

Die Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung (§ 439 Abs. 4 BGB)

Ein Prüfungsschema anhand der Kriterien des Bundesgerichtshofs, mit Exkursen in die Rechtsprechung zum Dieselabgasskandal

Von Dr. Dr. Hanjo Hamann, Cand. iur. Fabian Iwanczik, Bonn/Mannheim*

I. Einleitung

Dem Gesetz mit der juris-Abkürzung BauVtrRRRefuaG verdanken wir weitreichende Änderungen des Besonderen Schuldrechts. Darunter auch überfällige Anpassungen des Kaufrechts an europarechtliche Vorgaben.¹ Anlass und Inhalt der Reform gehören zum unverzichtbaren Pflichtstoff für Examenskandidaten und werfen anspruchsvolle neue Probleme auf, die noch einige Generationen von Studierenden beschäftigen werden. Das wurde andernorts schon ausführlich dargestellt² und bedarf hier keiner Wiederholung.

Unser Blick fällt vielmehr zurück auf das, was unverändert geblieben ist. Oder beinahe unverändert. Denn die Vorschrift, um die es hier geht, wurde zwar unnummeriert (von § 439 Abs. 3 in § 439 Abs. 4 BGB) und hat durch Änderung an anderer Stelle (§ 475 Abs. 4 BGB) einen Teil ihres Anwendungsbereichs eingebüßt.³ Ihr wesentlicher Gehalt jedoch wurde nicht angetastet. Er lautet bereits seit dem 1.1.2002:

„Der Verkäufer kann die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung unbeschadet des § 275 Abs. 2 und 3 verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist.

Dabei sind insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte.

Der Anspruch des Käufers beschränkt sich in diesem Fall auf die andere Art der Nacherfüllung; das Recht des Verkäufers, auch diese unter den Voraussetzungen des Satzes 1 zu verweigern, bleibt unberührt.“

Diese Vorschrift ist schon länger von hoher Examensrelevanz,⁴ kam aber durch jüngste Ereignisse zu besonderer Prominenz: Unzählige vom sog. Abgasskandal betroffene Fahrzeugkäufer

verlangen derzeit von Herstellern und Zwischenhändlern die Lieferung von unmanipulierten Neuwagen; die Beklagten verweigern das durchweg nach § 439 Abs. 4 BGB, weil die Nachbesserung durch Software-Updates viel günstiger sei. Mittlerweile ist eine dreistellige Zahl von Fällen gerichtlich entschieden.⁵ Eine kursorische Lektüre ergibt aber, dass die Parteien fast immer dieselben Argumente (in fast identischen Textbausteinen) wechseln, die im Folgenden an den passenden Stellen – markiert als „Abgasskandal (Exkurs)“ – angesprochen werden.⁶

Vorrangig soll es hier aber um den „Normalfall“ des § 439 Abs. 4 BGB abseits der Abgasfälle gehen – schon er ist wegen der Generalklauseln dieser Vorschrift („unverhältnismäßige Kosten“, „Bedeutung“, „erhebliche Nachteile“) in der Anwendung keineswegs trivial:

„Die Anwendung des § 439 Abs. 3 wirft angesichts der unbestimmten, auf die Umstände des Einzelfalls abstellenden Formulierung des Gesetzes erhebliche Probleme auf, die von einer Lösung noch weit entfernt sind.“⁷

Um diese Probleme zu illustrieren, soll ein Beispielfall mit vier Varianten (II.) nach methodischen Vorüberlegungen (III.) mittels der gesetzlichen Kriterien in ihrer höchstrichterlichen Ausdeutung gelöst werden (IV.). Ein zusammenfassendes Prüfungsschema rundet den Beitrag ab (V.).

II. Beispielfall

1. Grundfall

Gemischtwarenhändler Knuth Kaufrich (K) entdeckt im Ladengeschäft der Verschiedenste Verrücktheiten GmbH (V) einen brandneuen und gerade aus Molwanien importierten MacGuffin, dessen Preisschild auf 8 Bitcoin lautet. Weil K erkennt, dass er für einen fabrikneuen MacGuffin in Deutschland 10 Bitcoin erzielen kann, kauft er ihn sofort. Kurz darauf stellt er jedoch fest, dass bei der Montage des MacGuffin ein Fehler unterlaufen ist, der seinen Wert auf 7 Bitcoin verringert. K erfährt von V, dass neue MacGuffins weiterhin für 8 Bitcoin lieferbar sind, eine fachgerechte Reparatur allerdings 11 Bitcoin kosten würde.

2. Fallvariante 1

K verlangt die Reparatur, weil er nicht auf die neue Lieferung aus Molwanien warten möchte.

⁵ Juris verzeichnet allein zwischen 1.1.2017 und 1.7.2018 im Rechtsprechungsmodul 119 Suchtreffer mit der Norm § 439 BGB und dem Stichwort „Abgas*“. Für denselben Zeitraum sind nur neun Entscheidungen ohne das Stichwort „Abgas*“ zu § 439 BGB verzeichnet.

⁶ Ausführlichere Prüfung als hier bei *Bach*, ZJS 2016, 714.

⁷ *Emmerich*, Schuldrecht BT, 14. Aufl. 2015, § 5 Rn. 15.

* Dr. Dr. Hanjo Hamann ist Lehrbeauftragter im Examensrepetitorium (Rep²) der Universität Mannheim, auf dem dieser Beitrag beruht, und Habilitand (Senior Research Fellow) am Max-Planck-Institut für Gemeinschaftsgüter in Bonn. Fabian Iwanczik ist dort Stud. Mitarbeiter.

¹ Siehe die Synopse bei *Artz/Pielsticker*, ZJS 2018, 736 ff.

² *Faust*, ZfP 2017, 250; *Picht*, JZ 2017, 807; *Isikay*, ZJS 2018, 1; *Lorenz*, JuS 2018, 10; *Thon*, JuS 2018, 1150; *Markworth*, Jura 2018, 1; *Schmitt*, Jura 2018, 431; *Looschelders*, JA 2018, 81; *Höpfner/Fallmann*, NJW 2017, 3745; *Nietsch/Osmanovic*, NJW 2018, 1.

³ Danach gilt § 439 Abs. 4 S. 3 BGB nicht mehr für Verbrauchsgüterkäufe, was freilich bisher schon richterrechtlich unzweifelhaft war: BGHZ 192, 148.

⁴ In Baden-Württemberg bspw. tauchte sie in drei von insgesamt 42 zivilrechtlichen Examensklausuren in den Jahren 2009–2015 auf, davon zweimal als Prüfungsschwerpunkt.

3. Fallvariante 2

K verlangt die Lieferung eines neuen MacGuffin, weil er sich mit einem reparierten nicht zufriedengeben möchte.

4. Fallvariante 3

Hamburger Hipster bezahlen vorübergehend 15 Bitcoin für einen MacGuffin. K verlangt die Reparatur seiner Kaufsache, um sie zügig abzusetzen.

5. Fallvariante 4

Ein Mitarbeiter des V hatte den wertmindernden Defekt herbeigeführt, um seinem Chef eins auszuwischen. K verlangt die Reparatur seiner Kaufsache.

6. Fallfrage

V lehnt das Ansinnen von K jeweils ab.

Wie ist die Rechtslage?

III. Vorüberlegungen

Der Fall ist weitgehend trivial und wirft nur ein Problem auf:

K hat mit V den Austausch eines MacGuffin gegen acht Bitcoin vereinbart, was entweder als Kaufvertrag mit vereinbarter Alternativwährung (§ 433 BGB) oder als Tauschvertrag (§ 480 BGB) zu qualifizieren ist, jedenfalls aber wegen § 480 BGB zur Anwendbarkeit der §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB führt. Nach dieser Vorschrift hat K einen Anspruch auf Nacherfüllung, weil der MacGuffin im Zeitpunkt des Gefahrübergangs durch Übergabe (§ 446 S. 1 BGB) eine für Sachen dieser Art unübliche Beschaffenheit aufwies, mithin mangelhaft war, § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB. Die von K gem. § 439 Abs. 1 BGB gewählte Nacherfüllungsart (unterschiedlich je nach Fallvariante) kann V nach § 439 Abs. 4 S. 1 BGB verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Weil V und K beide als Unternehmer im Sinne von § 14 BGB tätig geworden sind, mithin kein Ausschluss nach § 475 Abs. 4 S. 1 BGB in Frage kommt, könnte V wegen § 439 Abs. 4 S. 3 Hs. 2 BGB auch beide Nacherfüllungsarten verweigern.

Folglich hat K in allen Fallvarianten nur dann einen durchsetzbaren Anspruch auf die gewählte Art der Nacherfüllung, wenn V sie nicht zu Recht verweigert hat. V hat sie dann zu Recht verweigert, wenn ihre Kosten unverhältnismäßig sind. Ob das der Fall ist, richtet sich nach § 439 Abs. 4 S. 1 BGB. Zu dessen Auslegung folgende Vorüberlegungen.

