

11/2023

26. Jahrgang
Seiten 723 - 794



IHR EXAMENSWISSEN EXAMENSRELEVANTE ENTSCHEIDUNGEN KLAUSURTYPISCH AUFBEREITET

ZIVILRECHT

- Aufwendungsersatzanspruch nach § 439 III BGB auch bei Maßnahmen im Vorfertigungsprozess vor finalem Einbau einer mangelhaften Sache
- Fristsetzung vor Abnahme:
Für Einschlägigkeit des Mängelrechts ausreichend?
- Annahmeverzug nach Ausspruch einer fristlosen Kündigung – widersprüchliches Verhalten des AG!

STRAFRECHT

- Strafbarkeit der Fälschung von Corona-Impfbescheinigungen
- „Auf frischer Tat betroffen“ i.S.d. § 252 StGB:
Anforderungen bei der sog. „Nacheile“

ÖFFENTLICHES RECHT

- Präventive Ingewahrsamnahme von Klimaaktivisten
- Widmung einer öffentlichen Einrichtung:
Wildtierverschützung für Zirkusaufführungen

TYPISCHE KLAUSURPROBLEME

- Examensrelevante Probleme des Versammlungsrechts

GRUNDFÄLLE

- Der Regress des Verkäufers, insbes. beim Verbrauchsgüterkauf, §§ 445a, 445b, 478 BGB
- Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) / Verfassungskonforme Auslegung

HEMMER.LIFE

- „Erfolg ist kein Zufall“ - Die Tipps der Examensbesten!
Johannes Kätscher und Thomas Reiß im Interview



AKTUELL

FALLORIENTIERT

PROFESSIONELL

E-BOOK LIFE&LAW NOVEMBER 2023

Autoren: Tyroller/Berberich/d'Alquen/Grieger

INHALTSVERZEICHNIS

E-BOOK LIFE&LAW NOVEMBER 2023

1 AUFWENDUNGERSATZANSPRUCH NACH § 439 III BGB AUCH BEI MASSNAHMEN IM VORFERTIGUNGSPROZESS VOR FINALEM EINBAU EINER MANGELHAFTEN SACHE

A) Sounds

B) Problemaufriss

I. Anwendungsbereich des § 439 III BGB

II. Rechtsfolge: Aufwendungsersatz

1. Ansprüche bei Drittbeauftragung

2. Ansprüche bei Selbstvornahme durch den Käufer

3. Vorschuss bzw. Freistellung, Vorteils-anrechnung und Mitverschulden

III. Voraussetzung: Einbau, bevor der Mangel „offenbar wurde“

IV. Problem in der jetzt zu besprechenden Entscheidung

C) Lösung

I. Anspruch auf Aufwendungsersatz nach § 439 III BGB

1. Wirksamer Kaufvertrag, § 433 BGB

2. Vorliegen eines Sachmangels bei Gefahrübergang, §§ 434, 446 S. 1 BGB

3. Voraussetzungen des § 439 III BGB

a) Wortlaut des § 439 III BGB

aa) Definition Einbau

bb) Keine Beschränkung auf die Endmontage

b) Gesetzeszweck des § 439 III BGB

c) Unionsrechtliche Erwägungen

d) Keine Heranziehung der zu § 950 BGB entwickelten Grundsätze auf den „Einbau“

e) Auch eine etwaige Unverhältnismäßigkeit des Aufwands spielt bei § 439 III BGB keine Rolle, sondern erst i.R.d. § 439 IV BGB

4. Ergebnis

II. Anspruch auf Schadensersatz nach §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB

III. Endergebnis

D) Kommentar

E) hemmer-background

I. Weiterreichung der Kosten nach § 439 III BGB gem. § 445a I BGB

II. Weiterreichung der Kosten nach § 445a I BGB gem. § 445a III BGB

III. Aber: Rügeobliegenheit nach § 377 HGB ist zu beachten, § 445a IV BGB

IV. Verjährung des Rückgriffsanspruchs, § 445b BGB

F) Wiederholungsfrage

G) Zur Vertiefung

2 FRISTSETZUNG VOR ABNAHME: FÜR EINSCHLÄGIGKEIT DES MÄNGELRECHTS AUSREICHEND?

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Anspruch aus §§ 637 Nr. 2, 637 III BGB

1. Wirksamer Werkvertrag, § 631 BGB

2. Mangelhafte Werkleistung bei Abnahme

3. Ablauf einer angemessenen Frist bzw. Entbehrlichkeit der Fristsetzung

a) Problem: Frist bezog sich auf Erfüllungsanspruch aus § 633 I BGB

b) Keine Fristsetzung nach Abnahme des Werkes

c) Entbehrlichkeit einer weiteren Fristsetzung?

aa) Fristsetzung zur Leistungserbringung ausreichend

bb) Vereinbar mit BGH-Rechtsprechung zum Vorschussanspruch vor Abrechnung

cc) Auch Unterschiede zwischen Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch rechtfertigen keine andere Beurteilung

4. Erforderlichkeit der Aufwendungen

II. Anspruch aus §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I S. 1 Alt. 2 BGB

III. Endergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

3 ANNAHMEVERZUG NACH AUSSPRUCH EINER FRISTLOSEN KÜNDIGUNG – WIDERSPRÜCHLICHES VERHALTEN DES AG!

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Anspruch gem. §§ 615 S. 1, 611a II BGB auf Zahlung von Annahmeverzugslohn

