

# Übungsfall: Spülmaschine auf Bodenfliesen\*

Von Wiss. Mitarbeiter **Jonas David Brinkmann**, stud. jur. **Dennis Pielsticker**, Bielefeld\*\*

## Sachverhalt

Die Klägerin (K) bestellte als Verbraucherin bei der Beklagten (B) als Unternehmerin über das Internet eine neue Spülmaschine zum Preis von 367,-€ zuzüglich Nachnahmekosten von 9,52 €. Vereinbart wurde eine Lieferung bis vor die Haustüre. Die Beklagte lieferte die Kaufsache am 25.4.2008 und die Klägerin bezahlte bei Lieferung den Kaufpreis. Nachdem die Klägerin hierauf die Spülmaschine anderweitig bei sich in der Wohnung hatte montieren lassen, stellte sich ein Mangel heraus. Diesen reklamierte sie gegenüber der Beklagten und ein von dieser beauftragter Monteur stellte fest, dass es sich nicht um einen Montagefehler handelte, sondern der Mangel an der Maschine selbst lag. Eine Beseitigung des Mangels ist unstreitig nicht möglich. Ein Verschulden der Beklagten liegt nicht vor.

Die Klägerin und die Beklagte einigten sich zum Zwecke der Mängelbeseitigung auf die Lieferung einer mangelfreien Ersatzsache durch die Beklagte. Die Klägerin verlangte von der Beklagten mit E-Mail vom 13.6.2008, dass diese die nachzuliefernde Spülmaschine nicht nur anliefert, sondern auch den Austausch in der Küche der Klägerin vornimmt, also, die mangelhafte Maschine ausbaut und die neue Maschine einbaut. Mit E-Mail vom 17.6.2008 verweigerte die B die mangelhafte Kaufsache aus- und die nachgelieferte Sache einzubauen. Sie selbst könne den Aus- und Einbau nicht vornehmen und müsste einen Dritten hierzu beauftragen, wodurch ihr im Vergleich zum Kaufpreis unverhältnismäßig große Kosten in Höhe von 551,- € entstünden. Sie sei allenfalls bereit eine neue Spülmaschine zu liefern und sich mit einem „angemessenen Betrag“ an den Kosten für den Ausbau der alten sowie den Einbau der neuen Spülmaschine zu beteiligen.

Mit Anwaltsschreiben vom 2.7.2008 ließ die Klägerin die Beklagte dazu auffordern, die Nachlieferung mit Ein- und Ausbau bis 7. Juli 2008 durchzuführen beziehungsweise zu erklären, sie werde die Aus- und Einbaukosten in Höhe von 551 €, die der Klägerin entstehen, wenn sie einen Monteur beauftrage, tragen. Als die Beklagte hierauf nicht reagierte, trat die Klägerin mit Anwaltsschreiben vom 14. Juli 2008 vom Kaufvertrag zurück. Sie verlangt nunmehr die Rückerstattung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Übergabe der mangelhaften Spülmaschine.

---

\* Der Fall basiert auf dem Urteil des EuGH (EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – C-87/09, C-65/09 = NJW 2011, 2269) zu dem Vorlagebeschluss des AG Schorndorf im „Spülmaschinenfall“ (AG Schorndorf, Beschl. v. 25.2.2009 – 2 C 818/08 = BeckRS 2009, 88603) sowie dem Vorlagebeschluss des BGH im „Bodenfliesenfall“ (BGH, Beschl. v. 14.1.2009 – VIII ZR 70/08 = NJW 2009, 1660). Bei der Lösung wird die Rechtsprechung des BGH zum „Bodenfliesenfall“ (BGH NJW 2012, 1073) zugrunde gelegt.

\*\* Der Verf. *Jonas David Brinkmann* ist Wiss. Mitarbeiter, der Verf. *Dennis Pielsticker* studentische Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. *Dr. Markus Artz* an der Universität Bielefeld.

## Fallfrage

Verlangt K zu Recht die Rückerstattung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Übergabe der mangelhaften Spülmaschine?

## Lösungsvorschlag

### I. Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises aus § 346 Abs. 1 BGB

K könnte gegen B einen Anspruch auf Rückgewähr des Kaufpreises aus § 346 Abs. 1 BGB haben.

#### 1. Rücktrittserklärung, § 349 BGB

Für einen wirksamen Rücktritt müsste dieser – wie es grundsätzlich für jedes Gestaltungsrecht gilt – durch Willenserklärung oder Klageerhebung erklärt bzw. geltend gemacht worden sein,<sup>1</sup> was vorliegend mit dem Anwaltsschreiben vom 14.7.2008 geschehen ist.

#### 2. Rücktrittsrecht, §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB

Das für einen Rücktritt vom Vertrag erforderliche Recht zu einem solchen könnte sich aus § 437 Nr. 2 BGB in Verbindung mit § 323 Abs. 1 BGB ergeben.

#### a) Gegenseitiger Vertrag

Ein gegenseitiger Vertrag könnte in Form eines Kaufvertrages vorliegen. K hat bei B eine Geschirrspülmaschine zum Preis von 367,- € bestellt und diesem dadurch ein Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrages über eine solche unterbreitet. Dieses hat B auch (spätestens durch die Lieferung des Gerätes) angenommen, sodass K und B einen Kaufvertrag geschlossen haben. Ein gegenseitiger Vertrag liegt somit vor.

#### b) Nicht- oder nicht vertragsgemäße Leistung

Gem. § 323 Abs. 1 BGB müsste daraufhin trotz Fälligkeit der Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß geleistet worden sein. Hier könnte ein Fall der nicht vertragsgemäßen Leistung seitens der B gegeben sein.

Die von B in Erfüllung ihrer Schuld am 25.8.2008 gelieferte Geschirrspülmaschine weist unstreitig einen Sachmangel gem. § 434 Abs. 1 BGB auf, sodass ein Fall der nicht vertragsgemäßen Leistung vorliegt.

#### c) Fristsetzung

K müsste der B erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt haben.

Dies setzt voraus, dass sie B, bei genauer Bezeichnung der von dieser geschuldeten Leistung, zur Erbringung der Leistung binnen einer angemessenen Frist – wobei Beginn

---

<sup>1</sup> Mit Ausnahme der Aneignung, vgl. *Medicus*, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2010, § 12 Rn. 80 f.

und Ende dieser für den Schuldner ohne weiteres erkennbar sein müssen – aufgefordert hat.<sup>2</sup>

*aa) Aufforderung zu genau bezeichneter Leistung*

K hat B aufgefordert eine neue Spülmaschine anzuliefern und diese nach dem Ausbau der defekten Spülmaschine einzubauen. Mithin hat sie B zu einer genau bezeichneten Leistung aufgefordert.

