

Aufsatz ZR

Dr. Matthias Fervers

Das System der schuldrechtlichen Anspruchsgrundlagen im Kaufrecht

DOI 10.1515/jura-2015-0002

Bei der Bearbeitung kaufrechtlicher Fälle fällt vielen Studenten die Auswahl der richtigen Anspruchsgrundlage erfahrungsgemäß schwer. Der folgende Beitrag soll einen Überblick über die verschiedenen Anspruchskonstellationen im Kaufrecht geben.

I. Einleitung

Für die Klausurbearbeitung sind Kenntnis und Wahl der richtigen Anspruchsgrundlage unerlässlich, um nicht bereits zu Beginn der Klausur »auf die schiefe Bahn« zu geraten. Allerdings hat der deutsche Gesetzgeber das System der möglichen Anspruchsgrundlagen sehr kompliziert – zum Teil auch unnötig kompliziert – gestaltet¹. Es ist für den Anfänger nicht möglich, das System anhand eines »flüchtigen Blicks« zu verstehen und zu behalten. Deshalb sollte sich auch niemand entmutigen lassen, der diesen Beitrag nicht beim ersten Lesen vollständig versteht und verinnerlicht. Selbst wenn sich nur ein Teil der folgenden Darstellung einprägt, ist schon ein Schritt nach vorne getan. Es scheint letztlich unumgänglich, sich immer und immer wieder mit den verschiedenen möglichen Fallkonstellationen zu befassen. Deshalb sei an dieser Stelle auch die mehrfache Lektüre und Benutzung dieses Beitrags angeraten.

Im Folgenden soll zunächst im Wege einiger methodischer Vorüberlegungen die Vorgehensweise gezeigt werden, die zur Wahl der richtigen Anspruchsgrundlage führt. Danach werden anhand von Fallbeispielen die möglichen Grundkonstellationen im Kaufrecht näher beleuchtet. In den Fußnoten finden sich vertiefende Erläuterungen und Hinweise zu aktueller Rechtsprechung.

¹ Zu Recht kritisch Soergel-BGB/Gsell § 311a Rn 6 ff.

Matthias Fervers: Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Europäisches Privat- und Verfahrensrecht an der LMU München.

II. Methodische Vorüberlegungen

1. Erster Schritt: Mit oder ohne § 437 BGB

In einem ersten Schritt ist gedanklich zu prüfen, ob eine Anspruchsgrundlage aus dem Kaufrecht (§§ 437...BGB) oder eine Anspruchsgrundlage aus dem allgemeinen Schuldrecht einschlägig ist. Die Abgrenzung richtet sich danach, ob es sich um einen Anspruch wegen eines Sachmangels bei Gefahrübergang² (= Übergabe, § 446 BGB) handelt. Sofern die Kaufsache übergeben worden ist und der Käufer einen Anspruch wegen eines Sachmangels geltend macht, so ist § 437 in jedem Fall mit zu zitieren³. Der rechtspraktische Unterschied zwischen einem Mängelanspruch mit § 437 BGB und einem Anspruch aus dem allgemeinen Schuldrecht liegt in der Verjährung. Während Ansprüche aus dem Allgemeinen Schuldrecht in der Regelverjährungsfrist von drei Jahren (§ 195 BGB) und erst ab dem in § 199 I BGB bestimmten Zeitpunkt verjähren, ordnet § 438 I Nr. 3 BGB bei Ansprüchen wegen eines Sachmangels im Regelfall eine Verjährungsfrist von zwei Jahren ab Ablieferung/Übergabe (§ 438 II BGB) an.

² So jedenfalls die überwiegende Auffassung, vgl. MünchKommBGB/Westermann § 437 Rn 6; Palandt/Weidenkaff § 437 Rn 49; Staudinger/Matusche-Beckmann § 437 Rn 20; Staudinger/Beckmann Vorb 22 zu §§ 433 ff.; Huber NW 2002, 1005; näher zum Begriff der Pflichtverletzung auch Petersen, Examens-Repetitorium Allgemeines Schuldrecht, Rn 24 ff. Nach anderer Auffassung (Bamberger/Roth/Faust § 437 Rn 6; Maultzsch ZGS 2003, 411, 417) soll es auf den Zeitpunkt ankommen, in dem der Käufer die Sache nach § 363 BGB als Erfüllung annimmt. Zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen beide Ansichten beim Versandkauf, bei dem nach § 447 I BGB die Gefahr bereits bei Übergabe der Kaufsache an die Transportperson auf den Käufer übergeht.

³ Das schließt jedoch nach zwar umstrittener aber zutreffender Ansicht nicht aus, dass Mängelrechte auch schon vor Gefahrübergang anwendbar sein können. Hierbei ist jede einzelne Mängelvorschrift daraufhin zu untersuchen, ob sie nach ihrer *ratio* den Gefahrübergang voraussetzt. Hieraus ergibt sich beispielsweise, dass der Käufer bei Vorliegen einer Stückschuld auch schon vor deren Übergabe zur Minderung nach §§ 437 Nr. 2, 441 I BGB berechtigt sein muss. Ausführlich zum Ganzen Soergel/Gsell Vor § 320 Rn 50 ff.

2. Zweiter Schritt: Das Begehren des Käufers

In einem zweiten Schritt ist das Begehren des Käufers herauszuarbeiten. Sofern der Käufer Nacherfüllung verlangt, kann richtige Anspruchsgrundlage nur §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB sein. Sofern der Käufer die Rückzahlung des Kaufpreises begehrt, so ist im Fall eines mangelbedingten Rücktritts (also im Fall der nicht vertragsgemäßen Leistung) §§ 437 Nr. 2, 346 I BGB und im Fall der Nichtleistung § 346 I BGB die richtige Anspruchsgrundlage. Komplizierter wird es nur dann, wenn der Käufer Schadensersatz verlangt. In diesem Fall muss die gedankliche Prüfung mit einem dritten und einem vierten Schritt fortgesetzt werden.

3. Dritter Schritt: Schadensersatz statt oder neben der Leistung

Sofern der Käufer Schadensersatz geltend macht, ist in einem dritten Schritt danach zu fragen, ob es sich um Schadensersatz statt oder neben der Leistung handelt. Zwar ist die Abgrenzungsmethode heftig umstritten. Zum Teil wird davon ausgegangen, dass die Abgrenzung phänomenologisch vorzunehmen und danach zu fragen ist, ob der Schadensersatzanspruch funktionell an die Stelle der ursprünglichen Leistung oder neben sie tritt⁴. Nach wohl herrschender Literaturauffassung ist nach dem Sinn und Zweck der Fristsetzung eine zeitliche Abgrenzung vorzunehmen: Zum Schadensersatz statt der Leistung sollen nur solche Schadensposten zählen, die auf dem endgültigen Ausbleiben der Leistung beruhen und die demnach durch eine ordnungsgemäße Leistung im letztmöglichen Zeitpunkt hätten verhindert werden können⁵. Alle zum Zeitpunkt des Schadensersatzverlangens bereits entstandenen Schäden (»Schäden bis heute«) sind nach dieser Methode als Schadensersatz neben der Leistung und alle danach entstandenen Schäden (»Schäden ab heute«) als Schadensersatz statt der Leistung zu qualifizieren. So kompliziert die Abgrenzung im Einzelnen aber auch sein mag⁶,

⁴ So insbesondere die Vorstellung des Gesetzgebers, BT-Drs. 14/6040, S. 136f.; ähnlich *Grigoleit/Riehm* AcP203 (2003), 727, 730, 735ff.; *Grunewald*, in: Dauner/Lieb/Konzen/Schmidt, Praxis der Schuldrechtsreform, 2003, S. 313ff., 317.

⁵ BeckOK-BGB/*Faust* § 437 Rn 56; MünchKomm-BGB/*Ernst* § 281 Rn 110ff.; *Gsell*, in: FS Canaris, 2007, S. 337, 343ff.; *Lorenz* JuS 2008, 203, 204f.; *Petersen*, Examens-Repetitorium Allgemeines Schuldrecht, Rn 305; tendenziell auch BGH NJW 2010, 2426, 2427. Ein umfassender Vergleich der Ansichten anhand von Beispielfällen findet sich bei *Ackermann* JuS 2012, 865ff.

⁶ Vgl. jüngst BGHZ 197, 357 = NJW 2013, 2959.

in den hier besprochenen Grundkonstellationen gelangen die verschiedenen Ansichten nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen.

