

# **Schuldrecht**

## **Allgemeiner Teil**

**Schuldverhältnisse**  
**Leistungsstörungenrecht**  
**Verbraucherschutzrecht**

**von**

**Prof. Dr. jur. Rolf Schmidt**

**Hochschule für Angewandte Wissenschaften**  
**Hamburg**

**14. Auflage 2022**

# Inhaltsverzeichnis

<b>1. Kapitel – Einordnung des Schuldrechts und Einführung in die Fallbearbeitung .....</b>	<b>1</b>
<b>A. Allgemeiner Teil des Schuldrechts im BGB.....</b>	<b>1</b>
<b>B. Einführung in die Fallbearbeitung.....</b>	<b>5</b>
I. Anspruchsziele der beteiligten Personen .....	5
II. Auffinden der richtigen Anspruchsnorm .....	5
III. Prüfungsschritte bei Ansprüchen aus dem Schuldrecht .....	6
<b>2. Kapitel – Begriffsbestimmungen.....</b>	<b>7</b>
<b>A. Schuldverhältnis.....</b>	<b>7</b>
<b>B. Schuldner, Gläubiger, Anspruch und Verbindlichkeit .....</b>	<b>7</b>
<b>C. Dauerschuldverhältnisse .....</b>	<b>8</b>
<b>D. Gefälligkeitsverträge und Gefälligkeitsverhältnisse .....</b>	<b>8</b>
<b>3. Kapitel – Entstehung von Schuldverhältnissen / Rechtsfolgen .....</b>	<b>10</b>
<b>A. Entstehung durch Rechtsgeschäft .....</b>	<b>10</b>
<b>B. Entstehung durch Gesetz.....</b>	<b>12</b>
<b>C. Entstehung gem. § 311 II, III BGB.....</b>	<b>12</b>
<b>D. Pflichten und Obliegenheiten im Schuldverhältnis .....</b>	<b>13</b>
I. Primär- und Sekundärpflichten.....	13
II. Leistungs- und nichtleistungsbezogene Pflichten .....	13
III. Obliegenheiten.....	14
<b>4. Kapitel – Inhalt von Schuldverhältnissen .....</b>	<b>16</b>
<b>A. Bestimmung des Leistungsinhalts .....</b>	<b>17</b>
I. Grundsätzlich freie Bestimmung durch die Parteien.....	17
II. Bestimmung der Leistung durch eine Partei oder einen Dritten .....	18
<b>B. Grundsatz von Treu und Glauben.....</b>	<b>21</b>
I. Funktionen des § 242 BGB .....	21
II. Insbesondere: Unzulässige Rechtsausübung, § 242 BGB .....	22
<b>C. Leistungsort und Leistungszeit.....</b>	<b>25</b>
I. Leistungsort .....	25
1. Begriff des Leistungsorts und der Hol-, Bring- und Schickschuld .....	25
2. Bestimmung des Leistungsorts/Erfüllungsorts .....	28
II. Leistungszeit.....	34
1. Begriff der Leistungszeit.....	34
2. Bestimmung der Leistungszeit .....	35

<b>D. Gegenstand des Schuldverhältnisses.....</b>	<b>36</b>
I. Stückschuld.....	36
II. Gattungsschuld/Vorratsschuld.....	37
III. Relevanz der Unterscheidung .....	38
IV. Konkretisierung (Individualisierung) .....	41
V. Besonderheiten beim kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruch .....	46
VI. Wahlschuld .....	50
VII. Ersetzungsbefugnis.....	51
VIII. Geldschuld.....	51
<b>5. Kapitel – Rechtshindernde Einwendungen .....</b>	<b>53</b>
<b>A. Verpflichtung zur Verfügung über künftiges Vermögen, § 311b II BGB ..</b>	<b>54</b>
<b>B. Vertrag über den Nachlass eines lebenden Dritten, § 311b IV BGB .....</b>	<b>54</b>
<b>6. Kapitel – Rechtsvernichtende Einwendungen.....</b>	<b>55</b>
<b>A. Einführung.....</b>	<b>55</b>
<b>B. Erfüllung, §§ 362 ff. BGB .....</b>	<b>56</b>
I. Voraussetzungen der Erfüllung .....	56
1. Bewirken der geschuldeten Leistung .....	56
2. Weitere Voraussetzungen der Erfüllung? (Erfüllungstheorien).....	57
3. Einzelprobleme.....	58
4. Person des Leistenden .....	61
5. Person des Leistungsempfängers .....	62
II. Ermittlung der erfüllten Forderung .....	64
III. Rechtsfolgen/Beweislast .....	66
<b>C. Erfüllung mit einem anderen Leistungsgegenstand .....</b>	<b>67</b>
I. Annahme an Erfüllung statt.....	67
II. Abgrenzung zur Annahme erfüllungshalber .....	70
<b>D. Hinterlegung, §§ 372 ff. BGB.....</b>	<b>71</b>
I. Anwendungsbereich/Verfahrensrecht.....	71
II. Voraussetzungen .....	73
III. Rechtsfolgen der Hinterlegung .....	74
IV. Selbsthilfeverkauf bei nicht hinterlegungsfähigen Sachen .....	75
<b>E. Aufrechnung, §§ 387 ff. BGB.....</b>	<b>76</b>
I. Einführung .....	76
II. Voraussetzungen.....	78
III. Rechtsfolgen der Aufrechnung, § 389 BGB .....	87

<b>F. Erlassvertrag.....</b>	<b>89</b>
I. Einführung .....	89
II. Voraussetzungen.....	90
<b>G. Negatives Schuldanerkenntnis, § 397 II BGB .....</b>	<b>90</b>
<b>H. Sonstige Erlöschensgründe .....</b>	<b>91</b>
I. Änderungs- und Aufhebungsvertrag .....	91
II. Novation.....	92
III. Konfusion .....	93
<b>7. Kapitel – Gläubiger- und Schuldnerwechsel .....</b>	<b>94</b>
<b>A. Abtretung, §§ 398 ff. BGB.....</b>	<b>96</b>
I. Anwendungsbereich der §§ 398 ff. BGB.....	96
II. Voraussetzungen.....	97
III. Rechtsfolgen.....	104
IV. Besondere Formen der Abtretung.....	108
1. Sicherungsabtretung .....	108
2. Inkassozeession.....	114
3. Factoring.....	114
<b>B. Gesetzlicher Forderungsübergang gem. § 412 BGB .....</b>	<b>116</b>
<b>C. Befreiende Schuldübernahme, §§ 414 ff. BGB .....</b>	<b>116</b>
I. Abgrenzungen .....	117
II. Voraussetzungen der befreienden Schuldübernahme .....	118
III. Rechtsfolgen der befreienden Schuldübernahme.....	120
<b>8. Kapitel – Rechtshemmende Einwendungen (Einreden) .....</b>	<b>122</b>
<b>A. Einrede des § 273 BGB.....</b>	<b>122</b>
I. Schuldverhältnis .....	123
II. Gegenseitige Ansprüche.....	123
III. Wirksamer, fälliger und durchsetzbarer Gegenanspruch.....	124
IV. Konnexität der Ansprüche.....	124
V. Kein Ausschluss des Zurückbehaltungsrechts.....	125
VI. Erhebung der Einrede .....	127
VII. Rechtsfolgen .....	127
<b>B. Einrede des nicht erfüllten Vertrags, § 320 BGB .....</b>	<b>127</b>
I. Gegenseitiger Vertrag .....	127
II. Synallagmatische Leistungspflichten.....	128
III. Wirksame, durchsetzbare und fällige Gegenforderung .....	129
IV. Eigene Vertragstreue .....	129

V. Nichterfüllung durch den anderen Teil .....	129
VI. Kein Ausschluss der Einrede .....	130
VII. Erhebung der Einrede .....	130
VIII. Rechtsfolgen.....	130
<b>9. Kapitel – Leistungsstörungenrecht .....</b>	<b>131</b>
<b>A. Einführung.....</b>	<b>131</b>
<b>B. Unmöglichkeit, § 275 BGB .....</b>	<b>132</b>
I. Rechtsdogmatische und prozessuale Einordnung .....	132
II. Freiwerden des Schuldners nach § 275 I-III BGB .....	134
1. Wirkliche Unmöglichkeit, § 275 I BGB.....	134
a. Einheitlicher Begriff der Unmöglichkeit in § 275 I BGB.....	140
aa. Anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit .....	141
bb. Objektive und subjektive Unmöglichkeit.....	141
cc. Kein Vertretenmüssen erforderlich .....	142
b. Abgrenzung von § 275 I BGB zu § 275 II, III BGB .....	143
c. Fallgruppen der Unmöglichkeit .....	143
d. Unmöglichkeit bei Gattungsschulden.....	147
e. Unmöglichkeit bei Geldschulden?.....	149
f. Teilunmöglichkeit.....	150
g. Vorübergehende (bzw. einstweilige) Unmöglichkeit.....	151
2. Praktische Unmöglichkeit, § 275 II BGB.....	153
3. Persönliche Unmöglichkeit (Unzumutbarkeit), § 275 III BGB.....	157
III. Anspruch auf das Surrogat, § 285 I BGB .....	158
IV. Befreiung von der Gegenleistungspflicht, § 326 I S. 1 BGB .....	160
1. Voraussetzungen für das Freiwerden des Gläubigers gem. § 326 I BGB.....	162
2. Fortbestehen der Leistungspflicht des Gläubigers .....	163
a. § 2380 BGB .....	164
b. § 446 BGB.....	164
c. § 447 I BGB.....	164
d. §§ 644, 645 BGB.....	167
e. § 326 II S. 1 Var. 1 BGB – Überwiegende Verantwortlichkeit.....	167
f. § 326 II S. 1 Var. 2 BGB – Annahmeverzug des Gläubigers .....	168
g. §§ 326 III, 285 BGB – Stellvertretendes commodum .....	170
h. Schadensersatz statt der Leistung, §§ 280 ff.; 311a II BGB .....	170
i. Arbeitsrechtliche Besonderheiten.....	171
3. Besonderheiten bei beiderseitig zu vertretender Unmöglichkeit.....	171

4. Teilunmöglichkeit .....	174
V. Rücktritt und Schadensersatz, §§ 275 IV, 283, 311a, 326 BGB.....	175
<b>C. Rücktritt, §§ 323 ff. BGB.....</b>	<b>176</b>
I. Abgrenzungen .....	178
II. Voraussetzungen des Rücktritts .....	181
1. Rücktrittserklärung/Gestaltungswirkung des Rücktritts.....	181
2. Bestehen eines Rücktrittsgrunds .....	182
a. Rücktritt wegen nicht oder nicht wie geschuldet erbrachter Leistung (§ 323 BGB) .....	182
aa. Wirksamer gegenseitiger Vertrag.....	184
bb. Fällige und durchsetzbare Leistungspflicht.....	185
cc. Nichterfüllung oder Schlechterfüllung der (Leistungs-)Pflicht.....	187
dd. Fristsetzung .....	203
ee. Ausschlussgründe .....	220
b. Rücktritt wegen Verletzung einer Pflicht i.S.d. § 241 II BGB.....	220
aa. Gegenseitiger Vertrag .....	221
bb. Verletzung einer nichtleistungsbezogenen Pflicht .....	221
cc. Unzumutbarkeit .....	222
dd. Ausschlussgründe .....	222
c. Rücktritt bei Ausschluss der Leistungspflicht, §§ 326 V, 323 BGB.....	222
3. Ausschluss des Rücktritts .....	224
a. Verantwortlichkeit des Gläubigers, § 323 VI Var. 1 BGB.....	225
b. Annahmeverzug, § 323 VI Var. 2 BGB.....	225
c. Keine Unerheblichkeit der Pflichtverletzung bei Schlechtleistung.....	226
d. Eigene Vertragstreue des Gläubigers .....	230
e. Kein vertraglicher Ausschluss des Rücktrittsrechts.....	230
f. Ausschluss des Rücktrittsrechts nach § 218 I BGB .....	231
4. Interessenfortfall bei teilweiser Nichterfüllung, § 323 V S. 1 BGB.....	232
5. Schadensersatz trotz Rücktritts, § 325 BGB.....	233
III. Rechtsfolgen des Rücktritts, §§ 346 ff. BGB.....	234
1. Rückgewähr von Leistungen und Nutzungen, § 346 I BGB .....	236
2. Wertersatz statt der Rückgewähr, § 346 II BGB .....	238
3. Entfallen der Wertersatzpflicht, § 346 III S. 1 BGB .....	247
4. Schadensersatz, § 346 IV BGB i.V.m. §§ 280 ff. BGB .....	253
5. Ersatz von Verwendungen .....	255
IV. Unwirksamkeit des Rücktritts .....	256

<b>D. Schadensersatz, §§ 280 ff., 311a II BGB .....</b>	<b>257</b>
I. Einführung und Überblick über die Schadensersatzarten .....	257
II. Verantwortlichkeit des Schuldners / Beweislast .....	265
1. Eigenes Verschulden gem. § 276 I S. 1 Hs. 1 BGB.....	268
a. Verschuldens(un-)fähigkeit .....	268
aa. Keine Verschuldensfähigkeit.....	268
bb. Beschränkte Verschuldensfähigkeit.....	269
b. Vorsatz .....	269
c. Fahrlässigkeit.....	270
aa. Sorgfaltsmaßstab/Voraussetzungen .....	270
bb. Grobe Fahrlässigkeit (Leichtfertigkeit).....	274
cc. Leichte Fahrlässigkeit .....	274
dd. Eigenübliche Sorgfalt (diligentia quam in suis).....	274
d. Abgrenzung von Fahrlässigkeit und Vorsatz.....	275
e. Relevanz der Unterscheidung der Verschuldensgrade .....	276
2. Strengere/mildere Haftung gem. § 276 I S. 1 Hs. 2 BGB .....	277
3. Haftung für fremdes Verschulden, § 278 BGB .....	280
a. Schuldverhältnis/Sonderverbindung .....	284
b. Erfüllungsgehilfe/gesetzlicher Vertreter .....	285
c. Handlung in Erfüllung einer Verbindlichkeit des Schuldners.....	287
d. Verschulden der Hilfsperson.....	290
e. Rechtsfolgen .....	291
III. Schadensersatz neben der Leistung, § 280 I, II BGB .....	291
1. Einführung.....	291
2. Schadensersatz bei Verletzung einer nichtleistungsbezogenen Nebenpflicht, §§ 280 I, 241 II BGB .....	293
a. Schuldverhältnis.....	295
aa. Schuldverhältnis mit Leistungspflichten .....	295
bb. Vorvertragliche Schuldverhältnisse, § 311 II BGB .....	296
a.) Aufnahme von Vertragsverhandlungen, § 311 II Nr. 1 BGB.....	297
b.) Vertragsanbahnung, § 311 II Nr. 2 BGB.....	297
c.) Ähnliche geschäftliche Kontakte, § 311 II Nr. 3 BGB.....	298
cc. Schuldverhältnis mit Dritten, § 311 III BGB.....	299
a.) Inanspruchnahme eines besonderen Vertrauens .....	300
b.) Besonderes wirtschaftliches Interesse.....	301
c.) Einbeziehung Dritter auf Gläubigerseite? .....	302
b. Konkurrenzen .....	304
aa. Schuldverhältnis mit Leistungspflichten .....	304

bb. Vorvertragliches Schuldverhältnis, § 311 II BGB.....	306
cc. Schuldverhältnis mit Dritten, § 311 III BGB.....	308
c. Pflichtverletzung .....	308
aa. Schutz- und Obhutspflichtverletzungen .....	309
bb. Verletzung von Aufklärungs- und Hinweispflichten .....	309
cc. Abbruch von Vertragsverhandlungen.....	310
dd. Verhinderung der Wirksamkeit eines Vertrags.....	311
ee. Leistungstreupflichten .....	312
ff. Mitwirkungspflichten.....	312
d. Rechtswidrigkeit der Pflichtverletzung .....	313
e. Vertretenmüssen.....	313
f. Schaden .....	313
g. Verjährung .....	314
3. Schadensersatz bei Verzug, §§ 280 I, II, 286 BGB.....	314
a. Wirksamer Anspruch .....	316
b. Fälligkeit .....	316
c. Einredefreiheit des Anspruchs .....	317
d. Mahnung und Entbehrlichkeit.....	319
e. Nichtleistung trotz Möglichkeit.....	323
f. Vertretenmüssen/Beweislast .....	324
g. Beginn und Ende des Verzugs .....	326
h. Rechtsfolgen .....	327
aa. Verzögerungsschaden .....	327
bb. Verzugszinsen und sonstiger Verzugsschaden, §§ 288 ff. BGB.....	328
4. Schadensersatz bei Schlechterfüllung einer leistungsbezogenen Pflicht, § 280 I BGB.....	329
IV. Schadensersatz statt der (ganzen) Leistung .....	331
1. Einführung.....	331
2. Schadensersatz statt der Leistung gem. § 311a II BGB .....	332
a. Wirksamer Vertrag .....	333
b. Freiwerden von der Leistungspflicht (§ 275 I-III BGB); Leistungshindernis bei Vertragsschluss .....	334
c. Zu vertretende Unkenntnis.....	334
d. Rechtsfolgen .....	336
aa. Schadensersatz statt der Leistung .....	336
bb. Schadensersatz statt der ganzen Leistung .....	339
cc. Herausgabe des Ersatzes, § 285 I BGB.....	339

dd. Ersatz vergeblicher Aufwendungen, §§ 311a II S. 1, 284 BGB .....	340
3. Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 283 BGB .....	344
a. Befreiung von der Leistungspflicht, § 275 I-III BGB.....	345
b. Vertretenmüssen .....	345
c. Rechtsfolgen.....	346
aa. Schadensersatz statt der Leistung .....	346
bb. Schadensersatz statt der ganzen Leistung .....	346
cc. Herausgabe des Ersatzes, § 285 I BGB .....	347
dd. Ersatz vergeblicher Aufwendungen, § 284 BGB.....	347
4. Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 281 I S. 1 BGB .....	347
a. Wirksamer Anspruch .....	349
b. Fälligkeit .....	350
c. Durchsetzbarkeit .....	351
d. Leistung nicht oder nicht wie geschuldet.....	352
e. Fristsetzung.....	352
f. Entbehrlichkeit der Fristsetzung, § 281 II BGB.....	354
g. Abmahnung, § 281 III BGB.....	355
h. Erfolgreicher Fristablauf.....	355
i. Vertretenmüssen .....	356
j. Eigene Vertragstreue .....	356
k. Rechtsfolgen.....	357
aa. Wahlrecht des Gläubigers (Erfüllung oder Schadensersatz) .....	357
bb. Schadensersatz statt der Leistung .....	357
cc. Schadensersatz statt der ganzen Leistung.....	358
dd. Ersatz vergeblicher Aufwendungen, § 284 BGB .....	358
ee. Mangelschaden und Mangelfolgeschäden .....	358
ff. Schadensersatz statt der Leistung und Verzug .....	360
5. Schadensersatz statt der <i>ganzen</i> Leistung	
gem. §§ 280 I, III, 281 I S. 1, S. 2, S. 3 BGB („großer Schadensersatz“) ..	361
6. Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 282 BGB .....	365
a. Schuldverhältnis.....	366
b. Verletzung einer Pflicht i.S.d. § 241 II BGB .....	366
c. Vertretenmüssen.....	366
d. Unzumutbarkeit .....	367
e. Rechtsfolgen .....	367
7. Gestaltungswirkung der Rechte und Ansprüche.....	368
<b>E. Schuldnerverzug, § 286 BGB.....</b>	<b>371</b>

<b>F. Gläubigerverzug, §§ 293 ff. BGB .....</b>	<b>372</b>
I. Einführung .....	372
II. Voraussetzungen .....	374
1. Wirksamer und erfüllbarer Anspruch .....	374
2. Leistungsvermögen des Schuldners .....	374
3. Angebot durch den Schuldner .....	377
a. Tatsächliches Angebot, § 294 BGB .....	378
aa. Richtiger Leistungsgegenstand .....	380
bb. Am richtigen Ort .....	381
cc. Zur rechten Zeit .....	381
b. Wörtliches Angebot, § 295 BGB .....	382
aa. Ablehnungserklärung des Gläubigers .....	382
bb. Unterlassene Mitwirkungshandlung des Gläubigers .....	383
c. Entbehrlichkeit des Angebots, § 296 BGB .....	383
4. Nichtannahme der Leistung durch den Gläubiger .....	384
III. Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs .....	385
1. Haftungsmilderung, § 300 I BGB .....	385
2. Übergang der Leistungsgefahr, § 300 II BGB .....	387
3. Übergang der Preisgefahr, § 326 II S. 1 Var. 2 BGB .....	388
4. Ersatz für die Mehraufwendungen, § 304 BGB .....	388
5. Sonstige Rechtsfolgen .....	389
<b>G. Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB .....</b>	<b>390</b>
I. Einführung .....	390
II. Subsidiäre Anwendbarkeit .....	393
1. Gesetzliche Sonderregelungen .....	393
2. Vertragliche Vereinbarungen .....	393
3. Anfechtung .....	394
4. Unmöglichkeit, § 275 BGB .....	394
5. Mängelrechte .....	397
6. Zweckverfehlungskondition, § 812 I S. 2 Var. 2 BGB .....	397
7. Eherechtliche Sonderregeln .....	397
8. Rücktritt nach § 323 I BGB .....	398
III. Voraussetzungen .....	398
1. Vorliegen eines Vertrags .....	399
2. Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind (Geschäftsgrundlage) .....	400
3. Schwerwiegende Veränderung oder Wegfall des die Geschäftsgrundlage	

ausmachenden Umstands („reales Element“)	402
4. Kein Vertragsschluss bei Kenntnis der späteren Änderung („hypothetisches Element“)	403
5. Unzumutbarkeit des Festhaltens am unveränderten Vertrag („normatives Element“)	403
IV. Rechtsfolgen	405
1. Vertragsanpassung, § 313 I BGB	405
2. Vertragsauflösung, § 313 III BGB	407
V. Wichtige Fallgruppen	407
1. Äquivalenzstörung	407
2. Zweckstörung	408
3. Gemeinsamer Irrtum	412
VI. Einbettung in den Prüfungsaufbau	417
<b>H. Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund, § 314 BGB</b>	<b>418</b>
I. Einführung	418
II. Voraussetzungen	420
1. Bestehen eines Dauerschuldverhältnisses	420
2. Vorliegen eines wichtigen Grundes	422
3. Interessenabwägung, § 314 I S. 2 BGB	424
4. Abhilfefrist oder Abmahnung, § 314 II S. 1 BGB	427
5. Kündigung innerhalb einer angemessenen Frist, § 314 III BGB	428
III. Rechtsfolgen	428
IV. Verhältnis von § 314 BGB zu anderen Regelungen	429
1. Verhältnis zu §§ 323 ff. BGB	429
2. Verhältnis zu §§ 280 ff., 311a II BGB	429
3. Verhältnis zu § 313 BGB	429
4. Verhältnis der „fristlosen“ Kündigung zum gesetzlichen Widerrufsrecht	430
<b>10. Kapitel – Inhalt von Schadensersatzansprüchen</b>	<b>431</b>
<b>A. Einführung</b>	<b>431</b>
I. Haftungsbegründung und Haftungsausfüllung	431
II. Anwendungsbereich und Grundgedanken der §§ 249 ff. BGB	431
III. Prüfungsreihenfolge des haftungsausfüllenden Tatbestands	432
<b>B. Schadensbegriff</b>	<b>434</b>
I. Vermögensschaden	434
II. Nichtvermögensschaden	435

III. Normativer Schaden .....	435
IV. Einzelfälle .....	436
<b>C. Schadenszurechnung .....</b>	<b>438</b>
I. Äquivalenztheorie .....	438
1. Definition.....	438
2. Einzelfälle .....	439
II. Adäquanztheorie .....	441
1. Definition.....	441
2. Einzelfälle .....	441
III. Schutzzweck der Norm .....	442
1. Definition.....	442
2. Einzelfälle .....	442
<b>D. Art und Umfang des Schadensersatzes, §§ 249 ff. BGB .....</b>	<b>447</b>
I. Einführung .....	447
II. Naturalrestitution, § 249 I BGB.....	448
III. Geld für Herstellung, § 249 II BGB.....	449
1. Sachschäden.....	450
a. Ersatz erforderlicher Kosten, § 249 II S. 1 BGB.....	450
b. Dispositionsfreiheit.....	450
c. Einzelfälle zum Inhalt des Ersatzes .....	451
d. Grenzen des Ersatzes .....	453
2. Personenschäden .....	455
a. Ersatz erforderlicher Kosten/Einzelfälle .....	455
b. Keine Dispositionsfreiheit bei Personenschäden .....	456
c. Grenzen .....	457
IV. Schadenskompensation, §§ 251, 252, 253 BGB .....	457
1. Einführung.....	457
2. Vermögensschäden.....	458
a. Merkantiler Minderwert.....	458
b. Entgangener Gewinn, § 252 BGB.....	459
c. Entgangene Gebrauchsvorteile?.....	459
d. Vertane Freizeit?.....	461
e. Verlust der Arbeitskraft? .....	462
f. Vertaner Urlaub? .....	462
g. Entgangene Genussmöglichkeiten .....	462
3. Nichtvermögensschäden .....	462
a. § 651n II BGB.....	463

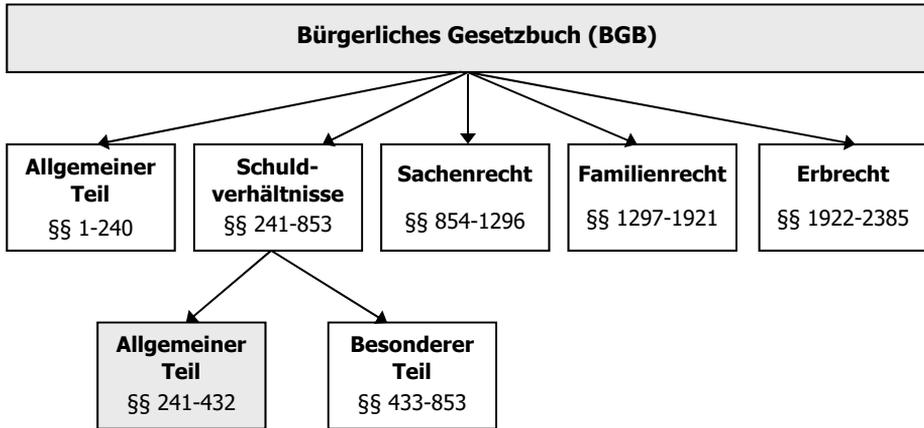
b. Schmerzensgeld, § 253 II BGB .....	463
c. Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts .....	466
<b>E. Schadensminderung .....</b>	<b>467</b>
I. Vorteilsanrechnung .....	467
1. Voraussetzungen .....	467
2. Fallgruppen.....	468
a. Leistungen Dritter?.....	468
b. Leistungen des Geschädigten .....	468
c. Ersparte Aufwendungen.....	469
d. Erträge aus der Erbschaft .....	469
e. Abzug neu für alt .....	469
II. Mitverschulden.....	470
1. Begriff .....	470
2. Verschuldensfähigkeit .....	471
3. Kausalität .....	471
4. Umfang der Mitverantwortlichkeit .....	472
5. Verschuldenszurechnung, § 254 II S. 2 BGB .....	473
<b>11. Kapitel – Verbraucherschützende Widerrufsrechte .....</b>	<b>474</b>
<b>A. Einführung.....</b>	<b>474</b>
<b>B. Begriff des Verbrauchers und des Unternehmers.....</b>	<b>478</b>
I. Verbraucher (§ 13 BGB) .....	479
II. Unternehmer (§ 14 I BGB) .....	482
<b>C. Gesetzlich geregelte Widerrufsrechte.....</b>	<b>488</b>
I. Anwendungsbereich.....	488
II. Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (AGV).....	492
III. Fernabsatzverträge .....	497
IV. Insbesondere: Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr .....	505
1. Überblick.....	505
2. (Informations-)Pflichten des Unternehmers .....	506
a. Allgemeine Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr, § 312i BGB....	506
b. Besondere Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr gegenüber Verbrauchern, § 312j BGB .....	507
c. Informationspflichten gem. § 312d BGB .....	511
3. Zusammenspiel der zahlreichen (Informations-)Pflichten.....	512
4. Insbesondere: Die Widerrufsbelehrung .....	512

V. Das Widerrufsrecht .....	516
1. Voraussetzungen des Widerrufsrechts.....	516
2. Ausschluss des Widerrufsrechts gem. § 312g II, III BGB .....	517
3. Dauer, Beginn und Erlöschen der Widerrufsfrist.....	521
4. Ausübung des Widerrufsrechts/Widerrufserklärung .....	524
5. Erlöschen des Widerrufsrechts .....	526
<b>D. Rechtsfolgen des Widerrufs.....</b>	<b>529</b>
<b>E. Verbot abweichender Vereinbarungen und Beweislast .....</b>	<b>536</b>
<b>F. Prüfungsschema .....</b>	<b>537</b>
<b>G. Verbundene Verträge .....</b>	<b>538</b>
<b>12. Kapitel – Beteiligung Dritter am Schuldverhältnis.....</b>	<b>542</b>
<b>A. Einführung.....</b>	<b>542</b>
<b>B. Echter Vertrag zugunsten Dritter.....</b>	<b>542</b>
I. Einführung .....	542
II. Voraussetzungen.....	543
III. Rechtsbeziehungen im Vertrag zugunsten Dritter .....	544
IV. Rechtsfolgen .....	545
<b>C. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter .....</b>	<b>547</b>
I. Voraussetzungen .....	548
II. Rechtsfolgen .....	552
<b>D. Drittschadensliquidation .....</b>	<b>553</b>
I. Abgrenzungen .....	553
II. Voraussetzungen und Rechtsfolgen.....	555
III. Fallgruppen .....	557
<b>13. Kapitel – Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern .....</b>	<b>561</b>
<b>A. Einführung.....</b>	<b>561</b>
<b>B. Teilschuldverhältnis.....</b>	<b>561</b>
I. Teilgläubigerschaft, § 420 BGB .....	561
II. Teilschuldnerschaft, § 420 BGB.....	562
<b>C. Gesamtschuldverhältnis .....</b>	<b>563</b>
I. Gesamtgläubigerschaft, §§ 428 ff. BGB.....	563
II. Gesamtschuldnerschaft, §§ 421-427 BGB .....	564
<b>D. Gemeinschaftsverhältnis .....</b>	<b>577</b>
I. Gläubigergemeinschaft (Mitgläubiger) .....	577
II. Schuldnergemeinschaft.....	579

# 1. Kapitel – Einordnung des Schuldrechts und Einführung in die Fallbearbeitung

## A. Allgemeiner Teil des Schuldrechts im BGB

Auf der Grundlage der Pandektenwissenschaft<sup>1</sup> des 19. Jahrhunderts ist das Bürgerliche Gesetzbuch in fünf Bücher eingeteilt.



Gegenstände der einzelnen Bücher sind im Wesentlichen:

- Im **ersten Buch** (§§ 1-240 BGB) ist der allgemeine Teil des BGB normiert, in dem sich Normen finden, die nicht nur für das bürgerliche Recht, sondern für die gesamte Rechtsordnung von Bedeutung sind. Dies sind bspw. Regelungen über juristische Personen (§§ 21 ff. BGB), Sachen (§§ 90 ff. BGB), Rechtsgeschäfte (§§ 104 ff. BGB), Fristen und die Verjährung (§§ 186 ff. BGB). Die Vorgehensweise des Gesetzgebers wird die **Klammer-technik** genannt: Allgemeine Regelungen werden „vor die Klammer gezogen“ und es kann i.R. anderer Rechtsgebiete auf sie zurückgegriffen werden.
- Das **zweite Buch** des BGB behandelt das **Recht der Schuldverhältnisse**. Es ist in §§ 241-853 BGB normiert und lässt sich in zwei Bereiche einteilen, in das allgemeine und in das besondere Schuldrecht. Das **allgemeine Schuldrecht** (§§ 241-432 BGB) enthält Regelungen, die grundsätzlich für alle Schuldverhältnisse gelten. Dazu zählen insbesondere die Regelungen über den Inhalt von Schuldverhältnissen, über das Leistungsstörungenrecht (Schlechtleistung, Verzug, Unmöglichkeit, Rücktritt, Schadensersatz) sowie über den Inhalt von Schadensersatzansprüchen. Das **besondere Schuldrecht** (§§ 433-853 BGB) regelt die einzelnen Schuldverhältnisse wie z.B. Kauf-, Dienst- und Werkverträge sowie gesetzliche Schuldverhältnisse, namentlich das Bereicherungsrecht, die Geschäftsführung ohne Auftrag und das Recht der unerlaubten Handlungen. Der Gesetzgeber hat auch innerhalb des Rechts der Schuldverhältnisse die Klammertechnik angewendet, sodass im besonderen Schuldrecht grundsätzlich auf das allgemeine Schuldrecht zurückgegriffen werden kann, sofern nicht spezielle bzw. abschließende Regelungen im besonderen Schuldrecht bestehen.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Der Begriff entstammt dem Griechischen und bedeutet eigentlich: „alles enthalten“, wird aber allgemein als „5er System“ verstanden. Gelegentlich ist auch von „Digesten“ (von lat. *digesta*, „Geordnetes“) zu lesen. Vgl. dazu auch *Neuner*, BGB AT, § 7 Rn 2.

<sup>2</sup> Teilweise gelten Regelungen des allgemeinen Schuldrechts auch im Sachenrecht und im Familienrecht, worauf vorliegend aber nicht eingegangen wird.

- Im **dritten Buch (Sachenrecht)** werden die Rechtsbeziehungen zwischen Rechtssubjekten und Sachen beschrieben. Es finden sich dort bspw. Regelungen über den Besitz (§§ 854 ff. BGB), über das Eigentum (§§ 903 ff. BGB) oder über beschränkte dingliche Rechte. Diese Rechte an Sachen sind *absolute* Rechte, weil sie gegenüber jedermann gelten.
  - Das **vierte Buch (Familienrecht, §§ 1297-1921 BGB)** regelt die familiären Beziehungen (Ehe, Kinder, Verwandtschaft) sowie die Vormundschaft und Betreuung.
  - Im **fünften Buch (Erbrecht, §§ 1922 ff. BGB)** werden die vermögensrechtlichen Folgen des Todes geregelt.
- 3 Das **Schuldrecht** beschreibt die Beziehungen von Rechtssubjekten untereinander. Anders als im Sachenrecht wirken schuldrechtliche Verhältnisse im Grundsatz nur zwischen den Parteien, also *inter partes*. Man spricht insoweit von der **Relativität der Schuldverhältnisse**. Die **schuldrechtlichen Beziehungen** zwischen den am Schuldverhältnis beteiligten Personen haben grundsätzlich keinen Einfluss auf die **sachenrechtlichen Verhältnisse**. Zwar kann durch das schuldrechtliche Geschäft ein Anspruch auf eine sachenrechtliche Übertragung entstehen; zur Änderung der Eigentumsverhältnisse ist aber ein dingliches Geschäft (z.B. nach §§ 929 ff. BGB), sog. **Verfügungsgeschäft**, erforderlich. Diese Unterscheidung von schuldrechtlichen Verträgen und sachenrechtlichen Verfügungsgeschäften wird durch das sog. „**Trennungsprinzip**“ beschrieben.

**Beispiel:** Verkauft A dem B sein Auto (§ 433 BGB), hat er die *schuldrechtliche Pflicht*, diesem den Gegenstand zu übereignen und zu übergeben (§ 433 I S. 1 BGB). Ob Eigentum und Besitz auch tatsächlich auf B übergehen (also eine sachenrechtliche Neuordnung stattfindet), hängt allein davon ab, ob die Tatbestandsvoraussetzungen einer sachenrechtlichen Übertragungsnorm (hier: § 929 S. 1 BGB: Übergabe und Einigung über Eigentumsübergang) erfüllt sind (sachenrechtliches Verfügungsgeschäft).<sup>3</sup>

- 4 Es ist aber nicht erforderlich, dass Verpflichtung und Verfügung auch nach außen sichtbar auseinanderfallen müssen. Auch ein äußerlich einheitlicher Vorgang ist juristisch streng in die einzelnen Bestandteile zu zerlegen.

**Beispiel:** A verkauft B seinen gebrauchten Mini für 10.000 €. Anschließend übergibt A dem B Fahrzeugpapiere und -schlüssel und B übergibt dem A das Geld.

Das **schuldrechtliche** Verhältnis stellt hier der Kaufvertrag (§ 433 BGB) dar. Danach ist A verpflichtet (daher auch **Verpflichtungsgeschäft** genannt), den Wagen an B zu übereignen (also ihm das Eigentum daran zu verschaffen) und ihn ihm zu übergeben, § 433 I S. 1 BGB. B muss A den Kaufpreis zahlen und die Sache abnehmen, § 433 II BGB.

Allein der Kaufvertrag hat also noch nicht zur Folge, dass B schon Eigentümer des Wagens und A Eigentümer des Geldes ist. Dazu sind zwei weitere (**sachenrechtliche**) Rechtsgeschäfte (**Verfügungsgeschäfte**) erforderlich. Erst wenn A dem B das Auto gem. § 929 S. 1 BGB übereignet hat, ist dieser Eigentümer. Die Übereignung erfolgt durch eine dingliche Einigung und die Übergabe der Sache (bei Fahrzeugen: durch Übergabe von Fahrzeugpapieren und -schlüsseln). Das Gleiche gilt für das Geld. A und B müssen sich über den Eigentumsübergang am Geld einigen und es muss übergeben werden. Mit Erfüllung der aus dem Kaufvertrag resultierenden Pflichten durch die sachenrechtlichen Übertragungsgeschäfte haben also **drei Rechtsgeschäfte** stattgefunden, die stets voneinander zu trennen sind.

---

<sup>3</sup> Dadurch unterscheidet sich das deutsche Rechtssystem grundlegend von vielen anderen Rechtssystemen. Das sei am Beispiel Frankreichs verdeutlicht: Das französische Zivilrecht (code civil) kennt keine Trennung von Kausalgeschäft und Erfüllungsgeschäft. Vielmehr gilt das sog. Vertragsprinzip, wonach das Eigentum bereits mit Abschluss etwa des Kaufvertrags auf den Erwerber übergeht, ohne dass es eines weiteren Übertragungsgeschäfts bedarf.

Anm.: Die Trennung ist u.a. wichtig, damit Fehler dem betreffenden Rechtsgeschäft zugeordnet werden können. Hätte B z.B. mit Falschgeld bezahlt, hätte er seine Vertragspflicht nicht erfüllt und wäre weiterhin zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet gewesen. Die beiden anderen Rechtsgeschäfte wären freilich wirksam geblieben („Abstraktionsprinzip“).

Das gerade angesprochene **Abstraktionsprinzip** baut auf dem Trennungsprinzip auf und führt es weiter. Es besagt, dass das Fehlen der Wirksamkeit des (schuldrechtlichen) Verpflichtungsgeschäfts die Wirksamkeit des (sachenrechtlichen) Verfügungsgeschäfts im Grundsatz ebenso wenig berührt, wie dies umgekehrt der Fall ist (sog. **Fehlerunabhängigkeit**). Ist also das Verpflichtungsgeschäft unwirksam, berührt diese Unwirksamkeit grundsätzlich nicht die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts. Insbesondere lässt sich aus dem Gesetz keine „Fortwirkung“ des Willensmangels entnehmen.<sup>4</sup>

5

**Beispiel:** K will von V einen antiken Kompass kaufen und macht ihm (versehentlich) ein schriftliches Angebot in Höhe von 250 €; er wollte eigentlich 150 € schreiben. V ist über dieses Angebot erfreut und übereignet dem K am nächsten Tag den Kompass. Dabei vereinbaren sie, dass K mit der Zahlung des Kaufpreises (wobei in diesem Zeitpunkt über die Höhe nicht gesprochen wird) noch eine Woche warten kann, da dieser gerade „knapp bei Kasse“ ist. Als V dann die 250 € verlangt, stellt sich der Irrtum des K heraus. Dieser ficht seine Erklärung sofort nach § 119 I Var. 2 BGB wegen eines Erklärungsirrtums wirksam an. V verlangt den Kompass zurück.

Gemäß § 142 I BGB ist der Kaufvertrag als von Anfang an nichtig anzusehen, sodass das der Verfügung zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft nicht mehr existiert. Dennoch bleibt K Eigentümer des Kompasses, da das Verfügungsgeschäft von der Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts unberührt bleibt. § 985 BGB ist daher nicht einschlägig. Auch Ansprüche aus §§ 1007, 861 und 823 BGB scheiden aus. Es ist aber nicht gerechtfertigt, dass K den Kompass behalten darf, ohne dafür bezahlen zu müssen. Hier hilft das Bereicherungsrecht: Da K durch die Leistung des V das Eigentum und den Besitz am Kompass ohne rechtlichen Grund (der Kaufvertrag ist nichtig) erlangt hat, ist er dem V zur Herausgabe verpflichtet. V kann also nach § 812 I S. 1 Var. 1 BGB bzw. nach § 812 I S. 2 Var. 1 BGB Eigentumsrückübertragung und Besitzverschaffung verlangen.

Es ist also stets separat zu untersuchen, ob der Fehler, der zur Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts geführt hat, auch beim Verfügungsgeschäft vorliegt oder ob dieses an einem anderen Fehler leidet. Ist z.B. der sich Verpflichtende **geschäftsunfähig**, verstößt das Verpflichtungsgeschäft gegen die **guten Sitten** bzw. stellt **Wucher** dar oder ist gesetzlich **verboten**, ist stets zu untersuchen, ob dieser Fehler auch im Verfügungsgeschäft vorliegt oder ob das Verfügungsgeschäft an einem anderen Fehler leidet. Besteht derselbe Fehler auch im Verfügungsgeschäft, spricht man allgemein von „**Fehleridentität**“, was aber an sich unzutreffend ist, da die Unwirksamkeit des Verfügungsgeschäfts vielmehr logische Folge des eigenständigen rechtsgeschäftlichen Charakters der dinglichen Einigung ist (und nicht, weil die Causa unwirksam ist). Zutreffender wäre es, statt von Fehleridentität von **Fehlerkongruenz** zu sprechen. Ebenso ungenau ist es, pauschal von „Durchbrechung des Abstraktionsprinzips“ zu sprechen. Denn betrachtet man die Wirksamkeit von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft separat, liegt keine „Durchbrechung des Abstraktionsprinzips“ vor, wenn der Fehler, der zur Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts geführt hat, auch beim Verfügungsgeschäft vorliegt. Das Verfügungsgeschäft ist unwirksam, weil bei *ihm* der (gleiche) Fehler vorliegt.

6

**Beispiel:** V hat von seinem Vater einen restaurierten Ford Capri Bj 1977 geerbt. Da er eher an Smartphones und Streaming-Diensten als an Autos interessiert ist und daher kein Interesse an dem Wagen hat, inseriert er ihn auf einer Internetverkaufsplattform. Als In-

<sup>4</sup> Vgl. zum Abstraktionsprinzip R. Schmidt, BGB AT, Rn 76 ff.

## C. Leistungsort und Leistungszeit

Der Schuldner einer Leistung kann seiner Verbindlichkeit nur dadurch in ordnungsgemäßer Weise nachkommen, dass er die richtige Leistung zur richtigen Zeit am richtigen Ort erbringt. Während für die Leistungszeit § 271 BGB relevant ist (Rn 80 ff.), ist für den richtigen Ort – den sog. Leistungsort – § 269 BGB die einschlägige Vorschrift.

71

### I. Leistungsort

#### 1. Begriff des Leistungsorts und der Hol-, Bring- und Schickschuld

**Leistungsort** ist der Ort, an dem der Schuldner die Leistungshandlung vorzunehmen hat. Wie sich aus § 269 I BGB ergibt, ist das – in Ermangelung einer Parteivereinbarung<sup>64</sup> – der Wohnsitz (d.h. der Wohnort; bei Unternehmen der Geschäftssitz) des Schuldners, den dieser zum Zeitpunkt der Entstehung des Schuldverhältnisses innehatte.

72

Davon zu unterscheiden ist der **Erfolgort**, an dem nicht die Leistungshandlung vorzunehmen ist, sondern an dem der Leistungserfolg eintreten muss.

73

Es wird zwischen der bloßen Handlung und dem Erfolg der Leistung unterschieden. Der **Leistungserfolg** tritt in dem Augenblick ein, in dem die Verbindlichkeit des Schuldners durch die ordnungsgemäße Erfüllung gem. § 362 BGB untergeht. Bei der **Leistungshandlung** geht es hingegen darum, was der Schuldner unternehmen muss, um den Erfolg herbeizuführen.

74

**Beachte:** Im Gesetz ist die Terminologie nicht immer einheitlich. So wird in §§ 447, 448, 644 II BGB, § 29 ZPO von dem **Erfüllungsort** gesprochen. Damit ist aber nicht der Erfolgort, sondern der **Leistungsort** gemeint. Auch der BGH versteht die Begriffe Erfüllungsort und Leistungsort synonym.<sup>65</sup>

Es besteht die Möglichkeit, dass beide Orte – der **Leistungsort** (Erfüllungsort) und der **Erfolgort** – bei einer Person – beim Gläubiger oder beim Schuldner – zusammenfallen. Ebenso können der Leistungsort beim Schuldner und der Erfolgort beim Gläubiger liegen. Es wird zwischen folgenden Arten der Schuld unterschieden:

75

- Vereinbaren die Parteien eine **Holschuld**, muss der Schuldner die Leistungshandlung an seinem Ort vornehmen und der Gläubiger muss die Leistung dort entgegennehmen. Der Leistungsort ist damit der Wohnsitz des Schuldners bzw. seine gewerbliche Niederlassung, an welcher er die Leistung für den Gläubiger bereithalten muss (§ 269 I, II BGB). Der Erfolgort ist in diesem Fall derselbe, weil der Leistungserfolg, nämlich die Verschaffung des Leistungsgegenstands (Erfüllung), ebenfalls an diesem Ort eintritt.

**Beispiel:** V hat K eine Kiste Rotwein verkauft. Die Parteien haben vereinbart, dass K die Ware bei V abholt. ⇒ Hier muss V die Ware bei sich zu Hause bereithalten und K anbieten (Leistungshandlung). Nimmt K die Ware entgegen, erfolgt dadurch das dingliche Übertragungsgeschäft (§ 929 S. 1 BGB) und K wird Eigentümer (Leistungserfolg).

- Bei einer **Bringschuld** muss der Schuldner die Leistungshandlung am Ort des Gläubigers vornehmen. Der Leistungsort ist also der Wohnsitz bzw. der Niederlassungsort des Gläubigers. Das Gleiche gilt für den Erfolgort, weil der Schuldner dem Gläubiger die Leistung unmittelbar verschaffen muss. Leistungsort/Erfüllungsort und Erfolgort fallen somit wiederum zusammen – diesmal aber nicht beim Schuldner, sondern beim Gläubiger.

**Beispiel:** V hat K eine Kiste Rotwein verkauft. Die Parteien haben vereinbart, dass V die Ware ausliefert. ⇒ V muss daher die Ware zu K bringen und sie ihm dort anbieten (Leis-

<sup>64</sup> Siehe dazu Rn 77 ff.

<sup>65</sup> BGH NJW 2014, 454, 455.

tungshandlung). Nimmt K die Ware entgegen, wird ihm der Besitz und das Eigentum (§ 929 S. 1 BGB) verschafft (Leistungserfolg). Auch bei der Rückgabe der Leihsache nach Beendigung der Leihe (§ 604 BGB) ist eine Bringschuld. Zu Geldschulden vgl. Rn 111/665.

- Eine **Schickschuld** liegt vor, wenn die Parteien als Leistungsort/Erfüllungsort den Ort des Schuldners vereinbaren, der Schuldner die Sache jedoch dem Gläubiger zusenden muss.<sup>66</sup> Das bedeutet, dass der Leistungsort/Erfüllungsort (wie bei einer Holschuld) beim Schuldner liegt und der Erfolgsort (wie bei einer Bringschuld) beim Gläubiger (der Leistungserfolg tritt am Ort des Gläubigers ein). Leistungsort/Erfüllungsort und Erfolgsort/Ort des Leistungserfolgs fallen also auseinander. Der Schuldner erfüllt seine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, wenn er die Sache an eine geeignete Transportperson (ein geeignetes Transportunternehmen) übergibt (siehe § 447 I BGB). Die Durchführung des Versands an den Ort des Gläubigers ist i.d.R. lediglich eine vertragliche Nebenpflicht.

**Beispiel:** K hat bei V telefonisch eine Kiste Rotwein gekauft. Da K der Weg zu V zu weit ist, vereinbaren die Parteien auf Verlangen des K, dass V die Ware mittels Paketdienstes zu K nach Hause sendet. ⇒ V muss das Bild abschicken (Leistungshandlung) und hat mit dem Abschicken alles seinerseits zur Leistung Erforderliche (i.S.d. § 243 II BGB) getan, während K erst zu Hause die Ware ausgehändigt und übereignet bekommt (Leistungserfolg). Es handelt sich um einen **Versendungskauf** (§ 447 I BGB).<sup>67</sup> Speziell zum **Versandhandel** vgl. Rn 79a ff./417.

