

Fall 140

BGH, Urt.v. 16.1. 2008 - VIII ZR 222/06, NJW 2008, 1216

Bei Abschluss des Mietvertrages zwischen Mieter M und Vermieter V wurde im Vertrag festgehalten, dass die Heizung dringend kontrolliert werden müsse, da sie nicht mehr richtig funktioniere. Als nach einer Weile die Kontrolle durch den Vermieter nicht erfolgte, ließ M im Sommer die Heizung durch den Handwerker H fachgerecht reparieren, ohne V davon in Kenntnis zu setzen. M will von V die Werklohnkosten, die er für die Reparatur der Heizung an H zahlen musste, ersetzt haben.

Leitsatz:

Beseitigt der Mieter eigenmächtig einen Mangel der Mietsache, ohne dass der Vermieter mit der Mangelbeseitigung in Verzug ist (§ 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB) oder die umgehende Beseitigung des Mangels zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Bestands der Mietsache notwendig ist (§ 536a Abs. 2 Nr. 2 BGB), so kann er die Aufwendungen zur Mangelbeseitigung weder nach § 539 Abs. 1 BGB noch als Schadensersatz gemäß § 536a Abs. 1 BGB vom Vermieter ersetzt verlangen.

Sachverhalt:

1 Durch Mietvertrag vom 28. Dezember 2001 mietete die Klägerin von dem Beklagten ab dem 1. Februar 2002 eine Doppelhaushälfte. In der Anlage zum Mietvertrag heißt es unter anderem: "Es wurde folgendes vereinbart: ... Heizung muss dringend kontrolliert werden."

2 Im Oktober 2002 erneuerte das Installateurunternehmen K. unter anderem zwei Ausdehnungsgefäße der Heizung sowie sämtliche dreizehn Heizkörperventile und legte einen Außenwasseranschluss. Die Arbeiten berechnete die Fa. K. der Klägerin, die in einem Vorprozess zur Bezahlung der Vergütung verurteilt wurde.

3 Mit der Klage hat die Klägerin von dem Beklagten Erstattung des von ihr entrichteten Werklohns und der Prozesskosten verlangt. Die Klägerin hat behauptet, dass die ausgetauschten Teile der Heizung defekt gewesen seien. Ein Außenwasseranschluss sei zu Beginn des Mietverhältnisses vorhanden gewesen, im Zuge von Bauarbeiten jedoch beseitigt worden; da der Beklagte nichts weiter veranlasst habe, habe die Fa. K. den Anschluss erneuert.

4 Das Amtsgericht hat die Klage nach Vernehmung von Zeugen abgewiesen. Das Landgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Zahlungsverlangen weiter.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

6 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

7 Die Klägerin könne Ersatz ihrer Aufwendungen nicht nach § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB verlangen. Sie habe nicht hinreichend dargelegt, dass der Beklagte mit der Beseitigung der angeblichen Mängel der Mietsache in Verzug gewesen sei (§ 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB). Eine Mahnung habe die Klägerin nach ihrem eigenen Vortrag nicht ausgesprochen.

8 Sie habe auch nicht dargelegt, dass die umgehende Mängelbeseitigung zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Bestands der Mietsache notwendig gewesen sei (§ 536a Abs. 2 Nr. 2 BGB). Dies könne zwar bei einem Totalausfall einer Heizung in den Wintermonaten der Fall sein; dazu fehle es jedoch an hinreichendem Vortrag. Im Hinblick auf den fehlenden Außenwasseranschluss mangle es an jeglichem Sachvortrag der Klägerin zu den Voraussetzungen des Verzugs oder dem Erfordernis einer sofortigen Beseitigung des bestehenden Zustands.

9 Der Klägerin stehe auch kein Aufwendungsersatzanspruch aus § 539 Abs. 1, § 683 BGB zu. Der Anwendungsbereich des § 539 Abs. 1 BGB sei nur dann eröffnet, wenn die Aufwendungen des Mieters nicht der Mängelbeseitigung im Sinne von § 536a Abs. 2 BGB dienen. § 539 Abs. 1 BGB sei nur auf solche Aufwendungen anwendbar, die der Vermieter "nicht gemäß § 536a Abs. 2 BGB zu ersetzen" habe. Das schließe Aufwendungen aus, die die Sache erst in einen zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand versetzten. Bei Aufwendungen zur Beseitigung von Mängeln sei der

Mieter verpflichtet, den Vermieter gemäß § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB zunächst in Verzug zu setzen. Versäume er dies, sei ein Rückgriff auf § 539 Abs. 1 BGB nicht erlaubt.

10 Für die Begrenzung des Anwendungsbereichs des § 539 Abs. 1 BGB auf Aufwendungen, die keine Mängelbeseitigungsmaßnahmen darstellten, sei die Gesetzessystematik entscheidend. Die beschränkenden Voraussetzungen für einen Anspruch nach § 536a Abs. 2 BGB wären bei Zulassung eines Erstattungsanspruchs über §§ 539, 683 ff. BGB weitgehend hinfällig. Eine restriktive Interpretation beeinträchtigt die Interessen des Mieters auch nicht unangemessen; § 536a Abs. 2 Nr. 2 BGB stelle sicher, dass ihm die Kosten sofort durchzuführender Notmaßnahmen zu erstatten seien.

11 Für eine restriktive Handhabung des Anwendungsbereichs des § 539 BGB spreche auch die Vermeidung von Wertungswidersprüchen. Der Bundesgerichtshof habe entschieden, dass der Käufer, der einen Mangel der Kaufsache selbst beseitigt, ohne dem Verkäufer zuvor eine erforderliche Frist zur Nacherfüllung gesetzt zu haben, nicht nach § 326 Abs. 2 Satz 2, Abs. 4 BGB analog die Anrechnung der vom Verkäufer ersparten Aufwendungen für die Mängelbeseitigung auf den Kaufpreis verlangen oder den bereits gezahlten Kaufpreis in dieser Höhe zurückfordern könne (BGHZ 162, 219).

