

Johann Kindl | Tatiana Arroyo Vendrell (Hrsg.)

Die Rechtsprechung des EuGH und ihr Einfluss auf die nationalen Privatrechtsordnungen

Jurisprudencia del TJUE y su impacto en el Derecho
Privado nacional



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. Willibald Posch
Prof. Dr. Anton K. Schnyder

Band 55

Johann Kindl | Tatiana Arroyo Vendrell (Hrsg.)

Die Rechtsprechung des EuGH und ihr Einfluss auf die nationalen Privatrechtsordnungen

Jurisprudencia del TJUE y su impacto en el Derecho
Privado nacional



Nomos

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

ISBN 978-3-8487-5785-5 (Print)

ISBN 978-3-8452-9874-0 (ePDF)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Am 22. und 23. November 2018 haben an der Westfälischen Wilhelms-Universität die vierten deutsch-spanischen Zivilrechtsgespräche stattgefunden. Referiert und diskutiert wurde dieses Mal über die Rechtsprechung des EuGH und ihren Einfluss auf die nationalen Privatrechtsordnungen. Am deutlichsten sichtbar ist dieser Einfluss in den Fällen, in denen der Gesetzgeber tätig wird, indem er Urteile des EuGH in das nationale Recht umsetzt. Beispiele hierfür sind das deutsche Mängelgewährleistungsrecht sowie das spanische Vollstreckungsrecht; hiervon handeln die beiden ersten Referate. Ebenso bedeutsam – wenn auch vielleicht weniger sichtbar – ist der Einfluss, den der EuGH auf die Rechtsprechung der Mitgliedstaaten ausübt, indem er auf Vorlage der nationalen Gerichte hin über die Auslegung des Europäischen Rechts verbindlich entscheidet. Die Reichweite dieses Einflusses verdeutlichen exemplarisch die weiteren auf der Tagung gehaltenen Vorträge, deren Gegenstand vom AGB-Recht über Finanzierungsverträge bis hin zum Wettbewerbsrecht reicht. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass das Referat von Herrn *Markus Artz* über die Kreditwürdigkeitsprüfung nicht in diesem Band abgedruckt ist. Der Inhalt dieses Referats ist aber in der aus der Feder von *Reiner Schulze* stammenden zusammenfassenden Betrachtung berücksichtigt.

Allen Referentinnen und Referenten gebührt herzlicher Dank dafür, dass sie ihre Manuskripte zum Abdruck zur Verfügung gestellt haben. Zu danken haben wir ferner dem Verlag für die stets angenehme und durchweg reibungslose Zusammenarbeit bei der Veröffentlichung dieses Tagungsbandes. Besonderer Dank für ihre großzügige finanzielle Unterstützung gilt der Deutsch-Spanischen Juristenvereinigung sowie dem International Office und der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

Madrid und Münster, im Juni 2019

Tatiana Arroyo Vendrell
Johann Kindl

Prólogo

Los días 22 y 23 de noviembre de 2018 se celebraron en la Universidad de Münster las IV Jornadas Hispano-alemanas de Derecho Privado. Esta vez se debatió sobre la jurisprudencia del TJUE y su impacto en los ordenamientos jurídicos. Esa influencia se deja ver claramente cada vez que el legislador adecúa la legislación nacional a la jurisprudencia del TJUE. Son ejemplos de ello el derecho alemán de garantías por falta de conformidad y el derecho procesal español en materia de ejecución hipotecaria, que es la materia de la que tratan las dos primeras ponencias. Igualmente importante, aunque quizás menos evidente, es la influencia que ejerce el TJUE en la jurisprudencia nacional cuando, como consecuencia de las cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales nacionales, dicta sentencias vinculantes sobre la interpretación del derecho europeo. El alcance de esta influencia queda ilustrado, por el resto de ponentes de las Jornadas, a modo de ejemplo, en temas que van desde el derecho de las condiciones generales en la contratación bancaria, hasta el Derecho de la competencia. En este punto, se debe indicar, que la ponencia del Prof. Dr. Markus Artz sobre la verificación de la solvencia crediticia no se encuentra en este volumen. Sin embargo, en las reflexiones finales del Prof. Reiner Schulze se ha tenido en cuenta dicha ponencia.

Todos los ponentes merecen nuestro más sincero agradecimiento por entregar sus originales manuscritos con el fin de hacer posible su publicación. También nos gustaría agradecer a la editorial por la siempre amable, fluida y constante cooperación en la publicación de los libros de estas Jornadas. Un agradecimiento especial merece la Asociación Hispano-Alemana de Juristas por su generoso apoyo financiero, así como el Oficina Internacional de la Universidad de Münster y la Facultad de Derecho de misma Universidad.

Madrid y Münster, Junio de 2019

Tatiana Arroyo Vendrell
Johann Kindl

Inhalt

Änderungen der kaufrechtlichen Mängelhaftung durch das Gesetz vom 28.4.2017 <i>Johann Kindl</i>	11
Reacciones del legislador español como consecuencia de la jurisprudencia del TJUE. En particular, la reforma procesal tras el Caso AZIZ <i>Carmen Jerez Delgado</i>	39
Lückenfüllung insbesondere durch ergänzende Vertragsauslegung und Schicksal des Gesamtvertrages bei missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen – Einfluss des EuGH auf die Rechtsprechung des BGH <i>Beate Gsell</i>	63
Influencia de la jurisprudencia del TJUE en la doctrina del Tribunal Supremo en relación a la transparencia en las condiciones generales de la contratación <i>Natalia Mato Pacín</i>	91
Derecho de la UE en relación con el sector bancario, los clientes y su solvencia. Gestión de activos dudosos (non-performing assets – NPAs) y sus consideraciones “micro” y “macro” <i>David Ramos Muñoz</i>	111
Unverbindlichkeit einer für nichtig erklärten missbräuchlichen Vertragsklausel-Invitel <i>Julia Ludwigkeit</i>	141
Uber: nuevo paradigma de negocio de la era digital <i>Tatiana Arroyo Vendrell</i>	169

Inhalt

Die Rechtsprechung des EuGH und ihr Einfluss auf die nationalen Privatrechtsordnungen – ein Resümee	191
<i>Reiner Schulze</i>	
La jurisprudencia del TJUE y su impacto en el marco del Derecho Privado nacional. Resumen	213
<i>Reiner Schulze</i>	

Änderungen der kaufrechtlichen Mängelhaftung durch das Gesetz vom 28.4.2017*

Prof. Dr. Johann Kindl, Münster

Schlüsselwörter: Verbrauchsgüterkaufrichtlinie; Auslegung durch den EuGH im Wege der Vorabentscheidung; Umsetzung der Vorgaben des EuGH durch den deutschen Gesetzgeber; Einbau der mangelhaften Sache durch den Käufer in eine andere Sache; relative und absolute Unverhältnismäßigkeit.

