

Rechtsanwalt Rüdiger Martis, Kanzlei Martis, Maier, Roman-Josse, Enslin, Schumm, Schwäbisch Gmünd

E. Aktuelle Entwicklungen im Kaufrecht III – Nacherfüllung (§ 439 BGB) und AGB-Klauseln

Beim Nacherfüllungsanspruch handelt es sich um den **modifizierten Erfüllungsanspruch** aus § 433 BGB (Palandt-Weidenkaff, 69. Aufl. 2010, § 439 BGB Rn 1; Lorenz, NJW 2005, 1175, 1176; Lorenz, NJW 2006, 1175, 1176: Obliegenheit des Käufers, kein Recht des Verkäufers: Huber, NJW 2002, 1004; Ackermann, JZ 2002, 378: „angepasster Primäranspruch“). Bei Vorliegen eines Sach- oder Rechtsmangels (§§ 434, 435 BGB) hat der Käufer **primär die Nacherfüllung geltend zu machen**. Erst nach erfolgloser Setzung einer angemessenen Nachfrist zur Nacherfüllung kann er zurücktreten (§§ 440, 346 BGB), mindern (§ 441 BGB), Schadensersatz statt der Leistung (§§ 280 I, III, 281 BGB) oder den Ersatz vergeblicher Aufwendungen (§ 284 BGB) verlangen (BGH, Urt. v. 31.12.2005 – VIII ZR 49/05, NJW 2006, 1195, 1196, Nr. 18 = MDR 2006, 677; BGH, Urt. v. 9.1.2008 – VIII ZR 210/06, NJW 2008, 1371, Nr. 10, 19, 20 und BGH, Beschl. v. 8.12.2006 – V ZR 249/05, NJW 2007, 835, 837, Nr. 12: bei arglistiger Täuschung durch den Verkäufer ist das Nacherfüllungsverlangen aber entbehrlich; OLG Karlsruhe, Urt. v. 16.3.2006 – 19 U 156/05, DAR 2007, 31 = juris, Nr. 15, 18; OLG Hamm, Urt. v. 14.6.2006 – 11 U 143/05, juris, Nr. 21, 22 beim Tierkauf; OLG Saarbrücken, Urt. v. 29.5.2008 – 8 U 494/07-140, OLGR 2008, 789, 791 = juris, Nr. 32, 33).

Die **Obliegenheit des Käufers**, dem Verkäufer Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben, beschränkt sich nicht auf eine mündliche oder schriftliche Aufforderung zur Nacherfüllung, sondern umfasst auch die Bereitschaft des Käufers, dem Verkäufer die Kaufsache zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen (auf dessen Kosten, § 439 II BGB) **zur Verfügung zu stellen**. Der Verkäufer ist nicht verpflichtet, der vom Käufer gewählten Art der Nacherfüllung zuzustimmen, bevor er Gelegenheit gehabt hat, die Kaufsache zu untersuchen (BGH, Urt. v. 10.3.2010 – VIII ZR 310/08, NJW 2010, 1448, Nr. 12, 13).

I. Vorliegen eines Sach- oder Rechtsmangels (§§ 434, 435 BGB)

Voraussetzung für einen Nacherfüllungsanspruch wie auch für einen Anspruch auf Rücktritt oder Schadensersatz ist das Vorliegen eines Sachmangels (§ 434 BGB) oder eines Rechtsmangels (§ 435 BGB) aus einem wirksam abgeschlossenen Kaufvertrag (Einzelne Sachmängel werden in einem gesonderten Beitrag dargestellt).

II. Kein Gewährleistungsausschluss (§§ 442, 444, 475 I, 307 – 309 BGB).

1. Verbrauchsgüterkauf

Liegt ein Verbrauchsgüterkauf vor (§§ 474, 13, 14 BGB), ist ein pauschaler Gewährleistungsausschluss bereits gem. § 475 I BGB unwirksam (vgl. Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 1952).

2. Einzelne Klauseln

Die umfassende Freizeichnung „**unter Ausschluss jeder Gewährleistung**“ in den AGB eines Neu- oder Gebrauchtwagenkaufvertrages, nach der die **Haftung des Unternehmers/Verwenders** somit auch für Körper- und Gesundheitsschäden (§ 309 Nr. 7 a BGB) und für sonstige Schäden bei grobem Verschulden (§ 309 Nr. 7 b BGB) ausgeschlossen ist, ist nicht nur gegenüber Verbrauchern (§§ 309 Nr. 7a, 7 b BGB), sondern ebenso im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern (hier gem. § 307 I i.V.m. § 307 II Nr. 2 BGB) unwirksam (BGH, Urt. v. 19.9.2007 – VIII ZR 141/06, NJW 2007, 3774, 3775, Nr. 10, 12 – 15). Ein in den AGB des Verkäufers enthaltener Gewährleistungsausschluss, wonach „die Rechte des Käufers bei Mängeln ausgeschlossen sind, es sei denn, der Verkäufer hat einen Mangel arglistig verschwiegen und/oder er hat eine Garantie für die Beschaffenheit des Vertragsgegenstands abgegeben, die den Mangel betrifft“, ist ebenfalls gem. § 309 Nr. 7 a, 7 b BGB unwirksam (BGH, Urt. v. 17.2.2010 – VIII ZR 67/09, NJW 2010, 1131, Nr. 9).

Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn es sich um einen **Gebrauchtwagenkauf „von Privat“** unter abgestimmten Einsatz eines Mustervertrages handelt, soweit der Käufer in der Auswahl der in Betracht kommenden Vertragstexte frei war und insbesondere Gelegenheit hatte, alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlungen einzubringen (BGH, Urt. v. 17.2.2010 – VIII ZR 67/09, NJW 2010, 1131, 1133, Nr. 18, 21).

Eine AGB-Klausel, wonach der Verwender nur „im Falle der schuldhaften **Verletzung einer wesentlichen Vertragspflicht (Kardinalpflicht)** und/oder fahrlässigen oder vorsätzlichen Pflichtverletzungen und/oder Verletzung des Körpers, der Gesundheit oder des Lebens“ haftet, verstößt gegen das Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB. Die abstrakte Erläuterung des Begriffs der „Kardinalpflicht“ ist dem Verwender/Verkäufer möglich und zumutbar, die Umschreibung mit „wesentliche Vertragspflicht“ genügt nicht (OLG Celle, Urt. v. 30.10.2008 – 11 U 78/08, OLG R 2009, 45 im Anschluss an BGH, Urt. v. 20.7.2005 – VIII ZR 121/04, MDR 2006, 14 = NJW-RR 2005, 1496, 1505 f.). Dies gilt auch im kaufmännischen Verkehr (BGH a.a.O. mit Formulierungsvorschlag).

Mit der **Zusicherung „fahrbereit“** übernimmt sowohl der gewerbliche (BGH, Urt. v. 22.11.2006 – VIII ZR 72/06, NJW 2007, 759, 761, Nr. 21, 24, 25 = MDR 2007, 458) als auch der nicht gewerbliche Verkäufer (OLG Hamm, Urt. v. 12.5.2009 – 28 U 42/09, NJW-RR 2009, 1718, 1720) die Gewähr dafür, dass das Fahrzeug nicht mit verkehrsgefährdenden Mängeln behaftet ist, aufgrund derer es bei einer HU als verkehrsunsicher eingestuft werden müsste (BGH, NJW 2007, 759, 761, Nr. 21 = MDR 2007, 458, 459; OLG Hamm, NJW-RR 2009, 1718, 1719).

Die Beschaffenheitsgarantie bzw. Beschaffenheitsvereinbarung „fahrbereit“ wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Parteien im Kaufvertrag den Verkauf „**unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung**“ vereinbart haben (OLG Brandenburg, Urt. v. 29.1.2009 – 5 U 54/08, juris, Nr. 37; OLG Hamm, Urt. v. 12.5.2009 – 28 U 42/09, NJW-RR 2009, 1718, 1720 = juris, Nr. 32, 33 im Anschluss an BGH, Urt. v. 29.11.2006 – VIII ZR 92/06, NJW 2007, 1346, 1349, Nr. 31: Haftungsausschluss gilt grundsätzlich nicht für das Fehlen der vereinbarten Beschaffenheit; LG Krefeld, Urt. v. 24.8.2007 – 1 S 44/07, NJW-RR 2008, 213, 214).

Die AGB-Klausel „Wenn der Mangel nicht beseitigt werden kann oder für den Käufer weitere Nachbesserungsversuche unzumutbar sind, kann der Käufer die Rückgängigmachung des Kaufvertrages.....verlangen“ ist schon deshalb sowohl bei Verwendung gegenüber Verbrauchern als auch gegenüber Unternehmern unwirksam, weil sie nicht **alle Fälle des Fehlschlagens der Nachbesserung** erfasst, insbesondere deren unberechtigte Verweigerung durch den Verkäufer (BGH, Urt. v. 14.6.2006 – VII ZR 135/05, NJW 2006, 3059, 3060, Nr. 16, 17 zu §§ 9 I, 11 Nr. 10 b AGBG).

Eine AGB-Klausel in einem Gebrauchtwagen Garantievertrag, nach der die Fälligkeit der versprochenen Garantieleistung von der Vorlage der Rechnung über eine bereits durchgeführte Reparatur abhängt, ist wegen unangemessener Benachteiligung des Käufers/Garantienehmers gem. § 307 I BGB unwirksam. Gleiches gilt für eine Klausel, die dem Käufer die Obliegenheit auferlegt, vom Fahrzeughersteller empfohlene Wartungsarbeiten ausschließlich in der Werkstatt des Verkäufers durchzuführen und im Falle der Unzumutbarkeit eine Genehmigung („Freigabe“) einzuholen (BGH, Urt. v. 14.10.2009 – VIII ZR 354/09, MDR 2010, 68 = NJW 2009, 3714, 3715 Nr. 13, 17-20).

Gewährt ein Kfz-Hersteller Neuwagenkäufern **zusätzlich zu den gesetzlichen Gewährleistungsrechten** formularmäßig eine **Garantie für die Haltbarkeit** des Fahrzeugs (hier: Durchrostungsgarantie), liegt dagegen keine unangemessene Benachteiligung des Käufers (§ 307 I BGB) vor, wenn der Hersteller die Leistungen aus der Garantie von der **regelmäßigen Wartung des Fahrzeugs in seinen Vertragswerkstätten** abhängig macht (BGH, Urt. v. 12.12.2007 – VIII ZR 187/06, NJW 2008, 843, 844, Nr.17, 18).

III. Keine Verjährung (§§ 438, 214 I BGB)

1. Zwei Jahre seit Ablieferung

Eine **Ablieferung i. S. d. § 438 II BGB** setzt etwa beim Kfz-Kauf voraus, dass der Verkäufer das Fahrzeug dem Käufer in Erfüllung des Kaufvertrages so überlassen hat, dass er es auf Mängel untersuchen kann (Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 2005; Bamberger/Roth-Faust, 2. Auflage 2007, § 438 BGB, Rn 30). Gem. § 438 I Nr. 3 verjähren die Ansprüche des Käufers auf Nacherfüllung, Minderung, Rücktritt, Schadensersatz in **zwei Jahren** seit der Ablieferung des Gegenstandes, bei Grundstücken mit dessen Übergabe. Wurde ein Sachmangel i. S. d. §§ 434, 435 BGB arglistig verschwiegen, läuft die **dreijährige Verjährungsfrist** des § 438 III BGB. Neben der dreijährigen Frist des § 438 III BGB läuft bei Arglist des Verkäufers die 10-Jahresfrist des § 199 III Nr. 1, 199 V BGB (vgl. Palandt-Weidenkaff, 69. Aufl. 2010, § 438 BGB, Rn 12).

2. Kein Neubeginn der Verjährung bei Fehlschlag

Streitig ist, ob die Verjährung bei fehlgeschlagener Nacherfüllung neu beginnt. Nach h. L. ist in der **Vereinbarung eine Ersatzlieferung** bzw. in der Ersatzlieferung selbst ein **konkludentes Anerkenntnis** i. S. d. § 212 I BGB zu sehen (Ball, NZV 2004, 217, 227; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 2035; a. A. Gramer/Thalhofer, ZGS 2006, 250, 252). Liefert der Verkäufer im Weg der Nacherfüllung eine **neue Sache**, so ist auch nach Ansicht des BGH „der Neubeginn der Verjährung die Regel“ (BGH, Urt. v. 5.10.2005, NJW 2006, 47; Lorenz, NJW 2007, 1, 5; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 2035).

Im Fall der Nacherfüllung durch **Mängelbeseitigung** ist von einem Neubeginn der Verjährung nur in Bezug auf Ansprüche auszugehen, die durch den Mangel begründet werden, der Gegenstand der Nacherfüllung war (BGH, NJW 2006, 47, 48: soweit es sich um denselben Mangel oder um die Folgen einer mangelhaften Nachbesserung handelt; Lorenz, NJW 2007, 1, 5; Ball, NZV 2004, 217, 226; Palandt-Weidenkaff, 69. Aufl. 2010, § 438 Rn 16 a).

Ein **fehlgeschlagener Nachbesserungsversuch** des Verkäufers lässt – abgesehen von einem Anerkenntnis des Mangels - nach h. M. aber **keine neue Verjährungsfrist** entstehen. § 438 II BGB ist auf die Nachbesserung danach nicht anwendbar (OLG Celle, Urt. v. 20.6.2006 – 16 U 287/05, MDR 2007, 137 = NJW 2006, 2643, 2644; Erman/Grunewald, 12. Aufl., § 440 BGB, Rn 12; Auktor/Mönch, NJW 2005, 1686; Oechsler, NJW 2004, 1825; Gramer/Thalhofer, ZGS 2006, 250; Ritzmann, MDR 2003, 430; a. A. Bamberger/Roth-Faust, 2. Auflage, § 438 BGB Rn 59; Staudinger/Matusche-Beckmann, 2004, § 438 BGB, Rn 58; Menges, JuS 2008, 395; auch Reinking/Eggert, Rn 2035: Ersatzlieferung stellt konkludentes Anerkenntnis dar; Palandt-Weidenkaff, 68. Aufl., § 438 BGB, Rn 16 a).

3. Verkauf gebrauchter Waren

Beim **Verkauf gebrauchter Waren** kann der Unternehmer auch gegenüber einem Verbraucher die Verjährungsfrist gem. § 475 II BGB durch AGB oder Individualabrede **bis auf ein Jahr abkürzen** (Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 2000, 2001; Palandt-Weidenkaff, 69. Aufl. 2010, § 475 BGB, Rn 11). Dies gilt auch für Tiere (BGH, NJW 2007, 674: sechs Monate altes Hengstfohlen, das nicht als Reittier oder zur Zucht benutzt wurde, ist „neu“; a. A. Brückner/Böhme, MDR 2002, 1406, 1409 und Eichelberger, ZGS 2007, 98: jedes Tier ist ab dem Zeitpunkt seiner Geburt als „gebraucht“ anzusehen).

IV. Nacherfüllungsverlangen des Käufers

Der Käufer kann nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen (§ 439 I BGB).

1. Rechtsnatur des Wahlrechts

Umstritten ist, ob der Käufer an die einmal getroffene Wahl gebunden ist (vgl. hierzu Ball, NZV 2004, 217, 219; Schroeter, NJW 2006, 1761, 1762; Skamel, ZGS 2006, 457/458). Das wäre dann anzunehmen, wenn durch § 439 I BGB eine **Wahlschuld** i. S. d. §§ 262, 263 BGB begründet werden würde, da die gewählte Leistung dann als die von Anfang geschuldete gilt (vgl. Ball, NZV 2004, 217, 219; dafür Jauernig/Berger, 11. Auflage, § 439 BGB, Rn 9 a. E.; Erman/Grunewald, 11. Aufl., § 439 BGB, Rn 6; Müko-Büdenbender, 4. Aufl., § 439 BGB, Rn 24; Schellhammer, MDR 2002, 301).

