

## Übungshausarbeit: Nichts als Fehlkäufe ...\*

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

*Fall I der Hausarbeit beschäftigt sich schwerpunktmäßig mit dem in der Literatur viel diskutierten Problem der sog. „Kettengewährleistung“. Vorab muss sich jedoch mit dem Urteil des BGH v. 29.11.2006 – VIII ZR 92/06, in welchem dieser zu entscheiden hatte, wie sich ein Gewährleistungsausschluss in Bezug auf eine Beschaffenheitsvereinbarung verhält, auseinandergesetzt werden. Neben den kaufrechtlichen Aspekten sind auch Kenntnisse über die Berechnung von Fristen nach dem allgemeinen Teil des Schuldrechts von Bedeutung. Der Fall ist im mittleren Schwierigkeitsbereich einzuordnen.*

*Fall II ist insbesondere angelehnt an das Urteil des BGH v. 10.10.2008 – V ZR 131/07. Die Frage, ob die Wertersatzpflicht des Rückgewährschuldners im Rahmen des Rückgewährschuldverhältnisses die Unmöglichkeit (§ 275 BGB) der Rückgewähr der Sache im ursprünglichen Zustand erfordert, ist ein Schwerpunkt des zweiten Teils. Auch die ebenfalls zu thematisierenden Fragen nach der Reichweite der Beweislastumkehr im Rahmen des § 476 a.F. BGB (§ 477 n.F. BGB), der Haftungsprivilegierung des Rückgewährschuldners bei Kenntnis des Rücktrittsgrundes sowie die denkbare Ausnahme für im Straßenverkehr eingetretene Verschlechterungen am zurück zu gewährenden Gegenstand müssen bekannt sein. Der Fall ist aufgrund seiner Komplexität eher im oberen Schwierigkeitsbereich einzuordnen.*

### Sachverhalt – Teil I

Der selbständige Fliesenleger K ist auf der Suche nach einem neuen Fahrzeug für seinen Betrieb. Anfang Juni 2015 wird er bei Hobbybastler V fündig und kauft dort einen gebrauchten VW T4 Bulli zum Preis von 20.000 €. K legt als beruflicher Vielfahrer besonders großen Wert auf eine Klimaanlage, weshalb im Kaufvertrag ausdrücklich vereinbart wird, dass der Bus über eine funktionierende Klimaanlage verfügt. Im Rahmen der ausführlichen Vertragsverhandlungen wurde das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht gegen einen Preisnachlass ausgeschlossen. Da die Klimaanlage von V nachgerüstet werden muss, kann K diese bei seiner ausgiebigen Probefahrt nicht auf ihre Funktionstüchtigkeit prüfen. Das Fahrzeug wird vereinbarungsgemäß mit nachgerüsteter Klimaanlage am 30.6.2015 von V an K ausgeliefert. Mitte Juli 2015 wird es besonders heiß und K schaltet zum ersten Mal die Klimaanlage ein. Er muss aber enttäuscht feststellen, dass die Anlage gar nicht funktioniert. Grund hierfür ist ein Defekt des Kompressors, der schon Ende Juni 2015 vorlag. K verlangt

---

\* Die Hausarbeit wurde im Sommersemester 2017 im Grundkurs BGB – Allgemeines Schuldrecht und Vertragliche Schuldverhältnisse gestellt.

\*\* Prof. Dr. Markus Artz ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung an der Universität Bielefeld. Dennis Pielsticker und Philipp Reimann sind Wiss. Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl.

am 20.7.2015 von V Reparatur der Klimaanlage. V, dem das technische Problem bislang unbekannt war, entschuldigt sich bei K und tauscht den Kompressor innerhalb einer – als angemessen zu sehenden – Woche auf eigene Kosten, aber ausdrücklich aus Kulanz, aus. K holt den Bulli sodann am 27.7.2015 ab.

Ab Januar 2017 beginnt V damit, restaurierte VW-Busse gewerbsmäßig zu veräußern.

In der Folgezeit muss K aufgrund zahlreicher Verstöße gegen die Straßenverkehrsordnung seinen Führerschein für längere Zeit abgeben. Als er an dem besonders heißen Tag des 3.7.2017 wieder fahren darf, bemerkt K, dass die Klimaanlage erneut nicht funktioniert. Es stellt sich heraus, dass V damals unwissentlich einen defekten Kompressor verbaut hat. K wendet sich noch am selben Tag an V, den er in seinem neuen Laden antrifft, und verlangt erneut Reparatur.

Kann K von V, der meint, nach so langer Zeit zu nichts mehr verpflichtet zu sein, am 3.7.2017 Reparatur der Klimaanlage verlangen?

### Sachverhalt – Teil II

Im März 2017 erwirbt K einen weiteren gebrauchten Bulli von V. K möchte diesen Bus als Campingwagen nutzen. Man einigt sich auf den Kaufpreis von 15.000 € und K nimmt das Fahrzeug sofort mit. Das Fahrzeug verfügt über ein aufstellbares Dach, in dem sich eine Schlafkoje befindet. Anfang Juni 2017 muss K feststellen, dass sich das Dach nicht mehr aufstellen lässt. Die Ursache hierfür kann nicht mehr abschließend geklärt werden. Entweder lag schon Anfang März ein Defekt an der hydraulischen Feder vor, der sich nun erst auswirkt, oder K hat das Aufstelldach durch zwischenzeitlich mehrfach erfolgter, unsachgemäßer Bedienung an der Mechanik beschädigt.

K begibt sich Mitte Juni 2017 zu V und fordert die Reparatur des Dachs. Leider bleibt ein erster Reparaturversuch ohne Erfolg, so dass K zwei Wochen später abermals bei V erscheint, wo ein weiterer erfolgloser Reparaturversuch erfolgt. K nimmt den Wagen wieder mit, sieht sich gezwungen, eine bereits fest gebuchte Campingtour abzusagen und zweifelt nun immer stärker an den handwerklichen Fähigkeiten des V.

Am 15.7.2017 begibt sich K auf den Weg zu V, um vom Kaufvertrag zurückzutreten. K, der regelmäßig ein wenig zu schnell fährt, ist auch auf dem Weg zu V mit erhöhter Geschwindigkeit unterwegs. An einer Kreuzung kann er aufgrund der überhöhten Geschwindigkeit nicht mehr rechtzeitig anhalten und kollidiert mit dem vorfabrtberechtigten Fahrzeug der B. Bei dem Unfall entsteht an dem Bulli ein Schaden in Höhe von 5.000 €. Mit dem beschädigten, aber noch fahrtauglichen Fahrzeug bei V angekommen, erklärt K den Rücktritt und fordert die Rückzahlung des kompletten Kaufpreises gegen Rückgabe des Bullis.

