

Produkthaftungshandbuch

von

Prof. Dr. Ulrich Foerste, Thomas Kreifels, Dr. Stefan Mühlbauer, Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf A. Schütze, Carolin Weide,
Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Dr. Harro Wilde, Prof. Dr. Wolfgang Winkelbauer

3. Auflage

[Produkthaftungshandbuch – Foerste / Kreifels / Mühlbauer / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Arztrecht, Haftpflichtrecht, Produkthaftung](#)



Verlag C.H. Beck München 2012

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 60387 7

2. Fristerfordernis

a) Grundsätzliche Erwägungen

Damit der Käufer **weitergehenden Ansprüche/Rechte** im Sinn von § 437 Nr. 2 und 8 Nr. 3 BGB geltend machen darf, ist stets eine **angemessene Frist** gegenüber dem Verkäufer zur Durchführung der Nacherfüllung erforderlich, sofern insoweit nicht ein Ausnahmetatbestand gemäß §§ 281 Abs. 2, 323 Abs. 2, 440 BGB vorliegt. Daraus ergeben sich praktische Folgerungen: Für die Durchführung einer Nacherfüllung im Sinn von § 437 Nr. 1 in Verbindung mit § 439 Abs. 1 BGB bedarf es grundsätzlich keiner Frist; die einzige Schranke, die der Käufer insoweit zu beachten hat, ist die Verjährungsfrist des § 438 BGB. Doch die Wirklichkeit sieht deswegen anders aus, weil dem Käufer – schon bei Geltendmachung seines Nacherfüllungsverlangens – daran gelegen sein wird, sich die weitergehenden Rechte/Ansprüche durch die Setzung einer angemessenen Frist zu sichern, sofern die Nacherfüllung nicht zum Erfolg führt. Nach einer neuen Entscheidung des BGH³⁷ reicht für eine solche Fristsetzung die Aufforderung aus, der Verkäufer möge „umgehend“ die Mängelbeseitigung durchführen. Damit nämlich gibt der Käufer zu erkennen, dass der Verkäufer für die pflichtgemäße Erfüllung nur einen begrenzten Zeitraum zur Verfügung hat; der Angabe eines bestimmten Zeitraums oder eines bestimmten Endtermins bedarf es – so der BGH – nicht.³⁸ Dem Schuldner soll nämlich lediglich vor Augen geführt werden, dass er die Leistung nicht zu einem beliebigen Zeitpunkt bewirken kann, sondern dass ihm – auch bei Verwendung einer solchen Formulierung – lediglich eine begrenzte Zeit zur Verfügung steht.³⁹ Folglich reichen alle Fristsetzungen in der Praxis aus, die von einer „angemessenen Zeit“ sprechen oder welche die Nacherfüllung „umgehend“ oder „so schnell wie möglich“ verlangen.⁴⁰ Setzt der Verkäufer indessen eine **bestimmte Frist**, dann muss diese unter Berücksichtigung aller Umstände gemäß § 281 Abs. 2 bzw. gemäß § 323 Abs. 2 BGB **angemessen** sein – mit der Konsequenz, dass die Rechtsprechung den Satz trägt: Eine zu kurz bemessene Frist setzt eine angemessene in Gang.⁴¹ Das gilt freilich nicht, wenn sich die gesetzte **Frist auf den Beginn** der Nacherfüllung bezieht, weil dann eine sehr kurze Frist in der Regel als angemessen anzusehen ist. Etwas anderes gilt indessen dann, wenn sich die Frist auf den Abschluss der Nacherfüllungsarbeiten bezieht, also eine **Endfrist** darstellt, nach deren Verstreichen dann der Käufer weitergehende Ansprüche/Rechte nach § 437 Nr. 2 und Nr. 3 BGB geltend machen kann. Liegt hingegen der Fall einer **Arglist** vor, dann bedarf es grundsätzlich keiner Fristsetzung, weil in diesen Fällen das Verlangen nach einer Nacherfüllung unzumutbar ist.⁴² Entscheidend ist dann, dass das Vertrauen in die Ordnungsgemäßheit der Nacherfüllung als Folge der Arglist als zerstört anzusehen ist.⁴³ Dann kann der Käufer sogleich nach §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB zurücktreten.⁴⁴ Setzt aber der Käufer gleichwohl eine Nachfrist und beseitigt der Verkäufer fristgerecht den Mangel, dann entfällt das Rücktrittsrecht, weil dann Erfüllung erreicht ist.⁴⁵

Die neue Rechtsentwicklung, wie sie in der Rechtsprechung des BGH in Bezug auf die 9 **Setzung einer kurzen Frist** („umgehend“) reflektiert wird,⁴⁶ ist – wie im Übrigen mit Recht bemerkt wurde⁴⁷ – auch das Ergebnis einer quasi „richtlinienkonformen Aus-

³⁷ BGH NJW 2009, 3153.

³⁸ BGH NJW 2009, 3153.

³⁹ BGH NJW 2009, 3153 (3154); vgl. auch Unberath in Bamberger/Roth § 281 Rn. 16.

⁴⁰ BGH NJW 2009, 3153.

⁴¹ BGH NJW 1985, 2640; BGH NJW 1982, 1279 (1280).

⁴² BGH NJW 2007, 835 (836).

⁴³ BGH NJW 2008, 1371.