1. Abgrenzung von § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB zu § 615 S. 1 BGB

2. Voraussetzungen des Annahmeverzugs, §§ 293 ff. BGB

a) Angebot des AN

aa) Grds. tatsächliches Angebot, § 294 BGB

bb) Ausnahmsweise ist wörtliches Angebot ausreichend, § 295 BGB

- cc) Entbehrlichkeit des Angebots, § 296 BGB
 - b) Leistungsfähigkeit des AN, § 297 BGB?
 - aa) Leistungsbereitschaft bezieht sich auf die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu unveränderten Bedingungen
 - bb) Das Angebot einer Prozessbeschäftigung war seitens AG nicht ernsthaft gewollt
 - (1) Verhalten des AG war widersprüchlich
 - (2) Katalog der dem AN gemachten Vorwürfe lassen Rückschluss auf fehlenden Willen des AG zu, den AN weiter zu beschäftigen
 - cc) Etwaiges Angebot würde sich zudem nur auf vorläufige Prozessbeschäftigung im gekündigten Arbeitsverhältnis beziehen
3. Kürzung des Annahmeverzugslohnes durch Anrechnung gem. § 11 Nr. 2 KSchG bzw. § 615 S. 2 Var. 3 BGB
- a) Voraussetzung für böswillig unterlassenen Verdienst
 - b) Böswilliges Unterlassen, wenn der AN eine angebotene Prozessbeschäftigung ablehnt
 - c) Hier lag mangels Zumutbarkeit für AN kein Fall des böswilligen Unterlassens vor

II. Endergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

4 STRAFBARKEIT DER FÄLSCHUNG VON CORONA-IMPFBESCHEINIGUNGEN

A) Sound

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Strafbarkeit gem. § 277 StGB a.F.

1. Tatbestand

- a) Erster Teilakt
- b) Zweiter Teilakt

2. Ergebnis

II. Strafbarkeit gem. § 267 I StGB

1. Tatbestand

- a) Objektiver Tatbestand
- b) Subjektiver Tatbestand

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

3. Ergebnis

III. Konkurrenzen

1. Wortlaut

2. Systematik

3. Telos

4. Historie

IV. Gesamtergebnis

- D) Kommentar
- E) Wiederholungsfragen
- F) Zur Vertiefung

5 „AUF FRISCHER TAT BETROFFEN“ I.S.D. § 252 STGB: ANFORDERUNGEN BEI DER SOG. „NACHEILE“

- A) Sounds
- B) Problemaufriss
- C) Lösung
 - I. Tatbestand des § 252 StGB
 - II. Ergebnis
- D) Kommentar
- E) Wiederholungsfrage
- F) Zur Vertiefung

6 PRÄVENTIVE INGEWAHRSAMNAHME VON KLIMAAKTIVISTEN

- A) Sound
- B) Problemaufriss
- C) Lösung
 - I. Legitimes Ziel
 - II. Keine Geeignetheit des Gewahrsams
 - III. Maßnahme zudem nicht erforderlich
 - IV. Maßnahme zudem auch unangemessen
 - 1. Klebe- und Brückenaktionen als Straftaten
 - 2. Beeinträchtigte Grundrechte
 - a) Art. 2 II S. 2, 104 II GG, Art. 102 I BV
 - b) Art. 8 I GG
 - aa) Schutzbereich
 - bb) Abwägung
 - V. Ergebnis
- D) Kommentar
- E) Wiederholungsfrage
- F) Zur Vertiefung

7 WIDMUNG EINER ÖFFENTLICHEN EINRICHTUNG: WILDTIERVERBOT FÜR ZIRKUS-

AUFFÜHRUNGEN

A) Sound

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Anspruch aus Art. 21 I S. 1 GO

II. Anspruch aus Art. 3 I GG, Art. 118 BV

1. Formelle Rechtmäßigkeit des Stadtratsbeschlusses

2. Materielle Rechtmäßigkeit des Stadtratsbeschlusses

a) Art. 3 I GG

b) Art. 12 I GG

aa) Schutzbereich

bb) Eingriff

cc) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs

III. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfragen

F) Zur Vertiefung

EXAMENSRELEVANTE PROBLEME

EXAMENSRELEVANTE PROBLEME DES VERSAMMLUNGSRECHTS

A) Einführung

B) Versammlungsbegriffe

I. Art. 8 GG

1. Persönlicher Schutzbereich des Art. 8 I GG

2. Sachlicher Schutzbereich des Art. 8 I GG

a) Versammlungsbegriff des Art. 8 I GG

b) Friedlich und ohne Waffen

II. Versammlungsgesetze

1. Unterschiedliche Versammlungsbegriffe

2. Arten von Versammlungen

C) Versammlungsrechtliche Maßnahmen

I. Der Grundsatz der Polizeifestigkeit und seine Ausnahmen

1. Vorfeldmaßnahmen

2. Maßnahmen im Nachgang zu Versammlungen

3. Keine Versammlung nach der Definition in den Versammlungsgesetzen

4. Abwehr nicht versammlungsspezifischer Gefahren

5. Maßnahmen der Verwaltungsvollstreckung

6. Minusmaßnahmen

II. Klausurrelevanteste Eingriffsbefugnisse nach den Versammlungsgesetzen

1. § 15 VersG

- a) Grds. kein Verbot und keine Auflösung bei einer Gefahr lediglich für die öffentliche Ordnung
- b) Der Begriff der unmittelbaren Gefahr
- c) Ermessensentscheidung / Verhältnismäßigkeit / Störerauswahl

2. Weitere Befugnisse nach den Versammlungsgesetzen

D) Prozessuales

I. Verwaltungsrechtliche Aufgabenstellung in der Klausur

- 1. Statthafte Klage- bzw. Antragsart
- 2. Klage- bzw. Antragsbefugnis

II. Verfassungsrechtliche Aufgabenstellung in der Klausur

E) Fazit

GRUNDFÄLLE

DER REGRESS DES VERKÄUFERS, INSBES. BEIM VERBRAUCHSGÜTERKAUF, §§ 445A, 445B, 478 BGB

A) Sound

B) Gliederung

C) Lösung

Anspruch des V gegen H auf Ersatz der Reparaturkosten

I. Anspruch aus §§ 437 Nr. 3 Alt. 1, 280 I, III, 281 I S. 1 BGB

II. Anspruch aus § 445a I BGB

III. Ergebnis

D) Zusammenfassung

E) Zur Vertiefung

VERSAMMLUNGSFREIHEIT (ART. 8 GG) / VERFASSUNGSKONFORME AUSLEGUNG

A) Sound

B) Gliederung

C) Lösung

1. Zulässigkeit

- a) Zuständigkeit des BVerfG
- b) Beschwerdeberechtigung
- c) Beschwerdegegenstand

