

**\*Ausbau und Abtransport der mangelhaften Kaufsache bei Nacherfüllung***BGB § 439 I Alt. 2, III 3*

**1. § 439 I 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, NJW 2011, 2269 – Gebr. Weber GmbH/Jürgen Wittmer und Ingrid Putz/Medianess Electronics GmbH).**

**2. Das in § 439 III 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, NJW 2011, 2269). Die hierdurch auftretende Regelungslücke ist bis zu einer gesetzlichen Neuregelung durch eine teleologische Reduktion des § 439 III BGB für Fälle des Verbrauchsgüterkaufs (§ 474 I 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.**

BGH, *Urt.* v. 21. 12. 2011 – VIII ZR 70/08 (OLG Frankfurt a. M.)

NJW-Übersicht

NJW-Übersicht

**Bestimmung der Reichweite der Pflicht des Verkäufers zur Nacherfüllung**

Rdnrn.

**15 ff.**

Vorlage an den und Entscheidung des EuGH

16–23

**Richtlinienkonforme Auslegung der „Lieferung einer mangelfreien Sache“ (§ 439 I Alt. 2 BGB)****25–27****Richtlinienkonforme Auslegung der „Nacherfüllungsweigerung des Verkäufers bei unverhältnismäßigen Kosten“ (§ 439 III BGB)****28–47**

Einfache Gesetzesauslegung im engeren Sinne nicht ausreichend

28 f.

Notwendigkeit einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung im Wege teleologischer Reduktion

30 ff.

– Vorliegen einer verdeckten Regelungslücke (planwidrige Unvollständigkeit)

31–34

– Teleologische Reduktion: Beschränkung des Verkäuferrechts zur Nacherfüllungsverweigerung auf angemessene Kostenerstattung

35 f.

**Würdigung der Vorschläge für die Rechtsfortbildung in der Literatur****37–43**

Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung für alle Konstellationen des Verbrauchsgüterkaufs

44

Umfang des Anspruchs auf Erstattung der für den Ausbau der mangelhaften Kaufsache entstehenden Kosten

49 ff.

## Zum Sachverhalt:

Der Kl. kaufte bei der Bekl., die einen Baustoffhandel betreibt, am 24. 1. 2005 45,36 m<sup>2</sup> polierte Bodenfliesen eines italienischen Herstellers zum Preis von 1191,61 Euro ohne und 1382,27 Euro mit 16% Mehrwertsteuer. Er ließ rund 33 m<sup>2</sup> der Fliesen im Flur, im Bad, in der Küche und auf dem Treppenpodest seines Hauses verlegen. Danach zeigten sich auf der Oberfläche Schattierungen, die mit bloßem Auge zu erkennen sind. Der Kl. erhob deswegen Mängelrüge, die die Bekl. nach Rücksprache mit dem Hersteller am 26. 7. 2005 zurückwies. In einem vom Kl. eingeleiteten selbstständigen Beweisverfahren kam der Sachverständige zu dem Ergebnis, dass es sich bei den bemängelten Schattierungen um feine Mikroschleifspuren handele, die nicht beseitigt werden könnten, so dass Abhilfe nur durch einen kompletten Austausch der Fliesen möglich sei. Die Kosten dafür bezifferte der Sachverständige mit 5026,35 Euro ohne und 5830,57 Euro einschließlich 16% Mehrwertsteuer. Nach vergeblicher Leistungsaufforderung mit Fristsetzung hat der Kl. die Bekl. in dem vorliegenden Rechtsstreit auf Lieferung mangelfreier Fliesen und auf Zahlung von 5830,57 Euro (Ein- und Ausbaurkosten) nebst Zinsen in Anspruch genommen.

Das *LG Kassel* (Urt. v. 24. 1. 2006 – 4 O 1248/06, BeckRS 2009, 29844) hat die Bekl. aus dem – vom Kl. nicht geltend gemachten – Gesichtspunkt der Minderung zur Zahlung von 273,10 Euro nebst Zinsen verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Auf die Berufung des Kl. hat das *OLG Frankfurt a. M.* (Urt. v. 14. 2. 2008 – 15 U 5/07, BeckRS 2008, 05877) die Bekl. unter teilweiser Abänderung des erstinstanzlichen Urteils zur Lieferung von 45,36 m<sup>2</sup> mangelfreier Fliesen und zur Zahlung von 2122,37 Euro nebst Zinsen verurteilt. Mit ihrer vom BerGer. zugelassenen Revision wandte sich die Bekl. gegen ihre Verurteilung zur Zahlung von 2122,37 Euro nebst Zinsen. Die Revision hatte, soweit sie zulässig war, überwiegend Erfolg.

## Aus den Gründen:

[13] B. II. Soweit die Bekl. zur Zahlung von mehr als 273,10 Euro (nebst Zinsen), nämlich von weiteren 1849,27 Euro (nebst Zinsen) verurteilt worden ist, ist die – zulässige – Revision überwiegend begründet.

[14] 1. Rechtsfehlerfrei hat das BerGer. angenommen, dass der Kl. im Rahmen der von ihm begehrten Nacherfüllung durch Ersatzlieferung (§ 439 I Alt. 2 BGB) von der beklagten Verkäuferin grundsätzlich auch verlangen kann, dass diese die mangelhaften Fliesen ausbaut und entsorgt. Ebenfalls zu Recht hat es der Bekl. verwehrt, die Ersatzlieferung gem. § 439 III 1, 3 Halbs. 2 BGB wegen Unverhältnismäßigkeit der durch den Ausbau der mangelhaften Fliesen entstehenden Kosten zu verweigern. Verkannt hat das BerGer. jedoch, dass der Nacherfüllungsanspruch des Kl. bezüglich des Ausbaus der vertragswidrigen Kaufsache auf Grund der gebotenen europarechtskonformen Rechtsfortbildung des § 439 III BGB auf eine Kostenerstattung in Höhe eines angemessenen Betrags beschränkt ist.

[15] 2. Die Reichweite der den Verkäufer bei der Nacherfüllung nach § 439 I BGB treffenden Pflichten ist – ebenso wie die der dem Verkäufer nach § 439 III BGB zustehenden Einrede der Unverhältnismäßigkeit – im Einklang mit dem Inhalt des Art. 3 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABIEG Nr. L 171, S. 12; im Folgenden: Richtlinie), deren Umsetzung die genannten nationalen Vorschriften dienen (BT-Dr 14/6040, S. 230, 232), zu bestimmen.

[16] a) Der *Senat* hat daher mit seinem Beschluss vom 14. 1. 2009 (NJW 2009, 1660 = EuZW 2009, 270) dem *EuGH* (im Folgenden: *Gerichtshof*) folgende Fragen zur Vorabentscheidung gem. Art. 234 EG (jetzt: Art. 267 AEUV) vorgelegt:

„Sind die Bestimmungen des Art. 3 III Unterabs. 1 und 2 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter dahin auszulegen, dass sie einer nationalen gesetzlichen Regelung entgegenstehen, wonach der Verkäufer im Falle der Vertragswidrigkeit des gelieferten Verbrauchsgutes die vom Verbraucher verlangte Art der Abhilfe auch dann verweigern kann, wenn sie ihm Kosten verursachen

würde, die verglichen mit dem Wert, den das Verbrauchsgut ohne die Vertragswidrigkeit hätte, und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit unzumutbar (absolut unverhältnismäßig) wären?

