BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 226/14

Verkündet am:
1. Juli 2015
Ring,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1

a) Der Anwendung des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO steht nicht entgegen, dass die erstmals im Berufungsverfahren erfolgte Geltendmachung eines Angriffs- oder Verteidigungsmittels in der ersten Instanz aus Gründen unterblieben ist, die eine Nachlässigkeit im Sinne von § 531 Abs. 1 Nr. 3 ZPO darstellen (im Anschluss an Senat, Urteil vom 21. Dezember 2011 - VIII ZR 166/11, NJW-RR 2012, 341 Rn. 17 f.).

b) Die für die Anwendung des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO erforderliche Voraussetzung, dass die Rechtsansicht des erstinstanzlichen Gerichts zumindest mitursächlich für die Verlagerung des Parteivorbringens in das Berufungsverfahren geworden ist, ist auch dann erfüllt, wenn der Beklagte auf die Klage nicht erwidert und anschließend die "Flucht in die Säumnis" angetreten, das erstinstanzliche Gericht jedoch kein Versäumnisurteil gegen den Beklagten erlassen, sondern die Klage abgewiesen hat.

BGB § 323 Abs. 2 Nr. 1, § 439 Abs. 1

Die Obliegenheit des Käufers, vor der Geltendmachung der in § 437 Nr. 2 und 3 BGB aufgeführten Rechte ein Nacherfüllungsverlangen an den Verkäufer zu richten, beschränkt sich nicht auf eine mündliche oder schriftliche Aufforderung zur Nacherfüllung, sondern umfasst auch die Bereitschaft des Käufers, dem Verkäufer die

Kaufsache zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen für eine entsprechende Untersuchung zur Verfügung zu stellen. Eine an den Verkäufer gerichtete Aufforderung, er möge innerhalb der gesetzten Frist dem Grunde nach seine Bereitschaft zur Nachbesserung erklären, stellt daher kein ordnungsgemäßes Nacherfüllungsverlangen dar (Bestätigung und Fortführung von Senat, Urteil vom 10. März 2010 - VIII ZR 310/08, NJW 2010, 1448 Rn. 12).

BGH, Urteil vom 1. Juli 2015 - VIII ZR 226/14 - KG Berlin
LG Berlin

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Juli 2015 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Milger, den Richter Dr. Schneider, die Richterin Dr. Fetzer sowie die Richter Dr. Bünger und Kosziol

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Kammergerichts Berlin vom 13. Juni 2014 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als darin zum Nachteil des Beklagten erkannt worden ist.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der Zivilkammer 18 des Landgerichts Berlin vom 25. März 2013 wird insgesamt zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Rechtsmittelverfahren zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Mit schriftlichem Vertrag vom 15./29. Mai 2012 kaufte der Kläger von dem Beklagten einen gebrauchten, erstmals im Januar 2000 zum Straßenverkehr zugelassenen Pkw V. zum Preis von 4.990 €. Der Kaufpreis wurde über einen von dem Beklagten vermittelten Kredit der S. Bank AG finanziert, wobei der Kläger einen Kreditbetrag von 5.150 € in An-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

spruch nahm. Streitig ist, ob diese Summe oder nur der im Kaufvertrag ausgewiesene Betrag von 4.990 € an den Beklagten ausgekehrt wurde.

2 Anfang September 2012 trat an dem Fahrzeug ein Motorschaden auf. Mit Anwaltsschreiben vom 25. September 2012 ließ der Kläger den Beklagten unter Fristsetzung bis zum 8. Oktober 2012 auffordern, "dem Grund nach zu erklären, dass Sie eine Nachbesserung vornehmen werden". Der Beklagte stellte mit Antwortschreiben vom 8. Oktober 2012 - unter Berufung auf einen beigefügten, am 22. Mai 2012 eingeholten "DEKRA SIEGEL Bericht" - ein Vorhandensein der gerügten Mängel zum Zeitpunkt der Übergabe in Abrede und führte ergänzend aus: "Darüber hinaus möchten wir Sie darauf hinweisen, dass Ihr Mandant eine einjährige Garantie über die W. GmbH abgeschlossen hat." Mit Anwaltsschreiben vom 24. Oktober 2012 ließ der Kläger den Rücktritt vom Kaufvertrag erklären.

