Rücktritt wegen eines Sachmangels erst nach zweitem fehlgeschlagenen Nachbesserungsversuch

Die Voraussetzungen für einen mangelbedingten Rücktritt vom Kaufvertrag sind regelmäßig nicht erfüllt, wenn der Käufer dem Verkäufer gemäß § 323 I BGB eine Frist zur Nachbesserung (§ 439 I Fall 1 BGB) gesetzt und der Verkäufer den Mangel vor Ablauf dieser Frist trotz eines innerhalb der Frist unternommenen Nachbesserungsversuchs nicht beseitigt hat (entgegen (OLG Saarbücken, Urt. v. 09.09.2010 – 8 U 367/09-92, BeckRS 2010, 28141). In einem solchen Fall muss der Käufer dem Verkäufer vielmehr einen zweiten Nachbesserungsversuch gewähren. Denn bezogen auf Kaufverträge ist „erfolglos“ (§ 323 I BGB) gleichbedeutend mit „fehlgeschlagen“ (§ 440 Satz 1 Fall 2, Satz 2 BGB); eine i. S. von § 323 I BGB erfolglose Fristsetzung liegt deshalb erst vor, wenn auch der zweite Nachbesserungsversuch misslingt.

OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 14.11.2019 – 16 U 42/19
(nachfolgend: BGH, Urteil vom 26.08.2020 – VIII ZR 351/19)

Sachverhalt: Der Kläger erwarb von der Beklagten am 12.09.2017 einen Neuwagen zum Preis von 18.750 €. Dem Kaufvertrag lagen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Neuwagen-Verkaufsbedingungen) der Beklagten zugrunde. Sie entsprechen den Allgemeinen Geschäftsbedingungen „für den Verkauf gebrauchter Kraftfahrzeuge und Anhänger“, die der *Zentralverband Deutsches Kraftfahrzeuggewerbe e. V.* (ZDK) unverbindlich empfiehlt.

Nachdem der Kläger die Lackierung des Fahrzeugs beanstandet hatte, bot ihm die Beklagte mit Schreiben ihres späteren Prozessbevollmächtigten vom 28.05.2018 an, sich wegen der gewünschten Nachbesserung an einen Vertragshändler seiner Wahl zu wenden. Außerdem fragte die Beklagte an, ob der Kläger auch Garantieansprüche geltend mache. Nach weiterer Korrespondenz, in der der Kläger klarstellte, dass er ausschließlich Gewährleistungsansprüche geltend mache, verbrachte der Kläger sein Fahrzeug am 03.07.2018 zu der Vertragshändlerin *V*-GmbH. Dort wurde der Pkw untersucht. Anschließend vereinbarten der Kläger und die *V*-GmbH einen Termin für die Nachbesserung des Fahrzeugs, die dann vom 14.08. bis zum 21.08.2019 stattfand. Einige Tage nach Abholung des Fahrzeugs rügte der Kläger, dass die Mängel nicht vollständig beseitigt worden seien und die Neulackierung nicht fachgerecht ausgeführt worden sei. Zu einem bei einer weiteren Vorstellung des Fahrzeugs vereinbarten Termin zur Nacharbeit erschien der Kläger nicht. Vielmehr erklärte er mit Schreiben vom 24.09.2018 den Rücktritt von dem mit der Beklagten geschlossenen Kaufvertrag.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Unterstelle man, dass das Fahrzeug wegen seiner Lackierung mangelhaft sei, dann stehe einem Anspruch aus § 437 Nr. 3 Fall 1, §§ 323, 440 BGB i. V. mit §§ 346 ff. BGB entgegen, dass die Nachbesserung nicht i. S. von § 440 Satz 1 Fall 2, Satz 2 BGB fehlgeschlagen sei. Eine Nachbesserung gelte danach erst nach dem erfolglosen zweiten Versuch als fehlgeschlagen. Der Kläger habe indes der *V*-GmbH, die nach den Neuwagen-Verkaufsbedingungen der Beklagten für die Beklagte Nachbesserungsarbeiten habe vornehmen dürfen, keinen zweiten Nachbesserungsversuch gewährt, sondern sogar den dafür vereinbarten Termin abgesagt. Der Kläger habe auch nicht ausnahmsweise nach Treu und Glauben (§ 440 Satz 1 Fall 3 BGB) davon absehen dürfen, der Beklagten einen weiteren Nachbesserungsversuch zu ermöglichen. Denn die *V*-GmbH habe ihm in Aussicht gestellt, Nacharbeiten zeitnah vorzunehmen. Außerdem könne der Kläger bei ordnungsgemäßer Nachbesserung der Lackierung nicht in den Verdacht geraten, er verschweige einem Kaufinteressenten Mängel des Pkw, und schließlich habe die Beklagte das Fahrzeug noch nicht im Hinblick auf die in der Klageschrift gerügten weiteren Mängel prüfen können.

