

09/2021

24. JAHRGANG
SEITEN 575 - 646



IHR EXAMENSWISSEN EXAMENSRELEVANTE ENTSCHEIDUNGEN KLAUSURTYPISCH AUFBEREITET

ZIVILRECHT

- Verbrauchsgüterkauf oder nicht? Das ist hier die Frage!
- „Geldautomatenaufstellvertrag“:
Rechtsnatur und Konsequenzen für Beendigungsmöglichkeiten
- Keine ordnungsgemäße Unterrichtung, keine Kohle: Widerruf eines außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Maklervertrages
- „Alte Säcke“ auf Technokonzert unerwünscht.
Nach Ansicht des BGH zu Recht!
- kompakt: Pkw in Waschstraße nicht „in Betrieb“

STRAFRECHT

- Tötungsvorsatz bei Autounfall in Selbstmordabsicht
- Strafvereitelung im Amt nach Einsatz eines „V-Mannes“
des Landeskriminalamts?

ÖFFENTLICHES RECHT

- Durchführung einer Versammlung in Zeiten der Corona-Pandemie
- Kommunikation zwischen Strafgefangenen und Vertrauenspersonen –
beleidigungsfreie Sphäre

AKTUELLE GESETZGEBUNG

- Gesetz für faire Verbraucherverträge

GRUNDFÄLLE

- Widerruf bei außerhalb von Geschäftsräumen
geschlossenen Verträgen („AVG-Vertrag“)
- Meinungsfreiheit (Art. 5 I GG) / Grundrechtsberechtigung

HEMMER.LIFE

- „Ein guter Weg zu einem entspannten Examen“
Tipps von Psychotherapeut und Jurist Dieter Schwartz



AKTUELL

FALLORIENTIERT

PROFESSIONELL

E-BOOK LIFE&LAW SEPTEMBER 2021

Autoren: Tyroller/Berberich/d'Alquen/Grieger

INHALTSVERZEICHNIS

ZIVILRECHT

1 VERBRAUCHSGÜTERKAUF ODER NICHT? DAS IST HIER DIE FRAGE!

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

- I. Anspruch auf Vorschusszahlung i.H.v. 8.000,- € für den Rück- und Neuaufbau der Terrasse und der Außentreppe gem. §§ 475 VI, 439 III BGB
 1. Verbrauchsgüterkauf zwischen V und K gem. § 474 I S. 1 BGB
 - a) Nach allgemeinen Grundsätzen ist der objektive Vertragszweck maßgeblich
 - b) Anderes Ergebnis wegen § 344 HGB?
 - aa) Anwendbarkeit des § 344 I HGB im Verhältnis zum Verbraucherrecht strittig
 - bb) Bedeutung dieses Meinungsstreits
 - cc) Privatcharakter war hier aber auf jeden Fall für V erkennbar
 - c) Ergebnis
 2. Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 437 Nr. 1, 439 BGB
 - a) Wirksamer Kaufvertrag
 - b) Vorliegen eines Sachmangels (§ 434 BGB) bei Gefahrübergang (§ 446 S. 1 BGB)
 - c) Erforderliche Aufwendungen für den Aus- und Wiedereinbau i.S.d. § 439 III S. 1 BGB
 - d) Ausschluss des Anspruches gemäß §§ 439 III S. 2, 442 I BGB
 - e) Ausschluss des Anspruches gemäß § 377 II, III HGB
 3. Beschränkung des Aufwendungsersatzes auf einen angemessenen Betrag nach § 475 IV S. 2 BGB
 - a) § 475 IV S. 2 BGB gewährt eine Einrede
 - b) Vorliegen der Voraussetzungen des § 475 IV S. 2 BGB
 - aa) Anwendbarkeit des § 475 IV S. 2 BGB
 - bb) Unverhältnismäßig hohe Aufwendungen
 4. Einrede der Verjährung, § 214 I BGB
 - a) Verjährungsbeginn mit Ablieferung, § 438 II BGB
 - b) Zwei- oder fünfjährige Verjährungsfrist, § 438 I Nr. 2b oder § 438 I Nr. 3 BGB
 - a) Verwendung für ein Bauwerk
 - b) Ergebnis
 5. Ergebnis zum Vorschussanspruch i.H.v. 8.000,- € für den Rück- und Neuaufbau der Terrasse und der Außentreppe
- II. Anspruch auf Vorschusszahlung in Höhe von 2.000,- € für die Nachlieferung neuer Hölzer
- III. Endergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

2 „GELDAUTOMATENAUFSTELLVERTRAG“: RECHTSNATUR UND KONSEQUENZEN FÜR BEENDIGUNGSMÖGLICHKEITEN

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

- I. Rechtsnatur des Vertrages
- II. Wahrung der Schriftform für die Wirksamkeit der Befristung?
 1. Grundsätzliche Anforderungen
 2. Übertragung auf den vorliegenden Fall: Ursprungsurkunde nicht formgerecht
 3. Aber: Wahrung der Schriftform durch die spätere „Anlage 1“
- IV. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

3 KEINE ORDNUNGSGEMÄSSE UNTERRICHTUNG, KEINE KOHLE: WIDERRUF EINES AUSSERHALB VON GESCHÄFTSRÄUMEN GESCHLOSSENEN MAKLERVERTRAGES

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

- I. § 652 I S. 1 BGB
 1. Wirksamer Maklervertrag
 2. Nachweis- oder Vermittlungstätigkeit des M
 - a) Nachweistätigkeit (-)
 - b) Aber: Vermittlungstätigkeit (+)
 3. Kaufvertrag zwischen V und K
 4. Kausalität zwischen Maklertätigkeit und Kaufvertrag V/K
 5. Kein Ausschluss analog § 654 BGB
 6. Erlöschen des Anspruchs durch Widerruf des V durch Schreiben vom 07. Dezember 2017?
 - a) Bestehen eines Widerrufsrechts
 - b) Ordnungsgemäße Ausübung?
- II. Anspruch aus § 357 VIII BGB
 1. Voraussetzungen
 2. Problem: Relevanz nicht ordnungsgemäßer Unterrichtung?
- III. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

4 „ALTE SÄCKE“ AUF TECHNOKONZERT UNERWÜNSCHT. NACH ANSICHT DES BGH ZU RECHT!

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Anspruch aus § 21 II S. 3 AGG

1. Anwendungsbereich i.S.d. § 2 I Nr. 8 AGG (+)
2. Anwendungsbereich des § 19 I Nr. 1 AGG
 - a) § 19 I Nr. 1 Var. 1 AGG
 - b) § 19 I Nr. 1 Var. 2 AGG

II. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

5 KOMPAKT: PKW IN WASCHSTRASSE NICHT „IN BETRIEB“

A) Sound

B) Problemaufriss

B) Lösung

I. Anspruch aus § 7 I StVG

1. Tatbestand
 - a) Fahrzeug des H1 „schon wieder“ in Betrieb?
 - b) „bei“ Betrieb?
2. Problem: Umfang der Haftung: Kürzung gem. § 17 II StVG oder § 9 StVG?

