

## 08/2022

25. JAHRGANG  
SEITEN 511-580



## IHR EXAMENSWISSEN EXAMENSRELEVANTE ENTSCHEIDUNGEN KLAUSURTYPISCH AUFBEREITET

---

### ZIVILRECHT

- Kein Transportkostenvorschuss für den Käufer, wenn Verkäufer Abholung der mangelhaften Sache anbietet
- Kein Notwegrecht, wenn es nur um Zugang zur Garage geht!
- kompakt: Auch wenn es das LG Berlin nicht wahrhaben will: Keine automatische Mietminderung bei Baulärm!!! (Bestätigung des „Bolzplatzurteils“)

### STRAFRECHT

- Raub: Anforderungen an den Einsatz der qualifizierten Nötigungsmittel – Abgrenzung zum Diebstahl
- Rücktritt: Erreichung eines außertatbestandlichen Handlungsziels steht einem Rücktritt nicht entgegen

### ÖFFENTLICHES RECHT

- Pflicht zur Beteiligung von Anwohnern und standortnahen Gemeinden an Windparks
- Eilrechtsschutz gegen ärztliche Untersuchungsanordnung im Beamtenrecht

### TYPISCHE KLAUSURPROBLEME

---

- Dieselskandal Update: Wichtige Entscheidungen des BGH der letzten Jahre zur Haftung von Verkäufer und Hersteller

### GRUNDFÄLLE

---

- Der Schutz des unwissenden Erben
- Nachbarn

### HEMMER.LIFE

---

- „Psychische Belastung bei Jurastudierenden“ An der Studie teilnehmen und ein individuelles Stressprofil erhalten.



# E-BOOK LIFE&LAW AUGUST 2022

**Autoren: Tyroller/Berberich/d'Alquen/Grieger**

# INHALTSVERZEICHNIS

## ZIVILRECHT

### 1 KEIN TRANSPORTKOSTENVORSCHUSS FÜR DEN KÄUFER, WENN VERKÄUFER ABHOLUNG DER MANGELHAFTEN SACHE ANBIETET

#### A) Sounds

#### B) Problemaufriss

#### C) Lösung

#### I. Anspruch auf Rückzahlung nach § 346 I BGB wegen des Rücktritts

##### 1. Wirksamer Kaufvertrag nach § 433 BGB

##### 2. Rücktrittserklärung des V, § 349 BGB

##### 3. Vorliegen eines Sachmangels bereits bei Gefahrübergang

###### a) Subjektiver Mangel gem. § 434 Var. 1 i.V.m. § 434 II S. 1 Nr. 1 BGB

###### b) Objektiver Mangel gem. § 434 I Var. 2 i.V.m. § 434 III S. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 2 BGB

###### c) Vorliegen des Mangels bereits zur Zeit des Gefahrübergangs, § 446 S. 1 BGB, aufgrund der Vermutungswirkung des § 477 I S. 1 BGB

##### 4. Voraussetzungen des § 323 I BGB

###### a) Fälliger Anspruch auf Mangelbeseitigung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I Alt. 1 BGB

###### b) Einredefreiheit des Anspruches auf Nacherfüllung

###### aa) Einordnung des § 439 V BGB als echte Rechtspflicht oder bloße Obliegenheit

###### (1) Nach e.A. echte Rechtspflicht

###### (2) Nach a.A. weiterhin (gesetzlich normierte) Obliegenheit des Käufers

###### (3) Stellungnahme

###### bb) Zwischenergebnis

###### c) Erfolgloser Ablauf einer angemessen gesetzten Nacherfüllungsfrist, § 323 I BGB

###### aa) Problem: Lag überhaupt ein taugliches Nacherfüllungsverlangen der K vor?

###### bb) Hier durfte K die Verbringung des Pferdes zu V nicht von der Zahlung eines Transportkostenvorschusses abhängig machen

###### (1) Nacherfüllungsort lag beim Verkäufer

###### (2) K durfte aber keinen Vorschuss auf die Transportkosten verlangen

###### (a) Sind und Zweck des Vorschusses

###### (b) Versagung eines Vorschusses ist auch mit Art. 14 I a) Warenkauf-RL vereinbar

###### (c) Versagung eines Vorschusses ist auch keine erhebliche Unannehmlichkeit i.S.d. § 475 V HS 2 BGB bzw. Art. 14 I c) Warenkauf-RL

###### (3) Ergebnis

#### II. Endergebnis

#### D) Kommentar

#### E) Wiederholungsfrage

#### F) Zur Vertiefung

## 2 KEIN NOTWEGRECHT, WENN ES NUR UM ZUGANG ZUR GARAGE GEHT!

### A) Sounds

### B) Problemaufriss

### C) Lösung

- I. Notwegrecht nach § 917 I S. 1 BGB
  1. K ist als Eigentümer eines Grundstücks grds. Notwegberechtigter
  2. Benutzungsverlangen des K
  3. Fehlen einer Grundstücksverbindung mit einem öffentlichen Weg, die für eine ordnungsgemäße Benutzung des Grundstücks notwendig ist
    - a) Grundstück des K ist vorliegend nicht verbindungslos
    - b) Fehlen einer zur „ordnungsmäßigen Benutzung des Grundstücks notwendigen Verbindung?“
      - aa) Ordnungsmäßige Benutzung orientiert sich an objektiven Gesichtspunkten
      - bb) Erreichbarkeit mit Kfz genügt grds.
      - cc) Baurechtlich zulässige Errichtung der Garagen rechtfertigt kein anderes Ergebnis
      - c) Teilverbindungslosigkeit wegen nutzlos gewordener Garagen?
        - aa) Teilverbindungslosigkeit kann zwar im Einzelfall ein Notwegrecht begründen
        - bb) Bei Wohngrundstück gehört Abstellen von Kfz nicht zur ordnungsmäßigen Benutzung
        - d) Langjährige Nutzung des Garagenbaus kann kein Notwegrecht begründen
  4. Ergebnis
- II. Kein Wegerecht kraft Gewohnheitsrecht
- III. Endergebnis

### D) Kommentar

### E) Wiederholungsfragen

### F) Zur Vertiefung

## 3 KOMPAKT: AUCH WENN ES DAS LG BERLIN NICHT WAHRHABEN WILL: KEINE AUTOMATISCHE MIETMINDERUNG BEI BAULÄRM!!! (BESTÄTIGUNG DES „BOLZPLATZURTEILS“)

