Kein Nutzungsersatz bei Nacherfüllung im Verbrauchsgüterkauf

§ 439 IV BGB ist unter Beachtung des Urteils des EuGH vom 17.04.2008 (Rs. C-404/06, NJW 2008, 1433) in Fällen des Verbrauchsgüterkaufs (§ 474 I 1) einschränkend anzuwenden: Die in § 439 IV BGB in Bezug genommenen Vorschriften über den Rücktritt (§§ 346 bis 348 BGB) gelten in diesen Fällen nur für die Rückgewähr der mangelhaften Sache selbst, führen hingegen nicht zu einem Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen oder auf Wertersatz für die Nutzung der mangelhaften Sache.

BGH, Urteil vom 26.11.2008 – VIII ZR 200/05

Sachverhalt: Der Kläger ist ein Verbraucherverband; die Beklagte betreibt ein Versandhandelsunternehmen.

Im Sommer 2002 bestellte die Käuferin *B* für ihren privaten Gebrauch bei der Beklagten ein sogenanntes „Herd-Set“ zum Preis von 524,90 €. Die Ware wurde im August 2002 geliefert. Im Januar 2004 stellte die Käuferin fest, dass sich an der Innenseite des zu dem „Herd-Set“ gehörenden Backofens die Emailleschicht abgelöst hatte. Da eine Reparatur des Gerätes nicht möglich war, tauschte die Beklagte den Backofen vereinbarungsgemäß noch im Januar 2004 aus. Das ursprünglich gelieferte Gerät gab die Käuferin an die Beklagte zurück. Für dessen Nutzung verlangte die Beklagte eine Vergütung, die die Käuferin an die Beklagte zahlte.

Gestützt auf eine entsprechende Ermächtigung durch die Käuferin verlangt der Kläger Rückzahlung der Vergütung in Höhe von 67,86 € nebst Zinsen. Daneben hat er, soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse, beantragt, die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, Verbrauchern im Falle der Ersatzlieferung Beträge für die Nutzung der mangelhaften Ware in Rechnung zu stellen.

Das LG Nürnberg-Fürth (NJW 2005, 2558) hat dem Zahlungsantrag stattgegeben und die Klage im Übrigen abgewiesen. Das OLG Nürnberg (NJW 2005, 3000) hat die Berufung der Beklagten und hinsichtlich des vorbezeichneten Unterlassungsantrags auch die Berufung des Klägers zurückgewiesen und die Revision für beide Parteien zugelassen. Die Beklagte erstrebt mit ihrer Revision die Abweisung der Zahlungsklage. Der Kläger verfolgt mit seiner Revision den Unterlassungsanspruch weiter.

Der Senat hat das Verfahren durch Beschluss vom 16.08.2006 (NJW 2006, 3200) ausgesetzt und den EuGH gemäß Art. 234 EG um eine Vorabentscheidung ersucht. Der EuGH hat hierüber durch Urteil vom 17.04.2008 (Rs. C-404/06, NJW 2008, 1433) entschieden. Die Revision der Beklagten hatte keinen Erfolg; das Rechtsmittel des Klägers war dagegen erfolgreich.

Aus den Gründen: [7] A. Das Berufungsgericht hat, soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse, zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

[8] Die Zahlung einer Nutzungsentschädigung sei ohne Rechtsgrund erfolgt und könne daher nach § 812 I BGB zurückgefordert werden. Aus der Verweisung des § 439 IV BGB auf § 346 I BGB könne die Beklagte keinen Anspruch auf Nutzungsentschädigung herleiten. Die Vorschrift des § 439 IV BGB enthalte keine Rechtsfolgenverweisung auf § 346 I Fall 2 BGB (Herausgabe von tatsächlich gezogenen Nutzungen). Die Begründung des Gesetzgebers für eine Verpflichtung des Käufers, im Falle der Ersatzlieferung eine Nutzungsentschädigung zu zahlen, überzeuge nicht. Es sei nicht gerechtfertigt, im Falle einer Ersatzlieferung alle aus dem Rücktritt resultierenden Rechtsfolgen anzuwenden. Zwar habe der Käufer bei der Ersatzlieferung dadurch einen Vorteil, dass er anstelle der ursprünglichen Sache nun eine neue ungebrauchte Sache mit einer neuen Gewährleistungsfrist erhalte und grundsätzlich mit einer längeren Lebensdauer der Ware rechnen könne. Dem Verkäufer bleibe als Nachteil eine unverkäufliche, weil mangelbehaftete Sache; allerdings behalte er den vollen Kaufpreis und damit den eigentlichen Gewinn. Im Falle des Rücktritts stelle sich die Situation für den Verkäufer deutlich ungünstiger dar. Er müsse nicht nur die mangelhafte Ware behalten, sondern zusätzlich noch den im Kaufpreis enthaltenen Gewinn herausgeben. Demgegenüber erhalte der Käufer den vollen Kaufpreis zurück und könne sich von seinem Vertragspartner lösen. Nur in diesem Fall sei es interessengerecht, wenn der Käufer eine Nutzungsentschädigung zahle.

