



Ausarbeitung

**Reichweite des Nacherfüllungsanspruchs gemäß § 439 Abs. 1 Alt. 2
BGB bei Einbaufällen**



Reichweite des Nacherfüllungsanspruchs gemäß § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB bei Einbaufällen

Verfasser/in: [REDACTED]
[REDACTED]
Aktenzeichen: WD 7 - 3000 - 204/14
Abschluss der Arbeit: 16. Oktober 2014
Fachbereich: WD 7: Zivil-, Straf- und Verfahrensrecht, Umweltschutzrecht,
Verkehr, Bau und Stadtentwicklung
Telefon: [REDACTED]

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
2.	Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie	4
3.	Rechtsprechung des BGH zu Verbrauchsgüterkaufverträgen	5
4.	Reichweite des Nacherfüllungsanspruchs bei Kaufverträgen zwischen Unternehmern	6
4.1.	Rechtsprechung des BGH	6
4.2.	Meinungsspektrum in der rechtswissenschaftlichen Literatur	8
4.2.1.	Argumente für eine gespaltene Auslegung	8
4.2.2.	Argumente für eine einheitliche Auslegung	9
4.2.3.	Anregung einer gesetzgeberischen Regelung	11
5.	Reichweite des Nacherfüllungsanspruchs bei Kaufverträgen zwischen Verbrauchern	11
6.	Praktische Auswirkungen einer extensiven Auslegung des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB auf b2b-Sachverhalte	11
6.1.	Schließung der Haftungslücke bei einbauenden Werkunternehmern	11
6.2.	Angleichung an das UN-Kaufrecht und das Gemeinsame Europäische Kaufrecht	12
7.	Zusammenfassung	13

1. Einleitung

Gegenstand der vorliegenden Ausarbeitung ist der Meinungsstand innerhalb der Rechtsprechung und der rechtswissenschaftlichen Literatur zur Frage der Reichweite des Nacherfüllungsanspruchs gemäß § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB bei den sogenannten Einbaufällen nach einem Urteil des EuGH und der umsetzenden Rechtsprechung des BGH zu Verbrauchsgüterkaufverträgen (b2c = business to consumer) bei Kaufverträgen zwischen zwei Unternehmern (b2b = business to business) und bei Kaufverträgen zwischen zwei Verbrauchern (c2c = consumer to consumer).

Um eine Grundlage für die Beantwortung der aufgeworfenen Fragen zu schaffen, wird zunächst aufgezeigt, wie sich die Rechtslage beim Verbrauchsgüterkauf aufgrund des Urteils des EuGH (Ziffer 2.) und der umsetzenden Urteile des BGH darstellt (Ziffer 3.). Anschließend werden die Rechtsprechung des BGH und die Diskussion in der rechtswissenschaftlichen Literatur über die Reichweite des Nacherfüllungsanspruchs bei Kaufverträgen zwischen zwei Unternehmern und zwei Verbrauchern erläutert (Ziffern 4. und 5.). Es wird darüber hinaus darauf eingegangen, welche konkreten Auswirkungen eine extensive Auslegung des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB auf b2b-Sachverhalte hätte (Ziffer 7.).

2. Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

Der EuGH entschied am 16. Juni 2011¹, dass Art. 3 Abs. 2 und 3 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. EG Nr. L 171 S. 12; im Folgenden: Richtlinie) bei sogenannten Einbaufällen dahingehend auszulegen seien, dass der Verkäufer im Rahmen einer Ersatzlieferung verpflichtet sei, sowohl den Ausbau des Verbrauchsguts aus der Sache, in die es eingebaut wurde, als auch den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts in diese Sache vorzunehmen. Alternativ habe er die Kosten zu tragen, die für den Aus- und Einbau notwendig sind, weil der Verbraucher das mangelhafte Verbrauchsgut gutgläubig und seinem Verwendungszweck entsprechend eingebaut hat. Diese Verpflichtung bestehe unabhängig davon, ob der Verkäufer sich im Kaufvertrag verpflichtet hatte, das ursprünglich gekaufte Verbrauchsgut einzubauen.²

Der EuGH stützt seine Entscheidung auf folgende Erwägungen: Die extensive Auslegung werde vom Zweck der Richtlinie getragen, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten. Dem Wortlaut nach habe der Unionsgesetzgeber die Unentgeltlichkeit der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts durch den Verkäufer zu einem wesentlichen Bestandteil des durch die Richtlinie gewährleisteten Verbraucherschutzes machen wollen. Insbesondere sollten dem Verbraucher durch die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes keine zusätzlichen Kosten entstehen, die ihn davon abhalten könnten, seine Ansprüche geltend zu machen.³ Auch lasse

1 EuGH, Urteil vom 16.6.2011 in den Rs. C-65/09 und C-87/10 – Gebr. Weber GmbH/Jürgen Wittmer und Ingrid Putz/Medianess Electronics GmbH.

