

Entscheidungsbesprechung

Die Reichweite der Ersatzlieferungspflicht nach Einbau der mangelhaften Kaufsache durch den Verbraucher

1. § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB ist richtlinienkonform dahin auszulegen, dass die dort genannte Nacherfüllungsvariante „Lieferung einer mangelfreien Sache“ auch den Ausbau und den Abtransport der mangelhaften Kaufsache erfasst (im Anschluss an EuGH, Urteil vom 16. Juni 2011 – Rechtssachen C-65/09 und C-87/09, NJW 2011, 2269 – Gebr. Weber GmbH/Jürgen Wittmer und Ingrid Putz/Medianess Electronics GmbH).

2. Das in § 439 Abs. 3 S. 3 BGB dem Verkäufer eingeräumte Recht, die einzig mögliche Form der Abhilfe wegen (absolut) unverhältnismäßiger Kosten zu verweigern, ist mit Art. 3 der Richtlinie nicht vereinbar (EuGH, aaO). Die hierdurch auftretende Regelungslücke ist bis zu einer gesetzlichen Neuregelung durch eine teleologische Reduktion des § 439 Abs. 3 BGB für Fälle des Verbrauchsgüterkaufs (§ 474 Abs. 1 S. 1 BGB) zu schließen. Die Vorschrift ist beim Verbrauchsgüterkauf einschränkend dahingehend anzuwenden, dass ein Verweigerungsrecht des Verkäufers nicht besteht, wenn nur eine Art der Nacherfüllung möglich ist oder der Verkäufer die andere Art der Nacherfüllung zu Recht verweigert.

3. In diesen Fällen beschränkt sich das Recht des Verkäufers, die Nacherfüllung in Gestalt der Ersatzlieferung wegen unverhältnismäßiger Kosten zu verweigern, auf das Recht, den Käufer bezüglich des Ausbaus der mangelhaften Kaufsache und des Einbaus der als Ersatz gelieferten Kaufsache auf die Kostenerstattung in Höhe eines angemessenen Betrags zu verweisen. Bei der Bemessung dieses Betrags sind der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und die Bedeutung des Mangels zu berücksichtigen. Zugleich ist zu gewährleisten, dass durch die Beschränkung auf eine Kostenbeteiligung des Verkäufers das Recht des Käufers auf Erstattung der Aus- und Einbaukosten nicht ausgehöhlt wird. (Amtliche Leitsätze)

BGB § 439 Abs. 1, Abs. 3

BGH, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08 (OLG Frankfurt a.M., LG Kassel)¹

Ob der Verbraucher-Käufer, der die mangelhafte Sache eingebaut hat, im Rahmen der Ersatzlieferung Ausbau der mangelhaften Sache und Einbau der Ersatzsache verlangen kann, wurde in Deutschland ebenso kontrovers diskutiert wie die

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter:

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=1868830147b9934541be0dfa66b2cdf1&nr=59258&pos=0&anz=2&Blank=1.pdf> (23.5.2012) abrufbar; siehe dazu auch Stürner, jurisPR-BGH-ZivilR 6/2012 Anm. 1.

Frage, ob der Verkäufer die Nacherfüllung (auch) wegen einer sog. absoluten Unverhältnismäßigkeit verweigern darf. Nachdem im letzten Jahr der EuGH über den entsprechenden europarechtlichen Umfang der Nacherfüllungspflicht entschieden hatte, war es nun am BGH, im Revisionsverfahren über den sog. Fliesenfall zu prüfen, inwieweit den europäischen Vorgaben in Deutschland de lege lata Rechnung getragen werden kann. Die vorliegende Besprechung kritisiert vor allem die großzügige wortlautübersteigende Rechtsfortbildung durch den BGH, die im Ergebnis einer horizontalen Direktwirkung europäischer Richtlinien nahekommt.

I. Einleitung

Nachdem bereits die Quelle-Entscheidung des EuGH² zur Nutzungsentschädigung bei Ersatzlieferung deutlich gemacht hat, wie weitgehend Europa mittlerweile in das nationale Kaufgewährleistungsrecht vorgedrungen ist, hatte der EuGH im vergangenen Jahr erneut über die Reichweite des Nacherfüllungsrechts beim Verbrauchsgüterkauf zu befinden, wobei die Konstellation eines Einbaus der mangelhaften Sache durch den Verbraucher in Frage stand.³ Mit dem vorliegenden Revisionsurteil hat der BGH über das seiner Vorlage⁴ zugrundeliegende Ausgangsverfahren entschieden und dabei der Rechtsauffassung des EuGH im Wege richtlinienkonformer Auslegung bzw. Rechtsfortbildung von § 439 Abs. 1 und Abs. 3 BGB Rechnung getragen. In casu ging es um die Reichweite des Ersatzlieferungsanspruchs eines Verbrauchers, der Fliesen gekauft und verlegen lassen hatte, die, wie sich dann zeigte, mit bloßem Auge erkennbare Schattierungen (Mikroschleifspuren) aufwiesen. Die Entscheidung des BGH ist nicht allein kaufrechtlich von Belang, sondern – wie auch bereits die Quelle-Entscheidung desselben Senates⁵ – von erheblicher methodenrechtlicher Bedeutung, weil sie die Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung einschließlich der wortlautübersteigenden Rechtsfortbildung⁶ im deutschen Recht absteckt.

² EuGH, Urt. v. 17.4.2008 – C-404/06 = NJW 2008, 1433.

