Rücktritt bei wirtschaftlicher Unmöglichkeit der Nacherfüllung

1. **Ein taugliches Nacherfüllungsverlangen muss auch die Bereitschaft des Käufers umfassen, dem Verkäufer die Kaufsache zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen für eine entsprechende Untersuchung zur Verfügung zu stellen. Der Verkäufer ist deshalb nicht verpflichtet, sich auf ein Nacherfüllungsverlangen des Käufers einzulassen, bevor dieser ihm am Erfüllungsort der Nacherfüllung die Gelegenheit zu einer solchen Untersuchung gegeben hat (Bestätigung von BGH, Urt. v. 10.03.2010 – VIII ZR 310/08, NJW 2010, 1448, und Urt. v. 13.04.2011 – VIII ZR 220/10, BGHZ 189, 196).**

2. **Das Rücktrittsrecht des Gläubigers nach § 326 V BGB besteht im Falle sogenannter wirtschaftlicher Unmöglichkeit nur und erst dann, wenn der Schuldner gemäß § 275 II BGB von seinem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hat.**

BGH, Urteil vom 19.12.2012 – VIII ZR 96/12

Sachverhalt: Im April 2009 bot die im Raum Berlin wohnhafte Beklagte zu 1 über die Internet-Versteigerungsplattform eBay ein gebrauchtes Motorkajütboot nebst Bootsanhänger (Trailer) zum Verkauf an. Das Boot, das der Vater der Beklagten zu 1, der Beklagte zu 2, im Oktober 2007 erworben hatte, beschrieb sie dabei unter anderem wie folgt:

> „... Das Boot ist ein Holzboot mit einem Kunststoffüberzug über den Rumpf. Das hat den Vorteil, dass es Dicht ist und man weniger Pflegeaufwand hat. Es ist ein schönes kleines Wanderboot, nix für Raser. Auf dem Boot kann man bequem zu zweit schlafen und ein Kind hat auch noch Platz. Es verfügt über genügend Stauraum für längere Entdeckungstouren. Es ist halt ein schönes Wanderboot ...und es gehört auch ein Trailer dazu der angemeldet ist und TÜV bis 09/09 hat. Man kann also auch mit dem Boot auf Reisen gehen ...
>
> Lieferung: Das Boot muss in Berlin abgeholt werden oder kann gegen 0,50 € pro Kilometer geliefert werden. Da es sich um gebrauchtes Boot handelt, verkaufe ich es ohne jegliche Gewährleistung ...“

Die in Berlin wohnhafte Klägerin zu 1 gab daraufhin mit 2.510 € das höchste Gebot ab und vereinbarte mit der Beklagten zu 1 die Lieferung des Boots gegen Zahlung von 20 €. Die Lieferung erfolgte durch den Beklagten zu 2, der mit dem Ehemann der Klägerin zu 1, dem Kläger zu 2, einen Kaufvertrag über das Boot zu einem Kaufpreis von 2.010 € und einen weiteren Kaufvertrag über einen Bootstrailer zu einem Kaufpreis von 500 € fertigte. In diesen von den Klägern durch Barzahlung erfüllten Kaufverträgen, in denen eine Gewährleistung ebenfalls ausgeschlossen worden war, waren als Verkäufer der Beklagte zu 2 und als Käufer beide Kläger genannt.

