

Beitrag in der Festschrift für Friedrich Quack zum 75. Geburtstag
 "Recht und Baurecht – ein Leben" – 2009, Seiten 197 ff.

Heike Rath / Lena M. Rath
Rechtsanwältinnen

**Gebietet die „Parkettstäbe Entscheidung“ des BGH
 eine Neubestimmung des werkvertraglichen Nacherfüllungsanspruchs?
 - These und Antithese -**

Ausgangslage

Am 15. Juli 2008 hat der 8. Zivilsenat¹ entschieden: *„Der Verkäufer mangelhafter Parkettstäbe schuldet im Zuge der Nacherfüllung durch Ersatzlieferung nur die Lieferung mangelfreier Parkettstäbe, d.h. die Verschaffung von Besitz und Eigentum an einer mangelfreien Kaufsache ... Eine Haftung des Verkäufers mangelhafter Parkettstäbe, die der Käufer vor der Entdeckung des Mangels auf seine Kosten hat verlegen lassen, für die Kosten der Neuverlegung mangelfreier Parkettstäbe kommt nur unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes statt der Leistung in Betracht. Der Verkäufer haftet nicht, wenn er die in der mangelhaften Lieferung liegende Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.“*

Was war passiert?

Ein Verbraucher kaufte bei einer Holzhändlerin Buchenparkettstäbe, die er dann von einem Parkettleger im Wohnzimmer seines Hauses einbauen ließ. Schon bald stellte sich das Material als Totalschaden heraus, der eine Kompletterneuerung erfordert. Der Käufer forderte deshalb seine Verkäuferin auf, den Parkettboden auszutauschen. Dem kam die Verkäuferin nicht nach. Sie erstattete lediglich die Kosten für die Entfernung und Entsorgung des mangelhaften Parketts und verfolgte ihren Kaufpreisanspruch nicht weiter. Das genügte dem Käufer nicht. Er vertrat die Auffassung, die Verkäuferin habe ihm neben den Kosten der Entsorgung auch den finanziellen Aufwand für die Neuverlegung zu erstatten. Er berechnete seinen Anspruch auf der Grundlage eines Sachverständigengutachtens also wie folgt:

Gesamtkosten der Herstellung eines mangelfreien Parkettbodens	€	3.097,27
abzüglich von der Verkäuferin übernommenen Kosten der Entsorgung	€	569,29
abzüglich Kaufpreis für die mangelhaften Parkettstäbe	€	<u>1.514,22</u>
wirtschaftliches Delta	€	1.583,08

Diese Forderung würde es also dem Käufer erlauben, neues Parkett anzuschaffen und verlegen zu lassen, ohne dass ihm ein größerer finanzieller Aufwand treffen würde als es der Fall

¹ VIII ZR 211/07 = BauR 2008, 1609 = NJW 2008, 2837.

gewesen wäre, wenn die Verkäuferin gleich mangelfrei geliefert hätte. Die Entscheidung ruft ein geteiltes Echo hervor:

These: Die Ausgangsfrage ist zu bejahen. Der Nacherfüllungsanspruch ist durch die geschuldete Erfüllungsleistung begrenzt.

Der 8. Zivilsenat geht von der zutreffenden Prämisse aus, dass der Nacherfüllungsanspruch ein modifizierter Erfüllungsanspruch ist und aus diesem Grunde der Nacherfüllungsanspruch nicht über den ursprünglichen Erfüllungsanspruch aus dem Kaufvertrag hinausgehen kann. Der Gesetzgeber knüpft bereits mit der Wahl der amtlichen Überschrift des § 439 Abs. 1 BGB „Nach-Erfüllung“ an die ursprüngliche vertragliche „Erfüllungs-Leistung“ an. Der weitere Wortlaut der Vorschrift ist ebenfalls eindeutig: Der Käufer kann „Lieferung einer mangelfreien Sache“ und damit die vollständige Wiederholung der dem Kaufvertrag zugrunde liegenden Hauptleistungspflicht verlangen. Der Verkäufer hat demnach eine neue, nunmehr mangelfreie Kaufsache zu liefern. Andere Pflichten des Verkäufers ergeben sich bei grammatikalischer Auslegung der Vorschrift nicht. Der Umfang des Nacherfüllungsanspruchs ist durch den ursprünglichen Leistungswillen und die ausdrückliche Vereinbarung begrenzt.

