Rücktritt nach erfolglosem Ablauf einer zur Nacherfüllung gesetzten Frist

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 grundsätzlich 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 Rücktrittvoraussetzung, wenn der Käufer sein Nachbesserungsverlangen nicht mit einer Fristsetzung verbunden hat.**

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

Sachverhalt: Der Kläger kaufte am 12.09.2017 von der Beklagten einen Neuwagen *H* zum Preis von 18.750 €, den er über die *B*-GmbH finanzierte. Die von ihm unterzeichnete Fahrzeugbestellung nimmt auf die rückseitig abgedruckten Neuwagen-Verkaufsbedingungen des *Zentralverbandes Deutsches Kraftfahrzeuggewerbe e. V.* Bezug.

Mit Schreiben vom 14.05.2018 rügte der Kläger Mängel an der Lackierung des Fahrzeugs im Bereich der Motorhaube, der A-Säule und am Heckdeckel. Er setzte der Beklagten eine Frist zur Nachbesserung bis zum 30.05.2018. Mit Anwaltsschreiben vom 28.05.2018 bot die Beklagte dem Kläger an, einen *H*-Vertragshändler seiner Wahl zum Zwecke der Besichtigung des Fahrzeugs und der Nachbesserung aufzusuchen. Hiervon machte der Kläger Gebrauch und überstellte das Fahrzeug am 03.07.2018 der *H*-GmbH zur Untersuchung. Im Anschluss daran vereinbarte er einen Termin zur Durchführung der Nachbesserung, die dann im Zeitraum vom 14.08. bis zum 21.08.2018 stattfand.

Einige Tage nach Abholung des Fahrzeugs beanstandete der Kläger, die Mängel seien nicht vollständig beseitigt und die (teilweise) erfolgte Neulackierung nicht fachgerecht ausgeführt worden. Er stellte das Fahrzeug erneut bei dem genannten Unternehmen vor und vereinbarte einen Termin zur weiteren Nachbesserung. Diesen Termin nahm er dann aber nicht wahr, sondern erklärte mit Anwaltsschreiben vom 24.09.2018 den Rücktritt vom Kaufvertrag.

Mit der vorliegenden Klage hat er unter Anrechnung gezogener Nutzungen die Rückzahlung des gezahlten Kaufpreises in Höhe von 17.437,50 € nebst Zinsen, Zug um Zug gegen Rückübereignung des Fahrzeugs, weiter die Feststellung des Annahmeverzugs und der Verpflichtung der Beklagten begehrt, ihn von möglichen weiteren Ansprüchen der *H*-GmbH freizustellen, sowie ferner die Zahlung vorgerichtlicher Anwaltskosten nebst Zinsen verlangt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers ist vor dem Oberlandesgericht ohne Erfolg geblieben. Auf die Revision des Klägers, der damit sein Begehren weiterverfolgte, wurde das Urteil des Oberlandesgerichts aufgehoben und die Sache an dieses Gericht zurückverwiesen.

Aus den Gründen: [8] I. Das Berufungsgericht (OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 14.11.2019 – 16 U 42/19, juris) hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

[9] Das Landgericht habe einen Anspruch des Klägers auf Rückzahlung des Kaufpreises nach § 437 Nr. 2 Fall 1, §§ 440, 323 BGB i. V. mit §§ 346 ff. BGB im Ergebnis zu Recht verneint, weil es an einer erfolglosen Nacherfüllung innerhalb angemessener Frist i. S. des § 323 I BGB und damit an einem wirksamen Rücktritt fehle.

[10] Allerdings sei die mit Schreiben vom 14.05.2018 gesetzte Frist zur Nacherfüllung nicht bereits deswegen erfolglos geblieben, weil die Beklagte bis zu dem vom Kläger bestimmten Fristende (Ablauf des 30.05.2018) keine Nachbesserung durchgeführt habe. Für eine Nacherfüllung innerhalb der vom Gläubiger gesetzten Frist sei es nicht erforderlich, dass der Nacherfüllungserfolg vor Fristablauf eintrete. Es sei vielmehr ausreichend, dass die Leistungshandlung innerhalb der Frist vorgenommen werde. Durch das vom Beklagtenvertreter am 28.05.2018 unterbreitete Angebot, das Fahrzeug bei einem *H*-Vertragshändler in der Nähe des Wohnorts des Klägers vorzustellen, auf das der Kläger nach weiterer Korrespondenz eingegangen sei, sei eine erste Leistungshandlung der Beklagten vor Ablauf der gesetzten Frist vorgenommen worden. Zwar stelle das Angebot auf Untersuchung des Fahrzeugs noch keine unmittelbare Nachbesserungsmaßnahme dar. Dieses Vorgehen sei jedoch der erste notwendige Schritt zur Nacherfüllung.

[11] Selbst wenn man dieser Sichtweise nicht folgen wollte und die erste Nachbesserungshandlung erst mit der Untersuchung des Fahrzeugs am 03.07.2018 oder gar erst mit der Durchführung der Reparaturmaßnahmen in der Zeit vom 14.08. bis zum 21.08.2018 ansetzte, führte dies nicht zu einem anderen Ergebnis. Zwar sei dann die bis zum 30.05.2018 gesetzte Frist an sich ohne Eintritt eines Nacherfüllungserfolgs abgelaufen. Der Kläger habe aber der Beklagten trotz Verstreichens der Frist „freiwillig" eine Nachbesserungsmöglichkeit eingeräumt. Es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Käufer unabhängig vom Ausgang eines eingeräumten Nachbesserungsversuchs auf ein mit Ablauf der Frist entstandenes Recht auf Rücktritt zurückgreifen könnte.

[12] Die Nacherfüllung sei auch nicht deswegen erfolglos i. S. des § 323 I BGB geblieben, weil die vom 14.08. bis zum 21.08.2018 durchgeführten Nachbesserungsarbeiten – nach Darstellung des Klägers – nicht zu einer vollständigen Mängelbeseitigung geführt hätten. Denn der Kläger hätte der für die Beklagte tätig gewordenen *H*-GmbH oder der Beklagten selbst eine weitere Nachbesserungsmöglichkeit einräumen müssen.

[13] Dies folge zwar entgegen der Auffassung der Beklagten nicht daraus, dass der Kläger sie entgegen Ziffer VII 2 lit. a Satz 1 Halbsatz 2 der einbezogenen Neuwagenverkaufsbedingungen nicht davon unterrichtet habe, dass die von der *H*-GmbH durchgeführte „erste Mangelbeseitigung erfolglos" geblieben sei. Anders als das Landgericht gemeint habe, ergebe sich dies auch nicht aus einer unmittelbaren Anwendung der Vorschrift des § 440 Satz 2 BGB. Denn diese Regelung gelte nur für den – hier nicht gegebenen – Fall, dass eine Frist nicht gesetzt worden sei. Die Bestimmung des § 440 Satz 1 BGB ergänze ihrem Wortlaut nach allein die Tatbestände der Entbehrlichkeit der Fristsetzung über die in § 281 II BGB und § 323 II BGB geregelten Fallgestaltungen hinaus. § 440 Satz 2 BGB definiere lediglich den Begriff des Fehlschlagens einer Nachbesserung i. S. von Satz 1 Fall 2 dieser Regelung.

