

Redaktionelle Urteilsanmerkung**Hengstisches Verhalten des Wallachs „Diokletian“ – Sofortiges Rücktritts- und Minderungsrechts des Käufers bei arglistigem Verschweigen des Mangels**

Der Käufer ist im Regelfall berechtigt, den Kaufpreis sofort – ohne vorherige Fristsetzung zur Nacherfüllung – zu mindern, wenn der Verkäufer ihm einen Mangel bei Abschluss des Kaufvertrages arglistig verschwiegen hat (Bestätigung von BGH, Beschluss vom 8. Dezember 2006 – V ZR 249/05, NJW 2007, 835). In einem solchen Fall ist die für die Beseitigung eines Mangels erforderliche Vertrauensgrundlage in der Regel auch dann beschädigt, wenn die Mangelbeseitigung durch einen vom Verkäufer zu beauftragenden Dritten vorzunehmen ist (amtlicher Leitsatz).

BGB § 323 Abs. 2 Nr. 3, § 441 Abs. 1 S. 1

BGH, Urt. v. 9.1.2008 – VIII ZR 210/06 (OLG Hamm, LG Münster)¹

I. Rechtsgebiet, Problemstellung und Sachverhalt

Gegenstand der Entscheidung ist ein zentrales Problem des Kauf- bzw. allgemeinen Leistungsstörungenrechts. Verfügt der Verkäufer über das Recht zur zweiten Andienung, wenn er dem Käufer die Ware sehenden Auges mangelhaft übergibt? Zu Grunde lag einmal mehr ein Fall, in dem nicht etwa ein Auto, Computer oder Möbelstück, sondern ein Tier verkauft wurde. Nach Hunden und Katern ging es diesmal wieder um ein Pferd, den Wallach „Diokletian“:

„Die Klägerin kaufte von den Beklagten am 20. November 2002 den 1999 geborenen Wallach Diokletian als Dressurpferd zum Preis von 45.000 €. Mit Schreiben ihres erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten vom 2. November 2004 begehrte sie Minderung in Höhe von 50% des Kaufpreises mit der Begründung, das Pferd sei mangelhaft, weil es sich um einen (residualen) Kryptorchiden handele, das heißt um ein Pferd, dem bei der Kastration das Hodengewebe nicht vollständig entfernt worden ist. Die Klägerin hat Klage auf Rückzahlung von 22.500 € nebst Zinsen sowie Erstattung vorgegerichtlicher Anwaltskosten in Höhe von 445,90 € nebst Zinsen erhoben. Sie hat vorgetragen, das Pferd zeige aufgrund der unvollständigen Kastration hengstisches Verhalten und sei deshalb als Dressurpferd weniger geeignet als ein Wallach. Den Beklagten sei die hengstische Eigenart des Pferdes bereits vor dem Kauf bekannt gewesen; sie hätten die Klägerin darüber arglistig getäuscht.“

II. Kernaussagen und Würdigung*1. Wesen des Nacherfüllungsanspruchs*

Haftet einem verkauften und dem Käufer übergebenen Gegenstand ein Sachmangel an (§§ 434 Abs. 1 S. 2, 434 BGB),

