

# Übungsklausur: Ein Freund, ein guter Freund\*

Von Akad. Rat a.Z. Dr. **Matthias Fervers**, Prof. Dr. **Beate Gsell**, München\*\*

## Sachverhalt

Victoria (V) ist „klamm“ und möchte ihren PKW und ihr Fahrrad, beides gebraucht, verkaufen. Mit ihrem gutmütigen Bekannten Klaus (K) wird sie rasch handelseinig. Das Fahrrad nimmt K gleich mit und bezahlt den Kaufpreis von 600 € sofort in bar, hinsichtlich des Autos vereinbaren sie, dass K es in zwei Wochen, am 3.7.2017 um 14:00 Uhr, abholen und dann den Kaufpreis von 5.000 € ebenfalls bar bezahlen soll.

Nach Entgegennahme des Fahrrades stellt K jedoch schon auf den ersten Metern beim Nachhauseradeln fest, dass der Vorderreifen deutlich Luft verliert. Er schreibt V deshalb eine Mail, bittet sie „schnellstmöglich“ um „Reparatur“ und bietet ihr an, das Fahrrad zu diesem Zweck bei ihr vorbeizubringen. V entgegnet nur, sie sei doch keine Mechanikerin und er solle sich nicht so haben. Als K eine weitere Woche nichts von V hört, teilt er V telefonisch mit, er wolle wegen des kaputten Reifens 30 € zurückhaben, da das Fahrrad – was zutrifft – mit einwandfreiem Reifen 500 €, so aber tatsächlich nur 475 € wert sei. V meint, K brauche „mit Herabsetzungen gar nicht anzufangen“, weil ein etwaiger Mangel jedenfalls unerheblich sei.

## Fallfrage 1

Hat K gegen V einen Anspruch auf Zahlung von 30 €?

## Sachverhaltsfortsetzung

Als V das Auto am 3.7.2017 um Punkt 14:00 Uhr zur Abholung bereitstellt, wartet sie vergeblich auf K. Als sie ihn anruft, entgegnet K, er müsse dringend wegen Zahnschmerzen zum Zahnarzt, er komme leider erst am nächsten Tag. Als K am nächsten Tag erscheint, stellen er und V entsetzt fest, dass das Auto nunmehr einen Blechschaden hat und an der Windschutzscheibe eine Nachricht klebt: „Ich habe leider aus Versehen Ihr Auto touchiert. Kontaktieren Sie mich unter der folgenden Nummer: [...] Viele Grüße, Dieter.“ V erklärt K, sie bestehe dennoch auf Zahlung des vollen Kaufpreises, denn wenn K den Wagen rechtzeitig abgeholt hätte, wäre schließlich nichts passiert. Er solle sich wegen des Blechschadens „direkt an Dieter halten“. Sie trete ihm hiermit auch gerne all ihre etwaigen Ansprüche gegen Dieter ab. K bezahlt daraufhin die 5.000 € und nimmt das Auto mit.

## Fallfrage 2

Hat K gegen D einen Anspruch auf Zahlung der Kosten für die Behebung des Blechschadens?

---

\* Die Klausur wurde im Sommersemester 2017 an der Ludwig-Maximilians-Universität München als Zwischenprüfungsklausur gestellt.

\*\* Dr. **Matthias Fervers** ist Akad. Rat a.Z. am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Europäisches Privat- und Verfahrensrecht der Ludwig-Maximilians-Universität München. Prof. Dr. **Beate Gsell** ist Inhaberin des Lehrstuhls.

## Bearbeitervermerk

Ansprüche aus dem StVG sind nicht zu prüfen. Normen des StGB sind nicht zu berücksichtigen. Ansprüche aus GoA und Bereicherungsrecht sind nicht zu prüfen.

## Lösungsvorschlag

### A. Zu Fallfrage 1

K könnte gegen V einen Anspruch auf die teilweise Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 30 € haben.

