

wird,<sup>247</sup> der erst auf Grund der Billigung des jeweils präsentierten Musters oder der Probe (§ 455 BGB) dann zustande kommt. Die **Hauptpflichten der Parteien** ergeben sich hier aus den Vertragsverhandlungen.<sup>248</sup> Dem Besteller steht in diesen Fällen ein Anspruch auf Untersuchung der Probe bzw. des Musters zu, das entweder zur Billigung oder zur Ablehnung führt.<sup>249</sup>

h) **Fehlerfreiheit des Zubehörs.** § 434 Abs. 3 Nr. 4 BGB greift den Tatbestand von § 434 Abs. 2 Nr. 3 BGB auf der Ebene des objektiven Fehlerbegriffs auf und regelt so die Anforderungen, welche das **Zubehör**, aber auch Montage- und Installationsanleitungen erfüllen müssen, um das Merkmal der Vertragsgemäßheit zu erfüllen, was aber an dieser Stelle noch die Anforderungen an die **Verpackung** ergänzt wird. 364

i) **Vereinbarte Montage.** Nach § 434 Abs. 4 BGB ist ein Sachmangel der gekauften Sache auch dann gegeben, wenn die vereinbarte Montage durch den Lieferanten oder dessen Erfüllungsgehilfen unsachgemäß durchgeführt worden ist.<sup>250</sup> Die vereinbarte Montageleistung, die der Lieferant oder dessen Erfüllungsgehilfen zu erbringen hat, muss in diesem Fall **Hauptpflicht** sein.<sup>251</sup> Diese Norm hat daher hohe praktische Bedeutung, vor allem bei der Lieferung von Maschinen, die vom Fachpersonal des Lieferanten montiert und dann auch vom Besteller „abgenommen“ werden müssen. Der Begriff der „Montage“ ist sehr weit zu fassen; er bezieht sich auf alle Handlungen des Lieferanten, die es im Ergebnis ermöglichen sollen, dass der Besteller die Kaufsache auch nutzen kann.<sup>252</sup> Das erweist sich etwa auch bei einem Vertrag über Lieferung und Montage einer Fotovoltaikanlage; dieser richtet sich dann nach Kaufrecht.<sup>253</sup> 365

aa) Doch ergeben sich immer wieder in der Praxis **Abgrenzungsprobleme** gegenüber dem **Werkliefervertrag** im Sinn von § 650 BGB.<sup>254</sup> Danach gilt auch bei einem Vertrag über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen Kaufrecht. Bildet aber die Montage nach dem Inhalt des zu beurteilenden Vertrages die Hauptpflicht<sup>255</sup> – und tritt diese hinter der kaufvertraglichen Lieferpflicht zurück – dann findet sogar **Werkvertragsrecht** Anwendung.<sup>256</sup> 366

bb) Die **Rechtsfolgen der Mängelhaftung** bei einer fehlerhaften Montage sind in § 437 BGB geregelt; die Norm ist unmittelbar anwendbar. Es ist also nicht so, dass bei einer nicht ordnungsgemäßen Montage der Kaufvertrag zwar als erfüllt anzusehen ist, während die mangelhafte Montageleistung nur mit Hilfe eines Anspruchs aus §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB abgewickelt werden kann, ohne dass der Erfüllungsanspruch nach § 437 Nr. 1 BGB 367

