

Examensklausur: Lust zu tauschen oder Lust zu täuschen?*

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

Sachverhalt

Viktoria (V) und Katharina (K) sind beide Fans der längst aufgelösten legendären B-Band und sammeln deren Schallplatten. Viktoria, die gerne Aufnahmen aus den 50er Jahren hört, bietet Katharina den in ihrer, Viktorias, Sammlung befindlichen zwölf Schallplatten umfassenden Satz sämtlicher Aufnahmen der B-Band aus den 70er Jahren (nachfolgend: „70er Satz“) zum Tausch gegen den ebenfalls zwölf Schallplatten zählenden, Katharina gehörenden Satz der gesamten Aufnahmen aus den 50er Jahren (nachfolgend: „50er Satz“) an. Beide Sätze werden zu diesem Zeitpunkt am Markt etwa zum gleichen Preis gehandelt. Katharina akzeptiert das Tauschangebot. Einen Tag, nachdem das Geschäft vollzogen wurde, sieht Katharina sich den 70er Satz genauer an. Zu ihrem Entsetzen stellt sie fest, dass eine der Schallplattenhüllen leer ist. Ihrer Mutter (M), die gerade zu Besuch ist und ohnehin auf eine Idee für ein Geburtstagsgeschenk für Katharina gewartet hat, gelingt es, die fehlende Schallplatte zu besorgen und Katharina damit am nächsten Tag, ihrem Geburtstag, zu überraschen.

Einige Monate später meldet sich Daniel (D) bei Katharina und teilt ihr wahrheitsgemäß mit, der 70er Satz, den Viktoria an Katharina geliefert habe, habe in Wirklichkeit ihm gehört. Er habe diese Sammlung auf dem Flohmarkt erworben und an die mit ihm befreundete Viktoria verliehen. Daniel erklärt, er werde sein Eigentum unter keinen Umständen Viktoria oder Katharina zur Verfügung stellen. Katharina ist schockiert und verlangt von Viktoria unter Verweis darauf, dass Viktoria ihr möglicherweise gar kein Eigentum an dem 70er Satz habe verschaffen können, Rückgewähr des 50er Satzes und erklärt sich im Gegenzug zur Rückgewähr des (unvollständigen) 70er Satzes bereit. Davon abgesehen sei sie auch deshalb zur Rückabwicklung berechtigt, weil in dem ihr überlassenen 70er Satz eine Schallplatte gefehlt habe.

Viktoria weist das gesamte Ansinnen zurück. Daniel habe für sie in der Vergangenheit mehrfach Schallplatten auf dem Flohmarkt gekauft, manchmal habe er ihr auch Platten geliehen, offenbar habe sie hier etwas durcheinandergebracht. Dass Katharina nun nachträglich erfahren habe, dass tatsächlich Daniel Eigentümer der Aufnahmen war, sei für sie doch egal. Im Übrigen macht Viktoria geltend, sie habe nicht gewusst, dass der 70er Satz unvollständig gewesen sei, sie wisse auch nicht, wo die fehlende Schallplatte hingekommen sei. Hätte Katharina ihr dies aber früher gesagt, so hätte sie selbst Ersatz für die fehlende Scheibe organisiert und geliefert. Dass Katharinas Mutter bereits Ersatz beschafft habe, könne nicht

zu ihren Lasten gehen, zumal sie, Viktoria, mit der Erfüllung ihrer Verpflichtungen durch Katharinas Mutter nie einverstanden gewesen sei.

Abwandlung

Aufgrund des vorstehend geschilderten Sachverhalts hat Katharina gegen Viktoria Klage auf Rückgewähr des 50er Satzes erhoben. Die Klage wurde rechtskräftig abgewiesen. Einige Zeit später lernt Katharina Wolfgang (W) kennen, der mit Viktoria in einer Wohngemeinschaft lebt und Katharina wahrheitsgemäß berichtet, dass er und Viktoria am Abend vor dem Geschäftsschluss zwischen Viktoria und Katharina gemeinsam die Scheiben der 70er-Jahre-Sammlung angehört und dabei das Fehlen der Schallplatte bemerkt hätten. Viktoria habe Katharina das Fehlen der Schallplatte wissentlich verschwiegen.

Katharina ruft daraufhin sofort bei Viktoria an und teilt ihr mit, dass sie aufgrund dieser neuen Erkenntnisse erst recht nichts mehr von dem Geschäft mit ihr wissen wolle. Sie erklärt sich wiederum zur Rückgewähr des (unvollständigen) 70er Satzes bereit. Nachdem Viktoria weiterhin nicht zur Rückgewähr des 50er Satzes bereit ist, möchte Katharina erneut Klage gegen Viktoria auf Rückgewähr des 50er Satzes erheben.

Aufgabenstellung

In einem Gutachten, das auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, sind in der vorgegebenen Reihenfolge folgende Fragen zu beantworten:

Zum Ausgangsfall

1. Hat Katharina einen Anspruch gegen Viktoria auf Rückgewähr des 50er Satzes?
2. Angenommen, Daniel erhebt Klage gegen Katharina auf Herausgabe des 70er Satzes: Erläutern Sie, wie und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen sich Katharina, die eine Klage ihrerseits gegen Viktoria auf Rückgewähr des 50er Satzes vom Ausgang des Prozesses mit Daniel abhängig machen möchte, dagegen schützen kann, dass die Frage des Eigentums des Daniel am 70er Satz im aktuellen Prozess mit Daniel anders beurteilt wird als im Rahmen einer etwaigen späteren Klage der Katharina gegen Viktoria. Wie würde sich ein solches Vorgehen der Katharina in einem etwaigen späteren Prozess der Katharina gegen Viktoria auswirken?

Zur Abwandlung

1. Hat Katharina in dieser Fallkonstellation einen Anspruch gegen Viktoria auf Rückgewähr des 50er Satzes?
2. Wäre eine erneute Klage der Katharina gegen Viktoria auf Rückgewähr des 50er Satzes zulässig?

Bearbeitervermerk

Schadensersatz- und Nutzungsersatzansprüche sowie deliktische Ansprüche sind nicht zu prüfen und bleiben bei der Be-

* Bei der Aufgabenstellung handelt es sich um eine Prüfungsaufgabe der Ersten Juristischen Staatsprüfung aus dem Prüfungstermin 2016/2 in Bayern.

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

arbeitung der Aufgaben außer Betracht. Auch die §§ 578 ff. ZPO bleiben für die Bearbeitung außer Betracht.

Lösungsvorschlag zu Frage 1 zum Ausgangsfall

I. Anspruch der K gegen V auf Rückgabe und Rücküber- eignung des 50er Satzes nach §§ 346 Abs. 1, 326 Abs. 4, Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB aufgrund Wegfalls der Gegen- leistungspflicht wegen fehlender Eigentumsverschaffung an dem 70er Satz

Hinweis: Die Prüfung muss nicht zwingend mit Anspruchsgrundlagen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts begonnen werden. Es ist nicht negativ zu bewerten, wenn die Anspruchsgrundlagen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts (vgl. Lösungsvorschlag zu Frage 1 zum Ausgangsfall, I. und II.) von Bearbeitern, die eine fehlende Eigentumsverschaffung als Rechtsmangel gem. § 435 S. 1 BGB einordnen (siehe hierzu ausführlich unten), nicht gesondert geprüft werden.

K könnte gegen V einen Anspruch auf Rückgabe und Rücküber-
eignung des 50er Satzes gem. §§ 346 Abs. 1, 326 Abs. 4,
Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB haben. Das wäre der Fall, wenn ein
gegenseitiger Vertrag vorläge und wenn K von ihrer Pflicht
zur Gegenleistung nach § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB befreit
wäre, weil V ihrerseits ihre Leistungspflicht nach § 275 Abs. 1
BGB nicht zu erbringen braucht.¹

1. Gegenseitiger Vertrag

V und K haben sich über den Austausch der Plattensamm-
lungen geeinigt und somit einen Tauschvertrag geschlossen,
bei dem es sich um einen gegenseitigen Vertrag handelt.

