



Wiss. Mitarbeiter Benjamin Gündling, Heidelberg¹

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

Teil II: Kaufrecht²

Der Beitrag behandelt schwerpunktmäßig aktuelle Probleme des Kaufrechts, die sich gerade aufgrund der Modernisierung des Schuldrechts ergeben. Die Darstellung erfolgt anhand von Beispielsfällen 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.

² Die Gesamtversion des vier Teile umfassenden Aufsatzes ist unter www.jurawelt.com/artikel/8388 abrufbar.

II. Kaufrecht³

5. bis 9. Problem: Welche Norm gewährt welchen Schadenersatzanspruch? Zur richtigen Verortung von Mangelfolgeschaden, entgangenem Gewinn, Nutzungsausfall, Deckungskauf und nunmehr im Gesetz verankerter positiver Vertragsverletzung⁴.

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.⁵

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 1⁶ resultiert aus dem Kaufvertrag. V müsste nun eine hieraus resultierende Pflicht verletzt und dadurch den Schaden an der Hose verursacht haben. Die Art der

³ 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.;

⁴ Zum in Fall 7 nicht enthaltenen, aber auch nicht ganz eindeutig zuzuordnenden Betriebsausfallschaden vgl. die Ausführungen in Fn. 74.

⁵ Versicherungsrechtliche Fragen sind außer Acht zu lassen.

⁶ "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-⁷ oder Nebenleistungspflichten⁸ zu tun. Es handelt sich vielmehr um eine sonstige Verhaltenspflicht des V⁹, welche nicht das vertragliche Äquivalenzinteresse betrifft, sondern das Integritätsinteresse¹⁰ des Gläubigers K.¹¹ Damit handelt es sich um eine Konstellation, welche vormals klassisch über das Institut der *positiven Vertragsverletzung* (pVV) gelöst wurde,¹² nun aber unter den unabhängig vom Kaufrecht direkt anzuwendenden § 280 I 1 BGB fällt.¹³ Der Gesetzgeber hat einen Teil der Verhaltenspflichten, nämlich einige¹⁴ 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 Vertretenmüssen¹⁵ 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*¹⁶, denn der Mangel der Kaufsache (Unfallwagen¹⁷) 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

⁷ Übergabe und Eigentumsverschaffung durch den Käufer, § 433 I BGB, einerseits und Kaufpreiszahlung, § 433 II, andererseits.

⁸ Etwa die sich aus dem Gesetz ergebende Pflicht des Käufers zur Abnahme, § 433 II BGB.

⁹ 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.

¹⁰ D.h. die Integrität sonstiger, neben dem Leistungsinteresse stehender Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit oder Eigentum.

¹¹ *Lorenz/Riehm*, (Fn. 10), S. 250, Rn. 475.

¹² Vgl. dazu zur alten Rechtslage die Übersicht bei *Kropholler*, StudK BGB, 4. Auflage, 2000, § 276, Rn. 21 ff.

¹³ 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.

¹⁴ 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.

¹⁵ Dieses wird zwar nach § 280 I 2 BGB vermutet, ist aber hier ohnehin unproblematisch gegeben.

¹⁶ 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.).

¹⁷ Dies führt jedenfalls zu einem Mangel nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB.

einer etwaigen Mängelbeseitigung fortbesteht.¹⁸ Eine den Vorrang der Nacherfüllung sichernde Fristsetzung nach § 281 I 1 BGB ist mithin sinnlos.¹⁹ 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 Verjährungsfristen²⁰. 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 BGB²¹ 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.²² Einstiegsnorm ist erneut § 280 I 1 BGB. Umstritten ist nun jedoch ob im Falle des entgangenen Gewinns *allein* § 280 I 1 BGB²³, oder *zusätzlich* entweder noch § 280 II, 286²⁴ oder § 280 III, § 281 BGB zu prüfen sind²⁵.

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 Primärleistung²⁶, eben "statt der Leistung".²⁷ Wie unser

¹⁸ 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).

¹⁹ Der Schaden, welcher nicht in bzw. an der Kaufsache besteht, kann eben nicht durch Nachbesserung derselben oder Lieferung einer mangelfreien Sache beseitigt werden.

