

Entscheidungsanmerkung

Rückabwicklung eines Kaufvertrages im Wege des „großen Schadensersatzes“ nach zuvor wegen desselben Mangels bereits erklärter Minderung ist ausgeschlossen

1. Die mangelbedingte Minderung des Kaufpreises ist vom Gesetzgeber als Gestaltungsrecht ausgeformt worden. Mit dem Zugang einer wirksam ausgeübten Minderung des Kaufpreises wird diese Erklärung bindend; der Käufer ist damit daran gehindert, hiervon wieder Abstand zu nehmen und stattdessen wegen desselben Mangels auf großen Schadensersatz überzugehen und unter diesem Gesichtspunkt Rückgängigmachung des Kaufvertrags zu verlangen.

2. Nach der Konzeption des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts ist ein Käufer ferner daran gehindert, unter Festhalten an der von ihm nicht mehr zu beseitigenden Gestaltungswirkung der Minderung zusätzlich (neben-einander) großen Schadensersatz geltend zu machen und auf diesem Wege im Ergebnis nicht nur eine Herabsetzung des Kaufpreises zu erreichen, sondern den – gegebenenfalls um Gegenforderungen reduzierten – Kaufpreis insgesamt zurückzufordern. Denn der Käufer hat mit der wirksamen Ausübung der Minderung zugleich das ihm vom Gesetzgeber eingeräumte Wahlrecht zwischen Festhalten am und Lösen vom Kaufvertrag „verbraucht“.

3. Aus der Vorschrift des § 325 BGB lässt sich nicht – auch nicht im Wege einer analogen Anwendung – eine Berechtigung des Käufers ableiten, von einer wirksam erklärten Minderung zu einem Anspruch auf großen Schadensersatz und damit auf Rückabwicklung des Kaufvertrags zu wechseln.

(Amtliche Leitsätze)

BGB §§ 434 Abs. 1, 437 Nrn. 2 und 3, 441, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 3, Abs. 5

BGH, Urt. v. 9.5.2018 – VIII ZR 26/17 (OLG Stuttgart, LG Stuttgart)¹

I. Einleitung

Der Käufer einer mangelhaften Sache hat nach erfolglosem Ablauf der Nacherfüllungsfrist oder bei Entbehrlichkeit der Fristsetzung (nach §§ 440, 281 Abs. 2, 323 Abs. 2 BGB) gem. § 437 Nrn. 2 und 3 BGB die Wahl zwischen verschiedenen Rechten (Minderung, Rücktritt, Schadensersatz oder Aufwendungsersatz). Im vorliegenden Fall hatte die Käuferin sich für eine Minderung (§§ 437 Nr. 2 Alt. 2, 441 Abs. 1 BGB) entschieden und diese auch erklärt. Später besann sie sich aber anders und verlangte nunmehr Schadensersatz statt der ganzen Leistung gem. §§ 437 Nr. 3 Alt. 1, 280 Abs. 1,

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in NJW 2018, 2863 und abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=84277&pos=0&anz=1> (30.9.2018).

Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1, S. 3 BGB. Die Anspruchsvoraussetzungen lagen vor, doch stellte sich die Frage, ob dieser Anspruch noch geltend gemacht werden kann, wenn zuvor bereits die Minderung erklärt wurde. Dieses Verhältnis zwischen Minderung und Schadensersatz statt der ganzen Leistung ist Hauptgegenstand der Entscheidung. Daneben geht es um die Frage, ob es für einen Sachmangel genügt, dass der Käufer aufgrund bereits aufgetretener Mängel befürchtet, ein sog. „Montagsauto“, bei dem die Herstellungsqualität nicht genügend ist, bekommen zu haben.

II. Sachverhalt (vereinfacht)

K hat bei V einen Neuwagen gekauft. Nach der Übergabe zeigen sich verschiedene Fahrzeugmängel, die auf Verlangen der K von V jeweils beseitigt werden. Trotz Behebung der Mängel erklärt K die Minderung des Kaufpreises, da das Fahrzeug herstellungsbedingt fehleranfällig sei, weil sämtliche bis dahin aufgetretenen Mängel auf einer insgesamt schlechten Verarbeitung beruhten; es handele sich um ein sog. „Montagsauto“ mit unzureichender Herstellungsqualität. Nach der Minderungserklärung treten zwei weitere Mängel zu Tage, die wiederum von V behoben werden. Gleichwohl verlangt K nunmehr von V im Rahmen eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung Rückzahlung des Kaufpreises.