[14] Jedoch sei die Vorschrift des § 323 I BGB, wonach ein Rücktritt voraussetze, dass die dem Schuldner gesetzte Frist zur Nacherfüllung „erfolgslos" geblieben sei, im Hinblick auf die Wertung des § 440 Satz 2 BGB dahin auszulegen, dass bei einer Pflichtverletzung in der Form der Lieferung einer mangelhaften Kaufsache die auf eine Fristsetzung hin unternommene Nachbesserung in der Regel erst dann als „erfolglos" zu werten sei, wenn der Mangel auch nach zweimaligem Nachbesserungsversuch nicht beseitigt worden sei. „Erfolglos" i. S. des § 323 I BGB sei für kaufrechtliche Mängel im gleichen Sinne wie „fehlgeschlagen" i. S. des § 440 Satz 2 BGB zu verstehen.

[15] Diese Auslegung sei zur Vermeidung eines Wertungswiderspruchs geboten. Es sei kein hinreichender Grund dafür ersichtlich, dem Verkäufer, der ohne Fristsetzung eine Nachbesserung vornehme, in der Regel zwei Nachbesserungsversuche einzuräumen, demjenigen aber, der auf eine Fristsetzung hin tätig werde, nur eine Nachbesserungsmöglichkeit zuzugestehen. Ob der Verkäufer lediglich zur Beseitigung des Mangels aufgefordert oder ihm zusätzlich eine Frist gesetzt werde, habe nämlich allein der Käufer in der Hand. Auch wenn eine mit einer Fristsetzung verbundene Mängelbeseitigungsaufforderung ernstlicher erscheinen möge als ein nicht an eine Frist gebundenes Nachbesserungsverlangen, könne nicht generell angenommen werden, dass die Bemühungen des Verkäufers zur Mangelbeseitigung in diesem Fall anders ausgestaltet wären und deshalb ein Erfolg der Nachbesserung mit größerer Wahrscheinlichkeit erwartet werden könne.

[16] Denn die Fristsetzung ziele in erster Linie auf eine zeitliche Komponente. Nach der Rechtsprechung des BGH sei hierfür auch nicht die Bestimmung eines konkreten Endtermins erforderlich. Vielmehr sei es ausreichend, wenn der Gläubiger durch das Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung oder durch vergleichbare Formulierungen deutlich mache, dass dem Schuldner für die Erfüllung nur ein begrenzter (bestimmbarer) Zeitraum zur Verfügung stehe. Die Grenze zwischen schlichter Mängelbeseitigungsaufforderung und Fristsetzung zur Nachbesserung sei daher nicht scharf zu ziehen, sondern hänge davon ab, wie dringend der Käufer sein Nachbesserungsverlangen im Einzelfall formuliere. Es erscheine nicht sachgerecht, wenn von der Fassung der Nachbesserungsaufforderung abhänge, ob dem Verkäufer nach nicht (vollständig) gelungener Nachbesserung eine zweite Möglichkeit zur Nachbesserung einzuräumen sei oder nicht.

[17] Für die vom Berufungsgericht befürwortete Auslegung spreche schließlich auch die Interessenlage. Denn der Schuldner, der einen ersten Nachbesserungsversuch unternommen habe, werde – anders als meist bei einer Pflichtverletzung, die in einer bloßen Nichtleistung bestehe – dafür in der Regel Mittel aufgewendet haben, die nutzlos würden, obwohl möglicherweise nur noch ein geringer Aufwand erforderlich sei, um die Nachbesserung zum Erfolg zu führen.

[18] Der an der Nichteinräumung einer zweiten Nachbesserungsmöglichkeit scheiternde Rücktritt vom Kaufvertrag sei dagegen nicht zusätzlich aus weiteren Gründen ausgeschlossen. Der Kläger habe sein Recht zum Rücktritt nicht deshalb verwirkt, weil er sich zunächst für eine weitere Nachbesserung entschieden, den hierfür vereinbarten Termin später jedoch abgesagt und stattdessen den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt habe. Es stelle bereits kein widersprüchliches Verhalten dar, wenn der Käufer, nachdem er möglicherweise aufgrund anwaltlicher Beratung erkannt zu haben glaube, bereits ein Rücktrittsrecht zu haben, von der bisher getroffenen Entscheidung abweiche. Für eine Verwirkung fehle es jedenfalls an einem Umstandsmoment. Die Beklagte habe nicht vorgetragen, dass sie bzw. die *H*-GmbH im Vertrauen auf das zweite Nachbesserungsverlangen Dispositionen getroffen hätten, die sie nicht oder nur unter erheblichem Aufwand rückgängig machen könnten.

[19] II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung können Ansprüche des Klägers auf Rückzahlung des Kaufpreises nach § 437 Nr. 2 Fall 1, §§ 434 I, 323 1, 346 ff. BGB, auf Schadensersatz nach § 437 Nr. 3 Fall 1, §§ 434 I, 325, 280 I, III, 281 I 1 BGB in Form der Freistellung des Klägers von möglichen Zahlungspflichten gegenüber der finanzierenden Bank (auch ein solcher Anspruch ist letztlich auf eine Geldzahlung und nicht – was wegen § 281 IV BGB ausgeschlossen wäre [vgl. hierzu BGH, Urt. v. 11.12.2015 – V ZR 26/15, WM 2016, 1748 Rn. 21 m. w. Nachw.] – auf Naturalrestitution gerichtet) und auf Zahlung vorgerichtlich angefallener Anwaltskosten gemäß §§ 280 I, 249 I BGB, jeweils nebst Zinsen, nicht verneint werden. Bei dem letztgenannten Anspruch ergibt sich dies neben der Abhängigkeit vom Bestehen eines Hauptanspruchs auch daraus, dass ein solcher Schadensersatzanspruch keine Fristsetzung voraussetzt. Schließlich kann mit den vom Berufungsgericht angestellten Erwägungen auch das Begehren des Klägers auf Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten nicht abgewiesen werden.

[20] 1. Da das Berufungsgericht weder Feststellungen dazu, ob die gerügten Mängel durch die im Zeitraum vom 14.08. bis zum 21.08.2018 durchgeführten Nachbesserungsarbeiten nur unvollständig behoben worden bzw. neue Mängel hinzugetreten sind, noch dazu getroffen hat, ob verbliebene Mängel als nicht unerheblich i. S. von § 323 V 2 BGB anzusehen sind, ist im Revisionsverfahren zu unterstellen, dass das Fahrzeug nach wie vor Lackierungsmängel aufweist, die als nicht geringfügig (vgl. hierzu Senat, Urt. v. 11.12.2019 – VIII ZR 361/18, BGHZ 224, 195 Rn. 46 ff. m. w. Nachw.) einzustufen sind.

[21] 2. Rechtsfehlerhaft ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, der Kläger sei nicht wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten, weil er der Beklagten zur Herbeiführung der Rücktrittsvoraussetzungen des § 323 I BGB eine zweite Gelegenheit zur Nachbesserung hätte einräumen müssen.

