

# Übungsfall: Einmal Mangel immer Mangel?

Von Prof. Dr. Beate Gsell, Akad. Rat a.Z. Dr. Matthias Fervers, München\*

Der Fall wurde im Wintersemester 2015/2016 im Rahmen des ELSA Moot Courts gestellt.<sup>1</sup>

## Sachverhalt

Die von den Schwestern Hanna und Helga Hell in der Form der GbR in Hamburg betriebene Hell Rad Manufaktur produziert und vertreibt Fahrräder, insbesondere Sondermodelle für Senioren. Am 30.4.2013 erwirbt Rentner Karl Kern aus München bei der Hell Rad Manufaktur in Hamburg zwei neue Fahrräder: Ein Modell Senior 8 sowie ein Modell Senior 11 mit integrierter Tragefläche für den Transport schwerer Einkäufe. Auf beide Fahrräder hat die Hell Rad Manufaktur selbst die Reifen aufgezogen, die sie von einem Reifenhersteller bezogen hat. Jedes Fahrrad würde an sich seinem Marktwert entsprechend 1.500 € kosten, K gelingt es aber aufgrund des Doppelkaufes, einen Preisnachlass von je 150 € auszuhandeln, so dass er insgesamt nur 2.700 € bezahlt. Beide Fahrräder nimmt er am selben Tag mit nach München.

Am 16.3.2015 bemerkt Kern, dass sich bei dem Modell Senior 8 das linke Pedal nicht mehr richtig dreht. Er vermutet einen anfänglichen Defekt im Pedallager und informiert noch am selben Tag die Hell Rad Manufaktur, die das Fahrrad am nächsten Tag durch einen Mitarbeiter für die Reparatur in Hamburg abholen lässt. Die Hell Rad Manufaktur stellt den vermuteten anfänglichen Materialdefekt tatsächlich fest, wechselt vorsichtshalber beide Pedale aus und lässt das Fahrrad am 3.4.2015 durch einen Mitarbeiter zurück zu Kern nach München bringen. Es funktioniert nun zwar das linke Pedal einwandfrei, jedoch muss Kern feststellen, dass sich nunmehr das rechte Pedal aufgrund eines Defektes nicht mehr richtig dreht, das zuvor einwandfrei funktioniert hatte. Kern informiert sofort die Hell Rad Manufaktur, deren Mitarbeiter ankündigt, sich in den kommenden Tagen zu melden, was aber nicht geschieht. Kern ist so viel beschäftigt, dass die Angelegenheit bei ihm zunächst in Vergessenheit gerät. Das ändert sich, als er am 1.8.2015 mit dem Modell Senior 11 auf einer Landstraße fährt, die einen steilen Abhang hinunterführt. Plötzlich platzt der Reifen des Vorderrades und Kern verliert die Kontrolle über das Fahrrad. Dem ausgesprochen rüstigen Kern gelingt es abzuspringen, das Fahrrad selbst gerät jedoch auf die gegenüberliegende Fahrbahn, wo es von einem entgegenkommenden Sattelschlepper überrollt wird, der auf und davon fährt. Das Fahrrad ist danach irreparabel deformiert und unbrauchbar. Wie sich herausstellt, weist der geplatzte Vorderreifen als Herstellungsdatum Januar 2003 aus.

---

\* Prof. Dr. Beate Gsell ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Europäisches Privat- und Verfahrensrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Dr. Matthias Fervers ist Akademischer Rat a.Z. am Lehrstuhl.

<sup>1</sup> Bericht über den ELSA Moot Court auf <http://www.sueddeutsche.de/muenchen/fiktiver-prozess-uebung-macht-den-anwalt-1.2809798> (26.7.2016).

Kern hat daraufhin jedes Vertrauen in die Hell Rad Manufaktur verloren und erhebt beim Amtsgericht München Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises für das Senior 8 abzüglich erlangter Gebrauchsvorteile, Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrrads. Hinsichtlich des Senior 11 verlangt er ebenfalls Rückzahlung des Kaufpreises, hilfsweise Schadensersatz in Höhe von 1200 €, was dem Wiederbeschaffungswert des Senior 11 in mangelfreiem Zustand zum Zeitpunkt des Unfalls entspricht. Die Hell Rad Manufaktur bestreitet nicht den von Kern geschilderten tatsächlichen Geschehensverlauf. Sie trägt jedoch in der mündlichen Verhandlung vor, dass sie für die geltend gemachten Schäden nicht als Verkäuferin haften müsse und etwaige Ansprüche jedenfalls verjährt seien. Hilfsweise macht sie geltend, Kern habe den erlittenen Schaden zu hoch angesetzt.

Ist die Klage des Kern zulässig und begründet?

## Bearbeiterhinweis

In dem Gutachten ist – ggf. hilfsgutachtlich – auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen einzugehen.

## Lösungsvorschlag

### A. Zulässigkeit der Klage

Die Klage wäre zulässig, wenn H parteifähig wäre und wenn das AG München örtlich und sachlich zuständig wäre.<sup>2</sup>

### I. Parteifähigkeit der H

Gemäß § 50 Abs. 1 ZPO ist parteifähig, wer rechtsfähig ist. Da es sich bei H um eine Außen-GbR handelt, ist sie nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung<sup>3</sup> als rechtsfähig anzusehen. Hierfür spricht zum einen der Wortlaut von § 14 Abs. 2 BGB und § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO und zum anderen die Tatsache, dass andernfalls eine Haftung eintretender Gesellschafter für Altschulden nicht befriedigend erklärt werden könnte.<sup>4</sup>

H ist somit parteifähig.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> Im Gegensatz zu verwaltungsrechtlichen Klausuren sind im Zivilrecht bei der Prüfung der Zulässigkeit einer Klage nicht alle denkbaren Zulässigkeitsvoraussetzungen „abzuarbeiten“. Vielmehr sollten sich die Bearbeiter nur auf die problematischen Aspekte beschränken.

