

# Das Recht zur zweiten Andienung im System des Schuldrechts

von Dr. *Ulrich G. Schroeter*, Freiburg

## Inhaltsübersicht

I. Einleitung .....	29
II. Grundlage des Rechts zur zweiten Andienung .....	31
1. Das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung .....	31
2. Das Recht des Schuldners zur zweiten Andienung außerhalb des Kaufrechts .....	34
III. Zweck und Funktion des Rechts zur zweiten Andienung .....	36
1. Vertragserhaltungsfunktion .....	36
2. Vertragsdurchführungsfunktion .....	38
3. Absatzfunktion .....	40
IV. Inhalt und Grenzen des Rechts zur zweiten Andienung .....	40
1. Zeitliche Kongruenz von Nacherfüllungsanspruch und Recht zur zweiten Andienung .....	41
a) Recht zur zweiten Andienung schon vor Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs? .....	41
b) Recht zur zweiten Andienung noch nach Ablauf der Frist zur Nacherfüllung? .....	43
aa) Ausübung eines sekundären Rechtsbehelfs als Grenze .....	43
bb) Gefahr eines „Rechts zur dritten Andienung“? .....	45
cc) Überlegungsfrist des Gläubigers .....	46
dd) Gemeinschaftsrechtskonformität eines „über- schießenden“ Andienungsrechts .....	47
2. Sachliche Kongruenz von Nacherfüllungsanspruch und Recht zur zweiten Andienung .....	47
a) Recht zur zweiten Andienung ohne korrespondierenden Nacherfüllungsanspruch .....	48
aa) Recht zur zweiten Andienung trotz Leistungsverweigerungs- rechts des Verkäufers .....	48
bb) Recht zur zweiten Andienung beim „Stückkauf“ .....	49
cc) Recht zur zweiten Andienung bei konkretisierter Gattungsschuld .....	51
b) Nacherfüllungsanspruch ohne korrespondierendes Recht zur zweiten Andienung .....	52
3. Recht zur zweiten Andienung und ergänzende Pflichten des Schuldners .....	54
V. Auswirkungen auf die Anwendung anderer Regelungen des Schuldrechts .....	56
1. Konkretisierung der Fristsetzungs- und Fristsetzungsentbehrlich- keitstatbestände .....	57
2. Selbstvornahme der Mängelbeseitigung durch den Gläubiger .....	59

3. *Konkurrenz zwischen fristsetzungsabhängigen und fristsetzungsunabhängigen Vertragslösungsrechten* ..... 62
4. *Gesetzliches Leitbild im Rahmen der AGB-Kontrolle* ..... 63

## I. Einleitung

Die Einführung eines Rechts des Verkäufers „zur zweiten Andienung“, durch welches dieser dem Käufer im Wege der Nacherfüllung doch noch eine mangelfreie Sache verschaffen, damit die weiteren Rechtsbehelfe des Käufers abwenden und sich den Kaufpreis verdienen kann, wird in der Gesetzesbegründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz als eine der wesentlichen Verbesserungen des neuen Schuldrechts betont.<sup>1</sup> In der Literatur wird es allgemein als zu den wichtigsten Änderungen des Gewährleistungsrechts beim Kauf gehörend<sup>2</sup> oder gar als wohl bedeutendste und rechtspolitisch uneingeschränkt zu begrüßende Neuerung im Kaufrecht<sup>3</sup> eingestuft, und auch der *BGH* hat dem in §§ 459 ff. BGB a.F. noch nicht vorgesehenen „Recht zur zweiten Andienung“ in einer seiner viel beachteten ersten Entscheidungen zum neuen Schuldrecht dadurch zur Aufmerksamkeit verholfen, dass er dessen Schutz vor Umgehung als maßgeblichen Gesichtspunkt bei der Gesetzesauslegung anführte.<sup>4</sup>

Dem geltenden Gesetzeswortlaut ist eine „Andienung“ allerdings begrifflich unbekannt.<sup>5</sup> Sie geht als juristischer Terminus des bürgerlichen Rechts anscheinend auf *Großmann-Doerth* zurück, der ihn in einer Untersuchung aus dem Jahre 1934 erstmals verwandte und dabei erläuternd anmerkte, diese dem kontinentaleuropäischen Juristen fremde Benennung habe er dem kaufmännischen Sprachgebrauch entnommen, „womit zwar nicht behauptet werden soll, dass er dort überall in dem hier gesetzten Sinne verwandt wird, aber gerade seine Farblosigkeit und Unverbindlichkeit machen ihn zu solcher Benutzung wie in dieser Abhandlung geeignet.“<sup>6</sup> Inhaltlich verstand *Großmann-Doerth* dabei unter einer „Andienung“ durch den Gattungsverkäufer die Bestimmung einer konkreten Ware dem Käufer gegenüber als Erfüllungsgegenstand, vor allem durch Lieferung oder Angebot der Ware.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 86, 89, 220 f.

<sup>2</sup> *Ebert* NJW 2004, 1761; *Faust*, in: *Bamberger/Roth*, BGB, Stand: Januar 2005, § 440 Rn. 2; *P. Huber* NJW 2002, 1004.

<sup>3</sup> *Lorenz/Riehm*, Das neue Schuldrecht, 2002, Rn. 463; ähnlich *Lorenz* NJW 2006, 1175; *Kohler* AcP 203 (2003), 539.

<sup>4</sup> *BGHZ* 162, 219, 227 f.

<sup>5</sup> *Schroeter* JR 2004, 441, 442.

<sup>6</sup> *Großmann-Doerth*, Die Rechtsfolgen vertragswidriger Andienung, 1934, S. 12.

<sup>7</sup> *Großmann-Doerth* (Fn. 6), S. 12.

Delivered by Ingenta  
? 431152 211 59 Thu 01 Mar 2018 11:27:03  
Copyright Clearance Center

Das Bedürfnis nach einer „zweiten“ Andienung im so verstandenen Sinne entsteht in den Fällen, in denen die erste Andienung nicht vertragsgemäß war und aus diesem Grunde den primären Leistungsanspruch des Käufers aus dem Kaufvertrag (§ 433 Abs. 1 BGB) nicht zu befriedigen vermochte, dem Käufer jedoch nunmehr die Rechte des § 437 BGB eröffnet. Dass das reformierte Schuldrecht ein dahingehendes Recht des Verkäufers nirgends ausdrücklich anspricht, muss dabei in Anbetracht der bereits erwähnten Bedeutung, die der Gesetzgeber der Einführung dieses Rechtsinstituts zubilligte, auf den ersten Blick erstaunen. Hierin liegt ein maßgeblicher Unterschied zum UN-Kaufrecht (CISG), welches bekanntlich sowohl bei der Schaffung der EG-Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie als auch bei deren Umsetzung in das deutsche Recht durch die Schuldrechtsmodernisierung Modell gestanden hat:<sup>8</sup> Gemäß Art. 48 Abs. 1 CISG „kann der Verkäufer einen Mangel in der Erfüllung seiner Pflichten auch nach dem Liefertermin auf eigene Kosten beheben, wenn dies keine unzumutbare Verzögerung nach sich zieht und dem Käufer weder unzumutbare Unannehmlichkeiten noch Ungewissheit über die Erstattung seiner Auslagen durch den Verkäufer verursacht.“ Ein entsprechendes explizites Verkäuferrecht findet sich darüber hinaus auch in anderen internationalen Regelwerken, wie etwa in Art. 7.1.4 Abs. 1 PICL<sup>9</sup> und Art. 8:104 PECL.<sup>10</sup>

Dass der Gesetzeswortlaut des BGB hingegen insoweit schweigt, ist nicht auf ein Versehen des Gesetzgebers zurückzuführen, sondern beruht auf einer bewussten Gestaltungsentscheidung, die schon im Entwurf der Schuldrechtsreformkommission so vorgezeichnet war: Bereits deren Abschlussbericht schlug die Einführung eines Rechts des Verkäufers zur zweiten Andienung vor, wies aber in der Begründung zugleich darauf hin, dass der vorgeschlagene Gesetzestext dieses Recht nicht ausdrücklich nenne<sup>11</sup> – eine Strukturentscheidung, die sodann bei der Schaffung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes übernommen wurde.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> Zur Vorbildfunktion des CISG während der Schaffung der Richtlinie *Micklitz* EuZW 1997, 227, 229; *Schroeter*, UN-Kaufrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht – Verhältnis und Wechselwirkungen, 2005, § 4 Rn. 23, § 17 Rn. 7; *Staudenmayer* NJW 1999, 2393 f.; zu seiner Rolle bei Umsetzung der Richtlinie in deutsches Recht BT-Drucks. 14/6040, S. 86.

<sup>9</sup> UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2004.

<sup>10</sup> Principles of European Contract Law, 1999.

<sup>11</sup> Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S. 211.

<sup>12</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 230.

## II. Grundlage des Rechts zur zweiten Andienung

Das konstatierte Fehlen einer ausdrücklichen Erwähnung des Rechts zur zweiten Andienung im Gesetzestext wirft sogleich die Frage nach dessen rechtlicher Grundlage im reformierten Schuldrecht auf. Ihre Untersuchung und Beantwortung muss dabei jedenfalls dann als erforderlich erscheinen, wenn man mit der vorherrschenden Auffassung im Schrifttum die erneute Andienung durch den Verkäufer nicht lediglich als eine faktische Möglichkeit einordnen will, sondern eben als sein genuines „Recht“ versteht.<sup>13</sup>

### 1. Das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung

Als mögliche Grundlage eines Verkäuferrechts des Inhalts, zunächst nach-erfüllen zu dürfen und dadurch die Geltendmachung anderer Rechtsbehelfe durch den Käufer zu verhindern, ist zunächst an § 437 BGB zu denken: Diese Vorschrift, welche die Rechte des Käufers bei Mängeln „merkzettelartig“<sup>14</sup> auflistet, spricht die Nacherfüllung schließlich unter Nr. 1 und damit vor Rücktritt bzw. Minderung (Nr. 2) und Schadensersatz (Nr. 3) an und könnte damit im Sinne einer inhaltlichen Rangfolgeanordnung zu verstehen sein. Eine im Schrifttum vertretene Auffassung, die den Vorrang der Nacherfüllung in § 437 BGB in der Tat dadurch ausgedrückt sieht, dass nach Nr. 1 ein Komma steht, während Nr. 2 und Nr. 3 durch das Wort „und“ verbunden sind,<sup>15</sup> hat sich jedoch zu Recht nicht durchgesetzt: Eine Hierarchie der Rechtsbehelfe soll in § 437 BGB nach vorzugswürdiger Ansicht nicht zum Ausdruck kommen,<sup>16</sup> was sich zum einen aus der Entstehungsgeschichte der

<sup>13</sup> *Bitter/Meidt* ZIP 2001, 2114, 2115; *Büdenbender*, in: *Anwaltkommentar BGB*, 2005, § 437 Rn. 14; *Dauner-Lieb/Dötsch* ZGS 2003, 250, 251; *dies.* ZGS 2003, 455; *Döll/Rybak* Jura 2005, 582, 585; *Ehmann/Sutschet*, *Modernisiertes Schuldrecht*, 2002, S. 199; *Grigoleit/Riehm* AcP 203 (2003), 727, 734; *Gsell* JZ 2001, 65, 68; *Jacobs*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt*, *Das neue Schuldrecht in der Praxis*, 2003, S. 371; *Katzenstein* ZGS 2004, 300, 303; *ders.* ZGS 2004, 349, 352 Fn. 32; *Kohler* AcP 203 (2003), 539, 564; *Leible*, in: *Gebauer/Wiedmann*, *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, 2005, Kap. 9 Rn. 75; *Schroeter* JR 2004, 441, 442; *Schubel*, in: *Schwab/Witt*, *Einführung in das neue Schuldrecht*, 2002, S. 123, 132 f.; *Staudinger/Matusche-Beckmann*, *BGB*, 2004, § 439 Rn. 4; *Zimmer/Eckbold* Jura 2002, 145, 149; *Zimmer*, in: *Ernst/Zimmermann*, *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2001, S. 191, 199; a.A. *Westermann* JZ 2001, 530, 536.

<sup>14</sup> Vgl. in diesem Sinne *Lorenz/Riehm* (Fn. 3), Rn. 499.

<sup>15</sup> So *Jacobs* (Fn. 13), S. 371, 386; *Westermann* NJW 2002, 241, 248; *ders.*, in *MünchKomm-BGB*, 4. Aufl. 2004, § 437 Rn. 4; im Ergebnis anscheinend ebenso *Zimmer/Eckbold* Jura 2002, 145, 149.

<sup>16</sup> *Büdenbender* (Fn. 13), § 437 Rn. 11; *Faust* (Fn. 2), § 439 Rn. 2; *Lamprecht* ZGS 2005, 266, 273; *Lorenz* NJW 2003, 1417 f.; *ders.* ZGS 2003, 398; *Oetker/Maultzsch*,

Norm ergibt<sup>17</sup> und zum anderen daran erkennen lässt, dass das Verhältnis von darin nacheinander aufgeführtem Rücktritt und Schadensersatzanspruch in § 325 BGB noch eine gesonderte (und abweichende, weil die Gleichrangigkeit beider Rechtsbehelfe anordnende) Regelung erfahren hat.<sup>18</sup>

Auch aus § 439 BGB lässt sich unmittelbar kein Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung ablesen,<sup>19</sup> spricht diese Vorschrift doch allein den (gleichsam gegenläufigen) Nacherfüllungsanspruch des Käufers an. Dass die Nacherfüllung durch den Verkäufer als solche der zunächst vorrangige Ausgleichsmechanismus in Situationen sein soll, in denen im ersten Erfüllungsversuch eine mangelhafte Sache geliefert wurde, ergibt sich allerdings mittelbar daraus, dass alle übrigen Rechtsbehelfe, durch deren Geltendmachung die Erbringung der geschuldeten Primärleistung ausgeschlossen würde, ihrerseits grundsätzlich an den erfolglosen Ablauf einer Nachfrist gebunden sind: Dies folgt für den durch § 437 Nr. 2 BGB eröffneten Rücktritt aus der Vorschrift des § 323 Abs. 1 BGB (die ihrerseits über den Verweis des § 441 Abs. 1 Satz 1 BGB auch für die Minderung gilt<sup>20</sup>), und für den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (§ 437 Nr. 3 BGB) aus dem Nachfristerfordernis des § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB, welches aufgrund der entsprechenden Bezugnahme in § 284 BGB auch eine Voraussetzung des Anspruches auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen ist. Sowohl § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB als auch § 323 Abs. 1 BGB weisen zudem auch selbst auf ihre diesbezügliche Funktion hin, und zwar dadurch, dass sie ihrem Wortlaut nach den Schuldner zur Setzung einer angemessenen Frist „zur Leistung *oder Nacherfüllung*“ verpflichten. Im auf diese Weise erreichten Vorrang des Rechtsbehelfs der Nacherfüllung, der seinen Grund damit systematisch in Normen des allgemeinen Schuldrechts findet, wird überwiegend zugleich die Grundlage des Rechts des Verkäufers zur zweiten Andienung erkannt.<sup>21</sup>

Gegen diesen Befund wird von einer abweichenden Auffassung im Schrifttum eingewandt, die aus dem Erfordernis der Fristsetzung resultierende Sub-

---

Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2004, S. 105; *Palandt/Putzo*, BGB, 65. Aufl. 2006, § 437 Rn. 4; *Staudinger/Matusche-Beckmann* (Fn. 13), § 437 Rn. 6.

<sup>17</sup> Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 219 f.

<sup>18</sup> *Leible* (Fn. 13), Rn. 74.

<sup>19</sup> *Hoffmann* ZRP 2001, 347, 349; *Staudinger/Matusche-Beckmann* (Fn. 13), § 439 Rn. 5; a.A. anscheinend *Medicus*, Schuldrecht II, 11. Aufl. 2003, Rn. 54.

<sup>20</sup> *BGH* NJW 2006, 1195, 1196.