[9] Auch wenn der Beklagten somit im Falle der Ersatzlieferung kein Anspruch auf Nutzungsentschädigung zustehe, sei der auf § 2 II Nr. 1 UKlaG gestützte Unterlassungsantrag unbegründet, weil das Verhalten der Beklagten nicht gegen eine Vorschrift verstoße, die dem Schutz der Verbraucher diene ...

[10] B. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht in jeder Hinsicht stand.

[11] I. Revision der Beklagten.

[12] Zu Recht hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, dass die Käuferin gegen die Beklagte einen Anspruch aus § 812 I 1 Fall 1 BGB auf Rückzahlung eines Betrages von 67,86 € nebst Zinsen hat, den der Kläger aufgrund der Ermächtigung durch die Käuferin im eigenen Namen geltend machen kann.

[13] Die von der Käuferin geleistete Zahlung für die Nutzung des zunächst gelieferten mangelhaften Herdes ist ohne Rechtsgrund erfolgt. Der Beklagten steht ein Anspruch auf Wertersatz dafür, dass die Käuferin die anfangs gelieferte Ware in der Zeit von August 2002 bis Januar 2004 nutzen konnte, nicht zu. Ein derartiger Anspruch ergibt sich entgegen der Ansicht der Beklagten auch nicht aus § 439 IV i. V. mit § 346 I, II 1 Nr. 1, § 100 BGB.

[14] 1. Zwar kann nach dem Wortlaut des § 439 IV BGB der Verkäufer, der zum Zwecke der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache liefert, vom Käufer Rückgewähr der mangelhaften Sache „nach Maßgabe der §§ 346 bis 348“ verlangen. Neben der Rückgabe der empfangenen Leistung selbst sieht § 346 I BGB im Falle des Rücktritts die Pflicht zur Herausgabe der gezogenen Nutzungen vor, zu denen auch die Gebrauchsvorteile nach § 100 BGB gehören. Für diese Vorteile hat der Rückgewährschuldner nach § 346 I-I 1 Nr. 1 BGB dem Rückgewährgläubiger Wertersatz zu leisten. Dies gilt nach dem Wortlaut der Vorschriften auch dann, wenn es sich – wie im vorliegenden Fall – um einen Verbrauchsgüterkauf (§ 474 I 1 BGB) handelt.

[15] 2. Diese – im rechtswissenschaftlichen Schrifttum sehr umstrittene (vgl. Senat, Beschl. v. 16.08.2006 – VIII ZR 200/05, NJW 2006, 3200 m. w. Nachw.) – Vorschrift steht aber nicht im Einklang mit Art. 3 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABlEG Nr. L 171, S. 12; im Folgenden: Richtlinie). Nach Art. 3 II der Richtlinie hat der Verbraucher bei Vertragswidrigkeit des Verbrauchsgutes entweder Anspruch auf die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung oder auf angemessene Minderung des Kaufpreises oder auf Vertragsauflösung. Art. 3 III 1 der Richtlinie bestimmt, dass der Verbraucher vom Verkäufer die unentgeltliche Nachbesserung des Verbrauchsgutes oder eine unentgeltliche Ersatzlieferung verlangen kann, sofern dies nicht unmöglich oder unverhältnismäßig ist. In Art. 3 III 3 der Richtlinie heißt es, dass die Nachbesserung oder die Ersatzlieferung innerhalb angemessener Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen müsse. Nach Art. 3 IV der Richtlinie umfasst der Begriff „unentgeltlich“ in den Absätzen 2 und 3 die für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts notwendigen Kosten, insbesondere Versand-, Arbeits- und Materialkosten.

