

# Anfängerklausur: Keine Freude am Fahren

Von Prof. Dr. **Markus Artz**, Wiss. Mitarbeiter **Dennis Pielsticker**, Wiss. Mitarbeiter **Philipp Reimann**, Bielefeld\*

*Der vorliegende Fall wurde als Abschlussklausur in der Grundkursvorlesung zum Allgemeinen und vertraglichen Schuldrecht im zweiten Semester gestellt. Der Sachverhalt ist mit den Voraussetzungen und Folgeansprüchen im Falle der Zurückweisung einer unerheblich mangelhaften Sache durch den Käufer schwerpunktmäßig angelehnt an ein neueres Urteil des BGH vom 26.10.2016<sup>1</sup> und für Anfänger im oberen Schwierigkeitsbereich einzuordnen. Von den Bearbeiter/-innen werden Kenntnisse des allgemeinen, wie auch des besonderen Schuldrechts verlangt. So müssen mit Blick auf das besondere Schuldrecht zunächst die einzelnen Pflichten aus dem Kaufvertrag sauber getrennt und geprüft werden. Auch müssen der Anwendungsbereich des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts und die Abgrenzung zum allgemeinen Leistungsstörungenrecht beherrscht werden. Aus dem allgemeinen Schuldrecht müssen insbesondere das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB und das Rücktrittsrecht aus § 323 BGB in seinen Grundzügen bekannt sein.*

## Sachverhalt

Animiert durch die tägliche Berichterstattung von der Tour de France entscheidet sich Rechtsanwältin Dr. R dazu, endlich wieder mehr Sport zu machen und kauft beim Fachhändler H ein hochwertiges Carbon-Rennrad zum Preis von 10.000 €. Es wird vereinbart, dass Dr. R den Kaufpreis vorab überweist – was auch geschieht – und das Rad am Samstag, den 15.7.2017, von H persönlich auf dessen Kosten in die Wohnung der R geliefert werden soll.

Als H an dem Samstag mit dem Renner bei R eintrifft, fallen ihr sofort einige kleine Kratzer an dem Carbon-Rahmen auf. Dr. R ist nicht bereit, das Fahrrad in diesem Zustand entgegen zu nehmen. H ist verärgert und empfindet das Verhalten als schikanös. Nun habe er sich extra an einem Samstag auf den Weg gemacht und R stelle sich dermaßen an. Dr. R bleibt aber hart, woraufhin sich H wieder auf den Weg in seinen Laden macht, um das Rad dort abzustellen.

In der Folgezeit telefonieren H und R einige Male miteinander, ohne dass es zu einer Einigung kommt. R verlangt von H die Reparatur des Rahmens, während H meint, sie hätte das Rad einfach annehmen können. Es gehe, was stimmt, um einen Reparaturaufwand von 300 €. Der berechnete ja wohl nicht zur Zurückweisung des Fahrrades.

## Fall 1

H kapituliert und entfernt die Kratzer fachmännisch. Nachdem er das makellose Rad am 28.7.2017 bei Dr. R abgeliefert

hat, verlangt er allerdings Ersatz der Kosten für die vergebliche Anlieferung am 15.7.2017. Zu Recht?

## Fall 2

Dr. R erklärt nach weiteren nervenaufreibenden Telefonaten am 28.7.2017 den Rücktritt vom Kaufvertrag, weil H die Kratzer auf keinen Fall beseitigen möchte. Dr. R verlangt Rückzahlung der 10.000 €. Zu Recht?

## Fall 3

Könnte Dr. R vom Kaufvertrag zurücktreten und Rückzahlung des Kaufpreises verlangen, wenn ihr die kleinen Lackkratzer erst aufgefallen sind, als das Rad Anfang August schon zwei Wochen in ihrer Wohnung stand und sie sich damit auf die erste Tour begeben wollte, während H auch hier die Reparatur verweigert?

## Lösungsvorschlag zu Fall 1

### I. Anspruch aus § 304 BGB

H könnte gegen R einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für die vergebliche Anlieferung des Rennrads aus § 304 BGB haben.

Dazu müsste sich R im Annahmeverzug befinden und die Kosten der Anlieferung müssten Mehraufwendungen sein, die H für ein erfolgloses Angebot entstanden sind.

#### 1. Annahmeverzug der R

R könnte durch die Verweigerung der Abnahme<sup>2</sup> in Annahmeverzug nach § 293 BGB geraten sein. Neben der Nichtannahme der Leistung müsste R dafür Gläubigerin eines erfüllbaren, möglichen Anspruchs gegen H sein und dieser müsste die geschuldete Leistung der R ordnungsgemäß angeboten haben.

