

**Universitätsrepetitorium Crash-Kurs –
Aktuelle Rechtsprechung im Zivilrecht (3.8.2009)**

Fall 18: Wertersatz bei Rücktritt wegen Zahlungsverzugs bei einem „Schnäppchen“ des Käufers

Anspruch V – K auf Wertersatz

Anspruchsgrundlage: § 346 II Nr. 2

Voraussetzungen: § 346 I

I. Gesetzliches Rücktrittsrecht: § 323 I

1. Gegenseitiger Vertrag:

Wohl **Kauf** (§ 433), weil Verpflichtung, die **Aufwendungen** für die Fahrschule zu tragen, eine Gegenleistung darstellt, die „**in Geld**“ besteht (*Palandt/Weidenkaff* § 433 Rn. 38).

Geldbetrag ist zwar **nicht bestimmt**, aber **bestimmbar** (alle Aufwendungen bis zum Erwerb des Führerscheins Klasse B)

Im Übrigen ist gleichgültig, welcher Vertragstyp vorliegt, da jedenfalls ein **gegenseitiger Vertrag** geschlossen wurde.

2. Nichtleistung des Schuldners trotz Fälligkeit:

Leistung war spätestens zu dem Zeitpunkt **fällig**, zu dem ersatzpflichtige Aufwendungen entstanden sind (= Bezahlung der Rechnung am 31.7.2006); § 271 I

3. Gläubiger hat vergeblich angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt:

a) Fristsetzung: bestimmte und eindeutige Aufforderung zur Leistung

Frist: Enddatum genau bestimmt (15.8.2009)

Aufforderung eindeutig (Rücktrittsdrohung)

b) Angemessenheit: Schuldner muss in der Lage sein, Leistung zu vollenden; 1 Woche eng, aber anscheinend ausreichend, um Zahlung zu bewirken

4. Rechtsfolge: Rückgewähr der empfangenen Leistung = Rückübereignung des Wallach

a) **Rückgewähr ausgeschlossen**, da Schuldner das ihm übereignete Pferd aufgrund der Veräußerung an seine Tochter nicht mehr zurückgeben kann (§ 346 II 1 Nr. 2)

b) **Wertersatz: zentrales Problem**

Verkehrswert des Pferdes (6.000.- Euro) oder Wert der **Gegenleistung** (1531, 72 Euro) maßgebend ?

aa) **BGH: gem. § 346 II 2** ist bei der Berechnung des Wertersatzes die **Gegenleistung** zugrunde zu legen, wenn eine solche im Vertrag bestimmt ist.

Gegenleistung des K ist in der Vereinbarung vom 25. Juli 2005 "**bestimmt**"

= „alle Aufwendungen (Fahrstunden, Theoriestunden und Gebühren), die der Klägerin bis zur Erteilung der Fahrerlaubnis der Klasse B entstehen“

= umfassende Kostenübernahme.

bb) **Bezifferung des Geldwerts** verlangt § 346 II 2 nicht;

Bestimmtheit (= Bestimmbarkeit) genügt.

mit dem Abschluss der Fahrausbildung steht die **Höhe der von K zu übernehmenden Kosten** für die Fahrausbildung der V zudem eindeutig fest

cc) **Teil des Schrifttums: § 346 II 2** bedürfe **teleologischer Reduktion**, wenn Geldgläubiger wegen Zahlungsverzugs des Schuldners zurücktrete (Canaris, FS Wiedemann 2002, 3, 22 f.); **arg.:**

- Verkäufer wird sonst an einem **schlechten Geschäft festgehalten**, obwohl er sein Geld nicht bekommen habe
- Rücktritt werde dadurch zu einem „**stumpfen Schwert**“

dd) **BGH lässt Einwände nicht gelten; arg.:**

Gesetzgeber habe – vom 2. Hs. abgesehen - das **Festhalten an einer Bewertung von Leistung und Gegenleistung** beim Rücktritt gewollt;

Rücktritt will nur status quo ante herstellen, **Rücktrittsgegner nicht „bestrafen“**; selbst bei einer **Orientierung am Verkehrswert** der Sache ist nicht gesichert, dass Verkäufer finanzielle Vorteile erlangt

- wenn der Kaufpreis – wie häufig - dem Wert der Sache entspricht oder höher ist, bekäme Verkäufer lediglich das, was er erhalten hat (Kaufpreis) zurück oder weniger.

Verkäufer wird durch wortlautgetreue Anwendung des § 346 II 2 **nicht benachteiligt**, weil er mit Abschluss des Kaufvertrages gezeigt hat, dass die Sache für ihn keinen höheren Wert hat als den vereinbarten Kaufpreis

ee) **Im Ergebnis nicht unbillig:** V bekommt durch den Rücktritt genau das, was sie gewollt hat: Bezahlung der Fahrstunden gegen Übereignung des Wallachs!

Fall 19: Gewährleistung beim Tierkauf; Tiere als „gebrauchte“ Sachen; Verjährung

A. Anspruch K – V auf Rückzahlung des Kaufpreises

Anspruchsgrundlage: § 346 I iVm §§ 434 I 1, 437 Nr. 2, 323 I, 326 V

I. Wirksamer Kaufvertrag: Zustandekommen bei Auktionen durch Gebot und Zuschlag (§ 156 BGB)

II. Sachmangel: angeborener Herzfehler (§ 434 I 2 Nr. 2)

III. Rechtsfolge: Rücktritt

1. **Voraussetzungen des § 323 I:** vergebliche Fristsetzung (-)

2. **Entbehrlichkeit der Fristsetzung:**

- § 326 V (Mangel unbehebbar - Herzfehler)

- außerdem hat V in Nr. 6a der Auktionsbedingungen **Nacherfüllung ausgeschlossen**; in solchen Fällen kann er vom Käufer nicht verlangen, dass dieser ein Frist zur Nacherfüllung setzt (§ 242)

Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs verstößt zwar uU gegen § 475 I 1, aber V könnte eine solche Unwirksamkeit nicht zu seinen Gunsten geltend machen.

IV. Verjährung:

1. **Rücktrittsrecht:**

- a) **Rücktrittsrecht verjährt nicht gem. § 438 I Nr. 3** (nur Nacherfüllung und Schadensersatzansprüche), **sondern gem. § 438 IV iVm § 218 I.**
- b) Gem. § 218 I ist der Rücktritt unwirksam, wenn der ihm **zugrunde liegende Nacherfüllungsanspruch verjährt** wäre und sich der Schuldner (V) darauf beruft.
- c) Besteht wegen **Unbehebbarkeit des Mangels** kein Nacherfüllungsanspruch (§ 275 I), kommt es gem. § 218 I 2 darauf an, ob der (**fiktive**) **Nacherfüllungsanspruch verjährt** wäre.
- d) Der Nacherfüllungsanspruch des K unterliegt nach § 438 I Nr. 3, II der **zweijährigen Verjährung**

- e) **Fallbezogen:** K ist am 13.10.2004 zurückgetreten; Ablieferung des Pferdes war am 27.10. 2002, also erfolgte der **Rücktritt noch innerhalb der maßgeblichen Frist von 2 Jahren.**

Gem. § 218 I 1, 2 kommt es für die Wirksamkeit des Rücktritts ausschließlich auf den **Zeitpunkt der Ausübung des Gestaltungsrechts** an

nicht auf den Zeitpunkt der gerichtlichen **Geltendmachung der** durch den Rücktritt ausgelösten **Ansprüche gemäß §§ 346 ff.** (BGH NJW 2006, 1960).

2. Verkürzung der Frist auf 12 Monate gem. Klausel 6g der Auktionsbedingungen:

a) Verstoß gegen die Klauselverbote des § 309 Nr. 7a und b BGB

- aa) Gem. § 309 Nr. 7a und b BGB kann in AGB die **Verschuldenshaftung für Körper- und Gesundheitsschäden nicht**, für sonstige Schäden nur für den Fall einfacher Fahrlässigkeit ausgeschlossen oder begrenzt werden.

Verboten ist auch die **zeitliche Begrenzung** der Ansprüche durch Verkürzung der Verjährungsfrist

Klausel 6g der Auktionsbedingungen lässt "die Gewährleistungsrechte des Käufers" - **ohne Ausnahme** - innerhalb von zwölf Monaten ab Gefahrübergang verjähren.

Klausel erfasst **auch Schadensersatzansprüche**, die gem. § 309 Nr. 7 a und b **nicht eingeschränkt** werden können.

Unwirksamkeit betrifft nicht nur atypische, eher fernliegende Konstellationen (Palandt/Grüneberg, vor § 307 Rn. 8)

bb) Geltungserhaltende Reduktion?

Grundsätzlich unzulässig; arg.: Verbraucherschutz; sonst risikolose Aufstellung unangemessener Klauselwerke

Ausnahme: blue-pencil-Test = „wenn nach Wegstreichen ein aus sich heraus verständlicher und sinnvoller Text bleibt“ (BGHZ 145, 203, 212; Palandt/Grüneberg, vor § 307 Rn. 11).

Umformulierung durch **Ergänzung der Klausel** akzeptiert BGH nicht

b) Außerdem Verstoß gegen § 475 II BGB

Beim **Verbrauchsgüterkauf**, der sich auf neue Sachen bezieht, kann **Verjährung** nicht auf **weniger als zwei Jahre** abgekürzt werden

aa) Verbrauchsgüterkauf (§ 474 I):

V = Unternehmer (§ 14 I)

K = Verbraucher (§ 13)

bb) Verkürzung der Verjährung aber zulässig bei „gebrauchten“ Sachen

Tiere als „gebrauchte“ Sachen

- (1) **Teil des Schrifttums:** Tiere stets "gebrauchte" Sachen, weil Abgrenzung nach den Kriterien "neu" oder "gebraucht" angesichts der vielfältigen Arten und Verwendungsformen von Tieren nicht nur **sachlich unangemessen**, sondern auch **praktisch** nicht oder nur schwer handhabbar sei.
- (2) **BGH:** mit **gesetzlicher Regelung und Gesetzesmaterialien** nicht zu vereinbaren.