III. Inhalt der Entscheidung

1. Sachmangel

Das erste Problem des Falles liegt beim Sachmangel (§ 434 Abs. 1 BGB). Die aufgetretenen Fahrzeugmängel wurden alleamt vor der Minderungserklärung bzw. der Geltendmachung des Schadensersatzes behoben. K beruft sich indessen auf eine generell nicht genügende Herstellungsqualität des Fahrzeugs. Der BGH bestätigt, dass dies einen Sachmangel darstellen kann,² doch war zwischen den Parteien streitig, ob das Fahrzeug diesen Mangel aufweist. Deshalb wäre es darauf angekommen, ob K den Mangel (z.B. durch Sachverständigen-gutachten) beweisen kann. Das Berufungsgericht hatte das aber nicht für nötig erachtet, weil wegen der bislang aufgetretenen Mängel die Befürchtung bestehe, dass es sich um ein sog. „Montagsauto“ handle; diese Befürchtung genüge nach der Rechtsprechung des BGH für die Annahme eines Sachmangels.³ Das weist der BGH zurück.⁴ In seiner Entscheidung aus 2013, auf die das Berufungsgericht verwiesen hat,⁵ sei es nicht um die Frage gegangen, ob die berechtigte Befürchtung des Käufers, ein „Montagsauto“ erhalten zu haben, zur Bejahung eines Sachmangels genüge. Geklärt worden sei dort nur, dass der Käufer in einem solchen Fall nach § 440

² BGH, Urt. v. 9.5.2018 – VIII ZR 26/17, Rn. 15.

³ OLG Stuttgart BeckRS 2017, 146997 Rn. 21; ebenso Höpfner, in: beck-online Großkommentar zum BGB, Stand: 1.6.2018, § 440 Rn. 40.1; Westermann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 440 Rn. 8; Erger, NJW 2013, 1485 (1486).

⁴ BGH, Urt. v. 9.5.2018 – VIII ZR 26/17, Rn. 14.

⁵ BGH NJW 2013, 1523.

S. 1 Alt. 3 BGB keine Nachfrist setzen muss.⁶ Tatsächlich lagen in jenem Fall bei Erklärung des Rücktritts mehrere nicht behobene Fahrzeugmängel vor, weshalb sich auch zum Vorliegen eines Sachmangels keine Ausführungen finden. Die These, für einen Sachmangel genüge schon die Befürchtung, dass es sich um ein „Montagsauto“ handle, lässt sich aus dieser früheren Entscheidung daher nicht ableiten.

Das bedeutet aber nicht, dass kein Sachmangel vorliegt. Tatsächlich kann der Verdacht eines Mangels schon für sich genommen einen Sachmangel darstellen.⁷ Das gilt nach der Rechtsprechung aber nur, wenn der Verdacht geeignet ist, die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung zu vereiteln und es dem Käufer nicht möglich ist, die Richtigkeit des Verdachts durch zumutbare Maßnahmen zu überprüfen. Im vorliegenden Fall beeinträchtigt der bloße Verdacht, es handle sich um ein Montagsauto, aber nicht die Verwendbarkeit des Fahrzeugs (anders als bei Objekten, die zum Weiterverkauf gekauft werden) und es wäre, wie der BGH mit Recht hervorhebt, K auch möglich und zumutbar gewesen, durch einen Sachverständigen klären zu lassen, ob es tatsächlich eine unzureichende Herstellungsqualität aufweist.⁸ Für die weitere Fallprüfung ist das Vorliegen dieses Mangels aber (aus revisionsrechtlichen Gründen bzw. hilfsgutachterlich) zu unterstellen.

2. Das Verhältnis von Minderung zu großem Schadensersatz

a) Problemstellung

Die Minderung führt mit dem Zugang der Erklärung zu einer Herabsetzung des Kaufpreises (§ 441 Abs. 1, Abs. 3 BGB). Dadurch wird das Äquivalenzverhältnis zwischen der (tatsächlich mangelhaften) Leistung des Verkäufers und der Gegenleistung des Käufers wieder hergestellt. Hieraus hat der BGH schon früher den Schluss gezogen, nach einer Minderung könne der Käufer nicht mehr im Wege des Schadensersatzes statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3 Alt. 1, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB Ersatz für den mangelbedingten Minderwert verlangen, da er insoweit schon durch die Minderung einen Ausgleich erhalten habe.⁹ Das ist einleuchtend, weil die Kaufpreisherabsetzung den mangelbedingten Minderwert kompensiert und es daher an einem ersatzfähigen Schaden fehlt. Geht es hingegen um andere von diesem Anspruch erfasste Schäden (insbesondere entgangener Gewinn), kann, wie der BGH zutreffend klarstellt, kleiner Schadensersatz auch nach einer erklärten Minderung verlangt werden, da insoweit keine Kompensation durch die Minderung stattgefunden hat.¹⁰