[16] Der Senat hat dem EuGH durch Beschluss vom 16.08.2006 (NJW 2006, 3200) folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

> „Sind die Bestimmungen des Art. 3 II i. V. mit Art. 3 III 1 und IV oder des Art. 3 III 3 der Richtlinie dahin auszulegen, dass sie einer nationalen gesetzlichen Regelung entgegenstehen, die besagt, dass der Verkäufer im Falle der Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes des Verbrauchsgutes durch Ersatzlieferung von dem Verbraucher Wertersatz für die Nutzung des zunächst gelieferten vertragswidrigen Verbrauchsgutes verlangen kann?“

[17] Der EuGH hat die Frage mit Urteil vom 17.04.2008 (NJW 2008, 1433) wie folgt beantwortet:

> „Art. 3 der Richtlinie ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die dem Verkäufer, wenn er ein vertragswidriges Verbrauchsgut geliefert hat, gestattet, vom Verbraucher Wertersatz für die Nutzung des vertragswidrigen Verbrauchsguts bis zu dessen Austausch durch ein neues Verbrauchsgut zu verlangen.“

[18] Zur Begründung hat der Gerichtshof im Wesentlichen ausgeführt: Dem Wortlaut und den einschlägigen Vorarbeiten der Richtlinie zufolge habe der Gemeinschaftsgesetzgeber die Unentgeltlichkeit der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts durch den Verkäufer zu einem wesentlichen Bestandteil des durch die Richtlinie gewährleisteten Verbraucherschutzes machen wollen. Diese dem Verkäufer auferlegte Verpflichtung, die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts unentgeltlich zu bewirken, solle den Verbraucher vor drohenden finanziellen Belastungen schützen, die ihn davon abhalten könnten, seine Ansprüche geltend zu machen. Das bedeute, dass jede finanzielle Forderung des Verkäufers im Rahmen der Erfüllung seiner Verpflichtung zur Herstellung des vertragsmäßigen Zustands des Verbrauchsguts ausgeschlossen sei. Diese Auslegung werde dadurch bestätigt, dass nach Art. 3 III Unterabs. 3 der Richtlinie die Nachbesserung oder die Ersatzlieferung auch ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher zu erfolgen habe. Der 15. Erwägungsgrund betreffe nur den in Art. 3 V der Richtlinie vorgesehenen Fall der Vertragsauflösung mit gegenseitiger Herausgabe der erlangten Vorteile und könne somit nicht als allgemeiner Grundsatz verstanden werden. Der Verbraucher werde durch die Erlangung eines neuen Verbrauchsguts als Ersatz für das vertragswidrige Verbrauchsgut nicht ungerechtfertigt bereichert. Er erhalte lediglich verspätet ein den Vertragsbestimmungen entsprechendes Verbrauchsgut, wie er es bereits zu Beginn hätte erhalten müssen. Die finanziellen Interessen des Verkäufers seien durch die Verjährungsfrist von zwei Jahren nach Art. 5 I der Richtlinie und durch die ihm in Art. 3 III Unterabs. 2 der Richtlinie eröffnete Möglichkeit geschützt, die Ersatzlieferung zu verweigern, wenn sich diese Abhilfe wegen unzumutbarer Kosten als unverhältnismäßig erweist.

[19] 3. An dieses Auslegungsergebnis sind die nationalen Gerichte gebunden. Sie sind nach ständiger Rechtsprechung des EuGH aufgrund des Umsetzungsgebots gemäß Art. 249 III EG und des Grundsatzes der Gemeinschaftstreue gemäß Art. 10 EG zudem verpflichtet, die Auslegung des nationalen Rechts unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihnen das nationale Recht einräumt, soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen (vgl. nur EuGH, Urt. v. 10.04.1984 – Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891 – von Colson und Kamann/Nordrhein-Westfalen; Urt. v. 05.10.2004 – Rs. C-397/01 bis C-403/01, Slg. 2004, I S. 8835 – Pfeiffer u. a./Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut e. V.).

