

I. §§ 437 Nr. 2, 441 IV 1 BGB

T könnte gegen S einen Anspruch auf Rückerstattung des zu viel gezahlten Kaufpreises unter dem Gesichtspunkt der Kaufpreisminderung gemäß §§ 437 Nr. 2, 441 IV 1 BGB haben.

1. Kaufvertrag, § 433 BGB

T und S haben einen Kaufvertrag geschlossen, § 433 BGB.

2. Gefahrübergang

Erforderlich ist zunächst, dass ein Gefahrübergang vorliegt. Nach § 446 S.1 BGB ist dies mit Übergabe der Kaufsache gegeben. In casu liegt die erforderliche Übergabe vor.

3. Voraussetzungen der Minderung

a) Fälliger, durchsetzbarer Anspruch aus gegenseitigem Vertrag

Zunächst müsste der T einen fälligen und durchsetzbaren Anspruch gegen die S haben. Hier besteht ein Anspruch auf Verschaffung einer mangelfreien Kaufsache. Der Anspruch ist mangels anderweitiger Vereinbarung nach § 271 I BGB auch sofort fällig; Einreden, die die Durchsetzbarkeit hindern könnten, bestehen nicht.

b) Mangel

aa) Sachmangel, § 434 I BGB

Das HotRod müsste einen Mangel gehabt haben. In Betracht kommt ein Sachmangel nach § 434 BGB. Eine Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 434 I 1 BGB wurde nicht getroffen. Eine vom Vertrag vorausgesetzte Beschaffenheit i.S.d. § 434 I 2 Nr. 1 BGB ist nicht ersichtlich. Also ist als Maßstab die gewöhnlich zu erwartende Beschaffenheit nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB anzulegen. Üblicherweise hat ein Motor bei einem neu gekauften Kraftfahrzeug zu funktionieren; dies kann der Käufer in aller Regel erwarten. Der Motor des von T erworbenen HotRods ist jedoch defekt. Also liegt eine Diskrepanz von Ist- und Sollbeschaffenheit vor. Das HotRod ist demnach mangelhaft i.S.d. § 434 I 2 Nr. 2 BGB.

bb) Mangel bei Gefahrübergang

Dieser Mangel müsste auch bei Gefahrübergang vorgelegen haben, vgl. § 434 I 1 BGB. Nach § 446 BGB tritt der Gefahrübergang mit der Übergabe der verkauften Sache ein. Entscheidend ist also, ob der Motorschaden schon vor Übergabe bestand oder ob er erst nachher aufgetreten ist. Laut Sachverhalt lässt sich dies nicht mehr aufklären. Grundsätzlich müsste im Prozess der T als Kläger Beweis für die ihm günstige Tatsache führen, dass der Mangel schon anfänglich vorlag. Eine Beweislastumkehr gilt jedoch im Fall des § 476 BGB. Dieser ist einschlägig, wenn es sich bei dem Geschäft um einen Verbrauchsgüterkauf i.S.d. §§ 474 ff. BGB handelt. T kauft zu rein privaten Zwecken, ist also Verbraucher i.S.d. § 13 BGB. S ist als KFZ-Händlerin Unternehmer i.S.d. § 14 I BGB. Das HotRod ist zudem eine bewegliche Sache i.S.d. § 90 BGB. Also handelt es sich um einen Verbrauchsgüterkauf, sodass die Beweislastumkehr des § 476 BGB greift: zeigt sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang ein Sachmangel, so wird vermutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war. Es sind noch keine sechs Monate verstrichen. S kann laut Sachverhalt keinen Gegenbeweis führen. Also greift die Vermutung, dass der Mangel schon bei Gefahrübergang bestand.

c) Fristsetzung

aa) Erfolgte Fristsetzung

Nach § 323 I BGB ist grundsätzlich eine Fristsetzung erforderlich. K hat der T jedoch keine Frist gesetzt, sondern ist einfach eigenmächtig zur Reparatur geschritten.

bb) Entbehrlichkeit der Fristsetzung

aa) nach §§ 323 II; 440 BGB

Dies wäre nur dann unschädlich, wenn eine Fristsetzung entbehrlich wäre, §§ 440 S. 1, 323 II BGB. § 440 S. 1 BGB greift ersichtlich nicht. In Betracht käme allenfalls § 323 II Nr. 3 BGB. Dies erfordert, dass besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen. Solche besonderen Umstände sind freilich nicht ersichtlich; es wäre T ohne weiteres zuzumuten gewesen, die S anzurufen und zur Reparatur aufzufordern.

bb) nach § 326 V BGB

Möglich wäre weiterhin ein Rücktritt nach § 326 V BGB, für den keine Fristsetzung erforderlich ist.

