



## TUTORIUM ZIVILRECHT IN DER MITTELPHASE

WINTERSEMESTER 2017/2018

### Fall 1

„Neue Probleme beim Autokauf“

#### Sachverhalt:

Konrad Klein (K) kaufte im März 2017 bei Bernhard Vogel (V), einem gewerblichen Autohändler einen von ihm zuvor besichtigten gebrauchten Pkw, der ihm am 26. März 2017 übergeben wurde. Das Fahrzeug dient der Familie Klein für private Fahrten. Am 23. Juni 2017 leuchtet während einer Fahrt auf der Autobahn in Höhe Augsburg die Motor-Management-Kontrollleuchte auf. In der nächstgelegenen KfZ-Werkstatt wurde ein Defekt des Katalysators festgestellt. Seit wann dieser Defekt am Katalysator besteht, lässt sich nicht mehr klären.

Eine Weiterfahrt war möglich. Dennoch lässt K den Wagen sofort reparieren. Für diese Reparaturrechnung stellt die KfZ-Werkstatt 1.400 € in Rechnung. K verlangt von V den Ersatz dieser Rechnung. V weigert sich: Der Defekt am Katalysator sei auf die Fahrweise des K zurückzuführen. Im Übrigen hätte K erst zu ihm kommen müssen statt eigenmächtig zu handeln.

**Frage 1:** Hat K gegen V einen Anspruch auf Zahlung von 1.400€?

#### Abwandlung 1:

K lässt den Wagen nicht sofort reparieren.

**Frage 2:** Kann K zum Zwecke der Nacherfüllung verlangen, dass V einen vergleichbaren Wagen liefert?

#### Abwandlung 2:

K lässt den Wagen nicht sofort reparieren und eine Weiterfahrt ist nicht möglich.

**Frage 3:** Hat K gegen V einen Anspruch auf Nachbesserung dergestalt, dass V den Pkw zu sich transportieren und die Kosten des Transports tragen muss?

#### Literaturhinweise:

Kaufrechtliches Gewährleistungsrecht: Looschelders, Schuldrecht BT, 9. Auflage, 2014, 4-104; Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 38. Auflage, 2014, 3-110; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II 16. Auflage, 2012, §§ 74-81

Zur Kaufrechtsreform: JuS 2016, 584

Zum Ort der Nacherfüllung: BGH 2011, 2278; Faust, JuS 2011, 748 ff

## TUTORIUM ZIVILRECHT IN DER MITTELPHASE

WINTERSEMESTER 2017/2018

### FALL 1

#### „Neue Probleme beim Autokauf“

Frage 1 (Ersatz der Kosten für die Selbstvornahme) .....	2
A. Anspruch des K gegen V auf Schadensersatz aus §§ 434 Abs. 1 S.2 Nr. 2, 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 281 BGB.....	2
I. Kaufvertrag .....	2
II. Sachmangel bei Gefahrübergang.....	2
1. Sachmangel .....	2
2. Bei Gefahrübergang .....	2
III. Zusätzliche Voraussetzungen des Schadensersatz statt der Leistung .....	3
1. Keine Ernsthafte und endgültige Verweigerung, § 281 Abs. 2, 1. HS BGB? .....	4
2. Keine Unzumutbarkeit und kein Vorliegen besonderer Umstände, §§ 440 S.1, 2. Alt., 281 Abs. 2, 2. HS BGB.....	4
B. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 434 Abs. 1 Nr. 2, 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 283 BGB.....	4
I. Sachmangel .....	4
II. Unmöglichkeit der Nacherfüllung.....	4
III. Vertretenmüssen .....	4
C. Anspruch auf Herausgabe des Kaufpreises aus §§ 434 Abs. 1 S.2 Nr. 1, 437 Nr. 2, 441 Abs. 1 S.1, Abs. 3, 4, 346 Abs. 1 BGB .....	5
I. Minderungserklärung, § 441 Abs. 1 BGB .....	5
II. Minderungsrecht .....	5
1. Sachmangel .....	5
2. Voraussetzungen des § 441 Abs. 1 S.1, Abs. 3 BGB.....	5
a) Rücktrittsrecht gem. § 323 Abs. 1 BGB .....	5
b) Rücktrittsrecht gem. § 326 Abs. 5 BGB .....	5
D. Anspruch aus § 637 Abs. 1 BGB analog .....	5
E. Anspruch aus § 439 Abs. 2 BGB .....	6
F. Anspruch auf Ersatz der ersparten Kosten für die Mängelbeseitigung aus §§ 326 Abs. 2 S.2, Abs. 4, 346 Abs. 1 BGB .....	6
I. Direkte Anwendbarkeit.....	6
II. Analoge Anwendbarkeit .....	6
G. Anspruch aus GoA, §§ 677, 683 S.1, 670 BGB .....	7
H. Anspruch aus § 812 Abs. 1 S.1, 2. Alt. BGB .....	7
Frage 2: Nachlieferung bei Stückkauf.....	8
I. Sachmangel .....	8
II. Voraussetzungen des § 439 BGB .....	8
1. eA: Nachlieferung beim Stückkauf nicht möglich.....	8
2. aA: Nachlieferung nur bei vertretbarer oder funktionell vergleichbarer Sache .....	8
3. BGH: Ersatzlieferung möglich, wenn gleichartige und gleichwertige Sache.....	8
Frage 3: Rücktransport des Wagen.....	9
I. Sachmangel und Kaufvertrag .....	9
II. Voraussetzungen des § 439 BGB .....	9
III. Rechtsfolge .....	9
1. Ort der Nacherfüllung .....	9
a) e.A.: Belegenheitsort .....	9
b) A.A.: ursprünglicher Leistungsort.....	9

c) Vermittelnde Auffassungen .....	9
d) Rechtsprechung des BGH .....	10
2. Kosten des Transports.....	11
Kaufrechtsreform ab 1.1.2018 .....	11

## Frage 1: Ersatz der Kosten für die Selbstvornahme

### A. Anspruch des K gegen V auf Schadensersatz aus §§ 434 Abs. 1 S.2 Nr. 2, 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 281 BGB

K könnte einen Anspruch gegen V aus §§ 434 Abs. 1 S.2 Nr. 2, 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 281 BGB auf Ersatz der Reparaturkosten haben.