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

²¹ Vgl. zum neuen Verjährungsrecht nur *Mansel/Buszikiewicz*, Jura 2003, 1 ff und *Witt*, JuS 2002, 105 ff.

²² Dennoch für einen Mangelfolgeschaden wohl *Kropholler*, (Fn. 7), § 437, Rn. 9.

²³ So etwa *Palandt/Heinrichs*, (Fn. 7), § 280, Rn. 18; *Teichmann*, JuS 2002, 417 (421 f.), *Lorenz*, NJW 2002, 2497 (2500); *Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendland*, (Fn. 10), S. 220, Rn. 236, und die Gesetzesbegründung, vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 226.

²⁴ Im Folgenden oft nur "Verzugsschaden" genannt.

²⁵ Im Sinne der letzteren Variante für einen Schadenersatz statt der Leistung votierend *Jauernig/Berger*, BGB, (Fn. 43), § 437, Rn. 20.

²⁶ 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 Schuldners²⁸ haben. Er fordert also nicht den entgangenen Gewinn statt der Leistung, sondern daneben.²⁹ 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*³⁰ liegen und § 280 I 1 allein sonstigen alle Schäden erfasst, seien es Schäden an sonstigen Rechtsgütern wie Gesundheit, Eigentum etc. oder auch nur Vermögensschäden.³¹ 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.³² 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.

²⁷ Lorenz/Riehm, (Fn. 10), S. 144, Rn. 289.

²⁸ Hier Lieferung eines mangelfreien Saabs.

²⁹ Ebenso Teichmann, JuS 2002, 417 (421).

³⁰ "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.

³¹ BT-Drs. 14/6040, S. 225. Ebenso Wilmowsky, Beilage zu JuS Heft 1/2002, S. 25.

³² 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.³³ Damit greift in diesen Fällen³⁴ die Regelverjährung von nunmehr drei Jahren nach § 195 BGB und nicht die Zweijahresfrist des § 438 I Nr. 3 BGB.³⁵

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 beruht³⁶ (s.o.). Erneut ist mithin allein § 280 I 1 maßgeblich, dessen Voraussetzungen gegeben sind.³⁷

³³ Vgl. zusammenfassend und zur Systematik des § 280 BGB *Lorenz/Riehm*, (Fn. 10), S. 90, Rn. 169-171.

³⁴ 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.

³⁵ 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.

³⁶ Ebenso *Medicus*, (Fn. 41), S. 205, Rn. 299

³⁷ Demgegenüber aus Gerechtigkeitserwägungen 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.

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

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.³⁸ 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.³⁹

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?

³⁸ So die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 14/6040, S. 210 anknüpfend an die alte Rechtslage, dazu nur BGHZ 34, 32 (37).

³⁹ 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.

Da der PKW irreparabel geschädigt ist, macht eine Nachbesserung keinen Sinn. Weil es sich bei einem Gebrauchtwagen um eine Stückschuld handelt, kommt auch eine 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) liegt vor. Da in Fall 5b) lediglich drei Wochen vergangen sind, greift auch § 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 Unkenntnis⁴⁰ - billigt, dann aber doch seine Rechte geltend macht.⁴¹ Diese ratio greift auch in Bezug auf einen möglichen Bereicherungsanspruch, so dass auch in diesem Fall 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

⁴⁰ Was aber reicht um, eine Schutzbedürftigkeit abzulehnen.

⁴¹ 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.

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 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 Verkaufpersonal 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.⁴² Wie Fall 7 zeigen wird, führt das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz jedoch zu handelsrechtlichen Fragestellungen, welche für den Gläubiger von entscheidender Bedeutung sein können.⁴³

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.

⁴² So zutreffend Steck, NJW 2002, 3201 m.w.N. der wenigen Stellungnahmen.

⁴³ Wie Lehre und Rechtsprechung die hier angesprochenen und weitere neu aufgeworfenen Fragestellungen dauerhaft lösen werden, ist noch nicht abzusehen.

