

1. Kapitel Einführung

A. Einleitung

Die Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter¹ (im Folgenden „Verbrauchsgüterkaufrichtlinie“) ist am 7. Juli 1999 in Kraft getreten² und war von den Mitgliedstaaten bis zum 1. Januar 2002³ in nationales Recht umzusetzen. Gegenstand der Richtlinie ist die Harmonisierung der gesetzlichen Gewährleistungsregeln und der selbstständigen Garantien⁴ bei Kaufverträgen zwischen einem Unternehmer auf Verkäufer- und einem Verbraucher auf Käuferseite. Es sollte ein Mindestsockel an Verbraucherrechten in allen Mitgliedstaaten geschaffen werden.⁵ Mit Blick auf die Tatsache, dass der deutsche Gesetzgeber sich nicht für eine so genannte „1:1-Umsetzung“ entschieden, sondern das gesamte Schuldrecht modernisiert,⁶ dabei bestimmte in der Richtlinie geregelte Aspekte in den allgemeinen Teil des Schuldrechts eingefügt hat, stellt sich die Frage, inwieweit die deutsche Rechtsordnung den Richtlinienvorgaben im Einzelnen gerecht wird. Dies soll im Folgenden an ausgewählten Beispielen untersucht werden.

B. Problemstellung

Richtlinien sind „lediglich“ hinsichtlich ihres Ziels verbindlich. Sie sind vom jeweiligen Gesetzgeber in nationales Recht umzusetzen, wobei Form und Mittel der Umsetzung den Mitgliedstaaten überlassen sind. Mit Blick auf den dadurch eröffneten Spielraum des nationalen Gesetzgebers sind Unkorrektheiten gleichsam „vorprogrammiert“, die gegebenenfalls im Wege richtlinienkonformer Auslegung korrigiert werden können.⁷ Die Frage der Richtlinienkonformität des deutschen (Kauf-)Rechts stellt sich in vielerlei Hinsicht. So soll Art. 2 Abs. 2 lit. a) der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht umgesetzt worden sein, wonach das Verbrauchsgut „die Eigenschaften [...] besitzen muss, das der Verkäufer dem Verbraucher als Probe oder Muster vorgelegt hat“.⁸ Unklarheiten werden auch bei der Umsetzung von Art. 2 Abs. 2 lit. d) der Richtlinie be-

¹ ABl. EG Nr. L 171 vom 7.7.1999, S. 12-16.

² Vgl. Art. 13 der Richtlinie.

³ Art. 11 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie.

⁴ 2. bis 4. Erwägungsgrund der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie; vgl. auch *Leible*, in Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, Kapitel 9, Rn. 1.

⁵ 5. Erwägungsgrund der Richtlinie.

⁶ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, BGBl. I 2001, 3138 sowie Bekanntmachung der Neufassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, BGBl. I 2002, 42. Diese Vorgehensweise wird als so genannte „große Lösung“ bezeichnet; *Leible*, in Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, Kapitel 9, Rn. 2.

⁷ *Leible*, in Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, Kapitel 9, Rn. 32 m. w. N.

⁸ *Gsell*, JZ 2001, 65, 66; *Hoffmann*, ZRP 2001, 347, 348; a. A. *Staudinger/Matusche-Beckmann*, § 434, Rn. 38.

mängelt, da die Verweisung in § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB auf Satz 2 Nr. 2 unkorrekt sei.⁹ Des Weiteren sei § 323 Abs. 6, 1. HS BGB¹⁰ richtlinienwidrig, da die Rechte des Verbrauchers nach Art. 2 Abs. 3 a. E. der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nur dann ausgeschlossen sein dürften, „wenn die Vertragswidrigkeit auf den vom Verbraucher gelieferten Stoff zurückzuführen ist“.¹¹ Ebenfalls wird es als fehlerhaft angesehen, dem Verkäufer mehr als einen Nachbesserungsversuch zu gestatten, wie dies § 440 Satz 2 BGB vorsieht.¹² Sofern der Richtlinie die Vorgabe entnommen werden könne, dass der Verbraucher vom Verkäufer verschuldensunabhängig die Vertragskosten im Falle eines Rücktritts ersetzt verlangen kann, wird die Richtlinienkonformität ebenfalls in Zweifel gezogen.¹³

