

Examensübungsklausur: Den gibt's nur einmal, der kommt nicht wieder...*

Von Prof. Dr. Beate Gsell, Akad. Rat a.Z. Dr. Matthias Fervers, München**

Sachverhalt

Studentin Keila Kashira, wohnhaft in Augsburg in einer WG mit vier Mitbewohnerinnen, kauft am 13.6.2019 im Elektromarkt Volt-GmbH (Alleingesellschafterin und Geschäftsführerin: Gülay Gesrek) in München einen noch originalverpackten und von der Herstellerin Heater AG produzierten Toaster „Toastmaster TS 59“ für 19,95 €. Es handelt sich dabei um ein stark reduziertes Einzelstück eines Auslaufmodells, das nicht mehr produziert wird. Keila Kashira ist begeistert von der Edelstahloptik. Außerdem hatte ihr Opa, bei dem sie an vielen Sonntagen ihrer Kindheit zum Frühstück war, ein solches Modell.

Am 12.11.2019 erscheint Keila Kashira erneut im Elektromarkt Volt-GmbH und erklärt dem Angestellten Ahmad Aydin, dass der Toaster am Vortag laut Aussage ihrer Mitbewohnerin plötzlich „den Geist aufgegeben“ habe. Sie verlangt Reparatur oder Ersatzlieferung eines einwandfreien „Toastmaster TS 59“. Ahmad Aydin erklärt ihr, dass er zwar nicht glaube, dass der Funktionsausfall „an dem Toaster liegt“, sondern dass er vermute, dass sich Keila Kashira oder ihre Mitbewohnerinnen nicht an die Betriebsanleitung gehalten und das Gerät wahrscheinlich häufiger nach Gebrauch „stundenlang nicht ausgeschaltet“ hätten. „Aus Kulanz“ sei die Volt-GmbH aber bereit, ihr das etwas größere, technisch aber identische Nachfolgemodell „Toastmaster TS 60“ (ebenfalls mit Edelstahloptik, Verkaufspreis: 49,95 €) kostenlos als Ersatz anzubieten. Eine Reparatur könne sie „vergessen“, das sei völlig unwirtschaftlich, koste nämlich „garantiert mindestens“ 150,- €. Den defekten Toaster könne sie gerne gleich in den Abfallbehälter für Altgeräte beim Eingang werfen.

Keila Kashira weist die Mutmaßungen Ahmad Aydins von sich und erklärt, sie sehe ja ein, dass die Volt-GmbH aufgrund der längst eingestellten Produktion keinen anderen „Toastmaster TS 59“ mehr auftreiben könne. Gerade deshalb bestehe sie aber auf „zeitnaher Reparatur“. Das Nachfolgemodell „Toastmaster TS 60“ wolle sie nicht haben, weil sie finde, dass es aufgrund der anderen Proportionen „grob-schlächting“ wirke und es sie außerdem nicht an ihren Opa erinnere.

Nach Rücksprache mit der Geschäftsführerin lehnt Ahmad Aydin die Reparatur jedoch erneut ab. Der Toaster sei Keila Kashira einwandfrei verkauft worden, sodass sie „rechtlich ohnehin nichts ausrichten“ könne. Sie solle froh sein, dass die Volt-GmbH sich bereit erkläre, ihr sogar einen höherwertigen Toaster als Ersatz zur Verfügung zu stellen. Schon der gesunde Menschenverstand sage einem, dass K

keinesfalls berechtigt sein könne, eine dermaßen unverhältnismäßig teure und wirtschaftlich vollkommen sinnlose Reparatur zu fordern.

Keila Kashira ist empört und möchte die Volt-GmbH nun gerichtlich in Anspruch nehmen, wobei sie die Klage gerne an ihrem Studienort München erheben möchte. Sie ist der Auffassung, dass sie ein Recht auf Reparatur des Toasters hat. Notfalls möchte sie der Volt-GmbH die Reparaturkosten „als Schadensersatz“ wegen der verweigerten Reparatur in Rechnung stellen. Sie hat sich mittlerweile erkundigt und herausgefunden, dass die Reparaturwerkstatt „Ratzfatz“ bereit wäre, den Toaster für 160,- € zu reparieren, wobei deren Betreiberin Rita Reil zwar das defekte Teil im Toaster ausmachen konnte, es jedoch „für ausgeschlossen hält“, aufzuklären, ob die Ursache des Defektes ein Materialfehler oder ein Fehlgebrauch ist.

Bearbeitervermerk

In einem Gutachten, das auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, sind die Erfolgsaussichten einer Klage der Keila Kashira zu untersuchen.

Lösungsvorschlag

A. Zulässigkeit der Klage

Die Parteifähigkeit der V ergibt sich aus § 50 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 13 Abs. 1 Hs. 2 GmbHG. Vertreten wird V gemäß § 51 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG von ihrer Geschäftsführerin G. Das Amtsgericht München wäre für die Klage gemäß § 1 ZPO i.V.m. §§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG sachlich und jedenfalls gemäß §§ 12, 17 Abs. 1 S. 1 ZPO i.V.m. § 35 ZPO örtlich zuständig, weil kein ausschließlicher Gerichtsstand eingreift, so dass dahinstehen kann, ob der ebenfalls nach § 35 ZPO zur Wahl der Klägerin eröffnete Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach § 29 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 269 Abs. 1 BGB ebenfalls in München liegt.

Es wäre auch zulässig, wenn K mit ihrem Hauptantrag eine Verurteilung der V zur Reparatur und lediglich hilfsweise eine Verurteilung der V zur Zahlung von Schadensersatz beantragt. Die Verbindung mehrerer Ansprüche dergestalt, dass über den Hilfsantrag nur unter der Bedingung entschieden wird, dass der Hauptantrag keinen Erfolg hat, beinhaltet lediglich eine zulässige innerprozessuale Bedingung und stellt deshalb als Eventualklagehäufung nach allgemeiner Ansicht eine nach § 260 ZPO zulässige Klagehäufung dar.¹

Ebenfalls unschädlich ist es, dass ein möglicher Anspruch der K auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB mangels Schadensersatzverlangens nach § 281 Abs. 4 BGB zum gegenwärtigen Zeitpunkt allenfalls als verhaltener Anspruch² existiert. Denn gemäß § 259 ZPO ist eine Klage auf künftige Leistung möglich,

* Die Klausur beruht auf einem Fall, den die *Autoren* im Rahmen des ELSA Moot Courts 2019/2020 in der Lokalrunde zur Aufgabe gestellt haben.