Gem. **§ 90 a S. 3 BGB** sind auf Tiere die **für Sachen** geltenden Vorschriften **entsprechend** anzuwenden, sofern nicht etwas anderes bestimmt ist. §§ 474 ff BGB enthalten **keine Sonderregelung für Tiere**.

Abgrenzung danach, ob **Tiere mit Risiken** behaftet sind, die typischerweise durch Gebrauch entstehen.

Ob das **Alter** eine Rolle spielt – unabhängig vom Gebrauch – lässt BGH offen. jedenfalls **junge Haustiere** sind **nicht als "gebraucht"**, sondern als "neu" anzusehen (BT-Drucks. 14/6040, S. 245)

sechs Monate altes Fohlen = „neu“.

- cc) Nr. 1 der **Auktionsbedingungen:** versteigerte Pferde sind "als **gebrauchte Sachen** im Rechtssinne" verkauft worden.

Ob Sache gebraucht ist, ist nach **objektivem Maßstab** zu bestimmen und - jedenfalls bei Verbrauchsgüterkauf – der **Parteivereinbarung entzogen**.

Ergebnis: Rücktritt innerhalb der 2 Jahre erfolgt; nicht verjährt.

3. Verjährung der Ansprüche auf Rückgewähr der Leistungen

Anspruch auf Rückgewähr des Kaufpreises (§ 346 I) unterliegt **der gesetzlichen Regelverjährung gem. §§ 195, 199; arg.:**

Anspruch auf Kaufpreistrückzahlung **entsteht erst durch Rücktritt**; dieser Anspruch wird von § 438 BGB nicht erfasst.

Mangels Regelungslücke kommt auch eine **analoge Anwendung des § 438** nicht in Betracht

4. **Nr. 6f Auktionsbedingungen:** Ansprüche sind innerhalb einer **Ausschlussfrist von 6 Wochen**, gerechnet vom Zeitpunkt des Auktionstags, **schriftlich** geltend zu machen

verstößt gegen § 309 Nr. 7 (Einschränkung der Schadensersatzansprüche) und § 475 II (Verkürzung der 2-jährigen Verjährungsfrist für Mängel beim Verbrauchsgüterkauf)

B. Ansprüche auf Ersatz der Kosten für die Aufzucht des Fohlens und Tierarztkosten

- I. **Schadens- und Aufwendungsersatzansprüche gem. §§ 437 Nr. 3, 311a II bzw. 284**

wohl verjährt, weil für diese Ansprüche die **2-jährige Verjährungsfrist** des § 438 I Nr. 3 BGB gilt (BGH offen)

- II. **Verwendungsersatzanspruch gem. § 347 II 1**

1. **Verwendungen:** Vermögensaufwendungen, die der Sache oder dem Tier zugute kommen, indem sie ihrer Wiederherstellung, Erhaltung oder Verbesserung dienen (BGHZ 131, 220).

Pflege (Aufzucht); auch Tierarzt

2. Anspruch entsteht erst **mit der Rückgabe** des Gegenstandes (vgl. § 347 II 1)

Für diesen Anspruch gilt ebenfalls nicht § 438, sondern die 3-jährige **Regelverjährung gem. §§ 195, 199**

Ergebnis: Klage des K hat vollumfänglich Erfolg

Fall 20: Inhalt des Nacherfüllungsanspruchs

- I. **Anspruchsgrundlage § 439 II**

1. **Ersatz der erforderlichen Aufwendungen zum Zwecke der Nacherfüllung:**

„insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten“

Kosten der **Verlegung** neuer – mangelfreier – Parkettstäbe gehören zu den **Arbeits- und Materialkosten**

2. **Aber: Norm setzt** laut BGH **voraus**, dass sich der Vollzug des Kaufvertrags (**noch**) im **Stadium der Nacherfüllung** gemäß § 439 I BGB befindet.

a) K hat zwar **zunächst Nacherfüllung** von V verlangt, jetzt aber – nach Ablehnung durch V – nicht mehr.

b) § 439 II betrifft aber nur die **Kosten der „Nacherfüllung“** = Leistung **durch den Schuldner** der mangelhaften Leistung, **nicht** der Leistung durch **Dritte**

- c) **Schadensberechnung** geht davon aus, dass K den bislang nicht gezahlten Kaufpreis nicht mehr zu zahlen hat, weil er sich die Parkettstäbe von Dritten besorgt (= keine Nacherfüllung)
- d) Erstattung der **Kosten für die Verlegung neuer Parkettstäbe**, die nicht von V, sondern **von Dritten** zu liefern sind, kann K folglich **nicht gem. § 439 II**, sondern nur nach **§ 437 Nr. 3 i.V.m. §§ 280, 281** oder § 284 geltend machen.

II. Anspruchsgrundlage: § 437 Nr. 3, §§ 280, 281

Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung

Voraussetzungen:

1. Schuldverhältnis K – V: § 433
2. Pflichtverletzung des V:

1. Pflicht zur Nacherfüllung (§ 439 BGB):

- a) V war zur **Nacherfüllung verpflichtet**, weil die gelieferten Parkettstäbe mangelhaft waren
- b) **Inhalt des Nacherfüllungsanspruchs: Wahlrecht des Käufers (§ 439 I)**
- Beseitigung des Mangels oder
 - Lieferung einer mangelfreien Sache

aa) **Beseitigung des Mangels durch Ausbesserung** (Erneuerung der Klebeverbindung zwischen den beiden Schichten der Parkettstäbe) **nicht möglich**

bb) Folglich schuldete V Lieferung neuer - mangelfreier – Parkettstäbe

BGH: Verkäufer schuldet aber nur die **Übergabe und Übereignung** mangelfreier Parkettstäbe, **nicht ihre Verlegung**

daher auch keine Verpflichtung zur Übernahme der **Verlegungskosten**, wenn der Käufer die mangelhaften Parkettstäbe bereits verlegt hatte.

- (1) Bei den Nacherfüllungsansprüchen aus § 439 I handelt es sich um **Modifikationen des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs aus § 433 I**

Ersatzlieferung erfordert daher eine **vollständige Wiederholung der Leistungen**, zu denen V nach § 433 I verpflichtet ist, also Übergabe und Übereignung einer mangelfreien Sache - **nicht weniger, aber auch nicht mehr**.

Verlegung der ersatzweise zu liefernden Parkettstäbe schuldete V bei **Nacherfüllung** ebenso wenig wie bei der **ursprünglichen Lieferung**

- (2) **Einwand**: durch die Nacherfüllung wird **nicht der Zustand** hergestellt, der bei einer **mangelfreien Leistung** bestünde.

BGH: Nacherfüllung soll dem Verkäufer eine **"letzte" Chance** einräumen, seine Pflicht aus § 433 I doch noch zu erfüllen

Vermögensschäden oder Aufwendungen, die dem Käufer dadurch entstehen, dass der Verkäufer seine Pflichten erst im 2. Versuch erfüllt, sind dagegen **nicht im Zuge der Nacherfüllung** auszugleichen, sondern **nur im Rahmen eines Schadensersatz- oder Aufwendungsersatzanspruchs nach §§ 280 ff.**

Anerkannt für

- **Nutzungsausfall**, den der Käufer durch die Mangelhaftigkeit der Kaufsache erlitten hat (BGH WM 2008, 557)
 - **Zulassungs- und Überführungskosten beim Kraftfahrzeugkauf**, die aufgrund der Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs nutzlos geworden sind und für das Ersatzfahrzeug erneut anfallen (BGHZ 163, 381)
- (3) § 439 II bezieht sich nur auf Aufwendungen und Kosten, die erforderlich sind, um die **Nacherfüllung** durchzuführen, **erweitert** aber **nicht den Leistungsumfang über** den in § 439 I bestimmten Umfang **hinaus**.
- (4) **Art. 3 Abs. 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie** umfasst den Ersatz der **Kosten**, die für die „**Herstellung des vertragsgemäßen Zustands**“ des Verbrauchsgutes notwendig sind.

Auch Art. 3 Abs. 2 und 3 der Richtlinie geben dem Verbraucher einen Anspruch auf die **unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands** durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung.

Aber zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands gehört **nur die Ersatzlieferung** mangelfreier Parkettstäbe, **nicht deren Verlegung**

auch nach der Richtlinie kann K nur die **Kosten der Ersatzlieferung**, nicht aber die Kosten der Verlegung der Parkettstäbe geltend machen.

2. Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung

wegen Verletzung der **Pflicht, mangelfreie Parkettstäbe zu verschaffen**

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

a) Parkettstäbe mangelhaft: § 434 I

b) Rechtsfolge: Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280, 281

aa) Schuldverhältnis K – V: § 433

bb) Pflichtverletzung des V: nicht vertragsgemäße (mangelhafte) Leistung

cc) Vertretenmüssen des Schuldners: § 280 I 2 – wird grundsätzlich vermutet, aber Vermutung widerlegt

Für V als Händlerin war Mangel der vom Hersteller **verpackt gelieferten Parkettstäbe** nicht erkennbar

Verschulden des Herstellers musste sich V nicht gemäß § 278 zurechnen lassen, weil der Hersteller nicht **Erfüllungsgehilfe** des Verkäufers ist (st.Rspr.; vgl. BGHZ 48, 118).

Grund: Verkäufer verspricht nicht Beschaffung oder Herstellung, sondern lediglich Lieferung; er darf ebenso wie Werkunternehmer darauf vertrauen, dass **vom Lieferanten gekaufte Produkte oder Einbauelemente** einwandfrei sind

Bsp.: Werkunternehmer haftet nicht für fehlerhaftes Heizungsventil, das er von seinem Lieferanten „gekauft“ hat; BGH NJW 1978, 1157.

Konsequenz: **Hersteller, Zwischenhändler** und **Lieferanten** sind grundsätzlich **nicht** Erfüllungsgehilfen des Verkäufers oder Werkunternehmers.

3. Aufwendungsersatzanspruch K – V nach § 437 Nr. 3, § 284 BGB

- a) Kosten für die Verlegung **neuer**, mangelfreier Parkettstäbe sind **keine Aufwendungen** iSd § 284BGB

arg.: keine Aufwendungen im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung (Mangelfreiheit der von V gekauften Parkettstäbe), sondern **Kosten, die erst zukünftig** - aufgrund der anderweitigen Beschaffung mangelfreier Parkettstäbe - entstehen.

