

Die Selbstvornahme der Mängelbeseitigung im Kaufrecht

Von Prof. Dr. Hans-Friedrich Müller, LL.M., Trier*

Die Frage, ob der Käufer von dem Verkäufer bei eigenmächtiger Selbstvornahme der Mängelbeseitigung Kostenersatz verlangen kann, gehört zu den umstrittensten Problemen des modernisierten Schuldrechts, sie ist in hohem Maße klausur- und examensrelevant. Anliegen des folgenden Beitrags ist es, ausgehend von einem konkreten Beispielfall und orientiert an den in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen das zur Bewältigung der Prüfungsanforderungen in diesem Bereich notwendige Grundwissen zu vermitteln.

I. Einführung in die Problematik

Erweist sich die vom Verkäufer erbrachte Leistung als i.S.d. § 434 BGB mangelhaft, dann ist er gem. §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB verpflichtet, nach Wahl des Käufers den Mangel zu beseitigen oder eine mangelfreie Sache zu liefern. Es kommt aber vor, dass der Käufer selbst den vertragsgemäßen Zustand der Kaufsache herstellt bzw. durch einen Dritten herstellen lässt. Wenn ihm dabei Aufwendungen entstehen, dann stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen er Ersatz vom Verkäufer verlangen kann.

Die Problematik sei anhand des folgenden Beispielfalles¹ verdeutlicht:

Beispiel: V verkauft an K das Reitpferd Rosi für 10.000 €. Kurz darauf stellt K bei dem Tier eine so genannte periodische Augenentzündung fest. Die Erkrankung lag bereits bei der Übergabe vor, war jedoch zu diesem Zeitpunkt noch nicht erkennbar und es kann auch ausgeschlossen werden, dass sie auf fehlerhafter Haltung beruht. K lässt das Pferd, an das er sich inzwischen gewöhnt hat und das er gerne weiter reiten möchte, ein halbes Jahr später tierärztlich behandeln. Er verlangt von V Ersatz der Behandlungskosten i.H.v. 2.000 €. Dieser wendet ein, dass er keine Gelegenheit erhalten habe, einen Tierarzt seines Vertrauens hinzuzuziehen. Wie ist die Rechtslage?

Einen Aufwendungsersatzanspruch bei Selbstvornahme hat der Gesetzgeber im Kaufrecht anders als im Werkvertragsrecht (§ 634 Nr. 2 BGB i.V.m. § 637 BGB) nicht vorgesehen. Zu prüfen sind aber Ansprüche gem. § 439 Abs. 2 BGB (s.u. Abschnitt II.), auf Schadensersatz statt der Leistung nach § 437 Nr. 3 BGB i.V.m. §§ 280 Abs. 1, 3 BGB i.V.m. § 281 BGB bzw. § 283 BGB (Abschnitt III.) sowie aus Kaufpreisminderung gem. § 441 Abs. 4 S. 1 BGB (Abschnitt IV.). Zu denken ist auch an eine analoge Anwendung von § 637 BGB (Abschnitt V.). Diskutiert wird aber vor allem, die vom Verkäufer ersparten Mängelbeseitigungskosten über § 326 Abs. 2 S. 2 BGB abzuschöpfen (Abschnitt VI.). Schließlich dürfen die Regeln über die berechnete (§§ 683 S. 1, 677, 670 BGB) bzw. unberechnete (§§ 684 S. 1, 818 ff. BGB) Geschäftsführung ohne Auftrag und das Bereicherungsrecht (§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB) nicht unberücksichtigt bleiben (Abschnitt VII.). Im Fazit (Abschnitt VIII.) wird sich

erweisen, dass zwar die Rechtsprechung zu dem hier behandelten Problembereich eine klare Linie entwickelt hat, die Bandbreite vertretbarer Ansichten aber nach wie vor groß ist.

