

Nacherfüllungskosten und Schadensersatz nach „neuem“ Schuldrecht – was bleibt vom „Dachziegel“-Fall?*

von Professor Dr. Stephan Lorenz, München

Das OLG Karlsruhe hatte eine Problematik zu entscheiden, die man wohl getrost als alltäglich bezeichnen kann. Sie trifft freilich mitten in ein Problem, welches der Gesetzgeber ganz ausdrücklich einer gegenüber dem bisherigen Recht zumindest teilweise abweichenden Lösung zuführen wollte. Der Sachverhalt lässt sich auf Folgendes reduzieren: Der Kläger hatte von der Beklagten, Betreiberin eines Baumarktes, Bodenfliesen gekauft und diese anschließend selbst bei sich verlegt. Die Fliesen erwiesen sich als fehlerhaft, weil sie aufgrund von Brennfehlern nicht die für Bodenfliesen notwendige Stoß- und Abriebfestigkeit aufwiesen. Der Kläger verlangte daraufhin von der Beklagten (zuletzt) Beseitigung der verlegten Fliesen und Neuverlegung mangelfreier Fliesen.

I. Entscheidung des OLG Karlsruhe

Das OLG spricht dem Kläger diesen Anspruch aus § 439 Abs. 1 BGB zu. Da die Fliesen mangelhaft i.S.v. § 434 Abs. 1 BGB seien, könne der Kläger nach dieser Vorschrift Nacherfüllung verlangen. Da ihm insoweit ein Wahlrecht zwischen Lieferung einer mangelfreien Sache und Beseitigung des Mangels zustehe, könne er – offenbar als Nacherfüllung in Form der Mängelbeseitigung – Entfernung und Neuverlegung der Fliesen verlangen. Die Kosten hierfür habe nach § 439 Abs. 2 BGB der Verkäufer zu tragen. Zu den Nacherfüllungskosten zählten auch die Kosten, die nur deshalb anfallen, weil der Käufer von der Sache vertragsgemäßen Gebrauch gemacht habe. Damit seien auch die Aus- und Einbaukosten der Fliesen Bestandteil der vom Beklagten zu tragenden Nacherfüllungskosten. Zur Begründung dieses Ergebnisses verweist das OLG u.a. auf den berühmten „Dachziegel“-Fall des BGH.¹ Diese – den Kaufpreis um ein Mehrfaches übersteigenden – Kosten seien auch nicht unverhältnismäßig i.S.v. § 439 Abs. 3 BGB, sodass der entsprechende Einwand des Klägers ins Leere gehe. Maßgebend für die Frage der Unverhältnismäßigkeit seien nämlich, wie sich aus dem Wortlaut von § 439 Abs. 3 BGB ergebe, nicht die Nacherfüllungskosten im Vergleich zum Kaufpreis, sondern die Nacherfüllungskosten im Verhältnis zu der durch die Nacherfüllung zu erzielenden Werterhöhung. Insofern bestehe kein Missverhältnis. „Letztlich“ sei die Beklagte auch einer Verschuldenshaftung nach § 437 Nr. 3 BGB ausgesetzt. Als Zwischenhändlerin habe sie zwar keine Untersuchungspflichten, jedoch genüge der Hinweis auf die bloße Zwischenhändlerereignis nicht, um die nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB eingreifende Vermutung des Vertretenmüssens zu widerlegen.

II. Fehlende Unterscheidung zwischen Kauf- und Werkvertrag

Der erste Grundlagenfehler der Entscheidung besteht ganz offensichtlich darin, dass das OLG die von der

Beklagten geschuldete Leistung und damit auch den Inhalt des daraus folgenden Nacherfüllungsanspruchs unrichtig ermittelt. Der von der Beklagten geschuldete Leistungserfolg war die Lieferung fehlerfreier Fliesen, nicht aber (zusätzlich) deren Verlegung² oder gar die Herstellung eines Fliesenbodens beim Kläger.³ Waren daher die Fliesen infolge von Brennfehlern mangelhaft, so kam Nacherfüllung von vorneherein nicht durch Mängelbeseitigung an den gelieferten Fliesen, sondern lediglich durch Neulieferung mangelfreier Fliesen in Betracht. Dies beinhaltete zwar zweifellos den Transport zum Kläger, weil Erfüllungsort für diese Verpflichtung sowohl im Falle der Mängelbeseitigung als auch im Falle der Nachlieferung nicht der ursprüngliche Erfüllungsort, sondern der momentane Belegenheitsort der mangelhaften Sache ist,⁴ keinesfalls aber die Entfernung der fehlerhaften Fliesen⁵ oder gar die Neuverlegung mangelfreier Fliesen. Das lässt sich schon angesichts der eindeutigen Abkehr des Gesetzgebers vom verschuldensunabhängigen Anspruch auf Ersatz der „Vertragskosten“⁶ weder mit dem Erfüllungsort der Nacherfüllungsverpflichtung noch mit deren Zukunftsbezogenheit begründen.⁷ Das OLG verwechselt diesen

