

Methodik ZR

Übungsklausur

Prof. Dr. Thomas Kadner Graziano LL.M. (Harv.) und Dr. Johannes Landbrecht LL.B. (London)

Erstattung von Aus- und Einbaukosten bei Mängeln der Kaufsache – auch jenseits des Verbrauchsgüterkaufs?

DOI 10.1515/jura-2015-0205

Gewährleistung beim Warenkauf – Erstattungsfähigkeit von Ein- und Ausbaukosten nach Lieferung einer mangelhaften Kaufsache – Übertragbarkeit der Rechtsprechung des EuGH zum Verbrauchsgüterkauf auf Kaufverträge zwischen Unternehmern – Bezugspunkt für das Vertretenmüssen des Verkäufers bei unverschuldeter Unmöglichkeit der Nacherfüllung

Ein Verkäufer liefert mangelhafte Ware, die der Käufer in seine Produktionsanlage einbaut. Nach Entdeckung des Mangels wird die Ware mit erheblichen Kosten aus- und mangelfreie Ware wieder eingebaut. Der Käufer begehrt vom Verkäufer Ersatz der Kosten für den Ausbau und den (Wieder-) Einbau. – In einem vielbeachteten Urteil zur Auslegung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie hat der EuGH auf Vorlage des BGH und des AG Schorndorf entschieden, dass der Verkäufer bei Lieferung einer mangelhaften Kaufsache dem Käufer Aus- wie Einbaukosten erstatten muss¹. Dies ist bei der richtlinienkonformen Auslegung der Vorschriften des BGB zu beachten. Der vorliegende Fall wirft die Frage auf, ob diese Rechtsprechung auch Auswirkungen auf Kaufverträge zwischen Unternehmern hat. Der BGH hat sich hierzu kürzlich erneut geäußert. Der deutsche Gesetzgeber hat eine gesetzliche Regelung in diesem Bereich zwar geprüft, jedoch

¹ EuGH, Urteil vom 16. Juni 2011, Rs C-65/09 und C-87/09 (Gebr Weber GmbH/Jürgen Wittmer und Ingrid Putz/Medianess Electronics GmbH), NJW 2011, 2269; im Anschluss daran BGH NJW 2012, 1073, sowie BGH NJW 2014, 2183.

Thomas Kadner Graziano: Der Autor ist o. Professor an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Genf und Gastprofessor an den Universitäten Lausanne und Leuven.

Johannes Landbrecht: Der Autor ist Rechtsanwalt (Frankfurt/Main und Genf) und Barrister (Lincoln's Inn); vormals Wiss. Mit. an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Genf.

bei der jüngsten Reform des Verbraucherschutzrechts erneut zurückgestellt. – Zudem befasst sich der Fall mit der Frage nach dem Bezugspunkt für das Vertretenmüssen des Verkäufers, wenn ihm die Nacherfüllung unverschuldet unmöglich geworden ist.

SACHVERHALT

Die V-AG, Gesellschaft deutschen Rechts mit Sitz in Düsseldorf, schließt mit dem im Irak ansässigen Unternehmer K einen Vertrag über die Lieferung von Standard-Maschinenteilen aus dem Angebot der V. Die Teile sind bei Abschluss des Vertrages bereits hergestellt. Es wird vereinbart, dass K die Teile in seiner im Irak gelegenen Produktionsanlage für chemische Produkte auf eigene Kosten einbauen lässt. Die Parteien kommen überein, dass auf ihre Vertragsbeziehung deutsches Recht unter Ausschluss des Einheitlichen Kaufrechts (EKR oder CISG) Anwendung finden soll. V liefert pünktlich die Maschinenteile, die sie ausschließlich in Deutschland fertigt. K begleitet den Kaufpreis und baut die Teile in seine Produktionsanlage ein. Nach Anlaufen der Produktion im Werk des K stellt sich heraus, dass die Maschinenteile der V nicht einwandfrei funktionieren. K teilt dies der V mit und verlangt, den Fehler in angemessener Frist zu beheben.

V macht zutreffend geltend, dass der Mangel auf eine defekte Steuereinheit zurückzuführen ist, die V von ihrem Zulieferer Z bezogen und dann in die Maschinenteile eingebaut hatte. Z ist seit Jahren als zuverlässiger Vorlieferant bekannt und bewährt. Trotz eingehender und fachgerechter Kontrolle konnte V bei der Produktion der Maschinenteile den Fehler der Steuereinheit nicht feststellen.

Um die langfristigen Geschäftsbeziehungen mit K nicht zu gefährden, liefert V ihm schließlich (gegen Rückgabe der defekten Teile) mangelfreie Maschinenteile, die K in seine Anlage einbaut. Für den Ausbau der defekten

Teile wendet K 5.000€ auf, für den Einbau der nun einwandfreien Maschinenteile entstehen ihm Kosten iHv 10.000€.

Frage 1: K verlangt von V Erstattung dieser Kosten, was V ablehnt. Daraufhin verklagt K die V bei dem zuständigen Gericht am Sitz der V. Hat K gegen V einen Anspruch auf Erstattung der geltend gemachten Ein- und Ausbaukosten in Höhe von insgesamt 15.000€?

Frage 2 (Variante 1): V verweigert die Lieferung mangelfreier Maschinenteile mit dem Argument, der Fehler habe bei Z gelegen. K bezieht die Maschinenteile daraufhin bei einem Dritthersteller, wofür ihm insgesamt ein Mehraufwand iHv 100.000€ entsteht. Kann K mit Erfolg verlangen, dass V diese Kosten ersetzt, wenn K die defekten Maschinenteile an V zurückgibt?

Frage 3 (Variante 2): Gehen Sie schließlich davon aus, dass der Fehler in der von Z gelieferten Steuereinheit so offenkundig war, dass V ihn hätte bemerken müssen. V sieht dies ein und ist zur Nachlieferung bereit. Noch bevor sie auf das Nachlieferungsbegehren des K eingehen kann, schließt sich die Europäische Union einem Embargo an, wonach weder die Maschinenteile der V noch die Steuereinheit des Z aus der EU in den Irak exportiert werden dürfen. Ausnahmeregelungen, etwa für Altverträge, sind nicht möglich. Ein Ende des Embargos ist nicht abzusehen, jedoch gehen Beobachter davon aus, dass jedenfalls mit einer jahrelangen Dauer zu rechnen ist. V teilt dem K daraufhin mit, eine Nachlieferung sei ihr nun nicht mehr möglich. K erwirbt die Maschinenteile bei einem Dritthersteller in einem embargofreien Drittland und verlangt von V Ersatz des dafür aufgewendeten Mehraufwandes iHv 100.000€ gegen Rückgabe der defekten Maschinenteile. Mit Recht?

Beantworten Sie diese Fragen in einem Rechtsgutachten.

Auszug aus dem Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf² – Anwendungsbereich³

² Einheitliches UN-Kaufrecht, EKR oder CISG; zur richtigen Abkürzung des Übereinkommens *Flessner/Kadner Graziano* ZEuP 1996, 347. Text des Übereinkommens in englischer, französischer und deutscher Fassung abgedruckt in BGBI 1989 II 588–616; englische Fassung z. B. in www.unilex.info.

³ Das Übereinkommen ist für das Gebiet der alten Bundesrepublik Deutschland am 1. Januar 1991 in Kraft getreten, für die ehemalige DDR bereits am 1. März 1990. Im Irak gilt das EKR seit dem 1. April

Art 1

‘Dieses Übereinkommen ist auf Kaufverträge über Waren zwischen Parteien anzuwenden, die ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben,

a) wenn diese Staaten Vertragsstaaten sind. [...]

Art 3

(1) Den Kaufverträgen stehen Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Ware gleich, es sei denn, dass der Besteller einen wesentlichen Teil der für die Herstellung oder Erzeugung notwendigen Stoffe selbst zur Verfügung zu stellen hat. [...]

Art 6

Die Parteien können die Anwendung dieses Übereinkommens ausschließen oder [...] von seinen Bestimmungen abweichen oder deren Wirkungen ändern.

Auszug aus der Verordnung [EG] Nr 593/2008 vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I-Verordnung)

Art 1. Anwendungsbereich

(1) Diese Verordnung gilt für vertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen. [...]

Art 3. Freie Rechtswahl

(1) Der Vertrag unterliegt dem von den Parteien gewählten Recht. Die Rechtswahl muss ausdrücklich erfolgen oder sich eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus den Umständen des Falles ergeben. [...]