V ist nicht dazu bereit, den Kaufpreis in voller Höhe zurückzuzahlen. Er ist der Meinung, dass das Dach bei der

Übergabe an K noch einwandfrei funktioniert habe. Die Reparaturen habe er nur aus Kulanz für ihn als Stammkunden vorgenommen. Jedenfalls aber habe K nicht nur das defekte Fahrzeug zurückzugeben, sondern auch den Wertverlust des Fahrzeugs, der durch den Unfall eingetreten ist, zu ersetzen. Zudem habe das Fahrzeug – was zutrifft – durch den bisherigen Gebrauch durch K eine Wertminderung i.H.v. 1.000 € erlitten, wofür er ebenfalls Ersatz schulde. Diese Wertersatzansprüche seien zu verrechnen, sollte er überraschenderweise zur Rücknahme des Busses und zur Rückzahlung des Kaufpreises verpflichtet sein.

Hat K gegen V einen Anspruch auf Rückzahlung des gesamten Kaufpreises?

### Lösungsvorschlag zu Fall I

#### A. Anspruch des K gegen V auf Reparatur des Bullis

K könnte gegen V einen Anspruch auf Reparatur des Bullis aus §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB haben.

#### I. Anspruch entstanden

Der Anspruch des K gegen V auf Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB ist entstanden, wenn V und K einen wirksamen Kaufvertrag abgeschlossen haben, die Kaufsache zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs einen Sachmangel nach § 434 BGB aufwies und die Gewährleistungsrechte des K nicht ausgeschlossen sind.

##### 1. Kaufvertrag, § 433 BGB

K und V haben Anfang Juni 2015 einen Kaufvertrag über einen VW T4 Bulli geschlossen.

##### 2. Sachmangel bei Gefahrübergang, § 434 BGB

###### a) Mangel im Sinne des § 434 BGB

Nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB liegt ein Sachmangel vor, wenn der Kaufgegenstand nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweist. K und V haben ausdrücklich vereinbart, dass der Bus eine funktionsfähige Klimaanlage besitzen soll. Eine Klimaanlage ist zwar vorhanden, sie ist jedoch nicht funktionsfähig, sodass ein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB vorliegt.

###### b) Bei Gefahrübergang, § 446 BGB

Die Klimaanlage funktionierte auch schon bei Gefahrübergang, d.h. nach § 446 S. 1 BGB im Zeitpunkt der Übergabe (Ende Juni) nicht.

*Hinweis:* Eine Prüfung der dahingehenden gesetzlichen Vermutung gem. § 476 a.F. BGB<sup>1</sup> für Verbrauchsgüter-

käufe im Sinne des § 474 Abs. 1 BGB bedarf es hier offensichtlich nicht. Laut Sachverhalt lag der Mangel bereits bei Übergabe Ende Juni und damit im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vor. Im Übrigen liegt ein Verbrauchsgüterkauf auch nicht vor.

##### c) Zwischenergebnis

Der Sachmangel lag bereits bei Gefahrübergang vor.

#### 3. Kein Ausschluss der Gewährleistung

K und V haben sich im Rahmen der Vertragsverhandlungen auf den Ausschluss des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts geeinigt. Fraglich ist jedoch, ob dieser wirksam ist und sofern ja, ob sich der Verkäufer V auch hinsichtlich des konkreten Mangels auf den Ausschluss berufen kann.

##### a) Wirksamkeit

Der Gewährleistungsausschluss wurde individuell ausgehandelt, sodass es sich nicht um AGB im Sinne des § 305 BGB handelt. Eine Unwirksamkeit nach §§ 307 ff. BGB kommt daher nicht in Betracht.

Der Ausschluss der Gewährleistungsrechte könnte jedoch nach § 475 Abs. 1 a.F. BGB (§ 476 Abs. 1 n.F. BGB) unwirksam sein. Dafür müsste es sich bei dem zwischen K und V geschlossenen Vertrag um einen Verbrauchsgüterkauf im Sinne des § 474 Abs. 1 BGB handeln. Käufer K hat den Bulli für seine selbstständige, berufliche Tätigkeit als Fliesenleger und damit als Unternehmer gem. § 14 BGB erworben. Verkäufer V hingegen handelt bei Abschluss des Kaufvertrages nicht in Ausübung einer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit (Hobbybastler), sodass er den Vertrag als Verbraucher im Sinne des § 13 BGB geschlossen hat. Vorliegend kauft also Unternehmer K von Verbraucher V, eine Unwirksamkeit nach § 475 Abs. 1 a.F. BGB (§ 476 Abs. 1 n.F. BGB) kommt daher nicht in Betracht. Der Gewährleistungsausschluss ist wirksam.

*Hinweis:* Der Umstand, dass V im Januar 2017, also nach Vertragsschluss, bereits vor Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche durch K zum Unternehmer im Sinne des § 14 BGB geworden ist, führt nicht dazu, dass der ursprünglich zwischen K und V geschlossene Vertrag nun zu einem Verbrauchsgüterkaufvertrag wird. Zum einen ist K nach wie vor Unternehmer und zum anderen ist der Zweck des Geschäfts zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich.

<sup>1</sup> Seit dem 1.1.2018 geregelt in § 477 BGB. Eine tabellarische Übersicht zu den zum 1.1.2018 eingetretenen Änderungen im kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht durch das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren vom 28.4.2017 (BGBl. I 2017,

S. 969 ff.) findet sich bei *Artz/Pielsticker*, ZJS 2017, 736 ff. Das im Sachverhalt beschriebene Geschehen hat vor dem 1.1.2018 stattgefunden, sodass die Fälle nach nunmehr altem Recht zu lösen sind. Sofern inhaltlich gleich gebliebene Normen eine neue Nummerierung erhalten haben, wird diese im Folgenden in Klammern mit angegeben.

b) Reichweite des Ausschlusses

aa) Garantie im Sinne des § 444 Alt. 2 BGB

V als Verkäufer könnte sich hinsichtlich des konkreten Mangels nicht auf den Gewährleistungsausschluss berufen, sofern er eine Beschaffenheitsgarantie für das Vorhandensein einer funktionsfähigen Klimaanlage übernommen hätte, vgl. § 444 Alt. 2 BGB. Hierfür ist erforderlich, dass der Verkäufer für sämtliche Folgen im Falle des Fehlens der Beschaffenheit, unabhängig von einem evtl. eigenen Verschulden, eintreten wollte.<sup>2</sup> Hier haben K und V ausgehandelt, dass der Bulli über eine funktionsfähige Klimaanlage verfügen soll, es ist aber nicht ersichtlich, dass V eine über die Beschaffenheitsvereinbarung hinausgehende Garantie übernehmen wollte.

bb) Vollumfänglicher Gewährleistungsausschluss?