II. Aufwendungsersatz aus § 439 Abs. 2 BGB

Zunächst könnte man überlegen, ob sich der geltend gemachte Erstattungsanspruch aus § 439 Abs. 2 BGB ergibt. Danach hat der Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen zu tragen. Bei den Aufwendungen, die der Käufer K hier zur Behebung des Mangels tätigt, handelt es sich aber nicht um Kosten der Nacherfüllung i.S.d. §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB. Denn die Nacherfüllung ist ein Recht des Käufers gegen den Verkäufer, sie muss daher von diesem durchgeführt oder zumindest veranlasst worden sein. Da der Verkäufer zur Nacherfüllung verpflichtet ist, ist es nur folgerichtig, dass er die Kosten trägt. § 439 Abs. 2 BGB kommt als eigenständige Anspruchsgrundlage dann zum Zuge, wenn der Käufer in Absprache mit dem Verkäufer einzelne Nacherfüllungshandlungen, etwa den Transport der mangelhaften Sache zum Verkäufer,² vornimmt. Den Fall, dass der Käufer den Mangel eigenmächtig selbst beseitigt, betrifft die Vorschrift nicht.³ Dafür spricht auch, dass das Werkvertragsrecht in § 635 Abs. 2 BGB eine inhaltsgleiche Kostenregelung enthält. Wenn schon damit ein Aufwendungsersatzanspruch bei Selbstvornahme gewährt würde, wäre daneben § 637 Abs. 1 BGB, der speziell diesen Fall regelt, schlichtweg überflüssig. Diese Aufwendungen sind daher auch von § 439 Abs. 2 BGB nicht erfasst.

III. Schadensersatz statt der Leistung

1. Wegen des ursprünglichen Mangels

Die Kosten der Selbstvornahme kann der Käufer als Schadensersatz statt der Leistung liquidieren, sofern die Voraussetzungen der § 437 Nr. 3 BGB i.V.m. § 280 Abs. 1, 3 BGB i.V.m. § 281 BGB gegeben sind. Weist der Kaufgegenstand im Zeitpunkt der Übergabe einen Mangel auf – hier die Augenentzündung des Pferdes (§ 90a S. 3 BGB i.V.m. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB) –, so liegt darin zugleich eine Pflichtverletzung i.S.d. § 280 Abs. 1 BGB. Um Schadensersatz statt der Leistung verlangen zu können, muss der Käufer dem Verkäufer aber gem. § 281 Abs. 1 Alt. 2 BGB grundsätzlich zuvor erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt haben. Bei der Handhabung des Fristsetzungserfordernisses zeigt sich die Rechtsprechung allerdings ziemlich großzügig. So genügt es, dass der Käufer den Verkäufer zu „umgehender“ Beseitigung des Mangels auffordert, der

² BGH NJW 2011, 2278 (2281); *Reinicke/Tiedke*, Kaufrecht, 8. Aufl. 2009, Rn. 416; a.A. (reine Kostenzuordnungsvorschrift) insbesondere *Hellwege*, AcP 206 (2006), 136 (139 ff.).

³ *Grunewald*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2011, § 439 Rn. 9; *D. Schmidt*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2012, § 439 Rn. 32; *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 439 Rn. 13.

* Der Verf. ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Trier.

¹ Angelehnt an BGH NJW 2006, 989.

