

Professor Dr. Stephan Lorenz, München

Nacherfüllungsanspruch und Obliegenheiten des Käufers: Zur Reichweite des „Rechts zur zweiten Andienung“*

In seiner jüngsten Entscheidung zum neuen Gewährleistungsrecht präzisiert der BGH seine Rechtsprechung zum so genannten „Vorrang der Nacherfüllung“. Der folgende Beitrag resümiert die bisherige Rechtsprechung zum Nacherfüllungsanspruch aus § 439 BGB und geht der Frage nach, unter welchen Voraussetzungen ein Käufer im Falle der Verletzung der Nacherfüllung seine Gewährleistungsrechte verliert.

I. Die Ausgangslage

Im Falle eines Sach- oder Rechtsmangels hat der Käufer primär einen Nacherfüllungsanspruch, der den ursprünglichen Erfüllungsanspruch mit dem Übergang in die Gewährleistungsphase ersetzt bzw. modifiziert. Keine andere Rechtsfigur des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes dürfte die Rechtsprechung seit dessen In-Kraft-Treten am 1. 1. 2002 mehr beschäftigt haben. Das verwundert nicht, war doch der erst durch die Schuldrechtsmodernisierung eingeführte Anspruch auf sachmangelfreie Leistung (§ 433 I 2 BGB) und der diesen weiterführende Nacherfüllungsanspruch nicht nur inhaltlich, sondern auch systematisch einer der Kernpunkte der Reform des Gewährleistungsrechts. Da er letztlich auf die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zurückgeht, werden zudem zahlreiche damit zusammenhängende Probleme vom Gebot richtlinienkonformer bzw. richtlinienorientierter Auslegung überlagert¹. Während sich die (bisher nur instanzgerichtliche) Rechtsprechung zunächst mit dem Problem des *modus* der Nacherfüllung beim Stückkauf² sowie der näheren Ausgestaltung des Anspruchs, insbesondere seiner sachlichen Reichweite in Bezug auf eingebautes Material³, mit dem Erfüllungsort⁴ sowie mit der Frage des Nutzungsersatzes bei Neulieferung⁵ zu beschäftigen hatte, hat das Problem des „Vorrangs der Nacherfüllung“ in Gestalt der mit dem Schlagwort „Selbstvornahme“ bezeichneten Fallkonstellationen mittlerweile nicht nur die Gemüter in der Literatur (selbst im Ausland⁶) erhitzt⁷, sondern auch mehrfach den BGH beschäftigt⁸. In seiner neuesten Entscheidung zu diesem Problembereich präzisiert der VIII. Senat den so genannten „Vorrang der Nacherfüllung“ weiter.

II. Wem nützt der Nacherfüllungsanspruch?

1. Verkäuferinteressen

Der in § 439 BGB geregelte Nacherfüllungsanspruch des Käufers im Falle eines Sach- oder Rechtsmangels ist Folge der Grundentscheidung des Gesetzgebers für einen Erfüllungsanspruch auf rechts- und sachmangelfreie Leistung (*Erfüllungstheorie*). Durch seine Stellung im System des Gewährleistungsrechts stärkt er den für das kontinentaleuropäische Recht typischen Grundsatz der „*specific performance*“, das heißt den Vorrang des Primäranspruchs auf Erfüllung vor den sekundären Rechtsbehelfen wie Vertragsauflösung und Schadensersatz. Im Regelfall des täglichen Massengeschäfts austauschbarer Güter fördert die Regelung im Interesse des Verkäufers dabei den Grundsatz „*pacta sunt servanda*“: Dadurch, dass dem Verkäufer grundsätzlich eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt werden muss, hat er – um den Preis der von ihm zu tragenden Nacherfüllungskosten (§ 439 II BGB) – eine zweite Chance, sich den vollen Kaufpreis zu verdienen. Der Käufer wird demgegenüber zunächst

an seiner rechtsgeschäftlichen Entscheidung festgehalten. Er kann damit – anders als nach früherem Recht⁹ – einen Sachmangel nicht mehr zum Anlass nehmen, sich von einem unter Umständen aus ganz anderen Gründen bereuten Vertrag zu lösen.

2. Käuferinteressen

Im täglichen Massengeschäft ist der Nacherfüllungsanspruch für den Käufer daher nur unter der Hypothese gestiegener Marktpreise oder knapper Güter wirtschaftlich interessant. In allen anderen Konstellationen könnte er sich im Falle eines sofortigen Rücktritts den Gegenstand jederzeit anderweitig (u. U. sogar billiger) besorgen und gewönne überdies wieder volle Dispositionsfreiheit über sein Vermögen. Der Nacherfüllungsanspruch entspricht insoweit ausschließlich einer rechtspolitischen Forderung der Anbieterseite¹⁰. Bezeichnenderweise hat der BGH denn auch eine Klausel in Allgemeinen Einkaufsbedingungen nach § 307 II Nr. 1 BGB für unwirksam erklärt, durch welche sich der Käufer ein Recht zur Selbstvornahme der Nacherfüllung ausbedungen hatte, ohne sie auf den Fall zu begrenzen, dass es wegen besonderer Dringlichkeit nicht mehr möglich ist, den Verkäufer von dem Mangel und dem drohenden Schaden zu unterrichten und ihm eine, wenn auch kurze, Frist zur eigenen Abhilfe zu setzen¹¹. Käuferinteressen werden nur kompensatorisch durch die Ausgestaltung des Nacherfüllungsanspruchs berücksichtigt: Da die Nacherfüllung nach Wahl des Käufers entweder durch Neulieferung oder Mängelbeseitigung zu erfolgen hat, muss sich der Käufer wenigstens nicht auf Nutzungsausfall durch langwierige Reparaturversuche und den Erhalt einer bereits reparierten und damit unter Umständen zumindest subjektiv bemakelten Sache einlassen.

