

Constantin Jungclaus

Die Nacherfüllung aus Verkäufersicht

Ein Vergleich der Regelungen im BGB unter dem Einfluss der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht und in der Warenkaufrichtlinie



Nomos

Europäisches Privatrecht

Sektion B: Gemeinsame Rechtsprinzipien

herausgegeben von
Prof. Dr. Reiner Schulze

in Gemeinschaft mit

Prof. Dr. Jürgen Basedow
Prof. Dr. Franco Ferrari
Prof. Dr. Leander D. Loacker
Prof. Dr. Willibald Posch

Band 57

Constantin Jungclaus

Die Nacherfüllung aus Verkäufersicht

Ein Vergleich der Regelungen im BGB unter dem Einfluss der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht und in der Warenkaufrichtlinie



Nomos

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Heinrich Dörner
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Johann Kindl
Dekan: Prof. Dr. Matthias Casper
Tag der mündlichen Prüfung: 8. Juni 2021

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2021

ISBN 978-3-8487-8354-0 (Print)

ISBN 978-3-8487-8354-0 (ePDF)



Onlineversion
Nomos eLibrary

D6

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

*Für meine Eltern
und Karoline*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2021 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Ende Juni 2021 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. *Heinrich Dörner* für die mir gewährten Freiheiten, für seine Offenheit gegenüber dem Thema und den mehrfachen konzeptionellen Änderungsvorschlägen zu dieser Arbeit, für seine Rücksichtnahme und – insbesondere – für seinen stets herzlichen und ermutigenden Zuspruch, fachlich wie privat. Bei Herrn Prof. Dr. *Johann Kindl* bedanke ich mich für die zügige Fertigung des Zweitgutachtens. Den Herausgebern der Schriftenreihe „Europäisches Privatrecht“ danke ich für die Aufnahme dieser Arbeit. Dem *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* gebührt Dank für die freundliche Bereitstellung eines Arbeitsplatzes in der Institutsbibliothek.

Weiterhin danke ich meinem Kollegen Dr. *Lutz Hülsdunk* vielmals für den Anstoß meines Dissertationsendspurts und seinen stets motivierenden Zuspruch in dieser Zeit. Großer Dank gebührt zudem meinem Schwiegervater *Wilfried Adamzik* für das Korrekturlesen und die zahlreichen kritischen wie konstruktiven Anmerkungen zum Manuskript dieser Arbeit. Herzlich bedanken möchte ich mich an dieser Stelle auch bei Herrn Prof. Dr. *Walter Doralt*, den ich über das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht kennenlernen durfte und der sich für fachliche Diskussionen sogar dann die Zeit nahm, als er sich im Habilitationsendspurt befand.

Tiefe Dankbarkeit verspüre ich gegenüber meinen Eltern *Marie-Theres* und *Tim Jungclaus*, die mich während meiner juristischen Ausbildung stets und in jeder Hinsicht vorbehalt- und grenzenlos unterstützt haben.

Vorwort

Nicht genug danken kann ich schließlich meiner Frau Dr. med. *Karoline Jungclaus*, für ihre Geduld und Rücksichtnahme, wenn Sie mich – was leider nicht selten vorkam – bei Gesprächen über ganz andere Dinge dabei ertappte, dass ich gedanklich immer noch tief in der Doktorarbeit versunken war, aber auch – und vor allem – für ihre Unterstützung (Stichwort: Zeitpläne) und ihren Glauben an mich und das Gelingen dieser Arbeit.

Hamburg, im Juli 2021

Constantin Jungclaus

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
Einleitung	23
A. Problemaufriss	23
B. Anlass und Ziel der Untersuchung	27
C. Gang der Untersuchung	29
1. Kapitel: Dogmatische Grundlagen	31
2. Kapitel: Die Nacherfüllung im System der Gewährleistungsrechte	36
A. BGB-Kaufrecht	36
I. Überblick über die Gewährleistungsrechte	36
II. Vorrang der Nacherfüllung als Grundsatz	37
III. Das „Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung“	39
IV. Grenzen des Vorrangs der Nacherfüllung und des „Rechts zur zweiten Andienung“	41
B. Gemeinsames Europäisches Kaufrecht	45
I. Überblick über die Gewährleistungsrechte	45
II. Keine Hierarchie der Rechtsbehelfe	47
III. Exkurs: Vorrang der Heilung bei B2B-Verträgen	50
IV. Grundsätzlich kein Vorrang der Heilung bei B2C-Verträgen	52
C. Warenkaufrichtlinie	55
I. Überblick über die Gewährleistungsrechte	55
II. Vorrang der Nacherfüllung als Grundsatz	58
III. Grenzen des Vorrangs der Nacherfüllung	58
1. Nicht (fristgemäß) erbrachte Nacherfüllung	59
2. Fehlgeschlagene Nacherfüllung	62
3. Schwerwiegende Vertragswidrigkeit der Ware	63
4. Erklärung des Verkäufers oder Offensichtlichkeit der verspäteten oder unzumutbaren Nacherfüllung	64
D. Rechtsvergleich	66
E. Bewertung aus Sicht des Verkäufers	73

3. Kapitel: Die eigenmächtige Selbstvornahme der Nacherfüllung durch den Verbraucher	89
A. BGB-Kaufrecht	89
I. Kein originäres Selbstvornahmerecht des Verbrauchers (ausgenommen § 439 Abs. 3 S. 1 BGB)	89
II. Rechtsfolgen der Selbstvornahme jenseits von § 439 Abs. 3 S. 1 BGB	92
1. Grundsätzlich keine Ersatzfähigkeit der Selbstvornahmekosten durch kaufrechtliche Gewährleistungsrechte	92
2. Kein Ersatz der Selbstvornahmekosten nach §§ 634 Nr. 3, 637 BGB analog	95
3. Anrechnung ersparter Aufwendungen?	95
4. Ersatz der Selbstvornahmekosten nach GoA oder Bereicherungsrecht?	98
5. Stellungnahme	99
III. Vereinbarkeit der deutschen Rechtslage mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie	102
1. Stimulation der Selbstvornahme-Problematik durch die Weber/Putz-Entscheidung des EuGH	102
2. Kein generelles Selbstvornahmerecht des Verbrauchers	104
3. Versagung sämtlicher Kostenersatzmöglichkeiten des Verbrauchers	105
B. Gemeinsames Europäisches Kaufrecht	110
I. Originäres Selbstvornahmerecht des Verbrauchers?	111
II. Rechtsfolgen einer eigenmächtigen Selbstvornahme	112
1. Ausschluss der Rechtsbehelfe des Verbrauchers gemäß Art. 106 Abs. 5 GEK-E?	112
2. Rechtsfolgen der Selbstvornahme ohne Anwendung von Art. 106 Abs. 5 GEK-E	116
C. Warenkaufrichtlinie	119
I. Grundsätzlich kein originäres Selbstvornahmerecht des Verbrauchers	119
II. Rechtsfolgen einer unberechtigten Selbstvornahme	120
D. Rechtsvergleich	124
E. Bewertung aus Sicht des Verkäufers	129

4. Kapitel: Das Wahlrecht zwischen Reparatur und Ersatzlieferung	144
A. BGB-Kaufrecht	144
B. Gemeinsames Europäisches Kaufrecht	149
C. Warenkaufrichtlinie	151
D. Rechtsvergleich	152
E. Bewertung aus Sicht des Verkäufers	154
5. Kapitel: Das Rückgewährschuldverhältnis im Rahmen der Ersatzlieferung	163
A. BGB-Kaufrecht	163
I. Pflicht des Verkäufers zur Rücknahme der mangelhaften Sache?	163
II. (Keine) Pflicht des Verbrauchers zum Nutzungsersatz	165
B. Gemeinsames Europäisches Kaufrecht	170
I. Pflicht des Verkäufers zur Rücknahme der vertragswidrigen Ware	170
II. (Keine) Pflicht des Verbrauchers zum Nutzungsersatz	171
C. Warenkaufrichtlinie	173
I. Pflicht des Verkäufers zur Rücknahme der vertragswidrigen Ware	173
II. (Keine) Pflicht des Verbrauchers zum Nutzungsersatz	174
D. Rechtsvergleich	176
I. Pflicht des Verkäufers zur Rücknahme der vertragswidrigen Ware	177
II. (Keine) Nutzungsersatzpflicht des Verbrauchers	178
E. Bewertung aus Sicht des Verkäufers	180
I. Pflicht zur Rücknahme der vertragswidrigen Ware	180
II. (Keine) Nutzungsersatzpflicht des Verbrauchers	185
6. Kapitel: Umfang der Nacherfüllung	191
A. BGB-Kaufrecht	191
I. Abgrenzung der Nacherfüllung vom Schadensersatz – Paradigmenwechsel durch die Weber/Putz-Entscheidung des EuGH	191

II. Die Regelung des reformierten § 439 Abs. 3 BGB	194
1. Entstehungsgeschichte – Das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung	194
a) Der Referentenentwurf vom 30.09.2015	196
b) Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 11.03.2016	197
c) Die Endfassung von § 439 Abs. 3 BGB	198
2. Regelungsgehalt	199
a) Persönlicher Anwendungsbereich	199
b) Sachlicher Anwendungsbereich	200
aa) Einbau bzw. Anbringung der mangelhaften Sache	200
(1) Allgemeines	200
(2) Erfordernis einer dinglichen Rechtsänderung i.S.v. § 946 ff. BGB?	201
(3) Einschlägigkeit von § 439 Abs. 3 BGB bei sonstigen Zustandsveränderungen?	203
(4) Verarbeitung der mangelhaften zu einer neuen Sache als Grenze?	206
bb) Zustandsveränderung der Sache „gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck“	208
cc) Gutgläubigkeit des Verbrauchers, § 439 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 442 Abs. 1 BGB	209
dd) Rechtsfolge: Aufwendungsersatz	210
(1) Allgemeines	210
(2) Wahlrecht des Verbrauchers zwischen Naturalvornahme und Geldersatz?	210
(3) Aufwendungsersatz „im Rahmen der Nacherfüllung“	213
III. Einordnung sonstiger Mangelfolgeschäden	214
1. Unionsrechtsbedingtes Neudenken bei der Kategorisierung von Schadenspositionen im Kaufrecht	214
2. Die Behandlung von Schadensgruppen jenseits der Wiederherstellung des status quo ante	215
a) Schäden an sonstigen Rechtsgütern des Verbrauchers	215
b) Weiterfresserschäden	216
c) Nutzungsausfallschäden	218
d) Fazit und dogmatische Verankerung dieser Schadenspositionen auf Nacherfüllungsebene	218

