



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 70/08

Verkündet am:
21. Dezember 2011
Ermel,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB § 439 Abs. 1, Abs. 3

- a) § 439 Abs. 1 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, Urteil vom 16. Juni 2011 - Rechtssachen C-65/09 und C-87/09, NJW 2011, 2269 - Gebr. Weber GmbH/Jürgen Wittmer und Ingrid Putz/Medianess Electronics GmbH).
- b) Das in § 439 Abs. 3 Satz 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, aaO). Die hierdurch auftretende Regelungslücke ist bis zu einer gesetzlichen Neuregelung durch eine teleologische Reduktion des § 439 Abs. 3 BGB für Fälle des Verbrauchsgüterkaufs (§ 474 Abs. 1 Satz 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.
- c) 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 berücksichti-

gen. 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, Urteil vom 21. Dezember 2011 - VIII ZR 70/08 - OLG Frankfurt in Kassel
LG Kassel

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Dezember 2011 durch den Vorsitzenden Richter Ball, die Richterin Dr. Milger, den Richter Dr. Schneider, die Richterin Dr. Fetzer und den Richter Dr. Bünger

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 15. Zivilsenats in Kassel des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 14. Februar 2008 wird als unzulässig verworfen, soweit die Beklagte erstinstanzlich zur Zahlung von 273,10 € nebst Zinsen verurteilt worden ist.

Im Übrigen wird auf die Revision der Beklagten das vorgenannte Urteil des Oberlandesgerichts im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagte zur Zahlung von mehr als 326,90 € nebst Zinsen verurteilt worden ist. Insoweit wird die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Kassel vom 24. November 2006 zurückgewiesen.

Die weitergehende Revision wird zurückgewiesen.

Die Kosten der ersten beiden Rechtszüge haben der Kläger zu 74 % und die Beklagte zu 26 % zu tragen. Von den Kosten des Revisionsverfahrens einschließlich der Kosten des Verfahrens vor dem Gerichtshof der Europäischen Union tragen der Kläger 72 % und die Beklagte 28 %.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger kaufte bei der Beklagten, die einen Baustoffhandel betreibt, am 24. Januar 2005 45,36 m² polierte Bodenfliesen eines italienischen Herstellers zum Preis von 1.191,61 € ohne und 1.382,27 € mit 16 % Mehrwertsteuer. Er ließ rund 33 m² 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 Kläger erhob deswegen Mängelrüge, die die Beklagte nach Rücksprache mit dem Hersteller am 26. Juli 2005 zurückwies. In einem vom Kläger eingeleiteten selbständigen 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 5.026,35 € ohne und 5.830,57 € einschließlich 16 % Mehrwertsteuer.

- 2 Nach vergeblicher Leistungsaufforderung mit Fristsetzung hat der Kläger die Beklagte in dem vorliegenden Rechtsstreit auf Lieferung mangelfreier Fliesen und auf Zahlung von 5.830,57 € (Ein- und Ausbaukosten) nebst Zinsen in Anspruch genommen. Das Landgericht hat die Beklagte aus dem - vom Kläger nicht geltend gemachten - Gesichtspunkt der Minderung zur Zahlung von 273,10 € nebst Zinsen verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht die Beklagte unter teilweiser Abänderung des erstinstanzlichen Urteils zur Lieferung von 45,36 m² mangelfreier Fliesen und zur Zahlung von 2.122,37 € nebst Zinsen verurteilt. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision wendet sich die Beklagte gegen ihre Verurteilung zur Zahlung von 2.122,37 € nebst Zinsen.

Entscheidungsgründe:

3 Die Revision hat, soweit sie zulässig ist, überwiegend Erfolg.

A.

4 Das Berufungsgericht (OLG Frankfurt am Main, OLGR 2008, 325 ff. = ZGS 2008, 315 ff.) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