* Der Autor ist an der Ludwig-Maximilians-Universität München Inhaber eines Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung (www.stephan-lorenz.de) und Mitherausgeber der „Juristischen Schulung“ – JuS. – Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 21. 12. 2005 – VIII ZR 49/05, NJW 2006, 1195 (unter Nr. 4 in diesem Heft).

1 S. dazu etwa S. Lorenz, NJW 2005, 1889 (1893 f.) m. w. Nachw.

2 S. dazu die Nachw. bei S. Lorenz, NJW 2005, 1889 (1894 f.).

3 S. dazu neben den Nachw. bei S. Lorenz, NJW 2005, 1889 (1895), jüngst OLG Köln, ZGS 2006, 77.

4 S. dazu zuletzt OLG München, NJW 2006, 449.

5 S. dazu insb. Gsell, NJW 2003, 1669, sowie dies., JuS 2006, 203. Aus der Rspr. s. (verneinend) OLG Nürnberg, NJW 2005, 3000 (das Verfahren ist derzeit beim BGH anhängig (VIII ZR 200/05)).

6 So etwa in Japan, s. K. Tanaka, Osaka Law Review 2005, 851 m. w. Nachw.

7 S. dazu erstmals S. Lorenz, NJW 2003, 1417, und daraufhin (beispielhaft) Ebert, NJW 2004, 1761; Oechsler, NJW 2004, 1825; Bydlinki, ZGS 2005, 129; Dauner-Lieb/Arnold, ZGS 2005, 10; Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 250 (252); dies., ZGS 2003, 455 (458); dies., NZBau 2004, 233; dies., NZM 2004, 641; dies., AnwBl 2004, 597 (599); Arnold, ZIP 2004, 2412; Dötsch, MDR 2004, 975.

8 BGH, NJW 2005, 1348; NJW 2005, 3211; NJW 2006, 988.

9 Das beim Gattungskauf zwar ebenfalls einen Nachlieferungsanspruch gewährte (§ 480 BGB a.F.), diesen aber gleichrangig neben die Möglichkeit von Wandelung und Minderung setzte.

10 Diese hatte ja auch unter früherem Recht in der Vertragspraxis vorrangige Nacherfüllungsrechte vereinbart, worauf der Gesetzgeber zum Schutz des Käufers zunächst durch eine Regelung über die Nacherfüllungskosten (§ 476 a BGB a.F.) sowie bestimmte Klauselverbote (insb. § 11 Nrn. 10 b, 10 c AGBG) reagiert hatte.

11 BGH, NJW 2006, 47 (49). Da in diesen Fällen eine Fristsetzung bereits nach der gesetzlichen Regelung entbehrlich ist (s. u. IX), dürfte eine entsprechende AGB-Klausel daher nur deklaratorischen Charakter haben.

Der Käufer kann nämlich vom Verkäufer Ersatz der während der Nachbesserungsfrist entgangenen Nutzungsmöglichkeit (also insbesondere den sog. mangelbedingten Betriebsausfall) nur im Wege des Schadensersatzes nach § 280 I BGB verlangen¹². Ein solcher Anspruch setzt aber Vertretenmüssen i. S. von § 276 BGB voraus, was – da der Verkäufer grundsätzlich keine Untersuchungspflichten hat – bei der Lieferung einer mangelhaften Sache häufig nicht vorliegen wird¹³. Damit trägt der Käufer die Gefahr des Nutzungsausfalls. In Bezug auf *Schadensersatzverpflichtungen* bedeutet der Nacherfüllungsanspruch aber einen erheblichen Vorteil für den Käufer: Da er einen mit dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch nicht identischen, erst mit dem Übergang in das Gewährleistungsstadium entstehenden neuen Anspruch darstellt, kann er Gegenstand einer weiteren, in Bezug auf das Vertretenmüssen eigenständig zu beurteilenden Pflichtverletzung i. S. von § 280 I BGB sein. Häufig wird erst dies dem Käufer den Weg zu einem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung bzw. zum Ersatz eines Verspätungsschadens¹⁴ eröffnen, denn in der Praxis dürfte es eine nicht seltene Konstellation sein, dass der Verkäufer zwar nicht die ursprüngliche Lieferung einer mangelfreien Sache, wohl aber das Unterlassen (rechtzeitiger und mangelfreier) Nacherfüllung zu vertreten hat¹⁵.

III. Nacherfüllung und Fristsetzung

Trotz aller Kontroversen um die sich aus dem so genannten „Recht zur zweiten Andienung“ ergebenden Konsequenzen besteht wohl grundsätzlich Einigkeit darüber, dass sich dieses „Recht“ des Verkäufers nur mittelbar aus den Fristsetzungserfordernissen für die sekundären Rechtsbehelfe Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung ergibt. Das Fristsetzungserfordernis ist damit auch der Hebel, mit welchem der Gesetzgeber die Feinjustierung der oben genannten typischen widerstreitenden Interessen von Verkäufer und Käufer ermöglicht. §§ 281 II, 323 II, 440 S. 1 BGB zeigen insbesondere durch den Tatbestand der Unzumutbarkeit in § 440 S. 1 BGB auf, dass es Situationen geben kann, in welchen das Interesse des Käufers an sofortiger Geltendmachung der sekundären Rechtsbehelfe Vorrang vor den Interessen des Verkäufers hat. Durch den Wegfall des Fristsetzungserfordernisses wird dem Käufer zwar der Nacherfüllungsanspruch nicht genommen, er hat aber nunmehr ebenso wie im Falle des fruchtlosen Fristablaufs ein erweitertes Wahlrecht¹⁶ bezüglich der ihm zu Verfügung stehenden Rechtsbehelfe, das der Verkäufer nicht anders als durch das Angebot der Leistung beenden kann.