sieht das Kaufrecht zur Aufrechterhaltung des Vertrags zunächst vor, dass im Zuge der Nacherfüllung vertragsgerechte Verhältnisse herbeigeführt werden. Dies kann nach Maßgabe von § 439 Abs. 1 BGB in Form der Nachlieferung oder Nachbesserung, also der Lieferung einer anderen, der vertraglichen Vereinbarung entsprechenden Sache oder der Reparatur der zunächst übergebenen Ware geschehen. Grundsätzlich erst nach Ablauf einer angemessenen Frist, innerhalb derer der Verkäufer die Nacherfüllung erbringen kann, steht dem Käufer der Weg offen, den Vertrag ganz oder teilweise aufzulösen (Rücktritt, Minderung, Schadensersatz statt der Leistung bzw. der ganzen Leistung). Unter Berücksichtigung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben (Art. 3 Abs. 5 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie) bedarf es allein des Verstreichens der angemessenen Nacherfüllungsfrist. Dem Käufer obliegt es nicht, eine solche Frist zu setzen.² Das hiermit angesprochene Reglement der Nacherfüllung lässt sich von zwei Seiten betrachten. Aus der Sicht des Käufers handelt es sich um einen modifizierten Erfüllungsanspruch, den Nacherfüllungsanspruch. Für den Verkäufer stellt er sich als ein Recht zur zweiten Andienung dar. In aller Regel korrespondieren die beiden Rechte miteinander: Während der Käufer Nacherfüllung verlangen kann, muss der Verkäufer sich nicht auf die sofortige Auflösung des Vertrags, etwa im Rahmen einer Rückabwicklung in Folge eines ausgeübten Rücktrittsrechts, einlassen. Er hat das Recht, ein zweites Mal einen Erfüllungsversuch zu unternehmen. Wem das gesetzlich vorgesehene Nacherfüllungsprozedere Recht ist, hängt oftmals von den wirtschaftlichen Bedingungen des einzelnen Vertrags ab. Reut es den Käufer, die Ware zu dem Preis gekauft zu haben, kann es ihm gelegen sein, dass ein Mangel auftritt und die Gewährleistungsrechte aktualisiert werden. Hier würde es der Käufer oftmals vorziehen, sofort zurückzutreten und dem Verkäufer nicht noch die Nacherfüllung ermöglichen zu müssen. Hatte der Käufer hingegen einen wirtschaftlich günstigen Vertrag geschlossen, so wird er ein vitales Interesse daran haben, dass ihm die preiswert erworbene Sache auch mangelfrei zur Verfügung gestellt wird, wohingegen der Verkäufer unter diesen Bedingungen im Zweifel nichts gegen die sofortige Vertragsauflösung einzuwenden hätte. Es verbietet sich daher, die Nacherfüllung kategorisch dem Interesse einer der beiden Parteien des Kaufvertrags zuzuordnen.

2. Unterschiedliche Entwicklung von Nacherfüllungsanspruch und Recht zur zweiten Andienung

Stehen sich daher regelmäßig Anspruch des Käufers und Recht des Verkäufers gegenüber und hängt es eher von wirtschaftlichen Gegebenheiten ab, wem an der Durchführung der Nacherfüllung gelegen ist, gibt es Konstellationen, in denen dieser rechtliche Gleichklang aufgelöst wird. Die vorliegende Entscheidung handelt von einem solchen Fall. Der Verkäufer kannte vor Abschluss des Kaufvertrags den Mangel der Sache, entschied sich aber trotzdem dafür, die vertragliche Bindung einzugehen und den Gegenstand zur Erfüllung zu übereignen. Hierin ist, wie der VIII. Zivilsenat in Übereinstimmung mit dem V. Zivilsenat in aller Deutlichkeit feststellt, ein

¹ <http://www.bundesgerichtshof.de> (abrufbar am 19.5.2008); NJW 2008, 1371 m. krit. Bspr. *Gutzeit*, NJW 2008, 1359.

² Dies übersieht offenbar *Gutzeit*, NJW 2008, 1359.

Verhalten zu sehen, durch das der Verkäufer sein Recht zur zweiten Andienung verwirkt:

„Der Bundesgerichtshof hat – nach Erlass des Berufungsurteils – entschieden, dass ein die sofortige Rückabwicklung des Kaufvertrages rechtfertigendes Interesse des Käufers (§ 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB) im Regelfall anzunehmen ist, wenn der Verkäufer dem Käufer einen Mangel arglistig verschwiegen hat. Bei einer vom Verkäufer beim Abschluss eines Kaufvertrages begangenen Täuschungshandlung ist in der Regel die für eine Nacherfüllung erforderliche Vertrauensgrundlage beschädigt; dies gilt insbesondere, aber nicht nur, wenn die Nacherfüllung durch den Verkäufer selbst oder unter dessen Anleitung im Wege der Mängelbeseitigung erfolgen soll. In solchen Fällen hat der Käufer ein berechtigtes Interesse daran, von einer weiteren Zusammenarbeit mit dem Verkäufer Abstand zu nehmen. Dem stehen regelmäßig keine maßgebenden Interessen des Verkäufers gegenüber. Denn die Chance zur nachträglichen Fehlerbeseitigung, die dem Verkäufer mit dem Vorrang der Nacherfüllung gegeben werden soll, verdient dieser nur dann, wenn ihm der Mangel bei Abschluss des Kaufvertrages nicht bekannt war. Kannte er ihn dagegen, so kann er ihn vor Abschluss des Vertrages beseitigen und die Sache in einem vertragsgemäßen Zustand leisten. Entschließt sich der Verkäufer, den ihm bekannten Mangel nicht zu beseitigen und die Sache in einem vertragswidrigen Zustand zu veräußern, so besteht keine Veranlassung, ihm nach Entdeckung des Mangels durch den Käufer eine zweite Chance zu gewähren. Der so handelnde Verkäufer verdient keinen Schutz vor den mit der Rückabwicklung des Vertrages verbundenen wirtschaftlichen Nachteilen (BGH, Beschluss vom 8. Dezember 2006 – V ZR 249/05, NJW 2007, 835, unter II 3 b bb)“.³

