

Fall 4a – Lösung

ÜBERSICHT FALL 4a

Anspruch auf Kaufpreiszahlung in Höhe von
€ 9.000,- aus § 433 II BGB

I. Wirksamer Kaufvertrag

II. Erlöschen ipso iure nach § 326 I 1 BGB

⇒ (-), da nicht § 433 I 1 BGB, sondern
Nacherfüllung unmöglich wurde, vgl.
§ 326 I 2 BGB

III. Erlöschen durch konkludente Minderungs- erklärung

1. Mangel bei Gefahrübergang

a) *Mangel bei Gefahrübergang str.; grds. trägt
Risiko der dafür beweispflichtige Käufer*

b) *Vermutung der Mangelhaftigkeit des Por-
sche z.Zt. der Übergabe gem. § 477 BGB?*

⇒ ist ein Mangel bewiesen, so wird nach
h.L. und jetzt auch vom BGH gem.
§ 477 BGB auch das Vorliegen eines
Grundmangels vermutet

2. Voraussetzungen der Minderung liegen aber im Übrigen nicht vor

a) *§ 437 Nr. 2 i.V.m. §§ 441 I S.1, 323 I BGB (-),
da es an der Setzung einer erforderlichen,
angemessenen Frist fehlt*

b) *§ 437 Nr. 2 i.V.m. §§ 441 I S.1, 326 V BGB (-)
wegen weit überwiegender Verantwortlich-
keit des K ausgeschlossen, § 326 V, 323 VI
Alt. 1 BGB*

IV. Erlöschen infolge Anrechnung § 326 II S.2 BGB (analog)?

⇒ strittig; nach überzeugender Ansicht des
BGH ist § 326 II S.2 BGB (analog) wegen
des Vorrangs der Fristsetzung zur Nacher-
füllung nicht anwendbar

V. Erlöschen infolge Aufrechnung, § 389 BGB?

1. Wirksame Aufrechnungserklärung, § 388 BGB

⇒ grds. ist die Erklärung bedingungsfeind-
lich (§ 388 S. 2 BGB)

⇒ hier aber als Rechtsbedingung zulässig,
teleologische Reduktion des § 388 S.2 BGB
(vgl. auch § 45 III GKG)

2. Aufrechnungslage, § 387 BGB

⇒ (+), wenn der geltend gemachte Zah-
lungsanspruch bzgl. der Reparaturkosten
besteht

a) *Anspruch auf SE statt der Leistung gem.
§ 437 Nr. 3 i.V.m. §§ 280 I, III, 281 I BGB*

⇒ (-); es fehlt an der Setzung einer ange-
messenen Frist (auch keine Entbehrlich-
keit)

b) *Anspruch auf SE statt der Leistung gem.
§ 437 Nr. 3 i.V.m. §§ 280 I, III, 283 BGB*

aa) *Nachträgliche Unmöglichkeit*

⇒ (+) wegen Zweckerreichung (s.o.)

bb) *Vertretenmüssen des V (-), da Vermutung
des § 280 I S.2 BGB widerlegt ist*

c) *Anspruch aus § 439 II BGB*

⇒ (-); § 439 II BGB ist zwar Anspruchs-
grundlage, aber nicht für Handlungen, die
zur Nacherfüllungspflicht des Verkäufers
gehören (kein Recht zur Selbstvornahme!)

d) *§§ 670, 683 S. 1, 677 BGB bzw. §§ 684,
818 BGB*

⇒ (-), da jedenfalls nicht neben den Män-
gelrechten anwendbar

e) *Anspruch aus §§ 812 I 1 Alt. 2, 818 II BGB*

⇒ (-), da ebenfalls nicht anwendbar

⇒ nach a.A. Korrektur über das Institut der
aufgedrängten Bereicherung

f) *Anspruch analog § 637 I BGB?*

⇒ (-) keine Regelungslücke (außerdem
fehlt es an der Fristsetzung)

g) *Anspruch aus § 823 I BGB?*

⇒ (-), da jedenfalls kein Verschulden

SchuldR-BT

Fall 4a - Lösung - Seite 2

LÖSUNG FALL 4a

Anspruch auf Kaufpreiszahlung in Höhe von 9.000,- € aus § 433 II BGB

Das Zahlungsverlangen des V gegen K ist begründet, wenn der geltend gemachte Zahlungsanspruch in Höhe von € 9.000 besteht und durchsetzbar ist.

Als Rechtsgrundlage des Anspruchs kommt allein der am 23.03. geschlossene Kaufvertrag i.V.m. § 433 II BGB in Betracht.

I. Wirksamer Kaufvertrag

Unproblematisch kam zwischen V und K am 23.03. ein wirksamer Kaufvertrag über das gebrauchte Cabrio zum Preis von € 18.000 zustande. Entsprechend der ausdrücklichen Fälligkeitsabrede ist der Anspruch seit dem 01.08. fällig. Damit ist ein Anspruch auf Zahlung von € 18.000 entstanden.

Durch die Anzahlung von € 9.000 ist der Anspruch in dieser Höhe durch Erfüllung i.S.v. § 362 I BGB erloschen.

K verteidigt sich gegen die Restforderung des V unter Berufung auf den Motorschaden. Fraglich ist, ob er aus dieser Tatsache Einwendungen begründen kann.

II. Erlöschen nach § 326 I 1 BGB

Der Kaufpreisanspruch könnte nach § 326 I 1 BGB ipso iure aufgrund der Selbstvornahme der Mängelbeseitigung erloschen sein.

