

## Rundschreiben 08/2014

### Thema: Umfang des Nacherfüllungsrechts bei mangelhaften Waren / Kaufrecht

#### 1. Einleitung

Eines der am heftigsten umstrittenen Fragen der letzten Jahre war, welchen Umfang das Nacherfüllungsrecht des Käufers bei mangelhafter Ware hat. Im Kern ging es hier um die Frage, ob und inwieweit Ein- und Ausbaurkosten ersatzfähig sind, wenn Materialien erworben wurden, die dann später in ein Bauwerk eingebaut worden sind. Hierbei wurden höchst unterschiedliche Meinungen vertreten, zuletzt war die Frage offen, ob die Rechtsprechung des BGH zwischen Verbraucher und Unternehmer als Käufer unterschiedlich ist oder nicht. Wir hatten bereits in einem Rundschreiben aus der Vergangenheit diese Frage angeschnitten und eine Einschätzung gegeben. Zwischenzeitlich wurde die Rechtsfrage geklärt, was nachfolgend chronologisch dargestellt wird.

#### 2. Nacherfüllung

##### Nacherfüllungsanspruch, §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB

##### A. Voraussetzungen

- I. Wirksamer Kaufvertrag über eine Sache
- II. Die Kaufsache muss bei **Gefahrübergang** mit einem **Sachmangel**, § 434 BGB, oder beim Erwerb mit einem **Rechtsmangel**, § 435 BGB, behaftet sein

##### B. Kein Ausschluss oder Einschränkung des Nacherfüllungsanspruchs

##### C. Rechtsfolge: Nach § 439 Abs. 1 BGB hat der **Käufer** bei der Nacherfüllung das Wahlrecht, ob er Beseitigung des Mangels oder Lieferung einer mangelfreien Sache verlangt.

##### D. Die Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs, § 438 BGB

Im Vordergrund der kaufrechtlichen Gewährleistung steht der **Nacherfüllungsanspruch** aus §§ 437 Nr. 1, 439 BGB.

Nach diesen Vorschriften hat der Käufer gegen den Verkäufer einen Anspruch auf Nacherfüllung, der sich nach **Wahl des Käufers** auf die **Beseitigung des Mangels** oder die **Lieferung einer mangelfreien Sache** richtet. Der Nacherfüllungsanspruch stellt einen modifizierten Erfüllungsanspruch dar<sup>1</sup>. Der Verkäufer schuldet gemäß **§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB** eine mangelfreie Sache und hat somit durch die Lieferung einer mangelhaften Sache nicht

<sup>1</sup> Palandt/Weidenkaff, § 439 BGB, Rn. 1; Bamberger/Roth/Faust § 439 BGB, Rn. 6

ordnungsgemäß erfüllt. Der Anspruch ist modifiziert, da er nicht mehr auf Lieferung, sondern auf Nachlieferung oder Nachbesserung gerichtet ist. Zudem unterliegt der Anspruch nicht mehr den allgemeinen Verjährungsregeln, sondern den speziellen des § 438 BGB.

### 2.1. Umfang des Nacherfüllungsanspruchs

Vielfach stellt sich die Frage, **welche Aufwendungen der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung zu tragen hat, § 439 Abs. 2 BGB.**

Der Wortlaut der Vorschrift lautet:

#### § 439 Abs. 2 BGB

*(2) Der Verkäufer hat die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen.*

Umstritten ist der Umfang des Nacherfüllungsanspruchs. Dazu sollen aller erforderlichen Aufwendungen gehören. Die Aufzählung ist im Gesetz beispielhaft („insbesondere“). Dazu gehört auch der Aufwand zum Auffinden der Ursache<sup>2</sup>, Sachverständigengutachten und Rechtsanwaltskosten<sup>3</sup>, Transport- und Versandkosten<sup>4</sup>.

Bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache stellt sich dann die Frage, wer den Ausbau der mangelhaften Kaufsache und den Einbau der fehlerfreien Sache vornehmen muss bzw. wer die Kosten zu tragen hat.

Diese alltägliche Problematik ist in der Literatur umstritten und geht zurück auf die Dachziegel-Entscheidung des BGH<sup>5</sup>, war Gegenstand mehrerer sog. Fliesen-Entscheidungen von OLG<sup>6</sup> und ist durch die Parkettstäbe-Entscheidung des BGH<sup>7</sup> teilweise höchstrichterlich entschieden worden. Auch die neueste BGH-Entscheidung<sup>8</sup> zu dem Problem bringt jedenfalls im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs für die Praxis noch keine endgültige Klarheit, da der BGH die Frage der richtlinienkonformen Auslegung des § 439 Abs. 3 BGB dem EuGH vorgelegt hat.

