



Wiss. Mitarbeiter Benjamin Gündling, Heidelberg¹

20 examensrelevante Probleme nach der Schuldrechtsreform - Alte Bekannte und neue Gesichter -

Der Beitrag behandelt schwerpunktmäßig aktuelle Probleme des Allgemeinen Leistungsstörungen-, Kauf- und Rücktrittsrechts, die sich gerade aufgrund der Modernisierung des Schuldrechts ergeben. Es wurde hierbei der Versuch unternommen, aus der für den Studenten kaum übersehbaren Fülle der Literatur 20 Kernprobleme herauszufiltern. Die Darstellung erfolgt anhand von Beispielfällen und ist soweit sinnvoll im Gutachtenstil gehalten. So und ergänzend durch Querverweise und Zusatzanmerkungen soll über die Vermittlung der Einzelprobleme hinaus das Verständnis für Systematik und Zusammenhänge des neuen Rechts geschärft werden.

¹ Der Autor ist Mitarbeiter und Doktorand an der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Darstellung und Zitate sind bewusst so konzipiert, dass dem Studenten mit dem Beitrag eine effektive und problemorientierte Lern- und Verständnishilfe gegeben wird. Es bietet sich an, vorab jeden der Fälle selbstständig zu zulösen. Meinem Kollegen *Wolfgang Schenk* danke ich für viele hilfreiche konstruktive Anmerkungen.

I. Leistungsstörungen²

1. Problem: Kann im Falle der Unmöglichkeit der unnötig gezahlte Kaufpreis sowohl nach allgemeinem Leistungsstörungenrecht als auch über den Weg des Sachmängelgewährleistungsrechts zurückgefordert werden?

Fall 1: D verkauft an die Galerie G ein von D gestohlenen Bild. G verkauft dieses wiederum an K. Kurz darauf wird D verhaftet und das Bild von der Staatsanwaltschaft bei K beschlagnahmt. Da im Laufe des Ermittlungsverfahrens gegen D der wahre Eigentümer nicht ausfindig gemacht werden kann, wird das Bild wieder an K herausgegeben. K wendet sich an G und fordert seinen Kaufpreis zurück. Er wolle mit der Sache "nichts mehr zu tun haben".

Nach altem Recht war die Abgrenzung zwischen Anspruchsgrundlagen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts und dem als eigenständigen Komplex daneben tretenden Sachmängelgewährleistungsrechts oft schwierig und streitig.³ Der Gesetzgeber wollte die Probleme durch eine Verbindung beider Teilkomplexe zu einem einheitlichen, auf den Regeln des allgemeinen Leistungsstörungenrechts aufbauenden System ersetzen.⁴ Der Fall zeigt, dass dies rechtstechnisch gelungen ist, die Handhabung des neuen Systems jedoch, insbesondere das Auffinden der richtigen Anspruchsgrundlagen, selbst für Examenskandidaten oft schwer ist.

Die Verknüpfung beider Teilkomplexe führt nach neuem Recht dazu, dass für einen Rückzahlungsanspruch des K *kumulativ*⁵ sowohl Anspruchsgrundlagen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts als auch des Gewährleistungsrechts in Betracht kommen.

Zunächst könnte K gegen die G einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises aus §§ 346 I, 326 I 1, 326 IV BGB wegen fehlender Eigentumsübertragung haben.

Der Anspruch auf Kaufpreiszahlung müsste gem. 326 Abs. 1 S. 1 BGB entfallen sein. Dies ist der Fall, wenn V die aus dem Kaufvertrag resultierenden

² Einleitend zum neuen Leistungsstörungenrecht neben der Standardlehrbuchliteratur: *Otto*, Jura 2002, 1 ff.; *Schwarze*, Jura 2002, 73 ff.; *Meier*, Jura 2002, 118 ff.; 187 ff.; *Münch*, Jura 2002, 361 ff.; *von Wilmsky*, JuS Beilage zu Heft 1/2002; JA 2002, 424 ff.; *Mattheus*, JuS 2002, 209 ff.; *Medicus*, JuS 2003, 521 ff.

³ Oft ging es etwa um die Frage, ob § 326 BGB a.F. zur Anwendung kommt, welcher alternativ zu Wandelung oder Schadensersatz nach Kaufrecht ebenfalls die Möglichkeit der Lösung durch Rücktritt oder Schadenersatz vorsah. Vorteil des § 326 BGB a.F. war, dass die normale Verjährung von 30 Jahren nach § 195 BGB a.F. galt. Vgl. dazu etwa *Kropholler*, StudK-BGB, 4. Auflage 2000, § 480 BGB, Rn. 4 ff. oder *Medicus*, Bürgerliches Recht, 18. Auflage 1999, S. 220 f., Rn. 309 ff.

⁴ Überblick etwa bei *Pfeiffer*, Neues Schuldrecht, 2002, S. VI f.

⁵ Statt früher *alternativ*, vgl. etwa die Problemstellung und die Nachweise in Fn. 3.

Hauptleistungspflichten noch nicht erfüllt hat⁶ und er gem. § 275 BGB von der Leistungspflicht frei geworden ist. Das Bild wurde dem K zwar übergeben. Zu den Verkäuferpflichten gehört nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB neben der Übergabe aber auch die Verschaffung des Eigentums.

Der Eigentumsübergang an K ist gem. §§ 929 S. 1, 932 I 1, 935 Abs. 1 S. 1 BGB misslungen⁷, denn das Bild war gestohlen. Jedenfalls als nach Ende der Ermittlungen der Staatsanwaltschaft feststand, dass der wahre Eigentümer nicht aufzufinden ist, bestand auch nicht mehr die Option für die G, das Bild vom wahren Eigentümer zu erwerben und dem K dann doch noch Eigentum zu verschaffen. Stellt man also maßgeblich auf eine möglichen Erwerb vom wahren Eigentümer ab, ist nachträglich⁸ subjektive⁹ Unmöglichkeit eingetreten i.S.d. § 275 I BGB¹⁰. Da V von der Eigentumsverschaffungspflicht gem. § 275 Abs. 1 BGB frei geworden ist, ist gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB der Anspruch auf Kaufpreiszahlung entfallen. Diesen nicht geschuldeten Kaufpreis hat K aber bereits an V gezahlt. Somit sind die Voraussetzungen des § 326 Abs. 4 BGB erfüllt. Daher hat K gegen V aus § 326 Abs. 4 i.V.m. § 346 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Rückzahlung.

Daneben könnte K gegen G einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises aus §§ 346 I, 433, 434, 437 Nr. 2, 326 V, BGB haben.¹¹

⁶ Hätte V bereits erfüllt, wäre Unmöglichkeit denknötwendig ausgeschlossen und das gesamte Schuldverhältnis wäre gem. § 362 I BGB erloschen.

⁷ Näher Palandt/*Bassenge*, BGB, 62. Auflage, 2003, § 935, Rn. 1-4; *Kropholler*, StudK BGB, 6. Auflage, 2003, § 932, Rn. 2 und § 935 Rn. 1 f.

⁸ D.h. nach Vertragsschluss.

⁹ Objektiv gab es ja einen Eigentümer, von dem man hätte ankaufen können, dieser war nur für die G nicht auffindbar.

¹⁰ Denkbar wäre auch, wegen des Diebstahls anfängliche Unmöglichkeit anzunehmen. Dann dürfte man aber nicht auf einen potentiellen Erwerb vom wahren Eigentümer abstellen, sondern müsste argumentieren, dass § 935 BGB einem Eigentumserwerb an der gestohlenen Bild von Anfang an entgegenstand. Am Ergebnis ändert dies jedoch nichts. § 311a I BGB spielt an dieser Stelle keine Rolle, weil die Frage, ob sich die Unmöglichkeit auf die Wirksamkeit des Schuldverhältnisses auswirkt, irrelevant ist. Anders jedoch bei der nachfolgenden Prüfung kaufrechtlicher Gewährleistungsansprüche, da dort ein wirksamer Kaufvertrag vorausgesetzt ist, vgl. auch Fn. 15. Ebenso ändert sich im Ergebnis nichts, wenn man auf faktische Unmöglichkeit abstellt, § 275 II BGB. Dies zeigt, dass nach der Neuregelung die Differenzierung zwischen den verschiedenen Arten der Unmöglichkeit an Bedeutung verloren hat, vgl. die gelungene Darstellung der Unmöglichkeit bei *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, S. 291 ff., Rn. 145 ff. und die verständliche Darstellung der Unmöglichkeit als Bestandteil des neuen Leistungsstörungenrechts bei *Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland*, Das neue Schuldrecht, 2002, S. 79 ff. (89 ff.).

¹¹ Eingangs ist hier ein zentraler Unterschied zur vorangehenden Rechtsgrundlage festzuhalten: Im Rahmen des § 326 IV BGB kommt § 346 I BGB (Der ja die eigentliche Rechtsfolge "Rückzahlung" ermöglicht) nur aufgrund der dortigen Verweisung zur Anwendung. Grund für die Verweisung ist, dass man eine Norm braucht, nach welcher das gem. § 326 I BGB aufgrund der Unmöglichkeit nicht geschuldete aber trotzdem gezahlte Geld zurückfordern kann. Im nun zu prüfenden Fall, kommt § 346 I BGB in klassischer Weise über die Ausübung eines gesetzlich angeordneten (§§ 437 Nr. 2, 326 V BGB) Rücktrittsrechts zur Anwendung.

Wie kann es nun sein, dass trotz vorher festgestellter nachträglicher Unmöglichkeit noch ein Rechtsbehelf des Gläubigers aus dem Kaufrecht geprüft werden kann?

Zunächst ist festzustellen, dass hierin kein Systembruch liegt, da das Kaufrecht in § 437 BGB grundsätzlich auf die Rechtsgrundlagen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts verweist und nur in den §§ 439 ff. BGB einige kaufvertragstypische ergänzende Modifikationen bereithält.¹² Konsequenz ist auch § 326 V BGB in § 437 Nr. 2 BGB genannt.

Darüber hinaus macht das dem Käufer zusätzlich zu § 326 IV BGB gewährte Rücktrittsrecht aus zwei Gründen auch inhaltlich Sinn: Die in § 326 IV BGB maßgebliche Unmöglichkeit nach § 275 BGB beseitigt nur die Leistungs- und Gegenleistungspflicht, nicht aber das gesamte Schuldverhältnis.¹³ Will der Käufer also den gesamten Vertrag los sein, muss er zurücktreten. Gerade bei mutmaßlich gestohlenen Gegenständen lässt sich die Rechtslage oft nicht eindeutig klären. Damit der Käufer nicht von der ipso iure eintretenden Rechtsfolge nach §§ 326 I 1, 326 IV, 346 I BGB abhängig ist, ist es sachgerecht, ihm zusätzlich ein Rücktrittsrecht nach Kaufrecht einzuräumen. Der entscheidende Zeitpunkt ab welchem das Regime des Kaufrechts greift, ist der Gefahrübergang¹⁴, welcher hier mit Übergabe gem. § 446 I 1 BGB erfolgt ist.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Rücktrittsrechts nach §§ 437 Nr. 2, 326 V BGB liegen vor: Es besteht ein wirksamer Kaufvertrag¹⁵, ein Sachmangel nach § 434 BGB¹⁶ sowie Unmöglichkeit i.S.d. §§ 326 V, 275 I BGB (s.o.) sind ebenfalls gegeben. Nach § 326 V BGB ist eine Nachfristsetzung entbehrlich.

Die Erklärung des K, "er wolle mit der ganzen Sache nichts mehr zu tun haben" kann als Rücktrittserklärung¹⁷ i.S.d. § 349 BGB ausgelegt werden, § 133 BGB.

Damit ist K wirksam zurückgetreten und der Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises ergibt sich zusätzlich aus §§ 346 I, 433, 434, 437 Nr. 2, 326 V, BGB.

¹² Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, (Fn. 10), S. 168, Rn. 11.

¹³ Palandt/Heinrichs, (Fn. 7), § 275, Rn. 31.

¹⁴ Palandt/Putzo, (Fn. 7), § 437, Rn. 48 ff., 50.

¹⁵ Hat man oben aufgrund von § 935 BGB anfängliche Unmöglichkeit angenommen, ist kurz auf § 311 a I BGB einzugehen, vgl. auch die Ausführungen in Fn. 10.

¹⁶ Jedenfalls greift in Fällen gestohlener Kaufgegenstände § 434 I 2 Nr. 2 BGB, da ein gestohlener Gegenstand schwer weiterveräußerlich oder verwertbar ist und mithin nicht zur "gewöhnlichen Verwendung" geeignet ist.

¹⁷ Es ist wichtig, in der Klausurlösung sauber zwischen Rücktrittsrecht und -erklärung zu differenzieren!

2. Problem: Wie ist das Verhältnis zwischen den §§ 275 I, II einerseits und § 313¹⁸ andererseits zu bestimmen? Entlarvung eines akademischen Scheinproblems.

Wann liegt faktische Unmöglichkeit i.S.d. § 275 II BGB, wann lediglich wirtschaftliche Unmöglichkeit, welche § 313 BGB unterfallen soll, vor? Welche Regelung ist jeweils anzuwenden in den Fällen des Zweckfortfalls, der Zweckerreichung oder der Zweckstörung?

Anhand von kurzen Fällen soll gezeigt werden, dass es sich hier um ein akademisches Scheinproblem handelt, welches man in der Klausur durch klares Normverständnis zwanglos lösen kann.

Fall 2: V schließt mit K einen Vertrag über einen US-Sportwagen, den V bei seinem Zulieferer in den USA bestellen will. Kurz nach Vertragsschluss wird der Import der Fahrzeuge gesetzlich gestoppt. Es sind auf dem deutschen Markt jedoch noch einige bereits verkaufte gleichwertige Fahrzeuge zu haben. V müsste für einen Ankauf eines dieser Fahrzeuge jedoch mindestens den dreifachen Kaufpreis aufwenden. V erklärt, die Lieferung sei ihm nicht möglich, jedenfalls sei sie unzumutbar und er wolle deshalb zurücktreten. Kann nun K von V Lieferung verlangen?

Der zunächst wirksam entstandene Anspruch auf Übergabe und Übereignung aus § 433 I 1 BGB könnte hier gemäß § 275 BGB erloschen sein. § 275 I BGB (echte Unmöglichkeit) scheidet aus, weil hier eine Gattungsschuld vereinbart worden ist und die Lieferung aus der Gattung noch möglich ist. Es könnte jedoch ein Fall der nachträglich eingetretenen faktischen Unmöglichkeit nach § 275 II BGB vorliegen. An dieser Stelle setzt nun die zwar in den Worten der Gesetzesbegründung¹⁹ theoretisch klar mögliche aber im Ergebnis tatsächlich doch recht nebulöse Abgrenzung zur wirtschaftlichen Unmöglichkeit nach § 313 BGB ein: Die faktische Unmöglichkeit bezeichne Fälle in denen die Behebung des Leistungshindernisses zwar theoretisch noch möglich ist, kein vernünftiger Gläubiger dies jedoch erwarten könne. Maßgeblich sei hier die Sicht des Gläubigers und dessen Interesse.²⁰ Dagegen sei der Fall der "bloßen Leistungerschwerung" der wirtschaftlichen Unmöglichkeit und damit den Regeln des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zuzurechnen. Hier könne nun im Rahmen einer Zumutbarkeitsabwägung auf die Interessen des Schuldners abgestellt werden. Ist der Ankauf im Fall 3 nun dem

¹⁸ Vgl. zu § 313 BGB n.F. allgemein *Eidenmüller*, Jura 2001, 824 ff. sowie zuletzt *Dauner-Lieb/Dötsch*, NJW 2003, 921 ff.

¹⁹ BT-Drs. 14/6040, S. 129 f.

²⁰ Schulbeispiel ist der praktisch nicht sehr relevante Fall des Rings auf dem Meeresboden.

Schuldner lediglich wirtschaftlich nicht zumutbar oder faktisch unmöglich. Teilweise wird versucht über ein "Intensitätskriterium" abzugrenzen: "Gravierende" Leistungerschwernisse bedeuten danach Unmöglichkeit, lediglich überobligatorische Schwierigkeiten²¹ gehören jedoch zum Wegfall der Geschäftsgrundlage.²² Eine klare Abgrenzung scheint danach kaum möglich.²³

Wo liegt für die Falllösung der entscheidende Unterschied der beiden Institute, welcher zu dieser Abgrenzung zwingt? Zunächst scheint dies die Rechtsfolge zu sein: § 313 I BGB führt zu einer Vertragsanpassung und subsidiär gem. § 313 III BGB zu einem Rücktrittsrecht. Demgegenüber führt die faktische Unmöglichkeit gem. § 275 II BGB nach Erheben der Einrede²⁴ zum Wegfall der Leistungspflicht. Zusätzlich hat der Gläubiger ein Rücktrittsrecht nach § 326 V BGB und kann dadurch wie nach § 313 III BGB das ganze Schuldverhältnis zum Erlöschen bringen. Der Unterschied scheint also die bei § 313 I BGB mögliche Vertragsanpassung zu sein. In den Fällen der wirtschaftlichen Unmöglichkeit ist die Beschaffung der Gegenleistung so teuer, dass dem anderen Vertragsteil die Zahlung eines entsprechenden Entgelts regelmäßig i.S.d. § 313 III 1 BGB unzumutbar ist. Damit reduziert sich in den Abgrenzungsfällen im Rahmen des § 313 BGB die Rechtsfolge auf den Rücktritt. Der praktische Unterschied zur Unmöglichkeit ist mithin nur noch, dass dort durch Erheben der Einrede zunächst nicht das ganze Schuldverhältnis, sondern nur Leistungs- (§ 275 II BGB) und Gegenleistungspflicht (§ 326 BGB) erlöschen. Da im Falle eines Rücktrittsrechts²⁵ diese Pflichten mit dem gesamten Schuldverhältnis ohnehin erlöschen, ist dieser Unterschied nicht entscheidend. Soweit nach §§ 271 II, 326 I BGB Leistungs- und Gegenleistungspflicht erloschen sind, besteht in den wenigsten Fällen ein Interesse an der Aufrechterhaltung des Schuldverhältnisses, so dass insoweit ein Rücktritt gem. § 326 V BGB nahe liegt,

²¹ Manchmal auch als "Opfergrenze" bezeichnet.

