

# Hausarbeit: Wasserschaden

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Jonas Brinkmann, Wiss. Mitarbeiterin Julia Pielsticker, Bielefeld\*

*Der vorliegende Übungsfall wurde im Wintersemester 2021/2022 als Hausarbeit im Rahmen des Grundkurses Schuldrecht Allgemeiner Teil und vertragliche Schuldverhältnisse an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld gestellt. Im Mittelpunkt stehen der Rücktritt, die Nacherfüllung und damit einhergehende Fragen zur Setzung einer angemessenen Frist. Die Lösung ist in unterschiedliche Richtungen offen und erfordert eine Argumentation am konkreten Fall.*

## Sachverhalt

Um zukünftig Übernachtungskosten zu sparen, will sich der belgische Bauschlosser Bernard Bonaparte (B) einen Wohnwagen anschaffen, in dem seine Angestellten auf Baustellen in ganz Europa übernachten sollen. Bei der Wohnwagenhändlerin Antonia Althoff aus Aachen (A) findet B ein geeignetes Exemplar. Nachdem B den gebrauchten Wohnwagen besichtigt hat, schließen A und B am 3.1.2022 in Aachen einen Kaufvertrag über den Wohnwagen zum Preis von 5.000 €. Da A den Wohnwagen noch ein wenig aufbereiten muss, wird im Kaufvertrag vereinbart, dass B den Wohnwagen eine Woche später bei A abholen soll. Die Aufbereitungsarbeiten gehen jedoch schneller als gedacht und weil A den Wohnwagen „vom Hof haben will“, bringt sie ihn am 7.1.2022 persönlich zu B nach Belgien.

Dessen Freude über den Kauf währt allerdings nicht lange. Schon bei dem ersten Regenschauer muss B feststellen, dass das Dach des Wagens – was vorher nicht erkennbar war – undicht ist und es an mehreren Stellen hineinregnet. Kurzentschlossen fährt B noch am selben Tag, Sonntag, dem 16.1.2022, zu A, stellt ihr den Wohnwagen auf den Hof und hinterlässt ein Schreiben, in dem er die Beseitigung des Mangels bis zum Mittwoch, dem 19.1.2022, verlangt. Am 2.2.2022 meldet sich A telefonisch bei B – der unterdessen beruflich stark eingebunden war und sich daher nicht weiter um den Wohnwagen kümmern konnte – und teilt ihm mit, dass sie den Wohnwagen soeben untersucht habe und die Mängelbeseitigung sehr aufwendig sei. Für eine solche Reparatur müsse man (was zutrifft) – selbst wenn man schnell arbeite – 14 Tage einplanen. Da ihre Werkstatt gerade stark ausgelastet sei, werde sie die Reparatur wohl nicht vor dem 16.2.2022 beginnen und demnach erst am 2.3.2022 im Laufe des Tages abschließen können. B weist darauf hin, dass er den Wohnwagen wirklich dringend benötigt, ist aber zähneknirschend damit einverstanden, bis zum 3.3.2022 zu warten.

Da sich der Wohnwagen zwischenzeitlich als unverzichtbar auf den Baustellen herausstellt, möchte B sich dann aber doch lieber kurzfristig anderweitig Ersatz besorgen. Er erklärt daher am 18.2.2022 gegenüber A den Rücktritt vom Kauf-

vertrag und verlangt den Kaufpreis sowie die Kosten für den Transport des Wohnwagens zu A heraus. A erwidert, B könne nicht zurücktreten, er habe schließlich nie eine wirksame Frist gesetzt und darüber hinaus müsse er ihr schon auch die vereinbarte Zeit für die Reparatur lassen. Zudem könne B die Kosten für den Transport nicht ersetzt verlangen, weil er ihr zunächst hätte anbieten müssen, dass sie den Wohnwagen aus Belgien abholt.

## Frage 1

Kann B von A die Rückzahlung des Kaufpreises und Ersatz der Kosten für den Transport zu A verlangen?

### 1. Abwandlung

Zunächst wie im Ausgangsfall, allerdings hat A den Wohnwagen bereits am 28.1.22 untersucht, den B aber gleichwohl erst am 2.2.2022 telefonisch erreichen können, um das im Ausgangsfall beschriebene Telefonat mit ihm zu führen. Zudem schafft A es bereits zum 16.2.2022, die Reparatur des Wohnwagens abzuschließen. Nachdem B den Wohnwagen bei A abgeholt hat, muss er jedoch feststellen, dass der Wohnwagen noch immer undicht ist. B ist entnervt. Er meldet sich umgehend bei A und erklärt wegen des weiterhin bestehenden Mangels den Rücktritt vom Kaufvertrag. A wendet ein, dass B den Vertrag erst auflösen könne, wenn sie es nicht schaffe, den Fehler bis zum 3.3.2022 zu beheben. B müsse ihr den Wohnwagen deshalb erneut bringen. B entgegnet, dass er gar nichts müsse – schließlich sei er ihr bereits sehr entgegengekommen: Obwohl er es nach Ablauf einer angemessenen Zeit gekonnt hätte, sei er nicht schon zum 31.1.2022 vom Vertrag zurückgetreten, sondern habe A noch mehr Zeit zur Reparatur gegeben. Dass A diese nicht genutzt habe, sei ihr Problem. A meint, dass B mitnichten im Januar hätte zurücktreten können, da sie schließlich den Wohnwagen innerhalb der Frist untersucht und somit mit der Erfüllung begonnen habe, was ausreichend gewesen sei. Zudem habe B ihr seinerzeit eine Frist zur Reparatur und nicht eine bestimmte Anzahl an Reparaturversuchen zugestanden. B entgegnet, dass A mit der Rückgabe des Wohnwagens am 16.2.2022 zu verstehen gegeben habe, dass sie nun mit der Reparatur fertig sei. A wendet ein, ihr stünden ohnehin stets zwei Reparaturversuche zu.

## Frage 2

Kann B von A die Rückzahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen die Herausgabe des Wohnwagens verlangen?

### 2. Abwandlung

Zunächst wie im Ausgangsfall, allerdings hat A den Wohnwagen wiederum bereits am 28.1.2022 untersucht, am 2.2.2022 mit B telefoniert und die Reparatur am 16.2.2022 abgeschlossen. Nachdem B den Wohnwagen bei A abgeholt hat, stellt er fest, dass der Wohnwagen nach der Reparatur durch A zwar dicht ist, an der Decke des Wohnwagens allerdings bei genauem Hinsehen deutliche Spuren der Reparaturarbeiten

---

\* Dr. Jonas Brinkmann ist Habilitand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Markus Artz an der Universität Bielefeld. Julia Pielsticker ist Wiss. Mitarbeiterin an diesem Lehrstuhl.

zu erkennen sind, die sich nicht mehr beseitigen lassen. Daraufhin erklärt B gegenüber A den Rücktritt vom Kaufvertrag.

### Frage 3

Kann B von A die Rückzahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen die Herausgabe des Wohnwagens verlangen?

### Bearbeitungshinweise

Beantworten Sie die aufgeworfenen Fragen in einem umfassenden Rechtsgutachten. Gehen Sie davon aus, dass deutsches Recht auf den Fall Anwendung findet. Es ist die seit dem 1.1.2022 geltende Rechtslage zugrunde zu legen.

### Lösungsvorschlag

#### Frage 1

#### A. Anspruch auf Herausgabe des Kaufpreises aus § 346 BGB i.V.m. §§ 323, 437 Nr. 2 BGB

B könnte einen Anspruch auf Herausgabe des Kaufpreises aus § 346 BGB i.V.m. §§ 323, 437 Nr. 2 BGB gegenüber A haben. Nach § 346 BGB kann im Falle des wirksamen Rücktritts die jeweils empfangene Leistung vom Vertragspartner herausverlangt werden. Dies setzt indes voraus, dass ein Rücktrittsgrund besteht und der Rücktritt ordnungsgemäß erklärt wurde.

#### I. Rücktrittserklärung

Gem. § 349 BGB handelt es sich bei der Rücktrittserklärung um eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Am 18.2.2022 erklärte B gegenüber A den Rücktritt und verlangte den Kaufpreis heraus. Somit liegt eine Rücktrittserklärung vor.

#### II. Rücktrittsgrund

Als Rücktrittsgrund kommt hier ein Rücktritt wegen einer mangelhaften Leistung nach § 437 Nr. 2 BGB i.V.m. § 323 BGB in Betracht.

##### 1. Kaufvertrag

Dafür müsste zunächst ein Kaufvertrag i.S.d. § 433 BGB vorliegen. A und B haben sich am 3.1.2022 über den Kauf eines gebrauchten Wohnmobils über 5.000 € geeinigt. Ein Kaufvertrag liegt somit vor.

