



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

VIII ZR 70/08

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Richtlinie 1999/44/EG Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3

Dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften werden folgende Fragen zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts gemäß Art. 234 EG zur Vorabentscheidung vorgelegt:

- a) 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?
- b) 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?

BGH, Beschluss vom 14. Januar 2009 - VIII ZR 70/08 - OLG Frankfurt am Main

LG Kassel

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Januar 2009 durch den Vorsitzenden Richter Ball, den Richter Wiechers sowie die Richterinnen Hermanns, Dr. Milger und Dr. Hessel

beschlossen:

- I. Das Verfahren wird ausgesetzt.
- II. Dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften werden folgende Fragen zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts gemäß Art. 234 EG zur Vorabentscheidung vorgelegt:
  1. 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?
  2. 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?

Gründe:

I.

- 1 Der Kläger kaufte bei der Beklagten, die einen Baustoffhandel betreibt, am 24. Januar 2005 45,36 m<sup>2</sup> polierte Bodenfliesen eines italienischen Herstellers zum Preis von 1.191,61 € ohne und 1.382,27 € mit 16% Mehrwertsteuer. Er ließ rund 33 m<sup>2</sup> der Fliesen im Flur, im Bad, in der Küche und auf dem Treppengestell 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 € 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 m<sup>2</sup> 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.

II.

3           Das Berufungsgericht (OLG Frankfurt am Main, OLGR 2008, 325 = ZGS  
2008, 315) hat im Wesentlichen ausgeführt:

4           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). Gemäß dem Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen wiesen sie einen herstellungsbedingten Polierfehler auf, der insbesondere bei Tageslichteinfall in der Fläche sichtbar sei, wie eine Inaugenscheinnahme des Gerichts bestätigt habe. Eine Beseitigung des Mangels (§ 439 Abs. 1 Fall 1 BGB) sei technisch nicht möglich. Die von der Beklagten erhobene Einrede nach § 439 Abs. 3 BGB, dass die vom Kläger verlangte Lieferung mangelfreier Fliesen unverhältnismäßige Kosten verursache, sei unbegründet. Es komme nur eine absolute Unverhältnismäßigkeit (§ 439 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 2 BGB) in Betracht. Dabei sei das Interesse des Klägers an der Durchführung der Nacherfüllung gegen das Interesse der Beklagten, nicht mit den dafür anfallenden Kosten belastet zu werden, abzuwägen. Zu diesen Kosten gehörten nicht die des Einbaus der neuen Fliesen, sondern lediglich die für deren Lieferung (rund 1.200 € einschließlich Transport) sowie die für die Beseitigung, also Ausbau und Entsorgung, der mangelhaften Fliesen (rund 2.100 €).

5           Der Wortlaut des § 439 Abs. 1 Fall 2 BGB, in dem von der "Lieferung einer mangelfreien Sache" die Rede sei, spreche zwar dagegen, die Aus- und Einbaukosten zu den Nacherfüllungskosten zu zählen. Da der Nacherfüllungsanspruch nur ein modifizierter Erfüllungsanspruch sei, sei auch die Annahme fernliegend, dass zu den ursprünglichen kaufvertraglichen Pflichten der Übergabe und Übereignung der Kaufsache zusätzlich bisher nicht geschuldete

Handlungspflichten hinzukommen sollten. Andererseits ergebe sich aber aus der Pflicht des Verkäufers, dem Käufer Eigentum und Besitz – nur – an der mangelfreien Kaufsache zu verschaffen, im Umkehrschluss, dass der Käufer nicht verpflichtet sei, neben der mangelfreien Sache auch noch die mangelhafte zu behalten. Daraus folge eine vertragliche Rücknahmeverpflichtung des Verkäufers hinsichtlich der mangelhaften Sache. Damit falle neben der Pflicht zur Mitnahme auch das dieser notwendigerweise vorgelagerte Herausreißen der mangelhaften Fliesen in den Bereich der Nacherfüllungspflicht. 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 Gebrauchsgüter (ABl. EG Nr. L 171 S. 12) 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" noch mit den Worten "Ersatzlieferung nach Maßgabe des Absatzes 3" umschrieben 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". Das ergebe sich auch aus 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.