76

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Die Unterscheidung zwischen Hol-, Bring- und Schickschulden ist nicht nur bei der Prüfung eines Primäranspruchs relevant. Vielmehr ist die genaue Qualifikation des vom Schuldner verlangten Verhaltens i.R. des Leistungsstörungenrechts von besonderer Bedeutung:

- Für einen **Schuldnerverzug** (§§ 280 I, II, 286 BGB) ist bspw. erforderlich, dass der Schuldner die gebotene Leistungshandlung trotz einer Mahnung (sofern nicht entbehrlich) nicht erbringt. Es ist entscheidend, *welche* Handlung er schuldet, ob er also – beim Kaufvertrag – die Sache *bringen* oder nur an eine Transportperson *übergeben* muss.
- Auch für die **Gefahrtragung** ist die Art der Schuld von Bedeutung. Bei der Gefahrtragung geht es um die Frage, wer von den Parteien (der Gläubiger oder der Schuldner) die Gefahr des zufälligen Untergangs/der zufälligen Verschlechterung oder Beschädigung trägt. Hierbei ist zwischen der Leistungsgefahr und der Gegenleistungsgefahr (der Preisgefahr) zu unterscheiden: Liegt ein Kaufvertrag vor, geht es bei der Frage nach der **Leistungsgefahr** um die Feststellung, ob der Verkäufer bei einem vor Erfüllung zufällig eintretenden Untergang/Verlust oder einer zufälligen Verschlechterung nachliefern muss oder – wegen Unmöglichkeit – gem. § 275 I BGB von der (weiteren) Leistungspflicht befreit ist (siehe dazu Rn 101 ff.). Demgegenüber geht es bei der **Gegenleistungsgefahr** darum, ob im Fall des zufälligen Untergangs/Verlusts oder der zufälligen Verschlechterung die Pflicht des Käufers zur Kaufpreiszahlung erhalten bleibt (daher auch **Preisgefahr** genannt).

So gehen bspw. bei einem Versendungskauf (§ 447 I BGB) als spezielle Art der Schickschuld sowohl die Leistungsgefahr als auch die Preisgefahr in dem Zeitpunkt auf den Käufer über, in welchem der Verkäufer die Sache dem (ordnungsgemäßen) Transporteur übergibt. Geht der Gegenstand auf dem Weg (zufällig) unter, ist der Verkäufer von seiner Leistungspflicht frei (§ 275 I BGB) und der Käufer bleibt wegen § 447 I BGB

<sup>66</sup> BGHZ 113, 106, 111.

<sup>67</sup> Im Kaufvertragsrecht handelt es sich beim Versendungskauf (§ 447 I BGB) nach ganz h.M. um eine Schickschuld (siehe etwa BGH NJW 2014, 454, 455; Lorenz, in: MüKo, § 475 Rn 13; Grüneberg, in: Grüneberg, § 269 Rn 1). Ein Versendungskauf ist dadurch gekennzeichnet, dass die Gefahr eines zufälligen Transportschadens, eines zufälligen Untergangs oder zufälligen Verlustes der Sache mit deren Übergabe an den Transporteur auf den Käufer übergeht. Mit „Gefahr“ ist sowohl die Leistungsgefahr als auch die Gegenleistungsgefahr (Preisgefahr) gemeint. Der Käufer kann also keine Nachlieferung mehr verlangen, muss aber dennoch den Kaufpreis zahlen (dazu Rn 79a ff.). Etwas anderes gilt gem. § 475 II BGB hinsichtlich **Verbrauchsgüterkäufe** gem. § 474 I BGB (dazu Rn 79b).

entgegen der Vorschrift des § 326 I BGB zur Gegenleistung verpflichtet.<sup>68</sup> Liegt demgegenüber eine Bringschuld (vgl. das Beispiel bei Rn 79d) oder eine Schickschuld vor, trägt der Schuldner die Leistungsgefahr *und* die Preisgefahr. Denn in diesem Fall ist Leistungsort der Wohnsitz/Geschäftssitz des Gläubigers. Der Schuldner muss grds. neu- bzw. nachliefern. Bei einer Holschuld gilt wiederum anderes.

Aus alledem folgt: Es muss stets im konkreten Fall geprüft werden, ob bei einem Transport der Ware tatsächlich eine Schickschuld oder doch eher eine Holschuld oder Bringschuld vorliegt. Von gesetzlich geregelten Fällen wie z.B. § 355 III S. 4 BGB einmal abgesehen, ist dies eine Frage der Parteivereinbarung, die ggf. gem. §§ 133, 157 BGB zu ermitteln ist, und richtet sich nach der Art des Schuldverhältnisses. Ergibt die Auslegung der Vereinbarung, dass der Verkäufer die Durchführung des Transports nicht schuldet (wie das typischerweise im Versandhandel anzunehmen ist) und deshalb mit dem Abschicken alles seinerseits zur Leistung Erforderliche getan hat, tritt mit der Übergabe an die Transportperson Konkretisierung i.S.d. § 243 II BGB ein. Das Risiko des (zufälligen) Untergangs der Sache auf dem Transportweg trägt dann der Käufer.

**Beispiel:** K kauft beim Autohaus V einen Neuwagen. Die Parteien vereinbaren, dass V das Auto durch eigene Leute, aber gegen separate Zahlung anliefert.

⇒ Läge hier eine Bringschuld vor, müsste V auf seine Gefahr das Auto zu K bringen und es ihm dort zur Übernahme (Besitz und Eigentumsverschaffung) anbieten (Leistungshandlung). Für einen Transportschaden wäre V verantwortlich mit den Folgen aus § 280 I BGB (oder §§ 275 I, IV, 283 BGB) bzw. § 326 I S. 1 BGB.

⇒ Läge indes eine Holschuld vor, lägen Leistungsgefahr und Preisgefahr bei K. Dieser hätte dann lediglich (aber immerhin) einen Schadensersatzanspruch aus § 280 I BGB (hier: Nebenpflichtverletzung), was freilich ein Vertretenmüssen (§§ 276, 278 BGB) bei V voraussetzt.

⇒ Läge schließlich eine Schickschuld vor, trüge K in jedem Fall die Leistungsgefahr, sodass er bei einem Untergang keine Neulieferung verlangen könnte. Ob er auch die Preisgefahr trüge (also trotzdem den Kaufpreis zahlen müsste, wenn V nicht neu lieferte), hinge davon ab, ob es sich bei K um einen Nicht-Verbraucher (dann wegen § 447 I BGB Zahlungspflicht) oder um einen Verbraucher (i.S.d. § 13 BGB) (dann wegen § 475 II BGB, der zur Folge hat, dass § 447 I BGB nicht anwendbar ist, keine Zahlungspflicht) handelte. Handelte es sich bei K nicht um einen Verbraucher, bliebe er (wegen § 447 I BGB) zur Kaufpreiszahlung verpflichtet, könnte aber immerhin nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation (DSL) von V verlangen, dass dieser den Schaden des K beim Frachtführer liquidiert oder den Schadensersatzanspruch, den V gegen den Frachtführer hat, an K abtritt. Davon unbeschadet hätte K unter den Voraussetzungen des § 421 I S. 2 HGB einen direkten Schadensersatzanspruch gegen den Frachtführer, woraus deutlich wird, dass K nicht auf die DSL angewiesen wäre. Wäre K aber Verbraucher, käme es darauf nicht an, da K dann ja von der Kaufpreiszahlungspflicht befreit wäre (und insoweit auch keinen Schaden hätte). Lediglich, wenn K einen über den Kaufpreis hinausgehenden Schaden hätte, etwa, weil die Sache einen höheren Wert hätte, käme es auf die Grundsätze der DSL an.<sup>69</sup>

Aus alledem folgt, dass V möglicherweise versuchen wird, das Geschäft als Holschuld darzustellen und die Anlieferung lediglich als Serviceleistung auszulegen.

- Auch im Rahmen der **Verschuldenszurechnung** gem. § 278 BGB gewinnt die Qualifikation der Schuld Relevanz, wenn sich die Frage stellt, ob eine Hilfsperson noch *in Erfüllung der Verbindlichkeit* des Schuldners handelte. So ist bspw. der Transporteur bei einer Schickschuld *kein* Erfüllungsgehilfe, weil sich das geschuldete Verhalten des Schuldners in der Aushändigung der Sache an diese Person erschöpfte.

<sup>68</sup> Etwas anderes gilt hinsichtlich **Verbrauchsgüterkäufe** gem. § 474 BGB (siehe letzte Fußn.).

<sup>69</sup> Zur Drittschadensliquidation bzw. zum Anspruch gegen den Frachtführer vgl. Rn 1089 ff. (speziell Rn 1095).

- Schließlich ist die Einordnung der Schuld bei der **Konkretisierung** einer Gattungsschuld (§ 243 II BGB), beim **Annahmeverzug** (§§ 293 ff. BGB, § 446 S. 3 BGB) und bei der Ermittlung der Gerichtszuständigkeit (§ 29 ZPO) wichtig.

## 2. Bestimmung des Leistungsorts/Erfüllungsorts

- 77 Existieren keine Sonderregelungen, die den Leistungsort bestimmen (vgl. §§ 374, 604 I, 700 I, 811 BGB), ist bei der Frage, welche Schuldform im Einzelfall vorliegt, § 269 BGB heranzuziehen. Gemäß § 269 I Hs. 1 BGB kommt es bei der Bestimmung des Leistungsorts/Erfüllungsorts in erster Linie auf die **Parteivereinbarung** an, die ausdrücklich oder konkludent geschlossen werden kann<sup>70</sup>; bei AGB ist § 307 BGB zu beachten<sup>71</sup>. Die bloße Abrede, dass der Schuldner die Kosten für die Zusendung der Ware übernimmt, spricht noch nicht dafür, dass der Leistungsort beim Gläubiger sein soll und eine Bringschuld vorliegt. Das folgt aus der Regelung des § 269 III BGB. Für die Annahme einer Bringschuld muss also noch eine weitere (konkludente) Abmachung hinzutreten, die als Leistungsort den Sitz des Gläubigers bestimmt. Erforderlich ist zudem, dass die Vereinbarung beim Vertragsschluss vorlag, weswegen es nicht ausreicht, wenn eine Partei nachträglich den Leistungsort bestimmt.<sup>72</sup> Auch ist zu beachten, dass der Leistungsort für jede aus einem Schuldverhältnis resultierende Pflicht gesondert zu bestimmen ist.<sup>73</sup> Es können sich also aus einem einheitlichen Vertrag verschiedene Leistungsorte für verschiedene Leistungspflichten ergeben.
- 78 Liegt keine ausdrückliche oder zumindest konkludente Abrede vor, ist der Leistungsort anhand der **Umstände**, insbesondere aus der **Natur des Schuldverhältnisses** zu ermitteln (§ 269 I Hs. 1 BGB). Dabei müssen die Verkehrssitte (§ 157 BGB) und bei Geschäften des Handelsverkehrs der Handelsbrauch berücksichtigt werden.

**Beispiele:** Bei **Ladengeschäften** des täglichen Lebens ist i.d.R. das Ladenlokal als Leistungsort anzusehen. Übernimmt aber der Verkäufer die **Lieferung der Ware**, ist i.d.R. eine Bringschuld anzunehmen, sodass der Leistungsort der Wohnsitz des Gläubigers ist (z.B. bei Verträgen über die Lieferung von Heizöl, Briketts bzw. Holzpellets, Möbeln oder größeren Mengen von Getränken). Bei Warenschulden des **Handelsverkehrs** liegt hingegen regelmäßig eine Schickschuld (i.S.d. § 447 I BGB) vor, sodass sich der Leistungsort beim Schuldner befindet.<sup>74</sup> Geht es um eine vertragliche Nacherfüllung (vgl. § 439 BGB für den Kaufvertrag bzw. § 635 BGB für den Werkvertrag), ist (bei Fehlen einer Parteivereinbarung) ebenfalls die Verkehrsanschauung maßgeblich: Sind bewegliche Sachen zu reparieren, ist i.d.R. der Ort des Verkäufers dafür am geeignetsten, v.a. im Hinblick auf Diagnosegeräte und Reparaturwerkzeug.<sup>75</sup>

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** § 269 BGB bestimmt lediglich den Ort, also die *Ortschaft*, wo die Leistungshandlung zu erfolgen hat. Allerdings ist die Vorschrift auch bei Platzgeschäften bzgl. der genauen Leistungsstelle innerhalb eines Ortes entsprechend anzuwenden. So muss bspw. der Verkäufer eines mangelhaften Dachziegels diese nach einem erfolgten Rücktritt vom Dach abbauen und zurücknehmen.<sup>76</sup>

<sup>70</sup> BGHZ 189, 196, 206.

<sup>71</sup> Vgl. dazu den Fall BGH NJW 2014, 454 – dazu Rn 79b sowie R. Schmidt, BGB AT, Rn 1566 ff.

<sup>72</sup> Möglich ist allenfalls, dass eine einseitige Bestimmung durch ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben (KBS) erfolgt, sofern dessen Voraussetzungen, insbesondere die widerspruchslöse Hinnahme der Gegenseite, vorliegen (Unberath, in: Bamberger/Roth, 3. Aufl. 2012, § 269 Rn 11).

<sup>73</sup> BayOblLG NJW-RR 1997, 699, 699; RGZ 140, 67, 69.

<sup>74</sup> BGHZ 113, 106, 111.

<sup>75</sup> Vgl. dazu BGH NJW 2011, 2278, 2279 f.

<sup>76</sup> BGHZ 87, 104, 110 f. („Dachziegelentscheidung“). Vgl. zu dieser Thematik Lorenz, ZGS 2004, 408 ff. (zugleich Besprechung von OLG Koblenz ZGS 2004, 432).

Lässt sich nach den bisher erörterten Ermittlungsmethoden nicht feststellen, wo sich der Leistungsort befindet, ist die Regelung des § 269 I Hs. 2, II BGB heranzuziehen. Danach ist für den Fall, dass der Leistungsort weder bestimmt noch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses, zu entnehmen ist, die Leistung an dem Ort zu erbringen, an dem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz (§ 269 I Hs. 2 BGB) bzw. bei gewerblichen Verpflichtungen seine gewerbliche Niederlassung (§ 269 II BGB) hatte. Ist also der Leistungsort weder bestimmt noch ergibt aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses, dass Leistungsort der Ort des Gläubigers ist, liegt jedenfalls **keine Bringschuld** vor. Das gilt selbst dann, wenn der Schuldner die Kosten für die Versendung der Leistung übernommen hat, § 269 III BGB. Allerdings ist damit noch nicht geklärt, ob eine **Hol- oder Schickschuld** vorliegt, weil durch § 269 BGB lediglich der Leistungs-, nicht aber der Erfolgsort beschrieben wird. Wo sich Letzterer befindet, ist erneut durch eine Auslegung anhand der oben genannten Kriterien zu ermitteln. Ergibt sich daraus, dass die Ware vom Gläubiger abzuholen ist (z.B. beim Verkauf eines Kühlschranks per Zeitungsinsert), liegt eine Holschuld vor. Ansonsten ist von einer Schickschuld auszugehen.

79

Virulent wird die **Abgrenzung zwischen Bringschuld und Schickschuld** mitunter im **Versandhandel**. Denn handelt es sich beim Versandhandel um einen Versendungskauf i.S.v. § 447 I BGB und ist dieser wiederum eine Schickschuld, geht in der Folge die Gefahr des Untergangs, der Verlustes und der Beschädigung (also die Beförderungsgefahr als Form der **Leistungsgefahr**) auf den Käufer über und dieser hat keinen Anspruch auf Lieferung einer neuen Sache (beim Gattungskauf; beim Stückkauf ist eine Neulieferung i.d.R. ohnehin ausgeschlossen), ist jedoch gleichwohl zur Zahlung verpflichtet (§ 447 I BGB ist insoweit eine Ausnahme zu § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB).<sup>77</sup>

79a

**Beispiel:** V betreibt ein Weinhandelsgeschäft mit Onlineshop. K, ein Geschäftsmann, bestellt bei V 36 Flaschen Rotwein, die V ordnungsgemäß verpackt und über den Paketdienst P versendet. Doch auf dem Transportweg fällt die Kiste von einer Verladerrampe; alle Flaschen erleiden Glasbruch.

Kann K von V Ersatzlieferung verlangen? Hat K eine Zahlungspflicht, auch, wenn er keine Ersatzlieferung beanspruchen könnte?

Ein Anspruch auf Ersatzlieferung könnte sich aus § 433 I S. 1 BGB ergeben. Jedoch könnte dieser Anspruch wegen Unmöglichkeit gem. § 275 I BGB ausgeschlossen sein. Unterstellt, dass es sich bei dem Rotwein um eine Gattungsschuld<sup>78</sup> handelt, ist fraglich, ob der Rotwein bereits i.S.d. § 243 II BGB konkretisiert worden ist. Denn bei einer Gattungsschuld greift § 275 I BGB grds. nur ein, wenn entweder die gesamte Gattung oder der konkretisierte Gegenstand untergegangen ist. Bei einer Schickschuld tritt Konkretisierung ein, wenn der Gegenstand vom Verkäufer an den Transporteur ausgehändigt, also *zur Beförderung* an die vom Käufer angegebene Adresse *übergeben* wurde.<sup>79</sup> Dann hat der Verkäufer alles seinerseits zur Leistungserbringung Erforderliche getan (siehe § 243 II BGB). Geht diese konkretisierte Gattungsschuld beim Transport unter, liegt ein Fall der Unmöglichkeit vor, so, wie das bei einer untergegangenen Stückschuld der Fall wäre. Dies führt grds. gem. § 275 I BGB zum Erlöschen des (Nach-)Lieferungsanspruchs.

Vorliegend haben die Parteien einen Versand vereinbart. Darin ist eine Schickschuld zu sehen, bei der V mit der Übergabe der Weinflaschen an den Paketdienst alles seinerseits zur Leistungserbringung Erforderliche getan hat i.S.d. § 243 II BGB. Ist V demnach zur Lieferung neuer Weinflaschen nicht mehr verpflichtet, ist umgekehrt gem. § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB K an sich auch nicht zur Erbringung der Gegenleistung (hier: Kaufpreiszahlung) verpflichtet. Die Preisgefahr läge daher an sich bei V.

<sup>77</sup> Etwas anderes gilt beim **Verbrauchsgüterkauf**, dazu sogleich Rn 79b.

<sup>78</sup> Zu Gattungsschuld, Vorratsschuld und Stückschuld vgl. Rn 92 ff.

<sup>79</sup> BGH BB 1965, 349; BGH NJW 2003, 3341 f.; BGH MDR 2004, 22, 22; *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 243 Rn 5.

Jedoch kennt das Gesetz Ausnahmen von der Regelung des § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB. So ordnet im Kaufrecht § 447 I BGB einen Gefahrübergang vor Übergabe an den Käufer an, indem die Vorschrift formuliert, dass bei einem Versandkauf die Gefahr auf den Käufer übergeht, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat. Dieser Regelung liegt der bereits genannte Gedanke zugrunde, dass der Verkäufer die Durchführung des Transports nicht schuldet und deshalb mit dem Abschicken alles zur Leistung Erforderliche getan hat i.S.d. § 243 II BGB. Der Kaufpreiszahlungsanspruch des Verkäufers bleibt demnach also bestehen. § 447 I BGB stellt damit also eine anspruchserhaltende Gegenorm dar (§ 275 I BGB: Ausschluss der Leistungspflicht; § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB: Ausschluss der Gegenleistungspflicht; § 447 I BGB: Erhalt der Gegenleistungspflicht).

Mithin bleibt damit die Frage zu beantworten, ob es sich bei einem Versandkauf um eine Schickschuld handelt. Nach ganz h.M. ist das der Fall.<sup>80</sup> Es bleibt deshalb dabei, dass der Verkäufer die Durchführung des Transports nicht schuldet und demnach mit dem Abschicken alles seinerseits zur Leistung Erforderliche getan hat, sodass gem. § 243 II BGB Konkretisierung eintritt und er frei ist von der Lieferung einer neuen Sache. Wegen § 447 I BGB bleibt aber der Käufer zur Kaufpreiszahlung verpflichtet.

Ergebnis: K hat keinen Anspruch auf (Nach-)Lieferung (§ 275 I BGB), ist aber dennoch zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet (§ 447 I BGB). Die Preisgefahr liegt also bei K. Zur Drittschadensliquidation, bei der K von V verlangen kann, dass dieser den Schaden des K beim Frachtführer liquidiert oder den Schadensersatzanspruch, den V gegen den Frachtführer hat, an K abtritt, siehe Rn 1089 ff., speziell Rn 1095. Davon unbeschadet hat K unter den Voraussetzungen des § 421 I S. 2 HGB einen direkten Schadensersatzanspruch gegen den Frachtführer, woraus deutlich wird, dass K letztlich nicht auf die DSL angewiesen ist (auch dazu Rn 1095).

**79b** Hinsichtlich der Preisgefahr (Gegenleistungsgefahr) gilt wegen § 475 II BGB (mit der Folge der Nichtanwendbarkeit des § 447 I BGB) etwas anderes, wenn ein **Verbraucher-güterkauf** vorliegt, also im vorliegenden Zusammenhang ein Kaufvertrag, bei dem ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache kauft.

**Beispiel:** V betreibt ein Weinhandelsgeschäft mit Onlineshop. K, ein Verbraucher i.S.d. § 13 BGB, bestellt bei V 6 Flaschen Rotwein, die V ordnungsgemäß verpackt und über den Paketdienst P versendet. Doch auf dem Transportweg wird die Kiste beschädigt; alle Flaschen erleiden Glasbruch. Kann K von V Ersatzlieferung verlangen bzw. hat K eine Zahlungspflicht, auch wenn er keine Ersatzlieferung beanspruchen kann?

Hinsichtlich der **Leistungsgefahr** gilt dasselbe wie im Beispiel bei Rn 79a: Einem Anspruch auf Ersatzlieferung aus § 433 I S. 1 BGB steht die Leistungsbefreiung des V aus § 275 I BGB entgegen. Denn bei einer Schickschuld tritt Konkretisierung i.S.d. § 243 II BGB ein, wenn der Gegenstand vom Verkäufer an den Transporteur ausgehändigt, dieser also *zur Beförderung* an die vom Käufer angegebene Adresse *übergeben* wurde. Dann hat der Verkäufer alles seinerseits zur Leistungserbringung Erforderliche getan. Geht diese konkretisierte Gattungsschuld beim Transport unter, liegt ein Fall der Unmöglichkeit vor, so, wie das bei einer untergegangenen Stückschuld der Fall wäre.<sup>81</sup> Grundsätzlich würde dies gem. § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB auch zum Erlöschen des Kaufpreiszahlungsanspruchs als Gegenleistung führen. § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB, der bei einem synallagmatischen Vertrag die Gegenleistungs- bzw. Vergütungs- oder **Preisgefahr** regelt, wird aber durch Sonderregeln (des Schuldrechts BT) eingeschränkt, modifiziert oder sogar verdrängt. So ordnet im Kaufrecht § 447 I BGB einen Gefahrübergang vor Übergabe an den Käufer an (siehe oben Rn 79a). Danach geht bei einem Versandkauf die Preisgefahr auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Aus-

<sup>80</sup> BGHZ 113, 106, 111; *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 269 Rn 1; *Faust*, in: *BeckOK*, § 447 Rn 5.

<sup>81</sup> Zur Konkretisierung einer Gattungsschuld mit der Folge, dass das Recht der Stückschuld greift, vgl. Rn 97 ff.

führung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat. Dieser Regelung liegt der bereits genannte Gedanke zugrunde, dass der Verkäufer die Durchführung des Transports nicht schuldet und deshalb mit dem Abschicken alles zur Leistung Erforderliche getan hat i.S.d. § 243 II BGB. Der Kaufpreiszahlungsanspruch des Verkäufers bleibt – in Abweichung zu § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB – demnach also bestehen.

Fraglich ist aber, ob § 447 I BGB vorliegend überhaupt anwendbar ist. Ist nämlich der Verkäufer einer beweglichen Sache („Ware“ i.S.d. § 241a I BGB) ein Unternehmer gem. § 14 I BGB und der Käufer ein Verbraucher gem. § 13 BGB, handelt es sich um einen **Verbrauchsgüterkauf** i.S.d. § 474 I S. 1 BGB, bei dem die Gefahrtragsregelung des § 447 I BGB wegen § 475 II BGB nicht (jedenfalls nicht in Bezug auf die Preisgefahr) greift. Zwar gilt gem. § 475 II BGB die Gefahrtragsregelung des § 447 I BGB durchaus mit der Maßgabe, dass die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung nur dann auf den Käufer übergeht, wenn dieser das Transportunternehmen mit der Ausführung beauftragt hat und der Unternehmer dem Käufer diese Person oder Anstalt nicht zuvor benannt hat. Diese Formulierung wird allgemein aber als europarechtswidrig eingestuft, weil sie Art. 20 S. 1 Verbraucherrechterichtlinie (i.V.m. Erwägungsgrund 55 S. 5 der RiLi) widerspricht, wonach (auch) beim Versendungskauf die Gefahr erst mit der Übergabe an den Verbraucher auf diesen übergeht. Wegen seiner Unvereinbarkeit mit Art. 20 S. 1 Verbraucherrechterichtlinie (i.V.m. Erwägungsgrund 55 S. 5 der RiLi) muss man also zur Unanwendbarkeit des § 447 I BGB gelangen mit der Folge, dass es bei der Gefahrtragsregelung des § 446 BGB bleibt<sup>82</sup>: Die Gefahr geht erst mit Übergabe an den Verbraucher auf diesen über. Geht die Sache also auf dem Transportweg unter oder geht verloren, ist der Unternehmer wegen § 275 I BGB leistungsbefreit (muss also keine Ersatzsache liefern) und der Verbraucher ist gem. § 326 I S. 1 BGB gegenleistungsbefreit. Wird die Sache auf dem Transportweg lediglich beschädigt (also mangelhaft), hat der Verbraucher die Rechte aus § 437 BGB (in erster Linie also Nacherfüllung, regelmäßig in Form der Nachlieferung), sofern nacherfüllt wird (= Grundregel der Gefahrtragung bei Verbrauchsgüterkaufverträgen).<sup>83</sup>

Vorliegend erlitten die Weinflaschen Glasbruch, wurden also nicht lediglich mangelhaft, sondern zerstört. Daher kann K zwar keine Nachlieferung verlangen, ist aber immerhin von seiner Gegenleistungspflicht (Zahlungspflicht) befreit.

Ergebnis: K hat zwar keinen Anspruch auf (Nach-)Lieferung (§ 275 I BGB), ist aber auch von der Zahlungspflicht befreit (§ 326 I S. 1 Hs. 1 BGB). Die Preisgefahr liegt also bei V.

Fazit: Der Gesetzgeber geht auch beim Versendungskauf bei Verbrauchsgüterkäufen i.S.d. § 474 I S. 1 BGB von einer Schickschuld aus. Das ergibt sich aus der Formulierung in § 475 II BGB: „§ 447 Absatz 1 gilt mit der Maßgabe, dass...“ (zwar ist § 447 I BGB infolge Art. 20 S. 1 Verbraucherrechterichtlinie und deren Erwägungsgrund 55 S. 5 nicht anwendbar, was aber an dem Willen des Gesetzgebers, den Versendungskauf als Schickschuld anzusehen, nichts ändert). Folge ist, dass die Gattungsschuld mit der Übergabe der Sache(n) an die Spedition (hier: den Paketdienst) i.S.d. § 243 II BGB konkretisiert wird. Geht die Sache dann auf dem Transportweg unter, greift § 275 I BGB mit der Folge der Leistungsbefreiung auf Seiten des Schuldners.<sup>84</sup> Auch beim Verbrauchsgüterkauf trägt der Käufer mithin die Leistungsgefahr mit der Folge, dass der Verkäufer nicht erneut liefern muss, wenn die Sache auf dem Transportweg untergeht oder verloren geht; bei Beschädigung greifen hingegen die Rechte des Käufers aus § 437 BGB (in erster Linie also Nachlieferung). Die Preisgefahr wird durch § 475 II BGB modifiziert: Der Unternehmer trägt die

---

<sup>82</sup> *Faust*, in: BeckOK, § 475 Rn 15.

<sup>83</sup> Etwas anderes gilt nur dann, wenn der *Verbraucher* den Transporteur mit der Abholung der Sache beim Unternehmer beauftragt; dann trägt er (der Verbraucher) (in Abweichung zur genannten Grundregel) die Leistungs- und Preisgefahr. Damit liegt also im Ergebnis nichts anderes vor als eine Holschuld.

<sup>84</sup> Mit Blick auf § 474 I S. 1 BGB und § 475 II BGB abzulehnen BGH NJW 2014, 3243, 3244, wonach bei einem Verbrauchsgüterkauf der Erfüllungsort für die Verpflichtung des Verkäufers der Wohnsitz des Käufers sei, weshalb den Verkäufer insoweit eine Bringschuld treffe.

Preisgefahr, d.h. er kann beim Untergang, beim Verlust oder bei Beschädigung nicht Bezahlung verlangen.<sup>85</sup>

Zusammenfassung: Wie ausgeführt, führt der beim Verbrauchsgüterkaufvertrag geltende § 475 II BGB zur Unanwendbarkeit des § 447 I BGB und betrifft die Gegenleistungsgefahr: Der Verbraucher wird von seiner Pflicht zur Kaufpreiszahlung befreit, wenn die Sache auf dem Transportweg untergeht (also zerstört wird) oder verloren geht. Die Leistungsgefahr wird dadurch aber nicht ausgeschlossen; der Verbraucher hat keinen Anspruch auf Lieferung einer neuen Sache. Geht aber die Sache auf dem Transportweg nicht unter, sondern wird lediglich **beschädigt**, ist sie nach h.M. bei Gefahrübergang (wegen Unanwendbarkeit des § 447 I BGB also gem. § 446 BGB durch Übergabe an den Verbraucher) also mangelhaft (§ 434 BGB), sodass dem Käufer – obwohl der Verkäufer an sich von jeglicher (weiteren) Leistungspflicht befreit ist – die Rechte aus § 437 BGB zustehen.<sup>86</sup> Die h.M. begründet ihre Auffassung mit der Nichtanwendbarkeit des § 447 I BGB beim Verbrauchsgüterkauf. Das erscheint auf den ersten Blick nicht so recht nachvollziehbar, denn § 447 I BGB, der durch § 475 II BGB ausgeschlossen ist, betrifft (wie § 446 BGB) ja nur die Preisgefahr<sup>87</sup>, nicht die Leistungsgefahr. Hat der Verkäufer mit der Übergabe der Sache an den Transporteur alles seinerseits zur Leistungserbringung Erforderliche getan i.S.d. § 243 II BGB und greift Leistungsfreiheit ein, kann es an sich keinen Unterschied machen, ob die Sache auf dem Transportweg untergeht oder lediglich beschädigt wird. Gleichwohl ist der h.M. im Ergebnis zu folgen, und zwar wegen der Nichtanwendbarkeit des § 447 I BGB und der Sonderregelung in § 439 I BGB, die einen Nacherfüllungsanspruch schlicht an die Mangelhaftigkeit der Sache bei Gefahrübergang (§ 434 I BGB: „Die Sache ist frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang ...“) knüpft. Bei einem Verbrauchsgüterkauf ist bei der Schickschuld (und somit beim Versandhandel) der Zeitpunkt des Gefahrübergangs die Übergabe an den Verbraucher (§ 446 S. 1 BGB). Die Gefahr der zufälligen Verschlechterung (Beschädigung) trifft also den Unternehmer. Das wiederum stellt kein kohärentes Ergebnis zu dem beim Ausschluss der Leistungspflicht Festgestellten dar. Daher wäre es angemessener, entgegen der h.M. noch weiter zu gehen und zu sagen: Trifft den Unternehmer beim Verbrauchsgüterkauf hinsichtlich einer auf dem Transportweg beschädigten Sache eine Nacherfüllungspflicht, müsste das erst recht bei untergegangener (zerstörter) Sache gelten (Schluss vom Schwächeren auf das Stärkere).

**79c** Mithin ergibt sich beim **Versandhandelskauf** hinsichtlich der **Leistungsgefahr**, dass bei einem zufälligen Untergang der Sache einem Anspruch auf Ersatzlieferung aus § 433 I S. 1 BGB die Leistungsbefreiung des Verkäufers aus § 275 I BGB entgegensteht, entweder wegen der Regelung des § 447 I BGB oder wegen § 243 II BGB. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass beim Versandhandelskauf der Verkäufer die Durchführung des Transports nicht schuldet und deshalb mit dem Abschieken alles zur Leistung Erforderliche getan hat i.S.d. § 243 II BGB. Der Verkäufer wird mit der Übergabe an den Transporteur leistungsfrei. Darauf, ob es sich um einen Verbrauchsgüterkauf oder um einen Nicht-Verbrauchsgüterkauf handelt, kommt es insoweit nicht an. Wird aber die Sache lediglich beschädigt, greift beim Verbrauchsgüterkauf nach h.M. der Nacherfüllungsanspruch aus § 439 I BGB, da die Mängelrechte zur Verfügung stehen, wenn die Sache zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs (hier: § 446 S. 1 BGB) mangelhaft ist. Davon zu unterscheiden ist die **Preisgefahr** (Gegenleistungsgefahr):

- Handelt es sich um einen **Nicht-Verbrauchsgüterkaufvertrag** und liegt eine Schickschuld vor, bleibt wegen § 447 I BGB der Käufer zur Kaufpreiszahlung verpflichtet; § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB wird verdrängt. Die Preisgefahr trägt der Käufer. Methodisch gilt:
  - ⇒ § 275 I BGB: Ausschluss der Leistungspflicht
  - ⇒ § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB: Ausschluss der Gegenleistungspflicht

<sup>85</sup> Zur Unterscheidung Leistungsgefahr/Preisgefahr siehe bereits Rn 76.

<sup>86</sup> BGH NJW 2014, 454, 455 (zwar in Bezug auf Internetshop-AGB, aber das Transportrisiko liege beim Unternehmer).

<sup>87</sup> Wie hier *Faust*, in: BeckOK, § 447 Rn 20 („§ 447 bezieht sich wie § 446 auf die Preisgefahr“).

⇒ § 447 I BGB: Erhalt der Gegenleistungspflicht

§ 447 I BGB stellt damit also eine anspruchserhaltende Gegennorm dar: Der Verkäufer ist leistungsbefreit, behält aber den Anspruch auf Zahlung. In diesem Fall hilft dem Käufer immerhin die Figur der Drittschadensliquidation (DSL), mittels derer der Käufer vom Verkäufer verlangen kann, dass dieser den Schaden des Käufers beim Frachtführer liquidiert oder den Schadensersatzanspruch, den der Verkäufer gegen den Frachtführer hat, an den Käufer abtritt (siehe Rn 1089 ff., speziell Rn 1095). Davon unbeschadet hat der Käufer unter den Voraussetzungen des § 421 I S. 2 HGB einen direkten Schadensersatzanspruch gegen den Frachtführer, woraus deutlich wird, dass der Käufer letztlich nicht auf die DSL angewiesen ist (auch dazu Rn 1095).

- Handelt es sich um einen **Verbrauchsgüterkaufvertrag** und liegt eine Schickschuld vor, ist wegen § 475 II BGB der Käufer von der Kaufpreiszahlungspflicht befreit, da die § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB an sich verdrängende Norm des § 447 I BGB nicht anwendbar ist. Der Kaufpreiszahlungsanspruch des Verkäufers ist damit untergegangen. Methodisch gilt:

⇒ § 275 I BGB: Ausschluss der Leistungspflicht

⇒ § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB: Ausschluss der Gegenleistungspflicht

⇒ § 447 I BGB: Erhalt der Gegenleistungspflicht

⇒ § 475 II BGB: Nichtanwendbarkeit des § 447 I BGB

§ 475 II BGB stellt damit also eine anspruchsvernichtende Gegen-Gegennorm dar: Der unternehmerische Verkäufer verliert den Anspruch auf Zahlung gegen den Verbraucher.

Davon unbeschadet steht bezüglich der Preisgefahr dem Käufer (Verbraucher) selbstverständlich ein Widerrufsrecht (Fernabsatzvertrag) zu, §§ 312g I, 355 BGB.

Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen Bringschuld und Schickschuld im Versandhandel treten dann auf, wenn die Parteien keine ausdrückliche Vereinbarung getroffen haben und auch die Art des Schuldverhältnisses keine eindeutige Antwort liefert.

79d

**Beispiel<sup>88</sup>:** V ist Möbelhändler und betreibt einen Versandhandel mit Onlineshop. Über den Shop bestellt K einen Wohnzimmerschrank zu einem Preis von 800 € zzgl. 50 € Versandkosten und aktiviert dabei das Häkchen „inklusive Aufbau/Montage für nur 80 € extra“.

Hier könnte man – nach Maßgabe des § 269 I, II BGB – annehmen, Leistungsort (Erfüllungsort) sei der Geschäftssitz des V, da K ja für Lieferung sowie Aufbau und Montage extra zahlen muss. Dann läge eine Schickschuld vor. Auch nach st. Rspr. des BGH begründet der Umstand, dass im Versandhandel typischerweise Aufgabe des Verkäufers ist, die Versendung der Kaufsache – auf eigene oder fremde Kosten – zu veranlassen, für sich allein noch nicht die Annahme, der Empfangsort solle auch Leistungsort (Erfüllungsort) für die Lieferpflicht des Verkäufers sein.<sup>89</sup> Danach liegt also im Versandhandel grds. keine Bringschuld, sondern regelmäßig eine Schickschuld (ggf. in Form des § 447 I BGB) vor. Gestützt wird dieses Ergebnis durch § 269 III BGB, wonach allein aus dem Umstand, dass der Schuldner die Kosten der Versendung übernommen hat, nicht zu entnehmen ist, dass der Empfangsort der Leistungsort sein soll. Das gilt erst recht, wenn der Gläubiger (hier: der Käufer) sogar die Versandkosten zu übernehmen hat.

Einschränkend macht der BGH aber deutlich, dass die genannte Vermutung (Erfüllungsort = Empfangsort und damit Vorliegen von Schickschuld) nur greift, wenn ein anderer Ort für die Leistung weder von den Parteien bestimmt noch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses, zu entnehmen sei (§ 269 I BGB). Bei einem *Möbelkaufvertrag* mit der vertraglich vereinbarten Verpflichtung des Verkäufers zur Montage der bestellten Möbel beim Kunden liege nach der Natur des Schuldverhältnisses eine Bringschuld vor. Denn bei solchen Verträgen, bei denen Leistung und Montage der Kauf-

<sup>88</sup> In Anlehnung an BGH NJW 2014, 454.

<sup>89</sup> BGH NJW 2014, 454, 455 mit Verweis auf BGH NJW 2003, 3341.

sache untrennbar miteinander verbunden seien, könne die Montage der Kaufsache als vertraglich geschuldete Leistung nur beim Käufer erbracht werden, und auch nur dort könne nach Montage festgestellt werden, ob die Kaufsache vertragsgemäß sei. Dies rechtfertige die Annahme einer Bringschuld.<sup>90</sup>

V muss den Schrank also nicht nur abschicken, sondern auch bei K zu Hause aufbauen/montieren. Übereignung und Übergabe finden also bei K nach Aufbau/Montage statt. Es handelt sich dabei nicht (wie im obigen Rotweinfall) um einen sog. Versendungskauf gem. § 447 BGB als (Spezial-)Fall einer Schickschuld, sondern um eine **Bringschuld**. Erfüllung tritt erst nach Lieferung und Aufbau bzw. Montage ein. Geht der Schrank also während des Transports oder Aufbaus unter oder wird beschädigt, trägt V nicht nur das Risiko des (zufälligen) Untergangs und die Preisgefahr, sondern muss auch einen neuen Schrank liefern. Bei Verweigerung macht er sich schadensersatzpflichtig (wegen Nichterfüllung), hat jedenfalls keinen Anspruch auf Kaufpreiszahlung.

## II. Leistungszeit

### 1. Begriff der Leistungszeit

- 80 Zum geschuldeten Gesamtverhalten des Schuldners gehört nicht nur die Leistungserbringung am richtigen Ort, sondern auch zur richtigen Zeit. Bei der Leistungszeit ist zwischen der Fälligkeit und der Erfüllbarkeit zu unterscheiden.

Die **Fälligkeit** ist der Zeitpunkt, an dem der Schuldner **spätestens leisten muss**.<sup>91</sup> Die **Erfüllbarkeit** hingegen ist der Zeitpunkt, an dem der Schuldner **frühestens leisten darf**.<sup>92</sup>

81

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** In einer Fallbearbeitung ist die **Erfüllbarkeit** von untergeordneter Bedeutung. Sie ist z.B. bei der Frage von Belang, ob der Gläubiger bei einem nicht angemessenen Leistungsangebot in Annahmeverzug (§§ 293 ff. BGB) gerät. Die **Fälligkeit** hingegen hat größere Relevanz, z.B. bei den Fragen,

- ob der Gläubiger seinen Primäranspruch schon durchsetzen kann,
- ob der Schuldner bei einer Nichtleistung unter den weiteren Voraussetzungen der §§ 280 I, II, 286 BGB in Schuldnerverzug geraten kann,
- ob der Gläubiger unter den weiteren Voraussetzungen der §§ 280 I, III, 281 BGB einen Schadensersatz statt der Leistung geltend machen kann oder
- ob eine Nichterbringung der Leistung im Fälligkeitszeitpunkt unmittelbar ein Rücktrittsrecht des Gläubigers nach sich zieht. Das ist der Fall beim sog. **relativen Fixgeschäft**, § 323 I, II Nr. 2 Var. 1 BGB. Ein relatives Fixgeschäft liegt vor, wenn die Leistungszeit zwischen den Parteien ein wesentlicher Vertragsbestandteil geworden ist und der Gläubiger den Fortbestand seines Leistungsinteresses an die Rechtzeitigkeit der Leistung gebunden hat. Das Geschäft muss also mit der Einhaltung der Leistungszeit „stehen und fallen“, wobei die Leistung aber – abstrakt gesehen – *nachholbar* ist. Liegt ein relatives Fixgeschäft vor, erhält der Gläubiger ein Rücktrittsrecht, ohne dass es einer Fristsetzung i.S.d. § 323 I BGB bedarf (§ 323 II Nr. 2 BGB). Zudem steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (§§ 280 I, III, 281 BGB) zu, sofern der Schuldner die Nichteinhaltung des Termins zu vertreten hat (§ 280 I S. 2 BGB). Siehe dazu Rn 469.
- Schließlich ist die Fälligkeit auch i.R. eines sog. **absoluten Fixgeschäfts** von besonderer Bedeutung. Ein absolutes Fixgeschäft liegt vor, wenn die Leistungszeit ein wesentlicher Bestandteil des Vertrags geworden ist, der Gläubiger den Fortbestand seines Leistungsinteresses an die Rechtzeitigkeit der Leistung gebunden hat und

<sup>90</sup> BGH NJW 2014, 454, 455.

<sup>91</sup> BGH NJW 2014, 847.

<sup>92</sup> *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 271 Rn 1.

die Leistungszeit nach dem Vertragsinhalt von so überragender Bedeutung ist, dass eine verspätete Leistung *nicht nachholbar* ist, sie also keine Erfüllung mehr darstellt. Im Augenblick der Nichtleistung zur Leistungszeit tritt Unmöglichkeit ein, § 275 I BGB.<sup>93</sup> Hat der Schuldner die Verspätung zu vertreten, ist er zum Schadensersatz statt der Leistung, §§ 280 I, III, 283 BGB verpflichtet. Zudem steht dem Gläubiger (unabhängig von einem etwaigen Verschulden des Schuldners) ein Rücktrittsrecht zu (§ 326 V BGB). Siehe dazu ebenfalls Rn 469.

## 2. Bestimmung der Leistungszeit

Die Leistungszeit wird in erster Linie durch Parteivereinbarung festgelegt. Sofern sich dabei keine genaue Zeit ermitteln lässt, können gesetzliche Sonderregelungen herangezogen werden. Sollten auch diese keinen Aufschluss geben, greift die allgemeine Vorschrift des § 271 BGB. Einschränkungen enthält § 271a BGB. Für Verbrauchsgüterkaufverträge gilt § 475 I BGB.

82

Zunächst besteht die Möglichkeit, dass die **Parteien** eine ausdrückliche oder konkludente Regelung über die Leistungszeit getroffen haben. Dabei sind §§ 187-193 BGB sowie §§ 133, 157, 242 BGB als Auslegungsregeln heranzuziehen. So kann bspw. die Vereinbarung „Lieferung so bald wie möglich“ bedeuten, dass Leistungszeit (und damit Fälligkeit) eintritt, sobald der Gegenstand verfügbar ist.

83

- Eine Abrede kann auch dergestalt erfolgen, dass das **Bestimmungsrecht** der Leistungszeit **einer der Parteien eingeräumt** wird. Dann ist unter entsprechender Anwendung des § 315 BGB im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen getroffen werden muss. Ist die Bestimmung vom *Schuldner* vorzunehmen, stellt dies eine Leistungspflicht dar, deren Nichtvornahme unter den Voraussetzungen der §§ 280 I, II, 286 BGB zum Schuldnerverzug führt. Steht dem *Gläubiger* das Bestimmungsrecht zu (z.B. beim sog. „Kauf auf Abruf“), kann er bei Nichtvornahme der Bestimmung in Gläubigerverzug und – wenn die Abnahme eine Leistungspflicht darstellt – zugleich in Schuldnerverzug geraten.

84

- In der Praxis werden oftmals **Klauseln** zur Bestimmung der Leistungszeit verwendet. So bedeutet bspw. „Nettokasse gegen Rechnung“, dass die Fälligkeit schon mit dem Empfang der Rechnung und schon vor Erhalt der Ware eintreten soll.<sup>94</sup> Das Gleiche gilt für eine Klausel mit dem Inhalt „Kasse gegen Faktura“.

85

- Die Parteien können auch eine **Stundung** vereinbaren. Eine Stundung hat zur Folge, dass die Fälligkeit der Leistung und der Verjährungsbeginn hinausgeschoben werden, während die Erfüllbarkeit nach wie vor bestehen bleibt. Eine nachträgliche Stundung unterliegt als Vertragsänderung bei formbedürftigen Rechtsgeschäften dem Formzwang.<sup>95</sup>

86

- Von der Stundung ist das sog. **pactum de non petendo** zu unterscheiden. Dies ist eine Vereinbarung, durch welche sich der Gläubiger verpflichtet, den Anspruch (vorübergehend) nicht geltend zu machen. Handelt er der Vereinbarung zuwider, steht dem Schuldner eine Einrede zu, deren Erhebung zur Klageabweisung führt. Die Verjährung wird durch die Vereinbarung gehemmt (§ 205 BGB). Im Gegensatz zur Stundung bleiben aber die Fälligkeit und ein etwaiger Verzug bis zur Erhebung der Einrede unberührt.

87

- Eine sog. **Verfallsklausel** hat bei Ratenverträgen zur Folge, dass bei der verspäteten Leistung einer einzelnen Rate die sofortige Fälligkeit der Restforderung oder ein Kündigungsrecht eintritt. Die Verfallsklauseln greifen allerdings nicht ein, wenn der Schuldner die Nichtleistung der Rate nicht zu vertreten hat.<sup>96</sup>

88

<sup>93</sup> Allgemeine Auffassung, vgl. nur BGHZ 60, 14, 16; *Westermann*, in: Erman, § 275 Rn 10; *Alexander*, JA 2015, 321.

<sup>94</sup> BGH BB 1988, 1210.

<sup>95</sup> Vgl. dazu BGH NJW 1998, 2060, 2061; *Unberath*, in: Bamberger/Roth, 3. Aufl. 2012, § 271 Rn 13.

<sup>96</sup> BGH NJW 1985, 2329, 2330.

- 89 Haben die Parteien keine Vereinbarung geschlossen, können die besonderen Regelungen bspw. der §§ 488 III, 556b, 579, 587, 604, 608, 609, 614, 641, 695, 721 BGB herangezogen werden.
- 90 Sofern sich auch daraus kein Zeitpunkt für die Leistungszeit ermitteln lässt, ist auf die **Umstände des Einzelfalls** abzustellen. Dabei sind die Natur des Schuldverhältnisses, die Verkehrssitte und die Beschaffenheit der Leistung zu berücksichtigen.

**Beispiele: (1)** Bei Kaufverträgen in einem Ladengeschäft oder beim Erwerb von Eintrittskarten an der Abendkasse ergibt sich aus den Umständen, dass die Leistungen sofort fällig werden.<sup>97</sup> **(2)** Bei Werkverträgen ist auf die für die Herstellung des Werks erforderliche Zeit abzustellen. Der Werkunternehmer hat im Zweifel alsbald mit den Arbeiten zu beginnen und sie in einer dem Vertragsgegenstand entsprechenden angemessenen Zeit zu beenden. **(3)** Die Rückzahlung einer Mietkaution wird fällig, wenn die Ansprüche des Vermieters, deren Sicherung die Mietkaution diente, erloschen sind.

- 91 Erst wenn sich auch aus den Umständen des Einzelfalls keine Leistungszeit ermitteln lässt, greift die Vorschrift des **§ 271 I BGB**. Danach kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen (Fälligkeit) und der Schuldner sie sofort bewirken (Erfüllbarkeit). Mit „sofort“ ist gemeint, dass der Betroffene so schnell, wie dies nach objektiven Maßstäben – unter Berücksichtigung einer u.U. notwendigen Vorbereitung – möglich ist, tätig werden muss. Ist dagegen eine Zeit im Vertrag bestimmt, ist gem. **§ 271 II BGB** im Zweifel davon auszugehen, dass der Gläubiger die Leistung erst in diesem Zeitpunkt verlangen kann, der Schuldner aber bereits vorher leisten darf. Damit hat eine etwaige Zeitbestimmung i.d.R. keinen Einfluss auf die Erfüllbarkeit, sondern nur auf die Fälligkeit. Bei Vereinbarungen über Zahlungs-, Überprüfungs- und Abnahmefristen greift **§ 271a BGB**.

