

§§ 346–348, 439 Abs. 4 BGB, Art. 3 Abs. 2 Richtlinie 1999/44/EG (Verbrauchsgüterkaufrichtlinie)

Kein Nutzungersatz bei Ersatzlieferung beim Verbrauchsgüterkaufvertrag

BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05

Fall

Im Sommer 2002 bestellte die Käuferin K für ihren privaten Gebrauch bei Händler V ein sogenanntes „Herd-Set“ zum Preis von 524,90 €. Die Ware wurde im August 2002 geliefert. Im Januar 2004 stellte die Käuferin fest, dass sich aufgrund eines Herstellungsfehlers an der Innenseite des zu dem „Herd-Set“ gehörenden Backofens die Emailleschicht abgelöst hatte. Da eine Reparatur des Gerätes nicht möglich war, tauschte V den Backofen vereinbarungsgemäß noch im Januar 2004 aus. Das ursprünglich gelieferte Gerät gab die K zurück. Für dessen Nutzung verlangte V eine Vergütung von 69,97 €, die K zunächst auch an V überwies. Nach Beratung durch einen Verbraucherschutzverband verlangt K Rückzahlung. Zu Recht?

Entscheidung

K kann gegen V ein Anspruch auf Rückzahlung der 69,97 € gemäß **§ 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB** haben.

I. V hat durch die Banküberweisung eine Gutschrift auf seinem Konto und damit einen Auszahlungsanspruch gegen seine Bank von 69,97 € **erlangt**.

II. Dies ist durch eine bewusste und zweckgerichtete Vermögensmehrung seitens der K und damit durch **Leistung** im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB geschehen.

III. Fraglich ist, ob für diese Leistung von Anfang an der **Rechtsgrund** fehlte.

1. Rechtsgrund für die Zahlung könnte ein entsprechender **Nutzungersatzanspruch** des V gegen K gemäß **§§ 439 Abs. 4, 346 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB** für die Benutzung des inzwischen zurückgenommenen „Herd-Sets“ sein.

a) K und V haben einen **wirksamen Kaufvertrag** über das „Herd-Set“ geschlossen.

b) Das „Herd-Set“ müsste **mangelhaft** gewesen sein. Dies ist nach **§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB** jedenfalls dann der Fall, wenn es sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet oder keine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Vorliegend löst sich bei dem Backofen infolge einer Herstellungsfehlers die innere Emailleschicht. Dies ist keine für einen neuen Backofen übliche Beschaffenheit. Da das Lösen der Emailleschicht auf einen Herstellungsfehler zurückzuführen ist, lag die Beschaffenheitsabweichung auch bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vor, sodass der Herd mangelhaft ist.

c) Damit stand der K ein **Nacherfüllungsanspruch** zu, § 439 Abs. 1 BGB. Zu dessen Erfüllung hat V einen neuen (mangelfreien) Herd geliefert.

d) Gemäß **§ 439 Abs. 4 BGB** steht dem Verkäufer ein Anspruch auf „**Rückgewähr der mangelhaften Sache nach Maßgabe der §§ 346–348 BGB**“ zu. Fraglich und umstritten ist, ob § 439 Abs. 4 BGB auch auf § 346 Abs. 1, 2. Var. BGB verweist, wonach auch die gezogenen Nutzungen herauszugeben sind bzw. nach § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB insoweit Wertersatz zu leisten ist.

Leitsätze

a) Der von der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften geprägte Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung verlangt von den nationalen Gerichten über eine Gesetzesauslegung im engeren Sinne hinaus auch, das nationale Recht, wo dies nötig und möglich ist, richtlinienkonform fortzubilden.

b) Eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion setzt eine verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes voraus; eine solche planwidrige Unvollständigkeit kann sich daraus ergeben, dass der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung ausdrücklich seine Absicht bekundet hat, eine richtlinienkonforme Regelung zu schaffen, die Annahme des Gesetzgebers, die Regelung sei richtlinienkonform, aber fehlerhaft ist.

c) § 439 Abs. 4 BGB ist unter Beachtung des Urteils des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 17.04.2008 (Rs. C-404/06, NJW 2008, 1433 – Quelle AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände) im Wege der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung in Fällen des Verbrauchsgüterkaufs (§ 474 Abs. 1 S. 1 BGB) einschränkend anzuwenden: Die in § 439 Abs. 4 BGB in Bezug genommenen Vorschriften über den Rücktritt (§§ 346–348 BGB) gelten in diesen Fällen nur für die Rückgewähr der mangelhaften Sache selbst, führen hingegen nicht zu einem Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen oder auf Wertersatz für die Nutzung der mangelhaften Sache.