#### I. Kaufvertrag

K und V haben am 26. März 2017 einen wirksamen Kaufvertrag gem. § 433 BGB geschlossen.

#### II. Sachmangel bei Gefahrübergang

Das Sachmängelrecht der §§ 437ff. BGB ist erst mit Gefahrübergang anwendbar, d.h. gem. § 446 S.1 BGB mit Übergabe der Sache. Davor gilt nur das Schuldrecht AT: Der Käufer kann die Abnahme gem. § 273 Abs. 1 BGB und die Zahlung des Kaufpreises gem. § 320 Abs. 1 BGB verweigern. Der Käufer kann sogar den vollen Kaufpreis wegen eines nur geringfügigen Mangels verweigern.<sup>1</sup> § 320 Abs. 1 BGB soll nämlich nicht nur den Anspruch auf die Gegenleistung sichern, sondern auch dem Gläubiger ein Druckmittel gegen den Schuldner geben.<sup>2</sup>

#### 1. Sachmangel

Ein Sachmangel iSd § 434 BGB ist jede Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der vertraglich bestimmten Soll-Beschaffenheit. K und V haben keine bestimmte Beschaffenheit hinsichtlich des Katalysators vereinbart, so dass ein Sachmangel gemäß § 434 Abs. 1 S. 1 BGB mangels Beschaffenheitsvereinbarung ausscheidet. Zudem haben Sie keine Verwendung vertraglich vorausgesetzt, § 434 Abs. 1 S.2 Nr. 1 BGB. Ein defekter Katalysator stellt jedoch nicht die übliche Beschaffenheit eines Pkws dar, der sich mit einem solchen nicht für die gewöhnliche Verwendung Autofahren eignet. Es liegt folglich ein Sachmangel iSd § 434 Abs. 1 S.2 Nr. 2 BGB vor.

Hüten Sie sich vor Sachverhaltsquetsche! Zwar wäre hier eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung wie „allgemein verkehrstauglich“ naheliegend gewesen. In dem Sachverhalt steht jedoch nichts davon.

Auch eine geringfügige Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit ist ein Sachmangel. Die Geringfügigkeit eines Mangels führt nur zum Ausschluss des Rücktritts gem. § 323 Abs. 5 S.2 BGB und des Anspruchs auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung gem. § 281 Abs. 1 S.3 BGB.

#### 2. Bei Gefahrübergang

Der Sachmangel müsste gem. § 434 Abs. 1 S. 2 BGB bereits bei Gefahrübergang vorgelegen haben. Maßgeblicher Zeitpunkt für den Gefahrübergang ist gemäß § 446 S.1 BGB die Übergabe der verkauften Sache. K kann aber nicht beweisen, dass der Defekt schon bei der Übergabe des Wagens am 26. März 2017 vorgelegen hat und nicht seine Fahrweise zurückzuführen ist. Grundsätzlich trägt der Käufer die Beweislast für das Vorliegen des Mangels im Zeitpunkt des Gefahrübergangs.

<sup>1</sup> BGH NJW 2017, 1100, 1102 mit Anmerkung Riehm, JuS 2017, 463. Zur Frage, inwieweit eine solche Einrede auch nach Gefahrübergang besteht: *Medicus/Lorenz*, SchuldR II, 17. Aufl 2014, Rn. 186f.

<sup>2</sup> BGH NJW 2017, 1100, 1103.

Es könnte allerdings die Vermutung des § 476 BGB eingreifen.

Nach dem In-Kraft-Treten der Kaufrechtsreform am 1.1.2018. wird § 476 BGB a.F. inhaltlich unverändert zu § 477 BGB n.F. Weitere Information zu der Kaufrechtsreform und finden Sie auf S. 11.

K ist Verbraucher gem. § 13 BGB, denn der Pkw soll für private Fahrten der Familie K dienen. V ist als gewerblicher Autohändler Unternehmer gem. § 14 Abs. 1 BGB. Es liegt somit gemäß § 474 Abs. 1 S. 1 BGB ein Verbrauchsgüterkauf vor.

Der Sachmangel defekter Katalysator ist am 23. Juni 2017, also innerhalb von sechs Monaten nach der Übergabe am 26. März 2017 erstmals zu Tage getreten. Eine Ausnahme der Beweislastumkehr<sup>3</sup> wegen der Art der Sache liegt nicht vor, weil es sich nicht um verderbliche Waren oder verbrauchbare Güter handelt<sup>4</sup>. § 476 BGB ist auch auf gebrauchte Sachen anwendbar.<sup>5</sup>

Auch die Art des Mangels defekter Katalysator schließt nicht aus, dass dieser schon vor Übergabe bestand.

Die Beweislastumkehr des § 476 BGB greift somit zugunsten des K ein. Wann der Defekt erfolgte, lässt sich nicht feststellen. Da V nicht beweisen kann, dass der Mangel erst durch den Gebrauch des K eingetreten ist, ist ihm der Mangel bei Gefahrübergang (26. März 2017) zuzurechnen. Der Pkw ist mangelhaft.

**Exkurs: Stellt § 476 BGB eine Vermutung in kausaler Hinsicht oder nur in zeitlicher Hinsicht dar?**

§ 476 BGB ordnet eine Beweislastumkehr zu Gunsten des kaufenden Verbrauchers an. Lange Zeit war umstritten, ob diese Vermutung auch dem Verbraucher hilft bei dem die Ursache eines nach Gefahrübergang aufgetretenen Sachmangels unklar ist. Dafür spricht der Wortlaut des § 476 BGB, nach dem „ein Sachmangel“ die Vermutung auslöst, dass die Sache bei Gefahrübergang „mangelhaft“ war. Wenn der Gesetzgeber eine bloß zeitlich wirkende Vermutung gewollt hätte, dann hätte er den Begriff „Sachmangel“ verwendet statt des allgemeineren Begriffs „mangelhaft“.<sup>6</sup> Zudem entspricht dies Art. 5 Abs. 3 VerbrGKRL, der bei einer richtlinienkonformen Auslegung zu berücksichtigen ist.<sup>7</sup>

Der BGH hat seine anders lautende frühere Rechtsprechung<sup>8</sup> inzwischen aufgegeben.<sup>9</sup>

Vorliegend stellt sich das Problem nicht: Der Defekt des Katalysator beruht nicht auf einem Grundmangel, sondern könnte schon als solcher bei der Übergabe vorgelegen haben.

