

Die Lösung der so genannten Aus- und Einbauproblematik – Ein Vergleich des deutschen Rechts mit dem Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEK)

Dr. Oliver Mörsdorf, Bonn/Elisabeth Patt, Bonn*

Das Urteil des EuGH in der Rechtssache Weber/Putz zu Ein- und Ausbaupflichten des unternehmerischen Verkäufers und die Frage der Umsetzung dieses Urteils in das deutsche Recht haben im Schrifttum eine lebhafte Diskussion ausgelöst. Kaum untersucht wurde dagegen bis jetzt, wie sich die diesbezügliche Rechtslage nach dem im Jahre 2011 vorgestellten Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEK) darstellen würde.

I. Problemstellung

Erweisen sich zum Einbau bestimmte Kaufgegenstände, wie etwa Parkettstäbe, Dachziegel oder Bodenfliesen als mangelhaft, so kann der Mangel häufig nicht durch Reparatur, sondern nur durch Lieferung eines neuen Kaufgegenstandes behoben werden. Eine entsprechende Pflicht des Verkäufers ergibt sich im deutschen Recht aus § 439 I 2. Alt. BGB. Umstritten war dagegen bis vor kurzem, ob der Verkäufer in diesem Fall auch für den Ausbau der mangelhaften Sache und den Einbau der als Ersatz gelieferten Sache bzw. deren Kosten aufkommen muss. Speziell für Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern hat der *EuGH* diese Frage im Urteil *Weber/Putz*¹ zwischenzeitlich geklärt, indem er feststellte, dass die Richtlinie 1999/44/EG (Verbrauchsgüterkaufrichtlinie) eine entsprechende Kostentragungspflicht des Unternehmers anordnet.

Bei der Aus- und Einbauproblematik handelt es sich indes um kein spezifisches Problem des deutschen Rechts. Vielmehr stellt sich die Frage, welche der Vertragsparteien im Falle des bestimmungsgemäßen Einbaus einer mangelhaften Kaufsache das Verwendungsrisiko tragen soll, im Rahmen jeder nationalen wie internationalen Regelung des Kaufrechts. Dies gilt nicht zuletzt auch in Bezug auf den von der Europäischen Kommission am 11. Oktober 2011 vorgelegten Entwurf einer Verordnung für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEK).² Das Regelwerk soll zum Zwecke der Förderung des Binnenmarktes Anbietern von Waren und Dienstleistungen die Möglichkeit eröffnen, ihre Produkte in verschiedenen Mitgliedsstaaten

unter einer einheitlichen Rechtsordnung anzubieten. Ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen das GEK eine Verpflichtung des Verkäufers zum Aus- und Einbau oder zur Tragung der diesbezüglichen Kosten vorsieht, wird im Rahmen des vorliegenden Beitrags untersucht.

II. Der Lösung der Aus- und Einbauproblematik im deutschen Recht und das Urteil *Weber/Putz*

Bevor näher auf die Regelungen des GEK eingegangen wird, empfiehlt sich zunächst ein Blick auf die Lösung der Aus- und Einbauproblematik nach deutschem Recht unter Berücksichtigung der unionsrechtlichen Vorgaben. Für eine solche Vorgehensweise sprechen gleich mehrere Gründe. Zunächst ist die Vergegenwärtigung des eigenen rechtlichen Hintergrunds ganz allgemein eine gute Ausgangsbasis für die Analyse und Würdigung alternativer Lösungsmodelle in fremden Rechtsordnungen. Darüber hinaus liefert die in Deutschland bisweilen lebhaft geführte Debatte über die Lösung der Aus- und Einbauproblematik und die Umsetzung der Vorgaben des *EuGH* überhaupt erst den Anlass, sich mit der Lösung desselben Problems auf der Grundlage des GEK zu befassen. Schließlich ist es gerade eine Besonderheit des deutschen Rechts, nämlich das Fehlen einer verschuldensunabhängigen Haftung für die Verletzung vertraglicher Pflichten, welche hierzulande einer dogmatisch zufriedenstellenden Lösung der Aus- und Einbauproblematik entgegensteht, auf die Lösung nach dem GEK aber keine Auswirkungen hat.

1. Rechtslage nach autonom-deutschem Recht vor dem Urteil *Weber/Putz*

Nach autonom deutschem Recht, also ohne Berücksichtigung unionsrechtlicher Vorgaben, hat der Käufer im Falle der Nachlieferung weder einen Anspruch auf Aus- und Einbau der mangelhaften Sache, noch auf eine entsprechende Kostenerstattung gegen den Verkäufer.³

Derartige Pflichten lassen sich zunächst nicht im Wege des Schadenersatzes neben der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3,

* Dr. Oliver Mörsdorf ist Akademischer Rat a.Z. und Habilitand am Institut für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung der Universität Bonn, Elisabeth Patt studiert Rechtswissenschaft an der Universität Bonn.

¹ *EuGH*, verb. Rs. C-65/09 und C-87/09 – *Weber/Putz*

² KOM(2011) 635.

³ Bezüglich Einbau BGHZ 177, 224 (234); *OLG Köln* NJW-RR 2006, 677; *Lorenz*, ZGS 2004, 408 (409 f.); *Matusche-Beckmann*, in: *Staudinger*, BGB (2004), § 439 Rn. 21; *Mörsdorf*, GPR 2009, 134 (135); *Skamel*, NJW 2008, 2820 (2821); *Thürmann*, NJW 2006, 3457 (3459); Bezüglich Ausbau: *Mörsdorf*, a.a.O.; *Skamel* a.a.O., S. 2821; *Thürmann*, a.a.O., S. 3457; *Unberath/Cziupka*, JZ 2009, 313 (315).

280 I BGB begründen. Zwar dürften kaum Zweifel daran bestehen, dass es sich bei der Notwendigkeit des Ausbaus der mangelhaften und des Einbaus der mangelfreien Sache um einen (nahen) Mangelfolgeschaden handelt.⁴ Allerdings steht einer Pflicht des Verkäufers zum Ersatz dieses Schadens in den meisten Fällen das in §§ 280 I S. 2, 276 BGB verankerte Verschuldensprinzip des deutschen Haftungsrechts entgegen. Denn die Mängel, welche einen Austausch der Kaufsache notwendig machen, werden in der Regel bereits im Herstellungsprozess verursacht. Da der Verkäufer ein Verschulden des Herstellers allerdings nach h.M. nicht gemäß § 278 BGB zu vertreten hat⁵ und ihn – jedenfalls bei Geschäften zwischen Unternehmern und Verbrauchern (B2C-Konstellationen) – auch keine diesbezüglichen Untersuchungspflichten treffen,⁶ liegt in diesen Fällen regelmäßig kein Verschulden des Verkäufers vor.

Ebenso wenig sollte vor dem Urteil *Weber/Putz* nach großen Teilen der Literatur eine Pflicht des Verkäufers zu Aus- und Einbau bzw. einer entsprechenden Kostentragung im Rahmen der Nacherfüllung in Betracht kommen.⁷ Dies wurde im Wesentlichen mit der Ausgestaltung des Nacherfüllungsanspruchs als modifiziertem Erfüllungsanspruch begründet, dessen Umfang nicht über die ursprünglichen Leistungspflichten hinausgehen könne.⁸ Da sich die Pflichten des Verkäufers beim Kauf gem. § 433 BGB auf Übergabe und Übereignung beschränkten, sei es systemwidrig, dem Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung die Pflicht zum Aus- und Einbau bzw. die Übernahme entsprechender Kosten aufzubürden.⁹ Auch eine Pflicht zur Tragung der Aus- und Einbaukosten aus § 439 II BGB wurde überwiegend abgelehnt¹⁰, weil sich die genannte Norm lediglich auf die in § 439 I BGB enthaltenen Pflichten beziehe und daher keine selbstständige Anspruchsgrundlage neben diesen Pflichten darstellen könne.¹¹

Ganz in diesem Sinne hatte auch der BGH zunächst im *Parquetstäbelfall* entschieden, dass nach autonom-deutschem

Recht jedenfalls keine Verpflichtung des Verkäufers zur Tragung von Einbaukosten besteht.¹² Im Hinblick auf die Ausbaukosten kam der BGH kurze Zeit später im *Bodenfliesenfall* zum selben Resultat, bezweifelte allerdings dessen Vereinbarkeit mit den Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und legte dem EuGH diese Frage zur Vorabentscheidung gem. Art. 267 AEUV vor.¹³ Für den Fall, dass die Richtlinie eine Pflicht des Unternehmers zum Ausbau der mangelhaften Kaufsache bzw. zum Ersatz der diesbezüglichen Kosten vorsehe, fragte der BGH zudem, ob ein Recht des Unternehmers, die Erfüllung dieser Pflicht gem. § 439 III BGB wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit zu verweigern, mit der Richtlinie vereinbar sei. Die vom BGH mangels Fallbezug zunächst ausgesparte Frage, ob nach der Richtlinie auch der Einbau der mangelhaften Kaufsache oder der Ersatz der diesbezüglichen Kosten geboten sei, wurde dem EuGH wenig später vom AG Schorndorf zur Vorabentscheidung vorgelegt.¹⁴ Der EuGH hat beide Rechtssachen zur gemeinsamen Entscheidung miteinander verbunden.