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 Handelsgeschäft i.S.d. § 343 I HGB dar.⁴⁴ Auch wurde mit dem 30.5. ein fixes Datum für die Abwicklung festgesetzt mit welchem der Kaufvertrag "stehen und fallen"⁴⁵ 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.) erklärt⁴⁶, 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.⁴⁷ 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 interpretieren⁴⁸, vorliegend aber gegeben, da die V erklärt hat, zum fix vereinbarten Termin *sicher*⁴⁹ 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".

⁴⁴ Näher zu den Voraussetzungen des Handelsgeschäfts *K. Schmidt*, *Handelrecht*, 5. Auflage 1999, S. 515 ff.

⁴⁵ Vgl. BGH, BB 1983, 1813 zu den Voraussetzungen des Fixhandelskaufs.

⁴⁶ Die Äußerung, "man habe kein Interesse mehr" kann vorliegend als Rücktrittserklärung ausgelegt werden, § 133 BGB.

⁴⁷ So im Ergebnis bereits zum alten Recht aus Billigkeitserwägungen, OLG Köln, JR 1959, 302 f.

⁴⁸ Palandt/*Heinrichs*, (Fn. 7), § 323, Rn. 23.

⁴⁹ "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.

Ist dieses "oder" als Ausdruck zweier alternativ⁵⁰ gegebener Rechte zu lesen⁵¹ oder als eines, welches dem Gläubiger kumulativ⁵² zwei Rechte gewährt?

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.⁵³ 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.⁵⁴ 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.⁵⁵

Neben § 376 I HGB folgt zusätzlich aus §§ 323 I, 323 IV BGB⁵⁶ 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.⁵⁷

⁵⁰ Dann zu verstehen als "oder statt dessen".

⁵¹ 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".

⁵² Etwa zu lesen als "oder zusätzlich".

⁵³ Etwa aufgrund von culpa in contrahendo oder pVV wegen Verletzung einer vertraglichen Verhaltenspflicht.

⁵⁴ Näher BT-Drs. 14/6040, S. 188.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ 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/Hennrichs*, Die HGB-Klausur, 3. Auflage 2003, S. 75, welche allerdings fälschlicher Weise noch nicht auf die hier erörterten Probleme eingehen.

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.⁵⁸ 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.⁵⁹ 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

⁵⁷ Zutreffend verweist *Stuhlfelner*, in: Glanegger u.a. (Hrsg.), (Fn. 100), § 376, Rn. 1 darauf, dass es nach der Schuldrechtsreform eigentlich keinen Schadensersatz wegen Nichterfüllung mehr gibt. Entsprechend § 280 III, 281 BGB muss es "Schadensersatz statt der Leistung" heißen, was ebenfalls zeigt, dass sich der Gesetzgeber über die Reformbedürftigkeit des § 376 I HGB nicht im Klaren war. Näher zum Schadensersatz "statt der Leistung" jüngst *Medicus*, JuS 2003, 521 (522 f.).

⁵⁸ Methodisch läge dann eine teleologische Reduktion vor.

⁵⁹ *Roth*, in: Koller/Roth/Morck, HGB, 3. Auflage 2002, § 376, Rn. 3.

systematisch an das allgemeine Leistungsstörungsrecht angeglichen hat, bleibt es mithin grundsätzlich beim Verzugserfordernis. Die P kann also erst nach Fälligkeit am 30.5. Schadenersatz verlangen.⁶⁰ 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.⁶¹ 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 Mahnung⁶² 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 Verzugsschaden 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 Nichterfüllung⁶³ 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

⁶⁰ Da aus den o.g. Gründen § 281 BGB nicht vorrangig ist, scheidet auch ein Rückgriff auf § 281 II BGB aus.

⁶¹ 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.

⁶² Auch wenn nach dem Gesetz die Mahnung oft entbehrlich ist, erspart dies Streitereien.

⁶³ Nach neuer Terminologie "statt der Leistung" (vgl. Fn. 101).

nach der Schuldrechtsreform die Wahl habe, die mangelhafte Sache zu behalten. V habe schlicht keine Ahnung. Kann V den Beamer zurückfordern?