Schließlich wurde diskutiert, ob die Vorschrift des § 439 Abs. 4 BGB, die den Käufer im Falle einer Ersatzlieferung dazu verpflichtet, an den Verkäufer eine Vergütung für die Nutzung der zunächst gelieferten mangelhaften Kaufsache zu zahlen, mit den Richtlinienvorgaben vereinbar ist.¹⁴ Diese Frage hat der *Europäische Gerichtshof* inzwischen dahingehend beantwortet, dass Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie einer nationalen Regelung entgegensteht, die dem Verkäufer im Falle der Lieferung eines vertragswidrigen Verbrauchsgutes gestattet, vom Verbraucher Wertersatz für dessen Nutzung während der Zeit bis zum Austausch durch ein neues Verbrauchsgut zu verlangen.¹⁵ Der *Bundesgerichtshof* hat sodann entschieden, dass eine richtlinienkonforme Auslegung von § 439 Abs. 4 BGB mit Blick auf den eindeutigen Wortlaut der Vorschrift, die insbesondere auf § 347 BGB verweist, nicht in Betracht komme.¹⁶ Vielmehr sei eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion des § 439 Abs. 4 BGB vorzunehmen.¹⁷ Die hierfür erforderliche verdeckte Regelungslücke i. S. einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes sei vorhanden, weil der deutsche Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung zwar ausdrücklich seine Absicht bekundet habe, eine den Richtlinienvorgaben entsprechende Regelung zu schaffen, seine Annahme, § 439 Abs. 4 BGB sei richtlinienkonform, demgegenüber jedoch fehlerhaft ist.¹⁸

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung soll mit Blick auf die Vielzahl der in Betracht kommenden Umsetzungsfehler lediglich eine Auswahl von möglichen Unkor-

⁹ *Jorden/Lehmann*, JZ 2001, 952, 956.

¹⁰ § 323 Abs. 5, 1. HS RE.

¹¹ *Hoffmann*, ZRP 2001, 347, 350.

¹² *Jud*, JJZ 2001, 215, 218 f.; *Micklitz*, EuZW 1999, 485, 488.

¹³ *Hoffmann*, ZRP 2001, 347, 349 f.

¹⁴ Siehe hierzu *BGH*, Beschl. v. 16.8.2006, Az.: VIII ZR 200/05, NJW 2006, 3200 m. Anm. *Lorenz*, NJW 2006, 3202 f.; *Witt*, NJW 2006, 3322 ff.; zweifelnd schon *Hoffmann*, ZRP 2001, 347, 349, der allenfalls einen „Vorteilsausgleich“ in Betracht zieht; eingehend auch *Schulte-Nölke/Busch*, in: FS Canaris, S. 795 ff.

¹⁵ *EuGH*, Urt. v. 17.4.2008, Rs. C-404/06, NJW 2008, 1433 (Quelle AG).

¹⁶ *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, Az.: VIII ZR 200/05 (Quelle AG), NJW 2009, 427, 428.

¹⁷ *BGH* NJW 2009, 427, 429.

¹⁸ *BGH* NJW 2009, 427, 429.

rektheiten sein, die nicht nur theoretischer Natur sind, sondern auch und gerade in der juristischen Praxis eine erhebliche Rolle spielen werden.

C. Gang der Untersuchung

In den folgenden fünf Kapiteln soll anhand ausgewählter Beispielsfälle die Richtlinienkonformität des deutschen Kaufrechts untersucht werden, die jeweils nachstehendem Schema folgen: Es werden zunächst die Richtlinienvorgaben erörtert und sodann die entsprechende nationale Regelung dargestellt. Nach einer Gegenüberstellung der Regelungswerke sollen etwaige Abweichungen herausgearbeitet und Vorschläge zur Reparatur des nationalen Rechts unterbreitet werden.

Gegenstand der Untersuchung im 2. Kapitel ist die Frage, inwieweit privatautonome Vereinbarungen über Beschaffenheit und Verwendungszweck einer Kaufsache zulässig sind. Es soll erörtert werden, ob es den Kaufvertragsparteien gestattet ist, durch Parteiabreden einen etwa vom Gesetz vorgesehen Mindeststandard zu unterschreiten. Das 3. Kapitel behandelt die Frage, ob die positive Mengenabweichung als Vertragswidrigkeit bzw. Sachmangel zu qualifizieren ist und welche Rechtsfolgen sich für den Käufer eröffnen. Im 4. Kapitel wird erörtert, ob der Verkäufer deswegen zur Verweigerung beider Arten der Abhilfe bzw. Nacherfüllung berechtigt ist, weil diese jeweils mit außergewöhnlich hohen Kosten verbunden sind. Ob der Käufer nach Ablauf einer angemessenen Frist vom Kaufvertrag zurücktreten bzw. den Kaufpreis mindern kann, obwohl er dem Verkäufer zuvor nicht ausdrücklich eine Frist zur Mangelbeseitigung gesetzt hat, soll im 5. Kapitel untersucht werden. Im 6. Kapitel soll die Frage erörtert werden, ob der Käufer zum Rücktritt oder zur Minderung berechtigt ist, wenn der Verkäufer zwar letztlich erfolgreich etwaige Mängel behoben hat, die Mangelbeseitigung aber mit erheblichen Unannehmlichkeiten für den Käufer verbunden war. Das 7. Kapitel soll schließlich eine thesenförmige Zusammenfassung der Ergebnisse liefern.