Angabe einer konkreten Zeitspanne oder eines bestimmten Endtermins bedarf es nicht.⁴ Die Obliegenheit, den Verkäufer zur Nacherfüllung aufzufordern, entfällt regelmäßig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, da die Vertrauensgrundlage für eine weitere Zusammenarbeit dann zerstört ist.⁵ Bei einem Tierkauf rechtfertigen besondere Umstände i.S.v. § 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB die sofortige Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung, wenn der Zustand des Tieres eine unverzügliche tierärztliche Behandlung als Notmaßnahme erforderlich erscheinen lässt, die vom Verkäufer nicht rechtzeitig vorgenommen werden kann.⁶ In unserem Beispielfall hat K als Käufer den Verkäufer V überhaupt nicht zur Leistung aufgefordert, auch hat dieser nach dem Sachverhalt den Mangel keineswegs vorsätzlich verschwiegen. Die fehlende Eilbedürftigkeit der Selbstvornahme folgt hier schon aus dem Umstand, dass K sich nach Auftreten der Krankheit ein halbes Jahr Zeit genommen hatte, um die Behandlung einzuleiten. Dann kann aber auch unter dem Gesichtspunkt des Tierschutzes (Art. 20a GG) keine Ausnahme vom Grundsatz des Vorrangs der Nacherfüllung anerkannt werden. Dabei kommt es nach zutreffender Ansicht des BGH nicht darauf an, ob der Käufer das Tier aus wirtschaftlichen oder aus rein persönlichen Erwägungen erworben hat. Dem Hobbytierhalter ist es ebenso wie dem Halter eines Nutztieres grundsätzlich zumutbar, zunächst den Verkäufer aufzufordern, für eine fachgerechte Behandlung des Tieres zu sorgen.⁷ Abgesehen von der fehlenden Fristsetzung scheidet der Anspruch hier auch an fehlendem Vertretmüssen des Verkäufers (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB). Denn nach dem Sachverhalt war V für die Entstehung des Mangels nicht verantwortlich und dieser auch bei äußerster Sorgfalt für ihn nicht erkennbar.

2. Wegen der nicht erbrachten Nacherfüllung

In Betracht kommt ferner ein Schadensersatzanspruch wegen der unterbliebenen Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 3 i.V.m. §§ 280 Abs. 1, 3, 283 BGB. Hier könnte die ursprünglich von V geschuldete Nachbesserung (§ 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB) objektiv unmöglich i.S.v. § 275 Abs. 1 Alt. 2 BGB geworden sein, weil K den Mangel selbst behoben hat. Objektive Unmöglichkeit wird auch in den Fällen der Zweckerreichung angenommen.⁸ Diese sind dadurch gekennzeichnet, dass der angestrebte Erfolg ohne Zutun des Schuldners eingetreten ist.

Beispiele: Der Patient gesundet, bevor der hinzugerufene Arzt kommt; das auf einer Sandbank festliegende Schiff ist bei Eintreffen des vom Reeder beauftragten Bergeunternehmens durch hohen Seegang wieder freigekommen).

Der Schuldner kann die Leistungshandlung zwar noch vornehmen, dies wäre aber sinnlos, weil dadurch der Leis-

tungserfolg nicht mehr bewirkt werden kann. Eine solche Situation liegt auch im Fall der Selbstvornahme vor.⁹ Zwar tritt hier der angestrebte Zustand anders als in den soeben erwähnten Schulfällen nicht durch Zufall, sondern durch ein willentliches Handeln des Gläubigers ein. Dies kann jedoch wertungsmäßig keinen Unterschied machen. Durch die Unmöglichkeit der Nachbesserung ist allerdings noch nicht automatisch die Nachlieferung (§ 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB) ausgeschlossen.¹⁰ Sie kommt auch bei einer Stückschuld in Betracht, allerdings nur dann, wenn die Kaufsache nach den Vorstellungen der Parteien durch eine gleichartige und gleichwertige Sache ersetzt werden kann.¹¹ Die Austauschbarkeit dürfte bei einem individuell ausgewählten Reitpferd wohl zu verneinen sein,¹² zumal wenn es wie hier bereits ein halbes Jahr genutzt wurde und das Affektionsinteresse damit noch größer geworden ist. Demnach wäre vorliegend dadurch, dass die Nachbesserung ihren Zweck infolge der eigenmächtigen Selbstvornahme nicht mehr erreichen kann, die Nacherfüllung insgesamt unmöglich geworden.¹³

Aber auch im Rahmen von § 283 BGB trifft den Schuldner die Schadensersatzhaftung nur, wenn er die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Bezugspunkt sind die Umstände, die zur Unmöglichkeit der Leistung geführt haben.¹⁴ Für die Zweckerreichung durch eigenmächtige Selbstvornahme ist jedoch der Käufer verantwortlich.¹⁵ Denn der Verkäufer hat

