

Qualitätssicherungsvereinbarungen: Rechtsprobleme des „Just-in-Time-Delivery“

Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln

In der Industrie setzt sich immer mehr der Trend durch, anstelle des bislang nach den Regeln des BGB/HGB abgewickelten Belieferungssystems Qualitätssicherungsvereinbarungen zu treffen. Um Kosten und Aufwand auf Seiten des Bestellers zu sparen, wird dabei vermehrt das System des „Just-in-Time-Delivery“ gewählt. Wesentliches Kriterium der darauf beruhenden Liefergeschäfte ist es, nicht nur eine zeitlich unbedingt einzuhaltende Lieferpflicht zu konkretisieren, sondern auch den Besteller von den Kosten und Aufwendungen zu entlasten, die mit der Wareneingangskontrolle im Zusammenhang stehen. Denn diese wird als Warenausgangskontrolle zu den Lieferanten verlagert, so daß der Besteller auch die Erfordernisse rechtzeitiger Mängelrüge gemäß §§ 377, 378 HGB nicht mehr einzuhalten verpflichtet ist. Da aber dadurch — wie zu zeigen sein wird — das Risiko der Produkthaftung gemäß §§ 823 ff. BGB zu Lasten der Lieferanten erheblich ansteigt, stellt sich die bislang noch nicht vertiefend behandelte Frage, ob ein derart aufgebautes Qualitätssicherungssystem mit den Wertungskriterien von § 9 AGB-Gesetz im Einklang steht.

Wirtschaftsrecht

DB · Nr. 28 vom 16. 7. 1976

1317

Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln

Kollision von Einkaufs- u. Verkaufsbedingungen beim Vertragsabschluß

Der Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages hat Anfang Juni seine Beratungen über das neue AGB-Gesetz beendet¹⁾; sofern das Parlament dieses Gesetz in dieser Legislaturperiode noch verabschiedet, soll es zum 1. 4. 1977 in Kraft treten. Entgegen dem ausdrücklichen Petition des Bundesrats²⁾, das auf die Vorstellungen des Entwurfs der CDU/CSU-Fraktion zurückging³⁾, hat sich der Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages nicht dazu durchringen können, ein für die Praxis höchst bedeutsames Problem bei der Verwendung von Geschäftsbedingungen gesetzlich zu lösen: Welche Bedingungen gelten, wenn sich — wie in der Praxis alltäglich — Einkaufs- und Verkaufsbedingungen beim Vertragsabschluß gegenüberstehen? Der Rechtsausschuß ist vielmehr insofern den Vorstellungen des Regierungsentwurfs⁴⁾ gefolgt, dieses Problem nicht schon jetzt gesetzlich zu regeln, sondern es — vorzugsweise — der Rechtsprechung, bezogen auf die jeweiligen, oft höchst unterschiedlichen Fallkonstellationen, zu überlassen. Der BDI hatte in seiner Stellungnahme vom 30. 9. 1975 zum AGB-Gesetzesentwurf der Bundesregierung⁵⁾ eine gleichlautende Empfehlung ausgesprochen.

Es soll jetzt hier nicht im einzelnen untersucht werden, ob der Gesetzgeber besonders klug gehandelt hat, sich bei einer für die Alltagspraxis so zentralen Frage einer eindeutigen und klaren Entscheidung zu enthalten und es beim bisherigen, höchst unübersichtlichen Rechtszustand zu belassen. Auch soll den verschiedenen Theorien und Ansichten, die zur Kollision von Standardbedingungen beim Vertragsabschluß vertreten werden⁶⁾, hier keine weitere hinzugefügt werden.

Zu ermitteln bleibt vielmehr, welchen Trend die Rechtsprechung

Lösung gemäß § 150, Abs. 2 BGB

Die Rechtsprechung des BGH kann mit Recht bis etwa 1973 die Bezeichnungen „ständig“ und „gefestigt“ für sich reklamieren⁷⁾. Dogmatischer Ansatzpunkt für die Lösung bei einer Kollision von Standardbedingungen war regelmäßig⁸⁾ § 150, Abs. 2 BGB: der Vertragsabschluß blieb zunächst offen, es setzte sich aber dann diejenige Partei durch, welche zuletzt auf ihre Bedingungen verwiesen hatte, sofern die andere Partei die Leistung widerspruchslos entgegennahm oder erbrachte. Nach dieser Regel werden Bestellung plus Bestellbedingungen einerseits und Auftragsbestätigung plus Lieferbedingungen andererseits jeweils als Einheit in bezug auf das Angebots- und Annahmeverhalten von Kunden und Lieferant bewertet. Da sich jedoch Einkaufs- und Verkaufsbedingungen so gut wie nie decken, gelangt § 150, Abs. 2 BGB zum Zug: die auf die Bestellung folgende Auftragsbestätigung ist, da sie eine Änderung, Einschränkung oder Modifizierung derselben infolge Abweichens der Bedingungen enthält, als Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrag zu bewerten, das Geschäft zu den Bedingungen der Auftragsbestätigung abzuschließen. Dabei geht die Rechtsprechung stets davon aus, daß — im Gegensatz zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben⁹⁾ — auch im kaufmännischen Verkehr auf eine derartig modifizierte Auftragsbestätigung nach § 150, Abs. 2 BGB keine Widerspruchsverpflichtung besteht. Indessen bedeutet dies nicht, daß das Verhalten dieser Partei im übrigen irrelevant ist. Vielmehr gelangt § 242 BGB insoweit zur Anwendung, als die widerspruchslose und schlüssige Leistungserbringung bzw. Leistungsannahme als nach außen erkennbare Willenserklärung gewertet wird, die als Einverständnis mit den Bedingungen derjenigen Partei aufzufassen ist, die zuletzt auf diese verwiesen hat¹⁰⁾.

Regelmäßig wird dies der Lieferant sein¹¹⁾. Seine Auftragsbestätigung ist praktisch das „letzte Wort“, danach folgt bereits die Auslieferung der Ware, und deren rüge- und vorbehaltlose Entgegennahme — der Problembereich des § 377 HGB bleibt insoweit völlig außer Betracht — führt dann zur Geltung der Lieferbedingungen der Auftragsbestätigung. Der Fall kann auch umgekehrt

Es stand im BETRIEB: Graf von Westphalen in DB 1976 S. 1317 ff. zur Kollision von Einkaufs- und Verkaufsbedingungen.

I. Die rechtliche Qualifizierung von Qualitätssicherungssystemen

Um überhaupt einen Ansatzpunkt zu finden, die Wertungskriterien von § 9 AGB-Gesetz zum Zuge kommen zu lassen, ist es erforderlich, zunächst der Frage nachzugehen, ob Qualitätssicherungsvereinbarungen des „Just-in-Time-Delivery“ als Individualvertrag oder als „Vertragsbedingungen“ im Sinn von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz zu qualifizieren sind.

1. Das Qualitätssicherungssystem als geschlossener Regelkreis

Bei der Beurteilung der neuen Qualitätssicherungssysteme ist im Auge zu behalten, daß ein Besteller, der das Prinzip des „Just-in-Time-Delivery“ praktiziert, notwendigerweise nicht nur einzelne, sondern mehrere Lieferanten entsprechend verpflichtet. Der Besteller kann ja nur dann auf seine Wareneingangskontrolle — und damit auch auf seine Rügepflicht gemäß §§ 377, 378 HGB — verzichten, wenn er zumindest mit seinen wesentlichen Lieferanten — produktspezifisch — ein geschlossenes Regelungssystem aufbaut, wonach eben diese Lieferanten — nach exakt bestimmten technischen Kriterien — verpflichtet sind, eine Warenausgangskontrolle durchzuführen und strikt nach Terminplan Lieferungen zu tätigen.

Geht man von diesen Kriterien aus, so leuchtet es ohne weiteres ein, daß das jeweilige Qualitätssicherungssystem auf „Vertragsbedingungen“ im Sinn von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz beruht. Denn „Vertragsbedingungen“ im Sinn dieser Vorschrift liegen immer dann vor, wenn sie Bestandteil eines zwischen dem Besteller/AGB-Verwender und dem Lieferanten abgeschlossenen Rechtsgeschäfts sind¹. Anerkanntermaßen hat dabei das Merkmal des „Vorformulierens“ gemäß § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz formalen Charakter². Es setzt voraus, daß der Besteller/AGB-Verwender die anzuwendenden Vertragsbestimmungen nicht nur für den konkreten Vertragsabschluß entworfen, sondern sie bereits vor Abschluß des Vertrages fertig aufgestellt hat³. Dabei bezieht sich das Merkmal des „Vorformulierens“ auf eine „Vielzahl“ von Verwendungsfällen. Indessen ist dieses Kriterium schon immer dann erreicht, wenn der Besteller/AGB-Verwender das jeweils anzuwendende Qualitätssicherungssystem mindestens in drei Fällen gegenüber seinem Lieferanten zur Anwendung bringt⁴.