4. Vierter Schritt: Das Herausarbeiten der Pflichtverletzung

Im letzten Schritt ist gedanklich die entscheidende Pflichtverletzung herauszuarbeiten. Sofern es sich um Schadensersatz statt der Leistung handelt, kommen Schadensersatzansprüche wegen Unmöglichkeit (§§ 280 I, III 283; § 311a II BGB) und endgültiger Nichtleistung trotz Möglichkeit (§§ 280 I, III 281 BGB) in Betracht. Sofern Schadensersatz neben der Leistung vorliegt, kann es sich um einen Anspruch wegen Verzugs (§§ 280 I, II 286 BGB), wegen eines Mangelfolgeschadens (§§ 437 Nr. 3, 280 I BGB) oder wegen einer Nebenpflichtverletzung (§§ 280 I, 241 II BGB) handeln.

a) Schadensersatz statt der Leistung

Handelt es sich um Schadensersatz statt der Leistung, der nicht wegen eines Sachmangels geltend gemacht wird, so kommen als Anspruchsgrundlagen §§ 280 I, III, 281 BGB, §§ 280 I, III, 283 BGB und § 311a II BGB in Betracht. Im Falle nachträglicher Unmöglichkeit greift §§ 280 I, III 283 BGB, im Falle anfänglicher Unmöglichkeit § 311a II BGB. § 280 I, III 281 BGB ist einschlägig, wenn der Schuldner nicht geleistet hat, obwohl ihm die Leistung möglich war. Sofern ein Anspruch wegen eines Sachmangels geltend gemacht wird, ist bei nachträglicher Unmöglichkeit der Nacherfüllung §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 283 BGB (selten), bei anfänglicher Unmöglichkeit der Nacherfüllung §§ 437 Nr. 3, 311a II BGB (häufig) und bei Nichtvornahme trotz Möglichkeit der Nacherfüllung §§ 437 Nr. 3, 280 I, III 281 BGB die richtige Anspruchsgrundlage.

b) Schadensersatz neben der Leistung

Wenn ein Schadensersatzanspruch neben der Leistung geltend gemacht wird, ist bei Verzögerung der Nacherfüllung §§ 437 Nr. 3, 280 I, II, 286 BGB, bei einem Mangelfolgeschaden §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB, bei Verzögerung der ursprünglichen Leistung §§ 280 I, II, 286 BGB und im Falle einer Nebenpflichtverletzung §§ 280 I, 241 II BGB die richtige Anspruchsgrundlage.

III. Fallbeispiele

Im Folgenden werden die möglichen Fallkonstellationen im Kaufrecht skizziert. Einem kurzen einfachen Beispielfall folgen die Auswahl der richtigen Anspruchsgrundlage sowie das dazugehörige Prüfungsschema. Danach finden sich jeweils weiterführende Erläuterungen.

Fall 1

K kauft bei V einen Gebrauchtwagen, welchen es in dieser Form kein zweites Mal gibt und bezahlt diesen sofort. Nach Vertragsschluss, aber vor Übergabe, wird dieser durch das Verschulden des V zerstört. K hätte ihn mit einem Gewinn von 1.000 € weiterverkaufen können. K verlangt Schadensersatz.

Anspruchsgrundlage: §§ 280 I, III, 283 BGB

Prüfungsschema:

1. Schuldverhältnis (§ 241 I BGB)⁷
2. Pflichtverletzung in Form der nachträglichen Unmöglichkeit (§ 275 BGB)⁸
3. Vertretenmüssen (§§ 280 I 2, 276 BGB)
4. Schaden (§§ 249 ff. BGB)⁹

⁷ Die im Folgenden einzeln gesetzten eingeklammerten Vorschriften sind für Zwischenüberschriften nicht zwingend. Sie sollen vorliegend vor allem der normativen Orientierung dienen.

⁸ Bei der Pflichtverletzung in Form der nachträglichen Unmöglichkeit ist nur zu prüfen, ob die Voraussetzungen von § 275 BGB vorliegen. Unerheblich ist, ob der Verkäufer/Schuldner für die Unmöglichkeit verantwortlich ist bzw. ob er sie herbeigeführt hat. Das wird erst beim Vertretenmüssen relevant. Die herrschende Auffassung folgt insoweit einem erfolgsbezogenen Begriff der Pflichtverletzung (BeckOK-BGB/Unberath § 280 Rn 11; Jauernig/Stadler § 280 Rn 8; MünchKomm-BGB/Ernst § 280 Rn 12; Lorenz, Karlsruher Forum 2005, S. 38; a.A. Ehmann/Sutschet, Modernisiertes Schuldrecht, 2002, S. 64 ff., 83 f.). Zwar scheint BGHZ 174, 61 = NJW 2007, 3777 zu einem verhaltensbezogenen Begriff der Pflichtverletzung zu neigen; die Entscheidung betraf jedoch einen Fall aus dem Grundstücksrecht und erfolgte auch ohne Auseinandersetzung mit dem erfolgsbezogenen Begriff der Pflichtverletzung, sodass sie wohl nicht als verallgemeinerungsfähig angesehen werden kann.

⁹ Ein Schaden bestünde im vorliegenden Fall nach §§ 249 I, 252 S. 1 BGB zumindest in Höhe des entgangenen Gewinns (1.000 €). Ob im Wege des Schadensersatzes statt der Leistung auch der gezahlte Kaufpreis zurückgefordert werden kann, ist dagegen problematisch. Nach altem Schuldrecht wurde nach der Rspr. vermutet, dass Leistung und Gegenleistung gleichwertig waren und so die erbrachte Gegenleistung (hier der Kaufpreis) als sog. »Mindestschaden« in die Schadensberechnung einbezogen (BGHZ 62, 119, 120; BGH NJW 1998, 2360, 2364). Hierzu war man jedoch deshalb gezwungen, weil nach §§ 325, 326 BGB aF Rücktritt und Schadensersatz in einem Exklusivitätsverhältnis standen und der Gläubiger daher andernfalls bei der Wahl des Schadensersatzes keine Möglichkeit mehr gehabt hätte, den gezahl-

Erläuterung: Die Anwendung der zuvor dargestellten gedanklichen Prüfung führt zu §§ 280 I, III, 283 BGB. Obwohl ein Kaufvertrag vorliegt, darf hier § 437 BGB nicht zitiert werden. Denn K macht nicht einen Anspruch wegen eines Sachmangels, sondern wegen ursprünglicher Nichtleistung geltend, sodass eine Anspruchsgrundlage aus dem allgemeinen Schuldrecht einschlägig sein muss. Dann handelt es sich hier unzweifelhaft um Schadensersatz statt der Leistung, weil der Schadensersatzanspruch zum einen an die Stelle der ursprünglich geschuldeten Leistung tritt und weil der Schaden – der entgangene Gewinn – auf dem endgültigen Ausbleiben der Leistung beruht und durch eine ordnungsgemäße Leistung im letztmöglichen Zeitpunkt hätte verhindert werden können. Somit kommen nur noch §§ 280 I, III, 281 BGB und §§ 280 I, III, 283 BGB und § 311 a II BGB in Betracht. Da die Leistung unmöglich geworden ist, und zwar erst nach Vertragsschluss (und somit nachträglich), bleibt als Anspruchsgrundlage nur noch §§ 280 I, III, 283 BGB.

Fall 2

K kauft bei V einen Gebrauchtwagen, welchen es in dieser Form kein zweites Mal gibt und bezahlt diesen sofort. Bereits vor Vertragsschluss war dieser zerstört worden, was V wusste. K hätte ihn mit einem Gewinn von 1.000 € weiterverkaufen können. K verlangt Schadensersatz.

Anspruchsgrundlage: § 311 a II BGB

Prüfungsschema:

1. Vertrag (§ 311 I BGB)
2. Anfängliche Unmöglichkeit (§ 275 BGB)
3. Kenntnis oder Kennenmüssen des Schuldners in Bezug auf die Unmöglichkeit¹⁰ (§§ 311 a II 2, 276 BGB)
4. Schaden (§§ 249 ff. BGB)

ten Kaufpreis zurück zu bekommen. Da jedoch § 325 BGB im Gegensatz zur Rechtslage vor der Schuldrechtsmodernisierung die Kumulation von Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung erlaubt, gibt es für diese Vorgehensweise nach der neuen Rechtslage an sich keine sachliche Rechtfertigung mehr, näher Soergel/Gsell § 325 Rn 6. Nach weit verbreiteter Ansicht soll dem Gläubiger gleichwohl auch bei schon erbrachter Leistung ein Wahlrecht zwischen Differenz- und Surrogationsmethode zustehen (Palandt/Grüneberg § 281 Rn 22), sodass es in der Klausur auch vertretbar erscheint, den gezahlten Kaufpreis in die Schadensberechnung mit einzubeziehen. In diesem Fall müsste man allerdings annehmen, dass zwischen dem Schadensersatzanspruch und dem rücktrittsfolgenrechtlichem Rückzahlungsanspruch insoweit Anspruchskonkurrenz besteht, als sich beide Ansprüche decken, vgl. OLG Oldenburg NJW-RR 2011, 1498, 1499. Siehe auch den Übungsfall bei Gsell/Fervers ZJS 2014, 282.