*bb) Aufforderung zur geschuldeten Leistung*

Bei der geforderten Leistung müsste es sich auch um die vom anderen Teil geschuldete Leistung handeln.

K dürfte von B also nur das gefordert haben, was ihr auch zusteht, d.h. worauf sie einen Anspruch hat.

Eine Zuvielforderung macht die Nachfristsetzung grundsätzlich unwirksam, weil sich der Gläubiger damit selbst vertragsuntreu verhält.<sup>3</sup> Fraglich ist somit, ob die von K geforderte Leistung auch von B geschuldet war.

K hat zunächst die Lieferung eines neuen Geschirrspülers gefordert. Weil die von B gelieferte Maschine beim Gefahrübergang, also gem. § 446 BGB bei Übergabe der Sache, mit einem Sachmangel gem. § 434 Abs. 1 BGB behaftet war, steht K gem. §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 S. 1 BGB nach ihrer Wahl eine Reparatur (Nachbesserung) der Sache oder die Lieferung einer mangelfreien Sache (Nachlieferung) zu. Mithin hat K durch das Fordern der Lieferung einer neuen Maschine von Ihrem Wahlrecht Gebrauch gemacht und insoweit grundsätzlich die von B geschuldete Leistung gefordert.

Problematisch erscheint jedoch die Beantwortung der Frage, ob sich auch die Forderung nach dem Ausbau der alten und dem Einbau der neuen Maschine mit der von B geschuldeten Leistung deckt. Dafür ist zu klären, ob die Nachlieferung bei einer bestimmungsgemäß in eine andere Sache eingebauten Sache auch deren Ausbau sowie den Einbau der neuen mangelfreien Sache umfasst.<sup>4</sup>

*(1) Umfang der Nachlieferungspflicht aus nationaler Betrachtung<sup>5</sup>*

Ein solcher Anspruch könnte sich aus § 439 BGB ergeben.

Schließlich hat der Verkäufer nach § 439 Abs. 2 BGB die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen.

*(a) Einbaupflicht nach nationalem Recht?*

Ob die Nachlieferungspflicht im § 439 Abs. 1 BGB dahingehend zu verstehen ist, dass auch eine Pflicht zum Einbau der nachgelieferten Sache besteht, scheint fraglich.

Dagegen könnte sprechend, dass der Nachlieferungsanspruch als modifizierter Erfüllungsanspruch nicht über den ursprünglichen Anspruch hinausgehen könnte.<sup>6</sup> War ursprünglich lediglich Übergabe und Übereignung geschuldet, so ließe sich argumentieren, könne nichts anderes für die zum Zwecke der Nacherfüllung gelieferte Sache gelten.<sup>7</sup> Für dieses Ergebnis spricht auch der Wortlaut von § 439 Abs. 1 BGB, wonach der Käufer nur die „Lieferung“ verlangen kann hier im Sinne von Übergabe und Übereignung einer neuen Sache aufgefasst werden könnte.<sup>8</sup>

Unter Zugrundelegung dieser Ansicht wäre der Einbau des neuen Geschirrspülers von B nicht geschuldet.

Andererseits sprechen auch Argumente dafür, den Einbau der mangelfreien Sache als Teil der Nachlieferung anzusehen.<sup>9</sup> Schließlich hat der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung grundsätzlich den Zustand herzustellen, der bestünde, wenn die zuerst gelieferte Sache mangelfrei gewesen wäre. Dafür ist bei Sachen, die bestimmungsgemäß in andere Sachen eingebaut werden, eben auch der Einbau erforderlich.<sup>10</sup> Im Übrigen handelt es sich beim Nacherfüllungsanspruch nur um einen *modifizierten* Erfüllungsanspruch, d.h. die Nacherfüllung ist nicht das exakte Spiegelbild der Primärleistung. Vielmehr geht diese unter Umständen auch über den ursprünglichen Erfüllungsanspruch hinaus.<sup>11</sup> Für dieses Ergebnis lässt sich auch der Sinn und Zweck der Nacherfüllung anführen: Der Käufer soll so gestellt werden, wie er bei ordnungsgemäßer, also mangelfreier, Leistung stünde.<sup>12</sup>

Mithin wäre B nach dieser Ansicht verpflichtet den neuen Geschirrspüler im Rahmen der Nachbesserung einzubauen.

<sup>2</sup> Vgl. *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 323 Rn. 59.

<sup>3</sup> *Otto/Schwarze*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2009, § 323 Rn. B57.

<sup>4</sup> Zur diesbezüglichen Entwicklung in der Rechtsprechung vgl. *Brinkmann*, ZJS 2013, 202.

<sup>5</sup> Die Darstellungen sind an dieser Stelle der Vollständigkeit halber sehr ausführlich. Nach der EuGH-Entscheidung in den Rechtssachen Putz/Medianess Electronics GmbH und Weber/Wittmer (EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – C-87/09, C-65/09) dürfte es bei Fällen im Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (dazu sogleich unter (2) vertretbar sein lediglich die Frage aufzuwerfen, ob der Ein- bzw. Ausbau von der Nachlieferung des § 439 Abs. 1 BGB erfasst ist und sogleich auf die Frage der Notwendigkeit einer richtlinienkonformen Auslegung zu kommen.

<sup>6</sup> So noch die grds. Ansicht des BGH im sog. „Paketstäbelfall“, BGH NJW 2008, 2837; für Verträge zwischen Unternehmern *Weller*, NJW 2012, 2312 (2313); *Lorenz*, NJW 2011, 2241 (2244); BGH NJW 2013, 220; dem zustimmend *Looschelders*, JA 2013, 149 (150); *Brinkmann*, ZJS 2013, 202 (208).

<sup>7</sup> *Lorenz*, ZGS 2004, 408; BGH NJW 2008, 2837 (2838).

<sup>8</sup> BGH NJW 2008, 2837 (2838); BGH NJW 2013, 220 (222).

<sup>9</sup> *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2014, § 439 Rn. 86.

<sup>10</sup> *Ball*, NZV 2004, 217 (218).

<sup>11</sup> *Witt*, ZGS 2008, 369 (372); a.A. BGH NJW 2008, 2837 (2840).

<sup>12</sup> *Faust*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 32, Stand: 1.8.2014, § 439 Rn. 19.