2 EuGH, ebenda, Rn. 62.

3 EuGH, ebenda, Rn. 46, 55.

der Begriff „Ersatzlieferung“ die Deutung zu, dass das vertragswidrige Verbrauchsgut durch die ersatzweise zu liefernde Sache auszutauschen sei.⁴

Zudem sei die Ersatzlieferung auch ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher vorzunehmen (Art. 3 Abs. 3 Unterabsatz 3 der Richtlinie). Würde der Umfang der Ersatzlieferung jedoch nicht den Aus- und Einbau erfassen, so stelle dies zweifellos eine erhebliche Unannehmlichkeit dar. In einem Fall, in dem keine der beiden Vertragsparteien schuldhaft gehandelt hat, sei es gerechtfertigt, dem Verkäufer die Kosten für den Ausbau des vertragswidrigen Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts aufzuerlegen. Denn diese Zusatzkosten wären zum einen vermieden worden, wenn der Verkäufer von vornherein seine vertraglichen Verpflichtungen ordnungsgemäß erfüllt hätte, und sie seien zum anderen nunmehr notwendig, um den vertragsgemäßen Zustand des Verbrauchsguts herzustellen.⁵

Diese Auslegung führe nicht zu einem ungerechten Ergebnis, da die finanziellen Interessen des Verkäufers sowohl durch die Verjährungsfrist von zwei Jahren gemäß Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie als auch durch die ihm in Art. 3 Abs. 3 Unterabsatz 2 der Richtlinie eröffnete Möglichkeit, die Ersatzlieferung zu verweigern, geschützt würden. Darüber hinaus werde die Haftung des Verkäufers für jede Vertragswidrigkeit, die zum Zeitpunkt der Lieferung des Verbrauchsguts besteht, durch einen Regressanspruch gegenüber einem früheren Verkäufer oder einer anderen Zwischenperson innerhalb derselben Vertragskette kompensiert.⁶

3. Rechtsprechung des BGH zu Verbrauchsgüterkaufverträgen

An das Auslegungsergebnis des EuGH sind die nationalen Gerichte gebunden. Aufgrund des in Art. 288 Abs. 3 AEUV verankerten Umsetzungsgebots und des Grundsatzes der Gemeinschaftstreue gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV sind sie verpflichtet, die Auslegung des nationalen Rechts unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihnen das nationale Recht einräumt, soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck einer Richtlinie auszurichten, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen.⁷

Demgemäß hat der BGH den § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB in seiner Entscheidung vom 21. Dezember 2011 richtlinienkonform dahingehend ausgelegt, dass der Umfang der Nachlieferung auch den Ausbau und den Abtransport der mangelhaften Kaufsache erfasse.⁸ Eine dergestalt weite Auslegung sieht der BGH als vom Wortlaut des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB gedeckt, da der Begriff „Lieferung einer mangelfreien Sache“ ausfüllungsfähig sei und einen gewissen Wertungsspielraum eröffne. Der Gesetzgeber habe die Bestimmung des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB gerade zur Umsetzung

4 EuGH, Urteil vom 16.6.2011 in den Rs. C-65/09 und C-87/10, juris Rn. 54.

5 EuGH, ebenda, Rn. 53, 57.

6 EuGH, ebenda, Rn. 56, 58.

7 EuGH, Urteil vom 5.10.2004 in den Rs. C-397/01 bis C-403/01 – Bernhard Pfeiffer u.a./Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut e.V., juris Rn. 113.

8 BGH, Urteil vom 21.12.2011 – Az. VIII ZR 70/08, juris Rn. 25.

des Art. 3 Abs. 2 S. 1 der Richtlinie geschaffen (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 230). Dabei habe er in der Gesetzesbegründung mehrfach den Begriff der Lieferung einer mangelfreien Sache mit der in der deutschen Fassung der Richtlinie verwendeten Wortwahl "Ersatzlieferung" gleichgesetzt (BT-Drucks. 14/6040, S. 232). Überdies habe der Gesetzgeber durch den in § 439 Abs. 4 BGB enthaltenen Verweis auf § 346 Abs. 1 Alt. 1 BGB – wonach der Verkäufer seinerseits die Rückgewähr der mangelhaften Sache verlangen kann – zum Ausdruck gebracht, dass dem Begriff der „Lieferung einer mangelfreien Sache“ ein gewisses (Aus-)Tauschelement innewohne.⁹

Am 17. Oktober 2012 entschied der BGH, dass § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB richtlinienkonform auch dahingehend auszulegen sei, dass die Nacherfüllungsvariante „Lieferung einer mangelhaften Sache“ neben dem Ausbau und Abtransport der mangelhaften Kaufsache auch den Einbau der als Ersatz gelieferten Sache erfasst.¹⁰