Um es ganz deutlich zu machen: Der Nacherfüllungsanspruch ist in einer solchen Situation nicht etwa untergegangen oder erst gar nicht entstanden, wie es z.B. bei Kenntnis des Käufers im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nach Maßgabe von § 442 BGB der Fall ist. In der vorliegenden Konstellation kommt es vielmehr zu einem Auseinanderfallen von Nacherfüllungsanspruch und Recht zur zweiten Andienung. Kannte der Verkäufer bei Vertragsabschluss den Mangel, so hat der Käufer die Wahl, Nacherfüllung zu verlangen oder sofort von den den Vertrag ganz oder teilweise auflösenden Rechten Gebrauch zu machen. Sitz der Materie ist § 323 Abs. 2 Nr. 3 bzw. § 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB. Der Verkäufer kann auf der anderen Seite nicht darauf verweisen, erst einmal nacherfüllen zu wollen. Er muss sich ohne wenn und aber auf die sofortige Rückabwicklung des Vertrags einlassen, wenn der Käufer dies wünscht.⁴ Der VIII. verdient ebenso wie der V. *Zivilsenat* des BGH uneingeschränkte Zustimmung.

3. Weitere Fälle des fehlenden Gleichklangs:

Neben diesen von zwei *Senaten* des BGH entschiedenen Fällen gibt es weitere Konstellationen, in denen Nacherfüllungs-

anspruch des Käufers und Recht zur zweiten Andienung nicht miteinander korrelieren. *Florian Faust*⁵ hat sie am Anfang seiner Kommentierung zu § 439 BGB zusammengefasst: Zu nennen ist einmal der Fall, dass die Nacherfüllung einen Aufwand erfordert, der unverhältnismäßig im Sinne des § 275 Abs. 2 BGB ist. Hier kann der Verkäufer zwar trotzdem nacherfüllen, behält also sein Recht zur zweiten Andienung, steht dem Käufer aber ein solcher Anspruch nicht zu. Schließlich behält der Käufer seinen Nacherfüllungsanspruch, während der Verkäufer das Recht zur zweiten Andienung verliert, wenn der Verkäufer die Nacherfüllung zu Unrecht verweigert, sie dem Käufer unzumutbar ist oder die Nacherfüllung fehlschlägt.

III. Ausbildungsrelevanz

Probleme des kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruchs genießen in allen Phasen des Studiums enorme Prüfungsrelevanz. Sowohl in der kleinen Übung als auch im schriftlichen und mündlichen Teil der Staatsprüfung drängen sich die durch die Schuldrechtsmodernisierung neu entstandenen und den BGH beschäftigenden Probleme des Nacherfüllungsanspruchs geradezu als Prüfungsstoff auf. Daher sollte man sich unbedingt merken, dass der Käufer sofort vom Vertrag zurücktreten oder den Kaufpreis mindern kann, wenn der Verkäufer den Mangel der Sache im Zeitpunkt der Übergabe kannte. Dies hindert den Käufer aber nicht daran, von der unmittelbaren vollständigen oder teilweisen Vertragsauflösung abzusehen und gleichwohl den Nacherfüllungsanspruch geltend zu machen.

Privatdozent Dr. Markus Artz, Trier/München

³ Vgl. Rn. 17 der Gründe des vorliegenden Urteils.

⁴ Der resolute Ton der Entscheidung ist entgegen *Gutzeit*, NJW 2008, 1359, zu begrüßen.

⁵ In: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2007, § 439 Rn. 2.