---

247 MüKoBGB/Westermann, 2019, BGB § 454 Rn. 6.

248 MüKoBGB/Westermann, 2019, BGB § 454 Rn. 7.

249 Grüneberg/Weidenkaff BGB § 454 Rn. 11.

250 Grüneberg/Weidenkaff BGB § 434 Rn. 40 ff.

251 MüKo/Westermann BGB § 434 Rn. 31; Grüneberg/Weidenkaff BGB § 434 Rn. 34.

252 BeckOK BGB/Faust, 1.11.2021, BGB § 434 Rn. 92.

253 OLG München NJW 2015, 3314.

254 BeckOK BGB/Faust, 1.11.2021, BGB § 434 Rn. 93.

255 Zur Abgrenzung gegenüber § 650 BGB vgl. auch Grüneberg/Retzlaff BGB § 650 Rn. 5.

256 BeckOK BGB/Faust, 1.11.2021, BGB § 434 Rn. 93.

in Verbindung mit § 439 BGB dem Besteller verbliebe. Dabei konkretisiert § 434 Abs. 4 BGB das Vorliegen eines Sachmangels auf zweierlei Weisen: Nach Nr. 1 bedeutet dies, dass die Montage „**unsachgemäß**“ durchgeführt wurde. Dabei ist in erster Linie an eine Pflichtverletzung des Lieferanten oder auch seiner Erfüllungsgehilfen zu denken.<sup>257</sup> Gemäß den Vorgaben von Nr. 2 kann aber auch dann ein Sachmangel in Form einer unsachgemäßen Montage vorliegen, wenn diese weder auf eine „unsachgemäße Montage durch den Verkäufer“ noch „auf einen Mangel der vom Verkäufer übergebenen Anleitung beruht“.

- 368 i) **Vorliegen eines Rechtsmangels.** Wie bereits zuvor angedeutet, liegt ein Mangel im Sinne von § 434 BGB auch dann vor, wenn gemäß § 435 BGB ein Rechtsmangel gegeben ist. Denn die Rechtsfolgen sind gemäß § 453 BGB in beiden Fällen die gleichen. Daraus ergibt sich: § 435 BGB umschreibt das Vorliegen eines Rechtsmangels in der Weise, dass ein Dritter in Bezug auf die Sache keine oder nur die im Kaufvertrag übernommenen Rechte gegen den Besteller geltend machen kann.<sup>258</sup> Damit steht gleichzeitig fest: Die Haftung für etwaige Rechtsmängel der Kaufsache unterfällt der kurzen Verjährung des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB – 2 Jahre, gerechnet ab Lieferung der Sache. Daher ist es wichtig, in Einkaufs-AGB den Tatbestand der Rechtsmängelhaftung gesondert zu erfassen.<sup>259</sup> Die relativ kurze Verjährungsfrist von 2 Jahren reicht in einer Vielzahl von Fallkonstellationen allerdings nicht aus, die Interessen des Bestellers/AGB-Verwenders hinreichend gegenüber den Risiken einer Rechtsmängelhaftung zu schützen. Somit wird eine Verlängerung dieser Frist auf maximal drei Jahre nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB hinzunehmen sein.<sup>260</sup>

### 3. Ansprüche wegen eines Mangels auf Nacherfüllung

- 369 a) Soweit ein Mangel gemäß § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB oder gemäß § 434 Abs. 1 Satz 2 oder Satz 3 BGB vorliegt, bestimmt § 437 Nr. 1 BGB, dass dem Käufer primär ein Anspruch auf Nacherfüllung zusteht; dieser ist in § 439 BGB geregelt. Danach hat gemäß § 439 Abs. 1 BGB der Besteller das **Wahlrecht**,<sup>261</sup> ob er im Falle eines Mangels Nacherfüllung in Form einer Mangelbeseitigung oder Nacherfüllung in Form der Lieferung einer neuen – mangelfreien – Sache verlangt. Dabei handelt es sich nach den Vorgaben des BGH um eine **elektive Konkurrenz**.<sup>262</sup> Der Käufer kann also selbständig und vor allem auch frei nach seinem eigenen Interesse entscheiden,<sup>263</sup> in welcher Weise er seinen Erfüllungsanspruch gegenüber dem Lieferanten geltend machen will.<sup>264</sup> Macht er einen von diesen beiden Ansprüchen – Nachbesserung oder

257 Grüneberg/Weidenkaff BGB § 434 Rn. 37.

258 Henssler/Graf v. Westphalen Schuldrechtsreform/Graf v. Westphalen BGB § 435 Rn. 4 ff.

259 BGH NJW 2006, 47.

260 BGH NJW 2006, 47.

261 BeckOK BGB/Faust, 1.11.2021, BGB § 439 Rn. 20.

262 BGH NJW 2019, 292 Rn. 45f.; Grüneberg/Weidenkaff BGB § 439 Rn. 5.

263 Grüneberg/Weidenkaff BGB § 439 Rn. 5.

264 BeckOK BGB/Faust, 1.11.2021, BGB § 439 Rn. 20; Grüneberg/Weidenkaff BGB § 439 Rn. 5.

Ersatzlieferung – nach § 439 Abs. 1 BGB geltend, dann wird dieser auch fällig.<sup>265</sup> Es handelt sich hier um eine empfangsbedürftige Willenserklärung, welche dem Lieferant auch zugehen muss.