<sup>21</sup> *Bitter/Meidt* ZIP 2001, 2114, 2116; *Brömmelmeyer* JZ 2006, 493; *Büdenbender* (Fn. 13), § 437 Rn. 14; *Faust* (Fn. 2), § 440 Rn. 1; *Heinrich* ZGS 2003, 253 Fn. 2; *P. Huber* NJW 2002, 1004, 1005; *Jud* JuS 2004, 841, 843; *Katzenstein* ZGS 2004, 349, 352; *Lamprecht* ZGS 2005, 266, 270, 273; *Lorenz* NJW 2003, 1417, 1418; *ders.* ZGS 2003, 398; *ders.* NJW 2006, 1175, 1176; *Palandt/Putzo* (Fn. 16), § 437 Rn. 4, § 439 Rn. 1; *Petersen* Jura 2002, 461, 462; *Westermann* (Fn. 15), § 437 Rn. 2; *Zimmer* (Fn. 13), S. 200.

sidiarität anderer Rechtsbehelfe führe keineswegs zu einem „Recht“ des Verkäufers zur zweiten Andienung.<sup>22</sup> Man meint zum einen, das geltende System des Schuldrechts verhindere lediglich die sofortige Geltendmachung der „sekundären Behelfe“, begründe damit aber kein subjektives Verkäuferrecht zur tatsächlichen Nachbesserung beim Käufer.<sup>23</sup> Ein Recht des Verkäufers, die Nacherfüllung tatsächlich durchzuführen, bestehe ebenso wenig wie eine rechtliche Pflicht des Käufers, eine solche zu dulden.<sup>24</sup> Zum anderen wird angeführt, ein eigener Anspruch des Verkäufers auf Nacherfüllung bestehe deshalb nicht, weil dies voraussetze, dass der Verkäufer den Käufer auf Duldung von Nacherfüllungsmaßnahmen verklagen könnte: Diese einschneidende Maßnahme sei durch die gesetzliche Regelung aber kaum gedeckt, weshalb der Käufer nur selbst einen Nachteil erleide, wenn er die Fristsetzung zur Nacherfüllung versäumt.<sup>25</sup> Manche sprechen daher im Ergebnis zurückhaltender von einer „zweiten Chance“ für den Verkäufer,<sup>26</sup> die in diesem Fall also einen bloßen Reflex des Nacherfüllungsanspruchs des Käufers darstellen würde.

Daran ist zunächst richtig, dass § 439 BGB ebenso wie die im Rahmen der sekundären Rechtsbehelfe wirkenden §§ 281 Abs. 1 Satz 1, 323 Abs. 1 BGB unmittelbar lediglich die Voraussetzungen und die Geltendmachung der Gläubigerrechtsbehelfe des Käufers regelt und eigene Rechte des Verkäufers als Schuldner selbst nicht ausdrücklich normiert.<sup>27</sup> Dass der Käufer gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 BGB Nacherfüllung verlangen „kann“, führt für sich genommen daher lediglich zu einer Nacherfüllungspflicht des Verkäufers, sobald der Käufer dieses Recht geltend gemacht hat; dagegen sagt § 439 BGB nirgends, dass der Käufer Nacherfüllung verlangen „muss“.<sup>28</sup>

Seine Grundlage findet das eigene Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung jedoch richtigerweise in § 433 Abs. 2 BGB, nämlich der *Abnahmepflicht*

<sup>22</sup> Jaensch Jura 2005, 649, 654; Jud JuS 2004, 841, 843; Lorenz JZ 2001, 742, 743; ders. NJW 2005, 1321, 1322; ders. NJW 2006, 1175, 1176; Oechsler, Schuldrecht BT, 2003, § 2 Rn. 78; Oetker/Maultzsch (Fn. 16), S. 105.

<sup>23</sup> Jud JuS 2004, 841, 843 f.; Oetker/Maultzsch (Fn. 16), S. 105.

<sup>24</sup> Jud JuS 2004, 841, 843; Lorenz NJW 2006, 1175, 1176; Oetker/Maultzsch (Fn. 16), S. 105.

<sup>25</sup> Oechsler (Fn. 22), § 2 Rn. 78.

<sup>26</sup> P. Huber, in: P. Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, Kap. 13 Rn. 8; Jud JuS 2004, 841, 843; Oetker/Maultzsch (Fn. 16), S. 105; Petersen Jura 2002, 461, 462.

<sup>27</sup> Petersen Jura 2002, 461, 462; zu diesem Charakteristikum der §§ 437 ff. BGB kritisch Wilhelm JZ 2001, 861, 868. Ähnlich Grigoleit/Riehm AcP 203 (2003), 727, 734: der Vorbehalt von Fristsetzung und -ablauf „beträchtigt und privilegiert“ das Recht des Schuldners auf Naturalandienung.

<sup>28</sup> Unerheblich ist für die hier untersuchte Fragestellung hingegen, ob es sich bei dem Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung um einen Anspruch handelt (so aber Oechsler (Fn. 22), § 2 Rn. 78): Schon aus § 194 Abs. 1 BGB ergibt sich, dass beide Rechtsbegriffe nicht deckungsgleich sind.

des Käufers. Diese Pflicht ist mit Abnahme der zunächst gelieferten, aber nicht vertragsgemäßen Sache nicht etwa i.S.d. § 362 Abs. 1 BGB infolge ihrer Erfüllung erloschen, denn gemäß § 433 Abs. 2 BGB schuldet der Käufer die Abnahme der „gekauften“ Sache, die also i.S.d. § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB sach- und rechtsmangelfrei sein muss.<sup>29</sup> Die Erfüllung der Abnahmepflicht kann der Verkäufer folglich auch nach Gefahrenübergang weiterhin verlangen: Die ab diesem Zeitpunkt das Vertragsprogramm mitbestimmenden §§ 437 ff. BGB führen zwar zu inhaltlichen Modifikationen im Pflichtenprogramm der Parteien, weshalb etwa der käuferische Nacherfüllungsanspruch gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 BGB dogmatisch als eine modifizierte Form des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs einzuordnen ist.<sup>30</sup> Die damit korrespondierende Abnahmepflicht des Käufers aus § 433 Abs. 2 BGB bleibt jedoch im Grundsatz weiterhin bestehen, ist nun aber ebenfalls insofern modifiziert, als sie nunmehr auf Abnahme der gemäß § 439 Abs. 1 BGB nachgebesserten oder aber ersatzweise gelieferten Sache gerichtet ist: Wenn der Käufer danach aber zur Abnahme einer insofern angedienten Sache verpflichtet ist, verfügt der Verkäufer auch über ein korrespondierendes Recht, diese zweite Andienung vorzunehmen.

Die Abnahmepflicht seines Vertragspartners bildet damit so lange die rechtliche Grundlage des Rechts des Verkäufers zur zweiten Andienung, bis sie ihrerseits entfallen ist: Letzteres ist aber erst dann der Fall, wenn der Käufer das Vertragsprogramm durch Geltendmachung eines derjenigen Rechtsbehelfe umgesteuert hat, durch welche die Abnahmepflicht beseitigt wird, was regelmäßig zunächst – wie bereits erörtert – den erfolglosen Ablauf einer Nachfrist (§§ 281 Abs. 1 Satz 1, 323 Abs. 1 BGB) voraussetzt. Bis zu diesem Zeitpunkt besteht damit ein genuines Verkäuferrecht zur zweiten Andienung, in dessen Ausübung der Verkäufer, wenn auch verspätet, die geschuldete Primärleistung noch erbringen und sich damit den Kaufpreis verdienen kann.

## 2. Das Recht des Schuldners zur zweiten Andienung außerhalb des Kaufrechts

Wenn das Recht zur zweiten Andienung nach dem Gesagten seinen Rechtsgrund also in der andauernden Pflicht des Vertragspartners zur Abnahme der (mittlerweile verspäteten) Leistung hat und das Andauern dieser Pflicht

<sup>29</sup> RGZ 53, 70, 73; RGZ 102, 292; *Staudinger/Beckmann*, BGB, 2004, § 433 Rn. 160.

<sup>30</sup> *Büdenbender* AcP 205 (2005), 386, 412; *Herresthal/Riehm* NJW 2005, 1457, 1458; *P. Huber* NJW 2002, 1004, 1005; *Jacobs* (Fn. 13), S. 371, 373; *Jud* JuS 2004, 841, 842; *Petersen* Jura 2002, 461; *Schubel* (Fn. 13), S. 123, 130; *Staudinger/Matusche-Beckmann* (Fn. 13), § 439 Rn. 1; *Sutschet* JZ 2005, 574, 575.

Delivered by Ingenta  
2-131-152-211-59 Thu, 01 Mar 2018 11:27:03  
Copyright Clearance Center, Inc. All rights reserved. www.copyright.com

rechtstechnisch dadurch bewirkt wird, dass ihrem Erlöschen regelmäßig das Erfordernis des erfolglosen Ablaufs einer Nachfrist (§§ 281 Abs. 1 Satz 1, 323 Abs. 1 BGB) als einer Vorgabe des *allgemeinen Schuldrechts* vorgeschaltet ist,<sup>31</sup> wird damit deutlich, dass das Recht zur zweiten Andienung im reformierten Schuldrecht kein Spezifikum des Kaufrechts darstellt: Das Recht des Schuldners zur zweiten Andienung besteht vielmehr auch außerhalb des Kaufrechts, nämlich immer dort, wo der Geltendmachung derjenigen Gläubigerrechtsbehelfe, durch welche die Pflicht zur Entgegennahme der geschuldeten Primärleistung zum Wegfall gebracht wird, eine Nachfristsetzung vorgeschaltet ist.<sup>32</sup>

Dies ist zum einen dort der Fall, wo die Gewährleistungsregelungen eines Vertragstyps ausdrücklich auf die Normen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts und damit auch §§ 281 Abs. 1 Satz 1, 323 Abs. 1 BGB verweisen, wie etwa im Werkvertragsrecht in § 634 BGB.<sup>33</sup> (Die Verpflichtung des Bestellers zur Abnahme des erst im zweiten Anlauf vertragsgemäß hergestellten Werkes folgt dabei aus § 640 Abs. 1 BGB.<sup>34</sup>) Ein Recht des Schuldners zur zweiten Andienung ergibt sich aber auch dort, wo ein entsprechender expliziter Verweis auf das Nachfristerfordernis im besonderen Schuldrecht zwar fehlt, dieses jedoch selbst keine eigene (im konkreten Fall einschlägige) Regelung des Rücktrittsrechts und Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung vorsieht und deshalb gleichwohl §§ 281 Abs. 1 Satz 1, 323 Abs. 1 BGB zur Anwendung gelangen,<sup>35</sup> wie beispielsweise im Mietrecht: Unterlässt es der Mieter etwa, die vertraglich übernommenen Schönheitsreparaturen auszuführen, so kann der Vermieter ihn nach § 281 BGB grundsätzlich erst auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, nachdem er ihm erfolglos eine angemessene Frist zur Durchführung der Nacherfüllung bestimmt hat<sup>36</sup> – der Mieter erhält damit ein Recht zur zweiten Andienung, weil der Vermieter die renovierte Mietsache entgegenezunehmen verpflichtet ist<sup>37</sup>. Schließlich finden sich im besonderen Schuldrecht noch Gewährleistungsvorschriften, die mit demselben Ergebnis ihrerseits zunächst ein Nachfristerfordernis vorsehen, wie

<sup>31</sup> *Staudinger/Matusche-Beckmann* (Fn. 13), § 437 Rn. 8.

<sup>32</sup> Vgl. *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht AT, 6. Aufl. 2005, Rn. 618.

<sup>33</sup> Vgl. *Palandt/Sprau* (Fn. 16), § 634 Rn. 2: „2. Erfüllungschance“ des Unternehmers.

<sup>34</sup> In der Begründung anders *OLG Celle NZBau* 2005, 153, 154: Eine mit § 640 Abs. 1 BGB korrespondierende gesetzliche Pflicht zur Mitwirkung bei der Mängelbeseitigung fehle, wobei es sich aber um eine „offensichtliche Regelungslücke“ handle.

<sup>35</sup> Vgl. *Lamprecht ZGS* 2005, 266, 270.

<sup>36</sup> *Schilling*, in *MünchKomm-BGB*, 4. Aufl. 2004, § 535 Rn. 124.

<sup>37</sup> *BGHZ* 86, 204, 208; *OLG Dresden NJW-RR* 2001, 79, 80.

dies etwa im Werkvertragsrecht bezüglich des Rechts des Bestellers zur Selbstvornahme (§ 637 Abs. 1 BGB) der Fall ist.<sup>38</sup>

Im Ergebnis scheint es daher nach alledem gerechtfertigt, im Recht des Schuldners zur zweiten Andienung ein *allgemeines Strukturmerkmal* des reformierten Schuldrechts zu sehen.

### III. Zweck und Funktion des Rechts zur zweiten Andienung

Fragt man nach dem Zweck des so begründeten Schuldnerrechts zur zweiten Andienung und seiner Funktion im System des geltenden Schuldrechts, so lassen sich dem Rechtsinstitut im Einzelnen drei Regelungsfunktionen zuordnen.

#### 1. Vertragserhaltungsfunktion

Grundlegende Bedeutung wird zunächst allgemein der Funktion des Rechts zur zweiten Andienung zugemessen, die Aufhebung des Vertrages zu verhindern und dadurch die wirtschaftlichen Nachteile abzuwenden, die für den Schuldner mit einer Vertragsrückabwicklung regelmäßig verbunden sind<sup>39</sup> (*Vertragserhaltungsfunktion*). Diese Vertragserhaltungsfunktion wird rechtstechnisch zunächst dadurch umgesetzt, dass die Ausübung derjenigen „sekundären“ Rechtsbehelfe, die zu einer Vertragsrückabwicklung führen können – nämlich Rücktritt und Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung – von der bereits mehrfach angesprochenen vorherigen Setzung einer Nachfrist abhängig gemacht und dadurch erreicht wird, dass der Vertrag während dieses Zeitraums erhalten bleibt. Sie verkörpert damit die gesetzgeberische Annahme, dass nach einmaliger mangelhafter Leistung das Vertrauen des Gläubigers in die Leistungsfähigkeit des Schuldners grundsätzlich noch nicht so stark erschüttert ist, dass ihm die Vertragsdurchführung nicht mehr zuzumuten wäre.<sup>40</sup> Gegenteilig gelagerten Fallkonstellationen

<sup>38</sup> Raab, in: Anwaltkommentar BGB (Fn. 13), § 637 Rn. 11. Die aus diesem Grund systematisch uneinheitliche Regelung des Fristsetzungserfordernisses innerhalb der werkvertragrechtlichen Rechtsbehelfe wird nicht zu Unrecht kritisiert von H. Roth JZ 2001, 543, 548.

<sup>39</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 221; Brömmelmeyer JZ 2006, 493; Büdenbender (Fn. 13), § 437 Rn. 14; P. Bydlinski ZGS 2005, 129; Möglichkeit des Verkäufers, „den Vertrag zu retten“; Derleder/Zänker NJW 2003, 2777; Döll/Rybak Jura 2005, 582, 585; Jud JuS 2004, 841, 843; Lorenz NJW 2003, 1417; Oechsler (Fn. 22), § 2 Rn. 73; Petersen Jura 2002, 461, 462; Soergel/Gsell, BGB, 13. Aufl. 2005, § 323 Rn. 56; Staudinger/Otto, BGB, 2004, § 281 Rn. A 12.

<sup>40</sup> Faust (Fn. 2), § 440 Rn. 2; Schürholz, Die Nacherfüllung im neuen Kaufrecht, 2005, S. 44; Staudinger/Matusche-Beckmann (Fn. 13), § 440 Rn. 3.

trägt das Gesetz dabei dadurch Rechnung, dass es in §§ 281 Abs. 2, 323 Abs. 2, 440, 636 BGB eine Frist zur Nacherfüllung unter bestimmten Umständen für entbehrlich erklärt – die grundsätzlich angestrebte Vertragserhaltung hängt also ihrerseits sowohl von der Erforderlichkeit einer Frist im konkreten Fall als auch von deren Länge ab.<sup>41</sup> Sofern der Schuldner während der angemessenen Nachfrist sein Recht zur zweiten Andienung ausübt und nunmehr vertragsgemäß leistet, bleibt der Vertrag damit auch über die gesetzte Frist hinaus dauerhaft erhalten und kann vollständig durchgeführt werden.