5 Der Kläger habe gegen die Beklagte einen Anspruch auf Lieferung mangelfreier Fliesen aus § 434, § 437 Nr. 1, § 439 Abs. 1 Fall 2 BGB. Die ihm von der Beklagten verkauften und gelieferten Fliesen seien mangelhaft (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB). Nach dem Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen wiesen sie einen herstellungsbedingten Polierfehler auf, der - wie sich im Rahmen eines Augenscheins bestätigt habe - in der Fläche betrachtet insbesondere bei Tageslichteinfall störende und sofort ins Auge springende Schlierstreifen hervorrufe. Eine Beseitigung dieses Mangels (§ 439 Abs. 1 Fall 1 BGB) sei technisch nicht möglich. Die von der Beklagten gemäß § 439 Abs. 3 BGB erhobene Einrede, dass die vom Kläger verlangte Lieferung mangelfreier Fliesen unverhältnismäßige Kosten verursache, sei unbegründet. Bei der Frage, ob die allein in Betracht kommende Nacherfüllung durch Lieferung mangelfreier Fliesen wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit (§ 439 Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 BGB) verweigert werden dürfe, sei das Interesse des Klägers an der Durchführung der Nacherfüllung gegen das Interesse der Beklagten abzuwägen, nicht mit den dafür anfallenden Kosten belastet zu werden. Dabei seien zwar nicht die für den Einbau neuer Fliesen anfallenden Kosten zu berücksichtigen, wohl aber der für ihre Lieferung (rund 1.200 € einschließlich Transport) und für die Beseitigung der mangelhaften Fliesen - also deren Ausbau und Entsorgung -

entstehende Kostenaufwand (rund 2.100 €). Dies ergebe sich aus der gebotenen Auslegung des § 439 Abs. 1 Fall 2 BGB.

6 Allerdings spreche der Wortlaut dieser Bestimmung, wonach die "Lieferung einer mangelfreien Sache" geschuldet sei, dagegen, Aus- oder Einbaukosten zu den vom Verkäufer zu tragenden Nacherfüllungskosten zu zählen. Auch erscheine es zunächst fernliegend anzunehmen, dass der Nacherfüllungsanspruch als modifizierter Erfüllungsanspruch dem Verkäufer zusätzlich zu dessen ursprünglichen kaufvertraglichen Pflichten zur Übereignung und Übergabe der Kaufsache bisher nicht geschuldete Handlungspflichten auferlege. Andererseits sei aber aus der Pflicht des Verkäufers, dem Käufer Eigentum und Besitz - nur - an der mangelfreien Kaufsache zu verschaffen, im Umkehrschluss zu folgern, dass der Käufer nicht verpflichtet sei, sowohl die geschuldete mangelfreie als auch die gelieferte mangelhafte Sache zu behalten. Daraus ergebe sich eine vertragliche Verpflichtung des Verkäufers, die mangelhafte Sache zurückzunehmen. Wenn die mangelhafte Sache - wie hier - vom Käufer zweckentsprechend eingebaut worden sei, erstrecke sich diese Verpflichtung - und damit auch die Nacherfüllung - auf den der Rücknahme notwendigerweise vorgelagerten Ausbau der Kaufsache.

7 Den Gesetzesmaterialien lasse sich zudem entnehmen, dass § 439 BGB der Umsetzung von Art. 3 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter diene. Bei der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung sei zu beachten, dass in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 der Richtlinie nicht wie in § 439 Abs. 1 BGB von "Nacherfüllung", sondern von "Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes" die Rede sei und dass die Nacherfüllungsvariante "Lieferung einer mangelfreien Sache" mit den Worten "Ersatzlieferung nach Maßgabe des Absatzes 3" um-

schrieben sei. Danach treffe den Verkäufer mehr als nur die Pflicht zur Übergabe und Übereignung einer mangelfreien Kaufsache. Vielmehr schulde er die "Herstellung" eines vertragsgemäßen "Zustands". Dieser sei dadurch gekennzeichnet, dass die Kaufsache inzwischen bestimmungsgemäß verarbeitet worden sei. Auch der Begriff "Ersatzlieferung" spreche dafür, dass der Verkäufer mehr schulde als nur "Lieferung". Wer eine Sache "ersetze", müsse nicht nur die neue Sache übergeben, sondern auch die alte wegnehmen, weil er sonst "hinzusetze". Für ein über die bloße Lieferung hinausgehendes Verständnis des Begriffs "Ersatzlieferung" spreche auch Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 3 der Richtlinie, wonach die Ersatzlieferung "ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher" erfolgen müsse, wobei "die Art des Verbrauchsgutes sowie der Zweck, für den der Verbraucher das Verbrauchsgut benötigte", zu berücksichtigen seien.

8 Im Rahmen der Abwägung des Interesses des Klägers an der Durchführung der Nacherfüllung mit dem gegenläufigen Interesse der Beklagten daran, nicht mit unverhältnismäßig hohen Nacherfüllungskosten belastet zu werden, könne angesichts des Umstandes, dass die Beeinträchtigung durch die fehlerhaften Fliesen erheblich sei und die Nacherfüllung neben der Lieferung mangelfreier Fliesen nach der nicht angegriffenen Berechnung des gerichtlichen Sachverständigen Ausbaurkosten von 2.122,37 € einschließlich 19 % Mehrwertsteuer verursache, nicht festgestellt werden, dass die Nacherfüllung mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden wäre.