### A) Sound

### B) Problemaufriss

### C) Lösung

- I. Anspruch aus § 535 II BGB
- II. Minderung nach § 536 I S. 2 BGB
  1. Keine konkludente Vereinbarung einer Sollbeschaffenheit
  2. Lärmfreiheit auch keine allgemeine Beschaffenheit
    - a) Grundsätze zur Auslegung
    - b) Kein Mangel, wenn auch der Vermieter nach § 906 BGB die Geräuschimmission dulden muss
- III. Endergebnis

# STRAFRECHT

## **4 RAUB: ANFORDERUNGEN AN DEN EINSATZ DER QUALIFIZIERTEN NÖTIGUNGSMITTEL – ABGRENZUNG ZUM DIEBSTAHL**

### **A) Sounds**

### **B) Problemaufriss**

### **C) Lösung**

#### **I. Strafbarkeit wegen Raubes, § 249 I StGB**

- 1. Wegnahme einer fremden beweglichen Sache**
- 2. Anwendung eines qualifizierten Nötigungsmittels**
  - a) Gewalt gegen eine Person**
    - aa) Entreißen der Tasche**
    - bb) „Vorherige Gewaltanwendungen“**
    - cc) Nachträgliche Gewaltanwendung**
  - b) Qualifizierte Drohung**

#### **II. Strafbarkeit wegen Diebstahls, § 242 I StGB**

#### **III. Ergebnis**

### **D) Kommentar**

### **E) Wiederholungsfragen**

### **F) Zur Vertiefung**

## **5 RÜCKTRITT: ERREICHUNG EINES AUSSERTATBESTÄNDLICHEN HANDLUNGSZIELS STEHT EINEM RÜCKTRITT NICHT ENTGEGEN**

### **A) Sounds**

### **B) Problemaufriss**

### **C) Lösung**

#### **I. Strafbarkeit des A wegen versuchten Mordes gem. §§ 212 I, 211, 22, 23 I StGB**

- 1. Vorprüfung**
- 2. Tatentschluss**
  - a) Bezüglich § 212 I StGB**
  - b) Bezüglich § 211 StGB**
- 3. Unmittelbares Ansetzen**
- 4. Rechtswidrigkeit und Schuld**
- 5. Kein Rücktritt, § 24 I StGB**
  - a) Kein Fehlschlag**
  - b) Beendeter oder unbeendeter Versuch**
  - c) Aufgeben der Tat gem. § 24 I S. 1 Alt. 1 StGB**
  - d) Freiwilligkeit**

#### **II. Strafbarkeit des A wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I StGB**

- 1. Tatbestand des § 223 I StGB**
  - a) Objektiver Tatbestand**

- b) Subjektiver Tatbestand
- 2. Tatbestand des § 224 I StGB
  - a) Objektiver Tatbestand
  - b) Subjektiver Tatbestand
- 3. Rechtswidrigkeit und Schuld

VIII. Gesamtergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

# ÖFFENTLICHES RECHT

## 6 PFLICHT ZUR BETEILIGUNG VON ANWOHNERN UND STANDORTNAHEN GEMEINDEN AN WIND-PARKS

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

- I. Verletzung des Art. 12 I GG
  - 1. Schutzbereich des Art. 12 I GG
  - 2. Eingriff
  - 3. Rechtfertigung

II. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

## 7 EILRECHTSSCHUTZ GEGEN ÄRZTLICHE UNTERSUCHUNGSANORDNUNG IM BEAMTENRECHT

A) Sound

B) Problemaufriss

C) Lösung

- I. Verletzung des Art. 19 IV S. 1 GG
  - 1. Schutzbereich des Art. 19 IV GG
  - 2. Nichteinhaltung dieser Maßstäbe im vorliegenden Fall
    - a) Rechtsauffassung des VGH Baden-Württemberg und des BVerwG
    - b) Unvereinbarkeit dieser Rechtsprechung mit Art. 19 IV S. 1 GG
      - aa) Erhebliches Prognoserisiko für die Beschwerdeführerin
      - bb) Keine Missbrauchsgefahr
      - cc) Kein anderes Ergebnis aufgrund der verfassungsrechtlich verankerten Treuepflicht
      - dd) Gefahr disziplinarrechtlicher Sanktionen

ee) Kein ausreichender nachträglicher Rechtsschutz

c) Beruhen

II. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

# TYPISCHE KLAUSURPROBLEME

## DIESELSKANDAL UPDATE: WICHTIGE ENTSCHEIDUNGEN DES BGH DER LETZTEN JAHRE ZUR HAFTUNG VON VERKÄUFER UND HERSTELLER<sup>1</sup>

A) Einleitung

B) Haftung des Verkäufers

I. Mangelhaftigkeit, § 434 BGB

II. Nacherfüllungsanspruch, §§ 437 Nr. 1, 439 BGB

1. Nachlieferung, § 439 I Alt. 2 BGB

2. Nachbesserung, § 439 I Alt. 1 BGB

III. Fristsetzung bei möglicher Nacherfüllung entbehrlich?

1. Rechtslage außerhalb des Verbrauchsgüterkaufrechts

a) § 323 II Nr. 3 BGB

b) § 440 S. 1 Var. 3 BGB

2. Rechtslage beim Verbrauchsgüterkaufrecht ab 2022

C) Haftung des Herstellers

I. Allgemeines

II. Der Anspruch aus §§ 826, 31 BGB

1. Die Entscheidung vom 25.05.2020

a) Schadenszufügung

b) Vorsatz

c) Sittenwidrigkeit

d) Rechtsfolge

2. Folgeentscheidungen des BGH zu Einzelfragen

a) Deliktzinsen

(1) Prozesszinsen

(2) Verzugszinsen

(3) Deliktzinsen

b) Verjährung des Anspruchs aus § 826 BGB

c) Sog. Restschadensersatz gem. § 852 BGB trotz Verjährung?

d) Minderung des Kaufpreises als denkbare Rechtsfolge?

e) Weitere Schadenspositionen

(1) Unmittelbar dem Erwerb dienende Aufwendungen

- (2) Folgeinvestitionen
- (3) Vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten
- f) Schadensersatz bei Leasingfahrzeugen