1. Wortlaut, Systematik, Historie und Regelungszweck

Der bereits zitierte Wortlaut des § 439 Abs. 4 BGB lehnt sich im ersten Satz an eine frühere Vorschrift im Werkvertragsrecht an (§ 633 Abs. 2 S. 2 BGB von 1900: „Der Unternehmer ist berechtigt, die Beseitigung zu verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert.“),⁸ während der Kriterienkatalog des § 439 Abs. 4 S. 2 BGB weitgehend

aus Art. 3 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie⁹ übernommen wurde, also europarechtlich überformt ist.¹⁰

Systematisch begründet die Vorschrift eine Einrede des zur Nacherfüllung verpflichteten Verkäufers,¹¹ ist gedanklich also auf der Prüfungsstufe „Anspruch durchsetzbar?“ zu verorten.¹² Sie besteht strukturell aus drei Sätzen: Einem konditional formulierten Tatbestand unter Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs „unverhältnismäßige Kosten“, einem Definitionssatz, der den unbestimmten Rechtsbegriff durch Nennung dreier Regelbeispiele („insbesondere“) konkretisiert, und einer klarstellenden Erläuterung der Rechtsfolge in den beiden Halbsätzen des dritten Satzes.

Diese Verkäufereinrede war als Ausgleich dafür gedacht, dass der Käufer, der bis zur Schuldrechtsmodernisierung nur Ersatzlieferung – und nur bei Gattungskäufen – verlangen konnte, nunmehr einen weitreichenden Anspruch auf Nacherfüllung nach seiner Wahl erhielt. Mit diesem Nacherfüllungsanspruch wollte der Reformgesetzgeber das BGB an das „Rechtsempfinden der Kaufvertragsparteien“ anpassen,¹³ sah aber zugleich Missbrauchsrisiken voraus: Um den Verkäufer vor „schikanösen Verlangen von Nachlieferung“ zu bewahren, wenn eine Reparatur „mit einfachsten Mitteln einwandfrei zu bewirken“ wäre,¹⁴ wurde als Gegenpol zum Nacherfüllungsrecht des Käufers die Unverhältnismäßigkeitseinrede des Verkäufers geschaffen.

Die Einrede des § 439 Abs. 4 BGB ist folglich ein Spezialfall des Schikaneverbots (§ 226 BGB)¹⁵ und damit ganz allgemein von Treu und Glauben (§ 242 BGB).¹⁶ Zugleich handelt es sich aber auch um eine „besondere Ausprägung“ der (wirtschaftlichen) Unmöglichkeitseinrede mit einer „niedrigeren Schwelle“ zur Geltendmachung als die Einrede nach § 275 Abs. 2 BGB,¹⁷ die sie deshalb im Bereich der Nach-

⁹ RL 1999/44/EG, im Folgenden VerbrGKRL.

¹⁰ Soweit sich also im Sachverhalt Hinweise auf bestimmte Zwecke der VerbrGKRL finden, sollten Bearbeiter immer auch europarechtskonform auslegen.

¹¹ Das ist praktisch einhellige Ansicht, allein *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 77. Aufl. 2018, § 439 Rn. 16 spricht von einem „Gestaltungsrechtsgeschäft“.

¹² Dazu aber noch unten bei Fn. 71.

¹³ BT-Drs. 14/6040, S. 220.

¹⁴ BT-Drs. 14/6040, S. 231.

¹⁵ *Bachmann*, AcP 211 (2011), 395 (417: „besondere Ausprägung des Schikaneverbots [§ 226 BGB]“) sowie *Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2017, Rn. 187 („Sonderfall des Schikaneverbots nach § 226“), beide mit Verweis auf *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2014, § 439 Rn. 105 („spezialgesetzliche, auf etwas niedrigerem Niveau angesiedelte Ausprägung des Schikaneverbotes [§ 226]“).

¹⁶ *Brox/Walker*, Schuldrecht BT, 42. Aufl. 2018, § 4 Rn. 45: „eine besondere Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben“.

¹⁷ BT-Drs. 14/6040, S. 232: „eine besondere Ausprägung dieses allgemeinen Rechtsgedankens“ von „Ausnahmefällen, die wertungsmäßig der Unmöglichkeit in § 275 Abs. 1 RE nahe kommen“; darauf verweist *Bachmann*, AcP 211 (2011),

⁸ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 232 mit Verweis auf § 633 Abs. 2 S. 3 BGB in der Fassung von 2001.

erfüllung praktisch verdrängt. Das wird im abschließenden Prüfungsschema (unten V.) noch deutlicher.

2. Was gehört in die Unverhältnismäßigkeitsprüfung?

Der Kriterienkatalog des § 439 Abs. 4 S. 2 BGB nennt drei Prüfkriterien: (1) den Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, (2) die Bedeutung des Mangels und (3) die Möglichkeit, auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückzugreifen. Bevor der Gehalt dieser Kriterien konkretisiert wird (unten IV.), sei der Blick zunächst auf das Wort gerichtet, das den Kriterien vorangeht: „insbesondere“.

Aus diesem Wort lässt sich zwanglos schließen, dass neben den drei genannten auch noch weitere Kriterien relevant sein können. Die Rechtspraxis folgert deshalb überwiegend, dass alle denkbaren Situationsfaktoren in einer „umfassenden Würdigung der Umstände des Einzelfalls“ für § 439 Abs. 4 BGB relevant werden können.¹⁸ Dieser Schluss ist jedoch vor-eilig: In die Abwägung können natürlich nur Umstände eingehen, für die der Anwendungsbereich des § 439 Abs. 4 BGB überhaupt eröffnet ist. Insoweit erläutern einige Literaturstimmen zu Recht:

„Der Käufer kann nicht auf eine andere Art der Nacherfüllung verwiesen werden, wenn diese den Mangel nicht vollständig beseitigt. Bei der Frage ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte, geht es vielmehr um [...] sonstige Beeinträchtigungen.“¹⁹

Das bedeutet also, dass § 439 Abs. 4 BGB gerade keine umfassende Gesamtabwägung aller Einzelfallumstände verlangt, sondern lediglich einen Vergleich der aufgrund der Umstände bereits als erfüllungstauglich festgestellten Nach-

395 (418): „kaufrechtliche Ausprägung des in § 275 Abs. 2 BGB zum Ausdruck gelangten allgemeinen Rechtsgedankens“; ähnlich *Kirsten*, ZGS 2005, 66 (68) für die „absolute“ Unverhältnismäßigkeit als „einen weiteren Sonderfall neben § 275 Abs. 2 BGB von (wirtschaftlicher) Unmöglichkeit“.

¹⁸ BGHZ 200, 350; *Weidenkaff* (Fn. 11), § 439 Rn. 16a; *Berger*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2018, § 439 Rn. 21 f.; ähnlich *Brox/Walker* (Fn. 16), § 4 Rn. 45: „im Rahmen einer Interessenabwägung alle Umstände des Einzelfalls“ *Saenger*, in: Schulze u.a., Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2017, § 439 Rn. 5: „stets eine umfassende Beurteilung“; restriktiver vielleicht (!) *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 439 Rn. 22: „§ 439 Abs. 3 [fordert] eine umfassende Würdigung der dort genannten Umstände“ (*Hervorhebung durch die Verf.*).

¹⁹ *Tiedtke/Schmitt*, 40 Probleme aus dem Kaufrecht, 2005, S. 129; *Faust*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 46. Ed., Stand: 1.5.2018, § 439 Rn. 59: „Der Verkäufer darf den Käufer ohnehin nur dann auf die nicht gewählte Art der Nacherfüllung verweisen, wenn diese den Mangel vollständig beseitigt.“; ebenso schon *Kirsten*, ZGS 2005, 66 (72); ähnlich *Grunewald*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2017, § 439 Rn. 17: dass „auf jeden Fall nur eine Nacherfüllung in Frage kommt, die zur vollständigen Beseitigung des Mangels führt“.

erfüllungsarten anhand konkreter weiterer Kriterien – die durch die Vorschrift nicht abschließend vorgegeben sind.

Zur Illustration wandeln wir den oben genannten Ausgangsfall für einen Moment ab: V teilt K mit, dass die Reparatur leider sechs Monate dauern und der MacGuffin auch nicht mehr wie neu aussehen werde. Weil eine Neulieferung sofort möglich wäre, verlangt K die Lieferung eines neuen MacGuffin.

In dieser Abwandlung mag zwar die Dauer der Reparatur („6 Monate“) im Vergleich zur Neulieferung („sofort“) als Kriterium für die Unverhältnismäßigkeit dienen, weil sie dem Käufer „erhebliche Nachteile“ bereitet. Die Reparaturbegleitschäden hingegen sind nicht bloß „Nachteile“ im Sinne der Vorschrift, sondern schließen ihre Anwendbarkeit von vornherein aus: Eine Reparatur, die die als neu gekaufte Sache nicht in neuwertigen Zustand versetzt, ist keine taugliche Nachbesserung im Sinne von § 439 Abs. 4 BGB und scheidet deshalb wegen Unmöglichkeit der Nachbesserung schon nach § 275 Abs. 1 BGB aus. Mithin bedürfte es in dieser Abwandlung keines Vergleichs zwischen den Nacherfüllungsarten, sondern lediglich einer Prüfung, ob die allein mögliche Nachlieferung unter Berücksichtigung des mangelfreien Werts und der Mangelbedeutung unverhältnismäßige Kosten verursacht.