- 6 Im Rahmen der Abwägung des Interesses des Klägers an der Durchführung der Nacherfüllung einerseits mit dem Interesse der Beklagten daran, nicht mit unverhältnismäßig hohen Nacherfüllungskosten belastet zu werden, andererseits 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 Kosten von 2.122,37 € einschließlich 19% Mehrwertsteuer verursache, nicht festgestellt werden, dass die Nacherfüllung mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden wäre.
- 7 Aus dem Vorstehenden folge, dass der Kläger gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von 2.122,37 € aus § 434, § 437 Nr. 1, § 439 Abs. 1 und 2 BGB in Verbindung mit § 280 Abs. 3, § 281 Abs. 1 und 2 BGB 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. Indem die Beklagte jedoch 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.
- 8 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.

III.

- 9           1. 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.
- 10           2. Soweit die Beklagte zur Zahlung von mehr als 273,10 €, nämlich von weiteren 1.849,27 € nebst Zinsen verurteilt worden ist, hängt die Entscheidung über die – insoweit zulässige – Revision davon ab, ob das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, dass der Kläger von der Beklagten die Kosten des Ausbaus der Fliesen ersetzt verlangen kann. Die Beantwortung dieser Frage ist wiederum von der Auslegung der oben (unter II) bezeichneten Richtlinie (im Folgenden nur: Richtlinie) abhängig, die hier Anwendung findet, da es sich bei dem Kaufvertrag der Parteien, wie das Berufungsgericht unwidersprochen unterstellt hat, um einen Verbrauchsgüterkauf im Sinne von Art. 1 der Richtlinie (und dementsprechend von § 474 Abs. 1 Satz 1 BGB) handelt, bei dem der nicht zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken handelnde Kläger als Verbraucher von der gewerblich tätigen Beklagten als Verkäuferin mit den Fliesen ein Verbrauchsgut gekauft hat.
- 11           a) Nach dem nationalen deutschen Recht steht dem Kläger ein Anspruch auf Ersatz der Kosten für den Ausbau der mangelhaften Fliesen nicht zu. Zu Recht und unangegriffen hat das Berufungsgericht insoweit einen Schadensersatzanspruch des Klägers aus § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, § 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1 und 3, § 281 Abs. 1 BGB wegen schuldhafter Lieferung mangelhafter Fliesen verneint, weil die Beklagte weder die Lieferung der mangelhaften Fliesen selbst verschuldet noch nach § 278 BGB für ein Verschulden der Herstelle-

rin der Fliesen einzutreten hat (vgl. Senatsurteil vom 15. Juli 2008 – VIII ZR 211/07, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt, WM 2008, 1890 = NJW 2008, 2837, Tz. 29 m.w.N.). Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hat der Kläger gegen die Beklagte aber auch keinen Schadensersatzanspruch aus § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, § 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Fall 2, § 280 Abs. 1 und 3, § 281 Abs. 1 und 2 BGB wegen der unterbliebenen Nachlieferung mangelfreier Fliesen. Dabei ist nach dem unstreitigen Sachverhalt und den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts davon auszugehen, dass die Fliesen wegen eines nicht zu beseitigenden Polierfehlers mangelhaft sind, Abhilfe nur durch einen kompletten Austausch der Fliesen möglich ist, den die Beklagte ernsthaft und endgültig verweigert hat, und für den Ausbau der mangelhaften Fliesen Kosten in Höhe von 2.122,37 € (einschließlich 19% Mehrwertsteuer) anfallen.

- 12           aa) Nach der ganz herrschenden Meinung in der Rechtsprechung (außer dem Berufungsgericht OLG Karlsruhe, ZGS 2004, 432; 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, n.v.) und einer verbreiteten Auffassung im Schrifttum (Bamberger/Roth/Faust, BGB, 2. Aufl., § 439 Rdnr. 32; Lorenz, ZGS 2004, 408, 410 f.; ders., NJW 2005, 1889, 1895; ders., NJW 2007, 1, 5 (zweifelnd); Pammler in: jurisPK-BGB, 4. Aufl., § 439 Rdnr. 51 f.; Schneider/Katerndahl, NJW 2007, 2215, 2216; Schneider, ZGS 2008, 177 f.; Terrahe, VersR 2004, 680, 682; MünchKommBGB/Westermann, 5. Aufl., § 439 Rdnr. 13; Witt, ZGS 2008, 369, 370) kann der Käufer in dem hier in Rede stehenden Fall der Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 439 Abs. 1 Fall 2 BGB) von dem Verkäufer allerdings grundsätzlich den Ausbau der mangelhaften Kaufsache aus einer anderen Sache, in die sie bestimmungsgemäß eingebaut worden ist, und dementsprechend auch – im Wege des Schadensersatzes nach §§ 280, 281 BGB – die Erstattung der Kosten hierfür verlangen.



