

Entscheidungsanmerkung

Berücksichtigung einer erst im Berufungsrechtszug erfolgten, unstreitigen Nachfristsetzung zur Mängelbeseitigung

Die erstmals im Berufungsrechtszug erfolgte, unstreitige Fristsetzung zur Nacherfüllung ist unabhängig von den Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 3 ZPO zuzulassen. (Amtlicher Leitsatz)

ZPO § 531 Abs. 2; BGB § 323 Abs. 1, § 281 Abs. 1 S. 1

BGH, Urt. v. 20.5.2009 – VIII ZR 247/06 (OLG Celle LG Lüneburg)¹

I. Rechtsgebiet, Problemstellung und Examensrelevanz

1. Der Schwerpunkt der Entscheidung liegt auf der prozessrechtlichen, im Einzelnen umstrittenen und damit auch examensrelevanten Problem, in welchem Maße die Präklusionsvorschriften des § 531 Abs. 2 ZPO auch für unstreitigen Tatsachenvortrag gelten. Darüber hinaus bestätigt der BGH seine Rechtsprechung zu einer Reihe von Fragen des Anfechtungs- und des Leistungsstörungsrechts, die ohne weiteres in Prüfungsaufgaben auftreten könnten.

2. Konkret ging es um den Kauf eines Pferdes, das bereits kurz nach der Übergabe und in der Folgezeit wiederholt lahmt und stolpernd ging. Erst nach fast anderthalb Jahren erklärte die Käuferin den Rücktritt vom Vertrag und verlangte den Kaufpreis zurück. Sie erhob schließlich Klage, wobei sie in der Klageschrift die Anfechtung des Vertrages wegen arglistiger Täuschung erklärte und sich darauf berief, sie habe bei der Vorbereitung des Prozesses erfahren, dass das Pferd sich bereits beim Züchter in desolatem Gesundheitszustand befunden habe und dies dem Züchter ebenso wie allen weiteren Besitzern bekannt gewesen sei. Nachdem sie in der ersten Instanz unterlegen war, setzte die Klägerin der Beklagten in der Berufungsbegründungsschrift erstmals eine Nacherfüllungsfrist.

II. Kernaussagen und Würdigung

1. Der Senat lässt zunächst offen, ob der Rücktritt schon deshalb nach § 323 Abs. 2 BGB unabhängig vom Erfordernis einer Nachfristsetzung wirksam war, weil die Beklagte die Forderung nach einer Rückabwicklung des Vertrages unter Verweis darauf zurückgewiesen hatte, dass Verkäuferin gar nicht sie selbst geworden sei und das Pferd überdies mangelfrei gewesen sei. Er hält dabei fest an der bisherigen Rechtsprechung², wonach an eine endgültige Erfüllungsverweigerung strenge Anforderungen zu stellen sind und eindeutig zum Ausdruck kommen muss, dass der Schuldner der Aufforderung zur Nacherfüllung nicht – aus seiner Sicht auch nicht aus Kulanzgründen – nachkommen würde.

2. Keine Stellungnahme enthält die Entscheidung zu der Frage, ob eine Nachfristsetzung nicht auch deshalb entbehrlich war, weil § 323 BGB im Lichte der Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf³ ausgelegt werden muss, die das Recht zur Vertragsauflösung lediglich davon abhängig macht, dass der Verkäufer nicht binnen angemessener Frist nacherfüllt, ohne jedoch vom Käufer einen Akt der Fristsetzung zu verlangen.⁴ Dem Urteil lässt sich allerdings nicht zweifelsfrei entnehmen, ob überhaupt die Voraussetzungen eines Verbrauchsgüterkaufes (§ 474 BGB) gegeben war.

3. Im Gegensatz zum Berufungsgericht hält der Senat die Klägerin mit ihrem Vortrag der fruchtlosen Nachfristsetzung nicht für präkludiert nach § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO. Ausgangspunkt ist der gefestigte Rechtsprechung entsprechende Grundsatz, dass die Präklusionsvorschrift des § 531 ZPO auf streitiges und beweisbedürftiges Vorbringen zu beschränken ist,⁵ während unstreitiger Vortrag ohne weiteres berücksichtigt werden muss. Damit wird im Interesse materieller Gerechtigkeit verhindert, dass das Berufungsgericht sehenden Auges von einer unrichtigen Sachlage ausgeht, die keine Partei (mehr) vorträgt.⁶ Neuer unstreitiger Tatsachenvortrag ist danach selbst dann zugrunde zu legen, wenn dies die Erhebung von Folgebeweisen (über andere, beweisbedürftige Tatsachen) notwendig macht.⁷ Vor allem mit Blick auf die Verjährung ist kontrovers diskutiert worden, ob diese Erwägungen auch Gültigkeit beanspruchen in Fällen, in denen bereits die materiell-rechtliche Rechtslage von einer Ausübungshandlung der Prozesspartei, eben der Erhebung der Einrede oder der Ausübung eines Gestaltungsrechts abhängt, und dieser Akt erst in der Berufungsinstanz erfolgt. Mit dem vorliegenden Urteil wird die Rechtsprechung des Großen Senates für Zivilsachen⁸ konsequent fortgeschrieben, der⁹ auf einen Vorlagebeschluss des XI. Senates hin¹⁰ entschieden hat, dass das materiellrechtliche Erfordernis der Erhebung der Einrede keine abweichende Behandlung im Rahmen von § 531 ZPO rechtfertigt. Ähnlich verlangt der BGH nun auch