## D. Gegenstand des Schuldverhältnisses

- 92 Ein Schuldverhältnis kann verschiedene Leistungsinhalte haben. Hinsichtlich der **Art des geschuldeten Leistungsgegenstands** lassen sich Stückschuld, Gattungsschuld, Vorratsschuld, Wahlschuld, Ersetzungsbefugnis und Geldschuld unterscheiden.

### I. Stückschuld

- 93 Eine **Stückschuld** (Speziesschuld) liegt vor, wenn der Leistungsgegenstand bei Vertragsschluss durch die Parteien individuell bestimmt wird, er von den Parteien also nach ganz bestimmten, individuellen Merkmalen festgelegt ist.<sup>98</sup> In diesem Fall ist nur die konkrete Sache („das konkrete Stück“) Gegenstand des Schuldverhältnisses.

Nach den Regeln des allgemeinen Schuldrechts bezieht sich im Fall der Stückschuld die Verbindlichkeit des Schuldners also nur auf den von den Parteien bereits bei Vertragsschluss ausgesuchten oder in sonstiger Weise individualisierten Gegenstand. Stückschuld liegt mithin vor bei einer individuellen, einzigartigen Sache, sei es, dass es sich um ein neues Einzelstück oder um einen gebrauchten, individualisierten Gegenstand handelt. Ist eine neue Sache geschuldet, spielt es keine Rolle, ob die Sache bereits existiert oder noch hergestellt werden muss. Auch wenn ein Gegenstand aus einer Gattung i.S.d. § 243 II BGB konkretisiert wird (Rn 97 f.), handelt es sich nach den Regeln des allgemeinen Schuldrechts nach erfolgter Konkretisierung quasi um eine Stückschuld. Eine Stückschuld kann grds. nur mit dem konkretisierten Gegenstand erfüllt werden.

<sup>97</sup> Krüger, in: MüKo, § 271 Rn 30.

<sup>98</sup> Siehe nur Emmerich, in: MüKo, § 243 Rn 9; Grüneberg, in: Grüneberg, § 243 Rn 1.

**Beispiele:** Wird eine Sache nach individuellen Merkmalen hergestellt (Produktion eines Einzelstücks, wozu etwa ein individuelles Möbelstück, aber auch etwa das Fertigen eines Gemäldes oder eines anderen Kunstwerks gehören) oder sind ein Gebrauchtwagen, ein gebrauchtes Fahrrad oder ein Haustier<sup>99</sup> Vertragsgegenstand, ist eine solche Stückschuld regelmäßig gegeben. Gegenstand des Rechtsgeschäfts ist nur der konkrete Gegenstand (und kein anderer Gegenstand aus der Gattung). Ausnahmen sind nur denkbar bei sehr jungen Gebrauchsachen, wenn der Individualisierungsgrad noch nicht fortgeschritten ist (siehe Rn 105).

## II. Gattungsschuld/Vorratsschuld

Eine **Gattungsschuld** liegt vor, wenn die geschuldete Leistung nur nach generellen, also allgemeinen, aber bestimmbareren Merkmalen (Typ, Sorte, Gewicht, Farbe, Herkunft, Jahrgang etc.) vereinbart ist.<sup>100</sup> Geschuldet ist gem. § 243 I BGB eine Sache „mittlerer Art und Güte“, d.h. eine Sache von Durchschnittsqualität.

94

Zu beachten ist, dass der Begriff „**mittlere Art und Güte**“ bereits in der Ursprungsfassung des BGB (Ausfertigungsdatum: 18.8.1896) vorhanden war und damals der Gesetzgeber ganz offenbar Naturprodukte wie Äpfel, Kartoffeln, Kohl etc., Industrieprodukte wie Briketts, Schüttgut etc. und Nutztiere wie Schweine, Hühner etc. vor Augen hatte. In der modernen, hochtechnisierten Massenproduktion werden bestimmte Sachen mit einer hohen Präzision hergestellt, sodass einzelne Exemplare, die nicht den üblichen, d.h. allgemein erwarteten Kriterien entsprechen, nicht erfüllungstauglich sind. Abweichungstoleranzen werden häufig nicht akzeptiert. Entspricht bspw. ein neu hergestelltes Smartphone, Fernsehgerät, Notebook etc. nicht einem definierten Standard, ist es schlicht nicht erfüllungstauglich. In diesen Fällen gibt es also keine Exemplare „mittlerer Art und Güte“. Insoweit hat der Schuldner lediglich dem Standard entsprechende Exemplare zu liefern (und keine „Durchschnittsqualität“); kleinste Abweichungen führen zur Verneinung der Erfüllungstauglichkeit und es bestehen Mängelrechte (siehe §§ 433 I S. 2, 434, 437 BGB). Lediglich bei Naturprodukten und Produkten mit Fertigungstoleranz bleibt es ohne weiteres bei der Pflicht zur Lieferung von Exemplaren „mittlerer Art und Güte“. § 243 I, II BGB sollte also stets vor diesem Hintergrund angewendet werden.

95

Von dem nur bedingt tauglichen Begriff der „mittleren Art und Güte“ abgesehen, bilden die **Gattung** alle Gegenstände, die durch die vereinbarten Merkmale gekennzeichnet sind und sich von Gegenständen einer anderen Gattung unterscheiden. Die Abgrenzung der Gattung, namentlich die Bestimmung, aus *welcher* Gattung im konkreten Schuldverhältnis geleistet werden muss, sowie die Bestimmung der Merkmale der Gattung richten sich nach der jeweiligen Vereinbarung (**Parteiabrede**).

95a

**Beispiele:** „Zehn Flaschen 2018er Bordeaux Rotwein“, „Fabrikneuer schwarzer Jeep Compass Limited Diesel Automatik mit Standardausstattung“, neues Smartphone vom Typ T 1000“

Die Parteien können die Merkmale der Gattung dabei weiter oder enger bestimmen.

**Beispiele:** „Zehn Flaschen Rotwein“, „zehn Flaschen 2018er Bordeaux Rotwein aus X vom Hersteller Y“, neues Smartphone vom Typ T 1000 in der Gehäusefarbe schwarz“

<sup>99</sup> Bei einem Haustier ist wegen der individuellen Eigenschaften (Geschlecht, Farbe des Fells, Aussehen, Charaktereigenschaften etc.) i.d.R. nicht von einer Austauschbarkeit und damit von einem Stückkauf auszugehen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Parteien von einer Austauschbarkeit ausdrücklich oder stillschweigend ausgegangen sind.

<sup>100</sup> Siehe nur *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 243 Rn 1, 2 und § 91 Rn 1.

- 95b** Eine Gattungsschuld typisierend ist der Umstand, dass das Schuldverhältnis auf die Leistung einer vertretbaren<sup>101</sup> Sache i.S.d. § 91 BGB gerichtet ist (z.B. ein neuer PC aus einer Serienproduktion). Bei einer unvertretbaren Sache (z.B. ein aus speziellen Einzelkomponenten angefertigter PC) wird demgegenüber trotz Neuwareneigenschaft i.d.R. eine Stückschuld vorliegen, außer, es kann ein identischer Ersatzgegenstand hergestellt werden (Rn 95c). Entscheidend für die Qualifikation als *Gattungsschuld* ist, dass von dem Vertragsgegenstand mehrere Exemplare/Stücke mit den vertraglich vereinbarten Eigenschaften existieren, sodass es auf ein ganz bestimmtes Exemplar/Stück nicht ankommt und eine Auswahl durch den Schuldner möglich ist.

**Beispiel:** Im Rahmen eines Kaufvertrags liegt Gattungsschuld vor, wenn sich der Schuldner verpflichtet, z.B. 10 Tonnen Stahl einer bestimmten Spezifikation (z.B. V4A) zu liefern, die er ggf. noch besorgen muss. Es liegt aber keine Gattungsschuld (sondern Stückschuld) vor, wenn der *gesamte* Stahlvorrat des Schuldners Gegenstand des Kaufvertrags ist. Demgegenüber liegt Gattungsschuld auch bei sog. Gattungsmiete vor, etwa, wenn eine bestimmte Anzahl an Gegenständen aus einer Gattung gemietet wird („Miete von 500 Bierkrügen für ein Volksfest“).

- 95c** Aber auch bei individualisierten Gegenständen wird man von einer Gattungsschuld ausgehen müssen, wenn eine Ersatzproduktion des gleichen Gegenstands ohne weiteres möglich ist.

**Beispiel:** Lässt sich K von V ein Notebook mit seinen Wunschkomponenten zusammenstellen und wird das Notebook noch vor der Übergabe zerstört, wäre es unangebracht, von einer Stückschuld auszugehen und eine Leistungsbefreiung nach § 275 I BGB anzunehmen. Folgt man dieser Überlegung, tritt also keine Unmöglichkeit ein, wenn von V ein identischer Laptop hergestellt werden könnte. Zu den (weiteren) Folgen siehe Rn 96b ff.

- 96** Die **Vorratsschuld** stellt eine Unterart der Gattungsschuld dar und wird daher auch als beschränkte Gattungsschuld bezeichnet. Sie liegt vor, wenn der Schuldner von vornherein nur zur Lieferung aus einem bestimmten Bestand verpflichtet ist.<sup>102</sup>

**Beispiele:** „Zehn Flaschen Rotwein aus dem Lagerbestand des Lieferanten L“; „zehn Sack Mehl aus dem Bestand des Lagers des Großhändlers X“; „ein Smartphone aus der nächsten Lieferung der Firma Y“

- 96a** Der Sinn einer Beschränkung auf die Lieferung von Sachen aus einem bestimmten Bestand liegt darin, dass der Schuldner nicht verpflichtet sein soll, die geschuldete Ware am Markt zu beschaffen, sollte das ihm zur Verfügung stehende Kontingent erschöpft sein. Aus diesem Grund kann eine Vorratsschuld bei fehlender ausdrücklicher Vereinbarung auch konkludent oder aus den Umständen des Einzelfalls angenommen werden (Vertragsauslegung). Es ist also stets durch Auslegung zu ermitteln, ob die Parteivereinbarung darin besteht, dass der Schuldner nach Erschöpfung seines Lagerbestands von der Leistungspflicht frei sein soll, er Ersatzware etwa aus anderen Filialen des Konzerns oder gar am freien Markt beschaffen muss.

### III. Relevanz der Unterscheidung

- 96b** Die **Relevanz** der Unterscheidung zwischen Stückschuld, Gattungsschuld und Vorratsschuld liegt v.a. im **Unmöglichkeitensrecht**. Da eine Stückschuld (jedenfalls im Grundsatz) nur mit dem vereinbarten individuellen Vertragsgegenstand erfüllt werden kann, tritt, wenn der geschuldete Gegenstand untergeht oder nicht mehr verfügbar ist, grund-

<sup>101</sup> Zur Unterscheidung zwischen vertretbarer und unvertretbarer Sache siehe *R. Schmidt*, BGB AT, Rn 148 ff.

<sup>102</sup> *Emmerich*, in: MüKo, § 243 Rn 11.

sätzlich Unmöglichkeit gem. § 275 I BGB ein. Der Schuldner wird – unabhängig davon, ob er die Unmöglichkeit zu vertreten hat – von der Leistungspflicht befreit. Eine Pflicht zur Beschaffung einer (gleichwertigen) Ersatzsache besteht – jedenfalls nach den Regeln des allgemeinen Schuldrechts – nicht.<sup>103</sup> Es gilt der Grundsatz: *Impossibilium nulla est obligatio*<sup>104</sup>. Demgegenüber besteht bei einer Gattungsschuld (jedenfalls vor der Konkretisierung gem. § 243 II BGB) eine Pflicht zur Erfüllung, solange Exemplare aus der Gattung beschaffbar sind. Leistungsfreiheit tritt also erst ein, wenn die gesamte Gattung erschöpft ist, d.h. Gegenstände aus der Gattung nicht mehr beschaffbar sind. Eine Befreiung von der Beschaffungspflicht tritt auch ein, wenn gem. § 243 II BGB der Schuldner das zur Erfüllung (i.S.d. § 243 I BGB) Erforderliche getan hat, was gem. § 243 II BGB bei der sog. Konkretisierung („Individualisierung“) der Fall ist. Dann ist die Gattungsschuld wie eine Stückschuld zu behandeln und das Schuldverhältnis beschränkt sich auf die konkrete Sache (dazu Rn 97 ff.). Und bei einer Vorratsschuld tritt Leistungsbefreiung ein, wenn der Vorrat (Warenbestand) erschöpft ist. Eine Beschaffungspflicht wie bei der Gattungsschuld besteht nicht; im Übrigen gilt aber das zur Gattungsschuld Gesagte.

Davon zu unterscheiden ist die bei Bestehen eines Sach- oder Rechtsmangels (§§ 434, 435 BGB) **nach Gefahrübergang** (§§ 446, 447 BGB) mögliche Pflicht zur Nachlieferung einer Sache trotz Vorliegens einer Stückschuld im Rahmen des **kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruchs** nach § 439 I BGB. Denn nach dieser 2002 eingeführten bzw. modifizierten Regelung hat der Käufer die Wahl, die Nacherfüllung in Form der Mangelbeseitigung („Nachbesserung“ bzw. „Reparatur“) oder der Lieferung einer mangelfreien Sache („Nachlieferung“) zu verlangen. Folgerichtig kann es weder hinsichtlich der Nachbesserung noch der Ersatzlieferung darauf ankommen, ob ein Stückkauf oder ein Gattungskauf vorliegt; anderenfalls hätte der Gesetzgeber differenzierter formulieren müssen.<sup>105</sup> Die nach der Rechtslage vor dem 1.1.2002 bestehende Unterscheidung zwischen Stück- und Gattungskauf, wonach der Käufer nur bei Gattungsschuld die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen konnte (§ 480 I S. 1 BGB a.F.), ist mit § 439 I BGB aufgegeben worden (vgl. dazu Rn 105/105a sowie Rn 371 ff.).

96c

Aber auch vor Gefahrübergang (der i.d.R. in der Übergabe der Sache besteht), wenn also die kaufrechtlichen Mängelrechte (und damit § 439 I BGB) noch nicht anwendbar sind, kann es unangebracht sein, im Fall des Untergangs des geschuldeten Gegenstands Unmöglichkeit anzunehmen, wenn dies den Parteiinteressen widerspräche (siehe dazu Rn 104/105).

96d

Wird aber der Schuldner (nach den Regeln des allgemeinen Schuldrechts) von seiner Leistungspflicht frei, besteht mitunter eine Schadensersatzpflicht (vgl. § 275 IV BGB, der auf §§ 280, 283, 311a BGB verweist), sofern der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat (vgl. § 280 I S. 2 BGB bzw. § 311a II S. 2 BGB; zu vertreten sind Vorsatz und Fahrlässigkeit, § 276 BGB). Auch kann der Gläubiger den Rücktritt erklären (§§ 326 V, 323 BGB); auf ein Vertretenmüssen beim Schuldner kommt es hierbei nicht an.

96e

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Im BGB finden sich nur wenige Normen, die eine Gattungsschuld bzw. Vorratsschuld zum Regelungsgegenstand haben. Dazu gehören bspw. §§ 243, 300 II, 524 II, 2155, 2182 BGB. Wie gesagt, wird die Relevanz der Ab-

96f

<sup>103</sup> Zu den kaufrechtlichen Besonderheiten vgl. Rn 96c/105.

<sup>104</sup> Lat.: Nichts ist Pflicht bei Unmöglichkeit (besser: Unmögliches muss nicht geleistet werden, bzw.: Unmögliches ist nicht geschuldet). Siehe dazu Rn 364 ff.

<sup>105</sup> Die Aufgabe der Unterscheidung zwischen Gattungsschuld und Stückschuld beim kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruch entspricht dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, da er in der Gesetzesbegründung formuliert, das Nacherfüllungsinteresse könne „in den meisten Fällen – auch beim Stückkauf – durch Nachbesserung oder Lieferung einer anderen gleichartigen Sache befriedigt werden“ (BT-Drs. 14/6040, S. 89).

grenzung zwischen Stückschuld und Gattungsschuld v.a. virulent bei der Frage, ob **Unmöglichkeit** vorliegt, wenn eine Leistungsstörung eintritt. Wurde eine Gattungsschuld vereinbart, besteht i.d.R. eine Beschaffungsschuld. Der Schuldner kann sich also i.d.R. nicht auf Unmöglichkeit (mit der Folge der Befreiung von der Leistungspflicht, vgl. § 275 I BGB) berufen, wenn er erfüllungstaugliche Ware nicht mehr am Lager hat; vielmehr ist er grds. verpflichtet, erfüllungstaugliche Ware am Markt zu beschaffen. Die Pflicht zur Beschaffung der geschuldeten Ware besteht jedoch nicht uneingeschränkt, wie sich aus § 275 II BGB ergibt. Hierbei ist jedoch problematisch, welchen Aufwand der Schuldner für die Beschaffung der Ware tätigen muss und welcher ihm nicht mehr zumutbar ist. Dabei spielt wiederum die Frage eine Rolle, ob der Schuldner u.U. ein Beschaffungsrisiko übernommen hat. Vgl. dazu Rn 396 ff.

**Beispiel:** V verkauft Blu-ray-Player vom Typ X der Marke XY für je 100 €. Da er jedoch über keine eigene Lagerhaltung verfügt, lässt er die Auslieferung gleich vom Zulieferer Z vornehmen (sog. Dropshipping), der dem V 85 € pro verschicktem Blu-ray-Player in Rechnung stellt. Da aber plötzlich über das Vermögen des Z ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde, kann V keine Waren mehr bei Z besorgen. Er ist vielmehr darauf angewiesen, die Blu-ray-Player von einem anderen Händler zu besorgen, der allerdings 105 € pro Stück verlangt.

Hier liegt eine Gattungsschuld vor und V ist verpflichtet, sich auf dem Markt einen erfüllungstauglichen Gegenstand zu verschaffen, sollte er einen Vertrag mit Kunde K geschlossen und sich zur Lieferung eines Geräts vom Typ X verpflichtet haben (sog. Beschaffungsschuld). Die Tatsache, dass Z nicht mehr liefern kann, führt nicht zur Unmöglichkeit i.S.d. § 275 I BGB. Auch ein Leistungsverweigerungsrecht des V i.S.d. § 275 II BGB ist abzulehnen, da sein Beschaffungsaufwand nicht in einem groben Missverhältnis von krassem, untragbarem Ausmaß zum Leistungsinteresse des K steht.

In einigen Fallkonstellationen ist § 275 I BGB auch bei einer Gattungsschuld anwendbar. So greift die schuldbefreiende Unmöglichkeit nach § 275 I BGB ein, wenn die gesamte Gattung untergeht (d.h. erfüllungstaugliche Gegenstände nicht mehr beschaffbar sind) und damit die Leistung objektiv unmöglich wird.

Ebenso kann schuldbefreiende Unmöglichkeit bei einer **Vorratsschuld** (sog. beschränkte Gattungsschuld) eintreten, wenn der Vorrat erschöpft ist.

**Beispiel:** V hat K zwei MP3-Player vom Typ X der Marke XY verkauft. Dabei waren sich die Parteien einig (was ggf. über §§ 133, 157 BGB zu ermitteln ist), dass die Lieferung aus dem Lager des V erfolgen sollte. Vor der Auslieferung brennt das Lager vollständig ab.

Hier liegt eine Vorratsschuld vor. Mit dem Untergang des gesamten Lagerbestands ist die Leistung aus dem Vorrat nicht mehr möglich, sodass V gem. § 275 I BGB von seiner Leistungspflicht frei geworden ist. Es kommt nicht darauf an, ob er sich von einem anderen Händler noch zwei gleichwertige MP3-Player beschaffen kann.

Darüber hinaus kann sich eine Gattungsschuld auch durch bestimmte Umstände auf einen konkreten Gegenstand beschränken (sog. Konkretisierung, dazu sogleich). Auch dann greift § 275 I BGB beim Untergang des Gegenstands ein, obwohl es durchaus noch andere vergleichbare Sachen auf dem Markt gibt.

Typische Folge einer Unmöglichkeit ist **Schadensersatz** (§§ 280 ff. BGB, die über § 275 IV bzw. § 311a II BGB anwendbar sind), aber auch **Rücktritt** (vgl. § 326 IV, V BGB, wo auf §§ 346 ff. BGB verwiesen wird). Vgl. im Übrigen zum Unmöglichkeitensrecht Rn 364 ff.

#### IV. Konkretisierung (Individualisierung)

Ist eine Gattungsschuld vereinbart, bezieht sich die Verbindlichkeit zunächst auf eine Sache von „Durchschnittsqualität“ aus der Gattung. Bei einem Gattungskauf besteht daher eine Erfüllungspflicht grds. so lange, wie erfüllungstaugliche Sachen existieren; ggf. muss der Schuldner am Markt verfügbare Sachen beschaffen (sog. Beschaffungsschuld). Da aber aus der Gattung nur ein bestimmter Gegenstand geleistet werden soll oder mehrere bestimmte Gegenstände geleistet werden sollen, konkretisiert sich gem. § 243 II BGB die Schuld vor der eigentlichen Erfüllung. Die anfängliche Gattungsschuld wirkt (juristisch) durch Konkretisierung wie eine Stückschuld (sog. konkretisierte Gattungsschuld, § 243 II BGB<sup>106</sup>) und der Gläubiger trägt dann – wie sich aus § 275 I BGB und § 300 II BGB ergibt – die Leistungsgefahr, also das Risiko des zufälligen Untergangs. Es kommen aber wegen § 275 IV BGB auch die dort genannten Rechte zum Tragen:

97

- Schadensersatz statt der Leistung (§§ 280 I, III, 283 BGB bzw. § 311a II BGB),
- Aufwendungsersatz (§ 284 BGB),
- Herausgabe des Ersatzes (§ 285)
- und sofortiger Rücktritt (§§ 326 V, 323 BGB).
- Das Schicksal der Gegenleistung bestimmt sich nach § 326 I-IV BGB.

##### 1. Voraussetzungen für die Konkretisierung

Gemäß § 243 II BGB konkretisiert sich die Gattungsschuld auf einen bestimmten (den „individualisierten“) Gegenstand, wenn der Schuldner das „zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche getan hat“. Andere Sachen aus der Gattung sind ab der Konkretisierung nicht (mehr) geschuldet. Die Vorschrift des § 243 II BGB dient damit dem Schutz des Schuldners.

98

Bei der Prüfung, wann der Schuldner das „zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche getan hat“, ist zunächst die *Beschaffenheit* des zu leistenden Gegenstands festzustellen. Dies richtet sich in erster Linie nach der **Parteivereinbarung**, da es den Beteiligten freisteht, die Qualitätsmerkmale des Vertragsgegenstands festzulegen. Wurde dazu keine Vereinbarung getroffen, ist auf § 243 II BGB zurückzugreifen. Diese Norm spricht davon, dass der Schuldner das zur Leistung „einer *solchen* Sache“ Erforderliche getan haben muss. Damit bezieht sich die Vorschrift auf § 243 I BGB, wo geregelt ist, dass der Schuldner eine **Sache mittlerer Art und Güte** zu leisten hat (vgl. auch § 360 HGB: „Handelsgut mittlerer Art und Güte“). Geschuldet ist eine Durchschnittsqualität; der Schuldner ist daher nicht verpflichtet, die besten Sachen aus der Gattung zu liefern, er darf aber auch nicht die schlechtesten Stücke liefern. Bietet er dem Gläubiger eine zu schlechte Ware an, darf dieser den Gegenstand ablehnen und die Einrede des § 320 BGB erheben. Nimmt er sie an, stehen ihm die einschlägigen Gewährleistungsrechte zu, wobei aber § 442 BGB zu beachten ist.

99

Unabhängig von dem nur noch bedingt tauglichen Begriff der mittleren Art und Güte in § 243 I BGB (siehe Rn 95) muss der Schuldner das zur Leistungserbringung (hier: Lieferung einer erfüllungstauglichen Sache) seinerseits *Erforderliche* getan haben, damit sich das Schuldverhältnis auf diese Sache beschränkt (§ 243 II BGB). Diese Voraussetzung umfasst zunächst die **Auswahl und Aussonderung** einer Sache „**mittlerer Art und Güte**“ (wobei es zutreffender wäre, von „Auswahl und Aussonderung einer erfüllungstauglichen Sache aus der Gattung“ zu sprechen). Eine Aussonderung liegt vor, wenn der Schuldner die Ware von anderen Sachen der Gattung trennt und sie als die für den Gläubiger bestimmte Ware kennzeichnet. Was darüber hinaus zur Leistungserbringung

100

<sup>106</sup> Vgl. auch die ergänzenden Regelungen in §§ 300 II, 524 II, 2155, 2182 BGB und §§ 360, 373 ff. HGB.

erforderlich ist, bestimmt sich nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses, namentlich nach der Art der Schuld<sup>107</sup>:

- 101 ■ Bei einer **Holschuld** ist Mindestvoraussetzung für eine Konkretisierung, dass der Schuldner aus der Gattung eine Sache „mittlerer Art und Güte“ (§ 243 I BGB) auswählt, aussondert und zur Abholung bereitstellt. Ob weitere Voraussetzungen erforderlich sind, hängt von der konkreten Parteivereinbarung ab. Besteht diese darin, dass der Schuldner den Gläubiger über die Abholbereitschaft informiert, muss der Schuldner den Gläubiger auch auffordern (siehe § 295 S. 2 BGB), die bereitgestellte Sache abzuholen. Es wäre aber nicht interessengerecht, allein in der Mitteilung bzw. Aufforderung eine Konkretisierung i.S.d. § 243 II BGB zu sehen. Überzeugend erscheint vielmehr, die Konkretisierung erst mit Ablauf einer angemessenen Zeit nach der Mitteilung bzw. Aufforderung anzunehmen (arg. § 296 S. 2 BGB). Dem steht der Fall gleich, dass eine Abholzeit vereinbart wurde und der Gläubiger diese verstreichen lässt (arg. § 296 S. 1 BGB). Dann treten Annahmeverzug und Konkretisierung mit Verstreichenlassen des Termins ein.

**Beispiel:** V hat dem K ein neues Fernsehgerät verkauft, das K am nächsten Tag bis um 12 Uhr abholen soll. V entnimmt ein Exemplar aus dem Lager und stellt es im Laden an die Seite. Kurz bevor K (gegen 11.45 Uhr) bei V eintrifft, rammt ein Angestellter des V das Fernsehgerät, wodurch es beschädigt wird. Kann K die Lieferung eines anderen, baugleichen Fernsehgeräts verlangen? Variante: K trifft erst gegen 12.15 Uhr ein und der Fernseher wurde gegen 12.10 Uhr vom Angestellten des V beschädigt.

Der Anspruch auf Lieferung eines anderen, baugleichen Fernsehgeräts könnte sich aus § 433 I BGB ergeben. Ein wirksamer Kaufvertrag liegt vor. Jedoch könnte das Schuldverhältnis durch Bewirkung gem. § 362 I BGB erloschen sein. Das setzt voraus, dass V den Leistungserfolg herbeigeführt hat. Beim Kauf einer beweglichen Sache besteht der Leistungserfolg in der Übereignung und Übergabe einer erfüllungstauglichen Sache (siehe § 929 S. 1 BGB). Hätte also V ein erfüllungstaugliches Fernsehgerät übergeben und übereignet, wäre Erfüllung eingetreten. Doch dazu ist es vorliegend nicht gekommen.

Fraglich ist, ob die Lieferung eines anderen, baugleichen Fernsehgeräts geschuldet ist. Handelte es sich bei dem geschuldeten Gegenstand um eine Stückschuld (hier: Stückkauf), hätte sich das Schuldverhältnis von vornherein auf das betreffende Fernsehgerät beschränkt; V bräuchte dann kein anderes, baugleiches Fernsehgerät zu liefern. Jedoch liegt beim Kauf einer vertretbaren Sache wie einem Serien-Fernsehgerät ein Gattungskauf vor. Bei einem Gattungskauf besteht eine Erfüllungspflicht grds. so lange, wie erfüllungstaugliche Exemplare existieren; ggf. muss der Schuldner am Markt verfügbare Exemplare der Gattung beschaffen (sog. Beschaffungsschuld). Jedoch besteht eine solche Verpflichtung nicht, wenn der Schuldner „das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche getan“ hat. In diesem Fall beschränkt sich das Schuldverhältnis auf „diese“ Sache (§ 243 II BGB) und die anfängliche Gattungsschuld wirkt (juristisch) durch die Konkretisierung wie eine Stückschuld (sog. konkretisierte Gattungsschuld).

Ist die Abholung der Sache beim Schuldner vereinbart, ist Minimalvoraussetzung für eine Konkretisierung gem. § 243 II BGB, dass der Schuldner aus der Gattung eine Sache „mittlerer Art und Güte“ (§ 243 I BGB) auswählt, aussondert und zur Abholung bereitstellt, wobei es (gerade bei modernen Industrieprodukten) zutreffender wäre, von „Auswahl und Aussonderung einer erfüllungstauglichen Sache aus der Gattung“ zu sprechen. Ob zur Konkretisierung gem. § 243 II BGB weitere Voraussetzungen erforderlich sind, hängt von der konkreten Parteivereinbarung ab. Besteht diese darin, dass der Schuldner den Gläubiger über die Abholbereitschaft informiert, muss der Schuldner den Gläubiger auch auffordern (siehe § 295 S. 2 BGB), die bereitgestellte abzuholen. An einer solchen Aufforderung fehlte es vorliegend jedoch; V hat K nicht aufgefordert, das Fernsehgerät abzuholen. Jedoch tritt Konkretisierung auch ein, wenn eine Abholzeit vereinbart wurde und der Gläubi-

---

<sup>107</sup> *Emmerich*, in: MüKo, § 243 Rn 25; *Grüneberg*, in: Grüneberg, § 243 Rn 5. Zu Holschuld, Bringschuld und Schickschuld vgl. bereits Rn 75 ff.

ger diese verstreichen lässt (arg. § 296 S. 1 BGB). Dann treten Annahmeverzug und Konkretisierung mit Verstreichenlassen des Termins ein

Für den vorliegenden Fall bedeutet das: Allein dadurch, dass V und K eine feste Abholzeit vereinbart haben und V ein Fernsehgerät ausgesondert und zur Abholung bereitgestellt hat, traten noch kein Annahmeverzug und damit keine Konkretisierung i.S.v. § 243 II BGB ein. Erforderlich wäre ein Verstreichenlassen des vereinbarten Zeitpunkts gewesen. Bis zu diesem Zeitpunkt trägt der Schuldner die Leistungsgefahr. Im Ausgangsfall hat K also einen Anspruch auf Lieferung eines anderen, baugleichen Fernsehgeräts gem. § 433 I BGB. In der Variante befand sich K aber aufgrund der Verspätung in Annahmeverzug, der eine Konkretisierung i.S.d. § 243 II BGB auslöst. Demzufolge hat K in der Variante keinen Anspruch auf Lieferung eines anderen, baugleichen Fernsehgeräts, wäre wegen § 326 II S. 1 Var. 2 BGB aber gleichwohl zur Kaufpreiszahlung verpflichtet (dazu Rn 104). Ob K dann aber wenigstens einen Anspruch auf Schadensersatz hat (§§ 275 I, IV, 280 I, III, 283, 278 BGB), hängt davon ab, ob der Angestellte des V vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat oder nicht (§ 300 I BGB).

- Bei einer **Bringschuld** muss der Schuldner dem Gläubiger die ausgewählte und ausgesonderte Sache von der richtigen Beschaffenheit am vereinbarten Ort in einer den Annahmeverzug begründenden Weise tatsächlich anbieten (§ 294 BGB)<sup>108</sup>. D.h., er muss die Sache dabei haben und dem Gläubiger übergeben können, sodass zur Konkretisierung allein noch die Annahme des Gläubigers fehlt. Nimmt der Gläubiger erfüllungsgtaugliche Ware nicht an (weil er etwa den Termin vergessen hat und nicht anwesend ist), gerät er in Annahmeverzug, was i.d.R. gleichzeitig die Konkretisierung i.S.d. § 243 II BGB ausmacht.

102

**Beispiel:** V hat dem K ein neues Fernsehgerät verkauft, das am nächsten Tag bis 12 Uhr angeliefert und angeschlossen werden soll. Als zwei Leute von V am vereinbarten Termin bei K vor der Tür stehen, um den Fernseher abzuliefern, öffnet niemand die Tür, da K den Termin vergessen hat. Die Leute von V nehmen das Gerät wieder mit. Auf der Rückfahrt ins Depot gerät der Fahrer des Lieferwagens infolge eines Fahrfehlers in einen Verkehrsunfall, woraufhin das Fernsehgerät stark beschädigt wird. Kann K die Lieferung eines anderen, baugleichen Fernsehgeräts verlangen?

Da V und K eine Bringschuld vereinbart hatten, hat V mit dem Hinbringen und dem vergeblichen Anbieten der Ware bei K i.S.d. § 243 II BGB alles zur Leistung Erforderliche getan. Damit hat sich die Gattungsschuld auf das K vergeblich angebotene Exemplar konkretisiert. Durch die starke Beschädigung ist die Lieferung des Fernsehgeräts im vereinbarten Zustand unmöglich geworden. Es tritt leistungsbefreiende Unmöglichkeit gem. § 275 I BGB ein; K kann kein anderes, baugleiches Gerät verlangen. Zur Frage nach der Kaufpreiszahlungspflicht siehe Rn 104. Siehe auch das Beispiel bei Rn 778.

- Bei einer **Schickschuld** reicht es aus, wenn der Schuldner die ausgewählte und ausgesonderte Sache ordentlich – also richtig adressiert und frankiert – an eine geeignete Transportperson aushändigt.<sup>109</sup>

103

**Beispiel:** V hat dem K (beides Unternehmer) via Fernabsatz ein neues Fernsehgerät verkauft, das via Paketdienst an K verschickt werden soll. Auf dem Transportweg gerät der Lkw-Fahrer infolge eines Fahrfehlers in einen Verkehrsunfall, woraufhin das Fernsehgerät stark beschädigt wird. Kann K die Lieferung eines anderen, baugleichen Fernsehgeräts verlangen?

Da V und K eine Schickschuld vereinbart hatten (Versendungskauf gem. § 447 I BGB), hat V – auf der Basis des allgemeinen Schuldrechts – mit der Übergabe des Fernsehgeräts an eine geeignete Transportperson i.S.d. § 243 II BGB alles zur Leistung Erforderliche getan. Damit hat sich die Gattungsschuld auf das dem Paketdienst übergebene Exemplar konkretisiert. Durch die starke Beschädigung ist die Lieferung des Fernsehgeräts im vereinbarten

<sup>108</sup> Grüneberg, in: Grüneberg, § 243 Rn 5.

<sup>109</sup> Das gilt aber **nicht** beim **Verbrauchsgüterkauf**, siehe Rn 76 ff./417.

Zustand unmöglich geworden. Nach den Regeln des allgemeinen Schuldrechts tritt leistungsbefreiende Unmöglichkeit gem. § 275 I BGB ein; K kann kein anderes, baugleiches Gerät verlangen (zur Frage nach der Kaufpreiszahlungspflicht siehe Rn 104). Allerdings ist die spezielle kaufrechtliche Sonderregelung des § 439 I BGB zu beachten, die nicht zwischen Stück- und Gattungskauf unterscheidet. Danach ist auch bei einer konkretisierten Gattungsschuld ein Nachlieferungsanspruch nicht ausgeschlossen, solange die Lieferung eines anderen – funktionell und vertragsmäßig gleichwertigen (also nicht identischen) – Gegenstands möglich ist.<sup>110</sup> Denn zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs – der Übergabe an den Käufer (§ 446 S. 1 BGB) – ist die Sache mangelhaft, was zur Anwendung der §§ 434 ff. BGB führt, siehe dazu Beispiel 2 bei Rn 105.

Für alle drei Arten der Schuld gilt also, dass nach den Regeln des allgemeinen Schuldrechts nach gem. § 243 II BGB erfolgter Konkretisierung aus der Gattungsschuld eine Stückschuld wird mit der Folge des Übergangs der Leistungsgefahr auf den Gläubiger. Der Schuldner wird gem. § 275 I BGB von seiner **Leistungspflicht befreit**. Er braucht nicht mehr zu leisten, was aber auch bedeutet, dass er keinen Ersatzgegenstand liefern darf (jedenfalls nicht gegen den Willen des Gläubigers), selbst, wenn er wollte. Das ist sicherlich – auch außerhalb der §§ 434 ff. BGB – **nicht immer sachgerecht**. Daher wird – auch vom Verfasser – vertreten<sup>111</sup>, dass die Lieferung einer anderen erfüllungstauglichen Sache noch zulässig (und geschuldet) ist, wenn noch andere, baugleiche Gegenstände vorhanden bzw. beschaffbar sind.

## 2. Rechtsfolgen der Konkretisierung

104 Die Konkretisierung ist zunächst für die **Frage nach der Leistungsgefahr** von Bedeutung, also für die Frage, wer das Risiko des zufälligen Untergangs des Leistungsgegenstands trägt, bzw., ob der Schuldner bei Untergang des Leistungsgegenstands die Leistung (durch Lieferung einer anderen erfüllungstauglichen Sache) noch erbringen muss. **Vor der Konkretisierung** obliegt es grundsätzlich dem Schuldner, eine erfüllungstaugliche Sache aus der Gattung am Markt zu beschaffen (sofern keine Vorratsschuld vereinbart wurde, denn im Falle einer Vorratsschuld beschränkt sich die Leistungspflicht auf Gegenstände aus dem Vorrat). Das bedeutet, dass der Schuldner im Rahmen des § 275 II BGB den zumutbaren Aufwand betreiben muss, die vereinbarte Leistung zu erbringen. Darüber hinaus ist es möglich, dass er ein Beschaffungsrisiko übernommen hat und damit verpflichtet ist, bestimmte Leistungshindernisse zu überwinden. Er trägt also *vor* der Konkretisierung die Leistungsgefahr. **Mit der Konkretisierung** geht die Leistungsgefahr auf den Gläubiger über, d.h. der Gläubiger kann keine andere erfüllungstaugliche Sache aus der Gattung beanspruchen. Zudem trägt der Gläubiger die Gegenleistungsgefahr, d.h. die Gefahr, trotz Ausschlusses der Leistungspflicht des Schuldners die Gegenleistung erbringen zu müssen (§ 326 I S. 1, II S. 1 Var. 2 BGB).

**Beispiel:** Hat V mit K einen Kaufvertrag über zehn Flaschen Rotwein der Marke Klevenbosch Pinotage Jahrgang 2018 geschlossen, ist V zur Übereignung und Übergabe (§ 929 S. 1 BGB) erfüllungstauglicher Ware verpflichtet. Verfügt er nicht über einen ausreichenden Lagerbestand dieses Weines, muss er Flaschen am Markt besorgen. Dabei muss V im Rahmen des Zumutbaren (§ 275 II BGB) alles unternehmen, um seine Leistungsfähigkeit herzustellen. Sofern er die Flaschen beschafft und K in verzugsbegründender Weise (siehe Rn 101) angeboten hat, hat er „das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche getan“ (§ 243 II BGB) und die Pflichten aus dem Schuldverhältnis beschränken sich auf die konkreten Flaschen. Werden dann die Weinflaschen vor Übergabe zerstört (etwa, weil ein Angestellter des V mit dem Gabelstapler das Regal rammt, woraufhin die Flaschen

<sup>110</sup> BGHZ 168, 64, 71 ff. Siehe auch jüngst BGH NJW 2021, 2958, 2963 f.: Gleichwertiger und gleichartiger Gegenstand kann als austauschbar und damit als nachlieferungstauglich anzusehen sein.

<sup>111</sup> Siehe sogleich Rn 105.

herunterfallen und zerschlagen), tritt – nach den Regeln des allgemeinen Schuldrechts – Unmöglichkeit ein und V ist wegen § 275 I BGB von seiner Pflicht zur Lieferung befreit.

Fraglich ist, ob K dennoch zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet ist. Dies richtet sich nach § 275 IV BGB, der u.a. auf § 326 BGB verweist. Gemäß § 326 I S. 1 BGB wird der Gläubiger einer unmöglich gewordenen Leistung von seiner Gegenleistung frei. Das könnte in der Tat bedeuten, dass K den Kaufpreis nicht zahlen muss („Ohne Leistung keine Gegenleistung“). Jedoch gilt § 326 I S. 1 BGB nicht absolut. So bleibt gem. § 326 II S. 1 Var. 2 BGB der Gläubiger zur Erbringung der Gegenleistung verpflichtet, wenn er sich zum Zeitpunkt des Eintritts der Leistungsbefreiung des Schuldners in Annahmeverzug befand. Hätte K also einen vereinbarten Abholzeitpunkt versäumt und wären die für K ausgesonderten und bereitgestellten Flaschen nach der vereinbarten Abholzeitpunkt zerstört worden, wäre K danach möglicherweise zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet gewesen.

Jedoch behält der Schuldner nicht losgelöst von Verschuldensprinzipien seinen Anspruch auf Gegenleistung. Hat er den Untergang bzw. die Verschlechterung der Leistung vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht, geht der Anspruch auf Erbringung der Gegenleistung unter. Das ergibt sich aus der in § 300 I BGB zum Ausdruck kommenden Haftungsprivilegierung. Zwar bezieht sich die Vorschrift nach h.M. lediglich auf den Leistungsgegenstand<sup>112</sup>, d.h. auf die Haftung wegen des Freiwerdens von der Leistungserbringung mit der Folge, dass der Schuldner nicht für den zufälligen oder lediglich einfach fahrlässig verursachten Untergang oder die Verschlechterung (Beschädigung) des Leistungsgegenstands haftet. Jedoch bezieht sich die Vorschrift auch auf den Haftungsmaßstab bei der Frage nach dem Schicksal der Gegenleistungspflicht: Hat der Schuldner während des Annahmeverzugs gem. § 300 I BGB den zum Ausschluss der Gegenleistungspflicht führenden Umstand weder vorsätzlich noch grob fahrlässig verursacht, bleibt gem. § 326 II S. 1 Var. 2 BGB sein Anspruch auf die Gegenleistung erhalten. Damit gilt also: Das Leistungshindernis, aufgrund dessen der Schuldner von seiner Leistung nach § 275 I-III BGB frei wird, muss während des Annahmeverzugs des Gläubigers eingetreten sein und der Schuldner (bzw. dessen Erfüllungsgehilfe, § 278 BGB) darf den zur Leistungsbefreiung führenden Umstand weder vorsätzlich noch grob fahrlässig verursacht haben.

Basierte die Zerstörung der ausgesonderten und bereitgestellten Weinflaschen also auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Angestellten des V (§§ 300 I, 278 BGB), wäre K von seiner Gegenleistungspflicht befreit. Dann auch scheiterte wegen § 300 I BGB ein prinzipiell denkbarer Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§§ 280, 283-285, 311a BGB, die über § 275 IV BGB zur Anwendung gelangen).

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Die Frage der **Leistungsgefahr** ist zu trennen von der Frage der **Gegenleistungsgefahr**. Ist V im obigen Beispiel von seiner Leistungspflicht nach § 275 I BGB frei geworden, sagt das noch nichts darüber aus, ob K weiterhin zur Bezahlung verpflichtet ist. Dies richtet sich nicht nach § 275 I BGB, sondern (über § 275 IV BGB) nach § 326 BGB. Danach wird der Gläubiger einer unmöglich gewordenen Leistung grundsätzlich von seiner **Gegenleistung frei** (§ 326 I S. 1 BGB), wenn keine Ausnahme vorliegt. Eine solche **Ausnahme** kann bspw. im Fall des § 447 BGB vorliegen oder wenn der Gläubiger im Annahmeverzug ist (§ 326 II S. 1 Var. 2 BGB – siehe dazu auch das Beispiel bei Rn 424). Dabei ist zu beachten, dass ein Annahmeverzug zwar regelmäßig, aber nicht immer mit der Konkretisierung zusammenfällt (vgl. Rn 779).

Weiter bedeutet das Freiwerden von der Leistungspflicht für den Schuldner (vorliegend V) nicht, dass dieser auch von Folgeansprüchen befreit wäre. So verweist § 275 IV BGB auf die Vorschriften der §§ 280, 283-285, 311a BGB über den **Schadensersatz** (wegen Nichterfüllung), wobei jedoch die Haftungsprivilegierung des § 300 I BGB zu beachten ist. Zudem kann nach § 326 V BGB der Gläubiger den **Rücktritt** erklären, ohne eine Frist zur Leistungserbringung setzen zu müssen.

<sup>112</sup> BGH NJW 2010, 2426, 2429. Aus der Lit. etwa *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 300 Rn 2.

## V. Besonderheiten beim kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruch

105

Bezogen sich die bisherigen Ausführungen auf kaufrechtliche Leistungsstörungen, die *vor* dem Zeitpunkt des Gefahrübergangs (i.d.R. nach § 446 BGB) auftreten, greifen bei Mängeln, die *nach* Gefahrübergang auftreten, die Rechte aus §§ 437 ff. BGB. Dabei gilt zunächst der Grundsatz des Vorrangs der Nacherfüllung vor den anderen Gewährleistungsrechten. Die Nacherfüllung besteht gem. § 439 I BGB aus zwei Varianten, der Lieferung einer mangelfreien Sache (Nachlieferung) und der Beseitigung des Mangels. Während es bei der Mangelbeseitigung um Reparatur bzw. Instandsetzung geht, bedeutet Lieferung einer mangelfreien Sache, dass der Verkäufer eine andere, mangelfreie und damit vertragsgemäße Sache liefern muss („Ersatzlieferung“). Ob Letzteres der Fall ist, hängt maßgeblich davon ab, ob eine Ersatzlieferung (überhaupt) geschuldet ist. Das wiederum könnte davon abhängen, ob eine Gattungsschuld oder eine Stückschuld vorliegt.

- Beim **Gattungskauf** sind konstruktiv sowohl die Mangelbeseitigung als auch die Nachlieferung möglich. Wählt der Käufer die Nachlieferung, muss der Verkäufer dem nachkommen und ggf. Ware am Markt besorgen. Der Nachlieferungsanspruch ist nur dann ausgeschlossen, wenn die Gattung untergegangen ist, also keine erfüllungstaugliche Ware mehr beschafft werden kann und damit ein Fall des § 275 I BGB vorliegt, oder wenn die Beschaffung unverhältnismäßig i.S.d. § 275 II BGB wäre.
- Beim **Stückkauf** hingegen ist der Nacherfüllungsanspruch im Ausgangspunkt der gesetzlichen Systematik auf Nachbesserung begrenzt, weil das Schuldverhältnis bei einem Stückkauf gerade auf das konkrete Stück begrenzt ist. Ist auch Nachbesserung ausgeschlossen, was insbesondere bei unbehebbar Mängeln der Fall ist (etwa im Fall eines geschuldeten unfallfreien Wagens, aber tatsächlich gelieferten Unfallwagens), tritt daher an sich Unmöglichkeit i.S.d. § 275 I BGB in Bezug auf beide Varianten des § 439 I BGB ein.

Jedoch ist auch bei einem Stückkauf Nachlieferung nicht von vornherein ausgeschlossen. Kann der Verkäufer eine vergleichbare (d.h. funktionell gleichartige und gleichwertige) Sache beschaffen bzw. liefern, ist nach Auffassung des BGH von Erfüllungstauglichkeit der Ersatzsache auszugehen, wenn dies dem durch Auslegung zu ermittelnden (objektivierten) Willen (§§ 133, 157 BGB) der Vertragsparteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses entspricht.<sup>113</sup> Die Lieferung eines anderen – funktionell und vertragsmäßig gleichwertigen – Gegenstands sei nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil es sich um einen Stückkauf (ergänze: um einen i.S.d. § 243 II BGB konkretisierten Gattungskauf) handele.<sup>114</sup>

Bei Gebrauchtwagen dürften maßgebliche Kriterien für die Frage nach der Nachlieferungsmöglichkeit Alter, Zustand, Laufleistung, Anzahl der Vorhalter, bisherige Einsatzbedingungen etc. sein. Nach dem BGH kann eine interessengerechte Auslegung des Vertrags sogar die Lieferung eines neuen Nachfolgemodells erfordern.<sup>115</sup> Der BGH begründet seine Entscheidung mit einer richtlinienkonformen Auslegung des wiederum vom EuGH weit ausgelegten Art. 3 II, III Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (Richtlinie 1999/44/EG).<sup>116</sup> Der EuGH hatte entschieden, dass der in Art. 3 II, III V GKRL geregelte Nachlieferungsanspruch grds. auch die Kosten für den Ausbau der in einer anderen Sache eingebauten mangelhaften Sache und den Einbau der als Ersatz gelieferten Sache umfasst. Dieses weite Verständnis der Verpflichtung des Unternehmers zur Herstellung der Vertragskonformität hat den BGH veranlasst, auch beim Kfz-Neuwagenkauf die Nachlieferung eines neuen Nachfolgemodells anzunehmen.<sup>117</sup>

<sup>113</sup> BGHZ 168, 64, 71 ff. unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien zur Schuldrechtsreform 2002 BT-Drs. 14/6040, S. 232. Bestätigend BGH NJW 2021, 2958, 2963 f. Siehe dazu auch Rn 371a.

<sup>114</sup> BGHZ 168, 64, 71 ff.; BGH NJW 2021, 2958, 2963 f.

<sup>115</sup> BGH NJW 2021, 2958, 2963 f.

