

§§ 323, 437, 440 BGB

Frist zur Nacherfüllung nur gewahrt bei Leistungserfolg – Update zu RÜ 2020, 76

BGH, Urt. v. 26.08.2020 – VIII ZR 351/19, BeckRS 2020, 25907

Fall

Der K kaufte mit schriftlichem Vertrag vom 12.09.2017 von der B einen Neuwagen zum Preis von 18.750 €.

Mit Schreiben vom 14.05.2018 rügte K Mängel an der Lackierung des Fahrzeugs im Bereich der Motorhaube, der A-Säule und am Heckdeckel. Hierbei setzte er B eine Frist zur Nachbesserung bis zum 30.05.2018. Mit Schreiben vom 28.05.2018 bot B dem K an, einen Vertragshändler seiner Wahl zum Zwecke der Besichtigung des Fahrzeugs und der Nachbesserung aufzusuchen.

Hiervon machte K Gebrauch und überstellte das Fahrzeug am 03.07.2018 der H.C.-GmbH zur Untersuchung. Im Anschluss daran vereinbarte er einen Termin zur Durchführung der Nachbesserung, die dann im Zeitraum vom 14. bis 21.08.2018 stattfand.

Einige Tage nach Abholung des Fahrzeugs beanstandete K, die Mängel seien nicht vollständig beseitigt und die (teilweise) erfolgte Neulackierung nicht fachgerecht ausgeführt worden. B erklärte sich bereit, einen weiteren Nachbesserungsversuch zu veranlassen. Der inzwischen misstrauisch gewordene K wollte sich darauf jedoch nicht mehr einlassen und erklärte mit Schreiben vom 24.09.2018 den Rücktritt vom Kaufvertrag.

K verlangt von B – unter korrekter Anrechnung gezogener Nutzungen – die Rückzahlung des gezahlten Kaufpreises in Höhe von 17.437,50 €, Zug um Zug gegen Rückübergabe des Fahrzeugs.

Hat K gegen B einen solchen Anspruch aus Rücktritt?

Lösung

K könnte gegen B einen Anspruch auf Rückzahlung des gezahlten Kaufpreises in Höhe von 17.437,50 €, Zug um Zug gegen Rückübergabe des Fahrzeugs, gemäß **§§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1, 348 BGB** haben.

I. Ein Kaufvertrag gemäß § 433 BGB zwischen K und B über das Kraftfahrzeug zum Preis von 18.750 € kam schriftlich am 12.09.2017 zustande.

II. Das Fahrzeug müsste bei Gefahrübergang (§ 446 S. 1 BGB) einen Sachmangel gemäß § 434 Abs. 1 BGB aufgewiesen haben.

1. Eine Übergabe i.S.d der Übertragung des unmittelbaren Besitzes (§ 854 Abs. 1 BGB) von B an K ist erfolgt, sodass ein Gefahrübergang vorliegt.

2. Die Regelung in § 434 Abs. 1 BGB differenziert im Hinblick auf einen Sachmangel zwischen dem Fehlen einer vereinbarten Beschaffenheit (**§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB**), ferner der fehlenden Eignung für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung (**§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB**) sowie der fehlenden Eignung für die gewöhnliche Verwendung oder dem Nichtaufweisen der Beschaffenheit, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann (**§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB**).

Im vorliegenden Fall weist das Fahrzeug eine fehlerhafte Lackierung an mehreren Stellen auf. Der Käufer eines Kfz kann erwarten, dass die Lackierung feh-

Leitsätze

1. Die vom Käufer gesetzte angemessene Frist zur Nacherfüllung ist nicht bereits dann gewahrt, wenn der Verkäufer innerhalb der Frist die Leistungshandlung erbracht hat; vielmehr muss auch der Leistungserfolg eingetreten sein. Die Frist ist allerdings so zu bemessen, dass der Verkäufer bei ordnungsgemäßem Vorgehen vor Fristablauf voraussichtlich nicht nur die Leistungshandlung vornehmen, sondern auch den Leistungserfolg herbeiführen kann.