Nach h. M. stehen die **Anspruchsalternativen auf Nachbesserung und Ersatzlieferung in „elektiver Konkurrenz“**. Der Käufer kann die zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung getroffene Wahl ändern, solange der Verkäufer nicht damit begonnen hat, die gewählte Art der Nacherfüllung zu bewirken oder zu deren Erbringung rechtskräftig verurteilt worden ist (Ball, NZV 2004, 217, 219; Schroeter, NJW 2006, 1761, 1762; Skamel, ZGS 2006, 457, 461; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 337, 338; OLG Hamm, Urt. v. 23.2.2006 – 28 U 164/05, juris, Nr. 26; OLG Celle, Urt. v. 28.6.2006 – 7 U 235/05, NJW-RR 2007, 353, 354 = OLGR 2006, 779, 780). **Das Wahlrecht des Käufers erlischt aber dann, wenn der Verkäufer die verlangte Nacherfüllung vorgenommen hat** (OLG Hamm, Urt. v. 23.2.2006 – 28 U 164/05, juris, Nr. 26; OLG Celle, Urt. v. 28.6.2006 – 7 U 235/05, NJW-RR 2007, 353,

354: wenn mit der verlangten Nachbesserung begonnen wurde; OLG Saarbrücken, Urt. v. 29.5.2008 – 8 U 494/07, NJW 2009, 369 = juris, Nr. 32, 33, 40) oder **wenn der Käufer Schadensersatz statt der Leistung verlangt (§ 281 IV BGB), Rücktritt oder Minderung erklärt** (Lorenz, NJW 2007, 1, 3; Palandt-Weidenkaff, 69. Aufl. 2010, § 439 BGB, Rn 22).

Hat der Käufer Nachbesserung verlangt, ist es ihm nach Treu und Glauben verwehrt, den Verkäufer ohne sachlich gerechtfertigten Grund und ohne vorangegangene Fristsetzung wie einer veränderten Wahl (Nachlieferung) zu konfrontieren (OLG Saarbrücken a. a. O.; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 337, 338). Unredlich verhält sich der Käufer auch, wenn er eine vom Verkäufer vorgeschlagene, geeignete Nachbesserung nicht annimmt (m. E. zu weitgehend Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 339) oder er sein Wahlrecht dauerhaft nicht ausübt (Schroeter, NJW 2006, 1761, 1765) bzw. wenn der Erfolg der von ihm zunächst gewünschten Nacherfüllung innerhalb einer zumutbaren Nachfrist erreichbar erscheint (Ball, NZV 2004, 217, 219).

Das Recht des Käufers, zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung zu wählen, besteht auch dann nicht, wenn die gewählte Nacherfüllungsart unmöglich ist (§ 275 I BGB) oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand zu erreichen wäre (§§ 275 II, 439 III BGB, s. u.; Skamel, ZGS 2006, 457, 461; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 416 ff., 440 ff.).

Dagegen kann der Käufer seine Wahl sofort ändern, wenn der Verkäufer die gewählte, im Einzelfall nicht unzumutbare Art der Nacherfüllung oder die Nacherfüllung schlechthin ablehnt oder wenn die gewählte Art der Nacherfüllung fehlschlägt (Ball, NZV 2004, 217, 219; Bamberger/Roth-Faust, 2. Auflage, § 439 BGB, Rn 10; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 337 a. E.).

2. Ausübung des Wahlrechts; Nacherfüllungsverlangen

Die Ausübung des Wahlrechts geschieht mit dem **Verlangen nach der Nacherfüllung** (Beseitigung des Mangels oder Lieferung einer mangelfreien Sache) als empfangsbedürftiger Willenserklärung (OLG Saarbrücken, Urt. v. 29.5.2008 – 8 U 494/07, NJW 2009, 369, 370 = MDR 2008, 1391; Palandt-Weidenkaff, 69. Aufl. 2010, § 439 BGB, Rn 6).

Das Nacherfüllungsverlangen ist auch dann erforderlich, wenn der Käufer eines Gebrauchtwagens nicht weiß, ob ein binnen sechs Monaten nach der Übergabe durch den Verkäufer aufgetretener Defekt des Fahrzeugs auf einen Sachmangel i. S. d. § 434 BGB zurückzuführen ist. Dies entlastet ihn nicht von der Obliegenheit, dem Verkäufer Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben, bevor er das Fahrzeug selbst reparieren lässt und wegen des Mangels die Minderung erklären oder einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung geltend machen kann (BGH, Urt. v. 21.12.2005 – VIII ZR 49/05, MDR 2006, 677 = NJW 2006, 1195).

Dabei genügt der Käufer seiner Pflicht zur Mängelanzeige, wenn er das Erscheinungsbild des möglichen Mangels, das **Symptom, hinreichend genau beschreibt**, sodass eine Überprüfung der Angaben – auch im Hinblick auf etwaige Fahr- und Bedienungsfehler – möglich ist (OLG Hamm, Urt. v. 12.5.2009 – 28 U 42/09, NJW-RR 2009, 1718, 1720 = ZGS 2009, 473, 475; OLG München, Urt. v. 9.3.2006 – 6 U 4082/05, MDR 2006, 1338, 1339 mit Hinweis auf BGH, Urt. v. 3.12.1998 – VI ZR 405/97, MDR 1999, 412; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 349, 386).

Für ein ordnungsgemäßes Nacherfüllungsverlangen reicht es aus, wenn der Käufer die aufgetretene Fehlfunktion (hier: eines Whirlpools) beschreibt. Es ist dann Sache des Verkäufers zu erkennen, dass die Ursache dieser Fehlfunktion in einer Unzulänglichkeit der Bedienungsanleitung o. a. besteht (OLG München, a. a. O.).

Werden die Symptome des Mangels benannt, ist es unschädlich, wenn zusätzlich – möglicherweise andere als später tatsächlich festgestellte – Ursachen für die Entstehung der Mängel angegeben werden (BGH, Urt. v. 30.10.2007 – X ZR 101/06, NJW 2008, 576, Rn 10; OLG Hamm, Urt. v. 12.5.2009 – 28 U 42/09, ZGS 2009, 473, 475 = juris, Nr. 36: zutreffende Angabe, dass der gekaufte Pkw nicht mehr verkehrssicher ist, weil sich Teile ablösen würden; tatsächlich bestand die Verkehrsunsicherheit aber wegen erheblicher Durchrostungen).

Wurde eine erworbene Software möglicherweise fehlerhaft installiert oder liegt ein Mangel der Hardware vor, stellt die Bitte des Bestellers „um Anleitung und Hilfe bei der Errichtung einer Schnittstelle“ aber keine eindeutige Leistungsaufforderung bzw. Mängelrüge dar (OLG Köln, Urt. v. 25.7.2003 – 19 U 22/03, OLGR 2003, 307). Gleiches gilt, wenn der Käufer bei der Service-Hotline des Lieferanten anruft und Wartungsleistungen anfordert (OLG Köln, Beschl. v. 1.9.2003 – 19 U 80/03, OLGR 2003, 319). Auch die Äußerung des später nicht bestätigten Verdachts eines Unfallschadens und die Aufforderung, die Vorgeschichte des Fahrzeugs offenzulegen, genügt den Anforderungen an ein ordnungsgemäßes Nacherfüllungsverlangen nicht (OLG Brandenburg, Urt. v. 7.10.2008 – 6 U 149/07, OLGR 2009, 904).

Für die Wirksamkeit einer Fristsetzung bzw. eines Nachbesserungsverlangens genügt es, wenn der Käufer durch das Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistungen oder vergleichbarer Formulierungen deutlich macht, dass der Verkäufer für die Erfüllung nur ein begrenzter, bestimmbarer Zeitraum zur Verfügung steht; die **Angabe eines bestimmten Zeitraums oder eines bestimmten Endtermins ist bei einer Fristsetzung gem. § 281 I BGB bzw. einem Nacherfüllungsverlangen nicht erforderlich** (BGH, Urt. v. 12.8.2009 – VIII ZR 254/08, MDR 2009, 1329 = NJW 2009, 3153, 3154, Nr. 10, 11 zur Fristsetzung nach § 281 BGB; BGH, Urt. v. 25.3.2010 – VII ZR 224/08, NJW 2010, 2200, 2201 = MDR 2010, 731 = VersR 2010, 915, 916, Nr. 16).

Allerdings setzt sowohl das Recht des Käufers, den Kaufpreis gem. §§ 437 Nr. 2, 441 BGB zu mindern, als auch der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 440, 280 I, III, 281 BGB wie auch das Recht, vom Kaufvertrag zurückzutreten (§ 323 I) oder den Ersatz vergeblicher Aufwendungen zu verlangen (§ 284 BGB) setzen – sofern kein Ausnahmetatbestand eingreift – voraus, dass der Käufer dem Verkäufer zuvor **erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt** hat (BGH, Urt. v. 21.12.2005 – VIII ZR 49/05, NJW 2006, 1195, 1196 = MDR 2006, 677, 678; BGH, Urt. v. 7.12.2005 – VIII ZR 126/05, ZGS 2006, 113). Es genügt sogar die **Forderung nach der Fertigstellung, wenn der Mangel schon bekannt ist** (BGH, Urt. v. 25.3.2010 – VII ZR 224/08, NJW 2010, 2200, 2201 = MDR 2010, 731 = VersR 2010, 915, 916, Nr. 16).

Die Obliegenheit des Käufers, dem Verkäufer Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben, beschränkt sich nicht auf die mündliche oder schriftliche Aufforderung zur Nacherfüllung, sondern umfasst auch die Bereitschaft des Käufers, **dem Verkäufer die Kaufsache zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen zur Verfügung zu stellen** (BGH, Urt. v. 10.3.2010 – VIII ZR 310/08, NZV 2010, 453 = MDR 2010, 733 = VersR 2010, 1088).

Dem Käufer steht die **Mängelrüge auch dann zu, wenn er sich mit der Zahlung des Restkaufpreises in Verzug befindet** (BGH, Urt. v. 14.6.2006 – VIII ZR 135/05, NJW 2006, 3059, Nr. 18). Auch die **erstmalig im Berufungsrechtszug erfolgte, unstreitige Fristsetzung** zur Nacherfüllung ist unabhängig von den Voraussetzungen des § 531 II ZPO zuzulassen (BGH, Urt. v. 20.5.2009 – VIII ZR 247/06, NJW 2009, 2532; zustimmend Skamel, NJW 2010, 271, 274 und Ball, DAR 2010, 497, 498). Lässt sich der Verkäufer (hier: eines Neuwagens) vorbehaltlos auf die Beseitigung eines gerügten Sachmangels ein, so kann er später grundsätzlich nicht mehr in Abrede stellen, dass der Mangel bei Übergabe des Fahrzeugs an den Käufer vorgelegen habe (OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.11.2008 – 8 U 34/08, DAR 2009, 400).

Macht der Käufer nach berechtigter Mängelrüge Nachlieferung i. S. d. § 439 I BGB geltend, so muss die nachzuliefernde Ware einwandfrei sein und der nach dem Kaufvertrag geschuldeten Qualität entsprechen. Es genügt nicht, dass die nachgelieferte Ware lediglich den bislang gerügten Mangel nicht aufweist. **Erfolgt die Nachlieferung wiederum nicht mangelfrei, muss der Käufer eines Handelskaufs dies jedoch erneut nach Maßgabe des § 377 HGB rügen** (OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.11.2004 – I-16 U 45/04, MDR 2005, 460).

3. Unberechtigtes Mängelbeseitigungsverlangen

Ein unberechtigtes Mängelbeseitigungsverlangen des Käufers nach § 439 I BGB stellt eine zum Schadensersatz verpflichtende schuldhaftige Vertragsverletzung dar, wenn der Käufer erkannt oder **fahrlässig nicht erkannt hat, dass ein Mangel der Kaufsache nicht vorliegt**, sondern die Ursache für das Symptom, hinter dem er einen Mangel vermutet, in seinem eigenen Verantwortungsbereich liegt (BGH, Urt. v. 23.1.2008 – VIII ZR 246/06, MDR 2008, 373 = NJW 2008, 1147, 1148, Nr. 12; Jordans/Müller-Sartori, MDR 2009, 779, 780; im Ergebnis zustimmend Haertlein, MDR 2009, 1, 4; ablehnend Sutschet, JZ 2008, 637 und Lange/Widmann, ZGS 2008, 329 sowie Majer, ZGS 2008, 209, 212: nur bei Vorsatz des Käufers; Vossler, MDR 2009, 300, 303: nur, wenn der Käufer die Rechtslage grob fahrlässig falsch beurteilt hat).

Im Sinne des § 280 I 2 BGB zu vertreten hat die Vertragspartei, die etwas verlangt, was nach dem Vertrag nicht geschuldet ist, generell nicht schon dann, wenn sie nicht erkennt, dass ihre Rechtsposition in der Sache nicht berechtigt ist, sondern erst, wenn sie diese **Rechtsposition auch nicht als plausibel ansehen** durfte (BGH, Urt. v. 16.1.2009 – V ZR 133/08, NJW 2009, 1262, 1264, Nr. 20: „Evidenzkontrolle“). Macht danach ein Käufer bzw. Mieter ein unberechtigtes Mängelbeseitigungsverlangen, den Rücktritt vom Kaufvertrag oder eine Kündigung des Mietverhältnisses geltend, handelt er nicht fahrlässig, wenn er seinen **Rechtsstandpunkt für vertretbar halten durfte** (BGH, Urt. v. 16.1.2009 – V ZR 133/08, NJW 2009, 1262, 1264, Nr. 20, 26, 27).

Bleibt im Rahmen der „Evidenzkontrolle“ ungewiss, ob tatsächlich eine Pflichtverletzung der anderen Vertragspartei (z. B. ein Sachmangel) vorliegt, darf der Gläubiger die sich aus einer Pflichtverletzung ergebenden Rechte geltend machen, ohne Schadensersatzpflichten wegen einer schuldhaften Vertragsverletzung ausgesetzt zu sein, auch wenn sich sein Verlangen im Ergebnis als unberechtigt herausstellen sollte (Jordans/Müller-Sartori, MDR 2009, 779, 780).

V. Unmöglichkeit der Nacherfüllung (§ 275 BGB)

Sind beide Arten der Nacherfüllung unmöglich (vgl. Ball, NZV 2004, 217, 218: der verkaufte Gebrauchtwagen stellt sich entgegen der Beschaffenheitsvereinbarung als Unfallfahrzeug heraus), besteht kein Nacherfüllungsanspruch (§ 275 I BGB). In diesem Fall kann der Käufer sogleich nach § 437 Nr. 2 i.V.m. §§ 326 V, 323, 441 I BGB zurücktreten oder mindern und/oder nach § 437 Nr. 3 i.V.m. §§ 280 I, III, 283 BGB (bei einem nachträglich eingetretenen, nicht behebbaren Mangel) bzw. gem. § 311 a II BGB (bei einem von Anfang an bestehenden, nicht behebbaren Mangel, z.B. der vom Verkäufer fahrlässig übersehenen, fehlenden Unfallfreiheit) Schadensersatz statt der Leistung verlangen (Ball, NZV 2004, 217, 218 f.; Lorenz, NJW 2006, 1175, 1177; Palandt-Weidenkaff, 69. Aufl. 2010, § 437 BGB Rn. 20 ff., 32 ff.).

Das Rücktrittsrecht ist jedoch gem. §§ 323 VI, 326 V BGB ausgeschlossen, wenn der Käufer den Rücktrittsgrund allein oder weit überwiegend zu verantworten hat oder sich ohne Verschulden des Verkäufers in Annahmeverzug befand (Lorenz, NJW 2006, 1175, 1177).

1. Unmöglichkeit der Ersatzlieferung

Eine Unmöglichkeit der Ersatzlieferung ist dann anzunehmen, wenn es dem Verkäufer auf Dauer unmöglich ist, anstelle der mangelhaften Kaufsache, etwa eines Fahrzeugs ein gleichartiges und gleichwertiges, mangelfreies Ersatzfahrzeug zu liefern. Eine Unmöglichkeit der Ersatzlieferung liegt etwa bei einem **Konstruktionsmangel („Serienmangel“)** der gesamten Warengattung (Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 459) oder in den Fällen vor, in denen **Ersatzfahrzeuge** wegen zwischenzeitlicher Modelländerung oder „Modellpflege“ **nicht mehr geliefert werden können** (OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.5.2005 – 8 U 1/05; OLG Celle, Urt. v. 28.6.2006 – 7 U 235/05, NJW-RR 2007, 353, 354 = juris, Nr. 34).

Der Verkäufer hat eine solche Unmöglichkeit aber nicht ausreichend dargelegt, wenn er vorträgt, die Serie eines Fahrzeugs (hier: eines Wohnmobils) sei „komplett ausverkauft“ gewesen. Durch diese Behauptung wird nicht ausgeschlossen, dass das Modell bei einem anderen Händler **möglicherweise noch vorrätig** war. der Käufer ist nach § 242 BGB auch gehalten, bei einem Gattungskauf geringere Abweichungen bei einer Nachlieferung des Fahrzeugtyps, etwa mit einer zwischenzeitlich geänderten Ausstattung o. a., hinzunehmen (OLG Celle, a. a. O.).

