

2011

Aktuelle Entwicklungen im Kaufrecht - Die Nacherfüllung gem. § 439 BGB

Rechtsanwalt Rüdiger Martis, Schwäbisch Gmünd

Im Anschluss an die Beiträge „Die Beweislastumkehr nach § 476 BGB“ (MDR 2010, 841 – 845) und „Das Erfordernis der Fristsetzung zur Nacherfüllung“ (MDR 2010, 1293 – 1298) stellt der schwerpunktmäßig im Vertragsrecht tätige Verfasser die aktuelle Rechtsprechung zur Nacherfüllung im Kaufrecht dar.

I. Rechtsnatur; Obliegenheit des Käufers

Beim Nacherfüllungsanspruch handelt es sich um den *modifizierten Erfüllungsanspruch* aus § 433 BGB

(1 Palandt-Weidenkaff, 70. Aufl. 2011, § 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. 10.3.2010 – VIII ZR 310/08, NJW 2010, 1448, 1449; BGH, Urt. v. 9.1.2008 – VIII ZR 210/06, NJW 2008, 1371, Nr. 10, 19, 20**).

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**).

II. 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.

III. Kein Ausschluss des Nachbesserungsanspruchs (§§ 442, 444, 475 I, 307 – 309 BGB).

1. Freizeichnungsklauseln

Der Nachbesserungsanspruch darf nicht untergegangen, ausgeschlossen oder mit einer Einrede behaftet sein. Liegt etwa 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).

Freizeichnungsklauseln können gem. §§ 309 Nr. 7 a, Nr 7 b, 307 I, II BGB unwirksam sein. So ist 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 Vertragsgenstands abgegeben, die den Mangel betrifft“, ist 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).

2. Verjährung

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, Fn 4, 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; Stodolkowitz, ZGS 2010, 448, 450; Lorenz, NJW 2007, 1, 5; Reinking/Eggert, Fn. 4, Rn 2035).

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; Erman/Grunewald, 12. Aufl., § 440 BGB, Rn 12; Stodolkowitz, ZGS 2010, 448, 451: **Nachbesserung führt nicht zu einem Neubeginn, aber § 203 BGB zu beachten**; 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 2007, § 438 BGB Rn 59; Staudinger/Matusche-Beckmann, 2004, § 438 BGB, Rn 58; Menges, JuS 2008, 395; auch Reinking/Eggert, Fn. 4, Rn 2035: **Ersatzlieferung stellt konkludentes Anerkenntnis dar**).

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

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, Fn. 4, 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; a.A. Ball, NZV 2004, 217, 219 und Müko-Büdenbender, 5. Aufl., § 439 BGB, Rn 24**).

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, Fn. 1, § 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, Fn. 4, Rn 337, 338**).

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 (**Skamel, ZGS 2006, 457, 461; Reinking/Eggert, Fn. 4, 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, § 439 BGB, Rn 10; Reinking/Eggert, Fn. 4, 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, § 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 (BGH, Urt. v. 9.3.2011 – VIII ZR 266/09, juris: auch zum Beweis des Fehlschlagens der Nachbesserung genügt der Nachweis, dass das Symptom weiterhin auftritt; OLG Hamm, Urt. v. 12.5.2009 – 28 U 42/09, NJW-RR 2009, 1718, 1720; OLG München, Urt. v. 9.3.2006 – 6 U 4082/05, MDR 2006, 1338, 1339 Reinking/Eggert, Fn. 4, Rn 349, 386).

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).

Für die Wirksamkeit der **erforderlichen Fristsetzung zur Nacherfüllung bzw. Nachbesserung** (vgl. 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) reicht es aus, 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, MDR 2010, 731 = VersR 2010, 915, 916, Nr. 16).

Es genügt sogar die **Forderung nach der Fertigstellung, wenn der Mangel schon bekannt ist** (BGH, Urt. v. 25.3.2010 – VII ZR 224/08, 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, 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 erstmals im Berufungsrechtszug erfolgte, unstrittige 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**).

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**).

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, § 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, Fn. 4, 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; Ball, VRiBGH, NZV 2004, 217, 220: Ersatzlieferung nur ausnahmsweise möglich, z.B. beim Kauf von technisch identischen PKW mit Tageszulassung oder „Flottenrückläufern“ mit vergleichbarem Kilometerstand; 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).**

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). 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 = juris, Nr. 11: für die Zwecke des Käufers unbrauchbares Reitpferdes; vgl. auch OLG Zweibrücken, Urt. v. 30.4.2009 – 4 U 103/08, OLGR 2009, 717, 718 = juris, Nr. 27, 28: Nacherfüllung durch Ersatzlieferung beim Kauf eines für den Turniersport erworbenen Reitpferdes; OLG Frankfurt, Urt. v. 17.7.2006 – 18 U 96/05, NJOZ 2007, 2046: Nacherfüllung bei festgestellten Beschwerden des gekauften Reitpferdes in Form einer tierärztlichen Behandlung möglich und zumutbar ist).