##### 2. Mangel bei Gefahrübergang

Ferner müsste auch ein Mangel der Kaufsache bei Gefahrübergang vorgelegen haben. Hier könnte ein Sachmangel i.S.d. § 434 BGB vorliegen. Ein Sachmangel liegt vor, wenn die Ist-Beschaffenheit negativ von der Soll-Beschaffenheit abweicht. In Betracht kommt zunächst ein subjektiver Mangel gem. § 434 Abs. 2 BGB. Dies wäre etwa der Fall, wenn die Sache nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweist oder sich nicht zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung eignet. Eine ausdrückliche Vereinbarung dahingehend, dass es nicht in den Wohnwagen hineinregnen darf, oder, dass der Wohnwagen etwa vor Regen geschütztem Übernachten dienen soll, haben A und B nicht getroffen. Dies könnte jedoch konkludent zwischen den Parteien vereinbart worden sein, da diese

Beschaffenheit bzw. Verwendung normal sind und deshalb als in der Erklärung der Parteien enthalten angesehen werden könnten. Zwar ist eine Beschaffenheitsvereinbarung ebenso wie die Festlegung einer vertraglich vorausgesetzten Verwendung auch konkludent möglich.<sup>1</sup> Allerdings wird man nicht ohne Weiteres annehmen können, dass die Parteien konkludent vereinbart haben, dass die Sache den normalen Anforderungen entsprechen müsse, da andernfalls die Vorschriften zum objektiven Mangelbegriff ihrer Bedeutung beraubt würden.<sup>2</sup> Vor diesem Hintergrund wird man – jedenfalls mit Blick auf konkludente Vereinbarungen – annehmen müssen, dass diese eine besondere, von der üblichen Beschaffenheit bzw. gewöhnlichen Verwendung abweichende Beschaffenheit bzw. Verwendung voraussetzen. Mangels Vereinbarung einer solchen besonderen Beschaffenheit bzw. einer besonderen vertraglich vorausgesetzten Verwendung, liegt ein subjektiver Mangel i.S.d. § 434 Abs. 2 BGB demnach hier nicht vor.

Jedoch könnte ein objektiver Mangel i.S.d. § 434 Abs. 3 BGB vorliegen. Ein undichter Wohnwagen eignet sich weder zur gewöhnlichen Verwendung i.S.d. § 434 Abs. 3 Nr. 1 BGB, nämlich der Übernachtung mit Schutz vor äußeren Umwelteinflüssen, noch weist er die Beschaffenheit auf, die bei Sachen derselben Art üblich sind und die der Käufer erwarten kann (§ 434 Abs. 3 Nr. 2 BGB). Somit entspricht der Wohnwagen nicht den objektiven Anforderungen gem. § 434 Abs. 3 BGB. Mithin liegt ein Sachmangel i.S.d. § 434 BGB vor.

*Bearbeitungsvermerk:* Es ließe sich durchaus vertreten, dass der Schutz vor äußeren Umwelteinflüssen auch zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung bei Kauf eines Wohnwagens gehört, sodass die Bejahung eines subjektiven Mangels hier nicht völlig abwegig ist. Es genügt jedenfalls, wenn die Bearbeiter nachvollziehbar begründen, dass ein Sachmangel vorliegt.

Dieser Mangel müsste auch bereits bei Gefahrübergang vorgelegen haben. Grundsätzlich bestimmt sich der Zeitpunkt des Gefahrübergangs im Kaufrecht nach § 446 S. 1 BGB. Demnach geht die Gefahr mit der Übergabe der gekauften Sache auf den Verkäufer über. Die Übergabe des Wohnwagens erfolgte am 7.1.2022. Zu diesem Zeitpunkt war der Wohnwagen bereits undicht, sodass ein Sachmangel bei Gefahrübergang vorliegt.

*Bearbeitungsvermerk:* Der Sachverhalt enthält keine ausreichenden Angaben zur Beurteilung der Frage, ob A und B Kaufleute i.S.d. §§ 1 ff. HGB sind, sodass er offensichtlich nicht darauf angelegt ist, zu überprüfen, ob die Mängelgewährleistungsrechte des B gegen A nach § 377 HGB ausgeschlossen sind. Selbst wenn man allerdings von einer Kaufmannseigenschaft der beiden ausgehen würde (sodass die Voraussetzung des beidseitigen Handelskaufs vorliegend erfüllt wären), würde der Wohnwagen gleichwohl

<sup>1</sup> Staudinger/Artz, Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte, 2022, Rn. 39.

<sup>2</sup> Faust, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.1.2022, § 433 Rn. 41.

nicht als genehmigt i.S.d. § 377 Abs. 2 oder Abs. 3 HGB gelten. Denn bei Ablieferung war laut Sachverhalt nicht erkennbar, dass der Wohnwagen undicht war, sodass § 377 Abs. 2 HGB nicht einschlägig ist. Mit Blick auf den erst nachträglich erkennbaren Mangel ist B zudem auch seiner Rügeobliegenheit nach § 377 Abs. 3 HGB nachgekommen, sodass der Mangel auch insoweit nicht als genehmigt gilt.

### 3. Erfolgloser Ablauf einer angemessenen gesetzten Frist

Nach § 323 Abs. 1 BGB setzt der Rücktritt wegen nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung grundsätzlich voraus, dass der Gläubiger dem Schuldner eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat und diese erfolglos abgelaufen ist.

#### a) Erfolgloser Ablauf der ursprünglich gesetzten Frist

B müsste A erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt haben. Unter Fristsetzung versteht man eine unmissverständliche Leistungsaufforderung unter Bezeichnung eines bestimmten Datums oder einer Zeitspanne.<sup>3</sup> Ursprünglich hat B von A am 16.1.2022 eine Beseitigung des Mangels bis zum 19.1.2022 gefordert. Damit hat B die A unmissverständlich und unter Bezeichnung eines bestimmten Datums zur Leistung – mithin zur Reparatur des Wohnwagens – aufgefordert. Fraglich ist allerdings, ob es sich bei dieser Frist von nur drei Tagen um eine angemessene Frist i.S.d. § 323 Abs. 1 BGB handelt. Um angemessen zu sein, ist erforderlich, dass die Frist so bemessen ist, dass der Verkäufer die Nacherfüllung bewirken kann.<sup>4</sup> A dürfte es auch unter Berücksichtigung, dass vom Schuldner durchaus größere Anstrengungen und schnelleres Handeln erwartet werden können,<sup>5</sup> nicht möglich gewesen sein, den Wohnwagen innerhalb von drei Tagen zu reparieren. Damit war die Frist nicht angemessen, sondern zu kurz. Ist eine gesetzte Frist unangemessen kurz, so ist allerdings nicht die Fristsetzung insgesamt unwirksam, sondern es wird vielmehr eine angemessene Frist in Gang gesetzt.<sup>6</sup> Es ist davon auszugehen, dass für die Reparatur eine Frist von 14 Tagen angemessen ist. Die Berechnung der Frist richtet sich nach den §§ 186 ff. BGB. Nach § 187 Abs. 1 BGB ist der Tag der Fristsetzung – mithin ein Ereignis, das für den Beginn der Frist maßgebend ist – nicht mitzuzählen. Bei der Frist handelt es sich um eine nach Tagen bestimmte Frist, sodass das Fristende gem. § 188 Abs. 1 BGB mit dem Ablauf des letzten Tages der Frist, also mit Ablauf des 30.1.2022 erfolgt. Zu diesem Zeitpunkt hatte A den Wohnwagen noch nicht repariert. Vielmehr hatte A den Wohnwagen erst nach Ablauf der Frist, nämlich am 2.2.2022 überhaupt untersucht. Somit ist die Frist erfolglos abgelaufen und B ab dem 31.1.2022 grundsätzlich zum Rücktritt berechtigt.

#### b) Ausschluss des Rücktritts wegen der Vereinbarung vom 31.1.2022

Nach Ablauf der Frist, nämlich am 2.2.2022, hat A dem B angeboten, dass sie die Reparatur bis zum 2.3.2022 vornimmt. B hat sich damit einverstanden erklärt. Fraglich ist, ob dies einem wirksamen Rücktritt am 18.2.2022 entgegensteht. Es ließe sich auch argumentieren, dass die ursprüngliche Frist zwar mit Ablauf des 31.1.2022 erfolglos abgelaufen ist, dem B allerdings wegen der Vereinbarung die Berufung darauf verwehrt ist. Nach dem Grundsatz *venire contra factum proprium* aus § 242 BGB darf man sich nicht in Widerspruch zu seinem eigenen vorherigen Verhalten setzen.<sup>7</sup> Da B dem Vorschlag der A am 2.2.2022 zugestimmt hat, würde er sich in einen solchen Widerspruch setzen, wenn er den Rücktritt vor Ablauf des 2.3.2022 erklärt. Fraglich ist allerdings, welche dogmatische Wirkung dies hätte. Teilweise wird davon ausgegangen, dass das ursprüngliche Rücktrittsrecht wegen § 242 BGB erlöschen würde.<sup>8</sup> Andererseits könnte es sich auch um eine bloß dilatorische Einrede handeln, sodass das ursprüngliche Rücktrittsrecht nur bis zum Ablauf der vereinbarten Frist gesperrt wäre. So scheint es der BGH in einem entsprechenden Fall zu sehen, der davon ausgeht, dass dem Gläubiger der Rücktritt bis zum Ablauf der neuen Frist nach § 242 BGB verwehrt ist.<sup>9</sup> Nach beiden Meinungen wäre ein wirksamer Rücktritt hier jedenfalls vor Ablauf der neuen Frist nicht möglich, mithin ist ein Streitentscheid obsolet. Gründe aus denen die Fristsetzung gem. § 323 Abs. 2 Nrn. 1–3 BGB oder § 440 BGB ausnahmsweise entbehrlich ist, sind nicht ersichtlich. Die Rücktrittserklärung des B vom 18.2.2022 ist somit unwirksam.