<sup>3</sup> Vgl. grundlegend BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056; zur Entwicklung *Ulmer/Schäfer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, Vorb. §§ 705 ff. Rn. 9 ff.

<sup>4</sup> Die Rechtsfähigkeit der GbR hat sich mittlerweile fast als Gewohnheitsrecht etabliert. Eine vertiefte Auseinandersetzung ist in der Klausur deshalb nicht mehr erforderlich.

<sup>5</sup> Laut Sachverhalt handelt es sich bei H um eine GbR, sodass Klausurbearbeiter auch vom Vorliegen einer GbR ausgehen können. Sofern Bearbeiter allerdings annehmen, dass es sich bei H tatsächlich um eine OHG handelt, so wäre dies auch vertretbar: Denn H betreibt ein Gewerbe und gemäß § 1 Abs. 1 HGB besteht eine Vermutung dafür, dass ein Gewerbe

**II. Zuständigkeit des AG München**

Das AG München müsste sachlich und örtlich zuständig sein.

*1. Sachliche Zuständigkeit*

Die sachliche Zuständigkeit des AG München ergibt sich aus § 1 ZPO i.V.m. §§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG, da der Streitwert gemäß §§ 2, 3, 5 Hs. 1 ZPO lediglich 2.700 € beträgt<sup>6</sup> und damit 5.000 € nicht übersteigt.

*2. Örtliche Zuständigkeit*

Das AG München müsste außerdem örtlich zuständig sein.

Eine solche Zuständigkeit bestünde unabhängig von der Einhaltung der §§ 12 ff. ZPO bereits dann, wenn sich H gemäß § 39 ZPO rügelos eingelassen hätte. Eine Einlassung im Sinne des § 39 ZPO liegt schon dann vor, wenn in der mündlichen Verhandlung tatsächliche oder rechtliche Äußerungen zum Streitgegenstand abgegeben werden.<sup>7</sup> H ist dem Begehren des K in der mündlichen Verhandlung in der Sache entgegengetreten und hat die Einrede der Verjährung erhoben, eine Einlassung liegt somit vor. Allerdings würde dies nur dann zur Zuständigkeit eines ansonsten unzuständigen Amtsgerichts führen, wenn vorher auf eine etwaige Unzuständigkeit und auf die Folgen einer rügelosen Einlassung zur Hauptsache vom Gericht gem. § 504 ZPO hingewiesen worden ist, § 39 S. 2 ZPO. Ob ein solcher Hinweis erfolgt ist, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen.

Die Frage könnte aber offenbleiben, wenn das AG München ohnehin örtlich zuständig wäre.<sup>8</sup>

Da H ihren Sitz in Hamburg hat, liegt auch ihr allgemeiner Gerichtsstand nach § 17 Abs. 1 ZPO in Hamburg. Jedoch

auch ein Handelsgewerbe ist. In der Prüfung ergeben sich so gut wie keine Unterschiede, da gem. § 124 Abs. 1 HGB die OHG unter ihrer Firma vor Gericht verklagt werden kann.

<sup>6</sup> Gemäß § 5 Hs. 1 ZPO werden mehrere in einer Klage geltend gemachten Ansprüche zusammengerechnet. Da K mit beiden Hauptanträgen jeweils Rückzahlung des Kaufpreises beantragt, beträgt der Streitwert 2.700 €. Dass K außerdem noch hinsichtlich des Senior 8 einen Hilfsantrag in Höhe von 1.200 € gestellt hat, ist unerheblich, da der Hilfsantrag auf dasselbe wirtschaftliche Ziel gerichtet ist und er hiermit einen Gegenstand nur anstelle des zweiten Hauptantrags fordert. Den Zuständigkeitsstreitwert würde der Hilfsantrag nur erhöhen, wenn er den Hauptantrag überstiege (vgl. *Heinrich*, in: Musielak/Voit, Kommentar zur ZPO, 12. Aufl. 2015, § 5 Rn. 11; *Wöstmann*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2013, § 5 Rn. 11).

<sup>7</sup> *Heinrich* (Fn. 6), § 39 Rn. 5; *Patzina*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2013, § 39 Rn. 6.

<sup>8</sup> In einer Klausur würde es bereits honoriert, wenn Studierende die Problematik des fehlenden Hinweises nach § 39 S. 2 ZPO überhaupt erkennen. Vertretbar wäre auch, wegen des fehlenden Hinweises im Sachverhalt von der Nichtvornahme der Belehrung durch das Gericht auszugehen oder aber umgekehrt aufgrund der Formulierung des § 39 S. 2 ZPO („Dies gilt nicht...“) anzunehmen, dass eine Belehrung erfolgt ist.

begehrt K die Rückzahlung des gezahlten Kaufpreises Zugum-Zug gegen die Rückgabe der Fahrräder. Und für einen solchen Anspruch besteht nach h.A. ein besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsorts gemäß § 29 Abs. 1 ZPO am Wohnsitz des Käufers.<sup>9</sup> Eine einheitliche Rückabwicklung am Wohnsitz des Käufers entspreche deshalb dem Parteiwillen, weil der Verkäufer gemäß § 269 Abs. 1 BGB ohnehin verpflichtet sei, die mangelhafte Sache am Wohnsitz des Käufers abzuholen. Somit könne er auch bei dieser Gelegenheit seine Verpflichtung zur Rückzahlung des Kaufpreises erfüllen.