⁴⁴ BGH NJW 2010, 1805.

⁴⁵ BGH NJW 2010, 1805.

⁴⁶ BGH NJW 2009, 3153.

⁴⁷ Klein NJW 2009, 3153 (3154).

§ 6 10, 11

1. Teil. Vertragliche Haftung

legung“ von § 323 Abs. 1 BGB. Nach dieser Norm ist zwar die Setzung einer angemessenen Frist erforderlich, während jedoch Art. 3 Abs. 3 Satz 2 und Art. 3 Abs. 5 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie lediglich verlangen, dass die Nacherfüllung innerhalb einer angemessenen Frist erfolgt, anderenfalls der Käufer nach Art. 3 Abs. 5 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie zurücktreten kann.⁴⁸ Daher ist auch aus dieser Perspektive der Ansicht des BGH zuzustimmen. Es wäre nämlich sonst zu einer gespaltenen Auslegung des Fristerfordernisses des § 437 Nr. 2 und Nr. 3 BGB unter Beachtung der Grundnorm des § 323 BGB (und des § 281 BGB) gekommen, wenn der BGH die Anforderung an die Fristsetzung höher angesetzt hätte, als durch die Aufforderung umschrieben, die Mängelbeseitigung solle „umgehend“ erfolgen. Dann hätte nämlich im Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie strengeres Recht gegolten als außerhalb derselben.⁴⁹ Dies aber ist durch die relativ strenge Auslegung, die der BGH an die Angemessenheit der Frist gestellt hat, nicht mehr zu besorgen.

b) Verwendung von AGB-Klauseln

- 10 aa) **Gegenüber einem Verbraucher.** Im Bereich von AGB-Klauseln ist hier die Verbotsnorm des § 308 Nr. 2 BGB ins Auge zu fassen. Danach ist es unwirksam, eine unangemessen lange Frist vorzusehen, bevor der Kunde gegenüber dem AGB-Verwender/Verkäufer berechtigt ist, die weitergehenden Rechte/Ansprüche gemäß § 437 Nr. 2 und Nr. 3 BGB geltend zu machen. Ob man angesichts der vorerwähnten BGH-Judikatur⁵⁰ es freilich noch für zutreffend erachten darf, wenn der AGB-Verwender gegenüber dem **Verbraucher** eine generelle Frist von maximal zwei Wochen setzt,⁵¹ dürfte zweifelhaft erscheinen. Denn zum einen ist darauf aufmerksam zu machen, dass stets eine generell-abstrakte Bewertung stattfindet,⁵² so dass der Käufer dem Verkäufer auf diese Weise lediglich eine solche – konkret-angemessene – Nachfrist setzen muss, damit er letzte Erfüllungshandlungen vornehmen kann, um die Leistung doch noch zu bewirken. Das aber trifft bei Verwendung einer starren Frist keineswegs immer zu: Teils ist sie zu lang, teils dürfte sie aber als zu kurz bemessen anzusehen sein. Aus diesem Grund dürfte es sich **empfehlen** in den Verkaufs-AGB lediglich von einer angemessenen Frist zu sprechen; jegliche Konkretisierung aber ist zweckmäßigerweise zu vermeiden, sofern man nicht die Formulierung des BGH (→ Rn. 8) aufgreift und die Worte „umgehend“ oder „so schnell wie möglich“ vorzieht.⁵³ Aber auch insoweit reicht die Verwendung des Begriffs „angemessen“ allemal aus; dieser Begriff ist in jedem Fall sachgerecht⁵⁴ und von § 308 Nr. 2 BGB nicht zu Fall zu bringen.
- 11 bb) **Unternehmerischer Verkehr.** Geht man davon aus, dass im unternehmerischen Verkehr die Wertung des § 308 Nr. 2 BGB auch im Rahmen von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu berücksichtigen ist,⁵⁵ dann sind insoweit auch die Würfel gefallen; es gilt die gleiche **Empfehlung**, die soeben formuliert wurde. Denn eine kürzere Frist als die, welche der BGH⁵⁶ ins Auge gefasst hat, ist schlechterdings im Rahmen der Angemessenheit nicht denkbar, und zwar unabhängig davon, ob eine solche Fristsetzung in Einkaufs-AGB oder in Verkaufs-AGB Verwendung findet.

⁴⁸ Vgl. auch Grunewald, Kaufrecht, § 9 Rn. 63.

⁴⁹ Zur Kritik an der gespaltenen Auslegung BGH NJW 2002, 1881 (1884) – Heininger; a. M. Habersack/Mayer WM 2002, 653 (655).

⁵⁰ BGH NJW 2009, 3153.

⁵¹ Palandt/Grüneberg § 308 Rn. 12; Erman/Roloff § 308 Rn. 14.

⁵² Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen § 308 Nr. 2 Rn. 6.

⁵³ BGH NJW 2009, 3153 (3154).

⁵⁴ BGH NJW 2009, 3153 (3154).

⁵⁵ Palandt/Grüneberg § 308 Rn. 13a; Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen § 308 Nr. 2 Rn. 10; Erman/Roloff § 308 Rn. 16.

⁵⁶ NJW 2009, 3153 (3154).