### III. Zusätzliche Voraussetzungen des Schadensersatz statt der Leistung

Schadenersatz statt der Leistung liegt dann vor, wenn der Schaden auch durch eine Leistung des Schuldner V im letztmöglichen Zeitpunkt entfallen wäre. Wenn V nacherfüllt hätte, hätte K nicht den Pkw in die Reparaturkosten der KfW-Werkstatt gezahlt. Damit kann K nur den Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 3, 281 BGB Schadensersatz verlangen.

§ 281 Abs. 1 S.1 BGB verlangt grundsätzlich, dass der Gläubiger (K) dem Schuldner (V) erfolglos eine angemessene Nachfrist gesetzt hat.

Die Fristsetzung könnte entbehrlich sein.

<sup>3</sup> Vgl. als Übersicht Maultzsch, NJW 2006, 3091-3097.

<sup>4</sup> Lorenz, NJW 2008, 2623.

<sup>5</sup> Palandt/Weidenkaff, BGB, 76. Aufl. 2017, § 476 Rn. 10.

<sup>6</sup> BGH NJW 2017, 1093, 1097

<sup>7</sup> EuGH NJW 2015, 2237, 2040, BGH NJW 2017, 1093, 1098.

<sup>8</sup> BGH NJW 2004, 2299, dazu Lorenz, NJW 2004, 3020; Klöhn, NJW 2008, 2811, 2811 f.; kritisch zum „Grundmangel“ Gsell, JZ 2008, 28, 31f.

<sup>9</sup> BGH NJW 2017, 1093, EuGH NJW 2015, 2237.

## 1. Keine Ernsthafte und endgültige Verweigerung, § 281 Abs. 2, 1. HS BGB?

V hat die Erfüllung nicht endgültig und ernsthaft verweigert, § 281 Abs. 2, 1. HS BGB. Da K die Reparatur unmittelbar selbst in Auftrag gegeben hat, hatte V bereits keine Gelegenheit sich zu äußern.

An die Erfüllungsverweigerung sind strenge Anforderungen zu stellen; sie liegt nur vor, wenn der Schuldner eindeutig zum Ausdruck bringt, er werde seinen Vertragspflichten nicht nachkommen und dass er auch nicht mehr verhandlungsbereit ist.

## 2. Keine Unzumutbarkeit und kein Vorliegen besonderer Umstände, §§ 440 S.1, 2. Alt., 281 Abs. 2, 2. HS BGB

Die Nacherfüllung war K nicht unzumutbar, weil er das Auto auch von V hätte reparieren lassen können. Eine Weiterfahrt war möglich. Die Ausnahme des § 440 S.1, 2. Alt. BGB greift daher nicht ein.

Damit liegen auch keine besonderen Umstände vor, wonach das Fahrzeug sofort hätte repariert werden müssen, § 281 Abs. 2, 2. HS BGB.

Die Fristsetzung ist nicht entbehrlich. K hat keine Nachfrist gesetzt. Der Anspruch ist gem. § 281 Abs. 1 S. 1 BGB ausgeschlossen.

**Ergebnis:** Mithin hat K keinen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 434 Abs. 2 Nr. 2, 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 281 BGB.

## B. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 434 Abs. 1 Nr. 2, 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 283 BGB

K könnte gegen V einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 434 Abs. 2 Nr. 2, 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 283 BGB haben.

### I. Sachmangel

Der Defekt am Katalysator ist ein Sachmangel iSd § 434 Abs. 1 S.1 Nr.2 BGB, der schon beim Gefahrübergang vorlag, s.o.

### II. Unmöglichkeit der Nacherfüllung

Hier hat K den Mangel durch die Niederlassung XY, also anderweitig beseitigen lassen. Damit ist mangels Sachmangels die Nacherfüllung objektiv unmöglich geworden, § 275 Abs. 1 Alt. 2 BGB.

### III. Vertretenmüssen

Anknüpfungspunkt für das Vertretenmüssen gem. §§ 283, 280 Abs. 1 S. 2 BGB ist die Unmöglichkeit der Nacherfüllung. Das Vertretenmüssen wird gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet.

Indes beruht die Unmöglichkeit der Nacherfüllung auf einer Obliegenheitsverletzung des K: Er hat dem V keine Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben, sondern - im Gegenteil - diese vereitelt, indem er den Mangel selbst hat beseitigen lassen<sup>10</sup>. Daher ist V für die Unmöglichkeit der Nacherfüllung nicht verantwortlich. V hat die Unmöglichkeit der Nacherfüllung nicht zu vertreten, die Vermutung des § 280 Abs. 1 S.2 BGB ist widerlegt.

**Ergebnis:** K hat keinen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 434 Abs. 1 S.2 Nr. 2, 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 283 BGB.

---

<sup>10</sup> Obliegenheitsverletzung, siehe ausführlich Lorenz, NJW 2006, S. 1175 ff.

**C. Anspruch auf Herausgabe des Kaufpreises aus §§ 434 Abs. 1 S.2 Nr. 1, 437 Nr. 2, 441 Abs. 1 S.1, Abs. 3, 4, 346 Abs. 1 BGB**

Die Ansprüche auf Schadensersatz entsprechen unmittelbar dem Verlangen des K nach Ersatz der Reparaturkosten. Daher sind sie vor der Minderung zu bearbeiten. Ein anderer Aufbau schadet nicht und ist vertretbar.

Hätte K gegen V ein Minderungsrecht, könnte er nach Erklärung der Minderung gem. § 441 Abs. 1 S.1 BGB gegenüber dem V einen Teil des Kaufpreises zurückverlangen und somit zumindest einen Teil der Reparaturkosten abdecken. Zu prüfen ist daher, ob dem K gegenüber dem V ein Minderungsrecht gem. §§ 437 Nr. 2, 441, 346 Abs. 1 BGB zusteht.