2. Hat der Käufer eine angemessene Frist zur Nachbesserung gesetzt, die erfolglos abgelaufen ist, so ist er grds. nicht gehalten, dem Verkäufer eine zweite Gelegenheit zur Nachbesserung einzuräumen, bevor er den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt. Ein zweimaliges Fehlschlagen der Nachbesserung ist nur dann Rücktrittsvoraussetzung, wenn der Käufer sein Nachbesserungsverlangen nicht mit einer Fristsetzung verbunden hat (anders Vorinstanz OLG Frankfurt a.M. RÜ 2020, 76).

Der Originalsachverhalt wurde zur Entscheidungsreife hin modifiziert.

Bearbeiterhinweise: Es ist davon auszugehen, dass auch die nach der Nachbesserung noch verbliebenen Mängel am Lack erheblich sind und die gesetzte Frist ausreichend war, um die Mängel vollständig zu beseitigen. Auf eine etwaige Unwirksamkeit des Rücktritts wegen Zeitablaufs ist nicht einzugehen.

AS-Skript Schuldrecht BT 1 (2019), Rn. 11 ff.

lerfrei ist. Darüber hinaus ist eine solche auch üblich, sodass hier jedenfalls ein Sachmangel gemäß **§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB** vorliegt.

III. Eine **Rücktrittserklärung** gemäß § 349 BGB hat K am 24.09.2018 B gegenüber abgegeben.

IV. Die weiteren Voraussetzungen eines **Rücktrittsgrundes** enthält § 323 Abs. 1 S. 1 BGB.

1. Eine **nicht vertragsgemäße Leistung** ist hier in der Übereignung eines mangelhaften Fahrzeugs zu sehen.

2. Darüber hinaus müsste K der B **erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt** haben.

a) Mit **Schreiben vom 14.05.2018** rügte K Mängel an der Lackierung des Fahrzeugs im Bereich der Motorhaube, der A-Säule und am Heckdeckel. Hierbei setzte er B eine **Frist zur Nachbesserung bis zum 30.05.2018**.

Mit Schreiben vom 28.05.2018, also vor Ablauf dieser Frist, bot B dem K an, einen Vertragshändler seiner Wahl zum Zwecke der Besichtigung des Fahrzeugs und der Nachbesserung aufzusuchen. Allerdings fanden die **eigentlichen Instandsetzungsarbeiten** erst im Zeitraum vom 14. bis 21.08.2018, also **nach Ablauf der Frist**, statt.

Das führt zu der Frage, welche **Anforderungen an eine fristwahrende Nacherfüllung** zu stellen sind.

In dem Zusammenhang ist davon auszugehen, dass ...

„[24] ... eine zur Durchführung der Nacherfüllung vom Käufer gesetzte (angemessene) Frist **nur dann gewahrt ist, wenn der Verkäufer den gerügten Mangel innerhalb der Frist behebt**.“

[25] Soweit im Schrifttum unter Bezugnahme auf Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum alten Schuldrecht die **Auffassung** vertreten wird, **es käme für die Rechtzeitigkeit der Leistungserbringung im Rahmen des § 323 Abs. 1 BGB grundsätzlich allein darauf an, ob der Schuldner die Leistungshandlung innerhalb der gesetzten (angemessenen) Frist vorgenommen habe**, während der Zeitpunkt des Eintritts des Leistungserfolgs nicht maßgebend sei, betrifft dies ... (jedenfalls) **nicht die Fälle der Nacherfüllung nach § 439 BGB**, in denen die zu bewirkende Leistungshandlung gerade darin besteht, dem Käufer (im Wege der Nachbesserung oder der Ersatzlieferung) eine mangelfreie Kaufsache zu verschaffen.“

Das folgt bereits ...