2. Das Urteil des EuGH

a) Inhalt der Entscheidung

In seinem im Schrifttum als „Paukenschlag“¹⁵ bezeichneten Urteil vom 16.06.2011 entschied der EuGH entgegen der Rechtsauffassung des vorlegenden BGH und den Schlussanträgen des Generalanwalts,¹⁶ dass sich aus der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie eine Pflicht des Unternehmers ergebe, den im Zuge der Ersatzlieferung erforderlichen Aus- und Einbau entweder selbst vorzunehmen oder dem Käufer die hierfür erforderlichen Kosten zu ersetzen.¹⁷ Als zentrales Argument stützte sich der Gerichtshof auf Art. 3 III Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, wonach die Ersatzlieferung „unentgeltlich“ zu erfolgen hat.¹⁸ Ähnlich wie bereits im Urteil *Quelle*¹⁹ führt der EuGH insoweit aus, das Unentgeltlichkeitspostulat solle den Verbraucher vor finanziellen Belastungen schützen, die ihn davon abhalten könnten, seine Ansprüche geltend zu machen.²⁰ Darüber hinaus soll die Pflicht zur Tragung der Aus- und Einbaukosten auch Ausfluss der Pflicht des Verkäufers sein, die Ersatzlieferung „ohne erhebliche Unannehmlichkeiten“ für den Verbraucher zu gewährleisten.²¹ Eher ergänzend verweist der EuGH schließlich auf die anderen Sprachfassungen zum deutschen Begriff „Ersatzlieferung“ (englisch: „replacement“, spanisch: „sustitución“), welche auf eine Verpflichtung des Verkäufers hinweisen

⁴ H.M., vgl. nur Lorenz, NJW 2009, 1633 (1633); Harke, ZGS 2011, 536; Greiner/Bendix, ZGS 2011, 489 (492). Von einer Qualifizierung der Belastung mit den Aus- und Wiedereinbaukosten als Schaden geht auch der BGH aus, vgl. NJW 2009, 1660 (1661) sowie zuvor schon BGHZ 177, 224 (235), dort aber unter fälschlicher Einordnung als Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 281 BGB.

⁵ St. Rspr. zuletzt BGHZ 177, 224 (235) unter Berufung auf BGHZ 48, 118; Unberath, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl. 2012, § 278 Rn. 27; Finkenauer, WM 2003, 665 (665 f.); Stadler, in: Jauernig, BGB, 14. Aufl. 2011, § 278 Rn. 16; Löwisch/Caspers, in: Staudinger, BGB (2004), § 278 Rn. 36.

⁶ Stadler, (Fn. 5), § 276 Rn. 29.

⁷ Skamel, (Fn. 3), S. 2821; Schneider/Katerndahl, NJW 2007, 2215 (2215); Faust, JuS 2008, 934; Lorenz, (Fn. 3), S. 409.

⁸ Schneider/Katerndahl, (Fn. 7), S. 2215; Faust, (Fn. 7), S. 934.

⁹ So auch Faust, (Fn. 7), S. 934.

¹⁰ Thürmann, (Fn. 3), S. 3458; Schneider/Katerndahl, MDR 2009, 9; a.A. Unberath/Cziupka, (Fn. 3), S. 315.

¹¹ Schneider/Katerndahl, (Fn. 8), S. 9.

¹² BGHZ 177, 224.

¹³ BGH NJW 2009, 1660.

¹⁴ AG Schorndorf IBR 2009, 1266.

¹⁵ Lorenz, NJW 2011, 2241 (2241); Purnhagen, EuZW 2011, 626 (626).

¹⁶ GA Mazák, Schlussanträge zu EuGH, verb. Rs. C-65/09 und C-87/09 – Weber/Putz, Rn. 67.

¹⁷ EuGH, verb. Rs. C-65/09 und C-87/09 – Weber/Putz, Rn. 47, 48, 57.

¹⁸ EuGH, verb. Rs. C-65/09 und C-87/09 – Weber/Putz, Rn. 46 ff.

¹⁹ EuGH, Rs. C-404/06 – Quelle, Rn. 34.

²⁰ EuGH, verb. Rs. C-65/09 und C-87/09 – Weber/Putz, 2269, Rn. 46.

²¹ EuGH, verb. Rs. C-65/09 und C-87/09 – Weber/Putz, 2269, Rn. 53.

könnten, nicht nur eine neue Ware als Ersatz zu liefern, sondern auch den Austausch selbst vorzunehmen.²²

Hinsichtlich der Möglichkeit des Verkäufers, den Ein- und Ausbau oder den Ersatz der diesbezüglichen Kosten wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit zu verweigern, stellt der *EuGH* einerseits fest, dass eine Regelung, wonach der Verkäufer die Ersatzlieferung als einzig mögliche Art der Abhilfe verweigern kann, in der Richtlinie nicht vorgesehen ist.²³ Dieses Ergebnis relativiert der *EuGH* andererseits sofort im Anschluss, indem er den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit einräumt, die Erstattung von Aus- und Einbaukosten auf einen angemessenen Betrag zu beschränken. Als Voraussetzung für eine solche Beschränkung nennt der *EuGH* ein Missverhältnis zwischen Aus- und Einbaukosten auf der einen Seite und dem Wert der Sache im mangelfreien Zustand, sowie der Bedeutung des Mangels auf der anderen Seite.²⁴

b) Umsetzung im deutschen Recht

Die durch Artt. 288 III AEUV, 4 III EUV gebotene Umsetzung der Richtlinie in der Lesart des *EuGH*-Urteils²⁵ stellte zunächst die deutsche Rechtsprechung vor Schwierigkeiten und wird in der neuen Legislaturperiode auch den Gesetzgeber erneut beschäftigen. Es stellen sich dabei verschiedene Fragen. Zunächst eröffnet der *EuGH* den Mitgliedsstaaten zwei Alternativen, um die Richtlinienkonformität des nationalen Rechts herzustellen. Diese können den Verkäufer entweder zum Ein- und Ausbau selbst verpflichten oder eine entsprechende Kostübernahme vorschreiben.²⁶ Zu klären ist darüber hinaus die dogmatische Verankerung entsprechender Verkäuferpflichten im deutschen Recht. Grundsätzlich geben Richtlinien nämlich lediglich ein bestimmtes Ergebnis vor, überlassen aber den Mitgliedsstaaten gem. Art. 288 III AEUV die Wahl der Form und Mittel zur Erreichung dieses Ergebnisses. Schließlich stellt sich die Frage der Übernahme der nur den Verbrauchsgüterkauf (B2C-Konstellation) betreffenden Vorgaben des *EuGH* auf Verträge zwischen Unternehmern (B2B-Konstellation) sowie zwischen Verbrauchern (C2C-Konstellation).

aa) Umsetzung „de lege lata“

Bis zu einer Änderung durch den Gesetzgeber waren und sind zunächst die deutschen Gerichte gehalten, den Vorgaben des *EuGH* im Rahmen der Anwendung der *lex lata* Rechnung zu tragen. Dies umfasst nach ständiger Rechtsprechung des *EuGH* die Verpflichtung, nationale Vorschriften im Lichte der entsprechenden Richtlinienvorgaben

auslegen, soweit dies nach der Methodik des jeweiligen Mitgliedsstaates möglich ist (Gebot der richtlinienkonformen Auslegung).²⁷ Der *BGH* ist diesem Gebot zwischenzeitlich durch zwei Urteile nachgekommen.

