

Schuldrecht - Besonderer Teil I, 1. Halbband: §§ 433-480, CISG

9. Auflage 2024
ISBN 978-3-406-76674-9
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

gelieferte Sache den Mangel jedoch – jetzt unerkannt – weiterhin aufweist oder alternativ ein sonstiger Mangel vorliegt, stellt sich die Frage, ob es einer erneuten Nachfristsetzung als Voraussetzung des Rücktrittsrechts bedarf. Da der Nacherfüllungsanspruch sachlich eine Modifikation des ursprünglichen Anspruchs aus § 433 Abs. 1 S. 2 darstellt (→ § 439 Rn. 2), wird man im ersten Fall (Fortbestehen des ursprünglichen Mangels) keine erneute Nachfristsetzung fordern können.⁵⁹ Anders ist hingegen im zweiten Fall (anderer Mangel) zu entscheiden, da die mit der Zurückweisung der Ware verbundene Nachfristsetzung zu diesem Mangel keinen sachlichen Bezug aufweist.⁶⁰ Ein Rücktritt ohne erneute Fristsetzung kommt dann nur in Betracht, wenn der Käufer aufgrund einer Vielzahl fortbestehender Mängel berechtigterweise das Vertrauen in eine ordnungsgemäße Nacherfüllung verloren hat und ihm diese daher iSd § 440 S. 1 Alt. 3 unzumutbar ist.⁶¹

b) Ausnahmen vom Vorrang der Nacherfüllung. Von der Subsidiarität des Rücktritts gegenüber dem Anspruch auf Nacherfüllung aus § 439 bestehen verschiedene Ausnahmen, deren verbindendes Element darin besteht, dass die Grundgedanken des Vorrangs der Nacherfüllung (Stärkung der Vertragsbindung, wirtschaftliche Effizienz → Rn. 3) in den betreffenden Konstellationen nicht einschlägig sind.

Gem. § 437 Nr. 2 Alt. 1 iVm **§ 326 Abs. 5** besteht ein sofortiges Rücktrittsrecht ohne das Erfordernis der Nachfristsetzung zunächst, wenn der Verkäufer nach § 275 von der Nacherfüllungspflicht befreit ist. Dies ist zum einen bei einem iSd § 275 Abs. 1 **unbehebbar**en Mangel zu bejahen (→ § 439 Rn. 50 f.). Zum anderen kommen Fälle eines in einem **groben Missverhältnis** stehenden Aufwands der Nacherfüllung iSd § 275 Abs. 2 in Betracht, wobei dann jedoch als zusätzliche Voraussetzung für das sofortige Rücktrittsrecht erforderlich ist, dass sich der Verkäufer auf sein Leistungsverweigerungsrecht aus § 275 Abs. 2 berufen hat.⁶² Gemeinsame Voraussetzung in allen Fällen des § 275 ist zudem, dass **beide Formen der Nacherfüllung**, die § 439 Abs. 1 vorsieht, nach § 275 ausgeschlossen sind.⁶³ Wenn zB keine Nachlieferung, aber eine Nachbesserung in Betracht kommt und der Käufer somit seine Wahlmöglichkeit aus § 439 Abs. 1 ex lege verliert, führt dies somit nicht zur Anwendbarkeit des § 326 Abs. 5, dh es bleibt mit Blick auf die noch mögliche Form der Nacherfüllung bei den Anforderungen des § 323.

Ferner ist eine Nachfrist als Voraussetzung des Rücktritts unter den allgemeinen Voraussetzungen des **§ 323 Abs. 2** entbehrlich. Dies ist zB der Fall, wenn der Verkäufer die durch den Käufer wirksam gewählte Form der **Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert** (§ 323 Abs. 2 Nr. 1). Eine Verweigerung in Bezug auf beide Nacherfüllungsvarianten ist hier hingegen nicht erforderlich, da dies das Wahlrecht des Käufers aus § 439 Abs. 1 unzulässig aushöhlen würde.⁶⁴ Inhaltlich liegt eine Erfüllungsverweigerung iSd § 323 Abs. 2 Nr. 1 allerdings nur dann vor, wenn der Verkäufer eindeutig zum Ausdruck bringt, dass er seinen Pflichten keinesfalls nachkommen werde. Vor diesem Hintergrund ist eine Nachfristsetzung nicht schon dann entbehrlich, wenn die Vertragsbedingungen des Verkäufers einen rechtlich unwirksamen Ausschluss der Mängelrechte des Käufers enthalten (vgl. § 309 Nr. 8 lit. b, § 476 Abs. 1), da nicht auszuschließen ist, dass sich der Verkäufer durch eine Nachfristsetzung gleichwohl zu einer Nacherfüllung im Einklang mit der Rechtslage bewegen lässt.⁶⁵ Gleiches gilt, wenn der Verkäufer dem Käufer vor einer Nachfristsetzung (irrtümlich) mitteilt, alle Mängel seien behoben,⁶⁶ oder äußert, dass eine Mangelhaftigkeit für ihn derzeit nicht erkennbar sei.⁶⁷ Ob sich ein **relatives Fixgeschäft** iSd § 323 Abs. 2 Nr. 2 nicht nur auf die termingerechte Erbringung der Hauptpflichten des Verkäufers aus § 433 Abs. 1 S. 1 (Übergabe und Übereignung), sondern gerade auch auf den Aspekt einer termingerecht-mangelfreien Leistung bezieht und somit auch im Fall einer zwar rechtzeitigen, aber mangelhaften Leistung eine Nachfristsetzung entbehrlich macht, muss durch Auslegung der Vereinbarung ermittelt werden. Hierbei spielt insbesondere eine Rolle, inwiefern der konkrete Mangel den termingerechten

⁵⁹ Oetker/Maultzsch VertragSchuldverhältnisse § 2 Rn. 264.

⁶⁰ LG Hanau NJW-RR 2003, 1561 (1562); Gsell FS Derleder, 2015, 135 (150 ff.); Soergel/Gsell § 323 Rn. 74; aA Bitter/Meidt ZIP 2001, 2114 (2117); Canaris DB 2001, 1815 (1816); Dauner-Lieb FS Canaris, Bd. I, 2007, 143 ff.

⁶¹ Oetker/Maultzsch VertragSchuldverhältnisse § 2 Rn. 264.

⁶² BGH NJW 2013, 1074 Rn. 28.

⁶³ BT-Drs. 14/6040, 234; BGHZ 230, 296 Rn. 82 = NJW 2021, 2958; BeckOGK/Höpfner, 1.10.2023, Rn. 80; BeckOK BGB/Faust, 69. Ed. 1.2.2024, § 440 Rn. 12; Oechler VertragSchuldverhältnisse Rn. 263; Oetker/Maultzsch VertragSchuldverhältnisse § 2 Rn. 267.

⁶⁴ BeckOK BGB/Faust, 69. Ed. 1.2.2024, § 440 Rn. 16.

⁶⁵ BGH NJW 2011, 3435 Rn. 30 ff.; anders für den Fall einer formularmäßigen Freizeichnung noch BGHZ 170, 31 Rn. 44.

⁶⁶ BGH NJW 2011, 2872 Rn. 14 f.

⁶⁷ BGH NJW 2017, 153 Rn. 18; vgl. auch BGH NJW 2013, 1074 Rn. 22.

