

Leseprobe Streitstände

zu Streitstand Nr.:

1

Selbstvornahme der Mängelbeseitigung im Kaufrecht

P
§ 326
Rn 13

Die Rechte des Käufers bei mangelhafter Kaufsache regelt § 437 BGB. Anders als im Werkvertragsrecht (vgl. §§ 634 Nr.2, 637 BGB) enthält die Norm kein Recht zur Selbstvornahme der Mängelbeseitigung durch den Käufer.

Ist eine zur Nacherfüllung gesetzte **Frist zuvor fruchtlos abgelaufen**, kann der Käufer die Kosten einer Selbstvornahme unproblematisch als Schadenersatz statt der Leistung (§§ 280 I, III, 281 bzw. 283 BGB) ersetzt bekommen.

Vor Fristablauf kann er diese nicht verlangen: Schadenersatz statt der Leistung, Rücktritt und Minderung scheitern jedenfalls am fehlenden Fristablauf, ebenso wie eine (zum Teil vertretene) analoge Anwendung von § 637 BGB. GoA scheidet in der Regel bereits tatbestandlich mangels Fremdgeschäftsführungswillens aus. Mithin hat der Käufer keinen Anspruch auf Ersatz der durch Selbstvornahme entstandenen *Aufwendungen*. Umstritten ist allerdings, ob

Streitstand



der Verkäufer zumindest das erstatten muss, was er für die Nacherfüllung hätte aufwenden müssen (§ 439 II BGB) und jetzt erspart hat.

a) Theorie der (analogen) Anwendung von § 326 II 2 BGB

Teilweise wird darauf hingewiesen, dass in einem solchen Fall der Unmöglichkeit der Nacherfüllung zwar der Kaufpreisanspruch gemäß § 326 I 2 BGB in voller Höhe bestehen bleibt. Der Verkäufer muss sich aber (**analog**) **§ 326 II 2 BGB** die ersparten Aufwendungen anrechnen lassen.

Argumente:

- Aus Wertungsgesichtspunkten erscheint es billig, das „Zuviel“ des Verkäufers abzuschöpfen. Auch die Tatsache, dass das Kaufrecht kein Recht zur Selbstvornahme vorsieht, steht einer **Abschöpfung einer Bereicherung** des Verkäufers nicht entgegen. (Stichwort: **Billigkeit**)
- Die systematische Stellung des § 326 II 2 BGB im allgemeinen Schuldrecht spricht für seine Anwendbarkeit auch im Kaufrecht. (Stichwort: **Systematik**)
- Der Einwand, der Käufer könne eine Rückzahlungsklage aus §§ 326 IV, 346ff. BGB nicht beziffern, greift zu kurz. Denn eine Stufenklage (§ 254 ZPO) ist jedenfalls möglich. (Stichwort: **Anspruch bezifferbar**)

b) Theorie der Sperrwirkung des Gewährleistungsrechts

Die ständige Rechtsprechung **verneint eine Erstattungspflicht**.

Argumente:

- §§ 434ff. BGB liegt ein abschließendes Haftungskonzept zugrunde. Hierzu gehört als zentrales Prinzip der Vorrang der Nacherfüllung, der nicht unterlaufen werden darf. (Stichwort: **Recht zur zweiten Andienung**)
- Der Verkäufer hätte sonst keine Möglichkeit, die tatsächliche Existenz eines Mangels zu prüfen. Eine dem Käufer hierfür auferlegte Beweislast ist keine Lösung, da der Verkäufer jedenfalls keine denkbare Möglichkeit zur Beweiserschütterung hat. (Stichwort: **Möglichkeit zur Mängelprüfung**)
- Trotz des Gleichlaufs der Mängelgewährleistungsvorschriften in Kaufrecht und Werkvertragsrecht hat der **Gesetzgeber** bewusst auf eine § 637 BGB entsprechende Norm im Kaufrecht verzichtet. Es fehlt daher schon an der für eine Analogie erforderlichen Gesetzeslücke. Zudem setzt sogar § 637 BGB einen fruchtlosen Fristablauf voraus.
- § 326 II 2 BGB passt schon deswegen nicht, weil kein Fall der Unmöglichkeit, sondern gerade Erfüllung vorliegt. (Stichwort: **keine Unmöglichkeit**)

Hinweise

- Einige konstruieren die Erstattungspflicht alternativ oder kumulativ zur ersten Auffassung über **GoA** (§§ 684 S.1, 818 BGB) oder **Nichtleistungskondition** (§ 812 I 1 Alt.2 BGB). Dabei wird zum Teil auch auf den Aspekt der aufgedrängten Bereicherung hingewiesen (vgl. **STREITSTAND NR.60**).
- Da es im Kern nicht um Aufwendungsersatz, sondern um die Abschöpfung einer Bereicherung geht, stellt sich (trotz § 637 BGB) dieselbe Frage im Werkvertragsrecht. Beachten Sie im Mietrecht auch §§ 536a, 539 I BGB.
- Eine ähnliche, aber zu trennende Situation liegt vor, wenn die Unmöglichkeit der Nacherfüllung nicht auf vorzeitiger eigenmächtiger Selbstvornahme beruht, sondern während einer Materialuntersuchung zur Mangelfeststellung eintritt. Bei dieser anders gelagerten Wertungsfrage orientierte sich die Rspr an der Analogielösung (OLG München ZGS 2007, 80). Von der obigen Sachlage abzugrenzen war ebenso BVerfG ZGS 2006, 470-474.
- In einer zum Tierkauf ergangenen Entscheidung deutete die Rspr (vgl. BGH MDR 2006, 141-142) im Rahmen von § 281 II BGB eine Differenzierung zwischen Notfallmaßnahmen und endgültiger Mängelbeseitigung an. Dies hätte gravierende Auswirkungen (auch) auf das vorliegende Problem.

Fundstelle

Katzenstein, ZGS 2004, 144ff., 300ff., 349ff.