

# Übungsfall: Augen auf beim Gebrauchtwagenkauf

Von Wiss. Mitarbeiter **Alexander Metzger**, Leipzig\*

*Die Klausur wurde im Wintersemester 2017/2018 im Rahmen des universitätseigenen Repetitoriums als Übungsklausur gestellt. Sie orientiert sich an typischen Fallgestaltungen der Ersten Juristischen Prüfung. Zum einen wird mit der einseitig gebliebenen Erledigungserklärung ein Standardproblem des Zivilprozessrechts aufgeworfen, dessen Behandlung Examenskandidaten in den Grundzügen bekannt sein sollte. Zum anderen ist von Bearbeitern zu erkennen, dass im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs der Verbraucherkäufer nicht nur von ihm aufzuwendende Transportkosten zur Ermöglichung der Nacherfüllung von einem Unternehmer ersetzt verlangen, sondern auch einen Vorschuss auf diese Aufwendungen fordern kann. Seit 1.1.2018 wird dies durch § 475 Abs. 6 BGB klargestellt.*

## Sachverhalt

Der in Dresden wohnhafte Erzieher K ist auf der Suche nach einem neuen Auto, da sein alter Renault Twingo, mit dem er regelmäßig seinen Weg zu seiner Arbeitsstelle in einer Kindertagesstätte bestreitet und Einkäufe sowie sonstige Erledigungen tätigt, absehbar bei der nächsten Hauptuntersuchung am 8.5.2017 keine Plakette mehr erhalten wird. Aus einer Internetanzeige erfährt K im Februar 2017 von einem gebrauchten Opel Corsa, den die V-GmbH, eine auf den Gebrauchtwagenhandel mit Gewerbekunden spezialisierte Gesellschaft mit Sitz in Leipzig, zum Preis von 6.500 € anbietet.

Am 1.3.2017 fährt K mit dem Zug nach Leipzig. Dort nimmt er mit dem zufällig anwesenden Geschäftsführer G der V-GmbH den angebotenen Wagen in Augenschein und verschafft sich während einer Probefahrt einen Eindruck vom Zustand des Kfz. Dabei spricht K mit G auch über die beabsichtigte private Verwendung des Wagens. Da er Gefallen an dem Opel Corsa gefunden hat, einigt sich K schriftlich mit G über den Kauf des Autos für 6.500 €. Auf dem beim Verkauf von Gebrauchtwagen durch die V-GmbH üblicherweise verwendeten Kaufvertragsformular hatte G – wie in der Vergangenheit oft geschehen – unter der Überschrift „Besondere Vereinbarungen“ auf einer dafür vorgesehenen freien Zeile handschriftlich folgenden Passus ergänzt: „Händlergeschäft, unter Ausschluss der Sachmängelgewährleistung. Erfüllungsort beim Verkäufer.“ Dies ist von K unbeanstandet geblieben. Zufrieden mit dem guten Geschäft tritt K in seinem neuen Auto den Rückweg nach Dresden an.

Anfang April 2017 meldet sich K telefonisch bei einem Mitarbeiter der V-GmbH und teilt mit, dass der Wagen wegen eines Motordefekts nicht mehr anspringe. Er verlangt daher Nachbesserung bis spätestens zum 28.4.2017. Am 6.4.2017 teilt der gerade aus dem Urlaub zurückgekehrte G dem K schriftlich mit, dass sich die V-GmbH wegen der Vereinbarung im Kaufvertrag eigentlich nicht zur Nacherfüllung

verpflichtet sieht. Er bietet K jedoch an, aus Kulanz den Wagen in der eigenen Werkstatt zu reparieren, sofern sich bei einer Untersuchung am Sitz der V-GmbH in Leipzig herausstellen sollte, dass tatsächlich ein Mangel vorliegt. K sieht jedoch nicht ein, weshalb er den fahruntüchtigen Opel Corsa auf eigene Kosten von Dresden nach Leipzig transportieren sollte. Daher verlangt K mit Schreiben vom 11.4.2017 unter gleichzeitiger Verlängerung der Frist zur Nachbesserung bis zum 5.5.2017 von der V-GmbH die Überweisung eines (angemessenen) Transportkostenvorschusses i.H.v. 300 € oder alternativ die Abholung des Wagens auf deren Kosten.

Nachdem die V-GmbH bis zum 5.5.2017 nicht auf das Nachbesserungs- und Transportverlangen des K reagiert hat, lässt dieser seinen Opel Corsa am 8.5.2017 auf eigene Kosten in die freie Werkstatt des W transportieren und dort reparieren, da er das Auto arbeitsbedingt dringend benötigt.

Von der V-GmbH verlangt K im Anschluss insgesamt 1.500 € für den von den Mitarbeitern des W durchgeführten Transport des Opel Corsa in die Werkstatt am Stadtrand von Dresden (165,50 €) sowie den Austausch des defekten Motors (1.334,50 €). G lehnt jedoch namens der V-GmbH jegliche Zahlung ab, da er der Ansicht ist, dass die Nachbesserung nach der Vereinbarung im Kaufvertrag am Sitz der Gesellschaft durchzuführen gewesen wäre. Außerdem könnte durch die Selbstvornahme des K nicht mehr festgestellt werden, ob der Defekt tatsächlich auf einen Mangel zurückzuführen war, der bereits bei Gefahrübergang vorlag. K hingegen meint, er sei berechtigt gewesen, den Transport des Wagens auf eigene Kosten nach Leipzig zu verweigern und nach Ablauf der gesetzten Frist den Defekt beheben zu lassen.