### I. § 441 Abs. 1, Abs. 4 BGB

Ein solcher Anspruch könnte sich aus § 441 Abs. 1, Abs. 4 BGB ergeben. Dafür müsste K eine Minderungserklärung abgegeben haben und es müssten die Voraussetzungen des Rücktritts vorliegen.<sup>1</sup>

#### 1. Minderungserklärung

Eine Minderungserklärung des K nach § 441 Abs. 1 S. 1 BGB liegt vor. Er hat zu verstehen gegeben, dass er einen Teil des geleisteten Kaufpreises aufgrund eines Sachmangels erstattet haben möchte, was nach §§ 133, 157 BGB für das Vorliegen einer Minderungserklärung ausreicht.

#### 2. Voraussetzungen des Rücktritts

Ein Rücktrittsrecht des K könnte sich aus §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB ergeben. Voraussetzung hierfür wäre, dass ein Kaufvertrag und ein Sachmangel vorliegen, dass K der V erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat und dass der Rücktritt nicht wegen der Unerheblichkeit des Mangels ausgeschlossen ist.

*Hinweis:* Der fehlende Ausschluss wegen Unerheblichkeit sollte nicht standardmäßig in den Obersatz aufgenommen (und auch nicht standardmäßig geprüft) werden, da es sich bei § 323 Abs. 5 S. 2 BGB um eine Einwendung handelt, auf die nur bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte einzugehen ist.<sup>2</sup> Da V sich hier aber auf die Unerheblichkeit berufen hat und diese somit später zu thematisieren ist, bietet sich die Erwähnung bereits im Obersatz an.

#### a) Kaufvertrag

Ein Kaufvertrag zwischen K und V liegt vor.

*Hinweis:* Umfangreiche Ausführungen zum Kaufvertrag sind hier nicht angezeigt, da ein solcher vollkommen unproblematisch vorliegt. Insbesondere sollte nicht ausführlich auf Angebot und Annahme eingegangen werden, da sich dem Sachverhalt gar nicht entnehmen lässt, wer das Angebot und wer die Annahme erklärt hat.

---

<sup>1</sup> Zu den einzelnen Anspruchskonstellationen im Kaufrecht siehe *Fervers*, Jura 2015, 11 ff.

<sup>2</sup> Zu § 323 Abs. 6 BGB *Fervers*, ZJS 2015, 454 (460).

*b) Sachmangel*

Das Fahrrad wies einen defekten Reifen auf und war somit zumindest im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB mangelhaft. Auch bei einem gebrauchten Fahrrad kann der Käufer nämlich regelmäßig erwarten, dass es zumindest fahrbereit ist. Hinzu kommt vorliegend, dass K für das gebrauchte Fahrrad immerhin 600 € bezahlt hat und bei diesem Preis erst recht entsprechende Erwartungen hinsichtlich der Funktionsfähigkeit haben darf. K ist dieser Defekt auch in unmittelbarem Anschluss an die Übergabe aufgefallen, sodass auch anzunehmen ist, dass das Fahrrad bereits bei Gefahrübergang (§ 446 S. 1 BGB) mangelhaft war.

*Hinweis:* Unbedingt vermieden werden sollten hier umfangreiche Ausführungen zu § 434 Abs. 1 S. 1 und § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB. Abgesehen davon, dass sich diese Sachmangelvarianten von § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB überhaupt nicht sinnvoll abgrenzen lassen, ist das Vorliegen eines Sachmangels hier offensichtlich. Es ist deshalb empfehlenswert und souverän, direkt auf § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB zu „springen“.

*c) Fristsetzung*

Grundsätzlich muss der Käufer dem Verkäufer vor Erklärung der Minderung gem. § 323 Abs. 1 BGB eine angemessene Frist zur Nacherfüllung setzen.