„[26] ... aus dem **Sinn und Zweck der Nacherfüllung** und dem nach deutschem Recht für den Übergang vom Nacherfüllungsstadium auf sekundäre Gewährleistungsrechte (Rücktritt, Minderung, Schadens- oder Aufwendungsersatz) grundsätzlichen Erfordernis eines erfolglosen Verstreichens der vom Käufer zu setzenden angemessenen Frist zur Nacherfüllung.“

Konkret ist dies darauf zurückzuführen, dass mit ...

„[27] ... der Nacherfüllung ... nach der gesetzgeberischen Konzeption ... die **Erfüllung der Verkäuferpflichten durchgesetzt und ermöglicht** werden [soll]. **Vom Verkäufer geschuldet** und vom Käufer zu beanspruchen **ist** aber nicht nur die Vornahme einer Leistungshandlung, sondern **der Leistungserfolg**. Dies hat im Falle der Nacherfüllung durch die Herstellung einer mangelfreien Sache durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung zu erfolgen.“

Ausgehend von diesem Gesetzeszweck ...

„[28] ... ist **weder ein Bedürfnis** des Verkäufers erkennbar, dem Käufer **bereits bei einer fristgerecht vorgenommenen Leistungshandlung den Übergang zu**

Für die vorherrschende Ansicht im Schrifttum vgl. u.a. Palandt/Grüneberg, BGB, 80. Aufl. 2021, § 323 Rn. 16; Münch-Komm/Ernst, BGB, 8. Aufl. 2019, § 323 Rn. 86; Erman/Ulber, BGB, 16. Aufl. 2020, § 323 Rn. 36

Der BGH relativiert diese Auffassung hier im Hinblick auf § 439 BGB. Kritisch dazu Gsell EWIR 2020, 685

Vgl. BGH RÜ 2013, 1, 3 f., m.w.N., RÜ 2020, 613, 617 u. RÜ 2011, 414, 418

BT-Drs. 14/6040, 138 u. 221

den sekundären Gewährleistungsrechten zu verwehren, noch würde dies den Interessen des Käufers gerecht. Denn die vom Käufer zu setzende Frist ist so zu bemessen, dass der Verkäufer bei ordnungsgemäßem Vorgehen vor Fristablauf voraussichtlich nicht nur die Leistungshandlung vornehmen, sondern auch den Leistungserfolg herbeiführen kann.“

Darüber hinaus steht – jedenfalls für den hier vorliegenden Fall eines **Verbrauchsgüterkaufs** – auch nur ...

„[26] ... **ein solches Verständnis ... im Einklang mit Art. 3 Abs. 3, 5 zweiter Spiegelstrich der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter** (... im Folgenden: Verbrauchsgüterkaufrichtlinie), der für Verbrauchsgüterkäufe zwar keine Fristsetzung anordnet, wohl aber vorsieht, dass ‚die **Nachbesserung** oder die **Ersatzlieferung innerhalb einer angemessenen Frist ... zu erfolgen hat**‘ und dass der Verbraucher eine Minderung des Kaufpreises oder eine Vertragsauflösung verlangen kann, ‚wenn der Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist **Abhilfe geschaffen hat**‘.“

ABl. EG Nr. L 171 S. 12

Aus Art. 3 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie hat nämlich der ...

„[30] ... Gerichtshof der Europäischen Union ... abgeleitet, dass der Verkäufer durch diese Abhilfemaßnahmen den **vertragsgemäßen Zustand** ‚innerhalb einer angemessenen Frist **herzustellen**‘ hat. Er hat damit deutlich gemacht, dass die nach Art. 3 Abs. 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vom Verkäufer im Falle einer Vertragswidrigkeit zunächst geschuldete, erfolgsbezogene ‚Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung nach Maßgabe des Abs. 3‘ nicht nur teilweise, **sondern vollständig** innerhalb der angemessenen Frist **zu erfolgen hat**, wenn der Käufer von einem Übergang auf die nächste Stufe seiner Rechte abgehalten werden soll.“

EuGH NJW 2019, 2007, 2009, 2011

Ferner liegt das ...