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 BGB⁶⁴ Nacherfüllung verlangen. Da Nachbesserung nicht möglich ist, kommt nur eine Nachlieferung des ursprünglich vereibarten Geräts in Betracht.⁶⁵ 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 hat⁶⁶ und kann daher nicht in eine eigene Anspruchsgrundlage des Verkäufers uminterpretiert werden.⁶⁷

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.⁶⁸ Ein Rückgriff auf das Bereicherungsrecht ist dann unzulässig. Zentral ist mithin die Frage, ob die für den Käufer klar erkennbare Falschlieferung im Falle der Stückschuld einen Sachmangel nach § 434 III BGB darstellt und ob deshalb allein das Sachmängelgewährleistungsrecht für eine weitere Abwicklung in Betracht kommt.

⁶⁴ Sieht man § 434 II BGB als eine teleologisch auf Gattungsschulden zu reduzierende Regelung an, dann hätte J noch den originären Erfüllungsanspruch. Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen, dazu sogleich.

⁶⁵ So auch die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 14/6040, S. 216.

⁶⁶ *Medicus*, NJW 2003, 89 (91).

⁶⁷ 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.

⁶⁸ *Medicus*, 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.⁶⁹ Dagegen spricht jedoch der Wortlaut, welcher eine Differenzierung nicht nahelegt und auch die Gesetzesbegründung, welche ausdrücklich auf die Stückschuld eingeht⁷⁰.

Denkbar ist zudem eine Differenzierung aufgrund einer subjektiven Betrachtung⁷¹: 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.⁷² Schließlich hat die subjektive Differenzierung im Gesetzeswortlaut keinen Niederschlag gefunden⁷³ und kann im Ergebnis nicht überzeugen.

⁶⁹ Medicus, 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.

⁷⁰ BT-Drs. 14/6040, S. 216.

⁷¹ Vgl. *Büdenbender*, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), Anwaltskommentar, 2002, § 434, Rn. 20.

⁷² *Medicus*, NJW 2003, 89 (91) m.w.N.

⁷³ 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.⁷⁴ 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.⁷⁵ Zudem enthielt § 434 III BGB noch im Diskussionsentwurf⁷⁶ 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.⁷⁷ Nur im Falle des Qualifikationsaliuds komme § 434 III BGB zur Anwendung. Das Identitätsaliud unterliege im Falle der Stückschuld wie bisher dem allgemeinen Leistungsstörungenrechts.⁷⁸ Faktisch könne wie folgt abgegrenzt werden: Wird ein gegenständlich 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.⁷⁹ 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 Abstellen auf die

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 *Medicus*, 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.

⁷⁴ Vgl. *Ehmann/Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht 2002, S. 221.

⁷⁵ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 216. Ebenso *Lettl*, JuS 2002, 866 (868) m.w.N.

⁷⁶ Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vom 2.8.2000, S. 47.

⁷⁷ *Schulze*, NJW 2003, 1022 ff. m.w.N.

⁷⁸ Vgl. nur *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung 2002, Einführung S. XXII f.

⁷⁹ Bsp. gebildet nach *Schulze*, NJW 2003, 1022.

"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.⁸⁰ 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.⁸¹

§ 434 III BGB ist demnach zusammenfassend so zu verstehen, dass im Falle des Identitätsaliud für den Verkäufer erkennbar schon keine Leistungserbringung vorliegt.⁸² 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.⁸³

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

⁸⁰ BT-Drs. 14/6040, S. 216.

⁸¹ Lettl, JuS 2002, 866 (871).

⁸² 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.

⁸³ So im Ergebnis u.a. Lorenz/Riehm, (Fn.), 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.

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 BGB⁸⁴. 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.⁸⁵ Für die Anwendbarkeit des § 478 I BGB ist jedoch weitere 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 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 Geschehensablauf⁸⁶ 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

⁸⁴ D ist Verbraucher (§13 BGB) und V Unternehmer (§ 14 BGB), der sachliche Anwendungsbereich eines Haustürgeschäft nach § 312 I 1 Nr. 2 BGB ist ebenfalls gegeben. Näher *Kropholler*, (Fn. 7), § 312, Rn. 1 ff.