[22] a) Im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass dem Rückzahlungs- und Freistellungsbegehren des Klägers nicht bereits deswegen der Erfolg zu versagen ist, weil die Nachbesserungsarbeiten nicht innerhalb der ursprünglich gesetzten Frist (bis 30.05.2018), sondern erst im Zeitraum vom 14.08. bis zum 21.08.2018 durchgeführt worden sind.

[23] aa) Dies folgt allerdings entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht schon daraus, dass ein vor Ablauf der vom Käufer gesetzten Nachbesserungsfrist eingegangenes Angebot des Verkäufers auf Untersuchung des Fahrzeugs für eine fristwahrende Nachbesserung ausreichte und damit das Vorliegen der Rücktrittsvoraussetzungen nach § 323 I BGB ausschließen würde.

[24] (1) Das Berufungsgericht hat sich bereits im Ausgangspunkt den Blick dafür verstellt, dass eine zur Durchführung der Nacherfüllung vom Käufer gesetzte (angemessene) Frist nur dann gewahrt ist, wenn der Verkäufer den gerügten Mangel innerhalb der Frist behebt (BeckOGK/*Looschelders,* Stand: 01.08.2020, § 323 BGB Rn. 167; vgl. auch Staudinger/*Löwisch,* BGB, Neubearb. 2020, § 323 Rn. B 29 [zu § 433 I 1 BGB]; Soergel/*Gsell,* BGB, 13. Aufl., § 323 Rn. 88 [zu §§ 631, 635 BGB]; zwischen Art der gesetzten Frist [Aufnahme- oder Vornahmefrist] differenzierend MünchKomm-BGB/*Ernst,* 8. Aufl., § 323 Rn. 261 ff.).

[25] (a) Soweit im Schrifttum unter Bezugnahme auf Entscheidungen des BGH zum alten Schuldrecht die Auffassung vertreten wird, es käme für die Rechtzeitigkeit der Leistungserbringung im Rahmen des § 323 I 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 (Soergel/*Gsell,* a. a. O., § 323 Rn. 88; Erman/*Westermann,* BGB, 15. Aufl., § 323 Rn. 22; Palandt/*Grüneberg,* BGB, 79. Aufl., § 323 Rn. 16; BeckOK-BGB/*Schmidt,* Stand: 01.05.2020, § 323 Rn. 20; jurisPK-BGB/*Beckmann,* Stand: 01.02.2020, § 323 Rn. 41; Jauernig/*Stadler,* BGB, 17. Aufl., § 323 Rn. 9; NK-BGB/*Dubovitskaya,* BGB, 3. Aufl., § 323 Rn. 20; vgl. auch BeckOGK/*Looschelders,* a. a. O., § 323 § 167; MünchKomm-BGB/*Ernst,* a. a. O., § 323 Rn. 86), betrifft dies – was das Berufungsgericht verkennt – (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.

[26] (b) Dies folgt bereits 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. Nur ein solches Verständnis steht auch im Einklang mit Art. 3 III, V 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 (ABl. 1999 L 171, 12; im Folgenden: Verbrauchsgüterkaufrichtlinie), der für Verbrauchgüterkäufe 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“.

[27] (aa) Der Sinn und Zweck des im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung nicht nur für Verbrauchsgüterkäufe, sondern allgemein für Kaufverträge eingeführten Rechtsinstituts der Nacherfüllung besteht darin, einerseits dem Verkäufer im Rahmen einer „zweiten Andienung“ eine letzte Chance einzuräumen, die zu seinen Leistungspflichten zählende Verschaffung einer mangelfreien Sache (§ 433 I 2 BGB) vorzunehmen und so eine Rückabwicklung des Vertrags zu vermeiden (BT-Drs. 14/6040, S. 221 i. V. mit S. 219 und 220), und andererseits zu gewährleisten, dass der Käufer das erhält, was er nach dem Vertrag zu beanspruchen hat (BT-Drs. 14/6040, S. 221). Mit der Nacherfüllung soll nach der gesetzgeberischen Konzeption also die Erfüllung der Verkäuferpflichten durchgesetzt und ermöglicht werden (vgl. Senat, Urt. v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11, BGHZ 195, 135 Rn. 24 m. w. Nachw.; BGH, Urt. v. 14.02.2020 – V ZR 11/18, NJW 2020, 2104 Rn. 51). Vom Verkäufer geschuldet und vom Käufer zu beanspruchen ist aber nicht nur die Vornahme einer Leistungshandlung, sondern der Leistungserfolg (BT-Drs. 14/6040, S. 221, zweite Spalte oben). Dies hat im Falle der Nacherfüllung durch die Herstellung einer mangelfreien Sache durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung zu erfolgen (Senat, Urt. v. 13.04.2011 – VIII ZR 220/10, BGHZ 189, 196 Rn. 50; BGH, Urt. v. 14.02.2020 – V ZR 11/18, NJW 2020, 2104 Rn. 51). Für die Erbringung dieses bislang ausgebliebenen „Leistungsrests“ soll dem Verkäufer, der dem Käufer eine mangelhafte Sache ausgehändigt und übereignet hat, ein angemessener Zeitraum zur Verfügung stehen (BT-Drs. 14/6040, S. 138).

[28] bb) Hier setzt das nach deutschem Recht für den Übergang auf sekundäre Gewährleistungsrechte grundsätzlich geltende Fristsetzungserfordernis (§ 323 I, § 441 I BGB i. V. mit § 323 I, § 281 I, § 284 BGB) an. Das erfolglose Verstreichen der vom Käufer gesetzten (angemessenen) Frist führt dazu, dass der Käufer, der eine mangelhafte Sache erhalten hat, nun sekundäre Gewährleistungsrechte (Rücktritt, Minderung, Schadens- oder Aufwendungsersatz) geltend machen kann. Es ist weder ein Bedürfnis des Verkäufers erkennbar, dem Käufer bereits bei einer fristgerecht vorgenommenen Leistungshandlung den Übergang zu 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. Zudem setzte eine zu kurz bemessene Frist eine angemessene Frist in Gang, wenn der Käufer nicht zum Ausdruck gebracht hat, dass es ihm auf die Kürze der Frist ankommt (vgl. hierzu BT-Drs. 14/6040, S. 138; Senat, Urt. v. 13.07.2016 – VIII ZR 49/15, NJW 2016, 3654 Rn. 31 m. w. Nachw.).

[29] (cc) Davon abgesehen wäre ein Rechtsverständnis, das dem Käufer im Falle einer Nacherfüllung einen Übergang zu den sekundären Gewährleistungsrechten bereits dann verwehrte, wenn der Verkäufer innerhalb der vom Käufer gesetzten angemessenen Frist (zur Frage der Vereinbarung des Fristsetzungserfordernisses mit europäischem Recht siehe die Ausführungen nachfolgend unter b bb) lediglich die Leistungshandlung erbracht, nicht aber den geschuldeten Leistungserfolg herbeigeführt hätte, jedenfalls für den hier vorliegenden Fall eines Verbrauchsgüterkaufs nicht mit Art. 3 III, V zweiter Spiegelstrich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zu vereinbaren.