- d) Beschwerdebefugnis
- e) Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität
- f) Sonstiges

2. Begründetheit

- a) Schutzbereich
- b) Eingriff
- c) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs
 - aa) Verfassungsmäßigkeit des VersammlG
 - bb) Verfassungsmäßigkeit der Einzelmaßnahme

3. Ergebnis

D) Zusammenfassung

DEMNÄCHST

HEMMER.LIFE

1 AUFWENDUNGSERSATZANSPRUCH NACH § 439 III BGB AUCH BEI MASSNAHMEN IM VORFERTIGUNGSPROZESS VOR FINALEM EINBAU EINER MANGELHAFTEN SACHE

+++ Kaufvertrag +++ Sachmangel +++ Anspruch auf Nacherfüllung +++ Aufwendungsersatz für Aus- und Einbau +++ Schadensersatz neben der Leistung +++ §§ 280, 433, 434, 437, 439 BGB +++

Sachverhalt: K und V schlossen im Juli 2023 einen Kaufvertrag über Edelstahlrohre zum Kaufpreis von 750.000,- €. Sie waren mit einem maritimen Konformitätszertifikat versehen, welches die zwischen K und V vereinbarte Verwendung der Rohre für den Schiffbau gestattet.

K benötigte die Rohre, da er aufgrund eines Werkvertrages mit B verpflichtet war, diese Rohre in zwei Kreuzfahrtschiffen als Rohrleitungssysteme zum Transport von Flüssigerdgas (LNG-Gas) zu montieren.

Nach der Lieferung der Rohre durch den Hersteller H begann K damit, diese zu Doppelrohrsystemen (sog. „spools“) zusammenzuschweißen bzw. zusammenzubauen. Bei den Vorfertigungsarbeiten zeigten sich herstellungsbedingte Materialfehler der Edelstahlrohre. Noch vor der Montage der „spools“ in die Kreuzfahrtschiffe stellte K die Vorfertigung ein und verlangte von V die Lieferung neuer – mangelfreier – Edelstahlrohre.

K baute die „spools“ wieder auseinander, um nach dem Austausch der Rohre die übrigen von ihm benutzten Verbindungsstücke („Fittings“) und Messstutzen im Rahmen der erneuten Vorfertigung mit den nachgelieferten Rohren wiederverwenden zu können. Nach Lieferung der – jetzt mangelfreien – Edelstahlrohre begann K erneut mit der Vorfertigung der Rohre zu „spools“.

K verlangt nun von V Ersatz der Kosten, die ihm durch das Auseinanderbauen der im Rahmen der ersten Vorfertigung erstellten „spools“ sowie durch die Aufbereitung der „Fittings“ und Messstutzen und für die erneute Vorfertigung bis zum Erreichen des Stands der ersten Vorfertigung entstanden sind.

Steht K gegen V dem Grunde nach ein Anspruch auf Ersatz der geltend gemachten Kosten zu?

A) Sounds

1. Der Anwendungsbereich des Aufwendungsersatzanspruchs gemäß § 439 III BGB ist unter dem Gesichtspunkt des Einbaus der mangelhaften Kaufsache in eine andere Sache auch dann eröffnet, wenn sich ein Sachmangel der Kaufsache bereits im Rahmen eines – ihrer Art und ihrem Verwendungszweck entsprechenden – Vorfertigungsprozesses zeigt und es deshalb nicht mehr zum Abschluss des Einbauvorgangs kommt.

2. Sofern die Kaufsache nicht untrennbar mit einer anderen Sache verbunden wird, sondern in ihrer ursprünglichen Sacheigenschaft noch vorhanden ist, steht es dem Aufwendungsersatzanspruch gemäß § 439 III BGB nicht entgegen, dass durch den Einbauvorgang eine neue Sache hergestellt wird.

B) Problemaufriss

In Umsetzung des Urteils des EuGH in Sachen „Weber und Putz“¹ und der daraufhin ergangenen Rechtsprechung des BGH² zum Ersatz der Kosten für den Ausbau einer mangelhaften Sache und des erneuten Einbaus der mangelfreien Sache wurde § 439 III BGB mit Wirkung zum 01.01.2018 ins BGB eingefügt.³

Die Norm regelt den Fall, dass der Käufer eine Sache gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache eingebaut oder an eine andere Sache angebracht hat und sich erst dann der Mangel zeigt.

1 EuGH, **Life&LAW 08/2011, 537 ff.** = NJW 2011, 2269 ff. = [jurisbyhemmer](#).

2 BGH, **Life&LAW 04/2012, 239 ff.** = NJW 2012, 1073 ff. = [jurisbyhemmer](#).

3 Tyroller, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, **Life&LAW 10/2016, 727 ff.**

Anmerkung: Die tatbestandlich gleichwertige Variante des „Anbringens“ wurde im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens nachträglich⁴ eingefügt, um die häufig schwierige Abgrenzung eines Einbaus überflüssig zu machen. Erfasst sind insbesondere Verwendungen, die nicht im Wortsinne als „Einbau“ verstanden werden können, aber trotzdem die Verbindung mit einer anderen Sache beinhalten (z.B. die Befestigung von Dachrinnen und Leuchten o.Ä.). Ebenso werden mangelhafte Farben und Lacke erfasst, die zum Zwecke der Nacherfüllung abgeschliffen und erneut angebracht werden müssen.⁵

I. Anwendungsbereich des § 439 III BGB

Nach § 439 III BGB ist der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet, dem Käufer die erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache zu ersetzen.

