

Betriebs Berater

38 | 2018

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... M&A ... EU-Beihilferecht ... AO ... IFRS ... Recht ... 17.9.2018 | 73. Jg. Seiten 2177–2240

DIE ERSTE SEITE

Prof. Dr. Dr. h. c. Manfred Löwisch, RA
„Rechte“ Betriebsräte

WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Thyl N. Haßler, LL.M., RA, und Dr. Jonas Wittgens, RA
Aktienrechtliche Rahmenbedingungen von Break-Fee-Vereinbarungen bei M&A-Transaktionen | 2178

Dr. Martin Rothermel, RA, und Wolfgang Schulz, B.Sc.
Nacherfüllung / Unverhältnismäßigkeit / Schadensersatz –
Schnittstellen im neuen Kaufrecht nach § 439 Abs. 3 und 4 BGB | 2181

STEUERRECHT

Dr. Andreas Bartosch, RA
Differenzierungen im nationalen Steuerrecht und das Selektivitätsmerkmal des EU-Beihilfverbots –
Sind die Steuerregelungen betreffend den deutschen Mittelstand in Gefahr? | 2199

Dr. Thomas Wachter, Notar
Hinterziehungszinsen trotz Güterstandschaukel? | 2204

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Prof. Dr. Jens Wüstemann, M.Sc.G. (Paris IX), und Christoph Schober, M.Sc., WP/CFA
IASB DP/2018/1 „Financial Instruments with Characteristics of Equity“:
Fortführung eines kasuistischen Kapitalabgrenzungssystems | 2219

ARBEITSRECHT

Mina Bettinghausen, RAin
Rechtsprechungsübersicht zur Benachteiligung eines Bewerbers im
Stellenbesetzungsverfahren | 2229

b) Verstoß gegen § 71a AktG

Soweit die Zielgesellschaft einer Transaktion Schuldner der Break Fee ist, könnte das Eingehen einer Verpflichtung zur Zahlung einer Break-Fee einen Verstoß gegen § 71a AktG (Verbot der *Financial Assistance*) darstellen. Gem. § 71a Abs. 1 S. 1 AktG ist es einer Aktiengesellschaft verboten, Finanzierungshilfen an Dritte zum Erwerb von Aktien der Gesellschaft zu gewähren. Der Tatbestand ist weit gefasst und verbietet auch sonstige Gestaltungen, durch die das finanzielle Risiko des Aktienerwerbs von der Gesellschaft übernommen wird. Allerdings muss das (verbotene) Rechtsgeschäft auf den Erwerb von Aktien der Gesellschaft gerichtet sein.⁴⁶ Die herrschende Auffassung in der aktienrechtlichen Literatur geht davon aus, dass Break-Fee-Vereinbarungen grundsätzlich nicht gegen § 71a AktG verstoßen, insbesondere da die Leistungsverpflichtung gerade für den Fall des Scheiterns der Transaktion eingegangen wird und es in der Folge nicht zu einem Aktienwerb kommt.⁴⁷ Ferner fehlt der Funktionszusammenhang zwischen Finanzierungs- und Erwerbsgeschäft beim Abschluss von Break-Fee-Vereinbarungen, da die Break-Fee-Vereinbarung anderen Zwecken als der Unterstützung des Aktienerwerbs dient und eine Aufwandsentschädigung für den Kaufinteressenten darstellt.⁴⁸ Etwas anderes kann allenfalls gelten, wenn die Break Fee derart hoch ist, dass das finanzielle Risiko des Scheiterns der Transaktion ganz überwiegend auf die Zielgesellschaft abgewälzt würde oder die Transaktion ohne die Break-Fee-Vereinbarung mangels Finanzkraft des Kaufinteressenten gar nicht erst zustande kommen könnte.⁴⁹ Nach § 71a Abs. 1 S. 1 AktG immer unzulässig sind hingegen Vereinbarungen, die die Übernahme von Transaktionskosten durch die Gesellschaft für den Fall zusagen, dass der Aktienwerb zustande kommt.⁵⁰

III. Zusammenfassung

Break-Fee-Vereinbarungen dienen je nach Ausgestaltung als Kompensation für erwartete/getätigte Aufwendungen oder als Deal-Protection-Instrument. Der Abschluss von Break-Fee-Vereinbarungen ist nach deutschem Aktienrecht grundsätzlich zulässig, soweit die vorstehenden Maßgaben berücksichtigt werden. Aus Sicht des Vorstands einer Gesellschaft, die Zahlungsschuldner der Break Fee sein soll, ist oberstes Gebot, das innergesellschaftliche Kompetenzgefüge einzuhalten und die Entscheidungsfindung sowie die Abwägung der Vor- und

Nachteile des Abschlusses einer Break-Fee-Vereinbarung sorgfältig zu dokumentieren. Eine starre Grenze in Bezug auf die (angemessene) Höhe einer Break Fee existiert nach der hier vertretenen Auffassung nicht, sondern maßgeblich sind die Einzelfallumstände der jeweiligen Transaktion und die gesamtwirtschaftliche Lage des Schuldners der Break Fee. Soweit die Zielgesellschaft einer Transaktion Schuldner einer Break Fee sein soll, verstößt die Vereinbarung von Break Fees grundsätzlich nicht gegen § 57 AktG, sofern sie im Interesse des Zielgesellschaft liegt und nicht über eine angemessene Kostenerstattung hinausgeht, und auch nicht gegen § 71a AktG.

Dr. Thyl N. Haßler, LL.M. (Köln/Paris I), Maître en droit, ist Rechtsanwalt im Düsseldorfer Büro der Anwaltssozietät Allen & Overy LLP. Er berät Unternehmen schwerpunktmäßig bei nationalen und internationalen M&A-Transaktionen sowie in allen Fragen des Gesellschaftsrechts (insbesondere im Aktien- und Konzernrecht einschließlich Corporate-Governance-Aspekte).



Dr. Jonas Wittgens ist Rechtsanwalt im Hamburger Büro der Anwaltssozietät Allen & Overy LLP. Er berät Unternehmen bei M&A-Transaktionen und im Aktien-, Umwandlungs- und Kapitalmarktrecht, insbesondere im Zusammenhang mit komplexen Strukturmaßnahmen.



Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl. 2015, § 57, Rn. 28; a.A. Ziemons, GWR 2011, 404, 406 jedenfalls dann, wenn der Bieter bereits Aktionär ist.
 46 Vgl. Cahn, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 71a, Rn. 31.
 47 Fleischer, AG 2009, 345, 352; Drinkuth, in: Marsch-Barner/Schäfer, Hdb. börsennotierte AG, 4. Aufl. 2018, § 60, Rn. 176; Bezenberger, in: Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl. 2015, § 71a, Rn. 13; Seibt, in: Beck'sches Formularhandbuch M&A, 3. Aufl. 2018, K.II. 2, Rn. 19; Cahn, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 71a, Rn. 31, 43 ff.; Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 71a, Rn. 3; Grigoleit/Rachlitz, in: Grigoleit, AktG, 2013, § 71a, Rn. 15; a.A. Merkt, in: Großkomm AktG, § 71a, Rn. 39 ff.; Oechsler, in: MüKo AktG, 4. Aufl. 2016, § 71a, Rn. 29; Hölters, in: Hölters, AktG, 2. Aufl. 2014, § 93, Rn. 202.
 48 Fleischer, AG 2009, 345, 352; Lutter/Drygala, in: KölnerKomm AktG, 3. Aufl. 2011, § 71a, Rn. 34; zum fehlenden Funktionszusammenhang auch Bezenberger, in: Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl. 2015, § 71a, Rn. 13; Ziegler/Stancke, M&A Review 2008, 28, 34; Cahn, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 71a, Rn. 31, 43 ff.; Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 71a, Rn. 3; Grigoleit/Rachlitz, in: Grigoleit, AktG, 2013, § 71a, Rn. 15.
 49 Vgl. u. a. Seibt, in: Beck'sches Formularhandbuch M&A, 3. Aufl. 2018, K.II. 2, Rn. 19.
 50 Grigoleit/Rachlitz, in: Grigoleit, AktG, 2013, § 71a, Rn. 15.

Dr. Martin Rothermel, RA, und Wolfgang Schulz, B.Sc.

Nacherfüllung/Unverhältnismäßigkeit/Schadensersatz – Schnittstellen im neuen Kaufrecht nach § 439 Abs. 3 und 4 BGB

Mit der Reform des Bauvertragsrechts ist zum 1.1.2018 eine weitgehende Änderung auch der kaufrechtlichen Mängelgewährleistung im Rahmen der Nacherfüllung (§ 439 Abs. 3 BGB) erfolgt. Die danach verschuldensunabhängig von jedem Verkäufer gegenüber jedem Käufer (also

auch außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs) zu übernehmenden Ein- und Ausbaurkosten erweitern einerseits die Haftung des Verkäufers, ohne dass sich dieser auf das Verschuldenskorrektiv berufen darf. Andererseits gilt dies nur im Rahmen des „neuen“ Verweigerungsrechts der absoluten

Verhältnismäßigkeit, deren Höhe und Berechnung nicht festgelegt ist und bei deren Überschreitung die Konsequenz im Hinblick auf die dann als Schadensersatz zu erstattenden Kosten fraglich ist. Der Beitrag leuchtet genau diese Schnittstellen zwischen verschuldensunabhängiger Nacherfüllung und verschuldensabhängigem Schadensersatz vor und nach der Gesetzesänderung im Kauf- und auch Werkvertragsrecht aus.