### 4. Zwischenergebnis

B ist nicht wirksam i.S.d. § 346 BGB vom Kaufvertrag zurückgetreten.

## III. Ergebnis

Es besteht kein Rücktrittsgrund und daher kein wirksamer Rücktritt. B kann somit nicht von A die Herausgabe des Kaufpreises gem. § 346 BGB i.V.m. §§ 323, 437 Nr. 2 BGB verlangen.

### B. Anspruch auf Ersatz der Transportkosten aus § 439 Abs. 2 BGB

*Bearbeitungsvermerk:* Für Studierende, die den Anspruch auf Rücktritt bejahen, wären als Anspruchsgrundlage für die Transportkosten rücktrittsrechtliche Regelungen einschlägig, wohl in Verbindung mit der Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 677 ff. BGB.

Allerdings könnte B den Ersatz der Transportkosten aus § 439 Abs. 2 BGB verlangen.

<sup>3</sup> Looschelders, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 18. Aufl. 2020, § 27 Rn. 11.

<sup>4</sup> Looschelders (Fn. 3), § 27 Rn. 14 ff.

<sup>5</sup> Fries/Schulze, in: Schulze u.a., Handkommentar zum BGB, 11. Aufl. 2021, § 323 Rn. 5.

<sup>6</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 138 re. Sp.

<sup>7</sup> Looschelders (Fn. 3), § 4 Rn. 26 f.

<sup>8</sup> Schwab, JuS 2021, 689 (690).

<sup>9</sup> BGH DAR 2020, 687 (689).

## I. Voraussetzungen eines Anspruchs auf Nacherfüllung

Wie oben bereits festgestellt, liegen ein Kaufvertrag und ein Sachmangel bei Gefahrübergang vor, sodass ein Anspruch auf Nacherfüllung aus § 437 BGB i.V.m. § 439 Abs. 1 BGB besteht. Gem. § 439 BGB hat der Käufer die Wahl zwischen Beseitigung des Mangels (Reparatur) oder die Lieferung einer mangelfreien Sache (Neulieferung). Hier hat B am 16.1.2022 gegenüber A die Beseitigung des Mangels verlangt und somit die Reparatur gewählt.

## II. Transportkosten zu A als Kosten i.S.d. § 439 Abs. 2 BGB

Fraglich ist, ob die Kosten, die B entstanden sind, als er den Wohnwagen zu A gebracht hat, zu den nach § 439 Abs. 2 BGB ersatzfähigen Kosten gehören. Die ersatzfähigen Kosten umfassen alle Kosten, die erforderlich waren, um die Nacherfüllung zu ermöglichen.<sup>10</sup> A behauptet, B hätte ihr ermöglichen müssen, den Wohnwagen bei ihm abzuholen, sodass sich die Frage stellt, ob die Verbringung zu A bereits Teil der Nacherfüllungshandlung war. Dann läge möglicherweise eine teilweise Selbstvornahme durch B vor. Zu differenzieren ist insofern zwischen Kosten, die erforderlich sind, um die Nacherfüllung zu ermöglichen und solchen Kosten, die die Nacherfüllung selbst verursacht. Während erstere Kosten nach § 439 Abs. 2 BGB ersatzfähig sind, sind letztere weder nach § 439 Abs. 2 BGB noch nach anderen Vorschriften – wie etwa der Geschäftsführung ohne Auftrag – auszugleichen.<sup>11</sup> Ob es sich bei dem Transport des Wohnwagens von B zu A um Kosten handelt, die zur Ermöglichung der Nacherfüllung entstanden sind, oder um Kosten, die als Teil der Nacherfüllung entstanden sind, hängt davon ab, wie weit die Nacherfüllungspflicht reicht. Nämlich ob diese auch den Transport von B zur Werkstatt der A umfasst oder nicht.

Dies bestimmt sich nach dem Erfüllungsort der Nacherfüllung. Nach § 439 Abs. 5 BGB hat der Käufer dem Verkäufer die Sache zur Nacherfüllung zur Verfügung zu stellen. Dies könnte bedeuten, dass der Käufer verpflichtet ist dem Verkäufer die Sache zu bringen. Indes trifft die Vorschrift keine Aussage über den Ort an dem der Nacherfüllungspflicht nachzukommen ist.<sup>12</sup> Die Vorschrift soll es dem Verkäufer lediglich ermöglichen, die Sache auf ihre Mangelhaftigkeit hin zu untersuchen.<sup>13</sup> Damit ist allerdings nicht gleichzeitig auch geregelt, wo diese Untersuchung stattzufinden hat. Auch nach Einführung des neuen § 439 Abs. 5 BGB ist der Erfüllungsort der Nacherfüllungspflicht nicht ausdrücklich gesetzlich bestimmt.

Nach teilweise vertretener Auffassung soll sich der Erfüllungsort der Nacherfüllungspflicht am ursprünglichen Erfüllungsort befinden.<sup>14</sup> Der ursprüngliche Erfüllungsort läge hier am Sitz der A. Zwar wurde das Fahrzeug von A zu B trans-

portiert, allerdings hatten A und B ursprünglich die Übergabe bei A in Aachen vereinbart. Dass A den Wohnwagen zu B transportiert hat, ändert an dieser Absprache nichts, sondern ist lediglich aus Kulanz geschehen. Dementsprechend läge der Erfüllungsort der Nacherfüllung nach dieser Ansicht im konkreten Fall am Sitz der A in Aachen. Nach einer anderen Auffassung soll sich der Erfüllungsort der Nacherfüllung am vertragsgemäßen Belegenheitsort befinden.<sup>15</sup> Fraglich ist, wo sich der bestimmungsgemäße Belegenheitsort des Wohnwagens befand. Regelmäßig wird ein Wohnwagen dazu benutzt, an unterschiedliche Orte verbracht zu werden. Dennoch dürfte sich der vertragsgemäße Belegenheitsort mangels anderweitiger Vereinbarungen am Sitz des Eigentümers befinden. Weder für den Verkäufer noch für den Käufer ist schließlich bei Vertragsschluss erkennbar, an welchen Orten genau zu welcher Zeit sich ein Wohnwagen in der Regel befindet. Eigentümer des Wohnwagens ist B, dessen Sitz in Belgien ist. Nach dieser Ansicht wäre der Erfüllungsort der Nacherfüllung im vorliegenden Fall also am Sitz des B. Eine dritte vom BGH vertretene Auffassung bestimmt den Erfüllungsort der Nacherfüllung unter Rückgriff auf § 269 BGB.<sup>16</sup> Demnach soll sich der Erfüllungsort – sofern keine besondere Vereinbarung über den Erfüllungsort der Nacherfüllung vorliegt oder besondere Umstände des Einzelfalls auf einen bestimmten Erfüllungsort hindeuten – am Sitz des Schuldners befinden. Eine konkrete Vereinbarung über den Erfüllungsort der Reparatur des Wohnwagens haben A und B nicht getroffen. Fraglich ist, ob hier besondere Umstände für einen von dem Sitz des Schuldners der Reparatur (hier der Verkäuferin A) abweichenden Erfüllungsort sprechen. Generell ergeben sich solche Umstände laut BGH beispielsweise durch die Ortsgebundenheit, die Art der Leistung oder die Verkehrssitte. Ein Wohnwagen ist nicht ortsgebunden und kann verfrachtet werden – die Art der vorzunehmenden Leistung, mithin die Reparatur, spricht hier deshalb eher dafür, dass die Nacherfüllung bei A durchzuführen ist. Auch nach der Verkehrssitte ergeben sich keine besonderen Umstände. Mithin ist der Erfüllungsort der Nacherfüllung nach dieser Auffassung am Sitz des Schuldners, § 269 BGB.

Die Auffassungen kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass ein Streitentscheid erforderlich ist. Die Vertreter der ersten Ansicht argumentieren, dass es sich bei der Nacherfüllung um eine lediglich modifizierte Erfüllungshandlung handelt, sodass der Erfüllungsort für die Nacherfüllung demjenigen der ursprünglichen Erfüllungspflicht entsprechen müsse.<sup>17</sup> Diese Auffassung kann jedoch nicht überzeugen, da sie verkennt, dass zwischen der ursprünglichen Erfüllung und der Nacherfüllung gerade kein absoluter Gleichlauf bestehen muss. Schließlich handelt es sich um eine modifizierte Erfüllungshandlung. So ändert sich beispielsweise die Verjährung beim Übergang der ursprünglichen Erfüllungspflicht zur Nacherfüllungspflicht. Die Argumente der zweiten Ansicht beziehen sich insbesondere auf europarechtliche Vorgaben zum Ver-

<sup>10</sup> *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 15. Aufl. 2020, § 4 Rn. 5.

