

Vertragsschlusses am 20.10.2000 bereits in beiden vorangegangenen Instanzen den Prozess verloren hatte. Vor diesem Hintergrund liegt der Schluss nicht fern, dass die Fa. HS überhaupt kein Interesse an einem Aushandeln dieses Punktes hatte, um sich ggf. auf die Unwirksamkeit der AGB berufen zu können. Wenn die Beklagte im Prozess die Auffassung vertritt, die Klägerin habe bei Abschluss des Vertrages am 20.10.2000 wissen müssen, dass eine Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern gem. § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam sei, weil der BGH in seinem Urt. v. 5.6.1997 (NJW 1997, 2598) entschieden hatte, dass die Vereinbarung einer Gewährleistungsbürgschaft auf erstes Anfordern gegen § 9 AGBG verstößt und bereits 1999 Stimmen in der Literatur darauf hingewiesen hätten, dass dieselben Grundsätze auf die Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern anzuwenden seien, dürfte diese Kenntnis wohl auch bei der die Bürgschaften v. 22.11.2000 stellenden Beklagten vorhanden gewesen sein, zumal diese mit 19,6 % am Aktienkapital der Fa. HS beteiligt und auch Großgläubiger der Fa. HS gewesen ist.

Demzufolge kann es nach Auffassung der Kammer nicht maßgebend sein, ob es zu einem Aushandeln der Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern zwischen den Vertragsparteien gekommen ist. Die Kammer vermag auch eine unangemessene Benachteiligung der Fa. HS entgegen dem Gebot von Treu und Glauben i.S.d. § 9 AGBG nicht anzunehmen, wenn die Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern von den Beteiligten als übliches Sicherungsmittel angesehen wurde, wovon auszugehen ist, wenn die Fa. HS zumindest in dem vom BGH am 18.4.2000 entschiedenen Fall dasselbe Sicherungsmittel angesetzt hat. Es kann auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Fa. HS bereits im Herbst 1999 das drohende Insolvenzverfahren abgewendet hatte und zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 20.10.2000 unklar war, ob diese überhaupt vor der Insolvenz gerettet werden konnte,

die dann im Frühjahr 2002 eingetreten ist, und ferner, dass die Fa. HS als eines der damaligen größten deutschen Bauunternehmen gegenüber der Klägerin einen größeren Verhandlungsspielraum und auch Einflussnahme auf bestimmte Vertragsbedingungen hatte, wenn sie diese hätte wahrnehmen wollen, als ein kleines Bauunternehmen als möglicher Subunternehmer eines großen Bauunternehmens.

Einwendungen gegen ihre Inanspruchnahme kann die Beklagte nur erheben, wenn die materielle Berechtigung der Klägerin nach dem liquide beweisbaren Sachverhalt offensichtlich fehlt (vgl. Palandt, 62. Aufl., Einführung von § 765 BGB Rn. 14b)). Davon ist im vorliegenden Fall nicht auszugehen.

Selbst wenn man annehmen würde, dass die am 20.10.2000 vereinbarte Vertragserfüllungsbürgschaft dem AGBG unterfallen und damit unwirksam wäre, geht der BGH in seiner Entscheidung v. 4.7.2002 davon aus, dass der Auftragnehmer einen Anspruch auf Herausgabe der Vertragserfüllungsbürgschaft nur Zug um Zug gegen Übergabe einer Bürgschaftserklärung ohne die Verpflichtung zur Zahlung auf erstes Anfordern hat. Die Kammer sieht darin einen gewissen Widerspruch zu der Entscheidung des BGH v. 8.3.2001 (ZIP 2001, 833, 835, 836 = BauR 2002, 1093), wonach die Gewährleistungsbürgschaft auf erstes Anfordern nicht mit der Maßgabe aufrecht erhalten werden kann, dass der Auftragnehmer den Einbehalt durch Beibringen einer einfachen Bürgschaft ablösen darf. Gleichwohl zieht die Kammer aus der Entscheidung v. 4.7.2002 den Schluss, dass lediglich dem Auftragnehmer ein Austauschrecht zusteht und der Bürge sich im Gegensatz zu der Entscheidung v. 8.3.2001, die sich mit der Gewährleistungsbürgschaft beschäftigt, auf die Unwirksamkeit der Vereinbarung einer Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern nicht berufen kann.