²² Kropholler, (Fn. 7), § 313, Rn. 3.

²³ Will man anhand dieses *Intensitätskriteriums* dennoch abgrenzen, erscheint es zweckmäßig darauf zu verweisen, dass der Gesetzgeber die Unmöglichkeit zunächst sogar ganz aus dem Gesetz verbannen wollte (vgl. § 275 BGB Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz vom 4.8.2000: "*Besteht die Schuld nicht in einer Geldschuld, kann der Schuldner die Leistung verweigern, soweit und solange er diese nicht mit denjenigen Anstrengungen zu erbringen vermag, zu denen er nach Inhalt und Natur des Schuldverhältnisses verpflichtet ist. Die Rechte des Gläubigers bestimmen sich nach den §§ 280 bis 282 und 323.*" Danach sollte Unmöglichkeit nur in extrem gelagerten Ausnahmefällen (eben der "Ring auf dem Meeresboden") angenommen werden, sonst aber auf § 313 BGB zurückgegriffen werden (Dauner-Lieb, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), Das Neue Schuldrecht - ein Lehrbuch, 2002, S. 107, Rn. 64).

²⁴ Hier liegt die Besonderheit des § 275 II gegenüber § 275 I BGB, welcher schon ex lege zum Wegfall der Leistungspflicht führt. Vorliegend hat V erklärt, eine Lieferung sei nicht möglich.

²⁵ Ob es nun auf § 326 V BGB oder § 313 III BGB gestützt wird.

mithin das Schuldverhältnis wie beim Rücktritt nach § 313 BGB vorständig erlischt. Weil im Falle des § 275 II BGB anders als nach § 275 I BGB eine Einrede erhoben werden muss, ergibt sich auch hinsichtlich der Rechtsausübung kein Unterschied zum Rücktritt, welcher ebenfalls erklärt werden muss. Mithin sind die Normstruktur und insbesondere faktisch auch die Rechtsfolgen nahezu völlig identisch: Rücktritt und Rückabwicklung des gesamten Schuldverhältnisses. Das Abgrenzungsproblem entpuppt sich als im Ergebnis nicht entscheidend.

Dies trifft auch in den etwas undurchsichtigen "Zweckfällen" zu. Hier soll in den Konstellationen der Zweckerreichung²⁶ und des Zweckfortfalls²⁷ echte Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) vorliegen, in den Fällen der Zweckstörung²⁸ hingegen die Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage zur Anwendung kommen.²⁹ Aber auch im letzteren Fall wird regelmäßig eine Anpassung nicht in Betracht kommen, denn die Vertragsdurchführung macht in den betroffenen Fällen schlicht keinen Sinn. Damit bleibt nur der Rücktritt nach § 313 III 1 BGB, so dass auch in diesen Fällen die Rechtsfolgen gleich sind. Ein Unterschied besteht lediglich darin, dass der Schuldner sich bei § 275 I BGB nicht auf die Unmöglichkeit der Leistung berufen muss, der Rücktritt nach § 313 III 1 BGB aber erklärt werden muss. Da der Gläubiger³⁰ oder allgemein der nach § 313 III 1 BGB aufgrund der Unzumutbarkeit der Vertragsdurchführung zum Rücktritt Berechtigte sich im Normalfall darauf berufen wird, dass der Vertrag nicht durchgeführt werden soll, ergibt sich daraus praktisch kein Unterschied.

In der Klausur ist ein Verweis auf die nahezu gleiche Rechtsfolge jedoch erst legitim, wenn zuvor Tatbestand und Rechtsfolge sauber am Gesetz erarbeitet wurden.³¹ Zudem empfiehlt sich bei der Prüfung der in Betracht kommenden Tatbestände ein kurzer Verweis darauf, wie sich der Gesetzgeber die Abgrenzung abstrakt gedacht hat.

3. und 4. Problem: Wie ist der Fall der beidseitig zu vertretenden Unmöglichkeit nach neuem Recht zu lösen? Worin liegt im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs nach §§ 280 I, III, 283 BGB die Pflichtverletzung des Schuldners?

²⁶ Das abzuschleppende Auto springt von selbst wieder an.

²⁷ Das abzuschleppende Auto wird zuvor gestohlen.

²⁸ A vermietet B einen Fensterplatz aus Anlass eines Umzugs. Der Umzug wird wegen einer Bombendrohung abgesagt.

²⁹ Überblick bei *Kropholler*, (Fn. 7), § 313, Rn. 4.

³⁰ Im Beispiel nach Fn. 28 der B.

³¹ Dabei sollte auf den Unterschied zwischen § 275 I und II (Einrede!) BGB geachtet und alle Normen systematisch sauber angewandt und zitiert werden.

Die Frage der beidseitig zu vertretenden Unmöglichkeit stellte im Rahmen der alten Rechtslage eines der Standardprobleme³² dar. Nach der Schuldrechtsreform gibt es nun einige Stimmen, welche das Problem als gänzlich erledigt erklären.³³ Nach anderer Auffassung lässt sich die Konstellation allein durch die Anwendung des neuen Rechts jedenfalls nicht durchweg lösen. Dies hat *Stoppel* anhand eines Standardfalles jüngst überzeugend belegt³⁴. Was kann nun vom Studenten in einer Examensklausur verlangt werden? Anknüpfend an das von *Stoppel* gewählte Beispiel soll noch einmal der Kern des Problems formuliert und auf wenig behandelte Folge- bzw. Randprobleme hingewiesen werden, welche aber in Klausuren gerne im Zusammenhang mit dem Problem der beidseitig zu vertretenden Unmöglichkeit abgeprüft werden.

Fall 3³⁵: A verkauft B seinen gebrauchten PKW im Wert von 1000.- Euro. Die vereinbarte Gegenleistung beträgt 1200.- Euro. Vor Übergabe und Kaufpreiszahlung gestattet A dem B eine Fahrt. Aufgrund überhöhter Geschwindigkeit des B kommt es zu einem Unfall, bei welchem der PKW vollständig zerstört wird. Der Unfall beruht zu einem Teil auf defekten Bremsen, welche A fahrlässig nicht erkannt hatte, weshalb A ein Verschuldensanteil von 60 % trifft.

- a) Kann A von B den Kaufpreis von 1200.- Euro fordern?
- b) Hat B gegen A Schadenersatzansprüche?

In Betracht kommt zunächst ein Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises von A gegen B aus § 433 II BGB, welcher aber aufgrund der nachträglich eingetretenen Unmöglichkeit, gem. § 326 I 1 BGB untergegangen sein könnte. Einfallstor für das Problem der beidseitig zu vertretenden Unmöglichkeit nach neuem Recht ist nun § 326 II 1 BGB, wonach der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung nicht entfällt, wenn "der Gläubiger für den Umstand, auf Grund dessen der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten braucht, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist...". Das ist nach der Vorstellung des Gesetzgebers erst dann der Fall, wenn ein Verantwortungsanteil von 80-90% erreicht ist.³⁶ Der Gesetzgeber wollte an dieser Stelle das Problem nicht im Gesetz verankern. So verliert der

³² Zuletzt *Faust*, JuS 2001, 133 ff.; zusammenfassend zur alten Rechtslage *Gruber*, JuS 2002, 1067 f. m.w.N.

³³ Vgl. nur *Palandt/Heinrichs*, (Fn. 7), § 283, Rn. 4: "Die...seit mehr als 100 Jahren ohne Aussicht auf Erfolg geführte Diskussion...hat sich erledigt." Ebenso im Ergebnis *Gruber*, JuS 2002, 1067 f., welcher meint, das Problem allein anhand des geltenden Rechts lösen zu können.

³⁴ *Stoppel*, Jura 2003, 224 ff.

³⁵ Leicht abgekürzt nach *Stoppel*, Jura 2003, 224 (225).

³⁶ *Palandt/Heinrichs*, (Fn. 7), § 326, Rn. 9.

Schuldner (A) trotz eines 40 % Verschuldens des Gläubigers (B) den Anspruch auf die Gegenleistung gem. § 326 I 1 BGB. Folgt man dem kommt nur ein Schadensersatzanspruch des Schuldners der Sachleistungspflicht gegen den Gläubiger aus § 280 I 1 BGB³⁷ in Betracht.³⁸ Dem stünde dann ein Schadensersatzanspruch des Gläubigers gegen den Schuldner nach §§ 280 I, III, 283 BGB gegenüber. Entsprechend den zur alten Rechtslage vorgeschlagenen Lösungsmodellen kann man dann entweder nur der Partei, die ein geringerer Haftungsanteil trifft, einen um den eigenen Verschuldensanteil herabgesetzten Anspruch zubilligen oder beide Ansprüche jeweils kürzen.³⁹ Vorsicht ist hier aber bei der unbedachten Anwendung des § 254 BGB geraten. Denn diese Vorschrift betrifft nur das Verschulden des *Schuldners*, nicht des Gläubigers. Bezüglich des *Gläubigers* handelt es sich daher nur um eine kurz zu begründende Analogie⁴⁰.

Folgt man der zum neuen Recht vertretenen Alternativlösung, ist wie folgt vorzugehen: § 326 II 1 BGB wird entgegen dem Wortlaut so verstanden, dass die Verpflichtung des Gläubigers zur Zahlung der Gegenleistung immer entsprechend seinem Verschuldensanteil aufrecht erhalten bleibt. Ein Rückgriff des Schuldners auf § 280 I 1 BGB ist dann überflüssig. Auf der anderen Seite bekommt der Gläubiger gegen den Schuldner einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gem. § 280 I, III, 283 BGB. Dieser wird jedoch entsprechend dem Mitverschulden des Gläubigers (hier 40%) analog (s.o.) § 254 I BGB herabgesetzt.⁴¹

Im Rahmen dieses Schadensersatzanspruchs nach § 283 BGB gehen nun die Meinungen auseinander, ob sich die vom Schuldner zu vertretende Pflichtverletzung

³⁷ §§ 280 I, III, 281 BGB scheiden als Anspruchsgrundlage aus, da es sich um einen Integritätsschaden handelt, welcher nicht statt der mangelhaft oder gar nicht erbrachten Leistung ersetzt werden soll, sondern unabhängig neben dieser, näher unten Fn. 54. Auch ist mangels Gefahrübergang nicht § 437 BGB anzuwenden, näher Fn. 88.

³⁸ Soweit den Gläubiger eben ein unter 80% liegender Verschuldensanteil trifft, weil sonst ja seine Pflicht zur Gegenleistung gem. § 326 II 1 BGB erhalten bleibt.

³⁹ So ist wohl Palandt/*Heinrichs*, (Fn. 7), § 283, Rn. 4 zu verstehen. In diese Richtung (Übernahme der alten Lösungsmodelle) die überwiegende Lehrbuchliteratur, vgl. exemplarisch *Lorenz/Riehm*, (Fn. 10), S. 173 ff., Rn. 350 ff. oder *Kropholler*, (Fn. 7), § 326, Rn. 4.

⁴⁰ Jedenfalls insoweit ist es unzutreffend, wenn von Vertretern dieser Auffassung behauptet wird, dass sich das Problem allein durch Anwendung des geltenden Rechts lösen lässt.

⁴¹ Nach *Stoppel*, Jura 2003, 224 (227) besteht der Anspruch von Anfang an nur in dem herabgesetzten Umfang. *Medicus*, Bürgerliches Recht, 19. Auflage 2002, S. 191, Rn. 270 kommt im Ergebnis zur gleichen Lösung, scheint aber bei der Begründung § 326 II 1 BGB nicht hinreichend Rechnung zu tragen. Dann nach *Medicus* bleibt der Schuldner weiter zur Gegenleistung verpflichtet, diese wird aber analog § 254 BGB um den Verschuldensanteil des Schuldners gekürzt. Dieses Ergebnis ist zwar interessengerecht, aber nicht an der Systematik des neuen BGB ausgerichtet.

allein schon aus der Tatsache der Nichterfüllung wegen Unmöglichkeit ergibt⁴² oder ob Bezugspunkt die Umstände sind, welche zur Unmöglichkeit geführt haben⁴³. Auswirkung hat diese Frage im Ergebnis nur bei der Beweisführung der Prozessparteien. Stellt man auf die Unmöglichkeit ab, hat es der Schuldner leicht: Er muss nur die Tatsache nachweisen, dass die Leistung unmöglich geworden ist. Sieht man die Pflichtverletzung i.S.d. § 280 I BGB darin, dass der Schuldner schuldhaft die Umstände herbeigeführt hat, welche zur Unmöglichkeit geführt haben, wird der Gläubiger des Schadensersatzanspruchs es regelmäßig schwerer haben, dem Schuldner hier ein Vertretenmüssen nachzuweisen.⁴⁴ Da jedenfalls im ersten Staatsexamen Beweisfragen regelmäßig keine Rolle spielen, sollte man sich an dieser Stelle jedoch eher kurz fassen. Praktikabel erscheint ein Verweis darauf, dass die Pflicht zur Leistung aufgrund der Unmöglichkeit gerade gem. § 275 BGB erlischt. Besteht die Pflicht zur Leistung also nicht mehr, kann es kaum als Pflichtverletzung gewertet werden, dass der Schuldner die Leistung nicht erbringt.⁴⁵ Zweckmäßiger ist es mithin bzgl. der zu vertretenden Pflichtverletzung auf die Umstände abzustellen, welche zur Unmöglichkeit geführt haben. Maßgeblich ist danach vorliegend der Umstand, dass V aufgrund fahrlässiger Unkenntnis nicht auf die defekten Bremsen hingewiesen hat.

Festzuhalten bleibt, dass auch nach neuem Recht zum Problem der beidseitig zu vertretenden Unmöglichkeit etwas gesagt werden muss. Welchen der hier aufgezeigten Lösungswege man einschlägt, erscheint gegenwärtig noch Geschmackssache. Erneut zu betonen, dass man die Lösung am Gesetz festmacht und nicht schlicht anhand von § 254 BGB Billigkeitserwägungen anstellt.⁴⁶

⁴² In diese Richtung ist wohl die Gesetzesbegründung zu verstehen, vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 142. Ebenso *Canaris*, JZ 2001, 499 (512) und *Faust/Huber*, Schuldrechtsmodernisierung, S. 113 f., Rn. 118 ff.

⁴³ So etwa *Palandt/Heinrichs*, (Fn. 7), § 283, Rn. 2; *Dauner-Lieb*, in: *Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring* (Hrsg.), (Fn. 23), S. 94, Rn. 47; *Wilmowsky*, Beilage JuS 1/2002, S. 14, welcher zudem den Pflichtenkreis des Schuldners genau in Handeln und Unterlassen ausdifferenziert; zuletzt *Lorenz*, NJW 2003, 1417 (1418). Nach *Jauernig/Vollkommer*, BGB, 10. Auflage, 2003, § 283, Rn. 1, stellt § 283 BGB fest, dass die Pflichtverletzung i.S.d. § 280 I BGB, welche zum Sekundäranspruch führt, allein schon im Umstand der Nichterfüllung liegt. Unklar insoweit *Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland*, (Fn. 10), S. 95, Rn. 57.

⁴⁴ *Faust/Huber*, (Fn. 42), S. 113 f., Rn. 120.

⁴⁵ *Wilmowsky*, Beilage JuS 1/2002, S. 14. Allein die Formulierung, "der Schuldner hat die Unmöglichkeit auch zu vertreten", greift jedenfalls zu kurz.

⁴⁶ Zur Vertiefung sei auf die bereits zitierten Beiträge von *Gruber*, JuS 2002, 1066 ff. und *Stoppel*, Jura 2003, 224 ff. verwiesen.

II. Kaufrecht⁴⁷

5. bis 9. Problem: Welche Norm gewährt welchen Schadenersatzanspruch? Zur richtigen Verortung von Mangelfolgeschaden, entgangenem Gewinn, Nutzungsausfall, Deckungskauf und nunmehr im Gesetz verankerter positiver Vertragsverletzung⁴⁸.

Fall 4: Privatmann K kauft bei Privatmann V am 1.5. ein gebrauchtes Saab 900 Cabriolet Baujahr 1991 für 5000.- Euro. Das Fahrzeug wird übergeben und übereignet und der Kaufpreis bezahlt. V vergisst grob fahrlässig den K darauf hinzuweisen, dass er auf dem Leder-Fahrersitz noch einen ölverschmierten Lappen liegengelassen hat. K setzt sich darauf, wobei Ks Hose anders als die Sitze nicht mehr zu reinigen ist. Kurz darauf bietet der Nachbar N des K diesem 7000.- Euro für den Saab. Er möchte ihn aber bis spätestens 1.7. haben, um noch etwas vom Sommer zu haben. K sagt zu, möchte das Geschäft aber erst abwickeln, nachdem er mit dem PKW von 1. bis 14.6. im Urlaub war. Kurz vor Urlaubsantritt wird K aufgrund eines schon bei Gefahrübergang vorhandenen Unfallschadens in einen Unfall verwickelt, bei welchem es zu leichten Schäden am PKW und leichten Verletzungen des K kommt. V hatte K nicht über den Unfall informiert. V erklärt sich zur Reparatur bereit, stellt den PKW aber erst bis Ende Juli wieder her. Das Geschäft mit N platzt und K muss sich für den Urlaub ein anderes Cabrio mieten. K möchte nun von V ersetzt haben:

- a) Den Wert der Hose,
- b) Die Heilungskosten,
- c) 2000.- Euro für das geplatzte Geschäft mit N,
- d) Das für das Ersatzcabrio bezahlte Entgelt.⁴⁹

Es war das erklärte Anliegen der Schuldrechtsreform, durch die systematische Neuordnung des Schuldrechts mehr Übersicht und Transparenz in das BGB zu bringen. Fall 7 zeigt, dass dies etwa in Bezug auf die Regelung der positiven Forderungsverletzung oder den Mangelfolgeschaden weitgehend gelungen ist. Andererseits bleiben auch nach der Neuregelung viele Fragen der Zuordnung einzelner Schadenspositionen ungeklärt.