#### D) Fazit

# GRUNDFÄLLE

## DER SCHUTZ DES UNWISSENDEN ERBEN

### A) Einordnung

### B) Gliederung

### C) Lösung Frage 1

1. Grundeigentum
2. Wesentliche Bestandteile, § 93 BGB, und die Ergänzung aus § 94 BGB
3. Mit dem Grundstück verbundene Rechte nach § 96 BGB
4. Zubehör i.S.d. § 97 BGB
5. Scheinbestandteile, § 95 BGB

### D) Lösung Frage 2

1. Positive Befugnisse
2. Befugnisse negativen Charakters
3. Gesetzlich eingeschränkte Reichweite, §§ 904 ff. BGB

### E) Lösung Frage 3

1. Anspruch aus § 1004 I S. 2 BGB
  - a) Anspruchsteller ist Eigentümer
  - b) Eigentumsbeeinträchtigung
  - c) Anspruchsgegner ist Störer
  - d) Wiederholungsgefahr
  - e) Duldungspflicht aus § 1004 II BGB
1. Anspruch aus § 862 BGB
2. Anspruch aus § 823 I BGB
3. Ergebnis

### F) Zusammenfassung

### G) Zur Vertiefung

## NACHBARN

### A) Sound

### B) Gliederung

### C) Lösung

**Strafbarkeit des G**



## **I. Raub, § 249 I StGB**

### **1. Objektiver Tatbestand**

- a) Diebstahlskomponente
- b) Nötigungskomponente
- c) Finale Verknüpfung zwischen Diebstahls- und Nötigungskomponente

### **2. Ergebnis**

## **II. Besonders schwerer Fall des Diebstahls, §§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 6 StGB**

### **1. Objektiver Tatbestand**

### **2. Subjektiver Tatbestand**

### **3. Rechtswidrigkeit und Schuld**

### **4. Besonders schwerer Fall des Diebstahls, § 243 I S. 2 Nr. 6 StGB**

### **III. Ergebnis**

**D) Zusammenfassung**

**E) Zur Vertiefung**

# **HEMMER.LIFE**

# **DEMNÄCHST**

# ZIVILRECHT

BGH, URTEIL VOM 30.03.2022, VIII ZR 109/20, ZIP 2022, 1056 FF. = JURISBYHEMMER

## 1 KEIN TRANSPORTKOSTENVORSCHUSS FÜR DEN KÄUFER, WENN VERKÄUFER ABHOLUNG DER MANGELHAFTEN SACHE ANBIETET

+++ Verbrauchsgüterkauf über Pferd +++ Anspruch auf Mängelbeseitigung +++ Gelegenheit zur Nacherfüllung  
+++ Ordnungsgemäßes Nacherfüllungsverlangen +++ Transportkostenvorschuss +++ §§ 90a, 434, 437, 439,  
474, 475 IV BGB +++

**Sachverhalt (leicht abgewandelt):** K erwarb als Verbraucherin am 15.03.2022 von dem gewerblichen Pferdezüchter V einen fünf Jahre alten Oldenburger Wallach zum Kaufpreis von 12.000 €.

Ab Mitte Mai 2022 rügte die K gegenüber dem V mehrmals ein „Zungenstrecken“ des Pferdes, eine laut Sachverständigem behandelbare Schmerzäußerung, und forderte ihn jeweils unter Fristsetzung bis zum 30.06.2022 zur Mangelbeseitigung und Zahlung eines Transportkostenvorschusses auf.

V erklärte sich (mehrfach) zur Nachbesserung bereit und bot an, das Pferd hierzu am Stall abzuholen, was K ablehnte. Stattdessen sollte er einen Transportkostenvorschuss von 1.200 € zahlen, damit sie den Transport des Tieres zu ihm selbst durchführen könne. Damit wiederum war der V nicht einverstanden.

Nachdem sowohl die Nachbesserungs- als auch Vorschussfrist abgelaufen war, erklärte K am 04.07.2022 den Rücktritt vom Kaufvertrag.

**Kann K von V die Rückzahlung der 12.000 € Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des Pferdes verlangen?**

### A) Sounds

1. Ein taugliches Nacherfüllungsverlangen des Käufers setzt die Zurverfügungstellung der Kaufsache am Erfüllungsort der Nacherfüllung voraus.

2. Erfordert die Nacherfüllung hiernach eine Verbringung der Kaufsache an einen entfernt liegenden Nacherfüllungsort und fallen beim Käufer hierfür Transportkosten an, begründet die Kostentragungsregelung des § 439 II BGB als eigene Anspruchsgrundlage einen Erstattungsanspruch gegen den Verkäufer.

3. Bei einem Verbrauchsgüterkauf kann der Käufer nach § 475 IV BGB grundsätzlich schon vorab einen (abrechenbaren) Vorschuss zur Abdeckung dieser Kosten verlangen.

4. Ein solcher Anspruch auf Zahlung eines (abrechenbaren) Transportkostenvorschusses steht dem Verbraucher grundsätzlich nicht zu, wenn der Verkäufer zu einer für den Verbraucher unentgeltlichen Abholung der Kaufsache und deren Verbringung zum Erfüllungsort bereit ist.

### B) Problemaufriss

Problematisch war im vorliegenden Fall die Frage, ob das Nacherfüllungsverlangen der K ordnungsgemäß war.

Der Käufer hat nämlich die **Obliegenheit, sich** beim gegenseitigen Vertrag **selbst vertragstreu zu verhalten**.

Dazu gehört, dass der Käufer dem Verkäufer die Kaufsache am Erfüllungsort der Nacherfüllung zur Verfügung stellt. Tut er dies nicht, so liegt kein taugliches Nacherfüllungsverlangen vor.<sup>1</sup>

1 Vgl. dazu bereits BGH, **Life&LAW 06/2010, 366 ff.** = NJW 2010, 1448 ff. = **jurisbyhemmer** sowie BGH, **Life&LAW 11/2017, 735 ff.** = NJW 2017, 2758 ff. = **jurisbyhemmer**.

Nach der bis zum 31.12.2021 geltenden Rechtslage hatte der Käufer zwar keine Rechtspflicht, dem Verkäufer die Nacherfüllung zu ermöglichen. Es handelte sich aber um eine Obliegenheit, welcher ein Käufer im eigenen Interesse nachzukommen hat, wenn er die in § 437 Nr. 2 und 3 BGB aufgeführten Rechte geltend machen will. Diese Obliegenheit umfasst auch die Bereitschaft des Käufers, dem Verkäufer die Kaufsache zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen für eine Untersuchung zur Verfügung zu stellen.