Mit seiner dagegen gerichteten Berufung hat der Kläger geltend gemacht, er habe der Beklagten – wie § 323 I BGB es verlange – am 14.05.2018 eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt. Diese sei schon deshalb erfolglos abgelaufen, weil es der Beklagten bzw. der für sie tätig gewordenen V-GmbH bis zum 30.05.2018 (Fristablauf) eine Mangelbeseitigung nicht gelungen sei, Bis zum Ablauf der gesetzten Frist seien überhaupt keine Mangelbeseitigungsmaßnahmen vorgenommen worden. Die im August 2018 durchgeführten Arbeiten hätten nicht zur Beseitigung des Mangels geführt; ein Mangel liege vielmehr derzeit immer noch vor. Damit sei er, der Kläger, gemäß § 323 I BGB zum Rücktritt von dem mit der Beklagten geschlossenen Kaufvertrag berechtigt gewesen.

Eine zweite Möglichkeit zur Nachbesserung habe er der Beklagten nicht gewähren müssen. Das Gegenteil folge nicht aus § 440 Satz 2 BGB. Diese Regelung gelte nur für den Fall, dass noch eine Frist zu setzen sei, weil § 440 Satz 1 BGB als Ausnahmetatbestand lediglich die Fälle der Unzumutbarkeit einer Fristsetzung nach § 323 II BGB erweitere. Wenn beispielsweise der Fall des § 440 Satz 1 Fall 2 BGB (Fehlschlagen der Nachbesserung) gegeben sei, sei eine Fristsetzung nach § 323 I BGB entbehrlich. Hier aber sei die gesetzte Frist erfolglos abgelaufen. Aus § 440 Satz 2 BGB könne nicht generell ein Recht auf „zwei erfolglose Nachbesserungsversuche“ abgeleitet werden. Der Verkäufer habe keine zwei Versuche, wenn er die Frist „tatenlos versäumt“ habe. Dementsprechend seien Voraussetzungen für den Rücktritt nach Ablauf einer gesetzten Frist allein die Mangelhaftigkeit der Sache bei Übergabe und deren Fortbestand im Rücktrittszeitpunkt.

Der Kläger stützt sich für seine Auffassung auf eine Entscheidung des OLG Saarbücken (Urt. v. 09.09.2010 – 8 U 367/09-92, BeckRS 2010, 28141 = juris), wonach der Käufer, wenn er dem Verkäufer eine Frist gesetzt hat und innerhalb der Frist eine erfolglose Nachbesserung vorgenommen wurde, nach Fristablauf zurücktreten kann, ohne dem Verkäufer eine weitere Gelegenheit zur Beseitigung des Mangels einräumen oder eine (weitere) Frist setzen zu müssen. Aus dem Umstand, dass er, der Kläger, nach Ablauf der Frist, die er der Beklagten gesetzt habe, nicht zurückgetreten sei, sondern der Beklagten „erneut" die Möglichkeit zur Nachbesserung gegeben habe, folge nicht, dass er eine (weitere) Frist zur Nacherfüllung hätte setzen müsse. Ein „Recht zur dritten Andienung" gebe es nicht.

