

Entscheidungsanmerkung

Gemeinschaftsrechtskonformität der absoluten Unverhältnismäßigkeit (§ 439 Abs. 3 BGB) und des Ausschlusses des Ausbaus aus dem Nacherfüllungsanspruch?

Dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften werden folgende Fragen zur Auslegung des Gemeinschaftsrechtsgemäß Art. 234 EG zur Vorabentscheidung vorgelegt:

a) Sind die Bestimmungen des Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 und 2 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter dahin auszulegen, dass sie einer nationalen gesetzlichen Regelung entgegenstehen, wonach der Verkäufer im Falle der Vertragswidrigkeit des gelieferten Verbrauchsgutes die vom Verbraucher verlangte Art der Abhilfe auch dann verweigern kann, wenn sie ihm Kosten verursachen würde, die verglichen mit dem Wert, den das Verbrauchsgut ohne die Vertragswidrigkeit hätte, und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit unzumutbar (absolut unverhältnismäßig) wären?

b) Falls die erste Frage zu bejahen ist: Sind die Bestimmungen des Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 Unterabs. 3 der vorbezeichneten Richtlinie dahin auszulegen, dass der Verkäufer im Falle der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes durch Ersatzlieferung die Kosten des Ausbaus des vertragswidrigen Verbrauchsgutes aus einer Sache, in die der Verbraucher das Verbrauchsgut gemäß dessen Art und Verwendungszweck eingebaut hat, tragen muss? (Amtlicher Leitsatz)

Art. 3 Abs. 2, 3 RL 99/44/EG

BGH, Beschl. v. 14.1.2009 – VIII ZR 70/08 (OLG Frankfurt, LG Kassel)¹

I. Rechtsgebiet und Problemstellung

1. Die Entscheidung berührt zwei voneinander unabhängige Problemfelder der Umsetzung der RL 99/44/EG². Zum einen stellt sich die Frage, ob der Maßstab der sog. absoluten Unverhältnismäßigkeit in der Einrede der Unverhältnismäßigkeit des Nacherfüllungsanspruchs (§ 439 Abs. 3 S. 2 Alt. 1 BGB) mit den Vorgaben der Richtlinie vereinbar ist. Zum anderen ist problematisch, ob die Richtlinie verlangt, dass der Verkäufer im Rahmen des Nacherfüllungsanspruchs aus § 439 BGB auch den Ausbau der mangelhaften Kaufsache aus einer anderen Sache, in die sie bestimmungsgemäß eingebaut worden ist, schuldet.³

¹ <http://www.bundesgerichtshof.de/> [18.2.2009].

² RL 1999/44/EG, ABl. 1999 L 171, S.12.

³ Zur Frage, ob der Nacherfüllungsanspruch auch die Übernahme der Kosten für den Einbau der neuen, mangelfreien Sache umfasst, s.u. II. 4.

2. Dem lag (vereinfacht) folgender Fall zugrunde. Der Kläger hatte Bodenfliesen vom beklagten Verkäufer zum Preis von ca. € 1.200 gekauft und in seinem Haus verlegen lassen. Der Kläger hatte als Verbraucher (§ 13 BGB), der Beklagte als Unternehmer (§ 14 BGB) gehandelt. Die Bodenfliesen erwiesen sich nach dem Einbau als mangelhaft. Der Beklagte hatte die Fliesen vom Hersteller bezogen; ob er sie geprüft hatte, konnte nicht festgestellt werden. Selbst wenn er eine stichprobenartige Überprüfung vorgenommen hätte, hätte er den Mangel nicht erkennen können, da er nur bei der Ansicht vieler, nebeneinander verlegter Fliesen sichtbar wurde. Eine Reparatur der verlegten Fliesen war technisch nicht möglich, sie hätten durch neue Fliesen ersetzt werden müssen. Neue Fliesen hätten ca. € 1.200, der Ausbau der alten und der Einbau der neuen Fliesen jeweils ca. € 2.100 gekostet. Der Kläger verlangte Lieferung neuer Fliesen sowie die Übernahme der Kosten für Aus- und Einbau, was der Beklagte verweigerte. Er erhob die Einrede der Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung. Das LG wies die Zahlungsklage weitgehend ab, das OLG gab ihr hinsichtlich der Kosten für die neuen Fliesen und den Ausbau der alten statt. Die Revision des Beklagten führte zur Vorlage an den EuGH (Art. 234 EG).