Bei der **Auslegung** handelt es sich um eine **Interpretation** von Gesetzen. Maßgeblich ist nach h.M. der im Gesetzeswortlaut objektivierte Wille des Gesetzgebers.

Auslegungsmethoden sind

- die **grammatische** Auslegung (Wortlautauslegung),
- die **historische** Auslegung (Entwicklung der Rechtsnorm und Wille des Gesetzgebers),
- die **systematische** Auslegung (Auslegung nach Zusammenhang),
- die **teleologische** Auslegung (Auslegung nach Sinn und Zweck der Norm),
- die **verfassungskonforme** Auslegung (Auslegung einer Norm möglichst so, dass sie im Einklang mit der Verfassung steht und daher wirksam ist),
- die **richtlinienkonforme** Auslegung (Auslegung einer Norm möglichst so, dass die Vorgaben der zugrundeliegenden Richtlinie eingehalten werden).

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

(4) Der Begriff „unentgeltlich“ in den Absätzen 2 und 3 umfasst die für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes notwendigen Kosten, insbesondere Versand-, Arbeits- und Materialkosten.

aa) Die Reichweite der Rückgewährpflicht des § 439 Abs. 4 BGB ist zunächst durch **Auslegung** zu ermitteln:

(1) Der **Wortlaut** der Verweisung in § 439 Abs. 4 BGB schließt auch den Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen bzw. Wertersatz mit ein:

„[14] 1. Zwar kann nach dem Wortlaut des § 439 Abs. 4 BGB der Verkäufer, der zum Zwecke der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache liefert, vom Käufer Rückgewähr der mangelhaften Sache ‚nach Maßgabe der §§ 346 bis 348‘ verlangen. Neben der Rückgabe der empfangenen Leistung selbst sieht § 346 Abs. 1 BGB im Falle des Rücktritts die Pflicht zur Herausgabe der gezogenen Nutzungen vor, zu denen auch die Gebrauchsvorteile nach § 100 BGB gehören. Für diese Vorteile hat der Rückgewährschuldner nach § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB dem Rückgewährgläubiger Wertersatz zu leisten. Dies gilt nach dem Wortlaut der Vorschriften auch dann, wenn es sich – wie im vorliegenden Fall – um einen Verbrauchsgüterkauf (§ 474 Abs. 1 Satz 1 BGB) handelt.“

(2) Auch nach dem **Willen des Gesetzgebers** sollte eine Pflicht des Käufers zum Nutzungsersatz bestehen. In der Gesetzesbegründung heißt es zu § 439 Abs. 4 (BT-Drs. 14/6040, S. 232 f.):

„Ebenso wie bisher ... steht dem Verkäufer ein Rückgewähranspruch nach den Vorschriften über den Rücktritt zu. Deshalb muss der Käufer, dem der Verkäufer eine neue Sache zu liefern und der die zunächst gelieferte fehlerhafte Sache zurückzugeben hat, gemäß §§ 439 Abs. 4, 346 Abs. 1 RE auch die Nutzungen, also gemäß § 100 auch die Gebrauchsvorteile, herausgeben. Das rechtfertigt sich daraus, dass der Käufer mit der Nachlieferung eine neue Sache erhält und nicht einzusehen ist, dass er die zurückzugebende Sache in dem Zeitraum davor unentgeltlich nutzen können soll und so noch Vorteile aus der Mangelhaftigkeit ziehen können soll.“

(3) Gegen eine Nutzungsersatzpflicht des Käufers spricht indes eine **systematische Auslegung** (dazu BGH, Beschl. v. 16.08.2006 – VIII ZR 200/05 = RÜ 2006, 578):