*aa) Keine Entbehrlichkeit der Frist nach § 326 Abs. 5 BGB*

Die Fristsetzung war nicht gem. § 326 Abs. 5 BGB entbehrlich, weil die Nacherfüllung nicht nach § 275 Abs. 1 BGB unmöglich ist. Zwar mag die Nachlieferung ausgeschlossen sein, weil es sich um einen Stückkauf handelte und die Sache nicht nach der Vorstellung der Parteien austauschbar war;<sup>3</sup> ein defekter Schlauch oder Mantel lässt sich jedoch problemlos austauschen, sodass jedenfalls die Nachbesserung möglich war. Auch die Tatsache, dass V keine Zweiradmechanikerin ist, führt nicht zur Unmöglichkeit der Nachbesserung, da V den Austausch ohne weiteres durch einen fachkundigen Dritten hätte vornehmen können.

*bb) Keine Entbehrlichkeit nach § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB*

Die Fristsetzung war auch nicht nach § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich, da V die Leistung nicht ernsthaft und endgültig verweigert hat. Zwar hat sie geäußert, K solle sich nicht so haben und sie sei keine Mechanikerin. An das Vorliegen einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung sind jedoch strenge Anforderungen zu stellen. Erforderlich ist, dass der Gläubiger die Äußerung des Schuldners als dessen „letztes Wort“ auffassen muss. Ein bloßes Bestreiten des Anspruchs oder die Äußerung von Bedenken genügt hierfür gerade nicht.<sup>4</sup> V hat lediglich darauf hingewiesen, dass sie keine Mechanikerin sei und ihre Meinung formuliert, dass K

den Mangel hinnehmen solle. Dass V schlechthin nicht verhandlungs- oder reparaturbereit gewesen wäre, lässt sich daraus nicht schließen.

*cc) Wirksame Fristsetzung*

Es kommt deshalb darauf an, ob K wirksam eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat und diese erfolglos abgelaufen ist. Fraglich ist dies deshalb, weil man nach dem allgemeinen Wortsinn bei einer Fristsetzung durchaus eine Leistungsaufforderung mit konkretem Endtermin („bis zum ...“) für erforderlich halten könnte und K lediglich „schnellstmöglich“ um den Austausch des Reifens gebeten hat. Der BGH hat jedoch entschieden, dass ein konkreter Endtermin nicht erforderlich ist, sondern dass es vielmehr genügt, wenn der Gläubiger dem Schuldner unmissverständlich zu verstehen gibt, dass ihm für die Erfüllung der betreffenden Verpflichtung lediglich ein begrenzter Zeitraum zur Verfügung steht.<sup>5</sup> In diesem Falle soll es auch unschädlich sein, wenn die Aufforderung in die Gestalt einer höflichen Bitte gekleidet ist.<sup>6</sup> Für die Auffassung des BGH spricht, dass das Erfordernis einer Fristsetzung mit konkretem Endtermin einerseits dem Käufer vielfach nicht bekannt sein dürfte und dass andererseits der Verkäufer unter den genannten Voraussetzungen kein weiteres Recht zur zweiten Andienung mehr verdient, weil der Käufer ihm – genauso wie bei Nennung eines konkreten Endtermins – bereits hinreichend und vergeblich vor Augen geführt hat, dass von ihm eine zeitnahe Nacherfüllung erwartet wurde. Außerdem kann auf diese Weise in den meisten Fällen eine gespaltene Auslegung von § 323 Abs. 1 BGB vermieden werden. Denn wenn ein Verbrauchsgüterkauf vorläge, würde es gegen Art. 3 Abs. 5 Spiegelstrich 2 der RL 1999/44/EG („Verbrauchsgüterkaufrichtlinie“) verstoßen, wenn man das Setzen einer Frist mit Endtermin durch den Verbraucher verlangte, da Art. 3 Abs. 5 Spiegelstrich 2 lediglich den Ablauf, nicht aber das Setzen einer angemessenen Frist verlangt.<sup>7</sup> Versteht man das Erfordernis der Fristsetzung wie der BGH, ist meist<sup>8</sup> eine einheitliche Auslegung des § 323 Abs. 1 BGB bei b2b- und b2c-Käufen möglich.