⁹ Arnold, ZIP 2004, 2412 (2414); Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457; Katzenstein, ZGS 2004, 349 (355); ders., ZGS 2005, 184 (187); Lerach, JuS 2008, 953 (954); Lorenz, NJW 2005, 1321 (1322); Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, 16. Aufl. 2012, Rn. 139; H.-F. Müller, in: Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 483 (484); Wall, ZGS 2011, 166 (168 ff.); Faust, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 23, Stand: 1.3.2011, § 437 Rn. 36; Weidenkaff (Fn. 3), § 439 Rn. 4a; a.A. LG Bielefeld ZGS 2005, 79 (80); Kaiser, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 2011, I Rn. 49; Oechsler, NJW 2004, 1825 (1826); Schroeter, JR 2004, 441 (442); offen gelassen von BGHZ 162, 219 (225).

¹⁰ Arnold, ZIP 2004, 2412 (2414); Lerach, JuS 2008, 953 (954).

¹¹ BGHZ 168, 64 (72 ff.); Grunewald (Fn. 3), § 439 Rn. 4; D. Schmidt (Fn. 3), § 439 Rn. 26 m.w.N.

¹² OLG Frankfurt am Main ZGS 2011, 284 (285 f.); Wertentrubel, NJW 2012, 2065 (2066); a.A. OLG Koblenz NJW-RR 2009, 985 (986); für einen Sonderfall auch OLG Saarbrücken OLGR 2009, 717; bestätigt von BGH BeckRS 2010, 01615.

¹³ Bei Austauschbarkeit der Kaufsache dürfte der Anspruch auf Nachlieferung am Verbot des venire contra factum proprium scheitern (§ 242 BGB). Der Käufer verhält sich widersprüchlich, wenn er zunächst die Kaufsache repariert und damit zu erkennen gibt, dass er sie behalten möchte, dann aber Austausch verlangt, zutreffend Katzenstein, ZGS 2005, 184 (191).

¹⁴ Dauner-Lieb, in: NomosKommentar zum BGB, 2. Aufl. 2012, § 283 Rn. 6.

¹⁵ Wall, ZGS 2011, 166 (168 ff.); Medicus/Lorenz (Fn. 9), Rn. 140; H.P. Westermann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 439 Rn. 10.

⁴ BGH NJW 2009, 3153 (3154).

⁵ BGH NJW 2007, 835 (836 f.); BGH NJW 2008, 1371 (1372 f.).

⁶ BGH NJW 2005, 3211 (3212) – an blutigem Durchfall erkrankter Terrier-Welpen.

⁷ BGH NJW 2006, 989 (990).

⁸ Looschelders, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2010, Rn. 458 f.

zwar eine mangelhafte Sache geliefert, dadurch durfte der Käufer sich aber nicht herausgefordert fühlen, dem Vertragspartner die Chance zu nehmen, seine Verpflichtung zur fehlerfreien Leistung im zweiten Anlauf vollumfänglich zu erfüllen.¹⁶ Danach ist ein Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 283 BGB im Ergebnis ausgeschlossen.