#### a) Erfüllbarer, möglicher<sup>3</sup> Anspruch des Gläubigers

R und H haben einen Kaufvertrag im Sinne des § 433 BGB über ein Rennrad zum Preis von 10.000 € abgeschlossen, der mangels entgegenstehender Angaben auch wirksam ist. Danach hat R einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung eines hochwertigen Carbon-Rennrads gegen H, der nicht

<sup>2</sup> Der Begriff „Abnahme“ darf hier nicht mit der aus dem Werkvertragsrecht in § 640 BGB geregelten Abnahme verwechselt werden. Unter der Abnahme im Sinne des § 433 Abs. 2 BGB wird gemeinhin nur der tatsächliche Besitzwechsel verstanden, ohne dass darin eine Billigung des Käufers liegt, vgl. nur *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 433 Rn. 70 m.w.N.

<sup>3</sup> Neben der Erfüllbarkeit darf der Anspruch auch nicht nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen sein, vgl. *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 293 Rn. 8; *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2016, Rn. 723. Dahingehend bestehen hier jedoch keine Zweifel.

\* Der Verf. Prof. Dr. Markus Artz ist Inhaber eines Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung an der Universität Bielefeld. Die Verf. Dennis Pielsticker und Philipp Reimann sind Wiss. Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl.  
<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 26.10.2016 – VIII ZR 211/15.

nach § 275 Abs. 1 BGB unmöglich ist. Dieser ist auch erfüllbar, da im Zweifel bereits ab dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses Erfüllbarkeit anzunehmen ist (§ 271 Abs. 2 BGB).

*b) Ordnungsgemäßes Angebot*

H müsste R das Rennrad auch ordnungsgemäß angeboten haben. Erforderlich ist dafür gem. § 294 BGB grundsätzlich ein tatsächliches Angebot.

*aa) Tatsächliches Angebot, § 294 BGB*

In Betracht kommt ein tatsächliches Angebot des H durch das Anbieten am Wohnort der R am 15.7.17 nach § 294 BGB. Ein tatsächliches Angebot setzt voraus, dass der Schuldner die Sache zur rechten Zeit, am rechten Ort und so, wie sie zu bewirken ist, dem Gläubiger tatsächlich anbietet.<sup>4</sup>

Hier war H mit dem Rennrad zur rechten Zeit am rechten Ort. Er müsste die Leistung aber auch so, wie sie geschuldet ist, angeboten haben.

H schuldet nach § 433 Abs. 1 S. 2 BGB aus dem Kaufvertrag die Verschaffung eines Rennrads frei von Sach- und Rechtsmängeln.<sup>5</sup> Das Rad hat aber bereits bei der Anlieferung Kratzer im Rahmen, die R sofort auffallen. Diese Kratzer könnten einen Sachmangel nach § 434 BGB darstellen.

Nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB ist die Kaufsache frei von Mängeln, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat. Vorliegend fehlt es jedoch an einer ausdrücklich oder auch nur konkludent getroffenen Beschaffenheitsvereinbarung, sodass kein Mangel nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB vorliegt.

Mangels Verwendungszweckabrede zwischen H und R kommt auch ein Mangel nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB nicht in Betracht.

Es könnte aber ein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB vorliegen. Danach ist eine Sache frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen gleicher Art üblich ist und die der Käufer auch erwarten darf. R kauft ein neues Rennrad der oberen Preiskategorie von einem Fachhändler. Zwar eignet es sich zur gewöhnlichen Verwendung, nämlich zum Fahren auf Rennniveau, die Kratzer berühren diese Eignung gerade nicht. Allerdings sind bei einem neuen Rennrad zu einem Preis von 10.000 € sichtbare Kratzer im Rahmen nicht üblich. Vielmehr wird vom Verkehr gerade vor dem Hintergrund eines so teuren Modells mit entsprechend hochwertigen Carbon-Teilen ein Rad in makellosem Zustand erwartet. Somit durfte auch R erwarten, dass das Rad keine sichtbaren Beschädigungen aufweist.

<sup>4</sup> RGZ 108, 158; *Feldmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2014, § 294 Rn. 2; *Looschelders* (Fn. 3), Rn. 724.

<sup>5</sup> Das ordnungsgemäße Angebot erfordert auch eine vertragsgemäße Sache, also hier gem. § 433 Abs. 1 S. 2 BGB frei von Sach- und Rechtsmängeln, dazu *Feldmann* (Fn. 4), § 294 Rn. 7.

*Hinweis:* Da die Voraussetzungen nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB kumulativ vorliegen müssen,<sup>6</sup> liegt bereits in der Abweichung von der gewöhnlichen Beschaffenheit ein Sachmangel.

Das Rad ist damit nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB mangelhaft.

Folglich hat H der R das Rad nicht so, wie es zu bewirken ist, angeboten. Damit fehlt es an einer notwendigen Voraussetzung für ein tatsächliches Angebot.

*Hinweis:* Entscheidend kam es hier drauf an, die Voraussetzung des § 294 BGB, nach der die Sache „so, wie sie zu bewirken ist“, richtig auszulegen. Es kommt neben Ort und Zeit gerade auch auf den vertragsgemäßen Zustand an. Nur mit einer mangelfreien Sache kann der Schuldner den Gläubiger mit einem (tatsächlichen) Angebot in Verzug setzen.

