

Wintersemester 2021/22

Probeklausur Vertragliche Schuldverhältnisse

Lösungsübersicht

Anspruch des C gegen B auf Ersatz seiner Kosten für den Austausch

I. §§ 437 Nr. 1, 439 I, III BGB – auf Nacherfüllung (bzgl. aller Posten).....	3
1. Kaufvertrag, § 433 BGB, zwischen B und C.....	3
2. Sachmangel bei Gefahrübergang	4
3. Rechtsfolge	4
a) Nacherfüllung i.e.S. (§ 439 I BGB).....	4
aa) Art der Nacherfüllung	4
bb) Stattdessen auch Ersatz der Kosten des von C getätigten Deckungskaufs (10.000 €)?	5
b) Ersatz der Aufwendungen für Ausbau der alten und Einbau der neuen Rahmen (12.000 € und 8.000 €) (§ 439 III BGB).....	6
aa) spezifische Voraussetzungen	6
bb) Rechtsfolge: Ersatz der <i>erforderlichen</i> Aufwendungen.....	6
(1) Anspruch D gegen C auf Auswechslung der Rahmen: aus § 631 BGB (vertraglicher Primäranspruch).....	6
(a) Werkvertrag zwischen C und D	6
(b) Wirkung der Abnahme	7
(aa) Abnahmefähigkeit	7
(bb) Abnahme erfolgt.....	7
(cc) Folge: Es kommt nur noch ein Anspruch auf Nacherfüllung in Betracht.....	8
(2) Anspruch D gegen C auf Auswechslung der Rahmen: aus §§ 634 Nr. 1, 635 BGB.....	8
(a) Werkvertrag zwischen C und D	8
(b) Werkmangel.....	8
(c) Abnahme	8
(d) Rechtsfolge.....	8
(e) Verweigerungsrechte	8
c) Zwischenergebnis.....	11
d) Verweigerungsrechte des B.....	12
aa) § 439 IV BGB.....	12
(1) Nacherfüllungsaufwand des B.....	13
(2) Nacherfüllungsinteresse des C.....	13
(3) Abwägung hier	14
bb) § 275 II BGB	14

(1) Leistungsaufwand des B, Leistungsinteresse des C.....	15
(2) Abwägung hier	15
II. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB – auf Schadensersatz statt der Leistung (bzgl. aller Posten)	16
1. Kaufvertrag C/B; Sachmangel bei Gefahrübergang.....	16
2. fällige Leistungspflicht nicht wie geschuldet erbracht.....	16
3. erfolglose Frist zur Nacherfüllung.....	16
a) § 445a II BGB (unselbstständiger Verkäuferregress).....	16
aa) Verkauf.....	16
bb) neu hergestellte Sache.....	16
cc) Analogie?.....	17
(1) Regelungslücke.....	17
(2) Planwidrigkeit.....	17
(3) Vergleichbarkeit der Interessenlage	17
b) gem. § 281 II BGB	18
4. Vertretenmüssen.....	18
a) Vertretenmüssen des B bzgl. der Schlechtleistung	18
b) Vertretenmüssen des B bzgl. der Nichterbringung der Nacherfüllung	18
5. kein Ausschluss nach § 281 I 3 BGB	19
6. Rechtsfolge: Schadensersatz statt der Leistung.....	19
a) Kosten des Deckungskaufs	19
b) Kosten des Aus- und Einbaus:	19
III. § 445a I BGB (analog)	20

Anspruch des C gegen B auf Ersatz seiner Kosten für den Austausch

Hinweis für die Korrektur:

Ziel dieser Klausur ist es, die Regelungen des zum 1. Januar 2018 und zum 1. Januar 2022 reformierten Kaufrechts – insbes. § 434 BGB, § 439 III, IV BGB, ferner auch § 445a BGB – abzu prüfen. **Erwartet wird nicht weniger und nicht mehr als eine saubere, methodengerechte Anwendung der einschlägigen Normen:** Die Auffindung von § 439 I, III BGB als Anspruchsgrundlage, dessen Prüfung mit inzidenter Behandlung des werkvertraglichen Nacherfüllungsanspruchs des D gegen C, die Prüfung von §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 Alt. 1 BGB.

Eine **vertiefte Auseinandersetzung** mit den dabei auftauchenden dogmatischen Problemen wird (**auch für Höchstnoten**) im Hinblick auf die äußerst knapp bemessene Bearbeitungszeit **nicht** erwartet. **Auf keinen Fall** kommt es darauf an, dass ein bestimmter „Streitstand“ referiert wird. Die in dieser Skizze vorgegebenen Argumente/Meinungen sollen lediglich illustrieren, welchen Gang eine mögliche Lösung nehmen **könnte**. Die Darstellung ist insoweit **keinesfalls** als **abschließend** zu verstehen.

Allgemein gilt: In allen Punkten entscheidet für die Bewertung primär die **Qualität der Subsumtion** und, insbesondere für Abstufungen im zweistelligen Bereich, die **methodische Qualität der Argumentation**.

I. §§ 437 Nr. 1, 439 I, III BGB – auf Nacherfüllung (bzgl. aller Posten)

1. Kaufvertrag, § 433 BGB, zwischen B und C

P: Qualifikation des Vertrags über die Lieferung der beschichteten Leisten

Abgrenzung – nach dem Charakter der primären Leistungspflicht des B

- Kauf (§ 433 BGB): Verschaffung von Eigentum und Besitz an einer (bereits fertigen) Sache
- Werk (§ 631 BGB): individuelle Herstellung einer Sache (bzw. eines sonstigen Erfolgs) nach den vertraglichen Vorgaben und Verschaffung
- Werklieferung (§ 650 Abs.1 BGB): Lieferung¹ einer herzustellenden Sache

hier: B ließ die Profileisten hinsichtlich der Beschichtung erst von A fertigstellen – sein interner Vorgang hat daher (aus der Sicht des B) werk(lieferungs)rechtliche Elemente.

aber: Maßgeblich für die Bestimmung der überwiegenden Prägung des intendierten Leistungsprogramms² ist die (objektivierte) **Perspektive des Bestellers**³, vgl. §§ 133, 157 BGB

- Leistungsgegenstand ist Standardware, die von B als Fachgroßhändler für den Baubedarf listenmäßig angeboten wird – beim Sortiment des B handelt es sich durchweg um Produkte, die vom Fachhandel typischerweise nicht selbst hergestellt werden. B tritt erkennbar als

¹ D.h.: Verschaffung von Eigentum und Besitz, BeckOK BGB/Voit § 650 Rn. 8.

² Schwerpunkt Betrachtung, vgl. BGH NJW-RR 2004, 850.

³ BGH NJW 2014, 2183 (Rn. 14).

Zwischenhändler und nicht als Hersteller der in seinen Preislisten angebotenen Standardprodukte auf.

- Die Frage, ob die Ware von B vorrätig gehalten wurde oder – von wem auch immer – erst noch herzustellen war, war nicht Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung. B hätte seiner Leistungspflicht ebenso genügt, wenn er die Ware anderweitig eingekauft (oder bereits fertig auf Lager gehabt) hätte – auf die Produktion durch seinen Vertragspartner B, legte C (bzw.: legen die Vertragspartner des B bei derartigen Bestellungen üblicherweise) keinen Wert.⁴

Daher: B sollte im Verhältnis zu C lediglich eine Liefer-, nicht aber eine Herstellerpflicht treffen
– **Kaufvertrag**.