Das gesetzgeberische Ziel, welches mit der so erreichten Erhaltung der vertraglichen Bindung verfolgt wird, erschöpft sich dabei nicht in einer allgemeinen Stärkung des vertragsrechtlichen Grundsatzes *pacta sunt servanda*, wie sich vor allem anhand des Kaufrechts demonstrieren lässt: Hier soll mittels eines Rechts des Verkäufers zur zweiten Andienung nämlich speziell verhindert werden, dass sich der Käufer aus Anlass eines Sachmangels von einem Vertrag lösen kann, den er aus sonstigen Gründen bereut.<sup>42</sup> Der Telos der geltenden gesetzlichen Regelung stimmt insoweit mit dem Hintergrund des traditionellen Verkäuferrechts zur zweiten Andienung im Überseehandel überein, welches vor allem deshalb entwickelt wurde, weil Käufer sich vielfach gar nicht der mangelhaften Ware wegen vom Vertrag lösen wollten, sondern einfach deshalb, weil der Marktpreis mittlerweile gefallen war und ihnen die Vertragsauflösung damit die Möglichkeit gab, sich anderswo günstiger einzudecken (Spekulation).<sup>43</sup> Daneben dient die Vertragserhaltungsfunktion auch deshalb den Verkäuferinteressen, weil sie den organisatorischen und finanziellen Aufwand vermeiden hilft, der bei einer Vertragsrückabwicklung infolge des notwendigen Rücktransports der Ware sowie ihrer Verwertung entsteht – insoweit eignet dem Recht zur zweiten Andienung zugleich ein überindividueller Zweck, weil der Gesetzgeber vermeidbare Vertragsauflösungen ausdrücklich als volkswirtschaftlich nicht sinnvoll einstuft.<sup>44</sup>

<sup>41</sup> Ihre Abhängigkeit vom Fristsetzungserfordernis hat zur Folge, dass sich die Vertragserhaltung nicht allein als Zweck des ebenfalls darauf aufbauenden Rechts zur zweiten Andienung, sondern gleichermaßen des korrespondierenden Anspruches auf Nacherfüllung einordnen lässt (in letzterem Sinne etwa *Sutschet* JZ 2005, 574, 575).

<sup>42</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 89; *Ebert* NJW 2004, 1761, 1763 f.; *Faust* (Fn. 2), § 440 Rn. 2; *Jacobs* (Fn. 13), S. 371, 372; *Lorenz* JZ 2001, 742, 743; *ders.* NJW 2003, 1417; *ders.* NJW 2006, 1175; *Schürholz* (Fn. 40), S. 44; *Staudinger/Matusche-Beckmann* (Fn. 13), § 440 Rn. 3; *Zimmer/Eckhold* Jura 2002, 145, 149.

<sup>43</sup> *Großmann-Doerth* (Fn. 6), S. 186 zufolge liegt in den Käuferreaktionen auf Marktschwankungen „in gewissem Sinne der Kernpunkt des ganzen Andienungsproblems“.

<sup>44</sup> So die Gesetzesbegründung in BT-Drucks. 14/6040, S. 89 wie auch schon der Abschlußbericht (Fn. 11), S. 25; ebenso die Official Comments zu Art. 7.1.4 PICL, de-

Dass neben dem Rücktritt und dem Schadensersatzanspruch statt der Leistung auch der (auf das Kauf- und Werkvertragsrecht beschränkte<sup>45</sup>) Rechtsbehelf der Minderung (§§ 441, 638 BGB) eine vorherige Nachfristsetzung voraussetzt, ist dagegen nicht ohne weiteres mit dem Ziel der Vertragserhaltung begründbar: Da die Minderung im Ergebnis nicht zu einer Rückabwicklung des Vertrages führt, lässt sich insoweit allenfalls anführen, dass auch eine Minderung immerhin eine vermögensmäßige Liquidierung des zur vollständigen Erfüllung fehlenden Teils der Leistung unter Verzicht auf die Erfüllung in Natur bedeutet.<sup>46</sup> Aus Perspektive des Schuldnerrechts zur zweiten Andienung stellt sich diese Auswirkung jedoch nicht primär als Ausdruck der Vertragserhaltungs-, sondern vielmehr der sogleich zu erörternden Vertragsdurchführungsfunktion dar.

## 2. Vertragsdurchführungsfunktion

Das Recht zur zweiten Andienung beschränkt sich in seinem Zweck nicht darauf, in negativem Sinne die Aufhebung des Vertrages hinauszuschieben, sondern besitzt positiv zudem die weitere Funktion, die Durchführung des Vertrages zu bewirken.<sup>47</sup> Die damit angesprochene *Vertragsdurchführungsfunktion* zeitigt dabei sowohl Folgen für das „ob“ als auch für das „wie“ der Vertragsdurchführung:

In erstgenannter Hinsicht wird der Zweck des Andienungsrechts im Bereich des Kaufrechts häufig darin gesehen, dem Verkäufer eine erneute Möglichkeit zu verschaffen, sich den (vollen) Kaufpreis zu verdienen.<sup>48</sup> Verdient hat der Verkäufer sich den Kaufpreis dann, wenn er über einen durchsetzbaren Kaufpreisanspruch verfügt. An dessen Durchsetzbarkeit fehlt es allerdings zunächst, wenn der Verkäufer im Rahmen seiner ersten Andienung eine man-

---

nen zufolge das Recht zur zweiten Andienung „also reflects the policy of minimising economic waste“.

<sup>45</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 223. Nach *Schlechtriem/Schmidt-Kessel* (Fn. 32), Rn. 557 soll die Minderung hingegen durch § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB auch als allgemeiner Rechtsbehelf Eingang in das neue Schuldrecht gefunden haben – dies erscheint fraglich, da § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB nicht den Teilrücktritt, sondern den Rücktritt vom ganzen Vertrag betreffen dürfte.

<sup>46</sup> *Katzenstein* ZGS 2004, 349, 356; ähnlich *Soergel/Gsell* (Fn. 39), § 323 Rn. 6: der Sache nach teilweise Stornierung des vertraglichen Leistungsprogramms.

<sup>47</sup> Vgl. *Schlechtriem/Schmidt-Kessel* (Fn. 32), Rn. 618.

<sup>48</sup> *P. Bydlinski* ZGS 2005, 129; *Ebert* NJW 2004, 1761, 1763; *Herresthal/Riehm* NJW 2005, 1457, 1458; *Jorden/Lehmann* JZ 2001, 952, 958; *Lorenz* NJW 2003, 1417; *ders.* NJW 2006, 1175; *ders./Riehm* (Fn. 3), Rn. 504. Außerhalb des Kaufrechts ebenso *Dauner-Lieb*, in: *Anwaltkommentar BGB* (Fn. 13), § 281 Rn. 18; *Soergel/Gsell* (Fn. 39), § 323 Rn. 56; *Staudinger/Otto* (Fn. 39), § 281 Rn. A 12.

gelhafte Sache geliefert hat: In diesem Fall ist die Berechtigung des Käufers anerkannt, die Kaufpreiszahlung in voller Höhe einstweilen zu verweigern, wobei dieses Zurückbehaltungsrecht überwiegend zu Recht auf § 320 BGB gestützt wird, weil die Lieferung einer mangelfreien Sache eben auch nach erfolgtem Gefahrenübergang zum Inhalt der Leistungspflicht des Verkäufers gehört (§§ 433 Abs. 1 Satz 2, 437 Nr. 1, 439 BGB).<sup>49</sup> Eine andere Auffassung will dem Käufer dagegen die aus dem alten Kaufrecht bekannte sog. allgemeine Mängelreue zubilligen,<sup>50</sup> ohne dass diese abweichende Begründung relevante praktische Folgen zeitigte. In dieser Situation bietet das Recht zur zweiten Andienung dem Verkäufer nun die Möglichkeit, seinerseits die Vertragsdurchführung dadurch zu erzwingen, dass er im Wege der Nacherfüllung die Einrede des nicht erfüllten Vertrages beseitigt und sich somit den Kaufpreis verdient.<sup>51</sup>

Darüber hinaus verfolgt das Recht zur zweiten Andienung jedoch auch den Zweck, das „wie“ der Vertragsdurchführung zu regeln. Wenngleich sich nämlich etwa die Zahlung von Schadensersatz statt der Leistung begrifflich ebenfalls als eine Form der Vertragsdurchführung einordnen lässt,<sup>52</sup> sichert das Andienungsrecht dem Schuldner im Speziellen die Möglichkeit, die von ihm geschuldete Leistung in Natur zu erbringen.<sup>53</sup> Aus diesem Grund drängt es im Kauf- und Werkvertragsrecht auch das Minderungsrecht des Gläubigers zurück, welches den Schuldner durch die bewirkte Reduzierung seines Gegenleistungsanspruchs wirtschaftlich schlechter stellen kann, als er infolge der Kosten der zweiten Andienung stünde.<sup>54</sup> Daneben enthält das Recht zur zweiten Andienung nach zutreffender, aber bestrittener Ansicht noch weitere Vorgaben bezüglich der Durchführung der Mängelbeseitigung im Kaufvertrag, die im Text am Beispiel der umstrittenen Behandlung des Kostenersatzanspruchs des Käufers nach eigenmächtiger Mängelbeseitigung noch näher zu erörtern sein werden.<sup>55</sup>

<sup>49</sup> *Emmerich*, in MünchKomm-BGB, 4. Aufl. 2003, § 320 Rn. 6; *P. Huber* (Fn. 26), Kap. 13 Rn. 149; *Jauernig/Berger*, BGB, 11. Aufl. 2004, § 439 Rn. 7; *Jud JuS* 2004, 841; *Lorenz JuS* 2003, 36, 38; *Oetker/Maultzsch* (Fn. 16), S. 88; *Palandt/Grüneberg* (Fn. 16), § 320 Rn. 9; *Palandt/Putzo* (Fn. 16), § 437 Rn. 14; *Staudinger/Matusche-Beckmann* (Fn. 13), § 437 Rn. 18; *Staudinger/Otto* (Fn. 39), § 320 Rn. 26; *Tiedtke/Schmitt DStR* 2004, 2016.

<sup>50</sup> *Erman/Grunewald*, BGB, 11. Aufl. 2004, Vor § 437 Rn. 7.

<sup>51</sup> *Schroeter NJW* 2006, 1761, 1762.

<sup>52</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 137; *Heinrichs*, in Festschrift Derleder, 2005, S. 87, 93; *Jorden/Lehmann JZ* 2001, 952, 961; *Schlechtriem/Schmidt-Kessel* (Fn. 32), Rn. 618.

<sup>53</sup> *Herresthal/Riehm NJW* 2005, 1457, 1458; *Lamprecht ZGS* 2005, 266, 268, 271.

<sup>54</sup> Insoweit zweifelnd *Dauner-Lieb/Arnold*, in Festschrift Hadding, 2004, 25, 29.

<sup>55</sup> Dazu unten V 2.

### 3. Absatzfunktion

Von regelmäßig untergeordneter Bedeutung ist demgegenüber die dritte Funktion des Rechts zur zweiten Andienung, die darin besteht, dem Schuldner die Rücknahme des Gegenstandes seiner Sachleistungspflicht zu ersparen, zu der er bei Abwicklung des Vertrages im Rahmen der sekundären Rechtsbehelfe verpflichtet sein kann (§§ 281 Abs. 5, 346 Abs. 1 BGB), ihm mit anderen Worten also den Absatz der Kaufsache, des hergestellten Werkes etc. zu erlauben (*Absatzfunktion*). Diese Wirkung des Andienungsrechts wird für den Schuldner nur dann von Interesse sein, wenn ihm daran gelegen ist, den geschuldeten Gegenstand wegzuschaffen: Im Kaufrecht kann dies etwa der Fall sein, wenn der Verkäufer über ein besonderes Interesse an der Freimachung seines Lagers verfügt<sup>56</sup> oder die gelieferte, aber zunächst nicht vertragsgemäße Kaufsache allein durch die Tatsache der Lieferung so erheblich an Marktwert verloren hat, dass der Verkäufer sie nach Rückgabe nur noch mit großem Verlust an Dritte veräußern könnte (Beispiel: gelieferter mangelhafter Neuwagen nach Zulassung<sup>57</sup>). Von deutlich größerer Bedeutung ist die Absatzfunktion demgegenüber im Werkvertragsrecht, weil der Unternehmer hier für ein Werk, das speziell für den Besteller hergestellt wurde, häufig gar keine anderen Abnehmer finden wird.<sup>58</sup>

## IV. Inhalt und Grenzen des Rechts zur zweiten Andienung

Inhalt und Grenzen des Schuldnerrechts zur zweiten Andienung werden im Einzelnen maßgeblich durch die im konkreten Fall vom Gläubiger gesetzte oder zu setzende Nachfrist bestimmt, neben der sich allerdings noch weitere Faktoren auswirken. Die folgende Erörterung konzentriert sich insoweit auf das Recht zur zweiten Andienung im *Kaufrecht*, bei dem es sich um die praktisch wie auch dogmatisch zentrale Spielart des Andienungsrechts handeln dürfte. Das Andienungsrecht des Verkäufers weist dabei freilich zugleich eine Besonderheit auf, weil es inhaltlich durch § 439 Abs. 1 BGB dahingehend konkretisiert wird, dass die Nacherfüllung alternativ im Wege der Beseitigung des Mangels (also der Nachbesserung, regelmäßig durch Reparatur) oder aber der Lieferung einer mangelfreien Sache (Ersatzlieferung) in Frage kommt – nach

<sup>56</sup> RGZ 57, 105, 108; BGH DB 1975, 1407; Erman/Grunewald (Fn. 50), § 433 Rn. 52.

<sup>57</sup> Heinrich ZGS 2003, 253, 254 f.

<sup>58</sup> Vgl. Erman/Schwenker (Fn. 50), § 636 Rn. 15; Finn ZGS 2004, 32, 35; Raab (Fn. 38), § 636 Rn. 25; Staudinger/Peters, BGB, 2003, § 634 Rn. 86; Voit, in: Bamberger/Roth (Fn. 2), § 636 Rn. 25.

dem reformierten Kaufrecht kann die „zweite Andienung“ folglich entweder durch das Angebot des nachgebesserten, bereits zuvor einmal andienten Kaufgegenstandes oder aber einer anderen, mangelfreien Sache geschehen.<sup>59</sup>

Soweit dieses Recht zur zweiten Andienung allerdings gelegentlich als bloße „Kehrseite“ des Anspruchs des Käufers auf Nacherfüllung aus §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB umschrieben wird,<sup>60</sup> erweist sich diese Charakterisierung bei genauerem Hinsehen als irreführende Verkürzung: Nacherfüllungsanspruch des Käufers und Nacherfüllungsrecht des Verkäufers korrespondieren tatsächlich nicht stets.<sup>61</sup>

### 1. Zeitliche Kongruenz von Nacherfüllungsanspruch und Recht zur zweiten Andienung

#### a) Recht zur zweiten Andienung schon vor Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs?

Gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB „kann“ der Käufer Nacherfüllung verlangen, sofern der Kaufgegenstand zum Zeitpunkt des Gefahrenüberganges mit einem Sachmangel behaftet war. Das Gesetz sieht dabei für die Geltendmachung dieses Anspruches neben der Verjährung (§ 438 BGB) keine bestimmte Frist vor<sup>62</sup>, noch verpflichtet es den Käufer, dem Verkäufer zu irgendeinem Zeitpunkt eine Frist zur Nacherfüllung zu setzen.<sup>63</sup> Vor dem Hintergrund dieser gesetzlichen Ausgestaltung des Nacherfüllungsanspruchs stellt sich daher die Frage, ob das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung diesem erst ab der Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs durch den Käufer zusteht oder ob der Verkäufer bereits vorher nacherfüllen darf, sein Recht also von der Geltendmachung des korrespondierenden Käuferanspruches unabhängig ist.

Geht man davon aus, dass die Abnahmepflicht des Käufers (§ 433 Abs. 2 BGB) bei Lieferung einer nicht vertragsgemäßen Sache auch nach dem Gefahrenübergang fortbesteht<sup>64</sup>, so scheint auch ein daraus abgeleitetes Verkäuferrecht auf zweite Andienung bereits ab diesem Zeitpunkt zu bestehen. In diese Richtung weist auch die verbreitete Annahme, der Nacherfüllungsan-

<sup>59</sup> *Schroeter* NJW 2006, 1761.