³ Siehe EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – verb. Rs. C-65/09 (Gebr. Weber GmbH gegen Jürgen Wittmer) und C-87/09 (Ingrid Putz gegen Medianess Electronics GmbH) = NJW 2011, 2269, dazu Lorenz, NJW 2011, 2241; Kaiser, JZ 2011, 978; Pfeiffer, LMK 2011, 321439; Faust, JuS 2011, 744; Augenhöfer/Appenzeller/Holm, JuS 2011, 680; Gsell, JZ 2011, 988; Harke, ZGS 2011, 536; Schulte-Nölke, ZGS 2011, 289; Förster, ZIP 2011, 1493; Greiner/Benedix, ZGS 2011, 489; Purnhagen, EuZW 2011, 626; Staudinger, DAR 2011, 502; s. ferner die entsprechenden Vorlagebeschlüsse BGH NJW 2009, 1660; dazu Lorenz, NJW 2009, 1633 sowie AG Schorn-dorf ZGS 2009, 525.

⁴ Siehe BGH NJW 2009, 1660.

⁵ Siehe BGHZ 179, 27 = NJW 2009, 427, dazu Gsell, JZ 2009, 522; Pfeiffer, NJW 2009, 412; Kroll-Ludwigs/Ludwigs, ZJS 2009, 7; Lorenz, LMK 2009, 273611; Herrler/Tomasic, ZIP 2009, 181.

⁶ Zur Differenzierung zwischen Auslegung im engeren Sinne und einer den möglichen Wortsinn übersteigenden Rechts-

Im Folgenden sollen zunächst noch einmal knapp die europäischen Vorgaben dargestellt werden, wie sie sich aus der Entscheidung des EuGH vom vergangenen Jahr⁷ ergeben (unter II.). Anschließend erfolgt eine Auseinandersetzung mit dem aktuellen Urteil des BGH (unter III.).

II. Europäische Vorgaben

1. Pflicht zu Aus- und Einbau ohne Verweigerungsrecht wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit

Der EuGH hat jeweils abweichend von der Auffassung des Generalanwaltes⁸ entschieden, dass erstens die EG-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf (im Folgenden: Kaufrechts-RL)⁹ dahin auszulegen sei, dass den Verkäufer im Rahmen der Ersatzlieferung die Verpflichtung treffe, sowohl den Ausbau der mangelhaften Sache als auch den Wiedereinbau der Ersatzsache vorzunehmen oder die dafür erforderlichen Kosten zu tragen und zwar unabhängig davon, ob er sich im Kaufvertrag verpflichtet hatte, das Verbrauchsgut einzubauen¹⁰ und zweitens, dass es dem nationalen Gesetzgeber verwehrt sei, bei sogenannter absoluter Unverhältnismäßigkeit, also Unverhältnismäßigkeit der einzig möglichen Nacherfüllungsvariante,¹¹ ein Leistungsverweigerungsrecht zu gewähren.¹²

2. Aus- und Einbaupflicht auf angemessene Kostenerstattung begrenzt

Zugleich machte der EuGH allerdings deutlich, dass es den Mitgliedstaaten erlaubt sei, den Kostenerstattungsanspruch des Käufers für den Ausbau des vertragswidrigen Verbrauchsgutes und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsgutes auf einen angemessenen Betrag zu begrenzen.¹³

fortbildung siehe nur *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 143 f.

⁷ Siehe EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – verb. Rs. C-65/09 und C-87/09.

⁸ Vgl. die Schlussanträge des Generalanwaltes Mazák in der Rechtssache C-87/09 (Ingrid Putz gegen Medianess Electronics GmbH) v. 18.5.2010, Rn. 43 ff. (69) und in der Rechtssache C-65/09 (Gebr. Weber GmbH gegen Jürgen Wittmer) v. 18.5.2010, Rn. 43 ff. (67, 78 ff., 89).

⁹ RL 1999/44/EG v. 25.5.1999 (ABl. EG 1999 Nr. L 171, S. 12).

¹⁰ Vgl. EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – verb. Rs. C-65/09 und C-87/09, Ziffer 1 des Tenors und Rn. 40 ff., 62 unter Verweis auf Art. 3 Abs. 2 und 3 Kaufrechts-RL; abw. für den Wiedereinbau BGH NJW 2008, 2837 (Parkettstäbe), der damals eine Vorlage an den EuGH unterließ.

¹¹ Davon zu unterscheiden ist die sog. relative Unverhältnismäßigkeit, welche die Konstellation umschreibt, in der eine Form der Nacherfüllung im Vergleich zur anderen Form der Nacherfüllung mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden ist.

¹² Siehe EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – verb. Rs. C-65/09 und C-87/09, Ziffer 2 des Tenors und Rn. 63 ff., 78, wonach dem Art. 3 Abs. 3 Kaufrechts-RL entgegensteht.