¹⁰ Anders als bei §§ 280 I, III, 283 BGB ist beim Vertretenmüssen im Rahmen von § 311 a II BGB nicht die Frage zu erörtern, ob der Ver-

Erläuterung: Die Erwägungen von Fall 1 können auf Fall 2 übertragen werden. Beide Fälle unterscheiden sich nämlich lediglich dadurch, dass die Unmöglichkeit nach § 275 I Alt. 2 BGB nicht nach, sondern bereits vor Vertragsschluss bestand. Richtige Anspruchsgrundlage ist in diesem Fall § 311a II BGB.

Fall 3

K kauft bei V einen Gebrauchtwagen, welchen es in dieser Form kein zweites Mal gibt und bezahlt diesen sofort. Nach Vertragsschluss entsteht durch das Verschulden des V ein unbehebbarer Mangel, den K erst nach Übergabe entdeckt. K hätte den Wagen mit einem Gewinn von 1.000€ weiterverkaufen können. K verlangt Schadensersatz.

Anspruchsgrundlage: §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 283 BGB

Prüfungsschema:

1. Kaufvertrag (§ 433 BGB)
2. Pflichtverletzung in Form der nachträglichen Unmöglichkeit der Nacherfüllung (§ 275 BGB)
3. Vertretenmüssen (§§ 280 I 2, 276 BGB)
4. Schaden (§§ 249 ff. BGB)

Erläuterung: In Fall 3 wird ein Anspruch wegen eines Sachmangels bei Gefahrübergang geltend gemacht, sodass in jedem Fall § 437 BGB zu zitieren ist. Der Schadensposten tritt an die Stelle der ursprünglichen Leistung und beruht auf dem endgültigen Ausbleiben der Leistung, sodass es sich um Schadensersatz statt der Leistung handelt. Somit verbleiben als mögliche Anspruchsgrundlagen nur noch §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB und §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 283 BGB und §§ 437 Nr. 3, 311a II BGB. Da der Mangel erst nach Vertragsschluss entstanden ist, scheidet § 437 Nr. 3, 311a II BGB aus. Die Abgrenzung zwischen §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB und §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 283 BGB richtet sich danach, ob der Verkäufer trotz Möglichkeit der Nacherfüllung nicht geleistet hat (dann §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281) oder ob die Nacherfüllung unmöglich war (dann §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 283). Die Nacherfüllung ist immer erst dann nach § 275 BGB unmöglich, wenn *beide* Arten der Nacherfüllung – also sowohl die Nachbesserung als auch die Nachlieferung – unmöglich sind. Eine Nachlieferung kommt vorliegend nicht in Betracht, da es sich bei dem Gebrauchtwagen um ein Unikat handelt und somit die

käufer/Schuldner für den Eintritt der Unmöglichkeit verantwortlich ist. Es kommt nur darauf an, ob der die Unmöglichkeit kannte oder kennen musste (vgl. MünchKomm-BGB/*Ernst* § 311a Rn 45). § 311a II BGB lässt vereinfacht gesagt denjenigen haften, der »schuldhaft etwas verspricht, was er nicht halten kann«.

Kaufsache nach der Vorstellung der Parteien nicht austauschbar ist¹¹. Da der Mangel unbehebbar ist, ist auch eine Nachbesserung nicht möglich. Die Nacherfüllung ist deshalb nach § 275 I Alt. 2 BGB unmöglich, sodass §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 283 BGB die richtige Anspruchsgrundlage darstellt. Zum Rücktritt bei Unmöglichkeit der Nacherfüllung siehe Fall 13.

Fall 4

K kauft bei V einen Gebrauchtwagen, welchen es in dieser Form kein zweites Mal gibt und bezahlt diesen sofort. Nach der Übergabe stellt sich heraus, dass es sich um einen Unfallwagen handelt. K hätte den Wagen mit einem Gewinn von 1.000€ weiterverkaufen können. K verlangt Schadensersatz.

Anspruchsgrundlage: §§ 437 Nr. 3, 311a II BGB

Prüfungsschema:

1. Kaufvertrag (§ 433 BGB)
2. Pflichtverletzung in Form der anfänglichen Unmöglichkeit der Nacherfüllung (§ 275 BGB)
3. Kenntnis oder Kennenmüssen des Verkäufers in Bezug auf den Mangel (§§ 311a II 2, 276 BGB)
4. Schaden

Erläuterung: Da ein Anspruch wegen eines Sachmangels geltend gemacht wird, ist § 437 BGB zu zitieren. Der Schadensposten tritt an die Stelle der ursprünglichen Leistung und beruht auf dem endgültigen Ausbleiben der Leistung, sodass es sich um Schadensersatz statt der Leistung handelt. Von den verbleibenden Anspruchsgrundlagen §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB und §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 283 BGB und §§ 437 Nr. 3, 311a II BGB ist diesmal §§ 437 Nr. 3, 311a II BGB die richtige, weil der Mangel unbehebbar war und bereits vor Vertragsschluss entstanden ist.

Im Gegensatz zur Konstellation in Fall 3 tritt die Konstellation in Fall 4 (»Verkauf eines gebrauchten Unfallwagens«) sehr häufig auf. Oftmals wird dabei übersehen, dass es sich um einen Schadensersatzanspruch wegen anfänglicher Unmöglichkeit handelt. Denn auch bei einem gebrauchten Unfallwagen sind beide Formen der Nacherfüllung gemäß § 275 I Alt. 2 BGB unmöglich: die Nach-

¹¹ In diesem Fall ist eine Nachlieferung beim Stückkauf nicht möglich, vgl. BGHZ 168, 64 = NJW 2006, 2839; BGHZ 170, 86 = BGH NJW 2007, 1346; OLG Karlsruhe NJW-RR 2007, 1210, 1211; MünchKomm-BGB/H. P. Westermann § 439 Rn 11f. Ausführlich und mit umfangreichen Nachweisen zum Streitstand Staudinger-BGB/*Matusche-Beckmann* § 439 Rn 60.

lieferung scheitert wiederum daran, dass die Kaufsache bei einem Unikat nach der Vorstellung der Parteien nicht austauschbar ist. Und eine Nachbesserung ist deshalb nicht möglich, weil der Makel »Unfallwagen« schlechterdings nicht behoben werden kann (sog. »qualitative Unmöglichkeit«)¹². Somit handelt es sich um einen Fall einer anfänglich unmöglichen Nacherfüllung, in dem §§ 437 Nr. 3, 311a II BGB einschlägig ist.

Fall 5

K kauft bei V ein Auto und bezahlt dieses sofort. Als dieser den vereinbarten Liefertermin nicht einhält, setzt K eine Frist. Als V immer noch nicht leistet, verlangt K Schadensersatz und kauft dasselbe Modell bei D, welcher dafür 500 € mehr verlangt.

Anspruchsgrundlage: §§ 280 I, III, 281 BGB

Prüfungsschema:

1. Schuldverhältnis
2. Pflichtverletzung in Form der Nichtleistung trotz Fälligkeit (§ 281 I 1 BGB)
3. Fristsetzung (§ 281 I 1 BGB)
4. Vertretenmüssen
5. Schaden

Erläuterung: Fall 5 behandelt den klassischen Fall des »Deckungskaufs«. Da es nicht um einen Sachmangel geht, ist die Anspruchsgrundlage im Allgemeinen Schuldrecht zu suchen. Da es sich um Schadensersatz statt der Leistung handelt¹³ und V trotz anderweitiger Möglichkeit nicht geleistet hat, ist §§ 280 I, III, 281 BGB richtige Anspruchsgrundlage.

¹² BGHZ 168, 64, 17ff. = NJW 2006, 2839; BGH NJW 2008, 53, 55; BeckOK-BGB/Unberath § 275 Rn 23; MünchKomm-BGB/Ernst § 275 Rn 103; Heyers/Heuser NJW 2010, 3057.

