

# Examensklausur: Weniger ist nicht immer schlechter

## Leistungsstörungenrecht und Kaufrecht

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. **Abbas Samhat**, Berlin\*

*Die Klausur beschäftigt sich im ersten Teil mit dem Leistungsort der kaufrechtlichen Nacherfüllung, allerdings in einer anspruchsvollen Konstellation, nämlich im Rahmen des § 323 Abs. 6 Var. 1 BGB in Verbindung mit § 447 Abs. 1 BGB. Die Probleme des zweiten und dritten Teils der Klausur sind - nach Einschätzung des Autors - vielen Studierenden nicht hinreichend bekannt. Zum einen geht es um die Frage, wer das Wahlrecht innerhalb der Nachbesserungsvariante des § 439 Abs. 1 Var. 1 BGB hat, zum anderen, wie die Zulieferung im allgemeinen Leistungsstörungenrecht zu behandeln ist. Die Studierenden können die umfangreiche Klausur in fünf Stunden lösen, wenn sie die Schwerpunkte im Gutachtenstil und das Unproblematische im Urteilsstil darstellen.*

### Sachverhalt Teil 1

H betreibt ein Computerfachgeschäft mit integrierter Werkstatt in Potsdam. Er verkauft dem K, Inhaber eines Restaurants, den letzten gebrauchten, aber neuwertigen Laptop in seinem Sortiment. K möchte den Laptop beruflich nutzen. H lässt das Gerät auf Verlangen des K an dessen Sitz in Berlin liefern. Den Transport übernimmt der zuverlässige Frachtführer F. Da K bereits bei dem ersten Gebrauch des Laptops einen Defekt vermutet, bringt er ihn zu H und bittet um Reparatur. H findet den Fehler, erledigt die Reparatur und teilt dem K mit, er könne das Gerät sofort abholen. K erwidert, da er beruflich stark eingebunden sei, freue er sich über eine erneute Lieferung des Gerätes. H erklärt, er stimme einer erneuten Lieferung aus Kulanz zu. Mit dem Transport des nunmehr mangelfreien Laptops wird wieder F beauftragt. Auf dem Weg zu K kommt es zu einem Verkehrsunfall, den niemand zu verschulden hat. Da der Laptop infolge des Unfalls zerstört wird, erklärt K gegenüber H, er sei nicht mehr zur Kaufpreiszahlung verpflichtet, hilfsweise nehme er vom Kaufvertrag Abstand. H besteht aber weiterhin auf Kaufpreiszahlung.

### Sachverhalt Teil 2

Die 19-jährige Tochter (T) des K bezieht ihre erste eigene Wohnung. Sie kauft im Geschäft des Kühlschrankschändlers L einen neuen Kühlschrank der Marke „XY“ zum Preis von brutto 1000 EUR. L, der vertraglich die Pflicht zum Transport des Kühlschranks übernommen hat, liefert fristgerecht. Vier Wochen später stellt T fest, dass das Gerät nicht mehr kühlt. Sie ruft L an und bittet um Abholung und Reparatur. L holt den Kühlschrank ab und stellt fest, dass der Kompressor defekt ist. Er schreibt der T eine E-Mail: „Sehr geehrte Frau T, der Kompressor ist defekt. Ich entscheide in den nächsten Tagen, ob der Kompressor ausgetauscht oder repariert wird,

und werde das Gerät selbstverständlich liefern, und zwar am 28.10.13 um 15 Uhr. Passt Ihnen der Termin? Beste Grüße! L“.

T schreibt zurück: „Sehr geehrter Herr L, vielen Dank für die Information. Lassen Sie bitte den Kompressor austauschen. Ich erwarte Sie dann am 28.10.13 um 15 Uhr. Viele Grüße! T“.

Die Mitarbeiter des L klingeln zum vereinbarten Termin bei T und berichten ihr wahrheitsgemäß, der defekte Kompressor sei fachgerecht repariert worden. T lehnt jedoch die Abnahme des Kühlschranks und die Zahlung des Kaufpreises mit der Begründung ab, sie habe einen Austausch des Kompressors verlangt. Die Mitarbeiter des L fahren enttäuscht zum Lager zurück. Am nächsten Tag fordert L die T schriftlich auf, den Kaufpreis umgehend zu bezahlen und die Kosten für den erfolglosen Transport in Höhe von 50 EUR zu erstatten; sobald T dem nachkommt, werde der für Sie aufbewahrte Kühlschrank geliefert. T bleibt vom Schreiben unbeeindruckt und macht mit einer Freundin erst einmal vier Wochen Urlaub. Kaum wieder in Berlin angekommen, erhält T erneut einen Brief von L, in dem er erklärt, er bestehe weiterhin auf seine Forderungen und verlange nunmehr Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz.

### Sachverhalt Teil 3

K bestellt für sein Restaurant beim Händler S 100 Weingläser des Herstellers „CW“ zu je 10 EUR. Der überarbeitete S liefert zum vereinbarten Termin nur 75 Weingläser; legt jedoch eine Rechnung über 100 Gläser bei. Da S nicht innerhalb der von K gesetzten angemessenen Nachlieferungsfrist die fehlenden 25 Gläser liefert, erklärt K den Rücktritt vom Vertrag und kauft daraufhin 100 Gläser desselben Herstellers und desgleichen Modells beim Händler D zu je 12 EUR. K verlangt von S Rückzahlung des Kaufpreises sowie den Differenzbetrag von 200 EUR, den er an D zahlen musste. S meint, der von K erklärte Rücktritt sei nicht rechtmäßig, deshalb könne K auch nicht Rückzahlung des gesamten Kaufpreises beanspruchen. Selbst wenn dies möglich sein sollte, müsse K im Gegenzug neben der Herausgabe der 75 Gläser auch den üblichen Nutzungsersatz von täglich 10 Cent pro Glas entrichten, weil er die gelieferten Gläser 14 Tage genutzt habe; dies entspreche einem Nutzungsersatz von 105 EUR.

### Aufgabenstellung

Teil 1: Darf H von K den Kaufpreis beanspruchen?

Teil 2: Stehen L die geltend gemachten Ansprüche zu?

Teil 3: Hat K gegen S einen durchsetzbaren Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises und des Differenzbetrages in Höhe von 200 EUR?

---

\* Der Autor verantwortet als Wiss. Mitarbeiter den zivilrechtlichen Bereich des Universitätsrepetitoriums an der Freien Universität Berlin. Er stellte die Klausur im Jahre 2012 im Klausurenkurs des Universitätsrepetitoriums (Durchfallquote: 34 %, Notendurchschnitt: 4, 9 Punkte).

**Lösungsvorschlag**

**Teil 1: Anspruch H gegen K auf Kaufpreiszahlung**

H könnte gegen K einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises aus Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 2 BGB haben.

**I. Anspruch entstanden**

Der Kaufpreisanspruch ist entstanden, weil zwischen H und K ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen ist.

