

Entscheidungsanmerkung

Transportkostenvorschuss vor Nacherfüllung am Geschäftssitz des Verkäufers

1. Ein taugliches Nacherfüllungsverlangen des Käufers setzt die Zurverfügungstellung der Kaufsache am rechten Ort, nämlich dem Erfüllungsort der Nacherfüllung, voraus. Für dessen Bestimmung ist im Kaufrecht die allgemeine Vorschrift des § 269 Abs. 1, 2 BGB maßgebend.

2. Die Kostentragungsregelung des § 439 Abs. 2 BGB begründet in Fällen, in denen eine Nacherfüllung die Verbringung der Kaufsache an einen entfernt liegenden Nacherfüllungsort erfordert und bei dem Käufer deshalb Transportkosten zwecks Überführung an diesen Ort anfallen, bei einem Verbrauchsgüterkauf nicht nur einen Erstattungsanspruch gegen den Verkäufer; der Käufer kann nach dem Schutzzweck der von Art. 3 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie geforderten Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung vielmehr grundsätzlich schon vorab einen (abrechenbaren) Vorschuss zur Abdeckung dieser Kosten beanspruchen, auch wenn das Vorliegen des geltend gemachten Mangels noch ungeklärt ist. Dementsprechend liegt ein taugliches Nacherfüllungsverlangen des Käufers vor, wenn seine Bereitschaft, die Kaufsache zum Ort der Nacherfüllung zu verbringen, nur wegen der ausgebliebenen Vorschussleistung des Verkäufers nicht umgesetzt wird.
(Amtliche Leitsätze)

BGB §§ 269, 280, 281, 437, 439, 440, 475
Richtlinie 1999/44/EG Art. 3

BGH, Urt. v. 19.7.2017 – VIII ZR 278/16 (LG Berlin, AG Berlin-Pankow/Weißensee)¹

I. Sachverhalt

Die in Schleswig-Holstein ansässige Klägerin K kaufte am 14.4.2015 von der Beklagten B, welche in Berlin einen Fahrzeughandel betreibt, zum Preis von 2.700 € einen gebrauchten Pkw. Obwohl die Klägerin unstreitig weder Unternehmerin noch als solche aufgetreten ist, heißt es in dem von der Beklagten verwendeten Kaufvertragsformular unter der Rubrik „Besondere Vereinbarungen:

Händlergeschäft, unter Ausschluss der Sachmängelhaftung! [...] Erfüllungsort beim Verkäufer.“

Wegen eines nach ihrer Behauptung aufgetretenen Motordefekts forderte K am 19.5.2015 unter Fristsetzung bis zum 30.5.2015 B zur Nachbesserung auf. Daraufhin bot B eine Mangelbeseitigung an ihrem Sitz in Berlin an. K verlangte hierauf unter Aufrechterhaltung der gesetzten Frist mit Schreiben vom 21.5.2015 die Überweisung eines Transport-

kostenvorschusses i.H.v. 280 € zwecks Transports des nach ihrer Behauptung nicht fahrbereiten Pkws nach Berlin beziehungsweise dessen Abholung durch die Beklagte auf deren Kosten. Als B trotz Nachfristsetzung nicht reagierte, machte die Klägerin am 17.6.2015 Schadensersatz für eine nunmehr von ihr selbst veranlasste Reparatur des Fahrzeugs geltend.

II. Kernprobleme des Falls

Auch wenn die bekannte und vielfach besprochene Problematik² des Umfangs der Vermutung aus § 476 BGB anklingt, geht es im Kern um die Anforderungen an eine wirksame Fristsetzung. Da diese die Bereitschaft des Käufers voraussetzt, die Sache dem Verkäufer am Erfüllungsort der Nacherfüllung zur Verfügung zu stellen, kommt es zunächst darauf an, wo eben dieser liegt.³

Sieht man den Ort der Niederlassung der Verkäuferin als Erfüllungsort an (§§ 269 Abs. 1, Abs. 2 BGB), stellt sich weiterhin die Frage, ob die Fristsetzung auch dann wirksam ist, wenn die Transportbereitschaft von der Zahlung eines Transportkostenvorschusses abhängig gemacht wird.

Daneben sollte die Wirksamkeit des vereinbarten Haftungsausschlusses thematisiert werden.

III. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs

Der von der K beanspruchte Schadensersatz kann sich aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB ergeben.

1. Kaufvertrag, § 433 BGB

K und B haben einen wirksamen Kaufvertrag geschlossen.