Auszug aus der Richtlinie 1999/44/EG vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter⁴

Art 3. Rechte des Verbrauchers

(1) Der Verkäufer haftet dem Verbraucher für jede Vertragswidrigkeit, die zum Zeitpunkt der Lieferung des Verbrauchsgutes besteht.

(2) Bei Vertragswidrigkeit hat der Verbraucher entweder Anspruch auf die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands

1991. Text, Mitgliedsstaaten und Rspr ua in www.unilex.info. Das EKR ist geltendes deutsches Sachrecht und in seinem Anwendungsbereich *lex specialis* gegenüber den kaufrechtlichen Vorschriften des BGB und des HGB. Vgl (rechtsvergleichende) Übungsfälle zum EKR: *Kadner Graziano/Wiegandt* JURA 2013, 510; *Effer-Uhe/Gössl* JURA 2012, 816.

⁴ In der Fassung der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABL L 304 vom 22. 11. 2011, S. 64.

des Verbrauchsgutes durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung nach Maßgabe des Absatzes 3 [...].

(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. [...]

LÖSUNG⁵

Frage 1: Anspruch des K gegen V auf Erstattung der Aus- und Einbaukosten iHv insgesamt 15.000 €⁶

A. Anspruch aus §§ 439 II und I Alt 2, 437 Nr 1, 434 I 1 oder 2, 433 I 2

K könnte gegen V einen Anspruch auf Erstattung der Aus- und Einbaukosten aus §§ 439 II i. V. m. I Alt 2, 437 Nr 1, 434 I 1 oder 2, 433 I 2 haben.

I. Anwendbares Recht

1. Anwendungsvoraussetzungen des Einheitlichen UN-Kaufrechts (EKR)

Der Anspruch aus § 439 II setzt voraus, dass das Kaufgewährleistungsrecht des BGB anwendbar ist. Der vorliegende Vertrag zwischen V und K könnte stattdessen nach dem »Übereinkommen der Vereinten Nationen über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980«⁷ (EKR oder CISG) zu beurteilen sein, welches in seinem Anwendungsbereich dem BGB als *lex specialis* für internationale Kaufverträge vorgeht⁸.

⁵ Die zitierten §§ entstammen, wenn nicht anders bezeichnet, dem BGB.

⁶ Vgl den Fall BGHZ 177, 224.

⁷ Siehe oben, Fn. 2 und 3.

⁸ Internationale Vertragskonstellationen sind in einer Exportwirtschaft wie der deutschen selbst für klein- und mittelständische Unternehmen inzwischen so häufig, dass Grundkenntnisse im Hinblick auf das auf einen Sachverhalt mit Auslandsberührung anwendbare Vertragsrecht von allen Studierenden erwartet werden müssen. Der Fall

Gemäß seinem Art 1 I lit a) findet das EKR Anwendung auf »Kaufverträge über Waren zwischen Parteien [...], die ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben, a) wenn diese Staaten Vertragsstaaten sind«⁹. V und K haben einen Kaufvertrag geschlossen; die Parteien haben ihre Niederlassungen in Deutschland und im Irak, die beides Vertragsstaaten des EKR sind. Das EKR ist daher grundsätzlich anwendbar.

Gemäß Art 6 des EKR können die Parteien »die Anwendung dieses Übereinkommens ausschließen«. V und K haben die Geltung des EKR im Vertrag ausdrücklich und einverständlich ausgeschlossen, sodass das EKR im Ergebnis keine Anwendung findet. Stattdessen ist der Vertrag nach einem der in Betracht kommenden nationalen Kaufrechte zu beurteilen.

2. Anwendbares unvereinheitlichtes Kaufrecht

K klagt gegen V an deren Sitz in Düsseldorf, sodass das anwendbare Recht nach dem Internationalen Privatrecht (IPR) des deutschen Gerichtsstandortes (Forums) zu ermitteln ist. Für den deutschen Richter ist insoweit die »Verordnung [EG] Nr 593/2008 vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht« (sog Rom I-VO) maßgeblich. Sie gilt gemäß Art 1 I »für vertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelsachen, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen«. Diese Anwendungsvoraussetzungen der Rom I-VO sind im vorliegenden Fall erfüllt.

Gemäß Art 3 I 1 und 2 der Rom I-VO unterliegt »der Vertrag [...] dem von den Parteien gewählten Recht. Die Rechtswahl muss ausdrücklich erfolgen oder sich eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus den Umständen des Falles ergeben«.

V und K haben in ihrem Vertrag ausdrücklich die Geltung deutschen Rechts (unter Ausschluss des EKR) vereinbart, sodass das BGB zur Anwendung gelangt.

ist über die einfachere der beiden Anwendungsvarianten des EKR zu lösen, nämlich über lit a) des Art 1 I EKR.

⁹ Dies gilt nach Art 3 I des EKR auch für Verträge über Waren, die der Verkäufer erst noch herzustellen hat. Das EKR wäre also auch anwendbar, wenn V die Maschinenteile erst noch herzustellen hätte.

II. Anspruch auf Aufwendungsersatz aus § 439 II i. V. m. I, 437 Nr 1, 434 I 1 oder 2, 433 I 2¹⁰

Ein Anspruch des K gegen V auf Ersatz der Aus- und Einbaukosten aus § 439 II i. V. m. I, 437 Nr 1, 434 I 1 oder 2, 433 I 2 setzt einen Gewährleistungsfall voraus.

Die Parteien haben einen Kaufvertrag geschlossen¹¹. Nach § 433 I 2 war V verpflichtet, die Kaufsache frei von Sachmängeln zu liefern. Die Steuereinheiten als Bestandteil der Maschinenteile und damit auch die Maschinenteile selbst waren defekt, sodass sich die Kaufsache nicht für die vertraglich vereinbarte oder vorgesehene bzw die gewöhnliche Verwendung eignete (§ 434 I 1 oder 2 Alt 1 oder 2¹²). Der Mangel lag bei Übergabe der Kaufsache vor, dh – wie von § 446 S 1 gefordert – bei Gefahrübergang. Dem K stehen daher die Rechte aus § 437 zu, so gemäß Nr 1 insbesondere das Recht auf Nacherfüllung aus § 439 I in Form der Beseitigung des Mangels (Alt 1) oder der Ersatzlieferung (Alt 2). Die Verkäuferin V hat zudem nach § 439 II grundsätzlich auch »die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen«¹³.

Für die weitere Lösung ist zwischen Aus- und (Wieder-)Einbaukosten zu differenzieren.

¹⁰ § 439 gibt dem Verkäufer ein sog »Recht zur zweiten Andienung«. Der Käufer kann daher auf Schadensersatz statt der Leistung regelmäßig erst zurückgreifen, wenn der Verkäufer die Nacherfüllung verweigert oder sie misslingt. Die Nacherfüllung ist daher vorrangig und stets vor anderen Rechtsbehelfen zu prüfen, insbesondere vor einem Anspruch des Käufers auf Schadensersatz, vgl *Medicus/Petersen* BR, 24. Aufl, Rn 290.

¹¹ Nach dem Sachverhalt waren die Maschinenteile bei Vertragschluss bereits hergestellt, sodass es sich nicht um einen Werklieferungsvertrag (Lieferung herzustellender beweglicher Sachen) gemäß § 651 S 1 handeln kann. Damit erübrigt sich die Frage, ob es sich bei den Maschinenteilen um vertretbare Sachen iSd § 91 handelt, was vorliegend aber zu bejahen sein dürfte, weil es sich um Standard-Maschinenteile aus dem Katalog der V handelt, also um Waren aus Serienfertigung; vgl BGH NJW 1971, 1793: Waren aus Serienfertigung sind vertretbar.

¹² Der Sachverhalt gibt vor, dass die Maschinenteile »nicht einwandfrei funktionieren«, also mangelhaft waren. Weitere Erörterungen hierzu erübrigen sich.

¹³ Zum Streit, ob § 439 II Anspruchsgrundlage oder nur »Kostenzuordnungsvorschrift« ist, vgl *Medicus/Petersen* BR, 24. Aufl, Rn 291 und 291a m. w. N.

1. Kosten des Ausbaus der ursprünglichen Teile

K könnte gegen V einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für den Ausbau der defekten Maschinenteile iHv 5.000 € aus § 439 II haben.