<sup>11</sup> BGH NJW 2005, 1348.

<sup>12</sup> *Sänger*, in: Schulze u.a., Handkommentar zum BGB, 11. Aufl. 2021, § 439 Rn. 11.

<sup>13</sup> BT-Drs. 146/21, S. 24.

<sup>14</sup> *Ball*, NZV 2004, 217 (220).

<sup>15</sup> OLG Celle MDR 2010, 372.

<sup>16</sup> BGH NJW 2011, 2278 (2280).

<sup>17</sup> *Krüger*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 269 Rn. 37.

brauchsgüterkauf. So wird etwa angeführt, dass in der Warenkauf-Richtlinie (vormals in der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie) vorgesehen ist, dass eine Nacherfüllung ohne erhebliche Unannehmlichkeiten zu erfolgen hat. Wenn, so wird argumentiert, der Verbraucher die Sache jedoch an einen anderen Ort als den bestimmungsgemäßen Belegenheitsort transportieren müsse, würde dies eine erhebliche Unannehmlichkeit darstellen.<sup>18</sup> Zwar ist der vorliegende Fall nicht vom Anwendungsbereich der Warenkauf-Richtlinie erfasst, da B nicht als Verbraucher, sondern in seiner Eigenschaft als Unternehmer handelt, jedoch käme hier eine entsprechende europarechtsorientierte Auslegung in Betracht. Gleichwohl überzeugt auch diese Ansicht nicht. Zunächst lässt sich anführen, dass nicht jede Unannehmlichkeit für den Verbraucher im Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen wird, sondern nur solche, die als erheblich einzustufen sind. Diesem Umstand lässt sich im Rahmen der Anwendung des § 269 BGB insofern Rechnung tragen, als dass im Fall einer erheblichen Unannehmlichkeit besondere Umstände im Sinne der Vorschrift angenommen werden. Für die Anwendung des § 269 BGB spricht ferner, dass es sich um die allgemeine gesetzliche Regelung zur Bestimmung des Leistungsortes handelt, die immer dann Anwendung finden soll, wenn keine besonderen Bestimmungen vorliegen.<sup>19</sup> Derartige besondere Bestimmungen existieren nicht, insbesondere lässt sich § 439 Abs. 2 BGB nicht entnehmen, dass der Erfüllungsort der Nacherfüllung immer am Sitz des Käufers belegen sein muss. Ganz im Gegenteil ergibt die Verpflichtung zum Ersatz von Transportkosten nur dann Sinn, wenn auch ein anderer Ort als der Belegenheitsort als Erfüllungsort der Nacherfüllung in Betracht kommt.<sup>20</sup> Zudem dürfte europarechtlich auch nicht zwingend geboten sein, den bestimmungsgemäßen Belegenheitsort als Ort der Nacherfüllung anzusehen. Jedenfalls mit Blick auf die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie hat der EuGH dies bereits entschieden.<sup>21</sup> Für die nunmehr geltende Warenkauf-Richtlinie dürfte das Gleiche gelten. Im Ergebnis dürfte deshalb die dritte Auffassung vorzugswürdig sein, deshalb ist der Erfüllungsort der Nacherfüllung am Sitz der A in Aachen zu lokalisieren. Somit ist der Transport des Wohnwagens zu A nicht bereits Bestandteil der Nacherfüllung selbst. Vielmehr ist es eine für die Nacherfüllung erforderliche Handlung i.S.d. § 439 Abs. 2 BGB, die B dementsprechend ersetzt verlangen kann.

### III. Ergebnis

B kann die durch den Transport des Wohnwagens entstandenen Kosten zum Sitz der A nach § 439 Abs. 2 BGB ersetzt verlangen.

<sup>18</sup> Westermann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 439 Rn. 9.

<sup>19</sup> BGH NJW 2011, 2278 Rn. 29 ff.

<sup>20</sup> Allerdings ließe sich hier auch argumentieren, dass der Belegenheitsort und der bestimmungsgemäße Belegenheitsort auseinanderfallen können und dementsprechend auch Transportkosten anfallen mögen.

<sup>21</sup> EuGH NJW 2019, 2007 (2009 Rn. 39 ff.).

### C. Endergebnis zum Ausgangsfall

B kann die Herausgabe des Kaufpreises gem. § 346 BGB i.V.m. §§ 323, 437 Nr. 2 BGB mangels wirksamen Rücktritts zwar nicht verlangen, hat jedoch einen Anspruch auf Ersatz der Transportkosten gem. § 439 Abs. 2 BGB.

#### Frage 2

#### A. Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises aus § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 437 Nr. 2 BGB Zug-um-Zug gegen die Herausgabe des Wohnwagens

##### I. Kaufvertrag und Mangel

Wie bereits festgestellt, liegen sowohl ein Kaufvertrag zwischen den Parteien und ein Mangel der Kaufsache bei Gefahrübergang vor.

##### II. Erfolgreicher Ablauf einer angemessen gesetzten Frist

Wie im Ausgangsfall gilt auch hier, dass die Fristsetzung vom 16.1.2022 bis zum 19.1.2022 zu kurz war und hierdurch eine Frist bis zum Ablauf des 30.1.2022 in Gang gesetzt wurde. Zu diesem Zeitpunkt hatte A den Wohnwagen auch noch nicht repariert. Allerdings hatte A den Wohnwagen hier – anders als im Ausgangsfall – bereits am 28.1.2022 (und damit vor Ablauf der Frist) untersucht und festgestellt, dass eine Reparatur sehr aufwendig sei sowie B angeboten die Reparatur bis zum 3.3.2022 vorzunehmen. Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob hier überhaupt von einer fehlgeschlagenen Nachbesserung gesprochen werden kann.

Nach teilweise vertretener Auffassung ist für eine Nacherfüllung innerhalb der vom Gläubiger gesetzten Frist nicht erforderlich, dass der Nacherfüllungserfolg – hier also die Reparatur – innerhalb der Frist eintritt. Vielmehr soll es ausreichen, wenn die Nacherfüllungshandlung innerhalb der Frist vorgenommen wird.<sup>22</sup> Dies fehle etwa, wenn der Schuldner sich innerhalb der gesetzten Frist überhaupt nicht melde. Da A mit der Untersuchung des Wohnwagens innerhalb der Nacherfüllungsfrist eine erste Leistungshandlung vorgenommen hat, könnte die Frist nach dieser Auffassung bereits nicht erfolglos abgelaufen sein. Nach anderer Auffassung ist eine zur Durchführung der Nacherfüllung gesetzte Frist nur dann gewahrt, wenn der Verkäufer den gerügten Mangel innerhalb der Frist behebt.<sup>23</sup> Zum 31.1.2022 war der Wohnwagen nicht repariert, sodass die Frist nach dieser Auffassung erfolglos abgelaufen wäre.

Gegen die erste Auffassung spricht allerdings der Sinn und Zweck des Rechtsinstituts der Nacherfüllung.<sup>24</sup> Dieser besteht zum einen darin, dem Verkäufer eine letzte Chance einzuräumen, seinen Leistungspflichten nachzukommen und so eine Rückabwicklung des Vertrags zu vermeiden, und zum anderen darin zu gewährleisten, dass der Käufer das erhält,

<sup>22</sup> OLG Frankfurt a.M., DAR 2020, 205; Ulber, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 323 Rn. 36; Gsell, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2005, § 323 Rn. 88.

<sup>23</sup> Looschelders, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum Zivilrecht, Stand: 1.11.2020, BGB § 323 Rn. 173.

<sup>24</sup> Looschelders, JA 2021, 162 (162).

was er nach dem Vertrag beanspruchen kann. Nach der gesetzgeberischen Konzeption soll also mit der Nacherfüllung die Erfüllung der Verkäuferpflichten durchgesetzt werden. Der Verkäufer schuldet dem Käufer allerdings nicht nur eine Leistungshandlung, sondern einen Leistungserfolg. Damit hat auch im Falle der Nacherfüllung nicht die Vornahme einer Nacherfüllungshandlung, sondern die Herstellung des Erfolgs zu erfolgen. Solange also der Erfolg nicht eintritt, ist die Frist erfolglos abgelaufen.<sup>25</sup> Grundsätzlich hätte B somit ab dem 31.1.2022 zurücktreten können.

### III. Ausschluss des Rücktritts wegen Vereinbarung zwischen A und B vom 31.1.2022

Wie oben bereits festgestellt, war B aufgrund der Vereinbarung mit A vom 2.2.2022 grundsätzlich gehalten, bis zum Ablauf der neuen Frist (2.3.2022) abzuwarten. Diese Frist war zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung durch B (am 18.2.2022) noch nicht abgelaufen.