** Prof.'in Dr. Beate Gsell ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Europäisches Privat- und Verfahrensrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Dr. Matthias Fervers ist Akad. Rat a.Z. an diesem Lehrstuhl.

¹ Becker-Eberhard, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2020, § 260 Rn. 10 ff. m.w.N.

² Näher Ernst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 281 Rn. 73 ff.

wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, dass der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde. Und eine solche Besorgnis folgt bereits aus der Tatsache, dass V den Primäranspruch bestreitet und bislang nicht erfüllt hat.³

Hinweis: K hätte gemäß § 255 ZPO zudem die Möglichkeit, für den Fall der Verurteilung der V zur Nachbesserung zu verlangen, dass im Urteil eine Frist bestimmt wird, nach deren Ablauf V zur Zahlung von Schadensersatz statt der Leistung verpflichtet ist. Nach ganz h.M. wäre es sogar zulässig, die Verurteilung der V zum Schadensersatz zusätzlich davon abhängig zu machen, dass K Schadensersatz verlangt.⁴ Für K hätte dies den Vorteil, dass sich ihr rechtskräftig festgestellter Primäranspruch nicht schon automatisch mit Ablauf der Frist, sondern erst dann in einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung umwandelt, wenn sie auch tatsächlich Schadensersatz geltend macht.

Auf § 255 ZPO muss bei dieser Aufgabenstellung jedoch nicht eingegangen werden, weil laut Bearbeitervermerk nicht nach Zweckmäßigkeitserwägungen, sondern lediglich nach den Erfolgsaussichten einer Klage gefragt ist.

B. Begründetheit der Klage

I. Anspruch der K gegen V auf Reparatur des TS 59 gemäß § 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB

K könnte gegen V einen Anspruch auf die Reparatur des Toasters „Toastmaster TS 59“ gemäß § 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB haben. Voraussetzung dafür ist, dass zwischen K und V ein Kaufvertrag besteht, dass bei Gefahrübergang ein Sachmangel vorlag und dass V gegen den Anspruch keine Einrede erheben kann.

1. Kaufvertrag

Ein Kaufvertrag zwischen K und V liegt vor.

2. Sachmangel bei Gefahrübergang

Fraglich ist, ob der Toaster im Sinne des § 434 BGB bei Gefahrübergang mangelhaft war. Gemäß § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB wäre dies der Fall, wenn er nicht die Beschaffenheit aufgewiesen hätte, die K nach der Art der Sache erwarten konnte. Zwar kommt der schlussendliche Ausfall des Toasters als Sachmangel deshalb nicht in Betracht, weil dieser erst unstreitig nach Gefahrübergang eingetreten ist. Allerdings kommt als Ursache für diesen Mangel ein Materialfehler in Frage und ein Toaster mit einem solchen Fehler entspricht nicht dem, was man von einem neuwertigen Toaster üblicherweise erwarten kann.

³ Siehe BGH NJW 1999, 954 (955); BGH NJW-RR 2005, 1518; *Bacher*, in: Beck'scher Online-Kommentar zur ZPO, Stand: 1.3.2020, § 255 Rn. 12.

⁴ *Gsell*, JZ 2004, 110 (115 ff.); dem folgend BGH NJW 2018, 786 (787 f. Rn. 12 ff.); *Bacher* (Fn. 3), § 255 Rn. 13; *Becker-Eberhard* (Fn. 1), § 255 Rn. 13; *Gruber/Lösche*, NJW 2007, 2815 (2819); a.A. *Schur*, NJW 2002, 2518 (2520).

Problematisch ist jedoch, dass sich nicht klären lässt, ob bei Gefahrübergang bzw. ob überhaupt jemals ein Materialfehler am Toaster vorlag. V hat die Mangelhaftigkeit bei Übergabe bestritten und K trägt nach der allgemeinen Regel des § 363 BGB an sich die Beweislast für das Vorliegen eines Sachmangels bei Übergabe.

Zugunsten der K könnte jedoch die Beweislastumkehr nach § 477 BGB eingreifen. Gemäß § 477 BGB wird beim Verbrauchsgüterkauf vermutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, wenn sich innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang ein Mangel zeigt. Zwar ist K im Sinne des § 13 BGB Verbraucher und V im Sinne des § 14 BGB Unternehmerin, sodass ein Verbrauchsgüterkauf im Sinne des § 474 Abs. 1 S. 1 BGB vorliegt und es ist auch innerhalb von sechs Monaten mit dem endgültigen Defekt ein Mangelsymptom aufgetreten. Problematisch ist jedoch, dass dieses Mangelsymptom (funktionsunfähiger Toaster) bei Gefahrübergang unstreitig nicht vorlag und sich nicht klären lässt, ob der Toaster überhaupt jemals mangelhaft war. Die Beweislastumkehr nach § 477 BGB würde K deshalb nur dann weiterhelfen, wenn sich ihre Vermutungswirkung auch darauf erstrecken würde, dass überhaupt ein Sachmangel vorliegt.

a) Frühere Rechtsprechung des BGH

Nach der früheren Rechtsprechung des BGH beschränkte sich die Vermutungswirkung § 477 BGB darauf, dass ein bestimmter Sachmangel – der als solcher schon bei Gefahrübergang vorgelegen haben konnte – auch tatsächlich bei Gefahrübergang vorlag (rein zeitliche Vermutungswirkung).⁵ Sofern also nach Gefahrübergang ein Mangel auftrat, der als solcher bereits bei Gefahrübergang vorgelegen haben konnte, so fand § 477 BGB Anwendung und wurde vermutet, dass der später auftretende Mangel bereits bei Gefahrübergang gegeben war. Nicht von der Vermutungswirkung des § 477 BGB sollte dagegen die Frage umfasst sein, ob überhaupt ein Defekt vorlag (der dann, wenn er bereits bei Gefahrübergang vorgelegen hat, einen Sachmangel begründet). Dies war vielmehr Teil der vom Verbraucher zu beweisenden Vermutungsbasis. Ließ sich also nicht klären, ob ein sicher erst nach Gefahrübergang eingetretener Defekt auf einer Ursache beruhte, die ihrerseits einen Sachmangel begründen würde, wenn sie bereits bei Gefahrübergang vorgelegen hätte, so konnte sich der Verbraucher insoweit nicht auf § 477 BGB stützen.