9 Aus dem Vorstehenden folge, dass der Kläger nicht nur Lieferung mangelfreier Fliesen verlangen könne, sondern gegen die Beklagte auch einen Anspruch auf Zahlung von 2.122,37 € habe. Zwar sehe § 439 Abs. 1 und 2 BGB selbst keinen Zahlungsanspruch vor, sondern verpflichte den Verkäufer nur zur Durchführung der Nacherfüllung auf eigene Kosten. Der Zahlungsanspruch fol-

ge jedoch aus § 434, § 437 Nr. 1, § 439 Abs. 1 und 2 BGB in Verbindung mit § 280 Abs. 3, § 281 Abs. 1 und 2 BGB. Indem die Beklagte vorgerichtlich jegliche Ansprüche des Klägers zurückgewiesen habe, habe sie ihre Pflicht zur Nacherfüllung schuldhaft verletzt (§ 281 Abs. 1 BGB) und die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert (§ 281 Abs. 2 BGB), so dass es einer Fristsetzung zur Nacherfüllung nicht bedurft habe.

10 Weitergehende Schadensersatzansprüche wegen schuldhafter Lieferung mangelhafter Fliesen (§ 434, § 437 Nr. 3, § 440, § 280 Abs. 1, § 281 Abs. 1 BGB) stünden dem Kläger mangels Verschuldens der Beklagten nicht zu.

B.

11 Diese Beurteilung hält - soweit die Revision eröffnet ist - rechtlicher Nachprüfung nicht in jeder Hinsicht stand.

I.

12 Die Revision ist unzulässig, soweit sie sich gegen die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 273,10 € nebst Zinsen richtet. In dieser Höhe ist die Beklagte durch das Berufungsurteil nicht beschwert, da sie bereits in erster Instanz zur Zahlung von 273,10 € nebst Zinsen verurteilt worden ist und dagegen keine (Anschluss-)Berufung eingelegt hat.

II.

13 Soweit die Beklagte zur Zahlung von mehr als 273,10 € (nebst Zinsen), nämlich von weiteren 1.849,27 € (nebst Zinsen) verurteilt worden ist, ist die - zulässige - Revision überwiegend begründet.

14 1. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht angenommen, dass der Kläger im Rahmen der von ihm begehrten Nacherfüllung durch Ersatzlieferung (§ 439 Abs. 1 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 Beklagten verwehrt, die Ersatzlieferung gemäß § 439 Abs. 3 Satz 1, Satz 3 Halbsatz 2 BGB wegen Unverhältnismäßigkeit der durch den Ausbau der mangelhaften Fliesen entstehenden Kosten zu verweigern. Verkannt hat das Berufungsgericht jedoch, dass der Nacherfüllungsanspruch des Klägers bezüglich des Ausbaus der vertragswidrigen Kaufsache aufgrund der gebotenen europarechtskonformen Rechtsfortbildung des § 439 Abs. 3 BGB auf eine Kostenerstattung in Höhe eines angemessenen Betrages beschränkt ist.

15 2. Die Reichweite der den Verkäufer bei der Nacherfüllung nach § 439 Abs. 1 BGB treffenden Pflichten ist - ebenso wie die der dem Verkäufer nach § 439 Abs. 3 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. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. EG Nr. L 171 S. 12; im Folgenden: Richtlinie), deren Umsetzung die genannten nationalen Vorschriften dienen (BT-Drucks. 14/6040, S. 230, 232), zu bestimmen.

16 a) Der Senat hat daher mit seinem Beschluss vom 14. Januar 2009 (VIII ZR 70/08, NJW 2009, 1660 ff.) dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (jetzt: Gerichtshof der Europäischen Union, im Folgenden: Gerichtshof) folgende Fragen zur Vorabentscheidung gemäß Art. 234 EG (jetzt: Art. 267 AEUV) vorgelegt:

"Sind die Bestimmungen des Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 und 2 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom

25. Mai 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 Abs. 2 und Abs. 3 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. Juni 2011 (Rechtssachen C-65/09 und C-87/09, NJW 2011, 2269 ff. - Gebr. Weber GmbH/Jürgen Wittmer und Ingrid Putz/Medianess Electronics GmbH) die Fragen wie folgt beantwortet:

"Art. 3 Abs. 2 und 3 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 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.

Art. 3 Abs. 3 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 unverhältnismäßig wären. Art. 3 Abs. 3 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 Abs. 3 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 (Rn. 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 (Rn. 47).