Es wäre allerdings möglich, dass die Frist (bereits vorzeitig) als erfolglos abgelaufen angesehen werden kann. B macht geltend, dass A kein Recht auf weitere Nacherfüllungsversuche habe. A meint hingegen, dass ihr mindestens drei Erfüllungsversuche zustünden. Sollte die Einschätzung des B zutreffen und A kein Recht auf weitere Nacherfüllungsversuche haben, wäre die Verhinderung des erfolglosen Fristablaufs für sie nicht mehr möglich. B könnte dann zumindest einfach abwarten, bis die Frist abgelaufen ist, und den Rücktritt erklären. Dann wäre das Abwarten der Fristsetzung allerdings (entsprechend dem Rechtsgedanken in § 323 Abs. 4 BGB, der hier allerdings nicht unmittelbar anwendbar ist<sup>26</sup>) sinnlose Förmerei – ein vorzeitiger Rücktritt käme nach § 242 BGB in Betracht.<sup>27</sup> Zentrale Frage ist damit, ob A weiterhin auf ihr „Recht der zweiten Andienung“ bestehen kann oder nicht.

#### 1. Grundsätzliches Recht auf weitere Nachbesserungsversuche aus § 440 S. 2 BGB?

Mit ihrem Hinweis auf die „mindestens“ drei Erfüllungsversuche könnte A auf § 440 S. 2 BGB Bezug nehmen. Demnach gilt eine Nachbesserung grundsätzlich erst nach dem zweiten erfolglosen Versuch als fehlgeschlagen. Es stellt sich somit zunächst die Frage, ob sich bereits aus § 440 S. 2 BGB unmittelbar herleiten lässt, dass A im vorliegenden Fall weitere Erfüllungsversuche zustehen.

Nach teilweise vertretener Ansicht sei dem § 440 S. 2 BGB die Wertung zu entnehmen, dass von der Erfolglosigkeit einer begonnenen Nachbesserung per se in der Regel erst nach zwei Versuchen auszugehen sei.<sup>28</sup> Insofern müsse der Begriff „erfolglos“ in § 323 Abs. 1 BGB für kaufrechtliche Mängel im gleichen Sinne zu verstehen sein, wie „fehlgeschlagen“ i.S.d. § 440 BGB.<sup>29</sup> Eine dahingehende Auslegung, so die Vertreter dieser Auffassung, sei zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen geboten, da kein Grund dafür ersichtlich sei, warum ein Verkäufer, der ohne Fristsetzung eine Nachbesserung unternimmt, in der Regel zwei Versuche eingeräumt werden, demjenigen aber, der auf Fristsetzung hin tätig werde, hingegen nur ein Nachbesserungsversuch zustehen solle.<sup>30</sup> A hat bisher nur einen Nachbesserungsversuch unternommen. Gründe, warum B ein weiterer Nacherfüllungsversuch unzumutbar sein sollte, sind nicht gegeben. Ginge man mit der soeben dargestellten Meinung also davon aus, dass ein erfolgloser Fristablauf in Fällen, in denen der Verkäufer den Mangel im Rahmen eines ersten Nachbesserungsversuchs nicht beseitigt hat, per se erst nach einem ebenfalls erfolglosen zweiten Nachbesserungsversuch zu bejahen ist, wäre die Frist im vorliegenden Fall nicht erfolglos abgelaufen.

Die Auffassung, dass der Begriff „erfolglos“ nach § 323 Abs. 1 BGB im Falle einer versuchten Nachbesserung seitens des Verkäufers zwingend im Sinne des Begriffs „fehlgeschlagen“ gem. 440 S. 2 BGB zu verstehen sei, überzeugt jedoch nicht. Bei § 323 Abs. 1 BGB und § 440 BGB handelt es sich um zwei strikt voneinander zu unterscheidende Tatbestandsvoraussetzungen des Rücktritts.<sup>31</sup> Die grundsätzlich gebotene Fristsetzung soll dem Verkäufer eine zweite Chance eröffnen, sich seine Gegenleistung zu verdienen.<sup>32</sup> Die Fälle des § 440 BGB betreffen Konstellationen, in denen eine Fristsetzung gerade nicht erforderlich ist.<sup>33</sup> Bei § 440 S. 1 Var. 2 geht es vornehmlich um Fälle, in denen dem Käufer – dem zunächst allein an einer Nacherfüllung gelegen war und der deshalb keine Frist zu Nacherfüllung gesetzt hat und sich auch nicht auf die Entbehrlichkeit einer Fristsetzung nach § 323 Abs. 2 BGB (bzw. § 281 Abs. 2 BGB) berufen kann – auch dann die Möglichkeit zu eröffnen ist, auf Sekundäransprüche überzugehen, wenn die Nachbesserung fehlgeschlagen ist.<sup>34</sup> § 440 S. 2 BGB soll dem Käufer dabei die Geltendmachung eines Fehlschlags der Nachbesserung in praktischer Hinsicht erleichtern.<sup>35</sup> Die oben genannte Auffassung würde entgegen dieser Intention zur Folge haben, dass dem Käufer der Übergang zu Sekundärrechten erschwert würde.<sup>36</sup> Auch ist es keinesfalls wertungswidersprüchlich, dass ein Verkäufer in Fällen, in denen keine Frist gesetzt wurde, zwei Nacherfüllungsversuche hat, im Falle der Fristsetzung hingegen (mitunter) nur einen Versuch: In beiden Fällen geht es letztlich darum, dem Verkäufer ausreichend Zeit für eine Nacherfüllung zu geben, ihm aber gleichzeitig deutlich zu machen, dass er nach Ablauf einer angemessenen Zeitspanne mit weiteren Ansprüchen des Käufers rechnen muss. Diese Funktion erfüllt im Regelfall die Setzung einer angemessenen Frist und im Ausnahmefall des § 440 S. 1 Var. 2, S. 2 BGB ein zweimaliger Nachbesserungsversuch.<sup>37</sup> Da der Verkäufer, dem eine Frist

setzt, dem Käufer die Geltendmachung eines Fehlschlags der Nachbesserung in praktischer Hinsicht erleichtern.<sup>35</sup> Die oben genannte Auffassung würde entgegen dieser Intention zur Folge haben, dass dem Käufer der Übergang zu Sekundärrechten erschwert würde.<sup>36</sup> Auch ist es keinesfalls wertungswidersprüchlich, dass ein Verkäufer in Fällen, in denen keine Frist gesetzt wurde, zwei Nacherfüllungsversuche hat, im Falle der Fristsetzung hingegen (mitunter) nur einen Versuch: In beiden Fällen geht es letztlich darum, dem Verkäufer ausreichend Zeit für eine Nacherfüllung zu geben, ihm aber gleichzeitig deutlich zu machen, dass er nach Ablauf einer angemessenen Zeitspanne mit weiteren Ansprüchen des Käufers rechnen muss. Diese Funktion erfüllt im Regelfall die Setzung einer angemessenen Frist und im Ausnahmefall des § 440 S. 1 Var. 2, S. 2 BGB ein zweimaliger Nachbesserungsversuch.<sup>37</sup> Da der Verkäufer, dem eine Frist

<sup>25</sup> BGH DAR 2020, 687 (688 Rn. 27).

<sup>26</sup> Looschelders (Fn. 23), § 323 Rn. 226.

<sup>27</sup> Vgl. Looschelders (Fn. 23), § 323 Rn. 226.

<sup>28</sup> OLG Frankfurt DAR 2020, 205.

<sup>29</sup> OLG Frankfurt DAR 2020, 205.

<sup>30</sup> OLG Frankfurt DAR 2020, 205.

<sup>31</sup> BGH NJ 2021, 69 (70 Rn. 38).

<sup>32</sup> Brinkmann, Rücktritt und Verbraucherschützens Widerruf, 2018, S. 83 ff.

<sup>33</sup> Brinkmann (Fn. 32), S. 147 ff.

<sup>34</sup> BGH NJ 2021, 69 (71 Rn. 52).

<sup>35</sup> BGH NJ 2021, 69 (71 Rn. 39).

<sup>36</sup> BGH NJ 2021, 69 (71 Rn. 40).

<sup>37</sup> BGH NJ 2021, 69 (72 Rn. 57).

gesetzt wurde, bereits durch die Fristsetzung ausreichend Zeit für die geschuldete Leistung erhalten hat und ihm verdeutlicht, dass ohne eine fristgerechte Erbringung Konsequenzen drohen, ist ein weiterer Schutz durch eine zweite Nachbesserungsmöglichkeit nicht erforderlich.

Aus § 440 S. 2 BGB lässt sich somit für Konstellationen, in denen dem Verkäufer eine Frist gesetzt wurde, kein grundsätzliches Recht auf einen weiteren Nachbesserungsversuch herleiten.

## 2. Recht auf „weitere“ Nachbesserungsversuche innerhalb der Frist nach § 323 Abs. 1 BGB

Auch wenn sich aus § 440 S. 2 BGB nicht der Rechtsgedanke entnehmen lässt, dass dem Verkäufer nach einem ersten (nicht erfolgreichen) Nachbesserungsversuch per se ein zweiter Versuch zusteht, könnte A im konkreten hier vorliegenden Fall gleichwohl ein Recht auf einen zweiten Nachbesserungsversuch haben. Denn die Nacherfüllungsfrist ist vorliegend noch nicht abgelaufen. Ob einem Verkäufer innerhalb der Nacherfüllungsfrist mehrere Nacherfüllungsversuche eingeräumt werden müssen, ist weder in § 323 BGB noch in anderen Vorschriften ausdrücklich geregelt.