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, Fn. 4, 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 behebbar 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, Fn. 4, Rn 418, 421, 423, 424).

1. Einrede des Verkäufers

Die *vom Verkäufer zu erhebende Einrede* der Unverhältnismäßigkeit kann vom Verkäufer 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).

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).

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, § 439 BGB, Rn 20; Reinking/Eggert, Fn. 4, Rn 420: **Nacherfüllungspflicht beschränkt sich dann auf die andere, mögliche, nicht unverhältnismäßige Art der Nacherfüllung**).

Einer Verweigerung der Nacherfüllung steht es gleich, wenn der Verkäufer die Mängelbeseitigung davon abhängig macht, dass der Käufer eine Erklärung unterzeichnet, wonach er die Kosten der Untersuchung und weiterer Maßnahmen für den Fall nicht feststellbarer Mängel oder der fehlenden Verantwortlichkeit des Verkäufers für den Mangel übernimmt (BGH, Urt. v. 2.9.2010 – VII ZR 110/09, MDR 2010, 1311, 1312 zum Werkvertrag).

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 bzw. vom Vertrag zurücktreten und/oder Schadensersatz verlangen, §§ 437 Nr. 2, Nr. 3, 440, 441, 323, 280, 281, 283, 311 a BGB (Ball, NZV 2004, 217, 225; Palandt-Weidenkaff, § 439, Rn 19, 21; Reinking/Eggert, Fn. 4, 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, Fn. 4, Rn 417; Palandt-Weidenkaff, § 439 BGB, Rn 16 a; Kaeding, NJW 2010, 1031, 1034; Ball, NZV 2004, 217, 223; Müggendorf, 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, Fn. 4, 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, Fn. 4, Rn 445, 446: 20 % bis 30 %, 10 % zu niedrig; differenzierend Bamberger/Roth-Faust, § 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, § 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, Fn.4, Rn 443, 444: Grenzwerte von 130 % bis 150 % problematisch**).

Reinking/Eggert 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, Fn. 4, 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**).

VII. Erforderlichkeit der Fristsetzung zur Geltendmachung von Sekundärrechten

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, Nr. 18; Einzelheiten zur Fristsetzung und deren Entbehrlichkeit vgl. Martis, MDR 2010, 1293 -1298**).

VII. 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 (**BGH, 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**) 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**) 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, Nr. 26, 28, 29, 42; vgl. hierzu Heimmermann, 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).

3. 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; 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 a.a.O.; Reinking/Eggert, Fn. 4, 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. befürworten 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).

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**). 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.**).

4. 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, Fn.4, 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, Fn.4, Rn 391**).

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, Fn. 4, 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, Fn. 4, Rn 398; zur unberechtigten Mängelrüge s.o. IV. 3.**).

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**).

5. 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“ (BGH, Urt. v. 15.7.2008 - VIII ZR 211/07, MDR 2008, 1146 = NJW 2008, 2837) 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).

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 = 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; Miko-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. aber* OLG Karlsruhe, Urt. v. 2.9.2004 – 12 U 144/04, MDR 2005, 135 = OLGR 2004, 465: Ein- und Ausbaurkosten 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 = OLGR 2004, 465, 466; OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.3.2008 – 10 U 68/07, OLGR 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 = OLGR 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, Einbaurkosten 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; Palandt-Weidenkaff, § 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, 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, OLGR 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).

Der BGH (9BGH, **Beschl. v. 14.1.2009 – VIII ZR 70/08**, NJW 2009, 1660, 1661, 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 %, so dass eine „absolute Unverhältnismäßigkeit“ s.o.) vorlag (vgl. 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 und Skamel, NJW 2008, 2820, 2822**).

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.

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: 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; 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; Bamberger/Roth-Faust, § 439 BGB, Rn 13**).

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**). 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 (**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 Koblenz, Urt. v. 16.7.2010 – 8 U 812/09, ZGS 2010, 570 = DAR 2011, 84, 85 – Revision zugelassen; OLG München, Urt. v. 20.6.2007 – 20 U 2204/07, OLGR 2007, 796, 797 = NJW 2007, 3214, 3215; Reinking/Eggert, Fn. 4, Rn 355, 358, 1733; Ball, NZV 2004, 217, 221 und DAR 2009, 497, 499; Skamel, DAR 2004, 565, 568 und ZGS 2006, 227; Reinking, NJW 2008, 3608, 3612: am ursprünglichen Erfüllungsort sind beide Arten der Nacherfüllung zu erbringen; Muthorst, ZGS 2007, 370, 372/373**).

Der BGH hat die Frage in seinem Urteil vom 15.7.2008 ausdrücklich offen gelassen (**BGH, VIII ZR 211/07, NJW 2008, 2837, 2839, Nr. 27; auch OLG Koblenz, Urt. v. 16.7.2010 – 8 U 812/09, DAR 2011, 84, 85 – Revision zugelassen**).