

§ 439 BGB, Art. 3 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

Nacherfüllung umfasst beim Verbrauchsgüterkauf nicht zwingend den Ein- bzw. Ausbau der Kaufsache („Spülmaschinenfall“)

Schlussanträge des Generalanwalts beim EuGH vom 18.05.2010 – C-87/09

Leitsatz

Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist dahin auszulegen, dass der Verkäufer im Fall der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands eines Verbrauchsguts, das der Verbraucher entsprechend seiner Art und seinem Verwendungszweck eingebaut und in eine andere Sache eingefügt hat, durch Ersatzlieferung nicht verpflichtet ist, die Kosten für die Entfernung/den Ausbau des mangelhaften Verbrauchsguts und den Einbau/die Einfügung des mangelfreien Verbrauchsguts zu tragen, sofern der Verkäufer nach dem Kaufvertrag nicht zum Einbau der Kaufsache verpflichtet war.

(Leitsatz des Bearbeiters)

Zu den Parallelanträgen des Generalanwalts im „Bodenfliesen“-Vorlageverfahren siehe in diesem Heft S. 418 ff.

Fall

Die Klägerin macht gegen die Beklagte Ansprüche aus einem Rücktritt von einem Kaufvertrag geltend. Die Klägerin bestellte als Verbraucherin bei der Beklagten als Unternehmerin über das Internet eine neue Spülmaschine zum Preis von 367 € zuzüglich Nachnahmekosten von 9,52 €. Vereinbart wurde eine Lieferung bis vor die Haustüre. Die Beklagte lieferte die Kaufsache am 25.04.2008 und die Klägerin bezahlte bei Lieferung den Kaufpreis. Nachdem die Klägerin hierauf die Spülmaschine anderweitig bei sich in der Wohnung hatte montieren lassen, stellte sich ein Mangel heraus. Diesen reklamierte sie gegenüber der Beklagten und ein von dieser beauftragter Monteur stellte fest, dass es sich nicht um einen Montagefehler handelte, sondern der Mangel an der Maschine selbst lag. Eine Beseitigung des Mangels ist unstrittig nicht möglich, weshalb zur Nacherfüllung nur die Lieferung einer mangelfreien Sache in Betracht kommt. Ein Verschulden der Beklagten liegt nicht vor. Die Klägerin und die Beklagte einigten sich zum Zwecke der Mängelbeseitigung auf die Lieferung einer mangelfreien Ersatzsache durch die Beklagte. Die Klägerin verlangte von der Beklagten mit E-Mail vom 13.06.2008, dass diese die nachzuliefernde Spülmaschine nicht nur anliefert, sondern auch den Austausch in der Küche der Klägerin vornimmt, das heißt, die mangelhafte Maschine ausbaut und die neue Maschine einbaut. Mit E-Mail vom 17.06.2008 weigerte sich die Beklagte, die mangelhafte Kaufsache aus- und die nachgelieferte Sache einzubauen. Mit Anwaltsschreiben vom 02.07.2008 ließ die Klägerin die Beklagte dazu auffordern, die Nacherfüllung bis zum 07.07.2008 durchzuführen beziehungsweise zu erklären, sie werde die Aus- und Einbaukosten, die der Klägerin entstehen, wenn sie einen Monteur beauftrage, tragen. Als die Beklagte hierauf nicht reagierte, trat die Klägerin mit Anwaltsschreiben vom 14.07.2008 vom Kaufvertrag zurück. Sie verlangt nunmehr die Rückerstattung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Übergabe der mangelhaften Spülmaschine. Zu Recht?

Entscheidung

I. Ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Rückzahlung des Kaufpreises kann sich aus **§§ 437 Nr. 2, 440, 323, 346 Abs. 1 BGB** ergeben.

1. Zwischen den Parteien besteht ein **wirksamer Kaufvertrag** über die Spülmaschine.

2. Weiter ist es unstrittig, dass die Spülmaschine **im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelhaft** war, § 434 BGB.

3. Ferner müsste die Klägerin **im Zeitpunkt des Fristablaufs einen fälligen und durchsetzbaren Nacherfüllungsanspruch** gehabt haben. Unstrittig hatte die Klägerin einen fälligen und durchsetzbaren Anspruch auf Ersatzlieferung einer neuen Spülmaschine, § 439 Abs. 1, 2. Var. BGB.