B. Gemeinsames Europäisches Kaufrecht	220
I. Ausbau der mangelhaften Sache und Einbau der reparierten bzw. ersatzweise gelieferten Sache	221
1. Ersatzlieferung	221
a) Meinungsstand	221
b) Stellungnahme	222
2. Reparatur	229
II. Einordnung sonstiger Mangelfolgeschäden	230
C. Warenkaufrichtlinie	231
I. Aus- und Einbau(kosten)pflcht des Verkäufers, Art. 14 Abs. 3 WK-RL	231
1. Installation (und Montage) der vertragswidrigen Ware – Reichweite der Leistungspflicht des Verkäufers nach Art. 14 Abs. 3 WK-RL	232
2. Bösgläubigkeit des Verbrauchers bei Kenntnis und grob fahrlässiger Unkenntnis von der Vertragswidrigkeit im Zeitpunkt der Zustandsveränderung?	236
3. Installation bzw. Veränderung der vertragswidrigen Ware „entsprechend ihrer Art und ihrem Zweck“	239
4. Allokation des Wahlrechts zwischen Naturalvornahme und Kostenerstattung?	240
II. Ersatz sonstiger Mangelfolgeschäden?	240
D. Rechtsvergleich	243
E. Bewertung aus Sicht des Verkäufers	252
7. Kapitel: Erfüllungsort der Nacherfüllung	263
A. BGB-Kaufrecht	263
I. Meinungsstand	264
1. Der Erfüllungsort der ursprünglichen Lieferpflicht als Nacherfüllungsort	264
2. Der Belegenheitsort der mangelhaften Sache als Nacherfüllungsort	265
3. Differenzierende Lokalisierung nach Maßgabe des § 269 Abs. 1, 2 BGB	267
a) Die Faltanhänger-Entscheidung des BGH	267
b) Bestätigung der Faltanhänger-Rechtsprechung durch die Urteile Motorkajütboot und Smart	269
c) Die Füll-Entscheidung des EuGH	270

II. Stellungnahme	272
1. Fehlende Anhaltspunkte für eine pauschale Lösung im autonom-nationalen Kaufrecht	273
2. Gebotene Einzelfallentscheidung nach den Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie	276
3. Stärkung der Rechtssicherheit durch die Bildung klarer Verortungskriterien	278
4. Relokalisierung des Nacherfüllungsortes in den Fällen Faltanhänger, Motorkajütboot und Smart	282
B. Gemeinsames Europäisches Kaufrecht	283
I. Fehlende Wertung für eine pauschale Lokalisierung des Nacherfüllungsortes in den Art. 106 ff. GEK-E	284
II. Maßgeblichkeit der Einzelfallentscheidung	286
C. Warenkaufrichtlinie	288
D. Rechtsvergleich	290
E. Bewertung aus Sicht des Verkäufers	291
8. Kapitel: Der Einwand des Verkäufers wegen Unverhältnismäßigkeit der Kosten als Grenze der Nacherfüllung	301
A. BGB-Kaufrecht	301
I. Einwand der relativen Unverhältnismäßigkeit	301
II. Einwand der absoluten Unverhältnismäßigkeit	303
1. Allgemeines	303
2. (Unionsrechtlich gebotene) Einschränkung durch § 475 Abs. 4 BGB	305
a) Entstehungsgeschichte	305
b) Regelungsgehalt	307
aa) Ausschluss der Einrede wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung, § 475 Abs. 4 S. 1 BGB	307
bb) Das Kostenbeschränkungsrecht des Verkäufers, § 475 Abs. 4 S. 2 und 3 BGB	310
(1) Allgemeines	310
(2) Bestimmung der Unverhältnismäßigkeit und der Angemessenheit der Kosten	312
(3) Die Erhebung der Einrede	314
(aa) Zeitpunkt der Erhebung der Einrede	315
(bb) Nennung eines bestimmten Betrags	317

B. Gemeinsames Europäisches Kaufrecht	319
I. Einwand der relativen Unverhältnismäßigkeit nach Art. 111 Abs. 1 GEK-E	319
II. Einwand der absoluten Unverhältnismäßigkeit nach Art. 110 Abs. 3 lit. (b) GEK-E	320
C. Warenkaufrichtlinie	324
I. Einwand der relativen Unverhältnismäßigkeit, Art. 13 Abs 2 WK-RL	324
II. Einwand der absoluten Unverhältnismäßigkeit, Art. 13 Abs. 3 WK-RL	326
D. Rechtsvergleich	329
E. Bewertung aus Sicht des Verkäufers	337
9. Kapitel: Schlussbetrachtung	347
A. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse des Rechtsvergleichs	347
I. Zum Vorrang der Nacherfüllung	347
II. Zum Selbstvornahmerecht	348
III. Zum Wahlrecht des Verbrauchers	349
IV. Zum Rückgewährschuldverhältnis	349
V. Zum Umfang der Nacherfüllung	351
VI. Zum Nacherfüllungsort	353
VII. Zum Einwand der Unverhältnismäßigkeit als Grenze der Nacherfüllung	355
B. Fazit und Bewertung aus Verkäufersicht	357
I. Gemeinsames Europäisches Kaufrecht	357
II. BGB-Kaufrecht und Verbrauchsgüterkaufrichtlinie	359
III. Warenkaufrichtlinie	360
C. Ausblick	362
Literaturverzeichnis	369
Gesetzesmaterialien	395

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung der Norm
a.M.	am Main
abl.	ablehnend
ABl. EU;	Amtsblatt der Europäischen Union; Amtsblatt der Europäischen
ABl. EG	Gemeinschaft
Abs.	Absatz; Absätze
abw.	abweichend
abw.	abweichend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Amtsgericht
Alt.	Alternative
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
B2B	Business to Business
B2C	Business to Consumer
BauR	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und private Baurecht
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.
BeckRS	Beck'sche Rechtsprechungssammlung (abrufbar in beck-online)
Begr.	Begründer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BMJ	Bundesminister der Justiz
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BRJ	Bonner Rechtsjournal
BT-Drucks.	Bundtagsdrucksache
BV	Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (niederländische Gesellschaft mit beschränkter Haftung)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
C.M.L. Rev.	Common Market Law Review
ca.	circa
CESL	Common European Sales Law

Abkürzungsverzeichnis

CISG	The United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods vom 11.04.1980
d.h.	das heißt
DAR	Deutsches Autorecht
dass.	Dasselbe
DAV	Deutscher Anwaltsverein
DB	Der Betrieb
DCFR; CFR	Draft Common Frame of Reference (Modellregelwerk für ein europäisches Vermögensrecht)
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/-n
Diss.	Dissertation
DStR	Deutsches Steuerrecht
DZWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
e.V.	eingetragener Verein
ECLI	European Case Law Identifier
Ed.	Edition
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Einl.	Einleitung
EJCCL	European Journal of Commercial Contract Law
endg.	endgültig
ERCL	European Review of Contract Law
ERPL	European Review of Private Law
EU	Europäische Union
EuCML	Journal of European Consumer and Market Law
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f.; ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
Gebr.	Gebrüder

GEK-E	Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Oktober 2011 über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635 endg (kurz auch „Kommissionsvorschlag KOM(2011) 635 endg.“), in der Fassung der Legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments vom 26. Februar 2014 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (COM(2011)0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284 (COD)) (Ordentliches Gesetzgebungsverfahren: erste Lesung) (2017/C 285/64) / Standpunkt des Europäischen Parlaments festgelegt in erster Lesung am 26. Februar 2014 im Hinblick auf den Erlass der Verordnung (EU) Nr. .../2014 des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (kurz auch „Fassung des Europäischen Parlaments vom 26.02.2014“; der Kommissionsvorschlag KOM(2011) 635 endg. in der Fassung des Europäischen Parlaments vom 26.02.2014 kurz auch „Gemeinsames Europäisches Kaufrecht“, „Verordnungsvorschlag“ oder „Verordnungsentwurf“)
GEKR	Gemeinsames Europäisches Kaufrecht
gem.	gemäß
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GWR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
Habil.-Schr.	Habilitationsschrift
HDE	Handelsverband Deutschland
Hk	Handkommentar
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.H.v.	in Höhe von
i.S.d.	im Sinne des; im Sinne der
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IHR	Internationales Handelsrecht
INCO-Terms	International Commercial Terms
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jb.J.ZivilRWiss	Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler
JR	Juristische Rundschau
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
K&R	Kommunikation & Recht
Kap.	Kapitel
Kfz	Kraftfahrzeug
Kg	Kilogramm

Abkürzungsverzeichnis

Km	Kilometer
KMU	Kleine und mittelständische Unternehmen
KOM	Kommissionsdokumente
krit.	kritisch
LG	Landgericht
lit.	littera
LMK	Lindenmaier/Möhring, Kommentierte BGH-Rechtsprechung
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatshefte Deutsches Recht
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
MMR	Multi-Media und Recht
n.F.	neue Fassung der Norm
Neubearb.	Neubearbeitung
NJ	Neue Justiz
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report
NK	Nomos Kommentar
No.	Number
Nr.	Nummer
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
o.ä.	oder ähnlich
OLG	Oberlandesgericht
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
PECL	Principles of European Contract Law
PEL-S	Principles of European Law on Sales
PICC	Principles of International Commercial Contracts
Pkw	Personenkraftwagen
Q. J. Econ.	Quarterly Journal of Economics
RegE	Regierungsentwurf
RGZ	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
rkr.	rechtskräftig
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache/-n
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz; Seite/-n
sog.	sogenannte/-r/-s/-n
teilw.	teilweise
u.a.	unter anderem
Uabs.	Unterabsatz; Unterabsätze
UN	United Nations
UNIDROIT	Institut International pour l'Unification du Droit Privé