*bb) Wörtliches Angebot, § 295 BGB*

Ein wörtliches Angebot des H liegt nicht vor.

*cc) Entbehrlichkeit des Angebots*

Das Angebot ist auch nicht nach § 296 BGB entbehrlich.

*dd) Zwischenergebnis*

Folglich liegt kein ordnungsgemäßes Angebot des H vor.

*c) Zwischenergebnis*

R ist daher durch die Zurückweisung des Rennrads nicht in Annahmeverzug geraten.

*2. Zwischenergebnis*

H hat gegenüber R keinen Anspruch nach § 304 BGB auf Ersatz der Kosten für die erfolglose Anlieferung.

*Hinweis:* Der BGH weist in seiner Entscheidung darauf hin, dass Erfüllungskosten ohnehin nicht nach § 304 BGB ersatzfähig sind,<sup>7</sup> was hier mangels der sonstigen Anspruchsvoraussetzungen nicht geprüft wird. Dieser Aspekt ließe sich aber im Gutachten bereits am Anfang der Prüfung des § 304 BGB benennen, wobei das Ergebnis, ob es sich bei den hier von H begehrten Kosten um solche Erfüllungskosten handelt, jedenfalls für den Fall dahin-

<sup>6</sup> *Grunewald*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2017, § 434 Rn. 20; *Westermann* (Fn. 2), § 434 Rn. 24; nicht eindeutig lässt sich das Verhältnis der Käufererwartung zur üblichen Beschaffenheit bestimmen, vgl. dazu *Faust*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 43. Ed., Stand: 15.6.2017, § 434 Rn. 54 m.w.N. Auf den vorliegenden Fall wirkt sich diese Problematik nicht aus, da die Sache weder die übliche Beschaffenheit noch eine Beschaffenheit, die der Käufer erwarten durfte.

<sup>7</sup> BGH NJW 2017, 1100 (1103 Rn. 39), wobei in dem hier vorliegenden Fall abweichende Kosten von der Klägerin verlangt wurden.

stehen kann, in dem wegen des fehlenden Annahmeverzugs ohnehin kein Anspruch nach § 304 BGB besteht.

## II. Anspruch gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB

H könnte gegen R aber einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für die vergebliche Anlieferung gem. der §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB haben.

### 1. (Wirksames) Schuldverhältnis

H und R haben einen wirksamen Kaufvertrag geschlossen (siehe oben). Ein Schuldverhältnis liegt vor.

### 2. Pflichtverletzung: Verzögerung der Leistung

Im Rahmen des § 286 Abs. 1 BGB besteht die Pflichtverletzung in der Nichtleistung auf einen fälligen und durchsetzbaren Anspruch trotz Mahnung<sup>8</sup> (Verzug). Zunächst bestand ein Anspruch des H gegen R auf Zahlung des Kaufpreises. Diesen Anspruch hat die R durch die Zahlung jedoch erfüllt.

In Betracht kommt hier eine Pflichtverletzung der R durch die Zurückweisung des Rads, indem sie sich weigert das Rad abzunehmen. Das setzt voraus, dass R gegenüber H zur Abnahme verpflichtet war und sie diese Pflicht durch die Zurückweisung verletzt hat.

#### a) Anspruch auf Annahme nach § 433 Abs. 2 BGB

Nach § 433 Abs. 2 BGB ist der Käufer gegenüber dem Verkäufer zur Annahme verpflichtet.<sup>9</sup> Dieser Anspruch ist durch den wirksamen Kaufvertrag auch zugunsten des H gegen R entstanden. Der Anspruch auf Annahme müsste allerdings auch fällig und durchsetzbar sein.

#### b) Fälligkeit und Durchsetzbarkeit

Mit dem 15.7.17 ist ein genauer Zeitpunkt für die Lieferung vereinbart, sodass der damit zusammenhängende Annahmearspruch zu diesem Zeitpunkt fällig ist, § 271 Abs. 2 BGB.

Der Anspruch müsste aber auch durchsetzbar sein. Dem könnte ein Zurückbehaltungsrecht der R entgegenstehen.

#### aa) Einrede des Nichterfüllten Vertrags, § 320 Abs. 1 BGB

Die Einrede des § 320 Abs. 1 BGB gilt nur für die im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Pflichten der Parteien. Die Pflicht zur Annahme nach § 433 Abs. 2 BGB steht jedoch grundsätzlich nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis zur verkäuferseitigen Pflicht auf Übergabe und Übereignung nach § 433 Abs. 1 BGB.<sup>10</sup> Eine davon abweichende Parteivereinbarung

haben H und R nicht getroffen, sodass § 320 Abs. 1 BGB hier nicht anwendbar ist.