Vertreten durch seinen Rechtsanwalt R erhebt K daher am 5.6.2017 Klage vor dem zuständigen Gericht auf Zahlung von 1.500 €. Diese wird der V-GmbH kurz darauf mit der Maßgabe zugestellt, ihre Verteidigungsabsicht anzuzeigen und die Klage zu erwidern. In dem im Anschluss an das schriftliche Vorverfahren anberaumten Haupttermin am 12.9.2017 erklärt der G namens der V-GmbH, er habe sich unter dem Eindruck der vorgebrachten Argumente des R in der vergangenen Woche entschlossen, die 1.500 € an K zu überweisen. Bei einer Überprüfung seines Kontostandes im Onlinebanking stellt K tatsächlich einen Zahlungseingang i.H.v. 1.500 € von der V-GmbH fest. Daraufhin beauftragt K den R, in der mündlichen Verhandlung zu erklären, dass sich für ihn die Sache erledigt habe, selbst wenn sich die V-GmbH dieser Erklärung nicht anschließen sollte. Aus Angst vor etwaigen Reputationsschäden wegen der Klage des K schließt sich G namens der V-GmbH der von R in der mündlichen Verhandlung abgegebenen Erklärung tatsächlich nicht an, sondern begehrt weiterhin ein klageabweisendes Urteil.

## Frage 1a

Welche Auswirkungen hat die in der mündlichen Verhandlung im Namen des K wirksam abgegebene Erklärung auf die von ihm erhobene Klage?

---

\* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Internationales Privatrecht, Europäisches Privatrecht sowie Bürgerliches Recht von Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Rauscher an der Universität Leipzig.

**Frage 1b**

Welches Gericht wäre für eine Entscheidung in der Sache örtlich und sachlich zuständig?

**Frage 2**

Wie wird das Gericht infolge der Erklärung in der Sache entscheiden?

**Bearbeitungsvermerk**

Es ist zu unterstellen, dass die Reparatur- und Transportkosten angemessen sind. Außerdem ist davon auszugehen, dass der Opel Corsa aufgrund eines Motordefekts tatsächlich nicht mehr fahrbereit war, jedoch kann nicht festgestellt werden, ob der Defekt auf ein (austauschbares) schon bei Übergabe des Pkw fehlerhaftes Motorbauteil oder einen Fahrfehler des K zurückzuführen ist. Bei Vereinbarung eines „Händlergeschäfts“ versichert der Käufer, dass er im Rahmen einer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Auf Art. 3 Abs. 3, 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie<sup>1</sup> wird hingewiesen.

**Lösungsvorschlag zu Frage 1a**

Ursprünglich hat K eine Leistungsklage erhoben mit dem Antrag, die V-GmbH zur Zahlung von 1.500 € zu verurteilen. Das klägerische Begehren hat sich durch Zahlung der V-GmbH nach Klageerhebung, aber vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung faktisch erledigt. Um die Auswirkungen der im Termin namens K abgegebenen Erklärung auf dessen Klage zu bestimmen, ist diese unter Berücksichtigung der Interessenlage auszulegen.

**I. Interessenlage**

K hat kein Interesse mehr an der Fortführung des Rechtsstreits, da die V-GmbH die von ihm mit der Klage geltend gemachten 1.500 € gezahlt hat. Führte K den Rechtsstreit unverändert fort, bestünde jedoch die Gefahr, dass ihm die Kosten wegen § 91 ZPO auferlegt werden, sofern mit der Zahlung der V-GmbH die Klage unbegründet geworden ist. Es kann jedoch von K, der seine Klage für berechtigt gehalten hat, nicht gewollt sein, die bisher angefallenen Kosten des Rechtsstreits tragen zu müssen. Er lässt daher durch seinen Rechtsanwalt erklären, dass sich „die Sache“ für ihn erledigt habe. Da sich die V-GmbH der Erklärung nicht anschließt, handelt es sich um eine einseitig gebliebene Erledigungserklärung. Es ist dabei im Grundsatz unstrittig, dass ein Kläger durch eine Klage, die bis zum erledigenden Ereignis zulässig und begründet war, nicht mit Kosten belastet werden darf.<sup>2</sup> Fraglich ist, wie in diesem Fall die von K begehrte, für

ihn günstige Kostenfolge herbeigeführt werden kann, wenn eine Mitwirkung der V-GmbH wie vorliegend ausscheidet.<sup>3</sup>

**II. Behandlung der einseitigen Erledigungserklärung unter Berücksichtigung der Interessenlage**

Teilweise wird angenommen, die einseitig gebliebene Erledigungserklärung sei ein Rechtsinstitut sui generis, durch welches ein „Zwischenstreit“ über den Eintritt der Hauptsacheerledigung entsteht, der durch Zwischenurteil zu entscheiden ist.<sup>4</sup> Die Kosten dieses Streits sind bei Feststellung der Erledigung nach § 91 ZPO zu verteilen; die Rechtshängigkeit der Hauptsache endet mit der Rechtskraft des Zwischenurteils.<sup>5</sup> Eines solchen Instituts bedarf es jedoch nicht, wenn sich das Problem mit den im Gesetz vorgesehenen Verfahrenshandlungen lösen ließe.

In der Erledigungserklärung des Klägers bei gleichzeitiger Weiterverfolgung einer klageabweisenden Entscheidung durch den Beklagten<sup>6</sup> wollen einige Stimmen einen Klageverzicht gem. § 306 ZPO erkennen.<sup>7</sup> Dem steht jedoch die für den Kläger grundsätzlich nachteilige Kostenfolge gem. §§ 306, 91 ZPO entgegen. Diese kann auch nicht durch eine reziproke Anwendung des § 93 ZPO abgewendet werden, wonach ausnahmsweise dem Beklagten die Prozesskosten auferlegt werden sollen, sofern er durch sein Verhalten die Klage veranlasst und der Kläger sofort die Erledigung erklärt hat,<sup>8</sup> da die zur Feststellung der Kostentragungspflicht erforderliche Prüfung innerhalb der Kostenentscheidung, ob die Klage ursprünglich zulässig und begründet war, dem Erfordernis der „Einfachheit der Kostenentscheidung“ widerspricht.<sup>9</sup>

<sup>3</sup> Andernfalls käme ein verfahrensrechtliches Anerkenntnis der V-GmbH gem. § 307 ZPO mit der Kostenfolge des § 91 ZPO oder eine beiderseitige Erledigungserklärung mit der Kostenfolge des § 91a ZPO in Frage.

