

Schuldrecht - BT: Lösung Fall 3

Die Klage ist begründet, wenn L von D Zahlung von Euro 2.000,-- verlangen kann.

1. Teil: Anspruch L gegen D auf Zahlung der Euro 1.500,-- Reparaturkosten für den Katalysator

A. In Betracht kommt zunächst ein Anspruch aus 439 II.

Jedoch ist diese Vorschrift schon von ihrer Rechtsfolge her nicht geeignet, dem Käufer einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen zu geben, wenn er – wie hier – den Mangel selbst beseitigt oder beseitigen läßt.

Argumente:

- Nach ihrem Wortlaut betrifft die Vorschrift des 439 II lediglich die Kosten, die bei der Nacherfüllung durch den Verkäufer selbst anfallen und enthält damit keine Anspruchsgrundlage, sondern eine reine Kostenzuordnung.
- Andernfalls würde sich ein Widerspruch zur Systematik des 437 Nr. 1-3 ergeben, wonach der Käufer vom Verkäufer zunächst einmal nur die kostenfreie (439 II) Nacherfüllung verlangen kann nach 439 I, während die Geltendmachung weitergehender Rechte grundsätzlich nach 323 I, 281 I und aus 440/475d ersichtlich einer vorherigen erfolglosen Fristsetzung zur Nacherfüllung bedarf.

(BGH NJW 2021, 2277 = JuS 2021, 1182; Grüneberg/Weidenkaff 439 Rn 9 und 437 Rn 4 a; Bamberger/Roth-Faust 439 Rn 25)

Hinweis: Anders ist zu entscheiden für die Kosten vorbereitender Maßnahmen wie etwa für ein Sachverständigen Gutachten oder für den Transport der Sache zum Verkäufer (selbst wenn der Leistungsort für die Nacherfüllung beim Verkäufer liegt, wobei 439 II dann beim Verbrauchsgüterkauf nicht nur einen Ersatzanspruch, sondern über 475 IV auch einen Anspruch auf Vorschuß gewährt) oder die zur Durchsetzung einer Ersatzlieferung erforderlichen Anwaltskosten, wenn der Verkäufer die ihm zunächst gewährte Gelegenheit zur Beseitigung des Mangels nicht wahrgenommen hat.

(BGH NJW 2019, 292 = JuS 2019, 487; BGH NJW 2017, 2758; BGH NJW 2014, 2351 = JuS 2015, 361 = JA 2014, 707 mit Anm. Lorenz NJW 2014, 2319; BGH NJW 2011, 2278 = JuS 2011, 745 = JA 2011, 783; Segger/Gauß JuS 2015, 627)

Ergebnis: Ein Anspruch aus 439 II scheidet von vornherein aus.

B. Aus 280 I, III, 281 iVm 437 Nr. 3 auf Schadensersatz statt der Leistung wegen Nichtvornahme der Nacherfüllung durch den Verkäufer D

Hinweis: Zwar ist eine Beseitigung des Mangels jetzt – nach der Reparatur des Katalysators – nicht mehr möglich, so daß ein Anspruch aus 280 I, III, 283 S. 1 iVm 437 Nr. 3 wegen Unmöglichkeit der Nacherfüllung zu prüfen sein könnte. Liegen jedoch zur Zeit der Selbstvornahme durch den Käufer die Voraussetzungen des Anspruchs aus 280 I, III, 281 iVm 437 Nr. 3 wegen Nichtvornahme der Nacherfüllung bereits vor, weil entweder eine Fristsetzung entbehrlich oder eine (angemessene) Nachfrist bereits abgelaufen war, können die Kosten der Nacherfüllung schon gem. 280 I, III, 281 iVm 437 Nr. 3 ersetzt verlangt werden und ist deshalb der Anspruch aus 280 I, III, 281 iVm 437 Nr. 3 vorrangig zu prüfen.

(Lorenz NJW 2003, 1418 Fußnote 9; Bressler NJW 2004, 3382)

Voraussetzungen:

I. Die Voraussetzungen des 437 müssen gegeben sein.

1. Anwendungsbereich des 437

- a) Der sachliche Anwendungsbereich des 437 ist gegeben, da es sich um einen Sachkauf handelt und zwar in Form eines Verbrauchsgüterkaufs iSv 474 I 1, da der Pkw eine bewegliche Sache ist, die D als Unternehmer iSv 14 dem L als Verbraucher iSv 13 verkauft, mit der Folge, daß auch die Sondervorschriften der 474 II ff zu beachten sind.
- b) Die Streitfrage, ob für den zeitlichen Anwendungsbereich des 437 wegen 434 I auf den (hypothetischen) Gefahrübergang nach 446 S. 1 abzustellen ist oder – in Anlehnung an

den Rechtsgedanken des 363 – darauf, ob der Käufer die Sache als prinzipielle Erfüllungsleistung angenommen hat, braucht hier (wie idR) nicht entschieden zu werden, denn L ist das Kfz übergeben worden (446 S. 1) bzw. hat L das Kfz als prinzipielle Erfüllungsleistung angenommen, so daß hier nach beiden Auffassungen der zeitliche Anwendungsbereich des 437 gegeben ist.