Nach dieser Interpretation würde § 477 BGB im vorliegenden Fall der K nicht weiterhelfen: Denn der Ausfall des Toasters lag bei Übergabe unstreitig noch nicht vor. Zwar kommt als Ursache ein Materialfehler in Betracht. Jedoch ist gerade nicht klar, ob überhaupt jemals ein solcher vorlag. Von § 477 BGB wäre danach nur die Konstellation umfasst (gewesen), dass unstreitig ein Materialfehler vorlag, sich je-

⁵ Grundlegend BGHZ 159, 215 = BGH NJW 2004, 2299; im Anschluss BGH NJW 2005, 283 (284); BGH NJW 2005, 3490 (3492); BGH NJW 2004, 434 (436); BGH NJW 2007, 2621 (2622); BGH NJW 2009, 580 (581).

doch nicht klären ließ, ob dieser bereits bei Gefahrübergang vorhanden war.

b) „Faber“-Urteil des EuGH und neue Rechtsprechung des BGH

Der EuGH hat hingegen zu Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 1999/44/EG (Verbrauchsgüterkaufrichtlinie) entschieden, dass sich die Vermutungswirkung des Art. 5 Abs. 3 der RL bei Auftreten einer Vertragswidrigkeit auch darauf erstreckt, dass die Vertragswidrigkeit bei Gefahrübergang bereits im Ansatz vorlag.⁶ Dementsprechend hat auch der BGH seine Rechtsprechung mittlerweile angepasst und erstreckt die Vermutungswirkung § 477 BGB nunmehr auch auf das Vorliegen eines Grundmangels.^{7, 8} Der Verbraucher muss also als Vermutungsbasis nur noch das Auftreten eines Mangelsymptoms beweisen. Hiernach würde im vorliegenden Fall aufgrund des nachträglich eingetretenen Defekts auch vermutet, dass der Toaster bereits bei Gefahrübergang einen Materialfehler aufgewiesen hat, obwohl unklar ist, ob jemals ein Materialfehler vorlag.

Für diese Auffassung spricht nicht nur, dass die Vermutung nach der früheren Rechtsprechung des BGH in vielen Fällen zulasten des Verbrauchers leerlaufen musste, sondern auch, dass insbesondere bei geringwertigen Verbrauchsgütern ein Prozess für den Verbraucher, der die Beweislast für das Vorliegen eines Grundmangels tragen würde, oftmals zu riskant wäre, sodass der gewerblich handelnde Verkäufer durch ein einfaches Bestreiten faktisch die Mängelrechte des Verbrauchers aushebeln könnte.⁹

⁶ EuGH NJW 2015, 2237.

⁷ Begriff nach Lorenz, NJW 2004, 3020 ff.

⁸ BGHZ 212, 224 = BGH NJW 2017, 1093. Die Formulierungen des BGH zur Wirkung des § 477 BGB (damals: § 476 BGB) sind jedoch irreführend. Der BGH formuliert, dass § 477 BGB erstens richtlinienkonform dahin auszulegen sei, dass die Beweislastumkehr schon dann greife, wenn der Käufer beweisen könne, dass sich innerhalb von sechs Monaten ab Gefahrübergang ein mangelhafter Zustand (eine Mangelerscheinung) gezeigt habe, dass der Käufer jedoch weder darlegen oder beweisen müsse, auf welche Ursache dieser Zustand zurückzuführen sei, noch dass diese in den Verantwortungsbereich des Verkäufers falle. Zweitens soll § 477 BGB richtlinienkonform dahin auszulegen sein, dass dem Käufer die Vermutungswirkung auch dahin zugutekomme, dass der binnen sechs Monaten nach Gefahrübergang zu Tage getretene mangelhafte Zustand zumindest im Ansatz schon bei Gefahrübergang vorgelegen habe. Hiermit suggeriert der BGH fälschlicherweise, dass die Rechtsprechungsänderung in zweierlei Hinsicht wirke. Das ist jedoch nicht der Fall. Vielmehr war nach der früheren Rechtsprechung das Vorliegen eines Sachmangels Teil der Vermutungsbasis und ist nun einfach Teil der Vermutungswirkung. Der BGH formuliert die Wirkung der Rechtsprechungsänderung einmal aus der Perspektive der Vermutungsbasis und dann unnötigerweise noch einmal aus der Perspektive der Vermutungswirkung (zum Ganzen ausführlich Gsell, JZ 2017, 576 [578 ff.]).

⁹ Gsell, VuR 2015, 446 (450 f.).

Es wird somit zugunsten von K vermutet, dass ein Sachmangel bei Gefahrübergang vorlag.

c) Fehlendes Wissen der K unerheblich

V wird diese Vermutung im Prozess auch dann nicht widerlegen können, wenn K im Prozess wahrheitsgemäß vorträgt, dass sie sich selbst nicht sicher ist, ob der Toaster in ihrer WG einer Fehlbedienung unterzogen wurde. Denn eine eigene Fehlbedienung wird K explizit bestreiten und eine Fehlbedienung durch ihre Mitbewohnerinnen kann K gemäß § 138 Abs. 4 ZPO mit Nichtwissen bestreiten.

3. Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung

Der Anspruch der K wäre jedoch nicht durchsetzbar, wenn V mit Erfolg die Einrede der Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung erhoben hätte.

a) Keine Einrede der Unverhältnismäßigkeit bei Unmöglichkeit der Nachlieferung

Gemäß § 439 Abs. 4 S. 1 BGB kann der Verkäufer zwar grundsätzlich die gewählte Art der Nacherfüllung verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Da jedoch vorliegend ein Verbrauchsgüterkauf nach § 474 Abs. 1 S. 1 BGB gegeben ist, könnte V die Einrede der Unverhältnismäßigkeit bezüglich der Nachbesserung gemäß § 475 Abs. 4 S. 1 BGB nicht zulässigerweise erheben, wenn die Nachlieferung – die andere Art der Nacherfüllung – nach § 275 Abs. 1 BGB unmöglich wäre. K und V haben einem Kaufvertrag über ein Einzelstück der Gattung „Toastermaster TS 59“ geschlossen. Problematisch ist jedoch, dass V kein Modell der Gattung „Toastermaster TS 59“, sondern nur noch ein Modell der Nachfolgereihe „Toastermaster TS 60“ liefern kann. Zwar ist dieses technisch mindestens gleichwertig, es unterscheidet sich jedoch von der Vorgängerreihe hinsichtlich Größe und Proportion. Es stellt sich deshalb die Frage, ob der Anspruch auf Nachlieferung gemäß § 275 Abs. 1 BGB unmöglich ist, wenn der Verkäufer nur noch eine Sache aus einer „Ersatzgattung“ liefern kann.

aa) Rechtsprechung des BGH: Beschaffungspflicht erstreckt sich auch auf das Nachfolgemodell

Im Zusammenhang mit der „Diesel-Affäre“ hat der BGH hinsichtlich des Anspruchs des Käufers auf Nachlieferung in einem Hinweisbeschluss die Auffassung vertreten, dass dieser grundsätzlich auch die Lieferung des Nachfolgemodells umfasst. Maßgeblich für die Reichweite der Beschaffungspflicht sei grundsätzlich, ob die Parteien die Kaufsache nach dem Vertragszweck und ihrem erkennbaren Willen als austauschbar angesehen hätten. Und den Parteien sei bei Abschluss des Kaufvertrags bewusst, dass das verkaufte Modell in der Zukunft typischerweise durch ein neueres Modell ersetzt werde, welches zwar zumeist fortentwickelt sei, gleichwohl aber am Markt an die Stelle des alten Modells trete.