<sup>116</sup> EuGH NJW 2011, 2269, 2270 ff.

<sup>117</sup> BGH NJW 2021, 2958, 2963 f. Siehe auch BGH 8.12.2021 – VIII ZR 190/19, wo der BGH das Recht des Käufers auf Ersatzlieferung auch des Nachfolgemodells bestätigt, jedoch auch klarmacht, dass das Recht auf Ersatzlieferung eines solchen Nachfolgemodells auch eine angemessene Zuzahlung des Käufers implizieren könne.

Allerdings ist die VGKRL zum 1.1.2022 aufgehoben und durch die Warenkaufrichtlinie (EU) 2019/771 ersetzt worden. Art. 14 III WKRL umfasst zwar auch die Pflicht zur Übernahme der Kosten der Entfernung der mangelhaften Sache und der Montage oder Installierung der nachgelieferten Neusache. Allerdings gilt folgende Überlegung: Kann der Unternehmer wegen unverhältnismäßiger Kosten bereits die Nacherfüllung verweigern, entfällt auch die Verpflichtung zur Übernahme der Kosten für den Aus- und Wiedereinbau. Denn die Pflicht zur Übernahme der Kosten für den Aus- und Wiedereinbau ist lediglich Bestandteil der geschuldeten Nacherfüllung. Ist diese nicht geschuldet, gilt das auch für die Übernahme der Aus- und Wiedereinbaukosten. Es kommt daher allein darauf an, ob die Nacherfüllung unverhältnismäßig (und daher nicht geschuldet) ist. Das richtet sich gem. Art. 13 III WKRL nach den konkreten Umständen des Einzelfalls einschließlich der in Art. 13 II lit. a) und b) WKRL genannten Umstände, d.h. nach dem Wert der Ware, den sie im vertragsgemäßen Zustand hätte, und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit. Letztlich hängt also die Frage nach der Nacherfüllungspflicht und damit verbunden die Frage nach der Pflicht zur Übernahme der Aus- und Wiedereinbaukosten von den genannten (Einzelfall-)Umständen ab, was auf nationaler Ebene über § 439 II und IV BGB zu lösen ist: Ist die Nacherfüllung für den Verkäufer unverhältnismäßig, kann er diese gänzlich verweigern; eine Herabsetzung auf einen verhältnismäßigen Betrag ist nicht mehr vorgesehen (weshalb auch die Regelung des § 475 IV BGB i.d.F. v. 1.1.2018 gestrichen wurde).

Nach der hier vertretenen Auffassung kommt es auf all dies nicht an. § 439 I BGB spricht von Nachbesserung und Nachlieferung. Und § 439 I BGB ist begriffslogisch eine Konkretisierung i.S.d. § 243 II BGB vorausgegangen, da Konkretisierung spätestens mit Übergabe (§ 446 S. 1 BGB) eintritt. § 434 BGB, der wiederum Grundlage für die Anwendung des § 437 BGB und damit auch des § 439 I BGB ist, setzt gerade einen Mangel zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs voraus, der gem. § 446 S. 1 BGB in der Übergabe zu sehen ist. Daraus folgt: Das Gesetz geht bereits seinem Wortlaut und seiner Systematik nach ohne weiteres davon aus, dass auch bei einem Stückkauf (bzw. bei einem konkretisierten Gattungskauf) die Nachlieferung einer gleichwertigen und gleichartigen (selbstverständlich mangelfreien) Sache geschuldet ist. Sodann ist es Sache der nach §§ 133, 157 BGB durch Auslegung zu ermittelnden Parteiinteressen, ob der gleichwertige und gleichartige Gegenstand auch ein Nachfolgemodell sein kann, wenn das ursprüngliche Modell nicht mehr verfügbar ist. Einer richtlinienkonformen Auslegung bedarf es nicht.

Bei der Fallbearbeitung ist daher genau darauf zu achten, ob Gefahrübergang stattgefunden hat oder (noch) nicht.

**Beispiel 1 (noch kein Gefahrübergang):** K hat Interesse an einem Notebook. Im Laden des V entdeckt er 10 Exemplare desselben Typs, die über eine identische Ausstattung verfügen und alle eine Laufleistung von ca. 50 Betriebsstunden aufweisen. Auch anhand des Zustands ist kein Unterschied feststellbar. Einzig anhand der Seriennummer lässt sich eine Unterscheidung sicher treffen. V erklärt, dass es sich um Messegeräte handle, die für die Dauer von einer Woche auf einer Fachmesse ausgestellt gewesen seien. K kauft eines dieser Geräte. Die Parteien vereinbaren, dass K das gekaufte Gerät drei Tage später abholen solle, weil V noch Daten löschen und eine neue Software aufspielen wolle. Doch noch am Abend fällt das Notebook aufgrund einer Unachtsamkeit des V zu Boden und wird schwer beschädigt.

K, der mittlerweile den Kauf bereut, fragt, ob er ein von V nunmehr bereitgestelltes anderes Notebook aus dem Pool abnehmen muss bzw. er die Übereignung und Übergabe eines solchen Notebooks verlangen kann, sollte er seine Meinung noch ändern.

Anspruchsgrundlage des V auf Abnahme (und Bezahlung) durch K wäre § 433 II BGB. Umgekehrt wäre Anspruchsgrundlage des K auf Lieferung (d.h. Übereignung und Übergabe) eines der anderen Notebooks § 433 I BGB. Beiden Anspruchsrichtungen dürfte aber kein Leistungshindernis entgegenstehen. Griffe also § 275 I BGB, wären die jeweiligen Ansprüche ausgeschlossen. Um festzustellen, ob Unmöglichkeit vorliegt, ist grds. zwischen Gattungsschuld und Stückschuld zu unterscheiden.

Während eine Gattungsschuld vorliegt, wenn die geschuldete Leistung nach allgemeinen Merkmalen wie Sorte, Typ oder Farbe bestimmt wird, spricht man von Stückschuld, wenn die geschuldete Leistung individuell bestimmbar und nicht austauschbar sein soll, also einzigartig ist. Bei einer Gattungsschuld tritt keine Unmöglichkeit ein, solange der Schuldner erfüllungstaugliche Sachen nachbeschaffen kann. Bei einer Stückschuld liegt indes Unmöglichkeit vor, wenn der geschuldete Gegenstand untergegangen ist.

Vordergründig handelt es sich bei den Notebooks um Gebrauchsgegenstände, was das Vorliegen eines Stückkaufs impliziert. Folge wäre, dass sich das Schuldverhältnis von vornherein auf das konkrete Exemplar beschränkt; die Lieferung eines anderen Exemplars wäre ausgeschlossen. V wäre nach § 275 I BGB leistungsbefreit mit der Folge, dass er gem. § 275 IV i.V.m. § 283 BGB Schadensersatz statt der Leistung leisten müsste. Ob diese Folge den Parteiinteressen gerecht wird, mag bezweifelt werden.

Sachgerecht erscheint es daher, auch bei einer Stückschuld nicht von vornherein die Nachlieferungsmöglichkeit auszuschließen. Kann der Verkäufer eine vergleichbare (d.h. funktionell gleichartige und gleichwertige) Sache beschaffen bzw. liefern, ist nach Auffassung des BGH von Erfüllungstauglichkeit der Ersatzsache auszugehen, wenn dies dem durch Auslegung zu ermittelnden (objektivierten) Willen (§§ 133, 157 BGB) der Vertragsparteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses entspricht.<sup>118</sup> Die Lieferung eines anderen – funktionell und vertragsmäßig gleichwertigen – Gegenstands sei nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil es sich um einen Stückkauf handle.<sup>119</sup> Allerdings bezieht sich die genannte Auffassung auf die Sachlage nach bereits erfolgtem Gefahrübergang, für die der Gesetzgeber die Nachlieferungsmöglichkeit auch bei einem Stückkauf vorgesehen hat (§ 439 I BGB). Vorliegend fand aber noch kein Gefahrübergang statt.

Geht man gleichwohl davon aus, dass aufgrund des Umstands, dass die Notebooks über eine identische Ausstattung verfügen, alle eine Laufleistung von nur ca. 50 Betriebsstunden aufweisen und auch anhand des Zustands kein Unterschied feststellbar ist, sondern sich lediglich anhand der Seriennummer eine Unterscheidung sicher treffen lässt, erscheint es angemessen, vom Recht der Gattungsschuld auszugehen. Denn in Wahrheit haben die Parteien die Sache nur der Gattung nach bestimmt. Es kam ihnen nicht auf ein konkretes Exemplar aus dem Pool an.

Aber auch wenn ein Gegenstand aus einer Gattung i.S.d. § 243 II BGB konkretisiert wird (Rn 97 f.), handelt es sich nach den Regeln des allgemeinen Schuldrechts nach erfolgter Konkretisierung um eine Stückschuld, bei der die Leistung grds. nur mit dem konkretisierten Gegenstand erfüllt werden kann. Kann die so individualisierte Leistung nicht mehr erbracht werden, tritt Unmöglichkeit nach § 275 I BGB ein und der Schuldner wird von seiner Leistungspflicht befreit.

Notebooks mit den gewünschten Eigenschaften gibt es im Geschäft des V noch mehrmals. Jedoch könnte infolge der Aussonderung eines Exemplars und der Aufnahme von Datenlöschungs- und Installationsarbeiten Konkretisierung gem. § 243 II BGB vorgelegen haben mit der Folge der Leistungsbefreiung in Bezug auf andere Exemplare aus dem Pool. Zu prüfen ist daher, ob vorliegend Konkretisierung eingetreten ist. Bei einer Holschuld ist Minimalvoraussetzung für eine Konkretisierung gem. § 243 II BGB, dass der Schuldner aus der Gattung eine Sache „mittlerer Art und Güte“ (§ 243 I BGB) auswählt, aussondert und zur Abholung bereitstellt. Ob weitere Voraussetzungen erforderlich sind, hängt von der konkreten Parteivereinbarung ab. Besteht diese darin, dass der Schuldner den Gläubiger über die Abholbereitschaft informiert, muss der Schuldner den Gläubiger auch auffordern (siehe § 295 S. 2 BGB), die bereitgestellte abzuholen. An einer solchen Aufforderung fehlte es vorliegend jedoch; V hat K nicht aufgefordert, das Notebook abzuholen. Jedoch tritt Konkretisierung auch ein, wenn eine Abholzeit vereinbart wurde und der Gläubiger diese verstreichen lässt (arg. § 296 S. 1 BGB). Dann treten Annahmeverzug und Konkretisierung

<sup>118</sup> BGHZ 168, 64, 71 ff. unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien zur Schuldrechtsreform 2002 BT-Drs. 14/6040, S. 232. Bestätigend BGH NJW 2021, 2958, 2963 f. Siehe dazu auch Rn 371a.

<sup>119</sup> BGHZ 168, 64, 71 ff.; BGH NJW 2021, 2958, 2963 f.

mit Verstreichenlassen des Termins ein. Aber auch danach trat vorliegend noch keine Konkretisierung ein, weil der Abholzeitraum noch nicht überschritten war.

Ergebnis: K müsste das nunmehr von V bereitgestellte andere Notebook aus dem Pool abnehmen bzw. könnte Übereignung und Übergabe eines solchen Notebooks verlangen.

Hinweis: Anders wäre es, wenn (durch Verstreichenlassen des Abholtermins) Konkretisierung eingetreten wäre. Dann wäre V nicht verpflichtet, ein anderes erfüllungstaugliches Exemplar aus dem Pool zu liefern; K hätte kein Recht auf Übereignung und Übergabe eines solchen Exemplars. Zwar erscheint dies in Anbetracht des Umstands, dass V noch weitere erfüllungstaugliche Notebooks besitzt, auf den ersten Blick nicht angemessen, ist jedoch mit Blick auf den Annahmeverzug und den damit verbundenen Gefahrübergang (§ 446 S. 3 BGB) gerechtfertigt. Der Gefahrübergang bewirkt, dass Leistungs- und Gegenleistungsgefahr auf K übergegangen sind: K hat keinen Anspruch auf Übereignung und Übergabe eines anderen Notebooks aus dem Pool, muss aber wegen § 326 II S. 1 Var. 2 BGB den Kaufpreis bezahlen.

**Beispiel 2 (erfolgter Gefahrübergang)**<sup>120</sup>: K hat Interesse an einem Notebook. Im Laden des V entdeckt er 10 Exemplare desselben Typs, die über eine identische Ausstattung verfügen und alle eine Laufleistung von ca. 50 Betriebsstunden aufweisen. Auch anhand des Zustands des Gehäuses ist kein Unterschied feststellbar. Einzig anhand der Seriennummer lässt sich sicher eine Unterscheidung treffen. V erklärt, dass es sich um Messegeräte handele, die für die Dauer von einer Woche auf einer Fachmesse ausgestellt gewesen seien. K kauft eines dieser Geräte. Zu Hause stellt K fest, dass das Notebook keine externen Geräte ansteuert, was an einer defekten Hauptplatine („Motherboard“) liegt, die zu einer Überspannung verschiedener Peripherie-Geräte geführt hat. Er beanstandet das Notebook bei V und möchte den Rücktritt erklären. Doch V meint, er könne und wolle mit einem der anderen Notebooks nacherfüllen. K lehnt dies ab und besteht auf Rücktritt (§§ 437 Nr. 2 Var. 1, 275 I, 326 V, 346 ff. BGB).

Ein Sachmangel gem. § 434 BGB besteht (man wird hier das Nichtvorliegen des § 434 II S. 1 Nr. 2 BGB annehmen können, jedenfalls aber das Nichtvorliegen des § 434 III S. 1 Nr. 2a) BGB). K stehen daher Mängelrechte nach § 437 BGB zu. Er begehrt Rücktritt. Wegen § 323 I BGB hätte er aber möglicherweise zunächst Nacherfüllung (i.S.d. § 439 I BGB) verlangen müssen. Nacherfüllung in Form der Nachbesserung scheidet aus, wenn V sich auf Unverhältnismäßigkeit (§ 439 IV BGB) beruft. Möglicherweise kommt dann aber Nachlieferung in Betracht. Während dies bei einer Gattungsschuld ohne weiteres denkbar ist, bestehen nach der Systematik jedenfalls des allgemeinen Schuldrechts bei einer Stückschuld konstruktive Schwierigkeiten, da sich eine Stückschuld ja gerade dadurch kennzeichnet, dass nur der zum Vertragsschluss individualisierte Gegenstand geschuldet ist.

Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine Stückschuld, da es um ein Gebrauchtgerät geht. Jedoch ist auch bei einer Stückschuld Nachlieferung i.S.d. § 439 I BGB nicht von vornherein ausgeschlossen. Kann der Verkäufer eine vergleichbare (d.h. funktionell gleichartige und gleichwertige) Sache beschaffen bzw. liefern, ist nach Auffassung des BGH von Erfüllungstauglichkeit der Ersatzsache auszugehen, wenn dies dem durch Auslegung zu ermittelnden (objektivierten) Willen (§§ 133, 157 BGB) der Vertragsparteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses entspricht.<sup>121</sup> Die Lieferung eines anderen – funktionell und vertragsmäßig gleichwertigen – Gegenstands sei nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil es sich um einen Stückkauf handele.<sup>122</sup> Bei Notebooks dürften maßgebliche Kriterien Alter, Zustand, Betriebsstundenzahl, bisherige Einsatzbedingungen etc. sein.

<sup>120</sup> In Anlehnung an BGHZ 168, 64 ff. (Kaufgegenstand war dort aber ein junger Gebrauchtwagen). Siehe auch BGH NJW 2021, 2958, 2963 f.

<sup>121</sup> BGHZ 168, 64, 71 ff. unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien zur Schuldrechtsreform 2002 BT-Drs. 14/6040, S. 232. Siehe dazu auch BGH NJW 2021, 2958, 2963 f. sowie unten Rn 371a.

<sup>122</sup> BGHZ 168, 64, 71 ff. Siehe auch BGH NJW 2021, 2958, 2963 f.: Gleichwertiger und gleichartiger Gegenstand kann als austauschbar und damit als nachlieferungstauglich anzusehen sein.

Unter Zugrundelegung dieses Standpunkts kann V tatsächlich mit einer gleichartigen und gleichwertigen Ersatzsache nacherfüllen, da es sich um sehr junge Notebooks handelt, die sich – abgesehen von der Seriennummer – nicht oder nicht nennenswert voneinander unterscheiden.

Weiterführender Hinweis: Allerdings macht der BGH auch deutlich, dass trotz abstrakter Nachlieferungsmöglichkeit die Nachlieferung durchaus ausgeschlossen sein kann, wenn es dem Käufer ausschließlich um dieses konkrete, mit der konkreten Ausstattung und mit individuellen Merkmalen versehene Exemplar gegangen sei und daher davon ausgegangen werden könne, das Exemplar solle nicht gegen ein anderes austauschbar sein.<sup>123</sup>

Nähme man dies im vorliegenden Fall an (weil im Detail dennoch Unterschiede in der Ausstattung vorhanden wären), wäre eine „Ersetzbarkeit“ nicht gegeben. Dann läge ein Fall der Unmöglichkeit vor und K wäre berechtigt, weitergehende Rechte geltend zu machen (hier: den Rücktritt zu erklären).

- 105a** Letztlich wird aus diesen Ausführungen aber auch deutlich, dass die Unterscheidung zwischen Gattungsschuld und Stückschuld beim kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruch mit der Schuldrechtsreform 2002 an Bedeutung eingebüßt hat. Denn auch bei der Stückschuld besteht unter den genannten Voraussetzungen eine Nachlieferungspflicht des Verkäufers bzw. eine Pflicht des Käufers zur Annahme der angebotenen Ersatzsache.

## VI. Wahlschuld

- 106** Eine **Wahlschuld** liegt vor, wenn von Anfang an mehrere verschiedene Leistungen in der Weise geschuldet werden, dass nach späterer Wahl nur die eine oder andere zu bewirken ist, § 262 BGB. Es besteht ein einheitlicher Anspruch mit alternativem Inhalt.

Während sich die Gattungsschuld auf mehrere gleichartige Leistungsmöglichkeiten bezieht, geht es bei der Wahlschuld um eine Auswahl aus individuell geprägten, verschiedenartigen Gegenständen. Darüber hinaus muss der Gattungsschuldner Sachen von mittlerer Art und Güte liefern, während der Wahlschuldberechtigte in der Leistungsbestimmung frei ist.

**Beispiele:** Wahlschuld liegt vor bei der Verpflichtung zur Übereignung des einen oder anderen Bildes, bei der Verpflichtung zur Erfüllung in der einen oder anderen Währung oder bei einer frei zu bestimmenden Art der Sicherheitsleistung.

- 107** Wem das Wahlrecht zusteht, kann grds. von den Parteien bestimmt werden. Ist keine Abrede ersichtlich, ist gem. § 262 BGB im Zweifel der Schuldner Wahlberechtigter. Nach der Ausübung des Wahlrechts (§ 263 I BGB) gilt die gewählte Leistung gem. § 263 II BGB als die von Anfang an geschuldete. Sofern die Erbringung eines der zur Disposition stehenden Gegenstände vor der Auswahl unmöglich wird, beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrigen. Das gilt nicht, wenn die Unmöglichkeit durch einen von der nicht wahlberechtigten Person zu vertretenden Umstand eintritt, vgl. § 265 BGB. Verzögert sich die Ausübung des Wahlrechts, greift § 264 BGB.

**Beispiel:** K möchte bei V, die gerade 2 antike Vasen inseriert hat, eine Vase kaufen. Die Vasen kosten jeweils 500 €. Da K sich nicht entscheiden kann, ob sie Vase X oder Y nimmt, überlässt sie V das Auswahlrecht. So wird dies auch im Vertrag festgehalten, in dem auch der Zeitpunkt der Übereignung und Übergabe bestimmt wird. Nach Vertragsschluss, aber noch vor der geplanten Übergabe wird Vase X durch eine Unachtsamkeit der V zerstört.

---

<sup>123</sup> BGHZ 168, 64, 71 ff. in Bezug auf sehr junge Gebrauchtwagen.

**Variante:** Nach Vertragsschluss, aber vor der geplanten Übereignung/Übergabe erscheint K bei V, um sich die Vasen noch einmal anzuschauen. Dabei lässt K die Vase X aufgrund einer Unachtsamkeit fallen, wodurch diese zerstört wird.

Im Ausgangsfall beschränkt sich gem. § 265 S. 1 BGB die Schuld auf die Vase Y, da Schuldnerin V gem. § 262 BGB Wahlberechtigte ist. V muss daher die Vase Y übereignen und übergeben. In der Variante ist die Unmöglichkeit schuldhaft durch die nicht wahlberechtigte Person (K) herbeigeführt worden. Gemäß § 265 S. 2 BGB steht es V damit nach wie vor frei, zwischen den Leistungen zu wählen. Wenn sie sich für die zerstörte Vase X entscheidet, muss sie wegen § 275 I BGB nicht leisten, während K gem. § 326 II S. 1 BGB zur Gegenleistung (Bezahlung) verpflichtet bleibt.

## VII. Ersetzungsbefugnis

Anders als bei der Wahlschuld ist im Fall der Ersetzungsbefugnis (*facultas alternativa*) von Beginn an nur eine Leistung geschuldet. Es ist zu unterscheiden:

Eine **Ersetzungsbefugnis** des Schuldners liegt vor, wenn dieser zwar eine bestimmte Leistung schuldet, er aber berechtigt ist, anstelle der geschuldeten Leistung eine andere an Erfüllung statt zu erbringen. Eine Ersetzungsbefugnis des Gläubigers liegt vor, wenn dieser berechtigt ist, eine andere Leistung als die an sich geschuldete zu verlangen.<sup>124</sup>

108

Steht dem **Schuldner** eine Ersetzungsbefugnis zu, kann er ohne Zustimmung des Gläubigers eine andere als die eigentlich geschuldete Leistung an Erfüllung statt erbringen und damit seine Verbindlichkeit erfüllen, § 364 I BGB. Gesetzliche Fälle sind z.B. §§ 244 I, 251 II, 528 I S. 2, 1973 II S. 2, 2170 II S. 2 BGB. Wird die geschuldete Leistung unmöglich, wird der Schuldner gem. § 275 BGB von seiner Leistungspflicht frei, weil er nicht *verpflichtet*, sondern nur *berechtigt* ist, den Ersatzgegenstand zu leisten. Geht hingegen der Ersatzgegenstand unter, hat dies auf die Leistungspflicht des Schuldners keinen Einfluss, weil die *geschuldete* Sache immer noch erbracht werden kann. Steht dem **Gläubiger** die Ersetzungsbefugnis zu, wird zunächst ebenfalls nur eine Leistung geschuldet. Dennoch kann der Gläubiger stattdessen auch die andere Leistung fordern. Gesetzliche Beispiele sind §§ 249 II, 340, 843 III BGB. Geht der eigentliche Leistungsgegenstand unter, kann er sich nicht mehr für die Ersatzleistung entscheiden, weil es nichts mehr zu ersetzen gibt. Hat er sich dagegen bereits vorher für die Ersatzleistung entschieden, kommt es nur noch auf diesen Gegenstand an und das Schicksal der eigentlichen Leistung ist unerheblich.

109

Die Ersetzungsbefugnis kann durch Parteiabrede (bei AGB ist § 308 Nr. 4 BGB zu beachten) oder durch Gesetz entstehen, vgl. §§ 244 I, 251 II, 775 II BGB (Ersetzungsbefugnisse des Schuldners) und § 249 II S. 1 BGB (Ersetzungsbefugnis des Gläubigers). Zur Inzahlunggabe eines Kfz bei Neuwagenkauf vgl. Rn 164.

110

## VIII. Geldschuld

Die Geldschuld wird trotz ihrer praktischen Bedeutung nur in einigen Vorschriften erwähnt (§§ 244-248, 253, 270, 288-291 BGB), ohne dass sich eine klare Definition findet.

111

Nach h.M.<sup>125</sup> stellt die **Geldschuld** keine Sach- oder Gattungsschuld, sondern eine **Wertverschaffungsschuld** dar.

<sup>124</sup> Grüneberg, in: Grüneberg, § 262 Rn 7, 8.

<sup>125</sup> Larenz, SchuldR AT, § 12 III; Grundmann, in: MüKo, § 245 Rn 83 f.; Grüneberg, in: Grüneberg, § 245 Rn 12. Vgl. zur Geldschuld auch Martens, JuS 2014, 200 ff.

Der Schuldner hat dem Gläubiger den durch den Nennbetrag der Schuld ausgedrückten Wert zu verschaffen. Da Geld als Zahlungsmittel nur in Form eines Nennbetrags und nicht in guter, schlechter oder mittlerer Qualität i.S.v. § 243 I BGB geleistet werden kann, handelt es sich nicht um eine Sach- oder Gattungsschuld, sondern um eine Wertverschaffungsschuld. Nur ausnahmsweise wird eine Sachschuld angenommen, etwa wenn es um Sammlermünzen (= Stückschuld) geht oder Münzen einer bestimmten Sorte geschuldet werden (= Münzsortenschuld).

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Liegt eine Geldschuld vor, sind in einer Fallbearbeitung folgende Punkte zu berücksichtigen (vgl. dazu auch Rn 387 f.):

- Eine geschuldete Geldleistung kann **grundsätzlich nicht unmöglich** werden. Selbst wenn der Geldschuldner kein Geld zur Verfügung hat, ist er wegen der Rechtsnatur der Geldschuld als Wertverschaffungsschuld nicht von seiner Pflicht befreit („Geld hat man zu haben“)<sup>126</sup>. Eine **Ausnahme** liegt bei einer Münz- bzw. Münzsortenschuld vor. Da es sich dabei um Sachschulden handelt, kann die Leistung ausnahmsweise unmöglich werden (§ 275 BGB).
- Weil eine Geldleistung nicht in mittlerer Art und Güte erbracht werden kann, besteht **nicht** die Möglichkeit, dass Geld durch **§ 243 II BGB** konkretisiert wird. Auch kann § 243 II BGB nicht analog angewendet werden, weil der Übergang der Leistungsgefahr in § 270 I BGB abweichend von § 243 BGB geregelt wird und daher auch keine planwidrige Regelungslücke besteht.
- Gemäß §§ 270 IV, 269 I BGB ist der **Leistungsort** im Zweifel beim Wohnsitz des Schuldners. Damit läge auch bei Geldschulden an sich eine Schickschuld vor. Anders als bei einer „normalen“ Schickschuld trägt bei einer Geldschuld aber der Schuldner sowohl die Verlustgefahr als auch die Verzögerungsgefahr. Das ergibt sich aus § 270 I BGB in seiner richtlinienkonformen Auslegung.<sup>127</sup> Obwohl der Schuldner mit dem Abschicken des Geldes also alles seinerseits zur Leistung Erforderliche getan hat, verbleiben die **Leistungsgefahr** und die **Verzögerungsgefahr** bei ihm. Mithin handelt es sich bei Geldforderungen um eine **Bringschuld**<sup>128</sup> mit der Besonderheit, dass (gem. §§ 270 IV, 269 I BGB) der Gerichtsstand (vgl. § 29 I ZPO) grds. der Wohnsitz des Schuldners ist.<sup>129</sup>
- Weitere Folge ist, dass die **Leistungsgefahr** auch nicht nach § 300 II BGB übergehen kann, wenn sich der Gläubiger im Annahmeverzug befindet, weil diese Vorschrift für Gattungsschulden konzipiert ist. Allerdings besteht die Möglichkeit einer **analogen Anwendung des § 300 II BGB**.<sup>130</sup> Hat also der Schuldner dem Gläubiger einen Geldbetrag vergeblich angeboten und ihn dadurch in Annahmeverzug gesetzt, wird er von seiner Verbindlichkeit frei, wenn ihm das Geld auf dem Rückweg gestohlen wird.

<sup>126</sup> Vgl. *Medicus*, AcP 188 (1988), 489 ff.; BGHZ 83, 293, 300; BGH NJW 1999, 1470, 1475; BGH NJW 2015, 1296, 1297.

<sup>127</sup> Vgl. die Zahlungsverzugsrichtlinien 2000/35/EG vom 29.6.2000 und 2011/7/EU vom 16.2.2011.

<sup>128</sup> Wie hier *Artz*, in: Erman, § 270 Rn 9; *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 270 Rn 1 und 5; a.A. *Schwab*, NJW 2011, 2833 („qualifizierte Gattungsschuld“), was der früheren h.M. entspricht, mit Blick auf die zahlungsrichtlinienkonforme Auslegung aber nicht mehr überzeugt.

<sup>129</sup> *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 270 Rn 1.

<sup>130</sup> *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 245 Rn 12.

## 5. Kapitel – Rechtshindernde Einwendungen

112

Einwendungen sind Normen, die Ansprüchen entgegenstehen, die also den Eintritt der Rechtsfolgen, die die Anspruchsnormen (Antwortnormen) vorsehen, verhindern. Lässt eine Einwendung den Anspruch erst gar nicht entstehen (*hindert* diesen also am Entstehen), spricht man von einer **rechtshindernden Einwendung**. Rechtsfolge einer rechtshindernden Einwendung ist grundsätzlich die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, und zwar von Anfang an (*ex tunc*).<sup>131</sup> Rechtshindernde Einwendungen sind überwiegend im allgemeinen Teil des BGB normiert (vgl. etwa §§ 104 ff., 116-118, 125, 134, 138 BGB). Aber auch im allgemeinen Schuldrecht finden sich Einwendungen, die bereits das Entstehen eines Anspruchs betreffen, etwa § 275 I BGB (jedenfalls, sofern es sich um eine anfängliche Unmöglichkeit handelt), § 311b II BGB und § 311b IV BGB. Im Prüfungsaufbau sind rechtshindernde Einwendungen beim Punkt „Anspruch entstanden“ zu prüfen.

### Rechtshindernde Einwendungen im Prüfungsaufbau

#### I. Anspruch entstanden

##### 1. Vorliegen einer Einigung und Klärung des Einigungsinhalts

##### 2. Keine rechtshindernden Einwendungen

An dieser Stelle der Fallprüfung (Anspruchsprüfung) sind v.a. die rechtshindernden Einwendungen des BGB AT relevant. Im Schuldrecht AT existieren als rechtshindernde Einwendungen § 311b II und IV BGB (nicht aber § 311b I, III BGB, da diese Regelungen als Formvorschriften Gegenstand des BGB AT sind, vgl. § 125 BGB). Auch die Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) gehört hierher, sofern es sich um eine anfängliche handelt (Rn 364 ff.).

#### II. Anspruch (nicht) untergegangen (vgl. Rn 116 ff.)

#### III. Inhaltsänderung

Nur wenn der Sachverhalt Anlass gibt, ist auf eine etwaige Änderung des Vertragsinhalts nach § 313 BGB (Störung der Geschäftsgrundlage) einzugehen.

#### IV. Gläubiger- bzw. Schuldnerwechsel

1. Abtretung (Gläubigerwechsel), §§ 398 ff. BGB
2. Gesetzlicher Forderungsübergang, *cessio legis* (Gläubigerwechsel), § 412 BGB
3. Schuldübernahme (Schuldnerwechsel), §§ 414 ff. BGB

#### V. Anspruch durchsetzbar

Rechtshemmende Einwendungen; sie finden sich teils im BGB AT (Verjährung, §§ 194 ff. BGB) und teils im Schuldrecht AT (Einreden gem. §§ 273, 275 II, III, 320, 439 IV BGB).

Hindert eine Einwendung zwar nicht das Entstehen eines Anspruchs, führt aber zu dessen Beseitigung, spricht man von einer **rechtsvernichtenden Einwendung**, die im Prüfungsaufbau beim Punkt „Anspruch untergegangen“ zu prüfen ist. Rechtsfolge ist das Erlöschen des zunächst entstandenen Anspruchs<sup>132</sup>, vgl. sogleich Rn 116 ff.

Schließlich sind die **rechtshemmenden Einwendungen** zu nennen. Diese auch als **Einreden** bezeichneten Einwendungen betreffen nicht die Wirksamkeit, sondern (lediglich) die **Durchsetzbarkeit** eines (bestehenden!) Anspruchs. Darunter versteht man das subjektive Recht einer Person, die Ausübung des Rechts einer anderen Person zu

<sup>131</sup> *Ellenberger*, in: Grüneberg, Überbl v § 104 Rn 27; *R. Schmidt*, BGB AT, Rn 917.

<sup>132</sup> *R. Schmidt*, BGB AT, Rn 921.

hemmen. Das bedeutet, dass der Anspruch an sich zwar bestehen bleibt, jedoch nicht mehr durchgesetzt werden kann. Es besteht ein Leistungsverweigerungsrecht.<sup>133</sup>

### A. Verpflichtung zur Verfügung über künftiges Vermögen, § 311b II BGB

- 113 Gemäß § 311b II BGB ist ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein künftiges Vermögen oder einen Bruchteil seines künftigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauch zu belasten, nichtig. Die Vorschrift soll verhindern, dass jemand sich seiner Vermögensfähigkeit begibt und dadurch zugleich jede Motivation für eine Erwerbstätigkeit verliert. Sie gilt auch für juristische Personen.

§ 311b II BGB gilt für **Verpflichtungsverträge** und nicht für das nachfolgende Verfügungsgeschäft (Abstraktionsprinzip). Der Schuldner kann also das aufgrund eines solchen Vertrags Geleistete nach § 812 I BGB zurückverlangen, sofern nicht § 814 BGB entgegensteht. Für die Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts ist es unerheblich, ob der Schuldner nach der Parteiabrede eine Gegenleistung erhalten soll, oder ob er sich sogar bereit erklärt, neben den Aktiva auch die Passiva zu übernehmen. Gegenstand des Vertrags muss das **künftige Vermögen des Schuldners oder ein Bruchteil dieses Vermögens** sein. Die Verpflichtung muss dabei die *gesamten Aktiva*, eine *Quote* oder einen *Prozentsatz* derselben betreffen. Eine Verpflichtung zur Übertragung einzelner oder mehrerer bestimmter Gegenstände ist daher wirksam wie z.B. die Abtretung zukünftiger Geschäftsforderungen oder des künftigen pfändbaren Arbeitseinkommens.<sup>134</sup> Neben der Verpflichtung zur Übertragung erfasst § 311b II BGB auch die Verpflichtung zur Übertragung oder Bestellung eines Nießbrauchs sowie die Sicherungsübereignung. Nicht erfasst ist allerdings die Verpflichtung zur Bestellung eines Pfandrechts.

### B. Vertrag über den Nachlass eines lebenden Dritten, § 311b IV BGB

- 114 Gemäß § 311b IV BGB ist ein Vertrag über den Nachlass eines noch lebenden Dritten nichtig (S. 1). Das Gleiche gilt für einen Vertrag über den Pflichtteil oder ein Vermächtnis aus dem Nachlass eines noch lebenden Dritten (S. 2). Diese Norm beruht sowohl auf wirtschaftlichen als auch auf sittlichen Erwägungen.<sup>135</sup> Abmachungen über den Nachlass eines Dritten sind nach dieser Wertung sittlich verwerflich, da sie mit dem Tod eines anderen spekulieren. Vor allem aber soll die Norm gefährliche Geschäfte unter Ausbeutung des Leichtsinns und eine Vermögensverschleuderung verhindern.
- 115 § 311b IV BGB ist für **Verpflichtungsgeschäfte** anwendbar. Anders als bei den Geschäften über das eigene zukünftige Vermögen sind *Verfügungen* über den Nachlass aber unwirksam. Dies ergibt sich zwar nicht aus § 311b IV BGB, wohl aber aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen (solange der Tod nicht eingetreten ist, existiert noch kein Nachlass und damit kein Leistungssubstrat, das übertragen werden könnte). § 311b IV BGB umfasst nicht nur Verpflichtungen zur Übertragung oder Bestellung eines Nießbrauchs, sondern grundsätzlich alle Verpflichtungen über den Nachlass eines lebenden Dritten. Es fallen auch solche Geschäfte darunter, die nur Quoten oder Prozentanteile eines Nachlasses betreffen. Dem Nachlass werden Pflichtteile (§§ 2303 ff. BGB) oder Vermächnisse (§ 2147 BGB) gleichgestellt, vgl. § 311b IV S. 2 BGB.

**Beispiele:** Zu den Verpflichtungsgeschäften i.S.d. § 311b IV BGB gehören u.a. der Verkauf einer erwarteten Erbschaft, die Verpflichtung zur Erbschaftsannahme oder Erbschaftsausschlagung oder zum Unterlassen einer Testamentsanfechtung. Eine Ausnahme von § 311b IV BGB findet sich in § 311b V BGB, der den Erbschaftsvertrag beschreibt.

<sup>133</sup> Anders als rechtshindernde und rechtsvernichtende Einwendungen sind rechtshemmende Einreden gemäß ihrer Rechtsnatur als subjektive Rechte vom Anspruchsgegner geltend zu machen, damit sie vom Gericht beachtet werden (vgl. nur BGHZ 156, 269, 271). Sollten nicht geltend gemachte rechtshemmende Einreden vom Gericht berücksichtigt werden, kann dies wegen einseitiger Parteinahme einen Befangenheitsgrund darstellen. Zu den Einreden vgl. Rn 332 ff.

<sup>134</sup> BGHZ 107, 92 ff.; BGH NJW 1991, 2015 ff.

<sup>135</sup> BGHZ 37, 319, 323.

## 6. Kapitel – Rechtsvernichtende Einwendungen

### A. Einführung

Während es bei den rechtshindernden Einwendungen um die Frage nach dem *Entstehen* des Anspruchs geht, sind die rechtsvernichtenden Einwendungen beim Punkt „Anspruch untergegangen“ zu prüfen (vgl. bereits Rn 112).

116

#### Rechtsvernichtende Einwendungen im Prüfungsaufbau

##### I. Anspruch entstanden

1. Vorliegen einer Einigung und Klärung des Einigungsinhalts
2. Keine rechtshindernden Einwendungen (Rn 112 ff.)

##### II. Anspruch (nicht) untergegangen

Es dürfen **keine rechtsvernichtenden Einwendungen** vorliegen:

- ⇒ Anfechtung, §§ 119 ff., 142 I BGB (str.)
- ⇒ Erfüllung und Annahme an Erfüllungs statt, §§ 362 ff. BGB
- ⇒ Hinterlegung, §§ 372 ff. BGB
- ⇒ Aufrechnung, §§ 387 ff. BGB
- ⇒ Erlass, § 397 I BGB
- ⇒ Negatives Schuldanerkenntnis, § 397 II BGB
- ⇒ Sonstige Erlöschensgründe: (nachträgliche) Unmöglichkeit, §§ 275 I, 326 I BGB (Rn 364 ff.); Zeitablauf, § 163 BGB; auflösende Bedingung, § 158 BGB; Änderungsvertrag; Novation; Konfusion; Rücktritt, §§ 346 ff. BGB; Widerruf, §§ 355 ff. BGB; Kündigung von Dauerschuldverhältnissen, § 314 BGB; Aufhebungsvertrag, § 311 I BGB; Störung der Geschäftsgrundlage (wobei der *Rücktritt* als rechtsvernichtende Einwendung die Ultima Ratio darstellt, § 313 III BGB); unzulässige Rechtsausübung, § 242 BGB

##### III. Inhaltsänderung

##### IV. Gläubiger- bzw. Schuldnerwechsel

##### V. Anspruch durchsetzbar

Die nicht in §§ 362-397 BGB kodifizierten rechtsvernichtenden Einwendungen werden aufgrund des Sachzusammenhangs an anderen Stellen erläutert. Der 4. Abschnitt des 2. Buches des BGB bezieht sich nur auf das Schuldverhältnis i.e.S.

Unter dem Schuldverhältnis **i.e.S.** ist der einzelne schuldrechtliche *Anspruch* zu verstehen, wohingegen das Schuldverhältnis **i.w.S.** als die Gesamtheit der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien verstanden wird.

117

Das **Schuldverhältnis i.w.S.** ist erst **beendet**, wenn *alle* Leistungspflichten einschließlich der aus dem Schuldverhältnis hervorgegangenen Ersatz- und Abwicklungspflichten erloschen sind. Die Erfüllung des Anspruchs und das Erlöschen des Schuldverhältnisses i.w.S. fallen also nur zusammen, wenn die Erfüllung ordnungsgemäß erfolgte und keine über den Erfüllungszeitpunkt hinaus existierenden Sorgfalts- oder Erhaltungspflichten zu beachten sind.

## 9. Kapitel – Leistungsstörungenrecht

### A. Einführung

Das Leistungsstörungenrecht regelt die Störungen in der Rechtsbeziehung zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger, insbesondere, wenn der Schuldner seine Leistungspflicht nicht, nicht rechtzeitig oder nicht ordnungsgemäß erfüllt. Dabei muss zwischen der Primär- und der Sekundärebene unterschieden werden. Auf der Primärebene geht es um die Frage, ob der Schuldner von seiner Pflicht zur Erbringung der Leistung frei wird und wie sich dies ggf. auf die Gegenleistungspflicht des Gläubigers auswirkt. Darüber hinaus kann fraglich sein, ob und unter welchen Umständen die Parteien eine Rückgewähr ihrer bereits erbrachten Leistungen begehren können. Auf der Sekundärebene können etwaige Schadensersatzansprüche zu prüfen sein, die sich u.U. aus der Leistungsstörung ergeben. Ist der Schuldner von seiner Primärleistungspflicht befreit, regelt das Leistungsstörungenrecht, was mit der Gegenleistung des Gläubigers passiert und ob einer der beiden Parteien ein Rücktrittsrecht und/oder ein Schadensersatzanspruch zusteht. Im Rahmen des Leistungsstörungenrechts des allgemeinen Schuldrechts muss zwischen verschiedenen **Arten von Leistungsstörungen** unterschieden werden:

363

- **Unmöglichkeit der Leistung:** Ist die Leistungserbringung unmöglich (**Nichtleistung** wegen rechtlicher oder tatsächlicher Unmöglichkeit), regelt § 275 BGB den Untergang dieser Leistungspflicht. Handelt es sich dabei um eine synallagmatische Hauptleistungspflicht, ordnet § 326 BGB an, dass auch die Gegenpartei grundsätzlich von ihrer Pflicht zur Erbringung der Gegenleistung befreit ist oder zurücktreten kann. Darüber hinaus normieren §§ 280 I, III, 283, 311a II BGB Schadensersatzansprüche, die dem Gläubiger wegen der Unmöglichkeit der Leistung zustehen können (vgl. § 275 IV BGB). ⇒ Rn 364 ff.
- **Störung der Geschäftsgrundlage:** Liegen besondere Umstände vor, die den Leistungsaustausch in ungeplanter Weise beeinträchtigen, kann die Geschäftsgrundlage i.S.d. § 313 BGB gestört sein. ⇒ Rn 785 ff.
- **Schuldnerverzug:** Wird eine Leistung trotz Möglichkeit nicht erbracht, handelt es sich um eine Leistungsverzögerung (Schuldnerverzug). Die Rechtsfolgen werden durch §§ 286 bis 290 BGB und bei gegenseitigen Verträgen durch §§ 320-322 BGB und § 323 BGB geregelt. ⇒ Rn 640 ff.
- **Schlechtleistung:** Wird eine Leistung „nicht wie geschuldet“ erbracht, liegt eine Schlechtleistung vor und §§ 280 I, III, 281 BGB (Schadensersatz) sowie § 323 BGB (Rücktritt) regeln die möglichen Rechtsfolgen. ⇒ Rn 532 ff.
- **Nebenpflichtverletzung:** Auch bei der Verletzung einer nicht leistungsbezogenen Pflicht (Nebenpflichtverletzung, § 241 II BGB) liegt eine Leistungsstörung vor. Die Rechtsfolgen regeln §§ 280 I, 241 II BGB, §§ 280 I, III, 282 BGB und § 324 BGB. ⇒ Rn 532 ff.
- **Annahmeverzug:** Ein Nichterbringen der Leistung kann auch vorliegen, wenn sie zwar angeboten, aber nicht angenommen wurde (Annahmeverzug, §§ 293 ff. BGB). Die Stellung des Schuldners wird nach §§ 300, 323 VI und 326 II S. 1 Var. 2 BGB verbessert. ⇒ Rn 746 ff.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** In einer Fallbearbeitung stellt sich i.d.R. nicht die Frage nach einer Art der Leistungsstörung, sondern nach einem bestimmten Anspruch. Für den Einstieg – namentlich zum Auffinden der Anspruchsgrundlage – ist damit gedanklich mit der vom Anspruchsteller begehrten Rechtsfolge zu beginnen. Bei der **rechtsfolgenorientierten Herangehensweise** ist danach zu fragen, was der Anspruchsteller will, welche Vorschriften ihm dieses Begehren verschaffen könnten und welche Normen dem entgegenstehen könnten.

- ⇒ Begehrt der Anspruchsteller eine **Primärleistung**, ist die vertragliche Anspruchsgrundlage (z.B. § 433 BGB) zugrunde zu legen und zu überlegen, ob eine Leistungsstörung diesem Verlangen entgegensteht (z.B. wegen Unmöglichkeit, eines Rücktritts der Gegenpartei, einer Störung der Geschäftsgrundlage oder wegen einer Kündigung).
- ⇒ Begehrt der Anspruchsteller die Rückgewähr bereits erbrachter Leistungen, ist in erster Linie an einen **Rücktritt** zu denken. Wird Rücktritt begehrt, ist zu beachten, dass Anspruchsgrundlage nicht (allein) § 346 BGB ist, da diese Vorschrift ein bestehendes Rücktrittsrecht voraussetzt (Wortlaut des § 346 I BGB). Erforderlich ist eine Bestimmung aus dem Vertrag oder aus dem Gesetz (wie z.B. §§ 281 V, § 326 IV, 439 VI oder 635 IV BGB<sup>350</sup>), die einen Rücktrittsanspruch gewährt.
- ⇒ Bei einem **Schadensersatzbegehren** sind §§ 280 ff.; 311a II BGB die möglichen Anspruchsnormen (ggf. über §§ 437 Nr. 3 oder 634 Nr. 4 BGB anwendbar).
- ⇒ Soweit der Anspruchsteller eine Modifikation des Vertrags (oder sogar dessen Aufhebung) anstrebt, kann ihm § 313 BGB (**Störung oder Wegfall der Geschäftsgrundlage**) die begehrte Rechtsfolge verschaffen.
- ⇒ Bei Dauerschuldverhältnissen kann ein Lösen vom Vertrag gem. § 314 BGB aus wichtigem Grund mittels einer **Kündigung** erreicht werden. Dann erlöschen die gegenseitigen Pflichten für die Zukunft, ohne dass eine Rückabwicklung erfolgt.

## B. Unmöglichkeit, § 275 BGB

### I. Rechtsdogmatische und prozessuale Einordnung

- 364** Im Grundsatz muss der Schuldner die versprochene Leistung erbringen. Bei Nichterbringung kann er grundsätzlich auf Leistung in Anspruch genommen (und verklagt) werden. Freilich setzt die Durchsetzung eines Leistungsanspruchs insbesondere voraus, dass die Leistungserbringung möglich ist. Denn kann eine Leistung nicht erbracht werden, wäre es sinnlos, dem Gläubiger einen durchsetzbaren Anspruch auf diese Leistung zuzusprechen. Folgerichtig hat der Gesetzgeber in § 275 I BGB formuliert, dass der Schuldner von seiner Leistungspflicht frei wird, soweit diese für ihn oder für jedermann unmöglich ist (*impossibilium nulla est obligatio*<sup>351</sup>).
- 365** Die Befreiung von der Leistungspflicht tritt kraft Gesetzes ein. § 275 I BGB begründet also eine rechtshindernde bzw. rechtsvernichtende, im Prozess von Amts wegen zu beachtende **Einwendung**<sup>352</sup> des Schuldners.

**Beispiel:** A hat B ein gebrauchtes Smartphone verkauft und möchte es zu B bringen. Auf dem Weg zu B wird das Gerät zerstört. ⇒ Da es sich bei einer gebrauchten Sache um eine Stückschuld handelt und die Leistungserbringung absolut unmöglich ist, greift die Leistungsbefreiung gem. § 275 I BGB (vgl. aber Rn 371 ff.). Im Prozess genügt es, wenn A den Tatsachenvorgang schildert. Er muss sich hingegen nicht auf die Einwendung berufen. Die Befreiung von der Leistungspflicht wird vom Gericht zugesprochen.

- 366** Die Absätze II und III des § 275 BGB sind hingegen als **Einreden** ausgestaltet.<sup>353</sup> Sie geben dem Schuldner das *Recht*, die (an sich mögliche) Leistung zu verweigern (vgl. Wortlaut: „Der Schuldner *kann* die Leistung verweigern, ...“), auf das er sich berufen muss. § 275 II BGB gibt dem Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn die

<sup>350</sup> Vgl. dazu auch die Fallbearbeitung von *Paal/Wilkat*, JuS 2013, 223 ff.

<sup>351</sup> Lat.: Nichts ist Pflicht bei Unmöglichkeit (besser: Unmögliches muss nicht geleistet werden, bzw.: Unmögliches ist nicht geschuldet).

<sup>352</sup> Zu den Einwendungen vgl. bereits Rn 112/116 ff.

<sup>353</sup> Vgl. auch *Ernst*, in: MüKo, § 275 Rn 97; *Grüneberg*, in: Grüneberg, § 275 Rn 26/32; *Zwirlein*, JA 2016, 253 (jedenfalls bzgl. § 275 II BGB). Im Rahmen der kaufrechtlichen Nacherfüllung stellt auch der Ausschluss der Nacherfüllungspflicht gem. § 439 IV BGB eine Einrede des Verkäufers dar. Zu den Einreden vgl. bereits Rn 112 a.E. und Rn 332 ff.