Diese Argumentation ist zwar nicht völlig zweifelsfrei. Fraglich ist insbesondere, warum der Käufer einen Gerichtsstand am eigenen Wohnsitz gerade dann bekommen soll, wenn er seinerseits zur Rückgewähr der Kaufsache verpflichtet ist. Würde er nur auf die Rückzahlung des Kaufpreises klagen, so müsste er nach § 29 Abs. 1 ZPO i.V.m. §§ 270 Abs. 1, 4, 269 Abs. 1 BGB den Verkäufer an dessen Sitz verklagen. Für die h.A. spricht jedoch neben den bereits genannten Argumenten der Gesichtspunkt der Prozessökonomie. Durch die Annahme eines einheitlichen Erfüllungsortes wird vermieden, dass der Streit um ein einheitliches Vertragsverhältnis an zwei verschiedenen Gerichtsständen ausgetragen werden muss. Der h.A. ist somit zu folgen.

Das AG München ist auch örtlich zuständig.<sup>10</sup>

Die Klage des K ist zulässig.

**B. Begründetheit der Klage**

**I. Anspruch von Kern (K) auf Rückzahlung des Kaufpreises für beide Fahrräder gegen die Hell Rad Manufaktur (H)**

*1. Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises für das Modell Senior 8 gemäß §§ 437 Nr. 2, 346 Abs. 1 BGB*

K könnte gegen H einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 1.350 € für das Modell Senior 8 gemäß §§ 437 Nr. 2, 346 Abs. 1 BGB haben. Dafür müsste K eine Rücktrittserklärung abgegeben und ein Rücktrittsrecht gehabt haben und der Rücktritt dürfte nicht wegen Zeitablaufs unwirksam sein.<sup>11</sup>

*a) Rücktrittserklärung, § 349 BGB*

K hat von H die Rückzahlung des Kaufpreises verlangt und somit nach §§ 133, 157 BGB eine Rücktrittserklärung im Sinne des § 349 BGB abgegeben.

<sup>9</sup> OLG Hamm NJW-RR 2016, 177; OLG Schleswig, Urt. v. 4.9.2012 – 3 U 99/11 = NJOZ 2013, 1255; OLG Düsseldorf BeckRS 2014, 08406; OLG Karlsruhe NJOZ 2014, 530; *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 75. Aufl. 2016, § 269 Rn. 16. Zur alten Rechtslage ebenso BGHZ 87, 104 = NJW 1983, 1479 Rn. 14.

<sup>10</sup> Eine andere Ansicht ist ebenfalls vertretbar. Dann wäre hilfsgutachterlich weiter zu prüfen.

<sup>11</sup> Vgl. zur Prüfung kaufrechtlicher Anspruchsgrundlagen *Fervers*, JURA 2015, 11.

*b) Rücktrittsrecht*

Ein Rücktrittsrecht bestünde nach §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB, wenn ein Kaufvertrag vorläge, ein Sachmangel gegeben wäre und K erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hätte.

*aa) Kaufvertrag*

Ein Kaufvertrag zwischen H und K liegt vor. Da es sich bei H um eine rechtsfähige Außen-GbR handelt,<sup>12</sup> ist auch H selbst und sind nicht ihre Gesellschafter Vertragspartner.

*bb) Sachmangel*

Fraglich ist, ob bei Gefahrübergang ein Sachmangel im Sinne des § 434 BGB gegeben war. Zwar war bei Übergabe und damit bei Gefahrübergang (§ 446 S. 1 BGB) das linke Pedallager defekt und somit im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB mangelhaft. Jedoch ist dieser konkrete Sachmangel mittlerweile behoben. Zu prüfen ist aber, ob ein Sachmangel im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB nicht gleichwohl weiterhin gegeben oder neu entstanden ist, weil im Zuge der Nacherfüllung ein defektes rechtes Pedal an das Fahrrad montiert wurde.

*(1) Erste Ansicht: Einordnung bei Nacherfüllung verursachter Defekte als Schäden aus Nebenpflichtverletzung*

Auf den ersten Blick spricht gegen die Annahme eines Sachmangels, dass das rechte Pedal ursprünglich bei Gefahrübergang mangelfrei war. Und nach der Konzeption des deutschen Rechts ist die Aufgabe der Nachbesserung ausweislich des Wortlauts des § 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB die Beseitigung des Mangels und nicht allgemein die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands. Zumindest ein Teil der obergerichtlichen Rechtsprechung<sup>13</sup> und ein Teil der Literatur<sup>14</sup> stehen deshalb auf dem Standpunkt, dass Beschädigungen der Kaufsache bei Gelegenheit der Nacherfüllung zwar zu einem Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB führen, jedoch nicht „rückwirkend“ einen Sachmangel bei Gefahrübergang begründen können. Die Einordnung als Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB hätte für den Käufer zudem den Vorteil, dass er hinsichtlich des neu aufgetretenen Mangels nicht erneut eine Frist setzen, sondern den mangelbedingten Minderwert sofort als „einfachen“ Schadensersatz liquidieren könnte.

*(2) Zweite und vorzugswürdige Ansicht: Sachmangel weiterhin gegeben*

Für die Bejahung eines fortdauernden Sachmangels spricht jedoch zunächst das Konzept der einheitlichen Pflichtverlet-

zung im neuen Schuldrecht.<sup>15</sup> Sofern zwar der konkrete technische Defekt beseitigt, dieser jedoch zugleich durch einen neuen ersetzt wird, dauert die Pflichtverletzung in Gestalt der nach wie vor ausstehenden Leistung einer nach § 433 Abs. 1 S. 2 BGB geschuldeten einwandfreien Kaufsache an. Sofern sich beispielsweise ein Fernseher aufgrund eines technischen Defektes nicht anschalten lässt, dann bei der Nacherfüllung zwar die technische Ursache hierfür behoben, aber ein anderer Defekt verursacht wird, der seinerseits dazu führt, dass der Fernseher nicht funktioniert, fehlt es weiterhin an der Funktionsfähigkeit des Gerätes und erscheint es deshalb durchaus naheliegend, die Behebung des Sachmangels zu verneinen. Insbesondere bei einer weniger technischen als auf die Funktionsfähigkeit der Kaufsache abstellenden Betrachtung spricht deshalb viel dafür, dass der Austausch des linken Pedals bei gleichzeitigem Einbau eines defekten rechten Pedals den ursprünglichen Sachmangel nicht vollständig behoben hat.