12 Wegen des abschließenden Charakters der Regelung in § 536a Abs. 2 BGB im Hinblick auf Mängelbeseitigungsmaßnahmen durch den Mieter scheide auch ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung aus. Ein Anspruch aus § 994 BGB scheitere daran, dass die Klägerin zum Zeitpunkt der Reparaturen berechnete Besitzerin gewesen sei.

II.

13 Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten der rechtlichen Nachprüfung stand, sodass die Revision der Klägerin trotz der Säumnis des Beklagten durch kontradiktorisches Urteil zurückzuweisen ist (BGH, Urteil vom 14. Juli 1967 - V ZR 112/64, NJW 1967, 2162).

14 Ein Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen für die Beseitigung der von ihr behaupteten Mängel steht der Klägerin unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu.

15 1. Die Klägerin hat keinen Anspruch aus § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB. Nach dieser Vorschrift kann der Mieter, der einen Mangel der Mietsache selbst beseitigt, Ersatz der erforderlichen Aufwendungen nur dann verlangen, wenn der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug ist. Der Revision verhilft nicht zum Erfolg, dass das Berufungsgericht keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob die von der Klägerin in Auftrag gegebenen Arbeiten der Mängelbeseitigung dienten. Dies hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei offen gelassen. Zutreffend hat es angenommen, dass die Klägerin den Beklagten mangels Mahnung nicht in Verzug gesetzt hat (§ 286 Abs. 1 Satz 1 BGB). Eine Mahnung war nicht entbehrlich, entgegen der Auffassung der Revision auch nicht nach § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB. Nach dieser Vorschrift bedarf es zur Herbeiführung des Verzugs keiner Mahnung, wenn dies aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen gerechtfertigt ist. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Der Senat kann die gebotene Interessenabwägung selbst vornehmen, weil das Berufungsgericht sie unterlassen hat und weitere tatsächliche Feststellungen nicht zu erwarten sind.

16 Nach § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB ist eine Mahnung entbehrlich, wenn der Schuldner die alsbaldige Leistung angekündigt hat, aber gleichwohl nicht leistet (Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl., § 286 Rdnr. 25; Erman/Hager, BGB, 11. Aufl., § 286 Rdnr. 45; Staudinger/Emmerich, BGB (2006), § 536a Rdnr. 16; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 9. Aufl., § 536a Rdnr. 124; Blank in: Blank/Börstinghaus, Miete, 2. Aufl., § 536a Rdnr. 37; Schmid/Harting, Mietrecht, 2006, § 536a Rdnr. 32; aA Staudinger/Löwisch, BGB (2004), § 286 Rdnr. 87). Eine solche Bedeutung kommt der Formulierung im Mietvertrag "Es wurde folgendes vereinbart: ... Heizung muss dringend kontrolliert werden" indessen nicht zu. Danach hätte die Klägerin allenfalls eine Kontrolle der Heizung, aber nicht die Beseitigung von Mängeln in Auftrag geben dürfen. Die Kontrolle der Heizungsanlage sollte vielmehr ersichtlich dazu dienen, erst einmal festzustellen, ob und inwieweit die Heizung reparaturbedürftig war. Eine Absprache dieses Inhalts konnte eine Mahnung in Bezug auf die Beseitigung von Mängeln nicht nach § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB entbehrlich machen.

17 2. Mit Recht hat das Berufungsgericht auch die Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 536a Abs. 2 Nr. 2 BGB verneint, denn die umgehende Beseitigung der von der Klägerin behaupteten Mängel war zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Bestands der Mietsache nicht notwendig. Die Vorschrift erfasst Notmaßnahmen des Mieters, die

keinen Aufschub dulden und auch ohne vorherige Mahnung einen Aufwendungsersatzanspruch auslösen sollen (BT-Drs. 14/4553, S. 41). Entsprechende Umstände, zum Beispiel einen Ausfall der Heizung im Winter (vgl. Dauner-Lieb, NZM 2004, 641, 643), hat die Klägerin jedoch, wie das Berufungsgericht mit Recht festgestellt hat, nicht vorgetragen. Das gilt, wie das Berufungsgericht ebenfalls zutreffend gesehen hat, erst recht für den Außenwasseranschluss.

18 3. Die Klägerin kann Ersatz ihrer Aufwendungen für die Beseitigung der behaupteten Mängel auch nicht nach § 539 Abs. 1 BGB in Verbindung mit den Voraussetzungen einer berechtigten (§ 683 Satz 1, §§ 677, 670 BGB) oder unberechtigten (§ 684 Satz 1, §§ 812 ff. BGB) Geschäftsführung ohne Auftrag verlangen. Entgegen der Ansicht der Revision ist nicht bereits aufgrund fehlender Feststellungen des Berufungsgerichts dazu, dass die erbrachten Arbeiten zur Mängelbeseitigung erforderlich gewesen seien, zugunsten der Klägerin zu unterstellen, dass der Anwendungsbereich des § 539 Abs. 1 BGB eröffnet ist. Denn die Klägerin hat stets geltend gemacht, dass die Arbeiten der Mängelbeseitigung gedient hätten.