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

[17] b) Der *Gerichtshof* hat – nach der Verbindung dieser Sache mit einem weiteren Vorlageverfahren – mit Urteil vom 16. 6. 2011 (NJW 2011, 2269 – Gebr. Weber-GmbH/Jürgen Wittmer und Ingrid Putz/Medianess Electronics-GmbH) die Fragen wie folgt beantwortet:

„1. Art. 3 II und III der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter ist dahin auszulegen, dass, wenn der vertragsgemäße Zustand eines vertragswidrigen Verbrauchsguts, das vor Auftreten des Mangels vom Verbraucher gutgläubig gemäß seiner Art und seinem Verwendungszweck eingebaut wurde, durch Ersatzlieferung hergestellt wird, der Verkäufer verpflichtet ist, entweder selbst den Ausbau dieses Verbrauchsgutes aus der Sache, in die es eingebaut wurde, vorzunehmen und das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut in diese Sache einzubauen, oder die Kosten zu tragen, die für diesen Ausbau und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts notwendig sind. Diese Verpflichtung des Verkäufers besteht unabhängig davon, ob er sich im Kaufvertrag verpflichtet hatte, das ursprünglich gekaufte Verbrauchsgut einzubauen.

2. Art. 3 III der Richtlinie 1999/44/EG ist dahin auszulegen, dass er ausschließt, dass eine nationale gesetzliche Regelung dem Verkäufer das Recht gewährt, die Ersatzlieferung für ein vertragswidriges Verbrauchsgut als einzig mögliche Art der Abhilfe zu verweigern, weil sie ihm wegen der Verpflichtung, den Ausbau dieses Verbrauchsguts aus der Sache, in die es eingebaut wurde, und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts in diese Sache vorzunehmen, Kosten verursachen würde, die verglichen mit dem Wert, den das Verbrauchsgut hätte, wenn es vertragsgemäß wäre, und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit un

BGH: \*Ausbau und Abtransport der mangelhaften Kaufsache bei Nacherfüllung (NJW 2012, 1073) 1075 ▲

verhältnismäßig wären. Art. 3 III schließt jedoch nicht aus, dass der Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der Kosten für den Ausbau des mangelhaften Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts in einem solchen Fall auf die Übernahme eines angemessenen Betrags durch den Verkäufer beschränkt wird.“

[18] Zur Begründung hat der *Gerichtshof* im Wesentlichen ausgeführt:

[19] Nach dem Wortlaut und den einschlägigen Vorarbeiten zur Richtlinie habe der Unionsgesetzgeber die Unentgeltlichkeit der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts durch den Verkäufer zu einem wesentlichen Bestandteil des durch die Richtlinie gewährleisteten Verbraucherschutzes machen wollen. Die dem Verkäufer in Art. 3 III der Richtlinie auferlegte Verpflichtung, die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts unentgeltlich zu bewirken, solle den Verbraucher vor drohenden finanziellen Belastungen schützen, die ihn davon abhalten könnten, seine Ansprüche geltend zu machen (Rdnr. 46). Wenn der Verbraucher im Fall der Ersatzlieferung für ein vertragswidriges Verbrauchsgut vom Verkäufer nicht verlangen könnte, dass dieser den Ausbau des Verbrauchsguts aus der Sache, in die es gemäß seiner Art und seinem Verwendungszweck eingebaut worden ist, und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts in dieselbe Sache oder die entsprechenden Kosten übernehme, würde die Ersatzlieferung für ihn zu zusätzlichen finanziellen Lasten führen, die er bei ordnungsgemäßer Erfüllung nicht hätte tragen müssen (Rdnr. 47).

[20] Zudem seien Nachbesserung und Ersatzlieferung nach Art. 3 III der Richtlinie nicht nur unentgeltlich, sondern auch ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher vorzunehmen (Rdnr. 52). Der Umstand, dass der Verkäufer das vertragswidrige Verbrauchsgut nicht ausbaue und das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut nicht einbaue, stelle zweifellos eine erhebliche Unannehmlichkeit für den Verbraucher dar

(Rdnr. 53). Weiter sei zu berücksichtigen, dass der Begriff „Ersatzlieferung“, dessen genaue Bedeutung in den einzelnen Sprachfassungen der Richtlinie unterschiedlich sei, sich – selbst in der deutschen Fassung – nicht auf die bloße Lieferung eines Ersatzes beschränke (Rdnr. 54).

[21] Die beschriebene Auslegung von Art. 3 III der Richtlinie entspreche zudem der im ersten Erwägungsgrund der Richtlinie genannten Zielsetzung, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten (Rdnr. 55), und führe auch nicht zu ungerechten Ergebnissen, weil der Verkäufer die ihm obliegenden Leistungen nicht ordnungsgemäß erbracht habe und daher die Folgen der Schlechterfüllung tragen müsse (Rdnr. 56). Sie sei unabhängig davon, ob der Verkäufer nach dem Kaufvertrag zum Einbau des gelieferten Verbrauchsguts verpflichtet gewesen sei. Die dem Verbraucher in Art. 3 der Richtlinie verliehenen Rechte seien nicht auf den Umfang der in dem Kaufvertrag vorgesehenen Ansprüche begrenzt, sondern dienten der Herstellung der Situation, die vorgelegen hätte, wenn der Verkäufer von vornherein ein vertragsgemäßes Verbrauchsgut geliefert hätte (Rdnrn. 59 f.). Die finanziellen Interessen des Verkäufers seien durch die Verjährungsfrist von zwei Jahren nach Art. 5 I der Richtlinie und durch die ihm in Art. 3 III Unterabs. 2 der Richtlinie eröffnete Möglichkeit geschützt, die Ersatzlieferung zu verweigern, wenn sich diese Abhilfe wegen unzumutbarer Kosten als unverhältnismäßig erweise (Rdnr. 58).

