

Lösung Klausur Nr. 1660

Anja Arz
Rechtsanwältin
(...) Memmingen
Rathausplatz 12

Memmingen, 26. März 2025

An das
Landgericht Memmingen
(...) Memmingen

2 O 333/25

In dem Rechtsstreit

Wolter gegen Ehlers¹

zeige ich unter Vollmachtsvorlage an, dass ich den Beklagten vertrete.

Gegen das Versäumnisurteil vom 17. März 2025 lege ich **Einspruch** ein.²

In der mündlichen Verhandlung werde ich beantragen:

1. Das Versäumnisurteil des Landgerichts Memmingen vom 17. März 2025 wird aufgehoben.
2. Die Klage wird abgewiesen.³

Gleichzeitig beantrage ich:

Die Zwangsvollstreckung aus diesem Versäumnisurteil vom 17. März 2025 wird ohne Sicherheitsleistung, hilfsweise gegen Sicherheitsleistung, einstweilig eingestellt (§§ 719, 707 ZPO).

Begründung:

Zur Forderung gegen die Mutter des Beklagten ist in tatsächlicher Hinsicht auf die Klageschrift Folgendes vorzutragen:

Die von der Klage beschriebenen Umstände des Verkaufs und des vereinbarten Vertragsinhalts sind grds. zutreffend.

Es wird aber bestritten, dass das an den Kläger verkaufte Kfz bereits seit spätestens Anfang April 2023 im Auto-

haus gestanden habe. Richtig ist vielmehr: Der Wagen war erst am 22. Juli 2023 zur Durchführung eines später gescheiterten Verkaufs an das Autohaus der Martha Ehlers geliefert worden.

Beweis (unter Verwahrung gegen die Beweislast):
Lieferschein vom 22. Juli 2023 (Anlage B₁)

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der von Klägerseite angebotene Zeuge Gert Groll im Betrieb der Mutter des Beklagten erst deutlich nach der Anlieferung eingestellt wurde, nämlich zum Januar 2024.

Überdies ist zu ergänzen, dass der Kläger durch Schreiben vom 10. August 2024, zugegangen am 11. August 2024 die Minderung des Kaufpreises i.H.v. 2.000 € forderte und dies ebenfalls auf die Standzeit des verkauften Kfz stützte.

Beweis: Einschreiben vom 10. August 2024 (Anlage B₂)

Zum Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung ist vorzutragen, dass der Beklagte von einschließlich 23. Februar 2025 bis 23. März 2025 im Urlaub in Südafrika war und deswegen auf die am 27. Februar 2025 zugestellte Klage nicht hatte reagieren können.

Beweis: Flugtickets (Anlage B₂)

In **rechtlicher Hinsicht** ist Folgendes auszuführen:

- I. Die Zulässigkeit des gemäß § 338 ZPO einschlägigen Einspruchs ist gegeben.

Die Frist gemäß § 339 I ZPO begann mit der Zustellung, wobei wegen § 310 III S. 1 ZPO immer auf die *letzte* der beiden Zustellungen abzustellen ist.⁴ Unabhängig vom Datum der Zustellung an den Kläger endet die Frist infolge der am 21. März 2025 erfolgten Zustellung an den Beklagten gemäß §§ 187 I, 188 II BGB folglich frühestens mit Ablauf des 4. April 2025.

Hemmer-Klausur-Tipp: Nehmen Sie die Darlegung der Zulässigkeit des Einspruchs im Schriftsatz selbst vor. Geht es um einen Sonderfall wie die Begründung einer Wiedereinsetzung oder eines Fehlers bei der VU-Zustellung, ist das unverzichtbar. In anderen Fäl-

¹ Grds. genügt bei Klageerwidern und Replik ein Kurzurbrum (Assessor-Basics Anwaltsklausur § 2, RN 45).

² Eine Wiedereinsetzung in die Frist des § 276 I ZPO ist ungeeignet, denn sie hätte nach absolut h.M. nicht automatisch die Wirkung, das Versäumnisurteil zu beseitigen, wenn es bereits ergangen ist (vgl. Zöller/Greger § 276, RN 10a m.w.N.).

³ Die Anträge zu Kosten und Vollstreckbarkeit kann man wg. § 308 II ZPO weglassen. Wegen der Nichtanwendbarkeit von § 344 ZPO (dazu s.u.) könnte man aber auch hier bereits kurz darauf eingehen.

⁴ Vgl. ThP § 339, RN 1; BGH NJW 1994, 3359.

len ist es meist praxisfern. Insbesondere ist die Behauptung des Vorliegens der Zulässigkeit ziemlich dreist, wenn die Wahrung der Frist und die Beachtung zwingender Formalien (§ 130 ZPO) von – zumindest teilweise – *in der Zukunft* liegenden Ereignissen (z.B. Eingang bei Gericht, Wahl der Übermittlungsform) abhängt. Wir haben hier dennoch so aufgebaut, weil es in der Korrektur (nur) im bayerischen Assessorexamen so gewünscht ist.

II. Im Hinblick auf Ansprüche des Klägers gegen die Mutter des Beklagten ist die Klage unbegründet:

1. Das an den Kläger verkaufte Kfz weist schon keinen Sachmangel i.S.d. § 434 I (ggf. i.V.m. § 475b) BGB auf.

Anmerkung: Einerseits ist nach der Lebenserfahrung davon auszugehen, dass ein Kfz aus einem nicht völlig alten Baujahr Steuerungssoftware für diverse Funktionen, also digitale Produkte i.S.d. § 327 II S. 1 BGB beinhaltet. Andererseits hatten die Parteien hierzu nichts vorgetragen.

Umstritten ist, ob eine Ware mit digitalen Elementen nur vorliegt, wenn die Ware für ihre *Grundfunktionalität* auf das digitale Produkt angewiesen ist⁵, wie z.B. ein Navigationsgerät, oder auch dann, wenn (wie oft) die Ware *eine* ihrer nach dem Kaufvertrag geschuldeten Verwendungsmöglichkeiten ohne das digitale Produkt nicht erfüllen kann.⁶ Diese weite Auslegung von § 327a III S. 1, die auf eine richtlinienkonforme Auslegung des § 327 III BGB gestützt wird, führt dazu, dass § 327a II BGB kaum mehr einen Anwendungsbereich hat.⁷ Jedenfalls regelt §§ 327a II S. 2, 475a II S. 1 BGB, dass die §§ 327 ff. BGB nur für diejenigen Bestandteile des Vertrags gelten, die – anders als im vorliegenden Fall – die digitalen Produkte, also die Software selbst betreffen.

- a. Eine Abweichung von einer *ausdrücklichen* Beschaffenheitsabrede i.S.d. § 434 II S. 1 Nr. 1 BGB ist nicht gegeben. Eine Vereinbarung, dass der Herstellungstermin innerhalb einer bestimmten – ggf. kurzen – Zeitspanne vom Datum des Verkaufes liege, haben die Parteien nicht getroffen.
- b. Aber auch eine Abweichung von einer *konkludenten* Beschaffenheitsabrede i.S.d. § 434 II S. 1 Nr. 1 BGB ist nicht gegeben.