* Anm. zu OLG Karlsruhe v. 2.9.2004 – 12 U 144/04, ZGS 2004, 432 (in diesem Heft).

1 BGHZ 87, 104 ff.

2 Dann läge ein Kauf mit Montageverpflichtung vor, der in Bezug auf die Gewährleistung gem. § 434 Abs. 2 Satz 1 BGB allein nach Kaufrecht zu beurteilen wäre.

3 Liegt der Schwerpunkt des Vertrages nicht auf dem Warenumsatz, sondern ist die Dienstleistung des Schuldners zumindest von gleichem Gewicht, wäre von einem Werkvertrag auszugehen, s. nur Westermann, NJW 2002, 241, 244; Bamberger/Roth/Faust, BGB, 2003, § 434 Rn. 90 m.w.N.

4 S. die Begr. des RegE BT-Drucks. 14/6040, S. 231 und daran anschließend die h.M., s. etwa P. Huber, NJW 2002, 1004, 1006; Bamberger/Roth/Faust (Fn. 3), § 439 Rn. 13; MünchKomm-BGB/Westermann, 4. Aufl. 2004, § 439 Rn. 7 jew. m.w.N.

5 Dazu sogleich unter III. 3.

6 Dazu sogleich unter III. 1.

7 So aber Bamberger/Roth/Faust (Fn. 3), § 439 Rn. 18; wie hier v. Wilmsky, JuS-Beil. Heft 1/2002, S. 22; s. auch Otte, FS Schwerdtner, 2003, S. 599, 608: Die Nacherfüllungspflicht kann nicht über die Pflicht zur Erfüllung hinausgehen.

Fall offensichtlich mit demjenigen einer mangelhaften Kaufsache, deren Sachmangel durch Reparatur beseitigt werden kann, die hierfür aber ein- und ausgebaut werden muss. Nur in dieser Konstellation ist die Demontage Bestandteil der Nacherfüllungspflicht nach § 439 Abs. 1 BGB und sind die hierfür anfallenden Kosten vom Verkäufer (unter dem Vorbehalt der Unverhältnismäßigkeitseinrede des § 439 Abs. 3 BGB) zu tragende Nacherfüllungskosten i.S.v. § 439 Abs. 2 BGB. Genau darum ging es aber *in casu* nicht: Der Mangel der Fliesen selbst – und nur diese und nicht deren Verlegung waren Vertragsgegenstand – war nicht durch Mängelbeseitigung, sondern *nur* durch Neulieferung zu beheben. Anders wäre der Fall nur dann zu beurteilen, wenn sich die Beklagte auch zur Verlegung der Fliesen verpflichtet hätte. Dann hätte es sich um einen Werkvertrag gehandelt:⁸ Die geschuldete Leistung hätte sich nicht in der Lieferung mangelfreier Fliesen erschöpft, sondern in der Herstellung eines mangelfreien Bodenbelags aus Fliesen bestanden, sodass sich ein entsprechender Nacherfüllungsanspruch unschwer aus §§ 634 Nr. 1, 635 Abs. 1 BGB mit einer vollständigen Kostentragungspflicht der Beklagten (§ 635 Abs. 2 BGB) ergeben hätte.