Denn durch die Reparatur wurde der Zweck einer bei Mangelhaftigkeit geschuldeten Nacherfüllung erreicht, somit die synallagmatische Pflicht zur Nachbesserung unmöglich, § 275 I BGB (h.M.).

Anmerkung: An der Unmöglichkeit fehlt es beim bloßen Deckungskauf – etwa dann, wenn sich der Käufer eines Autos mit defektem Kühler einen Ersatzkühler kauft – jedenfalls solange, wie der Käufer den Ersatzkühler nicht auch einbaut.

Denn der Verkäufer ist in diesem Fall keineswegs daran gehindert, einen neuen Kühler zu liefern und ggf. einzubauen, kann also weiterhin nacherfüllen. Was der Käufer dann mit dem zusätzlich angeschafften Kühler macht, ist seine Angelegenheit. Unmöglichkeit in Form der sog. Zweckerreichung liegt dann jedenfalls nicht vor.¹

Verlangt der Käufer vom Verkäufer Nacherfüllung in Form der Nachlieferung, so soll nach teilweise vertretener Ansicht die Selbstreparatur durch den Käufer ebenfalls nicht zur Unmöglichkeit der Nacherfüllung durch Zweckerreichung (§ 275 I BGB) führen, da der Anspruch des Käufers auf Nachlieferung in rechtlicher Hinsicht – und nur darauf kommt es an – unberührt bleibt.²

Allerdings stellt § 326 I 2 BGB klar, dass das Erlöschen ipso iure nicht für die Unmöglichkeit des **Nacherfüllungsanspruchs** gilt. Somit kann hier noch dahinstehen, ob überhaupt ein Mangel vorlag.

III. Entfallen des Anspruchs durch konkludent erklärte Minderung

Möglicherweise ist der Anspruch auf Zahlung (zumindest zum Teil) infolge erklärter Minderung entfallen. Der Käufer erklärt laut Sachverhalt den Einbehalt des Restkaufpreises. Da er durch die Reparatur dokumentiert hat, den Wagen behalten zu wollen, kann dies nur als konkludente Minderungserklärung verstanden werden.

Fraglich ist, ob die Voraussetzungen für eine Minderung vorliegen.

1. Mangel bei Gefahrübergang

a) Grundsätzlich ist Käufer beweispflichtig

Das gekaufte Cabrio müsste mangelhaft sein. In Betracht kommt allein ein Sachmangel nach § 434 I BGB. Dies setzt eine Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit voraus.

Die Sollbeschaffenheit bestimmt sich nach dem Katalog des § 434 BGB. Zwar haben V und K keine ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I 1 BGB getroffen.

Die Lauffähigkeit des Motors bei einem Auto ist aber übliche Beschaffenheit, die der Käufer auch erwarten kann, sodass ein Mangel i.S.d. § 434 I 2 Nr. 2 BGB vorliegt.

Fraglich ist jedoch, ob die Istbeschaffenheit im Zeitpunkt des Gefahrübergangs (hier Übergabe nach § 446 S. 1 BGB) von der Sollbeschaffenheit abwich. Dies hat nach § 363 i.V.m. § 433 I 2 BGB grundsätzlich der Käufer zu beweisen.

Als Abweichungen kommen sowohl der Motorschaden selbst als auch dessen potentielle Ursache, ein Materialfehler eines Zahnriemens, in Betracht.

¹ BVerfG, ZGS 2006, 470.

² Vgl. Lorenz, NJW 2006, 1175 (1177)

SchuldR-BT

Fall 4a - Lösung - Seite 3

Ein Vergleich des Tachostandes am 23.03. und im Zeitpunkt des Motorschadens zeigt, dass dieser nicht bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorlag. Mit einem defekten Motor kann man nämlich nicht 7.050 km fahren.

Somit bleibt **als möglicher Mangel i.S.v. § 434 I 2 BGB nur die Ursache für den Motorschaden** übrig. Die Ursache des Motorschadens war laut Sachverständigengutachten unzweifelhaft das Überspringen des Zahnriemens am Steuerrad der Nockenwelle.

Für die Lockerung des Zahnriemens war entweder ein Materialfehler des Zahnriemens oder das Einlegen eines kleineren Gangs bei hoher Motordrehzahl verantwortlich. Damit kann K das Vorliegen eines Grundmangels (Materialfehler) nicht zweifelsfrei nachweisen.

b) Anderes Ergebnis wegen § 477 BGB

Allerdings könnte ihm die Beweiserleichterung des § 477 BGB zugutekommen, wenn ein Verbrauchsgüterkauf nach § 474 I BGB vorliegt und die Reichweite der Vermutung sich auch auf die Ursache des Motorschadens erstreckt.

Kaufgegenstand ist mit dem Cabrio eine bewegliche Sache. Nicht erforderlich ist, dass es sich um eine neue Sache handelt.

Als Porschevertragshändler handelte V beim Verkauf des Fahrzeugs in Ausübung seiner gewerblichen Tätigkeit. Er ist mithin Unternehmer nach § 14 I BGB.

K will den Pkw zu privaten Zwecken erwerben, so dass er Verbraucher i.S.v. § 13 BGB ist. Mithin liegt ein Verbrauchsgüterkauf nach § 474 I BGB vor.

Anmerkung: Auch der branchenfremde Verkauf eines Autos durch eine GmbH an einen Verbraucher soll zum Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufes führen. Lesen Sie dazu **BGH, Life&Law 10/2011, 695 ff.**

Bei einem Verbrauchsgüterkauf wird gem. § 477 BGB widerlegbar vermutet, dass ein sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang zeigender Mangel bereits bei Gefahrübergang vorgelegen hat.