2. Sachmangel bei Gefahrübergang

Gefahrübergang: mit Aushändigung der beschichteten Leisten von B an C (Übergabe), § 446 S. 1 BGB

- Neue Sachmangeldefinition in § 434 I BGB: Abweichung von subjektiven Anforderungen, objektiven Anforderungen oder Montageanforderungen
- § 434 II S. 1 Nr. 1, 2, 3 BGB: (-), keine von der gewöhnlichen Beschaffenheit abweichende Eigenschaften vereinbart, keine andere als die gewöhnliche Verwendung (Verarbeitung zu Rahmenschaln) von den Parteien zugrunde gelegt, kein fehlendes Zubehör
- § 434 III S. 1 Nr. 1, 2 BGB: (+)
Eignung für die gewöhnliche Verwendung: fehlt – Profile mit abgeplatzter Beschichtung sind funktionsuntauglich; damit zugleich Fehlen der üblichen und nach Art der Sache (Baumaterial zur Verarbeitung zu Rahmen) nach zu erwartenden Beschaffenheit; § 434 III S. 2 BGB nennt ausdrücklich Qualität und Haltbarkeit
- Keine Montageverpflichtung nach § 434 IV BGB im Verhältnis B an C

3. Rechtsfolge

Nacherfüllung in Natur (§ 439 I BGB) durch B, auf dessen eigene Kosten (§ 439 II BGB), hinsichtlich der Aus- und Einbauaufwendungen modifiziert durch § 439 III BGB

a) Nacherfüllung i.e.S. (§ 439 I BGB)

Kann auch entfallen, da das Anspruchsziel (Nachlieferung oder Reparatur) offensichtlich nicht zu dem Begehren des C passt.

aa) Art der Nacherfüllung

- Grds.: Mangelbeseitigung o. Lieferung einer mangelfreien Ersatzsache nach Wahl des C, § 439 I BGB
- Nachbesserung kann hier gem. § 275 I BGB nicht verlangt werden – die dazu erforderliche Nachbehandlung der Rahmen ist technisch ausgeschlossen
- daher: Anspruch richtet sich insoweit ausschließlich auf **Lieferung neuer**, ordnungsgemäß beschichteter Profileisten (dies wird von C jedoch nicht gewünscht)

Beachte:

⁴ Zu diesem Kriterium: MüKo BGB/Westermann Vor § 433 Rn. 16.

* Der Nacherfüllungsanspruch dieses Inhalts ist nicht im Hinblick auf den von C getätigten Deckungskauf gem. § 275 I BGB ausgeschlossen. Die Nachlieferung ist für C wirtschaftlich uninteressant, aber gleichwohl real möglich.

* Nicht von § 439 I, II BGB erfasst ist der Ein- und Ausbau.⁵ Diesbezüglich wird ausschließlich ein sekundärer Anspruch auf Aufwendungsersatz gewährt (§ 439 III BGB).

bb) Stattdessen auch Ersatz der Kosten des von C getätigten Deckungskaufs (10.000 €)?

- **§ 439 I BGB** gewährt lediglich einen Anspruch auf Nacherfüllung *in natura* – hierin besteht die dem kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht wesentliche Absicherung des Rechts zur zweiten Andienung.
- **§ 439 II BGB** ändert hieran nichts – die Norm weist lediglich die Kosten der Nacherfüllung dem Verkäufer zu, ein Zahlungsanspruch für die Kosten eines Deckungsgeschäfts ergibt sich daraus nicht (sofern nicht der Käufer dem Verkäufer ohne Kenntnis von dessen Kostentragungspflicht für die Nacherfüllung erforderliche Aufwendungen ersetzt hat – dann Rückforderung über § 812 I 1 Alt. 1).⁶
- **§ 439 III BGB** gewährt demgegenüber einen Anspruch auf Aufwendungsersatz (in Geld)⁷: Der Verkäufer hat hiernach – im Fall eines verwendungszweckgemäßen Einbaus der Sache durch den Käufer – letzterem „im Rahmen der Nacherfüllung“ die erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache zu ersetzen.

P: Erfasst § 439 III BGB auch die Aufwendungen für die Beschaffung der nachgebesserten/nachgelieferten mangelfreien Sache?

nicht erwartet

- dagegen: Wortlaut – „Entfernen“, „Einbau“, nicht: die Kosten für die mangelfreie Sache
 - zudem: Erfassung stünde in offenem Widerspruch zum Recht zum zweiten Andienen. Dafür, dass dieses gerade (und nur) in Einbaukonstellationen außer Kraft gesetzt sein sollte, besteht kein sachlicher Grund.
- § 439 III BGB schließt den Nacherfüllungsanspruch – und das damit korrespondierende Recht zur zweiten Andienung – nicht aus, sondern setzt den Nacherfüllungsanspruch nach § 439 I voraus⁸ (vgl. den Passus „im Rahmen [...]“ sowie die Bezugnahme auf die nachgebesserte oder gelieferte mangelfreie Sache)
- ↔ In Eigenregie vornehmen (und vom Verkäufer in Geld ersetzt verlangen) darf der Käufer nur Aus- und Wiedereinbau. Die Herstellung der Mangelfreiheit (durch Nachbesserung der ausgebauten Kaufsache oder Nachlieferung) hat er weiterhin dem Verkäufer zu überlassen.⁹

daher: § 439 III BGB kommt nur für die Kosten von Aus- und Einbau in Betracht

⁵ Für eine andere Deutung: *Grunewald/Tassius/Langenbach*, BB 2017, 1673. Hiergegen zu Recht *Höpfner/Fallmann* NJW 2017, 3745: Mit dem zutreffenden Argument, die Regelung habe nur dann einen eigenständigen Anwendungsbereich, wenn der Aus- und Einbau von der Nacherfüllungspflicht nach § 439 I BGB ausgenommen ist. I.Erg. ähnlich *M. Thon* JuS 2017, 1150 (1151 f.); *Faust* ZfPW 2017, 250, 253.

⁶ BeckOGK BGB/*Höpfner*, § 439 Rn. 50 ff; a.A. hinsichtlich § 439 II BGB als Anspruchsgrundlage (aber nicht für Deckungsgeschäfte) BGH NJW 2014, 2351.

⁷ *Höpfner/Fallmann* NJW 2017, 3745.

⁸ *Nietsch/Osmanovic* NJW 2018, 1, 3.

⁹ *Nietsch/Osmanovic* NJW 2018, 1, 3.

b) Ersatz der Aufwendungen für Ausbau der alten und Einbau der neuen Rahmen (12.000 € und 8.000 €) (§ 439 III BGB)

aa) spezifische Voraussetzungen

- (1) Einbau der Kaufsache in eine andere Sache oder Anbringung an einer anderen Sache¹⁰: (+), die Profile wurden mit den Holzelementen verbunden und dadurch an diesen angebracht; die verbundenen Elemente wurden schließlich in die Konstruktion eingebaut
- (2) durch den Käufer (C): (+)
- (3) gemäß Art und Verwendungszweck¹¹ der Profilleisten: (+), die Verwendung zur Konstruktion von Rahmenschaln für Holzelemente entspricht sowohl der objektiven Funktionsbestimmung der Leisten als auch demjenigen, was die Parteien B und C subjektiv zugrunde gelegt haben (nämlich der üblichen Verwendung)
- (4) kein Ausschluss gem. § 439 III BGB – Käufer kann nur dann Aufwendungsersatz verlangen, wenn der Mangel im Zeitpunkt des Einbaus der Kaufsache noch nicht offenbar geworden war; hier erfüllt, Mangel war für C nicht erkennbar

bb) Rechtsfolge: Ersatz der *erforderlichen* Aufwendungen

Anspruch (+), sofern und soweit es sich um „erforderliche“ Aufwendungen gehandelt hat

→ Da C die Aluminiumleisten ursprünglich im Rahmen der Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten gegenüber D eingebaut hat, ist der Aus- und Einbau samt den dafür angefallenen Aufwendungen *für ihn* nur dann erforderlich gewesen, wenn er dem D gegenüber seinerseits zur Vornahme des Austauschs [(1), (2)] verpflichtet war.

- (1) Anspruch D gegen C auf Auswechslung der Rahmen: aus § 631 BGB (vertraglicher Primäranspruch)

Hinweis:

Diese Anspruchsgrundlage ist hier recht fernliegend und ihre Erörterung wird **keinesfalls erwartet**; sie wird hier nur der Vollständigkeit halber näher thematisiert. Wird von den Bearbeitern sogleich auf den Nacherfüllungsanspruch abgestellt, ist dies ohne Abstriche zu honorieren. Die Qualifikation des Vertrags (ebenso die ohnehin nur kurz zu behandelnden Frage der Abnahme) muss dann freilich dort thematisiert werden.

- (a) Werkvertrag zwischen C und D

P: Qualifikation des Vertrages zwischen C und D über Lieferung und Einbau der Rahmen
hier: Abgrenzung Werklieferungsvertrag (mit Montageverpflichtung)¹² vs. Werkvertrag

¹⁰ Zur Unklarheit hinsichtlich sonstiger Veränderungen vgl. *Faust* ZfPW 2017, 250, 254 f.

¹¹ Der Maßstab hierfür ist str.: Die Regierungsbegründung legt zugrunde, dass Art und Verwendungszweck grundsätzlich objektiv zu beurteilen sind (BT-Drs. 18/8486, S. 39 f.). Entscheidend wäre dann, ob der Käufer die Sache gemäß ihrer funktionellen Bestimmung verwendet hat. Hiergegen: *Höpfner/Fallmann* NJW 2017, 3745, 3746: Eine objektive Beurteilung würde einen eklatanten Wertungswiderspruch zum Vorrang des subjektiven Fehlerbegriffs in § 434 II BGB darstellen (auch wenn fraglich ist, ob sich dieses Argument noch in Bezug auf den reformierten § 434 BGB, der den Vorrang des subjektiven Fehlerbegriffs nicht mehr ausdrücklich vorsieht, halten lässt). Sie entspräche auch nicht dem Normzweck.