III. Umfang der Nacherfüllung

Nach der gesetzlichen Anordnung in § 439 Abs. 2 BGB ist der Verkäufer im Fall eines (berechtigten) Nacherfüllungsverlangens des Käufers verpflichtet, die erforderlichen Aufwendungen zu tragen insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten, welche zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlich werden. Daraus ergeben sich folgende Ableitungen:

1. Aufwendungen

Der Begriff der Aufwendungen ist an § 256 BGB angelehnt. Daraus folgt: Aufwendungen sind stets – im Gegensatz zum Begriff des Schadens – durch die freiwillige Aufopferung von Vermögenswerten im Interesse eines anderen begründet.⁵⁷ Dabei macht es keinen Unterschied, ob diese Aufwendungen beim Käufer oder Verkäufer entstanden sind.⁵⁸ Ziel und Zweck der Vorgängervorschrift von § 439 Abs. 1 BGB – des § 476a BGB a. F. – war es nach Auffassung des BGH,⁵⁹ den Käufer vor einer „Auszehrung seines Nachbesserungsrechts“ zu schützen.⁶⁰ Weiter folgt aus dem Begriff der Aufwendung, dass der Verkäufer verpflichtet ist, diese **unentgeltlich** für den Käufer zu erbringen. Nur so ist der Tatbestand der **Freiwilligkeit** zu interpretieren, den § 256 BGB als Merkmal des Begriffs Aufwendungen ebenfalls voraussetzt.⁶¹ Gleichzeitig ergibt sich dies aber auch dogmatisch aus der **Nacherfüllungspflicht**, die – wie gezeigt – einen modifizierten Erfüllungsanspruch repräsentiert.

2. Umfang der geschuldeten Aufwendungen

Die Regel des § 439 Abs. 2 BGB besagt zunächst lediglich, dass „**insbesondere**“ „Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten“ Gegenstand der Nacherfüllungspflicht des Verkäufers sind. Entscheidend für das Verständnis dieser Norm ist jedoch der Befund, dass der Verkäufer verpflichtet ist, alle **zum Zweck der Nacherfüllung** erforderlich werdenden Aufwendungen zu tragen.⁶² Unterstrichen wird dieses Ergebnis durch die Feststellung, dass die in § 439 Abs. 2 BGB enthaltene Aufzählung der vom Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung zu tragenden Aufwendungen deswegen lediglich **beispielhaft** zu verstehen ist, weil der Gesetzgeber das Wort „**insbesondere**“ an den Anfang der Enumeration gestellt hat. Dabei ist, wie bereits betont, der Umfang der zu tragenden Aufwendungen entscheidend davon abhängig, wo sich der jeweilige Erfüllungsort befindet, an welchem die Nacherfüllung des Verkäufers geschuldet wird (→ Rn. 25).

a) Mangelentdeckung – Mangeluntersuchung

Nach der früheren Rechtsprechung des BGH, die zu § 476a BGB a. F. ergangen ist,⁶³ war der Verkäufer verpflichtet, auch die Kosten der Mangelentdeckung und die der Fehlersuche zu tragen.⁶⁴ Da der Käufer sowohl als Kaufmann im Rahmen der nach § 377 HGB zu beurteilenden Rügeobligieheit als auch im Übrigen (→ § 4 Rn. 65 ff.) lediglich verpflichtet ist, die **Symptome** des jeweiligen Mangels substantiiert dem Verkäufer anzuseigen, können folglich nur die Kosten der **weitergehenden Untersuchungen**, welche dann zur endgültigen Feststellung des Mangels erforderlich werden, von § 439 Abs. 2 BGB erfasst werden. Ist aber mangelhaft geliefert worden, dann wird man im Zweifel die Kosten und Mehraufwendungen, welche zur Konkretisierung des zu rügenden Fehlers im Sinn von § 377 Abs. 1 HGB führen, aber auch die nach § 439 Abs. 1 BGB einem **Schadensersatzanspruch**

⁵⁷ BGH NJW 1989, 2816 (2818); BGH NJW 1973, 46; Palandt/Grüneberg § 246 Rn. 1.

⁵⁸ BGH NJW 1996, 389 (390).

⁵⁹ BGH NJW 1996, 389 (390).

⁶⁰ BGH NJW 1981, 1510.

⁶¹ MüKo/Krüger § 265 Rn. 2.

⁶² Erman/Grunewald § 439 Rn. 6.

⁶³ Faust in Bamberger/Roth § 439 Rn. 21; Palandt/Weidenkaff § 439 Rn. 11.

⁶⁴ BGH NJW 1991, 1604, 1607.

§ 6 15 a–16

1. Teil. Vertragliche Haftung

nach § 437 Nr. 3 BGB zuweisen müssen, der jedoch ein Verschulden nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB regelmäßig voraussetzt.⁶⁵ Denn die Anspruchsgrundlage des § 439 Abs. 1 und Abs. 2 BGB greift ja erst dann ein, wenn der Tatbestand einer vom Verkäufer zu übernehmenden Nacherfüllungspflicht feststeht. Das führt zu folgenden Gesichtspunkten:

b) Aus- und Einbaukosten

- 15 a Ausgangspunkt aller nachfolgend anzustellenden Erwägungen ist das Urteil des EuGH vom 16. 6. 2011.⁶⁶ Ergangen ist diese Entscheidung auf Grund einer Vorlage des BGH.⁶⁷ Zugrunde liegt die autoritative Interpretation von Art. 3 Abs. 2 und 3 der Verbrauchsgüterlauf-Richtlinie. Im Kontext einer nach § 439 Abs. 1 BGB durchzuführenden Ersatzlieferung – Fliesen – geht es darum, ob der Verkäufer im Fall der Mangelhaftigkeit auch verpflichtet ist, die anfallenden Aus- und Einbaukosten zu tragen, und zwar gerade auch in den Fällen, in denen der Verkäufer auf Grund des mit dem Kunden abgeschlossenen Kaufvertrages nicht verpflichtet war, den Einbau des Verbrauchsguts vorzunehmen. Der EuGH bejaht diese Frage uneingeschränkt, erklärt also, dass die anfallenden Aus- und Einbaukosten in jedem Fall vom Verkäufer zu tragen sind, wenn und soweit er im Rahmen der ersten Andienung eine mangelhafte Sache geliefert hatte, so dass nunmehr Aus- und Einbaukosten anfallen, um die Vertragsgemäßheit der geschuldeten Vertragspflicht sicherzustellen.⁶⁸
- 15 b aa) **Verbrauchsgüterkauf.** Liegen die Voraussetzungen eines Verbrauchsgüterkaufs nach den §§ 474ff. BGB vor, dann besteht kein Zweifel, dass der Entscheidung des EuGH zu folgen ist: Gleichgültig, ob es sich um die Aufwendungen handelt, die als Folge des Ausbaus einer mangelhaften Sache anfallen oder ob sie das Ergebnis des Einbaus einer mangelfreien Sache sind, stets handelt es sich um Ansprüche, welche im Rahmen von § 439 Abs. 2 BGB dem Bereich der Nacherfüllung, nicht aber dem des Schadensersatzes⁶⁹ zuzuweisen sind. Bezogen auf den vom EuGH entschiedenen Fall lässt sich plastisch sagen: Der Lieferant mangelhafter Fliesen haftet genauso wie der Verleger mangelbehafteter Fliesen.⁷⁰ Auf ein wie auch immer geartetes Verschulden des Verkäufers kommt es in diesem Kontext nicht an. Zu Grunde liegt eine richtlinienkonforme Auslegung⁷¹ von § 439 Abs. 1 BGB.
- 15 c bb) **Reichweite des Urteils.** Es stellt sich – vorbehaltlich einer gegenteiligen Entscheidung des deutschen Gesetzgebers – die Frage, ob denn die gleiche Konsequenz auch für den **unternehmerischen Bereich** angezeigt ist. Dafür spricht einiges, weil die der Entscheidung zugrunde liegende Norm des § 439 Abs. 2 BGB auch ungekürzt im unternehmerischen Bereich gilt. Doch kann man auch mit sehr guten Gründen der Auffassung von Lorenz folgen und insoweit den Standpunkt vertreten, dass eine gespaltene Auslegung der Norm des § 439 Abs. 2 BGB in Betracht zu ziehen ist.⁷² Das bedeutet konkret, dass es im Bereich des unternehmerischen Verkehrs bei der früheren Rechtsprechung des BGH verbleibt.⁷³ Doch ist dies jetzt wegen der richtlinienkonformen Auslegung von § 439 Abs. 1 BGB zweifelhaft.⁷⁴
- 16 cc) **Unternehmerischer Verkehr.** Nach früherer Auffassung des BGH⁷⁵ schuldet der Verkäufer mangelhafter Sachen im Zuge der Nacherfüllung – jedenfalls soweit eine **Er-**

⁶⁵ Vgl. BGH NJW 2008, 2837 – Parkettstäbe.

⁶⁶ EuGH NJW 2011, 2269 – Gebr. Weber GmbH ./. Wittmer; hierzu auch Lorenz NJW 2011, 2241ff.; Rodemann/Schwenker ZfBR 2011, 634ff.

⁶⁷ BGH NJW 2009, 1660 – Fliesen.

⁶⁸ Hierzu auch Lorenz NJW 2011, 2241 (2242f.).

⁶⁹ So aber BGH NJW 2008, 2837 – Parkettstäbe.

⁷⁰ So mit Recht Lorenz NJW 2011, 2241 (2243).

⁷¹ BGH BB 2012, 792.

⁷² Lorenz NJW 2011, 2241 (2244).

⁷³ BGH NJW 2008, 2837 – Parkettstäbe; vgl. aber auch Purnhagen EuZW 2011, 626; Augenhofer/Appenzeller/Holm JuS 2011, 680.

⁷⁴ BGH BeckRS 2012, 04376.

⁷⁵ BGH NJW 2008, 2837 – Parkettstäbe.