Beim Anspruch auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung aus §§ 437 Nr. 3 Alt. 1, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 3 BGB (großer Schadensersatz) stellt sich die Problematik anders, weil der ersatzfähige Schaden über den mangelbe-

dingten Minderwert hinausgeht: Der Gläubiger kann Ersatz für den gesamten Wert der Leistung verlangen, also weit mehr als eine bloße Kaufpreisherabsetzung. Diese führt daher auch nicht zu einem vollständigen Wegfall des ersatzfähigen Schadens. Das Problem liegt vielmehr bei der Frage, ob der Käufer, der sich mit der Minderung für ein Recht entschieden hat, bei dem er die mangelhafte Kaufsache behält, noch zu einem Recht wechseln kann, bei dem er die Kaufsache zurückgibt (vgl. § 281 Abs. 5 BGB) und dafür vollen Ausgleich in Geld erhält.

b) Recht zur Rückgängigmachung der Minderung?

Der Wechsel von der Minderung zum großen Schadensersatz wäre unproblematisch, wenn der Käufer die bereits erklärte Minderung wieder beseitigen könnte, also nicht an diese gebunden wäre. Das wird vom BGH und der ganz überwiegenden Literatur verneint, da es sich bei der Minderung um ein Gestaltungsrecht handelt.¹¹ Die mit dem Zugang der Erklärung eintretende Veränderung des Vertragsinhalts könne nicht mehr rückgängig gemacht werden, weil sich ein bei Annahme einer solchen Möglichkeit bestehender Schwebezustand nicht mit der Gestaltungswirkung der Minderung vertrage. Unter Verweis auf den Gesetzgeber¹² vereint der BGH zudem ein entsprechendes Bedürfnis des Käufers, da dieser vor übereilten Entscheidungen bei der Wahl zwischen den ihm zustehenden Gewährleistungsrechten schon dadurch geschützt sei, dass er diese in der Regel erst nach Ablauf einer Nacherfüllungsfrist ausüben könne.¹³

Das soll – entgegen einzelner Literaturstimmen¹⁴ – auch gelten, wenn der Verkäufer sich noch nicht auf die Minderung eingestellt hat (z.B. durch Einverständniserklärung oder das Treffen bestimmter Dispositionen im Vertrauen auf den Fortbestand der Minderung). Der Sache nach will diese Ansicht einen Zustand herstellen, wie er vor der Schuldrechtsreform bestand. Im früheren Kaufrecht führte die Minderungserklärung nicht zur Kaufpreisherabsetzung, sondern nur zu einem dahingehenden Anspruch des Käufers (§ 462 BGB a.F.). Zur Herabsetzung kam es erst, wenn der Verkäufer der Herabsetzung zugestimmt hat (§ 465 BGB a.F.). Dabei war anerkannt, dass der Käufer vor dem Einverständnis des Verkäufers von einer bereits erklärten Minderung wieder Abstand nehmen kann, indem er schlicht auf die Geltendmachung des Anspruchs verzichtet. Einer Fortführung dieser Lösung im geltenden Kaufrecht hält der BGH entgegen, der Gesetzgeber habe die Ausgestaltung der Minderung als Anspruch auf Kaufpreisherabsetzung bewusst aufgeben, indem er sie zu einem Gestaltungsrecht gemacht habe. Dabei habe er wegen des Vorrangs der Nacherfüllung auch festgehalten, es bestehe

⁶ Vgl. BGH NJW 2013, 1523 (1524 Rn. 23 ff.).

⁷ BGHZ 52, 51 (53 f.); BGH NJW 1972, 1462; BGHZ 203, 98 (112 Rn. 43); BGH NJW 2018, 389 (389 Rn. 6 ff.).

⁸ BGH, Urt. v. 9.5.2018 – VIII ZR 26/17, Rn. 16.

⁹ BGH NJW 2011, 2953 (2955 Rn. 16).