aa) Voraussetzung für den Anspruch auf Nacherfüllung ist es, dass der Besteller den Mangel rügt. Er ist also verpflichtet, wenigstens die Symptome des Mangels – gleichgültig, ob Sach- oder Rechtsmangel – dem Lieferanten mitteilt.<sup>266</sup> Der Lieferant muss auf diese Weise in den Stand gesetzt werden, die Ursachen für die als Symptome bezeichneten Mängel zu prüfen und Abhilfemöglichkeiten zu untersuchen.<sup>267</sup> Doch folgt aus **§ 439 Abs. 5 BGB**, dass der Besteller verpflichtet ist, die Kaufsache am Erfüllungsort dem Lieferanten für eine Untersuchung zur Verfügung zu stellen.<sup>268</sup> Wenn also dieser den Lieferanten – auch mit Fristsetzung – nur auffordert, den Mangel zu beseitigen, ohne die Kaufsache ihm auch am Erfüllungsort zur Verfügung zu stellen, dann wird der Anspruch auf Nacherfüllung nicht fällig, eine gesetzte Frist (etwa als Voraussetzung für den Anspruch auf Rücktritt oder die Forderung nach Schadensersatz statt der Leistung) wird nicht rechtlich wirksam in Gang gesetzt.<sup>269</sup> Der Lieferant muss also Gelegenheit erhalten, nicht nur den behaupteten Mangel zu prüfen, sondern er muss auch in die Lage versetzt werden, zu untersuchen, ob dieser Mangel bereits im **Zeitpunkt des Gefahrenübergangs** vorhanden war und welche Ursache für den Mangel tatsächlich gegeben ist.<sup>270</sup> Nur unter dieser Voraussetzung, dass also der Besteller seine Obliegenheit erfüllt, ist der Lieferant zur Mangelbeseitigung auch verpflichtet.<sup>271</sup>

bb) Für die Geltendmachung eines Rechts auf Nacherfüllung im Sinn des § 439 Abs. 1 BGB muss der Besteller **keine Frist** gegenüber dem Lieferanten beachten: Solange der Anspruch nicht nach § 438 BGB verjährt ist, kann er jederzeit geltend gemacht werden.<sup>272</sup>

cc) Ein **unberechtigtes Verlangen** nach Nacherfüllung, insbesondere auch nach einer Mangelbeseitigung führt zu einem Schadensersatzanspruch des Lieferanten, wenn der Besteller erkennt oder als Folge von Fahrlässigkeit nicht erkennt, dass die Ursache für das Symptom, hinter dem der Mangel vermutet wird, in seinem eigenen Verantwortungsbereich liegt.<sup>273</sup> Ist also das entsprechende Verlangen des Bestellers gegenüber dem Lieferanten im Ergebnis unbegründet, dann haftet der Besteller nach der Rechtsprechung des BGH<sup>274</sup> auf Schadensersatz wegen einer Pflichtverletzung nach § 241 Abs. 2 BGB, es sei denn, er erbringt den Nachweis, dass er die entsprechende Pflicht-

265 BeckOK BGB/Faust, 1.11.2021, BGB § 439 Rn. 20.

266 BGH NJW 2017, 153 Rn. 25.

267 BGH NJW 2009, 354 Rn. 19; NJW 2017, 153 Rn. 25; BeckOK BGB/Faust, 1.11.2021, BGB § 439 Rn. 10; Grüneberg/Weidenkaff, BGB, § 439 Rn. 6.

268 BGH NJW 2017, 2758 Rn. 27; NJW 2015, 3455 Rn. 30; NJW 2013, 1074 Rn. 23; BeckOK BGB/Faust, 1.11.2021, BGB § 439 Rn. 11; Grüneberg/Weidenkaff BGB § 439 Rn. 6.