Strittig ist, ob die Kosten des Ausbaus der Kaufsache vom Verkäufer zu tragen sind.

- Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung<sup>9</sup> erschöpft sich die Nacherfüllungspflicht des Verkäufers darin, **eine mangelfreie Sache an den Käufer zu liefern**. Er ist weder zum Einbau noch zum Ausbau und daher auch nicht zur Tragung der erforderlichen Kosten verpflichtet.
- Nach herrschender Meinung<sup>10</sup> ist der Verkäufer bei der Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache grundsätzlich zum Ausbau der mangelhaften Kaufsache aus der anderen Sache, in die sie bestimmungsgemäß eingebaut worden ist, verpflichtet. Zur Begründung wird unter anderem unter Bezugnahme auf die „Dachziegel-Entscheidung“ des BGH<sup>11</sup> ausgeführt, dass die Nacherfüllung dazu diene, die Kaufsache in den

<sup>2</sup> BGH NJW 1991, 1604 für die Altfassung § 476 BGB

<sup>3</sup> BGH NJW-RR 1999, 813

<sup>4</sup> BGH NJW 2011, 2278

<sup>5</sup> BGHZ 87, 104

<sup>6</sup> OLG Karlsruhe ZGS 2004, 432; OLG Köln NJW-RR 2006, 607; OLG Frankfurt RÜ 2008, 352

<sup>7</sup> BGH, Ur. v. 15.07.2008 – VIII ZR 211/07, RÜ 2008, 549

<sup>8</sup> BGH, Beschl. v. 14.01.2009 – VIII ZR 70/08, RÜ 2009, 142

<sup>9</sup> Thürmann NJW 2006, 3457, 3460

<sup>10</sup> OLG Frankfurt, Ur. v. 14.02.2008 – 15 U 5/07, RÜ 2008, 352; Bamberger/Roth/Faust § 439 BGB, Rn. 13. m. w. N.

<sup>11</sup> BGHZ 87, 104 f. Bei dem sog. Dachziegelfall hatte der BGH vor der Neuregelung des Schuldrechts bei der Rückabwicklung des Kaufvertrags dem Käufer einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für den Ausbau mangelhafter

vertragsgemäßen Zustand zu versetzen, und dass der Käufer so gestellt werden müsse, wie er stünde, wenn er von Anfang an eine mangelfreie Sache erhalten hätte. Zu beachten sei auch, dass mit dem Recht des Verkäufers zur Rücknahme der mangelhaften Sache im Fall der Ersatzlieferung (§ 439 Abs. 4 BGB i. V. m. §§ 346 – 348 BGB) eine Rücknahmepflicht des Verkäufers korrespondiere<sup>12</sup>.

- Nach einer Entscheidung des BGH<sup>13</sup> zählen die **Kosten des Ausbaus** der mangelhaften Sache jedenfalls nach nationalem Recht nicht zu den vom Verkäufer zu tragenden Nacherfüllungsaufwendungen, wenn die Sache durch den Einbau wesentlicher Bestandteil einer anderen Sache geworden ist.

Strittig ist, ob die Kosten des Einbaus der Kaufsache vom Verkäufer zu tragen sind.

Hat der Käufer die Kaufsache selbst eingebaut oder sie von einem Unternehmer einbauen lassen, stellt sich bei Mangelhaftigkeit nicht nur die Frage der Ausbaukosten, sondern auch die Frage des Neueinbaus der nachgelieferten Kaufsache. Teilweise wird angenommen, der Käufer habe auch einen Anspruch auf erneuten Einbau der Kaufsache<sup>14</sup>. Der Käufer könnte im Rahmen der Nacherfüllung nicht nur Herstellung desjenigen Zustands verlangen, in dem sich die Kaufsache bei Vertragsschluss hätte befinden sollen, sondern Herstellung desjenigen Zustands, in dem sie sich zum Zeitpunkt der Nacherfüllung befände, wenn sie mangelfrei gewesen wäre.

Demgegenüber lehnt die herrschende Meinung<sup>15</sup> einen Anspruch des Käufers auf Einbau der nachgelieferten Kaufsache ab. Der Nacherfüllungsanspruch aus § 439 Abs. 1 BGB, sei ein modifizierter Erfüllungsanspruch. Schuld der Verkäufer schon ursprünglich keinen Einbau, so könne der Nacherfüllungsanspruch die Verkäuferpflichten nicht erweitern.