Es könnte jedoch sein, dass der vorhandene Defekt von dem Gewährleistungsausschluss dennoch nicht erfasst wird. Dies ist durch Auslegung der Vereinbarung (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln. Mit einer solchen möchte der Verkäufer aus der Sicht eines objektiven Dritten verhindern, dass er für evtl. bereits bei Gefahrübergang vorhandene Mängel nach dem kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht einzustehen hat; etwa weil das Risiko der Haftung (auch) für ihn nicht überschaubar ist. Der Käufer hingegen kann ein Interesse an einer solchen Vereinbarung haben, um den Kaufgegenstand zu einem günstigeren Preis zu erwerben. Für ihn entsteht damit das Risiko, einen evtl. bei Übergabe bereits vorhandenen Mangel auf seine eigenen Kosten beseitigen zu müssen. Fraglich ist jedoch, wie sich der Umstand auswirkt, dass hier neben dem Gewährleistungsausschluss auch eine konkrete Beschaffenheit – Vorhandensein einer funktionstüchtigen Klimaanlage – für den Bus – vereinbart wurde. Wäre der Defekt an der Klimaanlage von dem Ausschluss erfasst, wäre die Beschaffenheitsvereinbarung hinsichtlich der Klimaanlage überflüssig.<sup>3</sup> Die Parteien vereinbarten eine bestimmte Beschaffenheit daher vielmehr deswegen, weil die Haftung für bestimmte, dem Käufer besonders wichtige Eigenschaften, beim Verkäufer verbleiben soll. Auf diese Weise verteilen sie das Risiko, für die Mangelfreiheit Sorge tragen zu müssen, entsprechend der für sie – insbesondere den Käufer – wichtigen Eigenschaften der Sache. Der Gewährleistungsausschluss ist somit dahingehend auszulegen, dass er gerade nicht die Sachmängelhaftung für solche Eigenschaften erfasst, die Gegenstand der ausdrücklichen Beschaffenheitsvereinbarung sind. Das Gewährleistungsrecht für das Fehlen und/oder nicht funktionieren der Klimaanlage ist demnach nicht zwischen K und V ausgeschlossen.

*Hinweis:* Auf die Frage, wie sich eine Beschaffenheitsvereinbarung zu einem ebenfalls vereinbarten Gewährleistungsausschluss verhält, muss nur kurz eingegangen werden. Der vereinbarte Gewährleistungsausschluss könnte uneingeschränkt gelten<sup>4</sup> oder neben der Beschaffenheits-

vereinbarung bestehen. Der BGH<sup>5</sup> bejahte vor einigen Jahren letzteres. Sofern sich die Bearbeiter/-innen diesem nicht anschließen, sollte die Prüfung zumindest in einem Hilfsgutachten fortgesetzt werden, da ansonsten das Hauptproblem des Falles nicht angesprochen würde.

cc) Zwischenergebnis

Der Mangel an dem Bus – defekte Klimaanlage – wird von dem Gewährleistungsausschluss nicht erfasst.

c) Zwischenergebnis

Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht ist jedenfalls im Hinblick auf die Klimaanlage nicht wirksam vertraglich ausgeschlossen worden. Auch ein gesetzlicher Ausschluss der Gewährleistung nach § 442 Abs. 1 S. 2 BGB kommt nicht in Betracht, da K bezüglich des Mangels nicht in grob fahrlässiger Unkenntnis war; er konnte die Klimaanlage zum Zeitpunkt der Probefahrt nicht austesten.

4. Ausübung des Wahlrechts, § 439 Abs. 1 BGB

K hat sein Wahlrecht ordnungsgemäß ausgeübt, indem er sich für die Nachbesserung (Reparatur) entschieden und diese am Sitz des Verkäufers V verlangt hat.

5. Zwischenergebnis

Der Anspruch auf Reparatur ist entstanden.

II. Anspruch erloschen

Rechtsvernichtende Einwendungen sind nicht ersichtlich.

III. Anspruch durchsetzbar

Der Anspruch des K auf Reparatur des Fahrzeugs ist durchsetzbar, wenn ihm keine rechtshemmenden Einreden entgegenstehen. Vorliegend könnte die Durchsetzbarkeit jedoch nach § 214 Abs. 1 BGB dauerhaft gehemmt sein, wenn der Anspruch verjährt ist. Grundsätzlich verjähren die Gewährleistungsansprüche für bewegliche Sachen gem. § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB nach 2 Jahren. Die Frist beginnt nach § 438 Abs. 2 BGB mit der Ablieferung, d.h. der Übergabe der Sache an den Käufer. Diese erfolgte am 30.6.2015, sodass die Frist für die Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs gem. § 187 Abs. 1 BGB<sup>6</sup> am 1.7.2015 um 0:00 Uhr zu laufen begonnen hat. Nach § 188 Abs. 2 BGB<sup>7</sup> endete die Frist grundsätzlich am 30.6.2017 um 24:00 Uhr. Danach wäre der Anspruch des K auf Reparatur, den er am 3.7.17 gegenüber V geltend macht, verjährt.

<sup>5</sup> BGH, Urt. v. 29.11.2006 – VIII ZR 92/06.

<sup>6</sup> Die Norm des § 187 Abs. 1 BGB gilt auch für die Bestimmung des Fristbeginns nach § 438 BGB, vgl. *Grothe*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 187 Rn. 3.

<sup>7</sup> Zur Berechnung von Jahresfristen am Beispiel des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts siehe *Fervers*, in: Beck'scher Online-Großkommentar, Stand: 1.11.2017, § 188 Rn. 35.

<sup>2</sup> BGH NJW 2007, 1346 (1349).

<sup>3</sup> So auch BGH NJW 2007, 1346 (1349).

<sup>4</sup> So *Emmert*, NJW 2006 1765 (1768).

Es könnte jedoch sein, dass sich der von V vorgenommene Reparaturversuch an der Klimaanlage (Austausch des Kompressors) auf die Verjährung auswirkt. Schließlich handelt es sich bei dem nun defekten Teil der Klimaanlage nicht mehr um dasselbe Teil, welches im Zeitpunkt der Übergabe, d.h. zum Zeitpunkt des Fristbeginns, vorhanden war.

#### 1. Neubeginn der Verjährungsfrist nach § 212 BGB

In Betracht kommt zunächst ein Neubeginn der Verjährungsfrist nach § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Danach beginnt die Verjährungsfrist für einen Anspruch im Falle eines Anerkenntnisses des Schuldners neu zu laufen.