2. Mangel bei Gefahrübergang, §§ 434 Abs. 1, 446 BGB

Des Weiteren bedarf es eines Mangels bei Gefahrübergang. Als negative Abweichung der Ist- von der Soll-Beschaffenheit kommt der – von K lediglich behauptete – Motordefekt in Betracht. Nach § 363 BGB trifft grundsätzlich den Gläubiger, der eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als solche angenommen hat, die Beweislast, wenn er die Leistung deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung oder unvollständig gewesen sei. Die bloße Behauptung eines Mangels genügt diesen Beweislastanforderungen nicht.

Hiervon statuiert § 476 BGB für den Verbrauchsgüterkauf⁴ allerdings eine Ausnahme: Zeigt sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang ein Sachmangel, so wird

² Vgl. hierzu die jüngste Rechtsprechungsänderung: BGH NJW 2017, 1093 ff. m. Anm. *Gutzeit*, JuS 2017, 357 ff. und *Stietz*, ZJS 2017, 101 ff. Vertiefend dazu *Lorenz*, NJW 2004, 3020 ff.; *Stietz*, ZJS 2016, 399 ff.; zusammenfassend *Lorenz*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 476 Rn. 4. Zu einer klausurmäßigen Aufbereitung vgl. *Ulber/Lukes*, JuS 2017, 323 ff.; *Poelzig*, JuS 2008, 618 ff.

³ Grundlegend BGH NJW 2011, 2278 ff.

⁴ Einführend zur wichtigen Novellierung des § 476 BGB, der ab dem 1.1.2018 nicht mehr allein für Verbrauchsgüterkaufverträge gilt *Koch*, NJW 2017, 1068 ff.

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in NJW 2017, 2758 ff. und abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=79313&pos=0&anz=1> (19.11.2017).

vermutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar.

Da „das Berufungsgericht dahinstehen lassen [konnte], ob das verkaufte Fahrzeug die von der Klägerin behaupteten und ihrem Ersatzbegehren zugrunde gelegten Motordefekte gehabt hat und aus diesem Grund nicht fahrbereit⁵ war, ist es „für die revisionsrechtliche Prüfung [des Bundesgerichtshofs] als notwendige Voraussetzung [...] zu unterstellen, dass diese Mängel, und zwar in der nach § 476 BGB zu vermutenden Weise [...] vorgelegen [...] haben“.⁶

Zwar dient § 476 BGB der Umsetzung der allein für verschuldensunabhängige Ansprüche geltenden⁷ Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie⁸. § 476 BGB gilt jedoch in richtlinienüberschießender Umsetzung erst recht für verschuldensabhängige Ansprüche des Verbrauchers und somit für den gegenständlichen Schadensersatzanspruch der K. Hierfür spricht einerseits der Wortlaut des § 476 BGB, der – anders als § 475 Abs. 3 BGB – alle Mängelrechte einschließt. Andererseits vermag eine Besserstellung des Unternehmers, wenn er zusätzlich zumindest fahrlässig handelte, kaum zu überzeugen.⁹

Hinweis: In einer Klausur kann es, je nach Sachverhaltskonstellation, erforderlich sein, sich eingehender mit den (Standard-)Problembereichen des § 476 BGB auseinanderzusetzen. § 476 BGB setzt insbesondere auch einen Verbrauchsgüterkauf, § 474 Abs. 1 BGB, voraus, dessen Voraussetzungen genauer Prüfung bedürfen. Vorliegend soll die Urteilsbesprechung dem Aufbau des Bundesgerichtshofs folgen, der diese Voraussetzung erst im Rahmen von §§ 475 Abs. 1 S. 1, 2 BGB anspricht.

3. Kein Ausschluss der Gewährleistungsrechte

Ein vertraglicher Ausschluss der Gewährleistungsrechte ist im Grundsatz zulässig, wie sich aus dem Umkehrschluss zu § 444 BGB ergibt.

Der von K und B in den Kaufvertrag aufgenommene Ausschluss der Sachmängelhaftung könnte allerdings gem. §§ 474 Abs. 1, 475 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam sein. Voraussetzung hierfür ist das Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufvertrags im Sinne des § 474 Abs. 1 BGB. Insbesondere müsste K als Verbraucherin, § 13 BGB, gehandelt haben.

⁵ BGH NJW 2017, 2758 (2759).

