

E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

Nachlieferungsanspruch des Käufers erstreckt sich nicht auf Einbau der mangelfreien Ersatzsache

1. Der Verkäufer mangelhafter Parkettstäbe schuldet im Zuge der Nacherfüllung durch Ersatzlieferung (§ 439 Abs. 1 BGB) nur die Lieferung mangelfreier Parkettstäbe, das heißt die Verschaffung von Besitz und Eigentum an einer mangelfreien Kaufsache (§ 433 Abs. 1 BGB); zur Verlegung ersatzweise gelieferter Parkettstäbe ist der Verkäufer im Wege der Nacherfüllung auch dann nicht verpflichtet, wenn der Käufer die mangelhaften Parkettstäbe bereits verlegt hatte.

2. Eine Haftung des Verkäufers mangelhafter Parkettstäbe, die der Käufer vor der Entdeckung des Mangels auf seine Kosten hat verlegen lassen, für die Kosten der Neuverlegung mangelfreier Parkettstäbe kommt nur unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes statt der Leistung (§ 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1, 3, §§ 281 ff. BGB) in Betracht. Der Verkäufer haftet nicht, wenn er die in der mangelhaften Lieferung liegende Pflichtverletzung (§ 280 Abs. 1 S. 1, § 433 Abs. 1 S. 2 BGB) nicht zu vertreten hat (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB). (Amtliche Leitsätze)

BGB §§ 280, 437, 439

BGH, Urt. v. 15.7.2008 – VIII ZR 211/07 (LG Osnabrück)¹

I. Rechtsgebiet, Problemstellung und Examensrelevanz

1. Die Entscheidung bringt ein Stück Klarheit in einer viel diskutierten und damit besonders examensrelevanten Frage des neuen Kaufgewährleistungsrechts: Ist der Käufer einer mangelhaften Sache im Rahmen seines Anspruches auf Nachlieferung nach § 439 Abs. 1 BGB berechtigt, den Einbau der mangelfreien Ersatzsache zu verlangen, wenn er die mangelhafte Sache zuvor eingebaut hatte? Oder allgemeiner formuliert: Ist für die geschuldete Beschaffenheit der Ersatzsache *der ursprüngliche Leistungszeitpunkt* maßgeblich oder muss der Verkäufer Veränderungen nachvollziehen, die der Käufer an der mangelhaften Sache vorgenommen hat, die Ersatzsache also in denjenigen Zustand versetzen, in dem sich die Kaufsache *im Nacherfüllungszeitpunkt* befände, wenn sie so gleich mangelfrei geliefert worden wäre?

2. Im Streitfall ging es um Parkettstäbe, die der Käufer vom Händler erworben und dann von einem Dritten hatte verlegen lassen. Die Parkettstäbe erwiesen sich später wegen eines Produktionsfehlers als irreparabel mangelhaft. Der Käufer, der den Kaufpreis noch nicht bezahlt hatte, forderte den Verkäufer unter Fristsetzung zum Austausch des Parkettbodens auf und verlangte nach fruchtlosem Fristablauf Ersatz der Kosten für die Neuverlegung. Fraglich war, ob in der Weigerung des Verkäufers, neues Parkett zu verlegen, eine schuldhaftige Verletzung seiner Nacherfüllungspflicht lag, die nach §§ 437 Nr. 3, 280, 281 BGB eine Pflicht zum Ersatz der Einbaukos-

ten auslöste. Das aber hing davon ab, ob die Nacherfüllungspflicht überhaupt den Einbau umfasste.