<sup>60</sup> *Büdenbender* (Fn. 13), § 439 Rn. 6; *Ebert* NJW 2004, 1761.

<sup>61</sup> *Faust* (Fn. 2), § 439 Rn. 2, § 440 Rn. 5; *Staudinger/Matusche-Beckmann* (Fn. 13), § 440 Rn. 3.

<sup>62</sup> *Palandt/Putzo* (Fn. 16), § 439 Rn. 7; *Schroeter* NJW 2006, 1761, 1762 f.; *Schürholz* (Fn. 40), S. 65; *Staudinger/Matusche-Beckmann* (Fn. 13), § 439 Rn. 8.

<sup>63</sup> *Gsell* JZ 2001, 65, 69.

<sup>64</sup> *Schroeter* NJW 2006, 1761, 1764.

spruch des Käufers entstehe grundsätzlich bereits mit dem Gefahrenübergang.<sup>65</sup>

Probleme wirft jedoch das Wahlrecht zwischen den beiden Nacherfüllungsformen der Ersatzlieferung und der Nachbesserung (Reparatur) auf, welches durch § 439 Abs. 1 BGB – insoweit anders als im Werkvertragsrecht (§ 635 Abs. 1 BGB) – dem Käufer als dem Gläubiger des Nacherfüllungsanspruches übertragen wird: Sofern im konkreten Fall weder Ersatzlieferung noch Nachbesserung i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB unmöglich sind oder gemäß §§ 275 Abs. 2 oder 3, 439 Abs. 3 BGB vom Verkäufer verweigert werden können, wird der Inhalt des Rechts zur zweiten Andienung damit erst durch die Ausübung des Käuferwahlrechts des § 439 Abs. 1 BGB konkretisiert<sup>66</sup> und kann folglich vorher durch den Verkäufer seinerseits nicht ausgeübt werden, da andernfalls die in § 439 Abs. 1 BGB vorgenommene Zuweisung des Bestimmungsrechts ausgehebelt würde.<sup>67</sup> Die Vertragsdurchführungsfunktion des Andienungsrechts, die in dieser Sachlage aufgrund des Interesses des Verkäufers an der möglichst frühzeitigen Erlangung eines durchsetzbaren Kaufpreisanspruches<sup>68</sup> im Vordergrund steht, kann mithin ebenfalls einstweilen nicht verwirklicht werden.

Anders stellt sich die Situation dann dar, wenn eine der beiden in § 439 Abs. 1 BGB genannten Arten, auf die das Andienungsrecht verwirklicht werden kann, i.S.d. § 275 BGB unmöglich ist: Da in diesem Fall von vorneherein kein Käuferwahlrecht besteht,<sup>69</sup> darf der Verkäufer sein Recht zur zweiten Andienung gemäß § 271 Abs. 1 BGB sofort ausüben, selbst wenn der Käufer seinen Nacherfüllungsanspruch noch nicht geltend gemacht hat. Dasselbe muss im Ergebnis für Konstellationen gelten, in denen der Verkäufer eine der beiden in Frage kommenden Nacherfüllungsarten aufgrund der §§ 275 Abs. 2 oder 3, 439 Abs. 3 BGB verweigern kann: Da keine überzeugenden Gründe erkennbar sind, warum der Verkäufer sein Verweigerungsrecht nicht schon vor der Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruches durch den Käufer sollte ausüben dürfen,<sup>70</sup> steht es ihm frei, nach seiner Wahl sogleich von seinem Recht zur zweiten Andienung in der Form Gebrauch zu machen, auf welche

<sup>65</sup> *Büdenbender* (Fn. 13), § 439 Rn. 23; *P. Huber* (Fn. 26), Kap. 13 Rn. 45; *ders.* NJW 2002, 1004, 1005; *Jacobs* (Fn. 13), S. 371, 374; *Oechsler* NJW 2004, 1825, 1826.

<sup>66</sup> *Büdenbender* AcP 205 (2005), 386, 396; *Schroeter* NJW 2006, 1761.

<sup>67</sup> Zur Frage, ob durch (direkte oder analoge) Anwendung des § 264 Abs. 2 BGB ein Übergang des Wahlrechts auf den Verkäufer herbeigeführt werden kann, vgl. näher *Schroeter* NJW 2006, 1761, 1763 f.

<sup>68</sup> Siehe dazu bereits unter III 2.

<sup>69</sup> *Jaensch* Jura 2005, 649, 650.

<sup>70</sup> *Jaensch* Jura 2005, 649, 650; *Jorden/Lehmann* JZ 2001, 952, 958; a.A. *Palandt/Putzo* (Fn. 16), § 439 Rn. 14.

Delivered by Ingenta  
131.152.211.59 Thu, 01 Mar 2018 11:27:03  
Copyright Clearance Center

sich gemäß § 439 Abs. 3 Satz 3 BGB der Nacherfüllungsanspruch des Käufers beschränkt; die formlos mögliche<sup>71</sup> Verweigerungserklärung i.S.d. § 439 Abs. 3 Satz 1 BGB ist in diesem Fall konkludent in der zweiten Andienung enthalten. Handelt der Verkäufer, bevor der Käufer Nacherfüllung verlangt hat, so trägt er freilich das Risiko der Beurteilung, ob eine Nachfristsetzung durch den Käufer im konkreten Fall überhaupt erforderlich ist – irrt er insofern, weil tatsächlich ein Fristsetzungsentbehrlichkeitstatbestand (§§ 281 Abs. 2, 323 Abs. 2 BGB) einschlägig ist, so kann der Käufer die Andienung zurückweisen und sodann von seinen sekundären Rechtsbehelfen Gebrauch machen.

*b) Recht zur zweiten Andienung noch nach Ablauf der Frist zur Nacherfüllung?*

Des Weiteren ist zu fragen, ob dem Verkäufer das Recht zur zweiten Andienung nur bis zum Ablauf der ihm zu diesem Zweck vom Käufer gesetzten (zeitlich angemessenen) Frist zusteht, oder ob er seine Leistung noch nach diesem Zeitpunkt erbringen darf mit der Folge, dass der Käufer diese annehmen hat.<sup>72</sup>

*aa) Ausübung eines sekundären Rechtsbehelfs als Grenze*

Die Antwort gibt der Gesetzeswortlaut selbst, und zwar in Gestalt des § 281 Abs. 4 BGB, dem zufolge der Anspruch auf die Leistung ausgeschlossen ist, sobald der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangt hat – bis zum Zeitpunkt eines solchen Schadensersatzverlangens besteht der Primärleistungsanspruch des Gläubigers folglich fort, obgleich die gesetzte Frist zwischenzeitlich abgelaufen ist.<sup>73</sup> Dem erfolglosen Fristablauf selbst kommt damit hinsichtlich des Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruches keine gestaltende Wirkung zu;<sup>74</sup> er stellt vielmehr lediglich eine Voraussetzung für die rechtsgestaltende Erklärung dar, die mit dem Verlangen des Schadensersatzes statt der Leistung zugleich den Anspruch auf Erbringung der Primärleistung

<sup>71</sup> Palandt/Putzo (Fn. 16), § 439 Rn. 16.

<sup>72</sup> BGH NJW 2006, 1198 lässt die Frage offen.

<sup>73</sup> BGH NJW 2006, 1198, 1199; Derleder/Hoolmans NJW 2004, 2787; Derleder/Zänker NJW 2003, 2777; Ernst, in MünchKomm-BGB, 4. Aufl. 2003, § 281 Rn. 67; Faust, in: P. Huber/Faust (Fn. 26), Kap. 3 Rn. 154; Heinrichs (Fn. 52), S. 87, 105; Lorenz/Riehm (Fn. 3), Rn. 234; Schwab JR 2003, 133, 134; Staudinger/Otto (Fn. 39), § 281 Rn. D 7.

<sup>74</sup> Bűdenbender AcP 205 (2005), 386, 411; Ernst (Fn. 73), § 281 Rn. 78, § 323 Rn. 143; Schubel (Fn. 13), S. 123, 134.

gemäß § 281 Abs. 4 BGB endgültig untergehen lässt.<sup>75</sup> Bis diese Erklärung dem Verkäufer zugegangen ist (§ 130 Abs. 1 BGB), besteht mit dem Käuferanspruch auf Übergabe und Übereignung der nachgebesserten oder ersatzweise gelieferten Kaufsache hingegen auch der korrespondierende Verkäuferanspruch auf Abnahme der Kaufsache fort. Damit bleibt das darin wurzelnde Recht zur zweiten Andienung ebenfalls unberührt, nämlich so lange, bis der Käufer den Vertrag umgesteuert hat.<sup>76</sup>

Der Zeitpunkt ihrer Geltendmachung markiert – im Einklang mit der Vorgabe des § 281 Abs. 4 BGB für den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung – auch bei den übrigen Rechtsbehelfen, die zum Untergang des Erfüllung- und Nacherfüllungsanspruches führen, zugleich den Endpunkt des Schuldnerrechts zur zweiten Andienung: Dies folgt für den Anspruch auf Aufwendungsersatz gemäß § 284 BGB aus der in dieser Norm enthaltenen Bezugnahme auf den Schadensersatz statt der Leistung, mittels derer auch § 281 Abs. 4 BGB für anwendbar erklärt wird,<sup>77</sup> und für den Rücktritt aus der Vorschrift des § 349 BGB.<sup>78</sup> Da sich eine entsprechende Anordnung schließlich in Gestalt des § 441 Abs. 1 Satz 1 BGB auch für die Minderung findet,<sup>79</sup> enthält das System des reformierten Schuldrechts eine konsistente Regelung der zeitlichen Beendigung des Verkäuferrechts zur zweiten Andienung, welches nach alledem vom Ablauf einer gesetzten Nachfrist nicht berührt wird.<sup>80</sup>

<sup>75</sup> *BGH* NJW 2006, 1198, 1199. Bis zu diesem Zeitpunkt besteht der Anspruch auf Erfüllung also *neben* dem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung, der für den Gläubiger *ipso iure* mit dem Fristablauf entstanden ist, weshalb manche von einer zwischenzeitlichen „Doppelberechtigung“ des Gläubigers sprechen (so *Ernst* (Fn. 73), § 281 Rn. 67).

<sup>76</sup> *Althammer* NJW 2006, 1179, 1181; *Derleder/Hoolmans* NJW 2004, 2787; *Ernst* (Fn. 73), § 281 Rn. 82; *Faust* (Fn. 73), Kap. 3 Rn. 155; *Jauernig/Stadler* (Fn. 49), § 281 Rn. 15; *Palandt/Heinrichs* (Fn. 16), § 281 Rn. 50; *ders.* (Fn. 52), S. 87, 107; *Schubel* (Fn. 13), S. 123, 134; a.A. *Büdenbender* (Fn. 13), § 439 Rn. 6; *Lorenz* JuS 2003, 36, 39; *Staudinger/Otto* (Fn. 39), § 281 Rn. D 8.

<sup>77</sup> *Staudinger/Otto* (Fn. 39), § 284 Rn. 45.

<sup>78</sup> *Althammer* NJW 2006, 1179, 1180; *Derleder/Hoolmans* NJW 2004, 2787, 2789.

<sup>79</sup> *Westermann* (Fn. 15), § 441 Rn. 17.

<sup>80</sup> Auf das Recht zur zweiten Andienung im Werkvertragsrecht lässt sich dieser Befund hingegen deshalb nicht vollständig übertragen, weil die Regelung des § 637 BGB für die Selbstvornahme der Mängelbeseitigung durch den Besteller – systemfremd – keine vorherige Mitteilung an den Werkunternehmer vorsieht: Hier kann es daher zur Kollision zwischen dem fortbestehenden Recht zur zweiten Andienung und der Selbstvornahme kommen (*Preussner* BauR 2002, 231, 235), die man in dieser Situation dann zugunsten des Bestellers wird auflösen müssen, wenn dieser bereits mit der Selbstvornahme begonnen hat – andernfalls muss er das angeordnete Werk hingegen abnehmen, weil der vom Vertrag geforderte Zustand durch die zweite Andienung schließ-

*bb) Gefahr eines „Rechts zur dritten Andienung“?*

Gegen dieses Ergebnis lässt sich nicht überzeugend einwenden, der Schuldner sei – innerhalb wie außerhalb des Kaufrechts – nach Ablauf der Nachfrist nicht mehr schutzwürdig, da er weder bis zur Fälligkeit noch bis zum Ende der Nachfrist geleistet und sich damit zweifach vertragswidrig verhalten habe;<sup>81</sup> dem Gläubiger dürfe sein Wahlrecht aus § 281 Abs. 4 BGB nicht durch ein „Recht des Schuldners zur dritten Andienung“ genommen werden.<sup>82</sup> Entscheidend ist vielmehr, dass der Gläubiger es in der Hand hat, nach Ablauf der Nachfrist sogleich eine Erklärung nach §§ 281 Abs. 4, 349, 441 Abs. 1 Satz 1 BGB abzugeben und sich so vor einer Andienung durch den Schuldner sowie etwaigen frustrierten Kosten zu schützen.<sup>83</sup> Übt der Gläubiger sein Recht zur Geltendmachung eines sekundären Rechtsbehelfs hingegen zunächst nicht aus, so hält er damit einstweilen an seinem Erfüllungsanspruch fest und erzeugt dadurch bei dem Schuldner zugleich Vertrauen in die Möglichkeit, die Nacherfüllungsleistung noch erbringen zu können. An diesem muss er sich festhalten lassen mit der Folge, dass er eine verspätet angediente Sache (oder sonstige Leistung) auch abnehmen muss – andernfalls könnte der Gläubiger den Vertrag beliebig lange in der Schwebe halten, ohne dass sich der Schuldner dagegen zu wehren vermöchte.<sup>84</sup> Nur die hier vertretene Auslegung entspricht zudem der klaren Absicht des Gesetzgebers zu dieser Frage, die jener in der Regierungsbegründung mit den Worten niederlegte: „Außerdem kann der Schuldner die Ungewissheit jederzeit dadurch beenden, dass er die nach dem Schuldverhältnis geschuldete Leistung erbringt.“<sup>85</sup> Die Kompensation des Gläubigers für Nachteile, die ihm durch die wiederum verspätete Leistung des Schuldners entstanden sind, erfolgt über einen Anspruch auf Ersatz des Verzugsschadens gemäß § 280 Abs. 1, 2 i.V.m. § 286 BGB<sup>86</sup> – in der Fristsetzung ist insoweit zugleich die nach § 286 Abs. 1 BGB grundsätzlich erforderliche Mahnung zu sehen.<sup>87</sup>

lich hergestellt wird (a.A. *Palandt/Sprau* (Fn. 16), § 637 Rn. 5; *Raab* (Fn. 38), § 637 Rn. 14).

<sup>81</sup> So *Finn* ZGS 2004, 32, 36; *Staudinger/Otto* (Fn. 39), § 281 Rn. D 8.

<sup>82</sup> So zum Kaufrecht *Bressler* NJW 2004, 3382, 3385; *Dauner-Lieb* (Fn. 48), § 281 Rn. 51; *Finn* ZGS 2004, 32, 34; *Gsell* Jb.J.ZivRWiss. 2001, 105, 115; *Schwab* JR 2003, 133, 134; ebenso zur parallelen Konstellation im Werkvertragsrecht *Raab* (Fn. 38), § 637 Rn. 14.

<sup>83</sup> *Ernst* (Fn. 73), § 281 Rn. 82.

<sup>84</sup> *Althammer* NJW 2006, 1179, 1181; *Faust* (Fn. 73), Kap. 3 Rn. 155.

<sup>85</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 140.

<sup>86</sup> *Derleder/Hoolmans* NJW 2004, 2787.

<sup>87</sup> *Grigoleit/Riehm* AcP 203 (2003), 727, 746; *Soergel/Gsell* (Fn. 39), § 323 Rn. 5.