Der Zinsanspruch ist seit Ablauf der im Schreiben v. 14.6.2002 gesetzten Frist gem. § 288 Abs. 1 BGB a.F. i.H.v. 5 % über dem Basiszinssatz gerechtfertigt. ■

## Ansprüche des Käufers bei Selbstvornahme der Nacherfüllung

*AG Daun, Urt. v. 15. 1. 2003 – 3 C 664/02 (rkr.)*

### Leitsatz des Redaktion:

Kein Anspruch des Käufers auf Schadensersatz statt der Leistung bei Selbstvornahme der Nacherfüllung vor Ablauf der Nacherfüllungsfrist.

### Sachverhalt:

Die Klägerin begehrt von dem Beklagten Schadensersatz aus einem Kaufvertrag über einen gebrauchten Pkw. Nach dem Erwerb des Fahrzeuges ließ die Klägerin an dem Fahrzeug Reparaturen im Gesamtbetrag von 914,29 € ausführen. Diesen Betrag macht sie als Schadensersatz gegen den beklagten Verkäufer geltend. Sie trägt vor, dass die Mängel bereits bei Übergabe des Fahrzeugs vorhanden gewesen seien und dem Beklagten bei sorgfältiger Untersuchung nicht verborgen geblieben sein können. Der Beklagte behauptet, dass das Fahrzeug bei Übergabe mangelfrei gewesen sei. Kurz vor Veräußerung an die Klägerin sei es noch einem „Gebrauchtwagen-Check“ bei einem Sachverständigen unterzogen worden, wobei keine der von der Klägerin behaupteten Mängel festgestellt worden seien.

Die Klage hatte keinen Erfolg.

### Entscheidungsgründe:

Der Klägerin steht der vorliegend geltendgemachte Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten nicht zu, da sie den Beklagten nicht zur Nacherfüllung aufgefordert hat. Es kann daher vorliegend dahingestellt bleiben, ob die von der Klägerin behaupteten Mängel tatsächlich bei Vertragsschluss vorlagen oder ob es sich dabei um dem Fahrzeugalter entsprechende Verschleißerscheinungen handelte.

Die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches gem. § 437 Nr. 3 BGB setzt nämlich gem. §§ 440, 281 BGB voraus, dass der Verkäufer zuvor unter Fristsetzung vergeblich zur Nacherfüllung aufgefordert wurde. Dies ist vorliegend unstreitig nicht geschehen. Eine solche Aufforderung zur Nacherfüllung war vorliegend auch nicht entbehrlich, weil sie unzumutbar gewesen wäre. Da der Verkäufer gem. § 439 Abs. 2 BGB die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen zu tragen hat, hätte die Klägerin ihn auch risikolos zur Nacherfüllung auffordern können, als das Fahrzeug angeblich überhaupt nicht mehr ansprang. Erst wenn der Beklagte sich daraufhin geweigert hätte, das Fahrzeug zwecks Nachbesserung zurückzuholen, wäre die Klägerin berechtigt gewesen, die Mängel anderweitig beheben zu lassen.

Schließlich beziehen sich die von der Klägerin vorgelegten Reparaturrechnungen der Fa. X lediglich auf die Heizungsanlage und das Fahrwerk (Stoßdämpfer, Lenkung) des Fahrzeuges, nicht aber auf die Zündanlage. Es müsste danach ohne weiteres, möglich gewesen sein, das Fahrzeug zum Beklagten zwecks Durchführung der Nacherfüllungsarbeiten zu bringen.

Da aber – wie ausgeführt – die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch nicht vorliegen, ist die Klage mit der Kostenfolge aus § 91 ZPO abzuweisen.