[20] a) Allerdings lässt sich dieses Gebot richtlinienkonformer Auslegung im vorliegenden Fall nicht im Wege einer (einschränkenden) Gesetzesauslegung im engeren Sinne umsetzen, also einer Rechtsfindung innerhalb des Gesetzeswortlauts ..., deren Grenze durch den möglichen Wortsinn gebildet wird ... Dem steht der eindeutige Wortlaut des Gesetzes entgegen, weil § 439 IV BGB für den Fall der Ersatzlieferung uneingeschränkt auf die §§ 346 bis 348 BGB Bezug nimmt. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass dadurch allein die Rückgabe der mangelhaften Sache selbst geregelt und nicht dem Verkäufer auch ein Anspruch auf Herausgabe der vom Käufer gezogenen Nutzungen zugebilligt werden soll. Denn dann wäre zumindest die Verweisung auf § 347 BGB sinnlos, weil diese Vorschrift ausschließlich die Frage der Nutzungen (und Verwendungen) regelt (vgl. Senat, Beschl. v. 16.08.2006 – VIII ZR 200/05, NJW 2006, 3200).

[21] b) Der von der Rechtsprechung des EuGH geprägte Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung verlangt von den nationalen Gerichten aber mehr als bloße Auslegung im engeren Sinne. Der Gerichtshof ist bei der Verwendung des Begriffs „Auslegung“ nicht von der im deutschen Rechtskreis – anders als in anderen europäischen Rechtsordnungen – üblichen Unterscheidung zwischen Auslegung (im engeren Sinne) und Rechtsfortbildung ausgegangen. Auch die vom EuGH formulierte Einschränkung, nach der die richtlinienkonforme Auslegung nicht als Grundlage für eine Auslegung des nationalen Rechts *contra legem* dienen darf (vgl. EuGH, Urt. v. 04.07.2006 – Rs. C-212/04, Slg. 2006, I S. 6057 – Adeneler u. a./Ellinikos Organismos Galaktos), bezieht sich nicht auf die Wortlautgrenze. Der Begriff des Contra-legem-Judizierens ist vielmehr funktionell zu verstehen; er bezeichnet den Bereich, in dem eine richterliche Rechtsfindung nach nationalen Methoden unzulässig ist ... Der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung fordert deshalb auch, das nationale Recht, wo dies nötig und möglich ist, richtlinienkonform fortzubilden ... Daraus folgt hier das Gebot einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion ... des § 439 IV BGB auf einen mit Art. 3 der Richtlinie zu vereinbarenden Inhalt.

[22] aa) Eine Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion setzt eine verdeckte Regelungslücke i. S. einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes voraus (vgl. BGHZ 149, 165 [174]; BGH, Beschl. v. 20.01.2005 – IX ZB 134/04, NJW 2005, 1508 [unter II 3b aa (1)], jeweils m. w. Nachw.). Diese Voraussetzung ist erfüllt.

[23] In der Begründung des Koalitionsentwurfs zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz heißt es in der Einzelbegründung zu § 439 IV BGB (BT-Drs. 14/6040, S. 232 f.):

