

§§ 276, 280, 307, 434, 437 BGB; §§ 344, 346, 377 HGB

Verschärfung der Rügeobliegenheit des § 377 HGB durch AGB – Update zu RÜ 2016, 755

BGH, Urt. v. 06.12.2017 – VIII ZR 246/16, BeckRS 2017, 136793

Fall

K und S sind Handelsgesellschaften. Die K betreibt ein Futtermittelwerk, in dem Mischfutter unter Verwendung von Futterfetten hergestellt wird. Im November und Dezember 2010 lieferte ihr die S aufgrund vorangegangener Bestellungen Futterfette aus. Aussehen und Geruch der Fette gaben K keinen Grund zur Beanstandung. Den Verträgen liegen die von S verwendeten AGB des Deutschen Verbandes des Großhandels mit Ölen, Fetten und Ölorhstoffen e.V. (AGB-GROFOR) zugrunde. In § 15 AGB-GROFOR heißt es:

1. Der Käufer hat bei Mängeln, die bei einer kaufmännischen sensorischen Prüfung festzustellen sind, nach beendeter Entladung die Ware unverzüglich, spätestens aber am nächsten Geschäftstag, fernschriftlich zu rügen.

2. Der Käufer hat bei Mängeln, die bei einer kaufmännischen sensorischen Prüfung nicht festzustellen sind, insbesondere bei Abweichungen von vereinbarten Spezifikationen, nach beendeter Entladung unverzüglich, spätestens aber binnen 2 Geschäftstagen die Proben einem neutralen Sachverständigen zum Zwecke der Untersuchung zu übermitteln. Das Ergebnis der Untersuchung hat er spätestens am nächsten Geschäftstag nach Kenntnisnahme/Erhalt dem Verkäufer fernschriftlich mitzuteilen.

3. Bei versteckten Mängeln hat der Käufer dem Verkäufer die Mängelrüge innerhalb einer Frist von einem Geschäftstag nach Kenntnis des Mangels zu übermitteln.

4. Werden die in den vorstehenden drei Absätzen genannten Fristen nicht eingehalten, gilt die Ware als genehmigt.

S ließ Anfang Dezember 2010 aufgrund eines Verdachts Proben von einigen im November 2010 ausgelieferten Futterfetten untersuchen. Am 22.12.2010 wurden dabei – was für diese Fette eher selten ist – zu hohe Dioxinwerte festgestellt. S informierte hierüber die zuständige Lebensmittelbehörde und am 28.12.2010 auch die K. Die Behörde gab K auf, eine Liste der von ihr belieferten Kunden vorzulegen, die Verarbeitung der von S bezogenen Futterfette einzustellen und diese Futterfette von einem externen Sachverständigen untersuchen zu lassen sowie zu entsorgen. Diese arbeitsaufwendige, drei- bis vierwöchige und daher kostenintensive Untersuchung bestätigte die zu hohen Dioxinwerte.

S weist nach, dass sie kein Verschulden trifft. Zudem behauptet sie, es bestehe ein Handelsbrauch zur Untersuchung des Dioxingehalts, ohne dies näher zu konkretisieren.

Hat K gegen S einen Anspruch auf Ersatz der Schäden aufgrund der behördlichen Verfügung?

Vermerk für die Bearbeitung: Auf § 24 LFGB wird hingewiesen, siehe nächste Seite.

Lösung

A. Ein Schadensersatzanspruch der K gegen S könnte sich aus **§§ 280 Abs. 1, 437 Nr. 3, 434 BGB** ergeben.

I. Zwischen K und S besteht ein **Schuldverhältnis** in Form eines Kaufvertrags.

Leitsätze

1. Für die Untersuchungsobliegenheit nach § 377 Abs. 1 ist einerseits das Interesse des Verkäufers an einer zeitnahen und daher noch leicht möglichen Feststellung etwaiger Mängel zu berücksichtigen. Andererseits darf dem Käufer nicht in unzumutbarer Weise das Risiko der Mangelhaftigkeit auferlegt werden. Anhaltspunkte für die Grenzen der Zumutbarkeit bilden vor allem der für eine Überprüfung erforderliche Kosten- und Zeitaufwand, die dem Käufer zur Verfügung stehenden technischen Prüfungsmöglichkeiten, das Erfordernis eigener technischer Kenntnisse für die Durchführung der Untersuchung beziehungsweise die Notwendigkeit, die Prüfung von Dritten vornehmen zu lassen

2. Die von § 377 Abs. 1 HGB geforderte Untersuchung muss nicht von derartigem Umfang und solcher Intensität sein, dass sie nach Art einer „Rundumuntersuchung“ alle irgendwie in Betracht kommenden Mängel der Ware erfasst.