### Zwischenergebnis

Die vorgestellten Rechtsauffassungen aus Rechtsprechung und Literatur ergeben eine „bunte Meinungsvielfalt“.

Im Ergebnis war die bisherige Auffassung so, dass:

- der Verkäufer im Rahmen der verschuldensunabhängigen Nacherfüllung die Kosten des Aus- und Einbaus nicht tragen muss, da der Nacherfüllungsanspruch sich nur auf die ursprüngliche Leistung bezieht, somit der Verkäufer gegenüber dem Käufer im Rahmen der Nacherfüllung auch nicht mehr verschuldensunabhängig leisten muss, als ursprünglich geschuldet. Dies erschöpft sich in der Lieferung eines mangelfreien Materials (modifizierter Erfüllungsanspruch).
- Die Kosten des Ein- und Ausbaus kann der Käufer vom Verkäufer nur dann verlangen, wenn die Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruches bestehen. Ein Schadenersatzanspruch setzt ein „Verschulden“ des Verkäufers voraus. In diesem Fall – was unstreitig ist – muss der Verkäufer auch die Kosten des Ein- und Ausbaus tragen.

---

Dachziegel zuerkannt, weil er eine Verpflichtung des Verkäufers annahm, die - nur provisorisch - auf dem Dach verlegten Dachziegel aufzudecken.

<sup>12</sup> OLG Frankfurt, Urt. v. 14.02.2008 – 15 U 5/07, RÜ 2008, 352 m. w. N.

<sup>13</sup> BGH, Beschl. v. 14.01.2009 – VIII ZR 70/08, RÜ 2009, 142 f. ; Looschelders JA 2008, 892; Faust JuS 2008, 933; Skamel NJW 2008, 2820; abw. Von OLG Frankfurt RÜ 2008, 352

<sup>14</sup> OLG Karlsruhe ZGS 2004, 432, 433; Bamberger/Roth/Faust § 439 BGB, Rn. 18

<sup>15</sup> BGH, Urt. v. 15.07.2008 – VIII ZR 211/07, RÜ 2008, 549; Lorenz NJW 2005, 1889, 1895; MünchKomm/Westermann § 439 BGB, Rn. 13; Palandt/Weidenkaff § 439 BGB, Rn. 11

## Die EuGH-Entscheidung

Der EuGH hat mit Urteil vom 16.06.2011, Aktenzeichen Rs. C-65/09 entschieden:

*Artikel 3 Abs. 2, 3 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 99/44/EG ist dahin auszulegen, dass, wenn der vertragsgemäße Zustand eines vertragswidrigen Verbrauchsguts, das vor Auftreten des Mangels vom Verbraucher gutgläubig gem. seiner Art und seinem Verwendungszweck eingebaut wurde, durch Ersatzlieferung hergestellt wird, der Verkäufer verpflichtet ist, entweder selbst den Ausbau dieses Verbrauchsguts aus der Sache, in die es eingebaut wurde, vorzunehmen und das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut in diese Sache einzubauen, oder die Kosten zu tragen, die für diesen Ausbau und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts notwendig sind. Diese Verpflichtung des Verkäufers besteht unabhängig davon, ob er sich im Kaufvertrag verpflichtet hatte, das ursprünglich gekaufte Verbrauchsgut einzubauen.*

Der Sachverhalt war wie folgt:

Ein Bauherr hatte für € 1.382,27 polierte Bodenfliesen bei einem Händler gekauft. Nachdem 2/3 der Fliesen in seinem Haus verlegt waren, wurden auf deren Oberfläche Schattierungen festgestellt. Eine Abhilfe ist nur durch einen Austausch der Fliesen möglich. Das OLG hatte dem Bauherrn unter anderem € 2.122,37 für Ausbau und Entsorgung der mangelhaften Fliesen zugesprochen. Der Händler wehrt sich im Rahmen der Revision gegen diese Entscheidung. Der BGH war der Ansicht, dass diese Kosten nach Deutschem Recht im Rahmen der Nacherfüllung nicht verlangt werden können.

Weil der BGH Bedenken im Hinblick auf einen etwaigen Anspruch aus Artikel 3 Abs. 2, 3, Verbrauchsgüterkaufrichtlinien 99/44/EG hatte, wurde mit Beschluss vom 14.01.2000 die Frage dem EuGH vorgelegt.

Der EuGH hat mit Urteil vom 16.06.2011 entschieden, dass § 439 BGB aufgrund der Europäischen Verbrauchsgüterrichtlinie abweichend auszulegen ist.

