

## Keine Unmöglichkeit der Nacherfüllung bei Besorgung eines Ersatzteils durch den Käufer

**Die Auffassung, der Käufer eines Gebrauchtwagens mit defektem Kühler nehme dem Verkäufer allein durch den Kauf eines neuen Kühlers die Möglichkeit einer Nacherfüllung und verliere deshalb seine Rechte wegen des Mangels, ist mit der gesetzlichen Regelung und der dazu ergangenen Rechtsprechung und veröffentlichten Literatur nicht in Einklang zu bringen. Sie ist objektiv willkürlich i. S. des [Art. 3 I GG](#).**

BVerfG, Beschluss vom 26.09.2006 – [1 BvR 2389/04](#)

**Sachverhalt:** Die Verfassungsbeschwerde betrifft ein Urteil des OLG Oldenburg vom 17.09.2004 – [6 U 31/03](#) –, mit dem eine Berufung des Beschwerdeführers zurückgewiesen wurde.

Der Beschwerdeführer hatte bei dem Beklagten des Ausgangsverfahrens einen Gebrauchtwagen gekauft, dessen Kühler defekt war. Ein weiterer Kühler wurde im Kofferraum des Fahrzeugs mitgeliefert. Ob dieser auch defekt war, ist zwischen den Parteien ebenso streitig wie die Frage, ob die Mitlieferung eines funktionstüchtigen Kühlers überhaupt geschuldet war. Am 24.09.2002 kaufte der Beschwerdeführer einen neuen Kühler. Mit Anwaltsschriftsatz vom gleichen Tag machte er beim Beklagten Schadensersatzansprüche geltend, die mit Schreiben vom 02.10.2002 zurückgewiesen wurden. Daraufhin erhob der Beschwerdeführer Klage und beantragte, den Beklagten zur Zahlung von 14.784,15 € Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs zu verurteilen. Er trug vor, ihm sei die Mitlieferung eines intakten Kühlers zugesichert worden, der mitgelieferte Kühler sei aber defekt gewesen. Er habe den ursprünglich eingebauten Kühler notdürftig repariert und wieder eingebaut, um wenigstens vorübergehend fahren zu können, und inzwischen einen neuen Kühler gekauft. Um dessen Kaufpreis werde die Klageforderung erhöht.

Das Landgericht wies die Klage mit der Begründung ab, es sei zunächst eine Aufforderung zur Nacherfüllung mit entsprechender Fristsetzung erforderlich gewesen. Die Voraussetzungen für eine Wandlung und den beanspruchten Schadensersatz lägen damit nicht vor.

Daraufhin forderte der Beschwerdeführer den Beklagten des Ausgangsverfahrens am 17.02.2003 schriftlich zur Nachbesserung auf und setzte ihm hierfür eine Frist. Nach deren Ablauf erklärte der Beschwerdeführer den Rücktritt und machte Schadensersatzansprüche geltend. Mit anwaltlichem Schreiben vom 17.03.2003 wies der Beklagte des Ausgangsverfahrens die Fristsetzung zurück. Zur Begründung führte der Beklagte des Ausgangsverfahrens unter anderem an, dass er bereits mit Schreiben vom 02.10.2002 mitgeteilt habe, dass der Kühler kulanzweise ausgehändigt worden sei. Zum Zeitpunkt der Übergabe sei er in einem ordnungsgemäßen Zustand gewesen. Es bestehe kein Anlass, diesen Kühler nunmehr zu reparieren.

Zur Begründung der dann eingelegten Berufung machte der Beschwerdeführer geltend, die Fristsetzung sei entbehrlich gewesen. Ungeachtet dessen habe er dem Beklagten inzwischen eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt. Diese Frist sei verstrichen, sodass er den Rücktritt vom Vertrag erklärt habe.

In seinem Beschluss vom 24.04.2003 begründete das Oberlandesgericht seine Absicht, die Berufung gemäß [§ 522 ZPO](#) zurückzuweisen, mit dem Hinweis, dass eine Frist zur Nacherfüllung nicht entbehrlich gewesen sei. Ausführungen zum Vortrag des Beschwerdeführers, dass er in der Zwischenzeit eine Frist ergebnislos gesetzt habe, fehlten. Der Beschwerdeführer nahm zum Hinweis des Oberlandesgerichts Stellung und wies darauf hin, dass er inzwischen eine Frist gesetzt habe, die fruchtlos verstrichen sei. Er habe daraufhin den Rücktritt vom Vertrag erklärt, was er mit der Berufungsbegründung bereits vorgetragen habe.

