

# Produkthaftungshandbuch

Foerste / Graf von Westphalen

4. Auflage 2024  
ISBN 978-3-406-78887-1  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

wenn dem Kaufentschluss eine persönliche Besichtigung des Fahrzeugs vorausgegangen war.<sup>75</sup> Denn dann ist es regelmäßig so, dass weder Gleichwertigkeit noch Gleichartigkeit im Hinblick auf Zustand, Alter, Laufleistung und Ausstattung des Fahrzeugs vorliegen. In diesen Fällen entscheidet regelmäßig neben all diesen Eigenschaften/Beschaffenheiten der Sache<sup>76</sup> der persönliche Eindruck. Trifft dies zu, liegt im Fall der Mangelhaftigkeit der Tatbestand der **Unmöglichkeit** im Sinn von § 275 Abs. 1 BGB vor; eine Ersatzlieferung scheidet aus, weil sich die Pflicht des Verkäufers im Sinn von § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB auf die Lieferung der **konkret geschuldeten Sache** bezieht.<sup>77</sup>

### c) Rückgabe der mangelhaften Sache – Nutzungersatz

§ 439 Abs. 6 BGB ist **eine eigene** Anspruchsgrundlage.<sup>78</sup> Wegen der Bezugnahme auf § 346 BGB ist Nutzungersatz für die mangelbehaftete Sache geschuldet. Der Käufer schuldet daher auch die Rückgewähr der mangelhaften Sache, und zwar Zug um Zug gegen die Ersatzlieferung einer mangelfreien.<sup>79</sup> Der Umfang der Ersatzlieferung ist – genauso wie der der Nachbesserung – nunmehr einheitlich in § 439 Abs. 3 BGB geregelt. Danach beantwortet sich die jetzt zu adressierende Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Aus- und Einbaukosten im Fall einer Nacherfüllung Sache des Verkäufers sind. Diese Norm beruht auf einer **Novelle**,<sup>80</sup> welche zum 1.1.2018<sup>81</sup> in Kraft getreten ist.<sup>82</sup> Sie dient der Umsetzung der Rechtsprechung des EuGH,<sup>83</sup> wonach die erforderlichen Aufwendungen im Einzelnen angesprochen und dem Bereich der Erfüllungspflichten zugewiesen sind. Wichtig ist jedoch, dass die Rechtsprechung des EuGH nur den **Verbrauchsgüterkauf** betraf, der deutsche Gesetzgeber aber eine „**überschießende**“ Umsetzung gewählt hat.<sup>84</sup> Sein Ziel bestand darin, den unternehmerischen Verkehr jedenfalls insoweit zu erfassen, als er verhindern wollte, den (zwischen geschalteten) Bauhandwerker als Letztverteiler, der der Bürde einer umfassenden Nacherfüllungspflicht gegenüber dem Verbraucher ausgesetzt ist, in die Zange zu nehmen.<sup>85</sup>

Betreffend den **Ersatz der Nutzungsentschädigung** des Käufers im Rahmen einer Ersatzlieferung hat der EuGH festgestellt, dass der Verkäufer, der ja eine mangelbehaftete Sache geliefert hat, keinen Anspruch hat, vom Käufer Ersatz der Nutzung der (mangelhaften) Sache zu verlangen.<sup>86</sup> Der BGH hat dann in Umsetzung dieses Urteils – basierend auf dem Konzept der (sehr großzügig gehandhabten) richtlinienkonformen Auslegung – entschieden, dass folgende Regel gilt: *„Die in § 439 Abs. 4 BGB (nunmehr: § 439 Abs. 6 BGB) in Bezug genommenen Vorschriften über den Rücktritt (§§ 346 bis 348 BGB) gelten in diesen Fällen nur für die Rückgewähr der mangelhaften Sache selbst, führen hingegen nicht zu einem Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen oder auf Wertersatz für die Nutzung der mangelhaften Sache.“*<sup>87</sup>

Doch ist diese Rechtsfolge auf den **Verbrauchsgüterkauf** nach § 475 Abs. 3 Satz 1 BGB beschränkt. Nach zutreffender Auffassung des BGH ist es nicht geboten, die Aus-

<sup>75</sup> BGH NJW 2006, 2839; OLG Schleswig NJW-RR 2005, 1579; OLG Hamm NJW-RR 2005, 1220; LG Ellwangen NJW 2003, 517.

<sup>76</sup> BGH NJW 2007, 1346 – Laufleistung eines Motorrads.

<sup>77</sup> MüKo/Westermann § 439 Rn. 11.

<sup>78</sup> Grüneberg/Weidenkaff § 439 Rn. 23; MüKo/Westermann § 439 Rn. 13.

<sup>79</sup> Grüneberg/Weidenkaff § 439 Rn. 23; Erman/Grunewald, BGB, 16. Aufl., 2020, § 439 Rn. 3.

<sup>80</sup> BT-Drucks. 18/8486 S. 39.