Selbst wenn man der Auffassung zuneigen sollte, daß in der Industrie praktizierte Qualitätssicherungssysteme als *Rahmenverträge* zu qualifizieren sind, so ergibt sich dadurch im Sinn von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz keine andere Beurteilung. Zwar werden aufgrund derartiger Rahmenverträge — dies ist ja ihr Wesensmerkmal — zahlreiche Einzelverträge abgeschlossen und abgewickelt⁵. Doch kann ohne weiteres der Rahmenvertrag als solcher wiederum AGB-Charakter haben. Und dies ist immer dann zu bejahen, wenn die in ihm

1 Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 1 Rdn. 9; Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, § 1 Rdn. 6.

2 BT-Drucks 7/3919 S. 16.

3 BGH, ZIP 1987 S. 1439, 1441.

4 BGH, WM 1984 S. 1610.

5 Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 1 Rdn. 22.

enthaltenen Vertragsbedingungen mit anderen vorformulierten Klauseln in ihrem sachlichen Inhalt, nicht notwendigerweise auch in ihrer sprachlichen Textierung übereinstimmen. Genau diese Voraussetzungen liegen aber bei einem Qualitätssicherungssystem — unter Beachtung des Prinzips des „Just-in-Time-Delivery“ — vor, weil der Besteller/AGB-Verwender notwendigerweise mehrere Lieferanten in gleicher Weise einbindet. Der Verzicht des Bestellers/AGB-Verwenders auf seine Wareneingangskontrollpflichten — und damit auf die Rügepflichten gemäß §§ 377, 378 HGB — macht betriebswirtschaftlich und organisatorisch betrachtet nur dort Sinn, wo zumindest die wesentlichen Lieferanten sich bereitfinden, ihrerseits anstelle des Bestellers/AGB-Verwenders eine Warenausgangskontrolle in gesteigertem Umfang — freilich: nach exakt mit dem Besteller abgestimmten technischen Spezifikationen — durchzuführen.

Anerkanntermaßen bezeichnet das Element des „Stellens“ im Sinn von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz die Rolle des AGB-Verwenders. Es ist immer dann erfüllt, wenn eine Partei die Einbeziehung von AGB in einen Individualvertrag durch die andere Partei verlangt⁶. Regelmäßig ist deshalb diejenige Partei AGB-Verwender, welche darauf besteht, daß die jeweiligen Vertragsbestimmungen in den konkreten Individualvertrag einbezogen werden. Zwar liegt der Abschluß eines Qualitätssicherungssystems stets auch im Interesse des Lieferanten; aber der Verzicht auf die Wareneingangskontrolle — und damit auch auf die Rügepflichten der §§ 377, 378 HGB — begünstigt ausschließlich den Besteller, weil er dadurch von beträchtlichem Aufwand und Kosten entlastet wird und das Risiko der Produkthaftung auf den Lieferanten abwälzt. Dabei macht sich eine Zwangsläufigkeit bemerkbar: Eine Partei, welche aufgrund einer Vereinbarung mit einer anderen Partei keine eigentlich gesetzlich geschuldeten Pflichten — insbesondere auch keine Verkehrssicherungspflichten — mehr erbringt, sondern diese auf den Lieferanten abwälzt, dispensiert sich damit zwangsläufig von dem entsprechenden Haftungsrisiko.

Unter dieser Perspektive dürfte auch dem Besteller der Einwand verwehrt sein, beide Vertragsparteien hätten sich auf ein bestimmtes Qualitätssicherungssystem und damit auch auf das Prinzip „Just-in-Time-Delivery“ geeinigt — mit der Konsequenz, daß deshalb keine der beiden Parteien als AGB-Verwender zu behandeln sei⁷. Begründet wird diese in der Literatur vertretene Auffassung mit dem Schutzzweck des AGB-Gesetzes, das nämlich nur den Schutz des AGB-Kunden gegenüber dem AGB-Verwender im Auge habe, soweit der AGB-Verwender seine eigenen Interessen einseitig verfolgt⁸. Doch diese Argumentation überzeugt keineswegs. Gerade unter Beachtung des Schutzzwecks des AGB-Gesetzes ist nämlich nicht entscheidend auf den beiderseitigen Einbeziehungsvorschlag — bezogen auf das jeweilige Qualitätssicherungssystem — abzustellen, weil sich ja darin lediglich die Vertragsabschluß-, nicht aber auch die Vertragsgestaltungsfreiheit beider Parteien mani-

6 BGH WM 1984 S. 1610; BGH, DB 1985 S. 1525 = NJW 1985 S. 2477; OLG Frankfurt, ZIP 1986 S. 374, 375 = DB 1986 S. 1172 [LS].

7 Hierzu *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG, § 1 Rdn. 29; *Wolf/Horn/Lindacher*, AGBG, § 1 Rdn. 26; *Palandt/Heinrichs*, AGBG, § 1 Anm. 2e.

8 Vgl. auch *Jaeger*, NJW 1979 S. 1969, 1972.

festiert. So gesehen kann also der beiderseitige — in der Sache übereinstimmende — Vorschlag, ein bestimmtes Qualitätssicherungssystem zu praktizieren, nur dann individualvertraglichen Charakter besitzen, wenn gleichzeitig — auch bezogen auf die Vertragsgestaltungsfreiheit — ein „Aushandeln“ aller Einzelheiten des Qualitätssicherungssystems im Sinn von § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz vorliegt. Unterstrichen wird diese Argumentation auch durch die Erwägung, daß die Vertragsgestaltungsfreiheit ihrerseits grundsätzlich an dem Gerechtigkeitsgehalt des dispositiven Rechts gemessen wird: Diesen Gedanken hat kürzlich erst der VII. Senat des BGH⁹ betont. Danach ist nämlich das AGB-Gesetz lediglich eine „Teilkodifikation des Rechtsinstituts der Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge“¹⁰. Zur Konsequenz hat diese Auffassung, daß selbst Individualverträge der richterlichen Inhaltskontrolle — freilich unter der Perspektive von § 242 BGB, nicht aber unter derjenigen von § 9 AGB-Gesetz — unterworfen sind¹¹. Diese inzwischen als „ständig“ zu bezeichnende Judikatur¹² schließt nur dann die Anwendung der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 242 BGB aus, wenn es sich nicht um eine formelhafte Klausel¹³ handelt, sondern wenn die Partei, welche sich auf eine vom dispositiven Recht abweichende, ihr günstige Regelung beruft, ihren Vertragspartner hierüber ausführlich belehrt hat und die einschneidenden Rechtsfolgen eingehend erörtert worden sind¹⁴.

2. Die kaum noch erreichbaren Kriterien des „Aushandelns“ im Sinn von § 2 Abs. 1 AGB-Gesetz

Es fügt sich in dieses Bild einer ständig schärfer werdenden — keineswegs mehr nur auf den Bereich des AGB-Gesetzes beschränkten — richterlichen Inhaltskontrolle, daß die Tatbestandsvoraussetzungen des „Aushandelns“ im Sinn von § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz ständig im Sinn der autonomen Vertragsgestaltungsfreiheit des Kunden verfestigt worden sind¹⁵. Notwendigerweise bedeutet nämlich ein „Aushandeln“ im Sinn von § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz mehr als ein reines Verhandeln¹⁶. So gesehen kann von einem „Aushandeln“ nur dann gesprochen werden, wenn bei Verabschiedung eines Qualitätssicherungssystems der Besteller/AGB-Verwender — zunächst — den in seinen Vertragsbedingungen enthaltenen „gesetzesfremden“ Kerngehalt, „also die den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Regelung ändernden oder ergänzenden Bestimmungen inhaltlich ernsthaft zur Disposition“ gestellt hat¹⁷. Anders gewendet: Der Besteller/AGB-Verwender muß seinen Lieferanten „Gestal-

9 BGH, DB 1987 S. 2516 = ZIP 1987 S. 1461 ff.

10 BGH, DB 1987 S. 2516 = ZIP 1987 S. 1461, 1462; *Lieb*, AcP 178 (1978) S. 196, 197.

11 BGH, NJW 1982 S. 2243; BGH, NJW 1984 S. 2094; BGH, BauR 1986 S. 345; BGH, DB 1987 S. 1935 = BB 1987 S. 1488; BGH, DB 1987 S. 2516 = ZIP 1987 S. 1461.