Nach einer anderen Ansicht in der Literatur steht dem Käufer ein solcher Anspruch dagegen nicht zu (Ayad/Hesse, BB 2008, 1926; AnwK-BGB/Büdenbender, § 439 Rdnr. 27 Fn. 23; Erman/Grunewald, BGB, 12. Aufl., § 439 Rdnr. 5; Katzenstein, ZGS 2009, 29, 31 ff.; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB (2004), § 439 Rdnr. 21; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl., § 2 Rdnr. 189; Otte in: FS Schwerdtner, 2003, S. 599, 608; Skamel, NJW 2008, 2820, 2822; Thürmann, NJW 2006, 3457, 3460 f.). Diese Frage bedarf indessen im vorliegenden Zusammenhang keiner Entscheidung.

13           bb) Selbst wenn der erstgenannten Meinung zu folgen sein sollte, kann der Kläger von der Beklagten nach dem nationalen deutschen Recht nicht die Kosten für den Ausbau der mangelhaften Fliesen erstattet verlangen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat die Beklagte die von dem Kläger begehrte Nacherfüllung durch Lieferung mangelfreier Fliesen und damit auch den Ausbau der mangelhaften Fliesen zu Recht gemäß § 439 Abs. 3 BGB verweigert.

14           Nach dieser Vorschrift kann der Verkäufer die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist (Satz 1). Das gilt nicht nur dann, wenn die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung im Vergleich zu der anderen Art der Nacherfüllung unverhältnismäßige Kosten verursacht (Satz 2 Fall 3; sog. relative Unverhältnismäßigkeit), sondern auch dann, wenn die vom Käufer gewählte oder die einzig mögliche Art der Nacherfüllung schon für sich allein unverhältnismäßige Kosten verursacht (sog. absolute Unverhältnismäßigkeit), wobei Bezugspunkte der Prüfung in diesem Fall der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand (Satz 2 Fall 1) und die Bedeutung des Mangels (Satz 2 Fall 2) sind. Das folgt aus § 439 Abs. 3

Satz 3 Halbs. 2 sowie § 440 Satz 1 Fall 1 BGB, wonach der Käufer beide Arten der Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 3 BGB verweigern kann.

- 15 Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ist hier Nacherfüllung nur durch Lieferung mangelfreier Fliesen möglich, während eine Beseitigung des Mangels der eingebauten Fliesen (§ 439 Abs. 1 Fall 1 BGB) technisch ausgeschlossen ist. In dem somit gegebenen Fall, dass sich die Nacherfüllung auf eine der beiden Arten des § 439 Abs. 1 BGB beschränkt, kommt im Hinblick auf das Recht des Verkäufers aus § 439 Abs. 3 BGB, die verbleibende Art der Nacherfüllung zu verweigern, naturgemäß nur eine absolute Unverhältnismäßigkeit in Betracht, da der Vergleich mit den Kosten der ausgeschlossenen Art der Nacherfüllung keinen Sinn ergibt. Darüber, wann eine absolute Unverhältnismäßigkeit anzunehmen ist, besteht im Schrifttum keine Einigkeit. Es werden unterschiedliche Prozentsätze namentlich des Werts der mangelfreien Sache genannt, bei deren Überschreitung die Kosten der Nacherfüllung absolut unverhältnismäßig sein sollen (Nachweise etwa bei Bamberger/Roth/Faust, aaO, § 439 Rdnr. 52; Staudinger/Matusche-Beckmann, aaO, § 439 Rdnr. 43). Nach der weitestgehenden Ansicht ist in dem – hier gegebenen – Fall, dass der Verkäufer den Mangel nicht zu vertreten hat, absolute Unverhältnismäßigkeit anzunehmen, wenn die Kosten der Nacherfüllung 150% des Werts der Sache im mangelfreien Zustand oder 200% des mangelbedingten Minderwerts übersteigen (Bitter/Meidt, ZIP 2001, 2114, 2121). Derartige Grenzwerte vermögen zwar eine Bewertung aller Umstände des Einzelfalls nicht zu ersetzen, geben jedoch in Form einer Faustregel (Bitter/Meidt, aaO) einen ersten Anhaltspunkt und wirken damit mangels einer eindeutigen Regelung und einer gefestigten Rechtsprechung der Rechtsunsicherheit entgegen (vgl. Ball, NZV 2004, 217, 224 f.).