#### bb) Zurückbehaltungsrecht, § 273 Abs. 1 BGB

Der Durchsetzbarkeit des Anspruchs auf Annahme könnte aber das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 BGB entgegenstehen. Danach kann R ihre Leistung verweigern, solange H seine Leistung noch nicht erbracht hat und ihr Gegenanspruch fällig und durchsetzbar ist.

*Hinweis:* Hier kommt es darauf an, die Konstruktion des Zurückweisungsrechts des Käufers an der richtigen Stelle im Gutachten zu verorten, nämlich im Rahmen der Durchsetzbarkeithemmung des Anspruchs des Verkäufers gegen den Käufer auf Annahme der Kaufsache nach § 433 Abs. 2 BGB wegen § 273 Abs. 1 BGB.

#### (1) Gegenseitige Ansprüche

Zunächst müssten gegenseitige Ansprüche vorliegen, wobei H und R jeweils Gläubiger und Schuldner des Anderen sein müssen.<sup>11</sup>

Verkäufer H hat einen Anspruch auf Abnahme der Sache nach § 433 Abs. 2 BGB gegen die Käuferin R (siehe oben).

R hat gegen H einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung eines mangelfreien Rennrads nach § 433 Abs. 1 BGB. Dieser Verschaffungsanspruch wurde, da H der R ein gem. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB mangelhaftes Exemplar angeboten hat, noch nicht bewirkt.

Im Ergebnis bestehen damit gegenseitige Ansprüche.

#### (2) Konnexität

Die Ansprüche müssten aus demselben rechtlichen Verhältnis stammen. Das wird weit verstanden, als ein innerlich zusammenhängendes einheitliches Lebensverhältnis, etwa ein wirtschaftlicher Zusammenhang.<sup>12</sup> Hier resultieren beide Ansprüche aus der Abwicklung desselben Kaufvertrages. Mithin liegt die notwendige Konnexität vor.

#### (3) Gegenanspruch ist fällig und durchsetzbar

Der Gegenanspruch, als der Anspruch der Partei, die sich auf das Zurückbehaltungsrecht beruft, muss zudem fällig und durchsetzbar sein. Der Anspruch der R gegen H auf Übergabe und Übereignung einer mangelfreien Sache ist jedenfalls seit dem 15.7.17 fällig, vgl. § 271 Abs. 2 BGB, und mangels entgegenstehender rechtshemmender Einreden auch durchsetzbar. H kann sich insbesondere nicht auf § 320 Abs. 1 BGB berufen, da R den Kaufpreis bereits gezahlt hat.

#### (4) Kein Ausschluss

Ein gesetzlicher Ausschluss nach § 273 Abs. 3 BGB liegt nicht vor. Auch eine dahingehende Parteivereinbarung ist nicht ersichtlich.

<sup>8</sup> Brox/Walker, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 39. Aufl. 2015, § 23 Rn. 3; Looschelders (Fn. 3), Rn. 553 f., jeweils m.w.N.

<sup>9</sup> Danach ist die Annahme beim Kaufvertrag als echte (klagbare) Rechtspflicht und nicht, wie grundsätzlich, als bloße Obliegenheit ausgestaltet, vgl. Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 12. Aufl. 2017, Rn. 26. Zur Klagbarkeit vgl. nur Westermann (Fn. 2), § 433 Rn. 69 m.w.N.

<sup>10</sup> BGH NJW 2017, 1100 (1102 Rn. 29); Looschelders (Fn. 9), Rn. 26; Westermann (Fn. 2), § 433 Rn. 65.

<sup>11</sup> Artz, in: Erman, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2017, § 273 Rn. 10; Krüger, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 273 Rn. 8; Looschelders (Fn. 3), Rn. 296.

<sup>12</sup> Artz (Fn. 11), § 273 Rn. 15; Looschelders (Fn. 3), Rn. 297.

Ein Ausschluss könnte sich aber daraus ergeben, dass es sich hier nur um einen unerheblichen Mangel handeln könnte und das Zurückweisungsrecht daher möglicherweise – ähnlich dem Ausschluss des Rücktrittsrechts bei geringfügigen Mängeln gem. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB – ebenfalls ausgeschlossen sein könnte. Ob der Mangel vorliegend erheblich ist, kann jedoch offen bleiben, wenn dies für die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts ohnehin nicht relevant ist.

*Hinweis:* Ob das Zurückbehaltungsrecht in derartigen Fällen im Gleichlauf zum Rücktrittsrecht einen erheblichen Mangel voraussetzt war die Kernfrage, die der BGH in seiner Entscheidung zu beurteilen hatte. Das Gericht hat sich dabei der überwiegend im Schrifttum vertretenen Auffassung<sup>13</sup> angeschlossen und angenommen, dass es für das Zurückbehaltungsrecht bei einem behebbaren Mangel nicht auf die Erheblichkeit des Mangels ankommt.<sup>14</sup> Der Umstand soll nur im Rahmen von § 242 BGB in wenigen Ausnahmefällen relevant werden können. Dieses Problem kann im Rahmen der Klausurlösung nicht in allen Einzelfällen erwartet werden. Der Sachverhalt wirft durch den Einwand des H jedoch die Frage auf, ob R uneingeschränkt soll zurückweisen können (also sich auf ihr Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB berufen können), wenn ein geringfügiger Mangel vorliegt.