12 BGH, DB 1987 S. 2516 = ZIP 1987 S. 1461.

13 Kritisch *Roth*, BB 1987 S. 977 ff.

14 BGH, DB 1987 S. 1935 = BB 1987 S. 1448; BGH, DB 1987 S. 2516 = ZIP 1987 S. 1461.

15 BGH, DB 1977 S. 488 = NJW 1977 S. 624, 625; BGH, WM 1982 S. 871, 872; BGH, WM 1984 S. 1610, 1611; BGH, DB 1987 S. 933 = ZIP 1986 S. 1466, 1467; BGH, DB 1987 S. 1295 = ZIP 1987 S. 448, 449.

16 BGH, ZIP 1986 S. 1466.

17 BGH, DB 1987 S. 933 = ZIP 1986 S. 1446, 1467; BGH, DB 1987 S. 1295 = ZIP 1987 S. 448, 449.

tungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen eingeräumt“ haben¹⁸. Dies schließt ein und setzt voraus, daß der Besteller/AGB-Verwender seinen Lieferanten die „reale Möglichkeit“ gewährt, entsprechend ihrer jeweiligen rechtsgeschäftlichen Verantwortlichkeit „die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen“¹⁹. Deshalb reicht insoweit auch die früher²⁰ als ausreichend angesehene „Abänderungsbereitschaft“ des Bestellers/AGB-Verwenders nicht mehr aus²¹. Erforderlich ist vielmehr, daß eben diese „Abänderungsbereitschaft“²² sich „in aller Regel“²³ auch „in erkennbaren Änderungen des vorformulierten Textes“²⁴ niederschlägt.

In der Sache bedeutet dies also: Da der Besteller/AGB-Verwender bei Vereinbarung eines Qualitätssicherungssystems unter Berücksichtigung des Prinzips des „Just-in-Time-Delivery“ auf die Wareneingangskontrolle — und damit auch auf die Mängelrügepflicht gemäß §§ 377, 378 HGB — verzichtet, liegt ein „Aushandeln“ im Sinn von § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz nur dann vor, wenn der Besteller/AGB-Verwender seinerseits seinen Lieferanten die „reale Möglichkeit“ einräumt²⁵, die dem dispositiven Recht der §§ 377, 378 HGB entsprechenden Pflichten weiterhin zu erfüllen und auf die — gesteigerte — Wareneingangskontrolle beim Lieferanten zu verzichten, sofern dieser es nur wünscht. Soweit aber Qualitätssicherungssysteme mit dem Prinzip des „Just-in-Time-Delivery“ darauf basieren, daß der Besteller/AGB-Verwender auf die Wareneingangskontrolle — und damit auch auf die Mängelrügepflicht gemäß §§ 377, 378 HGB — verzichtet, um auf diese Weise Kosten und Aufwand zu sparen und damit das System von „Doppelkontrollen“ zu vermeiden, bedarf es keiner weiteren Begründung, daß unter dieser Perspektive ein am Sinn von § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz gemessenes „Aushandeln“ ein derart konzipiertes Qualitätssicherungssystem in sein Gegenteil verkehren würde. Dies ist deshalb — von vornherein — für den AGB-Verwender/Besteller eine unannehmbare Perspektive.

Es ist also festzuhalten: Qualitätssicherungssysteme, die auf dem Prinzip des „Just-in-Time-Delivery“ beruhen und die dem Besteller/AGB-Verwender die Wareneingangskontrolle ersparen und mithin ihn von der Rügeobliegenheit gemäß §§ 377, 378 HGB dispensieren, um statt dessen den Lieferanten zu einer gesteigerten Wareneingangskontrolle zu verpflichten, beruhen sachnotwendig auf „Vertragsbestimmungen“ im Sinn von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz. Unter Berücksichtigung der BGH-Judiaktur zum Begriff des „Aushandelns“ im Sinn von § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz ist es deshalb auch aus praktischen Gründen ausgeschlossen, die Voraussetzungen eines Individualvertrages gemäß § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz zu konkretisieren.

18 BGH, DB 1983 S. 440 = ZIP 1983 S. 76, 77; BGH, DB 1987 S. 933 = ZIP 1986 S. 1466, 1467.

19 BGH, DB 1987 S. 933 = ZIP 1986 S. 1466, 1467.

20 BGH, DB 1977 S. 488 = NJW 1977 S. 624, 625.

21 Kritisch Löwe, NJW 1977 S. 1328; *Trinkner*, BB 1977 S. 707; *Graf von Westphalen*, DB 1977 S. 943, 944; *ders.* DB 1981 S. 61, 66.

22 BGH, a.a.O.

23 BGH, DB 1987 S. 933 = ZIP 1986 S. 1466, 1467.

24 BGH, a.a.O.

25 BGH, DB 1987 S. 933 = ZIP 1986 S. 1466, 1467.

II. Die rechtliche Bedeutung der Wareneingangskontrolle

Der Gerechtigkeitsgehalt der §§ 377, 378 HGB erschließt sich nur dann, wenn man sich der Mühe unterzieht, die im einzelnen höchst fallspezifische Judikatur ein wenig aufzufächern:

1. Ablieferungsort

Die gemäß §§ 377, 378 HGB unter der Voraussetzung eines beiderseitigen Handelsgeschäfts im Sinn der §§ 343, 344 HGB geschuldete Untersuchungspflicht ist unverzüglich nach „Ablieferung“ der Ware durchzuführen. Unter dem Begriff der „Ablieferung“ ist ein faktischer Vorgang zu verstehen; gemeint ist damit die einseitige Handlung des Lieferanten, durch die der Besteller die Möglichkeit erlangt, sich den Gewahrsam an der Kaufsache zu verschaffen²⁶. So gesehen ist es erforderlich, daß der Besteller — anstelle des Lieferanten — die Verfügungsmöglichkeit über die Kaufsache erhält²⁷.

Ob eine Parteivereinbarung geeignet ist, den „Ablieferungsort“ — entgegen seinem faktischen Anschein — abzuändern, ist umstritten²⁸. Geht man indes davon aus, daß die „Ablieferung“ als faktischer Vorgang zu werten ist²⁹, so schließt diese Argumentation eine Parteivereinbarung jedenfalls insoweit aus, als der in der „Ablieferung“ dokumentierte faktische Anschein den Wechsel der Verfügungsbefugnis zwischen Lieferant und Besteller zum Gegenstand hat; dieser kann durch eine Parteivereinbarung nicht entkräftet oder in sein Gegenteil verkehrt werden. Nichts ist freilich mit dieser These darüber gesagt, daß eine Parteivereinbarung nicht darauf abzielen könnte, die in § 377 Abs. 1 HGB zugrunde gelegte Kongruenz zwischen Ablieferungsort und Untersuchungsort in der Weise abzuändern, daß der Käufer nicht verpflichtet ist, die Untersuchung auch am Ablieferungsort vorzunehmen³⁰.

Unter dieser Perspektive wird man Qualitätssicherungsvereinbarungen, die das Prinzip des „Just-in-Time-Delivery“ zum Gegenstand haben, nicht schon aus diesem Grunde nach § 9 AGB-Gesetz beanstanden müssen, weil sie seine Übereinstimmung zwischen Ablieferung und Untersuchung — abweichend von § 377 Abs. 1 HGB — zum Gegenstand haben.

2. Umfang und Methode der Mängeluntersuchung

Die Regeln der §§ 377, 378 HGB beziehen sich auf eine Mängeluntersuchung, wie sie im „ordnungsgemäßen Geschäftsgang“ erforderlich ist, wobei das Tatbestandselement der „Tunlichkeit“ einschränkende Bedeutung entfaltet. Die nach den §§ 377, 378 HGB geschuldete Untersuchung muß sich — mangels abweichender Parteivereinbarung — auf alle in Betracht kommenden Mängel

26 BGH, DB 1961 S. 267 = NJW 1961 S. 730; BGH, LM-Nr. 10 zu § 377 HGB.

27 BGH, DB 1985 S. 1226 = NJW 1985 S. 1333, 1334.

28 Bejahend: BGH, DB 1985 S. 1226 = NJW 1985 S. 1333, 1334; verneinend: *Brüggemann*, in: RGRK-HGB, § 377 Rdn. 34.

29 So auch *Brüggemann*, in: RGRK-HGB, § 377 Rdn. 25.

30 Vgl. auch *Brüggemann*, in: RGRK-HGB, § 377 Rdn. 34.

der Kaufsache beziehen³¹. In der Regel wird dabei die Durchführung von Stichproben ausreichend, aber auch erforderlich sein — vorausgesetzt, daß sie in angemessener Anzahl und in ausreichender — repräsentativer — Streuung durchgeführt wird³². Dabei ist der Besteller gehalten, die Untersuchung solange fortzusetzen, bis etwaige Zweifel über die ordnungsgemäße Beschaffenheit der Kaufsache ausgeräumt sind³³. Notfalls ist er deshalb auch verpflichtet, verschiedene, nebeneinander herlaufende Untersuchungsmethoden anzuwenden, sofern keine Methode — für sich allein genommen — geeignet ist, ein zuverlässiges Ergebnis über die Mangelfreiheit der Kaufsache zutage zu fördern³⁴.