269 BGH NJW 2015, 3455 Rn. 39 – Unwirksamkeit des Rücktritts; aM BeckOK BGB/Faust, 1.11.2021, BGB § 439 Rn. 11 f.

270 BGH NJW 2015, 3455, 3457.

271 BGH NJW 2015, 3455, 3457; NJW 2010, 1448.

272 Grüneberg/Weidenkaff BGB § 439 Rn. 7.

273 BGH NJW 2008, 1147; im Einzelnen Kaiser NJW 2008, 1709 ff.

274 BGH NJW 2013, 220; NJW 2008, 2837 – Parkettstäbe.

verletzung – Nichterkennen des tatsächlich mangelfreien Zustands der Sache – infolge fehlender Fahrlässigkeit nicht zu vertreten hatte. Das ist eine durchaus rigorose Position, aber für die Praxis ist sie bindend. Allerdings hat die neue Rechtsprechung des BGH den Vorzug, dass der Besteller jetzt nicht mehr in der Lage ist, durch eine angeblich vorhandene Mangelhaftigkeit der gelieferten Sache Druck auf den Lieferanten auszuüben, um ihn zur Nacherfüllung – jedenfalls aber zu einer entsprechenden Prüfung der Symptome des behaupteten Mangels – zu zwingen.<sup>275</sup> Dieser Rechtsprechung ist daher zu folgen.<sup>276</sup>

- 373 **dd) Anders** ist zu entscheiden, wenn und soweit im Zuge der Nacherfüllung **Schäden** im Vermögen des Bestellers (Integritätsinteresse) – etwa im Zusammenhang mit einer Montage oder der Nacherfüllung – eintreten.<sup>277</sup> Diese Schäden sind nicht mehr dem Bereich des Erfüllungsanspruchs zuzuweisen, so dass sie dann nicht von § 439 Abs. 2 BGB gedeckt werden. Sie werden aber von der allgemeinen Schadensersatznorm des § 280 Abs. 1 BGB erfasst, setzten also ein Verschulden des Lieferanten oder seiner Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) voraus.<sup>278</sup>
- 374 **ee)** Soweit im Rahmen der Nacherfüllung dem **Besteller eigene Aufwendungen** entstehen, ist er nicht im Rahmen von § 256 BGB berechtigt, diese dem Lieferanten in Rechnung zu stellen.<sup>279</sup> Er hat sie vielmehr grundsätzlich selbst zu tragen, kann sich aber auf ein Verweigerungsrecht nach § 439 Abs. 4 BGB berufen. Entscheidend ist: Der Besteller hat bei einer **Selbstvornahme** keinen Erstattungsanspruch für die Mangelbeseitigungsaufwendungen gegenüber dem Lieferanten, vielmehr büßt er seinen Anspruch auf Nacherfüllung ein.<sup>280</sup> Das ist für die Praxis eine teilweise sehr harte Konsequenz. Denn eine Selbstvornahme dürfte sich für den Besteller immer dann anbieten, wenn der Besteller im Interesse des Lieferanten den jeweiligen Mangel kostengünstiger beseitigt. Unter diesen Voraussetzungen kann man daran denken, dem Besteller einen Ersatzanspruch aus Bereicherung oder aus Geschäftsführung zuzubilligen.<sup>281</sup> Aber diese Sicht entspricht nicht der Auffassung des BGH.<sup>282</sup> Dieser lehnt Ersatzansprüche des Bestellers grundsätzlich bei einer Selbstvornahme – außerhalb des Tatbestandes eines Leistungsverzugs des Lieferanten – ab. Doch bleibt allemal Platz für eine eigenständige Abrede für eine Selbstvornahme einer Nacherfüllung durch den Besteller und einer entsprechenden Kostentragungspflicht des Lieferanten.
- 375 **ff)** Auch ist zu betonen, dass es in **AGB** gegen § 307 BGB verstößt, wenn sich der Besteller das Recht auf eine solche Selbstvornahme<sup>283</sup> für den Fall