Sofern ein Verbraucher als Käufer eine Ware im guten Glauben an ihre Mangelfreiheit gem. ihrer Art und ihres Verwendungszwecks einbaut und feststellen muss, dass diese Ware mangelhaft ist, steht ihm ein verschuldensunabhängiger Nacherfüllungsanspruch zu, der sowohl die Kosten des Aus- als auch Einbaus umfasst.

Der EuGH argumentiert, dass wenn im Falle der Ersatzlieferung der Verkäufer die Aus- und Einbaukosten nicht tragen müsste, würden dem Verbraucher zusätzliche Kosten entstehen, die er bei ordnungsgemäßer Erfüllung durch den Verkäufer nicht hätte tragen müssen. Die Ersatzlieferung würde dann entgegen Artikel 3 Abs. 2, 3 Verbrauchsgüterkaufrichtlinien 99/44/EG weder unentgeltlich noch ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen. Die Übernahme der Kosten durch den Verkäufer entspricht dem Zweck der Richtlinie, einen hohen Verbraucherschutz zu gewährleisten. Dieser würde unterlaufen, wenn der Nacherfüllungsanspruch sich lediglich auf die Lieferkosten beziehen würde.

Deshalb ist § 439 BGB richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass Aus- und Einbaukosten „zum Zwecke der Nacherfüllung erforderliche Aufwendungen“ sind.

Die Rechtsprechung des EuGH wurde nun durch den BGH umgesetzt. Die Leitsätze der Entscheidung lauten<sup>16</sup>:

1. *§ 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB ist richtlinienkonform dahin auszulegen, dass die dort genannte Nacherfüllungsvariante „Lieferung einer mangelfreien Sache“ auch den Ausbau und den Abtransport der mangelhaften Kaufsache erfasst (im Anschluss an EuGH ... NJW 2011, 2269...).*
2. *Das in § 439 Abs. 3 S. 3 BGB dem Verkäufer eingeräumte Recht, die einzig mögliche Form der Abhilfe wegen (absolut) unverhältnismäßiger Kosten zu verweigern, ist mit Art. 3 der Richtlinie nicht vereinbar... . Die hierdurch auftretende Regelungslücke ist bis zu einer gesetzlichen Neuregelung durch eine teleologische Reduktion des § 439 Abs. 3 BGB für Fälle des Verbrauchsgüterkaufs (§ 474 Abs. 1 BGB) zu schließen. Die Vorschrift ist beim Verbrauchsgüterkauf einschränkend dahingehend anzuwenden, dass ein Verweigerungsrecht des Verkäufers nicht besteht, wenn nur eine Art der Nacherfüllung möglich ist oder der Verkäufer die andere Art der Nacherfüllung zu Recht verweigert.*
3. *In diesen Fällen beschränkt sich das Recht des Verkäufers, die Nacherfüllung in Gestalt der Ersatzlieferung wegen unverhältnismäßiger Kosten zu verweigern, auf das Recht, den Käufer bezüglich des Ausbaus der mangelhaften Kaufsache und des Einbaus der als Ersatz gelieferten Kaufsache auf die Kostenerstattung in Höhe eines angemessenen Betrags zu verweisen. Bei der Bemessung dieses Betrags sind der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und die Bedeutung des Mangels zu berücksichtigen. Zugleich ist zu gewährleisten, dass durch die Beschränkung auf eine Kostenbeteiligung des Verkäufers das Recht des Käufers auf Erstattung der Aus- und Einbaukosten nicht ausgehöhlt wird.*

Kontrovers diskutiert wird derzeit, ob das Ergebnis dieser BGH-Rechtsprechung auch im unternehmerischen Verkehr gilt. Letztlich ist diese Frage häufig nicht so entscheidungsrelevant, wie es auf den ersten Blick scheint. Selbst wenn man von einer Anwendbarkeit ausgeht, ist festzustellen, dass auch der BGH nur einen angemessenen Betrag im „Fliesenfall“ zugebilligt hat. Dieser hat nicht vollständig die Ein- und Ausbaukosten abgedeckt. Dies wäre nur über den verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch möglich.

#### **Meinung 1:**

Eine Meinung vertritt die Auffassung, dass eine Rechtsnorm nicht für bestimmte Personenkreise unterschiedlich ausgelegt werden kann.

#### **Meinung 2:**

Eine andere Meinung ist der Auffassung, dass sehr wohl eine unterschiedliche Auslegung möglich ist. Die teleologische Reduktion ist Folge des Vorrangs und des Gebotes der richtlinienkonformen Interpretation.