Vor allem aber ist es in der Sache unangemessen, den Käufer in Fällen wie dem vorliegenden auf einen bloßen Schadensersatzanspruch zu verweisen. Dies insbesondere deshalb, weil ein Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB – anders als die Gewährleistungsrechte Nacherfüllung, Rücktritt und Minderung – stets eine verhaltensbezogene Pflichtverletzung und ein Vertretenmüssen des Verkäufers voraussetzt. Es erscheint aber verfehlt, den Verkäufer, der mit der Vornahme der Nacherfüllung lediglich seiner Pflicht zur mangelfreien Leistung nach § 433 Abs. 1 S. 2 BGB nachkommt, für während dieser Nacherfüllung entstandene Qualitätsdefizite nur verschuldensabhängig einstehen zu lassen.<sup>16</sup> Denn dass der Verkäufer im Wege der Nacherfüllung die Sollbeschaffenheit der Kaufsache verschuldensunabhängig herstellen muss (bzw. im Rahmen des Rücktritts oder der Minderung verschuldensunabhängig dafür einstehen muss), rechtfertigt sich aus dem synallagmatischen Charakter des Kaufvertrages, der vertraglichen Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung: Der Käufer hat den Kaufpreis nur für die qualitativ einwandfreie Sache versprochen. Auch bei erst im Zuge der Nacherfüllung durch den Verkäufer verursachten Defekten sollte es deshalb bei der Wertung bleiben, dass der Verkäufer unabhängig von der Frage, ob ihm ein Verschulden vorzuwerfen ist, nur dann den (vollen) Kaufpreis als Gegenleistung „verdient“, wenn er seinerseits eine einwandfreie Kaufsache liefert. Den Verkäufer für im Zuge der Nacherfüllung eingetretenen Defekten der Kaufsache nur so einstehen zu lassen wie bei Beschädigung sonstiger Rechtsgüter des Käufers, die nicht in das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung einbezogen sind, ist deshalb verfehlt.<sup>17</sup>

<sup>12</sup> Vgl. unter A. I.

<sup>13</sup> OLG Saarbrücken NJW 2007, 3503; tendenziell ebenso OLG Düsseldorf NJW 2014, 2802 (2803).

<sup>14</sup> Höpfner, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum Zivilrecht, Stand: 1.11.2015, § 440 Rn. 26; Matusche-Beckmann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2014, § 439 Rn. 45; Cziupka/Kliebisch, JuS 2008, 855 (856); Stodolkowitz, ZGS 2010, 448 (451).

<sup>15</sup> Ausführlich hierzu Gsell, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, 2007, S. 337.

<sup>16</sup> Faust, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 32. Ed., Stand: 1.8.2014, § 439 Rn. 64.

<sup>17</sup> In diesem Sinne und ausführlich zur gesamten Problematik Gsell, in: Festschrift für Peter Derleder zum 75. Geburtstag, 2015, S. 135 (145 ff.).

Davon abgesehen ist zumindest beim Verbrauchsgüterkauf fraglich, ob die Bejahung eines Sachmangels in Konstellationen wie der vorliegenden nicht europarechtlich geboten ist. Zwar ordnet Art. 3 Abs. 1 der VerbrGüterKaufRL lediglich an, dass der Verkäufer dem Käufer für jede Vertragswidrigkeit haftet, die zum Zeitpunkt der Lieferung besteht. Jedoch lässt sich Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie entnehmen, dass die Nacherfüllung auch zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands führen muss („unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands“).<sup>18</sup> Im Übrigen stellt der von der Gegenauffassung herangezogene Gesichtspunkt, ob ein Mangel nur bei Gelegenheit der Nacherfüllung verursacht wird, kaum ein taugliches Abgrenzungskriterium dar. Schließlich kommt hinzu, dass dem Käufer mit einem Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB bei gleichzeitigem Ausschluss des Rücktrittsrechts unter Umständen wenig geholfen ist. Denn es kann Fallkonstellationen geben, in denen der Käufer aufgrund des nachträglich entstandenen Mangels an der Kaufsache schlicht kein Interesse mehr hat. Hier kann die Liquidierung des mangelbedingten Minderwertes im Wege des Schadensersatzes unzureichend sein. Die besseren Gründe sprechen deshalb insgesamt dafür, einen Sachmangel bei Gefahrübergang auch dann zu bejahen, wenn dieser erst bei Gelegenheit der Nacherfüllung entstanden ist.

*Hinweis:* An dieser Stelle ist eine andere Ansicht gleichwertig vertretbar. Ebenfalls vertretbar ist es, die Problematik im Rahmen der Frage zu behandeln, ob erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt wurde. Stellt man sich auf den Standpunkt, dass kein Sachmangel vorliegt, so stünde K allenfalls ein Anspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zu. Zwar lägen dessen Voraussetzungen wohl vor<sup>19</sup>,

<sup>18</sup> Ähnlich *Faust* ([Fn. 16], § 439 Rn. 64), der darauf hinweist, dass die Nacherfüllung nach Art. 3 Abs. 3 S. 3 der VerbrGüterkaufRL ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen muss.