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

nehmlichkeit für den Verbraucher dar (Rn. 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 (Rn. 54).

21 Die beschriebene Auslegung von Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie entspreche zudem der im ersten Erwägungsgrund der Richtlinie genannten Zielsetzung, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten (Rn. 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 (Rn. 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 (Rn. 59 f.). Die finanziellen Interessen des Verkäufers seien durch die Verjährungsfrist von zwei Jahren nach Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie und durch die ihm in Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 2 der Richtlinie eröffnete Möglichkeit geschützt, die Ersatzlieferung zu verweigern, wenn sich diese Abhilfe wegen unzumutbarer Kosten als unverhältnismäßig erweise (Rn. 58).

22 Hinsichtlich des Verweigerungsrechts des Verkäufers sei festzustellen, dass die offene Fassung des Art. 3 Abs. 3 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 Abs. 3 Unterabs. 2 der Richtlinie den Begriff "unverhältnismäßig" aus-

schließlich in Beziehung zu der alternativen Abhilfemöglichkeit und begrenze ihn daher auf Fälle der relativen Unmöglichkeit (Rn. 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 handele, entscheidend sein solle, ob die Kosten der einen Abhilfemöglichkeit deutlich höher seien als die Kosten der anderen Abhilfe (Rn. 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 (Rn. 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 (Rn. 71).

23 Hingegen schließe es Art. 3 Abs. 3 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 (Rn. 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 Ausbaurkosten in der Praxis nicht ausgehöhlt werde (Rn. 75 f.). Allerdings sei dem Verbraucher im Falle einer Herabsetzung des Anspruchs auf Erstattung der Ein- und Ausbaurkosten die Möglichkeit zu gewähren, eine Minderung oder eine Vertragsauflösung zu verlangen, da eine Beteili-

gung an der Kostentragung für ihn eine erhebliche Unannehmlichkeit darstelle (Rn. 77).

24 3. An dieses Auslegungsergebnis sind die nationalen Gerichte gebunden. Sie sind nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs aufgrund des Umsetzungsgebots gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV und des Grundsatzes der Gemeinschaftstreue gemäß Art. 4 Abs. 3 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 Rn. 26, 28 - von Colson und Kamann/Nordrhein-Westfalen; Slg. 2004, I-8835 Rn. 113 - Pfeiffer u.a./Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut e.V.).

25 4. Vor diesem Hintergrund ist zunächst § 439 Abs. 1 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 Beklagten gelieferten mangelhaften Bodenfliesen - umfasst (vgl. Lorenz, NJW 2011, 2241, 2243; Förster, ZIP 2011, 1493, 1500 f.; Staudinger, DAR 2011, 502, 503; Purnhagen, EuzW 2011, 626, 627, 629; i.E. auch OLG Karlsruhe, OLGR 2004, 465; OLG Köln, NJW-RR 2006, 677; OLG Stuttgart, Urteil vom 8. November 2007 - 19 U 52/07, n.v.; LG Itzehoe, Urteil vom 27. April 2007 - 9 S 85/06, juris; AnwK/Büdenbender, 2005, § 439 Rn. 27; Bamberger/Roth/Faust, BGB, 2. Aufl., § 439 Rn. 32; Lorenz, ZGS 2004, 408, 410 f.; ders., NJW 2005, 1889, 1895; Münch-KommBGB/Westermann, 5. Aufl., § 439 Rn. 13; jurisPK-BGB/Pammler, 5. Aufl., § 439 Rn. 54; Schneider/Katerndahl, NJW 2007, 2215, 2216; Schneider, ZGS 2008, 177 f.; Witt, ZGS 2008, 369, 370).