Vereinzelte wird vertreten, dass im Falle eines nur unerheblichen Mangels die Zurückweisung ausgeschlossen sein soll.<sup>15</sup> Dies ergebe sich aus einer notwendigen Harmonisierung der Möglichkeit der Zurückweisung der Kaufsache mit der Möglichkeit des Käufers sich vom Vertrag zu lösen, der im Falle eines unerheblichen Mangels § 323 Abs. 5 S. 2 BGB entgegensteht.<sup>16</sup>

Dagegen spricht jedoch, dass es bereits an einem Bedürfnis für diese Harmonisierung fehlt. Die Lieferung einer mangelhaften Sache stellt nach § 433 Abs. 1 S. 2 BGB eine Pflichtverletzung des Käufers dar. Dabei unterscheidet § 433 Abs. 1 S. 2 BGB gerade nicht, wie etwa § 323 Abs. 5 S. 2 BGB und § 281 Abs. 1 S. 3 BGB, danach, ob es sich um eine erhebliche oder unerhebliche Pflichtverletzung handelt.<sup>17</sup> Durch die Zurückweisung kann der Verkäufer weiterhin den Vertrag ordnungsgemäß erfüllen. Nur gelangt der Vertrag nicht ins Gewährleistungsstadium. Der Bestand des Vertrags wird dadurch nicht berührt.<sup>18</sup> Einem eventuellen Rücktritt des Käufers müsste eine Fristsetzung nach § 323 Abs. 1 BGB

<sup>13</sup> Vgl. nur *Faust* (Fn. 6), § 433 Rn. 40 m.w.N.; *Schwarze*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2014, § 281 Rn. C 28; siehe auch *Lorenz*, NJW 2013, 1341 (1343) jedoch mit Hilfe von § 266 BGB; zu § 320 BGB im Hinblick auf die Kaufpreiszahlungspflicht *Emmerich*, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 320 Rn. 5.

<sup>14</sup> BGH NJW 2017, 1100 (1102 Rn. 32).

<sup>15</sup> *Berger*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2015, § 437 Rn. 29 m.w.N.

<sup>16</sup> Vgl. *Berger* (Fn. 15), § 437 Rn. 29 m.w.N.

<sup>17</sup> BGH NJW 2017, 1100 (1102 Rn. 33).

<sup>18</sup> BGH NJW 2017, 1100 (1102 Rn. 33).

vorangehen, so dass der Käufer sich ohnehin nicht unmittelbar vom Vertrag lösen könnte, der Verkäufer also sein Recht auf die zweite Andienung behält. Vielmehr würde das Abstellen auf § 323 Abs. 5 S. 2 BGB letztlich zu einem Zwang des Käufers führen, eine ersichtlich nicht vertragsgemäße Sache anzunehmen, nur um sie dann sogleich wieder an den Verkäufer zwecks Nacherfüllung zurückzugeben. Das entspricht auch nicht Sinn und Zweck des Zurückbehaltungsrechts. Dieses soll dem Käufer ein Druckmittel geben, um den Verkäufer zu einer vertragsgemäßen Erfüllung anzuhalten.<sup>19</sup> Durch eine Einschränkung auf nur erhebliche Mängel, würde dieses Druckmittel empfindlich geschwächt.

Folglich ist die Erheblichkeit des Mangels für die Zurückweisung nicht relevant und muss hier auch nicht geprüft werden. Das Zurückbehaltungsrecht ist nicht ausgeschlossen.

*Hinweis:* Andere Ansicht vertretbar. Insbesondere ließe sich das Verkäuferinteresse stärker in den Blick nehmen. Auch vor dem Hintergrund, dass ein Rücktritt in solchen Fällen auf einer Nichtleistung beruht (vgl. Fall 2), sodass der Käufer durch die Zurückweisung letztlich den Rücktrittsausschluss nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB aushebeln könnte.

*(5) Erhebung der Einrede*

R erklärt hier gegenüber H, sie verweigere die Abnahme, bis H seinen Pflichten nachgekommen ist. Sie hat die Einrede des § 273 Abs. 1 BGB damit erhoben.<sup>20</sup>

*cc) Zwischenergebnis*

Der Anspruch des H gegen R auf Annahme ist nach § 273 Abs. 1 BGB (vorrübergehend) nicht durchsetzbar.

*c) Zwischenergebnis*

Folglich fehlt es an einer Nichtleistung der R auf einen durchsetzbaren Anspruch des H. R ist durch die Zurückweisung nicht in (Schuldner-)Verzug geraten, sodass keine Pflichtverletzung vorliegt.