¹³ Vgl. EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – verb. Rs. C-65/09 und C-87/09, Rn. 51, Ziffer 2 des Tenors und Rn. 74, vgl. ferner

Schließlich stellte der EuGH klar, dass der Verbraucher-Käufer in einem solchen Fall der nur begrenzten Kostenübernahme das Recht haben müsse, statt der Nacherfüllung Minderung des Kaufpreises oder Auflösung des Vertrages zu verlangen.¹⁴

3. Begründung des EuGH und Kritik daran

Die Entscheidung des EuGH hat viel – überwiegend durchaus kritische – Resonanz erfahren.¹⁵

a) Bedenken begegnet es namentlich, dass der EuGH die Erstreckung der Ersatzlieferung auf den Ausbau der mangelhaften Sache und den Einbau der Ersatzsache maßgeblich darauf stützt, anderenfalls würden für den Verbraucher zusätzliche finanzielle Lasten entstehen, die er nicht hätte tragen müssen, wenn der Verkäufer den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte.¹⁶ Außerdem wird in der Entscheidung betont, dass der Verkäufer „die Folgen der Schlechterfüllung tragen“ müsse.¹⁷ Mit Blick darauf, dass die Schadensersatzhaftung gerade nicht zum Gegenstandsbereichs der Kaufrechts-RL gehört und damit an sich den autonom vom nationalen Gesetzgeber aufgestellten Zurechnungsvoraussetzungen – in Deutschland eben dem Verschulden – unterliegt, erscheinen solche allgemeine Erwägungen zur Überwälzung sämtlicher Folgen der Schlechtleistung auf den Verkäufer unzureichend.¹⁸

b) Mehr Überzeugungskraft¹⁹ kommt dagegen der bereits in der Quelle-Entscheidung²⁰ angestellten Überlegung einer drohenden Aushöhlung des Nacherfüllungsrechts zu.²¹ In der Tat könnte es den Verbraucher davon abhalten, Ersatzlieferung zu verlangen, wenn er die Aus- und Einbaukosten selbst tragen müsste, und mehr noch: Weil das deutsche Recht nach

Rn. 77, wo der EuGH im Kontext der Voraussetzungen der erheblichen Unannehmlichkeit ergänzt, dass „der Verbraucher die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des mangelhaften Verbrauchsguts nur erlangen kann, indem er einen Teil der Kosten selber trägt“, was nahelegt, dass nicht nur der Kostenerstattungsanspruch, sondern bereits der Nacherfüllungsanspruch entsprechend beschränkt ist.

¹⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – verb. Rs. C-65/09 und C-87/09, Rn. 77, wobei der Gerichtshof annimmt, dass es eine erhebliche Unannehmlichkeit i.S.v. Art. 3 Abs. 5 letzter Gedankenstrich Kaufrechts-RL darstelle, wenn der Verbraucher einen Teil der Aus- und Einbaukosten selbst tragen müsse.

¹⁵ Vgl. dazu im Einzelnen die Nachw. in Fn. 3.

¹⁶ Vgl. EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – verb. Rs. C-65/09 und C-87/09, Rn. 47 und 57.

¹⁷ Vgl. EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – verb. Rs. C-65/09 und C-87/09, Rn. 56.

¹⁸ Siehe namentlich *Lorenz*, NJW 2011, 2241 (2243), der beklagt, dass der EuGH damit letztlich einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Ersatz von näheren Mangelfolgeschäden einführt.

¹⁹ Siehe bereits *Gsell*, JZ 2011, 988 (995).

²⁰ EuGH, Urt. v. 17.4.2008 – C-404/06, Rn. 34 = NJW 2008, 1433 (1434).

²¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – verb. Rs. C-65/09 und C-87/09, Rn. 46.

dem Vorbild der Kaufrechts-RL grundsätzlich einen Vorrang der Nacherfüllung vorsieht, würde dem Verbraucher-Käufer im Ergebnis die Versagung jeglicher Mängelgewährleistung drohen, wenn er die Aus- und Einbaukosten nicht tragen wollte (oder könnte), er aber – mangels fruchtlosen Nacherfüllungsverlangens – gleichwohl nicht zu Minderung oder Rücktritt übergehen könnte.

III. Richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung von § 439 BGB durch den BGH

1. Erstreckung der Ersatzlieferung nach § 439 Abs. 1 BGB auf den Ausbau der mangelhaften Sache

a) Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung nationalen Rechts

Fragt man nun, ob der BGH in der aktuellen Entscheidung den Vorgaben des EuGH zur Reichweite der Ersatzlieferung gerecht geworden ist, so gilt es sich zunächst klarzumachen, dass die nationalen Gerichte gemäß der Rechtsprechung des EuGH zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts verpflichtet sind, d.h. sie müssen „unter Berücksichtigung des gesamten nationalen Rechts und unter Anwendung ihrer Auslegungsmethoden alles tun, was in ihrer Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit der fraglichen Richtlinie zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel übereinstimmt“. ²² Der EuGH hat aber auch klargestellt, dass das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung nicht zu einer Entscheidung „contra legem des nationalen Rechts“ zwingt, sondern der nationale Richter lediglich die nach nationalem Recht eröffneten Interpretationsspielräume nutzen muss. ²³ Die herrschende Auffassung zum deutschen Recht versteht das Gebot zu richtlinienkonformer Auslegung im Sinne einer interpretatorischen Vorrangregel, die sich bis zur Grenze unzulässigen contra legem-Judizierens gegenüber den übrigen „klassischen“ Auslegungskriterien grundsätzlich ohne weitere Abwägung durchsetzt. ²⁴ Dabei herrscht in Deutschland weitgehend Einigkeit darüber, dass eine Auslegung im engeren Sinne ihre Grenze am entgegenstehenden Wortlaut einer Norm findet. ²⁵

²² EuGH, Urt. v. 4.7.2006 – C-212/04 (Adeneler) = NJW 2006, 2465 (2467 f.); vgl. auch EuGH, Urt. v. 5.10.2004 – verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer) = NJW 2004, 3547.

²³ Vgl. EuGH, Urt. v. 4.7.2006 – C-212/04 (Adeneler), Rn. 110; ebenso EuGH, Urt. v. 16.6.2005 – C-105/03, Rn. 44, 47 in Bezug auf Rahmenbeschlüsse.