Die **Nachlieferung durch Lieferung einer anderen, mangelfreien Sache** ist beim **Stückkauf (hier: Gebrauchtwagen) nicht von vornherein wegen Unmöglichkeit ausgeschlossen**. Möglich ist die Ersatzlieferung nach der Vorstellung der Parteien i. d. R. dann, wenn die Kaufsache im Fall ihrer Mangelhaftigkeit durch eine gleichartige und gleichwertige ersetzt werden kann. Beim Kauf eines Gebrauchtwagens liegt es i. d. R. nahe, dies zu verneinen, wenn dem Kaufentschluss eine persönliche Besichtigung des Fahrzeugs vorausgegangen ist (BGH, Urt. v. 7.6.2006 – VIII ZR 209/05, NJW 2006, 2839, 2841, Nr. 22, 24; auch BGH, Urt. v. 29.11.2006 – VIII ZR 92, 06, NJW 2007, 1346, 1347, Nr. 17: Lieferung eines gleichwertigen Ersatzfahrzeugs beim Kauf eines Gebrauchtwagens nur ausnahmsweise möglich; OLG Braunschweig, Beschl. v. 4.2.2003 – 8 W 83/02, NJW 2003, 1053, 1054: Unmöglichkeit nur dann, wenn der Verkäufer eine mangelfreie Sache der geschuldeten Art nicht beschaffen kann; LG Ellwangen, Urt. v. 13.12.2002 – 3 O 219/02, NJW 2003, 517: Ersatzlieferung grundsätzlich möglich, sofern es sich um Sachen handelt, die einer vertretbaren Sache wirtschaftlich entsprechen und das Leistungsinteresse des Käufers zufriedenstellen; OLG Schleswig, Urt. v. 18.8.2005 – 5 U 11/05, ZGS 2006, 75, 76:

Nachlieferung angesichts der individuellen Kaufentscheidung für den konkreten Gebrauchtwagen i. d. R. unmöglich; Roth, NJW 2006, 2953: Nachlieferungsanspruch auch beim Stückkauf denkbar, scheidet bei Gebrauchtwagen aber i. d. R. aus; a. A. Ackermann, JZ 2002, 378 und Huber, NJW 2002, 1004, 1006 sowie Faust, ZGS 2004, 252 und Tiedtke/Schmitt, JuS 2005, 583, 586: Ersatzlieferung beim Stückkauf grundsätzlich unmöglich).

Auch Ball (RiBGH, NZV 2004, 217, 220) geht davon aus, dass es beim Gebrauchtwagenkauf regelmäßig an einem gleichartigen und gleichwertigen Ersatzfahrzeug mit gleicher Ausstattung sowie gleichem Alter, Kilometerstand und Erhaltungszustand fehlen wird. Eine Ersatzlieferung konnte aber ausnahmsweise etwa beim Kauf eines bestimmten von mehreren ungebrauchten Fahrzeugen mit Tageszulassung oder von technisch identischen „Flottenrückläufern“ mit gleichem oder niedrigerem Kilometerstand und im gleichen oder besseren Erhaltungszustand bzw. beim Verkauf eines beim Händler vorrätigen Neuwagens mit Tageszulassung in Betracht.

Die Frage, ob bei einem **Tierkauf** eine Nacherfüllung durch Ersatzlieferung in Betracht kommt, wird in der Rspr. und Literatur unterschiedlich beurteilt.

Der Anspruch auf Nacherfüllung ist gem. § 275 I BGB ausgeschlossen, weil beide Arten der Nacherfüllung bei einer anlagebedingten Krankheit eines Tieres **unmöglich** sind, wenn inzwischen eine **emotionale Bindung des Käufers an das Tier** besteht (BGH, Urt. v. 22.6.2005 – VIII ZR 281/04, NJW 2005, 2852, 2854). Weist das **verkaufte Tier** (hier: Rauhaardackelwelpen) eine **anlagebedingte Fehlentwicklung** auf (hier: genetisch bedingte Störung des Knochenwachstums), scheidet auch ein Anspruch des Käufers auf Schadensersatz statt der Leistung (§§ 437 Nr. 3, 311 a I BGB) aus, wenn der Verkäufer das anfängliche Leistungshindernis bei Vertragsabschluss nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hatte (§§ 280 I 2, 311 a II 2 BGB; vgl. BGH, Urt. v. 22.6.2005 – VIII ZR 281/04, MDR 2005, 1337, 1338 = NJW 2005, 2852, 2854). In solchen Fällen kommt ein Anspruch des Käufers auf Rücktritt vom Kaufvertrag oder Minderung des Kaufpreises in Betracht (BGH a.a.O.).

Auch die Ersatzlieferung eines **als Reitpferd erworbenen, mangelhaften Pferdes** ist bei einer emotionalen Bindung des Käufers an das Tier als unmöglich angesehen worden (BGH, Urt. v. 22.6.2005 – VIII ZR 281/04, MDR 2005, 1337 = NJW 2005, 2852; OLG Koblenz, Urt. v. 13.11.2008 – 5 U 900/08, MDR 2009, 440 = NJW-RR 2009, 1067 = juris, Nr. 11: für die Zwecke des Käufers unbrauchbares Reitpferdes).

Nach m. E. zutreffender Ansicht des OLG Zweibrücken (Urt. v. 30.4.2009 – 4 U 103/08, OLGR 2009, 717, 718 = juris, Nr. 27, 28) kommt eine **Nacherfüllung** durch Ersatzlieferung beim Kauf eines für den Turniersport erworbenen Reitpferdes **jedenfalls dann in Betracht**, wenn eine nicht heilbare Krankheit des erworbenen Tieres vorliegt, eine emotionale Bindung an das zum Einsatz im Turniersport und nicht etwa als „Familienpferd“ gekaufte Tier nicht entstanden war und sich der Käufer zunächst auf Verhandlungen über eine Ersatzlieferung eingelassen und diese folglich als taugliche Modalität der Nacherfüllung angesehen hat.

Erweist sich ein Pferd, das als ruhig und für Kinder geeignet verkauft worden ist, als nervös und störrisch, ist eine Fristsetzung zur **Nacherfüllung nicht entbehrlich**, weil der Verkäufer das Tier schulen oder dem Käufer ein taugliches Ersatzpferd zur Verfügung stellen kann (OLG Koblenz, Urt. v. 13.11.2008 – 5 U 900/08, NJW-RR 2009, 1067 = juris, Nr. 9).

Das OLG Frankfurt (Urt. v. 17.7.2006 – 18 U 96/05, NJOZ 2007, 2046) geht davon aus, dass eine Nacherfüllung bei festgestellten Beschwerden des gekauften Reitpferdes (hier: Pferd lahmt) in Form einer tierärztlichen Behandlung **möglich und zumutbar** ist.

Von einer **Unzumutbarkeit der Nacherfüllung** kann **bei gekauften Tieren** dann ausgegangen werden, wenn zumindest überwiegende Zweifel am Erfolg einer tiermedizinischen Behandlung als der in Betracht kommenden Nacherfüllungsleistung bestehen. Gewisse Risiken einer Operation sind aber zumutbar (OLG Hamm, Urt. v. 15.6.2006 – 11 U 143/05, juris, Nr. 22, 23). Die Operation eines Tieres, die einen körperlichen Defekt nicht folgenlos beseitigen kann, sondern andere, regelmäßig zu kontrollierende gesundheitliche Risiken für das Tier selbst hervorruft, stellt jedoch **keine zumutbare Mangelbeseitigung** i. S. d. § 439 I BGB dar (BGH, Urt. v. 22.06.2005 – VIII ZR 281/04, MDR 2005, 1337 = NJW 2005, 2851).

2. Unmöglichkeit der Nachbesserung

Eine Unmöglichkeit der Nachbesserung ist etwa anzunehmen, wenn technische Mängel im Wege der Nachbesserung **überhaupt nicht oder nicht einwandfrei oder nicht ohne Verbleib einer Wertminderung** beseitigt werden können. Dies gilt insbesondere für Waren mit schwerwiegenden Fabrikationsfehlern (Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 461). Eine Nachbesserung ist insbesondere unmöglich - und damit eine Fristsetzung zur Nacherfüllung entbehrlich -, wenn der **Mangel, der in der Eigenschaft des Fahrzeugs als Unfallwagen liegt, nicht behebbbar ist**. Durch Nachbesserung lässt sich ein solcher Mangel nicht korrigieren, auch eine Ersatzlieferung ist regelmäßig unmöglich (BGH, Urt. v. 12.3.2008 – VIII ZR 253/05, NJW 2008, 1517, 1518, Nr. 21).

Die **Beschädigung der Originallackierung eines Gebrauchtwagens führt nicht zur Unmöglichkeit der Vertragserfüllung**. Der Mangel kann durch fachgerechte Neulackierung behoben werden. Der Umstand einer technisch einwandfreien Neulackierung stellt für sich allein keinen verbleibenden Mangel des Fahrzeugs dar (BGH, Urt. v. 20.5.2009 – VIII ZR 191/07, NJW 2009, 2807, Nr. 7, 13, 16: anders aber bei einem Unfallschaden, bei dem ein merkantiler Minderwert verbleibt).

VI. Unverhältnismäßige Nacherfüllungskosten (§ 439 III 1)

Nach § 439 III BGB kann der Verkäufer die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung unbeschadet der Leistungsverweigerungsrechte aus § 275 II, III BGB ablehnen, wenn sie nur **mit unverhältnismäßigen Kosten** möglich ist. Vergleichsmaßstab ist dabei – wie im Fall des § 275 II BGB – nicht der Gewinn des Verkäufers, sondern der Nutzen der Nacherfüllungsmaßnahme für den Käufer (Lorenz, NJW 2007, 1, 5; Lorenz, NJW 2006, 1175, 1176; Ball, NZV 2004, 217, 223; Kaeding, NJW 2010, 1031, 1034; Kirsten, ZGS 2005, 66, 71; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 418, 421, 423, 424).

1. Einrede des Verkäufers

§ 439 III BGB gewährt dem Verkäufer eine **Einrede gegenüber der vom Käufer beanspruchten Art der Nacherfüllung**, die der Verkäufer ausüben kann, aber nicht muss. Der Käufer kann deshalb nicht wegen unverhältnismäßiger Kosten der Nacherfüllung sogleich die Minderung erklären, ohne dem Verkäufer Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben zu haben (BGH, Urt. v. 21.12.2005 – VIII ZR 49/05, NJW 2006, 1195 = NZV 2006, 245). Der Einwand der Unverhältnismäßigkeit kann vom Verkäufer aber **nur bis zum Ablauf der gesetzten Frist zur Nacherfüllung**, nicht jedoch nach Zugang der Rücktrittserklärung erhoben werden (OLG Celle, Urt. v. 28.6.2006 – 7 U 235/05, NJW-RR 2007, 353, 355 = OLGR 2006, 779, 780 = juris, Nr. 28, 29). Wird die Einrede vom Verkäufer erstmals in der Berufungsinstanz erhoben, ist sie nur unter den Voraussetzungen des § 531 II Nr. 1–3 ZPO zu berücksichtigen, insbesondere, wenn die mit der Einrede vorgetragene Tatsache unstreitig bleiben (OLG Naumburg, Urt. v. 1.6.2006 – 2 U 8/06, juris, Nr. 31, 32).

Bestreitet der Verkäufer das Vorliegen eines Sachmangels im Prozess, liegt hierin **weder die Geltendmachung der Einrede aus § 439 III BGB** (BGH, Urt. v. 21.12.2005 – VIII ZR 49/05, NJW 2006, 1195, 1197, Nr. 24, 25) **noch eine endgültige und ernsthafte Leistungsverweigerung** (BGH, Urt. v. 20.1.2009 – X ZR 45/07, MDR 2009, 675 = NJW-RR 2009, 667; BGH, Urt. v. 21.12.2005 – VIII ZR 49/05, NJW 2006, 1195, 1197, Nr. 25; OLG Koblenz, Urt. v. 23.4.2009 – 5 U 1124/08, NJW-RR 2009, 985, 986 = OLGR 2009, 509).

2. Verweigerung der Nacherfüllung

Ist nur die gewählte Art der **Nacherfüllung unmöglich, unverhältnismäßig teuer oder unzumutbar**, richtet sich der Nacherfüllungsanspruch des Käufers allein und ausschließlich auf die andere Art (Palandt-Weidenkaff, 69. Aufl. 2010, § 439 BGB, Rn 20; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 420: Nacherfüllungspflicht beschränkt sich dann auf die andere, mögliche, nicht unverhältnismäßige Art der Nacherfüllung).

Verweigert der Verkäufer **beide Arten oder die allein infrage kommende Art der Nacherfüllung zurecht**, so kann der Käufer nach § 440 S. 1 die in § 437 Nr. 2, Nr. 3 genannten sekundären Käuferrechte (Minderung, Rücktritt, Schadensersatz) auch dann geltend machen, wenn er dem Verkäufer keine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Die **unberechtigten Verweigerung** der vom Käufer gewählten Art der Nacherfüllung oder der Nacherfüllung schlechthin führt als Erscheinungsform des Fehlschlagens der Nacherfüllung zum gleichen Ergebnis.

Bei unberechtigter Verweigerung kann der Käufer stattdessen die geschuldete Art der Nacherfüllung klageweise durchsetzen oder den Mangel selbst beseitigen lassen und die dafür aufgewendeten Kosten als Schadensersatz statt der (Nacherfüllungs-) Leistung gem. §§ 280 I, III, 281 BGB vom Verkäufer ersetzt verlangen (Ball, NZV 2004, 217, 225; Palandt-Weidenkaff, 69. Aufl. 2010, § 439, Rn 19, 21: Anspruch des Käufers auf Minderung, Rücktritt oder Schadensersatz, wenn beide Arten der Nacherfüllung ausgeschlossen sind oder berechtigt verweigert werden; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 416, 418, 420).

3. Relative und absolute Unverhältnismäßigkeit

Die Unverhältnismäßigkeit der Kosten kann auf zweierlei Art bemessen werden:

Als Unverhältnismäßigkeit im Vergleich mit der anderen (möglichen) Variante der Nacherfüllung (**relative Unverhältnismäßigkeit**) zum einen und wenn die einzig mögliche Art der Nacherfüllung für sich allein unverhältnismäßige Kosten verursacht (**absolute Unverhältnismäßigkeit**, vgl. Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 417; Palandt-Weidenkaff, 69. Aufl. 2010, § 439 BGB, Rn 16 a; Kaeding, NJW 2010, 1031, 1034; Ball, NZV 2004, 217, 223; Müggenborg, NJW 2005, 2810, 2812).

a. Relative Unverhältnismäßigkeit

Ausgangspunkt für die Feststellung der Unverhältnismäßigkeit ist der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, wobei der Kaufpreis nicht die Obergrenze darstellt. An diesem sind die Kosten der Nacherfüllung zu messen. Soweit keine „absolute Unverhältnismäßigkeit“ vorliegt, muss ein Vergleich mit der anderen, objektiv möglichen Variante der Nacherfüllung (relative Unverhältnismäßigkeit) durchgeführt werden (Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 417, 423, 424, 437 – 447; Ball, NZV 2004, 217, 223/224; Kaeding, NJW 2010, 1031, 1034).