**II. Anspruch erloschen**

*1. Untergang des Kaufpreisanspruchs gemäß § 326 Abs. 1 S. 1 BGB*

Möglicherweise ist der Kaufpreiszahlungsanspruch des H gegen K nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB ausgeschlossen. Das setzt voraus, dass die Vorschrift anwendbar ist. Das ist nicht der Fall, wenn § 326 Abs. 1 S. 2 BGB greift. Nach dieser Vorschrift gilt § 326 Abs. 1 S. 1 BGB nicht, wenn der Schuldner im Falle der nicht vertragsgemäßen Leistung die Nacherfüllung nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB nicht zu erbringen braucht.<sup>1</sup>

H war im Zuge der Nachbesserung dazu verpflichtet, das Gerät zu reparieren und es dem K zu übergeben. H hat also mit der Reparatur des Laptops und der Aufforderung gegenüber K, das Gerät abzuholen, seine Nachbesserungspflicht nicht gemäß § 362 BGB erfüllt. Zur Bewirkung der Nachbesserung war darüber hinaus erforderlich, dass die reparierte Sache dem K übergeben<sup>2</sup> wird. Die Übergabe des reparierten Laptops ist wegen des Unfalls beim Transport ausgeschlossen, sodass die Nacherfüllung nicht mehr erbracht werden kann (§ 275 Abs. 1 BGB). Auch eine Ersatzlieferung gemäß § 439 Abs. 1 Var. 2 BGB, die nach herrschender, aber nicht überzeugender Ansicht auch beim Stückkauf nicht von vornherein ausgeschlossen ist<sup>3</sup>, scheidet vorliegend aus, weil es sich beim Laptop um eine gebrauchte Sache handelte, die weder vertretbar nach § 91 BGB noch nach dem Parteiwillen ersetzbar war; im Übrigen verlangte K ausschließlich Reparatur des Laptops, keine Ersatzlieferung.

Da die Nacherfüllung gemäß § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen ist, erlischt wegen § 326 Abs. 1 S. 2 BGB die Kaufpreiszahlungspflicht des K nicht nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB.<sup>4</sup> Vielmehr greift insoweit das besondere Kaufgewährleistungsrecht, das dem K unter den Voraussetzungen der

<sup>1</sup> § 326 Abs. 1 S. 2 BGB wurde in der Klausur sehr häufig übersehen.

<sup>2</sup> Nicht Übereignung (!), weil K schon Eigentümer des Laptops war. Im Sachverhalt bestehen keine Anhaltspunkte für einen Eigentumsvorbehalt.

<sup>3</sup> Vgl. zum Problem „Ersatzlieferung beim Stückkauf“ BGH NJW 2006, 2839 (2840 ff.); *Huber/Bach*, Besonderes Schuldrecht 1, 3. Aufl. 2011, Rn. 102 ff., insbesondere Rn. 105 ff.; *Looschelders*, Schuldrecht BT, 8. Aufl. 2013, Rn. 89; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II BT, 16. Aufl. 2012, Rn. 127; *Musielak*, NJW 2008, 2801.

<sup>4</sup> In der Sache ebenso *Faust*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 28, Stand 2011, § 439 Rn. 23; *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 439 Rn. 14b.

§§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB die Möglichkeit eröffnet, ohne vorherige Fristsetzung zurückzutreten.

*2. Untergang des Kaufpreisanspruchs nach § 346 Abs. 1 BGB*

Der noch nicht erfüllte Kaufpreisanspruch des H ist fortgefallen, wenn K wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten ist.<sup>5</sup>

*a) Rücktrittserklärung nach § 349 BGB*

Die Erklärung des K gegenüber H, er nehme vom Kaufvertrag Abstand, falls er trotz des Untergangs der Sache weiterhin zur Kaufpreiszahlung verpflichtet sein sollte (Rechtsbedingung), ist eine konkludente Rücktrittserklärung nach § 349 BGB. Sie ist nicht deshalb unwirksam, weil K sie nur hilfsweise erklärt hat. Der Grundsatz, dass Gestaltungserklärungen nicht unter einer Bedingung erklärt werden dürfen, gilt nicht für Rechtsbedingungen.<sup>6</sup>

*b) Rücktrittsgrund gemäß §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB*

Tatbestandlich besteht zugunsten des K ein Rücktrittsgrund ohne vorherige Fristsetzung gemäß §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB, weil es für H wegen des Untergangs des Laptops unmöglich ist, die Nachbesserungsleistung zu erbringen.

*Systematischer Hinweis:* Da § 326 Abs. 5 BGB bereits den Fall der Unmöglichkeit der Nacherfüllung erfasst, bedarf es nicht des Rückgriffs auf § 440 BGB (Fehlschlagen der Nacherfüllung).<sup>7</sup>

*c) Ausschluss des Rücktritts nach § 323 Abs. 6 Var. 1 BGB*

Möglicherweise ist das Rücktrittsrecht des K ausgeschlossen. Ist die Nacherfüllung (wie hier) gemäß § 275 BGB unmöglich, darf der Ausschluss des Rücktritts nicht mit § 326 Abs. 2 S. 1 BGB begründet werden.<sup>8</sup> § 326 Abs. 2 S. 1 BGB formuliert eine Ausnahme vom Grundsatz des § 326 Abs. 1 S. 1 BGB und setzt damit dessen Anwendbarkeit voraus. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB ist aber nach § 326 Abs. 1 S. 2 BGB nicht anwendbar, wenn die Erbringung der Nacherfüllung unmöglich ist.

In Betracht kommt aber ein Ausschluss des Rücktrittsrechts nach § 323 Abs. 6 Var. 1 BGB. Das ist der Fall, wenn K für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist. Die Verantwortlichkeit im Sinne des § 323 Abs. 6 BGB setzt nicht zwingend ein Verschulden des Gläubigers, also des K, voraus. Allein oder weit überwiegend verantwortlich ist zum Beispiel

<sup>5</sup> Der Gesetzgeber hielt es für nicht erforderlich, diese Befreiungswirkung ausdrücklich im Gesetzeswortlaut des § 346 BGB hervorzuheben, vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 194 li. Sp.

<sup>6</sup> Vgl. nur *Westermann* (Fn. 4), § 158 Rn. 29 i.V.m. Rn. 54.

<sup>7</sup> Siehe *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2004, § 440 Rn. 17.

<sup>8</sup> Dies wird bei *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 323 Rn. 258, nicht deutlich, wenn er formuliert, bei Unmöglichkeit der (Nach-)Leistung gemäß § 275 BGB gelte nicht § 323 Abs. 6 BGB, sondern die Bestimmung des § 326 Abs. 2 BGB.

auch der Gläubiger, der das Transportrisiko (zumindest konkludent) übernommen hat.<sup>9</sup> K ist in diesem Sinne für die Zerstörung des Laptops und damit für den Rücktrittsgrund verantwortlich, wenn er das Risiko des zweiten Transports übernommen hat. Dies wiederum ist der Fall, wenn bezüglich des zweiten Transports die Voraussetzungen des § 447 Abs. 1 BGB erfüllt sind. K muss dann den Kaufpreis bezahlen, ohne die Sachleistung beanspruchen zu dürfen. Mit dem Übergang der Preisgefahr nach § 447 Abs. 1 BGB geht zugleich der Ausschluss des Rücktritts einher. K darf sich nämlich seiner Zahlungspflicht nicht dadurch entziehen, dass er im Nachhinein den Rücktritt wegen Unmöglichkeit der Sachübergabe erklärt. Anderenfalls liefe die Gefahrtragsregel des § 447 BGB leer.

*aa) Anwendbarkeit des § 447 BGB*

Da K, der den Laptop beruflich nutzen wollte, und H den Kaufvertrag als Unternehmer im Sinne des § 14 BGB abgeschlossen haben, liegt kein Verbrauchsgüterkauf gemäß § 474 BGB vor, sodass die Anwendbarkeit des § 447 BGB nicht nach § 474 Abs. 2 S. 2 BGB ausgeschlossen ist.