---

275 Hierzu mit Recht Lange/Widmann ZGS 2008, 329, 331.

276 Vgl. auch Katzenstein ZGS 2008, 451, 452f.

277 BGH NJW 1963, 805; NJW 1963, 811.

278 Grüneberg/Weidenkaff BGB § 439 Rn. 11.

279 Grüneberg/Weidenkaff BGB § 439 Rn. 13.

280 BGH NJW 2006, 988; NJW 2005, 1348.

281 Erman/Grunewald BGB § 439 Rn. 11; Katzenstein ZGS 2004, 304.

282 BGH NJW 2005, 1348; NJW 2005, 3212 Schadensersatz nach § 281 BGB bei tierärztlicher Notmaßnahme.

283 Hierzu Lorenz NJW 2003, 1417 ff. – Anspruch aus § 326 Abs. 4 BGB; allgemein auch Herresthal/Riehm NJW 2005, 1457 ff.

vorbehält, dass etwa ein „dringender Fall“ vorliegt.<sup>284</sup> Ein solcher Vorbehalt ist nämlich nicht hinreichend transparent im Sinn des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Doch steht ein Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen im Fall der Selbstvornahme dem Besteller zu, wenn er – entsprechend der Norm des § 637 BGB – den Lieferanten zuvor wirksam in **Verzug** gesetzt hat.<sup>285</sup>

b) **Mangelbeseitigung.** Verlangt der Besteller diese Form der Nacherfüllung, dann steht das Wahlrecht, wie denn dieser Mangel beseitigt werden soll, etwa durch Reparatur oder durch Austausch von Einzelteilen, allein dem Lieferanten im Rahmen seines Ermessens zu.<sup>286</sup> Dieser ist ja nach **§ 439 Abs. 2 BGB** verpflichtet, die vom Besteller verlangte Nacherfüllung **unentgeltlich** zu erbringen. Aus diesem Grund bestimmt der Gesetzgeber, dass der Lieferanten in einem solchen Fall verpflichtet ist, die „erforderlichen Aufwendungen“ zu tragen. Beispielhaft nennt die Norm hier die „Aufwendungen“ (§ 256 BGB – freiwillige Vermögensopfer) für „**Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten**“. Nach der Rechtsprechung handelt es sich bei diesem Anspruch um eine eigenständige Anspruchsgrundlage.<sup>287</sup> Diese Aufwendungen sind jedoch nur dann vom Lieferanten zu tragen, wenn tatsächlich ein Mangel vorliegt.<sup>288</sup> **Neuwertige Einzelteile** muss der Lieferant nicht einsetzen, sofern es sich um eine gebrauchte Sache handelt.<sup>289</sup> 376

aa) Erforderlich ist, dass es sich immer um Aufwendungen handeln muss, welche **zum Zweck der Nacherfüllung** anfallen.<sup>290</sup> Maßgebend ist hier eine **ex-ante-Sicht**, und zwar die einer vernünftig denkenden, wirtschaftlich handelnden Person.<sup>291</sup> Darunter fallen neben den im Gesetz selbst erwähnten Aufwendungen auch solche, die für die Einschaltung eines **Sachverständigen** anfallen, der vom Besteller beauftragt wurde, die Mangelursache der gelieferten Kaufsache zu untersuchen.<sup>292</sup> Das gleiche gilt für die Kosten eines wegen der Mangelhaftigkeit der Kaufsache eingeschalteten **Rechtsanwalts**.<sup>293</sup> Der Umfang ergibt sich im Übrigen aus der Zweckrichtung der jeweiligen Aufwendungen, die auf die Erfüllung des (berechtigten) Nacherfüllungsverlangens des Bestellers zielen. Wichtig für die Praxis ist, dass auch die Aufwendungen von § 439 Abs. 2 BGB erfasst werden, welche für die Auffindung der Mängelursache anfallen.<sup>294</sup> Die Verpflichtung des Lieferanten geht also stets in Bezug auf die Tragung der erforderlichen Aufwendungen dahin, die Sache im Fall der Nacherfüllung auch durch einer Ersatzlieferung – ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Lieferanten<sup>295</sup> – in einem **vertragsgemä-** 377

284 BGH NJW 2006, 47, 49.

285 BGH NJW 2005, 1348; kritisch hierzu Lorenz NJW 2005, 1321 ff.

286 BeckOK BGB/Faust, 1.11.2021, BGB § 439 Rn. 23

287 BGH NJW 2014, 2351 Rn. 15; NJW 2011, 2278 Rn. 37.

288 BGH NJW 2006, 1195 Rn. 21.

289 Hierzu auch Ball NZV 2004, 217, 218.

290 Grüneberg/Weidenkaff BGB § 439 Rn. 9.

291 BGH NJW 2019, 292 Rn. 92.

292 BGH NJW 2014, 2351.

293 BGH NJW 2019, 292 R. 92.

294 BGH NJW 2014, 2351; BGH NJW 1991, 1604.

295 BGH NJW 2014, 2351, 2352; im Einzelnen auch kritisch Lorenz NJW 2014, 2319 ff. im Blick auf das Merkmal des fehlenden Verschuldens.