2. Unmöglichkeit der Leistung und Wegfall der Gegenlei- stungspflicht

Nach §§ 480, 433 Abs. 1 S. 1 BGB war V ebenso wie eine
Verkäuferin verpflichtet, K Besitz und Eigentum an dem 70er
Satz zu verschaffen, wobei sich diese Pflicht nach dem Ver-
trag auf den individualisierten 70er Satz der V bezog. V hat
der K zwar den unmittelbaren Besitz (§ 854 Abs. 1 BGB) an
dem 70er Satz verschafft. Möglicherweise war und ist es V
jedoch aufgrund des ursprünglichen Eigentums des D nach

¹ Zum Teil wird in der Literatur die Ansicht vertreten, der Rückgewähranspruch nach § 326 Abs. 4 BGB i.V.m. § 346 Abs. 1 BGB setze voraus, dass die Gegenleistung vor Erlöschen der Leistungspflicht erbracht worden sei, da sonst ein Fall der Leistung auf eine Nichtschuld vorliege, für welchen § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB gelte (*Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 326 Rn. 103). Angesichts des in § 326 Abs. 4 BGB zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Willens überzeugt diese Ansicht nicht (*H. Schmidt*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 51. Ed., Stand: 1.8.2019, § 326 Rn. 11). Ausführungen der Bearbeiter zu dieser Abgrenzungsfrage sind indes nicht zu erwarten.

§ 275 Abs. 1 Alt. 1 BGB unmöglich, K das Eigentum an dem 70er Satz zu verschaffen.

a) Einordnung der Unmöglichkeit der Eigentumsverschaffung

Hinweis: Die nachfolgende Abgrenzung kann mit Blick darauf, dass vorliegend im Ergebnis ein gutgläubiger Eigentumserwerb der K anzunehmen ist, auch knapper gefasst werden.

aa) Teilweise vertretene Auffassung: Fehlende Eigentums- verschaffung als Rechtsmangel

Nach teilweise vertretener Ansicht soll es sich bei der fehlenden Eigentumsverschaffung nicht um einen Fall der Nichtleistung, sondern um einen Rechtsmangel im Sinne des § 435 BGB handeln.² Hierfür wird zunächst der Wortlaut des § 435 S. 1 BGB angeführt, der von Rechten Dritter spreche, worunter auch das Eigentum falle. Vor allem aber sei die Einordnung als Rechtsmangel im Hinblick auf die Verjährungsvorschriften erforderlich: Der Käufer könne nämlich vom wahren Eigentümer gem. § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB dreißig Jahre lang auf Herausgabe nach § 985 BGB in Anspruch genommen werden. Und nur dann, wenn man das fehlende Eigentum als Rechtsmangel einordne, könne der Käufer gem. § 438 Abs. 1 Nr. 1 lit. a BGB ebenfalls dreißig Jahre lang beim Verkäufer Regress nehmen. Bei einer Einordnung als Nichterfüllung verjähre der Erfüllungsanspruch des Käufers nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB gem. §§ 195, 199 Abs. 1 BGB hingegen schon in drei Jahren.

Auf der Grundlage dieser Auffassung wäre zwar die Nacherfüllung möglicherweise nach § 275 Abs. 1 BGB unmöglich. Dies würde aber gem. § 326 Abs. 1 S. 2 BGB nicht ipso iure zu einem Wegfall der Gegenleistungspflicht führen.³

bb) Herrschende Auffassung: Fehlende Eigentumsverschaffung stellt eine Nichtleistung dar

Zu Recht geht die h.M. jedoch davon aus, dass die fehlende Eigentumsverschaffung grundsätzlich einen Fall der Nichtleistung darstellt.⁴ Die Pflicht zur Eigentumsverschaffung ist in § 433 Abs. 1 S. 1 BGB als gesonderte Hauptpflicht aufgeführt und diese Hauptpflicht wird bei fehlender Eigentumsübertragung eben nicht erfüllt. Eine Harmonisierung der Verjährungsregeln lässt sich auch über eine analoge Anwendung

² *Pahlow*, JuS 2006, 289 ff.; *Meier*, JR 2003, 353 ff.

³ K wäre lediglich ggf. nach §§ 437 Nr. 2, 435, 326 Abs. 5 BGB zum Rücktritt berechtigt und könnte dann nach § 346 Abs. 1 BGB Rückgewähr ihrer Gegenleistung verlangen.

⁴ BGH, Urt. v. 19.10.2007 – V ZR 211/06, Rn. 27 ff.; *Faust*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 51. Ed., Stand: 1.8.2019, § 435 Rn. 15; *Gutzeit*, in: Beck'scher Online-Großkommentar, Stand: 1.2.2019, § 435 Rn. 23 ff.; *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2017, § 435 Rn. 13; *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 435 Rn. 7.

des § 438 Abs. 1 Nr. 1 lit. a BGB bewerkstelligen⁵ und zwingt nicht dazu, die fehlende Eigentumsverschaffung generell als Rechtsmangel zu qualifizieren.

Sollte es für V also nicht möglich (gewesen) sein, der K das Eigentum an dem 70er Satz zu verschaffen, so läge nach § 275 Abs. 1 Alt. 1 BGB Unmöglichkeit vor und die Gegenleistungspflicht entfielen nach § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB.

Hinweis: Bearbeiter, die eine fehlende Eigentumsverschaffung vertretbarerweise als Rechtsmangel gem. § 435 S. 1 BGB qualifizieren, haben den gutgläubigen Eigentumserwerb im Rahmen des Rücktritts gem. § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 437 Nr. 2, 435 S. 1, 323, 326 Abs. 5 BGB zu prüfen. Vertretbar erscheint es auch, den Streit unentschieden zu lassen, da beide Ansichten, wenn auch über unterschiedliche Konstruktionen, zu demselben Ergebnis gelangen. Ein Unterschied ergibt sich allenfalls hinsichtlich der Verjährung, die vorliegend aber nicht problematisch ist.

b) Erfüllung der Eigentumsverschaffungspflicht

aa) Keine Erfüllung durch Übereignung nach § 929 S. 1 BGB
Zwar haben sich V und K über den Eigentumsübergang am 70er Satz geeinigt und V hat K den Satz auch übergeben. V war jedoch nicht Eigentümerin des 70er Satzes. Da D bereits erklärt hat, er werde sein Eigentum an dem 70er Satz unter keinen Umständen V oder K zur Verfügung stellen, kommt auch eine ex-tunc-Wirksamkeit aufgrund einer Genehmigung des Berechtigten gem. §§ 184 Abs. 1, 185 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB nicht in Betracht. Eine Erfüllung durch Übereignung nach § 929 S. 1 BGB scheidet somit aus.

Hinweis: § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB gilt über die Inbezugnahme des § 275 Abs. 1 BGB sowohl für die anfängliche als auch für die nachträgliche Unmöglichkeit. Eine genaue Zuordnung ist hier daher entbehrlich. Wer auf das von Anfang an fehlende Eigentum der V abstellt, käme vorliegend zu einer – gegebenenfalls bestehenden – anfänglichen Unmöglichkeit. Vertretbar erscheint aber auch, eine erst nachträglich mit der Weigerung des D eingetretene Unmöglichkeit anzunehmen.

bb) Erfüllung durch Übereignung nach § 932 BGB

V hätte ihre Pflicht zur fehlenden Eigentumsverschaffung jedoch auch dann erfüllt, wenn K das Eigentum nach § 932 Abs. 1 BGB gutgläubig erworben hätte.⁶

K war im Sinne des § 932 Abs. 2 BGB gutgläubig. Sie hatte zum Zeitpunkt der Übereignung keine Kenntnis vom fehlenden Eigentum der V; D hatte ihr erst im Nachhinein mitgeteilt, dass er der wahre Eigentümer des 70er Satzes war. K hat das fehlende Eigentum der V auch nicht grob fahrlässig verkannt, da einen Käufer ohne das Vorliegen tatsächlicher

Anhaltspunkte – wie hier – keine Nachforschungsobliegenheiten bezüglich der Eigentümereigenschaft treffen.

Ein gutgläubiger Erwerb ist auch nicht gem. § 935 Abs. 1 BGB ausgeschlossen. Denn da D der V den 70er Satz geliehen und somit den unmittelbaren Besitz nicht unfreiwillig verloren hat, fehlt es an einem Abhandenkommen der Sache.