*bb) Versendung „nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort“*

Fraglich ist, ob der zweite Transport „nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort“ im Sinne des § 447 Abs. 1 BGB erfolgte. Mit Erfüllungsort meint die Vorschrift den Leistungsort, also den Ort, an dem der Schuldner die Leistungshandlung (z.B. Versendung der Sache) vorzunehmen hat, und nicht den Erfolgsort, an dem der Leistungserfolg (z.B. Übergabe und Übereignung der Sache) eintreten soll.<sup>10</sup> Leistungs- und Erfolgsort fallen bei § 447 Abs. 1 BGB, der eine Schickschuld voraussetzt, auseinander. Bei der Schickschuld ist der Leistungsort am Sitz des Schuldners/Verkäufers, der Erfolgsort am Sitz des Gläubigers/Käufers.<sup>11</sup> Der Tatbestand des § 447 BGB ist also nicht erfüllt, wenn zwischen K und H bezüglich des zweiten Transports eine Bringschuld, bei der Leistungs- und Erfolgsort am Sitz des Gläubigers/Käufers zusammenfallen, bestand. Im Falle einer Bringschuld geht die Preisgefahr erst mit der Übergabe der Sache an den Käufer oder dessen Annahmeverzug über (§ 446 BGB). Unter dem letztgenannten Gesichtspunkt ist der Rücktritt des K nicht ausgeschlossen, weil ihm die reparierte Sache nicht übergeben worden ist.

Angesichts dessen kommt der Frage eine entscheidende Bedeutung zu, wo der Leistungsort der Nacherfüllung ist. § 439 BGB regelt diese Frage nicht ausdrücklich. Die Formulierung „Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache“ in § 439 Abs. 1 BGB, die Kostentragspflicht des Verkäufers nach § 439 Abs. 2 BGB sowie der Verweis in § 439 Abs. 4 BGB auf die Rücktrittsvorschrift

(§§ 346-348 BGB) sagen nichts darüber aus, an welchem Ort die Nacherfüllungspflicht zu erfüllen ist.<sup>12</sup> Deshalb wird die Frage nach dem Nacherfüllungsort unterschiedlich beantwortet.<sup>13</sup>

*(1) Nacherfüllungsort ist der ursprüngliche Leistungsort*

Man kann den Standpunkt vertreten, der ursprüngliche Leistungsort sei auch der Nacherfüllungsort.<sup>14</sup> Dafür spricht, dass der Nacherfüllungsanspruch der modifizierte Erfüllungsanspruch ist, sodass auch hinsichtlich des Leistungsortes auf den primären Erfüllungsanspruch abgestellt werden darf. Dieser ist ausweislich des § 269 Abs. 1 BGB im Zweifel am Sitz des Schuldners/Verkäufers.

Ausgehend davon schuldete H (da ursprünglich allenfalls eine Schickschuld vereinbart war) nur Reparatur und gegebenenfalls Absendung des Laptops, nicht aber den Transport zu K. Da K um Versendung der reparierten Sache im Sinne einer Schickschuld (siehe insoweit die Zweifelsregelung in § 269 Abs. 3 BGB) bat, ging gemäß § 447 Abs. 1 BGB mit der Übergabe der reparierten Sache an F das Transportrisiko auf K über.

*(2) Leistungsort der Nacherfüllung ist der Belegenheitsort der Sache*

Es lässt sich aber auch die Ansicht vertreten, dass der Leistungsort der Nacherfüllung der (vertragsgemäße) Belegenheitsort der Sache ist.<sup>15</sup> Dies ist regelmäßig der Sitz des Käufers, sodass nach diesem Ansatz die Nacherfüllungsschuld, soweit nichts anderes vereinbart, stets eine Bringschuld ist.<sup>16</sup> Für diese Auffassung lassen sich folgende Argumente vortragen: Die Abweichung von § 269 Abs. 1 BGB ist geboten, weil der Verkäufer durch die Übergabe einer mangelhaften Sache seine Pflicht aus § 433 Abs. 1 S. 2 BGB verletzt. Dies ist dem Verkäufer auch deshalb zuzumuten, weil er ausreichend über § 439 Abs. 3 BGB geschützt ist. Im Übrigen ist diese Ansicht am ehesten vereinbar mit den Vorgaben des Art. 3 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, wonach die Nacherfüllung unentgeltlich und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen muss. Da der Gesetzgeber mit der Schuldrechtsreform (jenseits des Verbrauchsgüterkaufs) grundsätzlich eine einheitliche Regelung des Kaufrechts vor dem Hinter-

<sup>12</sup> Insoweit zutreffend BGH NJW 2011, 2278 (2279 Rn. 22 ff.).

<sup>13</sup> Ausführlich zum Streitstand BGH NJW 2011, 2278 Rn. 15 ff.; Artz, ZJS 2011, 274; Gsell, JZ 2011, 988; Ringe, NJW 2012, 3393. Eine Hausarbeit zu dieser Problematik findet sich bei Schlinkmann/Abeling, ZJS 2011, 342.

<sup>14</sup> Dafür etwa Gsell, JZ 2011, 988 (989 f.); Lorenz, NJW 2009, 1633 (1635); wohl auch, allerdings nicht bei eingebauten Sachen, Weidenkaff, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 439 Rn. 3a; Grüneberg, Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 269 Rn. 15.

<sup>15</sup> Dafür eine starke Lehrmeinung: Huber/Bach (Fn. 3), Rn. 110-131; Westermann (Fn. 4), § 439 Rn. 7; Grunewald, in: Erman, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2011, § 439 Rn. 6: „Im Zweifel hat der Verkäufer an dem Ort nachzuerfüllen, an dem die Sache sich befindet.“

<sup>16</sup> Ausdrücklich Westermann (Fn. 4), § 439 Rn. 7.

<sup>9</sup> Siehe nur Ernst (Fn. 8), § 326 Rn. 52.

<sup>10</sup> Siehe Looschelders, Schuldrecht AT, 11. Aufl. 2013, Rn. 269; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I AT, 20. Aufl. 2012, Rn. 166 f.

<sup>11</sup> Vgl. Looschelders (Fn. 10), Rn. 270; Medicus/Lorenz (Fn. 10), Rn. 166.

grund der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bezweckt (sog. „große Lösung“)<sup>17</sup>, kann im gesamten Kaufrecht der Leistungsort am Belegenheitsort der Sache angesiedelt werden. Das ist zulässig, weil die in der Richtlinie vorgegebenen Mindestanforderungen (vgl. Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie) nicht verletzt werden.

Ausgehend davon ist die Nacherfüllungsschuld des H eine Bringschuld. H hatte also die Pflicht, die reparierte Sache dem K an dessen Sitz zu übergeben. Da insoweit § 447 Abs. 1 BGB ausscheidet, muss K mangels Übergang der Preisgefahr (also des Transportrisikos) auch nicht für den Untergang der Sache einstehen. Danach ist K zurückgetreten und muss an H keinen Kaufpreis entrichten.

(3) *BGH: Nacherfüllungsort sei gemäß § 269 BGB zu bestimmen*

Der BGH lehnt die genannten Ansichten ab. Nach seiner Auffassung beurteilt sich der Leistungsort der Nacherfüllung nach der allgemeinen Vorschrift des § 269 BGB.<sup>18</sup> Danach seien zunächst etwaige Parteiabreden maßgebend. Fehle eine Parteivereinbarung über den Nacherfüllungsort, sei auf die jeweiligen Einzelfallumstände abzustellen. Erst wenn sich auch hieraus keine eindeutige Lösung ergebe, sei gemäß § 269 Abs. 1, Abs. 2 BGB auf den Sitz des Schuldners/Verkäufers zum Entstehungszeitpunkt des Kaufvertrags abzustellen. Auf den Sitz des Verkäufers sei bei einem Geschäft des täglichen Lebens abzustellen, das in seinem Ladengeschäft abgeschlossen werde und eine Kaufsache zum Gegenstand habe, die nicht an einem bestimmten Ort ein- oder aufgebaut werden müsse.<sup>19</sup> Dafür spreche die Verkehrsauffassung, weil der Kunde die mangelhafte Ware regelmäßig zum Verkäufer bringe<sup>20</sup>, und der Umstand, dass der Verkäufer an seinem Sitz die materiellen und personellen Möglichkeiten habe, die technisch aufwändigen Diagnose- oder Reparaturarbeiten durchzuführen; hinzu komme, dass der Belegenheitsort bei einer Sache, die nicht beim Käufer auf- oder eingebaut werde, variabel sein könne.<sup>21</sup> Abweichend davon sei der Sitz des Käufers der Leistungsort der Nacherfüllung, wenn es um Gegenstände gehe, die „der Käufer an ihrem Bestimmungsort auf- oder eingebaut hat, oder in denen ein Rücktransport aus anderen Gründen nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen zu bewerkstelligen wäre.“<sup>22</sup>