II. Ergebnis

STRAFRECHT

6 TÖTUNGSVORSATZ BEI AUTOUNFALL IN SELBSTMORDABSICHT

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

- I. Strafbarkeit wegen versuchten Totschlags, §§ 212 I, 22, 23 I Alt. 1, 12 I StGB
 1. Vorprüfung
 2. Tatentschluss
 3. Unmittelbares Ansetzen
 4. Rechtswidrigkeit und Schuld
 5. Kein strafbefreiender Rücktritt gem. § 24 I StGB

II. Strafbarkeit wegen versuchten Mordes, §§ 212 I, 211, 22, 23 I Alt. 1, 12 I StGB

1. Vorprüfung

2. Tatentschluss

III. Strafbarkeit wegen gefährlicher Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2 und 5 StGB

1. Tatbestand

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

IV. Endergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

7 STRAFVEREITELUNG IM AMT NACH EINSATZ EINES „V-MANNES“ DES LANDESKRIMINALAMTS?

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Objektiver Tatbestand

a) Tauglicher Täter

b) Tathandlung, § 258 I StGB

c) Rechtswidrige Vortat des W

d) Vereitelungshandlung und -erfolg

e) Kausalität

II. Subjektiver Tatbestand

1. Absicht oder Wissentlichkeit bezüglich Vereitelungshandlung und -erfolg

2. Vorsatz bezüglich der Eigenschaft als Amtsträger und der rechtswidrigen Vortat

III. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

ÖFFENTLICHES RECHT

8 DURCHFÜHRUNG EINER VERSAMMLUNG IN ZEITEN DER CORONA-PANDEMIE

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Sachentscheidungsvoraussetzungen

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

2. Statthafte Antragsart
 3. Antragsbefugnis
 4. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit
 5. Rechtsschutzbedürfnis
 - a) Vorheriger Antrag an die Behörde, § 80 IV VwGO
 - b) Vorherige Einlegung eines Rechtsbehelfs in der Hauptsache
 - c) Keine offensichtliche Unzulässigkeit der Hauptsache
- II. Begründetheit
1. Antragsgegner, § 78 I Nr. 1 VwGO analog
 2. Materielle Aspekte: Eigene Interessenabwägung des Gerichts
 - a) Rechtsgrundlage für das Versammlungsverbot
 - b) Formelle Rechtmäßigkeit
 - c) Materielle Rechtmäßigkeit
 - aa) Tatbestand
 - (1) Versammlung unter freiem Himmel
 - (2) Unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung
 - bb) Rechtsfolge

III. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfragen

E) Zur Vertiefung

9 KOMMUNIKATION ZWISCHEN STRAFGEFANGENEN UND VERTRAUENSPERSONEN – BELEIDIGUNGSFREIE SPHÄRE

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

- I. Prüfungsmaßstab
- II. Verletzung von Art. 5 I S. 1 GG i.V.m. Art. 2 I, Art. 1 I GG
 1. Schutzbereich
 - a) Meinungsfreiheit, Art. 5 I S. 1 GG
 - b) Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG
 - aa) Vertrauliche Kommunikation als Teil der Privatsphäre
 - bb) Existenz einer „beleidigungsfreien Sphäre“
 - cc) Besonderheiten bei überwachter Kommunikation
 2. Eingriff
 3. Rechtfertigung
 - a) Vertrauenspersonen nicht quantitativ begrenzt
 - b) Privatsphärenschutz auch bei Gefährdung der Sicherheit und Ordnung der Anstalt
- III. Verletzung von Art. 5 I GG

1. Schmähkritik grundsätzlich von Art. 5 I GG geschützt
2. Einordnung einer Äußerung als Schmähkritik bedarf erhöhten Begründungsaufwands
3. BayObLG verkennt Schutzzumfang des Art. 5 I GG

III. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

AKTUELLE GESETZGEBUNG

GESETZ FÜR FAIRE VERBRAUCHERVERTRÄGE

GRUNDFÄLLE

WIDERRUF BEI AUSSERHALB VON GESCHÄFTSRÄUMEN GESCHLOSSENEN VERTRÄGEN („AVG-VERTRAG“)

A) Sound

B) Gliederung

C) Lösung

Anspruch der R gegen U auf Rückzahlung des Kaufpreises aus §§ 355 III, 357 I BGB wegen wirksamen Widerrufs gem. §§ 355 I S. 1, 312g I BGB

1. Widerrufsrecht nach § 312g I BGB
2. Ausschluss des Widerrufsrechts nach § 312 II Nr. 12 BGB
3. Ergebnis

D) Zusammenfassung

E) Zur Vertiefung

MEINUNGSFREIHEIT (ART. 5 I GG) / GRUNDRECHTSBERECHTIGUNG

A) Sound

B) Lösung

1. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde
 - a) Zuständigkeit des BVerfG
 - b) Beschwerdeberechtigung
 - c) Beschwerdegegenstand
 - d) Beschwerdebefugnis
 - e) Rechtswegerschöpfung
 - f) Sonstiges
2. Begründetheit
 - a) Schutzbereich

b) Eingriff

c) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

aa) Allgem. Gesetz i.S.v. Art. 5 II GG

bb) Verfassungsmäßigkeit der §§ 185 ff. StGB

cc) Verfassungsmäßigkeit der Einzelmaßnahme

3. Ergebnis

D) Zusammenfassung

E) Zur Vertiefung

HEMMER.LIFE

ZIVILRECHT

BGH, URTEIL VOM 07.04.2021, VIII ZR 191/19 = JURISBYHEMMER

1 VERBRAUCHSGÜTERKAUF ODER NICHT? DAS IST HIER DIE FRAGE!

+++ Kaufvertrag über Terrassenhölzer +++ Kauf durch einen Unternehmer zu privaten Zwecken +++ Verbrauchsgüterkauf +++ Kosten für Aus- und Einbau +++ Anspruch auf Vorschuss +++ §§ 13, 14, 433, 437, 439, 474 BGB +++

Sachverhalt (abgewandelt): K, von Beruf Tischler, kaufte von Holzhändler V, mit dem er in ständiger Geschäftsbeziehung steht, im Juni 2019 zum Preis von 2.000,- € Brettschichthölzer („sibirische Lärche“) zur Sanierung der Terrasse und einer Außentreppe seines neben der Tischlerei gelegenen Privathauses. Die Außentreppe ist fest mit dem Privathaus des K verbunden und ruht auf fest im Erdboden verankerten Pfeilern. Vor dem Abschluss des Kaufvertrages fand ein Verkaufsgespräch zwischen K und D, einem von V bevollmächtigten Außendienstmitarbeiter, statt. Während des Gesprächs nahmen K und D die Terrasse und die Außentreppe des Privathauses des K in Augenschein und D beriet K bei der Auswahl der Hölzer.