3. Für die schlüssige Darstellung eines Handelsbrauchs genügt nicht die bloße Behauptung, in einem bestimmten Geschäftsbereich werde üblicherweise etwas in einer bestimmten Weise gehandhabt. Unerlässlich ist vielmehr der Vortrag konkreter Anknüpfungstatsachen.

4. Art und Umfang einer gebotenen Untersuchung können durch AGB unter Berücksichtigung der Interessen beider Parteien und dem Zweck des § 377 HGB festgelegt werden. Unwirksam ist danach eine Klausel, die

a) stets und ohne Ausnahme eine vollständige Untersuchung der Ware auf ein Vorhandensein aller nicht sofort feststellbarer Mängel fordert und/oder

b) dem Käufer die Untersuchung der Ware durch einen neutralen Sachverständigen vorschreibt.

Verschulden = Vorsatz und jede Fahrlässigkeit

Vertretenmüssen = Verschulden, es sei denn, es greift ein strengerer oder milderer Maßstab

§ 24 LFGB

Der Verkäufer eines Futtermittels übernimmt die Gewähr dafür, dass das Futtermittel die [Anforderungen der näher bezeichneten EU-Verordnung in ihrer jeweils aktuellen Fassung] erfüllt.

Examenskandidaten aus Baden-Württemberg finden das **LFGB** im Sartorius-Ergänzungsband, Ordnungsziffer 862. In den anderen Ländern müsste der Aufgabensteller die Norm in der Aufgabenstellung abdrucken.

Nach h.M. normiert § 24 LFGB eine **verschuldensunabhängige Garantief Haftung** (BGH NJW 2015, 544, m.w.N. zur a.A.: nur Beschaffenheitsvereinbarung).

Nach der bisherigen Rspr. des BGH ist eine **chemische oder technische Untersuchung von Lebensmitteln** nur erforderlich, soweit eine einfache Untersuchung von **Aussehen/Geruch/Geschmack Verdachtsgründe ergibt**. In Rn. 24 lässt der BGH offen, ob hieran seit einer Verschärfung des EU-Rechts im Jahr 2002 festzuhalten ist, weil selbst dann die hier in Rede stehende umfangreiche Untersuchung nicht tunlich gewesen sei.

II. Das Futterfett war bei Übergabe an K angesichts des behördlichen Verbots zumindest nicht für die gewöhnliche Verwendung in Tierfutter geeignet und es wies eine unübliche und unerwartete Beschaffenheit auf. Es war daher gemäß §§ 434 Abs. 1 Nr. 2, 446 S. 1 BGB **bei Gefahrübergang mangelhaft**, so dass S ihre **Pflicht** aus § 433 Abs. 1 S. 2 BGB **verletzt** hat.

III. S haftet gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB nicht, soweit erwiesen ist, dass sie die Pflichtverletzung **nicht zu vertreten** hat. Gemäß § 276 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB hat S die Pflichtverletzung grundsätzlich nur zu vertreten, soweit sie vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat, soweit sie also ein **Verschulden** trifft. S hat sich aber **exkulpiert**, sie trifft kein Verschulden.

Jedoch bestimmt § 276 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB, dass ein **Vertretenmüssen ohne Verschulden** möglich ist, soweit das Gesetz eine **verschuldensunabhängige Garantief Haftung** bestimmt.

„[19] Gemäß § 24 LFGB ... übernimmt der Veräußerer von Futtermitteln die Gewähr für die handelsübliche Reinheit und Unverdorbenheit, wenn er bei der Abgabe keine Angaben über die Beschaffenheit macht. Mit dieser Vorschrift wird eine **verschuldensunabhängige Haftung des Futtermittelverkäufers gegenüber dem Käufer** für Verunreinigungen des gelieferten Futtermittels begründet.“

S hat mithin die Pflichtverletzung in vollem Umfang zu vertreten. Die Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1, 437 Nr. 3, 434 BGB liegen vor.