*Hinweis:* Der BGH möchte mit dieser Einschränkung offensichtlich eine Kollision mit der EuGH-Rechtsprechung (BeckRS 2011, 80988 = NJW 2012, 1073) zu der Ein- und Ausbauproblematik beim Nacherfüllungsanspruch des Verbrauchers gegen den unternehmerischen Verkäufer vermeiden. Gleichwohl hätte der BGH die Frage nach dem Leistungsort der Nacherfüllung dem EuGH zur Entschei-

dung vorlegen müssen, weil im konkreten Fall ein Verbrauchsgüterkauf vorlag und eine erhebliche Unannehmlichkeit für den Verbraucher, die die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie verbietet, auch darin bestehen kann, dass er eine Sache, die nicht zum Einbau bestimmt ist, zum Verkäufer bringen muss.<sup>23</sup>

Ausgehend von diesen Kriterien sprechen die Einzelfallumstände für einen Leistungsort der Nacherfüllung am Sitz des Verkäufers: H verfügt über eine eigene Werkstatt, um notwendige Reparaturarbeiten an seinem Sitz durchführen zu können. K hat – entsprechend der vom *BGH* erwähnten Verkehrssitte – den Laptop, der nicht zum Einbau bestimmt war, zwecks Reparatur zu H gebracht. Eine Versendung des reparierten Laptops erfolgte nur, weil K beruflich verhindert war, das Gerät persönlich abzuholen.

(4) *Stellungnahme*

Es kann dahinstehen, ob beim Verbrauchsgüterkauf wegen der Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie allein die Ansicht überzeugt, der Nacherfüllungsort sei am Belegenheitsort der Sache, also in aller Regel am Sitz des Käufers. Der Geltungsbereich dieser Richtlinie ist nämlich nicht eröffnet, weil zwischen H und K ein Kaufvertrag zwischen Unternehmern (§ 14 BGB) besteht. Es kann auch nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, der Gesetzgeber habe richtlinienüberschießend im gesamten Kaufrecht den Belegenheitsort der Sache als Nacherfüllungsort festgelegt, sodass insoweit eine einheitliche Auslegung des deutschen Kaufrechts vorzunehmen sei.<sup>24</sup> Dagegen spricht zum einen, dass das Kaufgewährleistungsrecht überhaupt keine ausdrückliche Regelung zum Leistungsort der Nacherfüllung enthält. Zum anderen ist selbst beim Verbrauchsgüterkauf ungewiss, ob die Ermittlung des Nacherfüllungsortes gemäß § 269 BGB richtlinienwidrig ist. Die Bejahung der Richtlinienwidrigkeit würde fernab des Verbrauchsgüterkaufs nicht ausschließen, den Nacherfüllungsort mithilfe des § 269 BGB zu ermitteln. Dass der Gesetzgeber mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (jenseits des Verbrauchsgüterkaufs) grundsätzlich eine einheitliche Regelung des Kaufrechts vor dem Hintergrund der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bezweckte<sup>25</sup>, führt nicht zwingend zu der Verpflichtung, eine einheitliche Auslegung des nationalen Rechts vorzunehmen.<sup>26</sup> Es kommt vielmehr darauf an, ob im konkre-

<sup>17</sup> Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 2 sowie S. 211; BGH NJW 2011, 2278 (2283 Rn. 47).

<sup>18</sup> BGH NJW 2011, 2278 (2280 Rn. 29 ff.).

<sup>19</sup> BGH NJW 2001, 2278 (2281 Rn. 33).

<sup>20</sup> Berechtigte Kritik gegen das Abstellen auf die Verkehrssitte äußert Artz, ZJS 2011, 274 (275).

<sup>21</sup> BGH NJW 2011, 2278 (2281 Rn. 33).

<sup>22</sup> BGH NJW 2011, 2278 (2281 Rn. 34 ff.).

<sup>23</sup> Ebenso etwa: Artz, 2011, 274 (275); Faust, JuS 2011, 748 (750); Gsell, JZ 2011, 988 (995 ff.); Staudinger/Artz, NJW 2011, 3121 (3122 f.); demgegenüber hält Looschelders, JA 2011, 783 (785), das Vorgehen des BGH für richtliniengemäß.

<sup>24</sup> Zur einheitlichen und gespaltenen Auslegung im Bereich der richtlinienüberschießenden Umsetzung *Habersack/Mayer*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2. Aufl. 2010, § 15 Rn. 18 ff.; Leenen, Jura 2012, 753 (754 f.).

<sup>25</sup> Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 2 sowie S. 211; BGH NJW 2011, 2278 (2283 Rn. 47).

<sup>26</sup> Statt vieler BGH NJW 2013, 220 (221 Rn. 17 ff.); *Habersack/Mayer* (Fn. 24), § 15 Rn. 36 ff.; Leenen, Jura 2012, 753 (754).

ten Zusammenhang ein Wille des deutschen Gesetzgebers zur einheitlichen Regelung vorliegt.<sup>27</sup>

Bezogen auf den Nacherfüllungsort sprechen - außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs - die besseren Argumente dafür, diesen mithilfe des § 269 BGB zu ermitteln und nicht stets am Belegenheitsort der Sache anzusiedeln. Der im gesamten Kaufrecht geltende Grundsatz, die Nacherfüllung müsse unentgeltlich erfolgen, bleibt auch dann erhalten, wenn man gemäß § 269 BGB den Leistungsort der Nacherfüllung am Sitz des Verkäufers ansiedelt. Gemäß § 439 Abs. 2 BGB trägt der Verkäufer die Transportkosten. Dem Argument, der Käufer bleibe auf den Transportkosten sitzen, wenn sich später herausstellt, dass kein Sachmangel vorlag<sup>28</sup>, ist entgegenzuhalten, dass dies auch gilt, wenn man den Nacherfüllungsort am Sitz des Käufers ansiedelt, weil dann der Verkäufer die Transportkosten vom Käufer ersetzt verlangen darf, entweder über §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB (bei Vertretenmüssen des Käufers) oder verschuldensunabhängig über die Geschäftsführung ohne Auftrag oder das Bereicherungsrecht.<sup>29</sup> Legte man den Leistungsort der Nacherfüllung stets am Sitz des Käufers fest, würde dies nicht nur zu einer Modifizierung der Leistungshandlung führen, sondern auch zu einer Veränderung des Leistungserfolges, was einen erheblichen Eingriff in das von den Parteien festgelegte Leistungsprogramm darstellte und eine Verschiebung des Maßstabs der §§ 275 Abs. 2, 439 Abs. 3 BGB zu Lasten des Verkäufers zur Folge hätte.<sup>30</sup> Zuzugeben ist zwar, dass das Abstellen auf die Einzelfallumstände die Rechtssicherheit tangieren kann. Dies ist aber nicht nur deshalb hinzunehmen, weil die Berücksichtigung der Einzelfallumstände der Grundkonzeption des § 269 Abs. 1 BGB entspricht<sup>31</sup>, sondern auch, weil der Rechtsicherheit durch Bildung von Fallgruppen seitens der Rechtsprechung Rechnung getragen werden kann.<sup>32</sup> Jedenfalls für Kaufverträge, die keine Verbrauchsgüterkaufverträge sind, hat die Entscheidung des BGH bezüglich des Leistungsorts der Nacherfüllung Klarheit gebracht.