### cc) Überlegungsfrist des Gläubigers

Man wird dem Gläubiger allerdings im unmittelbaren Anschluss an den Ablauf der Nachfrist eine kurze *Überlegungsfrist* einräumen müssen, während dessen er sich über die Wahl des geltend zu machenden Rechts schlüssig werden kann.<sup>88</sup> Während dieser Überlegungsfrist, die sich im Wege der teleologischen Auslegung aus den §§ 281 Abs. 4, 349, 441 Abs. 1 Satz 1 BGB herleiten lässt, ist das Recht des Gläubigers zur zweiten Andienung daher suspendiert. Zwar resultiert aus dieser Vorgabe im Ergebnis die auf den ersten Blick missliche Folge, dass der Schuldner nicht unmittelbar nach Ablauf der Nachfrist andienen kann, wohl aber in größerem zeitlichen Abstand dazu (wenn nämlich die Überlegungsfrist verstrichen ist, ohne dass der Gläubiger sein Wahlrecht zugunsten des Schadensersatzes statt der Leistung, des Rücktritts oder der Minderung ausgeübt hat) – dies erscheint gleichwohl geboten, um den Bedürfnissen des auch im zweiten Anlauf nicht vertragsgemäß befriedigten Gläubigers und damit dem Sinn und Zweck des nunmehr eröffneten Zugriffs auf die sekundären Rechtsbehelfe gerecht zu werden.

Der Gläubiger kann das Risiko, das in der möglicherweise schwierigen Bestimmung einer im vorgenannten Sinne „kurzen“ Überlegungsfrist begründet liegt, im Übrigen dadurch umgehen, dass er bereits mit der Fristsetzung zugleich Schadensersatz statt der Leistung verlangt oder den Rücktritt (bzw. die Minderung) für den Fall erklärt, dass der Schuldner innerhalb der gesetzten Frist nicht leistet: Hierin liegt nach richtiger Ansicht eine zulässige Potestativbedingung,<sup>89</sup> mittels derer der Gläubiger in sinnvoller Weise frühzeitig Rechtsklarheit für sich und den Schuldner schaffen kann.<sup>90</sup>

<sup>88</sup> *Ernst* (Fn. 73), § 281 Rn. 82, 86; *Finn* ZGS 2004, 32, 37; großzügiger *Derleder/Hoolmans* NJW 2004, 2787, 2789 (für eine „angemessene“ Überlegungsfrist); zurückhaltend *Heinrichs* (Fn. 52), S. 87, 107: wohl nur in besonders liegenden Ausnahmefällen.

<sup>89</sup> *Dedek*, in: *Henssler/v. Westphalen*, Praxis der Schuldrechtsreform, 2. Aufl. 2003, § 281 Rn. 26; *Ernst* (Fn. 73), § 281 Rn. 96, § 323 Rn. 148; *Palandt/Heinrichs* (Fn. 16), § 281 Rn. 50a; *Schwab* JR 2003, 133, 138; *Soergel/Gsell* (Fn. 39), § 323 Rn. 84; *Wieser* NJW 2003, 2432, 2433.

<sup>90</sup> *Schubel* (Fn. 13), S. 123, 134. Gegen die Zulässigkeit dieses Vorgehens *Derleder/Zänker* NJW 2003, 2777, 2780 mit der kaum überzeugenden Begründung, der vom Gesetz vorausgesetzte Verständigungsprozess werde andernfalls in unproduktiver Weise abgeschnitten; *Derleder/Hoolmans* NJW 2004, 2787, 2788; *Grüneberg*, in: *Bamberger/Roth* (Fn. 2), § 281 Rn. 49; *Heinrichs* (Fn. 52), S. 87, 106 f.

*dd) Gemeinschaftsrechtskonformität eines „überschießenden“ Andienungsrechts*

Für den Bereich des Kaufrechts wird schließlich die Vereinbarkeit des hier vertretenen, fortdauernden Andienungsrechts mit Art. 3 Abs. 5 zweiter Spiegelstrich Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bezweifelt: Dieser Richtlinienvorgabe zufolge kann der Verbraucher nämlich eine angemessene Minderung des Kaufpreises oder eine Vertragsauflösung verlangen, „wenn der Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist Abhilfe geschaffen hat“. In eine ähnliche Richtung scheint auch Art. 3 Abs. 3 Satz 3 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zu weisen mit der Vorgabe, dass die Nachbesserung oder die Ersatzlieferung innerhalb einer angemessenen Frist „erfolgen“ muss: Dies könnte man nun jeweils so verstehen, dass allein eine ordnungsgemäße Nacherfüllung innerhalb der gesetzten Frist dem Käufer den Zugriff auf die genannten sekundären Rechtsbehelfe verschließt, welcher hingegen, sofern er einmal eröffnet ist, durch eine Nacherfüllung nach Fristablauf nicht wieder verloren gehen darf.<sup>91</sup>

Nach vorherrschender und zutreffender Ansicht<sup>92</sup> bedarf Art. 3 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie insoweit jedoch einer teleologischen Auslegung dahingehend, dass das Rechtsbehelfssystem der Richtlinie lediglich die durch die Vertragswidrigkeit des gelieferten Verbrauchsguts entstandenen Äquivalenzverschiebungen beseitigen will<sup>93</sup> – nach einer erfolgreichen zweiten Andienung ist zu diesem Zweck ein Vertragsaufhebungsrecht jedoch nicht mehr erforderlich, weil ein ergänzend notwendiger Ausgleich im Wege des begleitenden Schadensersatzes herbeigeführt werden kann.<sup>94</sup> Das deutsche Recht in der hier vertretenen Auslegung erweist sich daher als richtlinienkonform.

*2. Sachliche Kongruenz von Nacherfüllungsanspruch und Recht zur zweiten Andienung*

Auch in sachlicher Hinsicht erweist sich das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung nicht stets als die exakte „Kehrseite“ des Anspruchs des Käufers auf Nacherfüllung. Eine strikte Parallelität des Gläubigeranspruches auf Nacherfüllung mit dem Schuldnerrecht zur zweiten Andienung liegt vielmehr nur dort vor, wo die Unmöglichkeit der Nacherfüllung i.S.v. § 275 Abs. 1

<sup>91</sup> *Ernst/Gsell* ZIP 2001, 1410, 1417f.; *Hoffmann* ZRP 2001, 347, 350; *Roth*, in: *Ernst/Zimmermann* (Fn. 13), 225, 245.

<sup>92</sup> *Faust* (Fn. 2), § 437 Rn. 24; *Jud Jb.J.ZivRWiss.* 2001, 205, 219; *Leible* (Fn. 13), Rn. 84; *Schlechtriem*, in: *Ernst/Zimmermann* (Fn. 13), S. 205, 219.

<sup>93</sup> *Leible* (Fn. 13), Rn. 84.

<sup>94</sup> Vgl. dazu sogleich im Text unter IV 3.

BGB in Rede steht: Ein Leistungshindernis i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB lässt nämlich stets sowohl den Nacherfüllungsanspruch des Käufers (§ 275 Abs. 1 BGB) wie auch das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers (§§ 283, 311a Abs. 2, 326 Abs. 5 BGB) entfallen.<sup>95</sup>

Im Übrigen fallen beide Rechtsfiguren, soweit ihr Inhalt betroffen ist, in einer Reihe von Konstellationen auseinander. Diese lassen sich in zwei Fallgruppen zusammenfassen: Zum einen kann die Verkäuferseite ein Recht zur zweiten Andienung der Kaufsache besitzen, obgleich dem Käufer kein Nacherfüllungsanspruch zusteht (dazu unter a)), und zum anderen kann es einen Nacherfüllungsanspruch des Käufers ohne korrespondierendes Andienungsrecht seines Vertragspartners geben (b)).

*a) Recht zur zweiten Andienung ohne korrespondierenden Nacherfüllungsanspruch*

*aa) Recht zur zweiten Andienung trotz Leistungsverweigerungsrechts des Verkäufers*

Zu dieser ersten Fallgruppe zählen vor allem Konstellationen, in denen die vom Käufer gemäß § 439 Abs. 1 BGB gewählte Nacherfüllungsart nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist. In diesem Fall kann der Verkäufer sein Leistungsverweigerungsrecht aus §§ 275 Abs. 2 und 3, 439 Abs. 3 BGB dadurch ausüben, dass er eine entsprechende Einrede erhebt, die – soweit berechtigt – den Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs des Käufers bewirkt. Sowohl §§ 275 Abs. 2 und 3 BGB als auch § 439 Abs. 3 BGB dienen jedoch dem Schutz des Schuldners im Allgemeinen bzw. des Verkäufers im Besonderen<sup>96</sup> und stellen es diesem daher frei, auf die Ausübung seines Leistungsverweigerungsrechts zu verzichten und die Nacherfüllung trotz der damit verbundenen unverhältnismäßigen Kosten vorzunehmen,<sup>97</sup> etwa um seinen guten Ruf zu wahren<sup>98</sup> oder weil er das Entstehen der Gewährleistungsrechte der zweiten Stufe deshalb verhindern will, weil ihn diese noch stärker belasten würden.<sup>99</sup> Schließlich mag der Verkäufer in bestimmten Fäl-

<sup>95</sup> Faust (Fn. 2), § 440 Rn. 5; Gruber JZ 2005, 707, 709; Staudinger/Matusche-Beckmann (Fn. 13), § 440 Rn. 3.

<sup>96</sup> Jansen ZIP 2002, 877, 878; Jorden/Lehmann JZ 2001, 952, 958; Oetker/Maultzsch (Fn. 16), S. 97.

<sup>97</sup> BGHNJW 2006, 1195, 1197; Faust (Fn. 2), § 439 Rn. 2, § 440 Rn. 5; Jacobs (Fn. 13), S. 371, 382; Jorden/Lehmann JZ 2001, 952, 958; Lorenz NJW 2006, 1175, 1178; Oetker/Maultzsch (Fn. 16), S. 97.

<sup>98</sup> Gsell JZ 2001, 65, 69.

<sup>99</sup> Jacobs (Fn. 13), S. 371, 382; Jorden/Lehmann JZ 2001, 952, 958.

len auch ein besonderes Interesse gerade am Absatz des konkreten Kaufgegenstandes haben, welches er über sein Andienungsrecht durchsetzen kann.

An dieser Möglichkeit zeigt sich, dass das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung insoweit weiter reicht als der Nacherfüllungsanspruch des Käufers.<sup>100</sup>

### *bb) Recht zur zweiten Andienung beim „Stückkauf“*

Daneben mag man überlegen, ob dem Verkäufer ein „überschießendes“ Recht zur zweiten Andienung im Wege der Ersatzlieferung auch dort zustehen kann, wo seine Lieferpflicht nach dem Kaufvertrag als Stückschuld ausgestaltet war und aus diesem Grunde nach vielfach vertretener Ansicht ein Ersatzlieferungsanspruch des Käufers nicht bestehen soll.<sup>101</sup> Die Antwort, die einen hochgradig umstrittenen Fragenkomplex zu den Voraussetzungen des Nacherfüllungsanspruchs gemäß § 439 Abs. 1 BGB betrifft, muss differenzierend ausfallen: Nur sofern die Parteien ihren Kaufvertrag *in abschließender Weise* auf einen individualisierten Kaufgegenstand beschränkt haben, scheidet ein Recht zur zweiten Andienung in der Spielart der Ersatzlieferung<sup>102</sup> aus, da dieses den Verkäufer zwingend zur Leistung eines Gegenstandes berechtigen müsste, der außerhalb des vereinbarten Vertragsrahmens steht.<sup>103</sup>

Keine Rolle sollte in dieser Hinsicht dabei die Einordnung als „Stückkauf“ in Abgrenzung zum „Gattungskauf“ spielen<sup>104</sup>, weil diese Rechtsbegriffe vor dem Hintergrund eines grundlegend anders konzipierten Leistungsstörungenrechts entwickelt wurden,<sup>105</sup> der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie unbekannt sind und auch in § 439 Abs. 1 BGB mit gutem Grund keine Erwähnung finden.<sup>106</sup> Erst die Kategorisierung bestimmter kaufrechtlicher Lieferpflichten

<sup>100</sup> *Büdenbender* (Fn. 13), § 439 Rn. 6; *Faust* (Fn. 2), § 439 Rn. 2, § 440 Rn. 5; *Jansen* ZIP 2002, 877, 878; *Staudinger/Matusche-Beckmann* (Fn. 13), § 440 Rn. 3.

<sup>101</sup> So für die Stückschuld etwa *Ackermann* JZ 2002, 378, 379 ff.; *Faust* ZGS 2004, 252 ff.; *P. Huber* (Fn. 26), Kap. 13 Rn. 20; *ders.* NJW 2002, 1004, 1006; *Jacobs* (Fn. 13), S. 371, 377 f.; *Lorenz* JZ 2001, 742, 744.

<sup>102</sup> Versteht man – wie hier (siehe oben IV vor 1) – auch die erneute Übergabe des zwischenzeitlich nachgebesserten Kaufgegenstandes als Fall der „zweiten Andienung“, so steht dieser Nacherfüllungsform hingegen bei dem Verkauf einer abschließend individualisierten Sache nichts entgegen.

<sup>103</sup> *BGH* ZIP 2006, 1586, 1589; *Ackermann* JZ 2002, 378, 379; *Faust* ZGS 2004, 252, 254.

<sup>104</sup> A.A. insoweit *Gruber* JZ 2005, 707, 711.

<sup>105</sup> So auch *Heinrich* ZGS 2003, 253, 256.

<sup>106</sup> Vgl. *Canaris* JZ 2003, 831, 833; *Haas*, in: *Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendland*, Das neue Schuldrecht, 2002, Kap. 5 Rn. 84; für irrelevant hält diesen Gesichtspunkt hingegen *Faust* ZGS 2004, 252, 253.

als Stückschuld, die dabei – da das neue Kaufrecht diesen Begriff ebenso wie denjenigen des Gattungskaufes bewusst nicht mehr verwendet<sup>107</sup> – zwingend anhand von Merkmalen erfolgen muss, die im alten Schuldrecht entwickelt wurden, führt Unklarheiten und Systembrüche in das Recht der Nacherfüllung ein, die in Gesetzeswortlaut und -systematik selbst gar nicht angelegt sind und ohne den beschriebenen vorangegangenen Schritt wohl gar nicht auftreten würden.<sup>108</sup>

Maßgeblich sollte daher anstelle der Anwendung überkommener, aber nicht mehr passender Kategorien die Frage sein, ob die Vertragsparteien den im Vertrag benannten Kaufgegenstand auch und gerade für den Fall, dass sich dieser als i.S.d. §§ 434 ff. BGB nicht vertragsgemäß herausstellen sollte, tatsächlich als einzigen Gegenstand einstufen wollten, mit dem die Verkäuferspflicht zur Übergabe und Übereignung einer sach- und rechtsmangelfreien Sache (§ 433 Abs. 1 BGB) erfüllt werden kann (*abschließende* – also gerade für den Fall der Mangelhaftigkeit der bezeichneten Sache geltende – vertragliche Individualisierung): Hierbei wird von Bedeutung sein, ob sich der Käufer durch eine entsprechende vertragliche Gestaltung wirklich seines andernfalls bestehenden Ersatzlieferungsanspruchs und der Verkäufer seines korrespondierenden Rechtes zur zweiten Andienung im Wege der Ersatzlieferung begeben wollten. Entscheidend ist insofern der im Wege der Auslegung ermittelte bzw. hypothetische Parteiwille.<sup>109</sup>

Nur sofern sich im vorerwähnten Sinne ein übereinstimmender Wille zur abschließenden Individualisierung identifizieren lässt, scheiden Nacherfüllungsrecht wie –anspruch aus – lässt sich eine abschließende vertragliche Individualisierung hingegen nicht feststellen, so bleibt es bei dem Ersatzlieferungsrecht des Verkäufers und einem entsprechenden Anspruch des Käufers,

<sup>107</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 94, 230.

<sup>108</sup> Die Abkehr von der schematischen Unterscheidung zwischen Stück- und Gattungsschuld ist dabei auch auf das Unmöglichkeitensrecht zu übertragen (teilweise anders *Gruber JZ* 2005, 707, 709 ff.), da es auch im Rahmen des § 275 BGB auf die Unmöglichkeit der „Leistung“ ankommt, deren genauer Inhalt sich gemäß § 241 Abs. 1 BGB nach dem Inhalt des konkreten Schuldverhältnisses bemisst – dieser wiederum ist im Wege der Auslegung zu bestimmen, ohne dabei die überkommenen Kategorien der Stück- und Gattungsschuld unreflektiert zu übernehmen: Besteht danach ein Recht zur zweiten Andienung in der Form der Ersatzlieferung, so liegt auch keine Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung vor.