26

a) Diese Auslegung ist noch vom Wortlaut des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB gedeckt (vgl. etwa Lorenz, NJW 2011, 2241, 2243; Greiner/Benedix, ZGS 2011, 489, 493 [letztere geben allerdings einer analogen Anwendung des § 439 Abs. 2 BGB in Form eines Kostenerstattungsanspruchs den Vorzug]; aA Kaiser, JZ 2011, 978, 980). Nach allgemeinem Sprachgebrauch wird "liefern" zwar verstanden als "bringen" oder "übergeben" einer (bestellten) Sache (vgl. Grimm, Deutsches Wörterbuch, 6. Band, 1885, S. 996 f.; Brockhaus/Wahrig, Deutsches Wörterbuch, 4. Band, 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 Abs. 1 BGB zu erfüllen (vgl. Senatsurteil vom 15. Juli 2008 - VIII ZR 211/07, NJW 2008, 2837 Rn. 18; Erman/Grunewald, BGB, 13. Aufl., § 439 Rn. 4; Palandt/Weidenkaff, BGB, 71. Aufl., § 434 Rn. 53 c). Dies schließt es jedoch nicht aus, den in § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB verwendeten Begriff der Lieferung einer mangelfreien Sache weiter zu fassen. Denn dieser Begriff ist ausfüllungsfähig und eröffnet einen gewissen Wertungsspielraum (Staudinger, aaO). Der Gesetzgeber hat die Bestimmung des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB zur Umsetzung des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 der Richtlinie geschaffen (vgl. BT-Drucks. 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-Drucks. 14/6040, S. 232), die - wie vom Gerichtshof ausgeführt (EuGH, aaO Rn. 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 Abs. 4 BGB enthaltenen Verweis auf § 346 Abs. 1 Alt. 1 BGB, wonach der Verkäufer seinerseits die Rückgewähr der mangelhaften Sache verlangen kann, zum Ausdruck gebracht, dass dem Begriff der "Lieferung einer mangel-

freien Sache" in § 439 Abs. 1 BGB ein gewisses (Aus-)Tauschelement inne-
wohnt (vgl. Lorenz, NJW 2009, 1633, 1634 f.).

27 b) Die gebotene richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs. 1 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 durch-
führt und den Verkäufer nur auf Kostenerstattung in Anspruch nimmt. Der Ge-
richtshof hat dem Käufer ein solches Wahlrecht gerade nicht eingeräumt, son-
dern 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 Abs. 3 BGB lässt sich das Gebot richtlinienkon-
former Interpretation hingegen nicht im Wege einer einfachen Gesetzesausle-
gung im engeren Sinne umsetzen. Denn dem steht der eindeutige Wortlaut des
Gesetzes entgegen.

29 § 439 Abs. 3 Satz 1 BGB erlaubt dem Verkäufer, die vom Käufer gewähl-
te 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 Nacherfül-
lung möglich sind und lediglich eine Abhilfevariante im Verhältnis zu der ande-
ren unverhältnismäßig hohe Kosten verursacht (relative Unverhältnismäßigkeit).
Vielmehr ergibt sich aus den Bestimmungen des § 439 Abs. 3 Satz 3 Halb-
satz 2 BGB und des § 440 Satz 1 BGB eindeutig, dass nach der Konzeption
des Gesetzes beide Formen der Nacherfüllung wegen Unverhältnismäßigkeit
verweigert werden können und damit der Begriff der Unverhältnismäßigkeit ab-
solut zu verstehen ist. § 439 Abs. 3 Satz 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 Satzes 1 zu verweigern", unberührt bleibt. Auf diese Regelung nimmt § 440 Satz 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 gemäß § 439 Abs. 3 [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 (Senatsurteil vom 26. November 2008 - VIII ZR 200/05, BGHZ 179, 27 Rn. 21 mwN). Daraus folgt hier das Gebot einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion des § 439 Abs. 3 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 (Senatsurteil vom 26. November 2008 - VIII ZR 200/05, aaO Rn. 22 mwN). 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 Abs. 3 der Richtlinie so verstanden hat, dass dieser auch die absolute Unverhältnismäßigkeit erfasse (vgl. auch Staudinger, aaO). In der Begründung des Koalitionsentwurfs heißt es in

der Einzelbegründung zu § 439 Abs. 3 BGB (BT-Drucks. 14/6040, S. 232) unter anderem:

"Zu Satz 1

Die Nacherfüllung (einschließlich der damit verbundenen Aufwendungen im Sinne des Absatzes 2) kann im Einzelfall den Verkäufer unangemessen belasten. (...). Sie kann dem Verkäufer auch unmöglich sein. Artikel 3 Abs. 3 Satz 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 Abs. 1 RE nicht vor, kann die Nacherfüllung doch mit einem erheblichen Aufwand verbunden sein. Dann kommt nach den allgemeinen Vorschriften ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs. 2 RE in Betracht, das aber nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen, die wertungsmäßig der Unmöglichkeit in § 275 Abs. 1 RE nahe kommen, in Betracht kommt. § 439 Abs. 3 Satz 1 RE stellt eine besondere Ausprägung dieses allgemeinen Rechtsgedankens im Kaufrecht und eine gegenüber § 275 Abs. 2 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 Abs. 3 Satz 1 RE gestützte Einrede des Verkäufers besteht. Klargestellt wird dies noch durch § 439 Abs. 3 Satz 3 RE. (...)

