

BGH, Urteil vom 21.06.2023, VIII ZR 105/22 = [jurisbyhemmer](#)

# 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 („Fittinge“) 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 „Fittinge“ 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“<sup>1</sup> und der daraufhin ergangenen Rechtsprechung des BGH<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup>

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.

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

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

<sup>3</sup> 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 nachträglich<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup>

## 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.

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

<sup>5</sup> Zur Reichweite des Begriffs des Anbringens vgl. auch Bleckat, VuR 2019, 254 ff.

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.<sup>6</sup>

**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 bereits 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).

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

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.<sup>7</sup> Auf die Verhältnismäßigkeit kommt es bei der Frage der Erforderlichkeit nicht an. Diese ist erst i.R.v. § 439 IV BGB zu berücksichtigen.<sup>8</sup>

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.<sup>9</sup>

## 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).<sup>10</sup>

**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.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> Staudinger/Artz, a.a.O., Rn. 131.

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

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

<sup>11</sup> Staudinger/Artz, a.a.O., Rn. 136.

## 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.<sup>12</sup>

**b)** Nimmt ein **Verbraucher** die Arbeiten selbst vor, so ist entsprechend der einhelligen Meinung zu § 637 BGB<sup>13</sup> auch seine eigene Arbeitsleistung zu vergüten, und zwar auf der Basis des Entgelts eines Arbeitnehmers.

## 3. Vorschuss bzw. Freistellung, Vorteilsanrechnung 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.<sup>14</sup> Dem Käufer steht jedoch ein Anspruch auf Freistellung aus § 257 BGB zu.<sup>15</sup>

**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.<sup>16</sup>

**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.<sup>17</sup>

## 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).

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

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

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

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

<sup>16</sup> RegE, BT-Drs. 18/8486, 40.

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

**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.<sup>18</sup>

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.<sup>19</sup> 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.<sup>20</sup> 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.

<sup>18</sup> 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 Ausschluss hatte zur Folge, dass der Verkäufer beweispflichtig war.

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

<sup>20</sup> Lorenz, NJW 2021, 2065 (2067); Hoffmann, NJW 2021, 2839 (2844); Rachlitz, NJW 2022, 1337 (1340); Kesio-glugil/Lang, NJW 2023, 1009 (1013).

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.<sup>21</sup>

Für ein objektiviertes Verständnis des Merkmals spricht auch das UN-Kaufrechts-Übereinkommen. In Art. 36 CISG<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup>

#### 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.<sup>24</sup>

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 („Fittings“) 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.

<sup>21</sup> EuGH, NJW 2015, 2237 ff. (Rn. 71) = **jurisbyhemmer**.

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

<sup>23</sup> Staudinger/Artz, a.a.O., Rn. 83.

<sup>24</sup> OLG Köln, NZG 2022, 1022 ff. = **jurisbyhemmer**.

## 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.<sup>25</sup>

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

*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-RL<sup>26</sup> setzt eine „Zustimmung“ des Verkäufers zu dem Zweck der Verwendung voraus, den der Verbraucher ihm zur Kenntnis gebracht hat.*

*Daher wird für eine vertraglich vorausgesetzte Verwendung eine vertragliche - zumindest konkludente - Einigung der Parteien vorliegen müssen.<sup>27</sup>*

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.

<sup>26</sup> **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 zugestimmt hat.

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

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.<sup>28</sup>

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.

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.

<sup>28</sup> 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).

**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-RL<sup>29</sup> 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.

Eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung richtlinienfreien Rechts ergibt sich bei einer solchen richtlinienüberschießenden Umsetzung zwar nicht aus dem Gemeinschaftsrecht.

Sie kann sich aber aus nationalem Recht, das heißt aus einem entsprechenden Willen des nationalen Gesetzgebers, ergeben.<sup>30</sup>

Eine überschießende Umsetzung ist hier gegeben, da die aus der Warenkauf-RL resultierende Regelung des § 439 III BGB nicht nur für den Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 ff. BGB), sondern für alle Kaufverträge gilt.

Nach Maßgabe der somit heranzuziehenden unionsrechtlichen Vorgaben ist eine Erstreckung des Aufwendungsersatzanspruchs für die Kosten des Entfernens mangelhafter und den Einbau oder

das Anbringen nachgebesserter oder gelieferter mangelfreier Sachen auf die der Endmontage in den Schiffskörpern der Kreuzfahrtschiffe vorgelagerte Rohrvorfertigung geboten.