Hierfür wäre erforderlich, dass die Nacherfüllung unmöglich geworden ist.

Mit der Reparatur ist zunächst nur die Nachbesserung unmöglich geworden; ein mangelfreier Wagen kann nicht erneut repariert werden (Fall der Zweckerreichung).

Problematisch könnte aber sein, dass die Unmöglichkeit der Nacherfüllung hier deshalb nicht gegeben ist, da für die Unmöglichkeit des Nacherfüllungsanspruchs erforderlich ist, dass sowohl Nachbesserung als auch Nachlieferung nicht möglich sind¹.

Dagegen wird vorgebracht, dass mit der Reparatur ein unbehebbarer Mangel vorliege, da dieser wegen der bereits erfolgten Reparatur vom Verkäufer nicht mehr beseitigt werden könne². Zudem müsse sich der Käufer so behandeln lassen, als habe er mit der Reparatur sein aus § 439 I BGB bestehendes Wahlrecht bereits ausgeübt³.

Folglich ist davon auszugehen, dass die Nacherfüllung gänzlich unmöglich ist.

4. Erklärung der Minderung

Weiterhin müsste T die Minderung auch erklärt haben. Dies ist laut Sachverhalt aber erfolgt.

5. Ausschluss der Minderung

Weiter dürfte die Minderung nicht ausgeschlossen sein.

Dies kommt nach § 326 V iVm § 323 VI 1. Alt BGB in Betracht, wenn der Gläubiger, also T, für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist. Für den Umstand, dass die S nicht mehr reparieren kann, dass die Reparatur also unmöglich i.S.d. § 275 I BGB geworden ist, ist ursächlich, dass T den Motor

¹ so Lerach JuS 2008, 953 (954).

² Lorenz NJW 2003, 1417 (1418).

³ Katzenstein ZGS 2005, 184 (191).

selbst repariert hat. Er ist also alleine für den Umstand verantwortlich. § 326 VI BGB schließt damit den Rücktritt nach § 326 V BGB aus.

4. Ergebnis

Also hat T keinen Anspruch aus §§ 437 Nr. 2, 441 IV 1 BGB gegen S.

II. §§ 437 Nr. 3, 440, 280 I, III, 281 BGB

T könnte gegen S einen Schadensersatzanspruch aus §§ 437 Nr. 3, 440, 280 I, III, 281 BGB haben.

1. Schuldverhältnis

Zunächst ist erforderlich, dass zwischen den Parteien ein Schuldverhältnis besteht. Ein Kaufvertrag liegt, wie bereits geprüft, vor.

Zudem ist im Bereich der §§ 434 ff BGB erforderlich, dass der Gefahrübergang vorliegt. Dies ist hier aber mit der Übergabe erfolgt.

2. Pflichtverletzung

Weiter müsste die S eine Pflicht aus dem Kaufvertrag verletzt haben.

a) Fälliger und durchsetzbarer Anspruch

Zunächst müsste der T einen fälligen und durchsetzbaren Anspruch gegen die S haben. Hier besteht ein Anspruch auf Verschaffung einer mangelfreien Kaufsache. Der Anspruch ist mangels anderweitiger Vereinbarung nach § 271 I BGB auch sofort fällig; Einreden, die die Durchsetzbarkeit hindern könnten, bestehen nicht.

b) Vorliegen eines Sachmangels

Wie geprüft, war das HotRod auch mangelhaft i.S.d. § 434 I 2 Nr. 2 BGB.

c) Fristsetzung

Weiterhin müsste T der S eine Frist gesetzt haben, § 281 I BGB. Dies ist nicht geschehen. Eine Fristsetzung ist auch nicht nach § 281 II BGB entbehrlich; S hat die Leistung nicht ernsthaft und endgültig verweigert, auch liegen nicht besondere Umstände vor, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen. Es wäre T durchaus zuzumuten gewesen, die S zur Reparatur aufzufordern.

