Unzumutbare Abweichung bei Motorleistung von 90 PS statt 110 PS

1. **Bei einem Gattungskauf – hier: dem Kauf eines Neufahrzeugs – wird der ursprüngliche Erfüllungsanspruch des Käufers durch das Sachmängelrecht verdrängt, sobald der Käufer eine Falschleistung – sei es auch irrtümlich – als Erfüllung annimmt. Das gilt auch, wenn die Erbringung der geschuldeten Leistung unmöglich ist.**

2. **Ist vertraglich ausdrücklich vereinbart, dass dem Käufer ein Neufahrzeug des Modelljahrs 2010 mit einer Leistung von 110 PS geliefert werden soll, und stellt sich später heraus, dass im Modelljahr 2010 nur ein Fahrzeug mit einer Motorleistung von 90 PS erhältlich ist, kann der Verkäufer den Kaufvertrag gegen den Willen des Käufers nicht mit einem solchen Fahrzeug erfüllen. Das gilt auch dann, wenn er sich in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen Konstruktionsabweichungen, die für den Käufer zumutbar sind, vorbehalten hat.**

KG, Urteil vom 27.10.2011 – 23 U 15/11

Sachverhalt: Die Klägerin bestellte bei der Beklagten im August 2009 ein Neufahrzeug zum Preis von 16.699 €. Die Beklagte erklärte der Klägerin, das Modell des Jahres 2009 werde nicht mehr hergestellt; das Modell des Jahres 2010 weise nur geänderte Scheinwerfer auf. Tatsächlich lag die Beschreibung für das Modell 2010 noch nicht vor. In die Bestellung wurden die Angaben „Mod 2010“ und „1,4 l (109 PS)“ aufgenommen, was der im Modelljahrgang 2009 erhältlichen Motorisierung entsprach. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten enthielten unter anderem die Klausel:

> „Konstruktions- oder Formänderungen, Abweichungen im Farbton sowie Änderungen des Lieferumfangs seitens des Herstellers bleiben während der Lieferzeit vorbehalten, sofern sie unter Berücksichtigung der Interessen des Verkäufers für den Käufer zumutbar sind“.

Anfang März 2010 ließ die Beklagte das Fahrzeug auf die Klägerin zu und übergab es ihr. Die Klägerin zahlte den Kaupreis und erwarb einen passenden Satz Winterreifen zum Preis von 585,89 €. Sie stellte fest, dass in der Zulassungsbescheinigung zwar der Hubraum mit 1,4 l, die Leistung hingegen mit nur 90 PS angegeben war. Daraufhin erklärte die Klägerin den Rücktritt vom Kaufvertrag, stellte das Fahrzeug bei der Beklagten ab und forderte diese vergeblich zur Erstattung der Kaufpreise für das Fahrzeug und die Winterreifen auf.

Das Landgericht hat die Beklagte im Wesentlichen zur Zahlung von 17.284,89 € nebst Zinsen, Zug um Zug gegen Rückübereignung des Fahrzeugs, verurteilt. Die Berufung der Bekklagten blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen: II. … Das Landgericht hat der Klage mit Recht stattgegeben. Die Berufung rechtfertigt keine andere Entscheidung.

1. Der Klägerin steht der geltend gemachte Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückübereignung des Fahrzeugs aus § 346 I BGB zu, und zwar nebst Zinsen (§§ 280 II, 286 I, 288 I BGB).

Die Klägerin ist wirksam von dem Kaufvertrag über das Fahrzeug zurückgetreten (§§ 434 III, 437 Nr. 2 Fall 1, § 326 V, §§ 323 V 2, 349 BGB).

Bei dem hier vorliegenden Gattungskauf wird der originäre Erfüllungsanspruch durch das Sachmängelrecht verdrängt, sobald der Käufer eine Falschleistung, wenn auch irrtümlich, als Erfüllung annimmt (*Oetker/Maultzsch,* Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl., S. 81). Dies gilt auch, wenn die Erbringung der geschuldeten Leistung unmöglich ist.

a) Das gelieferte Fahrzeug gilt als mangelhaft. Es stellte nicht den geschuldeten Kaufgegenstand dar.

aa) Die Klägerin ließ sich auf ein Fahrzeug des Modelljahres 2010 nach ihrem unbestritten gebliebenen Vortrag nur unter der verlautbarten Bedingung ein, dass alle sonstigen Merkmale des Modelljahrs 2009 vorhanden wären. In der Bestellung fand dies seinen Ausdruck in den Angaben „Mod 2010“ und „1,4 l (109 PS)“. Warum die Motorleistung als eine der wenigen Angaben zur Definition des bestellten Fahrzeugs genannt wurde, dies dann aber – wie die Beklagte vertritt &ndash letztlich bedeutungslos sein soll, erschließt sich nicht. Der Umstand, dass der Hinweis auf die PS-Zahl in Klammern gesetzt wurde, ist insoweit irrelevant. Denn dies ändert nichts an ihrem den Kaufgegenstand beschreibenden Charakter und lässt nicht darauf schließen, dass die Angabe hätte unverbindlich sein sollen. Das bestellte Fahrzeug wird indes nicht hergestellt. Das gelieferte Fahrzeug ist daher ein *aliud* und gilt als mangelhaft (§ 434 III BGB).