Diese Vermutung ist aber bzgl. des Motordefekts widerlegt, da der Pkw zur Zeit der Übergabe diesen Motorschaden noch nicht hatte und auch fahrbereit war.

- (1) Nach **früherer Ansicht des BGH** erfasst die Vermutung des § 477 BGB ausschließlich den konkreten Mangel, der sich innerhalb der Sechsmonatsfrist zeigt.

Die Vermutung ist daher bereits widerlegt, wenn der Verkäufer darlegen und notfalls beweisen kann, dass dieser Mangel bei Gefahrübergang noch nicht vorlag.

- (2) **Gegen diese Auslegung des BGH** sprachen sowohl Gesetzeswortlaut als auch der Normzweck.

Die Formulierung, „Zeigt sich (...) ein Sachmangel, so wird vermutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war (...)“ enthält keine Einschränkung der Vermutung auf die zeitliche Komponente. Nach § 477 BGB wird **nicht nur vermutet, dass** gerade der **aufgetretene Mangel** bereits bei Gefahrübergang vorlag, **sondern auch, dass die Sache** bei Gefahrübergang **generell mangelhaft war**.

Andernfalls müsste § 477 BGB so formuliert sein, dass (nur) vermutet wird, „dass *dieser* Sachmangel bereits bei Gefahrübergang vorhanden war“. Außerdem liegt der Sinn des § 477 BGB darin, dass der Käufer die Sache erst ab Übergabe in den Händen hält und damit auf Mängel untersuchen kann. Der Verbraucher hat in der kurzen Zeit der Übergabe die schlechteren Beweis- und Erkenntnismöglichkeiten bezüglich eines Mangels als der Unternehmer, der die Sache vor der Übergabe längere Zeit in Besitz hatte.³

- (3) Auf Vorlage des „Gerechthof Arnhem-Leeuwarden“ (Niederlande) hat der **EuGH** am 04.06.2015 die Verbraucherrechte gestärkt und diese umstrittene Frage im Sinne der Ansicht der Literatur entschieden.⁴

Dieser Ansicht des EuGH und der h.L. hat sich nun (endlich) **auch der BGH** angeschlossen.⁵

Nach der zu Recht korrigierten Rechtsprechung des BGH wird nun nicht nur vermutet, dass der sich innerhalb von sechs Monaten zeigende konkrete Mangel bei Gefahrübergang vorgelegen hat.

Aufgrund der Formulierung „Zeigt sich (...) ein Sachmangel, so wird vermutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war (...)“ erstreckt sich die Vermutung vielmehr auch darauf, dass die Sache bei Gefahrübergang generell mangelhaft war.

3 Vgl. u.a. Lorenz, NJW 2004, 3020 (3021 f.); Roth, ZIP 2004, 2025 ff.

4 EuGH, **Life&Law 08/2015, 551 ff.**

5 BGH, **Life&Law 01/2017, 1 ff.**

SchuldR-BT

Fall 4a - Lösung - Seite 4

Das Auftreten eines Mangels in dem kurzen Zeitraum von sechs Monaten erlaubt die Vermutung, dass der Mangel zum Zeitpunkt der Lieferung „zumindest im Ansatz“ bereits als sog.- latenter Grundmangel vorlag, auch wenn er sich erst nach der Lieferung des Gutes herausgestellt hat.

Ergebnis: Damit wird auch das Vorliegen eines Grundmangels als Ursache für den Motorschaden vermutet.

Anmerkung: Eine Diskussion dieser Problematik wird von Ihnen in einer guten Examen sklausur erwartet.

Dieses Problem war im Sachverhalt auch deutlich angesprochen, sodass es sich in Ihrer Lösung wiederfinden muss.

Lesen Sie hierzu **BGH, Life&Law 01/2017, 1 ff.!**

(4) Kein Ausschluss der Vermutung

Die Vermutung des § 477 BGB könnte jedoch nach Hs. 2 wegen der Unvereinbarkeit des Mangels mit der Art der Sache widerlegt sein.

Die Unvereinbarkeit könnte sich daraus ergeben, dass es sich um ein gebrauchtes Fahrzeug handelt. Denn bei gebrauchten Gegenständen besteht wegen der unterschiedlichen Abnutzung durch den Verkäufer bzw. vorherigen Halter kein allgemeiner Erfahrungssatz für den Zeitraum der ersten sechs Monate.

Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH und h.L. ist § 477 BGB auch auf gebrauchte Sachen anwendbar.⁶ Eine Einschränkung dergestalt, nur neue Sachen der Vorschrift zu unterwerfen, wäre weder mit dem Wortlaut noch mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift vereinbar.

Die §§ 474 ff. BGB differenzieren an verschiedenen Stellen zwischen dem Verkauf gebrauchter und neu hergestellter Sachen (z.B. §§ 474 II, 476 II). In § 477 BGB findet sich diese Differenzierung nicht.

Damit entspricht es sowohl dem Willen des Gesetzgebers als auch der europarechtskonformen Auslegung, dass diese Vermutung zum Schutz des Verbrauchers auch auf gebrauchte Sachen anzuwenden ist.

Vorliegend hat V den Motor zuvor zudem überholt und einen neuen Zahnriemen eingebaut. Dieser Umstand rechtfertigt die Vermutung, dass hierbei fehlerhaftes Material ver-

wendet wurde, obwohl es sich um einen gebrauchten Pkw handelte.

Somit wird die Vermutung, dass der Motorschaden auf einen Materialfehler zurückzuführen ist, nicht vom tatbestandlichen Ausschluss erfasst.

Zwischenergebnis: Somit liegt zur Zeit des Gefahrübergangs ein Sachmangel nach § 434 I 2 BGB vor.