Die Berufung hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen: II. … Das Landgericht hat einen Anspruch des Klägers auf Rückzahlung des Kaufpreises aus den § 437 Nr. 3 Fall 1, §§ 440, 323 BGB i. V. mit §§ 346 ff. BGB im Ergebnis zu Recht deshalb als nicht gegeben angesehen, weil es hinsichtlich der vom Kläger behaupteten Mängel an der Lackierung des Fahrzeugs an der Voraussetzung einer erfolglosen Nacherfüllung innerhalb angemessener Frist i. S. von § 323 I BGB fehlt.

1. Die mit Schreiben vom 14.05.2018 gesetzte Frist zur Nacherfüllung ist allerdings nicht schon deshalb erfolglos geblieben, weil die Beklagte bis zum 30.05.2018 keine Nachbesserung vorgenommen hat.

a) Zum einen ist es für eine Nacherfüllung innerhalb der vom Gläubiger gesetzten Frist nicht erforderlich, dass der Nacherfüllungserfolg innerhalb der Frist eintritt. Nach ganz überwiegend vertretener Ansicht ist es ausreichend, wenn die Leistungshandlung innerhalb der Frist vorgenommen wird. Daran fehlt es beispielsweise, wenn der Schuldner sich innerhalb der gesetzten Frist überhaupt nicht bei dem Gläubiger – mit einem Angebot der Nacherfüllung oder dem Wunsch nach einer Terminvereinbarung – meldet. So war es hier jedoch nicht. Der Beklagtenvertreter hat den Klägervertreter unter Bezug auf das Mängelrügeschreiben … auf Bitte der Beklagten zur weiteren Veranlassung bereits am 28.05.2018 angeschrieben und dem Kläger – wegen der räumlichen Entfernung zur Beklagten – vorgeschlagen, die Herstellergarantie in Anspruch zu nehmen und das Fahrzeug bei einem *M*-Vertragshändler in seiner Nähe vorzustellen. Mit dem Angebot der Beklagten … vom 28.05.2019, auf welches der Kläger nach weiterer Korrespondenz eingegangen ist und das Fahrzeug zur Untersuchung zur *V*-GmbH verbracht hat, ist eine erste Leistungshandlung von der Beklagten noch innerhalb der gesetzten Frist vorgenommen worden. Zwar ist das Angebot zur Untersuchung des Fahrzeugs noch keine unmittelbare Nachbesserungsmaßnahme. Der Verkäufer hat jedoch vor einer Nachbesserung das Recht, den Kaufgegenstand auf den behaupteten Mangel zu untersuchen. Die Untersuchung ist insofern ein erster notwendiger Schritt der Nacherfüllung (so auch *Reinking/Eggert,* Der Autokauf, 13. Aufl., Rn. 967–969 m. w. Nachw.). Dies gilt umso mehr, als der Kläger die behaupteten Mängel der Lackierung der Beklagten in dem Anwaltsschreiben vom 14.05.2018 nach sieben Monaten überhaupt erstmals mitgeteilt hat und die Beklagte innerhalb der Frist bei lebensnaher Betrachtung zunächst einmal nur eine Untersuchung vornehmen konnte.

b) Selbst wenn man der vorgenannten Sichtweise, dass eine erste Leistungshandlung bereits innerhalb der Frist vorgenommen worden sei, nicht folgen will und die (erste) Nachbesserungshandlung erst mit der Untersuchung am 03.07.2018 oder gar mit den Reparaturmaßnahmen vom 14.08. bis 21.08.2018 ansetzt, ergibt sich im Ergebnis nichts anderes. Es trifft dann zwar zu, dass die – bis zum 30.05.2018 gesetzte – Frist an sich ohne Nacherfüllungserfolg abgelaufen ist. Gleichwohl kann jedoch nicht außer Acht bleiben, dass der Kläger der Beklagten trotz des Ablaufs der Frist „freiwillig“ eine Nachbesserungsmöglichkeit eingeräumt hat. Es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Käufer unabhängig vom Ausgang des eingeräumten Nachbesserungsversuchs auf das mit Ablauf der Frist entstandene Rücktrittsrecht zurückgreifen könnte. Nimmt der Käufer nach Fristablauf sein Rücktrittsrecht nicht wahr und räumt dem Verkäufer freiwillig eine Nachbesserungsmöglichkeit ein, so befinden sich beide in der rechtlichen Lage wie vor Fristablauf.