Zu Satz 3

[§ 439 Abs. 3] Satz 3 [RE] enthält die bereits oben angesprochene Klarstellung des Verhältnisses der beiden Arten der Nacherfüllung zueinander. Die in § 439 Abs. 3 Satz 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 verweigern kann. Erst dann kann der Käufer zurücktreten oder mindern, ggf. Schadensersatz (...) verlangen."

33 bb) Das der Fassung des § 439 Abs. 3 Satz 3 BGB zugrunde liegende Verständnis, dass Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie auch die absolute Unverhältnismäßigkeit erfasse, ist jedoch fehlerhaft, wie der Gerichtshof nunmehr mit Bindungswirkung festgestellt hat. Art. 3 Abs. 3 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 Ausbaukosten völlig auszuschließen. Die gesetzliche Regelung in § 439 Abs. 3 Satz 3 BGB steht folglich in Widerspruch zu dem mit dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts verfolgten Grundanliegen, die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bis zum Ablauf des 31. Dezember 2001 ordnungsgemäß umzusetzen (vgl. hierzu auch BT-Drucks. 14/6040, S. 1).

34 cc) Damit erweist sich das Gesetz als planwidrig unvollständig (Staudinger, aaO; differenzierend Kaiser, aaO S. 980 f., 986; aA Greiner/Benedix, aaO, S. 495 f.). Es liegt eine verdeckte Regelungslücke vor, weil der Wortlaut des § 439 Abs. 3 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 Unvollstän-

digkeit 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. Senatsurteil vom 26. November 2008 - VIII ZR 200/05, aaO Rn. 25). Dass der Gesetzgeber sich - anders als bei der Schaffung des § 439 Abs. 4 BGB - nicht explizit mit der Frage der Richtlinienkonformität des § 439 Abs. 3 Satz 3 BGB auseinandergesetzt, sondern diese stillschweigend vorausgesetzt hat, ändert an der Planwidrigkeit der nunmehr aufgetretenen Regelungslücke nichts (aA Lorenz, NJW 2011, 2241, 2244; Greiner/Benedix, aaO S. 496). Maßgebend ist, dass das ausdrücklich angestrebte Ziel einer richtlinienkonformen Umsetzung durch die Regelung des § 439 Abs. 3 Satz 3 BGB nicht erreicht worden ist und ausgeschlossen werden kann, dass der Gesetzgeber § 439 Abs. 3 Satz 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 Abs. 3 BGB für die Fälle des Verbrauchsgüterkaufs (§ 474 Abs. 1 Satz 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 Einbaukosten nicht ausgehöhlt wird (EuGH, aaO Rn. 76).

36 c) Die hier vorgenommene Einschränkung des § 439 Abs. 3 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. Juni 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, aaO, Einl. Rn. 56). Die Ausfüllung einer Regelungslücke durch die Gerichte muss in möglichst enger Anlehnung an das geltende Recht vorgenommen werden (BVerfGE 37, 67, 81). Darüber hinausgehende Änderungen des geltenden Rechts sind dem Gesetzgeber vorbehalten.

38 aa) Nach dem Vorschlag von Faust (JuS 2011, 744, 747 f.), dem sich die Revision inhaltlich anschließt, soll der Verkäufer den Aus- und Einbau nach

§ 439 Abs. 3 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 Abs. 1 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, aaO Rn. 76).

39 bb) Förster (aaO S. 1500) schlägt vor, § 439 Abs. 3 BGB mit der Maßgabe anzuwenden, dass der Verkäufer die Ersatzlieferung als einzig mögliche Art der Nacherfüllung nicht verweigern, sondern nur unter Berücksichtigung von § 439 Abs. 3 Satz 2 BGB der Höhe nach angemessen herabsetzen darf. Diese Einschränkung des § 439 Abs. 3 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, aaO Rn. 71). Zum anderen berücksichtigt die vorgeschlagene Fassung des § 439 Abs. 3 BGB nicht, dass ein Verweigerungsrecht des Verkäufers hinsichtlich einer Art der Abhilfe auch 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 durch-

föhrbar, die tatsöchliche 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 L6sungsansatz besteht darin, die Anwendung des § 439 Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 BGB f6r die F6lle des Verbrauchsg6terkaufs ganz auszuschlie6en (Purnhagen, aaO S. 629 f.; Staudinger, aaO S. 506; Lorenz, NJW 2011, 2241, 2244). Hierbei fehlt es jedoch an einer 6berzeugenden rechtlichen Konstruktion, die es dem Verk6ufer gleichwohl erm6glicht, den Ersatz der Ein- und Ausbaurkosten auf einen angemessenen Betrag zu begrenzen. Eine solche ist jedoch erforderlich, um dem vom deutschen Gesetzgeber mit der Schaffung des § 439 Abs. 3 BGB verfolgten Ziel einer Ber6cksichtigung der Interessen des Verk6ufers (vgl. BT-Drucks. 16/6040, S. 232) in dem europarechtlich (noch) zul6ssigen Umfang Rechnung zu tragen.