3. Ergebnis

T hat also gegen S keinen Schadensersatzanspruch aus §§ 437 Nr. 3, 440, 280 I, III, 281 BGB.

III. §§ 437 Nr. 3, 440, 280 I, III, 283 BGB

T könnte gegen S einen Schadensersatzanspruch aus §§ 437 Nr. 3, 440, 280 I, III, 283 BGB haben.

1. Schuldverhältnis

Zunächst ist erforderlich, dass zwischen den Parteien ein Schuldverhältnis besteht. Ein Kaufvertrag liegt, wie bereits geprüft, vor.

Zudem ist im Bereich der §§ 434 ff BGB erforderlich, dass der Gefahrübergang vorliegt. Dies ist hier aber mit der Übergabe erfolgt.

2. Pflichtverletzung

Weiter müsste die S eine Pflicht aus dem Kaufvertrag verletzt haben. Im Rahmen des § 437 Nr.3 BGB müsste hier ein unbehebbarer Mangel vorliegen (sog. qualitative Unmöglichkeit)

a) Vorliegen eines Mangels

Wie geprüft, war das HotRod auch mangelhaft i.S.d. § 434 I 2 Nr. 2 BGB.

b)

Weiter müsste die Behebung des Mangels unmöglich sein. In casu ist die Unmöglichkeit aber durch die Reparatur eingetreten (s.o). Somit ist die Nacherfüllung unmöglich; es liegt eine Pflichtverletzung vor.

3. Vertretenmüssen, § 280 I 2 BGB

S müsste die Pflichtverletzung, d.h. die Unmöglichkeit der Nacherfüllung, zu vertreten haben. Die Unmöglichkeit der Nacherfüllung beruht jedoch lediglich darauf, dass T den Motorschaden eigenmächtig selbst behoben hat, anstatt der S die Gelegenheit dazu einzuräumen. Ein der S vorwerfbares Verhalten hat daher nicht zur Pflichtverletzung geführt. Somit hat S die Pflichtverletzung nicht i.S.v. § 280 I 2 BGB zu vertreten.

4. Ergebnis

Also hat T keinen Schadensersatzanspruch gegen S aus §§ 437 Nr. 3, 440, 280 I, III, 283 BGB.

IV. §§ 437 Nr. 1, 439 II BGB

T könnte gegen S einen Anspruch auf Ersatz der ihm entstandenen Kosten aus §§ 437 Nr. 1, 439 II BGB haben.

1. Kaufvertrag, § 433 BGB

Ein Kaufvertrag liegt vor.

2. Gefahrübergang

Weiter müsste der erforderliche Gefahrübergang vorliegen. Dies ist, wie bereits geprüft, gegeben.

3. Mangel, § 434 BGB

Wie geprüft, war das HotRod auch mangelhaft i.S.d. § 434 I 2 Nr. 2 BGB.

4. Aufwendungen zum Zwecke der Nacherfüllung

Die Ausgaben des T müssten Aufwendungen zum Zwecke der Nacherfüllung sein. Aufwendungen sind alle freiwilligen Vermögensopfer. Dem Wortlaut des § 439 II BGB nach fallen die Austauschkosten unter Aufwendungen.

5. Rechtsfolge

Nach § 439 II BGB hat der Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen. Fraglich ist, ob dies auch einen Aufwendungsersatzanspruch des Käufers gegen den Verkäufer für Aufwendungen meint, die er selbst getätigt hat. Man könnte in § 439 II BGB eine Anspruchsgrundlage sehen.⁴ Der Wortlaut spricht dagegen eher für eine reine Kostenzuordnung an die Person des Verkäufers; § 439 II BGB ist also keine Anspruchsgrundlage.⁵ Zudem würde ein Anspruch nach § 439 II BGB der Systematik der §§ 437, 281, 323, 440 BGB widersprechen, wonach zunächst Nacherfüllung durch den Verkäufer verlangt werden kann und für alle weiteren Rechtsmittel - wie geprüft - eine Fristsetzung erforderlich ist.⁶

Also ist der Weg über § 439 II BGB nicht gangbar.