Das Instrument der Nacherfüllung dient einzig dazu, dem Verkäufer eine erneute Möglichkeit der Erbringung seiner ursprünglichen Leistungspflicht einzuräumen, um die wirtschaftlichen Nachteile einer vollständigen Rückabwicklung der Verträge von beiden Parteien abzuwenden.² Sinn und Zweck der Nacherfüllung liegen demnach darin, beiden Vertragsparteien eine Pflicht zur Nachsicht aufzuerlegen und letztlich, d.h. trotz anfänglicher Schwierigkeiten eine Vertragserfüllung zu ermöglichen. Dies erscheint durchaus interessengerecht, da der Käufer schließlich erhält, worauf er aufgrund des Kaufvertrages einen Anspruch hat.³ Darüber hinaus entstandene Vermögensschäden, die erst durch die notwendig gewordene Wiederholung der Leistung eintreten, sind nicht Gegenstand der Nacherfüllung im Kaufrecht. Der Gesetzgeber hat mit § 439 Abs. 1 BGB keine Vorschrift geschaffen, die den Käufer vor jeglichen Vermögensschäden im Zusammenhang mit der Kaufsache bewahren soll. Ein solcher den Schadensersatz beinhaltenen Umfang ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch dem Sinn und Zweck der Norm. Hierfür stehen dem Käufer andere Instrumente des allgemeinen Leistungsstörungenrechts zur Verfügung.⁴ Dies resultiert insbesondere aus der Tatsache, dass es erklärtes Ziel der Schuldrechtsmodernisierung war, das Gewährleistungsrecht des Kaufrechts in das allgemeine Leistungsstörungenrecht einzugliedern.⁵ In einem der Parkettstäbe Entscheidung ähnlichem Urteil des OLG Köln⁶ stellte dieses ebenfalls fest, dass die Kosten des Wiedereinbaus der Kaufsache nicht von dem Nacherfüllungsanspruch des Käufers nach § 439 Abs. 1 BGB umfasst sind und

² BT Drucks. 14/6040, S. 221; BGH, Urteil vom 15.07.2008, Az. VIII ZR 11/07.

³ BT Drucks. 14/6040, S. 221.

⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 15.07.2008, Az. VIII ZR 11/07.

⁵ BT Drucks. 14/6040, S. 94.

⁶ OLG Köln, Urteil vom 21.12.2005, Az. 11 U 46/05.

sich dieser lediglich auf die Nachlieferung einer mangelfreien Kaufsache bezieht. Das OLG Köln hat somit ebenfalls zutreffend zwischen Nacherfüllungs- und sonstigen Schadensersatzansprüchen differenziert und bei der Bestimmung des Umfangs der Nacherfüllungspflicht auf die dem Kaufvertrag zugrundeliegenden Hauptleistungspflichten abgestellt.⁷ So kommentiert auch Leupertz⁸ die Entscheidung des OLG Köln, indem er es – u.a. aufgrund bestehender Leistungspflichten aus dem Kaufvertrag – als gerechtfertigt ansieht, die Kosten für den Wiedereinbau der neubeschafften, nunmehr mangelfreien Kaufsache nicht dem Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung aufzuerlegen. Diese Kostenerstattung kommt für den Käufer allein unter den Voraussetzungen des Schadensersatzes in Betracht. Das OLG Frankfurt⁹ schließt sich auch in seiner neusten Rechtsprechung den Ausführungen des OLG Köln an und sieht die Nacherfüllungspflicht ebenfalls lediglich in engem Zusammenhang mit der ursprünglichen Erfüllungspflicht aus dem Kaufvertrag. Im nachfolgenden Revisionsverfahren grenzt der 8. Zivilsenat¹⁰ – in Fortsetzung seiner Parkettstäbe Entscheidung – den Nacherfüllungsanspruch sogar noch weiter ein: Er spricht dem Käufer nunmehr nicht einmal mehr die Kosten des Ausbaus der mangelhaften Kaufsache zu, sondern bestimmt den Umfang der Nacherfüllungskosten erneut lediglich auf die Lieferung einer mangelfreien Sache.