<sup>4</sup> *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 131 Rn. 34 ff.; *Jost/Sundermann*, ZJP 105 (1992), 261 (282 ff.).

<sup>5</sup> *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 4), § 131 Rn. 43 f. Die Verteilung der vor dem Erledigungsstreit angefallenen Prozesskosten soll hingegen analog § 91a ZPO erfolgen. Hatte sich die Hauptsache hingegen nicht erledigt, so wird über die ursprüngliche Klage entschieden; wem die Prozesskosten aufzuerlegen sind, bestimmt sich nach § 91 ZPO. *Jost/Sundermann*, ZJP 105 (1992), 261 (285) stellen hingegen bei Erledigung hinsichtlich der Prozesskosten insgesamt auf eine analoge Anwendung von § 91a ZPO ab.

<sup>6</sup> Für die Weiterverfolgung der Klageabweisung muss der Beklagte auch bei einseitiger Erledigungserklärung des Klägers kein besonderes Interesse nachweisen, BGH NJW 1969, 237; BGH NJW 1982, 767 (768).

<sup>7</sup> Zu diesem Ansatz vgl. OLG München MDR 1957, 298; *Foerste*, in: Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, 2013, S. 273 (280 ff.).

<sup>8</sup> So *Foerste* (Fn. 7), S. 273 (280 ff.); vgl. auch OLG Frankfurt BeckRS 2007, 19779; OLG Saarbrücken BeckRS 2009, 29358.

<sup>9</sup> Vgl. *Ulrich*, NJW 1994, 1793 (1795); BGH NJW 1981, 990 (991).

<sup>1</sup> RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter.

<sup>2</sup> *Schulz*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl. 2016, § 91a Rn. 75.

Der Annahme einer privilegierten Klagerücknahme ohne das Erfordernis der Einwilligung und Kostentragungspflicht nach § 269 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 ZPO<sup>10</sup> steht der Wortlaut des § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO entgegen. Eine für den Kläger günstige Kostenfolge kann nur dann eintreten, wenn der Anlass für die Klage vor Rechtshängigkeit weggefallen ist und der Kläger daraufhin die Klage zurückgenommen hat.

Ist das erledigende Ereignis hingegen erst nach Rechtshängigkeit eingetreten, soll die Erledigungserklärung einen konkludenten Antrag auf Änderung des Streitgegenstandes darstellen, dahingehend, dass nunmehr festgestellt werden soll, dass die Klage ursprünglich zulässig und begründet war und durch das erledigende Ereignis unzulässig und/oder unbegründet geworden ist.<sup>11</sup> Der Kläger hat ein Interesse an dieser Feststellung, da im Falle des Obsiegens mit dem geänderten Klageantrag nicht ihm, sondern dem Beklagten gem. § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen sind.

### III. Auslegungsergebnis

Die Erklärung des K ist als Antrag auf Klageänderung auszuwerten. Hierdurch ändert sich der Streitgegenstand und folglich auch die statthafte Klageart. Mit seiner Klage begehrt K nunmehr Feststellung, dass die von ihm erhobene Leistungsklage ursprünglich zulässig und begründet war und durch das erledigende Ereignis nach Rechtshängigkeit unzulässig und/oder unbegründet geworden ist. Die Klageänderung führt zu einer qualitativen Beschränkung des Streitgegenstandes und ist daher gem. § 264 Nr. 2 ZPO zulässig;<sup>12</sup> die Überschrift „Keine Klageänderung“ ist insoweit missverständlich, als die in Nrn. 2 und 3 genannten Gründe per se als Klageänderung zulässig sein sollen, weil hier stets von Sachdienlichkeit auszugehen ist.<sup>13</sup>

#### Lösungsvorschlag zu Frage 1b

Der allgemeine Gerichtsstand von juristischen Personen befindet sich im Zweifel an ihrem Verwaltungssitz, § 17 Abs. 1 ZPO, d.h. dort, wo die Geschäftsführung bzw. Vertretungsorgane schwerpunktmäßig tätig werden.<sup>14</sup> Der Sitz der V-GmbH befindet sich in Leipzig. Folglich sind die dortigen

Gerichte örtlich zuständig. In Betracht kommt aber auch eine Zuständigkeit eines Dresdner Gerichts nach § 29 Abs. 1 ZPO. Grundsätzlich ist der Erfüllungsort für jede einzelne aus einem Vertragsverhältnis entspringende Verbindlichkeit gesondert zu prüfen.<sup>15</sup> Bei einer Klage auf Schadensersatz wegen Verletzung einer vertraglichen Leistungspflicht (hier: Nacherfüllungspflicht, in der sich die Pflicht zur mangelfreien Leistung nach Gefahrübergang fortsetzt) folgt der Erfüllungsort der Sekundärverbindlichkeit jedoch dem der verletzen Primärleistungspflicht.<sup>16</sup> Der Ort, an dem der Schadensersatzanspruch wegen Nichtleistung der Nacherfüllung zu erfüllen ist, ist somit identisch mit dem Ort, an welchem die Nacherfüllung zu erbringen ist. Soweit der Nacherfüllungsort wie im vorliegenden Fall sowohl für die Zulässigkeit als auch die Begründetheit der Klage von Bedeutung ist, es sich mithin also um eine doppelt relevante Tatsache handelt, genügt ein schlüssiger Vortrag des Klägers hierzu. Dieser ist im Rahmen der Zulässigkeit als wahr zu betrachten.<sup>17</sup> Da jedenfalls nicht ausgeschlossen ist, dass die V-GmbH die Nacherfüllung am Wohnsitz des K zu erbringen hat, kann die Klage mit einem entsprechenden Vortrag auch vor einem Gericht in Dresden erhoben werden. Ursprünglich waren für die Leistungsklage des K sachlich die Amtsgerichte gem. § 1 ZPO in Verbindung mit §§ 71 Abs. 1, 23 Nr. 1 GVG zuständig, da der Streitwert der Leistungsklage unter 5.000 € lag. Die Änderung des Streitgegenstandes aufgrund der Erledigungserklärung lässt die einmal begründete sachliche und örtliche Zuständigkeit des Gerichts, vor dem die Klage erhoben wurde, unberührt, § 261 Abs. 3 Nr. 2 ZPO.<sup>18</sup>