Das hier zu besprechende Urteil des BGH erging noch zur „alten“ Rechtslage. Für die Besprechung in der **Life&LAW** haben wir den Fall ins Jahr 2022 verlagert, um der Frage nachzugehen, ob sich durch die Einfügung des § 439 V BGB mit Wirkung zum 01.01.2022 etwas geändert hat.

**§ 439 V BGB lautet:** „Der Käufer *hat* dem Verkäufer die Sache zum Zweck der Nacherfüllung zur Verfügung zu stellen.“

Einigkeit besteht, dass das Ergebnis identisch bleibt. Umstritten ist aber, ob es sich bei § 439 V BGB weiterhin um eine bloße Obliegenheit oder inzwischen um eine echte Rechtspflicht des Käufers handelt. Je nachdem ändert sich die Begründung des Ergebnisses.

Und wie Sie es vielleicht schon erwarten, ist diese Frage umstritten.

## C) Lösung

Fraglich ist, ob K gegen V ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübergang des Pferdes zusteht.

### I. Anspruch auf Rückzahlung nach § 346 I BGB wegen des Rücktritts

Ein Anspruch auf Kaufpreistrückzahlung Zug um Zug gegen Rückgabe des Pferdes könnte sich aus §§ 346 I, 348, 320 I, 322 I BGB ergeben, wenn K wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten wäre. In Betracht kommt ein Rücktritt vom Vertrag gem. §§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 323 I BGB wegen des erfolglosen Ablaufes einer von K gesetzten angemessenen Frist zu Nacherfüllung.

#### Kurzgliederung zum Fall

1. Wirksamer KV (= gegenseitiger Vertrag)
2. Rücktrittserklärung, § 349 BGB
3. Vorliegen eines Mangels (§ 434 BGB) bei Gefahrübergang (§ 446 S. 1 BGB)
4. Voraussetzungen des § 323 BGB
  - a) Fälliger und einredefreier Anspruch auf Nacherfüllung, §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB
  - b) Erfolgreicher Ablauf einer gesetzten Nachfrist (§ 323 I BGB) bzw. Entbehrlichkeit (§ 475d I BGB)

### 1. Wirksamer Kaufvertrag nach § 433 BGB

V und K haben am 15.03.2022 durch Angebot und Annahme (§§ 145, 147 BGB) einen wirksamen Kaufvertrag über einen fünf Jahre alten Oldenburger Wallach zum Preis von 12.000 € geschlossen. Zwar handelt es sich bei dem Pferd nicht um eine Sache (§ 90a S. 1 BGB), es wird aber wie eine solche behandelt (§ 90a S. 3 BGB).

**hemmer-Methode:** Beachten Sie, dass es an dieser Stelle nicht entscheidend ist, ob es sich bei dem Kaufvertrag um einen Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 I BGB gehandelt hat. Ausführungen hierzu an dieser Stelle werden negativ bewertet.

**Originalton eines Korrektors:** „Ohne erkennbare Motivation prüft Verfasser beim Zustandekommen des Kaufvertrages das Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs. Dies war dieser Stelle nicht zielführend!“

### 2. Rücktrittserklärung des V, § 349 BGB

K hat am 04.07.2022 gegenüber V (§ 130 I BGB) nach § 349 BGB auch den Rücktritt erklärt.

### 3. Vorliegen eines Sachmangels bereits bei Gefahrübergang

Das Zungenstrecken des Pferdes müsste einen Sachmangel i.S.d. § 434 BGB darstellen.

Nach § 434 I BGB ist eine Sache nur dann frei von Sachmängeln, wenn sie bei der Übergabe als dem Gefahrübergang (§ 446 S. 1 BGB) den subjektiven (Var. 1) **und** den objektiven Anforderungen (Var. 2) dieser Vorschrift entspricht („Gleichrang“ von subjektivem und objektivem Mangelbegriff).

**hemmer-Methode: Soweit eine Montage der Kaufsache durchzuführen ist, muss die Sache auch den Montageanforderungen entsprechen, § 434 I Var. 3 i.V.m. § 434 IV BGB.**

#### a) Subjektiver Mangel gem. § 434 Var. 1 i.V.m. § 434 II S. 1 Nr. 1 BGB

Das Pferd wäre (subjektiv) mangelhaft, wenn es nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweisen würde, § 434 I Var. 1, II S. 1 Nr. 1 BGB.

Eine **Beschaffenheitsvereinbarung** i.S.d. § 434 II S. 1 Nr. 1 BGB setzt voraus, dass der Verkäufer in vertragsgemäß bindender Weise die Gewähr für das Vorhandensein einer Eigenschaft der Kaufsache übernimmt und damit seine Bereitschaft zu erkennen gibt, für alle Folgen des Fehlens dieser Eigenschaft einzustehen. Eine solche Beschaffenheitsvereinbarung wurde hier nicht getroffen.

#### b) Objektiver Mangel gem. § 434 I Var. 2 i.V.m. § 434 III S. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 2 BGB

Da auch keine besondere Verwendung vertraglich vorausgesetzt wurde (§ 434 II S. 1 Nr. 2 BGB), kommt nur ein Verstoß gegen die objektiven Anforderungen des § 434 I Var. 2, III S. 1 BGB in Betracht. Danach ist auf die Eignung zur gewöhnlichen Verwendung (§ 434 III S. 1 Nr. 1 BGB) abzustellen. Diese bestimmt sich objektiv nach der Art der Sache unter Berücksichtigung des Verkehrskreises, dem der Käufer erkennbar angehört. Geeignet ist die Sache, wenn die gewöhnliche Verwendung infolge ihrer Beschaffenheit nicht unmöglich oder beeinträchtigt ist.

Außerdem muss die Sache eine Beschaffenheit aufweisen, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann (§ 434 III S. 1 Nr. 2 BGB). Nach § 434 III S. 2 BGB gehören hierzu insbesondere Qualität und sonstige Merkmale der Sache. Maßgeblich sind die durchschnittlichen Anforderungen, die an Sachen desselben Qualitätsstandards gestellt werden.