Hat der Käufer eine mangelhafte Sache eingebaut, ist fraglich, ob der Aufwendungsersatzanspruch gegen den Verkäufer aus § 439 II auch die Kosten für den Ausbau (und ggfls Abtransport) der mangelhaften Sache umfasst.

Nach dem *Wortlaut* des § 439 I kann der Käufer einer mangelhaften Sache »nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen«. § 439 II ergänzt diesen Anspruch, indem er bestimmt, dass der Verkäufer die »zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen [...] zu tragen« hat. Dies ließe sich dahingehend verstehen, dass allein die Beseitigung des Mangels an der Kaufsache selbst oder die Nachlieferung einer mangelfreien Kaufsache geschuldet ist¹⁴. Die Kostentragungspflicht des Verkäufers nach § 439 II würde dann nur Aufwendungen (so z. B. Arbeits- und Materialkosten) umfassen, welche im Rahmen der Beseitigung des Sachmangels entstehen, etwa für die Anlieferung einer mangelfreien Ersatzsache, nicht aber die Kosten für den Ausbau der mangelhaften Sache¹⁵.

Auch die *Gesetzessystematik* scheint für diese Auslegung zu sprechen. Der Nacherfüllungsanspruch gibt dem Verkäufer ein sog »Recht zur zweiten Andienung«¹⁶ und ergänzt den ursprünglichen Erfüllungsanspruch bzw tritt an dessen Stelle. Ursprünglicher Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch sind auf das gleiche Ziel gerichtet. Die Nacherfüllung nach § 439 soll es dem Verkäufer ermöglichen, seine Primärleistungspflichten nachträglich zu erfüllen. Der Ausbau der mangelhaften Sache war aber ursprünglich nicht geschuldet. Eine Haftung für die Kosten des Ausbaus bei der Nacherfüllung anzunehmen, würde demnach den Leistungsumfang des Verkäufers über das ursprünglich geschuldete Maß hinaus erweitern¹⁷.

Das Argument *einheitlicher Auslegung* des § 439 spricht demgegenüber dafür, auch die Ausbaukosten zu den nach § 439 erstattungsfähigen Aufwendungen zu zählen. § 439 I und II setzen Art 3 II und IV der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (im Folgenden: RL) ins deut-

¹⁴ Vgl *Schneider/Katerndahl* NJW 2007, 2215, 2216. Ausführliche Nachweise zum Meinungsstand in BGH NJW 2013, 220, 221, Rn 17.

¹⁵ So im Ergebnis der BGH NJW 2013, 220.

¹⁶ Siehe etwa *Medicus/Petersen* BR, 24. Aufl, Rn 290; *Looschelders* SchuldR BT, 10. Aufl, Rn 82.

¹⁷ BGH NJW 2013, 220; *Medicus/Petersen* BR, 24. Aufl, Rn 291a; *Jaensch* NJW 2012, 1025, 1026.

sche Recht um. Der EuGH hat entschieden, dass Ausbaukosten zu den nach Art 3 II und IV der RL erstattungsfähigen Aufwendungen zählen¹⁸.

Zwar handelt es sich bei dem Vertrag zwischen der gewerblich handelnden V und K *nicht* um einen Verbrauchsgüterkauf iSd §§ 474 ff sowie der RL, da beide Parteien Unternehmer iSd § 14 sind; das Europarecht schreibt für den Kauf durch einen Unternehmer daher vorliegend keine »richtlinienkonforme« Auslegung des nationalen Rechts vor. Die folgenden Überlegungen sprechen jedoch für eine »richtlinienorientierte« Auslegung auch für den Bereich der Nacherfüllung¹⁹.

Der deutsche Gesetzgeber hatte seinerzeit die RL zum Anlass für eine umfassende Reform des deutschen Kaufrechts genommen und zahlreiche Vorschriften der RL, darunter die Vorschrift zur Nacherfüllung, in das allgemeine Kaufrecht übernommen, weshalb diese Vorschriften auch im Unternehmerverkehr Anwendung finden sollen. Aufgrund dieser Wertung des deutschen Gesetzgebers erscheint es sachgerecht, die RL sowie ihre Auslegung durch den EuGH auch über ihren unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus für die Auslegung des neuen Kaufrechts heranzuziehen (»richtlinienorientierte« Auslegung)²⁰.

Der Wortlaut des § 439 unterscheidet nicht zwischen Verbrauchsgüterkäufen und anderen Kaufverträgen. Hätte der deutsche Gesetzgeber beim Nachbesserungsanspruch zwischen Verbrauchern und gewerblichen Akteuren unterscheiden wollen, hätte er dies im Untertitel zum Verbrauchsgüterkauf tun können, was jedoch nicht geschehen ist. Der Wortlaut des § 439 II sowie die einschlägigen Gesetzgebungsmaterialien lassen es zu, die vom EuGH für Verbrauchsgüterkäufe gewählte Auslegung ebenso auf

das Verhältnis zwischen gewerblich handelnden Akteuren zu übertragen²¹.

Eine solche Auslegung ist für den Unternehmerkauf auch durchaus sachgerecht. Der *Zweck* der Nacherfüllung ist darauf gerichtet, dem Käufer die Kaufsache so zu verschaffen, wie er sie aufgrund des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs erhalten hatte bzw hätte, also so, dass er sie unmittelbar vertragsgemäß nutzen kann. Wurde aber zunächst eine mangelhafte Sache geliefert, die der Käufer bestimmungsgemäß eingebaut hat, und bessert der Verkäufer durch Lieferung fehlerfreier Teile nach, so kann der Käufer die Kaufsache erst dann vertragsgemäß nutzen, dh sie einbauen, wenn er den zuerst gelieferten vertragswidrigen Kaufgegenstand ausgebaut hat, was (wie im vorliegenden Fall) mit erheblichen Kosten verbunden sein kann. Der Zweck der Regelung der Nacherfüllung als Ersatz für den ursprünglichen Erfüllungsanspruch spricht daher dafür, den Käufer ganz generell nicht mit dem Ausbaufwand zu belasten, wenn ein Einbau zu erwarten war und bestimmungsgemäß erfolgte.

Zudem ist der Käufer schutzwürdig, hat er das Problem doch weder verursacht noch verschuldet, während der Verkäufer den Ausbaufwand immerhin durch Lieferung einer mangelhaften Sache verursachte. Der Verkäufer seinerseits wird sich häufig bei seinem Lieferanten schadlos halten können, sodass die Nacherfüllungskosten über die Vertragskette letztlich auf denjenigen verlagert werden, der sie durch Herstellung einer fehlerhaften Sache verursacht (und ggfls. verschuldet) hat. Wird so letztlich derjenige mit den Kosten belastet, der sie durch Verbesserungen im Produktionsprozess hätte vermeiden können, schafft dies ökonomisch sinnvolle Anreize zur künftigen Vermeidung von Produktfehlern²².

¹⁸ EuGH NJW 2011, 2269, 2271 ff. Der EuGH hat dies va damit begründet, die RL bezwecke ein hohes Verbraucherschutzniveau. Dieses sei nicht gewährleistet, wenn der Verbraucher durch einen Produktmangel uU mit hohen Ausbaukosten belastet bliebe, die er weder veranlasst noch verschuldet habe. Im Anschluss hieran ebenso der BGH NJW 2012, 1073; BGH 21. 12. 2011, VIII ZR.

¹⁹ Gegen eine »einheitliche Auslegung« speziell für den Bereich der Nacherfüllung aber BGH NJW 2013, 220, 222, Rn 22; bestätigt in BGH, Urteil vom 2. April 2014, VIII ZR 46/13, Rn 27. Zust *Looschelders*, JA 2013, 149, 150; *Lorenz* NJW 2013, 207, 208; im Ergebnis (mit Kritik an der Methode) auch *Gsell*, LMK 2013, 343739. Das letzte Wort wird der Gesetzgeber sprechen müssen, was er aber erneut zurückgestellt hat, vgl. unten Fn 21.

²⁰ Ebenso (jdfs offenbar grds) *Looschelders* SchuldR BT, 10. Aufl, Rn 18; noch strikter *Augenhöfer/Appenzeller/Holm* JuS 2011, 680, 684: es verbiete sich eine gespaltene Auslegung des § 439; aA BGH NJW 2013, 220; *Lorenz* NJW 2011, 2241, 2244; *ders* NJW 2009, 1633, 1636; *Pfeiffer* LMK 2011, 321439; *Weiss* EuZW 2012, 733, 734.