### Anmerkung:

von Professor Dr. Stephan Lorenz, Universität München

#### I. Ausgangslage

Die Entscheidung behandelt mit der „Selbstvornahme der Mängelbeseitigung“ ein Grundsatzproblem des neuen Kaufrechts, das seinen Kern im durch die Schuldrechtsreform eingeführten „Vorrang der Nacherfüllung“ bzw. im Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung hat.<sup>1</sup> Freilich kennt das neue Recht keinen absoluten Vorrang des Nacherfüllungsanspruchs. Insbesondere ergibt sich dieser auch nicht aus der Reihenfolge der Aufzählung der Rechtsbehelfe des Käufers in § 437 Nr. 1 – 3 BGB, sondern lediglich mittelbar aus dem Fristsetzungserfordernis<sup>2</sup> der weiteren Rechtsbehelfe. Besteht ein solches Fristsetzungserfordernis, scheitern sowohl der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB als auch Rücktritt und Minderung an deren Fehlen. Hat der Käufer aber den Mangel – wie hier – vor Ablauf einer (erforderlichen) Frist selbst behoben, fällt das Fristsetzungserfordernis weg.<sup>3</sup> Ab diesem Zeitpunkt liegt dann eine (nachträgliche) Unmöglichkeit der Nacherfüllung i.S.v. § 275 BGB vor. Anspruchsgrundlage für den Schadensersatz ist dann nicht mehr §§ 280 Abs. 1, 3 i.V.m. 281 BGB, sondern §§ 280 Abs. 1, 3 i.V.m. 283 BGB. Ein Anspruch des Käufers auf Schadensersatz „statt der Leistung“ scheidet dann aber am fehlenden Vertretenmüssen. Dessen Bezugspunkt liegt nämlich für den Schadensersatz statt der Leistung bei einem bei Vertragsschluss zwar vorliegenden, aber erst nachträglich unheilbar gewordenen Mangel nicht im Sachmangel selbst, sondern in der Unmöglichkeit seiner Behebung im Wege der Nacherfüllung.<sup>4</sup> Diese aber hat der Käufer zu vertreten, der vor Ablauf einer erforderlichen Nacherfüllungsfrist den Mangel selbst beseitigt. Damit wäre im vorliegenden Fall ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung selbst dann ausgeschlossen, wenn der Verkäufer den ursprünglichen Mangel zu vertreten hätte, ihn also gekannt hätte. Dogmatisch exakt scheidet also im vorliegenden Fall der geltend gemachte Schadensersatzanspruch nicht – wie das AG argumentiert – an der fehlenden Fristsetzung, sondern am fehlenden Vertretenmüssen der Pflichtverletzung seitens des Verkäufers. Ähnlich verhält es sich mit Rücktritt und Minderung: Auch diese scheitern nicht an der fehlenden Fristsetzung, sondern – wegen der vom Käufer verursachten Unmöglichkeit der Nacherfüllung – an § 326 Abs. 5 i.V.m. § 323 Abs. 6 BGB.<sup>5</sup> Der zum Rücktritt berechtigende Umstand ist in diesem Fall ebenfalls nicht der Mangel, sondern die Unmöglichkeit seiner Behebung. Das schließt mit dem Rücktritt die mit jenem in § 441 Abs. 1 BGB gleichgeschaltete Minderung aus. Der Gegenleistungsanspruch des Verkäufers bleibt nach § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB vollumfänglich erhalten, sodass auch eine anteilige Rückforderung nach § 326 Abs. 4 BGB nicht in Betracht kommt.

#### II. Weitere Folgen: Anrechnung ersparter Nacherfüllungsaufwendungen

Vergegenwärtigt man sich aber, dass es sich in einem Fall wie dem vorliegenden dogmatisch um einen Fall vom Schuldner (= Käufer) zu vertretender (teilweiser i.S.v. qualitativer) Unmöglichkeit handelt, so kann man bei diesem Ergebnis nicht stehen bleiben. Vielmehr hat sich der Verkäufer in direkter Anwendung von § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB<sup>6</sup> die infolge der Befreiung von der Nacherfüllungspflicht ersparten Aufwendungen

anrechnen zu lassen und muss diese nach § 326 Abs. 4 BGB erstatten.<sup>7</sup> Diese sind freilich keineswegs automatisch mit den Nachbesserungsaufwendungen des Käufers gleichzusetzen. Entscheidend ist allein, ob der Verkäufer zur Mängelbeseitigung verpflichtet gewesen wäre und welche Aufwendungen i.S.v. § 439 Abs. 2 BGB er hierfür gehabt hätte. Gerade im vorliegenden Fall dürften diese wesentlich niedriger gewesen sein, als die von der Kl. geltend gemachten Kosten. Die Begrenzung auf ersparte Nacherfüllungsaufwendungen sorgt dafür, dass die Anwendung von § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht die Fristsetzungserfordernisse und den daraus resultierenden Vorrang der Nacherfüllung unterläuft, wie das etwa der Fall wäre, wenn man dem Käufer einen Anspruch auf Ersatz seiner Mängelbeseitigungskosten aus dem Gesichtspunkt einer Geschäftsführung ohne Auftrag oder einer Nichtleistungskondition zuspräche. Letzteres ist durch den abschließenden Charakter von § 440 BGB ganz zweifellos ausgeschlossen.