<sup>81</sup> BGBl. I 2017, 969; zum Referentenentwurf Graf von Westphalen BB 2015, 2883 ff.

<sup>82</sup> Hierzu auch Höpfner/Fallmann NJW 2017, 3745 ff.; vgl. auch Grunewald/Tassius/Langenbach BB 2017, 1673 ff.

<sup>83</sup> EuGH NJW 2011, 2269 Rn. 40 ff. – Weber und Putz.

<sup>84</sup> BGH NJW 2014, 2351 Rn. 17.

<sup>85</sup> BeckOK BGB/Faust BGB 1.8.2022 § 439 Rn. 90.

<sup>86</sup> EuGH NJW 2008, 1433 – Quelle.

<sup>87</sup> BGH NJW 2009, 427 – 3. Leitsatz.

wirkungen der vorerwähnten Entscheidung des EuGH auf den unternehmerischen Verkehr zu erstrecken.<sup>88</sup> Hier bleibt es folglich bei der Berücksichtigung der allgemeinen Regel des § 346 Abs. 1 BGB.

### III. Wahlrecht des Käufers

- 17 Aus § 439 Abs. 1 BGB folgt, dass der Käufer berechtigt ist, nach seiner Wahl darüber zu entscheiden, ob Nacherfüllung durch Beseitigung des Mangels oder durch Lieferung einer mangelfreien Ersatzsache vorgenommen wird.<sup>89</sup> Der Käufer übt dieses Wahlrecht dadurch aus, dass er dem Verkäufer mitteilt, welche Form der Nacherfüllung er wählt; dabei handelt es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung.<sup>90</sup> Hat der Käufer dieses ihm nach § 439 Abs. 1 BGB zustehende **Wahlrecht** ausgeübt, dann ist es ihm unter Berücksichtigung der Gebote von Treu und Glauben verwehrt, ohne sachlich gerechtfertigten Grund vom Anspruch auf Mangelbeseitigung auf den Anspruch auf Nachlieferung überzugehen.<sup>91</sup> Es handelt sich hier um einen modifizierten **Erfüllungsanspruch**.<sup>92</sup> Dabei ist das Recht auf Nachbesserung aus der Sicht des Verkäufers das Recht zur „zweiten Andienung“.<sup>93</sup> Die weitergehenden Rechte/Ansprüche nach § 437 Nr. 2 und 3 BGB stehen bereits drohend vor der Tür. Eine **Ersatzlieferung** ist nach der zutreffenden Ansicht des BGH immer dann in Betracht zu ziehen, wenn – nach Wahl des Käufers – die Kaufsache im Fall ihrer Mangelhaftigkeit durch eine gleichartige – funktionell wie vertragsgemäß – gleichwertige Sache ersetzt werden kann.<sup>94</sup> Das tritt bei Gattungsschulden ohne weiteres, aber auch tendenziell bei Stückschulden zu.<sup>95</sup>

#### 1. Verbrauchsgüterkauf § 476 Abs. 1 BGB

- 18 Liegen die Voraussetzungen eines Verbrauchsgüterkaufs im Sinn der §§ 474 ff. BGB vor, dann ist das in § 439 Abs. 1 BGB verankerte **Wahlrecht** des Käufers – Nachbesserung oder Nachlieferung – zwingend vorgegeben. Dies folgt aus § 476 Abs. 1 BGB, weil dort die Norm des § 439 BGB uneingeschränkt zur Anwendung berufen ist. Demzufolge ist es dem Verkäufer als AGB-Verwender auch untersagt, eine anderweitige Klauselgestaltung zu wählen; tut er dies gleichwohl, dann ist die Klausel nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam. Auf § 309 Nr. 8b BGB ist in diesen Fällen nicht zurückzugreifen, weil die dort geregelten Verbotsnormen insoweit nicht einschlägig sind.

#### 2. Unternehmerischer Verkehr – § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB

- 19 Hier wird man ohne allzu große Bedenken das Wahlrecht nach § 439 Abs. 1 BGB dem **Verkäufer anstelle des Käufers** zuweisen können, ohne dass eine solche Klauselgestaltung an § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB scheitert.<sup>96</sup> Entscheidend ist insoweit der Befund, dass der Verkäufer regelmäßig durchaus in der Lage ist, im Rahmen seiner nach § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB konstituierten Erfüllungspflicht autonom darüber zu entscheiden, in welcher Weise die Nacherfüllung durchzuführen ist. Es ist daher nicht ohne Weiteres zu erkennen, dass die

<sup>88</sup> BGH NJW 2009, 427 Rn. 27.

<sup>89</sup> Erman/Grunewald § 439 Rn. 9.

<sup>90</sup> OLG Saarbrücken NJW 2009, 369; Grüneberg/Weidenkaff § 439 Rn. 6.

<sup>91</sup> OLG Saarbrücken NJW 2009, 369.