²¹ Im Rahmen der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie (RL 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011; Neuregelung des BGB in Kraft getreten am 13. Juni 2014) hatte sich der Bundesrat dafür ausgesprochen, eine einheitliche Regelung des Umfangs des Nacherfüllungsanspruchs für alle Kaufverträge gesetzlich zu verankern, was aufgrund der zwingenden EuGH-Rechtsprechung für den Bereich der Verbraucherverträge nur durch eine Erweiterung der Haftung in Unternehmerfällen hätte realisiert werden können. Vgl BT-Drs 17/12637, S 92 f: »Die gespaltene, richtlinienkonforme Auslegung einer Norm kann keine Dauerlösung sein.« Die Bundesregierung hat die Überlegung des Bundesrates abgelehnt (ebd, S 99), sich jedoch eine weitere Prüfung vorbehalten und einen ursprünglich geplanten neuen § 474a (welcher die EuGH-Rechtsprechung nur für Verbraucherverträge transponiert hätte) zurückgestellt.

²² Zur ökonomischen Rationalität einer solchen Lösung *Kadner Graziano/Wiegandt* JURA 2013, 510, 525–526.

Wortlaut und Zweck der Vorschrift, die Abwägung der Parteiinteressen²³ sowie die erwähnten ökonomischen Argumente sprechen damit dafür, den für einen Ausbau erforderlichen Aufwand zu den nach § 439 II erstattungsfähigen Aufwendungen zu zählen, und zwar auch im Verhältnis zwischen Unternehmern²⁴.

K hat gegen V somit einen Anspruch aus § 439 II auf den Ersatz der Ausbaukosten iHv 5.000 €. (Dieser Anspruch besteht – wie der Nacherfüllungsanspruch aus § 439 I – unabhängig davon, ob den Verkäufer an der ursprünglichen Nicht- oder Schlechterfüllung ein Verschulden trifft.)²⁵

2. Kosten des (Wieder-) Einbaus der fehlerfreien Teile

Es ist des Weiteren fraglich, ob die Verkäuferin V im Rahmen der Nacherfüllung auch die Kosten iHv 10.000 € für den erneuten *Einbau* der – nun vertragsgemäßen – Kaufsache zu tragen hat²⁶.

Einige der für den Ersatz der Ausbaukosten genannten Argumente sprechen dafür, die Einbaukosten ebenfalls zu den nach § 439 erstattungsfähigen Aufwendungen zu zählen. So hat erstens der EuGH für den Verbrauchsgüterkauf nicht nur die Kosten des Ausbaus, sondern auch die Kosten des erneuten Einbaus für erstattungsfähig erklärt²⁷. Das Argument einheitlicher Auslegung spräche auch im Hinblick auf die (Wieder-) Einbaukosten für die Anwendung dieser Lösung im deutschen Recht auch zwischen Unternehmern. Zweitens stammt das Problem wiederum aus der Sphäre des Verkäufers. Deshalb würden es auch die erwähnten ökonomischen Argumente nahelegen, dem Verkäufer diese Kosten aufzuerlegen. Für eine Pflicht des Verkäufers, die Kosten des (Wieder-) Einbaus ebenfalls zu tragen, mag man schließlich anführen, der Verkäufer habe den Zustand herzustellen, in dem sich die Kaufsache ak-

tuell befinden würde, wäre sie nicht zunächst mangelhaft gewesen, sondern sogleich vertragsgemäß geliefert worden²⁸. Da der Käufer die Sache bereits einmal eingebaut hatte, ist dies zum Zeitpunkt der Nacherfüllung der Zustand *nach* Einbau.

Gegen einen Anspruch auf Kostenerstattung für den Einbau spricht jedoch, dass der Verkäufer in der Regel den Einbau der Sache gerade nicht schuldet und ursprünglich nie geschuldet hatte²⁹. Eine Verpflichtung zum (Wieder-) Einbau (oder eine Verpflichtung zur Erstattung der entsprechenden Kosten) ginge über das *ursprünglich geschuldete Leistungsprogramm* hinaus. Versprochen war nur die Lieferung einer vertragsgemäßen Kaufsache, welche der Käufer selbst einbauen konnte. Der Vertragsinhalt spricht jedenfalls bei gewerblich handelnden Akteuren entscheidend dagegen, auch die Einbaukosten zu den nach § 439 II vom Verkäufer zu tragenden Nacherfüllungskosten zu zählen³⁰.

Zudem gilt: Wie dargelegt, dient die Pflicht zur Nacherfüllung dazu, dem Käufer die Kaufsache so zu verschaffen, dass er sie anschließend *den vertraglichen Vereinbarungen entsprechend unmittelbar nutzen kann*. Dies erfordert zwar, dass die Kaufsache in einen mangelfreien Zustand versetzt *und* die mangelhafte Sache ausgebaut wird (bei Lieferung einer von vornherein mangelfreien Kaufsache hätte der Käufer diese nämlich unmittelbar einbauen können), nicht aber, dass die neue Sache auf Kosten des Verkäufers eingebaut wird. *Sinn und Zweck* der Nacherfüllung sprechen demnach gerade gegen eine Erstattung auf den Ersatz der *Einbaukosten*. Die eingangs erwähnten ökonomisch sinnvollen Anreize für den Verkäufer, sich von vornherein vertragsgemäß zu verhalten, sind nach der Systematik des deutschen Kaufrechts im Hinblick auf die Einbaukosten allein über eine Schadensersatzhaftung zu realisieren.

V war nach dem Inhalt des Vertrages mit K allein zur Lieferung der Maschinenteile verpflichtet. Der Einbau sollte durch K erfolgen. Mit Nachlieferung mangelfreier Teile und Ausbau der defekten Teile auf Kosten der V ist der vereinbarte vertragsgemäße Zustand, auf den § 439 I und II abzielen, hergestellt.

²³ AA unter Verweis auf die entgegenstehende Wortlautgrenze des § 439 III 3 *Weiss* EuZW 2012, 733, 735f. Wird allerdings akzeptiert, dass Ein- wie Ausbaukosten grundsätzlich zu ersetzen sind, verschiebt dies auch die »Unverhältnismäßigkeit« iSd § 439 III.

²⁴ So bereits vor der Entscheidung des EuGH das OLG Köln NJW-RR 2006, 677; *Schneider/Katerndahl* NJW 2007, 2215, 2216; ebenso jetzt wohl MünchKomm-BGB/HP *Westermann*, 6. Aufl., § 439 Rn 14. – Anderer Ansicht allerdings der BGH NJW 2013, 220, 221, Rn 14; BGH NJW 2014, 2183, Rn 27; *Palandt/Weidenkaff*, 74. Aufl., § 439 Rn 11; *Lorenz* NJW 2013, 207, 209 m. w. N.

²⁵ AA – vor allem im Hinblick auf die jüngere Rspr des BGH – sehr gut vertretbar, s die Nachw in der vorigen Fussnote.

²⁶ Ausführlich diskutiert in BGH NJW 2008, 2837, Rn 16ff. Dazu für den Verbrauchsgüterkauf EuGH NJW 2011, 2269, 2271ff.

²⁷ EuGH NJW 2011, 2269, 2271ff.

²⁸ Vgl OLG Karlsruhe ZGS 2004, 465; *Bamberger/Roth/Faust*, 3. Aufl., § 439 Rn 14, 19; *Terrahe* VersR 2004, 680, 682.

²⁹ So BGH NJW 2008, 2837, Rn 17ff mit ausführlicher Begründung; BGH NJW 2013, 220, 222, Rn 25; BGH NJW 2014, 2183, Rn 27; vgl ebenso schon *S Lorenz* ZGS 2004, 408, 409; *Schneider/Katerndahl* NJW 2007, 2215, 2215; *Thürmann* NJW 2006, 3457, 3459. AA OLG Karlsruhe ZGS 2004, 432.

³⁰ S auch *Kropholler* Studienkommentar BGB, 14. Aufl., § 439 Rn 9: generell für eine »gespaltene Auslegung«.

K hat gegen V mithin keinen Anspruch aus § 439 II auf Erstattung der Kosten für den Einbau der mangelfreien Maschinenteile iHv 10.000€³¹.

