

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	21
1. Kapitel: Einleitung	25
2. Kapitel: Verhältnis des Unionsrechts zum deutschen (Kauf-)Recht	29
§ 1. Umsetzung von Richtlinien	29
A. Effektive Richtlinienumsetzung	30
B. Überschießende Umsetzung von Richtlinien	31
C. Mindest- und vollharmonisierende Richtlinien	32
§ 2. Struktur der Nacherfüllung nach der VerbrGK-RL	33
A. Geregeltete Materie und persönlicher Anwendungsbereich	33
B. Keine Regelungen der Schadensersatzansprüche	34
C. Zwingender Charakter	35
D. Mindestharmonisierung	37
E. Der Anspruch auf Nachbesserung oder Ersatzlieferung	38
I. Begriff der Nachbesserung und Ersatzlieferung	38
II. Wahlrecht des Verbrauchers	40
III. Ausschluss bei Unmöglichkeit und Unverhältnismäßigkeit	40
IV. Abhilfe innerhalb einer angemessenen Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten	42
V. Unentgeltlichkeit der Nachbesserung und Ersatzlieferung	44
1. Unentgeltlichkeit der Abhilfe im Allgemeinen	44
2. Unentgeltlichkeit bei Schäden durch die mangelhafte Kaufsache	45
VI. Erfüllungsort der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands	45
§ 3. Die Umsetzung der VerbrGK-RL ins deutsche Kaufrecht	46
A. Die sog. „große Lösung“	46
B. Überschießende Umsetzung	48
C. Keine Umsetzungspflicht bei Schadensersatzansprüchen	49

§ 4. Die neue Warenkauf-RL	50
A. Zweck der Warenkauf-RL	51
B. Von der Warenkauf-RL erfasste Materie	52
C. Keine Vorgaben für Schadensersatzansprüche	53
D. Anwendungsbereich der Warenkauf-RL	53
I. Persönlicher Anwendungsbereich	53
II. Sachlicher Anwendungsbereich	54
III. Abgrenzung zur Digitale-Inhalte-RL	55
E. Die Nacherfüllung nach der Warenkauf-RL	57
F. Harmonisierungsgrad der Warenkauf-RL	59
§ 5. Die Auslegung des deutschen Kaufrechts	60
A. Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung	61
I. Richtlinienkonforme Auslegung als solche	61
II. Berücksichtigung der richtlinienkonformen Auslegung im konkreten Fall	63
III. Richtlinienkonforme Auslegung bei überschießender Richtlinienumsetzung	65
B. Richtlinienkonforme Auslegung vor Ablauf der Umsetzungsfrist	67
C. Der effet utile als Auslegungsgrundsatz	69
D. Verbraucherschutz als Auslegungsgrundsatz	70
§ 6. Vorlagen an den EuGH	72
A. Zweck des Vorabentscheidungsverfahrens	72
B. Vorlagepflicht der nationalen Gerichte	73
C. Vorlageberechtigung bei überschießender Richtlinienumsetzung	74
3. Kapitel: Die Nacherfüllung nach § 439 BGB	76
§ 1. Der Nacherfüllungsanspruch nach § 439 Abs. 1 BGB	76
A. Voraussetzungen	76
I. Vorliegen eines Sachmangels	77
1. Sachmangel bis zum 31. Dezember 2021	77
2. Sachmangel ab dem 1. Januar 2022	79
II. Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen eines Mangels	82

