

# Oberlandesgericht Braunschweig

## BESCHLUSS

§§ 275, 433, 439 BGB

- 1. Aus dem Umstand, dass der Verkäufer eines tageszugelassenen Pkw kein Fahrzeug mehr im Bestand hat, das den vertragsgemäßen Ausstattungsumfang aufweist, folgt noch nicht, dass ihm die Nacherfüllung durch Ersatzlieferung im Sinne von § 275 Abs. 1 BGB unmöglich ist.**
- 2. Die Unverhältnismäßigkeit der Kosten i. S. v. § 439 Abs. 3 BGB bestimmt sich nicht nach dem Verhältnis der Nacherfüllungskosten zum Kaufpreis, sondern zum objektiven Wert der mangelfreien Sache.**
- 3. Bei dem in der Differenz von Kaufpreis und Wert liegenden Nachteil eines für den Verkäufer "schlechten" Geschäfts handelt es sich um einen Verlust, welcher der vertraglich vereinbarten Äquivalenz entspringt und der deshalb bei der Zumutbarkeitsprüfung des § 439 Abs. 3 BGB außer Betracht zu bleiben hat.**

OLG Braunschweig, Beschluss vom 04.02.2003, Az.: 8 W 83/02

### **Tenor:**

Auf die sofortige Beschwerde der Klägerin wird der Beschluss des Landgerichts Braunschweig vom 5. November 2002 - 5 O 1417/02 (202) - abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Beklagten auferlegt.

Die Beklagte trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf die Wertstufe bis 1.800,00 € festgesetzt.

### **Gründe:**

I.

Die Klägerin erwarb im April 2002 bei der Beklagten, einer gewerblichen Autohändlerin, einen am 31. März 2002 erstzugelassenen Pkw Seat Ibiza mit einer Laufleistung von 10 km zu einem Preis von 11.390,00 €. Die Beklagte hatte das Fahrzeug im Internet und auch mit der im Fahrzeug ausliegenden Ausstattungsbeschreibung "ABS, 4 Airbags" angeboten. Das Fahrzeug wies jedoch die vorstehenden Merkmale nicht auf, sondern verfügte über kein ABS und nur 2 Airbags. Die Klägerin forderte die Beklagte vorgerichtlich vergeblich zur Nachlieferung in Form der Lieferung eines mangelfreien Fahrzeuges, d.h. eines Fahrzeuges mit den genannten Ausstattungsmerkmalen, auf. Das Angebot der Beklagten, das Fahrzeug gegen Rückerstattung des Kaufpreises zurückzunehmen oder einen nachträglichen Kaufpreinsnachlass von 200,00 € zu gewähren, hatte die

Klägerin bereits abgelehnt, als sie erstmals des Fehlen der Seitenairbags und das Fehlen des ABS gerügt hatte.

Gegen die von der Klägerin erhobene Klage auf Nachlieferung in Form der Lieferung eines mangelfreien Fahrzeuges gegen Rücknahme des streitbefangenen Fahrzeuges hat sich die Beklagte u.a. damit verteidigt, die Nachlieferung sei für sie nicht zumutbar. Hierzu hat die Beklagte behauptet, die begehrte Nacherfüllung in Form einer Ersatzlieferung sei nicht mehr möglich, weil sie - die Beklagte - ein gleichartiges Kraftfahrzeug mit der Ausstattung "ABS, 4 Airbags" nicht in ihrem Bestand habe und dies auch nicht mehr besorgen könne. Dies wäre für sie auch unzumutbar, weil das gekaufte Fahrzeug durch die Benutzung der Klägerin im Wert gesunken sei. Außerdem habe die Klägerin das Fahrzeug zu einem besonders günstigen Preis erworben. Ein entsprechendes Fahrzeug sei nach der Schwacke-Liste nur zu einem Listenpreis von 14.901,00 € und mit den zwei weiteren Airbags und dem ABS zu einem um 750,00 € höheren Preis, mithin nur für 15.651,00 € zu bekommen.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht Braunschweig hat die Klägerin beantragt, die Beklagte zur Nachlieferung eines Fahrzeugs mit den genannten Ausstattungsbestandteilen Zug um Zug gegen Rückgabe des gelieferten Fahrzeuges zu verurteilen. Hilfsweise für den Fall der Unzumutbarkeit hat sie beantragt, die Klägerin zu verurteilen, das streitbefangene Fahrzeug mit dem ABS-System und zwei Seitenairbags nachzurüsten, darüber hinaus weiterhin Hilfsweise für den Fall, dass auch dies für die Beklagte unzumutbar sein sollte, die Beklagte zu verurteilen, einen Minderungsbetrag von 1.000,00 € an die Klägerin zu zahlen.

Auf Vorschlag des Gerichts haben sich die Parteien sodann durch gerichtlichen Vergleich darauf verständigt, dass die Beklagte einen einmaligen Betrag von 750,00 € an die Klägerin zahlt, und ferner, dass das Gericht über die Kosten des Rechtsstreits nach § 91 a ZPO entscheidet.