K hat damit von V als Nichtberechtigter im Wege des gutgläubigen Erwerbs das Eigentum an dem 70er Satz erworben, sodass V ihre Eigentumsverschaffungspflicht aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB gem. § 362 Abs. 1 BGB erfüllt hat.

3. Ergebnis

Eine (subjektive) Unmöglichkeit der Leistung gem. § 275 Abs. 1 Alt. 1 BGB liegt wegen des gutgläubigen Eigentumserwerbs durch K nicht vor. Folglich entfällt auch nicht nach § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB die Gegenleistungspflicht, sodass ein Anspruch der K gegen V auf Rückgabe und Rückübereignung des 50er Satzes nach §§ 346 Abs. 1, 326 Abs. 4, Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB ausscheidet.

II. Anspruch der K gegen V auf Rückgabe und Rückübereignung des 50er Satzes aufgrund Rücktritts gem. §§ 346 Abs. 1, 326 Abs. 5 BGB wegen fehlender Eigentumsverschaffung an dem 70er Satz⁷

Da der V die Eigentumsverschaffung gerade nicht unmöglich war, sondern sie ihre entsprechende Pflicht gegenüber K erfüllt hat, scheidet auch ein Anspruch aus § 346 Abs. 1 BGB aufgrund Rücktritts nach § 326 Abs. 5 BGB aus.

III. Anspruch der K gegen V auf Rückgabe und Rückübereignung des 50er Satzes aufgrund Rücktritts gem. §§ 480, 437 Nr. 2, 346 Abs. 1, 326 Abs. 5 wegen der fehlenden Schallplatte

K könnte gegen V jedoch einen Anspruch auf Rückgabe und Rückübereignung des 50er Satzes gem. §§ 437 Nr. 2, 346 Abs. 1, 326 Abs. 5 BGB haben. Voraussetzung hierfür wären das Vorliegen eines Rücktrittsrechts und das Vorliegen einer Rücktrittserklärung.

1. Rücktrittsrecht aus §§ 480, 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB

Ein Rücktrittsrecht nach §§ 480, 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB bestünde, wenn K und V einen wirksamen Tauschvertrag geschlossen hätten, wenn ein Sachmangel bei Gefahrübergang

⁷ Wenn ein Fall des § 326 Abs. 4 BGB vorliegt, hat § 326 Abs. 5 BGB in der Regel keine eigenständige Bedeutung. Die Rückgewähransprüche aus § 326 Abs. 4 und § 326 Abs. 5 BGB bestehen dann nebeneinander. Ein selbstständiger Anwendungsbereich kommt § 326 Abs. 5 BGB allerdings in Fällen der qualitativen oder der Teilunmöglichkeit zu, da § 326 Abs. 4 i.V.m. § 346 Abs. 1 BGB die Rückgewähr der Gegenleistung nur insoweit ermöglicht, als die Leistung unmöglich und der Anspruch auf die Gegenleistung damit entfallen ist. Dagegen kann sich der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 326 Abs. 5 BGB durch Rücktritt vom gesamten Vertrag lösen und dementsprechend auch die Rückgewähr der gesamten Gegenleistung verlangen.

⁵ Offen gelassen von BGH, Urt. v. 19.10.2007 – V ZR 211/06, Rn. 28.

⁶ Vgl. Berger, in Jauernig, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2018, § 433 Rn. 18; Westermann (Fn. 4), § 433 Rn. 49.

vorgelegen hätte und wenn die Nacherfüllung nach § 275 Abs. 1 BGB unmöglich wäre.

a) Wirksamer Tauschvertrag gem. § 480 BGB

Ein wirksamer Tauschvertrag liegt vor.

b) Sachmangel bei Gefahrübergang

aa) Sachmangel gem. § 434 BGB

Ein Sachmangel im Sinne des § 434 BGB könnte in der fehlenden Schallplatte liegen. Zwar haben K und V keine ausdrückliche und wohl auch keine konkludente Vereinbarung über die Vollständigkeit der Plattensammlung getroffen, sodass kein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB vorliegt.

Hinweis: a.A. mit entsprechender Begründung vertretbar.

Bei der Plattensammlung handelt es sich allerdings um eine Sachgesamtheit, sodass im Hinblick auf die vom Käufer zu erwartende Vollständigkeit des Schallplattensatzes ein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB anzunehmen sein könnte.

Fraglich ist allenfalls, ob es sich, da V elf einwandfreie Schallplatten geliefert hat und nur eine Scheibe fehlte, um eine rein quantitative Abweichung im Sinne einer Teilleistung handelt. In diesem Fall läge kein Sachmangel, sondern lediglich eine teilweise Nichterfüllung vor. Jedoch wird in § 434 Abs. 3 Alt. 2 BGB klargestellt, dass die Lieferung einer zu geringen Menge („Mankolieferung“) einem Sachmangel gleichgestellt ist. Eine solche Mankolieferung gem. § 434 Abs. 3 Alt. 2 BGB ist vorliegend anzunehmen, da V erstens eine zu geringe Menge gleichartiger Sachen geliefert hat und zweitens durch ihre (konkludente) Tilgungsbestimmung zum Ausdruck gebracht hat, dass sie ihre gesamte Schuld mit der Lieferung erfüllen will („verdeckte Mankolieferung“). Es kann deshalb sowohl offen bleiben, ob ein Sachmangel nach § 434 Abs. 3 BGB auch im Falle einer sog. „offenen Mankolieferung“ anzunehmen ist⁸ als auch, ob § 434 Abs. 3 BGB nur auf die Lieferung einer zu geringen Menge gleichartiger Sachen anzuwenden ist.⁹

Hinweis: Einer Entscheidung, ob ein Sachmangel gem. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB oder nach § 434 Abs. 3 Alt. 2 BGB anzunehmen ist, bedarf es wegen der Gleichstellung der Mankolieferung mit dem Sachmangel nicht. Mit entsprechender Begründung kann von den Bearbeitern im Ergebnis auch auf einen Sachmangel gem. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB abgestellt werden. Kaum vertretbar ist es aber, das Fehlen der Schallplatte weder als Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 1 bzw. S. 2 Nr. 2 BGB noch als eine dem Sachmangel gleichstehende Mankolieferung im Sinne des § 434 Abs. 3 Alt. 2 BGB, sondern als Teilleistung einzuordnen, mit der Konsequenz, dass K

hinsichtlich der fehlenden Schallplatte ihr ursprünglicher, nach den Regeln des allgemeinen Leistungsstörungsrechts zu behandelnder Erfüllungsanspruch aus §§ 480, 433 Abs. 1 S. 1 BGB zustünde.

bb) Bei Gefahrübergang

Der Sachmangel lag bereits bei der Übergabe und damit gem. § 446 S. 1 BGB auch bei Gefahrübergang vor.

cc) Keine Beseitigung des Sachmangels durch Nacherfüllung

Fraglich ist jedoch, ob der Sachmangel nicht dadurch beseitigt und mithin die Pflicht der V zur mangelfreien Lieferung nach §§ 480, 433 Abs. 1 S. 2, 437 Nr. 1, 439 BGB im Wege der Nacherfüllung dadurch erfüllt wurde, dass M Ersatz für die fehlende Schallplatte beschafft hat. Denn nach § 267 Abs. 1 BGB kann – außer bei persönlich durch den Schuldner zu erfüllender Leistungspflicht, wie sie hier nicht vorliegt – auch ein Dritter die Leistung bewirken, ohne dass die Einwilligung des Schuldners erforderlich ist.

M könnte also die Nacherfüllungspflicht der V als Dritte nach §§ 267 Abs. 1, 362 Abs. 1 BGB erfüllt haben. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass M mit dem erkennbaren Willen gehandelt hätte, eine fremde Schuld zu tilgen.¹⁰ Und es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass M mit der Übergabe und Übereignung der Schallplatte an K andere Zwecke verfolgte als eine Schenkung gegenüber K zu bewirken (§ 516 BGB). Auch dafür, dass M nachträglich eine (auch) auf die Tilgung der Schuld der V bezogene Tilgungsbestimmung getroffen hätte, ist nichts ersichtlich, sodass offenbleiben kann, ob eine solche nachträgliche Tilgungsbestimmung zulässig ist.¹¹ M hat die Nacherfüllungsschuld der V nicht nach § 267 Abs. 1 S. 1 BGB getilgt.