Diese dogmatisch zwingende Folge aus der Tatsache, dass Gewährleistungsrecht nach neuem Schuldrecht eben immer Verspätungs- oder Unmöglichkeitsrecht ist,<sup>8</sup> ist kürzlich in dieser Zeitschrift (ohne eigene dezidierte Stellungnahme) als „gut gemeinter Vorschlag“ bezeichnet worden, mit dem man aber „vorsichtig umgehen“ solle.<sup>9</sup> Er mache deutlich, „dass die Verknüpfung des Kaufrechts mit dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht Platz für hochdogmatische Probleme in alltäglichen Lebenssachverhalten schafft, denen mit dem Wortlaut des Gesetzes und der lückenhaften Gesetzesbegründung nicht beizukommen ist“. Weiter sei es zweifelhaft, „ob sich die Gerichte \_ zu methodisch komplexen Rückschlüssen aus dem allgemeinen Teil des Schuldrechts verleiten lassen werden“. Auch im Hinblick auf die Rechtsprechung zum bisherigen Werkvertragsrecht sei daher „vor allzu voreiligen Schlüssen jedenfalls zu warnen“.<sup>10</sup> Abgesehen davon, dass dies ebensowenig wie der Hinweis auf die von einem vollständigen anderen System ausgehende Rechtsprechung zum alten Werkvertragsrecht ein substantielles Gegenargument gegen die hier dargelegte Lösung darstellt, kann dazu nur angemerkt werden, dass es sich gerade nicht um einen „methodisch komplexen Rückschluss“ aus dem allgemeinen Schuldrecht, sondern um eine schlichte Subsumtion des Gesetzeswortlauts handelt, die man jedem Jurastudenten im 2. Semester in Kürze verdeutlichen kann.<sup>11</sup> Es steht weder zu erwarten, dass deutsche Zivilgerichte dem nicht werden folgen können, noch ist es Aufgabe der Rechtswissenschaft, abzuwarten, wie die Gerichte ein Problem entscheiden werden. Die Schlüssigkeit einer Subsumtion hängt nicht von deren Rezeption durch die Rechtsprechung ab. ■

1 S. dazu eingehend Lorenz, NJW 2003, 1417 ff. sowie jüngst Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 250 ff.

2 Im Verhältnis Unternehmer/Verbraucher stellt ein Fristsetzungserfordernis einen Verstoß gegen die Vorgabe von Art. 3 Abs. 5 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie dar. Diese verlangt zwar ein Nacherfüllungsbegehren des Verbrauchers und die Nichtvornahme der Nacherfüllung innerhalb einer angemessenen Frist ab diesem Zeitpunkt, nicht aber eine Fristsetzung durch den Verbraucher. Dies lässt sich freilich im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung von § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB beheben, s. etwa Bamberger/Roth/Faust, BGB, § 437 Rn. 18 m.w.N.

3 Anders, wenn der Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB bereits wegen der Entbehrlichkeit der Fristsetzung (§§ 281 Abs. 2, 440 BGB) wegen deren fruchtlosen Ablauf bereits entstanden war.

4 Zum Vertretenmüssen des Verkäufers bei Sachmängeln eingehend Lorenz, NJW 2002, 2497 ff.

5 § 323 ist tatbestandlich schon deshalb nicht erfüllt, weil es im Falle der Unmöglichkeit der Nacherfüllung wegen § 275 Abs. 1 BGB insoweit an einer fälligen Leistungspflicht fehlt.

6 Zur Frage der direkten oder analogen Anwendung der Regelung s. Lorenz NJW 2003, 1417, 1419.

7 Der Anspruch unterliegt in Analogie zu § 438 BGB der kurzen kaufrechtlichen Verjährung, s. dazu Lorenz NJW 2003, 1417, 1419.

8 Dazu eingehend Lorenz NJW 2002, 2479 ff.

9 Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 250 ff.

10 Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 252 f.

11 Aus diesem Grund sind auch die von Dauner-Lieb/Dötsch aaO S. 253 gegen den Gesetzgeber erhobenen Vorwürfe unberechtigt.