Eine **relative Unverhältnismäßigkeit** ist anzunehmen, wenn die Kosten der gewählten der Art der Nacherfüllung (beim Kauf eines Neuwagens i. d. R. die Kosten der Lieferung eines vergleichbaren Neuwagens) die Kosten der anderen Art der Nacherfüllung (beim Kauf eines Neuwagens: Reparaturkosten) **um 10 % bis 30 % übersteigen** (Kaeding, NJW 2010, 1031, 1034: 10 % bis 30 %; Ball, NZV 2004, 217, 223: 20 % bis 25 %, 10 % nicht ausreichend; Müggenborg, NJW 2005, 2810, 2812: mehr als 20 % erforderlich; Bitter/Meidt, ZIP 2001, 2114, 2122: mindestens 10 %; Huber, NJW 2002, 1004, 1008: 10 %; Kirsten, ZGS 2005, 66, 71/72: 20 %; LG Ellwangen, Urt. v. 13.12.2002 – 3 O 219/02, NJW 2003, 517: 20 %; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 445, 446: 20 % bis 30 %, 10 % zu niedrig; differenzierend Bamberger/Roth-Faust, 2. Auflage, § 439 BGB, Rn 47 – 50: Staffelung nach dem Verschuldensgrad des Verkäufers von 5 % bis 25 %).

b. Absolute Unverhältnismäßigkeit

Eine **absolute Unverhältnismäßigkeit**, die zur Ablehnung der Nacherfüllung im Ganzen führen kann, liegt vor, wenn, etwa beim Kauf eines Gebrauchtwagens, die Beseitigung des Mangels (Reparatur) als einzig mögliche Art der Nacherfüllung Kosten verursachen würde, die bei **100 % bis 150 % des Wertes der mangelfreien Sache** liegen würden (Kaeding, NJW 2010, 1031, 1034: 100 % bis 130 %; wenn den Verkäufer kein Verschulden trifft i. d. R. 110 %; Bamberger/Roth-Faust, 2. Aufl. 2007, § 439 BGB Rn 49, 50: je nach Verschuldensgrad 105 % bis 145 %; hiergegen Ball, NZV 2004, 217, 223/224: 100 % bis 130 %, Abstufung nach dem Grad des Verschuldens des Verkäufers nicht sinnvoll und praktikabel; Kirsten, ZGS 2005, 66, 73/74: Unverhältnismäßigkeit bei Kosten in Höhe von 120 % des Wertes der

mangelhaften Sache; Müggenborg, NJW 2005, 2810, 2812: 130 % des Wertes der mangelfreien Sache; Bitter/Meidt, ZIP 2001, 2114, 2122: max. 150 % des Wertes der Sache in mangelfreiem Zustand oder max. 200 % des mangelbedingten Minderwerts; Heinrich, ZGS 2003, 253, 258: 150 % des Interesses des Käufers an der Nacherfüllung, d. h. 150 % des Wertes der Sache in mangelfreiem Zustand; LG Ellwangen, Urt. v. 13.12.2002 – 3 O 219/02, NJW 2003, 517: 130 %, im entschiedenen Fall aber offen gelassen; kritisch Reinking/Eggert, Rn 443, 444: Grenzwerte von 130 % bis 150 % problematisch).

Reinking/Eggert (Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 443, 444) weisen darauf hin, dass Grenzwerte der Reparaturkosten in einer Größenordnung von 130 % bis 150 % des Fahrzeugwerts indiskutabel sind, weil der Verkäufer beim Neuwagenkauf i. d. R. die Mangelhaftigkeit der Kaufsache nicht zu verantworten hat. In solchen Fällen sollte danach der **Kaufpreis die Kappungsgrenze** darstellen (Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 444: 100 %; ebenso Reinking, ZfS 2003, 57, 62 und Huber, NJW 2002, 1004, 1008 sowie Ackermann, JZ 2002, 378, 382/383: 100 % keine Mindest-, sondern Höchstgrenze).

Für eine Berücksichtigung des Grades des Verschuldens des Verkäufers hat sich auch der BGH (Beschl. v. 16.4.2009 – VIII ZR 177/07, MDR 2009, 798 und Urt. v. 6.12.2001 – VII ZR 241/00, NJW-RR 2002, 661, 663 jeweils zum Werksvertragsrecht; ebenso Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 444, 445; m.E. zurecht ablehnend Ball, RiBGH, NZV 2004, 217, 224: kaum praktikabel, Verschulden meist nicht zuverlässig feststellbar) ausgesprochen.

VII. Geltendmachung von Sekundärrechten

1. Erforderlichkeit der Fristsetzung

Will der Käufer vom Kaufvertrag zurücktreten (§§ 437 Nr. 2, 440, 323, 326 V, 346 I, II BGB), den Kaufpreis mindern (§§ 437 Nr. 2, 441 BGB), Schadensersatz neben der Leistung (§§ 436 Nr. 3, 440, 280 BGB) bzw. statt der Leistung (§§ 434 Nr. 3, 281 bzw. 311 a II BGB) oder den Ersatz vergeblicher Aufwendungen (§§ 437 Nr. 3, 440, 284 BGB) verlangen, muss er dem Verkäufer grundsätzlich eine **Frist zur Nacherfüllung**, nach seiner Wahl Beseitigung des Mangels oder Lieferung einer mangelfreien Sache, setzen (§§ 440, 281, 323 BGB; vgl. BGH, Urt. v. 21.12.2005 – VIII ZR 49/05, NJW 2006, 1195, 1196 = NZV 2006, 245, 247 = VersR 2006, 1552, 1553, Nr. 18).

Dass der Käufer eines Gebrauchtwagens nicht weiß, ob ein binnen sechs Monaten nach der Übergabe durch den Verkäufer aufgetretener Defekt des Fahrzeugs auf einen Sachmangel i. S. d. § 434 BGB zurückzuführen ist, entlastet ihn nicht von der Obliegenheit, dem Verkäufer Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben und ihm vor Geltendmachung der Sekundäransprüche aus §§ 437 Nr. 2, Nr. 3, 440 BGB eine angemessene Frist hierfür zu setzen (BGH, Urt. v. 21.12.2005 – VIII ZR 49/05, NZV 2006, 245, 247, Nr. 18, 19).

Grundsätzlich ist die Fristsetzung zur Nacherfüllung auch noch im Lauf des bereits anhängigen Rechtsstreits möglich. Auch die erstmals im Berufungsrechtszug erfolgte, unstrittige Fristsetzung zur Nacherfüllung ist unabhängig von den Voraussetzungen des § 511 II 1 Nr. 1 – 3 ZPO zuzulassen (BGH, Urt. v. 20.5.2009 – VIII ZR 247/06, NJW 2009, 2532, 2533 = VersR 2009, 1373, 1374, Nr. 16; zustimmend Skamel, NJW 2010, 271, 274).

Bei „Alltagsgeschäften“ des Verbrauchers ist regelmäßig eine Frist von zwei Wochen angemessen (vgl. Woitkewitsch, MDR 2004, 862, 864 m. w. N.). Reinking/Eggert (Der

Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 455, 1733) differenzieren wie folgt: Für Reparaturen ist eine Fristsetzung von fünf Werktagen angemessen, für eine Ersatzlieferung eine Frist von einem Monat.

2. Entbehrlichkeit der Fristsetzung

Gem. §§ 440, 281 II, 323 II BGB ist eine Fristsetzung ausnahmsweise in nachfolgenden Fallgruppen entbehrlich:

a. Unmöglichkeit der Nacherfüllung

Die Unmöglichkeit beider Arten der Nacherfüllung aus § 439 I BGB ist § 440 BGB nicht erwähnt, weil der Verkäufer bereits gem. § 275 I von der Leistungspflicht befreit ist und deshalb kein Anspruch auf Nacherfüllung besteht. Die Rechtsfolgen ergeben sich dann aus §§ 283, 311 a, 326 BGB (Palandt-Weidenkaff, 69. Aufl. 2010, § 440, Rn 9; Bamberger/Roth-Faust, 2. Auflage, § 4440, Rn 18; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 458, 459, 1695; Lorenz, NJW 2006, 1175, 1177: wird die Nacherfüllung nach Gefahrübergang unmöglich, kommen als Grundlage des Rücktrittsrechts nicht die §§ 437 Nr. 2, 323 BGB, sondern nur noch §§ 437 Nr. 2, 326 V i. V. m. § 323 in Betracht).

Ein Unmöglichkeit der Nachbesserung ist bei technischen Mängeln anzunehmen, wenn die Mängel im Wege der Nachbesserung überhaupt nicht, nicht einwandfrei oder nicht ohne Verbleib einer Wertminderung beseitigt werden können (Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 461; BGH, Urt. v. 28.11.2007 – VIII ZR 16/07, NZV 2008, 135, 136, Nr. 12 und OLG Hamm, Urt. v. 10.2.2005 – 28 U 147/04, ZGS 2005, 318, 320 und Derleder, NJW 2005, 2481, 2482 sowie Roth, NJW 2006, 2953, 2956: Nacherfüllung durch die vom Käufer gewählte Ersatzlieferung bei nicht unfallfreiem Gebrauchtwagen i. d. R. unmöglich; BGH, Urt. v. 22.6.2005 – VIII ZR 281/04, NJW 2005, 2852, 2854: anlagebedingte Fehlentwicklung bzw. Krankheit bei einem verkauften Tier nicht behebbbar; BGH, Urt. v. 12.3.2008 – VIII ZR 253/05, NJW 2008, 1517, 1518, Nr. 21, 22: „Unfallwagen-Eigenschaft“ durch Reparatur nicht behebbbar; OLG Saarbrücken, Urt. v. 25.7.2007 – 1 U 467/06, NJW 2007, 3503, 3504: einer Nacherfüllung nicht zugängliche Mangel- oder Mangelfolgeschäden; OLG Brandenburg, Urt. v. 10.4.2008 – 5 U 10/07, juris, Nr. 33, 36: Schadensersatz ohne Fristsetzung bei Mangelfolgeschäden, die durch Nachbesserung nicht beseitigt werden können).

So scheidet beim Kauf eines **Gebrauchtwagens, der entgegen der vertraglichen Beschaffenheitsvereinbarung nicht unfallfrei ist**, eine Beseitigung des Mangels durch Nachbesserung (§ 439 I 1 BGB) und i. d. R. auch eine Nacherfüllung durch Ersatzlieferung (§ 439 I 2 BGB) aus. Der Verkäufer wird insoweit von seiner Primärleistungspflicht nach § 275 I BGB frei, sodass der Käufer ohne vorherige Fristsetzung Schadensersatz statt der Leistung (§§ 437 Nr. 3, 311 a II BGB) verlangen oder vom Vertrag zurücktreten (§§ 437 Nr. 2, 326 V, 325 BGB) kann (BGH, Urt. v. 28.11.2007 – VIII ZR 16/07, NZV 2008, 135, 136, Nr. 12; auch BGH, Urt. v. 12.3.2008 – VIII ZR 253/05, NJW 2008, 1517, 1518, Nr. 21, 22: bei fehlender Arglist aber keine „erhebliche Pflichtverletzung“; OLG Schleswig, Urt. v. 18.8.2005 – 5 U 11/05, ZGS 2006, 75, 76; OLG Hamm, Urt. v. 10.2.2005 – 28 U 147/04, ZGS 2005, 318, 320: jedenfalls, wenn es sich nicht um einen Vorführgewagen mit geringer Laufleistung handelt).

Dagegen ist beim **Kauf eines gebrauchten Oldtimers** eine Fristsetzung zur Nacherfüllung nicht wegen anfänglicher Unmöglichkeit entbehrlich, wenn der behauptete Mangel in einer Abweichung des tatsächlichen Zustandes des Fahrzeugrahmens von seiner vereinbarten Beschaffenheit liegt (OLG Brandenburg, Urt. v. 1.7.2008 – 6 U 120/07, DAR 2008, 701, 704

= MDR 2008, 1094, 1095: auch kein Anspruch gegen den privaten Verkäufer aus Garantie, wenn das hierzu in Bezug genommene Wertgutachten erst auf Wunsch des Käufers eingeholt wurde).

Auch die **Beschädigung der Originallackierung eines verkauften Gebrauchtwagens** führt nicht zur Unmöglichkeit der Vertragserfüllung, sondern stellt lediglich einen behebbaren Mangel der Kaufsache dar. Dieser Mangel kann aber behoben werden, weil das Fahrzeug durch eine fachgerechte Neulackierung regelmäßig wieder einen vertragsgemäßen Zustand versetzt werden kann (BGH, Urt. v. 20.5.2009 – VIII ZR 191/07, MDR 2009, 1037 = NJW 2009, 2807, Nr. 7, 13, 17; zustimmend Gutzeit, NJW 2009, 2809; auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 8.11.2002 – 3 U 37/02, NZV 2003, 94: nur mit Lackstärkemessgerät oder bei ganz subtiler Betrachtung erkennbare Nachlackierung stellt bereits keinen Sachmangel dar; abweichend OLG Saarbrücken, MDR 1993, 213 und LG Essen, bei Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 463, 464, 1700: fehlende Original-Erstlackierung als unbehebbarer Mangel, Neulackierung verändert den Originalzustand des Neufahrzeugs erheblich).

Ist lediglich der Verkäufer zur Mängelbeseitigung nicht in der Lage, kann die Beseitigung des Mangels aber von einem Dritten (Reparaturwerkstatt u. a.) durchgeführt werden, liegt in dieser „**faktischen Unmöglichkeit**“ kein Fall des § 275 I BGB. Hier besteht ein Leistungsverweigerungsrecht des Verkäufers nur unter den Voraussetzungen der §§ 275 II, III, 439 III BGB (Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 1706; Ball, NZV 2004, 217, 218/223 f; Lorenz, NJW 2006, 1175, 1178: keine „echte Unmöglichkeit der Nacherfüllung“).

b. Ernsthafte und endgültige Verweigerung der Nacherfüllung (§§ 281 II, 323 II Nr. 1 BGB)

Verweigert der Verkäufer beide Arten oder die allein in Betracht kommende Art der Nacherfüllung ernsthaft und endgültig zurecht oder zu unrecht, kann der Käufer die in § 437 Nr. 2, Nr. 3 BGB genannten sekundären Käuferrechte auch ohne vorangegangene Frist zur Nacherfüllung geltend machen. Dem steht die unberechtigte Verweigerung der vom Käufer gewählten Art der Nacherfüllung gleich (Ball, NZV 2004, 217, 225; Palandt-Weidenkaff, 69. Aufl. 2010, § 440, Rn 5; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 472, 1707).

Die Fristsetzung zur Nacherfüllung gem. § 439 I BGB ist aber nur dann entbehrlich, wenn der Schuldner die Mängelbeseitigung bereits verweigert hat, bevor diese durch den Gläubiger erfolgt (BGH, Urt. v. 20.1.2009 – X ZR 45/07, MDR 2009, 675 = NJW-RR 2009, 667, Nr. 10). An die tatsächlichen **Voraussetzungen für die Annahme einer endgültigen und ernsthaften Erfüllungsverweigerung sind strenge Anforderungen zu stellen**; sie liegt nur vor, wenn der Schuldner eindeutig zum Ausdruck bringt, er werde seinen Vertragspflichten nicht nachkommen. Aus seinem Verhalten muss mit hinreichender Sicherheit geschlossen werden können, dass er einer Aufforderung zur Nacherfüllung nicht nachgekommen wäre (BGH, Urt. v. 20.5.2009 – VIII ZR 247/06, VersR 2009, 1373, 1374 = NJW 2009, 2532, 2533, Nr. 13; BGH, Urt. v. 21.12.2005 – VIII ZR 49/05, MDR 2006, 677, 678 = NZV 2006, 245, 247, Nr. 24, 25).

In dem **Bestreiten von Mängeln liegt nicht ohne weiteres eine endgültige Nacherfüllungsverweigerung**; denn auch das nachhaltige Bestreiten ist das prozessuale Recht des Schuldners. Dies gilt besonders, wenn der Schuldner mit seinem Bestreiten erstmals im Prozess hervorgetreten ist. In einem solchen Fall müssen deshalb zu dem bloßen Bestreiten **weitere Umstände hinzutreten**, die einer von Anfang an bestehenden Weigerungshaltung Ausdruck geben (BGH, Urt. v. 20.1.2009 – X ZR 45/07, MDR 2009, 675

= NJW-RR 2009, 667: Bestreiten des Mangels im Prozess nur erheblich, wenn dieses Verhalten den sicheren Rückschluss erlaubt, dass die Mängelbeseitigung schon zuvor ernsthaft und endgültig verweigert war; BGH, Urt. v. 21.12.2005 – VIII ZR 49/05, NJW 2006, 1195, 1197, Nr. 25: zum bloßen Bestreiten im Prozess müssen weitere Umstände hinzutreten, welche die Annahme rechtfertigen, dass der Schuldner über das Bestreiten der Mängel hinaus bewusst und endgültig die Erfüllung seiner Vertragspflichten ablehnt und es ausgeschlossen erschien, dass er sich von einer Fristsetzung hätte umstimmen lassen; OLG Koblenz, Urt. v. 23.4.2009 – 5 U 1124/08, NJW-RR 2009, 985, 986 = OLGR 2009, 509: wenn die Weigerung nicht als „letztes Wort des Schuldners“ aufzufassen ist; OLG Bamberg, Urt. v. 10.4.2006 – 4 U 295/05, MDR 2007, 87, 88: Bestreiten von Mängeln für sich genommen keine endgültige Verweigerung der Nacherfüllung: OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.12.2004 – 22 U 37/02, NJW-RR 2005, 852, 853: Bestreiten der Mängel im Prozess aufgrund prozesstaktischer Erwägungen; OLG Koblenz, Urt. v. 13.11.2008 – 5 U 900/08, NJW-RR 2009, 1067: Leugnen des Mangels keine Erfüllungsverweigerung, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass der Fehler erstmals nach Übergabe zutage getreten ist; OLG Brandenburg, Urt. v. 7.10.2008 – 6 U 149/07, OLGR 2009, 904: Bestreiten der Mängel erst im Prozess rechtfertigt nicht die Annahme einer endgültigen Erfüllungsverweigerung; **abweichend aber BVerfG**, Beschl. v. 26.9.2006 – 1 BvR 2389/04, ZGS 2006, 470: das prozessuale Verhalten des Verkäufers, insbesondere ein Klageabweisungsantrag, ist als ernstliche und endgültige Leistungsverweigerung zu qualifizieren, jedenfalls wenn stets bestritten wurde, dass überhaupt irgendwelche Mängelbeseitigungsansprüche bestehen könnten). Eine **endgültige Erfüllungsverweigerung ist insbesondere dann nicht anzunehmen**, wenn der Verkäufer in der Klagerwiderung das Vorliegen von Mängeln im Zeitpunkt der Übergabe bestritten hat beanstandet, dass ihm keine Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben worden ist (BGH, Urt. v. 21.12.2005 – VIII ZR 49/05, NJW 2006, 1195, 1197, Nr. 25), wenn der Verkäufer Grund zu der Annahme hatte, dass der Mangel erstmals nach der Übergabe zutage getreten ist (OLG Koblenz, Urt. v. 23.4.2009 – 5 U 1124/08, OLGR 2009, 509 = NJW-RR 2009, 985; OLG Koblenz, Urt. v. 13.11.2008 – 5 U 900/08, MDR 2009, 440 = NJW-RR 2009, 1067 = juris, Nr. 11) oder wenn der Rechtsstandpunkt des Verkäufers objektiv zunächst vertretbar erschien (OLG Koblenz, Urt. v. 24.1.2008 – 5 U 684/07, OLGR 2008, 256, 258 = juris, Nr. 24).