Gebrauch der Sache durch den Käufer beeinträchtigt.⁶⁸ Die Entbehrlichkeit einer Nachfristsetzung wegen einer **Interessenabwägung** iSd § 323 Abs. 2 Nr. 3 nimmt die Rspr. ua an, wenn der Verkäufer den Käufer über einen Mangel **arglistig täuscht**, da in einem solchen Fall das Vertrauensverhältnis unter den Vertragsparteien irreparabel gestört sei.⁶⁹ Vorzugswürdig erscheint es jedoch, die Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung in diesen und weiteren Fällen eines nachhaltig gestörten Vertrauensverhältnisses zwischen den Vertragsparteien auf eine **Unzumutbarkeit iSd § 440 S. 1 Alt. 3** zu stützen (→ § 440 Rn. 21).⁷⁰ Diese Regelung ist zwar formal gegenüber § 323 Abs. 2 Nr. 3 subsidiär (§ 440 S. 1: „Außer in den Fällen [...] des § 323 Absatz 2“), würde jedoch durch eine vorrangige Anwendung der allgemeinen Abwägungsklausel des § 323 Abs. 2 Nr. 3 weitgehend ihres Anwendungsbereichs beraubt. Jedenfalls unberührt bleibt das Fristsetzungserfordernis in den Fällen einer bloßen Täuschung durch solche Dritte, die nicht zum Kreis der Erfüllungsgehilfen des Verkäufers iSd § 278 gehören. Dies betrifft insbesondere auch eine Täuschung durch den vom Verkäufer verschiedenen Hersteller des verkauften Produkts (→ Rn. 57).⁷¹ Zudem greift die Entbehrlichkeit einer Nachfristsetzung selbst in den Fällen einer arglistigen Täuschung des Verkäufers oder seiner Gehilfen über Mängel dann nicht mehr ein, wenn der Käufer dem Verkäufer trotzdem eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat und der Mangel in dieser Frist auch beseitigt wurde; dann schließt der nunmehr vertragsgemäße Zustand der Kaufsache einen Rücktritt aus.⁷²

23 Zu den **Ausnahmen** von der Subsidiarität des Rücktritts **nach § 440** (Unverhältnismäßigkeit, Fehlschlagen oder Unzumutbarkeit Nacherfüllung) → § 440 Rn. 1 ff.

24 **c) Anschluss des Rücktrittsrechts. aa) Unerheblichkeit des Mangels.** Das Rücktrittsrecht ist nach § 323 Abs. 5 S. 2 ausgeschlossen, wenn der Sach- oder Rechtsmangel unerheblich ist (dieses Kriterium und nicht dasjenige des Interessenfortfalls iSd § 323 Abs. 5 S. 1 gilt auch für die Fälle einer Minderlieferung iSd § 434 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 2; → § 434 Rn. 22). Bei unerheblichen Mängeln ist der Käufer – neben dem natürlich weiterhin in Betracht kommenden Nacherfüllungsanspruch – auf eine Minderung iSd § 441 (s. § 441 Abs. 1 S. 2) bzw. im Rahmen des Schadensersatzes auf einen sog. kleinen Schadensersatz (s. § 281 Abs. 1 S. 3) begrenzt.⁷³ Die Unerheblichkeitsklausel trägt dem Umstand Rechnung, dass eine geringfügige Vertragswidrigkeit den **Bestand des Schuldverhältnisses nicht mehr in Frage stellen soll**, wenn der mangelhafte Kaufgegenstand bereits geliefert wurde.⁷⁴ Hingegen hindert § 323 Abs. 5 S. 2 den Käufer richtigerweise nicht daran, die ihm angebotene mangelhafte Sache zurückzuweisen und nach dem erfolglosen Ablauf einer Nachfrist bzw. im Fall von deren Entbehrlichkeit (→ Rn. 20 ff.) wegen dieses, wenn auch unerheblichen, Mangels von dem Kaufvertrag zurückzutreten (→ Rn. 16 mwN).

25 Für die **Maßstäbe der (Un-)Erheblichkeit** kommt es im Rahmen einer **umfassenden Interessenabwägung** zunächst auf die **Ausprägung des Mangels** und seine Bedeutung für die Vertragsinteressen des Käufers an,⁷⁵ zB auf die optische Wahrnehmbarkeit des Fehlers, die Relevanz für die Gebrauchstauglichkeit oder auch das Maß an Werteinbuße. Handelt es sich anhand dieser Kriterien um einen bloßen Bagatellmangel, greift § 323 Abs. 5 S. 2 selbst dann ein, wenn es sich um einen unbehebbarer Mangel handelt und dem Käufer daher kein Nacherfüllungsanspruch offensteht.⁷⁶ In einem solchen Fall bleibt es bei einem Schutz durch das Minderungsrecht und ggf. den kleinen Schadensersatz (→ Rn. 24). Die wohl **hM** geht zudem davon aus, dass eine Unerheblichkeit bereits immer dann vorliegt, wenn sich der **Mangel mit einem geringfügigen Kostenaufwand beseitigen lässt**. Dies würde dazu führen, dass ein Rücktrittsrecht selbst bei einer erheblichen Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit ausscheiden müsste, wenn ein behebbbarer Mangel vorliegt und die Mangelbeseitigung nur einen relativ geringen Kostenaufwand erfordert.⁷⁷ Dabei nimmt die Rspr.

⁶⁸ BeckOK BGB/*Faust*, 69. Ed. 1.2.2024, § 440 Rn. 24.

⁶⁹ BGH NJW 2007, 835 Rn. 12 ff.; 2008, 1371 Rn. 19 f.; 2010, 1805 Rn. 9; zust. *Oechsler* VertragSchuldverhältnisse Rn. 255; krit. *Gutzeit* NJW 2008, 1359 (1361 f.); eingehend zu dem Problemkreis *Derleder/Sommer* JZ 2007, 338 ff.

⁷⁰ BeckOK BGB/*Faust*, 69. Ed. 1.2.2024, § 440 Rn. 40; *Kulke* ZGS 2008, 169 (175); *Oetker/Maultzsch* VertragSchuldverhältnisse § 2 Rn. 269.

⁷¹ OLG München BeckRS 2017, 119589 Rn. 19; *Ring* NJW 2016, 3121 (3124 f.).

⁷² BGH NJW 2010, 1805 Rn. 10; *Oetker/Maultzsch* VertragSchuldverhältnisse § 2 Rn. 269.

⁷³ BGHZ 167, 19 Rn. 8 = NJW 2006, 1960; BGHZ 201, 290 Rn. 31 = NJW 2014, 3229 auch zur Teilleistung.

⁷⁴ *Oetker/Maultzsch* VertragSchuldverhältnisse § 2 Rn. 278.

⁷⁵ BGH NJW 2009, 508 Rn. 21; NJW-RR 2010, 1289 Rn. 22 ff.; BGHZ 201, 290 Rn. 16 = NJW 2014, 3229; OLG Celle NJW-RR 2010, 356; OLG Düsseldorf NJW 2005, 2235; *Grüneberg/Weidenkaff* Rn. 23.

⁷⁶ OLG Düsseldorf NJW 2005, 2235 f. betr. geringfügige Überstände der Vorder- und Seitenkanten des Fahrzeugs gegenüber der Türkante; s. auch *Erman/Grunewald* Rn. 7.