19 a) Beseitigt der Wohnraummieter einen (von ihm behaupteten) Mangel der Mietsache selbst, ohne den Vermieter zuvor in Verzug gesetzt zu haben (§ 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB), und liegt auch keine Notmaßnahme im Sinne von § 536a Abs. 2 Nr. 2 BGB vor, ist ein Rückgriff auf § 539 Abs. 1 BGB in Verbindung mit den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag nicht gestattet (so auch Schmidt-Futterer/Eisenschmid, aaO, § 536a Rdnr. 165; Staudinger/Emmerich, aaO, § 536a Rdnr. 41; Blank in: Blank/Börstinghaus, aaO, § 539 Rdnr. 11; Erman/Jendrek, aaO, § 536a Rdnr. 13, 20; Derleder, NZM 2002, 676, 681 f.; AnwKommBGB/Klein-Blenkers, 2005, § 536a Rdnr. 21, § 539 Rdnr. 2; jew. m.w.N.). Dieser Grundsatz knüpft an die Rechtsprechung des Senats vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts zu der Frage an, ob der Vermieter dem Mieter Aufwendungen zu ersetzen hat, wenn dieser einen Mangel durch einen Dritten beseitigen lässt, ohne dass die Voraussetzungen des § 538 Abs. 2 BGB aF - Verzug des Vermieters mit der Mängelbeseitigung im Zeitpunkt der Selbstvornahme - vorliegen. § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB entspricht § 538 Abs. 2 BGB aF (BT-Drs. 14/4553, S. 41). Diese Vorschrift, die eine spezielle Aufwendungsersatzregelung für Fälle der Selbstbeseitigung von Mängeln der Mietsache durch den Mieter vorsah, war nach ständiger Rechtsprechung des Senats grundsätzlich abschließend, sodass in Fällen, in denen die Voraussetzungen dieser Norm fehlten, nicht auf die allgemeine Verwendungsersatzregelung in § 547 Abs. 1 Satz 1 BGB aF zurückgegriffen werden konnte, weil Aufwendungen des Mieters zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands der Mietsache keine notwendigen Verwendungen im Sinne von § 547 Abs. 1 Satz 1 BGB aF waren (Senatsurteile vom 22. November 1958 - VIII ZR 121/57, WM 1958, 1420, unter VI; vom 13. Februar 1974 - VIII ZR 233/72, WM 1974, 348, unter II 3; vom 30. März 1983 - VIII ZR 3/82, WM 1983, 766, unter A I 4; vom 20. Januar 1993 - VIII ZR 22/92, WM 1993, 797, unter II 2 b; ebenso zum Verhältnis von § 538 Abs. 2, § 547 Abs. 2 BGB aF Stornel, Mietrecht, 3. Aufl., Rdnr. II 589).

20 b) Nach einer verbreiteten Auffassung kann in Fällen einer Selbstbeseitigung von Mängeln der Mietsache durch den Mieter allerdings auf § 539 Abs. 1 BGB zurückgegriffen werden, wenn die Voraussetzungen des § 536a Abs. 2 Nr. 1 oder 2 BGB nicht vorliegen. Dies vermeide, dass dem Vermieter Vorteile zufließen, die nur deshalb nicht ausgleichspflichtig seien, weil der Mieter das Verfahren des § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht beachtet habe (vgl. Schmidt-Futterer/Langenberg, aaO, § 539 Rdnr. 3; Palandt/Weidenkaff, aaO, § 536a Rdnr. 17, § 539 Rdnr. 2; Kinne in: Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 4. Aufl., § 539 Rdnr. 6; Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457, 1460 f., jew. m.w.N.). Dem ist nicht zu folgen.

21 aa) Zwar könnte der Wortlaut des § 539 Abs. 1 BGB auch dahin verstanden werden, dass der Vermieter generell alle Aufwendungen zu ersetzen hat, die der Mieter nicht schon nach § 536a Abs. 2 BGB ersetzt verlangen kann. Dagegen sprechen jedoch bereits die Gesetzesmaterialien. Der Gesetzgeber hatte bei § 539 Abs. 1 BGB Mängelbeseitigungsarbeiten nicht im Blick, sondern allein Fälle, in denen der Mieter Einbauten vornimmt, die in erster Linie im eigenen Interesse liegen, wie zum Beispiel die Ausstattung von Küchen und Badezimmern (BT-Drs. 14/4553, S. 42).

22 bb) Der Anwendbarkeit des § 539 Abs. 1 BGB auf Fälle der eigenmächtigen Mängelbeseitigung durch den Mieter steht insbesondere der Zweck des § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB entgegen. Nach dieser gesetzlichen Wertung soll dem Vermieter der Vorrang bei der Beseitigung eines Mangels zukommen. Das dient zum einen deswegen auch seinem Schutz, weil er dadurch die Minderung der Miete (§ 536 BGB) oder Schadensersatzansprüche des Mieters (§ 536a Abs. 1 BGB) abwenden kann. Die dem Vermieter grundsätzlich einzuräumende Möglichkeit, den Mangel selbst zu beseitigen, soll es ihm zudem ermöglichen, die Mietsache darauf zu überprüfen, ob der behauptete Mangel besteht, auf welcher Ursache er beruht sowie ob und auf welche Weise er beseitigt werden kann, und hierzu gegebenenfalls Beweise zu sichern. Diese Möglichkeit einer Untersuchung und Beweissicherung verliert der Vermieter, wenn er nach der vom

Mieter vorgenommenen Mängelbeseitigung im Rahmen der Geltendmachung eines Anspruchs aus § 539 Abs. 1 BGB in Verbindung mit den Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag vor "vollendete Tatsachen" gestellt wird. Hierdurch würden sich seine Verteidigungsmöglichkeiten ungerechtfertigt verschlechtern (vgl. BGHZ 162, 219, 227 ff. zum Kaufrecht; siehe auch BGH, Urteil vom 11. Oktober 1965 - VII ZR 124/63, NJW 1966, 39, unter I 4, zum Ausschluss von Bereicherungsansprüchen im Fall der Nichteinhaltung des Fristsetzungserfordernisses nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB(B)).

23 4. Entgegen der Ansicht der Revision folgt eine Zahlungsverpflichtung des Beklagten auch nicht aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes nach § 536a Abs. 1 BGB.