III. Beweislast für das Vorliegen eines Mangels bei Gefahrübergang	83
IV. Kein Gewährleistungsausschluss	86
1. Allgemeine Gewährleistungsausschlüsse	86
2. Der Ausschluss nach § 442 Abs. 1 BGB	87
B. Rechtsfolge	89
I. Dogmatik des Nacherfüllungsanspruchs	89
1. Vorrang der Nacherfüllung	89
2. Nacherfüllungsanspruch als modifizierter Erfüllungsanspruch	91
3. Verschuldensunabhängigkeit des Nacherfüllungsanspruchs	92
II. Wahlrecht des Käufers	92
III. Inhalt des Nacherfüllungsanspruchs	95
1. Anspruch auf Nachbesserung	95
2. Anspruch auf Nachlieferung	97
IV. Zeitraum und Art der Nacherfüllung	98
V. Ort der Nacherfüllung	100
1. Meinungstand in der Literatur und nationalen Rechtsprechung	100
2. Auffassung des BGH zur Vereinbarkeit mit der VerbrGK-RL	101
3. Entscheidung des EuGH zum Ort der Nacherfüllung	102
4. Bewertung	104
5. Ausblick	106
VI. Zurverfügungstellung zum Zweck der Nacherfüllung	107
1. Normverständnis	107
2. Pflicht des Käufers	109
§ 2. Die Kosten der Nacherfüllung nach § 439 Abs. 2 BGB	110
A. Regelungsgehalt	110
B. Erfasste Aufwendungen	113
C. Selbstvornahme der Mängelbeseitigung durch den Käufer	115
I. Kaufrechtliche Gewährleistungsrechte	115
II. Anwendung des § 326 Abs. 2 S. 2 BGB	117
III. Sonstige Ansprüche	119
IV. Ergebnis	120

§ 3. Die Aus- und Einbaufälle nach § 439 Abs. 3 BGB	121
A. Alte Gesetzeslage	121
I. Behandlung der Aus- und Einbaufälle vor der Schuldrechtsreform	121
II. Behandlung der Aus- und Einbaufälle nach der Schuldrechtsreform	122
1. Meinungsstand vor der Entscheidung des EuGH	123
a. Verschuldensunabhängige Nacherfüllungspflicht	123
b. Verschuldensabhängige Schadensersatzpflicht	124
c. Anspruchsgrundlage	126
2. „Weber/Putz“-Entscheidung des EuGH	127
a. Entscheidung	128
aa. Anspruch auf Aus- und Wiedereinbau oder Kostenerstattung	128
bb. Wahlrecht	129
b. Begründung	130
c. Kritik	132
3. Umsetzungsrechtsprechung des BGH	134
a. Umsetzung beim Verbrauchsgüterkauf	134
b. Umsetzung außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs	136
4. Ergebnis	139
B. Gesetzeslage ab 1. Januar 2018	139
I. Hintergrund der Neuregelung	139
II. Anwendungsbereich	143
1. Zeitlicher Anwendungsbereich	143
2. Persönlicher Anwendungsbereich	144
3. Sachlicher Anwendungsbereich	145
a. Sachkauf	145
b. Rechtskauf	146
III. Voraussetzungen des Anspruchs nach § 439 Abs. 3 S. 1 BGB	149
1. Im Rahmen der Nacherfüllung	149
2. Anwendung des § 439 Abs. 3 BGB ohne Nacherfüllung	150
a. Unmöglichkeit der Nacherfüllung	150
b. Rücktritt	152
3. Einbauen oder Anbringen in bzw. an eine andere Sache	155
a. Einbauen und Anbringen	156
b. Sonstige Veränderungen	158
aa. Verständnis nach den klassischen Auslegungsmethoden	158