2. Wirksamer Kaufvertrag zwischen L und D
Hier haben L und D einen wirksamen Kaufvertrag über den Pkw geschlossen.
3. Mangel der Kaufsache, 434 I
Hier kommt ein Sachmangel iSv 434 II 1 Nr. 1 in Betracht.
Das setzt voraus, daß der Pkw wegen der Beschädigungen am rechten Katalysator in seiner tatsächlichen (Ist-) Beschaffenheit von der vertraglich vereinbarten (Soll-) Beschaffenheit für L nachteilig abweicht.
Dies ist hier der Fall, da der Pkw nach der vertraglichen Vereinbarung lediglich Lack- und Blechschäden erlitten haben und teilweise nachlackiert sein sollte und die Beschädigungen am Katalysator über diese Beeinträchtigungen des Pkw hinausgehen.
4. Zur Zeit des Gefahrübergangs, 434 I
Da bei Vorliegen eines Sachmangels ein Übergang der Vergütungsgefahr nicht stattfindet (Coester-Waltjen Jura 2002, 538), ist auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem die Gegenleistungsgefahr bei Mangelfreiheit übergegangen wäre (Canaris, Die Neuregelung des Leistungsstörungen- und des Kaufrechts S. 72).
Hier läßt sich laut Sachverhalt nicht mehr aufklären, wann das Aufsetzen des Fahrzeugs als Ursache für die Beschädigungen am rechten Katalysator erfolgt ist und bleibt somit offen, ob der Mangel schon zur Zeit der Übergabe des Pkw, die gem. 446 S. 1 die Vergütungsgefahr bei Mangelfreiheit hätte übergehen lassen, vorlag, oder erst später durch einen Fahrfehler des L herbeigeführt worden ist.
Fraglich ist daher, wen die Beweislast für das Vorhandensein des Mangels im maßgeblichen Zeitpunkt des hypothetischen Gefahrübergangs trifft.
 - a) Grundsätzlich trifft die Beweislast ab Abnahme der Kaufsache als Erfüllung gem. 363 den Käufer und würde danach ein Schadensersatzanspruch aus 280 I, III, 281 iVm 437 Nr. 2 ausscheiden, da L den Beweis dafür, daß das Fahrzeug schon zur Zeit der Übergabe mangelhaft war, nicht erbringen kann.
 - b) Aber aus 477 I 1 könnte sich etwas anderes ergeben, der beim Verbrauchsgüterkauf für das erste Jahr ab Gefahrübergang eine Beweislastumkehr zugunsten des Verbrauchers vorsieht.
Voraussetzungen:
 - aa) Verbrauchsgüterkauf iSv 474 I 1
Wie oben gezeigt, handelt es sich bei dem Kaufvertrag zwischen L und D um einen Verbrauchsgüterkauf iSv 474 I 1.
 - bb) Innerhalb eines Jahres nach Gefahrübergang muß sich ein Zustand gezeigt haben, der von den Anforderungen nach 434 oder 475b abweicht (was freilich der Käufer zu beweisen hat).
Mit dieser Formulierung soll klargestellt werden, daß, wenn sich innerhalb eines Jahres seit Gefahrübergang irgendein Sachmangel zeigt (z. B. in Gestalt eines Motorschadens, der zur Zeit des Gefahrübergangs unstrittig noch nicht vorhanden war), sich die Vermutung des 477 I 1 auch darauf erstreckt, daß dieser innerhalb eines Jahres aufgetretene Sachmangel ggf. Folge eines bereits bestehenden Grundmangels (z. B. eines Materialfehlers war), mit der Folge, daß der Verkäufer das Vorliegen eines solchen Grundmangels widerlegen muß (im Beispielsfall also durch den Nachweis, daß der später aufgetretene Motorschaden auf einem Fahrfehler des Käufers beruht).
Hier hat sich der Schaden am Katalysator am 23.11.2022 und damit noch innerhalb der Jahresfrist des 477 I 1 gezeigt.