4. Reichweite des Nacherfüllungsanspruchs bei Kaufverträgen zwischen Unternehmern

4.1. Rechtsprechung des BGH

Bei Kaufverträgen außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs umfasst der Nachlieferungsanspruch die Aus- und Einbaukosten nach der Rechtsprechung des BGH nicht. In einem ihm zur Entscheidung vorgelegenen Fall eines Kaufvertrages zwischen zwei Unternehmern lehnte der BGH eine weite Auslegung des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB ab.¹¹ An dieser Ansicht hielt der BGH in einem Folgeurteil ausdrücklich fest.¹²

Eine richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB über den Verbrauchsgüterkauf hinaus auf den Bereich der Kaufverträge zwischen Unternehmern oder zwischen Verbrauchern lehnt der BGH ab. Sie ergebe sich weder aus dem Umsetzungsgebot noch aus dem Grundsatz der Gemeinschaftstreue, da diese sich nur auf den Anwendungsbereich der Richtlinie bezögen. Der persönliche Anwendungsbereich der Richtlinie umfasse nur das Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern, weshalb ausschließlich der Verbrauchsgüterkauf und nicht auch andere Kaufverträge der Richtlinie unterfielen. Die richtlinienkonforme Auslegung in dem Urteil vom 21. Dezember 2011 – VIII ZR 70/08 – habe sich folglich nur auf den Verbrauchsgüterkauf beschränkt.¹³

Eine richtlinienkonforme Auslegung könne für das nationale Recht auch über den Geltungsbereich der Richtlinie hinaus in Betracht kommen, wenn eine überschießende Umsetzung der Richtlinie in das nationale Recht erfolgt sei. Eine Pflicht dazu ergebe sich zwar nicht aus dem Gemeinschaftsrecht, jedoch könnte sie aus einem entsprechenden Willen des nationalen Gesetzge-

9 BGH, Urteil vom 21.12.2011 – Az. VIII ZR 70/08, juris Rn. 26.

10 BGH, Urteil vom 17.10.2012 – Az. VIII ZR 226/11, juris Rn. 16.

11 BGH, ebenda, Rn. 17.

12 BGH, Urteil vom 2.4.2014 – Az. VIII ZR 46/13, juris Rn. 27.

13 BGH, Urteil vom 17.10.2012 – Az. VIII ZR 226/11, juris Rn. 18.

bers folgen. Eine richtlinienüberschießende Umsetzung der Richtlinie liege wohl vor, da der Gesetzgeber die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben nicht in die Sonderregelungen für den Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 ff. BGB), sondern in die allgemeinen kaufrechtlichen Bestimmungen der §§ 433 ff. BGB eingefügt hat. Jedoch sei für eine richtlinienkonforme Auslegung über die Fälle des Verbrauchsgüterkaufs hinaus erforderlich, dass eine Ausdehnung der Nachlieferungspflicht im Sinne des EuGH dem Willen des deutschen Gesetzgebers entspreche. Ein solcher Wille ist nach Auffassung des BGH nicht gegeben, weil der Gesetzgeber bei der richtlinienüberschießenden Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für die Nacherfüllung von einem anderen Verständnis der Richtlinie ausgegangen sei als der EuGH. Den Gesetzesmaterialien der Schuldrechtsreform sei zu entnehmen, dass dem Gesetzgeber eine so weitgehende Ausdehnung der Nachlieferungspflicht nicht bewusst gewesen sei und er sie deshalb jedenfalls nicht für das gesamte Kaufrecht gewollt haben würde.¹⁴

Nach der gesetzlichen Konzeption der Schuldrechtsreform handele es sich bei dem Nacherfüllungsanspruch aus § 439 Abs. 1 BGB um eine Modifikation des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs aus § 433 Abs. 1 BGB. Der Käufer soll mit der Nacherfüllung das erhalten, was er vertraglich zu fordern berechtigt ist. Die Nachlieferung erfordere daher eine vollständige Wiederholung der Leistungen, zu denen der Verkäufer nach § 433 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB verpflichtet ist. Dazu zählten lediglich die Übergabe des Besitzes und die Verschaffung des Eigentums einer mangelfreien Sache. Nach dem kaufrechtlichen Gewährleistungssystem der §§ 434 ff. BGB seien über das Erfüllungsinteresse hinausgehende Vermögensnachteile, die beim Käufer dadurch entstehen, dass dem Verkäufer die Erfüllung erst beim zweiten Anlauf gelingt, nach der Vorstellung des deutschen Gesetzgebers – soweit nicht die besondere Kostenregelung des § 439 Abs. 2 BGB eingreift – nur nach den allgemeinen Regeln über den Schadens- oder Aufwendungsersatz auszugleichen. Insofern gehörten der Ausbau der mangelhaften Kaufsache und der Einbau der als Ersatz gelieferten Sache nach deutschem Recht grundsätzlich nicht zu der vom Verkäufer geschuldeten Nacherfüllung. Der Käufer einer mangelhaften Sache werde mithin nicht ohne Weiteres vor allen Vermögensnachteilen bewahrt.¹⁵

