

## Einrede der Unverhältnismäßigkeit der vom Käufer gewählten Art der Nacherfüllung – § 439 IV BGB

1. Der Verkäufer muss die Einrede, dass die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich sei ([§ 439 IV BGB n.F.](#) = [§ 439 III BGB a.F.](#)), erheben, solange ein Nacherfüllungsanspruch besteht, also insbesondere bevor der Käufer den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt (im Anschluss an [OLG Celle, Urt. v. 28.06.2006 – 7 U 235/05](#), [NJW-RR 2007, 353](#), 354; [OLG Hamm, Urt. v. 21.07.2016 – 28 U 175/15](#), [NJW-RR 2017, 47](#) Rn. 50 ff.). Eine nach der Erklärung des Rücktritts erhobene Einrede ist unbeachtlich. Denn ein wirksamer Rücktritt wandelt den Kaufvertrag in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis um und führt dazu, dass der Nacherfüllungsanspruch des Käufers und das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers erlöschen. Es wäre indes systemwidrig, wenn der Verkäufer dem Käufer den bereits entstandenen Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrags dadurch aus der Hand schlagen könnte, dass er – nachträglich – eine Einrede gegen den nicht mehr bestehenden Nacherfüllungsanspruch erhebt.
2. Die in der Lieferung einer mangelhaften Sache liegende Pflichtverletzung des Verkäufers ist in der Regel dann nicht mehr unerheblich i. S. des [§ 323 V 2 BGB](#), wenn der Käufer mindestens Kosten in Höhe von fünf Prozent des vereinbarten Kaufpreises aufwenden müsste, um den Mangel zu beseitigen.

OLG München, Urteil vom 08.03.2019 – [20 U 3637/18](#) Bau

**Sachverhalt:** Die Beklagte bot der Klägerin unter dem 13.12.2016 die Lieferung eines Bausatzes für eine Fertigarage zum Preis von 25.687,06 € an. Die Klägerin nahm dieses Angebot an, wobei sie eine zusätzliche Kosten auslösende „Montagevermittlung“ wünschte. In der Folge erhielt die Klägerin von der Beklagten eine Auftragsbestätigung. Nachdem es zwischen den Parteien zu Unstimmigkeiten wegen des Inhalts dieser Bestätigung gekommen war, zog die Klägerin mit E-Mail vom 13.01.2017 „den erteilten Auftrag ... zurück“.

Nach weiteren Gesprächen, insbesondere über das Erfordernis der Erstellung einer Bodenplatte, die Notwendigkeit einer Aufkantung und über die deshalb nötige Anpassung der einzelnen Elemente, sowie nach Erstellung entsprechender Pläne durch die Beklagte übersandte die Beklagte der Klägerin am 06.07.2017 eine „Auftragsbestätigung“. Darin nahm sie Bezug „auf den mit uns am 05.01.2017 verbindlich geschlossenen Vertrag“ und bat um Freigabe des nunmehr übermittelten Auftrags, die die Klägerin am 09.07.2017 auch erklärte. Die aktuelle Vereinbarung enthielt im Vergleich zu dem vorhergehenden Auftrag zusätzlich Farbwahlen sowie einen Mehrpreis für eine Ziegeleindeckung und belief sich auf einen Wert von 26.988,86 €.

Die Klägerin hat nach den Plänen der Beklagten eine Bodenplatte samt Aufkantung auf zwei Seiten erstellt und das Entgelt für die Lieferung des Bausatzes vollständig bezahlt.

Die Beklagte hatte mit E-Mail vom 04.08.2017 zunächst eine Lieferung des Bausatzes bis 29.09.2017 angekündigt und sodann mit E-Mail vom 26.09.2017 einen Liefertermin in der 43. Kalenderwoche (23.10. bis 27.10.) 2017 bestätigt. Am 29.09.2017 kündigte die Beklagte an, die Garagenelemente würden am 17.10. und die Dachziegel am 23.10.2017 geliefert. Tatsächlich erfolgte die Lieferung der unstreitig jeweils 2,6 m hohen Garagenelemente am 19.10., die Lieferung der Dachkonstruktion mit Tor am 02.11. und die Lieferung der Dachziegel am 04.11.2017.