Hinweis: Ein anderes Ergebnis erscheint angesichts des Sachverhalts nur schwer vertretbar. Jedenfalls müsste begründet werden, dass M in dem Bewusstsein handelte, dass sie einem Leistungsdefizit der V abhalf und dies auch für K erkennbar war.¹²

c) Unmöglichkeit der Nacherfüllung

Fraglich ist, ob die Nacherfüllung bezüglich der fehlenden Schallplatte unmöglich war.

aa) Anfängliche Unmöglichkeit der Nacherfüllung

Eine (anfängliche) Unmöglichkeit der Nacherfüllung könnte sich vorliegend bereits daraus ergeben, dass eine Stückschuld vorliegt und V die konkret geschuldete Schallplatte gerade nicht hat. Für den Fall der Stückschuld wird teilweise vertreten, dass eine Nacherfüllung in Form der Ersatzlieferung unmöglich sei, da sich die Leistungspflicht des Verkäufers

¹⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 5.11.2002 – XI ZR 381/01, Rn. 18 m.w.N.

¹¹ Dafür BGH NJW 1964, 1898 (1899); *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 78. Aufl. 2019, § 267 Rn. 3; dagegen etwa *Krüger*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 267 Rn. 12.

¹² Vgl. *Grüneberg* (Fn. 11), § 267 Rn. 3.

⁸ Dagegen *Faust* (Fn. 4), § 434 Rn. 116 m.w.N. zum Streitstand.

⁹ Hierfür *Faust* (Fn. 4), § 434 Rn. 115 m.w.N. zum Streitstand.

hier auf die konkret geschuldete Sache beziehe und es somit keine andere erfüllungstaugliche Sache gebe.¹³

Hinweis: Die Ersatzbeschaffung der fehlenden Schallplatte wäre im vorliegenden Fall der Minderlieferung zwar als Nachbesserung und nicht als Nachlieferung zu qualifizieren (letztere bestünde in der Lieferung eines kompletten 70er Satzes). Da es sich jedoch in beiden Fällen um eine Ersatzlieferung handelt, stellt sich die Problematik hier bezüglich der Nachbesserung genauso wie bezüglich der Nachlieferung.

Die h.M. bejaht dagegen die Möglichkeit der Ersatzlieferung auch beim Stückkauf, wenn die Kaufsache nach dem Parteiwillen durch eine gleichartige und gleichwertige ersetzt werden kann.¹⁴ Dies erscheint nach dem Wortlaut des Gesetzes, der nicht zwischen Gattungs- und Stückschuld unterscheidet, sowie nach dem Normzweck vorzugswürdig. Insbesondere stellt es in diesen Fällen für Käufer und Verkäufer keine unzumutbare Belastung dar, eine gleichartige und gleichwertige Sache als Ersatz zu beschaffen beziehungsweise anzunehmen.¹⁵ Die fehlende Schallplatte war hier nach dem Willen der Parteien ohne weiteres austauschbar. Ebenso war die Nacherfüllung durch Ersatzbeschaffung der fehlenden Schallplatte tatsächlich möglich, was sich darin zeigt, dass M für K die fehlende Schallplatte besorgen konnte.

Hinweis: Wer dies – mit entsprechender Begründung noch vertretbar – anders sieht, muss konsequenterweise davon ausgehen, dass die Nacherfüllung vorliegend sowohl in Form der Nachbesserung als auch in Form der Nachlieferung unmöglich war. Dann entfällt das Fristsetzungserfordernis gem. §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB und es wäre im Anschluss zu untersuchen, ob die weiteren Voraussetzungen des Rücktritts, insbesondere nach § 323 Abs. 5 S. 1 oder S. 2 BGB (dazu näher unten unter Lösungsvorschlag zu Frage 1 zur Abwandlung, I. 2.), vorliegen. Aufgrund der Hinweise im Sachverhalt (V wäre mit der Erfüllung ihrer Pflichten durch M nicht einverstanden gewesen) sind die nachfolgenden Ausführungen dann aber zumindest hilfsgutachtlich zu erwarten.

bb) Nachträgliche qualitative Unmöglichkeit der Nacherfüllung

Fraglich ist aber, ob sich aus dem Umstand, dass M eine Ersatzbeschaffung für die fehlende Schallplatte vorgenommen und diese Schallplatte der K geschenkt hat, eine nachträgliche qualitative (objektive) Unmöglichkeit im Sinne von § 275 Abs. 1 Alt. 2 BGB der von V nach §§ 437 Nr. 1, 439 BGB geschuldeten Nacherfüllung ergeben hat.

Der BGH hat die verwandte Frage, ob durch die Selbstvornahme der Mängelbeseitigung eine Unmöglichkeit der Nacherfüllung eintritt, offen gelassen.¹⁶ Allerdings ist zu sehen, dass vorliegend trotz der von M vorgenommenen Ersatzbeschaffung der Leistungserfolg von V noch herbeigeführt werden kann, da es trotzdem weder tatsächlich noch rechtlich ausgeschlossen ist, dass V selbst für die fehlende Schallplatte erneut Ersatz beschafft (Mängelbeseitigung) oder gar einen gesamten 70er Satz neu besorgt (Ersatzlieferung).¹⁷ Vielmehr liegt lediglich eine der Erfüllung ähnliche Zweckerreichung vor, das heißt K hat nach der Intervention ihrer Mutter kein Interesse mehr an der Mängelbeseitigung durch V. Da es aber auch sonst in das Risiko des Käufers (hier gem. § 480 BGB: der Tauschpartnerin K) fällt, inwieweit er die versprochene einwandfreie Leistung wie gewünscht verwenden kann, erscheint es vorzugswürdig, eine qualitative Unmöglichkeit aufgrund bloßer Zweckerreichung zu verneinen. Danach scheidet ein Rücktrittsrecht nach §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5, 323 BGB aus.

Hinweis: Eine andere Ansicht ist grundsätzlich vertretbar.¹⁸ Allerdings unterscheidet sich der vorliegende Fall von den in Rechtsprechung und Literatur diskutierten Fällen der Selbstvornahme insoweit, als es hier nicht um die Reparatur einer defekten Sache, sondern um die Lieferung eines fehlenden Gegenstands geht, der auch dann noch geliefert (und genutzt) werden kann, wenn sich der Käufer bereits selbst oder durch Dritte Ersatz beschafft hat. Wer gleichwohl vom Vorliegen einer qualitativen Unmöglichkeit ausgeht, müsste weiter entscheiden, ob der Rücktritt gem. §§ 326 Abs. 5, 323 Abs. 6 Alt. 1 BGB wegen weit überwiegender Verantwortlichkeit der K für den Eintritt dieser qualitativen Unmöglichkeit ausgeschlossen ist. Dagegen spricht, dass M die K überrascht hat, also nicht K die Ersatzbeschaffung veranlasst hat; eine andere Ansicht unter Verweis darauf, dass K das Geschenk nicht hätte annehmen müssen (vgl. § 518 Abs. 1 BGB) ist vertretbar.

2. Ergebnis

K konnte nicht gem. §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5, 323, 480, 434 BGB wirksam vom Tauschvertrag zurücktreten und ist auch insofern nicht berechtigt, nach § 346 Abs. 1 BGB Rückgabe und Rückübereignung des 50er Satzes zu verlangen.

¹³ Faust (Fn. 4), § 439 Rn. 47 f. m.w.N.

¹⁴ BGH NJW 2006, 2839; Höpfner, in: Beck'scher Online-Großkommentar, Stand: 1.7.2019, § 439 Rn. 102; Matusche-Beckmann (Fn. 4), § 439 Rn. 64 ff.

¹⁵ BGH NJW 2006, 2839; Höpfner (Fn. 14), § 439 Rn. 102; Matusche-Beckmann (Fn. 4), § 439 Rn. 64 ff.

¹⁶ BGH, Urt. v. 23.2.2005 – VIII ZR 100/04, Rn. 19 m.w.N.; näher Matusche-Beckmann (Fn. 4), § 439 Rn. 55 ff.

¹⁷ Vgl. gegen eine Unmöglichkeit der Nacherfüllung im Kontext der Selbstvornahme Gsell, ZIP 2005, 922 (923 m.w.N.); für Unmöglichkeit der Nacherfüllung allein bei Stückschulden über nicht ersetzbare Gegenstände Lorenz, NJW 2006, 1175 (1177).