Von einem Pferd dieser Preisklasse kann erwartet werden, dass es kein „Zungenstrecken“ aufweist. Aufgrund dieser Schmerzreaktion des Pferdes eignet sich dieses weder für die gewöhnliche Verwendung des Reitens (Nr. 1), noch weist es eine Beschaffenheit auf, die bei Pferden dieser Art üblich ist (Nr. 2). Das gekaufte Pferd entsprach daher nicht den objektiven Anforderungen und war daher mangelhaft, § 434 I Var. 2 BGB.

#### c) Vorliegen des Mangels bereits zur Zeit des Gefahrübergangs, § 446 S. 1 BGB, aufgrund der Vermutungswirkung des § 477 I S. 1 BGB

Der Mangel müsste gem. § 434 I BGB bereits bei Gefahrübergang, also bei der Übergabe am 15.03.2022 (§ 446 S. 1 BGB), vorgelegen haben.

Dies erscheint fraglich, da K den Mangel erst zwei Monate nach der Übergabe bemerkt hat und sich das „Zungenstrecken“ daher auch erst nach der Übergabe zum Beispiel aufgrund eines Reitens mit „zu harter Hand“ entwickelt haben könnte.

Im vorliegenden Fall handelte es sich aber um den Verkauf einer Ware, also einer beweglichen Sache (§§ 241a I, 90a S. 3 BGB) von einem Unternehmer (§ 14 I BGB) an eine Verbraucherin (§ 13 BGB) und damit um einen Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 I S. 1 BGB. Beim Kauf eines lebenden Tieres wird daher nach § 477 I S. 2 i.V.m. S. 1 BGB vermutet, dass das Tier bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, wenn sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang ein von den Anforderungen nach § 434 BGB abweichender Zustand zeigt.

Dass die Vermutung mit der Art der Ware oder des mangelhaften Zustandes unvereinbar ist, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Daher wird das Vorliegen des Mangels bereits zur Zeit des Gefahrüberganges nach § 477 I S. 1 BGB vermutet.

## 4. Voraussetzungen des § 323 I BGB

Gem. § 437 Nr. 2 BGB ist ein Rücktritt nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 323 BGB möglich. Unstreitig handelt es sich beim Kaufvertrag um einen gegenseitigen Vertrag i.S.d. §§ 320 ff. BGB.

### a) Fälliger Anspruch auf Mangelbeseitigung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I Alt. 1 BGB

Zunächst müsste der K ein fälliger Anspruch auf Mangelbeseitigung nach §§ 437 Nr. 1, 439 I Alt. 1 BGB zustehen. Dies war wegen des Vorliegens der Voraussetzungen des § 434 BGB der Fall.

### b) Einredefreiheit des Anspruches auf Nacherfüllung

Ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung des § 323 I BGB ist die Einredefreiheit des Anspruches auf Nacherfüllung.<sup>2</sup>

Eine Einrede gegen den Nacherfüllungsanspruch könnte sich vorliegend aus § 273 I BGB ergeben, wenn dem V gegen den Nacherfüllungsanspruch der K ein Gegenanspruch zustehen würde. Ein solcher könnte sich aus § 439 V BGB ergeben, wonach die K dem V das Pferd zum Zweck der Nacherfüllung zur Verfügung zu stellen **hat**.

Bereits vor Inkrafttreten des § 439 V BGB am 01.01.2022 durfte sich der Käufer nach gefestigter Rechtsprechung des BGH nicht darauf beschränken, den Verkäufer zur Nacherfüllung aufzufordern. Vielmehr muss der Käufer bereit sein, dem Verkäufer die Kaufsache zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen für eine entsprechende Untersuchung zur Verfügung zu stellen.<sup>3</sup> Hierdurch soll es diesem ermöglicht werden, die verkaufte Sache darauf zu überprüfen, ob der behauptete Mangel besteht, ob er bereits im 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.

### aa) Einordnung des § 439 V BGB als echte Rechtspflicht oder bloße Obliegenheit

Diese Rechtsprechung des BGH ist mit Wirkung zum 01.01.2022 ausdrücklich durch den neu eingefügten § 439 V BGB gesetzlich festgehalten worden.

#### (1) Nach e.A. echte Rechtspflicht

Nach dem Verständnis des Gesetzgebers soll es sich dabei nicht lediglich um eine Obliegenheit des Käufers handeln (so die Rechtsprechung des BGH zur alten Rechtslage). Systematik und Wortlaut der unionsrechtlichen Vorgabe in Art. 14 II S. 1 Warenkauf-RL würden – so die amtliche Begründung des Gesetzgebers – darauf hindeuten, dass es sich nicht bloß um eine Obliegenheit des Käufers handelt, sondern um eine erzwingbare Pflicht.<sup>4</sup>

**Art. 14 II S. 1 Warenkauf-RL lautet: „Hat die Abhilfe der Vertragswidrigkeit durch Nachbesserung der Waren oder durch Ersatzlieferung zu erfolgen, so stellt der Verbraucher dem Verkäufer die Waren zur Verfügung.“**

Für eine Rechtspflicht wird auch noch vorgebracht, dass die englische Fassung der Warenkauf-RL die Formulierung „shall“ verwendet, was übersetzt „sollen“ im Sinne von „verpflichtet sein“ bedeutet.<sup>5</sup>

Bei Bejahung einer echten Rechtspflicht stünde V nach § 439 V BGB ein Gegenanspruch zu, der ihn zur Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nach § 273 I BGB berechtigen würde. In diesem Fall läge kein einredefreier Anspruch auf Mängelbeseitigung vor, sodass es bereits an den Voraussetzungen des § 323 I BGB fehlen würde.

#### (2) Nach a.A. weiterhin (gesetzlich normierte) Obliegenheit des Käufers

Nach in der Literatur überwiegend vertretener Ansicht erscheint es demgegenüber vorzugswürdig, weiterhin von einer

2 Grüneberg/Grüneberg, BGB, 81. Aufl. 2022, § 323, Rn. 11.

3 Vgl. dazu bereits BGH, Life&LAW 06/2010, 366 ff. = NJW 2010, 1448 ff. sowie BGH, Life&LAW 11/2017, 735 ff. = NJW 2017, 2758 ff. = juris-byhemmer.

4 BT-Drs. 19/27424, S. 27.

5 Staudinger in: Staudinger/Artz, Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte, 1. Auflage 2022, Rn. 98; so auch Wilke, Das neue Kaufrecht nach Umsetzung der Warenkauf-Richtlinie, VuR 2021, 283 (288).

