Erstmalige Fristsetzung zur Nacherfüllung in der Berufungsinstanz

Die erstmals im Berufungsrechtszug erfolgte, unstreitige Fristsetzung zur Nacherfüllung ist unabhängig von den Voraussetzungen des § 531 II 1 Nr. 1–3 ZPO zuzulassen.

BGH, Urteil vom 20.05.2009 – VIII ZR 247/06

Sachverhalt: Die Klägerin kaufte im März 2003 von der Beklagten den braunen Wallach *C*. Eigentümerin des Pferdes war damals die Streithelferin, die das Pferd Anfang 2003 zum Beritt und Verkauf bei der Beklagten eingestellt hatte. Dort erlernte zu jener Zeit der Sohn der Klägerin den Beruf des Pferdefachwirtes. Da das Pferd dem Sohn der Klägerin gefiel, führte diese mit dem Geschäftsführer der Beklagten Kaufverhandlungen und erwarb das Tier schließlich zum Preis von 20.000 €. In den folgenden 1 ½ Jahren wurde der Wallach von dem Sohn der Klägerin, auch nach dessen Ausscheiden bei der Beklagten, geritten sowie auf Turnieren als Springpferd vorgestellt.

Mit Schreiben ihrer damaligen Rechtsanwälte vom 20.08.2004 erklärte die Klägerin den Rücktritt vom Kaufvertrag. Zugleich forderte sie die Beklagte auf, bis zum 03.09.2004 das Pferd Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises zurückzunehmen. Zur Begründung führte sie aus, das Pferd gehe in sich wiederholender Weise lahm und stolpernd; nunmehr habe sie festgestellt, dass es sich hierbei um einen Gesundheitszustand handele, der bereits seit Jahren vorliege.

Mit ihrer zunächst gegen die Beklagte und die jetzige Streithelferin gerichteten Klage, die der Beklagten am 22.02.2005 zugestellt worden ist, hat die Klägerin von beiden als Gesamtschuldnern die Rückzahlung des Kaufpreises von 20.000 € sowie Aufwendungsersatz in Höhe von 7.090 €, jeweils nebst Zinsen, Zug um Zug gegen Herausgabe des Wallachs *C* begehrt und beantragt, festzustellen, dass sich die Beklagte und die Streithelferin mit der Annahme des Pferdes seit dem 04.09.2004 in Verzug befinden sowie dass sie als Gesamtschuldner verpflichtet sind, ihr alle bisher entstandenen und künftig entstehenden Aufwendungen für das Pferd zu erstatten. In der Klageschrift hat die Klägerin den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten mit der Behauptung, die gesundheitliche Problematik des Pferdes sei schon dem Züchter und auch allen weiteren Besitzern bekannt gewesen; sie selbst habe von der desolaten Gesundheitslage des Pferdes beim Züchter erst im Rahmen ihrer Nachforschungen zur Vorbereitung des Prozesses im August/September 2004 erfahren.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin, mit der diese ihre Ansprüche – die Zahlungsansprüche allerdings nur noch in Höhe von 26.090 € nebst Zinsen – gegenüber der Beklagten weiterverfolgt hat, ist erfolglos geblieben; die Berufung gegen die jetzige Streithelferin hat die Klägerin zurückgenommen. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Ansprüche gegenüber der Beklagten weiter. Das Rechtsmittel hatte Erfolg und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen: [6] I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

[7] Die Klägerin habe kein Recht zum Rücktritt vom Kaufvertrag aufgrund eines Mangels des Pferdes (§§ 434 I, 437 Nr. 2, 323 I BGB), weil sie es versäumt habe, die Beklagte zur Nacherfüllung durch eine tierärztliche Behandlung des Pferdes aufzufordern, obwohl ihr das zumutbar gewesen sei. Der Rücktritt setze, wenn nicht einer der gesetzlichen Ausnahmetatbestände gegeben sei, voraus, dass der Käufer dem Verkäufer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt habe. Dies hätte in der Weise erfolgen können, dass das Pferd durch die Beklagte einer tierärztlichen Heilbehandlung unterzogen worden wäre. Eine solche Fristsetzung zur Nacherfüllung habe die Klägerin in erster Instanz nicht vorgetragen. Sie habe auch weder dargelegt, aus welchem Grunde ihr eine Fristsetzung zur Nacherfüllung unzumutbar gewesen sei (§ 440 BGB), noch dargetan, dass besondere Umstände vorlägen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigten (§ 323 II Nr. 3 BGB). Daraus, dass die Beklagte mit Schreiben vom 31.08.2004 den von der Klägerin erklärten Rücktritt und den von dieser geltend gemachten Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises zurückgewiesen habe, könne eine ernsthafte und endgültige Verweigerung der Nacherfüllung durch die Beklagte nicht hergeleitet werden. Soweit die Klägerin unter Vorlage eines tierärztlichen Attests vom 10.08.2005 einen nicht behebbaren Mangel behaupte, mache dies eine Fristsetzung zur Nacherfüllung ebenfalls nicht entbehrlich. Aus dem Attest ergebe sich nicht, dass der Mangel unbehebbar sei, sondern lediglich, dass es sich nach tierärztlichem Ermessen um einen langwierigen Prozess handele.