Palabras clave: Directiva sobre compraventa de consumo; interpretación del TJUE a través de la decisión prejudicial; transposición de las exigencias del TJUE por el legislador alemán; instalación por el comprador de la cosa con defectos en otra distinta; falta de conformidad relativa y absoluta.

Kurzzusammenfassung: Das am 1.1.2018 in Kraft getretene Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren diene u. a. dazu, die Vorgaben des EuGH aus dem Weber/Putz-Urteil aus dem Jahr 2011 umzusetzen. In dieser Vorabentscheidung hat der Gerichtshof den Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG verbindlich ausgelegt. Demnach muss beim Verbrauchsgüterkauf der Unternehmer für den Ausbau der von ihm gelieferten mangelhaften Sache und für den Einbau der ersatzweise gelieferten mangelfreien Sache aufkommen. Der deutsche Gesetzgeber hat diese Vorgabe des EuGH auch für den B2B-Bereich umgesetzt und darüber hinaus angeordnet, dass der Verkäufer dem Käufer so- gleich die Aufwendungen für den Aus- und Einbau ersetzen muss. Ein Recht, den Aus- und Einbau selbst vorzunehmen, hat er dem Verkäufer nicht zugebilligt. Ausschlaggebend für die überschießende Umsetzung so- wie dafür, dass dem Verkäufer in den Fällen des Einbaus der mangelhaften

* Der Beitrag wurde Anfang Dezember 2018 fertig gestellt; die Vortragsform wurde beibehalten. Meiner Mitarbeiterin *Stefanie Gudehus* danke ich für die wertvolle Literaturrecherche, für das sorgfältige Korrekturlesen sowie für angeregte Diskussionen.

Sache kein Recht zur zweiten Andienung gewährt worden ist, ist der Umstand gewesen, dass der deutsche Gesetzgeber vor allem bauvertragliche Drittbeziehungen im Blick gehabt hat. In diesem Beitrag wird dafür plädiert, dass der Verkäufer auch die Aufwendungen zu tragen hat, die erforderlich sind, um andere Veränderungen an der mangelhaften Sache rückgängig zu machen, die der Käufer bestimmungsgemäß an der Kaufsache vorgenommen hat. Im Weber/Putz-Urteil hat der EuGH darüber hinaus entschieden, dass die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ein Recht des Unternehmers zur Verweigerung der Nacherfüllung wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit nicht kennt. Diese Vorgabe hat der deutsche Gesetzgeber nur für den B2C-Bereich umgesetzt. Nach hier vertretener Auffassung ist die Umsetzung nicht vollständig gelungen. Dies beruht darauf, dass das deutsche Recht nicht deutlich zwischen relativer und absoluter Unverhältnismäßigkeit unterscheidet.

Abstract: La Ley para la reforma de la regulación del contrato de obra, la modificación de la responsabilidad por defectos en la compraventa, el fortalecimiento de la tutela procesal civil y el sellado automático en los procedimientos ante el Registro de la Propiedad y de Buques, que entró en vigor el 1.1.2018, ha servido, entre otros aspectos, para transponer la jurisprudencia del TJUE recogida en la sentencia Weber/Putz del año 2011. En aquella decisión prejudicial, el Tribunal interpretó de manera vinculante el artículo 3 de la Directiva sobre compraventa de consumo. Según esta resolución, en sede de compraventa de consumo, corresponde al empresario, asumir el coste de la retirada de la cosa por él suministrada, así como el de la instalación de la cosa libre de defectos remitida en sustitución de la primera. El legislador alemán ha incorporado esta exigencia del TJUE también a los contratos B2B, estableciendo además que el vendedor debe indemnizar inmediatamente al comprador por los costes de desmontaje y montaje en que este haya incurrido. No se ha otorgado al vendedor el derecho a realizar el mismo el desmontaje y montaje. Para una transposición tan amplia, así como para que al vendedor no se le concediese el derecho a realizar una segunda oferta, resultó decisiva la circunstancia de que el legislador alemán tuviese presente, sobre todo, las relaciones triangulares en el marco del contrato de obra. En el presente trabajo, se aboga por que el vendedor se haga cargo también de aquellos otros costes necesarios para revertir otras variaciones de la cosa defectuosa; costes que el comprador previsiblemente ha tenido que afrontar. En la sentencia Weber/Putz, el TJUE dispuso asimismo que la Directiva sobre compraventa de consumo no reconoce un

derecho del empresario a rechazar la reparación o sustitución del bien en caso de falta de conformidad absoluta. El legislador alemán solo ha implementado este requisito en el ámbito de los contratos B2B. Según la opinión aquí defendida, la transposición no ha sido del todo afortunada en este punto. Ello se debe a que el Derecho alemán no distingue con claridad entre la falta de conformidad relativa y absoluta.

I. Einleitung

Der Einfluss der Rechtsprechung des EuGH auf die nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der EU ist in den Fällen am deutlichsten sichtbar, in denen der Gesetzgeber auf ein Urteil des EuGH hin das nationale Recht ändert. Der EuGH entscheidet auf Vorlage eines nationalen Gerichts hin gem. Art. 267 Abs. 1 lit. b) AEUV im Wege der Vorabentscheidung über die Auslegung einer Richtlinie.¹ Die an das vom EuGH gefundene Auslegungsergebnis gebundenen² nationalen Gerichte behelfen sich für eine Übergangszeit mit einer richtlinienkonformen Auslegung oder gar Fortbildung des nationalen Rechts. Schließlich setzt der nationale Gesetzgeber – dem Gebot der Umsetzungstransparenz folgend – die Vorgaben des EuGH in das nationale Recht um und schafft dadurch klare und eindeutige Verhältnisse.³

Als Beispiel sei der Quelle-Fall angeführt: Auf Vorlage des BGH durch Beschluss vom 18.6.2006 erging am 7.4.2008 eine Vorabentscheidung des EuGH betreffend die Auslegung von Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG.⁴ Bereits durch Gesetz vom 10.12.2008⁵ fügte der Gesetzge-

1 Alle sekundären Unionsrechtsakte sind zulässiger Gegenstand eines Auslegungsersuchens, Callies/Ruffert/Wegener, 5. Aufl. 2016, AEUV Art. 267 Rn. 10.