ßen Zustand zu versetzen.<sup>296</sup> Die erforderlichen Kosten der Nacherfüllung fallen also nach § 439 Abs. 2 BGB stets dem Lieferanten zur Last.

- 378 bb) Die Abgrenzung zu einem vom Verschulden abhängigen Schadenersatzanspruch im Sinn des § 437 Nr. 3 BGB ist zwingend und auch stets in der Klauselfassung zu beachten.<sup>297</sup> So ist es etwa nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, wenn in einer Qualitätssicherungsvereinbarung vorgesehen ist, dass der Lieferant den gesamten Mehraufwand dem Besteller ersetzen soll, der dadurch entsteht, dass der Lieferant mangelhaft geliefert hat.<sup>298</sup> Der Anspruch auf Aufwendungsersatz nach § 439 Abs. 2 BGB ist nämlich vom Verschulden des Lieferanten an der Vertragswidrigkeit der gelieferten Sache losgelöst (§ 256 BGB). Für den Anspruch auf Schadensersatz gilt nach § 280 Abs. 1 BGB Gegenteiliges.
- 379 cc) Erfasst werden von § 439 Abs. 2 BGB auch die Aufwendungen, die für den Ausbau- und den Abtransport der mangelhaften Sache beim Besteller anfallen.<sup>299</sup> Auch werden die Transportkosten des Bestellers erfasst, wenn er im Rahmen eines berechtigten Nacherfüllungsverlangens verpflichtet ist, die mangelhafte Sache dem Lieferanten an dem jeweiligen (distant liegenden) Erfüllungsort zur Verfügung zu stellen.<sup>300</sup>
- 380 dd) Voraussetzung ist insoweit nach § 439 Abs. 3 BGB, dass die Kaufsache nach ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache „eingebaut“ werden kann/soll. Dies trifft dann zu, wenn die Sache in eine andere Sache, gelichgültig, ob beweglich oder unbeweglich integriert wurde.<sup>301</sup> Alternativ dazu bestimmt die Norm, dass die mangelhafte Sache an eine andere Sache „angebracht“ werden kann/soll. Darunter versteht man, dass die (mangelhafte) Sache mit einer anderen verbunden wurde.<sup>302</sup> Trifft dies zu, sind auch im unternehmerischen Bereich die erforderlichen Aufwendungen eines Aus- oder Einbaus der mangelhaften Sache bzw. der mangelfreien Ersatzsache vom Lieferanten zu tragen, ohne dass es auf ein Verschulden ankommt.
- 381 ee) Dabei geht es in diesem Zusammenhang immer nur um die Konstellation, dass der Besteller als „Käufer“ diesen Ein- oder Ausbau selbst vornimmt. Es handelt sich also um ein Recht zur Selbstvornahme.<sup>303</sup> War aber nach dem Inhalt des zugrunde liegenden Kaufvertrages der Lieferant selbst verpflichtet, die Sache einzubauen oder sie mit einer anderen Sache zu verbinden, dann gilt für diese Fälle unmittelbar § 439 Abs. 1 BGB: Die Nacherfüllung wegen eines Mangels verpflichtet dann den Lieferanten unmittelbar.

296 Grundlegend BGH NJW 2022, 2328 – kein Ersatz bei Nacherfüllung eines Mangels einer gebrauchten Sache, wenn dadurch Wertsteigerung entsteht; MüKoBGB/Westermann BGB § 434 Rn. 9.

297 Grundlegend BGH NJW 2018, 291 – Qualitätssicherungsvereinbarung: Erstattung von Aufwandpositionen, die nur dem Bereich des Schadensersatzes zuzuweisen waren.