Zwar habe der Gesetzgeber mit der Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie für die Nacherfüllung in § 439 BGB eine einheitliche Regelung für alle Kaufverträge angestrebt. Dies habe jedoch auf dem dargelegten Fehlverständnis über den von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vorgegebenen Umfang der Nachlieferungspflicht einer mangelfreien Sache beruht. Deshalb spreche nichts dafür, dass der Gesetzgeber die Nachlieferungspflicht gemäß § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB einheitlich für alle Kaufverträge geregelt hätte, wenn ihm die spätere Auslegung der Richtlinie durch den Gerichtshof bekannt gewesen wäre. Vielmehr sei davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie für die Nachlieferungspflicht auf den Verbrauchsgüterkauf beschränkt hätte, wenn ihm damals bereits bekannt gewesen wäre, dass der Gerichtshof der Nachlieferung einen über die Wiederholung der Verkäuferpflichten hinausgehenden, in den Werkvertrag hineinreichenden Inhalt zuweise.¹⁶

14 BGH, Urteil vom 17.10.2012 – Az. VIII ZR 226/11, juris Rn. 21 ff.

15 BGH, ebenda, Rn. 24 f.

16 BGH, ebenda, Rn. 27.

Darüberhinaus sieht sich der BGH in der von ihm dergestalt begründeten „gespaltenen“ Auslegung durch die legislatorische Entscheidung im Anschluss an das „Quelle“-Urteil¹⁷ bestätigt, in welchem er die Vorgaben der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache C-404/06 (Quelle AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände)¹⁸ im Wege einer richtlinienkonformen Reduktion des § 439 Abs. 4 BGB auf den Verbrauchsgüterkauf beschränkt hatte.¹⁹ Denn der Gesetzgeber habe daraufhin eine klarstellende Regelung für den Nutzungsersatz in die Sonderbestimmungen für den Verbrauchsgüterkauf (§ 474 Abs. 2 S. 1 BGB aF) eingefügt, mit der er dem Grundgedanken einer gespaltenen Auslegung gefolgt sei.²⁰

4.2. Meinungsspektrum in der rechtswissenschaftlichen Literatur

Die Reichweite des kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruchs nach § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB in der Variante der Neulieferung wird in der Literatur uneinheitlich beurteilt. Eine Ansicht folgt der Rechtsprechung des BGH und stimmt einer gespaltenen Auslegung der Reichweite des Nachlieferungsanspruchs zu, je nachdem ob sie im Anwendungsbereich der Richtlinie oder außerhalb von deren Anwendungsbereich zum Tragen kommt.²¹ Eine andere Ansicht differenziert nicht zwischen dem Verbrauchsgüterkauf und anderen Kaufverträgen und befürwortet eine einheitliche Auslegung des Nachlieferungsumfangs, der stets sowohl den Aus- als auch den Einbau umfasse.²²

4.2.1. Argumente für eine gespaltene Auslegung

Eine richtlinienkonforme Auslegung außerhalb des Verbrauchsgüterkaufrechts greife mangels Umsetzungsgebots nicht ein.²³ Die restriktive Auslegung wird damit begründet, dass der deutsche Gesetzgeber die durch den EuGH für den Verbrauchsgüterkauf entschiedene Auslegung trotz überschießender Umsetzung nicht vorhergesehen und auch nicht gewollt habe.²⁴ Stattdessen

17 BGH, Urteil vom 26.11.2008 – VIII ZR 200/05.

18 EuGH, Urteil vom 17.4.2008.

19 BGH, Urteil vom 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, juris Rn. 26.

20 BGH, Urteil vom 17.10.2012 – Az. VIII ZR 226/11, juris Rn. 28.

21 Berger, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Auflage 2014, § 439, Rn. 20; Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 38. Auflage 2014, Rn. 41a; Jacoby/von Hinden, in: Kropholler, Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Auflage 2013, § 439 Rn. 9; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 24. Auflage 2013, Rn. 291a; Saenger, in: Handkommentar BGB, 8. Auflage 2014, § 439 Rn 3a; Weidenkaff, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Auflage 2014, § 439 Rn. 11.