¹⁸ Vgl. vor allem Lorenz, NJW 2003, 1417 f. für den Fall der Selbstvornahme.

IV. Anspruch der K gegen V auf Rückgabe und Rückübereignung des 50er Satzes aufgrund Rücktritts gem. §§ 480, 437 Nr. 2, 346 Abs. 1 323 BGB wegen der fehlenden Schallplatte

Da K der V keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat, bestünde ein Anspruch der K auf Rückgabe und Rückübereignung des 50er Satzes nach §§ 480, 437 Nr. 2, 346 Abs. 1, 323 BGB nur dann, wenn K ausnahmsweise ohne Fristsetzung vom Tauschvertrag zurücktreten konnte. Es ist jedoch kein Grund für eine Entbehrlichkeit der Nachfrist nach § 323 Abs. 2 BGB oder §§ 480, 440 S. 1 BGB ersichtlich.

Insbesondere erscheint die Nacherfüllung nicht deshalb für K unzumutbar, weil ihre Mutter M ihr bereits die fehlende Schallplatte ersetzt hat. Vielmehr fällt es – wie schon ausgeführt – in das Verwendungsrisiko der K, ob sie mit der einwandfreien Leistung ihre beabsichtigten Zwecke verfolgen kann oder nicht. Ein Anspruch der K nach §§ 480, 437 Nr. 2, 346 Abs. 1, 323 BGB besteht deshalb nicht.

Hinweis: Mit entsprechender Argumentation erscheint eine andere Ansicht vertretbar. Eine Fristsetzung könnte gem. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB für entbehrlich gehalten werden, wenn auf den nicht vorhersehbaren Interessenwegfall abgestellt wird.¹⁹

V. Gesamtergebnis zu Frage 1 zum Ausgangsfall

K hat keinen Anspruch gegen V auf Rückgewähr des 50er Satzes.

Lösungsvorschlag zu Frage 2 zum Ausgangsfall

I. Problemstellung

Sofern D gegen K Klage auf Herausgabe des 70er Satzes nach § 985 BGB erhebt und das Gericht in diesem Prozess zu dem Schluss kommt, dass D die ganze Zeit über Eigentümer war und noch immer Eigentümer ist, muss K den 70er Satz an D herausgeben. Wenn K dann allerdings anschließend bei V Regress nehmen und Rückgabe und Rückübereignung des 50er Satzes nach §§ 346 Abs. 1, 326 Abs. 4, Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB und §§ 346 Abs. 1, 326 Abs. 5 BGB verlangen will, so könnte V gegenüber K ohne weiteres behaupten, dass D niemals Eigentümer gewesen sei oder dass K das Eigentum zumindest gutgläubig von ihr (V) erworben habe, sodass sie (V) deshalb ihre Eigentumsverschaffungspflicht in jedem Fall erfüllt habe. Dass das Gericht im Rechtsstreit zwischen D und K zu dem Ergebnis gekommen ist, dass D die ganze Zeit über Eigentümer war, ändert hieran nichts. Denn dieses Urteil erwächst gegenüber V gem. § 325 Abs. 1 ZPO nicht in Rechtskraft kann aufgrund von Art. 103 Abs. 1 GG auch

¹⁹ Dagegen kann eine Entbehrlichkeit der Fristsetzung gem. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB nicht deshalb angenommen werden, weil hier eine schuldnerfremde Sache verkauft wurde und K darüber „schockiert“ war. Dies muss jedenfalls – unabhängig von dem Bezug zum hier konkret vorliegenden Mangel – mit Blick auf die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs und der damit einhergehenden Wertung abgelehnt werden.

keine sonstige Bindungswirkung gegenüber der am Prozess nicht beteiligten V entfalten.

K ist also dem Risiko ausgesetzt, dass das erste Gericht ihr – für sie ungünstig – das Eigentum abspricht und sie den 70er Satz an D herausgeben muss, dann aber das zweite Gericht entscheidet, dass sie das Eigentum – wiederum für sie ungünstig – doch erhalten hat und deshalb keine Ansprüche gegen V geltend machen kann.

II. Lösungsmöglichkeit

K könnte V gem. § 72 Abs. 1 ZPO den Streit verkünden.

1. Zulässigkeit der Streitverkündung

Die Streitverkündung ist nach § 72 Abs. 1 Alt. 1 ZPO zulässig, wenn eine Prozesspartei glaubt, für den Fall des für sie ungünstigen Ausganges des Rechtsstreites einen Anspruch gegen einen Dritten erheben zu können.²⁰ Entgegen dem etwas zu engen Wortlaut des § 72 Abs. 1 Alt. 1 ZPO muss es sich nicht notwendig um einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung handeln.²¹ Dementsprechend kommt es vorliegend nicht darauf an, ob man den Anspruch auf Rückgewähr des 50er Satzes, den K gegen V zu haben glaubt, als Gewährleistungsanspruch einordnet oder nicht.²² Auch ist nicht Voraussetzung der Streitverkündung, dass der Anspruch wirklich besteht, entscheidend ist nach § 72 Abs. 1 Alt. 1 ZPO vielmehr, dass der Streitverkünder einen Anspruch erheben zu können glaubt.

Die Frage, ob V ihre Pflicht zur Eigentumsverschaffung gegenüber K aus §§ 480, 433 Abs. 1 S. 1 BGB erfüllt hat oder ob insoweit vielmehr eine subjektive Unmöglichkeit im Sinne von § 275 Abs. 1 Alt. 1 BGB vorliegt, die K gegenüber V zur Rückforderung des 50er Satzes berechtigen würde, hängt davon ab, ob K das Eigentum von V erhalten hat und damit auch von der Frage, ob D die ganze Zeit über Eigentümer des 70er Satzes gewesen ist.²³ Damit hat K subjektiv Grund zu der Annahme, im Fall ihres Unterliegens gegenüber D einen Anspruch gegen V (auf Rückgewähr des 50er Satzes) geltend machen zu können. Folglich ist die Streitverkündung

²⁰ Zwar ist nach ständiger Rspr. (siehe etwa BGH NJW 2011, 1078 ff.) die Zulässigkeit der Streitverkündung nicht im Erstprozess, in dem der Streit verkündet wird, sondern erst im Folgeverfahren zwischen dem Streitverkünder und dem Streitverkündungsempfänger zu prüfen. Gleichwohl ist die Zulässigkeit der Streitverkündung hier deshalb zu erörtern, weil nach einem effektiven Mittel zum Schutz der K gefragt ist und die Streitverkündung im Falle fehlender Zulässigkeit keine Interventionswirkung nach §§ 74 Abs. 3, 68 ZPO entfaltet (siehe *Schultes*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl. 2016, § 74 Rn. 8 m.w.N.). Die Bearbeiterinnen und Bearbeiter müssen jedoch nicht gesondert erklären, warum sie die Zulässigkeit der Streitverkündung prüfen.

²¹ *Schultes* (Fn. 20), § 72 Rn. 5.

²² Dazu oben Lösungsvorschlag zu Frage 1 zum Ausgangsfall I. 2. a).

²³ Vgl. oben Lösungsvorschlag zu Frage 1 zum Ausgangsfall I. 2. b).

durch K gegenüber V zulässig. Die Streitverkündung erfolgt formal nach § 73 ZPO durch Einreichung eines Schriftsatzes bei Gericht, der an den Dritten zugestellt und dem Gegner mitgeteilt wird.

2. Wirkungen der Streitverkündung

Die Wirkungen der Streitverkündung ergeben sich aus § 74 i.V.m. § 68 ZPO. Hiernach wird V dann, wenn sie im Ausgangsstreit zwischen D und K der K wirksam als Nebenintervenientin beitrifft, durch die sog. Interventionswirkung gebunden. Die Interventionswirkung greift nach §§ 74 Abs. 3 68 ZPO aber auch dann ein, wenn der Dritte nicht als Nebenintervenient beitrifft, sofern ihm nur zulässigerweise der Streit verkündet wurde, was vorliegend, wie soeben festgestellt wurde, der Fall wäre.