298 BGH NJW 2018, 291.

299 BGH NJW 2022, 2102 – Transport eines Pferdes zum Tierarzt; BGH NJW 2012, 1073.

300 BGH NJW 2017, 2758 mAnm Wendehorst; Grüneberg/Weidenkaff BGB § 439 Rn. 11.

301 BeckOK BGB/Faust, 1.11.2021, BGB § 439 Rn. 96; MüKoBGB/Westermann BGB § 439 Rn. 18.

302 BeckOK BGB/Faust, 1.11.2021, BGB § 439 Rn. 96.

303 Erman/Grunewald BGB § 439 Rn. 9.

In der Praxis dürften diese Fälle dann auch sehr oft mit einer **Montageverpflichtung** verbunden sein, so dass § 434 Abs. 4 BGB regiert, was über die Bestimmung der Mangelhaftigkeit dann direkt nach § 439 Abs. 1 BGB führt.<sup>304</sup>

ff) § 439 Abs. 3 BGB schränkt des Weiteren den Anspruch auf Aufwendungsersatz des Bestellers gegen den Lieferanten ein. Die Norm verlangt nämlich, dass Einbau oder auch Anbringen „gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck“ erfolgen. Der jeweilige Verwendungszweck der Kaufsache beurteilt sich dabei nach dem vereinbarten Vertragszweck.<sup>305</sup> Soweit es auf die „Art“ der Verwendung ankommt, wird man die Frage beantworten müssen, ob denn der Lieferant mit einer solchen Verwendung der Sache (und den dann entstehenden erhöhten Aufwendungen) rechnen musste, wobei nur ungewöhnliche Verwendungen hier nicht ins Gewicht fallen sollen.<sup>306</sup> 382

gg) Als abschließendes Tatbestandmerkmal ist die Frage zu beantworten, ob denn der Besteller die gekaufte Sache einbaut oder anbringt, „**bevor der Mangel offenbar wurde**“.<sup>307</sup> Damit ist ein Maßstab der Gutgläubigkeit angelegt, ob der Besteller vor dem Einbau/Anbringen oder unmittelbar im zeitlichen Zusammenhang mit dieser Tätigkeit Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von dem jeweiligen Mangel hatte.<sup>308</sup> Dies löst die Frage aus, ob der Besteller im Blick auf dieses Merkmal eine Untersuchungspflicht hat, was zu verneinen ist.<sup>309</sup> Vielmehr kann und darf der Besteller darauf vertrauen, dass die gelieferte Sache mangelfrei ist, was naturgemäß – jedenfalls im kaufmännischen Bereich – unter der Voraussetzung steht, dass er seine Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB erfüllt hat. 383

c) **Ort der Nacherfüllung (Mangelbeseitigung)**. In Bezug auf den für die Nacherfüllung – vor allem für die Nachbesserung – maßgebenden Erfüllungsort vertritt der BGH die Meinung, dass hier die allgemeine Vorschrift des § 269 BGB maßgebend ist.<sup>310</sup> Fehlt daher eine entsprechende Vereinbarung, dann ist stets nach den Umständen des Einzelfalls zu fragen, welche dann für die Festlegung des Erfüllungsorts im Rahmen der Nachbesserung heranzuziehen sind.<sup>311</sup> Letztlich ist dann entscheidend, wo der Lieferant als Schuldner zum Zeitpunkt der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen gewerblichen Sitz hatte. Mit Recht ist die Frage aufgeworfen worden, ob diese Einschätzung auch jetzt noch gültig ist, weil ja – wie noch zu zeigen ist – § 439 Abs. 3 BGB nunmehr bestimmt, dass die Verpflichtung des Lieferanten auch dahin geht, die **Ein- und Ausbaurkosten** zu übernehmen.<sup>312</sup> Diese aber fallen eindeutig an dem Ort an, an dem sich die Sache in dem Zeitpunkt be- 384