⁷⁷ BGH NJW 2005, 3490 (3493); 2011, 2872 Rn. 19 ff.; BGHZ 201, 290 Rn. 30 ff. = NJW 2014, 3229; BGHZ 231, 149 Rn. 44 = NJW 2022, 463; BeckOK BGB/*Faust*, 69. Ed. 1.2.2024, Rn. 31; wohl auch *Müller/Matthes* AcP 204 (2004), 732 (747 f.).

eine Unerheblichkeit idS an, wenn der Aufwand für die mögliche Mangelbeseitigung **nicht mehr als 5 % des Kaufpreises** beträgt.⁷⁸ Nur wenn ein unbehebbarer Mangel vorliegt, soll sich die Erheblichkeit nach dem **Maß der Funktionsbeeinträchtigung** richten.⁷⁹ Durch eine solche Interpretation würde dem Käufer bei behebbaren Mängeln aber das Druckmittel genommen, den Verkäufer über eine Nachfristsetzung mit Rücktrittsandrohung zu einer zügigen und reibungslosen Nacherfüllung zu bewegen, an welcher der Käufer im Fall einer erheblichen Einschränkung der Gebrauchsfähigkeit selbst dann ein valides Interesse hat, wenn der Kostenaufwand für die Nacherfüllung gering ist.⁸⁰ Vor diesem Hintergrund liegt eine Unerheblichkeit des Mangels auch bei behebbaren Mängeln **richtigerweise** nur dann vor, wenn durch ihn **sowohl der Wert als auch die Gebrauchstauglichkeit** des Kaufgegenstands **nur in einem geringfügigen Maß** reduziert sind.⁸¹ Eine solcher Fall liegt zB vor, wenn der Kraftstoffmehrverbrauch eines Neuwagens gegenüber den Herstellerangaben weniger als 10 % beträgt⁸² oder ein gekauftes Fahrzeug an einer versteckten Stelle einen geringfügigen Lackschaden aufweist. Demgegenüber ist bei einem Hauskauf ein Ungezieferbefall jedenfalls als erheblich anzusehen.⁸³ Bei **unbehebbar**en Mängeln fällt zwar der vorstehend skizzierte Aspekt eines Druckmittels im Hinblick auf die reibungslose Nacherfüllung weg, auch hier sollte sich der Käufer jedoch in allen Fällen von dem Vertrag lösen können, in denen der Wert oder die Gebrauchstauglichkeit mehr als nur geringfügig gemindert sind.⁸⁴ Sofern der Verkehrs- und/oder der Gebrauchswert einer Sache durch einen bestimmten Mangel, wie zB durch eine der typenrechtlichen Zulassung eines Kfz. entgegenstehende **unzulässige Abschalteneinrichtung**, objektiv mehr als nur geringfügig betroffen ist, liegt selbst dann keine Unerheblichkeit vor, wenn der konkrete Käufer den Kaufvertrag (möglicherweise) auch in Kenntnis dieses Umstands abgeschlossen hätte.⁸⁵ Der **merkantile Minderwert**, den eine Sache durch einen unbehebbareren Mangel behält, kommt ebenfalls als maßgebliche Grundlage einer Erheblichkeit in Betracht, auch wenn technische Beschränkungen der Gebrauchstauglichkeit nicht (mehr) bestehen. In solchen Fällen einer reinen Werteinbuße bedarf es einer Abgrenzung anhand der Verhältnisse des konkreten Falls, wann sich der Käufer durch Rücktritt von dem Vertrag lösen kann und wann er sich über § 323 Abs. 5 S. 2 ausnahmsweise mit einer reinen Minderung abfinden muss.⁸⁶ Allgemein stellt die Abweichung von einer **Beschaffenheitsvereinbarung** idS § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 in aller Regel keinen nur unerheblichen Mangel dar, da die Vertragsbeteiligten durch diese Vereinbarung die besondere Relevanz des jeweiligen Umstands für die Vertragsmäßigkeit der Kaufsache unterstrichen haben.⁸⁷ Gleiches gilt, wenn der Verkäufer eine **Garantie** für die betreffende Beschaffenheit übernommen hat (→ § 443 Rn. 21 mwN). Schließlich führt auch eine **arglistige Täuschung** des Käufers durch den Verkäufer über das Nichtvorliegen eines bestimmten Mangels in der Regel unabhängig von dessen objektivem Ausmaß zu einer Erheblichkeit, was die Anwendung der Rücktrittssperre des § 323 Abs. 5 S. 2 ausschließt.⁸⁸ Eine Zurechnung der Arglist des Herstellers zu dem von ihm personenverschiedenen Verkäufer kommt jedoch auch in diesem Rahmen regelmäßig nicht in Betracht, was ua in den Diesel-Manipulationsfällen relevant ist (vgl. → Rn. 22; → § 166 Rn. 96 mwN).⁸⁹

Bei **mehreren Mängeln** einer Kaufsache kommt es auf deren Gesamtwirkung an,⁹⁰ wobei aber nur die noch nicht behobenen Mängel in Betracht kommen.⁹¹ Im Fall eines **Kaufs mehrerer**

⁷⁸ BGHZ 201, 290 Rn. 30 ff. = NJW 2014, 3229; BGHZ 231, 149 Rn. 44 = NJW 2022, 463.

⁷⁹ BGH NJW 2011, 2872 Rn. 21; BGHZ 231, 149 Rn. 44 = NJW 2022, 463.

⁸⁰ *Oetker/Maultzsch* VertragSchuldverhältnisse § 2 Rn. 277.

⁸¹ *Höpfner* NJW 2011, 3693 (3694 f.); *Oetker/Maultzsch* VertragSchuldverhältnisse § 2 Rn. 277; vgl. auch BT-Drs. 14/6040, 223.

⁸² S. BGH NJW 2007, 2111 Rn. 3 f.; krit. aus ökologischer Perspektive BeckOK BGB/*Faust*, 69. Ed. 1.2.2024, Rn. 30.

⁸³ Vgl. KG JW 1933, 921; anders für den Fall, dass die Wertminderung nur 0,163 % ausmachte, KG NJW-RR 1989, 972 f.

⁸⁴ In diese Richtung auch BeckOGK/*Höpfner*, 1.10.2023, Rn. 83.

⁸⁵ EuGH ECLI:EU:C:2022:572 Rn. 82 ff. = RIW 2022, 604 – Porsche Inter Auto und Volkswagen zu Art. 3 Abs. 6 Verbrauchsgüterkauf-RL sowie im Anschluss BGH NJW 2023, 1567 Rn. 54 ff.

⁸⁶ Vgl. BGH NJW 2008, 1517 Rn. 22: bloßer Minderwert von 1 % „zweifellos unerheblich“; BeckRS 2022, 40874 Rn. 28 f.; OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 30248 Rn. 46; für eine Übertragung der durch die Rspr. bei behebbaren Mängeln angesetzten 5%-Grenze BeckOGK/*Höpfner*, 1.10.2023, Rn. 83.

⁸⁷ BGH NJW-RR 2010, 1289 Rn. 23 ff.; NJW 2013, 1365 Rn. 16; NJW-RR 2022, 808 Rn. 23; BeckOGK/*Höpfner*, 1.10.2023, Rn. 82; aA *Ostendorf* JZ 2024, 280 (282 f.).

⁸⁸ BGHZ 167, 19 Rn. 11 ff. = NJW 2006, 1960; BGH NJW-RR 2022, 808 Rn. 23; BeckOK BGB/*Faust*, 69. Ed. 1.2.2024, Rn. 33; Erman/*Grunevald* Rn. 6; aA *Kulke* ZGS 2006, 412 ff.; *Looschelders* JR 2007, 309 ff.; *Soergel/Gsell* § 323 Rn. 216.