[30] Art. 3 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ordnet an, dass die Nachbesserung oder Ersatzlieferung innerhalb einer angemessenen Frist erfolgen muss. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat aus dieser Vorschrift abgeleitet, dass der Verkäufer durch diese Abhilfemaßnahmen den vertragsgemäßen Zustand „innerhalb einer angemessenen Frist herzustellen“ hat (EuGH, Urt. v. 23.05.2019 – C-52/18, ECLI:EU:C:2019:447 = NJW 2019, 2007 Rn. 36, 63 – Fülla). Er hat damit deutlich gemacht, dass die nach Art. 3 II 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.

[31] Das genannte Verständnis liegt auch der Vorschrift des Art. 3 V 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 (in der englischen Fassung: „has not completed the remedy within a reasonable time“; in der französischen Fassung: „n'a pas mis en oeuvre le mode de dédommagement dans un délai raisonnable“; in der italienischen Fassung: „non ha esperito il rimedio entro un periodo ragionevole ovvero“; in der spanischen Fassung: „no hubiera llevado a cabo el saneamiento en un plazo razonable“) 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.

[32] (2) Unabhängig davon, dass allein die fristgerechte Erbringung der Leistungshandlung innerhalb der Frist einen Rücktritt nach § 323 I BGB nicht ausschließt, hat das Berufungsgericht verkannt, dass das vor Fristablauf erfolgte Angebot der Beklagten auf Vorstellung des Fahrzeugs bei der *H*-GmbH nicht als Leistungshandlung zu werten ist. Die Verständigung auf den Ort und die Zeit der Untersuchung ist zwar ein der Nacherfüllung vorgeschalteter Schritt. Sie stellt aber nicht die Leistungshandlung (hier: Durchführung von Lackierungsarbeiten) dar, sondern bereitet diese nur vor.

[33] bb) Dem Berufungsgericht ist allerdings darin beizupflichten, dass der Umstand, dass die Nachbesserung nicht innerhalb der gesetzten Frist bis zum 30.05.2018 erfolgte, den Kläger aus anderen Gründen nicht zum Rücktritt berechtigte. Dabei kann dahinstehen, ob – was die Revisionserwiderung infrage stellt – die vom Kläger ursprünglich gesetzte Frist angesichts der Umstände des Einzelfalls angemessen war oder nicht. Denn der Kläger hat sich nach den verfahrensfehlerfrei getroffenen und im Revisionsverfahren nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts „freiwillig“ darauf eingelassen, dass die Nachbesserung in dem Zeitraum vom 14.08. bis zum 21.08.2018 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 – wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat – 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.

[34] Die Ausübung des Rücktrittsrechts durch den Gläubiger kann im Einzelfall gegen das Gebot von Treu und Glauben verstoßen (BGH, Urt. v. 20.01.2006 – V ZR 124/05, NJW 2006, 1198 Rn. 23; vgl. ferner Senat, Urt. v. 24.10.2018 – VIII ZR 66/17, BGHZ 220, 134 Rn. 54; jeweils m. w. Nachw.). So liegen die Dinge hier. 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.

[35] b) Jedoch hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft die vom Kläger geltend gemachten Ansprüche auf Rückzahlung des Kaufpreises nach §§ 346 ff. BGB und auf Schadensersatz nach §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB (Freistellung von Forderungen der finanzierenden Bank) daran scheitern lassen, dass der Kläger der Beklagten bzw. der *H*-GmbH das Fahrzeug nach der im Zeitraum vom 14.08. bis zum 21.08.2018 erfolgten Nachbesserung, die nach seiner Darstellung nicht zu einer vollständigen und ordnungsgemäßen Mängelbeseitigung geführt hat, nicht zu einer zweiten Nachbesserung zur Verfügung gestellt hat. Dabei ist das Berufungsgericht im Rahmen tatrichterlicher Würdigung rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass das zweite, später zurückgenommene Nachlackierungsverlangen eine eigenständige Aufforderung zur Nachbesserung darstellte und es sich nicht – wie die Revisionserwiderung meint, insoweit aber keine Verfahrensrügen erhebt – um ein einheitliches Nachbesserungsbegehren handelte.

[36] Das Berufungsgericht hat zwar noch zutreffend erkannt, dass sich eine solche Obliegenheit des Klägers nicht daraus ergibt, dass er die Beklagte entgegen der Regelung in Ziffer VII 2 lit. a Satz 1 Halbsatz 2 der Neuwagenverkaufsbedingungen nicht davon unterrichtet hat, dass die bei der *H*-GmbH durchgeführte „erste Mängelbeseitigung erfolglos“ geblieben sei. Denn die genannte Klausel sieht eine vertragliche Verpflichtung des Käufers, den Verkäufer von der Erfolglosigkeit eines ersten Nachbesserungsversuchs zu unterrichten, nicht vor (vgl. zu einer ähnlichen Klausel bereits Senat, Urt. v. 15.11.2006 – VIII ZR 166/06, NJW 2007, 504 Rn. 17). Anders als die Revisionserwiderung meint, räumt die genannte Bestimmung dem Verkäufer auch nicht ein (vertragliches) Recht zur zweiten Nachbesserung ein, sondern soll den Verkäufer nur in die Lage versetzen, Kenntnis von der Erfolgslosigkeit der unternommenen Nachbesserungsarbeiten zu erhalten, und ihm so die Möglichkeit eröffnen, dem Käufer gegebenenfalls einen weiteren Nachbesserungsversuch anzubieten.

[37] Dies ergibt sich daraus, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen sind, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden (st. Rspr.; vgl. zuletzt Senat, Urt. v. 27.05.2020 – VIII ZR 45/19, NZM 2020, 551 Rn. 119 m. w. Nachw.; zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen). Von diesem Klauselverständnis geht auch das Berufungsgericht aus, das der genannten Allgemeinen Geschäftsbedingung gerade nicht ein vertragliches Recht der Beklagten auf Einräumung einer weiteren Nachbesserung entnimmt, sondern davon ausgeht, dass die Klausel nur die Fälle erfasse, in denen dem Verkäufer bereits nach den gesetzlichen Regeln eine zweite Nachbesserungsmöglichkeit eingeräumt ist.