2 Zur Bindungswirkung von Entscheidungen des EuGH über die Auslegung des Unionsrechts s. etwa Grabitz/Hilf/Nettesheim/Karpenstein, 64. EL Mai 2018, AEUV Art. 267 Rn. 104-106. Zu den aus dem Umsetzungsgebot gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV und dem Grundsatz der Gemeinschaftstreue aus Art. 4 Abs. 3 EUV folgenden Verpflichtungen der nationalen Gerichte im Hinblick auf die Auslegung des nationalen Rechts s. nur BGH NJW 2012, 1073 Rn. 24 m. w. N.

3 Von Umsetzungstransparenz sprechen etwa Höpfner/Fallmann NJW 2017, 3745; aus der Rechtsprechung des EuGH vgl. z. B. EuGH NJW 2001, 2244 Rn. 17.

4 Vorlagebeschluss des BGH: NJW 2006, 3200; Urteil des EuGH: NJW 2008, 1433; nachfolgend BGH NJW 2009, 427 = BGHZ 179, 27 (einschränkende Anwendung des § 434 Abs. 4 a. F. BGB im Wege richtlinienkonformer Rechtsfortbildung, a. a. O. Rn. 26 ff.).

5 BGBl. I S. 2399.

ber eine nur für Verbrauchsgüterkäufe geltende Regelung in das BGB ein, die sich heute in § 475 Abs. 3 S. 1 findet: Wird dem Käufer einer mangelhaften Sache im Zuge der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache geliefert, dann muss er dem Verkäufer zwar die mangelhafte Sache zurückgeben. Zur Herausgabe der Nutzungen, die er aus der ihm zunächst gelieferten mangelhaften Sache gezogen hat, oder zum Ersatz des Wertes dieser Nutzungen ist er aber nicht verpflichtet.

Mehr Zeit gelassen hat sich der Gesetzgeber dagegen mit der Umsetzung der EuGH-Entscheidung vom 16.6.2011. Entschieden wurde dort über die verbundene Rechtssache Weber/Putz, deren Gegenstand ebenfalls die Auslegung von Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gewesen ist.⁶ Das zur Umsetzung der dort enthaltenen Vorgaben erlassene Gesetz ist erst am 1.1.2018 in Kraft getreten.⁷ In den folgenden Ausführungen werden nur einige ausgewählte Fragen aufgegriffen, die das angesprochene Gesetz aufgeworfen hat. Ausgeklammert sind namentlich die Regressvorschriften der §§ 445a, 445b, 478 BGB⁸ sowie die Frage nach Spielräumen für abweichende vertragliche Gestaltungen, insbesondere bei B2B-Verträgen.⁹

Ziel der nachfolgenden Ausführungen ist es zunächst, vor allem den Zuhörern aus Spanien zu erklären, warum der deutsche Gesetzgeber das EuGH-Urteil nicht nur im Hinblick auf Verbrauchsgüterkäufe, sondern – überschießend – für alle Kaufverträge umgesetzt hat. Erklärt werden soll ferner, warum der Verkäufer nicht berechtigt ist, den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache selbst vorzunehmen. Darzulegen ist des Weiteren, dass es dem Gesetzgeber – trotz des von ihm in Anspruch genommenen Zeitraums von sechs Jahren – nicht vollständig gelungen ist, die Vorgaben des EuGH umzusetzen. Darüber hinaus wird sich im Verlauf der folgenden Ausführungen zeigen, dass die Auslegung des neuen Gesetzes bisweilen Schwierigkei-

6 EuGH NJW 2011, 2269; Vorlagebeschlüsse: AG Schorndorf BeckRS 2009, 88603; BGH NJW 2009, 1660; nachfolgend BGH NJW 2012, 1073 = BGHZ 192, 148; ferner BGH NJW 2013, 220 = BGHZ 195, 135.

7 Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren vom 28.04.2017, BGBl. I S. 969. Die Materialien sind abrufbar unter <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/W/P18/730/73046.html>.

8 Vgl. etwa Weidt NJW 2018, 263; ferner Paulus/Zwirlein NJW 2018, 1841, die für eine teleologische Reduktion des Lieferantenbegriffs eintreten.

9 Hierzu etwa Dastis/Splinter BB 2018, 1417; Hübner ZfPW 2018, 252 f. (§ 309 Nr. 8 b) cc) als „narrative Norm“, die nur im Rahmen von § 307 Abs. 1 Bedeutung entfaltet); Maultzsch ZfPW 2018, 1, 18 ff.; Picht JZ 2017, 807, 814 f.

ten bereitet. Einzelne Vorschriften – so Stimmen aus der Literatur – müssten einer richtlinienkonformen Auslegung unterworfen werden.¹⁰ Für eine Vielzahl von Fallgestaltungen werden Analogien befürwortet.¹¹ Bestimmte Fragen könnten letztlich nur durch eine erneute Anrufung des EuGH geklärt werden.¹²

II. Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache

1. Aus- und Einbau nach der Weber/Putz-Rechtsprechung des EuGH

Die den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der gelieferten mangelfreien Sache betreffenden Fragen der vorlegenden Gerichte beantwortete der EuGH im ersten Leitsatz seines Urteils. Danach gilt:

Wenn der vertragsgemäße Zustand eines vertragswidrigen Verbrauchsgutes, das vor Auftreten des Mangels vom Verbraucher gutgläubig gemäß seiner Art und Verwendung eingebaut wurde, durch Ersatzlieferung hergestellt wird, dann ist der Verkäufer verpflichtet, entweder selbst den Ausbau dieses Verbrauchsguts aus der Sache, in die es eingebaut wurde, vorzunehmen und das als Ersatz gelieferte in diese Sache einzubauen, oder die Kosten zu tragen, die für diesen Ausbau und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts notwendig sind. Diese Verpflichtung des Verkäufers besteht unabhängig davon, ob er sich im Kaufvertrag verpflichtet hatte, das ursprünglich gekaufte Verbrauchsgut einzubauen.