I. Bisherige Rechtsprechung bzgl. Ein- und Ausbaurkosten und Unverhältnismäßigkeit

Die Rechtsprechung zu den Ein- und Ausbaurkosten im Werk- und Kaufvertragsrecht hat eine gewisse Geschichte. Interessant ist nun ihre Verknüpfung mit dem „neuen“ Leistungsverweigerungsrecht wegen Unverhältnismäßigkeit. Dazu macht es Sinn, die Rechtsprechung zum alten Schuldrecht vor 2002 und zum neuen Schuldrecht danach kurz zu rekapitulieren, ehe man das ganz neue Recht betrachtet.

1. BGH, 26.10.1972 – VII ZR 181/71, BGHZ 59, 365 – „Dachstuhlfall“

Bereits vor der Schuldrechtsreform 2002 hatte der Besteller im Werkvertragsrecht einen Anspruch auf Beseitigung des Mangels gem. § 633 Abs. 2 S. 1 a. F. Ersatzfähig waren demnach entweder der *merkantile Minderwert*¹ oder die Kosten, welche zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes erforderlich waren. Wenn dem Werkunternehmer bei letzterer Alternative ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 633 Abs. 2 S. 2 BGB a. F. wegen Unverhältnismäßigkeit (das lässt schon mal aufhorchen für das neue Recht) zustand, gewährte die Rechtsprechung den Schadensersatzanspruch zwar prinzipiell, wandte allerdings § 251 Abs. 2 S. 1 BGB analog² an und beschränkte den Besteller auf den merkantilen Minderwert.

2. BGH, 9.3.1983 – VIII ZR 11/82, BGHZ 87, 104 – „Dachziegelfall“

Weiterhin wurde im alten Schuldrecht beim „Dachziegelfall“ zwischen den Kosten für Einbau, Montage und Transport einerseits und den Ausbau- und Abtransportkosten andererseits nach vollzogener Wandelung differenziert. Der BGH entschied insoweit, dass erstere als *Vertragskosten*³ nach § 467 S. 2 BGB a. F. ersatzfähig seien.⁴ Ausbau und Abtransport wiederum seien ein Teil der allgemeinen Rücknahmepflicht nach Wandelung.⁵

3. BGH, 16.11.2007 – V ZR 45/07, NJW 2008, 436 – „Mansardenwohnungsfall“

Auch diese Entscheidung bezieht sich auch noch auf das Recht vor der Schuldrechtsreform. Im Kaufrecht wurde gem. § 463 BGB a. F. der „Ausgleich des Wertunterschieds zwischen der mangelfreien und der mangelhaften Sache“⁶ geschuldet. Dieser war grundsätzlich anhand der Mängelbeseitigungskosten zu bestimmen.⁷ Der Senat erkannte in Parallele zum Werkvertragsrecht (s. o.): „Bleibt die mangelbedingte Wertminderung der Sache [...] deutlich hinter den Kosten für die Herstellung der zugesicherten Eigenschaft zurück [...], kann der Käufer daher nur Ersatz des Minderwerts der Sache verlangen.“⁸

4. BGH, 15.7.2008 – VIII ZR 211/07, BB 2008, 1922 – „Parkettstäbefall“

Nach der Schuldrechtsreform stand dem Käufer einer mangelhaften Sache ein Nacherfüllungsanspruch nach § 439 BGB a. F. zu. Der BGH hat

dazu im „Parkettstäbefall“ zunächst für die Einbaurkosten⁹ entschieden, dass diese nicht im Rahmen der Nacherfüllung geschuldet sind, „denn der Verkäufer schuldet nochmals die Übergabe des Besitzes und die Verschaffung des Eigentums an einer mangelfreien Sache – nicht weniger, aber auch nicht mehr.“¹⁰ Diese könnten lediglich über einen verschuldensabhängigen Aufwendungsersatz geltend gemacht werden.¹¹

5. BGH, 14.1.2009 – VIII ZR 70/08, BB 2009, 685 – „Fliesenbeschluss“, und AG Schorndorf, 25.2.2009 – 2 C 818/08, ZGS 2009, 525 – „Spülmaschinenbeschluss“

Im Jahr 2009 legte der BGH dem EuGH mit Blick auf die Verbrauchsgüterkauf-RL¹² die Frage vor, ob Ausbaurkosten im Rahmen der Nacherfüllung verschuldensunabhängig erstattet werden müssen (wegen Art. 3 Abs. 1 bis 3 RL 1999/44/EG). Daneben sah der BGH die Möglich-

1 BGH, 26.10.1972 – VII ZR 181/71, BGHZ 59, 365 („Dachstuhlfall“) – unter I. 1.; dem folgend auch OLG Hamm, 23.11.1993 – 21 U 115/93, IBR 1994, 105 – unter I. 1.; *Benicke/Hellwig*, in: *Soergel*, BGB, Bd. 3/2, 13. Aufl. 2014, § 281, Rn. 275; der merkantile Minderwert ist der kaufmännische Minderwert, welcher nach Mängelbeseitigung verbleibt, wie etwa bei Unfallwagen (oder bei einem Haus, wie etwa BGH, 19.9.1985 – VII ZR 158/84, BB 1986, 764, NJW 1986, 428 – unter 2. a). Dieser wird jedoch oft mit dem mangelbedingten Minderwert gleichgesetzt, welcher eigentlich auf die Wertdifferenz zwischen mangelhafter und mangelfreier Sache abstellt (gleichgestellt werden die Begriffe etwa im vorliegenden Fall, im Anschluss daran aber auch bei OLG Hamm, 23.11.1993 – 21 U 115/93, IBR 1994, 105 – unter I. 1.; s. u. a. Anm. *Dähne*, IBR, 1994, 105). Um Missverständnisse zu vermeiden, wird nachfolgend direkt auf den mangelbedingten Minderwert abgestellt.

2 Eine unmittelbare Anwendung ist ausgeschlossen, da § 251 Abs. 2 S. 1 BGB die Möglichkeit der Naturalrestitution voraussetzt, welche bei § 635 BGB a. F. regelmäßig nicht geschuldet ist, BGH, 26.10.1972 – VII ZR 181/71, BGHZ 59, 365 („Dachstuhlfall“) – unter I.2.b) mit Verweis auf RG, 7.6.1909 – I 329/08; dem folgend auch OLG Hamm, 23.11.1993 – 21 U 115/93, IBR 1994, 105 – unter I. 1.

3 Hierunter fielen im alten Recht etwa Abschlusskosten (z. B. Maklerkosten), Vertragsdurchführungskosten, Transport und, Finanzierungskosten (vgl. *Huber*, in: *Soergel*, BGB, Bd. 3, 12. Aufl. 1991, § 467, Rn. 104–114); diese sind nach neuem Schuldrecht regelmäßig nach § 284 BGB (BGH, 15.7.2008 – VIII ZR 211/07, BGHZ 177, 224, BB 2008, 1922 m. BB-Komm. *Ayad/Hesse* („Parkettstäbefall“) – unter II. 2. a. bb. 3; *Ernst*, in: *MüKoBGB*, 7. Aufl. 2016, § 284, Rn. 4 und in diesem Artikel später in Fn. 12) erstattungsfähig, können jedoch je nach Ursache und Schadensart auch unter die Haftung aus c. i. c. (*Gaier*, in: *MüKoBGB*, 7. Aufl. 2016, § 346, Rn. 19; *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB, 77. Aufl. 2018, § 346, Rn. 5) fallen. Daher empfiehlt sich nach neuem Recht bei der Schadensersatzprüfung von dem Begriff der Vertragskosten Abstand zu nehmen.

4 BGH, 9.3.1983 – VIII ZR 11/82, BGHZ 87, 104 („Dachziegelfall“) – unter II. 1. c).

5 BGH, 9.3.1983 – VIII ZR 11/82, BGHZ 87, 104 („Dachziegelfall“) – unter II. 2. b).

6 BGH, 16.11.2007 – V ZR 45/07, NJW 2008, 436 („Mansardenwohnungsfall“) – unter II.2.a).

7 BGH, 16.11.2007 – V ZR 45/07, NJW 2008, 436 („Mansardenwohnungsfall“) – unter II.2.a); s. auch BGH, 26.1.1983 – VIII ZR 227/81, NJW 1983, 1424 – unter 2. a); BGH, 23.6.1989 – V ZR 40/88, BGHZ 108, 156 – unter II. 1. d); BGH, 14.6.1996 – V ZR 105/95, NJW-RR 1996, 1332 – unter II. 2.; BGH, 10.6.1998 – V ZR 324/97, BB 1998, 1659, NJW 1998, 2905. Die Mängelbeseitigungskosten waren vor der Schuldrechtsreform wohl bloße „Berechnungsmethode“ (BGH, 4.4.2014 – V ZR 275/12, Rn. 33, BGHZ 200, 350, BB 2014, 1743 m. BB-Komm. *Unsel* („Hausschwammfall“), danach jedoch als Ausfluss des dualen Nacherfüllungsrechts (Nachlieferung oder Nachbesserung) als eigenständiger Schadensposten geltend zu machen. Probleme und Unterschiede zwischen diesen Methoden ergeben sich regelmäßig bei Ästhetikfällen (z. B. wenn Fliesen nur die falsche Farbe haben) und Fällen des echten merkantilen Minderwertes (s. Fn. 2).