Univ.	Universität
Urt.	Urteil
v.	von; vom; versus
Var.	Variante
verb.	verbunden/-e
VersR	Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung
VGK-RL	Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, in: ABL. EG L 171/12 vom 7.7.1999 (kurz auch „Verbrauchsgüterkaufrichtlinie“)
vgl.	vergleiche
VO-E	Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Oktober 2011 über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, (KOM(2011) 635 endg., in der Fassung der Legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments vom 26. Februar 2014 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (COM(2011)0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284 (COD)) (Ordentliches Gesetzgebungsverfahren: erste Lesung) (2017/C 285/64) / Standpunkt des Europäischen Parlaments festgelegt in erster Lesung am 26. Februar 2014 im Hinblick auf den Erlass der Verordnung (EU) Nr. .../2014 des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht ; anders als mit „GEK-E“ ist mit „VO-E“ lediglich der Verordnungsteil ohne die Anhänge I und II gemeint
Vol.	Volume
Vorb.	Vorbemerkung
VuR	Verbraucher und Recht
Westf.	Westfalen
WiRO	Wirtschaft und Recht in Osteuropa
WiVerw	Wirtschaftsverwaltung
WK-RL	Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, in: ABL. EU L136/28 vom 22.5.2019 (kurz auch „Warenkaufrichtlinie“)
WK-RL-E (2015)	Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren vom 9.12.2015, COM(2015) 635 final

WK-RL-E (2017)	Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenhandels, zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.10.2017, COM(2017) 637 final
WM	Wertpapiermitteilungen, Zeitschrift für Wirtschaft und Bankrecht
Yale L. J.	The Yale Law Journal
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
zfs	Zeitschrift für Schadensrecht
ZGS	Zeitschrift für Vertragsgestaltung, Schuld- und Haftungsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Zivilrechtssenat
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
zugl.	zugleich
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
zust.	zustimmend
ZVertriebsR	Zeitschrift für Vertriebsrecht
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

Einleitung

A. Problemaufriss

Dem kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht kommt in der ökonomischen Analyse des Rechts¹ eine zentrale Funktion zu.

Zum einen hat die Ausgestaltung des Gewährleistungsrechts angesichts der immensen Warenströme sowohl im B2B²- wie auch im B2C³-Verkehr enorme wirtschaftliche Bedeutung. Denn die Zahl der Gewährleistungsfälle korrespondiert mit dem Umfang der Warenströme. Und die Ausgestaltung der Gewährleistung kann Gewinn- und Verlustrisiken für Käufer und Verkäufer gleichermaßen maßgeblich beeinflussen.

Zum anderen signalisiert ein umfassendes Gewährleistungsrechtsregime im einzelnen Kaufvertragsverhältnis eine hohe Warenqualität (sog. *signaling*).⁴ Diese Funktion fußt im Wesentlichen auf der zwischen den Kaufvertragsparteien bestehenden Informationsasymmetrie. Der Verkäufer ist in der Regel besser über das von ihm angebotene Produkt informiert als der Käufer, welcher die Qualität der Ware im Zeitpunkt des Vertragsschlusses

-
- 1 Nach dieser volks- und rechtswissenschaftlichen Methodik werden Rechtsvorschriften unter Heranziehung volkswirtschaftlicher Parameter dahingehend untersucht, in welchem Maße die Rechtsvorschriften die Effizienz erhöhen, sprich in welchem Maße sie dazu beitragen können, dass eine Gesellschaft die ihr zugänglichen knappen Ressourcen so einsetzt, dass ihr Wohlfahrtsgewinn maximiert wird (vgl. *Schäfer/Ott*, S. XI). Eingehend zur Bedeutung ökonomischer Argumente bei der Gesetzgebung und Rechtsfindung *Riesenhuber/Franck*, Europäische Methodenlehre, § 5 Rn. 1 ff.
 - 2 Ist in der Arbeit von „B2B-Verkehr“, „B2B-Verträgen“ o.ä. die Rede, so ist damit ein Kaufvertrag zwischen Unternehmern im Sinne von § 14 BGB oder Art. 2 lit. (e) VO-E bzw. zwischen „Verkäufern“ im Sinne von Art. 2 Abs. 3 WK-RL gemeint.
 - 3 Ist in der Arbeit vom „B2C-Verkehr“, „B2C-Verträgen“ o.ä. die Rede, ist dabei davon auszugehen, dass es sich um einen Verbrauchsgüterkaufvertrag im Sinne von § 474 Abs. 1 BGB bzw. im Sinne der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, um einen „Verbraucherkaufvertrag“ im Sinne von Art. 2 lit. (l) VO-E und zugleich um einen „Kaufvertrag“ im Sinne von Art. 2 Abs. 1 WK-RL handelt. Wird in der Untersuchung mitunter der Begriff „Verbraucher“ verwendet, ist davon auszugehen, dass es sich dabei um den Käufer handelt.
 - 4 Dazu grundlegend *Priest*, Yale L. J., Vol. 90, No. 6 (1981), 1297 (1303 ff.); siehe auch *Grundmann/Bianca/Gomez*, Kauf-RL, Einl. Rn. 74 ff.; *Schäfer/Ott*, S. 577 ff.; *Tröger*, ZVglRWiss 107 (2008), 383 (418 f.).

daher schlechter einschätzen kann und besorgt ist, nach Gefahrübergang mit Warenfehlern und daraus resultierenden Reparaturmaßnahmen bzw. -kosten konfrontiert zu werden.⁵ Es entsteht der Anreiz, dieses Kostenrisiko durch Preisabschläge zu kompensieren; ohne weiteres ist der Käufer dann nur noch bereit, einen entsprechend geminderten Kaufpreis zu zahlen. Tatsächlich hochqualitative Waren würden dann aber nicht zu ihrem eigentlichen Wert gehandelt werden. Dies hätte langfristig zur Folge, dass Waren minderer Qualität solche mit hoher Qualität nach und nach verdrängen (sog. *adverse selection*)⁶.⁷ Es würde ein – in den Worten von *Akerlof* – „market for lemons“⁸ entstehen, welcher im schlimmsten Fall in einem vollständigen Marktversagen münden kann. Diesem Dilemma von Verkäufern von Waren hoher Qualität hilft ein Gewährleistungsrechtssystem hinreichend ab. Es signalisiert dem Käufer in verlässlicher Weise, dass das gehandelte Produkt von hoher Qualität zeugt.⁹ Denn im Falle eines Warendefekts wäre mithilfe eines solchen Rechtssystems nun nicht mehr der Käufer, sondern der Verkäufer mit den gegebenenfalls hohen Kosten der Defektbeseitigung belastet. Da der nach Gewinn strebende Verkäufer eine solche Kostenlast aber eigentlich vermeiden will, signalisiert die Übernahme einer solchen Haftung dem Käufer eine geringe Wahrscheinlichkeit der Fehlerhaftigkeit der Ware.

Allerdings kann ein *zu strenges* Gewährleistungsrechtsregime dem Verkäufer hohe Haftungs- und Kostenrisiken signalisieren und dem Käufer zugleich einen Anreiz bieten, im Umgang mit der Ware leichtsinnig und opportunistisch zu werden, da der Verkäufer „ja ohnehin haftet“ und dieser häufig in Beweisnot bezüglich der Ursache einer etwaigen Warenbeschädigung gerät (sog. *moral hazard*).¹⁰ Der Verkäufer sieht sich dann dazu verleitet, diese Risiken durch Kaufpreisaufschläge am jeweiligen Markt abzusichern.¹¹ Diese Preisaufschläge haben möglicherweise zur Folge, dass – wenn auch hochwertige – Waren über ihrem tatsächlichen Wert gehandelt werden, was wiederum „den Preisbildungsmechanismus des Marktes stört“¹². Derartige Warenverteuerungen wollen und können sich viele Nachfrager mangels entsprechender Kaufkraft nicht leisten. Die-

5 Grundmann/Bianca/Gomez, Kauf-RL, Einl. Rn. 74 Fn. 3.

6 Zu diesem Begriff *Akerlof*, Q. J. Econ., Vol. 84, No. 3 (1970), 488 (493 f.).

7 Vgl. *Schäfer/Ott*, S. 579 f.

8 *Akerlof*, Q. J. Econ., Vol. 84, No. 3 (1970), 488 ff.

9 Grundmann/Bianca/Gomez, Kauf-RL, Einl. Rn. 75.

10 Grundmann/Bianca/Gomez, Kauf-RL, Einl. Rn. 82 ff.; *Schäfer/Ott*, S. 581 f.

11 *Oechsler*, BB 2015, 1923 (1925 f.).

12 *Oechsler*, BB 2015, 1923 (1925).

se Käuferschicht würde dann vom Markt verdrängt, die jeweiligen Waren würden nur noch im geringen Umfang, im schlimmsten Fall sogar gar nicht mehr gehandelt werden.¹³ Kurzum: Auch einem zu starken Käuferschutz wohnt das Potential eines Marktversagens inne, das im schlimmsten Fall sogar in einem Zusammenbruch eines Marktes münden kann. Um die Funktionsfähigkeit eines Marktes hinreichend zu gewährleisten, müssen auf der Ebene des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts auch die ökonomischen Interessen des Verkäufers hinreichende Berücksichtigung finden und mit den Schutzinteressen des Käufers in Ausgleich gebracht werden.¹⁴ Das Gewährleistungshaftungs- bzw. Kostenrisiko des Verkäufers darf im Verhältnis zum Käuferschutz also nicht ausufern.