IV. Der Anspruch ist aber ausgeschlossen, soweit das Futterfett gemäß **§ 377 Abs. 2 Hs. 1 HGB als genehmigt gilt**. Dazu müssen aber als notwendige Voraussetzungen zunächst die Merkmale des § 377 Abs. 1 HGB erfüllt sein.

1. Der Kauf war für die **beiden** Handelsgesellschaften K und S ein **Handelsgeschäft**.

2. Ferner hat K das gelieferte Fett nicht **unverzüglich**, also gemäß § 121 Abs. 1 S. 1 BGB ohne schuldhaftes Zögern, sondern erst einige Zeit nach der Lieferung und dem Einschreiten der Behörde auf seinen Dioxingehalt **untersucht**.

3. Zweifelhaft ist aber, ob eine solche Untersuchung für K überhaupt **„nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich“** war.

a) „[25] ... Welche Anforderungen an die Art und Weise der Untersuchung zu stellen sind, lässt sich nicht allgemein festlegen. Es ist vielmehr darauf abzustellen, welche in den Rahmen eines ordnungsgemäßen Geschäftsgangs fallenden Maßnahmen **inem ordentlichen Kaufmann im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung auch der schutzwürdigen Interessen des Verkäufers zur Erhaltung seiner Gewährleistungsrechte zugemutet werden können**.

Bei der hierzu vorzunehmenden **Interessenabwägung** ist einerseits zu berücksichtigen, dass die Vorschriften über die Mängelrüge in erster Linie den **Interessen des Verkäufers** dienen, der nach Möglichkeit davor geschützt werden soll, sich längere Zeit nach der Lieferung oder nach der Abnahme der Sache etwaigen, dann **nur schwer feststellbaren oder durch die Untersuchung vermeidbaren Gewährleistungsansprüchen ausgesetzt** zu sehen. Andererseits dürfen ... die Anforderungen ... nicht überspannt werden, weil ansonsten der Verkäufer, aus dessen Einflussbereich der Mangel kommt, in die Lage versetzt werden könnte, **das aus seinen eigenen fehlerhaften Leistungen herrührende Risiko** über das Erfordernis der Mängelrüge **auf den Käufer abzuwälzen**.

Anhaltspunkte für die **Grenzen der Zumutbarkeit** [für den Käufer] bilden vor allem der für eine Überprüfung erforderliche **Kosten- und Zeitaufwand**, die dem Käufer zur Verfügung stehenden **technischen Prüfungsmöglichkeiten**, das Erfordernis **eigener technischer Kenntnisse** für die Durchführung der Untersuchung beziehungsweise die **Notwendigkeit, die Prüfung von Dritten vornehmen zu lassen**.

[26] ... [Die] von § 377 Abs. 1 HGB geforderte Untersuchung muss **nicht** von derartigem Umfang und solcher Intensität sein, dass sie nach Art einer **„Rundumuntersuchung“** alle irgendwie in Betracht kommenden Mängel der Ware erfasst. Eine derart weit gefasste Untersuchungsobliegenheit würde das Mangelrisiko vielmehr **einseitig auf den Käufer verlagern** und **den Verkäufer** dadurch unangemessen und letztlich auch **systemwidrig von diesen Risiken entlasten**. Das zeigt sich im Streitfall nicht zuletzt auch daran, dass bereits die in der Bestimmung des **§ 24 LFGB** ... zum Ausdruck kommende Risikoordnung in eine gegenteilige, die **besondere Kontrollverantwortlichkeit des jeweiligen Futtermittelverkäufers** hervorhebende Richtung weist.“

Bei Unverhältnismäßigkeit einer kompletten Untersuchung (insbesondere bei Lieferung kleiner, einzeln verpackter Einheiten auf einer großen Palette) sind ferner **Stichproben** im angemessenen Umfang dem Käufer zuzumuten, selbst wenn die geöffneten Einheiten dann nicht mehr genutzt werden können.

Vorliegend hätte aber eine Untersuchung aller Fettlieferungen für K einen ...