<sup>92</sup> BGH NJW 2021, 2958 Rn. 41; NJW 2013, 220 Rn. 24.

<sup>93</sup> BGH NJW 2021, 2958 Rn. 41 – „letzte Chance“.

<sup>94</sup> BGH NJW 2019, 1133 Rn. 31 ff.; hierzu auch NJW 2021, 2958 Rn. 41 – Dieselskandal.

<sup>95</sup> BGH NJW 2021, 2958 Rn. 43.

<sup>96</sup> VertragsR und Klauselwerk/Graf von Westphalen/Thüsing/Pamp/Lehmann-Richter, 2020, Mangelrechte Rn. 27.

berechtigten Interessen des Käufers unangemessen benachteiligt werden, wenn der Verkäufer seinerseits darüber befindet, ob eine Mangelbeseitigung oder eine Ersatzlieferung von ihm erbracht werden.

#### IV. Umfang der Nacherfüllung – § 439 Abs. 2 BGB

Nach der gesetzlichen Anordnung in § 439 Abs. 2 BGB ist der Verkäufer im Fall eines (berechtigten) Nacherfüllungsverlangens des Käufers – gleichgültig, ob es sich um eine Nachbesserung oder um eine Ersatzlieferung handelt – verpflichtet, die erforderlichen Aufwendungen zu tragen insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten, welche zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlich werden. Daraus ergeben sich folgende Ableitungen: 20

##### 1. Aufwendungen

Es handelt sich hier um eine **eigenständige Anspruchsgrundlage**.<sup>97</sup> Der Begriff der Aufwendungen ist an § 256 BGB angelehnt. Aufwendungen sind danach – stets im Gegensatz zum Begriff des Schadens – durch die freiwillige Aufopferung von Vermögenswerten im Interesse eines anderen begründet.<sup>98</sup> Dabei macht es keinen Unterschied, ob diese Aufwendungen beim Käufer oder Verkäufer entstanden sind.<sup>99</sup> Weiter folgt aus dem Begriff der Aufwendung, dass der Verkäufer verpflichtet ist, diese **unentgeltlich** für den Käufer zu erbringen.<sup>100</sup> Nur so ist der Tatbestand der **Freiwilligkeit** zu interpretieren, den § 256 BGB als Merkmal des Begriffs Aufwendungen ebenfalls voraussetzt.<sup>101</sup> Gleichzeitig ergibt sich dies aber auch dogmatisch aus der **Nacherfüllungspflicht**, die einen modifizierten Erfüllungsanspruch repräsentiert. 21

##### 2. Umfang der geschuldeten Aufwendungen

###### a) Beispielhafte Aufzählung

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 werden den Aufwendungen zu tragen.<sup>102</sup> 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. Dabei steht fest, dass der Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen für eine Nacherfüllung im Sinn des § 439 Abs. 2 BGB auch dann weitergelten, wenn der Käufer sich später entschließt, nicht diesen Anspruch einzufordern, sondern etwaige Ansprüche nach § 437 Nr. 2 und Nr. 3 BGB.<sup>103</sup> 22

<sup>97</sup> BGH NJW 2019, 292 Rn. 87; NJW 2014, 2351 Rn. 15.

<sup>98</sup> BGH NJW 1989, 2816 (2818); BGH NJW 1973, 46; Grüneberg/Grüneberg § 256 Rn. 1.

<sup>99</sup> BGH NJW 1996, 389 (390).

<sup>100</sup> MüKoBGB/Westermann, 8. Aufl., 20219, § 439 Rn. 11; Grüneberg/Weidenkaff § 439 Rn. 10.

<sup>101</sup> MüKoBGB/Krüger, 8. Aufl. 2019, § 256 Rn. 2.

<sup>102</sup> Erman/Grunewald, BGB, 16. Aufl., 2020, § 439 Rn. 6.

<sup>103</sup> BGH NJW 2014, 2357.