bb.	Unionsrechtliche Erwägungen mit Blick auf die „Weber/Putz“-Rechtsprechung	160
cc.	Analoge Anwendung bei sonstigen Veränderungen	161
i.	Planwidrige Unvollständigkeit	162
ii.	Vergleichbare Interessenlage	166
iii.	Anwendungsbereich der Analogie	167
dd.	Grenze der analogen Anwendung	168
ee.	Zwischenergebnis	169
c.	Sonstige Veränderungen vor dem Hintergrund der Warenkauf-RL	170
4.	Art und Verwendungszweck der Sache	172
a.	Bestimmungsgemäßes Einbauen oder Anbringen	174
b.	Vereinbartes Einbauen oder Anbringen	174
aa.	Verständnis nach den klassischen Auslegungsmethoden	175
bb.	Unionsrechtliche Erwägungen	178
cc.	Folgerungen	178
5.	Gutgläubigkeit des Käufers	181
a.	Ausgeschlossene Ansprüche	181
b.	Kenntnis oder Kennenmüssen	183
c.	Vereinbarkeit mit den Vorgaben der VerbrGK-RL	184
d.	Vereinbarkeit mit den Vorgaben der Warenkauf-RL	185
e.	Untersuchungsobliegenheit des Käufers	188
aa.	Im Anwendungsbereich von § 442 Abs. 1 S. 2 BGB	188
bb.	Im Anwendungsbereich von § 439 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 442 Abs. 1 S. 2 BGB	189
cc.	Bei Kaufleuten	191
dd.	Ergebnis	191
f.	Anwendung von § 254 BGB	192
aa.	Anwendung von § 254 BGB neben § 439 Abs. 3 S. 2 BGB	192
bb.	Anwendung von § 254 BGB bei Mitverursachung des Mangels	194
i.	Anwendung bei § 439 Abs. 1 BGB	194
ii.	Anwendung bei § 439 Abs. 3 S. 1 BGB	196
iii.	Unionsrechtskonformität	199
iv.	Ergebnis	200

IV. Aufwendungsersatzanspruch des Käufers als Rechtsfolge	201
1. Begriff der Aufwendung	201
2. Erforderlichkeit der Aufwendungen	204
a. Unionsrechtskonformität des Merkmales	205
b. Bestimmung der Erforderlichkeit	206
c. Grundsätzlich keine Pflicht zur Eigenleistung durch den Käufer	207
d. Keine umfassende Pflicht zur Einholung von Angeboten	208
3. Eigenvergütungsanspruch des Käufers	210
a. Vergleich mit anderen Aufwendungsersatzansprüchen	210
b. Normativer Ansatzpunkt für einen Eigenvergütungsanspruch	212
c. Keine bloße Ersatzfähigkeit des entgangenen Gewinns	214
d. Anwendung von § 1835 Abs. 3 BGB?	214
e. Unionsrechtliche Erwägungen	215
f. Höhe des Eigenvergütungsanspruchs	216
4. Folgeschäden als erstattungsfähige Aufwendungen	218
a. Schäden in Folge eines nicht ordnungsgemäßen Aus- und Wiedereinbaus	218
aa. Schäden verursacht durch einen Dritten	219
i. Vorstellung des Gesetzgebers	219
ii. Gewährleistungsrechte gegen Drittunternehmer	220
iii. Bloß mittelbare Verursachung der Schäden	222
iv. Unionsrechtlicher Hintergrund des § 439 Abs. 3 BGB	224
v. Wirtschaftlicher Aspekt	224
vi. Zwischenergebnis	225
bb. Schäden verursacht durch den Käufer	225
b. Folgeschäden der Mangelhaftigkeit	225
c. Ergebnis	228
5. Verweigerung des Aufwendungsersatzanspruchs	228
V. Kostenvorschussanspruch des Käufers	230
1. Unionsrechtliche Vorgaben	231
2. Reichweite und Höhe des Anspruchs	232
3. Notwendigkeit der Mangelhaftigkeit	234
4. Verweigerung der Vorschusszahlung	236