IV. Minderung

Der Käufer einer mangelhaften Sache kann einen Teil des Kaufpreises gem. § 437 Nr. 2 Alt. 2 BGB i.V.m. § 441 Abs. 1, 4 BGB im Wege der Minderung zurückfordern. Der Minderungsbetrag errechnet sich nach § 441 Abs. 3 S. 1 BGB. Danach ist der Kaufpreis in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert der mangelhaften Sache gestanden haben würde. Dieser Betrag muss nicht unbedingt mit den Kosten der Beseitigung des Mangels übereinstimmen. § 441 Abs. 3 S. 2 BGB lässt jedoch eine Schätzung des Minderungsbetrags zu. Die Praxis neigt dazu, ihn anhand der erforderlichen Reparaturkosten zu ermitteln, wenn der Wert der Kaufsache dem Kaufpreis entspricht.¹⁷ Davon ist mangels abweichender Anhaltspunkte im Sachverhalt auch bei der Klausurbearbeitung auszugehen.¹⁸ Der Käufer kann aber den Kaufpreis nur mindern, wenn die Voraussetzungen des Rücktritts vorliegen (§ 441 Abs. 1 S. 1 BGB: „statt zurückzutreten“),¹⁹ was wiederum bedeutet, dass er dem Verkäufer zuvor eine angemessene Frist zur Nacherfüllung setzen muss (§ 323 Abs. 1 Alt. 2 BGB). Besondere Umstände, die ausnahmsweise das Fristerfordernis entbehren lassen (§ 440 S. 1 Var. 3 BGB, § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB), liegen hier nicht vor. Allerdings können Rücktritt und damit auch Minderung eventuell auf § 326 Abs. 5 BGB gestützt werden, da die Nacherfüllung zwischenzeitlich infolge der Selbstvornahme unmöglich geworden ist. Dem steht jedoch entgegen, dass der Käufer hier für die Umstände, die zur Unmöglichkeit geführt haben, verantwortlich ist (§ 323 Abs. 6 Alt. 1 BGB).²⁰ K kann deshalb den Kaufpreis nicht mindern. Ein Rücktritt würde vorliegend seiner Interessenlage nicht entsprechen, da er das Pferd behalten will. Aber ein Verwendungsersatzanspruch aus § 437 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 BGB i.V.m. § 347 Abs. 2 BGB²¹ würde hier wie die Minderung an der fehlenden Fristsetzung scheitern.

¹⁶ Dabei ist es in diesem Zusammenhang auch unerheblich, ob der Verkäufer den ursprünglichen Mangel zu vertreten hatte, s. *Wall*, ZGS 2011, 166 (171).

¹⁷ BGH LM § 472 (a.F.) BGB Nr. 1 = MDR 1961, 923; *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2004, § 441 Rn. 22; *H.P. Westermann* (Fn. 15), § 441 Rn. 14.

¹⁸ *J.W. Flume*, Jura 2006, 86 Fn. 3.

¹⁹ Lediglich auf die Erheblichkeit des Mangels kommt es bei der Minderung anders als beim Rücktritt nicht an, § 441 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB.

²⁰ *Wall*, ZGS 2011, 166 (170 f.); *Faust* (Fn. 9), § 437 Rn. 36.

²¹ Dazu näher *Lerach*, JuS 2008, 953.

V. Analogie zu §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 1 BGB

K könnte gegen V ein Anspruch auf Ersatz der Behandlungskosten i.H.v. 2.000 € analog §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 1 BGB zustehen. Voraussetzung für eine Analogie sind eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage. Dass § 437 BGB keine vergleichbare Regelung für den Käufer enthält, ist aber kein Versehen des Gesetzgebers. Die Materialien zur Schuldrechtsreform belegen vielmehr, dass er sich für das Kaufrecht bewusst gegen ein solches Selbstvornahmerecht entschieden hat. Es heißt dort wörtlich: „Der Besteller hat ein Selbstvornahmerecht, wohingegen dem Käufer ein solches Recht nicht zusteht.“²² Darüber darf sich der Rechtsanwender nicht im Wege einer analogen Anwendung von §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 1 BGB hinwegsetzen.²³ Die Voraussetzungen des Anspruchs würden aber in unserem Beispielfall ohnehin nicht vorliegen, da das Selbstvornahmerecht des Bestellers grundsätzlich an das Erfordernis erfolgloser Fristsetzung geknüpft ist, dem K hier nicht Genüge getan hat.