III. Was bleibt von der „Dachziegel“-Rechtsprechung?

1. Aufgabe eines vom Vertretenmüssen unabhängigen Anspruchs auf Ersatz der „Vertragskosten“ durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

Diese Problematik, die ganz ähnlich den BGH im berühmten und vom OLG hier auch zitierten „Dachziegel-Fall“ beschäftigt hatte,⁹ zeigt eine bedeutende und bewusste Abweichung des neuen Kaufrechts vom bisherigen Recht auf. In der Tat wurden bisher Kosten, die der Käufer für den bestimmungsgemäßen Gebrauch der Kaufsache aufgewendet hatte und die sich in der Folge des Sachmangels als frustriert erwiesen, im Zusammenhang mit der (nunmehr durch den Rücktritt ersetzten) Wandelung unter einen vom BGH in der erwähnten Entscheidung äußerst weit gefassten Begriff der „Vertragskosten“ i.S.v. § 467 Satz 2 BGB a.F. subsumiert.¹⁰ Sie waren damit unabhängig vom Vertretenmüssen des Verkäufers zu ersetzen. Dies hat der Gesetzgeber des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes freilich bewusst aufgegeben und den Ersatz von „Vertragskosten“ dieser Art, also insbesondere der Einbaukosten, in den Bereich der vom Vertretenmüssen abhängigen Käuferansprüche, d.h. des Schadensersatzes nach § 437 Nr. 3 BGB bzw. des Aufwendungsersatzes nach § 284 BGB, verwiesen. Dabei wurde – unter ausdrücklicher Bezugnahme auf den „Dachziegel-Fall“ – die bisherige vom Vertretenmüssen unabhängige Ersatzpflicht solcher „Verwendungskosten“ als „Fremdkörper im Recht der Wande-

lung“ bezeichnet, weil sie dem Käufer „Anspruch auf Ersatz von Nachteilen (gebe), die er im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss gehabt hat“, also ein Interesse des Käufers befriedige, „das ansonsten im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs verfolgt werden müsste“. Deshalb sei es gerechtfertigt, diese Sonderregel abzuschaffen und einen Anspruch der „Vertragskosten“ nur im Rahmen „der durch § 284 BGB ergänzten allgemeinen Regeln über den Schadensersatzanspruch bei Pflichtverletzung vorzusehen“.¹¹

2. Einbaukosten als Schadensersatz „neben“ der Leistung

Gegenstand einer Ersatzpflicht konnten die Kosten der erneuten Verlegung der Fliesen damit nur im Rahmen eines Schadensersatzanspruches sein. Da diese Kosten nicht angefallen wären, wenn der Verkäufer mangelfreie Fliesen geliefert hätte, stellen sie fraglos einen nach § 249 Satz 1 BGB ersatzfähigen Vermögensschaden dar. Dieser wäre hier freilich nicht im Rahmen des Schadensersatzes „statt der Leistung“, sondern als Bestandteil des Schadensersatzes „neben“ der Leistung zu ersetzen, weil er bereits endgültig eingetreten ist, d.h. auch im Falle der – noch möglichen – Erbringung der geschuldeten Leistung (Lieferung mangelfreier Fliesen) nicht beseitigt werden würde.¹² Ein Rückgriff auf den Aufwendungsersatzanspruch nach § 284 BGB, der nur anstelle des Schadensersatzes „statt der Leistung“ gewährt wird, ist dabei in dieser Fallkonstellation nicht notwendig. Schadensersatz statt der Leistung nach § 280 Abs. 1, 3 i.V.m. § 283 oder § 311a Abs. 2 BGB bzw. an dessen Stelle Aufwendungsersatz nach § 284 BGB für die Kosten der *erstmaligen* Zuführung des Gegenstandes zur vertragsgemäßen Verwendung müssen nur in denjenigen Fällen herangezogen werden, in welchen eine Nacherfüllung nicht möglich ist und die Kosten der Verwendungszuführung daher endgültig frustriert sind.¹³ Haftungsgrundlage für einen hier in Betracht kommenden mangelbedingten Folgeschaden ist (auch im Falle eines anfänglichen unbeheblichen Mangels) stets § 280 Abs. 1 BGB, maßgebliche Pflicht-

8 Wegen des Schwerpunktes der Tätigkeit läge hier kein Kauf mit Montageverpflichtung i.S.v. § 434 Abs. 2 Satz 1 BGB, sondern ein Werkvertrag (§ 631 BGB) vor, s. dazu Fn. 3.

9 BGHZ 87, 104 ff.: Der Käufer hatte fehlerhafte Dachziegel gekauft und damit sein Dach eingedeckt. Er machte – mit Erfolg – gegen den Käufer Ersatz der Kosten für das erstmalige Decken des Daches sowie das Abdecken der mangelhaften Ziegel geltend. Zur Lösung des Falles nach neuem Recht s. Köhler/Lorenz, Schuldrecht II (Prüfe dein Wissen), 17. Aufl. 2004, Fall 40 sowie Otte (Fn. 7).