<sup>19</sup> Zwischen K und H besteht mit dem Kaufvertrag ein Schuldverhältnis. Hält man nur die ursprünglich gegebenen Defekte als Sachmängel bei Gefahrübergang für relevant, so liegt in der Beschädigung der Kaufsache bei Gelegenheit der Nacherfüllung auch die Verletzung einer Nebenpflicht. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sich H nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB entlasten kann und es liegt ein Schaden in Höhe der Wertminderung durch das defekte Pedal vor. Der Anspruch wäre auch nicht nach §§ 214 Abs. 1, 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB verjährt: Ansprüche aus Nebenpflichtverletzungen, die nicht mit einem Mangel der Kaufsache in Zusammenhang stehen, unterliegen nämlich nicht der kaufrechtlichen, sondern der Regelverjährungsfrist (BGHZ 66, 208 = NJW 1976, 1353; *Matusche-Beckmann* [Fn. 14], § 438 Rn. 27 m.w.N.). Und dass die Nebenpflichtverletzung nicht im Zusammenhang mit einem Sachmangel steht, müsste konsequenterweise angenommen werden, wenn man sich zuvor auf den Standpunkt gestellt hat, dass nur Defekte bei Gefahrübergang relevant sind.

K hat jedoch insoweit keine Verurteilung zur Zahlung von Schadensersatz beantragt.<sup>20</sup>

#### cc) Fristsetzung

Eine nach § 323 Abs. 1 BGB an sich erforderliche Frist hat K nicht gesetzt. Allerdings könnte die Fristsetzung nach § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB wegen besonderer Umstände oder nach § 440 S. 1 Alt. 3 BGB wegen Unzumutbarkeit entbehrlich sein. Zu berücksichtigen ist nämlich zum einen, dass H schon einmal insofern erfolglos nacherfüllt hat, als sie im Zuge der Nacherfüllung den Defekt am rechten Pedal verursacht hat.<sup>21</sup> Zum anderen hat K zwischenzeitlich bei der Benutzung eines anderen Modells von H (Senior 11) dadurch einen Unfall erlitten, dass H einen veralteten Reifen auf das Fahrrad aufgezogen hat. Der Käufer eines neuen Fahrrades kann aber erwarten, dass die Reifen nicht nur unbenutzt sind, sondern auch nicht überaltert.<sup>22</sup> Zwar waren Übergabe und Übereignung des Senior 11-Modells nicht Gegenstand des Kaufvertrags bezüglich des Modells Senior 8. Jedoch besteht durch den „Doppelkauf“ durchaus eine vertragliche Verknüpfung zwischen beiden Rädern. Doch auch abgesehen davon erscheint eine Fristsetzung zur Nacherfüllung für den Käufer nicht mehr zumutbar, wenn sich herausstellt, dass im Betrieb des Verkäufers nicht sorgfältig gearbeitet wird<sup>23</sup> und wenn der Verkäufer durch Unachtsamkeit in Bezug auf eine Kaufsache sogar einen Unfall des Käufers verursacht hat. Insbesondere bei Fahrrädern, die regelmäßig im Straßenverkehr eingesetzt werden und bei denen Materialfehler leicht zu einem Sturz oder zu schweren Unfällen führen können, muss der Kunde sich auf die technischen Fertigkeiten des Verkäufers verlassen können. Andernfalls ist die für die Nacherfüllung erforderliche Vertrauensgrundlage entzogen. Die Fristsetzung war somit entbehrlich.

*Hinweis:* a.A. gleichwertig vertretbar.

Ein Rücktrittsgrund liegt damit vor.

<sup>20</sup> Gemäß § 308 Abs. 1 ZPO dürfte das Gericht dem K deshalb insoweit an sich auch keinen Schadensersatz zusprechen. Nach § 139 Abs. 1 S. 2 ZPO müsste das Gericht K allerdings wohl einen Hinweis erteilen, wenn es der Meinung ist, dass zwar kein Mangel vorliegt, aber ein Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB in Betracht kommt.

<sup>21</sup> Für ein Fehlschlagen der Nacherfüllung bei Verursachung eines weiteren Mangels *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 440 Rn. 10. Für ein Fehlschlagen der Nachbesserung, wenn das gerügte Mangelsymptom weiter auftritt BGH NJW 2011, 1664. Ausführlich *Gsell* (Fn. 17), S. 150 ff.

<sup>22</sup> Vgl. AG Starnberg NJW-RR 2010, 1359; BGH NZV 2004, 183; OLG Stuttgart NZV 1991, 68.

<sup>23</sup> Vgl. *Faust* (Fn. 16), § 440 Rn. 37.

c) *Keine Unwirksamkeit des Rücktritts nach §§ 438 Abs. 4 S. 1, 218 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB*

Der Rücktritt könnte jedoch gemäß §§ 438 Abs. 4 S. 1, 218 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB wegen Zeitablaufs unwirksam sein. Gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB verjährt der Anspruch auf Nacherfüllung in zwei Jahren ab Ablieferung der Kaufsache. K hat das Fahrrad am 30.4.2013 erworben, sodass der Anspruch auf Nacherfüllung an sich gemäß §§ 214 Abs. 1, 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB am 30.4.2015 bereits verjährt war.<sup>24</sup> Selbst wenn man §§ 203, 209 BGB während laufender Nacherfüllungsbemühungen entsprechend anwenden will<sup>25</sup>, so wäre die Verjährung gemäß § 203 S. 2 BGB drei Monate nach dem Ende der „Verhandlungen“ (3.4.2015) – also am 3.7.2015 – eingetreten, sodass sich auch hierdurch für K kein günstigeres Ergebnis ergäbe.

Dem steht nicht per se entgegen, dass das Fahrrad mit dem nunmehr relevanten Sachmangel – dem defekten rechten Pedal – erst am 3.4.2015 an K übergeben wurde. Denn sofern man sich auf den Standpunkt stellen würde, dass die Nachbesserung bezüglich der neu eingebauten Teile die Gewährleistungsfrist nicht erneut in Gang setzt, so könnte K nicht besser stehen, wenn statt einem defekten linken ein defektes rechtes Pedal eingebaut wird. Jedoch ist gerade fraglich, ob die Nachbesserung nicht dazu führt, dass die Gewährleistungsfrist bezüglich der neu eingebauten Teile neu zu laufen beginnt.