22 Büdenbender, in: Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), BGB Schuldrecht Band 2/1: §§ 241 - 610, 2. Auflage 2012, § 439 Rn 31; Faust, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 1.8.2014, § 439 Rn. 19b; Fornasier, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2013, 159, 160; J. Schmidt, in: Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union (GPR) 2013, 210, 216 ff.; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Auflage 2013, Rn. 189.

23 Mörsdorf, in: JuristenZeitung (JZ) 2013, 191, 193; Schwenker, in: jurisPR-PrivBauR 9/2013 Anm. 1, unter C.

24 Grunewald, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Auflage 2014, § 439 Rn. 6; Leenen, in: Juristische Ausbildung (JURA) 2012, 753, 759 f.; Looschelders, in: Juristische Arbeitsblätter (JA) 2013, 149, 150.

habe er erkennbar eine von der Auslegung des EuGH abweichende rechtspolitische Entscheidung getroffen, indem er von einem engen Verständnis des Nacherfüllungsumfangs ausgegangen sei. Eine mittelbar an der Richtlinie orientierte Auslegung als Bestandteil der historischen Auslegung aufgrund der überschießenden Umsetzung der Richtlinie im allgemeinen Kaufrecht sei nicht geboten.²⁵ Allein die Feststellung, dass der Gesetzgeber grundsätzlich eine einheitliche Regelung anstrebte, sage noch nichts darüber aus, welchen Stellenwert der Gesetzgeber diesem Ziel einräumen wollte. Der Wunsch nach Einheitlichkeit sei gerade nicht der die Gesamregelung dominierende Faktor gewesen. Den Willen zur Schaffung einer einheitlichen Regelung habe der Gesetzgeber bereits dadurch relativiert, dass er in §§ 474 ff. BGB Sonderregeln für den Verbrauchsgüterkauf vorgesehen hat. Soweit aber der Gesetzgeber selbst durch Schaffung von unionsrechtlich geforderten Sonderregeln seinen Willen zur einheitlichen Umsetzung relativiert habe, komme eine gesplante Auslegung grundsätzlich in Betracht, weil sie nur den bereits bestehenden Sonderregeln eine weitere hinzufügen würde.²⁶ Der Gesetzgeber habe die restriktive Auslegung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben im „Quelle-Urteil“²⁷ des BGH bestätigt, indem er die gesetzliche Neuregelung des Problems in § 474 Abs. 2 S.1 BGB aF auf den Verbrauchsgüterkauf beschränkt hat.²⁸

Überdies handele es sich bei den Aus- und Einbaukosten eindeutig um Schadensersatzansprüche in Bezug auf das Integritätsinteresse in Form sogenannter „Mangelfolgeschäden“, nicht aber um Erfüllungsansprüche. Verschuldensunabhängige Schadensersatzansprüche des Käufers habe der Gesetzgeber erklärtermaßen nicht gewollt. Er habe durch das Verschuldensprinzip auch deutlich zum Ausdruck gebracht, dass es mit der Neuregelung des Kaufrechts im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung gerade nicht zu einer Ausweitung von Schadensersatzpflichten des Verkäufers kommen sollte. Der Nacherfüllungsanspruch könne mithin nicht weiter gehen als der ursprüngliche Erfüllungsanspruch.²⁹ Bei einer Einbeziehung der Aus- und Einbaukosten in den Nacherfüllungsanspruch werde die reine Lieferbeziehung des Kaufvertrages typenwidrig werkvertraglich aufgeladen.³⁰

4.2.2. Argumente für eine einheitliche Auslegung

Der Verkäufer müsse den Käufer im Rahmen der Nacherfüllung hinsichtlich der Kaufsache so stellen, wie er im Zeitpunkt der Nacherfüllung stehen würde, wenn der Verkäufer ordnungsgemäß erfüllt hätte.³¹ Die Prämisse, der Gesetzgeber habe eine weite Auslegung auf Grund seines

25 Lorenz, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2013, 207, 208.

26 Mörsdorf, JZ 2013, 191, 194.

27 BGH, Urteil vom 26.11.2008 – VIII ZR 200/05.

28 Lorenz, NJW 2011, 2241, 2244.

29 Lorenz, NJW 2013, 207, 208 f.

30 D. Schmidt, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB Kommentar, 9. Auflage 2014, § 439 Rn. 13.

31 Faust, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 1.8.2014, BGB § 439 Rn. 19.

Fehlverständnisses des Inhalts der Richtlinie nicht gewollt, sei angreifbar.³² Ausdrücklich ergebe sich aus den Gesetzesmaterialien kein enges Verständnis des Nacherfüllungsumfangs.³³ Vielmehr lasse sich die Erstreckung der Nacherfüllung auf den Aus- und Einbau als Modifikation des Erfüllungsanspruchs auffassen, wenn man annehme, dass der Käufer das erhalten soll, was er vertraglich zu beanspruchen hat. Denn wenn der Verkäufer ursprünglich eine mangelfreie Kaufsache geliefert hätte, wären dem Käufer keine zusätzlichen Kosten für den Ausbau der zunächst gelieferten mangelhaften und den Einbau der gelieferten mangelfreien Sache entstanden und er hätte eine eingebaute mangelfreie Kaufsache. Die Aus- und Einbaukosten seien somit als Bestandteil des Erfüllungsinteresses des Käufers zu sehen.³⁴