2. Weitere Voraussetzungen der Minderung

Nach dem Wortlaut des § 441 I 1 BGB kann der Käufer mindern, wenn die Voraussetzungen des Rücktritts (nämlich §§ 323, 326 V, 440 BGB) vorliegen.

Anders als beim Rücktritt kommt es nach § 441 I 2 BGB nicht auf die Erheblichkeit des Mangels an. Fraglich ist somit, ob die Rücktrittsvoraussetzungen vorliegen.

a) § 437 Nr. 2 i.V.m. §§ 441 I, 323 I BGB

§ 437 Nr. 2 BGB enthält keinen eigenständigen Rücktrittsgrund, sondern verweist auf die allgemeinen Vorschriften. Als Rücktrittsgrund kommt somit zunächst § 323 I BGB in Betracht. Bei dem Kaufvertrag handelt es sich um einen gegenseitigen Vertrag. Da bei Gefahrübergang nach § 446 S. 1 BGB ein Sachmangel vorlag (s.o.), war der Nacherfüllungsanspruch fällig.

Jedoch hat K dem V keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt.

Vielmehr hat er den vorhandenen Mangel eigenmächtig ohne Rücksprache mit V beseitigen lassen. Demnach fehlt es an der erforderlichen Fristsetzung nach § 323 I BGB.

Anmerkung: Für eine Fristsetzung ist es jetzt zu spät. Denn aufgrund der mit der erfolgreichen Reparatur eingetretenen Zweckerreichung (§ 275 I BGB) besteht kein Nacherfüllungsanspruch mehr, der fällig (und durchsetzbar) i.S.v. § 323 I BGB sein kann.

Etwas anderes würde jedoch dann gelten, wenn die Frist nach § 323 II Nr. 3 oder § 440 S. 1 Var. 3 BGB entbehrlich wäre.⁷ Hieran sind zur Wahrung des Grundsatzes pacta sunt servanda strengste Anforderung zu stellen.

⁶ Vgl. BGH, **Life&Law 2004, 645 ff.** = NJW 2004, 2299 ff.; BGH, **Life&Law 2006, 6 [8]** = NJW 2005, 3490 ff. sowie BGH, **Life&Law 2006, 159 ff.** = NJW 2006, 434 ff.

⁷ Beachten Sie, dass § 440 S. 1 Var. 3 BGB im Gegensatz zu § 323 II Nr. 3 bzw. § 281 II Alt. 2 BGB keine Interessenabwägung verlangt, sondern nur die Zumutbarkeit für den Käufer relevant ist.

SchuldR-BT

Fall 4a - Lösung - Seite 5

Da die Kosten für einen Transport in die Starnberger Werkstatt und die des V identisch sind, kann daraus kein besonderer Umstand abgeleitet werden, der K zum Rücktritt ohne Fristsetzung berechtigt. Mithin steht K kein Rücktrittsrecht nach §§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 323 I BGB zu.

Anmerkung: Auch wegen des bevorstehenden Wanderausflugs ist bei der Abwägung zu § 323 II Nr. 3 BGB kein anderes Ergebnis vertretbar.

b) § 437 Nr. 2 i.V.m. §§ 326 V, 323 BGB

Als Rücktrittsgrund kommt auch § 326 V BGB in Betracht. Denn mit der Durchführung der Reparatur ist der Nacherfüllungsanspruch nach § 275 I BGB ausgeschlossen.

Allerdings könnte der Rücktritt nach § 326 V Hs. 2 i.V.m. § 323 VI Alt. 1 BGB ausgeschlossen sein.

Dies setzt voraus, dass K für den Umstand, der zum Ausschluss der Leistungspflicht führte, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist.

Zur Beurteilung dieser Verantwortlichkeit kann § 276 I 1 BGB nicht direkt herangezogen werden, da K nicht Schuldner i.S.d. Vorschrift ist.

Vielmehr ist auf den Pflichtenkatalog des Schuldverhältnisses abzustellen. Hiernach ist K aufgrund des aus §§ 323 I, 281 I 1 BGB folgenden Vorrangs der Nacherfüllung verpflichtet, sich bei Mangelhaftigkeit an V als Verkäufer zu wenden, um diesem die Chance zur Nacherfüllung zu geben. Hierdurch soll sich der Verkäufer den vollständigen Kaufpreis verdienen können.

Dieser Obliegenheit ist K nicht nachgekommen, so dass er für den zur Unmöglichkeit der Nacherfüllung führenden Umstand – die Reparatur – grundsätzlich allein verantwortlich ist.

Ein anderes könnte sich hier ausnahmsweise aus dem Herausforderungs- bzw. Veranlassungsgedanken ergeben.

Dazu müsste V die Selbstvornahme durch die mangelhafte Leistung „herausgefordert“ haben. Wie das Fristsetzungserfordernis in § 323 I BGB und dessen Ausnahmen zeigen, berechtigt der Mangel allein den Käufer jedoch nicht, sich zur Selbstvornahme herausgefordert zu fühlen.

Somit ist aufgrund der alleinigen Verantwortlichkeit des K der Rücktritt nach §§ 326 V Hs. 2, 323 VI BGB ausgeschlossen.

Zwischenergebnis: Damit liegen auch die Minderungsvoraussetzungen nicht vor. Die Minderungserklärung geht daher ins Leere, der Anspruch besteht fort.

IV. Erlöschen des Kaufpreisanspruches infolge Anrechnung gem. § 326 II S.2 BGB?

Der Anspruch des V könnte jedoch durch Verrechnung „ipso iure“ gem. § 326 II S.2 BGB (analog) in Höhe der ersparten Aufwendungen des V erloschen sein.