Nach der Rechtsprechung enthält der Verkauf eines Neuwagens durch einen Kraftfahrzeughändler zwar auch eine mit dem Vertragsschluss konkludent getroffene Vereinbarung der Parteien dahin, dass das verkaufte Fahrzeug die Beschaffenheit „fabrikneu“ aufweist. Ein – wie im Fall – unbenutztes Kfz erfüllt diese Eigenschaft regelmäßig nur dann, wenn und solange das Modell dieses Fahrzeugs unverändert weitergebaut wird, wenn es keine durch eine längere Standzeit bedingten Mängel aufweist und wenn zwischen Herstellung des Fahrzeugs und Abschluss des Kaufvertrags nicht mehr als zwölf Monate liegen.⁸

Anmerkung: Hier geht es natürlich nicht darum, *Spezialwissen* abzufragen, sondern um die richtige Klausurtechnik. Zum einen: Der Streit im Sachverhalt zeigt klar auf, dass zwischen den unterschiedlichen Zeitangaben der beiden Parteien ein bedeutsamer Unterschied bestehen muss. Zum anderen: Geht es um solche speziellen Fragen, kann man sicher sein, dass es sich entweder um eine topaktuelle Entscheidung handelt (über die Hemmer dann berichtet hätte!) und/oder dass man im Kommentar hilfreiche Aussagen dazu finden wird.

Diese maximale Standzeit von zwölf Monaten wurde im vorliegenden Fall – wie bereits ausgeführt – aber nicht überschritten. Die nachweisbar tatsächlich nur gegebene Standzeit von etwas über zehn Monaten hält sich noch in dem vom BGH akzeptierten Rahmen, bei dem der Käufer einen entsprechenden – geringen – Alterungsprozess einkalkulieren muss und, wenn er ihn völlig ausschließen will, eine „strengere“ Beschaffenheitsabrede eigens vereinbaren muss.

Zwar unterliegt das Kfz einem Alterungsprozess, der mit dem Verlassen des Herstellungsbetriebs einsetzt. Auch kann eine Aufbewahrung unter optimalen Bedingungen dies nur verlangsamen, nicht aber verhindern. Dennoch muss ein Käufer mangels gegenteiliger Abrede auch bei einem Neuwagen einkalkulieren, dass der Wagen – etwa wegen längerer Transportdauer oder anderer Umstände – zumindest eine gewisse Zeit zuvor die Fabrikhalle verlassen hat.⁹

Konkrete Mängel des verkauften Kfz, die durch die Standzeit bedingt sind, trägt aber nicht einmal die Klageschrift vor.

- c. Noch weniger kommt dann eine Abweichung von der üblichen Eigenschaft eines solchen Kfz i.S.d. § 434 III S. 1 Nr. 2 BGB in Betracht, weil dem schon

⁵ So u.a. Lorenz NJW 2021, 2065, RN 32.

⁶ Wohl h.M., vgl. Grüneberg/Grüneberg § 327a, RN 4; BeckOK BGB/Faust BGB § 475a, RN 10 m.w.N.

⁷ Vgl. BeckOK BGB/Faust BGB § 475a, RN 10.

⁸ Vgl. BGH NJW 2004, 160; NJW 2019, 80 [RN 11 ff]; Grüneberg/Weidenkaff § 434, RN 59, RN 63.

⁹ Dass der BGH dabei eine Grenze von 12 Monaten zieht, ist großzügig für die Verkäufer, dennoch aber die Richtschnur für Praxis und Klausur.

die oben genannte konkludente Abrede entgegensteht.

Anmerkung: Die 12-Monats-Grenze gilt auch für die Vereinbarung der Beschaffenheit eines „Jahreswagens“. Der Käufer eines Jahreswagens handelt in der jedenfalls für den gewerblich tätigen Verkäufer erkennbaren Erwartung, einen „jungen“ Gebrauchtwagen aus erster Hand zu erwerben, der sich hinsichtlich seines Alters von einem Neuwagen im Wesentlichen lediglich durch die einjährige Nutzung im Straßenverkehr seit der Erstzulassung unterscheidet.¹⁰

Bei einem älteren Gebrauchtwagen fehlt es i.d.R. an einer Beschaffenheitsabrede. Die Frage, welche Beschaffenheit *üblich* ist (§ 434 III S. 2 Nr. 2 BGB) ist, hängt von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab, wie z.B. dem Alter und der Laufleistung, der Anzahl der Vorbesitzer und der Art der Vorbenutzung. Je länger das Kfz vor dem Weiterverkauf genutzt worden ist, desto mehr verliert eine mögliche Werteinbuße durch eine lange Standzeit vor der Erstzulassung an Bedeutung.¹¹

- d. Die Darlegungs- und Beweislast für eine längere Standzeit, also einen angeblichen Mangel i.S.d. §§ 434 ff BGB, trägt nach der Annahme des Kfz der Kläger (vgl. § 363 BGB).¹²

Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass ein Verbrauchsgüterkauf über eine bewegliche Sache i.S.v. § 474 I S. 1 BGB gegeben ist, weil der Kläger Verbraucher i.S.v. § 13 BGB und die Verkäuferin Unternehmerin i.S.v. § 14 I Alt. 1 BGB war. Auch die Beweislastumkehr in § 477 BGB setzt nämlich voraus, dass dem Käufer zunächst der Nachweis gelingt, dass sich innerhalb von einem Jahr ab Gefahrübergang ein mangelhafter Zustand (eine Mangelerscheinung) gezeigt hat, der – *unterstellt*, er hätte seine Ursache in einem dem Verkäufer zuzurechnenden Umstand – dessen Haftung wegen Abweichung von der geschuldeten Beschaffenheit begründen würde.¹³ Wie ausgeführt, stellt eine Standzeit von unter einem Jahr aber gar keinen mangelhaften Zustand dar.

2. Überdies muss die vom Kläger geforderte Rückabwicklung des Kaufvertrages ausscheiden, weil er

durch Schreiben vom 10. August 2024 ein Minderungsverlangen erklärt hat.

Die Ausübung des Minderungsrechts des Käufers gemäß § 437 Nr. 2, § 441 I S. 1 BGB stellt – ebenso wie die Ausübung des Rücktrittsrechts – eine bindende Gestaltungserklärung dar.¹⁴ Hätte – wie der Kläger zu Unrecht meint – ein Sachmangel bei Gefahrübergang vorgelegen, so wäre er an diese Minderungserklärung gebunden und könnte keine Rückabwicklung des Vertrags mehr verlangen.