IV. Nacherfüllung und Verweigerung

Mit dem Recht zur zweiten Andienung korrespondiert freilich auch eine *Pflicht* zur Nacherfüllung. Da diese als Erfüllungsanspruch nicht davon abhängt, ob der Verkäufer die Mangelhaftigkeit der Sache zu vertreten hat, wird hier der Verkäufer an seiner rechtsgeschäftlichen Entscheidung festgehalten. Er trägt damit auch das Risiko unwirtschaftlicher Nacherfüllungsaufwendungen. Nur in engen Ausnahmefällen gestatten ihm § 275 II und § 439 III BGB die Verweigerung nicht nur eines Nacherfüllungsmodus, sondern auch der Nacherfüllung schlechthin¹⁷. Maßstab der Unwirtschaftlichkeit ist dabei freilich nicht das Verhältnis der Nacherfüllungskosten zum Ertrag des Verkäufers, insbesondere im Verhältnis zum Kaufpreis¹⁸, sondern das Verhältnis der Nacherfüllungsaufwendungen zum Nutzen des Käufers an der Nacherfüllung¹⁹. In einem solchen Fall haftet der Verkäufer auf Schadensersatz statt der Leistung nicht bereits auf Grund der (berechtigten) Verweigerung der Nacherfüllung,

sondern nur dann, wenn er die einredebe gründenden Umstände, das heißt die ursprüngliche Mangelhaftigkeit der Sache, zu vertreten hat²⁰.

V. Obliegenheitsverletzung des Käufers bei behebbaren Sachmängeln

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Verkäufer kein „Recht“ zur Nacherfüllung im eigentlichen Sinne hat, denn der Käufer ist nicht verpflichtet, eine solche anzunehmen. Es besteht vielmehr in den Grenzen der §§ 281 II, 323 II, 440 BGB lediglich eine *Obliegenheit* des Käufers, dem Verkäufer die Nacherfüllung zu ermöglichen, weil er anderenfalls – solange die Nacherfüllung möglich ist – kein Recht zum Rücktritt und keinen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung erwirbt. Ein Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung, der auf die (zu vertretende) Mangelhaftigkeit der ursprünglichen Leistung zurückgeht, wird davon zwar nicht unmittelbar berührt. Ist er aber, wie etwa ein mangelbedingter Betriebsausfall, nur deshalb entstanden, weil der Käufer dem Verkäufer keine (rechtzeitige) Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben hat, so verstößt der Käufer gegen seine Obliegenheit zur Schadensminderung und verliert seinen Schadensersatzanspruch insoweit nach § 254 II 1 BGB²¹.

VI. Die Obliegenheitsverletzung des Käufers bei Unmöglichkeit der Nacherfüllung und das Erfordernis der Zurechenbarkeit

Wird die Nacherfüllung nachträglich zu einem Zeitpunkt unmöglich, in welchem eine Nacherfüllungsfrist noch nicht verstrichen ist, kann auch eine Fristsetzung nicht mehr erfolgen. Eine Obliegenheitsverletzung kann dann nur noch darin bestehen, dass dem Verkäufer die Gelegenheit zur Nacherfüllung genommen bzw. nicht rechtzeitig eingeräumt wurde. Der Begriff der Obliegenheitsverletzung bezeichnet dabei aber keine Risikozuordnung im Sinne einer Gefahrtragungsregel, sondern birgt ein Element der *Zurechenbarkeit*. Der Käufer kann also seiner sekundären Rechte nicht bereits

12 Nach zutreffender Ansicht handelt es sich bei diesen mangelbedingten Folgeschäden dabei nicht um Verzögerungsschäden, die gem. § 280 II BGB nur unter der weiteren Voraussetzung des Verzugs ersetzbar wären, s. dazu die Nachw. in Fußn. 14.

13 Auch beim Gattungskauf liegt in der Regel keine Garantieübernahme bzw. die Übernahme eines Beschaffungsrisikos in Bezug auf die Mangelfreiheit der Sache vor, s. S. Lorenz, NJW 2002, 2479 (2502); aus der Rspr. s. BGH, NJW 2006, 47 (49 f.) (für Rechtsmängel).

14 Zur „Restfunktion“ des Verspätungsschadens bei der Lieferung mangelhafter Sachen s. S. Lorenz, NJW 2005, 1889 (1891) m. w. Nachw., sowie insb. Canaris, in: E. Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung*, S. 5, 42 ff., 47.

15 S. dazu S. Lorenz, NJW 2002, 2497 (2502 ff.). Freilich ist in einem solchen Fall auch nur der Schaden zu ersetzen, der kausal auf die Verletzung der Nacherfüllungspflicht zurückzuführen ist. In dieser Konstellation ist auch der durch die Nichtvornahme der Nacherfüllung verursachte Folgeschaden (z. B. Betriebsausfall) als Verzögerungsschaden i. S. von § 280 II BGB zu qualifizieren und damit erst ab dem Zeitpunkt ersatzfähig, in welchem sich der Verkäufer mit der Nacherfüllung in Verzug befindet.