²⁴ Grundlegend *Canaris*, in: Festschrift für Franz Bydlinski (2002) S. 47 (S. 68 ff.).

²⁵ Siehe nur *Roth*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 2. Aufl. 2010, § 14 Rn. 45; so auch vorliegend der BGH, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, Rn. 28; zu Recht auf die Unsicherheiten der Wortlautauslegung hinweisend aber *Gebauer*, AnwBl. 2007, 314 (319).

b) Richtlinienkonforme Auslegung von § 439 Abs. 1 BGB

Was den Anspruch des Verbrauchers auf Ausbau ²⁶ der mangelhaften Sache, in casu: der Fliesen, anlangt, nimmt der BGH eine solche richtlinienkonforme Auslegung im engeren Sinne vor: § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB wird dahin verstanden, dass auch der Ausbau und der Abtransport der mangelhaften Sache umfasst sei. ²⁷ Dabei betont der *VIII. Senat* ausdrücklich, ²⁸ dass eine solche Auslegung vom Wortlaut der Regelung („Lieferung einer mangelfreien Sache“) noch gedeckt sei. Dies mag man bezweifeln. ²⁹ Im Ergebnis spielt diese Frage aber wohl kaum eine Rolle, setzt doch der BGH vorliegend in Bezug auf § 439 Abs. 3 BGB den bereits in der Quelle-Entscheidung eingeschlagenen Weg einer großzügigen wortlautübersteigenden Rechtsfortbildung fort, worauf gleich näher einzugehen sein wird. ³⁰ Er wäre damit vermutlich auch dann, wenn er in Bezug auf § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB die Wortlautgrenze für überschritten gehalten hätte, zwar nicht im Wege der einfachen Auslegung Sinne, aber doch qua wortlautübersteigender Rechtsfortbildung ebenfalls zu einer Ausbaupflicht gelangt. ³¹

2. Beschränkung der Einrede der Unverhältnismäßigkeit nach § 439 Abs. 3 BGB bei absoluter Unverhältnismäßigkeit

a) Pflicht zu richtlinienkonformer Rechtsfortbildung

Das Gebot richtlinienkonformer Auslegung beschränkt sich nicht auf die Auslegung im engeren Sinne, sondern erstreckt sich auf die wortlautübersteigende richterliche Rechtsfortbildung, so dass nationale Gerichte, soweit dies methodenrechtlich nach nationalem Recht zulässig ist, ggf. auch eine solche Rechtsfortbildung vornehmen müssen. ³²

b) Richtlinienkonforme Reduktion von § 439 Abs. 3 BGB

Dementsprechend befürwortet der BGH vorliegend unter Zugrundelegung der vom EuGH angenommenen europarechtlichen Unzulässigkeit einer Verweigerung der Ersatzlieferung wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit ³³ eine teleologische Reduktion von § 439 Abs. 3 BGB. Danach darf der Verkäufer die Ersatzlieferung in diesen Fällen nicht überhaupt verweigern, sondern ist allein berechtigt, den Käufer bezüglich des Ausbaus der mangelhaften Kaufsache und des Einbaus der als Ersatz gelieferten Kaufsache im Wege der Einrede auf die Kostenerstattung in Höhe eines angemessenen Betrags zu verweisen, wobei der *VIII. Senat* – in Einklang mit den Vor-

²⁶ Über die Kosten für den Einbau neuer Fliesen hatte der BGH nicht zu befinden, da ein entsprechender Anspruch bereits rechtskräftig aberkannt worden war, vgl. BGH, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, Rn. 55.

²⁷ Siehe BGH, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, Rn. 25.

²⁸ Siehe BGH, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, Rn. 26.

²⁹ A.a. etwa *Kaiser*, JZ 2011, 978 (980).

³⁰ Dazu sogleich unter 2.

³¹ Für methodenehrlicher hielte dies *Stürner*, jurisPR-BGH-ZivilR 6/2012 Anm. 1.

³² BGHZ 179, 27 = NJW 2009, 427; *Canaris* (Fn. 24), S. 47, 81 ff.; kritisch *Nettesheim*, AöR 119 (1994), 261.

³³ S. unter II.1. mit Fn. 12.

gaben des EuGH³⁴ – für die Angemessenheit maßgeblich auf den Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und die Bedeutung des Mangels abstellt sowie auf das Ziel, das Recht des Käufers auf Erstattung der Aus- und Einbaukosten nicht auszuhöhlen.³⁵

c) Aufrechterhaltung der Möglichkeit des Verkäufers zur zweiten Andienung

Bei der Begründung dieser teleologischen Reduktion des Verweigerungsrechts aus § 439 Abs. 3 BGB setzt sich der BGH mit einer Reihe von Alternativvorschlägen auseinander, die in der Literatur unterbreitet wurden.³⁶ Diese werden jedoch verworfen, überwiegend deshalb, weil sie nach Auffassung des BGH entweder den Vorgaben des EuGH nicht gerecht werden oder die Grenzen der richterlicher Rechtsfortbildung überschreiten.³⁷ Dabei verdient das Bemühen des BGH Anerkennung, sowohl den Vorgaben des EuGH gerecht zu werden, darüber hinaus aber auch die mit der Schuldrechtsmodernisierung im Kaufrecht eingeführte Möglichkeit des Verkäufers zur zweiten Andienung aufrechtzuerhalten.