Daher sei auch ein mehr oder weniger großer Änderungsumfang beim Nachfolgemodell in der Regel ohne Belang.¹⁰

bb) Zutreffende Auffassung: Keine Nachlieferung aus einer „Ersatzgattung“ möglich

Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen. Tatsächlich ist nämlich die vereinbarte Gattung regelmäßig der einzig verwertbare Anhaltspunkt für die Reichweite der Beschaffungspflicht, weil regelmäßig nur die vereinbarte Gattung Vertragsinhalt geworden ist.¹¹ Demgegenüber stellt die Annahme, die Parteien hätten sich bei Vertragsschluss auch auf die Lieferung aus einer Ersatzgattung eingelassen, eine reine Fiktion dar. Zum einen wäre auf dieser Grundlage kaum noch zu bestimmen, welche Ersatzgattungen nacherfüllungstauglich sein sollen und welche nicht. So wäre beispielsweise vollkommen unklar, wie viele Nachfolgemodelle noch von der Beschaffungspflicht umfasst sein sollen oder ob auch ein vollkommen anderes Modell erfüllungstauglich wäre, sofern es nur im Wesentlichen gleiche Eigenschaften aufweist. Zum anderen wäre dies schlicht ein unzulässiger Eingriff in die Privatautonomie, da sich in der Vereinbarung einer bestimmten Gattung regelmäßig die rechtsgeschäftlichen Motive der Parteien niederschlagen. Dies zeigt anschaulich die vorliegende Fallkonstellation: K hat sich für einen Toaster aus der Gattung „Toastermaster TS 59“ nicht wegen dessen technischer Funktionen, sondern nur aufgrund seiner Optik entschieden. Die Wahl dieser Gattung spiegelt diese – zu respektierende – rechtsgeschäftliche Entscheidung wider. Es geht nicht an, K nun einfach zu unterstellen, sie wäre auch mit einem äußerlich vollkommen verschiedenen Nachfolgemodell einverstanden gewesen, sofern dieses nur ähnliche technische Eigenschaften aufweist.

Die Nachlieferung ist somit gemäß § 275 Abs. 1 BGB unmöglich, sodass V nicht nach § 475 Abs. 4 S. 1 BGB die Einrede der Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung erheben kann.

c) Beschränkung der Nachbesserung

Fraglich ist aber, ob V die Nachbesserung von einer Kostenbeteiligung der K abhängig machen oder zumindest die K hinsichtlich der Nachbesserung auf eine Kostenerstattung in Höhe eines angemessenen Betrags verweisen kann.

aa) Wortlaut des § 475 Abs. 4 S. 2 BGB eröffnet kein Recht zur Beschränkung

Gemäß § 475 Abs. 4 S. 2 BGB kann der Verkäufer, wenn die andere Art der Nacherfüllung (hier: die Nachbesserung) wegen der Höhe der Aufwendungen nach § 439 Abs. 2 BGB

unverhältnismäßig ist, „den Aufwendungsersatz auf einen angemessenen Betrag beschränken“. Problematisch ist jedoch, dass das Gesetz, anders als hinsichtlich der speziellen Fallgruppe des Aus- und Einbaus der Kaufsache in § 439 Abs. 3 S. 1 BGB, den Nacherfüllungsanspruch allgemein nicht als Aufwendungsersatzanspruch ausgestaltet hat, und K dementsprechend überhaupt keinen Aufwendungsersatz, sondern vielmehr Reparatur verlangt. Und nach ihrem Wortlaut gibt die Vorschrift des § 475 Abs. 4 S. 2 BGB dem Verkäufer nur das Recht zur Beschränkung eines (geltend gemachten) Aufwendungsersatzanspruchs, während hingegen S. 1 ein Recht zur Verweigerung der Nacherfüllung unter Berufung auf die Unverhältnismäßigkeit gerade explizit ausschließt.¹²

bb) Teleologische Extension des § 475 Abs. 4 S. 2 BGB

Fraglich ist jedoch, ob V nicht aufgrund einer teleologischen Extension des § 475 Abs. 4 S. 2 BGB berechtigt sein muss, entweder die Nachbesserung zu verweigern und die K auf einen Aufwendungsersatzanspruch zu verweisen oder zumindest die K an den Kosten für die Nachbesserung zu beteiligen.

Hinweis: Die folgenden Ausführungen dienen der wissenschaftlichen und vollständigen Aufarbeitung des Problems. Von den Bearbeiterinnen und Bearbeitern einer Klausur kann eine Behandlung des Problems in dieser Tiefe selbstverständlich keinesfalls erwartet werden. Insbesondere kann keinesfalls die Kenntnis der Gesetzesmaterialien oder die Kenntnis des Wortlauts der Urteile vorausgesetzt werden. Erforderlich ist jedoch, dass die Bearbeiterinnen und Bearbeiter erkennen, dass der Wortlaut des § 475 Abs. 4 S. 2 BGB kein Recht zur Beschränkung der Nacherfüllung eröffnet und dass das hieraus folgende unbeschränkte Recht des Käufers auf Nacherfüllung problematisiert wird.

(1) Teleologische Extension bislang nicht erwogen

Aus dem Gesetzeswortlaut lassen sich keinerlei Anhaltspunkte für die Zulässigkeit einer teleologischen Extension herleiten. Vielmehr formuliert § 475 Abs. 4 S. 1 BGB deutlich, dass eine Verweigerung der Nacherfüllung ausgeschlossen ist. Ebenso deutlich normiert § 475 Abs. 4 S. 2 BGB, dass nur der Aufwendungsersatzanspruch beschränkt werden kann. Auch aus der Gesetzesbegründung lässt sich eindeutig entnehmen, dass der Gesetzgeber die Weber/Putz-Entscheidung des EuGH umsetzen und das Beschränkungsrecht des Verkäufers auf den Aufwendungsersatzanspruch beschränken

¹⁰ BGH, Hinweisbeschl. v. 8.1.2019 – VIII ZR 225/17, Rn. 28 ff., 34 ff. (juris); zustimmend *Arnold*, JuS 2019, 489 (491); *Faust*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 53. Ed., Stand: 1.5.2020, § 439 Rn. 48a; *Höpfner*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.7.2020, § 439 Rn. 104.2; *Staudinger/Ruks*, NJW 2019, 1179 (1180).