„[31] ... genannte Verständnis ... **auch der Vorschrift des Art. 3 Abs. 5 zweiter Spiegelstrich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zugrunde**, die für den Wechsel von der Nacherfüllungsphase zur Minderung oder zur Vertragsauflösung darauf abstellt, dass der Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist ‚**Abhilfe geschaffen**‘ hat. Diese Formulierung ([beispielsweise] in der englischen Fassung: ‚has not completed the remedy within a reasonable time‘ ...) macht deutlich, dass für den Übergang auf die nächste Stufe der Gewährleistung (Minderung, Vertragsauflösung) das **Ausbleiben des Leistungserfolgs** innerhalb der Frist **maßgebend** ist, sodass allein die fristgerechte Erbringung der Leistungshandlung die weiteren Rechte des Käufers nicht ausschließt.“

Folglich kann hier das fristgerechte Erbringen einer Leistungshandlung, unabhängig davon, ob das Angebot der B sich hier überhaupt schon als hinreichende Leistungshandlung qualifizieren lässt, **den Rücktritt nicht ausschließen**, weil die gesetzte Frist dann noch nicht erfolgreich abgelaufen ist.

Gleichwohl kann die ...

„[34] ... **Ausübung des Rücktrittsrechts durch den Gläubiger ... im Einzelfall gegen das Gebot von Treu und Glauben verstoßen** ... Ein Käufer, der dem Verkäufer ‚freiwillig‘ nach Ablauf der gesetzten Frist eine Nachbesserungsmöglichkeit eingeräumt hat, verhält sich **widersprüchlich und treuwidrig, wenn** er später seinen Rücktritt darauf stützt, dass der Verkäufer den Mangel nicht innerhalb der ursprünglich vorgesehenen Frist beseitigt hat.“

Hierbei kann ...

„[33] ... **dahinstehen, ob ... die vom [K] ursprünglich gesetzte Frist angesichts der Umstände des Einzelfalls angemessen war oder nicht.** Denn der [K] hat sich ...



Ein **RÜ-Video**
zu dieser
Entscheidung
finden Sie unter
t1p.de/mwcf

„freiwillig‘ darauf eingelassen, dass die Nachbesserung in dem Zeitraum vom 14. bis 21. August 2018 durchgeführt wurde. Er hat damit entweder die gesetzte Frist verlängert oder er hat jedenfalls keinen Widerspruch dagegen erhoben, dass die Mängelbeseitigung erst später vorgenommen wurde. Damit ist es ihm ... **nach dem Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, seinen Rücktritt auf den Umstand zu stützen, dass die Nachbesserung nicht bereits bis 30.05.2018, sondern erst im August 2018 erfolgt ist.**“

b) Allerdings könnte die Nacherfüllung erfolglos geblieben sein, weil die vom 14. bis 21.08.2018 durchgeführten Nachbesserungsmaßnahmen **nicht zu einer vollständigen Mängelbeseitigung** geführt haben.

Ein **Rücktritt** könnte dann gleichwohl **daran scheitern, dass K ...**

„[35] ... der [B] beziehungsweise der H. C. GmbH **das Fahrzeug** nach der im Zeitraum vom 14. bis 21.08.2018 erfolgten Nachbesserung, die ... nicht zu einer vollständigen und ordnungsgemäßen Mängelbeseitigung geführt habe, **nicht zu einer zweiten Nachbesserung zur Verfügung gestellt hat.**“

Eine gesetzte Frist zur Nacherfüllung gemäß § 323 Abs. 1 S. 1 BGB könnte nämlich erst dann als erfolglos abgelaufen anzusehen sein, **wenn die Nachbesserung zweimal gescheitert wäre.** Ableiten könnte man das aus ...

„[40] ... **§ 440 S. 1 Alt. 2, S. 2 BGB**, wonach bei Fehlschlagen der Nachbesserung, die in der Regel bei einem zweimaligen erfolglosen Nachbesserungsversuch anzunehmen ist, auf eine Fristsetzung verzichtet werden kann.“

Allerdings würde man dadurch ...