Ausgehend von diesen Überlegungen befand sich im vorliegenden Fall der Erfüllungsort der Nacherfüllung am Sitz des H, der Erfolgsort am Sitz des K. Mithin erfolgte der Transport des reparierten Laptops nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort.

#### cc) Die übrigen Voraussetzungen des § 447 Abs. 1 BGB

Die übrigen Voraussetzungen des § 447 Abs. 1 BGB sind erfüllt. Die zweite Versendung des Laptops erfolgte auf Verlangen des K. Der Laptop wurde zwecks Transports dem Frachtführer F übergeben. § 447 Abs. 1 BGB setzt als Ge-

fahrtragungsregel den zufälligen Untergang der Ware voraus, sodass der Tatbestand bei Vertretenmüssen des Verkäufers nicht erfüllt ist.<sup>33</sup> Die Zerstörung des Laptops erfolgte zufällig, weil niemand den Unfall verschuldete.

#### dd) Zwischenergebnis

K ist für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde (= Unmöglichkeit wegen des Untergangs der reparierten Sache), allein verantwortlich. Deshalb ist der Rücktritt gemäß § 323 Abs. 6 Var. 1 BGB ausgeschlossen.

#### 3. Zwischenergebnis

Der Kaufpreisanspruch des H ist nicht erloschen.

#### III. Kaufpreisanspruch durchsetzbar

Der Kaufpreisanspruch des H ist durchsetzbar, weil dem K keine Einrede zusteht. Die in Betracht kommende Einrede des K gemäß § 273 Abs. 1 BGB wegen eines Surrogationsanspruchs des K gegen H analog § 285 Abs. 1 BGB<sup>34</sup> auf Abtretung eines Schadensersatzanspruchs H gegen F aus § 425 HGB scheidet aus. H hat gegen F keinen Anspruch aus § 425 HGB, weil F den Unfall nicht zu vertreten hat (vgl. § 426 HGB). Es besteht also kein Schadensersatzanspruch des H, den er an K abtreten könnte.

Zudem ist zwar eine Einrede gemäß § 273 Abs. 1 BGB wegen eines Schadensersatzanspruchs K gegen H nach § 823 Abs. 1 BGB denkbar, weil K während des zweiten Transports Eigentümer des Laptops war. Allerdings scheidet auch dieser Anspruch am fehlenden Verschulden des H.

#### IV. Ergebnis zu Teil 1

H hat gegen K einen durchsetzbaren Anspruch auf Kaufpreiszahlung.

#### Teil 2: Ansprüche L gegen T

##### I. Anspruch auf Kaufpreiszahlung aus Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 2 BGB

Da zwischen L und T ein wirksamer Kaufvertrag besteht, ist der Kaufpreisanspruch entstanden. Der Anspruch ist nicht erloschen. Fraglich ist allein, ob der Anspruch durchsetzbar ist. Der Durchsetzbarkeit des Anspruchs könnte die Einrede des nichterfüllten Vertrages nach § 320 Abs. 1 BGB entgegenstehen. L hat der T zu keinem Zeitpunkt eine mangelfreie Sache verschafft. Daran ändert auch das Übergabeangebot bezüglich der reparierten Sache nichts; insoweit bleibt L zur Übergabe der reparierten Sache verpflichtet.

##### 1. Vorleistungspflicht der T

T steht die Einrede des § 320 Abs. 1 BGB nicht zu, wenn sie bezogen auf die Zahlung des Kaufpreises vorleistungspflicht-

<sup>27</sup> Vgl. nur BGH NJW 2013, 220 (221 f. Rn. 20 ff.).

<sup>28</sup> In diese Richtung (allerdings zum Verbrauchsgüterkauf) Artz, ZJS 2011, 274 (276).

<sup>29</sup> Siehe dazu Medicus/Lorenz (Fn. 3), Rn. 145; vgl. auch Staudinger/Artz, NJW 2011, 3121 (3123).

<sup>30</sup> Überzeugend Gsell, JZ 2011, 988 (989 f.).

<sup>31</sup> Im Übrigen ist es nicht ungewöhnlich, dass im BGB auf Umstände des Einzelfalls abgestellt wird, siehe nur: § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB, § 281 Abs. 2 BGB.

<sup>32</sup> In diese Richtung auch Looschelders, JA 2011, 783 (785).

<sup>33</sup> Statt vieler Huber/Bach (Fn. 3), Rn. 312; Weidenkaff (Fn. 14), § 447 Rn. 15.

<sup>34</sup> Der in Betracht kommende Surrogationsanspruch aus § 285 BGB steht nicht im Synallagma zum Lieferungsanspruch, so zutreffend Huber/Bach (Fn. 3), Rn. 316 f.

tig ist. Ursprünglich schuldeten L und T die Erfüllung ihrer Primärpflichten Zug-um-Zug. Möglicherweise ist T aufgrund der Nichtannahme der reparierten Sache vorleistungspflichtig geworden. Dies ist der Fall, wenn T durch die Nichtannahme der Leistung in Gläubigerverzug gemäß §§ 293 ff. BGB geraten ist.<sup>35</sup> Dieser Ausschluss des § 320 BGB ist gerechtfertigt, weil T in diesem Fall gegen ihre eigene Vertragstreue verstößt.<sup>36</sup>

2. Annahmeverzug der T nach §§ 293 ff. BGB

a) Tatsächliches Angebot gemäß § 294 BGB

Zunächst müsste L der T die Leistung, so wie sie zu bewirken war, tatsächlich angeboten haben (§ 294 BGB). L bot der T die verkaufte Sache nach der Reparatur tatsächlich an. Ob er damit seine Leistung, so wie geschuldet, angeboten hat, hängt davon ab, ob ihm das Wahlrecht innerhalb der Nachbesserungsvariante des § 439 Abs. 1 Var. 1 BGB zustand. Konkret geht es um die Wahl zwischen dem Austausch des defekten Kompressors und dessen Reparatur. Stünde diese Wahl der T zu, dann hätte L, der den Kompressor nur repariert hat, die Leistung nicht so angeboten, wie sie zu bewirken war, weil T in der E-Mail ausdrücklich den Austausch des Kompressors wählte. Insoweit ist klarzustellen, dass der Austausch eines mangelhaften Teils einer Kaufsache eine Nachbesserung im Sinne des § 439 Abs. 1 Var. 1 BGB ist und nicht etwa eine Neulieferung eines mangelfreien Teils nach § 439 Abs. 1 Var. 2 BGB. Das Wahlrecht innerhalb der Nachbesserung wird von § 439 Abs. 1 BGB nicht geregelt. Dort geht es vielmehr um das Wahlrecht zwischen der Nachbesserung und der Ersatzlieferung. Insoweit liegt die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke nahe.