---

<sup>16</sup> BGH (Urteil vom 21.12.2011 – VIII ZR 70/08)

### 3. Zusammenfassung

Der BGH hat nun den Meinungsstreit entschieden. Durch Auffassung des BGH ist zwischen dem Käufer als Verbraucher und dem Käufer als Unternehmer zu differenzieren<sup>17</sup>.

Es verbleibt bei der bisherigen Auffassung des BGH, der eine andere Auslegung nur in Bezug auf Verbraucher erfolgt, da hier ein entsprechendes Gebot der richtlinienkonformen Interpretation besteht.

Der Verkäufer hat seine Pflicht zur Nacherfüllung erfüllt, wenn er mangelhaftes Material nachliefert. Die Aus- und Einbaukosten muss dagegen der Verkäufer nur übernehmen, wenn der Käufer ein „Verbraucher“ ist, nicht jedoch wenn der Käufer ein Unternehmer ist.

Der Aus- und Wiedereinbau wird vom Nacherfüllungsanspruch nach § 439 Abs. 1 BGB dann nicht umfasst, wenn es sich bei dem Vertrag nicht um einen Verbrauchsgüterkauf im Sinne des § 474 Abs. 1 BGB handelt, sondern um einen Kaufvertrag im geschäftlichen Verkehr zwischen Unternehmern oder im privaten Bereich zwischen Verbrauchern.

Das anzuwendende EU-Gemeinschaftsrecht gilt ausschließlich im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs, so dass sich hierauf für deutsche Gerichte keine Verpflichtung ergibt, diese Richtlinie auch außerhalb von Verbrauchsgüterverträgen anzuwenden.

Eine diesbezügliche Auslegung ist nur dann geboten, wenn nach Auffassung des deutschen Gesetzgebers auch für Kaufverträge eine Ein- und Ausbauverpflichtung des Verkäufers gewollt wäre. Ein derartiger Wille des Gesetzgebers lässt sich jedoch nicht feststellen, so dass im Rahmen des Nacherfüllungsanspruches, d. h. verschuldensunabhängig, Ein- und Ausbauposten nur im Bereich des Verbrauchsgüterkaufes verlangt werden können, nicht aber im Bereich des unternehmerischen Geschäftsverkehrs.

#### **HINWEIS:**

Käufer, die Unternehmer sind, was insbesondere den Baubereich betrifft, müssen daher über ein Verschulden argumentieren, da im Rahmen eines Schadensersatzanspruches auch die Ein- und Ausbauposten zu ersetzen sind. Es genügt daher, aus Sicht des Käufers nicht, lediglich den Nachweis zu führen, dass eine mangelhafte Kaufsache vorliegt. In diesem Fall erhält der Käufer lediglich im Rahmen der Nacherfüllung eine neu gelieferte Ware. Dies macht insbesondere am Bau häufig nur einen Bruchteil der Kosten aus, da regelmäßig insbesondere die Ein- und Ausbauposten lohnintensiv sind. Käufer aus dem unternehmerischen Bereich, die häufig Auftragnehmer gegenüber ihren eigenen Bauherren als Auftraggeber sind, haben damit eine Haftungslücke. Aufgrund der werkvertraglichen Vorschriften, die zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer gelten, haftet der Auftragnehmer gegenüber seinem Auftraggeber im Rahmen der Nacherfüllung sowohl nach BGB als auch nach VOB/B verschuldensunabhängig. Er muss somit für mangelhaftes Material eintreten, was in diesem Fall bedeutet, er hat auch die Ein- und Ausbauposten zu tragen. Die Kosten für die Neulieferung des Materials kann dieser Käufer zwar an seinen Lieferanten verschuldensunabhängig im Wege der Nacherfüllung weitergeben, nicht aber die Ein- und Ausbauposten. Der Käufer bleibt in diesem Fall auf diesen Kosten sitzen, es sei denn, den Lieferanten trifft ein Verschulden an der Lieferung mangelhaften Materials.

<sup>17</sup> BGH Urteil vom 17.10.2012 AZ: VIII ZR 226/11

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass nach jahrelanger Diskussion die Frage der Ein- und Ausbaurkosten in deren Auslegung auch im Hinblick auf europarechtliche Regelungen entschieden ist. Es ist beim Umfang des Nacherfüllungsanspruchs zu differenzieren zwischen dem Verbrauchsgüterkauf, d. h. wenn der Käufer ein Verbraucher und der Verkäufer ein Unternehmer ist und die sonstigen kaufrechtlichen Konstellationen, insbesondere im unternehmerischen Verkehr. Ein- und Ausbaurkosten sind nur über einen Schadensersatzanspruch, der verschuldensabhängig ist, zu realisieren.