Anerkanntermaßen ist dabei der Besteller verpflichtet, die Untersuchung gemäß §§ 377, 378 HGB mit fachmännischer Sorgfalt durchzuführen³⁵. Kann der Besteller die erforderliche Sachkenntnis selbst nicht aufweisen, so ist er gehalten, gegebenenfalls einen Sachverständigen hinzuzuziehen³⁶. Allerdings darf die Einschaltung eines Sachverständigen nicht dazu führen, die Untersuchung — bezogen auf das Tatbestandselement der Unverzüglichkeit — zu verzögern³⁷.

Die Anforderungen der Judikatur sind durchaus streng: Kann z. B. die ordnungsgemäße Beschaffenheit der Kaufsache nur dadurch festgestellt werden, daß diese — zumindest teilweise — verbraucht wird³⁸, so ist auch eine solche Untersuchung gemäß § 377 Abs. 1 HGB geschuldet³⁹. Bei der Lieferung einer Maschine kann es deshalb auch erforderlich sein, daß der Besteller die mit ihr herzustellenden Erzeugnisse unter ähnlichen Bedingungen, wie diese bei einer serienmäßigen Produktion auftreten, bearbeitet und sie damit in Betrieb nimmt⁴⁰. Allerdings ist z. B. der sofortige Einbau von gelieferten Bierfilterplatten in eine Filteranlage oder die Simulation der Produktion nicht erforderlich, sofern die sofortige, sachkundige Untersuchung durch Augenschein für die Feststellung ausreicht, die gelieferten Bierfilterplatten nach ihrer äußeren Beschaffenheit mängelfrei sind⁴¹. Doch ist es bei der Lieferung von Spanplatten — um ein anderes Beispiel zu erwähnen — durchaus erforderlich, diese probeweise in einem geschlossenen Raum aufzustellen, wenn es um die Feststellung geht, ob Formaldehyd-Gase aus der Lackierung austreten⁴².

Zu unterstreichen ist in diesem Zusammenhang, daß das Kriterium des „ordnungsgemäßen Geschäftsgangs“ in § 377 Abs. 1 HGB sich ebenso nach objek-

31 *Meeske*, Die Mängelrüge, S. 780; *Brüggemann*, in: RGRK-HGB, § 377 Rdn. 26.

32 LG Aachen, BB 1952 S. 213; OLG München, NJW 1955 S. 1560; BGH, DB 1977 S. 953 = NJW 1977 S. 1150.

33 BGH, DB 1959 S. 1082.

34 *Meeske*, a.a.O., S. 89.

35 *Meeske*, a.a.O. S. 88.

36 BGH, DB 1975 S. 1116 = NJW 1975 S. 2011, 2012.

37 *Meeske*, a.a.O., S. 91.

38 RGZ 68 S. 368, 369.

39 *Baumbach/Duden/Hopt*, HGB, § 377 Anm. 3 G.

40 BGH, DB 1977 S. 953 = NJW 1977 S. 1150, 1151.

41 KG, NJW-RR 1986 S. 1162.

42 BGH, WM 1974 S. 1204, 1205.

tiven Kriterien richtet, wie das der „Tunlichkeit“⁴³. Konsequenterweise ist deshalb auf die betrieblichen Gegebenheiten und die wirtschaftlichen Verhältnisse beim Besteller nur insoweit Rücksicht zu nehmen, als es sich um Umstände handelt, die ganz allgemein in der betreffenden Branche vorherrschen. Anders gewendet: Es muß sich um eine sachlich zu billigende Übung handeln, die sich im Zusammenhang mit der Wareneingangskontrolle herausgebildet hat⁴⁴. Selbst wenn eine ganze Branche eine bestimmte Übung praktiziert, ist diese nicht notwendigerweise zu billigen, z. B. bei der Prüfung der Farbenechtheit von Textil-Oberstoffen, die nicht probeweise zu Prüfzwecken von den Ballen abgewickelt wurden⁴⁵. Dies deckt sich in der Sache mit der Feststellung, daß es im Hinblick auf Umfang und Methoden der Mängeluntersuchung gemäß §§ 377, 378 HGB — mangels gegenteiliger Parteivereinbarung — in erster Linie auf den in der jeweiligen Branche entwickelten Handelsbrauch ankommt⁴⁶. Denn auch ein Handelsbrauch, der von einer ordnungsgemäßen, unverzüglich durchzuführenden Mängeluntersuchung entbindet, ist nicht — schon aufgrund seiner Faktizität — anzuerkennen, sondern erst dann, wenn er als gerecht und damit als sachlich zu billigen zu akzeptieren ist.

3. Der versteckte Mangel

Gemäß § 377 Abs. 3 HGB besteht eine unverzügliche Rügepflicht, sofern der Mangel sich erst „später“ zeigt. Notwendigerweise werden damit nur solche Mängel erfaßt, in denen der Besteller eine ordnungsgemäße Mängeluntersuchung durchführt, den Mangel aber nicht entdeckt hat⁴⁷. Hat also der Besteller eine nach § 377 Abs. 1 HGB gebotene Untersuchung — gleichgültig, aus welchen Gründen — nicht durchgeführt, so kann er weder im Rahmen von § 377 Abs. 2 HGB noch gemäß § 377 Abs. 3 einwenden, auch eine nach § 377 Abs. 1 HGB gebotene Stichprobenkontrolle hätte den Mangel der Kaufsache nicht zutage gefördert⁴⁸. Mit einem Wort: Die Berufung auf einen „versteckten“ Mangel im Sinn von § 377 Abs. 3 HGB setzt voraus, daß der Besteller im Rahmen seiner Rügeobliegenheit den Nachweis erbringt, daß es sich um einen Mangel der Kaufsache handelt, der gemäß § 377 Abs. 2 HGB „bei der Untersuchung nicht erkennbar“ war. Treten deshalb gewisse Verdachtsmomente auf, die Kaufsache sei mangelhaft, so ist der Besteller verpflichtet, eine Nachuntersuchung unverzüglich durchzuführen⁴⁹. Keineswegs ist es also so, daß der Besteller ohne Berücksichtigung der Erfordernisse eines ordnungsgemäßen Geschäftsgangs und der Tunlichkeit, welche für eine Mängeluntersuchung maßgebend sind, das Recht hat, eine Rüge einfach damit zu begründen, es handele sich um einen „versteckten“ Mangel der Kaufsache im Sinn von §§ 377 Abs. 3 HGB.

43 BGH, DB 1977 S. 953 = NJW 1977 S. 1150, 1151.

44 BGH, DB 1976 S. 145; LM-Nr. 16 zu § 377 HGB.

45 BGH, a.a.O.

46 BGH, a.a.O.

47 BGH, LM-Nr. 6 zu § 377 HGB.

48 *Brüggemann*, in: RGRK-HGB, § 377 Rdn. 83.

49 *Schlegelberger/Hefermehl*, HGB, § 377 Rdn. 66; *Meeske*, a.a.O., S. 114.