¹² Zu dieser Hybridform bspw. *Schreiber* JURA 2013, 21, 23.

- Maßstab für Abgrenzung bei Bauleistungen¹³: Werkvertragsrecht erfasst nicht nur die Verpflichtung zur Gebäudeerrichtung, sondern auch Leistungen, die einem Grundstück/Gebäude zu Gute kommen
 ↔ (einheitliche) Verträge, die ggf. neben der Errichtung eines Bauwerks (auch) auf die Herstellung einer beweglichen Sache (Herstellung und Lieferung von Bauteilen) gerichtet sind und insoweit § 650 BGB zuzuordnen wären, unterfallen dem Werkvertragsrecht, wenn die hergestellten Sachen zum Einbau in ein Bauwerk bzw. zu dessen Errichtung und damit zur Herstellung eines Gesamtwerks bestimmt sind
- C schuldet dem D nicht nur die Lieferung der fertigen Fenster, sondern auch deren Einbau in das Haus – und hierin liegt ein weiterer Schwerpunkt des Vertrags
 Arg.:
 - * Lieferung der Fenster ist zwar erforderlich, aber erst die Einfügung in das Haus erscheint als der eigentliche (vollständige) Erfolg¹⁴
 - * mehrtägige Dauer der Arbeiten – D könnte den Einbau nicht selbst vornehmen¹⁵
 - * vgl. auch die hohen Kosten für Ein- und Ausbau
- daher: Werkvertrag

(b) Wirkung der Abnahme

Transformation der primären Pflicht zur Mangelfreiheit in die Pflicht zur Nacherfüllung (§§ 634 Nr. 1, 635 BGB)

Abnahme, § 640 I 1 BGB: körperliche Entgegennahme des Werks unter Billigung als im Wesentlichen vertragsgemäß¹⁶

(aa) Abnahmefähigkeit

bei körperlichen Werken generell (+),¹⁷ kein Ausschluss nach der Beschaffenheit des Werks (§ 646 BGB)

P: körperliche Entgegennahme bei Werken, die im Machtbereich des Bestellers errichtet werden oder die der realen Entgegennahme aus sonstigen Gründen nicht zugänglich sind

- * e.A.: körperliche Entgegennahme wird fingiert, wenn Billigung erfolgt ist¹⁸ – hier (+)
- * a.A.: Entgegennahme ohnehin als bloßer Indikator für die – einzig maßgebliche – Billigung¹⁹ – damit ebenfalls (+)

(bb) Abnahme erfolgt

(+), Billigung und (soweit real möglich) Entgegennahme wurden hier von D vorgenommen

¹³ MüKoBGB/Busche BGB § 650 Rn. 10.

¹⁴ Vgl. BeckOK BGB/Voit § 650 Rn. 6.

¹⁵ Schreiber JURA 2013, 21, 23.

¹⁶ MüKo BGB/Busche, § 640 Rn. 2.

¹⁷ BeckOK BGB/Voit, § 640 Rn. 2.

¹⁸ Vgl. BGH NJW 1967, 2259.

¹⁹ BeckOK BGB/Voit BGB § 640 Rn. 18.

(cc) Folge: Es kommt nur noch ein Anspruch auf Nacherfüllung in Betracht.²⁰

(2) Anspruch D gegen C auf Auswechslung der Rahmen: aus §§ 634 Nr. 1, 635 BGB

(a) Werkvertrag zwischen C und D

(b) Werkmangel

- § 633 II 1 BGB: (-), keine Vereinbarung
- § 633 II 2 Nr. 1 BGB: (-), keine besondere Verwendung von den Parteien vorausgesetzt (die intendierte und vorausgesetzte Verwendung ist lediglich die gewöhnliche Verwendung der Fenster)
- aber: Eignung für die gewöhnliche Verwendung fehlt, da die Fenster nicht dauerhaft nutzbar sind, § 633 II 2 Nr. 2 BGB (+)

(c) Abnahme

(+) (markiert den Zeitpunkt, von dem an die Mängelrechte des Bestellers eingreifen); ein Ausschluss der Mängelrechte nach § 640 III BGB scheidet gleichwohl aus, da D den Mangel bei Abnahme nicht kannte

(d) Rechtsfolge

Mangelbeseitigung oder Neuherstellung nach Wahl des C (§ 635 I BGB) – hier gewählt: Mangelbeseitigung durch Austausch eines Teils des Werks (Rahmenleisten); C hat gem. § 635 II BGB alle hierzu anfallenden Aufwendungen zu tragen

P: einschließlich derer für Ein- und Ausbau?

* Ausgangspunkt: Inhaltlich und seinem Umfang nach geht der Nacherfüllungsanspruch auf Erbringung aller Maßnahmen, derer es bedarf, um den Zustand herzustellen, der nach dem Inhalt des Werkvertrages von vornherein bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung hätte herbeigeführt werden müssen.²¹ Hierunter fallen auch alle Leistungen, die vorbereitend erforderlich sind, um die Mangelbehebung erst zu ermöglichen.²²

* Da C dem D als Werkerfolg Lieferung *und Einbau* (mangelfreier) Fenster schuldet, fällt der Austausch der defekten Fenster ohne Weiteres in seinen Pflichtenbereich gem. § 635 I BGB.²³

(e) Verweigerungsrechte

C dürfte auch nicht gem. § 275 II bzw. § 635 III BGB zur Verweigerung der Nacherfüllung berechtigt sein. Weder dürfte ein grobes Missverhältnis zwischen dem Mängelbeseitigungsaufwand des C und dem Interesse des D, ein mangelfreies Werk zu erhalten (§ 275 II BGB) gegeben sein,²⁴ noch dürfte die (nach verbreiteter Ansicht niedrigere)²⁵ Schwelle des § 635

²⁰ BeckOK BGB/Voit § 634 Rn. 2.

²¹ MüKoBGB/Busche § 635 Rn. 12.

²² MüKoBGB/Busche § 635 Rn. 12.

²³ Vgl. BGH NJW 2014, 2183 (Rn. 37).

²⁴ BeckOGK/Preisner § 635 Rn. 141 ff.

²⁵ MüKoBGB/Busche § 635 Rn. 39; anders Riehm, Grundsatz der Naturalerfüllung, S. 345 – für einen Gleichlauf der Maßstäbe.

III BGB erreicht sein – bzgl. derer der Nacherfüllungsaufwand zum Wert der Sache in mangel-
freiem Zustand und zum Wert im mangelhaften Zustand ins Verhältnis zu setzen.

Hinweis:

Dass die Bearbeiter bereits hier auf die Unverhältnismäßigkeit eingehen, wird **nicht erwartet** – der Einwand wurde lediglich im Verhältnis B/C geltend gemacht, die Wert-/Aufwandsangaben im Sachverhalt für das Verhältnis C/D sind äußerst knapp gehalten und reichen für eine eingehende Auseinandersetzung kaum aus. Sollten hierzu dennoch (argumentativ auch nur einigermaßen brauchbare) Ausführungen gemacht werden, ist dies mit einem **gewichtigen Bonus** zu honorieren.

