

Die Ersatzlieferung durch „refurbished goods“

Zugleich ein Beitrag zur Möglichkeit der ökologischen Auslegung des europäischen Kaufrechts

*Jun.-Prof. Dr. Sebastian Schwamberger, LL.M.**

A. Einleitung

Der Konsum ist unzweifelhaft für einen wesentlichen Teil der Treibhausgasemissionen verantwortlich.¹ Jedoch lebt die europäische Wirtschaft vom Konsum² und ist dieser für ein Wirtschaftswachstum notwendig. Wird eine Ware defekt, so ist es für die Wirtschaft grundsätzlich von Vorteil, wenn eine neue angeschafft wird, anstatt die alte zu reparieren.³ Aus ökologischer Sicht ist es aber um ein Vielfaches besser, wenn statt einer Neuanschaffung die Nutzungsdauer von Konsumgütern mittels Reparatur erhöht wird. Denn nur ein Teil der Geräte wird tatsächlich wiederverwertet⁴ und die Herstellung neuer Waren verschlingt wesentlich mehr Energie als die Behebung des Defekts.⁵ Eine Stärkung der Reparaturmöglichkeiten von Konsumgütern könnte sohin wesentlich zur Verbesserung des ökologischen Fußabdruckes der Europäischen Union beitragen. Davon scheint auch die Europäische Kommission überzeugt zu sein, welche ein „neues“ Recht auf Reparatur einführen möchte.⁶ Teil dieser Initiative ist auch den Einsatz reparierter Ware zu fördern, indem bei Mangelhaftigkeit einer Kaufsache

* Sebastian Schwamberger ist Juniorprofessor für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Recht der Digitalisierung an der Universität Rostock.

1 Laut Angaben des deutschen Umweltbundesamts (<<https://bit.ly/3oDC10Q>> [31.12.2022]) war der private Konsum 2017 für 37% der Emissionen verantwortlich.

2 Im Jahr 2020 waren es 6.7 Billionen € und damit knapp 50% des EU-BIP, vgl. <<https://bit.ly/3KYaoEe>> [31.12.2022].

3 Vgl. H-W. Micklitz, Squaring the Circle? Reconciling Consumer Law and the Circular Economy, EuCML 2019, 229 (230 f.).

4 Vgl. die Nw. bei E-M. Kieninger, Recht auf Reparatur („Right to Repair“) und Europäisches Vertragsrecht, ZEuP 2020, 264 (265 f.).

5 Vgl. EEB, Coolproducts don't cost the earth - full report (2019), <www.eeb.org/coolproducts-report>.

6 Ares(2022)175084 S. 3, <<https://bit.ly/35FY4by>> [31.12.2022]. Diese Bestrebungen haben zum Kommissionsvorschlag COM (2023) 155 final geführt.

eine Ersatzlieferung mittels sog „refurbished goods“ – also wiederaufbereiteten Gütern – nach der Warenkauf-Richtlinie (WKRL)⁷ ermöglicht werden soll.⁸ Im nachfolgenden Beitrag sollen zunächst die ökologischen Vorteile der Verlängerung der Nutzungsdauer aufgezeigt und anschließend dargelegt werden, dass eine Ersatzlieferung mittels *refurbished goods* bereits nach geltendem europäischen Kaufrecht möglich ist.

B. Ökologische Aspekte der Verlängerung der Nutzungsdauer

Die Verlängerung der Nutzungsdauer ist grundsätzlich von ökologischem Vorteil. Dies ist insbesondere bei jenen Gütern der Fall, bei denen hohe ökologische Kosten in der sogenannten „non-use phase“⁹ bzw der „extraction and manufacture-phase“¹⁰ entstehen. Darunter sind die Aufwendungen für die Produktion, den Transport und vor allem auch die Entsorgung des jeweiligen Guts zu verstehen, also für jene Phase, in denen das Produkt noch nicht oder nicht mehr genutzt werden kann. Diese non-use phase verschlingt insbesondere bei Smartphones einen Großteil der CO²-Belastung, nämlich 72%.¹¹ Lediglich 28% des CO²-Ausstoßes erfolgt sohin während der „use-phase“, also der aktiven Nutzung des Geräts durch den jeweiligen Nutzer.¹²

7 Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, ABl. L 2019/136, S. 28.

8 Im Kommissionsvorschlag (COM [2023] 155 final) findet sich nunmehr aber lediglich folgende Einfügung in Art. 13 Abs. 2 WKRL: „In derogation from the first sentence of this paragraph, where the costs for replacement are equal to or greater than the costs for repair, the seller shall repair the goods in order to bring those goods in conformity.“

9 Vgl. *EEB*, Coolproducts don't cost the earth (Fn. 5) S. 3.

10 *J. Suckling/J. Lee*, Redefining scope: the true environmental impact of smartphones?, *The International Journal of Life Cycle Assessment*, 20/8, 1181 (1183).

11 Vgl. *EEB*, Coolproducts don't cost the earth (Fn. 5) S. 14 f.; *S. Frey, D. Harrison, and E. Billet*, Ecological footprint analysis applied to mobile phones, *Journal of Industrial Ecology*, 10(1-2), 2008; *E. Huang/K. Truong*, Breaking the disposable technology paradigm: opportunities for sustainable interaction design for mobile phones, Florence, Italy: CHI Proceedings - Green day, 5-10 April 2008, <<https://hci.rwth-aachen.de/publications/huang2008a.pdf>> (31.12.2022); *J. Suckling/J. Lee*, Redefining scope (Fn. 10), 1181 ff.; *A. Andrae/M. Vaija*, To Which Degree Does Sector Specific Standardization Make Life Cycle Assessments Comparable?—The Case of Global Warming Potential of Smartphones, *Challenges*, 2014/5, 409 ff.

12 Siehe die Nw. in Fn. 11.

Tritt zu einer ökologisch intensiven non-use phase auch noch eine kurze Lebensdauer der jeweiligen Produkte hinzu, so kann dies gemeinsam mit einer hohen Verbreitung des jeweiligen Produkts zu einer immensen ökologischen Belastung führen. Nimmt man wiederum das Beispiel Smartphone, so könnte die Verlängerung der Lebensdauer der über 600 Millionen Geräte in der Europäischen Union¹³ um bloß ein Jahr zu einer Einsparung von 2,1 Millionen Tonnen CO² führen.¹⁴ Dies entspricht den jährlichen Emissionen von 1 Million Autos.¹⁵ Die Lebensdauer der Geräte wird aber nicht nur dadurch erhöht, dass Verbraucher diese reparieren lassen, sondern auch dadurch, dass die Hersteller von sich aus eine solche Reparatur bei defekten (rückläufigen) Geräten vornehmen, weil sie diese als *refurbished goods* auf den Markt bringen oder wenn sie durch diese Güter etwaige Ersatzlieferungen bedienen können.¹⁶

C. Fehlendes Interesse der Verbraucher an der Reparatur

Dem Verbraucher kommt im Falle der Mangelhaftigkeit des Kaufobjekts nach der vollharmonisierenden WKRL grundsätzlich ein Wahlrecht zu, ob er die Reparatur oder die Ersatzlieferung begehrt.¹⁷ Der Verbraucher bleibt in seiner Wahl entweder auf Reparatur oder auf Ersatzlieferung beschränkt, wenn die eine Abhilfe unmöglich ist, oder – im Verhältnis zur anderen – unverhältnismäßig hohe Kosten verursachen würde.¹⁸ Bei der Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit der Kosten sind dabei der Wert der Ware ohne die Mangelhaftigkeit, die Bedeutung der Mangelhaftigkeit sowie der Umstand, ob die alternative Abhilfe ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher durchgeführt werden kann, zu berücksichtigen.¹⁹

13 Vgl. European Commission Joint Research Centre, Guidance for the Assessment of Material Efficiency: Application to smartphones – version 2 (2019), S. 25 ff., <<https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC116106>> (31.12.2022).