*(b) Ausbaupflicht nach nationalem Recht?*

In gleicher Weise stellt sich die Frage, ob den Verkäufer im Hinblick auf die Nachlieferung nach § 439 Abs. 1 BGB grundsätzlich eine Ausbaupflicht trifft.<sup>13</sup>

Hier lassen sich die Argumente, mit denen bereits eine Einbaupflicht der neuen Sache abgelehnt wurde, größtenteils auch gegen die Ausbaupflicht anführen. Auch ließe sich auf den Nacherfüllungsanspruch als modifizierter Erfüllungsanspruch verweisen und annehmen, dass der Umfang der Verpflichtung nicht über die Primärleistungspflicht hinausgehen könne. Wo nur die Übergabe und Übereignung geschuldet war, wäre dementsprechend auch im Rahmen der Nacherfüllung eine Ausbaupflicht abzulehnen.<sup>14</sup> Der Wortlaut des § 439 Abs. 1 BGB lässt sich ebenfalls für die Begründung eines solchen Ergebnisses heranziehen: Zunächst kann man, wie zuvor bereits erläutert, „Lieferung einer mangelfreien Sache“ so verstehen, dass bloß Übergabe und Eigentumsverschaffung gemeint ist und eine Ausbaupflicht hierdurch nicht begründet wird.<sup>15</sup> Mit Blick auf die Ausbaupflicht scheint der Wortlaut sogar eindeutiger als hinsichtlich der Einbaupflicht gegen eine Erfassung im Rahmen der Nachlieferung zu sprechen. Denn die Pflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache bezieht sich ausschließlich auf die neue Sache, was den Schluss nahelegt, dass eine auf die alte (mangelhafte) Sache bezogene Pflicht nicht begründet werden soll. Eine entsprechende Ausbaupflicht lässt sich dann auch nicht aus § 439 Abs. 2 BGB entwickeln, denn danach sind die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten vom Verkäufer zu tragen, jedoch können der Formulierung „zum Zwecke der Nacherfüllung“ entsprechend auch nur Aufwendungen für die Lieferung der *neuen* Sache erfasst sein,<sup>16</sup> insbesondere begründete die Norm als Kostentragungsregelung keine Vornahmepflichten.<sup>17</sup>

Würde diesen Argumenten gefolgt, wäre B auch nicht zum Ausbau der mangelhaften Spülmaschine verpflichtet.

Auf der anderen Seite sprechen auch mit Blick auf die Ausbaupflicht Argumente dafür, dass diese von der Nacherfüllungspflicht umfasst wird.<sup>18</sup> Auch hier lässt sich zunächst der Umstand, dass es sich nur um den modifizierten Erfüllungsanspruch handelt, dafür anführen, dass der Ausbau ebenfalls geschuldet sei. Der Nacherfüllungsanspruch kann wegen der Modifikation über den ursprünglichen Erfüllungsanspruch hinausgehen.<sup>19</sup> Ferner könnte man den Rückgewähranspruch des Verkäufers aus §§ 439 Abs. 4, 346 Abs. 1 BGB heranziehen, um zu begründen, dass auch der Ausbau der mangelhaften Sache vom Verkäufer geschuldet ist. Steht dem Verkäufer

ein Rückgewähranspruch gegen den Käufer zu, so könnte man vertreten, muss er gleichzeitig auch verpflichtet sein, die defekte Sache zurückzunehmen. Dies ist bei einer Sache, die bestimmungsgemäß in eine andere eingebaut wird, nur durch deren Ausbau möglich.<sup>20</sup> In diesem Zusammenhang lässt sich auch anführen, dass der Leistungsort der Nacherfüllung der aktuelle bestimmungsgemäße Belegenheitsort der mangelhaften Sache, d.h. die Stelle, an der die Sache verbaut wurde, ist.<sup>21</sup>

Dieser Argumentation folgend wäre B im vorliegenden Fall grundsätzlich auch zum Ausbau des mangelhaften Gerätes verpflichtet.

*(2) Umfang der Nachlieferungspflicht nach europäischem Recht*

Da § 439 BGB der Umsetzung von Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (RiL) dient,<sup>22</sup> bedarf es eines Streitentscheides hinsichtlich des Umfangs der Nachlieferungspflicht aus nationaler Sicht dann nicht, wenn sich im Wege der richtlinienkonformen Auslegung nur eine mit europäischem Recht vereinbare Lösung ergibt.<sup>23</sup>

Dafür müsste jedoch zunächst der Anwendungsbereich der Richtlinie eröffnet sein. Wann dies der Fall ist ergibt sich aus Art. 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Danach ist der Anwendungsbereich eröffnet, wenn ein Verbraucher im Sinne des Art. 1 Abs. 2 lit. a RiL mit einem Verkäufer im Sinne des Art. 1 Abs. 2 lit. c RiL einen Kaufvertrag (vgl. Art. 1 Abs. 4 RiL) über Verbrauchsgüter im Sinne des Art. 1 Abs. 2 lit. b RiL schließt.

Vorliegend hat K als natürliche Person einen Geschirrspüler zum Preis von 367,- € für ihren privaten Gebrauch, d.h. nicht zu einem Zweck, der ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, von B gekauft und somit als Verbraucher im Sinne des Art. 1 Abs. 2 lit. a RiL einen Kaufvertrag abgeschlossen. Die Vertragspartnerin B tätigte dieses Geschäft im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit und handelt somit als Verkäuferin im Sinne des Art. 1 Abs. 2 lit. c RiL. Bei dem Geschirrspüler handelt es sich im Übrigen um einen beweglichen Gegenstand, sodass es sich auch um ein Verbrauchsgut im Sinne des Art. 1 Abs. 2 lit. b RiL handelt. Mithin hat K als Verbraucherin im Sinne des Art. 1 Abs. 2 lit. a RiL mit B als Verkäuferin im Sinne des Art. 1 Abs. 2 lit. c RiL einen Kaufvertrag über ein Verbrauchsgut im Sinne des Art. 1 Abs. 2 lit. b RiL geschlossen, sodass ein Verbrauchsgüterkauf vorliegt. Folglich ist der Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie eröffnet und unter Umständen eine richtlinienkonforme Auslegung von § 439 BGB zur Klärung des Umfangs der Nacherfüllungspflicht er-

<sup>13</sup> Dagegen etwa *Lorenz*, NJW 2011, 2241 (2244); BGH NJW 2013, 220.

<sup>14</sup> BGH NJW, 2013, 220 (222).

<sup>15</sup> BGH NJW 2013, 220 (222).

<sup>16</sup> *Kaiser*, JZ 2011, 978 (980).

<sup>17</sup> BGH NJW 2008, 2837 (2839).

<sup>18</sup> Dafür etwa *Matusche-Beckmann* (Fn. 7), § 439 Rn. 86; *Faust* (Fn. 9), § 439 Rn. 18 m.w.N.

<sup>19</sup> *Witt*, ZGS 2008, 369 (370); *Matusche-Beckmann* (Fn. 7), § 439 Rn. 86.