Bezüglich der Hose kommt ein Schadenersatzanspruch wegen Pflichtverletzung nach § 280 I 1 BGB in Betracht. Ein Schuldverhältnis i.S.d. §§ 280 I 1, 311 I Variante 1⁵⁰ resultiert aus dem Kaufvertrag. V müsste nun eine hieraus resultierende Pflicht verletzt und dadurch den Schaden an der Hose verursacht haben. Die Art der

⁴⁷ Einleitend zum neuen Kaufrecht neben der Standardlehrbuchliteratur: *Zimmer/Eckhold*, Jura 2002, 145 ff.; *Coester-Waltjen*, Jura 2002, 534 ff.; *Röthel*, Jura 2002, 621 ff.; *Schubel*, JuS 2002, 313 ff.;

⁴⁸ Zum in Fall 7 nicht enthaltenen, aber auch nicht ganz eindeutig zuzuordnenden Betriebsausfallschaden vgl. die Ausführungen in Fn. 74.

⁴⁹ Versicherungsrechtliche Fragen sind außer Acht zu lassen.

⁵⁰ "durch Rechtsgeschäft", nämlich Vertrag, abzugrenzen von Schuldverhältnissen, welche sich aus dem Gesetz ergeben, § 311 I Variante 2 (gesetzliche Schuldverhältnisse).

verletzten Pflicht bildet ein Kriterium, nach welchem die verschiedenen in Betracht kommenden Schadenersatznormen abgeschichtet werden können. Die Pflicht des V, auf den K und dessen Eigentum Rücksicht zu nehmen, hat nichts mit den sich aus der getroffenen Vereinbarung oder sich aus dem Gesetz ergebenden Haupt-⁵¹ oder Nebenleistungspflichten⁵² zu tun. Es handelt sich vielmehr um eine sonstige Verhaltenspflicht des V⁵³, welche nicht das vertragliche Äquivalenzinteresse betrifft, sondern das Integritätsinteresse⁵⁴ des Gläubigers K.⁵⁵ Damit handelt es sich um eine Konstellation, welche vormals klassisch über das Institut der *positiven Vertragsverletzung* (pVV) gelöst wurde,⁵⁶ nun aber unter den unabhängig vom Kaufrecht direkt anzuwendenden § 280 I 1 BGB fällt.⁵⁷ Der Gesetzgeber hat einen Teil der Verhaltenspflichten, nämlich einige⁵⁸ Schutzpflichten, in § 241 II BGB nun ausdrücklich geregelt. Hier hat V die Pflicht, auf das Eigentum des K Rücksicht zu nehmen, verletzt. Schaden, Kausalität und Vertretenmüssen⁵⁹ sind ebenfalls gegeben. Damit kann K von V gem. § 280 I 1 BGB den Wert der Hose ersetzt bekommen.

Bzgl. der Heilkosten kommt ebenfalls § 280 I 1 BGB als Anspruchsgrundlage in Betracht. Erneut handelt es sich um einen Integritätsschaden. In der Terminologie zur alten Rechtslage gesprochen handelt es sich um einen *Mangelfolgeschaden*⁶⁰, denn der Mangel der Kaufsache (Unfallwagen⁶¹) hatte eine Verletzung sonstiger Rechtsgüter, hier die Gesundheit des K, zu Folge. K verlangt mit den Heilungskosten auch keinen "Schadenersatz statt der Leistung", da der Schaden unabhängig von

⁵¹ Übergabe und Eigentumsverschaffung durch den Käufer, § 433 I BGB, einerseits und Kaufpreiszahlung, § 433 II, andererseits.

⁵² Etwa die sich aus dem Gesetz ergebende Pflicht des Käufers zur Abnahme, § 433 II BGB.

⁵³ Andere, etwa Palandt/*Putzo*, (Fn. 7), § 433, Rn. 22 ff., sprechen ungenau von Neben- oder gar Schutzpflichten. Tatsächlich bezeichnen die letzteren beiden Termini nur Unterkategorien von Verhaltenspflichten, wobei Nebenpflicht schon deshalb ungenau ist, weil es auch Nebenleistungspflichten gibt (vgl. vorangeg. Fn.), wie hier differenzierend *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, S. 15 ff.

⁵⁴ D.h. die Integrität sonstiger, neben dem Leistungsinteresse stehender Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit oder Eigentum.

⁵⁵ *Lorenz/Riehm*, (Fn. 10), S. 250, Rn. 475.

⁵⁶ Vgl. dazu zur alten Rechtslage die Übersicht bei *Kropholler*, StudK BGB, 4. Auflage, 2000, § 276, Rn. 21 ff.

⁵⁷ Siehe etwa *Lorenz/Riehm*, (Fn. 10), S. 178, Rn. 356 oder

Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, (Fn. 10), S. 9, Rn. 22 und S. 106 ff, Rn. 113 ff.

⁵⁸ Es ist wichtig zu sehen, dass sich die positive Forderungsverletzung nicht auf diese Schutzpflichten beschränkt, sondern dass auch die Verletzung sonstiger Verhaltenspflichten in Betracht kommt.

⁵⁹ Dieses wird zwar nach § 280 I 2 BGB vermutet, ist aber hier ohnehin unproblematisch gegeben.

⁶⁰ Instrukтив sind insoweit die Ausführungen in der Gesetzesbegründung, BT-Drs. 14/6040, S. 224 f.; eingehend zu Mangel- und Mangelfolgeschaden, *Gerhard*, JZ 2002, 475 ff. und jüngst *Medicus*, JuS 2003, 521 (527 ff.).

⁶¹ Dies führt jedenfalls zu einem Mangel nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB.

einer etwaigen Mängelbeseitigung fortbesteht.⁶² Eine den Vorrang der Nacherfüllung sichernde Fristsetzung nach § 281 I 1 BGB ist mithin sinnlos.⁶³ Vor der Schuldrechtsreform rankte sich ein Streit darum, ob dieser Posten nach den Grundsätzen der pVV oder nach Kaufrecht zu ersetzen sei. Kern des Problems waren die erheblich divergierenden Verjährungsfristen⁶⁴. Durch das Heraufsetzen der Verjährungsfrist im Kaufrecht auf regelmäßig zwei Jahre nach § 438 I Nr. 3 BGB und die Angleichung der Regelverjährung von nunmehr drei Jahren nach § 195 BGB⁶⁵ ist dem Streit der Boden entzogen. Es müssen somit allein die Voraussetzungen des § 280 I 1 BGB vorliegen: Das Schuldverhältnis ergibt sich erneut aus dem Kaufvertrag. Verletzt hat V erneut eine Verhaltenspflicht, nämlich die, den K über den früheren Unfall aufzuklären. Schaden, Kausalität und verschulden sind erneut zu bejahen. Mithin kann K von V die Heilungskosten nach § 280 I 1 BGB verlangen.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, wonach der entgangene Gewinn i.H.v. 2000.- Euro zu ersetzen ist. Denn hierbei handelt es sich um einen reinen Vermögensschaden, also nicht um einen klassischen Mangelfolgeschaden, welcher wie gesehen allein nach § 280 I 1 BGB zu ersetzen ist.⁶⁶ Einstiegsnorm ist erneut § 280 I 1 BGB. Umstritten ist nun jedoch ob im Falle des entgangenen Gewinns *allein* § 280 I 1 BGB⁶⁷, oder *zusätzlich* entweder noch § 280 II, 286⁶⁸ oder § 280 III, § 281 BGB zu prüfen sind⁶⁹.

Der Schlüssel zur richtigen Zuordnung liegt im systematischen Unterschied zwischen § 280 II und § 280 III BGB: Der Anspruch auf den *Verzugsschaden* (§ 280 II BGB) tritt regelmäßig *neben* den weiterhin bestehenden Anspruch auf die Primärleistungspflicht. Der *Schadenersatz statt der Leistung* (§ 280 III) tritt an die Stelle des Anspruchs auf die Primärleistung⁷⁰, eben "statt der Leistung".⁷¹ Wie unser

⁶² V kann weder die Gesundheitsschädigung, noch die Heilungskosten des K dadurch ungeschehen machen, dass er den unfallbedingten Schaden am Fahrzeug behebt. Vgl. auch die Konstellation in BGHZ 92, 308 (310).

⁶³ Der Schaden, welcher nicht in bzw. an der Kaufsache besteht, kann eben nicht durch Nachbesserung derselben oder Lieferung einer mangelfreien Sache beseitigt werden.

⁶⁴ 30 Jahre im Falle der pVV, sechs Monate nach Kaufrecht.

⁶⁵ Vgl. zum neuen Verjährungsrecht nur *Mansel/Buszikiewicz*, Jura 2003, 1 ff und *Witt*, JuS 2002, 105 ff.

⁶⁶ Dennoch für einen Mangelfolgeschaden wohl *Kropholler*, (Fn. 7), § 437, Rn. 9.

⁶⁷ So etwa *Palandt/Heinrichs*, (Fn. 7), § 280, Rn. 18; *Teichmann*, JuS 2002, 417 (421 f.), *Lorenz*, NJW 2002, 2497 (2500); *Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland*, (Fn. 10), S. 220, Rn. 236, und die Gesetzesbegründung, vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 226.

⁶⁸ Im Folgenden oft nur "Verzugsschaden" genannt.

⁶⁹ Im Sinne der letzteren Variante für einen Schadenersatz statt der Leistung votierend *Jauernig/Berger*, BGB, (Fn. 43), § 437, Rn. 20.

⁷⁰ Im Falle des § 283 BGB ist die Leistungspflicht des Schuldners ohnehin nach § 275 BGB erloschen. Im Rahmen des § 281 folgt das Erlöschen der Primärleistungspflicht aus Absatz 4. Wird nur

Fall zeigt, kann der Gläubiger jedoch den entgangenen Gewinn einfordern wollen und gleichzeitig ein Interesse an der Erbringung der Leistung des Schuldners⁷² haben. Er fordert also nicht den entgangenen Gewinn statt der Leistung, sondern daneben.⁷³ Auch das Fristsetzungserfordernis in § 281 I 1 BGB macht in den Fällen des entgangenen Gewinns regelmäßig keinen Sinn. Denn ist dem Gläubiger einmal der Gewinn entgangen, kann dieser Schaden nicht durch Nachbesserung oder Nachlieferung des Schuldners ausgeglichen werden. § 281 BGB, dessen Existenzberechtigung aber gerade das zusätzlich zu § 280 I 1 BGB formulierte Tatbestandmerkmal der Fristsetzung zur Nacherfüllung ist, passt als doppelt nicht. Der vorliegende Fall zeigt aber zugleich, dass der entgangene Gewinn keine feststehende Kategorie des Verzugsschadens ist. Denn vorliegend beruht das Entgehen des Gewinns auf dem Unfall, welcher kausal auf die Verletzung einer Aufklärungspflicht durch V zurückzuführen ist. Es mag Fälle geben, in welchen der entgangene Gewinn gerade auf dem Verzug des Schuldners beruht. Grundsätzlich ist jedoch dem Gesetzgeber zuzustimmen, wenn er formuliert, dass nach §§ 280 III, 281 BGB alle Schäden zu ersetzen sind, welche *in dem Mangel der Sache selbst*⁷⁴ liegen und § 280 I 1 allein sonstigen alle Schäden erfasst, seien es Schäden an sonstigen Rechtsgütern wie Gesundheit, Eigentum etc. oder auch nur Vermögensschäden.⁷⁵ Da es sich also nicht um einen Mangelschaden handelt, ist in den Fällen, in welchen nur auf § 280 I 1 BGB abzustellen ist, nicht der Weg über die Verweisung in § 437 Nr. 3 BGB zu gehen.⁷⁶ Dass in § 437 Nr. 3 BGB der § 280 BGB

Schadenersatz wegen Teilunmöglichkeit oder teilweiser Schlechtleistung gefordert, bezieht es sich eben auf den zu ersetzenden Teil.

⁷¹ Lorenz/Riehm, (Fn. 10), S. 144, Rn. 289.

⁷² Hier Lieferung eines mangelfreien Saabs.

⁷³ Ebenso Teichmann, JuS 2002, 417 (421).

⁷⁴ "In" dem Mangel der Sache selbst, heisst nichts anderes, als dass der Mangel selbst der Schaden ist. Schäden, welche "aus" dem Mangel folgen sind eben keine Mangelschäden. So erklärt sich auch das zusätzliche Fristsetzungserfordernis. Dieses bezieht sich eben nur auf die Pflicht des Verkäufers zur Nachbesserung oder Nachlieferung des originär mangelfrei geschuldeten (vgl. § 433 I 2 BGB n.F.) Kaufgegenstandes. Die Norm passt strukturell also auch *nur* auf den Mangelschaden. Damit ist auch etwa der Schaden, welcher daraus folgt, dass eine Maschine mangelhaft geliefert wird und die Produktion sich verzögert (*Betriebsausfallschaden*), kein Mangelschaden, denn der Schaden folgt aus dem Mangel und ist nicht der Mangel selbst. Da der Schaden aber aus dem Mangel und nicht etwa aus Verzug folgt, bleibt als Anspruchsgrundlage nur § 280 I 1 BGB, so im Ergebnis auch die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 14/6040, S. 225. Der Betriebsausfallschaden ist inhaltlich oft mit dem Nutzungsausfallschaden identisch, so dass dann nur eine terminologische Unterscheidung vorliegt. Wie hier gezeigt ist im Ergebnis immer nur § 280 I 1 BGB anwendbar, so dass es auch keinen Unterschied ausmacht, ob der Vermögensschaden nun auf einer mangelbedingten verspäteten Inbetriebnahme oder einer mangelbedingten vorübergehenden Ersatzbeschaffung beruht.

⁷⁵ BT-Drs. 14/6040, S. 225. Ebenso Wilmowsky, Beilage zu JuS Heft 1/2002, S. 25.

⁷⁶ Dass in § 437 Nr. 3 BGB § 280 dennoch genannt ist, erklärt sich schlicht aus dem Umstand, dass er neben § 311a II BGB die Grundnorm aller Schadensersatzansprüche ist und auch § 281 nur ergänzend zu § 280 I und rechtstechnisch über den Verweis in § 280 III BGB zur Anwendung kommt.

dennoch genannt ist, erklärt sich schlicht aus dem Umstand, dass er neben § 311a II BGB die Grundnorm aller Schadensersatzansprüche ist und auch § 281 nur ergänzend zu § 280 I und rechtstechnisch über den Verweis in § 280 III BGB zur Anwendung kommt.⁷⁷ Damit greift in diesen Fällen⁷⁸ die Regelverjährung von nunmehr drei Jahren nach § 195 BGB und nicht die Zweijahresfrist des § 438 I Nr. 3 BGB.⁷⁹

Die Voraussetzungen des danach einschlägigen § 280 I 1 BGB sind gegeben (s.o.) Die Frage, nach welcher Norm die Mietkosten (Nutzungsausfallschaden) zu ersetzen sind, erschließt sich im Anschluss an das zum entgangenen Gewinn Gesagte recht einfach: Auch hier handelt es sich nicht um einen Schadensersatz "statt der Leistung", weil K auch weiterhin ein Interesse an dem PKW hat. Ein Verzugsschaden liegt ebenfalls nicht vor, weil der Nutzungsausfall nicht auf Verzug des V, sondern ebenfalls auf dessen Informationspflichtverletzung und dem daraus resultierenden Unfall beruht⁸⁰ (s.o.). Erneut ist mithin allein § 280 I 1 maßgeblich, dessen Voraussetzungen gegeben sind.⁸¹

10. Problem: Wie ist nach der Neufassung das Verhältnis von Anfechtung und kaufvertraglichem Gewährleistungsrecht zu bestimmen?

⁷⁷ Vgl. zusammenfassend und zur Systematik des § 280 BGB *Lorenz/Riehm*, (Fn. 10), S. 90, Rn. 169-171.

⁷⁸ Also den bisher erörterten Konstellationen der klassischen pVV einschließlich der Mangelfolgeschäden (hier also Hose und Gesundheitsschaden), entgangener Gewinn, Betriebsausfallschaden und dem gleich noch kurz zu erörternden Nutzungsausfallschaden.

⁷⁹ In diese Richtung ist auch die Gesetzesbegründung zu verstehen, wenn sie in BT-Drs. 14/6040, S. 229, Spalte 1 a.E. von "anderen Ansprüchen" redet und diese nicht § 438 I Nr. 3 BGB sondern der allg. Dreijahresfrist des § 195 BGB unterstellt. Dies ist im Ergebnis konform mit den Gedanken zur alten Rechtslage: Denn dort wurden die besagten Ansprüche meistens der pFV unterstellt und nicht der Regime für reine Mangelschäden nach §§ 463, 480 II BGB a.F. Da es sich insbesondere bei Mangelfolgeschäden oft um spät auftretende Schäden handelt, ist die dreijährige Frist auch interessengerechter. Etwas umständlich erscheint die Lösung von *Medicus*, (Fn. 41), S. 220, Rn. 334, welcher zu dem gleichen Ergebnis kommt, indem er neben den kaufrechtlichen auch deliktische Ansprüche bejaht, welche dann die allgemeine Verjährungsfrist gilt. Dem könnte man aber entgegenhalten, dass soweit § 438 I Nr. 3 BGB greift dieser dann als *lex specialis* die allg. Verjährung verdrängt. Diese Frage stellt sich indes nicht, wenn man wie hier gleich die allg. Regeln anwendet. Allgemein zum neuen Verjährungsrecht vgl. *Mansel/ Budzikiewicz*, Jura 2003, 1 ff. und *Witt*, JuS 2002, 105 ff.