- cc) Kein Ausschluß der Beweislastumkehr nach 477 I 1 aE
Das kann sich ergeben:

(1) Aus der Art der Sache

Dies betrifft insbesondere leicht verderbliche Waren, wie etwa Lebensmittel, die geraume Zeit innerhalb eines Jahres nach Gefahrübergang verdorben sind. Nach einem Teil der Lit soll das auch für gebrauchte Sachen – wie hier – gelten, weil es bei diesen wegen des sehr unterschiedlichen Grades der Abnutzung keinen entsprechenden allgemeinen Erfahrungssatz gebe, daß die Sache bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelhaft gewesen sein muß, wenn innerhalb von einem Jahr ein Mangel auftritt.

(Reinicke/Tiedtke Kaufrecht Rn 738; Westermann NJW 2002, 241)

Richtig ist es jedoch, mit der jetzt hM die Vermutung des 477 I 1 auch bei gebrauchten Sachen anzuwenden und ggf. über die Art des Mangels auszusprechen, da die Vorschriften für den Verbrauchsgüterkauf aus 474 II 2 ersichtlich grds. auch für gebrauchte Sachen gelten.

(BGH NJW 2005, 3492; BGH NJW 2004, 2299; OLG Koblenz NJW 2007, 1828; OLG Stuttgart ZGS 2005, 156; OLG Stuttgart ZGS 2005, 36; OLG Köln ZGS 2004 mit Anm. Wietoska ZGS 2004, 8; Bamberger/Roth-Faust 476 Rn 18; Gsell JuS 2005, 968; v. Westphalen ZGS 2005, 214; Lorenz NJW 2004, 3020)

(2) Aus der Art des Mangels

- (a) Denkbar ist, dafür schon genügen zu lassen, daß es sich um einen Mangel handelt, der typischerweise jederzeit auftreten kann – etwa äußere Beschädigungen der Sache, wie hier – und der daher für sich genommen also keinen hinreichend wahrscheinlichen Rückschluß auf sein Vorliegen bzw. auf das Vorliegen eines Grundmangels schon zur Zeit des Gefahrübergangs zuläßt.

(Lorenz NJW 2004, 3020)

Aber diese Auffassung ist abzulehnen.

Argumente:

- Zum einen widerspricht diese Auffassung dem in 477 normierten Regel-Ausnahme-Verhältnis.
- Und zum anderen wird verkannt, daß die Vermutung des 477 nicht lediglich auf den allgemeinen Erfahrungssatz beruht, daß ein Mangel, der sich innerhalb eines Jahres zeigt, vermutlich schon bei Gefahrübergang vorhanden war. Grund für 477 sind vielmehr die schlechteren Beweismöglichkeiten des Verbrauchers und die – jedenfalls im engen zeitlichen Zusammenhang mit der Übergabe – ungleich besseren Erkenntnismöglichkeiten des Unternehmers.

(BGH NJW 2005, 3490 mit Anm. Witt NJW 2005, 3468; Grohmann/Gru-schinske ZGS 2005, 452)

Hinweis: S. auch BGH NJW 2007, 2169 = JA 2007, 898 (Zuchtkater), wonach 477 auch dann zur Anwendung kommt, wenn der Verkäufer den Mangel nicht erkennen konnte, denn daß der Verkäufer typischerweise die besseren Erkenntnismöglichkeiten habe, sei zwar Grund für die Regelung in 477, nicht aber Voraussetzung für die Anwendung dieser Vorschrift, die andernfalls bei verdeckten Mängeln generell nicht eingreifen und somit in einer Vielzahl von Fälle leerlaufen würde.

- (b) Richtig ist es daher, davon auszugehen, daß die Vermutung des 477 I 1 nur dann mit der Art des Mangels unvereinbar ist iSv 477 I 1 aE, wenn es sich um einen Mangel handelt, der auch dem fachlich nicht versierten Käufer hätte auffallen müssen, da in einem solchen Fall der Normzweck des 477, die strukturell ungleichen Möglichkeiten von Verbraucher und Unternehmer zur Beweisführung über die Vertragsmäßigkeit der Kauf-

sache, nicht zutrifft und bei solchen offenkundigen Mängeln zu erwarten ist, daß der Käufer den Mangel bei der Übergabe beanstandet und eine Entgegennahme ohne Beanstandung folglich gegen die Vermutung spricht, daß der Mangel schon bei Gefahrübergang vorhanden war.

(BGH NJW 2006, 1195; BGH NJW 2005, 3490 mit Anm. Witt NJW 2005, 3968; Grohmann/Gruschinske ZGS 2005, 452; s. auch Maultzsch NJW 2006, 3091)

Hier handelt es sich jedoch nicht um einen solchen offenkundigen Mangel, denn das Fahrzeug wies lediglich auf der Unterseite einen Schaden auf, der dem L bei einer üblichen Besichtigung des auf dem Boden (und nicht etwa auf einer Hebebühne) stehenden Fahrzeugs nicht auffallen mußte.

dd) Rechtsfolge: Zugunsten des Käufers wird vermutet, daß der Mangel schon zur Zeit des Gefahrübergangs vorhanden war.