¹¹ Ausführlich *Gsell*, EWiR 2019, 429 ff.; *Riehm*, ZIP 2019, 589 (590 ff.).

¹² Grds. anders *Picht*, JZ 2017, 807 (811), der den Verweis in § 475 Abs. 4 S. 2 BGB auf § 439 Abs. 2 und Abs. 3 BGB von vornherein so interpretiert, dass jeder unverhältnismäßige Nacherfüllungsaufwand den Verkäufer zur Verweigerung der Nacherfüllung berechtigt; dies steht jedoch zumindest im Widerspruch zum Wortlaut der Norm („den Aufwendungsersatz auf einen angemessenen Betrag beschränken“) und zur Gesetzesbegründung (siehe Fn. 8).

wollte.¹³ Und in der Tat hat der EuGH in der Weber/Putz-Entscheidung recht apodiktisch formuliert, dass der Anspruch des Verbrauchers auf Ersatzlieferung nicht berührt werden dürfe und dass der Verkäufer lediglich das Recht haben solle, den Aufwendungsersatzanspruch für die Ein- und Ausbaukosten zu beschränken.¹⁴

Auch in der Literatur wird eine teleologische Extension ganz überwiegend nicht erwogen. Vielmehr begnügt man sich mit der Feststellung, dass § 475 Abs. 4 S. 2 BGB lediglich die Beschränkung des Aufwendungsersatzanspruchs nach § 439 Abs. 3 BGB gestatte.¹⁵

¹³ BT-Drs. 18/8486, S. 43 f.: „Die Regelung setzt Artikel 3 Absatz 3 Unterabsatz 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in der Auslegung des EuGH in seiner Entscheidung vom 16. Juni 2011 um. Danach ist es ausgeschlossen, dass eine nationale gesetzliche Regelung dem Verkäufer das Recht gewährt, die einzig mögliche Art der Abhilfe wegen ihrer absoluten Unverhältnismäßigkeit zu verweigern. [...] Der EuGH hat eine Ausnahme von dem nunmehr in § 475 Absatz 4 Satz 1 BGB-E normierten Grundsatz, dass der Unternehmer die einzig mögliche Art der Nacherfüllung nicht wegen ihrer absoluten Unverhältnismäßigkeit verweigern kann, in Randnummer 74 des Urteils vom 16. Juni 2011 ausschließlich für den Fall zugelassen, dass die einzig mögliche Art der Nacherfüllung aufgrund der Ein- und Ausbaukosten zu unverhältnismäßigen Kosten führen würde: Artikel 3 Absatz 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie schließt es nicht aus, dass der Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der Ein- und Ausbaukosten, falls erforderlich, auf einen angemessenen Betrag beschränkt werde.“

¹⁴ EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – C-65/09 und C-87/09, C-65/09, C-87/09, Rn. 74 (juris): „In diesem Zusammenhang ist im Hinblick auf die besonderen Situation, die das vorliegende Gericht prüft, in der die Ersatzlieferung für das vertragswidrige Verbrauchsgut als einzig mögliche Art der Abhilfe deswegen zu unverhältnismäßigen Kosten führen würde, weil das vertragswidrige Verbrauchsgut aus der Sache, in der es eingebaut wurde, ausgebaut und das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut eingebaut werden muss, darauf hinzuweisen, dass Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie nicht ausschließt, dass der Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der Kosten für den Ausbau des vertragswidrigen Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts, falls erforderlich, auf einen Betrag beschränkt wird, der dem Wert, den das Verbrauchsgut hätte, wenn es vertragsgemäß wäre, und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit angemessen ist. Eine solche Beschränkung lässt das Recht des Verbrauchers, Ersatzlieferung für das vertragswidrige Verbrauchsgut zu verlangen, nämlich unberührt.“

¹⁵ Faust (Fn. 10), § 475 Rn. 46; Höpfer/Fallmann, NJW 2017, 3745 (3750); Lorenz, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 475 Rn. 33; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2018, Rn. 604; implizit ebenso Huber, NZBau 2018, 72 (75); grds. anders Picht, JZ 2017, 807 (811).

(2) Teleologische Extension geboten

Gleichwohl ist eine teleologische Extension des § 475 Abs. 4 S. 2 BGB geboten. Die Tatsache, dass ein Recht zur Beschränkung der Nacherfüllung in der vorliegenden Konstellation nicht vorgesehen und von Gesetzgeber und Literatur auch (überwiegend) nicht erwogen wird, dürfte nämlich schlechterdings auf einem Irrtum beruhen.

(a) Regelung nur auf Fälle zugeschnitten, in sich die Unverhältnismäßigkeit aus den Kosten für Aus- und Einbau ergibt

Zu berücksichtigen ist nämlich, dass der EuGH bei Abfassung seiner Weber/Putz-Entscheidung und demzufolge auch der Reformgesetzgeber bei der Abfassung des § 475 Abs. 4 S. 2 BGB ganz offensichtlich lediglich eine ganz bestimmte Konstellation der „Ein- und Ausbaufälle“¹⁶ vor Augen hatten. Charakteristisch für den Weber/Putz-Fall war nämlich, dass sich der Verkäufer deshalb auf die absolute Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung berufen hatte, weil *die Kosten für Aus- und Einbau* unverhältnismäßig hoch waren.¹⁷ Und