Zum Abgasskandal (Exkurs): Ähnlich verhielt es sich in vielen Abgasfällen, soweit sich Gerichte überzeugen ließen, dass die vom Verkäufer bevorzugte Nachbesserung (durch Softwareupdate) zu schnellerem Motorenverschleiß führte. Auch der von Gerichten oft in die Abwägung eingestellte merkantile Minderwert des nachgebesserten Dieselfahrzeugs führt eigentlich von vornherein zur Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) und nicht bloß zur Unverhältnismäßigkeit (§ 439 Abs. 4 BGB) der Nachbesserung.²⁰

Studierende sollten also vermeiden, vorschnell in eine unstrukturierte „Abwägung aller Umstände“ im Rahmen des § 439 Abs. 4 BGB einzutreten, und stattdessen zwischen denjenigen Umständen differenzieren, die die Erfüllungstauglichkeit aufheben, und solchen, die „nur“ erhebliche Nachteile bereiten. Allein letztere lassen sich unter § 439 Abs. 4 BGB subsumieren – beispielsweise:

„lang andauernder Ausfall der Benutzbarkeit der Kaufsache, mit der Nachbesserung verbundene Beseitigung von Folgeschäden an der Kaufsache, Kaufsache schon an die Bedürfnisse des Käufers angepasst, erheblichen Schmutz verursachende Reparatur im Haus des Käufers“.²¹

3. Zwei Varianten des Prüfungsaufbaus

Ist damit geklärt, dass nur gewisse (wenn auch nicht abschließend bestimmte) Kriterien relevant sein können, stellt sich die Frage nach der Reihenfolge ihrer Prüfung. Im Grun-

²⁰ Vgl. *Faust* (Fn. 19), § 439 Rn. 59: „Verbleibt [...] trotz ordnungsgemäßer Reparatur ein merkantiler Minderwert, muss sich der Käufer nicht mit Nachbesserung zufriedengeben.“; zust. *Kirsten*, ZGS 2005, 66 (72).

²¹ *Grunewald* (Fn. 19), § 439 Rn. 17.

de stehen die Prüfkriterien des § 439 Abs. 4 S. 2 BGB gleichrangig nebeneinander, können also in beliebiger Reihenfolge geprüft werden. Es ist auch kein Fall vorstellbar, in dem die Prüfungsreihenfolge einen Unterschied im Ergebnis begründet. Gleichwohl sollte man sich für einen Prüfungsaufbau entscheiden, um keinen prüfungsrelevanten Aspekt zu übersehen, der eigenen Prüfung eine logische Kohärenz zu unterlegen und Inzidentprüfungen zu vermeiden.²² Denkbar und in der Literatur prominent vertreten sind zwei Arten, die Prüfung aufzubauen:

Die eine vergleicht zunächst die beiden Nacherfüllungsarten miteinander (§ 439 Abs. 2 S. 2 Alt. 3 BGB) und legt – weil es für den Käufer „oftmals gleichgültig sein“ solle, „wie nacherfüllt wird“ – einen verkäuferfreundlichen Maßstab an die Unverhältnismäßigkeit an.²³ Stellt sich eine der Nacherfüllungsarten als unverhältnismäßig heraus, wird die verbliebene Nacherfüllungsart an den Kriterien „Wert im mangelfreien Zustand“ und „Bedeutung des Mangels“ (§ 439 Abs. 4 S. 2 Alt. 1, 2 BGB) gemessen – nun allerdings mit einem strengeren „Maßstab zugunsten des Käufers, da er die Kaufsache infolge dieser vollständigen Weigerung des Verkäufers überhaupt nicht mehr vertragsgemäß erhält“.²⁴ Dieser Prüfungsaufbau hat, wenigstens implizit, einige Befürworter.²⁵

Alternativ kann sich die Prüfung an der Reihenfolge der Kriterien in § 439 Abs. 4 S. 2 BGB orientieren: Dann wäre auf einer ersten „Prüfungsstufe“ jede Nacherfüllungsart für sich an den Kriterien „Wert im mangelfreien Zustand“ und „Bedeutung des Mangels“ zu prüfen (also 2 x 2 Prüfungsschritte), bevor anschließend in einer zweiten „Prüfungsstufe“ beide Nacherfüllungsarten miteinander verglichen werden

(1 Prüfungsschritt).²⁶ Auch dieser Prüfungsaufbau hat namhafte Befürworter.²⁷

Beide Prüfungsreihenfolgen sind für sich genommen logisch kohärent, die zweitgenannte dürfte sich aufgrund ihrer Orientierung an der Reihenfolge der gesetzlichen Merkmale und ihres Verzichts auf außergesetzliche Zweckerwägungen in der Klausur leichter handhaben lassen und wird deshalb dem hier vorgeschlagenen Prüfungsschema (unten V.) zugrunde gelegt.

Beide Vorschläge passen allerdings insoweit noch nicht ganz auf die Klausursituation, als sie abstrakt und ohne Ansehen eines konkreten Rechtsschutzbegehrens formuliert sind. Die Examensklausur dagegen simuliert eine konkrete Entscheidungssituation des Richters, der wegen § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO immer einen bestimmten Klageantrag zu bescheiden hat. Im Fall von § 439 Abs. 4 S. 1 BGB ist also zwingend bei der „vom Käufer gewählten“ Nacherfüllungsart anzusetzen, statt beide Nacherfüllungsarten je für sich und untereinander zu vergleichen. Damit fallen die eben skizzierten vier Prüfungsschritte der „Prüfungsstufe 1“ auf zwei zusammen: Die Unverhältnismäßigkeit der nicht gewählten Nacherfüllungsart ist allenfalls hilfsgutachtlich oder in Kautelar Klausuren zu prüfen.

4. Vorsicht vor den Begriffen „absolut“ und „relativ“

Die im zuletzt wiedergegebenen Prüfungsaufbau zu § 439 Abs. 4 BGB vorgeschlagenen „Prüfungsstufe 1“ und „Prüfungsstufe 2“ wurden in Folgetexten in „absolute“ und „relative“ Unverhältnismäßigkeit umbenannt – Begriffe, die noch heute in fast jedem Kommentar und Lehrbuch auftauchen. Studierende sollten mit diesen Begriffen jedoch aus zwei Gründen sehr sparsam umgehen:

Erstens entbehrt diese Wortwahl nicht einer gewissen unfreiwilligen Komik, denn allgemeinsprachlich bedeutet „verhältnismäßig“ nichts anderes als „relativ“,²⁸ so dass „relativ verhältnismäßig“ geradezu doppelt-gemoppelt ist. Das Attribut „absolut“ hingegen bezeichnet genau im Gegenteil eine

²² So wird bisweilen angenommen, dass die Kriterien des § 439 Abs. 4 S. 2 Alt. 1, 2 auch für die Prüfung nach § 439 Abs. 4 S. 2 Alt. 3 heranzuziehen seien (*Tiedtke/Schmitt*, DStR 2004, 2060 [2063]; *Westermann* [Fn. 18], § 439 Rn. 24; *Faust* [Fn. 19], § 439 Rn. 57, 60). Solche Inzidentprüfungen könnten die im Haupttext vorgestellten Prüfungsreihenfolgen vermeiden (müssen es aber nicht, vgl. *Grunewald* [Fn. 19], § 439 Rn. 17).

²³ *Grunewald* (Fn. 19), § 439 Rn. 17.

²⁴ *Grunewald* (Fn. 19), § 439 Rn. 20.

²⁵ Beispielsweise *Heinrich*, ZGS 2003, 253 (256 f.): „Sind beide Arten der Nacherfüllung möglich, so ist zunächst zu prüfen [...] die sog. relative Unverhältnismäßigkeit [...] Ist die relative Verhältnismäßigkeit der vom Käufer gewählten Art der Nacherfüllung gegeben [...] sollte der Verkäufer prüfen, ob er die Nacherfüllung wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit der mit ihr verbundenen Kosten verweigern kann.“; *Berger* (Fn. 18), § 439 Rn. 21 f.: „Verkäufer kann (nicht schon relativ unverhältnismäßige Art der) Nacherfüllung ferner verweigern“ wegen „sog absolute Unverhältnismäßigkeit.“; jüngst *Schmitt*, Jura 2018, 431 (438): „nach § 439 Abs. 4 S. 2 BGB“ seien „zunächst die Kosten der beiden Nacherfüllungsarten zu bestimmen und unter Kosten-Nutzen-Gesichtspunkten ins Verhältnis zu setzen“, bevor sodann die „absolute Unverhältnismäßigkeit“ geprüft wird.

²⁶ *Bitter/Meidt*, ZIP 2001, 2114 (2120).