10 S. dazu nur Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rn. 524, 542.

11 Begr. des RegE zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drucks. 14/6040, S. 225.

12 Zu dieser Differenzierung zwischen Schadensersatz „statt der Leistung“ und Schadensersatz „neben“ der Leistung s. etwa S. Lorenz, NJW 2002, 2479 ff. sowie Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), S. 727 ff.

13 So etwa in dem (Lehrbuch-)Fall des Käufers eines sich später als Fälschung erweisenden Gemäldes, der Ersatz für die Kosten der Rahmung geltend macht.

verletzung ist die Verletzung der Pflicht zur mangelfreien Lieferung aus § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB.¹⁴ Dieser Anspruch setzt freilich *Vertretenmüssen* voraus. Da der Produzent nicht Erfüllungsgehilfe des Verkäufers i.S.v. § 278 BGB ist, weil Letzterer nicht die Herstellung, sondern nur die mangelfreie Lieferung der Sache schuldet und der Produzent daher nicht in seinem Pflichtenkreis tätig wird,¹⁵ hat ein Verschulden während des Produktionsprozesses außer Betracht zu bleiben. Auch ergibt sich aus der jedem Gattungskauf innewohnenden Übernahme eines Beschaffungsrisikos keine verschuldensunabhängige Garantiehafung i.S.v. § 276 Abs. 1 Alt. 2 BGB für „Mangelfolgeschäden“ der hier vorliegenden Art, denn dem Verkäufer kann bei „sachgerechtem Verständnis seines Leistungsversprechens“¹⁶ nicht ohne weiteres unterstellt werden, auch für die Folgen der Verletzung der Pflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache aus § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB verschuldensunabhängig eintreten zu wollen. Wer eine Gattungssache zu leisten verspricht, mag zwar nach dem Empfängerhorizont des Käufers das Risiko übernehmen, dass ihm letztendlich die Beschaffung einer Sache „mittlerer Art und Güte“ gelingt, will aber i.d.R. nicht verschuldensunabhängig dafür eintreten, dass gerade das gelieferte Exemplar mangelfrei ist.¹⁷ Insofern bedarf es vielmehr der Übernahme einer besonderen Garantie.¹⁸ Damit kommt Vertretenmüssen des Verkäufers nur in Form von Verschulden, d.h. Vorsatz oder Fahrlässigkeit in Betracht. Da den Verkäufer aber grds. keine Untersuchungspflichten treffen, kann die insoweit eintretende Vermutung (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB) insbesondere dann unschwer widerlegt werden, wenn sich der Mangel – wie offenbar hier – erst beim späteren Gebrauch der Kaufsache zeigt.¹⁹

3. Kosten der Entfernung der fehlerhaften Fliesen: Rücknahmerecht und Rücknahmepflicht im Rahmen des Nacherfüllungsanspruchs

In Bezug auf die Entfernung der fehlerhaften Fliesen bleibt freilich ein „Restbestand“ des „Dachziegel-Falls“ von Relevanz. Die Frage der Verpflichtung zum Abdecken des mit den fehlerhaften Ziegeln gedeckten Daches – der im Fall des OLG die Verpflichtung zur Entfernung der fehlerhaften Fliesen entspräche – wurde dort nämlich weder auf einen verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch noch auf die Pflicht zum Ersatz der „Vertragskosten“, sondern auf einen mit dem Rückforderungsrecht des Verkäufers korrespondierenden Rücknahmeanspruch des Käufers nach vollzogener Wandelung gestützt: Der Verkäufer hatte aufgrund einer solchen gem. §§ 467 Satz 1, 346, 348 BGB a.F. einen Zug-um-Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises zu erfüllenden Anspruch auf Rückgabe der fehlerhaften Ziegel.²⁰ Erfüllungsort (genauer: „Leistungsstelle“)²¹ für diese Verpflichtung des Käufers war dabei nach Ansicht des BGH der Ort, an dem sich die Sache