[38] Rechtsirrig hat das Berufungsgericht aber angenommen, eine Fristsetzung zur Nachbesserung (§ 439 I Fall 1 BGB) sei regelmäßig erst dann erfolglos i. S. des § 323 I BGB verstrichen, wenn – wie in § 440 Satz 2 BGB für den Fall einer unterbliebenen Fristsetzung vorgesehen – zwei Nachbesserungsversuche des Verkäufers nicht zur Beseitigung des Mangels geführt hätten. Hierbei vermengt das Berufungsgericht zwei nach der gesetzgeberischen Konzeption strikt voneinander zu trennende Tatbestandsvoraussetzungen. Das Gesetz unterscheidet konsequent zwischen dem Fristsetzungserfordernis nach den Regeltatbeständen (§ 323 I BGB [Rücktritt und Minderung [i. V. mit § 441 I 1 BGB], § 281 I BGB [Schadensersatz statt der Leistung]) und den Fallgestaltungen, in denen eine Fristsetzung ausnahmsweise entbehrlich ist (§ 323 II, III BGB, § 281 II BGB, § 440 Satz 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, eine Minderung oder ein Verlangen auf Schadensersatz statt der Leistung in Ausnahmefällen auch ohne Fristsetzung erlauben, zeichnen sich jeweils dadurch aus, dass sie den Verzicht auf dieses einmalige Erfordernis durch andere (gleichwertige) Anforderungen ersetzen. Weiter verkennt das Berufungsgericht den Sinn und Zweck des § 440 Satz 2 BGB, der dem Käufer die Geltendmachung eines Fehlschlagens der Nachbesserung in praktischer Hinsicht erleichtern (BT-Drs. 14/6040, S. 234), nicht aber den Übergang zu den sekundären Gewährleistungsrechten erschweren soll.

[40] Die aufgezeigten Gesichtspunkte verbieten es, der Vorschrift des § 440 Satz 1 Fall 2, Satz 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 I BGB zu übertragen (so i. E. auch OLG Saarbrücken, Urt. v. 09.09.2010 – 8 U 367/09, juris Rn. 49 m. w. Nachw.; Palandt/*Grüneberg,* a. a. O., § 323 Rn. 16). Denn hierdurch würde die einen Sonderfall betreffende gesetzgeberische Wertentscheidung in § 440 Satz 1 Fall 2, Satz 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 bzw. 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.

[41] aa) Das Gesetz macht die Ausübung eines Rücktritts oder einer Minderung sowie die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung grundsätzlich von einer Fristsetzung zur Nacherfüllung abhängig (§ 323 I BGB, § 441 I 1 BGB, § 281 I 1 BGB).

[42] (1) Der Gesetzgeber ist dabei davon ausgegangen, dass bezüglich der geltend gemachten Mängel die einmalige fruchtlose Fristsetzung durch den Gläubiger ausreicht, um den Rücktritt oder die Minderung zu erklären bzw. zu dem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung überzugehen, wenn er die weitere Verfolgung des Erfüllungsanspruchs (in Gestalt der Nacherfüllung) nicht mehr für zweckmäßig erachtet (vgl. BGH, Urt. v. 20.01.2006 – V ZR 124/05, NJW 2006, 1198 Rn. 22; Senat, Urt. v. 23.02.2005 – VIII ZR 100/04, BGHZ 162, 219, 221 f.; BT-Drs. 14/6040, S. 184: „Maßgeblich ist allein der erfolglose Ablauf einer vom Gläubiger dem Schuldner gesetzten angemessenen Nachfrist."; BT-Drs. 14/6040, S. 235: „Um mindern zu können, muss der Käufer also zunächst die Voraussetzungen für den Rücktritt herbeiführen, also im Regelfall eine Frist setzen, § 323 I RE."; BT-Drs. 14/6040, S. 92 f.: „Das – neben der Pflichtverletzung – zweite wesentliche Strukturmerkmal des neuen Leistungsstörungsrechts besteht darin, dass der Gläubiger dem Schuldner grundsätzlich eine angemessene Frist zur Erfüllung setzen muss, bevor er sich nach ergebnislosem Ablauf der Frist statt des Erfüllungsanspruchs weitergehende Rechte geltend machen kann [...]."; vgl. weiter BT-Drs. 14/6040, S. 221 linke Spalte unten sowie Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses des Bundestags, BT-Drs. 14/7052, S. 185, 192). 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 (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 184 a. E.).

[43] Dementsprechend sieht auch der Gesetzeswortlaut (§ 323 I BGB, § 281 I 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 – wie dies der Rechtsprechung zu § 326 BGB aF entspricht – 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, S. 138).

[44] (2) Der Gesetzgeber hat auch keinen Anlass gesehen, für die kaufrechtliche Nacherfüllung abweichende (Fristsetzungs-)Anforderungen zu stellen. Vielmehr hat der Gesetzgeber auch hier den fruchtlosen Ablauf einer einmalig gesetzten angemessenen Frist zur Behebung der geltend gemachten Mängel für ausreichend erachtet. Dies ergibt sich nicht nur daraus, dass er keine Sonderregelungen zu § 323 I, § 281 I 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 (BT-Drs. 14/6040, S. 220 und 221). Einer erneuten Fristsetzung bedarf es daher nur, soweit andere, noch nicht gerügte (neue) Mängel betroffen sind (Senat, Urt. v. 20.01.2016 – VIII ZR 77/15, NJW 2016, 2493 Rn. 14 m. w. Nachw.).

[45] bb) Ob das sonach vom nationalen Gesetzgeber auch für das Kaufrecht eingeführte Fristsetzungserfordernis in Widerspruch zu Art. 3 V zweiter Spiegelstrich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie steht, der dem Verbraucher die Möglichkeit einer Minderung des Kaufpreises oder einer Vertragsauflösung zubilligt, wenn „der Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist Abhilfe geschaffen hat“, kann dahinstehen.

[46] (1) Manche Stimmen im Schrifttum vertreten zwar die Auffassung, dass durch das Erfordernis einer Fristsetzung zur Nacherfüllung höhere Anforderungen an den Verbraucher gestellt würden als von der Richtlinie vorgesehen (bloßes Verstreichen einer angemessenen Frist) und daher eine richtlinienkonforme Auslegung geboten sei (vgl. etwa MünchKomm-BGB/*Ernst,* a. a. O., § 323 Rn. 51; NK-BGB/*Dubovitskaya,* a. a. O., § 323 Rn. 17; jeweils m. w. Nachw.). Ob dies angesichts der vom Gesetzgeber vorgesehenen Ausnahmen von einer Fristsetzung (§ 323 II BGB, § 440 BGB) und der von ihm gewollten geringen Anforderungen an das Fristsetzungserfordernis (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 185: „Diese Fristsetzung darf und soll nach dem Entwurf aber nicht zu einer Hürde werden, an der er [= der Rücktritt] aus formalen Gründen scheitert. Hieran wird sich die Auslegung und Anwendung dieser Vorschrift auszurichten haben.“), zutrifft, ist jedoch fraglich. Dies gilt auch mit Blick darauf, dass der Senat die gesetzlichen Vorgaben in ständiger Rechtsprechung dahin umgesetzt hat, dass die Angabe eines Endtermins nicht erforderlich ist, sondern es genügt, wenn der Gläubiger durch das Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung oder durch vergleichbare Formulierungen deutlich macht, dass dem Schuldner für die Erfüllung nur ein begrenzter (bestimmbarer) Zeitraum zur Verfügung steht (Senat, Urt. v. 12.08.2009 – VIII ZR 254/08, NJW 2009, 3153 Rn. 10 f.; Urt. v. 18.03.2015 – VIII ZR 176/14, NJW 2015, 2564 Rn. 11).