⁸⁰ Ebenso *Medicus*, (Fn. 41), S. 205, Rn. 299

⁸¹ Demgegenüber aus Gerechtigkeitsabwägungen aber entgegen der Systematik für eine grundsätzliche Einordnung des Nutzungsausfallschadens als Verzugsschaden, *Jauernig/Berger*, (Fn. 43) § 437, Rn. 17. Wie hier *Lorenz/Riehm*, (Fn. 10), S. 293 f., Rn. 546 f., welcher die Kritik *Bergers* zutreffend widerlegt; ebenso die Gesetzesbegründung BT-Drs. 14/6040, S. 225. Es ist schon aus zwei ganz allgemeinen Gründen nicht unbillig, dass der Schuldner Schäden, welche aus der Schlechtleistung folgen nach § 280 I 1 BGB zu ersetzen hat: Zum einen erfüllt er seine Pflicht aus § 433 I 2 BGB nicht ordentlich, zum anderen haftet er nur bei Vertretenmüssen, § 280 I 2 BGB. Da auch eine Nachfristsetzung keinen Sinn macht (s.o.), ist es also systematisch korrekt und nicht unbillig, § 280 I 1 BGB anzuwenden.

Fall 5a): K kauft bei V im Frühjahr 2002 einen gebrauchten PKW. 2006 merkt er nun, dass der PKW produktionsbedingt irreparabel mangelhaft ist. Nachdem K erfolglos von V Nacherfüllung verlangt hat, möchte er nun den Vertrag "rückabwickeln" und seinen Kaufpreis zurückhaben. Hat sein Begehren Aussicht auf Erfolg?

Zunächst ist an ein Rücktrittsrecht nach §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB zu denken. Nach erfolgtem Rücktritt könnte K seinen Kaufpreis nach § 346 I BGB zurückfordern. Das Rücktrittsrecht ist jedoch nach §§ 438 IV 1, 218 I BGB ausgeschlossen, weil der Nacherfüllungsanspruch bereits nach § 438 I Nr. 3 BGB verjährt ist.

Möglicherweise kann K von V den Kaufpreis jedoch nach Bereicherungsrecht gem. § 812 I 1 Variante 1 BGB zurückfordern (Leistungskondiktion). V hat durch Leistung des K etwas, nämlich den Kaufpreis, erlangt. Dies müsste jedoch auch ohne Rechtsgrund geschehen sein. Als Rechtsgrund kommt der Kaufvertrag in Betracht. Man könnte im Begehren des K, den Kaufvertrag "rückabzuwickeln" nun eine *Anfechtungserklärung* gem. 143 I BGB sehen. Bei wirksamer Anfechtung wäre der Kaufvertrag gem. § 142 I BGB nichtig, so dass K auch ohne Rechtsgrund an V geleistet hätte. Als *Anfechtungsgrund* kommt ein Eigenschaftsirrtum nach § 119 II BGB in Betracht. Fraglich ist jedoch, ob K nach Verjährung seiner Sachmängelgewährleistungsrechte noch anfechten kann. Dies ist abzulehnen, weil sonst § 438 BGB umgangen würde.⁸² Durch das Anfechtungsrecht nach § 119 II BGB sollen dem Käufer im Falle eines Mangels keine zusätzlichen Rechte gewährt werden. Es greift vielmehr die Befriedungsfunktion des § 438 BGB als Teil des spezielleren Kaufrechts.⁸³

Fall 5b): Angenommen, K stellt aufgrund grober Fahrlässigkeit nicht schon bei Vertragsschluss fest, dass der gebrachte PKW irreparabel mangelhaft ist. Er bemerkt den Mangel erst nachdem er einige Wochen mit dem PKW gefahren ist. Kann K nun drei Wochen nach Vertragsschluss den PKW zurückbringen und den Kaufpreis zurückverlangen?

Da der PKW irreparabel geschädigt ist, macht eine Nachbesserung keinen Sinn. Weil es sich bei einem Gebrauchtwagen um eine Stückschuld handelt, kommt auch eine

⁸² So die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 14/6040, S. 210 anknüpfend an die alte Rechtslage, dazu nur BGHZ 34, 32 (37).

⁸³ Anders, wenn V den K arglistig getäuscht hätte. Dann wäre V nicht schutzwürdig und müsste über die Frist des § 438 I Nr. 3 BGB hinaus mit einer Rückabwicklung rechnen. K könnte dann nach § 123 I BGB anfechten, vgl. Nachweise bei Palandt/*Heinrichs*, (Fn. 7), § 123, Rn. 29. Zu weiteren Konkurrenzfragen rund um § 123 BGB siehe *Kropholler*, (Fn. 7), § 123, Rn. 16.

Nachlieferung nicht in Betracht. Denkbar wäre jedoch erneut ein Rücktritt und eine anschließende Rückabwicklung gem. §§ 437 Nr. 2, 323 I, 346 I BGB. Dessen Voraussetzungen (Kaufvertrag, Mangel, Gefahrübergang, Rücktrittserklärung) liegen vor. Da in Fall 5b) lediglich drei Wochen vergangen sind, greift § 438 III 1 BGB hier nicht. Das Rücktrittsrecht ist jedoch nach § 442 I 2 BGB ausgeschlossen, weil K den Mangel bei Vertragsschluss grob fahrlässig nicht erkannt hat und V auch nicht arglistig handelte.

Denkbar wäre jedoch wie in Fall 5a) erneut eine Rückforderung des Kaufpreises aus Leistungskondiktion gem. § 812 I 1 Variante 1 BGB nach wirksamer Anfechtung des Kaufvertrages. Dem könnte jedoch eine mögliche Umgehung des § 442 I 2 BGB entgegenstehen. Ratio des § 442 I BGB ist, dass der Käufer im Falle der positiven oder grob fahrlässigen Kenntnis des Mangels nicht schutzwürdig ist. Denn er verhält sich widersprüchlich, indem er zunächst den Kaufgegenstand – wenn auch hier aufgrund grob fahrlässiger Unkenntnis⁸⁴ - billigt, dann aber doch seine Rechte geltend macht.⁸⁵ Diese ratio greift auch in Bezug auf einen möglichen Bereicherungsanspruch, so dass in diesem Fall erneut das speziellere Kaufrecht den Weg über Bereicherungsrecht nach erfolgter Anfechtung versperrt. K kann seinen Kaufpreis daher nicht zurückfordern.

11. Problem: Wie ist das "Kennenmüssen" des Verkäufers bzgl. im Rahmen von Werbung gemachter Aussagen über den Kaufgegenstand zu bestimmen? Auf welche Normen kann hier als Maßstab zurückgegriffen werden (§§ 280 I 2, 122 II oder § 311 a II BGB)? Kann zwischen Großhändlern und kleinen Geschäften differenziert werden?

Fall 6: K sieht in einer Sportillustrierten die Anzeige des Autoherstellers M für einen neuen, Diesel betriebenen Kleinwagen. In der Anzeige heißt es: "halb so viel Steuer, halb so viel Benzin, aber doppelt so viel Leistung wie ein vergleichbarer Benziner". K ist begeistert und kauft sich beim Autogroßhändler V-GmbH, welcher auch PKWs der Marke M vertreibt, einen der dort in Masse angebotenen Neuwagen. Nach zwei Wochen fällt ihm auf, dass der Wagen nur geringfügig weniger Kraftstoff als ein Benziner der gleichen Größe verbraucht. Die Leistung ist zwar angemessen, aber

⁸⁴ Was aber reicht um, eine Schutzbedürftigkeit abzulehnen.

⁸⁵ So bereits der BGH zur alten Rechtslage in NJW 1989, 2050 m.w.N. zur Vorgängervorschrift des § 460 BGB. Art. 2 Absatz 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (RL 99/44 vom 25.5.1999, ABLEG L 171/12 vom 7.7.1999), an welche der Gesetzgeber mit § 442 BGB n.F. anknüpfte (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 236 f.), bringt dies nun ebenfalls zum Ausdruck.

nicht doppelt so hoch. K beruft sich auf Kaufgewährleistungsrecht. Der Geschäftsführer der V meint, er kenne die Werbung nicht und im Übrigen sei der Wagen ja voll funktionstüchtig. Kann K die Rechte nach § 437 BGB geltend machen?

In § 434 I 3 BGB hat der Gesetzgeber den Fehlerbegriff um die Haftung für Werbeaussagen erweitert. Unklar ist jedoch, wie das Tatbestandsmerkmal "kennen musste" genau zu verstehen ist. Trifft hier analog § 280 I 2 BGB den Verkäufer die Behauptungs- und Beweislast oder kann auf die Regeln zu § 122 II BGB zurückgegriffen werden? Denkbar wäre auch an § 311 a II BGB anzuknüpfen. Man könnte auch überlegen, ob nicht zwischen Großhändlern und kleineren Geschäften differenziert werden muss: So kann ein kleinerer Händler, welcher nur eine begrenzte Anzahl von Produkten anbietet, das Warensortiment und entsprechende Werbeaussagen leichter überblicken als ein Großhändler. Gerade auf bestimmte Verkaufsgegenstände spezialisierte Geschäfte werben offen oder indirekt mit der Qualität oder Spezialität bestimmter Produkte. Ist es dann nicht sachgerecht, diese gegenüber Großhändlern, welche oft überhaupt nicht überblicken, was von wem in welcher Qualität gerade eingekauft und verkauft wird, zu privilegieren? Im Ergebnis liefe eine derartige Betrachtung auf eine Auslegung im Einzelfall hinaus, wobei bei größeren, nicht spezialisierten Verkaufsbetrieben ein großzügigerer Maßstab anzulegen ist.

Wie wenig überzeugend diese Ansicht ist, zeigt eine wirtschaftliche Betrachtungsweise: Der Großhändler erweitert durch die Ausweitung seines Warenangebotes und das Zwischenschalten von Verkaufspersonal seinen Aktionsradius. Das Korrelat zu dieser gesteigerten Absatzmöglichkeit, kann nicht das zusätzliche Privileg verringerter Haftung, sondern nur ein Einstehenmüssen für fälschliche Anpreisungen im gesamten Angebotsspektrum sein.

Auch der Haftungsmaßstab der §§ 280 I 2, 276 BGB, insbesondere die Verschuldensvermutung, sind angemessen. Dies erschließt sich aus dem Sinn und Zweck dieser Vermutung. Der Käufer wird regelmäßig keine Probleme haben, die Pflichtverletzung, hier der Umstand, dass die Kaufsache nicht den Werbeaussagen entspricht, mithin mangelhaft ist, nachzuweisen. Ob diese Pflicht jedoch schuldhaft verletzt wurde oder der Verkäufer die Unrichtigkeit der Werbeaussage nicht kennen konnte, verschließt sich regelmäßig seinen Erkenntnismöglichkeiten. Daher ist es nur sachgerecht, wenn der Verkäufer den Nachweis zu führen hat, dass er die falsche Werbeaussage oder Äußerung nicht kannte oder kennen konnte.

Im vorliegenden Fall liegt somit ein Mangel vor, wobei die V-GmbH Behauptungs- und Beweislast treffen.

12., 13. und 14. Problem: Wie ist der Widerspruch aufzulösen, dass § 376 I 1 Alt. 2 HGB für den Fall des Fixhandelskaufs als Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch verlangt, dass sich der Schuldner im Verzug befindet, wohingegen die allgemeine Norm des § 281 BGB (anders als noch § 326 I BGB a.F.) keinen Verzug mehr verlangt? Wie ist das "oder...Schadensersatz...verlangen" in § 376 I 1 HGB im Hinblick auf § 325 BGB n.F. zu interpretieren? Ist der Rücktritt auch schon vor Fälligkeit möglich?

Fall 7: A und B betreiben als Gesellschafter der Party-OHG einen Partyservice. Da die Geschäfte gut gehen, will man expandieren. Am 10.3. bestellt ein Unternehmen für eine Betriebsfeier am 5.6. eine "Rundumverpflegung" für 10.000.- Euro. A bestellt bei der V-GmbH zwei Transporter zu je 30.000.- Euro und weist ausdrücklich darauf hin, dass diese am 30.5. bereit stehen müssen, da man den anstehenden Großauftrag sonst nicht durchführen könne. Die V informiert am 15.5. den A, dass sie die Wagen ganz sicher frühestens am 15.6. liefern könne, da es zu einem Werksbrand gekommen sei. A kauft daraufhin am 20.5. bei U zwei vergleichbare Transporter für je 35.000.- Euro und teilt V am selben Tag mit, dass man "kein Interesse mehr habe", zumal nun noch weitere Großaufträge anstehen würden und man sich auf die V nicht verlassen könne.

- a) Kann V von der P-OHG am 15.6. Abnahme und Kaufpreiszahlung verlangen?
- b) Kann die P-OHG von der V-GmbH die 10.000.- Euro Mehrkosten ersetzt verlangen?

Die Auswirkungen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes auf das Handelsrecht sind bisher eher stiefmütterlich behandelt worden.⁸⁶ Wie Fall 7 zeigen wird, führt das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz jedoch zu handelsrechtlichen Fragestellungen, welche für den Gläubiger von entscheidender Bedeutung sein können.⁸⁷

Zunächst könnte die V-GmbH (V) gegen die P-OHG (P) gem. §§ 433 II BGB, 124 I HGB einen Anspruch auf Abnahme der Lieferwagen und Zahlung des Kaufpreises i.H.v. 60.000.- Euro haben.

Mit wirksamem Vertragsschluss ist dieser entstanden. Der Kaufpreisanspruch könnte jedoch durch Rücktritt erloschen sein. Es kommt zunächst ein Rücktrittsrecht nach § 376 I 1 Var. 1 HGB in Betracht. Der Kauf stellt für beide Parteien ein

⁸⁶ So zutreffend *Steck*, NJW 2002, 3201 m.w.N. der wenigen Stellungnahmen.

⁸⁷ Wie Lehre und Rechtsprechung die hier angesprochenen und weitere neu aufgeworfenen Fragestellungen dauerhaft lösen werden, ist noch nicht abzusehen.

Handelsgeschäft i.S.d. § 343 I HGB dar.⁸⁸ Auch wurde mit dem 30.5. ein fixes Datum für die Abwicklung festgesetzt mit welchem der Kaufvertrag "stehen und fallen"⁸⁹ soll, so dass die Voraussetzungen eines Fixhandelskaufs gegeben sind. § 376 I 1 HGB verlangt aber nun weiter, dass der Schuldner nicht oder nicht innerhalb der bestimmten Frist leistet. Zwar hat die P hier schon vor Ablauf der Frist den Rücktritt erklärt, so dass diese Voraussetzung formal nicht gegeben ist. Für den Fall, dass der Gläubiger (A) den Rücktritt vor Fälligkeit (30.5.) erklärt⁹⁰, kommt jedoch eine analoge Anwendung des § 323 IV BGB in Betracht. Auch im Falle des Handelskaufs macht es keinen Sinn, dem Gläubiger aufzuerlegen, mit dem Rücktritt bis zur Fälligkeit zu warten, wenn schon vorher klar ist, dass die Voraussetzungen eines Rücktrittsrechts sicher vorliegen werden.⁹¹ Eine vergleichbare Interessenlage liegt mithin vor. Weiter müsste eine planwidrige Regelungslücke bestehen. Allein die Tatsache, dass in § 376 I HGB noch von Schadenersatz "wegen Nichterfüllung" und nicht entsprechend der neuen Terminologie (vgl. § 280 III BGB) von Schadenersatz "statt der Leistung" die Rege ist, zeigt, dass der Gesetzgeber § 376 I HGB nicht auf das neue Schuldrecht abgestimmt hat. Davon, dass bewusst nicht auf § 323 IV BGB verwiesen werden würde oder dieser nicht zur Anwendung kommen soll, kann daher nicht die Rede sein. Die Voraussetzungen einer analogen Anwendung des § 323 IV BGB liegen damit vor. Dessen Voraussetzungen sind zwar restriktiv zu interpretieren⁹², vorliegend aber gegeben, da die V erklärt hat, zum fix vereinbarten Termin *sicher*⁹³ nicht liefern zu können. Analog § 323 IV BGB kann der Gläubiger also auch im Rahmen des § 376 I 1 Var. 1 HGB vor Fälligkeit zurücktreten. Danach wären die Voraussetzungen eines Rücktrittsrechts gegeben.

Problematisch ist jedoch, dass P nun auch noch Schadensersatz verlangt, § 376 I HGB aber formuliert "...zurücktreten oder...Schadenersatz...verlangen".

Ist dieses "oder" als Ausdruck zweier alternativ⁹⁴ gegebener Rechte zu lesen⁹⁵ oder als eines, welches dem Gläubiger kumulativ⁹⁶ zwei Rechte gewährt?

⁸⁸ Näher zu den Voraussetzungen des Handelsgeschäfts *K. Schmidt*, *Handelrecht*, 5. Auflage 1999, S. 515 ff.

⁸⁹ Vgl. BGH, BB 1983, 1813 zu den Voraussetzungen des Fixhandelskaufs.