Die vorstehenden Grundsätze gelten selbstverständlich auch für europäische Konsumentenmärkte.¹⁵ Ihnen offenbar folgend hatte auch der *EuGH* in mehreren zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gefällten Entscheidungen postuliert, dass bei der Auslegung ihrer Vorschriften die Interessen des Verkäufers und des Verbrauchers in Ausgleich zu bringen sind.¹⁶ Dennoch steht spätestens seit der *Weber/Putz*-Entscheidung¹⁷ desselben Gerichts die Frage im Raum, ob das von ihm darin bescheinigte Verbraucherschutzniveau der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und die damit einhergehende wirt-

13 Vgl. *Oechsler*, BB 2015, 1923 (1926); *Schäfer/Ott*, S. 580.

14 Vgl. nur *Weller/Darazs*, ZEuP 2020, 944 (962 f.).

15 Vgl. nur *Oechsler*, BB 2015, 1923 (1925 f.), der diese Grundsätze mit der *Faber*-Entscheidung des *EuGH* (Urteil v. 04.06.2015 – Rs. C-497/13 (*Faber*), NJW 2015, 2237 ff.) in Verbindung gebracht hatte. In dieser Entscheidung hatte der *EuGH* geurteilt, dass die in Art. 5 Abs. 3 VgK-RL statuierte sechsmonatige Beweislastumkehr sowohl in zeitlicher als auch in sachlicher Hinsicht greift, so dass der Verbraucher auch die Ursache eines bei Gefahrübergang unstreitig noch nicht vorhandenen Sachmangels und die Zuweisung der Ursache zur Risikosphäre des Verkäufers bei der Durchsetzung seiner Gewährleistungsrechte nicht beweisen muss (*EuGH*, NJW 2015, 2237 (2237)). Das Urteil wurde in der Literatur stark kritisiert (statt aller *Ruckteschler*, ZEuP 2016, 532 ff.: „Haltbarkeitsgarantie durch die Hintertür“; zu den ökonomischen Folgen der *Faber*-Entscheidung siehe auch *Podszun*, EuCML 2015, 149 (152)).

16 *EuGH*, NJW 2011, 2269 (2274 Rn. 75); *ders.*, NJW 2019, 2007 (2009 Rn. 41); vgl. auch *Weller/Darazs*, ZEuP 2020, 944 (962 f.).

17 *EuGH*, Urteil v. 16.06.2011 – Rs. C-65/09 und C-87/09 (*Gebr. Weber GmbH/Jürgen Wittmer und Ingrid Putz/Medianess Electronics GmbH*), NJW 2011, 2269 ff. Eingehend zu dieser Entscheidung, in der der *EuGH* die Ersatzlieferungspflicht des Verkäufers auf den Ausbau der mangelhaften und den (Wieder-)Einbau der Ersatzsache erstreckt und dem Verkäufer zugleich den Einwand der absoluten Unverhältnismäßigkeit abgesprochen, ihm aber dafür einen Anspruch auf angemessenen Kostenausgleich gegenüber dem Verbraucher eingeräumt hatte, unten unter 6. Kapitel: A. I. sowie 8. Kapitel: A. II. 2. a).

schaftliche Belastung des Verkäufers im obigen Sinne noch markteffizient ist.¹⁸ In dieser Entscheidung hatte der *EuGH* den Umfang der Nacherfüllungspflicht des Verkäufers um den Ausbau der vertragswidrigen und den Einbau der ersatzweise gelieferten Ware bzw. um die Erstattung der damit verbundenen Kosten erweitert.¹⁹ Nicht wenige Stimmen in der Literatur attestierten diesem Urteilsspruch, Verteuerungen von Waren an den jeweiligen B2C-Warenmärkten auszulösen.²⁰

Bemerkenswert erscheinen in diesem Zusammenhang auch die letzten Projekte des Unionsgesetzgebers auf dem Gebiet des europäischen Verbraucherkaufrechts. In dem kurz nach der *Weber/Putz*-Entscheidung veröffentlichten Vorschlag der EU-Kommission für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vom 11.10.2011 sollte das Verbraucherschutzniveau im Verhältnis zum bestehenden *acquis communautaire* noch erhöht werden, um – so die EU-Kommission – das Vertrauen des Verbrauchers in den grenzüberschreitenden Warenhandel zu stärken und damit zugleich den europäischen Binnenmarkt zu fördern.²¹ Dieses Kaufrechtsregime sollte als von den Kaufvertragsparteien einwählbare EU-Verordnung ausgestaltet sein, deren Vorschriften gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV unmittelbare Wirkung entfalten und daher für die Mitgliedstaaten ohne weitere Zwischenakte verbindlich sein sollten.²² Während des Gesetzgebungsverfahrens hat der Verordnungsvorschlag trotz seiner grundsätzlichen Billigung durch das Europäische Parlament vom 26.02.2014 im Europäischen Rat gleichwohl nicht die notwendige Zustimmung erreicht, so dass die EU-Kommission dieses Verordnungsvorhaben schlussendlich zurückzog.²³ Aus diesem Vorhaben ist dann aber die Warenkaufrichtlinie hervorgegangen, die nach einem langatmigen Gesetzgebungsverfahren schließlich am 22.05.2019 im

18 Dies bejahend *Wagner*, ZEuP 2016, 87 (102 ff.); auch bereits *Eger/Schäfer/Mankowski*, Ökonomische Analyse der Zivilrechtsentwicklung, 406 (406), wobei aber zu beachten ist, dass im Zeitpunkt dieser Stellungnahme die verbraucherfreundliche Linie des *EuGH* mangels Rechtsprechung zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie noch nicht abzusehen war.

19 *EuGH*, NJW 2011, 2269 (2269).

20 *Glöckner*, EWS 2011, 359 (362); *Leible/Müller*, LMK 2012, 330321; *Lorenz*, NJW 2011, 2241 (2243); *Maultzsch*, GPR 2011, 253 (255); *Müller*, zfs 2011, 604 (606); *Schulte-Nölke*, ZGS 2011, 289; vgl. auch *Jaensch*, NJW 2012, 1025 (1026); so auch schon *Ayad/Hesse*, BB 2008, 1922 (1926); *Katzenstein*, ZGS 2008, 450 (456); *Lorenz*, ZGS 2004, 408 (411); a.A. *Jin*, S. 130.

21 11. Erwägungsgrund zum GEK-E.

22 Vgl. Art. 288 Abs. 2 AEUV, dazu näher *Streinz/Schroeder*, AEUV, Art. 288 Rn. 43.

23 Vgl. *Svoboda*, ZEuP 2015, 689 (689 ff.).

Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht wurde,²⁴ am 11.06.2019 in Kraft getreten ist²⁵ und deren Vorschriften von den Mitgliedstaaten bis zum 01.07.2021 in nationales Recht umzusetzen und zum 01.01.2022 anzuwenden sind²⁶. Die Warenkaufrichtlinie ersetzt die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und legt einen strengeren Harmonisierungsgrad zugrunde: Während die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie noch den Ansatz der Mindestharmonisierung verfolgte, wonach die Mitgliedstaaten in ihren mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen ein höheres Verbraucherschutzniveau statuieren dürfen als in den europäischen Vorgaben vorgesehen,²⁷ soll von der Warenkaufrichtlinie nun eine vollharmonisierende Wirkung ausgehen. Dies bedeutet, dass den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der richtlinienrechtlichen Vorgaben in nationales Recht mit Ausnahme von normierten Öffnungsklauseln kein Spielraum verbleibt und auch bestehende Vorschriften – die etwa aus der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie herrühren – an diese Vorgaben angepasst werden müssen²⁸. Auch mit diesem neuen Richtlinieninstrument verfolgt der europäische Gesetzgeber die Strategie, den Binnenmarkt neben diesem Harmonisierungsgrad vor allem auch durch ein erhöhtes Verbraucherschutzniveau zu fördern.²⁹

B. Anlass und Ziel der Untersuchung

Diese aus Sicht des europäischen Gesetzgebers marktkonstituierende Funktion des Verbraucherschutzinstruments wirft in Anbetracht der oben beschriebenen Effizienzgrenzen der Signalfunktion kaufrechtlicher Gewährleistungsvorschriften die Frage auf, wie es in diesen Kaufrechtsregime um die ökonomischen Interessen des Verkäufers auf Gewährleistungsebene steht. In den zentralen Blickpunkt des Verkäufers gerät dabei die Nacherfüllung. Dieses Rechtsinstitut hält den Kaufvertrag im Gegensatz zu anderen typischen Gewährleistungsrechten des Verbrauchers wie die Vertragsauflösung oder die Minderung am Leben, verzeiht dem Verkäufer sein vertragsbrüchiges Verhalten und gestattet ihm als einziges Gewährleistungsrecht die Möglichkeit, sich durch einen zweiten Leistungsanlauf

24 ABl. EU L 136/28.

25 Vgl. Art. 26 WK-RL.

26 Art. 24 Abs. 1 WK-RL.

27 Vgl. Art. 8 Abs. 2 VGK-RL.

28 Vgl. Art. 4 WK-RL.

29 Vgl. 10. Erwägungsgrund zur Warenkaufrichtlinie.

den vollständigen Kaufpreis zu verdienen.³⁰ Diese Nutzenmaximierung wird allerdings umso mehr getrübt, desto Verbraucherschützender dieser Rechtsbehelf ausgestaltet ist, da Verbraucherschutz für den Verkäufer typischerweise Mehraufwand bedeutet und damit Mehrkosten verursacht.