¹³ Bei diesem Deckungskauf handelt es sich unproblematisch um Schadensersatz statt der Leistung, weil K zuerst Schadensersatz verlangt und danach den Deckungskauf getätigt hat. Umstritten ist dagegen der sog. »verfrühte Deckungskauf«, d.h. wenn K zuerst den Deckungskauf getätigt und dann Schadensersatz verlangt hätte. Nach teilweise vertretener Ansicht soll in diesem Fall §§ 280 I, II, 286 BGB Platz greifen (Lorenz, in: FS Leenen, 2012, S. 147ff., 154ff.), weil der Schaden im Zeitpunkt des Schadensersatzverlangens schon entstanden sei und daher nicht auf dem endgültigen Ausbleiben der Leistung beruhe. Der BGH ist dieser Ansicht nicht gefolgt und hat entschieden, dass die Mehrkosten eines Deckungskaufs nur unter den Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung ersatzfähig sind (BGHZ 197, 357 = NJW 2013, 2959; hierzu Gsell LMK 2013, 353035).

Fall 6

K kauft bei V ein Auto und bezahlt dieses sofort. Dieser hält den vereinbarten Liefertermin nicht ein. K muss deshalb in der Zwischenzeit ein anderes Auto mieten, wodurch ihm Kosten in Höhe von 600 € entstehen. K verlangt Schadensersatz.

Anspruchsgrundlage: §§ 280 I, II, 286 BGB

Prüfungsschema:

1. Schuldverhältnis
2. Pflichtverletzung in Form der Leistungsverzögerung
3. Mahnung (§ 286 I 1 BGB)
4. Vertretenmüssen (§§ 280 I 2, 286 IV BGB)
5. Schaden

Erläuterung: Fall 6 ist ein klassischer Fall des Schuldnerverzugs. Da kein Anspruch wegen eines Sachmangels geltend gemacht wird, ist das Allgemeine Schuldrecht einschlägig. Es handelt sich um einen Schadensersatzanspruch neben der Leistung: K begehrt nach wie vor die Lieferung des Autos, sodass der Schadensersatzanspruch nicht an die Stelle der ursprünglichen Leistung tritt. Auch eine ordnungsgemäße Lieferung hätte zum Zeitpunkt des Schadensersatzverlangens den Schaden nicht mehr verhindert. Und da die Pflichtverletzung in einer Leistungsverzögerung besteht, ist §§ 280 I, II, 286 BGB einschlägig. Bei der Prüfung des Anspruchs ist stets auf die Prüfung der Mahnung zu achten, die im vorliegenden Beispiel gemäß § 286 II Nr. 1 BGB entbehrlich ist¹⁴.

Fall 7

K kauft bei V ein Auto und bezahlt dieses sofort. Bei Übergabe war der Zahnriemen defekt. K setzt dem V eine Frist zur Reparatur, die dieser verstreichen lässt. K verlangt Schadensersatz und kauft dasselbe Modell bei D, der dafür 500 € mehr verlangt.

Anspruchsgrundlage: §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281

Prüfungsschema:

1. Kaufvertrag
2. Pflichtverletzung in Form eines Sachmangels (§ 434 BGB)
3. Fristsetzung
4. Vertretenmüssen¹⁵
5. Schaden

¹⁴ Klausurrelevant zur Entbehrlichkeit der Mahnung nach § 286 II Nr. 4 BGB ist die Entscheidung BGH NJW 2011, 2871.

¹⁵ Umstritten ist der sog. »Bezugspunkt des Vertretenmüssens«: Nach teilweise vertretener Auffassung soll es im Falle einer mangel-

Erläuterung: In Fall 7 geht es wieder um einen Deckungskauf, allerdings diesmal wegen eines Sachmangels bei Gefahrübergang. Es handelt sich um Schadensersatz statt der Leistung und der Mangel ist nicht unbehebbar, sodass §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB einschlägig ist. Im vorliegenden Fall hat K aber nicht nur den Mangel beseitigt (dann läge ein sog. »kleiner Schadensersatz statt der Leistung« vor, vgl. Fall 8), sondern ein gänzlich neues Modell gekauft. Er macht somit den »großen Schadensersatz statt der Leistung« geltend. Sofern sich daher im Sachverhalt Anhaltspunkte befinden¹⁶, dass die Pflichtverletzung (der Sachmangel) unerheblich sein könnte, ist § 281 I 3 BGB zu prüfen, welcher den »großen Schadensersatz statt der Leistung« für diesen Fall ausschließt. Sofern K im vorliegenden Fall Schadensersatz verlangt, hat V seinerseits nach §§ 281 V, 346 I BGB einen Anspruch auf die Rückgabe (und ggf. Rückübereignung) des Autos.

Fall 8

K kauft bei V ein Auto und bezahlt dieses sofort. Bei Übergabe war der Zahnriemen defekt. K setzt dem V eine Frist zur Reparatur. Nachdem diese erfolglos verstrichen ist, verlangt er Schadensersatz und lässt den Mangel von D beseitigen, der ihm dafür 500 € in Rechnung stellt.

haften Lieferung nur darauf ankommen, ob der Verkäufer die Nichtvornahme der Nacherfüllung zu vertreten hat (Lorenz, in: FS Ulrich Huber, 2006, S. 423ff.). Überzeugend dagegen Gsell, in: FS Canaris, 2007, S. 337ff., wonach die ursprüngliche Pflichtverletzung (die mangelhafte Lieferung) bis zu ihrer Beseitigung bestehen bleibt, sodass es genügt, wenn der Verkäufer die Pflichtverletzung zu irgendeinem Zeitpunkt zu vertreten hat. Der BGH hat die Frage bislang nicht entschieden. In BGHZ 163, 234 = NJW 2005, 2852 Rn 16 wurde sie ausdrücklich und in BGH NJW 2006, 988 Rn 16 implizit offen gelassen. In BGHZ 177, 224 = NJW 2008, 2837 hat der BGH zwar ausgesprochen, dass ein Vertretenmüssen ausscheidet, wenn der Verkäufer die mangelhafte Lieferung nicht zu vertreten hat. Allerdings hat der BGH in casu das Bestehen eines Nacherfüllungsanspruchs gerade verneint. Auch in BGH NJW 2010, 2426, 2429 Rn 29 knüpfte der BGH beim Vertretenmüssen an die mangelhafte Lieferung an; allerdings ging es in der Entscheidung um einen Nutzungsausfallschaden, wobei keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt worden war.

16 Da die Unerheblichkeit der Pflichtverletzung ein Ausnahmetatbestand ist, für den der Schuldner die Darlegungs- und Beweislast trägt (Staudinger-BGB/Otto/Schwarze § 281 Rn F4), ist das Nichtvorliegen von § 281 I 3 BGB auch nicht Voraussetzung für einen Anspruch nach §§ 280 I, III 281 BGB und deshalb nur bei bestehenden Anhaltspunkten zu thematisieren. Näher dazu Fn 28.

Anspruchsgrundlage: §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB
Prüfungsschema:

1. Kaufvertrag
2. Pflichtverletzung in Form eines Sachmangels
3. Fristsetzung zur Nacherfüllung
4. Vertretenmüssen
5. Schaden

Erläuterung: Die Konstellation ähnelt derjenigen aus Fall 7, nur dass K diesmal nicht ein komplett neues Modell gekauft, sondern nur den Mangel behoben hat. K macht deshalb nicht den »großen«, sondern nur den »kleinen« Schadensersatz statt der Leistung geltend; auf § 281 I 3 kommt es deshalb nicht an.

Es handelt sich hierbei im Übrigen um die berühmte »Selbstvornahme im Kaufrecht«, die allerdings in der vorliegenden Konstellation nicht problematisch ist. Denn K hat erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt. Das »Standardproblem« der Selbstvornahme im Kaufrecht, ob ein Erstattungsanspruch nach §§ 326 II 2, 326 IV BGB analog besteht¹⁷, stellt sich nur, wenn der Käufer den Mangel ohne Fristsetzung beseitigt.

Fall 9

K kauft bei V ein Auto und bezahlt dieses sofort. Bei Übergabe war der Zahnriemen defekt. K setzt dem V eine angemessene Frist von drei Tagen zur Reparatur. Nach Ablauf der drei Tage mietet sich K einen anderen Wagen. V hat das Auto erst nach zehn Tagen fertig repariert, bis dahin sind K Mietkosten in Höhe von 300 € entstanden, die K nun von V ersetzt verlangt.