[47] (2) Diese Frage bedarf allerdings deswegen keiner Entscheidung, weil eine von diesen Stimmen befürwortete richtlinienkonforme Auslegung von vornherein ausscheidet. Denn der Gesetzgeber hat sich trotz der Erkenntnis, dass die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bei Mängeln für das Verlangen nach Vertragsauflösung oder Minderung eine Fristsetzung des Käufers nicht vorsieht und Stimmen in der Literatur im Hinblick hierauf gegen das Fristsetzungserfordernis Bedenken erhoben haben, bewusst dafür entschieden, den Vorrang der Nacherfüllung dadurch zu gewährleisten, dass der Käufer grundsätzlich erst nach der Setzung einer angemessenen Frist zurücktreten, mindern oder Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann (BT-Drs. 14/6040, S. 222, 185), und hat die gesetzlichen Ausnahmen zum Fristsetzungserfordernis – insbesondere beim Fehlschlagen der Nacherfüllung (§ 440 Satz 1 Fall 2 BGB) – für ausreichend gehalten, um die Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie umzusetzen (BT-Drs. 14/6040, S. 222). Bei dieser Sachlage hätte eine richtlinienkonforme Auslegung dahin, dass eine Fristsetzung stets entbehrlich ist, von vornherein auszuscheiden (*Höpfner,* Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 310 f.). Denn eine richtlinienkonforme Auslegung setzt voraus, dass durch sie der erkennbare Wille des Gesetzgebers nicht verändert wird, sondern die Auslegung seinem Willen (noch) entspricht (Senat, Urt. v. 28.10.2015 – VIII ZR 158/11, BGHZ 207, 209 Rn. 43, Urt. v. 28.10.2015 – VII-I ZR 13/12, juris Rn. 45; jeweils m. w. Nachw.).

[48] cc) Von der danach für den Übergang zum Rücktritt, zur Minderung oder zum Schadensersatz statt der Leistung erforderlichen Fristsetzung zur Nacherfüllung (§ 323 I BGB, § 441 I 1 BGB, § 281 I 1 BGB) macht der Gesetzgeber aber Ausnahmen. Er trägt durch die Bestimmungen der § 323 II BGB, § 440 BGB, § 281 II BGB dem Interesse des Käufers Rechnung, dem Verkäufer in den Fällen keine Frist setzen zu müssen, in denen dies keinen Erfolg verspricht oder dem Käufer nicht zuzumuten ist (Senat, Urt. v. 23.02.2005 – VIII ZR 100/04, BGHZ 162, 219, 229 f.). Da es sich um Ausnahmebestimmungen zu den genannten Regeltatbeständen handelt (vgl. auch BT-Drs. 14/6040, S. 233), lassen sich aus den ihnen zugrundeliegenden Wertungen von vornherein keine Rückschlüsse auf eine einschränkende Auslegung der Regelbestimmungen ziehen. Denn der Sinn und Zweck von Ausnahmevorschriften besteht darin, für bestimmte, vom Regelfall abweichende Fallgestaltungen Sonderregelungen zu treffen.

[49] Diese – vom Gesetzgeber auch mit § 440 BGB verbundene (BT-Drs. 14/6040, S. 233) – Zielsetzung würde aber unterlaufen, wenn ihre Tatbestandsvoraussetzungen auf die Regelbestimmungen (hier: § 323 I BGB) übertragen würden. Nach dem oben (unter II 2 b aa) beschriebenen Willen des Gesetzgebers soll der Käufer im Falle des erfolglosen Ablaufs einer einmal gesetzten (angemessenen) Frist zur Nacherfüllung zu den sekundären Gewährleistungsrechten übergehen können. Dabei hat er für den Fall des fruchtlosen Verstreichens einer Frist zur Nachbesserung keine Ausnahme geschaffen. Vielmehr sind beide Varianten der Nacherfüllung (Nachbesserung, Nachlieferung) von den Regeltatbeständen der § 323 I BGB, § 281 I 1 BGB erfasst (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 138, 185).

[50] Schon aus diesen Gründen verbietet sich die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung des § 323 I BGB, wonach der Käufer im Falle einer Fristsetzung zur Nachbesserung erst dann zur Erklärung des Rücktritts berechtigt sei, wenn er dem Verkäufer zuvor zweimal vergeblich Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben habe. 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. von § 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 Regeltatbestände der § 323 I BGB, § 281 I 1 BGB würde damit zu einer unzulässigen, vom Gesetzgeber nicht gewollten Schlechterstellung des Käufers führen.

[51] dd) Davon abgesehen verkennt das Berufungsgericht die Wertungen des § 440 Satz 1 Fall 2, Satz 2 BGB.

[52] (1) Der Sinn und Zweck des § 440 BGB besteht – anders als die Revision, Stimmen in der obergerichtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum (OLG Saarbrücken, Urt. v. 09.09.2010 – 8 U 367/09, juris Rn. 48; Palandt/*Weidenkaff,* BGB, 79. Aufl., § 440 Rn. 2) folgend, meint – nicht darin, „die Entbehrlichkeit der Fristsetzung über § 281 II BGB (für den Schadensersatz) und § 323 II BGB (für den Rücktritt) hinaus auf die Nacherfüllung zu erstrecken." Denn der Anspruch auf Nacherfüllung bedarf zu seiner Verwirklichung keiner Fristsetzung (BT-Drs. 14/6040, S. 230 a. E.). Vielmehr dient § 440 BGB dazu, die Tatbestände der Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach § 323 II BGB, § 281 II BGB, die auch die sich aus einer Schlechtleistung ergebenden Ansprüche auf Nacherfüllung i. S. des § 439 BGB erfassen (vgl. die ausdrückliche Nennung der Nacherfüllung in § 323 I BGB und § 281 I 1 BGB; vgl. auch BT-Drs. 14/6040, S. 138, 184), im Hinblick auf die Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie um weitere Ausnahmefälle zu ergänzen (BT-Drs. 14/6040, S. 233 f.) 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 II, § 281 II BGB berufen kann, die Möglichkeit zu eröffnen, in den in § 440 BGB aufgeführten Fällen auf den Rücktritt vom Kaufvertrag, auf die Minderung des Kaufpreises (§ 441 I 1 BGB: „statt zurückzutreten") oder auf Schadensersatz statt der Leistung überzugehen.

[53] (2) Einen Verzicht auf eine Fristsetzung hat der Gesetzgeber dabei insbesondere für den – praktisch bedeutsamen – Fall für angezeigt erachtet, dass eine Nachbesserung fehlgeschlagen ist (§ 440 Satz 1 Fall 2, Satz 2 BGB; vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 233). In einer solchen Fallgestaltung hat er dem Recht des Käufers zum „sofortigen Rücktritt", also ohne Setzung einer Frist zur weiteren Nachbesserung, den Vorzug vor dem Interesse des Verkäufers gegeben, an dem Vertrag festzuhalten (BT-Drs. 14/6040, S. 233 rechte Spalte). Hier setzt die Bestimmung des § 440 Satz 2 BGB an, wonach eine Nachbesserung nach dem erfolglosen zweiten Versuch als fehlgeschlagen gilt, wenn sich nicht insbesondere aus der Art der Sache oder des Mangels oder aus sonstigen Umständen etwas anderes ergibt.

