

## Die Rechtsfolge des § 439 Abs. 2 BGB – Anspruch oder Kostenzuordnung?

Phillip Hellwege

### Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Hellwege, Phillip. 2006. "Die Rechtsfolge des § 439 Abs. 2 BGB – Anspruch oder Kostenzuordnung?" *Archiv für die civilistische Praxis* 206 (1): 136–68.  
<https://doi.org/10.1628/000389906782689744>.

### Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

**Deutsches Urheberrecht**

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



# Die Rechtsfolge des § 439 Abs. 2 BGB – Anspruch oder Kostenzuordnung?

von Dr. *Phillip Hellwege*, Hamburg\*

## *I. Einführung*

Der Käufer einer mangelhaften Sache hat nach §§ 439 Abs. 1, 437 Nr. 1 BGB einen Nacherfüllungsanspruch. Die für die Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten, hat gemäß § 439 Abs. 2 BGB der Verkäufer zu tragen. Auf den ersten Blick scheint dieser Abs. 2 eine einfache und klare Normaussage zu treffen. Daher überrascht die Beobachtung, daß die genaue Rechtsfolge dieses Absatzes noch nicht geklärt ist. Drei Ansichten haben sich herauskristallisiert: Ein Teil der Lehre meint, Abs. 2 gewähre dem Käufer (auch) einen Anspruch gegen den Verkäufer auf Ersatz der bereits vom Käufer getätigten Nacherfüllungsaufwendungen. Ein anderer Teil der Lehre glaubt dagegen, § 439 Abs. 2 BGB ordne nur die Kosten der Nacherfüllung zu, ohne selbst Anspruchsgrundlage zu sein. Eine vermittelnde Meinung geht davon aus, daß § 439 Abs. 2 BGB für bestimmte Nacherfüllungsaufwendungen bloße Kostenzuordnungsvorschrift, für andere dagegen Anspruchsgrundlage sei. Die Rechtsprechung hat zu diesem Auslegungstreit noch nicht ausdrücklich Stellung bezogen.

## *II. Überblick über den Meinungsstand*

### *1. § 439 Abs. 2 BGB als Anspruchsgrundlage*

Die Ansicht, daß § 439 Abs. 2 BGB Anspruchsgrundlage ist, wird z.B. von *Pammler* vertreten<sup>1</sup>:

---

\* Dr. Phillip Hellwege, M.Jur. (Oxon.) ist Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg. Ich danke den Teilnehmern der institutsinternen Donnerstagsdiskussionsrunde „Aktuelle Stunde“ vom 10.11.2005 für die zahlreichen wertvollen Anregungen.

<sup>1</sup> jurisPK-BGB/*Pammler*, 2. Aufl. 2004, § 439 Rn. 69. Ebenso Hk-BGB/*Saenger*, 3. Aufl. 2003, § 439 Rn. 3; Staudinger/*Matusche-Beckmann*, 2004, § 439 Rn. 32 ff.; *Schubel*, in: Schwab/Witt (Hg.), Examenswissen zum neuen Schuldrecht, 2. Aufl. 2003, S. 181.

„Der Verkäufer muss gemäß § 439 Abs. 2 alle Aufwendungen tragen, die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlich sind. Deswegen darf der Verkäufer dem Käufer seine Aufwendungen nicht in Rechnung stellen. Bei eigenen Aufwendungen hat der Käufer einen Ersatzanspruch gegen den Verkäufer.“

§ 439 Abs. 2 BGB hat nach *Pammler* zwei Rechtsfolgen: Zum einen ordnet er die Aufwendungen dem Verkäufer zu. Als Folge kann der Verkäufer diese Kosten dem Käufer nicht in Rechnung stellen. Ebenso darf er die Durchführung der Nacherfüllung nicht von einem solchen Kostenersatz abhängig machen. Durch die Zuordnung der Kosten zum Verkäufer ist es dem Käufer somit möglich, eine Abwälzung der Kosten auf sich abzuwehren. Diese erste Rechtsfolge ist also für den Fall bedeutsam, daß der Verkäufer die Nacherfüllungskosten zunächst trägt. Hat allerdings der Käufer bereits Nacherfüllungsaufwendungen getätigt, dann ist § 439 Abs. 2 BGB nach *Pammler* zum anderen eine Anspruchsgrundlage. § 439 Abs. 2 BGB ist damit nach dieser Ansicht beides, Kostenzuordnungsvorschrift *und* Anspruchsgrundlage. *Pammler* erwähnt keine Einschränkungen des Aufwendungsersatzanspruchs. Deshalb liegt der Schluß nahe, daß er einen solchen Anspruch immer dann zuerkennen will, wenn der Käufer Aufwendungen im Sinne des § 439 Abs. 2 BGB selbst getätigt hat.

Nicht ganz so weit gehen z.B. *Oetker/Maultzsch*<sup>2</sup>. Unter analoger Anwendung des § 670 BGB soll der Käufer eigene Aufwendungen nur dann ersetzt verlangen können, wenn er diese für erforderlich halten durfte. Da der Käufer grundsätzlich kein Recht zur eigenmächtigen Selbstvornahme der Nacherfüllung habe, führe diese analoge Anwendung des § 670 BGB dazu, daß Aufwendungen des Käufers nur ersatzfähig seien, sofern er sich vorher mit dem Verkäufer abgesprochen habe. Damit zerfällt § 439 Abs. 2 BGB nach der Ansicht von *Oetker/Maultzsch* in zwei Normaussagen, die sich in ihren Voraussetzungen und Rechtsfolgen voneinander unterscheiden. Sind die Voraussetzungen des § 439 Abs. 2 BGB erfüllt, so ist Rechtsfolge zunächst nur eine Kostenzuordnung. Der Verkäufer kann vom Käufer daher keinen Ersatz für solche Aufwendungen verlangen. Sind zusätzlich die Voraussetzungen des analog anzuwendenden § 670 BGB erfüllt, dann hat der Käufer gegen den Verkäufer einen Anspruch aus § 439 Abs. 2 BGB auf Ersatz der von ihm getätigten Nacherfüllungsaufwendungen.

<sup>2</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2004, S. 101 f. Ebenso *Schürholz*, Die Nacherfüllung im neuen Kaufrecht, 2005, S. 74; *Kandler*, Kauf und Nacherfüllung, 2004, S. 445 f.

## 2. § 439 Abs. 2 BGB als reine Kostenzuordnungsvorschrift

Die Ansicht, daß es sich bei § 439 Abs. 2 BGB um keine Anspruchsgrundlage, sondern allein um eine Kostenzuweisungsvorschrift handelt, vertritt z.B. *Faust*<sup>3</sup>. Wäre § 439 Abs. 2 BGB eine Anspruchsgrundlage, so könnte der Käufer den Mangel im Ergebnis selbst beseitigen und die dafür erforderlichen Kosten vom Verkäufer ersetzt verlangen. Das liefe aber auf ein Recht zur Selbstvornahme der Mängelbeseitigung hinaus, das das deutsche Kaufrecht nicht kenne. *Faust* will § 439 Abs. 2 BGB nicht nur für die Kosten der eigentlichen Mängelbeseitigung die Qualität einer Anspruchsgrundlage absprechen<sup>4</sup>:

„Das muss auch für vorbereitende Arbeiten gelten, etwa den Transport der Sache zum Verkäufer, sofern sich die Parteien nicht darauf einigen, dass dieser durch den Käufer erfolgen soll.“

Nach dieser Ansicht hat § 439 Abs. 2 BGB nicht zwei, sondern nur eine Rechtsfolge. Er ordnet nur die Aufwendungen dem Verkäufer zu und schließt so aus, daß der Verkäufer die ihm entstandenen Kosten auf den Käufer abwälzen kann. Hat dagegen der Käufer die Nacherfüllungskosten aufgewendet, kann er aus § 439 Abs. 2 BGB keinen Ersatz dieser Kosten verlangen. Doch ist ein Anspruch auch nach *Faust* nicht etwa ausgeschlossen. Der Käufer kann solche Kosten aber nur dann ersetzt verlangen, wenn die Voraussetzungen einer anderen Anspruchsgrundlage, so z.B. eines Anspruchs aus den §§ 280 ff. BGB, erfüllt sind.

## 3. Vermittelnde Ansicht

Eine vermittelnde Position nimmt *Putzo* ein<sup>5</sup>:

„Aufwendungen des Käufers muss der Verkäufer nach Maßgabe des § 256 ersetzen. Das umfasst die Verzinsung des Betrages ab dem Zeitpunkt der Aufwendungen (§ 256 1), nicht aber die einer Selbstbeseitigung des Mangels durch den Käufer.“

Im ersten Satz des Zitats bekennt sich *Putzo* klar zur Ansicht, daß es sich bei § 439 Abs. 2 BGB um eine Anspruchsgrundlage handelt. Im zweiten Halbsatz des zweiten Satzes schränkt er dies aber wieder ein. Die Kosten der eigentlichen Mängelbeseitigungen seien hiervon nicht erfaßt, sofern sie der

<sup>3</sup> Bamberger/Roth/*Faust*, 2003, § 439 Rn. 25. Ebenso MK-BGB/H.P. Westermann, 4. Aufl. 2004, § 439 Rn. 15 f.; Erman/*Grunewald*, 11. Aufl. 2004, § 439 Rn. 4 f.; Anw-Kom-BGB/*Büdenbender*, 2002, § 439 Rn. 12 ff.; *Bilir*, Die Nacherfüllungsansprüche des Käufers im neuen Recht, Diss. Tübingen 2005, S. 78 ff.

<sup>4</sup> Bamberger/Roth/*Faust*, 2003, § 439 Rn. 25.

<sup>5</sup> Palandt/*Putzo*, 65. Aufl. 2006, § 439 Rn. 13. Abkürzungen wurden aufgelöst. Ebenso *Jacobs*, in: Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt (Hg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, S. 382.

Käufer eigenmächtig durchgeführt hat. Er begründet dies mit dem Vorrang der Nacherfüllung<sup>6</sup>. Nach *Putzos* Ansicht ist § 439 Abs. 2 BGB also für die Kosten der eigentlichen Mängelbeseitigung eine reine Kostenzuordnungsvorschrift. Für alle anderen zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, also insbesondere für die für vorbereitende Arbeiten, wie z.B. den Transport der Sache zum Verkäufer, ist es beides, Anspruchsgrundlage und Kostenzuordnungsvorschrift.

#### 4. Zusammenfassung

Alle vorgestellten Ansichten stimmen darin überein, daß § 439 Abs. 2 BGB eine Kostenzuordnungsvorschrift ist. Durch diese Kostenzuordnung ist es dem Käufer möglich, eine Inanspruchnahme durch den Verkäufer abzuwehren, sofern dieser die Nacherfüllungskosten bereits getragen hat und sie nun auf den Käufer abzuwälzen versucht. Sie unterscheiden sich allein in der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen umgekehrt der Käufer Nacherfüllungskosten, die er zunächst getragen hat, aus § 439 Abs. 2 BGB vom Verkäufer ersetzt verlangen kann. Uneingeschränkt will *Pammler* einen solchen Anspruch zulassen. *Oetker/Maultzsch*, *Putzo* und *Faust* sehen hierdurch den Grundsatz vom Vorrang der Nacherfüllung verletzt. Zur Sicherung dieses Grundsatzes gehen die genannten Autoren unterschiedliche Wege. *Oetker/Maultzsch* wollen einen Anspruch an die zusätzlichen Voraussetzungen des analog heranzuziehenden § 670 BGB knüpfen. *Putzo* dagegen nennt solche einschränkenden Voraussetzungen nicht, will aber von § 439 Abs. 2 BGB als Anspruchsgrundlage die Kosten der eigentlichen Mängelbeseitigung ausnehmen. *Faust* geht am weitesten und will § 439 Abs. 2 BGB den Charakter einer Anspruchsgrundlage ganz absprechen.

### III. Der Wortlaut

Welcher Ansicht zu folgen ist, darüber entscheidet die Auslegung dieser Norm. Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut des Gesetzes. § 439 Abs. 2 BGB normiert, daß der Verkäufer die Nacherfüllungsaufwendungen „zu tragen“ hat. Anspruchsgrundlagen sind im BGB üblicherweise anders formuliert. So bestimmt § 670 BGB, daß der Auftraggeber dem Beauftragten zum Aufwendungsersatz „verpflichtet“ ist. §§ 536a Abs. 2 und 637 Abs. 1 BGB regeln, daß der Mieter bzw. der Besteller Ersatz der erforderlichen Aufwendung „verlangen“ kann. Andere Anspruchsgrundlagen enthalten Verben

<sup>6</sup> Palandt/*Putzo*, 65. Aufl. 2006, § 439 Rn. 13 i.V.m. § 437 Rn. 4a.

wie „fordern“ oder „haften“<sup>7</sup>. All das fehlt in § 439 Abs. 2 BGB. Das spricht gegen die Annahme einer Anspruchsgrundlage.

Auch läßt sich dem Wortlaut des § 439 Abs. 2 BGB nicht entnehmen, daß diese Vorschrift zwei unterschiedliche Rechtsfolgen hat<sup>8</sup>, daß sie für verschiedene Nacherfüllungsaufwendungen unterschiedliche Rechtsfolgen hat<sup>9</sup> oder daß sie gar in zwei in ihren Voraussetzungen und Rechtsfolgen unterschiedliche Tatbestände zerfällt<sup>10</sup>. Der Wortlaut deutet vielmehr auf ein einheitliches Verständnis dieser Norm hin. Ein solches einheitliches Verständnis ist nur gewährleistet, wenn man § 439 Abs. 2 BGB als reine Kostenzuordnungsvorschrift versteht.