„[38] ... **zwei** nach der gesetzgeberischen Konzeption **strikt voneinander zu trennende Tatbestandsvoraussetzungen [vermengen]**. Das Gesetz unterscheidet [nämlich] konsequent zwischen dem Fristsetzungserfordernis nach ... § 323 Abs. 1 BGB ... und den Fallgestaltungen, in denen eine Fristsetzung ausnahmsweise entbehrlich ist (§ 323 Abs. 2, 3, ... § 440 S. 1 BGB).“

„[39] Der grundsätzlich gebotenen **Fristsetzung** ist nach der Vorstellung des Gesetzgebers bereits **dann genügt, wenn der Käufer einmalig fruchtlos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat.** Die gesetzlichen Vorschriften, die einen Rücktritt ... in Ausnahmefällen auch ohne Fristsetzung erlauben, zeichnen sich jeweils dadurch aus, dass sie den Verzicht auf dieses einmalige Erfordernis durch andere (gleichwertige) Anforderungen ersetzen. [Deren Übertragung auf die Fristsetzung selbst] verkennt ... den Sinn und Zweck des § 440 Satz 2 BGB, der dem Käufer die Geltendmachung eines Fehlschlagens der Nachbesserung in praktischer Hinsicht **erleichtern, nicht** aber den Übergang zu den sekundären Gewährleistungsrechten **erschweren** soll.“

Infolgedessen **verbieten** die ...

„[40] ... aufgezeigten Gesichtspunkte ... **es, der Vorschrift des § 440 S. 1 Alt. 2, S. 2 BGB**, wonach bei Fehlschlagen der Nachbesserung, die in der Regel bei einem zweimaligen erfolglosen Nachbesserungsversuch anzunehmen ist, auf eine Fristsetzung verzichtet werden kann, **allgemeingültige Wertungen zu entnehmen** und diese auf den (Regel-)Fall einer Fristsetzung nach § 323 Abs. 1 BGB zu übertragen. Denn hierdurch würde die einen Sonderfall betreffende gesetzgeberische Wertentscheidung in § 440 S. 1 Alt. 2, S. 2 BGB unzulässigerweise zu einer allgemeingültigen Wertung erhoben und es würden zugleich die nur für die jeweilige Variante (Fristsetzungserfordernis oder Entbehrlichkeit einer Fristsetzung) bestimmten tatbestandlichen **Voraussetzungen** für die Erklärung eines Rücktritts oder einer Minderung beziehungsweise für das Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung im Falle einer erfolglosen Nachbesserung **in unzulässiger Weise ‚kumuliert‘** und dem Käufer dadurch, entgegen der Zielsetzung des Gesetzgebers, die **Ausübung der** beschriebenen sekundären **Gewährleistungsrechte erschwert.**“

Dies bejahend die Vorinstanz OLG Frankfurt a.M. RÜ 2020, 76.

BT-Drs. 14/6040, 234

[42] ... Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers wird einem Schuldner, der eine fällige Leistung nicht erbracht hat, durch das einmalige Setzen einer angemessenen Frist zur Leistung ausreichend vor Augen geführt, dass ein weiteres Ausbleiben der Leistung Folgen haben wird.“

BT-Drs. 14/6040, 184

Dementsprechend ...

„[43] ... sieht auch der **Gesetzeswortlaut** (§ 323 Abs. 1, § 281 Abs. 1 S. 1 BGB) **weder eine wiederholte Fristsetzung noch die Pflicht zur Einräumung einer weiteren Erfüllungs- oder Nacherfüllungsmöglichkeit** bezüglich einer geltend gemachten Pflichtverletzung vor. Dies ist nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich auch dann nicht geboten, wenn der Käufer eine zu kurze Frist gesetzt hat. Denn hierdurch soll ... eine angemessene Frist in Gang gesetzt werden, es sei denn, der Käufer hat deutlich gemacht, dass es ihm gerade auf die Kürze der Frist ankommt.