Das Oberlandesgericht wies die Berufung gemäß [§ 522 II ZPO](#) durch unanfechtbaren Beschluss zurück. Die Sache habe aus den im Beschluss vom 24.04.2003 genannten Gründen keinen Erfolg. Der Schriftsatz des Beschwerdeführers rechtfertige keine abweichende Entscheidung. Es könne dahinstehen, ob das Fahrzeug tatsächlich den behaupteten Mangel, also einen defekten Kühler aufgewiesen habe. Denn der Beschwerdeführer habe diesen Mangel durch den Einbau eines neuen Kühlers behoben und dem Beklagten damit die Möglichkeit einer Nachbesserung genommen. Die erstmals mit Schriftsatz vom 17.02.2003 gesetzte Frist zur Nacherfüllung gehe damit ins Leere.

Nachdem das BVerfG den die Berufung zurückweisenden Beschluss des Oberlandesgerichts wegen Verstoßes gegen [Art. 103 I GG](#) aufgehoben und die Sache an das Oberlandesgericht zurückverwiesen hatte (Beschl. v. 24.05.2004 – [1 BvR 1418/03](#), juris) beraumte dieses Termin zur mündlichen Verhandlung an. In diesem Termin wies es darauf hin, dass die Berufung nach Auffassung des Senats deswegen unbegründet sei, weil der Mangel nicht so erheblich sei, dass er zum Rücktritt vom Vertrag berechtige. Der Beschwerdeführer stützte daraufhin seinen Berufungsantrag hilfsweise auch auf Minderung sowie auf Schadensersatz.

Das Oberlandesgericht wies die Berufung mit dem mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Urteil zurück. Zur Begründung führte es unter anderem aus, dass der Rücktritt des Beschwerdeführers vom gesamten Kaufvertrag wegen Unerheblichkeit des Mangels unwirksam sei. Die für die Erheblichkeitsprüfung gebotene umfassende Interessenabwägung ergebe, dass der behauptete Defekt des mitgelieferten gebrauchten Kühlers im Hinblick auf die vom Beklagten des Ausgangsverfahrens geschuldete Gesamtleistung untergeordnete Bedeutung habe. Geschuldet sei nämlich nur die Lieferung eines gebrauchten Kühlers. Schon der Vergleich des vom Beschwerdeführer für einen neuen Kühler aufgewendeten Kaufpreises von 531 € netto mit dem Gesamtkaufpreis für den Mercedes von 13.500 € zeige, dass ein Defekt an dem mitgelieferten Kühler nur von geringer Bedeutung sei. Zu berücksichtigen sei auch, dass insoweit nicht auf den Preis für einen neuen Kühler, sondern für einen gebrauchten Kühler abzustellen sei, da nur ein solcher geschuldet gewesen sei. Hinzu komme, dass es sich bei dem gebrauchten Kühler nur um eine Zusatzleistung gehandelt habe, nachdem sich bei der Probefahrt des Pkw herausgestellt habe, dass der Kühler des Fahrzeugs einen Defekt aufgewiesen habe. Sei in einem solchen Fall der mitgelieferte gebrauchte Kühler ebenfalls defekt und komme der Verkäufer der nach [§ 439 I BGB](#) geschuldeten und vom Käufer unter Fristsetzung verlangten Nacherfüllung nicht nach, könne der Käufer im Wege der Ersatzvornahme vorgehen, sich einen mangelfreien Kühler beschaffen und die Kosten als Schadensersatz geltend machen. Auch der Beschwerdeführer habe den behaupteten Defekt des gebrauchten Kühlers nicht als so erheblich angesehen, denn er habe zunächst am Kaufvertrag festhalten und erst später vom gesamten Kaufvertrag zurücktreten wollen.