Hier könnte ein Anerkenntnis des V darin liegen, dass er die Reparatur der Klimaanlage vornimmt. Ein Anerkenntnis im Sinne des § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist jedes tatsächliche Verhalten, durch das der Schuldner gegenüber dem Gläubiger unzweideutig das Bewusstsein vom Bestehen des Anspruchs erkennen lässt<sup>8</sup>. Das kann auch in Form der Vornahme der Nacherfüllungshandlung vorliegen.<sup>9</sup> Kein Anerkenntnis wird dagegen angenommen, wenn die Leistung des Schuldners lediglich aus Kulanz geschieht.<sup>10</sup> Vorliegend hat Verkäufer V ausdrücklich nur aus Kulanz die Reparatur vorgenommen. Damit scheidet ein Anerkenntnis und folglich auch ein Neubeginn der Verjährung nach § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB aus.

#### 2. (Teilweiser) Neubeginn der Verjährung

Weiterhin ließe sich annehmen, dass für das neu eingesetzte Teil, hier also den ausgetauschten, aber immer noch defekten Kompressor, eine neue Verjährungsfrist ab dem Zeitpunkt der der Rückgabe an den Käufer K nach § 438 Abs. 2 BGB zu laufen beginnt. Dies wird in der Literatur für den Fall der Nachlieferung teilweise vertreten.<sup>11</sup> Einzelne Stimmen sehen sogar in einer Rückgabe an den Käufer nach erfolgter Nachbesserung eine solche (erneute) Ablieferung.<sup>12</sup> K hat den Bulli nach Austausch des Klimaanlagekompressors (Nachbesserung) am 27.7.2015 zurück erhalten. Die Verjährung des Gewährleistungsanspruchs hätte im Hinblick auf den Kompressor dann nach §§ 438 Abs. 2, 187 Abs. 1 BGB am 28.7.2015 zu laufen begonnen. Nach § 188 Abs. 2 BGB würde die Frist am 27.7.2017 enden, sodass der Anspruch auf Reparatur am 3.7.2017 noch nicht verjährt wäre.

#### 3. Hemmung der Verjährung

Nach anderer Ansicht könnte die ursprünglich in Gang gesetzte Verjährung aber auch für den Zeitraum der Reparatur

analog § 203 S. 1 BGB gehemmt gewesen sein.<sup>13</sup> Vorliegend dauerte die Reparatur 7 Tage, sodass diese Tage nach § 209 BGB in die Verjährungsfrist nicht einzurechnen wären. Danach würde der Gewährleistungsanspruch des K am 7.7.2017 verjähren. Folglich wäre am 3.7.2017 ebenfalls noch keine Verjährung eingetreten.

#### 4. Keine Auswirkungen

Denkbar wäre aber auch, dass der Austausch eines defekten Teils (außerhalb der Norm des § 212 BGB – deren Voraussetzungen hier nicht vorliegen) keinen Einfluss auf die Verjährung hätte.<sup>14</sup> Der Anspruch des K auf Reparatur wäre also am 3.7.2017 bereits verjährt (siehe oben).

*Hinweis:* Das Problem, ob und wenn ja, welche Auswirkungen eine vom Verkäufer durchgeführte (erfolglose) Nacherfüllung auf die Verjährungsfrist der Mängelansprüche nach § 438 BGB hat, ist besonders im Schrifttum umstritten.<sup>15</sup> Das Problem stellt sich wie hier besonders dann, wenn die Voraussetzungen des § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB nicht erfüllt sind. Grundsätzlich sind alle Ansichten mit entsprechender Begründung vertretbar. Bei der Argumentation sollte jedoch besonderes Augenmerk auf die bei mehreren erfolglosen Nacherfüllungsversuchen drohende Gefahr der sog. „Kettengewährleistung“ gelegt werden. Dieses Problem beschreibt die Situation, dass die Verjährungsfrist für die Gewährleistungsansprüche immer wieder neu entstehen könnte. Besonders nach der Ansicht, die in der Rückgabe nach erfolgter Reparatur eine erneute Ablieferung im Sinne des § 438 Abs. 3 Nr. 1 BGB sieht, droht ein solcher Zustand. Gar keine Auswirkungen einer erfolgten (und erfolglosen) Nacherfüllung scheinen jedoch auch nicht interessengerecht, da dann die Frist von zwei Jahren effektiv verkürzt würde. Die Hemmung nach § 203 S. 1 BGB analog scheint danach die Interessen am ehesten auszugleichen. Zum einen wird die Frist dadurch nicht effektiv verkürzt, zum anderen jedoch läuft sie auch nicht weiter, solange der Käufer keine Zugriffsmöglichkeit auf die Sache hat. Für einen Neubeginn spricht dagegen, dass der Käufer im Falle der Nachbesserung und gerade der Nachlieferung nur so effektiv eine zweijährige Verjährungsfrist bezogen auf solche Mängel hat, die erst durch eine Reparatur entstehen oder die der als Ersatz gelieferten Sache anhaften.<sup>16</sup>

#### 5. Zwischenergebnis

Der Anspruch des K auf Reparatur ist nicht/ist verjährt.

#### IV. Ergebnis

K hat einen/hat keinen Anspruch auf Reparatur des Bullis.

<sup>8</sup> *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 77. Aufl. 2018, § 212 Rn. 2.

<sup>9</sup> *Ellenberger* (Fn. 8), § 212 Rn. 4.

<sup>10</sup> *Ellenberger* (Fn. 8), § 212 Rn. 4.

<sup>11</sup> So *Faust*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 42. Ed., Stand: 1.2.2017, § 438 BGB Rn. 59; vgl. dazu auch *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 438 Rn. 41 m.w.N.

<sup>12</sup> *Pammler*, in: juris-Praxiskommentar zum BGB, 8. Aufl. 2017, Stand: 1.12.16, § 438 Rn. 78.

<sup>13</sup> So wohl *Westermann* (Fn. 11), § 438 Rn. 41 m.w.N.

<sup>14</sup> OLG Celle VuR 2006, 320; *Berger*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2015, § 438 Rn. 4.

<sup>15</sup> Eine gute Übersicht über die Problematik liefert *Auktor/Mönch*, NJW 2005, 1687.

<sup>16</sup> So auch *Pammler* (Fn. 12), § 438 Rn. 77, 78.

**Lösungsvorschlag zu Fall II****A. Anspruch des K gegen V auf Rückzahlung des Kaufpreises**

K könnte gegen V einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises aus §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB haben.

**I. Anspruch entstanden***1. Rücktrittserklärung, § 349 BGB*

K hat den Rücktritt am 15.7.2017 erklärt.

*2. Rücktrittgrund**a) Kaufvertrag*

K und V haben im März 2017 einen Kaufvertrag über einen Bus zum Preis von 15.000 € geschlossen.

*b) Sachmangel bei Gefahrübergang*

Der Bulli müsste im Zeitpunkt des Gefahrübergangs einen Sachmangel gem. § 434 BGB aufweisen. Ein solcher Mangel könnte in der Funktionsstörung des Dachaufbaus liegen, das sich nicht mehr öffnen lässt.