[8] Mit ihrer mit der Berufungsbegründungsschrift vom 22.11.2005 der Beklagten gesetzten Frist zur Nacherfüllung sei die Klägerin gem. § 531 II Nr. 3 ZPO ausgeschlossen. Nach dieser Vorschrift seien neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nur zuzulassen, wenn sie im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht worden seien, ohne dass dies auf einer Nachlässigkeit der Partei beruhe. Unter diese Vorschrift fielen auch Handlungen der Partei, mit denen die Voraussetzungen für einen Anspruch erst geschaffen werden sollten. Es sei weder dargetan noch sonst nachvollziehbar, warum eine Frist zur Nacherfüllung – ohne Nachlässigkeit der Klägerin – nicht bereits früher gesetzt worden sei.

[9] Die von der Klägerin erklärte Anfechtung des Kaufvertrags wegen arglistiger Täuschung (§ 123 I BGB) sei nicht rechtzeitig erfolgt. Nach § 124 BGB könne die Anfechtung nur binnen einer Frist von einem Jahr erklärt werden, wobei die Frist mit dem Zeitpunkt beginne, in welchem der Anfechtungsberechtigte die Täuschung entdecke. Dabei sei nicht auf den Zeitpunkt August/September 2004 abzustellen, in dem die Klägerin erstmals davon erfahren haben wolle, dass die ungeklärten Lahmheiten bereits Jahre vorher bestanden hätten. Entscheidend sei der Gesamteindruck und nicht, dass der Anfechtungsberechtigte alle Einzelheiten der Täuschung kenne. Da nach dem Vortrag der Klägerin das Pferd bereits am 28.03.2003, also kurz nach der Übergabe, und in der Folgezeit ständig nach Beanspruchung gelahmt haben solle, und der Sohn der Klägerin das Pferd wegen der gesundheitlichen Probleme bereits seit März 2004 nicht mehr habe nutzen können, habe die Klägerin im Jahr 2003 alle Umstände gekannt, die sie zu einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung berechtigt hätten.

[10] II. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

[11] 1. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung können weder ein wirksamer Rücktritt der Klägerin vom Kaufvertrag wegen eines Sachmangels des verkauften Pferdes gemäß §§ 434 I, 437 Nr. 2, 323 I BGB, aufgrund dessen der Klägerin Ansprüche auf Rückzahlung des Kaufpreises (§ 346 I BGB) und auf Ersatz von Verwendungen und Aufwendungen (§ 347 II BGB) zustehen können, noch ein Schadensersatzanspruch der Klägerin gemäß §§ 434 I, 437 Nr. 3, 280 I und III, 281 I 1 BGB verneint werden.

[12] a) Wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat, ist zwar Voraussetzung sowohl für den Rücktritt vom Kaufvertrag (§ 323 I BGB) als auch für einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (§ 281 I 1 BGB) grundsätzlich, dass der Käufer dem Verkäufer eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gem. § 439 BGB gesetzt hat. Das Berufungsgericht hat jedoch das Vorliegen dieser Voraussetzung rechtsfehlerhaft verneint.