16           Danach ist hier von der absoluten Unverhältnismäßigkeit der vom Kläger begehrten Nacherfüllung durch Lieferung mangelfreier Fliesen auszugehen. Gemäß den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts entstehen der Beklagten neben den eigentlichen (Selbst-)Kosten für die Lieferung der mangelfreien Fliesen in Höhe von rund 1.200 € einschließlich Transport die in Rede stehenden Kosten für den Ausbau der mangelhaften Fliesen in Höhe von rund 2.100 € (einschließlich 19% Mehrwertsteuer), mithin insgesamt Kosten von rund 3.300 €. Das sind erheblich mehr als 150% des Werts der mangelfreien Fliesen, der zwar nicht festgestellt ist, jedoch nicht mehr als den für den Erwerb erforderlichen Kaufpreis von 1.418,02 € (einschließlich jetzt 19% Mehrwertsteuer) betragen dürfte, und ebenfalls deutlich mehr als 200% des mangelbedingten Minderwerts der mangelhaften Fliesen, der keinesfalls mehr als den für sie gezahlten Kaufpreis von 1.382,27 € (einschließlich 16% Mehrwertsteuer) beträgt.

17           b) Der mithin hier entscheidungserhebliche Umstand, dass das nationale deutsche Recht in § 439 Abs. 3 BGB das Recht des Verkäufers, die Nacherfüllung zu verweigern, nicht nur wegen relativer, sondern auch wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit der Kosten der Nacherfüllung vorsieht, könnte im Widerspruch zu der Richtlinie stehen. Nach deren Art. 3 Abs. 3 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. Die Vorschrift des § 439 Abs. 3 BGB wäre daher in Bezug auf die dort geregelte absolute Unverhältnismäßigkeit nur dann richtlinienkonform, wenn sich diese unter den Begriff der Unmöglichkeit in

Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 der Richtlinie subsumieren ließe. Das erscheint angesichts dessen, dass die Richtlinie den Begriff der Unmöglichkeit nicht definiert und damit möglicherweise der Ausfüllung durch das nationale Recht überlässt (vgl. Kirsten, ZGS 2005, 66, 67 f.; MünchKommBGB/Lorenz, aaO, Vor § 474 Rdnr. 18; Oetker/Maultzsch, aaO, § 2 Rdnr. 216; AnwK-BGB/Pfeiffer, Art. 3 Kauf-RL Rdnr. 12), nicht von vorneherein ausgeschlossen. Hinzu kommt, dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Richtlinie ausschließlich Fälle physischer Unmöglichkeit gelten lassen und den Verkäufer auch zu einer wirtschaftlich unsinnigen Nacherfüllung verpflichten will (Bamberger/Roth/Faust, aaO, § 439 Rdnr. 53).

18 Ansonsten bliebe wohl allenfalls die Möglichkeit, § 439 Abs. 3 BGB im Wege der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung (EuGH, Urteil vom 10. April 1984 – Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891, Rdnr. 26, 28 – von Colson und Kamann/Nordrhein-Westfalen; Urteil vom 5. Oktober 2004 – Rs. C-397/01 bis C-403/01, Slg. 2004, I S. 8835, Rdnr. 113 – Pfeiffer u.a./Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut e.V.) oder Rechtsfortbildung (vgl. dazu Senatsurteil vom 26. November 2008 – VIII ZR 200/05, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt, Tz. 21) dahin einschränkend anzuwenden, dass mit der dort geregelten absoluten Unverhältnismäßigkeit lediglich die Fälle der Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB erfasst werden (Staudinger/Matusche-Beckmann, aaO, § 439 Rdnr. 41; vgl. auch Leible in: Gebauer/Wiedmann, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, Kapitel 9 Rdnr. 78; dagegen Bamberger/Roth/Faust, aaO). Danach könnte die Beklagte allerdings die Nacherfüllung durch Lieferung mangelfreier Fliesen nicht verweigern. Ein – allein in Betracht zu ziehender – Fall der sogenannten faktischen Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 2 BGB liegt angesichts der Beträge, die nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts zugrunde zu legen sind (siehe vorstehend unter III 2 a bb), nicht vor. Bei § 275 Abs. 2 BGB handelt es sich nach allgemeiner Meinung um eine