B. Anspruch aus §§ 280 I 1, 437 Nr 3, 434 I 1 oder 2, 433 I 2 auf Ersatz der Einbaukosten iHv 10.000€³²

Dem K könnte gegen V wegen der Kosten des erneuten Einbaus aber ein Schadensersatzanspruch iHv 10.000€ aus §§ 280 I 1, 437 Nr 3, 434 I, 433 I 2 zustehen³³.

Wie gesehen, haben die Parteien einen Kaufvertrag geschlossen und waren die von V gelieferten Maschinenteile bei Gefahrübergang mangelhaft iSd § 434 I 1 oder 2. Gemäß § 437 Nr 3 kann der Käufer bei mangelhafter Lieferung ua Schadensersatz nach Maßgabe des § 280 verlangen³⁴.

Die Haftung nach § 280 I setzt voraus, dass die Verkäuferin V eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis gegenüber dem Käufer K verletzt hat. V hat zunächst eine mangelhafte Kaufsache geliefert und damit ihre Pflicht aus § 433 I 2 verletzt.

Der Anspruch auf Schadensersatz setzt nach deutschem Recht³⁵ des Weiteren ein Verschulden des Verkäufers voraus. Dieses Verschulden wird nach § 280 I 1 vermutet. Der Schuldner kann sich jedoch gemäß S 2 dieser Vorschrift exkulpieren.

³¹ BGH NJW 2013, 220. AA bei entsprechender Begründung gut vertretbar.

³² Bearbeiter, die den Anspruch auf Erstattung der Kosten für Ein- und Ausbau auf Grundlage des § 439 II bejaht haben, konnten davon absehen, einen parallelen Anspruch auf Schadensersatz aus § 280 etc zu prüfen.

³³ Zu diesem Schadensersatzanspruch vgl BGH NJW 2008, 2837, Rn 21; *Schneider/Katerndahl* NJW 2007, 2215, 2216.

³⁴ Es handelt sich bei dem Begehren auf Ersatz der Einbaukosten um Schadensersatz *neben* und nicht *statt* der Leistung, da die Kosten für den erneuten Einbau durch die Nachlieferung mangelfreier Teile (und damit schlussendlich Erfüllung der Hauptleistungspflicht) nicht entfallen und der Verkäufer den erneuten Einbau nach der hier vertretenen Auffassung nicht im Rahmen der Nachbesserung schuldet. Im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs, in dem nach der Rspr des EuGH die Wiedereinbaukosten als Nacherfüllung geschuldet sind, entfällt der hier diskutierte Schadensersatzanspruch.

³⁵ Im Rechtsvergleich ist dieses Erfordernis heute ganz ungewöhnlich und stellt damit eine Partikularität des deutschen Rechts dar, vgl *Kadner Graziano/Wiegandt* JURA 2013, 510, 525–526 mit krit Würdigung von Verschuldenselementen im Kaufrecht.

V macht zutreffend geltend, dass der Mangel der von ihr gelieferten Maschinenteile auf eine defekte Steuereinheit zurückzuführen ist, die ihr von ihrem seit Jahren zuverlässigen Vorlieferanten Z geliefert worden ist. Trotz eingehender und fachgerechter Kontrolle war für V der Fehler der Steuereinheit nicht feststellbar. V hat die Schlechtleistung daher weder vorsätzlich noch fahrlässig verursacht (§ 276 I). Es ist ihr gelungen, sich zu exkulpieren.

Das Verschulden der Z ist V nicht nach § 278 zuzurechnen. Nach stRspr des BGH ist der Vorlieferant des Verkäufers nicht als Gehilfe des Verkäufers bei der Erfüllung von dessen Verkäuferpflichten anzusehen³⁶.

K hat gegen V somit *keinen* Anspruch auf Schadensersatz wegen der Einbaukosten aus §§ 280 I 1, 437 Nr 3, 434 I, 433 I 2.

C. Anspruch aus § 284 auf Ersatz der Einbaukosten iHv 10.000€

K könnte gegen V wegen der Kosten für den Einbau der mangelfreien Teile einen Aufwendungsersatzanspruch iHv 10.000€ aus § 284 zustehen. Dann müssten die Einbaukosten Aufwendungen sein, die K im Vertrauen auf den Erhalt der Leistungen der V gemacht hat.

Die Kosten für den Einbau der *neuen* Maschinenteile sind keine Aufwendungen im Sinne des § 284, da sie erst noch anfallen werden und nicht im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung der V gemacht worden sind³⁷.

Die Kosten für den Einbau der *zuerst gelieferten* Maschinenteile könnten zwar Aufwendungen iSd § 284 darstellen, die sich durch die Mangelhaftigkeit der Maschinenteile als vergeblich erwiesen haben. Allerdings kann Aufwendungsersatz nach § 284 nur »anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung« verlangt werden, sodass auch hier die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch erfüllt sein müssen³⁸. Wie soeben dargelegt, sind die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch

³⁶ Palandt/*Grüneberg*, 74. Aufl, § 278 Rn [13]; ausführlich dazu jetzt BGH NJW 2014, 2183, Rn 31–37 mwN zur Frage der Zurechnung von Verschulden der Vorlieferanten und Zulieferer bei Kauf-, Werklieferungs- und Werkverträgen.

³⁷ Vgl zu dieser Konstellation BGH NJW 2008, 2837, 2840, Rn 31.

³⁸ Vgl *Kropholler* Studienkommentar BGB, 14. Aufl, § 284 Rn 1.

des K gegen V infolge der Exkulpation der V aber nicht gegeben³⁹.

D. Ergebnis zu Frage 1

K hat gegen V (nach der hier vertretenen Ansicht) einen Anspruch aus §§ 439 II i. V. m. I Alt 2, 437 Nr 1, 434 I, 433 I 2 auf Aufwendungsersatz wegen der Ausbaukosten iHv 5.000€. Dagegen kann er (nach der hier vertretenen Ansicht) keinen Ersatz der Kosten für den (Wieder-) Einbau der mangelfreien Maschinenteile iHv 10.000€ verlangen.

Frage 2: Anspruch des K gegen V auf Ersatz der Kosten für die Ersatzbeschaffung iHv 100.000 €

In der *Variante 1* verweigert V die Nacherfüllung definitiv mit dem Argument, der Fehler habe ausschließlich bei Z gelegen. K bezieht die Maschinenteile daraufhin bei einem Dritthersteller für einen Mehraufwand iHv 100.000€.

A. Anspruch auf Erstattung der Mehrkosten aus dem Deckungskauf iHv 100.000 € aus §§ 280 I 1, III, 281 I 1 i. V. m. 437 Nr 3, 434 I, 433 I 2

K könnte in dieser Konstellation gegen V einen Anspruch aus §§ 280 I 1, III, 281 I 1 i. V. m. 437 Nr 3, 434 I, 433 auf Ersatz der Mehrkosten iHv 100.000€ haben, die ihm aus diesem sog Deckungskauf entstanden sind (als Schadensersatz statt der Leistung).

Ausgangspunkt ist wiederum, dass die Parteien einen Kaufvertrag geschlossen haben und die von V gelieferten Maschinenteile bei Gefahrübergang mangelhaft iSv § 434 I waren. Gemäß § 437 Nr 3 kann der Käufer in diesem Fall ua Schadensersatz nach Maßgabe der §§ 280, 281 verlangen. Ein Anspruch von K gegen V auf Schadensersatz aus § 280 I 1 setzt voraus, dass die V eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis mit K verletzt und sich nicht nach § 280 I 2 exkulpiert hat.

³⁹ Eine analoge Anwendung des § 284 BGB scheidet mangels Regelungslücke aus, vgl BGH NJW 2008, 2837, 2840, Rn 33.

I. Pflichtverletzung(en) der V

V hat eine Maschine mit defekter Steuereinheit an K geliefert und ihre Leistung damit nicht wie geschuldet erbracht (§§ 433 I 2, 434 I 1 oder 2) (1. *Pflichtverletzung*). Wie gesehen⁴⁰, war V zudem aufgrund der Schlechtlieferung zur Nacherfüllung gemäß §§ 439 I Alt 2, 437 Nr 1 verpflichtet. Auch dieser Pflicht ist V nicht nachgekommen (2. *Pflichtverletzung*).

II. Vertretenmüssen

Fraglich ist, ob im Hinblick auf das für den Ersatzanspruch des K gegen V nach § 280 I erforderliche Vertretenmüssen auf die mangelhafte (ursprüngliche) Lieferung der Maschinenteile oder auf die verweigerte Nacherfüllung abzustellen ist⁴¹.