„[27] ... erheblichen organisatorischen und kostenmäßigen **Aufwand** hervorgehoben, der mit der ... **ohne konkrete Verdachtsmomente** ... generellen Untersuchung jeder Teillieferung durch eine Laboranalyse auf sämtliche mögliche Verunreinigungen verbunden wäre. Außerdem [ist zu berücksichtigen,] dass es sich um Risiken handelt, die sich **eher selten** verwirklichen.“

Auch **Stichproben** hätte K nicht vornehmen müssen, denn für K bestanden ...

„[28] ... **keine Verdachtsmomente** auf eine mögliche Dioxinbelastung ... , so dass sich eine ... **Untersuchung** auch **nicht gezielt** auf eine solche mögliche Verunreinigung **hätte beschränken können**, sondern sich [kostenintensiv] auf alle weiteren theoretisch denkbaren Schadstoffbelastungen hätte erstrecken müssen.“

Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Untersuchung drei bis vier Wochen **dauert**. Sie ist daher nur sinnvoll, ...

„[29] ... wenn man es zugleich als Teil der Untersuchungsobliegenheit ansehen wollte, sich für diesen langen Zeitraum bis zum Vorliegen der Untersuchungsergebnisse **ausnahmslos jeglicher Verarbeitung** oder sonstigen Verwendung der gelieferten Futterfette **zu enthalten** und sie bis dahin auf Lager zu nehmen. Allein schon diese zeitliche Verzögerung bei der Verwendung der gelieferten Ware und die damit einhergehende **Produktionsverzögerung** auf einen **lediglich theoretischen Dioxinverdacht** hin hätten deshalb **in keinem vernünftigen Verhältnis** mehr zum Interesse der [S] und des Rechtsverkehrs an der zügigen Geltendmachung etwaiger Gewährleistungsansprüche gestanden und damit dasjenige Maß deutlich überschritten, was nach dem ordnungsgemäßen Geschäftsgang der Klägerin noch tunlich gewesen wäre.“

b) Was i.S.d. des § 377 Abs. 1 HGB „tunlich“ ist, kann durch einen **Handelsbrauch** i.S.d. § 346 HGB beeinflusst werden. S behauptet, es gäbe einen Handelsbrauch, der von K die sofortige Untersuchung auf Dioxin verlange.

„[30] ... Für die schlüssige Darstellung eines Handelsbrauchs genügt [aber] nicht die **bloße Behauptung**, in einem bestimmten Geschäftsbereich werde üblicherweise etwas in einer bestimmten Weise gehandhabt. Ein solcher Vortrag erschöpft sich in der rechtlichen Aussage, die in § 346 HGB bestimmten Voraussetzungen für einen Handelsbrauch seien erfüllt, und gibt hierfür keine Tatsachen an. Unerlässlich ist vielmehr der **Vortrag konkreter Anknüpfungstatsachen**, die den Schluss auf eine **in räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht ausreichende einheitliche, auf Konsens der beteiligten Kreise hindeutende Verkehrsübung in Bezug auf einen bestimmten Vorgang** zulassen.“

S hat ihre Behauptung nicht konkretisiert, daher besteht kein entsprechender Handelsbrauch, der bestimmt, was tunlich ist. Mithin war die von K unterlas-

Die Anforderungen aus Rn. 25 entsprechen denen aus BGH RÜ 2016, 755. **Methodisch** ist ganz wichtig, dass Sie – wie stets – **zunächst** die abstrakten Anforderungen festlegen bzw. **definieren** (Rn. 25 u. 26), weil Sie **erst dann** fundiert den konkreten Sachverhalt **subsumieren** können (Rn. 27-29).

Fürs **Examen** müssen Sie (neben dem Grundwissen zu § 377 HGB, vgl. dazu AS-Skript Handelsrecht [2017], Rn. 316 ff.) vor allem die abstrakten Anforderungen beherrschen. Die Subsumtion des konkreten Falls dient hingegen primär der Veranschaulichung und Übung.

Vgl. allgemein zum Handelsbrauch AS-Skript Handelsrecht (2017), Rn. 243. Für **beide Examina** gilt, dass Sie (abgesehen vom kaufmännischen Bestätigungsschreiben, vgl. AS-Skript BGB AT 1 [2017] Rn. 169 ff.) die Handelsbräuche **nicht auswendig** kennen müssen, eben weil sie sich so individuell unterscheiden.