Der EuGH begründet seine Auslegung von Art. 3 II und III der Richtlinie im Wesentlichen wie folgt:¹³ Der Verkäufer sei zur unentgeltlichen

10 Für eine richtlinienkonforme Auslegung des § 475 Abs. 4 S. 2 und 3 z. B. BeckOK BGB/*Faust*, 47. Edition 1.8.2018, § 475 Rn. 45.

11 Statt aller BeckOK BGB/*Faust* § 439 Rn. 77; Rn. 88; Rn. 94; Rn. 95-98.

12 Vgl. z. B. BeckOGK BGB/*Höpfner*, Stand: 15.09.2018, § 439 Rn. 60: Zur Klärung der Frage, ob § 439 Abs. 3 nicht nur bei einer körperlichen Verbindung der mangelhaften Sache mit einer anderen Sache anwendbar ist, ist eine Vorlage an den EuGH erforderlich; hierzu auch BeckOK BGB/*Faust* § 439 Rn. 102. Ferner BeckOK BGB/*Faust* § 475 Rn. 41: Nur der EuGH kann den Begriff der Unmöglichkeit i. S. der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie klären; hierzu auch BeckOGK BGB/*Höpfner* § 439 Rn. 153.

13 Im Einzelnen EuGH NJW 2011, 2269 Rn. 43-62. Dass der EuGH seine Argumentation teilweise explizit auf die Ersatzlieferung bezogen hat, ist in der obigen verkürzten Wiedergabe bewusst ausgeblendet worden.

Herstellung des vertragsgemäßen Zustands verpflichtet (vgl. Art. 3 II und III UA 1). Diese Verpflichtung solle den Verbraucher vor drohenden finanziellen Belastungen schützen, die ihn in Ermangelung eines solchen Schutzes davon abhalten könnten, seine Ansprüche geltend zu machen. Müsste der Käufer die Aus- und Einbaukosten tragen, dann würde dies zu finanziellen Lasten führen, die er nicht hätte tragen müssen, wenn der Verkäufer den Vertrag von vornherein ordnungsgemäß erfüllt hätte: Der Käufer hätte die Einbaukosten nur einmal und Kosten für den Ausbau gar nicht tragen müssen. Darüber hinaus habe die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands nicht nur unentgeltlich zu erfolgen, sondern auch innerhalb einer angemessenen Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher (vgl. Art. 3 III UA 3). Dieses dreifache Erfordernis sei Ausdruck des offenkundigen Willens des Unionsgesetzgebers, für einen wirksamen Verbraucherschutz zu sorgen. Sein Ergebnis rechtfertigt der EuGH ferner mit der Erwägung, dass der Verkäufer durch die Lieferung eines vertragswidrigen Verbrauchsgutes seine Pflichten aus dem Kaufvertrag nicht ordnungsgemäß erfüllt habe. Sofern keine der beiden Vertragsparteien schuldhaft gehandelt habe, sei es gerechtfertigt, dem Verkäufer die Kosten für den Aus- und Einbau aufzuerlegen, da diese Kosten vermieden worden wären, wenn der Verkäufer seinen vertraglichen Verpflichtungen von vornherein ordnungsgemäß nachgekommen wäre. Darauf, ob der Verkäufer nach dem Kaufvertrag zum Einbau des gelieferten Verbrauchsgutes verpflichtet gewesen ist, kommt es nach Auffassung des Gerichtshofs nicht an. Die den Verkäufer im Falle einer Vertragswidrigkeit treffenden Verpflichtungen ergäben sich insbesondere aus Art. 3 der Richtlinie; diese Verpflichtungen könnten über die im Vertrag vorgesehenen ggf. hinausgehen.

2. Die Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber, § 439 Abs. 3 BGB

Der deutsche Gesetzgeber hat die soeben umrissene Rechtsprechung des EuGH in § 439 Abs. 3 BGB umgesetzt: „Hat der Käufer die mangelhafte Sache gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache eingebaut oder an eine andere Sache angebracht, ist der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet, dem Käufer die erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache zu ersetzen. § 442 Absatz 1 ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass für die Kenntnis des Käufers an die Stelle des Vertragsschlusses der Einbau oder Anbringen der mangelhaften Sache durch den Käufer tritt.“ Gegenstand der folgenden Ausführungen ist nicht eine kommentarartige Erläuterung

der Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Neuregelung.¹⁴ Der Fokus liegt vielmehr dort, wo der deutsche Gesetzgeber die Vorgaben des EuGH – zulässigerweise (vgl. Art. 8 II der Richtlinie) – überschießend umgesetzt oder Spielräume genutzt hat, die ihm der EuGH belassen hat.

a) Geltung für alle Kaufverträge

Der Anwendungsbereich des § 439 Abs. 1 BGB ist nicht auf Verbrauchsgüterkäufe beschränkt, sondern erstreckt sich auf alle Kaufverträge, also auch auf solche aus dem B2B- und dem C2C-Bereich. Dies ergibt sich aus der Verortung der Bestimmung bei den für alle Kaufverträge geltenden Vorschriften und entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers.¹⁵ Auf den ersten Blick überrascht die überschießende Umsetzung der Vorgaben des EuGH – hat dieser doch vor allem von Seiten der deutschen Literatur viel Kritik einstecken müssen.¹⁶

Die Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 439 Abs. 3 BGB beruht auf dem Bestreben des Gesetzgebers,¹⁷ den Werkunternehmer zu schützen, der am Ende einer Lieferkette steht: Ein Bauhandwerker bezieht im Rahmen eines Kaufvertrages vom Baustoffhändler mangelhaftes Baumaterial. Er verbaut dieses Material in Ausführung eines Werkvertrages und schuldet dem Besteller im Rahmen der werkvertraglichen Gewährleistung den Ausbau des mangelhaften Materials und den Wiedereinbau des mangelfreien Ersatzmaterials. Wäre § 439 Abs. 3 BGB im geschäftlichen Verkehr zwischen Unternehmern nicht anwendbar, dann hätte der Bauhandwerker/Käufer gegen Baustoffhändler/Verkäufer zwar einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache. Schadensersatz auf Erstattung der Aus- und Einbaukosten (§§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB)

14 Hierzu insbesondere BeckOGK BGB/Höpfner § 439 Rn. 50 ff.; BeckOK BGB/Faust § 439 Rn. 84 ff. Kurz nach Inkrafttreten des Gesetzes vom 28.04.2017 (Fußn. 7) ist – erwartungsgemäß – eine Reihe von einführenden Aufsätzen erschienen; vgl. etwa Höpfner/Fallmann NJW 2017, 3745; Markworth Jura 2018, 1; Nietsch/Osmanovic NJW 2018, 1; Picht JZ 2017, 807; Thon JuS 2017, 1150; vertiefend Hübner ZfPW 2018, 227; Maultzsch ZfPW 2018, 1.