**I. Minderungserklärung, § 441 Abs. 1 BGB**

Gemäß § 441 Abs. 1 setzt die Minderung eine Minderungserklärung voraus, also eine Willenserklärung gegenüber dem Verkäufer. Eine solche könnte hier bei der gebotenen laien günstigen Auslegung konkludent in Forderung von 1.400€ durch K liegen.

**II. Minderungsrecht**

**1. Sachmangel**

Ein Sachmangel liegt vor, s.o.

**2. Voraussetzungen des § 441 Abs. 1 S.1, Abs. 3 BGB**

Gem. § 441 Abs. 1 BGB besteht das Minderungsrecht alternativ zum Rücktrittsrecht. Daher ist auch für das Minderungsrecht des Käufers maßgebend, ob er ein Rücktrittsrecht hat.

**a) Rücktrittsrecht gem. § 323 Abs. 1 BGB**

Ein Rücktrittsrecht kann sich aus § 323 Abs. 1 BGB ergeben. Es setzt voraus, dass der K dem V erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. K hat keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt. Die Fristsetzung war auch nicht gem. §§ 323 Abs. 2, 440 BGB entbehrlich.

**b) Rücktrittsrecht gem. § 326 Abs. 5 BGB**

Ein Rücktrittsrecht kann sich ferner aus § 326 Abs. 5 BGB ergeben, denn V ist hier gem. § 275 Abs. 1 Alt. 1 BGB von seiner Nacherfüllungspflicht befreit. Allerdings findet gem. § 326 Abs. 5, 2. HS BGB der § 323 BGB entsprechende Anwendung. Gem. § 323 Abs. 6 BGB ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn der Gläubiger für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist. Die Selbstvornahme der Mängelbeseitigung führte zur Unmöglichkeit der Nacherfüllung. K hat die XY Niederlassung eigenmächtig mit der Reparatur beauftragt. K ist somit für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigt, ausschließlich verantwortlich.

**Ergebnis:** Der Anspruch aus §§ 346 Abs. 1 437 Nr. 2, 441 Abs. 1 S.1, Abs. 3, 4 BGB besteht nicht.

**D. Anspruch aus § 637 Abs. 1 BGB analog**

Man könnte daran denken § 637 Abs. 1 BGB auf die Selbstvornahme im Kaufrecht analog anzuwenden. Eine Analogie würde eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage voraussetzen. An der Planwidrigkeit kann man angesichts der detaillierten und abschließenden Regelung in den §§ 434ff. BGB berechnete Zweifel haben.<sup>11</sup>

Jedenfalls setzt aber auch § 637 Abs. 1 BGB eine Fristsetzung vor der Selbstvornahme voraus, die K gerade nicht vorgenommen hat.

K hat keinen Anspruch aus § 637 Abs. 1 BGB analog.

---

<sup>11</sup> Münchner Kommentar/Westermann, 7. Auflage 2016, § 439 Rn. 11.

### E. Anspruch aus § 439 Abs. 2 BGB

§ 439 Abs. 2 BGB ist nach jüngerer Rechtsprechung des BGH eine eigene Anspruchsgrundlage.<sup>12</sup> Er scheitert daran, dass es ohne tatsächlich erfolgte Nacherfüllung keine Kosten der Nacherfüllung gibt. Nach seinem Sinn und Zweck soll § 439 Abs. 2 BGB nämlich die Begleitkosten der Nacherfüllung sichern, wofür bei nicht erfolgter Nacherfüllung kein Bedürfnis besteht.<sup>13</sup>

### F. Anspruch auf Ersatz der ersparten Kosten für die Mängelbeseitigung aus §§ 326 Abs. 2 S.2, Abs. 4, 346 Abs. 1 BGB

Der K könnte gegen den V einen Anspruch auf Zahlung der von V ersparten Aufwendungen gem. §§ 326 Abs. 2 S.2, Abs. 4, 346 Abs. 1 BGB haben.

Wird der Schuldner gem. §§ 275 Abs. 1 bis 3 BGB von seiner Leistungspflicht frei aufgrund eines Umstandes, für den der Gläubiger allein oder weit überwiegend verantwortlich ist, behält der Schuldner seinen Anspruch auf die Gegenleistung, also z.B. der Verkäufer seinen Anspruch auf die Kaufpreiszahlung. Er muss sich jedoch gem. § 326 Abs. 2 S.2 BGB dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart hat oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Insoweit mindert sich also der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung. Hat der Gläubiger bereits die volle Gegenleistung erbracht, kann er das Zuvielgeleistete gem. §§ 326 Abs. 4, 346 Abs. 1 BGB zurückfordern.

Fraglich ist bereits, ob § 326 Abs. 2 S.2 BGB im Falle der Selbstvornahme durch den Käufer anwendbar ist.

### I. Direkte Anwendbarkeit

Nach einer Ansicht<sup>14</sup> wird dem Verkäufer aufgrund der Selbstvornahme der Mängelbeseitigung durch den Käufer die Erfüllung seiner Leistungspflicht gem. §§ 433 Abs. 1 S.2, 439 Abs. 1 BGB unmöglich. Diesen Eintritt der Unmöglichkeit hat der Käufer selbst zu verantworten. § 326 Abs. 2 S.2 BGB gelte daher unmittelbar.

Dagegen spricht jedoch, dass der Gesetzgeber in § 326 Abs. 1 S. 2 explizit die Unmöglichkeit der Nacherfüllung vom Anwendungsbereich der § 326 Abs. 1 u. Abs. 2 BGB ausgenommen hat.<sup>15</sup>

### II. Analoge Anwendbarkeit

Eine andere Ansicht<sup>16</sup> will § 326 Abs. 2 S.2 BGB analog anwenden. Der Verkäufer erspare sich durch die Selbstvornahme Aufwendungen, die er bei ordnungsgemäßer Nacherfüllung hätte tragen müssen, genauso wie im Fall des § 326 Abs. 2 S.1 BGB. Daraus erwachse auch kein Selbstvornahmerecht, da der Käufer nur ersparte Aufwendungen also zB Lohnkosten für die Nachbesserung des Verkäufers verlangen können, nicht jedoch die vollen Kosten für Selbstvornahme, die zB auch den Gewinn der Kfz-Werkstatt enthalten.