Im **zweiten Examen** müssen sich daher aus der Akte konkrete Tatsachen diesbezüglich ergeben, anderenfalls ist der Vortrag (auch wenn er unbestritten bleibt) schon nicht schlüssig.

Auch im **ersten Examen** müssen ebenfalls im Sachverhalt konkrete Tatsachen bzw. ihr Nichtvorliegen angegeben sein, damit Sie einen Handelsbrauch prüfen und bejahen bzw. – wie hier – verneinen können. Aber **Achtung**: Wenn im Sachverhalt schlicht apodiktisch steht, es gebe einen Handelsbrauch, dann müssen Sie dies ungeprüft als rechtlich vorgegebene Wertung hinnehmen, ebenso wie Sie von einem Kaufvertrag oder – wie hier – von dem fehlenden Verschulden ungeprüft ausgehen, wenn der Sachverhalt dies ohne nähere Angaben vorgibt.

Auch hier müssen Sie **schrittweise vorgehen**. Zunächst müssen Sie den Auslegungsmaßstab festlegen und auf seiner Basis die AGB **auslegen**. Erst dann können Sie sinnvollerweise prüfen, ob der Inhalt der AGB der **Inhaltskontrolle** standhält.

Vgl. allgemein zur Prüfung von AGB AS-Skript BGB AT 2 (2017), Rn. 273 ff.

sene Untersuchung insgesamt nicht tunlich. Die Voraussetzungen des § 377 Abs. 1 HGB liegen nicht vor, daher gilt das Futterfett nicht gemäß § 377 Abs. 2 Hs. 1 HGB als genehmigt.

V. Das Fett könnte ferner nach **§ 15 Nr. 4 i.V.m. Nr. 2 AGB-GROFOR** als genehmigt gelten. K hat nämlich das Fett, welches mit einem sensorisch (d.h. durch Sehen, Riechen) nicht feststellbaren Mangel belastet war, nicht binnen zwei Geschäftstagen von einem neutralen Sachverständigen untersuchen lassen. Allerdings könnte diese Bestimmung gemäß **§ 307 Abs. 1 u. 2 BGB unwirksam** sein.

1. Der Kaufvertrag zwischen K und S fällt nicht unter § 310 Abs. 4 BGB, daher sind die §§ 305 ff. BGB insofern voll **anwendbar**.

2. Die AGB-GROFOR sind **allgemeine Geschäftsbedingungen** i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB. Diese hat S der K bei Vertragsabschluss gestellt, sodass S ihr **Verwender** ist, unabhängig davon, dass S sie selbst nicht formuliert hat.

3. Gemäß § 310 Abs. 1 S. 1 BGB ist § 305 Abs. 2 u. 3 BGB angesichts der Unternehmereigenschaft der K (§ 14 BGB) unanwendbar. Die **Einbeziehung** der AGB-GROFOR ergibt sich aber daraus, dass K und S durch **Angebot und Annahme** nach Maßgabe der §§ 145 ff. BGB den Kaufvertrag abgeschlossen haben.

4. Der Inhalt der in Rede stehenden Klausel muss durch **Auslegung** ermittelt werden. Dabei gilt nicht der übliche Maßstab des objektiven Empfängers in der konkreten Position der K aus §§ 133, 157 BGB. Auch die konkreten Begleitumstände sind irrelevant, da § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB aufgrund der Unternehmereigenschaft der K (§ 14 BGB) keine Anwendung findet. AGB sind vielmehr **generalisierend** ...

„[32] ... nach ihrem **objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich** so auszulegen, wie sie von **verständigen und redlichen Vertragspartnern** unter Abwägung der Interessen der **normalerweise beteiligten Kreise** verstanden werden.

[33] Ansatzpunkt [hierfür] ... ist in erster Linie ihr **Wortlaut**. Sofern nach Ausschöpfung aller in Betracht kommenden Auslegungsmöglichkeiten **Zweifel** verbleiben und zumindest **zwei Auslegungsergebnisse rechtlich vertretbar** sind, kommt die sich **zu Lasten des Klauselverwenders** auswirkende Unklarheitenregel des **§ 305c Abs. 2 BGB** zur Anwendung. Hierbei bleiben allerdings Verständnismöglichkeiten unberücksichtigt, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fernliegend sind und für die an solchen Geschäften typischerweise Beteiligten nicht ernsthaft in Betracht kommen.

a) Möglich ist **einerseits** die Auslegung des § 15 Nr. 2 AGB-GROFOR dahin, dass der Käufer nur dann einen Sachverständigen einschalten muss, wenn er **konkrete Verdachtsmomente** dafür hat, dass ein sensorisch nicht feststellbarer Mangel vorliegt.

b) Streng nach dem Wortlaut lässt sich die Klausel aber **andererseits** so auslegen, dass der Käufer **auch ohne konkrete Verdachtsmomente** einen Sachverständigen einschalten muss.