Hier kann D diese Vermutung nicht widerlegen, da er nicht nachweisen kann, daß die Beschädigungen des Katalysators auf einem Fahrfehler des L beruhen.

Ergebnis: Die Voraussetzungen des 437 sind gegeben.

II. Rechtsfolge: Der Käufer hat die in 437 Nr. 1-3 genannten Rechte, wenn die Voraussetzungen der dort genannten Vorschriften gegeben sind (Rechtsgrundverweisung).

Danach ist für den Schadensersatzanspruch aus 280 I, III, 281 iVm 437 Nr. 3 zusätzlich zu den bereits in 437 genannten Voraussetzungen noch die erfolglose Fristsetzung zur Nacherfüllung gem. 281 I 1 bzw. die Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach 475d I iVm 475d II sowie das Vertretmüssen des Verkäufers nach 280 I 2 erforderlich.

1. Hier hat L dem D keine Frist zur Nacherfüllung, also zur Reparatur des Katalysators gesetzt.
2. Aber die Fristsetzung könnte entbehrlich gewesen sein gem. 475d I iVm 475d II
475d I, II regelt beim Verbrauchsgüterkauf – wie hier – abschließend und abweichend von 323 II, 281 II und 440, in welchen Fällen für den Rücktritt und den Schadensersatz statt der Leistung eine Fristsetzung zur Nacherfüllung nach 323 I/281 I entbehrlich ist.
 - a) 475d I Nr. 1 iVm 475d II 1 regelt den Fall, daß der Unternehmer die Nacherfüllung trotz Ablaufs einer angemessenen Frist (\neq 475 V) ab dem Zeitpunkt, zu dem ihn der Verbraucher über den Mangel unterrichtet hat, nicht vorgenommen hat.
Hier scheidet 475d I Nr. 1 aus, da L die Reparatur des Katalysators unmittelbar selbst in Auftrag gegeben hat, bevor er dem D den Mangel mitgeteilt hat.
 - b) Nach 475d I Nr. 2 iVm 475d II 1 ist die Fristsetzung entbehrlich, wenn sich trotz der vom Unternehmer versuchten Nacherfüllung ein Mangel zeigt.
Anders als nach 440 S. 2 kann damit bereits nach dem ersten erfolglosen Nacherfüllungsversuch zurückgetreten werden und greift diese Bestimmung anders als bei 440 nicht nur bei erfolgloser Nacherfüllung, sondern auch dann, wenn im Zuge der Nacherfüllung ein neuer Mangel verursacht wurde.
(Lorenz NJW Sonderausgabe Neues Schuldrecht, 8)
Hier kein derartiger Fall.
 - c) 475d I Nr. 3 iVm 475d II 1 betrifft, den Fall, daß der Mangel so schwerwiegend ist, daß dies einen sofortigen Rücktritt rechtfertigt.
Dies ist unter Abwägung der widerstreitenden Interessen vom Verbraucher und Unternehmer zu entscheiden und dürfte dabei auf die im Rahmen von 323 II Nr. 3 und 440 S. 1 Fall 3 entwickelten Grundsätze zurückzugreifen sein.
Hier (-)
 - d) Nach 475d I Nr. 4 iVm 475d II 1 ist eine Fristsetzung entbehrlich, wenn der Unternehmer die ordnungsgemäße Nacherfüllung verweigert, gleich, ob nach 439 IV zurecht oder zu unrecht.

Entscheidend ist allein die Verweigerung der gem. 439 I oder II oder 475 V ordnungsgemäßen (Art und Weise der) Nacherfüllung. Daher ist, anders als bei 323 II Nr. 1, bei unberechtigter Verweigerung der Nacherfüllung nicht erforderlich, daß der Unternehmer die ordnungsgemäße Nacherfüllung endgültig und ernsthaft verweigert.

Hier scheidet auch 475d I Nr. 4 aus, da V die Reparatur des Katalysators unmittelbar selbst in Auftrag gegeben hat und D somit gar keine Gelegenheit hatte, die Nacherfüllung in Form der Reparatur des Katalysators zu verweigern.

- e) Schließlich ist die Fristsetzung gem. 475d I Nr. 5 iVm 475d II 1 entbehrlich, wenn es nach den Umständen offensichtlich ist, daß der Unternehmer nicht gem. 439 I oder II oder 475 V ordnungsgemäß nacherfüllen wird.

Dies erfordert, daß der Unternehmer offensichtlich

- entweder die Nacherfüllung als solche
- oder die Kostentragung nach 439 II
- oder die fristgerechte Nacherfüllung
- oder eine Nacherfüllung ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher

nicht erbringen wird.