K hat somit wirksam eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt. Da V die Nacherfüllung innerhalb einer Woche nicht vorgenommen hat, ist auch ein angemessener Zeitraum erfolglos abgelaufen.

<sup>5</sup> BGH NJW 2009, 3153; BGH NJW 2015, 2564; BGH NJW 2016, 3654.

<sup>6</sup> BGH NJW 2016, 3654.

<sup>7</sup> *Ernst/Gsell*, ZIP 2000, 1410 (1418); *Gsell*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2005, § 323 Rn. 85.

<sup>8</sup> Eine gespaltene Auslegung bleibt allerdings notwendig in Fällen, in denen der Verbraucher-Käufer entgegen den Anforderungen des BGH (siehe die Nachweise Fn. 5) nicht hinreichend deutlich macht, dass dem Verkäufer nur ein begrenzter Zeitraum für die Leistung zur Verfügung steht. Denn auch dann ist nach Art. 3 Abs. 5 Spiegelstrich 2 RL 1999/44/EG – anders als nach § 323 Abs. 1 BGB in der Auslegung durch den BGH – als Voraussetzung für den Rücktritt lediglich der objektive Ablauf einer angemessenen Frist maßgeblich.

<sup>3</sup> Vgl. BGH NJW 2006, 2839, hierzu *Gsell*, JuS 2007, 97 ff.

<sup>4</sup> BGH NJW 2009, 2532 (2533 Rn. 13); BGH NJW 2006, 1195 (1197 Rn. 25); *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 323 Rn. 101.

d) *Kein Ausschluss wegen Unerheblichkeit nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB*

Ob der Mangel im Sinne des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB unerheblich ist, kann offenbleiben. Denn selbst wenn der Mangel unerheblich sein sollte, würde das allenfalls den Rücktritt, nicht aber die Minderung ausschließen. Denn gem. § 441 Abs. 1 S. 2 BGB findet § 323 Abs. 5 S. 2 BGB auf die Minderung gerade keine Anwendung, sodass der Käufer auch mindern kann, wenn ein Rücktritt nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ausgeschlossen wäre.

Die nach § 441 Abs. 1 BGB erforderlichen Voraussetzungen des Rücktritts liegen somit vor.

*Hinweis:* Es wäre auch vertretbar, zunächst kurz die Grundsätze herauszuarbeiten, die der BGH<sup>9</sup> zur Unerheblichkeit nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB entwickelt hat. Da die Nichtanwendbarkeit des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB auf die Minderung allerdings gesetzlich geregelt und der Einwand der V somit offensichtlich unbegründet ist, erscheint dies nicht unbedingt erforderlich.

e) *Berechnung der Minderung nach § 441 Abs. 3 BGB*

Gem. § 441 Abs. 3 BGB ist der Kaufpreis in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand betrug 500 €, der wirkliche Wert 475 €, sodass sich hieraus eine Minderungsquote von 5 % ergibt. Vom Kaufpreis in Höhe von 600 € sind somit 5 % und damit 30 € abzuziehen. Der Kaufpreis hat sich somit um 30 € gemindert.

Gem. § 441 Abs. 4 BGB kann K den zu viel gezahlten Minderungsbetrag von V zurückfordern.

3. *Ergebnis*

K hat einen Anspruch auf die teilweise Rückzahlung von 30 € gem. §§ 441 Abs. 1, Abs. 4 BGB.

## II. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB

Ein Anspruch auf Zahlung von 30 € könnte sich zudem als Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB ergeben. Wie bereits ausgeführt besteht zwischen K und V ein Kaufvertrag, liegt ein Sachmangel vor und hat K erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt. Außerdem hat V die Nacherfüllung vorsätzlich nicht erbracht und ist somit nach §§ 280 Abs. 1 S. 2, 276 Abs. 1 BGB auch das beim Schadensersatzanspruch bestehende Erfordernis des Vertretenmüssens der Pflichtverletzung (hier: des Verstoßes gegen die Pflicht zu mangelfreier Leistung aus § 433 Abs. 1 S. 2 BGB) gegeben. K hat deshalb gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB i.V.m. § 249 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Schadens-