Die im Rahmen der jeweiligen Auslegung vorhandenen rechtsvergleichenden Funde sind dem so genannten Consumer Law Compendium¹⁹ entnommen worden. Über die dortige Homepage sind auch die im Folgenden zitierten Gesetze nationaler Rechtsordnungen im Originalwortlaut (zum Teil mit Übersetzung) abrufbar.

D. Methodische Vorüberlegungen

Um den konkreten Regelungsgegenstand der in den folgenden Kapiteln behandelten nationalen und gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften feststellen zu können, ist vorab zu klären, auf welche Art und Weise generell der Bedeutungsgehalt einer Rechtsnorm zu ermitteln ist. Insoweit ist es Ziel der Auslegung, in einem konkreten Zusammenhang den Sinn einer Rechtsnorm oder eines Tatbestandsmerkmals herauszuarbeiten und so einen Sachverhalt rechtlich zu beurteilen.²⁰

¹⁹ <http://www.eu-consumer-law.org/>

²⁰ *Larenz/Canaris, Methodenlehre*, S. 26.

Bei der Auslegung von nationalem Recht steht dem Rechtsanwender zunächst ein Kanon von vier Auslegungskriterien zur Verfügung.²¹ Hierbei handelt es sich um die „klassischen“ Kriterien, namentlich die grammatische, die systematische, die historische und die teleologische Auslegung.²² Die Auslegungskriterien beruhen auf der Lehre von *Savigny*²³ und sind trotz zwischenzeitlicher Modifizierung, Fortentwicklung und Kritik noch immer Grundlage der juristischen Methodenlehre.

Das Gemeinschaftsrecht nimmt insofern erheblichen Einfluss auf die nationale Rechtsanwendung, als eine Vorschrift des nationalen Rechts so auszulegen ist, dass sie im Einklang mit den Vorgaben einer gemäß Art. 249 Abs. 3 EGV erlassenen Richtlinie steht.²⁴ Dies setzt freilich voraus, dass in einem vorhergehenden Schritt die Bedeutung und der Inhalt der entsprechenden Richtlinienvorgabe exakt bestimmt werden müssen.²⁵ Die Aufgabe der richtlinienkonformen Auslegung besteht folglich darin, den zuvor ermittelten Sinn und Zweck der Richtlinie zur Anwendung zu bringen, damit die Herstellung eines gemeinschaftsgemäßen Zustands möglich ist.²⁶ Bedeutung erlangt die richtlinienkonforme Auslegung im Verhältnis zwischen Privatrechtssubjekten insbesondere deshalb, weil die Richtlinie – anders als die Verordnung – hier keine unmittelbare Wirkung entfaltet²⁷ und lediglich hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich ist.²⁸

Eine Vielzahl von Einzelfragen im Zusammenhang mit der richtlinienkonformen Auslegung ist in Rechtsprechung und Literatur nach wie vor umstritten. Nicht abschließend geklärt ist, welche Rechtsnormen der richtlinienkonformen Auslegung unterliegen. Nationale Vorschriften, die zum Zwecke der Umsetzung einer Richtlinie erlassen worden sind und in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen (so genanntes Umsetzungsrecht), sind unstreitig richtlinienkonform auszulegen.²⁹ Ob aber auch Vor-

²¹ *Grundmann*, JuS 2001, 525, 525 f.

²² *Lutter*, JZ 1992, 593, 595 f.; *Saueressig*, Jura, 2005, 525, 526; *Zippelius*, Methodenlehre, S. 42 ff.

²³ *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, S. 213 ff.

²⁴ *Ehrliche*, RabelsZ 59 (1995), 598, 603; *Heiderhoff*, Gemeinschaftsprivatrecht, S. 52.

²⁵ *Gebauer*, in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss, Kapitel 3, Rn. 17 und 19.