„[11] ... Gemäß § 446 Satz 2 BGB gebühre die Nutzung der Kaufsache von Anfang an dem Käufer, der dafür auch den Kaufpreis gezahlt habe (Gsell, NJW 2003, 1969 ff.; dies., JuS 2006, 203, 204; Schwab, aaO; Hoffmann, aaO; Woitkewitsch, aaO). Anders als im Falle des Rücktritts verbleibe bei einer Ersatzlieferung der Kaufpreis einschließlich der daraus gezogenen Nutzungen dem Verkäufer (Gsell, aaO). Wollte man einseitig nur den Käufer zur Herausgabe der Nutzungen verpflichten, liefe dies auf eine ungerechtfertigte Besserstellung des schlechtleistenden Verkäufers hinaus (Wagner/Michal, VuR 2006, 46, 48; dies., ZGS 2005, 368, 372; Brömmelmeyer, aaO, S. 495).

[12] c) Der Senat teilt die von den Vertretern der Mindermeinung erhobenen Bedenken gegen die einseitige Belastung des Käufers mit einer Verpflichtung zur Herausgabe der Nutzungen der mangelhaften Kaufsache.“

(4) Weiterhin könnte eine **richtlinienkonforme Auslegung** von § 439 Abs. 4 BGB ergeben, dass keine Nutzungsersatzpflicht des Verbraucher-Käufers besteht. Der BGH hat durch Beschluss vom 16. August 2006 (VIII ZR 200/05 = RÜ 2006, 578) das Verfahren zunächst ausgesetzt und diese Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt. Der EuGH (Urt. v. 17.04.2008 – C-404/06 = RÜ 2008, 371) hat entschieden, dass **Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie** einer nationalen Regelung entgegensteht, die dem Verkäufer bei Lieferung eines vertragswidrigen Verbrauchsgutes gestattet, Wertersatz für die Nutzung bis zum Austausch zu verlangen.

„[18] Zur Begründung hat der Gerichtshof im Wesentlichen ausgeführt: Dem Wortlaut und den einschlägigen Vorarbeiten der Richtlinie zufolge habe der Gemeinschaftsgesetzgeber die Unentgeltlichkeit der Herstellung des vertragsge-

mäßigen Zustands des Verbrauchsguts durch den Verkäufer zu einem wesentlichen Bestandteil des durch die Richtlinie gewährleisteten Verbraucherschutzes machen wollen (Rdnr. 33). Diese dem Verkäufer 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. Das bedeute, dass **jede finanzielle Forderung des Verkäufers im Rahmen der Erfüllung seiner Verpflichtung zur Herstellung des vertragsmäßigen Zustands des Verbrauchsguts ausgeschlossen sei** (Rdnr. 34). [...] Der Verbraucher werde durch die Erlangung eines neuen Verbrauchsguts als Ersatz für das vertragswidrige Verbrauchsgut nicht ungerechtfertigt bereichert. **Er erhalte lediglich verspätet ein den Vertragsbestimmungen entsprechendes Verbrauchsgut, wie er es bereits zu Beginn hätte erhalten müssen** (Rdnr. 41).“

bb) Gleichwohl sah und sieht sich der BGH an einer (richtlinienkonformen) Auslegung von § 439 Abs. 4 BGB gehindert:

„[20] a) Allerdings lässt sich dieses Gebot richtlinienkonformer Auslegung im vorliegenden Fall nicht im Wege einer (einschränkenden) Gesetzesauslegung im engeren Sinne umsetzen, also einer Rechtsfindung innerhalb des Gesetzeswortlauts (...), deren Grenze durch den möglichen Wortsinn gebildet wird (...). **Dem steht der eindeutige Wortlaut des Gesetzes entgegen, weil § 439 Abs. 4 BGB für den Fall der Ersatzlieferung uneingeschränkt auf die §§ 346 bis 348 BGB Bezug nimmt.** Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass dadurch allein die Rückgabe der mangelhaften Sache selbst geregelt und nicht dem Verkäufer auch ein Anspruch auf Herausgabe der vom Käufer gezogenen Nutzungen zugebilligt werden soll. Denn dann wäre zumindest die Verweisung auf § 347 BGB sinnlos, weil diese Vorschrift ausschließlich die Frage der Nutzungen (und Verwendungen) regelt (...).“

