



## Das Wahlrecht des Käufers im Rahmen der Nacherfüllung \*

Wiss. Assistent Dr. Ulrich G. Schroeter, Freiburg

**Das neue Kaufrecht gewährt dem Käufer, dem eine mangelhafte Kaufsache geliefert wurde, als vorrangigen Rechtsbehelf einen Anspruch auf Nacherfüllung. Dieser dient dabei zugleich den Interessen des Verkäufers, der auf diese Weise die Möglichkeit erhält, sich den Kaufpreis im Wege einer „zweiten Andienung“ doch noch zu verdienen. Da die Nacherfüllung jedoch zunächst eine Wahl zwischen Ersatzlieferung und Nachbesserung erfordert, die nach § 439 I BGB dem Käufer (und damit dem Anspruchsgläubiger) zusteht, können eine Reihe von Schwierigkeiten auftreten, die in diesem Beitrag untersucht werden.**

### I. Einleitung

Hat der Verkäufer eine mangelhafte Sache geliefert, so gewährt § 439 I BGB dem Käufer das Recht, als Nacherfüllung „nach seiner Wahl“ entweder die Beseitigung des Mangels oder aber die Lieferung einer mangelfreien Sache zu verlangen. Die Vorschrift weist damit ab dem Zeitpunkt des Gefahrenübergangs dem Käufer als dem Gläubiger des modifiziert fortbestehenden Anspruchs auf Verschaffung einer sach- und rechtmangelfreien Kaufsache (§ 433 I 2 BGB) das Recht und die Aufgabe zu, über den Weg zur Erreichung dieses vom Verkäufer geschuldeten Erfolgs zu entscheiden<sup>1</sup> - dem Verkäufer bleibt lediglich die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung zu verweigern (§ 439 III BGB). Mit der vom Käufer getroffenen Wahl wird dabei zugleich das Recht des Verkäufers „zur zweiten Andienung“ inhaltlich konkretisiert.

Das Käuferwahlrecht des § 439 I BGB ist in dieser Form sowohl im deutschen Recht<sup>2</sup> als auch im UN-Kaufrecht, welches sowohl bei der Schaffung der EG-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie als auch bei deren Umsetzung im Rahmen der Schuldrechtsreform Pate stand<sup>3</sup>, ohne Vorbild<sup>4</sup>. Es geht auf eine Vorgabe der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zurück<sup>5</sup>, die auf Drängen des Europäischen Parlaments aufgenommen wurde, und hat genuin verbraucherschützenden Charakter. Seine Ausdehnung auf alle Kaufverträge beruht hingegen auf einer originären Entscheidung des deutschen Gesetzgebers<sup>6</sup>, die in der Literatur vielfach heftige Kritik erfahren hat<sup>7</sup>. Letztere ist allerdings angesichts des klaren Wortlauts des § 439 I BGB, der zweifelsfreien gesetzgeberischen Intention und der bindenden gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben mittlerweile von nur noch rechtspolitischem Interesse. Im Folgenden sollen daher einige der dogmatischen und praktischen Schwierigkeiten erörtert werden, die das Wahlrecht des § 439 I BGB aufwirft.

### II. Dogmatische Einordnung und Inhalt des Wahlrechts

Sowohl die dogmatische Einordnung des Käuferwahlrechts innerhalb der Nacherfüllung als auch dessen Inhalt und Grenzen werden bislang kontrovers diskutiert.

#### 1. Wahlschuld oder elektive Konkurrenz?

Zur systematischen Erfassung der Rechtsnatur des dem Käuferwahlrecht unterstehenden Nacherfüllungsanspruchs aus § 439 I BGB stellt das deutsche bürgerliche Recht zwei denkbare Rechtsfiguren zur Verfügung: Zum einen die in §§ 262ff. BGB normierte *Wahlschuld* und zum anderen die gesetzlich unregelte, aber in Rechtsprechung und Schrifttum seit langem anerkannte<sup>8</sup> Figur der *elektiven Konkurrenz*, der im heutigen Privatrecht eine weit größere Bedeutung zukommt als der überkommenen Wahlschuld<sup>9</sup>. In Übereinstimmung sowohl mit der Tatsache, dass dem Gesetzgeber bei Schaffung des § 439 I BGB offenkundig keine bestimmte Einordnung vor Augen stand<sup>10</sup>, als auch der gemeinschaftsrechtlichen Wirkung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie,

die für jeden Mitgliedstaat zwar hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich ist, den innerstaatlichen Stellen jedoch die Wahl der Form und der Mittel überlässt (Art. 249 II EG), wird die Entscheidung zwischen Wahlschuld und elektiver Konkurrenz zu Recht vor allem mit Blick auf deren Rechtswirkungen im Regelungsgefüge des § 439 BGB begründet:

So sieht sich die Einordnung als Wahlschuld i.S. des § 262 BGB<sup>11</sup> vor allem deshalb Kritik ausgesetzt, weil eine

einmal getroffene Wahl des Käufers auf Grund des § 263 II BGB für diesen bindend wäre und diese Folge die Position des Käufers unangemessen<sup>12</sup> und nach teilweiser Ansicht sogar in richtlinienwidriger Weise<sup>13</sup> schwächt. Die elektive Konkurrenz vermeidet dieses Ergebnis von vornherein, weil sie dem Wahlberechtigten ein *ius variandi* gewährt (das freilich seinerseits den Grenzen des § 242 BGB unterliegt)<sup>14</sup>. Daneben gerät das Recht der Wahlschuld auch durch § 265 S. 2 BGB mit § 439 III 3 Halbs. 1 BGB in Konflikt, der zur Frage des Übergangs auf die alternative Nacherfüllungsart eine abschließende Regelung enthält<sup>15</sup>.

Insgesamt erweist sich die Anwendung der §§ 262ff. BGB aber vor allem deshalb als nicht sachgerecht, weil für die darin vorgesehenen Regelungen ersichtlich die gesetzgeberische Vorstellung einer Wahlschuld mit Wahlrecht des Schuldners bestimmend war, wie sie § 262 BGB „im Zweifel“ anordnet<sup>16</sup>, während § 439 I BGB dem Gläubiger des Nacherfüllungsanspruchs die Wahl überlässt - dieser kann jedoch mögliche Hindernisse für die Durchführung der in Frage kommenden Leistungsalternativen regelmäßig weniger gut vorhersehen als der Schuldner, in dessen Sphäre diese üblicherweise auftreten, und wird daher durch §§ 263, 265 BGB in seiner Rechtsstellung weit stärker beeinträchtigt. Insgesamt sprechen daher die besseren Gründe für eine Einordnung als Fall der elektiven Konkurrenz<sup>17</sup>.

## 2. Inhalt und Grenzen

Bei der Vornahme seiner durch § 439 I BGB eröffneten Wahl ist der Käufer im Übrigen frei und in keiner Weise verpflichtet, auf die Interessen des Verkäufers Rücksicht zu nehmen<sup>18</sup>. Letztere werden nach dem Gesetz auf andere Weise, nämlich durch das Verweigerungsrecht des Verkäufers gem. § 439 III BGB geschützt. Das Wahlrecht, dessen Ausübung der Käufer auch dem Verkäufer überlassen kann<sup>19</sup>, bezieht sich dabei von vornherein nur auf die Entscheidung zwischen den beiden Nacherfüllungsarten der Ersatzlieferung und der Nachbesserung, während die weitergehende Wahl zwischen unterschiedlichen (technischen) Möglichkeiten der Nachbesserung nach zutreffender Ansicht dem Verkäufer überlassen bleibt<sup>20</sup>.

## III. Optionen des Verkäufers bei Nichtausübung des Wahlrechts

Das Käuferwahlrecht vorstehend beschriebenen Inhalts ist von einem ehemaligen Mitglied der Schuldrechtsreformkommission als „für den Verkäufer außerordentlich gefährlich“ charakterisiert worden<sup>21</sup>. Eine Überprüfung dieser Einschätzung muss bei demjenigen Bestandteil der kaufvertraglichen Austauschbeziehung ansetzen, aus welchem das Interesse des Verkäufers an der Vertragsdurchführung resultiert, nämlich dem Kaufpreisanspruch (§ 433 II BGB). Insofern ist anerkannt, dass der Käufer bei Lieferung einer mangelhaften Sache gem. § 320 BGB berechtigt ist, die Kaufpreiszahlung in voller Höhe einstweilen zu verweigern<sup>22</sup>. Der Verkäufer sieht sich folglich mit der Undurchsetzbarkeit seines Anspruchs auf Gegenleistung konfrontiert. Letztere kann er sich nur dadurch verschaffen, dass er seine Lieferpflicht im Wege der Nacherfüllung doch noch wie geschuldet erbringt und die Einrede aus § 320 BGB damit beseitigt. Gerade daraus erklärt sich auch das Interesse des Verkäufers an seinem „Recht zur zweiten Andienung“, welches regelmäßig weniger an der Erbringung der Nacherfüllung selbst besteht, sondern vielmehr an der Möglichkeit, sich dadurch doch noch den Kaufpreis zu verdienen<sup>23</sup>.

Dass sich vor diesem Hintergrund das Wahlrecht des Käufers gem. § 439 I BGB in der Tat als für den Verkäufer gefährlich erweisen kann, lässt sich anhand des folgenden knappen *Beispielsfalls* demonstrieren:

*K* erwirbt vom Küchengerätehersteller *V* eine Geschirrspülmaschine, die von *V* wegen ihres sehr niedrigen Betriebsgeräuschs beworben wird. Nachdem die Maschine in der Küche des *K* eingebaut worden ist, führt dieser interessehalber eine Geräuschemessung durch und stellt fest, dass die Geschirrspülmaschine bei ordnungsgemäßem Betrieb nicht lediglich das im Kaufvertrag vereinbarte Betriebsgeräusch von 46 dB, sondern einen geringfügig höheren Geräuschpegel von 47,5 dB verursacht. Dieser hat seinen Grund in einem unzureichend arbeitenden Trocknungsaggregat, welches nach Ausbau der Geschirrspülmaschine austauschbar wäre. Als *K* von *V* die Rechnung über die gelieferte Maschine erhält, verweigert er die Bezahlung mit der Begründung, die Maschine sei mangelhaft. Zur Frage einer Nacherfüllung durch *V* schweigt er.

## 1. Keine Fristgebundenheit des Wahlrechts

Als Ausgangspunkt kann insoweit festgestellt werden, dass für das Käuferwahlrecht des § 439 I BGB keine bestimmte Frist vorgeschrieben ist, innerhalb derer die Nacherfüllung

verlangt werden muss<sup>24</sup> - der Käufer kann seinen Anspruch auf Beseitigung des Mangels bzw. Lieferung einer mangelfreien Sache daher geltend machen, bis dieser nach § 438 BGB verjährt ist<sup>25</sup>. Da eine Frist für die Wahlrechtsausübung auch in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht vorgesehen ist<sup>26</sup>, weicht die Rechtslage

insoweit auffällig vom Modell des UN-Kaufrechts ab, welches in Art. 46 II, III CISG den Käufer zur Geltendmachung seiner Nacherfüllungsansprüche „innerhalb einer angemessenen Frist“ verpflichtet.

Verschärft wird diese missliche Lage des Verkäufers schließlich noch durch die Vorschrift des § 215 BGB, die auch für die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gem. § 320 BGB gilt<sup>27</sup> und dem Käufer deren Geltendmachung damit selbst dann weiterhin gestattet, wenn sein Anspruch auf Nacherfüllung zwischenzeitlich nach § 438 BGB verjährt ist. Auf Grund der fehlenden Fristgebundenheit des Wahlrechts aus § 439 I BGB hätte der Käufer damit die Möglichkeit, die Vertragsdurchführung durch dessen einfache Nichtausübung dauerhaft „einzufrieren“ und damit in der Sache einen Zustand herbeizuführen, der aus Käuferperspektive einer Vertragsaufhebung gleicht<sup>28</sup>, den Verkäufer jedoch sogar noch schlechter stellt: Der Käufer braucht den Kaufpreis auf Grund der §§ 320, 439 I i.V. mit § 215 BGB dauerhaft nicht zu zahlen, und der Verkäufer erhält nicht einmal den bereits gelieferten (wenngleich mangelhaften) Kaufgegenstand zurück, wie er es ansonsten gem. §§ 323 I, 281 V i.V. mit 346 I BGB beanspruchen könnte. Da letztere Folge für den Verkäufer offensichtlich unbillig wäre, könnte man insoweit zwar unter Umständen mit einer analogen Anwendung des § 438 IV 3 BGB helfen. Gleichwohl würde auf diese Weise im Ergebnis zum einen das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung vereitelt und zum anderen auch die Rücktrittssperre des § 323 V 2 BGB umgangen, welche eine Vertragsaufhebung durch den Käufer bei einer lediglich unerheblichen Pflichtverletzung - die im *Beispielfall* in Gestalt des nur geringfügig zu hohen Geräuschpegels vorliegen dürfte<sup>29</sup> - gerade ausschließen soll<sup>30</sup>.

## 2. Entsprechende Anwendung des § 264 II BGB?

Einen Ausweg aus der beschriebenen, für den Verkäufer höchst misslichen Lage könnte man darin sehen, diesem in entsprechender Anwendung des § 264 II BGB das Recht zur Setzung einer angemessenen Frist einzuräumen, mit deren ereignislosem Ablauf das Wahlrecht auf den Verkäufer überginge. In diesem Sinne ist *Heinrichs* in der Tat der Auffassung, bei einer elektiven Konkurrenz mit Gläubigerwahlrecht sei, wenn Sonderregelungen fehlen, § 264 II BGB als Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben stets entsprechend anwendbar<sup>31</sup>. Will man diesem Ansatz folgen, so kann der Verkäufer danach dem Käufer alternativ die Beseitigung des Mangels und die Lieferung einer mangelfreien Sache anbieten (§ 295 BGB) und ihm eine angemessene Frist zur Vornahme der Wahl setzen: Übt der Käufer das Wahlrecht innerhalb der gesetzten Frist nicht aus, so geht dieses gem. § 264 II BGB (analog) auf den Verkäufer über<sup>32</sup>.

a) *Verzug des Gläubigers als Voraussetzung des § 264 II BGB.* Die Anwendung des § 264 II BGB erweist sich bei genauerem Hinsehen jedoch schon deshalb als problematisch, weil die Regelung tatbestandlich voraussetzt, dass der wahlberechtigte Gläubiger im Verzug ist. Sowohl sein Annahmeverzug wie sein Schuldnerverzug können allerdings ihrerseits begrifflich nur unter der Voraussetzung entstehen, dass die geschuldete bzw. angebotene Leistung zum Zeitpunkt der Mahnung respektive des Angebots bereits fällig ist (§§ 286 I 1, 294 BGB)<sup>33</sup>. Bei dem Anspruch auf Nacherfüllung gem. § 439 I BGB wird jedoch weit überwiegend zu Recht davon ausgegangen, dass dieser ohne die Wahlerklärung des Käufers gar nicht fällig werden kann<sup>34</sup>: Es handelt sich dogmatisch um einen verhaltenen Anspruch<sup>35</sup>, der den Gläubiger zwar jederzeit berechtigt, die Leistung zu verlangen, jedoch den Schuldner vor dem Gläubigerverlangen weder verpflichtet noch berechtigt, zu leisten<sup>36</sup>, und der folglich auch erst mit dem Leistungsverlangen des Gläubigers fällig wird<sup>37</sup>.

Nichts anderes gilt, wenn man bei Anwendung des § 264 II BGB auf die Fälligkeit der Wahlrechtsausübung selbst abstellen will<sup>38</sup>, weil für diese - wie bereits ausgeführt - keine Frist vorgesehen ist und dieser Umstand schon deshalb nicht zu einer Anwendung des § 271 I BGB (mit dem Resultat, dass der Verkäufer die sofortige Ausübung des Wahlrechts verlangen könnte) genutzt werden darf, weil Art. 5 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie insoweit eine enumerative Aufzählung zulässiger Fristen enthalten dürfte<sup>39</sup>. Es fehlt dem Verkäufer damit schon die von § 264 II BGB vorausgesetzte Möglichkeit, den Käufer hinsichtlich der Ausübung seines Wahlrechts aus § 439 I BGB in Verzug zu setzen.

b) *Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Anwendung des § 264 II BGB.* Zudem ist auch die Gemeinschaftsrechtskonformität einer Anwendung des § 264 II BGB zweifelhaft. Dies gilt zunächst deshalb, weil von einer solchen Option des Verkäufers über den (richtlinienumsetzenden) § 439 III BGB hinaus in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nirgends auch nur andeutungsweise die Rede ist<sup>40</sup>. Die Wahl der Nacherfüllungsart durch den Verkäufer wird allerdings im

Schrifttum gleichwohl mit der Begründung für richtlinienkonform gehalten, der Käufer verhalte sich treuwidrig, wenn er eine Nacherfüllungsleistung unter Berufung auf sein Wahlrecht ablehne - das schützenswerte Interesse des Käufers sei schließlich umfassend befriedigt, sofern er nur den vertraglichen Anforderungen entsprechende Ware erhalte<sup>41</sup>.

Dass der referierte Ansatz mit den Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie unvereinbar ist, ergibt sich aus deren

Erwägungsgründen, denen bei der Richtlinieninterpretation eine bedeutsame Rolle zukommt<sup>42</sup>: So formuliert zum einen Erwägungsgrund 10 imperativ, der Verbraucher müsse bei Lieferung einer vertragswidrigen Sache das Recht haben, „die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Gutes zu verlangen, wobei er zwischen einer Nachbesserung und einer Ersatzlieferung wählen kann“ - die Richtlinie hat daher gerade nicht allein das Interesse des Käufers an vertragsgemäßer Ware im Blick, sondern definiert vielmehr darüber hinausgehend das Wahlrecht selbst als schützenswertes Interesse des Käufers. Daneben behandelt Erwägungsgrund 12 eine Konstellation, welche unübersehbare Parallelen zum Mechanismus des § 264 II BGB aufweist: „In Fällen von Vertragswidrigkeit kann der Verkäufer dem Verbraucher zur Erzielung einer gütlichen Einigung stets jede zur Verfügung stehende Abhilfemöglichkeit anbieten. Die Entscheidung über die Annahme oder Ablehnung des betreffenden Vorschlags bleibt dem Verbraucher anheim gestellt.“ Die Regelung macht damit deutlich, dass die Richtlinie ein entsprechendes Verkäuferangebot nur „zur Erzielung einer gütlichen Einigung“ erlaubt - die Rechtsfolgen einer Anwendung des § 264 II BGB wären dagegen weit schärfer, weil der Käufer sein Wahlrecht an den Verkäufer verlöre.

Eine nationale Regelung wie § 264 II BGB erweist sich nach alledem als verbraucherschutzreduzierend und daher mit Art. 8 II der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie unvereinbar; ihre Anwendung jedenfalls auf Verbrauchsgüterkäufe wäre somit richtlinienwidrig<sup>43</sup>. Da dieser Befund an den Entzug des Käuferwahlrechts selbst anknüpft, kann auch nicht dadurch geholfen werden, dass die Überlegungsfrist des Käufers in Anlehnung an Art. 5 II 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie auf mindestens zwei Monate festgesetzt wird<sup>44</sup>. Ein Ausweg aus dem Dilemma des Verkäufers muss daher auf andere Weise gefunden werden.

### 3. Der Wegfall der Käufereinrede aus § 320 BGB als Lösung

Es empfiehlt sich, zu diesem Zweck auf Möglichkeiten zur Beseitigung der Käufereinrede aus § 320 BGB abzustellen, um dem Verkäufer so die Durchsetzung seines Kaufpreisanspruchs auch dann zu erlauben, wenn der Käufer sein Wahlrecht aus § 439 I BGB nicht ausübt und die Vertragsdurchführung dadurch „in der Schwebe“ hält: Auf diese Weise wird das wirtschaftliche Interesse des Verkäufers aus dem Kaufvertrag befriedigt und dem Käufer zugleich ein möglicher Anreiz genommen, den Vertrag durch bloßes dauerhaftes Nichthandeln kalt zu liquidieren. Unvereinbarkeiten mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sind insoweit schon deshalb von vornherein ausgeschlossen, weil die Richtlinie keinerlei Vorgaben bezüglich der Durchsetzbarkeit des Kaufpreisanspruchs vor Vertragsauflösung enthält.

a) *Verzug des Käufers*. Eine denkbare Vorgehensweise des Verkäufers bestünde darin, den Käufer in Verzug zu setzen, um so das Eingreifen der Einrede des nicht erfüllten Vertrags zu beenden. Voraussetzung hierfür ist freilich zunächst, dass man die im Text geteilten Zweifel hinsichtlich der Fälligkeit von Nacherfüllungsanspruch bzw. Wahlrecht aus § 439 I BGB für letztlich nicht durchgreifend hält<sup>45</sup>. Unter dieser Prämisse kann der Käufer zum einen dadurch in *Annahmeverzug* (§ 293 BGB) gesetzt werden, dass ihm durch die Aufforderung zur Ausübung seines Wahlrechts aus § 439 I BGB ein wörtliches Angebot i.S. des § 295 S. 2 BGB gemacht wird<sup>46</sup> - an der fehlenden Durchsetzbarkeit des Kaufpreisanspruchs ändert sich damit allerdings noch nichts, weil der Annahmeverzug des Käufers nach herrschender Meinung sein Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB nicht ausschließen soll<sup>47</sup>.

Etwas anderes gilt jedoch im Falle des *Leistungsverzugs*, weil sich auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nur berufen kann, wer sich selbst vertragstreu verhält<sup>48</sup>. Dass der Käufer durch eine Aufforderung des Verkäufers i.S. des § 295 S. 2 BGB tatsächlich nicht nur in Annahme-, sondern zugleich in Leistungsverzug gerät, findet seinen Grund dabei in seiner Abnahmepflicht (§ 433 II BGB), die bei Lieferung einer mangelhaften Sache nicht untergeht, sondern ab dem Gefahrenübergang nunmehr inhaltlich darauf gerichtet ist, die nach Maßgabe des § 439 BGB nachgebesserte oder ersatzweise gelieferte mangelfreie Sache abzunehmen. Man kann daher in Anlehnung an die verbreitete Umschreibung des Nacherfüllungsanspruchs als modifizierter Erfüllungsanspruch<sup>49</sup> von einer modifizierten Abnahmepflicht des Käufers sprechen, durch deren Nichterfüllung der Käufer in Leistungsverzug gerät<sup>50</sup>, weil in der Aufforderung an den Käufer, das Wahlrecht des § 439 I BGB auszuüben, zugleich die nach § 286 I 1 BGB notwendige Mahnung liegt. Da zugleich das Recht des Käufers entfällt, sich auf die Einrede des § 320 BGB zu berufen, kann der Verkäufer auf diese Weise zwar bei andauernder Nichtausübung des Käuferwahlrechts keine Nacherfüllung vornehmen, vermag jedoch seinen Kaufpreisanspruch durchzusetzen.

b) *Treuwidrigkeit der Berufung auf § 320 BGB*. Will man dem soeben dargestellten Begründungsansatz nicht folgen, weil man die notwendige Fälligkeit des Nacherfüllungsanspruchs vor Ausübung des Käuferwahlrechts aus § 439 I BGB - wie oben begründet - zu Recht für nicht gegeben hält, so ist dem Käufer das Recht zur Berufung auf § 320 BGB aus dem Grunde der Treuwidrigkeit (§ 242 BGB) zu versagen: Diese Rechtsausübungsschranke, der auch die Berufung auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags unterliegt<sup>51</sup>, steht der Geltendmachung der Einrede dann entgegen, wenn sie nicht mehr dazu dienen kann oder dient, die Gegenleistung durchzusetzen,

etwa weil der Berechtigte das Interesse am Leistungsaustausch verloren hat<sup>52</sup> oder die Vertragsdurchführung aus anderen Gründen in Wahrheit ganz verhindern will<sup>53</sup>. Dies ist auch in den Fällen zu bejahen, in denen der Käufer durch Verweigerung seiner notwendigen Mitwirkung das Verkäuferrecht auf zweite Andienung auszuhebeln versucht, um damit zugleich seine eigene Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises dauerhaft zu dispensieren<sup>54</sup>.

## IV. Zusammenfassung

1. Im Lichte des Rechts des Käufers, gem. § 439 I BGB zwischen der Nachbesserung und der Ersatzlieferung zu wählen, ist das Verhältnis zwischen den beiden Nacherfüllungsarten als Fall der elektiven Konkurrenz einzuordnen.

2. Da die Ausübung des Wahlrechts keiner besonderen Frist unterliegt und der Käufer bis zur erfolgreichen Durchführung der Nacherfüllung die Kaufpreiszahlung gem. § 320 I 1 BGB verweigern kann, benötigt der Verkäufer eine Möglichkeit, mittels derer er die Vertragsdurchführung erzwingen kann. Ein direkter oder analoger Rückgriff auf § 264 II BGB scheidet insoweit aus, weil ein Übergang des Wahlrechts auf den Verkäufer mit den Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie unvereinbar wäre. Die Geltendmachung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags durch den Käufer verstößt bei dauerhafter Nichtausübung seines Wahlrechts gem. § 439 I BGB jedoch gegen Treu und Glauben.

---

\* Der Autor ist wissenschaftlicher Assistent am Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Abt. II der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i.Br. (Direktor: Prof. Dr. Hanno Merkt, LL.M.).

<sup>1</sup> Dies gilt dabei selbstverständlich nur, soweit der Anspruch auf Ersatzlieferung bzw. Nachbesserung nicht gem. § 275 BGB ausgeschlossen ist, was im Folgenden unterstellt wird.

<sup>2</sup> Im Werkvertragsrecht liegt das strukturell vergleichbare Wahlrecht gem. § 635 I BGB beim Unternehmer, und auch der Vorschlag der Schuldrechtsreformkommission hatte das Wahlrecht dem Verkäufer eingeräumt (Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S. 211f.).

<sup>3</sup> Zur Modellfunktion des CISG bei Entstehung der Richtlinie statt vieler *Schroeter*, UN-KaufR und Europäisches GemeinschaftsR - Verhältnis und Wechselwirkungen, 2005, § 4 Rdnr. 23; zur Vorbildrolle im Rahmen der Schuldrechtsreform BT-Dr 14/6040, S. 86.

<sup>4</sup> Das UN-Kaufrecht räumt nämlich in Art. 48 I CISG dem Verkäufer ein eigenes Recht zur zweiten Andienung ein, welches dieser nach seiner Wahl durch Ersatzlieferung oder Nachbesserung ausüben kann und auf Grund dessen das gegenteilige Käuferwahlrecht des Art. 46 II, III CISG faktisch nachrangig ist; vgl. *Müller-Chen*, in: *Schlechtriem/Schwenzer*, Komm. z. Einh. UN-KaufR - CISG, 4. Aufl. (2004), Art. 46 Rdnr. 35 m.w. Nachw.

<sup>5</sup> Art. 3 II, III i.V. mit Erwägungsgrund 10 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie; vgl. *Pfeiffer*, in: *AnwKomm-BGB*, 2005, Art. 3 Kauf-RL Rdnr. 6.

<sup>6</sup> BT-Dr 14/6040, S. 231.

<sup>7</sup> Ausf. Nachw. bei *Schürholz*, Die Nacherfüllung im neuen KaufR, 2005, S. 58ff.

<sup>8</sup> *Büdenbender*, AcP 205 (2005), 386 (390); *Weitnauer*, in: *Festschr. f. Hefermehl*, 1976, S. 467ff.

<sup>9</sup> Vgl. die Nachw. bei *Weitnauer*, in: *Festschr. f. Hefermehl* (o. Fußn. 8), S. 468.

<sup>10</sup> *Büdenbender*, AcP 205 (2005), 386 (407); *Tiedtke/Schmitt*, DStR 2004, 2016 (2017).

<sup>11</sup> Dafür *Büdenbender*, in: *AnwKomm-BGB* (o. Fußn. 5), § 439 Rdnr. 15; *ders.*, AcP 205 (2005), 386 (418); *Jauernig/Berger*, BGB, 11. Aufl. (2004), § 439 Rdnr. 9; *Krüger*, in: *MünchKomm*, 4. Aufl. (2003), § 262 Rdnr. 13; *Schellhammer*, MDR 2002, 301.

<sup>12</sup> *Faust*, in: *Bamberger/Roth*, BGB, Aktualisierung April 2004, § 439 Rdnr. 9; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. (2004), S. 91; *Tiedtke/Schmitt*, DStR 2004, 2016 (2017).

<sup>13</sup> *Kandler*, Kauf und Nacherfüllung, 2004, S. 439; *Schürholz* (o. Fußn. 7), S. 66; *Spickhoff*, BB 2003, 589 (592); a.A. *Büdenbender*, AcP 205 (2005), 386 (406).

<sup>14</sup> *Faust*, in: *Bamberger/Roth* (o. Fußn. 12), § 439 Rdnr. 10; *Spickhoff*, BB 2003, 589 (592).

<sup>15</sup> *Tiedtke/Schmitt*, DStR 2004, 2016 (2017); *Westermann*, in: *MünchKomm*, 4. Aufl. (2004), § 439 Rdnr. 4; a.A. *Büdenbender*, AcP 205 (2005), 386 (416f.).

<sup>16</sup> *Weitnauer*, in: *Festschr. f. Hefermehl* (o. Fußn. 8), S. 467 Fußn. 3.

<sup>17</sup> *Faust*, in: *Bamberger/Roth* (o. Fußn. 12), § 439 Rdnr. 9; *Jacobs*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Karsten Schmidt*, Das neue SchuldR in der Praxis, 2003, S. 376f.; *Oetker/Maultzsch* (o. Fußn. 12), S. 90; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 65. Aufl. (2006), § 262 Rdnr. 6; *Palandt/Putzo*, § 439 Rdnr. 5; *Schürholz* (o. Fußn. 7), S. 65; *Spickhoff*, BB 2003, 589 (592); *Tiedtke/Schmitt*, DStR 2004, 2016 (2017); *Westermann*, in: *MünchKomm* (o. Fußn. 15), § 439 Rdnr. 4.

<sup>18</sup> *Jacobs*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Karsten Schmidt* (o. Fußn. 17), S. 376; *Palandt/Putzo* (o. Fußn. 17), § 439 Rdnr. 6; *Staudinger/Matusche-Beckmann*, BGB, Neubearb. 2004, § 439 Rdnr. 8.

<sup>19</sup> *Erman/Grunewald*, BGB, 11. Aufl. (2004), § 439 Rdnr. 11; *Jacobs*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Karsten Schmidt* (o. Fußn. 17), S. 376; *Palandt/Putzo* (o. Fußn. 17), § 439 Rdnr. 6; *Staudinger/Matusche-Beckmann* (o. Fußn. 18), § 439 Rdnr. 8; *Westermann*, in: *MünchKomm* (o. Fußn. 15), § 439 Rdnr. 4.

<sup>20</sup> *Faust*, in: *Bamberger/Roth* (o. Fußn. 12), § 439 Rdnr. 26; *P. Huber*, in: *P. Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, Kap. 13 Rdnr. 24; *ders.*, NJW 2002, 1004 (1006); *Jauernig/Berger* (o. Fußn. 11), § 439 Rdnr. 10; *Oetker/Maultzsch* (o. Fußn. 12), S. 90 Fußn. 347; *Westermann*, in: *MünchKomm* (o. Fußn. 15), § 439 Rdnr. 4; a.A. *Jacobs*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Karsten Schmidt* (o. Fußn. 17), S. 377; *Oechsler*, SchuldR BT, 2003, § 2 Rdnr. 139.

<sup>21</sup> *Schlechtriem*, in: *Ernst/Zimmermann*, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 205 (218).

<sup>22</sup> *Emmerich*, in: *MünchKomm* (o. Fußn. 11), § 320 Rdnr. 6; *P. Huber*, in: *P. Huber/Faust* (o. Fußn. 20), Kap. 13 Rdnr. 149; *Jauernig/Berger* (o. Fußn. 11), § 439 Rdnr. 7; *Oetker/Maultzsch* (o. Fußn. 12), S. 88; *Palandt/Grüneberg* (o. Fußn. 17), § 320 Rdnr. 9; *Palandt/Putzo*, ebda., § 437 Rdnr. 14; nur in der Begründung anders *Erman/Grunewald* (o. Fußn. 19), Vorb. § 437 Rdnr. 7.

<sup>23</sup> Vgl. *P. Bydliński*, ZGS 2005, 129; *Ebert*, NJW 2004, 1761 (1763); *Jorden/Lehmann*, JZ 2001, 952 (958).

<sup>24</sup> *Palandt/Putzo* (o. Fußn. 17), § 439 Rdnr. 7; *Schürholz* (o. Fußn. 7), S. 65; *Staudinger/Matusche-Beckmann* (o. Fußn. 18), § 439 Rdnr. 8.



- 25 Bianca, in: *Grundmann/Bianca*, EU-Kaufrechts-Richtlinie, 2002, Art. 3 Rdnr. 68; *Schürholz* (o. Fußn. 7), S. 65.
- 26 Bianca, in: *Grundmann/Bianca* (o. Fußn. 25), Art. 3 Rdnr. 68.
- 27 Arnold, ZGS 2002, 438 (442); *Grothe*, in: MünchKomm (o. Fußn. 11), § 215 Rdnr. 4; *Mansel/Stürner*, in: AnwKomm-BGB (o. Fußn. 5), § 215 Rdnr. 5.
- 28 Ähnlich *Erman/Grunewald* (o. Fußn. 19), Vorb. § 437 Rdnr. 7: gewissermaßen Minderung auf Null.
- 29 Zum insoweit anzulegenden Maßstab vgl. *Erman/Grunewald* (o. Fußn. 19), § 437 Rdnr. 7; *Palandt/Grüneberg* (o. Fußn. 17), § 323 Rdnr. 32.
- 30 Eine weitgehend funktionsäquivalente Einschränkung des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung enthält § 281 I 3 BGB (für eine aufeinander abgestimmte Auslegung beider Normen *Ernst*, in: MünchKomm [o. Fußn. 11], § 281 Rdnr. 148).
- 31 *Palandt/Heinrichs* (o. Fußn. 17), § 262 Rdnr. 6; *ders.*, in: Festschr.f. Derleder, 2005, S. 87 (108); *Schwab*, JR 2003, 133 (134); für eine direkte Anwendung des § 264 II BGB *Büdenbender*, AcP 205 (2005), 386 (417); *Jauernig/Berger* (o. Fußn. 11), § 439 Rdnr. 9.
- 32 *Jauernig/Berger* (o. Fußn. 11), § 439 Rdnr. 9.
- 33 Vgl. *Erman/Hager* (o. Fußn. 19), § 294 Rdnr. 3; *Palandt/Heinrichs* (o. Fußn. 17), § 294 Rdnr. 5.
- 34 So *Döll/Rybak*, Jura 2005, 582 (584); *Faust*, in: *Bamberger/Roth* (o. Fußn. 12), § 439 Rdnr. 11; *Palandt/Putzo* (o. Fußn. 17), § 439 Rdnr. 3a; *Schroeter*, JR 2004, 441 (442); *Schubel*, in: *Schwab/Witt*, Einführung in das neue SchuldR, 2002, S. 132; *ders.*, JuS 2002, 313 (316); *Westermann*, in: MünchKomm (o. Fußn. 15), § 439 Rdnr. 6.
- 35 *Faust*, in: *Bamberger/Roth* (o. Fußn. 12), § 439 Rdnr. 11; *Westermann*, in: MünchKomm (o. Fußn. 15), § 439 Rdnr. 6.
- 36 *Büdenbender*, AcP 205 (2005), 386 (395f.); *Faust*, in: *Bamberger/Roth* (o. Fußn. 12), § 439 Rdnr. 11; *Staudinger/Bittner* (o. Fußn. 18), § 271 Rdnr. 26; *Weitnauer*, in: Festschr. f. Hefermehl (o. Fußn. 8), S. 479f.
- 37 *Faust*, in: *Bamberger/Roth* (o. Fußn. 12), § 439 Rdnr. 11; *Westermann*, in: MünchKomm (o. Fußn. 15), § 439 Rdnr. 6; differenzierend *Staudinger/Bittner* (o. Fußn. 18), § 271 Rdnr. 26.
- 38 So *Büdenbender*, AcP 205 (2005), 386 (417); *Spickhoff*, BB 2003, 589 (592); dagegen *Krüger*, in: MünchKomm (o. Fußn. 11), § 264 Rdnr. 10.
- 39 Insofern kann auf das Urteil des *EuGH*, NJW 2002, 281 = EuZW 2002, 84 (87 Rdnr. 47) - Heininger verwiesen werden, in welchem der *Gerichtshof* nationalrechtliche Fristbestimmungen mit verbraucherschutzreduzierender Wirkung für unzulässig erklärte - diese Maßgabe greift hier entsprechend.
- 40 *Schürholz* (o. Fußn. 7), S. 65; *Spickhoff*, BB 2003, 589 (592).
- 41 Bianca, in: *Grundmann/Bianca* (o. Fußn. 25), Art. 3 Rdnr. 61.
- 42 *EuGH*, NJW 2001, 2244 (2245 Rdnr. 18) - Kommission/Niederlande; Slg. 1997, I-6843 = NJW 1998, 129 Rdnr. 22 - Daihatsu; *EuGH*, Slg. 1990, I-4135 = BeckRS 2004, 74075 Rdnr. 12 - Marleasing; *Grundmann/Riesenhuber*, JuS 2001, 529 (531); *Langenbacher*, in: *dies.*, Europarechtliche Bezüge des PrivatR, 2005, § 1 Rdnr. 15; *M. Schmidt*, RabelsZ 59 (1995), 569 (579f.).
- 43 Wie hier im Ergebnis auch *Schürholz* (o. Fußn. 7), S. 65; a.A. *Büdenbender*, AcP 205 (2005), 386 (417), der jedoch auf die dargestellten Aussagen der Erwägungsgründe 10 und 12 nicht eingeht.
- 44 So aber der Vorschlag von *Jauernig/Berger* (o. Fußn. 11), § 439 Rdnr. 9; im Ergebnis wie hier *Pfeiffer*, in: AnwKomm-BGB (o. Fußn. 5), Art. 5 Kauf-RL Rdnr. 8.
- 45 In diesem Sinne mit unterschiedlichen Ansätzen *P. Huber*, in: *P. Huber/Faust* (o. Fußn. 20), Kap. 13 Rdnr. 13 Fußn. 5; *ders.*, NJW 2002, 1004 (1005 Fußn. 8); *Jacobs*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Karsten Schmidt* (o. Fußn. 17), S. 374; *Schürholz* (o. Fußn. 7), S. 53f.
- 46 Die Durchführung der kaufrechtlichen Nacherfüllung gem. § 439 I BGB wird unproblematisch durch § 295 S. 1 Fall 2 BGB erfasst, der unstreitig auch die rechtsähnliche Konstellation eines Gläubigerwahrrechts nach § 262 BGB abdeckt (statt aller *Palandt/Heinrichs* [o. Fußn. 17], § 295 Rdnr. 5).
- 47 BGHZ 116, 244 (248) = NJW 1992, 556; *Emmerich*, in: MünchKomm (o. Fußn. 11), § 320 Rdnr. 36; *Jauernig/Vollkommer* (o. Fußn. 11), § 320 Rdnr. 14; *Palandt/Grüneberg* (o. Fußn. 17), § 320 Rdnr. 6; a.A. aber jüngst *OLG Celle*, NZBau 2005, 153 (154).
- 48 BGH, NJW-RR 1995, 564 (565); *Emmerich*, in: MünchKomm (o. Fußn. 11), § 320 Rdnr. 39; *Grothe*, in: *Bamberger/Roth*, BGB, 2003, § 320 Rdnr. 5; *Jauernig/Vollkommer* (o. Fußn. 11), § 320 Rdnr. 14; *Palandt/Grüneberg* (o. Fußn. 17), § 320 Rdnr. 6.
- 49 Statt aller *P. Huber*, NJW 2002, 1004 (1005).
- 50 *Palandt/Putzo* (o. Fußn. 17), § 433 Rdnr. 46; *Westermann*, in: MünchKomm (o. Fußn. 15), § 433 Rdnr. 82.
- 51 RG, WarnR 1913 Nr. 405; BGH, NJW 1988, 3222 (3224).
- 52 BGH, NJW 1988, 3222 (3224); *Erman/Westermann* (o. Fußn. 19), § 320 Rdnr. 24.
- 53 *Emmerich*, in: MünchKomm (o. Fußn. 11), § 320 Rdnr. 49; *Erman/Westermann* (o. Fußn. 19), § 320 Rdnr. 24.
- 54 Im Ergebnis ebenso *OLG Celle*, NZBau 2005, 153 (154), zur werkvertraglichen Nachbesserung bei Weigerung des Bestellers, bei der Feststellung von Mängeln mitzuwirken.