VI. Anspruch aus §§ 326 Abs. 2 S. 2 (analog), 326 Abs. 4, 346 ff. BGB

Möglicherweise lässt sich aber ein Kostenausgleich über §§ 326 Abs. 2 S. 2, 326 Abs. 4, 346 ff. BGB herbeiführen. § 326 Abs. 2 S. 1 BGB bestimmt, dass der Schuldner unter bestimmten Voraussetzungen den Anspruch auf die Gegenleistung entgegen der Grundregel des Abs. 1 auch dann behält, wenn seine eigene Leistungspflicht wegen Unmöglichkeit entfallen ist. Er muss sich aber nach S. 2 dasjenige anrechnen lassen, was er durch die Befreiung von der Leistung erspart. Dies hat er dem Gläubiger nach Abs. 4 i.V.m. den Rücktrittsregeln der §§ 346-348 BGB zurückzuerstatten. Im Schrifttum wird verbreitet für eine Heranziehung dieser Anrechnungsregel in den Selbstvornahmefällen zugunsten des Käufers plädiert.²⁴ Zwar betreffe § 326 Abs. 2 S. 1 BGB nicht die Unmöglichkeit der Nacherfüllung, da sich der Fortbestand der Gegenleistungspflicht hier schon aus § 326 Abs. 1 S. 2 BGB ergebe. Damit habe der Gesetzgeber aber lediglich eine automatische Reduktion des Kaufpreises ohne dahingehende Gestaltungserklärung des Käufers verhindern und diesem so das Wahlrecht zwischen Minderung und Rücktritt erhalten wollen. § 326 Abs. 2 S. 2 BGB enthalte jedoch den allgemeinen Rechtsgedanken, dass Aufwendungen, die der Schuldner infolge der Befreiung von seiner Leistungspflicht erspart habe, selbst dann dem Gläubiger zugutekom-

²² BT-Drs. 14/6040, S. 229.

²³ *Hertzberg*, in: Festschrift für Ulrich Huber zum 70. Geburtstag, 2006, S. 339 (340); *Faust* (Fn. 9), § 439 Rn. 4; für eine analoge Anwendung aber *Berger*, in: *Jauernig*, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2011, § 439 Rn. 16.

²⁴ *Bydlinski*, ZGS 2005, 129; *Ebert*, NJW 2004, 1761 (1762 ff.); *Herresthal/Riehm*, NJW 2005, 1457; *Katzenstein*, ZGS 2005, 184 u. 305; *Lorenz*, NJW 2005, 1321 (1322 ff.); *Medicus/Lorenz* (Fn. 9), Rn. 141 ff.; *Schollmeyer/Utlu*, Jura 2009, 721 (730); *Wall*, ZGS 2011, 166 (171 ff.); *Faust* (Fn. 9), § 437 Rn. 37 f.

men sollen, wenn diesem die zur Unmöglichkeit führenden Umstände zuzurechnen seien. Die Erstattung sei ein Gebot der Gerechtigkeit, denn die Selbstvornahme durch den Käufer dürfe für den Verkäufer nicht zum unverdienten Glücksfall werden. Dass der Gesetzgeber ein Selbstvornahmerecht nach dem Vorbild des § 637 BGB abgelehnt habe, stehe dem nicht entgegen. Denn nach § 637 BGB könne Ersatz der eigenen Aufwendungen verlangt werden, nach § 326 Abs. 2 S. 2 BGB aber nur Erstattung der Kosten, die der Verkäufer hätte aufwenden müssen, wenn er selbst die Reparatur vorgenommen hätte.

Nach Ansicht der Rechtsprechung²⁵ und eines Teils der Lehre²⁶ sind hingegen die in §§ 437 ff. BGB geregelten Rechtsbehelfe abschließend und der Rückgriff auf allgemeine Vorschriften deshalb präkludiert. Im Ergebnis werde doch ein Selbstvornahmerecht anerkannt, wenn der Käufer einen Erstattungsanspruch erhalte. Dessen Höhe werde nur anders berechnet als nach § 637 BGB. Dabei unterschieden sich die ersparten Aufwendungen des Verkäufers und die bei der Selbstvornahme tatsächlich angefallenen Kosten in der Praxis oftmals gar nicht. Aber auch wenn der Käufer seine Aufwendungen nur teilweise ersetzt bekomme, bedeute dies doch, dass die eigenmächtige Selbstvornahme honoriert werde, der Käufer müsse hierzu, anders als nach § 637 BGB, nicht einmal eine Frist setzen. Damit werde zugleich das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung unterlaufen und ihm die Chance genommen, sich durch eigene Anstrengung den Kaufpreis verdienen zu können. Außerdem müsse er Gelegenheit erhalten, die verkaufte Sache daraufhin zu überprüfen, ob der behauptete Mangel bestehe, ob er bereits bei Gefahrübergang vorgelegen habe, auf welcher Ursache er beruhe, ob und wie er beseitigt werden könne und gegebenenfalls Beweise zu sichern. Diese Möglichkeit der Beweissicherung würde er verlieren, wenn der Käufer seine Selbstvornahmekosten geltend machen und ihn so vor vollendete Tatsachen stellen könnte.