Kurz darauf stellten die Kläger am Boot Schimmelstellen fest, die sie gegenüber dem Beklagten zu 2 bemängelten. Nachdem die Beklagte zu 1 auf eine fehlende Kenntnis des Mangels und im Übrigen auf den vereinbarten Gewährleistungsausschluss hingewiesen hatte, ließen die Kläger das Boot begutachten und dafür dessen Beplankung abnehmen. Noch am gleichen Tage erklärten sie mit Schreiben vom 29.04.2009 den Rücktritt von den Kaufverträgen, weil das Boot in seiner Holzsubstanz stark beschädigt und deshalb nicht mehr seetauglich sei und im Hinblick auf geschätzte Reparaturkosten von 15.000 € einen wirtschaftlichen Totalschaden darstelle. Diese Rücktrittserklärung nebst der darin ausgesprochenen Aufforderung zur Rückabwicklung des Vertrages wiederholten sie durch Anwaltsschreiben vom 15.05.2009, nachdem der Beklagte zu 2 mit Schreiben vom 12.05.2009 eine Rückabwicklung unter Hinweis auf die Möglichkeit der Kläger, das Boot vor dem Kauf zu besichtigen, sowie den vereinbarten Gewährleistungsausschluss verweigert hatte. Wenig später überführten die Kläger das Boot zur Insel Usedom, wo es seither untergestellt ist. Auf eine im Verlauf des ersten Rechtszugs ergangene Aufforderung der Kläger, sich binnen Wochenfrist bereit zu erklären, die Mängel am Boot zu beseitigen, erklärten die Beklagten, sich das Boot in Berlin auf berechtigte Mängel ansehen und solche, falls vorhanden, beseitigen zu wollen. Die Kläger boten demgegenüber eine Besichtigung auf Usedom an, zu der es nicht kam.

Das Amtsgericht hat die im Wesentlichen auf Rückzahlung des Kaufpreises gerichtete Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Beklagten unter Abänderung dieses Urteils zur Zahlung von 2.510 € Zug um Zug gegen Übergabe des Boots und des Trailers sowie zur Zahlung weiterer 1.821,17 € – jeweils nebst Zinsen – und zum Ersatz aller weiteren Schäden verurteilt. Die Revision der Beklagten hatte Erfolg.

Aus den Gründen: [6] I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung – soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung – im Wesentlichen ausgeführt:

[7] Beide Kläger könnten von beiden Beklagten die Rückabwicklung des Kaufvertrags beanspruchen, da sowohl der Kläger zu 2 als auch der Beklagte zu 2 durch ihre Einbeziehung in die anschließend gefertigten schriftlichen Kaufverträge einvernehmlich als zusätzliche Vertragsparteien in die Verträge eingetreten seien. Das verkaufte Kajütboot sei mangelhaft, da ihm die vereinbarte Beschaffenheit einer Seetauglichkeit fehle. Die Beschreibung des Boots im eBay-Angebot, wonach man damit auf Reisen gehen könne, sei als Beschaffenheitsangabe i. S. von § 434 I 1 BGB dahin zu verstehen, dass es grundsätzlich seetüchtig bzw. als Boot einsatzbereit sei. Daran fehle es, weil das Boot nach dem auch von den Beklagten zuletzt nicht mehr in Abrede gestellten Ergebnis des eingeholten Sachverständigengutachtens zum Zeitpunkt der Übergabe an die Kläger einen erheblichen, die Seetüchtigkeit ausschließenden Pilzbefall aufgewiesen habe. Gegenüber der getroffenen Beschaffenheitsvereinbarung habe der Gewährleistungsausschluss keine Wirkungen entfalten können, da er nicht für Eigenschaften gelte, die durch Beschaffenheitsangaben des Verkäufers näher beschrieben worden seien.

[8] Entgegen der Auffassung des Amtsgerichts scheitere der Rücktritt vom Kaufvertrag auch nicht daran, dass die Kläger den Beklagten keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hätten. Zwar sei eine Aufforderung zur Nachbesserung einschließlich der erforderlichen Fristsetzung nicht wirksam erfolgt. Denn aus den vorgerichtlichen telefonischen Kontakten der Parteien sowie aus deren anschließender schriftlicher Korrespondenz lasse sich eine solche Fristsetzung nicht eindeutig entnehmen, da die Kläger nach Kenntnisnahme vom Pilzbefall des Boots von den Beklagten allein die Rückabwicklung des Vertrags, nicht dagegen etwaige Nachbesserungsarbeiten der Beklagten verlangt oder sonst zur Debatte gestellt hätten. Ebenso wenig habe in der im Verlauf des Rechtsstreits erfolgten Aufforderung zur Nachbesserung eine wirksame Fristsetzung zur Nacherfüllung gelegen, da die Kläger ihrem Nachbesserungsverlangen zu Unrecht Usedom als Erfüllungsort zugrunde gelegt hätten und sich dadurch nicht bereit erklärt hätten, den Beklagten das Boot in Berlin als dem richtigen Erfüllungsort zur Verfügung zu stellen. Denn das Boot sei nach eigenem Vortrag der Kläger auf Usedom lediglich im Hinblick auf die beabsichtigte Rückübertragung an die Beklagten untergestellt worden, und es sei auch nichts dafür ersichtlich, dass es sich dort sonst bestimmungsgemäß befunden hätte.