15 Begründung des Regierungsentwurfes, BT-Drucksache 18/8486 S. 39.

16 Kritisch z. B. Ayad/Schnell BB 2011, 1938; Förster ZIP 2011, 1493; Kaiser JZ 2011, 978; dem EuGH insoweit aber zustimmend dagegen Wagner ZEuP 2016, 87, 102 ff.; vgl. auch BeckOGK BGB/Augenhofer § 475 Rn. 65.1, die ihrerseits die „teilweise polemische Kritik“ anprangert.

17 Nochmals Begründung des Regierungsentwurfes, BT-Drucksache 18/8486 S. 39; ferner Höpfner/Fallmann NJW 2014, 3745, 3747 f.

könnte er vom Baustoffhändler/Verkäufer aber nur dann verlangen, wenn dieser die Verletzung seiner Pflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache zu vertreten hätte.¹⁸ Daran wird es bei einem Verkäufer, der nur als Zwischenhändler fungiert, regelmäßig fehlen.¹⁹ Vor dieser „Haftungsfall“²⁰ wollte der Gesetzgeber den Käufer/Werkunternehmer retten.

Hingewiesen sei noch darauf, dass der neue Abs. 3 des § 439 BGB richtlinienorientiert auszulegen ist. Dass eine Norm, die sowohl von einer Richtlinie erfasste als auch von ihr nicht erfasste Sachverhalte regelt, nicht gespalten ausgelegt, sondern einheitlich interpretiert wird, entspricht regelmäßig dem Willen des nationalen Gesetzgebers, der die betreffende Norm erlassen hat.²¹

b) Kein Vorrang der Nacherfüllung

Der EuGH hat dem nationalen Gesetzgeber die Möglichkeit eröffnet, den Verkäufer entweder zur Vornahme des Aus- und Einbaus in natura oder zum Ersatz der hierfür erforderlichen Kosten zu verpflichten. Eine Vornahmeverpflichtung hätte dem ansonsten bei der kaufrechtlichen Mängelgewährleistung bestehenden Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung entsprochen. Gleichwohl hat sich der Gesetzgeber letztlich²² für eine „Lösung auf der Sekundärebene“²³ entschieden. Ausschlaggebend für diese Entscheidung ist wiederum der Blick des Gesetzgebers auf die Beteiligung Dritter in bauvertraglichen Fallkonstellationen gewesen:²⁴ Der Käufer/Werkunternehmer hat die vom Verkäufer/Baustoffhändler bezogene Ware nicht bei sich selbst verbaut, sondern im Rahmen eines Werkvertrages bei

18 BGH NJW 2014, 2183 Rn. 29; auch ein Regressanspruch gem. § 278 Abs. 2 a. F. BGB kam nicht in Frage, weil der letzte Vertrag in der Kette kein Verbrauchsgüterkauf, sondern ein Werkvertrag war, BGH a. a. O. Rn. 38.

19 Hierzu *Wagner* ZEuP 2016, 87, 103 f. mit umfangreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung.

20 Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucksache 18/8486 S. 93.

21 Zur richtlinienkonformen Auslegung siehe BeckOGK BGB/Höpfner § 439 Rn. 52.3 und *Hübner* ZfPW 2018, 227, 235 ff. sowie 254 f. (dort zur Frage nach der Zulässigkeit einer Vorlage überschießend umgesetzten Rechts zum EuGH).

22 Ursprünglich war vorgesehen, dem Verkäufer ein Wahlrecht zwischen Selbstvornahme und Aufwendungsersatz einzuräumen; hierzu *Hübner* ZfPW 2018, 227, 247 f. mit Nachweisen aus den Gesetzgebungsmaterialien.

23 *Höpfner* NJW 2017, 3745, 3747 und BeckOGK BGB/Höpfner § 439 Rn. 65.

24 Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucksache 18/11437 S. 2 und 40; vgl. auch schon die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucksache 18/8486 S. 82.

einem dritten Besteller. Dieser unterhält nur (werk-)vertragliche Beziehungen zum Käufer, nicht aber zum Verkäufer. Wäre der Verkäufer berechtigt, den Aus- und Einbau beim Dritten selbst vorzunehmen, dann müsste es der Dritte hinnehmen, dass sich der Verkäufer in den Vertrag zwischen ihm und dem Käufer einmischt. Dies erschien dem Gesetzgeber nicht gerechtfertigt: Der dritte Besteller solle sich nur mit seinem Vertragspartner, dem Käufer/Werkunternehmer, auseinandersetzen müssen, der seinerseits vom Verkäufer/Baustoffhändler Aufwendungsersatz gem. § 439 Abs. 3 BGB fordern kann.

Dass die Entscheidung des Gesetzgebers nicht ohne Kritik geblieben ist, sei nur am Rande erwähnt. Die vom Gesetzgeber angestellten Erwägungen seien im Zwei-Personen-Verhältnis nicht tragfähig. Sie seien sowohl für den Käufer ungünstig, der den Aus- und Einbau selbst organisieren müsse, als auch für den Verkäufer, dem die Möglichkeit vorenthalten werde, den Aus- und Einbau kostengünstiger durchzuführen als ein vom Käufer beauftragter dritter Unternehmer.²⁵

- c) „Eigentliche“ Kosten der Nacherfüllung i.S. des § 439 Abs. 2 und Aufwendungen für den Aus- und Einbau i.S. des § 439 Abs. 3 BGB

Sowohl § 439 Abs. 2 BGB als auch § 439 Abs. 3 BGB treffen Regelungen über Aufwendungen, die im Rahmen der Nacherfüllung anfallen. § 439 Abs. 3 BGB wird dabei als *lex specialis* gegenüber Abs. 2 verstanden.²⁶

Der Vorrang des § 439 Abs. 3 BGB ist einerseits insoweit von Bedeutung, als der Käufer die von Abs. 3 erfassten Aufwendungen für den Aus- und Einbau ersetzt bekommt, ohne dass er dem Verkäufer eine angemessene Frist zur Nacherfüllung setzen muss. Der Anspruch aus § 439 Abs. 3 BGB ist als „Nacherfüllungshilfsanspruch“²⁷ auf Sekundärebene ausgestaltet. Andererseits kann der Unternehmer beim Verbrauchsgüterkauf nur die Aufwendungen nach § 439 Abs. 3 BGB gem. § 475 Abs. 4 S. 2 BGB auf einen angemessenen Betrag beschränken (s. u. III. 3. b)).