Nacherfüllungsaufwand des C:

- Substanzwert der neuen Aluminiumleisten: 10.000 €
- Kosten des Ausbaus der alten Fenster: 12.000 €
- Kosten des Einbaus der neuen Fenster: 8.000 €

Interesse des D am Erhalt einer mangelfreien Leistung:

- Wert des ordnungsgemäß hergestellten Werks (objektiv und für D): 35.000 €
- daneben: Verwendungsinteresse des D

daher: **Schwelle des § 275 II BGB ist keinesfalls erreicht**

allenfalls: § 635 III BGB

Anders als bei § 275 II BGB ist die Größe, zu der die Nacherfüllungskosten ins Verhältnis zu setzen sind, in § 635 III BGB nicht explizit; auch die in § 439 IV BGB für die dortige Unverhältnismäßigkeitsregel enthaltenen Anhaltspunkte haben bei § 635 III BGB keine Entsprechung. Die Rspr. neigt dazu, auch insoweit primär auf das Gläubigerinteresse zu rekurrieren²⁶ – mit der Folge, dass *in casu* Unverhältnismäßigkeit wohl, wie bei § 275 II BGB, abzulehnen wäre. In der Lit. wird demgegenüber vorgeschlagen,²⁷ stattdessen vordringlich auf den objektiven Wert des Werkes in mangelfreiem Zustand bzw. *den objektiven* Wert in mangelhaftem Zustand abzustellen:

Wert des Werks im mangelhaften Zustand:

0 – der mangelbedingte Minderwert ist wegen völliger Unbrauchbarkeit der alten Fenster 100%

Von C im Rahmen des Werkvertrags ohnehin geschuldeter Aufwand:

Material (10.000 €) + Einbau (8.000 €)

→ Wegen des zusätzlichen Aus- und Einbaus übersteigt der Mangelbeseitigungsaufwand den primär geschuldeten Aufwand um **mehr als 50%**. Dies genügt nach einer in der Lit. anzutreffenden Auffassung u.U. bereits zur Begründung eines von § 635 III BGB erfassten Missverhältnisses²⁸ (jedenfalls, sofern C den Mangel, wie hier,²⁹ nicht zu vertreten hat).

²⁶ Vgl. OLG Hamburg NJW 2016, 412 Rn. 81; OLG Köln BeckRS 2010, 25906; in diesem Sinne auch *Riehm*, Grundsatz der Naturalerfüllung, S. 344 f.

²⁷ MüKoBGB/*Busche* § 635 Rn. 38.

²⁸ Vgl. MüKo BGB/*Busche*, § 635 Rn. 38 – Orientierung an der Grenze von 130%, allerdings explizit unter Öffnung für einzelfallbezogene Betrachtung.

²⁹ Hierzu näher unten bei (4) (d) (bb).

Dagegen spricht jedoch die mehr als erhebliche Gravität des Mangels. Im Hinblick darauf, dass die Fenster im ursprünglichen Zustand für D – objektiv – zum Dauergebrauch völlig untauglich und damit völlig wertlos sind, erschiene selbst ein im Verhältnis zum regulär geschuldeten Erfüllungsaufwand um bis zu 100% erhöhter Nacherfüllungsaufwand noch gerechtfertigt. Ein Missverhältnis ist hiernach **abzulehnen**. (a.A. *gut vertretbar*)

Daher: C ist dem D gegenüber nicht zur Verweigerung der Nacherfüllung befugt.

Hinweis:

Nicht völlig ausgeschlossen erscheint es, an dieser Stelle ergänzend zu erörtern, ob **D den C** auf Ersatz der Kosten eines etwaigen **Deckungsgeschäfts** seinerseits (d.h. der Beauftragung eines anderen Werkunternehmers mit dem Austausch) in Anspruch nehmen kann: Auch hierauf ließe sich die „Erforderlichkeit“ des Aufwands für den Austausch durch C im Sinne des § 439 III BGB stützen – im Hinblick darauf, dass die Norm von Vornherein lediglich und gerade das Wertinteresse des Käufers hinsichtlich der von ihm geschuldeten Nacherfüllungshandlungen schützt. Sofern der Nacherfüllungsanspruch des D gegen C bejaht wird, ist dieser Begründungsansatz allerdings nicht mehr geboten³⁰ – da jener Anspruch zur Begründung der Erforderlichkeit bereits hinreicht. Diese – mit dem Wortlaut des § 439 III BGB allenfalls „gerade noch“ vereinbare – Prüfung [(3), (4)] wird **definitiv nicht erwartet**; folglich **darf ihr Fehlen unter keinen Umständen als Defizit** bewertet werden. Ein Eingehen hierauf darf **jedoch umgekehrt auch nicht als Fehler eingestuft** werden. Wird auf die Frage eingegangen, sollten folgende Gesichtspunkte Berücksichtigung finden:

(3) Anspruch D gegen C auf Ersatz der Aufwendungen für die Auswechslung: als Kosten der Selbstvornahme gem. §§ 634 Nr. 2, 637 BGB

- (a) Werkvertrag; Mangel; Abnahme
- (b) Angemessene Frist
noch nicht gesetzt
Entbehrlichkeit: § 637 II i.V.m. § 323 II BGB – allenfalls Nr. 1 (Verweigerung), hier jedoch noch nicht eingetreten
- (c) keine berechnete Verweigerung der Nacherfüllung durch C
nach §§ 275 II, 275 III oder 635 III BGB – hier nicht ersichtlich

(4) Anspruch D gegen C auf Ersatz der Aufwendungen für die Auswechslung: als Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I 1 Alt. 1 BGB

- (a) Werkvertrag und Mangel; Abnahme
- (b) (damit zugleich) i.S.d. §§ 280 I, III, 281 I 1 Alt. 2 BGB fällige Leistung nicht wie geschuldet erbracht: (+), Verstoß gegen § 633 I BGB
- (c) erfolglos gesetzte (oder entbehrliche) Frist zur Nacherfüllung: noch nicht
- (d) Vertretenmüssen
P: Bezugspunkt – Schlechterfüllung der ursprünglichen Leistungspflicht oder Nichterfüllung der Nacherfüllungspflicht?

* Die Systematik des Gesetzes legt es nahe, auf die „zweite“ Pflichtverletzung abzustellen, da erst diese die Schadensersatzhaftung auslöst.

³⁰ – und wenn der Anspruch des D gegen C abgelehnt wird, ist der schadensersatzbasierte Ansatz von vornherein aussichtslos.

* Dafür, dass es auch hinreicht, wenn der Schuldner nur die „erste“ Pflichtverletzung zu vertreten hat, spricht demgegenüber, dass das gesetzlich verankerte Recht zur zweiten Andienung billigerweise nicht zu einer Amnestie hinsichtlich einer zu vertretenden Schlechtleistung führen kann; zudem war es ja gerade die Schlechtleistung, die den insgesamt pflichtwidrigen Zustand ausgelöst hat. Dies legt es nahe, auf das gesamte Schuldnerverhalten abzustellen, durch das es schlussendlich – bei Ablauf der Nachfrist – zu dem Leistungsdefizit gekommen ist.³¹
hier: zweite Pflichtverletzung im maßgeblichen Zeitpunkt noch nicht eingetreten

Vertretenmüssen des C (§ 276 I BGB) bzgl. der ursprünglichen Schlechtleistung?

(aa) eigenes: (-), der Fehler der Beschichtung war für C unerkennbar

(bb) Zurechnung des Verhaltens des A über B an C gem. § 278 S. 1 BGB?

A hat fahrlässig gehandelt; Zurechnung im Ergebnis (+), falls B als der Erfüllungsgehilfe des C und A als der Erfüllungsgehilfe des B gehandelt hat

- B als Erfüllungsgehilfe des C?

erfordert: Tätigwerden des B im Pflichtenkreis des C

hier: C schuldet dem D die Herstellung des Werkerfolgs (Lieferung und Einbau der von ihm gefertigten Rahmen)

* B liefert ihm das hierzu erforderliche Material und ermöglicht ihm so die Erfüllung seiner werkvertraglichen Pflicht

* der Beitrag des B ist jedoch insoweit rein tatsächlicher und vorbereitender Natur: er trägt nicht selbst zur Werkleistung des C bei, sondern schafft lediglich die realen Bedingungen für deren Möglichkeit; diese Zweckbestimmung ist dem Verhältnis B/C jedoch völlig extern – wie C mit dem gelieferten Material weiter verfährt, ist für die vom Verkäufer B verfolgten Zwecke unerheblich; B war daher nicht *in den Herstellungsprozess* einbezogen, folglich auch kein Erfüllungsgehilfe³² (a.A. gut vertretbar)

- A als Erfüllungsgehilfe des B?

B schuldet als Verkäufer die Verschaffung von Eigentum und Besitz an der mangelfreien Ware

* A hat die Ware hergestellt und so seinerseits die realen Bedingungen der Pflichterfüllung des B geschaffen

* B schuldet dem C jedoch nicht die Herstellung der Ware – der Herstellungsvorgang, den A „für ihn“ versieht, fällt von vornherein nicht in seinen Pflichtenkreis im Verhältnis zu C³³

daher: jedenfalls mangels Qualifikation des A als Erfüllungsgehilfe des B – keine Zurechnung des Vertretenmüssens

(e) Folge

ein Schadensersatzanspruch des D gegen C nach §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I 1 Alt. 1 BGB wäre nur in Betracht gekommen, falls C die Nichtvornahme der Nacherfüllung zu vertreten gehabt hätte – hier hat C jedoch ordnungsgemäß nacherfüllt

(5) Zwischenergebnis

C war dem D seinerseits im Wege der Nacherfüllung zum Austausch der Rahmen verpflichtet, folglich waren seine Aufwendungen hierfür (insgesamt 20.000 €) erforderlich i.S.d. § 439 III BGB; C kann sie daher von B ersetzt verlangen.

c) Zwischenergebnis

³¹ MüKo BGB/*Ernst*, § 281 Rn. 50.