- b) **Kosten für die Verlegung der mangelhaften Parkettstäbe = Aufwendungen im Sinne des § 284 BGB**

arg.: Aufwendungen **im Vertrauen** auf die Mangelfreiheit der gekauften Parkettstäbe; diese sind infolge der Mangelhaftigkeit der Parkettstäbe **nutzlos** geworden

Aber: da Anspruch gem. § 284 nur **anstelle des Schadensersatzes** statt der Leistung geltend gemacht werden kann, müssen die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs nach §§ 280, 281 vorliegen (-)

Ergebnis: K hat gegen V keinen Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Verlegung der neuen – mangelfreien – von dritter Seite gelieferter Parkettstäbe

Fall 21: Inhalt des Nacherfüllungsanspruchs II; Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung

A. Schadensersatzanspruch K – V aus § 434 I 2 Nr. 2, § 437 Nr. 3, § 280 I und III, § 281 I wegen schuldhafter Lieferung mangelhafter Fliesen

I. Wirksamer Kaufvertrag

II. Sachmangel: § 434 I 2 Nr. 2 (+)

III. Rechtsfolge: Schadensersatz gem. §§ § 280 I und III, § 281 I

Voraussetzungen

1. Schuldverhältnis K – V: § 433

2. **Pflichtverletzung V**: nicht vertragsgemäße Erfüllung (§§ 434 I 2, 434)
3. **Verschulden**: gem. § 280 I 2 vermutet, aber Vermutung widerlegt
 - a) V hat Lieferung der mangelhaften Fliesen **nicht selbst verschuldet**
 - b) Keine Einstandspflicht gem. § 278 BGB für Herstellerin, da diese **nicht im Pflichtenkreis des Verkäufers** tätig war (BGH NJW 2008, 2837 Tz. 29; **Fall 21**).

Erg.: kein Schadensersatz wegen Lieferung mangelhafter Fliesen

B. Schadensersatzanspruch K – V gem. § 434 I 2 Nr. 2, § 437 Nr. 1, 439 I Fall 2, § 280 I und III, § 281 I und II BGB wegen der unterbliebenen Nachlieferung mangelfreier Fliesen

I. Wirksamer Kaufvertrag; Sachmangel (wie oben A.).

II. Rechtsfolge: Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439

Wahlrecht des Käufers: Mangelbeseitigung oder Ersatzlieferung

- **Mangelbeseitigung** nicht möglich, da Polierfehler nicht zu beseitigen ist.
- **Ersatzlieferung:** Abhilfe nur durch einen kompletten Austausch der Fliesen möglich

1. Umfang der Nachlieferung streitig:

- a) **H. M.** (OLG Köln, NJW-RR 2006, 677; Bamberger/Roth/Faust, BGB, 2. Aufl., § 439 Rdnr. 32): Käufer kann im Fall der Ersatzlieferung (§ 439 I Fall 2) grundsätzlich **Ausbau** der mangelhaften, **bestimmungsgemäß eingebauten Kaufsache** verlangen
Konsequenz: wenn Verkäufer Ausbaupflicht schuldhaft nicht erfüllt, kann Käufer **Erstattung der erforderlichen Kosten** verlangen (§§ 280, 281).
- b) **A.A.** (Erman/Grunewald, BGB, 12. Aufl., § 439 Rdnr. 5; Thürmann, NJW 2006, 3457, 3460 f.): V schuldet **nur Ersatzlieferung**, also Übergabe und Übereignung fehlerfreier Bodenfliesen, **nicht ihren Ausbau**
- c) **BGH lässt zunächst offen**, weil Frage keine Rolle spielt, wenn V nach **nationalem Recht** Lieferung mangelfreier Fliesen und Ausbau der mangelhaften Fliesen wegen **Unverhältnismäßigkeit gemäß § 439 III verweigern** darf.

V kann die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung verweigern, wenn sie nur mit **unverhältnismäßigen Kosten** möglich ist (Satz 1).

aa) Gesetz unterscheidet 2 Formen der Unverhältnismäßigkeit:

sog. **relative Unverhältnismäßigkeit** = wenn die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung **im Vergleich zu der anderen Art** unverhältnismäßige Kosten verursacht (Satz 2 Fall 3)

sog. **absolute Unverhältnismäßigkeit** = wenn die Art der Nacherfüllung **schon für sich allein unverhältnismäßige Kosten** verursacht, wobei Bezugspunkte der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand (Satz 2 Fall 1) und die Bedeutung des Mangels (Satz 2 Fall 2) sind.

bb) Da nur Ersatzlieferung mangelfreier Fliesen möglich ist, kommt **nur absolute Unverhältnismäßigkeit** in Betracht

(1) **Maßstab der Unverhältnismäßigkeit**: umstritten, BGH orientiert sich an der weitestgehenden Ansicht (*Bitter/Meidt*, ZIP 2001, 2114, 2121):

Mängelbeseitigung **unverhältnismäßig**, wenn **Kosten der Nacherfüllung**

- 150% des Werts der Sache im **mangelfreien Zustand** oder
- 200% des **mangelbedingten Minderwerts**

übersteigen

(2) **Fallbezogen**: (Selbst-)Kosten für die **Lieferung der mangelfreien Fliesen** (ca. 1.200 €) und Kosten für den **Ausbau** der mangelhaften Fliesen (ca. 2.100 €, einschließlich 19% Mehrwertsteuer) betragen **ca. 3.300 €**.

- **Wert der mangelfreien Fliesen**: Kaufpreis 1.418,02 € (einschließlich jetzt 19% MwSt) 150% von 1400.- (**2100**)
- **mangelbedingter Minderwert der mangelhaften Fliesen**: höchstens gezahlter Kaufpreis 1.382,27 € (einschließlich 16% MwSt) 200% 1400.- (**2800**)

BGH: Austausch der Fliesen **unverhältnismäßig**

- nach nationalem Recht

2. Recht des V, Ersatzlieferung wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit zu verweigern, verstößt gegen **Verbrauchsgüterkaufrichtlinie**

a) **Art. 3 Abs. 3, Unterabs. 2 der Richtlinie** berücksichtigt nur **relative Unverhältnismäßigkeit** ("Kosten..., die ... verglichen mit der **alternativen** Abhilfemöglichkeit unzumutbar wären").

b) § **439 III** aber richtlinienkonform, wenn sich **absolute Unverhältnismäßigkeit** unter den Begriff der **Unmöglichkeit** in Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 RL subsumieren ließe.

Dafür spricht:

- **Richtlinie definiert** den Begriff der **Unmöglichkeit nicht** und überlässt damit Ausfüllung dem nationalen Recht
- unwahrscheinlich, dass die Richtlinie nur **physische Unmöglichkeit** berücksichtigen will und Verkäufer **wirtschaftlich unsinnige Nacherfüllung** zumutet.

c) **In Betracht kommt aber auch richtlinienkonforme Auslegung des § 439 III** in dem Sinne, dass **absolute Unverhältnismäßigkeit** (lediglich) die Fälle der **Unmöglichkeit nach § 275 I – III** erfasst

Falls der EuGH sich dieser Interpretation anschließt, **könnte V die Nacherfüllung nicht verweigern**, da die strengen Anforderungen der sog. **faktischen Unmöglichkeit** nach § 275 II nicht vorlägen

§ 275 II verlangt **grobes Missverhältnis** zwischen Aufwand des Schuldners und Leistungsinteresse des Gläubigers

§ 275 II evident nicht erfüllt (klassische Beispiele - Eichenlaub, Ring auf dem Meeresgrund - nicht vergleichbar)

3. Falls sich aber V aufgrund einer solchen richtlinien-konformen Interpretation **nicht auf § 439 III berufen** darf (sondern nur auf § 275 I – III), kommt es nun doch darauf an, ob K im Rahmen der Nacherfüllung gem. **§ 439 I** auch den **Ausbau der mangelhaften Kaufsache** verlangen kann.

- a) **Wortlaut** § 439 I: Nacherfüllung = **Ersatzlieferung** einer mangelfreien Sache, also **Übergabe und Übereignung**

Ausbau der zuerst gelieferten **mangelhaften Sache** gehört schon deswegen **nicht zur Ersatzlieferung**, weil er sich auf eine **andere Sache** bezieht als diese.

Gem. § 439 II muss Verkäufer zwar **die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen**, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten tragen

aber dazu gehören nur die **Aufwendungen für die Lieferung einer mangelfreien Sache**, also für die Übergabe und Übereignung (wie im Parkettstäbe-Fall)

- b) **Im Dachziegelfall** (BGHZ 87, 104) hat der BGH allerdings dem Käufer im Rahmen der Wandlung einen **Verzugsschadensersatzanspruch** zuerkannt, der auch die Kosten für den **Ausbau** der mangelhaften Dachziegel umfasste. .

Verpflichtung des Verkäufers, die – nur provisorisch auf dem Dach verlegten – Dachziegel abzudecken, leitete BGH aus einem – mit dem **Rückgabeanspruch des Verkäufers** aus §§ 467, 346 aF korrespondierenden – auf dem Dach als "Leistungsstelle" zu erfüllenden **Rücknahmeanspruch des Käufers** ab.

Fall nicht vergleichbar, weil V im vorliegenden Fall **keinen Anspruch auf Rückgewähr** der eingebauten **Fliesen** hat - diese sind gemäß §§ 946, 93, 94 II **wesentlicher Bestandteil** des Gebäudes und K schuldet gem. § 346 III Nr. 1 nicht einmal Wertersatz

damit entfällt aber die Grundlage für einen korrespondierenden Rücknahmeanspruch des K

- c) **Anspruch auf Ausbau der mangelhaften Kaufsache aus Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 Unterabs. 3 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie**

Art. 3 Abs. 2 RL: Anspruch des Verbrauchers auf **unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands** des Verbrauchsgutes durch **Ersatzlieferung** nach Maßgabe des Absatzes 3.