Die Interventionswirkung besteht gem. § 68 ZPO in einer Bindung des Gerichts des Folgeprozesses an die Entscheidung des Vorprozesses mit der Folge, dass der Nebenintervenient beziehungsweise der Dritte, dem der Streit verkündet wurde, im Folgeprozess nicht geltend machen kann, der Erstprozess sei unrichtig entschieden. Die Interventionswirkung erfasst (anders als die materielle Rechtskraft) nicht nur die Entscheidung über den Streitgegenstand des Erstprozesses, sondern grundsätzlich auch die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen, auf denen die Entscheidung beruht.²⁴ Danach wäre das Gericht im Folgeprozess zwischen K und V zu Lasten der V nicht nur daran gebunden, dass D zum Zeitpunkt des zweiten Urteils einen Herausgabeanspruch gegen K hat, sondern auch daran, dass D die ganze Zeit über Eigentümer gewesen ist und K das Eigentum auch nicht gutgläubig von V erworben hat.²⁵

III. Ergebnis zu Frage 2 zum Ausgangsfall

K sollte der V im Falle einer Herausgabeklage durch D gem. § 72 Abs. 1 ZPO den Streit verkünden.

Lösungsvorschlag zu Frage 1 zur Abwandlung

I. Anspruch der K gegen V auf Rückgabe und Rücküberweisung des 50er Satzes aufgrund Rücktritts gem. §§ 480, 437 Nr. 2, 346, 323 BGB wegen der fehlenden Schallplatte

K könnte gegen V einen Anspruch auf Rückgabe und Rücküberweisung des 50er Satzes gem. §§ 480, 437 Nr. 2, 346, 323 BGB haben. Erforderlich hierfür sind das Vorliegen eines Rücktrittsrechts und das Vorliegen einer Rücktrittserklärung.

²⁴ BGH, Urt. v. 14.11.1991 – I ZR 236/89, Rn. 24 m.w.N.; Weth, in: Musielak/Voit, 16. Aufl. 2019, § 68 Rn. 4 m.w.N.

²⁵ Etwas anderes würde gem. §§ 68 Hs. 2, 74 Abs. 3 ZPO nur insoweit gelten, als V zeitlich durch die Lage des Rechtsstreits in dem Zeitpunkt, in dem sie als Streitverkündungsempfängerin beitreten könnte oder durch das Verhalten der K gehindert wäre, Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend zu machen, die geeignet wären, einen günstigeren Prozessausgang zu bewirken (Einwand oder Einrede der mangelhaften Prozessführung; dazu näher Weth [Fn. 24], § 68 Rn. 6; Schultes [Fn. 20], § 68 Rn. 19, jeweils m.w.N.). Dafür gibt es jedoch keine Anhaltspunkte im Sachverhalt.

1. Rücktrittsrecht nach §§ 480, 437 Nr. 2, 323 BGB

a) Wirksamer Tauschvertrag

Zwischen V und K besteht ein wirksamer Tauschvertrag, § 480 BGB.

Hinweis: Bearbeiter, die davon ausgehen, dass die Erklärung der K als Anfechtungserklärung gem. § 143 Abs. 1 BGB auszulegen ist und die Auslegung der Erklärung nicht – wie in der Lösungsskizze nachfolgend vorgesehen – zunächst offen lassen, müssen bereits an dieser Stelle prüfen, ob der Tauschvertrag nicht mit Wirkung ex tunc gem. § 142 Abs. 1 BGB durch Anfechtung weggefallen ist oder zuerst den bereicherungsrechtlichen Anspruch prüfen.

b) Sachmangel bei Gefahrübergang

Ein Sachmangel bei Gefahrübergang in Gestalt der fehlenden Schallplatte liegt ebenfalls vor (siehe oben).

c) Entbehrlichkeit der Nachfrist

Zwar hat K der V keine Nachfrist gesetzt. Eine solche Fristsetzung war jedoch gem. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB entbehrlich. Denn da V wusste, dass eine Schallplatte fehlte, täuschte sie K vorsätzlich und mithin arglistig über die Vollständigkeit der Leistung und damit über das Vorliegen eines Sachmangels. Und im Falle des arglistigen Verschweigens eines Sachmangels geht die h.M. zu Recht davon aus, dass die für eine Nacherfüllung erforderliche Vertrauensgrundlage beschädigt und deshalb § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB erfüllt ist.²⁶ Weder muss es der Käufer die Nacherfüllung durch einen arglistig täuschenden Verkäufer hinnehmen, noch hat ein arglistig täuschender Verkäufer ein schutzwürdiges Interesse an einem Recht auf eine zweite Andienung.

d) Kein Ausschluss des Rücktritts nach § 323 Abs. 5 BGB

Der Rücktritt könnte vorliegend jedoch nach § 323 Abs. 5 BGB ausgeschlossen sein. Fraglich ist, ob hier § 323 Abs. 5 S. 1 oder S. 2 BGB anwendbar ist.

Bei Minderlieferungen ist umstritten, unter welchen Voraussetzungen eine Teilleistung im Sinne von S. 1 beziehungsweise wann eine nicht vertragsgemäße Leistung im Sinne von S. 2 anzunehmen ist. Würde man jede Minderlieferung unter S. 2 fassen, so hätte S. 1 kaum praktische Bedeutung. Dementsprechend wird insbesondere für die offene Minderlieferung abweichend von § 434 Abs. 3 BGB eine Einordnung als Teilleistung im Sinne von § 323 Abs. 5 S. 1 BGB befürwortet.²⁷ Liegt jedoch wie vorliegend eine sog. verdeckte Minderlieferung vor, die sich dadurch auszeichnet, dass die Leistung dem Käufer (hier: der Tauschpartnerin K) als vermeintlich vollständige angeboten wird, so bleibt es nach wohl h.M.

²⁶ Siehe BGH NJW 2007, 835 ff.; BGH NJW 2008, 1371 (1372 f.); gleichermaßen vertretbar erscheint es, aus demselben Grund eine Unzumutbarkeit der Nachfrist im Sinne von § 440 S. 1 Var. 3 BGB anzunehmen.

²⁷ Zum Meinungsstand ausführlich Ernst (Fn. 1), § 323 Rn. 215 ff. m.w.N.

auch im Rahmen von § 323 Abs. 5 BGB bei der durch § 434 Abs. 3 BGB vorgegebenen Einordnung als nicht vertragsgemäße Leistung, da andernfalls der gesetzgeberische Wille zur grundsätzlichen Gleichbehandlung von Minderlieferung und Sachmangel missachtet würde.

Unabhängig davon, ob man vorliegend einen Sachmangel bereits wegen § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB oder nur auf Grundlage des § 434 Abs. 3 BGB annimmt (siehe oben), kommt somit vorliegend S. 2 und nicht S. 1 zur Anwendung. Der Rücktritt wäre demnach nur ausgeschlossen, wenn der Mangel unerheblich wäre.

Hinweis: Eine andere Ansicht ist mit entsprechender Begründung vertretbar. Im Rahmen von § 323 Abs. 5 S. 1 BGB müsste dann geprüft werden, ob K an dem unvollständigen 70er Satz ein Interesse hat. Dagegen spricht zwar einerseits, dass es der K darum ging, die Gesamtaufnahmen der B-Band aus den 70ern zu erhalten. Andererseits lässt sich aber argumentieren, dass K mit der unvollständigen Leistung ihr Leistungsinteresse sehr wohl partiell verwirklichen konnte, sich das fehlende Stück offenbar problemlos nachbeschaffen ließ und kein Interesse der K erkennbar ist, die Leistung insgesamt aus einer Hand zu erhalten.²⁸

Da es beim Verkauf einer Sammlung von Platten dem Käufer (hier: der Tauschpartnerin K) üblicherweise auf die Vollständigkeit der Sammlung ankommt, kann in dem Fehlen einer Schallplatte kein nur unerheblicher Mangel gesehen werden. Im Übrigen fällt die eine fehlende Schallplatte angesichts einer Gesamtzahl von nur zwölf Schallplatten auch rein quantitativ erheblich ins Gewicht.²⁹

2. Rücktrittserklärung gem. § 349 BGB

Durch ihre Forderung nach Rückabwicklung des Geschäfts hat K auch eine Erklärung gegenüber V abgegeben, die als Rücktrittserklärung im Sinne von § 349 BGB verstanden werden kann. Zwar kommt alternativ möglicherweise eine Anfechtung des Tauschvertrages in Betracht, da die von K als Nichtjuristin formulierte Erklärung sich auch dahin deuten ließe, dass eine Anfechtung gewollt ist. Dabei ist davon auszugehen, dass K das für sie günstigere Gestaltungsrecht ausüben wollte, §§ 133, 157 BGB. Dies lässt sich jedoch erst beurteilen, nachdem geprüft wurde, inwieweit das Begehren der K vom jeweiligen Rückabwicklungsregime erfasst wird.