4. Die Unverzüglichkeit der Untersuchungs- und der Rügepflicht

Obwohl es im Rahmen der §§ 377, 378 HGB lediglich auf die Erfüllung der Rügeobliegenheit ankommt, muß unterstrichen werden, daß diese ihrerseits eine „unverzügliche“ nach Ablieferung der Kaufsache durchzuführende Mängeluntersuchung voraussetzt. Da das Gesetz in § 377 Abs. 1 HGB zweimal das Wort „unverzüglich“ verwendet, ist dies ein sehr starkes Indiz dafür, daß schon eine geringe, bei objektiv ordnungsgemäßigem Geschäftsgang vermeidbare Lässigkeit dazu führt, das in § 377 Abs. 2 HGB verankerte ALLES-ODER-NICHTS-PRINZIP zur Anwendung zu bringen⁵⁰. Doch stellt der Gesetzgeber darauf ab, daß sich ein Mangel „zeigt“. Dies schließt ein, daß der Besteller Kenntnis davon erlangt, ob ein Mangel der Kaufsache vorhanden ist, ohne daß es auf eine präzise Abklärung der Mängelursache — bereits in diesem Stadium — ankäme⁵¹. Allerdings ist hervorzuheben, daß der in dem Kriterium der Unverzüglichkeit liegende objektive Maßstab nicht verhindert, die besonderen — ordnungsgemäßen — Verhältnisse beim Besteller zu berücksichtigen⁵². Aus diesem Grund ist es verständlich, daß die Judikatur eine Regelfrist für die unverzüglich zu erhebende Rüge gemäß § 377 Abs. 1 HGB oder gemäß § 377 Abs. 3 HGB nicht kennt⁵³. So hat z. B. der BGH bei der Untersuchung eines Werbefilms konstatiert, daß die Mängelrüge „spätestens innerhalb von 24 Stunden nach Erhalt des Filmes“ vorzunehmen sei⁵⁴. Anerkannt ist des weiteren, daß z. B. im Südfrechthandel — hier: aufgrund eines entsprechenden Handelsbrauchs — äußerst kurze Fristen gelten⁵⁵. Gleichwohl wird man festhalten müssen, daß eine Frist von 8 Tagen regelmäßig nicht mehr als „unverzüglich“ im Sinn von § 377 Abs. 1 HGB einzustufen ist, gerechnet von dem Zeitpunkt an, in welchem sich der Mangel der Kaufsache dem Besteller „gezeigt“ hat.

5. Der Zweck der Rügepflicht gemäß §§ 377, 378 HGB

Anerkanntermaßen kommt es bei der rechtzeitigen Mängeluntersuchung und der daran anknüpfenden — unverzüglichen — Rügeobliegenheit des Bestellers darauf an, den Lieferanten davor zu bewahren, sich noch längere Zeit nach der Ablieferung der Kaufsache etwaigen, dann nur noch schwer feststellbaren Gewährleistungsansprüchen ausgesetzt zu sehen⁵⁶. Dies bedeutet: Der Lieferant soll aufgrund der unverzüglich durchzuführenden Rüge des Bestellers in die Lage versetzt werden, seinerseits entsprechende Feststellungen und notwendigen Dispositionen zu treffen; insbesondere soll er die Möglichkeit haben, einen weiteren Schaden abzuwehren⁵⁷. Daraus folgt unmittelbar:

50 RGZ 106 S. 359, 360.

51 RGZ, a.a.O.

52 *Baumbach/Duden/Hopt*, HGB, § 377 Anm. 3 E.

53 Hierzu auch *Meeske*, a.a.O., S. 111 ff.

54 BGH, LM-Nr. 10 zu § 377 HGB.

55 LG München, NJW 1955 S. 1560.

56 BGH, LM-Nr. 13 zu § 377 HGB; BGHZ 66 S. 208, 213 = DB 1976 S. 1282; BGH, DB 1987 S. 2351 = BB 1987 S. 2326 ff.

57 BGH, DB 1984 S. 1770 = NJW 1984 S. 1964, 1966.

Mängeluntersuchungs- und Rügeobliegenheit gemäß §§ 377, 378 HGB dienen dem Schutz des Lieferanten.

Diese Feststellung gilt ungeachtet der Tatsache, daß der BGH in einer kürzlich veröffentlichten Entscheidung⁵⁸ festgestellt hat, daß die Untersuchungs- und Rügeverpflichtung der §§ 377, 378 HGB nicht auf deliktsrechtliche Ansprüche bezogen ist⁵⁹. Soweit solche Ansprüche im unmittelbaren Vertragsverhältnis zwischen Lieferant und Besteller in Betracht kommen⁶⁰, gilt vielmehr der allgemeine Grundsatz des § 254 BGB: Das in § 377 Abs. 2 HGB verankerte ALLES-ODER-NICHTS-PRINZIP, wonach die Kaufsache — mangels rechtzeitiger Rüge — als „genehmigt“ gilt, bezieht sich deswegen nicht auf die deliktrechtliche Haftung des Lieferanten, weil diese nicht darauf beruht, daß die Kaufsache nicht den vertraglichen Anforderungen entspricht, sondern dadurch begründet wird, daß der Lieferant seine Verkehrssicherungspflicht gemäß § 823 Abs. 1 BGB verletzt hat⁶¹. Demzufolge ist festzuhalten: Nur bei Gewährleistungsansprüchen im weiteren Sinne ist es gerechtfertigt, in der rügelosen Annahme der mangelhaften Ware eine Genehmigung im Sinn von § 377 Abs. 2 HGB zu sehen⁶², wobei selbstverständlich nicht nur die Gewährleistungsansprüche der §§ 459 ff. BGB, sondern auch Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung erfaßt werden⁶³.

Daß hierdurch die auf den Schutz des Lieferanten zielende Zweckrichtung der §§ 377, 378 HGB nicht beeinträchtigt wird, ergibt sich schließlich auch daraus, daß der BHG⁶⁴ lediglich das Verzögerungsrisiko gemäß § 377 Abs. 4 HGB, nicht aber das Verlustrisiko einer Mängelanzeige gemäß § 377 HGB dem Besteller abgenommen hat. Demzufolge ist eine Mängelrüge als empfangsbedürftige Erklärung einzustufen, so daß die Bestimmung des § 130 BGB zumindest entsprechende Anwendung findet⁶⁵. Folglich ist der Besteller auch verpflichtet, den Zugang der Mängelanzeige zu beweisen⁶⁶.

5. Zwischenergebnis

Es liegt auf der Hand, daß nach dem zuvor Gesagten der Gerechtigkeitsgehalt der §§ 377, 378 HGB erheblich ist⁶⁷. Vom Grundsatz her ist dies auch inzwischen vom BGH anerkannt⁶⁸. Danach ist es nämlich in Verkaufs-AGB gemäß § 9 AGB-Gesetz unwirksam, wenn für versteckte Mängel im Sinn von § 377

58 BGH, DB 1987 S. 2351 ff. = BB 1987 S. 2326 ff.

59 A. M. *Schlegelberger/Hefermehl*, HGB, § 377 Rdn. 78; *Meeske*, a.a.O., S. 152; *Schwark*, AcP 179 (1979) S. 57, 76 f.

60 Im einzelnen *Kullmann*, BB 1985 S. 409 ff.; BGH, DB 1977 S. 299 = BB 1977 S. 162; BGH DB 1983 S. 649 = BB 1983 S. 462.

61 *Huber*, AcP 177 (1977) S. 281, 321; BGH, DB 1987 S. 2351, 2353 = BB 1987 S. 2326, 2328.

62 BGH, DB 1987 S. 2351, 2353 = BB 1987 S. 2326, 2327.

63 BGH, DB 1976 S. 1282 = BB 1976 S. 902.

64 BGH, DB 1987 S. 1680 f.

65 BGH, DB 1987 S. 1680, 1681.

66 BGH, a.a.O.; im einzelnen auch *Schneider*, MDR 1977 S. 537 ff.

67 *Thamm/Hesse*, BB 1979 S. 1583, 1586; *Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner*, Großkommentar, Bd. III — Einkaufsbedingungen Rdn. 13; a. M. *Schmidt-Salzer*, AGB, F 160; *Heintze*, NJW 1973 S. 2182, 2184.

68 BGH, NJW-RR 1986 S. 52.

Abs. 3 HGB starre, an die Ablieferung der Kaufsache anknüpfende Fristen vorgesehen werden⁶⁹. Daraus folgt: Qualitätssicherungssysteme, die anstelle der gemäß §§ 377, 378 HGB gebotenen Wareneingangskontrolle zu Lasten des Lieferanten Warenausgangskontrollen vorsehen, stehen quer zu dem gewährleistungsspezifischen Gesetzeswerk der §§ 377, 378 HGB. Denn unter dieser Voraussetzung kann der Lieferant notwendigerweise nicht damit rechnen, in die Lage versetzt zu werden, aufgrund einer unverzüglichen Rüge entsprechende Feststellungen und notwendigen Dispositionen — vor allem auch zur Schadensabwendung — zu treffen, um davor bewahrt zu werden, sich längere Zeit nach der Ablieferung der Kaufsache Ansprüchen wegen etwaiger, mit zunehmendem Zeitablauf nur unsicher feststellbarer Mängel ausgesetzt zu sehen⁷⁰.