**bb)** Nach Art. 14 I lit. c Warenkauf-RL bzw. § 475 V BGB muss die Nachbesserung oder die Ersatzlieferung für den Verbraucher „ohne erhebliche Unannehmlichkeiten“ erfolgen.

Nach Ansicht des EuGH stellt der Umstand, dass der Verkäufer das vertragswidrige Verbrauchsgut nicht auf seine Kosten ausbaue und das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut nicht einbaue, zweifellos eine erhebliche Unannehmlichkeit für den Verbraucher dar.<sup>31</sup>

Dieser Gesichtspunkt ist auf Kaufverträge zwischen Unternehmern übertragbar.

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

Der Aufwendungsersatzanspruch ist auch nicht ausgeschlossen, wenn der K in Anlehnung an den Begriff der Verarbeitung i.S.d. § 950 BGB durch die Zusammensetzung der gekauften Rohre zu „spools“ eine neue Sache hergestellt hätte.

**aa)** Zum einen findet nach den Materialien des Gesetzes die Regelung des § 439 III BGB erst dort eine Grenze, wo die Kaufsache in ihrer ursprünglichen Form nicht mehr vorhanden ist.

Beispielhaft sind in der Gesetzesbegründung Fälle der untrennbaren Vermengung und Vermischung, etwa bei Flüssigkeiten, Chemikalien oder bei der Stahlverarbeitung angeführt.<sup>32</sup> Eine solche Fallgestaltung ist hier nicht gegeben, da die Rohre nicht untrennbar mit anderen Sachen verbunden worden sind. Eine Demontage war daher nicht unmöglich (§ 275 I BGB).

Das an die Vorschrift des § 950 BGB angelehnte Kriterium der Herstellung einer neuen Sache ist daher nicht geeignet, den Anspruch auf Aufwendungsersatz des Käufers nach § 439 III BGB zu verneinen.

Solange der Einbau der Kaufsache gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck erfolgt, erschließt sich nicht, aus welchem Grund individualisierende Veränderungen der Kaufsache im Rahmen eines Be- oder Verarbeitungsprozesses zum Ausschluss des Aufwendungsersatzanspruchs führen sollten, sofern der Einbau revidierbar ist. Gleiches müsste dann erst recht für die Vorfertigung gelten.

**bb)** Zum anderen wurde im vorliegenden Fall auch gar keine neue Sache i.S.d. § 950 BGB hergestellt.

<sup>29</sup> RL 1999/44/EG.

<sup>30</sup> BGH, ZIP 2021, 566 ff. = **jurisbyhemmer**.

<sup>31</sup> EuGH, **Life&LAW 08/2011, 537 ff.** („Weber und Putz“) = NJW 2011, 2269 ff. = **jurisbyhemmer**.

<sup>32</sup> BT-Drucks. 18/8486, S. 96.

Sowohl die gekauften Edelstahlrohre als auch die zu „spools“ verbundenen Rohre dienen demselben Zweck, nämlich der Durchleitung von Substanzen (hier: LNG-Gas).

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

Auch der mit der Rohrvorfertigung und der Demontage verbundene, den Kaufpreis evtl. übersteigende Aufwand ist nicht geeignet, den Aufwendungsersatzanspruch zu versagen. Der Aufwendungsersatzanspruch wird nur durch das einschränkende Kriterium des Einbaus „entsprechend der Art und dem Verwendungszweck der Kaufsache“ begrenzt.

Vor einer evtl. übermäßigen Inanspruchnahme wird der Verkäufer dadurch geschützt, dass der Käufer nur Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen kann. Überdies kann der Verkäufer nach § 439 IV BGB die Nacherfüllung verweigern, sofern diese nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich wäre.

#### 4. Ergebnis

K kann daher von V Ersatz der Kosten verlangen, 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. Eine etwaige Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung, die V zur Einrede des § 439 IV BGB berechtigen würde, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen.

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

In Betracht kommt daneben auch ein Anspruch auf Schadensersatz. V ist i.R.d. Nacherfüllung weder zum Ausbau der mangelhaften noch zum Einbau der nachgebesserten/nachgelieferten mangelfreien Sache verpflichtet.