Deshalb wird vereinzelt vorgeschlagen, § 439 Abs. 1 BGB analog anzuwenden und dem Käufer diese Wahlmöglichkeit zu geben.<sup>37</sup> Insbesondere spreche die Sachnähe des Verkäufers nicht gegen die Wahl des Käufers, weil der Gesetzgeber diesen Aspekt bereits bei der Zuweisung des Wahlrechts zwischen Nachbesserung und Neulieferung für grundsätzlich unbeachtlich gehalten habe; dies müsse auch innerhalb der Nachbesserung gelten.<sup>38</sup> Schließlich sei der Verkäufer ausreichend über § 439 Abs. 3 BGB geschützt.<sup>39</sup>

Diese Analogie ist abzulehnen. Die Wahlmöglichkeit innerhalb der Nachbesserung steht dem Verkäufer (also dem

Schuldner) zu.<sup>40</sup> Eine Gesetzesanalogie ist nämlich nur dann zulässig, wenn neben einer planwidrigen Regelungslücke eine vergleichbare Interessenlage vorliegt. Gerade letzteres ist hier nicht der Fall. Gegen eine vergleichbare Interessenlage spricht vor allem, dass der Verkäufer nicht nur das Kostenrisiko der Nachbesserung trägt, sondern auch die größere Sachnähe aufweist. Wie der Verkäufer die sachmangelfreie Reparatur erreicht, kann dem Käufer, der meist nicht einmal die verschiedenen Modalitäten kennt, gleichgültig sein.<sup>41</sup> Hierfür spricht auch der Vergleich zur Wahlmöglichkeit des Werkunternehmers in § 635 Abs. 1 BGB, der ebenfalls ausschließlich den Erfolg der Mangelbeseitigung schuldet, nicht aber eine bestimmte Art derselben.<sup>42</sup> Der Käufer ist über § 440 BGB ausreichend vor einer unzumutbaren Nachbesserungsart geschützt.<sup>43</sup> Eine anderslautende Beurteilung ergibt sich auch nicht aus der Gesetzesbegründung. Der Gesetzgeber hat in § 439 Abs. 1 BGB dem Käufer das Wahlrecht in erster Linie deshalb zugesprochen, um der Vorgabe des Art. 3 Abs. 3 S. 1 in Verbindung mit dem 10. Erwägungsgrund der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, die ein Käuferwahlrecht zwischen Nachbesserung und Nachlieferung beim Verbrauchsgüterkauf zwingend vorsieht, gerecht zu werden.<sup>44</sup> Für die Wahl innerhalb der Nachbesserung gibt die Richtlinie nichts her. Schließlich spricht für die hier vertretene Ansicht der allgemeine Grundsatz, dass im Zweifel der Schuldner (hier der Verkäufer) die Art und Weise der Leistung bestimmen darf, soweit es an einer besonderen vertraglichen oder gesetzlichen Bestimmung fehlt.<sup>45</sup> Gerade dieser Grundsatz zeigt, dass die Annahme einer Wahlmöglichkeit des Verkäufers keinen Systembruch darstellt, sondern Ausdruck der gängigen Dogmatik ist. Im Lichte dieser Erkenntnis stellt sich das Käuferwahlrecht in § 439 Abs. 1 BGB eher als gesetzliche Ausnahmeregelung dar.

Demzufolge durfte L im Zuge der Nachbesserung entscheiden, ob er den mangelhaften Kompressor austauscht oder repariert, sodass die Aufforderung der T, L solle den Kompressor austauschen, rechtlich ins Leere ging. L hat den Kompressor ordnungsgemäß repariert und damit der T zum vereinbarten Anlieferungszeitpunkt einen mangelfreien Kühlschrank angeboten.

b) Die übrigen Voraussetzungen des Annahmeverzugs

Die übrigen Voraussetzungen des Annahmeverzugs sind erfüllt. L war zur Leistung berechtigt, weil die Nacherfüllungsleistung spätestens zum vereinbarten Termin fällig war (vgl. § 271 BGB). L war auch zur Bewirkung der Leistung bereit und imstande, sodass kein Unvermögen nach § 297 BGB vor-

<sup>35</sup> Da T gemäß § 433 Abs. 2 BGB auch die Annahme der mangelfreien Sache schuldet, läge zugleich ein Schuldnerverzug (ohne Mahnung, vgl. § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB) vor; das Vertretenmüssen wird nach § 286 Abs. 4 BGB vermutet.

<sup>36</sup> Siehe zu dieser Wertung nur *Westermann*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2011, § 320 Rn. 7 sowie Rn. 23 f.

<sup>37</sup> *Jacobs*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2002, S. 371 (377); *Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2007, § 2 Rn. 139.

<sup>38</sup> Nach *Oechsler* (Fn. 37), § 2 Rn. 139, begründe die Sachnähe des Verkäufers eher eine Pflicht, den Käufer über die verschiedenen Möglichkeiten aufzuklären.

<sup>39</sup> *Jacobs* (Fn. 37), S. 371, 377.

<sup>40</sup> So auch die h.M.: *Faust* (Fn. 4), § 439 Rn. 26; *Grunewald* (Fn. 15), § 439 Rn. 3; *Huber*, NJW 2002, 1004 (1006); *Tiedtke/Schmitt*, 40 Probleme aus dem BGB – Kaufrecht, 2005, S. 115.

<sup>41</sup> *Grunewald* (Fn. 15), § 439 Rn. 3.

<sup>42</sup> In diese Richtung *Faust* (Fn. 4), § 439 Rn. 26.

<sup>43</sup> *Huber*, NJW 2002, 1004 (1006).

<sup>44</sup> Vgl. BT-Drs. 14/6040 S. 231 li. Sp.

<sup>45</sup> Vgl. *Tiedtke/Schmitt*, DStR 2004, 2016 (2018); näher *Samhat*, Die Abgrenzung der Wahlschuld von der elektiven Konkurrenz nach dem BGB, 2012, S. 93 f.

lag. Da bezüglich der Nacherfüllung eine Leistungszeit zwischen L und T vereinbart war, liegt auch keine vorübergehende Annahmeverhinderung der T gemäß § 299 BGB vor. Dass T davon ausging, nicht zur Annahme verpflichtet zu sein, weil ihr das Wahlrecht zwischen dem Austausch des Kompressors und dessen Reparatur zustehe, ist bereits deshalb irrelevant, weil der Annahmeverzug nach §§ 293 ff. BGB kein Vertretenmüssen des Gläubigers voraussetzt.

### 3. Ergebnis

Durch die Nichtannahme der Nacherfüllungsleistung ist T in Annahmeverzug geraten, sodass sie bezüglich des Kaufpreises vorleistungspflichtig ist. Eine Einrede des § 320 Abs. 1 BGB steht ihr nicht zu.

### II. Ersatz der Transportkosten in Höhe von 50 EUR gemäß § 304 BGB

L musste für das erfolglose Angebot des mangelfreien Kühlschranks Transportkosten in Höhe von 50 EUR aufwenden. Diese Kosten kann er von T nach § 304 BGB ersetzt verlangen, weil T mit der Nichtannahme des mangelfreien Kühlschranks in Annahmeverzug geriet.

### III. Anspruch auf Zahlung von 50 EUR wegen Nichtannahme gemäß §§ 433 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch L gegen T auf Zahlung von 50 EUR wegen der Nichtannahme des reparierten Kühlschranks gemäß §§ 433 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB scheidet aus. Durch die Nichtannahme verletzte T zwar schuldhaft eine Nebenleistungspflicht aus dem Kaufvertrag. Jedoch ist dem L daraus kein kausaler Schaden entstanden, weil die besagten Transportkosten auch entstanden wären, wenn T den Kühlschrank angenommen hätte.

### IV. Anspruch auf Zinsen gemäß §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286, 288 Abs. 1 BGB

Schließlich kann L von T eine Zinszahlung nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286, 288 Abs. 1 BGB beanspruchen. T verletzte nämlich durch die Nichtannahme des reparierten Kühlschranks ihre Abnahmepflicht aus § 433 Abs. 2 BGB. Insofern wird das Vertretenmüssen der T nach § 286 Abs. 4 BGB vermutet, weil sie sich durch ihren Rechtsirrtum, sie sei zur Wahl innerhalb der Nachbesserung berechtigt, nicht entlasten kann. Eine ordnungsgemäße Mahnung des L gegenüber T ist einen Tag nach der erfolglosen Anlieferung erfolgt, sodass T seit dem Zugang der Mahnung in Schuldnerverzug mit der Begleichung der Kaufpreisforderung in Höhe von 1000 EUR und der Transportkosten in Höhe von 50 EUR ist. Die Höhe des Zinsanspruchs beträgt nach § 288 Abs. 1 S. 2 BGB fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.

### V. Ergebnis zu Teil 2

L stehen gegen T die geltend gemachten Ansprüche zu.