³² Für das Verhältnis zwischen Bauunternehmer und Hersteller der Baumaterialien: BGH, NJW 1978, 1157. Mit anderer Tendenz OLG Karlsruhe NJW-RR 1997, 1240, wo dem Bauunternehmer das Verhalten seines Betonzulieferers zugerechnet wurde, wobei der Unternehmer jedoch den Beton nach konkreten qualitativen und quantitativen Vorgaben von dem anderen Unternehmen herstellen und als Fertigbeton an die Baustelle liefern hatte lassen.

³³ BGH NJW 2014, 2183.

Über den Nacherfüllungsanspruch gem. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB lässt sich das Begehren des C nur hinsichtlich der Kosten für den Aus- und Einbau verwirklichen (§ 439 III BGB). In seiner Richtung auf Nachlieferung in Natur (§ 439 I, II BGB) ist der Anspruch für C uninteressant und den stattdessen begehrten wertmäßigen Ersatz für die Nachlieferung kann er hieraus nicht ableiten.

P: Möglichkeit des C, isoliert § 439 III BGB geltend zu machen, ohne auch die Nacherfüllung in Natur zu verlangen?

Hinweis:

Die Behandlung dieses Problems wird **nur für eine Bewertung im obersten Bereich** (17/18 Punkte) verlangt – und auch insofern ist für die volle Punktzahl nicht mehr als eine knappe Auseinandersetzung geboten. Findet die Thematik überhaupt Erwähnung, ist bereits dies mit einem **gewichtigen Bonus** zu werten.

- * dafür: Aufwendungsersatzanspruch ist vom Nacherfüllungsanspruch separat geregelt – dem Käufer wird eine zusätzliche Position zugewiesen, an deren Verwirklichung er unabhängig davon, ob er die Nacherfüllung in Natur erbringen lässt, ein berechtigtes Interesse hat
- * dagegen: Wortlaut der Vorschrift („im Rahmen der Nacherfüllung“) spricht für akzessorischen Charakter; ebenso der Regelungsstandort (in § 439 BGB)
- * vor allem: Der durch § 439 III BGB erweiterte Schutz des Käuferinteresses – unter partieller Einschränkung des Rechts zur zweiten Andienung (hinsichtlich der Vornahme des Austauschs, aber eben nur hinsichtlich dieser) – erscheint als Element des gewährleistungsrechtlichen Interessenausgleichs nur unter der Prämisse der Wahrung des Vorrangs der Nacherfüllung im Übrigen legitim. Es handelt sich um ein Privileg, das *durch § 439 III BGB selbst* nur im Rahmen der tatsächlichen Nacherfüllung gewährt wird, sodass eine isolierte Geltendmachung ausscheidet. Erhält der Verkäufer keine Möglichkeit, die Nachleistung realiter zu erbringen, kann der Käufer das durch § 439 III BGB geschützte Interesse – wie auch das wertmäßige Interesse an der Nacherfüllung – nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen der einschlägigen Übergangstatbestände ersetzt verlangen, namentlich als Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 Alt. 2 BGB

daher: C kann **nicht** isoliert aus § 439 III BGB vorgehen (**a.A. sehr gut vertretbar**)

d) Verweigerungsrechte des B

Zu erwägen ist ferner, ob B die von ihm geschuldete Nacherfüllung nicht (ganz oder teilweise) im Hinblick auf eine etwaige Unverhältnismäßigkeit verweigern kann.

aa) § 439 IV BGB

Hinweis:

An die Behandlung dieser Thematik dürfen (schon wegen der vergleichsweise knappen Angaben im Sachverhalt) **keine hohen Anforderungen** gestellt werden.

Für die Bewertung mit der **vollen Punktzahl!** (insoweit), wird lediglich erwartet, dass die Bearbeiter das **Problem erkennen**, **§ 439 IV BGB als mögliche Lösung** heranziehen, die **Bezugspunkte**

der Abwägung (Nacherfüllungsaufwand und Leistungsinteresse) zutreffend benennen und die Bezifferung dieser Posten – und **sei es auch nur völlig rudimentär – problematisieren**. Wird § 439 IV BGB zur Anwendung gebracht, **ohne** dass auf die diffizilen und in der Dogmatik höchst umstrittenen Fragen der Zusammensetzung der beiden Abwägungsgrößen eingegangen wird, so reicht dies immer noch ohne Weiteres für eine Bewertung **im mittleren zweistelligen Bereich** (insoweit) aus.

relative Unverhältnismäßigkeit: vom Käufer gewählte verursacht im Vergleich zu der anderen Art der Nacherfüllung unverhältnismäßige Kosten (§ 439 IV 2 Fall 3 BGB)

hier: nicht anwendbar, eine Nachbesserung ist unmöglich

absolute Unverhältnismäßigkeit: vom Käufer gewählte bzw. einzig mögliche Art der Nacherfüllung verursacht schon für sich allein unverhältnismäßige Kosten,³⁴ wobei für die Prüfung in diesem Fall der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und die Bedeutung des Mangels die maßgeblichen Bezugspunkte sind

(1) Nacherfüllungsaufwand des B

* **§ 439 I, II BGB:** Wert des im Zuge der Nachlieferung geschuldeten Leistungsgegenstandes (neue, ordnungsgemäß beschichtete Profile)
beachte: nicht *per se* maßgeblich ist insoweit der von B benannte Preis (9.000 €),³⁵ sondern der Wert der Ware auf dem Markt, auf dem B seine Ware beschafft: 8.500 €

* **§ 439 III BGB:** insgesamt 20.000 €

(2) Nacherfüllungsinteresse des C

* **§ 439 I BGB:**

Substanzinteresse: Wert der Kaufsache im mangelfreien Zustand – maßgeblich ist wiederum der Marktwert (auf dem für C verfügbaren Markt) (auch dieser Wert ist nicht angegeben; eine Orientierung am Endverkaufspreis sowie dem Preis, den C bei der Ersatzbeschaffung zu zahlen hatte [10.000 €], ist jedoch möglich, daher 9.000 – 10.000 €)

zudem: Verwendungsinteresse

(mögliche Ansätze zur Bestimmung: der von D geschuldete Werklohn, der auf die Materialkosten entfallende Anteil derselben oder der von C in der Rechnung an D angesetzte Materialpreis – hier fehlen insoweit Angaben)

P: Berücksichtigung dieses Interesses?

- Rspr. stellt hinsichtlich des „Werts der Sache im mangelfreien Zustand“ vordringlich auf den Substanzwert ab, wobei das Verwendungsinteresse keine Berücksichtigung zu finden scheint.³⁶

³⁴ Maultzsch, ZfPW 2018, 1, 15.

³⁵ Vgl. BeckOK BGB/Faust § 439 Rn. 70; OLG Braunschweig NJW 2003, 1053, 1054; OLG Karlsruhe ZGS 2004, 432, 433 f.; BGH NJW 2015, 468 Rn. 39.

³⁶ BGH NJW 2009, 1660 Rn. 14 f.; NJW 2015, 468 Rn. 41; BeckOK BGB/Faust § 439 Rn. 71.

- Dagegen: § 439 IV BGB ist strukturgleich mit § 275 II BGB,³⁷ in dessen Rahmen das Verwendungsinteresse des Gläubigers ebenfalls berücksichtigungsfähig ist.³⁸

(beides gut vertretbar)

* **§ 439 III BGB:** Interesse des C, den Aufwand für Ein- und Ausbau nicht selbst tragen zu müssen, d.h. 20.000 €

P: Berücksichtigung dieses Interesses?

- dafür: § 439 III BGB erkennt dieses Interesse als eigenständige schutzwürdige Position an
- Folge wäre: Das Nacherfüllungsinteresse hinsichtlich Ein- und Ausbaurückzahlung hat stets dieselbe Höhe wie der insoweit anstehende Aufwand. § 439 III BGB könnte dann niemals Unverhältnismäßigkeit begründen – das kann nicht Sinn der Regelung sein.
- Daher vorzugswürdig: Bei der Bestimmung des Missverhältnisses wird das Interesse des Käufers, den § 439 III-Aufwand für Ein- und Ausbau nicht selbst tragen zu müssen, ausgeblendet.