V richtete die Auftragsbestätigung sowie die Rechnung an K mit dem Zusatz „Tischlerei“.

Die Hölzer wurden dem K am 10.06.2019 geliefert.

Im Juli 2021 traten an den Leimfugen der gelieferten und eingebauten Hölzer Risse auf. Dies wurde von K gegenüber V umgehend gerügt.

V machte mit E-Mail vom 06.07.2021 geltend, das bestellte und gelieferte Holz entspreche dem üblichen Standard. Er lehne daher jede Art der Nacherfüllung ab.

Daraufhin holte K einen Kostenvoranschlag eines Unternehmens für Holzbau ein. Dieses beziffert den Nacherfüllungsaufwand auf insgesamt 10.000,- € brutto, wovon 2.000,- € auf die Nachlieferung neuer Hölzer und 8.000,- € für den Rückbau und Neuaufbau der Terrasse und der Außentreppe entfallen.

Mit Schreiben vom 20.07.2021 macht K erneut geltend, dass die Hölzer nicht der für den Außenbereich erforderlichen Nutzungsklasse entsprächen und verlangt von V die Zahlung eines Kostenvorschusses für die Lieferung neuer Hölzer in einer witterungsbeständigen Qualität und den Ausbau und den Einbau der neuen Hölzer. Die exakten Kosten werde er nach der erfolgten Sanierung beziffern und einen etwaigen Restbetrag nachfordern.

V verweigert die Zahlung und beruft sich dabei auf Verjährung. Jedenfalls seien die Aufwendungen für den Rückbau und Neuaufbau der Terrasse und der Außentreppe unverhältnismäßig hoch.

Kann K von V die Zahlung eines Vorschusses in Höhe von 10.000,- € verlangen?

Hinweis: Es ist zu unterstellen, dass die inzwischen unbrauchbar gewordenen Hölzer tatsächlich nicht der für den Außenbereich erforderlichen Nutzungsklasse entsprachen, dies für den K vor dem Einbau nicht erkennbar war und die ermittelten Kosten tatsächlich der Höhe nach erforderlich waren.

A) Sounds

1. Schließt eine natürliche Person ein Rechtsgeschäft objektiv zu einem Zweck ab, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, so kommt eine Zurechnung entgegen dem mit dem rechtsgeschäftlichen Handeln objektiv verfolgten privaten Zweck nur dann in Betracht, wenn die dem Vertragspartner erkennbaren Umstände eindeutig und zweifelsfrei darauf hinweisen, dass die natürliche Person in Verfolgung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.

2. Beim Verbrauchsgüterkauf kommt nur ein Anspruch auf einen Kostenvorschuss für noch nicht angefallene Kosten des Ausbaus der mangelhaften Kaufsache und des Einbaus einer als Ersatz gelieferten Sache in Betracht, nicht hingegen für die Nachlieferung selbst.

3. Ein Anspruch des Käufers auf Vorschuss für die Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache besteht nicht.

B) Problemaufriss

Aufhänger des Falles ist die Frage, ob dem Käufer für die zu erwartenden Kosten der Nacherfüllung ein Anspruch auf Vorschusszahlung zusteht.

Im Werkvertragsrecht ist dieser Anspruch in §§ 634 Nr. 2, 637 III BGB geregelt. Sofern der Werkunternehmer der Aufforderung des Bestellers zur Nacherfüllung nach § 635 BGB innerhalb einer vom Besteller gesetzten angemessenen Frist nicht nachkommt, kann der Besteller den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen, §§ 634 Nr. 2, 637 BGB. Der Aufwendungsersatzanspruch ist gerichtet auf Zahlung der durch die Selbstvornahme verursachten Kosten. Um die Selbstvornahme ordentlich durchführen zu können, benötigt der Besteller häufig im Voraus die finanziellen Möglichkeiten. Daher gibt § 637 III BGB bei Vorliegen des Rechts zur Selbstvornahme dem Besteller auch einen Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses für die zur Mängelbeseitigung erforderlichen Aufwendungen.

hemmer-Methode: Es liegt in der Natur der Vorschusszahlung, dass sie nichts Endgültiges darstellt. Nach durchgeführter Mängelbeseitigung hat der Besteller die Aufwendungen für die Mängelbeseitigung nachzuweisen und abzurechnen. Zu diesem Zweck steht dem Unternehmer analog §§ 666, 259 BGB ein Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung zu, der mit dem Abschluss der Arbeiten fällig wird.¹

Ein zu viel gezahlter, nicht verwendeter Vorschuss ist analog § 667 Alt. 1 BGB an den Unternehmer herauszugeben.² Nach Ansicht des BGH handelt es sich um einen aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) entwickelten Anspruch aus dem Vertragsverhältnis selbst.³

Anders als im Werkvertragsrecht ist das Recht zur Selbstvornahme der Mängelbeseitigung im Kaufrecht nicht ausdrücklich normiert.

Allerdings steht dem Käufer nach dem Ablauf einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung gegen den Verkäufer nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I BGB ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung zu. Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH zum kaufrechtlichen Mängelrecht kann der Verkäufer den „kleinen“ Schadensersatz statt der Leistung entweder anhand des mangelbedingten Minderwertes der Kaufsache oder aber anhand der Mängelbeseitigungskosten berechnen, wobei die Mängelbeseitigung nicht zwingend durchgeführt werden muss (sog. **fiktive Abrechnung**).

Bei der fiktiven Abrechnung kann der Käufer aber nach dem Rechtsgedanken des § 249 II S. 2 BGB⁴ nur den Nettobetrag verlangen.

hemmer-Methode: Der für das werkvertragliche Mängelrecht zuständige 7. Senat des BGH hat im Jahr 2018 seine gefestigte Rechtsprechung zur Zulässigkeit der fiktiven Abrechnung der Mängelbeseitigungskosten aufgegeben.⁵ In seinem Antwortbeschluss auf die nach § 132 III GVG vom 5. Senat erfolgte Anfrage hält der 7. Senat an der neuen Linie fest und verwehrt dem Besteller aufgrund spezieller werkvertraglicher Erwägungen die Möglichkeit der fiktiven Abrechnung.⁶ Der 5. Senat hat mit Urteil vom 12.03.2021 für das Kaufrecht seine Rechtsprechung zur Möglichkeit der fiktiven Abrechnung der Kosten für die Mängelbeseitigung beibehalten, weil er die werkvertraglichen Erwägungen des 7. Senats für das Kaufrecht als unpassend ansieht. Der Schutz des Unternehmers vor einer Überkompensation würde im Kaufrecht durch geringere Anforderungen an die Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung gewährleistet.⁷ Im Übrigen gibt es im Kaufrecht – anders als im Werkvertragsrecht – keinen Anspruch auf Vorschuss. Daher müsse zumindest der Käufer die Möglichkeit der fiktiven Abrechnung haben.