II. Kernaussagen

1. Der BGH sieht die Nachlieferungspflicht des Verkäufers in Übereinstimmung mit der herrschenden Auffassung² dahin begrenzt, dass nur Übergabe und Übereignung einer mangelfreien Ersatzsache geschuldet werden, in casu also die Lieferung mangelfreier Parkettstäbe, nicht dagegen Neuverlegung oder Übernahme der Kosten der Neuverlegung. Die Modifikation, die der Nacherfüllungsanspruch gegenüber dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch aufweist, reicht nach Ansicht des BGH nur soweit, wie dies durch die Mangelhaftigkeit der Sache bedingt sei. Bei der Ersatzlieferung deckten sich Nacherfüllungsanspruch und ursprünglicher Leistungsanspruch hinsichtlich der geschuldeten Leistungen und sei demnach eine vollständige Wiederholung der Leistung erforderlich. Der Verkäufer schulde nochmals Übergabe des Besitzes und Verschaffung des Eigentums an einer mangelfreien Sache – nicht weniger, aber auch nicht mehr. Vermögensschäden, die dem Käufer daraus entstünden, dass nicht bereits beim ersten Erfüllungsversuch eine mangelfreie Sache geliefert werde, seien nicht im Zuge der Nacherfüllung zu beseitigen, sondern nur im Rahmen eines Schadens- oder Aufwendungsersatzanspruchs nach §§ 280 ff. BGB, was nicht nur für einen etwaigen Nutzungsausfall³ gelte, sondern auch für zusätzlich entstehende oder vergeblich aufgewendete Kosten wie etwa nutzlos gewordene Zulassungs- und Überführungskosten beim Kfz-Kauf⁴.

2. Ein abweichendes Ergebnis zum Umfang der Nacherfüllungspflicht wird nach Ansicht des BGH auch nicht durch § 439 Abs. 2 BGB gerechtfertigt, wonach der Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen hat. Gegenstand der Bestimmung seien nur die zur Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, ohne dass der Leistungsumfang gegenüber § 439 Abs. 1 BGB erweitert werde. Genauso legt der Senat die – allerdings auf das vereinbarte Nachbesserungsrecht beschränkte – Vorläu-

² Vgl. OLG Köln NJW-RR 2006, 677; OLG Stuttgart, Urt. v. 8.11.2007 – 19 U 52/07; OLG Frankfurt, Urt. v. 14.2.2008 – 15 U 5/07

(verfügbar in Juris, <http://www.juris.de>, unter: <http://www.juris.de/jportal/portal/t/109y/page/jurisw.psm1?doc.hl=1&doc.id=KORE210702008%3Ajuris-r00&showdoccase=1&documentnumber=1&numberofresults=1&doc.part=K&doc.price=0.0¶mfromHL=true#focuspoint> [23.09.2008]); Lorenz, ZGS 2004, 408; Thürmann, NJW 2006, 3457; Schneider/Katerndahl, NJW 2007, 2215; für Erstreckung des Nacherfüllungsanspruchs auf Einbau der Ersatzsache aber OLG Köln ZGS 2004, 432; Faust, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand 1.2. 2007, § 439 Rn. 18; Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, § 439 Rn. 11.

³ Dazu BGHZ 174, 290, dazu Gsell, NJW 2008, 912.

⁴ Dazu BGHZ 163, 381.

¹ <http://www.bundesgerichtshof.de/> [23.09.2008].

ferregelung in § 476a S. 1 BGB a.F.⁵ aus sowie die europäische Vorgaben für den Verbrauchsgüterkauf in Art. 3 Abs. 2-4 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie⁶, die mit § 439 Abs. 2 BGB umgesetzt wurden.

3. Weiter lehnt es der *Senat* ab, aus der sog. Dachziegel-Entscheidung⁷ zu § 467 S. 2 BGB a.F.⁸ Schlussfolgerungen zu ziehen für den Umfang der Nacherfüllungspflicht. Zwar habe der *Senat* seinerzeit die nutzlos aufgewendeten Kosten für die Verlegung mangelhafter Dachziegel als ersatzfähige Vertragskosten anerkannt. Jedoch sei die Vorschrift im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung gestrichen worden. Seither seien Vertragskosten nicht mehr verschuldensunabhängig, sondern nur noch unter den Voraussetzungen des § 284 BGB ersatzfähig.

4. Schließlich will der BGH nicht Abweichendes aus der für das neue Recht übernommenen⁹ Rechtsprechung zum Werkvertrag herleiten, nach der als Erfüllungsort der Nacherfüllung der Ort anzusehen ist, an dem sich die Sache zum Zeitpunkt der Gewährleistung bestimmungsgemäß befindet. Ob beim Kauf beweglicher Sachen ohne Einschränkung dasselbe gelte, könne offen bleiben, da aus der Bestimmung des Erfüllungsortes nicht folge, dass an diesem Ort mehr geschuldet werde als die Verschaffung von Besitz und Eigentum.