⁶ BGH NJW 2017, 2758 (2759). Der Bundesgerichtshof hat unter anderem deshalb die Sache nach § 563 Abs. 1 S. 1 ZPO an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

⁷ Vgl. Art. 3 der Richtlinie 1999/44/EG sowie der Erwägungsgründe 10, 11 und 12.

⁸ Die Richtlinie 1999/44/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 („Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie“) ist abrufbar unter

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:171:0012:0016:DE:PDF> (19.11.2017).

⁹ BGH NJW 2017, 1093 (1099) m. Anm. Gutzeit, JuS 2017, 357 (359).

Bedenken hiergegen ergeben sich aus der Bezeichnung der K als „Firma“ und des Geschäfts als „Händlergeschäft“.

Der Bundesgerichtshof führt hierzu aus: „die Klägerin ist [...] Verbraucherin im Sinne von § 13 BGB und auch sonst nach ihrem Gesamterscheinungsbild nicht als Unternehmerin im Sinne von § 14 Abs. 1 BGB aufgetreten [...]. Die gleichwohl im Formularvertrag vorgenommene Bezeichnung der Klägerin als Firma und des Kaufvertrags als Händlergeschäft stellt sich deshalb als eine gem. § 475 Abs. 1 S. 2 BGB unzulässige Umgehung des halbzwingenden Charakters der in S. 1 dieser Bestimmung aufgeführten Vorschrift dar, im Streitfall also als eine reine Umgehung der sich aus §§ 437, 439 ff. BGB ergebenden Gewährleistungsrechte der Klägerin, so dass der von ihr geltend gemachte Schadensersatzanspruch nicht schon aus diesem Grunde ausscheidet“.¹⁰ Insoweit kann die Parteivereinbarung der Qualifizierung als Verbrauchsgüterkaufvertrag nicht entgegenstehen.

Bestimmt man, dieser Frage vorgelagert, bereits den Verbraucherbegriff nach objektiven Kriterien¹¹, so ist er ohnehin keiner Parteivereinbarung zugänglich und ein Rückgriff auf das Umgehungsverbot des § 475 Abs. 1 S. 2 BGB nicht erforderlich. Nur ausnahmsweise wird dem Verbraucher der Einwand seiner Verbrauchereigenschaft nach Treu und Glauben, § 242 BGB (venire contra factum proprium) verwehrt. Die den Verbraucher schützenden Vorschriften der §§ 474 ff. BGB finden dann keine Anwendung, wenn er bei Abschluss des Vertrags wahrheitswidrig als Gewerbetreibender auftritt und/oder dadurch einen gewerblichen Geschäftszweck vortäuscht.¹²

Hierzu hat der Bundesgerichtshof keine näheren Feststellungen getroffen. In einem Gutachten wäre zu diskutieren, ob allein die angenommene Bezeichnung als „Händler“ in einem Formularvertrag für das Vortäuschen der Unternehmereigenschaft ausreicht, obwohl sie ansonsten nicht als Unternehmerin auftrat.

4. Erfolgsloser Ablauf einer angemessenen Frist

Zudem muss eine angemessene Frist zur Nacherfüllung erfolglos abgelaufen (§§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB) oder entbehrlich sein (§§ 440, 281 Abs. 2 BGB).

Hinweis: Der Bundesgerichtshof verlangt, dass der Käufer eine Frist „bestimmt hat“.¹³ Die richtlinienkonforme Auslegung erfordert bei Verbrauchsgüterkaufverträgen im

¹⁰ BGH NJW 2017, 2758 (2759).

¹¹ So die wohl überwiegende Auffassung in der Literatur vgl. statt aller Lorenz (Fn. 2), § 474 Rn. 24 m.w.N. Gegen diese Auffassung und auf die erkennbaren Umstände abstellend Ellenberger, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 76. Aufl. 2017, § 13 Rn. 4; Schmidt, JuS 2006, 1 (8); offengelassen von BGH NJW 2005, 1045 (1045); BGH NJW 2009, 3780 (3781).

¹² BGH NJW 2005, 1045 (1045); Lorenz (Fn. 2), § 474 Rn. 23; Müller, NJW 2003, 1975 (1979).

¹³ BGH NJW 2017, 2758 (2759).