Hier könnte der Fall gegeben sein, daß die Nacherfüllung nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Käufer erbracht werden kann.

Zwar hat L behauptet, auf das Fahrzeug angewiesen gewesen zu sein. Jedoch konnte auch die Fiat-Werkstatt den Schaden am Katalysator nicht sofort beheben, weshalb L seine Fahrt zunächst mit einem Mietfahrzeug fortsetzen mußte. Unter diesen Umständen ist nicht ersichtlich, warum L nicht, statt den Schaden durch die Fiat-Werkstatt sogleich beheben zu lassen, zunächst dem D hätte Gelegenheit geben können, die Ursache festzustellen und den Mangel selbst zu beseitigen.

Ergebnis: Ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus 280 I, III, 281 iVm 437 Nr. 3 scheidet mangels Fristsetzung zur Nacherfüllung aus.

- C. Aber ein Anspruch aus 280 I, III, 283 S. 1 iVm 437 Nr. 3 auf Schadensersatz statt der Leistung könnte gegeben sein, weil die Nacherfüllung jetzt – nachdem der Mangel beseitigt ist – unmöglich sein könnte. Voraussetzungen:

I. Die Voraussetzungen des 437 sind gegeben.

II. Rechtsfolge: Der Käufer kann gem. 280 I, III, 283 S. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn zusätzlich zu den bereits in 437 genannten Voraussetzungen folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

1. Ausschluß der Leistungspflicht der Verkäufers gem. 275 I-III

Hier könnte die Leistungspflicht des D ausgeschlossen sein gem. 275 I.

- a) Geschuldete Leistung iSv 275 I, 283 S. 1 iVm 437 Nr. 3 ist bei einem Mangel der Kaufsache – wie hier – die Nacherfüllung gem. 439 I.
(Lorenz/Riehm Rn 521; Reischl JuS 2003, 251)

Da es sich hier jedoch um einen Gebrauchtwagen und damit um einen Stückkauf handelt, könnte eine Nacherfüllung in Form der Nachlieferung gem. 439 I Fall 2 von vornherein ausgeschlossen und die Pflicht des D aus 439 I daher auf eine Mängelbeseitigung nach 439 I Fall 1 beschränkt sein.

Doch ist nach hM auch beim Stückkauf ein Anspruch auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache gem. 439 I Fall 2 anzunehmen, nämlich dann, wenn die Kaufsache nach dem Parteiwillen und seiner Auslegung nach 133, 157 „ersetzbar“ ist.

(S. dazu ausführlich SBT Fall 1)

Da es sich hier um einen Gebrauchtwagen handelt, der durch seinen konkreten Gebrauch so individualisiert ist, daß er nach dem Parteiwillen nicht „ersetzbar“ ist, scheidet aber auch nach der hM eine Nacherfüllung in Form der Nachlieferung aus, und

beschränkt sich die Pflicht des D daher nach beiden Auffassungen auf eine Mängelbeseitigung nach 439 I Fall 1, so daß die Streitfrage, ob auch beim Stückkauf eine Nachlieferung nach 439 I Fall 2 in Betracht kommt, hier nicht entschieden zu werden braucht.

- b) Unmöglichkeit iSv 275 I erfordert ein dauerndes Leistungshindernis. Hier liegt Unmöglichkeit, und zwar objektive Unmöglichkeit iSv 275 I Fall 2, aus tatsächlichen Gründen vor, da niemand mehr den Mangel beseitigen kann, nachdem er bereits beseitigt ist (Fallgruppe der anderweitigen Zweckerreichung). (Lorenz NJW 2005, 1322, Herresthal/Riehm NJW 2005, 1457; Katzenstein ZGS 2005, 184; aA Dauner-Lieb ZGS 2005, 11; s. auch Lorenz NJW 2006, 1177, der bei anderweitiger Beseitigung des Mangels nur noch im Fall der Stückschuld über eine nicht ersetzbare Sache – wie hier – zur Unmöglichkeit wegen Zweckerreichung gelangt, während bei der Gattungsschuld und der Stückschuld über eine ersetzbare Sache die Nacherfüllung trotz der anderweitigen Beseitigung des Mangels noch möglich sein soll, und zwar in Form der Nachlieferung gem. 439 I Fall 2; ebenso BVerfG JuS 2007, 181 = JA 2007, 456; BGH NJW 2005, 1348 läßt offen, ob die anderweitige Beseitigung des Mangels zur Unmöglichkeit der Nacherfüllung führt)

Ergebnis: Die Leistungspflicht des D aus 439 I ist gem. 275 I ausgeschlossen.