eng auszulegende, nur selten anwendbare Ausnahmegesetz, die ein grobes Missverhältnis zwischen dem für die Leistung erforderlichen Aufwand des Schuldners und dem Leistungsinteresse des Gläubigers erfordert und damit deutlich strengere Anforderungen stellt als etwa § 439 Abs. 3 BGB für die absolute Unverhältnismäßigkeit (Palandt/Heinrichs, BGB, 68. Aufl., § 275 Rdnr. 27).

19 c) Angesichts dessen käme es nunmehr auf die Entscheidung der oben (unter III 2 a aa) offen gebliebenen Frage an, ob der Käufer nach dem nationalen deutschen Recht in dem hier in Rede stehenden Fall der Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 439 Abs. 1 Fall 2 BGB) von dem Verkäufer den Ausbau der mangelhaften Kaufsache aus einer anderen Sache, in die sie bestimmungsgemäß eingebaut worden ist, und dementsprechend auch im Wege des Schadensersatzes die Erstattung der Kosten hierfür verlangen kann.

20 aa) Das ergibt sich, wie auch das Berufungsgericht erkannt hat, nicht schon aus dem Gesetzeswortlaut. Nach § 439 Abs. 1 BGB kann der Käufer bei der hier betroffenen Art der Nacherfüllung die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. Dies ist – entsprechend der ursprünglichen Verpflichtung des Verkäufers zur Erfüllung des Kaufvertrages aus § 433 Abs. 1 BGB – allein die Übergabe der mangelfreien Sache und die Verschaffung des Eigentums hieran. Der Ausbau der zuerst gelieferten mangelhaften Sache gehört schon deswegen nicht dazu, weil er sich auf eine andere Sache bezieht als die Lieferung. Aus § 439 Abs. 2 BGB, wonach der Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen hat, ergibt sich nichts anderes. Zum Zwecke der Nacherfüllung sind bei ihrer hier in Rede stehenden Art dem Wortlaut nach nur die Aufwendungen für die Lieferung einer mangelfreien Sache erforderlich. Zu

dieser gehört, wie ausgeführt, nicht der Ausbau der zuerst gelieferten mangelhaften Sache.

21           bb) Die Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer die Kosten für den Ausbau der mangelhaften Sache zu erstatten, kann - jedenfalls unter den hier gegebenen Umständen - auch nicht mit den Erwägungen des Senatsurteils in dem sogenannten Dachziegelfall (BGHZ 87, 104) begründet werden. In dieser Entscheidung aus der Zeit vor der – insbesondere auch der Umsetzung der Richtlinie in das nationale deutsche Recht dienenden – Neuregelung des Kaufrechts durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl. I S. 3138) hat der Senat (aaO, 109 ff.) dem Käufer nach Wandelung des Kaufvertrages (§ 462 BGB aF) einen Verzugsschadensersatzanspruch aus § 284 Abs. 1, § 286 Abs. 1 BGB aF (jetzt § 280 Abs. 2, § 286 Abs. 1 BGB) gegen den Verkäufer auf Ersatz der Kosten für den Ausbau mangelhafter Dachziegel zuerkannt. Die versäumte Verpflichtung des Verkäufers, die – nur provisorisch auf dem Dach verlegten – Dachziegel abzudecken, hat der Senat dabei aus einem – mit dem Rückgabeanspruch des Verkäufers aus §§ 467, 346 BGB aF korrespondierenden – auf dem Dach als "Leistungsstelle" zu erfüllenden Rücknahmeanspruch des Käufers aus besonderem Interesse hergeleitet. Das kommt hier schon deswegen nicht in Betracht, weil die mangelhaften Fliesen – anders als die nur provisorisch auf dem Dach verlegten Dachziegel im Dachziegelfall – durch ihre Verlegung im Haus des Klägers gemäß §§ 946, 93, 94 Abs. 2 BGB wesentlicher Bestandteil des Gebäudes geworden sind, der Beklagten deswegen ein Anspruch auf Rückgewähr oder auch nur Wertersatz nach § 439 Abs. 4, § 346 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 1 BGB nicht zusteht und dementsprechend auch ein damit korrespondierender Rücknahmeanspruch des Klägers ausgeschlossen ist (vgl. Schneider/Katerndahl, aaO, 2216; Thürmann, aaO, 3461).