Falle eines Nachbesserungsverlangens¹⁴ jedoch lediglich den Ablauf einer angemessenen Frist.¹⁵

a) Fristsetzung

Eine Fristsetzung könnte in der Aufforderung der K zur Nachbesserung zu sehen sein. Allerdings muss „ein taugliches Nacherfüllungsverlangen des Käufers [...] auch die Bereitschaft des Käufers umfassen, dem Verkäufer die Kaufsache zur Überprüfung der erhobenen Mängelrüge am rechten Ort, nämlich dem Erfüllungsort der Nacherfüllung für eine entsprechende Untersuchung zur Verfügung zu stellen. Hierdurch soll es diesem ermöglicht werden, die verkaufte Sache darauf zu überprüfen, ob der behauptete Mangel besteht, ob er bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen hat, auf welcher Ursache er beruht sowie ob und auf welche Weise er beseitigt werden kann. Dementsprechend ist der Verkäufer grundsätzlich nicht verpflichtet, sich auf ein Nacherfüllungsverlangen des Käufers einzulassen, bevor dieser ihm die Gelegenheit zu einer solchen Untersuchung der Kaufsache gegeben hat [...]“.¹⁶

aa) Erfüllungsort der Nacherfüllung

Läge der Erfüllungsort der Nacherfüllung am Wohnsitz der Klägerin „hätte sich die Beklagte innerhalb der ihr gesetzten Frist ohne weiteres Zutun der Klägerin dorthin zwecks Untersuchung der gerügten Mängel und deren Beseitigung begeben müssen.“¹⁷ Entspräche hingegen der Erfüllungsort der Nacherfüllung nicht dem Belegenheitsort der Sache, bestünde eine Transportobliegenheit der Käuferin.

(1) Theoretische Grundlagen

Nach einer Ansicht¹⁸ ist der Erfüllungsort der Nacherfüllung identisch mit dem Erfüllungsort der Hauptleistungspflicht. Nach anderer Ansicht¹⁹ liegt er am aktuellen Belegenheitsort der Kaufsache.²⁰ Der Bundesgerichtshof wendet, seiner bisherigen Rechtsprechung und der Klammersystematik des BGBs folgend, die allgemeine Vorschrift des § 269 Abs. 1,

Abs. 2 BGB an.²¹ Fehlt also eine Vereinbarung der Parteien über den Ort der Nacherfüllung, ist auf die Natur des Schuldverhältnisses abzustellen. Lassen sich hieraus keine abschließenden Erkenntnisse gewinnen, ist der Erfüllungsort am Wohnsitz des Schuldners anzusiedeln (§ 269 Abs. 1 BGB) oder, wenn die Verbindlichkeit im Gewerbebetrieb des Schuldners entstanden ist, am Ort seiner Niederlassung (§ 269 Abs. 2 BGB).²²

(2) Besonderheit beim Verbrauchsgüterkauf

Bei dem vorliegenden Verbrauchsgüterkauf stellt sich jedoch die Frage, ob die Anwendung des § 269 Abs. 1, Abs. 2 BGB mit Art. 3 Abs. 3 S. 1 und 3 Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie vereinbar ist. Danach soll die Nacherfüllung für den Verbraucher ohne erhebliche Unannehmlichkeiten und unentgeltlich erfolgen. Teilweise wird allein das Transporterfordernis als erhebliche Unannehmlichkeit angesehen und der Erfüllungsort bei einem Verbrauchsgüterkaufvertrag daher stets am Belegenheitsort der Kaufsache angesiedelt.²³ Hiergegen wendet der Bundesgerichtshof zu Recht ein, der Verbraucherschutz werde bereits dadurch in ausreichendem Maße gewahrt, dass dem Verbraucher die Kosten des Transports in richtlinienkonformer Auslegung des § 439 Abs. 2 BGB erstattet werden.²⁴ Hieran vermag auch der mit der Einforderung der Vorschussleistung einhergehende organisatorische Aufwand nichts zu ändern.²⁵

(3) Subsumtion

Somit bleibt es für Verbrauchsgüterkaufverträge bei der Anwendung von § 269 Abs. 1, Abs. 2 BGB. Demnach kommt es primär auf die Frage an, ob zwischen K und B eine wirksame Parteivereinbarung über den Ort der Nacherfüllung getroffen wurde.

In Betracht kommt insoweit die ausdrückliche Vereinbarung, der „Erfüllungsort [liege] beim Verkäufer“. Allerdings

¹⁴ Hinsichtlich einer Neulieferung ergibt sich die Notwendigkeit einer Fristsetzung auch bei Verbrauchsgüterkäufen aus Art. 18 Abs. 2 Verbraucherrechte-Richtlinie.