5. Ergebnis

T hat keinen Anspruch gegen S aus §§ 437, 439 II BGB.

V. § 637 BGB analog bzw. § 536 a II BGB analog

Im Werkvertragsrecht gibt § 637 BGB einen Anspruch auf Kostenerstattung bei Selbstvornahme der Mangelbeseitigung. Im Mietrecht ergibt sich dasselbe aus Mieter § 536 a II BGB. Einen solchen Anspruch bietet das Kaufmangelgewährleistungsrecht nicht.

Es fragt sich daher, ob diese Vorschriften im Kaufrecht analog angewendet werden können. Voraussetzung jeder Analogie ist eine Regelungslücke, d.h., dass etwas planwidrig nicht geregelt wurde. Der Gesetzgeber hat jedoch im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung das Problem gesehen und trotzdem eine Regelung zur Selbstvornahme nur im Werkvertrags-, nicht aber im Kaufrecht getroffen.⁷

Also liegt Absicht des Gesetzgebers und damit keine Regelungslücke vor. Eine Analogie ist demnach nicht statthaft.

T hat gegen S keinen Anspruch nach § 637 BGB analog bzw. § 536 a II BGB analog.

VI. §§ 326 II 2, IV, 346 IV BGB analog

T könnte gegen S einen Anspruch in Analogie zu den §§ 326 II 2, IV, 346 I BGB haben.

⁴ Dies tun etwa *Wieling/Finkenauer*, Fälle zum Besonderen Schuldrecht, 6. Aufl., S. 15, OLG Karlsruhe, MDR 2005, 135.

⁵ So etwa *Hellwege*, AcP 206 (2006), 136 ff.; BeckOK/*Faust*, § 439 BGB, Rn. 25.

⁶ So etwa *Fritzsche*, Fälle zum Schuldrecht I, 3. Aufl., S. 266.

⁷ Dies geht hervor aus der Bundestagsdrucksache 14/6040, S. 229: "Vor allem hat nur der Besteller ein Selbstvornahmerecht, wohingegen dem Käufer ein solches nicht zusteht".

Nach § 326 II 2 BGB muss sich der Schuldner dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Hat er schon gezahlt so kann er dies laut § 326 IV BGB nach der Vorschrift des § 346 I BGB zurückfordern.

Fraglich ist, ob diese Regelung zum Rücktritt auf den Fall der Selbstvornahme im Kaufrecht analog angewendet werden kann.

1. e.A.: Analogie zulässig

Nach einer Ansicht muss sich der Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen (§ 439 II BGB), die er durch die Selbstvornahme der Mängelbeseitigung seitens des Käufers erspart, auf seinen Kaufpreisanspruch anrechnen lassen. Insoweit wird entweder die unmittelbare oder analoge Anwendung des § 326 II 2 BGB befürwortet.⁸ Begründet wird dies damit, dass die vom Verkäufer geschuldete Nacherfüllung infolge der Selbstvornahme der Mängelbeseitigung durch den Käufer unmöglich werde (§ 275 I BGB). Der Verkäufer behalte nach § 326 I 2 BGB seinen Kaufpreisanspruch. Gemäß § 326 II 2 BGB - der anzuwenden sei, weil der Käufer als Gläubiger für die Unmöglichkeit der Nacherfüllung verantwortlich sei, § 326 II 1 BGB - müsse sich der Verkäufer allerdings dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspare; sei der Kaufpreis bereits gezahlt, ergebe sich ein Erstattungsanspruch des Käufers aus § 326 IV BGB in Verbindung mit §§ 346 ff. BGB.⁹