Damit besteht nun im Kauf- und Werkvertragsrecht eine „gespaltene Rechtslage“.

Im vorliegenden Fall hat K von V nicht die fiktive Abrechnung seines Schadensersatzanspruches verlangt, da er die Mängelbeseitigung tatsächlich noch durchführen möchte. Sein Zahlungsanspruch stützt sich vielmehr darauf, einen Vorschuss für die Kosten der Mängelbeseitigung zu erhalten.

Ein solcher Anspruch ist zumindest im Falle des Vorliegens eines Verbrauchsgüterkaufs in § 475 VI BGB geregelt. Dieser ist jedoch auf die Aufwendungen i.S.d. § 439 II, III BGB beschränkt.

Der BGH befasst sich in diesem Urteil zum einen mit der Frage, ob im vorliegenden Fall überhaupt ein Verbrauchsgüterkauf vorlag, und zum anderen mit der Frage, für welche Kosten im Zuge der Nacherfüllung dem Verbraucher überhaupt

1 MüKo/Busche, BGB, 8. Auflage 2020, § 637, Rn. 22.

2 MüKo/Busche, BGB, 8. Auflage 2020, § 637, Rn. 22.

3 BGH, NJW 2010, 1192 (1193).

4 Hinweis: § 249 BGB gilt im Fall des § 281 BGB nicht direkt. Eine Naturalrestitution widerspräche dem § 281 IV BGB, wonach der Erfüllungsanspruch ausgeschlossen ist, wenn Schadensersatz statt der Leistung verlangt worden ist. Da § 249 II BGB sich auf § 249 I BGB bezieht, gilt auch diese Norm nicht direkt.

5 BGH, Life&LAW 10/2018, 656 ff. = NJW 2018, 1463 ff. sowie NJW-RR 2018, 1038 f. = [jurisbyhemmer](#).

6 BGH, Life&LAW 01/2021, 16 ff. = NJW 2021, 53 ff. = [jurisbyhemmer](#).

7 BGH, Life&LAW 06/2021, 371 ff. = NJW 2021, 1532 ff. = [jurisbyhemmer](#).

ein Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses zusteht.

Anmerkung: Der Kaufvertrag wurde im Originalfall bereits im Jahre 2012 geschlossen. Daher wurde die Lösung für die **Life&LAW** auf die seit dem 01.01.2018 geltende Rechtslage umgeschrieben!

C) Lösung

Fraglich ist, ob dem K gegen V ein Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses i.H.v. insgesamt 10.000,- € zusteht.

I. Anspruch auf Vorschusszahlung i.H.v. 8.000,- € für den Rück- und Neuaufbau der Terrasse und der Außentreppe gem. §§ 475 VI, 439 III BGB

Dem K könnte nach §§ 475 VI, 439 III BGB ein Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses für die Aufwendungen zustehen, die für den Rückbau und Neuaufbau der Terrasse und der Außentreppe nach § 439 III BGB entstehen.

Voraussetzung wäre, dass

- es sich beim Kaufvertrag zwischen V und K um einen Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 I BGB gehandelt hat, damit für etwaige Aufwendungen nach § 439 III BGB ein Vorschuss verlangt werden kann, und dass
- die Voraussetzungen der §§ 437 Nr. 1, 439 III BGB vorgelegen haben.

1. Verbrauchsgüterkauf zwischen V und K gem. § 474 I S. 1 BGB

Ein Vorschussanspruch nach § 475 VI BGB setzt zunächst das Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs zwischen V und K i.S.d. § 474 I S. 1 BGB voraus.

Gemäß § 474 I S. 1 BGB liegt ein Verbrauchsgüterkauf vor, wenn ein Verbraucher (§ 13 BGB) von einem Unternehmer (§ 14 BGB) eine bewegliche Sache kauft. V hat als Unternehmer i.S.d. § 14 I BGB an den K Brettschichthölzer und damit eine bewegliche Sache verkauft

Fraglich ist allerdings, ob K, der als selbständiger Tischler eindeutig Unternehmer i.S.d. § 14 I BGB und im Zweifel auch Kaufmann i.S.d. § 1 I, II HGB ist, die Hölzer als Verbraucher gekauft hat. Dabei trägt derjenige, der sich auf Verbraucherschutzrecht beruft - hier der K -, nach allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast für die Verbraucherrolle.⁸

Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Der Gesetzgeber geht daher davon aus, dass auch Selbstständige Verbraucher sein können. Für die Verbrauchereigenschaft kommt es daher auf das konkrete Rechtsgeschäft an.

a) Nach allgemeinen Grundsätzen ist der objektive Vertragszweck maßgeblich

Vorliegend wollte K die Hölzer für die Sanierung der Terrasse und der Außentreppe des Privathauses nutzen, sodass kein Zusammenhang mit seiner beruflichen Tätigkeit als Tischler besteht. K verfolgte damit unstreitig einen privaten Zweck.

Für die Abgrenzung zwischen Verbraucher- und Unternehmerhandeln ist nach dem Wortlaut der Verbraucherdefinition in § 13 BGB grundsätzlich die **objektiv zu bestimmende Zweckerichtung** des Rechtsgeschäfts entscheidend.⁹ Der private Zweck des Geschäfts muss für den Verkäufer grundsätzlich nicht erkennbar gewesen sein.

Die hier zutage getretenen Begleitumstände, wonach das Geschäft in gleicher Weise wie die geschäftlichen Bestellungen des K bei V abgewickelt wurde, vermögen an der Zuordnung des Geschäfts zur Privatsphäre des K daher grds.

8 BGH, NJW 2007, 2619 ff. = jurisbyhemmer; MüKo/Maultzsch, HGB, 5. Auflage 2021, § 344 Rn. 26.

9 Hemmer/Wüst/Tyroller, Schuldrecht BT I, Rn. 475c; BGH, Life&LAW 03/2018, 145 (148) = NJW 2018, 146 ff. = jurisbyhemmer; BGH, NJW 2018, 150 ff.; BGH, NJW 2008, 435 ff. = jurisbyhemmer; EuGH, NJW 2017, 874 ff. = jurisbyhemmer.

nichts zu ändern.