¹⁵ Vgl. hierzu Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie; so auch *Looschelders*, Schuldrecht BT, 12. Aufl. 2017, Rn. 101. Nichtsdestotrotz muss der Verkäufer die reelle Chance haben, von dem Vorliegen eines Mangels Kenntnis zu erlangen. Daher bedarf es eines wirksamen Nacherfüllungsverlangens des Verbrauchers, *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 323 Rn. 51.

¹⁶ BGH NJW 2017, 2758 (2761).

¹⁷ BGH NJW 2017, 2758 (2759).

¹⁸ OLG München NJW 2007, 3214 ff.; *Ball*, NZV 2004, 217 (220 f.); *Lorenz*, NJW 2009, 1633 (1635).

¹⁹ *Huber*, NJW 2002, 1004 (1006); *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl. 2013, § 2 Rn. 183.

²⁰ Zu diesem Problemkreis vgl. *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 25. Aufl. 2015, Rn. 291a.

²¹ BGH NJW 2017, 2758 (2759); BGH NJW 2011, 2278 (2280 ff.). Zur Kritik: *Faust*, JuS 2011, 748 (751); *Ringe*, NJW 2012, 3393 (3396); *Artz*, ZJS 2011, 274 (275). Es wird insoweit insbesondere auf die damit für den Käufer einhergehende Rechtsunsicherheit verwiesen: Nimmt er fälschlicherweise an, der Erfüllungsort der Nacherfüllung liege an seinem Wohnsitz und bietet daher nicht die Lieferung der Sache an den wahren Nacherfüllungsort an, fehlt es an einem wirksamen Nacherfüllungsverlangen. Liefert er die Sache hingegen an den Wohnsitz oder den Sitz der Niederlassung des Verkäufers, obwohl sich der Nacherfüllungsort an seinem eigenen Wohnsitz befindet, stellt dies eine „partielle Selbstvornahme“ dar. Er muss dann selbst die Kosten tragen.

²² Eingehender *Faust*, JuS 2011, 748 (749).

²³ *Pammler*, in: juris Praxiskommentar zum BGB, Bd. 2, 8. Aufl. 2017, Stand: 1.12.2016, § 439 Rn. 44 m.w.N.

²⁴ BGH NJW 2017, 2758 (2760); BGH NJW 2011, 2278 (2281).

²⁵ Mit selbiger Argumentation hinsichtlich des Verständnisses des Merkmals „ohne erheblich Unannehmlichkeit“ im Sinne der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie EuGH NJW 2011, 2269 (2273).

kann sich diese Vereinbarung „angesichts der zuvor – wenn auch unwirksam – ausgeschlossenen Sachmängelgewährleistung nicht auf danach von vornherein nicht in Betracht zu ziehende Nachbesserungsansprüche bezieh[en]. Eine solche zu Lasten der Beklagten als Verwenderin des Vertragsformulars gehende Auslegung liegt schon nach der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB nahe“.²⁶

Da auch keine weiteren Anhaltspunkte dafür sprechen, den Ort der Nacherfüllung am Wohnsitz der Klägerin anzusiedeln, ist gemäß der Vermutung des § 269 Abs. 1 S. 2 BGB der Geschäftssitz des Verkäufers der Erfüllungsort der Nacherfüllung.²⁷

Hinweis: Der Fall gibt Anlass, sich die Funktion des § 269 Abs. 1 BGB vor Augen zu führen: Geregelt wird eine Vermutung lediglich für den Fall, dass der Vertrag oder die sonstigen Umstände keinen Aufschluss über den Erfüllungsort geben. Diese sind in einem Gutachten daher (zumindest knapp) zu erörtern.

(4) Zwischenergebnis

Somit ist der Nacherfüllungsort am Geschäftssitz der Beklagten in Berlin, § 269 Abs. 1, 2 BGB. K verbrachte den Pkw jedoch nicht nach Berlin, weil sie vorab vergeblich die Überweisung eines Transportkostenvorschusses in Höhe von 280 € verlangte.