§ 6. Nacherfüllung im Kaufrecht

17 § 6

satzlieferung gemäß § 439 Abs. 1 BGB in Rede steht – nur die Lieferung einer mangelfreien neuen Sache, also lediglich die Verschaffung von Besitz und Eigentum an einer mangelfreien Kaufsache. Für diesen argumentativen Ansatz ist die Feststellung entscheidend, dass sich nach Auffassung des BGH der Nacherfüllungsanspruch mit dem Erfüllungsanspruch deckt.⁷⁶ Zur Konsequenz hat dies, dass die Ersatzlieferung eine vollständige „**Wiederholung der Leistungen**“ erfordert, zu denen sich der Verkäufer gegenüber dem Käufer nach § 433 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BGB verpflichtet hatte.⁷⁷ Soweit daher weitergehende Kosten anfallen, wie etwa bei der erforderlichen Neuverlegung von Parkettstäben, kann der Käufer Ersatz dieser Kosten nur verlangen, soweit ein **Schadensersatzanspruch** gemäß § 437 Nr. 3 BGB in Verbindung mit § 280 Abs. 1 BGB in Betracht kommt.⁷⁸ Notwendigerweise setzt dies im Sinn von § 276 Abs. 1 BGB voraus, dass der Verkäufer den Mangel der gelieferten Sache zu vertreten hat. Umgekehrt: Der Verkäufer haftet nicht, wenn er den Nachweis gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB erbringen kann, dass ihm diese Pflichtverletzung im Sinn eines Vertretenemüssens nicht anzulasten ist. Dies ist grundsätzlich dann anzunehmen, wenn der Verkäufer die Funktion eines **Händlers** hatte, weil der Hersteller – in seinem Verhältnis zum Verkäufer/Händler – nicht als Erfüllungsgehilfe im Sinn von § 278 BGB zu qualifizieren ist.⁷⁹ Denn den Händler/Verkäufer trifft in seinem Verhältnis zum Hersteller lediglich die allgemeine kaufvertragliche Untersuchungs- und Rügeobligationen des § 377 HGB, regelmäßig aber keine weitergehende Prüf- oder Untersuchungspflicht, soweit der Verkäufer/Händler hierzu keinen besonderen Anlass hatte, etwa weil Bedenken an der Zuverlässigkeit des Herstellers/Lieferanten aufgrund früherer Lieferungen bestanden. Der gleiche grundsätzliche Ansatz wird aber auch dann als zutreffend anzusehen sein, wenn man die allgemeine Pflicht zur Mängelbeseitigung ins Auge fasst. Denn auch hier ist es so, dass sich dieser Anspruch mit dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch deckt, so dass weitergehende Kosten/Aufwendungen nicht dem Bereich dieses Anspruchs, sondern dem eines Schadensersatzanspruchs nach § 437 Nr. 3 BGB zuzuweisen sind.

dd) Weiterführende Gesichtspunkte. Es ist also von entscheidender Bedeutung, dass der BGH auf Grund einer richtlinienkonformen Auslegung⁸⁰ den Nacherfüllungsanspruch uneingeschränkt dem Erfüllungsanspruch gleich ordnet. Diese Aussage hat erhebliche Bedeutung um festzulegen in welchem Umfang der Verkäufer verpflichtet ist, Mängelbeseitigungsaufwendungen (Ersatzlieferung eingeschlossen) zu übernehmen. Entscheidend hängt diese Antwort zunächst von dem jeweiligen **Erfüllungsort** ab.⁸¹ Daher ist darauf aufmerksam zu machen, dass Ausbau- und Einbaukosten sowie alle sonstigen Aufwands- und Kostenpositionen – innerhalb des strengen Erfüllungsbereichs – nicht der Kategorie des Schadensersatzanspruchs gemäß § 437 Nr. 3 BGB zugeordnet werden. Dies gilt etwa für den **Nutzungsausfall**, den der Käufer in der Zwischenzeit als Folge der Mängelhaftigkeit der Sache erleidet⁸² aber auch etwa für Zulassungs- und Überführungskosten beim Kraftfahrzeugkauf, welche etwa aufgrund der Mängelhaftigkeit des Fahrzeugs nutzlos werden und für das Ersatzfahrzeug angefallen sind,⁸³ allerdings nicht die **Vertragskosten** im Sinn von § 467 Satz 2 BGB a.F.⁸⁴ Doch unterscheidet der BGH das Urteil in Sachen **Parkettstäbe** auch noch gegenüber seinem Urteil vom 9. 3. 1983.⁸⁵ Dort hatte er die Kosten für die Verlegung mangelhafter **Dachziegel** als Vertragskosten gemäß § 467 Satz 2 BGB a.F.

⁷⁶ BGH NJW 2008, 2837 (2838) – Parkettstäbe; hierzu auch Förster ZIP 2011, 1493.

⁷⁷ BGH NJW 2008, 2837.

⁷⁸ BGH NJW 2008, 2837 – Parkettstäbe: 2. Leitsatz.

⁷⁹ BGH NJW 1967, 1903 – TREVIRA; BGH NJW 2008, 2837 (2840) – Parkettstäbe.

⁸⁰ BGH BeckRS 2012, 04376.

⁸¹ Hierzu Schüssler/Ferrer MDR 2011, 1077 – Beachtung von EuGH NJW 2011, 2269.

⁸² BGH NJW 2008, 911; BGH NJW 2008, 2837 (2839) – Parkettstäbe.

⁸³ BGH NJW 2005, 2848.

⁸⁴ BGH NJW 2008, 2837 (2839).

⁸⁵ BGH NJW 1983, 1479 – Dachziegel.