[13] aa) Dabei kann offenbleiben, ob entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts eine Fristsetzung gemäß §§ 323 II, 281 II BGB entbehrlich war, weil die Beklagte (auch) eine Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert hat, indem sie mit Schreiben vom 31.08.2004 die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche auf Rückabwicklung des Kaufvertrags mit der Begründung zurückgewiesen hat, Verkäuferin des Pferdes sei nicht sie, sondern die Streithelferin, und außerdem sei das Pferd bei Übergabe mangelfrei gewesen. An die tatsächlichen Voraussetzungen für die Annahme einer endgültigen Erfüllungsverweigerung sind strenge Anforderungen zu stellen; sie liegt nur vor, wenn der Schuldner eindeutig zum Ausdruck bringt, er werde seinen Vertragspflichten nicht nachkommen (Senat, Urt. v. 21.12.2005 – VIII ZR 49/05, NJW 2006, 1195). Aus dem Verhalten der Beklagten müsste deshalb mit hinreichender Sicherheit geschlossen werden können, dass sie auch einer Aufforderung zur Nacherfüllung – und sei es aus ihrer Sicht nur aus Kulanzgründen – nicht nachgekommen wäre.

[14] bb) Darauf kommt es jedoch hier nicht an, weil die Klägerin die Beklagte jedenfalls mit ihrer Berufungsbegründung vom 22.11.2005 erfolglos zur Beseitigung des Mangels bis zum 31.01.2006 aufgefordert und danach konkludent erneut den Rücktritt vom Vertrag erklärt hat, indem sie vor dem Berufungsgericht weiterhin mit dem Antrag auf Rückzahlung des Kaufpreises verhandelt hat. Mit dieser Fristsetzung ist die Klägerin, anders als das Berufungsgericht meint, nicht gemäß § 531 II Nr. 3 ZPO ausgeschlossen.

[15] Der Ausschluss neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel im Berufungsrechtszug gilt, auch soweit sie im ersten Rechtszug aus Nachlässigkeit nicht geltend gemacht worden sind, nicht für unstreitige Tatsachen. Aus der die Zwecke des Zivilprozesses und der Präklusionsvorschriften berücksichtigenden Auslegung der §§ 529 I Nr. 2, 531 ZPO ergibt sich, dass unter „neue Angriffs- und Verteidigungsmittel“ i.S. des § 531 ZPO lediglich streitiges und beweisbedürftiges Vorbringen fällt. Nicht beweisbedürftiges Vorbringen hat das Berufungsgericht gemäß § 529 I ZPO seiner Entscheidung ohne Weiteres zugrunde zu legen (BGHZ 161, 138 [141 ff.]; 166, 29; 177, 212; Senat, Beschl. v. 21.02.2006 – VIII ZR 61/04, WM 2006, 1115).

[16] Das gilt auch für die als solche nicht streitige Fristsetzung zur Nacherfüllung i. S. von §§ 323 I, 281 I 1 BGB, die erst im Laufe des Berufungsverfahrens erfolgt ist. Zwar werden dadurch nicht nur neue Tatsachen in den Rechtsstreit eingeführt, sondern wird durch den erfolglosen Ablauf der Frist die materielle Rechtslage umgestaltet, weil der Gläubiger erst danach berechtigt ist, vom Vertrag zurückzutreten und Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen. Das steht der Berücksichtigung der Fristsetzung zur Nacherfüllung jedoch nicht entgegen. Sie unterscheidet sich insofern nicht von der erstmals im Berufungsverfahren erfolgenden Erhebung einer Einrede oder Ausübung eines materiell-rechtlichen Gestaltungsrechts. Auch diese sind ungeachtet – oder besser wegen – ihrer materiell-rechtlichen Wirkungen vom Berufungsgericht zu berücksichtigen, wenn die die Einrede oder das Gestaltungsrecht begründenden Tatsachen unstreitig sind (vgl. BGHZ 177, 212). Andernfalls müsste das Berufungsgericht sehenden Auges auf einer falschen, von keiner Partei vorgetragenen tatsächlichen Grundlage entscheiden.