„**Ersatzlieferung**“ bedeutet uU, dass nicht nur vertragsgemäßes Verbrauchsgut zu liefern, sondern darüber hinaus das gelieferte vertragswidrige Verbrauchsgut zu **ersetzen** und damit **zu entfernen** ist (im Parkettstäbe-Fall hat V diese Verpflichtung akzeptiert).

Art. 3 Abs. 3 Unterabsatz 3 der Richtlinie verlangt, dass die Ersatzlieferung „**ohne erhebliche Unannehmlichkeiten** für den Verbraucher erfolgen muss, wobei die **Art des Verbrauchsgutes** sowie der **Zweck**, für den der Verbraucher das Verbrauchsgut benötigte, zu berücksichtigen sind“.

Die gebotene Berücksichtigung der Art und des Verwendungszwecks des Verbrauchsgutes könnte dafür sprechen, dass der Verkäufer **auch die Beseitigung des vertragswidrigen Verbrauchsgutes** schuldet, um den nötigen **Platz für die art- und zweckentsprechende Verwendung** des Ersatzes zu schaffen.

Da Verkäufer wohl den Ausbau der Fliesen schuldet, muss er daher auch die Kosten erstatten.

Ergebnis: Da richtlinienkonforme Auslegung in die Kompetenz des EuGH fällt, legte BGH auch diese Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vor.

Im Ergebnis gute Aussichten, dass K Ausbaurückzahlung zugesprochen bekommt

Fall 22: Nutzungsentschädigung bei Ersatzlieferung gem. § 439 IV, §§ 346 f.

A. Anspruch K – Q auf Rückzahlung von 67,86 €

Anspruchsgrundlage: § 812 I 1 Fall 1

I. Q hat die gezahlten 67,86 Euro **ohne Rechtsgrund erlangt**, wenn Q keinen **Anspruch auf Wertersatz für die Nutzung** des Herdes hat

II. Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen gem. § 439 IV in Verbindung mit § 346 I, II 1 Nr. 1, § 100 BGB.

1. **Wortlaut § 439 IV:** Verkäufer, der zum Zwecke der Nacherfüllung eine **mangelfreie Sache** liefert, kann vom Käufer Rückgewähr der mangelhaften Sache "**nach Maßgabe der §§ 346 bis 348**" verlangen.

§ 346 I **Rückgabe der empfangenen Leistung und** Herausgabe der gezogenen Nutzungen

Nutzungen = auch **Gebrauchsvorteile** (§ 100, 3.Alt.)

Da **Rückgewähr der Nutzungen nach ihrer Natur ausgeschlossen** ist, hat Rückgewährschuldner nach § 346 II 1 Nr. 1 Wertersatz zu leisten.

Dies gilt nach dem Wortlaut der Vorschriften **auch, wenn** es sich um einen **Verbrauchsgüterkauf** (§ 474 I 1) handelt.

2. Diese Interpretation des Gesetzes steht **nicht im Einklang mit Art. 3 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie (1999/44/EG)**

EuGH: Gemeinschaftsgesetzgeber wollte **Unentgeltlichkeit** der Herstellung eines vertragsgemäßen Zustands zu einem **wesentlichen Bestandteil** des durch die Richtlinie gewährleisteten **Verbraucherschutzes** machen (Art. 3 Abs. 2 – 4 RL)

Unentgeltlichkeit soll Verbraucher vor **drohenden finanziellen Belastungen schützen**, die ihn davon abhalten könnten, seine Ansprüche geltend zu machen.

Gem. Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 3 RL sollen Nachbesserung oder Ersatzlieferung „**ohne erhebliche Unannehmlichkeiten** für den Verbraucher“ erfolgen.

Verbraucher **nicht ungerechtfertigt bereichert**, da er im Gegenteil verspätet ein vertragsgemäßes Verbrauchsgut erhalte, wie er es bereits zu Beginn hätte erhalten müssen.

3. **An dieses Auslegungsergebnis sind die nationalen Gerichte gebunden.**

Verpflichtung der nationalen Gerichte, „die **Auslegung** des nationalen Rechts ... soweit wie möglich am **Wortlaut und Zweck** der Richtlinie auszurichten, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen“

Grundlagen: Umsetzungsgebot gemäß Art. 249 Abs. 3 und Grundsatz der **Gemeinschaftstreue gemäß Art. 10 EG**

- a) Mit **richtlinienkonformer „Auslegung“** ist dieses Gebot richtlinienkonformer Auslegung nicht zu bewältigen, da die „Auslegung“ durch den **möglichen Wortsinn** begrenzt wird (*Larenz, Methodenlehre, 6. Aufl., S. 343*).

Wortlaut des § 439 nimmt uneingeschränkt auf die §§ **346 – 348** Bezug.

§ 439 regelt eindeutig **nicht nur die Rückgabe** der mangelhaften Sache selbst, sondern auch **Herausgabe der vom Käufer gezogenen Nutzungen**

sonst wäre **Verweisung auf § 347 sinnlos**, weil diese Vorschrift ausschließlich die Frage der Nutzungen (und Verwendungen) regelt

- b) Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung verlangt von den nationalen Gerichten aber **mehr als bloße Auslegung im engeren Sinne**.

Richtlinienkonforme Auslegung darf zwar **nicht** als Grundlage für eine Auslegung des nationalen Rechts **contra legem** dienen (EuGH, Slg. 2006, I S. 6057, Rdnr. 110 – Adeneler u.a./Ellinikos Organismos Galaktos)

aber diese Einschränkung bezieht sich nicht auf die Achtung der Wortlautgrenze, sondern bezeichnet den Bereich, in dem **eine richterliche Rechtsfindung nach nationalen Methoden unzulässig** ist (Canaris, FS Bydlinski, 2002, 81, 91).

Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung fordert deshalb auch **richtlinienkonforme Rechtsfortbildung**.

- c) **Konsequenz:** teleologische Reduktion des § 439 IV auf einen mit Art. 3 RL zu vereinbarenden Inhalt.

aa) Planwidrige Lücke:

Gesetzgeber wollte **einerseits** bei der Fassung des § 439 IV dem **Käufer nicht die Vorteile unentgeltlich lassen**, die er durch den Gebrauch der mangelhaften Sache erlangt hat

er **wollte andererseits** aber auch den **Verbrauchsgüterkauf richtlinienkonform ausgestalten** und befand sich lediglich in einem **Irrtum** über den die Anforderungen der Richtlinie

wegen des Irrtums handelt es sich um eine **verdeckte Regelungslücke** (Larenz, Methodenlehre, S. 377)

bb) Horizontale Direktwirkung der RL durch – unzulässigen - Rückgriff auf einen generellen, allgemein formulierten Umsetzungswillen (Schmidt, ZGS 2006, 408, 410)?

BGH: Rechtsfortbildung knüpft an **konkret geäußerte**, von der (**irrtümlichen**) Annahme der Richtlinien-konformität getragene **Umsetzungsabsicht** des Gesetzgebers an.

Gesetzgeber hätte § 439 IV nicht in gleicher Weise erlassen, wenn ihm bekannt gewesen wäre, dass die Vorschrift nicht im Einklang mit der Richtlinie steht.

cc) Lückenschließung

durch **einschränkende Anwendung des § 439 IV** für Fälle des **Verbrauchsgüterkaufs** (§ 474 I):

Verweisung auf §§ 346 – 348 gilt nur für Rückgewähr der mangelhaften Sache selbst, **nicht für die Nutzungen** des Käufers

dd) Außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs bleibt es bei der uneingeschränkten Anwendung des § 439 IV.

Ausdehnung der teleologischen Reduktion des § 439 IV auch auf solche Fälle widerspräche dem Wortlaut und dem eindeutig erklärten Willen des Gesetzgebers

B. Unterlassungsanspruch des Verbraucherverbandes:

Anspruchsgrundlage: § 2 I 1 UKlaG:

I. Voraussetzung: Zuwiderhandlung von Q gegen **Vorschriften**, die dem Schutz der Verbraucher dienen (Verbraucherschutzgesetze).

§ 439 ist eine Vorschrift, die **dem Schutz des Verbrauchers** dient; arg.

1. Gem. **§ 2 II Nr. 1 UKIAG** sind Verbraucherschutzgesetze insbesondere die Vorschriften des BGB, die für **Verbrauchsgüterkäufe** gelten.

§ 439 ist bei Verbrauchsgüterkauf anwendbar

2. Die Vorschrift **dient auch dem Verbraucherschutz**, da sie bezweckt, Art. 3 Abs. 2 Satz 1 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie umzusetzen.

II. Liegt Inanspruchnahme der Beklagten auf **Unterlassung im Interesse des Verbraucherschutzes?**

Verstoß hat **über den Einzelfall hinausreichende** Bedeutung.

Ergebnis: Q muss künftig unterlassen, im Zusammenhang mit einer Ersatzlieferung im Sinne des § 439 BGB Verbrauchern für die Nutzung der mangelhaften Sache **Beträge in Rechnung zu stellen.**

Fall 23: Minderung ohne Fristsetzung bei arglistiger Täuschung durch Verkäufer
Anspruchsgrundlage: § 441 IV, § 346 I; § 434 I, § 437 Nr. 2, §§ 440, 441, 90a

I. Wirksamer Kaufvertrag: +

II. Sachmangel: § 434 I 1 – das als „Wallach“ (= kastrierter Hengst) verkaufte Pferd entspricht nicht der vereinbarten Beschaffenheit, weil Pferd „hengstisches“ Verhalten zeigt

III. Rechtsfolge: Recht des Käufers, Kaufpreis zu mindern (§ 437 Nr. 2, § § 441)

Voraussetzungen:

1. Erfolglose Bestimmung einer angemessenen **Frist zur Nacherfüllung (§ 323 I)** (–)

2. **Ausnahmen: § 440**

a) **Ernsthafte und endgültige Verweigerung der Nacherfüllung (§ 323 II Nr. 1)** -

Beanstandung durch V, dass ihm die **Möglichkeit der Nacherfüllung nicht eingeräumt** wurde, weil K sofort Klage auf Minderung erhoben habe, genügt nicht

Im Gegenteil: Beanstandung drückt Bereitschaft zur Nacherfüllung aus!

b) **Arglistige Täuschung durch V:**

aa) K wurde über den Sachmangel (hengstisches Verhalten) **arglistig getäuscht** (Unterstellung durch BGH für Revisionsinstanz)

bb) **Sofortige Rückabwicklung** des Kaufvertrages **im Regelfall** gerechtfertigt, wenn der Verkäufer dem Käufer einen Mangel arglistig verschwiegen hat (§ 323 II Nr. 3); **arg.:**

- Täuschung beschädigt **Vertrauensgrundlage** für Nacherfüllung

- Verkäufer **verdient nicht die zweite Chance** zur nachträglichen Fehlerbeseitigung, wenn er sich entschließt, den ihm bekannten Mangel nicht zu beseitigen und die Sache in einem vertragswidrigen Zustand zu veräußern

cc) **Ausnahme:** Vertrauensgrundlage nicht beschädigt, wenn der Mangel durch einen Dritten (Tierarzt) zu beseitigen ist? (so Berufungsgericht)

BGH: kein Grund zur Ausnahme: Verkäufer nicht schutzwürdig, verdient keine zweite Chance!