Durch die Regelung in § 439 BGB außerhalb der Vorschriften zum Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 ff. BGB) wird klargestellt, dass diese Verpflichtung auch gegenüber einem unternehmerischen Käufer besteht.

Der Grund für die Ausdehnung auf alle Kaufverträge ist folgender: Handwerker und Bauunternehmer schulden ihrem Auftraggeber im Rahmen der werkvertraglichen Nacherfüllung nach §§ 634 Nr. 1, 635 I BGB regelmäßig den Ausbau des mangelhaften Baumaterials und den Einbau des mangelfreien Ersatzmaterials. Die Kosten dafür können sehr hoch sein.

Da die Aus- und Einbaukosten die dem Handwerker aus dem Werkvertrag zustehende Vergütung bei weitem übersteigen können (Grenze: § 635 III BGB), sind auch bzw. insbesondere unternehmerische Käufer besonders schutzwürdig.

hemmer-Methode: Durch die Erstreckung des Aufwendungsersatzes für Aus- und Einbaukosten auf alle Kaufverträge war der Gesetzgeber gezwungen, auch den Regressanspruch des Verkäufers gegenüber dem Lieferanten neu zu regeln. Mit Wirkung zum 01.01.2018 ist daher auch der Rückgriff des Verkäufers beim Verkauf einer neuen Sache gegenüber dem Lieferanten in den §§ 445a, 445b BGB geregelt worden.

Für den Verbrauchsgüterkauf gibt es in § 478 BGB hierzu ergänzende Sonderbestimmungen.

Dieser Lieferantenregress wird im Anschluss zu der Entscheidungsbesprechung in einem ausführlichen hemmer-background dargestellt.

II. Rechtsfolge: Aufwendungsersatz

Der Verkäufer hat weder das Recht noch die Pflicht, den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der mangelfreien Sache selbst vorzunehmen. Auch der Käufer hat nach h.M. kein Wahlrecht.⁶

hemmer-Methode: § 439 III BGB durchbricht also das sonst bestehende Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung!

§ 439 III BGB gewährt dem Käufer daher (lediglich) einen **vom Vertretenmüssen unabhängigen Aufwendungsersatzanspruch**.

Anders als im Rahmen von § 249 II BGB bei einem Schadensersatzanspruch sind **nur die tatsächlich angefallenen Aufwendungen** zu ersetzen. Der Käufer kann also nicht die mangelhafte Sache an ihrem Platz belassen und dennoch Ersatz der Aus- und Einbaukosten verlangen.

hemmer-Methode: § 439 III BGB gibt daher auch kein „partielles“ Selbstvornahmerecht, sondern regelt eher eine Selbstvornahmepflicht.

§ 439 III BGB gilt dabei für beide Arten der Nacherfüllung. Es macht nämlich keinen Unterschied, ob eine mangelhafte Kaufsache, die der Käufer vor Auftreten eines Mangels gemäß ihrer Art und ihres Verwendungszwecks eingebaut hat, ausgebaut werden muss, um eine neu gelieferte mangelfreie Sache zu verbauen, oder aber, ob eine solche Sache ausgebaut werden muss, um den Mangel beseitigen zu können und sie sodann wieder sach- und fachgerecht einzubauen.

Bei beiden Alternativen der Nacherfüllung würden den Käufer weitere Kosten des Ein- und Ausbaus treffen, die er be-

4 Vgl. Tyroller, Update zur Reform der kaufrechtlichen Mängelhaftung, **Life&LAW 05/2017, 342 f.**

5 Zur Reichweite des Begriffs des Anbringens vgl. auch Bleckat, VuR 2019, 254 ff.

6 Staudinger/Artz, Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte, 1. Auflage 2022, Rn. 91.

reits einmal aufgewandt hat und die er bei mangelfreier Erfüllung des Vertrags nicht noch ein weiteres Mal zu tragen hätte. Der Verkäufer schuldet aber nur Ersatz der *erforderlichen* Aufwendungen.

hemmer-Methode: Hier kann auf die Rechtsprechung zum Selbstvornahmerecht des Bestellers nach § 637 BGB zurückgegriffen werden, in dessen Rahmen ebenfalls ein Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen besteht (§ 637 I BGB).

Die Erforderlichkeit ist aus der Perspektive einer vernünftigen Person an der Stelle des Käufers zu beurteilen.

Der Höhe nach erforderlich sind Aufwendungen, die ein vernünftig wirtschaftlich denkender Käufer aufgrund sachkundiger Beratung oder Feststellung für eine vertretbare, d.h. geeignete und Erfolg versprechende Maßnahme zur Mängelbeseitigung erbringen konnte und musste.⁷ Auf die Verhältnismäßigkeit kommt es bei der Frage der Erforderlichkeit nicht an. Diese ist erst i.R.v. § 439 IV BGB zu berücksichtigen.⁸

Hat der Käufer aufgrund eines Werkvertrages die Sache bei seinem Kunden eingebaut, so hängt die Ersatzfähigkeit der Aufwendungen davon ab, dass der Käufer gegenüber seinem Kunden nach §§ 634 Nr. 1, 635 BGB zum Ausbau der mangelhaften und Einbau der mangelfreien Baumaterialien verpflichtet war.