Wie schon dargelegt⁴², hat sich V für die Verletzung ihrer ursprünglichen Lieferpflicht (1. *Pflichtverletzung*) exkulpiert.

Nach der Systematik des Kaufrechts reicht aber *jedenfalls* die Verletzung der Nacherfüllungspflicht für eine Schadensersatzpflicht statt der Leistung aus, unabhängig davon, ob die ursprüngliche Schlechtleistung vom Schuldner zu vertreten war⁴³: Für den Schadensersatzanspruch wegen eines Mangels der Kaufsache verweist § 437 Nr 3 ua auf § 281. Gemäß § 281 I kann der Gläubiger bei Schlechtlieferung nach § 280 I Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er dem Schuldner erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Damit knüpfen die §§ 437 Nr 3, 281, 280 den Schadensersatzanspruch gerade an die Verletzung der Pflicht zur Nacherfüllung, unabhängig davon, ob die Pflicht zur ursprünglichen Leistung vom Verkäufer schuldhaft verletzt worden war⁴⁴. Das Verschulden der V wird nach § 280 I 1 wiederum vermutet.

⁴⁰ Vgl oben Frage 1, A.II.

⁴¹ »Bei der Fallbearbeitung muss ... klar zwischen den beiden Bezugspunkten des Vertretenmüssens unterschieden werden«, *Looschelders SchuldR BT*, 10. Aufl, Rn 120. Dies ist manchen Teilnehmern der Übung nicht leicht gefallen.

⁴² Vgl oben Frage 1, B.

⁴³ *Looschelders SchuldR BT*, 10. Aufl, Rn 125 mwN; *Oetker/Maultzsch Vertragliche Schuldverhältnisse*, 4. Aufl, § 2 Rn 274.

⁴⁴ Umstritten ist, ob daneben auch auf das Verschulden bzgl der Verletzung der ursprünglichen Leistungspflicht abgestellt werden kann, wenn ein Verschulden bzgl der Verletzung der Pflicht zur Nacherfüllung fehlt, vgl etwa *Looschelders SchuldR BT*, 10. Aufl, Rn 125; Im Rahmen der ersten Variante spielt dies aber keine Rolle; vgl dazu die zweite Variante unten.

III. Exkulpation der V

Fraglich ist, ob sich die V bezüglich der Pflicht zur Nacherfüllung (2. *Pflichtverletzung*) nach § 280 I 2 exkulpieren kann. Dann müsste sie dargetan haben, dass sie weder vorsätzlich noch fahrlässig iSd § 276 gehandelt hat. Vorsatz setzt Wissen und Willen hinsichtlich der Rechts- oder Pflichtwidrigkeit voraus⁴⁵.

V hat nicht im Bewusstsein gehandelt, etwas Rechts- oder Pflichtwidriges zu tun, sodass vorsätzliches Verhalten ausscheidet. Auch für einen Rechtsirrtum muss der Schuldner nur eintreten, wenn er fahrlässig gehandelt hat⁴⁶. Die ständige Rechtsprechung legt hier jedoch zu Recht einen strengen Maßstab an. Jedenfalls muss der Schuldner die Rechtslage sorgfältig prüfen, erforderlichenfalls Rechtsrat einholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung beachten⁴⁷.

Hier hat sich V ihrer – tatsächlich bestehenden – Nacherfüllungspflicht verschlossen und somit fahrlässig gehandelt⁴⁸. V hat sich für die Verletzung ihrer Pflicht zur Nacherfüllung somit nicht exkulpiert.

IV. Nachfrist nach § 281 I 1

Grundsätzlich muss der Gläubiger dem Schuldner gemäß § 281 I 1 eine angemessene Frist zur Nacherfüllung setzen, bevor er einen Anspruch auf Schadensersatz geltend machen kann. Dies hat K gegenüber der V nicht getan.

Gemäß § 281 II ist eine Nachfrist jedoch entbehrlich, »wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert«, was V gegenüber K im Zusammenhang mit dem Hinweis auf den Fehler bei Z getan hat. K war daher von dem Erfordernis befreit, der V eine Nachfrist zu setzen.

V. Schaden

Schließlich müsste dem K aus der Verletzung der Nacherfüllungspflicht durch V ein Schaden entstanden sein. Steht dem Käufer ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung zu, kann er grundsätzlich wählen zwischen

dem sog »kleinen« Schadensersatz (dh er behält die mangelhafte Sache und bekommt die Differenz zur ordnungsgemäßen Erfüllung erstattet, z.B. Minderwert der Kaufsache, Kosten für Reparatur etc) und dem sog »großen« Schadensersatz (dh er gibt die Sache zurück und verlangt Ersatz sämtlicher Schäden aus der Vertragsverletzung, z.B. wegen Ersatzbeschaffung, entgangenen Gewinns etc)⁴⁹.

§ 281 I 1 zielt ohne Weiteres auf den »kleinen« Schadensersatz⁵⁰. Der »große« Schadensersatz wird in § 281 I 3 von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig gemacht, insbesondere davon, dass die Schlechtleistung erheblich ist⁵¹. Bei unerheblichen Mängeln soll es nach hM beim »kleinen« Schadensersatz bleiben⁵².

Im vorliegenden Fall hat K keine Verwendung für die defekten Maschinenteile und keine Möglichkeit für ihre Reparatur, sodass er ein berechtigtes Interesse daran hat, den gesamten Nichterfüllungsschaden gegen Rückgabe der gelieferten Maschinenteile an V ersetzt zu erhalten. Der Schaden ist zu ermitteln durch Vergleich der Vermögenslage des K mit und ohne Verweigerung der geschuldeten Nacherfüllung durch V und kann anhand eines konkreten Deckungsgeschäfts berechnet werden. Vorliegend hat V die Nacherfüllung verweigert und musste K ein Deckungsgeschäft tätigen, wodurch ihm Mehrkosten iHv 100.000€ entstanden sind.

Die Vertragsverletzung durch V hat damit einen Schaden des K iHv 100.000€ verursacht.

B. Ergebnis zu Frage 2

K hat gegen V einen Anspruch auf Ersatz der Kosten iHv 100.000€, die ihm wegen des Deckungskaufs entstanden sind. Der Anspruch ist aus §§ 280 I 1, III, 281 I 1 i.V.m. 437 Nr 3, 434 I, 433 I 2 (Schadensersatz statt der Leistung) begründet und besteht Zug um Zug gegen Rückgabe der defekten Maschinenteile (§§ 283 S 2, 281 V, 346 I, 348 S 1).

⁴⁵ Vgl Kropholler Studienkommentar BGB, 14. Aufl, § 276 Rn 3; auch der Rechtsirrtum schließt im Zivilrecht den Vorsatz aus, vgl Palandt/Grüneberg, 74. Aufl, § 276 Rn 11.

⁴⁶ Palandt/Grüneberg, 74. Aufl, § 276 Rn 22.

⁴⁷ BGHZ 89, 296, 303; NJW 1994, 2754, 2755; WM 2001, 2012, 2014.

⁴⁸ Vgl Looschelders SchuldR BT, 10. Aufl, Rn 125: Verweigere der Verkäufer die Nacherfüllung unberechtigt, sei dies in der Regel schuldhaft.

⁴⁹ Looschelders SchuldR BT, 10. Aufl, Rn 131 f.

⁵⁰ Arg: »soweit« der Schuldner die fällige Leistung nicht wie geschuldet erbringt; so auch MünchKomm-BGB/Ernst, 6. Aufl, § 281 Rn 125; Oetker/Maultzsch Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl, § 2 Rn 277; Canaris DB 2001, 1815, 1817; S Lorenz JZ 2001, 742, 744.

⁵¹ So MünchKomm-BGB/Ernst, 6. Aufl, § 281 Rn 147.

⁵² Looschelders SchuldR BT, 10. Aufl, Rn 132.

Frage 3: Anspruch auf Erstattung der Kosten für den Deckungskauf nach Verhängung eines Embargos

In der *Variante 2* hätte V den Fehler der von Z gelieferten Steuereinheit bemerken müssen. Bevor die V auf das Nachlieferungsbegehren des K eingehen kann, schließt sich die EU einem Embargo an, von dem die Maschinenteile umfasst sind. K erwirbt die Maschinenteile bei einem Dritthersteller und verlangt von V Ersatz der dafür aufgewendeten 100.000 €.