*3. Zwischenergebnis*

Mangels Pflichtverletzung ist ein Anspruch des H gegen R nach den §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB nicht entstanden.

**III. Ergebnis zu Fall 1**

H hat gegen R keinen Anspruch auf Ersatz der Kosten für das vergebliche erste Angebot des Rennrads.

**Lösungsvorschlag zu Fall 2**

**I. Anspruch gem. §§ 437 Nr. 2, 323, 346 Abs. 1 BGB**

R könnte nach der Erklärung vom 28.7.17 einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gegen H nach den §§ 437 Nr. 2, 323, 346 Abs. 1 BGB haben.

<sup>19</sup> BGH NJW 2017, 1100 (1102 Rn. 34).

<sup>20</sup> Der BGH sieht darin zumindest eine stillschweigende Erhebung der Einrede, BGH NJW 2017, 1100 (1102 Rn. 30).

Das setzt zunächst das Vorliegen eines Rückgewährschuldverhältnisses voraus, wonach beide Parteien ihre empfangenen Leistungen zurückgewähren müssen. Dafür müsste R wirksam vom Vertrag zurückgetreten sein.

### 1. Rücktrittsrecht

In Betracht kommt zunächst ein gesetzliches Rücktrittsrecht der R wegen des Sachmangels am Rennrad (siehe oben) nach den §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB.

#### a) Kaufvertrag

Ein wirksamer Kaufvertrag zwischen H und R liegt vor (siehe oben).

#### b) Sachmangel

Das Rennrad hat auch einen Mangel gem. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB (siehe oben).

#### c) Bei Gefahrübergang, § 446 BGB

Dieser Mangel müsste aber bereits bei Gefahrübergang vorgelegen haben. Grundsätzlich geht die Gefahr nach § 446 S. 1 BGB mit der Übergabe der Sache an den Käufer auf diesen über. Hier kam es aufgrund der Zurückweisung jedoch nicht zur Übergabe an Käuferin R.

Möglich ist ein Gefahrübergang gem. § 446 S. 3 BGB aber auch dadurch, dass der Käufer sich in Annahmeverzug befindet. Hier befand sich R jedoch nicht in Annahmeverzug, da H ihr die Leistung nicht so, wie sie geschuldet war (frei von Sach- und Rechtsmängeln, § 433 Abs. 1 S. 2 BGB), angeboten hat (siehe oben).

Folglich hat kein Gefahrübergang stattgefunden, weshalb das besondere kaufrechtliche Gewährleistungsrecht hier (noch) nicht anwendbar ist. Das gilt auch für das Rücktrittsrecht gem. §§ 437 Nr. 2, 323 BGB.

*Hinweis:* Zwar wird teilweise auch vertreten, dass zur Eröffnung des zeitlichen Anwendungsbereichs des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts auf die Annahme der Kaufsache als (teilweise) Erfüllung abgestellt werden muss, § 363 BGB.<sup>21</sup> Da R sich hier gerade weigert, die Sache anzunehmen, ergibt sich danach nichts anderes. Mithin kann die Frage hier offen bleiben. In beiden Fällen fehlt es an den Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts. Entscheidend kommt es hier aber darauf an, dass die Bearbeiter/-innen erkennen, dass das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht mangels Gefahrübergang noch nicht anwendbar ist. Es gilt dann das allgemeine Leistungsstörungenrecht.<sup>22</sup>

#### d) Zwischenergebnis

Es besteht schon kein Rücktrittsrecht der R nach §§ 437 Nr. 2, 323 BGB.

### 2. Zwischenergebnis

Es fehlt an einem wirksamen Rücktritt nach §§ 437 Nr. 2, 323 BGB. Folglich besteht kein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises nach §§ 437 Nr. 2, 323, 346 Abs. 1 BGB.

## II. Anspruch gem. §§ 323, 346 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises könnte sich jedoch aus §§ 323, 346 Abs. 1 BGB ergeben.

### 1. Anspruch entstanden

Das setzt einen wirksamen Rücktritt der R voraus.

#### a) Wirksamer Rücktritt

Hierfür müsste ein Rücktrittsrecht der R bestehen und diese müsste den Rücktritt wirksam ausgeübt haben.

#### aa) Rücktrittsrecht, § 323 Abs. 1 BGB

Ein solches könnte sich aus § 323 Abs. 1 BGB ergeben.

#### (1) Gegenseitiger Vertrag

Der vorliegend abgeschlossene Kaufvertrag (siehe oben) ist ein gegenseitiger Vertrag im Sinne des § 323 BGB.<sup>23</sup>

#### (2) Nicht- oder Schlechtleistung, § 323 Abs. 1 BGB

H müsste eine ihm gebührende Pflicht verletzt haben, indem er überhaupt nicht leistet oder nicht vertragsgemäß leistet, obwohl R einen fälligen und durchsetzbaren Anspruch auf die Leistung hat.