<sup>109</sup> *BGH ZIP* 2006, 1586, 1589; *Canaris JZ* 2003, 831, 835; a.A. *Ackermann JZ* 2002, 378, 381 (objektive Beurteilung der Austauschbarkeit entscheidend); *Faust ZGS* 2004, 252, 254 (mit der Begründung, die Parteien hätten einen Stückkauf vereinbart – dies erscheint nicht recht überzeugend, weil es sich bei der Einordnung als Stückkauf um eine rechtliche Bewertung der Parteivereinbarung handeln dürfte, nicht aber um die Vereinbarung selbst).

den der Verkäufer nach Maßgabe des § 439 Abs. 3 BGB verweigern kann. Der durch § 439 Abs. 1, 3 BGB bereitgestellte Mechanismus – aufgrund dessen der Verkäufer eine Ersatzlieferung im Ergebnis nur dann zu erbringen hat, wenn diese nicht mit unverhältnismäßigen Kosten behaftet ist! – erscheint dabei in Zweifelsfällen als zum Ausgleich der Parteiinteressen geeigneter als der Versuch, die entscheidende Weichenstellung über eine Qualifikation als Stück- oder Gattungsschuld<sup>110</sup> vorzunehmen. Seine Anwendung führt zugleich dazu, dass sich das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung insoweit als mit dem Nacherfüllungsanspruch des Käufers kongruent erweist.

### *cc) Recht zur zweiten Andienung bei konkretisierter Gattungsschuld*

War der Kaufgegenstand im Vertrag von vorneherein nur der Gattung nach bestimmt, so gewährt der (durch die Schuldrechtsreform unverändert belassene) § 243 Abs. 1 BGB dem Verkäufer das Recht, als Leistungsgegenstand eine Sache mittlerer Art und Güte aus der Gattung auszuwählen. Hat der Verkäufer i.S.d. § 243 Abs. 2 BGB das zur Leistung einer solchen Sache Erforderliche getan und somit die Konkretisierung herbeigeführt, so kann sich die Frage eines Rechts zur zweiten Andienung schon begrifflich nur in Sonderfällen stellen:<sup>111</sup> Da das von § 243 Abs. 2 BGB verlangte „Erforderliche“ stets auch die von § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB geforderte Sach- und Rechtsmangelfreiheit der Sache umfasst<sup>112</sup>, schließen sich eingetretene Konkretisierung und (gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 BGB ihrerseits einen Sachmangel voraussetzende) Nacherfüllung nämlich nur dann nicht von vorneherein aus, wenn die Sache zum Zeitpunkt der Konkretisierung zwar noch mangelfrei war, aber sodann vor dem für den Zweck der Gewährleistungsrechte des Käufers entscheidenden Zeitpunkt des Gefahrenübergangs mangelhaft wurde.<sup>113</sup> Diese Konstellation ist denkbar, wenn bei einem Verbrauchsgüterkauf eine Schickschuld vereinbart ist, weil in diesem Fall die Gefahr aufgrund des § 474 Abs. 2 BGB erst mit Übergabe an den Käufer übergeht (§ 446 Satz 1 BGB), der Verkäufer aber nach überwiegend vertretener Ansicht gleichwohl bereits mit der Übergabe der Sache an die Transportperson das i.S.d. § 243 Abs. 2 BGB seinerseits „Erforderliche“ getan haben soll.<sup>114</sup>

<sup>110</sup> Zu den insoweit vertretenen unterschiedlichsten Einordnungen überblicksartig *Tiedtke/Schmitt* JuS 2005, 583, 584 ff.

<sup>111</sup> *Oechsler* (Fn. 22), § 2 Rn. 77; *Tiedtke/Schmitt* JuS 2005, 583, 587.

<sup>112</sup> *Grüneberg*, in: *Bamberger/Roth* (Fn. 2), § 243 Rn. 16; *Jauernig/Mansel* (Fn. 49), § 243 Rn. 7, 9; *Tettinger*, in: *AnwKommBGB* (Fn. 13), § 243 Rn. 21.

<sup>113</sup> *Faust* ZGS 2004, 252, 256.

<sup>114</sup> *Faust* ZGS 2004, 252, 256; *Tettinger* (Fn. 112), § 243 Rn. 29; *Tiedtke/Schmitt* JuS 2005, 583, 587; a.A. *Haas* (Fn. 106), Kap. 5 Rn. 84.

Delivered by Ingenta  
? 131.152.241.59 Thu, 11 Mar 2010 11:27:03

Dem Schuldner steht in dieser Situation trotz der zwischenzeitlichen Konkretisierung ein Recht zur zweiten Andienung zu, mittels dessen er sich auch im Wege der Ersatzlieferung noch den vollen Kaufpreis verdienen kann.<sup>115</sup> Dieser Befund wird traditionell überwiegend aus § 243 Abs. 2 BGB abgeleitet und damit begründet, dass die mit Konkretisierung eingetretene Konzentration der Verpflichtung auf die ausgesonderten Stücke oder Mengen den Schuldner nicht bindet.<sup>116</sup> Für dasselbe Ergebnis lässt sich aber nunmehr auch der Gedanke anführen, dass in dieser Lage das Recht des Schuldners zur zweiten Andienung deshalb eingreift, weil diesem als Ausfluss der in § 439 BGB (als der insofern speziellen Norm) vorgesehenen und nach Maßgabe des Parteiwillens ausgestalteten<sup>117</sup> Nacherfüllung gegenüber der Anordnung des § 243 Abs. 2 BGB der Vorrang gebührt.<sup>118</sup> Das Andienungsrecht des Verkäufers, welches auf diese Weise seine Vertragsdurchführungsfunktion verwirklicht, reicht bei konkretisierten Gattungsschulden mithin im Ergebnis weiter als der Nacherfüllungsanspruch des Käufers.<sup>119</sup>

*b) Nacherfüllungsanspruch ohne korrespondierendes Recht zur zweiten Andienung*

Ein Nacherfüllungsanspruch des Käufers ohne „spiegelbildliches“ Verkäuferrecht zur zweiten Andienung kommt demgegenüber zum einen immer dann vor, wenn dem Käufer ohne vorherige Fristsetzung der Weg zu den sekundären Rechtsbehelfen offen steht: Da das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung nur deshalb und in dem Umfang besteht, wie eine Beendigung der Abnahmepflicht des Käufers (§ 433 Abs. 2 BGB) mittels einer gesetzten oder zu setzenden Frist zur Nacherfüllung hinausgeschoben wird, bleibt für dieses Schuldnerrecht kein Raum, soweit der Käufer als Gläubiger die weitere Chance zur Erbringung der Primärleistung durch einen entsprechenden Rechtsbehelf sofort beseitigen kann und von dieser Möglichkeit auch Gebrauch macht. Freilich ist der Käufer nicht zur Geltendmachung seines An-

<sup>115</sup> Haas (Fn. 106), Kap. 5 Rn. 84; *Schlechtriem/Schmidt-Kessel* (Fn. 32), Rn. 225.

<sup>116</sup> *Faust* ZGS 2004, 252, 257 f.; *Medicus*, Schuldrecht II, 13. Aufl. 2002, Rn. 184; *Larenz*, Schuldrecht I, 14. Aufl. 1987, § 11 I (S. 153 f.); *Schlechtriem/Schmidt-Kessel* (Fn. 32), Rn. 225; a.A. *OLG Köln* NJW 1995, 3128, 3129; *Tiedtke/Schmitt* JuS 2005, 583, 587.

<sup>117</sup> Dazu soeben unter bb).

<sup>118</sup> *Emmerich* (Fn. 49), § 243 Rn. 21; *Palandt/Heinrichs* (Fn. 16), § 243 Rn. 7.

<sup>119</sup> Diese Folgerung ist allerdings nur dann bedeutsam, wenn nicht der Käufer – wie häufig – schon sein Wahlrecht gemäß § 439 Abs. 1 BGB zugunsten einer Ersatzlieferung ausübt, da in diesem Fall zwischen den Parteien ohnehin Einigkeit über die Zulässigkeit dieser Andienungsform besteht. Anders kann der Fall aber etwa dann liegen, wenn der Käufer unspezifiziert Nacherfüllung verlangt.

spruchs auf Schadensersatz statt der Leistung oder auf Aufwendungsersatz, zum Rücktritt oder zur Minderung gezwungen, sondern kann weiterhin an seinem Anspruch auf Nacherfüllung festhalten<sup>120</sup> – aus diesem Grund reicht sein Nacherfüllungsanspruch daher weiter als das Recht der Gegenseite zur zweiten Andienung.

Eine entsprechende Lage entsteht dabei zum einen immer dann, wenn *allgemeine Fristsetzungsentbehrlichkeitstatbestände* des allgemeinen Schuldrechts eingreifen, nämlich bei relativen Fixgeschäften (§ 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB) und bei Ausgang einer entsprechenden Interessenabwägung zugunsten des Gläubigers (§§ 281 Abs. 2 Alt. 2, 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB): Hier ist der Gläubiger stets ohne vorherige Fristsetzung zur Geltendmachung der Sekundärrechtsbehelfe berechtigt, ein vorgeschaltetes Recht des Schuldners zur zweiten Andienung besteht aus diesem Grund nicht.<sup>121</sup> Daneben treten die *besonderen Fristsetzungsentbehrlichkeitstatbestände* des Kaufrechts in § 440 Satz 1 BGB, unter denen sowohl die bereits fehlgeschlagene Nacherfüllung (§ 440 Satz 1 Alt. 2 BGB) als auch die Unzumutbarkeit der Nacherfüllung für den Käufer (§ 440 Satz 1 Alt. 3 BGB) echte Grenzen des Nacherfüllungsrechts des Verkäufers darstellen.<sup>122</sup> Bei der in der Vorschrift ebenfalls genannten Verweigerung der Nacherfüllung durch den Verkäufer (§ 440 Satz 1 Alt. 1 BGB) handelt es sich hingegen – ebenso wie bei den entsprechenden Tatbeständen des allgemeinen Schuldrechts in §§ 281 Abs. 2 Alt. 1, 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB – von vornherein um keine Einschränkung von dessen Recht zur zweiten Andienung,<sup>123</sup> weil der Verkäufer in diesen Fällen lediglich aufgrund seiner eigenen Entscheidung zweifelsfrei deutlich macht, dieses Recht nicht ausüben zu wollen.<sup>124</sup>

Wenn schließlich argumentiert wird, derjenige Verkäufer, dem mit Recht ein *arglistiges Verschweigen* des Sachmangels vorgeworfen wird, habe eine Chance zur zweiten Andienung grundsätzlich nicht verdient,<sup>125</sup> so vermag dies eine eigenständige Einschränkung des Andienungsrechts nicht zu begründen:<sup>126</sup> Nach der gesetzlichen Regelung kann diesem Aspekt allein im Rahmen der gemäß §§ 281 Abs. 2 Alt. 2, 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB zulässigen Interessensabwägung oder der Beurteilung der Unzumutbarkeit der Nacherfüllung

<sup>120</sup> *Faust* (Fn. 2), § 439 Rn. 2, § 440 Rn. 5.

<sup>121</sup> *Büdenbender* (Fn. 13), § 439 Rn. 6; *Faust* (Fn. 2), § 439 Rn. 2, § 440 Rn. 5.

<sup>122</sup> *Bitter/Meidt* ZIP 2001, 2114, 2117; *Faust* (Fn. 2), § 439 Rn. 2, § 440 Rn. 5; *Staudinger/Matusche-Beckmann* (Fn. 13), § 440 Rn. 3.

<sup>123</sup> So aber *Faust* (Fn. 2), § 439 Rn. 2, § 440 Rn. 5; *Jacobs* (Fn. 13), S. 371, 387.

<sup>124</sup> *Bitter/Meidt* ZIP 2001, 2114, 2117.

<sup>125</sup> *Müller*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost*, HGB, Aktualisierungsbd., 2003, Die Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung auf den beiderseitigen Handelskauf Rn. 77; in diese Richtung auch *Brömmelmeyer* JZ 2006, 493, 495.

<sup>126</sup> Zutreffend *OLG Celle* OLG Rn. 185; *Palandt/Putzo* (Fn. 16), § 437 Rn. 44.

lung für den Käufer gemäß § 440 Satz 1 Alt. 3 BGB Rechnung getragen werden, innerhalb derer ein arglistiges Handeln des Verkäufers maßgebliches Gewicht besitzen<sup>127</sup> und deshalb im Einzelfall den direkten Zugriff auf die Sekundärrechtsbehelfe eröffnen kann.<sup>128</sup> Für einen pauschalen Ausschluss des Rechts des Verkäufers zur zweiten Andienung ist daneben kein Raum.

### 3. Recht zur zweiten Andienung und ergänzende Pflichten des Schuldners

Obgleich das Recht zur zweiten Andienung unter anderem in Gestalt seiner Vertragsdurchführungsfunktion<sup>129</sup> zum Ziel hat, der im Vertrag vereinbarten Austauschbeziehung trotz Anlaufschwierigkeiten in der Erfüllung doch noch zur vollständigen Durchführung zu verhelfen, vermag es nicht zu verhindern, dass der Gläubiger infolge der nicht vertragsgemäßen ersten Andienung in seinem Äquivalenz- und möglicherweise auch in seinem Integritätsinteresse beeinträchtigt wird. Aus diesem Grund wird das Recht auf zweite Andienung durch verschiedene ergänzende Pflichten des Schuldners flankiert:

Zu nennen ist insoweit zunächst die Pflicht des Schuldners, die *Kosten* der zweiten Andienung zu tragen. Diese hat in § 439 Abs. 2 BGB (für die Nacherfüllung durch den Verkäufer) und in § 635 Abs. 2 BGB (für die Nacherfüllung durch den Werkunternehmer) eine ausdrückliche Normierung erfahren, die in sachlicher Hinsicht die nicht abschließend aufgezählten<sup>130</sup> Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten nennt; sie würde sich aber aus Sinn und Zweck der Nacherfüllungspflicht ohnehin ergeben.<sup>131</sup>

Daneben tritt die Pflicht des Schuldners zur Leistung von Kompensation für diejenigen *Schäden*, die dem Gläubiger durch die verspätete, weil erst im Wege der zweiten Andienung erfolgte Herstellung des nach dem Vertrag geschuldeten Zustands entstanden sind. Diese wird rechtstechnisch durch einen Schadensersatzanspruch des Gläubigers gewährleistet, der neben seinem Nacherfüllungsanspruch steht und auch das Schuldnerrecht zur zweiten Andienung insofern ergänzt.<sup>132</sup> Er ist dabei – anders als der Schadensersatz statt

<sup>127</sup> So für §§ 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB *Dauner-Lieb* (Fn. 48), § 281 Rn. 42; *Grüneberg*, in: *Bamberger/Roth* (Fn. 2), § 281 Rn. 26; für § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB *Lorenz/Riehm* (Fn. 3), Rn. 521; für § 440 Satz 1 Alt. 3 BGB *LG Bonn* NJW 2004, 74, 75; *Heinrich* ZGS 2003, 253 Fn. 2; *Jacobs* (Fn. 13), S. 371, 390; *Lorenz* NJW 2006, 1925, 1927; *Petersen* Jura 2002, 461, 464.

<sup>128</sup> *Lorenz* NJW 2006, 1925, 1927.

<sup>129</sup> Dazu bereits unter III 2.

<sup>130</sup> *Jacobs* (Fn. 13), S. 371, 382; auch die Kosten, die dem Käufer bei der Rückgewähr der mangelhaften Sache nach § 439 Abs. 4 BGB entstehen.

<sup>131</sup> *Faust* (Fn. 2), § 439 Rn. 21.

<sup>132</sup> *Lorenz* NJW 2006, 1175, 1176.