14 Vgl. *EEB*, Coolproducts don't cost the earth (Fn. 5) S. 9.

15 Vgl. *EEB*, Coolproducts don't cost the earth (Fn. 5) S. 9.

16 Vgl. *J. Suckling/J. Lee*, Redefining scope (Fn. 10), 1181 (1191).

17 Vgl. Art. 13 Abs. 2 WKRL: „Für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands der Waren kann der Verbraucher zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung wählen [...]“.

18 Art. 13 Abs. 2 WKRL. Vgl. aber Art. 12 COM (2023) 155 final.

19 Art. 13 Abs. 2 WKRL.

Tatsächlich wird sich der Verbraucher aber in der Praxis regelmäßig für eine Ersatzlieferung und gegen eine Reparatur entscheiden.²⁰ Dies ist auf vielerlei Gründe zurückzuführen. Außerhalb der Gewährleistung halten die Verbraucher oftmals die Kosten für die Reparatur von deren Vornahme ab. Beispielsweise wurden bei einer jüngsten Untersuchung²¹ des vzbv 1.289 Personen ab 18 Jahren hinsichtlich der Zahlungsbereitschaft bei Displayreparaturen befragt. Bei einem 300-Euro-Smartphone sei die durchschnittliche Zahlungsbereitschaft bei 22% des Neupreises gelegen. Tatsächlich hätten die Reparaturen aber 42-73% des Neupreises betragen, weshalb wohl die allermeisten dieser befragten Personen keine Reparatur vorgenommen hätten.

Demgegenüber steht den Verbrauchern aber bei Vorliegen einer Mangelhaftigkeit sowohl die Reparatur als auch die Ersatzlieferung „unentgeltlich“ zu.²² Wie soeben dargelegt führen aber schon geringe preisliche Unterschiede zwischen einer Reparatur und der Neuanschaffung eines Gutes dazu, dass Verbraucher eher gewillt sind, sich ein neues Gut anzuschaffen. Wenn die Kosten für die Reparatur höher sind als jene für die Neuanschaffung, so wird sich der Verbraucher typischerweise für eine Neuanschaffung entscheiden. Unter dem aktuellen Gewährleistungsrecht hat der Verbraucher aber grundsätzlich die freie Wahl zwischen der Reparatur und der Ersatzlieferung.

Bei aufrechtem Gewährleistungsanspruch betragen aus Sicht der Verbraucher die Kosten für die Reparatur und die Ersatzlieferung dasselbe; beide sind nämlich unentgeltlich. Insoweit werden sich Verbraucher vielfach schon deshalb für eine Ersatzlieferung und nicht für eine Verbesserung entscheiden. Daneben gibt es auch andere Gründe für eine Ersatzlieferung. Etwa, dass dem Begehren des Verbrauchers durch diese sofort entsprochen werden kann, während eine Verbesserung grundsätzlich einige Zeit in Anspruch nimmt. Außerdem kann das Vertrauen des Verbrauchers

20 Vgl. B. Grunewald, „Umweltverträglicher Konsum durch rechtliche Steuerung?“, Neuregelungen im Kauf-, Miet- und Gesellschaftsrecht als Mittel zur Sicherung von Nachhaltigkeit?, in: Festschrift für Adams (2013) S.173, die sich für ein Wahlrecht des Verkäufers ausspricht, da der Käufer i. d. Regel die Nachlieferung wählen wird. Jedoch ist es auch für den Verkäufer oftmals aufgrund der Reparatur im Inland und der Produktion in Billiglohnländern vorteilhafter, wenn er eine Ersatzlieferung anbietet, vgl. I. Bach/E.-M. Kieninger, Ökologische Analyse des Zivilrechts, JZ 2021, 1088 (1093 f.).

21 Vgl. vzbv, Displayreparaturen zu teuer (2022), <<https://www.vzbv.de/pressemitteilungen/reparaturen-bei-smartphones-zu-teuer>> (31.12.2022).

22 Art. 14 Abs. 1 lit. a WKRL.

in das jeweilige Gut gesunken sein, weil dieses bereit einmal mangelhaft war. Diese Erwägungen für eine Ersatzlieferung werden oftmals die Argumente für eine Verbesserung, nämlich insbesondere die besseren ökonomischen Folgen und die Möglichkeit sein „eigenes“ Gut wiederzuerlangen, überwiegen.

D. Die qualitativen Abstufungen von *refurbished goods*

Die Europäische Kommission möchte in ihrer Initiative zu einem Recht auf Reparatur insbesondere die Möglichkeit der Ersatzlieferung mittels *refurbished goods* ermöglichen.²³ *Refurbished goods* können ins Deutsche am ehesten als „aufbereitete Güter“ bezeichnet werden. Dadurch ergibt sich auch schon der wesentliche Unterschied zu bloß reparierten Gütern. Bei *refurbished goods* wird nämlich nicht bloß ein spezifischer Defekt repariert, sondern die Güter werden zum Teil wiederaufgebaut. Das bedeutet, dass die wesentlichsten Komponenten des Produkts ebenfalls kontrolliert bzw. ausgetauscht werden, obwohl es bei diesen Komponenten keine offensichtlichen Fehler gibt.²⁴

Nicht alle *refurbished goods* sind aber von derselben Qualität, sondern es hat sich in den entsprechenden Online-Shops bereits eine gewisse qualitative Abstufung hinsichtlich des äußeren Erscheinungsbildes²⁵, sowie des

23 Ares(2022)175084 (Fn. 6) S. 3. Siehe nunmehr aber Art. 12 COM (2023) 155 final.

24 Vgl. C. Bakker et al, Products that Go Round: Exploring Product Life Extension through Design (2014) 69 Journal of Cleaner Production 10 (11): „Refurbishment (or reconditioning) is to return a used product to a satisfactory working condition by rebuilding or repairing major components that are close to failure, even where there are no reported or apparent faults in those components.“

25 Vgl. <<https://www.refurbed.at/produktzustande/>> (31.12.2022): „**Exzellent**: Das Produkt (Handy, Tablets, Kameras) hat keine Beulen, Kratzer oder Abnutzungen, die aus 30 cm Entfernung sichtbar sind. **Sehr gut**: Das Produkt (Handy, Tablets, Kameras) kann minimale Beulen, Kratzer oder Abnutzungen haben, die aus 30 cm Entfernung sichtbar sein können. Auf dem Display/Screen können feinste Mikro-Kratzer sein, die bei eingeschaltetem Display aber nicht sichtbar sind. **Gut**: Das Produkt (Handy, Tablets, Kameras) kann sichtbare Gebrauchsspuren wie Kratzer und/oder leichte Dellen auf dem Gehäuse haben. Auf dem Display/Screen können feinste Mikro-Kratzer sein, die bei eingeschaltetem Display aber nicht sichtbar sind.“ <<https://www.bakckmarket.at/de-at/about-us>> (31.12.2022): „**Hervorragend**: Wie neu. Das Gehäuse kann sehr leichte Mikrokratzer aufweisen, die aus einer Entfernung von 20 cm (etwas länger als ein normalgroßer Bleistift) oder mehr unsichtbar sind. Bei Produkten mit Bildschirmen weist der Bildschirm keine Kratzer auf. **Sehr gut**: Leichte Gebrauchs-

technischen Zustands²⁶ etabliert, welche auch für die hiesige Untersuchung nützlich gemacht werden kann. Die Abstufung erfolgt dabei anhand der jeweils vorhandenen Gebrauchsspuren auf dem Gerät. Die qualitativ höchste Stufe ist dabei jene des „exzellenten“ oder „hervorragenden“ Geräts, welches keine Gebrauchsspuren aufweist, gefolgt von der „sehr guten“ und der „guten“ Qualität. Diese weisen im Falle der ersteren Kategorie bereits einzelne oder – im Falle der letzteren – sichtbare Gebrauchsspuren auf.