vertragsgemäß befindet, d.h. das Dach des Hauses.²² Weiter folgerte der BGH aus dem bloßen Rücknahmeanspruch des Verkäufers zumindest dann eine das Entfernen beinhaltende, konsequenterweise vom Vertretenmüssen unabhängige *Pflicht* zur Rücknahme der mangelhaften Sache, wenn dies dem besonderen Interesse des Käufers entsprach,²³ und gelangte damit zu einer Pflicht des Verkäufers zur Demontage der mangelhaften Sache. *Dieser* Aspekt der „Dachziegel“-Rechtsprechung lässt sich – will man sie nicht grds. in Frage stellen – auch unter dem neuen Kaufrecht aufrechterhalten.²⁴ Die bloße Tatsache, dass das Wandelungsrecht jetzt durch ein ebenfalls vom Vertretenmüssen unabhängiges Rücktrittsrecht ersetzt ist, nötigt jedenfalls nicht zu einer anderen Sichtweise.²⁵ Hält man sie für richtig, wäre sie nicht nur konsequenterweise, sondern *a fortiori* auf die hier relevante Problematik des Nacherfüllungsanspruchs durch Neulieferung zu übertragen: Ist der Verkäufer zur Lieferung einer mangelfreien Sache verpflichtet, hat er gem. § 439 Abs. 4 BGB wie im Falle eines Rücktritts einen Zug-um-Zug gegen Nacherfüllung zu erfüllenden Anspruch auf Rückerstattung der gelieferten mangelhaften Sache nach Rücktrittsregeln.²⁶ Ebenso wie im Falle des Rücktrittsrechts kann man hier die Frage nach dem Erfüllungsort für diesen Anspruch sowie diejenige einer korrespondierenden Rücknahmepflicht stellen. Diese Fragen anders

14 Eines Rückgriffs auf eine Nebenpflichtverletzung i.S.v. § 241 Abs. 2 BGB bedarf es daher nicht, s. dazu S. Lorenz, NJW 2002, 2497, 2500; MünchKomm-BGB/Ernst, § 280 Rn. 55 m.w.N.

15 Ganz h.M., s. nur Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Aufl. 2004, § 278 Rn. 13 m.w.N.

16 S. dazu *Canaris*, in: E. Lorenz (Hrsg.), Karlsruhe Forum 2002, 2003, S. 5, 45.

17 Bamberger/Roth/Faust (Fn. 3), § 437 Rn. 76; MünchKomm-BGB/Ernst, § 280 Rn. 63; U. Huber, FS P. Ulmer, 2003, S. 1165, 1191.

18 S. dazu eingehend S. Lorenz, FS Georgiades (wird 2005 erscheinen).

19 Die „Hilfsbegründung“ des OLG, der Beklagte habe die Vermutung des Vertretenmüssens mit dem bloßen Hinweis auf seine Zwischenhändlereigenschaft nicht widerlegt, dient offensichtlich ausschließlich der Vermeidung der Revisionszulassung (§ 543 Abs. 2 ZPO), die hier in der Tat angebracht gewesen wäre.

20 Nach neuem Recht ergibt sich dieser Anspruch aus §§ 437 Nr. 2, 323, 346 Abs. 1, 348 BGB.

21 Zu dieser Unterscheidung s. nur BGHZ 87, 104, 110.

22 Das entspricht auch der h.M. in Rspr. und Literatur, s. nur Palandt/Heinrichs (Fn. 15), § 269 Rn. 16 m.w.N.; Bamberger/Roth/Faust (Fn. 3), § 437 Rn. 39. Anders dagegen Köhler, FS Heinrichs, 1998, S. 367 ff., der grds. den Empfangsort als Erfüllungsort ansieht.

23 BGHZ 87, 104, 109; zum neuen Recht s. ebenfalls bejahend MünchKomm-BGB/Gaier, § 346 Rn. 17; für eine generelle Rücknahmepflicht etwa Bamberger/Roth/Faust (Fn. 3), § 437 Rn. 39 m.w.N.

24 Davon ging offenbar auch der Gesetzgeber aus, s. Gegenäußerung der Bundesregierung BT-Drucks. 14/6857, S. 59, in welcher dieser Aspekt von BGHZ 87, 104 ff. (Kosten des Abdeckens) ausdrücklich diskutiert und zutreffend festgehalten wird, dass dies „mit § 467 Satz 2 BGB [a.F.] nichts zu tun“ hat.

25 Wesentlich bedenkenswerter wäre dagegen der Einwand, dass die in der Begründung des RegE (oben bei Fn. 11) zutreffend für das Verschuldensprinzip vorgebrachten Argumente auch für diese Frage zu gelten haben. Dieser hier nicht zu vertiefende Ansatz ist aber – wie sogleich zu zeigen ist – für den Nacherfüllungsanspruch nicht zutreffend.