⁸⁵ Näher zu den Voraussetzungen des Verbrauchsgüterkaufs *Faust/Huber*, (Fn. 44), S. 394, Rn. 2. oder *Lorenz/Riehm*, (Fn. 10), S. 320, Rn. 584.

⁸⁶ Rücknahme aufgrund von Widerruf.

Verkäuferschutzes sollen nicht schwerpunktmäßig zu Lasten des Endverkäufers gehen.⁸⁷ 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 er nicht den vollen Kaufpreis bezahlen. V meint er hätte selbstverständlich alles repariert, nun habe K aber Pech gehabt. Wie ist die Rechtslage?

Variante 2: K ruft bei V an und bittet um Nachbesserung. V meint bloß, dass 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 Gefahrübergang⁸⁸ 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 2 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.⁸⁹ An dieser Stelle wird nun die Besonderheit des Falles relevant, dass der Käufer den Mangel bereits selbst

⁸⁷ Vgl. dazu die Ausführungen zu § 478 BGB bei *Kropholler*, (Fn. 7), § 478, Rn. 1 f.

⁸⁸ Maßgeblich ist nur der Zeitpunkt des Gefahrübergangs, dass der Mangel nachträglich behoben wurde, ändert nichts am Eingreifen des Kaufrechtsgewährleistungsrechts.

⁸⁹ Näher *Faust/Huber*, (Fn. 44), S. 346, Rn. 87.

beheben hat: Ab dem Zeitpunkt, in dem der Käufer den Mangel selbst behoben hat, ohne dass eine Fristsetzung zur Nacherfüllung gem. §§ 281 II, 323 II oder 440 BGB entbehrlich war⁹⁰, liegt kein behebbarer, sondern ein *unbehebbarer Mangel* vor. Die Nacherfüllung wird durch V damit unmöglich (sog. "qualitative Unmöglichkeit").⁹¹ Für den Fall der Unmöglichkeit der Erfüllung des *Nacherfüllungsanspruchs*⁹² bestimmt § 326 I 2 BGB, dass der Anspruch des Verkäufers (hier V) auf die Gegenleistung (Kaufpreis) zunächst (vollständig)⁹³ erhalten bleibt. Sinn des § 326 I 2 BGB ist es, dem Käufer in dieser Situation⁹⁴ ein Wahlrecht zwischen Minderung und Rücktritt zu gewähren.⁹⁵ Er soll entscheiden wie weiter verfahren wird.⁹⁶ 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. Da K hier ohne vorher bei V nachzufragen die Unmöglichkeit durch Selbstvornahme herbeigeführt hat, liegen die Voraussetzungen des § 323 VI BGB 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.

⁹⁰ Dies ist hier nicht der Fall, zumal K nicht einmal bei V nachgefragt hat.

⁹¹ Siehe dazu *Lorenz*, NJW 2002, 2497 ff.

⁹² In Abgrenzung zum normalen, nicht durch die Verjährung des § 438 BGB modifizierten Erfüllungsanspruchs.

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

⁹⁴ Gemeint ist die der Unmöglichkeit des Nacherfüllungsanspruchs.

⁹⁵ Palandt/*Heinrichs*, (Fn. 7), § 326, Rn. 3.

⁹⁶ 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).

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.⁹⁷ Im vorliegenden Fall muss danach K nur den entsprechend herabgesetzten Kaufpreis zahlen.⁹⁸

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 aus §§ 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

⁹⁷ Ebenso Lorenz, NJW 2003, 1417 (1418 f.).

⁹⁸ Zu den Einzelheiten bzgl. der Höhe der Anrechnung auf den Kaufpreis und Verjährungsfragen vgl. Lorenz, NJW 2003, 1417 (1419).

Nacherfüllungsverweigerung die Umstände, welche zur Unmöglichkeit der Nacherfüllung führten, zu vertreten hat.⁹⁹

⁹⁹ Ebenso im Ergebnis *Lorenz*, NJW 2003, 1417 (1418), dort Fn. 9.