*aa) § 434 Abs. 1 S. 1 BGB*

Möglich ist zunächst ein Abweichen von der vereinbarten Beschaffenheit gem. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB, was eine Beschaffenheitsvereinbarung voraussetzt. Mangels Vorliegen einer ausdrücklichen Vereinbarung, käme nur eine konkludente Vereinbarung zwischen V und K in Betracht. Jedoch fehlen im konkreten Fall dafür ausreichende Anhaltspunkte.

*Hinweis:* Denken ließe sich hier an den Umstand, dass K das Fahrzeug als Campingwagen nutzen will. Dieser Aspekt ließe sich aber wohl allenfalls unter § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB subsumieren. Es sollte jedoch weder vor schnell ohne jede Begründung eine Beschaffenheitsvereinbarung oder eine Verwendungszweckabrede angenommen werden, noch direkt auf § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB „gesprungen“ werden.

*bb) § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB*

K und V könnten jedoch eine Verwendungszweckabrede nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB getroffen haben, nach der sich der Bulli als Campingwagen nutzen lassen muss, was wegen des defekten Dachs nicht der Fall ist, sodass die Kaufsache aus diesem Grund mangelhaft sein könnte. Ausdrücklich wurde dahingehend aber keine Vereinbarung getroffen, wodurch erneut allenfalls auf eine konkludente Vereinbarung abgestellt werden kann. Hier ist jedoch bereits zweifelhaft, ob V über den von K beabsichtigten Einsatzzweck Bescheid wusste. Dafür könnte zwar bereits die Kaufentscheidung des K für ein Modell mit dem in Rede stehenden Dachaufbau sprechen. Ob das aber bereits für die Annahme einer Verwendungszweckabrede ausreicht, erscheint jedoch zweifelhaft. Letztlich kann es dahinstehen, ob eine Verwendungszweckabrede vorliegt, wenn die Sache aus einem anderen Grund mangelhaft ist.

*cc) § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB*

Hier kommt ein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB in Betracht. Danach liegt ein Sachmangel vor, wenn die Sache nicht der Beschaffenheit entspricht, die bei Sachen gleicher Art üblich ist und die der Käufer auch erwarten durfte oder wenn sie sich nicht zur gewöhnlichen Verwendung eignet. Der gekaufte Bulli ist eine gebrauchte Sache, trotzdem ist es bei gebrauchten Fahrzeugen nicht üblich, dass ganze Baugruppen nicht funktionieren. So hätte K zwar mit gewissen Abnutzungen oder einer gewissen Schwergängigkeit des Dachaufbaus rechnen müssen, aber nicht mit einem gänzlichen Ausbleiben der Funktionsfähigkeit. Zudem ist die gewöhnliche Verwendungsmöglichkeit eines Campingwagens unter anderem auch das Verbringen der Nächte in dem Fahrzeug, was hier aufgrund des defekten Dachs ebenfalls nicht möglich ist.

Damit liegt jedenfalls ein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB vor.

*Hinweis:* Die Annahme einer (konkludenten) Verwendungszweckabrede nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB erscheint bei lebensnaher Auslegung des Sachverhalts und in Anbetracht des speziellen Fahrzeugs (VW Bulli mit Dachaufbau zu Schlafzwecken) ebenfalls vertretbar, sodass es nicht so sehr auf die entsprechende Norm ankommt, sondern auf die Begründung des Sachmangels.

*dd) Gefahrübergang*

Dieser Mangel müsste auch schon im Zeitpunkt des Gefahrübergangs, hier nach § 446 S. 1 BGB im Zeitpunkt der Übergabe im März 2017, vorgelegen haben.

Vorliegend besteht zwar die Möglichkeit, dass die Dachkonstruktion zu diesem Zeitpunkt bereits mangelhaft war. Möglich ist aber auch, dass K selbst durch unsachgemäßes Öffnen den Defekt verursacht hat. Eine (widerlegliche) Vermutung zugunsten der ersten Möglichkeit und damit zugunsten eines Mangels der bereits bei Gefahrübergang vorgelegen hat, könnte sich hier in Abweichung von den allgemeinen Beweislastgrundsätzen, nach denen Käufer K das Vorhandensein des Mangels zum maßgeblichen Zeitpunkt zu beweisen hätte, aus § 476 a.F. BGB (§ 477 n.F. BGB) ergeben. Danach wird im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs zugunsten des Verbrauchers vermutet, dass ein innerhalb von 6 Monaten auftretender Mangel, bereits bei Gefahrübergang vorgelegen hat.

*(1) Verbrauchsgüterkauf, § 474 Abs. 1 BGB*

K handelt bei Abschluss des Kaufvertrages über den zweiten Bulli gerade nicht in Ausübung seiner selbstständigen beruflichen Tätigkeit. Stattdessen erwirbt er den Bulli für private Campingzwecke und damit als Verbraucher nach § 13 BGB. V hingegen hat sein Hobby zwischenzeitlich zu seinem Beruf gemacht und verkauft den Bulli diesmal in Ausübung seiner selbstständigen beruflichen Tätigkeit, d.h. als Unternehmer nach § 14 BGB. Da es sich bei dem Bus auch um eine bewegliche Sache handelt, ist der zwischen K und V geschlossene Vertrag ein Verbrauchsgüterkauf.

*(2) Mangel innerhalb von 6 Monaten*

Der Mangel zeigte sich im Juni 2017 und damit innerhalb von 6 Monaten nach Gefahrübergang/Übergabe.

*(3) Kein Ausschluss der Vermutung*

Die Vermutung ist auch nicht mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar.

*(4) Reichweite der Vermutung*

Fraglich ist jedoch, ob die Vermutung des § 476 a.F. BGB (§ 477 n.F. BGB) den konkreten Mangel auch erfasst. Im konkreten Fall kann nicht nachgewiesen werden, ob schon Anfang März im Zeitpunkt der Übergabe ein Grunddefekt an einer hydraulischen Feder vorlag, der sich nun erst auswirkt, oder ob K das Aufstelldach durch zwischenzeitlich mehrfach erfolgter, ggf. unsachgemäßer Bedienung an der Mechanik, beschädigt hat. Da das Dach nach Übergabe des Fahrzeugs an K zunächst noch von ihm bedient werden konnte, war es bei Übergabe jedenfalls noch funktionsfähig und die Vermutung wäre – sofern sie nur in zeitlicher Hinsicht gelten sollte – widerlegt. Sie könnte jedoch ebenso dahingehend zu verstehen sein, dass sie auch einen evtl. bei Übergabe vorhandenen Grundmangel, welcher hier zum Funktionsausfall der Dachaufstellung geführt haben könnte, erfasst.