- a. Die Gestaltungswirkung tritt unmittelbar mit dem Zugang (§ 130 I BGB) der das Gestaltungsrecht ausübenden einseitigen Willenserklärung beim Erklärungsempfänger ein. Ab dem Eintritt der Gestaltungswirkung ist der Käufer an die von ihm erklärte Minderung gebunden und kann sie einseitig weder zurücknehmen noch widerrufen.¹⁵
- b. Auch in der Phase, in der sich der Verkäufer noch nicht auf das ausgeübte Gestaltungsrecht eingelassen hat, ist dem Käufer ein Abrücken von dem wirksam ausgeübten Gestaltungsrecht nicht erlaubt. Ein Verkäufer verhält sich auch nicht treuwidrig gemäß § 242 BGB, wenn er das Vorliegen eines Mangels bestreitet und dabei zuvor die Wirksamkeit der erklärten Minderung in Zweifel gezogen hatte. Es ist nach der gesetzgeberischen Konzeption nämlich Sache *des Käufers*, sich sorgfältig zu überlegen, für welche der in § 437 Nr. 2 und Nr. 3 BGB aufgeführten Gewährleistungsrechte er sich entscheidet.¹⁶
- c. Infolge dieser Bindung ist es dem Käufer dann nicht nur verwehrt, wirksam einen Rücktritt zu erklären. Vielmehr kann er auch nicht *stattdessen* unter Berufung auf denselben Mangel Schadensersatz statt der *ganzen* Leistung gemäß §§ 280 I, III, 281 I S. 3, V, 437 Nr. 3 BGB (sog. großer Schadensersatz) und damit die Rückabwicklung verlangen.¹⁷
- aa. Der Käufer, der wirksam von dem Gestaltungsrecht der Minderung Gebrauch macht, bringt damit seinen Willen zum Ausdruck, die Kaufsache trotz des Mangels zu behalten und an dem Kaufvertrag mit dem durch die Herabsetzung des Kaufpreises wiederhergestellten Äquivalenzverhältnis *festzuhalten*.

¹⁰ Vgl. BGH NJW 2006, 2694; Grüneberg/Weidenkaff § 434, RN 60.

¹¹ Vgl. BGH NJW 2016, 3015 [RN 50 ff].

¹² Da es sich um Vorgänge aus der Sphäre des Verkäufers handelt, würde die Rechtsprechung aber zumindest kein einfaches Bestreiten zulassen, sondern einen detaillierten Vortrag zu den Umständen des Erwerbs fordern, wie er oben vorgebracht wurde (vgl. ThP § 138, RN 12).

¹³ Vgl. BGH NJW 2017, 1093 = Life & Law 2017, 1; EuGH NJW 2015, 2237 = Life & Law 2015, 551; Grüneberg/Weidenkaff § 477, RN 8.

¹⁴ Vgl. BGHZ 218, 320 = NJW 2018, 2863 = Life & Law 2018, 516.

¹⁵ Vgl. BGHZ 218, 320 [RN 21 ff]; BGHZ 213, 319 = NJW 2017, 1607 [RN 55 zu § 638 BGB]; BGH NJW 2024, 3445 [RN 30] = Life & Law 2025, 1; Grüneberg/Weidenkaff § 441, RN 10.

¹⁶ Vgl. BGHZ 218, 320 [RN 30 ff]; Grüneberg/Weidenkaff § 437, RN 27; a.A. ein Teil der Literatur.

¹⁷ Vgl. BGHZ 218, 320 [RN 32 ff] = Life & Law 2018, 516; Grüneberg/Grüneberg § 325, RN 2 [zum umgekehrten Fall]; Grüneberg/Weidenkaff § 441, RN 19.

Mit dieser Entscheidung, an dem Kaufvertrag festzuhalten, ist es jedoch unvereinbar, dass ein Käufer nach erfolgter Minderung des Kaufpreises unter Berufung auf denselben Mangel Schadensersatz statt der ganzen Leistung (§§ 280 I, III, 281 I S. 3, 437 Nr. 3 BGB) und damit die Rückabwicklung des Kaufvertrages (§ 281 V i.V.m. §§ 346 ff. BGB) begehrt.

Die auf *gegenläufige* Ziele – Festhalten oder Lösen vom Vertrag – ausgerichteten Gewährleistungsrechte der Minderung (§ 441 BGB) und des Rücktritts (§ 323 BGB) hat der Gesetzgeber als Gestaltungsrechte ausgeformt, die dem Käufer nur *alternativ* zur Verfügung stehen (vgl. „oder“ in § 437 Nr. 2 BGB).

- bb. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus einer Analogie zu § 325 BGB. § 325 BGB hat nur zum Ziel, dem Käufer den Ersatz von Vermögenseinbußen, die an sich nur bei einem weiterbestehenden Kaufvertrag als Schadensersatz ersatzfähig wären, auch dann zu gewähren, wenn der Käufer infolge eines *zuvor* wirksam erklärten Rücktritts (§§ 323 f. BGB) den Kaufvertrag in ein Abwicklungsverhältnis (§§ 346 ff. BGB) umgestaltet hat. § 325 BGB hat dagegen nicht den Zweck, dem Käufer eine Möglichkeit zu geben, mit der er sich *komplett* von der gewählten Rechtsfolge – bei der Minderung die Grundentscheidung für das *Festhalten* am Vertrag – lösen könnte.¹⁸

Hinweis: Nach BGH kann der Gewährleistungsgläubiger nach einer erfolgten Minderung aber *ergänzend* hierzu Schadensersatz statt der Leistung in Form des *Festhaltens* am Vertrag unter Ausgleich des Minderwerts und etwaiger *weiterer* mangelbedingter Vermögenseinbußen (sog. kleiner Schadensersatz; §§ 280 I, III, 281 I S. 1, 437 Nr. 3 BGB) geltend machen. Denn Minderung und sog. kleiner Schadensersatz beruhen auf der – insoweit deckungsgleichen – Entscheidung des Käufers, die Kaufsache zu behalten. Ein solcher Anspruch auf sog. kleinen Schadensersatz kommt aber nur dann in Betracht, wenn der Käufer *zusätzlich* zu dem mangelbedingten Minderwert der Sache Schäden erlitten hat (etwa entgangenen Gewinn).¹⁹

Die Minderungserklärung nach §§ 634 Nr. 3, Fall 2, 638 BGB schließt auch einen Kostenvorschussanspruch nach §§ 634 Nr. 2, 637 III BGB wegen des Mangels, auf den die Minderung gestützt wird, nicht aus. Dem Besteller steht die Befugnis zur Selbstvornahme auch nach erklärter Minderung weiterhin zu.

Daher kann er vom Unternehmer gemäß § 634 Nr. 2, § 637 III BGB einen Kostenvorschuss für die zum Zwecke der Selbstvornahme benötigten Mittel verlangen, die über die durch die Minderung ersparte Vergütung *hinausgehen*.²⁰

- d. Unterstellt man das Vorliegen eines Mangels, so wäre vorliegend mit dem Schreiben vom 10. August 2024 ein wirksames – und damit bindendes – Minderungsverlangen gegeben.

Im Moment des Minderungsverlangens am 10. August 2024 lag ein fruchtloser Ablauf einer angemessenen Nachfrist i.S.d. §§ 475d I Nr. 1, 441 I S. 1 BGB seit der am 3. Juli 2024 erfolgten Anzeige des angeblichen Mangels vor. Überdies hatte die Verkäuferin in der E-Mail vom 13. Juli 2024 auch eine Erfüllungsverweigerung i.S.d. § 475d I Nr. 4 BGB erklärt.