Noch deutlicher führt der BGH dies in dem Beschl. v. 16.08.2006 (a.a.O.) aus:

„[15] Eine einschränkende Auslegung des § 439 Abs. 4 BGB dahin, dass die Verweisung auf die Rücktrittsvorschriften nicht auch einen Anspruch des Verkäufers auf Nutzungsvergütung begründet, **widerspräche somit dem Wortlaut und dem eindeutig erklärten Willen des Gesetzgebers.** Eine solche Auslegung ist unter Berücksichtigung der Bindung der Rechtsprechung an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) nicht zulässig (BVerfGE 71, 81, 105; 95, 64, 93). **Die Möglichkeit der Auslegung endet dort, wo sie mit dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde** (BVerfGE 18, 97, 111; 98, 17, 45; 101, 312, 319).“

cc) § 439 Abs. 4 BGB könnte jedoch dahingehend **teleologisch zu reduzieren** sein, dass für Fälle des Verbrauchsgüterkaufs (§ 474 Abs. 1 S. 1 BGB) die in Bezug genommenen Vorschriften über den Rücktritt nur für die Rückgewähr der mangelhaften Sache selbst eingreifen, hingegen nicht zu einem Anspruch des Verkäufers auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen oder auf Wertersatz für die Nutzung der mangelhaften Sache führen:

„[21] b) Der von der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften geprägte **Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung verlangt von den nationalen Gerichten aber mehr als bloße Auslegung im engeren Sinne.** Der Gerichtshof ist bei der Verwendung des Begriffs ‚Auslegung‘ nicht von der im deutschen Rechtskreis – anders als in anderen europäischen Rechtsordnungen – üblichen Unterscheidung zwischen Auslegung (im engeren Sinne) und Rechtsfortbildung ausgegangen. Auch die vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften formulierte Einschränkung, nach der die richtlinienkonforme Auslegung nicht als Grundlage für eine Auslegung des nationalen Rechts contra legem dienen darf (...), bezieht sich nicht auf die Wortlautgrenze. Der Begriff des Contra-

Bei einer **teleologischen Reduktion** handelt es sich um die Nichtanwendung einer Norm auf einen Fall, obwohl dieser nach dem Wortsinn von ihren Voraussetzungen erfasst wird. Eine solche Unterschreitung des Wortsinns ist das Gegenstück zu einer Analogie. Eine teleologische Reduktion geht – wie eine Analogie – über eine Auslegung hinaus, da sie über den Wortlaut einer Vorschrift hinausgeht.

*legem-Judizierens ist vielmehr funktionell zu verstehen; er bezeichnet den Bereich, in dem eine richterliche Rechtsfindung nach nationalen Methoden unzulässig ist (...). Der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung fordert deshalb auch, das nationale Recht, wo dies nötig und möglich ist, richtlinienkonform fortzubilden (...). Daraus folgt hier das Gebot einer **richtlinienkonformen Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion** (...) des § 439 Abs. 4 BGB auf einen mit Art. 3 der Richtlinie zu vereinbarenden Inhalt.“*

(1) Voraussetzung einer teleologischen Reduktion ist eine **planwidrige Regelungslücke**. Diese begründet der BGH – entgegen dem Beschl. v. 16.08.2006, in dem noch von einem „eindeutig erklärten Willen des Gesetzgebers“ die Rede war – damit, dass der Gesetzgeber einerseits einen Nutzungsersatzanspruch des Verkäufers habe begründen, andererseits aber auch eine richtlinienkonforme Regelung habe schaffen wollen. Es fehle also an einer Ausnahmeregelung in § 439 Abs. 4 BGB für Verbrauchsgüterkaufverträge:

„[24] Daraus ergibt sich, dass die Absicht des Gesetzgebers einerseits dahin ging, dem Verkäufer für den Fall der Ersatzlieferung einen Anspruch auf Herausgabe der vom Käufer gezogenen Nutzungen zuzubilligen. Andererseits sollte aber – was die weiteren Ausführungen in der Gesetzesbegründung belegen – auch eine Regelung geschaffen werden, die mit der Richtlinie vereinbar ist. [...]