Delivered by Ingenta  
131.152.211.59 Thu, 01 Mar 2018 11:27:03  
Copyright Clearance Center, Inc. All rights reserved. www.copyright.com

der Leistung, der die Nacherfüllung verdrängt – von einer vorherigen erfolglosen Fristsetzung unabhängig. Umstritten ist bislang allerdings, ob er seine Rechtsgrundlage in § 280 Abs. 1 BGB oder aber §§ 280 Abs. 1, 2 i.V.m. 286 BGB findet.<sup>133</sup> Die praktische Spitze liegt dabei in der Frage, ob die ergänzende Schadensersatzpflicht eine vorherige Mahnung sowie ein Vertretenmüssen des nachfolgenden Unterbleibens der Leistung durch den Schuldner<sup>134</sup> voraussetzen soll oder nicht: Richtigerweise ist danach zu differenzieren, ob der Schuldner zunächst eine nicht vertragsgemäße Leistung erbracht (dann ist der entstandene Schaden ohne weiteres nach § 280 Abs. 1 BGB ersatzfähig) oder aber noch gar nicht geleistet hat (dann handelt es sich um einen Schaden wegen Verzögerung der Leistung, dessen Ersatz nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 BGB nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 286 BGB verlangt werden kann).<sup>135</sup>

In der letztgenannten Konstellation mag man allerdings zögern, überhaupt von einem Anwendungsfall des Rechts zur „zweiten Andienung“ zu sprechen, hat doch (mangels Leistung) scheinbar noch gar keine „erste Andienung“ stattgefunden. Dieses begrifflich begründete Bedenken muss jedoch letztlich gegenüber der Erwägung zurückstehen, dass jenes Schuldnerrecht nach seinem im vorstehenden Text erörterten Sinn und Zweck<sup>136</sup> auch dann eingreift, wenn bereits der erste Lieferversuch vertragswidrig unterblieben ist – insoweit kommt zum Tragen, dass das reformierte Schuldrecht neben der Schlechtleistung auch die Nichtleistung als einen Unterfall der Pflichtverletzung des Schuldners einstuft.<sup>137</sup> Terminologisch passt die Bezeichnung als „Recht zur zweiten Andienung“, die vor dem Hintergrund eines noch streng zwischen Nicht- und Schlechtleistung trennenden Leistungsstörungenrechts entstand, zugegebenermaßen nicht gut; dass schon der ganz ähnliche Begriff eines „zweiten Andienungsrechts“ keine vergleichbaren Bedenken hervorrufen dürfte, zeigt jedoch, dass zwischen beiden Problemlagen nur in ihrer terminologischen Erfassung, nicht aber in der Sache ein Unterschied besteht.

Entscheidend für die hier untersuchte Problematik ist schließlich, dass sich aus dem Recht des Schuldners zur zweiten Andienung selbst für die Beantwortung der oben angesprochenen Frage, ob der Schuldner während des Nacherfüllungszeitraums nur unter den in § 286 BGB genannten Voraussetzungen für Schäden haften soll, weder im positiven noch im negativen Sinne etwas ableiten lässt: Dass das Recht zur zweiten Andienung durch eine Schadensersatzhaftung gemäß § 280 Abs. 1 BGB für den Schuldner zu einem wirt-

<sup>133</sup> Ausführl. Darstellung des Streitstands bei *Döll/Rybak* Jura 2005, 582, 583 ff.

<sup>134</sup> *Kobler* JZ 2004, 961, 962; *Palandt/Heinrichs* (Fn. 16), § 286 Rn. 39.

<sup>135</sup> *Canaris* ZIP 2003, 321, 323 f.; a.A. *Grigoleit/Riehm* AcP 203 (2003), 727, 751 ff.

<sup>136</sup> Dazu im Einzelnen unter III.

<sup>137</sup> Statt aller *Schlechtriem/Schmidt-Kessel* (Fn. 32), Rn. 453.

schaftlich unkalkulierbaren Risiko würde, dem er am besten durch eine sofortige und endgültige Nacherfüllungsverweigerung entkäme,<sup>138</sup> trifft schon inhaltlich nicht zu, weil der Verkäufer seiner Nacherfüllungspflicht mittels einer Verweigerung natürlich nur dann zu entgehen vermag, wenn er – etwa aufgrund von deren Unzumutbarkeit nach § 439 Abs. 3 BGB – zu einer solchen Verweigerung berechtigt ist: Andernfalls kann der Käufer seinen Nacherfüllungsanspruch nötigenfalls gerichtlich durchsetzen,<sup>139</sup> und der Wunsch des Verkäufers, der Haftung für eine Pflichtverletzung durch eine weitere Pflichtverletzung zu entrinnen, wird sich als illusorisch erweisen. Weil das Recht des Schuldners zur zweiten Andienung insofern dem Ziel dient, diesem im Wege der Vertragsdurchführung die Durchsetzbarkeit seines Gegenleistungsanspruchs sowie den Absatz des Leistungsgegenstandes zu sichern, steht es einer *begleitenden* Schadensersatzpflicht des Schuldners von vorneherein nicht entgegen<sup>140</sup> – verhindern soll es insoweit lediglich weitergehende Ersatzpflichten, die dem Schuldner bei erfolgter Vertragsaufhebung drohen.<sup>141</sup>

Etwaige *Integritätsschäden*, die dem Gläubiger zudem bei Durchführung der ersten oder der zweiten Andienung entstanden sind, sind im Übrigen über § 280 Abs. 1 BGB ersatzfähig.

#### V. Auswirkungen auf die Anwendung anderer Regelungen des Schuldrechts

Die vielleicht bedeutsamste Wirkung, die das Recht des Schuldners zur zweiten Andienung als eigenständiges Rechtsinstitut im System des reformierten Schuldrechts ausüben wird, dürfte jedoch in der Ausstrahlung liegen, die ihm auf die Auslegung und Anwendung anderer, systematisch verbundener Regelungen zukommt. Aus dem oben bestimmten Inhalt des Schuldnerrechts zur zweiten Andienung lassen sich nämlich auch für die Beantwortung verschiedener anderer Streitfragen des neuen Schuldrechts Folgerungen ableiten, die dabei freilich regelmäßig neben weitere Argumente oder aber mit diesen in Konflikt treten. In rechtsmethodischer Hinsicht wirkt das Recht zur zweiten Andienung dabei als schlagwortartige Verschlüsselung der verschiedenen Funktionen dieser Rechtsfigur und erleichtert dadurch deren argumen-

<sup>138</sup> So *Büdenbender*, in: *Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring*, Das neue Schuldrecht, 2002, § 8 Rn. 65; *Petersen* Jura 2002, 461, 463; *Schubel* (Fn. 13), S. 123, 130; ähnlich *Oechsler* NJW 2004, 1825, 1828.

<sup>139</sup> *Jacobs* (Fn. 13), S. 371, 388; *Jauernig/Berger* (Fn. 49), § 439 Rn. 7.

<sup>140</sup> *Döll/Rybak* Jura 2005, 582, 585.

<sup>141</sup> A.A. *Oechsler* NJW 2004, 1825, 1828: beweckt sei die Vermeidung jeglicher Sekundäransprüche.

tative Verwirklichung innerhalb des nicht immer widerspruchsfreien Ordnungssystems des Schuldrechts.

Beispielhaft ist insoweit im Folgenden auf vier Fragenbereiche einzugehen:

### 1. Konkretisierung der Fristsetzungs- und Fristsetzungsentbehrlichkeitstatbestände

Besonderes nahe liegend erscheint die Berücksichtigung des Rechts zur zweiten Andienung dabei im Rahmen der Auslegung der Fristsetzungs- und Fristsetzungsentbehrlichkeitstatbestände des allgemeinen und des besonderen Schuldrechts (§§ 281 Abs. 1, 2, 323 Abs. 1, 2, 440, 636 BGB), gestalten die betreffenden Normen doch durch ihren Inhalt zugleich den Inhalt des Andienungsrechts maßgeblich mit.

Relevanz wird dem Andienungsrecht durch die Rechtsprechung zum einen bei der Beantwortung der Frage zugesprochen, wie *deutlich* die Fristsetzung des Gläubigers inhaltlich sein muss<sup>142</sup>: Angesichts der Konsequenzen, die sich daraus für das weitere Schicksal des Vertrages möglicherweise ergeben, müsse der Gläubiger gegenüber dem Vertragsgegner unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass jener mit der Aufforderung eine letzte Gelegenheit zur Erbringung der vertraglichen Leistung erhält.<sup>143</sup> Die Notwendigkeit einer klaren Willensäußerung des Gläubigers wird dabei vor allem aus der Systematik des neuen Gewährleistungsrechts, namentlich dem darin verankerten Recht des Schuldners zur zweiten Andienung abgeleitet.<sup>144</sup>

Einfluss zeitigt das Recht zur zweiten Andienung als Strukturmerkmal zum anderen auf die Interpretation der verschiedenen Fristsetzungsentbehrlichkeitstatbestände, weil deren Eingreifen im konkreten Fall ja zur Folge hat, dass der Gläubiger ohne vorherige Fristsetzung sekundäre Rechtsbehelfe geltend machen kann und damit kein Andienungsrecht des Schuldners besteht. Den Interessen des Schuldners am Erhalt seines Andienungsrechts muss daher bei der Normauslegung stets ausreichend Rechnung getragen werden, weshalb bei der Annahme der Entbehrlichkeit einer Fristsetzung Zurückhaltung geboten ist: Aus diesem Grund kommt ihm bei der Ermittlung der an das Vorliegen einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung (§§ 281 Abs. 2 Alt. 1, 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB) zu stellenden Anforderungen ebenso maßgebliche Bedeutung zu<sup>145</sup> wie bei der vorgeschriebenen Abwägung der

<sup>142</sup> Aus der Literatur ebenso *Raab* (Fn. 38), § 636 Rn. 7.

<sup>143</sup> *OLG Köln* NJOZ 2005, 556, 558; im Ergebnis ebenso *Heinrichs* (Fn. 52), S. 87, 99.

<sup>144</sup> *OLG Köln* NJOZ 2005, 556, 558.

<sup>145</sup> *Lorenz* NJW 2006, 1175, 1179.

beiderseitigen Interessen im Rahmen der §§ 281 Abs. 2 Alt. 2, 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB,<sup>146</sup> und § 440 Satz 2 BGB verkörpert in noch konkreterer Form die Entscheidung des Gesetzgebers, dem Sachschuldner im Kaufrecht zwar nicht immer,<sup>147</sup> aber eben doch im Regelfall sogar eine insgesamt dritte Chance zur Lieferung einer mangelfreien Sache zu geben.<sup>148</sup>

Zu beachten sind allerdings stets die – gelegentlich Unterschiede aufweisenden – Grenzen, denen das Recht zur zweiten Andienung durch das Recht des jeweiligen Vertragsschuldverhältnisses unterworfen wird und die nicht durch eine pauschal andienungsrechtsfreundliche Auslegung wieder ausgehebelt werden dürfen: So führt es etwa gemäß § 440 Satz 1 Alt. 2 BGB zur Entbehrlichkeit der Fristsetzung, wenn „die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung“ fehlgeschlagen ist – der Käufer kann damit auch dann unmittelbar zu den sekundären Gewährleistungsrechten übergehen, wenn dem Verkäufer die andere Art der Nacherfüllung (und damit auch eine weitere Andienung) noch möglich wäre.<sup>149</sup> Der Grund hierfür ist, dass das Verkäuferrecht zur zweiten Andienung mit der Ausübung des Käuferwahlrechts aus § 439 Abs. 1 BGB dauerhaft konkretisiert wurde und eine Präferenz des Verkäufers für eine andere Art der Nacherfüllung daher allein nach Maßgabe des § 439 Abs. 3 BGB,<sup>150</sup> aber nicht nachträglich unter Berufung auf sein Andienungsrecht durchsetzbar ist. Die Rechtslage im Werkvertragsrecht stellt sich demgegenüber anders dar, weil die dortige Parallelvorschrift des § 636 BGB mit den Worten „wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen“ nicht ausschließt, dass der Unternehmer nach seiner Wahl auf eine andere Art der Nacherfüllung umwechselt<sup>151</sup> und damit sein Recht zur zweiten Andienung doch noch verwirklicht: Der Schuldner verfügt somit im Werkvertragsrecht hinsichtlich der Umsetzung seines Andienungsrechts über eine größere Bestimmungsmacht als im Kaufrecht.

<sup>146</sup> *Lamprecht* ZGS 2005, 266, 270 f.; so auch schon Abschlußbericht (Fn. 11), S. 135.

<sup>147</sup> *Bitter/Meidt* ZIP 2001, 2114, 2117; *Westermann* NJW 2002, 241, 249.

<sup>148</sup> *OLG Köln* NJOZ 2005, 556, 558. Für das Recht zur zweiten Andienung im Werkvertragsrecht existiert eine entsprechende Vorgabe hingegen nicht (vgl. *Busche*, in MünchKomm-BGB, 4. Aufl. 2005, § 636 Rn. 21; eine analoge Anwendung des § 440 Satz 2 BGB hält *Preussner* BauR 2002, 231, 236 für möglich).

<sup>149</sup> *P. Huber* (Fn. 26), Kap. 13 Rn. 69; *Jacobs* (Fn. 13), S. 371, 388; *Lorenz/Riehm* (Fn. 3), Rn. 512; *Staudinger/Matusche-Beckmann* (Fn. 13), § 440 Rn. 15; a.A. wohl *Palandt/Putzo* (Fn. 16), § 440 Rn. 6; kritisch auch *Gsell* JZ 2001, 65, 68 f.

<sup>150</sup> Auch bei der Bestimmung der Grenze der Unverhältnismäßigkeit i.S.d. § 439 Abs. 3 BGB spielen freilich die Auswirkungen auf das Recht zur zweiten Andienung eine Rolle (vgl. *Bitter/Meidt* ZIP 2001, 2114, 2121).

<sup>151</sup> *Büdenbender* AcP 205 (2005), 386, 396; *Palandt/Sprau* (Fn. 16), § 635 Rn. 4; *Staudinger/Peters* (Fn. 58), § 634 Rn. 60.

Delivered by Ingenta  
 131-152-211-59 Thu, 01 Mar 2018 11:27:03  
 Copyright Clearance Center

## 2. Selbstvornahme der Mängelbeseitigung durch den Gläubiger

Eine äußerst kontroverse Diskussion ist seit Inkrafttreten des neuen Schuldrechts um die Frage entstanden, ob ein Käufer, der einen Mangel ohne vorherige Fristsetzung gegenüber dem Verkäufer selbst beseitigt hat, von diesem Ersatz der dabei entstandenen Kosten – teilweise, nämlich in Höhe der vom Verkäufer ersparten Aufwendungen, oder sogar in voller Höhe – verlangen kann. Als Rechtsgrundlage eines entsprechenden Erstattungsanspruchs werden dabei alternativ § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB in direkter oder analoger Anwendung, §§ 684, 812 BGB oder § 812 BGB genannt.<sup>152</sup> Der *BGH* hat die Frage verneint und dabei in Übereinstimmung mit einem Teil der Literatur<sup>153</sup> unter anderem zur Begründung angeführt, das dem Verkäufer nach dem Gesetz zustehende Recht zur zweiten Andienung würde unterlaufen, wenn der Käufer die Kosten der Mängelbeseitigung (durch den Verkäufer) ohne vorherige Fristsetzung ganz oder teilweise von diesem verlangen könnte.<sup>154</sup> Die von der Gegenansicht insoweit betonten Argumente, das Recht zur zweiten Andienung gebühre dem Verkäufer laut § 439 Abs. 2 BGB nur um den Preis der hierfür von ihm aufzuwendenden Kosten,<sup>155</sup> für deren Höhe der selbst nachbessernde Käufer im Zivilprozess zudem die Beweislast trage,<sup>156</sup> hat der *BGH* vor allem unter Hinweis auf die Möglichkeit der Untersuchung und Beweissicherung zurückgewiesen, die dem Verkäufer durch sein Recht auf zweite Andienung garantiert und durch eine Selbstvornahme des Käufers beeinträchtigt werde.<sup>157</sup>

Obwohl die Entscheidung des *BGH* im Ergebnis Zustimmung verdient, überzeugen seine dortigen Ausführungen zum Recht zur zweiten Andienung nur bedingt: So ist nicht recht erkennbar, inwiefern das Andienungsrecht des Verkäufers zum Ziel haben soll, diesem die Beweissicherung bezüglich des behaupteten Sachmangels zu erlauben, ist ein dahingehendes Verkäuferinteresse zum einen doch in Fällen nicht erforderlicher Fristsetzung nicht weniger dringend und zum anderen nach dem geltenden Kaufrecht generell immer

<sup>152</sup> Vgl. die Nachw. bei *Gsell* ZIP 2005, 922, 923.