16 Dabei handelt es sich aber nicht um eine Wahlschuld i. S. von §§ 262 ff. BGB, sondern um „elektive Konkurrenz“. Ein Nacherfüllungsverlangen hat daher keine rechtsgestaltende Wirkung, d. h. der Käufer kann auch in der Folge noch zu Rücktritt oder Minderung übergehen, s. dazu OLG Celle, NJW 2005, 2094, bestätigt durch BGH, NJW 2006, 1198 (unter Nr. 5 in diesem Heft).

17 Zur Frage der Richtlinienkonformität eines solchen „Totalverweigerungsrechts“ s. S. Lorenz, NJW 2005, 1889 (1894) m. w. Nachw.

18 So aber etwa Ackermann, JZ 2002, 383 (385); hiergegen zutr. bereits Canaris, in: E. Lorenz, *Karlsruher Forum 2002* (o. Fußn. 14), S. 25 ff.

19 S. dazu aus jüngster Zeit etwa BGH, NJW-RR 2006, 304 (zum bisherigen WerkvertragsR).

20 S. Lorenz/Riehm, *Lehrb. zum neuen SchuldR*, 2002, Rdnr. 536.

21 Canaris, ZIP 2003, 321 (326 Fußn. 30); S. Lorenz, in: E. Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2005: Schuldrechtsmodernisierung – Erfahrungen seit dem 1. 1. 2002*, S. 5, 45.

allein deshalb verlustig gehen, weil er dem Verkäufer keine Gelegenheit zur Nacherfüllung eingeräumt hat, als diese noch möglich war, sondern nur dann, wenn die Unmöglichkeit der Nacherfüllung dem Käufer auch zurechenbar ist. Dies ergibt sich klar aus dem Gesetz: Wird die Nacherfüllung nach Gefahrübergang unmöglich, so kommen als Grundlage eines Rücktrittsrechts (und damit nach § 441 I BGB eines Minderungsrechts) nicht (mehr) §§ 437 Nr. 2, 323 BGB, sondern nur noch §§ 437 Nr. 2, 326 V i. V. mit § 323 BGB in Betracht. Danach entsteht (nicht allein wegen des Sachmangels, sondern wegen der Unmöglichkeit seiner Behebung) ein Rücktrittsrecht (und in der Folge gem. § 441 I BGB ein Minderungsrecht) ohne das Erfordernis einer – dann ja sinnlosen – Aufforderung zur Nacherfüllung allein deshalb, weil die Nacherfüllung (i. S. von § 275 BGB) unmöglich geworden ist. Freilich ist das Rücktrittsrecht nach § 326 V i. V. mit § 323 VI BGB dann ausgeschlossen, wenn der Gläubiger „für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist“ oder sich im Annahmeverzug befand, ohne dass Vertretenmüssen von Seiten des Schuldners vorliegt. Genau hier liegt die vom BGH bedauerlicherweise nicht zitierte gesetzliche Regelung der (auch vom BGH so bezeichneten) Obliegenheitsverletzung: Der Käufer verliert, wenn die zunächst mögliche Nacherfüllung unmöglich wird, das Rücktrittsrecht erst dann, wenn er für diese Unmöglichkeit „allein oder weit überwiegend verantwortlich ist“. Da der Gläubiger im Regelfall keine Rechtspflicht zur Annahme der Leistung hat, hat der Gesetzgeber zu Recht nicht den Begriff des Vertretenmüssens gebraucht, der ja nach § 276 BGB auf den Schuldner, nicht aber auf den Gläubiger zugeschnitten ist. Damit stellt sich die Frage, für was der Gläubiger „verantwortlich“ ist. Dieses bereits vor der Schuldrechtsreform äußerst kontrovers diskutierte Problem ist durch die Schuldrechtsreform nicht geklärt worden. Nachdem sich der BGH gegen eine allgemeine „Sphärentheorie“ ausgesprochen hat²², ist die Frage der Verantwortlichkeit primär der vertraglichen Vereinbarung zu entnehmen, was freilich im vorliegenden Zusammenhang kaum weiterführend sein dürfte. Im Übrigen wendet die wohl herrschende Meinung in diesem Zusammenhang mit dem Schlagwort des „Verschuldens gegen sich selbst“ die §§ 276 bis 278 BGB analog an. Wie auch immer man diese ebenso schwierige wie streitige Frage beurteilen mag²³, so besteht doch im vorliegenden Zusammenhang Einigkeit darüber, dass die nachträgliche Unmöglichkeit der Nacherfüllung als solche noch nicht zum Wegfall des Rücktrittsrechts nach §§ 437 Nr. 2, 326 V, 323 VI BGB führt, sondern dies ein Element der Vorwerfbarkeit enthalten muss²⁴. Den Käufer hier mit dem bloßen Zufall zu belasten, widerspräche auch der Wertung des § 346 III Nr. 3 BGB. Kann der Käufer das Recht zu Rücktritt und Minderung im Falle der nachträglichen Unmöglichkeit der Nacherfüllung nicht mehr nach § 323 BGB erwerben, weil diese Regelung eine fällige und damit mögliche Leistungspflicht (hier zur Nacherfüllung) voraussetzt, so kann sich das Rücktrittsrecht in diesem Fall – wenn es nicht bereits vor Eintritt der Unmöglichkeit bestanden hat – nur noch aus §§ 437 Nr. 2, 326 V i. V. mit § 323 BGB ergeben. Dieses stützt sich nicht (allein) auf den Sachmangel, sondern maßgeblich auf die Unmöglichkeit seiner Behebung. Ist für diese der Käufer nicht verantwortlich und war er in Bezug auf die Nacherfüllung zum Zeitpunkt des Eintritts deren Unmöglichkeit auch nicht im Annahmeverzug, besteht ein Rücktrittsrecht aus §§ 326 VI, 323 BGB, das vollkommen unabhängig davon ist, ob der Käufer dem Verkäufer eine Nacherfüllungsfrist gesetzt hat. Ob es dem Käufer zum Nachteil gereicht, dass er dem Verkäufer nicht bereits vor Eintritt der Unmöglichkeit

eine Gelegenheit zur Nacherfüllung eröffnet hat, ist demgegenüber eine im Rahmen von § 323 VI BGB zu erörternde Frage der „Verantwortlichkeit“ bzw. des Annahmeverzugs²⁵.