2. a.A.: Analogie unzulässig

Der Gegenauffassung nach ist diese Analogie unzulässig.¹⁰ "Beseitigt der Käufer einen Mangel der gekauften Sache, ohne dass er dem Verkäufer zuvor eine erforderliche Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat, kann er Kosten der Mängelbeseitigung nicht gemäß § 326 II 2, IV BGB (analog) erstattet verlangen. §§ 437 ff. BGB enthalten insoweit abschließende Regelungen, die auch einen Anspruch auf Herausgabe ersparter Aufwendungen in unmittelbarer beziehungsweise analoger Anwendung des § 326 II 2 BGB ausschließen. Anderenfalls würde dem Käufer im Ergebnis ein Selbstvornahmerecht auf Kosten des Verkäufers zugebilligt, auf das der Gesetzgeber bewusst verzichtet hat; zudem würde der Vorrang des Nacherfüllungsanspruchs unterlaufen, der den §§ 437 ff. BGB zugrunde liegt. Das Gesetz räumt dem Käufer - im Gegensatz zum Mieter (§ 536 a II BGB) und zum Besteller beim Werkvertrag (§§ 634 Nr. 2, 637 BGB) - keinen Aufwendungsersatzanspruch im Falle der Selbstbeseitigung von Mängeln ein. Der Gesetzgeber hat bei der Neuregelung der Mängelrechte des Käufers durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz bewusst von einem Selbstvornahmerecht auf Kosten des Verkäufers abgesehen, wie sich insbesondere aus dem Vergleich der in § 437 Nr. 1 bis 3 BGB aufgeführten Rechte des Käufers mit den ebenfalls

⁸ Lorenz, ZGS 2003, 398; vgl. auch bereits ders., NJW 2003, 1417; Ebert, NJW 2004, 1761, 1763; Katzenstein, ZGS 2004, 349; ähnlich: BeckOK/Faust, § 437 Rn. 33; Jauernig/Stadler, 11. Aufl., § 326 BGB, Rn. 29; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl., S. 102; Palandt/Putzo, 64. Aufl., § 437 BGB, Rn. 4a; vgl. auch Palandt/Heinrichs, 64. Aufl., § 326 BGB, Rn. 13

⁹ Hierzu eingehend Lorenz, NJW 2003, 1418 f.

¹⁰ Dieser Ansicht folgt der BGH, so etwa in der Leitentscheidung zu diesem Thema in NJW 2005, 1348 ff., aus der auch in der Folge zitiert wird. Ebenso LG Aachen, DAR 2004, 452, 453; AG Kempen, ZGS 2003, 397; Dauner-Lieb/Dötsch, ZGS 2003, 250; Dötsch, MDR 2004, 975, 977 f.; Ball, NZV 2004, 217, 227; MüKo/Westermann, 4. Aufl., § 437 BGB, Rn. 9 sowie § 439 Rn. 10; Schroeter, JR 2004, 441; Dauner-Lieb/Arnold, ZGS 2005, 10.

neu gefasst und im übrigen im wesentlichen übereinstimmenden Rechten des Bestellers beim Werkvertrag (§ 634 Nr. 1 bis 4 BGB) ergibt (vgl. auch Entwurfsbegründung, BT-Drucks. 14/6040, S. 229). Aus diesem Grunde besteht auch keine planwidrige Regelungslücke, die Voraussetzung einer analogen Anwendung des § 326 II 2 BGB wäre.

[...] Die Erstattung ersparter Mängelbeseitigungskosten gemäß § 326 II 2 BGB stünde auch im Widerspruch zu dem Grundsatz des Vorrangs der Nacherfüllung, der sich aus §§ 437 ff. BGB ergibt. § 437 BGB zählt die Rechte und Ansprüche auf, die dem Käufer im Falle der Lieferung einer mit einem Rechts- oder Sachmangel behafteten Sache zustehen. Ein grundsätzlicher Vorrang der Nacherfüllung folgt für die Gestaltungsrechte des Rücktritts und der Minderung (§ 437 Nr. 2 BGB) sowie für die Ansprüche des Käufers auf Schadensersatz statt der Leistung und auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen aus dem Umstand, dass diese Rechte des Käufers [...] regelmäßig den erfolglosen Ablauf einer dem Verkäufer gesetzten Frist zur Nacherfüllung voraussetzen. Aus der Sicht des Verkäufers stellt sich der Vorrang der Nacherfüllung als Nacherfüllungsrecht beziehungsweise "Recht zur zweiten Andienung" dar, das insoweit seinem Schutz dient, als er durch die Nacherfüllung die Geltendmachung der vorgenannten Käuferrechte abwenden kann. In der Entwurfsbegründung wird zu dem in § 437 Nr. 2 BGB geregelten Rücktrittsrecht ausgeführt, der Verkäufer erhalte durch das Fristsetzungserfordernis eine letzte Chance, den mit der Rückabwicklung des Vertrags verbundenen wirtschaftlichen Nachteil abzuwenden. Die Möglichkeit des Verkäufers, die Rückabwicklung des Vertrags durch fristgerechte Nachbesserung oder Neulieferung abzuwenden, sei auch für den Käufer interessengerecht, da er erhalte, was er vertraglich zu beanspruchen habe. Vorrang vor dem Rücktritt vom Vertrag habe damit die Nacherfüllung durch den Verkäufer, wenn auch die Wahl zwischen den beiden Arten der Nacherfüllung dem Käufer zustehe."¹¹