BT-Drs. 14/6040, 138

[44] ... Dies ergibt sich nicht nur daraus, dass er **keine Sonderregelungen** zu § 323 Abs. 1, § 281 Abs. 1 S. 1 BGB getroffen hat, sondern diese Vorschriften ausdrücklich auch den Fall der Nacherfüllung erfassen. Vielmehr lässt sich dies auch der Gesetzesbegründung entnehmen, wonach der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung nur die **Möglichkeit einer ‚zweiten Andienung‘**, also eine **‚letzte Chance‘** erhalten soll, den mit der Rückabwicklung des Vertrags verbundenen wirtschaftlichen Nachteil abzuwenden. Einer erneuten Fristsetzung bedarf es daher nur, soweit andere, noch nicht gerügte (neue) Mängel betroffen sind.“

BT-Drs. 14/6040, 220 f.

In dem Zusammenhang ...

„[60] ... muss die zu setzende angemessene **Frist so lang sein, dass der Schuldner die Leistung tatsächlich auch erbringen kann**. Im Falle der Nacherfüllung muss sie so bemessen sein, dass der ausgebliebene **‚Leistungsrest‘** erbracht werden kann. Mit dem Ablauf einer solchen Frist muss der Schuldner nach den gesetzgeberischen Erwägungen damit rechnen, dass die fruchtlose Aufforderung auch Folgen hat. Dies gilt auch für den Fall der Nachbesserung. Ein **Recht zur ‚dritten Andienung‘ ... soll das Gesetz nicht einräumen**.“

BT-Drs. 14/6040, 184 f.

Hinzu kommt, dass das Gesetz ...

„[48] ... durch die Bestimmungen der § 323 Abs. 2, § 440, § 281 Abs. 2 BGB dem Interesse des Käufers Rechnung [trägt], dem Verkäufer **in den Fällen keine Frist** setzen zu müssen, **in denen dies keinen Erfolg verspricht oder dem Käufer nicht zuzumuten ist**.

[49] Diese – vom Gesetzgeber auch mit § 440 BGB verbundene – **Zielsetzung würde aber unterlaufen**, wenn ihre Tatbestandsvoraussetzungen auf die Regelbestimmungen (hier: § 323 Abs. 1 BGB) übertragen würden.

[50] ... Denn **dies würde das vom Gesetzgeber als Regelfall ausgestaltete Fristerfordernis obsolet machen**. Wenn der Käufer dem Verkäufer trotz Fristsetzung regelmäßig zweimal eine Nachbesserungsmöglichkeit einräumen müsste, ist **nicht zu erkennen, warum der Käufer überhaupt noch eine Frist setzen und nicht stattdessen ein Fehlschlagen der Nachbesserung i.S.v. § 440 BGB geltend machen sollte**. Zugleich wären dem Käufer die Vorteile einer Fristsetzung abgeschnitten. Er könnte sich – entgegen dem Willen des Gesetzgebers – nicht mehr darauf verlassen, dass bei Ablauf einer von ihm gesetzten angemessenen Frist zur Nachbesserung ein Übergang zu den sekundären Gewährleistungsrechten möglich ist. Die Übertragung der tatbestandlichen Voraussetzungen eines Fehlschlagens der Nachbesserung (§ 440 BGB) auf die Regelatbestände der § 323 Abs. 1, § 281 Abs. 1 S. 1 BGB würde damit zu einer **unzulässigen, vom Gesetzgeber nicht gewollten Schlechterstellung des Käufers** führen.“

Schließlich ist hervorzuheben, dass der ...