### b) Mangelentdeckung – Mangeluntersuchung – Gutachten

- 23 Nach der früheren Rechtsprechung des BGH, die zu § 476a BGB aF ergangen ist,<sup>104</sup> war der Verkäufer verpflichtet, auch die Kosten der Mangelentdeckung und die der Fehlersuche zu tragen.<sup>105</sup> Da der Käufer sowohl als Kaufmann im Rahmen der nach § 377 HGB zu beurteilenden Rügeobliegenheit als auch im Übrigen nach § 439 Abs. 1 BGB lediglich verpflichtet ist, die **Symptome** des jeweiligen Mangels (§ 434 BGB) dem Verkäufer anzuzeigen und diesem die Sache nach § 439 Abs. 5 BGB zur Verfügung zu stellen, können folglich nur die Kosten der **weitergehenden Untersuchungen**, welche dann zur endgültigen Feststellung des Mangels erforderlich werden, von § 439 Abs. 2 BGB erfasst werden. Fallen diese Aufwendungen beim Käufer an, dann handelt es sich hier stets um einen Schadensersatzanspruch.<sup>106</sup> Ist nämlich mangelhaft geliefert worden, dann wird man im Zweifel die Kosten und Mehraufwendungen einem **Schadenersatzanspruch** nach § 437 Nr. 3 BGB zuweisen müssen, der jedoch ein Verschulden nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB regelmäßig voraussetzt.<sup>107</sup> Die Anspruchsgrundlage des § 439 Abs. 1 und Abs. 2 BGB greift jedoch erst dann ein, wenn der Tatbestand einer vom Verkäufer zu übernehmenden Nacherfüllungspflicht feststeht. Vor allem aber ist er zwingend ein vom Verschulden des Verkäufers abhängiger Anspruch.<sup>108</sup>
- 24 Zu den **weiteren Aufwendungen**, die im Rahmen von § 439 Abs. 2 BGB zu ersetzen sind, zählen auch Kosten für ein **Sachverständigengutachten**, welches der Klärung der Mangelursache dient.<sup>109</sup> Doch die Mangelbeseitigung selbst zählt nicht dazu.<sup>110</sup> Sie wird von § 439 Abs. 1 BGB erfasst. Auch fallen Kosten für die Einschaltung eines **Anwalts** in den Anwendungsbereich des § 439 Abs. 2 BGB, soweit sie nur „zum Zweck“ der Nacherfüllung angefallen sind, dh zur Durchsetzung des Nacherfüllungsanspruchs erforderlich waren.<sup>111</sup> Im Blick auf die Tragung der **Transportkosten** ist folgendes zu beachten: Grundsätzlich muss der Käufer dem Verkäufer nach **§ 439 Abs. 5 BGB** die mangelhafte am **Erfüllungsort** (→ Rn. 10) – dies entscheidet sich im Zweifel nach den Maßstäben des § 269 BGB – zur Verfügung stellen.<sup>112</sup> Liegt dieser nicht am Wohnsitz des Käufers, sondern an einem entfernteren gewerblichen Wohnsitz des Verkäufers, dann kann der Käufer einen **entsprechenden Vorschuss** einfordern.<sup>113</sup> Denn nach den Vorgaben der Verbrauchergüterkauf-RL darf die Nacherfüllung nicht mit Unannehmlichkeiten zum Nachteil des Käufers verbunden sein. Für die Höhe der nach § 439 Abs. 2 BGB zu erstattenden Aufwendungen gilt die **Grenze** der Kosten, welche beim Verkäufer anfallen würden.<sup>114</sup>
- 25 Nicht zu den danach zu ersetzenden Aufwendungen zählen aber solche Schäden, die der Käufer aus Anlass der Nacherfüllung an **seinem sonstigen Vermögen** erleidet.<sup>115</sup> Nach Ansicht des BGH gehören zu den nach § 439 Abs. 2 BGB zu ersetzenden Aufwendungen aber **Anwaltskosten**, welche deswegen anfallen und erforderlich sind, um den Nacherfüllungsanspruch des Käufers durchzusetzen.<sup>116</sup> Dies ist deswegen bedeutsam, weil es sich dann um einen Anspruch auf Kostenersatz handelt, der **vom Verschulden losgelöst** ist. Diese Sicht findet in der Literatur Widerspruch, der nicht zu folgen ist.<sup>117</sup> Doch Einver-

<sup>104</sup> Grüneberg/Weidenkaff § 439 Rn. 11.

<sup>105</sup> BGH NJW 1991, 1604, 1607.

<sup>106</sup> BGH NJW 2018, 291 Rn. 19 – Qualitätssicherungsvereinbarung.

<sup>107</sup> Vgl. BGH NJW 2008, 2837 – Parkettstäbe.

<sup>108</sup> BGH NJW 2018, 291.

<sup>109</sup> BGH NJW 2019, 292 Rn. 87; NJW 2014, 2351 Rn. 17.

<sup>110</sup> Erman/Grunewald, BGB, 16. Aufl., 2020, § 439 Rn. 8.

<sup>111</sup> BGH NJW 2019, 292 Rn. 87; Grüneberg/Weidenkaff § 439 Rn. 11; Erman/Grunewald, BGB, 16. Aufl., 2020, § 439 Rn. 8.

<sup>112</sup> BGH NJW 2017, 2758 Rn. 21; NJW 2011, 2278 Rn. 29 ff.

<sup>113</sup> BGH NJW 2022, 2164; NJW 2017, 2758 Rn. 29; Grüneberg/Weidenkaff § 439 Rn. 11.

<sup>114</sup> BeckOGK/Höpfner BGB 1.7.2023 § 439 Rn. 53.

<sup>115</sup> BeckOGK/Höpfner BGB 1.7.2023 § 439 Rn. 59; Erman/Grunewald, BGB, 16. Aufl., 2020, § 439 Rn. 8; MüKoBGB/Westermann, 8. Aufl., 2019, § 439 Rn. 22.