¹⁰ BGH, Urt. v. 9.5.2018 – VIII ZR 26/17, Rn. 33; vgl. zum Werkvertrag auch BGHZ 213, 319 (335 f. Rn. 55 f.).

¹¹ BGH, Urt. v. 9.5.2018 – VIII ZR 26/17, Rn. 23; zuvor bereits BGHZ 205, 151 (161 Rn. 29); aus der Lit. z.B. Faust, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 46. Ed., Stand: 1.5.2018, § 437 Rn. 171; Weidenkaff, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 77. Aufl. 2018, § 441 Rn. 10.

¹² Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 121.

¹³ BGH, Urt. v. 9.5.2018 – VIII ZR 26/17, Rn. 25.

¹⁴ Gsell, JZ 2004, 643 (649); v. Olshausen, Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, 2006, S. 471 (495).

kein Bedürfnis mehr, dem Käufer das Recht zum Widerruf einer wirksam erklärten Minderung einzuräumen. Mit dieser gesetzgeberischen Interessenabwägung sei die Einräumung eines Widerrufsrechts in bestimmten Fällen nicht zu vereinbaren.¹⁵

c) Keine Berufung des Verkäufers auf die Bindungswirkung der Minderung?

In der Literatur wird vertreten, der Verkäufer könne sich gem. § 242 BGB nicht zu seinen Gunsten auf die Bindung des Käufers an die Minderung berufen, wenn er selbst die Durchführung der vom Käufer gewählten Gewährleistung verweigere; das sei auch schon bei einem Klageabweisungsantrag der Fall.¹⁶ Das wird vom BGH zurückgewiesen: Ein Verkäufer, der den Mangel bestreite und sich gegen das vom Käufer geltend gemachte Gewährleistungsrecht zur Wehr setze und dabei die Wirksamkeit der erklärten Minderung in Zweifel ziehe, handele nicht treuwidrig; es sei vielmehr Sache des Käufers, sich sorgfältig zu überlegen, für welches Gewährleistungsrecht er sich entscheide.¹⁷

d) Großer Schadensersatz neben der bindenden Minderung?

Kann der Käufer die einmal erklärte Minderung nicht mehr aus der Welt schaffen, stellt sich die Frage, ob er zusätzlich auch Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen kann.¹⁸ Für den kleinen Schadensersatzanspruch wird das vom BGH bejaht, wenn es um einen Schaden geht, der nicht im mangelbedingten Minderwert liegt (siehe oben III. 2. a). Allgemein spricht für ein Nebeneinander von Minderung und Schadensersatz statt der Leistung, dass § 437 Nr. 3 BGB (Schadens- oder Aufwendungsersatz) mit § 437 Nr. 2 BGB (Rücktritt oder Minderung) durch ein „und“ verbunden ist. Auch wenn dies vom BGH anerkannt wird, verneint er ebenso wie Teile der Literatur die Möglichkeit, nach der Minderung noch Schadensersatz statt der ganzen Leistung geltend zu machen.¹⁹ Mit der wirksamen Ausübung der Minderung

habe der Käufer nämlich das ihm eingeräumte Wahlrecht zwischen Festhalten am und Lösen vom Kaufvertrag „verbraucht“.²⁰

Zu dieser ganz zentralen These kommt der BGH in zwei Schritten. Im ersten Schritt teilt er die in § 437 Nrn. 2, 3 BGB genannten Käuferrechte in zwei Gruppen ein.²¹ Bei den Rechten der ersten Gruppe bleibe es beim Bestand des Kaufvertrages, denn der Käufer behalte die Kaufsache und erhalte lediglich einen weiteren Ausgleich. Hierzu gehörten die Minderung und der Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes. Bei den Rechten der zweiten Gruppe löse sich der Käufer vom Vertrag. Hierzu gehöre nicht nur der Rücktritt, sondern auch der Schadensersatz statt der ganzen Leistung, weil dieser auf Ersatz des durch die Nichterfüllung des gesamten Vertrages entstandenen Schadens gerichtet sei, zum Wegfall der Leistungspflicht des Verkäufers (§ 281 Abs. 4 BGB) und zu einer Pflicht des Käufers zur Rückgewähr der bereits erhaltenen Kaufsache (§§ 281 Abs. 5, 346 BGB) führe.