Daher entfallen diese Kosten durch eine Nacherfüllung nach § 439 I BGB nicht.

**hemmer-Methode:** Bei einem Kaufvertrag mit Montageverpflichtung (vgl. auch § 434 IV BGB) wäre dies anders.

In Betracht kommt daher nur ein Anspruch auf Schadensersatz neben und nicht statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB.

Ein solcher Anspruch ist aber zu verneinen, da sich V hinsichtlich der Lieferung einer mangelhaften Sache nach § 280 I S. 2 BGB exkulpieren kann. Da die Rohre direkt vom Hersteller an den K geliefert wurden, war der Mangel für V nicht erkennbar.

Ein etwaiges Verschulden des Herstellers kann V auch nicht nach § 278 S. 1 Alt. 2 BGB zugerechnet werden, da die Herstellung der Rohre nicht zum Pflichtenkreis des V gehört. Der Hersteller ist damit nicht Erfüllungsgehilfe des Verkäufers.<sup>33</sup>

#### III. Endergebnis

V muss dem K die entstandenen Kosten für 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 nach § 439 III BGB unabhängig von einem Vertretenmüssen ersetzen.

#### D) Kommentar

(mty). Die Entscheidung des BGH ist sorgfältig begründet.

In der Originalentscheidung werden vom BGH noch die Gesetzesmaterialien und die Gesetzeshistorie bemüht. Da von Ihnen die Kenntnis der Gesetzesbegründung nicht erwartet wird, haben wir in der Life&LAW auf diese Passagen verzichtet.

Auch das Ergebnis des BGH ist überzeugend. Insbesondere muss der Verkäufer nicht bemitleidet werden, da er auf den Kosten nicht sitzen bleibt. Er kann diese Kosten nach § 445a I BGB an seinen Lieferanten „weiterreichen“, und dieser wiederum an seinen nach § 445a III i.V.m. § 445a I BGB, sofern dieser Anspruch nicht nach § 445a IV BGB i.V.m. § 377 II, III HGB ausgeschlossen ist.

Der Leidtragende ist daher letztlich der Hersteller, der zum einen für all das verantwortlich ist und sich zum anderen durch eine Produkthaftpflichtversicherung auch gegen solche Schäden versichern kann.

#### E) hemmer-background

Der **hemmer-background** befasst sich – passend zur Entscheidung – mit dem **selbstständigen Regress** des Verkäufers in der Lieferkette nach § 445a I, III BGB.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> BGH, NJW 2014, 2183 ff. = [jurisbyhemmer](#).

<sup>34</sup> **Vertiefungshinweis:** Zum unselbstständigen Regress nach § 445a II BGB vgl. [Hemmer/Wüst/Tyroller, Schuldrecht BT I, Rn. 332b](#).



Aufgrund der Regelung des § 439 III BGB sind gerade Verkäufer von Baumaterialien und anderen zum Einbau bestimmten Gegenständen Ansprüchen auf Ersatz von Aus- und Einbaukosten ausgesetzt. Ein Ausgleich für die Mängelhaftung des Verkäufers wird durch die Regressmöglichkeiten nach §§ 445a, 445b BGB geschaffen, die Besonderheiten für die Rückgriffsansprüche des Verkäufers gegenüber seinem Lieferanten regeln, wenn der Verkäufer selbst von einem Käufer wegen eines Mangels einer **neu** hergestellten Sache in Anspruch genommen wurde. Der Letztverkäufer und die Zwischenhändler sollen die Aufwendungen, die ihnen bei der Erfüllung ihrer Nacherfüllungspflichten entstehen, über Regressvorschriften in der Lieferkette möglichst bis zum Verursacher des Mangels (in der Regel der Hersteller) weiterreichen können.

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

Eine eigenständige verschuldensunabhängige Anspruchsgrundlage (daher sog. „**selbständiger Regress**“) des Verkäufers auf Aufwendungsersatz gibt § 445a I BGB.