> „Ebenso wie bisher § 480 I 2 i. V. mit § 467 S. 1 steht dem Verkäufer ein Rückgewähranspruch nach den Vorschriften über den Rücktritt zu. Deshalb muss der Käufer, dem der Verkäufer eine neue Sache zu liefern und der die zunächst gelieferte fehlerhafte Sache zurückzugeben hat, gemäß §§ 439 IV, 346 I RE auch die Nutzungen, also gemäß § 100 auch die Gebrauchsvorteile, herausgeben. Das rechtfertigt sich daraus, dass der Käufer mit der Nachlieferung eine neue Sache erhält und nicht einzusehen ist, dass er die zurückzugebende Sache in dem Zeitraum davor unentgeltlich nutzen können soll und so noch Vorteile aus der Mangelhaftigkeit ziehen können soll …
>
> Mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist eine derartige Verpflichtung des Verbrauchers (Käufers) vereinbar. Zwar bestimmt deren Art. 3 II ausdrücklich den Anspruch des Verbrauchers auf eine ‚unentgeltliche' Herstellung des vertragsgemäßen Zustands … Der vertragsgemäße Zustand wird indes durch die Lieferung der neuen Ersatzsache hergestellt … Zu den Kosten kann aber nicht die Herausgabe von Nutzungen der vom Verbraucher benutzten mangelhaften Sache gezählt werden …
>
> Des Weiteren werden dem Verbraucher auch nicht Kosten, auch nicht solche der Rückgabe der gebrauchten, mangelhaften Sache auferlegt. Es geht vielmehr um die Herausgabe der Vorteile, die der Verbraucher (Käufer) aus dem Gebrauch der Sache gezogen hat …
>
> Schließlich wird diese Wertung durch den Erwägungsgrund (15) der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bestätigt …"

[24] Daraus ergibt sich, dass die Absicht des Gesetzgebers einerseits dahin ging, dem Verkäufer für den Fall der Ersatzlieferung einen Anspruch auf Herausgabe der vom Käufer gezogenen Nutzungen zuzubilligen. Andererseits sollte aber – was die weiteren Ausführungen in der Gesetzesbegründung belegen – auch eine Regelung geschaffen werden, die mit der Richtlinie vereinbar ist. Die explizit vertretene Auffassung, dass die Regelung über den Nutzungsersatz den Anforderungen der Richtlinie genüge, ist jedoch fehlerhaft, wie der EuGH nunmehr mit Bindungswirkung festgestellt hat.

[25] Damit erweist sich das Gesetz als planwidrig unvollständig. Es liegt eine verdeckte Regelungslücke … vor, weil die Verweisung in § 439 IV BGB keine Einschränkung für den Anwendungsbereich der Richtlinie enthält und deshalb mit dieser nicht im Einklang steht. Dass diese Unvollständigkeit des Gesetzes planwidrig ist, ergibt sich daraus, dass der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung ausdrücklich seine Absicht bekundet hat, auch und gerade hinsichtlich des Nutzungsersatzes eine richtlinienkonforme Regelung zu schaffen. Somit steht die konkrete Regelungsabsicht hinsichtlich des Nutzungsersatzes nicht lediglich im Widerspruch zu einem generellen, allgemein formulierten Umsetzungswillen … Vielmehr besteht ein Widerspruch zur konkret geäußerten, von der Annahme der Richtlinienkonformität getragenen Umsetzungsabsicht des Gesetzgebers. Deshalb ist auszuschließen, dass der Gesetzgeber § 439 IV BGB in gleicher Weise erlassen hätte, wenn ihm bekannt gewesen wäre, dass die Vorschrift nicht im Einklang mit der Richtlinie steht. Diese Annahme wird dadurch bestätigt, dass der Gesetzgeber nunmehr eine Gesetzesänderung in die Wege geleitet hat, die der im Streitfall ergangenen Entscheidung des EuGH Rechnung tragen und eine richtlinienkonforme Umsetzung der Richtlinie gewährleisten soll (Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 15.10.2008, BT-Drs. 16/10607, S. 4, 5 f.). Danach soll § 474 II BGB dahin gehend neu gefasst werden, dass § 439 IV BGB auf einen Verbrauchsgüterkauf mit der Maßgabe anzuwenden ist, dass Nutzungen nicht herauszugeben oder durch ihren Wert zu ersetzen sind.