II. Kernaussagen

1. Mögliche Grundlage für den klägerischen Anspruch ist nicht die der Nacherfüllung, §§ 437 Nr. 1, 434, 439 BGB. Die Nacherfüllung hatte der Beklagte ausdrücklich verweigert, die Vertragsdurchführung hatte somit die Phase der Nacherfüllung verlassen. Anspruchsgrundlage könnte die des Schadensersatzes statt der Leistung sein, §§ 437 Nr. 3, 434, 280 Abs. 1 u. 3, 281 BGB. Maßgebliche Pflichtverletzung war nicht die Lieferung einer mangelhaften Sache an sich, da der Beklagte diese Pflichtverletzung nicht zu vertreten hatte.⁴ Den Zwischenhändler trifft nach wohl überwiegender Meinung grundsätzlich keine Pflicht zur Untersuchung der vom Hersteller gelieferten Ware.⁵ Selbst wenn man mit einer teilweise vertretenen Ansicht eine Pflicht zur stichprobenartigen Untersuchung annehmen möchte,⁶ war (da eine solche Untersuchung den Mangel nicht offenbart hätte) eine etwaige Verletzung dieser Pflicht nicht kausal für die Lieferung mangelhafter Ware und würde daher nicht zum Vertretenmüssen führen. Auch eine Zurechnung des Herstellerverschuldens scheidet aus, denn der Hersteller ist grundsätzlich nicht Erfüllungsgehilfe (§ 278 BGB) des Händlers.⁷ Als den Schadensersatzanspruch begründende Pflichtverletzung kommt jedoch die Verweigerung der Nacherfüllung in Betracht, wenn der Beklagte zu der vom Kläger verlangten Nacherfüllung ver-

⁴ So bereits die Berufungsinstanz, OLG Frankfurt ZGS 2008, 315 Rn. 26.

⁵ BGH NJW 2008, 2837, Rn. 29; *Heinrichs*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 280 Rn. 19 plädiert für eine Untersuchungspflicht bei besonders hochwertigen oder fehleranfälligen Produkte – beides ist hier nicht der Fall.

⁶ Vgl. hierzu näher OLG Frankfurt ZGS 2008, 315 Rn. 26.

⁷ BGHZ 48, 118 = NJW 1967, 1903; BGH, NJW 2008, 2837 Rn. 29.

pflichtet war. Da die gelieferten Fliesen mangelhaft waren (§ 434 BGB), kommt es nur noch darauf an, ob der Beklagte die Nacherfüllung wegen Unverhältnismäßigkeit verweigern konnte (sogleich 2.) und ob die vom Beklagten geltend gemachten Aus- und Einbaukosten vom Nacherfüllungsanspruch umfasst sind (unten 3., 4.).

2. Fraglich ist, ob dem Beklagten die Einrede⁸ der Unverhältnismäßigkeit (§ 439 Abs. 3 BGB) zusteht. Die Nachbesserung (§ 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB) war vorliegend technisch nicht durchführbar. Daher verblieb nur die Nachlieferung (§ 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB) als mögliche Art der Nacherfüllung. Auf den Vergleich des Aufwands der beiden Modi der Nacherfüllung (sog. relative Unverhältnismäßigkeit) kommt es somit nicht an.

a) Maßgeblich für die Beurteilung der sog. absoluten Unverhältnismäßigkeit (§ 439 Abs. 3 BGB) ist die Frage, ob unter Berücksichtigung des Werts der mangelfreien Sache und der Bedeutung des Mangels die Nachlieferung nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Als Grenze der Unverhältnismäßigkeit werden verschiedene Prozentsätze vorgeschlagen (etwa 100 % des Werts der Sache ohne Verschulden, 130 % mit Verschulden; 150 % ohne, 200 % mit Verschulden).⁹ Vorliegend liegen die Kosten der Nachlieferung bei ca. € 3.300 (€ 1.200 für neue Fliesen, € 2.100 für den Ausbau der alten Fliesen¹⁰) bei einem Wert der mangelfreien Ware von ca. € 1.200, die Kosten betragen also ca. 275 % des Werts der mangelfreien Sache.¹¹ Die als Maßstab vorgeschlagenen Prozentsätze können freilich allenfalls als grobe Faustformel dienen, auf eine Einzelfallabwägung darf nicht verzichtet werden.¹² Besonderheiten des Einzelfalls, die eine außergewöhnlich hohe Belastung des Verkäufers rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich. Daher wäre grundsätzlich von Unverhältnismäßigkeit auszugehen, der Nacherfüllungsanspruch wäre nicht durchsetzbar.¹³

b) Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (RL 99/44/EG) könnte dieser Bewertung entgegenstehen. Sie findet Anwendung, da es sich um einen Verbrauchsgüterkauf (i.S.d. Art. 1 Abs. 1 u. 2 RL 99/44/EG, vgl. für das deutsche Recht § 474 Abs. 1 S. 1 BGB) handelt.¹⁴ In ihrem Art. 3 Abs. 3 statuiert sie als Ausschlussgrund des Nacherfüllungsanspruchs lediglich Unmöglichkeit und relative Unverhältnismäßigkeit

(„Kosten ..., die ... verglichen mit der alternativen Abhilfemöglichkeit unzumutbar wären“).¹⁵ Fraglich ist daher, ob die absolute Unverhältnismäßigkeit des § 439 Abs. 3 BGB ein Fall der „Unmöglichkeit“ nach Art. 3 Abs. 3 RL 99/44/EG sein kann.¹⁶ Dafür spricht, dass die Richtlinie den Begriff der Unmöglichkeit nicht definiert und somit seine Ausfüllung dem nationalen Recht überlassen geblieben sein könnte.¹⁷ Hierfür spricht ferner, dass § 439 Abs. 3 BGB vom Gesetzgeber als „besondere Ausprägung dieses allgemeinen Rechtsgedankens [scil. der Unmöglichkeit] im Kaufrecht und eine gegenüber § 275 Abs. 2 [...] niedrigere Schwelle für die Begründung einer Einrede des Verkäufers“¹⁸ und somit als Unterfall der Unmöglichkeit konzipiert wurde. Daher wird überwiegend die absolute Unverhältnismäßigkeit als mit der Richtlinienvorgabe vereinbar angesehen – vorausgesetzt, der Tatbestand der absoluten Unverhältnismäßigkeit werde eng ausgelegt und am Gedanken der Unmöglichkeit orientiert.¹⁹ Gleichwohl wird auch in der Literatur für eine Klärung durch den EuGH plädiert.²⁰ Dem schließt sich der BGH nun an und legt die Problematik dem EuGH zur Vorabentscheidung vor.

3. Würde man die Unverhältnismäßigkeit verneinen, so schlosse sich daran die Folgefrage nach dem Umfang des Nacherfüllungsanspruchs an, ob der Verkäufer im Rahmen des Nacherfüllungsanspruchs aus § 439 BGB den Ausbau der mangelhaften Kaufsache aus einer anderen Sache, in die sie bestimmungsgemäß eingebaut worden ist, schuldet.

a) Diese Frage wird in Schrifttum und Rechtsprechung kontrovers diskutiert.²¹ Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich kein derart weiter Umfang des Nacherfüllungsanspruchs: „Lieferung“ bedeutet lediglich die Verbringung einer Sache an einen bestimmten Ort; „Ausbau“ hingegen kennzeichnet das Herauslösen der Sache aus ihrer näheren Umgebung; „Ausbau“ und „Lieferung“ beziehen sich auf unterschiedliche Objekte – ersteres auf die neue, mangelfreie Sache, letzteres

⁸ Vgl. nur *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 439 Rn. 20; *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, 2004, § 439 Rn. 39.

⁹ Vgl. Nachw. bei *Matusche-Beckmann* (Fn. 8) § 439 Rn. 43 sowie *Faust*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand 1.2.2007, § 439 Rn. 52; s.a. näher BGH, Beschl. v. 14.1.2009 – VIII ZR 70/08, Rn. 15.

¹⁰ Mit dieser Rechnung nimmt der BGH freilich bereits sein Ergebnis zu unten 3. und 4. voraus – den Posten Ausbau berücksichtigt er, den des Einbaus nicht.

¹¹ Vgl. BGH, Beschl. v. 14.1.2009 – VIII ZR 70/08, Rn. 16.

¹² Ausf. *Matusche-Beckmann* (Fn. 8), § 439 Rn. 43 ff.; *Westermann* (Fn. 8) § 439 Rn. 20 ff.

¹³ BGH, Beschl. v. 14.1.2009 – VIII ZR 70/08, Rn. 11 ff., insbes. Rn. 16.

¹⁴ BGH, Beschl. v. 14.1.2009 – VIII ZR 70/08, Rn. 10.