In einem zweiten Schritt zieht der BGH zwischen diesen beiden Gruppe eine „Mauer“, die für den Käufer, der sich bereits mit der Minderung für ein Recht der ersten Gruppe entschieden hat, im Ergebnis unüberwindbar sein soll.²² Ausgangspunkt dieses Schrittes ist die These, der Käufer bringe mit der Minderung zum Ausdruck, die Kaufsache behalten und am Kaufvertrag festhalten zu wollen. Diese Erklärung sei integraler Bestandteil der Gestaltungswirkung der Minderung und daher ab dem Wirksamwerden dieses Gestaltungsrechts für den Käufer bindend. Mit der Entscheidung, am Kaufvertrag festzuhalten, sei die Geltendmachung eines auf Lösung vom Vertrag gerichteten Rechts der zweiten Gruppe unvereinbar. Für den Rücktritt folge das schon aus dem Wortlaut des § 437 Nr. 2 BGB („oder“) und des § 441 Abs. 1 S. 1 BGB („statt zurückzutreten“). Die beiden dort genannten Rechte werden als solche mit gegenläufigen Zielen bezeichnet: Festhalten am Vertrag einerseits (Minderung), Lösung vom Vertrag andererseits (Rücktritt). Dieser als „Polarität“ bezeichnete Zustand soll auch bei § 437 Nr. 3 BGB hinsichtlich des Schadensersatzes statt der Leistung bestehen, denn auch hier habe der Käufer die Wahl, ob er am Vertrag festhalte (kleiner Schadensersatz) oder diesen rückgängig mache (großer Schadensersatz). Bestehe damit aber ein Gleichlauf der „Polarität“ sowohl zwischen Rücktritt und Minderung einerseits als auch zwischen großem und kleinem Schadensersatz andererseits, dann schließe eine wirksam erklärte Minderung nicht nur den Rücktritt, sondern auch den großen Schadensersatz aus. Würde man das anders sehen, eröffne man dem Käufer die Möglichkeit, seine Entscheidung für das Festhalten am Vertrag doch noch zu revidieren, was weder mit der bindenden Gestaltungswirkung der Minderung noch mit der vom Gesetzgeber gewollten Alternativität zwischen einem Festhalten am

¹⁵ BGH, Urt. v. 9.5.2018 – VIII ZR 26/17, Rn. 28 f.

¹⁶ Westermann (Fn. 3), § 437 Rn. 52; Wertenbruch, JZ 2002, 862 (865).

¹⁷ BGH, Urt. v. 9.5.2018 – VIII ZR 26/17, Rn. 30.

¹⁸ Dafür OLG Stuttgart ZGS 2008, 479 (480); Herresthal, in: beck-online Großkommentar zum BGB, Stand: 1.8.2018, § 325 Rn. 32; Stöber, in: beck-online Großkommentar zum BGB, Stand: 1.8.2018, § 441 Rn. 24; Faust (Fn. 11), § 437 Rn. 173; Berscheid, ZGS 2009, 17 (18 f.); Matusche-Beckmann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2013, § 437 Rn. 7; Schwarze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2015, § 325 Rn. 49; Stöber, NJW 2017, 2785 (2788); ohne Differenzierung nach der Art des Schadensersatzes Grunewald, in: Erman, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2017, § 437 Rn. 48.

¹⁹ BGH, Urt. v. 9.5.2018 – VIII ZR 26/17, Rn. 32 ff.; ebenso Höpfner (Fn. 3), § 441 Rn. 76; Schmidt, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 46. Ed., Stand: 1.5.2018, § 325 Rn. 7; Dauner-Lieb/Dubovitskaya, in: Dauner-Lieb/Langen, Nomos-Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2016, § 325 Rn. 11; Weidenkaff (Fn. 11), § 441 Rn. 19; Schmidt, in: Prütting/Wegen/

Weinreich, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2018, § 441 Rn. 5; Lögering, MDR 2009, 664 (665).

²⁰ BGH, Urt. v. 9.5.2018 – VIII ZR 26/17, Rn. 34.

²¹ BGH, Urt. v. 9.5.2018 – VIII ZR 26/17, Rn. 36 f.

²² BGH, Urt. v. 9.5.2018 – VIII ZR 26/17, Rn. 38 ff.