24 Ein Anspruch aus § 536a Abs. 1 Fall 2 BGB scheitert schon daran, dass die - insoweit darlegungsbelastete (Senatsbeschluss vom 25. Januar 2006 - VIII ZR 223/04, NJW 2006, 1061, Tz. 2 und 3; BGH, Urteil vom 7. Juni 2006 - XII ZR 47/04, NJW-RR 2006, 1238, Tz. 8) - Klägerin nicht vorgetragen hat, dass die behaupteten Mängel der Heizungsanlage wegen eines Umstands entstanden sind, den der Beklagte zu vertreten hat. Auch die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs aus § 536a Abs. 1 Fall 3 BGB sind bereits mangels Inverzugsetzung des Beklagten nicht gegeben. Schließlich kann dahinstehen, ob die genannten Mängel schon bei Vertragsschluss vorhanden waren, denn ein Schadensersatzanspruch aufgrund verschuldensunabhängiger Garantiehaftung des Vermieters für anfängliche Mängel (§ 536a Abs. 1 Fall 1 BGB) besteht bereits aus einem anderen Grund nicht.

25 § 536a Abs. 1 BGB eröffnet keinen Anspruch auf Ersatz der vom Mieter zum Zweck der Mängelbeseitigung gemachten Aufwendungen, sofern die Voraussetzungen von § 536a Abs. 2 BGB nicht vorliegen (Erman/Jendrek, aaO; MünchKommBGB/Schilling, 4. Aufl., § 536a Rdnr. 14; aA Schmid/Harting, aaO, § 536a Rdnr. 37; BeckOK BGB/Ehlert, Stand: Februar 2007, § 536a Rdnr. 19a; Staudinger/Emmerich, aaO, § 536a Rdnr. 22, 41). Auch das wäre, wie ausgeführt, mit dem Sinn und Zweck des § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB, wonach grundsätzlich dem Vermieter der Vorrang bei der Mängelbeseitigung zukommt, nicht zu vereinbaren.

Leitsätze:

Sowohl das Recht des Käufers, gemäß §§ 437 Nr. 2, 441 BGB den Kaufpreis zu mindern, als auch der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 437 Nr. 3, 280, 281 BGB setzen - wenn nicht einer der gesetzlich geregelten Ausnahmetatbestände eingreift - voraus, daß der Käufer dem Verkäufer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hat.

Beseitigt der Käufer den Mangel selbst, ohne dem Verkäufer zuvor eine erforderliche Frist zur Nacherfüllung gesetzt zu haben, kann er auch nicht gemäß § 326 Abs. 2 Satz 2, Abs. 4 BGB (analog) die Anrechnung der vom Verkäufer ersparten Aufwendungen für die Mangelbeseitigung auf den Kaufpreis verlangen oder den bereits gezahlten Kaufpreis in dieser Höhe zurückfordern.

Sachverhalt:

Der Kläger erwarb am 16. März 2002 von dem Beklagten, einem Kraftfahrzeughändler, einen EG-Neuwagen S. zu einem Preis von 6.700 €. Für den Beklagten vermittelte der Autohändler M. den Abschluß des Kaufvertrags. Bei diesem schloß der Kläger zugleich eine "Garantievereinbarung zum Kauf über P. -Produkte" für das Fahrzeug ab. Das Fahrzeug wurde dem Kläger im April 2002 übergeben. Im November 2002 erlitt es einen Motorschaden; die Ursache für diesen Defekt ist streitig. Der Kläger wandte sich an den Autohändler M. ; dieser erklärte, die Garantie greife im Hinblick auf die fehlenden Eintragungen im Serviceheft über die Durchführung von Inspektionen nicht ein. Der Kläger ließ den Motor bei einer S. -Vertragshändlerin austauschen. Anschließend wandte er sich wegen der Erstattung der Reparaturkosten an die S. Deutschland GmbH, die jedoch eine Kostenbeteiligung unter Hinweis auf das nicht ausgefüllte Serviceheft ablehnte. Mit Schreiben vom 2. Juni 2003 unterrichtete der Kläger erstmals den Beklagten über den eingetretenen Schaden und forderte ihn zur Erstattung der Reparaturkosten auf; dies lehnte der Beklagte ab. Der Kläger verlangt von dem Beklagten Zahlung des Rechnungsbetrags für den Austausch des Motors in Höhe von 2.506,90 € nebst Zinsen. Er hat die Minderung des Kaufpreises erklärt. Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landgericht hat die Berufung des Klägers, die er zusätzlich damit begründet hat, daß der Beklagte infolge der Selbstvornahme der Reparatur Nachbesserungskosten erspart habe, zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht, dessen Urteil unter anderem in NJW 2004, 2906 veröffentlicht ist, hat zur Begründung ausgeführt:

Der Kläger könne keine Mängelgewährleistungsrechte geltend machen. Infolge der Neuregelung des Kaufrechts durch die Schuldrechtsreform 2002 sei die Nacherfüllung gegenüber der Geltendmachung von Minderung beziehungsweise Schadensersatz vorrangig. Hiernach wäre es erforderlich gewesen, den Beklagten unter Fristsetzung zur Nacherfüllung aufzufordern; dies sei nicht geschehen. Der Kläger sei zunächst ausschließlich aus der Garantie gegen den Autohändler M. beziehungsweise gegen die deutsche Repräsentantin des Herstellers vorgegangen. Zur ausnahmsweisen Entbehrlichkeit der Nachbesserungsaufforderung habe der Kläger weder substantiiert vorgetragen, noch ergäben sich dafür greifbare Anhaltspunkte aus den Umständen.

Dem Kläger stehe auch kein Anspruch wegen ersparter Aufwendungen gemäß § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB (analog) zu. Der Gesetzgeber habe zwar dem Besteller eines Werkvertrags das Recht zur Selbstvornahme eingeräumt, eine vergleichbare Regelung für das Kaufrecht jedoch nicht getroffen. Die Aufzählung der Rechte des Käufers im Gewährleistungsfall ergebe sich allein aus § 437 BGB. Es liege auch keine durch Analogie zu § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB zu schließende Regelungslücke vor.

II. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung stand, so daß die Revision des Klägers zurückzuweisen ist.

1. Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, daß der Kläger keine Rechte gemäß § 437 BGB wegen Mangelhaftigkeit der Sache geltend machen kann. Das Landgericht hat seiner Prüfung zutreffend die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der seit dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl. I S. 3138; im Folgenden: Schuldrechtsmodernisierungsgesetz) zugrunde gelegt, da der Kaufvertrag am 16. März 2002 zustande gekommen ist (vgl. Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).
a) Es kann offenbleiben, ob das Berufungsgericht - wie die Revision rügt - es rechtsfehlerhaft unterlassen hat, die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 281 Abs. 1 BGB zu prüfen, obwohl der Kläger in der Berufungsinstanz nur Minderung (§ 441 BGB) und ersparte Nacherfüllungskosten (§ 326 Abs. 2 Satz 2 BGB analog) begehrt hat. Denn sowohl das Recht des Käufers, den Kaufpreis gemäß §§ 437 Nr. 2, 441 BGB zu

mindern, als auch der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung wegen nicht wie geschuldet erbrachter Leistung gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 BGB setzen grundsätzlich voraus, daß der Käufer dem Verkäufer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung (§ 439 BGB) bestimmt hat. Für den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung ist dies in § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB ausdrücklich geregelt. Für das Minderungsrecht kommt diese Voraussetzung im Wortlaut des § 441 Abs. 1 Satz 1 BGB dadurch zum Ausdruck, daß der Käufer "statt" zurückzutreten den Kaufpreis durch Erklärung gegenüber dem Verkäufer mindern kann. Um mindern zu können, muß der Käufer daher gemäß §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB zunächst die Voraussetzungen für den Rücktritt herbeiführen, mithin im Regelfall eine Frist setzen (Entwurfsbegründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drucks. 14/6040, S. 235). Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, weil der Kläger dem Beklagten keine Frist zur Beseitigung des Motorschadens gesetzt hat.

b) Zutreffend ist das Berufungsgericht der Auffassung, daß auf eine Fristsetzung zur Nacherfüllung nicht verzichtet werden konnte. Gemäß § 323 Abs. 2 BGB ist eine Fristsetzung unter anderem dann entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert (Nr. 1) oder wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen (Nr. 3). Entsprechendes gilt gemäß § 281 Abs. 2 BGB für die Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung. Das Berufungsgericht hat das Vorliegen dieser Voraussetzungen rechtsfehlerfrei verneint. Die von der Revision aufgezeigten Umstände rechtfertigen keine andere Beurteilung (nachfolgend aa bis cc); Umstände, die eine Fristsetzung hätten entbehrlich werden lassen, sind auch im übrigen nicht ersichtlich.

aa) Zu Unrecht rügt die Revision, das Berufungsgericht sei unter Verstoß gegen § 286 ZPO dem Beweisantritt des Klägers zu seiner Behauptung, der Autohändler M. habe vor dem Austausch des Motors eine Einstandspflicht verweigert, nicht nachgekommen. Diese Tatsache war ausweislich des Tatbestandes des Berufungsurteils unstrittig und bedurfte daher keines Beweises. Sie ist für die Frage, ob eine Fristsetzung entbehrlich war, auch nicht erheblich, weil die Ablehnung einer eigenen Garantieleistung durch den Autohändler M. für den kaufvertraglichen Nacherfüllungsanspruch gegen den Beklagten ohne Bedeutung ist. Der Autohändler M. hat erklärt, die Garantie - die der Kläger anlässlich des Kaufvertragsabschlusses bei M. vereinbart hatte - greife im Hinblick auf die fehlenden Eintragungen im Serviceheft nicht ein. Das Berufungsgericht hat daraus sowie aus dem Umstand, daß der Kläger sich anschließend an die S. Deutschland GmbH gewandt hat, rechtsfehlerfrei und von der Revision nicht angegriffen den Schluß gezogen, daß der Kläger zunächst aus der Garantie beziehungsweise gegen die deutsche Repräsentantin des Herstellers vorgegangen ist. Die Ablehnung einer Einstandspflicht hinsichtlich der "Garantievereinbarung zum Kauf über P. -Produkte" hatte für den vom Beklagten abgeschlossenen Kaufvertrag keine Rechtsfolgen, weil sie sich auf ein von dem Kaufvertrag unabhängiges Rechtsverhältnis bezog, an dem der Beklagte nicht beteiligt ist.

Entgegen der Auffassung der Revision ergibt sich eine Einstandspflicht des Beklagten auch nicht daraus, daß er schriftsätzlich eingeräumt hat, er müsse sich das Verhalten des Autohändlers M. "in letzter Konsequenz" zurechnen lassen. Wie der Beklagte in seiner Revisionserwiderung zutreffend aufzeigt, bezog sich diese Erklärung darauf, daß der Autohändler M. den Beklagten als Verkäufer in die Kaufvertragsurkunde aufgenommen hat, obwohl er, M., nach dem Vortrag des Beklagten von einem Dritten mit der Vermittlung des Verkaufs beauftragt worden war. Daraus folgt jedoch nicht, daß sich der Beklagte auch Erklärungen zurechnen lassen muß, die M. später im Zusammenhang mit der Ablehnung von Ansprüchen aus dem Garantievertrag abgegeben hat.

bb) Eine Nachfristsetzung war auch nicht deshalb entbehrlich, weil dem Kläger, wie er vorgetragen hat, bei der Übergabe des Fahrzeugs kein ordnungsgemäß ausgefülltes Serviceheft ausgehändigt wurde. Dieser Umstand ist entgegen der Annahme der Revision für die Frage, ob der Kläger den Beklagten zur Nacherfüllung hätte auffordern müssen, ohne Bedeutung.

