers in der Revisionserwiderung rechtfertigt keine andere Beurteilung.

III.

39 Da die Revision begründet ist, ist das Berufungsurteil aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat entscheidet in der Sache selbst, weil keine weiteren Feststellungen zu treffen sind (§ 563 Abs. 1 und 3 ZPO).

40 Die Klage ist abzuweisen. Dem Kläger steht ein Anspruch auf Schadensersatz wegen der von der Beklagten gelieferten, von der Nebenintervenientin fehlerhaft beschichteten Aluminium-Profile nicht zu, weil die Beklagte den Mangel nicht zu vertreten hat (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Dr. Frellesen Dr. Hessel Dr. Achilles

Dr. Schneider Kosziol

Vorinstanzen:
LG Gießen, Entscheidung vom 13.05.2011 - 9 O 20/10 -
OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 24.01.2013 - 3 U 142/11 -