8 BGH, 16.11.2007 – V ZR 45/07, Rn. 12, NJW 2008, 436 („Mansardenwohnungsfall“). Letztlich führt dies ebenfalls zu einer analogen Anwendung von § 251 Abs. 2 BGB, so ebenfalls schon BGH, 23.6.1989 – V ZR 40/88, BGHZ 108, 156 – unter II. 1. d).

9 Der BGH musste im vorliegenden Fall nicht bzgl. der Ausbaurkosten entscheiden, da diese im Vorfeld bereits freiwillig von der Beklagten erstattet wurden.

10 BGH, 15.7.2008 – VIII ZR 211/07, Rn. 18, BGHZ 177, 224, BB 2008, 1922 m. BB-Komm. *Ayad/Hesse* („Parkettstäbefall“).

11 BGH, 15.7.2008 – VIII ZR 211/07, Rn. 30, BGHZ 177, 224, BB 2008, 1922 m. BB-Komm. *Ayad/Hesse* („Parkettstäbefall“); dies entsprach wohl auch dem gesetzgeberischen Willen, s. etwa BT-Drs. 14/6040, 144: „Vertragskosten können auch bei anderen Verträgen und naturgemäß auch bei Unmöglichkeit der Leistung entstehen. [...] Es handelt sich im Grunde um dasselbe Problem, nämlich die Frustration von Aufwendungen. Diese sollten nach Möglichkeit einheitlich gelöst werden. Das ist aber nur durch die Schaffung eines einheitlichen Tatbestandes im Schadensersatzrecht der §§ 280 ff. RE möglich. Diese Regelung enthält § 284 RE.“ i. V. m. BT-Drs. 14/6040, 225: „Die Vertragskosten konnte der Käufer bisher nach § 467 Satz 2 verschuldensunabhängig als Folge der Wandelung ersetzt verlangen. Künftig folgt aus § 284 in Verbindung mit §§ 281, 280 Abs. 1 Satz 2 RE, dass dieser Anspruch von einem – wenn auch vermuteten – Verschulden des Verkäufers abhängt.“

12 RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. L 171/12; hierbei wurde auf Art. 3 Abs. 1 bis 3 abgestellt.

keit der Totalverweigerung wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit nach § 439 Abs. 3 S. 1 BGB a.F. in Kollision mit Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 Verbrauchsgüterkauf-RL, wonach lediglich relative Unverhältnismäßigkeit ein Leistungsverweigerungsrecht begründen sollte.¹³ Gleichermaßen hatte das AG Schorndorf im „Spülmaschinenbeschluss“ die vormalige Rechtsprechung in Frage gestellt und dem EuGH vorgelegt.

6. EuGH, 16.6.2011 – C-65/09 und C-87/09, BB 2011, 1934 – „Weber/Putz“

Der EuGH urteilte in den genannten, verbundenen Rechtssachen, dass den Verkäufer nach richtlinienkonformer Auslegung tatsächlich die Verpflichtung treffen muss, die Kosten für Aus- und Einbau zu tragen.¹⁴ Die Richtlinie schließe ferner aus, dass ein Verkäufer gegenüber einem Verbraucher die Leistung komplett verweigert.¹⁵ Der Anspruch könne aber bei absoluter Unverhältnismäßigkeit auf einen „angemessenen Betrag“¹⁶ reduziert werden.

7. BGH, 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, BB 2012, 792 – „Fliesenurteil“

Die Umsetzung der europäischen Rechtsprechung vollzog der BGH – zumindest teilweise – in dem „Fliesenurteil“. Dabei urteilte der Senat, dass Ausbau und Abtransport¹⁷ von der Nacherfüllung gem. § 439 BGB umfasst sind. Zum Totalverweigerungsrecht gem. § 439 Abs. 3 BGB bemühte sich der Senat um eine methodische Konstruktion der Herabsetzung auf einen angemessenen Betrag, wie sie vom EuGH bei absoluter Unverhältnismäßigkeit vorgegeben wurde (s. o. unter I. 6.). Dabei kam die bisher gängige Vorgehensweise über den (kleinen) Schadensersatz statt der Leistung¹⁸ wohl nicht mehr in Betracht.¹⁹ Der BGH sah aber in der prinzipiell nicht zulässigen Leistungsverweigerung nach § 439 Abs. 3 BGB a. F. „als Minus“²⁰ die zulässige Erklärung des Verkäufers, die Ein- und Ausbaukosten lediglich in angemessener Höhe zu erstatten.²¹ Dabei unterließ es der BGH jedoch eine allgemeingültige Formel zur Herabsetzung auf einen angemessenen Betrag aufzustellen, gleichwohl berücksichtigt er die Bedeutung der Vertragswidrigkeit und den Wert der Sache in mangelfreiem Zustand.²²

8. BGH, 11.10.2012 – VII ZR 179/11, NJW 2013, 370 – „Dämmungsurteil“

Im „Dämmungsurteil“ zum Werkvertragsrecht bestätigt der BGH das Fortgelten der alten Rechtsprechung zum Herabsetzen des Schadensersatzanspruchs bei absoluter Unverhältnismäßigkeit auch für das neue Schuldrecht.²³ Der Besteller darf nicht besser stehen, als er bei einer tauglichen Nacherfüllung durch den Unternehmer stünde.²⁴ „Dann aber besteht kein vernünftiger Grund, dem Unternehmer, der die Beseitigung von Mängeln wegen eines damit verbundenen unverhältnismäßigen Aufwands gemäß § 635 Abs. 3 BGB verweigern darf, gleichwohl im Wege des Schadensersatzes die Erstattung der Mängelbeseitigung abzuverlangen. [...] Daraus folgt im Ergebnis, dass der Besteller mangelbedingten Schadensersatz stets nur in Höhe der Verkehrswertminderung beanspruchen kann, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung zu Recht gemäß § 635 Abs. 3 BGB als unverhältnismäßig verweigert hat.“²⁵ Der BGH wandte auch hier § 251 Abs. 2 S. 1 BGB analog an.²⁶

9. BGH, 17.10.2012 – VIII ZR 226/11, BB 2013, 78 – „Granulaterteil“

Letztlich bestätigte der BGH die Vorgaben des EuGH bzgl. der Einbaukosten der Ersatzlieferung in seinem „Granulaterteil“ und gab seine

vormalige Auffassung explizit auf.²⁷ Der Senat äußerte sich ferner zur *gespaltenen Auslegung*,²⁸ genauer dazu, ob die einheitliche Regelung für alle Kaufverträge eine verbindliche (richtlinienüberschießende) Regelung darstellt und § 439 BGB a. F. auch im unternehmerischen Verkehr entsprechend ausgelegt werden sollte. Dem widersprach der BGH, da der Gesetzgeber den von der Richtlinie geforderten Umfang der Nacherfüllung nicht erkannte und grundsätzlich Ein- und Ausbau nicht zur Nacherfüllung gem. § 439 BGB a. F. zu zählen seien.²⁹

10. BGH, 2.4.2014 – VIII ZR 46/13, BB 2014, 1425 – „Fensterrahmenfall“

Im „Fensterrahmenfall“ bestätigte der BGH, dass – außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs – grundsätzlich kein Ein- und Ausbau im Rahmen der Nacherfüllung geschuldet sei.³⁰ Richtungweisend ist hier allerdings die Einordnung der Ein- und Ausbaukosten als Schadensersatz neben der Leistung³¹ (nach §§ 437 Abs. 1 Nr. 3, 280 i.V.m. §§ 433