⁸⁹ OLG Frankfurt NZG 2020, 348 Rn. 20 f.; LG Frankenthal VersR 2016, 1516 f.

⁹⁰ RG JW 1933, 1388; KG NJW-RR 1989, 972; Erman/*Grunevald* Rn. 6.

⁹¹ OLG Hamm BeckRS 2008, 20190; *Höpfner* NJW 2011, 3693 (3695 f.).

Sachen in einem einheitlichen Vertrag ist bei der Mangelhaftigkeit nur einzelner Sachen die gesamte Ratio des § 323 Abs. 5 einschlägig, dh die Erheblichkeit des Mangels ist für jede Einzelsache gesondert nach § 323 Abs. 5 S. 2 zu beurteilen, während die Frage, ob sich – im Fall der Bejahung der Erheblichkeit – der Rücktritt auf den gesamten Vertrag erstrecken kann oder nur die mangelhaften Gegenstände erfasst, nach den Kriterien des § 323 Abs. 5 S. 1 beurteilt wird.⁹² Dies liegt auch auf der Linie von **Art. 16 Abs. 2 Warenkauf-RL**, nach der bei der Vertragswidrigkeit eines Teils der gekauften Waren grundsätzlich nur ein Teilrücktritt möglich ist, es sei denn, eine Aufrechterhaltung des übrigen Vertragsteils kann von dem Verbraucher „nicht vernünftigerweise erwartet werden“. Letzteres Kriterium dürfte mit demjenigen des Interessenfortfalls iSd § 323 Abs. 5 S. 1 gleichlaufen.⁹³

27 Der **maßgebliche Zeitpunkt** für die Beurteilung der Unerheblichkeit des Mangels ist aus Gründen der Rechtssicherheit stets der Zeitpunkt der Rücktrittserklärung.⁹⁴ Lässt sich die konkrete Ursache eines Mangels zunächst nicht feststellen und beheben, liegt somit selbst dann kein nur unerheblicher Mangel vor, wenn sich nach der Ausübung des Rücktrittsrechts herausstellt, dass die betreffende Vertragswidrigkeit relativ harmlos ist.⁹⁵

28 **bb) Weitere Ausschlussgründe.** Der Rücktritt wegen eines Mangels ist weiterhin ausgeschlossen, wenn der **Käufer für den Rücktrittsgrund allein oder weit überwiegend verantwortlich ist** (§ 437 Nr. 2 Alt. 1 iVm § 323 Abs. 6 Alt. 1). Hierbei handelt es sich um ein allgemeines Prinzip des Leistungsstörungenrechts, das auch im Anwendungsbereich der Warenkauf-RL einschlägig ist, da diese Aspekte des „allgemeinen Vertragsrechts“ nach Art. 6 Abs. 3 Warenkauf-RL unberührt lässt.⁹⁶ Als maßgeblicher Bezugspunkt für die Verantwortlichkeit kommen dabei nicht nur der Mangel selbst, sondern auch derjenige Umstand in Betracht, der den Vorrang der Nacherfüllung (→ Rn. 3) entfallen lässt und insoweit das Rücktrittsrecht auslöst (zB eine Zerstörung der mangelhaften Kaufsache).⁹⁷ Hierin manifestiert sich die Subsidiarität des Rücktritts gegenüber der Nacherfüllung: Wenn der Käufer für den Tatbestand verantwortlich ist, der diese Subsidiarität aufhebt, darf hieraus kein Rücktrittsrecht entstehen.⁹⁸ Der Kaufpreis mindert sich dann aber analog § 326 Abs. 2 S. 2 um den Nacherfüllungsaufwand, den der Verkäufer erspart hat.⁹⁹ Aus der Wertung des **§ 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3** folgt zudem, dass als Verantwortlichkeit des Käufers nicht jede Fahrlässigkeit analog § 276 Abs. 2 in Betracht kommt, sondern nur ein Verstoß gegen die eigenübliche Sorgfalt iSd § 277.¹⁰⁰ Denn wenn der Käufer bei einer Beachtung dieser Sorgfalt im Rahmen des Rücktritts trotz der Verschlechterung bzw. des Untergangs der Kaufsache keinen Wertersatz leisten muss, kann aufgrund seines Verhaltens nicht schon das Rücktrittsrecht selbst ausgeschlossen sein.¹⁰¹

29 Ein Rücktrittsrecht scheidet schließlich auch aus, wenn **während des Annahmeverzugs des Käufers ein Rücktrittsgrund eintritt**, den der Verkäufer nicht iSd § 300 Abs. 1 zu vertreten hat (§ 437 Nr. 2 Alt. 1 iVm § 323 Abs. 6 Alt. 2). Insoweit sind jedoch weitere Differenzierungen geboten: Der skizzierte Ausschlussgrund kommt zunächst in Betracht, wenn sich der Annahmeverzug auf die **Nacherfüllung** gemäß § 439 bezieht und während seiner Dauer ein Rücktrittsgrund eintritt, zB durch einen Untergang der nachzubessernden Stücksache.¹⁰² Gleiches gilt, wenn ein **Rechtsmangel** erstmals zu einem Zeitpunkt eintritt, zu dem sich der Käufer in Annahmeverzug befindet.¹⁰³ Hingegen spielt § 323 Abs. 6 Alt. 2 bei potenziellen **Sachmängeln**, die erst während des Annahmeverzugs des Käufers eintreten, keine Rolle. Denn wegen des mit dem Annahmeverzug nach § 446 S. 3 bereits eingetretenen Gefahrübergangs stellen die betreffenden Umstände dann bereits gemäß § 434 Abs. 1 keine relevanten Mängel mehr dar, sodass § 437 nicht anwendbar ist und ein Rücktrittsrecht von vornherein ausscheidet.¹⁰⁴ Denkbar wäre zwar im Ausgangspunkt, dass bei **Waren mit**

⁹² Eingehend Müller-Matthes AcP 204 (2004), 732 (737 ff.); ähnlich wie hier BeckOK BGB/Faust, 69. Ed. 1.2.2024, Rn. 51; für generelle Anwendbarkeit des § 323 Abs. 5 S. 2 Erman/Grünevald Rn. 5.

⁹³ BeckOK BGB/Faust, 69. Ed. 1.2.2024, Rn. 51.

⁹⁴ BGH NJW 2009, 508 Rn. 19 f.; 2011, 3708 Rn. 9; 2013, 1365 Rn. 18.

⁹⁵ BGH NJW 2011, 3708 Rn. 9; s. auch BGHZ 220, 134 Rn. 65 ff. = NJW 2019, 292; Oetker/Maultzsch VertragSchuldverhältnisse § 2 Rn. 277.

⁹⁶ BeckOK BGB/Faust, 69. Ed. 1.2.2024, Rn. 40; aA zur Rechtslage unter der Verbrauchsgüterkauf-RL Gsell JZ 2001, 65 (70 f.).

⁹⁷ Näher Kohler AcP 203 (2003), 539 (546 ff.); BeckOK BGB/Faust, 69. Ed. 1.2.2024, Rn. 40.

⁹⁸ Oetker/Maultzsch VertragSchuldverhältnisse § 2 Rn. 279.

⁹⁹ S. Lorenz NJW 2002, 2497 (2499); BeckOK BGB/Faust, 69. Ed. 1.2.2024, Rn. 45; aA BGHZ 162, 219 (225 ff.) = NJW 2005, 1348 für den Fall der unberechtigten Selbstvornahme durch den Käufer; hierzu → § 439 Rn. 31 f.

