

W u V Einrede der Unverhältnismäßigkeit gemäß § 439 III BGB

I Anknüpfungspunkt ist das Gesetz, § 439 III 1, 2, 3 BGB

1 Die Einrede gemäß § 439 III 1 BGB

Die Vorschrift des § 439 III BGB gibt dem Verkäufer auch **außerhalb des Anwendungsbereiches des § 275 II BGB** das **Recht, die** von dem Käufer geforderte **Leistung zu verweigern**¹.

Die **Verweigerung** geschieht durch **formlose empfangsbedürftige Willenserklärung** als **Einrede** gegen den Nacherfüllungsanspruch und ist als **Gestaltungsrecht** wegen der **Beschränkung des Anspruches (§ 439 III 3 BGB) bedingungsfeindlich** und nach Zugang **unwiderruflich**². Da es sich um eine Einrede handelt, prüft das Gericht die Voraussetzungen der Vorschrift oder deren Vorliegen nicht von Amts wegen³.

Neben § 439 III BGB hat der Verweis auf die § 275 II BGB kaum eigenständige Bedeutung. Das hat folgenden Grund:

Im Rahmen des § 275 II BGB sind bei der Abwägung der von dem Verkäufer **zu treibende Nacherfüllungsaufwand mit dem Interesse des Käufers an einer mangelfreien Sache** und damit der geschuldeten Leistung **ins Verhältnis zueinander zu setzen**⁴. Ein **grobes Missverhältnis i. S. d. § 275 II 1 BGB** liegt aber nach h. M. nur in den Fällen einer so genannten **faktischen oder praktischen Unmöglichkeit** vor⁵ (die Leistung ist theoretisch [noch] erbringbar, würde aber von keinem vernünftigen Gläubiger gefordert werden, ist also praktisch unmöglich).

Das **Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 439 III BGB wegen Unverhältnismäßigkeit** greift aber bereits **unter weniger strengen Voraussetzungen** ein, da es eine **niedrigere Schwelle** für die Begründung der Einrede des Verkäufers darstellt⁶. Also ist **§ 439 III BGB insoweit spezieller**⁷.

Wesentliches Kriterium bei § 439 III 1 BGB: Unverhältnismäßige Kosten.

Mit dem Begriff der Unverhältnismäßigkeit (die auch gegeben ist, wenn ein Missverhältnis vorliegt) kann **assoziiert** werden: **§§ 138 II, 251 II 1, 275 II 1 BGB.**

¹ Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 2008, Rn. 212.

² Palandt/Weidenkaff, BGB, 69. Aufl. 2010, § 439 Rn. 16.

³ Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 13. Kap. Rn. 35.

⁴ Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 2008, Rn. 209.

⁵ Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 2008, Rn. 210. Vgl. hierzu BGH NJW 2009, 1660, 1662, Tz. 18 („eng auszulegende, nur selten anwendbare Ausnahmenvorschrift“).

⁶ Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 13. Kap. Rn. 34, auch Rn. 41; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 2008, Rn. 210.

⁷ Vgl. Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 13. Kap. Rn. 34 mit Verweis auf die Gesetzesbegründung.

Wichtig ist § 439 III 1 BGB für den Prüfungsaufbau. Wählt der Käufer die Nachbesserung, ist (zunächst) nur zu prüfen, ob diese vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung für den Verkäufer unverhältnismäßig ist⁸. Wählt er dagegen die Nachlieferung, so ist zu prüfen, ob diese Art der Nacherfüllung für den Verkäufer unverhältnismäßig ist. Die Unterscheidung ist wichtig wegen der für die Bestimmung der Unverhältnismäßigkeit anzulegenden Maßstäbe.

Bei der Frage nach den dem Verkäufer zuzumutenden Nacherfüllungskosten ist der Nacherfüllungsaufwand hinsichtlich aller Kosten (§ 439 II BGB!) zu schätzen⁹.