§ 6 18, 19

1. Teil. Vertragliche Haftung

qualifiziert, so dass der Verkäufer auch diese Kosten im Fall der Wandelung des Kaufvertrages – verschuldensunabhängig – schuldete. Dem ist jetzt nicht mehr zu folgen. Doch ist eine weitere Eingrenzung mit Blick auf den Aufwendungserstattungsanspruch gemäß § 284 BGB geboten: Nach dieser Norm kann der Gläubiger Ersatz der Aufwendungen vom Schuldner verlangen, die er im Vertrauen auf die Mangelfreiheit der gelieferten Sache begründet hat.⁸⁶ Voraussetzung ist insoweit, dass dieser Anspruch **anstelle** des Schadensersatzanspruchs statt der Leistung steht, so dass insoweit stets alle Voraussetzungen des § 281 BGB erfüllt sein müssen.⁸⁷ Daran wird es regelmäßig fehlen, soweit lediglich die Lieferung einer mangelhaften Sache in Rede steht, sofern nicht der Käufer dem Verkäufer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hat. In der Praxis wird dies regelmäßig dazu führen, dass erst die Voraussetzungen eines **Fehlschlagens** der Nacherfüllung gemäß § 440 BGB zu bejahen sind, um den Anwendungsbereich von § 284 BGB zu eröffnen.

- 18 **ee) Ausbaukosten.** Mit Nachdruck ist erneut darauf hinzuweisen, dass die Entscheidung des BGH in Sachen Parkettstäbe⁸⁸ nur die Kosten für die **Neuverlegung** der mangelfreien Parkettstäbe dem Schadensersatzrecht nach § 437 Nr. 3 BGB zuordnet. Ob das gleiche auch dann gilt, wenn lediglich der Ausbau der mangelhaften Sache in Rede steht, ist offen, aber unter Berücksichtigung der Norm des § 439 Abs. 4 BGB zu beantworten. Der BGH⁸⁹ hat diese Frage zur Entscheidung dem EuGH vorgelegt. Der Generalanwalt hat sich am 18. 5. 2010 dafür ausgesprochen,⁹⁰ dass die Vorschriften der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie die Kosten des Ausbaus einer mangelhaften Sache nicht erfassen. Dem ist zu folgen, obwohl der EuGH für den Bereich des Verbrauchsgüterkaufs anders entschieden hat (Rn. 15 b f.). Dem ist jetzt der BGH gefolgt.⁹¹ Wenn nämlich auch in diesen Fällen – als Folge des Ausbaus – die Rückgabe der mangelhaften Sache im Rahmen einer **Ersatzlieferung** geschuldet ist, dann folgt bereits aus der **Rücknahmepflicht**, dass der Verkäufer auch die Kosten für die Beseitigung, d.h. den Ausbau der mangelhaften Sache schuldet.⁹² Diese Auffassung wird freilich in der Literatur auch anders gesehen.⁹³ Das zentrale Argument zielt darauf ab, dass hier etwa anfallende Beseitigungs- und Ausbaukosten der mangelhaften Sache mehr sind als die reine Nachholung der Lieferung, so dass auch der Nacherfüllungsanspruch diese Kosten und Aufwandspositionen mit umfasst.⁹⁴ Freilich ist im Gegenzug darauf hinzuweisen, dass die Rechtsprechung des BGH⁹⁵ den Erfüllungsort für die Rücknahmepflicht des Verkäufers dort angesiedelt hat, wo die Sache sich – vertragsgemäß – befand, so dass auch die Demontagekosten von dieser Pflicht erfasst wurden.⁹⁶
- 19 **ff) Ergänzende Bemerkungen: Einbaukosten.** Das OLG Karlsruhe⁹⁷ ist der Auffassung des BGH⁹⁸ gefolgt und hat die Kosten für den erneuten Einbau einer mangelfreien Sache dem Anwendungsbereich des Schadensersatzrechts nach § 437 Nr. 3 BGB unterworfen. Demgegenüber hat sich in der Literatur vor allem *Faust*⁹⁹ vor Erlass des EuGH-

⁸⁶ Palandt/Grüneberg § 284 Rn. 5.

⁸⁷ BGH NJW 2008, 2837 (2840) – Parkettstäbe.

⁸⁸ BGH NJW 2008, 2837.

⁸⁹ BGH NJW 2009, 1660 – Fliesen.

⁹⁰ BeckRS 2010, 90583.

⁹¹ BGH BB 2012, 792.

⁹² Faust in Bamberger/Roth § 439 Rn. 31; MüKo/Westermann § 439 Rn. 13; Palandt/Weidenkaff § 439 Rn. 11; Schneider/Katterndahl NJW 2007, 2215 (2216).

⁹³ Erman/Grunewald § 439 Rn. 5; Thürmann NJW 2006, 3457 (3460).

⁹⁴ So ausdrücklich Erman/Grunewald § 439 Rn. 5.

⁹⁵ BGH NJW 1983, 1479 (1480) – Dachziegel.

⁹⁶ Vgl. OLG Köln NJW-RR 2006, 677; OLG Frankfurt ZGS 2008, 315; Faust JuS 2008, 933 (934).

⁹⁷ OLG Karlsruhe NJW-RR 2009, 777.

⁹⁸ BGH NJW 2008, 2837 – Parkettstäbe.

⁹⁹ Faust in Bamberger/Roth § 439 Rn. 18f.; derselbe JuS 2008, 933; vgl. auch Terrahe, VersR 2004, 680 (682).