¹⁰⁰ Oetker/Maultzsch VertragSchuldverhältnisse § 2 Rn. 279.

¹⁰¹ S. Kohler AcP 203 (2003), 539 (551 ff.).

¹⁰² BeckOK BGB/Faust, 69. Ed. 1.2.2024, Rn. 47; Oetker/Maultzsch VertragSchuldverhältnisse § 2 Rn. 280.

¹⁰³ Erman/Grünevald Rn. 8.

¹⁰⁴ Erman/Grünevald Rn. 8.

digitalen Elementen iSd §§ 475b f. ein Mangel wegen einer Verletzung der Aktualisierungspflicht nach § 476b Abs. 2 oder wegen dauerhaft zu leistender Bereitstellung der digitalen Elemente gemäß § 475c Abs. 2 erst während des Annahmeverzugs eintritt.¹⁰⁵ Insoweit wird es aber regelmäßig an der Kausalität des Annahmeverzugs für die Vertragsstörung fehlen, sodass § 323 Abs. 6 Alt. 2 wiederum nicht eingreifen sollte. Auch soweit der Rücktritt nach dem Gesagten an § 323 Abs. 6 Alt. 2 scheitert, ist wiederum § 326 Abs. 2 S. 2 analog anzuwenden (→ Rn. 28).¹⁰⁶

Sehr restriktiv ist ein möglicher Ausschluss des Rücktrittsrechts wegen eines **Treuerstoßes** des Käufers (§ 242) zu beurteilen. Diskutiert werden ein solcher Ausschluss und eine damit verbundene Verweisung des Käufers auf andere Mängelrechte (insbesondere Minderung und kleiner Schadensersatz) ua dann, wenn eine Rückabwicklung besondere Schwierigkeiten verursacht. Dies betrifft vor allem einen möglichen Rücktritt bei bereits vollzogenen **Unternehmenskaufverträgen** mit auf den Käufer übergegangener Leitungsmacht.¹⁰⁷ Auch insoweit ist dem Verkäufer jedoch richtigerweise in aller Regel eine vertragliche Eigenvorsorge in Gestalt eines Ausschlusses des Rücktrittsrechts zuzumuten, zumal selbst bei der Annahme eines Rücktrittsrechts die spezifische Interessenlage im Rahmen des § 346 Abs. 2 berücksichtigt werden kann (→ § 453 Rn. 59). Auch eine **übermäßige Nutzung** des mangelhaften Kaufgegenstands durch den Käufer führt nach geltendem Recht¹⁰⁸ regelmäßig nicht zu einem Ausschluss des Rücktrittsrechts, sondern ist über § 346 Abs. 1 aE und § 346 Abs. 2 Nr. 3 zu berücksichtigen.¹⁰⁹ Auch die Kenntnis des Käufers von Mängeln bei der Übergabe führt, vorbehaltlich des § 377 HGB, in Abgrenzung zu § 442 Abs. 1 nicht zu einem Ausschluss des Rücktrittsrechts.¹¹⁰

d) Ausübung des Rücktrittsrechts und Verhältnis zu anderen Rechten. Das Rücktrittsrecht iSd § 437 Nr. 2 Alt. 1 ist ein **Gestaltungsrecht**, dessen wirksame Ausübung durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung den Kaufvertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis umwandelt, auf das die §§ 346 ff. anwendbar sind. Ab dem Zeitpunkt der wirksamen Ausübung kann der Käufer deshalb keine **Nacherfüllung** iSd § 439 Abs. 1 mehr verlangen, während das bloße Bestehen eines Rücktrittsrechts den Nacherfüllungsanspruch noch nicht berührt. Nach Ausübung des Rücktritts kann grundsätzlich auch keine **Minderung** iSd § 441 mehr erklärt werden (s. § 441 Abs. 1 S. 1: „Statt zurückzutreten“).¹¹¹ Wenn allerdings der Verkäufer nach einem wirksamen mangelbedingten Rücktritt die Rückabwicklung grundlos verweigert, sollte es ihm aufgrund des § 242 (Verbot des venire contra factum proprium) nicht gestattet sein, einen Wechsel des Käufers zu einer Minderung zurückzuweisen, mit dem Letzterer dann eine vereinfachte Durchsetzung seiner Mängelrechte erreichen möchte (str.).¹¹² Ein etwaiger Anspruch auf **Schadens- oder Aufwendungsersatz** iSd § 437 Nr. 3 bleibt gemäß § 325 von der Ausübung des Rücktrittsrechts unberührt (→ Rn. 50).

Umstritten ist, ob ein bestehendes Rücktrittsrecht bereits vor seiner Ausübung zu einer **Verweigerung der Kaufpreiszahlung** berechtigt.¹¹³ Hieran kann der Käufer zB dann ein Interesse haben, wenn bereits andere Gründe den Nacherfüllungsanspruch ausschließen (§ 275 etc) und daher kein Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 besteht. Da das Rücktrittsrecht gemäß § 438 Abs. 4 S. 2 selbst dann noch gegenüber dem Kaufpreisanspruch einredeweise geltend gemacht werden kann, wenn seine Ausübung wegen einer Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs unwirksam wäre, kann richtigerweise auch ein noch bestehendes Rücktrittsrecht erst recht als Einrede erhoben werden (zu weiteren Einzelheiten → Rn. 77 f.).¹¹⁴ Zur Zurückweisung der mangelhaften Kaufsache → Rn. 16.

Das Rücktrittsrecht **erlischt** durch Zeitablauf grundsätzlich nur unter den verjährungsbezogenen Voraussetzungen des **§ 438 Abs. 4** (→ § 438 Rn. 33 ff.); zuvor kommt ein **Verzicht** des Käufers auf das Recht in Betracht. Erbringt der Verkäufer die **Nacherfüllung** erst **nach Ablauf der angemessenen Nachfrist**, bleibt das Rücktrittsrecht aus Gründen der Rechtssicherheit grundsätzlich

¹⁰⁵ Vgl. BeckOK BGB/*Faust*, 69. Ed. 1.2.2024, Rn. 47.

¹⁰⁶ BeckOK BGB/*Faust*, 69. Ed. 1.2.2024, Rn. 47.

¹⁰⁷ S. *Gronstedt/Jürgens* ZIP 2002, 52 (62); *Erman/Grünwald* Rn. 7.

¹⁰⁸ Zur Rechtslage nach § 351 aF vor der Schuldrechtsreform BGH NJW 1992, 170 f.; 1998, 3197.

¹⁰⁹ *Fest ZGS* 2006, 173 (176 ff.); *Dauner-Lieb/Arnold* FS Hadding, 2004, 25 ff.; *Erman/Grünwald* Rn. 7.

¹¹⁰ AA OLG Celle MDR 2005, 143.

¹¹¹ BGHZ 218, 320 Rn. 23 ff. = NJW 2018, 2863; *Althammer/Löhnig* AcP 205 (2005), 520 (535 f.); BeckOK BGB/*Faust*, 69. Ed. 1.2.2024, Rn. 180.

¹¹² *Wertenbruch* JZ 2002, 862 (864 ff.); ähnlich *Soergel/Gsell* § 325 Rn. 31; insoweit aA BGHZ 218, 320 Rn. 30 = NJW 2018, 2863.