Gerade für deutsche Warenanbieter sind insofern die (verbraucherschützenden) Regelungen zur Nacherfüllung im Kaufrecht des BGB von gesteigertem Interesse. In diesem Kaufrechtssystem hat es – bedingt durch die vom *EuGH* präzisierten Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie – seit der Schuldrechtsreform im Jahre 2002 in Bezug auf die Nacherfüllung vielschichtige Anpassungen gegeben. Gegenstand dieser Arbeit soll daher ein Vergleich des Nacherfüllungsanspruchs im von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie geprägten Kaufrecht des BGB, im GEK-E (in der Fassung des Europäischen Parlaments vom 26.02.2014) sowie in der Warenkaufrichtlinie aus Sicht des Verkäufers sein. Obwohl nicht in Kraft getreten, werden die Bestimmungen des GEK-E im Folgenden stets mitbetrachtet, weil der GEK-E – auch mit Blick auf die Nacherfüllung – in der rechtswissenschaftlichen Diskussion nach wie vor eine sehr bedeutende Rolle spielt.³¹

Mit dieser Arbeit soll eine Antwort auf die Frage gefunden werden, welches Kaufrechtsregime die ökonomischen Interessen des im B2C-Bereich agierenden Verkäufers bei der Nacherfüllung am besten abzubilden vermag. Zugleich soll eine Aussage darüber getroffen werden, welches

30 Zu den Interessen des Verkäufers auf Gewährleistungsebene siehe ausführlich unten 2. Kapitel: E.

31 Allein im deutschen Schrifttum sind in jüngster Vergangenheit neben Fachaufsätzen (vgl. nur *Staudenmayer*, NJW 2019, 2889 (2890 ff.); *ders.*, ZEuP 2019, 663 (668 ff.)) auch eine Vielzahl an Monographien und Lehrbücher erschienen, die die gewährleistungsrechtlichen Vorschriften des GEK-E thematisieren respektive sich diesen Vorschriften sogar in großem Umfang widmen, vgl. nur *Beil*, Personale Differenzierung im Kaufrecht: rechtsvergleichende Studie unter Einbeziehung deutscher und französischer Regelungen und internationaler Regelwerke (CISG, UNIDROIT PICC, CESL, CFR), Tübingen 2018, zugl. Freiburg und Straßburg, Univ., Diss. 2017; *Dastis*, Das Rücktrittsrecht des Käufers im Europäischen Privatrecht, Baden-Baden 2017, zugl. Hamburg, Bucerius Law School, Univ., Diss. 2016; *Engelmann*, Die Fristsetzung als Voraussetzung für Leistungsstörungenrechte: eine vergleichende Analyse des deutschen Rechts mit dem UN-Kaufrecht, den PECL, dem DCFR, dem GEKR und den Unidroit Principles, Baden-Baden 2019, zugl. Würzburg, Univ., Diss., 2018/2019; *Rosentritt*, Die Gefahrtragung im Europäischen und Internationalen Kaufrecht: CISG, INCO-Terms, Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, Verbraucherrechterichtlinie und deutsches Recht in vergleichender Perspektive, Tübingen 2018, zugl. Würzburg, Univ., Diss., 2017; *Schulze/Zoll*, European Contract Law, Fully revised Second Edition, München 2018.

Kaufrechtsregime insofern am ehesten geeignet ist, den europäischen Binnenmarkt zu stärken, d.h. Angebot und Nachfrage in diesem Markt zu erhöhen. Dabei soll auch auf die Besonderheiten des jeweiligen Harmonisierungsgrades der in dieser Arbeit verglichenen Kaufrechtssysteme – Mindestharmonisierung (VGK-RL) oder Vollharmonisierung (GEK-E und WK-RL) – eingegangen werden.

C. Gang der Untersuchung

Die folgende Untersuchung richtet sich – schon aufgrund der besseren Übersicht und Leserfreundlichkeit – nicht nach den in Rede stehenden Kaufrechtssystemen als solchen, sondern nach einzelnen, ausgewählten Instituten der Nacherfüllung aus. Insofern wird die jeweilige rechtliche Ausgestaltung dieser Institute im BGB-Kaufrecht bzw. der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, im GEK-E und in der Warenkaufrichtlinie miteinander verglichen und aus Verkäufersicht bewertet.

Im ersten Kapitel dieser Arbeit werden zunächst die dogmatischen Grundlagen der Nacherfüllung näher beleuchtet. Dem folgend beginnt mit dem zweiten Kapitel die eigentliche Untersuchung, die sich dort zunächst der Stellung des Nacherfüllungsanspruchs im Verhältnis zu den anderen Gewährleistungsrechten des Verbrauchers widmet. Eng mit der Stellung der Nacherfüllung im System der Gewährleistungsrechte verwoben ist die Problematik der sogenannten Selbstvornahme der Nacherfüllung durch den Verbraucher. Diese Thematik wird daher im dritten Kapitel näher untersucht. Dem schließt sich im vierten Kapitel eine Untersuchung des Wahlrechts zwischen den Nacherfüllungsmodi – Nachbesserung und Ersatzlieferung – an. Im fünften Kapitel wird das bei der Ersatzlieferung entstehende Rückgewährschuldverhältnis zwischen den Parteien und seinen wirtschaftlichen Folgen näher beleuchtet. Dem folgt im sechsten Kapitel eine Untersuchung des Umfangs der Nacherfüllung in den in dieser Arbeit verglichenen Kaufrechtssystemen. Das siebte Kapitel befasst sich mit der jeweiligen Lokalisierung des Nacherfüllungsortes, während das achte Kapitel den nacherfüllungsspezifischen Unverhältnismäßigkeits- einwand des Verkäufers rechtsvergleichend in den Blick nimmt. Im neunten und letzten Kapitel – der Schlussbetrachtung – werden zunächst die gefundenen Ergebnisse der Untersuchungen der einzelnen Institute aus Verkäufersicht zusammengefasst und in einem zweiten Schritt ein Fazit darüber gezogen, welches Kaufrechtssystem aus Verkäufersicht am attraktivsten erscheint und zugleich am besten geeignet ist, den (Binnen-)Markt

zu fördern. Abschließend wird in einem Ausblick die Warenkaufrichtlinie noch einmal näher beleuchtet und insofern materiell-rechtliche wie konzeptionelle Vorschläge für eine (noch) weitergehende Stärkung des europäischen Binnenmarktes unterbreitet.

Um den Rahmen dieser Arbeit nicht zu sprengen, wurde von einer kommentarartigen Abarbeitung sämtlicher mit der Nacherfüllung im Zusammenhang stehender Aspekte abgesehen. So wurden etwa die Voraussetzungen der Nacherfüllung – das Vorliegen eines Sach- oder Rechtsmangels im Zeitpunkt des Gefahrübergangs –, der Ausschluss der Nacherfüllung wegen Unmöglichkeit sowie die Verjährung nicht näher thematisiert. Mit dieser Einschränkung soll zugleich eine vertiefte Auseinandersetzung mit den untersuchten Instituten gewährleistet werden.

1. Kapitel: Dogmatische Grundlagen

Der Nacherfüllungsanspruch des Käufers ist ein typischer Rechtsbehelf³² des europäischen Privatrechts, genauer gesagt des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts. In den in dieser Arbeit verglichenen Kaufrechtssystemen ist dieser Anspruch in § 439 Abs. 1 BGB, welcher nach seiner systematischen Stellung im allgemeinen Kaufrecht des BGB für sämtliche Kaufverträge gilt³³ und die Regelung des Art. 3 Abs. 2 V GK-RL in deutsches Recht umsetzt,³⁴ in Art. 110 Abs. 1, 111 Abs. 1 GEK-E sowie in Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 14 WK-RL normiert. Hat ein Warenhändler mit einem Verbraucher einen Kaufvertrag über eine bewegliche Sache geschlossen, ist der Warenanbieter typischerweise dazu verpflichtet, dem Verbraucher die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.³⁵ Durch die Lieferung einer im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelhaften Sache verletzt der Verkäufer diese Pflicht und bringt damit zugleich das zwischen den Parteien durch den Kaufvertrag begründete Äquivalenzverhältnis der gegenseitigen Leistungspflichten (Pflicht des Verkäufers zur Lieferung einer mangelfreien Sache und Kaufpreiszahlungspflicht des Käufers) in ein Ungleichgewicht. Denn der Wert der vom Verkäufer gelieferten mangelhaften Ware ist nicht äquivalent mit dem vereinbarten und vom Käufer nach wie vor geschuldeten Kaufpreis.³⁶ Aufgrund der Schlechtleistung des Verkäufers und der damit verbundenen Enttäuschung des käuferischen Äqui-

32 Vgl. zu diesem Begriff nur *Weller/Darazs*, ZEuP 2020, 944 (953 f.).

33 Der deutsche Gesetzgeber hatte sich im Zuge der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie respektive der zum 01.01.2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsreform zur sog. großen Lösung entschieden, wonach die Regelungen der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht in ein Sondergesetz eingebettet, sondern weitgehend im allgemeinen Kaufrecht des BGB geregelt wurden und daher für sämtliche Kaufverträge Geltung beanspruchen. Lediglich ein paar spezifisch auf den Verbrauchsgüterkauf zugeschnittene Regelungen haben in den §§ 474 ff. BGB eine gesonderte Regelung erfahren und gelten daher nur für diese personelle Vertragskonstellation (siehe zum Ganzen BT-Drucks. 14/6040, S. 79, 242; BeckOK-BGB/*Faust*, § 474 Rn. 1).

34 BT-Drucks. 14/6040, S. 230.

35 § 433 Abs. 1 S. 2 BGB, Art. 2 Abs. 1 V GK-RL, Art. 91 lit. (c) GEK-E, Art. 5 WK-RL.