#### Lösungsvorschlag zu Frage 2

Behandelt man die einseitige Erledigungserklärung als Klageänderung, muss das Gericht in der Sache darüber entscheiden, ob die Feststellungsklage des K begründet ist. Dies ist der Fall, wenn seine ursprüngliche Klage zulässig und begründet war und durch das erledigende Ereignis unzulässig und/oder unbegründet geworden ist.

<sup>15</sup> BayObLG 1997, 699.

<sup>16</sup> BGH NJW 2011, 2056 (2058); BGH NJW-RR 2013, 309; *Heinrich*, in: Musielak/Voit, Kommentar zur ZPO, 14. Aufl. 2017, § 29 Rn. 16; *Schultzky*, in: Zöllner, Kommentar zur ZPO, 32. Aufl. 2017, § 29 Rn. 23, 25.

<sup>17</sup> Vgl. BGH NJW 1998, 1230; *Toussaint*, in: Beck'scher Online-Kommentar zur ZPO, 28. Ed., Stand: 1.3.2018, § 29 Rn. 27.

<sup>18</sup> Das in § 261 Abs. 3 Nr. 2 ZPO geregelte Fortbestehen der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (*perpetuatio fori*) gilt grds. nur, sofern der Streitgegenstand unverändert bleibt, BGH NJW 2001, 2477 (2478); BGH NJW 2013, 2597 (2599 f. m.w.N.). Soweit es sich jedoch um eine im Rahmen des § 264 Nrn. 2, 3 ZPO privilegiert zulässige Änderung des Streitgegenstandes handelt, bleibt § 261 Abs. 3 Nr. 2 ZPO anwendbar, BGH NJW 2001, 2477 (2478); BGH NJW 2013, 2597 (2600); *Bacher*, in: Beck'scher Online-Kommentar zur ZPO, 28. Ed., Stand: 1.3.2018, § 261 Rn. 21; *Foerste*, in: Musielak/Voit, Kommentar zur ZPO, 14. Aufl. 2017, § 261 Rn. 14.

<sup>10</sup> *Deubner/Blomeyer*, JuS 1962, 205 (213).

<sup>11</sup> BGH NJW 2002, 442; BGH NJW 2008, 2580 m.w.N.; *Schulz* (Fn. 2), § 91a Rn. 78 f.; *Flockenhaus*, in: Musielak/Voit, Kommentar zur ZPO, 14. Aufl. 2017, § 91a Rn. 29; *Bergerfurth*, NJW 1992, 1655 (1658); vgl. auch OLG München NJW-RR 1995, 1086, das jedoch auf § 264 Nr. 3 ZPO abstellt.

<sup>12</sup> BGH NJW 2008, 2580; *Schulz* (Fn. 2), § 91a Rn. 79 m.w.N.; *Flockenhaus* (Fn. 11), § 91a Rn. 29; a.A. *Lüke*, in: Festschrift für Friedrich Weber zum 70. Geburtstag, 1975, S. 323 (332) und *Stuckert*, Die Erledigung in der Rechtsmittelinstantz, 2007, S. 118: § 263 Alt. 2 ZPO.

<sup>13</sup> *Saenger*, in: Saenger, Kommentar zur ZPO, 7. Aufl. 2017, § 264 Rn. 1.

<sup>14</sup> *Bendtsen*, in: Saenger, Kommentar zur ZPO, 7. Aufl. 2017, § 17 Rn. 6.

**I. Zulässigkeit der ursprünglichen Klage**

Es sind keine Umstände ersichtlich, die der Zulässigkeit der von K ursprünglich vor dem laut Sachverhalt zuständigen Gericht erhobenen Leistungsklage entgegenstehen.

**II. Begründetheit der ursprünglichen Klage**

Die Klage wäre begründet gewesen, wenn K vor Eintritt des erledigenden Ereignisses einen Anspruch auf Zahlung der 1.500 € hatte. Dieser Anspruch könnte sich aus §§ 437 Nr. 3, 433 f., 280 Abs. 1 und 3, 281 BGB ergeben.

*1. Kaufvertrag*

K und die V-GmbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer G (§§ 164 ff. BGB, § 13 Abs. 1 GmbHG), haben am 1.3.2017 einen Kaufvertrag über einen Opel Corsa abgeschlossen.

*2. Mangel bei Gefahrübergang*

Der Wagen müsste im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelhaft gewesen sein. Dies ist der Fall, wenn die Ist-Beschaffenheit der Kaufsache negativ von ihrer Soll-Beschaffenheit abweicht. Zur Beschaffenheit zählen dabei sowohl die der Sache unmittelbar anhaftenden Eigenschaften als auch ihre Beziehungen zur Umwelt, die für die Wertschätzung im Verkehr von Bedeutung sind.<sup>19</sup> Um Gewährleistungsrechte geltend machen zu können, muss eine solche Beschaffenheitsabweichung bei Gefahrübergang vorliegen, vgl. §§ 446, 447 BGB.