VII. Wegfall der Nacherfüllungspflicht: Wann ist die Nacherfüllung „unmöglich“?

Die Nacherfüllung ist unmöglich, wenn sie in keinem der von § 439 BGB vorgesehenen *modi* durchführbar ist. Bei einer nicht „ersetzbaren“, also echten Stückschuld kann die Nacherfüllung nur im Wege der Mängelbeseitigung erfolgen. Diese wird unmöglich entweder durch den Wegfall des Leistungssubstrats, das heißt also Zerstörung oder Veräußerung der Kaufsache, oder aber durch die anderweitige Beseitigung des Mangels. Im Falle eines Gattungskaufs ist die Nacherfüllung nicht bereits deshalb unmöglich, weil das gelieferte Exemplar weiterveräußert, zerstört oder irreparabel beschädigt wurde, denn die Nacherfüllung kann weiterhin im Wege der Lieferung einer mangelfreien Sache erfolgen. Das Schicksal der gelieferten Sache findet hier erst bei der Frage des Wertersatzes im Rahmen der Rückabwicklung Berücksichtigung (s. §§ 439 IV, 346 II, III BGB). Auch die Beseitigung des Mangels durch Reparatur des gelieferten Gegenstands durch eine andere Person führt hier nicht zur Unmöglichkeit der Nacherfüllung als solcher. Die bloße Tatsache, dass der Käufer sein Leistungsinteresse befriedigt hat, stellt auch keine Unmöglichkeit in Form der so genannten *Zweckerreichung* dar. Diese betrifft nur Fälle, in welchen der primäre Leistungszweck nicht mehr erreicht werden kann, nicht aber Fälle, in welchen nur der Verwendungszweck des Gläubigers gestört ist²⁶. Dass ein Käufer, dessen mangelhafte Gattungssache bereits repariert ist, kein Interesse an der Lieferung einer weiteren mangelfreien Sache hat, führt daher nicht im rechtlichen Sinne zur Unmöglichkeit der Nacherfüllung. Das begrenzt die praktische Relevanz der „Vereitelungsfälle“ auf Stückschulden über nicht ersetzbare Gegenstände²⁷.

VIII. Verantwortlichkeit des Käufers für die Unmöglichkeit der Nacherfüllung: Wann verliert der Käufer seine Gewährleistungsrechte?

In den Fällen der Vereitelung der Nacherfüllung wird unter dem Stichwort der „Selbstvornahme“ vor allem diskutiert, ob der Käufer nicht zumindest (in direkter oder analoger Anwendung von § 326 II 2 BGB, im Wege der Geschäftsführung ohne Auftrag oder bereicherungsrechtlich) einen Anspruch auf Ersatz bzw. Anrechnung der dem Verkäufer ersparten Nacherfüllungsaufwendungen hat. Diese, vom BGH bekanntlich verneinte²⁸, in der Literatur aber ganz überwiegend bejahte Frage soll angesichts der deutlichen Haltung des BGH hier nicht erneut behandelt werden²⁹. Ihr ist jedoch denknotwendig die Frage vorgelagert, ob und unter welchen Umständen der Käufer im Fall der Mängelbeseitigung seine Gewährleistungsrechte tatsächlich verliert.

22 BGHZ 135, 116 (118) = NJW 1997, 1700.

23 S. zum Ganzen zuletzt die hervorragende Darstellung bei *Soergel/Gsell*, BGB, 13. Aufl. (2005), § 326 Rdnr. 42.

24 Nach *Dauner-Lieb/Arnold*, in: *Festschr. f. Hadding*, 2004, S. 25 ff., entfällt das Rücktrittsrecht auch dann nicht, wenn die Kaufsache durch ein Verschulden des Käufers untergegangen ist, ebenso *Heinrichs*, in: *Festschr. f. E. Schmidt*, 2005, S. 159 (163).

25 Dazu unten VIII 2.

26 *Palandt/Heinrichs*, BGB, 65. Aufl. (2006), § 275 Rdnr. 20.

27 Darum ging es auch in sämtlichen bisher vom BGH entschiedenen Fällen, in deren Mittelpunkt entweder Gebrauchtwagen (*BGH*, NJW 2005, 1348; sowie in der vorliegend besprochenen Entscheidung) oder Tiere (*BGH*, NJW 2005, 3211; NJW 2006, 988) standen.