E. Zur Möglichkeit der Ersatzlieferung

Der Verbraucher ist im Falle der Mangelhaftigkeit bzw der „Vertragswidrigkeit“ der Kaufsache gemäß Art. 13 Abs. 1 WKRL primär berechtigt, die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes zu verlangen. Dabei kommt ihm ein Wahlrecht zwischen der Nachbesserung und der Ersatzlieferung zu, es sei denn die gewählte Abhilfe wäre unmöglich oder würde dem Verkäufer im Vergleich zu der anderen Abhilfemöglichkeit unverhältnismäßig hohe Kosten verursachen. Dabei legt Art. 14 die Modalitäten der Ersatzlieferung fest. Demnach hat diese „unentgeltlich“, „innerhalb einer angemessenen Frist“ sowie „ohne erhebliche Unannehmlichkeiten“ zu erfolgen. Zwar hat der EuGH bereits in der Rs *Quelle* klargestellt, dass das Unentgeltlichkeitsgebot einen etwaigen Wertersatz bei der Ersatzlieferung

spuren. Das Gehäuse kann leichte Mikrokratzer aufweisen, die aus einer Entfernung von 50 cm (das ist etwas weniger als 2 längs aufgereichte A4-Blätter) oder mehr nicht sichtbar sind. Bei Produkten mit Bildschirmen wird der Bildschirm keine Kratzer aufweisen. **Gut:** Gebrauchsspuren. Das Gehäuse kann ein paar sichtbare Kratzer und Dellen aufweisen, die die Leistung nicht beeinträchtigen. Bei Produkten mit Bildschirm kann der Bildschirm leichte Kratzer aufweisen, die bei eingeschaltetem Bildschirm nicht sichtbar sind.“

- 26 Vgl. <<https://www.backmarket.at/de-at/about-us>> (31.12.2022): „**Hervorragend:** Die Lebensdauer ist hoch und die Wahrscheinlichkeit, dass technische Probleme auftreten, ist sehr gering. **Sehr gut:** Die Lebensdauer ist überdurchschnittlich gut, und die Wahrscheinlichkeit, dass technische Probleme auftreten, ist gering. **Gut:** Die Lebensdauer ist durchschnittlich und entspricht noch den in unserer Qualitätscharta geforderten Qualitätsstufen.“ Dem gegenüber wird bei refurbished (<<https://www.refurbed.at/produktzustande/>> [31.12.2022]) grundsätzlich der Akku ausgetauscht, wenn dieser eine geringere Leistung aufweist: „Wir wissen wie wichtig ein leistungsstarker Akku ist, daher tauschen unsere Händler die gebrauchten Akkus im Normalfall aus. Solange nicht anders angegeben, haben die Akkus der verkauften Geräte mindestens 80% der Originalleistung.“

ausschließt,²⁷ dennoch entschied sich aber der europäische Gesetzgeber dazu, in Art. 14 Abs. 4 der Warenkauf-Richtlinie explizit zu verankern, dass der Verbraucher nicht verpflichtet ist, für die normale Verwendung der ersetzten Waren in der Zeit vor ihrer Ersetzung zu zahlen.

Zur Möglichkeit der Ersatzlieferung mittels *refurbished goods* gibt es – soweit ersichtlich – zwei rezente Entscheidungen europäischer Gerichte, welche noch zur alten Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (VGKRL)²⁸ ergangen sind:²⁹

Das Bezirksgericht Amsterdam entschied in zwei Fällen, in denen Verbraucher überholte oder wiederaufbereitete Artikel nicht als Abhilfe für die Vertragswidrigkeit akzeptierten wollten, dass eine derartige Nacherfüllung nicht im Einklang mit der VGKRL sei. Zunächst hatte das Amsterdamer Gericht 2016³⁰ im Fall von iPhones zu entscheiden, ob die Vertragswidrigkeit eines Produkts, in diesem Fall eines Mobiltelefons, durch das Angebot des Verkäufers, ein generalüberholtes Telefon zu liefern, erfüllt werden kann oder ob der Verbraucher weiterhin Anspruch auf Ersatzlieferung hat. Das Gericht entschied, dass der Verbraucher gemäß Art. 3 der VGKRL das Recht hat, ein neues Produkt als Ersatzlieferung zu erhalten und nicht einen generalüberholten Artikel. Begründet wurde diese Entscheidung mit den Ausführungen des EuGH in der Rs *Quelle* wonach der Verbraucher keinen Nutzungsersatz bei der Ersatzlieferung zu leisten hat. Diese Ausführungen wiederholte das Gericht dann 2017 im Falle von iPads.³¹

Die zweite Entscheidung erging vom LG München I³² in einem Verbandsverfahren. In diesem wurde eine Klausel als unwirksam qualifiziert, die dem Unternehmer erlaubte, die Ersatzlieferung auch durch ein überarbeitetes, als neuwertig einzustufendes Gerät zu bewirken, welches voll funktionsfähig ist. Es komme bei der Nacherfüllung gerade nicht nur darauf an, dass die nachgelieferte Sache keine Mängel i.S.e. Funktionseinschränkung aufweise, sondern darauf, dass die nachgelieferte Sache der ursprünglich

27 EuGH C-404/06 ECLI:EU:C:2008:231 – *Quelle*.

28 Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. L 1999/171, S. 12.

29 Siehe zu den niederländischen Entscheidungen auch V. Mak/E. Lujinovic, Towards a Circular Economy in EU Consumer Markets – Legal Possibilities and Legal Challenges and the Dutch Example, EuCML 2019, 4 (8 f.).

30 Bezirksgericht Amsterdam 8. Juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4197.

31 Bezirksgericht Amsterdam 18. April 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:2519.

32 LG München I MMR 2021, 579.

geschuldeten Sache vollständig i.S.e. Gattungsschuld entspreche.³³ Ein gebrauchtes Gerät werde auch durch eine vom Hersteller vorgenommene Aufbereitung rechtlich betrachtet nicht zu einer neuen Sache.³⁴

In der Literatur wird die Möglichkeit der Ersatzlieferung weitgehend verneint.³⁵ Der Verkäufer könne keine Sache liefern, deren Erhaltungszustand dem der ursprünglich gelieferten Sache im Zeitpunkt der Ersatzlieferung entspreche. Nur vereinzelt wird argumentiert, dass die Qualität von *refurbished goods* in der Regel höherwertiger sei, als jene des ausgetauschten Geräts, weshalb es grundsätzlich möglich sei, eine Ersatzlieferung auch mit einem solchen Gut zu bewirken.³⁶

Nachfolgend soll dargelegt werden, dass bereits nach der geltenden Rechtslage eine Ersatzlieferung mittels *refurbished goods* möglich ist. Dies soll insbesondere mit dem Vergleich mit der Reparatur, dem fehlenden Benützungsentgelt sowie einer möglichen ökologischen Interpretation der europäischen Begriffe „Ersatzlieferung“ bzw des „vertragsgemäßen Zustands“ argumentiert werden.