3. Zwischenergebnis

K steht bei Auslegung ihres Rückforderungsverlangens als Rücktrittserklärung gem. §§ 480, 437 Nr. 2, 346, 323 BGB ein Anspruch auf Rückgewähr des 50er Satzes zu.

²⁸ Siehe zum Ganzen näher *Gsell*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2005, § 323 Rn. 187.

²⁹ Vgl. BGH NJW 2014, 3229 ff., wonach die Erheblichkeitsschwelle des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB in der Regel bereits dann erreicht wird, wenn der Aufwand zur Mängelbeseitigung fünf Prozent des Kaufpreises übersteigt.

4. Durchsetzbarkeit des Anspruchs

Gem. §§ 348, 320, 322 BGB ist der Anspruch auf Rückgewähr des 50er Satzes Zug um Zug gegen Rückgewähr des (unvollständigen) 70er Satzes durch K zu erfüllen.

5. Ergebnis

Falls die Erklärung der K als Rücktrittserklärung auszulegen ist, kann K von V aus §§ 480, 437 Nr. 2, 346, 323 BGB Rückgabe und Rückübereignung des 50er Satzes Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des (unvollständigen) 70er Satzes verlangen.

II. Anspruch der K gegen V auf Rückgabe und Rückübereignung des 50er Satzes gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB aufgrund Anfechtung gem. § 123 Abs. 1 S. 1 BGB wegen der fehlenden Schallplatte

K könnte gegen V einen Anspruch auf Rückgabe und Rückübereignung des 50er Satzes gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB haben.

1. Bereicherung der V durch Leistung der K

K hat bewusst und zweckgerichtet Eigentum und Besitz am 50er Satz auf V übertragen, mithin an V geleistet.

2. Ohne Rechtsgrund

Dies ist ohne Rechtsgrund geschehen, wenn K durch Anfechtung nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB eine rückwirkende Nichtigkeit des Tauschvertrages gem. § 142 Abs. 1 BGB bewirkt hat.

a) Anwendbarkeit der Regelungen über die Arglistanfechtung

Nach ganz h.M. wird § 123 Abs. 1 BGB mangels Schutzwürdigkeit des arglistig Täuschenden nicht durch die Mängelhaftung verdrängt.³⁰ Folglich kommt vorliegend eine Arglistanfechtung in Betracht, obwohl der im Raum stehende Anfechtungsgrund einen Sachmangel betrifft.

b) Anfechtungsgrund gem. § 123 Abs. 1 BGB

Indem V wissentlich verschwie, dass in dem 70er Satz eine Schallplatte fehlte, hat sie K vorsätzlich und damit auch im Sinne des § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB arglistig getäuscht (siehe oben). Es ist auch davon auszugehen, dass K nicht bereit gewesen wäre, ihren vollständigen 50er Satz gegen den unvollständigen 70er Satz einzutauschen, sodass die Täuschung auch für den Geschäftsschluss kausal geworden ist.

c) Anfechtungserklärung gem. § 143 Abs. 1 BGB

K hat auch gegenüber V gem. § 143 Abs. 1, Abs. 2 Alt. 1 BGB erklärt, dass sie aufgrund der neuen Erkenntnisse nichts mehr von dem Geschäft wissen wolle. Darin kann eine Anfechtungserklärung gesehen werden, §§ 133, 157 BGB (siehe oben). Für den Fall, dass sich eine Anfechtung für K ungünstig

³⁰ Siehe nur BGH NJW 2009, 1266 (1268 f. Rn. 39); w.N. bei *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 123 Rn. 101.

tiger erweisen würde als das Rücktrittsfolgenregime, hätte man die Erklärung allerdings als Rücktrittserklärung zu verstehen, was an dieser Stelle noch offen bleiben muss (siehe oben).

d) Anfechtungsfrist gem. § 124 BGB

K gab ihre Anfechtungserklärung unmittelbar, nachdem sie von der Täuschung erfahren hatte, ab. Da die Darlegungs- und Beweislast für die Überschreitung der Anfechtungsfrist beim Anfechtungsgegner liegt³¹ und keine Anhaltspunkte für eine Überschreitung der Anfechtungsfrist nach § 124 BGB vorliegen, ist somit von der Einhaltung der Anfechtungsfrist auszugehen.

e) Wirkungen der Anfechtung

Mit der Anfechtung entfällt die Wirksamkeit des Tauschvertrages gem. § 142 Abs. 1 BGB rückwirkend, sodass eine anfänglich rechtsgrundlose Leistung der K vorliegt.

Hinweis: Ebenfalls vertretbar ist es, den Anspruch auf § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB zu stützen, da ein Rechtsgrund für die Leistung zumindest rein tatsächlich zunächst bestanden hat.³²

3. Umfang des Bereicherungsanspruchs

Nach § 818 Abs. 1 BGB hat V das Erlangte herauszugeben. V muss also den 50er Satz an K übergeben und übereignen. Nach der in der ständigen Rechtsprechung befürworteten Saldotheorie ist zwar grundsätzlich bei der Bestimmung der herausgabepflichtigen Bereicherung zu berücksichtigen, dass K ihrerseits den (unvollständigen) 70er Satz erlangt hat; ihr Bereicherungsanspruch wäre deshalb prinzipiell von vornherein durch den Abzug der ihr von Seiten der V zugeflossenen Vorteile beschränkt,³³ wobei mangels Gleichartigkeit der ausgetauschten Leistungen K die Rückgewähr des 70er Satzes Zug um Zug anbieten müsste.³⁴ Jedoch folgt auch die Rechtsprechung³⁵ bei Vorliegen einer arglistigen Täuschung der in der Literatur vielfach befürworteten Zweikonditionen-theorie, sodass die empfangene Gegenleistung vorliegend auch nach der Rechtsprechung nur im Rahmen eines Zurückbehaltungsrechts nach § 273 Abs. 1 BGB zu berücksichtigen ist.

4. Durchsetzbarkeit des Anspruchs

Da V der K gem. § 273 Abs. 1 BGB ihrerseits einen Anspruch auf Rückgabe und Rückübereignung des 70er Satzes nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB einredeweise entgegenhalten kann, kann K Rückgewähr des 50er Satzes nur Zug um

Zug gegen Rückgewähr des (unvollständigen) 70er Satzes verlangen.

5. Ergebnis

Sollte die Erklärung der K als Anfechtungserklärung auszu- legen sein, kann K von V aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB Rückgewähr des 50er Satzes verlangen, dies allerdings nur Zug um Zug gegen Rückgewähr des erlangten (unvollständigen) 70er Satzes.

III. Konkurrenzen/Ergebnis zu Frage 1 zur Abwandlung

Da K aus beiden Rückabwicklungsregimen gleichermaßen berechtigt ist, Rückgewähr des 50er Satzes Zug um Zug gegen Rückgewähr des erlangten (unvollständigen) 70er Satzes zu verlangen, bedarf es keiner Entscheidung, ob ihre Forderung nach Rückabwicklung als Rücktritts- oder als Anfechtungserklärung auszulegen ist.³⁶

Lösungsvorschlag zu Frage 2 zur Abwandlung

Der Zulässigkeit einer erneuten Klage der K gegen V auf Rückgabe und Rückübereignung des 50er Satzes könnte der Einwand der ne-bis-in-idem-Wirkung der materiellen Rechtskraft nach § 322 Abs. 1 ZPO entgegenstehen.