13 BGH, 14.1.2009 – VIII ZR 70/08, Rn. 17, BB 2009, 685 m. BB-Komm. Witt, RIW 2009, 644, NJW 2009, 1660 („Fliesenbeschluss“).
 14 Vgl. EuGH, 16.6.2011 – C-65/09, Rn. 40-62, BB 2011, 1934 m. BB-Komm. Ayad/Schnell, NJW 2011, 2269 („Weber/Putz“).
 15 S. EuGH, 16.6.2011 – C-65/09, Rn. 63-78, BB 2011, 1934 m. BB-Komm. Ayad/Schnell, NJW 2011, 2269 („Weber/Putz“).
 16 EuGH, 16.6.2011 – C-65/09, Rn. 78, BB 2011, 1934 m. BB-Komm. Ayad/Schnell, NJW 2011, 2269 („Weber/Putz“).
 17 S. BGH, 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, Rn. 25, BGHZ 192, 148, BB 2012, 792 m. BB-Komm. Ayad/Lentrott („Fliesenurteil“) und die dortigen Nachweise; über Einbaukosten hatte der BGH im vorliegenden Fall nicht zu entscheiden.
 18 Relevant wird die Unterscheidung zwischen großem und kleinem Schadensersatz bei Schlecht- oder Teilleistung. Gem. § 281 Abs. 1 S. 2, 3 BGB kann man Schadensersatz statt der ganzen Leistung (großer Schadensersatz statt der ganzen Leistung) nur verlangen, wenn man an der Teilleistung kein Interesse besteht oder der Mangel erheblich war. Für alle anderen Fälle behält der Geschädigte die geringere Menge oder mangelhafte Sache und kann die Wertdifferenz ersetzt verlangen (kleiner Schadensersatz statt einem Teil der Leistung).
 19 „Denn ein wirtschaftlich denkender Käufer würde in den Fällen, in denen der Ausbau der mangelhaften und der Einbau der als Ersatz gelieferten Kaufsache unverhältnismäßige Kosten verursacht, nicht – den bezüglich der Aus- und Einbaukosten auf eine angemessene Höhe begrenzten – Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Nacherfüllung verlangen, sondern den Verkäufer stets auf Erfüllung seiner Ersatzlieferungspflicht (inkl. uneingeschränktem Aus- und Einbau) in Anspruch nehmen“ (BGH, 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, Rn. 42, BGHZ 192, 148, BB 2012, 792 m. BB-Komm. Ayad/Lentrott („Fliesenurteil“); mit Verweis auf Purnhagen, EuZW 2011, 626, welcher jedoch eine Begrenzung des Schadensersatzes auf einen angemessenen Betrag in den §§ 249 ff. BGB schon nicht für konstruierbar hält; eine Herabsetzung nach § 251 Abs. 2 S. 1 BGB wird von diesem gar nicht explizit erörtert).
 20 BGH, 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, Rn. 53, BGHZ 192, 148, BB 2012, 792 m. BB-Komm. Ayad/Lentrott („Fliesenurteil“).
 21 Die Einrede aus § 439 Abs. 3 BGB a. F. wird also teleologisch reduziert. Zu den verschiedenen methodischen Ansätzen s. BGH, 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, Rn. 36, BGHZ 192, 148, BB 2012, 792 m. BB-Komm. Ayad/Lentrott („Fliesenurteil“).
 22 Vgl. BGH, 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, Rn. 35, 54, BGHZ 192, 148, BB 2012, 792 m. BB-Komm. Ayad/Lentrott („Fliesenurteil“).
 23 Die in dem Urteil zitierte Entscheidung (BGH, 29.6.2006 – VII ZR 86/05, NJW 2006, 2912) bezog sich nämlich noch auf das vor der Schuldrechtsreform geltende Recht.
 24 BGH, 11.10.2012 – VII ZR 179/11, Rn. 11, NJW 2013, 370 („Dämmungsurteil“).
 25 BGH, 11.10.2012 – VII ZR 179/11, Rn. 11, NJW 2013, 370 („Dämmungsurteil“).
 26 BGH, 11.10.2012 – VII ZR 179/11, Rn. 11, NJW 2013, 370 („Dämmungsurteil“); damit stellt sich der BGH explizit gegen das Urteil vom OLG Celle, 2.11.2011 – 14 U 52/11, BauR 2012, 509, welches in *obiter dictum* urteilt, dass im Falle der Unverhältnismäßigkeitseinde (§ 635 Abs. 3 BGB) nicht automatisch eine Begrenzung eines einschlägigen Schadensersatzes gem. § 251 Abs. 2 S. 1 BGB analog durchgeführt werden muss.
 27 BGH, 17.10.2012 – VIII ZR 226/11, Rn. 15, BGHZ 195, 135, BB 2013, 78 m. BB-Komm. Ayad („Granulaterteil“).
 28 Zustimmung zur gespaltenen Auslegung etwa auch OLG Frankfurt a. M., 21.6.2012 – 15 U 147/11, BeckRS 2012, 18120; Ayad/Schnell, BB 2011, 1934, 1938 f.; Lorenz, NJW 2011, 2241, Matusche-Beckmann, in: Staudinger, BGB, 13. Aufl. 2013, § 439, Rn. 113; Weller, NJW 2012, 2312; dagegen vor dem vorliegenden Urteil vor allem Faust, JuS 2011, 744, 748.
 29 BGH, 17.10.2012 – VIII ZR 226/11, Rn. 26, BGHZ 195, 135, BB 2013, 78 m. BB-Komm. Ayad („Granulaterteil“).
 30 BGH, 2.4.2014 – VIII ZR 46/13, Rn. 26, BGHZ 200, 337, BB 2014, 1425 m. BB-Komm. Ayad („Fensterrahmenfall“).
 31 Im Vergleich zum Schadensersatz statt der Leistung kann der Schaden beim Schadensersatz neben der Leistung durch Leistung in letzter Sekunde nicht behoben werden („Zauberformel“), maßgeblich Lorenz, in: FS Leenen, 2012, S. 147, 155; Faust, in: FS Huber, 2012, S. 239, 254). Ein Schadensersatz neben der Leistung liegt auch vor, wenn lediglich Integritätsschäden (*status quo ante*) einschlägig sind (schadensphänomenologische Einordnung, s. Grigoleit/Riehm, AcP 203, 727).

Abs. 1 S. 2, 434 BGB) welcher jedoch am Verschulden des Verkäufers scheitert.³²

11. BGH, 4.4.2014 – V ZR 275/12, BB 2014, 1743 – „Hausschwammfall“

Parallel zum „Dämmungsurteil“ aus dem Werkvertragsrecht setzte der BGH nun auch im Kaufrecht die gleichen Maßstäbe an. Dementsprechend sollte auch im Kaufrecht unter analoger³³ Anwendung des § 251 Abs. 2 S. 1 BGB der Schadensersatzanspruch auf den mangelbedingten Minderwert beschränkt werden.³⁴ Auch die Tatsache, dass der Verkäufer die Pflichtverletzung zu vertreten hat, spreche nicht gegen die Beschränkung auf die „Differenz des Wertes der Kaufsache in mangelfreiem und mangelhaftem Zustand“.³⁵

II. Ein- und Ausbaurkosten und Schadensersatz ab 2018

Die gesetzlichen Neuerungen im Gewährleistungsrecht 2018³⁶ betreffen maßgeblich die Übernahme von Ein- und Ausbaurkosten und das Leistungsverweigerungsrecht wegen Unverhältnismäßigkeit.³⁷

Die Verpflichtung zum Aufwendungsersatz³⁸ für Ein-/Ausbaurkosten ist nun gesetzlich geregelt im § 439 Abs. 3 S. 1 BGB. § 439 Abs. 3 S. 2 BGB verlagert nur die Kenntnis des Käufers bezüglich eines Mangels im Sinne von § 442 Abs. 1 BGB auf den Zeitpunkt des Einbaus der mangelhaften Sache. Neu ist dabei bekanntlich, dass diese Vorschrift zu Ein- und Ausbaurkosten – ganz im Gegenteil zu der von der von der Rechtsprechung („Granulaterteil“) entwickelten richtlinienkonformen Auslegung – nun auch im unternehmerischen Verkehr Anwendung findet.³⁹

Der vormalige § 439 Abs. 3 BGB a.F. hat sich inhaltlich nicht geändert und gibt nun in § 439 Abs. 4 ein Totalverweigerungsrecht wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit. Er wird zwar im Verbrauchsgüterkauf gem. § 474 Abs. 4 BGB auf die relative Unverhältnismäßigkeit reduziert, erlaubt jedoch die Reduktion des Aufwendungsersatzes auf einen angemessenen Betrag.⁴⁰ Somit wird die Reduktionslösung über einen Schadensersatzanspruch i.V.m. § 251 Abs. 2 S. 1 BGB analog zumindest im Verbrauchsgüterkauf obsolet.⁴¹ Gleichwohl bleibt zu fragen, ob diese Lösung weiterhin Anwendung findet, wenn es sich um Unternehmerverträge handelt.⁴²

III. Voraussetzungen und Konsequenzen des „neuen“ Verweigerungsrechts gem. § 439 Abs. 4 BGB

Zur Verdeutlichung der Voraussetzungen und vor allem der Konsequenzen des „neuen“ Verweigerungsrechts dient folgender *Beispielfall*: Der Hersteller (Verkäufer) beliefert den Käufer mit Platinen (Wert einer Platine ist 1 Euro). Der Käufer ist Unternehmer und stellt Maschinen (Wert einer Maschine 200 Euro) her, die er selbst weiterverkaufen will, jedoch noch auf Lager hat. Die vom Hersteller gelieferten Platinen weisen einen Mangel auf, wodurch die Maschinen, in welche diese eingebaut wurden in Gänze unbrauchbar werden. Allein der Ausbau der mangelhaften Platinen und der Einbau (vorhandener) neuer Platinen kosten pro Maschine 30 Euro.

In diesem Falle stellen sich also folgende Fragen: (1) Kann der Verkäufer die Nacherfüllung unter Berufung auf § 439 Abs. 4 BGB komplett verweigern (Kostenübernahme und auch Nachlieferung oder nur eins da-

von), wegen unverhältnismäßig hoher Ein- und Ausbaurkosten? (2) Ist dann ein etwaiger Schadensersatzanspruch gerichtet auf Ein- und Ausbaurkostenersatz bzw. auf Reparaturkostenersatz für die mangelhaften Maschinen ausgeschlossen, da das (eventuell komplette) Leistungsverweigerungsrecht des Verkäufers nicht umgangen werden darf?