§ 439 Abs. 2 BGB meint demgegenüber mit den „zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen“ die „eigentlichen“ Nacherfüllungskosten. Beispielhaft aufgezählt sind dort Transport-, Wege-, Ar-

25 Vgl. nur BeckOGK BGB/Höpfner § 439 Rn. 68 ff., der in Rn. 70 zudem die „unnatürliche Aufspaltung des Nacherfüllungsvorgangs“ kritisiert.

26 Z. B. BeckOGK BGB/Höpfner § 439 Rn. 50.5; BeckOK BGB/Faust § 439 Rn. 76; Huber NZBau 2018, 72, 74.

27 So die Bezeichnung von Hübner ZfPW 2018, 227.

beits- und Materialkosten. Darüber hinaus fallen z. B. die zur Ermittlung der Ursache der Mangelercheinungen erforderlichen Kosten in den Anwendungsbereich des § 439 Abs. 2 BGB.²⁸ Der Wortlaut der Vorschrift legt zwar nahe, dass dort ausschließlich die Tragung der Kosten für die Nacherfüllung geregelt ist. Die ganz h.M.²⁹ versteht § 439 Abs. 2 BGB aber auch als Anspruchsgrundlage, so dass es (abgesehen von § 475 Abs. 4 S. 2 BGB) auf den ersten Blick gleichgültig erscheint, ob eine Aufwendung unter § 439 Abs. 2 oder Abs. 3 BGB zu subsumieren ist. Indessen ist die Qualifikation des § 439 Abs. 2 BGB als Anspruchsgrundlage nicht unumstritten.³⁰ Unstreitig dürfte dagegen sein, dass ein Anspruch aus § 439 Abs. 2 BGB nicht dazu führen darf, dass der Käufer den Vorrang der Nacherfüllung dadurch aushebelt, dass er diese einfach selbst durchführt und im Anschluss die hierfür erforderlichen Aufwendungen vom Verkäufer ersetzt verlangt.³¹ Aufwendungen für Tätigkeiten, deren Vornahme der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung gem. § 439 Abs. 1 BGB schuldet, sind daher nicht nach § 439 Abs. 2 BGB ersatzfähig.³² Unterliegt der Käufer insoweit einem Irrtum, dann läuft er Gefahr, leer auszugehen. Man denke etwa an den Fall, dass der Käufer die mangelhafte Sache zum Verkäufer transportieren lässt – in der irrigen Annahme, dort liege der Erfüllungsort für die Nacherfüllung.³³ Bei Aufwendungen, die der Spezialregelung des § 439 Abs. 3

28 Nahezu allgemeine Meinung, siehe nur BeckOK BGB/*Faust* § 439 Rn. 79 f. m. w. N. Vgl. auch BGH NJW 2019, 292 Rn. 86 ff.: vorgerichtliche Anwaltskosten.

29 Aus der Rechtsprechung vgl. etwa BGH NJW 2014, 2351 Rn. 15 m. w. N.; vgl. auch BGH NJW 2017, 2758 Rn. 29, zum Anspruch des Käufers auf Vorschuss zur Abdeckung der Kosten, die für den Transport zum Nacherfüllungsort erforderlich sind; ferner BGH NJW 2019, 292 Rn. 87.

30 Dagegen z. B. BeckOK BGB/*Faust* § 439 Rn. 32 und 78.

31 Vgl. BeckOGK/*Höpfner* § 439 Rn. 48 m. w. N.; ferner Palandt/*Weidenkaff*, BGB, 78. Auflage 2018, § 439 Rn. 13 und § 437 Rn. 4a.

32 Vgl. BeckOK/*Faust* § 439 Rn. 76 (dem zufolge § 439 Abs. 2 BGB allerdings ohnehin keine Anspruchsgrundlage ist); BeckOGK BGB/*Höpfner* § 439 Rn. 48 beschränkt den Anspruch aus § 439 Abs. 2 BGB demgegenüber auf den Ersatz von Aufwendungen, die zur Vorbereitung der Nacherfüllung notwendig sind.

Grigoleit/Bender, ZfPW 2019, 1, 14 f. grenzen zwischen Äquivalenz- und Integritätsinteresse ab, wobei sie nur die „Naturalnacherfüllung“ i.S. des § 439 Abs. 1 BGB zum Äquivalenzinteresse zählen und die Ansprüche aus § 439 Abs. 2 und 3 BGB als Ausprägungen des einfachen Schadensersatzes i.S. des § 280 Abs. 1 BGB ansehen.

33 Nach – umstrittener – Auffassung des BGH bestimmt sich der Erfüllungsort nach § 269 Abs. 1 BGB; BGH NJW 2011, 2278 Rn. 29 ff.; BGH NJW 2013, 1074 Rn. 24. Über den Nacherfüllungsort beim Verbrauchsgüterkauf wird der EuGH auf Vorlage von AG Norderstedt BeckEuRS 2018, 561293 befinden.