Hinweis: Vertretbar ist es auch, den Einwand der materiellen Rechtskraft im Rahmen des Rechtsschutzbedürfnisses zu prüfen. Denn soweit die materielle Rechtskraftwirkung reicht, könnte das erneut befassende Gericht nur wieder eine inhaltlich identische Entscheidung erlassen, für die das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, da bereits eine Erstentscheidung ergangen ist.³⁷

Der Einwand der materiellen Rechtskraft steht einer neuen Klage entgegen, wenn diese neue Klage denselben Streitgegenstand hat wie die Erstklage. Nach der herrschenden zweigliedrigen Streitgegenstandslehre wird der Streitgegenstand durch den Klageantrag und den Lebenssachverhalt bestimmt.³⁸ Vorliegend ist der Klageantrag identisch, sodass allein ein abweichender Lebenssachverhalt als vorgetragener Klagegrund in Betracht kommt.

I. Täuschung kein neuer Lebenssachverhalt

Als neuen Lebenssachverhalt könnte man vorliegend zunächst die arglistige Täuschung (als äußere Tatsache) oder die Kenntniserlangung der K von der Täuschung (als innere Tatsache) in Betracht ziehen, da diese Umstände im Erstprozess nicht berücksichtigt wurden. Jedoch wird der Streitgegenstand nach ständiger Rechtsprechung durch den gesamten historischen

³¹ BGH NJW 1992, 2346 (2347 f.); *Armbrüster* (Fn. 30), § 124 Rn. 16 m.w.N.

³² Zum Streitstand *Schwab*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 812 Rn. 417.

³³ Deutlich BGH NJW 1999, 1181 ff.

³⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 19.1.2001 – V ZR 437/99, Rn. 26.

³⁵ BGHZ 57, 137 ff.

³⁶ Insbesondere droht bei einer Anfechtung gem. § 123 Abs. 1 BGB auch keine Schadensersatzpflicht nach § 122 Abs. 1 BGB.

³⁷ Siehe zum Meinungsstand etwa die Nachweise bei *Schilken*, Zivilprozessrecht, 7. Aufl. 2014, § 30 Rn. 1027.

³⁸ BGH NJW 2001, 157 (158); BGH NJW 2004, 1252 (1253); *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 93 Rn. 8 ff., 27 m.w.N.

Lebensvorgang bestimmt, auf den sich das Klagebegehren bezieht, ohne Rücksicht darauf, ob einzelne Tatsachen von den Parteien im Vorprozess vorgetragen wurden oder etwa mangels Kenntnis gar nicht vorgetragen werden konnten.³⁹ Es kommt danach nicht darauf an, ob die arglistige Täuschung bzw. die Kenntnis der K davon bereits Gegenstand des Erstprozesses waren, sondern darauf, ob sie bei „natürlicher Anschauung zu dem im Vorprozess vorgetragenen Lebensvorgang“⁴⁰ zu rechnen sind. Dies ist vorliegend aufgrund des engen Zusammenhangs der Täuschung mit dem Tauschgeschäft insgesamt zu bejahen.⁴¹ Diese zeitlichen Grenzen der Rechtskraft lassen sich dem § 767 Abs. 2 ZPO entnehmen, der für die spiegelbildliche Situation eines Unterliegens des Beklagten im Erstprozess für die Vollstreckungsabwehrklage alle Einwendungen präkludiert, die auf Tatsachen beruhen, die bereits vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung der letzten Tatsacheninstanz entstanden sind.⁴² K stützte sich sowohl im Vorprozess als auch jetzt auf das Fehlen einer Schallplatte. Die arglistige Täuschung der V ist aber keine neue, erst nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung entstandene Tatsache, sondern war bereits bei Abschluss des Tauschvertrags begangen worden, auch wenn dies der K im ersten Prozess noch nicht bekannt war. Sie gehört daher bei natürlicher Anschauung zu dem im Vorprozess vorgetragenen Lebenssachverhalt.

II. Erklärung von Anfechtung bzw. Rücktritt als neuer Lebenssachverhalt

Fraglich ist aber, ob die nachträgliche Ausübung des Anfechtungsrechts (bzw. des Rücktrittsrechts) einen neuen Lebenssachverhalt und damit einen neuen Streitgegenstand begründen könnte.

1. Rechtsprechung des BGH

Auch dies wird vom BGH parallel zu seiner Rechtsprechung zu § 767 Abs. 2 ZPO verneint. Danach soll es bei Gestaltungsrechten für die zeitlichen Grenzen der Rechtskraft grundsätzlich nicht auf die Ausübung des Gestaltungsrechts ankommen, sondern auf dessen objektive Entstehung.⁴³ Die Ausübung des Anfechtungsrechts (bzw. des Rücktrittsrechts) führt nach der Rechtsprechung des BGH lediglich zu einer Änderung der materiell-rechtlichen Anspruchsgrundlage für die begehrte Rückabwicklung des Kaufvertrags. Darin liege

jedoch keine Änderung des Streitgegenstandes, der alle materiell-rechtlichen Ansprüche, die sich im Rahmen des gestellten Antrags aus dem dem Gericht zur Entscheidung vorgetragenen Lebenssachverhalt herleiten lassen, umfasse. Danach wäre die Zweitklage vorliegend unzulässig, da K bereits im Erstprozess berechtigt gewesen wäre, den Tauschvertrag anzufechten bzw. den Rücktritt zu erklären.

2. Abweichende Literaturauffassung

Demgegenüber wird in der Literatur vielfach auf den Zeitpunkt der Ausübung des Gestaltungsrechts abgestellt.⁴⁴ Danach ist das Vorliegen einer neuen Tatsache und damit eine neuer Streitgegenstand zu bejahen, wenn die Anfechtung des Vertrags (bzw. die Erklärung des Rücktritts) erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung der letzten Tatsacheninstanz des ersten Gerichtsverfahrens erklärt wurde.

3. Stellungnahme

Für die Rechtsprechung spricht zwar, dass auf diese Weise eine Beschneidung der Rechtskraftwirkung verhindert und so erreicht wird, dass bereits das Ersturteil Rechtssicherheit zwischen den Parteien schafft. Dennoch ist der abweichenden Literaturansicht zu folgen. Denn indem die Rechtsprechung auf die objektive Gestaltungslage abstellt, ignoriert sie, dass materiell-rechtlich erst die fristgemäße Erklärung zur Umgestaltung der Rechtslage führt und es Teil der materiellen Berechtigung des Gestaltungsberechtigten ist, die ihm für die Ausübung seines Gestaltungsrechts eingeräumten Fristen auszuschöpfen. So gewährt § 124 BGB der getäuschten K vorliegend eine großzügige Ausübungsfrist. Das Abstellen auf die Gestaltungslage führt mithin zu einer unzulässigen Verkürzung der durch das materielle Recht eingeräumten Rechtsposition.

Hinweis: Beide Ansichten sind mit entsprechender Begründung gleichermaßen vertretbar.⁴⁵

III. Ergebnis zu Frage 2 zur Abwandlung

Eine erneute Klage der K wäre zulässig.

³⁹ BGH NJW 1993, 2684 (2685); BGH NJW 2004, 1252 (1253 m.w.N.); *Büscher*, in: *Wieczorek/Schütze*, 4. Aufl. 2018, Kommentar zur ZPO, § 322 Rn. 178.

⁴⁰ BGH NJW 2004, 1252 (1253).

⁴¹ So auch zur ähnlichen Situation des arglistigen Verschweigens eines Unfallschadens beim Kauf eines Kfz BGH NJW 2004, 1252 (1253).

⁴² Ausdrücklich auf die Parallele zu § 767 Abs. 2 ZPO abstellend BGH NJW 2004, 1252 (1253 f.).

⁴³ BGH NJW 2005, 2926 (2927); BGH NJW 2004, 1252 (1253 f. m.w.N.); im Grundsatz zustimmend *Schmidt/Brinkmann*, in: *Münchener Kommentar zur ZPO*, 5. Aufl. 2016, § 767 Rn. 82.

⁴⁴ Siehe zum Meinungsstand *Brox/Walker*, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 11. Aufl. 2018, § 43 Rn. 1343 ff. mit umfangreichen Nachweisen.

⁴⁵ Deliktische Ansprüche sind nach dem Bearbeitervermerk ausgeschlossen, so dass die Möglichkeit einer Rechtskraftdurchbrechung gem. § 826 BGB bei der Bearbeitung außen vor bleibt und nicht zu prüfen ist.