*Hinweis:* Gefordert ist von den Bearbeiter/-innen an dieser Stelle ein Aufgreifen des im Sachverhalt angedeuteten Problems, dass nicht mehr festzustellen ist, ob der Mangel aufgrund eines Bedienungsfehlers des K oder aufgrund eines schon bei Übergabe angelegten Defekts zurückzuführen ist. Inzwischen hatte auch der BGH anerkannt, dass die Vermutung des § 476 BGB a.F. (§ 477 BGB n.F.) nach richtlinienkonformer Auslegung (vgl. zur Auslegung von Art. 5 Abs. 3 der RL 1999/44/EG, auf welchem die Norm beruht, EuGH NJW 2015, 2237 [Faber]) nicht nur in zeitlicher Hinsicht zu verstehen ist und hat seine bisherige Rechtsprechung aufgegeben.<sup>17</sup> Die Streitdarstellung darf daher entsprechend kurz ausfallen.

Nach richtigem Verständnis gilt die Vermutung des § 476 a.F. BGB (§ 477 n.F. BGB) daher auch hinsichtlich eines evtl. bei Übergabe schon vorhandenen Grundmangels.

*(5) Zwischenergebnis*

Damit besteht eine gesetzliche Vermutung dahingehend, dass der Mangel schon bei Gefahrübergang vorgelegen hat.

*ee) Zwischenergebnis*

Der Bus war damit schon bei Gefahrübergang mangelhaft.

*c) Kein Ausschluss des Gewährleistungsrecht*

Das Gewährleistungsrecht ist weder vertraglich noch gesetzlich ausgeschlossen.

*d) Fristsetzung/Entbehrlichkeit der Fristsetzung*

K hat V keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt. Auch war diese Fristsetzung nicht nach § 323 Abs. 2 BGB entbehrlich. Jedoch hat V bereits zwei Mal vergeblich versucht, das Dach zu reparieren, sodass die Nachbesserung nach § 440 S. 2 BGB als fehlgeschlagen gilt und K gem. § 440 S. 1 Alt. 2 BGB ohne Fristsetzung vom Vertrag zurücktreten kann.

*e) Zwischenergebnis*

Ein Rücktrittgrund besteht.

*3. Kein Ausschluss*

Der Rücktritt ist nicht nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ausgeschlossen. Mangels anderweitiger Angaben ist nicht davon auszugehen, dass es sich bei dem defekten Dach um einen nur unerheblichen Mangel handelt. § 323 Abs. 6 BGB kommt nicht in Betracht.

*4. Zwischenergebnis*

Der Anspruch des K auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 15.000 € ist entstanden.

**II. Anspruch erloschen?**

Der Anspruch könnte aber in Höhe von 6.000 € durch Aufrechnung gem. § 389 BGB erloschen sein.

*1. Aufrechnungserklärung*

V macht Wertersatz gegenüber K geltend und meint diese seien mit dem Kaufpreisrückzahlungsanspruch des K zu verrechnen. Hierin ist die Aufrechnungserklärung des V zu sehen.

*2. Aufrechnungslage**a) Gegenseitige Forderungen**aa) Forderung K gegen V*

K hat einen Anspruch auf Kaufpreisrückzahlung gegenüber V in Höhe von 15.000 € (siehe oben).

*bb) Forderung V gegen K*

V könnte gegen K einen Anspruch auf Wertersatz für die Beschädigung des Bullis bei dem Unfall (5.000 €) sowie für die durch die allgemeine Nutzung eingetretene Wertminderung (1.000 €) aus § 346 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 BGB haben.

*Hinweis:* Zu beachten gilt es, dass es dem V nur um die durch die Nutzung seitens des K eingetretene Verschlechterung, nicht um einen ebenfalls von § 346 Abs. 1 und 2 erfassten Nutzungersatz geht.

*(1) Rückgewährschuldverhältnis*

Durch den wirksamen Rücktritt des K hat sich der ursprünglich zwischen K und V geschlossene Kaufvertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt.

<sup>17</sup> Vgl. BGH NJW 2017, 1093.

(2) Verschlechterung des zurück zu gewährenden Gegenstandes

(a) Durch den Unfall

Durch den Unfall ist an dem Bulli ein Schaden in Höhe von 5.000 € eingetreten. Dies stellt eine nachteilige Veränderung der Sachsubstanz dar, sodass es sich um eine Verschlechterung handelt.<sup>18</sup>

Fraglich ist jedoch, wie sich der Umstand auswirkt, dass es K grundsätzlich möglich wäre, die Beschädigung vor Rückgabe des Bullis wieder zu beseitigen.

(aa) Unmöglichkeit als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal

Sinn und Zweck des § 346 Abs. 2 BGB ist es, dem Rückgewährgläubiger einen Ersatzanspruch zur Seite zu stellen, wenn er die Sache nicht mehr in dem Zustand zurückerhält, in welchem er sie ursprünglich aus seinen Händen gegeben hatte.<sup>19</sup> Der dem BGB allgemein innewohnende Grundsatz des Vorrangs der Primärleistungspflicht führe daher dazu, dass der Ersatz nach § 346 Abs. 2 BGB nur geschuldet sei, wenn die Zurückgewährung der empfangenen Leistung nach § 346 Abs. 1 BGB gem. § 275 BGB unmöglich ist.<sup>20</sup>

(bb) Kein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal

Wäre die Unmöglichkeit für einen Wertersatzanspruch nach § 346 Abs. 2 Nr. 3 BGB Tatbestandsvoraussetzung, käme die Reparatur(-pflicht) einer Schadensersatzpflicht durch Naturalrestitution gleich, ohne dass das Verschulden des Rückgewährschuldners Berücksichtigung finden würde.<sup>21</sup> Auch widerspräche ein solches Verständnis von § 346 Abs. 2 BGB sowohl dem Wortlaut des Gesetzes als auch dem Willen des Gesetzgebers.<sup>22</sup> Ferner entstünde ein Widerspruch zur Schuldnerprivilegierung nach § 346 Abs. 3 Nr. 3 BGB, wenn eine der Wertersatzpflicht vorrangige Reparaturpflicht angenommen würde: Der Schuldner soll gerade dann keinen Wertersatz leisten müssen, wenn die Verschlechterung eingetreten ist, obwohl er die Sorgfalt beachtet hat, die er für gewöhnlich in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Müsste er die Sache, sofern möglich, grds. reparieren, würde man ihn um diese Privilegierung bringen.<sup>23</sup> Eine Pflicht zur Reparatur bestehe daher nicht.<sup>24</sup>

*Hinweis:* Die Diskussion hatte nach dem Urteil des BGH v. 10.10.2008 – V ZR 131/07 neuen Aufschwung erfahren. In der Entscheidung ging es um die Rückabwicklung eines Grundstückkaufvertrags, wobei das Grundstück zwischenzeitlich mit einer Grundschuld belastet worden war. Der BGH vertritt die Ansicht, dass eine Wertersatzpflicht nach § 346 Abs. 2 Nr. 2 BGB nur geschuldet sei, wenn die Beseitigung der Belastung unmöglich sei. Ob es das Tatbestandsmerkmal der Unmöglichkeit deswegen für alle Fälle des Wertersatzes nach § 346 Abs. 2 BGB geben muss, soll diskutiert werden. Damit sämtliche im Fall aufgeworfenen Probleme angesprochen werden können, bietet es sich an, die Annahme eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals für den Wertersatzanspruch nach § 346 Abs. 2 Nr. 3 BGB mit der h.M. abzulehnen. Andernfalls ist im Hilfsgutachten weiter zu prüfen.