Vertrag und einer Rückgängigmachung des Vertragsverhältnisses vereinbar sei. Das Wahlrecht sei folglich „verbraucht“.

e) Bedeutung des § 325 BGB

Nach § 325 BGB schließt ein Rücktritt die Möglichkeit, Schadensersatz geltend zu machen, nicht aus. Eine Kombination von Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung ist daher möglich.²³ Für die Minderung werden aus dieser Norm in der Literatur unterschiedliche Schlüsse gezogen. Teilweise wird angenommen, eine Kombination von Minderung und Schadensersatz sei ebenfalls möglich, weil die Minderung nur einen Sonderfall des Teilrücktritts darstelle und der Rechtsgedanke des § 325 BGB daher ebenfalls greife.²⁴ Noch weitergehend wird vertreten, aus einer teleologischen Auslegung und analogen Anwendung der Norm ergebe sich, dass es dem Käufer möglich sein müsse, auf Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse oder eine neue Feststellung der Schwere des Mangels durch einen Wechsel von der Minderung zum Schadensersatz statt der Leistung zu reagieren.²⁵

Der BGH geht nur auf die letztgenannte These ein und erteilt ihr eine ausführlich begründete Absage.²⁶ Im Ergebnis hält er fest, es sei schon nicht erkennbar, dass durch § 325 BGB auch die Möglichkeit geschaffen werden sollte, einen bereits erklärten Rücktritt wieder rückgängig zu machen. Erst recht könne durch analoge Anwendung kein Recht zur Rückgängigmachung der Minderung hergeleitet werden, da es sowohl an einer planwidrigen Regelungslücke als auch an einer vergleichbaren Interessenlage fehle. Von besonderem Interesse sind aber die hier zu findenden Thesen zum Interessenausgleich zwischen Käufer und Verkäufer.²⁷ Zwar könne in einigen Fällen der Wechsel von der Minderung zum großen Schadensersatz für den Käufer vorteilhaft sein, etwa wenn sich ein zunächst für unerheblich gehaltener Mangel später doch noch als erheblich herausstellt (vgl. § 281 Abs. 1 S. 3). Das rechtfertige aber keine Analogie zu § 325 BGB, weil der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Gewährleistungsrechte auch das berechnete Interesse des Verkäufers, Rechtssicherheit zu erhalten, berücksichtigt habe. Zum Ausgleich der gegenläufigen Interessen habe der Gesetzgeber ein in sich geschlossenes Gewährleistungssystem geschaffen, das dem Käufer zwei verschiedene Arten von Rechten (Festhalten am oder Lösen vom Vertrag) zur Verfügung stelle. Da der Käufer neben der Minderung grundsätzlich auch kleinen Schadensersatz verlangen könne, habe für den Gesetzgeber auch kein Bedürfnis bestanden, zusätzlich die Geltendmachung des großen Schadensersatzes zuzulassen, zumal der Käufer durch die Notwendigkeit der Nachfristsetzung vor übereilten Entscheidungen geschützt sei.

²³ BGHZ 174, 290 (292 f. Rn. 7).

²⁴ *Büdenbender*, in: Dauner-Lieb/Langen, NomosKommentar zum BGB, 3. Aufl. 2016, § 441 Rn. 29; *Herresthal* (Fn. 18), § 325 Rn. 32 m.w.N.

²⁵ *Derleder*, NJW 2003, 998 (1000).

²⁶ BGH, Urt. v. 9.5.2018 – VIII ZR 26/17, Rn. 48 ff.

²⁷ BGH, Urt. v. 9.5.2018 – VIII ZR 26/17, Rn. 60 ff.

f) Bedeutung des Art. 3 Abs. 2 Verbrauchsgüterkauf-RL

Nach Art. 3 Abs. 2 Verbrauchsgüterkauf-RL kann der Käufer Nacherfüllung (Nachbesserung oder Ersatzlieferung), Minderung oder Vertragsauflösung verlangen. Art. 3 Abs. 5 regelt die Voraussetzungen, unter denen eine Minderung oder Vertragsauflösung verlangt werden kann. Diese Rechtslage zwingt nach Ansicht des BGH nicht zur Einräumung einer Möglichkeit, von der Minderung zum großen Schadensersatz zu wechseln.²⁸ Schadensersatzansprüche seien von der Richtlinie nicht erfasst, sodass sich auch keine Aussage zum Verhältnis zwischen Minderung und Schadensersatz ergeben könne. Ohnehin spreche viel dafür, dass auch die Richtlinie für die von ihr genannten Rechte von einer Bindung des Käufers an die vom ihm getroffene Wahl ausgehe. Selbst wenn dies anders sein sollte (also etwa ein Wechsel von Minderung zum Rücktritt unionsrechtlich vorgesehen wäre), könne dem nicht durch richtlinienkonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung entsprochen werden, weil nach dem Willen des deutschen Gesetzgebers gerade kein Übergang von der Minderung zum Rücktritt möglich sein sollte.