*[25] Damit erweist sich das Gesetz als planwidrig unvollständig. Es liegt eine **verdeckte Regelungslücke** (...) vor, weil die Verweisung in § 439 Abs. 4 BGB keine Einschränkung für den Anwendungsbereich der Richtlinie enthält und deshalb mit dieser nicht im Einklang steht. Dass diese Unvollständigkeit des Gesetzes **planwidrig** ist, ergibt sich daraus, dass der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung ausdrücklich seine Absicht bekundet hat, auch und gerade hinsichtlich des Nutzungsersatzes eine richtlinienkonforme Regelung zu schaffen.“*

(2) Eine derartige richtlinienkonforme Rechtsfortbildung verstößt auch nicht gegen die **Bindung der Gerichte an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG)**:

„[30] ... Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Befugnis der Gerichte zur Fortbildung des Rechts anerkannt; aus dem in Art. 20 Abs. 3 GG angeordneten Vorrang des Gesetzes folgt kein Verbot für die Gerichte, vorhandene Lücken im Wege richterlicher Rechtsfortbildung zu schließen (BVerfGE 82, 6, 11 f.; 111, 54, 82, jeweils m.w.N.).

[31] Zwar dürfen die Gerichte eine eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers nicht aufgrund eigener rechtspolitischer Vorstellungen verändern. Durch die hier vorgenommene Rechtsfortbildung wird jedoch der erkennbare Wille des Gesetzgebers nicht beiseite geschoben. Vielmehr wird aus der in der Gesetzesbegründung niedergelegten Regelungsabsicht des Gesetzgebers entnommen, dass eine Lücke besteht und in welcher Weise sie geschlossen werden soll (vgl. BVerfGE 82, aaO). Denn aus den Gesetzesmaterialien ist – wie bereits dargelegt – die konkrete Absicht des Gesetzgebers erkennbar, eine richtlinienkonforme Regelung zu schaffen. Somit liegt eine der richtlinienkonformen teleologischen Reduktion des § 439 Abs. 4 BGB entgegenstehende Wertungsentscheidung des Gesetzgebers nicht vor (...).“

(3) Damit ist § 439 Abs. 4 BGB dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass er für den Fall eines Verbrauchsgüterkaufs nicht auf die Pflicht zur Herausgabe einer Nutzung bzw. zum Wertersatz für Nutzungen gem. §§ 346 Abs. 1, 2. Var., 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB verweist. Dies gilt allerdings ausdrücklich nur, wenn es sich bei dem Kaufvertrag um einen Verbrauchsgüterkauf im Sinne des § 474 BGB handelt:

„[28] Hingegen bleibt es in Fällen, in denen kein Verbrauchsgüterkauf im Sinne des § 474 Abs. 1 Satz 1 BGB vorliegt, bei der uneingeschränkten Anwendung des § 439 Abs. 4 BGB. Eine Ausdehnung der teleologischen Reduktion des § 439 Abs. 4 BGB

auch auf solche Fälle widersprüche dem Wortlaut und dem eindeutig erklärten Willen des Gesetzgebers, dem Verkäufer für den Fall der Ersatzlieferung einen Anspruch auf Herausgabe der vom Käufer gezogenen Nutzungen zuzubilligen (vgl. Senatsbeschluss vom 16. August 2006, aaO, Tz. 15 m.w.N.). Da solche Fälle außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie liegen, ergibt sich insoweit aus der fehlenden Richtlinienkonformität auch keine planwidrige Regelungslücke.“

Um einen Verbrauchsgüterkauf handelt es sich, wenn ein Verbraucher (§ 13) BGB eine bewegliche Sache von einem Unternehmer (§ 14 BGB) kauft. Vorliegend hat K das „Herd-Set“ als bewegliche Sache für private Zwecke gekauft. V handelte als Händler in Ausübung seiner gewerblichen Tätigkeit, sodass ein Verbrauchsgüterkauf vorliegt.