aa) So erteilt der BGH namentlich dem Vorschlag *Fausts*³⁸ eine Absage, dem Verkäufer schon dann ein Recht zur Verweigerung von Aus- und Einbau zu gewähren, wenn der Verbraucher sich nicht zur Beteiligung an den (unverhältnismäßigen) Kosten bereiterklärt hat. Der BGH sieht hier die Gefahr einer Aushöhlung der Verbraucherrechte, da der Verkäufer bis zu einer solchen Erklärung zur völligen Verweigerung von Aus- und Einbau berechtigt wäre.³⁹ In der Tat droht das Recht auf Aus- und Einbau leer zu laufen, sofern der Verbraucher nicht bereit oder in der Lage ist, sich an den (unverhältnismäßigen) Aus- und Einbaukosten zu beteiligen. Die eigene Lösung des BGH führt hier allerdings nur dann zu einem anderen Ergebnis, wenn man sie dahin versteht, dass der Verbraucher seinen Anspruch auf angemessene Kostenerstattung, anders als die Bezeichnung als „Erstattung“ nahelegt, selbst dann geltend machen darf, wenn er den Ausbau tatsächlich und namentlich mangels hinreichender eigener finanzieller Mittel gar nicht vornimmt. Der BGH stellt zwar klar, dass der Verbraucher den Kostenanspruch bereits vor Durchführung des Ausbaus als Vorschuss geltend machen kann.⁴⁰ Dass der *Senat* diesen Vorschuss als „abrechenbar“ bezeichnet, deutet aber darauf hin, dass ein Anspruch ausscheiden soll, wenn feststeht, dass es nicht zu einem Ausbau

kommen wird.⁴¹ Dabei sei der Hinweis erlaubt, dass auch die europarechtliche Beurteilung der Frage, ob ein Kostenerstattungsanspruch nach der Kaufrechts-RL unabhängig von einer tatsächlichen Durchführung von Aus- und Einbau besteht, zweifelhaft ist.⁴²

bb) Nicht zu überzeugen vermögen den BGH weiter Vorschläge, den Anspruch auf (tatsächlichen) Aus- und Einbau im Umfang zu begrenzen, wobei zu Recht namentlich die mangelnde praktische Durchführbarkeit einer solchen Lösung kritisiert wird.⁴³ Verworfen wird außerdem ein genereller Ausschluss der Anwendung des § 439 Abs. 3 S. 3 Hs. 2 BGB beim Verbrauchsgüterkauf, da es dann an einer gesetzlichen Grundlage für ein Recht des Verkäufers fehlen würde, den Kostenersatz auf einen angemessenen Betrag zu begrenzen,⁴⁴ was ebenfalls Zustimmung verdient. Abgelehnt werden schließlich Lösungen, die eine uneingeschränkte Inanspruchnahme des Verkäufers auf Aus- und Einbau erlauben⁴⁵ oder ihm die vom Schuldrechtsmodernisierungsgesetzgeber intendierte Möglichkeit zur zweiten Andienung nehmen würden, so insbesondere der Vorschlag *Pfeiffers*,⁴⁶ den Verkäufer von vorne herein nicht zur Vornahme von Aus- und Einbau, sondern lediglich zur Kostenerstattung zu verpflichten.⁴⁷

d) Methodenrechtliche Bedenken gegen die Zulässigkeit der Rechtsfortbildung

Auch wenn es dem BGH mit seiner richtlinienkonformen Reduktion von § 439 Abs. 3 BGB gelingt, unter Aufrechterhaltung der Möglichkeit des Verkäufers zur zweiten Andienung den Vorgaben des EuGH gerecht zu werden, so begegnet es doch erheblichen methodischen Bedenken, die Vorschrift in Einklang mit dem Europarecht auszulegen.

aa) Wo die Grenzen unzulässigen contra legem-Judizierens nach deutschem Methodenrecht bei der Rechtsfortbildung verlaufen, wird allerdings schon ohne Rücksicht auf europarechtliche Belange sehr kontrovers beurteilt. Einerseits wird eine Orientierung am klar erkennbaren subjektiven Willen des historischen Gesetzgebers als äußerster Grenze eines

³⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – verb. Rs. C-65/09 und C-87/09, Rn. 76.

³⁵ Siehe BGH, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, Leitsatz 3 und Rn. 35.

³⁶ Siehe BGH, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, Rn. 37 ff.

³⁷ Siehe BGH, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, Rn. 37.

³⁸ *Faust*, JuS 2011, 744 (747 f.).

³⁹ Siehe BGH, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, Rn. 38.

⁴⁰ Siehe BGH, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, Rn. 49 in Anlehnung an *Kaiser*, JZ 2011, 978 (984 f.); für einen Anspruch auf Vorschuss der zum Zwecke der Nacherfüllung anfallenden Transportkosten auch bereits BGH NJW 2011, 2278 (2281 f. Rn. 37, 44).

⁴¹ In diesem Sinne *Kaiser*, JZ 2011, 978 (985): „Der Käufer sollte aber über den Vorschuss unter Nachweis der ihm entstandenen Kosten abrechnen und nicht benötigtes Geld herausgeben müssen.“

⁴² Auch in der Entscheidung des EuGH ist von einer Begrenzung des Anspruchs des Verbrauchers auf „Erstattung der Kosten“ für den Aus- und Einbau die Rede, ohne dass diskutiert wird, ob der Anspruch eine Durchführung von Aus- und Einbau voraussetzt, vgl. EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – verb. Rs. C-65/09 und C-87/09, Ziffer 2 des Tenors und Rn. 76-78.