Im Folgeurteil zum Urteil *Weber/Putz* vom 12.12.2011 stellte der *BGH* zunächst fest, dass die nach § 439 I BGB geschuldete „Nacherfüllung“ auch den Ausbau der mangelhaften Kaufsache umfasst.²⁸ Zur Begründung führte der *BGH* aus, dass dem Verkäufer als Ausfluss seines Rechts zur zweiten Andienung die Möglichkeit eingeräumt werden müsse, vor einer etwaigen Kostenerstattung den Ausbau selbst vorzunehmen.²⁹ Im Hinblick auf die Aussagen des *EuGH* zur Leistungsverweigerung und Kostenbeschränkung seitens des Verkäufers stellte der *BGH* fest, dass der Wortlaut des § 439 III BGB etwaige Einschränkungen des dort dem Verkäufer eingeräumten Leistungsverweigerungsrechts nicht zulasse. Die sich hierin manifestierende „verdeckte Regelungslücke“ sei bis zu einer gesetzlichen Neuregelung durch eine teleologische Reduktion des § 439 III BGB dahingehend zu beheben, dass im Falle eines Verbrauchsgüterkaufes die gänzliche Verweigerung der Nachlieferung ausgeschlossen sei, ihr Umfang jedoch entsprechend der Vorgaben des *EuGH* auf einen angemessenen Betrag reduziert werden könne.³⁰

In einem weiteren Urteil vom 17.10.2012 dehnte der *BGH* sodann die Nacherfüllungspflicht des § 439 I BGB auf den Einbau der neuen Kaufsache aus. Im selben Urteil stellte er zudem klar, dass die gebotene richtlinienkonforme Auslegung des § 439 I BGB auf den Verbrauchsgüterkauf beschränkt sei und für Verträge zwischen Unternehmern oder zwischen Verbrauchern keine Anwendung finden soll.³¹

bb) Umsetzung „de lege ferenda“

Mit der soeben dargelegten Reaktion des *BGH* auf das Urteil *Weber/Putz* ist den diesbezüglichen Vorgaben des *EuGH* indes keineswegs Genüge getan. Denn ungeachtet einer provisorischen Umsetzung durch die Rechtsprechung ist auch der nationale Gesetzgeber nach dem *Transparenzgebot* verpflichtet, Richtlinienvorgaben, welche dem Einzelnen Rechte einräumen, durch Gesetzesänderung gestaltet in das nationale Recht zu übertragen, dass hierdurch dem Einzelnen die vollumfängliche Kenntnis und Wahrnehmung seiner Rechte ermöglicht wird.³² Im Rahmen der legislativen Umsetzung des Urteils *Weber/Putz* sind dabei letztlich dieselben Fragen zu beantworten, die sich bereits im Rahmen der judikativen Umsetzung stellten. So wird auch der Gesetzgeber zu klären haben, ob er den Verkäufer zum Ein- und Ausbau selbst verpflichten möchte, oder ob er es bei einer entsprechenden Kostentragungs-

²² *EuGH*, verb. Rs. C-65/09 und C-87/09 – *Weber/Putz*, Rn. 54.

²³ *EuGH*, verb. Rs. C-65/09 und C-87/09 – *Weber/Putz*, Rn. 71.

²⁴ *EuGH*, verb. Rs. C-65/09 und C-87/09 – *Weber/Putz*, Rn. 74.

²⁵ Die Pflicht alle zur Erreichung des Zieles der Richtlinie erforderlichen Maßnahmen zu treffen (Art. 288 III 1 AEUV) beinhaltet ebenfalls die Pflicht, potentielle Konkretisierung durch den *EuGH* umzusetzen, so W.-H. Roth, in: Riesenhuber (Hrsg.) Europäische Methodenlehre, 2. Aufl. 2010, S. 393 (397).

²⁶ *EuGH*, verb. Rs. C-65/09 und C-87/09 – *Weber/Putz*, Rn. 47, 48, 57.

²⁷ *EuGH*, Rs. 14/83 – von Colson/Kamann, Rn. 26, 28.

²⁸ *BGH NJW* 2012, 1073, Rn. 25.

²⁹ *BGH NJW* 2012, 1073, Rn. 41.

³⁰ *BGH NJW* 2012, 1073, Rn. 35.

³¹ *BGH JZ* 2013, 189 m. Anm. Mörsdorf.

³² *EuGH*, Rs. C-144/99 – Kommission/Niederlande, Rn. 20.

pflicht belässt. Im Fokus dürfte indes die Frage nach der dogmatischen Verankerung der Neuregelung stehen. In Betracht kommt hier sowohl eine Regelung im Rahmen der Nacherfüllung als auch eine Regelung im Rahmen des Schadensersatzes. Zwar hat der *EuGH* selbst im Urteil *Weber/Putz* die Pflichten des Verkäufers im Rahmen der Ersatzlieferung angesiedelt. Dieser Umstand war jedoch allein der Tatsache geschuldet, dass die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sich auf die Regelung der Nacherfüllungsansprüche des Käufers beschränkt und keine Vorgaben zum Schadensersatz enthält. Die dogmatische Verankerung im deutschen Recht ist damit keinesfalls präjudiziert. Sowohl eine Umsetzung im Rahmen der Nacherfüllung als auch des Schadensersatzes würde jedoch zu Friktionen mit Grundprinzipien des deutschen Schuldrechts führen, die letztlich gegeneinander abzuwägen sind. So wäre eine Umsetzung im Rahmen der Nacherfüllung kaum mit dem vom Gesetzgeber hervorgehobenen Prinzip des Nacherfüllungsanspruchs als lediglich modifiziertem, nicht aber inhaltlich erweitertem, Erfüllungsanspruch vereinbar. Eine Regelung im Rahmen des Schadensersatzes ließe sich dagegen nicht ohne partielle Aufgabe des dem deutschen Haftungsrecht immanenten Verschuldensprinzips bewerkstelligen. Unabhängig von der Frage der dogmatischen Verankerung muss schließlich auch der deutsche Gesetzgeber darüber entscheiden, ob er die Vorgaben des *EuGH*, dem *BGH* folgend, allein auf den Anwendungsbereich der Richtlinie, also auf B2C-Konstellationen, beschränken möchte oder ob im Rahmen einer *überschießenden Umsetzung* auch B2B- und C2C-Konstellationen einbezogen werden sollen.

III. Regelung der Aus- und Einbaukosten im GEK

Während somit für das deutsche Recht nur noch die Frage zu klären ist, auf welche Weise die durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gebotene Übernahme der Aus- und Einbaukosten durch den Unternehmer in das nationale Recht umzusetzen ist, stellt sich für das GEK bereits die Frage, ob eine solche Verpflichtung überhaupt besteht. Immerhin handelt es sich bei diesem Regelwerk um ein eigenständiges Rechtsinstrument, für welches die Vorgaben des *EuGH* zur Auslegung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie keine unmittelbar bindende Wirkung entfalten.³³

1. Keine ausdrückliche Regelung des Problems

Eine ausdrückliche Regelung des Aus- und Einbauproblems enthält der Entwurf nicht. Dies verwundert zunächst vor dem Hintergrund der Tatsache, dass sich die Verfasser offensichtlich bemüht haben, andere Entscheidungen des *EuGH* zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, wie etwa das *Quelle-Urteil*³⁴ zur fehlenden Nutzungsersatzpflicht des Verbrauchers, im GEK nachzuzeichnen (vgl. Art. 112 II). Die fehlende Berücksichtigung des Urteils *Weber/Putz* mag aber letztlich darauf zurückzuführen sein, dass während des Entstehungsprozesses des Entwurfs lediglich die Schlussanträ-

ge des Generalanwalts *Mazak* vorlagen, welcher sich noch dezidiert gegen eine Pflicht des Verkäufers zum Aus- und Einbau oder eine entsprechende Kostentragungspflicht ausgesprochen hatte.

2. Schadenersatz und Nacherfüllung als alternative Regelungsorte

Mangels ausdrücklicher Regelung des Problems kann die Frage nach dem Bestehen von Pflichten des Verkäufers im Zusammenhang mit dem bestimmungsgemäßen Einbau einer mangelhaften Kaufsache durch den Käufer daher nur mittels Auslegung der allgemeinen Vorschriften des GEK zu den Rechtsfolgen einer mangelhaften Lieferung beantwortet werden. Schon auf der Ebene der Nacherfüllung wird ein solches Unterfangen indes durch die Fülle der hierfür in Betracht kommenden normativen Anknüpfungspunkte erschwert. Letzteres belegen nicht zuletzt die wenigen diesbezüglich in der Literatur unternommenen Deutungsversuche, welche etwa im Hinblick auf Art. 112 I GEK zu Ergebnissen kommen, die gegensätzlicher nicht sein könnten.³⁵ Überhaupt nicht in Betracht gezogen wird zudem, soweit ersichtlich, ein möglicher Ersatz der Aus- und Einbaukosten im Rahmen des Schadensersatzes. Dabei liegt eine Lösung im Rahmen des Schadensersatzes schon deshalb auf der Hand, weil das GEK, wie sogleich zu zeigen sein wird, anders als das deutsche Recht einen verschuldensunabhängigen Schadenersatzanspruch vorsieht. Nachfolgend soll daher zunächst ein potentieller Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer im Rahmen des Schadensersatzes untersucht werden, bevor, insbesondere unter dem Gesichtspunkt eines etwaigen Mehrwerts für den Käufer oder Verkäufer, ein alternativer Anspruch im Rahmen der Nacherfüllung erwogen wird.