Schließlich spricht gegen die Annahme einer Anspruchsgrundlage ein Vergleich mit § 635 Abs. 2 BGB. § 439 Abs. 2 BGB und § 635 Abs. 2 BGB sind in ihrem Wortlaut nahezu identisch. Sie sollten daher auch in ihrer Bedeutung identisch sein. § 635 Abs. 2 BGB ist nun aber keine Anspruchsgrundlage<sup>11</sup>. Das ergibt sich aus der Systematik des Gesetzes. Denn ein Aufwendersersatzanspruch des Bestellers gegen den Unternehmer ergibt sich erst aus § 637 Abs. 1 BGB.

Allerdings könnte der Aufwendersbegriff im § 439 Abs. 2 BGB für die Annahme einer Anspruchsgrundlage sprechen. Im BGB wird der Aufwendersbegriff üblicherweise im Sinne einer freiwilligen Aufopferung von Vermögenswerten im Interesse eines anderen gebraucht<sup>12</sup>. Der Verkäufer geht die Nacherfüllungskosten aber gerade nicht im Interesse des Käufers ein, sondern im eigenen Interesse, nämlich zur Erfüllung einer Pflicht. Nur der Käufer wendet diese Kosten im Interesse eines anderen, d.i. im Interesse des nacherfüllungspflichtigen Verkäufers, auf. Zwar dienen diese Vermögensopfer auch seinem Interesse an einer mangelfreien Kaufsache, aber nur mittelbar, denn zur Nacherfüllung ist ja zunächst der Verkäufer verpflichtet. In diesem Sinn wird der Aufwendersbegriff auch in §§ 536a Abs. 2 und 637 Abs. 1 BGB verwendet. Auch hier geht es um Aufwendungen, die der Mieter bzw. der Besteller an Stelle des nacherfüllungspflichtigen Vermieters bzw. Unternehmers getätigt hat. Versteht man also den Aufwendersbegriff in § 439 Abs. 2 BGB in diesem herkömmlichen Sinn und sieht man damit allein die

<sup>7</sup> Vgl. *Larenz/M. Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, § 18 Rn. 7 ff.

<sup>8</sup> So aber *Pammler*, siehe oben II.1.

<sup>9</sup> So aber *Putzo*, siehe oben II.3.

<sup>10</sup> So aber *Oetker/Maultzsch*, siehe oben II.1.

<sup>11</sup> So z.B. *Palandt/Sprau*, 65. Aufl. 2006, § 635 Rn. 6, der nur von einer Erfüllungspflicht spricht; *MK-BGB/Busche*, 4. Aufl. 2005, § 635 Rn. 15, der dem § 635 Abs. 2 BGB nur eine klarstellende Funktion zuspricht. A.A. *Bamberger/Roth/Voit*, 2003, § 635 Rn. 9; *Erman/Schwenker*, 11. Aufl. 2004, § 635 Rn. 9.

<sup>12</sup> *Palandt/Heinrichs*, 65. Aufl. 2006, § 256 Rn. 1.

Aufwendungen des Käufers vom Wortlaut erfaßt, so spricht dies für das Verständnis des § 439 Abs. 2 BGB als Anspruchsgrundlage. Jedoch würde dieser Auslegung keine der oben dargestellten Ansichten gerecht werden. Selbst für *Pammler*, *Oetker/Maultzsch* und *Putzo* sind die Kostenzuordnung und die Gewährung eines Aufwendungsersatzanspruchs zwei gleichrangige Rechtsfolgen des § 439 Abs. 2 BGB. Wären vom Wortlaut dagegen nur die Aufwendungen des Käufers erfaßt, dann wäre einzige Rechtsfolge des § 439 Abs. 2 BGB, wie eben auch der §§ 536a Abs. 2 und 637 Abs. 1 BGB, ein Aufwendungsersatzanspruch des Käufers gegen den Verkäufer. Daß umgekehrt der Verkäufer seine Kosten nicht auf den Käufer abwälzen kann, wäre bloßer Reflex dieser Norm. Indes wäre diese Auslegung auch nur dann zwingend, wenn § 439 Abs. 2 den Aufwendungsbegriff im herkömmlichen Sinne verwendet. Das ist aber keinesfalls unzweifelhaft. Wird doch der Begriff der Aufwendungen im BGB nicht immer einheitlich gebraucht. So wird etwa in § 284 BGB auf das Erfordernis der Fremdnützigkeit verzichtet<sup>13</sup>. Dasselbe gilt für § 635 Abs. 2 BGB. Damit spricht die Verwendung des Aufwendungsbegriffs im § 439 Abs. 2 BGB nicht zwingend für die Annahme einer Anspruchsgrundlage.

Jedoch könnte die Voraussetzung der Erforderlichkeit in § 439 Abs. 2 BGB für die Annahme einer Anspruchsgrundlage sprechen. Diese Voraussetzung deutet darauf hin, daß nicht jede Aufwendung, die im Zusammenhang mit der Nacherfüllung getätigt wurde, unter § 439 Abs. 2 BGB fällt. Nur erforderliche Aufwendungen sollen die Rechtsfolge des § 439 Abs. 2 BGB haben. Eine solche Einschränkung wäre nicht sinnvoll, wenn § 439 Abs. 2 BGB eine bloße Kostenzuordnungsvorschrift ist und damit allein die Aufwendungen des Verkäufers erfaßt. Denn e contrario müßte es dem Verkäufer dann erlaubt sein, Aufwendungen, die sich für die Nacherfüllung als vollkommen nutzlos erweisen, auf den Käufer abzuwälzen. Das wäre widersinnig. Allein sinnvoll scheint es, wenn der Verkäufer keine durch die Nacherfüllung verursachten Aufwendungen auf den Käufer abwälzen darf, und zwar unabhängig davon, ob die Aufwendungen nun erforderlich waren oder nicht. Dieses Ergebnis kann man auch nicht dadurch erzielen, daß man das argumentum e contrario durch ein argumentum a minore ad maius ersetzt: wenn der Verkäufer schon erforderliche Aufwendungen selbst tragen muß, dann muß das erst recht für nutzlose gelten. Dieses argumentum a minore ad maius würde der Voraussetzung der Erforderlichkeit nämlich keine sinnvolle Bedeutung zukommen lassen, sondern ihr gerade jede Bedeutung absprechen. Eine sinnvolle Funktion hätte diese Voraussetzung wohl nur dann, wenn man § 439 Abs. 2 BGB auch als Anspruchsgrundlage versteht. Dann würde dieses Tatbestands-

<sup>13</sup> Vgl. nur AnwKom-BGB/*Dauner-Lieb*, 2002, § 284 Rn. 9.

merkmal, ähnlich wie in §§ 536a Abs. 2, 637 Abs. 1 und 670 BGB<sup>14</sup>, dazu führen, daß der Käufer nur die erforderlichen Aufwendungen vom Verkäufer ersetzt verlangen kann. Allerdings verwendet auch § 635 Abs. 2 BGB den Begriff der Erforderlichkeit. § 635 Abs. 2 BGB ist aber eine reine Kostenzuordnungsvorschrift, und dem Begriff der Erforderlichkeit kommt daher auch hier keine sinnvolle Bedeutung zu. § 635 Abs. 2 BGB erfaßt vielmehr „alle kausal mit der Nacherfüllung verbundenen Aufwendungen“<sup>15</sup>. Daß der Gesetzgeber hier wie dort den Begriff der Erforderlichkeit gebrauchte, mag also schlicht auf eine sprachliche Unachtsamkeit zurückzuführen sein. Die Verwendung dieses Begriffes deutet damit nicht zwingend auf eine Anspruchsgrundlage hin.

Schließlich könnte man einwenden, daß nicht alle Anspruchsgrundlagen des BGB Verben wie „fordern“, „verlangen“ oder „haften“ gebrauchen. So „trägt“ nach § 448 Abs. 1 BGB der Verkäufer die Kosten der Übergabe der Sache. Auch dieser Wortlaut deutet auf eine reine Kostenzuordnung hin. Trotzdem wird § 448 Abs. 1 BGB als Anspruchsgrundlage des Käufers gegen den Verkäufer verstanden<sup>16</sup>. Doch die Beobachtung allein, daß nicht alle Anspruchsgrundlagen des BGB schon ihrem Wortlaut nach als solche identifizierbar sind, sollte nicht zu dem Schluß verleiten, daß der Wortlaut vollkommen bedeutungslos ist. Denn bei § 448 Abs. 1 BGB mögen es andere Gesichtspunkte gewesen sein, die dazu führten, den § 448 Abs. 1 BGB entgegen seinem Wortlaut als Anspruchsgrundlage anzusehen. Der Wortlaut bleibt also zumindest ein Indiz, das freilich entkräftet werden kann.

Nach alledem deutet der Wortlaut wohl eher auf eine reine Kostenzuordnung hin. Er ist aber, wie gesagt, allenfalls ein Indiz. Und er ist sogar nur ein schwaches Indiz. Allzu große Bedeutung kann ihm nicht zugemessen werden. Dazu hat der Gesetzgeber in § 439 Abs. 2 BGB sprachlich nicht exakt genug gearbeitet. Über die Auslegung des § 439 Abs. 2 BGB muß damit der Wille des Gesetzgebers, die Systematik, der Zweck des § 439 Abs. 2 BGB und eine Interessenabwägung entscheiden.

<sup>14</sup> Zur Auslegung des Erforderlichkeitsbegriffs in diesen Normen vgl. statt aller Palandt/*Weidenkaff*, 65. Aufl. 2006, § 536a Rn. 18; Palandt/*Sprau*, 65. Aufl. 2006, § 637 Rn. 7, § 670 Rn. 4.

<sup>15</sup> MK-BGB/*Busche*, 4. Aufl. 2005, § 635 Rn. 16.

<sup>16</sup> Bamberger/*Roth/Faust*, 2003, § 448 Rn. 1; Soergel/*U. Huber*, 12. Aufl. 1991, § 448 Rn. 1; Staudinger/*Beckmann*, 2004, § 448 Rn. 1. A.A. MK-BGB/*H.P. Westermann*, 4. Aufl. 2004, § 448 Rn. 2: Ansprüche bestünden nur aus Geschäftsführung ohne Auftrag und Rückgriffskondition.



#### IV. Der Wille des Gesetzgebers

§ 439 Abs. 2 BGB geht laut Regierungsbegründung auf zwei Wurzeln zurück<sup>17</sup>:

„Die Vorschrift übernimmt den bisherigen § 476a Satz 1 und entspricht Artikel 3 Abs. 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.“

##### 1. Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

Art. 3 VerbrGKRL<sup>18</sup> lautet:

„(2) Bei Vertragswidrigkeit hat der Verbraucher [...] Anspruch auf die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung [...].

(3) Zunächst kann der Verbraucher vom Verkäufer die unentgeltliche Nachbesserung des Verbrauchsgutes oder eine unentgeltlich Ersatzlieferung verlangen [...].

(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.“

Die Nachbesserung muß also vom Verkäufer *unentgeltlich* durchgeführt werden<sup>19</sup>. Damit ist europarechtlich nur vorgegeben, daß der Verkäufer seine Kosten nicht auf den Käufer abwälzen und die Durchführung der Nacherfüllung nicht von der Zahlung eines besonderen Preises oder auch nur eines Aufwendungsersatzes abhängig machen darf. Art. 3 VerbrGKRL ist dagegen nicht als Anspruchsgrundlage des Käufers gegen den Verkäufer angelegt. Diese Auslegung wird durch den englischen Text der Richtlinie bestätigt. Hier heißt es, der Verkäufer habe die Nacherfüllung „free of charge“ zu leisten.

Art. 3 Abs. 4 VerbrGKRL ist damit zugleich eine mögliche Wurzel der sprachlichen Ungenauigkeit des § 439 Abs. 2 BGB. Oben wurde darauf hingewiesen, daß das Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit in § 439 Abs. 2 BGB wenig Sinn machen würde, wenn man § 439 Abs. 2 BGB als reine Kostenzuordnung versteht. Dasselbe gilt aber auch für die Einschränkung des Art. 3 Abs. 4 VerbrGKRL, daß die Unentgeltlichkeit nur „notwendige“ Kosten „umfaßt“. Schon das Verb des Satzes ist falsch. Eine Unentgeltlichkeit „umfaßt“ nicht Kosten, sondern schließt umgekehrt die Inrechnungstellung von Kosten aus. Darüber hinaus ist eine Unentgeltlichkeit, die nur die Inrech-

<sup>17</sup> Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucks. 14/6040, S. 231.

<sup>18</sup> Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. EG Nr. L 171 S. 12 v. 7.7.1999.

<sup>19</sup> Vgl. auch Erwägungsgrund 10 der Richtlinie.

nungstellung von notwendigen Kosten ausschließt, ebenso wenig eine Unentgeltlichkeit, wie eine Nulldiät, die nur das Essen von bestimmten Speisen verbietet, eine Nulldiät ist. Schließlich läßt auch Art. 3 Abs. 4 VerbrGKRL den sinnwidrigen Schluß zu, daß die Unentgeltlichkeit die Inrechnungstellung unnützer Kosten nicht ausschließt. Dieser Schluß ist nur vermeidbar, wenn man dem Begriff der Notwendigkeit in Art. 3 Abs. 4 VerbrGKRL jede Bedeutung abspricht.

Der deutsche Gesetzgeber wäre also nicht verpflichtet gewesen, in § 439 Abs. 2 BGB einen besonderen Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer einzuführen. Allerdings wäre er durch Art. 3 VerbrGKRL auch nicht daran gehindert gewesen<sup>20</sup>. Denn gemäß Art. 8 VerbrGKRL dürfen die Mitgliedstaaten „strengere Bestimmungen erlassen oder aufrechterhalten, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher sicherzustellen“, und die Gewährung eines Aufwendungsersatzanspruchs würde den Verbraucher (als Käufer bei einem Verbrauchsgüterkauf) in der Tat besser stellen. Daß der deutsche Gesetzgeber von dieser Möglichkeit Gebrauch machen wollte, ist indes nicht ersichtlich. In den Materialien zur Schuldrechtsreform heißt es schlicht, daß § 439 Abs. 2 BGB Art. 3 Abs. 4 VerbrGKRL „entspricht“.