5. Rückforderungsanspruch des Verkäufers	237
6. Kein Vorschussanspruch bei sonstigen Käufen	238
VI. Zusätzlicher Anspruch des Käufers auf Aus- und Einbau in natura?	240
1. Kein Wahlrecht des Verkäufers	240
2. Stattdessen Wahlrecht des Käufers?	243
a. Wortlaut	244
b. Historie	244
c. Systematik	246
d. Unionsrechtliche Vorgaben	247
aa. Notwendigkeit eines Wahlrechts nach dem EuGH?	247
bb. Vereinbarkeit mit den weiteren Vorgaben der VerbrGK-RL	249
cc. Vereinbarkeit mit der Warenkauf-RL	250
dd. Zwischenergebnis	251
e. Fehlende Anspruchsgrundlage	252
aa. Hintergrund	252
bb. Keine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung	253
cc. Unzulässigkeit der weiten Auslegung von § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB	254
dd. Wertungen der Warenkauf-RL	256
ee. Zwischenergebnis	257
f. Ergebnis	258
3. Praktische Erwägungen	259
a. Interessenlage in Drei-Personen-Konstellationen	259
aa. Schutz des Bestellers	259
bb. Berücksichtigung der verschiedenen Vertragsverhältnisse	260
cc. Weniger Folgefragen durch den originären Aufwendungsersatzanspruch	261
dd. Rechtssicherheit	263
ee. Zwischenergebnis	263
b. Interessenlage in Zwei-Personen-Konstellationen	263
aa. Privatsphäre des Käufers	264
bb. Organisationsaufwand	265
cc. Möglichkeit der Selbstvornahme	265
dd. Freie Wahl des Handwerkers	266
ee. Zwischenergebnis	266

c. Wirtschaftliche Aspekte	267
aa. Höhere Aus- und Einbaukosten durch den Aufwendungsersatzanspruch?	267
bb. Fehlende Kostenkontrolle und Abwälzung der Kosten auf den Käufer	269
cc. Zwischenergebnis	270
d. Aufspaltung des Nacherfüllungsvorgangs	270
e. Ergebnis	271
4. Möglichkeit der vertraglichen Abdingbarkeit und Ausgestaltung	272
a. Bei Verbrauchsgüterkäufen	273
aa. Vor Mitteilung des Mangels	274
bb. Nach Mitteilung des Mangels	275
b. Bei reinen Unternehmerngeschäften	276
aa. Individualvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten	277
bb. Formularmäßige Gestaltungsmöglichkeiten	278
i. Diskussion im Gesetzgebungsverfahren	279
ii. Indizwirkung mit der Folge der grundsätzlichen Unabdingbarkeit	281
iii. Unzulässigkeit der Vereinbarung eines Naturalanspruchs in AGB	285
cc. Gestaltungsspielräume durch Rechtswahl und Schiedsvereinbarungen	287
i. Rechtswahlklauseln	287
ii. Schiedsklausel	292
c. Bei reinen Verbrauchergeschäften	294
d. Zusammenfassung und Bewertung	295
VII. § 439 Abs. 3 S. 1 BGB in der Systematik des geltenden Mängelgewährleistungsrechts	297
1. Dogmatische Einordnung	297
2. Nacherfüllungsanspruch bleibt modifizierter Erfüllungsanspruch	300
3. Keine Durchbrechung des Rechts zur zweiten Andienung	301
4. Kein Bruch mit dem geltenden Leistungsstörungenrecht	303
a. Vereinbarkeit mit dem Verschuldensprinzip	304
b. Keine zwingende Einordnung als Schaden	306
c. Zuordnung zur Nacherfüllung aufgrund höherrangigen Rechts	308

5. Charakter des Kaufvertrages	309
6. Einordnung von Aus- und Einbaukosten im Rahmen des Schadensersatzes	311
a. Äquivalenz- oder Integritätsinteresse	311
b. Schadensersatzrechtliche Einordnung nach dem schadensphänomenologischen Ansatz	314
c. Schadensersatzrechtliche Einordnung nach der der zeitpunktbezogenen Abgrenzungsformel	315
d. Einordnung anhand der Charakteristika des Schadensersatzes statt der Leistung	316
aa. Fristsetzung	317
bb. Exklusivitätsanordnung	318
e. Zwischenergebnis	318
7. Ergebnis	319
§ 4. Die Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung nach § 439 Abs. 4 BGB	321
A. Allgemeines	321
B. Anwendungsbereich der absoluten Unverhältnismäßigkeit	322
C. Umfang der „unverhältnismäßigen Kosten“ i.S.v. § 439 Abs. 4 S. 1 BGB	326
D. Die Bestimmung der Unverhältnismäßigkeit	328
I. Relative Unverhältnismäßigkeit	328
1. Bestimmung der Kosten der jeweiligen Nacherfüllungsart	329
a. Kosten der Nachbesserung	329
b. Kosten der Lieferung einer mangelfreien Sache	330
2. Abwägung der Interessen	330
a. Besondere Relevanz der Kostendifferenz zwischen den Nacherfüllungsarten	331
b. Rückgriff auf andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile	332
c. Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und Bedeutung des Mangels	333
d. Vertretenmüssen als zusätzliches abwägungsrelevantes Kriterium	334
3. Grenzwerte	335