Nicht nur die Auslegung im Hinblick auf den Wortlaut sowie den Sinn und Zweck des § 439 Abs. 1 BGB gebietet eine Begrenzung des Nacherfüllungsanspruchs des Käufers. Man gelangt zu dem gleichen Ergebnis im Rahmen einer systematischen Gesetzesauslegung, da die Nacherfüllungsvorschrift stets im Zusammenhang mit § 433 Abs. 1 S. 1 BGB zu sehen ist.¹¹

Vor dem Hintergrund dessen, was der Käufer als Nacherfüllung verlangen kann, sind auch die Aufwendungen, die er nach § 439 Abs. 2 BGB ersetzt bekommt, nur in beschränktem Umfang zu gewähren. Der Leistungsumfang der Nacherfüllungspflicht wird nicht durch § 439 Abs. 2 BGB erweitert. Lediglich die Vorschrift des § 439 Abs. 1 BGB bestimmt, was und in welchem Umfang der Verkäufer Leistungen im Rahmen der Nacherfüllung zu erbringen hat; § 439 Abs. 2 BGB regelt so dann die (nachrangigen) Aufwendungen, die der Nacherfüllung lediglich dienen und nicht mehr zur eigentlichen Nacherfüllungspflicht gehören. Demnach sind also nur die Kosten zu ersetzen, die deswegen anfallen, dass die Nacherfüllung überhaupt durchgeführt wird.

Der Erfüllungsanspruch wird auch nicht aufgrund der Tatsache erweitert, dass § 439 Abs. 2 BGB den Verkäufer zu werkvertragsähnlichen Leistungen verpflichtet, indem er entsprechende

⁷ Seibel, Mangelhafte Baustofflieferung: Muss der Verkäufer Kosten für Aus- und Wiedereinbau tragen?, *ibr* 2006, 140.

⁸ Leupertz, Baustofflieferung und Baustoffhandel: im juristischen Niemandsland, in: *BauR* 10/2006, 1648 (1654).

⁹ OLG Frankfurt, Urteil vom 14.02.2008, Az. 15 U 5/07, in: *IBR* 2008, 507.

¹⁰ BGH, Beschluss vom 14.01.2009, Az. VIII ZR 70/08.

¹¹ OLG Frankfurt, Urteil vom 14.02.2008, Az. 15 U 5/07, in: *IBR* 2008, 507.

Arbeitskosten etc. zu tragen hat. Solche Aufwendungen dienen lediglich der ursprünglichen Erfüllung des Kaufvertrages und verändern diesen weder in seiner Gestalt noch seinem Leistungsumfang.

Der nicht nur durch Wortlaut sowie Sinn und Zweck begrenzte Umfang der Nacherfüllungspflicht entspricht zudem Art. 3 Abs. 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.¹² Hiernach ist der Verkäufer zur „Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes“ verpflichtet. Hierbei stellt sich im Rahmen richtlinienkonformer Auslegung der Nacherfüllungsvorschrift die Frage, welcher „Zustand“ gemeint ist. Da es sich um den „vertragsgemäßen Zustand“ handelt, kann es dahin stehen, ob es sich um den Zustand der Kaufsache an sich, d.h. im Hinblick auf eine rein isolierte Betrachtung des Gegenstandes oder eben – bei entsprechend weiterer Betrachtungsweise – um die Lage handelt, in der sich die Sache tatsächlich befindet, nämlich zweckbestimmt verwendet und eingebaut. Die Vorschrift der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist zwar dazu bestimmt, dem Schutz der Interessen des Verbrauchers zu dienen, also dem Käufer der mangelhaften Sache eine ordnungsgemäße Wiederherstellung zu verschaffen und spricht zudem von der „Herstellung“ eines Zustandes¹³, jedoch wird auch hier ein erweiterter Umfang der Pflichten des Verkäufers dadurch beschränkt, dass selbst in der Richtlinie wiederum von der so genannten Vertragsgemäßheit die Rede ist. Somit schließt sich der Kreis zur dargestellten Rechtsprechung, indem sich der vertragsgemäße Zustand der Sache nicht auf deren Einbau bezieht, sondern eben nur auf deren mangelfreie Lieferung, d.h. die ursprüngliche Leistungspflicht.