¹⁵ So bereits *Matusche-Beckmann* (Fn. 8) § 439 Rn. 41. Gegen Richtlinienkonformität etwa *Pfeiffer*, ZGS 2002, 217 (219); *Schubel*, JuS 2002, 313 (316).

¹⁶ Dass § 275 Abs. 1-3 BGB neben § 439 Abs. 3 BGB zum Ausschluss oder zur Beschränkung des Nacherfüllungsanspruchs führen können, ergibt sich bereits aus der Natur der Sache (§ 275 Abs. 1 BGB) sowie aus dem Wortlaut des § 439 Abs. 3 BGB („unbeschadet des § 275 Abs. 2 und 3“).

¹⁷ So *Kirsten*, ZGS 2005, 66 (67 f.).

¹⁸ BT-Drs. 14/6040, S. 232.

¹⁹ Vgl. etwa *Lorenz*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, Vor § 474 Rn. 18; *Matusche-Beckmann* (Fn. 8) § 439 Rn. 41.

²⁰ *Faust* (Fn. 9), § 439 Rn. 53.

²¹ Für Übernahme/Ersatz der Ausbaukosten etwa OLG Frankfurt a.M. ZGS 2008, 315; OLG Karlsruhe ZGS 2004, 432 m. zust. Anm. *Lorenz*, ZJS 2004, 408 (410); OLG Köln NJW-RR 2006, 677; *Schneider*, ZGS 2008, 177; *Westermann* (Fn. 8) § 439 Rn. 13; dagegen etwa *Thürmann*, NJW 2006, 3461; *Ayad/Hesse*, BB 2008, 1296; *Katzenstein*, ZGS 2009, 29.

auf die alte, mangelhafte Sache.²² Teilweise wird die Frage mit der Annahme einer mit der Rückgabeverpflichtung des Käufers (§ 346 Abs. 1 BGB) korrespondierenden „Rücknahmeverpflichtung“ der Verkäufers bejaht; die Rücknahmepflicht habe der Verkäufer an dem Ort (sog. Leistungsstelle), an dem sich die Kaufsache nunmehr bestimmungsgemäß befinde (hier: verlegt auf dem Boden des Hauses des Klägers) zu erfüllen.²³ Gegen eine Rücknahmepflicht jedoch wird für Fälle wie den vorliegenden, in dem ein Einbau der Kaufsache erfolgt und sie wesentlicher Bestandteil eines Gebäudes (§§ 946, 93, 94 Abs. 2 BGB) geworden ist, eingewandt, dass § 346 Abs. 2 Nr. 2 BGB den Rückgabeanspruch bei Verarbeitung oder Umgestaltung zugunsten eines Wertersatzanspruchs erlöschen lässt (und gem. § 346 Abs. 3 Nr. 2 BGB selbst der Wertersatzanspruch ausgeschlossen ist, wenn sich – wie hier – der Mangel erst nach Verarbeitung oder Umgestaltung zeigt). Daher bestünde keine Rückgabepflicht, an die eine Rücknahmepflicht anknüpfen könne.²⁴

b) Problematisch ist jedoch auch an dieser Stelle, ob die RL 99/44/EG für dieses Problem eine andere Lösung diktiert. Gem. Art. 3 Abs. 2 RL 99/44/EG hat der Käufer im Fall der Vertragswidrigkeit einen Anspruch auf „unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes“. Die „Nachlieferung“ des § 439 BGB trägt in der Richtlinie den Namen „Ersatzlieferung“²⁵ – „ersetzen“ könnte das Wegnehmen des alten Gegenstands umfassen. Dies liegt umso näher, als gem. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 RL 99/44/EG bei der Nacherfüllung „die Art des Verbrauchsgutes sowie der Zweck, für den der Verbraucher das Verbrauchsgut benötigte, zu berücksichtigen sind“, es daher nach den Umständen des konkreten Falles angemessen sein kann, dass der Verbraucher den zuerst gelieferten Gegenstands beseitigt, um Platz für die art- und zweckentsprechende Verwendung des Ersatzgegenstands zu schaffen.²⁶ Auch diese Frage legt der BGH daher dem EuGH zur Vorabentscheidung vor.