Wegen des Motordefekts könnte sich das Auto nicht zur gewöhnlichen Verwendung geeignet und die übliche Beschaffenheit aufgewiesen haben (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB). Die Fahruntauglichkeit trat aber unstreitig erst nach Übergabe an K ein. Die Ursache des Motordefekts könnte jedoch schon im Zeitpunkt des Gefahrübergangs im Grunde angelegt gewesen sein und daher ebenfalls die Mangelhaftigkeit der Kaufsache begründen. Problematisch ist, dass nicht sicher festgestellt werden kann, ob der Motordefekt auf ein schon bei Übergabe fehlerhaftes Motorbauteil oder einen Fahrfehler des K zurückzuführen war. Dies könnte jedoch gem. § 476 BGB (§ 477 BGB n.F.) zu vermuten sein. Diese Vermutung erstreckt sich dabei auch darauf, dass der sich später zeigende Mangel bei Gefahrübergang im Grunde bereits angelegt war.<sup>20</sup> Zwischen K und der V-GmbH lag ein Verbrauchsgüterkauf im Sinne des § 474 Abs. 1 S. 1 BGB vor; die Vereinbarung eines „Händlergeschäfts“ ist unwirksam, da sie eine Umgehung der verbraucher-schützenden Normen der §§ 474 ff. BGB darstellt, vgl. § 475 Abs. 1 S. 2 BGB (§ 476 Abs. 1 S. 2 BGB n.F.). Mit dem Motordefekt im April hat sich ein Sachmangel auch innerhalb der Sechsmonatsfrist gezeigt. Es ist daher zu vermuten, dass der Motordefekt auf das fehlerhafte Bauteil zurückzuführen ist und diese Fehlerhaftigkeit bereits bei Gefahrübergang vorlag.

<sup>19</sup> BGH NJW 2013, 1948 (1949).

<sup>20</sup> Im Anschluss an EuGH NJW 2015, 2237 hat der BGH NJW 2017, 1093 festgestellt, dass die Vermutung des § 476 BGB (§ 477 BGB n.F.) nicht nur in zeitlicher, sondern auch in sachlicher Hinsicht wirkt.

*3. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs nach §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB**a) Pflichtverletzung i.S.v. § 281 Abs. 1 S. 1 BGB*

Es kommen sowohl die Verletzung der Pflicht zur sachmangelfreien Leistung gem. § 433 Abs. 1 S. 2 BGB als auch die Verletzung der Pflicht zur Nacherfüllung gem. § 439 Abs. 1 BGB durch Nicht- oder Schlechtleistung in Betracht.<sup>21</sup> Wegen des bei Übergabe mangelhaften Kfz stand dem K ein Anspruch auf Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 433 f., 439 BGB zu. Die Nacherfüllung war, unabhängig davon, ob man bei Gebrauchtwagen eine Nachlieferungsmöglichkeit anerkennt,<sup>22</sup> jedenfalls deshalb nicht unmöglich, weil im Zeitpunkt des Nacherfüllungsbegehrens das fehlerhafte Motorbauteil ohne Weiteres hätte ausgetauscht und der Motordefekt hätte behoben werden können. Der im Kaufvertrag vereinbarte Gewährleistungsausschluss war überdies wegen § 475 Abs. 1 S. 1 BGB (§ 476 Abs. 1 S. 1 BGB n.F.) unwirksam. Durch die Übergabe eines mangelhaften Kfz und die Nichtvornahme der Nacherfüllung hat die V-GmbH folglich eine Pflichtverletzung im Sinne des § 281 Abs. 1 S. 1 BGB begangen.

*b) Erfolglöse Nachfristsetzung*

Die Nachfristsetzung des K bis zum 5.5.2017 ist nur dann wirksam, wenn ihr ein taugliches Nacherfüllungsbegehren zugrunde lag. Fraglich ist hier insbesondere, ob K die V-GmbH zur Vornahme der Nacherfüllung am rechten Ort aufgefordert hat. Er weigerte sich, das Kfz auf eigene Kosten nach Leipzig zu verbringen und verlangte einen Vorschuss auf die Transportkosten oder eine Abholung des Kfz in Dresden. Ob eine solche Forderung berechtigt war, hängt davon ab, wo der Ort liegt, an welchem die Nacherfüllung zu erbringen ist.

*aa) Lage des Nacherfüllungsortes*

Teilweise wird vertreten, der Nacherfüllungsort sei generell identisch mit dem ursprünglichen Erfüllungsort.<sup>23</sup> Insbesondere im Verbraucher-Unternehmer-Verhältnis widerspräche eine solche Annahme aber dem Schutzzweck der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, die davon ausgeht, dass einem Verbraucher die Geltendmachung seines Nacherfüllungsanspruchs bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache ohne erhebliche Unannehmlichkeiten (Art. 3 Abs. 3 S. 3 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie) möglich sein muss. Vor allem dann, wenn ein Transport zum ursprünglichen Erfüllungsort nur unter erschwerten Bedingungen möglich ist, bedeutet ein solcher Rücktransport

<sup>21</sup> BGH NJW 2013, 220 (220 f.); BGH NJW 2015, 2244; *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 77. Aufl. 2018, § 437 Rn. 38; *Looschelders*, Schuldrecht BT, 12. Aufl. 2017, Rn. 124 f.; a.A.: Anknüpfung nur an die Verletzung der Nacherfüllungspflicht, siehe *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl. 2013, § 2 Rn. 274 m.w.N.

<sup>22</sup> Zum Meinungsstand siehe *Faust*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 46. Ed., Stand: 1.5.2018, § 439 Rn. 34 ff.; *Schulze/Ebers*, JuS 2004, 462 (463 f.); *Musiak*, NJW 2008, 2801.