(b) Wertersatz für durch die Nutzung eingetretene Wertminderung

Fraglich ist, ob der durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Busses an selbigem eingetretene Wertverlust eine Verschlechterung im Sinne des § 346 Abs. 2 Nr. 3 BGB darstellt.

Überwiegend wird vertreten, dass die Wertminderung durch Nutzung schon über den vorrangigen Nutzungersatz ausgeglichen werde und deswegen eine Verschlechterung nur gegeben sei, wenn es sich um eine über die übliche Abnutzung hinausgehende Substanzbeeinträchtigung handele.<sup>25</sup>

Nach anderer Ansicht, erfasse der Nutzungersatzanspruch nicht jede durch die Nutzung eingetretene Wertminderung, sodass die Wertminderung in Folge der bestimmungsgemäßen Nutzung eine Verschlechterung im Sinne des § 346 Abs. 2 Nr. 3 BGB darstelle.<sup>26</sup>

Diesen Wertersatzanspruch würde aber § 346 Abs. 2 Hs. 2 BGB nicht ausschließen. Danach bleiben zwar durch die bestimmungsgemäße *Ingebrauchnahme* verursachte Verschlechterungen außer Betracht, nicht jedoch solche, die durch den bestimmungsgemäßen *Gebrauch* eingetreten sind.<sup>27</sup> Nach der zuletzt genannten Ansicht droht damit unter Umständen eine Doppelkompensation des Rückgewährgläubigers, indem er die infolge des bestimmungsgemäßen Gebrauchs eingetretene Wertminderung sowohl über den Nutzungs- als auch über den Wertersatzanspruch ersetzt bekommt.

*Hinweis:* Hier ist letztlich vieles mit entsprechender Argumentation gut vertretbar: Neben einer vorrangigen Kompensation der durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch eingetretenen Verschlechterung über den Nutzungersatzanspruch, über einen dafür eigenen Wertersatzanspruch

<sup>18</sup> Gaier, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 346 Rn. 41; Grüneberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 77. Aufl. 2018, § 346 Rn. 9; Kaiser, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2012, § 346 Rn. 147.

<sup>19</sup> Gaier (Fn. 18), § 346 Rn. 35; Kaiser (Fn. 18), § 346 Rn. 134.

<sup>20</sup> Grüneberg (Fn. 18), § 346 Rn. 7; Stadler, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2015, § 346 Rn. 5a.

<sup>21</sup> BGH NJW 2009, 63 (65 m.w.N.).

<sup>22</sup> Kaiser (Fn. 18), § 346 Rn. 154.

<sup>23</sup> Faust, in: juris-Praxiskommentar zum BGB, Stand: 1.12.2016, § 346 Rn. 29; Röthel, in: Erman, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2017, § 346 Rn. 10 m.w.N.

<sup>24</sup> So ohne weitere Begründung auch Schmidt, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 42. Ed., Stand: 1.11.2016, § 346 Rn. 43; Gaier (Fn. 18), § 346 Rn. 41.

<sup>25</sup> Faust, JuS 2009, 481 (484); Röthel (Fn. 23), § 346 Rn. 12; Gaier (Fn. 18), § 346 Rn. 31; Looschelders, Schuldrecht AT, 15. Aufl. 2017, Rn. 817.

<sup>26</sup> Kaiser (Fn. 18), § 346 BGB Rn. 147; zumindest für den Teil der Wertminderung, der nicht von § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB erfasst wird Grüneberg (Fn. 18), § 346 Rn. 9.

<sup>27</sup> Grüneberg (Fn. 18), § 346 Rn. 9; A.A. Kaiser (Fn. 18), § 346 Rn. 180.

bis hin zu dessen Ausschluss nach § 346 Abs. 3 Nr. 3 BGB. Erforderlich ist aber jedenfalls die Auseinandersetzung mit der im Falle der Annahme eines eigenen, neben dem Nutzungsersatzanspruch stehenden Wertersatzanspruchs drohenden Doppelkompensation des Rückgewährgläubigers. Unter Heranziehung der Gesetzesbegründung<sup>28</sup> erscheint es vorzugswürdig, die durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch eingetretenen Verschlechterungen grds. über den Nutzungsersatzanspruch – welcher vorliegend jedoch nicht geltend gemacht wurde – zu ersetzen.

(c) *Zwischenergebnis*

An dem Bulli ist eine (berücksichtigungsfähige) Verschlechterung in Höhe von 5.000 € eingetreten.

(3) *Kein Ausschluss der Wertersatzpflicht*

Die Wertersatzpflicht des K könnte jedoch nach § 346 Abs. 3 Nr. 3 BGB ausgeschlossen sein. Der Rückgewährschuldner hat danach keinen Wertersatz zu leisten, wenn im Falle eines gesetzlichen Rücktrittsrechts die Verschlechterung bei ihm eingetreten ist, obwohl er diejenige Sorgfalt beobachtet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Ks Rücktritt erfolgte aufgrund eines gesetzlichen Rücktrittsrechts (siehe oben). Eine Verschlechterung an dem zurück zu gewährenden Bus ist dadurch eingetreten, dass er – wie er es immer macht – ein wenig zu schnell mit dem Bulli gefahren ist und aus diesem Grunde an einer Kreuzung mit einem vorfahrberechtigten Fahrzeug kollidiert ist. Die Verschlechterung ist damit eingetreten, obwohl K die Sorgfalt an den Tag gelegt hat, die er auch für gewöhnlich an den Tag zu legen pflegt, sodass der Wertersatzanspruch des V grds. ausgeschlossen wäre.

*Hinweis:* Sofern das Merkmal der eigenüblichen Sorgfalt als nicht gegeben angesehen werden sollte, sollten die Bearbeiter/-innen die Prüfung der Tatbestandsmerkmale des Ausschlussgrundes offen lassen und sich nur mit den Fragen der Anwendbarkeit des Ausschlussgrundes widmen.