**Anmerkung:** Ein vom Vertretenmüssen abhängiger Anspruch des Verkäufers gegen seinen Lieferanten kann sich daneben unter dem Gesichtspunkt des Ersatzes von Mangelfolgeschäden aus §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB ergeben. Der Anspruch auf Schadensersatz wird aber regelmäßig daran scheitern, dass sich der Lieferant gem. § 280 I S. 2 BGB vom Vorwurf der mangelhaften Lieferung exkulpieren können wird. Diese („erste“) Pflichtverletzung ist beim Ersatz des Mangelfolgeschadens der Bezugspunkt für das Vertretenmüssen des Verkäufers!

Nach § 445a I BGB kann der Verkäufer beim Verkauf einer neu hergestellten Sache von seinem Lieferanten Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er im Verhältnis zum Käufer nach § 439 III BGB im Zuge der Nacherfüllung gegenüber seinem Käufer zu tragen hatte. Voraussetzung ist, dass der vom Käufer geltend gemachte Mangel bereits beim Übergang der Gefahr auf den Verkäufer vorhanden war.

**hemmer-Methode:** War der letzte Vertrag in der Lieferkette ein Verbrauchsgüterkauf, so wird nach § 478 I BGB auch beim Kaufvertrag zwischen zwei Unternehmern nach § 477 BGB vermutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, wenn der Mangel innerhalb von 12 Monaten seit dem Gefahrübergang auf den Verbraucher auftritt.

Mit der Formulierung „zu tragen hatte“ wird ausgedrückt, dass der Verkäufer seinerseits zur Nacherfüllung **verpflichtet** gewesen sein muss und ihm auch kein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber dem Käufer zustand.

Der Lieferant kann dem Rückgriffsanspruch aus § 445a I BGB daher ggfs. entgegenhalten, der Letztverkäufer habe von einer an sich gegebenen Möglichkeit abgesehen, die Nacherfüllung wegen Unverhältnismäßigkeit nach § 439 IV BGB zu verweigern.

Ferner setzt der Anspruch aus § 445a I BGB voraus, dass der Verkäufer den Anspruch des Käufers auf Ersatz der Aus- und Einbaukosten bereits erfüllt hat. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 445a I BGB, wonach der Verkäufer die Aufwendungen ersetzt verlangen kann, die er zu tragen **hatte**.

**Anmerkung:** Ein Anspruch auf Vorschuss besteht nicht, da der Gesetzgeber nur dem Verbraucher über § 475 IV BGB einen Vorschussanspruch gewährt hat. Dem Käufer steht jedoch ein Anspruch auf Freistellung aus § 257 BGB zu.<sup>35</sup>

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

**§ 445a III BGB** stellt klar, dass § 445a I BGB auf die Ansprüche des Lieferanten und der übrigen Käufer in der „**Lieferkette**“ gegen die jeweiligen Verkäufer entsprechende Anwendung findet, sofern die Parteien des jeweiligen Kaufvertrags Unternehmer im Sinne von § 14 BGB sind.

Nachteile aus der Mangelhaftigkeit einer Sache sollen so möglichst bis zu dem Unternehmer weitergegeben werden, in dessen Bereich der Mangel entstanden ist (Hersteller).

**hemmer-Methode:** Die Lieferkette endet beim Hersteller.

Hinsichtlich der Kaufverträge, die vom Hersteller zwecks Beschaffung der zur Herstellung benötigten Teile abgeschlossen wurden (sog. „**Beschaffungskette**“), gibt es keine Privilegierungen!

<sup>35</sup> BeckOK/Faust, a.a.O., § 445a, Rn. 22; Nach a.A. besteht kein Freistellungsanspruch, da der Wortlaut des § 445a I BGB verlange, dass der Verkäufer bereits Aufwendungen zu tragen „hatte“ MüKo/Lorenz, BGB, 8. Auflage 2019, § 445a, Rn. 29 a.E.

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

Durch **§ 445a IV BGB** wird klargestellt, dass die Regelungen des § 377 HGB unberührt bleiben.

Der Unternehmer in der Lieferantenkette, der als Kaufmann entgegen § 377 HGB nicht ordnungsgemäß untersucht und einen Mangel nicht unverzüglich anzeigt, verliert also seine Rechte wegen dieses Mangels gegen seinen Lieferanten, § 377 II, III HGB.<sup>36</sup>

### IV. Verjährung des Rückgriffsanspruchs, § 445b BGB

Die Verjährung des selbständigen Regressanspruchs des Verkäufers nach § 445a I BGB wird nicht von § 438 BGB erfasst.