<sup>23</sup> OLG München NJW 2007, 3214 (3214 f.); *Lorenz*, NJW 2009, 1633 (1635); *Reinking*, NJW 2008, 3608 (3609 ff.).

regelmäßig aber derartige Unannehmlichkeiten für den Verbraucherkäufer. Der BGH will den Nacherfüllungsort daher in Ermangelung einer ausdrücklichen Bestimmung zum Nacherfüllungsort nach der allgemeinen Regelung des § 269 BGB bestimmen.<sup>24</sup> Dem wird entgegengehalten, dass damit auch eine gewisse Rechtsunsicherheit für den Käufer einhergeht. Diesem würde im Rahmen der Geltendmachung seines Nacherfüllungsanspruchs die Lokalisierung des Nacherfüllungsorts aufgebürdet, sodass im Falle einer falschen Bestimmung des Nacherfüllungsorts auch die Gefahr der unwirksamen Nachfristsetzung bestünde.<sup>25</sup> Deshalb geht die wohl herrschende Lehre davon aus, dass der Nacherfüllungsort stets am Ort der bestimmungsgemäßen Belegenheit der Kaufsache anzusiedeln sei.<sup>26</sup> In Fällen, in denen das Vorliegen eines Mangels zunächst vom Käufer nur behauptet wurde, hätte dies jedoch zur Folge, dass der Verkäufer mit den Kosten zur Ermöglichung einer Untersuchung der Kaufsache (Anfahrt zum Käufer, ggf. Kosten eines Transports zum Geschäftssitz des Verkäufers) in Vorleistung treten müsste. Stellt sich dann heraus, dass tatsächlich kein Mangel vorlag, besteht die Gefahr, dass er diese Kosten nicht gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB ersetzt verlangen kann, wenn dem Käufer sein insoweit unberechtigtes Nacherfüllungsbegehren in Bezug auf die Erkennbarkeit des Mangels nicht vorzuwerfen ist. Außerdem würde diese Ansicht insbesondere im Massengeschäftsverkehr mit Alltagsgegenständen zu sachwidrigen Ergebnissen führen: Ist die mangelhafte Sache wie regelmäßig beim Käufer belegen, wäre dieser berechtigt, den Verkäufer dazu aufzufordern, zumindest den Rücktransport der Sache, der dann als Teil der Nacherfüllung an sich vom Verkäufer vorzunehmen wäre, zu organisieren. Es entspricht aber insbesondere bei alltäglichen Geschäften unbestritten der Verkehrsanschauung, dass Kunden entsprechende Nacherfüllungsverlangen, soweit möglich, dort geltend machen, wo sie die jeweilige Sache gekauft haben.<sup>27</sup> Im Übrigen ist auch im Rahmen des Verbrauchsgüterkaufs eine solche generelle Lokalisierung des Nacherfüllungsorts zur Gewährleistung eines

effektiven Verbraucherschutzes nicht angezeigt, da auch die durch den Unternehmer gewährleistete Kostenübernahme zur Ermöglichung der Nacherfüllung geeignet ist, möglicherweise für den Verbraucher entstehende Unannehmlichkeiten abzuwenden.<sup>28</sup> Auch die Kostentragungsregel des § 439 Abs. 2 BGB, wonach der Verkäufer insbesondere die im Rahmen der Nacherfüllung erforderlichen Transportkosten zu tragen hat, steht einer Bestimmung des Nacherfüllungsortes nach § 269 BGB nicht entgegen. Allein aus der Tatsache, dass der Verkäufer die Kosten eines Transports zur Ermöglichung der Nacherfüllung zu tragen hat, lassen sich keine Rückschlüsse auf den Erfüllungsort ziehen (vgl. Gedanke des § 269 Abs. 3 BGB). Somit kann allein die Anwendung von § 269 BGB eine interessengerechte Festlegung des Nacherfüllungsorts in Abhängigkeit der konkreten Einzelfallumstände ermöglichen (a.A. vertretbar).

Gem. § 269 Abs. 1 BGB vorrangig zu beachten sind daher Vereinbarungen über den Erfüllungsort der Nacherfüllung. Vor dem Hintergrund, dass – wenn auch unwirksam – im Kaufvertrag die Gewährleistungsrechte durch die V-GmbH ausgeschlossen wurden, ist es zweifelhaft, ob die Erfüllungsortvereinbarung auch die Nacherfüllung betrifft. Zweifel bei der Auslegung dieser AGB<sup>29</sup> gehen aber gem. § 305c Abs. 2 BGB ohnehin zulasten der V-GmbH. Ohne eine Vereinbarung ist damit auf die Umstände, insbesondere die Natur des Schuldverhältnisses abzustellen. Dabei ist auch Art. 3 Abs. 3 S. 3 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zu beachten, wonach die Nacherfüllung für den Verbraucher ohne erhebliche Unannehmlichkeiten möglich sein muss. Dabei müssen nicht sämtliche „Unannehmlichkeiten“ abgewendet werden, sondern nur solche, die ein übliches Maß an aufzuwendender Zeit und Mühe überschreiten.<sup>30</sup> Insbesondere die Tatsache, dass es sich um ein nicht ohne Weiteres zu transportierendes Kfz handelt, spricht eher für eine Erheblichkeit. Andererseits muss beachtet werden, dass K durch die Aufforderung zur Zahlung eines Vorschusses zu erkennen gegeben hat, dass die Organisation eines Transports für ihn nicht unzumutbar ist. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Untersuchung eines Autos regelmäßig nur in einer entsprechend ausgestatteten Werkstatt möglich ist. Aus dem Schuldverhältnis ergibt sich mithin nicht eindeutig, wo der Nacherfüllungsort anzusiedeln ist. Nach der Zweifelsregelung des § 269 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 BGB befindet sich der Nacherfüllungsort folglich am Sitz der V-GmbH in Leipzig.