41 (1) Teilweise wird versucht, eine Begrenzung der Kostentragungspflicht des Verk6ufers 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 daf6r erforderlichen Kosten verpflichtet sein soll und diese angemessen reduziert werden k6nnen (vgl. Pfeiffer, LMK 2011, 321439 sowie den Alternativvorschlag von Faust, aaO). Dieser Ansatz 6bersieht jedoch, dass die Nacherf6llung gem66 § 439 Abs. 1 BGB nach dem Willen des deutschen Gesetzgebers auch dazu dienen soll, dem Verk6ufer die "M6glichkeit zur zweiten Andienung" einzur6umen (BT-Drucks. 16/6040, S. 220; vgl. hierzu Senatsurteil vom 23. Februar 2005 - VIII ZR 100/04, BGHZ 162, 219, 227 f.). Mit dem hierdurch zum Ausdruck kommenden Ziel, bereits im Rahmen des § 439 Abs. 1 BGB auch den Interessen des Verk6ufers Rechnung zu tragen, w6re es nur schwer zu vereinbaren, wenn der Verk6ufer 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. 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 Abs. 1 und 3, § 281 BGB auf Erstattung der hierfür erforderlichen Kosten, wobei die Höhe auf einen angemessenen Betrag reduziert werden könne (Purnhagen, aaO S. 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, anstelle 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 Abs. 2 BGB dahin aussprechen, dass den Käufer gegen Kostenerstattung eine Mitwirkungsobliegenheit zum Ausbau der mangelhaften und Einbau der neuen Sache trifft (Kaiser, aaO S. 985 ff.; Greiner/Benedix, aaO S. 493). Die Rechte des Käufers sollen sich von vornherein auf einen auf die angemessenen Kosten begrenzten Erstattungsanspruch beschränken (Kaiser, aaO S. 987). Damit wird aber - zumindest faktisch - die dem Verkäufer vom deutschen Gesetzgeber ausdrücklich eingeräumte "Möglichkeit zur zweiten Andienung" (vgl. BT-Drucks. 16/6040, S. 220) beschnitten. Dies wird vermieden, wenn man die Kostenerstattungspflicht als Folge einer Einrede aus dem teleologisch reduzierten § 439 Abs. 3 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 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie. Die Ausfüllung der Lücke im Wege der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung ist jedoch auf alle Konstellationen des Verbrauchsgüterkaufs und damit des Verbraucherbegriffs gemäß § 13 BGB zu erstrecken, weil insoweit der Einheitlichkeitswille des nationalen Gesetzgebers in Bezug auf den Verbraucherbegriff zu berücksichtigen ist (vgl. Senatsurteil vom 26. November 2008 - VIII ZR 200/05, aaO Rn. 27 mwN).
- 45 e) Die vom Senat für den Verbrauchsgüterkauf vorgenommene teleologische Reduktion des § 439 Abs. 3 BGB führt schon deswegen nicht zu dessen faktischer Derogation, weil die Regelung in Fällen des Verbrauchsgüterkaufs hinsichtlich der relativen Unverhältnismäßigkeit anwendbar bleibt (aA Kaiser, aaO S. 986). Es bedarf deshalb hier ebenfalls keiner Erörterung, ob im Rahmen einer gemeinschaftsrechtskonformen Rechtsfortbildung auch die vollständige

Nichtanwendung einer Norm gerechtfertigt sein kann (vgl. Senatsurteil vom 26. November 2008 - VIII ZR 200/05, aaO Rn. 29 mwN).

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

47 Das Prinzip der Rechtssicherheit (Art. 20 Abs. 3 GG) bedeutet in erster Linie Vertrauensschutz für den Bürger. Durfte 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 (Senatsurteil vom 26. November 2008 - VIII ZR 200/05, aaO Rn. 33 mwN). Das ist hier schon deshalb nicht der Fall, weil die teleologische Reduktion des § 439 Abs. 3 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. Bamberger/Roth/Faust, aaO Rn. 40 f.; Doehner, Die Schuldrechtsreform 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, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2. Aufl., Kap. 10 Rn. 89; Pfeiffer, ZGS 2002, 217, 218 f.; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, Neubearb. 2004, § 439 Rn. 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. Juni 2006 (aaO Rn. 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 Satz 1 3. Alt. 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 Abs. 1 Satz 1 BGB auch auf die Minderung Anwendung findet, dient ausweislich der Materialien der Umsetzung des in Art. 3 Abs. 5 Spiegelstrich 3 der Richtlinie erfassten Konstellation, dass eine Abhilfe mit erheblichen Unannehmlichkeiten für den Verbraucher verbunden ist (BT-Drucks. 14/6040, S. 233).