BGB unterfallen, besteht dagegen nicht die Gefahr, dass der Käufer die Nacherfüllung – zumindest teilweise – versehentlich eigenmächtig vornimmt.

d) Überblick über die Voraussetzungen des § 439 Abs. 3 BGB

Die Voraussetzungen des Ersatzanspruchs aus § 439 Abs. 3 BGB, die schon vielfach und ausführlich dargelegt worden sind, seien im Folgenden nur kurz umrissen.

aa) Nach § 439 Abs. 3 S. 1 BGB ist der Verkäufer „im Rahmen der Nacherfüllung“ zum Aufwendungsersatz verpflichtet.³⁴ Ob die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache oder durch Mangelbeseitigung erfolgt, ist unerheblich. In der Vorschrift ist wörtlich von „der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache“ die Rede. Die Erstreckung des Aufwendungsersatzanspruchs auf beide Arten der Nacherfüllung ist unmittelbar einleuchtend.³⁵ In Weber/Putz ging es zwar nur um die Lieferung einer mangelfreien Ersatzsache. Auch im Falle der Nachbesserung kann es aber erforderlich sein, dass die vom Käufer eingebaute Sache zum Zwecke der Reparatur ausgebaut und anschließend wieder eingebaut werden muss. Auch der EuGH ging in seinem Urteil ganz selbstverständlich davon aus, dass der Verkäufer auch bei einer Nachbesserung die Aus- und Einbaukosten ersetzen muss.³⁶

bb) Ferner muss der Käufer die mangelhafte Sache gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache eingebaut oder an eine andere Sache angebracht haben. Nach der Gesetzesbegründung³⁷ ist der art- und verwendungszweckgemäße Einbau grundsätzlich objektiv zu beurteilen. Demgegenüber vertritt die Literatur³⁸ ganz überwiegend die Auffassung, dass sich der Verwendungszweck – in Anlehnung an den subjektiven Fehlerbegriff (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB) – vorrangig nach der von den Partei-

34 Zur Frage, ob der Aufwendungsersatzanspruch „isoliert“ – d.h. unabhängig von einer Nachbesserung oder Ersatzlieferung – geltend gemacht werden kann, siehe BeckOK BGB/*Faust* § 439 Rn. 88 f., der unter bestimmten Einschränkungen für eine analoge Anwendung von Abs. 3 plädiert.

35 Zustimmend auch BeckOGK BGB/*Höpfner* § 439 Rn. 55.

36 Vgl. EuGH NJW 2011, 2269 Rn. 42.

37 Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucksache 18/8486 S. 39 f.; ebenso Palandt/*Weidenkaff* § 439 Rn. 12.

38 Besonders kritisch BeckOGK BGB/*Höpfner* § 439 Rn. 61, dem zufolge die Aussage des Gesetzgebers „schlicht nicht nachvollziehbar“ ist; ferner Markworth Jura 2018, 1, 5; Maultzsch ZfPW 2018, 1, 4; Nietsch/Osmanovic NJW 2018, 1, 2.

en vereinbarten Verwendung bestimmt. Die Gesetzesbegründung stehe einer derartigen Auslegung nicht entgegen, weil die Parteien meist keine Vereinbarung trafen und es daher in der Mehrzahl der Fälle bei der grundsätzlich objektiven Beurteilung bleibe.³⁹

cc) (1) Die mangelhafte Sache muss in eine andere Sache eingebaut oder an eine andere Sache angebracht⁴⁰ worden sein. Neben dem Einbau hat der Gesetzgeber im § 439 Abs. 3 BGB das Anbringen eigens angesprochen, um auch Fallkonstellationen zu erfassen, in denen der Käufer die mangelhafte Sache zwar nicht im Wortsinne eingebaut, aber in vergleichbarer Weise mit einer anderen Sache verbunden hat. Als Beispiele sind u.a. die Anbringung von mangelhaften Dachrinnen oder Farben genannt.⁴¹ Eine Abgrenzung zwischen Einbau und Anbringen ist nicht erforderlich, da § 439 Abs. 3 BGB an beide Alternativen dieselbe Rechtsfolge knüpft.

(2) Ob neben dem Einbau und dem Anbringen auch andere Veränderungen, die der Käufer an der mangelhaften Sache gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck vorgenommen hat, vom Anwendungsbereich des § 439 Abs. 3 BGB erfasst sind, ist ein Thema für sich. Beispiele für „andere Veränderungen“ finden sich zuhauf in der Literatur und in den Materialien:⁴² Man kann zwar sagen, dass mangelhafte Farbe an ein Möbelstück „angebracht“ wird; dagegen kann man schwerlich davon sprechen, dass – umgekehrt – ein mangelhaftes Möbelstück an mangelfreie Farbe angebracht wird, wenn das Möbelstück gestrichen wird. Ebenso wenig ist es mit dem Sprachgefühl zu vereinbaren, von einem „Einbau“ der verdorbenen Eier zu sprechen, wenn diese zum Backen eines Kuchens verwendet werden.⁴³ Eine „andere“ als die mangelhafte Sache ist überhaupt nicht im Spiel, wenn ein Bausatz montiert wird, der selbst mangelhaft ist oder mit einer mangelhaften Anleitung (vgl. § 434 Abs. 2 S. 2 BGB) geliefert worden ist.

Festzuhalten ist zunächst, dass nach einer Lösung der Problematik in § 439 Abs. 3 BGB zu suchen ist. Vor dem Hintergrund, dass Abs. 3 eine spezielle Regelung für die Fälle trifft, in denen der Käufer die mangelhafte Sa-

39 BGB/Höpfner § 439 Rn. 61.2; vgl. auch Hübner ZfPW 2018, 227, 240.

40 Ausführlich Hübner ZfPW 2018, 227, 232 ff.; kurz und bündig dagegen BeckOK BGB/Faust § 439 Rn. 90.

41 Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucksache 18/11437, S. 40.

42 Vgl. die Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drucksache 18/8486 S. 83; ferner die Begründung des Referentenentwurfs a. a. O. S. 40 f., abrufbar unter <http://www.bundesgerichtshof.de/DE/Bibliothek/GesMat/WP18/B/Bauvertragsrecht.html?nn=639344>.