2. In Abgrenzung zum Schadensersatzanspruch aus 311 a II erfordert 283 S. 1 ein nachträgliches Leistungshindernis. Hier beruht die Unmöglichkeit auf der Selbstvornahme der Nacherfüllung durch L, die erst nach Vertragsschluß erfolgt ist und handelt es sich somit um ein nachträgliches Leistungshindernis.
3. Die Unmöglichkeit muß vom Verkäufer D zu vertreten sein, was gem. 280 I 2 zu vermuten ist. Hier kann D diese Vermutung jedoch widerlegen, da die Unmöglichkeit auf der voreiligen Selbstvornahme der Nacherfüllung durch L beruht, die D nicht nach 276 zu vertreten hat. (Lorenz NJW 2006, 1177; Lorenz NJW 2005, 1322; Herresthal/Riehm NJW 2005, 1457; Katzenstein ZGS 2005, 184)

Ergebnis: Ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus 280 I, III, 283 S. 1 iVm 437 Nr. 3 scheidet mangels Vertretenmüssens des D aus.

- D. Fraglich bleibt ein Anspruch auf wenigstens teilweisen Ersatz der Aufwendungen im Wege der Minderung gem. 441 IV 1 iVm 437 Nr. 2.
- I. Eine Minderung des Kaufpreises nach 441 I wegen Nichtvornahme der Nacherfüllung scheidet jedoch aus, da das Minderungsrecht aus Wortlaut 441 I 1 „statt zurückzutreten“ ersichtlich ebenso wie das Rücktrittsrecht nach 323 I grundsätzlich eine Fristsetzung zur Nacherfüllung erfordert, die hier nicht erfolgt ist und auch nicht entbehrlich war nach 475d I. (BGH NJW 2005, 1398)
- II. Fraglich bleibt eine Minderung nach 441 I wegen Unmöglichkeit der Nacherfüllung infolge der Selbstvornahme durch den Käufer L. Zwar erfordert das Minderungsrecht nach 441 I wegen Unmöglichkeit der Nacherfüllung keine Fristsetzung. Jedoch ist das Minderungsrecht aus Wortlaut 441 I 1 „statt zurückzutreten“ ersichtlich ausgeschlossen, falls auch ein Rücktritt wegen Unmöglichkeit der Nacherfüllung nach 326 V ausgeschlossen wäre. Hier ist der Ausschlußgrund des 326 V iVm 323 VI Fall 1 gegeben, falls L für die Unmöglichkeit der Nacherfüllung allein oder weit überwiegend verantwortlich ist. Was der Gläubiger zu verantworten hat, ist gesetzlich nicht geregelt (denn die 276 ff gelten nur für den Schuldner), u. a. aber gegeben bei sog. Obliegenheitsverletzungen des Gläubigers, d. h. den Gläubiger trifft zwar keine Pflicht, wohl aber die Obliegenheit, dem Schuldner die Leistung nicht durch sein eigenes, freiwilliges und im Sinne von Tatherrschaft zurechenbares Verhalten unmöglich zu machen.

Danach ist hier ein Rücktrittsrecht wegen Unmöglichkeit der Nacherfüllung und damit auch ein Minderungsrecht ausgeschlossen gem. 326 V iVm 323 VI Fall 1, da die Unmöglichkeit der Nacherfüllung auf der voreiligen Selbstvornahme der Nacherfüllung durch L beruht.

(Lorenz NJW 2005, 1322; Katzenstein ZGS 2005, 184; im Ergebnis ebenso Grüneberg/Grüneberg 323 Rn 29, wo mit dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens nach 242 argumentiert wird; s. auch Dauner-Lieb ZGS 2005, 170)

Ergebnis: Auch ein Anspruch aus 441 IV 1 iVm 437 Nr. 2 auf teilweise Rückzahlung des Kaufpreises scheidet aus.

- E. In Betracht kommt noch ein Anspruch aus 637 analog auf Ersatz der von L getätigten Aufwendungen. Richtig ist es aber, die analoge Anwendung des 637 auf den Nacherfüllungsanspruch des Käufers entgegen der früher hM zur analogen Anwendung des 633 a.F. (entspricht 637) abzulehnen, denn es besteht schon keine Regelungslücke, da der Gesetzgeber trotz der Neufassung der 433 ff und der Annäherung an das Werkvertragsrecht ein Selbsthilferecht des Käufers gerade nicht eingeführt hat. (Bamberger/Roth-Faust 439 Rn 4; Schwab/Witt S. 181 ff; Dauner-Lieb/Dötsch ZGS 2003, 251; aA Staudinger-Peters 634 Rn 67; Jauernig-Berger 439 Rn 16)
- F. Aber ein Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises aus 346 I iVm 326 IV, 326 II 2 (direkt oder analog) in Höhe der von D ersparten Nacherfüllungskosten könnten gegeben sein.