Im Zusammenhang mit der Fristsetzung wird – und das bereits in der Gesetzesbegründung zur Schuldrechtsmodernisierung – die Bezeichnung des „Rechts der zweiten Andienung“<sup>38</sup> verwendet, woraus geschlossen werden könnte, dass dem Schuldner nur ein Nachbesserungsversuch zusteht. In diese Richtung ließe sich auch die Formulierung in der Gesetzesbegründung verstehen, wonach der Verkäufer „eine letzte Chance [bekommen soll], den mit der Rückabwicklung des Vertrags verbundenen wirtschaftlichen Nachteil abzuwenden“.<sup>39</sup>

Andererseits wird argumentiert, dass der Verkäufer das Recht habe, bis zum vollständigen Ablauf der Frist Nacherfüllung zu leisten, sodass der Verkäufer Gelegenheit erhalten muss, seine Nacherfüllungspflicht durch einen zweiten Versuch innerhalb einer noch laufenden Frist nach § 323 Abs. 1 BGB zu erfüllen, wenn ein erster Nacherfüllungsversuch gescheitert ist.<sup>40</sup>

Dieser Auffassung könnte man auf den ersten Blick entgegenhalten, dass sich mit dieser Argumentation nicht nur ein zweiter Nacherfüllungsversuch begründen lasse, sondern auch weitere. Der Käufer könnte dann (innerhalb der Nacherfüllungsfrist) mit einer theoretisch unbegrenzten Anzahl von Nacherfüllungsversuchen seitens des Verkäufers konfrontiert werden – was nicht seinen Interessen entsprechen dürfte. Denn dem Käufer steht bezüglich etwaiger Kosten, die im Rahmen der Nacherfüllung entstehen, ein Ausgleichsanspruch zwar nach § 439 Abs. 2 BGB zu – dies gleicht allerdings nicht alle Nachteile aus. So können wiederholte Nacherfüllungsversuche des Verkäufers für den Käufer auch nicht-finanzielle Nachteile, wie etwa Zeitaufwand bedeuten, die der Käufer nicht ersetzt bekommt. Dieses Argument schlägt gleichwohl nicht durch, da sich der Käufer mit Blick auf die

Nachbesserung ab dem zweiten fehlgeschlagenen Versuch auf § 440 S. 1 Var. 2 BGB i.V.m. § 440 S. 2 BGB berufen und deshalb bereits vor Ablauf der Nachfrist vom Vertrag zurücktreten könnte, statt einen weiteren Nachbesserungsversuch über sich ergehen zu lassen. Zudem steht dem Käufer der sofortige Übergang zu den Sekundärrechten nach § 440 S. 1 Var. 3 BGB i.V.m. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB offen, wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind – etwa ein weiterer Nacherfüllungsversuch zur Folge hätte, dass die Nacherfüllung insgesamt als mit erheblichen Unannehmlichkeiten für den Käufer verbunden zu qualifizieren wäre.

Für eine bloß einmalige Nacherfüllungschance könnte allerdings sprechen, dass eine angemessene Frist zur Nacherfüllung lediglich so bemessen sein muss, dass der Verkäufer einen Nacherfüllungsversuch unternehmen kann. Grundsätzlich hat der Verkäufer also im Fall der Fristsetzung nach der Gesetzeskonzeption keine weiteren Nacherfüllungsversuche, weil hierfür die Nacherfüllungsfrist nicht genügt. Weitere Nacherfüllungsversuche kommen also grundsätzlich nur in zwei Fällen in Betracht – nämlich, einerseits, wenn der Verkäufer im Falle einer geradeso angemessenen Frist die erste Nacherfüllung besonders schnell vornimmt und andererseits, wenn der Käufer dem Verkäufer eine Frist einräumt, die über das notwendige hinausgeht. In beiden Konstellationen nimmt der Verkäufer die Nacherfüllung überobligatorisch schnell vor, sodass man argumentieren könnte, dass der Verkäufer hier besonders schutzbedürftig sei und deshalb eine zweite Chance verdient habe. Andererseits dürfte ein Recht auf einen zweiten Nacherfüllungsversuch innerhalb der Frist den falschen Anreiz für den Verkäufer setzen, einen ersten Nacherfüllungsversuch besonders schnell anstatt mit der gebotenen Ernsthaftigkeit und Sorgfalt durchzuführen.<sup>41</sup> Auch „Vertrauensgesichtspunkte“ zugunsten des Verkäufers schlagen nicht durch. Zwar könnte man sich auf den Standpunkt stellen, dass der Verkäufer darauf vertrauen könne, dass ihm die gesamte Frist zur Nacherfüllung zustünde und dieses Vertrauen durch ein Recht auf eine zweite Nacherfüllungschance geschützt werden müsse. Diese Auffassung überzeugt allerdings nicht. Die Rückgabe der vermeintlich nachgebesserten Sache lässt sich, wie B zutreffend geltend macht, dahingehend verstehen, dass der Verkäufer davon ausgeht, dass die Nachbesserung nunmehr abgeschlossen ist. Ein besonderes schutzwürdiges Vertrauen „noch länger für die Nachbesserung Zeit zu haben“ dürfte auf Seiten des Verkäufers also regelmäßig nicht bestehen. Dies gilt zumal deshalb, weil der Käufer, der nach der ersten Nachbesserung feststellen muss, dass der Mangel weiterhin besteht, nach der wohl überwiegenden Auffassung grundsätzlich nicht einmal verpflichtet ist, den Verkäufer auf diesen Umstand hinzuweisen.<sup>42</sup> Somit könnte der Käufer grundsätzlich abwarten, bis die Frist abgelaufen ist und danach den Rücktritt erklären. Der Umstand, dass die Frist nach dem ersten Nacherfüllungsversuch noch nicht abgelaufen war, hätte für den Verkäufer dementsprechend oftmals ohnehin keinen Mehrwert: Selbst wenn man ihm eine weitere Chance

<sup>38</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 220.

<sup>39</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 221.

<sup>40</sup> *Woitkewitsch*, MDR 2004, 862 (864).

<sup>41</sup> Vgl. auch *Woitkewitsch*, MDR 2004, 862 (863).

<sup>42</sup> *Dauner-Lieb*, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, 2007, Bd. 2, S. 143.

zubilligen würde, der Umstand, dass ihm dies grundsätzlich nicht mitgeteilt werden muss, führt dazu, dass er seine Chance praktisch nicht ausüben könnte.

Mit Blick auf den konkreten Fall kommt hinzu, dass B der langen Frist nur „zähneknirschend“ zugestimmt hat, weil A ihm gesagt hat, dass sie nicht vor dem 16.2.2022 mit der Reparatur werde beginnen können und er sich deshalb bis zum 2.3.2022 gedulden müsse. Es ist also keinesfalls so, dass B gegenüber A zu verstehen gegeben hat, dass es seinerseits keinen „Zeitdruck“ bzgl. der Reparatur gäbe. Ganz im Gegenteil hat B deutlich gemacht, dass er den Wohnwagen dringend benötigt. Vor diesem Hintergrund ließe man annehmen, dass B der A nur einen einzigen Nacherfüllungsversuch zum schnellstmöglichen Zeitpunkt zugestanden hat.

Insgesamt sprechen also die besseren Argumente dafür, dass dem Verkäufer – entgegen der wohl h.M. – im Rahmen der Nachfrist grundsätzlich nur eine Chance zur Nacherfüllung zustehen. Ein „Recht auf zweite und weitere Chancen“ hat der Verkäufer in der Regel selbst dann nicht, wenn die Nachfrist noch nicht abgelaufen ist.

*Bearbeitungsvermerk:* Hier sind beide Ansichten mit entsprechenden Argumenten gut vertretbar. Ausführungen zu dieser Frage sind nicht in der hier vorgenommenen Tiefe zu erwarten – es genügt, wenn Kandidaten das Problem erkennen und sich mit den von den Parteien gemachten Ausführungen auseinandersetzen. Sollten sich Kandidaten entgegen der hier vertretenen Auffassung der wohl h.M. anschließen, wäre zu überprüfen, ob die Fristsetzung im vorliegenden Fall eventuell nach § 440 S. 1 Var. 2 BGB i.V.m. § 440 S. 2 BGB entbehrlich ist, weil die Nacherfüllung wegen besonderer Umstände als „fehlgeschlagen“ einzustufen wäre. Dies könnte sich eventuell aus den oben genannten Besonderheiten des Falls (Bs widerwillige Zustimmung zur von A vorgeschlagenen Frist, der Dringlichkeit der Reparatur aus Sicht des B in Verbindung mit dem Umstand, dass die erste Reparatur offenbar keinerlei Verbesserung gebracht hat) ergeben. Mit entsprechender Argumentation ließe sich sowohl ein sofortiges Rücktrittsrecht begründen als auch ablehnen. Dies dürfte auch mit Blick auf ein möglicherweise in Betracht kommendes sofortiges Rücktrittsrecht nach § 440 S. 1 Var. 3 BGB und § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB gelten.