(a) *Anwendbarkeit trotz Kenntnis der Rücktrittsvoraussetzungen?*

Der Ausschluss der Wertersatzpflicht könnte jedoch für die Fälle teleologisch zu reduzieren sein, in denen der Rücktrittsberechtigte um sein Rücktrittsrecht weiß. Schließlich ist ihm dann bewusst – jedenfalls wenn er den Rücktritt beabsichtigt – dass er die Sache zurückgeben muss, es also gerade nicht mehr „seine Sache“ bleiben wird. Dabei sei Sinn und Zweck des Ausschlusses – dadurch verdeutlicht, dass er auf gesetzliche Rücktrittsrechte beschränkt ist – den Rücktrittsberechtigten zu schützen, der gerade nichts von seinem Rücktrittsrecht weiß.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 193 und 196.

<sup>29</sup> Schwab, Jus 2002, 630 (635); Lorenz, NJW 2005, 1889 (1895).

Nach anderer Ansicht ist eine solche teleologische Reduktion nicht geboten. Der Rücktrittsberechtigte müsse die Sache bis zur Rückabwicklung weiterhin wie seine eigene nutzen können.<sup>30</sup>

Eine dritte Ansicht hält eine teleologische Reduktion der Norm ebenfalls für unzulässig, jedoch mit anderer Begründung. In Anbetracht der Existenz von § 346 Abs. 4 BGB und dem Verweis auf §§ 280 ff. BGB bestehe offensichtlich kein Bedürfnis für eine teleologische Reduktion der Norm. Mit der (zutreffenden) Annahme, dass der Rücktrittsberechtigte bereits vor Ausübung des Rücktrittsrechts in eine Pflichtenstellung einrücke, sei davon auszugehen, dass der Berechtigte ab Kenntnis vom Rücktrittsgrund fremdes Vermögen verwalte und die Schadensersatzregelungen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts über die Verweisung in § 346 Abs. 4 BGB vorrangig seien. Der Ausschlussbestand sei ab Kenntnis des Rücktrittsgrundes nicht mehr anwendbar.<sup>31</sup>

*Hinweis:* Erforderlich ist eine kurze Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Privilegierung auch im Falle der Kenntnis des Rücktrittsgrundes gelten kann. Vertretbar sind alle drei Ansichten. Um sämtliche in der Hausarbeit aufgeworfenen Probleme bearbeiten zu können, bietet es sich jedoch an, eine teleologische Reduktion abzulehnen und den Anwendungsbereich des Ausschlussbestandes insoweit als eröffnet zu betrachten. Alternativ kann die Prüfungsreihenfolge auch derart gewählt werden, dass zunächst geprüft wird, ob die Voraussetzungen der Haftungsprivilegierung mit Blick auf die Anwendbarkeit im Straßenverkehr überhaupt vorliegen und erst im Anschluss der Frage nach einer teleologischen Reduktion aufgeworfen wird.

(b) *Anwendbarkeit im Straßenverkehr?*

Ferner ist fraglich, ob die Privilegierung des Rückgewährschuldners auch dann Anwendung finden kann, wenn die Sache im Straßenverkehr beschädigt wurde. Der BGH<sup>32</sup> lehnte in einem Fall, in dem ein Geschädigter und sein Schädiger gemeinsam am Straßenverkehr teilgenommen haben und die Schädigung im Straßenverkehr stattgefunden hat, die Anwendbarkeit der für den Fall grds. einschlägige Haftungsbeschränkung auf die eigenübliche Sorgfalt (§ 277 BGB) beim Schädiger ab. Aus Gründen des Allgemeininteresses sei es nicht gerechtfertigt, dass persönlichen Eigenarten des Fahrers Rechnung getragen werde. Es stellt sich jedoch die Frage, ob sich hieraus ein genereller Ausschluss für die Anwendbarkeit des § 277 BGB im Straßenverkehr ableiten lässt.

<sup>30</sup> Grüneberg (Fn. 18), § 346 Rn. 13b m.w.N.

<sup>31</sup> Gaier (Fn. 18), § 346 Rn. 31; Schmidt (Fn. 24), § 346 Rn. 53.

<sup>32</sup> BGH NJW 1967, 558. In dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt ging es nicht um eine Haftungsbeschränkung im Rahmen der Wertersatzpflicht im Rückgewährschuldverhältnis, vielmehr machte der Kläger (Beifahrer) Schadensersatzansprüche gegen den Fahrer und Schädiger geltend, der sich jedoch auf die Haftungsprivilegierung nach § 708 BGB berufen wollte.

K könnte sich vorliegend dann nicht auf den Wertersatz-ausschluss berufen. Hierfür spreche, dass es keinen Anlass gebe den Käufer vor Wertersatz für Verschlechterungen zu schützen, soweit ihm der schädigende, sorglose Umgang mit der Sache verboten sei. Er wisse, dass er sich zum Schutze der übrigen Verkehrsteilnehmer keine eigene Nachlässigkeit erlauben darf, und verdiene daher keine Haftungsmilderung.<sup>33</sup>

Dagegen spreche jedoch, dass der Straßenverkehr in keinem Zusammenhang mit dem Ausgleich der Interessen der Parteien im Rückgewährschuldverhältnis stehe.<sup>34</sup> Eine einschränkende Auslegung der Haftungsprivilegierung sei wegen des fehlenden Bezugs zu den Rahmenbedingungen, die die Teilnahme am Straßenverkehr steuern, nicht geboten.<sup>35</sup>

*Hinweis:* Mit einer nachvollziehbaren Argumentation kann man sich hier für oder gegen eine Einschränkung der Haftungsprivilegierung entscheiden. I.E. ist es damit möglich, sich auf mehrere Weisen gegen eine Haftungsmilderung und damit für einen Anspruch des V gegen K auf Wertersatz auszusprechen oder aber die Haftungsprivilegierung bestehen zu lassen und einen Wertersatzanspruch abzulehnen. Für die weitere Lösung wird im Folgenden von einer Haftungsprivilegierung des K ausgegangen.

*(4) Zwischenergebnis*

V hat gegen K daher keinen Anspruch auf Wertersatz.

*cc) Zwischenergebnis*

Damit bestehen keine gegenseitigen Forderungen.

*b) Zwischenergebnis*

Eine Aufrechnungslage besteht folglich nicht.

*3. Zwischenergebnis*

Der Anspruch des H ist nicht durch Aufrechnung erloschen.

**III. Anspruch durchsetzbar**

Der Anspruch des K auf Rückzahlung des Restkaufpreises besteht Zug um Zug gegen Rückgabe des Bullis, §§ 348, 320 BGB.

**IV. Ergebnis**

K hat einen Anspruch auf Rückzahlung des vollen Kaufpreises, Zug um Zug gegen Rückgabe des Bullis.

---

<sup>33</sup> Gsell, Anm. zu BGH NJW 2008, 911 (913).

<sup>34</sup> Gaier (Fn. 18), § 346 Rn. 56.

<sup>35</sup> Looschelders (Fn. 25), Rn. 825; OLG Karlsruhe NJW 2008, 925 (927).