
Datum: 10.10.2012
Gericht: Landgericht Köln
Spruchkörper: 9. Zivilkammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 9 S 308/11
ECLI: ECLI:DE:LGK:2012:1010.9S308.11.00

Vorinstanz: Amtsgericht Gummersbach, 19 C 173/10

Tenor:

1. Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Amtsgerichts Gummersbach vom 09.08.2011/12.12.2011 – 19 C 173/10 – abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 2.350 EUR nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 28.07.2010 Zug um Zug gegen Rückgabe des aus dem Rohrsatzrahmen „Y“ bestehenden Trekkingrades zu zahlen.

Der Beklagte wird weiter verurteilt, den Kläger von der Zahlung außergerichtlicher Rechtsanwaltsgebühren i.H.v. 272,87 EUR freizustellen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

2. Die Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz trägt der Beklagte. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger zu 15 %, der Beklagte zu 85 %.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

- I. 1
- Von der Darstellung des Tatbestandes wird gemäß §§ 540 Abs. 2, 313 a Abs. 1 S. 1 ZPO, 26 2
Nr. 8 EGZPO abgesehen.
- II. 3
- Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung hat in der Sache nur 4
teilweise Erfolg. Hinsichtlich des von dem Beklagten geltend gemachten Anspruchs auf
Nutzungersatz ist das Urteil vom 09.08.2011, erneut verkündet am 12.12.2011, abzuändern.
- 1) Eine hinreichende Grundlage für eine Sachentscheidung durch die Kammer bildet dabei 5
jedenfalls das am 12.12.2011 verkündete Urteil.
- Die Entscheidung vom 09.08.2011 ist dagegen – worauf bereits mit Verfügung vom 6
27.10.2011 hingewiesen wurde (Bl. 142) – prozessual fehlerhaft zu Stande gekommen. Es
fehlt an einer Verkündung des im schriftlichen Verfahren nach § 128 ZPO erlassenen Urteils.
Urteile, die im schriftlichen Verfahren nach § 128 Abs. 2 ZPO ergehen, fallen nämlich nicht
unter die Regelung des § 310 Abs. 3 ZPO, wonach die Verkündung durch Zustellung des
Urteils ersetzt wird, sondern sind zu verkünden (Musielak, in: Musielak, ZPO, 8. Aufl., § 310
Rn. 6). Ein Verkündungsprotokoll liegt indes nicht vor, § 165 ZPO. Eine Behebung dieses
Mangels ist ebenso wenig erfolgt. Dies wäre nur dann möglich gewesen, wenn das Urteil
tatsächlich ordnungsgemäß verkündet und allein die Anfertigung eines Protokolls über die
Verkündung unterblieben wäre. Eine als grundsätzlich zulässig anzusehende, rückwirkend
nachgeholte Protokollierung (vgl. BGH, Urt. v. 15.04.1958 – VIII ZR 72/57 = NJW 1958, 1237)
ist nach erneuter Zuleitung der Verfahrensakten an das Ausgangsgericht jedoch unterblieben.
- Ob das Urteil vom 09.08.2011 die erste Instanz wirksam beendet hat oder stattdessen als 7
nichtiges Scheinurteil anzusehen ist, kann offen bleiben. Verkündungsmängel stehen dem
wirksamen Erlass eines Urteils dann entgegen, wenn gegen elementare, zum Wesen der
Verlautbarung gehörende Formerfordernisse verstoßen wurde, so dass von einer
Verlautbarung im Rechtssinne nicht mehr gesprochen werden kann. Sind deren
Mindestanforderungen hingegen gewahrt, hindern auch Verstöße gegen zwingende
Formerfordernisse das Entstehen eines wirksamen Urteils nicht. Insoweit ist zumindest
erforderlich, dass die Verlautbarung von dem Gericht beabsichtigt war oder von den Parteien
derart verstanden werden durfte und die Parteien von Erlass und Inhalt der Entscheidung
förmlich unterrichtet wurden. Eine wirksame Verlautbarung ist somit auch dann gegeben,
wenn eine Bekanntgabe des Urteils durch Zustellung statt durch Verkündung in öffentlicher
Sitzung erfolgte, da dies eine gesetzlich vorgesehene, wenn auch nur bestimmten Urteilen
vorbehaltene Verlautbarungsform erfüllt (§ 310 Abs. 3 ZPO). Wird ein § 310 Abs. 1 ZPO
unterfallendes Urteil den Parteien „an Verkündungs Statt“ förmlich zugestellt, liegt deshalb
kein Verstoß gegen unverzichtbare Formerfordernisse, sondern ein auf die Wahl der
Verlautbarungsart beschränkter Verfahrensfehler vor (BGH, Urt. v. 12.03.2004 – V ZR 37/03
= NJW 2004, 2019 m.w.N.; Vollkommer, in: Zöller, ZPO, 29. Aufl., § 310 Rn. 7). Erfolgt eine
Zustellung dagegen bei irriger Annahme einer bereits erfolgten Verkündung, handelt es sich