### 3. Zwischenergebnis

Mangels eines Rechts auf weitere Nachbesserungsversuche der A wäre B berechtigt, bis zum Ablauf der Nachfrist abzuwarten und dann den Rücktritt zu erklären, ohne dass A dies verhindern könnte. B jedoch zu zwingen, den erfolglosen Ablauf der Frist abzuwarten, wäre – auch unter Berücksichtigung der Interessen der A – sinnlose Förmerei, sodass B ein sofortiges Rücktrittsrecht zuzusprechen ist, obwohl die Nachfrist tatsächlich noch nicht abgelaufen ist.

### IV. Kein Ausschluss des Rücktritts

Undichtigkeit eines Wohnwagens schränkt die Gebrauchsmöglichkeit eines solchen erheblich ein. Zudem kann Feuchtigkeit im Wohnwagen zu weiteren Schäden am Inneren des

Wohnwagens oder an im Wohnwagen befindlichen Gegenständen führen, sodass die Schlechtleistung erheblich ist. Der Rücktritt ist somit nicht nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB wegen Unerheblichkeit des Mangels ausgeschlossen. Gründe für einen Ausschluss des Rücktrittsrechts nach § 323 Abs. 6 BGB sind nicht ersichtlich.

### V. Zwischenergebnis

Nach der hier vertretenen Auffassung konnte B im vorliegenden Fall – obwohl die vereinbarte Frist bis zum 3.3.2022 noch nicht abgelaufen war – am 16.2.2022 (vorzeitig) vom Vertrag zurücktreten.

### B. Anspruch nicht untergegangen und durchsetzbar

Der Anspruch ist nicht zwischenzeitlich erloschen. Auch sind keine Umstände ersichtlich, die der Durchsetzbarkeit des Anspruchs entgegenstehen: A hat den Wohnwagen bereits in Besitz, sodass ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB i.V.m. § 348 BGB nicht in Betracht kommt. Etwaige Nutzungen, die A möglicherweise von B nach § 346 Abs. 1 BGB herausverlangen könnte, dürfte aufgrund der bloß kurzen Dauer, die der Wohnwagen bei B war, so unerheblich sein, dass sie ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 320 Abs. 1 BGB wegen § 320 Abs. 2 BGB nicht begründen dürften. Umstände, die eine Wertersatzpflicht nach § 346 Abs. 2 BGB begründen, sind nicht ersichtlich.

### C. Ergebnis

B hat einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises aus § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 437 Nr. 2 BGB Zug-um-Zug gegen die Herausgabe des Wohnwagens.

### Frage 3

#### Anspruch aus §§ 346, 437, 323, 326 Abs. 5 BGB

Ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises könnte sich hier aus §§ 346, 437, 323, 326 Abs. 5 BGB ergeben.

#### A. Rücktrittserklärung

Eine formell wirksame Rücktrittserklärung erfolgte am 18.2.2022 (siehe oben).

#### B. Rücktrittsgrund

##### I. Kaufvertrag

Ein Kaufvertrag zwischen A und B liegt vor.

##### II. Rücktritt wegen des undichten Dachs

###### 1. Mangel bei Gefahrübergang

Wie in der Prüfung des Ausgangsfalls festgestellt, handelt es sich bei dem undichten Dach um einen Mangel der Kaufsache bei Gefahrübergang.

###### 2. Erfolgloser Ablauf einer angemessenen Nachfrist

Wie bereits oben erläutert, ist B der Rücktritt wegen der Vereinbarung mit A vom 2.2.2022 mit Blick auf das undichte Dach grundsätzlich bis zum 3.3.2022 versperrt. Dieser Man-

gel ist zudem innerhalb der Frist erfolgreich behoben worden, sodass B sich auf diesen Umstand zur Begründung eines Rücktrittsrechts auch zukünftig nicht (mehr) wird berufen können.

### III. Rücktritt wegen der Reparaturspuren an der Decke des Wohnwagens

Nachdem A dem B den Wohnwagen zurückgegeben hat, ist der Wohnwagen zwar nicht mehr undicht, es sind nunmehr aber bei genauem Hinsehen deutlich sichtbare Reparaturspuren zu erkennen, die sich auch nicht mehr beseitigen lassen. Fraglich ist, ob B seinen Rücktritt auf diesen Umstand stützen kann.

#### 1. Mangel bei Gefahrübergang

Die Reparaturspuren führen zu einer Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit. Problematisch scheint allerdings, dass sie bei Gefahrübergang am 7.1.2022 noch nicht vorgelegen haben. Somit stellen sie keinen Mangel i.S.d. § 434 BGB dar. Sie sind aber bei der Reparatur des undichten Daches entstanden. Nach teilweise vertretener Ansicht wird die Entstehung eines neuen Mangels, der beim Gefahrübergang noch nicht vorgelegen hat, der aber auf den ursprünglichen Mangel zurückzuführen ist – ungeachtet eines Verschuldens nach § 276 BGB – dem Risikobereich des Verkäufers zugerechnet, sodass der Käufer sich auch wegen eines solchen Mangels auf seine Gewährleistungsrechte berufen kann.<sup>43</sup> Nach dieser Ansicht wäre die Voraussetzung des Mangel bei Gefahrübergangs auch mit Blick auf die Reparaturspuren an der Decke zu bejahen. Die Gegenansicht lehnt die Erstreckung der Sachmängelgewährleistungshaftung auf Fälle, in denen die Kaufsache bei der Nachbesserung beschädigt wird, ab.<sup>44</sup> In Ermangelung eines Mangels bei Gefahrübergang, so die Vertreter dieser Auffassung, beschränken sich die Ansprüche des Käufers gegen den Verkäufer auf solche aus § 280 bzw. § 823 BGB.<sup>45</sup> Nach dieser Ansicht käme ein Rücktritt des B wegen der im Rahmen der Nachbesserung verursachten Reparaturspuren nicht in Betracht.

Die letztgenannte Ansicht vermag jedoch nicht zu überzeugen: Das Rücktrittsrecht nach § 323 BGB ist ein abgestimmtes System des Interessenausgleichs zwischen Gläubiger und Schuldner.<sup>46</sup> Es soll einerseits gewährleisten, dass der Schuldner eine zweite Chance bekommt, sich seine Gegenleistung zu verdienen, andererseits soll es aber auch sicherstellen, dass das Interesse des Gläubigers an der versprochenen Leistung zeitnah befriedigt wird. Vor diesem Hintergrund muss der Gläubiger dem Schuldner zwar grundsätzlich durch die Fristsetzung eine Möglichkeit zur (Nach-)Erfüllung geben – was mit der Obliegenheit einhergeht, dem Verkäufer ggf. Zugriff auf die Sache zu ermöglichen –, kann aber anderer-

seits in der Regel nach erfolglosem Ablauf der Frist vom Vertrag zurücktreten und versuchen, sich die gewünschte Leistung anderweitig zu beschaffen. Würde man allerdings dem Käufer, dessen Sache im Rahmen der Nachbesserung zwar mit Blick auf den ursprünglichen Mangel repariert wurde, die aber in diesem Zuge anderweitig beschädigt wurde, keine Mängelgewährleistungsrechte (sondern nur Schadensersatzansprüche) zusprechen, müsste er sich mit der mangelhaften Sache zufriedengeben. Er würde also dauerhaft nicht das erhalten, was ihm vertraglich versprochen wurde – eine Situation, die im Mängelgewährleistungsrecht grundsätzlich nur in Ausnahmefällen vorgesehen ist.

#### 2. Erfolgreicher Ablauf einer angemessenen gesetzten Nacherfüllungsfrist oder Entbehrlichkeit einer solchen

Wie soeben dargelegt, ist B der Rücktritt wegen des kaputten Dachs grundsätzlich bis zum 3.3.2022 versperrt. Wie in der 1. Abwandlung stellt sich jedoch auch hier die Frage, ob B eventuell gleichwohl vorzeitig vom Vertrag zurücktreten kann.

In diesem Zusammenhang ist bereits umstritten, ob in Fällen, in denen die Beseitigung des ursprünglich gerügten Mangels zwar gelingt, dabei jedoch ein anderer Mangel verursacht wurde, überhaupt von einem „erfolglosen“ Ablauf der Nacherfüllungsfrist gesprochen werden kann. Nach der sog. „Einzelbetrachtung“ stellt das Auftreten anderer (neuer) Mängel den Erfolg der Nacherfüllung nicht in Frage.<sup>47</sup> Dies soll auch für den Fall gelten, dass der neue Mangel im Rahmen der Nacherfüllung vom Verkäufer verursacht wurde.<sup>48</sup> Demnach muss der Käufer wegen des neuen Mangels grundsätzlich ohnehin eine neue Frist zur Beseitigung des „neuen Mangels“ setzen und deren erfolglosen Ablauf abwarten, bevor er zu Sekundärrechten übergehen darf. Auf die oben diskutierte Frage nach der Anzahl an Erfüllungsversuchen im Rahmen der Nacherfüllungsfrist käme es nach dieser Auffassung also nicht an. Da B bzgl. der Reparaturspuren keine Frist gesetzt hat, wäre auch ein vorzeitiger Rücktritt vor Ablauf der gesetzten Frist nicht wie oben dadurch zu begründen, dass dem Verkäufer nach einem ersten Erfüllungsversuch grundsätzlich keine weiteren Versuche zustünden.