Mit Anwaltsschreiben vom 30.10.2017 setzte die Klägerin der Beklagten eine letzte Frist zur vollständigen Lieferung und Montage der Großraumgarage bis zum 30.11.2017 und wies darauf hin, dass zwei der gelieferten Wandteile angesichts der planmäßig erstellten Aufkantung zu lang und der Fensterausschnitt nicht wie geplant realisierbar sei. Gleichzeitig forderte die Klägerin die Beklagte auf, ihr bis zum 10.11.2017 die durch die Einschaltung eines Rechtsanwalts entstandenen Kosten zu ersetzen. Die Beklagte bot daraufhin mit Schreiben vom 21.12.2017 eine fachgerechte Kürzung der Elemente anlässlich einer Montage und mit Schriftsatz vom 09.01.2018 alternativ eine Neulieferung der betroffenen Wandelemente an. Tatsächlich erfolgte keine Nacherfüllung durch die Beklagte.

Mit Schreiben vom 15.01.2018 wies die Klägerin erneut auf die Mangelhaftigkeit der gelieferten Teile hin und forderte die Beklagte zur Nachbesserung durch Ersatzlieferung und „letztmalig außgerichtlich“ zur Erstattung der vorgerichtlich entstandenen Rechtsanwaltskosten bis zum 26.01.2018 auf. Hierauf erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 25.01.2018, dass Feststellungen, welche Maßnahmen zur Nachbesserung erforderlich seien, nur vor Ort und in Zusammenhang mit der von einer Drittfirma durchzuführenden Montage der Garage möglich seien. Sie forderte die Klägerin deshalb – vergeblich – auf, eine Montagefirma zu beauftragen.

Eine Mängelbeseitigung oder eine Ersatzlieferung durch die Beklagte erfolgte nicht, weshalb die Klägerin mit Schreiben vom 26.01.2018 den Rücktritt vom Vertrag erklärte, die Beklagte – erfolglos – zur Rückzahlung des Kaufpreises bis zum 31.01.2018 aufforderte und ihr anbot, die gelieferten Teile abzuholen.

Mit ihrer Klage hat die Klägerin die Rückzahlung des gezahlten Kaufpreises nebst Zinsen, Zug um Zug gegen Abholung der gelieferten Teile, verlangt. Darüber hinaus hat sie den Ersatz der ihr vorgerichtlich entstandenen Rechtsanwaltskosten und die Feststellung begehrt, dass sich die Beklagte mit der Abholung der gelieferten Teile in Verzug befinde.

Die Klägerin hat geltend gemacht, dass die Beklagte mit der von ihr geschuldeten Lieferung in Verzug gewesen sei. Darüber hinaus seien die gelieferten Teile mangelhaft: Die Aufkantung der Bodenplatte sei bei der Wandplanung nicht berücksichtigt, die Bodenplatte falsch geplant und die geschuldete Höhe der Wandteile von 2,7 m nicht eingehalten worden. Deshalb könne auch das Fenster nicht wie geplant eingebaut werden. Die Anpassung der Teile an die Örtlichkeiten erfordere einen Kostenaufwand von 4.140 € zuzüglich Umsatzsteuer; der Mangel der falschen Lage des Fensters könne allerdings gar nicht beseitigt werden. Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, sie sei wirksam von dem mit der Beklagten geschlossenen Vertrag zurückgetreten, nachdem die der Beklagten gesetzte Frist erfolglos abgelaufen gewesen sei. Eine Vereinbarung, dass die gelieferten Teile anlässlich einer Montage angepasst würden, habe es nicht gegeben. Insbesondere das Telefonat zwischen ihr – der Klägerin – und dem Ehemann der Geschäftsführerin der Beklagten am 26.09.2017, auf das sich die Beklagte wohl beziehe, habe nie eine Kürzung der Wandteile zum Thema gehabt. Überdies habe dieses Gespräch noch vor der Lieferung der Elemente und damit vor Entdeckung des Mangels stattgefunden. Deshalb habe für sie – die Klägerin – kein Anlass bestanden, über eine Kürzung der Elemente zu sprechen, da sie selbstverständlich von einer mangelfreien Lieferung ausgegangen sei.