[22] Hinsichtlich des Verweigerungsrechts des Verkäufers sei festzustellen, dass die offene Fassung des Art. 3 III Unterabs. 1 der Richtlinie, wonach der Verbraucher unentgeltliche Nachbesserung oder Ersatzlieferung nur verlangen könne, sofern diese nicht unmöglich oder unverhältnismäßig sei, zwar an sich auch Fälle der absoluten Unmöglichkeit erfassen könne. Jedoch definiere Art. 3 III Unterabs. 2 der Richtlinie den Begriff „unverhältnismäßig“ ausschließlich in Beziehung zu der alternativen Abhilfemöglichkeit und begrenze ihn daher auf Fälle der relativen Unmöglichkeit (Rdnr. 68). Diese Einschränkung werde durch den elften Erwägungsgrund der Richtlinie bestätigt. Danach seien Abhilfen unverhältnismäßig, die im Vergleich zu anderen Abhilfemaßnahmen unzumutbare Kosten verursachten, wobei zur Beantwortung der Frage, ob es sich um unzumutbare Kosten handle, entscheidend sein solle, ob die Kosten der einen Abhilfemöglichkeit deutlich höher seien als die Kosten der anderen Abhilfe (Rdnr. 69). Die Begrenzung des Verweigerungsrechts des Verkäufers auf die Fälle der relativen Unverhältnismäßigkeit rechtfertige sich dadurch, dass die gegenüber der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands subsidiären Mittel der Auflösung des Vertrags oder der Minderung des Kaufpreises nicht dasselbe Verbraucherschutzniveau gewährleisten (Rdnr. 72). Der Verkäufer könne daher die einzig mögliche Art der Abhilfe, durch die sich der vertragsgemäße Zustand des Verbrauchsguts herstellen lasse, nicht wegen Unverhältnismäßigkeit der hierfür erforderlichen Kosten verweigern (Rdnr. 71).

[23] Hingegen schließe es Art. 3 III der Richtlinie nicht aus, den Anspruch des Verbrauchers auf Kostenerstattung für den Ausbau des vertragswidrigen Verbrauchsguts und Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts auf einen Betrag zu beschränken, der dem Wert, den das Verbrauchsgut hätte, wenn es vertragsgemäß wäre, und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit angemessen sei (Rdnrn. 74, 76). Im Rahmen der von Art. 3 der Richtlinie verfolgten Zielsetzung eines gerechten Interessenausgleichs zwischen dem Verbraucher und dem Verkäufer dürften auch vom Verkäufer angeführte wirtschaftliche Überlegungen berücksichtigt werden, sofern hierdurch das Recht des Verbrauchers auf Erstattung der Ein- und Ausbaukosten in der Praxis nicht ausgehöhlt werde (Rdnrn. 75 f.). Allerdings sei dem Verbraucher im Falle einer Herabsetzung des Anspruchs auf Erstattung der Ein- und Ausbaukosten die Möglichkeit zu gewähren, eine Minderung oder eine Vertragsauflösung zu verlangen, da eine Beteiligung an der Kostentragung für ihn eine erhebliche Unannehmlichkeit darstelle (Rdnr. 77).

[24] 3. An dieses Auslegungsergebnis sind die nationalen Gerichte gebunden. Sie sind nach ständiger Rechtsprechung des *Gerichtshofs* auf Grund des Umsetzungsgebots gem. Art. 288 III AEUV und des Grundsatzes der Gemeinschaftstreue gem. Art. 4 III EUV zudem verpflichtet, die Auslegung des nationalen Rechts unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihnen das nationale Recht einräumt, soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen (vgl. nur *EuGH*, Slg. 1984, 1891 = NJW 1984, 2021 Rdnrn. 26, 28 – von Colson und Kamann/Nordrhein-Westfalen; Slg. 2004, I-8835 = NJW 2004, 3547 Rdnr. 113 – Pfeiffer u. a./Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut e. V.).

[25] 4. Vor diesem Hintergrund ist zunächst § 439 I Alt. 2 BGB richtlinienkonform dahin auszulegen, dass die dort genannte Nacherfüllungsvariante „Lieferung einer mangelfreien Sache“ auch den Ausbau und den

Abtransport der mangelhaften Kaufsache – hier der von der Bekl. gelieferten mangelhaften Bodenfliesen – umfasst (vgl. *S. Lorenz*, NJW 2011, 2241 [2243]; *Förster*, ZIP 2011, 1493 [1500f.]; *Staudinger*, DAR 2011, 502 [503]; *Purnhagen*, EuZW 2011, 626 [627, 629]; i. E. auch *OLG Karlsruhe*, OLG-Report 2004, 465 = BeckRS 2004, 08838; *OLG Köln*, NJW-RR 2006, 677; OLG Stuttgart, Urt. v. 8. 11. 2007 – 19 U 52/07, BeckRS 2012, 05403; LG Itzehoe, Urt. v. 27. 4. 2007 – 9 S 85/06; *Büdenbender*, in: *AnwKomm-BGB*, 2005, § 439 Rdnr. 27; *Faust*, in: *Bamberger/Roth*, BGB, 2. Aufl., § 439 Rdnr. 32; *S. Lorenz*, ZGS 2004, 408 [410f.]; *ders.*, NJW 2005, 1889 [1895]; *Westermann*, in: *MünchKomm-BGB*, 5. Aufl., § 439 Rdnr. 13; *Pammler*, in: *jurisPK-BGB*, 5. Aufl., § 439 Rdnr. 54; *Schneider/Katerndahl*, NJW 2007, 2215 [2216]; *Schneider*, ZGS 2008, 177; *Witt*, ZGS 2008, 369 [370]).

[26] a) Diese Auslegung ist noch vom Wortlaut des § 439 I Alt. 2 BGB gedeckt (vgl. etwa *S. Lorenz*, NJW 2011, 2241 [2243]; *Greiner/Benedix*, ZGS 2011, 489 [493] [Letztere geben allerdings einer analogen Anwendung des § 439 II BGB in Form eines Kostenerstattungsanspruchs den Vorzug]; a. A. *Kaiser*, JZ 2011, 978 [980]). Nach allgemeinem Sprachgebrauch wird „liefern“ zwar verstanden als „bringen“ oder „übergeben“ einer (bestellten) Sache (vgl. *Grimm*, Dt. Wörterbuch, Bd. 6, 1885, S. 996 f.; *Brockhaus/Wahrig*, Dt. Wörterbuch, Bd. 4, 1982, S. 484). Auch im nationalen Kaufrecht ist unter „Lieferung“ grundsätzlich nur die Handlung zu verstehen, die der Verkäufer vorzunehmen hat, um seine Übergabe- und Übereignungspflicht aus § 433 I BGB zu erfüllen (vgl. *Senat*, BGHZ 177, 224 = NJW 2008, 2837 Rdnr. 18;

BGH: \*Ausbau und Abtransport der mangelhaften Kaufsache bei Nacherfüllung (NJW 2012, 1073) 1076 ▲

*Erman/Grunewald*, BGB, 13. Aufl., § 439 Rdnr. 4; *Palandt/Weidenkaff*, BGB, 71. Aufl., § 434 Rdnr. 53

c). Dies schließt es jedoch nicht aus, den in § 439 I Alt. 2 BGB verwendeten Begriff der Lieferung einer mangelfreien Sache weiter zu fassen. Denn dieser Begriff ist ausfüllungsfähig und eröffnet einen gewissen Wertungsspielraum (*Staudinger*, DAR 2011, 502 [503]). Der Gesetzgeber hat die Bestimmung des § 439 I Alt. 2 BGB zur Umsetzung des Art. 3 II 1 der Richtlinie geschaffen (vgl. BT-Dr 14/6040, S. 230). Dabei hat er nicht nur in der Gesetzesbegründung mehrfach den Begriff der Lieferung einer mangelfreien Sache mit der in der deutschen Fassung der Richtlinie verwendeten Wortwahl „Ersatzlieferung“ gleichgesetzt (BT-Dr 14/6040, S. 232), die – wie vom *Gerichtshof* ausgeführt (*EuGH*, Slg. 1984, 1891 Rdnr. 54) – auch die Deutung zulässt, dass das vertragswidrige Verbrauchsgut durch die als Ersatz gelieferte Sache auszutauschen ist. Vielmehr hat der Gesetzgeber durch den in § 439 IV BGB enthaltenen Verweis auf § 346 I Alt. 1 BGB, wonach der Verkäufer seinerseits die Rückgewähr der mangelhaften Sache verlangen kann, zum Ausdruck gebracht, dass dem Begriff der „Lieferung einer mangelfreien Sache“ in § 439 I BGB ein gewisses (Aus-)Tauschelement innewohnt (vgl. *S. Lorenz*, NJW 2009, 1633 [1634 f.]).