3. Ersatz der Aus- und Einbaukosten auf den Verkäufer im Wege des Schadenersatzes gem. Art. 159 GEK

Der Anspruch auf Schadenersatz ist im GEK unter den „Abhilfen des Käufers“ in Art. 106 lit. e GEK aufgeführt. Die Voraussetzungen, unter denen Schadenersatz nach dieser Norm verlangt werden kann, ergeben sich aus Art. 159 I GEK. Dieser fordert neben dem Vorliegen eines Verlustes eine Nichterfüllung, die kausal für den entstandenen Verlust sein muss und außerdem nicht entschuldigt sein darf. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob diese Voraussetzungen in den Aus- und Einbaufällen vorliegen.

a) Voraussetzungen

aa) Verlust

Zunächst ist fraglich, ob bei Aus- und Einbaufällen ein Verlust (engl. „loss“) im Sinne des Art. 159 I GEK vorliegt. Eine genauere Erläuterung des Verlustbegriffes findet sich in Art. 2 lit. c GEK-VO, der klarstellt, dass sowohl materielle als auch immaterielle Verluste in Form erlittener Schmerzen und Leid erfasst sind. Zudem geht aus Art. 159 II GEK hervor, dass auch künftige Verluste erstattungsfähig sind. Leider geben weder das GEK noch die vorhergehenden Textstu-

³³ Gem. Art. 288 III 1 AEUV sind Richtlinien nur in das *nationale* Recht umzusetzen.

³⁴ *EuGH*, Rs. C-404/06 – *Quelle*.

³⁵ Vgl. nachfolgend unter III.4.a).

fen, oder die dazugehörigen Kommentare weitere Hinweise dazu, wie dieser Verlust zu ermitteln ist.³⁶ Der Begriff des materiellen Verlustes scheint aber jedenfalls dem deutschen Begriff des Vermögensschadens zu entsprechen³⁷, welcher nach der Differenzhypothese zu ermitteln ist.³⁸

Hat der Käufer den Aus- und Einbau selbst vorgenommen, könnte man einen ersatzfähigen Verlust in den hierfür aufgewendeten Kosten sehen. Dies ist aber nur der Fall, wenn sich bereits die Situation vor dem Austausch als Verlust darstellt, dessen Beseitigung der Austausch dient. Hier ließe sich darauf abstellen, dass an der Stelle, wo sich eigentlich mangelfreie Gegenstände befinden sollen, mangelhafte Gegenstände eingebaut sind. Dieser Zustand entspricht nicht der Interessenlage des Käufers. Denn um eine im Rahmen der Ersatzlieferung (oder eines Deckungskaufs) erhaltene mangelfreie Sache verwenden zu können, müsste sich diese zunächst an derselben Stelle befinden wie die mangelhafte Kaufsache. Dies setzt allerdings sowohl den vorherigen Ausbau der mangelhaften als auch den erneuten Einbau der mangelfreien Sache voraus. Da sich die Kosten hierfür in Geldeinheiten messen lassen und gemäß Art. 159 II GEK auch „künftige Verluste“ vom Verlustbegriff abgedeckt sind, sieht sich der Käufer, der die mangelhafte Sache noch nicht ausgetauscht hat, einem materiellen Verlust in Form der zukünftig entstehenden Kosten gegenüber. Die zum deutschen Deliktsrecht problematisierte Frage, ob der Einbau mangelhafter Kaufgegenstände eine Eigentumsverletzung darstellt,³⁹ spielt hier dagegen keine Rolle, da mit Art. 159 I GEK eine Norm zur Verfügung steht, über die auch reine, nicht über eine Rechtsgutsverletzung vermittelte Vermögensschäden ersetzt werden können. In welchem Umfang der Ersatz hierfür zu bemessen ist, wird an späterer Stelle erläutert.⁴⁰

bb) Nichterfüllung

Die weitere Voraussetzung der „Nichterfüllung“ ist in Art. 87 I GEK näher konkretisiert. Art 87 lit. c GEK nennt die Lieferung nicht vertragsgemäßer Gegenstände ausdrücklich als Unterfall der Nichterfüllung. Da sich die Frage nach dem Ersatz von Aus- und Einbau(kosten) nur als Folge des Einbaus zuvor gelieferter mangelhafter Sachen stellt, liegt eine Nichterfüllung i.S.d. Art 87 lit. c GEK in diesem Fällen unproblematisch vor.

cc) Kausalität/Vorhersehbarkeit

Weiterhin muss die Nichterfüllung kausal für den „Verlust“ sein. Dem könnte in Aus- und Einbaufällen die Tatsache entgegenstehen, dass der Käufer die mangelhafte Sache selbst einbaut und damit den entstandenen Verlust hervorruft.⁴¹ Allerdings wird der Begriff der Kausalität im GEK eng verstanden. Schon die äquivalente Verursachung im Sinne der *conditio sine qua non*-Formel genügt hier, um eine Ursächlichkeit i.S.d. Art. 159 I GEK zu bejahen.⁴² Eine Ausgrenzung von „Verlusten“, die außerhalb des Verantwortungsbereichs des Schuldners liegen, kann zwar auch noch im Rahmen der Vorhersehbarkeitsregel des Art. 161 GEK vorgenommen werden.⁴³ Eine Vorhersehbarkeit wird indes in Aus- und Einbaufällen regelmäßig zu bejahen sein, da der Einbau der mangelhaften Kaufsache durch den Käufer ihrer bestimmungsgemäßen Verwendung entspricht.

dd) Fehlende Entschuldigung

Zentrales Kriterium für die Ersatzfähigkeit von Ein- und Ausbau(kosten) nach Art. 159 I GEK ist aber letztlich die fehlende Entschuldigung für die Nichterfüllung; scheitert doch am fehlenden Verschulden nach autonomem deutschem Recht regelmäßig ein Anspruch des Käufers auf Ersatz der Aus- und Einbaukosten im Wege des Schadenersatzes neben der Leistung. Rein vom Wortlaut her könnte ähnliches auch für Art. 159 GEK gelten, denn der Schadenersatzanspruch besteht nach dieser Vorschrift nur dann, wenn sich der Verkäufer hinsichtlich der Nichterfüllung nicht „entschuldigen“ kann. Die Norm scheint daher auf den ersten Blick dem deutschen Verschuldensprinzip in § 280 I BGB zu entsprechen und im Hinblick auf die Aus- und Einbauproblematik zu ähnlichen Ergebnissen zu führen. Dieser Eindruck ist indes falsch.

Die Voraussetzungen der entschuldigten Nichterfüllung finden sich nämlich nicht in Art. 159 I GEK selbst, sondern in Art. 88 GEK. Die Norm ist fast wörtlich aus Art. III-3:104 des Draft Common Frame of Reference (DCFR) übernommen, welcher wiederum auf Art. 79 I des UN-Kaufrechts (CISG) basiert.⁴⁴ Gemäß Art. 88 bedarf es für eine entschuldigte Nichterfüllung eines die Nichterfüllung verursachenden Hindernisses (engl. „impediment“), das außerhalb des Einflussbereichs des Verkäufers liegt, bei

³⁶ 9:501 PECL und III.-3:701 DCFR; kritisch hierzu auch *Remien*, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, S. 507; *Koch*, in: Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg.), Am Vorabend eines gemeinsamen europäischen Kaufrechts, S. 226.

³⁷ *Eidenmüller et al.*, JZ 2012, 269 (282), die die Begriffe „materieller Verlust“ und „Vermögensschaden“ synonym gebrauchen; *Remien*, (Fn. 36), S. 507: Vergleich zweier Vermögenslagen.

³⁸ *Remien*, (Fn. 36), S. 507, der die Differenzhypothese im Fall des „materiellen Verlusts“ im GEK für anwendbar hält.

³⁹ *Bien*, ZEuP 2012, 644 (652 f.).

⁴⁰ Vgl. die nachfolgenden Ausführungen zur „Rechtsfolge“ unter III.3.b).

⁴¹ Im deutschen Recht wäre dies ein Fall der „mittelbaren Kausalität“, vgl. hierzu *Looschelders*, SchuldR AT, 10. Aufl. 2012, S. 322 ff.

⁴² Vgl. *Mozina*, in: Schulze, Common European Sales Law (CESL), Commentary, 2012, Art. 159 Rn. 11. Mit diesem Verständnis folgt das GEK der europäischen Rechtstradition sowie dem Verständnis der Rechtsnormen auf denen das Schadensrecht basiert. Vgl. zum Acquis: *Magnus*, in: Schulze (Hrsg.) Common Frame of Reference and existing EC contract law, S. 211 (220); zu Art. 74 CISG vgl. *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer, CISG, 5. Aufl. 2008, Art. 79 Rn. 40.

⁴³ *Mozina*, (Fn. 42), Art. 159 Rn. 11.

⁴⁴ v. *Bar/Clive*, Principles, Definitions and Module Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR), Band 1, 2009, Art. III.-3:104, Notes I 1.