2 Anhaltspunkte als nicht abschließende, beispielhafte Indizien in § 439 III 1, 2 BGB

a Erster Anhaltspunkt in § 439 III 1 BGB

Aus der Formulierung des § 439 III 1 BGB mit der Verwendung des Wortes „unbeschadet“ und der relativ klar vorherrschenden Auffassung, dass § 275 II 1 BGB neben § 439 III BGB kaum eigenständige Bedeutung hat, folgt der erste Anhaltspunkt: Die Verweisung hat Bedeutung nämlich für § 275 II 2 BGB. Hat der Verkäufer den Mangel zu vertreten (genauer wohl: Die Lieferung der mangelhaften Sache oder die Nichtvornahme der geschuldeten Nacherfüllung), so ist ihm nach vorherrschender Auffassung mehr zuzumuten, als wenn ein Vertretenmüssen fehlt¹⁰.

b Zweiter Anhaltspunkt in § 439 III 2 BGB

Nach ganz h. M. (entsprechend dem klaren Wortlaut der Vorschrift) alleine der Wert der Kaufsache mangelfrei, nicht dagegen: Kaufpreis¹¹!

b Zweiter Anhaltspunkt in § 439 III 2 BGB

Nach dem Wortlaut der Vorschrift *sybillinisch* **Bedeutung des Mangels**.

Eröffnet **Wertungsspielräume** für

(1) Subjektive Beurteilung (also: Ist für den Käufer der Mangel von erheblicher Bedeutung?); im Zusammenhang mit der **Bedeutung des Mangels** und der damit **zu assoziierenden Erheblichkeit des Mangels** ist sofort an §§ 281 I 3, 323 V 2 BGB zu denken und an die diesbezüglich vorherrschende Auffassung hinsichtlich **einer vom Verkäufer gegebenen unselbständigen Garantie** sowie einer **eventuell beim Verkäufer vorliegenden Arglist**¹²! Darüber hinaus sind darunter auch besondere Vorstellungen des Käufers zu fassen, die dem Verkäufer erkennbar sind.

⁸ Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 13. Kap. Rn. 36.

⁹ Palandt/Weidenkaff, BGB, 69. Aufl. 2010, § 439 Rn. 16a.

¹⁰ Jauernig/Berger, BGB, 13. Aufl. 2009, § 439 Rn. 34.

¹¹ Bitter/Meidt, ZIP 2001, 2114, 2121; Jauernig/Berger, BGB, 13. Aufl. 2009, § 439 Rn. 33; Palandt/Weidenkaff, BGB, 69. Aufl. 2010, § 439 Rn. 16a; OLG Braunschweig NJW 2003, 1053, 1054.

¹² Vgl. zu dieser Fragestellung nur BGH NJW 2006, 1960, m. Bespr. St. Lorenz, NJW 2006, 1925.

Nach Palandt/*Weidenkaff* meint diese Formulierung **insbesondere die Auswirkung des Mangels auf die Gebrauchsfähigkeit** der verkauften Sache **für den Käufer** (eingeschränkter oder totaler Ausfall)¹³. Ähnlich *Oetker/Maultzsch*, denen zu Folge diese Formulierung das **Maß der Minderung des Wertes** bzw. der **Gebrauchstauglichkeit** durch diesen Mangel erfasst¹⁴.

(2) Verhältnismäßigkeitsprüfung; allerdings tritt damit die Frage in den Vordergrund, **welche Bezugsgrößen in das Verhältnis zueinander zu setzen** sind. Nahe liegend ist als **maßgebliche Bezugsgröße der Wert der Kaufsache mangelfrei**. Als weitere Bezugsgröße kommt dann in Betracht der **Wert der Kaufsache mangelhaft** (vgl. ähnlich bei der Berechnung der **Minderung, § 441 III 1 BGB**)¹⁵.

Möglich wäre damit bereits hier, den Wert der Kaufsache mangelhaft von dem Wert der Kaufsache mangelfrei (das ist ja die vom Verkäufer geschuldete Leistung!) in Abzug zu bringen und **als relevante Bezugsgröße**, zu welcher die Kosten der Nacherfüllung in das Verhältnis zu setzen sind, **diesen dann ermittelten so genannten Mangelunwert anzusehen**. Dann wäre es zumindest als verhältnismäßig anzusehen, wenn der Verkäufer für die Nacherfüllung **mindestens den Mangelunwert** (mangelbedingter Minderwert) aufzuwenden verpflichtet wäre.

Beispiel: Käufer kauft Sache Wert mangelfrei 1.000 €. Wert mangelhaft beläuft sich auf 900 €. Also Mangelunwert = 100 €; damit als Mindestrichtwert für den dem Verkäufer zuzumutende Nacherfüllungskosten 100 €. Das würde der Vorstellung entsprechen, dass der Verkäufer ja ursprünglich eine Sache im Wert von 1.000 € schuldete, also ist es ihm zumutbar, **mindestens** so viel aufzuwenden, um ordnungsgemäß nach zu erfüllen.