3. Ergebnis

Der zuletzt vorgebrachten Argumentation ist zu folgen. Die erstgenannte Ansicht ignoriert in unzulässiger Weise den Willen des Gesetzgebers und umgeht den im Gesetz angelegten Vorrang der Nacherfüllung.

T hat also keinen Anspruch gegen S aus §§ 326 II 2, IV, 346 I BGB.

VII. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB

In Betracht kommt weiterhin ein Anspruch des T gegen S aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB wegen Geschäftsführung ohne Auftrag.

Jedoch liegt eine solche Geschäftsführung nicht im Interesse der S; diese hätte als KFZ-Händlerin den Ersatzmotor sicherlich günstiger erstehen können.

Also scheidet der Anspruch aus §§ 677, 638 S. 1, 670 BGB aus

VIII. §§ 677, 684 S. 1, 812 ff.

T könnte gegen S einen Anspruch aus §§ 677, 684 S. 1, 670 BGB haben.

Fraglich ist, ob diese Anspruchsgrundlage neben dem Kaufmangelgewährleistungsrecht überhaupt anwendbar ist. Dagegen spricht, dass die in § 437 BGB aufgezählten

¹¹ BGH, NJW 2005, 1349 f. - Das Zitat ist ohne Hinweis in eckigen Klammern gekürzt um die im Urteil vorkommenden Verweise auf andere Passagen des Urteils und auf weitere Literaturbelege sowie um die Nummerierung und Gliederung.

Möglichkeiten eine abschließende Regelung darstellen sollen¹² und dass auch durch den Rückgriff auf die Geschäftsführung ohne Auftrag der Vorrang der Nacherfüllung und das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung umgangen würde.¹³

Damit hat T auch keinen Anspruch gegen S aus §§ 677, 684 S. 1, 670 BGB.

IX. § 812 I 1 Var. 2 BGB

Letztlich kommt ein Anspruch des T gegen S aus § 812 I 1 Var. 2 BGB in Betracht.

Jedoch ist auch diese Anspruchsgrundlage neben dem Kaufmangelgewährleistungsrecht nicht anwendbar; die in § 437 BGB aufgezählten Möglichkeiten bilden eine abschließende Regelung, andernfalls würden der Vorrang der Nacherfüllung und das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung umgangen.

Damit hat T auch keinen Anspruch gegen S aus § 812 I 1 Var. 2 BGB.

X. Gesamtergebnis des Grundfalls

T hat letztlich keinen Anspruch auf Ersatz seiner Kosten für den Austauschmotor des HotRods.

¹² Siehe etwa die Bundestagsdrucksache 14/6040, S. 229 (im Internet abzurufen unter <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/14/060/1406040.pdf>).

¹³ Die Gegenauffassung in diesem Punkt vertrat *Oechsler*, NJW 2004, 1825 ff. Der BGH habe sich nicht zur GoA geäußert, also sei diese ein gangbarer Weg. Dies ist freilich m.E. nach BGH, NJW 2005, 3211 ff. (siehe die Abwandlung) nicht mehr vertretbar.

Lösung der Abwandlung

I. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB

J könnte gegen V unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Schadensersatzes statt der Leistung einen Anspruch auf die Erstattung ihrer Aufwendungen für die tierärztliche Behandlung nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB haben.

1. Schuldverhältnis

Ein Kaufvertrag liegt vor. Zudem ist mit der Übergabe auch der erforderliche Gefahrübergang gegeben.