A. Anspruch aus §§ 280 I 1, 283 S 1 i. V. m. 437 Nr 3, 434 I, 433 I 2

K könnte einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für seinen Deckungskauf wiederum aus §§ 280 I 1, 283 i. V. m. 437 Nr 3, 434 I, 433 I 2 haben (Schadensersatz statt der Leistung).

I. Pflichtverletzung(en) der V

V hat wiederum sowohl ihre Primärpflicht aus § 433 I 2 zur Lieferung einer mangelfreien Sache verletzt (*1. Pflichtverletzung*), als auch ihre Pflicht aus § 439 nicht erfüllt, wegen des Sachmangels nachzuerfüllen (*2. Pflichtverletzung*).

II. Unmöglichkeit der Nacherfüllung

Infolge des Exportverbots ist es der V (sowie jedem anderen Unternehmen in der EU) rechtlich unmöglich⁵³, die Maschinenteile in den Irak auszuführen. Das Exportverbot dient dem Zweck, die Nutzung solcher Anlagen in den betroffenen Staaten zu verhindern. Nach seinem Sinn und Zweck verbietet das Exportverbot Verkäufern in der EU auch, bereits gelieferte aber mangelhafte Produkte nachzubessern oder mit Hilfe von embargofreien Drittanbietern nachzubessern zu lassen. Damit ist der V die Erfüllung ihrer *Nacherfüllungspflicht* unmöglich geworden. Der Anspruch des K gegen V auf Nacherfüllung ist gemäß § 275 I ausgeschlossen. Gemäß § 275 IV bestimmen sich die Rechte des Gläubigers dann ua nach den §§ 280, 283.

⁵³ Vgl. BGH NJW 1983, 2873, 2874: Unmöglichkeit ggfs. bei in- oder ausländischen rechtlichen Verboten. Nach BGHZ 125, 27, 30 = BGH NJW 1994, 858, 860 wäre ein Vertrag, der im Ausgangspunkt gegen ein Handelsembargo der EU verstößt, wohl sogar nichtig. Damit führt erst recht die potentielle Verletzung eines Embargos bei Nacherfüllung zu deren Unmöglichkeit.

III. Vertretenmüssen

Das Vertretenmüssen der V für beide Pflichtverletzungen wird gemäß § 280 I 1 vermutet. In der Konstellation der Variante 2 hätte sie den Fehler der Steuereinheit bei der Produktion der Maschinenteile bemerken müssen, so dass ihr der Entlastungsbeweis nach § 280 I 2 *hinsichtlich der (ursprünglichen) Schlechtlieferung* diesmal nicht gelingt und sie diese (*1. Pflichtverletzung*) zu vertreten hat.

Bezüglich der Verletzung der *Nacherfüllungspflicht* ist V dagegen nach § 280 I 2 exkulpiert, da sie keinerlei Verantwortung an dem Inkrafttreten des Embargos trifft. Die von K gesetzte angemessene Frist zur Nacherfüllung war noch nicht verstrichen, sodass sich die V *im Hinblick auf die Nacherfüllung* noch nicht in Verzug befand. Sie haftet daher für die Unmöglichkeit der Nacherfüllung nicht verschärft nach § 287 S 2.

Damit lässt sich als Zwischenergebnis festhalten: in der *Variante 2* hat V die ursprüngliche Schlechtlieferung zu vertreten (*1. Pflichtverletzung*), nicht aber die Nichterfüllung der Nacherfüllungspflicht (*2. Pflichtverletzung*)⁵⁴.

IV. Schadensersatz statt der Leistung bei Vertretenmüssen allein der ursprünglichen Leistungspflicht?

Es fragt sich, ob die V dem K wegen der Verletzung der (ursprünglichen) Lieferpflicht Schadensersatz aus §§ 283 S 1 i. V. m. 280 I 1 schuldet, obwohl sie wegen des Exportverbots nicht mehr nachleisten muss, darf und kann. Hierfür ist entscheidend, ob für die Schadensersatzpflicht statt der Leistung auf die ursprüngliche Schlechtleistung abgestellt werden kann (die V vorliegend zu vertreten hat), oder ob es (allein) auf die Verletzung der Nacherfüllungspflicht ankommt (für die sich V vorliegend exkulpiert hat).

Dafür, dass es allein auf die Verletzung der Nacherfüllungspflicht und damit im vorliegenden Zusammenhang darauf ankommt, ob der Verkäufer die Unmöglichkeit der

⁵⁴ Hätte K die V wegen der Nacherfüllung gemahnt oder wäre die von K gesetzte angemessene Frist zur Nacherfüllung bereits verstrichen gewesen, als das Embargo inkrafttrat, würde Folgendes gelten: Der Nacherfüllungsanspruch des K gegen V war nach § 271 fällig; durch die Mahnung oder den Fristablauf kam V nach § 286 I 1 in Verzug und haftete gemäß § 287 S 2 auch für den zufälligen (durch das Embargo bedingten) Untergang ihrer Möglichkeit zur Nacherfüllung. Das Ausbleiben der Nacherfüllung hätte sie dann ebenfalls zu vertreten.

Nacherfüllung zu vertreten hat⁵⁵, wird angeführt, dass das neue Kaufrecht dem Verkäufer grundsätzlich ein »Recht zur zweiten Andienung«⁵⁶ zur Verfügung stellt. Der Verkäufer solle auf Schadensersatz statt der Leistung nicht schon dann haften, wenn er beim ersten Versuch schlecht geliefert hat. Stellte man bei Unmöglichkeit der Nacherfüllung auf ein vorgelagertes Verschulden bei der Erstlieferung ab, würde letztlich eine Zufallshaftung statuiert⁵⁷, weil der Verkäufer der Haftung aus einem Grund nicht mehr entgehen könne (Unmöglichkeit der Nacherfüllung), den er nicht zu vertreten hat. Des Weiteren wird angeführt, § 283, auf den § 275 IV im Falle der Unmöglichkeit verweist, knüpfe ausschließlich an das Ausbleiben der Leistung aufgrund Unmöglichkeit an, sodass es für die im Rahmen des § 283 relevante Pflichtverletzung auch nur auf die Pflicht ankommen könne, deren Erfüllung unmöglich geworden ist (hier die Pflicht zur Nacherfüllung)⁵⁸. Dies spreche dafür, dass es bei Schadensersatz statt der Leistung ausschließlich darauf ankommt, ob der Verkäufer die ausgebliebene Nachlieferung zu vertreten hat⁵⁹.

Mit dem Hinweis auf § 283 wollte der Gesetzgeber in § 275 IV jedoch lediglich klarstellen, dass der Käufer bei Mängeln, die nicht mehr behoben werden können, keine Frist zur Nacherfüllung setzen muss. Den Bezugspunkt für das Vertretenmüssen wollte er damit nicht festlegen⁶⁰. Dafür, dass der Verkäufer wegen der Verletzung der ursprünglichen Lieferpflicht trotz nachträglicher Unmöglichkeit der Nacherfüllung auf Schadensersatz haftet, spricht, dass das Recht zur Nacherfüllung bzw zur »zweiten Andienung« dem Verkäufer eine bloße *Abwendungsbefugnis* gibt. Nutzt der Verkäufer diese Chance nicht (aus welchem Grund auch immer), verbleibt es bei der vor der Nacherfüllungsphase bestehenden Rechtslage, also bei der Verantwortlichkeit des Verkäufers für die mangelhafte

Erstbelieferung⁶¹. Risiken, die mit der Nacherfüllung verbunden sind, und so auch die Gefahr, dass sich eine Nacherfüllung nicht mehr realisieren lässt, sind vom Verkäufer zu tragen, sofern es zu dieser Verlängerung der Erfüllungsphase wegen einer vom Verkäufer zu vertretenden Verletzung seiner ursprünglichen Lieferpflicht gekommen ist.