– nunmehr kodifizierten – **Obliegenheit des Käufers** auszugehen.<sup>6</sup>

### (3) Stellungnahme

Die Ansicht der Literatur ist überzeugend.

Gegen eine echte Rechtspflicht spricht, dass der Verkäufer in der Praxis diese kaum „einklagen“ wird.

Zum einen hat er selbst daran kein Interesse. Zum anderen muss der Käufer die mangelhafte Sache nur „im Zuge der Nacherfüllung“ zur Verfügung stellen. Der Käufer kann aber nicht gezwungen werden, an seinem einmal geäußerten Wunsch auf Nacherfüllung festzuhalten.<sup>7</sup>

Auch der Gesetzgeber hat sich nicht die Mühe gemacht, die Annahme einer echten Verpflichtung des Käufers zu begründen. Er hat sich lediglich auf die Warenkaufrichtlinie berufen. Der Wortlaut von Art. 14 II S. 1 WKRL spricht aber eher gegen ein solches Verständnis. Die Formulierung „so stellt der Verbraucher dem Verkäufer die Waren zur Verfügung“ liest sich als Beschreibung, wie die Nacherfüllung zu erfolgen hat und nicht wie die Kodifizierung einer eigenständigen Verpflichtung des Käufers.

**hemmer-Methode: Auch der Wortlaut von § 439 V BGB lässt sich mit einer Obliegenheit des Käufers vereinbaren. Es ist keine Seltenheit, dass der Gesetzgeber die Formulierung „hat“ verwendet, dabei aber keine Rechtspflicht normiert. So spricht z.B. § 51 HGB davon, dass der Prokurist in der Weise zu zeichnen „hat“, dass er der Firma seinen Namen mit einem die Prokura andeutenden Zusatze beifügt. Hierbei handelt es sich nach allgemeiner Meinung um eine bloße Sollvorschrift und nicht um eine echte Rechtspflicht. Die Offenkundigkeit des Vertreterhandelns kann sich trotz § 51 HGB auch aus den Umständen (§ 164 I S. 2 BGB) ergeben.**

### bb) Zwischenergebnis

Da es sich bei § 439 V BGB nicht um eine echte Rechtspflicht, sondern nur um eine Obliegenheit handelt, kann dem V gegen den Anspruch der K auf Mangelbeseitigung auch kein Gegenanspruch zustehen, sodass ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB auf jeden Fall ausscheidet.

Die Frage, ob die K dem V das Pferd nicht i.S.d. § 439 V BGB zur Nacherfüllung zur Verfügung gestellt hat, war daher hier noch nicht entscheidend.

### c) Erfolgreicher Ablauf einer angemessen gesetzten Nacherfüllungsfrist, § 323 I BGB

Wegen des Vorrangs der Nacherfüllung ist grds. erforderlich, dass eine vom Käufer gesetzte angemessene Nachfrist zur Nacherfüllung erfolglos abgelaufen ist, § 323 I BGB.

Dies könnte hier der Fall gewesen sein, weil die K den V ab Mitte Mai mehrmals über den Mangel unterrichtet und unter Fristsetzung bis zum 30.06.2022 zur Mangelbeseitigung aufgefordert hat.

**hemmer-Methode: Beim - hier vorliegenden - Verbrauchsgüterkauf wäre die Nachfristsetzung sogar entbehrlich gewesen. Nach § 475d I Nr. 1 BGB ist in Abweichung zu §§ 323 II, 440 BGB eine Fristsetzung entbehrlich, wenn V die ordnungsgemäße Nacherfüllung trotz Ablaufs einer angemessenen Frist, ab dem Zeitpunkt, zu dem er von K über den Mangel unterrichtet wurde, nicht vorgenommen hat.**

### aa) Problem: Lag überhaupt ein taugliches Nacherfüllungsverlangen der K vor?

Voraussetzung für den Anlauf der angemessenen Nacherfüllungsfrist ist allerdings, dass seitens der K ein taugliches Nacherfüllungsverlangen vorlag.

Zwar genügt beim Verbrauchsgüterkauf für den Fristbeginn nach § 475d I Nr. 1 BGB grds., dass der Verkäufer vom Käufer über den Mangel unterrichtet wurde. Reagiert der Verkäufer hierauf nicht, so läuft die Frist an.

Wenn der Verkäufer V aber - wie im vorliegenden Fall - bereit ist, die Sache auf ihre Mangelhaftigkeit hin zu überprüfen,

6 Lorenz, Die Umsetzung der EU-Warenkaufrichtlinie in deutsches Recht, NJW 2021, 2065 (2067); Pammler in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 439, Stand: 04.04.2022), Rn. 66.

7 Pammler in: jurisPK-BGB, a.a.O., Rn. 66.

so hat der Käufer nach § 439 V BGB die Obliegenheit (s.o.), dem Verkäufer V das Pferd zum Zweck der Nacherfüllung zur Verfügung zu stellen. Kommt er dieser Obliegenheit nicht nach, so beginnt die Nacherfüllungsfrist auch nicht zu laufen.

Ein taugliches Nacherfüllungsverlangen der K setzt u.a. die Zurverfügungstellung der Kaufsache am **Erfüllungsort der Nacherfüllung** voraus.

Erfordert die Nacherfüllung hiernach eine Verbringung der Kaufsache an einen entfernt liegenden Nacherfüllungsort und fallen beim Käufer hierfür Transportkosten an, begründet die Kostentragungsregelung des § 439 II BGB als eigene Anspruchsgrundlage einen Erstattungsanspruch gegen den Verkäufer.

Beim **Verbrauchsgüterkauf** kann der Käufer nach § 475 IV BGB schon vorab einen (abrechenbaren) **Vorschuss zur Abdeckung dieser Transportkosten** beanspruchen.

Für ein taugliches Nacherfüllungsbegehren reicht es daher grds. aus, wenn der Käufer zeitnah einen - nicht ersichtlich unangemessenen - Transportkostenvorschuss vom Verkäufer anfordert und die Bereitschaft, die Kaufsache zum Ort der Nacherfüllung zu verbringen, nur wegen der ausgebliebenen Vorschussleistung des Verkäufers nicht umgesetzt wird.

## **bb) Hier durfte K die Verbringung des Pferdes zu V nicht von der Zahlung eines Transportkostenvorschusses abhängig machen**

Fraglich ist daher, ob die K auch im vorliegenden Fall berechtigt war, die Verbringung des Pferdes zu V von der Zahlung eines Transportkostenvorschusses abhängig zu machen.