<sup>9</sup> BGH NJW 2014, 3229: in der Regel keine Unerheblichkeit, wenn der Mangelbeseitigungsaufwand einen Betrag von fünf Prozent des Kaufpreises übersteigt; BGH NJW 2011, 2872: Unerheblichkeit jedenfalls dann, wenn die Mängelbeseitigungskosten ein Prozent des Kaufpreises nicht übersteigen.

ersatz statt der Leistung<sup>10</sup>, also desjenigen Schadens, der ihm durch die endgültig ausbleibende (§ 281 Abs. 4 BGB) einwandfreie Erfüllung entstanden ist, wobei K ersichtlich das Fahrrad behalten möchte, also lediglich sogenannten „kleinen“ Schadensersatz<sup>11</sup> begehrt. Ein danach ersatzfähiger Schaden liegt jedoch nicht in dem gezahlten Kaufpreis – denn den Kaufpreis hätte K auch bei mangelfreier Leistung bezahlen müssen. Vielmehr hat K aufgrund der endgültig mangelhaften Leistung endgültig nur ein Fahrrad mit einem Wert von 475 € erhalten, welches hingegen im Falle mangelfreier Leistung 500 € wert gewesen wäre. Der Schaden beträgt somit nicht 30 €, sondern lediglich 25 €.

## B. Zu Fallfrage 2

K könnte gegen D einen Anspruch auf Zahlung der Reparaturkosten haben.

*Hinweis:* Sofern nach der Hypothese mehrere Anspruchsgrundlagen mit identischem Anspruchsziel geprüft werden, ist es zweckmäßig, in der Hypothese nur auf „Wer will was von wem“ einzugehen und die Anspruchsgrundlagen („woraus“) danach separat zu prüfen.

### I. Aus eigenem Recht gem. § 823 Abs. 1 BGB

Ein solcher Anspruch ergibt sich jedoch nicht aus eigenem Recht nach § 823 Abs. 1 BGB, da D kein absolut geschütztes Recht des K und insbesondere nicht dessen Eigentum verletzt hat. Denn zum Zeitpunkt des Unfalls hatte V das Auto jedenfalls mangels Übergabe noch nicht nach § 929 S. 1 BGB an K übereignet, sodass K auch noch nicht Eigentümer des Fahrzeugs war. Auch eine Übereignung nach §§ 929 S. 1, 930 BGB hatte zuvor nicht stattgefunden: Zum einen bestehen keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass K und V ein Besitzkonstitut vereinbaren wollten und zum anderen ist nicht ersichtlich, warum V in Vorleistung hätte treten wollen. K hatte den Kaufpreis für das Auto noch nicht bezahlt, sodass er auch nicht annehmen durfte, V wolle es ihm bereits nach §§ 929 S. 1, 930 BGB übereignen.

### II. Aus abgetretenem Recht gem. §§ 823 Abs. 1, 398 S. 2 BGB

Ein Anspruch von K gegen D auf Zahlung der Reparaturkosten könnte sich aber aus einem abgetretenen Anspruch gem. §§ 823 Abs. 1, 398 S. 2 BGB ergeben. Voraussetzung hierfür wäre, dass K und V einen wirksamen Abtretungsvertrag nach § 398 S. 1 BGB geschlossen haben und dass V gegen D ein Anspruch nach § 823 Abs. 1 BGB zustand.

<sup>10</sup> Zur vorliegend nicht zu problematisierenden Abgrenzung des Schadensersatzes statt der Leistung vom Schadensersatz neben der Leistung siehe eingehend *Gsell*, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, 2017, S. 451 ff. m.w.N.

<sup>11</sup> Im Gegensatz zum „großen“ Schadensersatz nach § 281 Abs. 1 S. 3 BGB.