²⁷ Beispielsweise *Kirsten*, ZGS 2005, 66 (67): „Es wird angeraten als Prüfungsreihenfolge ‚absolut‘ vor ‚relativ‘ zu wählen, da eine Prüfung relativer Unverhältnismäßigkeit nur dann erforderlich ist, wenn keine der beiden Nacherfüllungsarten absolut unverhältnismäßig ist.“; *Faust* (Fn. 19), § 439 Rn. 55: „Ist eine Art der Nacherfüllung gem. § 275 oder wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit im Sinne von Abs. 4 ausgeschlossen, stellt sich die Frage der relativen Unverhältnismäßigkeit nicht.“; *Tiedtke/Schmitt* (Fn. 19), S. 129: „Ein solcher Vergleich scheidet aus, wenn bereits eine Art der Nacherfüllung wegen [...] absoluter Unverhältnismäßigkeit ausgeschlossen ist.“

²⁸ „Relativ“ meint „gemessen an den Umständen“, „verhältnismäßig“, vgl.

www.duden.de/rechtschreibung/relativ (17.9.2018),

während „verhältnismäßig“ so viel wie „gemessen an etwas anderem, relativ“ bedeutet, vgl.

www.duden.de/rechtschreibung/verhaeltnismaeszig (17.9.2018).

„unabhängig; ohne Hilfsmittel“ bestimmte Größe,²⁹ die gerade nicht „an etwas anderem“ gemessen wurde. Damit wird die Kombination „absolut (un)verhältnismäßig“ zur *contradictio in adiecto*: Selbst ein absoluter normativer Grenzwert als *Vergleichsmaßstab* führt nie zu einem absoluten Vergleichsergebnis – und die für § 439 Abs. 4 BGB vorgeschlagenen Prozentsätze (dazu gleich 5.) sind noch nicht einmal absolut formuliert.³⁰ Dagegen mag man zwar einwenden, dass der juristische Sprachgebrauch von der Allgemesprache abweichen könne – immerhin kennen wir aus dem Verfassungsrecht auch Relativierungen des „absoluten“ Rückwirkungsverbots.³¹ Solange jeder weiß, was gemeint ist, muss man sich an unfreiwilliger Komik ja vielleicht nicht stören.

In Bezug auf § 439 Abs. 4 BGB bestehen hieran aber Zweifel – und das ist in der Klausursituation gefährlich: Verschiedene Autoren scheinen unter „relativer“ und „absoluter“ Unverhältnismäßigkeit verschiedene Dinge zu verstehen. Neben jenen, die die Unverhältnismäßigkeit *einer* Nacherfüllungsart je nach Unverhältnismäßigkeitsgrund als „absolut“ oder „relativ“ bezeichnen (dazu gleich Fn. 33), gibt es nämlich auch solche, die mit „absolut“ nur die Unverhältnismäßigkeit *beider* Nacherfüllungsarten meinen, mit „relativ“ dagegen auch den Fall mitbezeichnen, den die andere Lesart „absolut“ nennt.³² Es lassen sich deshalb Fälle bilden, die von einer Lesart als „absolute“, der anderen dagegen als „relative“ Unverhältnismäßigkeit apostrophiert werden.³³ Für das Ergebnis der Prüfung nach § 439 Abs. 4 BGB ist dies unerheblich – beide Lesarten bejahen ja die Einrede –, aber für ihre Darstellung durchaus nicht.

Aufgrund solcher zumindest missverständlicher Begriffsverwendungen sollten sich Studierende (wie stets) am besten strikt am Gesetzeswortlaut orientieren und allenfalls in Klammerzusätzen auf die „sogenannte“ absolute bzw. relative Unverhältnismäßigkeit hinweisen:

„Für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit der Kosten sind nach dem Wortlaut des § 439 (Abs. 4) 2 insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und die Bedeutung des Mangels (sog. absolute Unverhältnismäßigkeit) sowie die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der

Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte (sog. relative Unverhältnismäßigkeit).“³⁴

Damit können Studierende belegen, dass sie die Begriffe immerhin kennen, riskieren aber auch, von Vertretern der anderen Lesart als begrifflich ungenau kritisiert zu werden. Wirklich falsch ist allerdings nur die – sogar in neueren Doktorarbeiten vertretene – Ansicht, dass § 439 BGB selbst zwischen zweierlei Arten von Unverhältnismäßigkeit differenziert,³⁵ diese Unterstellung sollten Studierende in Prüfungsarbeiten unbedingt vermeiden.

5. Zur Berechtigung von Faustregeln (Typisierungen)

Neben Vorschlägen zur Prüfungsreihenfolge hat die Literatur auch andere Typisierungen entwickelt, die das Gesetz nicht vorsieht, die sich aber aus Praktikabilitätsgründen anbieten. Insbesondere wurden „im Wege der Faustformel“ Prozentgrenzen vorgeschlagen, die zwar „im jeweiligen Einzelfall“ anzupassen seien,³⁶ aber eine bessere Handhabbarkeit der Verhältnismäßigkeitsprüfung gewährleisten sollten. Dagegen regte sich bisweilen Widerstand, bis hin zur kategorischen Ablehnung jeder „abstrakten Bestimmung eines prozentualen Grenzwerts“ – „nicht einmal als Faustformel“ oder „Richtwert“, weil „doch in jedem konkreten Einzelfall davon abzuweichen“ wäre.³⁷

Angesichts solchen Widerstands resignieren die meisten Lehrbücher vor der Aufgabe, diese Faustregeln so zu vermitteln, dass Studierende sie kohärent anwenden könnten:

„Die Gerichte sind um die Anwendung derartiger Faustregeln nicht zu beneiden. Generell lässt sich wohl nur feststellen, dass bei neuen hochwertigen Sachen mit geringen Mängeln in der Regel lediglich eine Nachbesserung in Betracht kommen dürfte, während umgekehrt bei geringwertigen Massenprodukten eine aufwendige Reparatur regelmäßig gegenüber einer Ersatzlieferung unverhältnismäßig sein wird.“³⁸

²⁹ www.duden.de/rechtschreibung/absolut_Adjektiv (17.9.2018).

³⁰ Prozentwerte sind immer an einer auf 100 normalisierten Bezugsgröße ausgerichtet (pro cent: „vom Hundert“), also von vornherein „gemessen an etwas anderem“ und damit stets „relativ“ (vgl. oben Fn. 28).

³¹ Dagegen allerdings schon *Grasnick*, JZ 1997, 457, zit. nach *Hamann/Idler*, Zeitgeistreiches 2015, S. 150.

³² Bspw. *Westermann* (Fn. 18), § 439 Rn. 22: „Die Einrede der Unverhältnismäßigkeit kann sowohl gegenüber der konkret vom Käufer geforderten Art der Nacherfüllung (relative Unverhältnismäßigkeit) als auch schlechthin gegenüber jeder Art der Nacherfüllung greifen (absolute Unverhältnismäßigkeit).“; ebenso *Tiedtke/Schmitt* (Fn. 19), S. 128.

³³ Näher hierzu m.w.N. demnächst *Hamann*, Die Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllungspflicht. Dogmatische Begriffsverwirrung als Türöffner für neues Richterrecht? (in Vorbereitung).

³⁴ *Brox/Walker* (Fn. 16), § 4 Rn. 45; ebenso *Jacoby/v. Hinden*, Studienkommentar zum BGB, 16. Aufl. 2018, § 439 Rn. 12: „Jedoch ist der Vergleich zur anderen Form der Nacherfüllung (relative Unverhältnismäßigkeit) nicht allein maßgebend; auch aus sich heraus kann die gewählte Form unverhältnismäßig sein (absolute Unverhältnismäßigkeit).“

³⁵ Vgl. *Henrich*, Die Reichweite des Nacherfüllungsanspruchs bei Vorliegen eines Sachmangels, 2015, S. 67: „Die Norm des § 439 [Abs. 4] BGB unterscheidet zwischen absoluter und relativer Unverhältnismäßigkeit.“

³⁶ *Bitter/Meidt*, ZIP 2001, 2114 (2121 f).

³⁷ *Vogt*, Gesetzliche und rechtsgeschäftliche Beschränkungen der Mängelrechte des Käufers, 2005, S. 68 f.; auch *Lorenz*, NJW 2009, 1633 (1637) meint, dass Wertgrenzen „völlig unnütz sind und nicht einmal als Faustregel taugen“.

³⁸ *Emmerich* (Fn. 8), Rn. 15b; womöglich paraphrasiert aus BT-Drs. 14/6040, S. 81: „verhältnismäßig sind [...] Ersatzlieferung und Nachbesserung nur, wenn sie im Vergleich zu dem jeweils anderen Rechtsbehelf die ökonomischere Alternative darstellen. Bei hochwertigen Gütern wird die Nachbesserung regelmäßig ökonomischer sein als die Ersatzliefe-

Solche Paraphrasen des Normtextes setzen allerdings an die Stelle der in der Klausur immerhin nachlesbaren gesetzlichen Generalklausel („unverhältnismäßige Kosten“) schlicht andere, mindestens ebenso unbestimmte Wertungsbegriffe – im obigen Beispiel „geringe“ Mängel, „geringwertige“ Massenprodukte und „aufwendige“ Reparatur, in anderen Lehrbüchern „leicht“, „kostspielig“, „klein“, „einfach“, „gering“, usw.³⁹ Was diese Begriffe bedeuten und welche Wertrelationen sie bezeichnen sollen, bleibt unklar. Damit sind die in der Ausbildung befindlichen Jurist(inn)en am Ende also auf ihr ungeübtes Bauchgefühl zurückgeworfen und wären für Faustregeln wohl regelrecht dankbar.