„[13] ... Weil aber **stets** auch solche nicht sensorisch feststellbare Mängel vorliegen könnten, [ist nach dieser Auslegung] im Ergebnis **jede Lieferung** durch einen Sachverständigen untersuchen zu lassen.

[39] Zudem ist das Untersuchungserfordernis in der streitigen Klausel auch so gestaltet, dass die beschriebene **Untersuchung** und die **Übermittlung des dabei gewonnenen Untersuchungsergebnisses** („Das Ergebnis der Untersuchung hat er ... dem Verkäufer ... mitzuteilen.“) jedenfalls bei kundenfeindlichster Auslegung zu einem **eigenständigen Wirksamkeitserfordernis** für die Ausbringung einer tauglichen Mängelrüge erhoben sind.

c) Die hiernach bestehenden **Zweifel** sind nach § 305 c Abs. 2 BGB aufzulösen. Zu Lasten der Verwenderin S geht eine **Auslegung**, die dem Käufer eine **möglichst umfangreiche Untersuchungspflicht** auferlegt, ...

„[34] ... weil die Klausel in dieser Auslegung [am ehesten] mit einer unangemessenen Benachteiligung des Kunden (hier der [K]) verbunden ist und deshalb [am ehesten] zu ihrer Unwirksamkeit führt.“

Mithin legt die Klausel dem Käufer auch ohne Verdachtsmomente eine Untersuchungs- und Mitteilungspflicht als Wirksamkeitserfordernis einer späteren Mängelrüge auf.

5. Diese Klausel weicht von dem zu § 377 HGB unter IV. gefundenen Ergebnis ab. Daher ist gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB die **Inhaltskontrolle eröffnet**.

6. Die §§ 308, 309 BGB sind gemäß § 310 Abs. 1 S. 1 BGB weitgehend nicht anwendbar und der anwendbare § 308 Nr. 1 a und 1 b BGB ist nicht einschlägig. Die Inhaltskontrolle richtet sich daher nur nach **§ 307 Abs. 1 u. 2 BGB**.

a) Die Klausel ist gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam, soweit sie von **wesentlichen Grundgedanken** des § 377 HGB abweicht.

„[36] Zu den wesentlichen Grundgedanken des § 377 Abs. 1 HGB zählt, dass die Untersuchungsobliegenheit des kaufmännischen Käufers **nicht beliebig**, sondern durch dasjenige **begrenzt** wird, was nach dem ordnungsgemäßen Geschäftsgang tunlich ist. Dementsprechend findet diese Obliegenheit eine ihr **wesensmäßig innewohnende Grenze** darin, dass dem Käufer **nichts Unbilliges** abverlangt werden kann und dass ihm unter Berücksichtigung der damit einhergehenden Interessen des Verkäufers und des Rechtsverkehrs eine Untersuchung nach ihrer jeweils durch die **konkreten Umstände** geforderten Art und im danach **gebotenen Umfang zumutbar** sein muss.“

[37] Zwar ist es **zulässig**, Art und Umfang einer gebotenen Untersuchung **in bestimmter Weise**, etwa hinsichtlich der zu untersuchenden Eigenschaften und der dabei vorzugsweise anzuwendenden Methoden, zu konkretisieren und gegebenenfalls auch zu generalisieren, sofern dies durch die Umstände veranlasst oder durch **eine in dieser Richtung verlaufende Verkehrsübung vorgezeichnet** ist und die Konkretisierung oder Generalisierung eine **hinreichende Rücksichtnahme** auf die beiderseitigen Interessen erkennen lässt.