¹⁶ Für diese „Aus- und Einbaufälle“ hatte der EuGH erstens entschieden, dass der Verkäufer europarechtlich nach Art. 3 Abs. 2 der VerbrGK-RL (Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter) verpflichtet ist, entweder Aus- und Einbau selbst vorzunehmen oder die Kosten für Ein- und Ausbau zu tragen. Zweitens hat der EuGH entschieden, dass Art. 3 Abs. 3 der VerbrGK-RL einer nationalen Regelung entgegensteht, die es dem Verkäufer gestattet, die Nacherfüllung insgesamt wegen unverhältnismäßig hoher Kosten zu verweigern. Erlaubt sei lediglich, dass der Kostenerstattungsanspruch des Verbrauchers auf einen angemessenen Betrag beschränkt werde (EuGH NJW 2011, 2269). Als Reaktion darauf hatte der BGH entschieden, dass § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB a.F. in richtlinienkonformer Auslegung auch den Ausbau und den Abtransport der mangelhaften Kaufsache erfasst und dass das in § 439 Abs. 3 S. 2 BGB a.F. normierte Recht des Verkäufers zur Verweigerung der Nacherfüllung insgesamt beim Verbrauchsgüterkauf teleologisch zu reduzieren sei und dass dem Verkäufer lediglich das Recht zustehe, den Käufer hinsichtlich des Ein- und Ausbaus auf Kostenerstattung in Höhe eines angemessenen Betrags zu verweisen (BGH NJW 2012, 1073). Der Reformgesetzgeber hat sich jedoch mit § 439 Abs. 3 S. 1 BGB entgegen dem Ansatz des BGH dafür entschieden, dem Käufer keinen Anspruch auf die Vornahme von Ein- und Ausbau durch den Verkäufer, sondern von vornherein lediglich einen Anspruch auf Kostenerstattung zu gewähren. Dabei sah die ursprünglich vorgesehene Fassung des § 439 Abs. 3 BGB-E noch vor, dass der Verkäufer die Wahl haben sollte, entweder Aus- und Einbau vorzunehmen oder dem Käufer die Kosten hierfür zu ersetzen (siehe BT-Drs. 18/8486, S. 9).

¹⁷ Siehe die Wertangaben im Tatbestand von BGH, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, Rn. 1 (juris): Der Kaufpreis für die Bodenfliesen betrug 1.191,61 €, die Kosten für den Austausch der Fliesen wurden auf 5.026,35 € beziffert.

für eine solche Fallgestaltung ist die gesetzliche Regelung auch durchaus stimmig. Denn wenn lediglich die Kosten für Aus- und Einbau, nicht aber die Kosten für die Reparatur oder die Neulieferung selbst unverhältnismäßig hoch sind, ist es eine zumindest vertretbare Entscheidung, dem Verkäufer nur das Recht zur Beschränkung des Aufwendungsersatzanspruchs zu geben. Denn der Käufer tritt in diesen Konstellationen mit dem Begehren an den Verkäufer heran, erstens die Reparatur vorzunehmen bzw. eine neue Sache zu liefern und ihm zweitens nach § 439 Abs. 3 BGB die Aufwendungen für Aus- und Einbau zu ersetzen. Und wenn sich die Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung nur aus den hohen Kosten für Aus- und Einbau ergibt, so ist dem Interesse des Verkäufers Genüge getan, wenn lediglich der Aufwendungsersatzanspruch – der ja die Unverhältnismäßigkeit verursacht – auf einen angemessenen Betrag beschränkt wird. Es ist dann zur Sicherung der Belange des Verkäufers nicht mehr erforderlich, dass dieser auch die Reparatur bzw. die Neulieferung selbst von einer Kostenbeteiligung abhängig machen können oder den Käufer auf einen Kostenersatzanspruch verweisen können soll. Denn nach der Beschränkung des Aufwendungsersatzanspruchs sind die Kosten für die Nacherfüllung in dieser Konstellation ja insgesamt nicht mehr unverhältnismäßig hoch.

(b) Regelung nicht sachgerecht, wenn Nachbesserung oder Nachlieferung selbst unverhältnismäßige Kosten verursachen

Die Regelung wird aber dann zum Problem, wenn sich die Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung gar nicht aus den Kosten für Ein- und Ausbau, sondern aus den Kosten für die Neulieferung bzw. die Reparatur selbst ergibt. Offensichtlich wird dies in Konstellationen wie der vorliegenden, in denen der Käufer von vornherein überhaupt keinen Aufwendungsersatzanspruch geltend macht, sondern ausschließlich die Reparatur der Kaufsache verlangt. Verweist man den Verkäufer in diesen Fällen einfach darauf, dass er nur den Aufwendungsersatzanspruch beschränken kann, würde dies im Ergebnis dazu führen, dass er überhaupt kein Recht zur Beschränkung hätte und dass die Nacherfüllung deshalb insgesamt doch mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden wäre. Der Verkäufer müsste jede auch noch so teure und wirtschaftlich unsinnige Reparatur vornehmen. Ein solches Ergebnis wäre untragbar. Erstens würde der Verkäufer auf diesem Wege dazu verpflichtet, dem Käufer eine Leistung zukommen lassen, deren Wert das Erfüllungsinteresse um ein Vielfaches übersteigt – und das, obwohl es sich bei der Nacherfüllung um einen verschuldensunabhängigen Rechtsbehelf handelt. Zweitens ist kein sachlicher Grund dafür ersichtlich, warum der Verkäufer einerseits bei Vorliegen eines unverhältnismäßig hohen Kostenerstattungsanspruchs schutzwürdig, aber andererseits bei Vorliegen einer unverhältnismäßig teuren Reparatur oder Ersatzlieferung nicht schutzwürdig sein soll. Die Interessenlage ist auch hinsichtlich der Verkäuferperspektive in beiden Fällen identisch. Drittens sollte nicht vergessen werden, dass der Käufer bei unterlassener Reparatur durch den Verkäufer Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB in Höhe der fiktiven Reparaturkosten verlangen könnte. Warum aber sollte denn

ein Käufer, der nach § 439 Abs. 3 BGB Aufwendungsersatz verlangt, auf einen angemessenen Betrag beschränkt werden können, umgekehrt aber ein Käufer im Wege des Schadensersatzes die (fiktiven) Kosten für eine völlig unverhältnismäßige Reparatur verlangen können?

(c) Regelung ist ein korrekturbedürftiges gesetzgeberisches Versehen

Es spricht auch viel dafür, dass sowohl der Gesetzgeber als auch EuGH und BGH die Belastung des Verkäufers mit einer unverhältnismäßig teuren Reparatur nicht gewollt, sondern sich lediglich auf das Vorliegen unverhältnismäßig hoher Ein- und Ausbaurkosten konzentriert und dabei die Konstellation der unverhältnismäßig teuren Reparatur bzw. Ersatzlieferung schlicht aus den Augen verloren haben.