Dagegen spricht jedoch, dass die §§ 437 ff. BGB als speziellere Vorschriften einen abschließenden Katalog an Mängelrechten enthalten, der dem allgemeineren § 326 Abs. 2 S.2 BGB vorgeht<sup>17</sup>. Der Gesetzgeber hat bei der Neuordnung des Gewährleistungsrechts anders als im Werkvertragsrecht (§ 637 BGB) und Mietrecht (§ 536a Abs. 2 BGB) absichtlich auf ein Selbstvornahmerecht verzichtet. Wenn sich ein Käufer außerhalb der ihm zustehenden Mängelrechte bewegt, muss er auch auf finanzielle Kompensation verzichten. Damit fehlt es an der Planwidrigkeit der Regelungslücke

Zudem widerspricht die Anwendung des § 326 Abs. 2 S.2 BGB dem Vorrang der Nacherfüllung. Die Rechte auf Minderung, Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung bestehen von eng

<sup>12</sup> BGH NJW 2014, 2351, 2352.

<sup>13</sup> Palandt/Weidenkaff, BGB, 76. Aufl. 2017, § 439 Nr. 9

<sup>14</sup> MünchKomm/Ernst, BGB, 6. Aufl. 2012, § 326 Rn. 2; Ebert, NJW 2004, 1763; Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1460. Angedeutet wohl von Lorenz, NJW 2003, 1419; Lorenz, NJW 2005, 1321.

<sup>15</sup> Dauner Lieb, ZGS 2003, 250, 251.

<sup>16</sup> Vgl. Lorenz, NJW 2003, 1418 f. Bamberger/Roth/Faust, 3. Auflage 2012, § 437 Rn. 38.

<sup>17</sup> BGH NJW 2005, 1348; NJW 2005, 3211; NJW 2006, 988; NJW 2006, 1195; Palandt/Weidenkaff, BGB, § 437 Rn. 4a.

begrenzten Ausnahmen abgesehen nur nach vorherigem erfolglosem Ablauf einer Nachfrist, s.o. Der grundsätzliche Vorrang der Nacherfüllung durch den Verkäufer soll ihn unter anderem in die Lage versetzen, eigene Feststellungen dazu zu treffen, ob die verkaufte Sache einen Mangel aufweist, auf welcher Ursache der Mangel beruht und ob er bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen hat<sup>18</sup>. Dies kann er bei einer voreiligen Selbstvornahme nicht.

Somit ist § 326 Abs. 2 S.2 BGB auch nicht analog anzuwenden.

**Ergebnis:** K hat somit keinen Anspruch gegen V auf Ersatz der ersparten Kosten aus §§ 326 Abs. 2 S.2, Abs. 4, 346 Abs. 1 BGB .

#### **G. Anspruch aus GoA, §§ 677, 683 S.1, 670 BGB**

Der Anspruch aus §§ 677, 683 S.1, 670 BGB ist durch die abschließende Regelung der §§ 437 ff. BGB ausgeschlossen.

#### **H. Anspruch aus § 812 Abs. 1 S.1, 2. Alt. BGB**

Der Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz, 2. Alt. BGB ist ebenso durch die abschließende Regelung der §§ 437 ff. BGB ausgeschlossen.

---

<sup>18</sup> Palandt/Grüneberg, BGB, § 281 Rn 10.



## Frage 2: Nachlieferung bei Stückkauf

### Anspruch des K gegen V auf Nachlieferung aus §§ 434 Abs. 1 S.2 Nr. 2, 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB

K könnte gegen V einen Anspruch auf Nachlieferung nach §§ 434 Abs. 1 S.2 Nr. 2, 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB haben.

#### I. Sachmangel

Ein Sachmangel ist gegeben, § 434 Abs. 1 S.2 Nr. 2 BGB.

#### II. Voraussetzungen des § 439 BGB

Grundsätzlich steht dem Käufer gem. § 439 Abs. 1 BGB ein Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung zu. Das setzt voraus, dass im Fall eines Stückkaufs die Ersatzlieferung überhaupt möglich ist<sup>19</sup>. Dies ist strittig:

##### 1. eA: Nachlieferung beim Stückkauf nicht möglich

Nach einer Ansicht<sup>20</sup> ist eine Nachlieferung beim Stückkauf nicht möglich. Beim Stückkauf beziehe sich der Kaufvertrag allein auf eine genau bestimmte Sache, die nicht ersetzbar sei.

Dagegen spricht jedoch, dass der Wortlaut des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB nicht zwischen Stück- und Gattungskauf unterscheidet.<sup>21</sup> Der Gesetzgeber hat diese Unterscheidung, die das Gesetz vor dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz getroffen hatte, explizit aufgegeben.<sup>22</sup>

##### 2. aA: Nachlieferung nur bei vertretbarer oder funktionell vergleichbarer Sache

Nach anderer Ansicht ist eine Ersatzlieferung beim Stückkauf möglich, wenn es sich um eine vertretbare Sache (§ 91 BGB)<sup>23</sup>, eine funktionell vergleichbare Sache<sup>24</sup> oder eine „gleichwertige und gleichartige“<sup>25</sup> handelt.

##### 3. BGH: Ersatzlieferung möglich, wenn gleichartige und gleichwertige Sache

Der BGH<sup>26</sup> schließt eine Nachlieferung beim Stückkauf nicht generell aus. Möglich sei eine Ersatzlieferung, wenn die Kaufsache durch eine gleichartige und gleichwertige Sache ersetzt werden kann. Im Fall eines Gebrauchtwagenkaufs verneint der BGH aber eine Ersatzlieferung, wenn dem Kaufentschluss eine persönliche Besichtigung des Pkw vorangegangen ist<sup>27</sup>. Bei einer solchen ist der Gesamteindruck aller technischen Eigenschaften und des äußeren Erscheinungsbildes entscheidend.<sup>28</sup> Bei gebrauchten Sachen gibt es eine Vielzahl an Unterschieden im jeweiligen Abnutzungszustand auch beim gleichen Typ, so es außer bei besonders vertypen Gebrauchtkaufen nicht dem Parteiwillen entspricht, eine Ersatzlieferung zuzulassen.<sup>29</sup>

K hat das Kfz persönlich besichtigt. Für eine besondere Vertypung des Gebrauchtkaufs wie bei Jahreswägen ist nichts ersichtlich. Damit scheidet eine Ersatzlieferung aus.