Dagegen spricht zwar, dass der Käufer damit auf erste Sicht in Bezug auf ausgetauschte Teile bzw. eine gelieferte Ersatzsache besser stünde als in Bezug auf diejenigen Teile, die unangetastet blieben. Hinsichtlich der ausgetauschten Teile bzw. der Ersatzsache würde die Gewährleistungsfrist nämlich insgesamt über die in § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB angeordnete Frist von zwei Jahren hinaus andauern. Bei der Ersatzlieferung stünden ihm gar bezüglich der gesamten Kaufsache weitere zwei Jahre Gewährleistung zu, was im Übrigen einen verfehlten Anreiz für den Käufer schaffen könnte, immer die Ersatzlieferung zu wählen. Auf nähere Sicht erscheint ein solcher Neubeginn der Verjährung hinsichtlich neu eingebauter Teile bzw. der Ersatzsache aber dennoch gerechtfertigt. Denn viele, wenn nicht die allermeisten Defekte sind so beschaffen, dass sie sich typischerweise oder gar notwendig bei oder einige Zeit nach Ingebrauchnahme der Sache zeigen. Vielfach wird deshalb die Sachlage so sein, dass der Käufer dann, wenn sich bei einer von ihm erworbenen Sache ein bestimmter Defekt bislang nicht gezeigt hat, mit einem solchen Defekt auch nicht mehr zu rechnen braucht. Um diesen Vorteil der „Bewährung“ der Sache bringt man ihn, wenn durch Einbau neuer Teile im Zuge einer Reparatur bzw. die Leistung einer Ersatzsache keine neue

Verjährungsfrist in Gang gesetzt wird.<sup>26</sup> Dies zeigt sich gerade an Konstellationen wie der vorliegenden, in denen der Käufer kurz vor Fristablauf seine Gewährleistungsrechte geltend macht. Unterstellt man etwa vorliegend, dass ein Defekt im Pedallager dann, wenn er auch im rechten Pedal anfänglich vorhanden gewesen wäre, sich mit hoher Wahrscheinlichkeit innerhalb der Zwei-Jahres-Frist gezeigt hätte, so wird der Käufer um den Vorteil der Bewährung des ursprünglichen rechten Pedals gebracht, wenn er nun ein Austauschteil erhält und ihm die Möglichkeit versagt wird, den erwartungsgemäß erst nach dem Austausch und nach Ablauf der ursprünglichen Gewährleistungsfrist beim Gebrauch zu Tage tretenden Mangel des Austauschertes noch geltend zu machen.<sup>27</sup>

Zu einem anderen Ergebnis wird man gelangen müssen, wenn man wie die Rechtsprechung einen Neubeginn der Verjährung über § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB annimmt. Nach Ansicht des BGH soll ein Anerkenntnis dann anzunehmen sein, wenn der Verkäufer aus der Sicht des Käufers nicht nur aus Kulanz oder zur gütlichen Beilegung eines Streits, sondern in dem Bewusstsein handelt, zur Mängelbeseitigung verpflichtet zu sein. Maßgeblich hierfür seien vor allem der Umfang, die Dauer und die Kosten der Mängelbeseitigungsarbeiten.<sup>28</sup> Zwar hat H zweifelsfrei in dem Bewusstsein gehandelt, zur Mängelbeseitigung verpflichtet zu sein. Hiermit hat er jedoch allenfalls das Vorliegen des ursprünglichen Mangels – des linken Pedals – anerkannt, nicht aber das Vorliegen eines Mangels beim rechten Pedal. Gegen diesen Lösungsweg spricht allerdings, dass der Verkäufer durch entsprechende (Vorbehalts-) Erklärungen leicht den Neubeginn der Verjährungsfrist verhindern könnte. Ein Anerkenntnis würde ja nach der Rechtsprechung bereits dann ausscheiden, wenn der Verkäufer die Nachbesserung „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“ vornähme. Die besseren Gründe sprechen deshalb für einen Neubeginn der Verjährung unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

<sup>26</sup> Ausführlich und mit umfangreichen Nachweisen zum Streitstand *Gsell* (Fn. 17), S. 155 ff.

<sup>27</sup> Um diesen Bewährungsvorteil an einem überspitzten Beispiel noch deutlicher zu demonstrieren: Unterstellt, der Käufer macht am letzten Tag der Gewährleistungsfrist einen Materialfehler am Schlauch eines Staubsaugers geltend und verlangt Ersatzlieferung. Er erhält noch am selben Tag ein Ersatzgerät mit einwandfreiem Schlauch, bei dem sich aber die Saugleistung nicht regulieren lässt, weil in der Elektronik ein dafür notwendiges Teil fehlt. Dies bemerkt der Käufer am nächsten Tag, als er das Gerät ausprobiert. Hätte das ursprüngliche Gerät einen entsprechenden Defekt aufgewiesen, wäre dies dem Käufer selbstverständlich nicht verborgen geblieben. Damit, dass in der Elektronik das betreffende Teil fehlte und diese deshalb insoweit nicht funktionierte, musste der Käufer nicht mehr rechnen.

<sup>28</sup> BGHZ 164, 196 = NJW 2006, 47; ähnlich OLG Karlsruhe NJW 2009, 1150 (1151); LG Koblenz NJW-RR 2007, 272 f.; zum Ganzen *Matusche-Beckmann* (Fn. 14), § 438 Rn. 21 f. mit umfangreichen Nachweisen.

<sup>24</sup> Vgl. zur Fristberechnung *Fervers*, in: Beck'sche Online-Großkommentar zum Zivilrecht, Stand: 1.2.2016, § 188 Rn. 32 f.