<sup>20</sup> So noch der BGH in seiner „Dachziegel-Entscheidung“, BGH NJW 1983, 1479 (1480).

<sup>21</sup> *Faust* (Fn. 9), § 439 Rn. 19; BGH NJW 1983, 1479 (1480).

<sup>22</sup> *Jaensch*, NJW 2012, 1025.

<sup>23</sup> Die Gerichte sind nach Art. 4 Abs.3 EUV und Art. 288 Abs. 3 AEUV verpflichtet das nationale Recht richtlinienkonform auszulegen, vgl. *Honsell*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2014, Einleitung zum BGB, Rn. 70.

forderlich. Hierfür ist jedoch zunächst die Richtlinie selbst auszulegen, um festzustellen, ob eine entsprechende richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs. 1 BGB dahingehen, dass im Rahmen der Nachlieferung auch der Ein- und Ausbau geschuldet ist, überhaupt erforderlich ist.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass nach Art. 3 Abs. 1 RiL der Verkäufer dem Verbraucher für jede Vertragswidrigkeit haftet, die zum Zeitpunkt der Lieferung des Verbrauchsgutes besteht. Im Falle einer Vertragswidrigkeit soll der Verbraucher daher gem. Art. 3 Abs. 2 RiL Anspruch auf die *unentgeltliche* Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung nach Maßgabe des Absatzes 3 der Richtlinie haben. Nach Absatz 3 ist vorgesehen, dass der Verbraucher zunächst vom Verkäufer die unentgeltliche Nachbesserung bzw. Ersatzlieferung verlangen können soll, sofern dies nicht unmöglich oder unverhältnismäßig ist. Nach Art. 3 Abs. 4 RiL umfasst die in Art. 3 Abs. 2 und 3 angesprochene Unentgeltlichkeit die für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes notwendigen Kosten, insbesondere Versand-, Arbeits- und Materialkosten. Eine Unverhältnismäßigkeit ist dann anzunehmen, wenn die Nachbesserung resp. Ersatzlieferung dem Verkäufer Kosten verursachen würde, die angesichts des Werts, den das Verbrauchsgut ohne die Vertragswidrigkeit hätte, unter Berücksichtigung der Bedeutung der Vertragswidrigkeit und nach Erwägung der Frage, ob auf die alternative Abhilfemöglichkeit ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher zurückgegriffen werden könnte, verglichen mit der alternativen Abhilfemöglichkeit unzumutbar wären. Dabei muss die Nachbesserung oder die Ersatzlieferung innerhalb einer angemessenen Frist und *ohne erhebliche Unannehmlichkeiten* für den Verbraucher erfolgen, wobei die Art des Verbrauchsgutes sowie der Zweck, für den der Verbraucher das Verbrauchsgut benötigte, zu berücksichtigen sind.

#### (a) Einbaupflicht nach europäischem Recht?

Unter Berücksichtigung dieser Vorgaben der Richtlinie wird zum Teil die Auffassung vertreten, dass der Verkäufer den Einbau der mangelfreien Sache beim Verbraucher nicht schuldet. Nach Art. 3 Abs. 2 RiL habe die Ersatzlieferung nur den Umfang, der im Vertrag auch für die Primärleistung vorgesehen ist, weil damit der vertragsgemäße Zustand erreicht werde. Ist also nach der Primärleistung ein Einbau seitens des Verkäufers nicht geschuldet, so gelte dies auch für die Nachlieferung.<sup>24</sup> Im Übrigen spricht für diese Ansicht, dass sich die Merkmale der Unentgeltlichkeit und Unannehmlichkeiten in Art. 3 Abs. 3 und 4 RiL lediglich auf die geschuldete Ersatzlieferung beziehen. Da sie keine weitergehenden Pflichten begründen sollen, so wird argumentiert, gingen Kosten und Unannehmlichkeiten aus der eigenverantwortlichen Verwendung der Ware zu Lasten des Verbrauchers.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Schlussantrag des Generalanwalts *Mazák*, EuGH, Schlussantrag v. 18.5.2010 – C-87/09 („Spülmaschinenfall“ = Putz/Medianess Electronics GmbH), Rn. 46.

<sup>25</sup> Schlussantrag des Generalanwalts *Mazák*, EuGH, Schlussantrag v. 18.5.2010 – C-87/09 („Spülmaschinenfall“ = Putz/Medianess Electronics GmbH), Rn. 66 f.

Nach anderer Auffassung ist der Einbau vom Umfang der Nachlieferungspflicht nach den Vorgaben der Richtlinie mit umfasst. Für diese Ansicht wird angeführt, dass das Erfordernis der Unentgeltlichkeit nach Art. 3 Abs. 3 und 4 RiL sämtliche Kosten vom Verbraucher abweise. Müsste er den Einbau der neuen mangelfreien Sache (erneut) bezahlen, wäre die Nacherfüllung für ihn letztlich entgeltlich.<sup>26</sup> Ferner würde es entgegen der Vorgabe von Art. 3 Abs. 3 RiL eine erhebliche Unannehmlichkeit für den Verbraucher bedeuten, wenn er die neue Ware mangels Einbau nicht nutzen kann.<sup>27</sup> Für die Ansicht streitet auch das Telos der Richtlinie. Nach dem Erwägungsgrund 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie soll ein hohes Verbraucherschutzniveau errichtet werden, was jedoch gefährdet würde, wenn der Verbraucher die Pflicht hätte den Ein- und Ausbau selbst vorzunehmen.<sup>28</sup> Ferner wird teilweise angeführt, dass die nach Art. 3 Abs. 2 RiL geschuldete Herstellung des vertragsgemäßen Zustands das Verbrauchsgut im momentanen bestimmungsgemäßen Einbau betreffe, weil nur dann der bestimmungsgemäß vertragsgemäße Zustand hergestellt sei.<sup>29</sup> Schlussendlich spricht auch der Wortlaut von Art. 3 Abs. 2 RiL für die Annahme, dass den Verkäufer im Rahmen der Ersatzlieferung die Einbaupflicht trifft. Ersatzlieferung bedeutet schließlich nichts anderes als Austausch der Ware, sodass am Ende des Nacherfüllungsvorgangs die Ware sich in der Situation befindet, in der sie ohne Mangel jetzt ohnehin wäre, d.h. bestimmungsgemäß eingebaut.<sup>30</sup>

#### (b) Ausbaupflicht nach europäischem Recht?

Auch im Hinblick auf die Frage, ob den Verkäufer bezüglich der mangelhaften Sache eine Ausbaupflicht im Rahmen der Nachlieferung trifft, divergieren die Ansichten.