Leistung einen Aufwand erfordert, der in einem groben Missverhältnis zum Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Ebenso kann der Schuldner nach § 275 III BGB die Leistung verweigern, wenn er diese persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann. Für beide Fälle gilt aber, dass für den Schuldner die Möglichkeit besteht, die bestehenden Hindernisse zu überwinden und seiner Leistungspflicht nachzukommen.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Zu beachten ist, dass § 275 BGB den Schuldner nur von seiner Primärleistungspflicht befreit. Dies hindert den Gläubiger nicht daran, den Rücktritt zu erklären oder Schadensersatzansprüche gegen den Schuldner geltend zu machen. § 275 IV BGB verweist auf alle möglichen Rechte des Gläubigers.

**Prüfung der Unmöglichkeit (§ 275 BGB) im allgemeinen Anspruchsaufbau**

**I. Anspruch entstanden**

1. Vorliegen eines Vertrags (§§ 145 ff., 311 I BGB) oder eines anderen Schuldverhältnisses (etwa §§ 311 II, 241 II BGB) mit einer Primärleistungspflicht des Schuldners.
2. § 275 I BGB betrifft alle Schuldverhältnisse und unterscheidet nicht zwischen anfänglichem und nachträglichem Leistungshindernis. Besteht das Leistungshindernis aber bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, handelt es sich um einen Fall der **anfänglichen Unmöglichkeit**. In diesem Fall wirkt § 275 I BGB m.E. **rechtshindernd**, lässt den Anspruch also gar nicht erst entstehen. Entsteht das Leistungshindernis erst nach Vertragsschluss, ist die Unmöglichkeit nach § 275 I BGB jedenfalls als rechtsvernichtende Einwendung zu prüfen.

**II. Anspruch untergegangen**

**Rechtsvernichtende Einwendung gem. § 275 I BGB** (bei **nachträglicher Unmöglichkeit**; bei anfänglicher Unmöglichkeit wären die Punkte m.E. unter I. zu prüfen)

- ⇒ Die Unmöglichkeit i.S.d. § 275 I BGB liegt vor, wenn der geschuldete **Leistungserfolg** endgültig nicht mehr herbeigeführt werden kann. Das kann auf *tatsächlichen, rechtlichen* oder *terminlichen (absolutes Fixgeschäft)* Gründen beruhen.
- ⇒ Die Leistungsbefreiung nach § 275 I BGB tritt ungeachtet davon ein, ob die Unmöglichkeit **nachträglich/objektiv/subjektiv** ist. Auch ist unerheblich, ob die Unmöglichkeit vom Schuldner zu vertreten ist oder nicht.
- ⇒ Es gibt folgende Fallgruppen, bei denen § 275 I BGB erfüllt ist: *Zweckerreichung* (Leistungserfolg ist zwar eingetreten, aber nicht durch die Leistungshandlung des Schuldners herbeigeführt worden) und *Zweckfortfall* (Wegfall des Leistungssubstrats; Ursache der Unmöglichkeit der Erfolgsherbeiführung liegt in der Person des Gläubigers). Bei der *Zweckstörung* ist i.d.R. nicht § 275 I BGB, sondern § 313 BGB einschlägig.
- ⇒ Bei **Gattungsschulden** liegt Unmöglichkeit vor, wenn die ganze Gattung untergeht oder wenn die Gattungsschuld konkretisiert wurde (§ 243 II; § 300 II BGB) und der konkretisierte Gegenstand untergeht. Bei einer **Vorratsschuld** greift § 275 BGB, wenn der Vorrat untergegangen ist. Bei **Geldschulden** liegt Unmöglichkeit grundsätzlich nur vor, wenn das Geld analog § 300 II BGB konkretisiert wurde.
- ⇒ Bei einer **Teilunmöglichkeit** wird der Schuldner nur teilweise von seiner Leistungspflicht frei (vgl. Wortlaut des § 275 I BGB: „soweit“). Eine Teilunmöglichkeit kann sich als qualitative oder quantitative Unmöglichkeit darstellen.
- ⇒ § 275 I BGB greift grds. nicht bei **vorübergehender Unmöglichkeit** (str.). Der Schuldner ist grds. nur so lange leistungsbefreit, wie das Leistungshindernis besteht.

**III. Anspruch durchsetzbar**

Da § 275 II und III BGB lediglich Leistungsverweigerungsrechte des Schuldners darstellen (also kein Entfallen der Leistungspflicht ipso iure), sind sie im Prüfungsaufbau als rechtshemmende Einwendungen (= Einreden) zu prüfen: Sie verhindern die Durchsetzung eines Rechts.

### 1. Einrede gem. § 275 II BGB

- ⇒ Bei § 275 II BGB handelt es sich um eine Einrede, auf die sich der Schuldner berufen muss, wenn er von seiner zunächst entstandenen und nicht untergegangenen Leistungspflicht frei werden will. Diese Einrede wirkt stets rechtshemmend.
- ⇒ Voraussetzung für § 275 II BGB ist, dass die Leistung zwar theoretisch noch möglich ist, aber einen Aufwand des Schuldners erfordert, der zum Leistungsinteresse des Gläubigers in grobem Missverhältnis **von krassem, untragbarem Ausmaß** steht.
- ⇒ Wann ein grobes Missverhältnis vorliegt, bestimmt sich nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses, Treu und Glauben und einem etwaigen Vertretenmüssen des Schuldners.

### 2. Einrede gem. § 275 III BGB

- ⇒ Auch bei § 275 III BGB handelt es sich um eine Einrede, die der Schuldner erst erheben muss, um von seiner Leistungspflicht frei zu werden.
- ⇒ Die Vorschrift ist subsidiär zu § 275 I BGB und sie gilt nur bei persönlich zu erbringenden Leistungspflichten. Die Einrede besteht, wenn dem Schuldner die Erfüllung seiner Pflicht unter Abwägung des der Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann.

## II. Freiwerden des Schuldners nach § 275 I-III BGB

368 Kann die geschuldete Leistung objektiv oder subjektiv nicht erbracht werden, wird der Schuldner von seiner Primärleistungspflicht befreit, § 275 I BGB (*impossibilium nulla est obligatio*, siehe bereits Rn 364). Von dieser Regelung zu unterscheiden sind § 275 II und III BGB, die zwar nicht (wie § 275 I BGB) an ein unüberwindbares Leistungshindernis anknüpfen, gleichwohl aber wegen groben Missverhältnisses (§ 275 II BGB) oder wegen Unzumutbarkeit (§ 275 III BGB) ein Freiwerden von der Primärleistungspflicht anordnen (vgl. dazu Rn 394 ff. und Rn 400 ff.). Doch zunächst soll auf das Freiwerden von der Primärleistungspflicht gem. § 275 I BGB eingegangen werden.

### 1. Wirkliche Unmöglichkeit, § 275 I BGB

369 In § 275 I BGB ist der Fall der Unmöglichkeit geregelt, in dem der geschuldete Leistungserfolg endgültig nicht mehr herbeigeführt werden kann, da diesem ein unüberwindbares Leistungshindernis (tatsächlicher oder rechtlicher Natur) entgegensteht.<sup>354</sup>

§ 275 I BGB regelt vom Grundansatz her die „physische“ oder „wirkliche“ Unmöglichkeit, bei der die Leistung theoretisch nicht mehr erbracht werden kann. Soweit die Erfüllung lediglich *nach den Anschauungen des Lebens faktisch* ausscheidet, greift § 275 I BGB nicht ein. Vielmehr werden nur die Fälle erfasst, in denen die Leistungserbringung **absolut** nicht mehr möglich ist. Dies kann auf verschiedenen Gründen beruhen.

- 370 ■ Zum einen können dem Leistungserfolg **tatsächliche Gründe** entgegenstehen. Solche tatsächlichen Gründe liegen vor, wenn nach naturgesetzlicher Anschauung oder nach dem Stand der Wissenschaft und Technik die Leistung nicht erbracht werden kann. Hierzu zählen z.B. die Fälle, in denen der Leistungsgegenstand nicht mehr existent ist. Das kann der Fall sein, wenn der geschuldete Gegenstand komplett zerstört ist oder er sich derart verschlechtert oder verändert hat, dass es sich wirtschaftlich um eine andere Sache handelt. Darüber hinaus liegt eine Unmöglichkeit aus tatsächlichen Gründen vor, wenn die geschuldete Sache von einem unbekanntem Dritten gestohlen wurde.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Bei der Unmöglichkeit ist darauf zu achten, *was* geschuldet wird und ob diese geschuldete Leistung unmöglich geworden ist, wie das etwa beim Stückkauf i.d.R. der Fall ist, wenn der geschuldete Gegenstand noch vor der

<sup>354</sup> Siehe nur *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 275 Rn 14/16.

Übergabe untergeht oder wenn es sich um einen nicht erfüllungstauglichen Gegenstand handelt. Besonders deutlich wird die Frage im Kaufvertragsrecht, weil spätestens mit Gefahrübergang die Sache individualisiert ist und es sich nach der Terminologie des allgemeinen Schuldrechts um eine Konkretisierung und damit eine Stückschuld handelt, auch wenn es sich vor der Übergabe um eine Gattungsschuld handelte. Denn das Gesetz geht mit § 439 I Var. 2 BGB von einer Nachlieferungspflicht auch bei einer Stückschuld aus. Auch hat der BGH entschieden, dass bei einem Kauf eines gebrauchten Kfz eine Ersatzlieferung trotz Vorliegens einer Stückschuld nicht von vornherein ausgeschlossen sei. Die damit angesprochene Problematik soll im Folgenden aufgearbeitet werden.

**Untergang/Unmöglichkeit vor Gefahrübergang:** Im Kaufvertragsrecht kommt es hinsichtlich der Anwendbarkeit der Mängelrechte (§ 437 BGB) entscheidend darauf an, ob ein Gefahrübergang stattgefunden hat. Denn nach § 434 I BGB muss der Mangel zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorhanden sein. Mit Gefahrübergang ist regelmäßig die Übergabe (§ 446 S. 1 BGB) gemeint.<sup>355</sup> Vor Gefahrübergang greift allein das Leistungstörungsrecht des allgemeinen Schuldrechts.

371

**Beispiel**<sup>356</sup>: K hat Interesse an einem Jahreswagen. Konkret soll es ein BMW 118i in schwarz sein. Im Autohaus des V entdeckt er 10 dieser Fahrzeuge, die über eine identische Ausstattung verfügen und alle eine Laufleistung von 10.000 km +/- 300 km aufweisen. Auch vom Verschleiß- bzw. Abnutzungsgrad her ist kein Unterschied feststellbar. Einzig anhand der Fahrzeugidentifikationsnummer lässt sich sicher eine Unterscheidung treffen. K kauft eines dieser Fahrzeuge. Die Parteien vereinbaren, dass die Übereignung und Übergabe drei Tage später erfolgen solle. Doch schon am Abend wird der von K gekaufte Wagen von Dritten in Brand gesetzt und zerstört.

K fragt, ob er einen von V nunmehr bereitgestellten anderen Wagen aus dem Pool abnehmen muss bzw. er die Übereignung und Übergabe eines solchen Wagens verlangen kann.

Anspruchsgrundlage des V auf Abnahme (und Bezahlung) durch K wäre § 433 II BGB. Umgekehrt wäre Anspruchsgrundlage des K auf Lieferung (d.h. Übereignung und Übergabe) eines der anderen Wagen § 433 I BGB. Ein Kaufvertrag liegt vor. Beiden Anspruchsrichtungen dürfte aber kein Leistungshindernis entgegenstehen. Griffe also § 275 I BGB, wären die jeweiligen Ansprüche ausgeschlossen. Um festzustellen, ob Unmöglichkeit vorliegt, ist grds. zwischen Gattungsschuld und Stückschuld zu unterscheiden.

Während eine Gattungsschuld vorliegt, wenn die geschuldete Leistung nach allgemeinen Merkmalen wie Sorte, Typ oder Farbe bestimmt wird, spricht man von Stückschuld, wenn die geschuldete Leistung individuell bestimmbar und nicht austauschbar sein soll, also einzigartig ist. Bei einer Gattungsschuld tritt keine Unmöglichkeit ein, solange der Schuldner erfüllungstaugliche Sachen nachbeschaffen kann. Bei einer Stückschuld liegt indes Unmöglichkeit vor, wenn der geschuldete Gegenstand untergegangen ist. Vorliegend haben die Parteien einen Kaufvertrag über einen Gebrauchtwagen und damit über einen individuellen Gegenstand geschlossen. Mithin liegt ein Stückkauf vor. Kann die so individualisierte Leistung nicht mehr erbracht werden, tritt Unmöglichkeit nach § 275 I BGB ein und der Schuldner (hier: V) wird von seiner Leistungspflicht befreit.

Ob aber diese Folge in Anbetracht des Umstands, dass V noch weitere abstrakt erfüllungstaugliche Autos besitzt, sachangemessen ist, darf bezweifelt werden.

<sup>355</sup> Die Sachmängelrechte nach §§ 434 ff. BGB greifen jedenfalls dann, wenn der Mangel nach Gefahrübergang (also nach Übergabe der Sache, § 446 S. 1 BGB) auftritt. Sie greifen aber auch dann, wenn die Ursache bereits früher bestand. So sind die Sachmängelrechte auch dann anwendbar, wenn der Mangel zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs (§ 446 BGB) latent vorhanden war (vgl. etwa BGH NJW 2014, 1086 f.). Dann ist die Sache wegen der bestehenden Ursache bzw. weil der Mangel latent vorhanden, d.h. angelegt war, mangelhaft i.S.d. § 434 BGB (BGHZ 159, 215, 217 f. – Motorschaden durch gerissenen Zahnriemen; BGH NJW 2006, 434, 435 – Turboladerdefekt; NJW 2006, 2250, 2251 f. – Allergie eines Pferdes gegen Mückenstiche; NJW 2014, 1086 f. – Vorschädigung der Sehnen eines Pferdes).

<sup>356</sup> In Anlehnung an BGHZ 168, 64 ff. Siehe auch schon oben Rn 105.

Im Rahmen des kaufvertraglichen Nacherfüllungsanspruchs gem. § 439 I BGB ist auch bei einer Stückschuld bzw. konkretisierten Gattungsschuld Nachlieferung nicht von vornherein ausgeschlossen. Kann der Verkäufer eine vergleichbare (d.h. funktionell gleichartige und gleichwertige) Sache beschaffen bzw. liefern, ist nach Auffassung des BGH von Erfüllungstauglichkeit der Ersatzsache auszugehen, wenn dies dem durch Auslegung zu ermittelnden (objektivierten) Willen (§§ 133, 157 BGB) der Vertragsparteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses entspricht.<sup>357</sup> Die Lieferung eines anderen – funktionell und vertragsmäßig gleichwertigen – Gegenstands sei nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil es sich um einen Stückkauf handele.<sup>358</sup>

Unter Zugrundelegung dieses Gedankens könnte und müsste V tatsächlich mit einer gleichartigen und gleichwertigen Ersatzsache nacherfüllen, wenn dies dem durch Auslegung zu ermittelnden (objektivierten) Willen der Vertragsparteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses entspricht. Bei jungen gebrauchten Sachen ohne nennenswerten Individualisierungsgrad wird man dies ohne weiteres annehmen müssen. V besitzt 9 weitere BMW 118i in schwarz, die über eine identische Ausstattung verfügen und alle eine Laufleistung von 10.000 km +/- 300 km aufweisen. Auch vom Verschleiß- bzw. Abnutzungsgrad her ist kein Unterschied zu dem von K bei Vertragsschluss bestimmten Exemplar feststellbar. Das könnte in der Tat dazu führen, dass V nachliefern kann und muss.

Zwar greift § 439 I BGB nicht direkt, da gem. § 437 BGB die Rechte des Käufers bei Mängeln erst nach Gefahrübergang (i.d.R. Übergabe i.S.d. § 446 S. 1 BGB) greifen (siehe § 434 I BGB). Allerdings ist die Interessenlage jedenfalls dann vergleichbar, wenn der Käufer kein schützenswertes Interesse hat, die Lieferung mit erfüllungstauglicher Ware aus vorhandenem Bestand zu verweigern. In diesem Fall ist § 439 I BGB entweder analog anwendbar oder es ist zumindest dessen Rechtsgedanke (Nachlieferungsanspruch bei Mangelhaftigkeit; keine Folgerechte des Käufers, wenn er nicht zuvor Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben hat) heranzuziehen.

Folgt man diesem Gedanken – obgleich das Gewährleistungsrecht mangels Übergabe nicht direkt anwendbar ist –, ist V das Recht einzuräumen, eine **Ersatzlieferung** zu leisten, selbst wenn dies nicht der Interessenlage des K entsprechen sollte.<sup>359</sup> Dann aber muss dasselbe auch umgekehrt gelten und K das Recht eingeräumt werden, Erfüllung zu verlangen, auch wenn dies nicht der Interessenlage des V entsprechen sollte.

**371a** **Rechtsslage nach Gefahrübergang:** Ist beim Kauf eines mangelbehafteten Gegenstands eine Ersatzlieferung trotz Vorliegens einer Stückschuld nicht von vornherein ausgeschlossen, liegt dem die Konstellation zugrunde, dass die Stückschuld<sup>360</sup> auf eine **unvertretbare Sache** gerichtet ist (Problem der Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Ersatzsache beim Stückkauf).

**Beispiel**<sup>361</sup>: K kauft im Autohaus des V nach vorheriger Besichtigung einen jungen Gebrauchtwagen in seiner Wunschausstattung, der von V als „unfallfrei“ beschrieben wurde. Zu Hause entdeckt K eine kleine Unebenheit am Blech des hinteren Seitenteils; er bringt in Erfahrung, dass der Wagen einen schweren Auffahrunfall erlitten hat. Nachdem er V zur Rede gestellt hat und den Rücktritt erklären möchte, meint dieser, er könne und wolle einen gleichwertigen und gleichartigen Ersatzwagen beschaffen und damit seinem Recht der zweiten Andienung nachkommen.<sup>362</sup> K lehnt dies ab und besteht auf Rücktritt (§§ 437 Nr. 2 Var. 1, 275 I, 326 V, 346 ff. BGB).

<sup>357</sup> BGHZ 168, 64, 71 ff. unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien zur Schuldrechtsreform 2002 BT-Drs. 14/6040, S. 232. Bestätigend BGH NJW 2021, 2958, 2963 f. Siehe dazu auch Rn 371a.

<sup>358</sup> BGHZ 168, 64, 71 ff.; BGH NJW 2021, 2958, 2963 f.

<sup>359</sup> Vgl. (im Ergebnis) auch Berger, in: Jauernig, § 243 Rn 11; Sutschet, in: Bamberger/Roth, 3. Aufl. 2012, § 243 Rn 18; Grüneberg, in: Grüneberg, § 243 Rn 7; Emmerich, in: MüKo, § 243 Rn 32.

<sup>360</sup> Zur Wiederholung der Begriffe **Stückschuld**, **Gattungsschuld**, **konkretisierte Gattungsschuld** und wegen **Relevanz der Unterscheidung** sei auf die Ausführungen bei Rn 93 ff. verwiesen.

<sup>361</sup> In Anlehnung an BGHZ 168, 64 ff. Siehe auch schon oben Rn 105.

<sup>362</sup> Rechtsdogmatisch ist die „zweite Andienung“, d.h. die Nacherfüllung, kein *Recht* des Schuldners. Vielmehr ist die Gewährung der Nacherfüllung eine *Obliegenheit* des Gläubigers. Erst wenn der Gläubiger dem Schuldner (durch Fristsetzung, vgl. §§ 440, 636, 281 I bzw. 323 I BGB) die Möglichkeit der Nacherfüllung gewährt und der Schuldner die Nacherfüllung

Klar ist hier zunächst, dass ein Sachmangel vorliegt und dass jedenfalls nach Gefahrübergang (§ 446 BGB) die Mängelrechte der §§ 434 ff. BGB anwendbar sind. Bei diesen gilt wiederum (wie V zutreffend meint) der Vorrang der Nacherfüllung. Der Nacherfüllungsanspruch i.S.d. § 439 I Var. 1 BGB (Beseitigung des Mangels) ist vorliegend gem. § 275 I BGB ausgeschlossen, weil es nicht möglich ist, den Wagen in den Sollzustand (= „unfallfrei“) zu versetzen. Da es sich um eine Stückschuld handelt (das Auto existiert als Gebrauchtwagen in dieser Konkrettheit nur 1 Mal) und sich das Schuldverhältnis darauf bezieht, müsste an sich auch ein Anspruch auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache ausscheiden. Allerdings nimmt der BGH nicht von vornherein Unmöglichkeit an, sondern gelangt – jedenfalls beim Kauf eines mangelbehafteten Gebrauchtwagens – mitunter zum Anspruch des Gläubigers auf Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache. Voraussetzung dafür sei aber, dass die Kaufsache (also die Primärleistung) **ersetzb**ar sei. Dies wiederum sei unter Zugrundelegung des (objektivierten) Parteiwillens (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln und regelmäßig anzunehmen, wenn die Ersatzsache **gleichwertig** und **gleichartig** zur ursprünglich geschuldeten Sache sei.<sup>363</sup> Zur Begründung wird auf den Wortlaut des § 439 I BGB verwiesen, der einen Anspruch auf Nachlieferung nicht ausdrücklich auf eine Gattungsschuld beschränkt. Zudem ergebe sich dies aus den Gesetzesmaterialien zur Schuldrechtsreform 2002 (vgl. die Regierungsbegründung: „*Nacherfüllung ist nicht bei jedem (!) Stückkauf möglich*“ und „*bei dem Kauf einer bestimmten gebrauchten Sache ... eine Nachlieferung zumeist (!) von vornherein ausscheiden wird*“<sup>364</sup>). Damit gehe auch der Gesetzgeber davon aus, dass eine Nachlieferung bei einem Stückkauf nicht von vornherein ausgeschlossen sei. Schließlich sei die Ersetzbarkeit auch Art. 3 III i.V.m. dem Umkehrschluss aus Erwägungsgrund Nr. 16 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie<sup>365</sup> zu entnehmen.<sup>366</sup>

Stellungnahme: Für die Auffassung des BGH sprechen die klaren Regelungen im allgemeinen Schuldrecht, wo der Gesetzgeber eindeutige Abgrenzungen der Begriffe Stückschuld, Gattungsschuld, konkretisierte Gattungsschuld und Unmöglichkeit vorgenommen hat. Das könnte zu der Annahme führen, der BGH verwische die Konturen des allgemeinen Schuldrechts und insbesondere des § 243 I, II BGB. Jedoch sind die spezielle Regelung in § 439 I BGB sowie die Gesetzesmaterialien zur Schuldrechtsreform nicht zu übersehen, zumal diese dem Willen des europäischen Gesetzgebers nachempfunden sind. Zwar ist die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie mittlerweile durch die Warenkaufrichtlinie ersetzt worden, allerdings hat die Warenkaufrichtlinie an diesem Prinzip nichts geändert. Richtigerweise ist daher (auch und gerade auf der Basis der BGH-Rechtsprechung, auf deren Linie sich die gefestigte OLG-Rechtsprechung<sup>367</sup> bewegt) beim Gebrauchtwagenkauf eine Ersatzlieferung nicht von vornherein ausgeschlossen.

Auf dieser Basis besteht auch bei einem mangelhaft erfüllten Stückkauf ein Nacherfüllungsanspruch i.S.d. § 439 I Var. 2 BGB (Nachlieferung einer mangelfreien Sache), sofern die Ersatzsache gleichwertig und gleichartig zur ursprünglich gelieferten Sache ist und dies dem (objektivierten) Parteiwillen entspricht.

---

verweigert oder wenn die Nacherfüllung fehlschlägt bzw. unzumutbar (vgl. §§ 439 IV, 440 BGB für den Kaufvertrag und §§ 635 III, 636 BGB für den Werkvertrag) bzw. unmöglich (§ 275 BGB) ist, kann der Gläubiger weitergehende Rechte (Rücktritt, Minderung, Schadensersatz) geltend machen.

<sup>363</sup> BGHZ 168, 64, 71 ff. unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien zur Schuldrechtsreform 2002 BT-Drs. 14/6040, S. 232. Bestätigend BGH NJW 2021, 2958, 2963 f.

<sup>364</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 209 und 232.

<sup>365</sup> Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 – mit Wirkung zum 1.1.2022 ersetzt durch die Warenkaufrichtlinie (EU) 2019/771.

<sup>366</sup> BGHZ 168, 64, 71 ff. (und in der Folge BGH WM 2019, 424, 425 ff.; OLG Karlsruhe 6.12.2018 – 17 U 4/18; OLG Köln 6.3.2018 – 16 U 110/17; OLG Bamberg DAR 2018, 143; LG Heidelberg 30.6.2017 – 3 O 6/17; OLG Naumburg 22.11.2018 – 1 U 57/18); zuvor schon LG Ellwangen NJW 2003, 517; OLG Braunschweig NJW 2003, 1053, 1054; OLG Hamm NJW-RR 2005, 1220; OLG Schleswig NJW-RR 2005, 1579; *Gsell*, JuS 2007, 97 ff.; *Roth*, NJW 2006, 2953 ff.; *Kitz*, ZGS 2006, 419 ff.; *Ball*, NVZ 2004, 217, 220; *Canaris*, JZ 2003, 831, 835; *Bitter/Meidt*, ZIP 2001, 2114, 2119; *Ellenberger*, in: Grüneberg, § 91 Rn 4; *Weidenkaff*, in: Grüneberg, § 439 Rn 15; siehe auch *Lorenz*, in: MüKo, Vor § 474 Rn 17 (in Abkehr von JZ 2001, 742, 743); *Lorenz/Arnold*, JuS 2014, 7, 8.

<sup>367</sup> Siehe etwa OLG Karlsruhe 6.12.2018 – 17 U 4/18; OLG Köln 6.3.2018 – 16 U 110/17; OLG Bamberg DAR 2018, 143; OLG Naumburg 22.11.2018 – 1 U 57/18 – allesamt in Bezug auf den sog. Diesel-Abgasskandal (Nachlieferung eines mangelfreien Wagens bzw. Rücktritt vom Vertrag).

Fazit: Systematisch geht der Anwendbarkeit des § 439 I BGB ein Gefahrübergang voraus (siehe §§ 434 I, 446 BGB), was auch bei einem Gattungskauf zu einer Konkretisierung i.S.d. § 243 II BGB führt. Indem § 439 I BGB aber generell von Nachbesserung und Nachlieferung spricht und nicht zwischen Stück- und Gattungskauf unterscheidet, folgt daraus: Das Gesetz geht bereits seinem Wortlaut und seiner Systematik nach ohne weiteres davon aus, dass auch bei einem Stückkauf (bzw. bei einem konkretisierten Gattungskauf) die Nachlieferung einer gleichwertigen und gleichartigen (selbstverständlich mangelfreien) Sache geschuldet sein kann. Sodann ist es Sache der nach §§ 133, 157 BGB durch Auslegung zu ermittelnden Parteiinteressen, ob auch bei einem Stückkauf die Nachlieferung eines gleichwertigen und gleichartigen Gegenstands geschuldet ist. Das kann so weit gehen, dass sogar ein Nachfolgemodell geliefert werden muss, wenn das ursprüngliche Modell nicht mehr verfügbar ist.<sup>368</sup>

**371b** Demnach ist also selbst bei einem Gebrauchtwagen, der wahrheitswidrig als unfallfrei verkauft und übergeben wurde, die Nachlieferung eines gleichwertigen und gleichartigen Ersatzwagens grds. möglich. Allerdings macht der BGH ebenfalls deutlich, dass trotz abstrakter Nachlieferungsmöglichkeit die Nachlieferung ausgeschlossen sei, wenn es dem Käufer, der das Fahrzeug zuvor persönlich besichtigt habe, ausschließlich um dieses konkrete, mit der konkreten Ausstattung und mit individuellen Merkmalen versehene Auto gegangen sei und daher davon ausgegangen werden könne, das Fahrzeug solle in seiner Gesamtheit nicht gegen ein anderes austauschbar sein.<sup>369</sup> Nähme man das für den oben dargestellten BGH-Fall an, wäre eine „Ersetzbarkeit“ nicht gegeben (so der BGH). Dann läge ein Fall der Unmöglichkeit vor und K wäre berechtigt, weitergehende Rechte geltend zu machen (hier: den Rücktritt zu erklären).

**371c** Die Entscheidung des BGH (BGHZ 168, 64) erging zwar in Bezug auf einen mangelbehafteten Gebrauchtwagen, ist aber auf **alle unvertretbaren Sachen** übertragbar.<sup>370</sup>

**Beispiel:** K kauft von V ein gebrauchtes iPad (= Stückkauf einer unvertretbaren Sache). Nach Gefahrübergang stellt sich heraus, dass das iPad von Anfang an einen unbehebbareren Sachmangel aufwies. ⇒ Die Rechte des K richten sich (jedenfalls ab Gefahrübergang) nach §§ 434 ff. BGB. K müsste also grds. zunächst Nacherfüllung begehren. Da der Mangel unbehebbar ist, ist die Nacherfüllung in Form einer Nachbesserung (§ 439 I Var. 1 BGB) i.S.d. § 275 I BGB unmöglich. Fraglich ist aber, ob K Nacherfüllung in Form der Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 439 I Var. 2 BGB) verlangen kann. An sich scheidet auch diese Form der Nacherfüllung aus, da das Schuldverhältnis auf eine Stückschuld einer **unvertretbaren** Sache gerichtet ist. Geht es um den Kauf eines Gebrauchtwagens, dem ein unbehebbarer Mangel anhaftet, hat der BGH<sup>371</sup> in Anlehnung an Canaris<sup>372</sup> den Begriff „unvertretbar“ durch „**unersetzbar**“ ersetzt und darauf abgestellt, ob die ursprünglich geschuldete Sache durch eine gleichwertige und gleichartige „Ersatzsache“ ersetzt werden kann, was sich nach der Interessenlage der Parteien richte (s.o.). Bei einem gebrauchten iPad kann man dies eher annehmen als bei einem Gebrauchtwagen. Verfügt V also über eine Mehrzahl gleichartiger und gleichwertiger Geräte und kommt es K nicht ausschließlich auf das individualisierte Gerät an, ist trotz Stückkaufs einer an sich unvertretbaren Sache von einer Nachlieferungspflicht gem. § 439 I Var. 2 BGB auszugehen. Das setzt aber voraus, dass man sich überhaupt der Auffassung des BGH anschließt.

**371d** Zu unterscheiden ist der Fall, in dem die Stückschuld auf eine **vertretbare Sache** (§ 91 BGB) gerichtet ist. Vertretbar sind bewegliche Sachen, die im Verkehr nach Zahl, Maß

<sup>368</sup> Siehe den Fall BGH NJW 2021, 2958 – dargestellt bei Rn 105. Siehe auch BGH 8.12.2021 – VIII ZR 190/19, wo der BGH das Recht des Käufers auf Ersatzlieferung auch des Nachfolgemodells bestätigt, jedoch auch klarmacht, dass das Recht auf Ersatzlieferung eines solchen Nachfolgemodells auch eine angemessene Zuzahlung des Käufers implizieren könne.

<sup>369</sup> BGHZ 168, 64, 71 ff.

<sup>370</sup> Davon gehen auch *Medicus/Petersen* (BR, Rn 263) aus.

<sup>371</sup> BGHZ 168, 64, 71 ff.

<sup>372</sup> *Canaris*, JZ 2003, 831, 835.

oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen, d.h. ohne weiteres austauschbar sind, da sie sich von anderen Sachen nicht durch Individualisierungsmerkmale abheben.

**Beispiel:** K kauft im Supermarkt des V u.a. eine 500-g-Schale Erdbeeren. Als er draußen auf dem Parkplatz die Sachen verläßt, entdeckt er, dass ein Großteil der unten liegenden Erdbeeren verschimmelt ist. ⇒ Klar ist zunächst, dass ein Sachmangel vorliegt und dass jedenfalls nach Gefahrübergang (§ 446 BGB) die Gewährleistungsrechte der §§ 434 ff. BGB anwendbar sind. Bei diesen gilt wiederum der Vorrang der Nacherfüllung. Vorliegend ist der Nacherfüllungsanspruch i.S.d. § 439 I Var. 1 BGB (Beseitigung des Mangels) gem. § 275 I BGB ausgeschlossen, weil es nicht möglich ist, die Erdbeeren in den Sollzustand („schimmelfrei“) zu versetzen. Da es sich um eine Stückschuld bzw. konkretisierte Gattungsschuld handelt (die Erdbeeren wurden spätestens an der Kasse konkretisiert i.S.d. § 243 II BGB), müsste an sich auch ein Anspruch auf Neulieferung (§ 439 I Var. 2 BGB) ausscheiden. Allerdings stellt sich die Frage, ob nicht bei einer **vertretbaren Sache** auch eine Ersatzlieferung möglich ist, da sich eine vertretbare Sache ohne weiteres durch eine andere gleichwertige und gleichartige **ersetzen** lässt. Schließt man sich dieser Überlegung trotz Vorliegens einer Stückschuld an (was erst recht vertretbar erscheint im Vergleich zur Stückschuld, die auf eine unvertretbare Sache gerichtet ist), ist nach der wirtschaftlichen und funktionellen Gleichwertigkeit zu fragen. Bei Erdbeeren kann man dies ohne weiteres bejahen; dann tritt Unmöglichkeit erst unter den Voraussetzungen des § 275 II BGB ein.

- Der geschuldete Erfolg kann andererseits auch aus **rechtlichen Gründen** nicht möglich sein. Dies ist der Fall, wenn die Leistung auf Herbeiführung eines *Rechtszustands* gerichtet ist, der *von der Rechtsordnung nicht anerkannt* wird wie z.B. bei der Abrede, dass ein Grundstücksveräußerer Eigentümer eines wesentlichen Bestandteils des Grundstücks (z.B. des Hauses) bleiben soll. Erfasst sind auch solche Fälle, in denen der Herbeiführung des geschuldeten Erfolgs ein *dauerndes Rechtshindernis*, z.B. eine staatliche Beschlagnahme, ein Lieferverbot oder eine fehlende (Bau-)Genehmigung, entgegensteht. Darüber hinaus kann rechtliche Unmöglichkeit gegeben sein, wenn der durch den Vertrag *angestrebte Rechtszustand bereits besteht*, wie z.B., wenn die Übereignung einer Sache geschuldet und der Gläubiger bereits Eigentümer ist. Dies gilt jedoch nicht, wenn die Parteien durch den Kaufvertrag den Streit über die Eigentümerstellung des Käufers gerade beilegen wollten.<sup>373</sup> Ist der Vertrag, der die Leistungspflicht zum Gegenstand hat, aber wegen §§ 134 oder 138 BGB nichtig, kommt es auf § 275 I BGB nicht an, da es bereits an einer Grundvoraussetzung (einem wirksamen Vertrag) fehlt.

372

Geht es um die Veräußerung gestohlener Sachen, ist unklar, ob eine Unmöglichkeit vorliegt. Da wegen § 935 I BGB der Bestohlene das Eigentum ja nicht verliert, könnte durchaus eine Unmöglichkeit angenommen werden, da der Veräußerer dem Erwerber das Eigentum ja nicht übertragen kann. Andererseits könnte man sich auf den Standpunkt stellen, dass der Veräußerer das Eigentum vom Bestohlenen erwerben und es dann als Eigentümer dem Erwerber übertragen kann. In diesem Fall läge lediglich vorübergehende Unmöglichkeit vor, die nach der hier vertretenen Auffassung der dauernden grundsätzlich gleichzustellen ist, wenn ungewiss ist, ob der Bestohlene das Eigentum überhaupt übertragen möchte, und ungewiss ist, ob damit das Leistungshindernis behoben werden kann. Siehe dazu Rn 393 und das Beispiel bei Rn 489.

- Anerkannt ist auch, dass § 275 BGB im Fall der **Zweckerreichung** und des **Zweckfortfalls** anwendbar ist.<sup>374</sup> Vgl. dazu Rn 383 ff.

372a

<sup>373</sup> Ernst, in: MüKo, § 275 Rn 40.

<sup>374</sup> BGH NJW 2010, 1282, 1283; Ernst, in: MüKo, § 275 Rn 152; Grüneberg, in: Grüneberg, § 275 Rn 18.

- 372b ■ Schließlich kann die absolute Unmöglichkeit i.S.d. § 275 I BGB auch auf **zeitlichen Gründen** beruhen. Dies ist insbesondere beim **absoluten Fixgeschäft** der Fall.

373 Ein **absolutes Fixgeschäft** liegt vor, wenn der Zeitpunkt der Leistungserbringung durch die Vereinbarung der Parteien zum Bestandteil des geschuldeten Leistungserfolgs gemacht wurde *und* die Einhaltung der Leistungszeit nach dem Vertragszweck und der jeweiligen Interessenlage so wesentlich ist, dass eine verspätete Leistung keine Erfüllung mehr darstellt bzw. darstellen würde.<sup>375</sup>

Zwar ist es dem Schuldner grds. noch möglich, die Leistungshandlung vorzunehmen. Da sich aber der geschuldete Erfolg auf die Leistungshandlung *nur zu einer bestimmten Zeit* bezog, kann dieser nach Verstreichen des vereinbarten Zeitpunkts nicht mehr herbeigeführt werden. Es liegt also ein Fall der **absoluten Unmöglichkeit i.S.d. § 275 I BGB** „durch Zeitablauf“ vor.<sup>376</sup>

**Beispiele:**

- (1) A hat bei B 50 Schokoladenweihnachtsmänner bestellt, die B (spätestens) am 23.12. mittags liefern soll, da A largestellt hat, dass er die Schokoladenweihnachtsmänner für eine am 23.12. nachmittags stattfindende Weihnachtsfeier benötigt. Liefert B erst nach der Weihnachtsfeier, stellt dies keine Erfüllung des Vertrags mehr dar. Zwar könnte B dem A die Schokoladenweihnachtsmänner auch nach der Weihnachtsfeier noch übereignen, der Leistungserfolg kann aber nicht mehr herbeigeführt werden, da die Leistungszeit (die Rechtzeitigkeit) maßgeblicher Vertragsbestandteil war.
- (2) Weitere Fallkonstellationen sind die Bestellung eines Taxis, um einen bestimmten Zug zu erreichen, oder die Bestellung einer Eintrittskarte für eine konkrete Veranstaltung.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Bei **Dauerschuldverhältnissen** handelt es sich i.d.R. um *absolute Fixgeschäfte*, da ein Nachholen der Leistung nach Ablauf der Leistungszeit unmöglich ist. So führen bspw. Leistungsverzögerungen im Rahmen eines Raummietvertrags gem. § 535 BGB zur Unmöglichkeit i.S.d. § 275 I BGB, da das Bewohnen des Raums für bestimmte Tage nicht nachgeholt werden kann. Auch bei einem Dienstvertrag (§ 611 BGB) ist die Dienstleistung meistens zeitlich fixiert und aufgrund von Arbeitszeitschranken nicht oder nur beschränkt nachholbar. So wird bspw. der Kellner K, der Ostern bei G aushelfen sollte, von seiner diesbezüglichen Leistungspflicht frei, wenn er (wegen Ausbleibens der erwarteten Gästezahl) weggeschickt wird. Da G in diesem Fall i.S.d. §§ 293 ff. BGB in Annahmeverzug gerät, behält K gem. § 615 S. 1 BGB (Sonderregelung zu § 326 II BGB) seinen Vergütungsanspruch. Führt das Verstreichen der Leistungszeit wegen Nachholbarkeit der Leistung hingegen nicht zur Unmöglichkeit, wird der Dienstverpflichtete nicht von seiner Pflicht frei. Die Nachholung würde jedoch auf Kosten künftiger Arbeitszeit des Verpflichteten und damit eines möglichen Erwerbs gehen. Deswegen ordnet das Gesetz in § 615 S. 1 BGB bei Annahmeverzug des Dienstberechtigten den Erhalt des Vergütungsanspruchs auch dann an, wenn die Leistung noch nachholbar ist.

**a. Einheitlicher Begriff der Unmöglichkeit in § 275 I BGB**

- 374 Unmöglich i.S.d. § 275 I BGB sein und werden kann jede Leistung, die der Gläubiger kraft Schuldverhältnisses (§ 241 I BGB) vom Schuldner fordern kann.<sup>377</sup> Dabei wird nicht zwischen objektiver und subjektiver bzw. anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit unterschieden. In § 275 I BGB ist vielmehr ein einheitlicher Tatbestand für alle Fälle der absoluten Unmöglichkeit geregelt.

<sup>375</sup> Vgl. etwa BGHZ 60, 14, 16; BGH NJW 2013, 378, 380; *Ernst*, in: MüKo, § 286 Rn 39; *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, Rn 420 f.; *Alexander*, JA 2015, 321; *Franz/Marx*, JuS 2015, 424, 426.

<sup>376</sup> Etwas anderes gilt hinsichtlich des **relativen Fixgeschäfts** (vgl. Rn 469); zum **absoluten Fixgeschäft** siehe ebd.

<sup>377</sup> Es gibt Ausnahmen, etwa bei **Geldschuld**, siehe BGHZ 83, 293, 300 – dazu Rn 387.

### aa. Anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit

Die Befreiung des Schuldners von der Primärleistungspflicht ist nicht an das Unmöglichwerden (also nur an die nachträgliche Unmöglichkeit), sondern an das Unmöglichsein (also an die nachträgliche und anfängliche Unmöglichkeit) der Leistung geknüpft.

**Anfängliche Unmöglichkeit** ist gegeben, wenn die Unmöglichkeit schon vor der Entstehung des Schuldverhältnisses vorgelegen hat.

375

Ist die Erbringung der Leistung *bei Vertragsschluss* unmöglich, liegt anfängliche Unmöglichkeit vor. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung, ob anfängliche oder nachträgliche Unmöglichkeit vorliegt, ist damit der Vertragsschluss (vgl. § 311a I BGB).

**Nachträgliche Unmöglichkeit** liegt vor, wenn die Unmöglichkeit erst nach Entstehung des Schuldverhältnisses eingetreten ist.

376

**Beispiel:** A verkauft B ein gebrauchtes Auto (Stückschuld einer nicht vertretbaren Sache). Nach Vertragsschluss (aber noch vor Übergabe) wird das Auto durch Blitzschlag zerstört. Damit liegt ein Fall der nachträglichen Unmöglichkeit i.S.d. § 275 I BGB vor. A ist also von seiner Primärleistungspflicht befreit.<sup>378</sup> Aber auch wenn das Auto schon vor Vertragsschluss zerstört worden wäre (anfängliche Unmöglichkeit), wäre A gem. § 275 I BGB von seiner Pflicht zur Erfüllung frei gewesen. Es macht für die Befreiung des Schuldners von seiner Primärleistungspflicht keinen Unterschied, ob die Kaufsache vor oder nach Vertragsschluss zerstört wird.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Hierbei wird deutlich, dass es für das Freiwerden des Schuldners von seiner Primärleistungspflicht unerheblich ist, ob die Unmöglichkeit vor oder nach Vertragsschluss eingetreten ist. Dies ergibt sich aus dem oben genannten Grundsatz, dass eine absolut unmögliche Leistung von niemandem erbracht werden kann und es sinnlos ist, dem Gläubiger einen Anspruch auf diese Leistung zu geben. Die Unterscheidung zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit wird aber v.a. bei der Bestimmung der Sekundäransprüche des Gläubigers relevant. War im Beispielsfall das Auto bereits vor Vertragsschluss zerstört, erhält der Gläubiger gem. § 311a II BGB einen Schadensersatzanspruch gegen den Schuldner, wenn dieser das Leistungshindernis kannte oder hätte kennen müssen. Ist das Auto hingegen erst nach Vertragsschluss untergegangen, richtet sich die Anspruchsgrundlage des Gläubigers nach §§ 280 I, III, 283 BGB, wenn der Schuldner den Untergang zu vertreten hat. Zudem sollte die anfängliche Unmöglichkeit im Anspruchsaufbau als rechtshindernde Einwendung und die nachträgliche Unmöglichkeit sollte als rechtsvernichtende Einwendung geprüft werden.

### bb. Objektive und subjektive Unmöglichkeit

Die für den Schuldner (subjektiv) und die für jedermann bestehende (objektive) Unmöglichkeit werden in § 275 I BGB gleichgestellt.

**Objektive Unmöglichkeit** ist gegeben, wenn die Leistung von niemandem mehr erbracht werden kann.

377

**Beispiele:** Das von A an B verkaufte alte Auto (Stückschuld!) brennt vor der geplanten Übergabe vollständig ab. ⇨ In diesem Fall kann niemand die Leistungspflicht des A gegenüber B erfüllen, da das Auto nicht mehr vorhanden ist. Ein Fall von objektiver Unmöglichkeit liegt auch vor, wenn der Schuldner gegen Entgeltzahlung verspricht, der Gläubiger werde durch den Einsatz übernatürlicher Kräfte des Schuldners eine Prüfung bestehen.<sup>379</sup>

<sup>378</sup> Vgl. aber auch Rn 371a.

<sup>379</sup> Vgl. BGH NJW 2011, 756 – dazu Rn 381a.

**378** **Subjektive Unmöglichkeit** liegt hingegen vor, wenn zwar der Schuldner die Leistung nicht erbringen kann, diese aber von einem Dritten erbracht werden könnte.

Dabei muss nicht jeder beliebige Dritte die Leistung erbringen können. Es genügt vielmehr, wenn nur für *einen* anderen Dritten der Leistungserfolg erbringbar ist.

**Beispiel:** A verkauft B sein Auto. Bevor das Auto B übereignet wird, veräußert es A an den Dritten C, der unbekannt ins Ausland verzogen ist. ⇒ In diesem Fall wäre C die Erfüllung der Leistungspflicht des A gegenüber B – nämlich die Übereignung des Autos – möglich, wohingegen A seine Primärleistungspflicht gegenüber B nicht mehr erbringen kann. Gleiches würde gelten, wenn der Wagen von Unbekannten gestohlen worden wäre.

Problematisch ist, welche Anforderungen an das Leistungshindernis zu stellen sind, damit man tatsächlich von einer subjektiven Unmöglichkeit sprechen kann.

Im obigen Beispiel könnte man erwägen, dass A das Leistungshindernis überwinden muss, indem er C (bzw. den unbekanntes Dieb) ausfindig macht und von diesem das Auto zurückerwirbt. Fraglich ist also, wann genau eine subjektive Unmöglichkeit i.S.d. § 275 I BGB besteht.

Aus der Systematik der Norm ergibt sich, dass unter § 275 I BGB *nur* diejenigen Fälle der subjektiven Unmöglichkeit zu subsumieren sind, in denen dem Schuldner die Beseitigung des Leistungshindernisses auch potenziell nicht möglich ist.<sup>380</sup> § 275 I BGB stellt die subjektive der objektiven Unmöglichkeit gleich und gewährt dem Schuldner eine Einwendung gegen den Leistungsanspruch, während § 275 II, III BGB dem Schuldner unter besonderen Voraussetzungen ein Leistungsverweigerungsrecht einräumt. § 275 II BGB erlaubt also den Schluss, dass das Unmöglichkeitsrecht unter der subjektiven Unmöglichkeit nicht schon den Verlust der Verfügungsbefugnis versteht. Denn über die Frage, welche Anstrengungen der Schuldner zur Herstellung seiner Leistungsfähigkeit unternehmen muss, ist, solange sie herstellbar ist, nach den Kriterien des § 275 II BGB zu entscheiden.

**378a** § 275 I BGB befreit den Schuldner also nur, wenn die (Wieder-) **Herstellung seiner Leistungsfähigkeit ausgeschlossen ist**, weil der über den Leistungsgegenstand Verfügungsbefugte nicht willens ist, diesen dem Schuldner zur Verfügung zu stellen, oder die Beschaffung aus sonstigen Gründen (Diebstahl) aussichtslos ist.<sup>381</sup>

Im obigen Beispiel ist die Wiederbeschaffung des Kfz aussichtslos, sodass man von einer subjektiven Unmöglichkeit i.S.d. § 275 I BGB ausgehen kann. Wäre im Veräußerungsfall C nicht unbekannt ins Ausland verzogen und geneigt, A das Auto zurückzueräußern, wäre der von A zu verlangende Aufwand i.R. des § 275 II BGB zu diskutieren.

### **cc. Kein Vertretenmüssen erforderlich**

**379** Nach § 275 I BGB tritt bei Unmöglichkeit die Befreiung von der Leistungspflicht ipso iure ein. Darauf, ob jemand die Unmöglichkeit zu vertreten hat (Schuldner, Gläubiger, Dritter oder niemand), kommt es nicht an. Das fehlende Erfordernis eines Vertretenmüssens hat seinen Grund darin, dass die Rechtsfolge des § 275 I BGB lediglich als Befreiung von der Primärverpflichtung verstanden wird und nicht als eine etwaige Verpflichtung zum Schadensersatz, die i.d.R. ein Vertretenmüssen verlangt (vgl. etwa § 280 I S. 2 BGB). Der Schuldner wird also bei feststehender Unmöglichkeit in jedem Fall von seiner Primärleistungspflicht befreit, ohne dass es auf ein Vertretenmüssen ankäme.

<sup>380</sup> Fischer, DB 2001, 1923, 1924; Schwarze, Jura 2002, 73, 76; Reischl, JuS 2003, 250, 256.