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

50 Gemäß Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie kann der Verbraucher vom Verkäufer die unentgeltliche Nachbesserung oder eine unentgeltliche Ersatzlieferung verlangen. Art. 3 Abs. 4 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, NJW 2008, 1433 Rn. 34 - Quelle AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände). Der Verbraucher kann daher für Kosten, die ihm im Rahmen der Nach-
erfüllung entstehen, aber vom Verkäufer zu ersetzen sind, auch einen Vor-
schuss verlangen (Senatsurteil vom 13. April 2011 - VIII ZR 220/10, NJW 2011,
2278 Rn. 37, zum Abdruck in BGHZ vorgesehen).

51 9. Die von der Revision erhobene Rüge, das Berufungsgericht sei verfahren-
fehlerhaft zu der Ansicht gelangt, den Kläger treffe mangels Erkennbarkeit
der Mangelhaftigkeit der Fliesen vor deren Verlegung kein Mitverschulden be-
züglich der Höhe der durch den Ausbau entstehenden Kosten, hat der Senat
geprüft und nicht für durchgreifend erachtet. Von einer Begründung wird gemäß
§ 564 ZPO abgesehen.

III.

52 Nach alledem kann das Urteil des Berufungsgerichts, 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 erforder-
lich sind und die Sache damit zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

53 1. Die Beklagte hat als Verkäuferin der mangelhaften Bodenfliesen das
Recht, den Kläger hinsichtlich des allein noch in Rede stehenden Ausbaus der
mangelhaften Kaufsache auf die Kostenerstattung in Höhe eines angemesse-
nen Betrags zu verweisen. Von diesem Leistungsverweigerungsrecht hat die
Beklagte 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 Kläger ihr den die angemessenen Ausbaurkosten übersteigenden Geldbetrag zuschießt oder jedenfalls eine verbindliche Erklärung über eine entsprechende Kostenbeteiligung abgibt. Ein solch umfassendes Leistungsverweigerungsrecht steht der Beklagten 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, aaO Rn. 76). Das von der Beklagten geltend gemachte Leistungsverweigerungsrecht umfasst aber auch - sozusagen als Minus - die Erklärung, die Beklagte sei im Hinblick auf den hiermit verbundenen unangemessenen Kostenaufwand zu einem Ausbau der Bodenfliesen auf eigene Rechnung nicht bereit, sondern verweise den Kläger 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 Klägers auf Erstattung der für den Ausbau und die Entsorgung der mangelhaften Bodenfliesen entstehenden Kosten abschließend bemessen. Der Anspruch ist auf insgesamt 600 € 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 (circa 1.200 €) 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 Klägers 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 Ausbaurkosten einerseits und der Einbaurkosten andererseits zu erfolgen. Vielmehr geht es darum, die den Verkäufer treffende Pflicht, sich an den Aus- und Einbaurkosten zu beteiligen, im Ergebnis auf einen angemessenen Betrag zu reduzieren. Sind - wie vorliegend - Einbaurkosten nicht geschuldet, stellt sich daher allein die Frage, inwieweit eine Beteiligung des Verkäufers an den Ausbaurkosten der Höhe nach angemessen ist.

56 Da dem Kläger bereits rechtskräftig ein Betrag von 273,10 € - wenn auch unter dem nicht einschlägigen Gesichtspunkt der Minderung - zugesprochen worden ist, hat er Anspruch auf Zahlung weiterer 326,90 €.

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

58 Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben, soweit das Berufungsgericht der Zahlungsklage über den erstinstanzlich zuerkannten Betrag von 273,10 € hinaus in Höhe von mehr als weiteren 326,90 € - jeweils nebst Zinsen - stattge-

geben hat. Die Berufung des Klägers gegen das erstinstanzliche Urteil ist insoweit zurückzuweisen.

Ball

Dr. Milger

Dr. Schneider

Dr. Fetzer

Dr. Bünger

Vorinstanzen:

LG Kassel, Entscheidung vom 24.11.2006 - 4 O 1248/06 -

OLG Frankfurt in Kassel, Entscheidung vom 14.02.2008 - 15 U 5/07 -