I. Dafür spricht:

- Wird die vom Verkäufer geschuldete Nacherfüllung infolge der Selbstvornahme der Mängelbeseitigung durch den Käufer unmöglich, so führt dies zwar nicht zum anteiligen Wegfall der Gegenleistung gem. 326 I 1, da 326 I 2 diese Rechtsfolge für die qualitative Unmöglichkeit ausschließt. Aber 326 II 2 (direkt oder analog) bleibt anwendbar, da der Käufer für die Unmöglichkeit der Nacherfüllung verantwortlich ist nach 326 II 1 Fall 1, mit der Folge, daß sich der Verkäufer die durch die Selbstvornahme der Nacherfüllung ersparten Aufwendungen iSv 439 II anrechnen lassen muß und der Käufer, wenn er – wie hier – schon gezahlt hat, in dieser Höhe gem. 346 I iVm 326 IV die Erstattung des Kaufpreises verlangen kann.
- Daß das Kaufrecht – anders als das Werkvertragsrecht in 637 und das Mietrecht in 536 a II – kein Selbstvornahmerecht vorsieht, steht dem nicht entgegen, da es bei der Anrechnung nach 326 II 2 bzw. dem Anspruch aus 346 I iVm 326 IV nicht um die externen Selbstvornahmekosten des Käufers geht, sondern lediglich um die ersparten internen Beseitigungskosten des Verkäufers.
- Andernfalls Wertungswiderspruch im Vergleich mit dem parallel liegenden Fall, daß der Gläubiger dem Schuldner die Primärleistungspflicht unmöglich macht, worauf 326 II 2 und 326 IV ohne weiteres anwendbar sind.

(Lorenz NJW 2005, 1321; Brömmelmeyer JZ 2006, 494 f; Herresthal/Riehm NJW 2005, 1457; Ebert NJW 2004, 1761; Katzenstein ZGS 2005, 184; für wenigstens analoge Anwendung der 326 II 2 bzw. 326 IV Bamberger/Roth-Faust 437 Rn 37; Oetker/Maultzsch, S. 102)

II. Richtig ist es, mit der hM die (direkte oder analoge) Anwendung der 326 II 2 und 326 IV abzulehnen.

Argumente:

- 437 stellt aus der Verwendung des Enumerationsprinzips ersichtlich eine abschließende Sonderregelung für die Rechte des Käufers bei Mängeln der Kaufsache dar, die einen Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften – auch im Wege einer Analogie – ausschließt.
- Die Anwendung der 326 II 2 und 326 IV stünde im Widerspruch zur Konzeption des Gesetzgebers, der anders als im Werkrecht (637) und bei der Miete (536 a II) im Kaufrecht ein Selbstvornahmerecht des Käufers nicht vorgesehen hat. Auch wenn es bei 326 II 2 und 326 IV nicht um den Ersatz der Nacherfüllungskosten des Käufers, sondern lediglich um die vom Verkäufer ersparten Nacherfüllungsaufwendungen geht, so liefe die Anwendung der 326 II 2 und 326 IV im Ergebnis doch darauf hinaus, dem Käufer ein Recht zur Selbstvornahme auf Kosten des Verkäufers einzuräumen, das zudem – anders als etwa 637 im Werkrecht – noch nicht einmal von einer vorherigen Fristsetzung abhängig wäre.

- Andernfalls Widerspruch zum Vorrang der Nacherfüllung und dem damit verbundenen „Recht“ des Verkäufers zur zweiten Andienung.
- Überdies droht dem Verkäufer dann auch noch eine ungerechtfertigte Verschlechterung seiner Beweislage, da er nach der Selbstvornahme nicht mehr selbst prüfen und hierzu Beweise sichern kann, ob der Mangel besteht und ob er im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen hat, sowie ob und auf welche Weise er beseitigt werden kann (439 IV).

(BGH NJW 2006, 1195 mit Anm. Lorenz NJW 2006, 1175; BGH NJW 2006, 989; BGH NJW 2005, 1348)

Ergebnis: Auch ein Anspruch aus 346 I iVm 326 IV (direkt oder analog) auf Ersatz der vom Verkäufer durch die Selbstvornahme ersparten Nacherfüllungsaufwendungen besteht nicht.