(a.A. selbstverständlich ebenso gut zu vertreten)³⁹

(3) Abwägung hier

* gravierender Mangel (Leisten sind völlig unbrauchbar), B hat diesen jedoch nicht zu vertreten, s.o.⁴⁰

→ abs. Unverhältnismäßigkeit *prima facie* (+) (nach einer in der Rspr. verbreiteten Faustregel)⁴¹, wenn Kosten der Nacherfüllung 150% des Werts der Sache im mangelfreien Zustand oder 200% des mangelbedingten Minderwerts übersteigen

* **Nachlieferung selbst** verursacht hiernach keinen unverhältnismäßigen Aufwand (die Ersatzsache ist – soweit ersichtlich – für denselben Preis zu beschaffen wie im Rahmen der ursprünglichen Erfüllung)

* Allerdings übersteigt der Gesamtaufwand der Nacherfüllung **wegen § 439 III BGB** den Substanzwert der Kaufsache im mangelfreien Zustand um mehr als 200%.

Daher: Absolute Unverhältnismäßigkeit jedenfalls **dann (+)**, wenn man einerseits nicht neben dem Substanzwert auch das Verwendungsinteresse des C berücksichtigt und andererseits das Interesse des C daran, die Ein- und Ausbaurückzahlung nicht selbst tragen zu müssen, ausblendet.

bb) § 275 II BGB

Hinweis:

³⁷ S. hierzu *Riehm*, Grundsatz der Naturalerfüllung, S. 342 ff.; BeckOK BGB/*Faust* § 439 Rn. 70.

³⁸ BeckOGK BGB/*Riehm* § 275 Rn. 227 f.

³⁹ Bspw. mit folgender Erwägung: Die Anwendung des § 439 IV BGB auf den Anspruch aus § 439 III BGB führt ohnehin zu einer „**Verdoppelung**“ der **Verhältnismäßigkeitsprüfung**. Erforderlich i.S.d. § 439 III BGB sind Aufwendungen nämlich ohnehin nicht, wenn der Käufer sie im Verhältnis zu seinem Abnehmer gem. § 635 III BGB hätte verweigern können.

⁴⁰ Dass dem B das Vertretenmüssen des A nicht zugerechnet wird, wurde hier bereits inzident beim Schadensersatzanspruch des D gegen C behandelt

⁴¹ BGH NJW 2009, 1660 Rn. 14 f.; NJW 2015, 468 Rn. 41; BeckOK BGB/*Faust* § 439 Rn. 70 f.

Die Abwägung im Rahmen des § 275 II BGB ist im Wesentlichen dieselbe wie bei § 439 IV BGB,⁴² lediglich der Maßstab ist (nach verbreiteter Auffassung) ein strengerer.⁴³ Ein zusätzliches Eingehen hierauf **darf sehr knapp ausfallen, ohne** dass dies zu **Abstrichen** bei der Bewertung führt. Wurde **§ 439 IV BGB bejaht**, kann die Behandlung von § 275 II BGB auch **komplett entfallen**.

(1) Leistungsaufwand des B, Leistungsinteresse des C

Leistungsaufwand:

- 8.500 € für die neuen Leisten
- 20.000 € für Aus- und Einbaukosten

Leistungsinteresse:

- 10.000 € (Substanzwert der mangelfreien Leisten)
- 20.000 € (Befreiung von den Aus- und Einbaukosten; im Hinblick auf die obige Argumentation erscheint es vertretbar, das diesbezügliche Interesse des C bei § 439 IV BGB auszublenden, bei § 275 II BGB jedoch zu berücksichtigen)
- anteiliger Vertragsgewinn (o.Ä.) aus dem Verhältnis zu D (Verwendungsinteresse)

(2) Abwägung hier

Ermittlung des Maßstabs:

* **Vertretenmüssen des B:** (-), s.o.⁴⁴

* **Inhalt des Schuldverhältnisses**

- nicht: Vertragspreis (Arg.: ökonomisch irrelevante Größe; könnte nur bei gegenseitigen Verträgen ins Spiel kommen, sodass seine Berücksichtigung zu einer nicht angezeigten Sonderbehandlung synallagmatischer Verbindlichkeiten gegenüber anderen Verbindlichkeiten führen würde)⁴⁵
- aber: **Vorrang der vertraglichen Regelung** – ergibt sich aus dem Vertrag, dass von vornherein ein bestimmter Aufwand geschuldet ist, kann gegen diesen nicht der Einwand der Unverhältnismäßigkeit greifen

hier: keine diesbezügliche Abrede

aber: § 439 III BGB als Vorgabe für den Inhalt des Schuldverhältnisses?

nicht erwartet

- § 439 III BGB lässt sich plausibel als Fortschreibung der vertraglichen Risikoverteilung und damit als für den „Inhalt des Schuldverhältnisses“ maßgeblicher Umstand begreifen.

Gegen dieses Argument: Die Bezugnahme auf den „Inhalt“ dient der vorrangigen Wahrung privatautonomer Gestaltungen der Parteien. § 439 III BGB ist jedoch eine heteronome gesetzliche Bestimmung.

⁴² Riehm, Grundsatz der Naturalerfüllung, S. 342 ff.; BeckOK BGB/Faust § 439 Rn. 70; Teller, NJW 2019, 2121, 2124-2125.

⁴³ Für einen Gleichlauf dagegen Riehm, Grundsatz der Naturalerfüllung, S. 345 f.

⁴⁴ Dass dem B das Vertretenmüssen des A nicht zugerechnet wird, wurde hier bereits inzident beim Schadensersatzanspruch des D gegen C behandelt

⁴⁵ BeckOGK/Riehm BGB § 275 Rn. 241.

- Legt man § 439 III BGB dennoch als maßgeblich zugrunde, ist damit jedoch noch nicht gesagt, dass der hiernach geschuldete Nacherfüllungsaufwand keinesfalls Unverhältnismäßigkeit begründen kann: Wie sich aus der Ergänzung der Norm durch § 439 IV BGB ergibt, soll dem Verkäufer der Aufwand des § 439 III BGB (gleich demjenigen gem. § 439 I, II BGB) nicht bedingungslos auferlegt werden. Der Einwand der Unverhältnismäßigkeit ist daher nicht wegen § 439 III BGB durch den Inhalt des Schuldverhältnisses abgeschnitten.

Anwendung in casu:

grobes Missverhältnis (-), da der Nacherfüllungsaufwand des B – falls überhaupt – nur unwesentlich höher ist als das Nacherfüllungsinteresse des C

II. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB – auf Schadensersatz statt der Leistung (bzgl. aller Posten)

1. Kaufvertrag C/B; Sachmangel bei Gefahrübergang

2. fällige Leistungspflicht nicht wie geschuldet erbracht

(+), Verletzung des in § 433 I 2 BGB vorgezeichneten Pflichtenprogramms

3. erfolglose Frist zur Nacherfüllung

(-), Entbehrlichkeit

a) § 445a II BGB (unselbstständiger Verkäuferregress)

Hinweis:

Angesichts der eindeutigen Weigerung des B sind Ausführungen zu § 445a BGB **nur als Bonus** zu werten.

Voraussetzung: Verkauf einer neu hergestellten Sache durch C

aa) Verkauf

(-), C hat die von B erworbenen mangelhaften Sachen als Werkunternehmer weiterverarbeitet, sodass die Vorschrift ihrem Wortlaut nach schon deshalb keine Anwendung findet⁴⁶

bb) neu hergestellte Sache⁴⁷

Der Begriff „neu hergestellt“ ist weiter als „neu“ oder „fabrikneu“. Er ist iSv „ungebraucht“ zu verstehen. Die Sache muss in der gesamten Lieferkette bis hin zum Verbraucher als neu hergestellt verkauft werden, da die Regresserleichterungen gerade darauf beruhen, dass die Sache bis zum Endabnehmer nur „durchgereicht“ wird. Es darf zu keinem wesentlichen Einschnitt in der Lieferkette gekommen sein.

Daher: § 445a II BGB ist nicht anwendbar, wenn ein Unternehmer die Sache mehr als unerheblich verändert hat, etwa aus gekauften Einzelteilen eine neue Sache hergestellt hat; aus diesem Grund sind auch die Zulieferer nicht mehr Teil der Lieferkette.⁴⁸

⁴⁶ BGH NJW 2014, 2183 Rn. 38.

⁴⁷ Vgl. BeckOK BGB/Faust § 445a Rn. 10 bis 12.