Ergebnis: Falls K arglistige Täuschung beweisen kann, hat Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises Erfolg

Fall 24: Beweislastumkehr nach § 476 BGB beim Gebrauchtwagenkauf

Anspruch K – V auf Rückzahlung des Kaufpreises

Anspruchsgrundlage: § 437 Nr. 2, § 434 I, § 323 I, § 346 I, § 348

Voraussetzungen

I. 1. Wirksamer Kaufvertrag: +

II. Sachmangel zur Zeit des Gefahrübergangs: § 434 I

1. Sachmangel nicht bewiesen:

Sachverständiger: zwar möglich, aber nicht sicher, dass die **Zylinderkopfdichtung** bereits bei Übergabe des Fahrzeugs defekt war

Auch Zeitpunkt, zu dem **Ventilstege** gerissen sind, unsicher

2. Aber Umkehr der Beweislast gem. § 476

a) Verbrauchsgüterkauf:

V = Unternehmer (§ 14)

K = Verbraucher (§ 13)

b) Sachmangel hat sich **innerhalb von sechs Monaten** nach Übergabe des Fahrzeugs gezeigt

hier: vier Wochen nach Übergabe (+)

c) Allerdings gilt Vermutung des § 476 **lediglich in zeitlicher Hinsicht**

Käufer hat nach wie vor **Darlegungs- und Beweislast** dafür, **dass überhaupt Sachmangel** vorliegt

BGHZ 159, 215, 217 f.; NJW 2005, 3490; 2006, 434; 2006, 1195

d) Einzelfälle:

aa) Zahnriemenfall (BGHZ 159, 215):

Motorschaden = Sachmangel; aber es **stand fest, dass Motorschaden nicht zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorlag**

BGH: insoweit war **ungeklärt, ob ein Sachmangel** zu dem weiteren Schaden, dem **Motorschaden** führte, oder ob dieser auf andere Weise – nämlich durch einen **Fahrfehler** des Käufers - verursacht worden war

Überspringen des Zahnriemens war nicht zwingend ein Sachmangel

§ 476 (-)

bb) Turboladerfall (NJW 2006, 434): wie im Zahnriemenfall stand fest, dass Turboladerdefekt zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs nicht vorhanden war; ferner war nicht geklärt, ob der Turboladerdefekt seinerseits auf eine Ursache zurückzuführen war, die als Sachmangel zu qualifizieren ist; das war nicht der Fall, weil möglicherweise **normaler Verschleiß** für den Ausfall des Turboladers ursächlich war

§ 476 (-).

cc) Karosseriefall (NJW 2005, 3490):

tatsächliches Geschehen steht fest (Gewalteinwirkung auf die Karosserie), es führt zu einer nach der Fahrzeugübergabe an den Käufer zutage getretene **Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit (= Sachmangel)**

lediglich in **zeitlicher Hinsicht** offen, ob seitliche **Gewalteinwirkung auf die Karosserie** vor oder nach Gefahrübergang stattgefunden hat

dd) Katalysatorfall (NJW 2006, 1195): verhält sich wie Karosserie-Fall

tatsächliches Geschehen steht fest (Defekt des Katalysator durch Aufsetzen), Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit trat innerhalb von 6 Monaten nach Gefahrübergang zutage

lediglich in **zeitlicher Hinsicht** offen, ob Aufsetzen des Fahrzeugs, das zu einem Defekt des Katalysators geführt hatte, vor oder nach Gefahrübergang stattgefunden hatte.

ee) Vergleich BGH: im **Karosserie- und Katalysatorfall** steht - anders als im **Zahnriemen- und Turbolader-Fall** - positiv fest, dass ein **Mangel** des Fahrzeugs vorliegt.

ff) Stellungnahme:

Absurde Unterscheidung: im Motorschaden- und Turboladerfall einerseits und im Karosserie- und Katalysatorfall ist gleichermaßen unsicher, ob ein Mangel vorlag; wenn nämlich seitliche Krafteinwirkung oder Aufsetzen nach Gefahrübergang erfolgte, liegt eben auch kein Sachmangel vor.

Besonderheit: Motorschaden und Turboladerdefekt lagen zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs **sicher nicht vor**.

Aber es könnte auch hier sein, dass der **später zu Tage getretene Defekt auf einem Sachmangel beruhte** (das Überspringen des Zahnriemens auf einem Motorschaden, der Turboladerdefekt auf einer unfachmännisch eingebauten

Papierdichtung); insoweit besteht die **gleiche Unsicherheit** wie im Karosserie – und Katalysator-Fall, ob ein Sachmangel zur Zeit des Gefahrübergangs vorlag.

M.E. kann man die Frage, ob ein Sachmangel vorliegt und die Frage, ob er zur Zeit des Gefahrübergangs vorgelegen hat, nicht trennen. In den genannten Fällen ist stets beides zweifelhaft.

e) Fallbezogen:

Im vorliegenden Fall: **Fahrzeug ist mangelhaft**, da Zylinderkopfdichtung defekt ist und Ventilstege gerissen sind.

Nicht geklärt ist allein die Frage, ob Defekt der Zylinderkopfdichtung **bereits vor der Übergabe des Fahrzeugs** oder durch einen Fahr- oder Bedienungsfehler des K nach Gefahrübergang entstanden ist

Es steht nicht sicher fest, dass Zylinderkopfdichtung und Ventilstege bereits bei Gefahrübergang mangelhaft waren; insoweit **ähnelt der Fall eher dem Karosserie- und Katalysator-Fall**

Daher greift gerade **die in zeitlicher Hinsicht wirkende Vermutung**, dass Mängel bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen haben.

f) **Ausnahmen von Beweislastumkehr:** Vermutung des § 476 nicht gerechtfertigt, wenn diese mit **Art des Mangels** oder **Art der Sache unvereinbar** ist

aa) **Art der Sache:** z.B. bei verderblichen Lebensmitteln

bb) **Art des Mangels:** verschleißbedingte Mängel bei gebrauchten KfZ (Turbolader-Fall); Infektionskrankheiten bei Tieren nach Ablauf der Inkubationszeit nach dem Gefahrübergang

cc) **Fallbezogen: Zylinderkopfdichtung**

(1) **Für Ausnahme spricht** (Lorenz NJW 2004, 3022)

Mangel wie der vorliegende kann typischerweise jederzeit – nach Gefahrübergang – eintreten

Rückschluss auf sein Vorliegen bereits zur Zeit des Gefahrübergangs daher unsicher

(2) **Dagegen spricht** (BGH NJW 2005, 3490)

Vermutung des § 476 BGB würde entgegen dem **Regel-Ausnahme-Verhältnis** der Vorschrift gerade in den Fällen leer laufen, in denen der Entstehungszeitpunkt des Mangels nicht zuverlässig festgestellt werden kann.

Verbraucherschutz würde ausgehöhlt

3. Gewährleistungsausschluss im Kaufvertrag:

gem. § 475 I 1 BGB unwirksam

Ergebnis: K kann Rückzahlung des Kaufpreises verlangen, Zug um Zug gegen Rückgabe und –übereignung des defekten KfZ

Fall 25: Mangelbeseitigung beim Tierkauf; O-Bein Dackel

A. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 437 Nr. 3, 440, 280, 281

I. Wirksamer Kauf:

II. Sachmangel (§ 434)

1. Sache: § 90a

2. § 434 I 2 Nr. 2: ungünstige **Abweichung der Ist-** von der **gewöhnlichen Soll-Beschaffenheit** = Fehlstellung des Sprunggelenks

III. Zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs

Ursache nicht sicher, wahrscheinlich **genetischer Defekt**; uU aber auch **übertriebene Spielfreude** der Kinder von K

§ 476: Vermutung, dass Mangel beim Gefahrübergang vorlag

1. Verbrauchsgüterkauf:

K = Verbraucher (§ 13)

V = Unternehmer (§ 14): fraglich, da Hobby-Züchter
24

- a) **Gewerbliche Tätigkeit:** wenn Leistungen am Markt planmäßig und dauerhaft gegen Entgelt angeboten werden
- b) **Gewinnerzielungsabsicht:** nach h.M. nicht erforderlich (BGH NJW 2006, 2250); Grund: effektiver Verbraucherschutz; Merkmal für Verbraucher nicht erkennbar

2. Vermutung des § 476:

Sachmangel steht fest: **O-Beinigkeit**

Art des Mangels oder der Sache (§ 90a) stehen nicht entgegen; Defekt bei Übergabe sogar wahrscheinlich

3. Problem: Schadensersatz gem. §§ 280, 281 setzt Verschulden voraus

Genetischer Defekt **nicht erkennbar**

Kein Anhaltspunkt für Zuchtfehler: andere Welpen gesund; Züchter vielfach preisgekrönt; Sachkunde und Professionalität (+)

B. Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung wegen einer nicht durchgeführten Nacherfüllung (§§ 437 Nr. 1, 439, 280, 281)

I. Anspruch K – V auf Nachbesserung

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

2. Voraussetzungen

Wirksamer Kaufvertrag

Sachmangel

Nacherfüllung

Beide Fälle der Nacherfüllung scheiden aus:

a) Ersatzlieferung eines gleichwertigen, gesunden Welpen:

Nach vier Monaten Gewöhnung der Familie an „mangelhaften“ Hund

b) Nacherfüllung in Form der Mangelbeseitigung unmöglich bzw. unzumutbar (§ 275):

aa) Operation führt **nicht** zur **Mangelfreiheit**, sondern allenfalls zu einer Milderung der Fehlstellung (Einsetzen einer Stahlplatte in Sprunggelenk)

BGH: Korrektur des äußeren Erscheinungsbildes (O-Bein) mit einem anderen Sachmangel „erkauft“

Dieser Mangel ist nicht nur unerheblich

bb) Nacherfüllung wegen hoher OP-Kosten, Folgekosten, insbesondere durch weitere Kontrolluntersuchungen, sowie der Gefahr von Komplikationen **unzumutbar** (§ 439 III 1; § 275 II).