I. *Refurbished Goods* als Vertragsinhalt

Eine Ersatzlieferung mittels eines *refurbished good* ist grundsätzlich dann möglich, wenn letzeres Inhalt des Vertrags zwischen Unternehmer und Verbraucher geworden ist. Der Unternehmer schuldet in diesem Fall von Anfang an die Lieferung eines mangelfreien *refurbished good*. Der Vertragsinhalt ist immer anhand des jeweils konkreten Parteiwillens zu ermitteln. Dabei ist aber gegenwärtig zu berücksichtigen, dass ein eigener Markt für „Neugeräte“ und für *refurbished goods* existiert. Folglich wird es nicht ohne weiteres möglich sein, einen Vertrag so auszulegen, dass es dem Unternehmer freisteht, ob er dem Verbraucher ein Neugerät oder ein *refurbished*

33 LG München I MMR 2021, 579 Rn. 38.

34 LG München I MMR 2021, 579 Rn. 39.

35 Siehe nur F. Faust, in: W. Hau/R. Posek (Hrsg), BeckOK⁶³ (Stand: 01.08.2022), § 439 Rz 23: „Ist nach dem Vertrag eine *neue Sache* geschuldet, muss er als Ersatz eine **neue Sache** liefern. Er kann also nicht etwa eine Sache liefern, deren Erhaltungszustand dem der ursprünglich gelieferten Sache im Zeitpunkt der Ersatzlieferung entspricht.“ Siehe weiters V. Mak/E. Lujinovic, Towards a Circular Economy in EU Consumer Markets (Fn. 29), 4 (9). Siehe auch P. Weingerl, Sustainability, the Circular Economy and Consumer Law in Slovenia, EuCML 2020, 129 (132).

36 K. Kryla-Cudna, Sales Contracts and the Circular Economy, European Review of Private Law 2020, 1207 (1225).

good liefert. Vielmehr müssen im Vertrag konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Unternehmer auch durch ein aufbereitetes Gerät erfüllen kann.

Ist aber ein *refurbished good* Vertragsinhalt, so stellt sich unweigerlich die Frage, ob auch bei mangelhaft erfüllten Stückschulden die Ersatzlieferung möglich ist. Eine solche Möglichkeit wird etwa in Österreich weitgehend verneint.³⁷ Der Austausch greife nur bei Gattungsschulden. Die Herstellung einer bloß wirtschaftlich gleichwertigen Ersatzlage bei Stückschulden sei nicht erfasst, weshalb sich kein Käufer etwa einen gleichwertigen Gebrauchtwagen mit anderer Farbe aufdrängen lassen müsse.³⁸ Ähnlich äußern sich zum Teil auch deutsche Autoren. Bei Stückschulden gebe es keine andere erfüllungstaugliche Sache, weshalb die Ersatzlieferung stets unmöglich sei.³⁹ Demgegenüber wird die Möglichkeit der Ersatzlieferung bei der Stückschuld insbesondere auch vom BGH dann bejaht, wenn eine gleichartige und gleichwertige Sache geliefert werden kann.⁴⁰ Tatsächlich dürfte nicht generell ausgeschlossen werden können, dass eine Ersatzlieferung aufgrund der vertraglichen Spezifika rechtlich unmöglich ist. Dies wird auch durch ErwGr. 48 S. 3 WKRL bestätigt, in welchem die rechtliche Unmöglichkeit nunmehr ausdrücklich angeführt ist.⁴¹ Insbesondere bei *refurbished goods* zeigt sich aber, dass die Grenze zwischen Stück- und Gattungsschulden in der heutigen Zeit immer mehr verschwimmt. Gegen eine Ersatzlieferung spricht hier nicht generell, dass es sich um eine gebrauchte Sache handelt,⁴² da auch gebrauchte Sachen Gattungsschulden sein können.⁴³ Insbesondere im Online-Handel wird man regelmäßig von der Möglichkeit der Ersatzlieferung auch bei *refurbished goods* ausgehen

37 Statt vieler P. Bydlinski, in: Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), ABGB, 6. Aufl., 2020, § 932 Rz 3; A.A. B. Jud, Schadenersatz bei Mangelhafter Leistung (2003), S. 151 ff.

38 P. Bydlinski, in: KBB (Fn. 36) § 932 Rz 3.

39 Siehe nur A. Dieckmann, Der Nacherfüllungsanspruch (2007) S. 117 ff; F. Faust, in: W. Hau/R. Posek (Fn. 35) § 439 Rz 56; H.-J. Musielak, Die Nacherfüllung beim Stückkauf, NJW 2008, 2801 ff.; P. Huber, Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht, NJW 2002, 1004 (1006); a.A. T. Ackermann, Die Nacherfüllungspflicht des Stückkäufers, JZ 2002, 378 (381); C.-W. Canaris, Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf, JZ 2003, 831 (834).

40 BGH NJW 2006, 2839.

41 F. Faust, in: W. Hau/R. Posek (Fn. 35) § 439 Rz 56.

42 Vgl. ErwGr. 16 VGKRL: „Gebrauchte Güter [...] aufgrund ihrer Eigenart im allgemeinen nicht ersetzt werden“.

43 Vgl. F. Faust, in: W. Hau/R. Posek (Fn. 35) § 439 Rz 56.

können. Im Einzelfall können aber dennoch die vertraglichen Kriterien für die Kaufsache so individuell sein, dass eine Ersatzlieferung unmöglich ist.⁴⁴

II. Einheitliche Auslegung des „vertragsgemäßen Zustands“

Sowohl die Ersatzlieferung als auch die Nachbesserung sollen insbesondere ausweislich Art. 13 Abs. 2 WKRL den „vertragsgemäßen Zustand“ der Ware wiederherstellen. Ob durch ein *refurbished good* Ersatzlieferung bewirkt werden kann, ist sohin von der Auslegung des Begriffs „vertragsgemäßer Zustand“ abhängig. Dabei stehen grundsätzlich zwei Auslegungsmöglichkeiten offen. (1) Entweder ist mit dem vertragsgemäßen Zustand jener Zustand gemeint, mit dem erfüllt werden hätte können, oder (2) der vertragsgemäße Zustand ist jener einer ursprünglich mangelhaften, aber im Rahmen der Nachbesserung erfolgreich nachgebesserten Ware. Die Relevanz dieser Unterscheidung soll an zwei Beispielen verdeutlicht werden:

Beispiel 1: Verbraucher V erwirbt ein Smartphone von Unternehmer U. Als V das Smartphone zuhause auspackt, stellt sich heraus, dass das Display gebrochen ist.

Beispiel 2: Wie Beispiel 1, nur bricht das Display aufgrund einer Mangelhaftigkeit erst nach sechs Monaten.

Im Beispiel 1 würden die Auslegungsvarianten des „vertragsgemäßen Zustands“ unter (1) bedeuten, dass V ein gänzlich neues Smartphone erhalten muss, während er unter Auslegungsvariante (2) kein gänzlich neues, sondern ein ursprünglich neues Smartphone mit einem reparierten Display erhalten muss. In Beispiel zwei wird die Unterscheidung aber noch deutlicher. Hier würde die Variante erneut bedeuten, dass V ein gänzlich neues – also nicht sechs Monate gebrauchtes Smartphone – zu erhalten hat. Nach Auslegungsvariante (2) ist aber bloß der Zustand eines sechs Monate gebrauchten Smartphones mit einem ursprünglich mangelhaften, aber ausgetauschten Display herzustellen.