bb) Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten stehen der Annahme eines *aliuds* nicht entgegen. Der Senat lässt dahinstehen, ob die Klausel trotz der – bloßen – Wiederholung des Wortlauts des § 308 Nr. 4 BGB deshalb Bedenken begegnet, weil sie den Anlass für die vorbehaltenen Änderungen nicht nennt (vgl. BGH, NJW 2005, 3420; ferner *Reinking/Eggert,* Der Autokauf, 10. Aufl., Rn. 188). Ginge man von der Wirksamkeit der Klausel aus, so mögen technische Änderungen von dem mutmaßlichen Willen des Käufers in der Regel gedeckt sein. Im vorliegenden Fall ist die Änderung der Klägerin aber nicht zumutbar.

Nach § 308 Nr. 4 BGB ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, unwirksam, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist. Dies ist aufgrund einer Abwägung zwischen den Interessen des Klauselverwenders an der Möglichkeit einer Änderung seiner Leistung und denen des anderen Vertragsteils an der Unveränderlichkeit der vereinbarten Leistung zu beurteilen. Dabei erscheint ein Änderungsvorbehalt, der sich nicht nur auf die Umstände der Leistungserbringung oder auf Nebenpflichten bezieht, sondern auch Inhalt und Umfang der Hauptleistung betrifft, als besonders nachteilig für den anderen Vertragsteil. Insbesondere eine Änderung des Äquivalenzverhältnisses zwischen den beiderseitigen Leistungen kann ein Indiz für die Unzumutbarkeit des Änderungsvorbehalts sein (BGH, NJW-RR 2009, 1641). So liegt der Fall hier.

Das Interesse der Beklagten, im Wettbewerb mit verbrauchsarmen und umweltschonenden Fahrzeugen zu bestehen, ist grundsätzlich anzuerkennen. Neben dem Verbrauch ist auch die Schadstoffemission beim Betrieb eines Pkw inzwischen zu einem wichtigen Kaufkriterium geworden. Nach der Behauptung der Beklagten soll das Fahrzeug des Modelljahres 2010 insbesondere im Stadtverkehr weniger Benzin verbrauchen als das des Modelljahres 2009, auch soll die Emissionsklasse 5 erreicht werden statt bislang die Emissionsklasse 4. Die Beschleunigung von 0 km/h auf 100 km/h soll ebenfalls verbessert sein (solches ergibt sich aber nicht aus den von der Beklagten eingereichten Datenblättern), die Anhängelast soll gleich geblieben sein. Lediglich die Höchstgeschwindigkeit betrage statt bislang 187 km/h nur 180 km/h. Darauf kommt es letztlich jedoch nicht an. Denn es ist Teil der Vertragsfreiheit darüber zu disponieren, welche Eigenschaften der Kaufgegenstand haben soll. Die Parteien haben eine ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung getroffen, und sie haben nach dem Vertragstext gerade der Motorleistung eine besondere Bedeutung beigemessen. Erhält die Klägerin anders als bestellt ein Fahrzeug mit nur 90 PS, so ist das Äquivalenzverhältnis gestört.

Wird eine ausdrückliche Regelung getroffen, ist eine Abweichung davon grundsätzlich auch nicht deshalb zumutbar, weil andere Eigenschaften des Gegenstands besser sein mögen. Es war Sache der Klägerin zu entscheiden, dass sie einen Wagen mit einer Leistung von 109 PS kaufen wollte. Die Lieferung eines Wagens mit deutlich geringerer Leistung ist nicht deshalb unerheblich, weil dies mit objektiv günstigen, aber offenbar von der Klägerin nicht für entscheidend gehaltenen Verbrauchseigenschaften verbunden sein soll. Was objektiv vernünftig sein mag, ist insoweit nur in zweiter Linie von Belang, wenn der Käufer sich anders entscheidet und andere Prioritäten bei der Kaufentscheidung setzt.

Im Rahmen der Abwägung der beiderseitigen Interessen ist außerdem zu berücksichtigen, dass die Klägerin keine eigene Kenntnis von den im Modelljahr 2010 angebotenen Fahrzeugkonfigurationen haben konnte, und dass es im Ausgangspunkt Sache der Beklagten war, zu wissen, welche Fahrzeuge mit welchen Eigenschaften sie verkaufen konnte.