(3) Relevante Bezugsgröße könnte jedoch **auch alleine der Wert der Kaufsache mangelfrei** sein, zu welcher die Kosten der Nacherfüllung in das Verhältnis zu setzen sind.

Beispiel: Käufer kauft Sache Wert mangelfrei 1.000 €. Wert mangelhaft beläuft sich auf 900 €. Folgt man der eben genannten Auffassung belaufen sich die dem Verkäufer zuzumutenden Nacherfüllungskosten auf 1.000 €. Das ist ein nicht unwesentlicher Unterschied zu dem vorher genannten Beispiel mit der Bezugsgröße „Mangelunwert“. Bereits hier könnte es daher nahe liegen, für die Bestimmung der Unverhältnismäßigkeit unterschiedliche Bezugsgrößen zu wählen je nachdem, welche Art der Nacherfüllung der Käufer wählt (**Begründung: § 439 IV BGB!**).

c Dritter Anhaltspunkt in § 439 III 2 BGB

Vergleich der beiden Nacherfüllungsalternativen miteinander, also Vergleich der Nachbesserung (Mängelbeseitigung) mit der Nachlieferung.

¹³ Palandt/*Weidenkaff*, BGB, 69. Aufl. 2010, § 439 Rn. 16a.

¹⁴ *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 2008, Rn. 213.

¹⁵ In diesem Sinne *Bitter/Meidt*, ZIP 2001, 2114, 2121.

(1) Beachte: Bei geringem Wert der Sache mangelfrei (Beispiel: Radiowecker) werden die Kosten der Nachbesserung die Kosten der Nachlieferung regelmäßig (deutlich) übersteigen¹⁶!

(2) Beachte: Je größer die Bedeutung des Mangels für den Käufer, umso eher wird er Nachlieferung verlangen können!

(3) Beachte: Der Käufer kann nur dann auf die andere Art der Nacherfüllung verwiesen werden, wenn ihm dies keine erheblichen Nachteile bringt, § 439 III 2 BGB a. E.

Klassisches Beispiel hierfür ist der Handel mit allen Geräten der Unterhaltungs- und Elektroindustrie, so wenn der Käufer einen Laptop erwirbt und dieser mangelhaft ist, der Verkäufer aber sagt, dass das Gerät zum Hersteller eingeschickt werden und der Käufer eventuell bis zu 6 Wochen warten muss, ohne ein Ersatzgerät dafür zu erhalten! Hier muss für den Käufer zwingend ein Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache bestehen!)

Die eine Art der Nacherfüllung kann im Verhältnis zur anderen Art der Nacherfüllung unverhältnismäßig sein (so genannte **relative Unverhältnismäßigkeit**). Erforderlich ist dann ein Vergleich der bei den Nacherfüllungsarten miteinander; nach wohl überwiegender Auffassung¹⁷ rechtfertigt wohl bereits eine Abweichung von 10% die Erhebung der Unverhältnismäßigkeitseinrede gemäß § 439 III BGB.

Beispiel: Käufer kauft Sache, deren Wert mangelfrei 100 € beträgt. Der Wert mangelhaft beläuft sich auf 80 €. Der Mangelunwert beträgt damit 20 €. Lieferung einer mangelfreien Sache kostet den Verkäufer 120 €, Reparatur würde 20 € kosten. Kann Verkäufer die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung im Wege der Nachlieferung verweigern?

Im Rahmen der Nachlieferung kann der Verkäufer die Rückgewähr der mangelhaften Sache verlangen, § 439 IV BGB i. V. m. § 346 I BGB. Damit ist der Wert der mangelhaften Sache, also 80 €, wieder im Vermögen des Verkäufers. Muss er zugleich 120 € aufwenden um eine mangelfreie Sache für den Käufer zu beschaffen, sind die 80 € hiervon in Abzug zu bringen. Damit beträgt der Kostenaufwand für die Nachlieferung für den Verkäufer 40 €. Der Kostenaufwand für die Mängelbeseitigung dagegen beträgt nur 20 €. Legt man nun die eine Art der Nacherfüllung und deren Kosten als Maßstab zugrunde, stellen die 20 € zugleich 100% der dem Verkäufer zuzumutenden Nacherfüllungskosten dar. 10% höhere Kosten wären bereits 22,00 €, damit wäre der Kostenaufwand für die andere Art der Nacherfüllung (nämlich 40 €) deutlich höher. Das Beispiel möge verdeutlichen, dass hier eventuell eine höhere prozentuale Grenze angezeigt sein könnte.