⁴⁸ Mankowski DB 2002, 2419 ff.; Matusche-Beckmann DB 2002, 2561, 2565 f.

Hier: C hat die gelieferten Leisten zugeschnitten, zusammengesetzt und auf die von ihm gebau- ten Holzrahmen montiert – dabei wurden neue Sachen hergestellt; die Leisten wurden nicht bis zum Endabnehmer D „durchgereicht“, die Lieferkette wurde durchbrochen.⁴⁹

cc) Analogie?

(1) Regelungslücke

(+), der Fall, dass der letzte Vertrag in der Lieferkette ein Werkvertrag ist, ist nicht geregelt

(2) Planwidrigkeit

* Dafür: Ausweislich der Gesetzesmaterialien hatte der Reformgesetzgeber bei gerade auch den Fall der Verarbeitung im Blick⁵⁰: Die alte Regelungslage bedeute „für einen Werkunternehmer, der mangelhaftes Baumaterial gekauft und dieses in Unkenntnis des Mangels bei einem Drit- ten verbaut hat, dass er diesem aus dem geschlossenen Werkvertrag zum Ausbau des mangel- haften und zum Einbau von mangelfreiem Baumaterial verpflichtet ist. Von dem Verkäufer kann er dagegen nach [altem] Recht nur die Lieferung des dafür benötigten neuen Baumateri- als verlangen. Die Aus- und Einbaukosten muss er – von den Fällen eines schuldhaften Verhal- tens des Verkäufers abgesehen – selbst tragen.“ Dieses Problem sollte durch die Reform gelöst werden.

* Dagegen: Dieses Ziel verwirklicht bereits § 439 III BGB.⁵¹ Die zusätzliche Erleichterung des Re- gresses erscheint nicht zwingend geboten.

(3) Vergleichbarkeit der Interessenlage

* Dafür: Das Regressinteresse des letzten Unternehmers ist von der Qualifikation seines Vertrages mit dem Endabnehmer prinzipiell unabhängig. Zudem hat C hier die von B gekauften neu herge- stellten Sachen zwar nicht als solche weiterverkauft, sie aber immerhin im Rahmen der Herstel- lung einer weiteren neuen Sache verwendet, wobei sich der Mangel des Materials unmittelbar (unabhängig von der Verarbeitung) schlicht fortgesetzt hat.

* Dagegen: Ausnahmecharakter der Regelung

* Vor allem: Durch die zwischengeschaltete Verarbeitung entfällt der normative Grund für die Re- gresserleichterung.⁵² Zweck der Vorschrift ist es, zu verhindern, dass der Einzelhändler die Nach- teile des Käuferschutzes auch dann zu tragen hat, wenn der Mangel nicht in seinem Bereich entstanden ist, sondern etwa auf einen Fehler im Herstellungsprozess zurückzuführen ist.⁵³ Dies ist jedoch nur dann legitim, wenn es sich nach der Verkehrsanschauung tatsächlich um dieselbe Sache handelt – eine Analogie kommt daher nicht in Betracht⁵⁴

(a.A. gut vertretbar)

⁴⁹ BGH NJW 2014, 2183 Rn. 38.

⁵⁰ BT-Drs. 18/8486, S. 1–2 (in diesem Sinne beziehen sich auch *Nietsch/Osmanovic* NJW 2018, 1, 3 f. auf diese Stelle); auf S. 41 f. der Gesetzesbegründung ist dann aber nur noch von Kaufverträgen die Rede.

⁵¹ Dieser Ansicht auch *Weidt*, NJW 2018, 263, 264.

⁵² Vgl. BGH NJW 2014, 2183 Rn. 38.

⁵³ Vgl. BeckOK BGB/*Faust* BGB § 445a Rn. 3.

⁵⁴ MüKoBGB/*Lorenz* § 445a Rn. 25; *Schubel* ZIP 2002, 2061 (2070); v. *Sachsen Gessaphe*, FS Sonnenberger, 2004, S. 99 (113).

b) **gem. § 281 II BGB**

(+), B hat die Nacherfüllung endgültig und ernsthaft verweigert

4. **Vertretenmüssen**

P: Bezugspunkt – Schlechterfüllung der ursprünglichen Leistungspflicht oder Nichterfüllung der Nacherfüllungspflicht trotz Entbehrlichkeit der Nachfrist?

* Die Systematik des Gesetzes legt es nahe, auf die „zweite“ Pflichtverletzung – Nichtnacherfüllung bei Fristablauf bzw. hier: bei Entbehrlichwerden der Nachfrist – abzustellen, da erst diese die Schadensersatzhaftung auslöst.

* Dafür, dass es auch hinreicht, wenn der Schuldner nur die „erste“ Pflichtverletzung zu vertreten hat, spricht demgegenüber, dass das gesetzlich verankerte Recht zur zweiten Andienung billigerweise nicht zu einer Amnestie hinsichtlich einer zu vertretenden Schlechtleistung führen kann; zudem war es ja gerade die Schlechtleistung, die den insgesamt pflichtwidrigen Zustand ausgelöst hat. Dies legt es nahe, auf das gesamte Schuldnerverhalten abzustellen, durch das es schlussendlich – bei Ablauf bzw. Entbehrlichkeit der Nachfrist – zu dem Leistungsdefizit gekommen ist.⁵⁵

Hinweis:

Nach der Lehre von der einheitlichen Pflichtverletzung kommt es darauf ohnehin nicht an. Da hier B jedenfalls die Nicht-Nacherfüllung zu vertreten hat, und soweit ersichtlich niemand vertritt, dass das für § 281 nicht reichen sollte, **muss der Streit hier nicht breit ausgeführt werden.**

a) **Vertretenmüssen des B bzgl. der Schlechtleistung**

eigenes Vertretenmüssen (§ 276 I BGB) (-), da der Mangel der Beschichtung für B nicht erkennbar war; aber ggf.: Zurechnung der Fahrlässigkeit (§ 276 II BGB) des A zu Lasten des B gem. § 278 S. 1 BGB:

→ (+), falls A als Erfüllungsgehilfe des B:

Tätigkeit des A im Pflichtenkreis des B (mit dessen Wissen und Wollen)?

* B schuldet dem C als Verkäufer die Verschaffung von Eigentum und Besitz an der mangelfreien Ware (§ 433 I BGB)

* A hat die Ware fertiggestellt und so seinerseits die realen Bedingungen der Pflichterfüllung des B geschaffen

* B schuldet dem C jedoch nicht die Herstellung der Ware – der Herstellungsvorgang, den A „für ihn“ versieht, fällt von vornherein nicht in seinen Pflichtenkreis im Verhältnis zu C, weil kein Werklieferungsvertrag vorliegt;⁵⁶ was A als Leistung erbracht hat, ist daher in Ansehung der kaufvertraglichen Pflichten des B ggü. C *extern* – eine reine Vorbereitungshandlung daher: A ist nicht Erfüllungsgehilfe des B, eine Zurechnung seines sorgfaltswidrigen Verhaltens kommt nicht in Betracht

(a.A. gut vertretbar)⁵⁷

b) **Vertretenmüssen des B bzgl. der Nichterbringung der Nacherfüllung**

⁵⁵ MüKo BGB/Ernst, § 281 Rn. 50.

⁵⁶ BGH NJW 2014, 2183.

⁵⁷ Vgl. etwa Schroeter, JZ 2010, 495.

(+) – B war zur Nacherfüllung verpflichtet und hat diese grundlos unterlassen

5. kein Ausschluss nach § 281 I 3 BGB

P: Relevanz für das von C verfolgte Ziel?

wird nicht erwartet

* dafür: C will nicht die mangelhaften Sachen behalten und sich in Geld so stellen lassen, als wäre gehörig erfüllt worden („kleiner“ Schadensersatz statt der Leistung), sondern die Kosten eines Deckungskaufs für das gesamte Geschäft erhalten

* andererseits: Nacherfüllung kann hier nur durch Austausch der gesamten Ware erfolgen, sodass der „kleine“ Schadensersatz (statt der Nacherfüllung) rechnerisch dieselbe Höhe erreicht.