Die Berufung habe auch insoweit keinen Erfolg, als der Beschwerdeführer sein Begehren in der mündlichen Verhandlung erstmals hilfsweise auf Minderung bzw. Schadensersatz gestützt habe. Es könne dahinstehen, ob die darin liegende Klageänderung nach [§ 533 ZPO](#) zulässig sei. Denn auch insoweit stehe dem Beschwerdeführer ein Anspruch nicht zu, da es an der dafür erforderlichen Fristsetzung zur Nacherfüllung fehle. Der Senat halte an seiner Auffassung fest, dass eine solche Fristsetzung hier nicht nach [§ 323 II BGB](#) bzw. § 281 II BGB entbehrlich gewesen sei. Eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung durch den Beschwerdeführer liege nicht vor. Sie könne insbesondere nicht in dem Schreiben vom 02.10.2002 gesehen werden, da der Beklagte des Ausgangsverfahrens damit lediglich zum Ausdruck gebracht habe, dass er nicht bereit sei, den vom Beschwerdeführer zuvor geforderten Schadensersatz zu leisten. Es ergebe sich daraus aber nicht, dass der Beklagte des Ausgangsverfahrens nicht bereit gewesen sei, Nacherfüllung durch Beseitigung des Mangels zu leisten. Die grundsätzliche Bereitschaft des Beklagten des Ausgangsverfahrens zur Vornahme einer Reparatur zeige sich auch darin, dass er zu Beginn des Schreibens vom 02.10.2002 darauf hingewiesen habe, dass er den bei der Probefahrt beschädigten Kühler noch habe instandsetzen wollen und davon nur abgesehen habe, weil der Beschwerdeführer die Reparatur habe selbst vornehmen wollen. Hinzu komme, dass nach der Rechtsprechung des BGH an das Vorliegen einer endgültigen Erfüllungsverweigerung strenge Anforderungen zu stellen seien. Diese lägen nur vor, wenn der Schuldner eindeutig zum Ausdruck bringe, er werde seinen Vertragspflichten nicht nachkommen und es ausgeschlossen erscheine, dass er sich durch eine Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung umstimmen ließe. Allein die Weigerung mit der Begründung, die erbrachte Leistung sei ordnungsgemäß, reiche nicht aus. Es müssten vielmehr weitere Umstände hinzukommen, die die Annahme rechtfertigten, dass der Schuldner seinen Vertragspflichten bewusst und endgültig nicht mehr nachkommen wolle. Vor diesem Hintergrund könne eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung durch den Beklagten des Ausgangsverfahrens nicht angenommen werden.

Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus dem mit der Berufungsbegründung vorgelegten Schreiben des Klägers vom 17.02.2003. Es könne offenbleiben, ob der darin liegende Vortrag nicht zuzulassen sei. Denn zum Zeitpunkt der mit diesem Schreiben erfolgten Nachfristsetzung habe der Beschwerdeführer den behaupteten Mangel durch den Kauf eines neuen Kühlers bereits behoben und dem Beklagten des Ausgangsverfahrens damit die Möglichkeit einer Nacherfüllung genommen. Die erstmals mit Schriftsatz vom 17.02.2003 erfolgte Fristsetzung zur Nacherfüllung sei unter diesen Umständen ins Leere gegangen. Es komme nicht darauf an, ob der Beschwerdeführer den gekauften neuen Kühler schon eingebaut habe. Sinn und Zweck der Regelung im Kaufrecht sei es, dem Verkäufer zunächst das Recht zur Nacherfüllung zu geben. Diese Nacherfüllung könne (nach der Wahl des Käufers) in der Beseitigung des Mangels (Reparatur) oder in der Lieferung einer mangelfreien Ersatzsache bestehen ([§ 439 I BGB](#)). Zu einer solchen Nacherfüllung habe der Beschwerdeführer dem Beklagten des Ausgangsverfahrens keine Gelegenheit gegeben, sondern stattdessen selbst einen neuen Kühler gekauft. Er habe sich also eine Ersatzsache besorgt (2. Alternative der Nacherfüllung) und dadurch vollendete Tatsachen geschaffen. Hätte der Beklagte des Ausgangsverfahrens einen mangelfreien Kühler besorgt, wäre das unzweifelhaft eine Nacherfüllung gewesen. Der Einbau sei unstreitig ohnehin nicht vom Beklagten des Ausgangsverfahrens, sondern vom Beschwerdeführer geschuldet. Da der Beschwerdeführer bereits einen neuen Kühler besorgt gehabt habe, habe eine Nacherfüllung durch den Beklagten des Ausgangsverfahrens keinen Sinn mehr ergeben. Das erst nach erstmaliger Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs und nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils vorgenommene Nacherfüllungsverlangen des Beschwerdeführers sei deshalb ins Leere gegangen. Im Übrigen sei es auch treuwidrig, wenn der Beschwerdeführer erst nachträglich die in [§ 437 Nr. 2 und 3 BGB](#) geforderten Voraussetzungen für einen bereits erklärten Rücktritt schaffen bzw. deshalb ein bereits gestelltes Schadensersatzbegehren begründen könnte. Schließlich fehlten für die erstmals in der mündlichen Verhandlung geltend gemachten Ansprüche auf Minderung bzw. Schadensersatz konkrete Angaben zu Alter und Zustand des von dem Beklagten des Ausgangsverfahrens mitgelieferten Kühlers, sodass hinreichende Grundlagen für eine Bewertung des Minderungs- oder Schadensersatzanspruchs fehlten.