4. Schuldet der Verkäufer auch den Einbau der im Rahmen des Nacherfüllungsanspruchs gelieferten Ersatzgegenstände? Diese Frage hatte der BGH bereits jüngst zu entscheiden. In seiner Entscheidung vom 15.7.2008²⁷ verneinte er eine derartige Reichweite des Nacherfüllungsanspruchs, denn – so die Kernargumentation – dies würde bedeuten, den Nacherfüllungsanspruch weiter reichen zu lassen als den ursprünglichen Erfüllungsanspruch (der nur auf die Verschaf-

fung von Eigentum und Besitz an den Gegenständen, nicht auf deren Einbau gerichtet ist). Etwaige entgegenstehende Vorgaben der RL 99/44/EG befürchtet der BGH hier nicht.²⁸

III. Würdigung und Examensrelevanz

1. Eine Klärung durch den EuGH in Bezug auf § 439 Abs. 3 BGB ist angebracht. Die besseren Argumente sprechen hier dafür, die absolute Unverhältnismäßigkeit unter die Fallgruppe der „Unmöglichkeit“ in dem in der Richtlinie verwandten Sinne zu fassen. „Unmöglichkeit“ ist im Gemeinschaftsrecht kein annähernd so ausgeformter Begriff wie im BGB oder anderen nationalen Rechten. Nur vereinzelt behandeln verbraucherschützende Richtlinien Fälle der Unmöglichkeit.²⁹ Die Acquis-Principles haben selbst das Recht der Unmöglichkeit nicht ausgeformt; die Bestimmung zum nicht überwindlichen Leistungshindernis haben die Acquis-Principles (überwiegend) aus dem DCFR übernommen.³⁰ Auch ein *obiter dictum* des EuGH in seiner Entscheidung zum Nutzungersatzanspruch des Unternehmers bei Ersatzlieferung, wonach die Versagung dieses Nutzungersatzanspruchs teilweise dadurch kompensiert wird, dass der Unternehmer sich auf die Unverhältnismäßigkeit der Ersatzlieferung berufen könne,³¹ könnte – da in dem entschiedenen Fall allein die Ersatzlieferung als Modus der Nacherfüllung in Betracht kam und die relevante finanzielle Belastung des Unternehmers von Unmöglichkeit i.e.S. weit entfernt war – die Zulässigkeit der absoluten Unverhältnismäßigkeit nahe legen. Viel spricht daher dafür, dass die Ausformung des Begriffs „Unmöglichkeit“ nicht (umfassend) gemeinschaftsrechtlich determiniert, sondern (weitgehend, freilich begrenzt durch die Gefahr der Aushöhlung der dem Verbraucher zugewiesenen Rechte) den nationalen Rechten überlassen ist.

2. Auch die Frage der Einbaukosten bedarf einer Entscheidung durch den EuGH. In Bezug auf die Ausbaukosten zeigt die Entscheidung nur einen kleinen Ausschnitt der hierzu geführten Diskussion. So werden etwa die (auch mit dem Wegfall der verschuldensunabhängigen Vertragskostenhaftung des § 467 S. 2 a.F. BGB verbundenen) Argumente zur Abgrenzung des verschuldensunabhängigen Nacherfüllungsrechts (und Rücktrittsfolgenrechts³²) und des verschuldensabhängigen Schadensersatz- und Aufwendungsersatzanspruchs nicht beleuchtet.³³ Auch ob grundsätzlich die An-

²² OLG Frankfurt a.M. ZGS 2008, 315 Rn. 34; zust. BGH, Beschl. v. 14.1.2009 – VIII ZR 70/08, Rn. 20.

²³ Vgl. Nachweise bei OLG Frankfurt ZGS 2008, 315 Rn. 31. Diese Ansicht knüpft an an den sog. Dachziegelfall des BGH von 1983 (BGHZ 87, 104).

²⁴ Thürmann, NJW 2006, 3457, 3461; BGH, Beschl. v. 14.1.2009 – VIII ZR 70/08, Rn. 21.

²⁵ In anderen Sprachfassungen: „replacement“ (englisch, noch deutlicher: „he may require the seller to replace them“), „remplacement“ (französisch), „sustitución“ (spanisch), „sostituzione“ (italienisch).

²⁶ Vgl. BGH, Beschl. v. 14.1.2009 – VIII ZR 70/08, Rn. 22.

²⁷ BGH, Urt. v. 15.7.2008 – VIII ZR 211/07 = NJW 2008, 2837, vgl. hierzu Gsell, ZJS 2008, 542.

²⁸ Vgl. BGH, Beschl. v. 14.1.2009 – VIII ZR 70/08, Rn. 22 a.E.