¹¹³ So BGHZ 113, 232 (235 f.) = NJW 1991, 1048 zu § 478 aF; *Huber/Faust* SchuldRMod Kap. 13 Rn. 153; *Soergel/Gsell* § 320 Rn. 60; aA *Joost* FS Canaris, Bd. I, 2007, 513 (521 f.); → 8. Aufl. 2019, Rn. 22 (*H.P. Westermann*): Käufer muss sich auf eines der bestehenden Rechte aus § 437 festlegen.

¹¹⁴ *Oetker/Maultzsch* VertragSchuldverhältnisse § 2 Rn. 260.

unberührt.¹¹⁵ Wirkt der Käufer an der Nacherfüllung allerdings noch mit, ist ihm der Rücktritt nach § 242 verwehrt (Verbot des *venire contra factum proprium*).¹¹⁶ Parallele Grundsätze gelten, wenn die Nacherfüllung erst **nach Ausübung des Rücktrittsrechts** erfolgt, dh ein Verbot des Festhaltens an dem Rücktritt gemäß § 242 kommt allenfalls dann in Betracht, wenn der Käufer noch aktiv an einer Mangelbeseitigung mitgewirkt hat, während ein bloßer unterbliebener Widerspruch gegen die Abhilfemaßnahmen insoweit nicht ausreicht.¹¹⁷ Hingegen erlischt das Rücktrittsrecht durch eine **fristgemäße Beseitigung des Mangels** auch dann, wenn es wegen eines arglistigen Verhaltens des Verkäufers einer Fristsetzung gar nicht bedurft hätte (→ § 440 Rn. 18).¹¹⁸

34 5. Minderungsrecht. Zum Minderungsrecht des Käufers bei Mängeln nach § 437 Nr. 2 Alt. 2 iVm § 441 → § 441 Rn. 1 ff.

35 6. Schadensersatzansprüche. a) Überblick. Die Vorschrift des § 437 Nr. 3 Alt. 1 ist zwar die einheitliche Verweisungsnorm für Schadensersatzansprüche des Käufers bei Mängeln, regelt aber im Einzelnen eine **Vielzahl unterschiedlicher Konstellationen**, wie bereits aus der größeren Zahl der in Bezug genommenen Anspruchsgrundlagen (§§ 280, 281, 283 und 311a) deutlich wird. Zur weiteren Systematisierung und Bestimmung der einschlägigen Anspruchsgrundlagen und -voraussetzungen ist dabei sinnvollerweise nach der **Art des geltend gemachten Schadensinteresses** zu unterscheiden.¹¹⁹

36 Auf einer ersten Stufe kann danach differenziert werden, ob die geltend gemachte Schadensposition das Interesse des Käufers an einer (zeitlich und sachlich) ordnungsgemäßen Leistung als solcher oder an dem Schutz seiner sonstigen Rechtsgüter betrifft, die unabhängig von seinem kaufvertraglichen Erfüllungsinteresse bestehen. Ist Letzteres der Fall (zB: der mangelhafte Kaufgegenstand führt zu einer Verletzung der körperlichen Integrität des Käufers oder einer Beschädigung seines Eigentums), geht es um den Ersatz von **Integritätsschäden**, der sich über § 437 Nr. 3 Alt. 1 ausschließlich nach § 280 Abs. 1 richtet (sog. einfacher Schadensersatz; → Rn. 51 ff.). Derartige integritätsbezogene Einbußen **können durch eine Nacherfüllung nicht mehr behoben werden**, weshalb in diesen Fällen von vornherein keine Nachfristsetzung als Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs in Betracht kommt.¹²⁰ Steht hingegen das **Erfüllungsinteresse** des Käufers an einer mangelfreien Leistung in Rede, muss auf einer zweiten Stufe zunächst weiter gefragt werden, ob der Schaden die Verzögerung einer mangelfreien Leistung betrifft. Dann geht es um einen **Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung** womit, wiederum über § 437 Nr. 3 Alt. 1, § 280 Abs. 1 iVm § 280 Abs. 2 und § 286 einschlägig sind, sodass es eines **Schuldnerverzugs** bedarf (→ Rn. 38 ff.). Geht es hingegen um einen Ausgleich für das endgültige Ausbleiben einer mangelfreien Leistung, steht ein **Schadensersatz statt der Leistung** in Rede. Dann beurteilen sich die Voraussetzungen des Schadensersatzes über die Verweisung des § 437 Nr. 3 Alt. 1 nicht nur nach § 280 Abs. 1, sondern zusätzlich nach § 280 Abs. 3 iVm §§ 281, 283 bzw. nach § 311a Abs. 2 (→ Rn. 44 ff.). Im Grundfall des § 281 Abs. 1 bedarf es dabei einer **erfolglosen Nachfristsetzung**, um dem Vorrang der Nacherfüllung gerecht zu werden (→ Rn. 3). Die vorstehend skizzierte Differenzierung schließt nicht aus, dass **aufgrund einer mangelhaften Leistung verschiedene Schadensersatzansprüche entstehen können**, etwa im Hinblick auf eine mangelbedingte Verletzung der Integrität des Käufers (einfacher Schadensersatz) oder einen Gewinn, der durch die vorübergehende Mangelhaftigkeit (Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung) oder das endgültige Ausbleiben der vertragsgemäßen Leistung (Schadensersatz statt der Leistung) entgangen ist. In diesen Fällen sind die Voraussetzungen der einzelnen Ansprüche jeweils separat zu prüfen und es kann zu einer kombinierten Ersatzforderung im Hinblick auf die einzelnen Posten kommen.¹²¹

¹¹⁵ Im Grundsatz auch *Schroeter AcP* 207 (2007), 28 (46); *Gsell FS U. Huber*, 2006, 299 (305 ff.); *Soergel/Gsell* § 323 Rn. 144 ff.: Gläubiger muss das Recht haben, ein verspätetes Nacherfüllungsangebot in angemessener Frist zurückzuweisen; aA *Reinicke/Tiedtke KaufR* Rn. 475; vgl. auch BT-Drs. 14/6040, 223.

¹¹⁶ Vgl. OLG Bremen ZGS 2007, 470 f.

¹¹⁷ BGH NJW 2009, 508 Rn. 23 mAnm *P. Bruns* betr. Reparaturmaßnahmen durch gerichtlich bestellten Sachverständigen; dazu auch *Skamel ZGS* 2009, 399 ff.

¹¹⁸ BGH NJW 2010, 1805 Rn. 10 mAnm *Looschelders LMK* 2010, 305065.

¹¹⁹ Wie hier *Huber/Faust SchuldRmod* Kap. 13 Rn. 105 sowie bereits *Oetker/Maultzsch Vertrag|Schuldverhältnisse* § 2 Rn. 290 ff.; weiterführend *Grigoleit/Bender ZfPW* 2019, 1 ff.; *Grigoleit/Riehm AcP* 203 (2003), 727 ff.; *Schroeter AcP* 220 (2020), 234 (250 ff.); zu anderen Abgrenzungsversuchen *S. Lorenz NJW* 2002, 2497 (2500); *Ostendorf NJW* 2010, 2833 ff.; *BeckOK BGB/Faust*, 69. Ed. 1.2.2024, Rn. 67 ff.; ausf. *Hellwege*, Die §§ 280 ff. BGB, 2005, 14 ff.; *Soergel/Benicke/Hellwig* § 280 Rn. 285 ff.