cc) Nicht zu folgen ist der Revision in ihrer Annahme, es sei davon auszugehen, daß ein Nachbesserungsverlangen des Klägers ohne Erfolg geblieben wäre, weil der Beklagte sich noch in seiner Klageerwiderung darauf berufen habe, nicht Partei des Kaufvertrags geworden zu sein. Das Verteidigungsverhalten des Beklagten im Rechtsstreit erlaubt keinen Rückschluß darauf, daß er ein Nacherfüllungsverlangen des Klägers abgelehnt hätte. Denn der Beklagte hat nach Vorlage einer lesbaren Kopie des Kaufvertrags seine Verkäufereigenschaft nicht mehr ernsthaft bestritten. Daß dies im Zusammenhang mit einem Nacherfüllungsverlangen des Klägers - das dem Beklagten Gelegenheit zu einer Untersuchung des Fahrzeugs und zur Prüfung der Vertragssituation gegeben hätte - anders gewesen wäre, ist nicht ersichtlich.

2. Zu Recht hat das Berufungsgericht auch einen Anspruch des Klägers auf Zahlung ersparter Nacherfüllungskosten des Beklagten gemäß § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB (analog) in Verbindung mit §§ 326 Abs. 4, 346 ff. BGB verneint.

a) Nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung muß sich der Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung

erforderlichen Aufwendungen (§ 439 Abs. 2 BGB), die er durch die Selbstvornahme der Mängelbeseitigung seitens des Käufers erspart, auf seinen Kaufpreisanspruch anrechnen lassen. Insoweit wird entweder die unmittelbare Anwendung des § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB befürwortet (Lorenz, ZGS 2003, 398; vgl. auch bereits ders., NJW 2003, 1417; Ebert, NJW 2004, 1761, 1763; Katzenstein, ZGS 2004, 349), oder diese Norm wird für entsprechend anwendbar gehalten (Bamberger/Roth/Faust, BGB, § 437 Rdnr. 33; Jauernig/Stadler, BGB, 11. Aufl., § 326 Rdnr. 29; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl., S. 102; Palandt/Putzo, BGB, 64. Aufl., § 437 Rdnr. 4a; vgl. auch Palandt/Heinrichs, aaO, § 326 Rdnr. 13). Zur Begründung wird angeführt, die vom Verkäufer geschuldete Nacherfüllung werde infolge der Selbstvornahme der Mängelbeseitigung durch den Käufer unmöglich (§ 275 Abs. 1 BGB). Der Verkäufer behalte gemäß § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB seinen Kaufpreisanspruch. Gemäß § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB - der anzuwenden sei, weil der Käufer als Gläubiger für die Unmöglichkeit der Nacherfüllung verantwortlich sei, § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB - müsse sich der Verkäufer allerdings dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspare; sei der Kaufpreis bereits gezahlt, ergebe sich ein Erstattungsanspruch des Käufers aus § 326 Abs. 4 BGB in Verbindung mit §§ 346 ff. BGB (eingehend Lorenz, NJW 2003, 1418 f.).

b) Entgegen der Revision ist dieser Auffassung nicht zu folgen (LG Aachen, DAR 2004, 452, 453; AG Kempen, ZGS 2003, 397; Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 250; Dötsch, MDR 2004, 975, 977 f. m.w.Nachw.; Ball, NZV 2004, 217, 227; MünchKommBGB/Westermann, 4. Aufl., § 437 Rdnr. 9 in Verbindung mit § 439 Rdnr. 10; Schroeter, JR 2004, 441; Dauner-Lieb/Arnold, ZGS 2005, 10).

Es bedarf keiner Entscheidung, ob die Selbstvornahme der Mängelbeseitigung durch den Käufer zur Unmöglichkeit der Nacherfüllung führt, was Voraussetzung der - auch analogen - Anwendbarkeit des § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB ist (dagegen Erman/Grunewald, BGB, 11. Aufl., § 437 Rdnr. 3; Oechsler, NJW 2004, 1825, 1826; Schroeter, aaO, 442 f.). Beseitigt der Käufer einen Mangel der gekauften Sache, ohne daß er dem Verkäufer zuvor eine erforderliche Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat, kann er Kosten der Mängelbeseitigung nicht gemäß § 326 Abs. 2 Satz 2, Abs. 4 BGB (analog) erstattet verlangen. §§ 437 ff. BGB enthalten insoweit abschließende Regelungen, die auch einen Anspruch auf Herausgabe ersparter Aufwendungen in unmittelbarer beziehungsweise analoger Anwendung des § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB ausschließen. Anderenfalls würde dem Käufer im Ergebnis ein Selbstvornahmerecht auf Kosten des Verkäufers zugewilligt, auf das der Gesetzgeber bewußt verzichtet hat (aa); zudem würde der Vorrang des Nacherfüllungsanspruchs unterlaufen, der den §§ 437 ff. BGB zugrunde liegt (bb).

aa) Das Gesetz räumt dem Käufer - im Gegensatz zum Mieter (§ 536 a Abs. 2 BGB) und zum Besteller beim Werkvertrag (§§ 634 Nr. 2, 637 BGB) - keinen Aufwendungsersatzanspruch im Falle der Selbstbeseitigung von Mängeln ein. Der Gesetzgeber hat bei der Neuregelung der Mängelrechte des Käufers durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz bewußt von einem Selbstvornahmerecht auf Kosten des Verkäufers abgesehen, wie sich insbesondere aus dem Vergleich der in § 437 Nr. 1 bis 3 BGB aufgeführten Rechte des Käufers mit den ebenfalls neu gefaßten und im übrigen im wesentlichen übereinstimmenden Rechten des Bestellers beim Werkvertrag (§ 634 Nr. 1 bis 4 BGB) ergibt (vgl. auch Entwurfsbegründung, BT-Drucks. 14/6040, S. 229). Aus diesem Grunde besteht auch keine planwidrige Regelungslücke, die Voraussetzung einer analogen Anwendung des § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB wäre.

Zwar trifft es zu, daß § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB bei seiner Heranziehung für den Nacherfüllungsanspruch kein Selbstbeseitigungsrecht des Käufers, sondern Rechtsfolgen der Unmöglichkeit dieses Anspruchs regeln würde und daß die ersparten Kosten des Verkäufers von den im Rahmen eines Selbstvornahmerechts ersatzfähigen eigenen Aufwendungen des Käufers rechtlich zu unterscheiden sind (Ebert, aaO, 1763; Lorenz, NJW 2003, 1417, 1419; vgl. auch Mankowski, EWIR § 326 BGB 1/04, 325, 326). Jedoch geht es auch bei der Anrechnung ersparter Aufwendungen des Verkäufers gemäß § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB oder - im Falle eines schon entrichteten Kaufpreises - bei einem entsprechenden Rückzahlungsanspruch des Käufers nach § 326 Abs. 4 BGB um Kosten der vom Käufer vorgenommenen Mängelbeseitigung, lediglich mit dem Unterschied, daß die Kosten nicht nach den auf Seiten des Käufers entstandenen Reparaturkosten zu berechnen sind, sondern nach dem Kostenaufwand, den der Verkäufer erspart hat. Ließe man dem Käufer gemäß § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB die vom Verkäufer ersparten Aufwendungen zukommen, ließe dies im Ergebnis darauf hinaus, dem Käufer ein Recht zur Selbstbeseitigung von Mängeln auf Kosten des Verkäufers einzuräumen, das - anders als das Selbstvornahmerecht des Bestellers beim Werkvertrag nach § 637 BGB - nicht einmal den erfolglosen Ablauf einer vom Käufer gesetzten Frist zur Nacherfüllung voraussetzt (Ball, aaO; vgl. auch Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 455, 457). Dies widerspräche der Absicht des Gesetzgebers, der, wie ausgeführt, von der Schaffung eines Selbstbeseitigungsrechts des Käufers auf Kosten des Verkäufers nach dem Vorbild des Miet- und Werkvertrags bewußt abgesehen hat.

bb) Die Erstattung ersparter Mängelbeseitigungskosten gemäß § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB stünde auch im Widerspruch zu dem Grundsatz des Vorrangs der Nacherfüllung, der sich aus §§ 437 ff. BGB ergibt. (1) § 437 BGB zählt die Rechte und Ansprüche auf, die dem Käufer im Falle der Lieferung einer mit einem Rechts- oder Sachmangel behafteten Sache zustehen. Ein grundsätzlicher Vorrang der Nacherfüllung folgt für die Gestaltungsrechte des Rücktritts und der Minderung (§ 437 Nr. 2 BGB) sowie für die Ansprüche des Käufers auf Schadensersatz statt der

Leistung und auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen aus dem Umstand, daß diese Rechte des Käufers - wie oben 1 a ausgeführt - regelmäßig den erfolglosen Ablauf einer dem Verkäufer gesetzten Frist zur Nacherfüllung voraussetzen (vgl. nur Münch-KommBGB/Westermann, aaO, § 437 Rdnr. 4; Palandt/Putzo, aaO, § 437 Rdnr. 4; vgl. auch die Entwurfsbegründung, BT-Drucks. 14/6040, S. 94 f., 220 f.). Aus der Sicht des Verkäufers stellt sich der Vorrang der Nacherfüllung als Nacherfüllungsrecht beziehungsweise "Recht zur zweiten Andienung" dar, das insoweit seinem Schutz dient, als er durch die Nacherfüllung die Geltendmachung der vorgenannten Käuferrechte abwenden kann (vgl. nur Bamberger/Roth/Faust, aaO, § 439 Rdnr. 2; Westermann, aaO, Rdnr. 2 m.w.Nachw.; vgl. auch Entwurfsbegründung, aaO, S. 89, 220 f.). In der Entwurfsbegründung wird zu dem in § 437 Nr. 2 BGB geregelten Rücktrittsrecht ausgeführt, der Verkäufer erhalte durch das Fristsetzungserfordernis eine letzte Chance, den mit der Rückabwicklung des Vertrags verbundenen wirtschaftlichen Nachteil abzuwenden (aaO, S. 221). Die Möglichkeit des Verkäufers, die Rückabwicklung des Vertrags durch fristgerechte Nachbesserung oder Neulieferung abzuwenden, sei auch für den Käufer interessengerecht, da er erhalte, was er vertraglich zu beanspruchen habe. Vorrang vor dem Rücktritt vom Vertrag habe damit die Nacherfüllung durch den Verkäufer, wenn auch die Wahl zwischen den beiden Arten der Nacherfüllung dem Käufer zustehe (Entwurfsbegründung, aaO).

(2) Das Berufungsgericht hat zutreffend ausgeführt, daß dem - erfüllungsbereiten - Verkäufer die Möglichkeit genommen wird, sich den Kaufpreis durch eine "zweite Andienung" endgültig zu verdienen, wenn der Käufer die Sache selbst repariert, ohne dem Verkäufer zuvor Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben zu haben. Der gesetzliche Vorrang der Nacherfüllung beziehungsweise das "Recht zur zweiten Andienung" würden unterlaufen, wenn der Käufer die Kosten der Mängelbeseitigung (durch den Verkäufer) gemäß § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB ohne vorherige Fristsetzung ganz oder teilweise von diesem verlangen könnte (LG Aachen, aaO; Dötsch, MDR 2004, 975, 977). Dies widerspräche der Absicht des Gesetzgebers, der den Interessen des Verkäufers - von den Fällen der Entbehrlichkeit der Fristsetzung abgesehen - durch das in §§ 459 ff. BGB a.F. noch nicht enthaltene "Recht zur zweiten Andienung" hat Rechnung tragen wollen (vgl. BT-Drucks., aaO, S. 89, 220 f.).

Soweit dagegen eingewendet wird, dem Verkäufer entstehe durch die Anrechnung der ersparten Aufwendungen kein Nachteil, zumal auch zu berücksichtigen sei, daß dem Käufer der Beweis der Voraussetzungen des § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB - und damit auch der Höhe der vom Verkäufer ersparten Aufwendungen - obliege (vgl. Ebert, aaO, 1764; Katzenstein, aaO, 354), rechtfertigt dies keine andere Bewertung. Das Berufungsgericht hat zu Recht darauf abgestellt, daß die vom Käufer grundsätzlich einzuräumende Gelegenheit zur Nacherfüllung es dem Verkäufer ermöglicht, die verkaufte Sache darauf zu überprüfen, ob der behauptete Mangel besteht und ob er bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen hat, auf welcher Ursache er beruht, sowie ob und auf welche Weise er beseitigt werden kann (vgl. § 439 Abs. 3 BGB), und hierzu gegebenenfalls Beweise zu sichern. Diese Möglichkeit einer Untersuchung und Beweissicherung verliert der Verkäufer, wenn er nach der vom Käufer durchgeführten Reparatur im Rahmen der Geltendmachung eines Erstattungsanspruchs gemäß § 326 Abs. 2 Satz 2, Abs. 4 BGB vor "vollendete Tatsachen" gestellt wird. Hierdurch würden sich seine Verteidigungsmöglichkeiten ungerechtfertigt verschlechtern (Ball, aaO; vgl. auch BGH, Urteil vom 11. Oktober 1965 - VII ZR 124/63, NJW 1966, 39 unter I 4 zum Ausschluß von Bereicherungsansprüchen im Falle der Nichteinhaltung des Fristsetzungserfordernisses nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB(B)).

c) Der Ausschluß einer Erstattung von Mängelbeseitigungskosten, wenn der Käufer dem Verkäufer keine erforderliche Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat, steht im Einklang mit der bereits vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes begründeten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Werkvertragsrecht. Danach kann ein Anspruch des Bestellers auf Ersatz von Aufwendungen zur Beseitigung von Mängeln, wenn er nach Werkvertragsrecht nicht begründet ist, auch nicht auf die Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung oder über die Geschäftsführung ohne Auftrag gestützt werden, weil die Vorschriften über die Gewährleistung beim Werkvertrag eine abschließende Sonderregelung enthalten (st. Rspr.; BGH, Urteil vom 11. Oktober 1965, aaO, zu § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB(B); Urteil vom 28. September 1967 - VII ZR 81/65, NJW 1968, 43, zu § 633 BGB a.F.; BGHZ 92, 123, 125; 96, 221, 223, jew. m.w.Nachw.; MünchKommBGB/Busche, 4. Aufl., § 634 Rdnr. 8; für eine analoge Anwendung des § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB Staudinger/Peters, BGB (2003), § 634 Rdnr. 36 m.w.Nachw.). Damit werden dem Besteller auch Ansprüche gegen den Unternehmer auf die von diesem ersparten Nachbesserungskosten versagt. Der Bundesgerichtshof hat den Vorrang der werkvertraglichen Gewährleistungsvorschriften damit begründet, daß die Zulassung von Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag zu Unklarheiten und Schwierigkeiten führen würde, welche die Vorschriften für den Werkvertrag gerade ausschließen sollen; da die Mängel schon beseitigt seien, werde eine zuverlässige Nachprüfung ihres Umfangs und ihrer Schwere sowie der Angemessenheit der behaupteten Beseitigungskosten oft nicht mehr möglich sein (Urteil vom 28. September 1967, aaO).

Nicht anders liegt es, wie ausgeführt, bei der Erstattung vom Verkäufer ersparter Mängelbeseitigungskosten gemäß § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB.

d) Entgegen der Auffassung der Revision (unter Hinweis auf Lorenz, NJW 2003, 1417, 1418 f.) führt der Ausschluß einer Erstattung ersparter Aufwendungen gemäß § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht zu einer ungerechtfertigten Besserstellung des Verkäufers gegenüber dem Fall einer vollständigen Unmöglichkeit der Erfüllung. Der Gesetzgeber hat in den §§ 437

ff. BGB die Rechte des Käufers bei Mängeln besonders geregelt. Daß der Käufer, der einen Mangel selbst beseitigt, ohne dem Verkäufer zuvor Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben zu haben, vom Verkäufer grundsätzlich nicht die Erstattung von Mängelbeseitigungskosten verlangen kann, ist lediglich Folge des Umstandes, daß er die gesetzlichen Voraussetzungen der in §§ 437 ff. BGB geregelten Mängelrechte nicht eingehalten hat. Dem Interesse des Käufers, dem Verkäufer in den Fällen keine Frist setzen zu müssen, in denen dies keinen Erfolg verspricht oder für den Käufer unzumutbar ist, trägt das Gesetz in den Ausnahmebestimmungen der §§ 281 Abs. 2, 323 Abs. 2 und 440 Satz 1 BGB Rechnung. Die in §§ 437 ff. BGB zum Ausdruck gekommene gesetzgeberische Entscheidung kann nicht dadurch umgangen werden, daß dem Käufer auf dem Wege über die Heranziehung der allgemeinen Vorschriften des § 326 Abs. 2 und 4 BGB wegen Unmöglichkeit der Nacherfüllung zumindest ein Teil der Nachbesserungskosten auch dann zugebilligt wird, wenn die besonderen Voraussetzungen der kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften nicht vorliegen.