**Ergebnis:** K hat keinen Anspruch gegen V auf Nachlieferung aus §§ 434 Abs. 1 S.2 Nr. 2, 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB.

<sup>19</sup> Ausführlich *Tiedke/Schmitt*, JuS 2005, 383 ff.

<sup>20</sup> *Bamberger/Roth/Faust*, BGB, 3. Aufl. 2012, § 439 Rn. 27; *Huber*, NJW 2002, 1004, 1006.

<sup>21</sup> BGH NJW 2005, 2839, 2841.

<sup>22</sup> BGH NJW 2005, 2839, 2841.

<sup>23</sup> *Pammler*, NJW 2003, 1992, 1993; *Oechsler*, SchuldR BT, 2003, § 2 Rn. 140.

<sup>24</sup> *Oetker*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 2007, S. 93ff.

<sup>25</sup> *Canaris*, JZ 2003, 831, 834.

<sup>26</sup> BGH, NJW 2006, 2839.

<sup>27</sup> BGH, NJW 2006, 2839.

<sup>28</sup> BGH, NJW 2006, 2839.

<sup>29</sup> BGH, NJW 2006, 2839.

### Frage 3: Rücktransport des Wagen

#### Anspruch des K gegen V auf Nachbesserung aus §§ 434 Abs. 1 S.2 Nr. 2, 437 Nr. 1, 439 BGB

K könnte gegen V einen Anspruch auf Nachbesserung aus §§ 434 Abs. 1 S.2 Nr. 2, 437 Nr. 1, 439 BGB haben.

### III. Sachmangel und Kaufvertrag

§ 437 Nr. 1 BGB setzt voraus, dass ein Kaufvertrag vorliegt und die Sache mangelhaft ist. Beides ist hier der Fall, s.o.

### IV. Voraussetzungen des § 439 BGB

Nach § 439 Abs. 1 BGB hat der Käufer ein Wahlrecht<sup>30</sup>. K wählte die Nacherfüllung in Form der Nachbesserung.

Die Reparatur des Wagens ist möglich und nicht unzumutbar, § 275 I, II BGB.

Die Pflicht zur Nachbesserung ist nicht nur mit unverhältnismäßig hohen Kosten möglich. § 439 Abs. 3 BGB greift somit nicht ein.

### V. Rechtsfolge

K hat einen Anspruch auf Nachbesserung aus §§ 437 Nr. 1, 439 BGB.

#### 1. Ort der Nacherfüllung

##### a) e.A.: Belegenheitsort

Nach einigen Literaturstimmen soll Ort der Nacherfüllung der Belegenheitsort<sup>31</sup> der Sache sein.

Eine Pflicht zur Rücksendung der Ware nach § 357 Abs. 2 BGB nur für den Fall des Widerrufs vorgesehen. Es widerspräche daher der Intention des Art. 3 Abs. 3 S.2, Abs. 4 der RL 1999/44/EG, wenn der Käufer mit dem Risiko eines Regresses wegen der Transportkosten belastet wäre<sup>32</sup>.

Zu berücksichtigen sei zudem, dass der Verkäufer ein Interesse daran habe, die Höhe der Transportkosten zu beeinflussen, die er nach § 439 Abs. 2 BGB ersetzen muss<sup>33</sup>.

##### b) A.A.: ursprünglicher Leistungsort

Die Gegenauffassung knüpft an den ursprünglichen Leistungsort an, da die Nacherfüllung eine Wiederholung des ursprünglichen Pflichtenprogramms sei.<sup>34</sup>

##### c) Vermittelnde Auffassungen

Außerdem werden zahlreiche vermittelnde Auffassungen vertreten. Diese differenzieren anhand der Art und Weise der Nacherfüllung<sup>35</sup>, nach Art der Sache<sup>36</sup> oder anhand der Frage, ob ein Verbrauchsgüterkauf vorliegt<sup>37</sup>.

<sup>30</sup> Umstritten ist die rechtliche Qualifikation des Wahlrechts. Nach einer Ansicht handelt es sich um einen Fall der elektiven Konkurrenz (Schroeter, NJW 2006, 1761ff.; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 8. Aufl. 2008, Rn. 413; Oetker, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 2008, S. 81; Bamberger/Roth/Faust, BGB, 3. Aufl. 2012, § 439 Rn. 9). Nach anderer Ansicht handelt es sich um eine Wahlschuld im Sinne der §§ 262, 263 BGB (Schellhammer, MDR 2002, 301; Büdenbender, AcP 205 (2005), 386ff).

<sup>31</sup> BGH, NJW-RR 2008, 724; OLG München, NJW 2006, 449; Bamberger/Roth/Faust, BGB, 3. Aufl. 2012, § 439 Rn. 13; MünchKomm/Westermann, BGB, 6. Aufl. 2012, § 439 Rn. 7; Palandt/Weidenkaff, § 439 Rn. 3a.

<sup>32</sup> So noch Faust, JZ 2008, 84, 85; vgl. jetzt aber die Auslegung des BGH (s.u.).

<sup>33</sup> AG Menden, NJW 2004, 2171, 2172; Faust, JZ 2008, 84, 85.

<sup>34</sup> OLG München, NJW 2008, 3214; Muthorst, ZGS 2008, 370; Skamel, ZGS 2006, 227.

<sup>35</sup> Oetker, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 2007, § 2 Rn. 139.

<sup>36</sup> Pils, JuS 2008, 767, 769.

<sup>37</sup> Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, § 13 Rn. 27.

#### d) Rechtsprechung des BGH

Diese lange höchst umstrittene Frage wurde nun vom BGH<sup>38</sup> in der Weise entschieden, dass für die Frage des Nacherfüllungsortes mangels eigenständiger Regelung im Kaufrecht die allgemeine Vorschrift des § 269 Abs. 1 BGB anzuwenden ist, sofern keine vorrangige Vereinbarung zwischen den Parteien getroffen wurde oder sich der Ort der Nacherfüllung aus den konkreten Umständen ergibt.