### **(1) Nacherfüllungsort lag beim Verkäufer**

Für die Bestimmung des Nacherfüllungsortes ist die allgemeine Vorschrift des § 269 I BGB maßgebend mit der Folge, dass bei einem Fehlen einer anderweitigen Bestimmung auf die jeweiligen Umstände, insbesondere auf die Natur des Schuldverhältnisses, abzustellen ist.<sup>8</sup>

Aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses kann sich zwar beim Verbrauchsgüterkauf etwas anderes ergeben, wenn das Verbringen der mangelhaften Ware zum Verkäufer für den Verbraucher mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wäre, da nach § 475 V HS 2 BGB die Nacherfüllung **ohne erhebliche Unannehmlichkeiten** für den Verbraucher erfolgen muss.

**Anmerkung: Die Vorschrift des § 475 V HS 2 BGB entspricht Art. 14 I c) Warenkauf-RL.**

§ 475 V HS 2 BGB fordert daher nicht, dass der Verbraucher vor sämtlichen Unannehmlichkeiten zu schützen ist, was sich eindeutig aus dem Zusatz „erheblich“ ergibt. Ein **gewisses Maß an Unannehmlichkeiten ist dem Verbraucher mithin zumutbar**.<sup>9</sup>

Gemessen daran war der Leistungsort für die Nacherfüllung im vorliegenden Fall bei V.

Dies stellt auch die K nicht in Frage. Gerade mit dem Anfordern eines Transportkostenvorschusses zwecks Verbringung des Pferdes zu V gab K zu erkennen, dass der Transport selbst trotz der wohl erheblichen Entfernung für sie keine erhebliche Unannehmlichkeit begründet.

**Anmerkung: Ausführlich zum Nacherfüllungsort vgl. Hemmer/Wüst/Tyroller, Schuldrecht BT I, Rn. 163 sowie JRH, Schuldrecht-BT, Fall 5!**

### **(2) K durfte aber keinen Vorschuss auf die Transportkosten verlangen**

Ein Anspruch der K auf Zahlung des von ihr geforderten Transportkostenvorschusses könnte sich aus § 475 IV i.V.m. § 439 II BGB ergeben.

Fraglich ist, ob dies auch dann gilt, wenn der Verkäufer – wie hier der V – bereit war, das Pferd zwecks Untersuchung und Nachbesserung auf seine Kosten bei der K abzuholen.

Nach Ansicht des BGH ist dies abzulehnen.

<sup>8</sup> EuGH, Life&LAW 10/2019, 684 ff. = NJW 2019, 2007 ff.; BGH, Life&LAW 11/2017, 735 ff.; BGH, Life&LAW 07/2011, 462 ff. = jurisbyhemmer.  
<sup>9</sup> So auch ausdrücklich der EuGH, Life&LAW 10/2019, 684 ff. = NJW 2019, 2007 ff. = jurisbyhemmer .



### **(a) Sind und Zweck des Vorschusses**

Die Verpflichtung zur unentgeltlichen Beseitigung des Mangels (vgl. § 439 II BGB sowie Art. 14 I a) Warenkauf-RL) soll den Verbraucher vor einer drohenden finanziellen Belastung schützen, die ihn davon abhalten könnten, seine Mängelansprüche geltend zu machen.

Ein solcher Hinderungsgrund kann sich auch daraus ergeben, dass der Verbraucher mit entstehenden Transportkosten in Vorlage treten muss.

Derartige hat die K im vorliegenden Fall nicht zu befürchten. Aufgrund der Bereitschaft des V, das Pferd abzuholen, entstehen der K keine Auslagen, für welche sie in Vorlage treten müsste. Zwar hat der Verbraucher einen Anspruch auf Aufwendungsersatz. Wenn jedoch - wie hier - keine Aufwendungen entstehen (werden), besteht auch kein Anspruch. Vielmehr hat V durch seine Bereitschaft zur Abholung des Pferdes eine im Vergleich zum Transport durch K für ihn „günstigere Alternative“ angeboten.

Der Sinn und Zweck des Vorschussanspruchs gebietet es daher nicht, diesen einem Käufer zu gewähren, gegenüber dem der Verkäufer zu einer - für den Käufer kostenfreien - Abholung der Kaufsache bereit ist.

### **(b) Versagung eines Vorschusses ist auch mit Art. 14 I a) Warenkauf-RL vereinbar**

Der Versagung eines Transportkostenvorschusses in einem Fall wie dem vorliegenden stehen die Vorgaben der Warenkauf-RL nicht entgegen. Der Schutzzweck des Unentgeltlichkeitsgebots aus Art. 14 I a) Warenkauf-RL verlangt gerade nicht, dass der Verkäufer für die Transportkosten „systematisch in Vorleistung“ treten müsste, sondern gebietet vielmehr einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen des Verbrauchers und denjenigen des Verkäufers.

Dabei sind nicht nur die Interessen des Verbrauchers zu wahren, indem ihm ein umfassender und wirksamer Schutz dagegen gewährt wird, dass der Verkäufer seine vertraglichen Verpflichtungen schlecht erfüllt, sondern es ist auch ein gerechter Ausgleich mit den vom Verkäufer angeführten wirtschaftlichen Überlegungen zu gewährleisten.<sup>10</sup>

Hiernach ist dem zur Nachbesserung verpflichteten Verkäufer das für ihn im Einzelfall wirtschaftlich günstigere Abholen der Kaufsache zu gestatten, wodurch die Unentgeltlichkeit der Nachbesserung für den Käufer im Ergebnis gewahrt ist.

### **(c) Versagung eines Vorschusses ist auch keine erhebliche Unannehmlichkeit i.S.d. § 475 V HS 2 BGB bzw. Art. 14 I c) Warenkauf-RL**

Ein Anspruch auf Transportkostenvorschuss kann auch nicht mit § 475 HS 2 BGB bzw. Art. 14 I c) Warenkauf-RL begründet werden, wonach die Nachbesserung oder die Ersatzlieferung für den Verbraucher ohne erhebliche Unannehmlichkeiten erfolgen muss. Der Verbraucher muss nicht vor sämtlichen Unannehmlichkeiten geschützt werden; vielmehr ist ihm ein gewisses Maß an Unannehmlichkeiten zumutbar.