### Teil 3: Ansprüche K gegen S

#### I. Anspruch auf Rückzahlung des gesamten Kaufpreises gemäß § 346 Abs. 1 BGB

K könnte gegen S einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 1000 EUR gemäß § 346 Abs. 1 BGB<sup>46</sup> haben. Dann müsste K wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten sein.

##### 1. Rücktrittserklärung

K hat gegenüber S den Rücktritt vom Vertrag gemäß § 349 BGB erklärt.

##### 2. Rücktrittsgrund gemäß §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 Var. 1 BGB

Dem K könnte ein Rücktrittsgrund gemäß §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 Var. 1 BGB zustehen. Der Kaufvertrag zwischen K und S ist ein gegenseitiger Vertrag im Sinne des § 323 Abs. 1 BGB. Die Leistung des S zur Lieferung der von K gekauften 100 Gläser ist fällig. Zudem ist die von K dem S gesetzte angemessene Nacherfüllungsfrist erfolglos abgelaufen.

Zweifelhaft ist allein, ob die Lieferung der 75 Gläser, also die Zuweniglieferung, eine teilweise Nichtleistung im Sinne der ersten Variante des § 323 Abs. 1 BGB ist. Insofern kommt nämlich auch eine Schlechtleistung in Betracht, also eine nicht vertragsgemäße Leistung im Sinne der zweiten Variante des § 323 Abs. 1 BGB. Die Zuweniglieferung, die in Erfüllung des Kaufvertrags erfolgt, stellt im Kaufgewährleistungsrecht unstrittig einen Sachmangel nach § 434 Abs. 3 Var. 2 BGB dar. Die herrschende Meinung fordert bei § 434 Abs. 3 BGB einen für den Käufer erkennbaren Zusammenhang zwischen der Leistung des Verkäufers und dessen Verpflichtung, also eine Tilgungsbestimmung des Verkäufers.<sup>47</sup> Da der überarbeitete S ausweislich der Rechnung über 100 Gläser davon ausging, er erfülle mit der Lieferung seine kaufvertragliche Verpflichtung, stellt die Lieferung von lediglich 75 Gläser einen Sachmangel nach § 434 Abs. 3 Var. 2 BGB dar.

§ 437 Nr. 2 BGB nimmt diesen Sachmangel in Bezug und gestattet dem Käufer unter anderem den Rücktritt vom Vertrag nach § 323 BGB. Auf den ersten Blick scheint die (unbewusste) Zuweniglieferung eine Schlechtleistung nach § 323 Abs. 1 Var. 2 BGB zu sein, also keine Teilleistung gemäß § 323 Abs. 1 Var. 1 BGB. Ausgehend davon ist der Rücktritt vom ganzen Vertrag ausgeschlossen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist (vgl. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB); ob der Käufer ein Interesse an der bereits erhaltenen Teilleistung hat, ist dann irrelevant.

Indes: Die kaufrechtliche Gleichstellung von Zuweniglieferung und Sachmangel in § 434 Abs. 3 Var. 2 BGB ist nicht mit dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht abgestimmt, das

<sup>46</sup> Die Anspruchsgrundlage ist § 346 Abs. 1 BGB. In der Ausbildungsliteratur werden häufig die §§ 433, 434, 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB mitzitiert. Das ist aber nicht erforderlich.

<sup>47</sup> Vgl. *Westermann* (Fn. 4), § 434 Rn. 45; *BT-Drs.* 14/6040, S. 216 re. Sp.; *Tiedtke/Schmitt*, JZ 2004, 1092 (1095 ff.), weisen deshalb zu Recht darauf hin, dass bei § 434 Abs. 3 BGB nicht die herrschende Theorie der realen Leistungsbewirkung gilt, sondern die Theorie der finalen Leistungsbewirkung.

in § 323 Abs. 5 S. 1, 2 BGB eindeutig zwischen Teil- und Schlechtleistung differenziert. Nach § 323 Abs. 5 S. 1 BGB kommt bei einer Teilleistung ein Rücktritt vom ganzen Vertrag nur dann in Betracht, wenn der Gläubiger darlegt, dass er an der Teilleistung kein Interesse mehr hat. Die Anforderungen sind also deutlich höher als bei der Schlechtleistung. Mit anderen Worten: Die Lossagung vom ganzen Vertrag ist bei Zugrundelegung einer Schlechtleistung sehr viel leichter als bei Zugrundelegung einer Teilleistung.

Es ist umstritten, ob die Gleichstellung von Zuweniglieferung und Sachmangel nach § 434 Abs. 3 Var. 2 BGB auch auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht (§§ 323, 281 BGB) durchschlägt.<sup>48</sup>

*a) Zuweniglieferung ist eine Schlechtleistung nach § 323 Abs. 1 Var. 2 BGB*

Man könnte die Ansicht vertreten, die Zuweniglieferung sei nicht nur ein Sachmangel nach § 434 Abs. 3 BGB, sondern auch eine Schlechtleistung gemäß § 323 Abs. 1 Var. 2 BGB. Dafür sprechen folgende Argumente: § 434 Abs. 3 Var. 2 BGB fingiert eine Gleichstellung von Zuweniglieferung und Sachmangel, ohne eine Einschränkung bezogen auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht vorzunehmen. Wenn die Zuweniglieferung beim Kauf einen Sachmangel darstellt, kann sie im allgemeinen Leistungsstörungenrecht keine Teilleistung sein. § 323 Abs. 1 BGB gilt nämlich nicht originär, sondern nur aufgrund der Verweisung in § 437 Nr. 2 BGB. Diese Vorschrift verweist aber nur im Falle eines Sachmangels auf § 323 BGB. Im Übrigen ist die Interessenlage beim Sachmangel und bei der Zuweniglieferung gleich, weil es für den Käufer keinen Unterschied macht, ob von den 100 gekauften Weingläsern nur 75 geliefert werden, oder ob er zwar 100 Gläser erhält, von denen aber 25 unbrauchbar sind. In beiden Fällen bekommt er nur 75 brauchbare Gläser.

*b) Zuweniglieferung ist eine Teilleistung nach § 323 Abs. 1 Var. 1 BGB*

Die genannte Ansicht ist – trotz stichhaltiger Argumente – abzulehnen. Vorzugswürdig ist vielmehr die Auffassung, die zwar bei einer Zuweniglieferung einen Sachmangel nach § 434 Abs. 3 Var. 2 BGB annimmt, aber bei der Anwendung des § 323 Abs. 1 BGB eine Teilleistung bejaht. § 323 Abs. 1 BGB stellt nämlich nicht auf den Begriff des Sachmangels ab, sondern knüpft an die „nicht vertragsgemäße“ oder „nicht wie geschuldete“ Leistung an. Der Wortlaut des § 434 Abs. 3 Var. 2 BGB erlaubt daher eine Auslegung, die die Gleichstellung zwischen Zuweniglieferung und Sachmangel ausschließlich auf die besonderen kaufrechtlichen Vorschriften bezieht, die tatsächlich an den Begriff des Sachmangels anknüpfen. Von „einer“ mangelhaften Kaufsache kann angesichts der Lieferung von einzelnen Gegenständen kaum die Rede sein; insoweit liegt die Annahme einer Teilleistung näher. Die systematische Stellung des § 434 Abs. 3 BGB zeigt, dass es sich

dogmatisch um eine spezifisch kaufgewährleistungsrechtliche Gleichstellung handelt. Der *lex specialis*-Grundsatz kann nicht herangezogen werden, weil die Regelungen des besonderen Kaufrechts gegenüber dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht nur insoweit vorrangig sind, als eine eigenständige Regelung getroffen wird. Das ist in diesem Kontext jedoch nicht der Fall, weil die Frage nach der Voll- oder Teilabwicklung des Vertrages durch die Verweisung in § 437 Nr. 2 BGB gerade dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht überlassen wird. Daher kann in dieser Frage der § 323 Abs. 1, Abs. 5 BGB auch als Sondervorschrift gegenüber dem § 434 Abs. 3 BGB verstanden werden. Hätte der Gesetzgeber die Zuweniglieferung auch bei § 323 BGB als Schlechtleistung werten wollen, hätte er § 323 Abs. 5 BGB von der Verweisung des § 437 Nr. 2 BGB auf der Rechtsfolgenseite ausnehmen müssen.<sup>49</sup> Dies hat der Gesetzgeber aber nicht getan. Für die Anwendung der Teilleistungsvariante des § 323 Abs. 1 BGB spricht vor allem der Grundsatz *pacta sunt servanda*, weil das Vertragsverhältnis aufrechtzuerhalten ist, solange der Gläubiger ein Interesse an der Teilleistung hat; in diesem Fall ist ihm das Festhalten am Vertrag zuzumuten.<sup>50</sup>

*c) Zwischenergebnis*

Die Zuweniglieferung stellt eine Teilleistung nach § 323 Abs. 1 Var. 1 BGB dar.