[9] Eine Fristsetzung zur Nacherfüllung sei vorliegend aber gemäß §§ 323 II Nr. 3, 326 V, 275 II BGB entbehrlich gewesen. Insoweit bestimme § 326 V BGB, dass der Gläubiger gemäß § 323 BGB auch ohne die in dessen Absatz 1 grundsätzlich erforderliche Fristsetzung vom Vertrag zurücktreten könne, wenn der Schuldner seinerseits nach § 275 BGB nicht zu leisten brauche. Die dort geregelten Voraussetzungen für den Wegfall einer Nacherfüllungspflicht der Beklagten lägen in allen in Betracht kommenden Alternativen vor. Zum einen sei die Nacherfüllung in Form einer Ersatzlieferung gemäß § 275 I BGB objektiv unmöglich, da bei einem Stückkauf wie dem vorliegenden nicht ersichtlich sei, dass die Möglichkeit der Lieferung eines gleichwertigen Ersatzboots bestanden habe. Zum anderen habe den Beklagten hinsichtlich eines Mangelbeseitigungsverlangens jedenfalls ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 II 1 BGB zugestanden. Denn anders als bei einem Unfallfahrzeug sei nach dem eingeholten Sachverständigengutachten die Befreiung des Boots vom Pilzbefall grundsätzlich möglich. Insoweit könne auch dahinstehen, ob ein solcher Befall – vergleichbar mit einem früheren Unfallschaden – dem Boot selbst im Falle vollständiger Beseitigung wegen einer in den Augen des Verkehrs möglicherweise fortdauernden Minderung des Verkehrswertes weiterhin als nicht behebbarer Mangel angehaftet hätte. Jedenfalls liege hier ein Fall der wirtschaftlichen Unmöglichkeit vor, da nach dem Sachverständigengutachten die zur vollständigen Beseitigung des Pilzbefalls und damit zur Herstellung der dauerhaften Seetüchtigkeit des Bootes erforderlichen Mängelbeseitigungskosten 12.900 €, also mehr als das Achtfache des auf 1.400 € zu schätzenden Zeitwerts des Bootes, betrügen.

[10] Der Anwendbarkeit des § 326 V BGB stehe nicht entgegen, dass § 275 II BGB vom Ansatz her dem Schuldner lediglich ein – hier von den Beklagten nicht geltend gemachtes – Leistungsverweigerungsrecht einräume, das er gegen den Erfüllungsanspruch des Gläubigers zunächst einwenden müsse, um tatsächlich von der Leistung befreit zu werden. Anders als § 439 III 1 BGB, der ausdrücklich (nur) dem Schuldner ein Recht auf Verweigerung der Nacherfüllung gebe, regele § 326 V BGB ein Rücktrittsrecht des Gläubigers und knüpfe dafür an die Voraussetzungen des § 275 BGB an. Hieraus folge, dass der Gläubiger auch dann ohne Fristsetzung zur Nachbesserung vom Vertrag zurücktreten könne, wenn objektiv ein auffälliges Missverhältnis zwischen dem Nachbesserungsaufwand des Schuldners und dem objektiven Leistungsinteresse des Gläubigers bestehe, selbst wenn der Schuldner sich darauf nicht (ausdrücklich) berufen habe. Allein das deutliche Überschreiten objektiv akzeptabler Nachbesserungskosten rechtfertige es, bereits aus dem objektiven Bestehen eines Leistungsverweigerungsrechts des Schuldners ein an keine Fristsetzung gebundenes Rücktrittsrecht des Gläubigers i. S. des § 326 V BGB herzuleiten, da dann unter keinem erdenklichen Gesichtspunkt eine Nachbesserung in Betracht komme, diese vielmehr völlig lebensfremd wäre.