2. Pflichtverletzung

a) Fälliger und durchsetzbarer Anspruch

Zunächst ist erforderlich, dass die J einen fälligen und durchsetzbaren Anspruch auf Lieferung der Kaufsache hat. Ein solcher Anspruch besteht, dieser ist mangels abweichender Vereinbarung auch sofort fällig (vgl. § 271 I BGB). Zudem ist der Anspruch mangels entgegenstehender Einreden auch durchsetzbar.

b) Vorliegen eines Mangels

Der Welpen müsste einen Mangel gehabt haben.

aa) Sachmangel, § 434 BGB

In Betracht kommt ein Sachmangel nach § 434 BGB. Eine Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 434 I 1 BGB wurde nicht getroffen. Eine vom Vertrag vorausgesetzte Beschaffenheit i.S.d. § 434 I 2 Nr. 1 BGB ist nicht ersichtlich. Also ist als Maßstab die gewöhnlich zu erwartende Beschaffenheit nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB anzulegen. Üblicherweise hat ein Welpe keinen blutigen Durchfall; dies kann der Käufer in aller Regel erwarten. Also liegt eine Diskrepanz von Ist- und Sollbeschaffenheit vor. Der Welpe ist demnach mangelhaft i.S.d. § 434 I 2 Nr. 2 BGB.

b) Vorliegen bei Gefahrübergang

Dieser Mangel müsste auch bei Gefahrübergang vorgelegen haben, vgl. § 434 I 1 BGB. Nach § 446 BGB tritt der Gefahrübergang mit der Übergabe der verkauften Sache ein. Entscheidend ist also, ob die Krankheit schon vor Übergabe bestand oder ob sie erst nachher aufgetreten ist. Im Sachverhalt finden sich hierzu keine Angaben. Grundsätzlich müsste im Prozess die J als Kläger Beweis für die ihr günstige Tatsache führen, dass der Mangel schon anfänglich vorlag. Eine Beweislastumkehr gilt jedoch im Fall des § 476 BGB. Dieser ist einschlägig, wenn es sich bei dem Geschäft um einen Verbrauchsgüterkauf i.S.d. §§ 474 ff. BGB handelt. J kauft zu rein privaten Zwecken, ist also Verbraucher i.S.d. § 13 BGB. V ist als Hundehändler Unternehmer i.S.d. § 14 I BGB. Der Welpe ist zudem wie eine bewegliche Sache i.S.d. § 90 BGB zu behandeln, vgl. § 90 a BGB. Also handelt es sich um einen Verbrauchsgüterkauf, sodass die Beweislastumkehr des § 476 BGB greift: zeigt sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang ein Sachmangel, so wird vermutet, dass die

Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war. Es sind noch keine sechs Monate verstrichen. V kann keinen Gegenbeweis führen. Also greift die Vermutung, dass der Mangel schon bei Gefahrübergang bestand.

c) Fristsetzung

Weiterhin müsste J dem V eine Frist gesetzt haben. Dies ist freilich nicht geschehen.

Nach §§ 437 Nr. 3, 281 II BGB ist die nach § 281 I 1 BGB erforderliche Fristsetzung zur Nacherfüllung unter anderem dann entbehrlich, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen.

Ein solcher Ausnahmefall ist hier gegeben.

Die erste tierärztliche Behandlung am 20.03.2009 war eine Notfallmaßnahme, die aus damaliger Sicht keinen Aufschub duldet und auch einen Transport des erkrankten Hundes zum Wohnort des V nicht zuließ. Unter diesen Umständen war die J. nicht gehalten, und es war ihr auch nicht zumutbar, mit dem kleinen Tier im Auto die Strecke zurückzulegen, um den Welpen zu V zurückzubringen, damit dieser nunmehr die nötigen tierärztlichen Untersuchungen selbst einleiten konnte. Nach der in § 281 II BGB vorgeschriebenen Interessenabwägung ist diese etwa dann zu Gunsten des Käufers vorzunehmen, wenn bei einem mit der Nachfristsetzung notwendigerweise verbundenen Zeitverlust ein wesentlich größerer Schaden droht als bei einer vom Gläubiger sofort vorgenommenen Mängelbeseitigung.¹⁴ Durfte J die tierärztliche Behandlung des erkrankten Welpen am 20.03.2009 veranlassen, ohne vorher den V zur Durchführung einer solchen Maßnahme innerhalb einer bestimmten Frist aufgefordert zu haben, so gilt dies in gleicher Weise auch für die weiteren notwendigen tierärztlichen Behandlungstermine.¹⁵

Also ist eine Fristsetzung entbehrlich.