---

304 BeckOK BGB/Faust, 1.11.2021, BGB § 439 Rn. 97.

305 Erman/Grunewald BGB § 439 Rn. 10; MüKoBGB/Westermann BGB § 439 Rn. 18.

306 Erman/Grunewald BGB § 439 Rn. 10.

307 Hierzu Höpfner/Fallmann NJW 2018, 3745 (3747).

308 Erman/Grunewald BGB § 439 Rn. 12.

309 BGH NJW 2022, 2102 – Transport eines Pferdes zum Tierarzt; Erman/Grunewald BGB § 439 Rn. 12.

310 BGH NJW 2017, 2758 – Leitsatz 1; NJW 2013, 1074 Rn. 24.

311 BGH NJW 2017, 2758 Rn. 21.

312 Hierzu wegweisen OLG Köln NZG 2022, 1022; BeckOK BGB/Faust, 1.11.2021, BGB § 439 Rn. 34.

findet, in welchem eine Nachbesserung vorgenommen wird. Das scheint eine sinnvollere Lösung als den Versuch zu unternehmen, im Rahmen der Forderung nach einer **unentgeltlichen Nacherfüllung** etwa anfallende Transport- und Wegekosten über einen **Anspruch auf Vorschuss** gegenüber dem Lieferanten – jedenfalls im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs – zu regeln.<sup>313</sup> Doch letztlich wird man die weitere Entwicklung der Entscheidungspraxis des BGH abwarten müssen, weil ja der **EuGH** entschieden hat, dass es im Rahmen von Art. 8 Abs. 2 Verbrauchsgüterkauf-RL Sache der Mitgliedstaaten ist, die Einzelheiten festzulegen, die für die Bestimmung des Erfüllungsorts für die Nachbesserung als maßgebend anzusehen sind.<sup>314</sup>

385 In der Praxis – auch im Blick auf die Abfassung der entsprechenden Passage in den Einkaufs-AGB – erscheint es daher ratsam, **eine eigenständige Klausel** vorzusehen, welche den Erfüllungsort für die Nachbesserung in den Fällen von § 439 Abs. 2 BGB bestimmt. Abzustellen ist daher in erster Linie darauf, dass die geschuldete Nachbesserung am gewerblichen Sitz des Bestellers unentgeltlich vorgenommen werden muss. Das deckt sich zwar mit einer Bringschuld, ist aber – und das ist entscheidend – **kongruent** mit der nachfolgenden Vorschrift des § 439 Abs. 3 BGB: Soweit nämlich ein Aus- oder Einbau im Rahmen einer Nachbesserung geschuldet wird, versteht sich von selbst, dass diese Aufwendungen am gewerblichen Sitz des Bestellers anfallen.

386 e) **Anspruch auf Ersatzlieferung**. Dieser kann im Sinn des § 439 Abs. 1 (Abs. 6) BGB naturgemäß in erster Linie im Zusammenhang mit einem **Gattungskauf** geltend gemacht werden und hat in diesem Kontext auch seinen praktischen Schwerpunkt. Denn in diesen Fällen ist die Sache nur nach allgemeinen Merkmalen spezifiziert.<sup>315</sup> Über die Abgrenzung dieser eine Gattung bestimmenden Merkmale entscheidet im Einzelnen jeweils der Wille der Parteien. Diese haben es in der Hand, die für sie maßgebenden Merkmale der betreffenden Gattung festzulegen.<sup>316</sup> Doch ist damit nicht gesagt, dass der Anspruch aus § 439 Abs. 1 BGB auf Ersatzlieferung nicht auch dann zu bejahen ist, wenn es sich um einen **Stückkauf** handelt.<sup>317</sup> Hier kommt es maßgeblich darauf an, ob nach dem Willen der Parteien eine Ersatzlieferung deswegen möglich ist, weil die mangelhafte Sache durch eine gleichwertige und gleichartige Ersatzsache ersetzt werden kann, wie etwa beim Kauf eines Gebrauchtwagens.<sup>318</sup> Gelangt man nach Auslegung des Willens der Parteien zu dem Resultat, dass eine Ersatzlieferung nicht in Betracht kommt, dann trifft zwangsläufig die Rechtsfolge der **Unmöglichkeit** im Fall eines Mangels nach § 275 Abs. 1 BGB ein.<sup>319</sup> Diese Fälle sind einer wirksamen Regelung in Einkaufs-AGB nicht zugänglich, weil alles entscheidend von den individualvertraglichen Umständen des Einzelfalls abhängt.

313 NJW 2022, 2328; BGH NJW 2017, 2758 Rn. 22; NJW 2017, 153 Rn. 37.

314 EuGH NJW 2019, 2007 Rn. 46 – Füllä.

315 Grüneberg/Grüneberg BGB § 243 Rn. 2.

316 BGH NJW 1986, 659.

317 BGH NJW 2006, 2839 – Gebrauchtwagen; NJW 2008, 53 – Gebrauchtwagen – Bagatellschaden, Anspruch nach § 434 Abs. 1 BGB.

318 Kritisch Musielak NJW 2008, 2801 ff.

319 BT-Drucks. 14/1640, 232.