Nur dann sind die Kosten auch **dem Grunde nach** erforderlich gewesen.⁹

1. Ansprüche bei Drittbeauftragung

Beauftragt der Käufer einen Drittunternehmer mit der Vornahme der nötigen Arbeiten, muss er im Regelfall zwei – aber nicht mehr – Alternativangebote einholen. Er braucht aber nicht den billigsten Unternehmer zu beauftragen, sondern darf neben dem Preis die Zuverlässigkeit des Unternehmers sowie die Schnelligkeit, mit der dieser tätig werden kann, berücksichtigen. Erfasst sind auch Aufwendungen, die für die Beauftragung des Drittunternehmers anfallen (z.B. Porto- oder Fahrtkosten).¹⁰

Anmerkung: Die bei Beauftragung eines Drittunternehmers zu ersetzenden Aufwendungen umfassen auch Verluste, die dem Käufer auf Grund der Insolvenz des Drittunternehmers entstehen, z.B. weil er Gewährleistungsrechte gegen diesen nicht realisieren kann.

Für den Käufer würde es nämlich eine erhebliche Unannehmlichkeit i.S.d. § 475 V BGB bzw. Art. 14 I lit. c Warenkauf-RL darstellen, wenn er das Risiko der Insolvenz des von ihm beauftragten Unternehmers tragen müsste.

Dies gilt unabhängig davon, ob der Käufer Verbraucher oder Unternehmer ist.¹¹

2. Ansprüche bei Selbstvornahme durch den Käufer

a) Wenn der Käufer die betreffenden Arbeiten **im Rahmen seines Gewerbes** selbst vornimmt, kann er Ersatz der konkret anfallenden Kosten sowie anteiligen Ersatz seiner allgemeinen Kosten verlangen.

Darüber hinaus steht ihm ein Anspruch auf Vergütung seiner Arbeitszeit zu. Dies ist jedenfalls dann geboten, wenn der Käufer sonst seine Kapazitäten gewinnbringend genutzt hätte.¹²

b) Nimmt ein **Verbraucher** die Arbeiten selbst vor, so ist entsprechend der einhelligen Meinung zu § 637 BGB¹³ auch seine eigene Arbeitsleistung zu vergüten, und zwar auf der Basis des Entgelts eines Arbeitnehmers.

3. Vorschuss bzw. Freistellung, Vorteils-anrechnung und Mitverschulden

a) Beim Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs kann der Käufer gem. § 475 IV BGB einen Vorschuss verlangen.

Im Umkehrschluss folgt daraus, dass bei anderen Kaufverträgen gerade kein Anspruch auf Vorschuss besteht.¹⁴ Dem

7 BGH, NJW-RR 1991, 789 ff. = **jurisbyhemmer**; vgl. auch Grüneberg/Weidenkaff, BGB, 82. Auflage 2023, § 439, Rn. 13 sowie Grüneberg/Retzlaff, a.a.O., § 637, Rn. 6.

8 Staudinger/Artz, a.a.O., Rn. 131.

9 Vgl. hierzu die Aufgabe 1 des Examenstermins 2019/I in Bayern, abgedruckt in Life&LAW 05/2019, 326 ff.

10 BeckOK/Faust, BGB, Ed. 1.8.2023, § 439, Rn. 135 - 137.

11 Staudinger/Artz, a.a.O., Rn. 136.

12 Staudinger/Artz, a.a.O., Rn. 138; Thon, JuS 2017, 1150 (1153).

13 Grüneberg/Retzlaff, a.a.O., § 637, Rn. 6.

14 Looschelders, JA 2018, 81 (84); a.A. Grüneberg/Weidenkaff, a.a.O., § 439, Rn. 13.

Käufer steht jedoch ein Anspruch auf Freistellung aus § 257 BGB zu.¹⁵

b) Entsteht durch die Arbeiten für den Käufer ein Mehrwert, etwa weil der ursprüngliche Einbau nicht fachgerecht erfolgt war, kann dieser Mehrwert nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung auf den Aufwendungsersatzanspruch anzurechnen sein.¹⁶

c) Ist der Einbau durch den Käufer selbst nicht sach- oder fachgerecht erfolgt, kann dies bei der Höhe des Aufwendungsersatzanspruches des Käufers zu berücksichtigen sein, der in diesem Fall analog § 254 BGB zu kürzen sein wird.¹⁷

III. Voraussetzung: Einbau, bevor der Mangel „offenbar wurde“

Dem Käufer steht der Anspruch nach § 439 III BGB nicht zu, wenn der Mangel vor dem Einbau offenbar wurde (vgl. auch Art. 14 III der Warenkauf-RL).

hemmer-Methode: Häufig ist zu lesen, dass der Anspruch nach § 439 III BGB ausgeschlossen sei, wenn der Einbau erfolgte, nachdem der Mangel offenbar wurde.

Dies ist nach h.M. sprachlich nicht korrekt. Dass der Mangel nicht vorher offenbar wurde, ist als Anspruchsvoraussetzung formuliert und daher nach den allgemeinen Grundsätzen vom Käufer zu beweisen. Dem Käufer obliegt also nach h.M. der Nachweis, dass ein Mangel *nicht offenbar* geworden ist. Ein solcher Negativbeweis führt zu einer sekundären Behauptungs- oder Darlegungslast der Gegenseite, hier des Verkäufers, d.h. einfaches Bestreiten genügt (ausnahmsweise) nicht.¹⁸

Was unter „**offenbar wurde**“ zu verstehen ist, ist umstritten.

Anmerkung: Bis 31.12.2021 enthielt § 439 III BGB noch einen Satz 2, der auf § 442 I BGB verwiesen hat. Danach führte sowohl positive Kenntnis als auch grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers vom Mangel vor dem Einbau zum Anspruchsverlust.

Nach der amtlichen Begründung des Gesetzes soll der Anspruch nur dann nicht bestehen, wenn der Käufer die Sache *in positiver Kenntnis* des Mangels eingebaut hat.¹⁹ Der Käufer, der eine Sache in Kenntnis eines Mangels verbaut, ist hinsichtlich der dadurch erforderlich werdenden Aus- und Einbauleistungen nicht schutzwürdig, da er zunächst seinen Nacherfüllungsanspruch nach § 439 I BGB geltend machen muss, bevor er die Sache einbaut.