44 Vgl. H. P. Westermann, in: F. J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., 2019, § 439 Rn. 15: „Dieses Recht [auf Ersatzlieferung] wird desto schwächer, je individueller die Kriterien waren, die beim Kauf bezüglich der konkreten Sache zugrunde lagen. Es handelt sich somit um eine Frage der Zumutbarkeit im Einzelfall, wobei die Beschränkung der Verbindlichkeit auf die konkret verkaufte Ware etwa dann nicht anzunehmen ist, wenn – was im Kfz-Handel vorkommen kann – eine neuwertige Ware deutlich unter Listenpreis verkauft ist.“

1. Bei der Nachbesserung

Durch die Reparatur der Kaufsache ist es wohl nur ausnahmsweise möglich, die Ware in einen solchen Zustand zu versetzen, dass im Sinne der Auslegungsvariante (1) mit ihr ursprünglich hätte erfüllt werden können. Der Unternehmer schuldet in der Regel eine neue Ware und eben keine reparierte Ware. Dies liegt insbesondere daran, dass reparierte Waren am Markt regelmäßig weniger wert sind.⁴⁵

1.1. Der merkantile Minderwert bei der Nachbesserung

Dass eine reparierte Ware weniger am Markt weniger wert als eine neue ist und deshalb nicht mit ihr erfüllt werden kann, lässt sich zudem durch die schadenersatzrechtliche Diskussion rund um den merkantilen Minderwert untermauern. Bekanntermaßen verlieren nämlich insbesondere Kfz selbst bei einwandfreier Reparatur am Markt an Wert. Grund hierfür ist, dass umfangreiche Reparaturen die Schadenssymptome nicht selten nur oberflächlich beseitigen, anstatt dem werkseitigen Zusammenbau des Fahrzeugs zu entsprechen.⁴⁶ Dieser merkantile Minderwert ist vom Schädiger (fiktiv⁴⁷) zu ersetzen, soweit es sich nicht um einen Bagatellschaden handelt.⁴⁸

45 Vgl. W. Faber, Ausgleich eines merkantilen Minderwerts durch sekundäre Gewährleistungsbehelfe trotz erfolgter Verbesserung, JBl 2021, 589 (594); zurückhaltender L. Klever, Gewährleistung bei repariertem Vorschaden, VbR 2021, 196 (197): „Nicht jede Verbesserungsmaßnahme birgt [...] schon ‚konzeptionell‘ das Risiko eines verbleibenden merkantilen Minderwerts in sich“.

46 G. Lukas, Die Wertminderung aus juristischer Sicht, ZVR 1961, 333; P. Apathy, Merkantile Wertminderung unter Berücksichtigung der Bagatellschäden, ZVR 1988, 290 (293 ff.).

47 Vgl. BGHZ 35, 396 (397 ff.) = NJW 1961, 2253; RIS-Justiz RS0030400.

48 H. Oetker, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg (Fn. 44) § 249 Rn. 55 m.w.N.; Danzl, in: KBB (Fn. 36) § 1323 ABGB Rz. 14 m.w.N.

1.2. OGH 6 Ob 240/19s und BGH VIII ZR 184/20

Das Problem des merkantilen Minderwerts bei der Gewährleistung stand jüngst auch im Zentrum einer Entscheidung des Obersten Gerichtshofs.⁴⁹ Dabei zeigten sich an einem Gebrauchtwagen infolge erheblichen Wassereintritts Probleme an der Elektrik, die der Verkäufer durch Abdichtung und anschließende Trockenlegung aus technischer Sicht vollständig beheben konnte. Der Verdacht, es könnten ungeachtet der Verbesserung in Zukunft neuerlich Mangelsymptome auftreten, konnte ausgeräumt werden. Dennoch verblieb das Fahrzeug mit dem Makel der „Reparaturhistorie“ behaftet, was sich auf dem Markt mit einem merkantilen Minderwert iHv € 3.000,- bis € 3.500,- niederschlug.

Der OGH befand, dass der Kläger aufgrund des merkantilen Minderwerts nach wie vor nicht das Geschuldete erlangt hatte. Die durch die Reparatur eingetretene Wertminderung sei aber als Störung der subjektiven Äquivalenz mit den Mitteln des Gewährleistungsrechts zu beheben, womit die sekundären Gewährleistungsbehelfe der Preisminderung und der Wandlung in Betracht kämen. Der Vorrang der Verbesserung und des Austauschs der VGKRL bzw § 932 Abs. 2 ABGB stünden einer derartigen zusätzlichen Heranziehung der sekundären Gewährleistungsbehelfe für den Restmangel nicht entgegen. Entscheidend sei vielmehr, dass in einem solchen Fall der zentrale Zweck des Gewährleistungsrechts, nämlich die Herstellung der subjektiven Äquivalenz, nur durch den zusätzlichen Ausgleich des nach der Reparatur verbliebenen Wertverlusts verwirklicht werden könne. Auf die Fragestellung, ob der Übernehmer verpflichtet sei, eine teilweise Verbesserung anzunehmen, und der Übergeber eine solche zu erbringen sei es im konkreten Fall nicht mehr angekommen, weil die Verbesserung bereits vorgenommen worden sei.

Ähnlich ging der BGH davon aus, dass selbst nach vollständiger und fachgerechter Beseitigung des Unfallschadens wegen eines merkantilen Minderwerts noch ein Mangel verbleiben könne, weil der Charakter eines Fahrzeugs als Unfallfahrzeug sich nicht durch Nachbesserung beseitigen

49 OGH 6 Ob 240/19s EvBl 2021, 378 (*I. Vonkilch*) = *ecolex* 2021, 207 (*W. Buchleitner*) = *JBl* 2021, 589 (*W. Faber*) = *ZVR* 2022, 176 (*U. Huber*); dazu *W. Faber*, Österreichische Rechtsprechung zum Unionsprivatrecht, *GPR* 2021, 162; *L. Klever*, Gewährleistung (Fn. 44) 196.

lasse.⁵⁰ Dem liege die Überlegung zugrunde, dass trotz vollständiger und ordnungsgemäßer Instandsetzung eines erheblich beschädigten Kraftfahrzeugs bei einem großen Teil des Publikums, vor allem wegen eines nicht auszuschließenden Verdachts verborgener gebliebener Schäden und des Risikos höherer Schadensanfälligkeit infolge nicht fachgerechter Reparatur, eine den Preis beeinflussende Abneigung gegen den Erwerb eines derart beschädigten Kraftfahrzeugs bestehe.⁵¹ Jedoch sei nur bei Vorliegen eines merkantilen Minderwerts und nicht generell von einem Sachmangel auszugehen. Liege aber ein merkantiler Minderwert vor, so sei die Fristsetzung aufgrund eines unbehebbar Mangels entbehrlich und bestehe sohin das Recht auf Rücktritt vom Vertrag nach § 434 Abs. 1, § 437 Nr. 2 Alt. 1, § 323 Abs. 1 BGB.⁵²