<sup>381</sup> Vgl. auch Grüneberg, in: Grüneberg, § 275 Rn 25.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Die objektive oder subjektive nachträgliche Unmöglichkeit stellt unabhängig davon, ob der Schuldner das Unmöglichsein zu vertreten hat, eine Pflichtverletzung dar. Ein Verkäufer begeht also auch eine Pflichtverletzung i.S.d. § 280 I BGB, wenn die zu liefernde Ware infolge eines Verschuldens des *Käufers* untergeht. Im Zusammenhang mit § 280 I S. 2 BGB bedeutet dies, dass klar zwischen der Pflichtverletzung und dem Vertretenmüssen unterschieden werden muss. Liegt eine Pflichtverletzung vor, führt sie nur dann zu einem Schadensersatzanspruch, wenn der *Schuldner* sie zu vertreten hat (vgl. die gesetzliche Verschuldensvermutung mit Beweislastregelung in § 280 I S. 2 BGB). Bei anfänglicher Unmöglichkeit greift zwar auch die Rechtsfolge des § 275 I BGB, jedoch richtet sich die Schadensersatzpflicht nicht nach § 283 BGB, sondern nach § 311a II S. 1 BGB (vgl. auch hier die entsprechende gesetzliche Verschuldensvermutung mit Beweislastregelung in § 311a II S. 2 BGB).

## b. Abgrenzung von § 275 I BGB zu § 275 II, III BGB

Abzugrenzen ist das ipso iure eintretende Freiwerden von der Leistungspflicht wegen wirklicher Unmöglichkeit i.S.d. § 275 I BGB von den Leistungsverweigerungsrechten aus § 275 II und III BGB: Während § 275 II BGB auf die Unzumutbarkeit der Leistungserbringung aufgrund groben Missverhältnisses abstellt und dem Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht trotz an sich gegebener Möglichkeit der Leistung einräumt, berechtigt § 275 III BGB zur Leistungsverweigerung aufgrund von Unzumutbarkeit bei persönlich zu erbringender, ebenfalls an sich möglicher Leistung. In einer Fallbearbeitung sind bei der Anspruchsprüfung § 275 I BGB als Einwendung und § 275 II/III BGB als Einreden zu prüfen (Rn 364 ff.).

380

Die Abgrenzung zwischen der Unmöglichkeit nach § 275 I BGB und den Leistungsverweigerungsrechten aus § 275 II, III BGB ist nicht nur für die richtige Einordnung in den Prüfungsaufbau wichtig (siehe Rn 367), sondern v.a. mit Blick auf die unterschiedlichen Rechtsfolgen. Bei § 275 I BGB erfolgt die Befreiung von der Primärleistungspflicht infolge Unmöglichkeit ipso iure, d.h. eine Leistungserbringung ist kraft Gesetzes ausgeschlossen, da eine unmögliche Leistung nicht erbracht werden kann („impossibilium nulla est obligatio“, siehe Rn 364). Dagegen gewähren § 275 II BGB und § 275 III BGB eine Einrede, weil es dem Schuldner ermöglicht werden soll, die Durchsetzung des Gläubigerrechts (dauerhaft) zu verhindern bzw. sich umgekehrt durch *überobligationsmäßige* Anstrengungen den Anspruch auf die Gegenleistung zu erhalten und sich (dadurch) Sekundäransprüchen des Gläubigers zu entziehen. Unmöglichkeit i.S.d. § 275 I BGB kann folglich nur vorliegen, wenn ausgeschlossen ist, dass der Schuldner seine Leistung noch erbringt, wohingegen § 275 II und III BGB lediglich Leistungsverweigerungsrechte bei an sich möglicher Leistung gewähren.<sup>382</sup> Ob es in den Fällen des § 275 II, III BGB für den Schuldner eine vernünftige Option darstellt, trotz Befreiung von der Leistungspflicht die Leistung zu erbringen, ist seine Entscheidung. Das Motiv des Schuldners dafür, seine Leistung trotz Ausschlusses der Leistungspflicht zu erbringen, könnte darin liegen, dass er sich eine besondere Gegenleistung verdienen oder die Beziehung zu einem wichtigen Kunden nicht gefährden will. Oder er möchte sich ganz einfach nicht den Sekundäransprüchen (Rücktritt, Schadensersatz, vgl. § 275 IV BGB i.V.m. § 326 BGB bzw. §§ 280 ff. BGB) aussetzen (s.o.). Solche besonderen Möglichkeiten sind dem Schuldner gewährt, wenn der Sachverhalt unter § 275 II oder III BGB subsumiert werden kann und es damit der Entscheidung des Schuldners überlassen bleibt, ob er die Leistung verweigert.

## c. Fallgruppen der Unmöglichkeit

Es gibt einige typische Fallkonstellationen, in denen grundsätzlich von einer tatsächlichen Unmöglichkeit i.S.d. § 275 I BGB ausgegangen wird.

381

<sup>382</sup> Im Rahmen der kaufrechtlichen Nacherfüllung stellt auch der Ausschluss der Nacherfüllung gem. § 439 IV BGB eine Einrede des Verkäufers dar. § 439 IV BGB ist insoweit speziell gegenüber § 275 II BGB.

## aa. Naturgesetzliche Unmöglichkeit

**381a** Der klassische Fall der Unmöglichkeit i.S.d. § 275 I BGB liegt vor, wenn die geschuldete Leistung nach **Naturgesetzen** (etwa wegen Zerstörung, Untergang oder völliger Entwertung der geschuldeten Sache vor Gefahrübergang) oder nach dem **Stand von Wissenschaft und Technik** nicht erbracht werden kann.<sup>383</sup>

### Beispiele:

- (1) V und K schließen einen Kaufvertrag über einen gebrauchten Monitor des V. Noch bevor K das Gerät bei V abholen und in Empfang nehmen kann, wird der Monitor aufgrund eines Kurzschlusses zerstört. ⇨ Hier liegt ein Fall der Unmöglichkeit vor. V ist von der Primärleistungspflicht befreit.<sup>384</sup>
- (2) W ist Wahrsagerin. In einer Zeitungsannonce preist sie ihre „übernatürlichen Kräfte“ bei der Vorhersage von menschlichen Schicksalen an und wirbt mit einer hohen Erfolgsbilanz. K begibt sich daraufhin zu W und möchte in Erfahrung bringen, ob er die Anstellung erhält, für die er sich gestern beworben hat. Gegen ein Entgelt von 150 € sagt W ihm unter Zuhilfenahme von Glaskugel und Karten, dass er sich in der kommenden Woche beruflich verändern werde. Als dann aber eine Woche später ein Brief mit der Absage eintrifft, begibt sich K sofort zu W und fordert „sein Geld“ zurück. ⇨ Das Begehren des K könnte als Rücktrittserklärung gelten. Als Anspruchsgrundlage käme § 326 IV i.V.m. § 346 I BGB in Betracht. Voraussetzung wäre u.a. die Unmöglichkeit der Erbringung des geschuldeten Leistungserfolgs. Das kann angenommen werden, wenn man davon ausgeht, dass sich W zu einer unmöglichen Leistung verpflichtete.<sup>385</sup>
- (3) Auch bei einem **unbehebaren Mangel** liegt Unmöglichkeit nach § 275 I BGB vor, etwa in dem Fall, dass der Verkäufer einen wiederhergestellten Unfallwagen als unfallfrei verkauft. Es ist naturgesetzlich unmöglich, aus einem Unfallwagen einen – vertraglich geschuldeten – unfallfreien Wagen zu machen.
- (4) Auch den Fall, dass der geschuldete Gegenstand (oder ein Gegenstand gleicher Art) nicht mehr beschaffbar ist (etwa, weil der Hersteller die Produktion eingestellt hat)<sup>386</sup>, wird man unter diese Fallgruppe subsumieren müssen (siehe dazu Rn 384a).

## bb. Zweckerreichung

Auch Fälle der Zweckerreichung werden von § 275 I BGB erfasst.<sup>387</sup>

**382** Bei der **Zweckerreichung** tritt der geschuldete *Leistungserfolg* zwar ein, dieser wird jedoch *nicht* durch die *Leistungshandlung* des Schuldners herbeigeführt.

Damit kann der Leistungserfolg durch den Schuldner nicht (mehr) erbracht werden, so dass eine Unmöglichkeit der Leistungserbringung vorliegt.

**Beispiel:** K ist mit dem Auto liegen geblieben. Er ruft den Pannendienst. Doch noch bevor dieser eintrifft, läuft der Wagen wieder, weil K in der Zwischenzeit die Störung selbst beseitigen konnte.

<sup>383</sup> BGH NJW 2011, 756 f.; *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 275 Rn 14. Vgl. dazu bereits oben Rn 369 ff.

<sup>384</sup> Sollte sich aufgrund der – ggf. nach §§ 133, 157 BGB zu ermittelnden – Parteivereinbarung ergeben, dass – trotz Stückkaufs – ein Anspruch auf Nacherfüllung (§ 439 I Var. 2 BGB) besteht (was etwa nach BGHZ 168, 64, 72 ff., BGH NJW 2008, 1579 ff., *Weidenkaff*, in: *Grüneberg*, § 439 Rn 15, *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 275 Rn 14, *Lorenz*, in: *MüKo*, Vorb 17 vor § 474, *Gsell*, JuS 2007, 97 ff., *Roth*, NJW 2006, 2953 ff., *Kitz*, ZGS 2006, 419 ff. anzunehmen ist, wenn der Verkäufer über eine Mehrzahl gleichartiger und gleichwertiger Geräte verfügt und es dem Käufer nicht ausschließlich auf das individualisierte Gerät ankommt), liegt kein Fall des § 275 I BGB vor. Vgl. dazu Rn 105/371 ff.

<sup>385</sup> Vgl. BGH NJW 2011, 756, 757 (Kartenlegen als unmögliche Leistung) – dazu *Bartels*, ZGS 2011, 355; *Schermaier*, JZ 2011, 633; *Winkel*, ZGS 2011, 218; *Timme*, MDR 2011, 397.

<sup>386</sup> Siehe den Sachverhalt BGH WM 2019, 424.

<sup>387</sup> BGH NJW 2010, 1282, 1283; *Ernst*, in: *MüKo*, § 275 Rn 152; *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 275 Rn 18. Vgl. grundlegend *Beuthien*, *Zweckerreichung und Zweckstörung*, 1969.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Kann der Leistungserfolg wegen Zweckerreichung vom Schuldner nicht mehr herbeigeführt werden, wird er gem. § 275 I BGB von seiner Leistungspflicht frei. Für die Gegenleistung gilt § 326 BGB. Hat der Gläubiger die Zweckerreichung zu vertreten oder ist er dafür weit überwiegend verantwortlich (§ 326 II BGB), behält der Schuldner seinen Anspruch auf die Gegenleistung. Sind die Voraussetzungen des § 326 II BGB nicht gegeben, kann dem Schuldner analog § 645 BGB ein Anspruch auf Teilvergütung zustehen.

### cc. Zweckfortfall

Unmöglichkeit i.S.d. § 275 I BGB tritt auch ein, wenn sich der herbeizuführende Erfolg auf ein bestimmtes Leistungssubstrat bezieht (sich also auf eine bestimmte Basis bezieht oder von einer bestimmten Prämisse ausgeht) und dieses wegfällt oder untauglich ist. Gleiches gilt, wenn die Ursache der Unmöglichkeit der Erfolgsherbeiführung in der Person des Gläubigers liegt (Fälle des **Zweckfortfalls**).<sup>388</sup>

383

#### Beispiele:

- (1) Der Gesundheitszustand der Großmutter G hat sich plötzlich extrem verschlechtert. Enkel E ruft den Rettungsdienst. Bei dessen Eintreffen lebt G allerdings nicht mehr. ⇒ Hier ist eine Leistungserbringung (Rettung; Behandlung) unmöglich.
- (2) K ist mit dem Auto liegen geblieben. Er ruft den Pannendienst. Doch noch bevor dieser eintrifft, ist der Wagen abgebrannt. ⇒ Auch hier ist eine Leistungserbringung (Pannenhilfe) unmöglich.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Steht die Unmöglichkeit mit der Folge des Freiwerdens von der Primärleistungspflicht fest, knüpft – bei synallagmatischen Verträgen – daran sofort die Frage nach dem Schicksal der Gegenleistungspflicht an, also die Frage, ob der andere Teil die Gegenleistung (Kaufpreiszahlung, Entrichtung der Vergütung etc.) noch erbringen muss. Maßgeblich ist § 326 BGB. Nach § 326 I S. 1 BGB entfällt bei Entfallen der Primärleistungspflicht auch die Pflicht des anderen Teils zur Erbringung der Gegenleistung. Allerdings bleibt unter den Voraussetzungen des § 326 II und III BGB die Gegenleistungspflicht bestehen, siehe Rn 403 ff.

### dd. I.d.R. kein Fall des § 275 I BGB: Zweckstörung

Dagegen ist im Fall der Zweckstörung (auch: Störung des Verwendungszwecks<sup>389</sup>) die Herbeiführung des Leistungserfolgs regelmäßig nicht unmöglich i.S.d. § 275 I BGB.

384

Eine **Zweckstörung** liegt vor, wenn der Gläubiger an der Leistung durch den Schuldner kein Interesse mehr hat, weil ein bestimmtes Ereignis nicht oder anders als erwartet eingetreten ist.

384a

Die Fallgruppe der Zweckstörung geht davon aus, dass der Schuldner die Leistung grundsätzlich noch erbringen kann und damit kein Fall der Unmöglichkeit i.S.d. § 275 I BGB vorliegt. Solche Fälle werden über die Grundsätze der Störung/des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB gelöst.<sup>390</sup>

384b

**Beispiel:** A hat bei Busunternehmer B für seinen Fußballfanclub einen Bus zur Fahrt zum Endspiel der UEFA Champions League gechartert. Die Gruppe ging fest davon aus, dass „ihre“ Mannschaft um den Titel spielen würde. Jedoch schied diese bereits zuvor aus, sodass der Fanclub kein Interesse mehr an der Personenbeförderung hat. ⇒ Da in diesem Fall der Leistungserfolg des Chartervertrags (Personenbeförderung zum Spielort) von B

<sup>388</sup> Grüneberg, in: Grüneberg, § 275 Rn 19.

<sup>389</sup> Grüneberg, in: Grüneberg, § 275 Rn 20.

<sup>390</sup> Siehe dazu Rn 820 ff.

durchaus erbracht werden kann, liegt kein Fall der Unmöglichkeit vor. Der Wegfall des Interesses des Fanclubs ändert daran nichts.

- 384c** Ausnahmsweise kann jedoch ein Fall der absoluten Unmöglichkeit gem. § 275 I BGB vorliegen, wenn die Vertragsparteien den mit der Leistung verfolgten Zweck zum Inhalt des geschuldeten Leistungserfolgs gemacht haben. Durch das Eintreten des Ereignisses kann der mit der Leistungshandlung bezweckte Erfolg dann nicht mehr erreicht werden. Der Schuldner kann also genau diese vertraglich vereinbarte Leistung nicht mehr erbringen, sodass ausnahmsweise auch bei einer Zweckstörung ein Fall der absoluten Unmöglichkeit i.S.d. § 275 I BGB vorliegen kann.

**Beispiel:** Hätte A des obigen Beispiels mit B ausdrücklich vereinbart, dass die Gruppe kein Interesse an der Fahrt habe, falls „ihre“ Mannschaft nicht ins Endspiel komme, wäre es für B zwar ebenfalls möglich gewesen, den Fanclub zu genau dem vereinbarten Termin zum Spielort zu befördern. Da aber der Zweck der Busfahrt zum Vertragsinhalt wurde, kann eine solche Fahrt diesen Zweck nicht mehr erfüllen. Ein Fall des § 275 I BGB liegt damit ausnahmsweise vor.

### ee. Ausschluss der Nachbeschaffung

- 384d** Ist der geschuldete Gegenstand (oder ein Gegenstand gleicher Art) nicht mehr beschaffbar (etwa, weil der Hersteller die Produktion eingestellt hat), wird man wiederum von einer Unmöglichkeit i.S.v. § 275 I BGB ausgehen müssen.

**Beispiel**<sup>391</sup>: K kaufte im Autohaus des V einen Neuwagen, der mit einem Dieselmotor ausgestattet ist. Das Fahrzeug ist mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehen, die den Stickoxidausstoß auf dem Prüfstand gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduziert. Mitarbeiter des Herstellers hatten eine Steuerungssoftware eingesetzt, die zwei unterschiedliche Betriebsmodi zur Steuerung der Abgasrückführung kannte. In Modus 1 kam es zu einem geringeren Ausstoß von Stickoxiden als in Modus 0. Der Modus 1 war allerdings nur beim Durchfahren des Testzyklus aktiv. Im normalen Straßenverkehr wurde der in den betreffenden Fahrzeugen verbaute Motor nur im Modus 0 betrieben. In diesem Modus wurden die maximal zulässigen Grenzwerte für den Schadstoffausstoß um ein Vielfaches überschritten.

K begehrte daraufhin von V gem. § 439 I Var. 2 BGB Ersatzlieferung eines mangelfreien Neufahrzeugs. V wendete ein, dies sei unmöglich (§ 275 I BGB), weil K ein Fahrzeug der ersten Generation der betreffenden Serie erworben habe, diese aber nicht mehr hergestellt werde und ein solches Modell auch nicht mehr beschafft werden könne.

Hier liegt unter Zugrundelegung der BGH-Rechtsprechung gem. § 434 III S. 1 Nr. 1 BGB ein Sachmangel vor, weil die Gefahr einer Betriebsuntersagung durch die für die Zulassung zum Straßenverkehr zuständige Behörde besteht und es damit an der Eignung der Sache für die gewöhnliche Verwendung (Nutzung im Straßenverkehr) fehlt.<sup>392</sup> Jedenfalls aber ist ein Sachmangel darin zu sehen, dass Leistungsverlust und Mehrverbrauch nicht ausgeschlossen werden können.<sup>393</sup>

Die Rechte des Käufers bei Vorliegen eines Sachmangels richten sich primär nach § 439 I BGB. Geht man davon aus, dass infolge der Möglichkeit des Leistungsverlusts und des Mehrverbrauchs eine Nachbesserung in Form des Aufspielens eines Software-Updates nicht die gewünschte Abhilfe schafft, kommt im Rahmen des Nacherfüllungsanspruchs in der Tat nur die Nachlieferung in Betracht. Diese aber könnte wegen § 275 I BGB ausgeschlossen sein, weil Fahrzeuge der ersten Generation der betreffenden Serie nicht mehr

<sup>391</sup> Nach BGH NJW 2019, 1133.

<sup>392</sup> BGH NJW 2019, 1133; BGH NJW 2020, 2796; BGH NJW 2021, 2958 – jeweils zu § 434 I S. 2 Nr. 2 BGB a.F. (Nichteignung zur gewöhnlichen Verwendung und Fehlen der Beschaffenheit, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann).

<sup>393</sup> Richtig LG Erfurt 18.1.2019 – 9 O 490/18.

hergestellt werden. Der BGH ist der Annahme von § 275 I BGB jedoch entgegengetreten. Im Hinblick auf den Inhalt der vom Verkäufer vertraglich übernommenen Beschaffungspflicht dürfte ein mit einem nachträglichen Modellwechsel einhergehender mehr oder weniger großer Änderungsumfang für die Interessenlage des Verkäufers in der Regel ohne Belang sein. Vielmehr dürfte es – nicht anders, als sei das betreffende Modell noch lieferbar – im Wesentlichen auf die Höhe der Ersatzbeschaffungskosten ankommen. Dies führe jedoch nicht zur Unmöglichkeit der Leistung gemäß § 275 I BGB.

Diese Ansicht überzeugt schon deshalb nicht, weil die Beschaffung eines anderen Neufahrzeugs des betreffenden Modells wegen Produktionseinstellung schlicht unmöglich ist; Neufahrzeuge, die später nach einem Modellwechsel auf den Markt kommen, sind regelmäßig nicht Gegenstand des Schuldverhältnisses.<sup>394</sup> Bei § 275 I BGB auf die Interessenlage des Verkäufers oder die Höhe der Ersatzbeschaffungskosten abzustellen, ist problematisch und entspricht weder dem Wortlaut noch der Ratio des § 275 I BGB. Und wenn man schon auf die Interessenlage des Verkäufers abstellt, dann müsste dies umgekehrt wirken, also zugunsten des Verkäufers müsste man eine Leistungsbefreiung annehmen.

Richtigerweise ist V bereits nach § 275 I BGB von der Leistungspflicht befreit. Auf die Möglichkeit der Leistungsverweigerung wegen unverhältnismäßiger Kosten – worauf der BGH aber hinweist – nach § 439 IV BGB kann es daher nicht mehr ankommen.

#### d. Unmöglichkeit bei Gattungsschulden

Eine Gattungsschuld ist die Schuld eines nicht nach individuellen, sondern nur nach gattungsmäßigen Merkmalen bestimmten Gegenstands, § 243 I BGB. Dabei kann sich nach der Parteivereinbarung die Schuld auf alle existierenden Gegenstände dieser Gattung beziehen oder auch nur auf einen bestimmten Vorrat oder die in einer bestimmten Fabrik produzierte Ware (Vorratsschuld).

384e

Objektive Unmöglichkeit i.S.d. § 275 I BGB liegt bei **Gattungsschulden** vor, wenn die ganze Gattung untergeht oder den gleichen unbehebbareren Mangel aufweist. Auch kann objektive Unmöglichkeit gegeben sein, wenn sich die Gattungsschuld durch **Konkretisierung** gem. § 243 II BGB oder § 300 II BGB auf bestimmte Stücke beschränkt hat und diese Stücke untergehen (str.<sup>395</sup>).

385

Nach den Regeln des allgemeinen Schuldrechts beschränkt sich durch die Konkretisierung die Leistungsgefahr i.d.R. auf den vom Schuldner ausgewählten Gegenstand, so dass dessen Untergehen i.d.R. eine Unmöglichkeit i.S.d. § 275 I BGB darstellt (zur Konkretisierung vgl. Rn 97 ff.). Spätestens aber mit Untergang der gesamten Gattung tritt Unmöglichkeit ein.

386

##### Beispiele:

- (1) K kauft von V 12 Flaschen Bourgogne Pinot Noir AOC Jahrgang 2018. Später stellt sich heraus, dass in der Weinkellerei sämtliche Flaschen dieses Weins mit einem falschen Korken versehen waren und der Wein deswegen ungenießbar geworden ist. ⇒ Damit ist die ganze Gattung untergegangen und es liegt absolute Unmöglichkeit i.S.d. § 275 I BGB vor, weil kein erfüllungstauglicher Gegenstand mehr existiert.
- (2) K kauft von V 10 Kisten Macon Villages blanc AOC Jahrgang 2020, wobei die Parteien vereinbaren, dass die Leistung aus dem vorhandenen Lagerbestand des V erbracht werden soll (Vorratsschuld). ⇒ Brennt das Lager ab, sind zwar grundsätzlich noch Weißweinkisten bei anderen Händlern vorhanden. Da sich die Schuld aber auf den Bestand des V beschränkte, ist die Erbringung des vereinbarten Leistungserfolgs nach den Regeln des allgemeinen Schuldrechts nicht mehr möglich.

<sup>394</sup> Richtig etwa OLG Bamberg DAR 2018, 143; OLG Nürnberg 15.12.2011 – 13 U 1161/11; LG Heidelberg 30.6.2017 – 3 O 6/17.

<sup>395</sup> Siehe dazu Rn 105/371 ff.

- (3) K kauft bei V 10 Kisten Champagner „Marcel Pierre“. V soll diese Kisten bei K vorbeibringen. An dem vereinbarten Wochentag trifft der Fahrer von V jedoch niemanden bei K an. Auf dem Heimweg hat der Fahrer einen Unfall, wodurch alle Flaschen zerstört werden. ⇒ Da V und K eine Bringschuld vereinbart hatten, musste V die Ware am vereinbarten Ort in einer den Annahmeverzug begründenden Weise tatsächlich anbieten (§ 294 BGB). Da dies geschehen ist, hat V i.S.d. § 243 II BGB alles zur Leistung Erforderliche getan. Damit hat sich die Gattungsschuld auf die im Lieferwagen befindlichen Flaschen konkretisiert. Mit der Konkretisierung geht die Leistungsgefahr auf den Gläubiger über, d.h. der Gläubiger kann keine andere erfüllungstaugliche Sache aus der Gattung beanspruchen.

Hinweis: Die Konkretisierung hat nicht nur Auswirkungen auf die Leistungsgefahr. Auch trägt der Gläubiger die Gegenleistungsgefahr, d.h. die Gefahr, trotz Ausschlusses der Leistungspflicht des Schuldners die Gegenleistung erbringen zu müssen (§ 326 I S. 1, II S. 1 Var. 2 BGB). Jedoch behält der Schuldner nicht losgelöst von Verschuldensprinzipien seinen Anspruch auf Gegenleistung. Hat er den Untergang bzw. die Verschlechterung der Leistung vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht, geht der Anspruch auf Erbringung der Gegenleistung unter. Das ergibt sich aus der in § 300 I BGB zum Ausdruck kommenden Haftungsprivilegierung. Zwar bezieht sich die Vorschrift nach h.M. lediglich auf den Leistungsgegenstand<sup>396</sup>, d.h. auf die Haftung wegen des Freiwerdens von der Leistungserbringung mit der Folge, dass der Schuldner nicht für den zufälligen oder lediglich einfach fahrlässig verursachten Untergang oder die derart zustande gekommene Verschlechterung (Beschädigung) des Leistungsgegenstands haftet. Jedoch bezieht sich die Vorschrift auch auf den Haftungsmaßstab bei der Frage nach dem Schicksal der Gegenleistungspflicht: Hat der Schuldner während des Annahmeverzugs gem. § 300 I BGB den zum Ausschluss der Leistungspflicht führenden Umstand weder vorsätzlich noch grob fahrlässig verursacht, bleibt gem. § 326 II S. 1 Var. 2 BGB sein Anspruch auf die Gegenleistung erhalten. Damit gilt also: Das Leistungshindernis, aufgrund dessen der Schuldner von seiner Leistung nach § 275 I-III BGB frei wird, muss während des Annahmeverzugs des Gläubigers eingetreten sein und der Schuldner (bzw. dessen Erfüllungsgehilfe, § 278 BGB) darf den zur Leistungsbefreiung führenden Umstand weder vorsätzlich noch grob fahrlässig verursacht haben.

Basierte die Zerstörung der K in Annahmeverzug begründender Weise angebotenen Weinflaschen also auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Angestellten des V (§§ 300 I, 278 BGB), wäre K von seiner Gegenleistungspflicht befreit. Dann auch scheiterte wegen § 300 I BGB ein prinzipiell denkbarer Schadensersatz K gegen V wegen Nichterfüllung (§§ 280, 283-285, 311a BGB, die über § 275 IV BGB zur Anwendung gelangen).

- 386a** Unabhängig von der höchst problematischen Frage, ob trotz Stückschuld oder konkretisierter Gattungsschuld bei Untergang der Sache ein Nacherfüllungsanspruch besteht und zur Verneinung einer leistungsbefreienden Unmöglichkeit führt, gilt: Ist die Leistung aus der Gattung noch möglich, ohne dass eine Konkretisierung vorliegt oder eine Vorratschuld vereinbart war, muss der Schuldner grundsätzlich versuchen, einen Gegenstand aus dieser Gattung von der Ware auf dem Markt zu beschaffen. Erst wenn der hierfür erforderliche Aufwand des Schuldners in einem *groben* Missverhältnis zum Leistungsinteresse des Gläubigers i.S.d. § 275 II BGB steht, wird der Schuldner von seiner Primärpflicht frei.<sup>397</sup> Begründen hingegen unerwartete Leistungerschwerungen ein *krasses* Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung – *ohne* dass ein *grobes* Missverhältnis von Leistungsinteresse und Schuldneraufwand i.S.d. § 275 II BGB erreicht wird –, kann der Vertrag nach § 313 BGB angepasst werden.<sup>398</sup>

<sup>396</sup> BGH NJW 2010, 2426, 2429. Aus der Lit. etwa *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 300 Rn 2.

<sup>397</sup> Zum Vorliegen eines „groben Missverhältnisses“ siehe Rn 396 ff.

<sup>398</sup> Siehe zum Verhältnis von § 275 II BGB zu § 313 BGB Rn 794 f.

### e. Unmöglichkeit bei Geldschulden?

Eine **Geldschuld** liegt vor, wenn die Verbindlichkeit auf einen durch den Nennbetrag der Schuld ausgedrückten Wert einer Geldsumme gerichtet ist. Die Geldschuld ist keine Sachschuld, sondern eine Wertverschaffungsschuld (Rn 111). Damit stellt sie auch keine Gattungsschuld dar. Leistungsgegenstand bei der Geldschuld ist vielmehr die unkörperliche Vermögensmacht.

387

Gegenüber einem Geldanspruch kann sich der Schuldner grundsätzlich *nicht* auf § 275 I BGB berufen, da er unabhängig von einem Verschulden für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen hat („**Geld hat man zu haben**“).<sup>399</sup>

Die grundsätzliche Verneinung der Anwendbarkeit des § 275 BGB auf Geldschulden wird damit begründet, dass die Regeln über die Unmöglichkeit auf Sachschulden zugeschnitten seien. Kann der Schuldner nicht leisten, ändert dies also nichts an dem Fortbestand seiner Zahlungspflicht. Gegebenenfalls richtet sich das weitere Verfahren nach dem Zwangsvollstreckungsrecht der §§ 802a ff. ZPO oder nach der Insolvenzordnung (InsO). Eine Besonderheit gilt, wenn die Leistung auf individuelle oder der Sorte nach bestimmte Geldstücke gerichtet ist. Dann liegt eine **Stück- bzw. Gattungsschuld (Münzsortenschuld)** und *keine Geldschuld* im technischen Sinn vor. Es gelten in einem solchen Fall die beschriebenen allgemeinen Grundsätze zur Stück- und Gattungsschuld. Darüber hinaus kann § 275 I BGB ausnahmsweise auch bei Geldschulden Anwendung finden, wenn sich die Leistungspflicht des Schuldners wegen **Annahmeverzugs** des Gläubigers auf den erfolglos angebotenen Geldbetrag beschränkt, **§ 300 II BGB analog**.

388

**Beispiel:** B schuldet U 500 € aus einem Werkvertrag. Sie vereinbaren, dass B am 1.10. das Geld um 10.00 Uhr bei U zu Hause vorbeibringt. B klingelt bei U vergeblich. Auf dem Rückweg wird er überfallen und ausgeraubt. U verlangt nach wie vor Zahlung des Geldes. Zu Recht?

Der Anspruch ist zunächst gem. § 631 I BGB entstanden. Fraglich ist, ob er gem. **§ 275 I BGB** wieder untergegangen ist. Dies könnte ausnahmsweise der Fall sein, wenn sich die Schuld des B auf die geraubten 500 € beschränkt hätte.

Zunächst könnte man erwägen, dass die Geldschuld gem. § 243 II BGB konkretisiert wurde, als B das Geld wie vereinbart U anbieten wollte. Allerdings ist § 243 II BGB eine Norm für Gattungsschulden, die auf Geldschulden nach h.M. keine Anwendung findet. Denn es liegt keine Sachschuld vor, sondern eine **Geldsummenschuld**. Die Geldschuld stellt also keine Gattungsschuld, sondern eine *Schuld eigener Art* dar.

Man könnte allerdings erwägen, § 243 II BGB analog anzuwenden. Dagegen spricht aber, dass § 270 I BGB eine besondere Gefahrtragungsregelung für Geldschulden darstellt. Danach ist die Geldschuld eine Bringschuld mit der Folge, dass der Schuldner die Verlust- und Verzögerungsgefahr zu tragen hat (siehe Rn 111). Diese Wertung wäre unterlaufen, wendete man § 243 II BGB analog an.

Allerdings befand sich U gem. §§ 293 ff. BGB im Annahmeverzug, sodass die Verlustgefahr (= Leistungsgefahr) gem. **§ 300 II BGB** auf ihn übergegangen sein könnte. Eine direkte Anwendung scheidet aber aus, weil sich die Vorschrift ausdrücklich auf Gattungsschulden bezieht. Einer Analogie steht nach h.M. jedoch nichts entgegen. Unter entsprechender Anwendung des § 300 II BGB hatte sich die Schuld des B damit auf den mitgeführten Geldbetrag beschränkt und die Leistungserbringung ist durch den Raub i.S.d. § 275 I BGB unmöglich geworden.

Ferner kann § 275 I BGB ausnahmsweise auch bei Geldschulden Anwendung finden, wenn die Geldschuld als absolutes **Fixgeschäft** (Rn 469) vereinbart wurde.

<sup>399</sup> RGZ 106, 177, 181; BGHZ 83, 293, 300; BGH NJW 2015, 1296, 1297; *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 275 Rn 3.

**Beispiel:** A und B vereinbaren, dass die Geldschuld des A zu einem festen Termin bei B eingehen soll und dass B berechtigt sein soll, vom Vertrag zurückzutreten für den Fall, dass die Zahlung des A nicht pünktlich erfolgt.

In diesem Fall tritt Unmöglichkeit ein mit der Folge, dass die Leistungspflicht des A entfällt. Er ist aber B zum Schadensersatz verpflichtet (§§ 275 IV, 283, 280 I, III BGB).

## f. Teilunmöglichkeit

**389** § 275 I BGB befreit den Schuldner nur, *soweit* die Leistung unmöglich ist. Wird dem Schuldner also die Leistung nur teilweise unmöglich, wird er nur hinsichtlich des unmöglich gewordenen Teils befreit und muss im Übrigen grundsätzlich weiter leisten.

**389a** Eine **Teilunmöglichkeit** liegt vor, wenn die Leistung im natürlichen und rechtlichen Sinn teilbar und wenn ein abteilbarer Teil der Leistung i.S.d. § 275 BGB unmöglich geworden ist. Teilbar ist eine Leistung, wenn sie ohne Wertminderung und ohne Beeinträchtigung des Leistungszwecks in Teilleistungen zerlegt werden kann.<sup>400</sup>

So ist die Leistung teilbar, wenn der noch möglichen und zumutbaren Teilleistung ein Teil der Gegenleistung in sinnvoller Weise zugeordnet werden kann.

**Beispiel:** Müller V verkauft K 10 Sack Sommerweizen, wobei die Parteien vereinbaren, dass K die Säcke bei V abholt. Einen Tag nach dem vereinbarten Abholtermin wird das Lager des V durch „sintflutartige“ Regenfälle durchnässt, wobei der Weizen in 3 der für K bereitgestellten Säcke feucht wird und zu schimmeln beginnt.

Hier handelt es sich um eine konkretisierte Gattungsschuld nach § 243 II BGB, die wie eine Stückschuld behandelt wird. Es ist also ohne Bedeutung, ob V noch weitere Säcke mit diesem Weizen liefern könnte. Haben V und K vereinbart, dass ein Sack jeweils 50 € zur Gegenleistung haben soll, ist der noch möglichen Teilleistung ein genauer Teil der Gegenleistung, nämlich 350 € (7 x 50 €), zuzuordnen.

**390** Grundsätzlich kann man bei Teilunmöglichkeit zwischen der *qualitativen* und der *quantitativen* Unmöglichkeit differenzieren. **Qualitative** Teilunmöglichkeit ist z.B. gegeben, wenn bei einem Stückkauf die Sache mit einem unbehebbaeren Mangel behaftet ist.

**Beispiel:** V verkauft K ein antiquarisches Buch. Am Abend bevor K das Buch bei V abholen will, vergisst V, das Fenster im Lager zu schließen. Durch ein nächtliches Unwetter werden viele der Bücher im Lager des V – u.a. auch das an K verkaufte Buch – durchnässt. Das Buch ist danach nicht wieder in den Zustand zu bringen, den es bei Kaufvertragsschluss hatte.

Da es sich um einen Stückkauf handelt, liegt qualitative Teilunmöglichkeit vor. V wird also nach § 275 I BGB von seiner Verpflichtung zur Lieferung einer mangelfreien Sache und zur Nacherfüllung (§ 439 I BGB) frei.

**391** **Quantitative** Teilunmöglichkeit liegt vor, wenn der Schuldner von zwei vertraglich vereinbarten Stückschulden nur eine von beiden erfüllen kann, weil die andere zerstört ist.

**Beispiel:** K bestellt bei V einen Besteckkasten mit 24 Messern, Gabeln und Löffeln, die alle dasselbe Muster haben. Kurz vor der Lieferung erhält K von V Bescheid, dass wegen einer defekten Fabrikationsmaschine diese Art der Besteckmuster nicht mehr fabrizierbar sei. K kann aber 6 Gabeln, 8 Messer und 4 Löffel mit diesem Muster von V bekommen. ⇒ Hinsichtlich der unmöglichen Leistung ist V von seiner Leistungspflicht befreit.

**392** In Ausnahmefällen kann die **Teilunmöglichkeit** der **vollständigen Unmöglichkeit gleichstehen**, wenn die erbringbare Leistung nicht mehr i.R. des Schuldverhältnisses

<sup>400</sup> Vgl. BGHZ 116, 337 ff.; *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 275 Rn 7.

liegt und wirtschaftlich etwas anderes bedeutet als die vollständige Leistung. Eine Teilunmöglichkeit scheidet also aus, wenn der Leistungsgegenstand technisch oder nach dem Willen der Parteien unteilbar ist, sodass bei Ausfall eines Teils vollständige Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen ist. Liegt die erbringbare Leistung dagegen noch im Rahmen des Schuldverhältnisses, bleibt lediglich fraglich, ob der Gläubiger den noch möglichen Teil ablehnen kann. Dies richtet sich nach §§ 281 I S. 2, 3, 311a II S. 3, 323 V BGB. Vgl. auch Rn 440 ff.

### g. Vorübergehende (bzw. einstweilige) Unmöglichkeit

Der Wortlaut des § 275 I BGB geht ganz offenbar von einem dauerhaften Leistungshindernis aus; insbesondere das Wort „soweit“ in § 275 I BGB weist (lediglich) auf eine Teilunmöglichkeit hin, nicht aber auf eine einstweilige Unmöglichkeit. Dennoch stellt sich die Frage, ob unter bestimmten Voraussetzungen auch die vorübergehende (bzw. einstweilige) Unmöglichkeit von der Regelung erfasst ist.

393

Eine **vorübergehende (einstweilige) Unmöglichkeit** ist gegeben, wenn im Moment der Geltendmachung des Leistungsanspruchs ein Leistungshindernis besteht, jedoch die Möglichkeit besteht, dass dieses später wieder wegfällt.

Wie erwähnt, geht der Wortlaut des § 275 I BGB von einer dauerhaften Unmöglichkeit aus.<sup>401</sup> Ist die Leistung dem Schuldner zeitweilig unmöglich, führt das i.d.R. nur dazu, dass der Schuldner für die Zeit der Unmöglichkeit, aber auch *nur so lange*, von seiner Leistungspflicht befreit wird.<sup>402</sup> Die zeitweilige Unmöglichkeit ist vom Schuldner demnach als rechtshemmende Einwendung geltend zu machen und es gelten für die betreffende Zeit die auch sonst geltenden Rechte des Gläubigers. So ist während der Zeit des Leistungshindernisses der Gläubiger wegen § 326 I S. 1 BGB selbstverständlich von der Gegenleistungspflicht befreit. Darüber hinaus kann er vom Vertrag zurücktreten (§ 326 I, II Nr. 2 oder 3 BGB). Ferner besteht ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, II, 286 BGB, sofern der Schuldner das Hindernis zu vertreten hat.<sup>403</sup> Nach Beseitigung des Leistungshindernisses lebt seine (einstweilen gehemmte) Leistungspflicht grundsätzlich wieder auf<sup>404</sup> mit der Folge, dass auch der Gläubiger sodann wieder zur Erbringung der Gegenleistung verpflichtet ist und auch insoweit nicht mehr vom Vertrag zurücktreten kann.

Offenbar in teleologischer Auslegung, mittels derer der Zweck (die Ratio) der Norm ermittelt wird, ist nach dem BGH ein zeitweiliges Leistungshindernis jedoch **einem dauernden gleichzusetzen**, „wenn durch das Hindernis die Erreichung des Vertragszwecks in Frage gestellt ist und der einen oder anderen Partei bei billiger Abwägung der beiderseitigen Belange nicht mehr zugemutet werden könnte, die Leistung dann noch zu fordern oder zu erbringen“<sup>405</sup>. In zeitlicher Hinsicht ist bei der Beurteilung der Frage, ob ein Leistungshindernis zu einer dauernden oder nur vorübergehenden Unmöglichkeit führt, auf den Zeitpunkt des Eintritts des Hindernisses abzustellen.<sup>406</sup> Entscheidend ist danach also, ob bei der Sachlage, wie sie sich unmittelbar nach Eintritt des Leistungshindernisses darstellt, den Parteien ein abwartendes Festhalten am Vertrag zuzumuten ist oder nicht.

**Beispiel:** A verkauft B eine Maschine, für deren Bau er Teile aus Nordkorea herbeischaffen muss. Wegen der politischen Verhältnisse in Nordkorea sowie des Handelsembargos

<sup>401</sup> Siehe auch BGH NJW 2007, 3777, 3778 f.

<sup>402</sup> *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 275 Rn 10.

<sup>403</sup> Vgl. *Stadler*, in: *Jauernig*, § 286 Rn 7; *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 275 Rn 10 m.w.Nachw.

<sup>404</sup> BGH WM 2013, 533, 534.

<sup>405</sup> BGH NJW 2007, 3777, 3779 mit Verweis u.a. auf BGHZ 47, 48, 50; 83, 197, 200.

<sup>406</sup> BGH NJW 2007, 3777, 3779 mit Verweis u.a. auf BGHZ 83, 197, 200.

ist ungewiss, ob und wann A die Teile erhält. ⇨ Hier erscheint es für B unzumutbar, auf eine Verbesserung der Situation zu hoffen. Anerkennt man also die Gleichsetzung der einstweiligen Unmöglichkeit mit der dauerhaften, ist vorliegend von einer dauernden Unmöglichkeit auszugehen. Allerdings könnte B auch wegen § 323 I, II Nr. 2 bzw. 3 BGB sofort vom Vertrag zurücktreten und wegen § 280 I BGB (bzw. wegen §§ 280 I, II, 286 BGB) Schadensersatz geltend machen, weshalb – aus Sicht des B – keine Notwendigkeit besteht, das Unmöglichkeitsrecht anzuwenden. Auch der sogleich behandelte Fall der Veräußerung eines gestohlenen Kfz gehört hierher.

Stellungnahme: Für die Gleichsetzung der einstweiligen mit der dauerhaften Unmöglichkeit besteht keine Rechtfertigung. Weder der Wortlaut des § 275 I BGB noch die Ratio des Unmöglichkeitsrechts erzwingen die Gleichsetzung. Besteht eine einstweilige Unmöglichkeit, ist der Gläubiger während der Zeit der Leistungsbefreiung des Schuldners nicht nur (einstweilen) von seiner Gegenleistungspflicht befreit (§ 326 I S. 1 BGB), sondern er kann auch vom Vertrag zurücktreten, ohne dass es einer Fristsetzung bedarf (vgl. § 326 V BGB). Der sofortige Rücktritt bringt ebenfalls die gegenseitigen Hauptpflichten zu Fall. Und selbst wenn man den Weg über § 326 V BGB nicht beschreiten möchte, ist die Fristsetzung nach § 323 II Nr. 3 BGB entbehrlich, da hier die gleichen Zumutbarkeitserwägungen bestehen, wie der BGH sie zur Begründung der Gleichsetzung der einstweiligen mit der dauerhaften Unmöglichkeit anführt. Von daher besteht noch nicht einmal ein praktisches Bedürfnis für eine Gleichsetzung der einstweiligen mit der dauerhaften Unmöglichkeit. Schadensersatz ist ohnehin bei beiden Wegen möglich.

**Beispiel:** K kaufte von V einen Gebrauchtwagen. Dieser war aber zuvor dem O gestohlen worden. Die von V vorgelegte Zulassungsbescheinigung II (der Kfz-Brief), die an sich den gutgläubigen Eigentumserwerb (§§ 929 S. 1, 932 BGB) absichert, war gefälscht, was möglich war, weil bei der Bundesdruckerei etliche Blanko-Zulassungsbescheinigungen gestohlen worden waren. Das alles war für K jedoch nicht erkennbar. Gleichwohl ist wegen § 935 I BGB ein gutgläubiger Erwerb ausgeschlossen.

Einige Wochen nach der Übergabe wird der Wagen bei K von der Polizei beschlagnahmt und O zurückgegeben. Auch kann V ermittelt werden. Es bleibt aber unklar, ob V etwas mit den kriminellen Machenschaften zu tun hat. Jedenfalls verlangt K von V den Kaufpreis zurück.

Lösung: Zwar ist an eine Rückzahlungspflicht gem. § 812 I BGB zu denken, wenn eine Anfechtung (wegen arglistiger Täuschung) erklärt wurde. Jedoch ist gerade unklar, ob V etwas mit den kriminellen Machenschaften zu tun oder von ihnen Kenntnis hatte. Insofern bietet sich ein Rücktritt vom Vertrag an, da die hierbei in Betracht kommende Rechtsgrundlage Kenntnis oder Kennenmüssen bei V nicht voraussetzt.

Rechtsgrundlage ist daher § 437 Nr. 2 Var. 1 BGB i.V.m. §§ 323 oder 326 V BGB. Denn vorliegend ist das Gewährleistungsrecht (und damit § 437 BGB) wegen erfolgter Übergabe (§ 446 S. 1 BGB) anwendbar. Eine wirksame Übereignung ist für die Anwendbarkeit des Gewährleistungsrechts nicht erforderlich. Jedenfalls bietet wegen des Verweises in § 437 Nr. 2 BGB auf die Rücktrittsvorschriften des allgemeinen Schuldrechts ein Recht zur Rückforderung von Leistungen nach ausgeübtem Rücktrittsrecht § 346 I bzw. II BGB.

So könnte K gem. § 346 I BGB Rückzahlung des Geldwertes des Kaufpreises verlangen. Der dafür erforderliche Rücktrittsgrund ergibt sich entweder aus § 326 V BGB oder alternativ aus § 323 I BGB, abhängig davon, ob ein Fall der (endgültigen) Unmöglichkeit i.S.d. § 275 I BGB vorliegt. Läge ein Fall der (dauerhaften) Unmöglichkeit vor, griffe § 326 V BGB (i.V.m. § 323 I BGB) unter Entbehrlichkeit der Fristsetzung mit der Folge, dass ein Rückgewährschuldverhältnis kraft Gesetzes (also auch ohne Rücktrittserklärung) entstünde. Nimmt man demgegenüber keine Unmöglichkeit an, bleibt § 323 I BGB mit dem grundsätzlichen Erfordernis einer Fristsetzung, wobei vorliegend die Entbehrlichkeit der Fristsetzung aus § 440 S. 1 BGB bzw. § 323 II BGB folgen könnte. Nach Auffassung des BGH liegt bei der Übergabe einer einem Dritten gehörenden Sache grundsätzlich kein Fall

der (dauerhaften) Unmöglichkeit vor, weil der Schuldner ja theoretisch das Eigentum erwerben und dieses dann an seinen Gläubiger weiterübertragen könnte.<sup>407</sup> Unmöglichkeit liegt nach dem BGH erst dann vor, wenn feststeht, dass der Schuldner die Verfügungsmacht nicht mehr erlangen und zur Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs nicht mehr auf die Sache einwirken kann.<sup>408</sup> Allerdings indiziert die Weiterveräußerung die Unmöglichkeit, solange der Schuldner nicht darlegt, dass er zur Erfüllung willens und (durch Beschaffung der Sache) in der Lage sei.<sup>409</sup>

Folgt man der Auffassung des BGH, dass bei einer einstweiligen Unmöglichkeit grundsätzlich noch kein Fall des § 275 I BGB vorliegt, muss im konkreten Fall geprüft werden, ob der Schuldner in der Lage ist, die Verfügungsgewalt über die Sache noch zu erlangen und diese dann dem Gläubiger zu übereignen, d.h. die vertragsgemäße Leistung zu erbringen. Folge wäre dann, dass sich der Rücktritt nach § 323 I BGB richtete und K grds. eine Frist setzen müsste, die aber nach § 440 S. 1 BGB bzw. § 323 II BGB entbehrlich sein könnte. Sollten diese Voraussetzungen jedoch nicht vorliegen oder sollte man generell die einstweilige Unmöglichkeit der dauerhaften Unmöglichkeit gleichsetzen, könnte gem. § 326 V BGB K den Rücktritt von vornherein ohne Fristsetzung erklären.

Lehnt man mit Blick auf den Wortlaut des § 275 I BGB generell die Gleichsetzung der einstweiligen Unmöglichkeit mit der dauerhaften Unmöglichkeit ab und nimmt auch keine dem Wortlaut widersprechende „teleologische Auslegung“ vor, ist der Rücktritt nicht nach § 326 V BGB möglich, sondern nach § 323 I BGB mit dem grundsätzlichen Erfordernis der Fristsetzung (wobei aber auch auf die Entbehrlichkeitsgründe des § 323 II BGB (bzw. des § 440 S. 1 BGB) hinzuweisen ist).

## 2. Praktische Unmöglichkeit, § 275 II BGB

**Praktische**<sup>410</sup> Unmöglichkeit i.S.d. § 275 II BGB liegt vor, wenn die Leistungserbringung zwar theoretisch noch möglich ist, aber einen Aufwand des Schuldners erfordert, der zum Leistungsinteresse des Gläubigers in **grobem Missverhältnis** von krassem, untragbarem Ausmaß steht.<sup>411 412</sup>

394

Rechtsdogmatisch stellt § 275 II BGB ein Leistungsverweigerungsrecht dar, das den das Vertragsrecht an sich prägenden Grundsatz *pacta sunt servanda* (Verträge sind einzuhalten) durchbricht. Das Leistungsinteresse des Gläubigers geht zugunsten des überwiegenden Schuldnerinteresses unter.