II. Absolute Unverhältnismäßigkeit	336
1. Einzelfallabwägung zur Bestimmung der absoluten Unverhältnismäßigkeit	336
2. Weitere zu berücksichtigende Umstände	339
3. Keine festen Grenzwerte	340
4. Höchstens Indizwerte	341
5. Reichweite des Leistungsverweigerungsrechts bei absoluter Unverhältnismäßigkeit	343
a. Alle Ansprüche nach § 439 Abs. 1 bis Abs. 3 BGB	343
b. Herabsetzung auf angemessenes Maß bei den Aus- und Einbaukosten?	343
c. Ergebnis	346
III. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung der Unverhältnismäßigkeit	346
1. Meinungsstand	346
2. Bewertung und eigene Auffassung	347
3. Unionsrechtskonformität	349
E. Abwendung des Leistungsverweigerungsrechts durch Kostenbeteiligung	350
F. Auswirkungen des § 439 Abs. 4 BGB auf den Schadensersatzanspruch	352
I. Grundsätzlicher Umfang des mangelbedingten kleinen Schadensersatzes statt der Leistung	352
II. Mögliche Auswirkungen auf den Schadensersatzanspruch	353
III. Bewertung der Auffassung des BGH	354
IV. Ergebnis	356
§ 5. Rückgewähr der Kaufsache und Nutzungsersatz nach § 439 Abs. 5 BGB	357
A. Rückgewähr nach § 439 Abs. 5 BGB	358
I. Rückgewähranspruch des Verkäufers	358
II. Rücknahmepflicht des Verkäufers	358
1. Rücknahmepflicht als Kehrseite der Abnahmepflicht	359
2. Zusammenspiel mit § 439 Abs. 3 BGB	360
3. Unionsrechtliche Vorgaben	362
4. Rücknahmepflicht ab 1. Januar 2022	363

B. Nutzungs- und Wertersatzpflicht des Käufers nach § 439 Abs. 5 BGB	364
I. Grundsatz	365
1. Keine teleologische Reduktion beim Nutzungsersatz	365
2. Kein Abzug „neu für alt“ anstelle des Nutzungsersatzes	366
3. Sonstige Wertersatzpflichten des Käufers	368
II. Verbrauchsgüterkauf	369
1. Vereinbarkeit des § 439 Abs. 5 BGB mit dem Unionsrecht	369
a. Auffassung des Gesetzgebers im Rahmen der Schuldrechtsreform	369
b. „Quelle“-Entscheidung des EuGH	369
c. Umsetzung der „Quelle“-Entscheidung	370
d. Vereinbarkeit mit der Warenkauf-RL	371
2. Rechtsfolgen des § 475 Abs. 3 S. 1 BGB	371
a. Herausgabe von Nutzungen in natura	371
b. Keine Wertersatzpflicht für gezogene Nutzungen	374
c. Sonstige Wertersatzpflichten des Verbrauchers	374
d. Berücksichtigung beim Leistungsverweigerungsrecht	375
e. Keine Anwendung beim Rücktritt	376
C. Rückgewähr und Nutzungsersatz bei der Nachbesserung	377
I. Grundsatz	377
1. Rückgewähr bei der Nachbesserung	377
2. Nutzungs- und Wertersatz bei der Nachbesserung	379
II. Verbrauchsgüterkauf	381
1. Rückgewähr bei der Nachbesserung	381
2. Nutzungs- und Wertersatz bei der Nachbesserung	381
4. Kapitel: Zusammenfassung	383
Literaturverzeichnis	395