Anmerkung: Während die **Aufrechnung** zwei selbständige Forderungen voraussetzt, bedeutet die **Anrechnung** dagegen Abzug oder Saldierung unselbständiger Rechnungsposten bei der Feststellung (der Höhe) eines einheitlichen Anspruchs.

Die Anrechnung hat - aufgrund entsprechenden Parteivortrags - von Amts wegen zu erfolgen ohne dass eine Aufrechnungserklärung erforderlich wäre; Aufrechnungsverbote sind nicht hinderlich.⁸

Das BGB erwähnt die Anrechnung außer in § 326 II S.2 BGB ausdrücklich z.B. in §§ 537 I S.2, 615 S.2, 616 S.2, 648 S.2.

Praktisch relevant wird sie insbes. auch bei der Vorteilsanrechnung im Rahmen des § 249 BGB, bei der Schadensberechnung gem. § 281 BGB nach Maßgabe der Differenztheorie und vor allem auch beim Bereicherungsausgleich nach der Saldotheorie bei der Rückabwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge.

Durch eine Anwendung des § 326 II S.2 BGB könnte man dazu gelangen, dass V sich vom Kaufpreis diejenigen Aufwendungen abziehen lassen muss, deren Kosten er durch den Abschluss der Nacherfüllungspflicht erspart.

Da K bereits einen Teilbetrag des Kaufpreises geleistet hat, könnte er bei Anwendung des § 326 II S.2 BGB die anteilige Erstattung nach § 326 IV i.V.m. §§ 346 ff. BGB verlangen (einer Gestaltungserklärung bedarf es hierfür nicht).

Nach § 439 II BGB hat V die Kosten einer von ihm durchgeführten Nacherfüllung zu tragen. Aufgrund der Selbstvornahme der Mängelbeseitigung durch K sind diese nicht angefallen.

Demnach könnte K gegen V einen Anspruch auf anteilige Erstattung des gezahlten Kaufpreises in Höhe der Aufwendungen zustehen, die sich V aufgrund der Mängelbeseitigung durch die Starnberger Werkstatt erspart hat.

⁸ Vgl. dazu Palandt, § 387, Rn. 2; BGH NJW 1962, 1909.

SchuldR-BT

Fall 4a - Lösung - Seite 6

Diese Anrechnung kann jedoch nur dann erfolgen, wenn § 326 II S.2 BGB auf die Mängelrechte anwendbar ist und gesetzliche Wertungen nicht entgegenstehen.

Gegen eine Anwendung von § 326 II 2 BGB hat der BGH u.a. angeführt, dass dem Verkäufer dadurch die Möglichkeit genommen würde, zu überprüfen, ob tatsächlich – entsprechend der Behauptung des Käufers – ein Mangel vorlag, der durch die Selbstvornahme beseitigt wurde.⁹

Außerdem würde durch die Anwendung des § 326 II 2 BGB faktisch ein Selbstvornahmerecht des Käufers begründet. Nach. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB kann der Käufer aber Kosten aus einem Deckungsgeschäft nur verlangen, wenn er zuvor dem Verkäufer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat.

Durch die Anwendung des § 326 II BGB würde damit auch das Fristsetzungserfordernis und damit der Vorrang der Nacherfüllung unterwandert werden.

Daher lehnt der BGH die Anwendung des § 326 II 2 BGB bei der Selbstvornahme im Kaufrecht zu Recht ab.

Ergebnis: Daher liegt kein anrechenbarer Gegenanspruch des K gegen V vor, sodass der Kaufpreiszahlungsanspruch nicht in Höhe von € 3.000 nach § 326 II S.2 BGB erloschen ist.

V. Erlöschen der Kaufpreisforderung infolge Aufrechnung, § 389 BGB?

Der Zahlungsanspruch könnte jedoch durch den Aufrechnungseinwand in Höhe von € 3.000 erloschen sein, § 389 BGB.

Dies setzt voraus, dass die Aufrechnung ordnungsgemäß erklärt wurde, eine Aufrechnungslage vorliegt und kein Aufrechnungsverbot besteht.

1. Aufrechnungserklärung, § 388 BGB

K hat die Aufrechnungserklärung nur für den Fall abgegeben, dass ein Anspruch des V bestehe. Dabei handelt es sich um eine Bedingung.

Gemäß § 388 S. 2 BGB ist die Aufrechnungserklärung aber wie jede andere Gestaltungserklärung grundsätzlich bedingungsfeindlich.

Der Sinn und Zweck dieser Bedingungsfeindlichkeit liegt darin, dass eine Rechtsunsicherheit

über die Gestaltung der Rechtslage vermieden wird. Handelt es sich wie vorliegend jedoch um eine sog. Rechtsbedingung, d.h. ist der Bedingungseintritt nur von einem rechtlichen Umstand abhängig, entsteht keine Rechtsunsicherheit. Somit ist die o. g. Bedingung als sog. Rechtsbedingung im Wege teleologischer Reduktion vom Verbot des § 388 S. 2 BGB auszunehmen (vgl. auch Umkehrschluss aus § 45 III GKG).

Mithin hat K eine wirksame Aufrechnungserklärung abgegeben.

2. Aufrechnungslage, § 387 BGB

Des Weiteren müsste eine Aufrechnungslage nach § 387 BGB bestehen.

V hat gegen K einen Anspruch auf Restkaufpreiszahlung in Höhe € 9.000. Gleichartig wäre ein Gegenanspruch des K gegen V auf Zahlung der entstandenen Reparaturkosten in Höhe von € 3.000. Fraglich ist, ob der Anspruch des K besteht.