2. Die Nacherfüllung ist auch nicht deshalb erfolglos i. S. von § 323 I BGB geblieben, weil die vom 14.08. bis 21.08.2018 durchgeführte Nachbesserungsmaßnahme – nach der Behauptung des Klägers – zu keiner vollständigen Mängelbeseitigung geführt hat. Der Kläger hätte der für die Beklagte tätig gewordenen *V*-GmbH oder der Beklagten selbst eine weitere Möglichkeit einräumen müssen, die von ihm weiterhin als (teilweise) vorhanden behaupteten Mängel zu beseitigen.

a) Dies folgt entgegen dem Landgericht allerdings nicht unmittelbar aus der Vorschrift des § 440 Satz 2 BGB. Der Kläger beruft sich insofern zu Recht auf eine in Literatur und Rechtsprechung vertretene Rechtsauffassung, die darauf hinweist, dass die Regelung des § 440 Satz 2 BGB nur für den Fall gilt, dass noch eine Frist zu setzen ist. Die Vorschrift des § 440 BGB erweitert ihrem Wortlaut nach allein die Tatbestände einer Entbehrlichkeit der Fristsetzung über § 281 II BGB und § 323 II BGB hinaus. Sie sieht in Satz 1 weitere Fälle vor, in denen eine erfolglose Fristsetzung zur Nacherfüllung nicht Voraussetzung eines Rücktritts ist. Satz 2 der Vorschrift definiert allein den Begriff des Fehlschlagens i. S. von Satz 1 Fall 2 der Vorschrift, wonach es keiner Fristsetzung bedarf, wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen ist. Aus Wortlaut und systematischer Stellung des § 440 Satz 2 BGB ergibt sich deshalb nicht (zwingend), dass auch bei gesetzter Frist diese erst dann erfolglos geblieben ist, wenn zwei Nachbesserungsversuche nicht zum Erfolg geführt haben.

b) Aus diesem Befund wird von einem Teil in Rechtsprechung und Literatur der Schluss gezogen, dem Verkäufer werde durch die Regelung des § 440 Satz 2 BGB nicht generell ein Recht zur „zweimaligen Nachbesserung“ eingeräumt. Auf die Vorschrift komme es nur an, wenn es an der grundsätzlich erforderlichen Bestimmung einer Frist zur Nacherfüllung fehle. Sei, wie im vorliegenden Fall, eine Frist zur Nachbesserung gesetzt worden und habe die daraufhin erfolgte Nachbesserungsmaßnahme nicht zum Erfolg geführt, so müsse der Käufer dem Verkäufer vor einem Rücktritt keine zweite Nachbesserungsmöglichkeit einräumen (OLG Saarbücken, Urt. v. 09.09.2010 – 8 U 367/09-92, BeckRS 2010, 28141; Palandt/*Weidenkaff,* BGB, 77. Aufl., § 440 Rn. 1; *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 865 und 960 f.; *Woitkewitsch*, MDR 2004, 862, 863).

c) Der Senat vermag dieser Auffassung nicht zu folgen. Die Vorschrift des § 323 I BGB, wonach Voraussetzung für einen Rücktritt ist, dass die dem Schuldner gesetzte Frist zur Nacherfüllung „erfolglos“ geblieben ist, ist vielmehr dahin auszulegen, dass für eine Pflichtverletzung, die in der Lieferung einer mangelhaften Sache besteht, die auf eine Fristsetzung hin durch Nachbesserung unternommene Nacherfüllung in der Regel erst dann „erfolglos“ geblieben ist, wenn der Mangel auch nach zweimaligem Nachbesserungsversuch nicht beseitigt worden ist. Bei einer vorgenommenen oder begonnenen Nachbesserung, die den Erfolg nicht erreicht, ist jedenfalls für Kaufverträge der Regelung des § 440 Satz 2 BGB die Wertung zu entnehmen, dass von der Erfolglosigkeit der (begonnenen) Nachbesserung in der Regel erst nach zwei Versuchen auszugehen ist. „Erfolglos“ in § 323 I BGB ist für kaufrechtliche Mängel im gleichen Sinne zu verstehen wie „fehlgeschlagen“ in § 440 Satz 2 BGB.