Der Beschwerdeführer rügt die Verletzung seines Rechts aus [Art. 103 I GG](#) und sinngemäß die Verletzung seines Rechts aus [Art. 3 I GG](#).

Der Präsident des BGH hat Stellungnahmen der Vorsitzenden des VIII. und X. Zivilsenats des BGH zur Verfassungsbeschwerde übersandt. Der Vorsitzende des X. Zivilsenats führt aus, dass sich der Senat schon mit der Sachbehandlung in Fällen wie dem des Verfassungsbeschwerdeverfahrens befasst und diese als sachlich falsch angesehen habe. Die Rechtsmittel hätten in den Fällen zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidungen geführt. Die Vorsitzende des VIII. Zivilsenats des BGH führt im Wesentlichen aus, dass nach der Rechtsprechung des Senats die Beseitigung des Mangels durch den Käufer ohne vorherige Fristsetzung zur Nacherfüllung zum Verlust des Schadensersatzanspruchs statt der Leistung und auch desjenigen auf Ersatz der vom Verkäufer ersparten Aufwendungen führe. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Fristsetzung des Beschwerdeführers vom 17.02.2003 sei ins Leere gegangen, weil er den Mangel des mitgelieferten Kühlers bereits zuvor durch Beschaffung eines neuen Kühlers behoben hätte, erscheine zweifelhaft. Denn auch nach der Ersatzbeschaffung sei der ursprünglich mitgelieferte Kühler noch immer mangelhaft und die Beseitigung dieses Mangels auch möglich gewesen.

Die Verfassungsbeschwerde hatte Erfolg.

**Aus den Gründen:** D. ... Der Beschluss des Oberlandesgerichts verletzt den Beschwerdeführer in seinem Recht aus [Art. 3 I GG](#). Die fristgemäß eingelegte und auch im Übrigen zulässige Verfassungsbeschwerde ist begründet ([§ 93c I BVerfGG](#)). Das BVerfG hat die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen bereits entschieden ([§ 93c I 1 BVerfGG](#)).

I. [Artikel 3 I GG](#) in seiner Ausprägung als Willkürverbot ist nicht schon dann verletzt, wenn die Rechtsanwendung oder das einschlägige Verfahren Fehler enthalten. Hinzu kommen muss vielmehr, dass diese unter keinem denkbaren Aspekt mehr rechtlich vertretbar sind und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruhen (vgl. [BVerfGE 86, 59](#) [63]; [96, 189](#) [203]). Dabei enthält die Feststellung von Willkür keinen subjektiven Schuldvorwurf. Willkür ist im objektiven Sinne zu verstehen (vgl. [BVerfGE 83, 82](#) [84]; [86, 59](#) [63]). Willkür liegt unter anderem vor, wenn eine offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt oder der Inhalt einer Norm in krasser Weise missgedeutet wird (vgl. [BVerfGE 87, 273](#) [279]).