[11] Dagegen spreche nicht, dass im Rahmen des wortgleichen § 326 I BGB allgemein die Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts verlangt werde. Denn im Gegensatz zu § 326 I BGB, der dem Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung nehme, weil er zuvor aufgrund objektiver Unmöglichkeit seiner Leistung oder seiner Berufung auf ein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 275 II BGB von seiner eigenen Leistungspflicht befreit worden sei, regele § 326 V BGB das Rücktrittsrecht des Gläubigers und lasse den Rücktritt auch dann ohne Fristsetzung gemäß § 323 II BGB zu, wenn die Voraussetzungen des § 275 II BGB vorlägen. Eine Anwendung dieser Norm auf Fälle mangelhafter Leistung im Rahmen eines Kaufvertrags könne namentlich mit Blick auf § 323 II Nr. 3 BGB nur dann sinnvoll erfolgen, wenn bereits die objektiven Voraussetzungen des Leistungsverweigerungsrechts gemäß § 275 II 1 BGB genügten, um die grundsätzlich erforderliche Fristsetzung zur Nachbesserung entbehrlich zu machen. Denn lägen diese Voraussetzungen objektiv vor, könne vernünftigerweise niemand damit rechnen, dass der Schuldner eine Nacherfüllung auch nur in Betracht ziehe, sodass es auch objektiv nicht in seinem Interesse liege, vom Gläubiger zur Nacherfüllung aufgefordert zu werden. Wollte man hier dennoch die Berufung auf ein Leistungsverweigerungsrecht verlangen, hätte § 326 V BGB für die vorliegende Fallgestaltung keine praktische Bedeutung mehr, da das Leistungsverweigerungsrecht regelmäßig ohnehin erst auf eine entsprechende Aufforderung des Gläubigers zur Nachbesserung ausgeübt würde. In dem hier vorliegenden Fall einer wirtschaftlich offensichtlich unsinnigen Nachbesserung sei eine dahin gehende Fristsetzung deshalb entbehrlich gewesen, zumal auch keine Anhaltspunkte dafür bestünden, dass für die Beklagten entgegen aller Lebenswahrscheinlichkeit eine Nachbesserung in Betracht gekommen wäre und sie lediglich die unterbliebene Aufforderung der Kläger daran gehindert habe.

[12] Von dem danach wirksam erklärten Rücktritt der Kläger sei nicht nur das verkaufte Kajütboot, sondern auch der Trailer betroffen, da es sich um ein einheitliches Geschäft gehandelt habe und davon auszugehen sei, dass die Kläger am Trailer als Teilleistung kein Interesse hätten, sodass die Kaufverträge insgesamt rückabzuwickeln seien und die Beklagten die weiteren Kosten als Verwendungs- oder Schadensersatz zu erstatten hätten.

[13] II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand.

[14] Das Berufungsgericht, das unangegriffen nicht nur die Klägerin zu 1 und den Beklagten zu 1, sondern auch den Kläger zu 2 und den Beklagten zu 2 als Vertragspartner des Kaufvertrags angesehen hat, hat hinsichtlich einer See- oder Wassertauglichkeit des verkauften Kajütboots zwar rechtsfehlerfrei das Vorliegen einer vom Gewährleistungsausschluss nicht erfassten Beschaffenheitsvereinbarung bejaht. Ebenso wenig ist es aus Rechtsgründen zu beanstanden, dass das Berufungsgericht im Rahmen der von ihm geprüften kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte (§§ 437, 439, 440, 323 I BGB) eine (wirksame) Aufforderung zur Nachbesserung einschließlich der erforderlichen Fristsetzung für nicht entbehrlich gehalten hat. Rechtsfehlerhaft hat es jedoch angenommen, dass die Kläger den Rücktritt wegen wirtschaftlicher Unmöglichkeit der Nachbesserung auch ohne dahin gehende Einrede der Beklagten auf § 326 V BGB stützen können.

[15] 1. Entgegen der Auffassung der Revision konnte das Berufungsgericht aus den Erklärungen, mit denen die Beklagte zu 1 im eBay-Angebot eine Eignung des Kajütboots zum Wasserwandern herausgestellt hat, eine Beschaffenheitsvereinbarung zu dessen See- und Wassertauglichkeit herleiten, die – wie das Berufungsgericht mit sachkundiger Hilfe unangegriffen festgestellt hat – aufgrund des umfangreichen Pilzbefalls am hölzernen Bootskörper bei Übergabe des Bootes nicht mehr gegeben war.