2. Demzufolge bestand kein Anspruch des V gegen K auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung gemäß §§ 439 Abs. 4, 346 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB, sodass die Zahlung von Anfang an ohne Rechtsgrund erfolgte.

Ergebnis: K kann von V Rückzahlung der 69,97 € gemäß **§ 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB** verlangen.

Eine Entscheidung mit allerhöchster Examensrelevanz!

Der Vorlagebeschluss des BGH an den EuGH vom 16. August 2006 ist auf erhebliche Kritik gestoßen: Namentlich *Lorenz* (NJW 2006, 3202, 3203) hat dem BGH vorgeworfen, eine Vorlage sei streng genommen eigentlich gar nicht zulässig gewesen: Nach **Art. 234 Abs. 2 EG** dürfe nämlich eine Frage nur dann dem EuGH vorgelegt werden, wenn die Vorlage entscheidungserheblich sei. Da sich der BGH aber – wie er im Beschl. v. 16.08.2006 betont hatte – auch an einer (richtlinienkonformen) Auslegung von § 439 Abs. 4 BGB gehindert sah, käme es für die Entscheidung des konkreten Rechtsstreits gar nicht auf die Richtlinienkonformität von § 439 Abs. 4 BGB an.

Mit dem vorliegenden Urteil zieht sich der BGH – wie von uns bereits gemutmaßt (vgl. RÜ 2008, 98) – einigermassen geschickt aus der Affäre: Zunächst rudert er ein Stück zurück, indem er die Aussage, der Gesetzgeber habe seinen Willen bei der Schaffung von § 439 Abs. 4 BGB „klar erkennbar“ zum Ausdruck gebracht, erheblich relativiert. Zur Herstellung der Richtlinienkonformität des § 439 Abs. 4 BGB bedient sich der BGH dann nicht des Instruments einer **richtlinienkonformen Auslegung**, sondern stützt das Ergebnis auf eine **richtlinienkonforme Rechtsfortbildung**. Damit war die Vorlage an den EuGH entscheidungserheblich, obwohl sich der BGH an einer richtlinienkonformen Auslegung gehindert sah.

Inzwischen hat der Gesetzgeber das BGB geändert, so dass eine richtlinienkonforme Umsetzung – auch ohne teleologische Reduktion – gewährleistet ist. In § 474 Abs. 2 BGB wurde ein neuer Satz 1 eingefügt, nach dem § 439 Abs. 4 BGB auf einen Verbrauchsgüterkauf mit der Maßgabe anzuwenden ist, dass Nutzungen nicht herauszugeben oder durch ihren Wert zu ersetzen sind.

Damit wird es also auch zukünftig für die Frage des Nutzungsersatzes bei einer Ersatzlieferung darauf ankommen, ob ein Verbrauchsgüterkauf vorliegt oder nicht. Der Gesetzgeber hätte auch § 439 Abs. 4 BGB dahingehend ändern können, dass generell kein Nutzungsersatzanspruch bei Ersatzlieferung besteht, sondern allenfalls eine Besserstellung des Käufers angesichts des Erhalts einer neuen Sache herauszugeben ist (so mit überzeugenden Argumenten *Gsell* NJW 2003, 1969 ff.).

Dr. Till Veltmann

Art. 234 EG

Der Gerichtshof entscheidet im Wege der Vorabentscheidung

- a) über die Auslegung dieses Vertrags,
- b) über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe der Gemeinschaft und der EZB,
- c) über die Auslegung der Satzungen der durch den Rat geschaffenen Einrichtungen, soweit diese Satzungen dies vorsehen.

Wird eine derartige Frage einem Gericht eines Mitgliedstaats gestellt und hält dieses Gericht eine Entscheidung darüber zum Erlass seines Urteils für erforderlich, so kann es diese Frage dem Gerichtshof zur Entscheidung vorlegen.

Wird eine derartige Frage in einem schwebenden Verfahren bei einem einzelstaatlichen Gericht gestellt, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, so ist dieses Gericht zur Anrufung des Gerichtshofes verpflichtet.