Es wird eine mittelbare Ausstrahlungswirkung der EuGH-Rechtsprechung angenommen, da der nationale Gesetzgeber die Richtlinie überschießend im allgemeinen Kaufrecht einheitlich für alle Kaufverträge geregelt habe. Es sei davon auszugehen, dass eine Rechtszersplitterung und -spaltung gerade nicht beabsichtigt war.³⁵ Denn der Gesetzgeber habe die Richtlinie ordnungsgemäß und demzufolge mit dem Inhalt umsetzen wollen, den ihr der EuGH als maßgebende Auslegungsinstanz beilegt.³⁶

Aufgrund der legislatorischen Grundkonzeption des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes könne eine gespaltene Auslegung lediglich angenommen werden, wenn sich das extensive Verständnis des Nacherfüllungsanspruchs primär aus spezifischen Verbraucherschutzgesichtspunkten rechtfertigen ließe. Dies sei jedoch nicht der Fall, weil das materielle Kernargument gleichermaßen auch für b2b- und c2c-Kaufverträge Geltung beanspruche. Denn auch hier wäre für die jeweiligen Käufer die Ersatzlieferung mit zusätzlichen finanziellen Lasten und erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden, wenn der Verkäufer nicht auch zum Aus- und Einbau verpflichtet wäre. Die Ursache dieser zusätzlichen Lasten und Kosten liege auch bei b2b- und c2c-Käufen letztlich in der Sphäre des Verkäufers. Im Gegensatz zum zahlenden und gutgläubig einbauenden Käufer habe der Verkäufer seine Pflicht zur Leistung einer mangelfreien Kaufsache nicht ordnungsgemäß erfüllt – auch wenn der Mangel nicht auf einem Verschulden seinerseits beruhe. Ferner sei der Verkäufer auch in diesen Konstellationen nicht vollkommen schutzlos, denn auch hier würden seine finanziellen Interessen durch die kurze Verjährungsfrist von zwei Jahren und die Möglichkeit der Verweigerung der Nacherfüllung wegen Unverhältnismäßigkeit gewahrt.³⁷

Darüber hinaus existiere zwar kein verschuldensunabhängiger Regressanspruch des Verkäufers, wie er in § 478 Abs. 2 BGB für Verbrauchsgüterkäufe geregelt ist. Eine unterschiedliche Behandlung rechtfertige der fehlende Regressanspruch jedoch nicht, weil seine Ratio bei b2b- und c2c-

32 J. Schmidt, GPR 2013, 210, 216.

33 Fornasier, EuZW 2013, 159, 160.

34 J. Schmidt, GPR 2013, 210, 216 f.

35 Büdenbender, in: Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), BGB Schuldrecht Band 2/1: §§ 241 - 610, 2. Auflage 2012, § 439 Rn 31.

36 Fornasier, ebenda, S. 160.

37 J. Schmidt, ebenda, S. 217.

Verträgen gerade nicht greife. Der § 478 Abs. 2 BGB stelle eine Kompensation der strengen und darüber hinaus nach § 475 Abs. 1 BGB zwingenden Haftung des Unternehmers gegenüber dem Verbraucher dar.³⁸ Bei Kaufverträgen außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs sei der Nacherfüllungsanspruch jedoch dispositiv, wodurch der Umfang der Nacherfüllung privatautonom festgelegt und somit auch vollständig abbedungen werden könne.³⁹ Daneben bestehe offenbar zumindest für Unternehmer auch die Option einer Kostendeckung für derartige Gewährleistungsfälle durch Versicherungsschutz.⁴⁰

4.2.3. Anregung einer gesetzgeberischen Regelung

Vor dem Hintergrund der dargestellten Diskussion über die Reichweite der Nacherfüllung wird in der Literatur auch der Ruf nach einer gesetzgeberischen Aktivität laut, welche die Rechtslage bei Einbaufällen festlegen soll, um dadurch Rechtsklarheit und -sicherheit zu schaffen.⁴¹

5. Reichweite des Nacherfüllungsanspruchs bei Kaufverträgen zwischen Verbrauchern

Bei Kaufverträgen im privaten Bereich zwischen zwei Verbrauchern ergeben sich im Meinungsspektrum keine Abweichungen zur Behandlung von Kaufverträgen im geschäftlichen Verkehr zwischen zwei Unternehmern. Weder der BGH⁴² noch die beschriebenen Ansichten in der Literatur⁴³ differenzieren in ihren Lösungsansätzen zwischen b2b- und c2c-Kaufverträgen. Aufgrund der wirtschaftlichen Tragweite erfolgt die Erörterung lediglich am b2b-Beispiel, wobei zu Kaufverträgen unter Verbrauchern keine gesonderte Auseinandersetzung stattfindet. Es erfolgt somit je nach Weichenstellung zur generellen Frage des Nacherfüllungsumfangs eine einheitliche Auslegung in beiden Fällen.