[16] a) Gemäß § 434 I 1 BGB liegt ein Sachmangel der Kaufsache vor, wenn dieser eine vereinbarte Beschaffenheit fehlt. Dazu ist es nicht erforderlich, dass bestimmte Beschaffenheitsanforderungen ausdrücklich festgelegt werden. Eine solche Vereinbarung kann sich vielmehr auch aus den Umständen des Vertragsschlusses wie etwa dem Kontext der dabei geführten Gespräche oder den bei dieser Gelegenheit abgegebenen Beschreibungen ergeben (Senat, Urt. v. 17.03.2010 – VIII ZR 253/08, WM 2010, 990 Tz. 13). Insbesondere kann die für eine Beschaffenheitsvereinbarung erforderliche Willensübereinstimmung auch konkludent in der Weise erzielt werden, dass der Käufer dem Verkäufer bestimmte Anforderungen an den Kaufgegenstand zur Kenntnis bringt und dieser zustimmt (Senat, Urt. v. 20.05.2009 – VIII ZR 191/07, BGHZ 181, 170 Tz. 9 unter Hinweis auf BT-Drs. 14/6040, S. 213). Ebenso ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass in Fällen, in denen der Verkäufer bei Vertragsschluss die Eigenschaften der verkauften Sache in einer bestimmten Weise beschreibt und der Käufer vor diesem Hintergrund seine Kaufentscheidung trifft, die Erklärungen des Verkäufers ohne Weiteres zum Inhalt des Vertrages und damit zum Inhalt einer Beschaffenheitsvereinbarung werden (BT-Drs. 14/6040, S. 212). So liegt es bei der erforderlichen Berücksichtigung der Gesamtumstände des Falls (vgl. Senat, Urt. v. 28.03.2012 – VIII ZR 244/10, NJW 2012, 2723 Tz. 25), die das Berufungsgericht in rechtsfehlerfreier Weise tatrichterlich gewürdigt hat, auch hier.

[17] b) Das Berufungsgericht hat bei dieser Würdigung an eine in der Angebotsbeschreibung mehrfach zum Ausdruck gebrachte Eignung des Kajütboots zum ausgedehnten Wasserwandern angeknüpft. Das lässt ungeachtet des Einwands der Revision, die Aussage, man könne mit dem Boot auf Reisen gehen, beziehe sich lediglich auf den gleichzeitig angebotenen Trailer und die damit verbundene Transport- und Mitnahmemöglichkeit, keinen Rechtsfehler erkennen. Das Verständnis des Berufungsgerichts liegt, wie etwa der in der Angebotsbeschreibung enthaltene Hinweis auf die Möglichkeit längerer Entdeckungstouren und den dafür vorhandenen Stauraum zeigt, im Gegenteil nahe. Zudem liegt es auf der Hand, dass ein Kaufinteressent die für einen künftigen Gebrauch des Kajütboots zentrale Beschaffenheitsaussage einer See- und Wassertauglichkeit zur Grundlage seines Kaufentschlusses macht.

[18] Zumindest für einen Einsatz des Bootes als Wanderboot ist, wie das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf die dahingehenden Ausführungen des Amtsgerichts weiter angenommen hat, eine nach den am Bootsrumpf festgestellten Schäden nicht mehr gegebene See- oder Wassertauglichkeit unabdingbar. Es begegnet deshalb keinen rechtlichen Bedenken, wenn das Berufungsgericht in der Angebotsbeschreibung – vergleichbar mit der Beschreibung eines Kraftfahrzeugs als fahrbereit, mit der die Eignung zu einer gefahrlosen Benutzung bei bestimmungsgemäßem Gebrauch, insbesondere das Fehlen von verkehrsgefährdenden Mängeln zugesagt wird (Senat, Urt. v. 22.11.2006 – VIII ZR 72/06, BGHZ 170, 67 Tz. 21, 25 m. w. Nachw.) – die Grundlage eines von den Beklagten jedenfalls konkludent angenommenen Beschaffenheitsangebots gesehen hat und daran anknüpfend zu dem Ergebnis gelangt ist, dass das Kajütboot diesen Beschaffenheitsanforderungen nicht gerecht wird, weil dem Bootsrumpf aufgrund seiner Schäden das dafür erforderliche Mindestmaß an Stabilität und Stoßfestigkeit fehlt.