⁹⁰ Die Äußerung, "man habe kein Interesse mehr" kann vorliegend als Rücktrittserklärung ausgelegt werden, § 133 BGB.

⁹¹ So im Ergebnis bereits zum alten Recht aus Billigkeitserwägungen, OLG Köln, JR 1959, 302 f.

⁹² Palandt/*Heinrichs*, (Fn. 7), § 323, Rn. 23.

⁹³ "Glaubhaftmachung" genügt insoweit nicht. Es muss mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststehen, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden, Palandt/*Heinrichs*, (Fn. 7), § 323, Rn. 23.

⁹⁴ Dann zu verstehen als "oder statt dessen".

Nach bisherigem Rechtsverständnis, schloss der Rücktritt generell einen nachfolgenden Schadenersatzanspruch aus, weil er das Schuldverhältnis zum Erlöschen bringt. Dem Gläubiger blieben damit nur noch Schadenersatzansprüche, welche nicht auf das Erfüllungsinteresse (oder "positives Interesse") gerichtet waren.⁹⁷ Der Gesetzgeber hielt dies nicht mehr für sach- und zeitgemäß und hat in § 325 BGB diesen Grundsatz in Anlehnung an die Vorarbeiten der Schuldrechtskommission sowie internationale Vorgaben und moderne Zivilrechtsordnungen anderer Staaten durchbrochen.⁹⁸ Dementsprechend sollte das "oder" in § 376 I 1 HGB in Anlehnung an § 325 BGB n.F. so ausgelegt werden, dass dem Gläubiger sowohl das Rücktrittsrecht als auch der Schadenersatzanspruch zustehen. P ist also wirksam zurückgetreten. In Bezug auf die mangelnde Berücksichtigung des § 325 BGB in § 376 HGB ist dem Gesetzgeber mithin ein Fehler unterlaufen.⁹⁹

Neben § 376 I HGB folgt zusätzlich aus §§ 323 I, 323 IV BGB¹⁰⁰ ein Rücktrittsrecht der P.

Bzgl. der Mehrkosten von 10.000.- Euro kommt ein Anspruch der P gegen V aus § 376 I 1 Variante 2 HGB auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung in Betracht.¹⁰¹

⁹⁵ Auch wenn die meisten Kommentierungen zu § 376 HGB zu dieser Frage überhaupt nichts sagen, so ist doch davon auszugehen, dass entsprechend dem allgemeinen Verständnis zu § 326 BGB a.F., von einer Alternativität beider Rechte ausgegangen wurde. Dies liegt schon deshalb nahe, weil vor allem in den ausführlicheren Kommentierungen Parallelüberlegungen zu § 326 BGB a.F. und §§ 346 BGB a.F. angestellt werden, ausführlich etwa Schlegelberger/*Hefermehl*, HGB, 5. Auflage 1982, Band V, § 376, Rn. 8 ff. Staub/*Koller*, Großkommentar HGB, 4. Auflage 1985, § 376, Rn. 21 formuliert direkt: "Hat der Käufer den Rücktritt erklärt... kann er nicht mehr Schadenersatz verlangen".

⁹⁶ Etwa zu lesen als "oder zusätzlich".

⁹⁷ Etwa aufgrund von culpa in contrahendo oder pVV wegen Verletzung einer vertraglichen Verhaltenspflicht.

⁹⁸ Näher BT-Drs. 14/6040, S. 188.

⁹⁹ Ähnlich *Stuhlfelner*, in: Glanegger u.a. (Hrsg.), HGB, 6. Auflage 2002, § 376, Rn. 1, welcher die mangelnde Berücksichtigung des § 376 BGB im Rahmen der Reform allgemein als "Lapsus" bezeichnet. Obwohl der Gesetzgeber an einigen Stellen in der Begründung von Vorschriften des Allgemeinen Leistungsstörungsrechts den § 376 I HGB erwähnt (vgl. etwa BT-Drs. 14/6040, S. 185), scheint er die Auswirkungen des neu geordneten Allgemeinen Leistungsstörungsrechts paradoxer Weise übersehen zu haben.

¹⁰⁰ Da ein Gefahrübergang noch nicht stattgefunden hat, ist nicht auf § 437 Nr. 2 BGB einzugehen, vgl. Palandt/*Putzo*, (Fn. 7), § 437, Rn. 48 ff., 50. § 376 I HGB ist in der Klausur als *lex specialis* zu § 323 BGB vorrangig zu prüfen. Eingehend zum Prüfungsaufbau einer Handelsrechtsklausur *Hadding/Henrichs*, Die HGB-Klausur, 3. Auflage 2003, S. 75, welche allerdings fälschlicherweise noch nicht auf die hier erörterten Probleme eingehen.

¹⁰¹ Zutreffend verweist *Stuhlfelner*, in: Glanegger u.a. (Hrsg.), (Fn. 100), § 376, Rn. 1 darauf, dass es nach der Schuldrechtsreform eigentlich keinen Schadenersatz wegen Nichterfüllung mehr gibt. Entsprechend § 280 III, 281 BGB muss es "Schadenersatz statt der Leistung" heißen, was ebenfalls zeigt, dass sich der Gesetzgeber über die Reformbedürftigkeit des § 376 I HGB nicht im Klaren war. Näher zum Schadenersatz "statt der Leistung" jüngst *Medicus*, JuS 2003, 521 (522 f.).

Handelsgeschäft, § 343 I HGB, und Fixtermin sind gegeben (s.o.), so dass die Voraussetzungen eines Fixhandelskaufs vorliegen. Auch kommt nach hier vertretener Ausfassung nunmehr analog § 325 BGB ein Schadensersatzanspruch neben dem Rücktritt in Betracht. Anders als im Falle des Rücktrittsrechts verlangt § 376 I 1 Variante 2 HGB jedoch für den Schadensersatz zusätzlich, dass der Schuldner sich mit der Leistungserbringung im *Verzug* befindet. Allein durch einen analogen Rückgriff auf § 324 IV BGB kann hier nicht weitergeholfen werden, weil es sich bei § 324 IV BGB um eine originär für den Rücktritt geschaffenen Norm handelt. Denkbar wäre nur ein Rückgriff auf § 281 BGB. Dem ersten Eindruck nach scheint das Erfordernis des Verzuges ein an § 326 BGB a.F. angelehntes Relikt zu sein. Da § 281 BGB für den Schadensersatz statt der Leistung anders als § 326 BGB a.F. keinen Verzug mehr fordert, wäre der einfachste Weg, das Verzugserfordernis im Wege einer Rechtsfortbildung *contra legem* als entbehrlich zu erklären.¹⁰² Dem steht jedoch entgegen, dass schon nach altem Recht § 376 HGB gegenüber den allgemeinen Vorschriften des BGB eine handelsrechtliche Spezialregelung darstellte. § 281 BGB tritt mithin an die Stelle des § 326 BGB a.F., überlagert jedoch nicht die bisher spezielleren Regelungen. § 376 HGB kann nicht argumentativ mit § 326 I BGB a.F. gleichgesetzt werden, mit der Folge, dass die neuere Regelung des § 281 BGB nicht nur den alten § 326 BGB a.F. ersetzt, sondern zudem § 376 HGB überlagert. Ratio legis des § 376 HGB als handelsrechtlicher Spezialnorm ist die schnelle Abwicklung von Handelsgeschäften zwischen grundsätzlich rechtskundigen Akteuren.¹⁰³ Ausdruck dessen und spezielles Charakteristikum des § 376 I HGB ist etwa das Erlöschen des Erfüllungsanspruchs und der Verweis auf Sekundärrechte bei unterlassener Anzeige des Gläubigers, dass er weiter auf Erfüllung bestehe. Hier unterscheidet sich § 376 I HGB strukturell sowohl von § 326 BGB a.F. als auch § 281 BGB n.F. Der grundsätzliche Vorrang der Nacherfüllung oder der Umstand, dass nach § 281 IV BGB der Leistungsanspruch erst mit Verlangen des Schadensersatzes erlischt, verdeutlichen die unterschiedliche Zielrichtung und Bauweise der Normen. Damit mag § 376 I HGB nachbesserungsbedürftig sein, ist aber nach wie vor *lex specialis* zu § 281 BGB. Bis der Gesetzgeber § 376 I HGB terminologisch und systematisch an das allgemeine Leistungsstörungsrecht angeglichen hat, bleibt es mithin grundsätzlich beim Verzugserfordernis. Die P kann also erst nach Fälligkeit

¹⁰² Methodisch läge dann eine teleologische Reduktion vor.

¹⁰³ Roth, in: Koller/Roth/Morck, HGB, 3. Auflage 2002, § 376, Rn. 3.

am 30.5. Schadenersatz verlangen.¹⁰⁴ Eine Mahnung ist wegen der kalendarischen Leistungsbestimmung gem. § 286 II Nr. 1 BGB entbehrlich.

Daneben kommt ein Schadensersatzanspruch nach §§ 280 I, II, 281 BGB in Betracht.

Damit der Käufer im Falle des Fixhandelskaufs alle Rechte sowohl nach HGB als auch nach BGB behält, empfiehlt sich folgendes Vorgehen: Soweit es die Verhandlungsposition zulässt, sollten die Gewährleistungsrechte nach dem BGB nicht ausgeschlossen werden.¹⁰⁵ Leistet der Schuldner nach Fälligkeit nicht, sollte – soweit man ein Interesse an der weiteren Erfüllung hat – sofort schriftlich angezeigt werden, dass man weiter auf Erfüllung besteht. Mit dieser Anzeige lässt sich eine Mahnung¹⁰⁶ verbinden. Danach hat der Käufer alle Möglichkeiten: Da aufgrund der unverzüglichen Anzeige der Erfüllungsanspruch nicht nach § 376 I 2 HGB erloschen ist, kann weiter Erfüllung verlangt werden. Daneben kann der Gläubiger einen eventuellen Verzugschaden nach §§ 280 I, II, 286 BGB verlangen. Will er dennoch vom Vertrag loskommen, kann er nach § 376 I 1 Variante 1 HGB zurücktreten. Nach hier vertretener Auffassung steht ihm dann (nach Fälligkeit) *zusätzlich* analog § 325 BGB der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung¹⁰⁷ gem. § 376 I 1 Variante 2 HGB zu.

15. Problem: Was kann der Verkäufer tun, wenn bei einem Stückkauf versehentlich ein wertvolleres Identitätsaliud geliefert wird, der Käufer dieses entgegen den Willen des Verkäufers aber behalten will?

Fall 8: Jurastudent J kauft über eine Internetauktion von V einen Beamer. Durch ein Versehen des bei V angestellten A wird dem J ein deutlich besseres Modell als das auf der Internetseite ausgewiesene geliefert. Wenige Tage später bemerkt V das Versehen und will das bessere Modell gegen Lieferung des ursprünglich ausgewiesenen Modells zurückhaben. J verweigert dies mit dem Hinweis, dass er nach der Schuldrechtsreform die Wahl habe, die mangelhafte Sache zu behalten. V habe vom neuen Recht schlicht keine Ahnung. Kann V den Beamer zurückfordern?

¹⁰⁴ Da aus den o.g. Gründen § 281 BGB nicht vorrangig ist, scheidet auch ein Rückgriff auf § 281 II BGB aus.

¹⁰⁵ Im Hinblick auf die strikten Verbote von Haftungsausschlüssen etwa nach § 475 I BGB beim Verbrauchsgüterkauf wird ein solcher Ausschluss in den wenigsten Fällen wirksam sein, ist aber individualvertraglich etwa im Bereich des weniger reglementierten Handelsverkaufs zwischen Unternehmern denkbar.

¹⁰⁶ Auch wenn nach dem Gesetz die Mahnung oft entbehrlich ist, erspart dies Streitereien.

¹⁰⁷ Nach neuer Terminologie "statt der Leistung" (vgl. Fn. 101).

Kern des Problems ist der neue § 434 III BGB wonach auch eine Falschlieferung (aliud) einen Mangel darstellt. Ginge es um die Rechte des J, wäre der Fall verhältnismäßig einfach: J könnte von V gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I, 434 III BGB¹⁰⁸ Nacherfüllung verlangen. Da Nachbesserung nicht möglich ist, kommt nur eine Nachlieferung des ursprünglich vereinbarten Geräts in Betracht.¹⁰⁹ Nach §§ 439 IV, 346 I BGB könnte V den fälschlich gelieferten Beamer zurückfordern.

Im Falle der Lieferung eines wertvolleren Gegenstandes wird der Käufer, wie hier J, im Regelfall kein Interesse an der Ausübung seiner Gewährleistungsrechte haben. Was kann der Verkäufer V nun unternehmen? Welche Rechte stehen ihm zu? § 439 IV BGB hilft dem Verkäufer insoweit nicht weiter. Er ist zwar Ausdruck des "Rechts" des Verkäufers zur zweiten Andienung im Wege einer Nacherfüllung nach § 439 I BGB. Nach der Systematik des BGB setzt eine Rückforderung nach § 439 IV BGB jedoch voraus, dass der Käufer seine Gewährleistungsrechte geltend gemacht hat¹¹⁰ und kann daher nicht in eine eigene Anspruchsgrundlage des Verkäufers uminterpretiert werden.¹¹¹

Da das Kaufrecht dem Verkäufer kein spezielles Rückforderungsrecht gibt, ist an eine Leistungskondition nach § 812 I 1 Variante 1 BGB zu denken.

Vermittelt durch den Angestellten A hat V an J den teureren Beamer geleistet. Fraglich ist jedoch, ob dies ohne Rechtgrund geschehen ist. Als Rechtsgrund kommt der Kaufvertrag in Betracht. Handelt es sich bei dem Beamer um einen lediglich mangelhaften Kaufgegenstand, mit dem V erfüllen wollte, dann kann das in Vollzug gesetzte Vertragsverhältnis nur nach den speziellen Regeln des Kaufrechts abgewickelt werden.¹¹² Ein Rückgriff auf das Bereicherungsrecht ist dann unzulässig. Liegt demgegenüber gar kein aliud i.S.d. § 434 II BGB vor, dann besteht mangels Anwendbarkeit des Kaufgewährleistungsrechts gar keine Konkurrenzsituation. Abgewickelt wird allein nach Bereicherungsrecht.

Entscheidend ist mithin die Frage, wie weit der Begriff des aliuds i.S.d. § 434 III BGB zu fassen ist.

¹⁰⁸ Sieht man § 434 III BGB als eine teleologisch auf Gattungsschulden zu reduzierende Regelung an, dann hätte J noch den originären Erfüllungsanspruch. Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen, dazu sogleich.

¹⁰⁹ So auch die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 14/6040, S. 216.

¹¹⁰ Musielak, NJW 2003, 89 (91).

¹¹¹ Insoweit ist es missverständlich, wenn von einer "Berechtigung" des Verkäufers zur zweiten Andienung gesprochen wird, vgl. etwa Lorenz/Riehm, (Fn. 10), S. 270, Rn. 504.

¹¹² Musielak, NJW 2003, 89 (90). A.A. Lettl, JuS 2002, 866 (869).

Man könnte in § 434 III BGB eine Spezialregelung ausschließlich für den Fall der Gattungsschuld sehen und ihn deshalb im Falle des *aliud* bei der Stückschuld für unanwendbar erklären.¹¹³ Dagegen spricht jedoch der Wortlaut, welcher eine Differenzierung nicht nahe legt und auch die Gesetzesbegründung, welche ausdrücklich auf die Stückschuld eingeht¹¹⁴.

Denkbar ist zudem eine Differenzierung aufgrund einer subjektiven Betrachtung¹¹⁵: Wollte der Schuldner mit dem *aliud* leisten, dann muss er sich daran festhalten lassen. Für die Abwicklung kommt dann allein Kaufrecht in Betracht. Liefert er unbewusst die falsche Sache, kann die Sache nach Bereicherungsrecht kondiziert werden. Wann liegt jedoch eine bewusste und wann eine unbewusste Lieferung vor, wenn ein Verkäufer im Rahmen eines wirksamen Kaufvertrages zunächst einmal rein tatsächlich einen Kaufgegenstand liefert? Wie sind die Fälle des Irrtums zu behandeln? Wenn der Verkäufer etwa bewusst den wertvolleren Kaufgegenstand an den Käufer verschickt in dem Irrtum, dieser habe den teureren Gegenstand tatsächlich bestellt. Kann der Verkäufer dann seine Leistungszweckbestimmung anfechten, um anschließend kondizieren zu können? Handelt es sich bei der Leistungszweckbestimmung um eine Willenserklärung?

In dogmatische Kategorien gefasst ähnelt der subjektive Ansatz der Theorie der finalen Leistungsbewirkung. Gerade um sich die oft kaum mögliche Abgrenzung zwischen willentlicher Leistungserbringung und unbewusster Falschlieferung, welche nicht als Leistung zwecks Erfüllung gewertet werden sollte, zu ersparen, hat sich heute die Theorie der realen Leistungsbewirkung durchgesetzt.¹¹⁶ Schließlich hat die subjektive Differenzierung im Gesetzeswortlaut keinen Niederschlag gefunden¹¹⁷ und kann im Ergebnis nicht überzeugen.

¹¹³ Musielak, NJW 2003, 89 (90) setzt sich mit dieser Betrachtung kritisch auseinander, wobei auch die dort im Zusammenhang genannten Autoren (und damit soweit ersichtlich niemand) wirklich die Auffassung vertreten, dass § 434 III BGB eine Sonderregelung nur für Gattungsschulden darstellt. Die manchmal zu findende Aussage, dass § 434 III BGB im Falle des Identitätsaliud bei der Stückschuld nicht greift, ist damit nicht gleichzusetzen, da es auch bei der Stückschuld noch andere Arten des *aliud* gibt (etwa das Qualifikationsaliud, dazu sogleich), welche aber von § 434 III BGB erfasst sein sollen.