Die allgemeine Vorschrift des § 269 Abs. 1 BGB ist anzuwenden, da in den §§ 437 ff. BGB keine spezielle Regelung für den Ort der Nacherfüllung getroffen wurde.

Der Nacherfüllungsanspruch ist eine Modifikation des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs, so dass der für den Primärleistungsanspruch geltende Ort regelmäßig auch für den Nacherfüllungsanspruch maßgeblich sein muss.<sup>39</sup>

Auch der Wortlaut des § 439 Abs. 2 BGB stellt keine Regelung über den Ort der Nacherfüllung dar, vielmehr sollte damit lediglich Art. 3 Abs. 4 der VerbrGKRL umgesetzt werden (Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung).

Kommentieren Sie sich Art. 3 Abs. 4 VerbrGKRL bei § 439 Abs. 2 BGB! Sie dürfen auch Normen kommentieren, die nicht in den zulässigen Hilfsmitteln abgedruckt sind.

Es sind daher in erster Linie Vereinbarungen zwischen den Parteien entscheidend. Wurden (wie häufig) keine derartigen Abreden getroffen, so soll auf die konkreten Umstände abgestellt werden.

Zu den maßgeblichen Umständen zählten insbesondere Ortsgebundenheit, Art der vorzunehmenden Leistung sowie die Verkehrssitte<sup>40</sup>. Demnach ist etwa bei Reparatur eines Kfz der Erfüllungsort regelmäßig am Sitz des Händlers, da nur dort eine Überprüfung und Vornahme der Reparatur erfolgen kann.

Anders hingegen ist es bei Gegenständen, die bestimmungsgemäß fest in die Wohnung eingebaut werden (z.B. Küche, Fliesen). In diesem Fall ist der Nacherfüllungsort regelmäßig der Belegenheitsort der Sache.<sup>41</sup>

Auch bei Geschäften des täglichen Lebens ist Erfüllungsort der Nacherfüllung regelmäßig der Sitz des Verkäufers, denn es entspreche der Verkehrsauffassung, dass Kunden ihre Reklamationen regelmäßig unter Vorlage der mangelhaften Ware am Sitz des Verkäufers vorbeibringen<sup>42</sup>.

Soweit sich auch hieraus kein Erfüllungsort ableiten lässt, ist der Erfüllungsort gemäß § 269 Abs. 1 BGB der Wohnsitz des Verkäufers.

Der Bestimmung des Erfüllungsortes nach § 269 Abs. 1 BGB steht auch Art.3 der VerbrGKRL nicht entgegen. Diese erfordert es nicht, den Erfüllungsort mit dem Belegenheitsort der Sache gleichzusetzen. Die Richtlinie verlangt lediglich eine „unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands“. Dies werde durch den Nacherfüllungsort beim Verkäufer nicht berührt, denn § 439 Abs. 2 BGB gewährt eine Übernahme sämtlicher Kosten durch den Verkäufer.

Trotz der Pflicht, die Sache zum Verkäufer zu bringen, erfolgt die Nacherfüllung wie von Art.3 VerbrGKRL vorgeschrieben „ohne erhebliche Unannehmlichkeiten“, denn es bestehen keinerlei finanzielle Forderungen des Käufers gegenüber dem Verbraucher.

Die eventuell anfallenden Transport- oder Versandkosten kann der Käufer vom Verkäufer erstattet verlangen können, wobei angesichts des Schutzzwecks des Unentgeltlichkeitsgebots sogar eine Vorschusspflicht des Verkäufers in Betracht kommt.<sup>43</sup>

In § 475 Abs. 6 BGB n.F. (unten abgedruckt) ist eine solche Vorschusspflicht bei Verbrauchsgüterkaufverträgen schon im Gesetz vorgesehen.

<sup>38</sup> BGH NJW 2011, 2278. BGH NJW 2012, 1073, 1075

<sup>39</sup> BGH NJW 2011, 2278, 2279.

<sup>40</sup> BGH NJW 2011, 2278, 2279.

<sup>41</sup> BGH NJW 2011, 2278, 2279.

<sup>42</sup> So auch OLG München, NJW 2007, 3214, 3215.

<sup>43</sup> BGH NJW 2017, 2758, 2761.

Aus dem Zusatz „erheblich“ ergibt sich, dass dem Verbraucher zumindest gewisse Unannehmlichkeiten zumutbar sind. Der Rücktransport stellt keine erhebliche Unannehmlichkeit dar.

Bei K und V kann die Reparatur des Pkw wegen der erforderlichen Diagnose und des dort vorhandenen Personals nur beim Händler erfolgen, nicht am zufälligen Belegenheitsort des Pkw. Der Erfüllungsort befindet sich vorliegend damit bei V.

## 2. Kosten des Transports

V hat jedoch nach §§ 437 Nr.1, 439 Abs. 2 BGB die Kosten des Transports zu tragen und ist insoweit auch verpflichtet, auf Verlangen einen Vorschuss zu gewähren.<sup>44</sup>

### Kaufrechtsreform ab 1.1.2018

Das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung (BGBl. I 2017, 969) wird am 1.1.2018 in Kraft treten. Klausurrelevant sind im Kaufrecht vier Änderungen:

1. Die Ein- und Ausbaukosten einer mangelhaften Sache sind ersatzfähige Aufwendungen des Käufers, § 439 Abs. 3 BGB n.F. Damit hat der Gesetzgeber die bisherige Rechtsprechung des EuGH kodifiziert („Fliesenlegerfall“).<sup>45</sup> Dies ist bei Verbrauchsgüterkaufverträgen zwingendes Recht, § 477 Abs. 1 S.1 BGB n.F. Auch bei b2b<sup>46</sup>- oder c2c<sup>47</sup>-Geschäften sind Ein- und Ausbaukosten im Gegensatz zu der bisherigen BGH-Rechtsprechung ersatzfähig. Davon kann nur mittels Individualvereinbarung abgewichen werden, § 309 Nr. 8b cc) BGB.
2. § 474 BGB a.F. wird in § 474 BGB n.F. und § 475 Abs. 1, 2, 3 BGB aufgeteilt. § 475 BGB a.F. wird inhaltlich unverändert zu § 476 BGB n.F., § 476 BGB a.F. zu § 477 BGB n.F.
3. Die BGH-Rechtsprechung zur absoluten Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung<sup>48</sup> wird in § 475 Abs. 4 BGB kodifiziert: Bei Verbrauchsgüterkaufverträgen kann der Unternehmer gem. § 439 Abs. 4 BGB beide Arten der Nacherfüllung wegen unverhältnismäßigen Kosten nicht verweigern. Er kann aber den Aufwendungsersatz iSd § 439 Abs. 2 und Abs. 3 S.1 BGB auf einen angemessenen Betrag beschränken.
4. § 478 BGB a.F. wird als § 445a BGB n.F. in das allgemeine Kaufrecht verschoben, gilt somit auch bei b2b- und c2c-Geschäften. Davon kann aber abgewichen werden, solange der Letztkäufer in der Kaufverkettung kein Verbraucher ist, § 478 II BGB.