Das Landgericht Braunschweig hat daraufhin die Kosten des Rechtsstreits zu 93 % der Klägerin und zu 7 % der Beklagten auferlegt. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass der Klägerin ein Anspruch auf Nacherfüllung in Form der Nachlieferung nicht zugestanden habe. Das ergebe sich daraus, dass die Beklagte zur Beschaffung des nachzuliefernden Fahrzeuges ca. 3.500,00 € zusätzlich hätte aufwenden müssen. Demgegenüber sei der Mangel - fehlende Seitenairbags und ABS - unstrittig mit nur 750,00 € zu bewerten, was auch den Nachrüstungskosten entspreche.

Gegen diesen, der Klägerin am 6. November 2002 zugestellten Beschluss, hat die Klägerin mit am 18. November 2002 eingegangenen Schriftsatz sofortige Beschwerde eingelegt, welche sie mit weiterem Schriftsatz vom 28. November 2002 begründet hat. Wegen der Einzelheiten wird auf Blatt 38 bis 41 d.A. Bezug genommen. Das Landgericht hat mit Nichtabhilfebeschluss vom 12. Dezember 2002 die sofortige Beschwerde dem Oberlandesgericht Braunschweig zur Entscheidung vorgelegt. Die Beklagte verteidigt die angefochtene Entscheidung unter Wiederholung ihres bisherigen Vorbringens.

## II.

Die sofortige Beschwerde ist gem. §§ 91 Abs. 2 Satz 1, 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zulässig. Sie ist insbesondere form- und fristgerecht gem. § 569 Abs. 1 und 2 ZPO eingelegt worden. Dass die sofortige Beschwerde mit einem gesonderten Schriftsatz vom 28. November 2002, mithin außerhalb der Zwei-Wochen-Frist für ihre Einlegung, begründet worden ist, ist unschädlich. Die Begründung der sofortigen Beschwerde ist nicht zwingender Bestandteil der innerhalb der Notfrist des § 569 Abs. 1 ZPO einzureichenden Beschwerdeschrift (§§ 569 Abs. 2, 571 Abs. 1 ZPO).

Die sofortige Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

Nach dem zum Zeitpunkt des am 30. August 2002 geschlossenen Vergleiches maßgeblichen Sach- und Streitstand sind nach billigem Ermessen die Kosten des Rechtsstreits der Beklagten aufzuerlegen, § 91 a Abs. 1 ZPO.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts war der von der Klägerin geltend gemachte Nacherfüllungsanspruch auf Nachlieferung gem. § 439 Abs. 1, 2. Alternative BGB begründet.

Dass das durch die Klägerin von der Beklagten erworbene Fahrzeug aufgrund des Fehlens der zwei Seitenairbags und des ABS mit Mängeln behaftet war, welche die Klägerin grundsätzlich zur Geltendmachung von Gewährleistungsrechten berechtigte, hat das Landgericht zutreffend festgestellt. Da dies von den Parteien nicht mehr in Frage gestellt wird, bedarf es hierzu keiner weiteren Erörterungen.

Indes hält die Auffassung des Landgerichts, die Beklagte habe die Erfüllung des von der Klägerin geltend gemachten Nachlieferungsanspruchs zu Recht gemäß § 439 Abs. 3 Satz 1 BGB verweigert, einer Überprüfung nicht Stand.

Zunächst ist hervorzuheben, dass der Beklagten nicht das Recht zustand, die Nacherfüllung in Form der Nachlieferung wegen Unmöglichkeit (§ 275 BGB), zu verweigern. Hiervon ist offenbar auch das Landgericht ausgegangen, ohne dies jedoch in der angefochtenen Entscheidung kenntlich zu machen. Denn die Beklagte hat nichts Substantiiertes vorgetragen, woraus sich die Unmöglichkeit der Nachlieferung ergeben könnte. Unabhängig davon hat sie für ihre entsprechende - pauschale - Behauptung trotz Bestreitens der Klägerin keinen Beweis angeboten. Allein aus dem Umstand, dass die Beklagte womöglich kein Fahrzeug mehr im Bestand hat, das den vertragsgemäßen Ausstattungsumfang aufweist, folgt noch keine Unmöglichkeit im Sinne von § 275 Abs. 1 BGB. Der teilweise vertretenen Auffassung, die Unterscheidung zwischen Gattungs- und Stückschulden sei auch nach Einführung des neuen Schuldrechts weiterhin von Bedeutung, weil die Ersatzlieferung als Form der Nacherfüllung bei einem Stückkauf von vornherein auszuschließen habe, da die Lieferung einer anderen als der geschuldeten Sache nicht zum Pflichtenprogramm des Verkäufers gehöre (St. Lorenz, JZ 2001, 742, 743 und 744), kann nicht gefolgt werden. Diese einschränkende Sicht entspricht nicht der Intention der Neufassung des Kaufrechts. Die Einführung der Pflicht zur mangelfreien Lieferung (§ 433 Abs. 1 Satz 2 BGB) und das daran anknüpfende Nacherfüllungsrecht (§ 439 Abs. 1 BGB) beruhen gerade auf dem Gedanken, dass der Verkäufer das Leistungsinteresse des Käufers durch Lieferung einer (nicht: der) mangelfreien Sache zu erfüllen hat. Unmöglichkeit dieser Leistungspflicht kann daher nur eintreten, wenn der Verkäufer eine mangelfreie Sache der geschuldeten Art nicht beschaffen kann (Bitter/Meidt, Nacherfüllungsrecht und Nacherfüllungspflicht des Verkäufers im neuen Schuldrecht, ZIP 2001, 2114, 2119; vgl. auch die Begründung zu § 275 Abs. 1 des Regierungsentwurfes, BT-Drucksache 14/6040, Seite 129). Da es vorliegend nicht ohne weiteres auf der Hand liegt, dass ein gleichartiges Fahrzeug mit Seitenairbags und ABS auf dem Markt nicht mehr zu beschaffen ist, bedurfte es für die Darlegung der Voraussetzungen der Unmöglichkeit eines entsprechenden vereinzelt Sachvortrages seitens der Beklagten, welcher jedoch fehlt.