Immerhin lehnen die meisten Stimmen in der Literatur Prozentregeln nicht generell ab, sondern nur „allgemeine“,⁴⁰ „allgemeingültige“,⁴¹ „feste“,⁴² „rigide“,⁴³ oder „starre“⁴⁴ Prozentgrenzen. Denn alle Regeln seien zwar „nur Anhaltspunkte und ersetzen nicht eine umfassende Würdigung der Umstände des Einzelfalls“⁴⁵ – zugleich aber könnten „Richtwerte, welche lediglich als ein erster Anhaltspunkt dienen sollen und deswegen nicht schematisch und rigide anzuwenden sind, besser zur Streitvermeidung beitragen, als eine vollständige Orientierung an den Einzelfallumständen“.⁴⁶

rung; bei nicht hochwertigen Massenprodukten ist es in der Regel umgekehrt.“

³⁹ Nicht anders *Oechsler* (Fn. 15), Rn. 189: „Lässt sich der Mangel *besonders leicht* auf dem vom Käufer nicht gewählten Weg beseitigen, muss der Verkäufer nicht die gewählte kostspielige Lösung akzeptieren.“; *Jacoby/v. Hinden* (Fn. 34), § 439 Rn. 12: „Verlangt der Käufer bspw. Nachlieferung, obwohl ein vorhandener *kleiner* Mangel mit einfachsten Mitteln *einwandfrei* zu beheben ist“ (wohl übernommen aus der SMG-Begründung, s.u. Fn. 14); sowie die Beispiele von *Brox/Walker* (Fn. 16), § 4 Rn. 45 („einfaches Auswechseln“, „mit geringen Kosten“, „mit geringem Aufwand“).

⁴⁰ *Faust* (Fn. 19), § 439 Rn. 62.

⁴¹ *Kim*, Die Nacherfüllung als Rechtsbehelf des Käufers nach CISG deutschem und koreanischem Recht, 2014, S. 144.

⁴² Bspw. *Looschelders*, Schuldrecht BT, 13. Aufl. 2018, Rn. 94; *Westermann* (Fn. 18), § 439 Rn. 26; *Schmidt*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2018, § 439 Rn. 32.

⁴³ *Kirsten*, ZGS 2005, 66 (71): „rigide und schematisch“; etwas tautologisch ebd. Rn. 73: „rigide“ und „starr“.

⁴⁴ *Matusche-Beckmann* (Fn. 15), § 439 Rn. 115; ebenso *Kirsten*, ZGS 2005, 66 (71); *Henrich* (Fn. 35), S. 68; *Unberath/Cziupka*, JZ 2009, 313 (316): „prozentual-starre Festlegung“.

⁴⁵ *Berger* (Fn. 18), § 439 Rn. 21 f.; vgl. auch *Westermann* (Fn. 18), § 439 Rn. 26: „es überwiegt aber eine gewisse Skepsis, da bei vielen Gütern ein bestimmter Prozentsatz, in absolute Zahlen umgesetzt, die Unterschiede bedeutend verschärfen bzw. verflachen kann, und da es Umstände geben kann [...], die in den reinen Kostenvergleich nicht eingehen, aber die Zumutbarkeit beeinflussen können“.

⁴⁶ *Kirsten*, ZGS 2005, 66 (71); zust. *Kim* (Fn. 41), S. 145, und weiter: Die Faustregel ermögliche „eine gewisse Prognose für die Erfolgsaussichten eines Rechtsstreits und kann so zur Streitvermeidung beitragen.“; implizit wohl auch *Saenger*

Diesem Verständnis folgt auch der BGH: Er hat mehrfach entschieden, dass „Grenzwerte in Form einer Faustregel“ der Rechtssicherheit dienen und deshalb einen brauchbaren „ersten Anhaltspunkt“ bieten.⁴⁷ Die Berücksichtigung von Einzelfallumständen widerspricht also gar nicht der in der Literatur für „notwendig“ gehaltenen „typisierenden Betrachtungsweise“, die ja lediglich „dem bei der Konkretisierung der Generalklausel notwendigen Abwägungsvorgang die notwendige Orientierungshilfe“ gibt:

„Auch eine noch so schulmäßige Anwendung der dargestellten Auslegungskriterien führt nicht daran vorbei, dass dem Richter bei der Konkretisierung von Generalklauseln ein großer Entscheidungsspielraum verbleibt. [...] Umgekehrt erscheint es aber als unbefriedigend, den Richter und die betroffenen Parteien ausschließlich auf eine flexible Einzelfallprüfung zu verweisen, ohne ihnen näheren Aufschluss über die relevanten Abwägungskriterien zu geben. In diesem Fall wäre die Konkretisierung der Generalklausel kaum vorhersehbar.“⁴⁸

Ohne gewisse Typisierungen (und damit Faustregeln) kommt die Rechtsprechung also gar nicht aus, wenn sie nicht die Einzelfallgerechtigkeit überstrapazieren und dafür die gleichermaßen wichtige Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit ihrer Entscheidungen aus dem Blick verlieren will.

Für die Ausbildung empfiehlt sich hier wieder einmal das bewährte „Normalfalldenken“.⁴⁹ Studierende sollten sich von der Flut der widersprüchlichen Vorschläge nicht einschüchtern lassen, sondern „überlegen, welcher Richtwert im ‚Normalfall‘ den Interessen der Parteien ausreichend Rechnung trägt.“⁵⁰ Zumal ja in der Klausursituation die zu begutachtenden Fälle soweit vereinfacht werden, dass nur ein Bruchteil der denkbaren Lebensumstände relevant sein kann. Damit erscheint es völlig sachgerecht, prozentuale Anhaltspunkte zu nutzen – gerade für die Klausur eignen sich Faustregeln so gut wie nirgends sonst.

IV. Prüfungskriterien

Die Vorüberlegungen zeigen also, dass es sinnvoll ist, gewisse Faustregeln zu entwickeln, um die Prüfung des § 439 Abs. 4 BGB zu strukturieren – was durch die Umschreibungen „relativ“, „absolut“ und „umfassende Würdigung der Umstände des Einzelfalls“ bisher nicht befriedigend gelingen

(Fn. 18), § 439 Rn. 5: „Insofern besteht eine erhebliche Rechtsunsicherheit, wobei Faustregeln nur Anhaltspunkte bieten können“.

⁴⁷ BGHZ 200, 350 (359 Rn. 41); zuvor schon BGH NJW 2009, 1660 (1661): „Derartige Grenzwerte vermögen zwar eine Bewertung aller Umstände des Einzelfalls nicht zu ersetzen, geben jedoch in Form einer Faustregel einen ersten Anhaltspunkt und wirken damit mangels einer eindeutigen Regelung und einer gefestigten Rechtsprechung der Rechtsunsicherheit entgegen“.

⁴⁸ *Gruber*, in: Helms u.a. (Hrsg.), Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler, 2001, S. 194.

⁴⁹ Ausführlich *Haft*, Einführung in das juristische Lernen, 7. Aufl. 2015, S. 181 ff., insbesondere 188 bzw. 191.

⁵⁰ *Kirsten*, ZGS 2005, 66 (71).

konnte. Solche Faustregeln sollten sich natürlich nah am Gesetz halten, und möglichst breit anerkannt sein. Leider jedoch „besteht im Schrifttum keine Einigkeit. Es werden unterschiedliche Prozentsätze namentlich des Werts der mangelfreien Sache genannt“⁵¹, die alle mehr oder weniger Gefolgschaft gefunden haben.⁵²

Keine dieser Faustregeln entbehrt letztlich einer gewissen Dezesion, „da sie von einem willkürlich gewählten Prozentwert ausgehen“ und abgesehen von Evidenzbehauptungen⁵³ „keine stimmige Begründung dafür“ anbieten, „dass genau dieser Grenzwert und nicht ein etwas höherer oder niedriger maßgeblich sein soll“.⁵⁴ Zugleich dürfte sich die Hoffnung auf „objektive, nachvollziehbare Kriterien“ kaum realisieren lassen,⁵⁵ deshalb reihen sogar wissenschaftliche Arbeiten die von der Rechtspraxis vorgeschlagenen Faustregeln oft nur aneinander,⁵⁶ ohne einen Wert nachvollziehbar (oder gar „objektiv“) als vorzugswürdig erweisen zu können.

Für die Klausur, in der eine Festlegung erforderlich ist, erscheint es ratsam, die Faustregeln von derjenigen Stelle zu übernehmen, die im Zivilrechtsdiskurs die höchste Autorität genießt: dem BGH. Wie also geht dieser mit § 439 Abs. 4 BGB in der Praxis um?

1. Hypothetischer Verkehrswert

Das erste in § 439 Abs. 4 S. 2 BGB erwähnte Kriterium, mit dem die Kosten der vom Käufer gewählten Nacherfüllungsart verglichen werden müssen, ist der „Wert der Sache in mangelfreiem Zustand“.