Schließlich lässt sich mit Recht behaupten, dass es für den Verkäufer nicht erkennbar oder beeinflussbar ist, ob und wie der Käufer tatsächlich die Kaufsache verwenden wird. Da ihn lediglich die Verpflichtung trifft, die Sache frei von Mängeln zu übergeben und das Eigentum an ihr zu verschaffen, ist es gerechtfertigt, die Nacherfüllung auch auf eben diese Leistungspflicht zu beschränken. Wünscht der Gesetzgeber eine weitergehende Schutzwirkung für den Käufer, so liegt es an ihm, den verschuldensunabhängigen Nacherfüllungsanspruch entsprechend zu erweitern.

Antithese: Die Ausgangsfrage ist zu verneinen. Der Nacherfüllungsanspruch soll den Vertragspartner so stellen als sei mangelfrei erfüllt worden.

Der 8. Zivilsenat setzt sich in Widerspruch zu einer gefestigten werkvertraglichen Rechtsprechung und schafft damit Rechtsunsicherheit. Für den im Baurecht tätigen Juristen ist es geradezu selbstverständlich, dass der Werkunternehmer, der eine mangelhafte Sache einbaut, für

¹² Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter; die Vorschrift des § 439 BGB diene der Umsetzung des Art. 3 der Richtlinie; vgl. BT Drucks. 14/6040, S. 230.

¹³ Vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 14.02.2008, Az. 15 U 5/07.

die Folgen gerade zu stehen hat, den Werkunternehmer also eine umfassende Verpflichtung im Rahmen des verschuldensunabhängigen Nachbesserungs-/Nacherfüllungsanspruches trifft: Wer eine mangelhafte Werkleistung erbracht hat, muss selbstverständlich sein Gewerk in Ordnung bringen und auch die dazu gegebenenfalls erforderlichen Folgearbeiten tragen.¹⁴

Eine der ganz frühen Entscheidungen, die sich mit dem Umfang des Nachbesserungsanspruches intensiv auseinandersetzen, stammt vom Versicherungssenat des Bundesgerichtshofs. Dieser hatte über die Frage zu entscheiden, ob ein Bauunternehmer von seinem Haftpflichtversicherer die im Zuge seiner Mangelbeseitigung anfallenden Kosten ersetzt verlangen kann. Der 2. Zivilsenat verneinte dies und führte aus:¹⁵ *„Der Unternehmer, der den Mangel eines Werkes beseitigen muss, ist verpflichtet, auch die Schäden zu beheben, die dadurch entstehen, dass zur Vorbereitung der Nachbesserungsarbeiten Sachen des Bestellers beschädigt werden müssen. Diese Verpflichtung ist keine Schadensersatzverpflichtung; sie gehört vielmehr zu den Erfüllungspflichten des Unternehmers.“* Der 2. Zivilsenat begründet dies dann damit, dass § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F.¹⁶ keinen Schadensersatzanspruch darstellt, sondern einen echten vertraglichen Erfüllungsanspruch, weil es der Forderung des Bestellers auf Herstellung des versprochenen Werks entspricht. Im konkreten Fall bedeutete das, dass der Unternehmer auch im Rahmen seiner Nachbesserung die Kosten für Fliesenleger-, Putz- und Malerarbeiten selbst zu tragen hatte. Der 2. Zivilsenat rechtfertigte dieses Ergebnis auch mit folgender Begründung: *„Nach § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB hat der Unternehmer den gesamten Arbeitsaufwand zu tragen, den die Beseitigung des Werkmangels voraussetzt. Es kann deshalb nicht zweifelhaft sein, dass der Kläger, indem er die Rohrleitungen zum Zwecke ihrer Instandsetzung durch Aufschlagen der Badezimmerwände freilegen ließ, einer vertraglichen Erfüllungspflicht genüge. Das gleiche muss für die Wiederherstellung der aufgeschlagenen Badezimmerwände gelten; auch sie entsprach der dem Kläger durch § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB auferlegten Nachbesserungspflicht. Das ergibt sich daraus, dass die in der Bestimmung geregelte Beseitigung des Werkmangels auf Kosten des Unternehmers zu erfolgen hat. Sie darf demnach nicht zu einer wirtschaftlichen Belastung des Bestellers führen und keine Spuren hinterlassen, durch die das Eigentum des Bestellers beeinträchtigt ist. Der Unternehmer hat deshalb, sofern die ihm obliegende Behebung des Werkmangels einen zerstörenden Eingriff in das sonstige Eigentum des Bestellers erfordert, die hiervon betroffenen Gegenstände auf seine Rechnung wiederherstellen zu lassen; andernfalls liefe der Besteller Gefahr, die Erfüllung seines Anspruchs auf Mängelbeseitigung mit einer Einbuße seines Vermögens bezahlen zu müssen.“*