Es stellte sich daher die Frage, ob für ein ordnungsgemäßes Nacherfüllungsverlangen „eine über die mit Fristsetzung erhobene Mängelbeseitigungsaufforderung hinausgehende vorbehaltlose Bereitschaft der Klägerin zum Transport des nicht fahrbereiten Pkw auf eigene Kosten an den Geschäftssitz der Beklagten in Berlin“²⁸ erforderlich war oder, ob es nicht vielmehr genügte, „dass die Klägerin – wenn auch ohne Erfolg – zeitnah einen nicht ersichtlich unangemessenen Transportkostenvorschuss von der Beklagten angefordert hat sowie alternativ bereit war, ihr selbst die Durchführung des Transports zu überlassen beziehungsweise [...] eine vorgängige Untersuchung des Fahrzeugs an dessen Belegenheitsort zu ermöglichen“.²⁹

bb) Transportkostenvorschuss

Nach § 439 Abs. 2 BGB hat ein Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Kosten zu tragen und der Käufer einen Kostenerstattungsanspruch.³⁰ Hierdurch soll die von Art. 3 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie geforderte Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung ge-

währleistet werden.³¹ § 439 Abs. 2 BGB „begründet in Fällen, in denen – wie hier – einen Nacherfüllung die Verbringung des Fahrzeugs an einen entfernt liegenden Nacherfüllungsort erfordert und bei dem Käufer deshalb Transportkosten zwecks Überführung des Fahrzeugs an diesen Ort anfallen, aber nicht nur einen Erstattungsanspruch gegen den Verkäufer. Der Käufer kann nach dem Schutzzweck des Unentgeltlichkeitsgebots vielmehr grundsätzlich schon vorab einen (abrechenbaren) Vorschuss zur Abdeckung dieser Kosten beanspruchen. Denn die dem Verkäufer auferlegte Verpflichtung, die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands der Kaufsache unentgeltlich zu bewirken, soll [...] den Verbraucher vor drohenden finanziellen Belastungen schützen, die ihn in Ermangelung eines solchen Schutzes davon abhalten könnten, solche Ansprüche geltend zu machen. Ein solcher Hinderungsgrund kann sich auch daraus ergeben, dass der Verbraucher mit entstehenden Transportkosten in Vorlage treten muss [...]“.³²

Damit steht – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts³³ – die Schutzintention der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie einer Zuordnung der Transportkosten zum gewöhnlichen Vertragsrisiko entgegen. Selbst wenn es sich nicht um besonders hohe Kosten handelt, muss zur Vermeidung erheblicher Unannehmlichkeiten der Verbraucherin jegliches Risiko erspart bleiben, einen Vorschussanspruch gerichtlich durchsetzen zu müssen.³⁴ Zudem stünde die Notwendigkeit einer gerichtlichen Anspruchsdurchsetzung kaum im Einklang mit dem Gebot einer Nacherfüllung innerhalb angemessener Frist zu gewährleisten.³⁵

cc) Zwischenergebnis

Demnach stellt die (erfolglose) Aufforderung der K an B, zeitnah einen nicht ersichtlich unangemessenen Transportkostenvorschuss zu zahlen oder selbst die Durchführung des Transports vorzunehmen, ein ordnungsgemäßes Nacherfüllungsverlangen und somit eine wirksame Fristsetzung dar. K musste den Pkw B nicht zur Überprüfung der erhobenen Mängelrüge an ihrem Geschäftssitz in Berlin zur Verfügung stellen.

b) Erfolgloser Ablauf der Frist

Diese Frist ist erfolglos abgelaufen.

²⁶ BGH NJW 2017, 2758 (2760).

²⁷ BGH NJW 2017, 2758 (2760).

²⁸ BGH NJW 2017, 2758 (2759).

²⁹ BGH NJW 2017, 2758 (2759). Würde die Fristsetzung verneint werden, würde die Frage des Vorschussanspruchs im Rahmen von § 440 BGB relevant; vgl. hierzu LG Berlin BeckRS 2016, 125330 Rn. 3.

³⁰ BGHZ 189, 196 (210); *Looschelders* (Fn. 15), Rn. 86; *Jacoby/v. Hinden*, Studienkommentar BGB, 15. Aufl. 2015, § 439 Rn. 15; *Lorenz/Arnold*, JuS 2014, 7 (9); *Staake*, EWiR 2017, 627 (628).

³¹ *Jacoby/v. Hinden* (Fn. 30), § 439 Rn. 15.

³² BGH NJW 2017, 2758 (2761); BGH NJW 2011, 2278 (2281); zustimmend *Staake*, EWiR 2017, 627 (628). Dies hatte der Bundesgerichtshof bereits in BGH NJW 2011, 2278 (2281) angedeutet, wobei die konkreten Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Vorschussanspruchs unklar blieben, *Schnell*, BB 2017, 2389.