Auf der einen Seite wird hierzu vertreten, dass es nicht zum Pflichtenkreis des Verkäufers zähle die mangelhafte Sache im Rahmen der Ersatzlieferung auszubauen, wobei im Wesentlichen die gleichen Argumente herangezogen werden, die schon zur Verneinung einer Einbaupflicht angeführt wurden. So sei eine Ausbaupflicht des Verkäufers abzulehnen, weil die Ersatzlieferung nur den Umfang haben kann, der im Vertrag dem Umfang der Primärleistung entspreche.<sup>31</sup> Ferner wird darauf hingewiesen, dass sich die Erfordernisse der Unentgeltlichkeit und ohne Unannehmlichkeiten nur auf die geschuldete Ersatzlieferung bezögen, sie aber keine weiter-

<sup>26</sup> EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – C-87/09, C-65/09 (Putz/Medianess Electronics GmbH und Weber/Wittmer), Rn. 49.

<sup>27</sup> EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – C-87/09, C-65/09 (Putz/Medianess Electronics GmbH und Weber/Wittmer), Rn. 53.

<sup>28</sup> EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – C-87/09, C-65/09 (Putz/Medianess Electronics GmbH und Weber/Wittmer), Rn. 55.

<sup>29</sup> EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – C-87/09, C-65/09 (Putz/Medianess Electronics GmbH und Weber/Wittmer), Rn. 42.

<sup>30</sup> EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – C-87/09, C-65/09 (Putz/Medianess Electronics GmbH und Weber/Wittmer), Rn. 54.

<sup>31</sup> Schlussantrag des Generalanwalts *Mazák*, EuGH, Schlussantrag v. 18.5.2010 – C-65/09 („Bodenfliesenfall“ = Weber/Wittmer), Rn. 49; Schlussantrag des Generalanwalts *Mazák*, EuGH, Schlussantrag v. 18.5.2010 – C-87/09 („Spülmaschinenfall“ = Putz/Medianess Electronics GmbH), Rn. 50.

gehenden Pflichten begründen. Entstehen dem Verbraucher aufgrund der eigenverantwortlichen Verwendung (Einbau) der Sache Kosten oder Unannehmlichkeiten, so gehe dies dementsprechend zu seinen eigenen Lasten.<sup>32</sup>

Auf der anderen Seite wird eine Ausbaupflicht des Verkäufers teilweise auch bejaht. Auch hier werden zur Begründung weitestgehend dieselben Argumente angeführt, mit denen schon eine Einbaupflicht bejaht wurde. So weise das in Art. 3 Abs. 3 und 4 RiL statuierte Merkmal der Unentgeltlichkeit sämtliche Kosten der Nacherfüllung vom Verbraucher ab,<sup>33</sup> der Sinn und Zweck der Richtlinie – ein hohes Verbraucherschutzniveau zu errichten – würde gefährdet, sofern der Verbraucher die Ausbaupflicht zu tragen hätte<sup>34</sup> und Ersatzlieferung könne nur Austausch der Ware bedeuten.<sup>35</sup> Zusätzlich spricht für das Bestehen einer Ausbaupflicht seitens des Verkäufers, dass es für den Verbraucher erhebliche Unannehmlichkeiten bedeuten würde, wenn er die mangelhafte Sache wegen der fehlenden Ausbaupflicht behalten müsste, weil der Verkäufer unter Umständen ebenso wie der Verbraucher keine weitere Verwendung für das defekte Gerät hat und daher kein Interesse an einer Rücknahme besteht.<sup>36</sup> Letztlich wird für eine Ausbaupflicht auch angeführt, dass der nach Art. 3 Abs. 2 herzustellende vertragsgemäße Zustand erst erreicht sei, wenn sich nur noch eine mangelfreie Sache beim Verbraucher befinde.<sup>37</sup>

### (c) Stellungnahme

Für die Ansicht, die eine Ein- und Ausbaupflicht des Verkäufers ablehnt spricht zunächst der Umstand, dass der nach Art. 3 Abs. 2 RiL herzustellende vertragsgemäße Zustand des Verbrauchsgutes grundsätzlich derjenige ist, auf den sich die Parteien bei Abschluss des Vertrages geeinigt hatten. Dies wird sich regelmäßig darauf beschränken, dass eine mangelfreie Sache übergeben und übereignet wird, wenn sie nicht ausnahmsweise den Einbau durch den Verkäufer mit vereinbart haben. Der Umstand, dass die Sache bestimmungsgemäß in eine andere eingebaut wird, kann nicht zu einer Modifikation des vertraglich vereinbarten und damit geschuldeten führen. Die schlichte Ersatzlieferung (ohne Ein- oder Ausbau der defekten Sache) ist daher auch – wie von der Richtlinie gefordert – die für den Verbraucher unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands im Sinne des Art. 3 Abs. 4 RiL, solange ihm vom Verkäufer keine Kosten für den Ver-

sand, die zusätzliche Arbeit oder weiteres Material auferlegt werden, die durch die Lieferung eines neuen Verbrauchsgut entstehen.<sup>38</sup>

Hiergegen lässt sich jedoch einwenden, dass – sofern die Ein- und Ausbaupflichten im Rahmen der Nachlieferung nicht vom Verkäufer zu tragen wären – der Verkäufer faktisch bei der Ausübung seines Gewährleistungsrechts zusätzliche Kosten zu tragen hätte und die Nachlieferung damit faktisch entgegen Art. 3 Abs. 2 und 3 RiL für den Verbraucher nicht unentgeltlich wäre. Ihm entstehen dadurch letztlich Kosten, die bei ordnungsgemäßer Erfüllung nicht entstanden wären, obwohl die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes wesentlicher Bestandteil des durch die RiL gewährleisteten Verbraucherschutzes ist.<sup>39</sup> Sie soll den Verbraucher vor finanziellen Belastungen schützen, die ihn davon abhalten könnten seine Ansprüche geltend zu machen. Eine Abwägung des Verbrauchers, ob es sich für ihn lohnt seine Gewährleistungsrechte geltend zu machen, soll gerade vermieden werden.<sup>40</sup> Hiergegen lässt sich auch nicht einwenden, dass die Ein- und Ausbaupflichten in Art. 3 Abs. 4 RiL nicht ausdrücklich genannt werden: Die Formulierung „insbesondere“ zeigt, dass die Aufzählung von Versand-, Arbeits- oder Materialkosten nicht abschließend ist.<sup>41</sup> Neben dem Wortlaut spricht ferner auch die Systematik für die Annahme, dass Ein- und Ausbaupflichten im Rahmen der Ersatzlieferung zu den Pflichten des Verkäufers gehören, da die beiden Arten der möglichen Herstellung des vertragsgemäßen Zustands (Nachbesserung und Ersatzlieferung) dasselbe Schutzniveau gewährleisten sollen. Bei der Nachbesserung steht jedoch fest, dass diese in der Regel am Verbrauchsgut in der Situation erfolgt, in der es sich zum Zeitpunkt des Auftretens des Mangels bestimmungsgemäß befindet und der Verbraucher daher bei der Nachbesserung keine Ein- und Ausbaupflichten zu tragen hat. Damit bezüglich der beiden unterschiedlichen Arten der Nacherfüllung das gleiche Schutzniveau erreicht wird, muss dies also auch für die Ersatzlieferung gelten.<sup>42</sup> Abgesehen von den mit dem Ein- und Ausbau verbundenen Kosten, wäre der Verbraucher entgegen von Art. 3 Abs. 3 RiL zusätzlich auch mit erheblichen Unannehmlichkeiten belastet, wenn der Verkäufer nicht verpflichtet wäre diese vorzunehmen und er diese daher selbst vornehmen muss.<sup>43</sup> Schlussendlich ist ein