22

d) Der streitige Anspruch des Käufers, im Falle der Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 439 Abs. 1 Fall 2 BGB) von dem Verkäufer den Ausbau der mangelhaften Kaufsache und dementsprechend auch die Erstattung der Kosten hierfür zu verlangen, könnte sich jedoch gemäß der Annahme des Berufungsgerichts (vgl. auch Maifeld, BGHRep. 2008, 940, 941; Pammler, aaO, Rdnr. 53; Witt, aaO, 373 f.; aA Katzenstein, aaO, 35 f.; Thürmann, aaO, 3460 f.) aus Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 Unterabs. 3 der Richtlinie ergeben, was bei der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung (EuGH, aaO) von § 439 BGB zu berücksichtigen wäre. Nach Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie hat der Verbraucher bei Vertragswidrigkeit des gelieferten Verbrauchsgutes in der hier maßgeblichen Alternative Anspruch auf die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes durch Ersatzlieferung nach Maßgabe des Absatzes 3. Bereits die Verwendung des Begriffs der Ersatzlieferung könnte darauf hindeuten, dass nicht nur ein vertragsgemäßes Verbrauchsgut zu liefern, sondern darüber hinaus das gelieferte vertragswidrige Verbrauchsgut zu ersetzen und damit zu entfernen ist. Hinzu kommt die Verweisung auf Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie. Dort heißt es im Unterabsatz 3 unter anderem, dass die Ersatzlieferung ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen muss, wobei die Art des Verbrauchsgutes sowie der Zweck, für den der Verbraucher das Verbrauchsgut benötigte, zu berücksichtigen sind. Die danach gebotene Berücksichtigung der Art und des Verwendungszwecks des Verbrauchsgutes könnte im Zusammenhang mit der nach Absatz 2 erforderlichen Herstellung des vertragsgemäßen Zustands dafür sprechen, dass der Verkäufer im Zuge der Ersatzlieferung mehr als nur die Lieferung des vertragsgemäßen Verbrauchsgutes, nämlich auch die Beseitigung des zunächst gelieferten vertragswidrigen Verbrauchsgutes schuldet, um den nötigen Platz für die art- und zweckentsprechende Verwendung des Ersatzes zu schaffen. Der Ausbau der mangelhaften Fliesen könnte deswegen von der Ver-

pflichtung des Verkäufers zur Ersatzlieferung umfasst werden. Dadurch würde er sich von dem Einbau der als Ersatz zu liefernden neuen Fliesen unterscheiden, der schon deswegen nicht von der Verpflichtung des Verkäufers zur Ersatzlieferung umfasst wird, weil diese nicht weitergehen kann als die Lieferverpflichtung des Verkäufers aus dem zugrunde liegenden Kaufvertrag und dazu der Einbau der verkauften Fliesen - anders als bei einem Werkvertrag - nicht gehört (Senatsurteil vom 15. Juli 2008, aaO, Tz. 25).

IV.

23 Die Entscheidung darüber, wie die Bestimmungen des Art. 3 Abs. 2 und 3 der Richtlinie in dem vorstehend (unter III 2 b und d) dargelegten Zusammenhang auszulegen sind, ist gemäß Art. 234 EG dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften vorbehalten. Daher ist der Rechtsstreit auszusetzen, und die im Beschlusstenor aufgeführten Fragen der Auslegung des Gemeinschaftsrechts sind dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorzulegen.

Ball	Wiechers	Hermanns
Dr. Milger		Dr. Hessel

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 -