1. Konsequenzen des Einschusses der Ein-/Ausbaurkosten in die Unverhältnismäßigkeit und mögliche Handhabungen (Erhöhung der Grenzwerte, isolierte Prüfungen)

Nach § 439 BGB a.F. war lediglich Nachlieferung oder Nachbesserung (§ 439 Abs. 1 BGB a.F.) neben den Aufwendungen dafür (§ 439 Abs. 2 BGB a.F.) geschuldet. Nach der Rechtsprechung konnte der Unternehmer die Nacherfüllung verweigern, wenn die Nacherfüllung (inklusive der Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten nach § 439 Abs. 2 BGB a.F., jedoch nicht der Ein-/Ausbaurkosten) 100% oder 130% oder gar 200% des Wertes der Sache in mangelfreiem Zustand überstiegen.⁴³ Dabei wurden von der Rechtsprechung die Umstände des Einzelfalles berücksichtigt, mithin auch das Verschulden.⁴⁴ Ist die Schwelle überschritten, konnte der Verkäufer nur über den Schadensersatzanspruch in Haftung genommen werden. Ab sofort schuldet der Verkäufer jedoch neben der Nacherfüllung nach § 439 Abs. 1 BGB und den Aufwendungen dafür nach § 439 Abs. 2 BGB auch die Übernahme der Ein- und Ausbaurkosten (also auch Aufwendungen). Es erhöhen sich somit insgesamt die Kosten der Nacherfüllung und § 439 Abs. 4 BGB wird allgemein so gedeutet, dass dieser sich auch auf den Aufwendungsersatz nach § 439 Abs. 2, 3 BGB beziehe.⁴⁵ Es drängt sich also die Frage auf, ob die Schwelle der Unverhältnismäßigkeit durch die massive Erweiterung des Nacherfüllungsanspruchs nun tatsächlich niedriger liegt als zuvor. In der Literatur wird

32 BGH, 2.4.2014 – VIII ZR 46/13, Rn. 29, BGHZ 200, 337, BB 2014, 1425 m. BB-Komm. *Ayad* („Fensterrahmenfall“); auch das Verschulden der Lieferantin ist dem Verkäufer nicht gem. § 278 BGB zuzurechnen, da diese kein Erfüllungsgehilfe ist, BGH a. a. O., Rn. 33.

33 Eine unmittelbare Anwendung des § 251 Abs. 2 S. 1 BGB setzt die Möglichkeit der Naturalrestitution voraus (s. o. Fn. 3), welche beim Schadensersatz statt der Leistung wegen § 281 Abs. 4 BGB gerade nicht mehr geschuldet wird (so auch *Gutzeit*, NJW 2015, 445 – unter II. a. E.).

34 BGH, 4.4.2014 – V ZR 275/12, Rn. 36, BGHZ 200, 350, BB 2014, 1743 m. BB-Komm. *Unsel* („Hausschwammfall“); kritisch aber im Ergebnis zustimmend *Gutzeit*, NJW 2015, 445.

35 BGH, 4.4.2014 – V ZR 275/12, Rn. 36, 37, BGHZ 200, 350, BB 2014, 1743 m. BB-Komm. *Unsel* („Hausschwammfall“); dies ist unter anderem darauf zurückzuführen, dass innerhalb der Festlegung des Unverhältnismäßigkeitsmaßstabs regelmäßig ein Verschulden des Verkäufers bereits geprüft wird, s. unten III. 2.

36 Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren, vom 28.4.2017 (BGBl. I 2017, 969).

37 Eine ausführliche Diskussion der Neuerungen findet sich etwa bei *Hübner*, ZfPW 2018, 227, und lehrbuchartig bei *Lorenz*, JuS 2018, 10.

38 Überzeugend für einen Aufwendungsersatz (im Gegensatz zum Wahlrecht des Verkäufers zwischen eigenem Ein- und Ausbau/Aufwendungsersatz der Ein- und Ausbaurkosten) *Fries*, AcP 2017, 535 – unter IV. 1.

39 Insofern liegt nun tatsächlich eine richtlinienüberschießende Regelung vor, so auch *Thon*, JuS 2017, 1150 – unter II. 1.

40 Die Berechnung des Betrages folgt gem. § 474 Abs. 4 S. 3 BGB dem in der Rechtsprechung gelegten Grundsatz, wonach der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und die Bedeutung des Mangels zu berücksichtigen sind.

41 Die Unverhältnismäßigkeitsgrenze bei § 439 Abs. 4 BGB und § 251 Abs. 2 S. 1 BGB wird von der Rechtsprechung gleichgestellt (s. später unter III. 2.), weshalb auch der angemessene Betrag, welcher sich bei beiden Prüfungen ergeben würde nicht unterschiedlich ausfallen darf.

42 So etwa *Faust*, in: BeckOKBGB, 46. Edit., Stand: 1.5.2018, § 437, Rn. 136.

43 *Huber*, NJW 2002, 1004 – unter V. 2. b; *Tiedtke/Schmitt*, DStR 2004, 2060 – unter 2.9.2; BGH, 14.1.2009 – VIII ZR 70/08, BB 2009, 685 m. BB-Komm. *Witt*, RIW 2009, 644, NJW 2009, 1660 („Fliesenbeschluss“); BGH, 4.4.2014 – V ZR 275/12, BGHZ 200, 350, BB 2014, 1743 m. BB-Komm. *Unsel* („Hausschwammfall“).

44 Explizit BGH, 4.4.2014 – V ZR 275/12, Rn. 36, BGHZ 200, 350, BB 2014, 1743 m. BB-Komm. *Unsel* („Hausschwammfall“); ferner BGH, 14.1.2009 – VIII ZR 70/08, BB 2009, 685 m. BB-Komm. *Witt*, RIW 2009, 644, NJW 2009, 1660 („Fliesenbeschluss“) – unter Rn. 15 sowie die übrigen Nachweise in Fn. 43.

45 *Faust*, in: BeckOKBGB, 46. Edit., Stand: 1.5.2018, § 439, Rn. 133.

dieses Problem auf drei Arten behandelt: gar nicht,⁴⁶ durch eventuelle Erhöhung der Schwellenwerte⁴⁷ oder durch eine zweistufige Prüfung⁴⁸ der absoluten Unverhältnismäßigkeit.

Dass das Verweigerungsrecht durch den Einschluss der Ein- und Ausbaukosten derart erweitert würde, dass nach den bisherigen Maßstäben der Rechtsprechung ein Verweigerungsrecht bei Einbau der Sache faktisch immer gegeben wäre, ist nicht ersichtlich.⁴⁹ Sofern ein Schadensersatzanspruch am Verschulden scheitern sollte, entstünde aber womöglich eine Regressfalle für denjenigen Käufer, der als Letztverkäufer Verbraucher beliefert.⁵⁰ Sinnhaft erscheint daher eine Erhöhung der Wertgrenzen oder die zweistufige Prüfung.

Nach der zweistufigen Prüfung muss zuerst isoliert die Nachlieferung und Nachbesserung nach bisherigen Maßstäben beurteilt werden⁵¹ und anschließend der Aufwendungsersatz ebenso isoliert von den Kosten der Nachlieferung/-besserung. Insgesamt würden sich also trennbare Leistungsverweigerungsrechte ergeben, zum einen bzgl. der Nachlieferung/Nachbesserung und zum anderen bzgl. des Aufwendungsersatzes.⁵² Die Beurteilung der Nacherfüllung gem. § 439 Abs. 1 BGB geschieht dabei wie bisher, ohne dass die Einbeziehung des Aufwendungsersatzes für Ein- und Ausbaukosten hierauf Einfluss nähme. Eine Verweigerung des Aufwendungsersatzes kommt allerdings nach dieser Ansicht nur in Betracht, wenn Ein- und Ausbau auch verzichtbar sind, weshalb Fälle, in welchen die gelieferte Sache vollständig unbrauchbar ist, generell nicht zu einem Leistungsverweigerungsrecht führen sollen.⁵³ Anders ist dies, wenn sich die Mängel nicht in funktionaler, sondern lediglich ästhetischer Hinsicht äußern. Dann scheint es dem Käufer wohl zumutbar, die mangelhafte Sache eingebaut zu lassen. In einem solchen Szenario ist der Ausweitung des Leistungsverweigerungsrechtes zwar Einhalt geboten. Es kann sich dann jedoch die Situation ergeben, dass der Käufer Nachlieferung erhält, jedoch keine Ein- und Ausbaukosten erstattet bekommt. Insbesondere bei den angesprochenen Ästhetikfällen scheint es wenig sinnvoll, dem Käufer mangelfreie Fliesen hinzustellen, die Übernahme der Einbaukosten aber zu verweigern. Der Verkäufer hätte dann aber „nacherfüllt“ und Minderung/Rücktritt wären nicht mehr möglich; der Käufer käme dann nicht in das „Sekundär-gewährleistungsstadium“. In dieser Situation könnte man daran denken, dem Käufer ein Verweigerungsrecht zuzugestehen, da er dann durch die Geltendmachung sekundärer Gewährleistungsrechte (Minderung/Rücktritt ggf. auch Schadensersatz) besser stünde.⁵⁴

Eine weitere Lösung dieses Problems könnte sich wie folgt darstellen: Man betrachtet die Frage nach der Unverhältnismäßigkeit weiterhin isoliert, wie bei der zweistufigen Prüfung, der Verkäufer kann jedoch die Nacherfüllung nur insgesamt verweigern. Dadurch ergibt sich zwar immer noch eine Ausweitung der Unverhältnismäßigkeit, sofern die Ein- und Ausbaukosten an sich unverhältnismäßig sind; dies ist dann aber darauf zurückzuführen, dass der Nacherfüllungsanspruch an sich ebenfalls ausgeweitet wurde. Die Situation der „sinnlosen“ Nachlieferung würde umgangen, denn sofern die Nacherfüllung insgesamt wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit verweigert wird, ist das „Sekundär-gewährleistungsstadium“⁵⁵ erreicht (zu den sich dann für den Schadensersatz ergebenden Fragen sogleich).