Die Literatur sieht dies überwiegend anders. Die Formulierung sei nicht mit positiver Kenntnis gleichzusetzen. Es müsse nach einer objektivierten Betrachtung darauf abgestellt werden, ob sich der Mangel einem Durchschnittskäufer geradezu aufdrängen musste, was mit grober Fahrlässigkeit gleichzusetzen sei.²⁰ Hat sich der Mangel dem Käufer vor dem Einbau aufdrängen müssen, ist er damit bereits offenbar geworden.

Anmerkung: Für diese Sichtweise sprechen auch die englische und die französische Formulierung der Richtlinie.

Die Formulierung „to become apparent“ heißt im Deutschen „sichtbar werden“. Dies legt eine objektivierte Betrachtung nahe, ohne dass es auf eine (subjektive) positive Kenntnis ankommt.

Auch die französische Formulierung „apparaître“ für „erscheinen bzw. „zutage treten“ könnte für die objektivierte Auslegung der Literatur sprechen.

Überdies hat der EuGH das jeweilige Gegenstück zum „Offenbarwerden“ im Rahmen der Beweislastumkehr der Verbrauchsgüterkauf-RL in der englischen „become physically apparent“ und französischen Sprachfassung „matériellement révélé“ jeweils ebenfalls als tatsächliches Merkmal ausgelegt.²¹

Für ein objektiviertes Verständnis des Merkmals spricht auch das UN-Kaufrechts-Übereinkommen. In Art. 36 CISG²² wird die Formulierung des „Offenbarwerdens“ im Rahmen des maßgeblichen Zeitpunkts für die Vertragsmäßigkeit verwandt und ist auch hier als objektive Erkennbarkeit zu verstehen, so dass es auf subjektive Elemente nicht ankommen kann und grob fahrlässige Unkenntnis den Anspruch ausschließt.²³

15 BeckOK/Faust, a.a.O., § 439, Rn. 140 a.E.

16 RegE, BT-Drs. 18/8486, 40.

17 Grüneberg/Weidenkaff, a.a.O., § 439, Rn. 13; Grüneberg/Retzlaff, a.a.O., § 635, Rn. 7.

18 Staudinger/Artz, a.a.O., Rn. 91; a.A. BeckOK/Faust, a.a.O., § 439, Rn. 126 unter Berufung auf die bis zum 31.12.2021 geltende Rechtslage. Die Verweisung auf § 442 I BGB als Anspruchsausschluss hatte zur Folge, dass der Verkäufer beweispflichtig war.

19 RegE, BT-Drs. 19/27424, 26; Grüneberg/Weidenkaff, a.a.O., § 439, Rn. 12 a.E.

20 Lorenz, NJW 2021, 2065 (2067); Hoffmann, NJW 2021, 2839 (2844); Rachlitz, NJW 2022, 1337 (1340); Kesisoglulil/Lang, NJW 2023, 1009 (1013).

21 EuGH, NJW 2015, 2237 ff. (Rn. 71) = jurisbyhemmer.

22 CISG steht für „United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods“

23 Staudinger/Artz, a.a.O., Rn. 83.

IV. Problem in der jetzt zu besprechenden Entscheidung

Zentrales Problem in der jetzt zu besprechenden Entscheidung ist die Frage, was unter „Einbau“ einer mangelhaften Sache zu verstehen ist.

Das Berufungsgericht hat den Anspruch des K auf Aufwendungsersatz abgelehnt, weil der sachliche Anwendungsbereich nicht eröffnet sei.²⁴

Der Fall werde vom Wortlaut der Vorschrift nicht erfasst. Weder habe K die gekauften Rohre in eine andere Sache eingebaut, noch an eine andere Sache angebracht. K habe die von V gekauften Rohre nicht in der Weise mit einer anderen Sache körperlich verbunden, dass die Rohre unselbstständige Bestandteile einer anderen Sache geworden seien. Vielmehr habe K die Rohre miteinander verbunden, indem er diese zu „spools“ zusammengebaut beziehungsweise geschweißt habe.

Eine andere Beurteilung sei auch nicht deshalb gerechtfertigt, weil K dabei Verbindungselemente („Fittinge“) verwendet habe, da die Rohre ersichtlich keine unselbstständigen Bestandteile der Verbindungselemente geworden seien. Auf eine Vorfertigung von „spools“ sei § 439 III BGB daher nicht anzuwenden.

Der BGH tritt dieser Ansicht zu Recht entgegen.

C) Lösung

Fraglich ist, ob K von V Ersatz der Kosten, die ihm durch das Auseinanderbauen der im Rahmen der ersten Vorfertigung erstellten „spools“ sowie durch die Aufbereitung der „Fittinge“ und Messstutzen und für die erneute Vorfertigung bis zum Erreichen des Stands der ersten Vorfertigung entstanden sind, verlangen kann.

I. Anspruch auf Aufwendungsersatz nach § 439 III BGB

In Betracht kommt ein Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen nach §§ 437 Nr. 1, 439 III BGB.

1. Wirksamer Kaufvertrag, § 433 BGB

V und K haben sich durch zwei übereinstimmende und in Bezug aufeinander abgegebene Willenserklärungen (Angebot und Annahme, §§ 145, 147 BGB) auf den Kauf von Edelstahlrohren zum Kaufpreis von 750.000,- € geeinigt.

Ein wirksamer Kaufvertrag i.S.d. § 433 BGB lag daher vor.