[17] b) Auf der Grundlage des revisionsrechtlich maßgeblichen Sachvortrags der Klägerin war eine Fristsetzung zur Nacherfüllung zudem entbehrlich, weil der Geschäftsführer der Beklagten die Klägerin bei Abschluss des Kaufvertrags über den Gesundheitszustand des Pferdes arglistig getäuscht hat. Nach der – nach Erlass des Berufungsurteils ergangenen – Rechtsprechung des BGH (Beschl. v. 08.12.2006 – V ZR 249/05, NJW 2007, 835; Senat, Urt. v. 09.01.2008 – VIII ZR 210/06, NJW 2008, 1371) liegen regelmäßig besondere Umstände vor, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt (§ 323 II Nr. 2 BGB) bzw. die sofortige Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs (§ 281 II BGB) rechtfertigen, wenn der Verkäufer dem Käufer einen ihm bekannten Mangel bei Abschluss des Kaufvertrags verschwiegen hat. In einem solchen Fall ist die für die Beseitigung eines Mangels erforderliche Vertrauensgrundlage in der Regel auch dann beschädigt, wenn die Mangelbeseitigung durch einen vom Verkäufer zu beauftragenden Dritten – wie hier einen Tierarzt – vorzunehmen wäre. Besondere Umstände, aufgrund derer im vorliegenden Fall die für die Beseitigung des Mangels erforderliche Vertrauensgrundlage durch die dem Geschäftsführer der Beklagten vorgeworfene arglistige Täuschung nicht beschädigt worden wäre, sind nicht ersichtlich.

[18] 2. Die Voraussetzungen für einen Rücktritt der Klägerin vom Kaufvertrag oder für einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung sind allerdings ohne Bedeutung, wenn die Klägerin den Vertrag wegen der von ihr behaupteten arglistigen Täuschung wirksam angefochten hat (§ 123 I BGB) und ihr deshalb Ansprüche auf Kaufpreisrückzahlung (§ 812 I 1 Fall 1 BGB) und auf Schadensersatz (§§ 280 I, 241 II, 311 II Nr. 1 BGB) zustehen. Das Berufungsgericht hat eine wirksame Anfechtung zwar verneint, auch insoweit ist das Berufungsurteil aber von Rechtsfehlern beeinflusst. Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen nicht die Annahme, die Klägerin habe die Anfechtungsfrist des § 124 I BGB versäumt.

[19] Die Anfechtungsfrist wird erst mit der positiven Kenntnis des Irrtums und dessen arglistiger Herbeiführung in Lauf gesetzt (BGH, Urt. v. 26.04.1973 – III ZR 116/71, WM 1973, 750 [unter II 2]; Erman/*Palm,* BGB, 12. Aufl., § 124 Rn. 2). Dabei ist zwar der Ansatz des Berufungsgerichts zutreffend, dass der Gesamteindruck entscheidet. Der Anfechtungsberechtigte braucht nicht alle Einzelheiten der Täuschung zu kennen (MünchKomm-BGB/*Kramer,* 5. Aufl., § 124 Rn. 2; Palandt/*Ellenberger,* BGB, 68. Aufl., § 124 Rn. 2; Erman/*Palm,* a. a. O., § 124 Rn. 2).

[20] Rechtsfehlerhaft hat jedoch das Berufungsgericht bereits die Kenntnis des Sachmangels als ausreichend angesehen. Diese genügt nicht, denn sie lässt keinen Schluss darauf zu, dass die Klägerin zugleich „die Täuschung entdeckt“ hat (§ 124 II 1 BGB). Der Anfechtungsberechtigte muss sowohl die objektive Unrichtigkeit der seine Willensentschließung beeinflussenden Angaben als auch die Täuschungsabsicht des Anfechtungsgegners erkannt haben, also Kenntnis davon haben, dass die unrichtigen Angaben von diesem wider besseres Wissen gemacht wurden (RGZ 65, 86 [89]; *Singer/von Finckenstein,* in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2004, § 124 Rn. 4; Erman/*Palm,* a. a. O., § 124 Rn. 2). Danach genügt es für den Beginn der Anfechtungsfrist nicht, dass die Klägerin nach ihrem Vortrag bereits seit dem 28.03.2003 wusste, dass das Pferd nach Beanspruchung ständig lahmte.

[21] III. Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben und ist aufzuheben (§ 562 I ZPO). Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif, weil es weiterer tatsächlicher Feststellungen zum Vorliegen eines Sachmangels und zu einer arglistigen Täuschung der Klägerin durch den Geschäftsführer der Beklagten bedarf. Der Rechtsstreit ist deshalb zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 I 1 ZPO) …

Hinweis: Eine Besprechung dieser Entscheidung von *Frank Skamel* ist erschienen in NJW 2010, 271–274.

Probleme beim Autokauf?

Als spezialisierter Rechtsanwalt helfe ich Ihnen gerne weiter – ganz gleich, ob Sie Käufer oder Verkäufer sind. Interessiert? Nutzen Sie das Kontaktformular auf https://autokaufrecht.info/sofortberatung/ oder rufen Sie mich unverbindlich an

(0 23 27) 8 32 59-99.