Damit lässt sich bereits die erste Frage des Beispielfalles beantworten. Der Verkäufer kann die Nacherfüllung nicht wegen Unverhältnismäßigkeit verweigern, die Nachbesserung aber eventuell schon wegen relativer Unverhältnismäßigkeit. Den Aufwendungsersatz gem. § 439 Abs. 3 BGB kann er bei einem Missverhältnis von 3000 % (Platine 1 Euro Aus- und Einbau 30 Euro = 30-facher Betrag = 3000 %) wohl

wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit verweigern. Dementsprechend hängt es von obigen Überlegungen ab, ob der Verkäufer „nur“ den Aufwendungsersatz oder „sogar“ die gesamte Nacherfüllung verweigern kann.

2. Konsequenzen aus dem Nichtumgehungsgrundsatz der Rechtsprechung

Das „Dämmungsurteil“ und der „Hausschwammfall“ haben klargestellt, dass das Leistungsverweigerungsrecht wegen Unverhältnismäßigkeit nicht umgangen werden darf, indem dem Käufer ein Schadensersatzanspruch in Höhe der Mängelbeseitigungskosten zugesprochen wird.⁵⁶ Auch der Umstand, dass der Schadensersatz nur verschuldensabhängig gewährt wird, ändert an diesem Grundsatz nichts, da das Verschulden bereits in der Bemessung der Unverhältnismäßigkeit Berücksichtigung findet.⁵⁷

Fraglich ist also nun, ob auch der Schadensersatzanspruch (für sich aus der Mangelhaftigkeit ergebende Schäden bei Verschulden des Verkäufers) wegen eines dem Verkäufer nun vielleicht tatsächlich aufgrund höherer Kostentragung häufiger zustehenden Rechts zur Nacherfüllungsverweigerung weiter beschränkt wird als vorher. Mit anderen Worten: Bekommt der Käufer nun weniger Schaden ersetzt als vorher?

Im Beispielfall erscheint fragwürdig, dass der Käufer aufgrund des Nichtumgehungsgrundsatzes keinen Schadensersatz vom schuldhaft handelnden Verkäufer bekommen soll für den „Schaden“ an den produzierten Maschinen (die Maschinen funktionieren nicht, sind also mehr oder weniger wertlos und verursachen Behebungsaufwendungen).

Betrachtet man die Prämissen des Nichtumgehungsgrundsatzes genauer, kommt der Beantwortung folgender Fragen besondere Bedeutung zu: Wo liegt der jeweilige Mangel vor? Woran orientiert sich die Unverhältnismäßigkeit konkret? Wo tritt der Schaden letztlich auf?

Der Mangel in dem dem „Dämmungsurteil“ zugrundeliegenden Fall liegt im herzustellenden Werk, der Heizungsanlage; die Rohre der Heizungsanlage waren nicht entsprechend der vereinbarten Beschaffenheit isoliert, aber ansonsten brauchbar. Im „Hausschwammfall“ war das Kaufobjekt, ein von Hausschwamm befallenes Haus, selbst

46 So etwa trotz vieler weiterführender Überlegungen bei *Markworth*, Jura 2018, 1 – unter V.

47 So kann man eventuell *Picht*, JZ 2017, 807 dort unter VI. verstehen.

48 *Faust*, in: BeckOKBGB, 46. Edit., Stand: 1.5.2018, § 439, Rn. 134.

49 Das hängt wohl vom Einzelfall ab.

50 *Markworth*, Jura 2018, 1 – unter V., beschreibt zwar richtigerweise den Fall des Werkunternehmers, der Rückgriff nach § 439 Abs. 3 BGB nehmen kann und der seinerseits verweigern kann, jedoch ist im Falle eines Assemblers, welcher ein (mangelhaftes) Teil in seinem Produkt verbaut und dieses an einen Verbraucher weiterverkauft, bzgl. dieser Beziehung das Verbrauchsgüterrecht und somit § 475 Abs. 4 S. 2 BGB einschlägig. Aufgrund des Zuliefererprivilegs ist der Regress nach § 445a Abs. 1 BGB hier nicht möglich (s. *Rothermel*, GWR 2012, 527).

51 So ähnlich auch in dem Regierungsentwurf von 2016 zu Berechnung der absoluten Unverhältnismäßigkeit gegenüber einem Verbraucher (zu § 475); BT-Drs. 18/8486, 44.

52 Die Unverhältnismäßigkeitsschwellen sind nach dieser Auffassung für die Aufwendungsersatzansprüche jeweils einzeln zu bestimmen. So sei etwa für die Unverhältnismäßigkeit des Aufwendungsersatzes die Unverhältnismäßigkeitsschwelle zwischen dem mangelbedingten Minderwert und dem mangelfreien Wert der Sache anzusetzen (*Faust*, in: BeckOKBGB, 46. Edit., Stand: 1.5.2018, § 439, Rn. 138).

53 *Faust*, in: BeckOKBGB, 46. Edit., Stand: 1.5.2018, § 439, Rn. 138.

54 Für den Kunden wäre es dann besser gleich Wertersatz oder eine entsprechende Minderung zu erhalten, anstatt selbst die Liquidationskosten für die nun zwar richtigen, allerdings von ihm nicht anbringbaren Fliesen zu tragen.

55 *Picht*, JZ 2017, 807 – unter V; der Käufer kann mindern, zurücktreten und bei Verschulden des Verkäufers auch Schadensersatz – ohne Fristsetzungserfordernis (§ 440 BGB) – geltend machen.

56 BGH, 4.4.2014 – V ZR 275/12, Rn. 36, 37, BGHZ 200, 350, BB 2014, 1743 m. BB-Komm. *Unsel* („Hausschwammfall“); BGH, 11.10.2012 – VII ZR 179/11, NJW 2013, 370 („Dämmungsurteil“) – unter II. 1. c.

57 BGH, 4.4.2014 – V ZR 275/12, Rn. 36, BGHZ 200, 350, BB 2014, 1743 m. BB-Komm. *Unsel* („Hausschwammfall“); BGH, 11.10.2012 – VII ZR 179/11, Rn. 11, NJW 2013, 370 („Dämmungsurteil“).

mangelbehaftet. Auch im Beispielsfall war das Kaufobjekt, die Platine, mangelhaft.

Bezüglich des Verweigerungsrechts muss im „Dämmungsurteil“-Fall zunächst ein konkreter Bezugspunkt festgestellt werden. In Übereinstimmung mit Literatur und Rechtsprechung wird darauf verwiesen, dass Aufwendungen für die Beseitigung des Werkmangels unverhältnismäßig sind, „wenn der in Richtung auf die Beseitigung des Mangels erzielte Erfolg oder Teilerfolg bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalls in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dafür gemachten Geldaufwandes steht und es dem Unternehmer nicht zugemutet werden kann, die vom Besteller in nicht sinnvoller Weise gemachten Aufwendungen tragen zu müssen“.⁵⁸ Danach sollte also die Wertdifferenz zwischen mangelfreiem und mangelhaftem Werk unverhältnismäßig geringer sein, als die Beseitigungskosten des Mangels.⁵⁹ Bezugspunkt ist dabei somit das Werk (die Heizungsanlage als Werkobjekt) selbst. Bei dem „Hausschwammfall“ wird als Vergleichswert zur Mängelbeseitigung auf den Wert des Hauses (Kaufobjekt) in mangelfreiem Zustand abgestellt.⁶⁰ Im Beispielsfall ergibt sich offenkundig, dass das Nacherfüllungsverweigerungsrecht sich auch an dem Kaufobjekt (der Platine) messen muss.

Bezüglich des Schadens und des jeweiligen Schadensersatzanspruchs gibt es aber einen deutlichen Unterschied zwischen den beiden Urteilen und dem Beispielsfall.

Im „Dämmungsurteil“ wird zwar auf den Wert des Werkes (Heizung) abgestellt, letztendlich aber der Schaden am Haus ermittelt. Dies ist der Eigenart des Werkvertrages zuzuschreiben, wo sich der Wert des Werkes auch durch die Wertsteigerung des Werkobjekts festmachen lässt.⁶¹ Einschlägig war hier somit der kleine Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 BGB. Das mangelhafte Werk (die Heizung) trägt den Schaden. Das Leistungsverweigerungsrecht schützt den Werkunternehmer eben davor, diesen Schaden mit unverhältnismäßigem Aufwand beheben zu müssen. Vor diesem Aufwand wird der Werkunternehmer bei einem Schadensersatzanspruch auch durch § 251 Abs. 2 S. 1 BGB analog geschützt, indem er lediglich den Minderwert seines mangelhaft errichteten Werkes schuldet. Im „Hausschwammfall“ wird auch auf den Schaden am Haus abgestellt. Und auch dieser wird als kleiner Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 BGB geschuldet. Ebenso wird hier der Verkäufer durch § 439 Abs. 4 BGB davor geschützt, eine Nacherfüllung am Kaufobjekt durchzuführen, weshalb der Schadensersatzanspruch (mit Wahlrecht zur Mängelbeseitigung) dieses Recht unterliefe und der Verkäufer durch § 251 Abs. 2 S. 1 BGB analog vor dem Schadensersatzanspruch gerichtet auf unverhältnismäßige Mängelbeseitigungskosten geschützt wird.