Anmerkung: Aus der vom Gesetzgeber gewählten negativen Formulierung des § 13 HS 2 BGB wird deutlich, dass das rechtsgeschäftliche Handeln einer natürlichen Person grundsätzlich als Verbraucherhandeln anzusehen ist und etwa verbleibende Zweifel, welcher Sphäre das konkrete Handeln zuzuordnen ist, zugunsten der Verbrauchereigenschaft zu entscheiden sind.

Unsicherheiten und Zweifel aufgrund der äußeren, für den Vertragspartner erkennbaren Umstände des Geschäfts gehen daher nach der negativen Formulierung des Gesetzes in § 13 BGB nicht zu Lasten des Verbrauchers.¹⁰ In Anbetracht dessen ist bei einem Vertragsschluss mit einer natürlichen Person - wie hier - grundsätzlich von einem Verbraucherhandeln auszugehen.

b) Anderes Ergebnis wegen § 344 HGB?

Allerdings könnte sich aus dem Umstand, dass K als Tischler Kaufmann i.S.d. § 1 I, II HGB ist, etwas anderes ergeben.

Nach § 344 I HGB gelten nämlich die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig.

Anmerkung: Der BGH geht erstaunlicherweise in seinem Urteil mit keiner Silbe auf die Vorschrift des § 344 I HGB ein. Sie wird noch nicht einmal zitiert.

Der BGH hat bislang nur entschieden, dass § 344 HGB keine Anwendung findet, wenn der Käufer selbständiger Unternehmer, aber kein Kaufmann ist (z.B. Freiberufler oder nicht im Handelsregister eingetragene Kleinunternehmer).¹¹

Vorliegend ist der Käufer aber Kaufmann. Daher wären die nachfolgenden Ausführungen durch den BGH angezeigt gewesen.

aa) Anwendbarkeit des § 344 I HGB im Verhältnis zum Verbraucherrecht strittig

Ob die Vermutung des § 344 I HGB auch bei der Feststellung der Unternehmer- bzw. Verbrauchereigenschaft i.S.d. §§ 13, 14 BGB als persönliche Anwendungsvoraussetzungen des Verbraucherrechts anwendbar ist, ist umstritten.

(1) Soweit das Verbraucherrecht voraussetzt, dass auf der **Anbieterseite** ein Unternehmer gehandelt hat, kann die Vermutungswirkung des § 344 I HGB herangezogen werden, wenn das Geschäft von einem Kaufmann vorgenommen worden ist.¹²

hemmer-Methode: Gegen die Anwendbarkeit des § 344 HGB auf der Anbieterseite bestehen keine europarechtlichen Bedenken, da das europäische Verbraucherrecht Verbraucher regelmäßig nur in ihrer Rolle als Nachfrager, nicht aber als Anbieter schützt.¹³

(2) Problematischer ist aber die Anwendung des § 344 I HGB, wenn - wie im vorliegenden Fall - ein kaufmännischer **Käufer** wegen der Vermutung des § 344 I BGB nicht in den Genuss des durch § 13 BGB vermittelten Verbraucherschutzes kommt.

Teilweise wird in der Literatur die Anwendbarkeit des § 344 HGB auf Käuferseite wegen europarechtlicher Bedenken verneint.¹⁴

Nach überwiegender Ansicht soll § 344 HGB aber auch in diesem Fall zur Anwendung kommen.¹⁵

bb) Bedeutung dieses Meinungsstreits

10 BGH, Life&LAW 01/2010, 16 ff. = NJW 2009, 3780 ff. = jurisbyhemmer.

11 BGH, Life&LAW 02/2018, 91 ff. = NJW 2018, 150 ff. = jurisbyhemmer (zum selbständigen Reitlehrer).

12 BGH, Life&Law 10/2011, 695 (700 ff.) = NJW 2011, 3435 ff. = jurisbyhemmer.

13 MüKo/Maultzsch, HGB, 5. Auflage 2021, § 344 Rn. 25.

14 Pfeiffer, NJW 1999, 169 (173 f.); Herresthal, JZ 1996, 695 (699); offenlassend Steimle/Dornieden in: Röhricht/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 5. Auflage 2019, § 344 HGB.

15 BGH, NJW 2014, 1296 ff. = jurisbyhemmer (für einen Vertrag über den Fernwärmebezug durch einen kaufmännischen Mieter); MüKo/Lorenz, BGB, 8. Auflage 2019, § 474, Rn. 32; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Auflage 2018, § 2 Rn. 589.

Hinsichtlich der Beweislast wirkt sich dieser Streit nicht aus, da derjenige, der sich auf das Verbraucherschutzrecht beruft, ohnehin nach allgemeinen Grundsätzen darlegen und beweisen muss, dass er als Verbraucher gehandelt hat (s.o.).

Wenn dem Käufer der Beweis, dass er eine Sache als Verbraucher gekauft hat, gelingt, dies aber bei Vertragsschluss für den Verkäufer nicht erkennbar war, wirkt sich die Frage der Anwendbarkeit des § 344 HGB tatsächlich aus.

Die Widerlegung der Vermutung des § 344 I HGB, dass Geschäfte eines Kaufmanns zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, setzt nämlich voraus, dass der Vertragspartner den privaten Charakter des Geschäfts **bei Vertragsschluss** kannte oder kennen musste.¹⁶

hemmer-Methode: Ein nachträglicher Beweis des privaten Charakters des Kaufs widerlegt die Vermutung des § 344 HGB daher nicht!

cc) Privatcharakter war hier aber auf jeden Fall für V erkennbar

Letztlich kann die Frage, ob § 344 I HGB hier zur Anwendung kommt, im Ergebnis dahinstehen, wenn der Privatcharakter des Kaufs für den V im vorliegenden Fall tatsächlich erkennbar war.

Dem Kauf ging ein Verkaufsgespräch vor Ort zwischen K und D, einem Außendienstmitarbeiter des V, voraus. Dabei hat D die Terrasse und Außentreppe des Privathauses des K in Augenschein genommen und K bei der Auswahl der Hölzer beraten. Damit war der objektiv private Zweck des Kaufs bei Vertragsschluss jedenfalls dem Außendienstmitarbeiter D bekannt, zumindest aber jedenfalls erkennbar.

Dieses Wissen bzw. Kennenmüssen des D muss sich V gem. § 166 I BGB zurechnen lassen.

Der Umstand, dass die Auftragsbestätigung sowie die Rechnung an K mit dem Zusatz „Tischlerei“ adressiert wurden, ändert hieran nichts.¹⁷

Dieser Umstand findet eine naheliegende Erklärung darin, dass K (in seiner Eigenschaft als Unternehmer) bereits Kunde des V war und die Parteien deshalb auch diesen Vertrag in gewohnter Form schlossen.

c) Ergebnis

Da der Kauf für K somit ein Privatgeschäft war, handelte es sich bei dem Kaufvertrag zwischen V und K um einen Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 I S. 1 BGB.

2. Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 437 Nr. 1, 439 BGB

Ein Anspruch auf Aufwendungsersatz nach § 439 III BGB setzt voraus, dass dem Käufer grds. ein Nacherfüllungsanspruch nach §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB zusteht.

a) Wirksamer Kaufvertrag

Ein wirksamer Kaufvertrag zwischen V und K über die Hölzer zum Preis von 2.000,- € lag vor (s.o.).

b) Vorliegen eines Sachmangels (§ 434 BGB) bei Gefahrübergang (§ 446 S. 1 BGB)

Voraussetzung wäre ferner, dass die Hölzer bei Gefahrübergang mangelhaft waren.

aa) Eine Sollbeschaffenheit der Hölzer haben V und K nicht vereinbart, sodass § 434 I S. 1 BGB ausscheidet.

bb) Die Hölzer könnten aber gem. § 434 I S. 2 Nr. 1 BGB mangelhaft gewesen sein. Die Eignung für eine bestimmte Verwendung muss von beiden Kaufvertragsparteien „vorausgesetzt“ sein. Der Verwendungszweck muss dabei nach umstrittener, aber überzeugender Ansicht über die gewöhnliche Verwendung hinausgehen, da im Fall der Nichteignung für die gewöhnliche Verwendung § 434 I S. 2 Nr. 2 BGB einschlägig ist und diese Norm anderenfalls weitgehend leer-

¹⁶ Baumbach/Hopt, HGB, 41. Auflage 2021, § 344, Rn. 3; BGH WM 1976, 424 ff. = jurisbyhemmer.
¹⁷ Anderer Ansicht war die Vorinstanz OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 04.06.2019, Az. 16 U 113/18.

laufen würde.¹⁸

Eine „außergewöhnliche“ Verwendung wurde von B und C aber nicht bezweckt.

cc) Damit kommt nur ein Sachmangel nach § 434 I S. 2 Nr. 2 BGB in Betracht. Mangelfrei nach § 434 I S. 2 Nr. 2 BGB ist eine Kaufsache nur dann, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet *und* (!) eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Fehlt eine der Voraussetzungen, ist die Sache im Umkehrschluss mangelhaft.

Die von V gelieferten Hölzer entsprachen aber tatsächlich nicht der für den Außenbereich erforderlichen Nutzungsklasse und waren damit nicht witterungsbeständig.

Daher wiesen die Hölzer bei Gefahrübergang (§ 446 S. 1 BGB) nicht die übliche und vom Käufer K zu erwartende Beschaffenheit auf.

Die Hölzer waren daher nach § 434 I S. 2 Nr. 2 BGB mangelhaft.

c) Erforderliche Aufwendungen für den Aus- und Wiedereinbau i.S.d. § 439 III S. 1 BGB

Gemäß § 439 III S. 1 BGB kann der Käufer im Rahmen der Nacherfüllung Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen, die er für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau der gelieferten mangelfreien Sache aufbringen musste, sofern er die mangelhafte Sache gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache eingebaut oder an eine andere Sache angebracht hat.

Die von K bei V erworbenen Hölzer waren für die Verlegung auf einer Terrasse und einer Außentreppe, die auch Regen ausgesetzt sein können, bestimmt. Damit wurden die Hölzer gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck am Boden angebracht. Die Voraussetzungen des § 439 III S. 1 BGB liegen daher vor.

Die zu erwartenden Aufwendungen des K in Höhe von 8.000,- € waren laut Bearbeitungsvermerk der Höhe nach auch erforderlich.

d) Ausschluss des Anspruches gemäß §§ 439 III S. 2, 442 I BGB

Der Anspruch könnte gemäß §§ 439 III S. 2, 442 I BGB ausgeschlossen sein, wenn bei K zur Zeit des Einbaus Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von der Mangelhaftigkeit der Hölzer vorlag. Allerdings war für K nicht erkennbar, dass die Hölzer nicht witterungsbeständig waren.

Anhaltspunkte für eine grob fahrlässige Unkenntnis sind nicht ersichtlich. Der Anspruch ist daher nicht nach §§ 439 III S. 2, 442 I BGB ausgeschlossen.

e) Ausschluss des Anspruches gemäß § 377 II, III HGB

Da kein beiderseitiger Handelskauf vorlag (s.o.), scheidet eine Präklusion der Mängelrechte nach § 377 II, III HGB aus.

3. Beschränkung des Aufwendungsersatzes auf einen angemessenen Betrag nach § 475 IV S. 2 BGB

Möglicherweise kann V den Aufwendungsersatz nach § 439 III S. 1 BGB wegen unverhältnismäßig hoher Kosten nach § 475 IV S. 2 BGB auf einen angemessenen Betrag beschränken.

Anmerkung: Zu der Zeit, als sich der tatsächliche Fall ereignet hat, gab es die Vorschrift des § 475 IV BGB noch nicht. Die Beschränkung des Nacherfüllungsaufwandes auf einen angemessenen Betrag geht auf die Rechtsprechung des EuGH zurück. Diese wurde mit § 475 IV BGB aber inzwischen in nationales Recht umgesetzt. Zur Angemessenheit hat sich der BGH inhaltlich nicht geäußert. Das Berufungsgericht hat dazu keine Feststellungen getroffen, weil es bereits das Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs verneint hat. Der BGH hat als reine Rechtsinstanz somit das Urteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Sachverhaltsaufklärung an das OLG Frankfurt a.M. zurückverwiesen. Für die Besprechung in der Life&LAW wurde der Fall anhand der einschlägigen Kommentarliteratur nach der neuen Gesetzeslage „durchentschieden“.

a) § 475 IV S. 2 BGB gewährt eine Einrede

§ 475 IV S. 2 BGB gewährt dem Verkäufer ein als Einrede ausgestaltetes beschränktes Leistungsverweigerungsrecht.¹⁹ Die Beschränkung des Aufwendungsersatzanspruchs auf den angemessenen Betrag tritt also nicht automatisch ein, sondern nur, wenn sich der Verkäufer darauf beruft.

V hat sich im vorliegenden Fall darauf berufen, dass die Aufwendungen für den Rückbau und den Neuaufbau der Terrasse und der Außentreppe unverhältnismäßig hoch sind. Er hat die Einrede daher geltend gemacht.

b) Vorliegen der Voraussetzungen des § 475 IV S. 2 BGB

Fraglich ist allerdings, ob die Voraussetzungen des beschränkten Leistungsverweigerungsrechts des § 475 IV S. 2 BGB vorliegen.

aa) Anwendbarkeit des § 475 IV S. 2 BGB

§ 475 IV S. 2 BGB knüpft durch die Bezugnahme auf die „andere Art der Nacherfüllung“ an § 475 IV S. 1 BGB an und setzt seinem Wortlaut nach daher voraus, dass „die eine Art der Nacherfüllung“ nach § 275 I BGB ausgeschlossen ist oder nach § 275 II, III BGB oder § 439 IV BGB verweigert werden kann.

Hintergrund: Beim Verbrauchsgüterkauf ist der Verkäufer nach derzeit geltendem Recht nicht berechtigt, die Nacherfüllung wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit zu verweigern.

Er hat wegen § 475 IV S. 1 BGB somit nicht das Totalverweigerungsrecht, welches die Vorschrift des § 439 IV S. 3 HS 2 BGB regelt.

Im Zuge der Umsetzung der Warenkaufrichtlinie wurde am 25.06.2021 das „Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrages“ beschlossen und im Bundesgesetzblatt am 30.07.2021 verkündet.²⁰

Durch dieses Gesetz wurde die Vorschrift des § 475 IV BGB aufgehoben, sodass dem Verkäufer auch beim Verbrauchsgüterkauf die Einrede der absoluten Unverhältnismäßigkeit zusteht.

Das Gesetz tritt am 01.01.2022 in Kraft und wird in einer der nächsten Ausgaben der Life&LAW ausführlich vorgestellt werden!

Da die Hölzer nicht der für den Außenbereich erforderlichen Nutzungsklasse entsprachen, ist die Beseitigung des Mangels nach §§ 437 Nr. 1, 439 I Alt. 1 BGB offensichtlich gem. § 275 I BGB ausgeschlossen.

Die Vorschrift des § 475 IV S. 2 BGB kommt daher zur Anwendung.

bb) Unverhältnismäßig hohe Aufwendungen

Die Einrede setzt voraus, dass die Nacherfüllung wegen der Höhe der Aufwendungen nach § 439 II, III BGB unverhältnismäßig ist.

Nach dem Wortlaut der Norm kann die Unverhältnismäßigkeit daher auch daraus folgen, dass die Kosten der „eigentlichen“ Nacherfüllung i.S.v. § 439 I BGB, die der Verkäufer nach § 439 II BGB zu tragen hat, die Unverhältnismäßigkeit begründen. Das ist verfehlt, da ein Recht zur Verweigerung der Nacherfüllung gem. § 439 I BGB wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit (vgl. § 439 IV S. 3 HS 2 BGB) gerade nicht besteht und die Kosten dieser Nacherfüllung deshalb außer Betracht bleiben müssen.

§ 475 IV S. 2 BGB ist dahingehend auszulegen, dass der Ersatz einer Aufwendung nur dann beschränkt werden kann, wenn gerade die Höhe dieser Aufwendung unverhältnismäßig ist.²¹

Mit anderen Worten: Dass die Reparatur der mangelhaften Sache bzw. die Nachlieferung teuer ist, darf den Verkäufer nicht dazu berechtigen, den vollen Ersatz von für sich genommen verhältnismäßigen Aus- und Einbaukosten zu verweigern.

Einen Maßstab für die Unverhältnismäßigkeit der Käuferaufwendungen enthält die Regelung nicht.

¹⁹ BeckOK BGB/Faust, BGB § 475 Rn. 52.

²⁰ BGBl. 2021, Teil I, Nr. 37 vom 30.06.2021, Seite 2133 ff.

²¹ BeckOK BGB/Faust, BGB § 475 Rn. 52; Erman/Grunewald, BGB, 16. Auflage 2020, § 475, Rn. 9; MüKo/Lorenz, BGB, 8. Auflage 2019, § 475, Rn. 32; a.A. Picht, JZ 2017, 807 (811).

§ 475 IV S. 3 BGB regelt lediglich Maßstäbe für die Bestimmung des „angemessenen Betrags“, auf welchen der Verkäufer die Aufwendungsersatzansprüche des Käufers reduzieren kann.

Danach sollen bei der Bemessung des Betrags „insbesondere“ der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand sowie die Bedeutung des Mangels zu berücksichtigen sein.

Allerdings ist auch zu beachten, dass das Recht des Verbrauchers auf Kostenerstattung nicht durch die Beschränkung des Anspruchs auf Aufwendungsersatz ausgehöhlt werden darf.

Nach der überwiegenden Ansicht in der Literatur erscheint eine Beschränkungsmöglichkeit erst dann als sinnvoll, wenn der Mangel unerheblich ist und der Verbraucher damit die ernstzunehmende Alternative hat, die Sache zu behalten. Bei einer nicht unerheblichen Nutzungsbeeinträchtigung muss eine Begrenzung des Aufwendungsersatzes hingegen grundsätzlich ausscheiden.²²

Da die Hölzer unbrauchbar geworden sind, weil die Leimfugen mangels Witterungsbeständigkeit der Hölzer gerissen sind, lag ein erheblicher Mangel vor, sodass eine Einschränkung des Anspruches auf Aufwendungsersatz nach h.L. ausscheidet.

Anmerkung: Eine Beschränkung des Anspruches kommt vor allem in Betracht, wenn es sich um lediglich ästhetische oder unerhebliche Mängel handelt, bei welchen das Rücktrittsrecht nach § 323 V S. 2 BGB ausgeschlossen ist.

Ergebnis: V steht die Einrede unverhältnismäßiger Kosten nach § 475 IV S. 2 BGB daher nicht zu.

hemmer-Methode: Für § 475 IV S. 2 BGB muss nach ganz h.M. eine Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung vorliegen, die sich allein aus der Höhe der nach § 439 II, III BGB dem Käufer zu ersetzenden Aufwendungen ergibt (s.o.).

Außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs stellt sich bei Ermittlung der absoluten Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung nach § 439 IV S. 3 HS 2 BGB die Frage, ob das Leistungsverweigerungsrecht des Verkäufers hier nur bei unverhältnismäßigen Kosten der Nacherfüllung nach § 439 I BGB besteht. Hierauf deutet der Wortlaut des § 439 IV S. 1 BGB hin, der sich nur auf die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung bezieht.

Nach umstrittener, aber zutreffender Ansicht gilt § 439 IV BGB trotz seines missverständlichen Wortlauts auch für den Anspruch auf Aufwendungsersatz aus § 439 II, III BGB.²³ Dieser ist Teil der Nacherfüllung (vgl. den Wortlaut „im Rahmen der Nacherfüllung“).