[54] (a) Diese Vorschrift ist geschaffen worden, um im Interesse des Käufers eine Richtgröße für die „ungebührliche Verzögerung" als eine in der Praxis häufiger auftretende Form der fehlgeschlagenen Nachbesserung einzuführen (BT-Drs. 14/6040, S. 234). Auch hierbei ist nach dem Willen des Gesetzgebers entscheidend, ob der aufgetretene Mangel in einem für den Käufer angemessenen Zeitraum behoben wird. Die Zahl der vom Käufer „hinzunehmenden" Nachbesserungsversuche ist dagegen für sich genommen nicht maßgebend, sie ist nur insoweit von Bedeutung, als die „Zahl der erforderlichen Versuche auch die Bemessung des angemessenen Zeitraums bestimmt" (BT-Drs. 14/6040, S. 234).

[55] Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers ist von einem Fehlschlagen der Nachbesserung auszugehen, wenn der Verkäufer trotz Aufforderung durch den Käufer die Nacherfüllung nicht in angemessener Frist vorgenommen hat, auch wenn eine Fristsetzung durch den Käufer im Einzelfall mit der Aufforderung nicht verbunden war (BT-Drs. 14/6040, S. 222 linke Spalte a. E.). Vor diesem Hintergrund hat er die "Richtgröße" von zwei Nachbesserungsversuchen allein „zur praktischen Erleichterung“ aufgenommen (BT-Drs. 14/6040, S. 222 linke Spalte a. E.). Die damit vorrangig die Interessen des Käufers in den Blick nehmende Bestimmung des § 440 Satz 2 BGB würde in ihr Gegenteil verkehrt, wenn sie für den Unterfall der Nachbesserung zur Auslegung des Begriffs "erfolgloser Ablauf einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung" (§ 323 I BGB, § § 281 I BGB) herangezogen würde.

[56] (b) Hierdurch würde – anders als das Berufungsgericht meint – nicht ein Wertungswiderspruch behoben, sondern erstmals heraufbeschworen. Denn nach der Sichtweise des Berufungsgerichts würde eine einmalige Fristsetzung, die so beschaffen sein muss, dass sie dem Verkäufer ausreichend Gelegenheit zur Nachbesserung gibt und ihm zugleich den Ernst der Lage vor Augen führt, nicht mehr ausreichen, sondern es würde zusätzlich ein Erfordernis (zwei erfolglose Nachbesserungsversuche) eingeführt, das aber in § 440 Satz 1 Fall 2, Satz 2 BGB nur deswegen aufgenommen wurde, weil in den hiervon erfassten Fällen eine Fristsetzung gerade nicht erfolgt ist.

[57] Das Berufungsgericht, das einen hinreichenden Grund dafür vermisst, 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, verkennt, dass 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 Satz 1 Fall 2, Satz 2 BGB ein zweimaliger Nachbesserungsversuch.

[58] (3) Auch die weiteren vom Berufungsgericht angeführten Gesichtspunkte führen nicht zu einer Einbeziehung der Wertung des § 440 Satz 2 BGB in die Auslegung des Begriffs „erfolglose Fristsetzung“ im Rahmen des § 323 I BGB (oder des § 281 I 1 BGB).

[59] (a) Es trifft zwar zu, dass die Frage, ob ein Käufer den Verkäufer nur zur Nachbesserung aufgefordert oder ihm hierzu auch wirksam eine angemessene Frist gesetzt hat, von der Formulierung des Nachbesserungsverlangens abhängt. Dies ist aber Willenserklärungen oder geschäftsähnlichen Erklärungen (wie etwa der Mahnung i. S. von § 286 BGB oder der Rüge nach § 556g II BGB) durchweg eigen. Da der Erklärende hierdurch eine rechtsgeschäftliche oder vom Gesetz vorgesehene Rechtsfolge auslösen will, ist er gehalten, die Erklärung so abzufassen, dass sie die Anforderungen an den erforderlichen Erklärungstatbestand erfüllt.

[60] (b) Soweit das Berufungsgericht für die von ihm befürwortete – jedoch abzulehnende – Auslegung des § 323 I BGB die Interessenlage des Verkäufers ins Feld führt, der einen ersten Nachbesserungsversuch unternommen und dafür in der Regel Mittel aufgewendet habe, die nutzlos würden, obwohl möglicherweise nur noch ein geringer Aufwand erforderlich sei, um die Nachbesserung zum Erfolg zu führen, missachtet es erneut den Willen des Gesetzgebers. Der Gesetzgeber hat bei der Erstreckung des § 323 I BGB (und des § 281 I 1 BGB) auf die Fälle der Nacherfüllung (Nachbesserung und Nachlieferung) bereits eine grundlegende Abwägung der beiderseitigen Interessen vorgenommen. Nach seinen, den vorgenannten Bestimmungen zugrunde liegenden Vorstellungen muss die zu setzende angemessene Frist so lang sein, dass der Schuldner die Leistung tatsächlich auch erbringen kann (BT-Drs. 14/6040, S. 138). Im Falle der Nacherfüllung muss sie so bemessen sein, dass der ausgebliebene „Leistungsrest“ erbracht werden kann (BT-Drs. 14/6040, S. 138). Mit dem Ablauf einer solchen Frist muss der Schuldner nach den gesetzgeberischen Erwägungen damit rechnen, dass die fruchtlose Aufforderung auch Folgen hat (BT-Drs. 14/6040, S. 184 und 185). Dies gilt auch für den Fall der Nachbesserung. Ein Recht zur „dritten Andienung“, worauf die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts hinausläuft, soll das Gesetz nicht einräumen.

[61] Vor diesem Hintergrund wird – wie die Revision zu Recht geltend macht – den vom Berufungsgericht in den Blick genommenen 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, ausreichend durch die Bestimmungen der § 323 V BGB und § 281 I 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. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, hängt von einer umfassenden Interessenabwägung im Einzelfall ab (Senat, Urt. v. 11.12.2019 – VIII ZR 361/18, BGHZ 224, 195 Rn. 46 m. w. Nachw.), wobei der Senat eine – nicht starr zu handhabende – Richtgröße entwickelt hat. Eine unerhebliche Pflichtverletzung ist danach bei behebbaren Mängeln in der Regel gegeben, wenn bei Ausübung des Rücktritts (oder der Geltendmachung des Schadensersatzverlangens) die Kosten der Mangelbeseitigung im Verhältnis zum Kaufpreis geringfügig sind, wovon jedenfalls regelmäßig nicht mehr auszugehen ist, wenn der Mangelbeseitigungsaufwand einen Betrag von fünf Prozent des Kaufpreises übersteigt (st. Rspr.; vgl. etwa Senat, Urt. v. 28.05.2014 – VIII ZR 94/13, BGHZ 201, 290 Rn. 17 und 30; Urt. v. 11.12.2019 – VIII ZR 361/18, BGHZ 224, 195 Rn. 47).