Auch in der Weigerung des Verkäufers, einen **Mangel unter der Erheblichkeitsschwelle** zu beseitigen, kann nicht ohne weiteres eine den Rücktritt oder das Schadensersatzbegehren rechtfertigende Pflichtverletzung gesehen werden (OLG Koblenz, Beschl. v. 16.7.2009 – 5 U 605/09, OLGR 2009, 809; OLG Koblenz, Urt. v. 24.1.2008 – 5 U 684/07, OLGR 2008, 256, 257 = juris, Nr. 23). Die Fristsetzung ist auch dann nicht entbehrlich, wenn sich der zur Nacherfüllung bereite Verkäufer außergerichtlich gegen die Übernahme der Kosten zur Mängelbeseitigung gewandt hat und/oder in dem auf Zahlung von Schadensersatz gerichteten Rechtsstreit einen Klageabweisungsantrag stellt (OLG Celle, Urt. v. 26.07.2006 – 7 U 2/06, MDR 2007, 336 = NJW-RR 2007, 352 = ZGS 2006, 428). Dies gilt auch dann, wenn es sich bei dem Verkäufer um einen Gebrauchtwagenhändler handelt, der keine eigene Werkstatt unterhält (OLG Celle, a. a. O.).

Stellt der Verkäufer eines offensichtlich mit mehreren Mängeln behafteten Grundstücks auf die Mängelrüge des Käufers **lediglich die Beteiligung an den Beseitigungskosten** in Aussicht, kann der Käufer **sogleich vom Vertrag zurücktreten** (OLG Naumburg, Urt. v. 24.2.2004 – 11 U 94/03, NJW 2004, 2022, 2024).

Gleiches gilt, wenn der Verkäufer sowohl vorprozessual innerhalb der vom Käufer gesetzten Erklärungsfrist als auch im Prozess eine Verantwortlichkeit für die geltend gemachten Mängel stets in Abrede gestellt hat und mithin nichts dafür ersichtlich ist, dass eine Fristsetzung zur

Vornahme der Nacherfüllung eine Änderung dieser Einstellung hätte bewirken können (OLG Stuttgart, Urt. v. 17.11.2004 – 19 U 130/04, OLGR 2005, 30, 32 = ZGS 2005, 36, 37).

Nach Auffassung des BVerfG (Beschl. v. 26.9.2006 – 1 BvR 2389/04, ZGS 2006, 470, 474) kann das prozessuale Verhalten des Verkäufers, insbesondere die Stellung eines Klageabweisungsantrages, als ernstliche und endgültige Leistungsverweigerung zu qualifizieren sein. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Verkäufer während des Prozesses stets die Mangelhaftigkeit bestritten und behauptet hat, es bestünden keinerlei Mängelbeseitigungsansprüche, da die (mangelhafte) Sache nicht Gegenstand des Kaufvertrages gewesen sei (BVerfG a. a. O.: der Verkäufer hatte stets bestritten, dass der Kühler eines veräußerten Gebrauchtwagens fehlerhaft sei, ohne jemals die Untersuchung des Kühlers auf Mängel angeboten zu haben, und zudem behauptet, er hätte dem Käufer den Kühler – neben dem bereits installierten – geschenkt).

c. Fehlschlag der Nacherfüllung (§ 440 BGB)

Nach § 440 S. 1 BGB ist eine Fristsetzung auch dann entbehrlich, wenn die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen ist. Gemeint ist damit die vom Käufer gewählte und vom Verkäufer nicht zu Recht verweigerte (vgl. § 439 III BGB) Art der nach Nacherfüllung (Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 478; Ball, NZV 2004, 217, 225/226).

Die Rechtsfolge des § 440 BGB tritt daher nicht ein, wenn der Verkäufer anstatt der verlangten Ersatzlieferung vergeblich die Nachbesserung (Reparatur) versucht und umgekehrt. Der Käufer muss sich also nach erfolglosen Reparaturversuchen nicht auf eine Ersatzlieferung oder umgekehrt nach untauglichen Ersatzlieferungsversuchen auf eine Reparatur des gekauften, ggf. bereits nach § 439 IV BGB an den Verkäufer zurückgegebenen Fahrzeugs verweisen lassen.

Die Nachbesserung eines zum Zweck der Nacherfüllung gelieferten Ersatzfahrzeugs kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil es sich bei diesem Fahrzeug nicht um die gekaufte Sache handelt, die allein Gegenstandswert einer Nacherfüllung nach § 439 I BGB sein kann (Ball, NZV 2004, 217, 226; Palandt-Weidenkaff, 69. Aufl. 2010, § 440, Rn 6). Nicht ausgeschlossen ist es demgegenüber, dass der Käufer nach dem Fehlschlagen der gewählten und vom Verkäufer vergeblich versuchten Art der Nacherfüllung nunmehr die andere Art der Nacherfüllung wählt (Ball, NZV 2004, 217, 226).

Hat der Verkäufer die vom Käufer gewählte Nacherfüllungsvariante „Ersatzlieferung“ gem. § 439 III BGB zu Recht verweigert, so kann der Käufer nach dem Fehlschlagen der kostengünstigeren Nachbesserung Ersatzlieferung verlangen (Ball, NZV 2004, 217, 226).

Der Käufer, der die Kaufsache nach einer Nachbesserung des Verkäufers wieder entgegengenommen hat, trägt allerdings die **Beweislast für das Fehlschlagen der Nachbesserung**. Bleibt nach zweimaliger Nachbesserung ungeklärt, ob das erneute Auftreten des Mangels auf der erfolglosen Nachbesserung des Verkäufers oder auf einer unsachgemäßen Behandlung der Kaufsache nach erneuter Übernahme durch den Käufer beruht, so geht dies zulasten des Käufers (BGH, Urt. v. 11.2.2009 – VIII ZR 274/07, MDR 2009, 495 = NJW 2009, 1341, 1343, Nr. 15, 23).

Lässt sich der Verkäufer eines Neuwagens **vorbehaltlos auf die Beseitigung eines Sachmangels, etwa die Durchführung nicht unerheblicher Reparaturarbeiten, ein**, so kann er später grundsätzlich nicht mehr in Abrede stellen, dass der Mangel bei Übergabe des Fahrzeugs an den Käufer vorgelegen habe. Schlägt die Mangelbeseitigung fehl, stehen dem Käufer sämtliche sekundären Mängelansprüche nach § 437 Nr. 2, Nr. 3 BGB zu (OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.11.2008 – 8 U 34/08, NJW 2009, 1150 = DAR 2009, 265). Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn der Verkäufer bei der Vereinbarung der Mangelbeseitigungsarbeiten unmissverständlich darauf hinweist, dass er die Anfänglichkeit des Mangels (wenigstens) bezweifelt und insoweit im Hinblick auf eine vertraglich vereinbarte Nachbesserungsklausel oder aus Kulanz tätig werde (OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.11.2008 – 8 U 34/08, NJW 2009, 1150, 1151).

Der Begriff des Fehlschlagens der Nacherfüllung, der aus § 11 Nr. 10 b AGBG übernommen wurde, schließt neben der nunmehr gesonderte geregelten objektiven oder subjektiven Unmöglichkeit der Nacherfüllung die Fälle der unberechtigten Verweigerung, der ungebührlichen Verzögerung, der Unzulänglichkeit und des Misslingens der Mängelbeseitigung ein (Ball, NZV 2004, 217, 225 im Anschl. an BGH, NJW 1994, 1004, 1005; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 479 und Eckert/Maifeld/Matthiessen, Handbuch des Kaufrechts, 2007, Rn 649: Das Unterlassen, die Unzulänglichkeit und der misslungene Versuch; auch BGH, Urt. v. 14.6.2006 – VIII ZR 135/05, NJW 2006, 3059, 3060 Nr. 16: es müssen dann alle Fälle des „Fehlschlagens“ genannt werden, auch die unberechtigte Verweigerung durch den Verkäufer).

aa. Misslungener Versuch

Die Nacherfüllung in der Variante der Nachbesserung, für die sich der Käufer entschieden hat bzw. die aufgrund der im konkreten Fall vorliegenden Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) bzw. Unzumutbarkeit (§ 439 III BGB) der Ersatzlieferung vor Geltendmachung der Sekundärrechte in Betracht kommt, gilt gem. § 440 S. 2 BGB **nach dem zweiten erfolglosen Versuch als fehlgeschlagen**, wenn sich nicht aus der Art der Sache oder des Mangels oder aus sonstigen Umständen etwas anderes ergibt.

Zwei vergebliche Nachbesserungsversuche wurden für die Geltendmachung der Sekundärrechte aus § 437 Nr. 2, Nr. 3 BGB für ausreichend angesehen, wenn

- die mangelnde Funktionsfähigkeit des Navigationsgeräts eines Neuwagens im Rahmen zweier Werkstattaufenthalte auch nach Tausch des Bordmonitors, Neukodierung und Aufspielen einer neuen Software für die Straßenkarte nicht beseitigt werden kann (OLG Köln, Urt. v. 12.12.2006 – 3 U 70/06, OLGR 2007, 335, 336 = NJW 2007, 1694, 1695 = juris, Nr. 28, 29),
-
- bei insgesamt zwei Versuchen unterschiedliche Bauteile des Kaufgegenstandes (hier: Neuwagen, Aufleuchten der Warnleuchte für die Bremsflüssigkeit, zunächst Bremsflüssigkeitsbehälter gewechselt, dann auch Hauptbremszylinder und Bremskraftverstärker) erneuert bzw. ausgewechselt wurden und sich das „Symptom“ des Mangels (Warnleuchte für Bremsflüssigkeit) dann erneut zeigt (OLG Stuttgart, Urt. v. 1.12.2009 – 6 U 248/08, NJW-RR 2010, 412, 415),
- Der Verkäufer beim zweiten Nachbesserungsversuch die Ursache des Mangels (hier: wiederholter Wassereintritt in die Karosserie eines Pkw) nicht durch eingehende

Untersuchung des Kaufgegenstandes nachgeht (OLG Karlsruhe, Urt. v. 30.6.2004 – 12 U 112/04, VersR 2005, 372 = ZGS 2004, 392),

- Getriebe- und Lackschäden des Fahrzeugs zu beseitigen sind und ein zweiter Nachbesserungsversuch zunächst vereinbart wurde (OLG Saarbrücken, Urt. v. 29.05.2008 – 8 U 494/07-140, OLGR 2008, 789, 791 = NJW 2009, 369, 371 = juris, Nr. 33, 35, 40, 44, 46: der Käufer hat sich zunächst für die Nachbesserung entschieden, verlangte nach Vereinbarung des zweiten Termins aber die Lieferung eines neuen Fahrzeugs).

Mehr als zwei Nachbesserungsversuche kommen deshalb etwa bei besonderer (i. d. R. technischer) Komplexität der Sache, schwer zu behebbenden Mängeln oder ungewöhnlich widrigen Umständen bei vorangegangenen Nachbesserungsversuchen in Betracht (so BGH, Urt. v. 15.11.2006 – VIII ZR 166/06, NJW 2007, 504, 505, Nr. 15: bei besonderer technischer Komplexität der Sache bzw. schwer zu behebbenden Mängeln; OLG Saarbrücken, Urt. v. 29.5.2008 – 8 U 494/07, MDR 2008, 1391, 1392 = OLGR 2008, 789, 790 = NJW 2009, 369, 371 = juris, Nr. 44: bei besonderer technischer Komplexität der Sache, schwer zu behebbenden Mängeln oder ungewöhnlich widrigen Umständen bei den vorangegangenen Nachbesserungsversuchen, im entschiedenen Fall offen gelassen, weil der Käufer selbst einen zweiten Nachbesserungsversuch nicht akzeptierte; OLG München, Urt. v. 9.3.2006 – 6 U 4082/05, MDR 2006, 1338 = juris, Nr. 23 – 27: beim Verkauf eines Whirlpools, bei dem aus dem Leitungssystem schwarze Partikel in das Badewasser eingeschwemmt wurden; die Ursache der Fehlfunktion lag in der Unzulänglichkeit der Bedienungsanleitung, mehr als **drei** Nachbesserungsversuche waren nicht zumutbar; Müko-Westermann, 4. Auflage, § 440 BGB, Rn 11; Staudinger/Matusche-Beckmann, 2004, § 440 BGB, Rn 18; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 481, 488, 489, 494).

Andererseits muss sich der Käufer **nicht unter allen Umständen auf einen zweiten Nachbesserungsversuch einlassen**, wenn der erste fehlgeschlagen ist. Vielmehr kann **bereits nach einem gescheiterten Versuch**, der für den Käufer erhebliche Unannehmlichkeiten mit sich gebracht hat, das Warten auf einen zweiten Versuch unzumutbar sein (OLG Saarbrücken, Urt. v. 29.5.2008 – 8 U 494/07, MDR 2008, 1391 = OLGR 2008, 789, 791 = NJW 2009, 369, 371 = juris, Nr. 44: im entschiedenen Fall verneint; OLG Celle, Urt. v. 1.7.2009 – 7 U 256/08, OLGR 2009, 853, 854 = juris, Nr. 20, 21: zweiter Nachbesserungsversuch unzumutbar, wenn sich das Fahrzeug bereits mehr als zwei Wochen in der Werkstatt des Verkäufers befand; KG, Urt. v. 27.7.2009 – 12 U 35/08, MDR 2009, 1274 = NJW-RR 2010, 706: nur ein Nachbesserungsversuch nach neun gerügten, anderen Mängeln bei einem „Montagsauto“ innerhalb von acht Monaten; Müko-Westermann, 4. Auflage, § 440 BGB, Rn 11; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 486, 487, 488, 489, 491).

Ist etwa bei einem erworbenen Neuwagen der Timer der Standheizung als vereinbarter Sonderausstattung funktionsunfähig, sodass die Standheizung nicht oder nur manuell betrieben werden kann, liegt eine i. S. d. § 323 V 2 BGB nicht nur unerhebliche Pflichtverletzung vor, sodass der Rücktritt berechtigt ist, nachdem eine Mangelbeseitigung im Rahmen des ersten Nachbesserungsversuchs innerhalb von mehr als zwei Wochen nicht erreicht werden konnte. Denn einem Kunden kann nicht zugemutet werden, dass an seinem Auto längere Zeit erfolglos „herumexperimentiert“ wird (OLG Celle, Urt. v. 1.7.2009 – 7 U 256/08, OLGR 2009, 853, 854 = juris, Nr. 20, 21; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 483: beeinträchtigt der Fehler die Gebrauchstauglichkeit oder gar die

Verkehrssicherheit des Fahrzeugs, ist dem Käufer nicht zuzumuten, dass an seinem Auto mehrmals „herumexperimentiert“ wird).