*1. Wirksamer Abtretungsvertrag*

K und V haben sich über die Abtretung der Forderung im Sinne des § 398 S. 1 BGB geeinigt, sodass ein wirksamer Abtretungsvertrag vorliegt. Unschädlich ist auch, dass V die Forderung nicht konkret bezeichnet hat, da die Forderung ohne weiteres bestimmbar war.

*2. Anspruch von V gegen D gem. § 823 Abs. 1 BGB*

Fraglich ist aber, ob V ihrerseits gegen D einen Anspruch nach § 823 Abs. 1 BGB hatte.

*a) Tatbestandsvoraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB*

D hat das Auto, welches zum Zeitpunkt des Unfalls im Eigentum von V stand, aus Versehen touchiert und mithin rechtswidrig sowie fahrlässig und damit auch schuldhaft das Eigentum der V verletzt.

*Hinweis:* Bei einer Prüfung des § 823 Abs. 1 BGB wirkt es „anfängerhaft“, stets jedes einzelne Tatbestandsmerkmal ausführlich mit Zwischenüberschrift mit Obersatz, Definition, Subsumtion und Ergebnis zu erörtern. Anstatt Platz und Zeit für offensichtlich Unproblematisches zu verschwenden, sollte das Vorliegen der unproblematischen Voraussetzung kurz festgestellt und sollten anschließend die problematische(n) Voraussetzung(en) ausführlich geprüft werden.<sup>12</sup>

*b) Schaden*

Zweifelhaft ist jedoch, ob der V durch die Verletzung des Eigentums tatsächlich ein Schaden entstanden ist.

*aa) Schaden nach der Differenzhypothese*

Gem. § 249 Abs. 1 BGB kann V nämlich nur verlangen, so gestellt zu werden, wie sie stünde, wenn der zum Ersatz berechtigende Umstand nicht eingetreten wäre. Zwar hat die Eigentumsverletzung an ihrem Auto zu einem Blechschaden geführt. Der V wäre jedoch dann kein Schaden entstanden, wenn trotz des Blechschadens K unverändert zur Zahlung des vollen Kaufpreises verpflichtet gewesen wäre, ohne nach §§ 437 ff. BGB Gewährleistungsrechte geltend machen zu können. Dies wäre der Fall, wenn die Voraussetzungen von § 446 S. 1, 3 BGB vorgelegen hätten, wenn sich das Auto also zufällig verschlechtert hätte, als K sich bereits im Annahmeverzug befand. Denn gem. § 446 S. 1, 3 BGB geht in diesem Fall die Gefahr der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über, sodass K mangels Sachmangels bei Gefahrübergang (§ 434 Abs. 1 BGB) keine Gewährleistungsrechte hätte geltend machen können.

*Hinweis:* Falsch wäre es an dieser Stelle, das Fehlen eines Schadens lediglich damit zu begründen, dass K tatsächlich den vollen Kaufpreis an V bezahlt hat. Denn wenn die Voraussetzungen des § 446 S. 3 BGB nicht vorlägen, könnte K gegen V nach §§ 437 ff. BGB Gewährleistungsrechte geltend machen, sodass V den Blechschaden auf

eigene Kosten reparieren oder den Kaufpreis (anteilig) erstatten müsste. Die Zahlung des Kaufpreises durch K stellt deshalb per se keine hinreichende Kompensation dar.

*(1) Zufällige Verschlechterung*

Da der Blechschaden weder von K noch von V zu vertreten ist, handelt es sich um eine zufällige Verschlechterung im Sinne des § 446 S. 1 BGB.