2. Vorliegen eines Sachmangels bei Gefahrübergang, §§ 434, 446 S. 1 BGB

Des Weiteren müsste bei Gefahrübergang, also zum Zeitpunkt der Übergabe der Edelstahlrohre an den K nach § 446 S. 1 BGB, ein Sachmangel i.S.d. § 434 BGB vorgelegen haben.

a) Nach § 434 I BGB ist die Kaufsache frei von Sachmängeln, wenn sie den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen und den Montageanforderungen entspricht.

Aufgrund der maritimen Konformitätserklärung und der Vereinbarung von V und K sollten die Rohre für den Schiffbau geeignet sein. Infolge der herstellungsbedingten Materialfehler entsprachen die Rohre nicht den subjektiven Anforderungen nach § 434 I Var. 1, II S. 1 Nr. 2 BGB, weil sie sich nicht für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung eigneten.

Anmerkung: § 434 II S. 1 Nr. 2 BGB entsprach bis 31.12.2021 § 434 I S. 2 Nr. 1 BGB a.F., der dem Wortlaut nach identisch formuliert war.

Nach Ansicht des BGH und der h.L. zur alten Rechtslage reichte es aus, wenn die Parteien die Verwendung der Kaufsache übereinstimmend (ausdrücklich oder konkludent) i.S.e. Geschäftsgrundlage unterstellt haben.²⁵

Diese großzügige Ansicht kann nach überwiegender Meinung für die ab dem 01.01.2022 geltende Rechtslage nicht beibehalten werden. Die nach dem Vertrag „vorausgesetzte Verwendung“ findet sich seit dem 01.01.2022 bei den subjektiven Anforderungen des § 434 II BGB.

Auch Art. 6 lit. b WK-RL²⁶ setzt eine „Zustimmung“ des Verkäufers zu dem Zweck der Verwendung voraus, den der

24 OLG Köln, NZG 2022, 1022 ff. = jurisbyhemmer.

25 BGH, Life&LAW 10/2019, 659 ff. = NJW 2019, 1937 (1938) = jurisbyhemmer; BGH, Life&LAW 12/2017, 813 ff. = jurisbyhemmer.

26 Art. 6 b) WK-RL lautet: Die Waren entsprechen dem Kaufvertrag, wenn sie sich für einen bestimmten vom Verbraucher angestrebten Zweck eignen, den der Verbraucher dem Verkäufer spätestens bei Abschluss des Kaufvertrags zur Kenntnis gebracht und dem der Verkäufer zuge-

Verbraucher ihm zur Kenntnis gebracht hat.

Daher wird für eine vertraglich vorausgesetzte Verwendung eine vertragliche - zumindest konkludente - Einigung der Parteien vorliegen müssen.²⁷

b) Außerdem entsprachen die Rohre auch nicht den objektiven Anforderungen nach § 434 I Var. 2, III S. 1 Nr. 2b) BGB, da die Rohre aufgrund der Materialfehler keine Beschaffenheit aufwiesen, die K aufgrund der maritimen Konformitätserklärung erwarten durfte.

hemmer-Methode: Das Vorliegen eines Mangels war zwar eindeutig. Dennoch wird im Examen eine (zumindest) kurze Subsumtion des Sachverhalts unter den Gesetzestext verlangt!

c) Der Mangel lag auch bereits bei der Übergabe an K, also bei Gefahrübergang (§ 446 S. 1 BGB) vor, da es sich um einen herstellungsbedingten Mangel gehandelt hat.

Zwischenergebnis: Damit stand dem K gegen V nach §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB ein Anspruch auf Nacherfüllung zu.

3. Voraussetzungen des § 439 III BGB

Nach § 439 III BGB müsste K die Edelstahlrohre in eine andere Sache eingebaut oder an eine andere Sache angebracht haben, bevor der Mangel offenbar wurde. Dies erscheint deshalb problematisch, weil sich der Mangel bereits im Vorfertigungsprozess gezeigt hat und die Rohre daher letztlich gar nicht mehr in die zwei Kreuzfahrtschiffe eingebaut wurden.

Fraglich ist daher, ob auch ein Einbau bzw. ein Anbringen in einem Vorfertigungsprozess unter die Vorschrift des § 439 III BGB fällt.

Anders als das Berufungsgericht bejaht der BGH die Anwendbarkeit des § 439 III BGB, wenn sich der Mangel der Sache in einem – dem eigentlichen Einbau vorgelagerten – Vorfertigungsprozess zeigt. Aufgrund des Gesetzeswortlauts und des Gesetzeszwecks sowie der Gesetzeshistorie und -begründung unterfällt bereits die vorgenommene Vorfertigung der Rohre zu „spools“ dem Tatbestandsmerkmal des „**Einbaus**“ der Kaufsache in eine andere Sache.

a) Wortlaut des § 439 III BGB

Es ist mit dem Gesetzeswortlaut vereinbar, die der Art und ihrem Verwendungszweck entsprechende Verbindung der gekauften Edelstahlrohre zu „spools“ zum Zwecke des Einbaus in Kreuzfahrtschiffe als vom Tatbestandsmerkmal des „Einbaus“ der Kaufsache in eine andere Sache umfasst zu beurteilen, auch wenn die „spools“ noch nicht in den Schiffskörper integriert worden sind.

aa) Definition Einbau

Ein Einbau der Kaufsache in eine andere Sache ist nach dem allgemeinen Sprachgebrauch jedenfalls bei einer körperlichen Verbindung der Kaufsache mit einer anderen Sache gegeben.²⁸

Das OLG Köln hat als Berufungsgericht – ohne Begründung – angenommen, es komme darauf an, dass die Kaufsache unselbständiger Bestandteil der anderen Sache werde. Dieses restriktive Verständnis findet im Gesetzeswortlaut aber keine Grundlage.

bb) Keine Beschränkung auf die Endmontage

Ein „Einbau“ der zu „spools“ zusammengeführten Rohre ist auch nicht deshalb zu verneinen, weil K die Sachmängel bereits bei einer der Endmontage in die Kreuzfahrtschiffe vorgelagerten Verarbeitungsstufe entdeckt hat.