5. Da somit in casu aufgrund der Ablehnung einer Einbaupflicht des Verkäufers die Kosten der (erneuten) Parkettverlegung keinen Schaden aus der schuldhaften Verletzung der

Nacherfüllungspflicht darstellten, kam ein Schadensersatzanspruch nur noch unter dem Gesichtspunkt in Betracht, dass bereits in der Lieferung des mangelhaften Parketts eine zu vertretende Pflichtverletzung lag. Jedoch traf den Verkäufer als Händler hinsichtlich des Produktionsfehlers kein Verschulden und war dieser Fehler für ihn auch nicht erkennbar. Folgerichtig verneint der BGH ein Vertretenmüssen der Mängelieferung, wobei er die ständige Rechtsprechung¹⁰ bestätigt, nach welcher der Hersteller nicht Erfüllungsgehilfe des Verkäufers ist.

III. Würdigung

1. Die Entscheidung erscheint schlüssig, soweit sie § 439 Abs. 2 BGB und seiner Genese keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür zu entnehmen vermag, dass der Ersatzlieferungsanspruch auf nachträgliche Veränderungen der Kaufsache Rücksicht nimmt. Auch erscheint es in einem Haftungssystem, das wie das BGB den Schadensersatz grundsätzlich an das Verschulden knüpft, durchaus folgerichtig, wenn die Nacherfüllung als verschuldensunabhängiger Rechtsbehelf nicht sämtliche vom Käufer erlittenen nachteiligen Folgen beseitigt.¹¹ Obwohl der BGH auf den *Ausbau* des mangelhaften Parketts nicht einzugehen brauchte, da der Verkäufer die Ausbaukosten bereits erstattet hatte, wird man der strikten Begrenzung des Ersatzlieferungsanspruchs auf Übereignung und Übergabe entnehmen müssen, dass der Ausbau der mangelhaften Sache ebenfalls jenseits der geschuldeten Ersatzlieferung liegt.¹² Auch dies erscheint konsequent.

2. Was das Urteil aber leider nicht leistet, ist ein übergreifender Blick auf den Vorrang der Nacherfüllung. Vor allem

⁵ § 476a BGB a.F. lautete: „[...] Ist an Stelle des Rechts des Käufers auf Wandlung oder Minderung ein Recht auf Nachbesserung vereinbart, so hat der zur Nachbesserung verpflichtete Verkäufer auch die zum Zwecke der Nachbesserung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten, zu tragen.“

⁶ Die Vorschrift lautet: „Artikel 3 Rechte des Verbrauchers (1) [...]“

(2) Bei Vertragswidrigkeit hat der Verbraucher entweder Anspruch auf die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung nach Maßgabe des Abs. 3 oder auf angemessene Minderung des Kaufpreises oder auf Vertragsauflösung in Bezug auf das betreffende Verbrauchsgut nach Maßgabe der Abs. 5 und 6.

(3) Zunächst kann der Verbraucher vom Verkäufer die unentgeltliche Nachbesserung des Verbrauchsgutes oder eine unentgeltliche Ersatzlieferung verlangen, sofern dies nicht unmöglich oder unverhältnismäßig ist. [...].

(4) Der Begriff "unentgeltlich" in den Absätzen 2 und 3 umfasst die für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes notwendigen Kosten, insbesondere Versand-, Arbeits- und Materialkosten.

[...].“

⁷ BGHZ 87, 104.

⁸ § 467 BGB a.F. lautete: „Auf die Wandelung finden die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 348, 350 bis 354, 356 entsprechende Anwendung; [...]. Der Verkäufer hat dem Käufer auch die Vertragskosten zu ersetzen.“

⁹ BGH NJW-RR 2008, 724 Rn. 13.

¹⁰ Vgl. nur BGHZ 48, 118.