¹⁶ Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 13. Kap. Rn. 37; Jauernig/Berger, BGB, 13. Aufl. 2009, § 439 Rn. 29.

¹⁷ So z. B. Bitter/Meidt, ZIP 2001, 2114, 2122; anders Jauernig/Berger, BGB, 13. Aufl. 2009, § 439 Rn. 30: 20%; ebenso kritisch Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 2008, Rn. 215.

3 Individuelle Situation des Verkäufers

Nach der Gesetzesbegründung¹⁸ soll über die in § 439 III 2 BGB genannten Kriterien hinaus insbesondere die **individuelle Situation des Verkäufers Berücksichtigung** finden, also insbesondere die Frage nach eigenen Reparaturmöglichkeiten (Werkstatt oder privater Verkäufer?), sowie ob die Möglichkeit einer Ersatzlieferung besteht (etwa weil er als Verkäufer Gewerbetreibender ist und es sich bei der Kaufsache um eine handelsübliche Ware im Sinne einer vertretbaren Sache handelt?)¹⁹.

4 Weiterer Anhaltspunkt in § 439 III 3 BGB

Wenn die **eine Art der Nacherfüllung unverhältnismäßig** ist, kann **auch die andere Art der Nacherfüllung unverhältnismäßig** sein!

Dann **abstrakte Prüfung**, also kein Vergleich (so genannte **absolute Unverhältnismäßigkeit**)²⁰!

II Möglichkeiten zur Ermittlung der absoluten Unverhältnismäßigkeit

Die Ermittlung der absoluten Unverhältnismäßigkeit erweist sich ebenso wie die Ermittlung der relativen Unverhältnismäßigkeit als schwierig, da die überwiegenden Stimmen im Schrifttum eine Festlegung auf prozentuale Grenzen vermeiden wollen²¹. Begründet wird dies überwiegend damit, dass wohl auch im Rahmen von § 439 III 1, 2, 3 BGB stets eine umfassende Einzelfallprüfung statt zu finden hat, aufgrund derer alle entscheidungserheblichen Umstände Berücksichtigung finden können²².

1 Anhaltspunkte sind die in § 439 III 2 BGB genannten Indizien, also

a Wert der Kaufsache mangelfrei und

b Bedeutung des Mangels

¹⁸ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/6040, S. 232. Vgl. dazu einerseits *Bitter/Meidt*, ZIP 2001, 2114, 2122, andererseits *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, 13. Kap. Rn. 38 Fn. 26 a. E.

¹⁹ *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, 13. Kap. Rn. 38.

²⁰ *Jauernig/Berger*, BGB, 13. Aufl. 2009, § 439 Rn. 32.

²¹ In diesem Sinne jetzt auch der Kaufrechtssenat in BGH NJW 2009, 1660, 1661, Tz. 15: „Derartige Grenzen vermögen zwar eine Bewertung aller Umstände des Einzelfalles nicht zu ersetzen, geben jedoch in Form einer Faustregel (*Bitter/Meidt*, ZIP 2001, 2114 [2121]) einen ersten Anhaltspunkt und wirken damit mangels einer eindeutigen Regelung und einer gefestigten Rechtsprechung der Rechtsunsicherheit entgegen (vgl. Ball, NZV 2004, 217 [224 f.]).“. Repräsentativ *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, 13. Kap. Rn. 41 („Die konkrete Festlegung von Faustregeln für die Unverhältnismäßigkeit wird für die Praxis nicht einfach sein.“); *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 2008, Rn. 216 („Auch hinsichtlich der absoluten Unverhältnismäßigkeit einer Nacherfüllungsform ist keine trennscharfe Abgrenzung möglich.“).

²² *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, 13. Kap. Rn. 41.