Vertragsschluss unvorhersehbar war und dessen Folgen sich weder vermeiden noch überwinden lassen. Die Anforderung, dass das Hindernis außerhalb des Einflussbereichs des Verkäufers liegen muss, macht deutlich, dass mit Art. 88 GEK weder die pauschale Garantiehaftung des englischen, noch die Haftung für vermutetes Verschulden des deutschen Rechts übernommen werden sollte. Stattdessen folgt das GEK eher einer Sphärenabgrenzung, wie sie auch dem DCRF und dem CISG zu Grunde liegt.⁴⁵

Für die Frage des Ersatzes von Aus- und Einbaukosten im Wege des Schadenersatzes gemäß Art. 159 GEK kommt es mithin entscheidend darauf an, ob die mangelhafte Lieferung, die zur Belastung des Käufers mit diesen Kosten führt, außerhalb des *Einflussbereichs* des Verkäufers liegt und aus diesem Grunde nach Art. 88 GEK entschuldigt werden kann. Eindeutig ist die Rechtslage lediglich in den eher seltenen Fällen, in denen der Mangel durch den Verkäufer selbst oder einen seiner Mitarbeiter (beispielsweise durch unsachgemäße Lagerung) verursacht wurde. In der Literatur besteht Einigkeit, dass diese Fälle im GEK nicht außerhalb des Einflussbereichs des Verkäufers liegen und damit nicht entschuldigt werden können.⁴⁶

Schwieriger gestaltet sich hingegen die Antwort auf die Frage, ob auch eine Verursachung des Mangels durch einen Zulieferer des Verkäufers noch in dessen Einflussbereich gemäß Art. 88 GEK fällt. Auffällig ist zunächst, dass Art. 88 GEK selbst – anders als die (mittelbare) Vorbildregelung des Art. 79 CISG – keine Regelung der Haftung für Dritte enthält.⁴⁷ Vereinzelt wird im Schrifttum zwar Art. 92 II GEK eine derartige Funktion beigemessen.⁴⁸ Nach letzterer Vorschrift bleibt der Verkäufer für die Erfüllung auch dann verantwortlich, wenn er eine andere Person mit dieser betraut. Sowohl die Formulierung als auch die systematische Stellung der Norm deuten jedoch darauf hin, dass dieser lediglich eine klarstellende Funktion zukommt und es sich gerade nicht um eine Konkretisierung zu Art. 88 GEK handelt.⁴⁹ Damit lässt sich aus Art. 92 II GEK

weder eine Haftungsverschärfung noch eine Haftungsmilderung im Fall der Einbeziehung Dritter ableiten.⁵⁰ Da das GEK auch an keiner weiteren Stelle eine Regelung der Haftung für Dritte enthält,⁵¹ kann die Frage nach der Haftung für den Zulieferer nur anhand von Art. 88 GEK selbst untersucht werden. Allerdings enthalten weder die Gesetzesbegründungen zu Art. 88 GEK noch zum wortgleichen Art. III-3:104 DCFR entsprechende Hinweise.⁵² Indem beide Artikel auf der Entschuldigungsnorm des Art. 79 I CISG basieren, könnte allenfalls ein Rückgriff auf die umfangreiche Judikatur zu dieser Norm Klarheit schaffen.⁵³ So haben deutsche wie ausländische Gerichte wiederholt entschieden, dass auch die nicht vertragsgemäße Lieferung eines Zulieferers in den Einflussbereich des Verkäufers fällt.⁵⁴ Das prominenteste Beispiel hierzu ist wohl die „Rebwachsentscheidung“ des BGH⁵⁵, wonach das vertragswidrige Verhalten des Vorlieferanten einen Hinderungsgrund i.S.d. Art. 79 CISG darstellt, den der Verkäufer „vermeiden oder überwinden muss“.⁵⁶ Der BGH stellte in der genannten Entscheidung zudem fest, dass sich die Haftung des Verkäufers nicht nur auf das Verhalten des direkten Zulieferers bezieht, sondern jedes Glied der Lieferkette umfasst.⁵⁷ Für die Aus- und Einbaufälle folgt hieraus, dass ein Mangel, der durch einen Zulieferer verursacht wird, grundsätzlich nicht außerhalb des Einflussbereichs des Verkäufers liegt. Demnach ist dieses Hindernis nicht nach Art. 88 GEK entschuldigt und der Verkäufer haftet hierfür nach Art. 159 GEK.

b) Rechtsfolge

Eine wesentliche Einschränkung für eine Lösung der Aus- und Einbauproblematik im Wege des Schadenersatzes gemäß Art. 159 GEK ergibt sich allerdings auf der Rechtsfolgenseite und zwar nicht unmittelbar aus Art. 159 I GEK, sondern aus der Definitionsnorm des Art. 2 lit. g GEK-VO. Die letztgenannte Norm legt fest, dass Schadenersatz einen „Geldbetrag (...) als Entschädigung für einen erlittenen Verlust“ bezeichnet. Daraus wird deutlich, dass das GEK anders als das deutsche Recht keine Naturalrestitution vorsieht, sondern nur einen monetären Ausgleich ermöglicht.⁵⁸ Für Aus- und Einbaufälle folgt hieraus, dass der Käufer im Rahmen des Scha-

⁴⁵ Protokoll des neunten Treffens der Expertengruppe http://ec.europa.eu/justice/contract/files/second-meeting_en.pdf S. 3, Abruf v. 14.09.2012; Schopper, in: Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg.), Am Vorabend eines gemeinsamen europäischen Kaufrechts, 2012, S. 112.

⁴⁶ Bezüglich der Haftung für Mitarbeiter, vgl. Zoll, in: Schulze, Common European Sales Law (CESL), Commentary, 2012, Art. 88 Rn. 11; zu Art. III-3:104 DCFR vgl.: v. Bar/Clive, (Fn. 43), Art. III-3:104, Comment C.

⁴⁷ Art. 79 II CISG.

⁴⁸ Koch, (Fn. 36), S. 232.

⁴⁹ So auch Schmidt-Kessel, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? – Eine Analyse des Vorschlags der Kommission, 2012, S. 287 (302); Verstärkt wird dieser Eindruck durch einen Vergleich zwischen dem inhaltlich an Art. 92 II GEK anknüpfenden Art. 92 III GEK und Art. 82 I lit. c GEK. Würde schon Art. 92 III GEK eine bindende Wirkung entfalten, so wäre die Regelung des Art. 82 I lit. c GEK redundant, vgl. hierzu Zoll, (Fn. 46), Art. 88 Rn. 11.

⁵⁰ So auch Schmidt-Kessel, (Fn. 49), S. 302.

⁵¹ Die in Art. 127 I 2 GEK und Art. 150 II GEK angesprochene Haftung für Dritte hat ebenfalls lediglich klarstellende Wirkung, vgl. hierzu Schmidt-Kessel, (Fn. 49), S. 302.

⁵² Zoll, (Fn. 46), Art. 88 Rn. 9.

⁵³ Zur Lösung dieser Frage wird in der Literatur vielfach auf das CISG verwiesen: Eidenmüller et al., (Fn. 37), S. 282; Weller, GPR 2012, 173 (179); Zoll, (Fn. 47), Art. 88 Rn. 9; zum DCFR: Huber, ZEuP 2008, 708 (739).

⁵⁴ Schweizer Bundesgericht vom 12. 6. 2006, CISG-online 1516, Rn. 1.4; Int. Court Russian CCI vom 20.03.1997 CISG-online 205, Rn. 5; OLG Hamburg vom 21.03.1996 CISG-online 187 Rn. 7 b) cc).

⁵⁵ BGHZ 141, 129.

⁵⁶ BGHZ 141, 129, Rn. 2 b.

⁵⁷ BGHZ 141, 129, Rn. 2 a.

⁵⁸ Koch, (Fn. 36), S. 236; Remien, (Fn. 36), S. 509.

denersatzes vom Verkäufer nicht die Vornahme des Aus- und Einbaus als solche fordern kann. Stattdessen muss er selbst diese Tätigkeiten vornehmen und kann lediglich vom Verkäufer Erstattung der hierfür erforderlichen Kosten verlangen.