Der Käufer ist auch dann zum Rücktritt berechtigt, wenn ihm weitere Nachbesserungen nach **zahlreichen Beanstandungen** (hier: neun Rügen unterschiedlicher Mängel eines Neuwagens in acht Monaten) nicht mehr zumutbar sind. Ein zweiter Nachbesserungsversuch hinsichtlich eines jeden gerügten Mangels muss dem Verkäufer bei einem solchen „Montagsauto“ nicht eingeräumt werden (KG, Urt. v. 27.7.2009 – 12 U 35/08, MDR 2009, 1274 = NJW-RR 2010, 706). **Überhaupt kein Nachbesserungsversuch** ist dem Käufer nach § 242 BGB zuzumuten, wenn der Käufer eine Nachbesserung nur vortäuscht bzw. die „Übertünchung“ eines Mangels anstatt dessen Beseitigung betreibt (OLG Köln, VersR 1995, 420 und Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 486: statt der vorgesehenen Mängelbeseitigungsmaßnahmen lediglich Einstellarbeiten vorgenommen).

Die Nachbesserung ist nach m.E. zutreffender Ansicht aber **nicht fehlgeschlagen**, wenn der Verkäufer den gerügten Mangel (hier: Motor eines gekauften Pkw springt nicht an) beseitigt, die Kaufsache jedoch anlässlich der Nachbesserung in anderer Weise (hier: **Verursachung eines Blechschadens**) beschädigt. In einem solchen Fall kann der Käufer auch nicht vom Kaufvertrag zurücktreten, sondern Schadensersatz gem. § 280 I BGB verlangen. Der neben den Anspruch auf Nacherfüllung tretende Anspruch aus § 280 I BGB erfasst alle Schäden, die durch die Pflichtverletzung endgültig entstanden sind und durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung nicht beseitigt werden können. Dem gegenüber betrifft § 281 BGB nur Schäden, die durch Nacherfüllung ausgeglichen werden können. Damit unterfallen Mangelschäden, die das Äquivalenz- oder Erfüllungsinteresse des Käufers berühren, sofern unmittelbar im mangelbedingten Nachteil liegende Schäden ausgeglichen werden sollen, der Anspruchsgrundlage des § 281 BGB, Mangelfolgeschäden dagegen den § 280 I BGB (OLG Saarbrücken, Urt. v. 25.7.2007 – 1 U 467/06, NJW 2007, 3503, 3504 = ZGS 2008, 77, 79; Müko-Westermann, 5. Auflage, § 437 BGB, Rn 21, 30; a.A. Reinking/Eggert, 10. Aufl., Rn 486).

Beruhet der Schaden allein auf dem endgültigen Ausbleiben der Leistung – vorliegend konkret in Form der Nacherfüllung – handelt es sich um einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung aus § 281 I BGB. Geht es andererseits um einen Schaden, der trotz Leistung oder vor deren endgültigem Ausbleiben eingetreten ist, so ist § 280 I BGB als Anspruchsgrundlage einschlägig (OLG Saarbrücken a. a. O.).

Der Verkäufer (Vertragshändler) muss sich die von einer autorisierten Werkstatt (Vertragswerkstatt) ausgeführten Mängelbeseitigungsarbeiten, die damit im Zusammenhang abgegebenen Erklärungen und fehlgeschlagene **Reparaturversuche zurechnen lassen** (BGH, Urt. v. 15.11.2006 – VIII ZR 166/06, NJW 2007, 504, 505, Nr. 13; OLG Celle, Urt. v. 1.7.2009 – 7 U 256/08, OLGR 2009, 853, 854 = juris, Nr. 22; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 428, 330, 1717, 1720). Lässt der Käufer eines Neuwagens Nachbesserungen allerdings nicht beim **Verkäufer (kein Vertragshändler des Herstellers)**, sondern bei anderen Kfz-Vertragswerkstätten unter Inanspruchnahme der Herstellergarantie durchführen, muss sich der Verkäufer die erfolglosen Reparaturversuche **nicht als fehlgeschlagene Nachbesserungsmaßnahmen zurechnen lassen** (OLG Karlsruhe, Urt. v. 16.3.2006 – 19 U 156/05, DAR 2007, 31, 32 = juris, Nr. 15, 18).

Die „Faustregel“ des § 440 S. 2 BGB gilt nach seinem Wortlaut **nicht für die Nacherfüllung durch Ersatzlieferung**. Hier liegt ein „Fehlschlag“ grundsätzlich dann vor, wenn die **gelieferte Ersatzsache denselben oder einen anderen, neuen Mangel aufweist** und zu

befürchten ist, dass die **zweite Ersatzlieferung auch mangelhaft** sein werde (Palandt-Weidenkaff, 69. Aufl. 2010, § 440 BGB, Rn 7; Müko-Westermann, 4. Auflage, § 440 BGB, Rn 12; Bamberger/Roth-Faust, 2. Auflage, § 440 BGB, Rn 33; streitig). Andererseits kann die Ersatzlieferung für den Käufer mit geringeren Unannehmlichkeiten verbunden sein als die Nachbesserung, was dafür spricht, ihm mehr als einen oder zwei misslungene Ersatzlieferungsversuche zuzumuten (Ball, NZV 2004, 217, 225; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, 2002, Kap. 5, Rn 184; Eckert/Maifeld/Matthiessen, Handbuch des Kaufrechts, 2007, Rn 655: Der Käufer muss sich i. d. R. mehrere Nachlieferungsversuche gefallen lassen).

Ist jedoch zu befürchten, dass eine weitere Ersatzlieferung wiederum mangelhaft ist, etwa bei bekannten Produktionsfehlern, ist dem Verkäufer auch ein zweiter Nachbesserungsversuch nicht zuzubilligen (Eckert/Maifeld/Matthiessen, Handbuch des Kaufrechts, 2007, Rn 655; Bamberger/Roth-Faust, 2. Auflage, § 440 BGB, Rn 33).

bb. Unterlassen oder unberechtigte Verweigerung der Nachbesserung

Ein „Fehlschlagen“ der Nachlieferung liegt auch vor, wenn der Verkäufer die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung verweigert. Dem steht es gleich, dass die eine oder die andere Art unmöglich ist (Palandt-Weidenkaff, 69. Aufl. 2010, § 439, Rn 15, 21 und § 440, Rn 5; Ball, NZV 2004, 217, 225; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Auflage, Rn 479, 458, 472, 1735). Hat der Verkäufer die vom Käufer gewählte Nacherfüllungsvariante Ersatzlieferung gem. § 439 III BGB zurecht verweigert, weil sie im internen Kostenvergleich die deutlich kostspieligere war, so kann der Käufer nach dem Fehlschlagen der kostengünstigeren Nachbesserung nunmehr Ersatzlieferung verlangen. Die Frage nach der ursprünglich gegebenen relativen Unverhältnismäßigkeit stellt sich nicht mehr, wenn nach dem Scheitern der einen nur noch die andere Art der Nacherfüllung in Betracht kommt (Ball, NZV 2004, 217, 226).

cc. Unzumutbarkeit der Nacherfüllung und besondere Umstände

Eine Fristsetzung ist auch entbehrlich, wenn die Nacherfüllung für den Käufer „unzumutbar“ ist (vgl. Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Auflage, Rn 503, 1737 ff.; Palandt-Weidenkaff, § 440 BGB, Rn 8).

So kann der Besteller eines Bauwerks ohne Fristsetzung vom Vertrag zurücktreten, wenn die Fortsetzung des Vertrages auch unter Berücksichtigung des Interesses des Auftragnehmers an der Vertragserfüllung für ihn **unzumutbar** ist. Maßgeblich ist, dass der Besteller das Vertrauen in die Leistungsfähigkeit des Auftragnehmers verloren hat. Bei Fälligkeit der Leistung folgt dies aus § 323 II Nr. 3 BGB. Ist die Leistung nicht fällig, folgt das Rücktrittsrecht aus § 323 IV BGB (BGH, Beschl. v. 8.5.2008 – VII ZR 201/07, NJW-RR 2008, 1052).

Hat der Verkäufer den Käufer über das Bestehen eines Mangels **arglistig getäuscht**, d. h. einen offenbarungspflichtigen Mangel oder die ihn begründenden Umstände zumindest für möglich gehalten und diesen nicht offenbart, obwohl er weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Käufer diesen Mangel nicht kennt und bei Aufklärung über den Mangel den **Kaufvertrag nicht oder nicht mit diesem Inhalt geschlossen** hätte (BGH, Urt. v. 20.5.2009 – VIII ZR 247/06, VersR 2009, 1373, 1375, Nr. 17: Rücktritt und/oder Schadensersatz ohne Nacherfüllungsverlangen; BGH, Urt. v. 9.1.2008 – VIII ZR 210/06, NJW 2008, 1371, 1373, Nr. 19, 20: Rücktritt oder Minderung; BGH, Beschl. v. 8.12.2006 – V

ZR 249/05, MDR 2007, 644 = NJW 2007, 835, Nr. 12, 15: Rücktritt, Schadensersatz oder Aufwendungsersatz ohne Nacherfüllungsverlangen; KG, Urt. v. 16.10.2007 – 6 U 140/06, OLGR 2008, 273, 275; OLG Hamm, Urt. v. 21.2.2008 – 22 U 145/07, OLGR 2009, 99, 100 = NJW-RR 2009, 68, 69/70; OLG Saarbrücken, Urt. v. 5.8.2008 – 4 U 90/08, NJW-RR 2009, 66, 68; OLG Saarbrücken, Urt. v. 9.6.2009 – 4 U 47/08-16, juris, Nr. 74; Reinking/Eggert, 10. Auflage, Rn 503, 504, 1738, 1740; Kulke, ZGS 2008, 169, 170: Arglist als Fall der Unzumutbarkeit der Nacherfüllung) wobei es ausreicht, wenn der Verkäufer **wider besseres Wissen Angaben „ins Blaue hinein“ oder grob verharmlosende Angaben über vorhandene Mängel** macht (OLG Brandenburg, Urt. v. 10.4.2008 – 5 U 10/07, juris, Nr. 36, 37; KG, NJW-RR 2006, 1213, 1214) oder liegen sonstige **besondere Umstände** vor, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den **sofortigen Rücktritt (§ 323 II Nr. 2 BGB)**, die sofortige Geltendmachung eines **Schadensersatzanspruchs (§ 281 II BGB)** oder die **sofortige Minderung (§§ 441 I 1, 323 III Nr. 2 BGB)** rechtfertigen (BGH, Urt. v. 20.5.2009 – VIII ZR 247/06, VersR 2009, 1373, 1375 = NJW 2009, 2532, 2533, Nr. 17: sofortiger Rücktritt, § 323 II Nr. 2 BGB bzw. sofortige Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs, § 281 II BGB; BGH, Urt. v. 9.1.2008 – VIII ZR 210/06, NJW 2008, 1371, 1373, Nr. 19, 20: sofortiger Rücktritt gem. § 323 II Nr. 3 oder sofortige Minderung gem. §§ 323 III Nr. 2, 441 I 1 BGB; BGH, Beschl. v. 8.12.2006 – V ZR 249/05, MDR 2007, 644, 645 = NJW 2007, 835, 837, Nr. 12, 15: sofortige Geltendmachung von Rücktritt, Schadensersatz und Aufwendungsersatz, §§ 281 II 2. Alt., 323 II Nr. 3 BGB; OLG Schleswig, Urt. v. 11.9.2008 – 16 U 15/08, NJW-RR 2009, 552, 553: sofortiger Rücktritt gem. § 323 II Nr. 3 BGB; Reinking/Eggert, Rn 504, 1738, 1740) ist ein Nacherfüllungsverlangen entbehrlich.

Teilweise wird die Entbehrlichkeit der Fristsetzung bei Arglist des Verkäufers auf § 440 S. 1 3. Alt. BGB gestützt, was letztlich unerheblich ist (vgl. Reinking/Eggert, 10. Auflage, Rn 1740, 1742; Kulke, ZGS 2008, 169; Gutzeit, NJW 2008, 1359, 1362: die durch das Europarecht veranlasste schärfere Fassung der Auffangregelung in § 440 S. 1 3. Alt. BGB ist restriktiv zu interpretieren).

Eine Fristsetzung ist etwa dann **unzumutbar**, wenn die Kaufsache nach Fristsetzung etwa für einen Messeverkauf **nicht mehr bereitgestellt werden** kann (Palandt-Weidenkaff, 69. Auflage, § 440 BGB, Rn 8), der Käufer Gründe für die Annahme hat, die Kaufsache werde **trotz Nacherfüllung wiederum nicht mangelfrei** sein (Palandt a. a. O.; Schubel, JuS 2002, 313, 317) oder wenn die Nachbesserung bzw. die Ersatzlieferung innerhalb angemessener Frist **voraussichtlich nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Käufer** erfolgen könnte (so Art. 3 V der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, vgl. Reinking/Eggert, 10. Auflage, Rn 1737 und Eckert/Maifeld/Matthiessen, 2007, Rn 656, 657).

Besondere Umstände i. S. d. §§ 323 II 3, 281 II 2. Alt. BGB liegen auch vor, wenn ein Neufahrzeugkäufer auf schnelle Hilfe angewiesen war und sich unter Übergehen seines Händlers und autorisierter Fremdwerkstätten wegen einer **Notreparatur an eine andere Werkstatt gewandt** hat (Reinking/Eggert, 10. Auflage, Rn 504: wenn der Verkäufer bzw. eine autorisierte Vertragswerkstatt nicht erreichbar).

Die Nacherfüllung kann für den Käufer dann unzumutbar sein, wenn zwar jeder Mangel für sich genommen den Käufer nicht zum Rücktritt berechtigen würde, mehrere Fehler aber innerhalb kürzester Frist auftreten oder ein ganzes „**Mängelpaket**“ wie etwa Wasser im Kofferraum, mahlende Geräusche an der Vorderachse, defekte Scheinwerfer o. a. vorliegt (OLG Köln, NJW-RR 1992, 1147; OLG Frankfurt, NZV 1990, 70; KG, Urt. v. 27.7.2009 – 12

U 35/08, MDR 2009, 1274 = NJW-RR 2010, 706: neun Rügen unterschiedlicher Mängel eines Neuwagens in acht Monaten, zweiter Nachbesserungsversuch dann nicht mehr zumutbar; Reinking/Eggert, 10. Auflage, Rn 496, 499, 500, 535; s.o.).

Hat ein Käufer den Verkäufer mehrfach eine jeweils datumsmäßig festgelegte Frist zur Erledigung der Nachbesserung gesetzt und lässt er es jetzt nachfolgend zu, dass der Verkäufer im Ergebnis erfolglose **Nachbesserungsarbeiten auch noch drei bis fünf Tage nach dem Verstreichen des letzten Endtermins** vornimmt, so hindert dieser Umstand den Käufer nicht daran, den Rücktritt vom Vertrag wegen Unzumutbarkeit weiterer Nachbesserungsversuche zu erklären, ohne einen weiteren Endtermin zu setzen. Dem Käufer ist nach Ablauf der letzten von ihm gesetzten Frist auch eine Überlegungsfrist von einigen Tagen zuzubilligen (OLG Bremen, Urt. v. 21.7.2007 – 2 U 5/07, ZGS 2007, 471, 472; auch Bitter/Meidt, ZIP 2001, 2114).

Eine **Unzumutbarkeit einer Nachbesserung** kann **bei tierärztlichen Eingriffen** bestehen, wenn zumindest überwiegende Zweifel am Erfolg der tiermedizinischen Behandlung als zu leistender Nacherfüllung bestehen (OLG Hamm, Urt. v. 14.6.2006 – 11 U 143/05, Rn 22; nachfolgend BGH, Urt. v. 9.1.2008 – VIII ZR 210/06, NJW 2008, 1371, 1372, Nr. 15, 19, 20: Fristsetzung jedoch entbehrlich, wenn der Verkäufer einen Mangel des Tieres arglistig verschwiegen hat).

VIII. Rechtsfolgen

1. Rückgewähr der mangelhaften Sache (§ 439 IV BGB)

Liefert der Verkäufer zum Zweck der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache, kann er gem. § 439 IV i. V. m. §§ 346 – 348 BGB Rückgewähr der mangelhaften Sache, Zug um Zug gegen Übereignung der Mangelfreien verlangen.

2. Wertersatz

Unter den Voraussetzungen des § 346 II BGB schuldet der Käufer dem Verkäufer Wertersatz, nach dem Wortlaut der Verweisung auch den Wert der Gebrauchsvorteile, die allerdings bei einer mangelhaften Sache bei Null liegen können. Der Wertersatz kann nach § 346 III 1 BGB auch entfallen mit der Folge, dass nur eine Bereicherung herauszugeben ist (§ 346 III 2 BGB).