36 Vgl. *BGH*, NJW 2016, 3100 (3100 Rn. 10); *Heßeler/Kleinhenz*, JuS 2007, 706 (706); *Palandt/Grüneberg*, BGB, § 313 Rn. 25.

valenzinteresses³⁷ wandelt sich der ursprüngliche Erfüllungsanspruch³⁸ des Käufers in einen Nacherfüllungsanspruch um.³⁹ Der Nacherfüllungsanspruch zielt darauf ab, den Käufer über einen zweiten Leistungsanlauf doch noch in den Genuss der kaufvertraglich versprochenen Leistung zu bringen und damit den Vertrag trotz der Schlechtleistung des Verkäufers aufrecht zu erhalten.⁴⁰ Zur Erreichung dieses Ziels modifizieren die hier untersuchten Kaufrechtssysteme den Leistungsinhalt der ursprünglichen Pflicht des Verkäufers zur Lieferung vertragsgemäßer Ware dergestalt, dass der Käufer im Wege der Nacherfüllung die Reparatur der mangelhaften

37 Eingehend zu diesem Begriff *Grigoleit/Bender*, ZfPW 2019, 1 (11 ff.).

38 Diese Dogmatik entspricht dem deutschen Recht, das in § 433 Abs. 1 S. 2 BGB einen solchen Primär- bzw. Naturalerfüllungsanspruch des Käufers normiert. Im Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts kann in dem Nacherfüllungsanspruch nach Art. 110 Abs. 1 GEK-E jedoch keine modifizierte Fortführung eines *ursprünglichen Erfüllungsanspruchs* des Verbrauchers gesehen werden, da das Rechtsbehelfsmodell des GEK-E im Wesentlichen dem *remedy-Ansatz* aus dem *common law* entspricht (*Lorenz*, AcP 212 (2012), 702 (756 f.); *Remien/Herrler/Limmer/Faust*, 161 (176 Rn. 39); *Schmidt-Kessel/Zöchling-Jud*, 327 (332); *Wendehorst/Zöchling-Jud/Schopper*, 107 (127)). Dieser Ansatz geht von einer Trennung von Primärrechten, den sog. *primary rights* und Sekundärrechten, den sog. *secondary rights* bzw. *remedies* aus. Dabei dienen die *remedies* der Durchsetzung der *primary rights*; nur Erstere stellen einklagbare Rechte dar, die über das Vorliegen des Vertragsschlusses hinaus noch weiterer Entstehungsvoraussetzungen nach richterlichem Ermessen bedürfen (Zum Ganzen *Weller*, S. 133 f., 140 f.). Gemäß diesem Ansatz zählt Art. 91 GEK-E die Primärpflichten des Verkäufers (u.a. die Lieferung vertragsgemäßer Ware, Art. 91 lit. c) GEK-E) auf, gewährt dem Käufer allerdings keinen Erfüllungsanspruch. Erst bei einer Nichterfüllung dieser Pflicht im Sinne von Art. 87 Abs. 1 GEK-E stehen dem Käufer nach Art. 106 GEK-E die dort genannten Rechtsbehelfe zu, darunter auch der Erfüllungsanspruch im Falle einer Nichtleistung (Art. 87 Abs. 1 lit. (a) GEK-E) und der Nacherfüllungsanspruch im Falle einer Schlechtleistung (Art. 87 Abs. 1 lit. (c) GEK-E), Art. 110 Abs. 1 GEK-E. Abweichend vom *remedy-Ansatz* des *common law* haftet diesen Naturalerfüllungsansprüchen des Käufers gleichwohl kein Element richterlichen Ermessens an (*Albers*, ZEuP 2012, 687 (694); krit. zum *remedy-Ansatz* im GEK-E *Lorenz*, AcP 212 (2012), 702 (757); *Wilhelm*, IHR 2011, 225 (227)). Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und die Warenkaufrichtlinie treffen zur Anspruchsqualität der ursprünglichen Lieferpflicht des Verkäufers derweil keine Aussage.

39 Zu den jeweiligen Voraussetzungen des Nacherfüllungsanspruchs in Gestalt des Vorliegens eines Sach- oder Rechtsmangels bei Gefahrübergang siehe näher §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 i.V.m. §§ 434 f. BGB bzw. Art. 3 Abs. 1, 2 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 VGK-RL, Art. 106 Abs. 1, 110 Abs. 1 i.V.m. Art. 87 Abs. 1 lit. (c) i.V.m. Art. 99 ff. GEK-E sowie Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 10 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 ff. WK-RL.

40 Vgl. *Staudinger/Matusche-Beckmann*, BGB, § 439 Rn. 1, 5.

Sache oder die Lieferung einer neuen Sache vom Verkäufer verlangen kann.⁴¹ Was unter diesen Leistungsmodalitäten im Einzelnen zu verstehen ist und wie sich diese genau voneinander abgrenzen, ist im keinen der in Rede stehenden Regelwerke näher definiert. Eine Abgrenzung kann aber jedenfalls dahingehend vorgenommen werden, dass der Käufer im Falle der Reparatur die ursprünglich erworbene Sache behält und die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands – etwa durch den Austausch eines defekten Einzelteils⁴² – an dieser erfolgt. Währenddessen erlangt er bei der Ersatzlieferung eine gänzlich neue, nunmehr mangelfreie Sache, so dass bei diesem Modus im Gegensatz zur Nachbesserung zwei Gegenstände in der Welt sind.⁴³ Da durch die Nacherfüllung das durch die Schlechtleistung gestörte Äquivalenzverhältnis zwischen den Vertragsparteien wieder in ein Gleichgewicht gebracht werden soll, ist der Nacherfüllungsanspruch des Käufers verschuldensunabhängig ausgestaltet.⁴⁴

Aus dem vorgenannten Grund weisen die verglichenen Kaufrechtsregime in § 439 Abs. 2 BGB, Art. 3 Abs. 2 bis 4 VGK-RL, Art. 110 Abs. 1 GEK-E und Art. 14 WK-RL dem Verkäufer auch die Pflicht zur Tragung sämtlicher zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlicher Kosten zu.⁴⁵ Der Käufer darf insofern also nicht mit Kosten belastet werden und der Verkäufer entsprechende Kosten nicht auf den Käufer abwälzen. Die Kostentragungspflicht des Verkäufers speist sich aus dem allgemeinen Grundsatz, dass der Leistungsschuldner die mit seiner Pflichtenerfüllung einhergehenden Kosten selbst zu tragen hat.⁴⁶ Um dieses Gebot der Kostenallokation zu wahren, gestattet der *BGH* dem Käufer nach § 439 Abs. 2

41 § 439 Abs. 1 BGB, Art. 3 Abs. 2 VGK-RL, Art. 111 Abs. 1 GEK-E, Art. 13 Abs. 2 WK-RL. In jüngerer Zeit sprechen sich mehr und mehr Stimmen in der Literatur für eine größere Beachtung des Nachhaltigkeitsgebots bei der Schaffung kaufrechtlicher Mängelrechte aus (so etwa *Rudloff*, *VuR* 2018, 323 ff.; *Tonner*, *VuR* 2019, 363 (365); vgl. auch *Mak/Lujinovic*, *EuCML* 2019, 4 ff.). Auch in Bezug auf die Nacherfüllung entstehen vor diesem Hintergrund in der Literatur und in der Rechtspraxis Tendenzen, sich bei der Ausgestaltung des Rechtsbehelfs auf den Modus der Reparatur zu „fokussieren“ (*Tonner*, *VuR* 2019, 363 (365); siehe auch *DAV*, Stellungnahme v. Januar 2018, S. 9; *Micklitz*, *VuR* 2019, 281 (282); vgl. auch *Kieninger*, *ZEuP* 2020, 264 (266 ff.).

42 Grundmann/Bianca/Bianca, Kauf-RL, Art. 3 Rn. 24.

43 Vgl. *Skamel*, S. 8.

44 Vgl. Staudinger/*Matusche-Beckmann*, BGB, § 439 Rn. 1.

45 Vgl. *Skamel*, S. 155; Schulze/Zoll, Common European Sales Law, Art. 109 Rn. 8; auch Schmidt-Kessel/Zöchling-Jud, 327 (333).

46 *Kandler*, S. 445; *Skamel*, S. 155; vgl. auch Schulze/Zoll, Common European Sales Law, Art. 109 Rn. 8.

BGB über dessen Wortlaut hinaus auch einen Erstattungsanspruch für von ihm verauslagte Begleitkosten der Nacherfüllung, wie z.B. Rechtsanwaltskosten für die Durchsetzung der Nacherfüllung oder die Kosten des nacherfüllungsbedingten Rücktransports der mangelhaften Sache zum Sitz des Verkäufers.⁴⁷ Seit dem 01.01.2018 wird diese Ersatzmöglichkeit durch den Erstattungsanspruch des Käufers nach § 439 Abs. 3 S. 1 BGB für die Kosten der Wiederherstellung des *status quo ante* (z.B. Aus- und Wiedereinbaumaßnahmen) ergänzt.⁴⁸ Zur weiteren Untermauerung der Kostentragungslast des Verkäufers gewährt der ebenfalls zum 01.01.2018 in Kraft getretene § 475 Abs. 6 BGB dem Verbraucher darüber hinaus sogar einen Anspruch auf Vorschuss der nach § 439 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 BGB erstattungsfähigen Kosten.⁴⁹

Eine ähnliche Rechtslage findet sich in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie wieder: Das in Art. 3 Abs. 2 und 4 VGK-RL verankerte Unentgeltlichkeitsgebot, das als unionsrechtliches Vorbild für die Regelung des § 439 Abs. 2 BGB gedient hat,⁵⁰ räumt dem Verbraucher für die Nebenkosten der Nacherfüllung (Transportkosten, Kosten für den Aus- und Einbau) ebenfalls einen Kostenerstattungsanspruch ein,⁵¹ allerdings nicht zwingend einen Vorschussanspruch. Letzterer hängt nach der *Füll*a-Entscheidung⁵² des *EuGH* vielmehr von der finanziellen Belastung des Verbrauchers im Rahmen der Nacherfüllung ab (z.B. Höhe der Kosten für den Rücktransports der Ware zum Verkäufersitz, Beschaffenheit der Ware).⁵³ Dennoch ist der generelle Vorschussanspruch des § 475 Abs. 6 BGB mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vereinbar, da die Mitgliedstaaten

47 *BGH*, NJW 2011, 2278 (2281 Rn. 37); *ders.*, NJW 2014, 2351 (2352 Rn. 10 ff.); *ders.*, NJW 2017, 2758; *ders.*, NJW 2019, 292 (299 Rn. 87); a.A. *Hellwege*, AcP 206 (2006), 136 ff.; *Klinck*, JURA 2006, 481 (481); *Olbrich*, S. 273 f.; *Skamel*, S. 170: nur Kostenzuweisungsnorm.