3 Das Landgericht hat seine auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 5.150 € (nebst Verzugszinsen) an die kreditgebende Bank (Zug um Zug gegen Abtretung des Anspruchs auf Rückübereignung des an die Bank sicherungsübereigneten Pkws), auf Zahlung eines - nach Anrechnung von Gebrauchsvorteilen verbleibenden - Restbetrags von 53,98 € (Zinsen für die Kapitalnutzung, Kostenersatz für die Schadensfeststellung und außergerichtliche Anwaltskosten) nebst Verzugszinsen und hilfsweise auf Feststellung des Bestehens eines Abwicklungsverhältnisses gerichtete Klage durch unechtes Versäumnisurteil abgewiesen.

4 Die hiergegen gerichtete Berufung, mit der der Kläger (unter teilweiser Änderung seines bisherigen Begehrens) Zahlung von 4.690 € an die Bank, von 489,45 € an seine Rechtsschutzversicherung und von 10,76 € an sich - jeweils nebst Verzugszinsen und jeweils Zug um Zug gegen Übergabe des Fahrzeugs

und Abtretung des Anspruchs auf Rückübereignung des Pkws - verlangt hat, hat vor dem Berufungsgericht im Wesentlichen Erfolg gehabt. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat Erfolg.

I.

6 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, ausgeführt:

7 Der Kläger könne aufgrund des erklärten Rücktritts gemäß §§ 434, 437 Nr. 2, §§ 323, 346 BGB die Rückabwicklung des Kaufvertrags verlangen. Der Umstand, dass ein verbundenes Geschäft nach § 358 BGB vorliege, ändere entgegen der Auffassung des Beklagten nichts daran, dass die auf das Vorliegen eines Sachmangels gestützte Rückabwicklung des Kaufvertrages im Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer zu erfolgen habe. Weder aus der Vorschrift des § 359 BGB, die nur ein unter bestimmten Umständen gegenüber dem Darlehensgeber bestehendes Leistungsverweigerungsrecht regele, noch aus der Regierungsbegründung zum VerbrKG (BT-Drucks. 11/5462, S. 23 f.) oder aus der systematischen Stellung der §§ 358, 359 BGB lasse sich entnehmen, dass der Gesetzgeber neben den dort behandelten Folgen des Widerrufs- und Rückgaberechts bei Verbraucherverträgen auch Regelungen über die Folgen eines auf einen Mangel der Kaufsache gestützten Rücktritts von einem unter Vermittlung des Verkäufers finanzierten Kaufvertrag habe treffen wollen.

8 Der Kläger sei auch berechtigt gewesen, den Rücktritt zu erklären. Nach dem Vortrag des Klägers, der im Streitfall allein maßgeblich sei, habe das Fahrzeug einen Motorschaden erlitten, weswegen ein Sachmangel vorliege. Soweit der Beklagte in der Berufungsinstanz erstmals das Vorhandensein eines Mangels bestritten habe, sei er mit diesem Vorbringen ausgeschlossen. Da er in der ersten Instanz keinen Sachvortrag erbracht habe und in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht in die Säumnis "geflohen" sei, sei das Bestreiten eines Mangels mit der Behauptung, es handele sich um eine nicht von ihm zu vertretende Verschleißerscheinung, als neues Verteidigungsvorbringen in der Berufungsinstanz nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO nicht gegeben seien.

9 Der in erster Instanz gänzlich unterbliebene Sachvortrag stelle eine Nachlässigkeit im Sinne des § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO dar. Der Beklagte sei nach § 282 ZPO gehalten gewesen, seine grundlegenden Einwendungen gegen die vom Kläger geltend gemachten Ansprüche, insbesondere das Bestreiten des vorgetragenen Sachmangels, bereits in erster Instanz vorzubringen.

10 Auch die Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 Nr. 1 ZPO lägen nicht vor. Für die Anwendung dieser Norm genüge es nicht, dass sich aus dem Urteil des Landgerichts ergebe, inwieweit ein Gesichtspunkt von diesem für unerheblich gehalten worden sei. Vielmehr sei nach dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift die Zulassung neuen Vorbringens nur dann geboten, wenn die Rechtsansicht des Gerichts den erstinstanzlichen Vortrag der Parteien auch beeinflusst habe und daher, ohne dass deswegen ein Verfahrensfehler gegeben wäre, (mit-)ursächlich dafür geworden sei, dass sich das Parteivorbringen in die Berufungsinstanz verlagert habe.

11 Das sei hier nicht der Fall. Zwar habe das Landgericht in seiner Ladungsverfügung darauf hingewiesen, dass die Klage "im Übrigen auch weitgehend unschlüssig sein dürfte". Der Beklagte habe sich unabhängig davon, ob er bei verständiger Würdigung überhaupt habe davon ausgehen dürfen, dass sich dieser Hinweis auf die gegen ihn gerichtete - und nicht auf die zwischenzeitlich gegen die Darlehensgeberin erhobene - Klage bezogen habe, nicht veranlasst sehen dürfen, auf das Klagevorbringen gar nicht zu erwidern. Denn zum einen habe das Landgericht die Klage nur "weitgehend" und nicht vollständig für unschlüssig gehalten und zum anderen habe es den Beklagten gleichzeitig zur Klageerwiderung aufgefordert. Außerdem habe der Hinweis des Landgerichts keine inhaltliche Substanz aufgewiesen. Es sei auch nichts dafür ersichtlich, dass das weitere Verfahren vor dem Landgericht zurechenbar Anlass gegeben hätte, von jeglicher Erwiderung abzusehen. Wenn das Landgericht in der mündlichen Verhandlung eindeutig zu verstehen gegeben hätte, dass es die Klage weiterhin für unschlüssig halte, hätte es der "Flucht in die Säumnis" nicht bedurft.

12 Da der Motorschaden Anfang September 2012 und damit innerhalb von sechs Monaten nach dem Fahrzeugkauf aufgetreten sei, greife zugunsten des Klägers die Vermutung des § 476 BGB ein, dass der Mangel bereits bei Übergabe des Fahrzeugs vorgelegen habe.

13 Auch die weiteren für eine wirksame Ausübung des Rücktritts erforderlichen Voraussetzungen lägen vor. Zwar sei die Aufforderung im Anwaltsschreiben vom 25. September 2012, "bis zum 08.10.2012 dem Grunde nach zu erklären, dass Sie eine Nachbesserung vornehmen werden" für eine Fristsetzung im Sinne des § 323 Abs. 1 BGB nicht ausreichend. Jedoch sei eine Fristsetzung gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich, denn das Antwortschreiben des Beklagten vom 8. Oktober 2012 enthalte eine ernsthafte und endgültige Erfül-

lungsverweigerung. Zwar reiche hierfür in der Regel das Bestreiten des Mangels allein nicht aus. Wenn aber - wie hier - auf eine Aufforderung des Käufers, dem Grunde nach die Bereitschaft zur Nachbesserung zu erklären, die Aussage erfolge, das Fahrzeug sei mängelfrei verkauft worden, könne dies nach dem objektiven Empfängerhorizont nur so verstanden werden, dass eine Nachbesserung ernsthaft als letztes Wort verweigert werde.

II.

14 Die Beurteilung des Berufungsgerichts hält rechtlicher Nachprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft einen Anspruch des Klägers auf Rückgewähr der erbrachten Leistungen nach § 437 Nr. 2, § 346, § 347 Abs. 1 BGB und auf Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten (§ 280 Abs. 1, § 249 BGB) bejaht. Dabei hat es zum einen verfahrensfehlerhaft das Vorbringen des Beklagten, der das Vorliegen eines Sachmangels im Berufungsverfahren bestritten hat, nicht zugelassen und zum anderen zu Unrecht eine Nachfristsetzung gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB für entbehrlich gehalten.

15 1. Frei von Rechtsfehlern ist allerdings die Auffassung des Berufungsgerichts, bei einem auf das Vorliegen eines Sachmangels gestützten Rücktritt des Käufers vom Kaufvertrag habe die Rückabwicklung dieses Vertragsverhältnisses auch dann im Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer zu erfolgen, wenn der Kaufvertrag und der zur Finanzierung der Kaufsache abgeschlossene Darlehensvertrag ein verbundenes Geschäft im Sinne von § 358 Abs. 3 Satz 1, 2 BGB bilden.

16 a) Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, wollte der Gesetzgeber mit §§ 358, 359 BGB lediglich bestimmte Aspekte bei mit einem Darlehensvertrag verbundenen Verbraucherverträgen regeln, nämlich die rechtlichen Folgen eines Widerrufs der auf Abschluss eines auf Lieferung einer Ware oder auf Erbringung einer Dienstleistung (§ 358 Abs. 1 BGB) oder auf Abschluss eines damit verbundenen Darlehensvertrages (§ 358 Abs. 2 BGB) gerichteten Erklärung des Verbrauchers und die Erstreckung eines gegenüber dem Unternehmer bestehenden Leistungsverweigerungsrechts auch auf den Kreditgeber (§ 359 BGB; zum Ganzen vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 200 f.). Dies stellt die Revision nicht in Frage.

17 b) Sie meint aber, die auf das Abwicklungsverhältnis im Falle eines Widerrufs des Verbrauchers (§ 355 BGB) zugeschnittene Regelung des § 358 Abs. 4 Satz 3 BGB in der bis 12. Juni 2014 geltenden Fassung (im Folgenden aF; jetzt § 358 Abs. 4 Satz 5 BGB), wonach der Darlehensgeber hinsichtlich der Rechtsfolgen des Widerrufs in die Rechte und Pflichten des Unternehmers eintritt, wenn diesem das Darlehen bei Wirksamwerden des Widerrufs bereits zugeflossen ist, sei entsprechend auf das Rückabwicklungsverhältnis nach wirksam erklärtem Rücktritt wegen Sachmängeln (§ 437 Nr. 2, §§ 346 ff. BGB) anzuwenden, so dass der Beklagte nicht passivlegitimiert sei. Für eine solche Analogie ist jedoch schon deswegen kein Raum, weil es an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt.

18 Dem Gesetzgeber ging es bei der Schaffung des § 358 Abs. 4 Satz 3 BGB aF darum, die in Umsetzung europäischer Vorgaben getroffenen und bislang in § 9 Abs. 2 Satz 3 VerbrKrG, § 4 Abs. 2 Satz 3 FernAbsG und § 6 Abs. 2 Satz 3 TzWrG enthaltenen Regelungen zur erleichterten Abwicklung im Falle des Widerrufs eines von mehreren verbundenen Verträgen in einer Vorschrift zusammenzufassen (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 200; 14/6857, S. 24, 58). Er

hat mit § 358 BGB die in der Vergangenheit zum Widerruf im Rahmen des Verbraucherkreditgesetzes und des Haustürwiderrufgesetzes entwickelte Rechtsprechung aufgegriffen, nach welcher der Verbraucher innerhalb einer angemessenen Überlegungsfrist frei und ohne Furcht vor Nachteilen die Entscheidung soll treffen können, ob er an seinen eine wirtschaftliche Einheit bildenden Verpflichtungserklärungen festhalten will oder nicht (BGH, Urteil vom 10. März 2009 - XI ZR 33/08, NJW 2009, 3572 Rn. 26). Dieses Ziel stellt § 358 BGB dadurch sicher, dass der Verbraucher im Falle des Widerrufs seiner auf den Abschluss eines der beiden Verträge gerichteten Willenserklärung insgesamt an keinen der verbundenen Verträge mehr gebunden ist und sich bei der anschließenden Rückabwicklung hinsichtlich sämtlicher Ansprüche ausschließlich dem Darlehensgeber als Gläubiger und Schuldner gegenüber sieht, der an Stelle des Unternehmers in das Abwicklungsverhältnis eingetreten ist (vgl. BGH, Urteil vom 10. März 2009 - XI ZR 33/08, aaO).

19 c) Die Erstreckung der in § 358 Abs. 4 Satz 3 BGB aF (jetzt § 358 Abs. 4 Satz 5 BGB) zum Schutz des Verbrauchers angeordneten Rechtsfolge auf die Rückabwicklung eines Kaufvertrags infolge Rücktritts wegen eines Sachmangels war ausweislich der Gesetzesmaterialien zu keinem Zeitpunkt in Erwägung gezogen worden (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 200 f.; 14/6857, aaO; 11/5462, S. 23 f., [zu § 8 VerbrKrG-E]). Im Gegenteil zeigt die - die Vorschrift des § 358 BGB ergänzende - Regelung des § 359 BGB, dass der Gesetzgeber davon ausging, bei Sachmängeln einer Kaufsache sei der Käufer im Falle des Vorliegens eines verbundenen Geschäfts durch den dort geregelten Einwendungsdurchgriff ausreichend geschützt (vgl. auch BT-Drucks. 11/5462, aaO). Es verbleibt damit für den hier allein zu beurteilenden Rücktritt wegen eines Sachmangels bei der Passivlegitimation des Beklagten als Verkäufer.

20 2. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht jedoch das Vorbringen des Beklagten in der Berufungsinstanz, insbesondere dessen Bestreiten eines als Sachmangel einzustufenden Motorschadens, unberücksichtigt gelassen. Nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel im Berufungsverfahren zuzulassen, wenn sie einen rechtlichen oder tatsächlichen Gesichtspunkt betreffen, der von dem Gericht des ersten Rechtszugs erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten worden ist. So verhält es sich hier.

21 a) Das Berufungsgericht ist zwar zutreffend davon ausgegangen, dass der erstmals im Berufungsverfahren erfolgte Sachvortrag des Beklagten ein neues Verteidigungsmittel im Sinne des § 531 Abs. 2 Satz 1 ZPO darstellt.

22 b) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht jedoch angenommen, die in § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO aufgeführten Voraussetzungen für die Zulassung dieses neuen Vorbringens seien nicht erfüllt, weil die Rechtsansicht des Landgerichts nicht - was nach Sinn und Zweck der genannten Vorschrift erforderlich sei - den Beklagten veranlasst habe, sein Vorbringen in die Berufungsinstanz zu verlagern. Hierbei hat das Berufungsgericht die Anforderungen an die Zulassung neuen Vorbringens nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO verkannt.

23 aa) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommt es im Rahmen des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO nicht darauf an, ob sich der Beklagte aufgrund des Hinweises des Landgerichts zur "weitgehenden Unschlüssigkeit" der Klage oder aufgrund dessen weiteren Verhaltens hat veranlasst sehen dürfen, auf das Klagevorbringen gar nicht zu erwidern. Denn eine Zulassung neuen Vorbringens nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO ist nicht schon dann ausgeschlossen, wenn eine Partei Sachvortrag aus Gründen unterlassen hat, die eine Nachlässigkeit im Sinne von § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO darstellt (BGH, Ur-

teil vom 21. Dezember 2011 - VIII ZR 166/11, NJW-RR 2012, 341 Rn. 17 f.; Beschluss vom 3. März 2015 - VI ZR 490/13, MDR 2015, 536 Rn. 12).

24 bb) Nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO ist neues Vorbringen zuzulassen, wenn es einen Gesichtspunkt betrifft, der vom Gericht des ersten Rechtszuges erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten worden ist. So liegen die Dinge hier. Das Landgericht hat die Klage unabhängig von der Frage, ob ein zum Rücktritt berechtigender Sachmangel aufgetreten ist und ob der Rücktritt wirksam ausgeübt worden ist, für unschlüssig beziehungsweise im Hilfsantrag für unzulässig gehalten.

25 cc) Weiter setzt die Anwendung des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO voraus, dass die Rechtsansicht des erstinstanzlichen Gerichts zumindest mitursächlich für die Verlagerung des Parteivorbringens in das Berufungsverfahren geworden ist (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteile vom 29. Juni 2011 - VIII ZR 212/08, NJW 2011, 3361 Rn. 27; vom 21. Dezember 2011 - VIII ZR 166/11, aaO Rn. 19; Beschluss vom 3. März 2015 - VI ZR 490/13, aaO Rn. 10; jeweils mwN). Diese Voraussetzung ist - anders als das Berufungsgericht meint - vorliegend schon deswegen erfüllt, weil das Landgericht dem Beklagten durch seine Vorgehensweise die von ihm ersichtlich angestrebte Möglichkeit genommen hat, durch "Flucht in die Säumnis" sein bis dahin fehlendes Vorbringen in der Einspruchsschrift (§ 340 ZPO) und damit noch vor Abschluss der ersten Instanz nachzuholen.

26 Das Landgericht hat nicht das vom Kläger beantragte Versäumnisurteil gegen den Beklagten (§ 331 Abs. 1, 2 ZPO) erlassen, sondern - aus Sicht des Berufungsgerichts rechtsfehlerhaft - die Klage durch unechtes Versäumnisurteil in den Hauptanträgen als unschlüssig und im Hilfsantrag als unzulässig abgewiesen. Wäre das Landgericht anders verfahren, hätte der Beklagte, dessen in

der Verhandlung anwesender Prozessbevollmächtigter nicht zur Sache verhandelt hat, durch rechtzeitigen Einspruch gegen das Versäumnisurteil (§§ 338, 339 ZPO) gewährleisten können, dass er seinen Sachvortrag noch in das Verfahren erster Instanz hätte einführen können. In diesem Fall wäre es zu einer Verlagerung des Sachvortrags des Beklagten in den zweiten Rechtszug nicht gekommen, so dass die Vorgehensweise des Landgerichts dafür mitursächlich geworden ist, dass sich der Beklagte erstmals im Berufungsverfahren zur Sache geäußert hat.

27 dd) Das Berufungsgericht hätte daher das Vorliegen eines Sachmangels nicht allein auf Grundlage des Klägervortrags bejahen dürfen, sondern hätte berücksichtigen müssen, dass der Beklagte das vom Kläger behauptete Auftreten eines Sachmangels innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang (§ 476 BGB) wirksam bestritten hat.

28 3. Weiter hat das Berufungsgericht zu Unrecht eine Nacherfüllungsaufforderung unter Fristsetzung gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB für entbehrlich gehalten.

29 a) Das Recht des Käufers, vom Vertrag gemäß § 437 Nr. 2 BGB nach den Bestimmungen der §§ 440, 323 BGB zurückzutreten, setzt nach § 323 Abs. 1 BGB grundsätzlich voraus, dass der Käufer dem Verkäufer zuvor erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung (§ 439 BGB) bestimmt hat. Wie das Berufungsgericht noch zutreffend angenommen hat, fehlt es an einem den Anforderungen der § 323 Abs. 1, § 439 Abs. 1 BGB entsprechenden Nacherfüllungsverlangen des Klägers. Der Kläger hat den Beklagten mit Anwaltsschreiben vom 25. September 2012 auffordern lassen, "bis zum 08.10.2012 dem Grunde nach zu erklären, dass Sie eine Nachbesserung vornehmen werden."

30 Die Obliegenheit des Käufers, vor der Geltendmachung der in § 437 Nr. 2 und 3 BGB aufgeführten Rechte ein Nacherfüllungsverlangen an den Verkäufer zu richten, beschränkt sich aber nicht auf eine mündliche oder schriftliche Aufforderung zur Nacherfüllung, sondern umfasst auch die Bereitschaft des Käufers, dem Verkäufer die Kaufsache zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen für eine entsprechende Untersuchung zur Verfügung zu stellen. Der Verkäufer ist nicht verpflichtet, sich auf ein Nacherfüllungsverlangen des Käufers einzulassen, bevor dieser ihm nicht Gelegenheit zu einer solchen Untersuchung der Kaufsache gegeben hat (Senatsurteil vom 10. März 2010 - VIII ZR 310/08, NJW 2010, 1448 Rn. 12). Erst aufgrund einer solchen Untersuchung kann er beurteilen, ob die gerügten Mängel bestehen und bei Gefahrübergang vorgelegen haben. Daher ist er nur unter diesen Voraussetzungen überhaupt zur Nacherfüllung verpflichtet (Senatsurteil vom 10. März 2010 - VIII ZR 310/08, aaO Rn. 13).

31 Die mit Anwaltsschreiben vom 25. September 2012 erfolgte Aufforderung des Klägers, der Beklagte möge sich dem Grunde nach zur Nachbesserung bereit erklären, genügt diesen Anforderungen nicht. Denn der Kläger hat dem Beklagten dabei nicht - wie erforderlich - Gelegenheit zur Untersuchung des Fahrzeugs im Hinblick auf den gerügten Mangel gegeben. Vielmehr hat er schon vor einer Überprüfung des Fahrzeugs dessen (verbindliche) Zustimmung zu einer Nachbesserung verlangt. Darauf brauchte sich der Beklagte nicht einzulassen.

32 b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts war eine Fristsetzung auch nicht gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich.

33 aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind an das Vorliegen einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung im Sinne des

§ 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB, § 281 Abs. 2 Halbsatz 1 BGB strenge Anforderungen zu stellen. Eine Erfüllungsverweigerung in diesem Sinne liegt nur vor, wenn der Schuldner unmissverständlich und eindeutig zum Ausdruck bringt, er werde seinen Vertragspflichten unter keinen Umständen nachkommen (st. Rspr.; vgl. Senatsurteile vom 19. Dezember 2012 - VIII ZR 96/12, NJW 2013, 1074 Rn. 22; vom 13. Juli 2011 - VIII ZR 215/10, NJW 2011, 3435 Rn. 24; vom 29. Juni 2011 - VIII ZR 202/10, NJW 2011, 2872 Rn. 14; vom 21. Dezember 2005 - VIII ZR 49/05, NJW 2006, 1195 Rn. 25). Dementsprechend kann in dem bloßen Bestreiten von Mängeln noch nicht ohne Weiteres eine endgültige Nacherfüllungsverweigerung gesehen werden. Vielmehr müssen weitere Umstände hinzutreten, welche die Annahme rechtfertigen, dass der Schuldner über das Bestreiten der Mängel hinaus bewusst und endgültig die Erfüllung seiner Vertragspflichten ablehnt und es damit ausgeschlossen erscheint, dass er sich von einer (ordnungsgemäßen) Nacherfüllungsaufforderung werde umstimmen lassen (vgl. Senatsurteile vom 19. Dezember 2012 - VIII ZR 96/12, aaO; vom 13. Juli 2011 - VIII ZR 215/10, aaO; vom 29. Juni 2011 - VIII ZR 202/10, aaO; vom 21. Dezember 2005 - VIII ZR 49/05, aaO).

34 bb) Gemessen hieran ist dem Antwortschreiben des Beklagten vom 8. Oktober 2012 entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts keine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung zu entnehmen. Ob ein Verkäufer die Nacherfüllung endgültig und ernsthaft verweigert hat, unterliegt zwar der tatrichterlichen Würdigung (vgl. BGH, Urteil vom 18. September 2014 - VII ZR 58/13, NJW-RR 2014, 1512 Rn. 23 mwN). Diese ist jedoch revisionsrechtlich darauf überprüfbar, ob der Tatrichter von den zutreffenden rechtlichen Maßstäben ausgegangen ist und alle Umstände des Falles, insbesondere das gesamte Verhalten des Verkäufers, berücksichtigt hat (BGH, Urteil vom 18. September 2014 - VII ZR 58/13, aaO mwN). Solche Rechtsfehler liegen hier vor.

35 (1) Das Berufungsgericht hat eine ernsthafte und endgültige Nacherfüllungsverweigerung des Beklagten allein darin erblickt, dass dessen im Schreiben vom 8. Oktober 2012 eingenommener Standpunkt, das Fahrzeug habe zum Zeitpunkt der Übergabe keine Mängel aufgewiesen, als Reaktion auf die Aufforderung des Klägers erfolgt ist, die Bereitschaft zur Nachbesserung zu erklären. Hierdurch hat es in Abweichung von höchstrichterlichen Rechtsprechungsgrundsätzen die Anforderungen an eine endgültige und ernsthafte Erfüllungsverweigerung zu niedrig angesetzt.

36 Der Umstand, dass der Beklagte in Beantwortung der Aufforderung des Klägers, eine Nachbesserungsbereitschaft zu erklären, das Vorliegen eines Mangels zum Zeitpunkt der Übergabe bestritten hat, lässt seine Äußerungen noch nicht als letztes Wort (vgl. hierzu Senatsurteil vom 29. Juni 2011 - VIII ZR 202/11, aaO Rn. 15) erscheinen. Denn der Beklagte hat eine Nacherfüllung nicht ausdrücklich abgelehnt. Vielmehr hat er lediglich unter Verweis auf einen eingeholten DEKRA-Zustandsbericht einen von ihm zu vertretenden Sachmangel in Abrede gestellt. Zudem hat er - was das Berufungsgericht nicht berücksichtigt hat - den Kläger auch darauf hingewiesen, dass dieser bei der W. GmbH eine einjährige Garantie abgeschlossen habe. Anders als das Berufungsgericht meint, kann dieses Schreiben bei einer Gesamtbetrachtung nicht allein dahin verstanden werden, dass der Beklagte, dem mit Anwaltsschreiben vom 25. September 2012 lediglich mitgeteilt worden war, das Fahrzeug sei mit einem Motorschaden liegengeblieben, eine Nacherfüllung endgültig verweigerte. Vielmehr erweckt es bei objektiver und verständiger Betrachtung den Eindruck, dass der Beklagte den Kläger zunächst auf eine Geltendmachung von Garantieansprüchen verweisen, nicht aber, dass er bereits eine abschließende Entscheidung über das Nacherfüllungsverlangen treffen wollte. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der Motorschaden dem Be-

klagten nicht näher beschrieben worden und ihm das Fahrzeug auch nicht zur Überprüfung zur Verfügung gestellt worden war.