[62] c) Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Ein von der Revisionserwiderung angeführter konkludenter Verzicht (§ 397 BGB) auf das Recht zum Rücktritt ist nicht anzunehmen. An das Vorliegen eines Verzichts sind nämlich strenge Anforderungen zu stellen; er ist nur bei dahin gehenden unzweideutigem Verhalten oder bei sonst eindeutigen Anhaltspunkten anzunehmen (Senat, Beschl. v. 14.11.2017 – VIII ZR 101/17, NJW 2018, 1171 Rn. 17 m. w. Nachw.). Solche Anhaltspunkte sind weder festgestellt noch von der Revisionserwiderung aufgezeigt worden. Aufgrund der bislang vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen kann auch nicht angenommen werden, der Kläger könne sich gemäß § 242 BGB auf den erklärten Rücktritt nicht berufen.

[63] Allerdings sind die Feststellungen des Berufungsgerichts, der Kläger habe sein Recht auf Rücktritt nicht verwirkt, unvollständig, weil es nicht die von einer Verwirkung zu unterscheidende Fallgestaltung eines rechtsmissbräuchlichen widersprüchlichen Verhaltens gesondert in den Blick genommen hat. Auf der Basis der bislang getroffenen Feststellungen lässt sich nicht hinreichend beurteilen, ob dem Kläger eine Berufung auf den erklärten Rücktritt wegen widersprüchlichen Verhaltens verwehrt ist.

[64] aa) Das Berufungsgericht hat angenommen, der Kläger habe seinen Rücktritt nicht dadurch verwirkt, dass er sich zunächst dafür entschieden habe, der *H*-GmbH Gelegenheit zu einer weiteren Nachbesserung zu geben, den hierzu vereinbarten Termin dann aber später abgesagt und stattdessen den Rücktritt erklärt habe. Zur Begründung hat es ausgeführt, es stelle bereits kein widersprüchliches Verhalten dar, wenn der Käufer, nachdem er möglicherweise aufgrund anwaltlicher Beratung erkannt zu haben glaube, bereits ein Rücktrittsrecht zu haben, von der bisher getroffenen Entscheidung abweiche. Für eine Verwirkung fehle es jedenfalls an einem Umstandsmoment. Die Beklagte habe nicht vorgetragen, dass sie bzw. die *H*-GmbH im Vertrauen auf das zweite Nachbesserungsverlangen Dispositionen getroffen hätten, die sie nicht oder nur unter erheblichem Aufwand rückgängig machen könnten.

[65] bb) Diese Erwägungen lassen besorgen, dass das Berufungsgericht die Rechtsfiguren der Verwirkung und des widersprüchlichen Verhaltens *(venire contra factum proprium)* miteinander vermengt und damit nicht zu allen relevanten Umständen Feststellungen getroffen hat.

[66] (1) Zwar stellt auch die vom Berufungsgericht erörterte Verwirkung einen Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung wegen widersprüchlichen Verhaltens dar (Palandt/*Grüneberg,* a. a. O., § 242 Rn. 87). Der Verstoß gegen Treu und Glauben liegt hierbei aber – wie die Revisionserwiderung zu Recht geltend macht – in einer im Streitfall nicht relevanten illoyalen Verspätung der Rechtsausübung (vgl. BGH, Urt. v. 09.10.2013 – XII ZR 59/12, NJW-RR 2014, 195 Rn. 10; Palandt/*Grüneberg,* a. a. O., § 242 Rn. 87). Unter rechtsmissbräuchlichem widersprüchlichem Verhalten außerhalb der Verwirkung wird dagegen ein Verhalten verstanden, bei dem sich eine Partei zu ihrem früheren Verhalten inhaltlich in Widerspruch setzt und dies rechtsmissbräuchlich ist, weil entweder für den anderen Teil ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden ist oder weil andere besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen (st. Rspr.; vgl. etwa Senat, Urt. v. 04.02.2015 – VIII ZR 154/14, BGHZ 204, 145 Rn. 24 ff. m. w. Nachw.).

[67] (2) In Fallgestaltungen wie der vorliegenden kann unter bestimmten Umständen dem Käufer die Berufung auf einen Rücktritt nach § 242 BGB wegen missbräuchlichen widersprüchlichen Verhaltens verwehrt sein. Ob ein solcher Fall vorliegt, hängt aber von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab (Senat, Urt. v. 04.02.2015 – VIII ZR 154/14, BGHZ 204, 145 Rn. 25 m. w. Nachw.). Das Berufungsgericht hat insoweit nicht zu allen maßgeblichen Umständen Feststellungen getroffen.

[68] Es hat lediglich auf die Möglichkeit einer Willensänderung im Hinblick auf eine spätere anwaltliche Beratung abgestellt, nicht aber Feststellungen dazu getroffen, ob und welche Absprachen der Kläger mit der *H*-GmbH bei der Vereinbarung eines zweiten Nachbesserungstermins getroffen (unverbindliche Terminabsprache oder – so die Auffassung der Revisionserwiderung – verbindliche Einräumung einer zweiten Nachbesserungsmöglichkeit) und aus welchen Gründen er seine Entscheidung, dieser Gelegenheit zu einer erneuten Nachbesserung zu geben, zu einem späteren Zeitpunkt revidiert hat. Weiter hat es zwar festgestellt, dass die *H*-GmbH im Vertrauen auf das zweite Nachbesserungsverlangen keine Dispositionen getroffen hat; es fehlen aber Feststellungen dazu, ob die Abkehr von diesem Verlangen aus sonstigen Gründen treuwidrig war.

[69] Eine Treuwidrigkeit kann allerdings – anders als die Revisionserwiderung meint – nicht schon deswegen angenommen werden, weil bei aufwendigen Lackierungsarbeiten unter Umständen mehrere Versuche erforderlich seien, um ein optimales Ergebnis zu erzielen und die „Gesamtmaßnahme Lackausbesserungsarbeiten“ rechtlich „als einheitliche Nachbesserung“ zu betrachten wäre, sodass das Versagen eines zweiten Nachbesserungsschritts als Vereitelung der Nachbesserung zu bewerten wäre.

[70] III. Nach alledem kann das Urteil des Berufungsgerichts keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 562 I ZPO). Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif, da das Berufungsgericht bislang weder Feststellungen dazu getroffen hat, ob die mit Schreiben vom 14.05.2018 gerügten Lackierungsmängel an der A-Säule und am Heckdeckel vollständig und ordnungsgemäß behoben worden sind, noch dazu, ob Lackierungsmängel an einem anderen Ort, nämlich an der C-Säule, hinzugekommen sind und insoweit eine Fristsetzung erfolgt (vgl. hierzu Palandt/*Grüneberg,* a. a. O., § 323 Rn. 16) oder entbehrlich ist. Weiter fehlen Feststellungen dazu, ob etwa vorhandene Mängel als unerheblich i. S. des § 323 V 2 BGB einzustufen sind und ob dem Kläger eine Berufung auf den erklärten Rücktritt wegen widersprüchlichen Verhaltens gemäß § 242 BGB verwehrt ist. Die Sache ist daher zur erneuten 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.