Hinweis: § 475d I Nr. 1 BGB fordert ausdrücklich keine *Fristsetzung* mehr, sondern nur noch die Unterrichtung über den Mangel und den *Ablauf* einer angemessenen Frist.²¹ § 475d I Nr. 4 BGB erfasst sowohl eine gemäß § 439 IV BGB berechnete als auch eine unberechtigte Verweigerung der Nacherfüllung. Erfasst ist also auch der Fall, in dem der Unternehmer „nur“ die Kostentragung nach § 439 II BGB, eine fristgerechte Nacherfüllung oder eine Nacherfüllung ohne erhebliche Unannehmlichkeiten verweigert hat.²²

3. Das Rückabwicklungsbegehren – oder ein anderes Ziel – kann auch nicht auf einen Schadensersatzanspruch wegen vorvertraglicher Pflichtverletzung gemäß §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB gestützt werden. Da der Kläger ein Kfz erhalten hat, das – wie oben dargelegt – eine übliche und objektiv berechtigterweise zu erwartende Beschaffenheit aufwies, ist das Bestehen einer Aufklärungspflicht der Verkäuferin und damit ein arglistiges Verhalten über die Länge der Standzeit zu verneinen.²³

Solche Ansprüche wären umgekehrt bei Annahme eines Mangels wiederum wegen des Vorrangs der in § 437 BGB benannten Rechte (Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts zur Verhinderung einer Umgehung seiner besonderen Voraussetzungen) ausgeschlossen.²⁴

¹⁸ Vgl. BGHZ 218, 320 [RN 46 ff]; BGH NJW 2024, 3445 [RN 30] = Life & Law 2025, 1.

¹⁹ Vgl. BGHZ 218, 320 [RN 33 und RN 43 m.w.N.]. So auch der für das Werkvertragsrecht zuständige VII. Senat (BGHZ 213, 319 = NJW 2017, 1607 [RN 49 ff] und NJW 2024, 3445 [RN 30] = Life & Law 2025, 1).

²⁰ Vgl. BGH NJW 2024, 3445 [RN 30] = Life & Law 2025, 1.

²¹ Vgl. Grüneberg/Weidenkaff § 475d, RN 3.

²² Vgl. Grüneberg/Weidenkaff § 475d, RN 6.

²³ Vgl. BGH NJW 2016, 3015 [RN 63].

²⁴ Vgl. Grüneberg/Weidenkaff § 437, RN 51a.

II. Auch der Feststellungsantrag ist unbegründet.

Der Beklagte befindet sich schon deswegen nicht im Annahmeverzug hinsichtlich der Rücknahme des Pkw, da – wie gezeigt – kein Rückabwicklungsschuldverhältnis (§ 346 I BGB) entstand.²⁵

Hinweis: Nach h.M. liegt der Erfüllungsort für die Rückabwicklung nach § 346 BGB dort, wo sich die Sache „bestimmungsgemäß befindet“. Dies soll wegen der Notwendigkeit eines einheitlichen Austauschorts auch für den Rückzahlungsanspruch des Käufers bzw. Ansprüche auf Schadensersatz statt der Leistung gelten.²⁶

Bei Bestehen eines Rückabwicklungsverhältnisses hätte man hier auch noch die Frage aufwerfen können, ob ein Angebot auf Rückgabe an *den Kläger allein* genügt hätte. Immerhin hätte es sich um einen Anspruch auf Rückgabe *an beide* Mitglieder der Erbengemeinschaft gehandelt, wie er in § 2039 S. 1 BGB geregelt ist.

III. Dem Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung gemäß §§ 707, 719 I ZPO ist *ohne* Sicherheitsleistung zu entsprechen.²⁷

Es liegt ein Fall der *unverschuldeten Säumnis* wegen Urlaubsabwesenheit vor, der in § 719 I S. 2 ZPO dem Fall des gesetzeswidrig ergangenen Versäumnisurteils ausdrücklich gleichgestellt ist.²⁸ Eine Partei, die nicht bereits in einen Prozess verwickelt ist und auch nicht mit dem Beginn eines Verfahrens rechnen muss, muss nämlich bei nicht überlangen Abwesenheiten keine allgemeinen Vorkehrungen für eine mögliche Fristwahrung treffen.²⁹

V. Aus denselben Gründen kommt auch eine Kostentrennung gemäß § 344 ZPO zu Lasten des Beklagten nicht in Betracht (vgl. auch § 337 S. 1 ZPO).

Anja Arz
Rechtsanwältin

Teil 2: Mandantenbegleitschreiben

Anja Arz
Rechtsanwältin
(...) Memmingen
Rathausplatz 12

26. März 2025

Herrn Enrico Ehlers
Röntgenstraße 25
(...) Memmingen

Unser Zeichen: (...)

Klage des Willi Wolter
2 O 333/25, Landgericht Memmingen

Unser Gespräch vom 26. März 2025

Sehr geehrter Herr Ehlers,

zunächst möchte ich mich nochmals für die Erteilung des Mandats bedanken.

Anbei erhalten Sie meinen Entwurf eines Schreibens an das Landgericht, mit dem ich die Klageabweisung beantragt habe.

Zur Vermeidung von Missverständnissen möchte ich zunächst den Sachverhalt, wie er sich mir nach Ihrem Vorbringen darstellt, zusammenfassen. ... (*erlassen*).

Im Folgenden möchte ich Ihnen noch einige Erläuterungen zu den Rechtsfragen des Falles und der von mir gewählten Prozesstaktik zukommen lassen.

I. Hinsichtlich der Begründung des Zieles, Ansprüche des Klägers abzuwehren, verweise ich zunächst auf meine Ausführungen gegenüber dem Gericht, die ich Ihnen allerdings bei Bedarf auch noch genauer erläutern würde.

Insoweit sind Ihre Ziele nach der gegenwärtigen Faktenlage – also vorbehaltlich eines überraschenden und beweisbaren neuen Vortrags der Gegenseite – erfolgversprechend, denn meine Ausführungen stützen sich

vielmehr allein die *objektive* Rechtslage (vgl. BGH NJW 2004, 2309; ThP § 344, RN 5).

²⁹ BGH NJW 2004, 2309 lehnte bei einer Räumungsklage das Verschulden trotz einmonatiger Urlaubsabwesenheit ab, obwohl zuvor schon Streit entbrannt war. Das BVerfG hat bei einer Urlaubsabwesenheit von „längstens etwa sechs Wochen“ die Zumutbarkeit besonderer Vorkehrungen wegen der möglichen, aber zeitlich ungewissen Zustellung in Fällen eines Bußgeldbescheids oder Strafbefehls sogar dann verneint, wenn der Betroffene vorher zu der Beschuldigung polizeilich vernommen worden war (vgl. BVerfGE 34, 156; NJW 1976, 1537; NJW 1993, 847).

²⁵ Zur Zulässigkeit siehe Hilfsgutachten.

²⁶ Vgl. BGHZ 87, 104 [109]; Grüneberg/Grüneberg § 269, RN 14. Die Tatsache, dass sich für den Zahlungsanspruch *des Käufers* bei einer *getrennten* Behandlung der beiderseitigen Pflichten gemäß §§ 269 I, 270 IV BGB ein anderer Leistungsort ergeben würde, ist daher unschädlich.

²⁷ Auf Unschlüssigkeit des Versäumnisurteils (dann wäre dieses nicht in gesetzlicher Weise ergangen), kann man sich hier nicht stützen, weil erst das jetzige Beklagtenvorbringen (kürzere Standzeit und Minderungsverlangen des Käufers) den Anspruch zu Fall bringt.

²⁸ Es kommt nicht darauf an, ob das fehlende Verschulden des Beklagten für das Gericht *erkennbar* war. Maßgeblich ist

auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH). Auch wenn das Landgericht nicht unmittelbar an diese gebunden ist, so orientieren sich Gerichte zur Vermeidung von Rechtsmitteln dennoch weitgehend an dieser.

Wie im Schriftsatz an das Gericht ausgeführt, gehört es nach der Rechtsprechung zur üblichen Eigenschaft eines Neuwagens, dass er keine durch eine längere Standzeit bedingten Mängel aufweist *und* dass zwischen Herstellung des Kfz und Abschluss des Kaufvertrags nicht mehr als zwölf Monate liegen.

Selbst wenn das angerufene Gericht hier eine käuferfreundlichere Auffassung vertreten sollte, wäre aber aufgrund der Minderungserklärung vom 10. August 2024 nicht die gegenwärtig eingeklagte Forderung auf Rückabwicklung begründet. Vielmehr käme dann nur eine Minderung des Kaufpreises gemäß § 441 I BGB in Betracht, also eine Forderung in wesentlich geringerer Höhe und ohne Rückgabe des Kfz.

Hierzu müsste der Kläger eine Klageänderung gemäß § 263 ZPO auf Minderung erklären, was bei Sachdienlichkeit oder Ihrer Zustimmung möglich ist. Wegen der weitgehenden Überschneidung der jeweils für die Entscheidung relevanten Lebenssachverhalte und der damit verbundenen Prozessökonomie würde das Gericht die Sachdienlichkeit voraussichtlich bejahen.

Anmerkung: Nach BGH bilden beim selben Lebenssachverhalt *alle* auf die *Rückabwicklung* des Vertrages gerichteten materiell-rechtlichen Ansprüche einen einheitlichen Streitgegenstand.³⁰ Anders liegt es aber, wenn sich der Käufer nach einer erfolglosen Klage, mit der er die Rückabwicklung des Vertrages verlangt hat, „auf den Boden des Vertrages stellt“ und nun Minderung oder Ansprüche auf „kleinen“ Schadensersatz geltend macht (oder umgekehrt, wie vorliegend). Wegen des abweichenden *Rechtsfolgebehrens* handelt es sich hierbei um einen *anderen* Streitgegenstand.³¹

Vorliegend hat dies eine recht geringe Auswirkung: Anwendbar ist nicht § 264 Nr. 2 ZPO, sondern § 263 ZPO.³² Wurde aber bereits eine Klage auf Rückabwicklung rechtskräftig abgewiesen, hat diese Frage eine gewaltige Auswirkung: Einer Minderungsklage stünde § 322 I ZPO dann nicht entgegen!³³

II. Sollte das Gericht eine Verbindlichkeit Ihrer verstorbenen Mutter für gegeben erachten, so wäre die Klage allerdings begründet. Dann nämlich wäre eine Erbenhaftung gemäß § 1967 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) gegeben.

1. Auch die alleinige Inanspruchnahme eines Miterben durch Nachlassgläubiger ist tatsächlich möglich.

Die Erbschaft richtet sich nach dem Testament vom 13. Juni 2017 (vgl. §§ 1937, 2231 Nr. 2, 2247 BGB) und danach sind Sie – wie im Erbschein ausgewiesen – Miterbe zu 50 % neben Ihrem Bruder.

Dennoch kann dann ein Gläubiger der Erblasserin Sie voll in Anspruch nehmen. Sie als bloßer Miterbe haben nämlich im sog. Außenverhältnis gegenüber Gläubigern der Erblasserin eine andere Position als im sog. Innenverhältnis gegenüber Ihrem Bruder (zu letzterem siehe unten).

Gemäß § 2058 BGB haften alle Miterben nämlich als sog. Gesamtschuldner. Die Wirkung einer solchen Gesamtschuld besteht gemäß § 421 BGB darin, dass der Gläubiger ein Wahlrecht hat, welchen der Gesamtschuldner er in welchem Umfang in Anspruch nimmt.³⁴

Im sog. Innenverhältnis zu Ihrem Bruder würden Sie aber nur zur Hälfte haften. Werden Sie – wie es der jetzige Kläger versucht – erfolgreich allein in Anspruch genommen, so hätten sie gemäß § 426 I BGB bzw. gemäß § 426 II i.V.m. §§ 346 I, 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I, IV BGB einen Regressanspruch in Höhe von 50 % *gegen Ihren Bruder*.

2. Ein Wegfall dieser Haftung durch Ausschlagung der Erbschaft oder vergleichbare Maßnahme ist nicht (mehr) möglich und wäre auch nicht empfehlenswert.

a. Eine Ausschlagung der Erbschaft ist gleich aus zwei Gründen nicht mehr möglich: Zum einen steht dem gemäß § 1943 BGB die Annahmeerklärung entgegen, die Sie bei Stellung des Erbscheinsantrags abgaben. Zum anderen wäre inzwischen längst die hierfür geltende Sechs-Wochen-Frist abgelaufen (§ 1944 BGB).

b. Auch eine Anfechtung der Annahme der Erbschaft, die gemäß §§ 1942 I, 1953, 1957 I BGB die gleiche

zu § 263 ZPO aber stark auswirken, da § 264 Nr. 2 ZPO trotzdem anwendbar wäre (vgl. ThP § 533, RN 11).

³³ Vgl. BGH NJW 2017, 893 [RN 28] = Life & Law 2017, 394.

³⁴ Die gesamtschuldnerische Haftung gilt auch nach Teilung des Nachlasses. Ausnahmen nach §§ 2060, 2061 BGB sind hier nicht erkennbar.

³⁰ Vgl. BGHZ 157, 47 = NJW 2004, 1252; NJW 2017, 893 [RN 28] = Life & Law 2017, 394.

³¹ Vgl. BGH NJW 2017, 893 [RN 28] = Life & Law 2017, 394. Daher gilt dies nach BGH sogar dann, wenn er sich in beiden Prozessen auf dieselben Behauptungen – etwa zu einer arglistigen Täuschung – stützt.

³² Bei einer Antragsumstellung erst in zweiter Instanz kann sich dieser Unterschied wegen § 533 ZPO als Sonderregel

Wirkung hätte wie eine Ausschlagung, kommt nach meinem derzeitigen Kenntnisstand nicht in Betracht.

Hierfür kommen nach den §§ 119 ff BGB nämlich nur ganz bestimmte Anfechtungsgründe in Betracht. Der von Ihnen vorgetragene Irrtum über die Existenz der nun klageweise geltend gemachten – angeblichen – Forderung des Herrn Wolter würde von der Rechtsprechung aber, selbst wenn die Forderung wirklich bestehen würde, nicht als Anfechtungsgrund akzeptiert werden.

Hinweis: Die Sonderregeln der §§ 1954, 1955, 1957 BGB für Frist, Form und Wirkung der Anfechtung ändern oder erweitern die Anfechtungsgründe nicht. Die Sonderregeln der §§ 2078 ff BGB gelten nicht, weil es nicht um die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung geht.

Relevant könnte dies einzig als ein Irrtum über eine „verkehrswesentliche Eigenschaft“ i.S.d. § 119 II BGB werden. Bei einzelnen Verbindlichkeiten, insbesondere mit einem im Verhältnis zur Gesamterbschaft relativ geringen Umfang, wird dies – anders etwa als bei einer Überschuldung des gesamten Nachlasses – oft abgelehnt.³⁵

Überdies wäre auch die zusätzlich nötige Ursächlichkeit eines solchen Irrtums zumindest schwer begründbar, wenn trotz der damals unbekannten Verbindlichkeit die Erbschaft im Saldo immer noch positiv ist. Denn als Alternative würden Sie gar nichts bekommen (dazu gleich genauer). Deswegen würde ein Gericht wohl annehmen, dass Sie damals die Erbschaft auch bei Kenntnis von dieser Verbindlichkeit angenommen hätten.

Hinweis: Die Anfechtung wäre gemäß § 1955 BGB durch Erklärung zum Nachlassgericht und innerhalb von sechs Wochen nach Kenntnis vom Anfechtungsgrund zu erklären (vgl. § 1954 I, II S. 1 Alt. 2 BGB). Wenn man die Informationen durch die E-Mail des Käufers vom 14. Dezember 2024 bereits als Kenntnis³⁶ ausreichen lassen würde, wäre hier auch bereits Verfristung eingetreten.

- c. Überdies wäre auch die Rechtsfolge von Ausschlagung oder Anfechtung hier ohnehin wirtschaftlich nicht günstig. Entgegen Ihrer Annahme hätten Sie dann nämlich gerade keine Pflichtteilsansprüche.

Gemäß § 2303 I BGB setzen Pflichtteilsansprüche von Abkömmlingen grds. eine Enterbung durch den Erblasser voraus, wohingegen diese Anspruchs-

grundlage bei Ausschlagung durch den Erben selbst nicht anwendbar ist.

Pflichtteilsansprüche infolge einer Ausschlagung sieht das Gesetz nur in eng begrenzten und nicht verallgemeinerbaren Ausnahmefällen vor. So etwa bei einem Ehegatten der mit dem Erblasser im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebte (§ 1371 III BGB) oder bei Ehegatten bzw. Abkömmlingen, die eine mit Nacherbschaft oder Vermächtnissen quasi wirtschaftlich „ausgezehrt“ Erbschaft erhalten (§§ 2306, 2307 BGB).

Folglich wären Sie im Falle einer Ausschlagung oder Anfechtung der Annahme in keiner Weise wirtschaftlich am Nachlass beteiligt. Ihre ursprüngliche Entscheidung, die Erbschaft anzunehmen, war – wirtschaftlich betrachtet – also durchaus vernünftig.

- III. Den Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung gemäß §§ 707, 719 I ZPO musste ich in Ihrem Interesse stellen.

Andernfalls hätte Ihnen nämlich trotz des Einspruchs bis zur Aufhebung des Versäumnisurteils, die voraussichtlich erst in einiger Zeit erfolgen wird, die Zwangsvollstreckung durch den Kläger gedroht. Dieser hätte gemäß § 708 Nr. 2 ZPO dafür nicht einmal eine Sicherheitsleistung erbringen müssen.

Der gestellte Antrag verhindert dies, denn das Gericht wird vorab über diese Frage entscheiden. Aufgrund der Dokumente über Ihre Urlaubsabwesenheit wird die Vollstreckungsgefahr damit nicht nur schnell aus der Welt geschafft, sondern dies wird aufgrund dieser Entschuldigung *ohne* eine Sicherheitsleistung durch Sie angeordnet werden.

- IV. Zusätzlich zum bisherigen Schriftsatz empfehle ich Ihnen eine Streitverkündung an Ihren Bruder.

1. Die Streitverkündung ist dazu bestimmt, verschiedene Beurteilungen desselben Tatbestandes zu vermeiden. Sie soll den Streitverkünder durch die Bindungswirkung gemäß §§ 74 III, 68 ZPO vor bestimmten drohenden Risiken eines etwaigen Folgeprozesses bewahren.

Hemmer-Klausur-Tipp: Prüfen Sie in Anwaltsklausuren bei materiell-rechtlichen Dreiecksverhältnissen, v.a. bei möglichen Regressansprüchen, immer auch „ungefragt“ eine Streitverkündung! In Examenklausuren taucht dieser Aspekt häufig auf, und dies manchmal sogar dann, wenn die Gefahr einer Niederlage des eigenen Mandanten im derzeitigen

³⁵ Vgl. Grüneberg/Weidlich § 1954, RN 6; BGHZ 106, 359; BGH NJW 2015, 2729 [RN 12].

³⁶ Zu den Anforderungen siehe Grüneberg/Weidlich § 1954, RN 7.

Prozess als äußerst gering erscheint! Die Aufgabensteller*innen erwarten offenkundig eine extreme Skepsis des Anwalts. Ein „Wink mit dem Zaunpfahl“ ist dann im Sachverhalt gegeben, wenn der Bearbeitungsvermerk einen alternativen Singular / Plural verwendet („Schriftsatz oder Schriftsätze“).

Aber auch mit einem reinen Singular im Bearbeitungsvermerk war die Streitverkündung schon in der offiziellen Lösungsskizze gewünscht. Dann soll der gemäß § 73 ZPO erforderliche Streitverkündungsschriftsatz in die Klageschrift oder Klageerwidern integriert werden. – Gute Anwaltshandbücher arbeiten allerdings mit einem eigenständigen Schriftsatz, um bei der Beachtung der Formalien des § 73 ZPO Leichtsinnsfehler zu vermeiden bzw. weil die Zustellungsadressaten der Klageerwidern und des Streitverkündungsschriftsatzes nicht identisch sind.

Im vorliegenden Fall kam dieses Vorgehen wegen des Bearbeitungsvermerks nicht in Betracht. Da der Mandant die Problematik des Regresses gegenüber seinem Bruder aber ausdrücklich angesprochen hatte, musste im Mandantenbegleitschreiben hierzu Stellung genommen werden.

Konkret in Ihrem Fall: Trotz der aufgezeigten guten Erfolgsaussichten muss ich als sorgfältige Anwältin immer auch eine überraschende negative Entwicklung einkalkulieren und – soweit möglich – dafür geeignete Maßnahmen ergreifen. Unterstellt, das Gericht würde die Klage wider Erwarten für begründet erachten, so hätten Sie – wie bereits aufgezeigt – gemäß § 426 I BGB einen Regressanspruch in Höhe von 50 % gegen Ihren Bruder.

Das Problem besteht nun darin, dass Ihr Bruder diese Verpflichtung nicht anerkennt und deswegen gegen ihn Maßnahmen ergriffen werden müssten, im schlimmsten Falle eine Klage auf Zahlung des Regresses. In einem solchen Rechtsstreit wäre aber ein Gericht ohne eine Streitverkündung nicht an die Entscheidung im jetzigen Rechtsstreit gebunden, weil das Urteil keine Bindungswirkung (sog. materielle Rechtskraft gemäß §§ 322 I, 325 ZPO) gegenüber Nicht-Parteien erzeugt. Ihr Bruder könnte dann z.B. einwenden, dass das gegen Sie ergangene Urteil falsch sei, weil Ihre Mutter gar keinem Anspruch ausgesetzt gewesen sei. Das Gericht müsste diese Frage erneut voll prüfen und könnte theoretisch zum gegenteiligen Ergebnis kommen wie im jetzigen Prozess.

Und hier kommt die Streitverkündung ins Spiel: Wird diese in *zulässigerweise* und formal korrekt recht-

zeitig gegenüber Ihrem Bruder erklärt (§§ 72, 73 ZPO), so entfaltet das Urteil im jetzigen Rechtsstreit mit Herrn Wolter gemäß §§ 68, 74 III ZPO die Nebeninterventionswirkung gegenüber Ihrem Bruder als Streitverkündungsempfänger. Dies bewirkt, dass die Ergebnisse dieses Urteils, auch die bloßen Feststellungen des Gerichts in den Entscheidungsgründen, für ein etwaiges Gericht in einem – hoffentlich nur fiktiven – Rechtsstreit gegen Ihren Bruder bindend wären. Das Gericht dürfte also von einer etwaigen Feststellung des Bestehens eines Zahlungsanspruchs gegen Ihre verstorbene Mutter nicht abweichen.

Damit wäre Ihr etwaiger Regressanspruch – wenn alle Voraussetzungen eingehalten werden – grds. so sicher, dass gerade deswegen ein Rechtsstreit gegen Ihren Bruder wohl überflüssig werden würde. Ein kompetenter rechtlicher Berater würde ihm dann nämlich schon aus Kostengründen zur freiwilligen Leistung des 50%igen Regresses raten.

Hinweis: Um die Bindungswirkung des § 68 ZPO nicht zu vereiteln, dürfte der Mandant im jetzigen Prozess aber keinen Vergleich abschließen und kein Anerkenntnis i.S.d. § 307 ZPO erklären, denn für § 68 ZPO bräuchte er Tatsachenfeststellungen durch das Gericht in einer gerichtlichen Entscheidung!

Ein weiterer, derzeit aber wohl nicht gar so bedeutsamer Vorteil bestünde darin, dass durch die Zustellung einer Streitverkündungsschrift gemäß § 204 I Nr. 6 BGB auch die Verjährung Ihres Regressanspruchs gehemmt wird, wenn es sich um eine zulässige Streitverkündung handelt.³⁷

Hinweis: Ein Ausgleichsanspruch nach § 426 I BGB unterliegt der regelmäßigen Verjährungsfrist gemäß § 195 BGB und entsteht bereits mit der Begründung der Gesamtschuld.³⁸

2. Die Zulässigkeit der Streitverkündung ist gemäß § 72 I Alt. 1 ZPO gegeben.

Nach § 72 I Alt. 1 ZPO ist eine Streitverkündung unter anderem dann zulässig, wenn die Partei im Zeitpunkt der Streitverkündung aus in diesem Augenblick naheliegenden Gründen für den Fall des ihr *ungünstigen* Ausgangs des Rechtsstreits einen Anspruch auf Schadloshaltung gegen einen Dritten erheben zu können glaubt.

Daher ist eine Streitverkündung zulässig, wenn *der Beklagte* des Vorprozesses (Streitverkünder) *gegen*

³⁷ Vgl. BGHZ 175, 1; NJW 2009, 1488; Urteil vom 7. Mai 2015, Az. VII ZR 104/14 [RN 21; Grüneberg/Ellenberger § 204, RN 21.

³⁸ Vgl. etwa Grüneberg/Ellenberger § 195, RN 3.

einen Dritten (Streitverkündungsempfänger) aus im Zeitpunkt der Streitverkündung naheliegenden Gründen einen Gesamtschuldnerausgleichsanspruch gemäß § 426 BGB erheben zu können glaubt. Ausgleichsansprüche unter Gesamtschuldnern sind Ansprüche auf Schadloshaltung i.S.d. § 72 I ZPO.³⁹

Anmerkung: Unzulässig ist aber eine Streitverkündung seitens des Klägers des Vorprozesses wegen solcher Ansprüche, die nach Lage der Dinge von vornherein gegenüber dem Beklagten des Vorprozesses als auch gegenüber dem Dritten geltend gemacht werden können, für die also aus der Sicht des Streitverkünders schon im Zeitpunkt der Streitverkündung eine gesamtschuldnerische Haftung des Beklagten und des Dritten in Betracht kommt. In einem solchen Fall kommt es nämlich auch im Zeitpunkt der Streitverkündung nicht mehr auf einen für den Streitverkünder *ungünstigen Ausgang* des Vorprozesses an.⁴⁰

Für weitere Fragen stehe ich Ihnen jederzeit zur Verfügung.

Hochachtungsvoll
Anja Arz
Rechtsanwältin

Teil 3: Hilfgutachten

I. Die Zulässigkeit der Klage ist gegeben.

Insbesondere ergab sich die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts bereits aus §§ 23 Nr. 1, 71 I GVG bzw. §§ 12, 13 ZPO.

Hinweis: Auch § 28 ZPO wäre wohl einschlägig, weil es sich bei der behaupteten Forderung um eine Nachlassverbindlichkeit handeln würde.

Auch die Zulässigkeit des Feststellungsantrags gemäß § 256 ZPO liegt vor. Zwar handelt es sich beim Annahmeverzug nicht um ein „Rechtsverhältnis“ i.S.d. § 256 I oder II ZPO, sondern nur um eine *Vorfrage* eines solchen Rechtsverhältnisses. Dennoch ist die Feststellungsklage hierüber ausnahmsweise zulässig, wenn sie – wie hier – der Ergänzung einer Zugum-Zug-Leistungsklage dient. Dies liegt an den Vorteilen, die sich im Rahmen der Zwangsvollstreckung

des Zugum-Zug-Antrages ergeben: Durch eine solche Feststellung des Annahmeverzugs im Urteil wird eine öffentliche Urkunde i.S.d. §§ 756, 765 S. 1 i.V.m. § 415 I ZPO geschaffen. Deswegen ist dann das Angebot der Gegenleistung durch den Gerichtsvollzieher bei etwaigen Vollstreckungsversuchen entbehrlich.