Die Beklagte hat geltend gemacht, dass ein Verzug ausscheide, weil sie der Klägerin den gesamten Bausatz innerhalb der letzten, am 30.11.2017 ablaufenden Frist geliefert habe. Der Rücktritt sei unwirksam. Die der Klägerin gelieferten Teile entsprächen in jeder Hinsicht der vertraglichen Vereinbarung, also dem Angebot vom 13.12.2016, das die Klägerin unterzeichnet habe, sowie der Auftragsbestätigung vom 06.07.2017. Hinsichtlich der Wandelemente liege schon kein Mangel vor. Denn nicht diese Elemente selbst hätten eine Höhe von 2,7 m haben sollen, sondern die Garage selbst habe 2,7 m hoch sein sollen. Da die Elemente schon produziert gewesen seien, bevor die Erstellung einer Aufkantung besprochen worden sei, sei eine Lieferung von gekürzten Elementen nicht geschuldet gewesen. Die Änderung falle vielmehr in die Risikosphäre der Klägerin. Im Übrigen habe, wie zwischen der Klägerin und dem Ehemann ihrer – der Beklagten – Geschäftsführerin telefonisch besprochen, eine Anpassung der wegen der Aufkantung zu langen Elemente bei Montage erfolgen sollen. Darüber hinaus hat die Beklagte geltend gemacht, die Kosten einer Ersatzlieferung stünden in keinem angemessenen Verhältnis zu den Kosten einer Nacherfüllung durch Kürzung der Wandelemente. Der Klägerin sei es daher verwehrt, eine Ersatzlieferung zu verlangen oder von dem streitgegenständlichen Vertrag zurückzutreten. Eine mögliche Pflichtverletzung sei schließlich jedenfalls unerheblich, weil sowohl die Kürzung der Wandelemente als auch eine Ersatzlieferung mit Kosten verbunden sei, die nur einen Bruchteil der vereinbarten Gegenleistung ausmachten.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt (LG Landshut, Urt. v. 06.09.2018 – [74 O 563/18](#)). Es hat ausgeführt, dass zwar kein Verzug der Beklagten vorliege. Der Rücktritt der Klägerin sei aber wirksam, weil die ihr gelieferten Wandelemente entgegen der vertraglichen Vereinbarung nicht 2,7 m, sondern nur 2,6 m und somit mangelhaft seien und die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 15.01.2018 erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt habe. Der Mangel sei auch erheblich, da der Aufbau der Fertiggarage in der vereinbarten Höhe mit zu niedrigen Wandteilen nicht möglich sei. Da der Beklagten bereits eine Frist zur Abholung der gelieferten Teile gesetzt worden sei, sei sie gemäß [§ 293 BGB](#) in Annahmeverzug

Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten, die weiterhin die Abweisung der Klage erreichen wollte, hatte keinen Erfolg.

**Aus den Gründen:** II. ... Das Landgericht hat im Ergebnis mit Recht einen Rückzahlungsanspruch der Klägerin gemäß [§ 650 Satz 1](#), [§ 437 Nr. 2 Fall 1](#), [§ 323 BGB](#) Zug um Zug gegen Rückgabe der Ware für begründet erachtet, ebenso den geltend gemachten Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten, auf Verzinsung der Geldforderungen und auf Feststellung des Annahmeverzugs.

1. Die Klägerin hat Anspruch auf Rückabwicklung des Werklieferungsvertrags, weil sie wirksam hiervon zurückgetreten ist.

a) Der gelieferte Bausatz für die Großraumgarage mit vier Wandelementen in gleicher Länge ist unzweifelhaft mangelhaft, weil er sich wegen der nach den Plänen der Beklagten erstellten Bodenplatte samt Aufkantung an zwei Seiten nicht für die vorausgesetzte Verwendung, das Zusammenfügen zu einer Garage mit den vereinbarten Maßen, eignet ([§ 434 I 2 Nr. 1 BGB](#)). Dass zwischen den Parteien ursprünglich Einigkeit darüber bestanden hat, dass die Garage ebenerdig und nicht auf einer Aufkantung aufgestellt wird, ändert hieran nichts. Denn die Parteien haben sich im Juli 2017 in Kenntnis der besonderen Verhältnisse auf dem Grundstück der Klägerin und in Kenntnis des Vorhandenseins der nach den Plänen der Beklagten erstellten Bodenplatte mit Aufkantung mit einem neuen „Auftrag“, dessen Freigabe die Beklagte ausdrücklich von der Klägerin verlangt hat, über die Lieferung eines an die Örtlichkeiten angepassten Bausatzes geeinigt. Ausweislich der E-Mail der Beklagten vom 09.05.2017 war ihr bereits zwei Monate vor Abschluss der neuen Vereinbarung das wegen der Aufkantung bestehende Erfordernis der Anpassung der Höhe der einzelnen Elemente bekannt und sah sie diese Anpassung auch als ihre Aufgabe an. Denn mit dieser Mail fordert sie Informationen zur Lage und zu den Maßen der Aufkantung an, um die Höhe der Elemente anpassen zu können. Damit aber steht fest, dass sich die Beklagte mit der circa zwei Monate später geschlossenen Vereinbarung vom 09.07.2017 zur Lieferung eines bereits bei Lieferung montagefähigen Bausatzes verpflichtet und sich ihre Pflicht in Bezug auf die Wandelemente nicht in der Lieferung von Wandelementen mit den gleichen Abmessungen erschöpft hat, die wegen der Aufkantung nicht ohne Weiteres aufbaufähig sind. Denn andernfalls hätte sie nicht bereits im Mai 2017 um Bekanntgabe von Lage und Maßen der Aufkantung nachsuchen müssen, sondern auf eine spätere Anpassung der Elemente vor Ort verweisen können.