III. Steigerung des Produkthaftungsrisikos zu Lasten des Lieferanten

Qualitätssicherungssysteme, die unter Berücksichtigung des Prinzips des „Just-in-Time-Delivery“ eine vom Gesetzeszweck der §§ 377, 378 HGB abweichende Warenausgangskontrolle zum Nachteil des Lieferanten vorsehen, müssen aber auch darauf unter Berücksichtigung der Wertungskriterien von § 9 AGB-Gesetz geprüft werden, ob darin nicht das Risiko der Produkthaftung — insbesondere auch das Risiko etwaiger Rückrufflichten — erheblich zum Nachteil des Lieferanten gesteigert wird. Dies setzt im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz voraus, daß zunächst die Rechtslage auf Basis des dispositiven Rechts als Maßstab herangezogen wird, weil sich erst daran erlauben läßt, inwieweit derartige Qualitätssicherungssysteme zum Nachteil des Lieferanten — und diesen unangemessen benachteiligend — hiervon abweichen.

1. Produkthaftung bei vertikaler Arbeitsteilung

Nach der von *Steffen*⁷¹ entwickelten Terminologie liegt eine „vertikale Arbeitsteilung“ immer dann vor, wenn bei der Herstellung eines Endprodukts Werkstoffe, Halbfertigwaren oder Einzelteile bzw. komplette Bauteile⁷² von einem Lieferanten bezogen und vom Besteller/Hersteller des Endprodukts verwendet werden. Anerkanntermaßen gilt in diesem Zusammenhang der Grundsatz⁷³, daß sowohl der Zulieferant als auch der Besteller/Hersteller für das jeweilige Endprodukt — im Rahmen der Verkehrssicherungspflicht des § 823 BGB — verantwortlich sind. Deshalb ist auch der Lieferant verpflichtet, in konstruktiver und fertigungstechnischer Hinsicht das von ihm zugelierte Produkt so zu gestalten, daß der Sicherheitsgrad erreicht wird, der in dem Verwendungsbereich dieses Produkts allgemein für erforderlich angesehen

⁶⁹ Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, Großkommentar, Bd. II, § 11 Nr. 10e Rdn. 16 ff.

⁷⁰ BGH, DB 1987 S. 1680, 1681; BGH, DB 1987 S. 2353 = BB 1987 S. 2326, 2328.

⁷¹ Steffen, in: RGRK-BGB, § 823 Rdn. 271.

⁷² Kullmann/Pfister, Produzentenhaftung, Kza. 3250 S. 2.

⁷³ Im einzelnen Schmidt-Salzer, BB 1979 S. 1 ff.

wird⁷⁴. So gesehen unterscheidet sich die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit des Lieferanten nicht von der des Herstellers des Endprodukts⁷⁵.

Gleichermaßen ist anerkannt, daß der Besteller/Hersteller — in seiner Funktion als typischer „Assembler“ — berechtigt ist, Lieferanten mit der Maßgabe einzuschalten, daß er selbst für etwaige Pflichtverletzungen gegenüber Dritten verantwortlich ist, wenn er einen zuverlässigen Lieferanten ausgesucht, ihn technisch in ausreichender Weise eingebunden und das Endprodukt ordnungsgemäß kontrolliert hat⁷⁶. Untersucht man unter dieser Prämisse entsprechend der Zielsetzung diese Abhandlung die haftungsrechtliche Relevanz von Qualitätssicherungssystemen, so ist von hohem Belang, in welchem Umfang der Besteller/Hersteller — handelnd als „Assembler“ — deliktsrechtlich zur Kontrolle des ihm unter Berücksichtigung des Prinzips des „Just-in-Time-Delivery“ zugelieferten Produkts verantwortlich ist.

Anerkannt ist in diesem Zusammenhang, daß der „Assembler“ bei der Konstruktion des Endprodukts genau prüfen muß, ob die fremdproduzierten Teile für den beabsichtigten Verwendungszweck geeignet sind⁷⁷. Deshalb muß er sich vergewissern, daß die zugelieferten Einzelteile die durch die Konstruktion des Endprodukts vorgegebenen Beschaffenheitsanforderungen erfüllen⁷⁸. Gleichzeitig steht fest⁷⁹, daß der „Assembler“ nicht berechtigt ist, seine deliktsrechtlichen Verkehrsicherungspflichten dadurch als erfüllt anzusehen, daß er eine — lediglich: allgemeine — Tauglichkeitskontrolle des zugelieferten Produkts vornimmt. Vielmehr ist er verpflichtet, sich von der mangelfreien Beschaffenheit des jeweiligen Einzelteils bzw. des im Einzelfall verwendeten Materials oder Stoffes zu überzeugen⁸⁰. *Kullmann*⁸¹ begründet diese Verpflichtung damit, daß andernfalls der „Assembler“ eines Endprodukts die Rechtstellung späterer Geschädigter dadurch verschlechtern könnte, daß er sicherheitsrelevante Einzelteile nicht selbst anfertigt, sondern von dritter Stelle bezieht und sie — ohne sie zu prüfen — in sein Produkt aufbaut, ohne daß gleichzeitig sichergestellt ist, daß der Lieferant die erforderlich werden- den Schadensersatzsummen auch aufbringen kann. Und im Anschluß daran heißt es, was für das hier zu behandelnde Thema von eminenter Bedeutung ist:

„Bei der hiernach erforderlichen Überprüfung von Zulieferteilen oder -stoffen muß der Assembler sogar noch viel sorgfältiger vorgehen als bei der gemäß § 377 HGB zur Sicherung der Gewährleistungsansprüche vorzunehmenden Qualitätsprüfung der angelieferten Ware“⁸².

74 BGH, VersR 1972 S. 559, 560; *Kullmann/Pfister*, a.a.O., Kza. 3250 S. 4.

75 BGH, NJW 1967 S. 248.

76 *Schmidt-Salzer*, BB 1979 S. 1 ff.

77 BGH, VersR 1967 S. 498; *Kullmann/Pfister*, a.a.O., Kza. 3250 S. 6.

78 BGH, VersR 1972 S. 559.

79 *Kullmann/Pfister*, a.a.O., Rza. 3250 S. 7.

80 BGH, VersR 1960 S. 855, 856.

81 *Kullmann/Pfister*, a.a.O.

82 *Kullmann/Pfister*, a.a.O., Kza. 3250 S. 8.

2. Die Übertragung der Verkehrssicherungspflicht auf den Lieferanten im Rahmen des „Just-in-Time-Delivery“

Daß eine Delegation deliktsrechtlicher Pflichten nur dann — im Interesse des Rechtsgüterschutzes Dritter — anzuerkennen ist, wenn der Lieferant die erforderliche sachliche und persönliche Zuverlässigkeit bietet, ist bereits angedeutet worden⁸³. Notwendigerweise kommt es dabei entscheidend darauf an, ob der Lieferant — für die von ihm spezifisch übernommenen Verkehrssicherungspflichten — die ausreichende Qualifikation besitzt, um das Kriterium hinreichender persönlicher und sachlicher Zuverlässigkeit zu erfüllen⁸⁴. Da jedoch bei der Durchführung eines „Just-in-Time-Delivery“-Systems umfangreiche Überprüfungen der „Lieferanten-Qualifikation“ vorgenommen werden, bestehen insoweit regelmäßig keine Bedenken. Eine Abweichung vom dispositiven Recht im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz wird in der Regel in diesem Zusammenhang nicht vorliegen.

Auch basieren Qualitätssicherungssysteme notwendigerweise darauf, daß die vom Lieferanten zu erfüllenden Sicherungspflichten exakt — regelmäßig: aufgrund von Vereinbarungen zwischen den Technikern — fixiert werden⁸⁵. Folglich bestehen unter Berücksichtigung der Wertungskriterien von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz auch insoweit keine durchgreifenden Bedenken, die Verlagerung der vom „Assembler“ geschuldeten deliktsrechtlichen Kontrollpflichten auf den Lieferanten zu beanstanden.

3. Die versicherungsrechtliche Dimension der auf den Lieferanten überwälzten Verkehrssicherungspflichten

Gerade wenn man mit *Kullmann*⁸⁶ davon ausgeht, daß der „Assembler“ nur dann berechtigt ist, seine deliktsrechtliche Verantwortlichkeit auf den Lieferanten zu überwälzen, wenn ein ausreichender Haftpflichtversicherungsschutz — bezogen auf die voraussichtlich eintretenden Schadensereignisse — sichergestellt ist, so ist zunächst zu berücksichtigen: Im Zentrum der praktischen Probleme im Verhältnis Hersteller-Lieferant steht inzwischen die Produktbeobachtungsverpflichtung⁸⁷. Damit sind nicht nur die Fälle gemeint, in denen der BGH⁸⁸ einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Produktbeobachtungspflicht anerkannt hat. Gemeint sind vielmehr auch die Fälle, in denen aufgrund der Produktbeobachtungsverpflichtung eine Rückrufverpflichtung angenommen wird, weil und soweit der Hersteller nach Auslieferung des Produkts erkennen mußte, daß es fehlerhaft war und zu vermeidbaren Risiken für die Rechtsgüter Dritter im Sinn von § 823 BGB Anlaß gab. Denn die mit der Durchführung einer Rückrufaktion zusammenhängenden

83 BGH, VersR 1954 S. 364, 365; BGH, VersR 1976 S. 954, 955; BGH, VersR 1983 S. 595, 596.

84 *Schmidt-Salzer*, BB 1979 S. 1, 3.