(1) Der Haupt- bzw. Endfertigung können (der Art und dem Verwendungszweck der Kaufsache entsprechende) weitere Stufen der Ver- bzw. Bearbeitung vorausgehen, bei denen Bauteile zusammengefügt und für die Endmontage vorbereitet werden.

stimmt hat.

27 Lorenz, Die Umsetzung der EU-Warenkaufrichtlinie in deutsches Recht, NJW 2021, 2065 (2066); Wilke, VuR 2021, 283.

28 jurisPK-BGB/Pammler, Band 2, 10. Auflage (Stand: 01.02. 2023), § 439, Rn. 153 = jurisbyhemmer; Dauner-Lieb, BauR 2018, 305 (309); Bleckat, VuR 2019, 254 (255).

Da sich der Einbau einer Sache auch in mehreren Stufen vollziehen kann, darf der Einbauvorgang nicht auf seine Schlussphase (hier: Endmontage in die Schiffskörper) reduziert werden. Mit dem Gesetzeswortlaut lässt sich auch die Gesamtheit eines mehrstufigen Einbauvorgangs vereinbaren, einschließlich der sowohl der Art als auch dem Verwendungszweck der Kaufsache entsprechenden Ver- oder Bearbeitungsstufen.

(2) Daher ist im vorliegenden Fall ein „Einbau“ der ursprünglich gelieferten Rohre i.S.d. § 439 III BGB zu bejahen.

Zwar waren die Rohre noch nicht – ihrem abschließenden Verwendungszweck entsprechend – in die Schiffskörper integriert. Die Vorfertigung in Gestalt der Verbindung der Rohre mit Fittings und Messstutzen zu „spools“ diente jedoch dazu, die Haupt- bzw. Endfertigung vorzubereiten.

Die Vorfertigung war daher ein der Art und dem Verwendungszweck der Rohre entsprechender Bestandteil des Einbauvorgangs.

b) Gesetzeszweck des § 439 III BGB

Diese Bewertung wird auch vom Gesetzeszweck des § 439 III BGB gefordert.

aa) Zentrales Anliegen des Gesetzgebers war eine Entlastung der Handwerker und anderer Werkunternehmer (vgl. dazu den Problemaufriss), jedoch ist der Gesetzeszweck nicht auf Bauhandwerker einzuengen, sondern auf alle Werkunternehmer zu erstrecken, die mangelhaftes (Bau-)Material erworben haben. Diese sollen den Verkäufer des mangelhaften Materials auch dann wegen der Aus- und Einbauleistungen in Anspruch nehmen können, wenn er die Mangelhaftigkeit nicht zu vertreten hat und ein Schadensersatzanspruch nach §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB daher nicht gegeben ist.

bb) Mit diesem Gesetzeszweck wäre es nicht zu vereinbaren, dem Käufer einen Aufwendungsersatzanspruch nach § 439 III BGB gegen den Verkäufer mangelhaften Materials zu versagen, wenn der Mangel bereits bei einem Vorfertigungsprozesses vor Abschluss der Endfertigung offenbar wird.

Die Entstehung des Aufwendungsersatzanspruchs wäre andernfalls nicht selten vom Zufall abhängig, wann im Rahmen eines solchen der Art und dem Verwendungszweck der Sache entsprechenden Prozesses ein Sachmangel offenbar wird. Dies leuchtet wertungsmäßig nicht ein.

Entscheidend ist, dass dem K durch den Mangel der ursprünglich gelieferten Rohre ein zusätzlicher Aufwand entstanden ist. Das Gesetz will gerade dafür sorgen, dass Handwerker und andere Unternehmer nicht pauschal auf den Folgekosten von Produktmängeln sitzen bleiben, für die der Lieferant oder Hersteller verantwortlich ist.

Folgekosten von Produktmängeln können jedoch, wie der vorliegende Fall deutlich macht, bereits dann entstehen, wenn der Einbauvorgang noch nicht abgeschlossen ist.

cc) Den Interessen der Letztverkäufer bzw. dem Zwischenhändler V hat der Gesetzgeber dadurch Rechnung getragen, dass er zum Ausgleich der ausgeweiteten kaufrechtlichen Mängelhaftung darauf hingewirkt hat, dass sie Aufwendungen, die ihnen bei der Erfüllung ihrer kaufrechtlichen Nacherfüllungspflicht entstehen, über die Regressvorschriften in der Lieferkette nach § 445a I, III BGB bis zum Hersteller als Verursacher des Mangels weiterreichen können.

Anmerkung: Zum Regress in der Lieferkette vgl. den anschließenden hemmer-background.

c) Unionsrechtliche Erwägungen

Neben den vorbezeichneten Auslegungskriterien sind schließlich auch unionsrechtliche Vorgaben zu berücksichtigen, da die Regelung des § 439 III BGB auf Art. 14 III der RL (EU) 2019/771 (im Folgenden Warenkauf-RL) zurückgeht.

Anmerkung: Die Warenkauf-RL hat mit Wirkung zum 01.01.2022 die bis zum 31.12.2021 geltende Verbrauchsgüterkauf-RL29 abgelöst.

Das Urteil des BGH erging zu der bis 31.12.2021 geltenden Rechtslage. Für die Life&LAW wurde der Fall auf die neue Rechtslage umgeschrieben.

aa) Zwar wird der hier gegebene Fall eines Kaufvertrags zwischen Unternehmern von der Warenkauf-RL nicht erfasst. Allerdings kann eine richtlinienkonforme Auslegung für das nationale Recht auch über den Geltungsbereich einer Richtlinie hinaus Bedeutung erlangen, wenn eine überschießende Umsetzung einer Richtlinie in das nationale Recht erfolgt ist.