¹²⁰ So im Kern *Grunewald* in Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt Neues SchuldR 313 (317); ähnlich *Canaris* in E. Lorenz, *Karlsruher Forum* 2002: Schuldrechtsmodernisierung, 2003, 5 (40).

¹²¹ Vgl. BT-Drs. 14/6040, 225.

Eine die einzelnen Schadensarten übergreifende Bedeutung für den Schadensersatzanspruch hat das **Vertretenmüssen der Pflichtverletzung** durch den Verkäufer, da dieses für alle von § 437 Nr. 3 Alt. 1 erfassten Ansprüche erforderlich ist (§ 280 Abs. 1 S. 2 iVm §§ 281, 283 sowie § 311a Abs. 2 S. 2). Hierbei ist zu beachten, dass die objektive Pflichtverletzung iSd § 280 Abs. 1 S. 1 bereits in der mangelhaften Leistung als solcher liegt, während das Vertretenmüssen iSd § 280 Abs. 1 S. 2 die subjektive Verantwortlichkeit des Verkäufers für die mangelhafte Leistung betrifft.¹²² Bedeutung hat diese Unterscheidung insbesondere für die unterschiedliche **Beweislast**, die für das Vorliegen einer objektiven Pflichtverletzung (= Mangel der Kaufsache) vorbehaltenlich der verbraucherschützenden Sonderregelung des § 477 den Käufer, hins. des (mangelnden) Vertretenmüssens hingegen den Verkäufer trifft.¹²³ Ein **Mitverschulden des Käufers** ist nach der allgemeinen Regel des § 254 anspruchsmindernd zu berücksichtigen, wobei allerdings eine lediglich einfach-fahrlässige Unkenntnis des Mangels aufgrund eines arg. e contrario aus § 442 Abs. 1 außer Betracht zu bleiben hat.¹²⁴

b) Ersatz des Verzugschadens. Die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs wegen Verzögerung der mangelfreien Leistung ergeben sich aus § 437 Nr. 3 Alt. 1 iVm § 280 Abs. 1 und 2 und setzen dementsprechend einen **Verzugstatbestand iSd § 286** voraus. Dabei bezieht sich die anspruchsauslösende Leistungsverzögerung im Rahmen des § 437 Nr. 3 Alt. 1 in der Regel nicht auf die ursprüngliche Pflicht zu einer mangelfreien Leistung aus § 433 Abs. 1 S. 2, sondern auf einen **Verzug des Verkäufers mit der Nacherfüllung** gemäß § 439. Unter den ersatzfähigen Verzögerungsschaden fallen insbesondere **Rechtsverfolgungskosten** des Käufers, die nach dem Verzugseintritt aufgewandt wurden. Da der Verzug eine fortbestehende und durchsetzbare Leistungspflicht des Schuldners voraussetzt (→ § 286 Rn. 29 ff.), entfällt ein solcher Anspruch allerdings ab dem Zeitpunkt, ab dem den Verkäufer keine Pflicht zur Nacherfüllung iSd § 439 mehr trifft.¹²⁵ Dann kommt ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung in Betracht (→ Rn. 44 ff.).

Problematisch und **umstritten** ist, ob der aus einem Mangel entstehende **Nutzungsausfallschaden** im Hinblick auf die beabsichtigte Verwendung des Kaufgegenstands nur nach Verzugsgrundsätzen oder als einfacher Schadensersatz bereits unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 (näher → Rn. 51 ff.) zu ersetzen ist. Die Anwendung des § 280 Abs. 1 wäre für den Käufer wesentlich günstiger, da ihm dann bei einem fehlenden Entlastungsbeweis des Verkäufers im Hinblick auf die ursprüngliche mangelhafte Leistung (§ 280 Abs. 1 S. 2) unabhängig von den Voraussetzungen des § 286 sämtliche Nutzungsausfälle zu ersetzen wären. Demgegenüber wären nach der Lösung über § 280 Abs. 2 nur solche Schäden zu ersetzen, die nach einem Verzugseintritt entstehen. Dieser setzt zum einen grundsätzlich eine Mahnung nach § 286 Abs. 1 S. 1 voraus. Zum anderen tritt nach richtiger Auffassung selbst dann kein Verzug ein, wenn der Schuldner nach Zugang der Mahnung unverzüglich die geschuldete Leistung, dh hier regelmäßig die Nacherfüllung (→ Rn. 38), erbringt.¹²⁶

Die **hM**¹²⁷ ordnet den Nutzungsausfallschaden als **einfachen Schadensersatz iSd § 280 Abs. 1** ohne das Verzugsfordernis der § 280 Abs. 2, § 286 ein (→ § 280 Rn. 63 ff.). Diese Sichtweise kann sich zunächst auf einen dahingehenden Verweis in den Gesetzesmaterialien zur Schuldrechtsreform stützen.¹²⁸ Darüber hinaus wird für diese Auffassung in Anspruch genommen, dass die mangelhafte Leistung selbst eine Pflichtverletzung iSd § 280 Abs. 1 S. 1 darstelle, weshalb es für den Schadensersatz keines Abstellens auf die Verspätung der vertragsgemäßen Leistung bedürfe. Zudem sei der Käufer im Fall einer mangelhaften Leistung regelmäßig besonders schutzwürdig, da ihm ein Mangel häufig zunächst verborgen bleibe und er sich daher – anders als bei einer kompletten Nichtleistung – nicht effektiv durch eine rechtzeitige Mahnung oder eine Terminbestimmung iSd 286 Abs. 2 Nr. 1 absichern könne. Ein angemessener Schutz des Verkäufers vor einer übermäßigen Inanspruchnahme folge bereits aus der Exkulpationsmöglichkeit nach § 280 Abs. 1 S. 2.

¹²² Hierzu eingehend Kohler ZJP 118 (2005), 25 ff.; Looschelders FS Canaris, Bd. I, 2007, 737 (738 ff.).

¹²³ Oetker/Maultzsch Vertrag/Schuldverhältnisse § 2 Rn. 293.

¹²⁴ Staudinger/Matusche-Beckmann, 2023, § 442 Rn. 50; Oetker/Maultzsch Vertrag/Schuldverhältnisse § 2 Rn. 310; aA Picht JZ 2017, 807 (813 f.).

¹²⁵ Oetker/Maultzsch Vertrag/Schuldverhältnisse § 2 Rn. 294.

¹²⁶ Dazu U. Huber, Leistungsstörungen, Bd. I, 1999, § 19 I 1 (S. 455 f.); Larenz SchuldR AT § 23 I a (S. 345 f.); Staudinger/Feldmann, 2019, § 286 Rn. 60; diff. Schwarze Leistungsstörungen § 28 Rn. 37; aA BeckOK BGB/Lorenz, 69. Ed. 1.2.2024, § 286 Rn. 63.

¹²⁷ BGHZ 181, 317 Rn. 12 ff. = NJW 2009, 2674; BeckOGK/Höpfner, 1.10.2023, Rn. 98 f.; BeckOK BGB/Faust, 69. Ed. 1.2.2024, § 437 Rn. 79 ff.; Staudinger/Schwarze, 2019, § 280 Rn. C 27 ff.; Fikentscher/Heinemann SchuldR Rn. 506; Grunewald KaufR-HdB § 9 Rn. 83; Reinicke/Tiedtke KaufR Rn. 520 ff.; so auch noch → 8. Aufl. 2019, Rn. 34 (H.P. Westermann).

¹²⁸ BT-Drs. 14/6040, 225.