nur um einen Urteilsentwurf, der mit der Berufung allein zur Beseitigung des durch die Zustellung bewirkten Rechtsscheins durch Aufhebung und Zurückverweisung der Sache zwecks Beendigung des noch nicht abgeschlossenen Verfahrens angegriffen werden kann (OLG München, Urt. v. 21.01.2011 - 10 U 3446/10 = NJW 2011, 689; Vollkommer, in: Zöller, ZPO, 29. Aufl., vor § 300 Rn. 13f.). Ob die Zustellung vorliegend „an Verkündungs Statt“ zum Zwecke der Verlautbarung gem. § 310 Abs. 3 ZPO erfolgte oder aufgrund einer als bereits geschehen erachteten Verkündung und somit nicht an deren Stelle, lässt sich der Verfahrensakte nicht mit hinreichender Sicherheit entnehmen (vgl. Bl. 120). Im letzteren Fall hätte das Amtsgericht jedoch durch die nach erneuter Terminsbestimmung gem. § 128 Abs. 2 S. 2 ZPO erfolgte Verkündung des Urteils unter dem 12.12.2011 (Bl. 157) eine wirksame und damit instanzabschließende Entscheidung getroffen.

2) Soweit dem Kläger durch die erstinstanzliche Entscheidung dem Grunde nach ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des streitgegenständlichen Fahrrades gemäß §§ 433, 437 Nr. 2, 346 BGB wegen vorhandener Mängel nebst einem Anspruch auf Freistellung von außergerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren zuerkannt wurde, wird dies mit der Berufung nicht angegriffen. 8

3) Dem Beklagten steht jedoch entgegen der Auffassung des Amtsgerichts ein Anspruch gem. § 346 Abs. 1, 2 BGB auf Ersatz der Nutzungen zu, die der Kläger gezogen hat. 9

Die vom Amtsgericht wiedergegebene gegenteilige Entscheidung des Landgerichts Düsseldorf (Urt. v. 03.07.2009 – 15 O 9/09, zit. nach juris), wonach angesichts der Entscheidungen des EuGH (Urt. v. 17.04.2008 – C-404/06 = NJW 2008, 1433 – „Quelle“) und des BGH (Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 = NJW 2009, 427; Urt. v. 11.02.2009 – VIII ZR 176/06 = SVR 2009, 331) davon auszugehen sei, dass sowohl bei einer Nacherfüllung durch Neulieferung als auch bei dem Scheitern oder der Unmöglichkeit der Nacherfüllung und einem daraufhin erfolgenden Rücktritt des Käufers keine Verpflichtung zur Leistung eines Wertersatzes bzw. Nutzungsentschädigung bestehe, verfährt nicht. 10

Die richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs. 4 BGB erfolgte in den vorgenannten Entscheidungen vielmehr allein im Hinblick auf Art. 3 der Richtlinie 1999/44/EG, wonach bei Vertragswidrigkeiten eines Gutes der Verbraucher das Recht haben muss, die „unentgeltliche“ Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes des Gutes durch „Nachbesserung oder Ersatzlieferung“ zu verlangen. 11

Nach Art. 3 dieser Richtlinie kann der Verbraucher stattdessen aber auch die „Vertragsauflösung“ wählen: 12

„(2) Bei Vertragswidrigkeit hat der Verbraucher entweder Anspruch auf die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung nach Maßgabe des Absatzes 3 oder auf angemessene Minderung des Kaufpreises oder auf Vertragsauflösung in Bezug auf das betreffende Verbrauchsgut nach Maßgabe der Absätze 5 und 6. (...)“ 13

(5) Der Verbraucher kann eine angemessene Minderung des Kaufpreises oder eine Vertragsauflösung verlangen, 14

- wenn der Verbraucher weder Anspruch auf Nachbesserung noch auf Ersatzlieferung hat oder 15

- wenn der Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist Abhilfe geschaffen hat oder 16