Auf Vorlagebeschluss des BGH vom 16.8.2006 (VIII ZR 200/05, NJW 2006, 3200 mit Darstellung der hierzu vertretenen Ansichten; vgl. hierzu Schmidt, ZGS 2006, 408 – 412; Gärtner, ZGS 2006, 368/369) hatte der EuGH (Urt. v. 14.7.2008 – C 404/06, NJW 2008, 1433 = ZGS 2009, 463) entschieden, die Bestimmungen des Art. 3 II, Art. 3 III Unterabsatz 3, Art. 3 IV der Richtlinie 1999/44/EG stünden in einer Vorschrift wie **§ 439 IV BGB**, die dem Verkäufer bei Lieferung eines vertragswidrigen Verbrauchsgutes gestatten würden, bis zu dessen Austausch Nutzungsersatz für dessen Nutzung zu verlangen, entgegenstehen.

In der Folgeentscheidung vom 26.11.2008 (VIII ZR 200/05, MDR 2009, 248 = VersR 2009, 1509 = NJW 2009, 427) hat der BGH klargestellt, dass der Käufer einer mangelhaften Sache, soweit er Unternehmer i. S. d. §§ 474 I, 13, 14 BGB ist, vom Käufer als Verbraucher (§§ 474 I, 13, 14 BGB) keinen Nutzungs- oder Wertersatz für die Nutzung der mangelhaften Sache verlangen kann. § 434 IV BGB sei (vor der Neufassung des § 474 II 1 BGB) im Wege der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung in Fällen des Verbrauchsgüterkaufs (§§ 474 I 1, 13, 14 BGB) einschränkend dahingehend auszulegen, dass §§ 439 IV, 346, 347, 348 BGB in den Fällen der Ersatzlieferung beim Verbrauchsgüterkauf nur für die Rückgewähr der mangelhaften Sache selbst gelten. Außerhalb der §§ 474 I 1, 13, 14 BGB waren und sind die §§ 439 IV, 346 – 348 BGB dagegen uneingeschränkt anzuwenden (BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, MDR 2009, 248, 249 = VersR 2009, 1504, 1507 = NJW 2009, 427, 431, Nr. 26, 28, 29, 42; vgl. hierzu Heimermann, ZGS 2009, 211 – 214; Pfeiffer, NJW 2009, 412/413).

Der Gesetzgeber hat hierauf reagiert und § 474 II 1 BGB dahingehend formuliert, dass der **Käufer beim Verbrauchsgüterkauf bis zur Herausgabe der Sache keinen Nutzungs- oder Wertersatz schuldet**. Bei der **Rückabwicklung eines Verbrauchsgüterkaufs** (§§ 440, 346 ff. BGB) steht dem Anspruch des Verkäufers auf Nutzungswertersatz gem. § 346 I BGB europäisches Recht nach wie vor nicht entgegen (BGH, Urt. v. 16.9.2009 – VIII ZR 243/08, NZV 2010, 142).

2. Selbstbeseitigung des Mangels durch den Käufer

Beseitigt der Käufer den festgestellten Sachmangel selbst, ohne den Verkäufer zuvor zur Beseitigung des Mangels oder zur Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 439 I BGB) aufgefordert zu haben, so ist diese „faktische Unmöglichkeit“ nicht von §§ 275 I–III, 439 III BGB erfasst. In einem solchen Fall stehen dem Käufer **keine Ansprüche auf Schadensersatz** (§§ 437 Nr. 2, 440, 280, 281, 283, 311 a), **den Ersatz vergeblicher Aufwendungen** (§§ 437 Nr. 3, 284), **auf Rücktritt vom Kaufvertrag** (§§ 437 Nr. 2, 323, 326 V, 346), **Minderung** (§§ 437 Nr. 2, 441 BGB) **sowie auf Ersatz derjenigen Kosten, die sich der Verkäufer durch die nicht durchgeführte Nacherfüllung erspart (§ 326 II 2, IV BGB analog)** zu (BGH, Urt. v. 23.2.2005 – VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348 = MDR 2005, 673 = ZGS 2005, 433; BGH, Urt. v. 7.12.2005 – VIII ZR 126/05, MDR 2006, 679 = NJW 2006, 988; BGH, Urt. v. 20.1.2009 – X ZR 45/07, ZGS 2009, 239, 240, Nr. 10, 14; OLG Celle, Urt. v. 10.2.2005 – 8 U 146/05, OLGR 2005, 185; ebenso Ball, NZV 2004, 217, 227; Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169, 170; ZGS 2003, 250 ff.; ZGS 2003, 455 ff.; ZGS 2005, 10, 13; Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 455, 458; auch keine Ansprüche aus G. o. A. und §§ 812, 818 II; Dötsch, MDR 2003, 1407, 1408).

Beseitigt der Käufer den Mangel selbst, ohne dem Verkäufer zuvor eine ausreichende Frist zur Nacherfüllung gesetzt zu haben, kann er nach Ansicht des BGH nicht gem. **§ 326 II 2, IV BGB (analog)** die Anrechnung der vom Verkäufer ersparten Aufwendungen für die Mangelbeseitigung auf den Kaufpreis verlangen oder den bereits gezahlten Kaufpreis in dieser Höhe zurückfordern (BGH, Urt. v. 23.2.2005 – VIII ZR 100/04, MDR 2005, 673 = NJW 2005, 1348; BGH, Urt. v. 20.1.2009 – X ZR 45/07, ZGS 2009, 239, 240, Nr. 10, 14; ebenso Ball, NZV 2004, 217, 227; Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169, 170 und ZGS 2005, 10, 11 f; Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 455, 458; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rn 405, 406, 1717, 1719: bei Selbstvornahme durch den Käufer wird der Verkäufer von seiner Nacherfüllungspflicht gem. § 275 I BGB frei).

Ein Teil der Rechtsprechung (OLG München, Urt. v. 21.7.2006 – 19 U 2503/05, MDR 2007, 259) und die h. L. befürwortet dem gegenüber einen Anspruch des Käufers **aus § 326 II 2, IV BGB analog** (Lorenz, NJW 2006, 1175, 1179; NJW 2003, 1417, 1419; NJW 2005, 1321, 1322; Braun, ZGS 2004, 423, 430; Ebert, NJW 2004, 1761, 1763; Löhnig, ZGS 2007, 134, 135; Oechsler, NJW 2004, 1825, 1826; Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457, 1461; Arnold, MDR 2005, 661; Katzenstein, ZGS 2004, 144, 146, 153; ders. ZGS 2004, 300, 308; ders. ZGS 2004, 349, 356/357; Katzenstein, ZGS 2005, 184, 185/193: Selbstvornahme des Käufers führt zu einer Befreiung des Verkäufers von seiner Leistungspflicht, Anspruch aus §§ 326 IV, 326 II 2 BGB als besonderes Instrument des Bereicherungsausgleichs; ders. ZGS 2005, 305, 311; ders. ZGS 2005, 424, 425; Gsell, ZIP 2005, 922: Ansprüche aus §§ 326 II 2, IV, G. o. A., 812 I 1 möglich, Mitverschulden des Käufers gem. §§ 323 VI, 326 II 1, 254 zu prüfen).

Teilweise werden auch Ansprüche **aus Geschäftsführung ohne Auftrag** (§§ 677, 683, 670 bzw. §§ 677, 684, 812 BGB) oder aus **§§ 812 I 2, 818 II, III BGB** bejaht (Arnold, MDR 2005, 661, 662; Oechsler, NJW 2004, 1825, 1826; Lamprecht, ZGS 2005, 266, 274; Katzenstein, ZGS 2004, 144, 146, 153; ders. ZGS 2004, 300, 308; ders. ZGS 2004, 349, 356/357; ders. ZGS 2005, 305, 311; ders. ZGS 2005, 266, 267/274; ders. ZGS 2005, 424, 425; Gsell, ZIP 2005, 922: Ansprüche aus §§ 326 II 2, IV, G. o. A., 812 I 1 möglich, Mitverschulden des Käufers gem. §§ 323 VI, 326 II 1, 254 zu prüfen).

Dem Käufer steht nach der Rspr. des BGH auch dann **kein Anspruch in Höhe der ersparten Aufwendungen des Verkäufers zur Mangelbeseitigung aus § 326 II 2, IV BGB** zu, wenn es ihm aus besonderen Gründen nicht zuzumuten war, dem Verkäufer zuvor Gelegenheit zur Nachbesserung zu geben (BGH, Urt. v. 7.12.2005 – VIII ZR 126/05, MDR 2006, 679, 680 = NJW 2006, 988, 989; BGH, Urt. v. 22.6.2005 – VIII ZR 1/05, NJW 2005, 3211, 3212). In Betracht kommt aber ein **Schadensersatzanspruch aus § 437 Nr. 3 i. V. m. § 281 II 2. Alt., wenn eine Notmaßnahme zur Erhaltung der Kaufsache erforderlich ist**, die der Verkäufer nicht rechtzeitig veranlassen könnte (BGH, Urt. v. 22.6.2005 – VIII ZR 1/05, NJW 2005, 3211, 3212; Palandt-Weidenkaff, 69. Aufl. 2010, § 437 BGB, Rn 4 a).

Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Zustand des erworbenen Tieres eine **unverzügliche tierärztliche Behandlung als Notmaßnahme** erforderlich erscheinen lässt, die vom Verkäufer auch bei rechtzeitiger Aufforderung zur Nachbesserung nicht rechtzeitig veranlasst werden könnte (BGH a. a. O.).

3. Kosten der Nacherfüllung

Der Verkäufer hat sämtliche mit der Nacherfüllung verbundenen Kosten (§ 439 II BGB) zu übernehmen, insbesondere Arbeits- und Materialkosten, den Aufwand zum Auffinden der Mangelursache (BGH, NJW 1991, 1604; Reinking/Eggert, 10. Auflage, Rn 383, 385), Transport-, Wege- und Abschleppkosten einschließlich der Kosten für den Kraftstoff, der auf

der Fahrt zur Werkstatt und auf der anschließenden Abholfahrt verbraucht wird (Reinking/Eggert, 10. Auflage, Rn 391; zu den Aus- und Einbaukosten s.u. VIII. 4.).

Transport-, Gutachter- und Rechtsanwaltskosten, die im Rahmen der Nachbesserung erforderlich waren, sind als Nachbesserungsaufwendungen zu ersetzen; es handelt sich auch insoweit um einen Erfüllungs- und nicht um einen Schadensersatzanspruch (BGH, Urt. v. 17.2.1999 – X ZR 40/96, NJW-RR 1999, 813, 814, allerdings zu §§ 633 II 2, 476 a BGB a. F.; a. A. Reinking/Eggert, 10. Auflage, Rn 394: RA-Kosten nur nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, III BGB, wobei der Käufer gem. § 254 BGB analog Aufwendungen gering halten muss),

Bestehen konkrete Anhaltspunkte, dass der Mangel im Rahmen der Nachbesserung nicht behoben wurde und wird dieser Verdacht nicht durch die Nachuntersuchung bestätigt, hat der Verkäufer den Käufer aufgrund der hierin liegenden Pflichtverletzung auch die **Kosten einer Begutachtung der durchgeführten Nachbesserung aus §§ 439 I, 280 I BGB** – nicht jedoch aus § 439 II BGB – zu erstatten (Reinking/Eggert, 10. Auflage, Rn 398).

Erweist sich die Mängelrüge des Käufers als unberechtigt, weil das Symptom, hinter dem er einen Mangel vermutete, in seinem eigenen Verantwortungsbereich lag, hat er die Kosten der Mängelrüge einschließlich der angefallenen Aufwendungen des Verkäufers im Wege des Schadensersatzes (§ 280 I BGB) zu tragen (BGH, NJW 2008, 1147; s.o.).

Da die Nacherfüllung in Form der Mängelbeseitigung für den Käufer kostenfrei zu erfolgen hat, findet – auch außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs - kein Vorteilsausgleich durch Abzug „Neu für Alt“ statt (LG Münster, Urt. v. 13.5.2009 – 1 S 29/09, DAR 2009, 531, 532; OLG Celle, Urt. v. 28.6.2006 – 7 U 235/05, juris, Nr. 47; Ball, NZV 2004, 217, 221; Bamberger/Roth-Faust, 2. Auflage, § 439 BGB, Rn 23).

4. Aus- und Einbaukosten

Hat der Käufer die **gekaufte Sache auf eigene Kosten in eine andere Sache einbauen lassen** (z. B. Parkettstäbe, Dachziegel, Bodenfliesen, sonstige Baustoffe) und zeigt sich sodann ein Mangel, der durch Ersatzlieferung behoben wird, stellt sich die Frage, ob der Verkäufer neben der Lieferung einer gleichartigen mangelfreien Sache in Anwendung des § 439 II BGB verschuldensabhängig auch für die **Kosten des Ausbaus der mangelhaften Kaufsache und des Einbaus der ersatzweise gelieferten neuen Sache** aufkommen muss (vgl. hierzu zuletzt Lorenz, NJW 2009, 1633 – 1637; Ball, DAR 2009, 497, 499; Höpfner, ZGS 2009, 270 – 277; Schneider/Katerndahl, MDR 2009, 9 – 12 und NJW 2007, 2215 – 2220; Katzenstein, ZGS 2009, 29 – 36 und ZGS 2009, 553 – 562 sowie ZGS 2008, 450 – 457; Skamel, NJW 2008, 2820 – 2822; Witt, ZGS 2008, 369 – 374; Gärtner, ZGS 2009, 109/110).

a. Einbaukosten

Im „Parkettstäbe-Fall“ (Urt. v. 15.7.2008 - VIII ZR 211/07, MDR 2008, 1146 = NJW 2008, 2837 = DAR 2008, 697) hat der BGH ausgeführt, der Verkäufer mangelhafter Parkettstäbe schulde im Zuge der Nacherfüllung durch Ersatzlieferung (§ 439 I BGB) **nur die Lieferung mangelfreier Parkettstäbe**, d. h. die Verschaffung von Besitz und Eigentum an einer mangelfreien Kaufsache (§ 433 I BGB). Zur Verlegung ersatzweise gelieferter Parkettstäbe ist der Verkäufer im Weg der Nacherfüllung aus § 439 II BGB auch dann nicht verpflichtet, wenn der Käufer die mangelhaften Parkettstäbe bereits verlegt hatte. Denn der Anspruch auf Nacherfüllung geht nicht weiter als der Anspruch auf Erfüllung, der Anspruch auf

Ersatzlieferung nicht weiter als der ursprüngliche Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache.

Eine Haftung des Verkäufers mangelhafter Parkettstäbe, die der Käufer vor der Entdeckung des Mangels auf seine Kosten verlegen ließ, für die **Kosten der Neuverlegung mangelhafter Parkettstäbe** kommt **nur unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes statt der Leistung (§§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB) in Betracht**. Der Verkäufer haftet nicht, wenn er die in der mangelhaften Lieferung liegende Pflichtverletzung (§§ 280 I 1, 433 I 2 BGB) nicht zu vertreten hat (§ 280 I 2 BGB). Regelmäßig ist für den Verkäufer der **Mangel der vom Hersteller verpackt gelieferten Massenware nicht erkennbar**, wobei der BGH im entschiedenen Fall offen gelassen hat, ob und in welchem Umfang Stichproben durchgeführt werden müssen (BGH a.a.O.). Eine generelle Untersuchungspflicht der Ware durch den Verkäufer besteht jedenfalls nicht, weil der Verkäufer i. d. R. bei neueren Sachen davon ausgehen darf, dass sie nicht mit Mängeln behaftet sind (OLG Düsseldorf, Urt. v. 31.1.2008 – 8 U 184/06, NJW-RR 2008, 1282; OLG Frankfurt, Urt. v. 14.2.2008 – 15 U 5/07, OLGR 2008, 325, 327 = juris, Nr. 26).

Da der Verkäufer auch nicht Erfüllungsgehilfe (§ 278 BGB) des Lieferanten/Großhändlers ist, haftet er nicht, wenn er die in der mangelhaften Lieferung liegenden Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat (BGH, Urt. v. 15.7.2008 – VIII ZR 211/07, NJW 2008, 2837, 2840, Nr. 29; OLG Frankfurt, Urt. v. 14.2.2008 – 15 U 5/07, OLGR 2008, 325, 327 = juris, Nr. 26: keine generelle Untersuchungspflicht, Verkäufer nicht Erfüllungsgehilfe des Fliesenlieferanten).

Die Kosten für die Verlegung neuer, mangelfreier Parkettstäbe sind auch **nicht aus §§ 437 Nr. 3, 284 BGB erstattungsfähig**. Denn es handelt sich hierbei nicht um Aufwendungen, die der Käufer im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung (hier: die Mangelfreiheit der gekauften Parkettstäbe) gemacht hat, sondern um Kosten, die erst zukünftig - aufgrund der anderweitigen Beschaffung mangelfreier Parkettstäbe – entstehen (BGH, Urt. v. 15.7.2008 – VIII ZR 211/07, MDR 2008, 1146 = NJW 2008, 2837, 2840, Nr. 28 – 33).