Demzufolge ist für die Beurteilung des Verweigerungsrechts der Beklagten allein entscheidend, ob die Nachlieferung mit nur unverhältnismäßigen Kosten möglich gewesen wäre (§ 439 Abs. 3 Satz 1, 2. Halbsatz BGB). Das ist bereits unter Zugrundelegung des tatsächlichen Sachvortrages der Beklagten nicht der Fall.

Die Bezugnahme des Gesetzes auf den "Wert der Sache in mangelfreiem Zustand" (§ 439 Abs. 3 Satz 2 BGB) macht deutlich, dass sich die Unverhältnismäßigkeit der

Kosten nicht etwa nach dem Verhältnis der Nacherfüllungskosten zum Kaufpreis, wie dass das Landgericht angenommen hat, sondern zum objektiven Wert der Sache bestimmt. Diese Bezugnahme auf den Wert der Sache ist deshalb gerechtfertigt, weil der Verkäufer im Falle eines sogenannten Schnäppchens für den Käufer den in der Differenz von Kaufpreis und Wert liegenden Verlust bereits durch das für ihn - den Verkäufer - "schlechte Geschäft" erlitten hat; es handelt sich also um einen Verlust, welcher der vertraglich vereinbarten Äquivalenz entspringt und der deshalb bei der Zumutbarkeitsprüfung des § 439 Abs. 3 entgegen der Auffassung des Landgerichts vollständig außer Betracht zu bleiben hat (vgl. Bitter/Meidt, a.a.O., 2121). Die Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllungskosten kann sich auch in diesen Fällen nur aus dem Vergleich zum Wert der vertraglich geschuldeten Sache ergeben (Bitter/Meidt, a.a.O.).

Unter Zugrundelegung der von der Beklagten selbst angegebenen Marktsituation bedeutet das für den vorliegenden Fall Folgendes: Die Nacherfüllungskosten betragen 750,00 €. Dies ist der Betrag, der nach dem Vorbringen der Beklagten sowohl für die Nachrüstungskosten als auch für die mit der Nachlieferung und Rücknahme des klägerischen Fahrzeuges verbundenen Mehrkosten anzusetzen ist. Hinsichtlich des letztgenannten Betrages hat ein etwaiger Wertverlust des klägerischen Fahrzeuges durch Eintragung eines weiteren Halters sowie durch den zwischenzeitlichen Gebrauch außer Betracht zu bleiben. Denn es ist nichts Substantiiertes dazu vorgetragen, in welcher Höhe hier ein weitergehender Wertverlust eingetreten ist. Die damit einheitlich mit 750,00 € zu veranschlagenden Nacherfüllungskosten machen in Bezug auf den Wert der mangelfreien Sache, der nach dem Vorbringen der Beklagten 15.651,00 € beträgt, einen Anteil von lediglich 4,7 % aus, so dass eine Unverhältnismäßigkeit im Sinne von § 439 Abs. 3 Satz 1, 2. Halbsatz BGB nicht vorlag.

Da die Klägerin demzufolge mit ihrem Hauptantrag auf Nacherfüllung in Form der Nachlieferung nach dem maßgeblichen Sach- und Streitstand obsiegt hätte, waren der Beklagten unter Abänderung der landgerichtlichen Kostenentscheidung die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen.

Die Kostenentscheidung für das Beschwerdeverfahren ergibt sich aus § 91 Abs. 1 ZPO.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren war entsprechend dem geltend gemachten Interesse an der Abänderung der angefochtenen Entscheidung auf 93 % der in erster Instanz entstandenen Kosten festzusetzen.