¹¹⁴ BT-Drs. 14/6040, S. 216.

¹¹⁵ Vgl. *Büdenbender*, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), *Anwaltskommentar*, 2002, § 434, Rn. 20.

¹¹⁶ *Musielak*, NJW 2003, 89 (91) m.w.N.

¹¹⁷ Erwägungen, aus denen sich schließen ließe, dass der Gesetzgeber von einem entsprechenden "Erfüllungswillen" ausging, finden sich zwar in der Gesetzesbegründung (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 216: "Voraussetzung für die Gleichstellung von Falsch- und Zuweniglieferung ist, dass der Verkäufer die Leistung als Erfüllung seiner Pflicht erbringt"), führen aber nicht zwingend dazu, dass § 434 III BGB

Weiter wäre denkbar, darauf abzustellen, ob der Käufer die Abweichung erkennen konnte, was regelmäßig dann der Fall ist, wenn die gelieferte von der geschuldeten Ware "erheblich" abweicht.¹¹⁸ Hier ist man jedoch schnell in den zum alten Recht in Anlehnung an § 378 HGB entwickelten Kategorien von "genehmigungsfähigem" und "nicht-genehmigungsfähigem" aliud. Hieran wollte der Gesetzgeber bewusst nicht anknüpfen sondern durch § 434 III BGB daraus resultierende Abgrenzungsprobleme lösen.¹¹⁹ Zudem enthielt § 434 III BGB noch im Diskussionsentwurf¹²⁰ den Zusatz "...es sei denn, dass sie als Erfüllung offensichtlich nicht in Betracht kommt". Dieser wurde gestrichen, so dass allein die Erkennbarkeit für den Schuldner nicht ausreichen kann.

Schließlich wird vorgeschlagen zwischen *Qualifikationsaliud* und *Identitätsaliud* zu unterscheiden.¹²¹ Nur im Falle des Qualifikationsaliuds komme § 434 III BGB zur Anwendung. Das Identitätsaliud unterliege im Falle der Stückschuld wie bisher dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht.¹²² Faktisch könne wie folgt abgegrenzt werden: Wird ein *gegenständlich erkennbar völlig anderes* als das vertraglich individualisierte Stück geliefert, spricht man vom Identitätsaliud. So liegt es im Fall 10, weil J einen völlig anderen Beamer als ausgewiesen bekommt. Ein Qualifikationsaliud ist demgegenüber dann gegeben, wenn zwar nicht ein völlig anderer als der vereinbarte Gegenstand geliefert wird, dieser Gegenstand jedoch von ganz anderer Art ist. Wenn J etwa eine vergoldete Uhr übers Internet geordert hätte, V jedoch eine echte Golduhr geliefert hätte.¹²³ Die Lösung entspricht dem Rechtsgefühl und kommt im Ergebnis zu den gleichen Resultaten wie der Vorschlag, wonach die Erkennbarkeit entscheidend ist. Denn der Käufer wird im Falle des Identitätsaliuds so gut wie immer erkennen, dass es sich um einen anderen als den vertraglich geschuldeten Gegenstand handelt. Zudem scheint dies der einzige Weg, die Ausführungen in der Gesetzesbegründung in ein sinnvolles Gesamtbild zu bringen, wenn zwar ein

immer dann nicht anwendbar ist, wenn der Verkäufer irrtümlich eine falsche Kaufsache liefert. Denn im Normalfall wird er diese liefern, weil der damit eine Pflicht aus dem Kaufvertrag erfüllen will. Außerdem weist *Musielak*, NJW 2003, 89 (91) zutreffend darauf hin, dass der Wille des Gesetzgebers im Gesetz keinen Niederschlag gefunden hat. Er ist mithin nur eines von vielen Auslegungskriterien. Zudem sollte die Gesetzesbegründung schon im Hinblick auf das schnelle Gesetzgebungsverfahren nicht als absolut verbindlich angesehen werden.

¹¹⁸ Vgl. *Ehmann/Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht 2002, S. 221.

¹¹⁹ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 216. Ebenso *Lettl*, JuS 2002, 866 (868) m.w.N.

¹²⁰ Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vom 2.8.2000, S. 47.

¹²¹ *Schulze*, NJW 2003, 1022 ff. m.w.N.

¹²² Vgl. nur *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung 2002, Einführung S. XXII f.

¹²³ Bsp. gebildet nach *Schulze*, NJW 2003, 1022.

Abstellen auf die "Genehmigungsfähigkeit" abgelehnt wird, andererseits zu lesen ist, dass eine Falschlieferung nur dann einem Sachmangel gleichsteht, wenn es für den Käufer erkennbar ist, dass der Verkäufer mit dem Gegenstand erfüllen will.¹²⁴ Dies ist beim Identitätsaliud regelmäßig der Fall, so dass es hier auch keine Abgrenzungsfragen gab, welche es zu bereinigen galt. Der Sinn und Zweck des § 434 III BGB greift also schon gar nicht.¹²⁵

§ 434 III BGB ist demnach zusammenfassend so zu verstehen, dass im Falle des Identitätsaliud für den Verkäufer erkennbar schon keine Leistungserbringung vorliegt.¹²⁶ Nur für den Fall des aliuds bei Gattungsschulden sowie des Qualifikationsaliuds bei Stückschulden bestimmt § 434 III BGB nunmehr, dass hier immer eine mangelhafte Leistung vorliegt mit der Folge, dass (nur) in diesen Fällen ausschließlich das Sachmängelgewährleistungsrecht zur Anwendung kommt.

Da wie gezeigt hier jedoch ein Identitätsaliud vorliegt, kann V von J den fälschlich gelieferten Beamer gegen Lieferung des richtigen Modells gem. § 812 I 1 Variante 1 BGB zurückfordern.¹²⁷

Sofern ein Qualifikationsaliud gegeben ist, hilft dem Verkäufer grundsätzlich weder das Kauf- noch das Bereicherungsrecht. In Einzelfällen ist jedoch ein Rückgriff auf das Anfechtungsrecht denkbar, was erneut ins Bereicherungsrecht führt. Die Bereicherungsrechtliche Ausgangslage ist jedoch anders: Da das Qualifikationsaliud anders als das Identitätsaliud von § 434 III BGB erfasst ist, besteht eine echte Konkurrenzlage. Eine Anfechtung wg. Eigenschaftsirrtum ist neben dem Kaufgewährleistungsrecht denkbar, so dass der Rechtsgrund gem. § 143 BGB wegfällt. Da § 439 BGB lediglich hinsichtlich der Rechte des Käufers eine Spezialregelung darstellt, ist das Anfechtungsrecht grundsätzlich anwendbar (Insoweit kann man natürlich auch extrem verbraucherfreundlich das Kaufrecht als absolut abschließend betrachten. Der Verkäufer muss dann eben sehr genau prüfen, mit welchem Gegenstand geleistet wird, oder vertraglich für den Fall einer

¹²⁴ BT-Drs. 14/6040, S. 216.

¹²⁵ Lettl, JuS 2002, 866 (871).

¹²⁶ Nach Lettl, JuS 2002, 866 (871) ergibt sich dieses Ergebnis nicht schon aus einer Auslegung des § 434 III BGB, so dass er methodisch durch eine teleologische Reduktion zu diesem Ergebnis kommt.

¹²⁷ So im Ergebnis u.a. Lorenz/Riehm, (Fn. 10), S. 263, Rn. 493 (wenn dort auch ohne ausführliche Begründung); Lettl, Jus 2002, 866 (871); Schulze, NJW 2003, 1022 f. Anders im Ergebnis wohl nur Wilhelm, JZ 2001, 861 (868), wonach der Verkäufer die Sache nicht gegen den Willen des Käufers zurückfordern kann. Dieses Ergebnis ist nach § 814 BGB nur vertretbar, wenn der Schuldner bewusst eine teurere Sache liefert (etwa um einen höheren Kaufpreis zu verlangen). In dieser Breite muss das Problem in einer Klausur sicher nicht aufgerollt werden. Wichtig ist aber klarzustellen, dass § 434 III BGB beim Identitätsaliud einer Stückschuld zu unbilligen Ergebnissen führt, dass der Telos der Norm hier nicht passt und eine Abwicklung über Bereicherungsrecht in Betracht kommt.

versehentlichen „Zuvielleistung“ ein Rücktrittsrecht vereinbaren). An dieser Stelle ist jedoch erneut genau zu prüfen, ob nicht § 438 BGB oder § 442 BGB einen Rückgriff auf das Anfechtungsrecht sperrt (s.o. Fall 5).

16. Problem: Greift § 478 I BGB auch, wenn der Unternehmer die Sache aufgrund eines Widerrufs zurücknehmen muss?

Fall 9: Die ältere Dame D bekommt von der Prell-OHG (P) eine aufwendig gestaltete Postsendung wonach sie eine kostenlose Reise zum Erlebnishof "Jugendfreude" incl. Mittagessen gewonnen hat. Erfreut nimmt D zwei Wochen später daran teil. Nach dem Mittagessen folgt eine zweistündige Präsentation diverser Verkaufsartikel der P. D entschließt sich spontan zum Kauf einer "Anti-Rheuma-Decke" für 50.- Euro. Zu Hause muss sie enttäuscht feststellen, dass es sich um eine handelsübliche Heizdecke im Wert von ca. 20.- Euro handelt, die zudem einen Wackelkontakt hat. Zum Glück hat sie einen Enkel, der Jura studiert und sie auf ein ihr zustehendes Widerrufsrecht hinweist. P nimmt die Decke auch anstandslos zurück. Da D jedoch nicht die Einzige ist, welche widerruft stapeln sich bei P die Decken. P wendet sich nun an ihren Lieferanten L und erklärt den Rücktritt. L verweigert dies mit dem Hinweis, die V müsse L zunächst die Nacherfüllung ermöglichen.

Das Widerrufsrecht ergibt sich in Fall 9 aus §§ 312 I 1 Nr. 2, 355 I 1 BGB¹²⁸. Die Rückabwicklung erfolgt im Verhältnis D zu V nach §§ 357 I 1, 346 I BGB. Problematisch ist allein, ob P gegenüber L wirksam zurückgetreten ist und gem. §§ 437 Nr. 2, 323 I, 346 I BGB den für die Decken gezahlten Kaufpreis zurückverlangen kann. Es müssten die Voraussetzungen eines Rücktritts gegeben sein. Ein Kaufvertrag liegt vor und L hat durch die mangelhafte Lieferung (Wackelkontakt) nicht vertragsgemäß geleistet. Weiter verlangt § 323 I BGB jedoch eine Nachfristsetzung. V hat vorliegend keine Nachfrist gesetzt, sondern ist gleich zurückgetreten. Möglicherweise war die Nachfrist jedoch gem. § 478 I BGB entbehrlich. Ein Verbrauchsgüterkauf zwischen D und V liegt vor.¹²⁹ Für die Anwendbarkeit des § 478 I BGB ist jedoch weiter Voraussetzung, dass der Unternehmer die Sache "als Folge ihrer Mangelhaftigkeit" zurücknehmen musste. Hier erfolgte die Rücknahme aufgrund eines Widerrufs. Greift § 478 I BGB trotzdem? Dagegen spricht, dass die Widerrufsrechte zwar primär den Käufer schützen sollen, darüber hinaus aber auch als Sanktionsmechanismen zur Unterbindung

¹²⁸ D ist Verbraucher (§13 BGB) und V Unternehmer (§ 14 BGB), der sachliche Anwendungsbereich eines Haustürgeschäfts nach § 312 I 1 Nr. 2 BGB ist ebenfalls gegeben. Näher *Kropholler*, (Fn. 7), § 312, Rn. 1 ff.

¹²⁹ Näher zu den Voraussetzungen des Verbrauchsgüterkaufs *Faust/Huber*, (Fn. 44), S. 394, Rn. 2. oder *Lorenz/Riehm*, (Fn. 10), S. 320, Rn. 584.

verbraucherfeindlicher Marktmethoden fungieren. Insoweit wäre es widersinnig, wenn der Unternehmer, der vom Gesetzgeber nicht gewollte Methoden anwendet, gerade deshalb später im Rahmen des Regresses beim Lieferanten begünstigt wird. Bezogen auf den tatsächlichen Geschehensablauf¹³⁰ passt der Wortlaut des § 478 I BGB auch nicht.

Auf der anderen Seite ist es aufgrund des etwa durch das Fernabsatzgesetz weiter ausgebauten Verbraucherschutzes und korrespondierender Widerrufsrechte nicht ungewöhnlich, dass dem Käufer neben dem Widerrufsrecht kumulativ auch Mängelgewährleistungsrechte zustehen. Besonders im Hinblick auf den für den Käufer eher lästigen Vorrang der Nacherfüllung durch den Verkäufer wird der Käufer meistens auf das einfachere Widerrufsrecht zurückgreifen. Liegt wie hier neben dem Widerrufsgrund auch ein Sachmangel vor, kann dies nicht zu Lasten des Verkäufers gehen. Zudem greift die Ratio des § 478 I BGB: Die Nachteile des verbesserten Verkäuferschutzes sollen nicht schwerpunktmäßig zu Lasten des Endverkäufers gehen.¹³¹ Dies gilt umso mehr, wenn wie hier der Mangel nicht aus der Sphäre des Endverkäufers herrührt. Aus diesen teleologischen Erwägungen ergibt sich zugleich eine Einschränkung: § 478 I BGB greift im Falle der Rücknahme des Kaufgegenstandes durch den Endverkäufer vom Verbraucher aufgrund Widerrufs nur dann, wenn der Käufer (Verbraucher) auch die Rechte aus § 437 BGB hätte geltend machen könne.

Damit konnte V gegenüber L hier ohne Nachfrist zurücktreten und hat daher nach § 346 I BGB einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückgabe und Rückübereignung der Heizdecken.

17. Problem: Kann der Käufer bei Selbstvornahme der Nachbesserung die aufgewendeten Kosten auf den Kaufpreis anrechnen?

Fall 10: K kauft auf Rechnung im SB-Markt des Möbelhändlers V eine Regalwand. Zu Hause stellt er fest, dass einige Bretter und Schrauben fehlen und dass ein Seitenteil zu groß ist.

Variante 1: K meldet sich nicht bei V. Da er V nun für einen "Pfuscher" hält, beschließt er, die Sache selbst in die Hand zu nehmen. Er sägt das zu große Teil zurecht und kauft die fehlenden Teile im Baumarkt. Als die Rechnung des V kommt, will K nicht den vollen Kaufpreis bezahlen. V meint er hätte selbstverständlich alles repariert, nun habe K aber Pech gehabt. Wie ist die Rechtslage?

¹³⁰ Rücknahme aufgrund von Widerruf.

¹³¹ Vgl. dazu die Ausführungen zu § 478 BGB bei *Kropholler*, (Fn. 7), § 478, Rn. 1 f.

Variante 2: K ruft bei V an und bittet um Nachbesserung. V meint bloß, das sei nicht sein Problem und verweigert jedwede Reparatur. Daraufhin wird K tätig und verlangt im Anschluss hieran die Kosten.

Variante 1: Da ein wirksamer Kaufvertrag sowie ein Mangel bei Gefahrübergang¹³² vorliegen, kommen die Rechte aus § 437 BGB in Betracht. Nacherfüllung (§ 437 Nr. 1 BGB) macht keinen Sinn mehr, da der Mangel durch K behoben wurde. Rücktritt (§ 437 Nr. 2 Variante 1 BGB) kommt auch nicht in Betracht, weil K den Kaufgegenstand offensichtlich behalten will. Es könnten jedoch die Voraussetzungen einer Minderung, §§ 437 Nr. 2 Variante 2, 441 I BGB gegeben sein. Da der Käufer nur "statt zurückzutreten" mindern kann, müssen zunächst die Voraussetzungen eines Rücktritts nach § 437 Nr. 2 Variante 1 BGB vorliegen.¹³³ An dieser Stelle wird nun die Besonderheit des Falles relevant, dass der Käufer den Mangel bereits selbst behoben hat: Ab dem Zeitpunkt, in dem der Käufer den Mangel selbst behebt, ohne dass eine Fristsetzung zur Nacherfüllung gem. §§ 281 II, 323 II oder 440 BGB entbehrlich war¹³⁴, liegt kein behebbarer, sondern ein *unbehebbarer Mangel* vor. Die Nacherfüllung durch V wird damit unmöglich (sog. "qualitative Unmöglichkeit").¹³⁵ Für den Fall der Unmöglichkeit der Erfüllung des *Nacherfüllungsanspruchs*¹³⁶ bestimmt § 326 I 2 BGB, dass der Anspruch des Verkäufers (hier V) auf die Gegenleistung (Kaufpreis) zunächst (vollständig)¹³⁷ erhalten bleibt. Sinn des § 326 I 2 BGB ist es, dem Käufer in dieser Situation¹³⁸ ein Wahlrecht zwischen Minderung und Rücktritt zu gewähren.¹³⁹ Er soll entscheiden wie weiter verfahren wird.¹⁴⁰ Die Unmöglichkeit führt nun zu einem Rücktrittsrecht des Käufers (hier K) nach § 437 Nr. 2 Variante 1, 326 V BGB. § 326 V BGB verweist jedoch auf § 323 BGB und damit auch auf dessen Absatz 6, welcher besagt, dass der Gläubiger (= Käufer= hier K) nicht zurücktreten kann, wenn er die Umstände, die zum Rücktrittsrecht führten, selbst verschuldet hat.

¹³² Maßgeblich ist nur der Zeitpunkt des Gefahrübergangs, dass der Mangel nachträglich behoben wurde, ändert nichts am Eingreifen des Kaufrechtsgewährleistungsrechts.