Anmerkung: Die Selbstvornahme im Kaufrecht¹⁰ ist bereits jetzt ein „Klassiker“ des neuen Schuldrechts und sollte Ihnen bestens bekannt sein.

a) Anspruch auf SE statt der Leistung gem. § 437 Nr. 3 i.V.m. §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB

Ein solcher Anspruch könnte sich aus § 437 Nr. 3 i.V.m. §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB ergeben.

Dies setzt voraus, dass das gekaufte Cabrio mangelhaft war, die Reparaturkosten als Posten des Schadensersatzes ersatzfähig sind und die übrigen tatbestandlichen Voraussetzungen des § 281 I 1 BGB, insbesondere das Fristsetzungserfordernis, vorliegen.

Bis zur Selbstvornahme der Mängelbeseitigung handelte es sich um einen behebbaren Mangel, was gerade das Gelingen selbiger zeigt. Allerdings hat K dem V nicht erfolglos eine Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt. Auch war diese nicht nach § 281 II Alt. 2 BGB entbehrlich.

Um den Vorrang der Nacherfüllung nicht auszuhöhlen sind hier dieselben strengen Anforderungen wie bei § 323 II Nr. 3 BGB zu stellen.

⁹ BGH Life&Law 2005, 351 ff. (= NJW 2005, 1348 ff.); BGH Life&Law 2006, 1 ff. (= NJW 2005, 3211 ff.)

¹⁰ Aus der Rechtsprechung vgl. BGH, Life&Law 2005, 351 ff.; (= NJW 2005, 1348 ff.); BGH, Life&Law 2006, 1 ff. (= NJW 2005, 3211 ff.); LG Gießen, NJW 2004, 2906 ff.; vgl. auch Hemmer/Wüst, Schuldrecht BT I, Rn. 171 ff.; ausführlich Fest/Tyroller in Life&Law 01/2005, 70 ff.

SchuldR-BT

Fall 4a - Lösung - Seite 7

Diese sind - wie oben gezeigt - nicht gegeben. Somit scheidet ein Anspruch aus § 437 Nr. 3 i.V.m. §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB tatbestandlich aus.

b) Anspruch auf SE statt der Leistung gem. § 437 Nr. 3 i.V.m. §§ 280 I, III, 283 S. 1 BGB

Als Rechtsgrundlage für den Ersatzanspruch kommt des Weiteren § 437 Nr. 3 i.V.m. §§ 280 I, III, 283 S. 1 BGB in Betracht.

aa) Nachträgliche Unmöglichkeit

Mit der Selbstvornahme wurde der Zweck des Nacherfüllungsanspruchs erreicht. Die Nacherfüllungspflicht ist mithin nach Vertragsschluss gemäß § 275 I BGB unmöglich geworden (s.o.).

Demnach kann sich nunmehr ein Schadensersatzanspruch auch aus § 437 Nr. 3 i.V.m. §§ 280 I, III, 283 S. 1 BGB ergeben.

bb) Aber: Widerlegung des vermuteten Vertretmüssens des V, § 280 I S.2 BGB

§ 280 I 2 BGB setzt im Falle des § 283 S. 1 BGB voraus, dass der Verkäufer die zur Unmöglichkeit der Nacherfüllung führenden Gründe zu vertreten hat. Dies ist vorliegend die Selbstvornahme der Reparatur.

Wie bereits im Rahmen von §§ 326 V Hs. 2, 323 VI Alt. 1 BGB gezeigt, hat K diesen Umstand allein zu vertreten. Der alleinigen oder weit überwiegenden Verantwortlichkeit des K steht auch nicht die Haftungsverschärfung des § 287 S. 2 BGB entgegen.

Zum einen liegt in der mangelhaften Leistung nach h.M. nicht zugleich eine Verzögerung der geschuldeten Leistung. Jedenfalls liegt aber kein Fall des Zufalls i.S.v. § 287 S. 2 BGB vor.

Zufall liegt lediglich dann vor, wenn die Leistungsstörung von keiner Partei zu vertreten ist. Dies ist hier aufgrund der Missachtung des Primats der Nacherfüllung nicht gegeben.

Somit scheidet ein Ersatzanspruch gemäß § 437 Nr. 3 i.V.m. §§ 280 I, III, 283 S. 1 BGB aus.

Anmerkung: Die Frage, ob es sich bei den Reparaturkosten um einen Schaden handelt, spielt daher keine entscheidende Rolle. Da die Selbstvornahme auf einer freiwilligen Entscheidung des Käufers beruht, handelt es sich definitionsgemäß um eine Aufwendung und keine unfreiwillige Vermögenseinbuße. Allerdings darf sich der Käufer, **sofern die Frist zur Nacherfüllung abgelaufen bzw. ei-**

ne Fristsetzung entbehrlich ist, zur Selbstvornahme herausgefordert fühlen.

*Er hätte zwar die Möglichkeit, den Verkäufer auf Nacherfüllung zu verklagen, doch ist die Selbstvornahme der kostengünstigere und damit vernünftiger Weg. Folglich können die Reparaturkosten grundsätzlich sowohl als Schadens- als auch (!) als Aufwendungspos-
ten ersatzfähig sein.*

In den Fällen, in denen die Fristsetzung – so wie hier – nicht entbehrlich war, erscheint dies jedoch kaum haltbar.

c) Kein Anspruch aus § 439 II BGB

Nach § 439 II BGB hat der Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere auch die Transportkosten, zu tragen.