Beide Ansichten sind gewiss gut vertretbar. Die Befürworter einer Analogie zu § 326 Abs. 2 S. 2 BGB können insbesondere den Gesichtspunkt der materiellen Gerechtigkeit für sich geltend machen. Es erscheint in der Tat unbillig, dass der Verkäufer davon profitieren soll, dass der möglicherweise rechtsunkundige Käufer die Reparatur selbst vorgenommen und ihn dadurch von seiner Verpflichtung zur Nacherfüllung befreit hat. Demnach könnte K hier seine Aufwendungen liquidieren, und zwar, da nicht ersichtlich ist, dass V die Behandlung preiswerter hätte durchführen lassen können, sogar in voller Höhe. Für die Rechtsprechung spricht jedoch

die gesetzliche Systematik. Das Fristsetzungserfordernis in §§ 281 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB würde weitgehend leer laufen, wenn man dem Käufer ohne Rücksicht darauf einen Erstattungsanspruch zubilligen würde. Die Verletzung der Obliegenheit des Käufers, dem Verkäufer Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben, kann kaum ohne Auswirkungen auf andere Anspruchsgrundlagen bleiben. Folgt man dem, so scheidet vorliegend ein Anspruch des K gegen V analog §§ 326 Abs. 2 S. 2, 326 Abs. 4, 346 ff. BGB aus.

VII. Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag und Bereicherungsrecht

Der Käufer, der die mangelhafte Kaufsache instand setzen lässt, führt damit objektiv ein Geschäft des nach § 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB zur Nachbesserung verpflichteten Verkäufers. Da er zugleich eigene Interessen verfolgt, ist allerdings die Annahme eines Fremdgeschäftsführungswillens zweifelhaft,²⁷ aber über die Regeln des sog. „auch-fremden-Geschäfts“ durchaus begründbar.²⁸ In der Regel scheidet ein Anspruch aus berechtigter GoA (§§ 683, 677, 670 BGB) bei eigenmächtiger Mängelbeseitigung des Käufers aber daran, dass die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn widerspricht. Denn diesem ist daran gelegen, den angeblichen Mangel selbst oder durch Personen seines Vertrauens untersuchen und gegebenenfalls beseitigen zu lassen. Eröffnet wäre damit aber ein Anspruch wegen unberechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag.²⁹ § 684 S. 1 BGB verweist insoweit auf das Bereicherungsrecht, nach herrschender Meinung handelt es sich dabei um eine Rechtsfolgenverweisung.³⁰ Da die Befreiung von der Nachbesserungspflicht gem. § 275 Abs. 1 BGB als solche nicht herausgabefähig ist, müsste der Verkäufer nach § 818 Abs. 2 BGB den objektiven Wert der Mängelbeseitigungsarbeiten ersetzen. Der Anspruch wäre nach den Grundsätzen der aufgedrängten Bereicherung allerdings auf die Erstattung der vom Verkäufer ersparten Aufwendungen begrenzt.³¹ Verneint man vertretbar das Vorliegen eines Fremdgeschäftsführungswillens, könnte ohne Umweg über die GoA unmittelbar auf das Bereicherungsrecht rekuriert und dem Begehren des Käufers über § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB – Aufwendungskondition – zur Durchsetzung verholfen werden.³²

Auch hier erhebt sich jedoch wiederum die Frage, ob die Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag und Bereicherungsrecht nicht aufgrund der speziellen kaufrechtlichen Wertungen hier ausgeschlossen sind. Nach der These der

²⁵ BGHZ 162, 219 (224 ff.); BGH NJW 2005, 3211 (3212); NJW 2006, 988 (989 f.).