II. Gemessen an diesem Maßstab ist die Berufungszurückweisung des Oberlandesgerichts objektiv willkürlich. Die angegriffene Entscheidung ist geprägt von einer Vielzahl von Fehlern in der rechtlichen Bewertung und unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt mehr vertretbar.

1. Soweit das Oberlandesgericht die hilfsweise geltend gemachten Ansprüche des Beschwerdeführers wegen Minderung und Schadensersatz zurückgewiesen hat, halten sich die Ausführungen des Oberlandesgerichts nicht mehr in einem zivilrechtlich vertretbaren Rahmen.

a) Die Auffassung des Oberlandesgerichts, durch den Kauf des neuen Kühlers habe der Beschwerdeführer dem Beklagten des Ausgangsverfahrens die Möglichkeit einer Nacherfüllung genommen und sei insoweit seiner Mängelrechte verlustig geworden, ist mit der gesetzlichen Regelung und der dazu ergangenen Rechtsprechung und veröffentlichten Literatur nicht in Einklang zu bringen.

aa) Zum einen liegen materiell-rechtlich die Voraussetzungen der Unmöglichkeit nicht vor.

aaa) Eine objektive Unmöglichkeit, die voraussetzt, dass die Leistung weder vom Schuldner noch von Dritten erbracht werden kann, liegt nicht vor. Unzweifelhaft kann der Beklagte des Ausgangsverfahrens einen mangelfreien Kühler nachliefern oder gegebenenfalls den mitgelieferten defekten reparieren. Von letzterem geht das Oberlandesgericht jedenfalls aus, da es daraus insbesondere ableitet, dass der Beklagte des Ausgangsverfahrens mit dem Schreiben vom 02.10.2002 nicht die Erfüllung der Mängelrechte ernstlich und endgültig verweigert habe.

bbb) Auch rechtlich gesehen ist die Nacherfüllung dem Beklagten des Ausgangsverfahrens nicht unmöglich geworden. Insbesondere hat der Beschwerdeführer durch den Kauf eines neuen Kühlers gemäß [§ 362 I BGB](#) die Schuld des Beklagten des Ausgangsverfahrens nicht getilgt. Es liegt auch keine Unmöglichkeit unter dem Gesichtspunkt einer Zweckerreichung vor. Der Beschwerdeführer war nicht verpflichtet, den erworbenen Kühler in sein Auto einzubauen. Er hätte ihn weiterverkaufen können oder für eine spätere Reparatur zur Seite legen können. Dementsprechend kann auch entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht davon ausgegangen werden, dass eine Nacherfüllung durch den Beklagten des Ausgangsverfahrens keinen Sinn mehr gemacht habe.

ccc) Selbst bei Annahme der Unmöglichkeit der Nachlieferung führte dies nicht zu einer vollständigen Unmöglichkeit der Gewährleistungsrechte. Gemäß [§ 439 I BGB](#) kann der Käufer als Nacherfüllung nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. Wenn die Lieferung einer mangelfreien Sache unmöglich geworden ist, bedeutet dies nicht, dass damit alle Arten der Nacherfüllung ausgeschlossen sind. Vielmehr beschränkt sich in einem solchen Fall der Nacherfüllungsanspruch auf die jeweils andere Art (vgl. Staudinger/*Matusche-Beckmann*, BGB, Neubearb. 2004, § 439 Rn. 38). Selbst wenn damit durch den Kauf des Kühlers der Nacherfüllungsanspruch in Form der Lieferung einer mangelfreien Sache unmöglich geworden sein sollte, wäre damit der Erfüllungsanspruch durch Beseitigung des Mangels nicht unmöglich geworden.