- wenn der Verkäufer nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher Abhilfe geschaffen hat.	17
(6) Bei einer geringfügigen Vertragswidrigkeit hat der Verbraucher keinen Anspruch auf Vertragsauflösung.“	18
Für den Fall der „Vertragsauflösung“ kommt es nach dem Wortlaut der Richtlinie auf die „Unentgeltlichkeit“ dagegen nicht an. Erwägungsgrund 15 der Richtlinie lautet zudem wie folgt:	19
„(15) Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass eine dem Verbraucher zu leistende Erstattung gemindert werden kann, um der Benutzung der Ware Rechnung zu tragen, die durch den Verbraucher seit ihrer Lieferung erfolgt ist. Die Regelungen über die Modalitäten der Durchführung der Vertragsauflösung können im innerstaatlichen Recht festgelegt werden.“	20
Den Mitgliedstaaten bleibt hiernach vorbehalten, die Modalitäten der „Vertragsauflösung“ zu regeln. Im deutschen Recht gewähren die §§ 346, 437 Nr. 2 BGB dem Verkäufer im Fall des Rücktritts einen Anspruch auf Nutzungswertersatz.	21
Insofern hat auch der BGH (Urt. v. 16.09.2009 – VIII ZR 243/08 = NJW 2010, 148) ausgeführt:	22
„Entgegen der Auffassung der Revision steht europäisches Recht einem Anspruch auf Nutzungswertersatz im Falle der Rückabwicklung eines Verbrauchsgüterkaufs nicht entgegen. Die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 17. April 2008 (Rs. C-404/06, NJW 2008, 1433 - Quelle AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände) bezieht sich auf das Recht des Verbrauchers auf Ersatzlieferung, an dessen Geltendmachung dieser nicht durch eine Verpflichtung zu Nutzungswertersatz gehindert werden soll, nicht aber auf eine Rückabwicklung des Vertrages, bei der der Käufer - anders als bei der Nacherfüllung - seinerseits den gezahlten Kaufpreis nebst Zinsen zurückerhält. Zu Recht verweist die Revisionserwiderung auf den 15. Erwägungsgrund der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. EG Nr. L 171, S. 12; im Folgenden: Verbrauchsgüterkaufrichtlinie), der es ausdrücklich gestattet, die Benutzung der vertragswidrigen Ware im Falle der Vertragsauflösung zu berücksichtigen; hierauf nimmt auch der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften in seiner Entscheidung Bezug (aaO, Tz. 38 f.). Auch in der Literatur wird - soweit ersichtlich - nicht vertreten, dass die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie entgegen ihrem eindeutigen 15. Erwägungsgrund einer Regelung des nationalen Rechts entgegensteht, die - wie § 346 Abs. 1 BGB - den Käufer im Fall des Rücktritts verpflichtet, gezogene Nutzungen herauszugeben oder hierfür Wertersatz gemäß § 346 Abs. 2 BGB zu leisten.“	23
Dieser Auffassung schließt sich die Kammer an.	24
Die vom Beklagten persönlich in der mündlichen Verhandlung vom 19.09.2012 hiergegen angeführte Vorschrift des § 357 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB (Kein Wertersatz bei bloßer Prüfung der Sache) kommt mangels Widerrufs ersichtlich nicht zur Anwendung.	25
4) Der Höhe nach steht dem Beklagten allerdings lediglich ein Anspruch auf Nutzungswertersatz von 150 EUR zu, der von dem klägerseits geltend gemachten	26

Rückzahlungsanspruch in Abzug zu bringen ist. Insoweit hat der Beklagte jedenfalls konkludent mit Schriftsatz vom 22.07.2011 die Aufrechnung erklärt (Bl. 108).

Für die nach § 287 ZPO zu schätzende Höhe des Wertersatzes bei Nutzung einer beweglichen Sache kann auf die zeitanteilige lineare Wertminderung abgestellt werden. Der - eventuell wegen Mängel zu mindernde - Kaufpreis wird durch die voraussichtliche Gesamtnutzungsdauer geteilt und der sich hieraus ergebende Satz mit der tatsächlichen Nutzungszeit multipliziert (BGH, Urt. v. 25.10.1995 - VIII ZR 42/94 = NJW 1996, 250; Grüneberg, in: Palandt, BGB, 71. Aufl., § 346 Rn. 10 m.w.N.). Bei Pkw wird die Nutzungsentschädigung dabei gemeinhin nach deren Gesamtleistung für je 1000 km auf 0,4 % bis 1 % des Anschaffungspreises geschätzt (vgl. etwa OLG Karlsruhe, Urt. v. 07.03.2003 - 14 U 154/01 = NJW 2003, 1950). Die Frage der Bemessung des Wertersatzes bei der Nutzung von Fahrrädern ist dagegen – soweit ersichtlich – bislang noch nicht entschieden worden. 27