<sup>116</sup> BGH NJW 2019, 292 Rn. 87 ff.; Erman/Grunewald, BGB, 16. Aufl., 2020, § 439 Rn. 8.

<sup>117</sup> A. M. Grüneberg/Weidenkaff § 439 Rn. 11.

nehmen besteht insoweit, als der **Nutzungsausfallschaden**, der anlässlich der Durchführung der Nacherfüllung im Vermögen des Käufers entsteht, nicht in den Anwendungsbereich des § 439 Abs. 2 BGB fällt.<sup>118</sup>

### c) Besonderheiten bei der Ersatzlieferung

Die Rechtsprechung steht bei der Nacherfüllungsvariante – Ersatzlieferung – auf dem Standpunkt, dass die vom Verkäufer nach § 439 Abs. 2 BGB zu tragenden Aufwendungen auch den **Ausbau und den Abtransport** der mangelhaften Sache erfassen.<sup>119</sup> Beim **Verbrauchsgüterkauf** will der BGH dann auch für diese Aufwendungen einen Anspruch des nacherfüllungsberechtigten Käufers begründen, einen Kostenvorschuss einfordern zu dürfen.<sup>120</sup> Doch steht dieser Anspruch im Rahmen einer **Ersatzlieferung** dem Käufer nicht zu, weil das Kaufrecht einen solchen Anspruch nicht kennt.<sup>121</sup> Dem wird man unter dem Eindruck von **§ 439 Abs. 5 BGB** folgen müssen. Wenn der Käufer grundsätzlich – also: auch außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs – verpflichtet ist, dem Verkäufer die angeblich mangelhafte Sache auf eigene Kosten zur Verfügung zu stellen, dann schließt dies jedenfalls außerhalb des Anwendungsbereichs der Verbrauchsgüterkauf-RL und der Warenkauf-RL (2019/771) einen Anspruch auf Vorschuss für die Transportkosten zum Verkäufer auch beim Begehren einer Ersatzlieferung aus.

### d) Ersatz von Vermögensschäden

Wenn man – wie hier geschehen – § 439 Abs. 2 BGB mit seinem zentralen Begriff eines eigenständigen Anspruchs auf Ersatz der zum Zweck der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen begreift, dann löst sich die aufgeworfene Frage von selbst. Denn ein Schaden ist stets im Rahmen der §§ 249 ff. BGB ein unfreiwillig erlittenes Vermögensopfer, während eine Aufwendung im Sinn des § 256 BGB durch das Merkmal der Freiwilligkeit charakterisiert ist.<sup>122</sup> Im Rahmen des Mängelrechts führt dies direkt zur Norm des § 437 Nr. 3 BGB; für § 439 Abs. 2 BGB ist da kein Platz. Daher: Schäden, welche an andere Sachen des Käufers als Folge des Mangels eingetreten sind, sind nicht nach § 439 Abs. 2 BGB zu beseitigen; das Nacherfüllungsverlangen erstreckt sich nicht auf deren Ersatz.<sup>123</sup>

### e) Weiterfressender Schaden

**Offen** ist die Antwort auf die Frage, ob der Anspruch auf Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 1 und Abs. 2 BGB auch die Fälle erfasst in denen – Anspruchskonkurrenz ist hier die Voraussetzung – ein weiterfressender Schaden im Sinn von § 823 Abs. 1 BGB (→ § 21) an der (nachzubessernden/neu zu liefernden) Sache vorliegt.<sup>124</sup> Typisch für dieses Erscheinungsbild ist ja der Befund, dass der Mangel nach Gefahrenübergang einen weitergehenden Schaden an Rechtsgütern des Käufers – regelmäßig an dessen Eigentumsrechten an der Kaufsache selbst – verursacht. Doch um die Voraussetzungen einer Anspruchskonkurrenz zu erfüllen, muss der Mangel in jedem Fall – § 49 Abs. 1 BGB – im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs jedenfalls im Keim vorhanden sein.<sup>125</sup> Das vertragsrechtliche Äquiva-

<sup>118</sup> BeckOGK/Höpfner BGB 1.7.2023 § 439 Rn. 50; Erman/Grünwald, BGB, 16. Aufl., 2020, § 439 Rn. 8.

<sup>119</sup> BGH NJW 2012, 1073.

<sup>120</sup> BGH NJW 2021, 2277.

<sup>121</sup> BGH NJW 2021, 2273 Rn. 34 ff.

<sup>122</sup> Statt aller MüKoBGB/Krüger, 8. Aufl., 20219, § 256 Rn. 2.

<sup>123</sup> BeckOK BGB/Faust BGB 1.8.2022 § 439 Rn. 39.

<sup>124</sup> Hierzu BeckOK BGB/Faust 1.8.2023, § 439 Rn. 37; BeckOGK/Höpfner BGB, 1.7.2023, § 439 Rn. 94.