Dabei ist auch von Bedeutung, dass V Defekt nicht zu vertreten hatte (§ 275 II 2).

Ergebnis: K hätte sich mit Rücktritt oder Minderung begnügen müssen

II. A.A. Gutzeit, NJW 2007, 956: § 439 gibt auch Recht auf „Ausbesserung“

arg.: sonst bizarres Ergebnis, dass Verkäufer bei irreparablen Schäden besser steht als bei reparaturfähigen Schäden.

Fall 26: Ersatzvornahme bei Notfallbehandlung eines jungen Welpen (Parvovirose-Fall)
Ansprüche K gegen V auf Schadensersatz für die Kosten der tierärztliche Behandlung (1.200.- Euro)

I. Anspruchsgrundlage: §§ 437 Nr. 3 i.V.m. §§ 433 I 2, 434, 440, 280, 281

1. **Wirksamer Kaufvertrag:** unproblematisch (+)

2. **Sachmangel:** § 90a, § 434 I 2 Nr. 2

beim Kauf von Haustieren darf der Käufer erwarten, dass diese nicht an **gefährlichen Infektionskrankheiten** leiden

3. **Zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs:**

a) Gem. § 434 BGB muss ein Sachmangel zum **Zeitpunkt des Gefahrübergangs** vorliegen

Beweislast: Käufer

Im vorliegenden Fall spricht die **Mindestinkubationszeit von 7 Tagen** dafür, dass die Infektion bereits bei Gefahrübergang bestanden hat

Dass die **Krankheit noch nicht ausgebrochen** war, ändert nichts an dem Vorliegen **eines Sachmangels zum Zeitpunkt der Übergabe**, da auch ein **infiziertes Tier** sich nicht zur gewöhnlichen Verwendung eignet und die üblicherweise zu erwartende Beschaffenheit besitzt (BGH NJW 2005, 3211).

b) **Außerdem Beweislastumkehr gem. § 476 .**

aa) **Verbrauchsgüterkauf** (§ 474 I):

(1) **V = Hobby-Züchter = Unternehmer ? (§ 14)**

a) **Gewerbliche Tätigkeit:** wenn Leistungen am Markt planmäßig und dauerhaft gegen Entgelt angeboten werden

das ist offensichtlich der Fall, da V die gezüchteten Tiere regelmäßig gegen Entgelt verkauft

b) **Gewinnerzielungsabsicht:** nach h.M. – anders als beim Gewerbebegriff des HGB - nicht erforderlich (BGH NJW 2006, 2250)

Grund: effektiver **Verbraucherschutz**; Merkmal für Verbraucher nicht erkennbar

(2) **K = Verbraucher**

bb) Mangelhaftigkeit gem. § 476 zu **vermuten**, wenn sich Mangel innerhalb von **6 Monaten nach Gefahrübergang** zeigt (+)

cc) **Ausnahmen von Beweislastumkehr:** Vermutung des § 476 nicht gerechtfertigt, wenn diese mit **Art des Mangels** oder **Art der Sache unvereinbar** ist

Infektionskrankheiten bei Tieren: Vermutung nicht anwendbar, wenn Krankheit erst nach Ablauf der Inkubationszeit nach dem Gefahrübergang auftritt

hier brach Krankheit nach 4 Tagen aus; Inkubationszeit mindestens 7 Tage; reicht über Gefahrübergang zurück

Ergebnis: Vermutung des § 476 gerechtfertigt; Sachmangel z.Zt. Gefahrübergangs liegt vor

4. Voraussetzungen des Schadensersatzes gem. §§ 280, 281

- a) **Pflichtverletzung:** Lieferung einer mangelhaften Sache (§ 90a)
- b) **Verschulden:** wird gem. § 280 I 2 **vermutet**; im SV kein Hinweis auf Umstände, die Vermutung entkräften bzw. widerlegen.

Unklarheiten und Ungewissheiten gehen zu Lasten des V.

Ein **Verschulden** ist auch **nicht per se ausgeschlossen**

Verschulden z.B. denkbar bei erkennbarer Infektion oder Aufzucht unter Umständen, die Infektionsrisiken bergen. Als Züchter hat V Sorgfaltspflichten, deren Erfüllung nicht unterstellt werden kann.

- c) **Fristsetzung gem. §§ 280 III, 281**

Tierarztkosten = Schadensersatz statt der Leistung

aa) Schadensersatz statt der Leistung setzt grds. erfolglosen **Ablauf einer Frist** zur Nacherfüllung voraus (§ 281 I)

K hat V keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt (-)

bb) Eine Ersatzvornahme ohne Fristsetzung ist dem Käufer nach Ansicht des BGH grds. nicht gestattet (BGHZ 162, 219; BGH NJW 2005, 3211, 3212; 2006, 1195);

Käufer hat daher im Falle einer Selbstvornahme grundsätzlich **keinen Erstattungsanspruch** gegen den Verkäufer, weder aus § 326 II 2 (analog), noch aus § 812 I 1, F. 2 oder §§ 677, 683 S. 1.

arg.:

- §§ 437 ff enthalten eine **abschließende Regelung**; anders als dem Besteller im **Werkvertragsrecht** ist dem Käufer eine Selbstvornahme nicht gestattet.
- Zudem würde ein solcher Anspruch **dem Vorrang der Nacherfüllung widersprechen**; dem Verkäufer würde sein Recht zur zweiten Andienung genommen.

- Nacherfüllung soll dem Verkäufer Gelegenheit geben, die verkaufte Sache daraufhin zu **überprüfen**, ob der behauptete Mangel besteht, bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen oder welche Ursache er hat. Diese Möglichkeit (und die Chance, **Beweise zu sichern**) würde Verkäufer verlieren, wenn Käufer ohne Fristsetzung Erstattungsansprüche geltend machen könnte.

Ergebnis: Fristsetzung bei Ersatzvornahme grds. nicht entbehrlich

 (Hinweis: das Problem muss nicht im Rahmen der Fristsetzung erörtert werden, sondern kann auch – aufbaumäßig vielleicht sogar konsequenter – in die selbständigen Anspruchsgrundlagen §§ 326 II 2 analog, §§ 812 I 1, F. 2, 677, 683 S. 1 integriert werden).

Exkurs: § 326 II 2 beruht auf folgender Überlegung:

- bei unberechtigter Ersatzvornahme hat **Gläubiger die Unmöglichkeit** der Nacherfüllung zu **vertreten**, so dass gem. **§ 326 II 1** der Verkäufer den Anspruch auf die Gegenleistung behalten darf (Kaufpreis)
- gem. **§ 326 II 2** muss sich aber Verkäufer Aufwendungsersparnis anrechnen lassen, also dem Käufer, der den Kaufpreis bezahlt hat, erstatten.
- **Höhe der Aufwendungsersparnis:** Unkosten (Material, Lohn); Verkäufer darf also **nur Gewinn behalten**

Nachteil der Lösung: § 326 II ist bei Sachmängeln nicht anwendbar, § § 326 I 2; Käufer muss zurücktreten, kann dies aber nicht, weil er für Unbehebbarkeit des Mangels (= Rücktrittsgrund gem. § 326 V) allein verantwortlich ist (§ 323 VI).

Außerdem Umgehung des Rechts der 2. Andienung

cc) Entbehrlichkeit der Fristsetzung: gem. §§ 281 II, 323 II ist allerdings Fristsetzung ausnahmsweise entbehrlich:

- bei Erfüllungsverweigerung des Schuldners: kein Anhaltspunkt (-)
- wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen

Bsp. für besondere Umstände:

2 Fallgruppen:

(1) **Vertrauen in die Zuverlässigkeit des Verkäufers ist erschüttert**, z.B. bei **Arglist** des Verkäufers (BGH NJW 2007, 835) oder **schweren Mängeln**, bei denen die Befürchtung besteht, es könnten noch weitere verborgene Mängel vorhanden sein (Montagsauto, vgl. *Faust*, § 440 Rn. 38)

(2) Nacherfüllung durch Verkäufer ist **in zeitlicher Hinsicht unzumutbar**

Bsp.: wenn Schuldner bei **just-in-time-Verträgen** nicht rechtzeitig liefert; bei relativen Fixgeschäften

(3) Bei **Heilbehandlung** des Welpen liegt es nahe, einen „Umweg“ über den Verkäufer für entbehrlich zu halten, da dieser möglicherweise das **Leben des Tieres gefährdet** hätte; die Heilbehandlung war dringend erforderlich.

BGH NJW 2005, 3211 (3212) nimmt deshalb auch an, dass bei **akuten Notfallmaßnahmen** eine Fristsetzung entbehrlich ist

Dabei kann auch mit dem Gesichtspunkt des **Tierschutzes** (Art. 20a GG) argumentiert werden (Transport über 30 km von Friedrichshain nach Potsdam; LG Essen NJW 2004, 527) sowie damit, dass bei einer zeitlichen Verzögerung ein wesentlich **größerer Schaden** drohen würde (BGH aaO.).

Dies gilt auch für etwaige **Nachbehandlungstermine**; ein späterer Wechsel des Arztes erscheint dem Käufer nicht zumutbar und auch nicht zweckmäßig (BGH aaO.).