³³ LG Berlin BeckRS 2016, 125330 Rn. 33.

³⁴ BGH NJW 2017, 2758 (2761).

³⁵ Vgl. Art. 3 Abs. 3 S. 3 Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie.

Hinweis: Kämen Sie im Rahmen einer Klausur zum geteilten Ergebnis, wäre die Problematik der unberechtigten Selbstvornahme im Kaufrecht anzusprechen.³⁶

5. Vertretenmüssen

Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 276 Abs. 2 BGB) zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses zu entnehmen ist, § 276 Abs. 1 S. 1 BGB. Da das Vertretenmüssen widerleglich vermutet wird, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB und sich B nicht exkulpieren kann, hat B die Pflichtverletzung zu vertreten.

6. Kein Ausschluss gem. § 281 Abs. 1 S. 2 BGB

Der Schadensersatzanspruch ist nicht gem. § 281 Abs. 1 S. 2 BGB ausgeschlossen.

7. Schaden

K erlitt zudem eine unfreiwillige Vermögenseinbuße, somit einen Schaden.

8. Ergebnis

Der Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB besteht.

IV. Bewertung

Indem der Bundesgerichtshof auch dann eine wirksame Fristsetzung annimmt, wenn der Verbraucher die Verbringung an den Erfüllungsort der Nacherfüllung bei einem bloß behaupteten Mangel³⁷ nur gegen Zahlung eines entsprechenden Vorschusses anbietet, hat er einen weiteren Schritt in Richtung eines umfassenden Verbraucherschutzes gemacht. Dies überzeugt, da der Verbraucher ansonsten die Kosten zunächst selbst tragen müsste und auf eine gerichtliche Geltendmachung verwiesen wäre. Angesichts der damit einhergehenden Belastungen und Unsicherheiten hinsichtlich einer späteren Erstattung (Prozess- und Insolvenzrisiko) wäre der Verbraucher von einer effektiven Geltendmachung seiner Gewährleistungsansprüche abgehalten.³⁸

Sollte sich nun herausstellen, dass der Transportkostenvorschuss aufgrund eines tatsächlich nicht bestehenden Mangels gewährt wurde, kann dem Unternehmer neben einem Kondiktionsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB³⁹ bei einem unberechtigten Nacherfüllungsverlangen ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zu-

stehen.⁴⁰ Allerdings liegt ein Verschulden nur vor, wenn der beanstandete Mangel dem Verantwortungsbereich des Käufers zuzuordnen ist.⁴¹

Damit die daraus resultierende Besserstellung des Verbrauchers in praktischer Hinsicht nicht ausfunkt, behält sich der Bundesgerichtshof ein mögliches Korrektiv vor. Insoweit formuliert er, es könne offen bleiben, „ob und unter welchen Voraussetzungen [ein entsprechender Sachverhalt] anders zu beurteilen sein könnte, wenn es sich etwa um einen fahrtüchtigen Pkw gehandelt hätte und die Entfernung zum Geschäftssitz des Verkäufers derart moderat gewesen wäre, dass die Frage einer Kostenerstattung normalerweise nicht thematisiert worden wäre, oder wenn Aufwand und Risiko sich in einem Rahmen gehalten hätten, der einen Käufer üblicherweise nicht von einer sofortigen Vorstellung seines Fahrzeugs zwecks Geltendmachung von Nacherfüllungsrechten abgehalten hätte.“⁴² Rechtsdogmatischer Anknüpfungspunkt für dieses Korrektiv könnte eine einschränkende Auslegung von § 439 Abs. 2 BGB oder § 242 BGB sein.

Anders als in der Entscheidung zum Erfüllungsort der Nacherfüllung⁴³ dürfte dem Bundesgerichtshof auch dahingehend zuzustimmen sein, dass es keiner Vorlage an den Europäischen Gerichtshof gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV bedürfte. Nach Art. 8 Abs. 2 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie sind die Mitgliedstaaten lediglich zu einer Mindestharmonisierung verpflichtet. Es steht ihnen somit frei, ein höheres Schutzniveau zu etablieren.⁴⁴ Ob die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie entsprechende Verbraucherrechte überhaupt vorsieht, bedürfte folglich keiner Klärung durch den Europäischen Gerichtshof.⁴⁵

Offenbleibt der Anwendungsbereich des Urteils, präziser die Frage, ob auch zwischen Unternehmern die (erfolglose) Aufforderung des Käufers, zeitnah einen nicht ersichtlich unangemessenen Transportkostenvorschuss zu zahlen oder selbst die Durchführung des Transports vorzunehmen, ein ordnungsgemäßes Nacherfüllungsverlangen und somit eine wirksame Fristsetzung darstellt. Zwar stellt die Argumentation des BGHs maßgeblich auf die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie und den Verbraucherschutz ab. Ein Transportkos-

³⁶ Hierzu einfühend *Marburger/Sutschet*, 20 Probleme aus dem Schuldrecht Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2006, S. 20 ff.; *Zurth*, JA 2014, 494 ff.