[26] bb) Die bis zu einer gesetzlichen Neuregelung bestehende verdeckte Regelungslücke ist durch eine einschränkende Anwendung des § 439 IV BGB für Fälle des Verbrauchsgüterkaufs (§ 474 I 1 BGB) zu schließen. Die Vorschrift ist in solchen Fällen einschränkend dahingehend anzuwenden, dass die in Bezug genommenen Vorschriften über den Rücktritt nur für die Rückgewähr der mangelhaften Sache selbst eingreifen, hingegen nicht zu einem Anspruch des Verkäufers auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen oder auf Wertersatz für die Nutzung der mangelhaften Sache führen (so auch *Gebauer,* AnwBl 2007, 314 [319]; *Theisen,* GPR 2007, 276 [281 f.]; *Witt,* NJW 2006, 3322 [3325]). Diese Einschränkung ist nach dem Gebot richtlinienkonformer Rechtsfortbildung erforderlich, weil eine Verpflichtung des Käufers zur Zahlung von Nutzungsersatz mit Art. 3 der Richtlinie nicht vereinbar ist. Anders lässt sich der dargestellte Widerspruch zwischen den gesetzgeberischen Zielen – einerseits Begründung eines Anspruchs auf Nutzungsersatz, andererseits Richtlinienkonformität –, der eine planwidrige Regelungslücke begründet, im Wege richterlicher Rechtsfortbildung nicht lösen.

[27] Die Regelungslücke besteht zwar nur im Hinblick auf den im Verhältnis zu § 13 BGB engeren Verbraucherbegriff des Art. 1 II lit. a der Richtlinie. Die Ausfüllung der Lücke im Wege der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung ist jedoch auf alle Konstellationen des Verbrauchsgüterkaufs und damit des Verbraucherbegriffs gemäß § 13 BGB zu erstrecken, weil insoweit der Einheitlichkeitswille des nationalen Gesetzgebers in Bezug auf den Verbraucherbegriff zu berücksichtigen ist (vgl. *Herresthal,* NJW 2008, 2475 [2477], unter Hinweis auf BT-Drs. 14/3195, S. 32).

[28] Hingegen bleibt es in Fällen, in denen kein Verbrauchsgüterkauf i. S. des § 474 I 1 BGB vorliegt, bei der uneingeschränkten Anwendung des § 439 IV BGB. Eine Ausdehnung der teleologischen Reduktion des § 439 IV BGB auch auf solche Fälle widerspräche dem Wortlaut und dem eindeutig erklärten Willen des Gesetzgebers, dem Verkäufer für den Fall der Ersatzlieferung einen Anspruch auf Herausgabe der vom Käufer gezogenen Nutzungen zuzubilligen (vgl. Senat, Beschl. v. 16.08.2006 – VIII ZR 200/05, NJW 2006, 3200 m. w. Nachw.). Da solche Fälle außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie liegen, ergibt sich insoweit aus der fehlenden Richtlinienkonformität auch keine planwidrige Regelungslücke.

[29] cc) Die teleologische Reduktion führt nicht zur faktischen Derogation des § 439 IV BGB, denn die Regelung bleibt in Fällen des Verbrauchsgüterkaufs hinsichtlich der Verweisung auf die Rücktrittsvorschriften über die Rückgewähr der mangelhaften Sache und in den übrigen Fällen insgesamt anwendbar …

[30] dd) Die Rechtsfortbildung verletzt (entgegen *Hummel,* EuZW 2007, 268 [272]) auch nicht die Bindung der Gerichte an Recht und Gesetz (Art. 20 III GG). Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist die Befugnis der Gerichte zur Fortbildung des Rechts anerkannt; aus dem in Art. 20 III GG angeordneten Vorrang des Gesetzes folgt kein Verbot für die Gerichte, vorhandene Lücken im Wege richterlicher Rechtsfortbildung zu schließen (BVerfGE 82, 6 [11 f.]; 111, 54 [82], jeweils m. w. Nachw.).

[31] Zwar dürfen die Gerichte eine eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers nicht aufgrund eigener rechtspolitischer Vorstellungen verändern. Durch die hier vorgenommene Rechtsfortbildung wird jedoch der erkennbare Wille des Gesetzgebers nicht beiseite geschoben. Vielmehr wird aus der in der Gesetzesbegründung niedergelegten Regelungsabsicht des Gesetzgebers entnommen, dass eine Lücke besteht und in welcher Weise sie geschlossen werden soll (vgl. BVerfGE 82, 6 [11 f.]). Denn aus den Gesetzesmaterialen ist – wie bereits dargelegt – die konkrete Absicht des Gesetzgebers erkennbar, eine richtlinienkonforme Regelung zu schaffen. Somit liegt eine der richtlinienkonformen teleologischen Reduktion des § 439 IV BGB entgegenstehende Wertungsentscheidung des Gesetzgebers nicht vor (vgl. auch *Herresthal,* NJW 2008, 2475 [2477]; a. A. *Fischinger,* EuZW 2008, 312 [313]).