6. Praktische Auswirkungen einer einheitlichen Auslegung des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB

6.1. Schließung der Haftungslücke bei einbauenden Werkunternehmern

In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass durch eine einheitliche Auslegung des Nacherfüllungsanspruchs bei sämtlichen Kaufverträgen eine Haftungslücke für den Werkunternehmer, der mangelhaftes Material erworben und eingebaut hat, geschlossen werden würde. Denn er

38 J. Schmidt, GPR 2013, 210, 217.

39 Fornasier, EuZW 2013, 159, 160; J. Schmidt, ebenda, S. 217; Westermann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012, § 439 Rn. 31.

40 J. Schmidt, ebenda, S. 219.

41 Ayad, in: Betriebs-Berater (BB) 2014, 1425, 1428; Büdenbender, in: Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), BGB Schuldrecht Band 2/1: §§ 241 - 610, 2. Auflage 2012, § 439 Rn 31; Fornasier, EuZW 2013, 159, 160; Lorenz, NJW 2013, 207, 209; Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 9. Auflage 2014, Rn. 90b; J. Schmidt, ebenda, S. 218.

42 BGH, Urteil vom 17.10.2012 – Az. VIII ZR 226/11, juris Rn. 14.

43 Vgl. nur Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 38. Auflage 2014, Rn. 41a; Lorenz, ebenda, S. 208; J. Schmidt, ebenda, S. 219.

schulde dem Besteller – unabhängig davon, ob die Mangelhaftigkeit des Materials für ihn erkennbar war – ein funktionsfähiges Werk, sodass ihn der Einbau mangelhaften Materials nicht zu entlasten vermöge. Der Werkunternehmer werde den Verkäufer in der Regel nicht in Anspruch nehmen können, weil diesen kein Verschulden treffe. Insbesondere sei der Hersteller nicht Erfüllungsgehilfe des Verkäufers, weil sich die Pflichten des Verkäufers nicht auf die Herstellung der Sache erstreckten. Haftungserweiterungen des Verkäufers durch vertragliche Vereinbarungen dürften für den Werkunternehmer kaum durchsetzbar sein.⁴⁴

Dem könnte entgegengehalten werden, dass ein extensives Verständnis des Nachlieferungsumfanges zwar die Haftungslücke zwischen dem Werkunternehmer und dem Verkäufer der mangelhaften Sache schließen würde. Die Kosten des Aus- und Einbaus würden dadurch jedoch nicht notwendig zu dem für den Mangel Verantwortlichen weitergereicht, sondern nur auf den Nächsten in der Lieferkette – den Verkäufer als unmittelbaren Vertragspartner – verlagert. Dieser könnte seinen Regressanspruch mangels Verbrauchereigenschaft des Letztkäufers nicht geltend machen, weil die §§ 478, 479 BGB nicht eingreifen, die insbesondere eine für den Rückgriff notwendige Verjährungsangleichung vorsehen. Denn der Werkunternehmer kauft die Sache beim Verkäufer in seiner Eigenschaft als Unternehmer. Der Einbau der Sache bei einem Verbraucher geschieht danach im Rahmen eines Werkvertrages und fällt somit nicht mehr unter die Lieferkette der §§ 478, 479 BGB. Wenn der Verkäufer die mangelhafte Sache nicht vom Hersteller sondern vom Zulieferer gekauft hat, kann er diesem ein im Rahmen des Schadensersatzes gefordertes Verschulden meist nicht nachweisen. Den Zwischenhändler trifft nicht die Pflicht, die Sache herzustellen, weshalb der Hersteller auch nicht in dessen Pflichtenkreis tätig wird und somit kein Erfüllungsgehilfe ist. Er muss lediglich durch Stichproben die Mangelfreiheit der Sachen kontrollieren.

Eine Schließung der vermeintlichen Haftungslücke ließe sich womöglich nur durch eine Kombination zwischen einer weiten Auslegung des § 439 BGB und einer Erweiterung der Regressmöglichkeiten gemäß §§ 478, 479 BGB auf Kaufverträge zwischen Unternehmern erreichen. Eine Verschuldenszurechnung durch die Erweiterung des Kreises der Erfüllungsgehilfen lehnt der BGH ab.⁴⁵

6.2. Angleichung an das UN-Kaufrecht und das Gemeinsame Europäische Kaufrecht

Schließlich dürfte eine einheitliche Auslegung das deutsche Kaufrecht in Einklang mit dem UN-Kaufrecht (CISG) sowie dem Gemeinsame Europäische Kaufrecht (CESL-D) bringen, wo der Verkäufer Aus- und Einbaukosten jeweils ebenfalls verschuldensunabhängig zu ersetzen hat.⁴⁶ Im UN-Kaufrecht ist der Verkäufer zur verschuldensunabhängigen Schadensersatzleistung gemäß

44 Schwenker, in: jurisPR-PrivBauR 9/2013 Anm. 1 D.

45 Vgl. dazu BGH, Urteil vom 2.4.2014 – VIII ZR 46/13, Rn. 26 f., 37 f; Witt, NJW 2014, 2156.

46 J. Schmidt, GPR 2013, 210, 220.

Art. 45 I lit. b, 74 ff. CISG verpflichtet, wobei dem unternehmerisch Handelnden im Gegenzug Vertragsfreiheit gewährt wird, also ein vertraglicher Haftungsausschluss zugelassen ist.⁴⁷

Dem wird entgegengehalten, dass die Regelungen des UN-Kaufrechts zur Nacherfüllung wegen der Besonderheit des internationalen Handels nicht zum Vergleich herangezogen werden könnten.⁴⁸

7. Zusammenfassung

Der BGH hat nach der Entscheidung des EuGH dahingehend Stellung bezogen, dass der Nachlieferungsanspruch gemäß § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs sowohl den Ausbau der mangelhaften Kaufsache als auch den Einbau der als Ersatz gelieferten Sache umfasse. Bei Kaufverträgen außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs lehnt der BGH einen solchen Umfang der Nacherfüllungsverpflichtung ab, da dies auf eine verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers hinausliefe, die dem Willen des Gesetzgebers entgegenstehe, der zwischen verschuldensunabhängigem Nacherfüllungsanspruch und verschuldensabhängigem Schadenersatzanspruch differenziere. Dieser habe den Nacherfüllungsanspruch als eine Modifikation des Erfüllungsanspruchs konzipiert, weshalb der Verkäufer im Rahmen der Ersatzlieferung lediglich nochmals die Übergabe des Besitzes und die Verschaffung des Eigentums einer mangelfreien Sache schulde.

Ein großer Teil der Literatur begrüßt die restriktive Auslegung des BGH in Bezug auf Kaufverträge, an denen nur Unternehmer oder ausschließlich Verbraucher beteiligt sind. Das vorgebrachte Kernargument gegen die Einbeziehung des Aus- und Einbaus in den Nacherfüllungsanspruch ist die unzulässige Vermengung von Schadenersatz- und Erfüllungsansprüchen, die nach der gesetzgeberischen Konzeption des Kaufrechts nicht gewollt sei.

Die Prämisse, der Gesetzgeber habe eine weite Auslegung auf Grund seines Fehlverständnisses der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben nicht gewollt, wird von der Gegenansicht kritisiert. Er habe durch die Einfügung der Norm ins allgemeine Kaufrecht deutlich gemacht, dass die Nacherfüllung einheitlich für alle Kaufverträge geregelt werden soll, wodurch die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben mittelbar auch ins allgemeine Kaufrecht ausstrahlen müssten. Eine Rechtszersplitterung sei deshalb durch eine einheitliche extensive Auslegung zu vermeiden.

Im Rahmen der Diskussion äußern Stimmen in der Literatur den Wunsch nach einer gesetzgeberischen Tätigkeit, welche die Rechtslage bei Einbaufällen festlegen soll, um dadurch Rechtsklarheit und -sicherheit zu schaffen.

47 Lorenz, NJW 2011, 2241, 2244.

48 D. Schmidt, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB Kommentar, 9. Auflage 2014, § 439 Rn. 5.

Als wesentliche praktische Auswirkung einer Erstreckung der vom BGH für den Verbrauchsgüterkauf festgestellten Auslegung des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB auf b2b-Kaufverträge wird eine Schließung der Haftungslücke für Werkunternehmer, die eine mangelhafte Sache im Rahmen eines Werkvertrages eingebaut haben, diskutiert. Sie könnten danach die werkvertraglichen Nacherfüllungskosten als kaufvertragliche Nacherfüllungskosten vom Verkäufer fordern. Ob diese Haftungslücke damit allein vollständig zu schließen wäre, erscheint aber noch nicht hinreichend dargetan.