²⁶ *Franzen*, Privatrechtsangleichung, S. 291; *Heinz/Seltenreich*, ZLR 1998, 611, 617.

²⁷ *EuGH*, Slg. 1986, S. 723 (Marshall), 749, Rn. 48; Slg. 1994, S. I-3325 (Faccini Dori), 3356, Rn. 24; Slg. 1996, S. I-1281 (El Corte Inglés), 1303 f., Rn. 15 ff; *Hetmeier*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Art. 249 EGV, Rn. 10; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 249, Rn. 73 ff.; *Herlinghaus*, Bedeutung und Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung, S. 19; *Köhne*, Richtlinienkonforme Auslegung, S. 24; *Pfeiffer*, in: Hohloch (Hrsg.), Richtlinien der EU, S. 9, 20 f.; *Rörig*, Direktwirkung, S. 49 ff.; zu arbeitsrechtlichen Besonderheiten vgl. *Wöhlermann*, Richtlinienkonforme Auslegung, S. 102 ff. Allenfalls im Vertikalverhältnis Bürger-Staat kann sich der Bürger unter bestimmten Voraussetzungen unmittelbar auf die Richtlinie berufen; hierzu *EuGH*, Slg. 1982, S. 53 (Becker), 71, Rn. 25; Slg. 1987, S. 3969 (Kolpinghuis Nijmegen), 3985, Rn. 7.

²⁸ *Hetmeier*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Art. 249 EGV, Rn. 10; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 249, Rn. 45; *Herlinghaus*, Bedeutung und Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung, S. 19; *Köhne*, Richtlinienkonforme Auslegung, S. 24.

²⁹ Siehe hierzu nur *EuGH*, Slg. 1984, S. 1891 (von Colson und Kamann), 1909, Rn. 28; *Gebauer*, in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss, Kapitel 3, Rn. 20.

schriften, die über die Vorgaben einer Richtlinie hinausgehen (Hybridnormen)³⁰ ebenfalls richtlinienkonform auszulegen sind, ist äußerst umstritten.³¹

Ferner ist bislang nicht abschließend geklärt, in welchem Umfang die Gerichte zur richtlinienkonformen Auslegung verpflichtet sind und wo deren Grenzen – insbesondere im Verhältnis zum Rechtsinstitut der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung³² – zu ziehen sind.³³ Nach der Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofes* ist das nationale Gericht zur „vollen Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt“, verpflichtet.³⁴ Im Übrigen ist das nationale Recht sowohl dann richtlinienkonform auszulegen, wenn der nationale Gesetzgeber die Richtlinie korrekt umsetzen wollte, als auch dann, wenn er nicht ausdrücklich eine andere Regelung treffen wollte.³⁵ Weder Wortlaut³⁶ noch Systematik oder Teleologie³⁷ des natio-

³⁰ AnwKomm/Pfeiffer, Art. 11 Kauf-RL, Rn. 6; ders., ZGS 2002, 23, 26; Dörner, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), Schuldrechtsreform, S. 177, 183.

³¹ Für eine richtlinienkonforme Auslegung im Falle der Ausweitung des Anwendungsbereichs von Richtlinientransformationsvorschriften BGH NJW 2002, 1881, 1884; zustimmend Gebauer, in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss, Kapitel 3, Rn. 23; a. A. Canaris, in: FS Bydliniski, S. 47, 74, der lediglich eine „Ausstrahlungswirkung auf das richtlinienfreie Recht“ für möglich hält; speziell zur Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie AnwKomm/Pfeiffer, Art. 11 Kauf-RL, Rn. 6; Erman/Grunewald, Vor § 433, Rn. 36; Palandt/Heinrichs, Einleitung, Rn. 44; Schmidt, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, Vor §§ 433 ff, Rn. 12, 16 f.; Buck, in: Westermann (Hrsg.), Schuldrecht, S. 144; Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, Rn. 832; ausführlich Jordan, Verbrauchergarantien, S. 306 ff.; Berger, JZ 2004, 276, 278; zur richtlinienkonformen Auslegung von § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB Faust, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), § 437, Rn. 19; MünchKomm/Lorenz, Vor § 474, Rn. 20; Soergel/Gsell, § 323, Rn. 85; Canaris, Schuldrechtsreform 2002, S. XXVI; Mayer/Schürnbrand, JZ 2004, 545, 546 ff.; zur „quasi-richtlinienkonformen Auslegung“ vgl. Hommelhoff, FS BGH Band 2, S. 889, 915 f.; Pfeiffer, ZGS 2002, 23, 26; MünchKomm/Lorenz, Vor § 474, Rn. 4; zur Frage der richtlinienkonformen Auslegung von Vorschriften, die im Falle der so genannten Minimumrichtlinie inhaltlich über deren Vorgaben hinausgehen Heiderhoff, Gemeinschaftsprivatrecht, S. 56.