1.3. Eigene Ansicht

Die vom OGH und vom BGH erzielten Ergebnisse sind unter der alten Rechtslage – der VGKRL – und dem darin angeordneten mindestharmonisierenden Ansatz⁵³ natürlich vertretbar,⁵⁴ auch wenn eine etwaige Vorlage zu bevorzugen gewesen wäre. Unter der nunmehr geltenden vollharmonisierenden WKRL stößt man aber auf eine zentrale Problemstellung des europäischen Kaufrechts. Versteht man nämlich den vertragsgemäßen Zustand tatsächlich im Sinne der oben angeführten Auslegungsvariante (1), nämlich dass der Unternehmer die Herstellung jenes Zustands schuldet, in welchem er ursprünglich hätte erfüllen müssen, so ist die Nachbesserung in der Regel unmöglich. Mit der Nachbesserung kann nämlich regelmäßig nur der Zustand einer „reparierten Sache“ hergestellt werden. Diese ist aber – vor allem aufgrund eines etwaigen merkantilen Minderwerts – keine „neue Sache“. Mit einer „reparierten Sache“ hätte der Unternehmer im Zeitpunkt der Übergabe nur erfüllen können, wenn eine solche Ver-

50 BGH BeckRS 2021, 38393 Rn. 19 m.w.N. Vgl. aber OLG Celle NJW 2013, 2203: „Ist der am Fahrzeug vorhanden gewesene Sachmangel im Rahmen der Nacherfüllung fachgerecht und vollständig behoben worden, haftet, weil die Nachbesserung als solche keinen Sachmangel begründen kann, dem nachgebesserten Fahrzeug kein merkantiler Minderwert an, der zu einer Minderung berechtigt.“

51 BGH BeckRS 2021, 38393 Rn. 20.

52 BGH BeckRS 2021, 38393 Rn. 18 ff.

53 Vgl. Art. 8 Abs. 2 VGKRL.

54 Vgl. W. Faber, Merkantiler Minderwert (Fn. 44), 595.

tragsinhalt wurde.⁵⁵ Mit dieser Auslegungsvariante würde der Primärbehelf der Nachbesserung aber ihrer zentralen Rolle im europäischen Gewährleistungsgefüge beraubt. Gerade bei der Nachbesserung hat der Europäische Gesetzgeber in ErwGr. 48 S. 2 WKRL betont, wie wichtig diese für einen nachhaltigen Konsum ist: *„Wird dem Verbraucher die Möglichkeit geboten, eine Nachbesserung zu verlangen, dürfte dies einen nachhaltigen Verbrauch fördern und zur Verlängerung der Haltbarkeit von Produkten beitragen.“* Um die Nachbesserung nicht ihrer praktischen Bedeutung zu berauben ist nach hier vertretener Ansicht davon auszugehen, dass durch die Nachbesserung eben nicht der „vertragsgemäße Zustand“ im Sinne einer Neuware hergestellt werden muss.⁵⁶ Ansonsten wäre die Nachbesserung bei neuen Sachen nämlich regelmäßig unmöglich, da der Verkäufer ursprünglich weitgehend nicht mit einer reparierten Sache erfüllen können hätte, sondern nur mit einer neuen Sache. Mit diesem Ergebnis ist aber auch der zusätzliche Rückgriff auf die sekundären Gewährleistungsbehelfe für den merkantilen Minderwert versperrt.⁵⁷

2. Bei der Ersatzlieferung

Anders als bei der Nachbesserung soll bei der Ersatzlieferung der „vertragsgemäße Zustand“ nur mit der Lieferung einer neuen Sache hergestellt werden können. Folgt man dieser Ansicht, so führt dies zu einer gespaltenen Auslegung des Begriffs „vertragsgemäßer Zustand“, denn während bei der Nachbesserung eine reparierte Sache geschuldet wird, soll bei der Ersatzlieferung eine neue geschuldet sein. Nach hier vertretener Ansicht ist aber eine derartige Ungleichbehandlung eben nicht einzusehen. Vielmehr sollte

55 Siehe hierzu die Ausführungen unter V.A.

56 So i.E. auch W. Faber, *Merkantiler Minderwert* (Fn. 44), 595: „Nach den Wertungen der VGKRL und des österreichischen Umsetzungsrechts gilt eine vollständige Verbesserung als ‚Herstellung des vertragsgemäßen Zustands‘. Weitere Gewährleistungsbehelfe (Preisminderung bzw Wandlung) scheiden aus, weil nach erfolgreicher Durchführung der Verbesserung kein Mangel mehr besteht.“

57 So i.E. auch W. Faber, *Merkantiler Minderwert* (Fn. 44), 595; F. Faust, in: W. Hau/R. Posek (Fn. 35) § 439 Rn. 178: „Die ordnungsgemäße Nacherfüllung führt zum Verlust der Sekundärrechte“; Vgl. auch OLG Celle NJW 2013, 2203: „Ist der am Fahrzeug vorhanden gewesene Sachmangel im Rahmen der Nacherfüllung fachgerecht und vollständig behoben worden, haftet, weil die Nachbesserung als solche keinen Sachmangel begründen kann, dem nachgebesserten Fahrzeug kein merkantiler Minderwert an, der zu einer Minderung berechtigt.“ A.A. L. Klever, *Die bloß teilweise Verbesserung im Gewährleistungsrecht*, in: FS P. Bydlinski (2022), S. 155 ff; ders., *Gewährleistung* (Fn 44.), 196 ff.

die Nachbesserung und die Ersatzlieferung gleich zu behandeln sein. Dies soll aber nicht bedeuten, dass der Unternehmer bei der Nachbesserung auch die Herstellung eines neuwertigen Zustands, im Sinne einer Kontrolle und ggf. eines Austauschs der wichtigsten Komponenten, zu bewirken hat. Vielmehr soll auch bei der Ersatzlieferung grundsätzlich nur jener Zustand als „vertragsgemäß“ geschuldet sein, in welchen sich die Kaufsache befinden würde, wenn ursprünglich vertragskonform erfüllt worden wäre.

Gegen die Gleichbehandlung von Ersatzlieferung und Nachbesserung könnte insbesondere eine mögliche Aushöhlung des Verhältnismäßigkeitskriteriums vorgebracht werden. Tatsächlich verliert dieses Kriterium aber durch die hier vertretene Ansicht nicht gänzlich seinen Anwendungsbe-
reich. Erstens greift dieses Kriterium naturgemäß immer dann, wenn es sich um einen geringfügigen bzw leicht zu behebenden Mangel handelt, weil bei einem solchen auch die Lieferung eines *refurbished goods* regelmäßig unverhältnismäßig wäre. Zweitens hat es aber auch dann einen bedeut-
samen Anwendungsbereich, wenn es dem Unternehmer nicht möglich ist, ein – im Vergleich zur Nachbesserung – gleichwertiges *refurbished good* oder überhaupt nur eine neuwertige Sache zu liefern.

III. Art. 14(4) als Argument für eine Ersatzlieferung mittels *refurbished goods*

Dass der Unternehmer nicht verpflichtet ist, bei der Ersatzlieferung eine neuwertige Sache zu liefern wird zudem durch den Ausschluss eines Benützungsentgelts im nunmehrigen Art. 14(4) WKRL bestätigt.⁵⁸ Gerade das Leisten eines Benützungsentgelts wird nämlich außerhalb des Verbrauchergeschäfts dafür herangezogen, dass der Verkäufer im Falle der Ersatzlieferung eine neue Sache zu liefern hat.⁵⁹ Die Pflicht zum Ersatz der aus der Sache gezogenen Nutzungen sei nur sinnvoll, wenn der Käufer eine unabgenutzte Sache erhalte.⁶⁰ Dementsprechend führte auch der deutsche

58 A.A. V. Mak/E. Lujinovic, Towards a Circular Economy in EU Consumer Markets (Fn. 29), 4 (9): „While the Court in *Quelle* does not expressly state that the goods should be new, the fact that no discount for use may be imposed on the consumer implies that replacement should put the consumer in the position that he would (and should) have been in from the delivery of the goods under the contract.”