³⁷ Insoweit ist das Urteil „bemerkenswert“, *Wendehorst*, NJW 2017, 2758 (2762).

³⁸ BGH NJW 2017, 2758 (2761); *Müller/Schwarz*, GWR 2017, 397 (397); zur Kritik aus der Praxis beispielhaft *Schnell*, BB 2017, 2389.

³⁹ *Nemeczek*, NJW 2016, 2375 (2376); *Staudinger/Artz*, NJW 2011, 3121 (3123); *Wendehorst*, NJW 2017, 2758 (2762); *Müller/Schwarz*, GWR 2017, 397 (397).

⁴⁰ So zumindest nach Auffassung des Bundesgerichtshofs vgl. BGHZ 179, 238 (246); BGH NJW 2008, 1147 (1148); *Jacoby/v. Hinden* (Fn. 30), § 439 Rn. 4 a.A. OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 746 (746 m.w.N.). Ein Schaden käme insbesondere dann in Betracht, wenn der Verkäufer eine vorgängige Untersuchung des Fahrzeugs an dessen Belegenheitsort oder den Transport selbst vorgenommen hat.

⁴¹ BGH NJW 2008, 1147 (1148).

⁴² BGH, Urt. v. 19.7.2017 – VIII ZR 278/16, Rn. 40 (insoweit nicht in BGH NJW 2017, 2758 ff. abgedruckt). Dies dürfte sich als Lösungsweg für die bei *Schnell*, BB 2017, 2389 angedachte Problematik willkürlicher Behauptungen anbieten.

⁴³ Zur erheblichen Kritik *Faust*, JuS 2011, 748 (750); *Artz*, ZJS 2011, 274 (275).

⁴⁴ BGH NJW 2006, 613 (614); *Lorenz* (Fn. 2), Vorbem. vor § 474 Rn. 28.

⁴⁵ Anklingend bei *Wendehorst*, NJW 2017, 2758 (2762).

tenvorschuss aus § 439 Abs. 2 BGB besteht jedoch auch außerhalb von Verbrauchsgüterkaufverträgen.⁴⁶

Für zukünftige Fälle darf nicht übersehen werden, dass ab dem 1.1.2018 § 475 Abs. 6 BGB n.F. einen Vorschussanspruch (allein) für Verbrauchsgüterkaufverträge vorsieht. Zwar vermag ein *argumentum e contrario* intuitiv zu überzeugen.⁴⁷ Allerdings ist der Gesetzesbegründung jedenfalls keine ausdrückliche Begrenzung auf Verbrauchsgüterkaufverträge zu entnehmen. Vielmehr soll die bisherige – allein Verbrauchsgüterkaufverträge betreffende – Rechtsprechung des BGHs⁴⁸ kodifiziert werden.⁴⁹

V. Bedeutung für Studium und Ausbildung

Die besprochene Entscheidung betrifft Fragen, die im Kern der universitären Ausbildung stehen und sich geradezu aufdrängen, um im Rahmen einer (Examens-)Klausur geprüft zu werden. Entscheidend ist – wie regelmäßig – die Problematik zu erkennen und an der richtigen Stelle, also im Rahmen der Fristsetzung, zu erörtern.

Ref. iur. Yannick S. Chatard, Ref. iur. Luis Kleine Wortmann, Wiesbaden

⁴⁶ Vgl. *Faust*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 43. Ed., Stand: 15.6.2017, § 439 Rn. 13; *Büdenbender*, in: Dauner-Lieb/Langen, Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2016, § 439 Rn. 33; *Samhat*, JR 2014, 455 (458).

⁴⁷ So auch *Schnell*, BB 2017, 2389, der daher für eine Beschränkung auf den B2C-Bereich plädiert.

⁴⁸ BGH NJW 2011, 2278 (2281).

⁴⁹ Vgl. BT-Drs. 18/8486, S. 45.