H hat R hier eine mangelhafte Sache angeboten. Diese hat zu Recht die Annahme verweigert (siehe oben). Damit kam es zu keiner Leistung des H. Mithin liegt eine Pflichtverletzung des H in Form der Nichtleistung vor.<sup>24</sup> Die R hatte dagegen einen fälligen (spätestens seit dem 15.7.2017, § 271 Abs. 2 BGB) und durchsetzbaren Anspruch auf Verschaffung einer mangelfreien Sache gem. § 433 Abs. 1 BGB.

#### (3) Fristsetzung

R müsste dem H gem. § 323 Abs. 1 BGB auch eine angemessene Frist zur Leistung bzw. Nacherfüllung gesetzt haben.

Hier hat R jedoch keine Frist gesetzt, sondern verlangt vielmehr nur Reparatur der Schäden am Rahmen des Rads. Fraglich ist, ob dieses schlichte Reparaturverlangen ohne Angabe eines Zeitraums oder eines Datums für eine ordnungsgemäße Fristsetzung ausreichend ist.<sup>25</sup> Das kann jedoch dahinstehen, wenn die Fristsetzung ohnehin entbehrlich ist.

Vorliegend könnte das Fristsetzungserfordernis gem. § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich sein. Danach ist die Fristsetzung entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung bzw. Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert.

Ein solches ernsthaftes und endgültiges Verweigern setzt voraus, dass der Schuldner unmissverständlich, sodass kein

<sup>23</sup> Brox/Walker (Fn. 8), § 3 Rn. 2; Looschelders (Fn. 3), Rn. 307.

<sup>24</sup> So auch Riehm, JuS 2017, 463 (466).

<sup>25</sup> Vgl. dazu Ernst (Fn. 3), § 323 Rn. 70 m.w.N.

<sup>21</sup> Beispielsweise Faust (Fn. 6), § 437 Rn. 6.

<sup>22</sup> Vgl. stellvertretend Westermann (Fn. 2), § 437 Rn. 6.

Zweifel daran bestehen darf, die Erfüllung der Pflicht ablehnt.<sup>26</sup> Vorliegend ist H nach mehreren Telefonaten mit R zu keiner erneuten Leistung bzw. Nacherfüllung mehr bereit, er will die Kratzer auf keinen Fall mehr beseitigen. Er bringt somit unmissverständlich zum Ausdruck, dass er die Erfüllung ablehnt. Somit liegt ein ernsthaftes und endgültiges Verweigern der Leistung vor. Die Fristsetzung ist nach § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich.

*(4) Kein Ausschluss*

Der Ausschlussgrund des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB gilt tatbestandlich nur für den Fall, in dem eine vom Schuldner erbrachte Leistung nicht vertragsgemäß ist. Hier liegt jedoch eine Nichtleistung des H vor, sodass § 323 Abs. 5 S. 2 BGB nicht anwendbar ist. Auch ein Ausschluss nach § 323 Abs. 6 BGB liegt nicht vor, da sich R nicht in Annahmeverzug befand (siehe oben).

*(5) Zwischenergebnis*

R steht ein gesetzliches Rücktrittsrecht gem. § 323 Abs. 1 Alt. 1 BGB zu.

*bb) Rücktrittserklärung, § 349 BGB*

Der Rücktritt als Gestaltungsrecht<sup>27</sup> muss gegenüber dem Vertragspartner erklärt werden, § 349 BGB. R hat hier gegenüber H am 28.7.17 den Rücktritt erklärt.

*cc) Keine Unwirksamkeit des Rücktritts, § 218 BGB*

Der Rücktritt ist mangels Verjährung des zugrunde liegenden Leistungsanspruchs auch nicht nach § 218 BGB unwirksam.

*dd) Zwischenergebnis*

R ist durch die (Rücktritts-)Erklärung vom 28.7.17 wirksam vom Vertrag zurückgetreten.

*b) Empfangene Leistung*

R hat den Kaufpreis, 10.000 €, wie vereinbart bereits vorab an H überwiesen. Dieses Buchgeld stellt die von H empfangene Leistung dar.

*c) Zwischenergebnis*

Der Anspruch der R gegen H auf Zahlung von 10.000 € gem. §§ 323 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB ist entstanden.

*2. Anspruch nicht untergegangen*

Rechtsvernichtende Einwendungen sind nicht ersichtlich. Der Anspruch ist nicht untergegangen.

*3. Anspruch durchsetzbar*

Der Anspruch der R ist auch durchsetzbar. Insbesondere greift hier nicht § 320 Abs. 1 BGB, der über die Verweigerungsnorm des § 348 S. 2 BGB auf das Rückgewährschuldverhältnis anwendbar ist. Denn R hat ihrerseits keine Leis-

tung von H empfangen, die sie nach § 346 Abs. 1 BGB zurückgewähren müsste.