59 Siehe nur F. Faust, in: W. Hau/R. Posek (Fn. 35) § 439 Rz 23.

60 F. Faust, in: W. Hau/R. Posek (Fn. 35) § 439 Rz 23.

Gesetzgeber in den Materialien⁶¹ zu § 439 BGB aus, dass sich der Nutzungsersatz daraus rechtfertige, „dass der Käufer mit der Nachlieferung eine neue Sache erhält und nicht einzusehen ist, dass er die zurückgegebene Sache in dem Zeitraum davor unentgeltlich nutzen können soll und so noch Vorteile aus der Mangelhaftigkeit ziehen können soll.“ Aufgrund dieser Ausführungen hatte auch die deutsche Regierung in der Rs *Quelle* argumentiert, dass ein durch das Unentgeltlichkeitsgebot gebotener fehlender Nutzungsersatz zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Verbrauchers führe.⁶² Der Verbraucher verfüge aufgrund des Austauschs eines vertragswidrigen Verbrauchsguts über ein neues Verbrauchsgut, ohne dass er eine finanzielle Entschädigung hätte leisten müssen.⁶³ Der EuGH erwiderte jedoch hierauf, dass der Verkäufer für jede Vertragswidrigkeit hafte, der Verbraucher nicht ungerechtfertigt bereichert werde, sondern schlicht verspätet ein den Vertragsbestimmungen entsprechendes Verbrauchsgut erhalte, wie er es bereits zu Beginn hätte erhalten müssen.⁶⁴

Nach hier vertretener Ansicht führt das Unentgeltlichkeitsgebot bzw der nunmehrige Ausschluss eines Nutzungsentgelts bei der Ersatzlieferung durchaus dazu, dass der Unternehmer nach einer erfolgreichen Ersatzlieferung keine Ansprüche gegen den Verbraucher geltend machen kann. Die beiden Vorgaben sprechen aber meines Erachtens nicht gegen eine Ersatzlieferung mittels *refurbished goods*. Vielmehr wird dem Unternehmer schon aufgrund der einheitlichen Auslegung des „vertragsgemäßen Zustands“ die Möglichkeit der Ersatzlieferung eröffnet. Der Unternehmer hat aber jedenfalls ein Produkt jener Qualität zu liefern, der auch das auszutauschende Produkt entspricht. Wird beispielsweise bei einem Smartphone des Typs XY der Marke X nach einem halben Jahr der Bildschirm defekt, so kann der Unternehmer mittels einem *refurbished good* ersatzliefern, welches einem (mangelfreien) sechs Monate alten Smartphone des Typs XY der Marke X entspricht. Liefert er aber ein neuwertiges Smartphone, so ist es ihm verwehrt einen Ersatz „neu für alt“ in Form eines Nutzungsentgelts zu begehren. Umgekehrt spricht der Ausschluss des Nutzungsentgelts aber auch genau dafür, dass der Unternehmer in diesem Fall kein neuwertiges Smartphone zu leisten hat.

61 FraktionsE, BT-Drs. 14/6040, S. 232 f.

62 Vgl. EuGH C-404/06 ECLI:EU:C:2008:231 – Rn. 40.

63 Vgl. EuGH C-404/06 ECLI:EU:C:2008:231 – Rn. 40.

64 EuGH C-404/06 ECLI:EU:C:2008:231 – Rn. 41.

IV. Ökologische Auslegung der „Ersatzlieferung“

Die Möglichkeit der Ersatzlieferung mittels *refurbished goods* ergibt sich aber nicht nur aufgrund der Gleichbehandlung der Nachbesserung und der Ersatzlieferung sowie dem Ausschluss des Benützungsentgelts, sondern ist der Begriff der „Ersatzlieferung“ bzw des „vertragsgemäßen Zustands“ meines Erachtens auch in gewissem Maße einer „ökologischen Auslegung“ zugänglich. Darunter ist hier zu verstehen, dass bei der Auslegung eines Rechtsbegriffs und dem Vorhandensein von mehreren gleichwertigen Auslegungsvarianten jene zu bevorzugen ist, welche zu einem nachhaltigeren Ergebnis führt.⁶⁵ Ausgangspunkt für eine derartige ökologische Auslegung sollen sowohl ökologische Gesichtspunkte im Primärrecht als auch in den Erwägungsgründen der WKRL selbst sein.

1. Primärrechtliche Vorgaben

Die Nachhaltigkeit findet sich gleich an mehreren Stellen des Primärrechts.⁶⁶ Zunächst ist festzuhalten, dass sich die Europäische Union mit dem „Green Deal“⁶⁷ sowie „Fit for 55“⁶⁸ dem Klimaschutz, sowie der Nachhaltigkeit verschrieben hat. So wirkt die Europäische Union etwa nach Art. 3 Abs. 3 EUV *„auf die nachhaltige Entwicklung Europas [...] sowie ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität hin.“* Weiters verpflichtet Art. 37 GRCh die Politik der Union auf ein *„hohes Umweltschutzniveau und die Verbesserung der Umweltqualität“* sowie den *„Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung“*. Schließlich fordert Art. 11 AEUV, dass *„die Erfordernisse des Umweltschutzes [...] bei der Festlegung und Durchführung der Unionspolitiken und Unionsmaßnahmen insbesondere zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung einbezogen werden [müssen].“*⁶⁹

65 In diese Richtung auch M. Nettesheim, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Werkstand: 77. EL September 2022, Art 11 AEUV Rn. 31.

66 I. Bach/E.-M. Kieninger, Ökologische Analyse des Zivilrechts (Fn. 20), 1088 (1090).

67 Mitteilung der Kommission, Der europäische Grüne Deal, COM (2019) 640 final.

68 COM (2021) 550 final.

69 Vgl. auch Art. 191 AEUV. Siehe dazu aus grundrechtlicher Sicht jüngst C. Calies, Klimapolitik und Umweltschutz, ZUR 2021, 323.

Zwar kann nicht der „Green Deal“ sowie „Fit for 55“ für eine ökologische Auslegung herangezogen werden, wohl aber die Art. 37 GRCh sowie insbesondere Art. 11 AEUV oder auch Art. 191 AEUV. Zwar wird von manchen Seiten argumentiert, dass es sich bei diesen Bestimmungen lediglich um unverbindliche Politikziele handeln würde, da dort keine rechtlichen Konsequenzen der Nichtbeachtung angeordnet sind.⁷⁰ Jedoch hat der Europäische Gerichtshof Art. 11 AEUV bereits in der Rs *Concordia Bus Finland Oy Ab*⁷¹ für die Auslegung des europäischen Sekundärrechts herangezogen. Insoweit würden bei der Vergabe öffentlicher Aufträge Belange des Umweltschutzes in die Definition des Auftrags einfließen und würden diese so bei der Frage, welches Angebot wirtschaftlich am günstigsten ist, eine Rolle spielen.⁷² Insoweit wird Art. 11 AEUV zu Recht ein Auslegungsmaßstab zugestanden, welcher bei der Interpretation der Normen des EU-Recht zu berücksichtigen ist.⁷³ Sei der Spielraum für eine ökologische Interpretation eröffnet, so müssten die jeweiligen Normen im Lichte der Ziele des Art. 11 AEUV interpretiert werden.