ddd) Auch wenn der Ausschluss der Gewährleistungsrechte bei einer Beseitigung des Mangels durch den Käufer vor Fristsetzung zur Nacherfüllung nicht in einer Unmöglichkeit gesehen wird, sondern darin, dass die mangelnde Einhaltung der Voraussetzungen der [§§ 437 ff. BGB](#) in Verbindung mit deren Abgeschlossenheit als Regelung Ansprüche wegen der Mangelhaftigkeit der Kaufsache aus sich heraus ausschließt, kann darauf im vorliegenden Fall die Abweisung der Klage und die Zurückweisung der Berufung nicht gestützt werden. In dem Kauf des neuen Kühlers durch den Beschwerdeführer kann nicht die Beseitigung des Mangels sich selbst gegenüber durch die Lieferung eines intakten Kühlers gesehen werden. Mit den [§§ 437 ff. BGB](#) wollte der Gesetzgeber den Vorrang des Nacherfüllungsrechts des Verkäufers normieren und ein Selbstvornahmerecht des Käufers ausschließen. Der Verkäufer sollte die Möglichkeit haben, durch eine „zweite Andienung“ den Kaufpreis endgültig zu verdienen. Er sollte auch die Möglichkeit haben, die 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 und hierzu gegebenenfalls Beweise zu sichern (vgl. [BGH, Urt. v. 23.02.2005 – VIII ZR 100/04](#), [NJW 2005, 1348](#) [1350]). Allein durch den Kauf des neuen Kühlers war es dem Beklagten des Ausgangsverfahrens jedoch nicht genommen, den defekten Kühler auf Mängel, ihre Entstehung und mögliche Beseitigung zu untersuchen sowie Beweise zu sichern. Er hätte auch nach dem Kauf des Kühlers noch durch eine „zweite Andienung“ den Kaufpreis endgültig verdienen können, insbesondere, wenn man mit dem Oberlandesgericht davon ausgeht, dass eine Fristsetzung zur Nacherfüllung seitens des Beschwerdeführers nicht entbehrlich war. Der Zweck der Fristsetzung zur Nacherfüllung war nicht vereitelt und konnte nach wie vor erreicht werden.

bb) Des Weiteren verkennt das Oberlandesgericht, dass nach [§ 439 I BGB](#) der Käufer nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen kann. Der Käufer ist dabei in seiner Wahl frei und kann nach seinem Interesse entscheiden, ohne auf das des Verkäufers Rücksicht nehmen zu müssen (vgl. Palandt/*Heinrichs*, BGB, 65. Aufl. [2006], § 439 Rn. 5). Die Ausübung des Wahlrechts geschieht mit dem Verlangen der Nacherfüllung durch eine empfangsbedürftige Willenserklärung ([§ 130 BGB](#); vgl. Palandt/*Heinrichs*, a. a. O., § 439 Rn. 6). Das Oberlandesgericht bemüht sich gar nicht darum festzustellen, durch welche empfangsbedürftige und dem Beklagten des Ausgangsverfahrens auch zugegangene Willenserklärung der Beschwerdeführer sein Wahlrecht auf die Nachlieferung einer mangelfreien Sache beschränkt haben will. Schon deshalb ist es nicht gerechtfertigt, in dem Kauf des Kühlers, der bis zur Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber dem Beklagten des Ausgangsverfahrens diesem unbekannt geblieben war, die Ausübung des Wahlrechts dahingehend anzunehmen, dass damit nur die Nachlieferung einer Ersatzsache nach [§ 439 BGB](#) durch den Beklagten des Ausgangsverfahrens geschuldet und dieses Mängelrecht zugleich mit dem Kauf des neuen Kühlers durch den Beschwerdeführer untergegangen sei.



cc) Soweit das Oberlandesgericht ausführt, dass es treuwidrig sei, wenn der Beschwerdeführer erst nachträglich die Voraussetzung für einen bereits erklärten Rücktritt schaffen könne, geht auch dies fehl. Der Beschwerdeführer hat mit Schreiben vom 10.03.2003 erneut seinen Rücktritt erklärt. Er hat diese Erklärung ausdrücklich als Voraussetzung für seinen Anspruch geltend gemacht. Es geht deshalb inhaltlich nicht nur darum, ob nachträglich die Voraussetzung für einen bereits erklärten Rücktritt geschaffen wurde, sondern zumindest auch darum, ob durch den nunmehr erklärten Rücktritt dem Beschwerdeführer Ansprüche erwachsen sind. Gleichfalls geht es im Gegensatz zur Auffassung des Oberlandesgerichts auch nicht nur darum, für ein bereits erfolgtes Schadensersatzverlangen nachträglich die Voraussetzungen zu schaffen. In der Berufung ist vielmehr das Schadensersatzverlangen erneut geltend gemacht worden. Es ist deshalb darauf zu überprüfen, ob aufgrund der Erklärung des Beschwerdeführers ein Anspruch entstanden ist.

