

# Übungsfall: Die Spritschleuder

Von Wiss. Mitarbeiter Ole Sachtleber, Kiel\*

*Der nachfolgende Fall behandelt schwerpunktmäßig zwei kontrovers diskutierte Probleme des modernisierten Kaufrechts, die Gegenstand von Entscheidungen des EuGH bzw. des BGH waren. Die Bearbeiter haben sich dabei sowohl mit den europarechtlichen Hintergründen des Deutschen Kaufrechts als auch mit Fragen der Methodenlehre auseinanderzusetzen. Daneben werden Probleme des Allgemeinen Teils berührt.*

## A. Sachverhalt

S möchte sich nach der bestandenen Ersten Juristischen Staatsprüfung ein neues Auto gönnen. Als Akademiker ist er sich dabei seiner Verantwortung gegenüber nachfolgenden Generationen bewusst, so dass für ihn nur ein sparsames Auto in Frage kommt.

Eines Tages sieht er in der Werbepause seiner Lieblings-Sendung („Richter Alexander Hold“) einen aufwändig produzierten Spot der Öko-Fahrzeuge AG, in der ein neues umweltschonendes Fahrzeug – der ÖkoStar 2000 – angepriesen wird, welches nur 2 l/100 km Kraftstoff verbraucht. Bereits im Vorfeld informierte die Öko-Fahrzeuge AG voller Stolz ihr Händlernetz über diesen Werbe-Feldzug.

Kurz entschlossen sucht S den Kieler Vertragshändler der Öko-Fahrzeuge AG auf, das Autohaus A & B-OHG. Deren Gesellschafter A hatte vor kurzem – ohne Wissen seines Mitgesellschafters B – den langjährigen und verdienten Angestellten P zum Prokuristen ernannt. Zur Eintragung ins Handelsregister wurde dies nicht angemeldet. Dem P wurde in einer internen Unterredung aufgegeben, Preisnachlässe allenfalls bis zu einer Höhe von 1000 € zu gewähren – keinesfalls darüber hinaus.

S interessiert sich sehr für einen im Showroom ausgestellten ÖkoStar 2000. Dieser Neuwagen soll 15.000 € kosten – dies entspricht dem Wert eines solchen Fahrzeugs.

S macht deutlich, dass er diesen ausgestellten Wagen haben möchte, um möglichst rasch über ein Fahrzeug zu verfügen. Zwar käme für ihn kein anderer Hersteller in Betracht und würde er notfalls auch die Lieferzeit für einen Neuwagen in Kauf nehmen, doch sei er froh, wenn er den Wagen gleich mitnehmen könne.

Weil S dennoch wegen des für ihn zu hohen Preises zögert, macht P ihm das Angebot, eben dieses Fahrzeug für 12.500 € zu verkaufen. P freut sich insgeheim über die Gelegenheit, seinem Arbeitgeber „eines auswischen zu können“ – seiner Meinung nach wurde ihm viel zu spät die notwendige Anerkennung für seine langjährige und aufopferungsvolle Arbeit zuteil. Der Kraftstoffverbrauch des Wagens kommt in den Verhandlungen zwischen S und P nicht zur Sprache.

Erfreut nimmt S das Angebot an und fährt euphorisch nach Hause. Bereits am nächsten Tag fährt er mit dem Auto nach Barcelona, um seine geliebte Freundin zu besuchen, die dort gerade ein ERASMUS-Jahr verbringt. Dabei bemerkt er, dass der Verbrauch des Wagens 8 l/100 km beträgt. Wieder in Kiel angekommen, stellt sich heraus, dass der Wagen einen singulären, aber unbehebbaren Fabrikationsfehler aufweist, der einen erhöhten Kraftstoff-Verbrauch zur Folge hat.

Empört wendet sich S an die A & B-OHG und verlangt die Lieferung eines neuen ÖkoStar, der tatsächlich nur 2 l/100 km verbraucht.

Diese verweigert jedoch jegliche Ansprüche des S, weil sie sich nicht an den Vertrag gebunden fühlt. Einerseits habe sich P nicht an die Anweisungen gehalten, andererseits gingen alle Beteiligten auf der Seite der A & B-OHG selbst davon aus, dass der Wagen nur 2 l/100 km verbrauche.

Überdies könne man gar keinen anderen ÖkoStar 2000 liefern, da man einerseits nur den konkret ausgestellten Wagen verkauft und andererseits seinen Händlervertrag zwischenzeitlich gelöst habe und nur noch ausländische Fabrikate verkaufe. Um einen baugleichen Wagen zeitnah anderweitig zu beschaffen, müsse man 17.000 € aufwenden.

Jedenfalls aber fordert die A & B-OHG – der Höhe nach gerechtfertigt – 2000 € von S, weil er mit dem Auto schließlich nach Spanien und wieder zurück gefahren sei.

S ist zwar zur Rückgabe des gekauften Wagens bereit, weitere Zahlungen möchte er jedoch nicht leisten. Da er sein Examen größtenteils mit Hilfe seines Kurzzeitgedächtnisses bestritten hat, wendet er sich an Sie, da Sie „mitten im Stoff“ stehen.

Kann S die Lieferung eines neuen ÖkoStar 2000 ohne weitere Zahlungen verlangen?

## Auszug aus der Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts (BT-Drs. 14/6040, S. 232 f.):

„Ebenso wie bisher § 480 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 467 Satz 1 steht dem Verkäufer ein Rückgewähranspruch nach den Vorschriften über den Rücktritt zu. Deshalb muss der Käufer, dem der Verkäufer eine neue Sache zu liefern und der die zunächst gelieferte fehlerhafte Sache zurückzugeben hat, gemäß §§ 439 Abs. 4, 346 Abs. 1 RE auch die Nutzungen, also gemäß § 100 auch die Gebrauchsvorteile, herausgeben. Das rechtfertigt sich daraus, dass der Käufer mit der Nachlieferung eine neue Sache erhält und nicht einzusehen ist, dass er die zurückzugebende Sache in dem Zeitraum davor unentgeltlich nutzen können soll und so noch Vorteile aus der Mängelhaftigkeit ziehen können soll. Von

\* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Institut für Europäisches und Internationales Privat- und Verfahrensrecht der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel (Lehrstuhl Frau Prof. Dr. Dorothee Einsele). Der Autor dankt Frau Prof. Dr. Dorothee Einsele für wertvolle Hinweise bei der Erstellung der Klausur. Die Klausur wurde in leicht abgewandelter Form im Examensübungsklausurenkurs der Universität Kiel im WS 2006/2007 ausgegeben. 32% der Bearbeiter erfüllten die Anforderungen nicht, 12% konnten ein Prädikat erzielen. Die Ausführungen gehen an einigen Stellen aus didaktischen Gründen über das hinaus, was von einer Klausurlösung erwartet werden kann.

Bedeutung ist die Nutzungsherausgabe ohnehin nur in den Fällen, in denen der Käufer die Sache trotz der Mangelhaftigkeit noch nutzen kann. Mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist eine derartige Verpflichtung des Verbrauchers (Käufers) vereinbar.“

**Auszug aus der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie):**

„Art. 3

(2) Bei Vertragswidrigkeit hat der Verbraucher entweder Anspruch auf die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung nach Maßgabe des Absatzes 3 oder auf angemessene Minderung des Kaufpreises oder auf Vertragsauflösung in bezug auf das betreffende Verbrauchsgut nach Maßgabe der Absätze 5 und 6.

(3) <sup>1</sup>Zunächst kann der Verbraucher vom Verkäufer die unentgeltliche Nachbesserung des Verbrauchsgutes oder eine unentgeltliche Ersatzlieferung verlangen, sofern dies nicht unmöglich oder unverhältnismäßig ist. [...] <sup>3</sup>Die Nachbesserung oder die Ersatzlieferung muß innerhalb einer angemessenen Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen, wobei die Art des Verbrauchsgutes sowie der Zweck, für den der Verbraucher das Verbrauchsgut benötigte, zu berücksichtigen sind.

(4) Der Begriff ‚unentgeltlich‘ in den Absätzen 2 und 3 umfasst die für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes notwendigen Kosten, insbesondere Versand-, Arbeits- und Materialkosten.“

**Erwägungsgrund 1 der o.g. Richtlinie lautet:**

„Nach Artikel 153 Absätze 1 und 3 des Vertrags leistet die Gemeinschaft durch die Maßnahmen, die sie nach Artikel 95 des Vertrags erläßt, einen Beitrag zur Erreichung eines hohen Verbraucherschutzniveaus.“

**Erwägungsgrund 15 der o.g. Richtlinie lautet:**

<sup>1</sup>Die Mitgliedstaaten können vorsehen, daß eine dem Verbraucher zu leistende Erstattung gemindert werden kann, um der Benutzung der Ware Rechnung zu tragen, die durch den Verbraucher seit ihrer Lieferung erfolgt ist. <sup>2</sup>Die Regelungen über die Modalitäten der Durchführung der Vertragsauflösung können im innerstaatlichen Recht festgelegt werden.“

**Lösungsvorschlag**

**Anspruch des S auf Lieferung eines mangelfreien Öko-Star 2000 aus §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1, 2. Alt, 434, 433 BGB**

Ein Anspruch des S gegen die A & B-OHG auf Lieferung eines mangelfreien ÖkoStar 2000 könnte sich aus §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1, 2. Alt, 434, 433 BGB ergeben.

**I. Rechtsfähigkeit der A & B-OHG**

Die Fähigkeit der A & B-OHG, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, ergibt sich aus §§ 124 Abs. 1, 105 Abs. 1 HGB.

**II. Kaufvertrag zwischen S und der A & B-OHG**

Zunächst müsste zwischen S und der A & B-OHG ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen sein, vgl. §§ 145 ff. BGB.

*1. Willenserklärung des S*

Eine auf den Abschluss des Kaufvertrages gerichtete Willenserklärung des S liegt vor.

*2. Vertretung der A & B-OHG durch P*

Fraglich ist, ob die Willenserklärung des P der OHG nach § 164 Abs. 1 S. 1 BGB zuzurechnen ist.

P hat eine eigene Willenserklärung im Namen der A & B-OHG abgegeben („unternehmensbezogenes Geschäft“, vgl. § 164 Abs. 1 S. 2 BGB). Daneben müsste er im Rahmen seiner Vertretungsmacht gehandelt haben.

*a) Prokura, §§ 48 ff. HGB*

Die Vertretungsmacht könnte sich aus einer Prokura ergeben, § 167 BGB i.V.m. §§ 48 ff. HGB.

Die Erteilung der Prokura durch A ohne Wissen des B ist möglich, wie sich aus §§ 48 Abs. 1, 105 Abs. 1, 6 Abs. 1, 125 Abs. 1, 126 Abs. 1 HGB ergibt. § 116 Abs. 3 S. 1 HGB betrifft aufgrund seiner systematischen Stellung nur das Innenvorhältnis der Gesellschafter untereinander.<sup>1</sup> Der Wirksamkeit der Bestellung steht auch die fehlende Eintragung ins Handelsregister nicht entgegen; § 53 Abs. 1 S. 1 HGB kommt lediglich deklaratorische Bedeutung zu.<sup>2</sup>

*b) Grenzen der Zurechnung*

Fraglich ist, ob der durch den P gewährte Preisnachlass i.H.v. 2.500 € die Zurechnung der Willenserklärung des P nach § 164 Abs. 1 S. 1 BGB entfallen lässt. Immerhin hat A dem P aufgegeben, allenfalls Preisnachlässe bis zu 1.000 € zu gewähren. Damit ginge eine Beschränkung der Innenvollmacht (vgl. § 167 Abs. 1, 1. Alt BGB) einher, die es dem P verbieten würde, ein solches Geschäft wie dasjenige mit S im Namen der A & B-OHG abzuschließen.

Die Prokura jedoch ist eine Vollmacht (und keine gesetzliche Vertretungsmacht!), deren Inhalt durch § 49 HGB gesetzlich festgelegt ist. Eine limitierende Verabredung zwis-

<sup>1</sup> Mayen, in: Ebenroth/Boujoung/Joost/Strohn, HGB, Kommentar, 2008, § 116 Rn. 22.

<sup>2</sup> Vgl. nur Weber, in: Ebenroth/Boujoung/Joost/Strohn, HGB, Kommentar, 2008, § 53 Rn. 9. Dies lässt sich etwa aus einem Vergleich mit § 873 BGB herleiten. Während dort „zur Übertragung“ des Eigentums u.a. eine Eintragung in das Grundbuch nötig ist, ordnet § 53 HGB lediglich an, dass „die Erteilung“ der Prokura zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden ist.

schen der A & B-OHG und P ist dem S gegenüber grundsätzlich unwirksam, § 50 Abs. 1 HGB.

Zu einem anderen Ergebnis käme man nur, wenn man in diesem Fall die Grundsätze über den „Missbrauch der Vertretungsmacht“ anwenden würde. Da aber grundsätzlich der Vertretene das Risiko eines abredewidrigen Verhaltens seines Prokurrenzen zu tragen hat (arg. § 50 HGB), ist das Entfallen der Vertretungsmacht nur in zwei Fallgruppen anerkannt, wenngleich dies in den Voraussetzungen und Rechtsfolgen im Einzelnen umstritten ist.

Unstreitig ist jedenfalls, dass der Vertretene an das Vertretergeschäft nicht gebunden ist, wenn der Vertreter und der Geschäftspartner bewusst zum Zwecke der Schädigung des Vertretenen zusammenwirken (sog. *Kollusion*).<sup>3</sup>

Zwar wollte P seinem Arbeitgeber „eines auswischen“ und damit auch die A & B-OHG durch den erhöhten Preissnachlass schädigen, doch fehlt es an einem Zusammenwirken von S und P. S war sich des schädigenden Verhaltens des P nicht bewusst. Ein Fall der Kollusion liegt somit nicht vor.

Daneben ist die Fallgruppe der sog. „*Evidenzfälle*“ anerkannt. Die Rechtsprechung<sup>4</sup> fordert dabei – jedenfalls für die Fälle der gesetzlich unbeschränkten Vertretungsmacht – auf Seiten des Vertreters ein bewusstes Überschreiten der Bindungen im Innenverhältnis, während in der Literatur<sup>5</sup> vielfach davon ausgegangen wird, dass ein objektiv unrechtmäßiges Handeln genügt. P handelte bewusst gegen die Vereinbarung mit der A & B-OHG.

Auf Seiten des Geschäftsgegners fordert die Rechtsprechung, dass der Vertreter von seiner Vertretungsmacht in ersichtlich verdächtiger Weise Gebrauch macht, so dass beim Geschäftsgegner begründete Zweifel entstehen müssen.<sup>6</sup> In der Literatur finden sich Stimmen, die die Vertretungsmacht dann entfallen lassen, wenn der Missbrauch für den Geschäftsgegner „evident“, also offensichtlich, ist.<sup>7</sup>

Der Nachlass von 2.500 € ist im Verhältnis zum regulären Kaufpreis kein Rabatt, der bei S hätte Zweifel wecken müssen, ob P noch pflichtgemäß handelt. P hat den Rabatt auch erst gewährt, nachdem S gezögert hat, den Vertrag zu schließen. Von der internen Abrede zwischen P und der A & B-OHG und der (stillen!) Freude des P über diese Gelegenheit musste S nichts wissen. Es handelt sich um ein Geschäft, welches keinerlei Anlass bot, an der Seriosität des P zu zweifeln.

<sup>3</sup> Heinrichs, in: Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, § 164 Rn. 14; Schramm, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 164 Rn. 107. I.d.R. ist das Vertretergeschäft nach § 138 BGB nichtig; jedenfalls kann der Vertretene gegen Ansprüche aus diesem Geschäft die Arglisteinrede geltend machen, §§ 853, 826 BGB.

<sup>4</sup> Etwa BGHZ 50, 112 (114); BGH NJW 1990, 384 (385).

<sup>5</sup> Etwa Schramm (Fn. 3), § 164 Rn. 113.

<sup>6</sup> BGH NJW 1966, 1911; in der Literatur wird dies dahin gedeutet, dass grobfahrlässige Unkenntnis des Geschäftsgegners von der Überschreitung der internen Abreden erforderlich sei, Schramm (Fn. 3), § 164 Rn. 115.

<sup>7</sup> Etwa Medicus, Bürgerliches Recht, 21. Aufl. 2007, Rn. 116.

Somit liegt nach allen Ansichten kein Fall des „Missbrauchs der Vertretungsmacht“ vor. P handelte im Rahmen seiner Vertretungsmacht.

### c) Zwischenergebnis

Ein wirksamer Kaufvertrag zwischen S und der A & B-OHG ist (zunächst) zustande gekommen.

### 3. Anfechtung durch die A & B-OHG, § 142 Abs. 1 BGB

Möglicherweise hat sich die A & B-OHG durch eine Anfechtung von dem Vertrag gelöst, § 142 Abs. 1 BGB.

In der Erklärung, man fühle sich nicht an den Vertrag gebunden, weil man selbst von der Ordnungsmäßigkeit des verkauften Wagens ausgegangen sei, ist eine Anfechtungserklärung i.S.d. § 143 Abs. 1 und 2 BGB zu erblicken. Das Wort „anfechten“ muss dabei nicht gebraucht werden.<sup>8</sup>

Da P (vgl. § 166 Abs. 1 BGB) davon ausgegangen ist, dass das verkauftes Auto nur 2 l/100 km verbraucht, hat er sich über eine verkehrswesentliche Eigenschaft dieses Wagens geirrt, vgl. § 119 Abs. 2 BGB.

Es stellt sich aber die Frage, ob das Anfechtungsrecht der A & B-OHG ausgeschlossen ist, weil der Anwendungsbereich der §§ 437 ff. BGB eröffnet ist.

#### a) Mangelhaftigkeit der Sache

Eine Sache ist mangelhaft, wenn Sie im Zeitpunkt des Gefahrübergangs nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweist, § 434 Abs. 1 S. 1 BGB. Eine Beschaffenheitsvereinbarung zwischen S und der A & B-OHG hinsichtlich des Kraftstoffverbrauchs liegt nicht vor. Ebenso liegt keine Verwendungsvereinbarung i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB vor.

Trotz des erhöhten Verbrauchs eignet sich der verkauftes ÖkoStar 2000 zur gewöhnlichen Verwendung, nämlich zum Fahren, vgl. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 1. Alt BGB.

Hier könnte der verkauftes Wagen jedoch eine Beschaffenheit aufweisen, welche im Vergleich zu Sachen gleicher Art unüblich ist und nicht vom Käufer erwartet werden muss, vgl. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 2. Alt BGB. Somit muss bestimmt werden, welcher Vergleichsmaßstab heranzuziehen ist.

#### aa) Sachen der gleichen Art

Hierunter fallen Stücke der gleichen Gattung, also etwa solche des gleichen Herstellers und Typs.<sup>9</sup> Somit ist auf die anderen Wagen des Fabrikats ÖkoStar 2000 abzustellen, die – jedenfalls im Regelfall – nur 2 l/100 km verbrauchen.

#### bb) Üblichkeit

Entscheidend für die Üblichkeit ist der Erwartungshorizont eines vernünftigen Durchschnittskäufers.<sup>10</sup> Aufgrund der Werbe-Spots seitens der Öko-Fahrzeuge AG darf der durchschnittliche Auto-Käufer davon ausgehen, dass ein solches Fahrzeug nur 2 l/100 km verbraucht. Man könnte zwar daran

<sup>8</sup> Vgl. nur Heinrichs (Fn. 3), § 143 Rn. 3.

<sup>9</sup> Faust, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 8, Stand: 1.1.2008, § 434 Rn. 58.

<sup>10</sup> Faust (Fn. 9), § 434 Rn. 57.

zweifeln, ob der Verkäufer sich über das Kriterium der „Üblichkeit“ auch (werbende) Äußerungen Dritter zurechnen lassen muss, doch zeigt § 434 Abs. 1 S. 3 BGB, dass auch dies der Fall sein kann. Dessen Voraussetzungen sind erfüllt.

#### *cc) Erwartung des Käufers*

Unter dem Eindruck der Werbung konnte S erwarten, dass der gekaufte Wagen nur 2 l/100 km verbraucht. Neben der Üblichkeit der Beschaffenheit kommt diesem Kriterium i.d.R. keine eigenständige Bedeutung zu.<sup>11</sup>

#### *dd) Tatsächliche Beschaffenheit*

Der Wagen verbraucht 8 l/100 km und erfüllt damit nicht die Voraussetzungen nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 2. Alt BGB. Die „Erheblichkeit“ des Kraftstoffmehrverbrauchs ist für die Frage der Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs irrelevant.<sup>12</sup> Somit ist der gekaufte Wagen mangelhaft.

#### *b) Konkurrenz zwischen § 119 Abs. 2 BGB und §§ 437 ff. BGB*

Nun stellt sich die Frage, ob sich die A & B-OHG mit einer Anfechtung vom Vertrag lösen kann. Anders als der Käufer<sup>13</sup> kann der Verkäufer zwar grundsätzlich auch nach Gefahrtübergang (vgl. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB) nach § 119 Abs. 2 BGB anfechten – eine generelle Vorrangigkeit der §§ 437 ff. BGB besteht insoweit nicht. Doch soll auch er sich nicht – wenn auch mit der Folge einer Pflicht aus § 122 BGB – von seiner Gewährleistungspflicht befreien und somit dem Käufer den Boden für einen Anspruch nach §§ 437 ff. BGB entziehen können. Daher ist eine Anfechtung dann rechtsmissbräuchlich (§ 242 BGB), wenn eine solche zur Folge hätte, dass er sich dem Gewährleistungsrecht entzieht.<sup>14</sup>

So liegt es hier. S hat seine Mängelrechte bereits geltend gemacht. Mit einer Anfechtung würde sich die A & B-OHG aus dem System der §§ 437 ff. BGB befreien. Damit ist eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB ausgeschlossen.

#### *4. Zwischenergebnis*

Zwischen S und der A & B-OHG ist ein Kaufvertrag über den ÖkoStar 2000 zustande gekommen.

---

<sup>11</sup> Vgl. *Faust* (Fn. 9), § 434 Rn. 72.

<sup>12</sup> Die Frage der „Erheblichkeit“ stellt sich dann, wenn der Käufer vom Vertrag zurücktreten möchte, § 323 Abs. 5 S. 2 BGB. Nach Ansicht des BGH ist ein Rücktritt dann ausgeschlossen, wenn der tatsächliche Kraftstoffverbrauch die Herstellerangaben um weniger als 10% überschreitet, BGH NJW 2007, 2111.

<sup>13</sup> Dazu etwa *Kramer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 119 Rn. 33.

<sup>14</sup> BGH NJW 1988, 2597 (2598) („Duveneck/Leibl“); *Matusche/Beckmann*, in: *Staudinger*, Kommentar zum BGB, 2004, § 437 Rn. 31; *Faust* (Fn. 9), § 437 Rn. 201; *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 437 Rn. 55.

### **III. Mangelhaftigkeit der Kaufsache**

Dass der verkaufte ÖkoStar 2000 mangelhaft war (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 2. Alt BGB), wurde bereits oben dargelegt.

### **IV. Möglichkeit der Nacherfüllung in Form der Nachlieferung**

Eine Nacherfüllung in Form der Nachbesserung (§ 439 Abs. 1, 1. Alt BGB) kommt nicht in Betracht. Der Fabrikationsfehler ist unbehebbar, § 275 Abs. 1 BGB.

Daher kommt von vornherein allenfalls die von S begehrte Nachlieferung (§ 439 Abs. 1, 2. Alt BGB) in Betracht.

Problematisch könnte aber sein, dass es sich beim vorliegenden Fall um einen Stückkauf handelt; S und P haben den Kaufgegenstand nicht anhand allgemeiner Kriterien (vgl. § 243 Abs. 1 BGB: „der Gattung nach bestimmte Sache“) bestimmt. Vielmehr haben sie sich auf den Verkauf des konkret ausgestellten ÖkoStar 2000 geeinigt. Zwar wird teilweise vertreten, dass ein solcher „Stückkauf über eine vertretbare Sache“ sich ohne weiteres als Gattungskauf einordnen lasse,<sup>15</sup> doch wird man dies hier – selbst wenn man dieser Prämissen im Ansatz zustimmen möchte<sup>16</sup> – unter Zugrundelegung der Parteivereinbarung nicht annehmen können:

S hat in den Verhandlungen mit P deutlich gemacht, dass er den ausgestellten Wagen mitnehmen möchte, um möglichst zeitnah über einen Wagen verfügen zu können. Somit kam der A & B-OHG keinerlei Auswahlrecht zu. Erfüllen konnte sie nur mit eben diesem verfügbaren Wagen, weil S möglichst nicht auf die Lieferung eines anderen Wagens warten wollte. Dieses Auswahlrecht ist jedoch maßgebliche Rechtsfolge eines Gattungskaufs, vgl. § 243 Abs. 1 BGB. Es ist sinnwidrig, in einem solchen Fall ohne Auswahlrecht einen Gattungskauf anzunehmen. Somit liegt ein Stückkauf vor.

Ob dem Käufer im Falle eines Stückkaufs ein Anspruch auf Nachlieferung i.S.d. § 439 Abs. 1, 2. Alt BGB zusteht, ist umstritten.

#### *1. Nachlieferung unmöglich*

Teilweise wird generell eine Nachlieferungspflicht mit der systematisch-teleologischen Begründung verneint, dass die Lieferung einer anderen als der geschuldeten Sache nicht zum Pflichtenprogramm des Verkäufers im Rahmen eines Stückkaufs gehöre und ihm ansonsten ein dem Stückkauf fremdes Beschaffungsrisiko auferlegt würde.<sup>17</sup> Andere gehen

---

<sup>15</sup> *Tiedke/Schmitt*, JuS 2005, 583 (585), allerdings mit der Einschränkung: „Solange der Käufer nichts anderes zum Ausdruck bringt“.

<sup>16</sup> Es erscheint jedoch fraglich, ob man das Kriterium der Vertretbarkeit der Sache (§ 91 BGB) mit der Frage vermenigen darf, ob ein Gattungskauf i.S.d. § 243 BGB vorliegt. Immerhin findet das Kriterium der Vertretbarkeit der Sache keine Erwähnung in § 243 Abs. 1 BGB.

<sup>17</sup> So etwa *Ackermann*, JZ 2002, 378 (379).

davon aus, dass die Nachlieferung von vornherein unmöglich sei, § 275 Abs. 1 BGB.<sup>18</sup>

Danach ginge das Begehr des S ins Leere.

## 2. Nachlieferung grds. möglich

Überwiegend wird in Rechtsprechung und Literatur jedoch angenommen, dass ein Nachlieferungsrecht auch im Falle einer Stückschuld in Betracht kommen kann.<sup>19</sup> Dabei wird aber uneinheitlich beurteilt, unter welchen Voraussetzungen dies der Fall sein soll.

### a) „Gleichartigkeit“

Das OLG Braunschweig hat einen Nachlieferungsanspruch in einem Fall bejaht, in dem ein „gleichartiges Fahrzeug“ zu beschaffen war.<sup>20</sup> Dabei bleibt aber offen, wann man eine solche „Gleichartigkeit“ annehmen kann. Es findet sich aber auch die Äußerung, eine Unmöglichkeit des Anspruchs auf Nachlieferung könne nur eintreten, wenn der Verkäufer eine mangelfreie Sache der geschuldeten Art nicht beschaffen kann.

Da die Öko-Fahrzeuge AG weiterhin den ÖkoStar 2000 produziert, wird man davon ausgehen können, dass S Nachlieferung verlangen kann.

### b) Vertretbarkeit

In der Literatur wird teilweise davon gesprochen, dass nur bei vertretbaren Sachen im Sinne des § 91 BGB ein Nachlieferungsanspruch in Betracht kommen solle.<sup>21</sup>

Sachen, die serienmäßig hergestellt werden, stellen – so lange sie neuwertig sind – regelmäßig vertretbare Sachen i.S.d. § 91 BGB dar.<sup>22</sup> S könnte danach prinzipiell Nachlieferung verlangen.

### c) „Funktionelle Vergleichbarkeit“ mit Gattungskauf

Teilweise wird auch darauf abgestellt, ob der Stückkauf mit einem Gattungskauf „funktionell vergleichbar“ ist, wobei die Interessenlage der Parteien maßgeblich und die Vertretbarkeit der Sache ein Indiz für eine solche „funktionelle Vergleich-

<sup>18</sup> Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rn. 505; Huber, NJW 2002, 1004; Lorenz, JZ 2001, 742 (744) – anders aber nunmehr Lorenz, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, Vor § 474 Rn. 17. Tiedtke/Schmitt, JuS 2005, 583, verneinen ebenfalls das Recht auf Nachlieferung im Falle einer Stückschuld, wollen allerdings in vielen Fällen einen Gattungskauf annehmen.

<sup>19</sup> BGH NJW 2006, 2839; OLG Braunschweig NJW 2003, 1053 (1054); OLG Schleswig NJW-RR 2005, 1579; LG Ellwangen NJW 2003, 517; Putzo, in: Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, § 439 Rn. 15; Canaris, JZ 2003, 831; ders., JZ 2003, 1156; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2004, S. 91 f.; Westermann (Fn. 14), § 439 Rn. 11 f.; Matusche/Beckmann (Fn. 14), § 439 Rn. 28 ff.

<sup>20</sup> OLG Braunschweig NJW 2003, 1053 (1054).

<sup>21</sup> Etwa Pammler, NJW 2003, 1992 (1993).

<sup>22</sup> Holch, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 91 Rn. 1.

barkeit“ sein soll.<sup>23</sup> Auch diese Ansicht würde dem S grundsätzlich einen Nachlieferungsanspruch zubilligen.

### d) „Ersetzbarkeit“/hypothetischer Parteiwille

Nach anderen soll es darauf ankommen, ob die Sache „ersetzbar“ ist.<sup>24</sup> Dies sei dann der Fall, wenn die Parteien eine Ersatzsache zum Vertragsgegenstand gemacht hätten, wenn sie von der Mangelhaftigkeit der Kaufsache gewusst hätten.<sup>25</sup> Dem hat sich der BGH in einem kürzlich ergangenen Urteil der Sache nach angeschlossen:

„Ob eine Ersatzlieferung in Betracht kommt, ist nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen der Vertragsparteien bei Vertragsschluss zu beurteilen (§§ 133, 157 BGB; vgl. Palandt/Putzo, aaO, § 439 Rdnr. 15). Möglich ist die Ersatzlieferung nach der Vorstellung der Parteien dann, wenn die Kaufsache im Falle ihrer Mangelhaftigkeit durch eine gleichartige und gleichwertige ersetzt werden kann.“<sup>26</sup>

Für den Fall eines Gebrauchtwagens hat der BGH angenommen, dass jedenfalls in dem Fall, in dem dem Kauf eine persönliche Besichtigung durch den Käufer vorausgegangen ist, ein Nachlieferungsanspruch typischerweise ausscheidet. Hier beruht die Kaufentscheidung des Käufers auf den technischen Eigenschaften, der Funktionsfähigkeit und dem äußeren Erscheinungsbild des konkreten Fahrzeugs. Wegen der teilweise erheblichen Unterschiede im Abnutzungsgrad gebrauchter Sachen sei im Regelfall nicht davon auszugehen, dass sich der Käufer mit einer anderen gebrauchten Sache – selbst des gleichen Typs – zufrieden gibt.

Diese für den Kauf gebrauchter Sachen sachgerechten Überlegungen treffen für den hier zu entscheidenden Fall eines Neuwagen-Kaufs allerdings nicht zu. Der Kaufentschluss des S war nicht durch den individuellen Eindruck des ausgestellten Modells bedingt; vielmehr ging es ihm um einen Wagen aus der umweltschonenden Serie ÖkoStar 2000. Die „Individualisierung“ beruhte einzig auf der Erwägung, möglichst zeitnah über einen solchen kraftstoffsparenden Wagen verfügen zu können.

Der A & B-OHG war es zum Zeitpunkt des Vertragschlusses als Vertragshändlerin der Öko-Fahrzeuge AG ohne weiteres möglich, zu bevorzugten Konditionen einen anderen Wagen zu beschaffen. Überdies stand ihr die Möglichkeit offen, ihrerseits Ansprüche gegen die Öko-Fahrzeuge AG geltend zu machen (vgl. §§ 478 f. BGB). Hätten S und die A & B-OHG von dem Fabrikationsfehler des verkauften Fahrzeugs gewusst, hätten sie ein anderes Fahrzeug zum Gegenstand des Kaufvertrages gemacht. Dass S dann möglicherweise auf den Neuwagen hätte warten müssen, ändert an dieser

<sup>23</sup> Oetker/Maultzsch (Fn. 19), S. 93 f.

<sup>24</sup> Canaris, JZ 2003, 831 (835).

<sup>25</sup> Canaris, JZ 2003, 831 (835), in Anlehnung an die Formulierung des § 119 Abs. 1 HS 2 BGB. Ähnlich auch Putzo (Fn. 19), § 439 Rn. 15: Eine Nachlieferung sei möglich, wenn sie „austauschbar oder nach dem (hypothetischen) Parteiwille erfüllungstauglich ist“; vgl. auch OLG Schleswig NJW-RR 2005, 1579 (1581).

<sup>26</sup> BGH NJW 2006, 2839 (2841).

Bewertung nichts – immerhin kam für ihn nur ein solcher Wagen in Betracht und er hätte diese Wartezeit in Kauf genommen.

Fraglich ist aber, wie es sich auswirkt, dass die A & B-OHG im Zeitpunkt des Verlangens nach Nachlieferung den Händlervertrag mit der Öko-Fahrzeuge AG bereits gelöst hat. Immerhin ist es ihr mittlerweile nur unter erschweren Bedingungen möglich, einen Ersatzwagen zu beschaffen.

Doch wird man nicht auf den Zeitpunkt des Nachlieferungs-Verlangens, sondern auf den Zeitpunkt des Vertragschluss abstellen müssen.<sup>27</sup> Zu diesem Zeitpunkt werden die auszulegenden Willenserklärungen abgegeben. Andernfalls würde S mit Umständen belastet, die er selbst weder erkennen noch beeinflussen kann, da sie in der Sphäre der A & B-OHG liegen.

Danach könnte S von der A & B-OHG ebenfalls die Lieferung eines anderen Fahrzeugs verlangen.

### 3. Stellungnahme

Vieles spricht dafür, eine Nachlieferung für grds. möglich zu halten.

Der Wortlaut des § 439 BGB enthält keinen Anhaltspunkt für eine eingeschränkte Anwendbarkeit. § 439 BGB unterscheidet nicht zwischen Gattungskauf und Stückkauf. Eine solche Unterscheidung zwischen Stück- und Gattungskauf würde im Übrigen der Intention des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes zuwiderlaufen, wie sich aus der Aufhebung des § 480 a.F. BGB ergibt.<sup>28</sup>

Darüber hinaus kann man § 439 Abs. 3 BGB entnehmen, dass nur die Unverhältnismäßigkeit die Nachlieferungspflicht begrenzt.<sup>29</sup>

Im Übrigen gingen sowohl der Deutsche als auch der Europäische Gesetzgeber davon aus, dass die Nachlieferung auch im Falle einer Stückschuld nicht von vornherein ausscheidet.<sup>30</sup>

Somit ist den Stimmen zu folgen, die grds. eine Nachlieferungspflicht auch im Falle eines Stückkaufs für möglich halten. Da die unterschiedlichen Ansätze alle zu dem Ergebnis kommen, dass S Nachlieferung verlangen kann, ist eine vertiefte Auseinandersetzung mit ihnen entbehrlich.

### 4. Zwischenergebnis

Damit kann S – in den Grenzen von § 439 Abs. 3 BGB – von der A & B-OHG Nachlieferung verlangen.

---

<sup>27</sup> So ausdrücklich BGH NJW 2006, 2839 (2841).

<sup>28</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 230; vgl. auch BGH NJW 2006, 2839 (2841).

<sup>29</sup> So Westermann (Fn. 14), § 439 Rn. 11.

<sup>30</sup> Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 89, 220, 230 und Erwägungsgrund 16 der Richtlinie 1999/44/EG. Mit Verweis auf diesen Erwägungsgrund geht nunmehr auch Lorenz (Fn. 18), Vor § 474 Rn. 17 davon aus, dass ein Anspruch auf Nachlieferung im Falle eines Stückkaufes nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist.

### V. Verhältnismäßigkeit der Nachlieferung, § 439 Abs. 3 BGB

Möglicherweise ist eine Nachlieferung aber unverhältnismäßig. Die A & B-OHG macht geltend, dass sie einen Ersatzwagen nur für 17.000 € beschaffen könne. Vorliegend kommt nur die sog. „absolute Unverhältnismäßigkeit“ in Betracht, da die Nachbesserung unmöglich ist (§ 275 Abs. 1 BGB), vgl. § 439 Abs. 3 S. 3, 2. HS BGB. Dabei wird vielfach vertreten, dass diese Bestimmung richtlinienkonform dahingehend auszulegen ist, dass nur die Unmöglichkeit zu einer absoluten Unverhältnismäßigkeit führen kann.<sup>31</sup> Vorliegend jedoch ist auch unter Zugrundelegung des Maßstabs des § 439 Abs. 3 S. 2 BGB nicht von einer absoluten Unverhältnismäßigkeit auszugehen. Bei einem Wert von 15.000 €, einem deutlich erhöhten Kraftstoff-Verbrauch mit den daraus resultierenden erhöhten Unterhaltskosten und einer nicht durchführbaren Nachbesserung stellen Auslagen i.H.v. 17.000 € keine unverhältnismäßigen Kosten i.S.d. § 439 Abs. 3 BGB dar.<sup>32</sup>

Dabei bleibt der günstige Kaufpreis außer Betracht, da dies ein Vorteil ist, den S letztlich seinem Verhandlungsschick zu verdanken hat.

### VI. Gegenansprüche der A & B-OHG

Die A & B-OHG macht einen Gegenanspruch auf Zahlung von 2000 € geltend. Ein solcher kann sich allenfalls unter dem Gesichtspunkt eines Ersatzes für gezogene (1.) oder zukünftig zu ziehende (2.) Nutzungen ergeben. Aus dem Gesichtspunkt einer möglichen Verschlechterung des Wagens (§§ 439 Abs. 4, 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB) kann sich ein solcher Anspruch nicht ergeben, weil es sich bei dem Fahren des Wagens um die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme handelt (§ 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 2. HS BGB).

#### 1. Anspruch auf Nutzungsersatz

Ein Anspruch auf Nutzungsersatz könnte sich aus §§ 439 Abs. 4, 346 Abs. 1, 2 Nr. 1, 100 BGB ergeben, welcher Zug um-Zug gegen Lieferung eines mangelfreien ÖkoStar 2000 zu erfüllen wäre (§ 348 BGB). Ob dieser Anspruch tatsächlich besteht, ist anhand einer Auslegung<sup>33</sup> des Gesetzes zu ermitteln.

##### a) Wortlaut

§ 439 Abs. 4 BGB gewährt dem Verkäufer im Falle der Nachlieferung einer mangelfreien Sache einen Anspruch auf Rückgewähr der mangelhaften Sache, welcher sich nach den §§ 346 bis 348 BGB richtet. Da § 346 Abs. 1, 2 S. 1 Nr. 1 BGB dem Herausgabe-Berechtigten neben der Rückgewähr der empfangenen Leistung einen Anspruch auf Wertersatz für die gezogenen Nutzungen (§ 100 BGB) zuspricht, könnte man

---

<sup>31</sup> Matusche/Beckmann (Fn. 14), § 439 Rn. 41; Faust (Fn. 9), § 439 Rn. 40 f. und 53.

<sup>32</sup> Vgl. zu den in der Literatur vielfach angegebenen Prozentgrenzen und der Kritik an diesen „starren“ Grenzen Faust (Fn. 9), § 439 Rn. 52.

<sup>33</sup> Zur Gesetzesauslegung vgl. Wank, Die Auslegung von Gesetzen: Eine Einführung, 3. Aufl. 2005.

der A & B-OHG einen Anspruch auf Nutzungsersatz gewähren.

Auf der anderen Seite verweist § 439 Abs. 4 BGB nur hinsichtlich der „Rückgewähr der mangelhaften Sache“ auf die §§ 346 bis 348 BGB. Auch § 346 Abs. 1 BGB selbst unterscheidet zwischen Rückgewähr der empfangenen Leistung und der Herausgabe der gezogenen Nutzungen. Daher wird vertreten, der Verweis des § 439 Abs. 4 BGB beschränke sich auf die Rückgewähr der empfangenen Leistung, also der mangelhaften Sache.<sup>34</sup>

Überwiegend wird diese Verweisung jedoch dahingehend verstanden, dass auch ein Anspruch auf Ersatz der gezogenen Nutzungen vom Wortlaut erfasst ist.<sup>35</sup> Der Wortlaut lässt aber beide Ergebnisse zu.

#### b) Systematik

Einer Beschränkung der Verweisung des § 439 Abs. 4 BGB auf die bloße Rückübereignung der mangelhaften Sache ohne Herausgabe der gezogenen Nutzungen könnte der von § 439 Abs. 4 BGB ebenfalls in Bezug genommene § 347 BGB entgegenstehen. Dessen Abs. 1 regelt ausschließlich die Frage der Nutzungen. Ein Verweis auch auf § 347 BGB wäre also entbehrlich gewesen, wollte § 439 Abs. 4 BGB nicht eben auch die Nutzungsherausgabepflicht statuieren.<sup>36</sup> Diesem Argument wird zwar entgegengehalten, der Verweis auf § 347 BGB liefe nicht gänzlich leer, da immer noch § 347 Abs. 2 BGB angewendet werden könne, der die Verwendungsersatzpflicht des Berechtigten regelt.<sup>37</sup> Doch ist diese Auslegung angesichts der umfassenden Verweisung des § 439 Abs. 4 BGB auf die §§ 346 bis 348 BGB fraglich. § 439 Abs. 4 BGB verweist – anders als §§ 441 Abs. 4 S. 2, 638 Abs. 4 S. 2 BGB – uneingeschränkt auf die §§ 346 bis 348 BGB. Weitergehende Unterscheidungen hinsichtlich der Anwendbarkeit und Unanwendbarkeit einzelner Absätze dieser Vorschriften darf der Rechtsanwender darüber hinaus nicht mehr vornehmen.<sup>38</sup>

Möglicherweise lassen sich daneben aus anderen gesetzlichen Verweisungen auf die §§ 346 bis 348 BGB Rückschlüsse für die Auslegung des § 439 Abs. 4 BGB ziehen. So wird dieser Verweis in den §§ 281 Abs. 5 und 326 Abs. 4 BGB im Sinne einer umfassenden Geltung der §§ 346 ff. BGB verstanden.<sup>39</sup> Daher sei es schwerlich einzusehen, warum man

nunmehr für § 439 Abs. 4 BGB zu einem anderen Ergebnis kommen solle.<sup>40</sup>

Daneben könnte man auch einen Umkehrschluss zu § 485 Abs. 5 S. 1 BGB ziehen.<sup>41</sup> Dieser schließt eine Nutzungsherausgabepflicht explizit aus und macht damit deutlich, dass im Regelfall eine solche besteht.

Doch wird man zumindest zweifeln dürfen, ob sich aus dem Vergleich mit diesen Verweisungsnormen Rückschlüsse auf das Verständnis des § 439 Abs. 4 BGB ziehen lassen. Voraussetzung nämlich wäre, dass sich die angeführten Normen tatsächlich mit § 439 Abs. 4 BGB vergleichen lassen. §§ 281 Abs. 5 und 326 Abs. 4 BGB sprechen jedoch von der „Rückforderung des Geleisteten“, § 439 Abs. 4 BGB nur von der „Rückgewähr der mangelhaften Sache“. Insofern unterscheiden sich diese Normen bereits in der Formulierung und erschweren damit die Möglichkeit, eine Parallele zu ziehen. § 485 Abs. 5 S. 1 BGB seinerseits schließt für den Fall des § 357 BGB einen Nutzungsherausgabebeschwerde aus. Doch verweist § 357 BGB insoweit auf „die Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt“ – auch hier ist der Verweis ein anderer als in § 439 Abs. 4 BGB und dürfte einen entsprechenden Umkehrschluss verbieten.<sup>42</sup>

Auch im Rahmen der systematischen Auslegung lassen sich Argumente für beide Ergebnisse anführen.

#### c) Gesetzgeberischer Wille

Anders als der Wortlaut und die Systematik des Gesetzes ist der Wille des Gesetzgebers eindeutig. Aus der Begründung des Koalitionsentwurfs zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz geht eindeutig hervor, dass der Käufer neben der mangelhaften Sache auch die Nutzungen herausgeben muss.<sup>43</sup> Dass dieser Wille womöglich in der Sache nicht überzeugend ist,<sup>44</sup> ändert an diesem Befund nichts.<sup>45</sup>

#### d) Sinn und Zweck

Die objektiv teleologische Auslegung möchte unabhängig vom Entstehungszeitpunkt den allgemein gültigen und maßgebenden Sinn einer Norm ermitteln.<sup>46</sup> Die Norm ist insofern als Teil einer gerechten und zweckmäßigen Ordnung zu verstehen.<sup>47</sup> Ob man danach dem § 439 Abs. 4 BGB einen Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen entnehmen kann, ist sehr fraglich.

Der Gesetzgeber hält einen solchen Nutzungsherausgabebeschwerde für angemessen, weil „der Käufer mit der Nachlie-

<sup>34</sup> Rott, BB 2004, 2478 (2479). Tendenziell zustimmend OLG Nürnberg NJW 2005, 3000 und LG Nürnberg-Fürth NJW 2005, 2558 (2560); Verweis auf Pflicht zur Herausgabe gezogener Nutzungen nicht zwingend.

<sup>35</sup> BGH NJW 2006, 3200; Matusche/Beckmann (Fn. 14), § 439 Rn. 56; Westermann (Fn. 14), § 439 Rn. 17; Gärtner, ZGS 2006, 368; Fest, NJW 2005, 2959 (2960).

<sup>36</sup> BGH NJW 2006, 3200 (3201); Witt, NJW 2006, 3322 (3324).

<sup>37</sup> Rott, BB 2004, 2478 (2479).

<sup>38</sup> Schmidt, ZGS 2006, 408 (411).

<sup>39</sup> Ernst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 281 Rn. 152 und § 326 Rn. 100.

<sup>40</sup> Schmidt, ZGS 2006, 408 (411); vgl. auch Witt, NJW 2006, 3322 (3324).

<sup>41</sup> So Schmidt, ZGS 2006, 408 (411).

<sup>42</sup> Vgl. dazu Wackerbarth in seinem „Corporate Blawg“ – Eintrag vom 18.12.2006, abrufbar unter <http://www.fernuni-hagen.de/REWI/BRU/blog/index.php>.

<sup>43</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 232 f.

<sup>44</sup> So etwa OLG Nürnberg NJW 2005, 3000.

<sup>45</sup> Vgl. Witt, NJW 2006, 3322 (3324).

<sup>46</sup> Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, § 4 Rn. 44.

<sup>47</sup> Heinrichs (Fn. 3), Einl. Rn. 46.

ferung eine neue Sache erhält und nicht einzusehen ist, dass er die zurückzugebende Sache in dem Zeitraum davor unentgeltlich nutzen können soll und so noch Vorteile aus der Mangelhaftigkeit ziehen können soll<sup>48</sup>. Diese Sicht des Gesetzgebers beruht wohl auf der Annahme, dass der Kaufvertrag allein durch die Lieferung der Ersatzsache erfüllt und der Kaufpreis somit allein für diese gezahlt werde.<sup>49</sup> Danach müsste man in der Tat davon ausgehen, dass der Käufer durch die Nutzung der mangelhaften Sache „ungerechtfertigt bereichert“ ist.

Doch ist dem zweierlei zu entgegnen. Einerseits kann von einer unentgeltlichen Nutzung der (mangelhaften) Kaufsache in Anbetracht der Kaufpreiszahlung nicht die Rede sein.<sup>50</sup> Andererseits ist zu beachten, dass der Kaufvertrag einer „zeitlichen Bindung“ unterliegt. Man kann nicht davon ausgehen, der zweite Erfüllungsversuch des Verkäufers sei maßgeblich, da der Käufer typischerweise ein großes Interesse daran hat, dass der Verkäufer seine Pflichten schon bei Fälligkeit erfüllt. Mit einem einseitigen Nutzungsersatz wird dem Käufer ungerechtfertigerweise eine Verschiebung des Fälligkeitszeitpunktes aufgedrängt.<sup>51</sup>

Darüber hinaus ist der Verweis des § 439 Abs. 4 BGB auf die §§ 346 ff. BGB unangemessen, weil die Nachlieferung bloß eine halbseitige „Rückabwicklung“ des Kaufvertrages darstellt, die Rücktrittsregelungen hingegen auf die vollständige – beidseitige – Rückabwicklung des Vertrages zugeschnitten sind.<sup>52</sup> Der Kaufpreis verbleibt schließlich auch beim Verkäufer, der seinerseits keine Nutzungen (Zinsen) zu erstatte hat.

Schließlich ist § 446 S. 2 BGB zu berücksichtigen, der die Nutzungen dem Käufer zuweist. Es ist kaum verständlich, warum dieser Grundsatz ausgerechnet dann nicht gelten soll, wenn der Verkäufer eine mangelhafte Sache geliefert hat.<sup>53</sup>

Die teleologische Auslegung kommt also zu dem Ergebnis, dass der A & B-OHG kein Anspruch auf Nutzungsherabsgabe nach §§ 439 Abs. 4, 346 Abs. 1, 2 S. 1 Nr. 1 BGB zusteht.

#### e) Zwischenergebnis

Offenkundig kommen zumindest die historische und die teleologische Auslegung zu konträren Ergebnissen, während die wörtliche und die systematische Auslegung für beide Ergebnisse Argumente liefern. Zwar wird teilweise angenommen, der teleologischen Auslegung komme eine Vor-

<sup>48</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 232 f.

<sup>49</sup> So die Interpretation von *Gsell*, JuS 2006, 203 (204). Vgl. auch BGH NJW 2006, 3200 (3202).

<sup>50</sup> BGH NJW 2006, 3200 (3202).

<sup>51</sup> *Gsell*, JuS 2006, 203 (204).

<sup>52</sup> *Gsell*, NJW 2003, 1969 (1970); *Schwab*, JuS 2002, 630 (636); *Wagner/Michal*, ZGS 2005, 368 (371 f.); *Kohler*, ZGS 2004, 48 (49); *Putzo* (Fn. 19), § 439 Rn. 25. Auch BGH NJW 2006, 3200 (3201) hat „Bedenken gegen die einseitige Belastung des Käufers mit einer Verpflichtung zur Herausgabe der Nutzungen der mangelhaften Kaufsache“. A.A. *Schmidt*, ZGS 2006, 408 (411 f.).

<sup>53</sup> Vgl. BGH NJW 2006, 3200 (3202).

rangstellung zu,<sup>54</sup> doch muss man unter Anerkennung der Kompetenzordnung des Grundgesetzes zumindest in den Fällen, in denen das betreffende Gesetz und seine Begründung recht aktuell sind, dem Willen des Gesetzgebers im Rahmen des Wortsinns Geltung verschaffen.<sup>55</sup> Da dieser Wille eindeutig ist und sich ohne weiteres mit dem Wortlaut vereinbaren lässt, würde eine einschränkende Auslegung des Wortlauts des § 439 Abs. 4 BGB gegen Art. 20 Abs. 3 GG verstoßen.<sup>56</sup>

Die Auslegung kommt somit zu dem Ergebnis, dass der A & B-OHG gegen S ein Anspruch auf Zahlung von 2000 € aus §§ 439 Abs. 4, 346 Abs. 1, 2 S. 1 Nr. 1 BGB zusteht.

#### f) Verstoß gegen die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie?

Es stellt sich aber die Frage, ob die Regelung des § 439 Abs. 4 BGB mit der Richtlinie 1999/44/EG (Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, im Folgenden RiLi) in Einklang steht (vgl. Art. 1 RiLi; §§ 474, 13, 14 BGB).

Teilweise wird zwar davon ausgegangen, wegen der eindeutigen Entscheidung des Gesetzgebers komme eine richtlinienkonforme Auslegung von vornherein selbst dann nicht in Betracht, wenn die Regelung des § 439 Abs. 4 BGB gegen die RiLi verstoßen sollte.<sup>57</sup> Doch liegt eine solche „eindeutige Entscheidung“ gerade nicht vor, da der Gesetzgeber davon ausging, dass die von ihm getroffene Regelung der Richtlinie entspricht.<sup>58</sup> Daher kann man bei einem Verstoß von § 439 Abs. 4 BGB gegen die Richtlinie trotz des Willens des Gesetzgebers eine einschränkende Auslegung des § 439 Abs. 4 BGB vornehmen. Wenn der Gesetzgeber gewusst hätte, dass seine Regelung gegen sekundäres Europarecht verstößt, hätte er eine solche Regelung wegen der europarechtlichen Bindung (Artt. 10 und 249 Abs. 3 EGV) mit Sicherheit nicht getroffen. Es gibt keine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten einer eventuell richtlinienwidrigen Pflicht des Käufers zur Nutzungsentzähigung. Insoweit stünde Art. 20 Abs. 3 GG einer korrigierenden Auslegung nicht im Wege – die Korrektur eines gesetzgeberischen Rechtsirrtums liegt vielmehr in seinem eigenen Interesse.<sup>59</sup>

<sup>54</sup> Etwa *Heinrichs* (Fn. 3), Einl. Rn. 46: „Primat gegenüber den anderen Auslegungsmethoden“. Dagegen etwa *Lorenz/Wolf* (Fn. 46), § 4 Rn. 50.

<sup>55</sup> Vgl. dazu *Lorenz/Wolf* (Fn. 46), § 4 Rn. 50.

<sup>56</sup> BGH NJW 2006, 3200 (3201); *Witt*, NJW 2006, 3322 (3324). Anders OLG Nürnberg NJW 2005, 3000: Wille habe keinen eindeutigen Niederschlag im Wortlaut gefunden (dazu mit Recht kritisch *Fest*, NJW 2005, 2959 [2960]) und *Wagner/Michal*, ZGS 2005, 368 (372): Ausführungen des Gesetzgebers lückenhaft.

<sup>57</sup> *Lorenz* (Fn. 18), Vor § 474 Rn. 19; *ders.*, NJW 2007, 1 (6); *Faust* (Fn. 9), § 439 Rn. 35; *Fest*, NJW 2005, 2959 (2961); *Schmidt*, ZGS 2006, 408, mit interessanten Ausführungen zu der Frage einer Verwerfungskompetenz des EuGH.

<sup>58</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 233.

<sup>59</sup> So auch *Rott*, BB 2004, 2478 (2479) und *Witt*, NJW 2006, 3322 (3325). Selbstverständlich lässt sich auch die a.A. vertreten. Dann aber muss der Bearbeiter sich der Frage der Ver-

Für einen Verstoß gegen die Richtlinie lassen sich zwei Ansatzpunkte finden. Einerseits fordert Art. 3 Abs. 3 S. 1 RiLi, dass die Ersatzlieferung unentgeltlich zu erfolgen habe. Andererseits verbietet Art. 3 Abs. 3 S. 3 RiLi, dass die Ersatzlieferung mit erheblichen Unannehmlichkeiten für den Käufer verbunden ist.

#### *aa) Grundsatz der Unentgeltlichkeit der Nachlieferung*

Fraglich ist, ob in dem Nutzungsersatz nach §§ 439 Abs. 4, 346 BGB ein richtlinienwidriges Entgelt zu sehen ist. Nach Art. 3 Abs. 4 RiLi umfasst der Begriff „unentgeltlich“ diejenigen Kosten, die für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands notwendig sind. Teilweise wird in dem Nutzungsersatz nach §§ 439 Abs. 4, 346 BGB ein „Entgelt“ für die Ersatzsache gesehen.<sup>60</sup> Doch wird man dem mit guten Gründen widersprechen können. Zwar kann man insoweit nicht auf den 15. Erwägungsgrund abstehen,<sup>61</sup> weil dieser ausweislich des 2. Satzes nur die Vertragsauflösung (Rücktritt), nicht aber den damit nicht vergleichbaren Fall der Nachlieferung als halbseitige „Rückabwicklung“ betrifft.<sup>62</sup> Auch ist richtig, dass es sich bei dem Hinweis in Art. 3 Abs. 4 RiLi auf „Versand-, Arbeits- und Materialkosten“ angesichts der Verwendung des Adverbs „insbesondere“ nur um eine beispielhafte Aufzählung handelt.<sup>63</sup> Entscheidend ist aber, dass die Richtlinie nur vorschreibt, den Käufer von den Kosten der Nachlieferung freizustellen (vgl. § 439 Abs. 2 BGB). Die Pflicht zum Nutzungsersatz betrifft jedoch nicht die Kosten der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands, sondern die Nutzung der bereits gelieferten mangelhaften Sache.<sup>64</sup> Hingegen lässt sich in Anbetracht der Definition der Unentgeltlichkeit in Art. 3 Abs. 4 RiLi nicht annehmen, dass auch an-dere Zahlungen im Zusammenhang mit der Nachlieferung ebenfalls gegen diesen Grundsatz der Unentgeltlichkeit verstößen.<sup>65</sup> Aus dem Gesichtspunkt der Unentgeltlichkeit der Nachlieferung lässt sich also eine Richtlinienwidrigkeit nicht herleiten.

einbarkeit mit der Richtlinie zumindest in einem Hilfsgutachten stellen.

<sup>60</sup> EuGH NJW 2008, 1433 (Urt. v. 17.4.2008; Rs. C-404/06; Rn. 34, s. dazu die Anmerkung von *Staudinger*, ZJS 2008, 309 [in dieser Ausgabe]) in Antwort auf das Vorabentscheidungsgesuch des BGH nach Art. 234 Abs. 3 EGV in NJW 2006, 2300. So auch bereits *Gsell*, NJW 2003, 1969 (1973).