Bereits in der Gesetzesbegründung zur Schuldrechtsreform wird geäußert, dass die Interessenlage es nicht gebietet, dem Käufer den Nacherfüllungsanspruch zu geben, wenn dies mit unverhältnismäßigen Anstrengungen für den Verkäufer verbunden ist.¹⁸ Dementsprechend konnte der Verkäufer nach alter Rechtslage vor der Weber/Putz-Entscheidung bei Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllungskosten auch vollkommen unproblematisch nach § 439 Abs. 3 S. 3 Hs. 1, S. 1 BGB a.F. die Nacherfüllung gänzlich verweigern. Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Reformgesetzgeber diese Rechtslage zum 1.1.2018 grundlegend ändern und dem Verkäufer jede auch noch so teure und wirtschaftlich unsinnige Nacherfüllung zumuten wollte. Vielmehr befassen sich die Ausführungen in der Gesetzesbegründung zu § 475 Abs. 4 S. 2 BGB durchweg mit dem Fall, in dem sich die Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung aus den Kosten für Ein- und Ausbau ergibt.¹⁹ Es entsteht sogar positiv der Eindruck, als ob der Gesetzgeber fälschlicherweise angenommen hat, dass mit § 475 Abs. 2 S. 4 BGB alle Fälle der Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung abgedeckt seien. Es wird nämlich formuliert: „Diese Ausnahme setzt § 475 Absatz 4 Satz 2 BGB-E für beide Arten der Nacherfüllung (d.h. Beseitigung des Mangels und Lieferung einer mangelfreien Sache) hinsichtlich aller Aufwendungen um, die zu einer Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung führen können.“²⁰

Auch der EuGH hat in der Weber/Putz-Entscheidung und auch seither²¹ ausgesprochen, dass Art. 3 VerbrGK-RL einen gerechten Ausgleich zwischen Käufer und Verkäufer herstellen soll, indem er erlaubt, auch vom Verkäufer angeführte wirtschaftliche Überlegungen zu berücksichtigen²² und die berechtigten finanziellen Interessen des Verkäufers zu schützen.²³ Dass der EuGH im Weber/Putz-Urteil darauf beharrt hat, dass der Verkäufer die Nacherfüllung nicht gänzlich ver-

¹⁸ BT-Drs. 14/6040, S. 232.

¹⁹ BT-Drs. 18/8486, S. 43 f.

²⁰ BT-Drs. 18/8486, S. 44.

²¹ Siehe EuGH, Urt. v. 23.5.2019 – C-52/18, Rn. 41 (juris).

²² EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – C-65/09 und C-87/09, C-65/09, C-87/09, Rn. 75 (juris).

²³ EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – C-65/09 und C-87/09, C-65/09, C-87/09, Rn. 73 (juris).

weigern darf, stellte in der entschiedenen Konstellation wie gezeigt kein Problem dar, weil die Ersatzlieferung in casu eben nicht unverhältnismäßig teuer war.

Und schließlich hat auch der BGH in seiner Weber/Putz-Folgeentscheidung ausdrücklich betont, dass der beschrittene Weg²⁴ erforderlich ist, um das gesetzgeberische Ziel, nämlich die Verhältnismäßigkeit der Nacherfüllung im Interesse des Verkäufers zu berücksichtigen, zu erreichen.²⁵

Wenn aber allseits geäußert wird, dass der Verkäufer vor einem Anspruch auf die Vornahme einer unverhältnismäßig teuren Nacherfüllung zu schützen ist, so kann dies nur bedeuten, dass der Fall, in dem sich die Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung gar nicht aus den Ein- und Ausbaurkosten ergibt, übersehen worden ist. Die Tatsache, dass § 475 Abs. 4 S. 2 BGB ohne Ausnahme nur die Beschränkung des Aufwendungsersatzanspruchs erlaubt, ist deshalb als korrekturbedürftiges gesetzgeberisches Versehen anzusehen.

(d) Korrektur im Wege der teleologischen Extension

Die Vorschrift des § 475 Abs. 4 S. 2 BGB ist deshalb im Wege der teleologischen Extension zu korrigieren. Zwar wäre es prinzipiell denkbar, dem Verkäufer die Möglichkeit einzuräumen, die Reparatur bzw. Neulieferung von einer Kostenbeteiligung des Verbrauchers abhängig zu machen. Insoweit sollte jedoch die gesetzgeberische Einschätzung respektiert werden, wonach es eine unzulässige und europarechtswidrige Beschränkung des Rechts auf Nacherfüllung darstellt, wenn der Käufer die Nacherfüllung nur gegen eine Kostenbeteiligung erhalten kann.²⁶

Stattdessen bietet es sich an, dem Verkäufer das Recht zuzugestehen, den Käufer bei Unverhältnismäßigkeit der Kosten für Reparatur bzw. Ersatzlieferung hinsichtlich seines Anspruchs von vornherein auf die Erstattung in Höhe eines angemessenen Betrags zu verweisen.²⁷ Hierdurch wird erstens vermieden, dass der Käufer über einen verschuldensunabhängigen Rechtsbehelf in den Genuss einer Leistung kommt, die das Erfüllungsinteresse in beliebigem Umfang übersteigen kann und zweitens wird ein sinnvoller Gleichlauf erzeugt mit der Konstellation, in der lediglich die Ein- und Ausbaurkosten unverhältnismäßig hoch sind.

Hinweis: Denkbar wäre ebenfalls, nicht § 475 Abs. 4 S. 2 BGB im Wege der teleologischen Extension zu erweitern, sondern stattdessen § 475 Abs. 4 S. 1 BGB teleologisch zu reduzieren. Entgegen dem Wortlaut des § 475 Abs. 4 S. 1 BGB wäre es dem Verkäufer dann nicht stets und vollumfänglich verwehrt, die Nacherfüllung zu verweigern, sondern er könnte – sofern Nachlieferung oder Nachbesserung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden sind – ebenso wie nach einer teleologischen Extension des § 475 Abs. 4 S. 2 BGB den Käufer auf einen Kostenerstattungsanspruch in Höhe eines angemessenen Betrags verweisen.

Da jedoch § 475 Abs. 4 S. 2 BGB bereits eine Beschränkungsregel enthält, erscheint die Ausdehnung dieser Beschränkungsregel vom Aufwendungsersatz- auf den Nacherfüllungsanspruch methodisch der „sanftere“ Eingriff zu sein.

c) Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung

Eine Reparatur des von K erworbenen Toasters wäre mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden. Sowohl nach dem Maßstab des BGH, der bei einem nicht zu vertretenden Mangel, bei dem die Kosten der Nacherfüllung 150 % des Werts der Sache im mangelfreien Zustand überstiegen, von der Unverhältnismäßigkeit ausgegangen ist,²⁸ als auch nach sämtlichen in der Literatur vorgeschlagenen Grenzen²⁹ ist die Schwelle zur Unverhältnismäßigkeit bei einem Wert der Kaufsache in Höhe von 20,- € und Reparaturkosten in Höhe von 160,- € weit überschritten.