IV. Bewertung

Die Ausführungen zur Unwiderruflichkeit der Minderung verdienen Zustimmung. Die Verneinung eines Nebeneinanders von Minderung und großem Schadensersatz überzeugt hingegen nicht.

1. Großer Schadensersatz als Lösungsrecht

Fundamental für die Auffassung des BGH ist die Aufteilung der Gewährleistungsrechte in zwei Gruppen. Sie ist jedoch angreifbar, soweit die Gegenpole mit „Festhalten am Vertrag“ und „Lösung vom Vertrag“ gekennzeichnet werden. Schon für § 437 Nr. 2 BGB lässt sich nur bedingt von einer „Polarität“ oder Gegenläufigkeit sprechen. Richtig ist zwar, dass der Käufer bei der Minderung die Sache behält, während er sie beim Rücktritt zurückzugeben hat (§ 346 Abs. 1 BGB). Gleichwohl liegt in der Minderung auch eine teilweise Lösung vom Vertrag im Sinne eines Teilrücktritts.²⁹ Sie führt nicht nur zur Kaufpreisherabsetzung, sondern auch dazu, dass der Käufer keine mangelfreie Sache mehr verlangen kann. Durch sie wird – wie beim Rücktritt – der Vertragsinhalt also auf beiden Seiten teilweise geändert. Bei bereits bezahltem Kaufpreis führt das zu einer Teilrückabwicklung, weil der zu viel gezahlte Teil vom Verkäufer zurück zu gewähren ist (§ 281 Abs. 5 BGB). Zwar trifft den Käufer hier nicht die Pflicht zur Rückgewähr der Kaufsache, aber das liegt allein daran, dass er den Teil der Leistung, von dem er durch die Minderung zurückgetreten ist (Freiheit der Kaufsache von einem bestimmten Mangel), gar nicht erhalten hat.

Für § 437 Nr. 3 BGB steht die Polarität noch mehr in Zweifel. Der Anspruch auf großen Schadensersatz ist kein Recht zur Lösung vom Vertrag. Er zielt nicht darauf, eine Situation herzustellen, wie sie ohne die Begründung der ver-

²⁸ BGH, Urt. v. 9.5.2018 – VIII ZR 26/17, Rn. 63 ff.

²⁹ *Herresthal* (Fn. 18), § 325 Rn. 32; *Schmidt* (Fn. 19), § 325 Rn. 7.

traglichen Pflichten durch den Abschluss des Kaufvertrages bestehen würde. Er dient vielmehr dazu, vermögensmäßig die Situation herzustellen, die bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung bestehen würde. Dabei verändert sich lediglich der Inhalt der Verkäuferpflicht: Statt Übergabe und Übereignung einer mangelhaften Kaufsache schuldet er nun Ersatz ihres Werts in Geld. Er bleibt also an das Schuldverhältnis gebunden; lediglich der Leistungsgegenstand hat sich geändert. Der Sache nach gilt das auch für den Käufer. Hat er den Kaufpreis schon gezahlt, hat er keinen Rückforderungsanspruch, sondern kann nur Wertersatz verlangen, den er allerdings nach dem Kaufpreis berechnen darf. Besonders deutlich wird die bleibende Bindung an den Kaufvertrag, wenn der Käufer den Schaden nach der Surrogationstheorie berechnet, denn dann bleibt er zur Kaufpreiszahlung verpflichtet – Zug um Zug gegen die Schadensersatzleistung des Verkäufers. Im Ergebnis nichts anderes gilt aber auch bei der Anwendung der Differenztheorie, die den Kaufpreis vom Wert der Kaufsache abzieht, denn das setzt den grundsätzlichen Fortbestand der Kaufpreiszahlungspflicht voraus; andernfalls gäbe es keinen Abzugsposten. Von einer Rückabwicklung kann nur insoweit die Rede sein, als § 281 Abs. 5 BGB den Gläubiger zur Herausgabe der mangelhaften Sache verpflichtet. Das ist aber nicht mehr als eine zwingende Ausprägung des schadensrechtlichen Bereicherungsverbots: Könnte der Käufer neben dem Schadensersatz in Höhe des Wertes der Kaufsache die mangelhafte Kaufsache behalten, stünde er besser als ohne Pflichtverletzung.