85 Vgl. auch *Lempenau*, DB 1980 S. 1679 f.

86 *Kullmann/Pfister, a.a.O.*, Kza. 3250 S. 14.

87 Insbesondere BGH, DB 1987 S. 982 = BB 1987 S. 717 n. Anm. von *Schmidt-Salzer*.

88 BGH, DB 1981 S. 1225 = NJW 1981 S. 1603; BGH, DB 1981 S. 1277 = NJW 1981 S. 1606; BGH, DB 1987 S. 982 = BB 1987 S. 717; *Kullmann*, WM 1981 S. 1322, 1324; *Schmidt-Salzer*, BB 1981 S. 1041 ff.; *Sack*, BB 1985 S. 818 ff.

Aufwendungen und Kosten sind für das betroffene Unternehmen eine ungleich größere Belastung als die — regelmäßig — versicherungsrechtlich abgedeckten Verpflichtungen, einen eingetretenen Schaden gemäß §§ 823, 249 BGB zu kompensieren. Deshalb stellt sich unter der Perspektive von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz die entscheidende Frage, inwieweit das damit indizierte haftungsrechtliche Risiko — bezogen auf die Person des Lieferanten — diesen unangemessen benachteiligt, weil der Hersteller dem Lieferanten aufgrund der Verpflichtung, eine Warenausgangskontrolle durchzuführen, mehr Pflichten auferlegt, als der gesetzlichen Ausgangslage nach angemessen.

a) Die Ausgangslage: Die Rückrufflicht des Lieferanten

Soweit in der Literatur die Auffassung vertreten wird, auch der Lieferant sei im Rahmen der Produktbeobachtungsverpflichtung — abhängig freilich von den Umständen des Einzelfalls — gehalten, eine Rückrufaktion durchzuführen⁸⁹, wird in der Sache nicht danach differenziert, ob eine Schadensersatzhaftung wegen pflichtwidrig unterlassener Rückrufaktion in Betracht kommt, oder ob es sich darum handelt, daß präventiv Rückrufflichten zur Entstehung gelangen, die dann — im Interesse des „Assemblers“ — erfüllt werden müssen. So gesehen kommt der Bemerkung von Kullmann⁹⁰ wegweisende Bedeutung zu, weil danach die Rechtsprechung den Umfang der Produktbeobachtungsverpflichtung des Lieferanten noch nicht abschließend geklärt hat.

Unter dieser Perspektive könnte sich die BGH-Entscheidung vom 9. 12. 1986⁹¹ durchaus als präjudiziell erweisen. Denn der BGH hat in diesem Urteil — jedenfalls — für „notwendiges Zubehör“⁹², das das Endprodukt „erst funktionstüchtig“⁹³ macht, festgestellt, daß insoweit nicht der Lieferant, sondern unmittelbar der „Assembler“ mit einer Produktbeobachtungspflicht belastet ist, und zwar selbst dann, wenn er für dieses Zubehör lediglich „Halterungen“ und „Aufhängevorrichtungen“⁹⁴ vorgesehen hatte, ohne das Zubehör selbst zu bestellen. Deshalb stellt sich die Frage, ob für den Rahmen dieses Themas nicht ein typisches Erst-Recht-Argument am Platz ist: Wenn nämlich der Importeur eines Motorrads — wie vom BGH festgestellt⁹⁵ — einer Produktbeobachtungspflicht für Zubehörteile unterworfen ist, so gilt diese erst recht für den „Assembler“, der als Hersteller des Gesamtprodukts die benötigten Einzelteile vom Lieferanten bezogen hat. Denn im Sinn des Rechtsgüterschutzes ist der „Assembler“ unter diesen Voraussetzungen wesentlich „näher daran“ als ein Importeur, dessen Hersteller durch bestimmte konstruktive Vorkehrungen lediglich Anlaß gegeben hat, daß Zubehörteile — von dritter Seite bezogen — angebracht und mit dem Motorrad verbunden werden.

Dabei ist auch zu berücksichtigen, daß in der Literatur mit guten Gründen die Auffassung vertreten wird, daß lediglich der „Assembler“, nicht aber der Lie-

89 *Link*, BB 1985 S. 1424, 1426; *Kullmann/Pfister*, a.a.O., Kza. 3250 S. 4 f.

90 *Kullmann/Pfister*, a.a.O., bei Fn. 16.

91 DB 1987 S. 982 = BB 1987 S. 717 m. Anm. von *Schmidt-Salzer*.

92 DB 1987 S. 983.

93 A.a.O.

94 Ebenda.

95 BGH, DB 1987 S. 982 = BB 1987 S. 717 ff. mit Anm. von *Schmidt-Salzer*.

ferant zur Durchführung einer Rückrufaktion verpflichtet ist⁹⁶. Auch *Löwe*⁹⁷ anerkennt die Rückrufverpflichtung lediglich für den Hersteller des Gesamtprodukts⁹⁸. Geltend gemacht wird zur Entlastung des Lieferanten, daß der „Assembler“ als Endhersteller nicht nur den Abnehmer- und Kundenkreis exakt kennt, sondern daß er auch — und dies ist höchst wichtig — sehr viel leichter in der Lage ist, etwa auftretende Mängel und Ursachen des Produkts zu beurteilen, um dann entscheiden zu können, ob eine Rückruf- oder Warnaktion erforderlich ist⁹⁹, oder ob es sich um eine vermeidbare Überreaktion handelt, weil lediglich „Ausreißer“ vorliegen oder nur ein Gewährleistungsrisiko.

b) Versicherungsrechtliche Erwägungen

Ausgehend von dem Argument von *Kullmann*¹⁰⁰, wonach die deliktsrechtliche Delegation von Verkehrssicherungspflichten einschließt, daß der Lieferant über ausreichenden Haftpflichtversicherungsschutz verfügen muß, ist dieses Argument nunmehr im Rahmen der nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz gebotenen Gesamtbetrachtung zu vertiefen. Dabei bestehen in der Praxis regelmäßig kaum noch Bedenken, daß ein Lieferant nicht über einen ausreichenden Haftpflicht- bzw. Produkthaftpflichtschutz — bezogen auf Körper- oder Sachschäden — verfügt, um allfällige deutsch-rechtliche Risiken der Produkthaftung zu kompensieren. In diesem Zusammenhang hat sich in den letzten Jahren ein Umdenken breitgemacht; dank der sachlich gediegenen Informationspolitik zahlreicher Industrieversicherer gehört eine krasse Unterdeckung — auch bei der mittelständischen Industrie — mittlerweile doch der Vergangenheit an. Doch man wird auch berücksichtigen müssen, daß die Überwälzung der Wareneingangskontrolle im Rahmen des Prinzips des „Just-in-Time-Delivery“ zu Lasten des Lieferanten notwendigerweise nicht nur ein deutsch-rechtliches Produktrisiko schafft, sondern auch zwingend dazu führt, daß die deliktsrechtliche Verantwortlichkeit des Lieferanten nach ausländischem Recht in dem Umfang ansteigt, in welchem der „Assembler“ die Endprodukte — entsprechend seiner eigenen Geschäftspolitik — exportiert. Nicht zuletzt ist damit auch das us-amerikanische Risiko der „Products Liability“ gemeint¹⁰¹. Unter dieser Prämisse aber läßt sich der Befund kaum halten, daß die in der mittelständischen Zulieferindustrie für gewöhnlich zur Verfügung stehenden Deckungssummen adäquat sind, um die häufig exorbitanten Risiken der „Products Liability“ angemessen zu kompensieren. Dabei ist im Auge zu behalten, daß nach us-amerikanischem Recht der „Assembler“ ohne weiteres in der Lage ist, gegenüber dem Lieferanten Regress zu nehmen. Das prozessuale Mittel hierzu ist der „Cross complaint“ — basierend auf der Behauptung, daß der jeweilige Produktmangel fremdverursacht ist. So gesehen führt natürlich die Überwälzung der deliktsrechtlichen Kontrollpflichten vom „Assembler“ auf den Lieferanten dazu, daß ein „Cross complaint“ des

96 *Diederichsen*, DAR 1976 S. 312, 316; *Diederichsen*, NJW 1978 S. 1281, 1286; *Lemppenau*, DB 1980 S. 1679.