Zusammenfassung:

1. Für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung i.R.d. § 439 IV BGB kommt es auf sämtliche Kosten des Verkäufers an, die nach § 439 I, II, und III BGB entstehen.

2. Für § 475 IV S. 2 BGB muss sich hingegen die Unverhältnismäßigkeit allein aus der Höhe der nach § 439 II, III BGB dem Käufer zu ersetzenden Aufwendungen ergeben.

4. Einrede der Verjährung, § 214 I BGB

Da sich V auf die Einrede der Verjährung berufen hat, wäre der Anspruch wegen § 214 I BGB nicht mehr durchsetzbar, wenn der Anspruch des K auf Nacherfüllung und damit der Anspruch auf Zahlung eines Kostenvorschusses nach § 438 I, II BGB verjährt wäre.

a) Verjährungsbeginn mit Ablieferung, § 438 II BGB

Die Verjährung der in § 437 Nr. 1 und 3 BGB bezeichneten Ansprüche beginnt gem. § 438 II BGB mit der Ablieferung. Diese erfolgte am 10.06.2019. Gem. § 187 I BGB wird dieser Tag für die Berechnung der Frist nicht mitgerechnet.²⁴

Die Verjährung begann somit am 11.06.2019 zu laufen.

b) Zwei- oder fünfjährige Verjährungsfrist, § 438 I Nr. 2b oder § 438 I Nr. 3 BGB

Würde der Anspruch des K der zweijährigen Verjährungsfrist des § 438 I Nr. 3 BGB unterliegen, so wäre dieser mit dem Ablauf des 10.06.2021 verjährt, vgl. § 188 II Alt. 1 BGB.

Da K den Anspruch erst am 06.07.2021 gegenüber V geltend gemacht hat, wäre zu diesem Zeitpunkt bereits Verjährung

²² BeckOK BGB/Faust, BGB § 475 Rn. 50; MüKo/Lorenz, BGB, § 475, Rn. 41; Thon, JuS 2017, 1150 (1154).

²³ Looschelders, JA 2018, 81 (83 f.); BeckOK BGB/Faust, 58. Ed. 01.05.2021, BGB § 439 Rn. 133; BeckOGK/Höpfner, BGB, § 439 Rn. 71.

²⁴ Palandt/Ellenberger, BGB, 80. Auflage 2021, § 187, Rn. 1.

eingetreten. Damit wäre es für eine verjährungshemmende Klage (§ 204 I Nr. 1 BGB) zu spät.

Eventuell unterliegt der Anspruch des K aber der fünfjährigen Verjährungsfrist des § 438 I Nr. 2b BGB, wenn die Hölzer entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise für ein Bauwerk verwendet worden sind und dessen Mangelhaftigkeit verursacht haben.

a) Verwendung für ein Bauwerk

Fraglich ist, ob die Brettschichthölzer von K für ein „**Bauwerk**“ verwendet worden sind.

Hinsichtlich der Frage, ob die Kaufsache „für ein Bauwerk“ verwendet worden ist, kann auf die für § 634a I Nr. 2 BGB entwickelten Kriterien zurückgegriffen werden.²⁵

Danach ist ein Bauwerk eine unbewegliche, durch Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache. Von der Vorschrift erfasst sind nicht nur Neuerrichtungen von Bauwerken, sondern auch Erneuerungs- und Umbauarbeiten an einem errichteten Gebäude, wenn sie für Konstruktion, Bestand, Erhaltung oder Benutzbarkeit des Gebäudes von wesentlicher Bedeutung sind und wenn die eingebauten Teile mit dem Gebäude fest verbunden sind.²⁶

Der Ausdruck „Bauwerk“ beschreibt dabei nach der Rechtsprechung des BGH nicht nur die Ausführung des Baus als Ganzen, sondern auch die Herstellung der einzelnen Bauteile und Bauglieder, und zwar unabhängig davon, ob sie äußerlich als hervortretende, körperlich abgesetzte Teile in Erscheinung treten.

Daraus folgt, dass eine Kaufsache aus verschiedenen Gründen als „für ein Bauwerk verwendet“ angesehen werden kann, nämlich dann, wenn sie selbst als Bauwerk einzustufen ist, oder wenn die Kaufsache zwar selbst kein Bauwerk ist, jedoch ihrerseits Bauteil oder Bauglied eines Bauwerks.

Danach ist die von K mit den gekauften Hölzern errichtete Terrasse sowie die Außentreppe, die mit dem Privathaus des Klägers fest verbunden sind und als tragende Bauteile auf fest im Erdboden verankerten Pfeilern ruhen, als Bauteile bzw. Bauglieder des Privathauses und somit als Bauwerk im Sinne des § 438 I Nr. 2b BGB zu beurteilen.

K hat die gekauften Hölzer auch entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise für ein Bauwerk verwendet. Der Umstand, dass die erworbenen Hölzer nicht für den Außenbereich tauglich waren, vermag daran nichts zu ändern. Ansonsten würde das Tatbestandsmerkmal „*entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise*“ in unzulässiger Weise mit dem Begriff des Sachmangels vermengt und auf mangelfreie Sachen beschränkt.

Dem Gesetz ist eine solche Einschränkung nicht zu entnehmen. Vielmehr war der Gesetzgeber bestrebt, grundsätzlich sämtliche von einem Käufer für ein Bauwerk eingesetzten Materialien und Stoffe unter den Tatbestand des § 438 I Nr. 2b BGB zu fassen.²⁷

Damit hat sich der Gesetzgeber bezüglich der üblichen Verwendungsweise für eine objektive Betrachtungsweise entschieden, die nicht davon abhängt, ob im Einzelfall ein Sachmangel gegeben ist.

b) Ergebnis

Damit gilt für den Anspruch des K die fünfjährige Verjährung des § 438 I Nr. 2b BGB, die eindeutig noch nicht abgelaufen ist.

Dem Anspruch steht daher auch nicht die Verjährungseinrede des § 214 I BGB entgegen.

5. Ergebnis zum Vorschussanspruch i.H.v. 8.000,- € für den Rück- und Neuaufbau der Terrasse und der Außentreppe

K kann von V nach § 475 VI i.V.m. § 439 III BGB die Zahlung eines Vorschusses i.H.v. 8.000,- € für den Rück- und Neuaufbau der Terrasse und der Außentreppe verlangen.

II. Anspruch auf Vorschusszahlung in Höhe von 2.000,- € für die Nachlieferung neuer Hölzer

Fraglich ist, ob K auch einen Vorschussanspruch für die Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache hat.

25 BGH, NJW 2014, 845 ff. = jurisbyhemmer.

26 BGH, NJW 2016, 2645 ff. = jurisbyhemmer.

27 Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 227.