48 Dazu näher unten 6. Kapitel: A. II.

49 Daher hat sich der in der Rechtsprechung und Literatur langanhaltende Streit um die Rechtsnatur von § 439 Abs. 2 BGB zugunsten des Anspruchscharakters der Vorschrift letztlich erledigt (so auch bereits *BeckOK-BGB/Faust*, 53. Ed., § 475 Rn. 75).

50 BT-Drucks. 14/6040, S. 231.

51 *EuGH*, NJW 2011, 2269 (2269); *ders.*, NJW 2019, 2007 (2010 Rn. 54 f.).

52 *EuGH*, Urteil v. 23.05.2019 – Rs. C-52/18 (*Christian Füll*a/*Toolport GmbH*), NJW 2019, 2007 ff. Ausführlich zu dieser Entscheidung, in der sich der *EuGH* im Wesentlichen zur Bestimmung des Nacherfüllungsortes im Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie geäußert hatte, unten unter 7. Kapitel: A. I. 3. c).

53 *EuGH*, NJW 2019, 2007 (2010 Rn. 55).

wegen der mindestharmonisierenden Wirkung ihrer Vorschriften nach Art. 8 Abs. 2 VGK-RL ein höheres Verbraucherschutzniveau als die unionsrechtlichen Vorgaben etablieren dürfen.⁵⁴ Im Anwendungsbereich des GEK-E kann der Käufer ihn treffende Nebenkosten der Nacherfüllung und damit den Schutz seines Äquivalenzinteresses hingegen mithilfe des Schadensersatzanspruchs nach Art. 159 Abs. 1 GEK-E durchsetzen, der – anders als § 280 Abs. 1 BGB – verschuldensunabhängig ausgestaltet ist.⁵⁵ Zudem kann der Verbraucher auch hiernach prinzipiell auch einen Kostenvorschuss verlangen. Dies lässt sich Art. 159 Abs. 2 GEK-E entnehmen, der den Schadensersatzanspruch inhaltlich auch auf künftige Schäden erstreckt, wenn der Verkäufer mit diesen rechnen konnte. Schließlich stehen dem Verbraucher auch nach Art. 14 Abs. 1 WK-RL prinzipiell ein Kostenersatzanspruch und ein Vorschussanspruch in Bezug auf Nebenkosten der Nacherfüllung zu. Letzterer kommt dem Verbraucher nach den hier fortgeltenden⁵⁶ Maßstäben der *Füllia*-Doktrin des *EuGH* aber nur zugute, wenn die Umstände des Einzelfalls dies zulassen. Für die Umsetzung der vollharmonisierenden Warenkaufrichtlinie in deutsches Recht hieße das nach bisher geltender Rechtslage, dass der Anwendungsbereich von § 475 Abs. 6 BGB gemäß Art. 4 WK-RL beschränkt werden müsste.

54 *Augenhofer*, NJW 2019, 1988 (1989); BeckOK-BGB/*Faust*, 53. Ed., § 439 Rn. 31.

55 Dies entspricht auch der Rechtslage im CISG, im Rahmen dessen der Käufer entsprechende Begleitkosten der Nacherfüllung mithilfe des verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruchs nach Art. 45 Abs. 1 lit. b) CISG ersetzt verlangen kann (vgl. nur Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Müller-Chen, CISG, Art. 46 Rn. 36, 45).

56 Vgl. *Augenhofer*, NJW 2019, 1988 (1990); *Omlor*, JuS 2019, 1016 (1018); *Weller/Darazs*, ZEuP 2020, 944 (961 f.).

2. Kapitel: Die Nacherfüllung im System der Gewährleistungsrechte

A. BGB-Kaufrecht

I. Überblick über die Gewährleistungsrechte

§ 437 BGB bildet die zentrale Norm der kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte. In ihr sind verweisartig sämtliche Ansprüche und Rechte aufgezählt, die das Gesetz dem Käufer im Falle einer Schlechtleistung des Verkäufers diesem gegenüber einräumt.⁵⁷ An erster Stelle der Aufzählung (§ 437 Nr. 1 BGB) steht der Nacherfüllungsanspruch des Käufers nach § 439 BGB. Nach § 437 Nr. 2 BGB steht dem Käufer das Recht zu, nach den §§ 440, 323 und 326 Abs. 5 BGB vom Kaufvertrag zurückzutreten oder den Kaufpreis gem. § 441 BGB zu mindern. Er kann gemäß § 437 Nr. 3 BGB nach den §§ 280, 281, 283 und § 311a BGB Schadensersatz neben oder statt der Leistung, oder aber nach § 284 BGB Aufwendungsersatz verlangen. Die Aufzählung in § 437 BGB ist grundsätzlich abschließend.⁵⁸ Anerkannt ist jedoch etwa, dass dem Käufer bei Erhalt einer mangelhaften Sache trotz fehlender Nennung in § 437 BGB die Einrede des nichterfüllten Vertrages nach § 320 BGB zusteht.⁵⁹ Demnach kann der Käufer nach Maßgabe dieser Vorschrift grundsätzlich auch die Kaufpreiszahlung verweigern, bis der Verkäufer dem mangelhaften Zustand der Sache durch Nacherfüllung abgeholfen hat.⁶⁰

Anhand der Normenverweise in § 437 Nr. 2 und 3 BGB wird deutlich, dass § 437 BGB das Bindeglied zwischen dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht und dem kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht darstellt, deren Angleichung ein wesentliches Ziel der Schuldrechtsmodernisierung war⁶¹. Eine Mischung aus besonderem Kaufrecht und allgemeinem Leistungsstö-

⁵⁷ Hk-BGB/Saenger, § 437 Rn. 1; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, § 437 Rn. 1.

⁵⁸ Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, § 437 Rn. 1.

⁵⁹ Vgl. BeckOK-BGB/Faust, § 437 Rn. 172; MüKo-BGB/Westermann, § 437 Rn. 22.

⁶⁰ Die Nacherfüllung hält als Fortsetzung des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs nach § 433 Abs. 1 S. 2 BGB das Synallagma des Kaufvertrags aufrecht (BeckOK-BGB/Faust, § 437 Rn. 172).

⁶¹ Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 94.

rungsrecht manifestiert sich im Minderungsrecht des Käufers: Die Voraussetzungen dieses Gestaltungsrechts sind aufgrund des Wortlauts von § 441 Abs. 1 S. 1 BGB („statt zurückzutreten“) mit denen des Rücktrittsrechts gem. §§ 323 ff. BGB identisch⁶² und richten sich daher nach den Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts; die Rechtsfolgen dieses Instituts sind derweil abschließend in der besonderen Regelung des § 441 BGB verbrieft.⁶³ Demgegenüber ergeben sich sowohl die Voraussetzungen als auch die Rechtsfolgen des Nacherfüllungsanspruchs gem. §§ 437, 439 BGB vollständig aus den besonderen Regelungen des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts.

II. Vorrang der Nacherfüllung als Grundsatz

In welchem Verhältnis die in § 437 BGB normierten Rechtsbehelfe zueinanderstehen, ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Der Wortlaut von § 437 BGB indiziert prima facie eine hierarchische Anordnung der Rechtsbehelfe. So steht hinter § 437 Nr. 1 BGB ein Komma, während § 437 Nr. 2 und Nr. 3 BGB mit einem „und“ miteinander verbunden sind.⁶⁴ Diese Lesart von § 437 BGB lässt sich allerdings nicht mit der Entstehungsgeschichte der Norm vereinbaren.⁶⁵ Nach dem Willen des Gesetzgebers begründet § 437 BGB selbst nur eine Aufzählung der Rechtsbehelfe des Käufers.⁶⁶ Auch aufgrund der Nummerierungen lässt sich unmittelbar aus § 437 BGB keine Rangfolge der dort aufgezählten Rechtsbehelfe herleiten, da ansonsten das in § 437 Nr. 2 BGB genannte Rücktrittsrecht gegenüber dem Schadensersatzanspruch gemäß § 437 Nr. 3 BGB vorrangig wäre.⁶⁷ Dass dies nicht der Fall sein kann, stellt § 325 BGB klar, der eine Gleichrangigkeit dieser Rechtsbehelfe anordnet.⁶⁸

Dennoch besteht unter den Gewährleistungsrechten des § 437 BGB ein Rangverhältnis. Dies speist sich aus den besonderen Voraussetzungen der in § 437 Nr. 2 und Nr. 3 BGB genannten Rechtsbehelfe. Während

62 Palandt/Weidenkaff, BGB, § 441 Rn. 7.

63 NK-BGB/Büdenbender, § 437 Rn. 3.

64 So etwa MüKo-BGB/Westermann, BGB, § 437 Rn. 4; Schürholz, S. 242.

65 Schroeter, AcP 207 (2007), 28 (32).

66 BT-Drucks. 14/6040, S. 219 f.

67 Gebauer/Wiedmann/Leible, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, Kap. 10 Rn. 78.

68 Schroeter, AcP 207 (2007), 28 (32); im Ergebnis auch Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rn. 396.

der Nacherfüllungsanspruch lediglich einen wirksamen Kaufvertrag und die Mangelhaftigkeit der Sache im Zeitpunkt des Gefahrübergangs voraussetzt, erfordern die in §§ 437 Nr. 2 und Nr. 3 BGB genannten Rechtsbehelfe abgesehen vom Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung grundsätzlich auch den erfolglosen Ablauf einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung. Für das Rücktritts- und Minderungsrecht des Käufers ergibt sich dieses Erfordernis aus § 323 Abs. 1 BGB (i.V.m. § 441 Abs. 1 BGB) und für den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus § 281 Abs. 1 S. 1 BGB.⁶⁹ Für den Anspruch des Käufers auf Aufwendungsersatz folgt das Fristerfordernis aus dem Wortlautverweis in § 284 BGB („Anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung“), wonach für einen Aufwendungsersatzanspruch die Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung vorliegen müssen.⁷⁰ Dieses Fristerfordernis der in § 437 Nr. 2 und Nr. 3 BGB genannten Rechtsbehelfe begründet einen Vorrang der Nacherfüllung.⁷¹ Insofern spricht man auch von Primär- und Sekundärebene bzw. von der Zweistufigkeit der Gewährleistungsrechte.⁷² Nach dieser Hierarchie ist der Käufer bei Vorliegen eines Sach- oder Rechtsmangels zu-