<sup>32</sup> Schlussantrag des Generalanwalts *Mazák*, EuGH, Schlussantrag v. 18.5.2010 – C-65/09 („Bodenfliesenfall“ = Weber/Wittmer), Rn. 65; Schlussantrag des Generalanwalts *Mazák*, EuGH, Schlussantrag v. 18.5.2010 – C-87/09 („Spülmaschinenfall“ = Putz/Medianess Electronics GmbH), Rn. 66 f.

<sup>33</sup> EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – C-87/09, C-65/09 (Putz/Medianess Electronics GmbH und Weber/Wittmer), Rn. 49.

<sup>34</sup> EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – C-87/09, C-65/09 (Putz/Medianess Electronics GmbH und Weber/Wittmer), Rn. 55.

<sup>35</sup> EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – C-87/09, C-65/09 (Putz/Medianess Electronics GmbH und Weber/Wittmer), Rn. 54.

<sup>36</sup> EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – C-87/09, C-65/09 (Putz/Medianess Electronics GmbH und Weber/Wittmer), Rn. 53.

<sup>37</sup> *Lorenz*, NJW 2009, 1633 (1635).

<sup>38</sup> Schlussantrag des Generalanwalts *Mazák*, EuGH, Schlussantrag v. 18.5.2010 – C-87/09 („Spülmaschinenfall“ = Putz/Medianess Electronics GmbH), Rn. 65 ff.

<sup>39</sup> BGH NJW 2012, 1073 (1075).

<sup>40</sup> So schon der EuGH in zum Vorlagebeschluss des BGH im „Quelle-Urteil“, EuGH Slg. 2008, 2685 Rn. 33 und 34 und ebenso später im Urteil zu den Vorlagebeschlüssen des AG Schorndorf („Spülmaschinenfall“) und des BGH („Bodenfliesenfall“), EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – C-87/09, C-65/09 (Putz/Medianess Electronics GmbH und Weber/Wittmer), Rn. 46.

<sup>41</sup> EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – C-87/09, C-65/09 (Putz/Medianess Electronics GmbH und Weber/Wittmer), Rn. 50.

<sup>42</sup> EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – C-87/09, C-65/09 (Putz/Medianess Electronics GmbH und Weber/Wittmer), Rn. 51.

<sup>43</sup> BGH NJW 2012, 1073 (1075).

solches Verständnis der europäischen Vorgaben auch deswegen gerecht, weil der Verkäufer – wenn gleich ohne Verschulden – seine Vertragspflicht verletzt, der Verbraucher seine durch Kaufpreiszahlung jedoch erfüllt hat und der Verbraucher auf die Vertragsmäßigkeit der Ware beim Einbau auch vertrauen durfte.<sup>44</sup> Im Übrigen wird den finanziellen Interessen des Verkäufers dadurch hinreichend Rechnung getragen, dass die Ansprüche des Verbrauchers nach zwei Jahren verjähren, die Möglichkeit des Regresses in der Vertragskette besteht und er die Nacherfüllung wegen Unverhältnismäßigkeit verweigern kann.<sup>45</sup> Damit sprechen die gewichtigeren Argumente dafür, dass nach der Richtlinie der Ein- und Ausbau von bestimmungsgemäß in andere Sachen eingebaute Sachen vom Verkäufer vorzunehmen ist. Kommt er dieser Pflicht nicht nach, kann der Verbraucher die Erstattung der erforderlichen Kosten verlangen.

### (3) Konsequenz: Richtlinienkonforme Auslegung des § 439 BGB

Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist dahingehend zu verstehen, dass der Unternehmer im Rahmen der Ersatzlieferung bei bestimmungsgemäß in eine andere Sache verbaute, mangelhaften Sachen grundsätzlich auch den Ein- bzw. Ausbau schuldet. Dieses Ergebnis ist im Wege der richtlinienkonformen Auslegung des § 439 BGB zu berücksichtigen. Daher ist § 439 Abs. 1 BGB dahingehend auszulegen, dass die Nachlieferung bei bestimmungsgemäß in eine andere Sache eingebauten Sachen sowohl den Ausbau der alten mangelhaften, als auch den Einbau der neuen mangelfreien Sache schuldet. Ein Streitentscheid hinsichtlich des Umfangs der Nachlieferungspflicht nach nationalem Recht ist somit in den Fällen des Verbrauchsgüterkaufes wegen der zwingenden Europarechtskonformität der nationalen Regelung hinfällig.

Mithin ist B vorliegend auch nach nationalem Recht grundsätzlich verpflichtet gewesen den Ausbau des defekten und den Einbau des neuen Geschirrspülers bei K vorzunehmen.

### (4) Ausschluss der Pflicht

Problematisch erscheint jedoch die Beantwortung der Frage, ob B auch im konkret vorliegenden Fall den Ausbau der alten, mangelhaften Spülmaschine und den Einbau der neuen mangelfreien schuldet. Sie könnte sich mit ihrer Email vom 17.6.2008 berechtigterweise auf einen Ausschluss ihrer Pflicht berufen haben, indem sie sich weigerte, die mangelhafte Kaufsache aus- und die nachgelieferte Sache einzubauen und hierzu vortrug sie selbst könne den Aus- und Einbau nicht vornehmen und müsste einen Dritten hierzu beauftragen, wodurch ihr im Vergleich zum Kaufpreis unverhältnismäßig große Kosten in Höhe von 551 € entstünden.

<sup>44</sup> EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – C-87/09, C-65/09 (Putz/Medieness Electronics GmbH und Weber/Wittmer), Rn. 56 f.