**Weitere Informationen: JuS 2016, 584.**

### BGB i.d.F. vom 1.1.2018

#### § 439 III n.F.

(3) 1 Hat der Käufer die mangelhafte Sache gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache eingebaut, ist der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet, nach seiner Wahl entweder selbst den erforderlichen Ausbau der mangelhaften und den Einbau der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache vorzunehmen oder dem Käufer die hierfür erforderlichen Aufwendungen zu ersetzen. 2 Der Verkäufer ist auf den Aufwendungsersatz beschränkt, wenn

1. dem Ausbau der mangelhaften und dem Einbau der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache durch den Verkäufer ein berechtigtes Interesse des Käufers entgegensteht oder
2. der Verkäufer nicht innerhalb einer vom Käufer bestimmten angemessenen Frist erklärt hat, dass er den Aus- und Einbau selbst vornehmen werde.

<sup>44</sup> BGH NJW 2017, 2758, 2761

<sup>45</sup> EuGH NJW 2011, 2269, BGH NJW 2012, 1073, 1075.

<sup>46</sup> b2b = unter Unternehmern

<sup>47</sup> c2c = unter Verbrauchern

<sup>48</sup> BGH NJW 2012, 1073, 1076.

3§ 442 Absatz 1 ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass für die Kenntnis des Käufers an die Stelle des Vertragsschlusses der Einbau der mangelhaften Sache durch den Käufer tritt.

#### **§ 474 n.F. Verbrauchsgüterkauf**

(1) Verbrauchsgüterkäufe sind Verträge, durch die ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache kauft. Um einen Verbrauchsgüterkauf handelt es sich auch bei einem Vertrag, der neben dem Verkauf einer beweglichen Sache die Erbringung einer Dienstleistung durch den Unternehmer zum Gegenstand hat.

(2) Für den Verbrauchsgüterkauf gelten ergänzend die folgenden Vorschriften dieses Untertitels. Dies gilt nicht für gebrauchte Sachen, die in einer öffentlich zugänglichen Versteigerung verkauft werden, an der der Verbraucher persönlich teilnehmen kann.

#### **§ 475 n.F. Anwendbare Vorschriften**

(1) Ist eine Zeit für die nach § 433 zu erbringenden Leistungen weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger diese Leistungen abweichend von § 271 Absatz 1 nur unverzüglich verlangen. 2Der Unternehmer muss die Sache in diesem Fall spätestens 30 Tage nach Vertragsschluss übergeben. 3Die Vertragsparteien können die Leistungen sofort bewirken.

(2) § 447 Absatz 1 gilt mit der Maßgabe, dass die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung nur dann auf den Käufer übergeht, wenn der Käufer den Spediteur, den Frachtführer oder die sonst zur Ausführung der Versendung bestimmte Person oder Anstalt mit der Ausführung beauftragt hat und der Unternehmer dem Käufer diese Person oder Anstalt nicht zuvor benannt hat.

(3) § 439 Absatz 5 ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass Nutzungen nicht herauszugeben oder durch ihren Wert zu ersetzen sind. Die §§ 445 und 447 Absatz 2 sind nicht anzuwenden.

(4) 1Ist die eine Art der Nacherfüllung nach § 275 Absatz 1 ausgeschlossen oder kann der Unternehmer diese nach § 275 Absatz 2 oder 3 oder § 439 Absatz 4 Satz 1 verweigern, kann er die andere Art der Nacherfüllung nicht wegen Unverhältnismäßigkeit der Kosten nach § 439 Absatz 4 Satz 1 verweigern. 2Ist die andere Art der Nacherfüllung wegen der Höhe der Aufwendungen nach § 439 Absatz 2 oder Absatz 3 Satz 1 Alternative 2 unverhältnismäßig, kann der Unternehmer den Aufwendungsersatz auf einen angemessenen Betrag beschränken. 3Bei der Bemessung dieses Betrages sind insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und die Bedeutung des Mangels zu berücksichtigen.

(5) § 440 Satz 1 ist auch in den Fällen anzuwenden, in denen der Verkäufer die Nacherfüllung gemäß Absatz 4 Satz 2 beschränkt.

(6) Der Verbraucher kann von dem Unternehmer für Aufwendungen, die ihm im Rahmen der Nacherfüllung gemäß § 439 Absatz 2 und 3 Satz 1 entstehen und die vom Unternehmer zu tragen sind, Vorschuss verlangen.

#### **§ 476 n.F. Abweichende Vereinbarungen**

(1) 1Auf eine vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer getroffene Vereinbarung, die zum Nachteil des Verbrauchers von den §§ 433 bis 435, 437, 439 bis 443 sowie von den Vorschriften dieses Untertitels abweicht, kann der Unternehmer sich nicht berufen. 2Die in Satz 1 bezeichneten Vorschriften finden auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.

(2) Die Verjährung der in § 437 bezeichneten Ansprüche kann vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer nicht durch Rechtsgeschäft erleichtert werden, wenn die Vereinbarung zu einer Verjährungsfrist ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn von weniger als zwei Jahren, bei gebrauchten Sachen von weniger als einem Jahr führt.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten unbeschadet der §§ 307 bis 309 nicht für den Ausschluss oder die Beschränkung des Anspruchs auf Schadensersatz.

**§ 477 n.F. Beweislastumkehr**

Zeigt sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang ein Sachmangel, so wird vermutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar.