



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **VERSÄUMNISURTEIL**

VIII ZR 176/06

Verkündet am:  
11. Februar 2009  
Ermel,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Februar 2009 durch den Vorsitzenden Richter Ball, den Richter Wiechers sowie die Richterinnen Hermanns, Dr. Milger und Dr. Hessel

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 1. Juni 2006 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Klage nur Zug um Zug gegen Zahlung von 2.407,78 € stattgegeben worden ist.

Im vorbezeichneten Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Mit Kaufvertrag vom 9. September 2003 kaufte der Kläger von der Beklagten, einer Audi-Vertragshändlerin, einen Personenkraftwagen Audi A 4 zum Preis von 25.345 €. Nach Übernahme des Fahrzeugs am 11. September 2003 zeigten sich verschiedene Mängel, zu deren Beseitigung der Wagen mehrfach in der Werkstatt der Beklagten war. Mit anwaltlichem Schreiben vom 17. Juni 2004 lehnte der Kläger eine weitere Mangelbeseitigung durch die Beklagte ab.

Zugleich beehrte er von dieser die Lieferung eines neuen Fahrzeugs. Diese Forderung wies die Beklagte mit Schreiben vom 24. Juni 2004 zurück.

- 2 In dem vorliegenden Rechtsstreit hat der Kläger die Beklagte auf Lieferung eines neuen Fahrzeugs des gekauften Modells mit entsprechender Ausstattung Zug um Zug gegen Rückgabe des gelieferten Fahrzeugs in Anspruch genommen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht der Klage mit der Einschränkung stattgegeben, dass die Lieferung des neuen Fahrzeugs nicht nur Zug um Zug gegen Rückgabe des gelieferten Fahrzeugs, sondern auch Zug um Zug gegen Zahlung einer Nutzungsentschädigung von 2.407,78 € zu erfolgen hat. Hiergegen wendet sich der Kläger mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

#### Entscheidungsgründe:

- 3 Die Revision ist begründet. Über das Rechtsmittel ist antragsgemäß durch Versäumnisurteil zu entscheiden, da die Beklagte trotz ordnungsgemäßer Ladung in der mündlichen Revisionsverhandlung nicht anwaltlich vertreten war. Inhaltlich beruht das Urteil indessen nicht auf einer Säumnisfolge, sondern auf einer umfassenden Würdigung des Sach- und Streitstandes (vgl. BGHZ 37, 79, 81 f.).

#### I.

- 4 Das Berufungsgericht hat, soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse, ausgeführt:
- 5 Der Kläger habe Anspruch auf Lieferung eines Ersatzfahrzeugs gemäß § 439 BGB, Zug um Zug gegen Rückgabe des mangelhaften Fahrzeugs und

Zug um Zug gegen Zahlung einer Nutzungsentschädigung in Höhe von 2.407,78 €. Der Beklagten sei gemäß § 439 Abs. 4, § 346 Abs. 1 BGB für die Zeit der Nutzung des mangelhaften Fahrzeugs bis zur letzten mündlichen Verhandlung eine Nutzungsentschädigung zu gewähren. Hierfür spreche zwar nicht der Wortlaut des § 439 Abs. 4 BGB, wohl aber der eindeutige Wille des Gesetzgebers, der sich aus dem Entwurf eines Gesetzes zur Schuldrechtsmodernisierung ergebe und der bei der Auslegung eines derart neuen Gesetzes wie § 439 BGB von besonderer Bedeutung sei.

## II.

6 Diese Beurteilung hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen hat das Berufungsgericht zu Unrecht angenommen, dass die Beklagte gegen den Kläger einen Anspruch aus § 439 Abs. 4, § 346 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, § 100 BGB auf Wertersatz für die Nutzung des mangelhaften Fahrzeugs hat, der vom Kläger gemäß § 348 BGB Zug um Zug gegen die ihm nach § 439 Abs. 1 BGB zuerkannte Lieferung eines neuen mangelfreien Fahrzeugs zu erfüllen ist.

7 1. Wie der Senat nach Erlass des Berufungsurteils entschieden hat, ist § 439 Abs. 4 BGB unter Beachtung des Urteils des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 17. April 2008 (Rs. C-404/06, NJW 2008, 1433 – Quelle AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände) im Wege der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung in Fällen des Verbrauchsgüterkaufs (§ 474 Abs. 1 Satz 1 BGB) folgendermaßen einschränkend anzuwenden: Die in § 439 Abs. 4 BGB in Bezug genommenen Vorschriften über den Rücktritt (§§ 346 bis 348 BGB) gelten in diesen Fällen nur für die Rückgewähr der mangelhaften Sache selbst, führen hingegen nicht zu einem Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer auf Herausgabe der gezogenen

Nutzungen oder auf Wertersatz für die Nutzung der mangelhaften Sache (Urteil vom 26. November 2008 – VIII ZR 200/05, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt, NJW 2009, 427, Tz. 13 ff., 26; so jetzt auch § 474 Abs. 2 BGB in der seit dem 16. Dezember 2008 geltenden Fassung von Art. 5 des Gesetzes zur Durchführung des Übereinkommens vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen und zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs vom 10. Dezember 2008, BGBl. I S. 2399, 2400).

8            2. Danach scheidet hier ein Anspruch der Beklagten auf Wertersatz für die Nutzung des dem Kläger gelieferten mangelhaften Fahrzeugs aus, falls es sich bei dem Kaufvertrag der Parteien vom 9. September 2003 um einen Verbrauchsgüterkauf im Sinne von § 474 Abs. 1 Satz 1 BGB handelt, bei dem der Kläger als Verbraucher (§ 13 BGB) von der Beklagten als Unternehmerin (§ 14 BGB) mit dem Personenkraftwagen eine bewegliche Sache gekauft hat. Das ist allein hinsichtlich der Verbrauchereigenschaft des Klägers zweifelhaft. Dazu hat das Berufungsgericht – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – keine Feststellungen getroffen. Daher ist zugunsten des Klägers davon auszugehen, dass er Verbraucher ist. Die Revision vermag zwar keinen einschlägigen Vortrag des – insoweit darlegungs- und beweispflichtigen (vgl. Senatsurteil vom 11. Juli 2007 – VIII ZR 110/06, WM 2007, 2024 = NJW 2007, 2619, Tz. 13) – Klägers in den Vorinstanzen aufzuzeigen. Dazu hatte dieser jedoch vor Erlass des Senatsurteils vom 26. November 2008 (aaO) auch keine Veranlassung.

### III.

9            Nach alledem kann das Berufungsurteil insoweit, als das Berufungsgericht einen Anspruch der Beklagten auf Wertersatz für die Nutzung des Fahrzeugs bejaht hat, der vom Kläger Zug um Zug gegen die ihm zuerkannte Liefe-

rung eines neuen mangelfreien Fahrzeugs zu erfüllen ist, keinen Bestand haben. Der Rechtsstreit ist insoweit nicht zur Endentscheidung reif, da es gemäß den vorstehenden Ausführungen noch tatsächlicher Feststellungen dazu bedarf, ob der Kläger in Bezug auf den Kaufvertrag der Parteien Verbraucher ist. Daher ist das Berufungsurteil in dem vorbezeichneten Umfang aufzuheben, und die Sache ist insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Ball

Wiechers

Hermanns

Dr. Milger

Dr. Hessel

Vorinstanzen:

LG Dessau, Entscheidung vom 21.12.2005 - 4 O 1160/04 -

OLG Naumburg, Entscheidung vom 01.06.2006 - 2 U 8/06 -