Diese Lösung folgt zudem aus § 287 S 2⁶². Nach § 286 tritt Verzug ein, wenn der Schuldner »auf eine Mahnung des Gläubigers« nicht leistet. In der Aufforderung des Gläubigers (hier K) an den Schuldner (hier die V) zur Nacherfüllung (unter Fristsetzung gemäß § 281) ist zugleich eine Mahnung (nach § 286) im Hinblick auf die Erfüllung der ursprünglichen Leistungspflicht zu sehen⁶³. Der Schuldner kommt gemäß § 286 IV zwar nur in Verzug, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, für den der Schuldner verantwortlich ist. Vorliegend hatte V die ursprünglich mangelhafte Lieferung aber zu vertreten, da sie den offenkundigen Mangel der Steuereinheit schuldhaft nicht bemerkte. V war also spätestens mit Aufforderung zur Nacherfüllung durch K mit der ursprünglichen Leistungspflicht in Verzug⁶⁴. Die Unmöglichkeit der Nacherfüllung aufgrund des Embargos entstand erst danach⁶⁵.

Ist der Schuldner mit der Leistung in Verzug iSd § 286, haftet er gemäß § 287 S 2 für alle Risiken, die sich während des Verzugs für die Leistungserbringung ergeben, und so auch für Zufall (hier: für die von V unverschuldete Unmöglichkeit der Nacherfüllung infolge des Embargos). Hätte die Schuldnerin V rechtzeitig geleistet, wäre ihre Leistung diesen späteren Risiken nämlich nicht ausgesetzt gewesen⁶⁶. Auch im Hinblick auf die Parteiinteressen muss es für die Frage des Verzuges und damit für den Beginn der strengen Haftung nach § 287 S 2 auf die ursprüngliche Leistungspflicht ankommen, nicht darauf, ob der Schuldner auch noch mit der Nacherfüllungspflicht in Verzug

55 Nach *Medicus/Petersen* BR, 24. Aufl, Rn 268a ist hM, dass für eine Haftung des Verkäufers alternativ das Vertretenmüssen bzgl der ursprünglichen Schlechtleistung oder der Nacherfüllung genügt.

56 Vgl oben Fn 10.

57 *Oetker/Maultzsch* Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl, § 2 Rn 274.

58 *Reinicke/Tiedtke* Kaufrecht, 8. Aufl, Rn 533.

59 So der BGH NJW 2014, 2183, 2184, Rz. 23. Zuvor bereits *Oetker/Maultzsch* Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl, § 2 Rn 274; *S Lorenz* NJW 2002, 2497, 2501ff.; *Lorenz/Riehm* Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn 535; *Reinicke/Tiedtke* Kaufrecht, 8. Aufl, Rn 536; OLG Celle ZGS 2006, 429, 431. – Das Vertretenmüssen bzgl der mangelhaften ursprünglichen Leistung würde nach dieser Ansicht nur eine Rolle spielen für eine Haftung gemäß § 280 I (Integritätsschäden), vgl *Oetker/Maultzsch* Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl, § 2 Rn 274.

60 Überzeugend *Looschelders* SchuldR BT, 10. Aufl, Rn 125; *Bamberger/Roth/Faust*, 3. Aufl, § 437 Rn 115.

61 So *Bamberger/Roth/Faust*, 3. Aufl, § 437 Rn 115; *Looschelders* SchuldR AT, 11. Aufl, Rn 621; *Looschelders* SchuldR BT, 10. Aufl, Rn 125; MünchKomm-BGB/HP *Westermann*, 6. Aufl, § 437 Rn 27; *Schubel/Koch* DB 2004, 119, 121.

62 Ebenso im Ergebnis BeckOK BGB/Unberath, März 2011, § 281 Rn 12.

63 *Palandt/Grüneberg*, 74. Aufl, § 286 Rn 3; *Staudinger/Löwisch/Feldmann*, März 2009, § 286 Rn 32.

64 Abzustellen ist hier auf die ursprüngliche Leistungspflicht, nicht auf die Nacherfüllung. Bzgl letzterer haftet die V gerade nicht verschärft, vgl oben Frage 3, A.III.

65 Anders wäre es bei einer leichten Abwandlung des Falles; vgl *Palandt/Grüneberg*, 74. Aufl, § 286 Rn 32: unverschuldete Leistungshindernisse (wie hier das Embargo), welche zwischen Abschluss des Vertrages und Zugang der Mahnung (hier Aufforderung zur Nacherfüllung) eintreten, würden den Schuldner entlasten.

66 Vgl *Schulze* Handkommentar BGB, 8. Aufl, § 287 Rn 3.

geraten ist. Hätte V von vornherein vertragsgemäß geliefert, hätte K die geschuldete Leistung wie vereinbart erhalten. Diese Leistung wäre keinen später auftauchenden Risiken (so vorliegend der nachträglichen Unmöglichkeit der Nacherfüllung wegen des Embargos) ausgesetzt gewesen. Die Pflicht zur Nacherfüllung tritt an die Stelle der ursprünglichen Leistungspflicht und setzt diese in abgewandelter Form fort⁶⁷. Befand sich der Verkäufer mit der ursprünglichen Leistungspflicht aber in Verzug und haftete er nach § 287 daher verschärft, setzt sich diese strenge Haftung auch während der Phase fort, während derer ihm das Recht zur zweiten Andienung zusteht⁶⁸. Das Risiko, dass sich die Nacherfüllung dann nicht mehr realisieren lässt, muss bei derjenigen Partei liegen, die es durch schuldhaftes Vertragsverletzung geschaffen hat.

Die V haftet wegen der schuldhaften Verletzung ihrer ursprünglichen Lieferpflicht demnach auch dann auf Schadensersatz statt der Leistung, wenn ihr die Nacherfüllung aus Gründen unmöglich wird, die sie nicht zu vertreten hat⁶⁹.

V. Nachfrist

Nach § 283 S 2 ist die in § 281 S 1 vorgesehene Nachfrist entbehrlich, wenn der Schuldner – wie hier die V – nach § 275 nicht mehr zu leisten braucht, weil ihm die Leistung unmöglich geworden ist⁷⁰.

⁶⁷ So die hM, vgl *Looschelders SchuldR BT*, 10. Aufl, Rn 84.

⁶⁸ Ebenso *Medicus/Lorenz SchuldR AT*, 20. Aufl, Rn 496.

⁶⁹ AA vertretbar.

⁷⁰ *Looschelders SchuldR BT*, 10. Aufl, Rn 83.

B. Ergebnis zu Frage 3

V hat ihre ursprüngliche Leistungspflicht verletzt und kann sich diesbezüglich nicht exkulpieren. Nach der hier vertretenen Ansicht trägt sie daher das Risiko, dass sich eine Nacherfüllung nicht mehr realisieren lässt. K hat gegen V wegen des Deckungskaufs somit einen Anspruch aus §§ 280 I 1, 283 i.V.m. 437 Nr 3, 434 I, 433 I 2 auf Schadensersatz iHv 100.000€, Zug um Zug gegen Rückgabe der defekten Maschinenteile (§§ 283 S 2, 281 V, 346 I, 348 S 1).

Hinweis: Der Fall wurde in der Genfer Übung im deutschen Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene als Klausur gestellt. Die Autoren sind erreichbar unter thomas.kadner@unige.ch und jlandbrecht@alive.ch. Weitere aktuelle Genfer Klausuren zum BGB: *Kadner Graziano/Keinert, JURA* 2014, 1152 (Mobiliarsachenrecht); *Kadner Graziano/Landbrecht, JURA* 2014, 514 (Vertragsübernahme und AGB-Kontrolle im Dreipersonenverhältnis); *Kadner Graziano/Landbrecht, JURA* 2014, 624 (Haftung nach Strassenverkehrsunfall); *Kadner Graziano/Wiegandt JURA* 2013, 510 (kaufrechtliche und deliktische Haftung für »Weiterfresserschäden«).

An der Universität Genf können in- und ausländische Studierende ab dem dritten Studienjahr ein *Certificat de Droit Transnational (CDT)/Certificate in Transnational Law* in französischer (www.unige.ch/droit/transnational/certificat_fr.html) oder englischer (www.unige.ch/droit/transnational/certificat.html) Sprache erwerben. Das Programm ermöglicht den Erwerb einer Zusatzqualifikation vor oder unmittelbar nach dem Ersten Staatsexamen. An dem Programm nehmen regelmäßig deutsche Studierende teil, sei es im Rahmen von ERASMUS oder als Freemover. S die Erfahrungsberichte zur französischsprachigen Variante des Programms von *Diehn/Petersen JURA* 2001, 634; *S Müller JuS* 2002, Heft 12, XIV; *Knecht JA* 2003, V sowie die Reaktionen von Teilnehmern in: www.unige.ch/droit/transnational/certificat/CDTiste.html.