2. Sekundärrechtliche Vorgaben

Außerdem findet sich auch in ErwGr. 32 WKRL, dass „*die Gewährleistung einer längeren Haltbarkeit von Waren wichtig für die Förderung nachhaltiger Verbrauchergewohnheiten und einer Kreislaufwirtschaft*“ ist. Insoweit hatten „*nachhaltige*“ Erwägungen insbesondere im Hinblick auf eine Kreislaufwirtschaft auch wesentlichen Einfluss auf den Normgehalt der WKRL. Beispielsweise wurde die Nachhaltigkeit auch als objektives Kriterium für die Beurteilung der Vertragsmäßigkeit von Waren in die Richtlinie aufgenommen.⁷⁴ Insoweit kann durchaus davon ausgegangen werden, dass die Nachhaltigkeit Teil des Sinn und Zwecks der WKRL ist.

Liegen nun zwei Möglichkeiten für die Auslegung des Begriffs der Ersatzlieferung bzw des vertragsmäßigen Zustands vor, so würde das Ziel der

70 Vgl. L. Krämer, Giving a Voice to the Environment by Challenging the Practice of Integrating Environmental Requirements into other EU Policies, in: S. Kingston (Hrsg.), *European Perspectives on Environmental Law and Governance* (2014) S. 83 (90).

71 EuGH C-513/99 – *Concordia Bus Finland Oy Ab*.

72 Vgl. EuGH C-513/99 – *Concordia Bus Finland Oy Ab* Rn. 57.

73 M. Nettesheim, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Fn. 65) Art 11 AEUV Rn. 31; J.-E. Schirmer, Nachhaltigkeit in den Privatrechten Europas, ZEuP 2021, 35 (39 f.).

74 Vgl. auch Art. 7 Abs. 1 lit. d WKRL.

Förderung nachhaltiger Verbrauchergewohnheiten und einer Kreislaufwirtschaft eher dafür sprechen, dass die ökologischere Variante vom europäischen Gesetzgeber gewollt war. Insoweit ist auch im Rahmen einer derartigen ökologischen Auslegung davon auszugehen, dass eine Ersatzlieferung mittels *refurbished goods* möglich ist.

V. Nachbesserung mittels *refurbished spare parts*

Die angestrebten Argumente für eine Ersatzlieferung mittels *refurbished goods* können aber auch für die Frage, ob eine Nachbesserung immer durch Neuteile zu erfolgen hat, oder ob dem Unternehmer auch offensteht mittels aufbereiteter Ersatzteile („*refurbished spare parts*“) nachzubessern, fruchtbar gemacht werden. Diese stand in einem Urteil des OLG Celle⁷⁵ im Mittelpunkt bei der eine Nachbesserung nicht durch VW-Neuteile, sondern durch VW-Austauschteile erfolgt ist. Diese wurden industriell so aufbereitet, dass sie die gleiche Qualität und Sicherheit sowie gleiche Lebensdauer und Leistung wie Neuteile hätten. Es handle sich somit um Teile, die den entsprechenden Neuteilen um nichts nachstünden, sodass beim fachgerechten Einbau Mangelfreiheit eintrete.

Folgt man den oben erzielten Ergebnissen, dass der Unternehmer nicht verpflichtet ist, mittels der Ersatzlieferung eine gänzlich neuwertige Sache herzustellen, so kommt man so auch zum Ergebnis, dass es dem Unternehmer grundsätzlich auch offenstehen muss, anstatt neuwertigen grds. diesen technisch gleichwertige *refurbished spare parts* zu verwenden. Zudem wäre es nicht einzusehen, warum Unternehmer selbst bei einigen Monate alten Gütern stets gänzlich neue Ersatzteile verwenden müssen, schlussendlich ist er nach hier vertretener Ansicht nicht verpflichtet, durch die Nachbesserung eine neue Ware herzustellen. Die Ersatzteile dürfen jedoch keinesfalls von schlechterer Qualität sein, als das ausgetauschte Teil im Falle einer hypothetischen Mangelfreiheit gewesen wäre. Auch wird dieses Ergebnis durch Art. 14 Abs. 4 WKRL bestärkt. Zwar ist in diesem bloß von einem Ausschluss des Benützungsentgelts bei der Ersatzlieferung die Rede, jedoch lässt sich die Bestimmung auf die Nachbesserung analog anwenden.⁷⁶

75 OLG Celle NJW 2013, 2203.

76 Vgl. G. Kodek/P. Leupold, Gewährleistung NEU (2019) 56. Vgl. weiters B. Koch, Das System der Rechtsbehelfe, in: J. Stabentheiner/C. C. Wendehorst/B. Zöchling-Jud (Hrsg.), Das neue Europäische Gewährleistungsrecht (2019) 157 (186, Fn. 158): „Bei

F. Thesen

1. Die Möglichkeit der Ersatzlieferung durch *refurbished goods* wäre, verglichen mit der Ersatzlieferung durch fabrikneue Waren, ökologisch vorteilhaft.
2. Es gibt bereits in der Praxis verschiedene Abstufungen von *refurbished goods*, welche insbesondere am optischen Erscheinungsbild anknüpfen; diese Abstufung kann auch für die rechtliche Behandlung von *refurbished goods* fruchtbar gemacht werden.
3. Sollten *refurbished goods* bereits ursprünglich geschuldeter Vertragsinhalt sein, so ist eine Ersatzlieferung mittels eines anderen *refurbished goods* regelmäßig möglich. Wurde der Vertragsgegenstand aber stark individualisiert, so kann sich eine solche dennoch als unmöglich erweisen.
4. Die Möglichkeit einer Ersatzlieferung mittels *refurbished goods* ergibt sich unter anderem aus einer einheitlichen Auslegung des Begriffs des „vertragsgemäßen Zustands“, welche mit den Primärbehelfen hergestellt werden soll.
5. Bei der Nachbesserung ist unter dem „vertragsgemäßen Zustand“ keine neue Sache, sondern eine nachgebesserte Sache zu verstehen, sonst wäre eine Nachbesserung nämlich regelmäßig unmöglich und damit ihrer praktischen Bedeutung beraubt. Mit der Nachbesserung kann nämlich keine „neue“ Sache, sondern lediglich eine „reparierte Sache“ hergestellt werden.
6. Neben der Gleichbehandlung mit der Nachbesserung spricht auch Art. 14(4) WKRL für eine Möglichkeit der Ersatzlieferung mittels *refurbished goods*. Gerade der Umstand, dass kein Benutzungsentgelt zu leisten ist, spricht nämlich dafür, dass der Unternehmer keine neue Sache schuldet. Ansonsten wäre der Verbraucher unrechtmäßig bereichert.
7. Der Anwendungsbereich von Art. 14(4) WKRL besteht insoweit weiter, als dem Unternehmer grundsätzlich keine Nutzungsentgelte bspw bei der Lieferung eines besserwertigen *refurbished goods* verglichen mit der mangelhaften Sache, oder bei der Lieferung einer neuen Sache, zustehen.

Verbesserung stellt sich das Problem allerdings nicht, weil die ursprüngliche Sache ja beim Verbraucher verbleibt.“

8. Zuletzt spricht auch die ökologische Auslegung des Begriffs des „vertragsgemäßen Zustands“ für die Möglichkeit einer Ersatzlieferung mittels *refurbished goods*.
9. Sowohl aus dem Primärrecht (Art.11 EUV) als auch aus der WKRL selbst ergeben sich Anhaltspunkte, dass der Europäische Gesetzgeber nachhaltige Ziele verfolgt. Insoweit gilt es diese Ziele auch bei der Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe zu berücksichtigen.
10. Die für die Ersatzlieferung mittels *refurbished goods* vorgebrachten Argumente sprechen auch für eine Nachbesserung durch *refurbished spare parts*.