Dass die **Kosten des Einbaus der gekauften Sache nach Feststellung des Mangels nur aus § 280 bzw. 281 BGB erstattungsfähig** sind, entsprach auch der h. M. (OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.3.2008 – 10 U 68/07, OLGR 2009, 79, 82 = NJW-RR 2009, 777, 780: zählt man den Einbau mangelfreier Dachziegel nicht zum Gegenstand der Verkäuferpflichten nach §§ 433, 434 BGB, ist nicht § 281 BGB, sondern **§ 280 I, III BGB einschlägig**; OLG Frankfurt, Urt. v. 14.2.2008 – 15 U 5/07, OLGR 2008, 325 – 327 = ZGS 2008, 315 – 318 = juris, Nr. 26, 33 – 39, 51: Kosten für den Einbau einer neuen, mangelhaften Sache nur nach **§ 280 I BGB** erstattungsfähig, Kosten für die Lieferung der mangelfreien Sache an den Wohnort des Käufers und des Ausbaus der bereits eingebauten mangelhaften Sache sowie deren Entsorgung nach **§ 439 II BGB**; OLG Düsseldorf, Urt. v. 31.1.2008 – I-8 U 184/06, NJW-RR 2008, 1282 = OLGR 2009, 102, 103 = juris, Nr. 15 – 17: Kosten der Neuverlegung nur aus § 280 I, keine generelle Untersuchungspflicht des Verkäufers; Müko-Westermann, 5. Auflage, § 439 BGB Rn 13 und Staudinger/Matusche-Beckmann, 2004, § 439 BGB, Rn 21 sowie Lorenz, NJW 2005, 1889, 1895: **Kosten der Neuverlegung nur aus § 280 I, III; a. A.** OLG Karlsruhe, Urt. v. 2.9.2004 – 12 U 144/04, MDR 2005, 135 = OLGR 2004, 465: Ein- und Ausbaurückbaukosten nach **§ 439 II BGB** zu erstatten; OLG Köln, Urt. v. 21.12.2005 – 11 U 46/05, MDR 2006, 926 = NJW-RR 2006, 677: Einbau einer mangelfreien Sache und Kosten der vergeblichen Aufwendungen des Käufers für den Einbau der mangelhaften Sache nur gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I bzw. § 284 i. V. m. **§§ 281, 280 I 2 BGB** zu erstatten, Kosten für die Rücknahme und Entfernung der mangelhaften Fliesen aus **§ 439 II BGB**).

b. Ausbaurkosten

Ob der Verkäufer einer mangelhaften Sache, die der Käufer in eine andere Sache hat einbauen lassen, bevor sich der Mangel zeigt, im Fall der Ersatzlieferung die Kosten des **Ausbaus der mangelhaften Sache** zu tragen hat (z. B. eingebaute Fliesen, Dachziegel, Parkettstäbe), ist streitig.

Nach h. M. zählt der Ausbau der mangelhaften Ware im Fall der Nachlieferung nach § 439 I BGB zu den Pflichten des Verkäufers. Danach **gehören die Ausbaurkosten zu den nach § 439 II BGB erforderlichen Aufwendungen, die vom Verkäufer zu tragen sind**. Dabei wird auf den Charakter des Nacherfüllungsanspruchs als modifiziertem Erfüllungsanspruch abgestellt, bei dem es um die nachträgliche Herbeiführung eines vertragsgemäßen Zustandes geht. Hat der Käufer die Kaufsache ihrem bestimmungsgemäßen Zweck entsprechend eingebaut, so entspricht es dem vertragsgemäßen Zustand gerade auch, dass er nicht mit dem Ausbau der mangelhaften Sache und deren Entsorgung belastet ist (OLG Karlsruhe, Urt. v. 2.9.2004 – 12 U 144/04, ZGS 2004, 432, 433 = MDR 2005, 135, 136 = OLG 2004, 465, 466; OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.3.2008 – 10 U 68/07, OLG 2009, 79, 81/82 = NJW-RR 2009, 777, 779/780; OLG Köln, Urt. v. 21.12.2005 – 11 U 46/05, MDR 2006, 926, 927 = NJW-RR 2006, 677; OLG Frankfurt, Urt. v. 14.2.2008 – 15 U 5/07, ZGS 2008, 315, 318 = OLG 2008, 325, 326 = juris, Nr. 33 – 39; Witt, ZGS 2008, 369, 370/374: Aus- und Einbau nach § 439 I, II; Schneider/Katerndahl, NJW 2007, 2215, 2216/2220 und MDR 2009, 9, 11: Nacherfüllung ist ein modifizierter Erfüllungsanspruch, Ausbau ist Teil der Nacherfüllungspflicht aus § 439 I BGB; bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung wäre der Käufer mit dem Ausbau und der Entsorgung nicht belastet worden, Einbaukosten dagegen nur gem. § 280 I zu ersetzen; Lorenz, NJW 2009, 1633, 1635/1637: § 439 I, II BGB umfasst auch die Rücknahmeverpflichtung des Verkäufers, ggf. richtlinienkonforme Auslegung des § 439 I, II BGB erforderlich; Bamberger/Roth-Faust, 2. Auflage 2007, § 439 BGB, Rn 18, 32: Verkäufer muss die mangelhafte Sache zurücknehmen und dazu ggf. demontieren; Müko-Westermann, 4. Aufl. 2004, § 439 BGB, Rn 13; Palandt-Weidenkaff, 69. Aufl. 2010, § 439 BGB, Rn 11: § 439 I, II erfasst den Aufwand zum Auffinden der Ursache und den Ausbau der Kaufsache; Faust, JuS 2009, 470; Jaensch, JuS 2009, 131; Terrahe, VersR 2004, 680, 682; Schneider, ZGS 2008, 177, 178; offen gelassen von BGH, Beschl. v. 14.1.2009 – VIII ZR 70/08, NJW 2009, 1660, 1661 = ZGS 2009, 186, 188, Nr. 12, 13).

Der Verkäufer kann sich aber auf **§ 439 III BGB** berufen, wenn die Nacherfüllung nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist (BGH, Beschl. v. 14.1.2009 – VIII ZR 70/08, NJW 2009, 1660, 1661, Nr. 13 – 18: Vorlage an den EuGH; OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.3.2008 – 10 U 68/07, OLG 2009, 79, 82 = NJW-RR 2009, 777, 779/780: § 439 III bzw. § 275 II BGB; Höpfner, ZGS 2009, 270, 271/277: ggf. richtlinienkonforme Auslegung des § 439 II, IV BGB zugunsten des Käufers; Ball, DAR 2009, 497, 500).

Nach anderer Ansicht sind auch hinsichtlich der Ausbaurkosten die vom BGH für die Einbaukosten entwickelten Grundsätze anzuwenden, wonach sie vom Käufer nur zu tragen sind, wenn der Verkäufer den Sachmangel nicht zu vertreten hat (vgl. § 280 I 2 BGB). Beim Kaufvertrag seien weder der Einbau noch der Ausbau der mangelhaften Kaufsache vom ursprünglichen Erfüllungsanspruch aus § 433 bzw. dem modifizierten Erfüllungsanspruch des § 439 I, II BGB erfasst. Die „Verwendungsentscheidung“ liege allein beim Käufer. Eine Rücknahmepflicht könne nur bestehen, wenn die Kaufsache noch unverarbeitet vorhanden ist (Thürmann, NJW 2006, 3457, 3459/3461; Skamel, NJW 2008, 2820, 2822; Katzenstein, ZGS 2009, 29, 32/36; Ayad/Hesse, BB 2008, 1926, 1927).

Der BGH (Beschl. v. 14.1.2009 – VIII ZR 70/08, NJW 1660, 1661 = ZGS 2009, 186, 188, Nr. 13 – 22) hat die Frage, ob der Verkäufer verschuldensunabhängig aus § 439 I, II BGB zum Ausbau der mangelhaften Kaufsache verpflichtet ist, offen gelassen.

Denn im entschiedenen Fall überschritten die Kosten des Ausbaus der mangelhaften eingebauten Fliesen und der Lieferung neuer Fliesen den Wert der mangelfreien Fliesen um mehr als 200 %.

Die Kosten für die Lieferung der mangelfreien Fliesen zzgl. der Kosten für den Ausbau der fehlerhaften Ware beliefen sich auf ca. 3.300,00 € und damit unerheblich mehr als 150 % des Werts der mangelhaften Fliesen in der Größenordnung von 1.420,00 €, sodass der BGH es auch offen lassen konnte, ob die Grenze für die „absolute Unverhältnismäßigkeit“ bei 150 % des Werts der Sache im mangelfreien Zustand oder bei 200 % des mangelbedingten Minderwerts liegt (so der Vorschlag von Bitter/Meidt, ZIP 2001, 2114, 2121; BGH, Beschl. v. 14.1.2009 – VIII ZR 70/08, NJW 2009, 1660, 1662, Nr. 15, 16; auch OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.3.2008 – 10 U 68/07, OLGR 2009, 79, 82 = NJW-RR 2009, 777, 780: absolute Unverhältnismäßigkeit bei Kosten in Höhe des vierfachen der Kosten mangelfreier Ziegel).

Der BGH spricht die Möglichkeit an, § 439 III BGB im Weg der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung oder der Rechtsfortbildung dahingehend einschränkend anzuwenden, dass mit der dort geregelten absoluten Unverhältnismäßigkeit lediglich die Fälle der Unmöglichkeit nach § 275 I, II, III BGB erfasst werden, so dass sich der Verkäufer beim vorliegenden Verbrauchsgüterkauf nicht auf § 439 III BGB berufen könnte (BGH, NJW 2009, 1660, 1662, Nr. 18, 22; für eine richtlinienkonforme Auslegung Höpfner, ZGS 2009, 270, 276/277; Gärtner/Schön, ZGS 2009, 109, 111: Art. 3 III der RiLi gesteht dem Verkäufer die Einrede der absoluten Unverhältnismäßigkeit zu, aber richtlinienkonforme, teleologische Reduktion des § 439 III BGB; Lorenz, NJW 2009, 1633, 1637: auf den Verbrauchsgüterkauf zu begrenzende richtlinienkonforme Auslegung des § 439 I, II BGB; gegen eine richtlinienkonforme Auslegung und für Anwendung des § 280 I bei den Ausbaurkosten Katzenstein, ZGS 2009, 29, 32/36: Richtlinie erfasst die Verpflichtung des Käufers für Ausbau oder Rückholung nicht; Skamel, NJW 2008, 2820, 2822: Ausbaurkosten nur aus § 280 I BGB zu ersetzen).

Der BGH hat die Fragen, ob die Nacherfüllungspflicht des Verkäufers die Kosten des Ausbaus der mangelhaften Kaufsache einschließt, und ob sich der Verkäufer gegenüber dem Käufer im Lichte der Art. 3 II, III unter Abs. 1, 2 und 3 der RiLi 1999/44/EG auf eine Unverhältnismäßigkeit nach § 439 III BGB berufen kann, dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt. Das AG Schorndorf (Beschl. v. 25.02.2009 – 2 C 818/08, ZGS 2009, 525, 526) hat dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die RiLi dahingehend auszulegen ist, dass der Verkäufer die Ausbaurkosten verschuldensunabhängig zu tragen hat.

IX. Erfüllungsort bei der Nachlieferung

Erfüllungsort (§ 269 I BGB) für die Nacherfüllung ist nach Auffassung der **h. M. der Ort, an dem sich die Kaufsache nach Abschluss des Kaufvertrages und Übergabe zum bestimmungsgemäßen Gebrauch befindet.** Ist dieser Ort nicht ausdrücklich geregelt, folgt aus der Natur des Schuldverhältnisses i. d. R., dass sich etwa ein zum privaten Gebrauch erworbener Pkw am Wohnort des Käufers, ein zu gewerblichen Zwecken erworbener Pkw am Firmensitz des Käufers befindet (OLG München, Urt. v. 12.10.2005 – 15 U 2190/05, OLGR 2006, 504, 505 = ZGS 2006, 155: gebrauchter Pkw; OLG Celle, Urt. v. 10.12.2009 – 11 U

32/09, MDR 2010, 372: gebrauchter Pkw; OLG Köln, Urt. v. 21.12.2005 – 11 U 46/05, MDR 2006, 926 = NJW-RR 2006, 677; AG Menden, Urt. v. 3.3.2004 – 4 C 26/03, NJW 2004, 2171; Schneider/Katerndahl, MDR 2009, 9, 10; Andreae, NJW 2007, 3457, 3458; Höpfner, ZGS 2009 270, 273; Lorenz, NJW 2007, 1, 5 und NJW 2006, 1175, 1178; Faust, JuS 2008, 84; Witt, ZGS 2008, 369, 370; Staudinger/Matusche-Beckmann, 2004, § 439 BGB, Rn 9; Erman/Grunewald, 12. Aufl., § 439 BGB, Rn 3, 5; Müko-Westermann, 4. Auflage, § 439 BGB, Rn 7; Bamberger/Roth-Faust, 2. Aufl., § 439 BGB, Rn 13: Pflicht zur Ersatzlieferung und Rückgabe der reparierten Sache ist damit auf jeden Fall Bringschuld).

Auch der BGH hat in einer zum Werkvertragsrecht ergangenen Entscheidung ausgeführt, dass die Nacherfüllung im Zweifel dort zu erbringen sei, wo sich das nachzubessernde Werk vertragsgemäß befindet (BGH, Urt. v. 8.1.2008 – X ZR 97/05, MDR 2008, 552 = NJW-RR 2008, 724 = DAR 2008, 344). Der BGH stellt dabei auf die Wertung des Gesetzes ab. Für den Besteller würde ein Transport zum Werkunternehmer – gerade bei größeren Kaufgegenständen – nicht selten einen erheblichen Aufwand darstellen. Für das Kaufrecht kann aufgrund der eindeutig feststellbaren Regelungsabsicht des Gesetzgebers nichts anderes gelten (Höpfner, ZGS 2009, 270, 273; Schneider/Katerndahl, MDR 2009, 9, 10).

Auch der europarechtliche Hintergrund stützt dieses Ergebnis (vgl. Schneider/Katerndahl, MDR 2009, 9, 10). Der EuGH, Urt. v. 25.2.2010 – C 381/08, NJW 2010, 1059) hat entschieden, dass der Erfüllungsort auch beim Versandkauf nicht der Ort der Lieferhandlung des Verkäufers, sondern der Ort der Übergabe der Ware an den Käufer ist. Gemeinsamer Bezugspunkt aller Gestaltungen (Hol-, Schick- und Bringschulden) ist damit der Ort, an dem der Käufer die Ware entgegenzunehmen hat.

Nach der Gegenansicht liegt der **Erfüllungsort bei der Nacherfüllung gem. § 439 I grundsätzlich beim Verkäufer**. Für den ursprünglichen Erfüllungsanspruch aus § 433 BGB und für den Nacherfüllungsanspruch als modifiziertem Erfüllungsanspruch könnten keine unterschiedlichen Erfüllungsorte begründet werden. Insbesondere bei gekauften Kraftfahrzeugen muss es dem Verkäufer ermöglicht werden, Fehleruntersuchungen und Instandsetzungsmaßnahmen in seiner Werkstatt vorzunehmen. Dem Käufer entstehen dadurch keine wesentlichen Nachteile, da der Verkäufer die Transportkosten und die Transportgefahr trägt (OLG München, Urt. v. 20.6.2007 – 20 U 2204/07, OLGR 2007, 796, 797 = NJW 2007, 3214, 3215; Reinking/Eggert, 10. Auflage 2009, Rn 355, 358, 1733; Ball, NZV 2004, 217, 221; Skamel, DAR 2004, 565, 568 und ZGS 2006, 227; Ball, DAR 2009, 497, 499; Reinking, NJW 2008, 3608, 3612: am ursprünglichen Erfüllungsort sind beide Arten der Nacherfüllung zu erbringen; Muthorst, ZGS 2007, 370, 372/373; Palandt-Weidenkaff, 69. Aufl. 2010, § 439 BGB, Rn 3 a: jedenfalls bei der Nachbesserung bleibt der Erfüllungsort beim Verkäufer).

Der BGH hat die Frage in seinem Urteil vom 15.7.2008 (VIII ZR 211/07, NJW 2008, 2837, 2839, Nr. 27) ausdrücklich offen gelassen.