<sup>153</sup> *Büdenbender* (Fn. 13), § 437 Rn. 98; *Dauner-Lieb/Dötsch* ZGS 2003, 250, 252 f.; *dies.* ZGS 2003, 455, 456 ff.; *Palandt/Grüneberg* (Fn. 16), § 326 Rn. 13; *Palandt/Putzo* (Fn. 16), § 437 Rn. 4a; *Schroeter* JR 2004, 441, 442; *Sutschet* JZ 2005, 574, 575.

<sup>154</sup> *BGHZ* 162, 219, 227.

<sup>155</sup> *Brömmelmeyer* JZ 2006, 493, 495; *P. Bydlinski* ZGS 2005, 129, 132; *Ebert* NJW 2004, 1761, 1764; *Herresthal/Riehm* NJW 2005, 1457, 1458; *Lorenz* NJW 2003, 1417, 1419; *ders.* ZGS 2003, 398, 399; *ders.* NJW 2005, 1321, 1322; *Oechsler* NJW 2004, 1825, 1826.

<sup>156</sup> *Ebert* NJW 2004, 1761, 1764; *Gsell* ZIP 2005, 922, 926; *Herresthal/Riehm* NJW 2005, 1457, 1458; *Katzenstein* ZGS 2004, 300, 303; *ders.* ZGS 2004, 349, 352.

<sup>157</sup> *BGHZ* 162, 219, 228; *BGH* NJW 2006, 1195, 1197.

(aber auch nur dann) durch eine Untersuchung der Kaufsache zu befriedigen, wenn der Verkäufer im Rahmen der Vertragsabwicklung mit dieser in Kontakt kommt: Letzterer Umstand ist aber ganz unabhängig vom Andienungsrecht und nur gelegentlich zufällig mit diesem verbunden (was daran deutlich wird, dass der Verkäufer etwa auch nach Rückgabe der Kaufsache infolge Rücktritts gemäß § 346 Abs. 1 BGB Gelegenheit zur Beweissicherung erhält).

Bedeutsamer erscheinen demgegenüber zwei Implikationen des Verkäuferrechts zur zweiten Andienung, die der *BGH* nicht erwähnt: Zum einen soll dieses dem Verkäufer – wie bereits im Text erwähnt<sup>158</sup> – die Möglichkeit sichern, die Nacherfüllung in natura zu erbringen, wenn er dies wünscht.<sup>159</sup> Mittels seiner damit angesprochenen *Vertragsdurchführungsfunktion* regelt das Recht zur zweiten Andienung somit auch die Art und Weise, auf welche der Verkäufer sich seinen Kaufpreis im zweiten Anlauf noch verdienen kann, mithin das „wie“ der Vertragsdurchführung im Wege der Nacherfüllung: Das Andienungsrecht hat also nicht allein zum Ziel, dem Verkäufer den ihm auf Grundlage des Vertragsinhaltes zustehenden Gewinn zu verschaffen, welcher daher schlicht als finanzielle Differenz zwischen externem Marktwert der Verkäuferleistung und seinem internen Leistungsaufwand ermittelt werden<sup>160</sup> und den Verkäufer folglich zu anteiliger Erstattung derjenigen Kosten in Geld verpflichten könnte, die dem Käufer durch eine eigenmächtige Durchführung der Mängelbeseitigung entstanden sind: Das Recht zur zweiten Andienung schützt vielmehr darüber hinaus gehend das Interesse des Verkäufers, frei entscheiden zu können, ob er das gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1, 433 Abs. 1 BGB geschuldete Ergebnis der Nacherfüllung durch den Einsatz eigenen Personals und Materials oder aber finanzieller Mittel erreichen will. Es sollte insoweit nicht übersehen werden, dass für den Verkäufer zwischen diesen beiden Leistungsalternativen sehr wohl ein wirtschaftlich relevanter Unterschied bestehen kann<sup>161</sup> – so mag er etwa über das zur Mängelbeseitigung notwendige Material wie auch Personal verfügen (welches regelmäßig ohnehin entlohnt werden muss, selbst wenn es aufgrund der Auftragslage augenblicklich nicht ausgelastet ist), nicht jedoch über abrufbare Finanzmittel.<sup>162</sup> Dass entsprechende unternehmensinterne Faktoren auf die Rolle bloßer Rechnungsposten

<sup>158</sup> Siehe oben unter III 2.

<sup>159</sup> *Grigoleit/Riehm* AcP 203 (2003), 727, 734; *Herresthal/Riehm* NJW 2005, 1457, 1458; *Lamprecht* ZGS 2005, 266, 271.

<sup>160</sup> So aber *Brömmelmeyer* JZ 2006, 493, 495; *Herresthal/Riehm* NJW 2005, 1457, 1458; *Katzenstein* ZGS 2004, 300, 303; *ders.* ZGS 2004, 349, 353; dagegen wie hier *Lamprecht* ZGS 2005, 266, 271.

<sup>161</sup> *Gursky* JZ 1992, 310, 315; *Lamprecht* ZGS 2005, 266, 268; *Schroeter* JR 2004, 441, 442.

<sup>162</sup> *Schroeter* JR 2004, 441, 442; vgl. auch *Büdenbender* AcP 205 (2005), 386, 393.

Delivered by Ingenta  
 2 131 152 21 59 Thu 01 Mar 2018 11:27:03  
 Copyright Clearance Center

reduziert werden, ist bewusst erst im Rahmen der Berechnung des Schadensersatzes statt der Leistung vorgesehen,<sup>163</sup> dessen Geltendmachung der Gesetzgeber jedoch bewusst zunächst das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung vorgeschaltet hat.

Der sich möglicherweise aufdrängende Gedanke, etwaigen Besonderheiten der wirtschaftlichen Lage des Verkäufers sei eben im Rahmen der Berechnung des käuferischen Ersatzanspruches Rechnung zu tragen,<sup>164</sup> leitet zu einem zweiten Regelungsziel über, welches durch das Recht zur zweiten Andienung verwirklicht wird: Der Schuldner wird durch sein Andienungsrecht nämlich davor geschützt, Details seiner wirtschaftlichen Lage im Allgemeinen wie seiner innerbetrieblichen Kalkulation im Besonderen gegenüber seinem Vertragspartner offen legen zu müssen. Dies folgt zwanglos daraus, dass §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1, 433 Abs. 1 BGB dem Verkäufer als geschuldetes Ergebnis die Übergabe und Übereignung der vertragsgemäßen Sache aufgeben und § 439 Abs. 2 BGB ergänzend klarstellt, dass er alle hierfür anfallenden Aufwendungen zu tragen hat. Mitteilen muss er die Höhe seiner Aufwendungen und ihre Zusammensetzung hingegen nicht – genau dies wäre aber vielfach<sup>165</sup> die unvermeidliche Folge, wollte man dem Käufer nach eigenmächtiger Selbstvornahme einen Ersatzanspruch gegen den Verkäufer zubilligen, dessen Höhe sich nach den vom Verkäufer ersparten Aufwendungen bemisst. Kein gangbarer Ausweg dürfte nämlich im pauschalen Verweis auf die Beweisbelastung des Käufers hinsichtlich der Höhe der von seinem Vertragspartner ersparten Kosten<sup>166</sup> und dem ergänzenden Appell liegen, diese nicht durch eine unangemessen weite sekundäre Behauptungslast des Verkäufers auszuhebeln:<sup>167</sup> Da schlichtweg nicht ersichtlich ist, wie dem Käufer der volle Beweis der von außen nicht erkennbaren Kostenbestandteile gelingen soll,<sup>168</sup> wird ihm im Prozess nur der Vortrag üblicher

<sup>163</sup> *BGH NJW* 1999, 3625; *Heinrichs* (Fn. 52), S. 87, 103.

<sup>164</sup> So etwa *Gsell ZIP* 2005, 922, 926; *Herresthal/Riehm NJW* 2005, 1457, 1459, die „die konkreten Material- und Personalkosten“ für ersatzfähig halten; *Katzenstein ZGS* 2004, 349, 354; *Lorenz NJW* 2005, 1321, 1322.

<sup>165</sup> Nämlich nur dann nicht, wenn auch der Verkäufer die Nachbesserung nicht selbst durchgeführt hätte, sondern durch denselben Dritten (etwa eine Werkstatt) wie der Käufer hätte ausführen lassen, und zwar auch zu denselben Konditionen (*P. Bydlinski ZGS* 2005, 129, 130 mit dem Hinweis darauf, dass gewerbliche Verkäufer nicht selten mit dem Produzenten der gehandelten Ware in laufender Geschäftsbeziehung stehen und daher bessere Konditionen erhalten).

<sup>166</sup> Siehe oben Fn. 156.

<sup>167</sup> So *Gsell ZIP* 2005, 922, 926; auf die Möglichkeit prozessualer Erleichterungen im Rahmen einer sekundären Beweislast hinweisend hingegen *Lorenz NJW* 2005, 1321, 1322.

<sup>168</sup> *P. Bydlinski ZGS* 2005, 129, 131; *Sutschet JZ* 2005, 574, 575.

Kostenzahlen bleiben<sup>169</sup>, dem der Verkäufer nur mit einem substantiierten Bestreiten entgegen treten kann.<sup>170</sup> Gegenüber einem andernfalls unbeweisbaren Ersatzanspruch, mit welchem dem Käufer Steine statt Brot gegeben würden, sollte daher dem Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung von vorneherein konsequent der Vorrang eingeräumt werden.

### 3. Konkurrenz zwischen fristsetzungsabhängigen und fristsetzungsunabhängigen Vertragslösungsrechten

Des Weiteren lassen sich aus dem Recht des Schuldners zur zweiten Andienung Schlüsse für die Bewältigung von Konkurrenzfragen zwischen den fristsetzungsabhängigen Rechtsbehelfen des Schuldrechts, die eine Lösung vom Vertrag bewirken (also Rücktritt und Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung bzw. Aufwendungsersatz), und fristsetzungsunabhängigen Vertragslösungsrechten entnehmen: Da nur durch das „Hinausschieben“ der Vertragsauflösung, welches durch den zunächst erforderlichen erfolglosen Ablauf einer Nachfrist bewirkt wird, das Recht der vertragsbrüchigen Partei zur zweiten Andienung entsteht, können Rechtsbehelfe, die eine Vertragsauflösung in Abweichung davon generell – also unabhängig vom Eingreifen der bereits erörterten Fristsetzungsentbehrlichkeitstatbestände<sup>171</sup> – sofort erlauben würden, daneben nicht zur Anwendung gelangen, weil andernfalls das Recht des Schuldners zur zweiten Andienung aushebelt und namentlich seine *Vertragserhaltungsfunktion* beeinträchtigt würde.<sup>172</sup>

Aus diesem Grund ist die Anfechtung eines Kaufvertrages auf Grundlage von § 119 Abs. 2 BGB dann ausgeschlossen, wenn sich der Irrtum auf die Sachmängelfreiheit als verkehrswesentliche Eigenschaft der Kaufsache bezieht, und zwar nach zutreffender Ansicht nicht erst ab Gefahrenübergang,<sup>173</sup> sondern bereits ab Vertragsschluss.<sup>174</sup> Die Gefahr der Beeinträchtigung des Schuldnerrechts zur zweiten Andienung verbietet darüber hinaus auch die

<sup>169</sup> Gursky JZ 1992, 310, 315.

<sup>170</sup> Sutschet JZ 2005, 574, 576. Dies erhellt auch ein Blick auf die Rechtsprechung zur Substantiierungspflicht im Rahmen des § 649 Abs. 2 BGB, weil in den dortigen Fallgestaltungen die Kenntnis zwischen beiden Parteien regelmäßig ähnlich verteilt sein dürfte wie im Bereich des § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB; vgl. BGHZ 140, 263, 267; BGHZ 143, 79, 85 f.; ebenso BGHZ 140, 365, 375 (zu § 812 Abs. 1 BGB).

<sup>171</sup> Dazu oben V 1.

<sup>172</sup> Büdenbender (Fn. 138), § 8 Rn. 64; ders. (Fn. 13), § 437 Rn. 104; P. Huber (Fn. 26), Kap. 14 Rn. 4; Petersen Jura 2002, 461, 462.

<sup>173</sup> So aber Erman/Grunewald (Fn. 50), Vor § 437 Rn. 20; Oetker/Maultzsch (Fn. 16), S. 131 f.; Palandt/Putzo (Fn. 16), § 437 Rn. 53.

<sup>174</sup> Büdenbender (Fn. 13), § 437 Rn. 105; P. Huber (Fn. 26), Kap. 14 Rn. 6; Westermann (Fn. 15), § 437 Rn. 53; a.A. Faust (Fn. 2), § 437 Rn. 174.

Gewährung von Schadensersatzansprüchen aus culpa in contrahendo (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB), sofern der Anspruch inhaltlich auf Loslösung vom geschlossenen Vertrag gerichtet ist.<sup>175</sup>

#### 4. Gesetzliches Leitbild im Rahmen der AGB-Kontrolle

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei dem Recht des Schuldners zur zweiten Andienung seit der Schuldrechtsreform um einen „wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung“ i.S.d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB handelt, von dem folglich formularmäßig auch im unternehmerischen Rechtsverkehr nur begrenzt abgewichen werden kann. Dies folgt zum einen daraus, dass die mit der Einführung dieses Rechts erfolgte Änderung des Systems des allgemeinen wie besonderen Schuldrechts nach dem Gesagten un schwer als in ihrem dogmatischen Gewicht erheblich einzustufen ist,<sup>176</sup> und wird des Weiteren durch die (gemäß § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB Indizwirkung entfaltende) Regelung des § 309 Nr. 4 BGB gestützt, der zufolge Bestimmungen unwirksam sind, durch die der Verwender von der gesetzlichen Obliegenheit freigestellt wird, dem anderen Vertragsteil eine Frist für die Leistung oder Nacherfüllung zu setzen.<sup>177</sup> Letztere Kontrollnorm war zwar bereits im alten AGB-Recht enthalten, besitzt jedoch heute deshalb eine deutlich erhöhte Bedeutung, weil sie aufgrund der Einführung nahezu flächendeckender Fristsetzungserfordernisse – denen auch das Recht zur zweiten Andienung seine zentrale Rolle zu verdanken hat – weit häufiger eingreift. Formularmäßige Ausschlüsse der Fristsetzung sind nach alledem auch zwischen Unternehmern grundsätzlich unwirksam.<sup>178</sup>

Dass die gesetzlichen Einschränkungen und Grenzen des Rechts zur zweiten Andienung zu Lasten des Gläubigers ausgehebelt werden, verhindern schließlich die Vorgaben des § 309 Nr. 8 lit. b BGB, die den wesentlichen Gehalt des Nacherfüllungsanspruches klauselfest machen. Sowohl der formularmäßige Ausschluss des Rechts des Schuldners zur zweiten Andienung als auch seine Umgestaltung zum einseitig schuldnerschützenden Instrument sind somit durch das Gesetz ausgeschlossen. Seine Rolle als Strukturmerkmal des reformierten Schuldrechts wird dadurch bestätigt und gesichert.

<sup>175</sup> P. Huber (Fn. 26), Kap. 14 Rn. 26; Oetker/Maultzsch (Fn. 16), S. 135 f.; Westermann (Fn. 15), § 437 Rn. 58; a.A. Faust (Fn. 2), § 437 Rn. 181.

<sup>176</sup> Zu dieser Schwelle Westermann NJW 2002, 241, 242.

<sup>177</sup> Dedek (Fn. 89), § 281 Rn. 39; Soergel/Gsell (Fn. 39), § 323 Rn. 241.

<sup>178</sup> Basedow, in MünchKomm-BGB, 4. Aufl. 2003, § 309 Nr. 4 Rn. 12; Pfeiffer, in: Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt (Fn. 13), S. 246; Schroeter JR 2004, 441, 444; Soergel/Gsell (Fn. 39), § 323 Rn. 241; Stölting ZGS 2005, 299, 303.

Delivered by Ingenta  
2018-11-27 03:15:22  
131.152.21.59 Thu, 01 Mar 2018 11:27:03  
Copyright Clearance Center, Inc. All rights reserved. www.copyright.com