[19] c) Es steht weiter im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats, dass das Berufungsgericht den zwischen den Parteien vereinbarten Gewährleistungsausschluss nicht auf die genannte Beschaffenheitsvereinbarung bezogen hat (Senat, Urt. v. 29.11.2006 – VIII ZR 92/06, BGHZ 170, 86 Tz. 31).

[20] 2. Soweit das Berufungsgericht die Wirksamkeit eines Rücktritts nach §§ 437 Nr. 2, 440 Satz 1, 323 I BGB verneint hat, weil es eine (wirksame) Aufforderung zur Nachbesserung einschließlich der erforderlichen Fristsetzung nicht für entbehrlich gehalten hat, macht die Revisionserwiderung im Wege der Gegenrüge ohne Erfolg geltend, dass die Beklagten bereits mit ihrer E-Mail vom 29.04.2009 durch den dortigen Hinweis auf den vereinbarten Gewährleistungsausschluss jegliche Gewährleistungsansprüche endgültig abgelehnt hätten und damit der Weg für einen sofortigen Rücktritt vom Vertrag frei gewesen sei.

[21] a) Das Berufungsgericht hat unter Bezugnahme auf die Ausführungen des Amtsgerichts und dessen Würdigung des Inhalts des vorausgegangenen Telefonkontakts der besagten E-Mail eine solche endgültige Anspruchsablehnung nicht entnehmen können. Dagegen bringt die Revisionserwiderung nichts Durchschlagendes vor, sondern setzt lediglich ihre eigene Würdigung an die Stelle der tatrichterlichen Würdigung durch das Berufungsgericht.

[22] Das gilt umso mehr, als an die tatsächlichen Voraussetzungen für die Bejahung einer endgültigen Erfüllungsverweigerung strenge Anforderungen zu stellen sind, die nur vorliegen, wenn der Schuldner eindeutig zum Ausdruck bringt, dass er seinen Vertragspflichten nicht nachkommen werde. Insbesondere kann in dem bloßen Bestreiten von Mängeln eine endgültige Nacherfüllungsverweigerung noch nicht ohne Weiteres, sondern nur dann gesehen werden, wenn weitere Umstände hinzutreten, welche die Annahme rechtfertigen, dass der Schuldner über das Bestreiten der Mängel hinaus bewusst und endgültig die Erfüllung seiner Vertragspflichten ablehnt und es damit ausgeschlossen erscheint, dass er sich von einer Fristsetzung hätte oder werde umstimmen lassen (Senat, Urt. v. 21.12.2005 – VIII ZR 49/05, WM 2006, 1355 Tz. 25 m. w. Nachw.). Dazu stellt das Berufungsgericht nichts fest. Ebenso wenig zeigt die Revisionserwiderung übergangenen Sachvortrag auf. Im Gegenteil verhält es sich so, dass die Kläger jedenfalls bis zu ihrer Mängelbeseitigungsaufforderung vom 22.01.2010 selbst davon ausgegangen sind, sich auf eine Nacherfüllung der Beklagten nicht einlassen zu müssen, und ihnen dementsprechend dazu auch keine Gelegenheit eingeräumt haben. Es erscheint aber – wie auch die Reaktion der Beklagten auf das Schreiben vom 22.01.2010 zeigt – nicht ausgeschlossen, dass die Beklagten bei einer an sie gerichteten Nacherfüllungsaufforderung ihre bis dahin geäußerte Haltung aufgegeben hätten und der Möglichkeit einer Nacherfüllung nähergetreten wären (vgl. Senat, Urt. v. 21.12.2005 – VIII ZR 49/05, WM 2006, 1355).