**Beispiel:** Die beiden Damen A und B haben einen Kaufvertrag über einen silbernen Armreif geschlossen. A will den Reif noch auf einer Kreuzfahrt tragen und danach der B übergeben. Dummerweise fällt ihr auf dieser Fahrt, während sie mitten auf dem Atlantik an der Reling steht, der Armreif ins Wasser.<sup>413</sup> ⇒ In diesem Fall wäre es unverhältnismäßig, A aufzuerlegen, den Armreif im Meer zu suchen. Es liegt mithin ein Fall der praktischen Unmöglichkeit i.S.d. § 275 II BGB vor, der den Grundsatz *pacta sunt servanda* durchbricht. A kann die Leistung verweigern.

### a. Aufwand des Schuldners und Leistungsinteresse des Gläubigers

Entscheidend i.R. von § 275 II BGB ist die Frage, wann die Leistungserbringung einen Aufwand erfordert, der in einem groben Missverhältnis zum Leistungsinteresse des Gläu-

395

<sup>407</sup> Siehe BGH NJW 2015, 1516, 1518.

<sup>408</sup> Siehe BGH NJW 2015, 1516, 1518.

<sup>409</sup> Siehe BGH NJW 2015, 1516, 1518.

<sup>410</sup> Mitunter wird die praktische Unmöglichkeit auch als **faktische Unmöglichkeit** bezeichnet.

<sup>411</sup> Vgl. dazu BGH NJW 2009, 1660 ff.; für Ausbildungszwecke auch *Zwirlein*, JA 2016, 252 f.

<sup>412</sup> Kein Fall des § 275 II BGB liegt vor bei der sog. **wirtschaftlichen** Unmöglichkeit, wenn also die Leistung zwar an sich noch möglich ist, ihr aber solche Schwierigkeiten entgegenstehen, dass sie dem Schuldner wegen einer Überschreitung der „Opfergrenze“ nicht zugemutet werden kann. Für Fälle dieser Art hält § 313 BGB (Störung der Geschäftsgrundlage) eine sachangemessene Lösung bereit (vgl. Rn 794 ff.).

<sup>413</sup> Vgl. BT-Drs. 14-6040, S. 129 f.

bigers steht. Der **Aufwand** ist allein an dem **Leistungsinteresse des Gläubigers** und nicht am Verhältnis zu den eigenen Interessen des Schuldners zu messen.

- Im Rahmen des **Aufwands des Schuldners** sind auch dessen **immaterielle Opfer** relevant. Dies ergibt sich daraus, dass der Gesetzgeber den Begriff des Aufwands und nicht den der Aufwendungen verwendet. Damit sind nicht nur Aufwendungen in Geld, sondern auch Tätigkeiten und sonstige persönliche Anstrengungen umfasst.<sup>414</sup> Solche Anstrengungen werden bei § 275 II BGB – im Gegensatz zu § 275 III BGB – jedoch selten erforderlich sein, da der Schuldner nicht persönlich zu leisten hat, sodass er i.d.R. das Leistungshindernis durch Geldeinsatz überwinden kann. Der Leistungsaufwand des Schuldners ist also typischerweise als finanzieller Aufwand quantifizierbar, z.B. in Form von Beschaffungskosten für den Leistungsgegenstand oder von Kosten für eine Ersatzkraft.
- Ebenso sind bei der Bestimmung des **Leistungsinteresses des Gläubigers** auch dessen **immaterielle Interessen** zu berücksichtigen.

**Beispiele:** Liebhaberwert der gekauften Sache, Sammlerinteresse; andere ideelle Werte wie Erinnerungsstücke, Familienwertgegenstände oder die Freude, die ein sportliches oder kulturelles Ereignis mit sich bringt

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Bei der Bestimmung des Aufwands und des Leistungsinteresses ist **nicht** zu berücksichtigen, dass der Schuldner, der leistet, eine Gegenleistung erhält, und derjenige, der nicht leistet, nach § 326 I S. 1 BGB eine eventuelle Gegenleistung verliert und, wenn er das Leistungshindernis zu vertreten hat, nach §§ 280 I, III, 283 oder § 311a II BGB Schadensersatz leisten muss. Bei der Berechnung des groben Missverhältnisses dürfen also etwaige Rechtsfolgen *nicht* beachtet werden.

## b. Das grobe Missverhältnis

Damit der Schuldner gem. § 275 II BGB von seiner Primärleistungspflicht frei wird, muss ein grobes Missverhältnis zwischen dem zur Leistungserbringung erforderlichen Aufwand und dem Gläubigerinteresse vorliegen.

396 Ein solches **grobes Missverhältnis** wird angenommen, wenn das Verhältnis zwischen Gläubigerinteresse und Schuldneraufwand ein besonders krasses, nach Treu und Glauben **untragbares** Ausmaß erreicht.<sup>415</sup>

Der Schuldner kann nie nach § 275 II BGB von seiner Leistungspflicht befreit werden, wenn sein Aufwand und das Leistungsinteresse des Gläubigers durch das Leistungshindernis *proportional* im gleichen Ausmaß erhöht werden.<sup>416</sup> Der Aufwand des Schuldners wird bspw. *im Verhältnis* zum Leistungsinteresse des Gläubigers nicht höher, wenn die verkaufte Sache in der Beschaffung unerwartet teuer geworden ist. Denn in diesem Fall ist mit dem Leistungsaufwand des Schuldners auch das Leistungsinteresse des Gläubigers gestiegen, sodass kein grobes Missverhältnis entsteht.<sup>417</sup>

**Beispiel:** K bestellt bei V einen Barren Gold von dem Lieferanten Gelbgold (G). Der momentane (Welt-)Preis für einen Barren Gold beträgt 10.000 €. Bevor sich V bei G einen entsprechenden Barren beschafft hat, steigt der weltweite Goldpreis, da etliche Anleger in eine sichere Geldanlage investieren. V muss daher bei der Beschaffung des Goldbarrens einen weit höheren Preis an G bezahlen, als es zu erwarten war (gesteigerter Leistungs-

<sup>414</sup> Das ergibt sich nach der Gesetzesbegründung aus dem Wortlaut des § 275 II S. 2 BGB („Anstrengungen“), BT-Drs. 14/6040, S. 130.

<sup>415</sup> Vgl. *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 275 Rn 38.

<sup>416</sup> *Huber/Faust*, S. 38.

<sup>417</sup> Das Schuldnerinteresse wird i.R. der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) beachtet, Rn 794 f.

aufwand). Das Leistungsinteresse des K hat sich aber wegen des erhöhten Marktwerts von Gold ebenfalls erhöht (gesteigertes Leistungsinteresse). Ein grobes Missverhältnis i.S.d. § 275 II BGB ist damit nicht gegeben; es könnte allenfalls auf § 313 BGB (der ebenfalls den Grundsatz *pacta sunt servanda* einschränkt) zurückgegriffen werden.

§ 275 II BGB ist also nur auf solche Fälle zugeschnitten, in denen ein Leistungshindernis dazu führt, dass sich der **Aufwand** für den Schuldner **erhöht**, während das **Leistungsinteresse** des Gläubigers **gleichbleibt** oder **weniger stark** steigt. Für die Frage, wann von einem groben Missverhältnis ausgegangen werden kann, sind nach der gesetzlichen Wertung **drei Faktoren** entscheidend, nämlich der Inhalt des Schuldverhältnisses, das nach Treu und Glauben zu bestimmende krasse Missverhältnis zwischen dem zur Leistungserbringung erforderlichen Aufwand und dem Gläubigerinteresse sowie das Vertretmüssen des Schuldners.

### aa. Inhalt des Schuldverhältnisses

In § 275 II BGB wird zunächst auf den Inhalt des Schuldverhältnisses verwiesen. Gemeint ist damit, ob eine Stück- oder Gattungsschuld vereinbart wurde und inwieweit sich der Schuldner für das Erbringen der Leistung verpflichtet hat. Dabei muss insb. auf **§ 276 I S. 1 BGB** abgestellt werden. Soweit nämlich der Schuldner für das Erbringen der Leistung ein **Beschaffungsrisiko** übernommen hat, wird ein grobes Missverhältnis i.d.R. kaum – allenfalls im äußersten Extremfall – anzunehmen sein.

397

Der Inhalt des Schuldverhältnisses sagt auch etwas über die **Art der Schuld** aus. Ist nämlich eine Stückschuld vereinbart und stehen der Erfüllung Leistungshindernisse entgegen, wird der dem Schuldner zugemutete Aufwand nicht der gleiche sein, als hätte er nur eine der Gattung nach bestimmte Sache zu leisten. Darüber hinaus kann sich aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses ergeben, dass sich der Schuldner bei Vertragsschluss *ausdrücklich* bereit erklärt hat, ein bestimmtes Leistungshindernis **ohne Rücksicht auf den dazu erforderlichen Aufwand** zu überwinden. Dieser Aufwand kann kein grobes Missverhältnis begründen.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Diese bewusste Vereinbarung der Parteien über die Pflicht der Primärleistung ist zu unterscheiden von der Garantieübernahme des Schuldners nach § 276 I BGB. Bei Letzterem wird vereinbart, dass der Schuldner dem Gläubiger statt der Primärleistung verschuldensunabhängig das Leistungsinteresse in Geld ersetzt.

In der Praxis wird ein Schuldner, der sich zur Primärleistung unabhängig vom erforderlichen Aufwand verpflichtet, eine erhöhte Gegenleistung verlangen. Diese wird zumeist auch höher sein, als wenn die Parteien „nur“ eine Garantieübernahme des Schuldners vereinbaren. Für den Gläubiger macht eine solche Vereinbarung nur Sinn, wenn für ihn immaterielle Interessen auf dem Spiel stehen. Ansonsten wäre er wohl nicht bereit, eine erhöhte Gegenleistung zu zahlen. Soweit also der Gläubiger nur materielle Interessen an der Leistungserbringung hat, wird er mit dem Schuldner eher eine Garantiefahrung i.S.d. § 276 I BGB vereinbaren.

### bb. Krasses, untragbares Ausmaß

Dieses Kriterium dient dem bereits erwähnten Schutz des Grundsatzes „*pacta sunt servanda*“, der für das deutsche Vertragsrecht prägend ist und daher hohe Anforderungen an die Möglichkeiten der Durchbrechung stellt. Folgerichtig ist der Ausnahmetatbestand des § 275 II BGB eng auszulegen, was dazu führt, dass das Missverhältnis zwischen dem zur Leistungserbringung erforderlichen Aufwand und dem Gläubigerinteresse von krassem, untragbarem Ausmaß sein muss. Dies kann nur angenommen werden, wenn die Erbringung der Leistung nach den gesamten Umständen von niemandem ernsthaft in Betracht gezogen würde. Nach der Intention des Gesetzgebers soll § 275 II BGB auf

398

solche offensichtlichen Extremfälle beschränkt sein, in denen überhaupt kein Zweifel daran bestehen kann, dass der Leistungsaufwand vollkommen außer Verhältnis zum Interesse des Gläubigers steht.<sup>418</sup>

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Da (schwerwiegende) Störungen des Äquivalenzverhältnisses zwischen dem zur Leistungserbringung erforderlichen Aufwand und dem Gläubigerinteresse i.d.R. die Geschäftsgrundlage tangieren und der Gesetzgeber für diese Fälle in § 313 I BGB eine Vertragsanpassung bzw. in § 313 III BGB einen Rücktritt vom Vertrag vorgesehen hat, kann es in einer Fallbearbeitung notwendig sein, die Einrede nach § 275 II BGB von der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB abzugrenzen. Im Kern lässt sich sagen: § 313 BGB erfasst jede schwerwiegende Veränderung der Umstände, die die Geschäftsgrundlage ausmachen. Bei § 275 II BGB muss die Störung des Äquivalenzverhältnisses dagegen noch drastischer ausfallen, und zwar so drastisch, dass wiederum eine Vertragsanpassung i.S.d. § 313 I BGB ausgeschlossen ist. Insoweit gilt: Entweder greift § 313 BGB (Anpassung oder Rücktritt bei schwerwiegender Störung des Äquivalenzverhältnisses) oder § 275 II BGB (Leistungsverweigerung bei krassem, untragbarem Ausmaß des Missverhältnisses). Vgl. zur Abgrenzung auch Rn 794 ff.

### cc. Vertretenmüssen

- 399 Nach § 275 II S. 2 BGB ist bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat. Vom Schuldner soll ein höherer Aufwand verlangt werden können, wenn er das Leistungshindernis verschuldet hat. Dabei ist nicht nur zu berücksichtigen, ob er das Leistungshindernis zu vertreten hat, sondern auch in welchem Ausmaß. Der Schuldner, der vorsätzlich das Leistungshindernis herbeigeführt hat, muss demnach noch größere Anstrengungen i.R. des § 275 II BGB erbringen als derjenige, der schuldlos am Eintritt des Leistungshindernisses ist, aber gem. § 276 I S. 1 BGB eine Garantie übernommen hat. Demgegenüber dürfen dem Schuldner nicht allzu große Anstrengungen auferlegt werden, wenn der Gläubiger das Leistungshindernis zu vertreten hat.

**Beispiel:** A hat mit dem Tierhändler T einen Kaufvertrag über zehn Jungtiere einer besonders seltenen Barschgattung abgeschlossen. T lässt daraufhin die Fische von seinem Gehilfen G aus dem Aquarium entnehmen. Diesem entgleitet aus leichter Unachtsamkeit die Plastiktüte mit den Fischen, sodass diese auf dem Boden aufplatzt und die Tiere verenden.

T muss sich das Verschulden des G gem. § 278 BGB zurechnen lassen. In diesem Fall liegen sowohl eine Gattungsschuld als auch ein Vertretenmüssen des T vor. Auch wenn der Aufwand zum Beschaffen dieser seltenen Barsche hoch ist, wird von T aufgrund des Vertretenmüssens einiges abverlangt werden können. Stößt hingegen A bei Entnahme der Tiere gegen das Aquarium, sodass dieses auf den Boden stürzt und die Fische am Boden verenden, liegt ein Vertretenmüssen des Gläubigers vor. In einem solchen Fall wird A von T einen nicht so hohen Aufwand wie im ersten Fall erwarten dürfen.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Das Gesetz verweist zwar auf bestimmte Faktoren zur Bestimmung des groben Missverhältnisses. Diese sind jedoch nur abstrakt und sagen nichts darüber aus, wo die Grenze des Aufwands konkret zu ziehen ist. Notwendig ist eine Interessenabwägung im Einzelfall. Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein Ausschluss der Leistungspflicht nur im Ausnahmefall vorliegen soll. Zur Verdeutlichung seien einige Richtwerte dargestellt, wann ein Extremfall des § 275 II BGB vorliegt.

⇒ Bei einem (vom Schuldner) **vorsätzlich** zu vertretenden Leistungshindernis lag ein Extremfall vor, als der Schuldner das 33-Fache des Marktwerts zur Wiederbeschaf-

<sup>418</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 129 ff.

fung hätte aufwenden müssen.<sup>419</sup> (Der Schuldneraufwand müsste also 3300% des Gläubigerinteresses betragen.)

- ⇒ Bei **fahrlässig** zu vertretendem Leistungshindernis wurde ein grobes Missverhältnis noch nicht bei 180% des Gläubigerinteresses angenommen.<sup>420</sup> Hatte der Schuldner das Leistungshindernis nur **leicht fahrlässig** zu vertreten gehabt, wurde unter Abwägung der Einzelumstände ein grobes Missverhältnis bei 260% des Leistungsinteresses des Gläubigers angenommen.<sup>421</sup>
- ⇒ Hatte der Schuldner das Leistungshindernis hingegen **nicht zu vertreten**, liegt nach dem BGH ein grobes Missverhältnis spätestens vor, wenn der Schuldneraufwand 140% des Gläubigerinteresses beträgt.<sup>422</sup>

### 3. Persönliche Unmöglichkeit (Unzumutbarkeit), § 275 III BGB

Nach **§ 275 III BGB** kann der Schuldner die Leistung verweigern, wenn sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann.

400

Die Einrede des § 275 III BGB, die wegen des Grundsatzes „pacta sunt servanda“ ebenfalls eng auszulegen ist und daher (wie § 275 II BGB) hohe Anforderungen an die Möglichkeit der Leistungsverweigerung stellt, bezieht sich nur auf **solche Leistungen**, die der Schuldner bspw. auf Grundlage eines Dienst-, Werk- oder Geschäftsbesorgungsvertrags **persönlich zu erbringen** hat. Ob die Leistung persönlich zu erbringen ist und eine Ersatzperson ausscheidet, ergibt sich aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses. Für die Hauptleistungspflicht von Dienstverpflichteten und Arbeitnehmern stellt § 613 S. 1 BGB eine Auslegungsregelung dahingehend auf, dass die Dienste *im Zweifel* persönlich zu leisten sind.

**Beispiel**<sup>423</sup>: Eine Sängerin, die sich vertraglich dazu verpflichtet hat, bei einer Aufführung zu singen, kann den Auftritt absagen, wenn ihr Kind schwer erkrankt ist. Auch wird ein Komiker seinen Auftritt verweigern dürfen, wenn kurz zuvor seine Eltern gestorben sind.

Die von § 275 III BGB vorausgesetzte Unzumutbarkeit der Leistung für den Schuldner ist im Wege einer **Abwägung** zwischen den der Leistung entgegenstehenden Hindernissen und dem Leistungsinteresse des Gläubigers zu ermitteln. An die Stelle des groben Missverhältnisses aus § 275 II BGB tritt die einfache Unzumutbarkeit. Dabei spielen die persönlichen Umstände und Interessen des Schuldners eine Rolle. In die Abwägung sind auch etwaige Gewissenskonflikte des Schuldners einzubeziehen.

**Beispiel**<sup>424</sup>: Ein Arbeitnehmer wird von seiner Verpflichtung zur Erbringung von Diensten für den Arbeitgeber nach § 275 III BGB frei, wenn er seine Arbeit nicht erbringen möchte, weil er in seinem Heimatland zum Wehrdienst einberufen ist und bei Nichtbefolgung des Einberufungsbefehls mit der Todesstrafe rechnen muss.

#### a. Verhältnis zu § 275 I BGB

Nicht unter § 275 III BGB fallen solche Leistungshindernisse, die eine subjektive Unmöglichkeit begründen. So wird der Arbeitnehmer gem. § 275 I BGB von seiner Verpflichtung zur Arbeit frei, wenn er wegen Krankheit arbeitsunfähig ist. § 275 III BGB ist also **sub-**

401

<sup>419</sup> BGH NJW 1988, 699, 700.

<sup>420</sup> BGH NJW 1996, 3269, 3270.

<sup>421</sup> OLG Hamm NJW-RR 2001, 1390, 1390.

<sup>422</sup> BGH NJW-RR 1991, 204, 205.

<sup>423</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 130.

<sup>424</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 130.

**sidiär** zu § 275 I BGB und erfasst solche Fälle, die vor der Schuldrechtsreform 2002 über den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) geregelt wurden.

### b. „Absolute“ Zumutbarkeitsgrenze

402 Im Unterschied zur Abwägung in § 275 II BGB spielt das Leistungsinteresse des Gläubigers in § 275 III BGB keine so übergeordnete Rolle. Während es in § 275 II BGB als entscheidender Maßstab zugrunde gelegt wird, ist es i.R. des § 275 III BGB lediglich ein bei der Zumutbarkeitsprüfung zu berücksichtigender Abwägungsfaktor. Je höher das Leistungsinteresse des Gläubigers ist, desto mehr muss dem Schuldner zwar auch i.R. des § 275 III BGB zuzumuten sein. Aber anders als bei § 275 II BGB ist kein gleichsam mathematischer Vergleich durchzuführen.<sup>425</sup> Es gibt vielmehr eine **absolute Obergrenze** für das, was dem Schuldner zuzumuten ist. Ist diese Grenze erreicht, wird der Schuldner unabhängig vom Leistungsinteresse des Gläubigers von der Leistungsverpflichtung frei zu stellen sein. Dies ist auch gerecht, da das Leistungsinteresse des Gläubigers nicht darüber entscheiden kann, was der Schuldner entgegen seinem Gewissen oder seinem Trauergefühl zu tun hat. Auch ist dem Schuldner, der nur finanziell zu leisten hat (§ 275 II BGB), grundsätzlich mehr zuzumuten als dem, der **persönlich** betroffen ist (§ 275 III BGB).

### III. Anspruch auf das Surrogat, § 285 I BGB

403 Zwar wird der Schuldner aufgrund eines Umstandes nach § 275 I-III BGB von seiner Primärleistungspflicht befreit. Erhält er aber für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, wäre es unbillig, wenn er den Ersatz oder die Ersatzleistung behalten bzw. dem Gläubiger vorenthalten dürfte. Denn § 275 BGB bringt lediglich zum Ausdruck, dass der Schuldner von seiner Primärleistungspflicht befreit wird. Die Vorschrift bewirkt nicht das Erlöschen des Schuldverhältnisses und stellt den Schuldner (wie sich aus § 275 IV BGB ergibt) auch nicht gänzlich von seinen Verpflichtungen frei. So tritt nach § 275 IV BGB an die Stelle des Leistungsanspruchs ein Schadensersatzanspruch und der Gläubiger kann zudem vom Vertrag zurücktreten. § 285 I BGB knüpft ebenfalls an die fehlende bzw. weggefallene Leistungspflicht an und gewährt dem Gläubiger – unabhängig von einem Schadensersatzanspruch – das Recht, vom Schuldner den Gegenstand oder die Leistung herauszuverlangen, den bzw. die der Schuldner von dritter Seite als Ersatz erlangt hat (sog. **stellvertretendes commodum**<sup>426</sup>). Dazu zählen etwa Schadensersatzansprüche/Schadensersatzleistungen, die der Schuldner gegenüber Dritten hat bzw. erhalten hat, und Versicherungsleistungen, die der Schuldner für den Verlust oder den Untergang der Sache (erhalten) hat.<sup>427</sup> Aber auch der Käufer einer an einem unbehebaren Mangel leidenden Sache kann über § 285 I BGB von seinem Verkäufer Abtretung von Regressansprüchen (d.h. Mängelrechten), die dieser wiederum gegen den Lieferanten (Zulieferer) hat, verlangen, was insbesondere virulent wird, wenn der Verkäufer nicht in der Lage ist, den Mängelrechten nachzukommen. Mithin lässt sich sagen: Der Schuldner hat alles herauszugeben, was er für den Gegenstand von dritter Seite erlangt hat, nach dem BGH auch dann, wenn der Wert des Erlangten den Wert des Gegenstands übersteigt.<sup>428</sup> Das ist richtig, weil § 285 I BGB Vermögenswerte demjenigen zuordnet, dem sie materiell zustehen. Geht es um die Herausgabe des Ersatzes, spricht man von **commodum ex re**<sup>429</sup>.

<sup>425</sup> Huber/Faust, S. 59; Schwarze, Jura 2002, 73, 77.

<sup>426</sup> Commodum (lat.): Bequemlichkeit, Vorteil. Hinsichtlich § 285 I BGB ist damit gemeint, dass der Vermögensvorteil, den der Schuldner von dritter Seite als Ersatz für den Gegenstand erlangt, wirtschaftlich an die Stelle des geschuldeten Gegenstands tritt. Diesen Vermögensvorteil muss er seinem Gläubiger als Ersatz („stellvertretend“) für den an sich geschuldeten Gegenstand übertragen.

<sup>427</sup> Siehe z.B. BGH r+s 2021, 81, 84. Siehe zuvor schon BGHZ 129, 103, 106; 99, 385, 387; BGH NJW-RR 2005, 241, 243.

<sup>428</sup> BGH r+s 2021, 81, 84.

<sup>429</sup> „An die Stelle der erlangten Sache“.

**Beispiel:** A und B schließen einen Kaufvertrag über den im Eigentum und Besitz des A befindlichen Jaguar E-Type Baujahr 1969. Der objektive Verkehrswert des Wagens beträgt 35.000 €. B gelingt es, den Kaufpreis auf 32.000 € herunterzuhandeln. Übereignung und Übergabe sollen in 3 Tagen stattfinden, nachdem B das Geld besorgt hat. Doch am Vorabend der vereinbarten Übereignung und Übergabe wird das Fahrzeug aufgrund eines (von A unverschuldeten) Scheunenbrandes vollständig zerstört. Später erhält A von der Kaskoversicherung den Wert des Wagens ersetzt.

Hier wird A infolge der Unmöglichkeit von seiner Primärleistungspflicht (Übereignung und Übergabe nach § 433 I BGB) befreit (§ 275 I BGB). Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 275 IV, 283, 280 I BGB kann B von A nicht verlangen, da A kein Verschulden trifft (vgl. § 280 I S. 2 BGB). Da A aber von der Brandversicherung (d.h. der Kfz-Kaskoversicherung) den objektiven Verkehrswert (also 35.000 €) ausgezahlt bekommen hat, hat B einen Anspruch darauf gem. § 285 I BGB (was sich rechtstechnisch als Abtretungsanspruch kennzeichnet: A muss an B seinen Anspruch, den er gegen den Brand- bzw. Kaskoversicherer hat, abtreten und B kann gegen den Versicherer aus abgetretenem Recht vorgehen). Selbstverständlich ist B dann aber zur Erbringung der Gegenleistung an A verpflichtet. B hat also einen Anspruch auf Auszahlung der Versicherungsleistung i.H.v. 35.000 €, ist dann aber seinerseits zur Zahlung von 32.000 € an A verpflichtet, sodass ihm ein positiver Saldo von 3.000 € verbleibt. Das ist richtig, denn auch bei Übereignung und Übergabe des Fahrzeugs hätte B ja diesen positiven Saldo verbucht. Seine Geschäftstüchtigkeit soll durch den Brand nicht verloren gehen bzw. nicht dem A zugutekommen, der ja auch bei Vertragserfüllung lediglich 32.000 € (für einen Wagen im Wert von 35.000 €) für sich hätte verbuchen können.

Weiterführender Hinweis: Ein Schadensersatzanspruch (§§ 275 I, IV, 283, 280 I, III BGB) schied vorliegend aus, weil es am Verschulden bei A fehlte. Wäre aber ein Schadensersatzanspruch gegeben gewesen, hätte sich dieser um den Wert des erhaltenen Surrogats gemindert (§ 285 II BGB). Im vorliegenden Fall hätte sich das freilich nicht ausgewirkt, da Schadensersatz und Surrogat höhenmäßig identisch sind.

Die h.M.<sup>430</sup> verpflichtet den Schuldner, dem Gläubiger auch diejenigen Vermögenswerte herauszugeben, die er kraft Rechtsgeschäfts (namentlich durch Veräußerung) erzielt hat (**commodum ex negotiatione**<sup>431</sup> – rechtsgeschäftliches Surrogat), was insbesondere den Erlös aus einer (zwar wirksamen, aber gegenüber dem Gläubiger ungerechtfertigten) Zwischenverfügung betrifft. Mit dem Wortlaut des § 285 I BGB, der lediglich von Herausgabe des als „Ersatz“ Empfangenen oder Abtretung des „Ersatzanspruchs“ spricht, ist dies schwerlich vereinbar. Verkaufserlöse sind keine Ersatzleistungen. Die h.M. rechtfertigt die Überdehnung des Tatbestands mit dem Schutzzweck des § 285 I BGB, der darin bestehe, schlicht die ungerechtfertigte Verteilung von Vermögenswerten auszugleichen. Richtig daran ist, dass der Vertragsbruch des Schuldners für diesen nicht unsanktioniert bleiben darf. Denn das, was der Schuldner kraft Rechtsgeschäfts (d.h. durch Veräußerung) erzielt hat, hätte er ja nicht erzielt, wenn er sich im Verhältnis zum Gläubiger vertragskonform verhalten hätte. Freilich eine andere Frage ist es, ob die Überdehnung des Wortlauts des § 285 I BGB, dem die Verpflichtung zur Herausgabe des rechtsgeschäftlichen Surrogats nicht zu entnehmen ist, das richtige Mittel ist.

403a

**Beispiel:** A und B schließen einen Kaufvertrag über den im Eigentum und Besitz des A befindlichen antiken Kompass, der vor 150 Jahren in der berühmten Rickmer Rickmers verbaut war. Als Kaufpreis vereinbaren die Parteien 2.000 €, was auch dem objektiven Verkehrswert des Kompasses entspricht. Übereignung und Übergabe sollen in drei Tagen stattfinden, nachdem B das Geld besorgt hat. Doch am Abend vor der vereinbarten Über-

<sup>430</sup> BGHZ 46, 260, 264; BGH NJW-RR 2005, 241, 243; *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 285 Rn 7; *Emmerich*, in: *MüKo*, § 285 Rn 22 f.

<sup>431</sup> *Negotiare* (lat.): handeln. Im vorliegenden Zusammenhang ist gemeint, dass die „Vorteile aus einem Geschäft“ herausgegeben werden müssen.

eignung und Übergabe verkauft und übereignet A den Kompass an C. Er erhält 2.500 €. B fragt nach seinen Rechten.

Der in Betracht kommende Anspruch B gegen A aus § 433 I BGB auf Übereignung und Übergabe besteht nicht, weil A infolge der (subjektiven) Unmöglichkeit von seiner Primärleistungspflicht befreit ist (§ 275 I BGB). Denn er hat infolge der Übereignung des Kompasses an C sein Eigentum daran verloren und kann daher B nicht mehr (berechtigt) das Eigentum verschaffen (siehe § 929 S. 1 BGB, wonach der Eigentümer das Eigentum auf den Erwerber übertragen kann; A war zum Zeitpunkt des Veräußerungsgeschäfts noch Eigentümer, da B allein aufgrund des Kaufvertrags noch nicht Eigentümer werden konnte). Einen Schadensersatzanspruch (siehe §§ 275 IV, 283 BGB) kann B insoweit nicht geltend machen, da es an einem Schaden fehlt: Denn B hätte bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung einen Kompass im Wert von 2.000 € zu einem Preis von ebenfalls 2.000 € erhalten, per Saldo hat er also keinen wirtschaftlichen Schaden.

Fraglich ist aber, ob B über § 285 I BGB den Mehrerlös herausverlangen kann, den A durch die Veräußerung des Kompasses an C erzielt hat (*commodum ex negotiatione*). Dem Wortlaut des § 285 I BGB nach müsste man dies verneinen. Denn Mehrerlös ist ja kein „Ersatz“ bzw. keine „Ersatzleistung“, sondern eine Gegenleistung aus einem Rechtsgeschäft. Zudem setzt man sich mit der Hereinnahme des rechtsgeschäftlichen Surrogats in den Anwendungsbereich des § 285 I BGB dem Einwand aus, die Wertung des Schadensersatzanspruchs zu untergraben, weil man trotz Nichtvorliegens eines Schadens über die „Hintertür“ des § 285 I BGB den Gläubiger quasi so stellt, als hätte er einen Schaden und damit einen Schadensersatzanspruch. Andererseits wäre es nicht gerechtfertigt, wenn A den Mehrerlös, den er aufgrund der Veräußerung an C erhalten hat, behalten dürfte. Denn den Mehrerlös i.H.v. 500 € konnte A ja nur durch den Vertragsbruch im Verhältnis zu B erzielen. Denn das Veräußerungsgeschäft mit C wurde ausschließlich durch den Vertragsbruch gegenüber B ermöglicht.

Gleichwohl steht dem der klare Wortlaut des § 285 I BGB entgegen, dem die Verpflichtung zur Herausgabe des rechtsgeschäftlichen Surrogats nicht zu entnehmen ist. Rechtsmethodisch überzeugender erscheint es, die Regelung des § 285 I BGB teleologisch zu erweitern und die Erstreckung auf das rechtsgeschäftliche Surrogat *damit* zu begründen.

Mithin lässt sich feststellen, dass es unbillig wäre, wenn A den Gewinn aus der Veräußerung an C behalten dürfte (A hätte bei Einhaltung seiner Vertragspflicht ja auch nur 2.000 € erhalten). B hat daher in teleologischer Extension des § 285 I BGB gegen A einen Anspruch auf Zahlung von 500 € gem. § 285 I BGB.

Weiterführender Hinweis: Angenommen, der Kompass hätte einen objektiven Verkehrswert von 2.500 € gehabt, dann hätte B gem. §§ 275 IV, 283, 280 I BGB einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gehabt, d.h. ihm hätte das Recht zugestanden, von A so gestellt zu werden, wie er gestanden hätte, wenn A den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte. Dieser Anspruch wäre auf das positive Interesse gerichtet gewesen und hätte sich auf 500 € belaufen, da B bei Vertragserfüllung einen Kompass im Wert von 2.500 € für 2.000 € erhalten hätte. Dieser Anspruch hätte den Anspruch auf das stellvertretende *commodum* (500 €) gemindert (§ 285 II BGB), sodass im Ergebnis B nur einmal 500 € verlangen kann. Da § 285 I BGB (anders als § 280 I BGB) aber kein Verschulden voraussetzt, wäre der Weg über § 285 I BGB zu empfehlen.

#### IV. Befreiung von der Gegenleistungspflicht, § 326 I S. 1 BGB

- 404 Muss die aus einem **gegenseitigen Vertrag** resultierende Leistung des Schuldners gem. § 275 I BGB nicht erbracht werden, ist fraglich, was mit der *Gegenleistungspflicht* des Gläubigers geschieht. Dafür trifft § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB die Regelung, dass auch der Gläubiger (grundsätzlich) von seiner Pflicht zur Erbringung der Gegenleistung automatisch befreit wird. Dies gilt für alle Fälle der Unmöglichkeit i.S.d. § 275 I BGB, also für die objektive, subjektive, anfängliche, nachträgliche, unverschuldete und vom Schuldner zu

vertretende Unmöglichkeit. Während **§ 275 I BGB** also das Schicksal der **unmöglich gewordenen Leistung** regelt, trifft **§ 326 BGB** Anordnungen über die **Gegenleistung**. Sofern die Gegenleistung bereits erbracht worden ist, obwohl der Gläubiger gem. § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB befreit war, kann er das Geleistete gem. **§ 326 IV i.V.m. §§ 346 ff. BGB zurückfordern**.<sup>432</sup>

*Gegenseitige* Verträge sind dadurch gekennzeichnet, dass sich wenigstens zwei Leistungspflichten **synallagmatisch** gegenüberstehen wie z.B. beim Kauf-, Tausch- oder Werkvertrag. Nur wenn eine solche gegenseitige Pflicht unmöglich wird, greift § 326 BGB für die Gegenleistung ein. Liegt hingegen ein **nicht-synallagmatisches** Verhältnis (bspw. eine Schenkung, § 516 BGB) vor, kann eine Gegenleistung nicht entfallen, da diese von Anfang an nicht bestand. Nur der Gläubiger spürt in diesem Fall die Auswirkung des Leistungshindernisses, indem er seinen Anspruch auf die Primärleistung gem. § 275 BGB verliert, ohne dass auch dem Schuldner eine Gegenleistung entgeht.

Damit ordnet § 326 I S. 1 BGB also an, dass der Schuldner – weil er bei einer Unmöglichkeit seiner Leistung den Anspruch auf die Gegenleistung grundsätzlich verliert – die sog. **Gegenleistungsgefahr** (= **Preisgefahr** oder **Vergütungsgefahr**) trägt.

405

406

### Schicksal der Gegenleistung, § 326 BGB

#### I. Anspruch entstanden

Bei der Frage nach der Gegenleistung ist zunächst das Entstehen des Gegenleistungsanspruchs – also das Zustandekommen eines wirksamen Vertrags – zu prüfen.

#### II. Anspruch untergegangen

Ist die Leistung unmöglich (§ 275 I BGB), ist das Schicksal der Gegenleistung anhand von § 326 BGB zu überprüfen.

- Den Grundsatz stellt **§ 326 I S. 1 Hs. 1 BGB** dar. Danach erlischt auch der Gegenleistungsanspruch, wenn die Leistungspflicht des Schuldners ausgeschlossen ist. Die Voraussetzungen sind ein **gegenseitiger Vertrag** und das **Freiwerden des Schuldners** von seiner **synallagmatischen Leistungspflicht**. Zu beachten ist, dass der Schuldner bei § 275 II und III BGB nur von seiner Leistungspflicht frei wird, wenn er die entsprechende Einrede auch erhebt.
- Die Gegenleistung entfällt unter diesen Voraussetzungen (außer beim Tauschvertrag) automatisch. Im Fall der Unmöglichkeit einer Nacherfüllungspflicht (§§ 439, 635, 275 I BGB) ordnet **§ 326 I S. 2 BGB** eine Ausnahme von diesem Automatismus an.
- **§ 326 I S. 1 Hs. 1 BGB** enthält zwar den Grundsatz des Erlöschens der Gegenleistungspflicht. Es gibt aber folgende **Ausnahmen**:
  - ⇒ Gemäß **§ 446 BGB** geht die Preisgefahr mit der **Übergabe** der Sache (Verschaffung des unmittelbaren Besitzes) auf den Käufer über. Bei einer nach dem **Gefährübergang** eintretenden Unmöglichkeit verliert der Schuldner daher nicht seinen Anspruch auf die Gegenleistung, weil § 446 BGB als Ausnahmevorschrift den Grundsatz des § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB durchbricht. Die Anspruchsnorm bleibt dabei § 433 II BGB, weil § 446 BGB lediglich die Gefahrtragung regelt.
  - ⇒ **§ 447 I BGB** normiert einen Gefährübergang auf den Käufer im Falle einer **Schickschuld**. Dabei geht die Gefahr des (zufälligen) Untergangs und damit die Preisgefahr bereits im Zeitpunkt der Auslieferung der Sache an die Transportperson auf den Käufer über. § 447 I BGB greift nicht bei Verbrauchsgüterkäufen (es sei denn, dass der *Verbraucher* das Transportunternehmen zur Abholung der Sache beim Unternehmer beauftragt hat und der Unternehmer dem Käufer diese Person oder Anstalt nicht zuvor benannt hat, vgl. § 475 II BGB; dann liegt ein Fall einer „normalen“ Holschuld vor). Um-

<sup>432</sup> Vgl. dazu BGH NJW 2011, 756, 757 (Kartenlegen als unmögliche Leistung) – dazu *Bartels*, ZGS 2011, 355; *Schermaier*, JZ 2011, 633; *Windel*, ZGS 2011, 218; *Timme*, MDR 2011, 397; vgl. auch den Klausurfall von *Paal/Wilkat*, JuS 2013, 223 ff.

stritten ist, ob § 447 I BGB auch bei der Aushändigung der Sache an betriebseigene Transportpersonen gilt.

- ⇒ Gemäß **§ 644 I S. 1 BGB** trägt der Unternehmer die Preisgefahr nur bis zur Abnahme (§ 640 I, II BGB). Danach geht sie auf den Besteller über. § 644 I S. 2 BGB regelt den Gefahrübergang bei Annahmeverzug des Bestellers und § 644 II BGB ordnet bei einer Versendung des Werks die entsprechende Anwendung des § 447 I BGB an.
- ⇒ **§ 326 II S. 1 Var. 1 BGB** durchbricht als Anspruchserhaltungsnorm den Grundsatz des § 326 I S. 1 BGB, wenn der Gläubiger für die Unmöglichkeit der Leistung allein oder weit überwiegend verantwortlich ist. Die Verantwortlichkeit wird unter entsprechender Anwendung der §§ 276 ff. BGB ermittelt.
- ⇒ Der Anspruch auf die Gegenleistung bleibt nach **§ 326 II S. 1 Var. 2 BGB** bestehen, wenn die vom Schuldner nicht zu vertretende Unmöglichkeit zu einer Zeit eintritt, in welcher der Gläubiger sich im Annahmeverzug (§§ 293 ff. BGB) befand.
- ⇒ Gleiches gilt, wenn der Gläubiger das **stellvertretende commodum** (§§ 326 III, 285 BGB) oder Schadensersatz statt der Leistung im Wege der Surrogationsmethode verlangt.

### III. Problem der beiderseitig zu vertretenden Unmöglichkeit

Umstritten ist, wie der Fall zu behandeln ist, in dem beide Parteien die Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten haben. Nach der hier vertretenen Auffassung ist unter Anwendung des § 254 BGB ein teilweises Aufrechterhalten des Gegenleistungsanspruchs richtig.

## 1. Voraussetzungen für das Freiwerden des Gläubigers gem. § 326 I BGB

**407** Voraussetzungen für das Freiwerden des Gläubigers sind ein **gegenseitiger Vertrag** und das **Freiwerden des Schuldners** nach § 275 I-III BGB von seiner *synallagmatischen Leistungspflicht*.

- 408** ■ Zunächst ist erforderlich, dass die unmöglich gewordene *Leistung* nicht nur aus einem gegenseitigen Vertrag stammt, sondern auch selbst im **Gegenseitigkeitsverhältnis** steht. Es gibt auch bei gegenseitigen Verträgen Pflichten, die nicht im Synallagma stehen. Dies sind bspw. die Schutz- oder Verhaltenspflichten. Auch bloße Rückgabepflichten – etwa die Rückgabe eines Darlehens oder einer Mietsache – sind regelmäßig keine gegenseitigen Leistungspflichten, sodass nicht § 326 BGB, sondern §§ 280 ff. BGB anwendbar sind.
- 409** ■ Darüber hinaus muss der **Schuldner** nach Maßgabe des § 275 I bis III BGB von seiner primären Leistungspflicht **frei geworden** sein. Soweit die *Leistung* absolut unmöglich i.S.d. § 275 I BGB ist, wird der Gläubiger gem. § 326 I S. 1 BGB ipso iure von seiner Gegenleistungspflicht befreit. Liegt dagegen Unverhältnismäßigkeit bzw. Unzumutbarkeit nach § 275 II, III BGB vor, muss der Schuldner die entsprechende Einrede erheben, um nicht leisten zu müssen. Vom Zeitpunkt der Erhebung der Einrede an entfällt die Gegenleistungspflicht des Gläubigers ipso iure. Der Gläubiger muss also keine Einrede erheben, um von seiner Pflicht zur Gegenleistung frei zu werden.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB kommt denklogisch nur zur Anwendung, wenn die Primärleistung vom Schuldner noch nicht erfüllt wurde. Hat der Schuldner die Leistung an den Gläubiger i.S.d. § 362 BGB bewirkt, bleibt dieser selbstverständlich zur Gegenleistung verpflichtet.

- 410** ■ Für das Freiwerden des Gläubigers von seiner Gegenleistungspflicht ist grundsätzlich **nicht erforderlich**, dass der Schuldner die Unmöglichkeit **zu vertreten** hat. Problematisch ist aber, ob in dem Fall, in dem der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat, das Freiwerden des Gläubigers ipso iure eintritt oder ob der Gläubiger wählen kann, ob er

seine Leistung erbringen will oder nicht. Dies wird insbesondere relevant, wenn ein Tauschvertrag gem. § 480 BGB vorliegt.

**Beispiel:** A und B haben einen Tauschvertrag (§ 480 BGB) über einen Audi und einen BMW abgeschlossen. Der Audi des A wird aufgrund eines von ihm zu vertretenden Umstands vollständig zerstört. B möchte gem. § 280 I, III, 283 BGB Schadensersatz statt der Leistung geltend machen.

Fraglich ist, ob er die Leistung nach wie vor erbringen muss und im Wege der Surrogationsmethode vollen Schadensersatz verlangen oder ob er nur nach der Differenzmethode vorgehen kann.<sup>433</sup> Wäre B automatisch von seiner Leistungspflicht nach § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB befreit, wäre ein Vorgehen nach der Surrogationsmethode nicht möglich.

Ein solches Ergebnis ist jedoch nicht sachgerecht. Hat der Schuldner die Unmöglichkeit verschuldet, kann es für den Gläubiger u.U. von Nachteil sein, wenn er *automatisch* (ipso iure) von seiner Gegenleistungspflicht befreit wird. Wegen § 326 I S. 1 BGB wäre er doppelt belastet. Erstens müsste er auf seinen primären Leistungsanspruch verzichten und zweitens darf er seine eigene Leistung nicht mehr erbringen. Diese Problematik stellt sich nur, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat, da nur dann die Möglichkeit des Gläubigers besteht, Schadensersatz gem. §§ 280 I, III, 283 BGB zu fordern. I.R. des Schadensersatzanspruchs soll dem Gläubiger die Option erhalten bleiben, im Wege der **Surrogationsmethode** (Rn 692) vorzugehen und seine Leistung nach wie vor zu erbringen und dafür den vollen Schadensersatz für die unmöglich gewordene Leistung vom Schuldner zu fordern. Eine solche Vorgehensweise bleibt dem Gläubiger nur eröffnet, wenn seine Pflicht zur Gegenleistung bestehen bleibt und der Schuldner diese noch annehmen muss.<sup>434</sup> Aus diesem Grund wird man im Falle der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB **teleologisch** dahingehend **reduzieren** müssen, dass der Gläubiger entscheiden darf, ob er von seiner Gegenleistungspflicht befreit ist.<sup>435</sup>

Für den obigen **Beispielfall** bedeutet dies, dass B wählen kann, ob er i.R. des Schadensersatzanspruchs aus §§ 280 I, III, 283 BGB seine Leistung erbringen will und dafür den vollen Schadensersatz für die unmöglich gewordene Leistung erhält (Surrogationsmethode) oder ob er lediglich die Differenz zwischen dem Wert der unmöglich gewordenen Leistung und seinem etwaigen Gewinn verlangt (Differenzmethode).

- Wegen **§ 326 I S. 2 BGB** ist zu beachten, dass ein Freiwerden des Gläubigers von der Gegenleistungspflicht nur ipso iure eintritt, wenn es sich bei der unmöglich gewordenen Leistung nicht um eine **Nacherfüllungspflicht** (§ 439 BGB, § 635 BGB) des Schuldners handelt. Muss die Nacherfüllung wegen einer Unmöglichkeit i.S.d. § 275 BGB nicht erbracht werden, muss der Gläubiger weitere Rechte geltend machen, ehe es zu einer (teilweisen) Befreiung von seiner Pflicht kommen kann. Dies hat seinen Grund darin, dass das Gesetz keine automatische Minderung anordnen und damit dem Gläubiger seine Rechte erhalten will. 411
- Schließlich ist zu beachten, dass § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB durch vertragliche Vereinbarung **abbedungen** werden kann.<sup>436</sup> Dann geht die Preisgefahr auf den Gläubiger über. 412

## 2. Fortbestehen der Leistungspflicht des Gläubigers

§ 326 I BGB stellt klar, dass die Gegenleistungsgefahr (**Preisgefahr**) grundsätzlich der Schuldner zu tragen hat. Die **Ausnahmen**, welche die Preisgefahr **auf den Gläubiger** 413

<sup>433</sup> Zu den genannten Methoden vgl. Rn 692.

<sup>434</sup> *Ernst*, in: MüKo, § 326 Rn 13, 14; *Reischl*, JuS 2003, 453, 460.

<sup>435</sup> *Ernst*, in: MüKo, § 326 Rn 14; a.A. *Grothe*, in: Bamberger/Roth, 3. Aufl. 2012, § 326 Rn 5, der aber zu demselben Ergebnis gelangt, indem er im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs aus §§ 280 I, III, 283 BGB die Surrogationsmethode unter Berücksichtigung einer differenzierten Betrachtungsweise des § 326 BGB anwenden will. Vgl. auch *Schmidt-Recla* (ZGS 2007, 181), nach dem bei vom Schuldner zu vertretender Unmöglichkeit nicht § 326 I S. 1 BGB, sondern § 326 V BGB gelten soll.

<sup>436</sup> BGH NJW 2011, 756, 757 f.

**überleiten**, finden sich in § 326 BGB und auch in anderen Vorschriften, insb. im *besonderen* Schuldrecht. Darüber hinaus kann es aber auch vorkommen, dass der Gläubiger – selbst wenn der Schuldner die Preisgefahr trägt – in bestimmten Fällen trotz Unmöglichkeit der Leistung zur Gegenleistung verpflichtet bleibt. Dies ist insbesondere der Fall, wenn er anstelle der Primärleistung einen Ersatz vom Schuldner verlangt.

### a. § 2380 BGB

- 414 Eine für die juristische Ausbildung weniger relevante Ausnahme ist für den **Erbschafts-kauf** in § 2380 BGB geregelt, nach dem die Preisgefahr beim Kaufvertrag auf den Käufer übergeht.

### b. § 446 BGB

- 415 Bei Kaufverträgen gem. § 433 BGB ordnet § 446 S. 1 BGB an, dass bereits mit der bloßen **Übergabe** der geschuldeten Sachleistung die Preisgefahr auf den Gläubiger übergeht. Die Norm stellt somit ebenfalls eine Ausnahme zu § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB dar. Die Übergabe ist die **Verschaffung des unmittelbaren Besitzes** i.S.d. § 854 I oder II BGB. Zur Anwendung gelangt § 446 S. 1 BGB nur, wenn die Übergabe nicht mit der Übereignung der Kaufsache einhergeht. Denn nach einer Übereignung kommt wegen der Erfüllung des Schuldverhältnisses eine Unmöglichkeit nicht mehr in Betracht, sodass auch die Gegenleistung nicht mehr entfallen kann. Typischer Anwendungsbereich des § 446 S. 1 BGB ist der Kauf unter Eigentumsvorbehalt (§§ 433, 449 I BGB), bei dem eine Übergabe stattfindet, die für die Übereignung erforderliche dingliche Einigung aber aufschiebend bedingt wird, §§ 929 S. 1, 158 I<sup>437</sup> BGB.