4. Ein- und Ausbau im Rahmen der Nacherfüllung und ihrer Modalitäten

Da der Käufer im Wege des Schadenersatzes keine Möglichkeit hat, den Aus- und Einbau als solchen zu verlangen, soll im Folgenden untersucht werden, ob Aus- und Einbaukosten und insbesondere der Aus- und Einbau selbst im Rahmen der Nacherfüllung verlangt werden können. Für die Untersuchung einer alternativen Anspruchsgrundlage spricht auch, dass einzelne Abhilfen, wie etwa der Schadenersatz, zwar nicht in B2C-, wohl aber in B2B-Konstellationen vertraglich ausgeschlossen werden können.⁵⁹ Als Anknüpfungspunkt für einen Anspruch in der Nacherfüllung kommen mehrere Regelungsorte in Betracht.

a) Pflicht zur kostenfreien Rücknahme – Art. 112 I GEK

Die wenigen bisher in der Literatur vorgenommenen Auslegungsversuche des GEK bezüglich der Aus- und Einbauproblematik knüpfen fast ausschließlich an Art. 112 I GEK als potentielle Anspruchsgrundlage an. Dabei kommen die Autoren jedoch zu vollkommen gegensätzlichen Ergebnissen: Teilweise wird vertreten, die Norm regle ausschließlich die Kosten des Ausbaus, woraus sich *e contrario* ergebe, dass Kosten des Einbaus nicht zu tragen seien.⁶⁰ Nach anderer Ansicht soll Art. 112 I GEK „jedenfalls die Kosten des Ausbaus“ regeln.⁶¹ Wieder andere Autoren entnehmen Art. 112 I GEK eine Pflicht zur Übernahme der Kosten von Aus- und Einbau.⁶² Schließlich wird vertreten, die Norm ließe überhaupt keinen Rückschluss auf die Pflichten des Verkäufers bezüglich Aus- und Einbau zu.⁶³

Zugunsten der drei erstgenannten Ansichten lässt sich anführen, dass ein Rückschluss von der Pflicht zur kostenfreien Rücknahme auf eine Pflicht zur Übernahme von Ausbaukosten oder sogar des Ausbaus selbst nicht gänzlich fernliegend ist.⁶⁴ Immerhin hatte schon der BGH in seinem noch zum alten Schuldrecht ergangenen Dachziegelurteil aus der Pflicht des Verkäufers zur Rücknahme der Kaufsache nach erfolgter Wandlung eine Ausbaupflicht gefolgert.⁶⁵ Diese Auffassung vermochte allerdings schon damals nicht zu überzeugen, weil Rücknahme und Ausbau wesensverschiedene Pflichten darstellen. In seiner zum neuen Schuldrecht ergangenen *Bodenfliesenentscheidung*

aus dem Jahr 2009 hat der BGH seine alte Rechtsauffassung dann auch faktisch aufgegeben. Speziell im Hinblick auf Art. 112 I GEK dürfte die Gleichsetzung von Rücknahme- und Ausbaupflicht zudem im Widerspruch zu den Intentionen der Verfasser stehen. Zu Art. III.-3:205 Abs. 1 DCFR, auf dem Art. 112 I GEK basiert, hatte die DCFR Arbeitsgruppe nämlich ausdrücklich festgehalten, diese Norm regle ausschließlich die Kosten der Rücknahme, die Kosten des Austausches oder des Einbaus seien jedoch nicht erfasst.⁶⁶ Zwar könnte sich diese Sichtweise unter dem Eindruck des damals noch nicht vorliegenden Urteils *Weber/Putz* zwischenzeitlich verändert haben. Allerdings ließe sich Art. 112 I GEK auch in diesem Fall lediglich eine Pflicht des Verkäufers zur Übernahme der Ausbaukosten bzw. zur Vornahme des Ausbaus entnehmen, während der Einbau oder eine Pflicht zur Übernahme der entsprechenden Kosten nicht erfasst wären.

b) „Ersatz der Ware“/„Ersatzlieferung“ – Artt. 106 I a, 111, 112 I GEK

Aus- und einbaubezogene Pflichten könnten sich dagegen aus der in Art. 106 I lit. a GEK verankerten Pflicht des Verkäufers zum „Ersatz der Ware“ bzw. aus der in Artt. 111 und 112 I GEK festgelegten Pflicht zur „Ersatzlieferung“ (engl. jeweils „replacement“) ergeben. Im GEK beschreiben diese Begriffe die Pflicht des Verkäufers, die im BGB als „Nachlieferungspflicht“ bezeichnet wird. Im Gegensatz zur Nachlieferungspflicht suggerieren allerdings die im GEK gewählten Begriffe eine Verpflichtung des Verkäufers, die sich nicht auf die Lieferung einer mangelfreien Ware beschränkt. Stattdessen könnte der Begriff „Ersatz“ eine Pflicht des Verkäufers implizieren, eine „Ersetzung“ im Sinne eines technischen Austauschvorgangs vorzunehmen. Ein solcher Austausch würde gerade auch eine Pflicht zum Aus- und Einbau der mangelhaften Kaufsache als solche und nicht lediglich entsprechende Kostentragungspflicht umfassen. Gestützt wird diese Sichtweise durch die anderen Sprachfassungen des GEK. In den Ausdrücken „replacement“ (Englisch), „remplacement“ (Französisch) oder „sostituzione“ (Italienisch) kommt ebenfalls ein Element des Austausches zum Ausdruck. Dies entspricht auch der Argumentation des EuGH im Urteil *Weber/Putz* zur insoweit wortlautgleichen Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Wie bereits ausgeführt, legt sich der Gerichtshof zwar nicht abschließend auf die weite Lesart der Pflicht zur „Ersatzlieferung“ fest, hält diese aber immerhin für möglich.⁶⁷

5. Begrenzung der Verkäuferpflicht wegen Unverhältnismäßigkeit – das ungelöste Problem

Festhalten lässt sich somit, dass nach dem GEK eine Verlagerung der Kosten des Aus- und Einbaus auf den Verkäufer

⁵⁹ So auch Lorenz, AcP 212 (2012), 702 (764, 803); Eidenmüller et al., (Fn. 37), S. 283.

⁶⁰ Kroll-Ludwigs, GPR 2012, 181 (186).

⁶¹ Lorenz, (Fn. 59), S. 764.

⁶² Zöchling-Jud, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, S. 335; Schopper, (Fn. 45), S. 130.

⁶³ Weller, GPR 2012, 173 (179).

⁶⁴ So auch Lorenz, (Fn. 59), S. 702, 764.

⁶⁵ BGHZ 87, 104; zustimmend: Lorenz, (Fn. 3), S. 410; Schneider/Katerndahl, (Fn. 7), S. 2216 f.

⁶⁶ v. Bar/Clive, (Fn. 44), Art. III.-3:205, Comment B Abs. 2: “Paragraph 1 makes clear that the debtor has to bear the costs of taking back the replaced item. The Article deals only with this question: it does not purport to regulate the costs of actual replacement or installation”.

⁶⁷ EuGH, verb. Rs. C-65/09 und C-87/09 – Weber/Putz, Rn. 54.

sowohl im Wege des Schadenersatzes als auch der Nacherfüllung möglich ist. Allerdings lässt sich über Art. 159 GEK lediglich eine Kostentragungspflicht begründen, während der Anspruch auf Ersatz der Ware gem. Art. 106 I lit. a GEK eine Pflicht zu Aus- und Einbau selbst beinhaltet. Grundsätzlich können beide Ansprüche nebeneinander geltend gemacht werden; lediglich in B2B-Konstellationen ist der Schadenersatzanspruch wegen des gemäß Artt. 106 I lit. a, 109 GEK vorgelagerten Rechts auf Heilung subsidiär. Vollständig ausgeblendet wurde jedoch bisher die Frage, ob sich auch nach dem GEK eine Begrenzung der Verkäuferpflicht auf einen angemessenen Betrag darstellen lässt, wie sie der *EuGH* im Urteil *Weber/Putz* den Mitgliedstaaten zur Regelung anheim gestellt hatte.

a) Begrenzung der Verkäuferpflicht im Rahmen des Schadenersatzes

Die Stimmen, die für das zukünftige deutsche Recht eine Umsetzung der Vorgaben des *EuGH* im Wege des Schadenersatzes fordern, sind überwiegend der Meinung, eine Beschränkung der Kostentragungspflicht über § 254 BGB analog erreichen zu können⁶⁸: Wenn der Verkäufer schon verschuldensunabhängig hafte, dann müsse sich auch der Käufer eine Mitverantwortung unterhalb der Verschuldensschwelle anrechnen lassen.⁶⁹ Diesem Gedanken folgend könnte man auch für das GEK erwägen, den Anspruch des Käufers auf Ersatz der Aus- und Einbaukosten aus Art. 159 GEK im Falle unverhältnismäßig hoher Aus- und Einbaukosten über Art. 162 GEK („Dem Gläubiger zurechenbarer Verlust“) zu beschränken. Bei näherer Betrachtung ist eine diesbezügliche Heranziehung des Art. 162 GEK (wie auch des § 254 BGB) indes abzulehnen. Der hinter diesen Normen stehende Gedanke einer Abgrenzung von Verantwortungs- bzw. Risikosphären ist nämlich ein gänzlich anderer als jener, welcher den Aussagen des *EuGH* zur Beschränkbarkeit der Leistungspflicht des Verkäufers im Urteil *Weber/Putz* innewohnt. In diesem Urteil knüpft der *EuGH* eine Beschränkung der Leistungspflicht des Verkäufers bezogen auf die Kosten des Aus- und Einbaus an dieselben Bedingungen, deren Vorliegen im deutschen Recht nach § 439 III 2 BGB eine Beschränkung der Nacherfüllungspflicht wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit zur Folge hat: Die durch den Verkäufer zu tragenden Kosten des Aus- und Einbaus sollen in einem angemessenen Verhältnis zum Leistungsinteresse des Käufers – indiziert durch den Wert der Sache im mangelfreien Zustand und den Wert des Mangels – stehen.⁷⁰ Dieser nicht nur in § 439 III 2 BGB sondern auch in § 275 II BGB und nicht zuletzt Art. 110 III lit. b GEK angelegte