Diese Auslegung ist geboten, weil es sonst zu einem Wertungswiderspruch kommt. Es ist kein hinreichender Grund dafür ersichtlich, warum dem Verkäufer, der ohne Fristsetzung eine Nachbesserung unternimmt, in der Regel zwei Versuche eingeräumt werden, demjenigen aber, der auf Fristsetzung hin tätig wird, nur ein Nachbesserungsversuch zustehen soll. Ob der Verkäufer lediglich zur Beseitigung des Mangels aufgefordert wird oder ob ihm zusätzlich eine Frist gesetzt wird, hat nämlich allein der Käufer in der Hand. Zwar mag es sein, dass dann, wenn die Mängelbeseitigungsaufforderung zusätzlich mit einer Frist verbunden wird, die gewünschte Beseitigung ernstlicher erscheint. Gleichwohl kann nicht generell angenommen werden, dass die Bemühungen des Verkäufers zur Beseitigung des Mangels in diesem Fall anders gestaltet sind und allein deshalb ein Erfolg der Nachbesserung mit größerer Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann. Denn die Fristsetzung zielt in erster Linie auf eine zeitliche Komponente. Sie macht deutlich, dass der Käufer die Mangelbeseitigung in überschaubarer Zeit erwartet.

Hinzu kommt, dass nach der Rechtsprechung des BGH eine Fristsetzung i. S. von § 323 I BGB nicht die Setzung eines bestimmten Endtermins voraussetzt, sondern es genügt, wenn der Gläubiger durch das Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung oder durch vergleichbare Formulierungen – etwa ein Verlangen nach schneller Behebung gerügter Mängel – deutlich macht, dass dem Schuldner für die Erfüllung nur ein begrenzter (bestimmbarer) Zeitraum zur Verfügung steht (BGH, Urt. v. 13.07.2016 – VIII ZR 49/15, NJW 2016, 3654 Rn. 25). Die Grenze zwischen schlichter Mangelbeseitigungsaufforderung und Fristsetzung zur Nachbesserung ist deshalb nicht scharf zu ziehen, sondern hängt davon ab, wie dringend der Käufer sein Nachbesserungsverlangen im Einzelfall formuliert. Es erscheint nicht sachgerecht, wenn davon anhängt, ob dem Verkäufer nach nicht (vollständig) gelungener Nachbesserung eine zweite Möglichkeit zur Nachbesserung einzuräumen ist oder nicht. Stellt man an eine der Setzung eines Endtermins gleichkommenden dringende Aufforderung nur geringe Anforderungen, so verbleibt im Übrigen für die Regelung des § 440 Satz 2 BGB nur ein schmaler Anwendungsbereich.

Für die hier befürwortete Auslegung spricht schließlich auch die Interessenlage. Denn der Schuldner, der einen ersten Nachbesserungsversuch unternommen hat, wird – anders als meist bei einer Pflichtverletzung, die in bloßer Nichtleistung besteht – dafür in der Regel Mittel aufgewendet haben, die nutzlos würden, obwohl möglicherweise nur noch ein geringer Aufwand erforderlich ist, um die Nachbesserung zum Erfolg zu führen.

d) Das Landgericht hat auch überzeugend begründet, warum dem Kläger auch nicht aus anderen Gründen ausnahmsweise ein weiterer Nachbesserungsversuch unzumutbar ist. Dies greift die Berufung nicht an. Zu ergänzen ist, dass den Kläger die „optischen Mängel“ der Lackierung offenbar auch deshalb nicht erheblich beeinträchtigen, weil er die bereits am 30.10.2017 im Ansatz bemerkten Mängel erst am 14.05.2018 gegenüber der Beklagten gerügt hat. Darüber hinaus rügt er mit der Klage auch weitere Mängel (an der C-Säule), die er vorgerichtlich noch nicht geltend gemacht hat.