Anspruchsgrundlage: §§ 437 Nr. 3, 280 I, II, 286 BGB

Prüfungsschema:

1. Kaufvertrag
2. Pflichtverletzung in Form der Verzögerung der Nacherfüllung
3. Mahnung

17 Einen Anspruch nach § 326 II 2 BGB analog lehnt der BGH in ständiger Rechtsprechung ab, vgl. grundlegend BGHZ 162, 219 = NJW 2005, 1348; nach BGH NJW 2006, 988 (kritisch Gsell LMK 2006, 168751) auch dann, wenn ein Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB am fehlenden Vertretenmüssen scheitert; nach BGH NJW 2006, 1195 (hierzu Lorenz NJW 2006, 1175) auch dann, wenn der Käufer nicht weiß, ob ein Defekt auf einen Sachmangel zurückzuführen ist. **A.A.** Bydlinski ZGS 2005, 129ff.; Gsell ZIP 2005, 922ff. Lorenz NJW 2003, 1417ff.; ders. NJW 2005, 1321ff.; für einen Aufwendungsersatz nach dem Recht der GoA Oechsler NJW 2004, 1825, 1826.

4. Vertretenmüssen
5. Schaden

Erläuterung: Die Konstellation in Fall 7 ähnelt derjenigen aus Fall 5 mit dem (einzigem) Unterschied, dass hier nicht die ursprüngliche Leistung, sondern nach einer mangelhaften Lieferung die Nacherfüllung verzögert wurde, so dass § 437 Nr. 3 zitiert werden muss.

Fall 10

K kauft bei V ein Auto und bezahlt dieses sofort. Bei Übergabe war der Zahnriemen defekt. K setzt dem V eine Frist zur Reparatur, die V einhält. Währenddessen muss sich K einen Wagen mieten, wodurch ihm Kosten von 600 € entstehen.

Anspruchsgrundlage: §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB

Prüfungsschema:

1. Kaufvertrag
2. Pflichtverletzung in Form eines Sachmangels
3. Vertretenmüssen
4. Schaden

Erläuterung: Die vorliegende Konstellation ist umstritten. Es handelt sich nämlich um den Fall eines mangelbedingten Nutzungsausfallschadens. Teilweise wird hier Schadensersatz nur unter Verzugsvoraussetzungen nach §§ 280 II, 286 als möglich angesehen¹⁸. Zur Begründung wird vorgebracht, die Pflichtverletzung liege nicht in der mangelhaften Lieferung, sondern darin, dass nicht rechtzeitig eine mangelfreie Sache geleistet wurde. Ein Schuldner, der eine mangelhafte Sache liefert, dürfe nicht schlechter stehen als derjenige, der gar nicht leistet. Der BGH ist dieser Ansicht nicht gefolgt und hat den mangelbedingten Nutzungsausfallschaden als Mangelfolgeschaden eingeordnet¹⁹. Erklären lässt sich dies unter anderem damit, dass das Erfordernis einer Mahnung nur bei einer vollständigen Nichtleistung, nicht aber bei einer mangelhaften Leistung passt. Denn ein Mangel wird anders als das vollständige Ausbleiben der Leistung oftmals nicht schon im vereinbar-

ten Leistungszeitpunkt, sondern erst bei tatsächlicher Verwendung der Kaufsache entdeckt.

Fall 11

K kauft bei V ein Auto und bezahlt dieses sofort. Als V den Liefertermin nicht einhält, setzt K ihm eine Frist. Nachdem diese erfolglos verstrichen ist, will er vom Vertrag zurücktreten und sein Geld wiederhaben.

Anspruchsgrundlage: § 346 I BGB²⁰

Prüfungsschema:

1. Rücktrittserklärung (§ 349 BGB)²¹
2. Rücktrittsrecht (§ 323 BGB)
 - a) Gegenseitiger Vertrag
 - b) Nichtleistung trotz Fälligkeit
 - c) Fristsetzung

Erläuterung: Dies ist die Grundkonstellation des Rücktritts wegen Nichtleistung. Zu beachten ist beim Rücktritt, dass im Gegensatz zu einem Schadensersatzanspruch kein Vertretenmüssen des Schuldners vorliegen muss. Wenn der Gläubiger keine Frist gesetzt hat, ist zu prüfen, ob die Fristsetzung möglicherweise nach § 323 II BGB entbehrlich war. Bei entsprechenden Anhaltspunkten im Sachverhalt (aber nur dann²²) ist außerdem zu prüfen, ob das Rücktrittsrecht infolge Zeitablaufs nach § 218 I BGB²³ oder wegen überwiegender Verantwortlichkeit des Gläubigers nach § 323 VI BGB ausgeschlossen ist.

²⁰ Ebenfalls vertretbar und durchaus gängig ist es, als Anspruchsgrundlage §§ 346 I, 323 BGB zu nennen. Wichtig ist allerdings trotzdem, dass ausschließlich § 346 I BGB die Anspruchsgrundlage darstellt und dass § 323 BGB nur die Voraussetzungen für das Bestehen eines Rücktrittsrechts normiert.

²¹ Bisweilen kann es auch sinnvoll sein, die Rücktrittserklärung erst nach dem Rücktrittsrecht zu prüfen. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Gläubiger noch keine Rücktrittserklärung abgegeben hat. In diesem Fall kann sich an die Feststellung, dass ein Rücktrittsrecht besteht, der Hinweis anschließen, dass die erforderliche Rücktrittserklärung zwar noch nicht abgegeben ist, aber noch abgegeben werden könnte.

²² Siehe Fn 28.

²³ Da gemäß § 194 I BGB nur Ansprüche der Verjährung unterliegen und der Rücktritt kein Anspruch, sondern ein Gestaltungsrecht ist, bedarf es der Sonderregelung des § 218 I BGB, vgl. BeckOK-BGB/Henrich § 218 Rn 1; MünchKomm-BGB/Grothe § 218 Rn 1; kritisch zur umständlichen Regelungstechnik Staudinger/Peters/Jacoby § 218 Rn 1.

¹⁸ Jauernig-BGB/Berger § 437 Rn 17; Grigoleit/Riehm AcP 203 (2003), 727, 754f.; Oechsler NJW 2004, 1825, 1828; Petersen JURA 2002, 461, 462f.; Schur ZGS 2002, 243, 244.

¹⁹ BGHZ 181, 317 = NJW 2009, 2674 mit ausführlicher Begründung und umfangreichen Nachweisen zum Streitstand. Ebenso auch die wohl herrschende Literaturauffassung, vgl. MünchKomm-BGB/Ernst § 280 Rn 55ff.; Canaris ZIP 2003, 326; Faust, in: FS Canaris, S. 237ff.; Gsell, in: FS Canaris, S. 337, 341; Lorenz NJW 2002, 2497, 2501; ders. LMK 2009, 286449.; Tiedtke/Schmitt BB 2005, 615, 617ff.

Fall 12

K kauft bei V ein Auto und bezahlt dieses sofort. Bei Übergabe war der Zahnriemen defekt. K setzt dem V eine Frist zur Reparatur. Nachdem diese erfolglos verstrichen ist, will er vom Vertrag zurücktreten und sein Geld wiederhaben.

Anspruchsgrundlage: §§ 437 Nr. 2, 346 I BGB²⁴

Prüfungsschema:

1. Rücktrittserklärung (§ 349 BGB)
2. Rücktrittsrecht (§§ 437 Nr. 2, 323 I BGB)
 - a) Kaufvertrag (§ 433 BGB)
 - b) Nicht vertragsgemäße Leistung: Sachmangel (§§ 323 I, 434 BGB)
 - c) Fristsetzung zur Nacherfüllung (§ 323 I BGB)

Erläuterung: Die Konstellation ist die gleiche wie in Fall 11, nur dass es diesmal nicht um einen Rücktritt wegen Nichtleistung, sondern um einen mangelbedingten Rücktritt geht, sodass § 437 Nr. 2 BGB zitiert werden muss. Die Fristsetzung zur Nacherfüllung kann außer nach § 323 II BGB auch nach § 440 S. 1 BGB²⁵ entbehrlich sein²⁶. Wiederum ist bei entsprechenden Anhaltspunkten im Sachverhalt (und nur dann) zusätzlich zu prüfen, ob der Rücktritt infolge Zeitabbaus nach § 218 I BGB oder wegen überwiegender Verantwortlichkeit des Gläubigers nach § 323 VI BGB oder – und diese Ausnahme existiert nur beim mangelbedingten Rücktritt²⁷ – der Rücktritt deshalb ausgeschlossen

²⁴ Auch hier ist es selbstverständlich zulässig, §§ 437 Nr. 2, 346 I, 323 BGB als Anspruchsgrundlage zu nennen. Denkbar wäre auch § 437 Nr. 2 i. V. m. § 346 I BGB, weil § 437 Nr. 2 BGB nicht direkt auf die Rechtsfolge (§ 346 I BGB), sondern nur auf das Rücktrittsrecht (§ 323 BGB) verweist.