Der BGH qualifiziert § 439 II BGB in ständiger Rechtsprechung als Anspruchsgrundlage auf Kostenersatz.¹¹

Die Vorschrift steht aber im Kontext zur Nacherfüllungspflicht des § 439 I BGB, die dem Verkäufer im Falle der Mangelhaftigkeit der Kaufsache ein Recht zur zweiten Andienung gibt. Dies hat zur Folge, dass es eine ungeschriebene Voraussetzung des Anspruchs nach § 439 II BGB ist, dass beim Käufer Kosten **für Tätigkeiten** im Zusammenhang mit der Nacherfüllung angefallen sind, **die nicht vom Verkäufer selbst** im Rahmen seiner Nacherfüllungspflicht **hätten durchgeführt werden müssen**.

Sind aber Kosten innerhalb des Umfangs der von Verkäufer geschuldeten Nacherfüllung selbst angefallen, so kann der Käufer diese nicht – verschuldensunabhängig und ohne vorherige Fristsetzung – nach § 439 II BGB ersetzt verlangen.

Anderenfalls gäbe § 439 II BGB dem Käufer ein Recht zur Selbstvornahme. Dies ist aber nicht die Intention der Norm. Diese erschöpft sich vielmehr darin, dem Verkäufer im Sinne einer Kostentragungsregel zu verbieten, diese Kosten anderweitig auf den Käufer abzuwälzen.

Anmerkung: Die Richtigkeit dieser Abgrenzung zeigt sich auch an der Parallelvorschrift des § 635 II BGB im Werkvertragsrecht, der eine dem § 439 II BGB entsprechende Kostentragungsregel im Werkvertragsrecht darstellt.

¹¹ BGH, **Life&Law 11/2017**, 735 ff.; BGH, **Life&Law 09/2008**, 575 ff. = NJW 2008, 2837; BGH, **Life&Law 07/2011**, 462 ff. = NJW 2011, 2278 ff.

SchuldR-BT

Fall 4a - Lösung - Seite 8

Gäbe diese Vorschrift dem Besteller ein Recht zur Selbstvornahme, so wäre die werkvertragliche Spezialregelung zur Selbstvornahme in § 637 BGB (abhängig vom vorherigen Ablauf einer Frist!) komplett überflüssig.¹²

d) Anspruch aus §§ 670, 683 S. 1, 677 BGB bzw. §§ 684 S.1, 818 II BGB

Da die Reparaturkosten auch Aufwendungen darstellen, könnten sie nach §§ 670, 683 S. 1, 677 BGB bzw. §§ 684, 818 BGB ersatzfähig sein, wenn die G.o.A. neben den Mängelrechten aus dem Kaufvertrag anwendbar ist.

Die G.o.A. setzt tatbestandlich weder eine Fristsetzung noch ein Vertretenmüssen voraus.

Diese Tatbestandsvoraussetzungen bezwecken jedoch den Schutz des Verkäufers, der durch eine Anwendung der G.o.A. unterlaufen würde. Demnach ist die G.o.A. schon aus Konkurrenzgründen nicht anzuwenden.

Überdies scheidet die G.o.A. auch tatbestandlich: Zwar führt K mit der Selbstvornahme aufgrund des bestehenden Nacherfüllungsanspruchs und seinem eigenen Interesse an einer schnellen Reparatur ein sog. auch fremdes Geschäft. Da der Käufer als Laie in der Regel nicht den Vorrang der Nacherfüllung kennt, handelt er ohne Fremdgeschäftsführungswillen. Bei K ist nichts anderes erkennbar, so dass ein Anspruch aus G.o.A. tatbestandlich an § 687 I BGB scheitert.

e) Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 2 BGB (Aufwendungs- bzw. Rückgriffskondition)

Ein Ersatzanspruch könnte sich auch aus § 812 I 1 Alt. 2 BGB ergeben, wenn dieser neben den Mängelrechten anwendbar wäre.

Anmerkung: Nimmt man bei der G.o.A. das Vorliegen eines Fremdgeschäftsführungswillens an, muss hier konsequent eine Leistungskondition, § 812 I 1 Alt. 1 BGB, geprüft werden.

Erlangtes Etwas könnte die Befreiung von der Nacherfüllungsverbindlichkeit (§§ 437 Nr. 1, 439 I BGB) sein.

Allerdings würde die Anwendung der Aufwendungskondition in gleicher Weise wie bei der G.o.A. zu einer Umgehung des Fristsetzungserfordernisses und des Vertretenmüssens im Rahmen der kaufrechtlichen Schadensersatzansprüche führen.

Folglich ist die Anwendbarkeit des Bereicherungsrechts neben den Mängelrechten abzulehnen.

Die Gegenansicht will Bereicherungsansprüche neben den Mängelrechten zulassen, aber rechtsfolgenseitig durch das Institut der aufgedrängten Bereicherung korrigieren.¹³

Selbst bei einer subjektiven Berechnung der Bereicherung liefe dies stets auf den objektiven Wert der ersparten Nacherfüllungskosten hinaus.

Denn der subjektive Wert von Geld unterscheidet sich nicht von dessen objektivem Wert. Demnach ist es vorzugswürdig, die Mängelrechte als abschließende Regelung anzusehen.

f) Anspruch analog § 637 I BGB?

Ein Selbstvornahmerecht ist aus §§ 634 Nr. 2, 637 BGB für das Werkvertragsrecht bekannt. Hiernach kann der Besteller nach erfolgloser Fristsetzung Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen.

Im Katalog der kaufrechtlichen Mängelrechte (§ 437 BGB) fehlt die ausdrückliche Regelung eines vergleichbaren Rechts. Fraglich ist, ob § 637 I BGB analog angewandt werden kann.