¹³³ Näher *Faust/Huber*, (Fn. 44), S. 346, Rn. 87.

¹³⁴ Dies ist hier nicht der Fall, zumal K nicht einmal bei V nachgefragt hat.

¹³⁵ Siehe dazu *Lorenz*, NJW 2002, 2497 ff.

¹³⁶ In Abgrenzung zum normalen, nicht durch die Verjährung des § 438 BGB modifizierten Erfüllungsanspruchs.

¹³⁷ § 326 II BGB ist in § 437 Nr. 2 BGB nicht genannt und mithin von der Verweisung nicht erfasst.

¹³⁸ Gemeint ist die der Unmöglichkeit des Nacherfüllungsanspruchs.

¹³⁹ *Palandt/Heinrichs*, (Fn. 7), § 326, Rn. 3.

¹⁴⁰ Dies erklärt sich daraus, dass zu diesem Zeitpunkt im Regelfall bereits übergeben und bezahlt wurde. Die Interessenlage des Käufers hängt also von der individuellen Situation ab. Deshalb soll er auch entscheiden können. Anders vor Gefahrübergang; da der Vertrag noch nicht in Vollzug gesetzt worden ist, erscheint es zu diesem Zeitpunkt gerechtfertigt, wenn das Gesetz in § 326 I 1 BGB anordnet, dass der Anspruch auf die Gegenleistung entfällt, nachdem gem. § 275 BGB der Anspruch auf die Leistung ebenfalls entfallen ist (konditionelles Synallagma).

Da K hier ohne vorher bei V nachzufragen die Unmöglichkeit durch Selbstvornahme herbeigeführt hat, liegen die Voraussetzungen des § 323 VI BGB eigentlich vor. K konnte also nicht zurücktreten und damit auch nicht mindern. Ließe man es bei dieser schlichten Gesetzesanwendung, dann würde K auf den Reparaturkosten sitzen bleiben.

Gegen eine teleologische Korrektur dieses Ergebnisses reiner Gesetzesanwendung spricht, dass der K hier ein Dogma des neuen Schuldrechts durchbrochen hat: den Vorrang der Nacherfüllung. Er hat dem Verkäufer das Recht und die praktische Möglichkeit genommen, im Wege der Nachbesserung gem. § 439 I Variante 1 BGB den Mangel zu beseitigen.

Andererseits ordnet selbst für den Fall der Nacherfüllung § 439 II BGB an, dass der Verkäufer die Kosten der Nacherfüllung zu tragen hat. Es ist deshalb nicht interessengerecht, wenn dem V diese Kosten vollständig erspart bleiben.

Einen Ausweg bietet § 326 II 2 BGB. Im Falle der Unmöglichkeit des nicht modifizierten Erfüllungsanspruchs (= Anspruch auf die Leistung) bestimmt § 326 II 1 BGB, dass der Gläubiger weiter zur Erbringung der Gegenleistung verpflichtet bleibt, wenn er die Unmöglichkeit weit überwiegend zu vertreten hat oder in Annahmeverzug war. Im Gegenzug bestimmt nun § 326 II 2 BGB, dass der Schuldner (Hier V) sich ersparte Aufwendungen anrechnen lassen muss. Diese Vorschrift passt auf die Situation der Unmöglichkeit der Nacherfüllung durch Selbstvornahme: K ist selbst dafür verantwortlich, dass die Nacherfüllung unmöglich wurde, was der Situation des § 326 II 1 BGB entspricht. Für die Anrechnung der Aufwendungen, welche V eigentlich nach § 439 II BGB zu tragen hätte würde eine Anrechnung nach § 326 II 2 BGB passen. Leider greift § 326 II BGB nur im Falle der Unmöglichkeit der ursprünglichen Erfüllungspflicht. Im Kontext des Kaufrechts kommt das Regime des § 326 BGB nach der Systematik des neuen Schuldrechts nur dann zur Anwendung, wenn hierauf verwiesen wird. Ein Verweis auf § 326 II BGB findet sich aber weder direkt in § 437 Nr. 2 BGB noch in § 326 V oder § 323 VI BGB, die selbst wiederum kraft Verweisung anwendbar sind. Es liegt daher eine unbewusste Regelungslücke vor. Da § 326 II BGB auf den vorliegenden Fall jedoch passt, kann er analog angewandt werden.¹⁴¹ Im vorliegenden Fall muss danach K nur den entsprechend herabgesetzten Kaufpreis zahlen.¹⁴²

¹⁴¹ Ebenso Lorenz, NJW 2003, 1417 (1418 f.).

¹⁴² Zu den Einzelheiten bzgl. der Höhe der Anrechnung auf den Kaufpreis und Verjährungsfragen vgl. Lorenz, NJW 2003, 1417 (1419).

Denkbar ist zudem ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung des K gegen V aufgrund der nachträglichen Unmöglichkeit des Nacherfüllungsanspruchs gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 283. Dieser scheitert jedoch daran, dass K und nicht V die Umstände, welche zur Unmöglichkeit geführt haben zu vertreten hat.

Variante 2: Hier kommt ebenfalls ein Minderungsrecht nach § 437 Nr. 2 Variante 2, 441 I BGB in Betracht. Das Rücktrittsrecht ergibt sich erneut aus § 326 V BGB. Anders als in Variante 1 hat K die Umstände, welche zur Unmöglichkeit führten jedoch nicht zu vertreten, da V die Nacherfüllung endgültig verweigert hat. Die Entbehrlichkeit einer Nachfristsetzung ergibt sich aus letztgenanntem Grund gem. §§ 326 V, 323 II Nr. 1 BGB. K kann also mindern.

Daneben kann K die Kosten der Nacherfüllung auch über einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 283 BGB ersetzt verlangen, da V nun aufgrund seiner endgültigen Nacherfüllungsverweigerung die Umstände, welche zur Unmöglichkeit der Nacherfüllung führten, zu vertreten hat.¹⁴³

III. Rücktrittsfolgenrecht¹⁴⁴

18. Problem: Ist § 346 III Nr. 3 BGB sowie § 347 I 2 BGB teleologisch zu reduzieren, wenn der Schuldner das gesetzliche Rücktrittsrecht kennt?

Fall 11a): K kauft von V einen gebrauchten Porsche. Kaufpreis und PKW werden übergeben. K lässt den Porsche noch am selben Tag von einem befreundeten Mechaniker untersuchen. Dabei stellt sich heraus, dass der Porsche aufgrund eines verschwiegenen Unfalls irreparabel beschädigt ist. K beschließt zurückzutreten, will vorher aber noch eine letzte Spritztour machen. Dabei verursacht K leicht fahrlässig einen Totalschaden. In der Zwischenzeit wird V der von K in bar bezahlte Geldbetrag gestohlen, obgleich dieser die in eigenen Angelegenheiten übliche Sorgfalt beachtet hatte. K erklärt nun wirksam den Rücktritt und verlangt von V Wertersatz für das gestohlene Geld. V wiederum möchte von K Wertersatz für den untergegangenen Porsche. Können sich V und K auf § 347 III Nr. 3 BGB berufen?

Nachdem K im Fall 11a) wirksam den Rücktritt erklärt hat, wandelt sich das kaufvertragliche Schuldverhältnis in ein Rückgewährschuldverhältnis. V kann danach

¹⁴³ Ebenso im Ergebnis Lorenz, NJW 2003, 1417 (1418), dort Fn. 9.

¹⁴⁴ Dazu einführend neben der Lehrbuchliteratur Arnold, Jura 2002, 150 ff. 154 ff.; Schwab, JuS 2002, 630 ff.

grundsätzlich gem. § 347 II 1 Nr. 3 Var. 2 BGB anstelle der gem. § 275 I BGB objektiv unmöglich gewordenen Rückgewähr der Leistung Wertersatz verlangen. Da er lediglich leicht fahrlässig handelte, hat er die eigenübliche Sorgfalt, § 277 BGB, beachtet. Dem Wortlaut des § 346 III Nr. 3 BGB nach entfällt damit für K als (Rücktritts-) "Berechtigten" die Haftung auf Wertersatz. Sinn und Zweck dieses Privilegs erschließt sich aus einem Vergleich zum vertraglichen Rücktrittsrecht: Dort weiß der Vertragspartner, dass er in bestimmten Fällen mit einem Rücktritt rechnen muss. Das gesetzliche Rücktrittsrecht steht den Parteien regelmäßig nicht vor Augen, so dass daher in diesem Fall nicht verlangt werden kann, mit den betroffenen Gegenständen sorgsamer als mit eigenen umzugehen.¹⁴⁵ Kennt der Rücktrittsberechtigte hingegen die Umstände, welche zum Rücktritt berechtigen, und hat wie hier sogar vor, zurückzutreten, dann greift diese ratio legis nicht.¹⁴⁶ Dass Kenntnis eine Zäsur bedeutet, zeigt im Übrigen das Gesetz selbst, indem gem. § 346 III Nr. 1 BGB derjenige von der Privilegierung ausgeschlossen ist, welcher den Fehler vor Verarbeitung bemerkt.¹⁴⁷ Es ist mithin geboten, im Wege einer teleologischen Reduktion in diesen Fällen entgegen dem (missglückten¹⁴⁸) Wortlaut § 346 III Nr. 3 BGB nicht anzuwenden. V kann von K Wertersatz für den PKW verlangen.

Fraglich ist indes, ob gleiches bzgl. eines Anspruchs des K gegen V auf Wertersatz für den untergegangenen Kaufpreis gilt. Da V die eigenübliche Sorgfalt beachtete, ist auch hier denkbar, § 346 III Nr. 3 BGB anzuwenden. Dort ist jedoch nur von dem "Berechtigten" die Rede. Rücktrittsberechtigt ist jedoch allein K. Auch eine analoge Anwendung erscheint nicht sachgerecht. § 346 III BGB will schutzwürdiges Vertrauen privilegieren. Derjenige, welcher durch eine Pflichtverletzung einen Rücktritt initiiert (hier V), ist jedoch nicht schutzwürdig.¹⁴⁹ V kommt die Privilegierung nicht zugute und K kann somit ebenfalls Wertersatz fordern.

¹⁴⁵ So sogar die Gesetzesbegründung selbst, vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 195 f.. Ebenso die überwiegende Auffassung zur alten Rechtslage. Vgl. dazu den Überblick bei *Schwab*, JuS 2002, 630 (635) m.w.N.

¹⁴⁶ Ebenso im Ergebnis *Hager*, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, (Fn. 42), § 5, Rn. 34; *ders.*, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 429, 436; *Kohler*, JZ 2001, 325 (326); *Schwab*, JuS 2002, 630 (635). Differenzierend *Kaiser*, JZ 2001, 1057 (1064), welcher sich lediglich für eine Modifikation des Haftungsmaßstabs ausspricht.

¹⁴⁷ *Kaiser*, JZ 2001, 1057 (1061).

¹⁴⁸ Dem Gesetzgeber war der Streit zur alten Rechtslage bekannt. Dennoch hat er nicht für Klarheit gesorgt.

¹⁴⁹ BT-Drs. 14/6040, S. 196.

Fall 11b): K least bei der V-GmbH ein Taxi um den Grundstein eines Taxigewerbes zu legen. Schon kurz nach Übergabe hatte K festgestellt, dass das Fahrzeug irreparable Produktionsmängel besitzt. Da diese dem Betrieb des Fahrzeugs als Taxi auch nicht entgegenstanden unternimmt K zunächst nichts. K kümmert sich in der Folgezeit nicht um den Betrieb seines jungen Taxigewerbes und ist nach einigen Monaten insolvent. K tritt nun wirksam vom Vertrag zurück. V verlangt von K gem. § 347 I 1 BGB nicht gezogene Nutzungen heraus. K beruft sich auf § 347 I 2 BGB, zu recht?

Bei den nicht erwirtschafteten Einnahmen handelt es sich um nicht gezogene mittelbare Sachfrüchte i.S.d. § 99 III BGB.¹⁵⁰ Hier greifen genau die gleichen teleologischen Erwägungen wie zu § 346 III 1 Nr. 3 BGB. K wusste, dass die Sache mangelhaft war. Entscheidet er sich nun für einen Rücktritt und verlangt sein Geld zurück, kann er sich bzgl. seines unwirtschaftlichen Verhaltens nicht darauf berufen, dass ihm lediglich ein gesetzliches Rücktrittsrecht zustand, er also nicht hätte wissen können, dass der Vertrag evtl. rückabgewickelt und die empfangenen Leistungen und Nutzungen zurückzugewähren sind.

IV. Sonstiges

19. Problem: Wie wirkt sich die Schuldrechtsreform auf die Standardfälle zur Drittschadensliquidation aus?

Die saubere Anwendung der Regeln über die Drittschadensliquidation bereitet Studenten oft Schwierigkeiten. Erschwerend kommt nun hinzu, dass nach der Neuordnung des Leistungsstörungsrechts nunmehr auch die Drittschadensliquidation in dieses System integriert werden muss. Anhand der folgenden zwei Fälle soll dargestellt werden, wie dies praktisch aussehen kann.

Fall 12a): Der Verbraucher K bestellt bei Verbraucher V ein altes wertvolles Buch. V soll das Buch an K versenden. V verpackt das Buch ordentlich und bittet seinen (nicht gewerblich handelnden) Bekannten B, das Buch bei K vorbeizubringen. Unterwegs wird das Buch durch eine leichte Fahrlässigkeit des B vernichtet. Welche Ansprüche haben K und V?

Zunächst könnte K gegen V einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung des Buches aus 433 I 1 BGB haben. Die Erfüllung dieser Primärpflicht ist jedoch gem. §

¹⁵⁰ Vgl. zum Begriff der mittelbaren Sachfrüchte Palandt/Heinrichs, (Fn. 7), § 99, Rn. 4.

275 I BGB nachträglich objektiv unmöglich geworden. Es kommen mithin nur Sekundäransprüche in Betracht.

So könnte dem K gegen V ein Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 I, III, 283, 275 IV BGB¹⁵¹ zustehen.

V kann nicht wie geschuldet leisten (§ 275) und hat mithin eine Pflicht aus einem bestehenden Schuldverhältnis (Kaufvertrag) verletzt. Er selbst hat zwar nicht gehandelt, muss sich aber evtl. das Verschulden des B nach § 278 BGB zurechnen lassen. Dies ist nur dann der Fall, wenn B in Erfüllung einer Verbindlichkeit des V tätig wurde.

Vereinbart war eine Schickschuld.¹⁵² V traf damit nur die Pflicht, den Gegenstand ordentlich zu verpacken und zu übergeben.¹⁵³ Der Transport fiel nicht mehr darunter. §§ 280, 283 BGB scheiden mithin ebenfalls aus.

Nun kommt das eigentliche systematische "Einfallstor" für die Drittschadensliquidation" nach neuem Recht. Denn K könnte gegen V einen Anspruch¹⁵⁴ auf Abtretung eines Ersatzanspruches des V gegen B aus § 285 I BGB haben.

Ein solcher Ersatzanspruch des V gegen B könnte sich aus dem §§ 280 I 1, 634 Nr. 4 BGB ergeben.¹⁵⁵ Voraussetzung ist jedoch, dass V auch einen Schaden hat.

Dies ist dann der Fall, wenn V durch den Untergang des Buches gem. § 326 I 1 HS 1 BGB seinen Anspruch gegen K auf Zahlung des Kaufpreises aus § 433 II BGB verloren hat.

Aufgrund der Unmöglichkeit der Primärleistungspflicht (s.o.) liegen die Voraussetzungen des § 326 I 1 HS 1 BGB eigentlich vor. Vereinbart war jedoch ein Versendungskauf, so dass nach § 447 I BGB mit Übergabe an die Transportperson B

¹⁵¹ Die §§ 280, 283 BGB kommen hier ohne den Verweis in § 437 BGB zur Anwendung, da ein Gefahrübergang noch nicht erfolgt ist. Näher zu § 447 BGB sogleich.

¹⁵² Eine Bringschuld bzw. eine Zurechnung des Verhaltens der Transportperson ist denkbar in den Fällen eines "Platzgeschäfts" oder wenn V einen eigenen Angestellten mit dem Transport beauftragen würde. Vgl. zu diesen Konstellationen die Darstellung bei *Kropholler*, (Fn. 7), § 447, Rn. 7 ff.

¹⁵³ Vgl. Palandt/*Putzo*, (Fn. 7), § 433, Rn. 36. Ob auch das Verpacken des Kaufgegenstandes geschuldet ist, richtet sich nach der Notwendigkeit im Einzelfall und ist durch Auslegung zu ermitteln. Hier war das Buch alt und wertvoll, so dass man von einer solchen Nebenpflicht ausgehen kann.

¹⁵⁴ Wichtig ist hier auch sprachlich drauf zu achten, dass die Abtretung nach § 285 I BGB nur "verlangt" werden kann. Als Verfügung folgt die Abtretung selbst den §§ 398 ff. BGB. Aus der Formulierung "...kann...verlangen..." folgt, dass es sich um einen "verhaltenen Anspruch" handelt. Der Gläubiger kann wählen, ob er die Abtretung einschließlich der Folgen des Absatzes 2 möchte und sich dementsprechend "verhalten".

¹⁵⁵ Daneben kommt auch ein Schadensersatzanspruch nach § 823 I BGB (Eigentumsverletzung) in Betracht. Es empfiehlt sich aber in doppelter Hinsicht, mit dem vertraglichen Anspruch anzufangen, da zum einen der vertragliche Anspruch aufbautechnisch zuerst zu prüfen ist und zum anderen umstritten ist, ob im Rahmen deliktischer Ansprüche die Regeln der Drittschadensliquidation anwendbar sind, vgl. dazu Palandt/*Heinrichs*, (Fn. 7), Vorb. § 249, Rn. 113.

die Gegenleistungsgefahr¹⁵⁶ auf K übergegangen ist. V behält also seinen Anspruch auf die Gegenleistung. Legt man mit der h.M.¹⁵⁷ eine wirtschaftliche Betrachtung zugrunde, so liegt damit kein Vermögensschaden bei V vor.