<sup>125</sup> Schollmeyer NJOZ 2009, 2729 (2731 f.).

lenzinteresse deckt sich hier – das ist unter Gesichtswinkel des Gebots der „Stoffgleichheit“<sup>126</sup> festzustellen – nicht mit dem Schaden, der das Integritätsinteresse des Käufers (§ 823 BGB) betrifft.<sup>127</sup> Würde man hier rein formal argumentieren, so wäre der Verkäufer lediglich verpflichtet, Nacherfüllung im Sinn von § 439 Abs. 1 und Abs. 2 BGB unentgeltlich zu bewirken. Der weitergehende Schaden würde dann deliktsrechtlich gemäß § 823 BGB reklamiert werden, was indessen ein Verschulden voraussetzt. Dies wird jedoch überwiegend mit Recht anders gesehen.<sup>128</sup>

- 29 Ausgangspunkt für die **zutreffende Einordnung** ist die Erwägung, dass die Mangelbeseitigungsaufwendungen nach § 439 Abs. 2 BGB auch solche Schäden an der Kaufsache selbst erfassen, wenn und soweit im Rahmen einer **Ersatzlieferung** der **Ausbau** der mangelhaften Sache gemäß § 439 Abs. 3 BGB erforderlich wird.<sup>129</sup> So gesehen kann es aber keinen entscheidenden Unterschied machen, ob der – weiterfressende – Schaden an der Sache als Folge der Mangelbeseitigung<sup>130</sup> anfällt oder ob zunächst der weiterfressende, mangelbedingte Schaden an der Gesamtsache eingetreten ist, bevor die Nacherfüllung aus diesem Grund erforderlich wird. Hinzu tritt die Erwägung, dass Art. 3 Abs. 2 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie – unabhängig von der nationalrechtlichen Anspruchsgrundlage – darauf abzielt, dass der Verkäufer verpflichtet ist, den vertragsgemäßen Zustand im Rahmen der Nacherfüllung herzustellen, was auch solche Mängel erfasst, die erst nach einiger Zeit – also: als weiterfressender Schaden, dh nach Gefahrenübergang – entstanden sind.<sup>131</sup> Das Gleiche gilt in der Sache auch im Rahmen der neuen Norm des Art. 14 Abs. 3 Warenkauf-RL. Danach umfasst die Pflicht zur Nachbesserung oder die Ersatzlieferung „die Entfernung der nicht vertragsgemäßen Waren und die Montage oder Installierung der Ersatzwaren oder der nachgebesserten Waren oder die Übernahme der Kosten dieser Entfernung und Montage oder Installierung.“<sup>132</sup> Dieses Ergebnis gilt daher unabhängig davon, ob im Sinn des Deliktsrechts das Merkmal der „Stoffgleichheit“ zu bejahen oder zu verneinen ist.<sup>133</sup> Denn das Merkmal der Vertragswidrigkeit, die der Nacherfüllungsanspruch nach § 439 Abs. 2 BGB unentgeltlich zu beheben hat, knüpft nur an eben dieses Datum an.
- 30 Doch wenn der Aufwendungsersatzanspruch nach § 439 Abs. 2 BGB auf einen deliktischen Mangel der Kaufsache gestützt wird, dann darf dies nicht dazu führen, dass der geltend gemachte Anspruch über die Wiederherstellung der Vertragsgemäßheit – eventuell der Lieferung einer neuen Sache – hinausgeht und auch einen Anspruch auf **Ersatz des Nutzungsschadens** des Käufers erfasst.<sup>134</sup> Denn dieser kann nur über § 437 Nr. 3 BGB als originärer Schadensersatzanspruch geltend gemacht werden.

#### f) Schäden an anderen Sachen

- 31 **Nicht** zu den Mangelbeseitigungsaufwendungen zählen daher auch solche „Nachbesserungen“, die sich auf Schäden beziehen, welche als Folge des Mangels an **anderen Sachen des Käufers** entstanden sind.<sup>135</sup> Ersatz dieser Aufwendungen/Kosten schuldet der Verkäufer lediglich unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzanspruchs gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 Satz 1 BGB,<sup>136</sup> so dass es insoweit auch auf ein **Verschulden** entscheidend ankommt.

<sup>126</sup> BGH NJW 2005, 1423 – Bauwerk; BGH NJW 2001, 1346 – Schlacke.

<sup>127</sup> BGH NJW 1998, 2282 – Tieflader.

<sup>128</sup> MüKoBGB/Westermann, 8. Aufl., 2019, § 439 Rn. 11.

<sup>129</sup> MüKoBGB/Westermann, 8. Aufl., 2019, § 439 Rn. 9.

<sup>130</sup> BGH NJW 1963, 805; BGH NJW 1963, 811.

<sup>131</sup> BeckOK BGB/Faust BGB 1.8.2022 § 439 Rn. 37; BeckOGK/Höpfner BGB 1.7.2023 § 439 Rn. 94; vgl. auch OLG Koblenz BeckRS 2013, 2064 – geplatzter Ölschlauch.