²⁵ Geht man zutreffend davon aus, dass einzelne Gewährleistungsvorschriften ihrem Sinn und Zweck nach auch schon vor Gefahrübergang anwendbar sind (vgl. Fn 2), so spricht nichts dagegen, dem Käufer einer Stückschuld auch schon vor Gefahrübergang zuzugestehen, wegen Unzumutbarkeit nach § 440 S. 1 Var. 3 sofort zurückzutreten. Näher Soergel/Gsell Vor § 320 Rn 53.

²⁶ Nach der Rechtsprechung des BGH ist eine Nacherfüllung iSd § 440 S. 1 Var. 3 bzw. § 323 II Nr. 3 BGB im Regelfall unzumutbar, wenn der Verkäufer den Käufer arglistig getäuscht hat (BGH NJW 2007, 835; BGH NJW 2008, 1371). Seine in einem obiter dictum geäußerte Ansicht, dass eine Fristsetzung außerdem im Falle eines unwirksamen Gewährleistungsausschlusses entbehrlich sein soll (BGHZ 170, 31 = NJW 2007, 674 Rn 44), hat der BGH wieder aufgegeben (BGH NJW 2011, 3435).

²⁷ BeckOK-BGB/H. Schmidt § 323 Rn 39; MünchKomm-BGB/Ernst § 323 Rn 240; Schulze/Schulze § 323 Rn 14; implizit auch Jauernig/Stadler § 323 Rn 5.

ist, weil die Pflichtverletzung (der Sachmangel) nach § 323 V 2 BGB unerheblich ist²⁸.

Insgesamt lässt sich im Rahmen des § 437 BGB zwischen Nacherfüllung, Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung eine Art »Dreistufigkeit« erkennen. Während die Nacherfüllung nur einen Sachmangel voraussetzt, muss für einen Rücktritt eine Fristsetzung (aber kein Vertretenmüssen) dazukommen und für einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung müssen Sachmangel, Fristsetzung und Vertretenmüssen kumulativ vorliegen.

Fall 13

K kauft bei V einen Gebrauchtwagen, welchen es in dieser Form kein zweites Mal gibt und bezahlt diesen sofort. Nach der Übergabe stellt sich heraus, dass es sich um einen Unfallwagen handelt. K will sofort vom Vertrag zurücktreten und sein Geld zurückhaben.

Anspruchsgrundlage: §§ 437 Nr. 2, 346 I BGB²⁹

Prüfungsschema:

1. Rücktrittserklärung (§ 349 BGB)
2. Rücktrittsrecht (§§ 437 Nr. 2, 326 V BGB)
 - a) Kaufvertrag (§ 433 BGB)
 - b) Nicht vertragsgemäße Leistung: Sachmangel (§ 434 BGB)
 - c) Entbehrlichkeit der Fristsetzung wegen Unmöglichkeit der Nacherfüllung (§ 326 V BGB)

Erläuterung: Fall 13 behandelt den mangelbedingten Rücktritt bei Unmöglichkeit der Nacherfüllung. Wenn die Nacherfüllung nach § 275 BGB unmöglich ist³⁰, kann der

²⁸ Für den Anfänger ist es nicht leicht zu erkennen, welche Voraussetzungen stets geprüft werden müssen und auf welche Aspekte nur bei entsprechenden Anhaltspunkten im Sachverhalt eingegangen werden sollte. Die Antwort ergibt sich aus der prozessualen Darlegungs- und Beweislast des Anspruchstellers, welche sich nur auf die Voraussetzungen des Anspruchs, nicht aber auf Einwendungen bezieht. Wer sich als Kläger auf einen Anspruch nach §§ 437 Nr. 2, 346 I BGB beruft, hat stets darzulegen und zu beweisen, dass er eine Rücktrittserklärung abgegeben hat und dass ein Rücktrittsrecht besteht (Staudinger-BGB/Otto/Schwarze § 323 Rn F1ff.). Demgegenüber handelt es sich bei §§ 323 V 2, 323 VI, 218 I BGB um Einwendungen (§ 281 I Einrede) gegen den Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 346 I BGB, für die der Schuldner die Darlegungs- und Beweislast trägt (Staudinger-BGB/Otto/Schwarze § 323 Rn F4f.).

²⁹ Auch hier kann das Rücktrittsrecht aus § 326 V BGB bereits in der Anspruchsgrundlage mit zitiert werden.

³⁰ Nach Ansicht des BGH besteht das Rücktrittsrecht nach § 326 V BGB im Falle »wirtschaftlicher Unmöglichkeit« allerdings nicht schon dann, wenn die Voraussetzungen von § 275 II BGB vorliegen, sondern

Käufer ohne Fristsetzung zur Nacherfüllung vom Vertrag zurücktreten³¹. Da die Nacherfüllung nicht durchgeführt werden kann, würde eine Frist zur Nacherfüllung auch wenig Sinn ergeben. Etwas verwirrend ist, dass § 326 V BGB auf § 323 BGB verweist. Gleichwohl sollte § 323 I BGB besser nicht geprüft werden, da aufgrund der anfänglichen Unmöglichkeit niemals ein fälliger Anspruch iSd § 323 I BGB bestand.

Fall 14

K kauft bei V ein Auto und bezahlt dieses sofort. Bei Übergabe war der Zahnriemen defekt. K verlangt Beseitigung des Mangels bzw. Lieferung eines neuen Wagens.

Anspruchsgrundlage: §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB³²

Prüfungsschema:

1. Kaufvertrag
2. Sachmangel

Erläuterung: Zu dieser Fallgestaltung gibt es nicht viel zu sagen, es handelt sich um die Grundkonstellation der kaufrechtlichen Nacherfüllung³³. Auch hier ist darauf zu

erst, wenn der Schuldner sein Leistungsverweigerungsrecht tatsächlich geltend macht (BGH NJW 2013, 1074; krit. *Gsell* JZ 2013, 423f.).

31 Diese sog. »qualitative Unmöglichkeit« ist auch (neben dem Vorliegen einer Teilleistung) der eigentliche Anwendungsfall des § 326 V BGB (näher Staudinger/*Otto* § 326 Rn F1ff.). Denn wenn die Leistung bereits vor Gefahrübergang nach § 275 I BGB unmöglich wird, erlischt der Anspruch des Verkäufers auf Kaufpreiszahlung ipso iure nach § 326 I 1 HS 1 BGB und der Käufer kann den Kaufpreis bereits nach §§ 326 IV, 346 I BGB zurückverlangen; ein gesonderter Rücktritt hat in diesem Fall keinerlei praktischen Nutzen. Bei der »qualitativen Unmöglichkeit« erlischt der Anspruch auf Kaufpreiszahlung dagegen gemäß § 326 I 2 BGB nicht (gemäß § 326 I 1 HS 2 BGB auch nicht bei Vorliegen einer Teilleistung) von selbst, sodass es eines zusätzlichen Rücktritts bedarf.

32 Ebenfalls vertretbar und auch gängig ist es, nur § 439 I BGB (ohne § 437 Nr. 1 BGB) als Anspruchsgrundlage zu zitieren. Da es im Allgemeinen Schuldrecht keinen »Parallelanspruch« gibt, können insofern keine Missverständnisse entstehen.