<sup>25</sup> Vgl. BGH NJW 2007, 587; *Grothe*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 203 Rn. 6.

Der Rücktritt ist somit nicht wegen Zeitablaufs nach §§ 438 Abs. 4 S. 1, 218 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB unwirksam.

*Hinweis:* a.A. vertretbar.

*d) Zwischenergebnis*

K hat gegen H einen Anspruch auf die Rückzahlung des Kaufpreises für das Modell Senior 8 abzüglich erlangter Gebrauchsvorteile Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrrads gemäß §§ 437 Nr. 2, 346 Abs. 1 BGB.

*2. Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises für das Modell Senior 8 gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3 281 BGB*

Ob man einen Anspruch auf die Rückzahlung des Kaufpreises zusätzlich aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB bejaht, hängt davon ab, ob man die erbrachte Gegenleistung in die Schadensberechnung einbezieht. Auch wenn die Rechtsprechung dem zuneigt, besteht nach der Schuldrechtsreform an sich hierfür keine Notwendigkeit mehr, da gemäß § 325 BGB Rücktritt und Schadensersatz nunmehr nebeneinander geltend gemacht werden können.<sup>29</sup> Überdies ist bei der Schadensberechnung zu berücksichtigen, dass an sich aufgrund des Anspruchs aus §§ 437 Nr. 2, 346 Abs. 1 BGB kein Schaden gegeben ist.

*3. Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises für das Modell Senior 11 gemäß §§ 437 Nr. 2, 346 Abs. 1 BGB*

Ein Anspruch auf die Rückzahlung des Kaufpreises für das Modell Senior 11 nach §§ 437 Nr. 2, 346 Abs. 1 BGB besteht schon deshalb nicht, weil ein etwaiges Rücktrittsrecht wegen Zeitablaufs nach §§ 437 Abs. 4 S. 1, 218 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB nicht mehr wirksam ausgeübt werden kann.

*4. Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises für das Modell Senior 11 gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB*

Einem Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB steht gemäß §§ 214 Abs. 1, 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3, 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB die Einrede der Verjährung entgegen.

**II. Anspruch von K gegen H auf Schadensersatz in Höhe von 1.200 €**

*1. Anspruch von K gegen H auf Schadensersatz in Höhe von 1.200 € gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB*

Einem möglichen Anspruch nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB steht gemäß §§ 214 Abs. 1, 438 Abs. 1 Nr. 3, 438 Abs. 2, 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB die Einrede der Verjährung entgegen.

*2. Anspruch von K gegen H auf Schadensersatz in Höhe von 1.200 € gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 ProdHaftG*

Ein Anspruch des K gegen H auf Schadensersatz nach § 1 Abs. 1 S. 1 ProdHaftG besteht ebenfalls nicht. Denn gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 ProdHaftG kann ein solcher Anspruch bei einer Sachbeschädigung nur bestehen, wenn eine andere Sache als das fehlerhafte Produkt beschädigt wird. Und da der defekte Reifen Teil des Fahrrads war, ist dieses nicht als andere Sache anzusehen. Entgegen einer in der Literatur vereinzelt vertretenen Auffassung<sup>30</sup> ist auch die Problematik der „Weiterfresserschäden“ nicht auf § 1 Abs. 1 ProdHaftG zu übertragen: § 1 Abs. 1 S. 2 ProdHaftG dient der Umsetzung von Art. 9 lit. b der RL 85/374/EWG, der für alle Mitgliedstaaten einheitlich die vertragliche von der außervertraglichen Haftung abgrenzen sollte.<sup>31</sup>

*3. Anspruch von K gegen H auf Schadensersatz in Höhe von 1.200 € gemäß § 823 Abs. 1 BGB*

K könnte aber einen Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 1 BGB gegen H haben.

*a) Rechtsgutsverletzung*

Zunächst müsste eine Rechtsgutsverletzung vorliegen, wobei hier nur eine Eigentumsverletzung in Betracht kommt.

Hinsichtlich des veralteten Reifens liegt zwar keine Eigentumsverletzung vor, da K diesen von vorneherein als fehlerhaft erworben hat und sein Eigentum daran im Folgenden nicht weiter beeinträchtigt wurde.

Der fehlerhafte Reifen hat jedoch durch den Unfall die Zerstörung des Fahrrads verursacht, das ursprünglich im Übrigen fehlerfrei in das Eigentum des K übergegangen war (sog. „Weiterfresserschaden“). Ob der „Weiterfresserschaden“ unter § 823 Abs. 1 BGB fällt, hängt davon ab, ob man in ihm eine Verletzung des deliktsrechtlich relevanten Integritätsinteresses oder des nur vertraglich geschützten Äquivalenzinteresses sieht. Nur wenn man eine Verletzung des deliktsrechtlich relevanten Integritätsinteresses annimmt, wäre eine Eigentumsverletzung gegeben.

Der BGH bejahte unter dem alten Schuldrecht auch für die Fallgruppe der sog. „weiterfressenden Mängel“, bei der ein Mangel zu Folgeschäden an der Kaufsache selbst führt, in ständiger Rechtsprechung einen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB, sofern der geltend gemachte Schaden mit dem anfänglichen Mangelunwert der mangelhaften Kaufsache nicht stoffgleich ist, also nicht das sog. vertragliche Äquivalenzinteresse geltend gemacht wird, sondern das deliktsrechtlich geschützte Integritätsinteresse.<sup>32</sup> Dies ist nach traditioneller Rechtsprechung des BGH der Fall, wenn der ursprüngliche Mangel ein funktional abgrenzbares Einzelteil

<sup>30</sup> Mayer, VersR 1990, 691 (698).

<sup>31</sup> Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 1 ProdHaftG Rn. 8 ff. mit umfangreichen Nachweisen.