<sup>61</sup> So aber BT-Drs. 14/6040, S. 233.

<sup>62</sup> EuGH NJW 2008, 1433, Rn. 38 f.; siehe auch BGH NJW 2006, 2300 (2302).

<sup>63</sup> EuGH NJW 2008, 1433, Rn. 31.

<sup>64</sup> *Fest*, NJW 2005, 2959 (2961); *Gärtner*, ZGS 2006, 368 (369); *Witt*, NJW 2006, 3322 (3324). So auch BT-Drs. 14/6040, S. 233.

<sup>65</sup> So aber EuGH NJW 2008, 1433, Rn. 34: Garantie der Unentgeltlichkeit schließt jede finanzielle Forderung des Verkäufers im Rahmen der Erfüllung seiner Verpflichtung zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands aus. Ähnlich schon BGH NJW 2006, 3200 (3202): Verbraucher ist so zu stellen, als hätte der Verkäufer die Kaufsache ursprünglich mangelfrei geliefert. Insoweit kritisch *Witt*, NJW 2006, 3322 (3324).

#### *bb) Verbot der erheblichen Unannehmlichkeiten*

Doch könnte sich die Richtlinienwidrigkeit aus Art. 3 Abs. 3 S. 3 RiLi ergeben, wonach die Nachlieferung nicht mit erheblichen Unannehmlichkeiten für den Käufer verbunden sein darf.

Nun kann man tatsächlich davon ausgehen, dass eine Nutzungsentschädigung dem Käufer „erhebliche Unannehmlichkeiten“ aufbürdet. Es stellt sich aber zunächst die Frage, ob Geldzahlungen des Käufers davon erfasst sein können. Man kann sich nämlich auf den Standpunkt stellen, dass solche Zahlungen bereits vom Begriff der Unentgeltlichkeit erfasst sind und die Definition der „Unentgeltlichkeit“ insoweit eine Sperrwirkung entfaltet. Auch scheint der Zusammenhang der „Unannehmlichkeit“ mit einer „angemessenen Frist“ eher die technische Abwicklung der Nachlieferung zu betreffen. Auf der anderen Seite ist jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass auch „finanzielle Unannehmlichkeiten“ vom Verbot des Art. 3 Abs. 2 S. 3 RiLi erfasst werden.<sup>66</sup>

Diese Auslegung wird durch teleologische Erwägungen bestätigt. Mit dieser Richtlinie sollte ausweislich des 1. Erwägungsgrundes „ein Beitrag zur Erreichung eines hohen Verbraucherschutzniveaus“ geleistet werden. Nimmt man dies als Maßstab, wird man kaum annehmen dürfen, dass eine solch einseitig belastende Regelung wie die in § 439 Abs. 4 BGB verankerte noch mit der Intention der Richtlinie vereinbar ist.<sup>67</sup> Es besteht die Gefahr, dass ein Verbraucher von einem berechtigten Nachlieferungsverlangen Abstand nimmt, weil er einen Anspruch des Verkäufers auf Nutzungsersatz fürchten muss, der ihn möglicherweise finanziell überfordert.<sup>68</sup>

Diese teleologischen Erwägungen überzeugen; dem verbraucherschützenden Anliegen der Richtlinie muss Gelung verschafft werden. Die Regelung des § 439 Abs. 4 BGB verstößt daher gegen Art. 3 Abs. 3 S. 3 RiLi.<sup>69</sup> Sie muss zumindest für den Fall eines Verbrauchsgüterkaufs dahingehend einschränkend ausgelegt werden, dass der Käufer dem Verkäufer bei Nachlieferung keinen Nutzungsersatz schuldet.<sup>70</sup>

<sup>66</sup> Vgl. dazu die Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* in der Rs. C-404/06 v. 15.11.2007 (zu finden über <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>), Rn. 47.

<sup>67</sup> Auch der EuGH NJW 2008, 1433, Rn. 35 f., stellt zusätzlich auf das Verbot der erheblichen Unannehmlichkeiten und den Zweck der RiLi ab. Vgl. auch bereits *Roth*, JZ 2001, 475 (489) – wenn auch auf die „Unentgeltlichkeit“ abstellend: Verstoß zumindest gegen die Intention der Richtlinie.

<sup>68</sup> EuGH NJW 2008, 1433, Rn. 34. Ebenso bereits *Witt*, NJW 2006, 3322 (3324 f.); *Gsell*, NJW 2003, 1969 (1974); *Lorenz* (Fn. 18), Vor § 474 Rn. 19.

<sup>69</sup> EuGH NJW 2008, 1433. Im Ergebnis a.A. etwa *Matuschke/Beckmann* (Fn. 14), § 439 Rn. 46; *Westermann* (Fn. 14), § 439 Rn. 17. Aus studentischer Sicht ist – mal wieder – die Argumentation entscheidender als das Ergebnis.

<sup>70</sup> Ob dies tatsächlich nur für den Verbrauchsgüterkauf (so *Witt*, NJW 2006, 3322 [3325]) oder wegen der vom Gesetzgeber gewählten „großen Lösung“ (vgl. *Lorenz* [Fn. 18], Vor § 474 Rn. 2 ff.) zur Vermeidung einer gespaltenen Auslegung

**g) Ergebnis**

Damit verstößt § 439 Abs. 4 BGB gegen die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie.

Wegen des gemeinschaftsrechtlichen Effizienzgebots ist die Verweisung des § 439 Abs. 4 BGB dahingehend zu reduzieren, dass Nutzungen i.S.d. § 346 Abs. 1 BGB nicht davon erfasst werden.

Die A & B-OHG hat keinen Anspruch auf Zahlung von 2000 € aus §§ 439 Abs. 4, 346 Abs. 1, 2 S. 1 Nr. 1, 100 BGB.

**2. Vorteilsausgleichung/Abzug „neu für alt“<sup>71</sup>**

Selbst wenn man einen Anspruch der A & B-OHG auf Nutzungsschädigung ablehnt, stellt sich weiterhin die Frage, ob S durch die Lieferung eines neuen Wagens einen ungegerechtfertigten Vorteil erhält.

Wäre sofort mangelfrei geliefert worden, wäre S Eigentümer eines bereits abgenutzten Wagens, während er nunmehr einen tatsächlich neuen Wagen erhält. Man könnte also daran denken, dass die A & B-OHG die *künftigen Nutzungs vorteile*, die S wegen der zu erwartenden höheren Lebensdauer erhalten wird, abschöpfen kann. Dazu könnte man sich des schadensrechtlichen Instrumentariums des Abzugs „neu für alt“ bedienen. Dabei muss man allerdings auch berücksichtigen, dass dem Käufer dieser Vorteil vom Verkäufer geradezu aufgedrängt wird und auch ein solcher Ausgleich womöglich gegen die Richtlinie verstößt.<sup>72</sup> Daher wird man einen solchen Abzug allenfalls dann vornehmen können, wenn sich zuverlässig prognostizieren lässt, dass gerade der Käufer einen geldwerten Vorteil erhält. Lässt sich dies allerdings nicht sicher feststellen, so trägt der Verkäufer das Prognoserisiko.<sup>73</sup> Da dem Sachverhalt keine Anhaltspunkte dafür zu entnehmen sind, ob (und in welcher Höhe) der S einen Vorteil aus der Neuwertigkeit des Ersatzwagens in Zukunft ziehen kann, kommt vorliegend ein solcher Abzug von vornherein nicht in Betracht.

**VII. Endergebnis**

P kann von der A & B-OHG die Nachlieferung eines mangelfreien ÖkoStar 2000 nach §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1, 2. Alt, 434, 433 BGB verlangen und muss im Gegenzug keinerlei Zahlungen leisten.

---

also für andere Kaufverträge gilt, bedarf hier keiner Entscheidung.

<sup>71</sup> Dazu umfassend *Gsell*, NJW 2003, 1969 (1971 ff.) und *JuS* 2006, 203 (204 f.).

<sup>72</sup> In diese Richtung tendiert der EuGH NJW 2008, 1433, Rn. 40 f.: Käufer wird durch die Erlangung eines neuen Verbrauchsguts nicht ungerechtfertigt bereichert.

<sup>73</sup> Vgl. dazu *Gsell*, *JuS* 2006, 203 (204 f.).