[27] b) Die gebotene richtlinienkonforme Auslegung des § 439 I BGB führt – anders als die Revisionserwiderung meint – nicht dazu, dass dem Käufer im Rahmen des Nacherfüllungsverlangens ein Wahlrecht dahin zusteht, ob er dem Verkäufer den Aus- und Einbau gestattet oder diese Arbeiten selbst durchführt und den Verkäufer nur auf Kostenerstattung in Anspruch nimmt. Der *Gerichtshof* hat dem Käufer ein solches Wahlrecht gerade nicht eingeräumt, sondern lediglich dem Verkäufer die Verpflichtung auferlegt, entweder selbst die notwendigen Aus- und Einbauarbeiten vorzunehmen oder – in angemessener Höhe – die hierfür anfallenden Kosten zu tragen.

[28] 5. Im Rahmen des § 439 III BGB lässt sich das Gebot richtlinienkonformer Interpretation hingegen nicht im Wege einer einfachen Gesetzesauslegung im engeren Sinne umsetzen. Denn dem steht der eindeutige Wortlaut des Gesetzes entgegen.

[29] § 439 III 1 BGB erlaubt dem Verkäufer, die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung zu verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Die genannte Regelung enthält keine Anhaltspunkte dafür, dass sie sich auf die Fälle beschränkt, in denen beide Formen der Nacherfüllung möglich sind und lediglich eine Abhilfevariante im Verhältnis zu der anderen unverhältnismäßig hohe Kosten verursacht (relative Unverhältnismäßigkeit). Vielmehr ergibt sich aus den Bestimmungen des § 439 III 3 Halbs. 2 BGB und des § 440 S. 1 BGB eindeutig, dass nach der Konzeption des Gesetzes beide Formen der Nacherfüllung wegen Unverhältnismäßigkeit verweigert werden können und damit der Begriff der Unverhältnismäßigkeit absolut zu verstehen ist. § 439 III 3 BGB beschränkt den Anspruch des Käufers für den Fall, dass der Verkäufer die eine Form der Nacherfüllung wegen unverhältnismäßiger Kosten verweigert, zunächst auf die andere Art der

Nacherfüllung, sieht aber weiter vor, dass das „Recht des Verkäufers, auch diese unter den Voraussetzungen des S. 1 zu verweigern“, unberührt bleibt. Auf diese Regelung nimmt § 440 S. 1 BGB Bezug, der den Käufer unter anderem dann vom Erfordernis einer Fristsetzung vor der Geltendmachung von Rücktritt oder Schadensersatz befreit, „wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung gem. § 439 III [BGB] verweigert“.

[30]6. Der von der Rechtsprechung des *Gerichtshofs* geprägte Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung verlangt von den nationalen Gerichten aber mehr als bloße Auslegung im engeren Sinne. Er erfordert auch, das nationale Recht, wo dies nötig und möglich ist, richtlinienkonform fortzubilden (*Senat*, BGHZ 179, 27 = NJW 2009, 427 Rdnr. 21 m. w. Nachw.). Daraus folgt hier das Gebot einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion des § 439 III BGB auf einen mit Art. 3 der Richtlinie zu vereinbarenden Inhalt.

[31]a) Eine Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion setzt eine verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes voraus (*Senat*, BGHZ 179, 27 = NJW 2009, 427 Rdnr. 22 m. w. Nachw.). Diese Voraussetzung ist hier erfüllt.

[32]aa) Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass der Gesetzgeber die Einrede der Unverhältnismäßigkeit zwar so ausgestalten wollte, dass sie mit der Richtlinie vereinbar ist, er hierbei jedoch Art. 3 III der Richtlinie so verstanden hat, dass dieser auch die absolute Unverhältnismäßigkeit erfasse (vgl. auch *Staudinger*, DAR 2011, 502 [503]). In der Begründung des Koalitionsentwurfs heißt es in der Einzelbegründung zu § 439 III BGB (BT-Dr 14/6040, S. 232) unter anderem:

„Zu S. 1

Die Nacherfüllung (einschließlich der damit verbundenen Aufwendungen im Sinne des Abs. 2) kann im Einzelfall den Verkäufer unangemessen belasten. (...). Sie kann dem Verkäufer auch unmöglich sein. Art. 3 III 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sieht deshalb vor, dass der Verbraucher (Käufer) Nachbesserung oder Ersatzlieferung nur verlangen kann, sofern dies nicht unmöglich oder unverhältnismäßig ist. (...)

Liegt Unmöglichkeit nach § 275 I RE nicht vor, kann die Nacherfüllung doch mit einem erheblichen Aufwand verbunden sein. Dann kommt nach den allgemeinen Vorschriften ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 II RE in Betracht, das aber nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen, die wertungsmäßig der Unmöglichkeit in § 275 I RE nahe kommen, in Betracht kommt. § 439 III 1 RE stellt eine besondere Ausprägung dieses allgemeinen Rechtsgedankens im Kaufrecht und eine gegenüber § 275 II RE niedrigere Schwelle für die Begründung einer Einrede des Verkäufers dar. (...) Voraussetzung ist, dass der Verkäufer für die Nacherfüllung in der vom Käufer gewählten Art Aufwendungen machen muss, die unverhältnismäßig sind. Es handelt sich dabei um einen Gesichtspunkt, der über den Verbraucherkauf hinaus Bedeutung hat. Denn die Interessenlage des Käufers gebietet es nicht, ihm den Nacherfüllungsanspruch auch dann zu geben, wenn sie vom Verkäufer unverhältnismäßige Anstrengungen erfordert. Der Käufer wird hier auf seine Ansprüche auf Rücktritt und Minderung (sowie ggf. Schadensersatz) verwiesen.

Verweigern kann der Verkäufer ‚die vom Käufer gewählte Nacherfüllung‘. Das heißt, das Verweigerungsrecht des Verkäufers bezieht sich selbstverständlich auf die von dem Käufer begehrte Art der Nacherfüllung (Nachbesserung oder Ersatzlieferung). Verlangt der Käufer zum Beispiel Nachbesserung und sind die Aufwendungen des Verkäufers hierfür als unverhältnismäßig zu beurteilen, (...) so ist damit keine Entscheidung über die Frage getroffen, ob der Käufer stattdessen Ersatzlieferung verlangen kann oder ob auch insoweit eine auf § 439 III 1 RE gestützte Einrede des Verkäufers besteht. Klargestellt wird dies noch durch § 439 III 3 RE. (...)