Ja, die Verwendung des Wortes „entspricht“ steht der Annahme, der Gesetzgeber habe in § 439 Abs. 2 BGB eine Anspruchsgrundlage einführen wollen, sogar entgegen. Entsprechen heißt gleichartig sein, deckungsgleich sein, genügen oder im Einklang mit etwas stehen. In der Regierungsbegründung heißt es nicht etwa, § 439 Abs. 2 BGB entspreche den Anforderungen der VerbrGKRL. Mit der VerbrGKRL würde es wegen Art. 8 VerbrGKRL in Einklang stehen, wenn § 439 Abs. 2 BGB über die Anforderungen des Art. 3 VerbrGKRL hinausgehen und nicht nur wie dieser eine Kostenzuordnung anordnen, sondern auch eine Anspruchsgrundlage darstellen würde. Auch kann nicht einfach unterstellt werden, der Gesetzgeber habe nur sagen wollen, zwischen Art. 3 Abs. 4 VerbrGKRL und § 439 Abs. 2 BGB bestehe kein Widerspruch. Wegen Art. 8 VerbrGKRL würde es den (Mindest-)Anforderungen des Art. 3 Abs. 4 VerbrGKRL in der Tat nicht widersprechen, wenn § 439 Abs. 2 BGB über diesen hinausginge. Aber daß zwei Aussagen einander nicht widersprechen, heißt nicht zwingend, daß sie einander entsprechen.

In der Regierungsbegründung heißt es lediglich, § 439 Abs. 2 BGB entspreche Art. 3 Abs. 4 VerbrGKRL. Hielte ich in meiner rechten Hand eine einzelne rote Rose und in meiner linken einen Blumenstrauß, in dem sich auch eine rote Rose befindet, so würde man nicht sagen können, der Inhalt

<sup>20</sup> Aus diesem Grund kann der Streit um die richtige Auslegung des § 439 Abs. 2 BGB auch nicht mit Hilfe einer richtlinienkonformen Auslegung gelöst werden. Alle in der Literatur vertretenen Ansichten können mit der VerbrGKRL in Einklang gebracht werden.

beider Hände entspräche sich, nur weil sich im Blumenstrauß zufällig auch eine rote Rose befindet. Art. 3 VerbrGKRL hat nur eine einzige Rechtsfolge. Er schließt allein aus, daß der Verkäufer seine Kosten auf den Käufer abwälzt. § 439 Abs. 2 BGB würde nur dann Art. 3 VerbrGKRL entsprechen, wenn auch § 439 Abs. 2 BGB nur diese eine Rechtsfolge hat. Würde man vertreten, daß § 439 Abs. 2 BGB zusätzlich Anspruchsgrundlage ist, so würde § 439 Abs. 2 BGB über Art. 3 VerbrGKRL hinausgehen. Beide Normen würden nicht einander entsprechen. Sie wären nur zum Teil deckungsgleich.

## 2. § 476a S. 1 BGB a.F.

Doch wollte der Schuldrechtsreformgesetzgeber mit § 439 Abs. 2 BGB auch den § 476a S. 1 BGB a.F. übernehmen. In § 476a S. 1 BGB a.F. hieß es:

„Ist an Stelle des Rechts des Käufers auf Wandlung oder Minderung ein Recht auf Nachbesserung vereinbart, so hat der zur Nachbesserung verpflichtete Verkäufer auch die zum Zwecke der Nachbesserung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten, zu tragen.“

Der Reformgesetzgeber hat also die Formulierung des § 439 Abs. 2 BGB fast wörtlich aus § 476a S. 1 BGB a.F. übernommen. Wie der Wortlaut des § 439 Abs. 2 BGB<sup>21</sup> deutet auch der Wortlaut des § 476a S. 1 BGB a.F. eher auf eine reine Kostenzuordnung hin.

Daß § 476a S. 1 BGB a.F. eine Anspruchsgrundlage darstellen sollte, ergab sich auch nicht aus dem Willen des AGBG-Gesetzgebers. § 476a S. 1 BGB a.F. wurde durch § 25 Nr. 1 AGBG eingefügt. § 476a BGB a.F. sollte § 11 Nr. 10 c AGBG (jetzt: § 309 Nr. 8 b cc BGB) flankieren<sup>22</sup>. Der AGBG-Gesetzgeber wollte so auf die Üblichkeit des Nacherfüllungsanspruchs in der Praxis reagieren: § 11 Nr. 10 c AGBG könne nur verhindern, daß dem Käufer die Kosten der Nacherfüllung formularmäßig aufgebürdet werden. Doch enthielten AGB meist gar keine Regelung zur Frage, wer die Kosten der Nacherfüllung tragen solle. Vielmehr stelle der Verkäufer oftmals die Kosten nachträglich einfach in Rechnung, und der Käufer begleihe sie wegen der bestehenden Rechtsunsicherheit, verursacht durch das Fehlen einer ausdrücklichen Norm über die Kostenverteilung im BGB. Diese Lücke sollte § 476a S. 1 BGB a.F. schließen. Allein der Praxis, daß Verkäufer die ihnen durch die Nacherfüllung entstandenen Kosten den Käufern in Rechnung stellten, sollte begegnet wer-

<sup>21</sup> Dazu siehe oben III.

<sup>22</sup> Vgl. zum folgenden die Begründung zu § 13 in der Amtlichen Begründung zum Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), BT-Drucks. 7/3919, S. 44; Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 9. Aufl. 2001, § 25 Rn. 2 ff.; Soergel/U. Huber, 12. Aufl. 1991, § 476a Rn. 3.

den. Der Gesetzgeber wollte mit § 476a S. 1 BGB a.F. dagegen keine Anspruchsgrundlage einführen. Übrigens tauchte auch in § 476a S. 1 BGB a.F. das einschränkende Tatbestandsmerkmal auf, daß der Verkäufer nur die erforderlichen Aufwendungen tragen muß. Im Rahmen einer Kostenzuordnung macht diese Einschränkung, wie nun schon mehrfach festgestellt wurde, wenig Sinn. Der AGBG-Gesetzgeber übernahm sie wahrscheinlich unbedacht aus den Anspruchsgrundlagen auf Aufwendungsersatz, wie z.B. § 670 BGB. Und der Schuldrechtsreformgesetzgeber übernahm diese Einschränkung dann auch in § 439 Abs. 2 BGB. Trotz des Wortlautes und des klaren Willens des Gesetzgebers, ging die ganz h.M. schon bald davon aus, daß § 476a S. 1 BGB a.F. eine Anspruchsgrundlage darstelle: Der Käufer konnte damit, allerdings nur unter engen Voraussetzungen, aus § 476a S. 1 BGB a.F. Aufwendungsersatz verlangen<sup>23</sup>.

Obwohl der Schuldrechtsreformgesetzgeber dies an keiner Stelle erwähnt, ist doch zu vermuten, daß er sich an dieser h.M. orientieren wollte, als er mit § 439 Abs. 2 BGB den § 476a S. 1 BGB a.F. übernahm. Das spricht nun für die Annahme, daß der Schuldrechtsreformgesetzgeber in § 439 Abs. 2 BGB eine Anspruchsgrundlage schaffen wollte.

### 3. Zwischenergebnis

Die Äußerungen des Schuldrechtsreformgesetzgebers zu § 439 Abs. 2 BGB entbehren damit zumindest der nötigen Klarheit, um den vorliegenden Auslegungstreit einer eindeutigen Lösung zuführen zu können. Sie sind m.E. sogar widersprüchlich und folglich für die Auslegung des § 439 Abs. 2 BGB schlicht unbrauchbar. Dieser Widerspruch kann auch nicht einfach aufgelöst werden. Man kann nicht sagen, daß der Gesetzgeber im Zweifel die alte Rechtslage übernehmen wollte und es deutlich hätte aussprechen müssen, wenn er sie ändern wollte. Denn dann würde man allein den Willen des Gesetzgebers, in § 439 Abs. 2 BGB den § 476a S. 1 BGB a.F. zu übernehmen, als maßgeblich anerkennen. Aber weil unmittelbarer Anlaß der Schuldrechtsreform die Umsetzung der VerbrGKRL war, kann man eh nicht davon ausgehen, der Gesetzgeber habe im Zweifel das alte Recht nicht ändern wollen. Man könnte nämlich auch das Gegenteil behaupten: Im Zweifel wollte der

<sup>23</sup> BGH, NJW 1991, 1604; BGH, NJW-RR 1999, 813; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2003, 454; AG Dülmen, NJW 1987, 385; AG Wuppertal, NJW-RR 1988, 1141; Soergel/*U. Huber*, 12. Aufl. 1991, § 476a Rn. 14 f.; MK-BGB/*H.P. Westermann*, 3. Aufl. 1995, § 476a Rn. 4; Palandt/*Putzo*, 61. Aufl. 2002, § 476a Rn. 8; Staudinger/*H. Honsell*, 1995, § 476a Rn. 4; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, 6. Aufl. 1997, Rn. 498 f.; Ulmer/*Brandner/Hensen*, AGB-Gesetz, 9. Aufl. 2001, § 25 Rn. 12; Löwe/*v. Westphalen/Trinkner*, AGB-Gesetz, 2. Aufl. 1983, § 25 Rn. 15 f.

Gesetzgeber die Regeln der Richtlinie einführen. Der Gesetzgeber habe § 476a S. 1 BGB a.F. also nur insoweit übernehmen wollen, als dieser Art. 3 Abs. 4 VerbrGKRL entspricht. Beide Versuche, diesen Widerspruch aufzulösen, würden sich damit über den Willen des Gesetzgebers, so wie er nun einmal in der Regierungsbegründung Ausdruck fand, in der einen oder anderen Weise hinwegsetzen.

Doch hat der Wille des Gesetzgebers zumindest eines deutlich gemacht: Art. 3 VerbrGKRL und § 476a S. 1 BGB a.F. sollten nur eine Kostenzuordnung anordnen und dadurch eine Kostenabwälzung durch den Verkäufer auf den Käufer ausschließen. Die Kostenzuordnung sollte eine eigenständige Rechtsfolge sein. Dem würde es widersprechen, einen Aufwendungsersatzanspruch als einzige Rechtsfolge des § 439 Abs. 2 BGB anzusehen. Damit würde die Kostenzuordnung zu einem bloßen Reflex herabgestuft werden. Es kann also nur darum gehen, ob § 439 Abs. 2 BGB mit einem Aufwendungsersatzanspruch noch eine zweite Rechtsfolge hat. Diesem Willen werden alle oben vorgestellten Ansichten gerecht<sup>24</sup>. Dagegen würde die oben aufgezeigte Möglichkeit, den Aufwendungsbegriff im herkömmlichen Sinne zu verstehen und so allein die Aufwendungen des Käufers als von § 439 Abs. 2 BGB erfaßt zu sehen, nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen<sup>25</sup>. Denn dann wäre in der Tat alleinige Rechtsfolge des § 439 Abs. 2 BGB ein Aufwendungsersatzanspruch.

## V. Der Vorrang der Nacherfüllung

### 1. Der Vorrang der Nacherfüllung

Der Käufer hat einen Anspruch auf Nacherfüllung aus §§ 439 Abs. 1, 437 Nr. 1 BGB. Zugleich hat aber auch der Verkäufer ein Recht zur Nacherfüllung. Er bekommt eine zweite Chance, sich den Kaufpreis zu verdienen. Dieses Recht zur Nacherfüllung des Verkäufers ergibt sich aus einem Umkehrschluß. Die übrigen in § 437 BGB aufgezählten Rechte des Käufers bei Mängeln sind nämlich grundsätzlich nachrangig zur Nacherfüllung. Sie können in der Regel erst dann geltend gemacht werden, wenn der Käufer dem Verkäufer erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat oder wenn eine solche Fristsetzung ausnahmsweise entbehrlich ist. Würde man dem Käufer nun gestatten, den Mangel eigenmächtig zu beseitigen oder sich mit einer mangelfreien Ersatzsache einzudecken und sodann die für die Nacherfüllung erforderlichen Kosten über § 439 Abs. 2 BGB auf den Verkäufer abzuwälzen, so könnte

<sup>24</sup> Siehe oben II.

<sup>25</sup> Siehe oben III.

der Käufer dem Verkäufer das Recht zur Nacherfüllung abschneiden und man würde dem Vorrang der Nacherfüllung nicht gerecht werden<sup>26</sup>.

Auch wollte der Gesetzgeber dem Käufer, anders als dem Besteller in § 637 Abs. 1 BGB, gerade kein Selbstvornahmerecht gewähren<sup>27</sup>. Nach § 637 Abs. 1 BGB kann der Besteller Aufwendungsersatz verlangen, wenn er wegen eines Mangels des Werks nach erfolglosem Ablauf einer von ihm zur Nacherfüllung bestimmten angemessenen Frist den Mangel selbst beseitigt. Ein entsprechendes Recht des Käufers kennt das Kaufrecht nicht. Daraus folgt, daß dieselbe Rechtsfolge nicht unter gleichen oder gar einfacheren Voraussetzungen zuerkannt werden darf. Aber das wäre der Fall, wenn man einen Aufwendungsersatzanspruch ohne Einschränkungen mit § 439 Abs. 2 BGB begründen würde.