*Hinweis:* A.A. mit der Begründung vertretbar, dass sich der Nacherfüllungsort eindeutig aus den Umständen ergibt. Nimmt man an, dass der Nacherfüllungsort am Wohnsitz des K liegt, so wäre der Transport zur Werkstatt der

<sup>24</sup> BGH NJW 2011, 2278 (2280 ff.); BGH NJW 2013, 1074 (1076); BGH NJW 2017, 2758 (2759); *Grunewald*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2017, § 439 Rn. 7: Anwendung von § 269 BGB, wobei aber zu beachten sei, dass der „Käufer im Regelfall nicht mit einer aufwendigen Vorbereitung und Durchführung des Transportes belastet werden“ dürfe; vgl. auch *Ball*, NZV 2004, 217 (220 f.); ähnlich *Pils*, JuS 2008, 767 (769).

<sup>25</sup> *Faust* (Fn. 22), § 439 Rn. 32; *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 439 Rn. 7; *Saenger*, in: Schulze u.a., Handkommentar zum BGB, 9. Aufl. 2017, § 439 Rn. 3b; *Cziupka*, NJW 2013, 1043 (1044); *Jaensch*, NJW 2012, 1025 (1030).

<sup>26</sup> So aber OLG München NJW 2006, 449 (450); OLG Celle NJOZ 2010, 612 (613 f.); *Westermann* (Fn. 25), § 439 Rn. 7 f.; *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2013, § 439 Rn. 27; *Jesgarzewski*, VuR 2012, 497 (499); vgl. auch BGH NJW-RR 2008, 724 (725) zum Werkvertragsrecht.

<sup>27</sup> Vgl. BGH NJW 2011, 2278 (2281); OLG München NJW 2007, 3214 (3215); *Reinking*, NJW 2008, 3608 (3610).

<sup>28</sup> EuGH NJW 2011, 2269 (2273); BGH NJW 2017, 2758 (2760).

<sup>29</sup> Es genügt für den Charakter der Klausel als AGB, wenn der Wortlaut einer beabsichtigten Regelung „im Kopf vorgefertigt“ war: BGH NJW 1999, 2180 (2181); BGH NJW 2001, 2635 (2636).

<sup>30</sup> Vgl. *Grabitz/Hilf/Magnus*, Das Recht der EU, 40. Aufl. 2009, Art. 3 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie Rn. 45.

V-GmbH bereits Teil der Nacherfüllung selbst. K könnte in diesem Fall bereits die Vornahme des Transports nach Leipzig berechtigterweise verweigern bzw. die V-GmbH zur Abholung des Kfz in Dresden im Rahmen der Nacherfüllung auffordern. Die Nachfristsetzung wäre damit unabhängig von einem Vorschussanspruch wirksam.

Da der Nacherfüllungsort in Leipzig lag, war die V-GmbH nicht verpflichtet, das Kfz in Dresden abzuholen. Es läge folglich nur dann ein wirksames Nacherfüllungsverlangen vor, sofern der K berechtigterweise den Transport bis zur Zahlung eines Transportkostenvorschusses verweigert hatte.

*bb) Transportkostenvorschussanspruch des K*

Bei einem Verbrauchsgüterkauf könnte sich ein Vorschussanspruch aus § 439 Abs. 2 BGB (seit 1.1.2018 § 475 Abs. 6 BGB in Verbindung mit § 439 Abs. 2 BGB)<sup>31</sup> ergeben. War die Kaufsache bei Gefahrübergang mangelhaft, kann der Käufer die von ihm zum Zwecke der Nacherfüllung bereits getätigten Aufwendungen ersetzt verlangen. K hat jedoch noch gar keinen Transport durchgeführt. Müsste ein Verbraucher jedoch mit den Kosten eines Rücktransports in Vorleistung gehen, könnte ihn dieser Umstand sowie die Unsicherheit bezüglich einer Erstattung der Transportkosten davon abhalten, seine Gewährleistungsrechte geltend zu machen, weshalb es das Unentgeltlichkeitsgebot des Art. 3 Abs. 3 und 4 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gebietet, dem Verbraucher einen Vorschussanspruch bezüglich der zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen zu gewähren.<sup>32</sup> Zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlich und damit ersatzfähig gem. § 439 Abs. 2 BGB sind jedoch nur solche Aufwendungen, die im Rahmen von Tätigkeiten anfallen, die nicht gleichzeitig Teil der Nacherfüllung selbst sind.<sup>33</sup> Andernfalls könnte der Käufer die Kosten (eines Teils) der Nacherfüllung verschuldensunabhängig und ohne Fristsetzung nach § 439 Abs. 2 BGB ersetzt verlangen. Soweit sich der Nacherfüllungsort am Sitz der V-GmbH befindet, dient ein Transport des Kfz nach Leipzig nur der Ermöglichung der Nacherfüllung, ohne aber bereits Teil dieser zu sein. Die Transportkosten wären nach § 439 Abs. 2 BGB ersatzfähig. Folglich kann K hierfür auch einen Vorschuss verlangen.

<sup>31</sup> Zur Rechtsnatur des § 439 Abs. 2 BGB als Anspruchsgrundlage: BGH NJW 2014, 2351 (2351 f. m.w.N.); BGH NJW 2017, 2758 (2761); *Pammler*, in: juris-Praxiskommentar zum BGB, 8. Aufl. 2017, § 439 Rn. 51; *Weidenkaff* (Fn. 21), § 439 Rn. 9; *Matusche-Beckmann* (Fn. 21), § 439 Rn. 88; *Purnhagen*, EuZW 2011, 626 (629).

<sup>32</sup> BGH NJW 2011, 2278 (2281); BGH NJW 2017, 2758 (2761).

<sup>33</sup> BGH NJW 2011, 2278 (2281); *Höpfner*, in: beck-online Großkommentar zum BGB, Stand: 1.5.2018, § 439 Rn. 48; *Grunewald* (Fn. 24), § 439 Rn. 8; i.E. ebenso *Oetker/Maultzsch* (Fn. 21), § 2 Rn. 224; a.A. *Faust* (Fn. 22), § 439 Rn. 32; *Lorenz*, NJW 2014, 2319 (2321).