28 S. die Nachw. in Fußn. 27; anders nur *LG Bielefeld*, ZGS 2005, 79.

29 S. dazu zuletzt *S. Lorenz*, NJW 2005, 1321, sowie (umfassender) *Herresthal/Riehm*, NJW 2005, 1457.

1. Entbehrlichkeit der Fristsetzung

Das ist einmal dann nicht der Fall, wenn eine Obliegenheit, dem Verkäufer Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben, von vornherein nicht bestand bzw. vor dem Wegfall der Nacherfüllungspflicht i. S. von § 275 BGB ihrerseits weggefallen war. Diese Fälle werden vom Gesetz als Tatbestände der Entbehrlichkeit der Fristsetzung in den §§ 323 II, 281 II und § 440 BGB und (für den Fall des Wegfalls der Nacherfüllungspflicht nach § 275 BGB) durch § 326 V BGB geregelt. Liegt einer dieser Tatbestände vor, ist ein Rücktritts- und Minderungsrecht bereits mit Lieferung der Sache bzw. mit Eintritt des Entbehrlichkeitstatbestands entstanden und kann von dem späteren Wegfall des Mangels grundsätzlich³⁰ nicht mehr beeinflusst werden. Liegt keine „echte“ Unmöglichkeit der Nacherfüllung, sondern lediglich ein Verweigerungsrecht nach § 275 II, III BGB oder nach § 439 III BGB vor, so ist erst der Zeitpunkt der Einredeerhebung bzw. Verweigerung maßgeblich, weil erst in diesem Augenblick die Fristsetzung (nach § 326 V bzw. § 440 BGB) entbehrlich wird. Der Käufer hat also – insofern ist dem BGH grundsätzlich Recht zu geben – dem Verkäufer auch die Möglichkeit zu einer überobligationsmäßigen Nacherfüllung zu geben. Nicht recht einzuleuchten vermag freilich die Ansicht des *Senats*, dass der Käufer im Falle der Vereitelung der Nacherfüllung auch dann seiner Rechtsbehelfe verlustig gehen soll, wenn zu diesem Zeitpunkt offensichtlich war, dass der Verkäufer das Verweigerungsrecht ausgeübt hätte. In diesen Fällen, in welchen sich etwa die Selbstvornahme der Mängelbeseitigung durch den Käufer als bloßer Glücksfall für den Verkäufer darstellen würde, wird man nicht von einer Obliegenheitsverletzung des Käufers nach § 326 V i. V. mit § 323 VI BGB sprechen können und ihm das Rücktritts- und Minderungsrecht belassen müssen.

2. Zerstörung und Beschädigung der Kaufsache

In Fällen der Zerstörung oder irreparablen Beschädigung der Kaufsache ist eine Verantwortlichkeit des Käufers für die sich daraus ergebende Unmöglichkeit der Nacherfüllung i. S. von §§ 326 V, 323 VI BGB zu bejahen, wenn die Zerstörung vorsätzlich oder fahrlässig erfolgte. Wird also etwa der gekaufte Pkw ohne „Verschulden“ des Käufers zu einem Zeitpunkt zerstört, in welchem er sich auch noch nicht mit der Nacherfüllung im Annahmeverzug befand, so entsteht in diesem Zeitpunkt unabhängig davon, ob vorher eine Nacherfüllungsfrist gesetzt wurde, ein Rücktrittsrecht (und damit nach § 441 I BGB ein Minderungsrecht). Hatte freilich der Käufer den Mangel (und seine Behebbarkeit) gekannt bzw. kennen müssen und hat er eine zumutbare Möglichkeit versäumt, dem Verkäufer zu einem Zeitpunkt, an dem dies noch möglich war, Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben, so kann darin im Einzelfall wiederum eine Verantwortlichkeit des Käufers für die nunmehr bestehende Unmöglichkeit der Nacherfüllung zu sehen sein mit der Folge, dass ein Rücktritts- und Minderungsrecht an § 323 VI BGB scheitert. Bei der Frage des Verantwortenmüssens durch den Käufer ist also nicht nur isoliert der letzte Teilakt zu betrachten, der zur Unmöglichkeit der Nacherfüllung geführt hat, sondern das gesamte Käuferverhalten im Zeitraum seit der Lieferung der mangelhaften Sache. Freilich wird man angesichts der zweijährigen Verjährung des § 438 I Nr. 3 BGB und der Privilegierung des Käufers nach § 346 III Nr. 3 BGB nur in Ausnahmefällen von einer Obliegenheit des Käufers ausgehen können, den Nacherfüllungsanspruch alsbald geltend zu machen. Hatte der Verkäufer hingegen die Nacherfüllung bereits angeboten, liegt insoweit ohnehin Annahmeverzug des Käufers mit der Folge des Rücktrittsausschlusses nach § 323 VI BGB vor.