97 DAR 1978 S. 288, 289, 295 f.

98 Vgl. auch *von Bar*, Verkehrspflichten, 1980, S. 52, 212.

99 Hierzu im einzelnen auch *Brendel*, Produkthaft- und Produzentenhaftung, Gruppe 13, S. 171.

100 Fn. 86.

101 Hierzu neuestens *Dielmann*, Festschrift für Stiefel, S. 117 ff.

„Assemblers“ gegenüber dem Lieferanten regelmäßig hohe Erfolgsaussichten hat. Notwendigerweise kann aber dies unter Berücksichtigung der extremen Schadensersatzsummen, die nach us-amerikanischem Recht Geschädigten zugesprochen werden, zum Existenzrisiko des betroffenen Lieferanten führen. Daran ist zu erinnern, weil ja der Hersteller die Vertriebs- und Absatzwege seines Produkts autonom bestimmt und den Gewinn insoweit auch unterstreicht.

Bereits in dieser beträchtlichen Risikoverlagerung zu Lasten des Lieferanten kann man ausreichende Indizien dafür finden, daß die Überwälzung der deliktsrechtlichen Kontrollpflichten vom Hersteller auf den Lieferanten im Rahmen des „Just-in-Time-Delivery“ wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz unwirksam ist. Doch man muß ein weiteres bedenken, bevor ein endgültiges Urteil gefällt werden kann:

Nachdem in einzelnen zuvor festgestellt worden ist, daß die Kontrollpflichten der §§ 377, 378 HGB einen hohen Gerechtigkeitsgehalt darstellen, ist daraus versicherungsrechtlich unter Berücksichtigung von § 4 I 1 AHB die Konsequenz zu ziehen. Sie bedeutet nämlich: Der Lieferant, der sich damit einverstanden erklärt, anstelle des Herstellers/Bestellers die Warenausgangskontrolle durchzuführen, um den Hersteller/Besteller von seiner Wareneingangskontrollpflicht gemäß §§ 377, 378 HGB zu entlasten, schafft autonom eine Risikolage, die nicht der gesetzlichen entspricht. Folglich genießt er insoweit keinen Deckungsschutz; vielmehr ist der Versicherer berechtigt, sich bei einer derartigen Konstellation auf den Deckungsausschluß gemäß § 4 I 1 AHB mit Erfolg zu berufen. Unter Berücksichtigung der Argumentationskette von *Kullmann*¹⁰², daß zugunsten des Lieferanten ausreichende Haftpflicht- bzw. Produkthaftpflicht-Versicherungsschutz bestehen muß, bedeutet dies zwingend, daß die deliktsrechtliche Delegation der Kontrollpflichten zu Lasten des Lieferanten die Abbedingung von § 4 I 1 AHB einschließen muß. Im Rahmen einer Sondervereinbarung muß sich also der Versicherer damit einverstanden erklären, den Deckungsschutz nicht daran scheitern zu lassen, daß der Hersteller/Besteller auf die Wareneingangskontrolle gemäß §§ 377, 378 HGB verzichtet und mit der Erfüllung dieser Kontrollpflichten den Lieferanten/Versicherungsnehmer belastet.

Aber selbst wenn eine solche Sondervereinbarung erreicht wird, ist damit die Gesamtbetrachtung im Rahmen von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz nicht beendet. Vielmehr muß diese auch in Rechnung stellen, daß — wie bereits angedeutet — das zentrale Risiko für den Lieferanten darin besteht, anstelle des Herstellers zur Durchführung einer Rückrufaktion verpflichtet zu sein — mit der Folge, daß der Hersteller nur noch formell zur Beobachtung des Endprodukts verpflichtet ist, ohne freilich die im Falle eines Mangels gebotenen Abwehrmaßnahmen durchzuführen. Unter dieser Perspektive aber ist entscheidend, daß die Risiken einer Rückrufaktion von der üblichen Betriebshaftpflicht- bzw. Produkthaftpflicht-Versicherung nicht erfaßt werden. Sie sind Gegenstand einer besonderen — freilich: auf die Übernahme der Rückrufkosten — beschränkten Versicherung. Diese läßt indessen das gesamte

102 Fn. 86.

Risiko der Mangelbeseitigung bzw. Ersatzlieferung — bezogen auf das Endprodukt — im Risiko- und Verantwortungsbereich des Lieferanten. Wie die Praxis aber zeigt, sind die Dimensionen solcher Risiken häufig extrem hoch; sie können durchaus die unternehmerische Existenz eines Lieferanten ruinieren — ein Gesichtspunkt, der insbesondere dann gilt, wenn die Lieferpalette klein und die Abhängigkeit zum Hersteller groß ist. Nicht selten kommt es dann dazu, daß gebotene Rückrufaktionen aus naheliegenden, unmittelbar einleuchtenden wirtschaftlichen Erwägungen unterlassen oder nur mit großer Verzögerung durchgeführt werden.

Gerade unter dieser Perspektive ist aber dann auch im Auge zu behalten, daß der Hersteller — jedenfalls: bei erfolgreicher Delegation seiner Kontrollpflichten auf den Lieferanten — berechtigt sein kann, anstelle des Lieferanten eine gebotene Rückrufaktion durchzuführen, um sodann Aufwendungsersatz vom Lieferanten gemäß §§ 683, 670 BGB zu reklamieren. In der Praxis geschieht dies keineswegs selten. Freilich muß in diesem Zusammenhang unterstrichen werden, daß die Judikatur der Instanzgerichte noch auf dem Standpunkt steht, daß ein deliktsrechtlicher Anspruch auf Durchführung einer Rückrufaktion einem nur potentiell geschädigten Produktbenutzer nicht gemäß § 823 BGB zur Seite steht, weil nach dieser Norm präventive Maßnahmen nicht gefordert werden können¹⁰³. Freilich macht die Entscheidung des OLG Karlsruhe¹⁰⁴ von diesem Grundsatz eine Ausnahme. Doch kann der Argumentation des Gerichts nicht beigepllichtet werden, weil diese lediglich auf die Kategorie der Schadensvorsorge beschränkt ist und den — verfehlten — Rechtssatz aufstellt, daß das Ausbleiben eines Schadens „einem Anspruch für sich allein noch nicht entgegensteht“¹⁰⁵. Denn anerkanntermaßen und zwangsläufig setzt die Kompensation eines Schadens — und dies gilt auch für präventive Maßnahmen, die auf § 249 BGB gestützt werden — voraus, daß ein Anspruch besteht¹⁰⁶. Schaden und Anspruch gehören zusammen.

IV. Zusammenfassung

Soweit Hersteller im Rahmen des „Just-in-Time-Delivery“ die Wareneingangskontrollpflichten — und damit auch die Rügeobliegenheiten gemäß §§ 377, 378 HGB — auf den Lieferanten im Rahmen eines Qualitätssicherungssystems abwälzen, liegt ein Verstoß gegen § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz bzw. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz vor. Denn das Produkthaftungsrisiko des Lieferanten wird dadurch extrem — bei gleichzeitiger Entlastung des Herstellers/„Assemblers“ — gesteigert, ohne daß ausreichender Versicherungsschutz zur Verfügung steht. Dies gilt sowohl im Hinblick auf die gesteigerten, vom Lieferanten zu übernehmenden Risiken der Produkthaftung nach ausländischem,

103 OLG Celle, in: *Schmidt-Salzer*, Entscheidungssammlung Produkthaftung, Bd. III, Nr. 2.79; OLG Hamburg, in: *Schmidt-Salzer*, a.a.O., Bd. III, Nr. 2.96.

104 VersR 1986 S. 1125.

105 S. 1127.

106 *Staudinger/Medicus*, § 249 Rdn. 115; *Grunsky*, in: *MünchKomm*, vor § 249 Rdn. 75; im einzelnen auch *Schwenzer*, JZ 1987 S. 1059 ff.

insbesondere us-amerikanischen Recht; nicht minder aber gilt dies, soweit der Lieferant aufgrund des Qualitätssicherungssystems — und der von ihm zu erfüllenden Produktkontrollpflichten — zur Durchführung etwaiger Rückrufaktionen verpflichtet ist. Daß der Hersteller Kosten und Aufwand bei dem System des „Just-in-Time-Delivery“ spart, ist nicht von der Hand zu weisen; doch liegt hierin keine hinreichende Rechtfertigung für eine am dispositiven Recht gemessene abweichende, den Lieferanten unangemessen benachteiligende Risikoverlagerung.