Wann dieser Vergleich zur Unverhältnismäßigkeit führt, ließ der BGH vor gut zehn Jahren noch offen und identifizierte lediglich als „weitestgehende Ansicht“ das Erfordernis, dass „die Kosten der Nacherfüllung 150 % des Werts der Sache [...] übersteigen.“⁵⁷ Die Frage der richtigen Grenzziehung musste damals nicht entschieden werden, weil im damaligen Fall die Mängelbeseitigung mehr als doppelt so teuer gewesen wäre wie die mangelfreie Ware;⁵⁸ die Proble-

me des Falls lagen an anderen Stellen (Ein- und Ausbau im Verbrauchsgüterkauf).

Erst fünf Jahre später wurde die Frage entscheidungsrelevant: Der BGH musste über einen Grundstückskauf entscheiden, in dem das schwammbefallene Gebäude im „Zeitwert [...] ohne Hausschwammbefall bei (mindestens) 600.000 €“ lag, die geltend gemachten Nachbesserungskosten sich jedoch auf fast 634.000 Euro summierten.⁵⁹ Nun entschied das Gericht, dass jedenfalls bei Grundstückskaufverträgen von Unverhältnismäßigkeit auszugehen sei, wenn die Nacherfüllungskosten „den Verkehrswert des Grundstücks in mangelfreiem Zustand“ übersteigen.⁶⁰ Damit lehnten die Richter jene Literaturansichten ab, die höhere Wertgrenzen als 100 % vorgeschlagen hatten, und erteilten zugleich der Vorinstanz eine Absage, die nach der 130 %-Rechtsprechung des BGH zu Kraftfahrzeugreparaturen verfahren war – diese Rechtsprechung dürfe nicht verallgemeinert werden, beruhe sie doch „im Wesentlichen auf der Anerkennung eines besonderen Integritätsinteresses des geschädigten Eigentümers eines Kraftfahrzeugs, das nur durch die Reparatur des ihm vertrauten Fahrzeugs befriedigt werden kann“.⁶¹

Stattdessen sei in „entsprechender Anwendung des § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB“, der den ersatzfähigen Schaden grundsätzlich auf den Verkehrswert der beschädigten Sache beschränkt, auch in Fällen der Nacherfüllung kein größerer Aufwand geschuldet als der Wert der primär geschuldeten Erfüllung:

„Übersteigen die notwendigen Aufwendungen zur Mängelbeseitigung den Verkehrswert des Grundstücks in mangelfreiem Zustand, stehen sie grundsätzlich in keinem wirtschaftlich vernünftigen Verhältnis mehr zu dem dadurch herbeigeführten Erfolg. In einem solchen Fall widerspräche es Treu und Glauben (§ 242 BGB), dessen besondere Ausprägungen § 251 Abs. 2 Satz 1, § 439 Abs. 3 BGB darstellen, wenn der Käufer diese Aufwendungen dem Verkäufer in Form der Mängelbeseitigung anlasten könnte“.⁶²

Das hatte der BGH knapp zwei Jahre zuvor schon für das Werkrecht entschieden⁶³ – und sein wiederholter Rückgriff auf allgemeine Wertungen des Schadensrechts macht klar, dass diese Grundsätze nicht nur im Grundstückskaufrecht gelten sollen, sondern dem Nacherfüllungsanspruch allgemeine Grenzen ziehen.⁶⁴

⁵¹ BGH NJW 2009, 1660.

⁵² Überblick bei *Tiedtke/Schmitt* (Fn. 19), S. 130–136; *Matusche-Beckmann* (Fn. 15), § 439 Rn. 115.

⁵³ Beispielsweise *Tiedtke/Schmitt* (Fn. 19), S. 131: „Eine Grenze von 20 % oder gar 25 % ist eindeutig zu hoch [...] Die 10 %-Grenze reicht aus [...] Die Grenze ist i.d.R. bei 10 % erreicht.“ (*Hervorhebung* durch die *Verf.*); wortgleich *Tiedtke/Schmidt*, DStR 2004, 2060 (2063).

⁵⁴ *Vogt* (Fn. 37), S. 39.

⁵⁵ So aber *Vogt* (Fn. 37), S. 39.

⁵⁶ Bspw. *Donou*, Erfüllung und Nacherfüllung, 2006, S. 118 f.: „Je nachdem wird beispielweise im ersten Fall eine Schwelle zwischen (100)/130–150 (bzw. 300) % des Wertes der Sache in mangelfreiem Zustand angenommen, [...]“.

⁵⁷ BGH NJW 2009, 1660 mit Verweis auf *Bitter/Meidt*, ZIP 2001, 2114 (2121).

⁵⁸ BGH NJW 2009, 1660: „Kosten von rund 3.300 € [...] sind erheblich mehr als 150 % des Werts der mangelfreien Fliesen, der zwar nicht festgestellt ist, jedoch nicht mehr als den für den Erwerb erforderlichen Kaufpreis von 1.418,02 € (einschließlich jetzt 19 % Mehrwertsteuer) betragen dürfte“.

⁵⁹ BGHZ 200, 350 (352 Rn. 5).

⁶⁰ BGHZ 200, 350 (359 Rn. 41).

⁶¹ BGHZ 200, 350 (359 Rn. 43).

⁶² BGHZ 200, 350 (359 Rn. 43); zu § 439 Abs. 4 als Ausprägung von § 242 BGB vgl. oben bei Fn. 16.

⁶³ NJW 2013, 370: ob die „für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit im Sinne des § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB maßgeblichen Kriterien denen entsprechen, die bei der nach § 635 Abs. 3 BGB gebotenen Prüfung des unverhältnismäßigen Nacherfüllungsaufwands heranzuziehen sind [...] ist zu bejahen, wenn, wie hier, werkvertraglicher Schadensersatz in Höhe der Mängelbeseitigungskosten beansprucht wird.“

⁶⁴ Krit. aber *Schultz*, Zu den Kosten der Nacherfüllung beim Kauf, 2005, S. 183: „Ein solcher Schluss lässt außer Betracht, dass die mangelhafte Sache in der Regel einen Restwert hat,

In *Fallvariante 1* darf V also die von K verlangte Nachbesserung wegen unverhältnismäßiger Kosten nach § 439 Abs. 4 S. 1, 2 Alt. 1 BGB verweigern, weil die Kosten der Reparatur (11 Bitcoin) den Wert des MacGuffin in mangelhaftem Zustand (10 Bitcoin) übersteigen. Die eventuell längere Dauer der Nachlieferung, die erst auf der zweiten Prüfungsstufe (als „Nachteil“ im Sinne von § 439 Abs. 4 S. 2 Alt. 3 BGB) zu berücksichtigen wäre, kann mangels Vergleichbarkeit der beiden Nacherfüllungsarten dahinstehen. (Das heißt freilich nicht, dass die Nachlieferungsdauer bedeutungslos und der Käufer bis zum Sankt-Nimmerleins-Tag zu warten verpflichtet wäre – bei einer „unzumutbaren“ Wartezeit darf er schließlich nach § 440 S. 1 Alt. 3 BGB zurücktreten!)

2. Mangelbedingter Minderwert

Weil jedoch der Verkehrswert der mangelhaften Sache „nicht stets einen geeigneten Anhaltspunkt“ bietet, leitet der BGH aus dem zweiten in § 439 Abs. 4 S. 2 BGB genannten Kriterium eine weitere Faustregel ab: Die Worte „Bedeutung des Mangels“ seien nämlich so zu verstehen, dass sie sich auf den „mangelbedingten Minderwert“ beziehen, denn auch dieser bilde „einen geeigneten Anhaltspunkt für eine Eingrenzung. Mängelbeseitigungskosten, die mehr als 200 % des mangelbedingten Minderwerts betragen, werden in der Regel nicht mehr als verhältnismäßig anzusehen sein“.⁶⁵

Eine Begründung für diese Faustregel fehlt bislang: Der Aufsatz, dem sie entstammt, hatte die Zahl ohne nähere Herleitung in den Raum gestellt,⁶⁶ der BGH hatte sie zunächst nur als „weitestgehende Ansicht“ identifiziert und sich mangels Entscheidungserheblichkeit damit nicht aufhalten müssen,⁶⁷ und in einer späteren Entscheidung die Regel trotz erneuter Irrelevanz für die Entscheidung schlicht obiter dictum aufgestellt.⁶⁸

Welche materiellen Erwägungen der 200-Prozent-Regel auch zugrunde liegen mögen – der BGH hat sich jedenfalls klar positioniert und wird sie wohl auch in künftigen Fällen

um den das Vermögen des Verkäufers schon vor der Nacherfüllung gemindert ist.“

⁶⁵ BGHZ 200, 350 (360 Rn. 44).

⁶⁶ *Bitter/Meidt*, ZIP 2001, 2114 (2121): „Es wird deshalb hier als zweites Korrektiv eine Grenze der Nachbesserungskosten von 200 % des Mangelunwertes vorgeschlagen“.