Interessenvergleich von Leistungspflicht und Erfüllungsinteresse soll dem Schuldner vor solchen Aufwendungen auf der Primärebene des Schuldverhältnisses schützen, die über das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung des Vertrages hinausgehen – er markiert insoweit die Opfergrenze des Verkäufers/Schuldners. Art. 162 GEK ist demgegenüber nicht darauf angelegt, dem Käufer die Erfüllung in Natur zu verweigern und diesen auf die Realisierung seines Erfüllungsinteresses im Wege des Schadenersatzes zu verweisen,⁷¹ sondern es wird die Realisierung dieses Interesses selbst unter Zurechnungsgesichtspunkten in Frage gestellt. Für eine Beschränkung der aus Art. 159 GEK resultierenden Pflicht des Verkäufers auf Ersatz der Aus- und Einbaukosten unter dem Gesichtspunkt der Unverhältnismäßigkeit lässt sich Art. 162 GEK somit nicht heranziehen.

b) Begrenzung der Verkäuferpflicht im Rahmen der Nacherfüllung

Als Anknüpfungspunkt für eine Beschränkung der Verkäuferpflicht im Rahmen der Nacherfüllung kommt Art. 110 III lit. b GEK in Betracht. Danach kann Erfüllung grundsätzlich nicht verlangt werden, wenn diese im Vergleich zum Vorteil, den der Käufer dadurch erhalten würde, unverhältnismäßig aufwendig oder kostspielig wäre. Damit ist in Art. 110 III lit. b GEK eben jener Vergleich zwischen Verkäuferpflicht und Erfüllungsinteresse des Käufers angelegt, welchen der *EuGH* im Urteil *Weber/Putz* der möglichen Beschränkung der Pflichten des Verkäufers zum Aus- und Einbau bzw. zur entsprechenden Kostentragung zugrunde legt. Zwei Probleme könnten einer Heranziehung der Norm zur Beschränkung der diesbezüglichen Verkäuferpflichten im Rahmen des GEK gleichwohl entgegenstehen.

aa) Vollständige Verweigerung der Nacherfüllung im Ganzen?

Problematisch ist zunächst, dass der Wortlaut des Art. 110 III lit. b GEK im Hinblick auf die Rechtsfolgen zu weit gefasst ist. Die Vorschrift eröffnet nämlich augenscheinlich nur die Möglichkeit, die Erfüllung vollständig (also einschließlich der Lieferung einer mangelfreien Sache selbst) zu verweigern, sieht aber nicht vor, dass die Aus- und Einbaukosten auf einen angemessenen Betrag beschränkt werden können. Eine vollständige Verweigerung der Nacherfüllung wäre aber nach der Aussage des *EuGH* im Urteil *Weber/Putz* nicht mit den Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vereinbar. Zwar bezieht sich diese Aussage des *EuGH* lediglich auf die Richtlinie und nicht auf das GEK. In Erwägungsgrund 11 des GEK heißt es allerdings, dass das „Schutzniveau, das Verbraucher auf der Grundlage des EU-Verbraucherrechts genießen, (...) [im GEK] beibehalten oder erhöht werden“ soll.⁷² Mit anderen Worten soll das GEK ein Schutzniveau mindestens

⁶⁸ Lorenz, (Fn. 15), S. 2243; Weber, ZGS 2011, 539 (543); Bien, (Fn. 39), S. 663.

⁶⁹ So explizit Weber, ZGS 2011, 539 (543).

⁷⁰ Dass die absolute Unverhältnismäßigkeit im deutschen Recht über einen Interessenvergleich ermittelt wird, ist allgemein anerkannt – vgl. hierzu nur Berger, in: Jauernig, BGB, 14. Aufl. 2011, § 439 Rn. 32; Westermann, in: MünchKomm, BGB, 6. Aufl. 2012, § 439 Rn. 20; Looschelders, SchuldR BT, 9. Aufl. 2011, S. 32.

⁷¹ Der Schaden wird in der Literatur vielfach als *Interesse* bezeichnet. Vgl. nur Oetker, in: MünchKomm, BGB, 6. Aufl. 2012, § 249 Rn. 16 m.w.N.

⁷² KOM(2011) 635, S. 2, 7, 10.

auf Höhe des gegenwärtigen EU-Verbraucherbesitzstandes gewährleisten, welcher sich aus sämtlichen in diesem Bereich erlassenen Rechtsakten der europäischen Union zusammensetzt. Da die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in ihrer Auslegung durch den *EuGH* einen wichtigen Bestandteil dieses Besitzstandes darstellt, ist somit davon auszugehen, dass die vom *EuGH* im Urteil *Weber/Putz* festgestellte Verpflichtung des Unternehmers zur Tragung von Aus- und Einbaukosten einschließlich der Möglichkeiten ihrer Beschränkung als Mindeststandard über Erwägungsgrund 11 Eingang in das GEK gefunden hat.⁷³ Im Rahmen einer teleologischen Auslegung des GEK und seiner Normen muss dieses Ergebnis jedenfalls für B2C-Geschäfte berücksichtigt werden. Angesichts der Tatsache, dass die Verfasser des GEK im Grundsatz eine einheitliche Regelung für B2C- und B2B-Konstellationen anstreben und Ausnahmen durch Schaffung entsprechender Sonderregelungen kenntlich gemacht haben, kann für B2B-Konstellationen letztlich nichts anderes gelten.

Im Hinblick auf den klaren Wortlaut des Art. 110 III lit. b GEK stellt sich indes die Frage, auf welche Weise dem über Erwägungsgrund 11 vermittelten Telos des GEK im Rahmen der Auslegung der erstgenannten Vorschrift Rechnung zu tragen ist. Der BGH sah sich im Folgeurteil zum Urteil *Weber/Putz* bezogen auf § 439 III BGB einem ähnlichen Problem gegenüber und löste dieses über eine richtlinienkonforme teleologische Reduktion der Regelung.⁷⁴ Ein ähnlicher Weg scheint auch im Hinblick auf Art. 110 III lit. b GEK gangbar. Immerhin zeigt das Urteil des *EuGH* in der Rechtssache *Sturgeon/Böck* aus dem Jahr 2009, dass sich auch der *EuGH* bisweilen über den Wortlaut eines Sekundärrechtsakts hinwegsetzt, um die sich in den Erwägungsgründen manifestierenden Zielsetzungen zu gewährleisten.⁷⁵ Art. 110 III lit. b GEK ließe sich somit dahingehend reduzieren, dass dieser im Falle unverhältnismäßiger Aus- und Einbaukosten eine gänzliche Verweigerung der Erfüllung nicht zulässt, wohl aber eine Kostenbeteiligung des Käufers.

bb) Der dogmatische Webfehler des Urteils Weber/Putz – Die fehlende Eignung des Verhältnismäßigkeitstests zur Beschränkung von Schadenersatzansprüchen

Eine Beschränkung der aus- und einbaubezogenen Pflichten des Verkäufers über Art. 110 III lit. b GEK würde allerdings des Weiteren voraussetzen, dass sich diese Pflichten überhaupt als im Verhältnis zum Vorteil des Käufers unverhältnismäßig aufwendig oder kostenträchtig darstellen.

Insofern bestehen aber erhebliche Zweifel, ob der vom *EuGH* im Urteil *Weber/Putz* angestellte Vergleich von Aus- und Einbaukosten mit dem Wert der Sache im mangelfreien Zustand bzw. dem Wert des Mangels dazu angeht, eine solche Unverhältnismäßigkeit zu begründen. Wie bereits dargelegt, ist die vom *EuGH* verwendete Formel offensichtlich an § 439 III BGB angelehnt, dessen Vereinbarkeit mit der Richtlinie der *EuGH* in dem genannten Urteil zu beurteilen hatte. Die Formel dient im deutschen Recht der Markierung der Opfergrenze des Verkäufers, indem letzterer den Käufer für den Fall, dass die Kosten der Nacherfüllung das wirtschaftliche Interesse des Käufers an der Nacherfüllung deutlich übersteigen, auf eben dieses Interesse in Form eines Anspruchs auf Schadenersatz verweisen kann. Beruft sich also etwa der Verkäufer eines mangelhaften Oldtimers im Hinblick auf die einzig mögliche, wenngleich kostenträchtige Reparatur des Autos auf absolute Unverhältnismäßigkeit, so entfällt seine Nacherfüllungspflicht gem. § 439 III BGB.⁷⁶ Im Wege des Schadenersatzes gem. §§ 280 I, 281 BGB muss er, Verschulden vorausgesetzt, lediglich den mangelbedingten Minderwert des Oldtimers erstatten. Die (potentiellen) Kosten der Reparatur sind dagegen zu Recht weder in die Berechnung des Käuferinteresses im Rahmen des § 439 III BGB einzubeziehen noch können sie – mangels Realisierung – im Wege des Schadenersatzes geltend gemacht werden.