²⁶ Dauner-Lieb/Arnold, ZGS 2005, 10 ff.; J.W. Flume, JURA 2006, 86 (90); Hertzberg (Fn. 23), S. 339 (340 ff.); Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 7. Aufl. 2012, Rn. 98; Reinicke/Tiedke (Fn. 2), Rn. 416; Schröter, AcP 207 (2007), 28 (59 ff.); Sutschet, JZ 2006, 574 ff.; Büdenbender, in: NomosKommentar zum BGB, 2. Aufl. 2012, § 437 Rn. 102; Weidenkaff (Fn. 3), § 439 Rn. 4a; H.P. Westermann (Fn. 15), § 439 Rn. 10.

²⁷ Bydlinski, ZGS 2005, 129 (131).

²⁸ Zur Vermutung für den Fremdgeschäftsführungswillen hier BGHZ 110, 313 (314 f.); BGH NJW 2009, 2590 (2591).

²⁹ LG Bielefeld ZGS 2005, 79 (80); Brömmelmeyer, JZ 2006, 493 (495); Kaiser (Fn. 9), I Rn. 53; Oechsler, NJW 2004, 1825 (1826 f.); Grunewald (Fn. 3), § 439 Rn. 10.

³⁰ S. nur Looschelders (Fn. 26), Rn. 880; Sprau, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 684 Rn. 1.

³¹ Oechsler, NJW 2004, 1825 (1826 f.).

³² Gsell, ZIP 2005, 922 (925); Kaiser (Fn. 9), I Rn. 53; Grunewald (Fn. 3), § 439 Rn. 10.

Rechtsprechung von der abschließenden Natur der §§ 437 ff. BGB ist dies zu bejahen.³³ Dem Verkäufer darf nicht durch den Rückgriff auf allgemeine Rechtsinstitute die Chance zur zweiten Andienung genommen werden. Diesem berechtigten Anliegen ließe sich allerdings auch durch analoge Heranziehung der Fristsetzungserfordernisse in §§ 281, 323 BGB auf die Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag sowie Bereicherungsrecht Rechnung tragen. Dieser Ansatz³⁴ würde vorliegend aber zu keinem anderen Ergebnis führen, da K den V nicht zur Leistung aufgefordert hat und eine solche Aufforderung auch nicht aufgrund besonderer Umstände entbehrlich war. Demnach hat K hier keinen Anspruch aus §§ 683 S. 1, 677, 670 BGB, §§ 684 S. 1, 818 ff. BGB oder § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB.

VIII. Fazit

Die Lösung der Selbstvornahmefälle ist nach wie vor lebhaft umstritten. Nach Auffassung der Judikatur stehen dem Käufer ausschließlich die in § 437 BGB aufgeführten Rechte zur Verfügung. Er kann seine Aufwendungen grundsätzlich nur dann im Wege von Schadensersatz statt der Leistung, Rücktritt oder Minderung beim Verkäufer liquidieren, wenn er zuvor dem Verkäufer Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben hat (§§ 281 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB). Der BGH kommt seinen zahlreichen Kritikern aber entgegen, indem er die Ausnahmetatbestände der §§ 281 Abs. 2, 323 Abs. 2, 440 S. 1 BGB flexibel handhabt. Wem auch dies nicht genug ist, der kann in einem Fall wie dem vorstehend besprochenen gewiss gute Gründe dafür anführen, um entgegen der hier präferierten Lösung über § 326 Abs. 2 S. 2 BGB oder Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag und Bereicherungsrecht die vom Verkäufer ersparten Aufwendungen abzuschöpfen. Wie so oft im juristischen Studium kommt es weniger auf das Ergebnis als auf die Güte der Argumentation an.

³³ BGH NJW 2005, 3211 (3212); *Looschelders* (Fn. 26), Rn. 98; *Büdenbender* (Fn. 26), § 437 Rn. 101; *Weidenkaff* (Fn. 3), § 439 Rn. 4a.

³⁴ S. *Lamprecht*, ZGS 2005, 266 (269 ff.); *H.-F. Müller* (Fn. 9), S. 483 (492).