43 Beispiel von BeckOK BGB/Faust § 439 Rn. 101.

che ihrer bestimmungsgemäßen Verwendung zuführt, erscheint es nicht überzeugend, sonstige Veränderungen der Kaufsache unter § 439 Abs. 1 BGB zu subsumieren.⁴⁴ Auch die Gesetzgebungsgeschichte spricht nicht gegen eine Lösung über § 439 Abs. 3 BGB.⁴⁵ Anders als der Referentenentwurf⁴⁶ (§ 439 Abs. 3 S. 2 BGB-E) regelt der geltende § 439 Abs. 3 BGB zwar nicht ausdrücklich den Fall, dass der Käufer die mangelhafte Sache gemäß ihrer nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung verändert. Auf die vom Bundesrat⁴⁷ hin geäußerten Bedenken im Hinblick auf die Enge des Begriffs des Ein- und Ausbaus hat die Bundesregierung aber betont, dass die Regelung auslegungsfähig und auslegungsbedürftig sei.⁴⁸

Mit der Aussage, dass die Lösung des Problems im Anwendungsbereich des § 439 Abs. 3 BGB zu suchen ist, ist freilich nicht viel gewonnen. Die Suche nach einer Lösung der Frage nach den „sonstigen Veränderungen“ muss einerseits von dem Bestreben getragen sein, die verbraucherfreundliche Rechtsprechung des EuGH möglichst weitgehend umzusetzen. Zur Erinnerung: Die Nacherfüllung müsse unentgeltlich und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen. Dieser sei vor finanziellen Belastungen zu schützen, die ihn von der Geltendmachung seiner Ansprüche abhalten könnten. Der Verkäufer habe die Folgen der Schlechterfüllung zu tragen; ihm seien die Kosten aufzuerlegen, die vermieden worden wären, wenn er seine Pflichten von vornherein ordnungsgemäß erfüllt hätte. Andererseits muss das gefundene Ergebnis mit dem nationalen Recht zu vereinbaren sein. Eine Lösung, die dem Verkäufer über eine analoge Anwendung des § 439 Abs. 3 BGB sämtliche Kosten aufbürdet, die im Falle der Lieferung einer mangelfreien Sache nicht angefallen wären, scheidet daher aus. Eine solche Lösung würde nämlich im Ergebnis zu einer verschuldensunabhängigen Schadensersatzhaftung des Verkäufers für alle Mangelfolgeschäden führen.⁴⁹ Eine derart weitgehende Haftung steht nicht im Einklang mit dem deutschen Recht, dem eine vom Vertretenmüssen des Schuldners unabhängige Schadensersatzverpflichtung ohnehin grundsätzlich fremd ist. In den Gesetzesmaterialien findet sich allerdings eine Reihe von Aussagen, die darauf hindeuten, dass eine analoge Anwendung des § 439 Abs. 3 BGB auf andere Veränderungen der Kaufsache als

44 So aber *Maultzsch* ZfPW 2018, 1, 10 f.; zutreffend dagegen BeckOK BGB/*Faust* § 439 Rn. 96 f.

45 So auch BeckOK BGB/*Faust* § 439 Rn. 97; BeckOGK BGB/*Höpfner* § 439 Rn. 58.

46 Referentenentwurf S. 4, zur Begründung siehe S. 40 f. (Fußn. 42).

47 BT-Drucksache 18/8486 S. 83.

48 BT-Drucksache 18/8486 S. 95.

49 Vgl. auch BeckOK BGB/*Faust* § 439 Rn. 98.

den Einbau oder das Anbringen durchaus dem Willen des Gesetzgebers entspricht.

Aussagekräftig ist vor allem die oben schon angesprochene Gegenäußerung der Bundesregierung.⁵⁰ Die dort angeführten Beispiele (Ein- und Ausschrauben, Nieten und Bohren, Schweißen und Heraus- oder Abtrennen) erlauben die Schlussfolgerung,⁵¹ dass jedenfalls in den Fällen, in denen der Käufer die mangelhafte Sache mit einer anderen Sache körperlich verbindet, eine analoge Anwendung des § 439 Abs. 3 BGB geboten ist. Als Beispiel sei das Streichen eines mangelfreien Möbelstücks mit mangelhafter Farbe angeführt. Die Grenze ist dort zu ziehen, wo die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands unmöglich ist (§ 275 Abs. 1 BGB), in einem groben Missverhältnis zum Leistungsinteresse des Käufers steht (§ 275 Abs. 2 BGB) oder unverhältnismäßig ist (§ 439 Abs. 4 BGB).⁵² Die Bundesregierung spricht in diesem Zusammenhang davon, dass die Kaufsache in ihrer ursprünglichen Sacheigenschaft nicht mehr vorhanden ist und nennt als Beispiele die untrennbare Vermengung und Vermischung von Flüssigkeiten, Chemikalien, Stahlverarbeitung o. Ä.

Fraglich ist, wie Veränderungen der mangelhaften Kaufsache zu handhaben sind, die nicht mit der körperlichen Verbindung mit einer anderen Sache einhergehen: Der mangelhafte oder mit einer fehlerhaften Anleitung gelieferte Bausatz wird montiert, die mangelhafte Alarmanlage wird programmiert⁵³ usw. Derartige Fallgestaltungen sind vom Wortlaut des § 439 Abs. 3 BGB zweifellos nicht mehr erfasst, weil schon gar keine „andere Sache“ im Spiel ist. Eine analoge Anwendung der Vorschrift ist gleichwohl nicht ausgeschlossen, wenn man den Wortlaut als Grenze nicht anerkennt, sondern sich am Sinn und Zweck der betreffenden Vorschrift orientiert.⁵⁴ Für eine analoge Anwendung des § 439 Abs. 3 BGB spricht neben der Gleichheit der Interessenlage vor allem der Umstand, dass der Verkäufer in aller Regel weniger belastet ist, wenn er nur solche Aufwendungen ersetzen muss, die ausschließlich die mangelhafte Sache selbst betreffen und

50 BT-Drucksache 18/8486 S. 95 f.

51 BeckOGK BGB/Höpfner § 439 Rn. 60, der aber wohl für eine unmittelbare Anwendung plädiert. Nicht überzeugend erscheint demgegenüber der Ansatz von BeckOK BGB/Faust, § 439 Rn. 99-102, der zwar in sich konsequent ist, aber zu zweifelhaften Ergebnissen führt. So ist nicht einzusehen, dass der Verkäufer (auch) die Neumontage schuldet, wenn der gelieferte Bausatz mangelhaft ist, aber nur Ersatzlieferung, wenn nur die Anleitung des Bausatzes mangelhaft ist.

52 Im Verbrauchsgüterkauf gilt freilich § 475 Abs. 4, hierzu unten III. 3 b).

53 Beispiel aus BeckOGK BGB/Höpfner § 439 Rn. 57.1.

54 Zu methodischen Fragen BeckOGK BGB/Höpfner § 439 Rn. 52.1 m. w. N.