Zu S. 3

[§ 439 III ] S. 3 [RE] enthält die bereits oben angesprochene Klarstellung des Verhältnisses der beiden Arten der Nacherfüllung zueinander. Die in § 439 III 1 RE vorgesehene Verhältnismäßigkeitsprüfung bezieht sich allein auf die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung. Ist sie zu Recht von dem Verkäufer verweigert worden, so hat dies nicht einen Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs des Käufers insgesamt zur Folge. Vielmehr beschränkt sich der Nacherfüllungsanspruch dann auf die andere Art der Nacherfüllung, wenn der Verkäufer nicht auch sie ver

weigern kann. Erst dann kann der Käufer zurücktreten oder mindern, gegebenenfalls Schadensersatz (...) verlangen.“

[33]bb) Das der Fassung des § 439 III 3 BGB zu Grunde liegende Verständnis, dass Art. 3 III der Richtlinie auch die absolute Unverhältnismäßigkeit erfasse, ist jedoch fehlerhaft, wie der *Gerichtshof* nunmehr mit Bindungswirkung festgestellt hat. Art. 3 III der Richtlinie erlaubt es nur, den Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der Kosten für den Ausbau des mangelhaften Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts auf einen angemessenen Betrag zu beschränken, nicht jedoch, den Anspruch des Verbrauchers auf Ersatzlieferung als einzig mögliche Art der Abhilfe wegen Unverhältnismäßigkeit der Ein- und Ausbaurkosten völlig auszuschließen. Die gesetzliche Regelung in § 439 III 3 BGB steht folglich in Widerspruch zu dem mit dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts verfolgten Grundanliegen, die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bis zum Ablauf des 31. 12. 2001 ordnungsgemäß umzusetzen (vgl. hierzu auch BT-Dr 14/6040, S. 1).

[34]cc) Damit erweist sich das Gesetz als planwidrig unvollständig (*Staudinger*, DAR 2011, 502 [503]; differenzierend *Kaiser*, JZ 2011, 980 (986); a.A. *Greiner/Benedix*, ZGS 2011, 489 [495f.]). Es liegt eine verdeckte Regelungslücke vor, weil der Wortlaut des § 439 III BGB, der ein Verweigerungsrecht bei absoluter Unverhältnismäßigkeit einschließt, keine Einschränkung für den Anwendungsbereich der Richtlinie enthält und deshalb mit dieser nicht im Einklang steht. Diese Unvollständigkeit des Gesetzes ist deswegen planwidrig, weil hinsichtlich der Einrede der Unverhältnismäßigkeit ein Widerspruch zur konkret geäußerten, von der Annahme der Richtlinienkonformität getragenen Umsetzungsabsicht des Gesetzgebers besteht (vgl. *Senat*, BGHZ 179, 27 = NJW 2009, 427 Rdnr. 25). Dass der Gesetzgeber sich – anders als bei der Schaffung des § 439 IV BGB – nicht explizit mit der Frage der Richtlinienkonformität des § 439 III 3 BGB auseinandergesetzt, sondern diese stillschweigend vorausgesetzt hat, ändert an der Planwidrigkeit der nunmehr aufgetretenen Regelungslücke nichts (a. A. *S. Lorenz*, NJW 2011, 2241 [2244]; *Greiner/Benedix*, ZGS 2011, 489 [496]). Maßgebend ist, dass das ausdrücklich angestrebte Ziel einer richtlinienkonformen Umsetzung durch die Regelung des § 439 III 3 BGB nicht erreicht worden ist und ausgeschlossen werden kann, dass der Gesetzgeber § 439 III 3 BGB in gleicher Weise erlassen hätte, wenn ihm bekannt gewesen wäre, dass die Vorschrift nicht richtlinienkonform ist.

[35]b) Die bis zu einer gesetzlichen Neuregelung bestehende verdeckte Regelungslücke ist durch eine teleologische Reduktion des § 439 III BGB für die Fälle des Verbrauchsgüterkaufs (§ 474 I 1 BGB) zu schließen. Die Vorschrift ist in solchen Fällen einschränkend dahingehend anzuwenden, dass ein Verweigerungsrecht nicht besteht, wenn nur eine Art der Nacherfüllung möglich ist oder der Verkäufer die andere Art der Nacherfüllung zu Recht verweigert. In den zuletzt genannten 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 Einbaurkosten nicht ausgehöhlt wird (*EuGH*, Slg. 1984, 1891 = NJW 1984, 2021 Rdnr. 76).

[36]c) Die hier vorgenommene Einschränkung des § 439 III BGB ist nach dem Gebot richtlinienkonformer Rechtsfortbildung erforderlich, weil ein Recht des Verkäufers, die einzig mögliche Form der Abhilfe wegen (absolut) unverhältnismäßiger Kosten zu verweigern, mit Art. 3 der Richtlinie nicht vereinbar ist. Sie belässt dem Verkäufer andererseits in Form einer Einrede die auch nach der Richtlinie zulässige Beschränkung des Ersatzes für die Kosten des Ausbaus des vertragswidrigen Verbrauchsguts und des Einbaus des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts auf einen angemessenen Betrag unter Benennung der für dessen Ermittlung maßgeblichen Umstände. Anders lässt sich der Widerspruch zwischen den gesetzgeberischen Zielen – einerseits Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit im Interesse des Verkäufers, andererseits Richtlinienkonformität – im Wege richterlicher Rechtsfortbildung nicht lösen.

[37]Zwar sind insbesondere seit Erlass der Entscheidung des *Gerichtshofs* am 16. 6. 2011 in der Literatur

anderslautende Vorschläge für eine Rechtsfortbildung zur Herstellung der Richtlinienkonformität gemacht worden. Diese setzen jedoch entweder die Vorgaben des *Gerichtshofs* nicht hinreichend um oder überschreiten die Grenzen des Gestaltungsspielraums, der den Gerichten im Rahmen der richterlichen Rechtsfortbildung zusteht (vgl. hierzu Palandt/Sprau, Einl. Rdnr. 56). Die Ausfüllung einer Regelungslücke durch die Gerichte muss in möglichst enger Anlehnung an das geltende Recht vorgenommen werden (BVerfGE 37, 67 [81] = NJW 1974, 1279 = AP GG Art. 12 Nr. 49). Darüber hinausgehende Änderungen des geltenden Rechts sind dem Gesetzgeber vorbehalten.