2 Geboten: Differenzierung

Bereits bisher Gesagtes legt nahe, dass für eine **Ermittlung der absoluten Unverhältnismäßigkeit** zwischen den **verschiedenen Arten der Nacherfüllung zu unterscheiden** ist.

a Bei **Nachbesserung** behält der Käufer die Kaufsache; daher liegt es nahe, in einem solchen Fall den Restwert, also den Wert der Sache mangelhaft zu berücksichtigen. Denn dieser Wert ist ja bereits im Vermögen des Käufers.

b Bei **Nachlieferung** dagegen kann der Verkäufer die mangelhafte Sache zurückverlangen, § 439 IV BGB (damit assoziieren: (1) Herdfall²³ und die Frage nach einer möglichen richtlinienkonformen Auslegung des § 439 IV BGB im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufes; (2) Nach vorherrschender Auffassung²⁴ besteht bei berechtigtem Interesse des Käufers sogar ein Anspruch auf Rücknahme!).

Daher liegt es nahe, bei der Nachlieferung den Restwert der Kaufsache, also Wert mangelhaft, nicht zu berücksichtigen.

3 Prozentangaben

Ausgangspunkt sollte **Wert der Kaufsache mangelfrei** sein, vgl. § 439 III 2 BGB erster Anhaltspunkt.

a Bei Nachbesserung im Wesentlichen zwei Anknüpfungsmöglichkeiten

(1) Erste Anknüpfungsmöglichkeit: Wert der Kaufsache mangelfrei ist 100%, die dem Verkäufer zuzumutenden Kosten variieren unabhängig von einem gegebenen Mangelunwert zwischen **10% Mängelbeseitigungskosten²⁵, 30% Mängelbeseitigungskosten²⁶** (in Anlehnung an das Schadensrecht [wobei zu beachten ist, dass die Haftung auf Schadensersatz grundsätzlich Verschuldenshaftung ist, also schuldhaftes Verhalten des Schädigers vorliegt, welches bei dem Verkauf einer mangelhaften Sache nicht bei dem Verkäufer vorliegen muss!], vgl. § 251 II 1 BGB, oder **gar bis zu 50% Mängelbeseitigungskosten²⁷**).

²³ BGH NJW 2009, 427.

²⁴ Vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB, 69. Aufl. 2010, § 439 Rn. 25, wonach Rücknahmepflicht des Verkäufers in der Regel zu bejahen ist, wegen § 348 BGB und des Interesses des Käufers, die mangelhafte Sache loszuwerden.

²⁵ Diese Grenze in Höhe von 110% erscheint bei Jauernig/Berger, BGB, 13. Aufl. 2009, § 439 Rn. 33 a. E. für den Fall, dass der Verkäufer Verbraucher und nicht Unternehmer ist, allerdings ohne jedwede Differenzierung nach den unterschiedlichen Arten der Nacherfüllung.

²⁶ Diese Grenze, übertragen von der Rechtsprechung zu dem Schadensersatzrecht für Kraftfahrzeuge, wird so wohl von P. Huber, NJW 2002, 1004, 1008, präferiert, allerdings ohne Differenzierung nach den unterschiedlichen Arten der Nacherfüllung. Kritisch Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 2008, Rn. 216.

²⁷ So wohl Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 2008, Rn. 216, allerdings ohne wiederum zwischen den unterschiedlichen Arten der Nacherfüllung differenzierend alleine Bezug nehmend auf den Wert der Sache mangelfrei und nicht auf den Mangelunwert.

Beispiel: Kauft Käufer Sache für 1000 €, die objektiv mangelfrei 800 € wert sein soll (Wert mangelfrei 800 €), wegen des Mangels aber nur 700 € wert ist (Wert mangelhaft 700 €), so ergäben sich als mögliche, dem Verkäufer zumutbare Mängelbeseitigungskosten 80 €, 240 € oder gar 400 €.

(2) Zweite Anknüpfungsmöglichkeit: Entscheidende Bezugsgröße ist der Mangelunwert, also die Differenz zwischen Wert der Kaufsache mangelfrei und Wert der Kaufsache mangelhaft.

Beispiel: Kauft Käufer Sache für 1000 €, die objektiv mangelfrei 800 € wert sein soll (Wert mangelfrei 800 €), wegen des Mangels aber nur 700 € wert ist (Wert mangelhaft 700 €), beläuft sich der Mangelunwert auf 100 €. Legt man den Mangelunwert zugrunde, wird man jetzt davon ausgehen müssen, dass die **100 € Mangelunwert als maßgebliche Bezugsgröße 100% die in jedem Fall dem Verkäufer zuzumutenden Kosten der Mängelbeseitigung darstellen**, so dass die jeweiligen, oben genannten Aufschläge zu den 100 € hinzuzurechnen sind, so dass sich in diesem Falle die dem Verkäufer zuzumutenden Mängelbeseitigungskosten entweder auf 110 €, 130 € oder 150 € belaufen würden.