Soweit die Beklagte vorträgt, dass zwischen der Klägerin und der Montagefirma bzw. am 26.09.2017 zwischen der Klägerin und dem Ehemann der Geschäftsführerin der Beklagten besprochen worden sei, dass eine Anpassung anlässlich einer Montage stattfinden sollte, ändert dies nichts an dieser Beurteilung. Denn diese behaupteten „Besprechungen“ fanden nach dem eigenen Vortrag der Beklagten erst nach dem Vertragsschluss vom Juli 2017 statt. Dass bei diesen Besprechungen auch Vereinbarungen zur Änderung des Vertragsinhalts getroffen worden wären und die Klägerin sich damit einverstanden erklärt hätte, zu lang gelieferte Elemente als vertragsgemäß anzuerkennen, trägt auch die Beklagte nicht vor. Dies liegt im Übrigen fern, denn die Beklagte hat nach der Mängelrüge selbst Neulieferung angeboten und vorgerichtlich zu keiner Zeit behauptet, dass die Parteien bereits im September 2017 verbindlich ausschließlich eine Anpassung bei Montage vereinbart hätten.

b) Wegen der Mangelhaftigkeit des Bausatzes konnte die Klägerin – wie mit Schriftsatz vom 15.01.2018 geschehe – unter Fristsetzung Nacherfüllung in Form der Neulieferung einer mangelfreien Sache verlangen und nach erfolglosem Fristablauf zurücktreten. Der Vortrag der Beklagten, es sei eine Anpassung bei Montage „besprochen“ worden, ändert hieran nichts. Denn eine Vereinbarung, dass die Klägerin sich ihres Wahlrechts aus [§ 439 I BGB](#) begeben hätte und deshalb gehindert sei, Neulieferung zu verlangen, hat die Beklagte schon nicht behauptet.

c) Der von der Klägerin erklärte Rücktritt ist auch wirksam.

aa) Die Beklagte ist mit dem nunmehr geltend gemachten Einwand der Unverhältnismäßigkeit ([§ 439 IV BGB](#)) ausgeschlossen.

(1) Die Erhebung dieses Einwands ist nur bis zur Erklärung des Rücktritts möglich ([OLG Celle, Urt. v. 28.06.2006 – 7 U 235/05, NJW-RR 2007, 353](#), 354; [OLG Hamm, Urt. v. 21.07.2016 – 28 U 175/15, NJW-RR 2017, 47](#) Rn. 50 ff.), eine danach erhobene Einrede ist unbeachtlich. Denn ist der Rücktritt im Zeitpunkt seiner Erklärung begründet, wandelt diese Erklärung das Schuldverhältnis der Parteien in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis um, womit der Nacherfüllungsanspruch des Käufers und das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers entfallen. Es wäre systemwidrig, wenn der Verkäufer dem Käufer den bereits entstandenen Rückabwicklungsanspruch durch nachträgliche Erhebung einer Einrede gegen den nicht mehr bestehenden Nacherfüllungsanspruch aus der Hand schlagen könnte ([OLG Hamm, Urt. v. 21.07.2016 – 28 U 175/15, NJW-RR 2017, 47](#) Rn. 52).