Irrelevant ist, dass es im Prospekt für das Jahr 2009 hieß, die dort gemachten Angaben seien unverbindlich und unterlägen Änderungen. Denn es ist schon nicht ersichtlich, dass und auf welche Weise diese Klausel in den zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrag einbezogen worden sein soll. Darüber hinaus verstieße sie gegen § 308 Nr. 4 BGB, weil sie als Korrektiv gerade nicht auf die Zumutbarkeit der Änderungen für den Käufer abstellt.

b) Eine Aufforderung zur Nacherfüllung unter Hinzusetzen einer Frist war entbehrlich (§ 326 V BGB). Die Beklagte konnte die Verpflichtung aus dem Kaufvertrag nicht erfüllen, weil Modelle, die dem Vereinbarten entsprochen hätten, nicht existierten. Die Beklagte wurde dadurch von ihrer Leistungspflicht gemäß § 275 I BGB frei.

c) Das Rücktrittsrecht ist nicht wegen Kenntnis der Klägerin von dem fingierten Sachmangel ausgeschlossen (§ 442 BGB). Die Beklagte kann mit ihrer erstmals in der Berufungsinstanz aufgestellten Behauptung, sie habe der Klägerin mitgeteilt, dass die Beschreibung für das Modelljahr 2010 noch nicht vorgelegen habe, nicht gehört werden. Zum einen lässt sich solches mit der unbestritten gebliebenen Erklärung der Beklagten, im Modelljahr 2010 seien nur die Scheinwerfer geändert, nicht in Einklang bringen, zum anderen hat die Beklagte nicht dargelegt, warum sie dieses von der Klägerin bestrittene Vorbringen nicht schon im ersten Rechtszug geltend gemacht hat, ohne dass dies auf Nachlässigkeit beruhte (§ 531 II 1 Nr. 3 ZPO).

Die Klägerin hat ihre Rechte auch nicht etwa deshalb verloren, weil sie den Wagen zunächst unbeanstandet entgegengenommen hatte. Es bestand weder eine Untersuchungs- noch eine Rügeobliegenheit. Die Klägerin ist kein Kaufmann, sodass § 377 HGB keine Anwendung findet. Es ist daher unschädlich, dass die Klägerin die Fahrzeugpapiere nicht darauf kontrolliert hat, ob die Beklagte auch das vereinbarte Fahrzeug ausgeliefert hat.

d) Das Rücktrittsrecht ist ferner nicht wegen Geringfügigkeit des fingierten Sachmangels ausgeschlossen (§ 326 V, § 323 V 2 BGB). Allgemein gilt insoweit (vgl. hierzu BGH, Urt. v. 17.02.2010 – VIII ZR 70/07, NJW-RR 2010, 1289 m. zahlreichen w. Nachw.), dass die Beurteilung, ob eine Pflichtverletzung unerheblich i. S. des § 323 V 2 BGB ist, ebenfalls eine umfassende Interessenabwägung erfordert, wobei es auf sämtliche Umstände des Einzelfalls ankommt. Dabei wird in der Regel ein Verstoß gegen eine Beschaffenheitsvereinbarung die Erheblichkeit der Pflichtverletzung indizieren (BGH, Urt. v. 17.02.2010 – VIII ZR 70/07, NJW-RR 2010, 1289, so auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.04.2008 – I-1 U 273/07, NJW-RR 2009, 400, wobei dort ein anderer als der vereinbarte Motor eingebaut worden war).

Da vorliegend eine unmissverständliche Beschaffenheitsvereinbarung vorliegt, ist mit der Erheblichkeit der Pflichtverletzung auch die Unzumutbarkeit, die (Konstruktions-)Änderungen akzeptieren zu müssen, indiziert. Dem entspricht es, bei einem Neuwagenkauf die Zumutbarkeitsgrenze tendenziell enger zu ziehen als bei bereits gebrauchten Kraftfahrzeugen (so für die Erheblichkeit eines Mangels OLG Düsseldorf, Urt. v. 08.01.2007 – I-1 U 177/06, wonach zudem grundsätzlich das Rückabwicklungsinteresse des Käufers bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache Vorrang habe).

e) Infolge des gemäß § 349 BGB erklärten Rücktritts ist die Verpflichtung der Klägerin zur Gegenleistung entfallen (§ 326 I 2 BGB). Da sie die Gegenleistung bereits erbracht hat, kann sie das Geleistete nach § 346 BGB zurückfordern (§ 326 IV BGB) …

2. Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen für den Erwerb der Winterreifen gemäß §§ 434 III, 437 Nr. 3, 284 BGB zu. Sie hätte nach dem Ausgeführten auch Schadenersatz statt der Leistung gemäß § 281 BGB verlangen können. Sie hat jedoch den Rücktritt erklärt, sodass ihr der Ersatz vergeblicher Aufwendungen nicht verschlossen wird. Der Erwerb der Winterreifen hat sich angesichts des wirksamen Rücktritts vom Kaufvertrag über das Fahrzeug als eine solche vergebliche Aufwendung erwiesen …

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.