¹⁴ h.M. vgl. etwa Voit in Bamberger/Roth, BGB, § 635 Rn. 9; Kniffka, Ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 03.06.2008, § 635 Rn. 39.

¹⁵ BGH, Urteil vom 13.12.1962, Az. II ZR 196/60, in: NJW 1963, 805 f.

¹⁶ § 633 BGB a.F.: (1) Der Unternehmer ist verpflichtet, das Werk so herzustellen, dass es die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern.

(2) Ist das Werk nicht von dieser Beschaffenheit, so kann der Besteller die Beseitigung des Mangels verlangen. (...)

Die gleiche Wertung findet sich bei dem für Bausachen zuständigen 7. Zivilsenat.

So heißt es schon in der Entscheidung vom 27.04.1972:¹⁷ *„Der Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Ersatz der Aufwendungen, die ihr dadurch entstanden sind, dass sie selbst die Mängel hat beseitigen lassen, umfasst nicht nur die Kosten des Nachschweißens der Rohre selbst, sondern auch die Kosten aller Nebenarbeiten, welche unvermeidbar erforderlich waren, um die Mängel der Rohrleitung beseitigen zu können. Das Aufspüren der Schadstellen, das Aufreißen der Straßendecke, das Aufgraben des Erdreichs ... das Verdichten des Erdreichs und die Wiederherstellung der im Zuge der Mängelbeseitigung aufgerissenen Straßendecke, all das sind Arbeiten, die untrennbar mit der Mängelbeseitigung zusammenhängen und deren Kosten daher noch zu den Kosten der Mängelbeseitigung zu rechnen sind.“*

Soweit die Verfasserinnen feststellen konnten, wurde diese Reichweite des Nachbesserungsanspruchs auch in der Literatur nicht problematisiert. So finden sich in zwei führenden Werken der baurechtlichen Literatur nur knappe, selbstverständlich anmutende Ausführungen. Werner/Pastor führen aus: *„Die Kosten der (erfolgreichen) Nachbesserung trägt der BU. Das sind zunächst alle Kosten, die für die Behebung eines Baumangels selbst erforderlich werden; dazu zählen auch die für die Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten von Vor- und Nebenarbeiten; nicht aber die Kosten für eine erfolglose Mängelbeseitigung. ... Der BU muß alle für seine Nachbesserungsarbeiten notwendigen eigenen sowie fremden Aufwendungen tragen, die der unmittelbaren Mängelbeseitigung dienen.“*¹⁸ Werner/Pastor thematisieren allein die Frage, ob auch Gutachter- und Anwaltskosten zu den Nachbesserungskosten zählen. Auch für Locher ist die Sache klar. Er schreibt: *„Dieser Nachbesserungsanspruch ist verschuldensunabhängig; er ist ein modifizierter Erfüllungsanspruch. Der Mängelbeseitigungsanspruch erstreckt sich auf alle Arbeiten, die erforderlich sind, um das Werk in einen mangelfreien Zustand zu versetzen. ... Beispiel: Heizungsrohre werden falsch verlegt. Zur Mängelbeseitigung gehört nicht nur das richtige Verlegen der Rohre, sondern auch das Aufschlagen und Zuputzen der Wände, evtl. die Neutapezierung.“*¹⁹ Seitdem hat sich an der Rechtsprechung des 7. Zivilsenats nichts geändert.²⁰ Die hier beschriebene Tragweite des werkvertraglichen Nacherfüllungsanspruchs entspricht auch der ganz herrschenden Meinung in der Literatur.²¹

Vor dem Hintergrund dieser bereits gefestigten Auffassung ist die Entwicklung des Nacherfüllungsanspruchs des Kaufrechts zu betrachten. Erinnerung wir uns: Die Sachmängelvorschriften des BGB sahen bis zum 1.1.2002 keine Nachbesserungspflicht des Verkäufers vor und der Käufer brauchte sich nach dem Gefahrübergang nicht auf eine Nachbesserung einzulassen.