(2) Dass sich die Beklagte vor Rücktrittserklärung auf eine Unverhältnismäßigkeit der Neulieferung berufen hätte, hat sie weder substantiiert dargelegt noch bewiesen. Insbesondere hat sie in dem Schriftsatz vom 21.12.2017 lediglich fehlende Erheblichkeit des Mangels gemäß [§ 323 V 2 BGB](#) eingewendet, aber schon nicht zwischen den für Neulieferung oder Kürzung entstehenden Kosten unterschieden. Dass die Beklagte ohne Verschulden an der rechtzeitigen Geltendmachung der Einrede gehindert gewesen wäre, ist nicht ersichtlich (vgl. [OLG Hamm, Urt. v. 21.07.2016 – 28 U 175/15, NJW-RR 2017, 47](#) Rn. 52).

(3) Soweit die Beklagte ihre erst im gerichtlichen Verfahren und nach der Rücktrittserklärung erhobene Einrede für rechtzeitig hält und sich insoweit auf behauptet anderslautende Rechtsprechung beruft, ist diese zu anderen Sachverhalten ergangen und mit dem hiesigem Fall nicht vergleichbar. Denn in den dort entschiedenen Fällen hatte der Käufer noch nicht den Rücktritt erklärt, sondern befanden sich die Parteien im Streit über die Verpflichtung des Verkäufers zur Nacherfüllung. Nur für diesen Fall hat der BGH eine Erhebung der Einrede auch noch während des Gerichtsverfahrens für möglich erachtet (vgl. [BGH, Urt. v. 16.10.2013 – VIII ZR 273/12, NJW 2014, 213](#) Rn. 11 ff.; [Urt. v. 24. 10.2018 – VIII ZR 66/17, NJW 2019, 292](#) Rn. 57).

bb) Der Mangel ist auch erheblich. Nach gefestigter Rechtsprechung liegt die Erheblichkeit eines Mangels in der Regel dann vor, wenn die Kosten der Beseitigung mindestens fünf Prozent der vereinbarten Gegenleistung ausmachen (Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 323 Rn. 32 m. w. Nachw.). Dies ist hier unstrittig der Fall. Die Beklagte hat das Vorbringen der Klägerin, dass die Anpassung des Bausatzes an die Örtlichkeiten circa achtzehn Prozent des vereinbarten Kaufpreises kosten würde, nicht bestritten. Zwar enthält der zum Beweis von der Klägerin vorgelegte Kostenvoranschlag auch die für die Anpassung ersichtlich nicht erforderliche Position „Ablagerung und Verpackung“, dies fällt allerdings angesichts des Gesamtumfangs der dort angebotenen und für einen Zuschnitt offensichtlich erforderlichen Arbeiten ersichtlich nicht ins Gewicht. Damit ist der Wegfall dieser Position nicht geeignet, die Mangelbeseitigungskosten auf einen Wert von unter fünf Prozent vom vereinbarten Preis, das heißt auf unter 1.349,44 € zu reduzieren.

2. Den zugesprochenen Zinsanspruch hinsichtlich des Rückzahlungsanspruchs hat die Beklagte nicht angegriffen.

3. Da die Beklagte sich wegen der am 29.09.2017 für den 17.10.2017 vereinbarten Lieferung des gesamten Bausatzes bei Einschaltung des Klägervertreters in Lieferverzug befunden hat ([§ 286 I, II Nr. 1 BGB](#)), ist sie zum Ersatz der hierdurch entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten verpflichtet. Die Höhe dieser Kosten hat die Beklagte nicht bestritten. Der geltend gemachte Zinsanspruch für die mit Schreiben vom 30.10.2017 fällig gewordene und mit Schriftsatz vom 15.01.2018 angemahnte Forderung ergibt sich aus [§§ 286 I, 288 I BGB](#).

4. Die Klägerin hat die Beklagte bereits mit Schreiben vom 26.01.2018 zur Abholung der gelieferten Teile an dem Ort aufgefordert, an dem sich die Ware vertragsgemäß befindet (vgl. Palandt/*Grüneberg*, a. a. O., § 269 Rn. 16), weshalb das Landgericht zutreffend Annahmeverzug gemäß [§ 293 BGB](#) festgestellt hat. ...

**Hinweis:** Nach der Rechtsprechung des BGH ist die Erheblichkeitsschwelle des [§ 323 V 2 BGB](#) bei einem behebbaren Sachmangel in der Regel erst erreicht, wenn der Mangelbeseitigungsaufwand einen Betrag von fünf Prozent des Kaufpreises *überschreitet* (s. etwa [BGH, Urt. v. 26.10.2016 – VII-IZR 240/15](#), [NJW 2017, 153](#) Rn. 28 m. w. Nachw.).

**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.**