Im Beispielsfall liegt der Sachverhalt aber anders. Die Ein- und Ausbaukosten sind eigentlich sog. Mangelfolgeschäden,⁶² die sich aus dem ursprünglichen Mangel ergeben.⁶³ Diese werden seit der Neuerung 2018 zur Nacherfüllung gezählt und unterliegen dem Leistungsverweigerungsrecht. Ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung gem. §§ 280 Abs. 1, 281 Abs. 1, 3 BGB gerichtet auf Ersatz der Herstellungskosten des vertraglich geschuldeten Zustandes (Käufer erhält funktionierende Platinen) kann die Ein- und Ausbaukosten daher bei Unverhältnismäßigkeit vielleicht nicht umschließen. Allerdings ergibt sich eine zweite Schadensbetrachtung: Die Maschinen sind unbrauchbar. Durch eine berechnete Leistungsverweigerung gem. § 439 Abs. 4 BGB bzgl. der Nacherfüllung (s. die Diskussion oben unter III. 1.) und des Ersatzes der Ein- und Ausbaukosten wird dieser Schaden auch real. Dieser Schaden gilt aber wohl als Schadensersatz neben der Leistung⁶⁴ gem. § 280 Abs. 1 BGB

(Mangelfolgeschaden). Gleichwohl stellt sich die Frage, welche Reichweite dieser Schadensersatzanspruch haben kann und inwieweit der Nichtumgehungsgrundsatz der behandelten Urteile diesen einschränkt, wenn doch bezüglich der Ein- und Ausbaukosten eigentlich ein Leistungsverweigerungsrecht besteht. § 439 Abs. 3 BGB will den Verkäufer davor schützen, für Ein- und Ausbau eine im Vergleich zum Schaden am Kaufobjekt unverhältnismäßig hohe Summe aufwenden zu müssen (z. B. im Beispielsfall 30 Euro für Ein- und Ausbau bei einem Mangel an einem Ein-Euro-Teil). Aber mit einem Aufwand von 31 Euro ließe sich eine Maschine im Wert von 200 Euro reparieren. Es sind also unterschiedliche Rechtsgüter bzw. -positionen (Platine und Maschinen) betroffen. Zwar kann wohl nicht die Naturalrestitution im Sinne von Aus- und Wiedereinbau der Platine gefordert werden, wenn die Kosten hierfür wiederum unverhältnismäßig im Vergleich zum Wert der Maschinen wären (§ 251 Abs. 2 S. 1 BGB *direkt*⁶⁵). Die Relation ist im Beispielsfall jedoch anders und zwar nicht 30:1, sondern 31:200.

Die Antwort auf die zweite Frage könnte also wie folgt lauten: Dem Käufer entsteht ein Schaden aufgrund der mangelhaften Platinen (§§ 280 Abs. 1, 281 Abs. 1, 3 BGB, es ergibt sich gem. § 251 Abs. 1 BGB ein Anspruch auf ein Euro pro Platine) und außerdem an den von ihm bereits mit den Platinen bestückten Maschinen (§ 280 Abs. 1 BGB). Bei Letzterem schuldet der Verkäufer gem. § 249 Abs. 1 BGB die Naturalrestitution, somit den Ausbau der mangelhaften und den Einbau (vom Käufer zu stellender) mangelfreier Platinen. § 251 Abs. 2 S. 1 BGB (*direkt*) kann hier nur einschränkend einwirken, wenn die Kosten zur Wiederherstellung (31 Euro pro Maschine) den Wert der Maschine (200 Euro pro Maschine) unverhältnismäßig übersteigen. Eine Beschränkung auf einen etwaigen Minderwert der Maschinen (wobei fraglich ist, wie der zu berechnen wäre) ist für die Beteiligten und auch gesamtwirtschaftlich nicht sinnvoll. Der Käufer hat also wohl einen Anspruch auf Erstattung der Kosten für Ein- und

58 BGH, 11.10.2012 – VII ZR 179/11, Rn. 11, NJW 2013, 370 („Dämmungsurteil“).

59 So auch die Literatur: *Busche*, in: MüKoBGB, 7. Aufl. 2018, § 635, Rn. 31 f.; *Peters/Jacoby*, in: StaudingerBGB, 13. Aufl. 2014, § 635, Rn. 12; *Voit*, in: BeckOKBGB, 46. Edit. Stand: 1.5.2018, § 635, Rn. 14.

60 BGH, 4.4.2014 – V ZR 275/12, Rn. 37, BGHZ 200, 350, BB 2014, 1743 m. BB-Komm. *Unsel* („Hausschwammfall“) – unter II. 5. d) cc) (1) (b).

61 Zur Möglichkeit der Berechnung anhand der Differenz in der Wertsteigerung des Werkobjekts, s. BGH, 22.2.2018 – VII ZR 46/17, Rn. 27, NJW 2018, 1463. Dies ist im Kaufrecht nicht möglich.

62 Mangelfolgeschäden sind Schäden, „die durch die Mangelhaftigkeit der Kaufsache an anderen Rechtsgütern des Käufers als der Kaufsache selbst oder im Vermögen des Käufers über das Erfüllungsinteresse hinaus eingetreten sind“ (*Westermann*, in: MüKoBGB, 7. Aufl. 2016, § 437, Rn. 32). Der Mangelfolgeschaden wird in der Literatur verschiedentlich behandelt. Richtig erscheint die differenzierende Einteilung, s. *Schwarze*, in: *Recht der Leistungsstörungen*, 2. Aufl. 2017, § 25, Rn. 14: „Soweit der Mangelfolgeschaden die durch einen Mangel verursachte Verletzung des Integritätsinteresses bezeichnet [...], fällt der Mangelfolgeschaden unter § 280 Abs. 1 BGB. Besteht der Mangelfolgeschaden dagegen in der Verletzung des Leistungsinteresses, das jenseits des unmittelbaren Mangelnwertes liegt [...], so fällt ‚der Mangelfolgeschaden‘ unter den Schadensersatz statt der Leistung (§§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB).“

63 Einordnung als Mangelfolgeschaden vor Gesetzesänderung: *Grunewald*, in: *Erman*, BGB, 12. Aufl. 2008, § 439, Rn. 5; *Oetker/Maultzsch*, in: *Vertragliche Schuldverhältnisse*, 3. Aufl. 2007, § 2, Rn. 189; angedeutet bei *Ayad/Hesse*, BB 2008, 1922, 1926; *Thürmann*, NJW 2006, 3457 – unter IV. 2.; wohl auch *Matusche-Beckmann*, in: *Staudinger*, BGB, 13. Aufl. 2004, § 439, Rn. 20 f.; Einordnung des neuen § 439 Abs. 3 BGB als eine Art verkappten Mangelfolgeschaden, vgl. *Fries*, AcP 2017, 535 – unter IV. 2. d; ähnlich auch *Hübner*, ZfPW 2018, 227 – unter IV. 2.; *Lorenz*, NJW 2014, 2319 *passim*.

64 Er liegt außerhalb des Leistungsinteresses – innerhalb des Integritätsinteresses. Trennscharf für die Gesetzeslage vor 2018 am Beispiel des „Parkettstäbelfalles“ vgl. *Schwarze*, in: *Staudinger*, BGB (online), Updatestand: 9.11.2016, § 280 Rn. E17: Sofern es an einer Leistungspflicht bzgl. der Einbaukosten fehlt, ist der Schadensersatz neben der Leistung einschlägig. Dies gilt auch hier, da den Hersteller keine vertragliche (Nach-)Leistungspflicht bzgl. der Maschinen trifft.

65 Der Unterschied zum „Hausschwammfall“ liegt auch hier wieder in der Schadensersatzart: Bei Schadensersatz statt der Leistung (§ 281 BGB) ist nicht Naturalrestitution, sondern Wertersatz gem. § 251 Abs. 1 BGB geschuldet (s. nur etwa *Oetker*, in: MüKoBGB, 7. Aufl. 2016, § 251, Rn. 6); direkte Anwendung bei Mangelfolgeschäden auch im Werkrecht, siehe OLG Stuttgart, 25.9.2012 – 10 U 67/12, BauR 2013, 2047 – unter II. 4. c.

Ausbau sowie für mangelfreie Platinen gem. § 280 Abs. 1 BGB (bei Vorliegen von Verschulden).