Aus dieser Auswirkung ist gleichzeitig das Feststellungsinteresse für diesen Antrag abzuleiten.⁴¹

Im vorliegenden Fall war der Kläger auch tatsächlich zu einer solchen Rückabwicklung Zug um Zug gezwungen: Ein nicht in dieser Weise beschränkter Zahlungsantrag hätte ihm – unterstellt, der Rücktritt wäre überhaupt wirksam – gemäß §§ 346 I, 348 BGB das unnötige Risiko einer Teilabweisung der Klage gebracht.

II. Zur Begründetheit der Klage:

1. Fraglich ist, ob der Käufer einen Anspruch auf die – mit seiner Fristsetzung vom 3. Juli 2024 geforderte – Nachlieferung hatte oder ob wegen offensichtlichen Ausscheidens einer Nachbesserung eine Unmöglichkeit der Nacherfüllung gemäß §§ 326 V, 275 I BGB vorlag.

Nach dem Wortlaut des § 439 BGB ist weder hinsichtlich der Nachbesserung noch hinsichtlich der Ersatzlieferung maßgebend, ob ein *Stückkauf* oder ein *Gattungskauf* vorliegt.⁴²

Beim Kauf einer bestimmten *gebrauchten* Sache scheidet eine *Nachlieferung* nach BGH dennoch meist aus. Ob eine Ersatzlieferung in Betracht kommt, ist gemäß §§ 133, 157 BGB nämlich nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen der Vertragsparteien *bei Vertragsschluss* zu beurteilen.⁴³

Angesichts der vielfältigen Unterschiede im Abnutzungsgrad gebrauchter Sachen und der damit verbundenen Schwierigkeit, eine *in jeder Hinsicht* gleichwertige Ersatzsache zu beschaffen, ist Zurückhaltung bei der Annahme geboten, dass beim Kauf einer gebrauchten Sache auch die Lieferung einer anderen Sache dem Parteiwillen entspreche. Andernfalls wäre nämlich häufiger Streit über die Gleichwertigkeit der angebotenen oder zu beschaffenden Ersatzsache

³⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 7. Mai 2015, Az. VII ZR 104/14 [RN 25]; BGH, Urteil vom 9. Juli 2009, Az. VII ZR 109/08 [RN 23 f.].

⁴⁰ Vgl. BGHZ 175, 1 [RN 16]; Urteil vom 7. Mai 2015, Az. VII ZR 104/14 [RN 24]; ThP § 72, RN 7 a.E.

⁴¹ Vgl. auch ThP § 256, RN 10; § 756, RN 8, 9. Eine *isolierte* Klage auf Feststellung des Vorliegens von Gläubiger- oder Schuldnerverzug, also eine, die – anders als hier – *ohne*

diese Verbindung mit einem solchen Zugum-Zug-Leistungsantrag erhoben wird, wäre aber unzulässig (BGH NJW 2000, 2280 = Life & Law 2000, 705).

⁴² Vgl. BGHZ 168, 64 = NJW 2006, 2839 [RN 20]; NJW 2019, 1133 [RN 31] = Life & Law 2019, 292; NJW 2020, 1287 [RN 41] = Life & Law 2020, 243.

⁴³ Gef. Rechtsprechung seit BGHZ 168, 64 = NJW 2006, 2839 [RN 17 ff]; Grüneberg/Weidenkaff § 439, RN 15.

absehbar. Dies liefe den Interessen *beider* Kaufvertragsparteien zuwider.

Anders ist dies aber bei Neufahrzeugen auch beim Kauf nach Besichtigung und Umbauabreden: Dann liegt es in der Natur der Sache, dass es sich beim Kauf eines Neufahrzeugs regelmäßig, also ohne anderslautende Vereinbarung der Vertragsparteien, um eine Gattungsschuld (§ 243 I BGB) handelt. Dementsprechend übernimmt der Schuldner unter derartigen Umständen vertraglich eine Beschaffungspflicht. Daran ändert es auch nichts, dass die Verkäuferin dem Käufer das Fahrzeug als Leistung angeboten hat.⁴⁴

2. Als eine Anfechtung gemäß §§ 119 ff BGB will der Kläger seine Erklärungen offensichtlich nicht verstanden haben. Sie wäre auch nicht erfolgsversprechend: Gegenüber der hier einzig vorstellbaren Anfechtung nach § 119 II BGB entfalten die in § 437 BGB benannten Rechte wiederum eine Sperrwirkung. Liegt das vom Käufer geltend gemachte Defizit der Eigenschaften nicht außerhalb des Mangelbegriffs selbst, sondern verfehlt dieses – wie im konkreten Fall (s.o.) – nur die Detailanforderungen an eine Beschaffenheitsabweichung, so gilt dies praktisch erst recht.⁴⁵

Anhang: Streitverkündungsschrift⁴⁶ (vom Bearbeitungsvermerk nicht gefordert)

Anja Arz
Rechtsanwältin
(...) Memmingen
Rathausplatz 12

Memmingen, 26. März 2025

An das
Landgericht Memmingen
(...) Memmingen

2 O 333/25

In dem Rechtsstreit

des Willi Wolter, Grillparzerstraße 82, (...) Memmingen
- Kläger -
gegen

Enrico Ehlers, Röntgenstraße 25, (...) Memmingen
- Beklagter -

wird hiermit Herrn Siegfried Ehlers, Mozartstraße 122, (...) Memmingen,

der Streit verkündet mit der Aufforderung, dem Rechtsstreit auf Seiten des Beklagten beizutreten.

Das Gericht wird gebeten, diesen Schriftsatz nebst anliegender Kopie der Klageschrift, des Versäumnisurteils vom 17. März 2025, sowie des Einspruchsschreibens dem Streitverkündeten alsbald zuzustellen.⁴⁷

Begründung:

Der Kläger verlangt vom Beklagten Rückabwicklung eines Autoverkaufs seitens der Mutter des Beklagten an ihn.

Hierbei stützt er sich auf Erbenhaftung des Beklagten als Miterbe neben dem Streitverkündungsempfänger, wobei die Erbschaft durch Erbschein des Amtsgerichts Memmingen ausgewiesen ist.

Streitverkündungsgrund ist ein Regressanspruch, den der Beklagte im Falle der Verurteilung gegen den Streitverkündungsempfänger hätte, weil beide als Miterben gesamtschuldnerisch haften würden.⁴⁸

Der Stand des Prozesses ergibt sich aus der anliegenden beglaubigten Ablichtung der Klageschrift, des Versäumnisurteils vom 17. März 2025 und des Einspruchsschreibens. Das Gericht hat bisher keinen Haupttermin bestimmt.

Anja Arz
Rechtsanwältin

⁴⁴ Vgl. BGH NJW 2019, 80 [RN 19 ff].

⁴⁵ Vgl. Grüneberg/Weidenkaff § 437, RN 53.

⁴⁶ Siehe etwa das Muster I.J.2. im Beck'schen Prozessformularbuch. Die Verkündung sollte möglichst früh erfolgen,

um spätere Schwierigkeiten mit § 68 Hs. 2 ZPO auszu-schließen.

⁴⁷ Vgl. hierzu § 73 I S. 2 und S. 3 i.V.m. §§ 166 ff ZPO.

⁴⁸ Zu den notwendigen Angaben vgl. § 73 I S. 1 ZPO.