Anders verhält es sich hingegen mit den Kosten des Aus- und Einbaus. Verweigert der Verkäufer insoweit die Nacherfüllung im Fall des § 439 III BGB, dann ist dem Interesse des Käufers nicht genügt, wenn bloß der Wert der Sache im mangelfreien Zustand (bspw. Wert des Parkettbodens ohne Schleifspuren) ersetzt wird. Denn in diesen Fällen ist der Käufer nach wie vor mit einer eingebauten mangelhaften Sache konfrontiert, die entfernt werden muss, um eine, etwa im Rahmen eines Deckungskaufes, erworbene mangelfreie Sache einbauen zu können. Gerade in der Feststellung, dass Aus- und Einbaukosten auch mit dem Verzicht auf die Nacherfüllung nicht entfallen, manifestiert sich letztlich der bereits an anderer Stelle hervorgehobene Charakter dieser Kosten als Mangelfolgeschäden. Aus- und Einbaukosten bilden daher, anders als übliche Nacherfüllungskosten wie etwa Transport- oder Reparaturkosten, einen zwingenden Bestandteil des wirtschaftlichen Interesses des Käufers. Folglich müssten diese Kosten nicht nur im Rahmen des Schuldneraufwands, sondern auch im Rahmen des Gläubigerinteresses Berücksichtigung finden. Eine absolute Unverhältnismäßigkeit läge dann, bezogen auf die Kosten des Aus- und Einbaus, freilich niemals vor!⁷⁷

⁷³ Zöchling-Jud, AcP 212 (2012), 550 (556) weist darauf hin, dass im Europäischen Kaufrecht in praktisch keinem Punkt das Verbraucherschutzniveau im Vergleich zum geltenden Recht abgesenkt wurde.

⁷⁴ BGH NJW 2012, 1073, Rn. 29.

⁷⁵ *EuGH*, verb. Rs. C-402/07 und C-432/07 – *Sturgeon/Böck*, Rn. 40 ff. Der *EuGH* kam in diesem Urteil gestützt auf Erwägungsgrund 15 der Verordnung 261/2004 (Fluggastrechte-Verordnung) zu dem Ergebnis, dass Flugpassagiere auch bei einer Verspätung einen Anspruch auf Ausgleich geltend machen können, obwohl Art. 7 der Verordnung lediglich einen Anspruch bei Annullierung vorsieht.

⁷⁶ Unter der Annahme es handle sich hierbei um eine Stückschuld, deren Nachlieferung unmöglich ist.

⁷⁷ Der Rest der Nacherfüllungspflicht, wie die Neulieferung einer mangelfreien Sache, muss selbstverständlich ebenfalls einer Angemessenheitskontrolle unterzogen werden. Diese bestimmt sich aber richtigerweise nach dem Wert der Sache im mangelfreien Zustand bzw. dem Mangelunwert.

Dieses erstaunliche, letztlich dem Charakter der Aus- und Einbaukosten als Mangelfolgeschaden geschuldete Ergebnis ist es dann auch, welches ganz allgemein gegenüber einer Einordnung diesbezüglicher Verkäuferpflichten als Bestandteil der Nacherfüllung bedenklich stimmt. Zwar lässt sich grundsätzlich der Ersatz eines jeden Schadens zur primären Verkäuferpflicht erheben. Ein solches Vorgehen ist indes dazu angetan, den wahren Charakter einer solchen allenfalls phänotypischen, nicht aber genotypischen Primärpflicht zu verschleiern, was letztlich in einer Verkürzung des Käuferinteresses mündet. Dies gilt bereits für die Ausführungen des *EuGH* zur Auslegung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie im Urteil *Weber/Putz* wie für die Umsetzung dieses Urteils durch den *BGH* und den (zukünftigen) deutschen Gesetzgeber. Die Absurdität einer Einbeziehung der Aus- und Einbaukosten in einen Verhältnismäßigkeitstest zeigt sich indes nirgends so deutlich wie im Rahmen einer Rechtsordnung, die wie das GEK zugleich einen verschuldensunabhängigen Schadenersatzanspruch im Falle der Lieferung einer mangelhaften Kaufsache kennt. Denn aus dem Nebeneinander von Schadenersatz und Nacherfüllung folgt hier, dass der Anspruch des Käufers auf Ersatz der Aus- und Einbaukosten im Rahmen der Nacherfüllung – bei Anwendung der Formel des Urteils *Weber/Putz* – auf einen „angemessenen“ Betrag zu begrenzen wäre, während er im Rahmen des Schadenersatzes nach dem vorstehend unter III.5.a) Gesagten in voller Höhe geltend gemacht werden könnte. Ein solches Ergebnis, welches einzig durch die gleichzeitige Verortung ein- und derselben Schadensposition auf der Primär- und Sekundärebene hervorgerufen wird, ist unter dogmatischen Aspekten kaum hinnehmbar. Vermeiden lässt es sich indes nur, wenn man entweder, anders als vorstehend unter III.4.b) erwogen, den Aus- und Einbau bzw. die Tragung der entsprechenden Kosten bereits nicht als Teil der Nacherfüllungspflicht im Sinne eines „Ersetzens“ der mangelhaften Kaufsache wertet, oder wenn man insoweit eine Beschränkung ebenso wenig zulässt wie im Rahmen des Schadenersatzanspruchs nach Art. 159 GEK. Denn hier wie dort ist der auf das Verhältnis zwischen primären und sekundären Rechtsbehelfen zugeschnittene Verhältnismäßigkeitstest dogmatisch ungeeignet, eine Begrenzung von Ansprüchen auf der Sekundärebene zu rechtfertigen. Mit dem über Erwägungsgrund 11 vermittelten Zielen des GEK geriete eine solche restriktive Lesart des Art. 110 III lit. b GEK schon deshalb nicht in Widerstreit, weil hiermit eine Erhöhung und keine Absenkung des Verbraucherschutzniveaus gegenüber dem Urteil *Weber/Putz* einherginge.

IV. Zusammenfassung

Es lässt sich festhalten, dass nach dem GEK – anders als nach der deutschen *lex lata* – eine Verlagerung der Kosten des Aus- und Einbaus auf den Verkäufer grundsätzlich sowohl im Wege des Schadenersatzes als auch im Wege der Nacherfüllung möglich ist. Allerdings ist der Anspruch des Käufers im Rahmen des Schadenersatzes nach Art. 159 GEK lediglich auf die Kosten des Aus- und Einbaus begrenzt, während der

Anspruch auf „Ersatz der Ware“ gemäß Art. 106 I lit. a GEK auf der Ebene der Nacherfüllung Aus- und Einbau selbst umfasst. Grundsätzlich können beide Ansprüche nebeneinander geltend gemacht werden. In B2B-Konstellationen gewährt das Recht auf Heilung gem. Art. 106 I lit. a, 109 GEK dem Verkäufer jedoch die Möglichkeit, zunächst den Aus- und Einbau selbst vorzunehmen, bevor der Käufer eine Kostenerstattung im Rahmen des Schadenersatzes verlangen kann. Eine Beschränkung der Pflichten des Verkäufers zum Ersatz der Aus- und Einbaukosten auf einen angemessenen Betrag, wie ihn der *EuGH* den Mitgliedstaaten im Urteil *Weber/Putz* anheimgestellt hat, kommt im Rahmen des GEK dagegen nicht in Betracht, da der vom *EuGH* insoweit angestellte Vergleich zwischen Kosten des Aus- und Einbaus und dem Wert der Sache in mangelfreien Zustand zur Beschränkung eines (genotypischen) Schadenersatzanspruchs ungeeignet erscheint. Angesichts der Tatsache, dass Erwägungsgrund 11 GEK nur einem Unterschreiten, nicht aber einem Überschreiten des Verbraucherbesitzstandes entgegensteht, besteht auch kein Anlass, diesen dogmatischen Webfehler des Urteils *Weber/Putz* im Rahmen der teleologischen Auslegung des GEK fortzuschreiben.