⁶⁷ BGH NJW 2009, 1660 (1162): „Kosten von rund 3300 Euro [...] sind deutlich mehr als 200 % des mangelbedingten Minderwerts der mangelhaften Fliesen, der keinesfalls mehr als den für sie gezahlten Kaufpreis von 1.382,27 € (einschließlich 16 % Mehrwertsteuer) beträgt“.

⁶⁸ BGHZ 200, 350 (361 Rn. 46): „Ausgehend von den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts, wonach das Gesamtobjekt im Zustand des Befalls mit echtem Hausschwamm einen Zeitwert von 507.202 € hat und der Zeitwert des Gesamtobjekts ohne Hausschwammbefall bei (mindestens) 600.000 € liegt, kommt ernsthaft in Betracht, dass die Mängelbeseitigungskosten [von knapp 634.000 €] den mangelbedingten Minderwert von [sic] mehr als 200 % übersteigen und damit unverhältnismäßig sind.“

heranziehen. Als Faustregel ergibt sich damit, dass die zu prüfende Art der Nacherfüllung höchstens doppelt so teuer ausfallen darf wie der mangelbedingte Minderwert, also die Differenz zwischen dem Verkehrswert der Kaufsache mit und ohne Mangel.

In *Fallvariante 2* darf V also die von K verlangte Nachlieferung wegen unverhältnismäßiger Kosten nach § 439 Abs. 4 S. 1, 2 Alt. 2 BGB verweigern, weil die Kosten der Neulieferung (8 Bitcoin) den mangelbedingten Minderwert (10 – 7 = 3 Bitcoin) um mehr als das Doppelte übersteigen. Der Widerwillen des K gegen eine reparierte Sache ist nicht schützenswert, solange die Reparatur erfüllungstauglich ist – anders lag es ja in der Abwandlung (oben III. 2.).

Zum Abgasskandal (Exkurs): In Abgassfällen betonten viele Gerichte, dass sie bei der Bedeutung des Mangels nicht nur die unmittelbaren Kosten für das Aufspielen des Softwareupdates berücksichtigen wollten (die durchweg pauschal mit 100 € beziffert wurden), sondern auch die Kosten seiner Entwicklung (wobei andere Gerichte hierin „sowieso“-Kosten sehen wollten, die nicht anzusetzen seien) oder den für Entwicklung und Zulassung erforderlichen Zeitaufwand von über einem Jahr. Systematisch passender erschien es, die Frage der Zeitdauer nicht bei der Mangelbedeutung, sondern bei den „erheblichen Umständen“ zu berücksichtigen – dazu im nächsten Abschnitt.

3. Vergleich mit anderer Nacherfüllungsart

Soweit die gewählte Art der Nacherfüllung nicht schon nach den bisherigen Kriterien unverhältnismäßig ist, nennt § 439 Abs. 4 S. 2 BGB als letztes Kriterium die Frage, „ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte“.

In den bisherigen Leitfällen des BGH war stets nur eine Nacherfüllungsart überhaupt möglich,⁶⁹ deshalb konnte das Gericht noch keine Faustregeln für die zweite Prüfungsstufe (Vergleich der Nacherfüllungsarten) entwickeln. Die Literatur geht aber davon aus, dass Mehrkosten für die gewählte Nacherfüllungsart unverhältnismäßig sind, wenn sie mindestens 10–25 % betragen. Jedenfalls bei einer Kostendifferenz ab einem Viertel – und geringere Differenzen dürften in der Klausur kaum vorkommen – wird die Unverhältnismäßigkeit jedoch einhellig und ungeachtet der Umstände bejaht, soweit keine „erheblichen Nachteile“ vorliegen. Welche Nachteile hier in Betracht kommen, wurde oben (bei Fn. 21) bereits skizziert.⁷⁰

⁶⁹ BGH NJW 2009, 1660 (1661): „Dabei ist nach dem unstrittigen Sachverhalt [...] davon auszugehen, dass [...] Abhilfe nur durch einen kompletten Austausch der Fliesen möglich ist“; BGHZ 200, 350 (357 Rn. 39): „Da die Nachlieferung im vorliegenden Fall nicht möglich ist, [...]“.

⁷⁰ Als vereinfachende Faustregel könnten Studierende an die Parallelwertung des § 282 BGB denken: In Fällen, in denen einem Geschädigten die Naturalrestitution durch den Schädiger

In *Fallvariante 3* darf V also die von K verlangte Nachbesserung nicht wegen unverhältnismäßiger Kosten nach § 439 Abs. 4 S. 1, 2 Alt. 1, 2 BGB verweigern, weil die Kosten der Reparatur (11 Bitcoin) weder den Wert des MacGuffin in mangelfreiem Zustand (15 Bitcoin) noch den doppelten Mangelminderwert ($15 - 7 = 8 * 2 = 16$) übersteigen. Er darf die Nachbesserung allerdings nach § 439 Abs. 4 S. 1, S. 2 Alt. 3 BGB verweigern, weil die Kosten der Reparatur (11 Bitcoin) die Kosten der Neulieferung (8 Bitcoin) um mehr als ein Viertel übersteigen ($11 = 8 + 37,5\%$) und erhebliche Nachteile für K nicht ersichtlich sind.

Zum Abgasskandal (Exkurs): Anders urteilten einige Gerichte in Abgasfällen, soweit sie als „erheblichen Nachteil“ auch den bloßen (und durch die Zulassung des Softwareupdates durch das Kraftfahrtbundesamt nicht ausgeräumten) „plausiblen Verdacht“ genügen ließen, dass das Softwareupdate langfristig womöglich „technische Nachteile“ hervorruft. (Hier könnten Klausurersteller die Frage einbauen, wann und inwieweit schon ein Mangelverdacht einen Mangel darstellen kann.⁷¹) Zweifel an der systematischen Stimmigkeit dieser Rechtsprechung, die sich oft auch auf den merkantilen Minderwert öffentlich gebrandmarkter Dieselfahrzeuge beruft, ergeben sich aus den Vorüberlegungen (oben III. 2. a.E.).

4. Verschulden des Verkäufers

Wie in den Vorüberlegungen bereits festgestellt (siehe oben III. 2.), erlaubt das Wörtchen „insbesondere“ in § 439 Abs. 4 S. 2 BGB die Heranziehung weiterer Kriterien. Eines der wichtigsten ist laut BGH die Frage, „inwieweit der Verkäufer den Mangel zu vertreten hat. In der Rechtsprechung des BGH ist anerkannt, dass bei vorsätzlichen Pflichtverletzungen oder sonstigem schweren Verschulden dem Schuldner auch sonst unverhältnismäßige Aufwendungen zuzumuten sind.“⁷²

Weil der BGH diese Frage bisher nicht konkret entscheiden musste, konnte er dieses Kriterium nicht näher entwickeln. Er hielt jedoch für denkbar, sowohl die Wertgrenze von 100 % (oben IV. 1.) als auch die „Grenze beim mangelbedingten Minderwert“ (oben IV. 2.) „je nach dem Grad des Vertretenmüssens“ anzuheben.⁷³ Deshalb ist anzunehmen, dass sich der BGH im Ernstfall einer solchen nach Verschuldensgraden abgestuften Lösung anschließen würde. In der Literatur wird fast durchweg eine Erhöhung dieser beiden Verhältnismäßigkeitsgrenzen um etwa 30 % bei Vertretenmüssen befürwortet.⁷⁴ Auch für den Vergleich der Nacherfü-

ger „nicht mehr zuzumuten“ ist (§ 282 BGB a.E.), dürften auch „erhebliche Nachteile“ i.S.v. § 439 Abs. 4 S. 2 Alt. 3 BGB bestehen. Dies aber nur als gedankliche Merkhilfe – keinesfalls darf § 282 BGB in der Prüfung des § 439 BGB ausdrücklich subsumiert werden!

⁷¹ Ausführlich *Schmolke*, Verdacht als Mangel, AcP 215 (2015), 351 ff.; *Wagner*, JZ 2016, 292.

⁷² BGHZ 200, 350 (361 Rn. 45).

⁷³ BGHZ 200, 350 (358 Rn. 40).

⁷⁴ Überblick bei *Matusche-Beckmann* (Fn. 15), § 439 Rn. 115.

lungsarten (oben IV. 3.) wurden Abstufungen nach Verschuldensgraden vorgeschlagen, die bei Vorsatz bis zu 20 % Mehrkosten rechtfertigen sollten.⁷⁵ Als Faustregel für Studierende mag deshalb eine abgestufte Erhöhung der bisher definierten Prozentregeln um bis zu 20–30 Prozentpunkte dienen.