41 Diese Sichtweise ist zwar im Hinblick auf die Schutzbedürftigkeit des Käufers plausibel, erscheint jedoch mit der Systematik der §§ 280 ff. nur schwer vereinbar.¹²⁹ Die Regelung des § 280 knüpft die unterschiedlichen Voraussetzungen des Schadensersatzes an die Art des geltend gemachten Schadens und in diesem Rahmen resultiert der Nutzungsausfall aus einer verzögerten mangelfreien Leistung bzw. einer verzögerten Nacherfüllung iSd § 280 Abs. 2. Betroffen ist somit das Leistungsinteresse des Käufers an einer termingerechten Erlangung des mangelfreien Gegenstands, das der Regelung des Verzugschadens und nicht dem leistungsunabhängigen Integritätsinteresse unterfällt. Daher ist mit einer abweichenden Auffassung **richtigerweise** von einer Anwendbarkeit der **§ 280 Abs. 2, § 286** auszugehen.¹³⁰ Hiergegen spricht – entgegen der Argumentation der Rspr.¹³¹ – zunächst nicht der Wortlaut des § 437 Nr. 3. Zwar ist § 286 in dieser Norm, anders als die §§ 281, 283, nicht erwähnt. Während es sich aber bei den §§ 281, 283 um Normen handelt, denen für die jeweiligen Konstellationen des Schadensersatzes statt der Leistung der Charakter von Anspruchsgrundlagen zugeschrieben werden kann, handelt es sich bei § 286 lediglich um eine Ergänzungsnorm, die tatbestandlich einen Anspruch aus § 280 Abs. 1 und 2 „auffüllt“. Zudem kann für die hier vertretene Auffassung der Vergleich mit der Lage herangezogen werden, die bestünde, wenn der Verkäufer seiner Lieferpflicht überhaupt nicht nachgekommen wäre. In diesem Fall ist der Nutzungsausfall als Leistungsinteresse unstreitig nur unter den Voraussetzungen des § 286 ersatzfähig. Dies sollte dann auch bei einer vertragswidrigen Leistung gelten. Eine andere Einschätzung ist dabei auch dann nicht geboten, wenn der Nutzungsausfall die **gewerbliche Produktion des Käufers** beeinträchtigt. Zwar stellt der sog. eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb eine Position dar, die im Rahmen des § 823 Abs. 1 als absolutes Recht, dh als geschützte Integrität, anerkannt ist (→ § 823 Rn. 408 ff.).¹³² Der Nutzungsausfallschaden, der aus einer mangelhaften Lieferung resultiert, stellt jedoch keinen Eingriff in diese Integrität dar: Wenn der Unternehmer sich entschließt, einen neuen Kaufgegenstand in seinen Gewerbebetrieb zu integrieren, besteht insoweit keine zu schützende Integrität, die von seinem Interesse an einer fristgerechten mangelfreien Leistung abtrennbar wäre.¹³³ Schließlich könnte man einen Integritätsschaden iSd § 280 Abs. 1 im Fall des Nutzungsausfalls in Betracht ziehen, wenn der **Käufer im Vertrauen auf die Mangelfreiheit** der Leistung alternative **Schutzmaßnahmen unterlassen hat** (zB: bei einem Wissen um die Mangelhaftigkeit einer neuen Maschine hätte er seine Produktion bis zu der Beseitigung des Mangels noch mit seiner alten Maschine fortgeführt und dadurch einen Gewinn erwirtschaftet).¹³⁴ Hierfür könnte sprechen, dass in einem solchen Fall ein Vertrauensschaden in Rede steht, der typischerweise unmittelbar § 280 Abs. 1 unterfällt. Allerdings bezieht sich das Vertrauen dabei wiederum nicht auf das Ausbleiben schädigender Eingriffe, sondern auf die Funktionsfähigkeit des Kaufgegenstands selbst, weshalb letztlich wieder das Interesse an einer rechtzeitigen mangelfreien Leistung in Rede steht und somit das Verzugsrecht einschlägig ist.

42 Auf der vorstehend entwickelten Linie sind Nutzungsausfallschäden somit nur nach den § 280 Abs. 2, § 286 bei einem **Verzug des Verkäufers** mit der mangelfreien Leistung bzw. der Nacherfüllung zu ersetzen. Insoweit wird allerdings vorgeschlagen, dass der Verzug bei einer mangelhaften Leistung aufgrund einer typisierten Interessenabwägung iSd **§ 286 Abs. 2 Nr. 4** stets ohne eine Mahnung eintreten soll.¹³⁵ Diese Sichtweise nähert sich im praktischen Ergebnis einer Anwendung des § 280 Abs. 1 an, läuft mit dieser jedoch nicht vollkommen parallel. Denn selbst wenn eine Mahnung für entbehrlich gehalten wird, kann ein Verzug nach zutreffender Auffassung erst dann eintreten, wenn der Käufer sein Nacherfüllungsrecht geltend gemacht hat, da vor diesem Zeitpunkt aufgrund des Wahlrechts des Käufers aus § 439 Abs. 1 unklar sein kann, ob der Verkäufer eine Nachlieferung oder eine Nachbesserung schuldet und der Nacherfüllungsanspruch somit noch nicht iSd § 286 Abs. 1 S. 1 fällig ist.¹³⁶ Im Ausgangspunkt stützt sich die vermittelnde Meinung, die zwar die § 280 Abs. 2, § 286 anwenden will, aber eine Mahnung für entbehrlich hält, auf ähnliche

¹²⁹ Hierzu bereits *Oetker/Maultzsch* VertragSchuldverhältnisse § 2 Rn. 297 ff.

¹³⁰ *Daumer-Lieb/Dötsch* DB 2001, 2535 (2537); *Petersen* Jura 2002, 461 (462 f.); *Wieser* JR 2002, 269 f.; *Kandler*, Kauf und Nacherfüllung, 2004, 533 ff.; NK-BGB/*Büdenbender* § 437 Rn. 74 ff.; *Huber/Faust* SchuldRMod Kap. 3 Rn. 223; *Oetker/Maultzsch* VertragSchuldverhältnisse § 2 Rn. 297 ff.

¹³¹ BGHZ 181, 317 Rn. 15 = NJW 2009, 2674.

¹³² Hierauf die Anwendbarkeit des einfachen Schadensersatzes zum Ausgleich von gewerblichen Nutzungsausfallschäden stützend v. *Wilmowsky* JuS-Beil. 2002, 1 (20); ähnlich *Canaris* ZIP 2003, 321 (323 f.).

¹³³ *Oetker/Maultzsch* VertragSchuldverhältnisse § 2 Rn. 298.

¹³⁴ In diese Richtung *Gsell* FS Canaris, Bd. I, 2007, 337 (352 f.); BeckOK BGB/*Faust*, 69. Ed. 1.2.2024, § 437 Rn. 152; *Reinicke/Tiedtke* KaufR Rn. 524; *Schwarze* Leistungsstörungen § 30 Rn. 3.

¹³⁵ *Grigoleit/Riehm* AcP 203 (2003), 727 (754 ff.); *Grigoleit/Riehm* JuS 2004, 745 (747 f.); in der Sache ähnlich *Harke* SchuldR BT Rn. 77.

¹³⁶ S. BeckOK BGB/*Faust*, 69. Ed. 1.2.2024, § 439 Rn. 10; aA NK-BGB/*Büdenbender* § 439 Rn. 27; *Staudinger/Bach*, 2023, § 439 Rn. 102.