<sup>45</sup> EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – C-87/09, C-65/09 (Putz/Medieness Electronics GmbH und Weber/Wittmer), Rn. 58.

### (a) Absolute Unverhältnismäßigkeit

B könnte sich damit auf die absolute Unverhältnismäßigkeit nach § 439 Abs. 3 S. 1, 3 BGB berufen haben. Dies setzt jedoch voraus, dass die absolute Unverhältnismäßigkeit mit den Vorgaben des europäischen Gesetzgebers in der Verbraucherrechtlinie vereinbar ist.

Nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 RiL kann die Nacherfüllung nicht verlangt werden, sofern sie unmöglich oder unverhältnismäßig ist, sodass die Richtlinie zunächst offen für die absolute wie auch die relative Unverhältnismäßigkeit scheint.<sup>46</sup> Nach der in Art. 3 Abs. 3 S. 3 RiL vorgenommene Konkretisierung ist eine Abhilfe jedoch nur dann unverhältnismäßig, wenn sie Kosten verursachen würde, die verglichen mit der anderen Abhilfemöglichkeit unzumutbar wären. Dies lässt – wegen der ausschließlich durch Abgrenzung im Verhältnis zur anderen Abhilfemöglichkeit stattfindenden Definition der Unverhältnismäßigkeit – den Schluss zu, dass nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers nur die relative Unverhältnismäßigkeit als Ausschluss in Betracht kommen soll.<sup>47</sup> Für eine solche Annahme spricht auch der elfte Erwägungsgrund der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, der die Unverhältnismäßigkeit ebenfalls nur im Verhältnis zur anderen Abhilfemöglichkeit definiert.<sup>48</sup> Ferner spricht für die Annahme, dass lediglich die relative Unverhältnismäßigkeit von der Richtlinie zugelassen sein soll, dass der Unionsgesetzgeber der Erfüllung des Vertrages mittels Abhilfe den Vorzug gegenüber Vertragsauflösung und Minderung geben wollte. Letztere gewährleisten nämlich nicht dasselbe Verbraucherschutzniveau wie die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands.<sup>49</sup>

Nach europäischem Recht kann der Verkäufer die Nacherfüllung daher nur verweigern, sofern Unmöglichkeit oder relative Unverhältnismäßigkeit vorliegt. Sofern nur eine Abhilfe möglich ist, steht ihm kein Verweigerungsrecht zu.<sup>50</sup>

Damit ist die Regelung des § 439 Abs. 3 S. 1, 3 BGB – wegen der Zulassung der absoluten Unverhältnismäßigkeit als Verweigerungsrecht – zumindest im Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie europarechtswidrig.<sup>51</sup>

Fraglich ist jedoch wie damit umzugehen ist, dass sich das Gebot richtlinienkonformer Interpretation wegen des eindeutigen Wortlauts von § 439 Abs. 3 S. 1, 3 BGB nicht im Wege einer einfachen Gesetzesauslegung umsetzen lässt.

In Betracht könnte eine richtlinienkonformen Rechtsfortbildung kommen. Diese würde das Bestehen einer planwidrigen Regelungslücke voraussetzen.<sup>52</sup> Eine solche liegt vor, wenn im Gesetze eine erforderliche Regelung oder Ausnahme

<sup>46</sup> BGH NJW 2012, 1073 (1075 Rn. 22).

<sup>47</sup> EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – C-87/09, C-65/09 (Putz/Medieness Electronics GmbH und Weber/Wittmer), Rn. 68.

<sup>48</sup> EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – C-87/09, C-65/09 (Putz/Medieness Electronics GmbH und Weber/Wittmer), Rn. 69.

<sup>49</sup> EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – C-87/09, C-65/09 (Putz/Medieness Electronics GmbH und Weber/Wittmer), Rn. 72.

<sup>50</sup> EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – C-87/09, C-65/09 (Putz/Medieness Electronics GmbH und Weber/Wittmer), Rn. 71.

<sup>51</sup> EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – C-87/09, C-65/09 (Putz/Medieness Electronics GmbH und Weber/Wittmer), Rn. 73.

<sup>52</sup> BGH NJW 2012, 1073 (1076 Rn. 31).

fehlt (Regelungslücke) und der Gesetzgeber sich dieser Lücke nicht bewusst war (Planwidrigkeit).<sup>53</sup>

Hier wollte und musste der deutsche Gesetzgeber einen Teil der Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in § 439 Abs. 3 BGB umsetzen, wobei er im Widerspruch zur Richtlinie fälschlicherweise davon ausgegangen ist, dass auch die absolute Unverhältnismäßigkeit als Ausschluss von der Nachbesserungspflicht in Betracht kommen soll. Folglich besteht eine planwidrige Regelungslücke, die im Wege der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung zu schließen ist.<sup>54</sup>

§ 439 Abs. 3 BGB ist somit in Fällen des Verbrauchsgüterkaufes dahingehend einschränkend anzuwenden, dass ein Verweigerungsrecht wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit hier nicht besteht.<sup>55</sup>

Da B und K im vorliegenden Fall einen Verbrauchsgüterkauf geschlossen haben (s.o.), kann sich B nicht auf die absolute Unverhältnismäßigkeit berufen. Er ist somit von seiner Nachbesserungspflicht nicht gem. § 439 Abs. 3 S. 1,3 BGB befreit.

#### (b) Sonstiger Ausschluss

Es stellt sich nun jedoch die Frage, ob dem Verkäufer im Wege der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung von § 439 Abs. 3 BGB – wegen der in § 439 Abs. 3 BGB durch die Aufnahme der absoluten Unverhältnismäßigkeit zum Ausdruck kommenden Absicht des deutschen Gesetzgebers die Verhältnismäßigkeit im Interesse des Verkäufers zu berücksichtigen – ein anderes Recht zur Seite gestellt werden könnte. Eine Regelungslücke besteht hier darin, dass der Gesetzgeber die Verhältnismäßigkeit im Interesse des Verkäufers berücksichtigen wollte, diese Regelung jedoch wegen ihrer Europarechtswidrigkeit nicht in der Weise wirkt, wie es gewünscht war. Bei der Schaffung des § 439 Abs. 3 BGB war sich der Gesetzgeber dessen nicht bewusst, sodass Regelungslücke auch planwidrig ist.<sup>56</sup>