26 Zur damit verbundenen Problematik des Nutzungsersatzes und seiner Richtlinienkonformität s. Gsell, NJW 2003, 1969 ff.; MünchKomm-BGB/S. Lorenz, Vor § 474 Rn. 19.

zu beantworten, als im Falle des Rücktritts, besteht kein Anlass. Zunächst besteht wertungsmäßig kein Unterschied darin, ob der Käufer die Kaufsache im Rahmen eines Rücktritts oder aber einer Neulieferung wieder „loswerden“ will. Im Falle der Nacherfüllung sprechen aber darüber hinaus noch zusätzliche Argumente für eine entsprechende Rücknahmepflicht: Zweck der Nacherfüllung ist – anders als im Falle des Rücktritts – die Herbeiführung eines vertragsgemäßen Zustands *in natura*. Dass das Gesetz (vorbehaltlich eines Verweigerungsrechts nach §§ 275 Abs. 2, 3, 439 Abs. 3 BGB) die hierfür erforderlichen Kosten unabhängig vom Vertretenmüssen allein dem Verkäufer zuweist und es einem vertragsgemäßen Zustand gerade auch entspricht, dass der Käufer nicht mit einer mangelhaften Sache und deren Entsorgung belastet ist, spricht entscheidend für eine vom Vertretenmüssen unabhängige Rücknahmepflicht des Verkäufers und damit eine Übertragung der „Dachziegel“-Rechtsprechung auf diesen Teil der Problematik. Da das Verlegen der Fliesen deren bestimmungsgemäßen Gebrauch entspricht, bestünde im vorliegenden Fall gem. § 439 Abs. 1 BGB ein vom Vertretenmüssen unabhängiger Anspruch auf die *Entfernung* der mangelhaften Fliesen,²⁷ nicht aber ein solcher auf Ersatz der Kosten des erstmaligen Verlegens der mangelhaften Fliesen oder der Neuverlegung mangelfreier Fliesen. Letztere²⁸ wären nur im Falle des Vertretenmüssens als Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB ersatzfähig.

IV. Ausblick

Der Umgang mit dem zum Entscheidungszeitpunkt schon fast drei Jahre geltenden „neuen“ Schuldrecht

durch das Gericht entspricht nicht der Sorgfalt, die man von einem OLG erwarten darf, zumal es sich bei der entscheidenden Rechtsfrage nicht etwa um ein Spezialproblem, sondern um eine Standardfrage handelt, die in der Literatur breite Beachtung gefunden hat. Dass die Entscheidung, die mit dieser Begründungstiefe nur im Hinblick auf die Verpflichtung zur Entfernung der mangelhaften Fliesen und auch dort nur im Ergebnis zutreffend ist, auch noch unter Hinweis auf eine Rechtsprechung ergeht, die der Gesetzgeber bewusst zum Anlass einer abweichenden gesetzlichen Neuregelung genommen hat, lässt den Leser fast erschüttert zurück. Gleiches gilt für den vorgelagerten Grundlagenfehler der Verwechslung von kauf- und werkvertraglichen Pflichten und die damit eklatant unrichtige Festlegung des Inhalts des Nacherfüllungsanspruchs. Die Hilfsbegründung des OLG in Bezug auf das Verschulden der Beklagten vermag darüber nicht hinwegzutäuschen, sondern verstärkt eher den Verdacht eines „schlechten Gewissens“ aufgrund einer offenbar mehr auf diffus empfundenen Gerechtigkeitserwägungen als auf Gesetzesanwendung beruhenden Einzelfallentscheidung. Aber auch die ist selbst in der Laienwertung nicht „gerecht“: Wer im Baumarkt kauft und sich als Heimwerker betätigt, darf in Abwesenheit einer vertraglichen Garantie nicht vom Baumarkt dieselbe verschuldensunabhängige Gewährleistung erwarten, wie von einem Handwerker. ■

27 Ein Anspruch auf Ersatz der dazu erforderlichen Kosten würde als Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB grds. (d.h. vorbehaltlich § 281 Abs. 2 BGB) den fruchtlosen Ablauf einer Nachfrist voraussetzen (so auch die Fallkonstellation in BGHZ 87, 104 ff.).

28 Und nicht die dann nicht frustrierten, weil durch den Schadensersatz kompensierten Kosten des erstmaligen Verlegens, s. dazu oben im Text bei Fn. 13.