Schließlich würde der Streit um eine analoge Anwendung des § 326 Abs. 2 S. 2 BGB im Falle der eigenmächtigen Mängelbeseitigung jeder Grundlage entbehren<sup>28</sup>, wenn man dem Käufer einen uneingeschränkten Anspruch aus § 439 Abs. 2 BGB zugestände. Denn bei §§ 346 Abs. 1, 326 Abs. 4, 2 S. 2 BGB geht es um die Frage, ob der Käufer einen Anspruch auf den Betrag hat, der dem Verkäufer dadurch erspart geblieben ist, daß nicht er, sondern der Käufer die Mängelbeseitigung durchgeführt hat. Ein Anspruch aus § 439 Abs. 2 BGB würde aber über diesen Betrag hinausgehen und dem Käufer einen Anspruch auf Ersatz seiner eigenen Kosten gewähren. Er könnte nicht nur das durch die Ersparnis beim Verkäufer entstandene Plus abschöpfen, sondern sogar das bei sich entstandene Minus liquidieren. Auf § 326 Abs. 2 S. 2 BGB käme es nicht mehr an.

Die Stellung der Nacherfüllung im Kaufgewährleistungsrecht schließt nach alledem die Annahme aus, es handele sich bei § 439 Abs. 2 BGB um eine Anspruchsgrundlage. Doch bedarf dieses Zwischenergebnis gleich in drei Richtungen näherer Absicherung. Zum ersten müssen die Voraussetzungen, unter denen die Ansicht, die § 439 Abs. 2 BGB als Anspruchsgrundlage versteht, einen Aufwendungsersatzanspruch gewähren möchte, näher beleuchtet werden. Denn wäre der Vorrang der Nacherfüllung nicht auch dann gewährleistet, wenn man auf den Anspruch aus § 439 Abs. 2 BGB die Voraussetzungen des § 670 BGB analog anwendet? Aber selbst wenn man eine solche analoge Anwendung des § 670 BGB ablehnt, könnte man auf zwei andere Wege einen Aufwendungsersatzanspruch aus § 439 Abs. 2 BGB begrenzen, um so eine Verletzung des Grundsatzes der Nacherfüllung zu vermeiden. Man könnte einerseits das Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit in § 439 Abs. 2 BGB nutzbar machen oder andererseits an die Meinungen zu § 476a

<sup>26</sup> Vgl. AnwKom-BGB/Büdenbender, 2002, § 439 Rn. 13 f.

<sup>27</sup> Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucks. 14/6040, S. 229.

<sup>28</sup> Zu diesem Streit siehe unten die Nachweise in Fn. 46, Fn. 81 und Fn. 82.

S. 1 BGB a.F. anknüpfen. Zum zweiten muß herausgearbeitet werden, wie weit der Vorrang der Nacherfüllung überhaupt reicht: Erfasst er nur die eigentliche Nacherfüllung oder auch Vorarbeiten? Wenn der Vorrang der Nacherfüllung Vorarbeiten wie den Transport nicht mehr erfasst, dann wird der Grundsatz vom Vorrang der Nacherfüllung auch nicht verletzt, wenn man, wie es *Putzo* vertritt, dem Käufer insoweit einen Aufwendungsersatzanspruch aus § 439 Abs. 2 BGB zugesteht. Zum dritten stellt sich die Frage, ob eventuell § 439 Abs. 2 BGB auch Kosten für solche Tätigkeiten, die der Käufer nicht als Nacherfüllung aus § 439 Abs. 1 BGB vom Verkäufer verlangen kann, dem Verkäufer zuordnet. Würde man für den Ersatz solcher Kosten § 439 Abs. 2 BGB als Anspruchsgrundlage ansehen, so wäre der Vorrang der Nacherfüllung ebenfalls nicht gefährdet.

## 2. Die Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 439 Abs. 2 BGB

### a) Die analoge Anwendung des § 670 BGB

*Oetker/Maultzsch* wollen zur Einschränkung des Anspruchs aus § 439 Abs. 2 BGB § 670 BGB analog heranziehen<sup>29</sup>:

„Analog § 670 BGB kann der Käufer die Aufwendungen aber nur beanspruchen, soweit er diese für erforderlich halten durfte. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß dem Käufer grundsätzlich kein Recht zur Selbstbeseitigung eines Mangels unter Kostenersatzpflicht des Verkäufers zusteht, so daß er Aufwendungen hierfür nach den §§ 439 Abs. 2, 670 analog nur verlangen kann, wenn er dies mit dem Verkäufer abgesprochen hätte.“

Doch ist eine solche analoge Anwendung des § 670 BGB Bedenken ausgesetzt. Zum Zwecke der Mängelbeseitigung ist es in vielen Fällen erforderlich, daß die Sache zum Käufer transportiert wird. Unter Anwendung des § 670 BGB müßte man eigentlich zu dem Ergebnis gelangen, daß der Käufer dann den Transport eigenmächtig veranlassen darf. Verlangt der Käufer die Beseitigung des Mangels und weiß er darüber hinaus, daß der Verkäufer die Sache nicht selbst reparieren kann, so ist die Einschaltung eines Dritten erforderlich. Unter Anwendung des § 670 BGB müßte man wiederum eigentlich zu dem Ergebnis kommen, daß der Käufer unter diesen Umständen den Dritten beauftragen und dann die Kosten nach § 439 Abs. 2 BGB ersetzt verlangen darf. Das würde dem Vorrang der Nacherfüllung widersprechen. Es kommt im vorliegenden Zusammenhang aber auch gar nicht darauf an, *was* der Käufer

<sup>29</sup> *Oetker/Maultzsch* (Fn. 2), S.102. Ähnlich *Schürholz* (Fn. 2), S.74; *Kandler* (Fn.2), S.446. Ähnlich schon zu §476a S.1 BGB a.F. *Löwe/v. Westphalen/Trinkner*, AGB-Gesetz, 2. Aufl. 1983, § 25 Rn.16. Ähnlich in Hinblick auf § 635 Abs.2 BGB *Staudinger/Peters*, 2003, § 635 Rn. 3.

für erforderlich halten durfte, sondern ob er davon ausgehen durfte, *daß gerade er* die Nacherfüllungshandlung vornehmen durfte. Oder, um es anders auszudrücken: § 670 BGB setzt voraus, daß ein Auftrag vorliegt oder daß die Voraussetzungen einer berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegen. Damit ist geklärt, *daß* der Geschäftsführer überhaupt für den Geschäftsherrn handeln durfte. § 670 BGB klärt dann darüber auf, *was* der Geschäftsführer tun darf, um Aufwendungsersatz verlangen zu können. Aber vorliegend ist nicht problematisch, *was* der Käufer alles tun darf, sondern *ob* er überhaupt an Stelle des Verkäufers handeln darf.

Zudem gelangt man unter Anwendung des § 670 BGB auch nicht zu dem Ergebnis, daß der Käufer nur dann Aufwendungen für erforderlich halten darf, wenn er sich mit dem Verkäufer abgesprochen hat. Denn § 670 BGB gewährt dem Beauftragten gerade nicht nur einen Ersatzanspruch für Aufwendungen, die er zuvor mit dem Auftraggeber abgesprochen hat, sondern auch für solche, die er ohne eine solche Absprache für erforderlich halten durfte.

Aber der Hinweis auf eine mögliche Absprache zwischen Käufer und Verkäufer deutet auf eine andere Möglichkeit hin, wie man zur Anwendung des § 670 BGB kommen kann. Haben sich Käufer und Verkäufer z.B. darauf geeinigt, daß der Käufer für den Verkäufer den Transport der mangelhaften Kaufsache zum Verkäufer organisieren soll, so liegt ein Auftrag im Sinne des § 662 BGB vor. Der Aufwendungsersatzanspruch des Käufers ergibt sich dann direkt aus § 670 BGB. Der Umweg über § 439 Abs. 2 BGB ist unnötig.

### *b) Die Erforderlichkeit im Sinne des § 439 Abs. 2 BGB*

Bereits oben wurde darauf hingewiesen, daß die Voraussetzung der Erforderlichkeit in § 439 Abs. 2 BGB einen Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer auf Aufwendungsersatz einschränken könnte<sup>30</sup>. Dadurch könnte man versuchen, den Vorrang der Nacherfüllung zu sichern. Man könnte Aufwendungen des Käufers nämlich nur ausnahmsweise als erforderlich ansehen. Man könnte z.B. sagen, daß eine Aufwendung des Käufers nicht schon deshalb erforderlich ist, weil der Verkäufer sie auch hätte tätigen müssen, sondern nur dann, wenn es auch erforderlich war, daß gerade der Käufer handelte. Das könnte man z.B. annehmen, wenn es dem Käufer unzumutbar ist, vorher den Verkäufer zu kontaktieren. Oder man könnte annehmen, daß ein Handeln des Käufers i.S.d. § 439 Abs. 2 BGB erforderlich ist, wenn die Nacherfüllungshandlung unaufschiebbar ist, etwa weil das verkaufte Tier an der Krankheit, die zugleich den Mangel darstellt, zu sterben droht und der Ver-

<sup>30</sup> Siehe oben III.



käufer gerade nicht erreicht werden kann<sup>31</sup>. Oder man könnte eine solche Erforderlichkeit bejahen, wenn es ausnahmsweise im Interesse des Verkäufers ist, daß der Käufer die Nacherfüllungshandlung vornimmt, ohne ihn vorher zu konsultieren. Hat man so die Erforderlichkeit, daß gerade der Käufer handelte, bejaht, so könnte man den Käufer weiter beschränken. Er darf eben nur erforderliche Handlungen vornehmen. Er darf das sterbende Tier behandeln lassen, aber er hat unter mehreren Behandlungsmöglichkeiten die gerade eben erforderliche auszuwählen. Man könnte auch daran denken, das Erforderlichkeitskriterium bei der Höhe des Aufwendungsersatzanspruchs nutzbar zu machen. Entsprechen die Kosten, die der Verkäufer hätte aufwenden müssen, den Kosten, die der Käufer aufgewendet hat, dann könnte man diese Aufwendungen per se als erforderlich erachten. Möchte aber der Käufer einen darüber hinausgehenden Betrag ersetzt haben, dann sind, so könnte man argumentieren, für die Erforderlichkeit zusätzliche Voraussetzungen zu erfüllen.

Es wäre sicherlich möglich, die Erforderlichkeitsvoraussetzung in diesem Sinne nutzbar zu machen und so den Grundsatz vom Vorrang der Nacherfüllung zu sichern. Doch wären damit auch Probleme verbunden: Zum ersten würde der Begriff der Erforderlichkeit nur die Aufwendungen des Käufers einschränken. So mögen für ihn z.B. die Kosten eines erfolglosen eigenmächtigen Nachbesserungsversuchs nicht erforderlich gewesen sein. Geht es dagegen um die Aufwendungen des Verkäufers, und auch diese sind ja vom § 439 Abs. 2 BGB erfaßt, so fallen solche Kosten einer erfolglosen Nachbesserung auf jeden Fall unter das Tatbestandsmerkmal der zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen<sup>32</sup>. Ein einheitliches Verständnis der Voraussetzung der Erforderlichkeit wäre also nicht gewährleistet. Der Begriff müßte unterschiedlich verstanden werden je nachdem, ob nun die Aufwendungen des Käufers oder des Verkäufers gemeint sind. Zum zweiten würde man den Begriff der Erforderlichkeit überstrapazieren: Er müßte gleichzeitig darüber Auskunft geben, *ob* der Käufer für den Verkäufer handeln darf, *was* der Käufer als Nacherfüllung veranlassen darf, und dieser Begriff müßte den Anspruch höhenmäßig beschränken. Weder in § 670 BGB<sup>33</sup> noch in §§ 536a Abs. 2 und 637 Abs. 1 BGB erfüllt der Begriff der Erforderlichkeit derartig viele Funktionen. Hier schränkt er nur das *Was* ein. Und in § 635 Abs. 2 BGB ist dieser Begriff sogar funktionslos<sup>34</sup>. Zum dritten wäre ein solches Verständ-

<sup>31</sup> Ähnlich die dem BGH, NJW 2005, 3211, dem LG Bielefeld, ZGS 2005, 79, und dem LG Essen, ZGS 2004, 399, vorliegenden Sachverhalte. Der BGH, das LG Bielefeld in der Vorinstanz und das LG Essen diskutierten die Möglichkeit eines Anspruchs aus § 439 Abs. 2 BGB nicht.

<sup>32</sup> jurisPK-BGB/Pammler, 2. Aufl. 2004, § 439 Rn. 38.

<sup>33</sup> Siehe oben V.2.a.

<sup>34</sup> Siehe oben III.

nis aber auch nur dann notwendig, wenn die Wertungen, die man so in den Erforderlichkeitsbegriff hineinlesen wollte, nicht bereits durch andere Anspruchsgrundlagen ganz offen angesprochen werden. Das wird unten näher zu untersuchen sein<sup>35</sup>.

*c) Die Einschränkungen des Aufwendungsersatzanspruchs aus § 476a BGB a.F.*

Die h.M. verstand schon § 476a S. 1 BGB a.F. als Aufwendungsersatzanspruch des Käufers gegen den Verkäufer<sup>36</sup>. Allerdings wollte auch diese h.M. zum alten Recht dem Käufer einen solchen Anspruch nicht uneingeschränkt zugestehen. So wurde einerseits die Ansicht vertreten, daß der Käufer aufgewendete Kosten nur soweit vom Verkäufer ersetzt verlangen kann, als sie sich im Rahmen des Üblichen halten<sup>37</sup>. Andererseits wurde auf § 633 Abs. 3 BGB a.F. (jetzt: § 637 Abs. 1 BGB) verwiesen. Der Käufer könne z.B. solche Kosten für Gutachten, die zur Aufklärung des Sachmangels erforderlich waren, nur ersetzt verlangen, die „bis zu dem Zeitpunkt anfallen, zu dem feststeht, daß ein bestimmter Mangel vorliegt, den der Verkäufer zu vertreten hat. Danach muß der Weg von § 633 Abs 3 beschritten werden, wenn der Käufer den Mangel selbst beseitigen will“<sup>38</sup>. Hatten die Parteien einen Nachbesserungsanspruch des Käufers vertraglich vereinbart, dann konnte er nach h.M. entsprechend § 633 Abs. 3 BGB a.F. den Mangel selbst beseitigen, wenn der Verkäufer mit der Nachbesserung im Verzug war, und dann Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen<sup>39</sup>.