§ 6. Nacherfüllung im Kaufrecht

20, 21 § 6

Urteils¹⁰⁰ dafür ausgesprochen, das Recht des Käufers im Sinn von § 439 Abs. 2 BGB auch auf die Herstellung des Zustands auszudehnen in dem sich die (mangelhafte) Sache im Zeitpunkt der Nacherfüllung befindet.¹⁰¹ Zur Konsequenz hat diese Ansicht, dass alle Veränderungen aufrecht zu erhalten oder wieder herzustellen sind, „die der Käufer schon an der Kaufsache vorgenommen hatte“.¹⁰² In diesem Kontext ist auch hervorzuheben, dass der BGH – freilich: im Rahmen des (alten) Werkvertragsrechts – verschiedentlich entschieden hat, dass die Mängelbeseitigung zum Nulltarif erfolgen müsse, so dass auch die Kosten der Nacherfüllung insgesamt dem Werkunternehmer anzulasten sind.¹⁰³ Etwa bei Rohrleitungen, die unter der Straße verlegt worden waren, war das Aufreißen der Straßendecke, das Aufgraben des Erdreichs, das Freilegen der Leckstellen sowie die Entfernung der Isolierung und die Anbringung einer neuen Isolierung, das Verfüllen des Rohrgrabes, das Verdichten des Erdreichs und die Wiederherstellung der Straßendecke notwendiger Bestandteil der Erfüllungspflichten im Rahmen der Mängelbeseitigung.¹⁰⁴ Demzufolge wurde auch eine Parallel zwischen § 439 Abs. 2 BGB auf der einen und § 476a BGB a. F. auf der anderen Seite geschlagen.¹⁰⁵ Die so etablierte Parallel zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht diente daher auch im Rahmen der kaufrechtlichen Mängelhaftung dazu, alle Kosten/Aufwendungen, welche zum Zweck der Mängelbeseitigung erforderlich waren, dem Käufer aufzuerlegen, so dass er durch die Nacherfüllungspflicht des Verkäufers in keiner Weise zusätzlich belastet wurde, und zwar gleichgültig, was er mit der (mangelhaften) Kaufsache getan hat, ob er sie z. B. verlegt, eingebaut oder montiert hat.

Ein wesentlicher **Gesichtspunkt** liegt im Übrigen auch darin, dass Art. 3 Abs. 3 und 20 Abs. 4 der Verbrauchsgüter-Kauf-Richtlinie die **Unentgeltlichkeit** der Nacherfüllung ins Auge gefasst hat.¹⁰⁶ Dem ist der BGH jetzt nach Vorlage an den EuGH nach Art. 234 Abs. 3 EG gefolgt.¹⁰⁷

c) Eigene Auffassung

Geht man davon aus, dass der Verkäufer – vor allem beim Verkauf einer Gattungssache – verpflichtet ist, die **Beschaffung** einer mangelfreien Sache zu gewährleisten und dem Käufer Eigentum und Besitz zu verschaffen, dann ist die darin konkretisierte **Erfüllungspflicht** auch für die Nacherfüllungspflicht gemäß § 439 Abs. 1 BGB die Richtschnur. Bezogen auf die **Ausbaukosten** einer mangelhaften Sache gilt daher nicht § 439 Abs. 4 BGB, so dass auch die insoweit in Stellung gebrachten Rücktrittsvorschriften der §§ 346ff. BGB die damit zusammenhängenden Kosten/Aufwendungen¹⁰⁸ nicht einschließen, sondern dem Bereich des Erfüllungsanspruchs nach § 439 Abs. 1 BGB zuweist.¹⁰⁹ In gleicher Weise sind die **Kosten der Neuverlegung, Remontage, Einbau** etc., die bei Lieferung einer mangelfreien Ersatzsache erforderlich werden, nur unter dem Gesichtswinkel des Erfüllungsan-

¹⁰⁰ EuGH NJW 2011, 2269; hierzu auch Förster ZIP 2011, 1493 ff. – der für eine Gesetzesänderung (1500) eintritt.

¹⁰¹ So auch Ball MZV 2004, 217 (218).

¹⁰² Faust in Bamberger/Roth § 439 Rn. 18; a. M. MüKo/Westermann § 439 Rn. 13; Thürmann NJW 2006, 3457 (3460); Lorenz ZGS 2004, 408 (419).

¹⁰³ BGH NJW 1963, 805 (806); BGH NJW 1979, 2095 (2096) – Entfernung des Teppichbodens, Aufstemmen des Estrichs, Ausräumen der Perlite-Schüttung, Abtransport des Bauschutts, Verlegung des neuen Estrichs und Teppichbodens sowie anfallende Reinigungs- und Malerarbeiten.

¹⁰⁴ BGH NJW 1972, 1280; hierzu auch Faust in Bamberger/Roth § 439 Rn. 19.

¹⁰⁵ Graf von Westphalen in Hessler/Graf von Westphalen, Praxis der Schuldrechtsmodernisierung, § 439 Rn. 13.

¹⁰⁶ Faust JuS 2008, 933 (935).

¹⁰⁷ BGH BB 2012, 792; vgl. Witt ZGS 2008, 369; im Übrigen auch Katzenstein ZGS 2008, 450 (455).

¹⁰⁸ MüKo/Westermann § 439 Rn. 13; Palandt/Weidenkaff § 439 Rn. 11; im Übrigen auch Katzenstein ZGS 2008, 450 (451).