(bb) Zum gleichen Ergebnis führt die Ausnahme von der Fristsetzung bei „Unzumutbarkeit“ gem. § 440 S. 1, letzte Alt. BGB

Verhältnis § 440 S. 1 zu § 281 II? BGH geht darauf nicht ein.

§ 440 ist lex specialis; die Norm unterscheidet sich – zugunsten des Käufers – von § 281 II, 323 II dadurch, dass es nicht auf die **Abwägung der beiderseitigen Interessen**, sondern nur auf die Zumutbarkeit **für den Käufer** ankommt (*Augenhofner*, ZGS 2004, 385, 389).

Ergebnis: Fristsetzung entbehrlich

5. Rechtsfolgen Schadensersatz statt der Leistung: § 280 III

K ist wirtschaftlich so zu stellen wie sie bei **ordnungsgemäßer Leistung** gestanden hätte

a) Dann wären keine Heilbehandlungskosten für Hund entstanden.

Fraglich ist, ob eine so aufwendige Therapie noch **verhältnismäßig** ist oder ob V die Nachbesserung hätte verweigern können?

aa) Gesetz unterscheidet 2 Formen der Unverhältnismäßigkeit:

sog. **relative Unverhältnismäßigkeit** = wenn die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung **im Vergleich zu der anderen Art** unverhältnismäßige Kosten verursacht (Satz 2 Fall 3)

sog. **absolute Unverhältnismäßigkeit** = wenn die Art der Nacherfüllung **schon für sich allein unverhältnismäßige Kosten** verursacht, wobei Bezugspunkte der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand (Satz 2 Fall 1) und die Bedeutung des Mangels (Satz 2 Fall 2) sind.

bb) Hier ist **nur Heilbehandlung** möglich, keine Ersatzlieferung (arg.: Gewöhnung der Familie an Tier)

also kommt **nur absolute Unverhältnismäßigkeit** in Betracht

- (1) **Maßstab der Unverhältnismäßigkeit:** umstritten, BGH orientiert sich an der weitestgehenden Ansicht (*Bitter/Meidt*, ZIP 2001, 2114, 2121):

Mängelbeseitigung **unverhältnismäßig, wenn Kosten der Nacherfüllung**

- 150% des Werts der Sache im **mangelfreien Zustand** oder

- 200% des **mangelbedingten Minderwerts**

übersteigen

- (2) Danach Heilbehandlung des Welpen unverhältnismäßig:

- Wert des Welpen in mangelfreiem Zustand = 300; 150% = 450 Euro

- mangelbedingter Minderwert ebenfalls höchstens 300.-; 200% = 600.- Euro

(3) Bei der **Verletzung von Tieren** darf aber der Aufwand der Heilbehandlung gem. **§ 251 II 2 BGB** den Wert des Tieres erheblich übersteigen (vgl. *Palandt/Heinrichs*, § 251 Rn. 8); dieser Gedanke ist m.E. **auch bei §§ 280 I, III, 281** heranzuziehen.

Bei § 251 II 2 wurden 1.500.- Euro bei einer Katze mit geringem Verkehrswert (LG Bielefeld NJW 1997, 3320; LG Essen, NJW 2004, 527), sogar 2.300.- oder 2.800.- Euro (LG Baden-Baden, AG Idar-Oberstein, NJW-RR 1999, 609 und 1629; AG Ffm. NJW-RR 2001, 17) nicht als unverhältnismäßiger Herstellungsaufwand angesehen.

Danach wären Kosten der Ersatzvornahme verhältnismäßig

Ergebnis: K bekommt von V 1.200.- Euro Schadensersatz für die Heilbehandlung des Welpen

**Fall 27: Nebeneinander von Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung;
Nutzungsausfallschaden bei Rücktritt vom Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung
Anspruch auf Ersatz des Nutzungsausfallschadens**

Anspruchsgrundlage: §§ § 437 Nr. 3 iVm §§ 440, 280, 281, 283 und § 311a

I. Wirksamer Kaufvertrag: § 433

II. Sachmangel: § 434 I 2 Nr. 2 - Unfallwagen entspricht nicht der üblichen Beschaffenheit
(trotz Reparatur verbleibt merkantiler Minderwert)

III. Rechtsfolge: Schadensersatz statt der Leistung

bei anfänglichen Mängeln gilt nicht § 280 I, III, 281, sondern **§ 311a II**

1. Voraussetzung: Schuldner muss nach **§ 275 I** nicht leisten:

a) **Nacherfüllung** durch Mangelbeseitigung (§ 439 I Fall 1) und Ersatzlieferung (§ 439 I Fall 2) **nicht möglich**

Beim Kauf eines vorher **besichtigten Wagens** konkretisiert sich Leistungspflicht auf diesen Wagen, so dass Ersatzlieferung durch gleichwertiges Fahrzeug in der Regel ausscheidet (BGHZ 168, 64, 74)

arg.: Besichtigung prägt Gesamteindruck von den technischen Eigenschaften des Fahrzeugs

b) **Rechtsfolge:** K war berechtigt, **ohne Fristsetzung zurückzutreten** (§§ 437 Nr. 2, § 326 V; § 325) und **Schadensersatz statt der Leistung** zu verlangen (§ 311a II)

c) **Schadensersatz setzt voraus, dass Schuldner Leistungshindernis kannte oder kennen musste (§ 311a II 2):** V war fehlende Unfallfreiheit bekannt

2. Bedenken: Kombination von Rücktritt und Schadensersatz?

Seit Schuldrechtsreform ist Kombination ausdrücklich zugelassen (§ 325)

Gläubiger auch bei Rücktritt so zu stellen, **wie er bei vertragsgemäßer Leistung** stünde; deshalb ist **auch Nutzungsausfallschaden**, der dem Käufer infolge des Sachmangels entsteht, vom Schuldner V zu ersetzen.

(Abrechnung nach der Differenztheorie; Surrogationstheorie scheidet bei Rücktritt zwangsläufig aus)

3. Bedenken wegen §§ 346, 347

a) **Gem. §§ 346, 347** muss Käufer die tatsächlich gezogenen oder möglich gewesenen Nutzungen dem Verkäufer herausgeben

b) **BGH:** schließt Schadensersatzanspruch gem. §§ 311a II oder §§ 280, 281, 283 des Gläubigers nicht aus, da nach der Wertung des § 325 der Gläubiger auch im Falle des Rücktritts das Erfüllungsinteresse beanspruchen darf

Besserstellung des Gläubigers beim Schadensersatzanspruch rechtfertigt sich daraus, dass dieser – im Unterschied zu § 346 f. - ein **Vertretenmüssen** des Schuldners voraussetzt (*Looschelders*, JA 2008, 469)

4. Bedenken wegen Kausalität:

a) **Ersatz des Nutzungsausfallschadens** setzt voraus, dass **Nutzung** des Fahrzeugs im fraglichen Zeitraum bei ordnungsgemäßer Erfüllung durch V **möglich** gewesen wäre

auch bei Lieferung eines mangelfreien Fahrzeugs hätte jedoch Fahrzeug wegen des **Unfalls des Ehemannes nur** genutzt werden können, **wenn** es – für 4000.- - 5.000.- Euro) **repariert** worden wäre

Könnte K die Mietwagenkosten verlangen, ohne dass diese Reparaturkosten in Rechnung gestellt werden, würde K **besser** stehen **als bei ordnungsgemäßer Erfüllung**;

dem steht das schadensrechtliche Bereicherungsverbot entgegen.

b) **Konsequenz:** auf Nutzungsausfallschaden ist Ersparnis der Reparaturkosten anzurechnen = 0

[**Ergänzung:** Abwicklung des Rücktritts war in Ordnung:

- V musste **Kaufpreis** zurückzahlen (7.900.-); § 346 I

- K musste **Fahrzeug** zurückgeben, ohne es reparieren zu lassen (§ 346 III 1 Nr. 3); falls aber **Ehemann M schuldhaft** gehandelt hat und ihr ersatzpflichtig wäre, müsste sie ihren Schadensersatzanspruch gegen M gem. § 346 III 2 an V abtreten (§§ 812 ff, 818 I)]

Fall 28: Verschulden bei Vertragschluss und Gewährleistungsansprüche des Käufers; Asbestbelastung eines Wohnhauses als Mangel der Kaufsache

A. Ansprüche K – V auf Schadensersatz gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB

I. Wirksamer Kaufvertrag: § 433

II. Sachmangel:

1. **Beschaffenheitsvereinbarung** im Sinne von § 434 I 1: keine (-)

2. **Eignung für die gewöhnliche bzw. nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung** (§ 434 I 2).

Hier: Fassadenplatten mit Asbest

a) Bei älterem Wohnhaus **keine schematische Beurteilung** der Eignung;

arg.: **mögliche Sachverhaltskonstellationen zu vielgestaltig**; Bsp.:

- **Altbau mit Feuchtigkeitsschäden**: maßgebend, ob Haus in saniertem Zustand verkauft worden ist, ob Keller Wohnzwecken dient, welcher Zustand bei der Besichtigung erkennbar war und wie stark Feuchtigkeit ist (BGH 7. 11. 2008, V ZR 138/07)
- **Kontaminierung eines Grundstücks mit sog. Altlasten**: in der Regel offenbarungspflichtig (BGH NJW 2001, 64)

b) **Baumaterialien, die selbst in geringen Dosen karzinogen wirken** (Asbest)

- keine Aufklärungspflicht, solange **keine gefährlichen Stoffe austreten** (idR nur bei Substanzeingriffen)
- wohl aber dann, wenn **übliche Umgestaltungs-, Renovierungs- oder Umbaumaßnahmen** nicht ohne gravierende Gesundheitsgefahren vorgenommen werden können, weil **Stoffe austreten**.

c) **Fallbezogen**: K beabsichtigte Fassadenbohrungen zur Anbringung von Außenlampen und einer Überdachung

BGH: Gefahr, dass krebserregender Asbeststaub austritt = aufklärungspflichtiger Sachmangel

d) **Rechtsfolge**: Schadensersatz gem. §§ 437 Nr. 3, 280, 281

aa) **Voraussetzung**: Verschulden des V; laut SV Kenntnis des V von Asbestkontaminierung (§ 280 I 2; III)

bb) **§ 281 I**: vergebliche Fristsetzung zur Nacherfüllung (+);

außerdem **Entbehrlichkeit wegen Arglist** des V (BGH NJW 2008, 1371; Fall 23)

cc) **Rechtsfolge: Aufwendungen zur Schadensbeseitigung** (+)