⁴³ Vgl. BGH, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, Rn. 39 gegen *Förster*, ZIP 2011, 1493 (1500); siehe zu dieser Erwägung auch Rn. 42.

⁴⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, Rn. 40.

⁴⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, Rn. 42 m.w.N.

⁴⁶ *Pfeiffer*, LMK 2011, 321439.

⁴⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, Rn. 41 m.w.N.; siehe gegen einen weiteren, die Möglichkeit zur zweiten Andienung begrenzenden Vorschlag Rn. 43 m.w.N.

wortlautübersteigenden Verständnisses einer Norm befürwortet,⁴⁸ andererseits aber auch eine stärker am objektiven Zweck des Gesetzes ausgerichtete Grenzziehung gefordert⁴⁹ und dementsprechend eine wortlautübersteigende richterliche Korrektur unbeabsichtigter Wertungswidersprüche innerhalb der Rechtsordnung als verdeckte und planwidrige Lücken in weitem Maße zugelassen.⁵⁰

In Bezug auf die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung kommt die Schwierigkeit hinzu, worauf für den Willen des Gesetzgebers abzustellen ist. Denn wenn der EuGH eine europäische Richtlinie im Nachhinein anders auslegt als der nationale Gesetzgeber bei deren Umsetzung, dann erweist sich der legislative Wille des nationalen Gesetzgebers aus der ex post-Betrachtung typischerweise als perplex: Einerseits verfolgte der Gesetzgeber eine konkrete, aber – wie nunmehr erkannt – richtlinienwidrige Regelungsabsicht. Andererseits wollte der Gesetzgeber aber die Richtlinie korrekt umsetzen, also eine europarechtskonforme Regelung schaffen. So auch im vorliegenden Kontext: Mit § 439 Abs. 3 BGB sollte dem Verkäufer die Einrede absoluter Unverhältnismäßigkeit gewährt werden, wobei der Schuldrechtsmodernisierungsgesetzgeber selbstverständlich davon ausging, er handle im Einklang mit der Kaufrechts-RL, die einwandfrei umgesetzt werden sollte.⁵¹ Nachdem der EuGH nun die Verweigerung der

Nacherfüllung bei absoluter Unverhältnismäßigkeit für unzulässig erachtet hat, zeigt sich, dass beide Regelungsabsichten nicht zugleich verwirklicht werden können.

bb) Bereits in der Quelle-Entscheidung⁵² hatte sich der BGH für eine großzügige Zulässigkeit der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung ausgesprochen⁵³ und eine verdeckte Regelungslücke schon deshalb bejaht, weil der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien⁵⁴ sowohl einen – später vom EuGH für richtlinienwidrig erachteten – Anspruch des Verkäufers auf Nutzungsentschädigung bei Ersatzlieferung als auch eine richtlinienkonforme Regelung habe schaffen wollen. Auch damals kollidierten also ein konkretes, aber richtlinienwidriges Regelungsziel mit dem legislativen Willen zu korrekter Umsetzung des Europarechts. Allerdings hatte der BGH⁵⁵ seinerzeit noch betont, dass sich die Planwidrigkeit der Lücke daraus ergebe, dass der Gesetzgeber gerade hinsichtlich des Nutzungsersatzes eine richtlinienkonforme Regelung habe schaffen wollen, so dass also nicht nur ein Widerspruch zu einem generellen, allgemein formulierten Umsetzungswillen bestanden habe, sondern zur konkret geäußerten Umsetzungsabsicht.⁵⁶ Demgegenüber hält der VIII. Senat in der vorliegenden Entscheidung die fehlende explizite Auseinandersetzung des Gesetzgebers mit der Frage der Richtlinienkonformität des § 439 Abs. 3 S. 3 BGB für irrelevant. Entscheidend sei allein, dass ausgeschlossen werden könne, dass der Gesetzgeber die Regelung in gleicher Weise erlassen hätte, wenn ihm die mangelnde Richtlinienkonformität bekannt gewesen wäre.⁵⁷ Insoweit ist dem BGH beizupflichten: Auf einen konkret auf die einzelne Bestimmung (hier: § 439 Abs. 3 BGB) bezogenen gesetzgeberischen Umsetzungswillen kann es schon deshalb nicht ankommen⁵⁸, weil man dem nationalen Gesetzgeber kaum einmal wird unterstellen dürfen, dass er die europäischen Vorgaben se-

⁴⁸ Vgl. BVerfGE 101, 312 (329); 98, 17 (45); 86, 288 (320); 18, 97 (111); dem folgt der Vorlagebeschluss des BGH an den EuGH, siehe BGH NJW 2006, 3200 (3201); ebenso BAG NJW 2006, 3161 (3164); in diesem Sinne auch *Kroll-Ludwigs/Ludwigs*, ZJS 2009, 7 (13); *Schulze*, GPR 2008, 128 (130 f.); allg. für eine subjektiv-teleologische Ausrichtung der Schwelle des contra legem-Judizierens *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl. 2005, 132, der eine contra legem-Entscheidung für gegeben hält, wenn die Regelungsabsicht des historischen Gesetzgebers missachtet wird, sofern diese mit dem möglichen Wortsinn der Gesetzesnorm noch vereinbar ist oder im Wege der Analogie oder Restriktion durchgesetzt werden könnte, der aber freilich (S. 139 ff.) die contra-legem-Grenze nicht für schlechthin unüberwindlich hält.