<sup>32</sup> GrdIgd. BGHZ 67, 359 = NJW 1977, 379 (Schwimmerschalter); die „Stoffgleichheits“-Formel wird praktiziert seit BGHZ 86, 256 = BGH NJW 1983, 810 (Gaszug).

<sup>29</sup> Ausführlich hierzu Gsell/Fervers, ZJS 2014, 282 (284 Fn. 12).

betrifft, der ursprüngliche Mangel mit relativ geringem Aufwand hätte beseitigt werden können und der ursprüngliche Mangelunwert verglichen mit dem jetzigen Schaden relativ geringfügig war.

Diese Rechtsprechung wurde und wird von vielen mit dem Argument kritisiert, hier würden die Grenzen der vertragsrechtlichen Haftung (insbesondere die gegenüber der Regelverjährung kürzeren und kenntnisunabhängigen Gewährleistungsfristen) unterlaufen<sup>33</sup>, zudem würde derjenige privilegiert, der von vornherein eine unbrauchbare Sache leiste, da dieser im Vergleich zu einem nur geringfügig mangelhaft Leistenden nicht gem. § 823 Abs. 1 BGB hafte.

Diese Kritik vermag jedoch nicht zu überzeugen.<sup>34</sup> Eigentum an der Kaufsache ist deliktsrechtlich Eigentum wie an jeder anderen Sache auch, also kein Eigentum „zweiter Klasse.“ Der deliktsrechtlich ersatzfähige Schaden ist außerdem mit dem vertraglichen Äquivalenzinteresse nicht identisch.

Dass durch die freie Konkurrenz von Vertrags- und Deliktsrecht die vertragsrechtlichen Haftungsgrenzen im Ergebnis mitunter unterlaufen werden können, mag zutreffend sein, ist aber keine Besonderheit der Fallgruppe der „weiterfressenden“ Mängel. Die Gegenmeinung ist deshalb inkonsequent, wenn sie zwar bei Schäden an sonstigen Rechtsgütern des Käufers<sup>35</sup>, nicht aber bei „Weiterfresserschäden“ für eine freie Anspruchskonkurrenz plädieren. Dass der Hersteller sich deliktsrechtlich gegenüber dem Geschädigten nicht auf die eben nur relativ wirkenden Haftungsschranken aus dem Kaufvertrag mit seinem Abnehmer berufen kann, ist außerdem in der Sache richtig und angemessen, da die deliktsrechtliche Haftung nicht an das vertragliche Versprechen anknüpft, sondern an die Produktsicherheit, die der Rechtsverkehr erwarten darf.

Vorliegend war zunächst nur der Reifen und somit ein abgrenzbares Einzelteil des Fahrrads betroffen. Dieser Mangel hätte durch das Aufziehen eines neuen Reifens mit relativ geringem Aufwand beseitigt werden können. Der ursprüngliche Mangelunwert, der auf dem abgenutzten Reifen beruht, war auch im Vergleich zum jetzigen Schaden geringfügig. Somit ist dieser Schaden (= Unfallschaden) auch nicht im Sinne der Rechtsprechungs-Formel mit dem anfänglichen Mangelunwert in Gestalt des mangelhaften Reifens „stoffgleich“.

#### b) Verletzungshandlung und haftungsbegründende Kausalität

Ob die nach § 823 Abs. 1 BGB erforderliche Verkehrspflichtverletzung im Inverkehrbringen der mangelhaften Sache oder nur in der mangelnden Instruktion über den Fehler liegt<sup>36</sup>, kann offen bleiben.

<sup>33</sup> Vgl. Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn 581 ff.; Wagner (Fn. 31), § 823 Rn. 195; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 8. Aufl. 2009, Rn. 954; Grigoleit, ZGS 2002, 75.

<sup>34</sup> Dazu ausf. Gsell, NJW 2004, 1913 und dies., Substanzverletzung und Herstellung, 2003, passim.

<sup>35</sup> Wagner (Fn. 31), § 823 Rn. 195.

<sup>36</sup> So insbesondere Gsell, NJW 2004, 1913 und dies., Substanzverletzung und Herstellung, 2003, passim.

H hat einen veralteten Reifen in den Verkehr gebracht und es unterlassen, K hierüber zu informieren. Beides ist auch kausal für die Zerstörung des Fahrrads.

#### c) Rechtswidrigkeit und Verschulden

Bei sorgfältiger Inspektion und einwandfreiem fachmännischen Umgang hätte H erkennen müssen, dass er einen alten Reifen aufgezogen hatte. Dies insbesondere deshalb, weil das Herstellungsdatum auf dem Reifen ausgezeichnet war, sodass eine Untersuchung für H auch keinen nennenswerten Aufwand erfordert hätte.

#### d) Schaden und haftungsausfüllende Kausalität

K kann daher Schadensersatz nach Maßgabe der §§ 249 ff. BGB verlangen. Gemäß § 249 Abs. 1 BGB kann er deshalb auch nur verlangen, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn H sein Eigentum nicht verletzt hätte. Sofern K also Wiederbeschaffungskosten in Höhe von 1.200 € für das Senior 11 in mangelfreiem Zustand geltend macht, so ist der Schaden deshalb zu hoch angesetzt, weil K niemals Eigentümer eines neuen mangelfreien Senior 11 war. Sein Eigentum erstreckte sich lediglich auf ein neues Senior 11 mit einem veralteten Reifen. Danach besteht für K lediglich ein Schaden in Höhe des objektiven Wertes des Fahrrads mit dem veralteten Reifen (im Sachverhalt nicht angegeben).

K hat gegen H einen Schadensersatzanspruch in entsprechender Höhe gemäß § 823 Abs. 1 BGB.

### III. Ergebnis

Die Klage ist deshalb ganz überwiegend begründet.