¹⁰⁹ BGH BB 2012, 792; EuGH NJW 2011, 2269.

§ 6 22, 23

1. Teil. Vertragliche Haftung

spruchs nach § 439 Abs. 2 BGB gegenüber dem Verkäufer zu reklamieren. Regelmäßig dürfte es sich hierbei auch noch um einen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 2 BGB handeln, wenn Verzug mit der Nacherfüllung vorliegt. Hat hingegen der Käufer dem Verkäufer erst dann eine angemessene Frist erfolglos zur Durchführung der Nacherfüllung gesetzt, dann kommt Schadensersatz nach § 281 BGB in Betracht; der Aufwendungsersatzanspruch nach § 284 BGB hat dann ebenfalls seine praktische Bedeutung, sofern der Käufer Aufwendungen im Vertrauen auf die ordnungsgemäße Durchführung der Nacherfüllung geleistet hat, die nunmehr frustriert sind.¹¹⁰

- 22 Was hier für die Ersatzlieferung prototypisch dargestellt wurde, gilt in gleicher Weise auch für alle sonstigen Fälle der Nacherfüllung insbesondere für die nach § 439 Abs. 1 BGB ins Auge zu fassende **Mangelbeseitigung**. Auch hier kommen Aus- und Einbaukosten ohne Weiteres in Betracht, sofern lediglich ein Teil der gelieferten Kaufsache Mangelbeseitigungsauwendungen nach § 439 Abs. 2 BGB auslöst, etwa dann, wenn der Aus- und Einbau eines Motors erforderlich ist, um ein defektes Ventil durch Neulieferung dieses Einzelteils zu beseitigen. Im Übrigen aber gilt auch hier die Haftung auf Schadensersatz nach § 437 Nr. 3 BGB nur dann, sofern weitergehende Schäden außer Aus- und Einbau entstehen. Die erforderlichen Ausbau- und Einbaukosten unterfallen also immer dem Anwendungsbereich des Nacherfüllungsanspruch nach § 439 Abs. 2 BGB. Gerade wenn man bedenkt, dass der EuGH hier die vom BGH¹¹¹ ihm vorgelegte Frage anders entschieden hat als dies der Generalanwalt vorgeschlagen hatte,¹¹² dann wird man, wie dies der BGH schließlich getan hat,¹¹³ eine richtlinienkonforme Auslegung von § 439 Abs. 1 BGB befürworten. Denn die Normen des Verbrauchsgüterkaufs regeln den unternehmerischen Verkehr und den Kauf zwischen Verbraucher und Verbraucher. Das entspricht auch der allgemeinen Systematik der §§ 434ff. BGB, dass nämlich die Bestimmungen der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie auch uneingeschränkt auf alle anderen Anwendungsfälle zu übertragen sind. Freilich hat der Gesetzgeber auf Grund der ähnlich gelagerten Quelle-Entscheidung¹¹⁴ durch eine Novelle in § 474 Abs. 2 Satz 1 BGB anders reagiert und dort eine Sonderregelung für den Verbraucherverkehr geschaffen. Das könnte auch hier bald zutreffen.

d) Weiterfressender Schaden

- 23 **Umstritten** ist die Antwort auf die Frage, ob der Anspruch auf Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 1 BGB auch die Fälle erfasst in denen – Anspruchskonkurrenz ist hier die Voraussetzung – ein weiterfressender Schaden im Sinn von § 823 Abs. 1 BGB (→ § 21 Rn. 25ff.) vorliegt. Typisch für dieses Erscheinungsbild ist ja der Befund, dass der Mangel nach Gefahrenübergang einen weitergehenden Schaden an Rechtsgütern des Käufers – regelmäßig an dessen Eigentumsrechten – verursacht. Das Äquivalenzinteresse deckt sich – das kann man auch unter dem Gesichtswinkel des Gebots der „Stoffgleichheit“¹¹⁵ sagen – nicht mit dem Schaden, der das Integritätsinteresse des Käufers betrifft.¹¹⁶ Würde man hier – rein formal – argumentieren, so wäre der Verkäufer lediglich verpflichtet, Nacherfüllung im Sinn von § 439 Abs. 1 BGB unentgeltlich zu bewirken. Der weitergehende Schaden würde dann lediglich deliktsrechtlich gemäß § 823 BGB reklamiert werden, was indessen ein Verschulden voraussetzt. *Grunewald*¹¹⁷ ist der Auffassung, dass der Nacherfüllungsanspruch nicht soweit führt, dass auch **Folgeschäden** erfasst werden, und zwar auch solche nicht, die selbst an der Kaufsache entstanden sind. Dies wird jedoch überwiegend anders

¹¹⁰ Palandt/Grüneberg § 284 Rn. 4.

¹¹¹ BGH NJW 2009, 1660 – Fliesen.

¹¹² EuGH NJW 2011, 2269; Generalanwalt Mażalz BeckRS 2010, 90583.

¹¹³ BGH BB 2012, 792.

¹¹⁴ BGH NJW 2006, 3200; EuGH NJW 2008, 1433.

¹¹⁵ BGH NJW 2005, 1423 – Bauwerk; BGH NJW 2001, 1346 – Schlacke.

¹¹⁶ BGH NJW 1998, 2282 – Tieflader.

¹¹⁷ Erman/Grunewald § 439 Rn. 2.