⁴⁹ Vgl. *Canaris* (Fn. 24), S. 47 (92) m.w.N.: „Eine Rechtsfindung, die zugleich gegen den Wortsinn und gegen den Zweck des Gesetzes verstößt, ist jedenfalls unzulässig“; noch deutlicher *Larenz/Canaris* (Fn. 6) S. 251: „[...] auf der Grundlage eines objektiv-gegenwartsbezogenen Gesetzesverständnisses und eines am Maßstab der Gesamtrechtsordnung orientierten weiten Lückenbegriffs lässt sich in den Fällen, in denen wirklich ein legitimes Bedürfnis für eine richterliche Rechtsfortbildung besteht, das Verdikt des contra-legem-Judizierens wohl nahezu immer hintanhaltend [...]“.

⁵⁰ Allgemein dazu *Foerste*, JZ 2007, 122 (124 ff.) m.w.N., der zu Recht mehr Methodenbewusstsein in der Zivilgerichtsbarkeit einfordert; sehr kritisch gegenüber der objektiven Methode *Rüthers*, JZ 2006, 53, der den Vorwurf erhebt, durch die gängige Methode verwandle sich die Bundesrepublik in einen „oligarchischen Richterstaat“.

⁵¹ Siehe die Begründung zum Regierungsentwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, BT-Drs. 14/6040, S. 232,

dazu BGH, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, Rn. 32 m.w.N.

⁵² Siehe BGHZ 179, 27 = NJW 2009, 427.

⁵³ In diesem Sinne bereits *Roth* (Rn. 25), § 14 Rn. 53 u. *ders.*, EWS 2005, 385 (395): Vorrang des allgemeinen Regelungszwecks der Umsetzung der Richtlinie vor dem konkreten, auf die Regelung des Sachproblems bezogenen Zweck; ähnl. *Schulte-Nölke/Busch*, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris, 2007, S. 795 (S. 800 ff.); *Gebauer*, AnwBl. 2007, 314 (319); *Auer*, NJW 2007, 1106 (1108); *Witt*, NJW 2006, 3322 (3325); *Möllers/Möhrling*, JZ 2008, 919 (922 ff.); *Pfeiffer*, NJW 2009, 412 f.; *Grundmann*, ZEuP 1996, 399 (420 f.); i.E. ähnl. *Herresthal*, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, 2006, S. 296 ff., allerdings mit der Einschränkung, S. 341 ff., eines Verbotes einer Revision der fundamentalen Strukturkonstanten des nationalen Rechts, *ders.*, NJW 2008, 2475 (2477 f.).

⁵⁴ Siehe BT-Drs. 14/6040, S. 232 f.

⁵⁵ Siehe BGHZ 179, 27 = NJW 2009, 427, Rn. 25.

⁵⁶ Zustimmend *Pfeiffer*, NJW 2009, 412; in diese Richtung auch bereits *Möllers/Möhrling*, JZ 2008, 919 (922 f.).

⁵⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, Rn. 34.

⁵⁸ Gegen die noch abweichende Argumentation des BGH in der Quelle-Entscheidung bereits *Gsell*, JZ 2009, 522 f.

henden Auges missachtet.⁵⁹ Damit kann aber in der Tat regelmäßig auch ohne explizite Äußerung eines konkreten Umsetzungswillens angenommen werden, dass der nationale Gesetzgeber die betreffende Regelung bei Kenntnis der nachfolgenden abweichenden EuGH-Rechtsprechung nicht erlassen hätte.

cc) Zu weitgehend erscheint es aber, den bloßen Widerspruch zwischen dem Umsetzungswillen des nationalen Gesetzgebers und dem europarechtswidrigen Inhalt der geschaffenen Regelung für hinreichend zu erachten, eine wortlautübersteigende Rechtsfortbildung zu rechtfertigen.⁶⁰ Damit wird im Ergebnis ein vom Wortlaut nicht mehr gedecktes Verständnis auf einen bloßen Irrtum des nationalen Gesetzgebers über die Europarechtskonformität der geschaffenen Regelung gestützt. Der BGH betont zwar in der vorliegenden Entscheidung, dass der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit dem in concreto nicht entgegenstehe, eine teleologische Reduktion des § 439 Abs. 3 BGB sich vielmehr im Rahmen vorhersehbarer Entwicklung halte, weil die Richtlinienkonformität der Regelung in der Literatur problematisiert worden sei.⁶¹ Dem ist jedoch zu widersprechen. Die Rechtssicherheit ist sehr wohl betroffen, wenn eine nationale Gesetzesbestimmung nach nationalen Auslegungsmethoden keinen Auslegungszweifel aufwirft, der eine richterliche Rechtsfortbildung erlauben würde, ihr aber gleichwohl ex post nach Klärung der zugrundeliegenden europarechtlichen Frage durch den EuGH ein Inhalt zuerkannt wird, der dem eindeutigen Wortlaut widerspricht. Vor allem aber gerät das zur Umsetzung europäischer Richtlinien erlassene nationale Gesetzesrecht zur dynamischen Verweisung auf die Rechtsprechung des EuGH und damit zum bloßen Blankett, wenn sein Inhalt wortlautübersteigend der Rechtsprechung des EuGH angepasst wird.⁶² Im Ergebnis setzt sich damit die europäische Richtlinie gegen widerstreitendes nationales Recht durch und dies obwohl Richtlinien anders als Verordnungen gerade keine sog. horizontale Direktwirkung, d.h. keine Direktwirkung zwischen Privaten zukommt.⁶³

⁵⁹ Nach der Rspr. des EuGH hat ein nationales Gericht sogar davon auszugehen, dass der nationale Gesetzgeber die Absicht hatte, den sich aus der Richtlinie ergebenden Verpflichtungen in vollem Umfang nachzukommen, vgl. EuGH, Urt. v. 16.12.1993 – C-334/92 (Wagner Miret) = Slg. I 1993, 6911; EuGH, Urt. v. 5.10.2004 – C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer).