Nicht mehr zulässig, sondern unangemessen benachteiligend ist es aber, wenn – wie im Streitfall – die Klausel **ohne nähere Differenzierung** nach Anlass und Zumutbarkeit **stets eine vollständige Untersuchung** der Ware auf ein Vorhandensein **aller** nicht sensorisch feststellbaren Mängel fordert und **keinen Raum für Abweichungen** lässt, in denen eine Untersuchung **vernünftigerweise unangemessen** ist oder ungeachtet eines selbst großzügig anzusetzenden berechtigten Bedürfnisses nach gewissen Standardisierungen sonst dem Käufer bei einer die beiderseitigen Interessen in den Blick nehmenden Weise nach Anlass, Art und/oder Umfang **billigerweise nicht mehr zugemutet** werden kann.“

Die Klausel ist mithin nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam.

b) Die Klausel ist zudem gemäß § 307 Abs. 1 unwirksam, soweit sie K im Übrigen **entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt**. Das könnte sich aus der **Pflicht zum Sachverständigenauftrag** (aa)) sowie zudem aus ihrer Emporhebung zum **Wirksamkeitserfordernis** (bb)) ergeben.

aa) „[38] ... Zwar sind ... Regelungen möglich, die – etwa von einem vernünftigen Standardisierungsbestreben getragen – dem Käufer eine angemessene Untersuchungsmethode und eine nach dessen Ergebnissen zu formulierende Mängelrüge vorgeben, sofern ihm dies keine besonderen Mühen oder Kosten verursacht. Kein vom Zweck des § 377 HGB getragenes Interesse besteht jedoch daran, einem Käu-

§ 305 c Abs. 2 BGB gebietet bei der Vorbereitung der Inhaltskontrolle eine **kundenfeindliche Auslegung**. Übersteht die Klausel allerdings die Inhaltskontrolle, dann ist sie erneut, und zwar **kundenfreundlich** auszulegen, um dem Kunden am wenigsten zu schaden.

Der im Juli 2014 in Kraft getretene **§ 308 Nr. 1 a u. 1 b** ist auch gegenüber Unternehmer-Kunden anwendbar. Vgl. zu dieser Änderung Lüdde RÜ 2014, 636, 638.

Bei der Bestimmung des **wesentlichen Grundgedankens** des § 377 HGB können und müssen Sie erneut auf die von ihm geforderte Interessenabwägung eingehen.

Eine solche vollumfängliche Pflicht würde letztlich auch den **wesentlichen Grundgedanken des § 433 Abs. 1 S. 2 BGB** ins Gegenteil verkehren. Dem Käufer würde das Risiko eines Mangels komplett auferlegt.

fer – noch dazu auf dessen **Kosten** – zwingend die Beauftragung eines **neutralen Sachverständigen** vorzuschreiben und dadurch im Streitfall eine Untersuchung durch **eigene Laboranalysen** oder die Analysen eines sonst ... etwa durch ständige Geschäftsbeziehungen **eng verbundenen Labors auszuschließen**.

Denn **Zweck** der Untersuchungsobliegenheit ist es **nicht**, die Beschaffenheit der gelieferten Ware schon vorab und ohne konkreten Anlass gleichsam **gerichtsfest zu klären**. Deren Zweck besteht **vielmehr** darin, eine im Falle der Mangelhaftigkeit erforderliche **Mängelrüge vorzubereiten**, also etwaige Mängel zu erkennen und über die dabei gewonnenen Erkenntnisse eine danach gebotene Mängelrüge hinreichend konkret zu formulieren.“

bb) „[40] Das [Wirksamkeitserfordernis] kollidiert zusätzlich in grundlegender, sachlich ... nicht zu rechtfertigender Weise mit dem Zweck des Untersuchungserfordernisses, eine **auszubringende Mängelrüge intern vorzubereiten**, ... Denn einer solchen Mängelrüge kann, wenn sie **fristgerecht und mit hinreichender Konkretisierung des Mangelbefundes** ausgebracht ist, die Wirksamkeit selbst dann nicht abgesprochen werden, wenn dem Befund keine vorangegangene Untersuchung zugrunde liegt oder die Untersuchung sonst fehlerhaft oder nicht den Absprachen gemäß durchgeführt worden ist. Diesen nach dem Zweck des § 377 HGB zwingenden Gegebenheiten trägt die Klausel jedoch keine Rechnung.“

Mithin ist die Klausel auch gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB aus zwei Gründen unwirksam. Auch insofern gilt das Fett also nicht als genehmigt.