*3. Ausschluss des Rücktritts gemäß § 323 Abs. 5 S. 1 BGB*

Der Rücktritt vom ganzen Vertrag ist gemäß § 323 Abs. 5 S. 1 BGB ausgeschlossen, wenn K an der bereits erhaltenen Teilleistung noch ein Interesse hat. K hat nicht substantiiert dargelegt, dass er kein Interesse an den erhaltenen 75 Weingläsern hat. Für sein fortbestehendes Interesse spricht insbesondere, dass er identische Weingläser desselben Herstellers bei D erwarb. Da die erhaltenen 75 Gläser mangelfrei sind und somit ihren Zweck erfüllen, scheidet ein Rücktritt von dem ganzen Vertrag aus.

*Hinweise zur Alternativlösung:* Wer bei der Zuweniglieferung eine Schlechtleistung nach § 323 Abs. 1 Var. 2 BGB bejaht, wird keinen Ausschluss des Rücktritts gemäß § 323 Abs. 5 S. 2 BGB annehmen, weil eine Zuweniglieferung von 25 % keinesfalls unerheblich ist. Ausgehend davon ist K von dem ganzen Vertrag zurückgetreten, sodass er gemäß § 346 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Rückzahlung des gesamten Kaufpreises hat. Dieser Anspruch ist jedoch einredebehaftet<sup>51</sup>, weil die sich aus dem Rücktritt ergebenden Verpflichtungen Zug-um-Zug zu erfüllen sind (§ 348 BGB). Die Pflicht des K, die 75 Weingläser dem S zurückzugewähren *und* einen entsprechenden Ersatz für die zweiwöchige Nutzung der Gläser zu entrichten, ergibt

<sup>48</sup> Ausführlich zum Problem *Tiedtke/Schmitt* (Fn. 40), S. 91 ff.; die hiesige Streitdarstellung orientiert sich im Wesentlichen daran.

<sup>49</sup> Vgl. *Schwab*, AGB-Recht, 2008, Rn. 662.

<sup>50</sup> Richtig *Schwab* (Fn. 49), Rn. 662.

<sup>51</sup> Gegebenenfalls gemäß § 389 BGB teilweise erloschen, wenn man im Wege der Auslegung hinsichtlich des Nutzungersatzanspruchs des S gegen K in Höhe von 105 EUR zu einer Aufrechnung des S gelangt.

sich unproblematisch aus § 346 Abs. 1 BGB. Wer hier den Nutzungersatzanspruch mit dem Hinweis auf § 474 Abs. 2 S. 1 BGB ablehnt, begeht einen Fehler.

#### 4. Rechtsfolge und Ergebnis

K kann nicht von dem ganzen Vertrag zurücktreten und hat demzufolge auch keinen Anspruch auf Rückzahlung des gesamten Kaufpreises. Vielmehr ist nur ein Teilrücktritt hinsichtlich der nicht gelieferten 25 Gläser erfolgt mit der Folge, dass K von S Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 250 EUR verlangen kann.

*Hinweis zum Prüfungsaufbau:* Den aus dem Teilrücktritt resultierenden Anspruch aus § 346 Abs. 1 BGB in Höhe von 250 EUR kann man freilich auch in einem separaten Gliederungspunkt prüfen.

### II. Anspruch auf Rückzahlung von 1000 EUR aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB (Schadensersatz statt der ganzen Leistung)

K darf die Rückzahlung des gesamten Kaufpreises auch nicht über den sogenannten großen Schadensersatz gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB beanspruchen. Denn nach § 281 Abs. 1 S. 2 BGB kann der Gläubiger (also K) im Falle einer Teilleistung des Schuldners, wie hier der Fall (s.o.<sup>52</sup>), Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur dann verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. K hat aber an der von S erbrachten Teilleistung weiterhin ein Interesse.

*Hinweis zur Alternativlösung:* Wer hier eine Schlechtleistung nach § 281 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB annimmt, muss den Schadensersatz statt der ganzen Leistung bejahen, weil die Pflichtverletzung nicht gemäß § 281 Abs. 1 S. 3 BGB unerheblich ist.

### III. Anspruch auf Rückzahlung von 250 EUR aus Schadensersatz statt der Nacherfüllungsleistung gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB

Allerdings kann K von S die Rückzahlung des bereits geleisteten Kaufpreises in Höhe von 250 EUR als „Mindestschaden“ auch auf einen Schadensersatzanspruch statt der Nacherfüllungsleistung (also statt der Lieferung von 25 Gläsern) gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB stützen. Dies ist nach § 325 BGB trotz des erfolgten Teilrücktritts möglich.<sup>53</sup>

### IV. Anspruch auf Ersatz der an D gezahlten 50 EUR gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB

K war berechtigt, nach dem erfolglosen Ablauf der dem S gesetzten Frist bei D 25 Weingläser zu erwerben. Hierfür musste er pro Glas einen Differenzbetrag von 2 EUR zahlen, also insgesamt 50 EUR. Diesen Betrag kann er von S als Schadensersatz statt der Nacherfüllungsleistung gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB ersetzt verlangen. S verletzte eine Pflicht aus dem Kaufvertrag, weil er die geschuldeten 25 Gläser trotz Fälligkeit und angemessener Fristsetzung nicht lieferte. Das Vertretenmüssen des S ist gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB zu vermuten. K ist wirtschaftlich so zu stellen, wie er stünde, wenn S ordnungsgemäß erfüllt hätte. Hätte S vertragsgemäß geleistet, hätte K keinen Deckungskauf bezüglich der 25 fehlenden Gläser zum Preis von 50 EUR vornehmen müssen.

### IV. Ergebnis zu Teil 3

K ist nur hinsichtlich der noch nicht gelieferten 25 Weingläser zurückgetreten und kann hierfür den bereits geleisteten Kaufpreis in Höhe von 250 EUR zurückverlangen. Zudem steht ihm gegen S ein Schadensersatzanspruch statt der Nacherfüllungsleistung bezüglich der an D gezahlten 50 EUR zu. Insgesamt kann K von S 300 EUR beanspruchen.

<sup>52</sup> Das oben bei § 323 BGB ausgeführte Problem stellt sich auch beim Schadensersatz statt der ganzen Leistung gemäß § 281 BGB; insoweit darf hinsichtlich der Streitentscheidung und der Argumentation nach oben verwiesen werden.

<sup>53</sup> So auch *Grüneberg* (Fn. 14), § 281 Rn. 23; *Schmidt*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 28, Stand: 1.8.2013, § 325 Rn. 13; eine andere Ansicht vertritt *Gsell*, JZ 2004, 643 (647): Kaufpreistrückzahlung nur über § 346 BGB.