<sup>132</sup> RL 2019/771 – ABl. L 136 S. 28.

<sup>133</sup> MüKoBGB/Westermann, 8. Aufl., 20219, § 439 Rn. 12.

<sup>134</sup> Mit Recht Erman/Grünwald, BGB, 16. Aufl., 2020, § 439 Rn. 8; BeckOK BGB/Faust BGB 1.8.2022 § 439 Rn. 98.

<sup>135</sup> Grüneberg/Weidenkaff § 439 Rn. 12.

<sup>136</sup> BGH NJW 2018, 291.

**g) Wertverbesserungen**

Sofern durch die Nacherfüllung – insbesondere aber durch eine Ersatzlieferung – eine Wertverbesserung eintritt, hat der Verkäufer grundsätzlich keinen Erstattungsanspruch.<sup>137</sup> Insbesondere ist darauf aufmerksam gemacht worden, dass in diesen Fällen der (schadensersatzrechtliche) Grundsatz „**neu für alt**“ keine Anwendung findet.<sup>138</sup> Das entspricht freilich nicht unbedingt der Judikatur.<sup>139</sup> Daher wird man im Zweifel, wenn denn ein Wertersatz als Folge einer Ersatzlieferung oder auch einer Nachbesserung (Austausch) anzunehmen ist, auf § 346 Abs. 2 BGB zurückgreifen können.<sup>140</sup> **32**

**h) Eigene Aufwendungen des Käufers**

Maßgebend ist hier die Erkenntnis, dass dem Käufer – außerhalb von § 439 Abs. 3 BGB – **kein Recht auf Selbstvornahme der Nacherfüllung** zusteht.<sup>141</sup> Beseitigt daher der Käufer einen Mangel selbst, ohne zuvor dem Verkäufer eine erforderliche Frist zur Nacherfüllung gesetzt zu haben, kann er nicht gemäß § 326 Abs. 2 Satz 2, Abs. 4 BGB (analog) die Anrechnung der vom Verkäufer ersparten Aufwendungen für die Mangelbeseitigung auf den Kaufpreis verlangen.<sup>142</sup> Doch gilt dies nur, wenn und soweit die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung gemäß § 437 Nr. 3, 281 BGB vorliegen.<sup>143</sup> Der Verkäufer ist jedoch im Rahmen von § 439 Abs. 2 BGB verpflichtet, solche Aufwendungen des Käufers zu tragen, welche dem Zweck gedient haben, die Ursache des Mangels zu entdecken,<sup>144</sup> zB dann, wenn der Käufer nicht in der Lage ist, im Einzelnen spezifiziert Auskunft über den Mangel zu geben.<sup>145</sup> Denn notwendigerweise setzt der Anspruch auf Nacherfüllung voraus, dass die Schadensursache zuvor festgestellt worden ist.<sup>146</sup> Dabei macht es – bezogen auf dieses **Vorfeld** des § 439 Abs. 1 BGB – keinen entscheidenden Unterschied, ob der Verkäufer oder der Käufer diese Aufwendungen getragen hat, weil der Käufer insoweit einen Anspruch auf Erstattung besitzt.<sup>147</sup> Gleiches gilt insoweit, als derartige Aufwendungen/Kosten bei einem **Dritten** entstehen, etwa weil ein Fachmann hinzugezogen werden muss, um die Mangelursache zu entdecken.<sup>148</sup> **33**

Hat der Käufer in **Unkenntnis der Rechtslage** eine Rechnung des Verkäufers gezahlt (obwohl diese Aufwendungen/Kosten für die Nacherfüllung im Sinn von § 439 Abs. 2 BGB zum Gegenstand hatte), dann kann der Käufer diese regelmäßig nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB zurückfordern.<sup>149</sup> Die vorbehaltlose Bezahlung einer Rechnung rechtfertigt für sich allein genommen nicht die Annahme eines deklaratorischen oder eines „tatsächlichen“ Anerkenntnis der gegliederten Forderung.<sup>150</sup> **34**

<sup>137</sup> BeckOGK/Höpfner BGB, 1.7.2023 § 439 Rn. 126; Erman/Grunewald, BGB, 16. Aufl., 20219, § 439 Rn. 8.

<sup>138</sup> A. M. Reinking DAR 2002, 15 (19).

<sup>139</sup> BGH NJW 2012, 1080 Rn. 12 – Aufwendungsersatz auch „neu für alt“ bei einer Störungsbeseitigung nach § 1004 BGB.

<sup>140</sup> BeckOGK/Höpfner BGB, 1.7.2023 § 439 Rn. 126.

<sup>141</sup> BGH NJW 2005, 1348.

<sup>142</sup> A. M. Lorenz ZGS 2003, 398; Ebert NJW 2004, 1761 (1763).

<sup>143</sup> BGH NJW 2005, 1348, Erman/Grunewald, BGB, 16. Aufl., 2020, § 439 Rn. 8; Grüneberg/Weidenkaff § 439 Rn. 8; Grüneberg/Weidenkaff § 439 Rn. 13.