Der Sachverständige T, der als Mitglied im Bundesverband der Fahrradsachverständigen in besonderem Maße zur Beurteilung der maßgeblichen Fragestellungen qualifiziert ist, hat jedoch nach Auseinandersetzung mit dem Parteivorbringen zu dieser Frage sowie eigener Untersuchung des streitgegenständlichen Fahrrads für das Gericht gut nachvollziehbar dargelegt, dass ein Trekkingrad bei regelmäßiger Wartung und sachgemäßer Handhabung eine zu erwartende Nutzungsdauer von mindestens 20 Jahren bei einer jährlichen Fahrleistung von 1.000 – 1.500 km habe. Zwischen 5 % und 10 % des Neupreises sei daher als Wertabzug bei einer Fahrleistung von 1.000 km angemessen. Diese Ausführungen macht sich das Gericht nach eigener Prüfung und Anhörung des Sachverständigen zu eigen. Der Sachverständige T hat im Rahmen der Erläuterung seines Gutachtens ausgeführt, dass ihm zwar keine aussagekräftigen Langzeitstudien zur Lebensdauer von Trekkingrädern bekannt seien; eine Lebensdauer von 20 Jahren könne indes nach seinem Erfahrungswert, der auch im Kollegenkreis bestätigt werde, durchaus angenommen werden. Der bisweilen notwendig werdende Austausch von Verschleißteilen, z.B. der Kette, könne insoweit unberücksichtigt bleiben. 28

Der Sachverständige hat indes weiter ausgeführt, dass diese Angaben nur für ein korrekt montiertes Fahrrad Geltung beanspruchten. Insoweit ist aus Sicht der Kammer zu berücksichtigen, dass nach den erstinstanzlichen Feststellungen jedenfalls in Bezug auf die mangelhafte Schaltung bereits bei Gefahrübergang ein Mangel vorlag, der nach den Ausführungen des Sachverständigen Mangelbeseitigungskosten von etwa 500 EUR bedingt (vgl. S. 6 des Gutachtens vom 30.06.2011, Bl. 90). Bezüglich der Lackabplatzungen hat der Sachverständige dagegen nicht feststellen können, dass diese insgesamt auf eine fehlerhafte Rahmenlackierung zurückzuführen sind. Unter Berücksichtigung dessen erachtet die Kammer nach § 287 ZPO einen mangelbedingten Ausgangswert für die Bewertung der Nutzungsentschädigung in Höhe von 2.000 EUR als angemessen. Zudem hält sie einen Anteil von 7,5% als Mittelwert der von dem Sachverständigen benannten Bandbreite für eine Gesamtfahrleistung von etwa 1.000 km – unstreitig sind in den Jahren 2009 und 2010 von dem Kläger 875 km zurückgelegt worden – für ansatzfähig. Hieraus ergibt sich ein Anspruch auf Nutzungsersatz in Höhe von insgesamt 150 EUR (2.000 EUR * 0,075). 29

Soweit der Kläger mit der Berufungserwiderung hiervon wiederum einen Abzug der ihm entstandenen Reisekosten als Anspruch auf Ersatz der zum Zweck der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen gem. § 439 Abs. 2 BGB geltend macht, dringt er hiermit nicht durch. Mit der zuvor durch den Beklagten erklärten Aufrechnung gegen den Rückzahlungsanspruch sind Forderungen und Gegenforderung bereits rückwirkend 30

erloschen, § 389 BGB. Zudem bleibt die Höhe etwaiger Reisekosten unklar. In Ansatz gebracht werden könnten allenfalls konkret entstandene Aufwendungen. Diesbezüglich steht die von dem Kläger im Rahmen der mündlichen Verhandlung geschilderte Anzahl von Fahrten zum Beklagten jedoch in Widerspruch zu der mit der Berufungserwiderung angeführten Anzahl von jeweils 5 Fahrten. In der Klagebegründung werden zudem nur 4 Fahrten angeführt.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. 31

III. 32

Gründe für eine Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Die Zulassung der Revision ist auch nicht i.S.d. § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich, da nicht über streitige oder zweifelhafte Rechtsfragen zu entscheiden war. Im Hinblick auf die Bemessung der Nutzungsentschädigung bei Fahrrädern legt die Kammer die höchstrichterlich geklärte Wertermittlung über die zeitanteilig lineare Wertminderung zugrunde. 33

Streitwert für das Berufungsverfahren: 1.000 EUR 34