[23] b) Von der Revisionserwiderung unbeanstandet ist das Berufungsgericht weiter rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass auch in der Nacherfüllungsaufforderung vom 22.01.2010 keine den Anforderungen des § 323 I BGB genügende Fristsetzung zur Nacherfüllung gelegen hat, da die Kläger ihrem Nachbesserungsverlangen zu Unrecht Usedom als Erfüllungsort zugrunde gelegt und sich dadurch nicht bereit erklärt haben, den Beklagten das Boot in Berlin als dem richtigen Erfüllungsort zur Überprüfung der Mängelrügen und einer daran gegebenenfalls anknüpfenden Nacherfüllung zur Verfügung zu stellen.

[24] Diese Beurteilung steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats, wonach zum einen ein taugliches Nacherfüllungsverlangen auch die Bereitschaft des Käufers umfassen muss, dem Verkäufer die Kaufsache zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen für eine entsprechende Untersuchung zur Verfügung zu stellen, und der Verkäufer nicht verpflichtet ist, sich auf ein Nacherfüllungsverlangen des Käufers einzulassen, bevor dieser ihm die Gelegenheit zu einer solchen Untersuchung der Kaufsache gegeben hat (Senat, Urt. v. 10.03.2010 – VIII ZR 310/08, NJW 2010, 1448 Tz. 12). Zum anderen setzt dies eine Zurverfügungstellung am rechten Ort, nämlich dem Erfüllungsort der Nacherfüllung, voraus. Für dessen Bestimmung ist im Kaufrecht die allgemeine Vorschrift des § 269 I BGB maßgebend mit der Folge, dass bei einem – hier gegebenen – Fehlen vertraglicher Vereinbarungen über den Erfüllungsort auf die jeweiligen Umstände, insbesondere auf die Natur des Schuldverhältnisses, abzustellen ist und dass dann, wenn sich hieraus keine abschließenden Erkenntnisse gewinnen lassen, der Erfüllungsort letztlich an dem Ort anzusiedeln ist, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz (§ 269 II BGB) hatte (Senat, Urt. v. 13.04.2011 – VIII ZR 220/10, BGHZ 189, 196 Tz. 29 ff. m. w. Nachw.). Es begegnet keinen rechtlichen Bedenken, wenn das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang entscheidend auf den übereinstimmenden Wohnsitz der Parteien im Raum Berlin abgestellt und dem Umstand, dass das Boot lediglich zum Zwecke der Unterstellung nach Usedom verbracht worden war, keine für die Bestimmung des Erfüllungsortes entscheidende Bedeutung beigelegt hat.

[25] 3. Mit Recht beanstandet die Revision jedoch, dass das Berufungsgericht gleichwohl eine Fristsetzung der Kläger zur Nacherfüllung für entbehrlich gehalten hat, weil es die Voraussetzungen eines Rücktrittsrechts nach § 326 V BGB für gegeben erachtet hat.

[26] a) Nach dieser Vorschrift kann der Gläubiger vom Vertrag zurücktreten, wenn der Schuldner nach § 275 I bis III BGB nicht zu leisten braucht, wobei auf den Rücktritt § 323 BGB mit der Maßgabe entsprechende Anwendung findet, dass die Fristsetzung entbehrlich ist. Das Berufungsgericht hat es dahinstehen lassen, ob der Pilzbefall des Bootsrumpfes wegen einer selbst bei vollständiger Schadensbeseitigung möglicherweise verbleibenden Wertminderung schon für sich allein als ein unbehebbarer Mangel anzusehen und daher von der objektiven Unmöglichkeit einer vollständigen Mangelbeseitigung mit der Folge einer dahingehenden Leistungsfreiheit der Beklagten gem. § 275 I BGB auszugehen ist (vgl. dazu Senat, Urt. v. 10.10.2007 – VIII ZR 330/06, NJW 2008, 53 Tz. 23). Für das Revisionsverfahren ist daher zu unterstellen, dass ein i. S. des § 275 I BGB unbehebbarer Mangel nicht vorliegt.