Dazu bedürfte es einer vergleichbaren Interessenlage und einer Regelungslücke. Die Kosten der Selbstvornahme sind im Kaufrecht unter den Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung grundsätzlich ersatzfähig.

Mit einer entsprechenden Anwendung des § 637 BGB würde man das Erfordernis des Vertretenmüssens umgehen.

Somit besteht keine Regelungslücke, so dass § 637 I BGB im Rahmen des Kaufrechts keine analoge Anwendung findet.

Überdies fehlt es tatbestandlich an dem für § 637 BGB erforderlichen erfolglosen Fristablauf.

g) Anspruch gem. § 823 I BGB?

Eine Eigentumsverletzung läge vor, wenn man im vorliegenden Fall einen weiterfressenden Mangel bejahen würde.

Anmerkung: Vgl. dazu ausführlich Fall 7, SchuldR-BT!

¹² Vgl. Müller, ZJS 2012, 444; Palandt, § 439 BGB, Rn. 13 a.E.

¹³ So Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2005, 10, 12 f.

SchuldR-BT

Fall 4a - Lösung - Seite 9

Zu beachten ist aber, dass die Bejahung eines Anspruches aus § 823 I BGB **gegen den Verkäufer** mit dem im Mängelrecht geltenden Erfordernis der Fristsetzung zur Nacherfüllung (§§ 281 I, 323 I BGB) in Konflikt tritt.¹⁴

Im vorliegenden Fall scheidet der Anspruch aus § 823 I BGB aber jedenfalls am fehlenden Nachweis des Verschuldens.

Endergebnis:

Der Zahlungsanspruch des V gegen K ist nicht erloschen. Da dieser auch schon fällig ist, hat V gegen K einen Zahlungsanspruch in Höhe von € 9.000 aus § 433 II BGB.

Sein Zahlungsverlangen ist daher begründet.

Arbeitsanleitung:

1. *Beruhet die Unmöglichkeit der Nacherfüllung einer mangelhaften Kaufsache auf einem bestimmungswidrigen Gebrauch durch den Käufer, so ist ein Rücktritt vom Kaufvertrag wegen §§ 437 Nr. 2, 326 V, 323 VI BGB ausgeschlossen.*

Die dem Verkäufer dadurch unmöglich gewordene Nacherfüllung beruht in diesem Fall aber nicht auf einer unberechtigten Selbstvornahme seitens des Käufers ohne vorherige erforderliche Fristsetzung.

Zur Vermeidung einer ungerechtfertigten Entlastung des Verkäufers einer mangelhaften Sache soll nach Ansicht des OLG München daher § 326 II S. 2 BGB analog angewendet werden. Der Verkäufer, der zur Nacherfüllung verpflichtet gewesen wäre, wenn die Mängel vor dem Eintritt des Schadensereignisses bekannt gewesen wären, hat daher dem Käufer seine insoweit ersparten Aufwendungen zu ersetzen.

*Lesen Sie hierzu **OLG München, Life&Law 04/2007, 219 ff.** = ZGS 2007, 80 ff.*

2. *Die Vermutung des § 477 BGB ist mit der Art des Mangels nicht unvereinbar, wenn der Mangel für den Verkäufer ebenso wie für den Käufer nicht erkennbar war.*

Die Vorschrift setzt nicht voraus, dass der Verkäufer in Bezug auf den betreffenden Mangel tatsächlich die besseren Erkenntnismöglichkeiten hat als der Käufer.

Der Käufer, der sich auf die ihm günstige Beweislastumkehr beruft, muss im Streitfall darlegen und beweisen, dass die für die Anwendung dieser Vorschrift erforderlichen Voraussetzungen eines Verbrauchsgüterkaufs nach § 474 BGB erfüllt sind, er insbesondere beim Abschluss des Kaufvertrages als Verbraucher im Sinne des § 13 BGB gehandelt hat.

*Zu dieser wichtigen Entscheidung lesen Sie **BGH, Life&Law 01/2008, 71 f. (Life&Law kompakt)** = NJW 2007, 2619 ff.*

3. *Beseitigt der Mieter eigenmächtig einen Mangel der Mietsache, ohne dass der Vermieter mit der Mangelbeseitigung in Verzug ist (§ 536a II Nr. 1 BGB) oder die umgehende Beseitigung des Mangels zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Bestands der Mietsache notwendig ist (§ 536a II Nr. 2 BGB), so kann er die Aufwendungen zur Mangelbeseitigung weder nach § 539 I BGB noch als Schadensersatz gemäß § 536a I BGB vom Vermieter ersetzt verlangen. Der BGH überträgt also seine Rechtsprechung aus dem Kaufrecht konsequent auf das Mietrecht.*

*Lesen Sie dazu **BGH, Life&Law 05/2008, 287 ff.** = NJW 2008, 1216 ff.*

4. *Der Vorrang der Nacherfüllung gilt auch für die Eigenhaftung eines Vertreters aus c.i.c., da die Haftung des Sachwalters nicht weiter reichen kann als die Haftung des vertretenen Verkäufers. Den Fehler der eigenmächtigen Selbstvornahme der Mängelbeseitigung ohne vorherige Fristsetzung kann der Käufer nicht dadurch korrigieren, dass er den Vertreter des Verkäufers auf Schadensersatz aus Sachwalterhaftung in Anspruch nimmt. Die Bejahung dieses Anspruchs wäre ein nicht gerechtfertigtes „Geschenk des Himmels“ gewesen.*

*Lesen Sie dazu **BGH, Life&Law 2011, 223 ff.** = ZGS 2011, 1309 ff.*

¹⁴ Grigoleit, ZGS 2002, 78 [79].