§ 445b I BGB enthält für diesen Regressanspruch eine eigenständige Verjährungsregel, wonach der Aufwendungsersatzanspruch in zwei Jahren ab Ablieferung der Sache beim Käufer (= Regressgläubiger) verjährt.

§ 445b II BGB regelt eine sog. Ablaufhemmung. Die Verjährung des in § 445a I BGB bestimmten Anspruchs des Verkäufers gegen seinen Lieferanten wegen des Mangels einer verkauften, neu hergestellten Sache tritt **frühestens zwei Monate** nach dem Zeitpunkt ein, in dem der Verkäufer die Ansprüche des Käufers erfüllt hat, § 445b II BGB.

Mit dieser Ablaufhemmung soll eine „Verjährungsfalle“ für Verkäufer vermieden werden. Es wird häufig vorkommen, dass ein Verkäufer eine neue Sache erst einige Monate bzw. Jahre, nachdem er sie von seinem Lieferanten geliefert bekommen hat, an einen Käufer weiterverkauft (sog. „Ladenhüter-Problematik“). Daher könnten die Mängelrechte des Verkäufers bereits zu dieser Zeit verjährt sein. Um zu verhindern, dass der Verkäufer in die „Verjährungsfalle“ gerät, ordnet § 445b II BGB eine Ablaufhemmung an, wonach die Verjährung der Mängelrechte des Verkäufers **frühestens zwei Monate** nach dem Zeitpunkt eintritt, in dem der Verkäufer die Ansprüche des Käufers erfüllt hat.

Für den Lieferanten und denjenigen, der am Anfang der Lieferkette steht (Hersteller), ergibt sich so für Mängel, die nicht nach § 377 II, III HGB präkludiert sind, ein Haftungsrisiko für ganz erhebliche Zeit. Der Anspruch nach § 445a I BGB ist – vorbehaltlich § 478 II BGB – aber abdingbar.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> Zur Rügeobliegenheit nach § 377 HGB lesen Sie **Hemmer/Wüst/Tyroller, Schuldrecht BT I Rn. 371 ff.!**

<sup>37</sup> Grüneberg/*Weidenkaff*, a.a.O., § 445a, Rn. 4.

### F) Wiederholungsfrage

- **Warum ist der Anwendungsbereich des § 439 III BGB auch dann eröffnet, wenn sich ein Sachmangel der Kaufsache bereits im Rahmen eines Vorfertigungsprozesses zeigt und es deshalb nicht mehr zum Abschluss des Einbauvorgangs kommt?**

Aufgrund des Gesetzeswortlauts und des Gesetzeszwecks sowie der Gesetzeshistorie und -begründung fällt bereits die vorgenommene Vorfertigung unter den Begriff des „Einbaus“. Da sich der Einbau einer Sache auch in mehreren Stufen vollziehen kann, darf der Einbauvorgang nicht auf seine Schlussphase reduziert werden. Mit dem Gesetzeswortlaut lässt sich auch die Gesamtheit eines mehrstufigen Einbauvorgangs vereinbaren, einschließlich der Art und dem Verwendungszweck der Kaufsache entsprechenden Ver- oder Bearbeitungsstufen.

Den Interessen der Letztverkäufer bzw. dem Zwischenhändler V hat der Gesetzgeber dadurch Rechnung getragen, dass zum Ausgleich der ausgeweiteten kaufrechtlichen Mängelhaftung die Aufwendungen, die ihnen bei der Erfüllung ihrer kaufrechtlichen Nacherfüllungspflicht entstehen, über die Regressvorschrift des § 445a I, III BGB in der Lieferkette bis zum Hersteller als Verursacher des Mangels weitergereicht werden können.

### G) Zur Vertiefung

#### Der Nacherfüllungsanspruch

- Hemmer/Wüst/Tyroller, Schuldrecht BT I, Rn. 154 ff.

#### Der Lieferantenregress

- Hemmer/Wüst/Tyroller, Schuldrecht BT I, Rn. 332 ff.

#### Besonderheiten, wenn der letzte Vertrag in der Lieferkette ein Verbrauchsgüterkauf war

- Hemmer/Wüst/Tyroller, Schuldrecht BT I, Rn. 474 ff.

# Der Unternehmerregress nach §§ 445a, 445b BGB

