



Christian Zwarg

## Der Nacherfüllungsanspruch im BGB aus der Sicht eines verständigen Käufers

Zugleich ein Rechtsvergleich  
zum CISG



## Prolog

Keiner anderen Rechtsfigur des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (SMG)<sup>1</sup> dürfte sich die Judikatur wie auch die Literatur seit ihrem Inkrafttreten am 1.1.2002 mehr gewidmet haben als dem Nacherfüllungsanspruch. Dies erstaunt nicht, war doch der Anspruch auf mangelfreie Leistung (§ 433 I 2 BGB) und der diesen weiterführende Anspruch auf Nacherfüllung (§§ 437 Nr. 1, 439 I BGB<sup>2</sup>) nicht nur inhaltlich, sondern auch systematisch einer der Kernpunkte der Erneuerung des Gewährleistungsrechts. Das Novum der Nacherfüllung, als Fortsetzung des primären Erfüllungsanspruchs, ist zum „Dreh- und Angelpunkt“ des aktuellen Schuldrechts geworden.<sup>3</sup>

Zuvor sah das BGB lediglich einen Nacherfüllungsanspruch in Form der Ersatzlieferung bei Gattungskäufen vor (§ 480 BGB a.F.). Als praxisgerecht erwies sich die gesetzliche Ausgestaltung jedoch nicht: Regelmäßig modifizierten die vom Verkäufer bei Käufen des alltäglichen Lebens verwendeten AGB die gesetzlich statuierten Rechte zugunsten eines Primats der Nacherfüllung. Dagegen ist nach dem CISG die Nacherfüllung seit jeher prinzipiell das primäre Gewährleistungsrecht des Käufers, und zwar sowohl in Form der Nachbesserung als auch der Ersatzlieferung (Art. 46 II, III CISG).<sup>4</sup>

Eines der Hauptziele der Reform war es, das deutsche Leistungsstörungs- und Kaufrecht dem UN-Kaufrecht – insbesondere auch im Bereich der Nacherfüllung – anzugleichen.<sup>5</sup> Hierdurch wurde die bereits in Gang gesetzte Rechtsvereinheitlichung weiter verstärkt: Nationales Recht, internationales Einheitsrecht und die Rechtsvergleichung können nicht mehr stringent voneinander abgegrenzt werden. Sie verknüpfen sich vermehrt zu einer einheitlichen Gesamtdisziplin.<sup>6</sup> Diese richtungsweisende Entscheidung des Gesetzgebers erweist sich aus Sicht des Handelsverkehrs als richtig:

Für den Bereich grenzüberschreitender Handelskäufe ist das deutsche Recht – sieht man einmal von Sonderkonstellationen ab – allenfalls noch anwendbar, wenn

1 *BT-Drucks.* 14/6040, S. 1 ff.; *BGBI.* I 2001, S. 3138 ff.

2 *Hinweis:* Im Folgenden unterbleibt eine Zitierung von § 437 Nr. 1.

3 *S. Lorenz*, NJW 2006, 1175; s. auch *Dauner-Lieb*, AnwBl 2006, 430, 431.

4 Vgl. auch *Regula/Kannowski*, IHR 2004, 45, 48.

5 *S. Palandt/Heinrichs*, Einführung, Rn. 10; *Schlechtriem*, BT, § 1, Rn. 3; *Däubler-Gmelin*, NJW 2001, 2281, 2287; *Regula/Kannowski*, IHR 2004, 45.

6 Vgl. *Gruber*, ZVglRWiss 101 (2002), 38, 42.

die Vertragsparteien eine entsprechende Rechtswahl treffen. Sofern Letzteres nicht erfolgt, erfasst das UN-Kaufrecht vielmehr – vorbehaltlich der Einschränkungen nach den Artt. 2 und 3 CISG sowie der Artt. 92 ff. CISG – „automatisch“ alle Exportgeschäfte, die die Lieferung von Waren durch in Deutschland niedergelassene Unternehmen betreffen. Aus deutschem Blickwinkel ist damit – zumindest theoretisch –<sup>7</sup> stets das CISG der rechtlich maßgebliche Ansatzpunkt für die Beurteilung von Exportgeschäften.<sup>8</sup> Darüber hinaus findet das UN-Kaufrecht aber auch für circa 80 % der deutschen Importe Anwendung. Es erweist sich damit als die bedeutungsvollste Rechtsgrundlage des Außenhandels.<sup>9</sup> Durch die Annäherung des BGB – als das (neben dem HGB) maßgebliche Recht des Innenhandels – an das CISG ist es dem Reformgesetzgeber gelungen, weitgehend einen rechtlichen Gleichklang beider Handelsformen zu erzielen.