Diese Lücke könnte, um den Interessen des Verkäufers entsprechend dem Willen des deutschen Gesetzgebers gerecht zu werden, dergestalt geschlossen werden, dass dem Verkäufer ein Wahlrecht hinsichtlich der Vornahme des Ein- und Ausbaus oder der Tragung der dafür erforderlichen Kosten in angemessener Höhe zustehen soll. Entscheidet er sich für die eigenhändige Vornahme des Ein- und Ausbaus, hat er die dafür erforderlichen Kosten in volle Höhe selbst zu tragen. Entscheidet er sich dafür, dass der Ein- und Ausbau vom Verbraucher vorgenommen werden soll, hat er die beim Verbraucher anfallenden Kosten in einem angemessenen Umfang zu übernehmen.<sup>57</sup>

Fraglich ist jedoch, ob eine solche Rechtsfortbildung mit der Richtlinie im Einklang steht. Grundsätzlich schließt Art. 3 Abs. 3 RiL nicht aus, „dass der Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der Kosten für den Ausbau des vertragswidri-

gen Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts, falls erforderlich auf einen Betrag beschränkt wird“<sup>58</sup>. Die Herabsetzung darf jedoch „nicht zur Folge haben, dass das Recht der Verbrauchers auf Erstattung der Kosten [...] in der Praxis ausgehöhlt wird“<sup>59</sup>. Folglich steht die erwogene Rechtsfortbildung mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie im Einklang, sodass die die planwidrige Regelungslücke mit ihr zu schließen ist. Beruft sich also ein Verkäufer auf die absolute Unverhältnismäßigkeit, so reduziert sich die Verpflichtung des Verkäufers den Ein- und Ausbau vorzunehmen auf die Pflicht zur Zahlung eines angemessenen Geldbetrages.<sup>60</sup>

Im zugrundeliegenden Fall hat B in der Email vom 17.7.2008 erklärt, sie sei allenfalls bereit sich mit einem „angemessenen Betrag“ an den Kosten für den Ausbau der Spülmaschine zu beteiligen. Folglich hat sie von ihrer Einrede aus §439 Abs. 3 BGB Gebrauch gemacht.

#### (c) Zwischenergebnis

Damit ist B gegenüber K nach § 439 Abs. 1 S. 1 BGB lediglich zur Leistung einer neuen Spülmaschine sowie Zahlung eines angemessenen Geldbetrages für den Ein- bzw. Ausbau verpflichtet. Eine Verpflichtung der B den Ein- bzw. Ausbau selbst vorzunehmen, oder die gesamten Kosten für den Ein- und Ausbau zu übernehmen bestand dementsprechend zum Zeitpunkt der Fristsetzung durch die K nicht.

#### (5) Zwischenergebnis

Indem K von B bei der Fristsetzung die Nachlieferung einer neuen Spülmaschine einschließlich Ein- und Ausbau bzw. eine entsprechende Kostenübernahmeerklärung verlangt hat, hat sie mehr gefordert, als B geschuldet hat.

#### cc) Zwischenergebnis

Damit ist die Nachfristsetzung von K unwirksam, sodass keine erfolglose, angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt wurde.

#### d) Entbehrlichkeit der Fristsetzung

Fraglich ist, ob die Nachfristsetzung unter Umständen nicht ohnehin entbehrlich war.

#### aa) § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB

B hat angeboten eine neue Spülmaschine zu liefern und einen angemessenen Betrag für die Kosten des Ein- und Ausbaus zu bezahlen. Mithin fehlt es an einer ernsthaften und endgültigen Verweigerung der B die geschuldete Leistung zu erbringen, sodass die Fristsetzung nicht nach § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich war.

<sup>53</sup> BGH NJW 2012, 1073 (1076 Rn. 34).

<sup>54</sup> BGH NJW 2012, 1073 (1076 Rn. 35).

<sup>55</sup> BGH NJW 2012, 1073 (1076 Rn. 35); BGH NJW 2013, 220 (222 Rn. 27).

<sup>56</sup> BGH NJW 2012, 1073 (1076 Rn. 34).

<sup>57</sup> BGH NJW 2012, 1073 (1076 Rn. 35).

<sup>58</sup> EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – C-87/09, C-65/09 (Putz/Medien Electronics GmbH und Weber/Wittmer), Rn. 74.

<sup>59</sup> EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – C-87/09, C-65/09 (Putz/Medien Electronics GmbH und Weber/Wittmer), Rn. 76.

<sup>60</sup> Vgl. Faust, JuS 2012, 456 (458).

*bb) § 440 S. 1 Var. 1 BGB*

B ist zur Nachlieferung bereit. Sie hat lediglich hinsichtlich des Ein- und Ausbaus ihre Pflicht auf Zahlung eines angemessenen Betrages beschränkt. Folglich hat sie nicht beide Arten der Nacherfüllung verweigert, sodass die Fristsetzung auch nicht nach § 440 S. 1 Alt. 1 BGB entbehrlich war.

*cc) § 440 S. 1 Var. 3 BGB*

Die Fristsetzung könnte unter Umständen aber nach § 440 S. 1 Var. 1 BGB entbehrlich gewesen sein.

Dafür müsste die dem Käufer die ihm zustehende Art der Nacherfüllung unzumutbar sein. Dies ist der Fall, wenn die Abhilfe mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden ist. Dabei sind jedoch aufgrund des Rechts des Verkäufers zur zweiten Andienung hohe Anforderungen zu stellen.<sup>61</sup>

Fraglich ist somit, ob die Nachlieferung des Geschirrspülers für K mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden ist. K müsste hier einen Teil der Kosten für Ein- und Ausbau selber tragen, was für sie eine erhebliche Unannehmlichkeit darstellt.<sup>62</sup>

Mithin ist die ihr zustehende Art der Nacherfüllung für sie unzumutbar. Eine Fristsetzung damit nach § 440 S. 1 Var. 3 BGB entbehrlich gewesen.

*e) Kein Ausschluss des Rücktrittsrechts*

Da die Pflichtverletzung mehr als unerheblich ist (s.o.) ist der Rücktritt nicht nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ausgeschlossen. Auch ein Ausschluss nach § 323 Abs. 6 BGB liegt nicht vor.

*f) Zwischenergebnis*

K steht ein Rücktrittsrecht aus § 437 Nr. 2 BGB in Verbindung mit § 323 Abs. 1 BGB zu.

**II. Rechtsfolge**

Nach den §§ 346 Abs. 1, 348, 322 Abs. 1 BGB hat K gegen B einen Anspruch auf Rückgewähr des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Rückgabe der Spülmaschine.

**III. Ergebnis**

K verlangt von B zu Recht die Rückerstattung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Übergabe der mangelhaften Spülmaschine.

---

<sup>61</sup> D. Schmidt, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2013, § 440 Rn. 9.

<sup>62</sup> EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – C-87/09, C-65/09 (Putz/Media-ness Electronics GmbH und Weber/Wittmer), Rn. 77.

---