BT-Drs. 14/6040, 230

„[52] ... Sinn und Zweck des § 440 BGB ... – anders als die Revision ... meint – nicht darin [besteht], die Entbehrlichkeit der Fristsetzung über § 281 Abs. 2 BGB (für den Schadensersatz) und § 323 Abs. 2 BGB (für den Rücktritt) hinaus auf die Nacherfüllung zu erstrecken.“ Denn der **Anspruch auf Nacherfüllung bedarf zu seiner Verwirklichung keiner Fristsetzung. Vielmehr dient § 440 BGB dazu, die Tatbestände der Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach § 323 Abs. 2, § 281 Abs. 2 BGB, die auch die sich aus einer Schlechtleistung ergebenden Ansprüche auf Nacherfüllung i.S.d. § 439 BGB erfassen (vgl. die ausdrückliche Nennung der Nacherfüllung in § 323 Abs. 1 BGB und § 281 Abs. 1 S. 1 BGB), im Hinblick auf die Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie um weitere Ausnahmefälle zu ergänzen** und so dem Käufer, dem zunächst allein an einer Nacherfüllung gelegen war und der weder eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat noch sich mit Erfolg auf die Entbehrlichkeit einer Fristsetzung nach § 323 Abs. 2, § 281 Abs. 2 BGB berufen kann, die Möglichkeit zu eröffnen, in den in § 440 BGB aufgeführten Fällen auf den Rücktritt vom Kaufvertrag, auf die Minderung des Kaufpreises ... oder auf Schadensersatz statt der Leistung überzugehen.

[55] ... Die ... vorrangig die Interessen des Käufers in den Blick nehmende **Bestimmung des § 440 S. 2 BGB würde** [– wie gesagt –] **in ihr Gegenteil verkehrt**, wenn sie für den Unterfall der Nachbesserung zur Auslegung des Begriffs ‚erfolgloser Ablauf einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung‘ (§ 323 Abs. 1, § 281 Abs. 1 BGB) herangezogen würde.“

Insofern ist es **kein Wertungswiderspruch**, ...

„[57] ... dem Verkäufer, der ohne Fristsetzung eine Nachbesserung vornimmt, in der Regel zwei Nachbesserungsversuche einzuräumen, **demjenigen aber, der auf eine Fristsetzung hin tätig wird, nur eine Nachbesserungsmöglichkeit zuzugestehen**, ... [weil] es in beiden Fällen letztlich darum geht, dem Verkäufer ausreichend Zeit für eine Nachbesserung zu geben, ihm aber gleichzeitig deutlich zu machen, dass er nach Ablauf einer angemessenen Zeitspanne mit weiteren Ansprüchen des Käufers rechnen muss. Diese Funktion erfüllt im Regelfall die Setzung einer angemessenen Frist und im Ausnahmefall des § 440 S. 1 Alt. 2, S. 2 BGB ein zweimaliger Nachbesserungsversuch.

[61] ... [Den] **Interessen des Verkäufers, der den Hauptteil der Nachbesserungsarbeiten innerhalb der gesetzten Frist erbracht hat** und nur noch einen geringfügigen Aufwand zur Behebung des Mangels zu erbringen hätte, **[wird] ausreichend durch** die Bestimmungen der **§ 323 Abs. 5** und § 281 Abs. 1 S. 3 BGB **Rechnung getragen**, wonach ein Rücktritt oder ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung bei einer unerheblichen Pflichtverletzung, also bei Vorliegen eines geringfügigen Mangels, ausgeschlossen ist.“

Im vorliegenden Fall waren die nach dem ersten Nachbesserungsversuch verbliebenen Mängel am Lack noch erheblich (vgl. Bearbeiterhinweis), sodass ein Rücktritt auch nicht am Ausschlussgrund des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB scheitert.

K hat B eine angemessene **Frist** zur Nachbesserung gesetzt, die jedoch **erfolglos verstrichen** ist, da nach den vom 14. bis 21.08.2018 durchgeführten Nachbesserungsmaßnahmen noch erhebliche Mängel verblieben sind. Ein Recht zu einem zweiten Nachbesserungsversuch hatte B nicht.

Die Voraussetzungen für einen Rücktritt liegen daher vor, sodass K gegen B einen Anspruch auf Rückzahlung des gezahlten Kaufpreises i.H.v. 17.437,50 € Zug um Zug gegen Rückübereignung des Fahrzeugs, gemäß §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1, 348 BGB hat.

Dr. Matthias Hünert