dd) Soweit das Oberlandesgericht schließlich bemängelt, für die erstmals in der mündlichen Verhandlung geltend gemachten Ansprüche auf Minderung bzw. Schadensersatz fehlten konkrete Angaben zum Alter und Zustand des von dem Beklagten des Ausgangsverfahrens mitgelieferten Kühlers, der Vortrag sei mithin nicht substantiiert, sodass eine hinreichende Grundlage für eine Bewertung des Minderungs- oder Schadensersatzanspruchs fehle, ist dies ebenfalls rechtsfehlerhaft.

aaa) Die Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts beruht zum einen auf einem Verfahrensfehler. Die Abweisung eines Klageanspruchs wegen mangelnder Substanziierung setzt voraus, dass zuvor nach [§ 139 ZPO](#) auf die Unschlüssigkeit der Klage hingewiesen wird (vgl. [BVerfGE 84, 188](#) [190]; BGH, Urt. v. 05.11.2003 – [VIII ZR 380/02](#), [MDR 2004, 468](#); Urt. v. 16.05.2002 – [VII ZR 197/01](#), [NJW-RR 2002, 1436](#); OLG Köln, Urt. v. 13.07.2000 – [12 U 114/99](#), [NJW-RR 2001, 1724](#); Hk-ZPO/Wöstmann, 2006, § 139 Rn. 4). Ein solcher Hinweis, dessen Erteilung nur durch den Inhalt der Akten bewiesen werden kann ([§ 139 IV 2 ZPO](#); vgl. BGH, Urt. v. 22.09.2005 – [VII ZR 34/04](#), [MDR 2006, 411](#)), ist ausweislich der Gerichtsakten nicht erteilt worden. Weder ist im Protokoll zur mündlichen Verhandlung ein solcher Hinweis enthalten, noch wird ein solcher im Urteil erwähnt.

bbb) Zum anderen geht die Auffassung des Oberlandesgerichts fehl, der Sachvortrag des Beschwerdeführers sei insoweit unsubstanziert. Wenn nämlich Tatsachen vorgetragen werden, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als entstanden erscheinen zu lassen, genügt dies den Substanziierungslasten (vgl. BGH, Urt. v. 14.01.1999 – [VII ZR 19/98](#), [NJW-RR 1999, 813](#); Urt. v. 13.07.1998 – [II ZR 131/97](#), 1998, 1409; Hk-ZPO/*Wöstmann*, a. a. O., § 138 Rn. 4). Vorliegend hat der Beschwerdeführer die von ihm geltend gemachten Kosten als Schadensersatz geltend gemacht. Da der gebrauchte und defekte Kühler wie auch das Kraftfahrzeug vorhanden waren, hätte gegebenenfalls durch Einholung eines Sachverständigengutachtens die Frage der Bewertung der Mangelhaftigkeit und des damit entstehenden Schadensersatzanspruchs oder auch der Minderung geklärt werden können. Ein Substanziierungsmangel ist entsprechend den Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Gegensatz zur Auffassung des Oberlandesgerichts insoweit nicht erkennbar.