- G. Fraglich bleibt ein Anspruch aus 670, 683 S. 1, 677 auf Ersatz der von L getätigten Aufwendungen bzw. aus 684 S. 1 iVm 812 auf Ersatz der von D ersparten Nacherfüllungsaufwendungen. Richtig ist es aber, aus den gleichen Gründen wie einen Anspruch aus 326 IV schon die Anwendbarkeit der 677 ff abzulehnen.
(BGH NJW 2005, 3212; BGH NJW 2005, 1348; Dauner-Lieb ZGS 2005, 170; ebenso BGH NJW 2008, 1216 für den Fall der voreiligen Mängelbeseitigung durch den Mieter)
- H. Auch ein Anspruch aus 812 I 1 Fall 2 (sog. Rückgriffskondiktion) auf Ersatz der von D ersparten Nacherfüllungsaufwendungen scheidet aus den gleichen Gründen wie ein Anspruch aus GoA aus.

Ergebnis: Hinsichtlich der Euro 1.500,-- Reparaturkosten ist die Klage unbegründet und daher abzuweisen.

2. Teil: Anspruch L gegen D auf Rückzahlung des Kaufpreises iHv Euro 500,-- wegen der Eindrückungen am rechten Rahmenlängsträger

- A. Aus 441 IV 1 iVm 437 Nr. 2
Das setzt das Bestehen eines Minderungsrechtes für L voraus sowie eine wirksame Minderungserklärung des L.
- I. Zwar kann in dem Verlangen des L nach Rückzahlung des Kaufpreises iHv Euro 500,-- eine wirksame Minderungserklärung nach 441 I 1 gesehen werden.
- II. Fraglich ist aber das Minderungsrecht nach 441 I iVm 437 Nr. 2.
Voraussetzungen:
1. Die Voraussetzungen des 437 sind gegeben, insbesondere stellen auch die Eindrückungen am rechten Rahmenlängsträger einen Mangel iSv 434 II 1 Nr. 1 dar, da sie über die im Kaufvertrag angegebenen „Lack- und Blechschäden“ hinausgehen.
 2. Rechtsfolge: Der Käufer hat die in 437 Nr. 1-3 gegebenen Rechte, also auch ein Minderungsrecht, wenn die Voraussetzungen des 441 I 1 gegeben sind.
Aus dem Wortlaut des 441 I 1 „statt zurückzutreten“ ersichtlich, besteht das Minderungsrecht nur, wenn auch die Voraussetzungen für ein Rücktrittsrecht gegeben sind, wobei allerdings gem. 441 I 2 der Ausschlußgrund des 323 V 2 auf die Minderung keine Anwendung findet.
Hier kommt eine Minderung wegen Nichtvornahme der Nacherfüllung in Betracht.
Dafür ist zusätzlich zu den bereits in 437 genannten Voraussetzungen die erfolgreiche Fristsetzung zur Nacherfüllung (323 I) bzw. deren Entbehrlichkeit gem. 475d I erforderlich.
 - a) Hier hat L dem D keine Frist zur Nacherfüllung, also zur Beseitigung der Schäden an dem rechten Rahmenlängsträger gesetzt.
 - b) Aber die Fristsetzung könnte entbehrlich gewesen sein gem. 475d I.

- aa) Denkbar Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach 475d I Nr. 4
Jedoch erlaubt die Verweigerung der Erstattung der Euro 500,-- Kaufpreis durch G mit dem Hinweis auf einen Fahrfehler des L keinen Rückschluß darauf, daß D auch ein Nacherfüllungsverlangen des L abgelehnt hätte, zumal D die Rückzahlung der Euro 500,-- gerade auch mit dem Hinweis darauf abgelehnt hat, daß ihm, D, keine Gelegenheit zur Nacherfüllung eingeräumt worden ist.
- bb) Jedoch könnte 475d I Nr. 4 unter dem Gesichtspunkt zu bejahen sein, daß – wie das Sachverständigengutachten ergeben hat – die Beseitigung des geringfügigen Schadens am rechten Rahmenlängsträger nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist und D die Nacherfüllung deshalb nach 439 IV 1 hätte verweigern können.
Doch gewährt 439 IV dem Verkäufer lediglich ein Einrederecht, von dem er Gebrauch machen kann, aber nicht muß, mit der Folge, daß er durch eine Fristsetzung die Gelegenheit bekommen muß, darüber zu entscheiden, ob er sich auf 439 IV 1 berufen will oder nicht.

Ergebnis: Mangels Fristsetzung zur Nacherfüllung besteht kein Minderungsrecht für L und damit kein Anspruch aus 441 IV 1 auf Rückzahlung des Kaufpreises iHv Euro 500,--.

- B. Danach kann L mangels Fristsetzung die Euro 500,-- auch nicht im Wege des Schadensersatzes nach 280 I, III, 281 iVm 437 Nr. 3 zurückfordern.

Ergebnis: Die Klage des L gegen D ist auch in Höhe der Euro 500,-- unbegründet und daher insgesamt abzuweisen.