²⁹ Vgl. Art. 4 Abs. 6 RL 90/314/EWG; Art. 7 Abs. 2 RL 97/7/EG; Art. 3 Abs. 1 lit. c. ii. RL 2000/35/EG und hierzu insgesamt Csehi, Über die Zukunft der Unmöglichkeit im europäischen und ungarischen Zivilrecht, in: Heun/Lipp (Hrsg.), Europäisierung des Rechts, 2008, S. 59 (63 ff.).

³⁰ Vgl. Art. 8:401 Abs. 2 ACQP und Art. III. – 3:104 DCFR.

³¹ EuGH, NJW 2008, 1433, 1435, Rn. 42 (Quelle).

³² Insbesondere nicht als „Rücktrittsfolge“, sondern über § 439 Abs. 4 BGB oder nach Widerruf, § 357 Abs. 1 S. 1 i.V.m. §§ 346 ff. BGB – hierzu etwa Vorlagebeschluss des BGH MMR 2009, 107 = WRP 2009, 62 = ZIP 2008, 2367.

³³ Vgl. hierzu BGH NJW 2008, 2837 m. Anm. Gsell, ZJS 2008, 542; ferner zum Problem der Hinsendekosten bei Wi-

nahme einer Rücknahmepflicht zutrifft³⁴, lässt der BGH offen. Für einen Teil der denkbaren Fälle (alle, in denen der empfangene Gegenstand nicht verarbeitet oder umgestaltet worden ist – so etwa bei der nur losen Verlegung von Dachziegeln) hätte eine Beantwortung dieser Frage Klarheit gebracht.

3. Nahe hätte gelegen, auch die Frage nach den Einbaukosten dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen. In seiner Entscheidung vom 15.7.2008 hatte der BGH die Richtlinienvorgabe (hier insbes. Art. 3 Abs. 4 RL 99/44/EG als Vorlage für § 439 Abs. 2 BGB) in seine Überlegungen mit einbezogen.³⁵ Gemäß Art. 3 Abs. 4 RL 99/44/EG bedeutet „Unentgeltlichkeit“ der Nacherfüllung, dass der Verkäufer „die für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes notwendigen Kosten, insbesondere Versand-, Arbeits- und Materialkosten“ zu tragen hat. Dieser gemeinschaftsrechtliche Hintergrund ist als Argument für die Ersatzfähigkeit der Einbaukosten gewertet worden – hätte der Verkäufer ursprünglich vertragsgemäß geliefert, hätte der Käufer nicht ein zweites Mal für den Einbau aufkommen müssen. Folglich umfasse die „Herstellung des vertragsgemäßen Zustands“ die Verpflichtung, den Käufer so zu stellen, dass er letztlich nur ein Mal die Einbaukosten zu zahlen habe.³⁶

4. Die Problemfelder der Entscheidung dürfen – da im Kaufmängelgewährleistungsrecht und allgemeinen Schuldrecht verortet – als examensrelevant angesehen werden. Fragen der Richtlinienkonformität nationalen Rechts sind weder dem (öffentlichrechtlichen) Europarecht noch bestimmten Schwerpunktbereichen vorbehalten. Bei der Befassung mit dem Fall in einer Klausur würde sich die Folgefrage stellen, wie eine etwaige verbraucherschützende Auslegung durch den EuGH in das deutsche Recht „umgesetzt“ werden könnte. Die hier *de lege lata* in Betracht kommenden „Instrumente“ der richtlinienkonforme Auslegung oder Fortbildung würden – auch gerade dank der jüngsten Rechtsprechung des BGH im Fall *Quelle*³⁷ – einen entsprechenden Klausurfall um herausfordernde Probleme aus dem Feld der Methodik bereichern.

Wiss. Assistentin Dr. Katharina Hilbig, Göttingen

derruf eines Fernabsatzgeschäfts BGH MMR 2009, 107 (vorgehend LG Karlsruhe MMR 2006, 245 und OLG Karlsruhe MMR 2008, 46); s.a. die Vorinstanz zum vorliegenden Fall OLG Frankfurt ZGS 2008, 315 Rn. 26; vgl. ferner *Lorenz*, ZGS 2004, 408.

³⁴ Bejahend vgl. nur *Lorenz*, ZGS 2004, 408 (410 f.).

³⁵ BGH NJW 2008, 2837, Rn. 24 f.

³⁶ So etwa LG Deggendorf, Urt. v. 3.4.2007 – 3 O 370/06 (n.v., Juris), Rn. 17.

³⁷ Hierzu BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, NJW 2009, 427 (Quelle).