Nach anderer Auffassung soll nicht von einer erfolgreichen Nacherfüllung gesprochen werden können, wenn im Rahmen der (insoweit) erfolgreichen Beseitigung eines gerügten Mangels ein neuer Mangel verursacht wird.<sup>49</sup> Eine weitere Fristsetzung ist nach dieser Ansicht nicht erforderlich, sodass sich hier, mit Blick auf den konkreten Fall, die oben erläuterten Fragen zu der Anzahl der Nacherfüllungsversuche grundsätzlich stellen würde.

Obwohl beide Auffassungen – jedenfalls mit Blick auf die hier vertretene Auffassung, dass es in der Regel keine weiteren Nacherfüllungsversuche innerhalb der Frist gibt – zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, könnte ein Streitentscheid jedoch entbehrlich sein, wenn eine Fristsetzung aus anderen Gründen nicht erforderlich ist. Hier kommt eine Entbehrlich-

<sup>43</sup> Höpfner, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum Zivilrecht, Stand: 1.1.2022, BGB § 440 Rn. 27.1.

<sup>44</sup> Büdenbender, in: Nomos-Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2021, Bd. 2, § 440 Rn. 11.

<sup>45</sup> Büdenbender (Fn. 44), § 440 Rn. 11.

<sup>46</sup> Hierzu ausführlich Brinkmann (Fn. 32), S. 83 ff.

<sup>47</sup> Looschelders (Fn. 23), BGB § 323 Rn. 177.

<sup>48</sup> OLG Saarbrücken NJW 2007, 3504 (3504).

<sup>49</sup> LG Saarbrücken BeckRS 2012, 21783; Höpfner (Fn. 43), BGB § 440 Rn. 27.

keit der Fristsetzung nach § 326 Abs. 5 BGB in Betracht. Demnach entfällt die Notwendigkeit der Fristsetzung beim Rücktritt, wenn der Schuldner nach § 275 BGB nicht zu leisten braucht. Nach § 275 Abs. 1 BGB ist eine Leistung ausgeschlossen, wenn sie für den Schuldner oder für Jedermann unmöglich ist. Die Nacherfüllung könnte vorliegend unmöglich sein. Jedenfalls die Beseitigung der Reparaturspuren, mithin eine Nachbesserung, ist laut Sachverhalt nicht möglich. Fraglich ist jedoch, ob nicht eine Nachlieferung in Betracht kommt. Zwar ist weitgehend anerkannt, dass der bloße Umstand, dass es sich bei dem Wohnmobil um einen Stückkauf und nicht um einen Gattungskauf handelt, nicht per se zu einer Unmöglichkeit der Nachlieferung führt.<sup>50</sup> Allerdings hat der BGH mit Blick auf Gebrauchtwagen entschieden, dass eine Unmöglichkeit der Nachlieferung in der Regel jedenfalls dann anzunehmen sei, wenn der Käufer sich das Fahrzeug zuvor angeschaut hat.<sup>51</sup> Diese Rechtsprechung wird sich auf Wohnwagen übertragen lassen, bei denen der persönliche Eindruck des Käufers ebenfalls regelmäßig eine große Bedeutung hat. Im vorliegenden Sachverhalt hat eine Besichtigung des Wohnwagens durch B vor dem Kauf stattgefunden. Somit ist mit Blick auf den Wohnwagen auch eine Nachlieferung unmöglich. Damit ist die Unmöglichkeit der Nacherfüllung und somit die Entbehrlichkeit der Frist nach § 326 Abs. 5 BGB zu bejahen. Der Umstand, dass die Frist zum 3.3.2022 noch nicht abgelaufen ist, steht einem Rücktritt des B also nicht entgegen.

### 3. Ausschluss nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB

Der Rücktritt könnte jedoch nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ausgeschlossen sein. Demnach soll der Gläubiger im Falle der Schlechtleistung nicht zurücktreten können, wenn die Pflichtverletzung des Schuldners unerheblich ist. Nicht behebbare Mängel können unerheblich sein, wenn sie nur zu einer geringfügigen Beeinträchtigung der Sache und zu einer Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit unterhalb der Wesentlichkeitsgrenze führen.<sup>52</sup> Dies soll etwa bei Bagatellen, die nur zu einer allenfalls äußerst geringfügigen optischen Beeinträchtigung führen und keinerlei Einschränkung der Gebrauchsfähigkeit zur Folge haben, der Fall sein.<sup>53</sup>

Fraglich ist allerdings, woran mit Blick auf die Pflichtverletzung anzuknüpfen ist. Der Gesetzeswortlaut nennt als Anknüpfungspunkt lediglich die „Pflichtverletzung“. Hier kommt aber neben der ursprünglichen (unterdessen beseitigten) Schlechtleistung in Form des undichten Dachs auch die nunmehr (neue) Pflichtverletzung in Form der Reparaturspuren in Betracht. Zudem wäre eine Beurteilung der Erheblichkeit anhand einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Gesamtumstände denkbar.<sup>54</sup>

Der ursprüngliche Mangel, das undichte Dach, war zweifelsohne keine bloß geringfügige optische Beeinträchtigung

ohne Einschränkung der Gebrauchsfähigkeit – schließlich stellt eindringende Feuchtigkeit eine Gefahr für die Inneneinrichtung und im Wohnwagen befindliche Sachen dar. Insofern wäre eine Unerheblichkeit also zu verneinen. Die Reparaturspuren könnten jedoch einen derartigen unerheblichen Mangel darstellen. Sie haben keine Einschränkungen der Gebrauchsfähigkeit zur Folge und sind nur beim genauen Hinsehen überhaupt erkennbar, sodass es sich auch um äußerst geringfügige optische Beeinträchtigungen handeln dürfte. Vor diesem Hintergrund wäre hier, wenn man nur auf den derzeit noch bestehenden Mangel abstellt, eine bloß unerhebliche Pflichtverletzung zu bejahen.

Nach Auffassung des BGH ist für die Beurteilung des Mangels eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen, bei der nicht nur der Mangel als solcher, sondern etwa auch das Verhalten des Schuldners in den Blick zu nehmen sei.<sup>55</sup> Eine umfassende Interessenabwägung dürfte im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis kommen, dass der Mangel unerheblich ist. Es ist nicht ersichtlich, dass A den ursprünglichen Mangel arglistig verschwiegen hätte. Zudem hat A den ursprünglich erheblichen Mangel beseitigt. Die Beeinträchtigungen durch den dabei verursachten Mangel sind geringfügig. Somit läge nach dieser Auffassung ein bloß unerheblicher Mangel vor.

Als Maßstab für die Beurteilung der Erheblichkeit (allein) auf den unterdessen beseitigten Mangel abzustellen, überzeugt nicht. Die Erheblichkeitsschwelle in § 323 Abs. 5 S. 2 BGB dient dem Ausgleich zwischen dem Bestandsinteresse des Schuldners, der bereits eine Leistung erbracht hat, und dem Lösungsinteresse des Gläubigers, der im Wesentlichen die versprochene Leistung bekommen hat.<sup>56</sup> Dabei wird das Bestandsinteresse in diesen Fällen als gewichtiger als das Lösungsinteresse angesehen. Aber auch in Konstellationen, in denen ein ursprünglich erheblicher Mangel vorgelegen hat, zwischenzeitlich aber (zumindest teilweise) beseitigt wurde, hat der Schuldner im Wesentlichen bekommen, was ihm versprochen wurde. Die Erheblichkeit rein unter Betrachtung der (noch vorhandenen) objektiven Störung (also anhand der Reparaturspuren) vorzunehmen, führt im vorliegenden Fall zum selben Ergebnis, wie die vom BGH vorgenommene Gesamtbeurteilung, sodass ein Streitentscheid insoweit entbehrlich ist. Dementsprechend liegt ein bloß unerheblicher Mangel i.S.d. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB vor. Ein Rücktritt ist damit ausgeschlossen.

### B. Ergebnis zu Abwandlung 2

B kann von A nicht die Rückzahlung des Kaufpreises Zugum-Zug gegen Rückgabe des Wohnwagens verlangen.

<sup>50</sup> Looschelders (Fn. 10), § 4 Rn. 4; vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 232.

<sup>51</sup> BGH NJW 2006, 2839 (2841 Rn. 23 f.).

<sup>52</sup> Fries/Schulze (Fn. 5), § 323 Rn. 1–17.

<sup>53</sup> OLG Düsseldorf NJW 2005, 2235.

<sup>54</sup> BGH NJW 2014, 3229.

<sup>55</sup> BGH NJW 2014, 3229.

<sup>56</sup> Brinkmann (Fn. 32), S. 107.