VI. S muss K aber nur den Schaden ersetzen, der **kausal-zurechenbar** auf die Pflichtverletzung zurückgeht. Daran könnte es fehlen, weil der Schaden unmittelbar nicht durch S, sondern die behördliche Verfügung, also **durch einen Dritten**, verursacht wurde.

„[42] ... Der **Zurechnungszusammenhang fehlt** in derartigen Fällen allerdings, wenn die zweite Ursache – das Eingreifen des Dritten – den **Geschehensablauf so verändert hat**, dass der Schaden bei wertender Betrachtung **nur noch in einem ‚äußerlichen‘, gleichsam ‚zufälligen‘ Zusammenhang** zu der durch die erste Ursache geschaffenen Gefahrenlage steht.

Wirken in der Rechtsgutsverletzung **dagegen die besonderen Gefahren fort**, die durch die erste Ursache gesetzt wurden, kann der haftungsrechtliche Zurechnungszusammenhang nicht verneint werden.

[43] ... Die ... Schadenspositionen [der K] beruhen sämtlich auf den Anordnungen, die seitens der [Behörde] zur Einhaltung und Durchsetzung der lebens- und futtermittelrechtlichen Gebote und Verbote ... verfügt worden ist. Solche **Verfügungen, die wie im Streitfall kausal auf den haftungsbegründenden Tatbestand zurückzuführen sind**, unterbrechen den Zurechnungszusammenhang für die Schadensersatzpflicht grundsätzlich nicht (...). [In ihnen realisiert sich nämlich die **Gefahr, die der Verkäufer** durch Übergabe der mangelhaften Sache **geschaffen hat**.“

Der Schaden ist auch kausal-zurechenbar. Im **Ergebnis** hat K daher gegen S einen Anspruch auf Ersatz aller Schäden aufgrund der behördlichen Verfügung aus §§ 280 Abs. 1, 437 Nr. 3, 434 BGB.

B. Unabhängig davon, ob S das Äquivalenzinteresse oder durch einen **sich weiterfressenden Mangel** das Integritätsinteresse der K verletzt hat, scheidet ein Anspruch aus **§ 823 Abs. 1 BGB** jedenfalls am fehlenden Verschulden. § 24 LFGB regelt speziell die Haftung des „Verkäufers“. Er findet daher auf den gegen jedermann bestehenden deliktischen Anspruch keine Anwendung.

RA Dr. Jan Stefan Lüdde

Manche sprechen auch von der erforderlichen **Deckungsgleichheit** des Zweitschadens durch den Dritten, vgl. AS-Skript Schuldrecht BT 4 (2017), Rn. 456. Vgl. ferner zum im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB relevanten **weiterfressenden Mangel** AS-Skript Schuldrecht BT 4 (2017), Rn. 28 ff. Der Fall gleicht dem Transistorfall, dazu a.a.O. Rn. 40 ff.

Soweit für Sie **Insolvenzrecht** prüfungsrelevant ist, ist noch von Interesse, dass im **Originalfall** K gegen den Insolvenzverwalter der S geklagt hat. Da S eine **Betriebshaftpflichtversicherung** hatte, konnte K gemäß **§ 110 VVG** direkt abgeordnete Befriedigung verlangen, ohne ihre Ansprüche anzumelden (Rn. 46). Ferner soll insbesondere für die **Referendare** noch erwähnt werden, dass S (bzw. ihr Insolvenzverwalter) **Widerklage** auf Zahlung des restlichen Kaufpreises erhoben hatte. Unter Hinweis auf die Wertlosigkeit des kontaminierten Fettes hat der BGH die Widerklage als unbegründet abgewiesen, vgl. § 441 Abs. 3 S. 1.

Ersichtlich werden nur die Auswirkungen von **§ 24 LFGB auf den vertraglichen Anspruch diskutiert**, vgl. BGH, NJW 2015, 544; Thomas/Boch, LFGB, 6. Aufl. 2016, § 24 Rn. 5 ff.; Zipfel/Rathke/Boch, Lebensmittelrecht, 168. EL Aug. 2017, § 24 LFGB, Rn. 15 ff. A.A. mit entsprechender Argumentation vertretbar.