An diese alte Rechtslage anzuknüpfen, bereitet Schwierigkeiten. Denn sie beruhte offensichtlich auf einem Zusammenspiel zwischen § 476a S. 1 BGB und § 633 Abs. 3 BGB a.F., den die h.M. im Kaufrecht analog anwenden wollte. Eine dem § 633 Abs. 3 BGB a.F. entsprechende Vorschrift kennt auch das neue Werkvertragsrecht in § 637 Abs. 1 BGB. Der Schuldrechtsreformgesetzgeber hat es aber ausdrücklich abgelehnt, eine dem § 637 Abs. 1 BGB vergleichbare Vorschrift im Kaufrecht einzuführen<sup>40</sup>. Deshalb ist nach neuem

<sup>35</sup> Siehe unten VIII.

<sup>36</sup> Siehe oben die Nachweise in Fn. 23.

<sup>37</sup> Erman/*Grunewald*, 10. Aufl. 2000, § 476a Rn. 2.

<sup>38</sup> Erman/*Grunewald*, 10. Aufl. 2000, § 476a Rn. 2.

<sup>39</sup> BGH, NJW 1976, 234; BGH, NJW 1990, 901; Soergel/*U. Huber*, 12. Aufl. 1991, § 476a Rn. 18 f., § 462 Rn. 68; Staudinger/*H. Honsell*, 1995, § 462 Rn. 17; Staudinger/*Peters*, 1994, § 633 Rn. 216; MK-BGB/*H.P. Westermann*, 3. Aufl. 1995, § 462 Rn. 13; Palandt/*Putzo*, 61. Aufl. 2002, § 462 Rn. 6; Erman/*Grunewald*, 10. Aufl. 2000, Vor § 459 Rn. 66; Löwe/*v. Westphalen/Trinkner*, AGB-Gesetz, 2. Aufl. 1983, § 25 Rn. 16. Differenzierend Köhler, JZ 1984, 399 f.

<sup>40</sup> Siehe oben Fn. 27.

Recht eine analoge Anwendung des § 637 Abs. 1 BGB ausgeschlossen<sup>41</sup>. Damit scheint aber auch eine unbeschene Übernahme der zu § 476a S. 1 BGB a.F. entwickelten Ansichten nicht möglich zu sein. Zudem sollte § 476a S. 1 BGB a.F. nur dann eine Anspruchsgrundlage auf Ersatz der Nacherfüllungskosten sein, wenn der Verkäufer den Mangel zu vertreten hatte<sup>42</sup>. Ziel dieser Ansicht war damit wohl, die als unbillig empfundenen Voraussetzungen des § 463 BGB a.F. zu umgehen. Verlangt der Käufer dagegen nach neuem Recht Schadensersatz wegen eines Mangels, so genügt ein Vertretenmüssen des Verkäufers. Insoweit mag für eine Anknüpfung an die alte Rechtslage auch schlicht das Bedürfnis fehlen. Auch das wird unten näher beleuchtet werden<sup>43</sup>.

### 3. Die Reichweite des Vorrangs der Nacherfüllung

§ 439 Abs. 2 BGB als Anspruchsgrundlage zu verstehen ist ausgeschlossen, wenn und soweit der Vorrang der Nacherfüllung beeinträchtigt wird. Sicher ist, daß dies für die eigentliche Nacherfüllungshandlung gilt, also die Mängelbeseitigung selbst oder den Kauf einer Ersatzsache. Doch gilt das gleichermaßen für vorbereitende Handlungen wie den Transport? Kauft jemand einen Photoapparat im Versandhandel und ist dieser Photoapparat mangelhaft, so kann der Käufer Nacherfüllung verlangen. Unser Käufer begehrt Mängelbeseitigung. Erfüllungsort des Nacherfüllungsanspruchs ist nach h.M. der Belegenheitsort des Photoapparats<sup>44</sup>. Der Käufer kann also aus § 439 Abs. 1 BGB vom Verkäufer verlangen, daß dieser den mangelhaften Photoapparat bei ihm abholt und ihn nach erfolgter Reparatur wieder zurückbringt. Dem Vorrang der Nacherfüllung würde es nun sicherlich zuwiderlaufen, wenn der Käufer den Photoapparat bei einem Dritten in Reparatur gibt und sodann für die entstandenen Kosten einen Aufwendungsersatzanspruch aus § 439 Abs. 2 BGB geltend machen würde. Aber möchte man ernsthaft behaupten, daß in unserem Beispiel der Käufer den Verkäufer in seinem Recht zur Nacherfüllung beschränkt, wenn er den Photoapparat, ohne den Verkäufer zuvor kontaktiert zu haben, einfach an den Verkäufer mit der Bitte um Reparatur zurücksendet und dann die entstandenen Portokosten ersetzt haben möchte? Kann sich der Verkäufer ernsthaft darauf berufen, daß, eben weil der Nacherfüllungsanspruch auch den Transport des Photoapparates umfaßt und eben weil der Käufer den Photoapparat unaufgefordert zum Verkäufer zurückgesandt hat, nunmehr insofern eine eigenmächtige Nacherfüllung vorliegt und der Käufer als Konsequenz jegliche Ansprüche auf Ersatz der Portokosten

<sup>41</sup> Vgl. dazu noch unten den Text zu und nach Fn. 71.

<sup>42</sup> So ausdrücklich Grunewald in dem Zitat zu Fn. 38.

<sup>43</sup> Siehe unten den Text zu Fn. 70.

<sup>44</sup> Vgl. die Nachweise unten in Fn. 56.

verliert? Die Fragen berühren ein grundsätzlicheres Problem: Wie weit reicht der Vorrang der Nacherfüllung? Erfasst er nur die eigentliche Nacherfüllungshandlung oder erfasst er auch vorbereitende Handlungen, wie etwa den Transport?

Diese Fragen werden in der Literatur, wie oben bereits deutlich wurde, unterschiedlich beantwortet. *Faust* glaubt, daß der Vorrang der Nacherfüllung sich auch auf vorbereitende Handlungen bezieht, daß also der Käufer den Rücktransport der mangelhaften Kaufsache nicht einfach selbst vornehmen lassen darf, um sodann die Transportkosten aus § 439 Abs. 2 BGB vom Verkäufer ersetzt zu verlangen. *Putzo* dagegen meint, daß § 439 Abs. 2 BGB nur bezüglich der Kosten der eigentlichen Mängelbeseitigung keine Anspruchsgrundlage darstellt. Er glaubt damit wohl auch, daß bezüglich vorbereitender Handlungen der Vorrang der Nacherfüllung nicht berührt wird. Welcher Ansicht ist zu folgen?

Zwar kennt das Gesetz den Vorrang der Nacherfüllung, doch ergibt sich weder aus dem Gesetzestext noch aus dem Zweck der Nacherfüllung oder aus dem Willen des Schuldrechtsreformgesetzgebers, wie weit dieser Vorrang wirklich reicht. Man sollte deshalb auch nicht mit logischer Strenge den Schluß ziehen, daß der Käufer den Transport nicht vornehmen darf, weil er ihn auch aus § 439 Abs. 1 BGB vom Verkäufer hätte verlangen können.

Daß § 439 Abs. 2 BGB dennoch keine Anspruchsgrundlage für den Ersatz der Transportkosten ist, ergibt sich aus folgender Überlegung: Es würde die schutzwürdigen Interessen des Verkäufers zu stark beeinträchtigen, wenn man dem Käufer in jedem Fall einen Aufwendungsersatzanspruch für die Kosten des Transports zuerkennen würde. In dem Beispiel mit dem Photoapparat möchte man intuitiv einen solchen Anspruch gewähren. Doch wenn der Käufer nun eine Waschmaschine im Versandhandel bestellt hat, wird man ihm wohl kaum erlauben wollen, daß er die Waschmaschine bei einem Defekt sofort an den Verkäufer durch eine Spedition zur Reparatur zurücksendet, um sich dann die entstandenen Kosten vom Verkäufer ersetzen zu lassen. Denn für den Verkäufer mag es preiswerter sein, einen Reparaturdienst zum Käufer zu schicken und den Mangel dort beheben zu lassen. In dem Beispiel mit dem Photoapparat durfte sich der Käufer also, soweit er z.B. in den AGB keine anderen Angaben vorfand, vielleicht noch zur Rücksendung der defekten Kaufsache befugt fühlen, in dem Beispiel mit der Waschmaschine durfte er das auf jeden Fall nicht. Im Rahmen des § 439 Abs. 2 BGB wären solche Differenzierungen nicht möglich. Das Erforderlichkeitskriterium des § 439 Abs. 2 BGB würde man zumindest überstrapazieren, wollte man es zur Lösung heranziehen. Im Rahmen des § 439 Abs. 2 BGB bliebe also nur die Möglichkeit, Transportkosten entweder immer oder gar nicht als ersatzfähig anzusehen. Da es den Interessen des Verkäufers zuwiderlaufen würde, sie immer als er-

satzfähig anzuerkennen, sollte das Verständnis des § 439 Abs. 2 BGB als Anspruchsgrundlage für den Ersatz von Aufwendungen für die die Nacherfüllung vorbereitenden Tätigkeiten ganz abgelehnt werden.

Denn die Interessen des Käufers können auch über andere Anspruchsgrundlagen geschützt werden, mit denen man auch die Interessen des Verkäufers genügend berücksichtigen kann<sup>45</sup>. Eine sachgerechte Lösung wäre sicherlich über §§ 346 Abs. 1, 326 Abs. 4, 2 S. 2 BGB möglich. Der Käufer könnte damit die dem Verkäufer ersparten Aufwendungen verlangen. Hätte sich der Verkäufer des Photoapparates die mangelhafte Sache ohnehin per Post zusenden lassen, dann sind ihm genau die Aufwendungen des Käufers erspart geblieben. Hätte der Verkäufer der Waschmaschine einen Reparaturservice zum Käufer geschickt, so entstand ihm durch die eigenmächtige Zusendung durch den Verkäufer dagegen wohl gar keine Ersparnis. Der Weg über §§ 346 Abs. 1, 326 Abs. 4, 2 S. 2 BGB wurde vom BGH jedoch jüngst abgelehnt<sup>46</sup>.

Eine andere Möglichkeit zeigt *Faust* auf. Er verweist darauf, daß der Käufer dann Ersatz der Kosten für den von ihm veranlaßten Transport verlangen kann, wenn sich die Parteien darauf geeinigt hatten, daß der Käufer die Kaufsache zum Verkäufer senden soll. Anspruchsgrundlage wären wiederum §§ 670, 662 BGB. Im Wege der normativen Vertragsauslegung könnte man eine solche Einigung wohl sogar auch in dem Beispiel mit dem verkauften Photoapparat annehmen: Die Versandkosten eines Photoapparates sind so gering, daß der Käufer davon ausgehen durfte, daß der Verkäufer keinen Reparaturservice zum Käufer schickt; zudem hatte er den Photoapparat im Versandhandel gekauft und dann dürfte sich der Käufer nach Treu und Glauben wohl auch zur Rücksendung der mangelhaften Kaufsache befugt fühlen. Wann man einen konkludenten Abschluß eines solchen Auftrags annehmen kann, hängt vom Einzelfall ab. Die Hürden sind sicherlich hoch. Denn im Rahmen der normativen Auslegung wird zu berücksichtigen sein, daß dem Käufer grundsätzlich kein Recht zusteht, Nacherfüllungshandlungen eigenmächtig durchzuführen, um danach die entstandenen Kosten ersetzt zu verlangen. Ob diese Hürde in dem Beispiel mit dem Photoapparat bereits genommen ist, darüber mag man trefflich streiten. Gegen die generelle Möglichkeit des konkludenten Abschlusses eines solchen Auftrages spricht das allerdings nicht.

<sup>45</sup> Siehe dazu ausführlich unten VIII.

<sup>46</sup> BGH, NJW 2005, 1348. Ablehnend *Wiese*, BB 2005, 905 ff.; *S. Lorenz*, NJW 2005, 1321 ff.; *Herresthal/Riehm*, NJW 2005, 1457 ff.; *Oechsler*, LMK 2005, 81 f.; *Bydlinski*, ZGS 2005, 129 ff. Zustimmend *Danner-Lieb*, ZGS 2005, 169 ff.; *Sutschet*, JZ 2005, 574 ff.; *Arnold*, MDR 2005, 661 f.; *Lamprecht*, ZGS 2005, 266 ff., 273; *Tonner*, BB 2005, 903 ff. Siehe außerdem unten VIII.

§ 439 Abs. 2 BGB ist also auch für vorbereitende Handlungen keine Anspruchsgrundlage. Im Rahmen des § 439 Abs. 2 BGB wäre es nämlich nicht möglich, die sich gegenüberstehenden Interessen von Käufer und Verkäufer wertungsgerecht auszugleichen. Dadurch wird der Käufer jedoch nicht rechtlos gestellt. Ihm stehen andere Anspruchsgrundlagen offen, mit denen er seine Kosten ersetzt verlangen kann<sup>47</sup>.

#### 4. Kongruenz zwischen § 439 Abs. 1 BGB und § 439 Abs. 2 BGB?

Der Vorrang der Nacherfüllung wird nur dann durch das Verständnis des § 439 Abs. 2 BGB als Anspruchsgrundlage beeinträchtigt, wenn der Käufer die Kosten für solche Tätigkeiten nach § 439 Abs. 2 BGB auf den Verkäufer abwälzen möchte, deren Erfüllung er nach § 439 Abs. 1 BGB hätte verlangen können. Es stellt sich damit die Frage, ob § 439 Abs. 1 BGB und Abs. 2 BGB in ihrer Anwendung deckungsgleich sind? Oder geht Abs. 2 BGB über den Abs. 1 BGB hinaus? Für diesen überschießenden Teil, also für Kosten für Tätigkeiten, die zwar zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlich waren und damit unter § 439 Abs. 2 BGB fallen, deren Erfüllung der Käufer aber nicht vom Verkäufer aus § 439 Abs. 1 BGB verlangen kann, wird der Vorrang der Nacherfüllung durch die Gewährung eines Aufwendungsersatzanspruchs nicht gefährdet. Das Gesagte sei anhand der vier folgenden Beispiele erläutert:

(a) Bekommt der Käufer einen defekten Computer geliefert und kann der Fehler durch eine einfache Reparatur behoben werden, so hat der Käufer als Mängelbeseitigung einen Anspruch auf die Reparatur des Computers aus § 439 Abs. 1 BGB. Würde der Käufer nun den Computer bei einem Dritten reparieren lassen und würde man ihm sodann einen Anspruch auf Ersatz der entstandenen Kosten aus § 439 Abs. 2 BGB gegen den Verkäufer gewähren, so wäre der Vorrang der Nacherfüllung eindeutig beeinträchtigt.

(b) Ebenso eindeutig, aber genau umgekehrt liegt das zweite Beispiel: Aus § 476a S. 1 BGB a.F. konnte nach wohl h.M. auch der Ersatz für Gutachter- und Rechtsanwaltskosten verlangt werden, sofern sie für das Auffinden der Schadensursache bzw. für die Verfolgung des Nachbesserungsanspruchs erforderlich waren<sup>48</sup>. Denn auch solche Aufwendungen tätigte der Käufer zum

<sup>47</sup> Siehe ausführlich unten VIII.

<sup>48</sup> BGH, NJW 1991, 1604; BGH, NJW-RR 1999, 813, 814; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2003, 454; AG Wuppertal, NJW-RR 1988, 1141; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, 6. Aufl. 1997, Rn. 499; MK-BGB/H.P. Westermann, 3. Aufl. 1995, § 476a Rn. 4; Staudinger/H. Honsell, 1995, § 476a Rn. 4; Palandt/Putzo, 61. Aufl. 2002, § 476a Rn. 7. Zum Teil a.A. Soergel/U. Huber, 12. Aufl. 1991, § 476a Rn. 18; Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 9. Aufl. 2001, § 25 Rn. 14; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, AGBG, 1977, § 25 Rn. 2.

Zwecke der Nachbesserung. Vertritt man nun die Meinung, daß auch § 439 Abs. 2 BGB diese Kosten erfaßt<sup>49</sup>, dann wird durch die Gewährung eines Anspruchs auf Ersatz der Rechtsanwaltskosten aus § 439 Abs. 2 BGB der Vorrang der Nacherfüllung sicherlich nicht beeinträchtigt. Denn die rechtsanwaltliche Beratung und Verfolgung seiner Interessen kann der Käufer nicht nach § 439 Abs. 1 BGB vom Verkäufer verlangen.

Fraglich ist aber, ob an die h.M. zu § 476a BGB a.F. überhaupt weiter angeknüpft werden sollte und ob daher Gutachter- und Rechtsanwaltskosten auch in den Anwendungsbereich des § 439 Abs. 2 BGB fallen. Schon die Anwendung des § 476a S. 1 BGB a.F. auf Gutachter- und Rechtsanwaltskosten war streitig. Die Rechtsprechung bejahte sie<sup>50</sup>. Die Literatur widersprach zum Teil<sup>51</sup>. Zur Lösung unserer Frage kann wiederum nicht auf den Willen des Gesetzgebers zurückgegriffen werden. Auch hier wirkt sich der Widerspruch in der Begründung zu § 439 Abs. 2 BGB aus. Art. 3 VerbrGKRL umfaßt Gutachter- und Rechtsverfolgungskosten nicht, und § 439 Abs. 2 BGB sollte Art. 3 VerbrGKRL nach dem Willen des Schuldrechtsreformgesetzgebers gerade entsprechen. Zudem wollte er mit § 439 Abs. 2 BGB den § 476a S. 1 BGB a.F. übernehmen, und dieser fand auf solche Kosten Anwendung.

Gegen die Anwendung des § 439 Abs. 2 BGB auf solche Kosten sprechen jedoch die folgenden Erwägungen: Es fehlt eine entsprechende Vorschrift für den Rücktritt und die Minderung<sup>52</sup>. Ist also der Nacherfüllungsanspruch ausgeschlossen, weil die Nacherfüllung etwa unmöglich ist, so bliebe der Käufer auf den Gutachter- und Rechtsanwaltskosten mangels einer Anspruchsgrundlage sitzen. Die Ersatzfähigkeit dieser Kosten hinge also davon ab, welchen der in § 437 BGB genannten Rechtsbehelfe der Käufer geltend macht oder geltend machen kann. Diese Differenzierung wäre nicht zu rechtfertigen. Zwar kannte auch das alte Recht diese Differenzierung. Gutachter- und Rechtsverfolgungskosten waren von § 476a S. 1 BGB a.F., nicht aber von § 467 S. 2 BGB a.F. erfaßt<sup>53</sup>. Hier war dieser Unterschied aber sicher nicht so schwerwiegend, weil es sich bei der Wandlung um ein gesetzliches Gewährleistungsrecht handelte, bei der Nachbesserung hingegen um ein vertraglich eingeräumtes Recht. Für das neue Recht überzeugt dieser Unterschied aber nicht mehr. Zudem ist das Bedürfnis für eine solche Anwendung des § 439 Abs. 2

<sup>49</sup> So z.B. jurisPK-BGB/Pammler, 2. Aufl. 2004, § 439 Rn. 39 f.; Hk-BGB/Saenger, 3. Aufl. 2003, § 439 Rn. 3; Jauernig/Chr. Berger, 11. Aufl. 2004, § 439 Rn. 17; Staudinger/Matusche-Beckmann, 2004, § 439 Rn. 32; Kandler (Fn. 2), S. 446.

<sup>50</sup> Vgl. oben die Nachweise in Fn. 48.

<sup>51</sup> Vgl. oben die Nachweise in Fn. 48.

<sup>52</sup> A.A. Ehmman/Sutschet, Modernisiertes Schuldrecht, 2002, S. 203 Fn. 33, mit Verweis auf § 284 BGB. § 284 BGB erfaßt die Rücktrittskosten aber gerade nicht.

<sup>53</sup> Deshalb wollten Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, AGBG, 1977, § 25 Rn. 2 solche Kosten schon nach altem Recht nicht von § 476a BGB a.F. erfaßt wissen.

BGB entfallen. Oben ist bereits deutlich geworden, daß § 476a S. 1 BGB a.F. für Gutachterkosten nur dann eine Anspruchsgrundlage darstellen sollte, wenn der Verkäufer den Mangel zu vertreten hatte<sup>54</sup>. Nach neuem Recht können in einem solchen Fall die Gutachterkosten schlicht über § 280 Abs. 1 BGB als Mangelfolgeschaden liquidiert werden<sup>55</sup>.

(c) Auch bezüglich der in § 439 Abs. 2 BGB genannten Transport- und Wegekosten besteht, legt man die h.M. zugrunde, eine Kongruenz zu § 439 Abs. 1 BGB. Erfüllungsort des Nacherfüllungsanspruchs ist nämlich nach h.M. grundsätzlich der Belegenheitsort der Kaufsache<sup>56</sup>. Verlangt der Käufer also Lieferung einer mangelfreien Sache nach § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB, so muß der Verkäufer die mangelhafte Sache abholen und die mangelfreie Sache anliefern. Er trägt konsequenterweise auch die Kosten. Verlangt der Käufer dagegen Mängelbeseitigung nach § 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB, so umfaßt dieser Anspruch nach h.M. ebenfalls, daß der Verkäufer zum Belegenheitsort anreist und die Sache dort reparieren läßt. Selbstverständlich trägt er dann auch die Wegekosten. Möchte der Verkäufer die Sache woanders reparieren, so muß er sie konsequenterweise auf eigene Kosten dorthin transportieren.

Eine Mindermeinung vertritt allerdings die Ansicht, daß der Erfüllungsort des Nacherfüllungsanspruchs regelmäßig nicht der Belegenheitsort der Kaufsache ist, sondern beim Verkäufer liegt<sup>57</sup>. Der Käufer kann nach dieser Ansicht also in der Regel nicht schon aus § 439 Abs. 1 BGB vom Verkäufer verlangen, daß der Verkäufer die Kaufsache bei ihm abholt oder bei ihm repariert. Würde man dieser Ansicht folgen, so wäre der Vorrang der Nacherfüllung nicht durch die Gewährung eines Ersatzanspruchs für die Transport- und Wegekosten aus § 439 Abs. 2 BGB verletzt. Allerdings sprechen, auch wenn man dieser Mindermeinung folgt, gewichtige Gründe gegen die Gewährung eines solchen Anspruchs: Zum einen greifen auch hier die Ausführungen von oben, daß ein Anspruch auf Ersatz der Transportkosten nach § 439 Abs. 2 BGB immer oder gar nicht gewährt werden kann, daß es aber den Interessen des Verkäufers zuwiderliefe, dem Käufer einen solchen Anspruch immer zuzugestehen. Zum anderen wird der Käufer, und auch das wurde oben bereits festgestellt, nicht rechtlos gestellt, wenn man § 439 Abs. 2 BGB nicht als Anspruchsgrundlage versteht.

<sup>54</sup> So ausdrücklich Grunewald in dem Zitat zu Fn. 38.

<sup>55</sup> Siehe unten den Text zu Fn. 70.

<sup>56</sup> AG Menden, NJW 2004, 2171; Bamberger/Roth/Faust, 2003, § 439 Rn. 13; Palandt/Putzo, 65. Aufl. 2006, § 439 Rn. 3a; MK-BGB/H.P. Westermann, 4. Aufl. 2004, § 439 Rn. 7; Oetker/Maultzsch (Fn. 2), S. 88; jurisPK-BGB/Pammler, 2. Aufl. 2004, § 439 Rn. 28 ff.; Staudinger/Matusche-Beckmann, 2004, § 439 Rn. 9; Tiedtke/Schmitt, DStR 2004, 2017 f.; P. Huber, NJW 2002, 1006; S. Lorenz, NJW 2005, 1895. Differenzierend P. Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, § 13 Rn. 27.

<sup>57</sup> Kandler (Fn. 2), S. 442 ff.; Schürholz (Fn. 2), S. 57; Schubel (Fn. 1), S. 181; Jacobs (Fn. 5), S. 374 f.



Denn es stehen ihm ja andere Anspruchsgrundlagen offen, mit denen er die Transportkosten ersetzt verlangen kann.

(d) Im Werkvertragsrecht wird schließlich die Ansicht vertreten, daß der Ersatz für Kosten für die Planung und Überwachung der Nacherfüllung aus § 635 Abs. 2 BGB verlangt werden kann<sup>58</sup>. Dasselbe könnte man dann freilich auch für den wortgleichen § 439 Abs. 2 BGB meinen. Dagegen spricht jedoch Folgendes: Die Kosten der Überwachung der Erfüllung fallen dem Käufer grundsätzlich immer zur Last. Aber der Nacherfüllungsanspruch ist nur ein modifizierter Erfüllungsanspruch. Wieso sollte der Käufer dann die Kosten der Überwachung der Nacherfüllung auf den Verkäufer abwälzen dürfen? Etwas anderes würde freilich dann gelten, wenn der Verkäufer den Mangel zu vertreten hat. Dann kann der Käufer diese zusätzlichen Kosten als einfachen Schadensersatz über § 280 Abs. 1 BGB ersetzt verlangen. Das leitet zum nächsten Gedanken über.

#### *VI. Das Vertretenmüssen als Voraussetzung eines Schadensersatzanspruchs*

Nicht nur der Grundsatz vom Vorrang der Nacherfüllung würde durch die Gewährung eines Aufwendungsersatzanspruches aus § 439 Abs. 2 BGB beeinträchtigt werden. Der Käufer hätte zudem die Möglichkeit über den Aufwendungsersatzanspruch aus § 439 Abs. 2 BGB einen Schaden zu liquidieren, selbst wenn der Verkäufer weder den Mangel noch das Ausbleiben der Nacherfüllungshandlung i.S.d. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB zu vertreten hat.

Für die eigentliche Nacherfüllungshandlung ist dieser Einwand sofort offensichtlich: Ist die gekaufte Sache mangelhaft, so kann der Verkäufer als Schadensersatz statt der Leistung den Betrag verlangen, der für die Beseitigung des Mangels erforderlich ist. Für einen solchen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung muß ein Vertretenmüssen auf Seiten des Verkäufers vorliegen. Würde man dem Käufer nun die Möglichkeit eröffnen, den für die Mängelbeseitigung erforderlichen Betrag als Aufwendungsersatz einzufordern, so könnte er den eigentlichen Mangelschaden selbst dann liquidieren, wenn ein solches Vertretenmüssen nicht vorliegt. Diesem Einwand kann man auch nicht durch eine analoge Anwendung des § 670 BGB entgehen<sup>59</sup>. Und im Rahmen der Erforderlichkeit nach § 439 Abs. 2 BGB könnte man diesen Gesichtspunkt ebenfalls kaum berücksichtigen<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> Bamberger/Roth/Voit, 2003, § 635 Rn. 9.

<sup>59</sup> Vgl. dazu oben V.2.a.

<sup>60</sup> Vgl. dazu oben V.2.b.



Abs. 2 BGB also eine reine Kostenzuordnungsvorschrift, dann scheint er schlicht überflüssig zu sein.

Doch wiederholt § 439 Abs. 2 BGB mit dieser Auslegung nicht nur etwas Selbstverständliches. Er tut dies auch auf verwirrende Art. Die eigentlich entscheidende Frage ist doch, was der Käufer alles als Nacherfüllung verlangen kann. Die Antwort auf diese Frage sucht man in § 439 Abs. 1 BGB. Ob der Käufer auch vorbereitende Handlungen, wie etwa den Transport, vom Verkäufer als Nacherfüllung verlangen kann, darüber gibt Abs. 1 aber zumindest nicht ausdrücklich Auskunft. Man hätte sich vielleicht eine Klarstellung in einem S. 2 zu Abs. 1 erwartet, der wie folgt oder ähnlich hätte lauten können: „Der Verkäufer schuldet als Nacherfüllung auch den Transport.“ Dann wäre als Folge auch selbstverständlich gewesen, daß der Verkäufer die Transportkosten zu tragen hat. Statt dessen werden in Abs. 2 die Kosten des Transports zugeordnet. Und daraus wird geschlossen, daß der Verkäufer wohl auch den Transport selbst schuldet<sup>63</sup>.

Sprechen diese Erwägungen damit dafür, § 439 Abs. 2 BGB als Anspruchsgrundlage zu verstehen? Denn nur dann, so könnte man meinen, wäre § 439 Abs. 2 BGB nicht überflüssig, sondern es käme ihm eine eigenständige Funktion zu. Und eine überflüssige, gar verwirrende Norm wollte der Gesetzgeber sicher nicht schaffen.

Doch auch mit der Ansicht, die § 439 Abs. 2 BGB als reine Kostenzuordnungsvorschrift versteht, erfüllt er eine sinnvolle Funktion und ist keinesfalls überflüssig. § 439 Abs. 2 BGB hat vielmehr klarstellende Funktion<sup>64</sup>. Schon § 476a S. 1 BGB hatte eine solche klarstellende Funktion<sup>65</sup>. Zwar ist dieser Klärungsbedarf aus deutscher Sicht eigentlich entfallen, und allein deshalb verursacht § 439 Abs. 2 BGB eher Verwirrung, als daß er eine Klärung herbeiführt. Denn die Kostenverteilung ergibt sich nunmehr, wie gesagt, unmittelbar aus § 439 Abs. 1 BGB. Aber aufgrund der Vorgabe in Art. 3 VerbrGKRL war der deutsche Gesetzgeber wohl weiterhin zu einer solchen Klarstellung verpflichtet.

<sup>63</sup> So z.B. AG Menden, NJW 2004, 2171; MK-BGB/H.P. Westermann, 4. Aufl. 2004, § 439 Rn. 7. Dagegen zu Recht Bamberger/Roth/Faust, 2003, § 439 Rn. 13; Schürholz (Fn. 2), S. 56.

<sup>64</sup> AnwKomm-BGB/Büdenbender, 2002, § 439 Rn. 13 f.; Bilir (Fn. 3), S. 80 Fn. 194.

<sup>65</sup> Siehe oben IV.2.

### VIII. Das Fehlen von Gerechtigkeitslücken

Der Wortlaut des § 439 Abs. 2 BGB deutet auf das Verständnis als reine Kostenzuordnungsvorschrift hin. Für dieses Verständnis spricht außerdem der Grundsatz vom Vorrang der Nacherfüllung und das Verschulden als Voraussetzung eines Schadensersatzanspruchs. Doch all diese Argumente wären in Frage gestellt, wenn es ein wirkliches praktisches Bedürfnis für die Gewährung eines Anspruchs aus § 439 Abs. 2 BGB gäbe, wenn also die Interessen des Käufers nicht bereits durch die übrigen ihm offen stehenden Anspruchsgrundlagen hinreichend geschützt wären. Die Möglichkeiten des Käufers, eigene Kosten auf den Verkäufer abzuwälzen, müssen also an dieser Stelle kurz dargestellt werden.

#### 1. Anspruch aus §§ 670, 662 BGB

Haben sich Käufer und Verkäufer darauf geeinigt, daß der Käufer Nacherfüllungshandlungen vornehmen soll, so liegt ein Auftrag im Sinne des § 662 BGB vor. Selbst wenn eine ausdrückliche Absprache fehlt, kann sie konkludent erfolgt sein (§§ 133, 157 BGB)<sup>66</sup>. Der Käufer kann sodann die entstandenen Kosten nach § 670 BGB ersetzt verlangen.

#### 2. Ansprüche aus §§ 280 ff. BGB

Hat der Verkäufer den Mangel oder zumindest den Umstand, daß er nicht innerhalb der vom Käufer gesetzten Frist die Nacherfüllung geleistet hat, zu vertreten und hat der Käufer dem Verkäufer erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt oder war eine solche Nachfristsetzung entbehrlich, so kann der Käufer die Nacherfüllungskosten als Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, 3, 281 ff. BGB liquidieren<sup>67</sup>. Es handelt sich um Schadensersatz statt der Leistung, weil der Käufer die Nacherfüllung aus § 439 Abs. 1 BGB vom Verkäufer verlangen konnte und der Ersatz der Nacherfüllungskosten gerade an die Stelle der Nacherfüllung tritt<sup>68</sup>. Dies gilt auch für vorbereitende Handlungen wie den Transport<sup>69</sup>. Für Rechtsverfolgungskosten und Kosten, die der Feststellung des Mangels dienen, so etwa Gutachterkosten, können

<sup>66</sup> Vgl. oben das Beispiel in V.2.a und V.3.

<sup>67</sup> Vgl. zu den strittigen Einzelfragen MK-BGB/H.P. Westermann, 4. Aufl. 2004, § 439 Rn. 10; Schubel (Fn. 1), S. 184; Schroeter, JR 2004, 443; Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 251; Arnold, ZIP 2004, 2412; Wiese/Tonner, BB 2005, 907 f.; Hellwege, Die §§ 280 ff. BGB. Versuch einer Auslegung und Systematisierung, 2005, S. 81 ff.

<sup>68</sup> Vgl. ausführlich Hellwege (Fn. 67), S. 14 ff., 23 ff., 84 ff.

<sup>69</sup> Siehe oben V.4.

§§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB einschlägig sein. Für solche Rechtsverfolgungs- und Gutachterkosten sowie für Kosten für die Überwachung der Nacherfüllung ist zudem § 280 Abs. 1 BGB als Anspruchsgrundlage anwendbar<sup>70</sup>.

### 3. Kein Anspruch aus § 637 Abs. 1 BGB analog

Die analoge Anwendung des § 637 Abs. 1 BGB ist nach h.M. ausgeschlossen<sup>71</sup>. Denn der Gesetzgeber hat explizit darauf verzichtet, dem Käufer ein entsprechendes Selbstvornahmerecht zu gewähren<sup>72</sup>. Von vielen wird das bedauert<sup>73</sup>, von einigen wird sogar eine analoge Anwendung des § 637 Abs. 1 BGB *de lege lata* befürwortet<sup>74</sup>. Doch besteht hierfür kein Bedürfnis. Der Käufer kann schon nach geltendem Recht nach erfolglosem Ablauf der Nachfrist die Nacherfüllungskosten als Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB ersetzt verlangen<sup>75</sup>, allerdings nur, wenn der Verkäufer den Mangel oder den Umstand, daß er nicht nacherfüllt hat, zu vertreten hat. Dieses Erfordernis des Vertretenmüssens ist der entscheidende Unterschied zu § 637 Abs. 1 BGB. Auch wenn das Vertretenmüssen wegen der doppelten Anknüpfungsmöglichkeit (Verletzung der ursprünglichen Pflicht, mangelfrei zu leisten, und Verletzung der Pflicht zur Nacherfüllung) und wegen der Beweislastumkehr nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB in der Praxis wohl regelmäßig bejaht werden wird, darf darauf nicht völlig verzichtet werden. Die analoge Anwendung des § 637 Abs. 1 BGB würde nämlich dazu führen, daß der Käufer seinen Mangelschaden verschuldensunabhängig liquidieren kann, ein Ergebnis, das wohl nicht mit der Grundentscheidung des Gesetzgebers, am Verschuldenserfordernis festzuhalten, in Einklang zu bringen wäre. § 637 Abs. 1 BGB stellt insoweit eine nicht analogiefähige Anomalie dar<sup>76</sup>. Nach altem Recht führte die analoge Anwendung des § 633 Abs. 3 BGB a.F. nicht zu einer solchen Aufgabe des Vertretenmüssenserfordernisses. Denn anders als

<sup>70</sup> Erman/*Grunewald*, 11. Aufl. 2004, § 439 Rn. 5.

<sup>71</sup> jurisPK-BGB/*Pammler*, 2. Aufl. 2004, § 437 Rn. 26, 35; Staudinger/*Matusche-Beckmann*, 2004, § 437 Rn. 3; AnwKom-BGB/*Büdenbender*, 2002, § 437 Rn. 14 f.; *Dauner-Lieb/Dötsch*, ZGS 2003, 251; *Dauner-Lieb/Arnold*, ZGS 2005, 10; *Dötsch*, MDR 2004, 976; *Arnold*, ZIP 2004, 2412; *Katzenstein*, ZGS 2004, 350; *Ebert*, NJW 2004, 1763; *Schürholz* (Fn. 2), S. 70.

<sup>72</sup> Vgl. den Nachweis oben in Fn. 27.

<sup>73</sup> AnwKom-BGB/*Büdenbender*, 2002, § 439 Rn. 14; *Büdenbender*, in: *Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring* (Hg.), *Das Neue Schuldrecht*, 2002, S. 248 Rn. 71; *Schubel* (Fn. 1), S. 184 f.; *Tonner*, VuR 2001, 90; *Schürholz* (Fn. 2), S. 70.

<sup>74</sup> *Jauernig/Chr. Berger*, 11. Aufl. 2004, § 439 Rn. 8; *Schultz*, *Zu den Kosten der Nacherfüllung beim Kauf*, 2005, S. 89.

<sup>75</sup> So zu Recht *Ebert*, NJW 2004, 1762.

<sup>76</sup> A.A. wohl *Schultz* (Fn. 74), S. 89 ff.

nach § 637 Abs. 1 BGB konnte der Besteller nach § 633 Abs. 3 BGB a.F. nur dann Aufwendungsersatz verlangen, wenn der Unternehmer mit der Beseitigung des Mangel im Verzug war. Und Verzug setzte nach § 285 BGB a.F. Vertretenmüssen voraus. Nunmehr gilt im Kaufrecht über §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB dasselbe, was zuvor im Kaufrecht über eine analoge Anwendung des § 633 Abs. 3 BGB a.F. erzielt wurde.

#### 4. Anspruch aus §§ 670, 683 BGB

Nach h.M. ist ein Anspruch aus §§ 670, 683 BGB ausgeschlossen, weil §§ 437 ff. BGB abschließend die Rechte des Käufers aufzählen<sup>77</sup>. Im Ergebnis wird diese h.M. im Regelfall zum richtigen Ergebnis führen. In der Begründung ist ihr indes nicht zuzustimmen. Ein Anspruch aus §§ 670, 683, BGB ist ausgeschlossen, weil und soweit die eigenmächtige Mängelbeseitigung durch den Käufer dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Verkäufers widerspricht<sup>78</sup>. Ausnahmsweise kann eine eigenmächtige Mängelbeseitigung aber durchaus dem Willen des Verkäufers entsprechen<sup>79</sup>: Ein Käufer hat eine Produktionsanlage für seinen Betrieb gekauft. Die Anlage wird vom Verkäufer beim Käufer montiert. Am folgenden Tag will der Käufer die Anlage in Betrieb nehmen. Leider ist die Anlage defekt. Der Käufer ruft beim Verkäufer an, erreicht dort aber niemanden. Die Ansage des Anrufbeantworters teilt ihm lediglich mit, daß der Betrieb des Verkäufers für mehrere Tage wegen eines verlängerten Betriebsausfluges geschlossen ist. Ein Techniker des Käufers erkennt schnell die Fehlerursache. Der Verkäufer hatte eine falsche Sicherung in die Anlage eingesetzt. Die Sicherung kostet wenige Euro. Der Käufer läßt die Sicherung auswechseln. Hätte er dem Verkäufer dagegen eine Nachfrist gesetzt, so wäre bis zur Rückkehr des Verkäufers von seinem Betriebsausflug ein Betriebsausfallschaden von mehreren tausend Euro entstanden. Es ginge wohl nicht an, wenn der Verkäufer den Ersatz der Kosten für die Sicherung mit Hinweis auf sein Recht zur Nacherfüllung verweigern könnte. Der Austausch der Sicherung entsprach seinem mutmaßlichen Interesse, wäre er doch aus § 280 Abs. 1 BGB für den Betriebsausfallschaden haftbar gewesen<sup>80</sup>. Würde man einen Anspruch aus §§ 670, 683 BGB für ausgeschlossen halten, so bliebe einem zur Lösung des Falles nur die Möglichkeit, nach § 281 Abs. 2

<sup>77</sup> Ebert, NJW 2004, 1762; S. Lorenz, NJW 2003, 1419; jurisPK-BGB/Pammler, 2. Aufl. 2004, § 437 Rn. 45.

<sup>78</sup> So wohl auch Erman/Grunewald, 11. Aufl. 2004, § 437 Rn. 3; Lamprecht, ZGS 2005, 266 ff.

<sup>79</sup> Katzenstein, ZGS 2004, 304; Lamprecht, ZGS 2005, 266 ff., spricht von einer fremdnützigen Selbstvornahme.

<sup>80</sup> Zur Frage nach der richtigen Anspruchsgrundlage vgl. Hellwege (Fn. 67), S. 86 ff.

BGB auf eine Fristsetzung zu verzichten oder eben einen Anspruch aus § 439 Abs. 2 BGB anzunehmen. Doch würde man im Rahmen der §§ 281 Abs. 2 und 439 Abs. 2 BGB dann genau dieselben Erwägungen anstellen, die eigentlich auch zur Bejahung der Voraussetzung des § 683 BGB führen müßten. Methodenehrlicher scheint es deshalb, einen Anspruch aus §§ 670, 683 BGB nicht als generell ausgeschlossen anzusehen. Denn diese Normen sprechen die in Frage stehenden Wertungen unmittelbar an. Daß der Verkäufer ein Recht zur Nacherfüllung hat, kann im Rahmen des Tatbestandsmerkmals des mutmaßlichen Willens bei § 683 BGB genügend berücksichtigt werden.

### 5. Anspruch aus §§ 346 Abs. 1, 326 Abs. 4, 2 S. 2 BGB

Schon oben wurde darauf verwiesen, daß ein wertungsgerechter Interessenausgleich zwischen Käufer und Verkäufer auch über §§ 346 Abs. 1, 326 Abs. 4, 2 S. 2 BGB möglich wäre. Der Käufer könnte so die dem Verkäufer durch die Selbstvornahme der eigentlichen Nacherfüllungshandlung oder auch vorbereitender Handlungen, wie etwa des Transportes, ersparten Kosten abschöpfen. Und in der Tat werden die §§ 346 Abs. 1, 326 Abs. 4, 2 S. 2 BGB von der h.L. als anwendbar erachtet<sup>81</sup>. Die Rechtsprechung und eine Mindermeinung in der Literatur schließen die Anwendung der §§ 346 Abs. 1, 326 Abs. 4, Abs. 2 S. 2 BGB aus<sup>82</sup>. Für eine ausführliche Würdigung dieser Debatte ist hier nicht der rechte Ort. Doch scheint mir die Meinung, die einen solchen Anspruch bejahen möchte, vorzugswürdig zu sein<sup>83</sup>: So überzeugt das Argument, daß § 437 BGB die Rechte des Käufers abschließend aufzählt, nicht. Denn in Frage steht ja nicht, was der Käufer wegen des Mangels für Rechte hat, sondern welche Rechte ihm wegen des Unmöglichwerdens der Nacherfüllung zustehen. Darüber sagt § 437 BGB nichts. Auch ist der Hinweis darauf, daß das Kaufrecht anders als das Werk-

<sup>81</sup> S. Lorenz, NJW 2003, 1417 ff.; ders., ZGS 2003, 398; Braun, ZGS 2004, 427 f.; Katzenstein, ZGS 2004, 144 ff., 300 ff., 349 ff.; Ebert, NJW 2004, 1763; Bamberger/Roth/Faust, 2003, § 437 Rn. 33; Jauernig/Stadler, 11. Aufl. 2004, § 326 Rn. 29; Oetker/Maultzsch (Fn. 2), S. 102; Palandt/Putzo, 64. Aufl. 2004, § 437 Rn. 4a; Bilir (Fn. 3), S. 81 f.; und vgl. oben die Nachweise in Fn. 46.

<sup>82</sup> BGH, NJW 2005, 1348; LG Bielefeld, ZGS 2005, 79; LG Gießen, ZGS 2004, 238; LG Aachen, DAR 2004, 452; OLG Celle, NdsRpfl 2005, 155; Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 250 ff., 455 ff.; Dauner-Lieb/Arnold, ZGS 2005, 10 ff.; Dötsch, MDR 2004, 978 f.; Arnold, ZIP 2004, 2414; Schürholz (Fn. 2), S. 71; MK-BGB/H.P. Westermann, 4. Aufl. 2004, § 437 Rn. 9; Erman/Grunerwald, 11. Aufl. 2004, § 437 Rn. 3; Schroeter, JR 2004, 441 ff.; Oechsler, NJW 2004, 1826; jurisPK-BGB/Pammler, 2. Aufl. 2004, § 437 Rn. 35; jurisPK-BGB/Alpmann, 2. Aufl. 2004, § 326 Rn. 23; und vgl. oben die Nachweise in Fn. 46.

<sup>83</sup> Vgl. ausführlich Wiese, BB 2005, 905 ff.

vertragsrecht in § 637 Abs. 1 BGB kein Recht zur Selbstvornahme kennt, nicht schlagkräftig. Daraus folgt nämlich lediglich, daß auf *dieselbe* Rechtsfolge des § 637 Abs. 1 BGB nicht unter *gleichen* oder gar *einfacheren* Voraussetzungen zuerkannt werden darf. Deshalb darf kein Aufwendungsersatzanspruch aus § 439 Abs. 2 BGB gewährt werden<sup>84</sup>. Keine Probleme bereitet dagegen der Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281 ff. BGB. Zwar können auch mit ihm wie mit § 637 Abs. 1 BGB die Kosten einer eigenmächtigen Mängelbeseitigung liquidiert werden. Doch ist der Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281 ff. BGB gegenüber § 637 Abs. 1 BGB an die zusätzliche Voraussetzung des Vertretenmüssens geknüpft. Ebenso ist ein Anspruch aus §§ 346 Abs. 1, 326 Abs. 4, Abs. 2 S. 2 BGB nicht ausgeschlossen. Zwar ist er gegenüber einem Anspruch aus § 637 Abs. 1 BGB nicht an zusätzliche Voraussetzungen geknüpft. Er ist aber auf eine andere Rechtsfolge gerichtet<sup>85</sup>. Schließlich sind auch die angeführten Beweisprobleme bezüglich des Mangels bzw. bezüglich der Höhe des Aufwendungsersatzanspruchs<sup>86</sup> kein stichhaltiger Grund, einen Anspruch aus §§ 346 Abs. 1, 326 Abs. 4, Abs. 2 S. 2 BGB abzulehnen. Dafür müßte nämlich zunächst nachgewiesen werden, daß der Gesetzgeber bewußt auf eine Regelung eines Aufwendungsersatzanspruchs verzichtet hat, um solche Beweisschwierigkeiten zu vermeiden. Dieser Beweis wird mißlingen. Im Übrigen handelt es sich um bekannte Beweisprobleme, die mit dem üblichen zivilprozessualen Instrumentarium befriedigend gelöst werden können<sup>87</sup>.

Für einen Anspruch aus §§ 346 Abs. 1, 326 Abs. 4, 2 S. 2 BGB spricht noch ein Vergleich des Erfüllungsstadiums mit dem Nacherfüllungsstadium. Im Erfüllungsstadium ist die Anwendbarkeit des § 326 Abs. 2 BGB zwar schwer denkbar. Schuldet der Verkäufer eine Gattungssache, so macht der Käufer die Leistung eben nicht unmöglich, wenn er sich bei einem Dritten mit einer Sache aus derselben Gattung eindeckt. Ausnahmsweise kann aber ein Fall der Unmöglichkeit eintreten: Der Verkäufer schuldet ein Unikat, das er sich noch bei einem Dritten beschaffen muß. Der Käufer kommt dem Verkäufer zuvor und beschafft sich das Unikat selbst bei dem Dritten. In einem solchen Fall würde wohl niemand behaupten wollen, der Kaufvertrag gelte als erfüllt, weil der Käufer die Kaufsache im Eigentum und Besitz hat<sup>88</sup>. Die Leistung ist dem Verkäufer schlicht unmöglich geworden. Einer Anwendung des § 326 Abs. 2

<sup>84</sup> Siehe oben V.1.

<sup>85</sup> Statt aller Wiese, BB 2005, 906.

<sup>86</sup> Auf die Beweisschwierigkeiten bezüglich der Höhe des Aufwendungsersatzanspruchs stellt das OLG Celle, NdsRpfl 2005, 155, ab.

<sup>87</sup> Siehe vor allem Wiese, BB 2005, 905 f.; Bydlinski, ZGS 2005, 131 f.

<sup>88</sup> So aber für den Fall der eigenmächtigen Selbstvornahme der Nacherfüllung in der Tat Oechsler, NJW 2004, 1826.



BGB steht im Erfüllungsstadium damit nichts im Wege. Der Verkäufer behält seinen Anspruch auf die Gegenleistung, muß sich aber seine ersparten Aufwendungen anrechnen lassen. Niemand würde behaupten wollen, daß der Käufer nach § 433 Abs. 1 BGB nur die Erfüllung des Vertrages verlangen kann und daß das einen Anspruch aus §§ 346 Abs. 1, 326 Abs. 4, 2 S. 2 BGB ausschließt. Auch würde niemand behaupten, daß sich aus § 433 Abs. 1 BGB im Umkehrschluß ein „Recht des Verkäufers zur Erfüllung“ ergibt, daß durch die Anwendung des § 326 Abs. 2 BGB gefährdet werden würde. Daß nun aber im Nacherfüllungsstadium auf einmal etwas anderes gelten sollte, ist nicht einsichtig. Durch den Ausschluß des § 326 Abs. 2 BGB wäre der Käufer im Nacherfüllungsstadium nämlich schlechter gestellt als im Erfüllungsstadium. Ein „Recht des Verkäufers zur Nacherfüllung“ besteht damit ebensowenig uneingeschränkt, wie dieser ein „Recht zur Erfüllung“ hat. Es besteht nur insoweit, und das ist entscheidend, als der Käufer seine Rechte aus § 437 Nr. 2 und Nr. 3 BGB geltend machen will.

Schließlich scheint mir die Ansicht, die einen Anspruch aus §§ 346 Abs. 1, 326 Abs. 4, 2 S. 2 BGB ablehnt, allein den Fall vor Augen zu haben, daß der Käufer in voller Kenntnis des Mangels den Mangel selbst beseitigen läßt. Mit einem solchem Käufer mag man wenig Mitleid empfinden und ihm als Folge jegliche Ansprüche versagen wollen. Es ist aber auch denkbar, daß der Käufer den Mangel beseitigen läßt ohne erkannt zu haben, daß die Sache mangelhaft war<sup>89</sup>. Hat der Verkäufer den Mangel nicht zu vertreten gehabt, scheiden Schadensersatzansprüche in einem solchen Fall von vornherein aus. Der Käufer kann damit seine Kosten nicht in voller Höhe auf den Verkäufer abwälzen. Aber in einer solchen Situation dem Käufer auch insoweit Ansprüche zu versagen, als der Verkäufer durch die ersparten Aufwendung bereichert ist, ginge nicht an<sup>90</sup>. Hier hilft nur ein Anspruch aus §§ 346 Abs. 1, 326 Abs. 4, 2 S. 2 BGB.

#### *6. Anspruch aus § 684 S. 1 BGB und aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB*

Daneben wird noch ein Anspruch aus § 684 S. 1 BGB diskutiert. Lagen also die Voraussetzungen einer berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag nicht vor, dann kann der Käufer auch über § 684 S. 1 BGB die dem Verkäufer ersparten Kosten einfordern<sup>91</sup>. Schließlich kann auch noch ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB bestehen<sup>92</sup>. Auch die Anwendung dieser beiden

<sup>89</sup> Beispiele finden sich bei *Hellwege* (Fn. 67), S. 49 f., 68.

<sup>90</sup> Siehe schon *Hellwege* (Fn. 67), S. 106 f.

<sup>91</sup> LG Bielefeld, ZGS 2005, 79; *Oechsler*, NJW 2004, 1826 f.

<sup>92</sup> *Ermann/Grünwald*, 11. Aufl. 2004, § 437 Rn. 3; *Bilir* (Fn. 3), S. 83.

letztenannten Anspruchsgrundlagen wird von einer Mindermeinung unter Hinweis auf den abschließenden Charakter des § 437 BGB abgelehnt<sup>93</sup>.

### IX. Ergebnis

§ 439 Abs. 2 BGB ist eine reine Kostenzuordnungsvorschrift. Dafür spricht der Wortlaut der Norm. Auch wird allein dieses Verständnis dem Grundsatz vom Vorrang der Nacherfüllung gerecht. Schließlich ergeben sich aus dieser Auffassung keine Gerechtigkeitslücken. Denn dem Käufer stehen zahlreiche Anspruchsgrundlagen offen, die die sich gegenüberstehenden Interessen der Parteien zu einem gerechten Ausgleich bringen: Der Käufer kann vom Verkäufer die Nacherfüllungsaufwendungen ersetzt verlangen, wenn er mit diesem abgesprochen hatte, daß er die Nacherfüllungshandlungen selbst vornimmt oder vornehmen läßt, wenn dieser den Mangel oder das Ausbleiben der Nacherfüllung zu vertreten hat und eine Nachfrist erfolglos abgelaufen ist oder eine solche entbehrlich war und wenn die eigenmächtige Nacherfüllung ausnahmsweise im Interesse des Verkäufers lag. Darüber hinaus hat der Käufer einen Anspruch auf die dem Verkäufer ersparten Aufwendungen, sofern dem Verkäufer die Nacherfüllung durch die eigenmächtige Mängelbeseitigung unmöglich geworden ist. Für einen Anspruch aus § 439 Abs. 2 BGB besteht daneben kein Bedürfnis. Wollte man einen solchen Anspruch anerkennen, so dürfte er nicht über die genannten Fallkonstellationen hinausgehen. Als erforderlich i.S.d. § 439 Abs. 2 BGB dürften Aufwendungen mithin nur angesehen werden, wenn die Vornahme der eigenmächtigen Mängelbeseitigung z.B. im Interesse des Verkäufers lag etc. Die relevanten Wertungen werden durch die einschlägigen Anspruchsgrundlagen, wie z.B. §§ 670, 683 BGB, aber unmittelbarer angesprochen. Auf eine Verdoppelung der Anspruchsgrundlagen sollte daher verzichtet werden.

<sup>93</sup> *Dauner-Lieb/Arnold*, ZGS 2005, 12 ff.; *Ebert*, NJW 2004, 1762; *S. Lorenz*, NJW 2003, 1419; *Arnold*, ZIP 2004, 2414 f.