Vielleicht lässt sich sogar generalisieren, dass der Nichtumgehungsgrundsatz nur sinnvoll anwendbar ist, wenn es sich um einen Schaden an der Kauf-/ (Werk-)sache und nicht um einen Schaden an einer komplett anderen Sache handelt. Letzteres ist aber regelmäßig der Fall, wenn das Kaufobjekt in eine andere Sache eingebaut wird, weshalb der Nichtumgehungsgrundsatz durch die Ausweitung der Nacherfüllung und des damit verbundenen Verweigerungsrechts nicht zwangsläufig gleichermaßen ausgeweitet werden kann. Vielmehr ist der Nichtumgehungsgrundsatz wohl bei einem Leistungsverweigerungsrecht bezogen auf den Aufwendersatz der Ein- und Ausbaurkosten, wie es dem Verkäufer durch die Gesetzesänderung zugestanden wird, regelmäßig nicht entscheidend. Die Lösung scheint auch durchaus im Sinne der bisherigen Rechtsprechung zu sein, da bereits im „Parkettstäbelfall“ angedeutet wurde, dass ein Schadensersatzbegehren lediglich am Verschulden scheiterte. Dass sich aufgrund der Neuerung zum Nacherfüllungsrecht (Einschluss des Aufwendersatzes für Ein- und Ausbaurkosten) und der Rechtsprechung zur Umgehung des Leistungsverweigerungsrechtes daran etwas ändern soll, ist nicht ersichtlich und wohl auch schwer zu begründen.

3. Systematische Rückschlüsse auf verschiedene, stufenartige Korrektivebenen bei Unverhältnismäßigkeit im BGB

Das Korrektiv der Unverhältnismäßigkeit im § 439 Abs. 4 BGB ist nun keine Neuheit für das BGB, wird jedoch oftmals als Fremdkörper angesehen. Bekannt ist die Unverhältnismäßigkeit vor allem durch § 275 Abs. 2 BGB. Daneben finden sich auch weitere Stellen, an denen von der Unverhältnismäßigkeit die Rede ist, wie eben auch in den dem § 439 Abs. 4 BGB verwandten Vorschriften der §§ 635 Abs. 3, 251 Abs. 2 S. 1 BGB.⁶⁶ Diese drei verwandten Vorschriften sind Ausdruck eines „allgemeinen Rechtsgedankens“⁶⁷ im BGB: „Danach erweist sich das Verlangen nach Herstellung eines an sich gebotenen Zustandes dann als rechtsmißbräuchlich, wenn ihm der in Anspruch Genommene nur unter unverhältnismäßigen, vernünftigerweise nicht zumutbaren Aufwendungen entsprechen könnte.“⁶⁸ Darüber hinaus stehen die Vorschriften (§§ 439 Abs. 4, 635 Abs. 3, 251 Abs. 1 S. 2 BGB) auch in einem eindeutig definierten systematischen Verhältnis zueinander. Man kann sie anhand ihres jeweiligen Telos, welcher im Einzelnen immer die Umsetzung des postulierten Rechtsgedankens ist, in ein Stufenverhältnis ordnen.

Im Rahmen der vertraglichen Nacherfüllung werden prinzipiell zwei Arten der Nacherfüllung – Nachlieferung oder Nachbesserung – ermöglicht. Damit sich eine unwirtschaftliche Alternative nicht durchsetzt, gibt es im Kaufrecht die relative Unverhältnismäßigkeitseinrede § 439 Abs. 4 S. 1, 2 BGB und im Werkvertragsrecht das Wahlrecht des Werkunternehmers § 635 Abs. 1 BGB (erste Stufe). Damit auch die übrige Alternative nicht trotz ihrer Unwirtschaftlichkeit durchgeführt werden muss, geben §§ 439 Abs. 4 S. 3, 635 Abs. 3 BGB explizit die Möglichkeit, auch dieses Begehren des Käufers/Bestellers zu verweigern (zweite Stufe).⁶⁹

Nun kann eine ähnliche Situation auch auf dritter Stufe bei möglichen Schadensersatzansprüchen bestehen. Dem Schadensersatzgläubiger wird das Wahlrecht zwischen Mängelbeseitigungskosten und Wertdifferenz der mangelhaften/mangelfreien Sache (mangelbedingter Minderwert) zugesprochen.⁷⁰ Sofern nun die Mängelbeseitigung eine an sich unwirtschaftliche Alternative darstellen würde, etwa weil die Kosten einer Neuproduktion durch etwaige unternehmerische

Produktionsvorteile (*economies of scale and scope*) verschwindend gering im Vergleich zur Reparatur der Sache sind, kann hier auf § 251 Abs. 2 S. 1 BGB verwiesen werden.⁷¹ Dieser ist grundsätzlich bei allen Schadensarten anwendbar.⁷² Der Leitgedanke ist auch hier eine einschränkende Verweisung auf die einzig wirtschaftliche Alternative, da der Geschädigte ansonsten womöglich besser gestellt werden könnte, wenn er die höherliegenden (fiktiven) Kosten ersetzt bekäme.

IV. Fazit

Die Aufnahme von Ein- und Ausbaurkosten in die Nacherfüllung führt zu einer Ausweitung des Leistungsverweigerungsrechts bei Unverhältnismäßigkeit. Wie dieses künftig zu handhaben ist (Verweigerung der gesamten Nacherfüllung? Zweistufige Prüfung? Erhöhung der Schwellenwerte?) bleibt abzuwarten. Allerdings soll dies dem Verkäufer wohl nicht die Möglichkeit geben, sich im Fall der Unverhältnismäßigkeit aufgrund des Nichtumgehungsgrundsatzes von weiterführenden Schadensersatzforderungen abseits des Kaufobjekts zu befreien. Denn die Ein- und Ausbaurfälle führen zu einem „neuen“ Leistungsverweigerungsrecht und immer einem Mangelfolgeschaden. Der Nichtumgehungsgrundsatz sollte daher mit Blick auf die betroffenen Rechtsgüter und Schadensarten bei Ein- und Ausbaurkosten nach § 439 Abs. 3 BGB keine Anwendung finden und den Schadensersatz nicht analog 251 Abs. 2 S. 1 BGB mindern.

Dr. Martin Rothermel ist Rechtsanwalt und Leiter der Practice Area Handels- und Vertriebsrecht bei der internationalen Wirtschaftsrechtskanzlei Taylor Wessing in München. Er berät Unternehmen im Bereich des Einkaufs, der Qualitätssicherung, des Verkaufs, des Vertriebs (e-Commerce, Handelsvertreter-, Vertragshändler- und Franchisesysteme) sowie der Produkthaftung.



Wolfgang Schulz, B.Sc. (Volkswirtschaftslehre), studiert Rechtswissenschaften an der LMU und ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Taylor Wessing in München im Bereich des Handels- und Vertriebsrechts.



66 Des Weiteren etwa § 651c Abs. 2 BGB und § 2170 Abs. 2 BGB.
 67 So bezeichnet dies bzgl. § 633 Abs. 2 S. 2 BGB a.F. der BGH, 21.6.1974 – V ZR 164/72, BGHZ 62, 388 – unter 3. a.
 68 BGH, 21.6.1974 – V ZR 164/72, BGHZ 62, 388 – unter 3. a.
 69 Eine Ausnahme besteht insoweit auch nicht für den Verbrauchsgüterkauf, da hier eine Totalverweigerung unter Erstattung eines angemessenen Betrages weiterhin möglich sein soll, § 475 Abs. 4 S. 2 BGB.
 70 Für das Werkvertragsrecht ursprünglich BGH, 15.6.2012 – V ZR 198/11, BGHZ 193, 326 – unter III. 2 und BGH, 11.10.2012 – VII ZR 179/11, NJW 2013, 370 („Dämmungsurteil“) – unter II. 1. b; dem folgend für das BGH, 4.4.2014 – V ZR 275/12, BGHZ 200, 350, BB 2014, 1743 m. BB-Komm. *Unselde* („Hausschwammfall“) – unter II. 5. b. bb; dies folgt aus dem dualen Nacherfüllungssystem, s. Fn. 8. Neueste Rechtsprechung zum Werkvertragsrecht (BGH, 22.2.2018 – VII ZR 46/17, NJW 2018, 1463 – unter II. 1. c. bb) gibt diese Vorgehensweise partiell auf, sofern die Mängelbeseitigung nicht tatsächlich durchgeführt wird (keine fiktiven Mängelbeseitigungskosten). Der BGH stellt jedoch explizit fest, dass dies keinen Rückschluss auf die bisherige Rechtsprechung im Kaufrecht – namentlich den Hausschwammfall – zuließe (BGH, 22.2.2018 – VII ZR 46/17, NJW 2018, 1463 – unter II. 3. a).
 71 Dafür kann ein einfacher Beispielfall gebildet werden: Der Hersteller liefert Bauteile für Platinen. Die Reparatur der einzelnen Platinen wird durch benötigte Handarbeit und mühsames Entlöten viel teurer, als die Herstellung neuer Platinen im Rahmen der automatisierten Fließbandarbeit. Sofern dem Käufer der Anspruch auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten gewährt würde, könnte er sich mit günstigen neuen Platinen einkaufen und stünde letztlich weit besser, als bei ursprünglich mangelfreier Lieferung. Daher muss § 251 Abs. 2 S. 1 BGB den Schadensersatzanspruch beschränken.
 72 *Oetker*, in: *MiKoBGB*, 7. Aufl. 2016, § 251, Rn. 36.