In Fallvariante 4 kann V also die von K verlangte Nachbesserung nicht wegen unverhältnismäßiger Kosten nach § 439 Abs. 4 S. 2 Alt. 1 BGB verweigern, weil die Kosten der Reparatur (11 Bitcoin) den Wert des MacGuffin in mangelfreiem Zustand (10 Bitcoin) nicht um mindestens 20 % (12 Bitcoin) übersteigen. Schon vertretbar erschiene es, ihn die Nachbesserung nach § 439 Abs. 4 S. 2 Alt. 3 BGB verweigern zu lassen, weil die Mehrkosten der Reparatur von 37,5 % (siehe oben IV. 3.) die (verkäuferfreundlichste) Summe von 10 % zumutbaren Mehrkosten und 20 % Verschuldenszuschlag übersteigen. Anders fiel das Ergebnis hier bei der käuferfreundlichen Faustregel (siehe oben IV. 3.) aus, die mit einem Viertel zumutbarer Mehrkosten zzgl. 20–30 % Verschuldenszuschlag auf mindestens 45 % käme, so dass 37,5 % Mehrkosten noch verhältnismäßig erschienen. Auch dann kann V die Nachbesserung allerdings nach § 439 Abs. 4 S. 2 Alt. 2 BGB verweigern, weil die Reparaturkosten den mangelbedingten Minderwert ($10 - 7 = 3$ Bitcoin) um das Dreieinhalbfache übersteigen ($11 / 3 = 3,67$), was auch bei großzügigem Verschuldenszuschlag weit mehr als das Doppelte und damit angesichts der Bedeutung des Mangels unverhältnismäßig ist (siehe oben IV. 2.).

Zum Abgasskandal (Exkurs): In Abgasfällen stellt sich die Frage nach der Verschuldenszurechnung in einer besonderen Einkleidung: Viele Fahrzeugkäufer haben (auch) gegen ihren Fachhändler geklagt. Gerichte waren jedoch sehr zurückhaltend mit solchen Ansprüchen: Der Händler sei ebenso Vertragspartner (und damit Marktgegenseite) des Herstellers wie derjenige Verbraucher, der direkt beim Hersteller kauft. Gerichte rechnen das Verschulden des Herstellers deshalb nicht dem Händler als vom Abgasskandal Betroffenen zu, so dass Studierende eine allzu freie Sphärenzurechnung vermeiden sollten: Erfüllungshilfe des Herstellers nach § 278 BGB ist nur, wessen sich der Hersteller zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, also in erster Linie seine eigenen Mitarbeiter.

5. Sonstige Kriterien?

Der BGH wird nicht müde zu betonen, dass seine „Faustregeln“ keine „starrten Grenzwerte“ darstellen und keine „umfassende Interessenabwägung“ ersetzen (siehe oben bei und in Fn. 42). Insbesondere deutete er obiter dictum an, dass „ein

⁷⁵ Überblick bei *Tiedtke/Schmitt* (Fn. 19), S. 130 f. und bei *Faust* (Fn. 19), § 439 Rn. 62, der selbst nach Verschulden differenziert: „Angemessen scheint – abhängig vom Grad des Vertretenmüssens – eine Grenze zwischen 5 % und 25 %: 5 % bei fehlendem Vertretenmüssen, 10 % bei Vertretenmüssen ohne Verschulden, 15 % bei einfacher Fahrlässigkeit, 20 % bei grober Fahrlässigkeit und 25 % bei Vorsatz.“

besonderes Interesse des Käufers an der Nacherfüllung“ aus dem „arglistigen Verschweigen eines Mangels“ entstehen oder aus anderen Gründen „geltend gemacht“ werden könnte.⁷⁶ Dies sollten Examenskandidaten deshalb im Hinterkopf behalten.

Andererseits lässt sich in einer Klausur nicht annähernd die Vielfalt von Fallumständen simulieren, denen Richter im Verfahren begegnen. Es erscheint daher unwahrscheinlich, dass in Klausursachverhalten außer den bereits erörterten Umständen weitere relevante Prüfungen erwartet werden. Zugleich sollten Studierende dem BGH wenigstens sprachlich Reverenz erweisen, indem sie unter Verweis auf das Wörtchen „insbesondere“ in § 439 Abs. 4 S. 2 BGB die Möglichkeit weiterer Kriterien (die nicht die Erfüllungstauglichkeit betreffen, siehe oben III. 2) explizit herausstellen.

V. Prüfungsschema

Daraus folgt, dass eine klausurmäßige Prüfung der Unverhältnismäßigkeit zwar im Einstiegssatz signalisieren sollte, dass die betroffenen Interessen von Käufer und Verkäufer grundsätzlich umfassend abgewogen werden müssen, so dass sich schematische Lösungen verbieten. Danach allerdings sollte die Prüfung auf die konkreten Kriterien des § 439 Abs. 4 BGB einschwenken und die daraus vom BGH entwickelten oder übernommenen Faustregeln systematisch abprüfen. Diese Prüfung lässt sich gedanklich den Kategorien „Anspruch untergegangen?“ (§ 275 Abs. 1 BGB) und „Anspruch durchsetzbar?“ (§§ 275 Abs. 2, Abs. 3, 439 Abs. 4 BGB) zuordnen⁷⁷ und sollte bei der konkret vom Käufer gewählten Art der Nacherfüllung ansetzen:

1. Die gewählte Art der Nacherfüllung könnte objektiv oder subjektiv unmöglich (§ 275 Abs. 1 BGB) oder vom Verkäufer zu Recht nach § 275 Abs. 2 oder 3 BGB verweigert worden sein. (Dazu gehört auch die Verweigerung wegen Unzumutbarkeit nach § 275 Abs. 2 BGB, die dem Verkäufer aber nicht hilft, solange das Erfüllungsinteresse des Käufers parallel zu den Kosten des Verkäufers steigt.)

2a. Die Kosten der konkret gewählten Nacherfüllungsart sind unverhältnismäßig im Sinne von § 439 Abs. 4 S. 1 BGB, wenn sie den hypothetischen Verkehrswert „der Sache in mangelfreiem Zustand“ (§ 439 Abs. 4 S. 2 Alt. 1 BGB) übersteigen. Die Nacherfüllung soll den vertraglich vereinbarten Zustand herbeiführen, so dass die Wahl einer Nacherfüllungsart, deren Kosten den Wert der Sache von vornherein übersteigen, nach den Wertungen der §§ 251 Abs. 2 S. 1 und 439 Abs. 4 BGB treuwidrig wäre.

2b. Die Kosten der gewählten Nacherfüllungsart sind ferner „unverhältnismäßig“, wenn sie außer Verhältnis zur „Bedeutung des Mangels“ stehen (§ 439 Abs. 4 S. 2 Alt. 2 BGB). Das ist der Fall, wenn die Nacherfüllungskosten mehr als doppelt so hoch ausfallen wie der mangelbedingte Minderwert, wenn also umgekehrt der Wertverlust aufgrund des Mangels nur halb so groß ist wie die zu seiner Behebung erforderlichen Kosten.

3. Außerdem liegt eine Unverhältnismäßigkeit vor, wenn günstiger „auf die andere Art der Nacherfüllung [...] zurückgegriffen werden“ könnte (§ 439 Abs. 4 S. 2 Alt. 3 BGB). Dafür muss die andere, bisher nicht geprüfte Nacherfüllungsart möglich sein (§ 275 BGB) und die Kosten der gewählten müssen die der anderen Nacherfüllungsart um mehr als 25 % übersteigen. Etwaige „erhebliche Nachteile“ durch die vom Käufer nicht gewählte Nacherfüllungsart sind zugunsten der gewählten Nacherfüllungsart zu berücksichtigen.

4. Da § 439 Abs. 4 S. 2 BGB die Prüfungskriterien nicht abschließend benennt („insbesondere“) ist auch ein Verschulden des Verkäufers für die Prüfung relevant. Insbesondere erhöhen sich die für unverschuldete Schlechtleistung entwickelten Wertgrenzen um bis zu 30 %, wenn der Verkäufer den Mangel zu vertreten hat.

Kurz gefasst lautet das Schema also wie folgt – wobei jedes „nein“ ggf. ins Hilfsgutachten mündet:

1. § 275 BGB: Ist die gewählte Nacherfüllungsart möglich und zumutbar?

2. § 439 Abs. 4 S. 1: Ist die gewählte Nacherfüllungsart „mit verhältnismäßigen Kosten möglich“?

2a. § 439 Abs. 4 S. 2 Alt. 1 („Wert der Sache in mangelfreiem Zustand“): Wert der mangelfreien Sache > KgN?⁷⁸

2b. § 439 Abs. 4 S. 2 Alt. 2 („Bedeutung des Mangels“): Minderwert aufgrund Mangels > 2 x KgN?

3. § 439 Abs. 4 S. 2 Alt. 3: Kann „auf die andere Art der Nacherfüllung [...] zurückgegriffen werden“?

3a. Ist die andere Nacherfüllungsart möglich?

3b. Kosten der anderen Nacherfüllungsart < 1,25 x KgN?

3c. § 439 Abs. 4 S. 2 Alt. 3: „erhebliche Nachteile“ durch andere NE-Art?

4. § 439 Abs. 4 S. 2 „insbesondere“: Verschulden des Verkäufers? Dann + 20–30 % (Bsp. oben IV. 4).

⁷⁶ BGHZ 200, 350 (361 Rn. 45).

⁷⁷ In der Klausur explizit erscheinen sollte diese Dreiteilung nicht: *Fervers*, ZJS 2015, 454.

⁷⁸ KgN = Kosten der gewählten Nacherfüllungsart.