<sup>144</sup> BGH NJW 1991, 1604 (1607).

<sup>145</sup> BGH WM 1972, 705; BGH BB 1981, 389 (390).

<sup>146</sup> BGH NJW 1991, 1604 (1607).

<sup>147</sup> BGH NJW 1991, 1604 (1607).

<sup>148</sup> Erman/Grunewald, BGB, 16. Aufl., 2020, § 439 Rn. 8.

<sup>149</sup> BGH NJW 2009, 580.

<sup>150</sup> BGH NJW 2009, 580, BGH NJW-RR 2007, 530; Grüneberg/Weidenkaff § 439 Rn. 13.

## V. Umfang der Nacherfüllung – § 439 Abs. 3 BGB

### 1. Aus- und Einbaukosten – Ersatzanspruch des Käufers

#### a) Anwendungsbereich

- 35 **Ausgangspunkt** aller nachfolgend anzustellenden Erwägungen ist das Urteil des EuGH vom 16.6.2011.<sup>151</sup> Ergangen ist diese Entscheidung auf Grund einer Vorlage des BGH.<sup>152</sup> Zugrunde liegt die autoritative Interpretation von Art. 3 Abs. 2 und 3 der Verbrauchsgütererlauf-Richtlinie. Im Kontext einer nach § 439 Abs. 1 BGB durchzuführenden Ersatzlieferung – Fliesen – ging 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.<sup>153</sup> Es handelt sich insoweit um einen Erfüllungsanspruch, den der Käufer auf Ersatz der Kosten/Aufwendungen hat, die er für den Ausbau (einer mangelhaften Sache) und den nachfolgenden Einbau einer mangelfreien aufwendet. Inzwischen hat sich mit Wirkung zum **1.1.2018** die **Rechtslage geändert**: Der Gesetzgeber hat durch eine Novellierung von § 439 Abs. 3 BGB die Rechtsprechung des EuGH umgesetzt, und zwar – entsprechend seiner Grundkonzeption – nicht nur für den Verbrauchsgüterkauf, sondern auch für den **b2b-Bereich**. Im Vordergrund der gesetzgeberischen Erwägungen standen dabei die klassischen Handwerkerfälle, in denen dieser einen (nicht von ihm zu vertretenden) Mangel einer gelieferten Sache ein- und dann auch wieder ausbauen muss.<sup>154</sup> Der Schutz soll auch für sie eingreifen.

#### b) Voraussetzungen

- 36 Der Gesetzgeber fordert nunmehr in § 439 Abs. 3 BGB, dass der Käufer Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen kann, sofern er die mangelhafte Sache „**gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck**“ in eine andere Sache eingebaut oder an eine andere Sache angebracht hat. Wird erst nach diesem Vorgang der Mangel der Sache offenbar, dann richtet sich der **Ersatzanspruch des Käufers** auf Erstattung der erforderlichen Aufwendungen, die für das Entfernen der mangelhaften Sache (Ausbau) und den Einbau (der mangelfreien Sache) oder das Anbringen der mangelfreien Sache erforderlich sind. **Alternativ** gilt das Gleiche auch für den Fall einer **Ersatzlieferung**, die ihrerseits einen Einbau verlangt und konsequenterweise dann wegen ihres Mangels einen Ausbau/ein Entfernen der mangelhaften Sache bedingt. In der Sache durchbricht die Regel des § 439 Abs. 3 BGB das in Abs. 2 verankerte Recht des Verkäufers zur „zweiten Andienung“.<sup>155</sup> Die Norm zwingt den Käufer im Ergebnis zur **Selbstvornahme**.<sup>156</sup> Erstattet werden dem Käufer stets die **erforderlichen Kosten** eines Aus- und Einbaus.<sup>157</sup> Soweit die Frage der Verhältnismäßigkeit der für Ein- und Ausbau geltend gemachten Kosten/Aufwendungen

<sup>151</sup> EuGH NJW 2011, 2269 – Gebr. Weber GmbH./ Wittmer; hierzu auch Lorenz NJW 2011, 2241 ff.; Rodemann/Schwenker ZfBR 2011, 634 ff.

<sup>152</sup> BGH NJW 2009, 1660 – Fliesen.

<sup>153</sup> Hierzu auch Lorenz NJW 2011, 2241 (2242 f.).

<sup>154</sup> BT-Drs. 18/8486 S. 81; Graf von Westphalen BB 2015, 2883 ff. – Kritik am Referentenentwurf.

<sup>155</sup> So mit Recht BeckOK BGB/Faust BGB 1.8.2022 § 439 Rn. 110.

<sup>156</sup> BeckOGK/Höpfner BGB 1.7.2023 § 439 Rn. 80.

<sup>157</sup> Erman/Grunewald, BGB, 16. Aufl., 2020, § 439 Rn. 11.