3. Entgegen der Auffassung der Beklagten muss der Kläger ihr bzw. der *V*-GmbH eine weitere Nachbesserungsmöglichkeit, unabhängig von der unter II 2 erörterten Fragestellung, nicht schon deshalb einräumen, weil er entgegen der Bestimmung in Abschnitt VII Nr. 2 lit. a Satz 1 Halbsatz 2 der einbezogenen Neuwagen-Verkaufsbedingungen die Beklagte nicht davon unterrichtet hat, dass die bei der *V*-GmbH durchgeführte „erste Mangelbeseitigung erfolglos“ war. Die Regelung sieht keine Rechtsfolge für den Fall der Unterlassung vor, hat aber erkennbar den Zweck, den Verkäufer (Händler) in dem Fall, dass die Nachbesserung bei einem vom Hersteller/Importeur für die Betreuung des Kaufgegenstands anerkannten Betrieb vorgenommen wurde, über die Erfolglosigkeit zu unterrichten, damit er selbst Maßnahmen ergreifen und gegebenenfalls einen weiteren Nachbesserungsversuch unternehmen kann. Rechtsfolge einer Verletzung der Mitteilungspflicht könnte deshalb die Obliegenheit sein, dass der Käufer dem Verkäufer eine (weitere) Nachbesserungsmöglichkeit einräumen muss. Die Bestimmung geht jedoch nach ihrem Wortlaut von der gesetzlichen Möglichkeit zweier Nachbesserungsversuche aus. Folgt man der unter II 2 dargestellten Auffassung, dass ein solcher dem Verkäufer nach einer erfolgten Fristsetzung nicht eingeräumt zu werden braucht, fehlt es an einem Kausalzusammenhang zwischen unterlassener Mitteilung und dem Verlust einer eigenen Nachbesserungsmöglichkeit. Folgt man der hier vertretenen Auffassung, dass eine solche gesetzlich besteht, so kann die Beklagte einen Nachbesserungsversuch anstelle der *V*-GmbH anbieten. Angesichts dessen, dass beide von Anfang an durch denselben anwaltlichen Bevollmächtigten vertreten wurden und werden, kann davon ausgegangen werden, dass die Beklagte davon wusste, dass der Kläger die Nachbesserung bei der *V*-GmbH hat vornehmen lassen, Die Wirksamkeit des Rücktritts hängt deshalb auch bei einer Verletzung der Mitteilungspflicht nach Abschnitt VII Nr. 2 lit. a Satz 1 Halbsatz 2 der Neuwagen-Verkaufsbedingungen von der unter II 2 dargestellten Rechtsfrage ab.

4. Der Kläger hat auch nicht sein Recht zum Rücktritt deshalb verwirkt, weil er sich nach Aufnahme der Rüge, es bestünden Mängel fort, zunächst für eine zweite Nachbesserung entschieden und dafür einen Termin vereinbart, diesen aber später abgesagt und den Rücktritt erklärt hat. Es stellt bereits kein widersprüchliches Verhalten dar, wenn der Käufer, nachdem er möglicherweise aufgrund anwaltlicher Beratung erkannt zu haben glaubt, bereits jetzt ein Rücktrittsrecht zu haben, seine Entscheidung ändert. Für eine Verwirkung fehlt es jedenfalls an einem Umstandsmoment. Die Beklagte hat nicht vorgetragen, dass sie bzw. die *V*-GmbH im Vertrauen auf das zweite Nachbesserungsverlangen Dispositionen getroffen hat, die sie nicht oder nur unter erheblichem Aufwand rückgängig machen konnte. Auf Nachfrage hat der Beklagtenvertreter im Termin erklärt, es sei lediglich die Terminreservierung für den vereinbarten Tag storniert worden.

III. … Eine Zulassung der Revision war geboten, weil die Rechtssache im Hinblick auf die vom OLG Saarbrücken, wenn auch als *obiter dictum*, vertretene Rechtsauffassung, die in der kaufrechtlichen Literatur teilweise geteilt wird, grundsätzliche Bedeutung hat (§ 543 II 1 Nr. 1 ZPO). …

Hinweis: Auf die Revision des Klägers hat der BGH das Urteil des OLG Frankfurt a. M. mit Urteil vom 26.08.2020 – VIII ZR 351/19 – aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

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.