*cc) Zwischenergebnis Nachfristsetzung*

K hat der V-GmbH unter Forderung eines angemessenen Transportkostenvorschusses wirksam eine Nachfrist zur Nacherfüllung gesetzt. Diese ist am 5.5.2017 abgelaufen, ohne dass die V-GmbH die Nacherfüllung durchgeführt hat.

*c) Anspruchshindernd: Nichtvertretenmüssen, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB*

*aa) Pflicht zur sachmangelfreien Leistung, § 433 Abs. 1 S. 2 BGB*

Die Schadensersatzpflicht tritt dann nicht ein, wenn die V-GmbH nachweist, dass sie die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hatte. Die Verletzung der Pflicht gem. § 433 Abs. 1 S. 2 BGB hat der Schuldner nur dann zu vertreten, wenn der behebbare Mangel vor Gefahrübergang durch ihn verursacht bzw. dieser Mangel nicht bis zur Übergabe beseitigt wurde, obwohl er ihn kannte oder kennen musste.<sup>34</sup> Dabei gebietet auch die im Verkehr erforderliche Sorgfalt grundsätzlich keine Untersuchung der Kaufsache auf Mängel, außer es sprechen besondere Anhaltspunkte hierfür.<sup>35</sup> Weder für den Geschäftsführer der V-GmbH noch für sonstige Mitarbeiter waren Umstände ersichtlich, die einen motorspezifischen Mangel hätten vermuten lassen. Insbesondere war das Kfz bei Übergabe auch noch fahrtüchtig. Die Leistung einer mangelhaften Sache hat die V-GmbH nicht zu vertreten.

*bb) Pflicht zur Nacherfüllung, §§ 437 Nr. 1, 439 BGB*

Grundsätzlich erklärte G namens der V-GmbH die Bereitschaft zur Untersuchung des Kfz und zur Nachbesserung „aus Kulanz“. Jedoch wurde dem K die Zahlung eines entsprechenden Transportkostenvorschusses verweigert. Infolgedessen unterblieb die Nacherfüllung. Fraglich ist, ob die V-GmbH deshalb die Nichtvornahme der Nacherfüllung zu vertreten hat. Bei der Lieferung mangelhafter Sachen treffen den Verkäufer in der Regel hohe Sorgfaltsanforderungen, sodass dieser regelmäßig auch die unberechtigte Verweigerung der Nacherfüllung zu vertreten hat.<sup>36</sup> Zwar war das Vorliegen eines zur Nacherfüllung berechtigenden, bei Übergabe im Grunde bereits angelegten Mangels nicht offensichtlich, jedoch auch nicht ausgeschlossen. Jedenfalls innerhalb der ersten sechs Monate nach Gefahrübergang trägt der Unternehmer daher auch das Risiko, mit den Kosten für die Ermöglichung der Nacherfüllung durch Transport zum Nacherfüllungsort in Vorleistung treten zu müssen.<sup>37</sup> Bei Unklarheit hinsichtlich des Bestehens einer entsprechenden Vorschusspflicht hätte es die im Verkehr erforderliche Sorgfalt jedenfalls bedingt, sich diesbezüglich zu informieren. Mithin kann die V-GmbH das vermutete Vertretenmüssen der Nichtvornahme der Nacherfüllung nicht widerlegen.

<sup>34</sup> Vgl. *Faust* (Fn. 22), § 437 Rn. 76.

<sup>35</sup> BGH NJW 2009, 2674 (2676).

<sup>36</sup> *Canaris*, in: Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, 2005, S. 179 (233 f.); *Looschelders* (Fn. 21), Rn. 125.

<sup>37</sup> *Metzing*, VuR 2018, 297 (301).

*d) Schaden*

K erlitt eine unfreiwillige Vermögenseinbuße i.H.v. 1.500 €, indem er das Kfz in eine Werkstatt transportieren und dort reparieren lassen musste. Hierzu bestand aufgrund der Verweigerung des Transportkostenvorschusses durch die V-GmbH nach Ablauf der Nachfrist zur Vornahme der Nacherfüllung für K ein rechtfertigender Anlass.

*e) Zwischenergebnis*

K hatte gegenüber der V-GmbH einen Anspruch auf Schadensersatz im Umfang von 1.500 € aus §§ 437 Nr. 3, 433 f., 280 Abs. 1, 3, 281 BGB.

*Hinweis:* Es erscheint auch vertretbar, einen Schadensersatzanspruch nach § 283 BGB anzunehmen, soweit man im Zeitpunkt der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs auf die Unmöglichkeit der Nacherfüllung abstellt. Im Rahmen des Vertretenmüssens wäre zu beachten, dass die V-GmbH sich nicht exkulpieren kann, weil sie unrechtmäßig den Transportkostenvorschuss verweigert hat. Die Erwägungen zum Nacherfüllungsort und zum Transportkostenvorschussanspruch wären mithin bei der Frage des Nichtvertretenmüssens zu thematisieren.

*4. Ergebnis zur ursprünglichen Begründetheit der Klage*

Aufgrund des Schadensersatzanspruchs des K war seine Klage im Zeitpunkt ihrer Erhebung begründet.

**III. Eintritt eines erledigenden Ereignisses nach Rechtshängigkeit**

Mit der Zahlung der 1.500 € hat die V-GmbH den Schadensersatzanspruch des K erfüllt. Die Zahlung erfolgte erst in der Woche vom 4.–8.9.2017 und damit offensichtlich nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit. Infolge des Erlöschens des Schadensersatzanspruchs ist die ursprünglich zulässige und begründete Klage des K nach Rechtshängigkeit unbegründet geworden.

**IV. Ergebnis**

Die Feststellungsklage des K ist begründet. Die Kosten des Verfahrens sind wie von K beabsichtigt gem. § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO der unterlegenen V-GmbH aufzuerlegen.