[27] b) Das Berufungsgericht hat ein Rücktrittsrecht der Kläger nach § 326 V BGB – und damit ohne eine Fristsetzung zur Nacherfüllung – wegen sogenannter wirtschaftlicher Unmöglichkeit gemäß § 275 II BGB für gegeben erachtet. Das ist nicht richtig. Dem Berufungsgericht ist zwar insoweit beizupflichten, als es angesichts des groben Missverhältnisses zwischen den mit sachverständiger Hilfe ermittelten Nachbesserungskosten von 12.900 € und dem Zeitwert des Bootes von 1.400 € einen Fall der sogenannten wirtschaftlichen Unmöglichkeit bejaht hat. Nicht gefolgt werden kann ihm jedoch, soweit es die Geltendmachung eines hierauf gestützten Leistungsverweigerungsrechts der Beklagten für entbehrlich gehalten hat.

[28] Genauso wie § 326 I 1 BGB, der nur dann zur Anwendung kommt, wenn der Schuldner entweder wegen Unmöglichkeit nach § 275 I BGB oder wegen Erhebens der Einrede nach § 275 II oder III BGB nicht zu leisten braucht (BT-Drs. 14/6040, S. 188), verlangt auch § 326 V BGB nach seinem eindeutigen Wortlaut für das darin geregelte Rücktrittsrecht, dass der Schuldner nach § 275 I bis III BGB nicht zu leisten braucht, also nach einer dieser Bestimmungen von seiner Primärleistungspflicht frei (geworden) ist. Anders als im Fall der echten Unmöglichkeit gemäß § 275 I BGB führt eine sogenannte wirtschaftliche Unmöglichkeit der Leistungserbringung nach § 275 II BGB aber nur und erst dann zu einer Befreiung des Schuldners von seiner Primärleistungspflicht, wenn er sich hierauf durch Geltendmachung seines Leistungsverweigerungsrechts beruft. Das gilt uneingeschränkt auch für den hier gegebenen Fall, dass das Missverhältnis zwischen dem (Nach-)Erfüllungsaufwand (hier: Mängelbeseitigungskosten) und dem Interesse des Gläubigers am Erhalt der Primärleistung (hier: Erhalt des Bootes in mangelfreiem Zustand) besonders krass ist. Davon sollte nach der Gesetzesbegründung im Übrigen noch nicht einmal in Fällen der sogenannten faktischen Unmöglichkeit, bei denen die Behebung des Leistungshindernisses lediglich theoretisch möglich erscheint, selbst wenn sie kein vernünftiger Gläubiger ernsthaft erwarten kann, eine Ausnahme zu machen sein (BT-Drs. 14/6040, S. 129 f.).

[29] Ein Bedürfnis, für solche Fallgestaltungen vom Erfordernis einer Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts durch den Schuldner abzusehen, ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht gegeben. Vielmehr ist für Fälle, in denen eine Ungewissheit darüber besteht, ob eine Nacherfüllung unmöglich ist, oder ob der Schuldner sich auf eine (wirtschaftliche) Unmöglichkeit berufen wird, bereits im Gesetzgebungsverfahren auf die Möglichkeit des Gläubigers hingewiesen worden, dem Schuldner eine angemessene Frist zur Nacherfüllung zu setzen und nach fruchtlosem Fristablauf gemäß § 323 I BGB vom Vertrag zurückzutreten (BT-Drs. 14/7052, S. 183, 193).

[30] III. Nach alledem kann das Urteil des Berufungsgerichts keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 562 II ZPO). Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif, weil das Berufungsgericht – vor dem Hintergrund der von ihm vertretenen Rechtsauffassung folgerichtig – keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob der Pilzbefall des Bootsrumpfes wegen einer selbst bei vollständiger Schadensbeseitigung möglicherweise verbleibenden Wertminderung schon für sich allein als ein unbehebbarer Mangel anzusehen und daher von der objektiven Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) einer vollständigen Mangelbeseitigung auszugehen ist. Ebenso wenig hat das Berufungsgericht – worauf die Revisionserwiderung gleichfalls hinweist – Feststellungen zu einer von den Klägern geltend gemachten arglistigen Täuschung der Beklagten über den Zustand des Bootsrumpfs und einer in diesem Fall gegebenen Unbeachtlichkeit des Gewährleistungsausschlusses nach § 444 BGB getroffen. Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 I 1 ZPO).

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.