69 Nach dem Wortlaut von §§ 281 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB muss der Käufer dem Verkäufer aktiv eine angemessene Nacherfüllungsfrist setzen, um sich später wirksam auf seine Sekundärrechte berufen zu können. Ein solches *Fristsetzungserfordernis* lässt sich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (Art. 3 Abs. 5 2. Spiegelstrich VGK-RL) gleichwohl nicht entnehmen; nach wohl einhelliger Meinung in der deutschen Literatur wird der Fristlauf danach vielmehr automatisch durch die Mängelanzeige des Verbrauchers gegenüber dem Verkäufer in Gang gesetzt. Das deutsche Recht ist daher insofern richtlinienwidrig (Zum Ganzen BeckOK-BGB/*Faust*, § 437 Rn. 18 m.w.N.; der Schuldrechtsmodernisierungsgesetzgeber ging bei der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie hingegen von einer Vereinbarkeit des in §§ 281 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB verankerten Fristsetzungserfordernisses mit dem Unionsrecht aus, vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 221 f.). Die in Rede stehenden Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie können aber durch richtlinienkonforme Auslegung von § 281 Abs. 2 2. Alt. und § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB umgesetzt werden (vgl. BeckOK-BGB/*Faust*, § 437 Rn. 19; MüKo-BGB/*Lorenz*, Vorb. § 474 Rn. 25; *Unberath*, ZEuP 2005, 5 (30 ff.); im Ergebnis auch *Doehner*, S. 252 f.; Gebauer/Wiedmann/*Leible*, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, Kap. 10 Rn. 97, die für die Umsetzung von Art. 3 Abs. 5 2. Spiegelstrich VGK-RL unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung § 440 S. 1 Var. 2 BGB als richtigen Anknüpfungspunkt für die richtlinienkonforme Auslegung erachten).

70 BeckOK-BGB/*Lorenz*, § 284 Rn. 9; MüKo-BGB/*Ernst*, § 284 Rn. 13.

71 Statt aller BT-Drucks., 14/6040, S. 222; BGH, NJW 2005, 1348 (1350); BeckOK-BGB/*Faust*, § 439 Rn. 2; MüKo-BGB/*Westermann*, § 439 Rn. 2; Staudinger/*Matzsche-Beckmann*, BGB, § 439 Rn. 6.

72 Vgl. BeckOK-BGB/*Faust*, § 439 Rn. 2; *Kandler*, S. 564; *Lorenz*, NJW 2006, 1175 (1176).

nächst an seinen Nacherfüllungsanspruch gebunden.⁷³ Da der Käufer bei bloßer Mangelhaftigkeit der Kaufsache also nicht ohne weiteres vom Kaufvertrag zurücktreten kann, wird deutlich, dass die Gesetzessystematik dem Grundsatz *pacta sunt servanda* Rechnung tragen will.⁷⁴ Dem Vorrang der Nacherfüllung kommt folglich eine Vertragserhaltungsfunktion zu.⁷⁵ Dieses Strukturprinzip des deutschen Kaufrechts steht auch mit Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 5 VGK-RL in Einklang: Nach Art. 3 Abs. 3 VGK-RL steht dem Verbraucher im Falle der Lieferung vertragswidriger Ware „zunächst“ ein Anspruch auf Nacherfüllung („Abhilfe“) in Form der Nachbesserung oder Ersatzlieferung zu.⁷⁶ Die anderen in Art. 3 Abs. 2 VGK-RL genannten Rechtsbehelfe (angemessene Minderung des Kaufpreises und Lösung vom Vertrag) setzen im Gegensatz zum Nacherfüllungsanspruch des Verbrauchers nach Art. 3 Abs. 5 2. Spiegelstrich VGK-RL ebenfalls den erfolglosen Ablauf einer angemessenen Nachfrist voraus.

III. Das „Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung“

Mit dem Vorrang der Nacherfüllung korrespondiert das sogenannte „Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung“. Aus dem grundsätzlichen Fristerfordernis der Sekundärrechte speist sich die Obliegenheit des Käufers, dem Verkäufer zunächst Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben.⁷⁷ Damit erhält Letzterer die Befugnis, die in §§ 437 Nr. 2 und 3 BGB genannten Sekundärrechte sowie das Zurückbehaltungsrecht des Käufers nach § 320 BGB durch einen zweiten Leistungsanlauf abzuwenden und sich dadurch den vollständigen Kaufpreis zu verdienen.⁷⁸ Da § 439 Abs. 1 BGB die Durchführung der Nacherfüllung dem Verkäufer zuweist, schützt das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung darüber hinaus seine

⁷³ BeckOK-BGB/*Faust*, § 439 Rn. 2; NK-BGB/*Büdenbender*, § 439 Rn. 6.

⁷⁴ *Brüggemeier*, WM 2002, 1376 (1379); *Kandler*, S. 641 f.; *Lorenz*, NJW 2006, 1175 (1175); *Schürholz*, S. 243.

⁷⁵ *Schroeter*, AcP 207 (2007), 28 (36).

⁷⁶ MüKo-BGB/*Westermann*, BGB, § 439 Rn. 5.

⁷⁷ *BGH*, NJW 2010, 1448 (1448 Rn. 11 ff.); *Henrich*, S. 38. Um dieser Obliegenheit hinreichend nachzukommen und damit die Voraussetzungen für die Sekundärrechte nach § 437 Nr. 2 und 3 BGB zu erfüllen, muss der Käufer dem Verkäufer auch am richtigen Leistungsort Gelegenheit zur Nacherfüllung geben (*BGH*, NJW 2011, 2278 (2278 Rn. 13)), welcher nach der *Füllia*-Entscheidung des *EuGH* allerdings zuvor vom Verkäufer zu benennen ist (*EuGH*, NJW 2019, 2007 (2007)).

⁷⁸ *BGH*, NJW 2005, 1348 (1350); *Cziupka*, VuR 2009, 137 (138); *Lorenz*, NJW 2006, 1175 (1175); *Skamel*, S. 228; *ders.*, ZGS 2006, 227 (228).

Entscheidungsfreiheit über die Art und Weise der nachträglichen Vertragsdurchführung: Ihm steht das Wahlrecht zu, die Nacherfüllung in Natur zu erbringen oder lediglich Ersatz der für die Herstellung des geschuldeten Nacherfüllungserfolgs notwendigen Kosten zu leisten.⁷⁹ Diese Entscheidungsfreiheit des Verkäufers umfasst folglich auch die Übertragung der Nacherfüllungskompetenz auf eine andere Person, die auch der Käufer sein kann.⁸⁰ Eine Einschränkung hat das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung allerdings im Zuge der am 01.01.2018 in Kraft getretenen Kaufrechtsreform bezüglich der viel diskutierten Aus- und Einbaumaßnahmen erfahren: § 439 Abs. 3 S. 1 BGB, der die *Weber/Putz*-Entscheidung des *EuGH* in deutsches Recht umsetzt, statuiert einen Aufwendungsersatzanspruch des Verbrauchers für die Kosten des Ausbaus der mangelhaften und des (Wieder-)Einbaus der nachgebesserten oder nachgelieferten Sache. Die Durchführung der Aus- und Einbauarbeiten ist demnach Sache des Verbrauchers; ein Naturalandienungsrecht steht dem Verkäufer insofern ausnahmsweise nicht zu.⁸¹

Auch wenn die Bezeichnung den Eindruck erweckt, ist das Recht zur zweiten Andienung kein genuines und damit einklagbares „Nacherfüllungsrecht“ des Verkäufers. Vielmehr handelt es sich dabei um einen bloßen Reflex des Vorrangs der Nacherfüllung, der aus dem gesetzlich normierten Nacherfüllungsfristerfordernis herrührt und daher mit dem Vorrang der Nacherfüllung steht und fällt.⁸² Dennoch ist die Bezeichnung „Recht zur zweiten Andienung“ in der deutschen Jurisprudenz seit jeher etabliert.⁸³

79 *Schroeter*, AcP 207 (2007), 28 (60).

80 *Schneider*, ZGS 2008, 177 (178).

81 *Jauernig/Berger*, BGB, § 439 Rn. 20; vgl. auch *BeckOK-BGB/Faust*, § 439 Rn. 38; *Erman/Grunewald*, BGB, § 439 Rn. 9; *Palandt/Weidenkaff*, BGB, § 439 Rn. 12; nach herrschender und zutreffender Meinung ergibt sich aus § 439 Abs. 3 BGB kein Recht des Verbrauchers, zwischen Kostenerstattung und der Vornahme der Aus- und Einbauarbeiten durch den Verkäufer wählen zu können, so dass den Verkäufer auch keine *Pflicht* zur Durchführung dieser Arbeiten trifft (siehe dazu 6. Kapitel: A. II. 2. b)dd)(2)).

82 *Canaris*, FS Kropholler, 3 (13); *Schroeter*, AcP 207 (2007), 28 (33); dazu ausführlich *Mankowski*, JZ 2011, 781 ff.

83 Siehe nur *BGH*, NJW 2005, 1348 (1350); *BeckOK-BGB/Faust*, § 439 Rn. 2; *Bitter/Meidt*, ZIP 2001, 2114 (2115); *Boerner*, ZIP 2001, 2264 (2269); *Dauner-Lieb/Dötsch*, ZGS 2003, 250 (251); *Gsell*, JZ 2001, 65 (68); *Kandler*, S. 301; *Paehler*, S. 37; *Palandt/Weidenkaff*, BGB, § 439 Rn. 1; *Schroeter*, AcP 207 (2007), 28 (31); *Schürholz*, S. 244; *Skamel*, S. 228 f.; *Staudinger/Matusche-Beckmann*, BGB, § 439 Rn. 5. Die einhellige Verwendung der Wendung „Recht zur zweiten Andienung“ ist wohl historisch bedingt: So wurde der Terminus „Andienung“ im Zivilrecht bereits im