Im Rahmen der Prüfung des § 285 I BGB gelangt man somit zur Ausgangslage, in welcher die Voraussetzungen einer Drittschadensliquidation zu prüfen sind: Bzgl. des V liegen alle Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs gegen B vor außer der eines Vermögensschadens. K hingegen kann sich gegenüber B auf keine Anspruchsgrundlage stützen¹⁵⁸, hat aber eben jenen Schaden, welcher V fehlt, zu beklagen. Denn er verliert den Anspruch auf die Leistung, muss aber weiterhin zahlen. Hier liegt es nun nahe, dass V den Schaden des K gegenüber B liquidiert. Einzige weitere Voraussetzung hierfür ist, dass es sich um eine zufällige Schadenverlagerung handelt. Hierfür ist der Übergang der Gegenleistungsgefahr das Paradebeispiel.¹⁵⁹ Dass dem B dieser Umstand privilegierend zugute kommen soll, erscheint ungerechtfertigt und zufällig. Er musste mit einem Anspruch rechnen, wenn er den zu transportierenden Gegenstand zerstört.¹⁶⁰

Wird der Schaden des K auf diese Weise zu V "gezogen", dann liegen alle Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs des V gegen B gem. §§ 280 I 1, 634 Nr. 4 BGB vor. K kann nun von V gem. § 285 I BGB Abtretung dieses Anspruchs verlangen.¹⁶¹

Gegenüber dem Zahlungsanspruch des V gegen K aus § 433 II BGB kann K den Anspruch aus § 285 I BGB gem. § 320 BGB entgegenhalten, so dass nur Zug um Zug geleistet wird, denn der Anspruch aus § 285 I BGB surrogiert den Primärleistungsanspruch des K gegen V auf Übergabe und Übereignung aus § 433 I 1 BGB.¹⁶²

¹⁵⁶ D.h. die Gefahr, zahlen zu müssen, ohne dafür eine Leistung zu bekommen. Vorher lag diese bei V und stellte sich aus seiner Sicht als die Gefahr dar, bei Untergang der Stückschuld, gem. § 326 I BGB auch den Anspruch auf die Gegenleistung zu verlieren.

¹⁵⁷ Siehe nur Palandt/*Heinrichs*, (Fn. 7), Vorb. § 249, Rn. 112 ff.

¹⁵⁸ An dieser Stelle sei auf ein gern übersehenes Detail hingewiesen: Hätte die Beförderung zum Betrieb eines gewerblichen Unternehmens gehört, wären die §§ 407-452d HGB anwendbar. Nach § 421 I 2 HS 1 HGB hätte K neben V einen eigenen Schadenersatzanspruch gegen B, obwohl er nicht Vertragspartner des B ist. Eine Drittschadensliquidation ist dann ausgeschlossen.

¹⁵⁹ Vgl. etwa die Darstellung anhand des § 447 BGB bei *Medicus*, (Fn. 41), S. 584 f., Rn. 838.

¹⁶⁰ Nach allg. Auffassung darf dem Schädiger aus der Schadenverlagerung kein Vorteil erwachsen, vgl. Palandt/*Heinrichs*, (Fn. 7), Vorb. § 249, Rn. 112.

¹⁶¹ Zur Frage, ob der Schaden dem Umfang nach auf den Betrag beschränkt werden sollte, der ohne Schadenverlagerung bei dem Gläubiger entstanden wäre vgl. *Medicus*, (Fn. 41), S. 585, Rn. 838.

¹⁶² So im Ergebnis schon RGZ 149, 321 (328) am Beispiel der Surrogation des Anspruchs auf die Primärleistung durch einen Anspruch auf Rückgewähr der erbrachten Leistungen nach wirksamer Wandelung.

Fall 12b): Im Ausgangsfall wie Fall 12a.). Was ändert sich jedoch, wenn V nicht Verbraucher, sondern Unternehmer ist?

Erneut stellt sich die Frage, ob V einen Schadensersatzanspruch gegen B hat, dessen Abtretung K dann gem. § 285 I BGB verlangen kann.

Wiederum hätte V keinen Schaden, wenn er trotz der eingetretenen Unmöglichkeit wegen § 447 I BGB seinen Kaufpreisanspruch behalten würde. Anders als im Ausgangsfall liegt nun aber ein Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 I 1 BGB vor, da K Verbraucher, § 13 BGB, und V Unternehmer, § 14 BGB, ist. Nach § 474 II BGB findet § 447 BGB in diesem Rahmen keine Anwendung. Trotz der Übergabe an eine Transportperson bleibt es dann auch im Rahmen des Versandkaufs beim Erlöschen der Verpflichtung zur Gegenleistung nach § 326 I 1 BGB.

Da V danach einen Schaden hat, kann er bei B Regress nehmen. K hat dann die Option, sich diesen Schadensersatzanspruch abtreten zu lassen, ohne dass man auf die Grundsätze zur Drittschadensliquidation zurückgreifen müsste. Dies will aber gut überlegt sein, weil es zur Folge hat, dass K gem. § 326 III BGB weiterhin zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet bleibt statt nach § 326 I 1 BGB zu erlöschen.¹⁶³

20. Problemkreis: Ist der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte (VSD) nunmehr gesetzlich geregelt? Wie sind die Fälle nach der Schuldrechtsreform systematisch zu lösen? Wie kann zur Drittschadensliquidation abgegrenzt werden?

Fall 13: M schließt mit V einen Mietvertrag ab. V verpflichtet sich, das Treppenhaus regelmäßig zu reinigen. V verwendet dabei eines Tages grob fahrlässig viel zu viel Reiniger. Das im Einvernehmen mit V zusammen mit M in der Mietwohnung lebende Kind K des M rutscht daraufhin auf der Treppe aus und bricht sich das Bein. M trifft hierbei kein Verschulden. Kann K von V die Heilkosten ersetzt verlangen?

Abstrakt enthält der Fall vergleichbar der Konstellation in Fall 12 folgendes Ausgangsproblem: Vertragspartner ist allein M, welcher selbst aber keinen Schaden hat. Den Schaden hat K, welcher aber auf der anderen Seite nicht Vertragspartner ist. Kann hier nun ebenfalls auf die Grundsätze zur Drittschadensliquidation zurückgegriffen werden oder kommt allein eine Lösung über das Institut des VSD in Betracht? Eine Unterscheidung kann anhand des für die Drittschadensliquidation

¹⁶³ Hier zeigt sich deutlich, warum man bei § 285 I BGB von einem "verhaltenen" Anspruch spricht, vgl. auch die Ausführungen in Fn. 154.

prägenden Kriteriums der "zufälligen Schadensverlagerung" erfolgen¹⁶⁴: Im Fall 13 muss der Transporteur (B) mit Schadensersatzansprüchen des Auftraggebers (V) rechnen. Dass den Schaden wegen des Gefahrübergangs der K hat, ist aus der Sicht des B rein zufällig, so dass die typische Konstellation der Drittschadensliquidation vorliegt. Charakteristisch für die Anwendungsfälle des VSD hingegen ist eine Vermehrung des Haftungsrisikos für den Schuldner: So muss im Fall 13 V nicht nur für Schäden des M, sondern *zusätzlich* auch für Schäden des einbezogenen Dritten (hier K) haften. Die Haftung für den Schaden des Dritten tritt also nicht an die Stelle der Haftung für Schäden des Gläubigers, sondern ergänzend daneben.¹⁶⁵ Konstruktiv liegt die Besonderheit des VSD in Abgrenzung zur Drittschadensliquidation darin, dass dem Dritten ein eigener Schadensersatzanspruch zusteht. Schlagwortartig kann man sagen: Bei der Drittschadensliquidation wird der Schaden zur Anspruchsgrundlage, beim VSD die Anspruchsgrundlage zum Schaden¹⁶⁶ gezogen.¹⁶⁷

Damit hat K in Fall 13 einen eigenen Anspruch auf Schadensersatz aus dem Mietvertrag, wenn die Voraussetzungen eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte vorliegen.

Nach der Schuldrechtsreform stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber neben anderen bisher nur richterrechtlich entwickelten Instituten den VSD ebenfalls im Gesetz verankert hat.

Teilweise wird eine entsprechende Regelung in § 311 III 1 BGB gesehen¹⁶⁸. Wäre dies der Fall, dann wären neben der Wirksamkeit des zwischen M und V geschlossenen Mitvertrages die Voraussetzungen¹⁶⁹ des § 311 III 1 BGB zu prüfen. Der Wortlaut scheint tatsächlich hierfür zu sprechen.

Ein Blick in die Gesetzesmaterialien belegt jedoch das Gegenteil¹⁷⁰: Die Vorschrift soll klarstellen, dass Dritte neben dem Vertragspartner *haften* sollen.¹⁷¹ Beim VSD

¹⁶⁴ Medicus, (Fn. 41), S. 586 f., Rn. 841.

¹⁶⁵ Würde also im Fall 13 auch M stürzen, müsste V sowohl die Heilkosten für M als auch für K ersetzen. Im Fall 12 hingegen muss V auf jeden Fall nur einmal den Schaden ersetzen.

¹⁶⁶ Bzw. dem Geschädigten.

¹⁶⁷ Medicus, (Fn. 41), S. 586, Rn. 839.

¹⁶⁸ Canaris, JZ 2001, 499 (520); Teichmann, BB 2001, 1485 (1492) zuletzt Schwab, Jus 2002, 872 (873), m.w.N.

¹⁶⁹ Wie auch immer diese aussehen sollen! Bezeichnend ist insoweit, dass die Gegenauffassung im Gewande des nichtssagenden § 311 III 1 BGB im Grunde die gleichen Voraussetzungen des VSD wie bisher prüft. Allein dadurch, dass man den VSD anhand einer nicht hierfür konzipierten Norm prüft, ist für den Studenten im Ergebnis nichts gewonnen.

¹⁷⁰ Kropholler, (Fn. 7), Vor §§ 249 ff., Rn. 22.

¹⁷¹ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 163.

geht es jedoch umgekehrt um die Frage, wann ein Dritter neben dem Vertragspartner einen eigenen *Anspruch* gegen den Schuldner hat. Der Gesetzgeber hatte von der Rechtsprechung gebildete Fallgruppen der culpa in contrahendo (c.i.c.) und nicht den VSD im Auge.¹⁷² Hinzukommt, dass der Gesetzgeber bei der jeweiligen Integration richterrechtlicher Institute an der geltenden Rechtslage grundsätzlich nichts ändern wollte. Klarstellend hat er dennoch innerhalb der jeweiligen neuen Normen die von der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen des jeweiligen Instituts rezipiert¹⁷³. Bei § 311 III 1 BGB findet sich nichts dergleichen, so dass nach neuem Recht weiter zu fragen ist, wie denn § 311 III 1 BGB näher zu konkretisieren ist. § 311 III 1 BGB scheidet mithin als Maßstab aus.

Damit sind wie bisher die von der Rechtsprechung verfestigten Merkmale zu prüfen, welche den VSD auf eine Gesamtanalogie zum echten Vertrag zugunsten Dritter (§§ 328 ff. BGB) und eine ergänzende Vertragsauslegung (§§ 133, 157, 328 II BGB) stützt.¹⁷⁴

Zunächst muss zwischen dem Schädiger und dem Gläubiger (Hauptparteien) ein *wirksames Schuldverhältnis* bestehen¹⁷⁵. Der Mietvertrag begründet hier ein Schuldverhältnis. Der Dritte muss weiter bestimmungsgemäß in den Bereich der Vertragsauführung geraten, so dass eine Schlechtleistung ihn ebenso trifft wie den Gläubiger (*Leistungsnähe* oder *Drittbezogenheit* der Leistung). Vertragsdurchführung erstreckt sich in diesem Zusammenhang sowohl auf Leistungs- als auch auf sonstige Verhaltenspflichten¹⁷⁶. Vorliegend hat V eine Schutzpflicht bzgl. der Gesundheit seiner Mieter nach § 241 II BGB verletzt. Diese bestand auch gegenüber dem mit seinem Einverständnis in der Wohnung lebenden Kind K. Jedoch führt nicht jede drittbezogene Leistung gleich zur Annahme eines VSD. So verlangte die Rspr.

¹⁷² BT-Drs. 14/6040, S. 161 f. Dies ergibt sich in systematischer Hinsicht auch aus § 311 III 2 BGB. Der Gesetzgeber dachte besonders an die Fälle einer Eigenhaftung von Vertretern, welche ein besonderes über das normale "Verhandlungsvertrauen" hinausgehendes (BGH, NJW-RR 1991, 1242) Vertrauen in Anspruch nehmen.

¹⁷³ Deutlich etwa im Falle der Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB.

¹⁷⁴ Vgl. nur BGHZ 56, 269 (273); 133, 168 (170); 138, 257 (261). Anders Jauernig/*Vollkommer*, (Fn. 43), § 328, Rn. 21 m.w.N., welcher mit der h.L. eine auf § 242 BGB gestützte Rechtsfortbildung befürwortet. Trotz unterschiedlicher Begründungslinien stimmen die Autoren im Ergebnis überein, so dass sich ein näheres Eingehen auf diesen Streitpunkt in der Klausur erübrigt; vgl. auch Palandt/*Heinrichs*, (Fn. 7), § 328, Rn. 14.

¹⁷⁵ Auch wenn ein Vertrag besteht, scheint es mit im Hinblick auf die §§ 241 I, 280 I oder 311 BGB systematisch korrekter zu sein, wie in diesen Vorschriften an den Begriff des Schuldverhältnisses anzuknüpfen. Zutreffender als "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte" wäre also "Schuldverhältnis mit Schutzwirkung für Dritte". Insbesondere ist auch denkbar, dass ein Dritter in den Schutzbereich eines nur vorvertraglichen Schuldverhältnisses nach § 311 II BGB einbezogen wird, vgl. etwa noch zur alten Rechtslage, BGHZ 66, 51 (56) kritisch besprochen bei *Hohloch*, Jus 1977, 302 ff.

¹⁷⁶ Oder auch oft etwas unpräzise *Neben- oder Schutzpflichten* genannt, vgl. die Ausführungen von *Gernhuber*, (Fn. 53), S. 15 ff.

früher, dass der Gläubiger für das "Wohl und Wehe" des Dritten einzustehen habe.¹⁷⁷ Der BGH hat dieses Kriterium inzwischen geweitet und verlangt nur noch, dass ein *schutzwürdiges Interesse des Gläubigers an der Einbeziehung des Dritten* besteht.¹⁷⁸ Dies ist in Bezug auf das eigene Kind des Mieters gegeben. Auch war für den V dieses Interesse des M am Einbeziehen des K in den Schutzbereich *erkennbar*¹⁷⁹. Schließlich muss der *Dritte schutzbedürftig* sein. Eines Rückgriffes auf die Grundsätze des VSD bedarf es dann nicht, wenn der Dritte gleichwertige Ansprüche etwa gegen den Gläubiger hat. Da K gegen M keine Ausgleichsansprüche hat, ist er vorliegend schutzbedürftig.¹⁸⁰ Mithin hat K gegen V einen eigenen Anspruch aus dem Mietvertrag auf Ersatz der Heilbehandlungskosten nach den Grundsätzen des VSD.

¹⁷⁷ Der Fall des Kindes im Mitvertragsverhältnis bildete hier gerade das Standardbeispiel.

¹⁷⁸ So hielt es der BGH etwa für gerechtfertigt, nicht nur einem von einer Gruppe bevollmächtigten Auftraggeber selbst einen Anspruch gegen den beauftragten Sachverständigen zu geben, sondern zusätzlich jedem Gruppenmitglied, welches durch das mangelhafte Gutachten des Sachverständigen einen Schaden erlitten hatte, vgl. BGH NJW 1984, 355 ff. Dies ist zutreffend, da der Gutachter weiß, dass er nicht nur im Interesse des konkreten Auftraggebers tätig wird, sondern im Interesse aller vertretenen Gruppenmitglieder. Auch ist es zutreffend, dass diese Konstellation nicht dem Institut der Drittschadensliquidation zugerechnet wird, da die Haftung gegenüber den anderen Gruppenmitgliedern neben die gegenüber dem konkreten Auftraggeber tritt, mithin eine Risikoerhöhung und nicht eine zufällige Schadensverlagerung vorliegt (s.o.). Vgl. jedoch zur teilweise umstrittenen Einordnung und Handhabung dieses Kriteriums *Kropholler*, (Fn. 7), § 328, Rn. 23.

¹⁷⁹ Das Kriterium der *Erkennbarkeit* des (schutzwürdigen) Interesses des Gläubigers am Einbeziehen des Dritten in den Schutzbereich des Vertrags ist abstrakt zu verstehen. Der Schuldner braucht also die Person des Dritten nicht konkret zu kennen, vgl. dazu die Fallkonstellation in BGH NJW 1998, 1059 ff.

¹⁸⁰ Anders etwa, wenn es sich um ein Kleinkind handelt und M schuldhaft die Aufsichtspflicht verletzt. In derartigen Konstellationen (mehrere potentielle Schadensersatzgläubiger mit verschiedenen Haftungsmaßstäben) stellt sich häufig das Problem des gestörten Gesamtschuldnerausgleichs, vgl. zusammenfassend, *Kropholler*, (Fn. 7), § 426, Rn. 6. Zur Frage der Schutzbedürftigkeit näher BGHZ 70, 327 (330); 133, 168 (176).