⁶⁰ Siehe dazu Gsell, JZ 2009, 522; u. bereits Herdegen, WM 2005, 1921 (1929); Schürnbrand, JZ 2007, 910 (913 ff.); Pickenbrock/Schulze, WM 2002, 521 (526); Schulze, GPR 2008, 128 (130 f.); Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 258 f.; Franzen, JZ 2003, 321 (327); in diesem Sinne jüngst auch Kaiser, JZ 2011, 978 (980 f., 986).

⁶¹ Vgl. BGH, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, Rn. 47.

⁶² Herdegen, WM 2005, 1921 (1929); Schürnbrand, JZ 2007, 910 (913); Gsell, JZ 2009, 522 (524 f.); Lorenz, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, vor § 474 Rn 5.

⁶³ Franzen, JZ 2003, 321 (327); Habersack/Mayer, WM 2002, 253 (256); Schürnbrand, JZ 2007, 910 (913); Schulze, GPR 2008, 128 (130); Gsell, JZ 2009, 522 (524 f.); abw.

dd) Entgegen dem BGH darf deshalb der bloße Irrtum des nationalen Gesetzgebers über die Europarechtswidrigkeit der geschaffenen Regelung nicht für eine planwidrige Regelungslücke genügen, sondern muss das nationale Gesetz selbst planwidrig unvollkommen und deshalb korrekturbedürftig erscheinen.⁶⁴ Nur wenn dies zu bejahen ist, gebietet der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung eine Rechtsfortbildung. Nach diesen strengeren Maßstäben weist § 439 Abs. 3 BGB keine planwidrige Unvollkommenheit auf.⁶⁵ Denn nach Wortlaut, Gesetzgebungsgeschichte, Systematik und Telos der Regelung berechtigt die absolute Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung eindeutig zur Verweigerung der Nacherfüllung. Entgegen dem BGH war eine wortlautübersteigende Rechtsfortbildung damit ausgeschlossen und kann nur der Gesetzgeber mit Wirkung für die Zukunft eine europarechtskonforme Regelung schaffen.

e) Höhe der Kostenbeteiligung nur im Ansatz nachvollziehbar

Auf der Grundlage seiner teleologischen Reduktion von § 439 Abs. 3 S. 3 BGB kommt der BGH im Ergebnis bei Aus- und Einbaukosten von knapp 6.000 € (einschließlich Mehrwertsteuer) angesichts der Bedeutung der Vertragswidrigkeit, nämlich eines (nur) optischen Mangels der Fliesen ohne Funktionsbeeinträchtigung und des Wertes der Fliesen in einwandfreiem Zustand von ca. 1.200 € zu einem Kostenerstattungsanspruch von 600 € für den Ausbau und die Entsorgung der mangelhaften Fliesen.⁶⁶ Dabei sieht der VIII. Senat davon ab, Grenz- und Richtwerte für die Bestimmung der angemessenen Beteiligung des Verkäufers aufzustellen und betont, dass eine generelle Regelung dem Gesetzgeber vorbehalten bleibe.⁶⁷ Warum sich am Ende ein Betrag von 600 € ergibt, wird damit nur im Ansatz nachvollziehbar. Legt man die vom BGH praktizierte teleologische Reduktion von § 439 Abs. 3 BGB zugrunde, so vermögen diese richterliche Zurückhaltung und der Verweis auf den Gesetzgeber nicht recht zu überzeugen. Denn es geht ja gerade um die Entscheidung von Altfällen wie den Streitfall, für die ein erst zu erlassendes Gesetz keine rückwirkende Geltung erlangen wird.

Kroll-Ludwigs/Ludwigs, ZJS 2009, 7 (10); Möllers/Möhring, JZ 2008, 919 (923); grundlegend gegen eine solche horizontale Drittwirkung EuGH v. 26.02.1986 – Rs. 152/84 (Marshall); EuGH, Urt. v. 14.7.1994 – C-91/92, Rn. 26 f. (Faccini Dori); siehe zum Diskussionsstand ausf. Forschner, ZJS 2011, 456.

⁶⁴ Siehe die Nachw. in Fn. 60.

⁶⁵ Ebenso Kaiser, JZ 2011, 978 (986); im Ergebnis eine planwidrige Regelungslücke verneinend auch Lorenz, NJW 2011, 2241 (2244); Greiner/Benedix, ZGS 2011, 489 (495 f.); abw. dagegen Faust, JuS 2011, 744 (747 f.); Staudinger, DAR 2011, 502 f.

⁶⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, Rn. 54.

⁶⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, Rn. 54.

IV. Fazit

Dem BGH muss man zwar zugute halten, dass er über den europarechtlich geforderten Verbraucherschutz nicht die Möglichkeit des Verkäufers zur zweiten Andienung aus den Augen verliert, die mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ins deutsche Kaufrecht übernommen wurde. Gleichwohl erscheint die Entscheidung aber kritikwürdig, weil sie den bereits mit dem Quelle-Urteil⁶⁸ eingeschlagenen methodisch fragwürdigen Kurs einer ausgesprochen großzügigen wortlautübersteigenden Rechtsfortbildung fortsetzt.

Prof. Dr. Beate Gsell, München

⁶⁸ Siehe BGHZ 179, 27 = NJW 2009, 427.