**III. Ergebnis zu Fall 2**

R hat danach einen durchsetzbaren Anspruch gegen H auf Zahlung von 10.000 € aus §§ 323 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB.

**Lösungsvorschlag zu Fall 3**

R könnte gegen H einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 10.000 € nach §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB haben. Dafür müsste R jedoch wirksam vom Vertrag zurückgetreten sein.

**I. Wirksamer Rücktritt**

*1. Rücktrittsrecht, §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB*

*a) Kaufvertrag*

Ein Kaufvertrag wurde geschlossen.

*b) Rücktrittsgrund: Sachmangel, § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB*

Der Kaufgegenstand weist einen Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB auf (siehe oben).

*c) Bei Gefahrübergang, § 446 BGB*

Der Sachmangel müsste bereits bei Gefahrübergang vorgelegen haben. Hier erfolgt die Übergabe vereinbarungsgemäß am 15.7.17. R hat das Rad hier abweichend von den bisherigen Fällen von H entgegengenommen und nicht zurückgewiesen, da sie die Kratzer nicht im Moment der Übergabe, sondern erst zwei Wochen später in ihrer Wohnung bemerkt. Der Mangel lag danach bereits bei Gefahrübergang nach § 446 S. 1 BGB vor.

*d) Fristsetzung, § 323 Abs. 2 BGB*

R hat lediglich Reparatur verlangt, allerdings ist auch hier aufgrund der Weigerung des H die Sache zu reparieren, die Fristsetzung gem. § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich.

*e) Kein Ausschluss, § 323 Abs. 5 S. 2 BGB*

Das Rücktrittsrecht der R könnte gem. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ausgeschlossen sein. Danach kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung nur unerheblich ist.

Eine Pflichtverletzung ist jedenfalls dann im Sinne des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB erheblich, wenn es sich um einen nicht behebbaren Mangel handelt.<sup>28</sup> Anderenfalls kommt es auf das Verhältnis von Mangelbeseitigungsaufwand und Kaufpreis an, wobei ein nicht unerheblicher Mangel angenommen wird, wenn die Kosten für die Mangelbeseitigung mindestens 5 % des Kaufpreises entsprechen.<sup>29</sup>

Vorliegend handelt es sich bei den Kratzern am Carbon-Rahmen um einen behebbaren Mangel, so dass es auf das Verhältnis der Reparaturkosten zum Kaufpreis ankommt. Die Beseitigungskosten belaufen sich auf 300 €. Das entspricht

<sup>26</sup> Ernst (Fn. 3), § 323 Rn. 101.

<sup>27</sup> Vgl. Looschelders (Fn. 3), Rn. 806 m.w.N.

<sup>28</sup> Ernst (Fn. 3), § 323 Rn. 251.

<sup>29</sup> BGH NJW 2014, 3229 (3231 Rn. 30).

nur 3 % des Kaufpreises. Es handelt also sich nicht um einen erheblichen Mangel im Sinne des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB.<sup>30</sup>

Somit ist das Recht der R auf den vollständigen Rücktritt vom Vertrag nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ausgeschlossen.

*d) Zwischenergebnis*

Ein Rücktrittsrecht steht R danach nicht zu. Folglich konnte sie nicht vom Kaufvertrag zurücktreten.

*2. Zwischenergebnis*

Damit fehlt es an einer notwendigen Anspruchsvoraussetzung für den Anspruch nach §§ 437 Nr. 2, 323, 346 Abs. 1 BGB.

**II. Ergebnis zu Fall 3**

R hat danach keinen Anspruch auf Zahlung von 10.000 € aus §§ 437 Nr. 2, 323, 346 Abs. 1 BGB gegen den H. Weitere Anspruchsgrundlagen sind nicht ersichtlich.

---

<sup>30</sup> Der BGH stellt allerdings nicht ausschließlich auf dieses Verhältnis ab. Vielmehr führt er eine umfassende Interessenabwägung durch, wobei er alle Umstände des Einzelfalls heranzieht, so auch das Schuldnerverhalten, etwa im Falle von Arglist des Verkäufers. Im konkreten Fall sind jedoch keine Anhaltspunkte enthalten, die entgegen dem (zu geringen) Verhältnis von Kaufpreis und Mangelbeseitigungsaufwand eine Erheblichkeit des Mangels begründen könnten. Zum Verständnis des BGH ausführlich *Ernst* (Fn. 3), § 323 Rn. 251 m.w.N. In der Literatur wird teilweise darauf hingewiesen, dass die Erheblichkeitsschwelle vor dem Hintergrund der Vorgängerregelung § 459 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. anzuheben ist, sodass ein (Total-)Rücktritt allenfalls in noch engeren Grenzen möglich sein soll, vgl. *Ernst* (Fn. 3), § 323 Rn. 252. Vor diesem Hintergrund erscheint eine andere Ansicht für die Falllösung schwer vertretbar.