Entscheidend ist auch hier, dass der Käufer keiner Belastung ausgesetzt wird, die geeignet wäre, einen durchschnittlichen Verbraucher von der Geltendmachung seiner Ansprüche abzuhalten.

Eine solche Belastung der K liegt hier nicht vor.

### **(3) Ergebnis**

Aufgrund des Angebots des V, das Pferd bei der K abzuholen, durfte die K die gebotene Verbringung des Pferdes zu V nicht selbst ausführen und dies von der Zahlung eines Transportkostenvorschusses abhängig machen. Wegen des unberechtigten Verlangens eines Transportkostenvorschusses ist die K ihrer Obliegenheit, die Kaufsache dem V am Ort der Nacherfüllung zur Verfügung zu stellen, nicht nachgekommen.

Ein taugliches Nacherfüllungsverlangen lag daher nicht vor und konnte somit die angemessene Frist zur Nacherfüllung nicht in Gang setzen. Es fehlt daher am Ablauf einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung, was zur Unwirksamkeit des von der K erklärten Rücktritts führt.

## **II. Endergebnis**

Mangels wirksamen Rücktritts steht der K kein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückübergang des Pferdes zu.



## D) Kommentar

(mty). Die Entscheidung des BGH, die noch zur Rechtslage bis zum 31.12.2021 erging, ist absolut überzeugend.

An dieser Rechtsprechung wird sich durch die Einfügung des § 439 V BGB jedenfalls im Ergebnis nichts ändern. Ob der BGH die neue Vorschrift des § 439 V BGB weiterhin als Obliegenheit oder als echte Rechtspflicht ansieht, muss zwar abgewartet werden. Im Ergebnis wird sich aber nichts ändern.

Die K hat sich im Prozess in verschiedene Widersprüche verstrickt, die der BGH allesamt nicht gelten ließ.

Die K hat z.B. auf ein angebliches Transportrisiko für das Pferd abgestellt. Dabei handelt es sich aber – so der BGH – um eine mit der Nachbesserung regelmäßig einhergehende Belastung. Ein solches Risiko zu tragen, ist die K gegen Zahlung eines Transportkostenvorschusses bereit. Damit hat sie selbst zu erkennen gegeben, dass bei einem vorab zu leistenden finanziellen Ausgleich das mit einem Transport des Pferdes verbundene Risiko – auch über eine längere Strecke – grundsätzlich für sie keine, zumindest keine erhebliche Unannehmlichkeit bedeutet („**Widerspruch Nr. 1**“).

Zudem hat K angeführt, sie sei in ihrer „eigenen Alltagsorganisation“ infolge der Abholung des Pferdes durch V eingeschränkt. Auch dies geht – so der BGH – ebenfalls nicht über die mit der Durchführung jeder Nachbesserung einhergehende zeitliche Inanspruchnahme eines Käufers hinaus. K müsste auch im Falle der eigenen Ausführung des Transports sicherstellen, dass V das Pferd am Erfüllungsort in Empfang nehmen kann, und sich daher terminlich mit diesem abstimmen. Dies hält sich im Rahmen des ohnehin notwendigen Zusammenwirkens („**Widerspruch Nr. 2**“).

Die von K als erforderlich angesehene Vorbereitung des Pferdes auf den Transport durch eine Bezugsperson, der das Tier vertraue, ist auch dann möglich, wenn V das Pferd nach Terminabstimmung bei ihr abholt („**Widerspruch Nr. 3**“).

Soweit K schließlich die Transportstrecke von etwa 1.000 Kilometern als Argument für eine erhebliche Verletzungsgefahr für das Pferd anführt, so gehört der Transport des Tieres zum „allgemeinen Risiko“ jedes Pferdehalters. Hieraus folge keine erhebliche Unannehmlichkeit, aufgrund derer die K auf der Zahlung eines Transportkostenvorschusses trotz der Abholbereitschaft des V bestehen könne. An der langen Wegstrecke ändert sich dadurch nämlich gar nichts. Feststellungen dazu, dass diese Risiken bei einem Transport durch den V höher wären als bei einem solchen durch die K selbst, wurden nicht aufgezeigt („**Widerspruch Nr. 4**“).

Gut beraten war die Klägerin in diesem Verfahren gewiss nicht. In sich widersprüchlicher Vortrag hat in den seltensten Fällen vor Gericht zum Erfolg geführt.

## E) Wiederholungsfrage

### • Was setzt ein taugliches Nacherfüllungsverlangen voraus?

Ein taugliches Nacherfüllungsverlangen setzt nach § 439 V BGB voraus, dass der Käufer dem Verkäufer die mangelhafte Sache zum Zweck der Nacherfüllung am Leistungsort zur Verfügung stellt.

Umstritten ist, ob es sich bei § 439 V BGB weiterhin um eine bloße Obliegenheit oder inzwischen um eine echte Rechtspflicht des Käufers handelt. Nach zutreffender Ansicht handelt es sich weiterhin um eine Obliegenheit.

Erfordert die Nacherfüllung eine Verbringung der Kaufsache an einen (entfernt liegenden) Nacherfüllungsort und fallen beim Käufer hierfür Transportkosten an, begründet die Kostentragungsregelung des § 439 II BGB als eigene Anspruchsgrundlage einen Erstattungsanspruch gegen den Verkäufer.

Beim Verbrauchsgüterkauf kann der Käufer nach § 475 IV BGB schon vorab einen (abrechenbaren) Vorschuss zur Abdeckung dieser Transportkosten beanspruchen.

Für ein taugliches Nacherfüllungsbegehren reicht es daher grds. aus, wenn der Käufer zeitnah einen – nicht ersichtlich unangemessenen – Transportkostenvorschuss vom Verkäufer anfordert und die Bereitschaft, die Kaufsache zum Ort der Nacherfüllung zu verbringen, nur wegen der ausgebliebenen Vorschussleistung des Verkäufers nicht umgesetzt wird.

Ein solcher Anspruch auf Zahlung eines (abrechenbaren) Transportkostenvorschusses steht dem Käufer aber grundsätzlich dann nicht zu, wenn der Verkäufer zu einer für den Käufer unentgeltlichen Abholung der Kaufsache und deren Verbringung zum Erfüllungsort bereit ist.

## F) Zur Vertiefung

## **Der Nacherfüllungsanspruch**

- Hemmer/Wüst/Tyroller, Schuldrecht BT I, Rn. 154 ff.