Voraussetzung für den Ersatz statt der ganzen Leistung jedenfalls (+), da **Mangel hier nicht nur unerheblich**

6. Rechtsfolge: Schadensersatz statt der Leistung

§§ 249 ff. BGB: B hat den C so zu stellen, wie er stünde, wäre der zum Ersatz verpflichtende Umstand – d.h. die Pflichtverletzung – nicht eingetreten; dies umfasst das gegenständliche Erfüllungsinteresse, dh alle Schadensposten, die an die Stelle des endgültig weggefallenen Anspruches auf die Naturalleistung treten (Ersatz für den Ausfall der Leistung selbst [Substanzausfallschaden] und Ersatz für diejenigen Vorteile aus der Verwendung der Leistung, die infolge des Wegfalls des Naturalleistungsanspruches endgültig nicht mehr gezogen werden können [Ertragsausfallschaden])⁵⁸

Begehren des C: Geldersatz anstelle der Herstellung der Nacherfüllung in Natur

a) Kosten des Deckungskaufs

(+) (10.000 €)

b) Kosten des Aus- und Einbaus:

Durch § 439 III BGB wird dem Nacherfüllungsanspruch ein ihm selbst gegenüber akzessorischer Aufwendungsersatzanspruch beigegeben. Dieser Posten muss folglich im Rahmen des an die Stelle der Nacherfüllung tretenden Schadensersatzes statt der Leistung ersatzfähig sein, obschon insoweit von vornherein – im Interesse des Käufers – Schutz des Wertinteresses stattfindet.

Daher: grds. (+)

P: Einwand der Unverhältnismäßigkeit?

wird nicht erwartet

Geht man davon aus, dass B die Nacherfüllung gem. § 439 IV BGB als unverhältnismäßig verweigern kann, stellt sich die Frage, ob dem Missverhältnis nicht auch bei der Schadensberechnung Rechnung zu tragen ist: Es wäre widersprüchlich, wenn B die Naturalerfüllung wegen ihrer (absolut) unverhältnismäßigen Kosten verweigern könnte, er ebendiese Kosten dann aber im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung auferlegt bekäme.⁵⁹

Eine Fortsetzung des Einwands auf der Ersatzebene erscheint unter dem Gesichtspunkt des schadensrechtlichen Wirtschaftspostulats, in Anlehnung an den mit § 439 IV BGB teleologisch

⁵⁸ BeckOGK/Riehm § 280 Rn. 228.

⁵⁹ BGH, NJW 2013, 370 (mAnm Zepp) = JuS 2013, 1133 (Schwab); NJW 2015, 468 = JuS 2014, 833 (Riehm). Anders BeckOGK BGB/Höpfner § 439 Rn. 181 f. – § 439 IV BGB habe keine Auswirkungen auf den Umfang des zu leistenden Schadensersatzes.

eng verwandten § 251 II 1 BGB (bzw. § 249 II BGB – „erforderlich“), möglich. Der BGH hat in diesem Sinne für den „kleinen“ Schadensersatz statt der Leistung bei Sachmangel entschieden, dass sich dieser auf den Ersatz des mangelbedingten Minderwerts beschränkt, sofern die Nacherfüllungskosten unverhältnismäßig sind.⁶⁰

Überträgt man diesen Ansatz auf eine durch § 439 III BGB begründete Unverhältnismäßigkeit, liegt es nahe, den Schadensersatz statt der Leistung dann auf den Ersatz für die nach §§ 439 I, II BGB geschuldete Nacherfüllung – berechnet dem Marktwert der „eigentlichen“ Nacherfüllung (9.000 bzw. 10.000 €) oder nach dem mangelbedingten Minderwert (hier ergebnisgleich, da 100%) – zu beschränken. Hierfür spricht auch der von vornherein auf eine Geldleistung gerichtete Charakter des Anspruchs nach § 439 III BGB: Es wäre schlicht nicht nachvollziehbar, weshalb für zwei wirtschaftlich-funktional identische und zudem rechtsfolgengleiche Ansprüche unterschiedliche Maßstäbe gelten sollten, je nachdem, ob der Anspruch „im Rahmen der Nacherfüllung“ oder im Rahmen des an deren Stelle tretenden Ersatzes geltend gemacht wird.

In der Literatur wird diese Auffassung aber auch abgelehnt, weil der Schadensersatz ohnehin voraussetzt, dass der Verkäufer den Mangel zu vertreten hat, so dass es gerechtfertigt sei, auf der Rechtsfolgenseite insoweit strenger zu entscheiden als beim Nacherfüllungsanspruch.⁶¹

III. § 445a I BGB (analog)

(-), Anwendungsbereich wie § 445a II BGB, s.o. II 3 a (S. 16 f.).

Hinweis:

Entbehrlich (aber nicht als falsch zu bewerten) ist ein Eingehen auf **Rücktritt und Minderung**, §§ 437 Nr. 2, 323 I Alt. 2 bzw. 441 BGB; diese würden dem C über § 346 I BGB lediglich erlauben, den hingegenen Kaufpreis zurückzuverlangen.

Ergebnis

C kann im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung von B gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 Alt. 2 BGB 10.000 € verlangen.

Exkurs/Ergänzung: Anspruch des C gegen B auf Herausgabe der ersparten gewöhnlichen Ein- und Ausbaurückstellungen gem. § 285 BGB

In Erwägung zu ziehen wäre in diesem Fall ferner, ob C von B – sofern man hinsichtlich der Kosten gem. § 439 III BGB Unverhältnismäßigkeit bejaht, den darauf (bzw. auf Schadensersatz statt der Leistung gestützten) Ersatzanspruch mithin ablehnt – nicht zumindest Erstattung der von ihm ersparten „gewöhnlichen“ Aufwendungen verlangen kann. Lehnt man dies ab, würde dem B nicht nur der unverhältnismäßige Aufwand erspart, sondern B würde zudem auch vom verhältnismäßigen Aufwand befreit – dies ist durch die Teleologie des § 439 IV BGB nicht geboten.

Dieses Ergebnis wird vermieden, wenn man dem C einen Anspruch auf das stellvertretende *commodum* gem. § 285 BGB einräumt.⁶² Dieser erlaubt nach vorzugswürdiger Auffassung – entgegen der

⁶⁰ NJW 2015, 468 = JuS 2014, 833 (Riehm).

⁶¹ BeckOGK/Höpfner, § 439 Rn. 181 f.

⁶² BeckOGK/Riehm § 275 Rn. 183.

h.M.⁶³ – auch einen Zugriff auf die ersparten „gewöhnlichen“ Aufwendungen des Schuldners⁶⁴: Anderenfalls würde sich der Schuldner diese Aufwendungen (sofern kein anderer Abschöpfungsmechanismus Platz greift) auf Kosten des Gläubigers ersparen.⁶⁵ Die Erstreckung des § 285 BGB auf die ersparten gewöhnlichen Aufwendungen zugrunde gelegt, hat § 439 IV BGB stets nur dann echte Befreiungswirkung, wenn sich der Schuldner infolge der Befreiung auch keine Leistungsaufwendungen erspart, sein Vermögen also trotz der Befreiung nicht gemehrt bleibt.

Die Kenntnis dieses Ansatzes wird von den Prüflingen **selbstverständlich nicht erwartet**. Wird sie gleichwohl gebracht, ist dies großzügig zu honorieren.

Hinweis:

Ausformulierte Lösung: Heiß, Jus 2018, 1209 ff.

⁶³ Explizit *Hans Stoll*, FS Schlechtriem, 2003, S. 677, 691 bei und mit Fn. 54; *Ulrici* JURA 2005, 612, 615; implizit BeckOK BGB/*Unberath* § 285 Rn. 15; *Staudinger/Caspers*, 2014, § 285 Rn. 49; *MüKoBGB/Ernst* § 285 Rn. 22 f.

⁶⁴ *Riehm*, Grundsatz der Naturalerfüllung, S. 326 f. Hierfür auch *Katzenstein* ZGS 2004, 144, 149; *Hartmann*, Der Anspruch auf das stellvertretende commodum, S. 231 ff.

⁶⁵ Eine Eingriffskondition im herkömmlichen Sinne (§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB) kommt nicht in Betracht, weil der Gegenstand des Eingriffs lediglich die relative Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner ist, kein absolutes Recht, vgl. nur *Larenz/Canaris* SchuldR BT II § 69 I 2 d (S. 174 f.). Der gleiche bereicherungsrechtliche Gedanke liegt jedoch auch § 285 BGB zugrunde (näher *Picker* AcP 183 (1983), 369, 512; *Bollenberger*, Das stellvertretende Commodum, S. 111 ff.; *Picker*, FS F. Bydlinski, 2002, S. 269, 316; *Katzenstein* ZGS 2004, 144, 149; *Hartmann*, Der Anspruch auf das stellvertretende commodum, S. 231 ff.); eine Ausdehnung dieser Herausgabepflicht auch auf die ersparten gewöhnlichen Aufwendungen erscheint angezeigt.