2. Bindung an das Behalten der Kaufsache

Auch die These eines Alternativverhältnisses zwischen der Minderung und dem großen Schadensersatz, die am Behalten oder Zurückgeben der Kaufsache festgemacht wird, überzeugt nicht. Grundlegend ist dafür neben der zweifelhaften Vorstellung von einer Polarität der Gewährleistungsrechte die Annahme, die Gestaltungswirkung der Minderung erfasse auch die Erklärung des Käufers, die Sache behalten zu wollen. Bindend gestaltet wird durch die Minderung jedoch nur der Vertragsinhalt; integraler Bestandteil der Erklärung ist daher nur der Wille, nicht den vollen Kaufpreis zahlen zu wollen. Das Behaltenwollen der Kaufsache mag Motiv für die Minderung sein, aber nicht einmal das ist zwingend. Liegt etwa in den Augen des Käufers nur eine unerhebliche Pflichtverletzung vor, kann er weder großen Schadensersatz verlangen noch zurücktreten (§§ 281 Abs. 1 S. 3, 323 Abs. 5 S. 2 BGB). Dann aber will er die Sache nicht behalten, sondern er muss – ob er will oder nicht.

3. Interessen der Parteien

Der Verkäufer hat grundsätzlich ein Interesse daran, dass es bei der vom Käufer gewählten Gestaltung der Rechtslage bleibt. Dieses Interesse an Rechtssicherheit wird aber schon durch § 325 BGB erheblich geschwächt, da der Verkäufer sich im Fall eines Rücktritts nicht darauf verlassen kann, dass keine anderen als die Rückgewähransprüche aus §§ 346, 347 BGB auf ihn zukommen. Demgegenüber macht das vom BGH angenommene Alternativverhältnis die Ausübung von Gewährleistungsrechten für den Käufer zu einer gefährlichen

Angelegenheit. Eine Reaktion auf spätere Erkenntnisse, etwa zum Vertretenmüssen des Verkäufers oder zur Erheblichkeit der Pflichtverletzung, ist nach Erklärung der Minderung nicht mehr möglich. Dabei kann man sich nicht damit beruhigen, dass die Minderung erst nach Ablauf einer Nacherfüllungsfrist möglich ist und eine vor Fristablauf getätigte (vorschnelle) Erklärung wirkungslos bleibt, da die Fristsetzung – wie auch im vorliegenden Fall – entbehrlich sein kann. Zweifelhafte ist letztlich auch, dass der Verkäufer, der fahrlässig oder gar vorsätzlich eine erhebliche Pflichtverletzung begangen hat, davon profitieren soll, dass der Käufer sich voreilig und womöglich in Unkenntnis der insoweit erheblichen Umstände für die Minderung entschieden hat.

4. Nebeneinander von Minderung und großem Schadensersatz

Im Ergebnis ist jenen Stimmen in der Literatur beizupflichten, die ein Nebeneinander von Minderung und großem Schadensersatz befürworten.³⁰ Dafür spricht schon § 325 BGB, da die Minderung ein Teilrücktritt ist und die gesetzlich zugelassene Kumulation von Rücktritt und großem Schadensersatz für den Verkäufer belastender ist als jene von Minderung und großem Schadensersatz. Zutreffend wird ferner ins Feld geführt, der Minderungsbetrag sei im Schadensersatz enthalten und die zusätzliche Geltendmachung dieses Anspruchs stelle nur eine Erweiterung der durch die Minderung herbeigeführten Rechtslage dar, indem die von der Minderung unangetastet gebliebenen Restleistungspflichten aufgehoben würden.³¹ Diese Konstruktion hält der BGH freilich für dogmatisch verfehlt, weil eine Rückabwicklung des Vertrages nicht die von der Minderung ausgehende Gestaltungswirkung erweiternde, sondern die Entscheidung für das Festhalten am Vertrag aufhebt.³² Aber dieser Standpunkt ist seinerseits dogmatisch verfehlt, weil sich der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nicht auf Rückabwicklung, sondern Durchführung des Vertrages mit veränderter Leistungspflicht des Verkäufers richtet und die Bindungswirkung der Minderung auf die Kaufpreisherabsetzung beschränkt ist, nicht aber auf das Behalten der Kaufsache.

Prof. Dr. Frank Weiler, Bielefeld

³⁰ Nachweise oben bei Fn. 18.

³¹ Stöber (Fn. 18), § 441 Rn. 24; Schwarze (Fn. 18), § 325 Rn. 49; Stöber, NJW 2017, 2785 (2788).

³² BGH Urt. v. 9.5.2018 – VIII ZR 26/17, Rn. 45.