Die vorliegende Arbeit diskutiert aktuelle Grundproblematiken im Zusammenhang mit dem Nacherfüllungsanspruch beim Sachkauf im deutschen Kaufrecht – unter Berücksichtigung des UN-Kaufrechts – aus Käufersicht:

Nach einem kurzen historischen Überblick sowie einer Darstellung der Rechtsnatur ist zunächst Gegenstand der Untersuchung, *ob sich die Einführung des Nacherfüllungsanspruchs im BGB bzw. die stete Anerkennung eines solchen im CISG überhaupt aus Sicht der Vertragsparteien als ökonomisch sinnvoll erweist*. Diese Frage erfordert deshalb eine ausführliche Beleuchtung, da der (deutsche) Gesetzgeber in der gesetzlichen Normierung des Primats der Nacherfüllung nicht nur die Angleichung an die Bedürfnisse des heutigen Wirtschaftslebens verwirklicht, sondern gerade auch die Interessen des Käufers und Verkäufers gleichermaßen befriedigt sieht.<sup>10</sup>

Trotz der möglicherweise grundsätzlich sinnvollen *Einführung* des Nacherfüllungsanspruchs könnte jedoch seine praktische *Durchführung* bzw. seine gesetzliche *Umsetzung* zu einer unbilligen Belastung des (verständigen) Käufers – unter Abwägung mit und Berücksichtigung der Interessenlage des Verkäufers – im BGB führen.<sup>11</sup> Nach nunmehr über sieben Jahren seit Einführung dieser

7 Vor Einführung des SMG wurde das CISG in der Praxis nahezu routinemäßig abbedungen. Durch die Reform hat dies jedoch tendenziell nachgelassen. S. näher 3. Teil A.VI.2.

8 S. *Piltz*, IHR 2002, 2, 3 f.; *ders.*, NJW 2007, 2159.

9 Hierzu gehören insbesondere die drei wichtigsten Handelspartner Deutschlands (Großbritannien, die USA und Frankreich); vgl. diesbezüglich *Ostendorf/Kluth*, IHR 2007, 104 Fn. 4 m.w.N.; vgl. auch *Staudinger/Magnus*, Einl zum CISG, Rn. 4.

10 Vgl. *BT-Drucks.* 14/1640, S. 220.

11 *Hinweis zur Vorgehensweise*: Im Laufe der Arbeit erfolgen regelmäßige Bewertungen der im Zusammenhang mit dem Nacherfüllungsanspruch gefundenen Ergebnisse aus Sicht des Käufers. Zu diesem Zweck werden nicht nur zum Teil weitere Argumente, die bisher nicht im Text erörtert wurden, geliefert, sondern es wird auch ein Rechtsvergleich zum CISG vorgenommen. Am Ende der Arbeit findet schließlich eine Gesamtbewertung statt.

Rechtsfigur und mittlerweile zahlreichen praktischen Erfahrungen bietet es sich an, ein ausführliches Resümee dieses Problemkreises zu ziehen. Hieran mangelt es bislang in der Literatur. Anliegen der nachfolgenden Ausführungen ist es daher, *umfassend zu überprüfen, ob die inhaltliche und praktische Umsetzung eines geltend gemachten Nacherfüllungsanspruchs die Interessen des Käufers auch de facto so genügend berücksichtigt*, wie es der Wortlaut, der dem Erwerber auf den ersten Blick eine starke Rechtsposition verschafft, nahelegt.<sup>12</sup> Ist dies nicht der Fall, bedarf das Rechtsinstitut der Nacherfüllung an gegebener Stelle einer Optimierung, da der vertragsgemäß agierende Käufer Schutz verdient, ist es doch der Sphäre des vertragsbrüchigen Verkäufers (zumindest) zuzurechnen, dass sich die Sache als mangelhaft erwiesen hat. Es liegt daher keine bloße „paritätische Schicksalsgemeinschaft“ vor; vielmehr ist es elementar, dass der Erwerber – der zum einen oftmals ohnehin bereits der unerfahrenere Vertragspartner im Vergleich zum Verkäufer ist und zum anderen bereits genügend dadurch belastet wird, dass er auf eine mangelfreie Ware länger als vertraglich versprochen warten muss – durch die zweite Andienung seines Vertragspartners keine übermäßigen Nachteile erfährt. Die verschuldensunabhängige Ausgestaltung der Nacherfüllung und die prinzipielle Zuweisung der Kosten der zweiten Andienung an den Verkäufer versuchen dies zu erreichen.<sup>13</sup>

Um beurteilen zu können, ob die Interessen des Käufers (tatsächlich) nachhaltig Berücksichtigung finden, bedarf es im Übrigen eines Vergleichs des § 439 BGB mit seinem korrespondierenden Vorbild aus dem CISG (Art. 46 II, III CISG).<sup>14</sup> In diesem Zusammenhang erweist sich die Frage, ob eines der beiden Rechtsregime im Ergebnis käuferfreundlicher ausgestaltet ist, als überaus interessant, dürfte es doch eigentlich in einer weltweit verflochtenen Wirtschaft für den (einheimischen) Käufer keinen großen Unterschied machen, welches Kaufrecht einschlägig ist. Sollten sich dennoch Käuferschutzlücken offenbaren, ist es Ziel, an gegebener Stelle Verbesserungsvorschläge zu entwickeln, um beide Rechtsregime in dieser Sachfrage (weiter) zu harmonisieren.

Die Arbeit zeigt schließlich in ihrem Ergebnis, ob der Nacherfüllungsanspruch *ein Pyrrhussieg des Käufers* ist,<sup>15</sup> der mit unsachgerechten Diskriminierungen einhergeht.

---

12 S. Brömmelmeyer, JZ 2006, 493.

13 Vgl. zur Verschuldensunabhängigkeit des Nacherfüllungsanspruchs 2. Teil A.I.5.; vgl. zu der grundsätzlichen Kostenzuweisung der zweiten Andienung an den Verkäufer 2. Teil B.VII.

14 Hinweis: Auf eine Zitierung des BGB bzw. des CISG wird im Folgenden verzichtet.

15 Brömmelmeyer in JZ 2006, 493 spricht von einem „trojanischen Pferd“.