4. Die Klägerin müsste der Beklagten schließlich **erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt haben bzw. die Fristsetzung müsste entbehrlich** gewesen sein. Die Klägerin hat ausdrücklich eine Nachfrist gesetzt, die die Beklagte ungenutzt verstreichen ließ. Fraglich ist allerdings, ob die Fristsetzung angesichts der Aufforderung der Klägerin, die Spülmaschine ein- bzw. auszubauen, wirksam war. Es ist anerkannt, dass eine „Zuvielforderung“ nur dann eine wirksame Fristsetzung darstellt, wenn der Gläubiger zu erkennen gibt, ggfs. auch eine Minderleistung – hier also nur die Lieferung der Spülmaschine – zu akzeptieren (vgl. AG Schorndorf, Beschl. v. 25.02.2009 – 2 C 818/08, ZGS 2009, 525 ff.; Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl. 2010, § 323 Rdnr. 13). Da die Klägerin aber ausdrücklich auch den Aus- bzw. Einbau verlangte, wäre die Fristsetzung nur wirksam, wenn die Beklagte im Rahmen der Nacherfüllung auch den Aus- bzw. Einbau schuldet.

a) Ausbau der mangelhaften Spülmaschine

Eine Verpflichtung der Beklagten, die Kosten des Ausbaus zu tragen, könnte sich aus einer **Verpflichtung der Beklagten, die Kaufsache zurückzunehmen**, ergeben. Gemäß § 439 Abs. 4 BGB i.V.m. § 346 BGB steht dem Verkäufer im Fall der Ersatzlieferung grundsätzlich ein Anspruch auf Rückgabe der mangelhaften Kaufsache zu. Damit korrespondiert nach der Rspr. des BGH ein Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer auf **Rücknahme der mangelhaften Kaufsache** („Dachziegelfall“, BGHZ 87, 104). Soweit der BGH im Bodenfliesenfall (BGH, Beschl. v. 14.01.2009 – VIII ZR 70/08, RÜ 2010, 142) einen Rücknahmeanspruch des Käufers und damit verbunden eine Kostentragungspflicht des Verkäufers abgelehnt hat, beruhte dies nur darauf, dass die Bodenfliesen gemäß §§ 946, 93, 94 Abs. 2 BGB wesentliche Bestandteile des Hauses des Käufers geworden waren, sodass auch kein Anspruch des Verkäufers auf Rückgabe der mangelhaften Fliesen bestand, § 346 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Die Spülmaschine ist vorliegend aber nicht wesentlicher Bestandteil der Einbauküche der Klägerin geworden, sodass die Klägerin grundsätzlich die Rücknahme der Spülmaschine und deren Ausbau von der Beklagten verlangen kann.

b) Einbau der mangelfreien Spülmaschine

aa) Nach Teilen der Rspr. und der Lit. (OLG Karlsruhe ZGS 2004, 432; ebenso Terrahe VersR 2004, 680 ff.; Bamberger/Roth/Faust, BGB, 2. Aufl. 2007, § 439 Rdnr. 18) soll der Käufer durch die Nacherfüllung in die Lage versetzt werden, mit der Sache so zu verfahren, als wäre diese mangelfrei gewesen. Damit sei im Rahmen der Nacherfüllung die Herstellung des **Zustands** geschuldet, **in dem sich die Sache befände, wenn sie mangelfrei gewesen wäre**. Zudem sei anerkannt, dass **Erfüllungsort für die Nacherfüllung der Belegenheitsort der Kaufsache** sei. Zur Nacherfüllung würde daher auch der Einbau einer Kaufsache gehören, wenn die mangelhafte Sache vom Käufer bestimmungsgemäß eingebaut worden sei.

bb) Die Gegenansicht (Lorenz ZGS 2004, 408 f.; in der Argumentation folgend OLG Köln, Urte. v. 21.12.2005 – 11 U 46/05, RÜ 2006, 232) lehnt dies ab. Zu beachten sei nämlich, dass sich die geschuldete Nacherfüllung auf die **Nachlieferung einer mangelfreien Kaufsache** beschränke. Der Einbau der Kaufsache sei demgegenüber gerade nicht Bestandteil der Verkäuferpflichten aus §§ 433, 434 BGB.