2. **Schadensersatz wegen Verschuldens bei Vertragsschluss (§ 280 i.V.m. § 311 II Nr. 1 BGB)**

a) **Schuldverhältnis**: § 311a II - Vertragsverhandlungen

b) **Pflichtverletzung**: § 241 II – Schutzpflichten – Aufklärung über Kontaminierung mit Asbest; s.o. II 2 c

c) **Rechtsfolge**: Schadensersatz gem. § 280 I - **Aufwendungen zur Schadensbeseitigung** (+)

d) **Problem**: Anwendbarkeit des § 280 I neben den §§ 434 ff. ; **Grundsatzentscheidung des BGH**

aa) **Teil der Lit.** (*Bamberger/Roth/Faust*, § 437 Rdn. 190; *MünchKomm-BGB/Emmerich*, § 311 Rdn. 143; *Reischl*, JuS 2003, 1076, 1079):

Ansprüche aus Gewährleistung und aus Verschulden bei Vertragsschluss bestehen nebeneinander.

arg.: unterschiedliche Haftungssysteme, die verschiedene Zwecke verfolgen und unterschiedliche Voraussetzungen haben

bb) Anderer Teil der Lit. (*Bamberger/Roth/Grüneberg/Sutschet*, § 311 Rdn. 79; *Palandt/Grüneberg*, § 311 Rdn. 14 f.; *Roth*, JZ 2006, 1026):

Keine Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluss, sofern es um Verhaltenspflichten des Verkäufers im Zusammenhang mit der Beschaffenheit der Kaufsache geht.

arg.: Käufer durch Gewährleistungsrecht (§§ 434 ff.) hinreichend geschützt

cc) H.M. grundsätzlich Vorrang des Gewährleistungs-rechts

- **nicht** aber bei **vorsätzlichem Verhalten** des Verkäufers (*Erman/Grünwald*, § 437 Rdn. 15 ff.; *Berger*, JZ 2004, 276, 282 Fn. 77; *Lorenz*, NJW 2007, 1, 4) oder
- wenn sich Verschulden auf Umstand bezieht, der zwar zum **Gegenstand einer Beschaffensvereinbarung** hätte gemacht werden können, aber nicht gemacht wurde (*MünchKomm-BGB/Westermann*, § 437 Rdn. 59; *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 118, 126).

dd) BGH:

(1) Grundsätzlicher Vorrang der §§ 434 ff. nach Gefahrübergang, arg.:

- (a) **Materialien** (vgl. BT-Drs. 14/6040 S. 161, 242): zumindest beim **Unternehmenskauf** sollte § 280 I zugunsten der kaufrechtlichen Regelungen zurückgedrängt werden
- (b) **Umgehung der speziellen Verjährungsfrist des § 438** durch §§ 195, 199, die für § 280 I gelten?
Nein, da § 438 entsprechend anzuwenden ist
- (c) **Aber kaufrechtliche Besonderheiten** sprechen für Sperrwirkung der §§ 434 ff.
 - **Recht des Verkäufers zur Nacherfüllung (§ 439)**
 - Ausschluss der Gewährleistung bei **grob fahrlässiger Unkenntnis des Käufers (§ 442 I 2)**
 Sonderregelungen würden unterlaufen, wenn Verschulden bei Vertragsschluss stets neben §§ 434 ff. anwendbar wäre.

(2) Aber Ausnahme jedenfalls bei arglistigem (vorsätzlichem) Verhalten des Verkäufers gerechtfertigt; arg.:

Keine kaufrechtliche Sonderregelungen

- Verjährung richtet sich bei Arglist nach der regelmäßigen Verjährungsfrist (§ 438 III 1).
- Verkäufer kann sich auf Haftungsausschluss nicht berufen (§ 444).

- Verkäufer haftet auch bei grob fahrlässiger Unkenntnis des Käufers (§ 442 I 2)
- Verkäufer verliert im Regelfall die Möglichkeit der Nacherfüllung (BGH NJW 2008, 1371, 1373).

Auch nach neuem Schuldrecht ist der arglistig handelnde Verkäufer nicht schutzbedürftig (BGHZ 167, 19, 24).

(3) Fallbezogen: Arglist des V

Fragen des Vertragspartners müssen vollständig und richtig beantwortet werden (BGHZ 74, 383, 392).

Kein Schadensersatzanspruch des K, wenn diesem die Verwendung von Asbest bekannt gewesen sein sollte.

Grob fahrlässige Unkenntnis schadete dagegen nicht (§ 442 I).

Ergebnis: Bei Arglist des V sowohl Haftung des V nach § 437 Nr. 3 als auch nach § 280 I

Fall 29: Vorbehaltlose Zahlung einer Rechnung als Anerkenntnis; Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf

Anspruch K – V auf Rückzahlung der Reparaturkosten iHv 1.071,38 €

Anspruchsgrundlage: § 812 I 1 Fall1 (§ 812 II)

I. Etwas erlangt: 1.071,38 €

II. durch Leistung: (+)

III. Ohne Rechtsgrund:

1. Anerkenntnis als Rechtsgrund:

a) Verschiedene Formen von Anerkenntnissen:

aa) "abstraktes" Schuldanerkenntnis (§ 781 BGB):

soll neue selbständige Verpflichtung schaffen

Bsp.: Gutschrift der Bank; Saldoanerkenntnis (formlos: § 782)

bb) bestätigendes (deklaratorisches) Schuldanerkenntnis (im BGB nicht geregelt):

soll eine bestehende Schuld lediglich bestätigen

- **Zweck:** das Schuldverhältnis insgesamt oder zumindest in bestimmten Beziehungen dem Streit oder der Ungewissheit entziehen (Einwendungsausschluss)

- **Wirkungen:** stellt sich hinterher heraus, dass das angenommene und bestätigte Schuldverhältnis nicht bestanden hat, kann es nicht nach § 812 II kondiziert werden
- **Voraussetzung:** Streit oder Ungewissheit über das Bestehen des Rechtsverhältnisses;

z.B. genügt nicht, dass **Fahrer nach Unfall** erklärt, den Schaden „durch Vorfahrtsverletzung **verursacht**“ zu haben, wenn **kein Streit** stattgefunden hat (BGH NJW 1982, 996, 998)

kein Hinweis auf rechtsgeschäftlichen Verpflichtungswillen

Bedeutung des Anerkenntnisses besteht dann in einem

cc) „tatsächliches“ **Anerkenntnis:**

keine rechtsgeschäftliche Verpflichtung, sondern bloße **deklaratorische Mitteilung** der Erfüllungsbereitschaft

- **Zweck:** soll den Gläubiger von sofortigen Maßnahmen abzuhalten oder ihm den Beweis zu erleichtern.
- **Wirkung:** Umkehr der **Beweislast; Indiz** für streitige Tatsachen (BGHZ 66, 250, 254 f.; BGH NJW 1982, 996, 998), nicht aber Einwendungsausschluss wie deklaratorisches Anerkenntnis

b) **Fallbezogen: was gewollt ist, durch Auslegung zu ermitteln (§§ 133, 157)**

aa) **Kein Anhaltspunkt.** dass K das Schuldverhältnis auf eine **neue Grundlage** stellen wollte (abstraktes Schuldanerkenntnis -)

bb) **Kein Streit oder Ungewissheit über ein bestehendes Rechtsverhältnis**

Folge: kein deklaratorisches Schuldverhältnis (BGH NJW 1982, 996, 998)

cc) **Tatsächliches Anerkenntnis?**

(1) **vorbehaltlose Zahlung einer Rechnung als Anerkenntnis?**

(2) **BGH:**

- **keine Vermutung** für die Abgabe eines Anerkenntnisses
- **Streit oder zumindest (subjektive) Ungewissheit** über den Bestand des Rechtsverhältnisses oder seine Rechtsfolgen (-)

vorbehaltloses Begleichen der Rechnung hat nur Bedeutung für Erfüllung (§ 363)

2. **Fehlender Rechtsgrund, weil K nicht verpflichtet war, Reparaturkostenanteil zu tragen**

- a) Verkäufer einer **mangelhaften Sache** ist gem. §§ 434, 437 Nr. 1, 439 zur kostenlosen (§ 439 II) Nacherfüllung verpflichtet.

b) Sachmangel:

- Getriebeschaden am gekauften Fahrzeug
- bei Gefahrübergang: bei Verbrauchsgüterkauf Vermutung, wenn sich Mangel innerhalb von sechs Monaten seit Übergabe gezeigt hat (§ 476)

aa) Verbrauchsgüterkauf: §§ 474 I 1; 13, 14

bb) Ausnahme des § 476: Vermutung ist mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar.

Falls Getriebeschaden das Ergebnis eines **normalen Verschleißes** bildet, greift Vermutung nicht

normal ist **Laufleistung von 259.000 Kilometern**

ungeklärt blieb lediglich Ursache für vorzeitig eingetretenen Verschleißschaden; diese geht gem. § 476 zu Lasten des V.

3. Ausschluss des Rückzahlungsanspruchs gem. § 814

nur wenn der Leistende nicht nur die **Tatumstände** kennt, aus denen sich ergibt, dass er nicht verpflichtet ist, sondern auch weiß, dass er nach der **Rechtslage** nichts schuldet

4. Kosten einer vorprozessualen Rechtsverfolgung in Höhe von 87,29 €:

- a) **Anspruchsgrundlage:** Schadensersatz wegen Verzugs gem. §§ 286, 280 I, II
- b) Zum Zeitpunkt der anwaltlichen Rückzahlungsaufforderung vom 13. Oktober 2005, welche die Rechtsverfolgungskosten ausgelöst hat, hat sich die Beklagte **noch nicht im Verzug** (§ 286) befunden,
es fehlt an einer Mahnung und diese ist nicht entbehrlich

Ergebnis: K kann Reparaturkostenanteil zurückfordern