[32] ee) Der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit spricht ebenfalls … nicht gegen die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung.

[33] Das rechtsstaatliche Prinzip der Rechtssicherheit (Art. 20 III GG) bedeutet in erster Linie Vertrauensschutz für den Bürger. Durfte die betroffene Partei mit der Fortgeltung der bisherigen Rechtslage rechnen, und verdient dieses Interesse bei einer Abwägung mit den Belangen des Vertragspartners und den Anliegen der Allgemeinheit den Vorzug, liegt ein Eingriff in rechtlich geschützte Positionen vor (vgl. BVerfGE 72, 175 [196]; 84, 212 [227]; BGHZ 132, 119 [130]). Das ist hier schon deshalb nicht der Fall, weil die teleologische Reduktion des § 439 IV BGB sich im Rahmen vorhersehbarer Entwicklung hält. Eine uneingeschränkte Anwendung der Vorschrift konnte nicht als gesichert angesehen werden, weil § 439 IV BGB von Anfang an in hohem Maße umstritten war (vgl. Senat, Beschl. v. 16.08.2006 – VIII ZR 200/05, NJW 2006, 3200 m. w. Nachw.) und auch die Richtlinienkonformität der Vorschrift von zahlreichen Stimmen im Schrifttum verneint wurde.

[34] ff) Der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung lässt sich schließlich nicht entgegenhalten, sie laufe auf eine horizontale Direktwirkung der Richtlinie hinaus, die dieser nicht zukomme …

[35] Allerdings kann nach ständiger Rechtsprechung des EuGH auch eine klare, genaue und unbedingte Richtlinienbestimmung, mit der dem Einzelnen Rechte gewährt oder Verpflichtungen auferlegt werden sollen, im Rahmen eines Rechtsstreits, in dem sich ausschließlich Private gegenüberstehen, nicht als solche Anwendung finden … Um eine unmittelbare Anwendung der Richtlinie geht es hier jedoch nicht, auch nicht in Form einer (lediglich) negativen Anwendung der Richtlinie im Verhältnis zwischen Privaten (dafür aber *Kreße,* ZGS 2007, 215 [216]; ablehnend zu einem solchen Rechtsinstitut *von Danwitz,* JZ 2007, 697 [702 ff.]). Der Senat beschränkt sich vielmehr auf eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion, die – wie ausgeführt – im Rahmen des vom nationalen Recht eingeräumten Beurteilungsspielraums möglich und notwendig ist.

[36] II. Revision des Klägers

[37] Zu Unrecht hat das Berufungsgericht einen Unterlassungsanspruch des Klägers nach § 2 I 1 UKlaG verneint. Der Kläger kann gemäß § 2 I 1 UKlaG von der Beklagten verlangen, dass diese es unterlässt, im Zusammenhang mit einer Ersatzlieferung i. S. des § 439 I BGB Verbrauchern für die Nutzung der mangelhaften Sache Beträge in Rechnung zu stellen …

[44] C. Nach alledem ist die Revision der Beklagten zurückzuweisen. Auf die Revision des Klägers ist das Berufungsurteil aufzuheben, soweit die Berufung des Klägers gegen die Abweisung des mit der Revision allein noch verfolgten Unterlassungsantrages … zurückgewiesen worden ist (§ 562 I ZPO). Der Senat hat insoweit in der Sache selbst zu entscheiden, da keine weiteren Feststellungen erforderlich sind und die Sache damit zur Endentscheidung reif ist (§ 563 III ZPO) …

Probleme beim Autokauf?

Als spezialisierter Rechtsanwalt helfe ich Ihnen gerne weiter – ganz gleich, ob Sie Käufer oder Verkäufer sind. Interessiert? Nutzen Sie das Kontaktformular auf https://autokaufrecht.info/sofortberatung/ oder rufen Sie mich unverbindlich an

(0 23 27) 8 32 59-99.