cc) Auch der **BGH** (BGH, Urte. v. 15.07.2008 – VIII ZR 211/07, RÜ 2008, 549 „Parkettstäbeffall“) hat sich grundsätzlich **gegen eine Einbaupflicht des Verkäufers** ausgesprochen:

Bei den Nacherfüllungsansprüchen aus § 439 Abs. 1 BGB handelt es sich um **Modifikationen des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs aus § 433 Abs. 1 BGB**. Bei der Lieferung einer mangelfreien Sache decken sich der Nacherfüll-

Anders als das AG Schorndorf in seinem Vorlagebeschluss (Beschl. v. 25.02.2009 – 2 C 818/08, ZGS 2009, 525 ff.) meint, kommt es daher für die Frage der Tragung der Ausbaukosten im Spülmaschinenfall – anders als im Bodenfliesenfall – nicht auf eine etwaige richtlinienkonforme Auslegung an.

lungsanspruch und der ursprüngliche Erfüllungsanspruch hinsichtlich der vom Verkäufer geschuldeten Leistungen. Es ist lediglich anstelle der ursprünglich gelieferten mangelhaften Kaufsache nunmehr eine mangelfreie Sache zu liefern. Der Verkäufer schuldet nochmals die **Übergabe und die Verschaffung des Eigentums an einer mangelfreien Sache** – nicht weniger, aber auch nicht mehr.

Durch die Nacherfüllung muss auch nicht gewährleistet werden, dass der **Zustand** hergestellt wird, in dem sich die Kaufsache befände, wenn sie von Anfang an mangelfrei gewesen wäre. **Vermögensschäden** oder **Aufwendungen**, die dem Käufer dadurch entstehen, dass der Verkäufer seine Pflicht aus § 433 Abs. 1 S. 2 BGB, dem Käufer eine mangelfreie Sache zu verschaffen, nicht schon beim ersten Erfüllungsversuch, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt erfüllt, sind nicht im Zuge der Nacherfüllung zu beseitigen oder auszugleichen, sondern nur im Rahmen eines **Schadensersatz- oder Aufwendungsersatzanspruchs nach § 437 Nr. 3 i.V.m. §§ 280 ff. BGB**.

dd) Dem steht bei einem Verbrauchsgüterkaufvertrag auch **Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie** nicht entgegen:

*„47. Im Einzelnen kann der Verbraucher nach dem System der Abhilfen gemäß der Richtlinie zunächst durch die erfüllungsorientierten Abhilfen der Nachbesserung und der Ersatzlieferung vom Verkäufer verlangen, die Vertragsgemäßheit der mangelhaften Güter herzustellen. In dieser Weise wird das ursprüngliche **Synallagma** des Kaufvertrags wiederhergestellt, und der Verbraucher erhält die vertraglich vereinbarte Leistung. Da diese Lösung dem Hauptinteresse der Vertragsparteien dient, wird ihr nach der Richtlinie der Vorrang vor der Minderung des Kaufpreises oder der Vertragsauflösung gegeben.*

48. Diese letzteren, hilfsweise zur Verfügung stehenden Abhilfen sind jedoch durch eine gegenseitige Aufgabe von Vorteilen gekennzeichnet. So wird der Ausgleich der jeweiligen Interessen des Verbrauchers und des Verkäufers, der durch die mangelhafte Lieferung des Verkäufers eine Störung erfahren hat, entweder durch eine entsprechende Minderung der Verpflichtungen des Verbrauchers – die Minderung des Kaufpreises – oder durch die Befreiung beider Parteien von ihren vertraglichen Leistungsverpflichtungen im Wege der Auflösung wiederhergestellt.