(3) Stellungnahme mit Klausurlösungsvorschlag

Wie bereits oben gesagt, ist eine Differenzierung zwischen der Nachbesserung und der Nachlieferung angezeigt. Daher erscheint es gerechtfertigt, bei der Nachbesserung den Mangelunwert zugrunde zu legen, wobei dann die Frage nach einem Zuschlag noch zu beantworten bleibt.

b Bei Nacherfüllung im Wege der Nachlieferung erhält Verkäufer dagegen die Kaufsache wieder zurück, § 439 IV BGB i. V. m. § 346 I BGB, also ist bereits der Wert mangelhaft bei den dem Verkäufer zuzumutenden Nachlieferungskosten mit zu berücksichtigen.

Beispiel: Kauft Käufer Sache für 1000 €, die objektiv mangelfrei 800 € wert sein soll (Wert mangelfrei 800 €), wegen des Mangels aber nur 700 € wert ist (Wert mangelhaft 700 €), so ergäben sich als mögliche, dem Verkäufer zumutbare Mängelbeseitigungskosten 80 € zuzüglich der ihm weiterhin zuzumutenden 80 €, 240 € oder gar 400 €. Der Mangelunwert dürfte unter Umständen hier ebenso wenig zu berücksichtigen sein wie der Kaufpreis. Zu berücksichtigen ist aber, dass 700 € (nämlich Wert mangelhaft) **wegen § 439 IV BGB** dem Vermögen des Verkäufers wieder zufließen.

c Bei den hier genannten Prozentangaben ist zu berücksichtigen, dass je nach Vorliegen verschiedener Umstände weitere „Aufschläge“ auf die dem Verkäufer zuzumutenden Kosten im Rahmen einer erfolgreichen Nacherfüllung möglich und denkbar sind.

(1) Genannt seien insbesondere folgende Umstände:

(a) Vertretenmüssen

Hat der Verkäufer den Mangel zu vertreten, so ist im in Anlehnung an § 275 II 2 BGB mehr zuzumuten, als einem Verkäufer, der die Lieferung einer mangelhaften Sache nicht zu vertreten hat.

(b) Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufes

Ist der Käufer Verbraucher und der Verkäufer Unternehmer, dann mag diesem Unternehmervverkäufer mehr zuzumuten zu sein.

(c) Dem Verkäufer erkennbarer besonderer Vertrags- oder Verwendungszweck

Des Weiteren ist ein Zuschlag eventuell dann vorzunehmen, wenn ein dem Verkäufer erkennbarer besonderer Vertrags- oder Verwendungszweck vorliegt²⁸.

(2) In diesem Zusammenhang ist insbesondere zweierlei streitig:

Zum einen stellt sich die Frage, ob die verschiedenen Umstände zu einer Kumulierung der „Aufschläge“ führen und die dem Verkäufer zuzumutenden Nacherfüllungskosten damit in eine gewaltige Höhe treiben können. Zum anderen stellt sich die Frage nach der Höhe des eventuell vorzunehmenden Aufschlages. Alle diese Fragen harren nach wie vor höchstrichterlicher Klärung.

Als weiterführende Hinweise diesbezüglich sei verwiesen auf den Vorlagebeschluss des BGH NJW 2009, 1660, sowie hierzu

- *Witt*, Kommentar zu BGH, Beschl. v. 14.01.2009 – VIII ZR 70/80, BB 2009, 685;
- *Faust*, Ersatz der Ausbaurkosten bei der Ersatzlieferung; absolute Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung, JuS 2009, 470;
- *Lorenz*, Die Reichweite der kaufrechtlichen Nacherfüllungspflicht durch Neulieferung, NJW 2009, 1633;
- *Witt*, Ausbau und Einbau im Rahmen der kaufrechtlichen Mängelgewährleistung, ZGS 2008, 369;
- Sowie *Unberath/Cziupka*, JZ 2009, 313 (Anmerkung); *Leible*, LMK 2009, 281412; *Gärtner/Schön*, ZGS 2009, 109; *Hilbig*, ZJS 2009, 181; *Jud*, GPR 2009, 79.

²⁸ Jauernig/*Berger*, BGB, 13. Aufl. 2009, § 439 Rn. 34.