[38] aa) Nach dem Vorschlag von *Faust* (JuS 2011, 744 [747]), dem sich die Revision inhaltlich anschließt, soll der Verkäufer den Aus- und Einbau nach § 439 III BGB verweigern dürfen, sofern sich nicht der Verbraucher zur Beteiligung an den Kosten bereit erklärt. Dieser Ansatz erscheint jedoch insofern problematisch, als er dem Verkäufer die Möglichkeit einer völligen Verweigerung des im Rahmen der Ersatzlieferung nach § 439 I Fall 2 BGB geschuldeten Aus- und Einbaus bis zur Abgabe einer Erklärung des Verbrauchers eröffnet. Dies ist unvereinbar mit der Vorgabe des *Gerichtshofs*, die Berücksichtigung der Interessen des Verkäufers dürfe nicht dazu führen, dass die dem Verbraucher zustehenden Rechte in der Praxis ausgehöhlt werden (vgl. *EuGH*, Slg. 1984, 1891 = NJW 1984, 2021 Rdnr. 76).

[39] bb) *Förster* (ZIP 2011, 1493 [1500]) schlägt vor, § 439 III BGB mit der Maßgabe anzuwenden, dass der Verkäufer die Ersatzlieferung als einzig mögliche Art der Nacherfüllung nicht verweigern, sondern nur unter Berücksichtigung von § 439 III 2 BGB der Höhe nach angemessen herabsetzen darf. Diese Einschränkung des § 439 III BGB ist zur Erfüllung der europarechtlichen Vorgaben ebenfalls nicht ausreichend. Zum einen setzt sie nur die Aussagen des *Gerichtshofs* zum fehlenden Verweigerungsrecht bei der Ersatzlieferung um, während der *Gerichtshof* seine Ausführungen auf beide Arten der Nacherfüllung bezogen hat, also dem Verkäufer ein Verweigerungsrecht wegen unverhältnismäßiger Kosten auch dann abspricht, wenn die einzig mögliche Form der Abhilfe nicht in einer Ersatzlieferung, sondern in einer Nachbesserung besteht (*EuGH*, Slg. 1984, 1891 = NJW 1984, 2021 Rdnr. 71). Zum anderen berücksichtigt die vorgeschlagene Fassung des § 439 III BGB nicht, dass ein Verweigerungsrecht des Verkäufers hinsichtlich einer Art der Abhilfe auch

BGH: \*Ausbau und Abtransport der mangelhaften Kaufsache bei Nacherfüllung (NJW 2012, 1073) 1078 ▲

in den Fällen nicht gegeben ist, in denen die andere Art der Nacherfüllung zwar möglich ist, aber ihrerseits vom Verkäufer wegen relativer Unverhältnismäßigkeit verweigert wird. Problematisch an dem Vorschlag ist letztlich auch, dass er eine Beschränkung hinsichtlich der Ersatzlieferung insgesamt und nicht nur bezüglich der Erstattung der dabei entstehenden Aus- und Einbaukosten vorsieht. Es ist jedoch praktisch nicht durchführbar, die tatsächliche Vornahme des Ausbaus der mangelhaften Kaufsache und des Einbaus der als Ersatz gelieferten Sache auf einen angemessenen Umfang zu begrenzen (vgl. auch *Ayad/Schnell*, BB 2011, 1938 [1939]).

[40] cc) Ein anderer Lösungsansatz besteht darin, die Anwendung des § 439 III 3 Halbs. 2 BGB für die Fälle des Verbrauchsgüterkaufs ganz auszuschließen (*Purnhagen*, EuZW 2011, 626 [629 f.]; *Staudinger*, DAR 2011, 502 [506]; *S. Lorenz*, NJW 2011, 2241 [2244]). Hierbei fehlt es jedoch an einer überzeugenden rechtlichen Konstruktion, die es dem Verkäufer gleichwohl ermöglicht, den Ersatz der Ein- und Ausbaukosten auf einen angemessenen Betrag zu begrenzen. Eine solche ist jedoch erforderlich, um dem vom deutschen Gesetzgeber mit der Schaffung des § 439 III BGB verfolgten Ziel einer Berücksichtigung der Interessen des Verkäufers (vgl. BT-Dr 16/6040, S. 232) in dem europarechtlich (noch) zulässigen Umfang Rechnung zu tragen.

[41](1) Teilweise wird versucht, eine Begrenzung der Kostentragungspflicht des Verkäufers dadurch zu erreichen, dass dieser im Hinblick auf den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der als Ersatz gelieferten Kaufsache von vornherein nicht zu deren Vornahme, sondern nur zur Erstattung der dafür erforderlichen Kosten verpflichtet sein soll und diese angemessen reduziert werden können (vgl. *Pfeiffer*, LMK 2011, 321439, sowie den Alternativvorschlag von *Faust*, JuS 2011, 744). Dieser Ansatz übersieht jedoch, dass die Nacherfüllung gem. § 439 I BGB nach dem Willen des deutschen Gesetzgebers auch dazu dienen soll, dem Verkäufer die „Möglichkeit zur zweiten Andienung“ einzuräumen (BT-Dr 16/6040, S. 220; vgl. hierzu *Senat*, BGHZ 162, 219 [227 f.] = NJW 2005, 1348). Mit dem hierdurch zum Ausdruck kommenden Ziel, bereits im Rahmen des § 439 I BGB auch den Interessen des Verkäufers Rechnung zu tragen, wäre es nur schwer zu

vereinbaren, wenn der Verkäufer im Rahmen der Ersatzlieferung den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der als Ersatz gelieferten Sache nicht selbst vornehmen dürfte, sondern von vornherein dem Käufer die hierfür erforderlichen Kosten schuldet. Denn der Verkäufer wird in vielen Fällen den Aus- und Einbau günstiger bewerkstelligen können als der Käufer (vgl. *S. Lorenz*, NJW 2011, 2241 [2243]).

[42](2) Ein anderer Vorschlag geht davon aus, dass der Verkäufer zur Vornahme des Aus- und Einbaus verpflichtet sei; komme er dem nicht nach, habe der Käufer einen verschuldensunabhängigen Anspruch aus §§ 280 I und III, 281 BGB auf Erstattung der hierfür erforderlichen Kosten, wobei die Höhe auf einen angemessenen Betrag reduziert werden könne (*Purnhagen*, EuZW 2011, 626 [629]). Diese Konstruktion trägt jedoch dem gesetzgeberischen Ziel, auch die Verkäuferinteressen zu schützen, in der Praxis ebenfalls nicht hinreichend Rechnung. Es wurde bereits ausgeführt, dass eine Beschränkung der Pflicht des Verkäufers, den Aus- und Einbau tatsächlich vorzunehmen, auf einen angemessenen Umfang faktisch nicht durchführbar ist. Da der Verkäufer den Käufer rechtlich aber nicht zwingen kann, an Stelle der Vornahme der Nacherfüllung (inklusive Aus- und Einbau) Schadensersatz wegen deren Nichterfüllung zu verlangen, bliebe die allein mögliche Begrenzung des Kostenerstattungsanspruchs auf einen angemessenen Betrag für ihn praktisch wertlos. Denn ein wirtschaftlich denkender Käufer würde in den Fällen, in denen der Ausbau der mangelhaften und der Einbau der als Ersatz gelieferten Kaufsache unverhältnismäßige Kosten verursacht, nicht – den bezüglich der Aus- und Einbaukosten auf eine angemessene Höhe begrenzten – Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Nacherfüllung verlangen, sondern den Verkäufer stets auf Erfüllung seiner Ersatzlieferungspflicht (inklusive uneingeschränktem Aus- und Einbau) in Anspruch nehmen.

[43]dd) Einen anderen Weg gehen *Kaiser* und *Greiner/Benedix*, die sich in diesem Zusammenhang für eine europarechtskonforme Auslegung der Kostentragungsregelung des § 439 II BGB dahin aussprechen, dass den Käufer gegen Kostenerstattung eine Mitwirkungsobliegenheit zum Ausbau der mangelhaften und Einbau der neuen Sache trifft (*Kaiser*, JZ 2011, 985; *Greiner/Benedix*, ZGS 2011, 489 [493]). Die Rechte des Käufers sollen sich von vornherein auf einen auf die angemessenen Kosten begrenzten Erstattungsanspruch beschränken (*Kaiser*, JZ 2011, 987). Damit wird aber – zumindest faktisch – die dem Verkäufer vom deutschen Gesetzgeber ausdrücklich eingeräumte „Möglichkeit zur zweiten Andienung“ (vgl. BT-Dr 16/6040, S. 220) beschnitten. Dies wird vermieden, wenn man die Kostenerstattungspflicht als Folge einer Einrede aus dem teleologisch reduzierten § 439 III BGB ausgestaltet.

[44]d) Die dargestellte Regelungslücke besteht aus europarechtlicher Sicht zwar nur im Hinblick auf den im Verhältnis zu § 13 BGB engeren Verbraucherbegriff des Art. 1 II lit. a der Richtlinie. Die Ausfüllung der Lücke im Wege der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung ist jedoch auf alle Konstellationen des Verbrauchsgüterkaufs und damit des Verbraucherbegriffs gem. § 13 BGB zu erstrecken, weil insoweit der Einheitlichkeitswille des nationalen Gesetzgebers in Bezug auf den Verbraucherbegriff zu berücksichtigen ist (vgl. *Senat*, BGHZ 179, 27 = NJW 2009, 427 Rdnr. 27 m. w. Nachw.).

[45]e) Die vom *Senat* für den Verbrauchsgüterkauf vorgenommene teleologische Reduktion des § 439 III BGB führt schon deswegen nicht zu dessen faktischer Derogation, weil die Regelung in Fällen des Verbrauchsgüterkaufs hinsichtlich der relativen Unverhältnismäßigkeit anwendbar bleibt (a. A. *Kaiser*, JZ 2011, 986). Es bedarf deshalb hier ebenfalls keiner Erörterung, ob im Rahmen einer gemeinschaftsrechtskonformen Rechtsfortbildung auch die vollständige Nichtanwendung einer Norm gerechtfertigt sein kann (vgl. *Senat*, BGHZ 179, 27 = NJW 2009, 427 Rdnr. 29 m. w. Nachw.).

[46]f) Der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit spricht ebenfalls nicht gegen die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung.

[47] Das Prinzip der Rechtssicherheit (Art. 20 III GG) bedeutet in erster Linie Vertrauensschutz für den Bürger. Dürfte die betroffene Partei mit der Fortgeltung der bisherigen Rechtslage rechnen und verdient dieses Interesse bei einer Abwägung mit den Belangen des Vertragspartners und den Anliegen der Allgemeinheit den Vorzug, liegt ein Eingriff in rechtlich geschützte Positionen vor (*Senat*, BGHZ 179, 27 = NJW 2009, 427 Rdnr. 33 m. w. Nachw.). Das ist hier schon deshalb nicht der Fall, weil die teleologische Reduktion des § 439 III BGB sich im Rahmen vorhersehbarer Entwicklung hält. Eine uneingeschränkte Anwendung der Vorschrift konnte nicht als gesichert angesehen werden, weil ihre Richtlinienkonformität von zahlreichen Stimmen im Schrifttum zumindest problematisiert wurde (vgl. *Faust*, in: *Bamberger/Roth*, § 439 Rdnrn. 40 f.; *Doehner*, Die

vor dem Hintergrund der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, 2004, S. 242 ff.; *Glöckner*, JZ 2007, 652 [663]; *Kirsten*, ZGS 2005, 66 [67 f.]; *Leible*, in: *Gebauer/Wiedmann*, ZivilR unter europäischem Einfluss, 2. Aufl., Kap. 10 Rdnr. 89; *Pfeiffer*, ZGS 2002, 217 [218 f.]; *Staudinger/Matusche-Beckmann*, BGB, Neubearb. 2004, § 439 Rdnrn. 41 f. ; *Thürmann*, NJW 2006, 3457 [3460]; *Unberath*, ZEuP 2005, 5 [19 ff.]; *Unberath/Cziupka*, JZ 2009, 313 [315 f.]).

[48] 7. Soweit der *Gerichtshof* in seinem Urteil vom 16. 6. 2006 (NJW 2011, 2269 Rdnr. 77) ausgeführt hat, der Verbraucher müsse in Fällen der Herabsetzung des Anspruchs auf Erstattung der Aus- und Einbaukosten die Möglichkeit haben, eine angemessene Minderung des Kaufpreises oder die Vertragsauflösung zu verlangen, da die Nacherfüllung für ihn infolge der Herabsetzung mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden ist, enthält das nationale Recht in § 440 S. 1 Alt. 3 BGB eine entsprechende Regelung. Danach bedarf es der für die Geltendmachung von Rücktritt (und Schadensersatz statt der Leistung) im Regelfall notwendigen Fristsetzung zur Nacherfüllung nicht, wenn dem Käufer die ihm zustehende Art der Nacherfüllung unzumutbar ist. Die Vorschrift, die über § 441 I 1 BGB auch auf die Minderung Anwendung findet, dient ausweislich der Materialien der Umsetzung des in Art. 3 V Spiegelstrich 3 der Richtlinie erfassten Konstellation, dass eine Abhilfe mit erheblichen Unannehmlichkeiten für den Verbraucher verbunden ist (BT-Dr 14/6040, S. 233).

[49] 8. Der – auf eine angemessene Höhe begrenzte – Anspruch des Kl. auf Erstattung der für den Ausbau der mangelhaften Fliesen entstehenden Kosten setzt entgegen der Ansicht der Revision auch nicht voraus, dass der Kl. den Austausch bereits vorgenommen hat und die Kosten schon entstanden sind. Der Kl. kann vielmehr den Anspruch bereits vor Durchführung des Ausbaus in Form eines abrechenbaren Vorschusses geltend machen (so auch *Kaiser*, JZ 2011, 984). Dies ergibt sich aus dem in der Richtlinie enthaltenen Unentgeltlichkeitsgebot.

[50] Gemäß Art. 3 III der Richtlinie kann der Verbraucher vom Verkäufer die unentgeltliche Nachbesserung oder eine unentgeltliche Ersatzlieferung verlangen. Art. 3 IV der Richtlinie stellt klar, dass sich der Begriff der Unentgeltlichkeit auf alle für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts notwendigen Kosten erstreckt, insbesondere auf Versand-, Arbeits- und Materialkosten. Diese dem Verkäufer auferlegte Verpflichtung, die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts unentgeltlich zu bewirken, soll den Verbraucher vor drohenden finanziellen Belastungen schützen, die ihn in Ermangelung eines solchen Schutzes davon abhalten könnten, seine Ansprüche geltend zu machen (*EuGH*, Slg. 2008, I-2713 = NJW 2008, 1433 Rdnr. 34 – Quelle-AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände). Der Verbraucher kann daher für Kosten, die ihm im Rahmen der Nacherfüllung entstehen, aber vom Verkäufer zu ersetzen sind, auch einen Vorschuss verlangen (*Senat*, NJW 2011, 2278 Rdnr. 37).

[51] 9. Die von der Revision erhobene Rüge, das BerGer. sei verfahrensfehlerhaft zu der Ansicht gelangt, den Kl. treffe mangels Erkennbarkeit der Mangelhaftigkeit der Fliesen vor deren Verlegung kein Mitverschulden bezüglich der Höhe der durch den Ausbau entstehenden Kosten, hat der *Senat* geprüft und nicht für durchgreifend erachtet. Von einer Begründung wird gem. § 564 ZPO abgesehen.

[52] III. Nach alledem kann das Urteil des BerGer., soweit die Revision eröffnet ist, keinen Bestand haben; es ist insoweit aufzuheben. Der *Senat* hat in der Sache selbst zu entscheiden, weil keine weiteren Feststellungen erforderlich sind und die Sache damit zur Endentscheidung reif ist (§ 563 III ZPO).

[53] 1. Die Bekl. hat als Verkäuferin der mangelhaften Bodenfliesen das Recht, den Kl. hinsichtlich des allein noch in Rede stehenden Ausbaus der mangelhaften Kaufsache auf die Kostenerstattung in Höhe eines angemessenen Betrags zu verweisen. Von diesem Leistungsverweigerungsrecht hat die Bekl. im Ergebnis Gebrauch gemacht. Sie hat in ihrem letzten Schriftsatz und auch in der mündlichen Revisionsverhandlung deutlich gemacht, dass sie den Ausbau der gelieferten Bodenfliesen davon abhängig macht, dass der Kl. ihr den die angemessenen Ausbaukosten übersteigenden Geldbetrag zuschießt oder jedenfalls eine verbindliche Erklärung über eine entsprechende Kostenbeteiligung abgibt. Ein solch umfassendes Leistungsverweigerungsrecht steht der Bekl. jedoch – wie oben ausgeführt (unter II 6 c aa) – nicht zu, weil es

mit der Forderung des *Gerichtshofs* nicht in Einklang zu bringen ist, die Berücksichtigung der Interessen des Verkäufers dürfe nicht dazu führen, dass die dem Verbraucher zustehenden Rechte in der Praxis ausgehöhlt werden (vgl. *EuGH*, Slg. 2008, I-2713 = *NJW* 2008, 1433 Rdnr. 76). Das von der Bekl. geltend gemachte Leistungsverweigerungsrecht umfasst aber auch – sozusagen als Minus – die Erklärung, die Bekl. sei im Hinblick auf den hiermit verbundenen unangemessenen Kostenaufwand zu einem Ausbau der Bodenfliesen auf eigene Rechnung nicht bereit, sondern verweise den Kl. insoweit auf das Recht, die Erstattung eines angemessenen Kostenbetrags zu verlangen.

[54] b) Die Bemessung dieses Betrags kann der *Senat* selbst vornehmen. Zwar obliegt in erster Linie dem Tatrichter die Beurteilung, welcher Betrag von einem Verkäufer geschuldet ist, wenn er den Käufer hinsichtlich der bei der Nacherfüllung anfallenden Aus- und Einbaukosten auf eine Kostenbeteiligung verweist. Da vorliegend jedoch weitere Feststellungen nicht in Betracht kommen, kann der *Senat* den Anspruch des Kl. auf Erstattung der für den Ausbau und die Entsorgung der mangelhaften Bodenfliesen entstehenden Kosten abschließend bemessen. Der Anspruch ist auf insgesamt 600 Euro zu begrenzen. Dieser Betrag erscheint dem *Senat* unter Berücksichtigung der Bedeutung der Vertragswidrigkeit (optischer Mangel der Fliesen ohne Funktionsbeeinträchtigung) und des Werts der mangelfreien Sache (ca. 1200 Euro) angemessen. Der *Senat* sieht davon ab, Grenz- oder Richtwerte für die Bestimmung der angemessenen Höhe einer Beteiligung des Verkäufers an den Aus- und Einbaukosten in Fällen der Ersatzlieferung zu entwickeln; die durch die Entscheidung des *Gerichtshofs* aufgedeckte Gesetzeslücke durch eine generelle Regelung zu schließen, ist dem Gesetzgeber vorbehalten.

[55] Entgegen der Auffassung der Revision ist der Betrag nicht deshalb weiter herabzusetzen, weil der Anspruch des Kl. auf Erstattung der für den Einbau der neuen Fliesen entstehenden Kosten vorliegend bereits rechtskräftig aberkannt wurde. Die Reduzierung der Gesamtkosten für den Aus- und Einbau auf eine angemessene Höhe hat nicht durch verhältnismäßige Herabsetzung der Ausbauposten einerseits und der Einbauposten andererseits zu erfolgen. Vielmehr geht es darum, die den Verkäufer treffende Pflicht, sich an den Aus- und Einbauposten zu beteiligen, im Ergebnis auf einen angemessenen Betrag zu reduzieren. Sind – wie vorliegend – Einbauposten nicht geschuldet, stellt sich daher allein die Frage, inwieweit eine Beteiligung des Verkäufers an den Ausbauposten der Höhe nach angemessen ist.

BGH: \*Ausbau und Abtransport der mangelhaften Kaufsache bei Nacherfüllung (*NJW* 2012, 1073) 1080 ▲

[56] Da dem Kl. bereits rechtskräftig ein Betrag von 273,10 Euro – wenn auch unter dem nicht einschlägigen Gesichtspunkt der Minderung – zugesprochen worden ist, hat er Anspruch auf Zahlung weiterer 326,90 Euro.

[57] Das dem Kl. wegen einer Herabsetzung des Ersatzes für Aus- und Einbauposten zustehende Recht auf Rücktritt vom Kaufvertrag oder Minderung des Kaufpreises hat er nicht in Anspruch genommen.

[58] Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben, soweit das BerGer. der Zahlungsklage über den erstinstanzlich zuerkannten Betrag von 273,10 Euro hinaus in Höhe von mehr als weiteren 326,90 Euro – jeweils nebst Zinsen – stattgegeben hat. Die Berufung des Kl. gegen das erstinstanzliche Urteil ist insoweit zurückzuweisen.

#### **Anm. d. Schriftltg.:**

S. hierzu die Anm. *Leible/Müller*, *LMK* 2012, 330321. – Mit dem Umfang der kaufrechtlichen Nacherfüllung unter Berücksichtigung auch dieser Entscheidung befasst sich *Jaensch*, *NJW* 2012, 1025 (in diesem Heft).