37 (2) Ohne das Hinzutreten weiterer (aussagekräftiger) Umstände kann daher dem Schreiben vom 8. Oktober 2012 nicht das Gewicht einer endgültigen Erfüllungsverweigerung beigemessen werden. Solche hat das Berufungsgericht nicht festgestellt und sind von der Revisionserwiderung auch nicht vorgetragen. Weitere tatsächliche Feststellungen, die zuverlässige Rückschlüsse darauf zuließen, dass das Schreiben vom 8. Oktober 2012 das letzte Wort des Beklagten war, kommen nicht in Betracht. Im Gegenteil belegt das vom Kläger vorgelegte, vom Berufungsgericht aber außer Acht gelassene nachfolgende Schreiben des Beklagten vom 12. November 2012, dass dessen Entscheidungsprozess am 8. Oktober 2012 noch nicht abgeschlossen war. Der Beklagte hat hierin mitgeteilt, an einem Gerichtsprozess nicht interessiert zu sein, und hat dem Kläger aus Kulanz ohne jegliches Schuldanerkenntnis die Reparatur des Fahrzeugs angeboten. Dies hat der Kläger abgelehnt. Der Senat kann daher abschließend beurteilen, dass der Beklagte eine Nacherfüllung des Kaufvertrags zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung am 24. Oktober 2012 nicht ernsthaft und endgültig abgelehnt hatte.

38 c) Dass eine Fristsetzung aus anderen Gründen (§ 323 Abs. 2 Nr. 2, 3, § 440 BGB) entbehrlich wäre, macht die Revisionserwiderung nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich.

III.

39 1. Das Berufungsurteil kann nach alledem im Umfang der Aufhebung keinen Bestand haben; es ist insoweit aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Se-

nat entscheidet in der Sache selbst, weil der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif ist. Da der Kläger keine wirksame Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat und eine solche auch nicht entbehrlich war, ist sein Rücktritt vom Kaufvertrag - unabhängig davon, ob ein vom Beklagten zu vertretender Sachmangel aufgetreten ist, - unwirksam. Daher bestehen die ihm vom Berufungsgericht gemäß §§ 346, 347 Abs. 1 BGB zuerkannten Ansprüche auf Zahlung von 4.652,20 € nebst Verzugszinsen an die finanzierende Bank und auf Zahlung von Tageszinsen in Höhe von 0,13 € an sich selbst nicht. Da der Kläger den Beklagten zu Unrecht auf Rückabwicklung des Kaufvertrages in Anspruch genommen hat, besteht auch kein Anspruch auf Ersatz (§ 280 Abs. 1, § 249 BGB) der vom Berufungsgericht weiter zugesprochenen vorgerichtlichen Anwaltskosten (489,45 €). Nach alledem ist die Berufung des Klägers gegen das erstinstanzliche Urteil in vollem Umfang zurückzuweisen.

40 2. Soweit sich das Berufungsgericht in seinen Entscheidungsgründen mit einem weiteren Anspruch des Klägers auf Ersatz von aufgewendeten Kosten (264,18 €) für die Schadensfeststellung befasst und den Beklagten insoweit gemäß § 280 Abs. 1 BGB als ersatzpflichtig angesehen hat, geht die hiergegen gerichtete Rüge der Revision ins Leere. Denn das Berufungsgericht hat den Beklagten nicht zur Zahlung dieses Betrags verurteilt, sondern den von ihm bejahten Anspruch durch die vom Kläger erklärte Aufrechnung gegen (vermeintliche) Forderungen des Beklagten auf rücktrittsbedingten Nutzungsersatz als

erloschen angesehen (§ 389 BGB). Das Berufungsurteil enthält daher insoweit keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Beklagten.

Dr. Milger Dr. Schneider Dr. Fetzer

Dr. Bünger Kosziol

Vorinstanzen:
LG Berlin, Entscheidung vom 25.03.2013 - 18 O 591/12 -
KG Berlin, Entscheidung vom 13.06.2014 - 21 U 83/13 -