³ Richtlinie 1999/44/EG v. 25.5.1999, ABIEG 1999 L 171, S. 12.

⁴ Vgl. Art. 3 Abs. 5 Kaufrechts-RL; für Anwendung von § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB beim Verbrauchsgüterkauf zur Erzielung eines richtlinienkonformen Ergebnisses die wohl h.L., vgl. Lorenz, in: Münchner Kommentar zum BGB, 5. Aufl., 2008, Vor § 474 Rn. 20 m.w.N.

⁵ Vgl. vor allem BGHZ 161, 138 (141 ff.) = NJW 2005, 291; BGHZ 166, 29 (31) = NJW-RR 2006, 630.

⁶ Vgl. die Entscheidungsgründe des vorliegenden Urteils Rn. 16 u. näher Meller-Hannich, NJW 2006, 3385 (3386 f.)

⁷ Vgl. BGHZ 161, 138 (141) = NJW 2005, 291 (293).

⁸ Vgl. § 132 Abs. 2 GVG.

⁹ Vgl. BGHZ 177, 212 = NJW 2008, 3434; zustimmend Meller-Hannich, LMK 2008, 271332; kritisch H. Roth, JZ 2009, 106 f., jeweils m.w.N.

¹⁰ Vgl. BGH NJW 2009, 685: Der XI. Senat wollte von der Rechtsprechung des X. Senates, der die Berücksichtigung der Verjährungseinrede auch bei unstreitigem Tatsachenvortrag den Grenzen des § 531 Abs. 2 Nrn. 1-3 ZPO unterwirft, vgl. BGH GRUR 2006, 401 (404), abweichen.

¹ Das Urteil ist unter <http://www.bundesgerichtshof.de/> abrufbar (27.6.2009).

² Vgl. BGH NJW 2006, 1195 Rn. 25.

in der vorliegenden Entscheidung, dass die unstreitige Fristsetzung als materiellrechtliche Voraussetzung des Gestaltungsrechts (Rücktrittsrechts) der Entscheidung zugrunde gelegt wird. Dies verdient in der Sache Zustimmung, da die Gründe für die ausnahmsweise Berücksichtigung unstreitigen Vortrags auch hier vorliegen, steht aber in gewissem Widerspruch dazu, dass die ständige Rechtsprechung¹¹ bei der Präklusionswirkung der materiellen Rechtskraft (§ 767 Abs. 2 ZPO) auf den Zeitpunkt der Entstehung des Gestaltungsrechts abstellt.¹²

4. Schließlich bestätigt der *Senat* die bisherige Rechtsprechung zur Arglistanfechtung in zwei Punkten: Erstens hält er daran fest, dass das arglistige Verschweigen eines Sachmangels regelmäßig besondere Umstände im Sinne von § 323 Abs. 2 Nr. 2 bzw. § 281 Abs. 2 BGB begründet, die eine Nachfristsetzung entbehrlich machen,¹³ da die für die Mängelbeseitigung erforderliche Vertrauensgrundlage in der Regel selbst dann beschädigt sei, wenn die Mängelbeseitigung nicht durch den Verkäufer selbst, sondern durch einen (vom Verkäufer zu beauftragenden) Dritten vorzunehmen sei. Und zweitens stellt der *Senat* zutreffend klar, dass die einjährige Anfechtungsfrist des § 124 BGB erst mit der positiven Kenntnis der arglistigen Herbeiführung des Irrtums über den Zustand der Kaufsache zu laufen beginnt und danach in casu die bloße Kenntnis des schlechten Gesundheitszustandes des Pferdes nicht genügend war, solange die Käuferin nicht erkannt hatte, dass die unrichtigen Angaben vom Verkäufer wider besseres Wissen gemacht wurden.¹⁴

Prof. Dr. Beate Gsell, Augsburg

¹¹ Vgl. nur BGH NJW 2005, 2926 m.w.N.

¹² Diesen Widerspruch hebt zu Recht hervor *H. Roth*, JZ 2009, 106, 107.

¹³ So bereits BGH NJW 2007, 835 Rn. 12 ff. u. BGH NJW 2008, 1371 Rn. 19 f.

¹⁴ In diesem Sinne bereits RGZ 65, 86 (89).