3. „Selbstvornahme“

Während Fälle der Unmöglichkeit der Nacherfüllung wegen Zerstörung bzw. irreparabler Schädigung der Kaufsache die Rechtsprechung – soweit ersichtlich – noch nicht beschäftigt haben, sind in der Praxis besonders diejenigen Fälle von Interesse, in welchen die Unmöglichkeit der Nacherfüllung auf einer durch den Käufer vor Ablauf einer notwendigen Nacherfüllungsfrist veranlassten Mängelbeseitigung beruht. Hier wird man mit dem BGH von einer „Verantwortlichkeit“ des Käufers auszugehen haben, wenn er bei der von ihm veranlassten Mängelbehebung wusste oder zumindest damit rechnen musste, dass es sich bei dem von ihm behobenen Defekt um einen Sachmangel handelt. Im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs muss ein Käufer damit jedenfalls dann rechnen, wenn der Mangel von der Vermutungswirkung des § 476 BGB erfasst wird, das heißt innerhalb der ersten sechs Monate nach Gefahrübergang in Erscheinung tritt und nicht nachweislich erst nach Gefahrübergang entstanden ist. Gilt diese Vermutung nicht, wird man auch innerhalb der ersten sechs Monate verlangen müssen, dass der Käufer konkrete Anhaltspunkte dafür hat, dass der aufgetretene Defekt auf einen Sachmangel zurückzuführen ist. Hierbei ist zu beachten, dass der BGH die Vermutungswirkung des § 476 BGB auf den Zeitpunkt eines Sachmangels beschränkt, nicht aber auf das Vorliegen eines Sachmangels selbst erstreckt. Tritt also nachweislich nach Gefahrübergang ein Defekt auf, so erstreckt sich die Vermutung des § 476 BGB nach Ansicht des BGH gerade *nicht* auch darauf, dass dieser Defekt auf einen bereits bei Gefahrübergang vorhandenen Sachmangel zurückzuführen ist³¹. In einem solchen Fall wird auch der Käufer angesichts des ihm obliegenden Beweises des Vorliegens eines Sachmangels auch nicht ohne weiteres in Betracht zu ziehen haben, dass der Defekt auf einen Sachmangel zurückzuführen ist. Im vorliegend vom BGH entschiedenen Fall waren die Mängel des Fahrzeugs von der Vermutung des § 476 BGB erfasst, so dass dem BGH zuzustimmen ist, dass der Käufer das Vorliegen eines Mangels in Erwägung ziehen muss und eine vorzeitige Selbstvornahme der Mängelbeseitigung, so sie denn überhaupt zur Unmöglichkeit der Nacherfüllung führt, eine Obliegenheitsverletzung i. S. von § 326 V i. V. mit § 323 VI BGB darstellt. Dies stellt auch keine allzu große Belastung dar, da der Verkäufer die Kosten der Nacherfüllung zu tragen hat. Da Erfüllungsort der Nacherfüllung nicht der Sitz des Verkäufers, sondern der Ort ist, an welchem sich die Sache vertragsgemäß befindet³², ist es in der Regel ausreichend, dass der Käufer den Verkäufer informiert und ihm gegebenenfalls unter Fristsetzung Gelegenheit zur Nacherfüllung gibt³³. Den Interessen des Käufers an einer möglichst baldigen Beendigung der für ihn lästigen Schwebe-lage kann durch die Länge der Nacherfüllungsfrist Rechnung getragen werden. Lehnt der Verkäufer die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig ab, weil er etwa das Vorliegen eines Mangels kategorisch bestreitet, ist eine Fristsetzung ohnehin nach § 323 II BGB entbehrlich. Der BGH betont aber zu

30 In engen Ausnahmefällen kann der spätere Wegfall eines Mangels nach § 242 BGB zum Verlust von Gewährleistungsrechten führen, s. dazu etwa (zum früheren Recht) z. B. BGHZ 90, 198 = NJW 1984, 2287.

31 BGH, NJW 2004, 2299; s. dazu krit. S. Lorenz, NJW 2004, 3020; H. Roth, ZIP 2004, 2025; Looschelders/Benzenberg, VersR 2005, 233.

32 S. dazu die Nachw. bei S. Lorenz, NJW 2005, 1889 (1895); aus der Rspr. s. AG *Menden*, NJW 2004, 2171, sowie jüngst OLG *München*, NJW 2006, 449.

33 Wobei im Falle eines Verbrauchsgüterkaufs ein Nacherfüllungsverlangen und die Nichtvornahme der Nacherfüllung innerhalb angemessener Frist ausreichend sind. Eine Fristsetzung des Verbrauchers ist in (durch § 323 II Nr. 3 BGB ermöglichter) richtlinienkonformer Auslegung entbehrlich, s. dazu die Nachw. bei S. Lorenz, in: E. Lorenz, *Karlsruher Forum* 2005 (o. Fußn. 21), S. 107 f.

Recht, dass an das Vorliegen einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung strenge Maßstäbe anzulegen sind, will man nicht den mit dem Fristsetzungserfordernis intendierten Vorrang der Nacherfüllung aufweichen. Aus dem Bestreiten des Mangels muss sich also nicht nur ergeben, dass der Verkäufer seine Nacherfüllungspflicht verneint, sondern es muss darüber hinaus ausgeschlossen erscheinen, dass er sich durch die Setzung einer Frist umstimmen lassen kann, denn genau dies ist eines der Zwecke des Fristsetzungserfordernisses. In Fällen des Bestreitens des Mangels kann die Fristsetzung also erst dann nach § 323 II Nr. 1 bzw. § 281 II BGB entbehrlich sein, wenn sie zur reinen Förmelerei würde.

IX. Wie wird das Interesse des Käufers an der Nutzung der Kaufsache geschützt?

Bleibt die Frage, wie das Interesse des Käufers an der Nutzung der Sache berücksichtigt werden kann. Auch dies geschieht zuvörderst durch die Tatbestände der Entbehrlichkeit der Fristsetzung sowie durch die Länge der Nacherfüllungsfrist. Bleibt etwa der Käufer eines Kfz mit diesem auf der Fahrt „liegen“ und ist er zur Weiterfahrt auf das Fahrzeug angewiesen, kommt die Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach § 323 II bzw. § 281 II oder § 440 S. 1 BGB in Betracht. Dabei kann und muss auch berücksichtigt werden, welche Kosten dem Käufer im Falle einer Nacherfüllung durch den dadurch verursachten Betriebsausfall entstehen, da diese nicht durch die nach § 439 II BGB vom Käufer zu tragenden Nacherfüllungskosten gedeckt werden, sondern nur Gegenstand eines Vertretenmüssens voraussetzenden Schadensersatzanspruchs nach § 280 I BGB sein können. Der BGH prüft das in der vorliegenden Entscheidung sehr sorgfältig: Er erkennt wohl das Bedürfnis des Käufers an der Nutzung des Kfz. Da aber im konkreten Fall die vom Käufer veranlasste Reparatur nicht sofort hätte erfolgen können und sich dieser deshalb ohnehin mit einem Mietwagen behelfen musste, verneint der Senat zutreffend die Entbehrlichkeit einer Fristsetzung.