b) Auch die Feststellung des Oberlandesgerichts, dass eine Fristsetzung nicht wegen einer Erfüllungsverweigerung gemäß [§ 323 II](#), [§ 281 II BGB](#) entbehrlich sei, ist rechtsfehlerhaft. Das Oberlandesgericht begründet seine Auffassung, dass keine ernstliche endgültige Leistungsverweigerung des Beklagten des Ausgangsverfahrens vorliege, insbesondere mit dem Schreiben des Beklagten des Ausgangsverfahrens vom 02.10.2002. Darin habe der Beklagte des Ausgangsverfahrens gerade nicht zum Ausdruck gebracht, dass er nicht bereit sei, durch Nacherfüllung beispielsweise durch Beseitigung des Mangels seinen Gewährleistungspflichten nachzukommen. Das Oberlandesgericht lässt hierbei wesentlichen Sachverhalt vollkommen außer Betracht. Das prozessuale Verhalten des Beklagten des Ausgangsverfahrens, insbesondere sein Klageabweisungsantrag, kann nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. BGH, Urt. v. 08.12.1983 – [VII ZR 139/82](#), [NJW 1984, 1460](#)) eine ernstliche und endgültige Leistungsverweigerung darstellen. Hierauf geht das Berufungsgericht mit keinem Wort ein, obwohl dies auf der Hand lag. Denn der Beklagte des Ausgangsverfahrens hat während des Prozesses stets die Mangelhaftigkeit bestritten, ohne auch nur die Untersuchung des Kühlers auf Mängel anzubieten. Des Weiteren hat er stets bestritten, dass überhaupt irgendwelche Mängelbeseitigungsansprüche bestehen könnten, da er den Kühler ohne Berechnung dazugegeben habe, dieser dem Beschwerdeführer also geschenkt worden sei. Dieses prozessuale Verhalten des Beklagten des Ausgangsverfahrens konnte bei der Bewertung des Schreibens vom 02.10.2002 nicht unberücksichtigt bleiben. Denn die im Prozess vorgetragene Verteidigung hat er bereits in diesem Schreiben vorgebracht und ausdrücklich hinzugefügt, dass für ihn die Angelegenheit erledigt sei. Im Gegensatz zur Auffassung des Oberlandesgerichts ist dem Schreiben damit gerade nicht zu entnehmen, dass der Beklagte des Ausgangsverfahrens zu irgendeiner Nachbesserung bereit gewesen sei. Dies wird auch durch das dem BVerfG vorgelegte Schreiben des Prozessbevollmächtigten des Beklagten des Ausgangsverfahrens vom 17.03.2003 bestätigt, worin dieser dem Beschwerdeführer mitteilte, dass bereits mit dem Schreiben vom 02.10.2002 eine Mängelbeseitigung abgelehnt worden sei.

2. Hinzu kommt, dass der Senat in seinem ersten Hinweis vom 24.04.2003, mit dem er auf die seiner Ansicht nach vorliegende Unbegründetheit der Berufung hinwies, den Sachvortrag des Beschwerdeführers in seiner Berufungsbegründung, dass er inzwischen mit Schreiben vom 17.02.2003 erfolglos eine Frist zur Nachbesserung gesetzt habe, zivilprozessordnungswidrig unberücksichtigt gelassen hat. Auf einen entsprechenden Hinweis des Beschwerdeführers hat dann das Oberlandesgericht unter Zugrundelegung eines nicht vorgetragenen Sachverhalts die Berufung durch Beschluss nach [§ 522 ZPO](#) zurückgewiesen. Dieser Beschluss wurde vom BVerfG wegen Verstoßes gegen [Art. 103 I GG](#) aufgehoben, weil ein von den Parteien nicht vorgetragener, den Tatsachen nicht entsprechender Sachverhalt der Entscheidung zugrunde gelegt worden war.

III. Da die Möglichkeit besteht, dass bei erneuter unbefangener Prüfung Ansprüche des Beschwerdeführers zumindest teilweise begründet sein können, beruht das Urteil auf der Grundrechtsverletzung, wengleich der Beschwerdeführer darauf hinzuweisen ist, dass mit der Entscheidung des BVerfG keine präjudizielle Entscheidung dahin getroffen wird, dass seine Berufung und damit Klage zumindest teilweise begründet sein müsste.

IV. Da die Rüge der Verletzung des [Art. 3 I GG](#) im Hinblick auf den im Ausgangsverfahren gestellten Hilfsantrag begründet ist, kommt es auf die weiteren erhobenen verfassungsrechtlichen Rügen des Beschwerdeführers auch zum im Ausgangsverfahren gestellten Hauptantrag nicht mehr an ...

#### **Probleme beim Autokauf?**

Als spezialisierter Rechtsanwalt helfe ich Ihnen gerne weiter – ganz gleich, ob Sie Käufer oder Verkäufer sind. Interessiert? Nutzen Sie das Kontaktformular auf <https://autokaufrecht.info/sofortberatung/> oder rufen Sie mich unverbindlich an

**(0 23 27) 8 32 59-99.**