*49. Jedenfalls kann festgestellt werden, dass in dem einen wie dem anderen Fall **die Rechte des Verbrauchers, wie ich es sehe, grundsätzlich durch die im Kaufvertrag vereinbarten Verpflichtungen begrenzt sind.** [...]*

55. ... die in Art. 3 der Richtlinie den Verbrauchern gewährten Ansprüche zielen darauf, der Vertragswidrigkeit im Vergleich zu dem, was dem Verbraucher ursprünglich nach dem Kaufvertrag geschuldet war, nämlich dem Verbraucher mangelfreie Güter zu verschaffen, abzuwenden.

56. Diese Haftung des Verkäufers für mangelhafte Leistung oder – detaillierter – für Mängel des Verbrauchsguts selbst, denen die dem Verbraucher von der Richtlinie gebotenen Abhilfen gelten und aufgrund deren der Verkäufer verpflichtet ist, durch unentgeltliche Nachbesserung oder Ersatzlieferung (verspätet) den dem Verbraucher ursprünglich geschuldeten Zustand herzustellen, ist meiner Auffassung nach von einer möglichen Haftung – wie sie in diesem Fall angeregt wird – für weiter vorzunehmende Arbeiten oder entsprechende Kosten zu unterscheiden, die im Zusammenhang mit einem vertragswidrigen Verbrauchsgut, jedoch nach dem von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie in Bezug genommenen Zeitpunkt der Lieferung und nach der Verwendung, der es der Verbraucher zugeführt hat, angefallen sind.

*57. Diese letztere, umfassendere Form der Haftung **würde**, wie die Kommission vorgeschlagen hat, somit **den Verkäufer verpflichten, den Verbraucher so zu stellen, wie er zu einem bestimmten Zeitpunkt nach der Lieferung stünde, wenn ihm das Verbrauchsgut mangelfrei geliefert worden wäre**; das bedeu-*

Artikel 3 Richtlinie 1999/44/EG Rechte des Verbrauchers [Auszug]

(2) Bei Vertragswidrigkeit hat der Verbraucher entweder Anspruch auf die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung nach Maßgabe des Absatzes 3 oder auf ...

(3) ... Die Nachbesserung oder die Ersatzlieferung muss innerhalb einer angemessenen Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen, wobei die Art des Verbrauchsgutes sowie der Zweck, für den der Verbraucher das Verbrauchsgut benötigte, zu berücksichtigen sind.



tet für den vorliegenden Fall, ihn so zu stellen, dass die mangelhafte Spülmaschine, die vom Verbraucher eingebaut worden ist, aus der betreffenden Sache ausgebaut und die neue mangelfreie Spülmaschine eingebaut wird. **Diese Haftung würde folglich, wie mehrere Beteiligte ausgeführt haben, auf Umstände und Tatsachen erweitert, die nach Gefahrübergang auf den Verbraucher eingetreten sind, die daher von seinem Willen abhängen und insbesondere von der Verwendung, der er das fragliche Verbrauchsgut zuführt.** [...]

59. Wie die deutsche Regierung ausgeführt hat, sind daher die Kosten, die dem Verbraucher durch den Ausbau einer mangelhaften Sache oder dadurch entstehen, dass er die Einbaukosten zweimal zu tragen hat, nämlich für die mangelhafte Sache und dann noch einmal für die mangelfreie Ersatzsache, nach deutschem **Schadensersatzrecht** ersatzfähig, allerdings unter den hierfür geltenden Voraussetzungen, zu denen **Verschulden** gehört. [...]

66. Ich meine auch, dass dieses Ergebnis nicht durch das Erfordernis der ‚Unentgeltlichkeit‘ in Frage gestellt wird, das gemäß Art. 3 Abs. 3 und 4 der Richtlinie mit der Verpflichtung des Verkäufers verbunden ist, die Vertragsmäßigkeit der Güter durch Ersatzlieferung herzustellen. Dieses Erfordernis legt die Bedingungen fest, zu denen der Verkäufer die dem Verbraucher geschuldete Herstellung der Vertragsmäßigkeit anbieten und leisten muss, nämlich unentgeltlich, kann jedoch die bestehende Abhilfe selbst nicht substantiell erweitern. ...“

Demnach schuldet die Beklagte nicht den Einbau der neuen Spülmaschine.

Die Klägerin hat mit ihrem Verlangen nach einem Ein- bzw. Ausbau der Spülmaschine daher von der Beklagten zu viel verlangt, sodass keine wirksame Fristsetzung vorliegt.

Die Voraussetzungen des Rücktritts lagen demnach nicht vor.

II. Ergebnis: Die Klägerin kann von der Beklagten keine Rückzahlung des Kaufpreises aus **§§ 437 Nr. 2, 440, 323, 346 Abs. 1 BGB** verlangen.

Ein Fall von allergrößter Examensbedeutung! Auch der Generalanwalt – dessen Anträgen der EuGH in aller Regel folgt – weist in seinen Schlussanträgen auf die Bedeutung der zu entscheidenden Rechtsfragen hin. Sie können daher sicher sein, dass die Frage des Ersatzes von Aus- und Einbaukosten demnächst wieder – in den unterschiedlichsten Sachverhaltskonstellationen – Gegenstand von Examensklausuren sein wird. Die hier dargestellte Lösung ist natürlich noch mit Vorsicht zu genießen, da die Entscheidungen des EuGH und nachfolgend des AG Schorndorf noch ausstehen.

Wenn sich der EuGH den Anträgen des Generalanwalts anschließt, muss das Problem der Ersatzfähigkeit von Aus- und Einbaukosten also rein national gelöst werden:

- Der BGH hat für das deutsche Kaufrecht entschieden, dass die **Einbaukosten** grundsätzlich **nicht** vom Verkäufer zu tragen sind (BGH, Urt. v. 15.07.2008 – VIII ZR 211/07, RÜ 2008, 549 „**Parkettstäbefall**“).
- **Ausbaukosten** hat der Verkäufer nach Ansicht des BGH jedenfalls dann nicht zu tragen, wenn die Kaufsache wesentlicher Bestandteil einer käufer-eigenen Sache geworden ist und deshalb auch kein Rücknahmeanspruch des Verkäufers aus §§ 439 Abs. 4, 346 ff. BGB besteht (BGH, Beschl. v. 14.01.2009 – VIII ZR 70/08, RÜ 2010, 142 „**Bodenfliesenfall**“). In Übereinstimmung mit der älteren BGH-Rspr. besteht aber ein Anspruch auf Ersatz der Ausbaukosten, wenn dem Verkäufer ein Rücknahmeanspruch zusteht (BGHZ 87, 104 „**Dachziegelfall**“).

§ 439 BGB, Art. 3 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

Leistungsverweigerungsrecht wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllungskosten gilt auch beim Verbrauchsgüterkauf („Bodenfliesenfall“)

Schlussanträge des Generalanwalts beim EuGH vom 18.05.2010 – C-65/09

Leitsatz

Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, wonach ein Verkäufer, der vertragswidrige Verbrauchsgüter verkauft hat, in einem Fall, in dem eine Nachbesserung der mangelhaften Güter unmöglich ist, die vom Verbraucher gewählte alternative Abhilfemöglichkeit der Ersatzlieferung für diese Güter verweigern kann, wenn diese Abhilfe unverhältnismäßig wäre, weil sie dem Verkäufer – verglichen mit dem Wert der mangelfreien Güter und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit – unzumutbare Kosten verursachen würde.

(Leitsatz des Bearbeiters)

Zu den Parallelanträgen des Generalanwalts im „Spülmaschinen“-Vorlageverfahren siehe in diesem Heft S. 414 ff.

Fall (vgl. schon RÜ 2008, 352 ff. und RÜ 2009, 142 ff.)

Der Kläger kaufte bei der Beklagten, die einen Baustoffhandel betreibt, 45,36 m polierte Bodenfliesen des italienischen Herstellers X zum Preis von 1.382,27 € einschließlich Umsatzsteuer. Er holte die Fliesen bei der Beklagten ab und ließ sie dann in seinem Privathaus verlegen. Nach Erledigung der Arbeiten zeigten sich auf dem Fliesenbelag Schattierungen, die mit bloßem Auge zu erkennen sind und die aussehen, als hätten die Fliesen Schmutzflecken. Ein Gutachter stellte fest, dass Abhilfe nur durch einen kompletten Austausch der Bodenfliesen geschaffen werden könne, da es sich um feine Mikroschleifspuren in der Oberfläche handele, die auf einen Herstellungsfehler zurückzuführen seien. Die Kosten für die Beseitigung des vorhandenen Fliesenbelag bezifferte ein Sachverständiger mit 2.122,37 €. Die Beklagte berief sich auf die Unverhältnismäßigkeit der zur Nacherfüllung erforderlichen Kosten. Der Kläger verlangt von der Beklagten die Lieferung neuer Fliesen (Selbstkostenpreis rund 1.200 €) sowie Ausbau der mangelhaften Fliesen. Zu Recht?

Entscheidung

I. Ein Anspruch des Klägers auf Lieferung mangelfreier Bodenfliesen und Ausbau der mangelhaften Fliesen könnte sich aus **§§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1, 2. Var. BGB** ergeben.

1. Der Kläger und die Beklagte haben einen **wirksamen Kaufvertrag** über 45,36 m polierte Bodenfliesen geschlossen.

2. Die Fliesen müssten **bei Gefahrübergang mangelhaft** gewesen sein. Eine Kaufsache ist mangels vereinbarter Beschaffenheit oder nach dem Vertrag vorausgesetzter Verwendung mangelhaft, wenn sie sich nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet oder eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art unüblich ist, **§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB**. Sämtliche Fliesen weisen Schleifspuren auf und weichen deshalb von der üblichen Beschaffenheit neuer polierter Fliesen ab. Die Fliesen waren mit diesem herstellungsbedingten Fehler auch schon im Zeitpunkt des Gefahrübergangs behaftet.

3. Fraglich ist, ob die Beklagte die vom Kläger verlangte Nacherfüllung in Form der Nachlieferung verweigern kann, weil diese nur mit **unverhältnismäßigen Kosten i.S.d. § 439 Abs. 3 BGB** möglich ist.

a) Dies wäre gemäß § 439 Abs. 3 S. 2 BGB der Fall, wenn auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte (sog. **relative Unverhältnismäßigkeit**). Eine Nacherfüllung in Form der Mangelbeseitigung kommt vorliegend aber nicht in Betracht, da die Beseitigung der Schleifspuren unmöglich ist, § 275 Abs. 1 BGB. Die Beklagte schuldet daher von vornherein nur Nacherfüllung in Form der Lieferung einer mangelfreien Sache.



b) Ein Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten würde daher nur bestehen, wenn die Lieferung neuer Fliesen mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden wäre (sog. **absolute Unverhältnismäßigkeit**). Wie aus **§ 439 Abs. 3 S. 3, 2. Halbs. BGB und § 440, 1. Var. BGB** folgt, sieht jedenfalls das deutsche Recht auch ein solches „Totalverweigerungsrecht“ des Verkäufers vor.

aa) Fraglich ist jedoch, ob im Anwendungsbereich eines Verbrauchsgüterkaufvertrages überhaupt eine Berufung auf eine absolute Unverhältnismäßigkeit möglich ist oder ob eine richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs. 3 BGB der Annahme einer absoluten Unverhältnismäßigkeit bei Verbrauchsgüterkaufverträgen entgegensteht.

(1) Nach **Art. 3 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie** kann der Verbraucher vom Verkäufer im Falle der Vertragswidrigkeit des gelieferten Vertragsgutes die unentgeltliche Nachbesserung des Verbrauchsgutes oder eine unentgeltliche Ersatzlieferung zwar nur verlangen, sofern dies nicht unmöglich oder unverhältnismäßig ist (Unterabs. 1). Eine Abhilfe gilt aber nur dann als unverhältnismäßig, wenn sie „Kosten verursachen würde, die verglichen mit der alternativen Abhilfemöglichkeit unzumutbar wären“ (Unterabs. 2). Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie sieht damit seinem Wortlaut nach – im Gegensatz zu § 439 Abs. 3 BGB – nur die **relative Unverhältnismäßigkeit** vor.

(2) **Nach Ansicht des Generalanwalts steht diese Formulierung der Richtlinie einem Verweigerungsrecht des Verkäufers bei absoluter Unverhältnismäßigkeit der Kosten aber nicht entgegen:**

„79. Nach Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 der Richtlinie kann der Verbraucher ... ‚zunächst‘ vom Verkäufer verlangen, die Vertragsgemäßheit der Güter durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung herzustellen. Sodann stehen, wie sich aus Art. 3 Abs. 5 der Richtlinie ergibt, die Abhilfen der Minderung des Kaufpreises und der Vertragsauflösung dem Verbraucher zur Verfügung, wenn er ‚weder Anspruch auf Nachbesserung noch auf Ersatzlieferung hat‘ oder wenn der Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist oder ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher eine solche Abhilfe geschaffen hat.

80. Insoweit hat der Verbraucher, wie sich eindeutig aus Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 der Richtlinie ergibt, Anspruch auf die erfüllungsorientierten Abhilfen der Nachbesserung oder der Ersatzlieferung, ‚sofern dies nicht unmöglich oder unverhältnismäßig ist‘.“

81. Meiner Ansicht nach folgt aus dieser Bestimmung eindeutig, dass diese Voraussetzung für jede Abhilfe auf der ‚primären Ebene‘ gilt, so dass die Abhilfe – unabhängig davon, ob der Verbraucher nun Nachbesserung oder Ersatzhilfe wählt – in beiden Fällen möglich und verhältnismäßig sein muss; ist dies nicht gegeben, kann der Verkäufer die primären Abhilfen verweigern, und die Wahl des Verbrauchers beschränkt sich auf Minderung des Kaufpreises oder Vertragsauflösung.

82. Zwar scheint der Wortlaut von Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 2 der Richtlinie, wonach die Verhältnismäßigkeit einer Abhilfe unter Heranziehung der ‚alternativen Abhilfemöglichkeit‘ zu bestimmen ist, darauf hinzuweisen, dass das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit nur die Wahl zwischen den beiden primären Abhilfen und nicht die Wahl zwischen diesen Abhilfemöglichkeiten und der Minderung des Kaufpreises oder der Vertragsauflösung betrifft.

83. Diese Auslegung ist jedoch nicht zwingend und sollte nicht nur im Licht der vorgenannten Bestimmungen des Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 zurückgewiesen werden.

84. Wäre die Richtlinie tatsächlich, im Einklang mit einer solchen Auslegung, dahin zu verstehen, dass der Verbraucher, wenn – wie im Ausgangsverfahren – eine der beiden primären Abhilfemöglichkeiten in Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie unmöglich

Artikel 3 Richtlinie 1999/44/EG Rechte des Verbrauchers [Auszug]

(3) Zunächst kann der Verbraucher vom Verkäufer die unentgeltliche Nachbesserung des Verbrauchsgutes oder eine unentgeltliche Ersatzlieferung verlangen, sofern dies nicht unmöglich oder unverhältnismäßig ist.

Eine Abhilfe gilt als unverhältnismäßig, wenn sie dem Verkäufer Kosten verursachen würde, die

- angesichts des Werts, den das Verbrauchsgut ohne die Vertragswidrigkeit hätte,
- unter Berücksichtigung der Bedeutung der Vertragswidrigkeit und
- nach Erwägung der Frage, ob auf die alternative Abhilfemöglichkeit ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher zurückgegriffen werden könnte,

verglichen mit der alternativen Abhilfemöglichkeit unzumutbar wären. ...

wäre, die andere Abhilfemöglichkeit wählen könnte, unabhängig davon, ob sie verhältnismäßig ist oder nicht, **so wäre der Anwendungsbereich der subsidiären Abhilfen der Minderung des Kaufpreises und der Vertragsauflösung nach Art. 3 Abs. 5 der Richtlinie offensichtlich sehr begrenzt, nämlich auf Fälle, in denen sowohl Nachbesserung als auch Ersatzlieferung unmöglich sind.**

85. Meiner Auffassung nach ließe eine solche Auslegung **die Interessen des Verkäufers in unangemessener Weise außer Acht und schüfe daher keinen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen des Verbrauchers und des Verkäufers.** Dass sich diese Auslegung nicht ohne Inkaufnahme inakzeptabler Härtefälle für den Verkäufer vertreten lässt, hat auch die Kommission anerkannt, die ausgeführt hat, dass in Extremfällen bei grobem Missverhältnis Ausnahmen gemacht werden könnten.“

Um die **Einbaukosten** ging es im Bodenfliesenfall nicht. Insbesondere deshalb hatte das AG Schorndorf ebenfalls einen Vorlagebeschluss erlassen, der sich neben dem Ausbau- auch mit den Einbaukosten befasst.

bb) Maßgeblich ist damit, ob es sich vorliegend um einen Fall der **absoluten Unverhältnismäßigkeit** handelt. Insoweit kommt es entscheidend darauf an, ob die Beklagte im Rahmen der Nacherfüllung neben der Lieferung neuer Fliesen auch den **Ausbau der mangelhaften Fliesen** schuldet.

(1) Gemäß § 439 Abs. 4 BGB i.V.m. § 346 BGB steht dem Verkäufer im Fall der Ersatzlieferung grundsätzlich ein **Anspruch** auf Rückgabe der mangelhaften Kaufsache zu. Damit korrespondiert nach der Rspr. des BGH ein **Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer auf Rücknahme der mangelhaften Kaufsache** („Dachziegelfall“, BGHZ 87, 104). Dieser Anspruch ist jedoch vorliegend gemäß § 346 Abs. 2 Nr. 2 BGB ausgeschlossen, da die eingebauten Bodenfliesen gemäß §§ 946, 93, 94 Abs. 2 BGB wesentliche Bestandteile des Hauses des Käufers geworden sind (BGH, Beschl. v. 14.01.2009 – VIII ZR 70/08, RÜ 2009, 142).

(2) Auch eine **richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs. 3 BGB** erfordert nicht, dem Verkäufer die Kosten des Ausbaus der mangelhaften Sache aufzuerlegen. Vielmehr sind die – verschuldensunabhängigen – Rechte des Käufers auch nach der Richtlinie durch die im Kaufvertrag übernommenen Pflichten begrenzt, zu denen weder der Ein- noch der Ausbau der Kaufsache gehört (**ausführlich zur insoweit wortgleichen Begründung des Generalanwalts die Ausführungen im „Spülmaschinenfall“, RÜ 2010, 414 ff.**).

Demgemäß entsprechen die Kosten der Nachlieferung neuer Fliesen dem Interesse des Käufers an mangelfreien Fliesen, sodass keine Unverhältnismäßigkeit i.S.d. § 439 Abs. 3 BGB besteht.

Ergebnis: Der Kläger kann von der Beklagten die **Lieferung mangelfreier Bodenfliesen** gemäß **§§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1, 2. Var. BGB** verlangen, **nicht jedoch Ausbau der mangelhaften Fliesen.**

Auf die Frage, wie die Grenze der absoluten Unverhältnismäßigkeit zu bestimmen ist und mit welchem Interesse des Käufers die Nacherfüllungsaufwendungen zu vergleichen sind (Interesse an mangelfrei gelieferten Fliesen oder Interesse an mangelfrei verlegten Fliesen) kommt es nicht an, wenn der Verkäufer nur die Lieferung von Bodenfliesen und nicht den Ausbau der mangelhaften Fliesen schuldet; zu diesen Fragen siehe BGH, Beschl. v. 14.01.2009 – VIII ZR 70/08, RÜ 2009, 142.

Neben der Frage des Ersatzes von Aus- und Einbaukosten (dazu die Entscheidung RÜ 2010, 414 ff. in diesem Heft) ist auch die Frage der absoluten Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung ein Thema mit Examensgarantie. Der Generalanwalt ist – übereinstimmend mit dem BGH – der Ansicht, dass die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie der Annahme einer absoluten Unverhältnismäßigkeit nicht entgegensteht. Als Faustregel hat der BGH formuliert, dass **absolute Unverhältnismäßigkeit** – jedenfalls soweit kein Verschulden des Verkäufers vorliegt – anzunehmen ist, wenn die **Kosten der Nacherfüllung 150% des Werts der Sache im mangelfreien Zustand oder 200% des mangelbedingten Minderwerts übersteigen** (BGH, Beschl. v. 14.01.2009 – VIII ZR 70/08, RÜ 2009, 142).

Dr. Till Veltmann