3. Vertretenmüssen, § 280 I 2 BGB

V müsste die Mangelhaftigkeit des Welpen zu vertreten haben. Im Sachverhalt finden sich keine Anhaltspunkte, die die als Beweislastumkehr strukturierte Vermutung des Vertretenmüssens aus § 280 I 2 BGB widerlegen können. V hat den Mangel zu vertreten.

4. Schaden

J hat einen Schaden i.S.d. §§ 249 ff. BGB in Höhe von 379,39 € erlitten.

5. Ergebnis

Folglich hat J gegen V einen Schadensersatzanspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB.

II. §§ 326 II 2, IV, 346 I BGB

J hat daneben keinen Anspruch nach §§ 326 II 2, IV, 346 I BGB.

¹⁴ BGH, NJW 2005, 3212., mit Verweis auf die Bundestagsdrucksache 14/6040, S. 140 und Palandt/Heinrichs, § 281 BGB, Rn. 15.

¹⁵ BGH, NJW 2005, 3212.

"Wie der Senat in seiner nach Erlass des Berufungsurteils ergangenen Entscheidung vom 23. 2. 2005 (NJW 2005, 1348 = WM 2005, 945) ausgesprochen hat, setzt der Anspruch des Käufers auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280, 281 BGB voraus, dass der Käufer dem Verkäufer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hat, soweit nicht einer der gesetzlich geregelten Ausnahmetatbestände eingreift. Beseitigt der Käufer den Mangel selbst, ohne dem Verkäufer zuvor eine erforderliche Frist zur Nacherfüllung gesetzt zu haben, kann er auch nicht gem. § 326 II 2, IV BGB (analog) die Anrechnung der vom Verkäufer ersparten Aufwendungen für eine Mangelbeseitigung auf den Kaufpreis verlangen oder den bereits gezahlten Kaufpreis in dieser Höhe zurückfordern. Zur Begründung hat der Senat darauf hingewiesen, dass die §§ 437 ff. BGB insoweit abschließende Regelungen enthalten, die auch einen Anspruch auf Herausgabe ersparter Aufwendungen in unmittelbarer bzw. analoger Anwendung des § 326 II 2 BGB ausschließen; anderenfalls würde dem Käufer im Ergebnis ein Selbstvornahmerecht auf Kosten des Verkäufers zugebilligt, auf das der Gesetzgeber bewusst verzichtet hat. Zudem würde der Vorrang des Nacherfüllungsanspruchs unterlaufen, der den §§ 437 ff. BGB zu Grunde liegt."¹⁶ An diesem Ergebnis ist trotz der im Schrifttum geäußerten Kritik an dieser Rechtsprechung¹⁷ festzuhalten.

III. §§ 684 S. 1, 812 BGB

Nicht gefolgt werden kann der Auffassung, dem Käufer sei bei einer den kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften nicht entsprechenden eigenmächtigen Nachbesserung ein Anspruch nach §§ 684 S. 1, 812 BGB auf Ersatz der von dem Verkäufer ersparten Mängelbeseitigungskosten zuzubilligen. Der abschließende Charakter der in den §§ 437 ff. BGB normierten Rechte des Käufers bei Mängeln verbietet nicht nur eine unmittelbare oder analoge Anwendung des § 326 II 2 BGB, sondern ebenso den [...] Weg eines Aufwendungsersatzes nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag in Verbindung mit dem Bereicherungsrecht."¹⁸

IV. Gesamtergebnis der Abwandlung

J hat gegen V einen Schadensersatzanspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB.

¹⁶ BGH, NJW 2005, 3212.

¹⁷ Etwa von *Gsell*, ZIP 2005, 922; *Lorenz*, NJW 2005, 1321; *Bydlinski*, ZGS 2005, 129; *Katzenstein*, ZGS 2005, 184.

¹⁸ BGH, NJW 2005, 3212.