¹⁷ BGH, Urteil vom 27.04.1972, Az. VII ZR 144/70, BGHZ 58, 332, 339.

¹⁸ Werner/Pastor, Der Bauprozess, 1. Auflage, 1976, Rn. 429 f.

¹⁹ Locher, Das private Baurecht, 1. Auflage, 1976, Rn. 31.

²⁰ zuletzt allerdings BGH, Urteil vom 07.11.1985 Az. VII ZR 270/83.

²¹ vgl. etwa Kniffka, *ibr-online*, Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 03.06.2008, § 635, Rn. 39.

Stattdessen konnte der Käufer sofort Wandlung oder Minderung verlangen (§ 462 BGB a.F.). Hier lag ein wesentlicher Unterschied zur Mängelhaftung beim Werkvertrag. Bei einem mangelhaften Werk war und ist der Unternehmer zunächst zur Nachbesserung berechtigt und verpflichtet (§ 633 Abs. 2 BGB a.F.). Wandlung und Minderung standen dem Besteller grundsätzlich erst nach vergeblicher Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung zu (§ 634 Abs. 1 BGB a.F.). Die unterschiedliche Behandlung von Mängeln bei Kauf- und Werkvertrag wurde mit der Tatsache gerechtfertigt, dass der Verkäufer in der Regel die Sache nicht selbst hergestellt hat und zur Nachbesserung gar nicht imstande ist.

Diese Rechtslage entsprach nicht den Bedürfnissen der Wirtschaft und wurde von Seiten der Verkäufer in weiten Bereichen geändert, in dem vertraglich ein Nachbesserungsrecht verankert wurde. Mit der Einführung des Gesetzes über Allgemeine Geschäftsbedingung reagierte der Gesetzgeber auch für das Bürgerliche Gesetzbuch, in dem folgende Regelungen als § 476a BGB a.F. aufgenommen wurden:²² *„Ist an Stelle des Rechts des Käufers auf Wandelung 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. Dies gilt nicht, soweit die Aufwendungen sich erhöhen, weil die gekaufte Sache nach der Lieferung an einen anderen Ort als den Wohnsitz oder die gewerbliche Niederlassung des Empfängers verbracht worden ist, es sei denn, das Verbringen entspricht dem bestimmungsgemäßen Gebrauch der Sache.“* und § 633 Abs. 2 Satz 2 neu: *„§ 476 a gilt entsprechend.“* Damit war die Formulierung geschaffen, die wir auch heute im Gesetz finden.²³ Erstaunlicherweise findet man wenig Rechtsprechung zur Auslegung des § 476 a BGB a.F., obgleich man meinen sollte, dass sich die Frage in der Praxis häufig gestellt haben müsste. Immerhin findet man die Entscheidung des 8. Zivilsenates vom 23.01.1991, in der der Senat auch Kosten von Untersuchungen, die zur Klärung der Schadensursache notwendig waren, den Aufwendungen des § 476 a BGB zugerechnet hat.²⁴

Die weitere Annäherung des Kaufrechts an das Werkvertragsrecht ist auch der erklärte Wille des Gesetzgebers im Zuge der Schuldrechtsreform. Das Kaufrecht wurde der Systematik und

²² BGBl. I 1976 (Nr. 148), 3317

²³ Sie wurde vom 7. Zivilsenat auch schnell wörtlich in die Entscheidungsgründe aufgenommen. In der Entscheidung vom 22.03.1979, Az. VII ZR 142/78, in: BauR 1979, 333; in: NJW 1979, 2095 formuliert der BGH *„Der zur Mängelbeseitigung verpflichtete Unternehmer hat nicht nur die dazu erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transportkosten, Wegekosten, Arbeitskosten und Materialkosten zu tragen; er muss auch Schäden am sonstigen Eigentum des Bestellers beheben, die im Zuge der Nachbesserung zwangsläufig entstehen.“* Liest man die Entscheidungsgründe so bestätigt der 7. Zivilsenat die frühere Rechtsprechung. Erneut wird hervorgehoben, dass der Werkunternehmer auch alle Schäden am sonstigen Eigentum beheben muss, die im Zusammenhang mit der Nachbesserung zwangsläufig entstehen. Als Beispiel nennt der 7. Zivilsenat die Kosten der Maurerarbeiten, Putzarbeiten, Steinemallierarbeiten, Malerarbeiten, Reinigungsarbeiten und Architektenarbeiten, die im Zuge der Nachbesserung zwangsläufig entstehen.

²⁴ BGH, Urteil vom 23.01.1991, Az. VIII ZR 122/90, in: NJW 1991, 1604 (1607), ebenso schon AG Wuppertal, Urteil vom 25.11.1987, Az. 37 C 607/87, in: NJW-RR 1988, 1141; vgl. auch Palandt/Putzo, 61. Aufl. 2002, § 476, Rn. 8

den Vorschriften des Werkvertragsrechts angepasst und die beiden Vertragstypen einander stark angenähert.²⁵ Das Werkvertragsrecht bedurfte hingegen keiner grundsätzlichen Änderungen durch den Gesetzgeber.²⁶ Als einziger gewollter Unterschied verblieb das Unternehmerwahlrecht im Werkvertragsrecht im Gegensatz zum Käuferwahlrecht sowie die fehlende Selbstvornahme im Kaufrecht. Diese Unterschiede rechtfertigen die unterschiedliche Auslegung zum Umfang der Nacherfüllungsverpflichtung aber nicht.

Auf einen weiteren Aspekt, der für die hier favorisierte Lösung spricht, weist Faust hin. Er argumentiert, dass der Nacherfüllungsanspruch zukunftsbezogen ist. Daraus folgert er, dass nicht nur Herstellung desjenigen Zustandes verlangt werden kann, in dem sich die Kaufsache bei Vertragsschluss hätte befinden sollen, sondern Herstellung desjenigen Zustands verlangen kann, in dem sich die Kaufsache zum Zeitpunkt der Nacherfüllung befände, wenn sie mangelfrei gewesen wäre.²⁷ Das Ergebnis ist auch nicht unbillig. In Extremfällen wird der Verkäufer durch § 439 Abs. 3 BGB geschützt.²⁸

Schließlich sprechen gegen die Auslegung des 8. Zivilsenats unausgewogene wirtschaftliche Folgen. Die vom 8. Zivilsenat vorgenommene Auslegung unterwirft alle über die Ersatzlieferung hinausgehenden Forderungen des Käufers der Parkettstäbe dem Regiment des Schadensersatzanspruches und macht ihre Durchsetzbarkeit damit davon abhängig, dass dem Verkäufer ein Verschulden anzulasten ist. Trotz der Beweiserleichterung des § 476 BGB werden die Ansprüche des Käufers daran häufig scheitern. Auch im Ausgangsfall wird der Verkäufer den Nachweis führen können, dass ihm keine Pflichtverletzung anzulasten ist. Der 8. Zivilsenat bürdet anders als der 2. Zivilsenat dem Käufer das Risiko erheblicher Vermögenseinbußen auf. Zurück bleibt ein Geschädigter, geschützt wird im Ergebnis der Hersteller mangelhafter Bauteile. Man fragt sich, welcher praktische Anwendungsbereich dann noch für den Rückgriffsanspruch des Verkäufers gegen seinen Lieferanten bleibt, der in § 478 Abs. 2 BGB Eingang gefunden hat. Dieser kann sich zurücklehnen; auch aus dem Produkthaftungsgesetz droht ihm letztlich keine ernsthafte Gefahr. Unberücksichtigt bleibt, dass Hersteller und Verkäufer das wirtschaftliche Risiko in den Kaufpreis einkalkulieren können, so dass ein Ausgleich für das Haftungsrisiko geschaffen werden kann.

Synthese: Die Entscheidung gebietet eine kritische Auseinandersetzung mit der kauf- und werkvertraglichen Rechtsprechung. Die bestehenden Wertungswidersprüche sind nicht akzeptabel. Kauf- und Werkvertragsrecht bedürfen einer einheitlichen Auslegung.

²⁵ vgl. auch Schmidt-Räntsch, Die Rechtsprechung des BGH zum neuen Kaufrecht, AnwBl 2009, 260 (263).

²⁶ BT Drucks. 14/6040, S. 95.

²⁷ Bamberger/Roth, BGB, 1. Auflage, 2003, § 439, Rn. 18; ders. ausführlich in: JuS 2008, 933.

²⁸ Dem Verschuldensanteil des Unternehmers kann auch Rechnung getragen werden, vgl. etwa BGH Urteil vom 10.04.2008, Az. VII ZR 214/06 m.w.N.

Der hier aufgezeigte Konflikt ist Folge des nahezu identischen Wortlauts der Vorschriften zur Nacherfüllung im Kauf- und Werkvertragsrecht (§§ 439 Abs. 2, 635 Abs. 2 BGB²⁹). Wenn sich der Gesetzgeber für den identischen Wortlaut und nicht für rechtsgebietsadäquate Differenzierungen entscheidet, muss davon ausgegangen werden, dass gleiche Konsequenzen gewollt sind, selbst wenn dies nicht einmal nahe liegend ist. Schließlich wird dadurch vernachlässigt, dass Mängel im Bereich von Massengeschäften (Kaufrecht) andere Konsequenzen rechtfertigen können, als Mängel, die bei individuell hergestellten Werken auftreten.

These und Antithese haben jeweils etwas für sich; zwingend ist weder die eine noch die andere. Eindeutig erscheint uns nur, dass eine harmonisierte Rechtsprechung angesichts der Wortlaute zu fordern ist. Die Auslegungen, die die Zivilsenate bei annähernd gleichem Wortlaut der Reichweite des Nacherfüllungsanspruchs zumessen, können kaum gegensätzlicher sein. Diese Ungleichbehandlung in der Rechtsprechung ist der breiten Öffentlichkeit jedoch nicht zu vermitteln und es darf nie aus dem Auge verloren werden, dass die Rechtsordnung nicht für Juristen gemacht ist, die sich intellektuell hervortun wollen, sondern das Zusammenleben der Menschen verlässlich organisieren soll.

Nun stellt sich die Frage, in welche Richtung eine solche Anpassung vorangetrieben werden soll. Es besteht zum Einen die Möglichkeit, die gefestigte Rechtsprechung im Baurecht aufzugeben und wie im Kaufrecht an strikten Auslegungsmethoden zu orientieren. Zum anderen kann an der werkvertraglichen Auslegung aufgrund der hoch zu bewertenden Rechtssicherheit festgehalten und die Auslegung der Vorschrift im Kaufrecht dem Werkvertragsrecht angepasst werden. Allerdings ist auch in diesem Fall zu wünschen, dass die extensive Auslegung des Nacherfüllungsanspruchs besser begründet wird als dies in der Vergangenheit geschehen ist. Bei kritischer Betrachtung drängt sich nämlich die Frage auf, ob die Auslegung tatsächlich so selbstverständlich ist. Schließlich treffen den Unternehmer u.U. massive wirtschaftliche Nachteile für einen Mangel, den er nicht zu vertreten hat.

Angesichts der Bedeutung, die einer einheitlichen Rechtsordnung zukommt, ist man geneigt zu fragen, weshalb der 8. Zivilsenat nunmehr – in Fortsetzung der Rechtsprechung in der Parkettstäbe Entscheidung – mit Beschluss vom 14.01.2009³⁰ eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof gemacht hat, statt zunächst von der Möglichkeit Gebrauch zu machen, eine Entscheidung des Großen Senats zur Klärung der Reichweite des Nacherfüllungsanspruchs herbei zu führen, § 132 Abs. 4 GVG.

²⁹ § 439 Abs. 2 BGB: Der Verkäufer hat die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen.

§ 635 Abs. 2 BGB: Der Unternehmer hat die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen.

³⁰ BGH, Beschluss vom 14.01.2009, Az. VIII ZR 70/08.