33 Zu den Rechtsproblemen im Rahmen der Nacherfüllung vgl. Staudinger/*Eckpfeiler/Gsell*, 5. Aufl. 2014, Kapitel L Rn 63ff. Klausurrelevant sind insbesondere der Leistungsort (vgl. hierzu Fn 36) und die Reichweite der Nacherfüllung: Nach der Rechtsprechung des EuGH (EuGH NJW 2011, 2269) gebietet Art. 3 II, III der Richtlinie 1999/44/EG (»Verbrauchsgüterkaufrichtlinie«), dass nach einem erfolgten Einbau der Kaufsache der Verkäufer im Rahmen des Nachlieferungsanspruchs nach § 439 I Alt. 2 BGB nicht nur zur Lieferung einer neuen Sache, sondern auch zum Ausbau der alten und zum Einbau der neuen Sache oder zur Kostentragung für den Einbau verpflichtet ist. Nach der Folgeentscheidung BGHZ 192, 148 = NJW 2012, 1073 verpflichtet § 439 I Alt. 2 BGB den Verkäufer zur Lieferung einer mangelfreien Sache, zum Ausbau und Abtransport der mangelhaften Sache

achten, dass es sich bei der Nacherfüllung um einen verschuldensunabhängigen Rechtsbehelf handelt, sodass es unerheblich ist, ob der Verkäufer den Mangel hätte erkennen können. In der Klausur ist ferner darauf zu achten, dass im Falle der Nachbesserung § 439 I Alt. 1 BGB und im Falle der Nachlieferung § 439 I Alt. 2 BGB als Anspruchsgrundlage zitiert wird. Verlangt der Käufer die Nachlieferung nach § 439 I Alt. 2 BGB, so hat der Verkäufer gemäß §§ 439 IV, 346 I BGB seinerseits einen Anspruch auf die Rückgewähr der mangelhaften Kaufsache³⁴.

Fall 15

K kauft bei V ein Notebook und bezahlt dieses sofort. Als sich zeigt, dass dieses bei der Übergabe mit einer kaputten Grafikkarte bestückt war, bringt K das Gerät für die Reparatur bei V vorbei. Anschließend verlangt er Ersatz der Fahrtkosten.

Anspruchsgrundlage: § 439 II BGB

Prüfungsschema:

1. Kaufvertrag
2. Sachmangel
3. Aufwendungen zum Zwecke der Nacherfüllung

Erläuterung: Obwohl es der Wortlaut von § 439 II BGB nicht unbedingt nahelegt, ist die Vorschrift nach der Rechtsprechung als Anspruchsgrundlage zu qualifizieren³⁵, wobei der Verbraucher nach richtlinienkonformer Auslegung sogar Anspruch auf einen Vorschuss haben soll³⁶. Diesen Anspruch gewährt der BGH dem Verbraucher nicht zuletzt deshalb, weil er die Nacherfüllung gemäß § 269 I BGB im Zweifel als Holschuld qualifiziert und daraus folgert, dass der Verbraucher die Sache zum Zwecke der Nacherfüllung zum Ort des Verkäufers bringen muss³⁷.

sowie zum Einbau der mangelfreien Sache. Diese weite Auslegung von § 439 I Alt. 2 BGB betrifft indes nur den Verbrauchsgüterkauf. Sofern kein Verbrauchsgüterkauf iSd § 474 I BGB vorliegt, erfasst § 439 I Alt. 2 BGB nach Ansicht des BGH nur die Lieferung einer mangelfreien Sache (BGHZ 195, 135 = NJW 2013, 220; BGHZ 177, 224 = NJW 2008, 2837).

34 Allerdings kann der Verkäufer beim Verbrauchsgüterkauf gemäß § 474 V 1 BGB keinen Anspruch auf Nutzungsersatz.

35 Tendenziell schon BGHZ 177, 224 = NJW 2008, 2837 Rn 9f.

36 BGHZ 189, 196 = NJW 2011, 2278 Rn 37.

37 BGHZ 189, 196 = NJW 2011, 2278; zu Recht kritisch *Gsell* JZ 2011, 988ff. Nach Ansicht des BGH liegt ein taugliches Nacherfüllungsverlangen auch nur dann vor, wenn der Käufer dem Verkäufer die Bereitschaft signalisiert, ihm die Kaufsache zur Überprüfung der er-

Fall 16

K kauft bei V ein Auto und bezahlt dieses sofort. Bei Übergabe war der Zahnriemen defekt. K setzt dem V eine Frist zur Reparatur. Nachdem diese erfolglos verstrichen ist, will er den Kaufpreis mindern und das zu viel gezahlte Geld zurückhaben.

Anspruchsgrundlage: §§ 441 IV, 346 I BGB

Prüfungsschema:

1. Minderungserklärung
2. Voraussetzungen des Rücktritts (§§ 441 I 1, 323 I BGB)
 - a) Kaufvertrag
 - b) Nicht vertragsgemäße Leistung: Sachmangel
 - c) Fristsetzung zur Nacherfüllung

Erläuterung: Durch die Formulierung »statt zurückzutreten« gibt § 441 I 1 BGB zu erkennen, dass die Minderung unter den gleichen Voraussetzungen steht wie der Rücktritt. Somit muss der Käufer lediglich statt einer Rücktrittserklärung eine Minderungserklärung abgeben. Zu beachten ist außerdem, dass die Minderung nach § 441 I 2 BGB unabhängig davon erklärt werden kann, ob die Pflichtverletzung (der Sachmangel) unerheblich ist. Sofern daher ein Rücktritt an § 323 V 2 BGB und ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung an § 281 I 3 BGB scheitert, sollte niemals die Möglichkeit der Minderung vergessen werden.

Fall 17

K kauft bei V ein Auto, um damit in Urlaub zu fahren und bezahlt dieses sofort. Als V den Liefertermin nicht einhält, setzt K eine Frist. Als diese erfolglos verstrichen ist, will K mit dem Vertrag nichts mehr zu tun und Ersatz für das in den Urlaub nutzlos investierte Geld haben.

Anspruchsgrundlage: § 284 BGB

Prüfungsschema:

1. Schuldverhältnis
2. Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung
 - a) Nichtleistung trotz Fälligkeit
 - b) Fristsetzung
 - c) Vertretenmüssen
3. Ersatzfähige Aufwendungen

Erläuterung: Aus der Formulierung »anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung« folgt, dass Aufwen-

dungersatz nach § 284 BGB nur verlangt werden kann, wenn die Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung vorliegen³⁸ (im konkreten Beispiel § 281 I BGB, denkbar wäre allerdings auch § 283 BGB). Ist dies der Fall, so sind Aufwendungen, die im Vertrauen auf die ordnungsgemäße Leistung erbracht wurden, schon dann als ersatzfähig anzusehen, wenn sie nicht übertrieben luxuriös, überflüssig oder sonst atypisch erscheinen³⁹.

Grundsätzlich können frustrierte Aufwendungen auch als Schadensersatz statt der Leistung geltend gemacht werden. Problematisch daran ist aber, dass der Gläubiger die Aufwendungen ja nicht aufgrund der Nichtleistung, sondern ohnehin getätigt hat: K hätte das Urlaubsgeld auch dann ausgegeben, wenn V das Auto ordnungsgemäß geliefert hätte, sodass K nach der Differenzhypothese (§ 249 I BGB) an sich kein Schaden entstanden ist. Die Rspr. bedient(e) sich bei kommerziellen Aufwendungen hierfür der sog. »Rentabilitätsvermutung« und ging davon aus, dass die Aufwendungen bei ordnungsgemäßer Erfüllung rentabel gewesen wären, sodass der Schaden letztlich nicht in den Aufwendungen selbst, sondern im weggefallenen »Lohn für die Aufwendungen« besteht. In einer Konstellation wie Fall 14 hilft die Rentabilitätsvermutung aber nicht weiter, weil es sich bei einem Urlaub nicht um eine kommerzielle, sondern um eine ideelle Aufwendung handelt. Und eine ideelle Aufwendung kann und soll ihrerseits keinen Gewinn abwerfen⁴⁰. Sofern also im Beispielsfall eine ideelle Aufwen-

³⁸ Heftig umstritten ist allerdings, ob sich aus der Formulierung »anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung« ergibt, dass die kumulative Geltendmachung von Aufwendungs- und Schadensersatz ausgeschlossen ist. Der BGH hat bereits entschieden, dass jedenfalls kein Exklusivitätsverhältnis zum Schadensersatz neben der Leistung besteht (BGHZ 163, 381 = BGH NJW 2005, 2848 Rn 17). Da durch das Kumulationsverbot in § 284 BGB nur verhindert werden soll, dass derselbe Schadensposten doppelt liquidiert werden kann, wird man weitergehend annehmen müssen, dass sich § 284 BGB und Schadensersatz statt der Leistung auch nur dann gegenseitig ausschließen, wenn der Gläubiger denselben Posten einmal als Schadens- und einmal als Aufwendungsersatz verlangt. Handelt es sich dagegen um unterschiedliche Posten, spricht viel dafür, § 284 BGB und einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung nebeneinander zuzulassen (Gsell, in: Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2002, S. 321, 333ff., 337ff.; dies. NJW 2005, 125 (126) m.w.N. auch zur Gegenansicht; vgl. außerdem den Übungsfall von Gsell/Fervers ZJS 2014, 282).