³² Nach Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 232 und Gebauer, in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss, Kapitel 3, Rn. 38 ist die Grenze zur Rechtsfortbildung überschritten, sofern sich der Rechtsanwender jenseits des möglichen Wortsinns eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals bewegt. Voraussetzung der Zulässigkeit der Rechtsfortbildung soll eine „Lücke“ in Form einer „planwidrigen Unvollständigkeit“ im Gesetz sein; hierzu Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 191 ff.; Canaris, in: FS Byliniski, S. 47, ... 82 m. w. N.

³³ Hierzu Canaris, in: FS Byliniski, S. 47, 48 und 95 f. zur verfassungsrechtlichen Grenze; ders., JZ 2003, 831 ff.; Schulte-Nölke/Busch, in: FS Canaris, S. 795 ff.; Piepenbrock/Schulze, WM 2002, 521, 523 ff.; nach Canaris, in: FS Byliniski, S. 47, 92 sowie Gebauer, in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss, Kapitel 3, Rn. 43 und Franzen, JZ 2003, 321, 330 sind der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung dort Grenzen gesetzt, wo sowohl der eindeutige Wortlaut als auch der eindeutig ermittelbare Zweck des nationalen Gesetzes dem Ziel der Richtlinie entgegenstehen.

³⁴ EuGH, Slg. 1984, S. 1891 (von Kolson und Kamann), 1909, Rn. 26; Slg. 1984, S. 1921 (Harz), 1942, Rn. 26.

³⁵ EuGH, Slg. 1984, S. 1891 (von Kolson und Kamann), 1909, Rn. 28; Slg. 1984, S. 1921 (Harz), 1942 f., Rn. 28.

³⁶ So aber Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 324; Gebauer, in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss, Kapitel 3, Rn. 38; Menzel, in: Paschke/Iliopoulos (Hrsg.), Europäisches Privatrecht, S. 57, 72; Roth, FS BGH Band 2, S. 847, 876; Ehrlicke, RabelsZ 59 (1995), 598, 610

nalen Rechts bilden hiernach eine Grenze der richtlinienkonformen Auslegung,³⁸ wohl aber ein ausdrücklich abweichender Wille des nationalen Gesetzgebers.³⁹

Derartige Grundsatzfragen sollen nicht Gegenstand dieser Untersuchung sein. Sofern es im Rahmen der Erörterung einer der nachfolgenden Fallgestaltungen darauf ankommen sollte, wird die entsprechende Frage im unmittelbaren Zusammenhang mit dem konkreten Beispielsfall behandelt werden.

(Fn. 39) m. w. N.; *Heinz/Seltenreich*, ZLR 1998, 611, 616; *Saueressig*, Jura 2005, 525, 526; *Spetzler*, RIW 1991, 579, 581 f.; einschränkend *Canaris*, in: FS Bydlinski, S. 47, 92, der eine Auslegung gegen Wortlaut und Gesetzeszweck für unzulässig erachtet.

³⁷ So aber *Gellermann*, Beeinflussung durch Richtlinien, S. 108; *Zippelius*, Methodenlehre, S. 51 f.; *Ehricke*, RabelsZ 59 (1995), 598, 635; *Heinz/Seltenreich*, ZLR 1998, 611, 617; *Jarass*, EuR 1991, 211, 218; *Langenfeld*, DÖV 1992, 955, 965; *Saueressig*, Jura 2005, 525, 530.

³⁸ *Grundmann*, in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), EU-Kaufrechts-Richtlinie, Einl., Rn. 53; *Doehner*, Schuldrechtsreform, S. 92 f.

³⁹ Vgl. in diesem Zusammenhang zur Frage der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung *EuGH*, Urt. v. 17.4.2008, Rs. C-404/06, NJW 2008, 1433 (Quelle AG); *BGH*, Urt. v. 26.11.2008, Az.: VIII ZR 200/05, NJW 2009, 427 (Quelle AG); zum Verbot des contra legem-Judizierens *Canaris*, in: FS Bylinski, S. 47, 92 m. w. N.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 250 f.; *Lorenz*, NJW 2006, 3202, 3203.