*(2) Annahmeverzug des K*

K müsste sich im Annahmeverzug befunden haben. Gem. § 293 BGB kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt, wobei die Leistung gem. § 294 BGB vom Schuldner so angeboten werden muss, wie sie zu bewirken ist. Das Auto befand sich zur vereinbarten Zeit im geschuldeten Zustand am vereinbarten Abholort. Zwar hat V dem K das Auto nicht im Sinne des § 294 BGB tatsächlich angeboten. Gem. § 295 S. 1 Alt. 2 BGB ist jedoch ein wörtliches Angebot ausreichend, wenn der Gläubiger die geschuldete Leistung abzuholen hat. Bereits in dem Anruf der V und der Frage, wo K denn bleibe, dürfte entsprechend §§ 133, 157 BGB zumindest ein konkludentes wörtliches Angebot gelegen haben. Selbst ein wörtliches Angebot war vorliegend jedoch gem. § 296 S. 1 BGB entbehrlich. Denn für die vorzunehmende Handlung – die Abholung durch K – war eine Zeit nach dem Kalender bestimmt und K hat die Abholung nicht rechtzeitig vorgenommen. Dass K möglicherweise insoweit kein Verschulden traf, ist für das Vorliegen des Gläubigerverzugs unerheblich.

K befand sich somit im Annahmeverzug. Gemäß § 446 S. 1, 3 BGB konnte K somit trotz des Blechschadens keinerlei Gewährleistungsrechte gegen V geltend machen, sodass V nach der Differenzhypothese kein Schaden entstanden ist.

V hatte deshalb an sich mangels Schadens keinen Anspruch nach § 823 Abs. 1 BGB gegen D.

*bb) Verlagerung des Schadens nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation*

Zu prüfen ist jedoch, ob der Anspruch der V nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation ausnahmsweise auf Ersatz des Schadens des K gerichtet war. Denn eine Entlastung des Schädigers D wäre unbillig, wenn sich der Schaden aus seiner Sicht nur zufällig auf K verlagert haben sollte. In diesem Fall wäre es vielmehr sachgerecht, wenn der Schaden des K „zum Anspruch der V gezogen würde“, sodass der Schadensersatzanspruch der V die Liquidierung des Schadens des K umfassen würde und K durch die Abtretung letztlich doch einen Anspruch nach § 823 Abs. 1 BGB auf Ersatz der Reparaturkosten erwerben würde.

*(1) Schaden des K ohne Anspruch des K*

K hat seinerseits wie bereits geprüft dem Grunde nach keinen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB gegen D. K hat jedoch deshalb einen Schaden in Höhe der Kosten für die Beseitigung des Blechschadens erlitten, weil er trotz der Beschädigung des Autos aufgrund des § 446 S. 1, 3 BGB weiterhin zur Zah-

<sup>12</sup> Siehe dazu *Fervers*, ZJS 2015, 454 (459 Fn. 31).

lung des vollen Kaufpreises in Höhe von 5.000 € verpflichtet geblieben ist, ohne dass er von V Beseitigung des Mangels verlangen kann.

*(2) Zufällige Schadensverlagerung auf K*

D hat als Schädiger den haftungsbegründenden Tatbestand vollständig verwirklicht. Der Schaden ist nur deshalb bei K und nicht bei V entstanden, weil sich K nach § 446 S. 3 BGB im Annahmeverzug befand. Sinn und Zweck dieser Regelung ist es aber nicht, einen Drittschädiger zu entlasten, sondern eine angemessene Gefahrtragung im Verhältnis von Käufer und Verkäufer zu erzielen. Aus der Sicht von D stellt es einen rein zufälligen Umstand dar, dass K sich gegenüber V im Annahmeverzug befand und deshalb bei K, nicht aber bei V ein Schaden entstanden ist. Mithin besteht kein Grund dafür, D von der Haftung für seine unerlaubte Handlung zu befreien.

Nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation ist deshalb der Schaden des K „zum Anspruch der V zu ziehen“. V hatte deshalb auch einen Schaden. Gemäß § 249 Abs. 2 S. 1 BGB konnte sie aufgrund der erfolgten Sachbeschädigung auch statt der Herstellung in Natur direkt Schadensersatz in Geld verlangen.

*3. Ergebnis*

K hat somit einen Anspruch gegen D auf Zahlung der Reparaturkosten zur Beseitigung des Blechschadens gem. §§ 823 Abs. 1, 398 S. 2 BGB.