X. Resümee und Ausblick

Der BGH präzisiert in erfreulicher Weise die dogmatische Struktur des „Vorrangs der Nacherfüllung“. Durch die sorgfältige Prüfung der diesbezüglichen Obliegenheiten des Käufers erkennt er insbesondere an, dass nicht alle Fälle der

„Vereitelung“ der Nacherfüllung durch das Verhalten des Käufers unweigerlich zu einem Verlust der Rücktritts- und Minderungsmöglichkeit des Käufers führen. Maßstab ist vielmehr – auch wenn der BGH diese Vorschrift nicht zitiert – die über § 326 V BGB relevante „Verantwortlichkeit“ des Käufers i. S. von § 323 VI BGB. Das gilt für die Problematik der „Selbstvornahme“ der Nacherfüllung, ist darüber hinaus aber auch für die Fälle der Zerstörung oder Weiterveräußerung des Kaufgegenstands von Bedeutung³⁴. Damit kann dem vom Gesetzgeber intendierten und rechtspolitisch zu begrüßenden Vorrang der Nacherfüllung vor den übrigen Rechtsbehelfen des Verkäufers die ihm zukommende Bedeutung eingeräumt werden, ohne die Interessen des Käufers zu vernachlässigen.

Im Einzelfall geht der Käufer, der die Kaufsache in Unkenntnis eines Sachmangels reparieren lässt, aber ein hohes Risiko ein. Muss er, sofern das Vorliegen eines Sachmangels als Ursache des aufgetretenen Defekts denkbar ist, dem Verkäufer Gelegenheit zur Inspektion der Kaufsache geben, bedeutet dies eine erhebliche Einengung seiner Dispositionsmöglichkeiten. Richtigerweise sollte man daher im Unterlassen dieser Inspektionsmöglichkeit grundsätzlich nur dann eine Obliegenheitsverletzung seitens des Käufers sehen, wenn ihm insoweit die Vermutungsregelung des § 476 BGB zur Seite steht (was vorliegend der Fall war). Anderenfalls läuft er Gefahr, die Reparatur der Kaufsache auch dann zeitlich zurückstellen zu müssen und damit die Sache nicht nutzen zu können, wenn möglicherweise gar kein Sachmangel vorliegt.

Auf diesem Hintergrund erscheint es weiterhin fragwürdig, warum dem Käufer, der auf diese Weise durch eine Obliegenheitsverletzung Rücktritts- und Minderungsrecht verliert, nicht zumindest einen Anspruch auf Ersatz der dem Verkäufer ersparten Nacherfüllungsaufwendungen zukommen soll. Darauf, dass ein solcher, meines Erachtens aus §§ 326 II 2, IV BGB herzuleitender Anspruch angesichts der Beweislastverteilung den Vorrang der Nacherfüllung weder dogmatisch noch praktisch aushöhlt, ist vielfach hingewiesen worden. ■

³⁴ Damit ist aber auch der o. Fußn. 24 wiedergegebenen Literaturansicht eine Absage erteilt, welche im Falle der Vereitelung der Nacherfüllung durch vom Käufer zu verantwortende Zerstörung der Kaufsache dessen Rücktritts- und Minderungsrecht in jedem Fall aufrecht erhalten will.

Zur Rechtsprechung

Wiss. Assistent Dr. Christoph Althammer, Regensburg

Ius variandi und Selbstbindung des Leistungsgläubigers*

I. Das Schuldnerdilemma nach Fristablauf

Nach fruchtlosem Verstreichen der dem Leistungsschuldner gesetzten Nachfrist steht es dem Gläubiger nicht nur frei, nach § 323 I BGB vom Vertrag zurückzutreten bzw. Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen (§ 281 I 1 BGB). Vielmehr vermag dieser im Gegensatz zur früheren Rechtslage (§ 326 I 2 Halbs. 2 BGB a. F.) auch weiterhin seinen Primäranspruch in Ansatz zu bringen. Dieses breite Entscheidungsspektrum zwingt den Schuldner dazu, sich trotz der drohenden Ausübung von Sekundärrechtsbehelfen durch den Gläubiger zur Leistung bereithalten zu müssen. Die „Hängepartie“ des Schuldners¹ wird hinsichtlich des Primäranspruchs erst dadurch beendet, dass der Gläubiger Schadens-

ersatz statt der Leistung verlangt (§ 281 IV BGB) bzw. rechtsgestaltend zurücktritt. Dem Erfüllungsverlangen nach Fristablauf scheint vom Gesetzgeber hingegen keine vergleichbar „klärende Funktion“ beigemessen worden zu sein. Insoweit stellt sich Frage, ob dem Schuldner mit einem Festhalten des Gläubigers an seinem wiederholten Leistungs-

* Besprechung von BGH, Urt. v. 20. 1. 2006 – V ZR 124/05, NJW 2006, 1198 (unter Nr. 5 in diesem Heft). – Der Autor ist wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Verfahrensrecht in Regensburg (Prof. Dr. Herbert Roth).

¹ Lorenz, NJW 2005, 1889 (1892); häufig als rechtspolitische Schwachstelle des Leistungsstörungenrechts gescholten, vgl. Kaiser, JZ 2001, 1057 (1069); Marotzke, KTS 63 (2002), 1 (35).