³⁹ In diesem Fall wäre der Rechtsgedanke des § 254 II 1 BGB entsprechend anzuwenden, vgl. MünchKomm-BGB/Ernst § 284 Rn 22.

⁴⁰ Gleichwohl gilt § 284 BGB auch für kommerzielle Aufwendungen, BGHZ 163, 381 = BGH NJW 2005, 2848; Jauernig/Stadler § 284 Rn 1.

hobenen Mängelrügen am Leistungsort der Nacherfüllung zur Verfügung zu stellen (BGH NJW 2013, 1074).

derung vorliegt, ist diese nur nach § 284 BGB, nicht aber nach §§ 280 I, III, 281 BGB ersatzfähig.

Fall 18

K kauft bei V ein Auto, um damit in Urlaub zu fahren und bezahlt dieses sofort. Bei Übergabe war der Zahnriemen defekt. K setzt eine Frist zur Reparatur. Als diese erfolglos verstrichen ist, will er mit dem Vertrag nichts mehr zu tun und Ersatz für das in den Urlaub investierte Geld haben.

Anspruchsgrundlage: §§ 437 Nr. 3, 284 BGB

Prüfungsschema:

1. Kaufvertrag
2. Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung
 - a) Pflichtverletzung in Form eines Sachmangels
 - b) Fristsetzung zur Nacherfüllung
 - c) Vertretenmüssen
3. Ersatzfähige Aufwendungen

Erläuterung: Fall 18 unterscheidet sich von Fall 17 nur insoweit, als es nicht um einen Aufwendungsersatz wegen Nichtleistung, sondern um einen mangelbedingten Aufwendungsersatz geht, sodass auch § 437 BGB zitiert werden muss.

Fall 19

K kauft bei V Motoröl. Als V dieses anliefert, stolpert er ungeschickt und verursacht am Auto des V Lackkratzer.

Anspruchsgrundlage: §§ 280 I, 241 II BGB

Prüfungsschema:

1. Schuldverhältnis
2. Verletzung einer Nebenpflicht (§ 241 II BGB)
3. Vertretenmüssen
4. Schaden

Erläuterung: Fall 19 stellt die klassische Konstellation einer Nebenpflichtverletzung dar. Diese Fallgestaltung steht etwas außerhalb der anderen hier besprochenen Fälle. Es liegt weder eine Nichtleistung noch eine Schlechtleistung vor. Vielmehr hat der Schuldner lediglich eine Nebenpflicht verletzt. In der Klausur wird diese Konstellation häufig dadurch »problematisiert«, dass vor Vertragsabschluss eine Pflicht verletzt wird, sodass bei der Frage des Schuldverhältnisses außerdem noch § 311 II BGB geprüft werden muss. Zu beachten ist außerdem, dass auch Pflichtverletzungen, die bei Gelegenheit der Nacherfüllung passieren (Beispiel: Der Verkäufer repariert die von ihm gelieferte Waschmaschine und verursacht bei der Reparatur Kratzer, die mit dem ursprünglichen Mangel in

keinem Zusammenhang stehen), nach teilweise vertretener Ansicht ebenfalls unter §§ 280 I, 241 II BGB fallen⁴¹.

Fall 20

K kauft bei V Motoröl, welches jedoch mangelhaft ist. Als K dieses in seinen Motor einfüllt, brennt dieser durch. K verlangt Schadensersatz.

Anspruchsgrundlage: §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB

Prüfungsschema:

1. Kaufvertrag
2. Pflichtverletzung in Form eines Sachmangels
3. Vertretenmüssen
4. Schaden

Erläuterung: Fall 20 behandelt die klassische Konstellation des Mangelfolgeschadens. Er ist nach übereinstimmender Auffassung als Schadensersatz neben der Leistung nach §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB einzuordnen. Im Beispielfall wäre außerdem auch ein Anspruch nach § 823 I BGB zu prüfen⁴². Der Mangelfolgeschaden im Beispielfall ist nicht zu verwechseln mit der umstrittenen Problematik der »Weiterfresserschäden«. Ein »Weiterfresserschaden« liegt nämlich nicht vor, wenn *andere* Gegenstände aufgrund der Mangelhaftigkeit beschädigt werden, sondern wenn sich Mangel *an der Sache selbst* »weiterfrisst«⁴³.

IV. Abschließende Bemerkungen

1. § 280 I BGB steht niemals alleine

Betrachtet man die dargestellten Konstellationen, so ergibt sich folgende wichtige Beobachtung: Obwohl es sich bei

⁴¹ Hierzu OLG Saarbrücken NJW 2007, 3503 und OLG Düsseldorf NJW 2014, 2802, 2803 Rn. 12 (zit. nach juris); kritisch Faust JuS 2008, 179, 180. Ausführlich und mit umfangreichen Nachweisen zum Streitstand Gsell, in: FS Derleder, 2015 (erscheint demnächst).

⁴² Im praktischen Ergebnis wird dies relevant, wenn ein beiderseitiges Handelsgeschäft vorliegt und der Käufer den Mangel nicht gerügt hat. In diesem Fall wäre ein Anspruch nach §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB ausgeschlossen, weil nach der Genehmigungsfiktion des § 377 II HGB kein Sachmangel vorläge. Ein Anspruch aus § 823 I BGB käme jedoch gleichwohl in Betracht, da die Wertung des § 377 HGB nicht auf deliktische Ansprüche übertragen werden kann (BGHZ 101, 337 = NJW 1988, 52).

⁴³ Zur Problematik der »weiterfressenden Mängel« Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 9. Aufl. 2014, Rn 181ff.; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 24. Aufl. 2013, Rn 650, 650b, 650i; Gsell, Substanzverletzung und Herstellung – Deliktsrechtlicher Eigentumschutz für Material und Produkt, 2003, passim.

§ 280 I BGB um die zentrale Anspruchsgrundlage für den Schadensersatz handelt, kann die Norm bei Vorliegen eines Kaufvertrags niemals alleine stehen (nur im Falle einer Nebenpflichtverletzung wie in Fall 19 wäre es vertretbar, statt §§ 280 I, 241 II BGB allein § 280 I BGB als Anspruchsgrundlage zu zitieren). Das ist nur dann möglich, wenn die Verletzung einer Hauptpflicht vorliegt, das entsprechende Vertragsverhältnis aber (anders als das Kauf- und das Werkvertragsrecht) nicht durch ein besonderes Gewährleistungsrecht geregelt ist. So zieht die Nichtausführung eines vereinbarten Auftrags nach § 662 BGB einen Anspruch nach § 280 I BGB nach sich. Ebenso richtet sich ein Schadensersatzanspruch gegen einen Rechtsanwalt⁴⁴ wegen fehlerhafter Beratung nach § 280 I BGB.

⁴⁴ Bei einem Anwaltsvertrag handelt es sich um einen Dienstvertrag (§ 611 BGB) mit Geschäftsbesorgungscharakter (§ 675 BGB), sofern der Vertrag auf Rechtsberatung und Prozessvertretung gerichtet ist, vgl. MünchKomm-BGB/Heermann § 675 Rn 26.

2. Kein Anspruch der Prüfungsschemata auf Absolutheit

Abschließend sei noch darauf hingewiesen, dass die vorgeschlagenen Prüfungsschemata in den jeweiligen Fallkonstellationen nicht immer die einzig richtigen sein müssen. Vertretbar und verbreitet ist es bei Ansprüchen nach § 437 BGB beispielsweise auch, zunächst die Voraussetzungen dieser Norm (Kaufvertrag und Sachmangel) und anschließend gesondert die Voraussetzungen der Anspruchsgrundlage (z. B. §§ 280 I, III, 281 BGB) zu prüfen. Diese Vorgehensweise hat jedoch zum einen den Nachteil, dass sie der Konzeption des neuen Schuldrechts, das Mängelrecht in das allgemeine Schuldrecht zu integrieren, nicht ganz so plastisch Rechnung trägt wie die hier vorgeschlagene Methode. Zum anderen ist man nach der genannten Vorgehensweise immer zu lästigen Wiederholungen gezwungen. Im gebildeten Beispiel müsste bei der Prüfung von §§ 280 I, III, 281 BGB beim Prüfungspunkt »Schuldverhältnis« wiederholt werden, dass ein Kaufvertrag vorliegt und beim Punkt »Pflichtverletzung« müsste wiederholt auf den Sachmangel eingegangen werden.