V steht somit das Recht zu, K hinsichtlich der Reparatur auf die Kostenerstattung in Höhe eines angemessenen Betrags zu verweisen.

d) Umfang des Aufwendungsersatzanspruchs

Hinsichtlich der Frage, welche Höhe der verbleibende Aufwendungsersatzanspruch des Käufers haben soll, können die von EuGH in der Weber/Putz-Entscheidung entwickelten Kriterien herangezogen werden. Zu berücksichtigen sind demnach der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und die Bedeutung des Mangels. Zugleich ist zu gewährleisten, dass durch die Beschränkung auf eine Kostenbeteiligung des Verkäufers das Recht des Käufers auf Nacherfüllung nicht ausgehöhlt wird.³⁰ Bei dem Mangel handelte es sich um einen Materialfehler, der dazu geführt hat, dass der gesamte Toaster nicht mehr funktioniert. Auf der anderen Seite beträgt der Wert des Toasters in mangelfreiem Zustand, gemessen am Beschaffungspreis eines vergleichbaren Modells, lediglich ca. 50,- €. Insgesamt erscheint es daher angemessen, dass V die K auf einen Kostenerstattungsanspruch in der Größenordnung von 50 € verweisen darf.

K hatte somit zwar ursprünglich einen Anspruch auf Nachbesserung gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB gegen V. V konnte die K aber auf einen Kostenerstattungsanspruch in Höhe von 50,- € verweisen und hat dieses Verweisungsrecht auch zumindest konkludent ausgeübt. Zwar hat V nicht angezeigt, zur Zahlung eines entsprechenden Kostenbetrags bereit zu sein, sondern hat die Nachbesserung vollständig verweigert. Allerdings hat sich V explizit auf die Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung berufen und ange-

²⁸ BGH, Urt. v. 14.1.2009 – VIII ZR 70/08, Rn. 15 f. (juris), wobei allerdings betont wird, dass die in der Literatur vorgeschlagenen Grenzwerte nicht die Bewertung aller Umstände des Einzelfalls ersetzen.

²⁹ Siehe hierzu die ausführlichen Nachweise bei *Faust* (Fn. 10), § 439 Rn. 65.1.

³⁰ EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – C-65/09 und C-87/09, C-65/09, C-87/09; dem folgend BGH, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08.

²⁴ Siehe Fn. 16.

²⁵ BGH, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, Rn. 1, 36 (juris).

²⁶ BT-Drs. 18/8486, S. 44.

²⁷ Im Ergebnis ebenso *Picht*, JZ 2017, 807 (811).

sichts der unklaren Rechtslage kann von V nicht erwartet werden, dass sie K ausdrücklich auf die Kostenerstattung verweist. Durch die Berufung der V auf die Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung hat sich der Anspruch der K gegen V aus §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB somit in einen Anspruch auf Kostenerstattung umgewandelt

Hinweis: a.A. vertretbar.

II. Anspruch der K gegen V auf Schadensersatz statt der Leistung in Höhe von 160,- € gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB

K könnte zudem gegen V einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB haben.

1. Tatbestandsvoraussetzungen

Ein Kaufvertrag zwischen K und V liegt vor und V hat ihre Pflicht nach § 433 Abs. 1 S. 2 BGB durch die mangelhafte Lieferung verletzt. K hat der V auch erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt.

Zweifelhaft ist indes, ob V die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Die ursprüngliche mangelhafte Lieferung hatte V nicht zu vertreten, da V den Toaster von der Herstellerin bezogen und originalverpackt verkauft hat. Auch eine Haftung für die Herstellerin nach § 278 S. 1 Alt. 2 BGB kommt nicht in Betracht, weil V nicht die Herstellung der Sache schuldet, sodass H nicht als Erfüllungsgehilfe der V anzusehen ist.³¹ Zwar hat sich V in der Folge geweigert, die Nachbesserung vorzunehmen, obwohl V dazu grundsätzlich nach §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB zur Nachbesserung verpflichtet war und lediglich das Recht hatte, die K auf einen Kostenerstattungsanspruch zu verweisen. V hat sich jedoch explizit auf die Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung berufen, wodurch sie ihr Recht, die K auf einen Aufwendungsersatzanspruch zu verweisen, konkludent ausgeübt hat. Der Nachbesserungsanspruch der K bestand deshalb nicht mehr, sodass V auch nicht die Nichtvornahme der Nachbesserung zu vertreten hat.

2. Rechtsfolge

Sofern man davon ausgeht, dass die vollständige Weigerung der V, die Nachbesserung vorzunehmen, nicht als zulässige Ausübung des Verweisungsrechts anzusehen ist, so hätte V die Nichtvornahme der Nacherfüllung zu vertreten und wäre der K somit zum Schadensersatz verpflichtet. Gemäß § 249 Abs. 1 BGB könnte K im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung den Ersatz aller Schäden verlangen, die aus dem endgültigen Ausbleiben der Leistung resultieren. Wäre die mangelfreie Leistung des Toasters nicht endgültig ausgeblieben, so wäre K Eigentümerin des konkreten und mangelfreien Toasters „Toaster TS 59“ geworden. K könnte deshalb verlangen, so gestellt zu werden, wie sie stünde, wenn der in

ihrem Eigentum befindliche Toaster mangelfrei wäre. Somit könnte K im Wege des Schadensersatzes statt der Leistung die Kosten der Mangelbeseitigung und damit die Zahlung von 160,- € verlangen.

Allerdings müsste man V nach § 251 Abs. 2 S. 1 BGB das Recht zugestehen, die K auf eine angemessene Geldentschädigung zu verweisen. Zwar wäre § 251 Abs. 2 S. 1 BGB nicht direkt anwendbar, weil sich V nicht direkt auf die Unverhältnismäßigkeit der Herstellung, sondern darauf berufen würde, dass der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung unverhältnismäßig hoch ist. § 251 Abs. 2 S. 1 BGB findet aber entsprechende Anwendung, wenn andernfalls ein an sich ausgeschlossener Erfüllungsanspruch verwirklicht werden würde.³² Und ohne die Anwendung des § 251 Abs. 2 S. 1 BGB könnte K über den Schadensersatz statt der Leistung die Kosten für eine an sich unverhältnismäßige Nachbesserung liquidieren.

K hätte deshalb nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB allenfalls einen Anspruch auf Zahlung von 50,- € gegen V.

³¹ Siehe BGHZ 200, 337 = BGH NJW 2014, 2183 (2185 Rn. 31) m.w.N. zur Rechtsprechung; Grundmann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 278 Rn. 31.

³² Oetker, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 251 Rn. 36.