¹¹ Dass der Käufer, wie *Faust* (Fn. 2), § 439 Rn. 18 annimmt, durch die Nacherfüllung in die Lage versetzt werden soll, mit der Kaufsache so zu verfahren, als wäre diese mangelfrei gewesen, ist zwar richtig, sagt aber nichts darüber, in welchem Maße der Nacherfüllungsanspruch diesem Interesse Rechnung trägt. War etwa der vom Käufer erworbene Pflanzendünger verunreinigt und sind deshalb dessen Balkonpflanzen eingegangen, so ist offensichtlich, dass er ersatzweise gelieferten mangelfreien Pflanzendünger erst wieder verwenden kann, wenn er auch neue Pflanzen erhält. Trotzdem sind die Pflanzen auch nach Ansicht von *Faust* (Fn. 2), § 439 Rn. 17 nicht im Wege der Nacherfüllung zu ersetzen.

¹² Ebenso *Thürmann*, NJW 2006, 3457 (3460); abw. OLG Frankfurt, Urt. v. 14.2.2008 – 15 U 5/07 Rn. 34 ff. (verfügbar in *Juris*, <http://www.juris.de>, unter: <http://www.juris.de/jportal/portal/t/109y/page/jurisw.psm1?doc.hl=1&doc.id=KORE210702008%3Ajuris-r00&showdoccase=1&documentnumber=1&numberofresults=1&doc.part=K&doc.price=0.0¶mfromHL=true#focuspoint> [23.09.2008]); OLG Köln NJW-RR 2006, 677; *Lorenz*, ZGS 2004, 408 (410 f.), der die altrechtliche Dachziegelrechtsprechung (BGHZ 87, 104 [109]) insoweit für weiterhin relevant hält, als angenommen wurde, dass mit dem Rückforderungsrecht des Verkäufers nach vollzogener Wandelung ein Rücknahmeanspruch des Käufers korrespondiere; i.E. ebenso *Schneider/Katerndahl*, NJW 2007, 2215 (2216).

wird nicht diskutiert¹³, was bei *Nachbesserung* hinsichtlich eventueller Aus- und Einbaukosten gilt¹⁴ und ob sich aus dem Umfang des Nachbesserungsrechts nicht Konsequenzen auch für die Reichweite der Ersatzlieferung ergeben müssen oder umgekehrt. Die gesetzliche Konzeption der beiden Nacherfüllungsvarianten als gleichwertig legt dies – in die eine oder andere Richtung – durchaus nahe.¹⁵

Prof. Dr. Beate Gsell, Augsburg

¹³ Vgl. Rn. 20 der Entscheidungsgründe, wo eine Orientierung der Nacherfüllung am hypothetischen Zustand, den eine anfänglich mangelfreie Sache aktuell hätte, „jedenfalls für die hier zu beurteilende Ersatzlieferung“ verworfen wird.

¹⁴ Für das Werkvertragsrecht nahm die Rechtsprechung zum alten Recht an, dass die Mängelbeseitigung auch die erforderlichen Vor- und Nacharbeiten umfasst einschließlich der Beseitigung der aus der Nachbesserung resultierenden Schäden am sonstigen Eigentum des Bestellers, vgl. BGH NJW 1963, 805 (806): Malerarbeiten bei Nachbesserung einer Abflussleitung; BGHZ 58, 332 (339): Aufreißen und Wiederherstellung der Straßendecke, Erdarbeiten, Entfernung und Wiederanbringung der Isolierung bei Nachbesserung einer Rohrleitung. Dagegen waren mangelbedingte Schäden am sonstigen Eigentum des Bestellers, die sich nicht erst aus der Nachbesserung ergaben, nicht von der Mängelbeseitigungspflicht gedeckt, vgl. BGHZ 96, 221 (225 f.): Mängelbedingte Schäden an einer Spundwand aufgrund unzureichender Erdarbeiten.

¹⁵ Konsequent insofern *Faust* (Fn. 2), § 439 Rn. 18; für eine auf die *Nachbesserung* beschränkte Einbaupflicht des Käufers hingegen *Lorenz*, ZGS 2004, 408 (409); *Thürmann*, NJW 2006, 3457 (3459).