416

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** I.R. eines Anspruchs des Verkäufers gegen den Käufer auf Kaufpreiszahlung bietet sich folgende Prüfung an:

#### 1. Anspruch aus § 433 II BGB entstanden?

#### 2. Anspruch wegen § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB untergegangen?

Fraglich ist, ob der Zahlungsanspruch gem. § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB untergegangen ist. Dafür müsste dem Verkäufer die Erbringung der geschuldeten, synallagmatischen *Leistung* unmöglich geworden sein. Die geschuldete Leistung liegt gem. § 433 I BGB in der Übergabe und der Übereignung der Kaufsache. Hat der Verkäufer die Sache dem Käufer lediglich übergeben, ohne ihm das Eigentum daran zu verschaffen, und ist die Kaufsache nach der Übergabe durch Zufall untergegangen, stellt sich die Frage, wer die **Preisgefahr** trägt. Grundsätzlich ist in § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB angeordnet, dass bis zur vollständigen Erfüllung der Schuldner die Preisgefahr trägt, sodass der Gläubiger (Käufer) von seiner Zahlungspflicht frei werden müsste.

#### 3. Gefahrtragungsumkehr nach § 446 BGB

Davon macht § 446 S. 1 BGB aber eine **Ausnahme**, wenn die Sache dem Käufer bereits übergeben wurde. Übergabe bedeutet in diesem Zusammenhang die **Verschaffung des unmittelbaren Besitzes** i.S.d. § 854 BGB. Der Käufer ist also nach Erhalt des unmittelbaren Besitzes bei Untergang der Sache entgegen § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB weiterhin zur Kaufpreiszahlung wegen § 446 S. 1 BGB verpflichtet.

### c. § 447 I BGB

- 417 Auch beim **Versendungskauf** gem. § 447 I BGB wird die Gefahrtragungsregelung des § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB zu Lasten des Käufers abgeändert. Nach § 447 I BGB geht bei einer **Schickschuld**, welche vorliegt, wenn der Ort, an welchem die Leistungshandlung

<sup>437</sup> Geht man bei § 158 BGB davon aus, dass sich die dort genannte „Bedingung“ auf ein objektiv ungewisses künftiges Ereignis bezieht, dürfte man im Fall des Eigentumsvorbehalts streng genommen § 158 I BGB lediglich analog anwenden, weil der „Bedingungseintritt“ i.d.R. allein vom Verhalten des Vorbehaltskäufers abhängt. In der Sache ändert sich dadurch aber nichts. Zum Eigentumsvorbehalt vgl. *Hütte/Hütte*, SachenR I, Rn 846 ff.

erbracht werden muss (Wohnsitz des Schuldners), und der Ort, an welchem der Leistungserfolg eintreten soll (Wohnsitz des Gläubigers), auseinanderfallen (Rn 71 ff.), die Gefahr bereits im Zeitpunkt der Übergabe der Sache an die Transportperson auf den Käufer über (und nicht erst, wie bei der Bringschuld, mit Übergabe an den Käufer). Mit „Gefahr“ ist – wie bei § 446 BGB – die Gefahr des zufälligen Untergangs/Verlusts und der zufälligen Verschlechterung gemeint.<sup>438</sup> „Zufällig“ bedeutet, dass der Untergang, der Verlust oder die Verschlechterung nicht vom Verkäufer zu vertreten sein darf (zum Vertretenmüssen vgl. §§ 276, 278 BGB). In der Sache geht es nicht nur um die Leistungsgefahr, also darum, ob der Verkäufer bei einem zufälligen Untergang/Verlust oder der zufälligen Verschlechterung nachliefern muss, sondern auch um die Gegenleistungsgefahr, d.h. darum, ob im Fall des zufälligen Untergangs/Verlusts oder der zufälligen Verschlechterung die Pflicht des Käufers zur Kaufpreiszahlung erhalten bleibt (daher auch Preisgefahr genannt). Wird die Kaufsache beim Transport zerstört, hat gem. § 447 I BGB der Käufer nicht nur keinen Anspruch auf (Nach-)Lieferung, sondern bleibt – entgegen § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB – auch grds. zur Kaufpreiszahlung verpflichtet.<sup>439</sup> Der Käufer trägt also letztlich das Risiko, weshalb eine Schickschuld für den Käufer regelmäßig ungünstiger ist als eine Bringschuld. Immerhin kann er vom Verkäufer verlangen, dass dieser den Schaden beim Transportunternehmen liquidiert (daher auch „Drittchadensliquidation“ (DSL) genannt, Rn 1089 ff.) oder den Schadensersatzanspruch an ihn abtritt (siehe § 398 BGB). Davon unbeschadet hat der Käufer unter den Voraussetzungen des § 421 I S. 2 HGB einen direkten Schadensersatzanspruch gegen den Frachtführer, woraus deutlich wird, dass der Käufer letztlich nicht auf die DSL angewiesen ist (auch dazu Rn 1095).

Zu beachten ist jedoch, dass – wie sich aus § 475 II BGB ergibt – § 447 I BGB bei einem **Verbrauchsgüterkauf**, also bei einem Verkauf einer beweglichen Sache von einem Unternehmer (§ 14 I BGB) an einen Verbraucher (§ 13 BGB), **nicht** gilt (siehe Rn 79a ff. und Rn 1095).

417a

Mithin ist beim Versandkauf bei der Frage nach der Anwendbarkeit des § 447 I BGB zwischen Verbrauchsgüterkaufverträgen und Nicht-Verbrauchsgüterkaufverträgen zu unterscheiden:

417b

- Beim Versandkauf außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs greift die Gefahrtragungsregelung des § 447 I BGB uneingeschränkt: Die Gefahr des zufälligen Untergangs/Verlusts oder der zufälligen Verschlechterung geht auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt übergeben hat. Entgegen § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB bleibt der Käufer grds. zur Kaufpreiszahlung verpflichtet (und trägt damit nicht nur die Leistungsgefahr, sondern auch die Preisgefahr). In diesem Fall hilft dem Käufer immerhin die Figur der Drittchadensliquidation (DSL), mittels derer der Käufer vom Verkäufer verlangen kann, dass dieser den Schaden des Käufers beim Frachtführer liquidiert oder den Schadensersatzanspruch, den der Verkäufer gegen den Frachtführer hat, an den Käufer abtritt (siehe Rn 1089 ff., speziell Rn 1095). Davon unbeschadet hat der Käufer unter den Voraussetzungen des § 421 I S. 2 HGB einen direkten Schadensersatzanspruch gegen den Frachtführer, woraus deutlich wird, dass der Käufer letztlich nicht auf die DSL angewiesen ist (auch dazu Rn 1095).
- Bei einem Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 I BGB gilt wegen § 475 II BGB die Gefahrtragungsregelung des § 447 I BGB nicht, sondern es bleibt bei der Grundregel des § 446 BGB: Bei einem zufälligen Untergang muss der Verkäufer zwar ebenfalls nicht nachliefern (denn wegen der Einstufung als Schickschuld hat der Verkäufer mit der Übergabe der Sa-

<sup>438</sup> Weidenkaff, in: Grüneberg, § 447 Rn 15. Siehe dazu bereits oben Rn 76.

<sup>439</sup> Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn der Untergang, der Verlust oder die Verschlechterung nicht zufällig eintritt, sondern vom Verkäufer zu vertreten ist. In diesem Fall greift die Gefahrtragungsregelung des § 447 BGB nicht.

che an die Transportperson alles zur Erfüllung aus dem Schuldverhältnis Erforderliche getan). Im Fall der Unmöglichkeit ist er gem. § 275 I BGB von seiner Leistungspflicht befreit. Allerdings ist der Käufer dann – wegen § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB – von seiner Zahlungspflicht befreit (und trägt damit – anders als oben – nicht die Preisgefahr). Bei einer Verschlechterung der Sache hat der Verbraucher indes die Mängelrechte aus § 437 BGB (zuvörderst den Nachlieferungsanspruch aus § 439 I Var. 2 BGB), da er eine zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelhafte Sache erhält.

418

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Bei Vorliegen eines **Versendungskaufs nach § 447 I BGB** bietet sich folgende Prüfungsreihenfolge hinsichtlich des Bestehens des *Zahlungsanspruchs* an:

**1. Anspruch aus § 433 II BGB entstanden?**

Hier ggf. das Vorliegen eines wirksamen Kaufvertrags prüfen.

**2. Anspruch nach § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB untergegangen?**

Fraglich ist, ob der Zahlungsanspruch gem. § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB untergegangen ist. Das wäre der Fall, wenn die aus dem gegenseitigen Vertrag resultierende synallagmatische Leistung des Verkäufers gem. § 275 BGB unmöglich geworden ist. Bei einer Gattungsschuld ist dabei zunächst fraglich, ob die Sache bereits konkretisiert worden ist. Dies ist bei einer Schickschuld der Fall, wenn der Gegenstand vom Verkäufer an den Transporteur ausgehändigt, also *zur Beförderung* an die vom Käufer angegebene Adresse *übergeben* wurde.<sup>440</sup> Dann hat der Verkäufer alles seinerseits zur Leistungserbringung Erforderliche getan, § 243 II BGB. Geht diese konkretisierte Schuld beim Transport unter, ist ein Fall der Unmöglichkeit gem. § 275 I BGB gegeben. Grundsätzlich würde dies zum Erlöschen der Kaufpreiszahlungspflicht als Gegenleistung führen, § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB.

**3. Gefahrtragungsumkehr nach § 447 I BGB?**

*Vor* dem Untergang der Sache könnte die Preisgefahr jedoch auf den Käufer nach § 447 BGB übergegangen sein. Dann würde dieser entgegen § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB weiterhin zur Zahlung verpflichtet sein.

**a. Ausschluss des § 447 I BGB wegen § 475 II BGB?**

Dafür ist zunächst fraglich, ob § 447 I BGB überhaupt anwendbar ist. Ist nämlich der Käufer ein Verbraucher, § 13 BGB, und der Verkäufer ein Unternehmer, § 14 I BGB, greift die Gefahrtragsregelung des § 447 I BGB wegen § 475 II BGB nicht.<sup>441</sup> Greift § 447 I BGB nicht, gilt § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB und der Kaufpreiszahlungsanspruch erlischt.

**b. Voraussetzungen des § 447 I BGB**

Liegt hingegen *kein* Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 I S. 1 BGB vor, ist § 447 I BGB anwendbar. Der Käufer bleibt also zur Zahlung gem. § 433 II BGB verpflichtet, wenn ein Versendungskauf vorliegt und die Sache an den Transporteur ausgehändigt wurde. Dasselbe gilt, wenn bei einem Verbrauchsgüterkauf der Verbraucher die Transportperson beauftragt hat.

419

Weiterer **Hinweis für die Fallbearbeitung:** Im Zusammenhang mit § 447 I BGB treten in einer Klausur typischerweise mehrere Problemkreise auf. Zunächst ist bei der Frage nach der Unmöglichkeit der Leistung regelmäßig die Konkretisierung (§ 243 II BGB) der untergegangenen Sache zu erörtern. Dabei ist eine klare Qualifikation der Schuld (Bring-, Hol- oder Schickschuld) vorzunehmen. Ein weiteres Problem stellt sich, wenn der Verkäufer die Sache nicht an eine fremde Transportperson (z.B. Post), sondern an seinen **eigenen** Fahrer übergibt. Bei dieser Konstellation ist umstritten, ob § 447 I BGB eingreifen soll.<sup>442</sup> *Dagegen* spricht, dass der Verkäufer die Sache bei der

<sup>440</sup> BGH MDR 2004, 22, 22; Lorenz, JuS 2004, 105, 106.

<sup>441</sup> Zur Begründung (Widerspruch zu Art. 20 S. 1 Verbraucherrechtlichlinie i.V.m. Erwägungsgrund 55 S. 5 der RiLi, wonach die Gefahr erst mit der Übergabe an den Verbraucher auf diesen übergeht) siehe Rn 79b.

<sup>442</sup> Dazu *Wertenbruch*, JuS 2003, 625, 628.

Übergabe an seine eigenen Leute noch nicht aus seinem Machtbereich entlässt, sodass es eigentlich auch gerecht wäre, wenn er weiterhin die Preisgefahr tragen würde. Allerdings spricht *für* die Anwendung von § 447 I BGB, dass der Verkäufer bei einer Schickschuld den Transport der Sache gerade nicht schuldet. Wenn er gleichwohl seine Leute für die Übersendung der Sache einsetzt, soll ihm dies nach der h.M. nicht zum Nachteil gereichen. Die Gefahr soll also nach § 447 I BGB auch übergehen, wenn keine fremde Person mit dem Transport betraut wurde. Schließlich ist bei § 447 I BGB immer an die Möglichkeit der **Drittschadensliquidation** und den Direktanspruch aus § 421 I S. 2 HGB gegen den Frachtführer (siehe Rn 1095) zu denken.

#### d. §§ 644, 645 BGB

Sonderregelungen zu § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB befinden sich auch in §§ 644, 645 BGB. Nach **§ 644 I S. 1 BGB** trägt bis zur Abnahme des Werks durch den Besteller der Unternehmer die Preisgefahr. Geht also das Werk vor der Abnahme unter und ist die Werkherstellung auch nicht mehr nachholbar, erhält der Unternehmer keinen Werklohn. Sobald der Besteller das Werk abgenommen hat, muss er dem Unternehmer auch den Werklohn entrichten, wenn die Sache danach zufällig untergeht. **§ 644 I S. 2 BGB** regelt den Gefahrübergang (Preisgefahr) bei *Annahmeverzug* und entspricht damit inhaltlich dem § 326 II S. 1 Var. 2 BGB. In **§ 644 II BGB** besteht eine Sonderregelung für Werkverträge, bei denen das Werk versendet wird. Danach ist § 447 I BGB entsprechend anzuwenden. Ist das Werk untergegangen, unausführbar geworden oder hat es sich verschlechtert, weil der Besteller fehlerhafte Stoffe geliefert hat oder fehlerhafte Anweisungen gab, kann der Unternehmer nach **§ 645 BGB** einen seiner Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung verlangen.

420

#### e. § 326 II S. 1 Var. 1 BGB – Überwiegende Verantwortlichkeit

§ 326 II S. 1 Var. 1 BGB regelt den Fall des **vom Gläubiger ganz oder weit überwiegend zu vertretende Unmöglichkeit**: Danach bleibt der Gläubiger trotz Unmöglichkeit der Leistung auf Seiten des Schuldners zur Gegenleistung verpflichtet, wenn *er* für den Umstand, der dem Schuldner die Erbringung der Leistung nach § 275 BGB unmöglich machte, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist. Liegt eine alleinige oder weit überwiegende Verantwortlichkeit des Gläubigers hinsichtlich des Unmöglichwerdens der Leistung vor, geht die Preisgefahr als Ausnahme zu § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB auf den Gläubiger über. Die Vorschrift ist daher – wie auch die anderen Ausnahmeregelungen – keine eigene Anspruchsgrundlage, sondern eine *Anspruchserhaltungsnorm*, die den Untergang der Forderung verhindert.

421

Eine Verantwortlichkeit des Gläubigers ist zunächst gegeben, wenn dieser die Unmöglichkeit der Leistungserbringung durch den Schuldner gem. §§ 276 ff. BGB zu vertreten hat. Dies ist anzunehmen, wenn der Gläubiger schuldhaft eigene Haupt- oder Nebenpflichten (etwa die Übernahme einer Vorleistungspflicht<sup>443</sup>) verletzt hat. Dies kommt indes nur in seltenen Ausnahmekonstellationen in Betracht. Eher kommt es vor, dass eine Verantwortlichkeit i.S.d. § 326 II S. 1 Var. 1 BGB vorliegt, wenn der Gläubiger im Vertrag ausdrücklich oder konkludent das Risiko für ein etwaiges Leistungshindernis übernommen hat.<sup>444</sup> So kann bei einem Dienstvertrag trotz Nichterbringung der geschuldeten Dienstleistung der Vergütungsanspruch bestehen bleiben, wenn der Dienstberechtigte das Risiko eines Leistungshindernisses übernommen hat. Kann in diesem Fall bei Unmöglichkeit die Dienstleistung nicht erbracht werden, bleibt der Dienstberechtigte zur

422

<sup>443</sup> BGH NJW 2007, 3488; NJW 2008, 511; *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 326 Rn 9.

<sup>444</sup> BGH NJW 2002, 595, 596 (Konzertausfall, weil sich Sängerinnen zerstritten hatten - „Tic-Tac-Toe-Fall“); NJW 2011, 756, 757 (Kartenlegen als unmögliche Leistung – dazu *Bartels*, ZGS 2011, 355; *Schermaier*, JZ 2011, 633; *Windel*, ZGS 2011, 218; *Timme*, MDR 2011, 397).

Gegenleistung verpflichtet, weil er für die Unmöglichkeit wegen der Risikoübernahme „allein verantwortlich“ (i.S.v. § 276 I S. 1 BGB) ist.<sup>445</sup>

- 423 Für § 326 II S. 1 Var. 1 BGB ist nicht nur erforderlich, dass der Gläubiger für das Leistungshindernis überhaupt verantwortlich ist, er muss vielmehr **allein oder weit überwiegend** verantwortlich sein. Für die Feststellung des Grades der Verantwortlichkeit kann der Rechtsgedanke des § 254 BGB herangezogen werden. So ist ein „weites Überwiegen“ anzunehmen, wenn ein etwaiger Schadensersatzanspruch des Gläubigers aufgrund seiner Mitverantwortlichkeit an § 254 BGB scheitern würde. Dafür ist eine Verantwortungsquote des Gläubigers von i.d.R. 90% bzw. mind. 80% erforderlich.<sup>446</sup>

**Beispiel:** K möchte beim Autohändler V einen Wagen kaufen. Er ist zu diesem Zweck zu V gegangen und hat dort eine Probefahrt mit einem gebrauchten Mercedes gemacht. Danach hat er – was V nicht wusste – das Auto weder abgeschlossen noch die Fenster verriegelt. K und V schließen einen Kaufvertrag über den Wagen ab und vereinbaren, dass K das Auto am nächsten Tag abholt. In der Nacht wird der Mercedes wegen der offenen Türen und Fenster gestohlen. V verlangt Zahlung. Zu Recht?

Der zunächst gem. § 433 II BGB entstandene Anspruch könnte gem. § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB untergegangen sein, weil die *Leistung* (Übereignung des Kfz) gem. § 275 I BGB (Stückschuld) unmöglich geworden ist.

Allerdings liegt eine in § 326 II S. 1 Hs. 1 BGB geregelte Ausnahme von § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB vor, da der Gläubiger K den Untergang der Sache allein bzw. weit überwiegend zu verantworten hat. Selbst wenn man auch V vorwerfen könnte, dass er den Wagen nach der Probefahrt nicht noch einmal kontrolliert hat, ist der Verantwortungsbeitrag des K mit mindestens 80% zu bewerten, weil er den Wagen nicht verschlossen hat. K bleibt damit zur Zahlung verpflichtet.

#### f. § 326 II S. 1 Var. 2 BGB – Annahmeverzug des Gläubigers

- 424 Nach § 326 II S. 1 Var. 2 BGB bleibt der Gläubiger zur Gegenleistung verpflichtet, wenn er sich zum Zeitpunkt des Eintritts der *vom Schuldner nicht zu vertretenden* Unmöglichkeit im **Annahmeverzug** (§§ 293 ff. BGB) befindet. Mit dem Annahmeverzug geht die Gegenleistungsgefahr (Preisgefahr) vom Schuldner auf den Gläubiger über. Das heißt: Trotz Befreiung von der Leistungspflicht behält der Schuldner seinen Anspruch auf Erbringung der Gegenleistung durch den Gläubiger. Der Grund dieser Regelung besteht darin, dass der Schuldner ohne den Gläubigerverzug seine Leistung schon erbracht hätte und deshalb von dem Umstand, welcher das Leistungshindernis begründet, nicht betroffen wäre. Jedoch behält der Schuldner nicht losgelöst von Verschuldensprinzipien seinen Anspruch auf Gegenleistung. Hat er den Untergang bzw. die Verschlechterung der Leistung vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht, geht der Anspruch auf Erbringung der Gegenleistung unter. Das ergibt sich aus der in § 300 I BGB zum Ausdruck kommenden Haftungsprivilegierung. Zwar bezieht sich die Vorschrift nach h.M. lediglich auf den Leistungsgegenstand<sup>447</sup>, d.h. auf die Haftung wegen des Freiwerdens von der Leistungserbringung mit der Folge, dass der Schuldner nicht für den zufälligen oder lediglich einfach fahrlässig verursachten Untergang oder die Verschlechterung (Beschädigung) des Leistungsgegenstands haftet. Jedoch bezieht sich die Vorschrift auch auf den Haftungsmaßstab bei der Frage nach dem Schicksal der Gegenleistungspflicht: Hat der Schuldner während des Annahmeverzugs gem. § 300 I BGB den zum Ausschluss der Leistungs-

<sup>445</sup> Vgl. BGH NJW 2002, 595 ff. (Konzertausfall, weil sich Sängerinnen zerstritten hatten). Hier hatte nach Auffassung des BGH der Konzertveranstalter gegenüber dem Beleuchtungstechniker das Risiko des Leistungshindernisses übernommen und war somit für den Umstand, aufgrund dessen der Beleuchtungstechniker nicht zu leisten brauchte, verantwortlich. Daher behält wegen § 326 II S. 1 Var. 1 BGB der Beleuchtungstechniker gegenüber dem Konzertveranstalter seinen Vergütungsanspruch, obwohl die Leistungserbringung unmöglich i.S.d. § 275 BGB war.

<sup>446</sup> *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 326 Rn 9.

<sup>447</sup> BGH NJW 2010, 2426, 2429. Aus der Lit. etwa *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 300 Rn 2.

pflicht führenden Umstand weder vorsätzlich noch grob fahrlässig verursacht, bleibt gem. § 326 II S. 1 Var. 2 BGB sein Anspruch auf die Gegenleistung erhalten. Damit gilt also: Das Leistungshindernis, aufgrund dessen der Schuldner von seiner Leistung nach § 275 I-III BGB frei wird, muss während des Annahmeverzugs des Gläubigers eingetreten sein und der Schuldner (bzw. dessen Erfüllungsgehilfe, § 278 BGB) darf den zur Leistungsbefreiung führenden Umstand weder vorsätzlich noch grob fahrlässig verursacht haben.

**Beispiel:** B kauft im Geschäft des A eine Vase. Dabei wird vereinbart, dass die Vase am nächsten Tag um 15.00 Uhr zu B nach Hause gebracht werden soll. Als A zum vereinbarten Termin bei B an der Haustür klingelt, öffnet niemand, da B den Termin vergessen hat. A muss die Vase also wieder in seinen Transporter laden und fährt zu seinem Geschäft zurück. Beim Ausladen stolpert A aus leichter Unachtsamkeit, wobei die Vase zerstört wird. A meint, er müsse nicht noch einmal leisten, und verlangt von B Bezahlung.

Der Anspruch auf Kaufpreiszahlung (*Gegenleistung*) gem. § 433 II BGB ist zunächst entstanden.

Er könnte aber gem. § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB untergegangen sein, wenn die *Leistung* (Übereignung der Vase) unmöglich geworden ist. Es handelte sich um eine konkretisierte Gattungsschuld, da A die Vase zu B brachte und sie ihm in Annahmeverzug begründender Weise anbot (Bringschuld). Er hat damit alles seinerseits zur Leistung Erforderliche getan, § 243 II BGB. Durch die Zerstörung der (konkretisierten) Vase ist die Erbringung der Leistung unmöglich geworden, § 275 I BGB. Damit könnte auch die Gegenleistung gem. § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB untergegangen sein, wenn keine Ausnahme von dieser Vorschrift vorliegt. Hier kommt § 326 II S. 1 Var. 2 BGB in Betracht. Ein Annahmeverzug liegt gem. §§ 293, 296 BGB vor. Fraglich ist aber, ob das Freiwerden von der Leistungspflicht – wie es § 326 II S. 1 Var. 2 BGB verlangt – vom Schuldner (hier: A) zu vertreten war. Zwar wurde die Vase aufgrund von leichter Unachtsamkeit (und damit fahrlässig i.S.d. § 276 II BGB) zerstört, jedoch hat der Schuldner während des Verzugs des Gläubigers nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 300 I BGB). Leichte Fahrlässigkeit ist somit unbeachtlich.

Sind damit die Voraussetzungen der anspruchserhaltenden Gegenorm des § 326 II S. 1 Var. 2 BGB erfüllt, ist A nicht nur von seiner Leistungspflicht gem. § 275 BGB befreit, sondern er kann nach wie vor Zahlung des Preises aus § 433 II BGB verlangen.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Wenn der Schuldner seinen Anspruch auf die Gegenleistung gem. § 326 II BGB behält, obwohl er seinerseits wegen § 275 BGB nicht mehr zu leisten braucht, muss er sich wegen **§ 326 II S. 2 BGB** aber zumindest dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von seiner Leistung erspart hat oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Damit sind insb. etwaige Reise- und Transportkosten, Arbeitslöhne und Vergütungen für Lieferanten oder Subunternehmer gemeint, die sich der Schuldner wegen seiner Leistungsbefreiung ersparen kann. Anzurechnen sind auch der Rest des Leistungsgegenstands oder ein etwaiger Erlös, den er durch diese Reste der zerstörten Sache erlangt. Bzgl. des böswilligen „Nichterwerbs“ reicht es aus, dass der Schuldner eine anderweitige Verdienstmöglichkeit kennt und vorsätzlich auslässt. **Nicht** anzurechnen sind die bereits erbrachten, aber nutzlos gewordenen Aufwendungen. Im obigen **Beispielfall** muss sich A also bspw. dasjenige anrechnen lassen, was er u.U. durch einen Weiterverkauf der zerstörten Vase einnimmt. Die Aufwendungen für den vergeblichen Transport dagegen werden nicht zu seinen Lasten berechnet.

Aber auch, wenn auf Seiten des Schuldners ein (nicht leichtes) Vertretenmüssen nach §§ 276 ff. BGB anzunehmen sein sollte, führt das nicht zwangsläufig zum Untergang der Gegenleistungspflicht, sondern man gelangt ggf. zum Problem der beiderseitig zu vertretenden Unmöglichkeit (Rn 428 ff.).

**g. §§ 326 III, 285 BGB – Stellvertretendes commodum**

426 Eine weitere Ausnahme zu § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB findet sich in §§ 326 III, 285 BGB. Sofern der Schuldner von seiner Leistungspflicht gem. § 275 BGB frei wird, kann sich der Gläubiger zunächst darauf berufen, dass er gem. § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB ebenfalls von seiner Leistungspflicht frei wird. Erwirbt der Schuldner allerdings für den Verlust seines Leistungsgegenstands einen Ersatzanspruch (z.B. Versicherungssumme oder Schadensersatzanspruch gegen einen Dritten), kann der Gläubiger wahlweise auch diesen begehren, anstatt sich auf das Freiwerden von seiner Gegenleistungspflicht zu berufen, § 285 BGB (dazu bereits Rn 403). Dies macht insbesondere Sinn, wenn die Ersatzsache oder der Ersatzanspruch im Wert höher ist als die Gegenleistung. Verlangt der Gläubiger die Herausgabe des Surrogats, bleibt er gem. § 326 III S. 1 BGB zur Gegenleistung verpflichtet. Eine Minderung der Gegenleistung ist nach §§ 326 III S. 2, 441 III BGB möglich, wenn der Wert des Ersatzes hinter dem der geschuldeten Leistung zurückbleibt.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Die Absätze II und III des § 326 BGB stellen keine eigenständigen Anspruchsgrundlagen dar. Es handelt sich dabei vielmehr um *Anspruchserhaltungsnormen*. Die Anspruchsgrundlage für die Gegenleistung bleibt also die vertraglich vereinbarte, z.B. die Kaufpreiszahlungspflicht aus § 433 II BGB. Bei der Prüfung dieses Anspruchs ist dann im Prüfungspunkt „Anspruch untergegangen“ (Rn 406) auf § 326 I S. 1 BGB einzugehen und zu prüfen, ob der Gegenleistungsanspruch danach ausgeschlossen ist. Dann wiederum ist auf § 326 II bzw. III BGB einzugehen und zu prüfen, ob der Gegenleistungsanspruch doch besteht. Ist die Gegenleistung bereits erbracht und fordert der Gläubiger „sein Geld“ zurück, ist i.d.R. der Einstieg über § 326 IV BGB zu wählen, der auf die Rücktrittsvorschriften (§§ 346 ff. BGB) verweist.

**h. Schadensersatz statt der Leistung, §§ 280 ff.; 311a II BGB**

427 Hat der Schuldner die Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten (i.S.d. § 276 BGB), kann der Gläubiger nach § 275 IV BGB i.V.m. §§ 283, 280 I BGB oder § 311a II BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen (dazu ausführlich Rn 679 ff.). Der Gläubiger wird dabei zwar von seiner Gegenleistungspflicht frei (§ 326 I S. 1 BGB), hat aber dennoch die Option (i.S. eines Wahlrechts), die Gegenleistung zu erbringen, um etwaige Vorteile, die er aus dem Rechtsgeschäft gezogen hätte, zu erhalten. Dies wird freilich nur bei Tauschgeschäften relevant sein, weil die Gegenleistung bei einem Kauf in Geld besteht und der Gläubiger (= Geldschuldner) kein Interesse daran hat, erst Geld (die Gegenleistung) hinzugeben, um es sodann im Wege des Schadensersatzes zurückzuverlangen.

**Beispiel:** P und B haben einen Tausch vereinbart, bei dem B seinen BMW und P seinen Porsche jeweils dem anderen übereignen sollen. Schuldhaft zerstört P seinen Porsche am Tag vor der Erfüllung.

P ist gem. § 275 BGB von seiner Leistungspflicht befreit. Damit müsste an sich auch B gem. § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB von seiner Pflicht zur Gegenleistung befreit sein, zumal auch keine Ausnahmenvorschriften eingreifen (insb. nicht § 326 II BGB, da der *Schuldner* die Unmöglichkeit verschuldet hat). Leistet B nicht, muss er sich aber den Wert seines BMW (seiner Gegenleistung) auf den Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, III, 283 BGB anrechnen lassen. Dies kann für ihn von Nachteil sein, wenn er den Wagen ohnehin nicht behalten wollte und er lieber den vollen Schadensersatz in Geld begehrt. Daher ist § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB teleologisch zu reduzieren und B kann wählen, ob er nicht leistet und nur die Wertdifferenz zwischen den beiden Autos verlangt oder ob er den vollen Wert des Porsches begehrt und den BMW dafür leistet.

## i. Arbeitsrechtliche Besonderheiten

Auch im Arbeitsrecht bestehen Bestimmungen, die trotz Wegfalls der Leistungspflicht den Anspruch auf Gegenleistung aufrechterhalten. Ist der Arbeitnehmer von seiner Leistungspflicht (Erbringung der Arbeitsleistung) befreit, kann der Arbeitgeber unter bestimmten Voraussetzungen gleichwohl verpflichtet sein, das Gehalt fortzuzahlen. Das ist insbesondere der Fall bei

427a

- § 3 I EFZG (Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für die ersten 6 Wochen, sofern den Arbeitnehmer kein Verschulden an der Arbeitsunfähigkeit trifft),
- § 1 BUrlG (Anspruch jedes Arbeitnehmers in jedem Kalenderjahr auf bezahlten Erholungsurlaub, der gem. § 3 I BUrlG mindestens 24 Tage beträgt),
- § 615 S. 1 BGB (Annahmeverzug des Arbeitgebers),
- § 615 S. 3 BGB (Betriebsrisiko des Arbeitgebers) und
- § 7 MuSchG (Freistellung von der Arbeitspflicht für Untersuchungen (§ 7 I MuSchG) und Stillzeiten (§ 7 II MuSchG) unter Beibehaltung der Entgeltzahlungspflicht).

Dagegen ist der Arbeitgeber in den Fällen des § 3 MuSchG (grundsätzliches Beschäftigungsverbot in den letzten 6 Wochen vor der Entbindung, § 3 I MuSchG, und absolutes Beschäftigungsverbot in den ersten 8 Wochen nach der Entbindung, § 3 II MuSchG) von der Entgeltzahlungspflicht befreit, da sich in diesen Fällen der Anspruch der Frau gegen den Sozialträger richtet (§ 19 MuSchG).

## 3. Besonderheiten bei beiderseitig zu vertretender Unmöglichkeit

### a. Ausgangslage

**Vom Gläubiger zu vertretende Unmöglichkeit:** In § 326 II S. 1 Var. 1 BGB geht der Gesetzgeber von dem Fall aus, dass der Gläubiger (d.h. der Gläubiger der unmöglich gewordenen Leistung) für die Unmöglichkeit allein oder weit überwiegend verantwortlich ist. In diesem Fall behält der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung. Das ist richtig. Denn es kann nicht das Problem des Schuldners der Leistung sein, wenn die Unmöglichkeit der Leistungserbringung ganz oder weit überwiegend (also mindestens zu 80%) vom anderen Teil zu verantworten ist.

428

**Vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit:** Umgekehrt ist auch klar, dass der Schuldner der Leistung keinen Anspruch auf Gegenleistung hat, wenn *er* die Unmöglichkeit zu vertreten hat (vgl. § 326 I S. 1 BGB).

**Von beiden Seiten nicht zu vertretende Unmöglichkeit:** Ist die Unmöglichkeit weder vom Schuldner noch vom Gläubiger zu vertreten, entfällt nicht nur die Gegenleistungspflicht, sondern es scheiden auch Schadensersatzansprüche aus, da diese ja gerade Vertretenmüssen voraussetzen (vgl. § 280 I S. 2 BGB).

**Von beiden Seiten zu vertretende Unmöglichkeit:** Gesetzlich nicht geregelt (und daher problematisch) ist aber der Fall, in dem beide Seiten die Unmöglichkeit der Leistungserbringung zu vertreten haben (und die Verantwortung des Gläubigers bei weniger als 80% liegt).

**Beispiel („Porzellanstatuenfall“):** V verkauft K eine große alte Porzellanstatue. Weil K diese am nächsten Tag bei V abholen will, stellt V die Statue auf den Hof und beachtet dabei nicht, dass der Boden so sandig ist, dass die Statue bei geringer Erschütterung umfallen könnte. Als K bei V eintrifft, läuft er aus Unachtsamkeit gegen die Statue, woraufhin diese umfällt und vollständig zerstört wird. ⇒ Hier haben beide die Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten. Vgl. weiterhin Rn 434/435.

429

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Bei der vorliegenden Problematik ist exakt auf die Terminologie zu achten. Der Schuldner der unmöglich gewordenen Leistung ist zugleich Schuldner *dieser* Leistung und Gläubiger der Gegenleistung. In § 326 BGB wird er allerdings lediglich als **Schuldner** bezeichnet. Der Gläubiger der unmöglich gewordenen Leistung ist auch zugleich Schuldner der Gegenleistung. Er wird vom Gesetz aber lediglich als **Gläubiger** bezeichnet. Wer also die unmöglich gewordene Leistung schuldete, ist der Schuldner, wer die Gegenleistung schuldete, ist der Gläubiger.

430 Zunächst ist zu beachten, dass bei einer *einseitigen* Leistungspflicht (etwa Schenkung) die Konstellation des beiderseitigen Vertretenmüssens kein Problem darstellt, weil der Schadensersatzanspruch des Gläubigers gem. § 254 I BGB um seine Mitverschuldensquote gekürzt wird. Bei *gegenseitigen* Verpflichtungen dagegen kann nicht nur dem Gläubiger des geschuldeten Gegenstands ein Schaden entstehen, sondern auch dem Schuldner, der u.U. seine Gegenleistung und damit einen etwaigen Gewinn verliert. Diese unterschiedlichen Interessen der Parteien sind in einen schonenden Ausgleich zu bringen.

431 Es stellt sich die Frage, wie solche Fälle zu behandeln sind. Unstreitig ist, dass der Schuldner von seiner Leistungspflicht gem. § 275 I BGB frei wird. Bei der Frage nach der Gegenleistung und dem Schadensersatzanspruch werden viele unterschiedliche Lösungsansätze vertreten<sup>448</sup>, die hier nicht im Einzelnen dargestellt werden können.

432 Überzeugend erscheint folgender Weg: Handelt es sich *nicht* um einen Fall, in dem der Gläubiger allein oder weit überwiegend für die Unmöglichkeit verantwortlich und für den § 326 II S. 1 BGB anwendbar ist (s.o., Rn 421), behält der Gläubiger seinen Anspruch auf die Gegenleistung. Dieser Anspruch ist aber nach § 254 BGB um seinen Verantwortungsanteil zu kürzen. Parallel dazu hat der Schuldner einen Schadensersatzanspruch gem. § 280 I BGB, der ebenfalls nach § 254 BGB um seinen Mitverschuldensanteil zu kürzen ist.<sup>449</sup>

433 Ist die Anspruchsrichtung umgekehrt (also Gläubiger gegen Schuldner auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 283 BGB bzw. gem. § 311a II BGB), ist dieser Anspruch ebenfalls nach § 254 BGB um den Anteil zu kürzen, den der Gläubiger durch seine Nebenpflichtverletzung mitverursacht hat.<sup>450</sup>

434 Kommt demnach **Schadensersatz** in Betracht, kann der Schaden nach der **Differenzmethode** (Rn 692 f.) berechnet werden.<sup>451</sup>

**Beispiel:** Es wird angenommen, dass im „Porzellanstatuenfall“ (Rn 428) den Gläubiger (Käufer) eine Verantwortlichkeit von 40% und den Schuldner (Verkäufer) eine solche von 60% trifft. Als Kaufpreis wurde 1.000 € vereinbart und der Gläubiger hatte eine Weiterveräußerungsoption der Statue zu einem Preis von 1.100 €.

Nach dem oben Gesagten bleibt der Anspruch des Schuldners (Verkäufers) gem. § 326 I S. 1 Hs. 1 BGB bestehen, wird aber um seinen Mitverschuldensanteil (60%) gekürzt. Es besteht also ein Anspruch des V gegen K auf Zahlung i.H.v. 400 €.

Der Anspruch des Gläubigers (Käufers) aus §§ 280 I, III, 283 BGB ist im Wege der Differenzmethode auf 100 € zu beziffern. Abzüglich von 40% verbleibt ein Anspruch auf Zahlung von 60 €. Saldiert man die beiden Ansprüche, verbleibt dem Schuldner (Verkäufer) ein Anspruch auf Zahlung i.H.v. 340 €.

<sup>448</sup> Vgl. die Gegenüberstellung von *Brade*, JA 2013, 413 ff.

<sup>449</sup> Vgl. nunmehr auch BGH RdL 2015, 95 f., der die vom Berufungsgericht vorgenommene Quotelung von je 50% „aus Sicht des BGB“ nicht beanstandet; vgl. zuvor schon *Stadler*, in: Jauernig, § 326 Rn 22; *Grüneberg*, in: Grüneberg, § 326 Rn 15; *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, Rn 449.

<sup>450</sup> Vgl. die soeben Genannten a.a.O.

<sup>451</sup> *Grüneberg*, in: Grüneberg, § 326 Rn 15.

Berechnet man den Schadensersatzanspruch des Gläubigers gem. §§ 280 I, III, 283 BGB im Wege der **Surrogationsmethode** (ebenfalls Rn 692 f.)<sup>452</sup>, folgt der Anspruch aus dem Wert des Gegenstands zzgl. etwaiger Folgeschäden wie z.B. dem entgangenen Gewinn. Von diesem Anspruch ist der der Mitverschuldensquote des Gläubigers entsprechende Anteil abzuziehen, § 254 I BGB. Dafür behält der Schuldner nach § 326 II BGB seinen ungekürzten Anspruch auf die Gegenleistung. Dann werden die beiden Ansprüche gegeneinander verrechnet.

435

**Beispiel:** Im „Porzellanstatuenfall“ (Rn 428) trifft den Gläubiger (Käufer) ein 40%iges und den Schuldner (Verkäufer) ein 60%iges Verschulden an dem Untergang der Sache. Der Preis beträgt 1.000 € und der Gläubiger hätte die Statue für 1.100 € weiterveräußern können.

Der Schadensersatzanspruch des Gläubigers (Käufers) gem. §§ 280 I, III, 283 BGB beträgt nach der Surrogationsmethode 1.100 € abzgl. einer Quote von 40%, also 660 €. Der Schuldner behält dafür seinen ungekürzten Kaufpreisanspruch gem. §§ 433 II, 326 II BGB, also 1.000 €. Nach einer Saldierung der Ansprüche verbleibt dem Schuldner (Verkäufer) ein Anspruch auf Zahlung i.H.v. 340 €.

## b. Beiderseitig zu vertretende *anfängliche* Unmöglichkeit

Denkbar ist auch der Fall, in dem die Leistung anfänglich unmöglich ist und sowohl der Schuldner als auch der Gläubiger das Leistungshindernis kannten oder fahrlässig nicht kannten.

436

**Beispiel:** A und B schließen einen Kaufvertrag über die Lieferung von 1.000 Liter Rotwein aus dem Weinbaugebiet X. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses war beiden Parteien bekannt, dass die Ernte aufgrund eines vorangegangenen Unwetters sehr knapp ausfallen würde. ⇒ Hier haben beide Parteien fahrlässig in Bezug auf die Lieferung trotz möglichen Ernteausfalls gehandelt.

Bei der Frage nach der **Gegenleistung** ist grundsätzlich § 326 I BGB anzuwenden, sodass der Anspruch **fortfällt**. Der Umstand, dass auch der Gläubiger die Unmöglichkeit kannte oder kennen musste, ändert daran nichts. Insbesondere greift § 326 II BGB nicht ein, weil diese Anspruchserhaltungsnorm nur auf die Verantwortlichkeit *für den zur Unmöglichkeit* führenden *Umstand* abstellt. Auch wäre es unangemessen, den Gläubiger bloß wegen seiner Kenntnis oder zu vertretenden Unkenntnis auf den vollen Betrag haften zu lassen. Will der *Gläubiger* einen **Schadensersatzanspruch** gem. § 311a II BGB geltend machen (z.B. weil er den Gegenstand mit Gewinn hätte weiterveräußern können), ist dieser Anspruch gem. § 254 I BGB zu mindern.<sup>453</sup> Die Kürzung erfolgt dabei anhand einer „Wissensquote“ bzw. „Verschuldensquote“.

437

Darüber hinaus könnte man erwägen, dass der *Schuldner* einen **Anspruch auf Schadensersatz** wegen Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht gem. §§ 280 I, 241 II, 311 II BGB (dazu Rn 602 ff./620 ff.) hat. Der Schaden, den der Schuldner haben könnte, kann aber nicht aus dem Verlust des Gegenanspruchs resultieren. Denn der Schuldner hatte die Sache bei Vertragsschluss noch gar nicht, sodass er sich aufgrund der Unmöglichkeit die Beschaffungskosten erspart. Selbst wenn der Schuldner durch die Veräußerung des Gegenstands einen Gewinn erreicht hätte, darf ihm der Verlust des Gewinns nicht auf der Grundlage der vorvertraglichen Pflichtverletzung erstattet werden, weil dieser Anspruch grundsätzlich nur auf das negative Interesse gerichtet ist. Ein Schaden könnte ihm aber bspw. durch kostenaufwendige Beschaffungs*versuche* entstanden sein. Die zu diesem Anspruch erforderliche vorvertragliche **Pflichtverletzung** könnte daraus

438

<sup>452</sup> Grüneberg, a.a.O.

<sup>453</sup> Huber/Faust, S. 223; Rauscher, ZGS 2002, 333, 337. Vgl. auch Löwisch/Feldmann, in: Staudinger, § 311a Rn 56.

hergeleitet werden, dass sich der Gläubiger in vorwerfbarer Weise eine unmögliche Leistung versprechen ließ.<sup>454</sup> Der Anspruch des Schuldners ist wiederum gem. § 254 I BGB zu kürzen.

### c. Vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit während eines Annahmeverzugs des Gläubigers

- 439 Fraglich ist, ob ein Fall der beiderseitig zu vertretenden Unmöglichkeit auch vorliegt, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten hat und der Umstand während eines Annahmeverzugs des Gläubigers eintrat. Zu beachten ist dabei, dass ein Vertretenmüssen des Schuldners wegen § 300 I BGB nur vorliegt, wenn ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fallen. Soweit der Schuldner die Unmöglichkeit nur mit leichter oder mittlerer Fahrlässigkeit herbeigeführt hat, bleibt es bei der Regelung des § 326 II S. 1 Var. 2 BGB. Er behält seinen Anspruch auf die Gegenleistung.

#### Beispiele:

- (1) V verkauft K eine antike Vase. Die Parteien haben vereinbart, dass V die Vase K am Montag um 15.00 Uhr nach Hause bringt. V trifft zum vereinbarten Zeitpunkt bei K jedoch niemanden an. Auf dem Rückweg stolpert V leicht fahrlässig, sodass ihm die Vase aus der Hand fällt und am Boden zerschellt.

Wegen der Zerstörung der Vase wird V von seiner Leistungspflicht gem. § 275 I BGB frei. Fraglich ist, ob er auch seinen Anspruch auf die Gegenleistung gem. § 326 I BGB verliert. Dies ist wegen **§ 326 II S. 1 Var. 2 BGB** nicht der Fall, weil sich K während der Zerstörung der Vase im Annahmeverzug befand. Dass V den Untergang der Sache leicht fahrlässig verursachte, ist unbeachtlich, weil ihm das Haftungsprivileg des **§ 300 I BGB** zugutekommt, sodass seine Fahrlässigkeit als Nichtverschulden zu betrachten ist.

- (2) Abwandlung: Die Vase wird auf dem Rückweg durch V grob fahrlässig zerstört.

V ist von seiner Leistungspflicht gem. § 275 I BGB befreit. Fraglich ist, ob und in welcher Höhe sein Anspruch auf die Gegenleistung bestehen bleibt. Grundsätzlich entfällt der Anspruch auf die Gegenleistung gem. § 326 I S. 1 BGB. Fraglich ist aber, ob nicht die Anspruchserhaltungsnorm des § 326 II BGB als Ausnahme zu § 326 I BGB eingreift. In Betracht kommt § 326 II S. 1 Var. 2 BGB. Danach würde der Schuldner (Verkäufer) seinen Anspruch auf die Gegenleistung behalten, wenn der „vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist“. Wendet man diese Norm konsequent an, greift die Anspruchserhaltungsnorm nicht ein. Zwar war der Gläubiger (Käufer) im Annahmeverzug, allerdings hatte der Schuldner (hier: V) den zur Unmöglichkeit führenden Umstand zu vertreten (wegen der groben Fahrlässigkeit greift das Privileg des § 300 I BGB nicht ein). Der Anspruch des Schuldners (V) auf die Gegenleistung geht demnach entsprechend der Grundsatzregel des § 326 I S. 1 BGB in vollem Umfang unter. Dem entspricht der eindeutige Wortlaut des § 326 II S. 1 Var. 2 BGB, wonach der Anspruch nicht erhalten bleibt, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit (wegen § 300 I BGB vorsätzlich oder grob fahrlässig) zu vertreten hat.

## 4. Teilunmöglichkeit

In Fällen von Teilunmöglichkeit ist bzgl. der Gegenleistungspflicht des Gläubigers zwischen quantitativer und qualitativer Teilunmöglichkeit (vgl. Rn 389 f.) zu unterscheiden.

- 440 Bei der **quantitativen Teilunmöglichkeit** mindert sich die Gegenleistung des Gläubigers kraft Gesetzes entsprechend dem Wert der unmöglich gewordenen Leistung, §§ 326 I S. 1 Hs. 2, 441 III BGB.

<sup>454</sup> Rauscher, ZGS 2002, 333, 337.

Die Gegenleistung ist also in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem bei Vertragsschluss der Wert der vollständigen Leistung zum Wert der Teilleistung gestanden haben würde. Hat der Gläubiger bereits vollständig geleistet, kann er das zu viel Geleistete nach § 326 IV i.V.m. §§ 346 ff. BGB zurückverlangen. Soweit der Gläubiger jedoch ein schutzwürdiges, besonderes Interesse an der *vollständigen* Leistung hat, wäre eine nur teilweise Befreiung von der Gegenleistung für ihn unbefriedigend. In diesem Fall kann er deswegen gem. §§ 326 V, 323 I und V S. 1 BGB vom gesamten Vertrag zurücktreten.<sup>455</sup> Das Recht auf Schadensersatz (§§ 280 I, III, 283 S. 2 BGB bzw. § 311a II S. 3 i.V.m. § 281 I S. 2 BGB) bleibt unberührt.

Bei der **qualitativen** Teilunmöglichkeit hingegen stellt § 326 I S. 2 BGB klar, dass eine Minderung der Gegenleistung nicht kraft Gesetzes eintritt.

441

Bei einer Schlechtleistung wird der Gläubiger also auch, wenn eine Nacherfüllung unmöglich ist oder ihr ein Leistungshindernis i.S.d. § 275 II, III BGB entgegensteht, nicht von seiner Verpflichtung zur Bewirkung der Gegenleistung *kraft Gesetzes* frei, § 326 I S. 2 BGB. Hinter dieser Regelung steht der Gedanke, dass sich eine nicht vertragsgemäße Leistung gedanklich auch als Teilleistung darstellen ließe, sodass gem. § 326 I S. 1 BGB eine gesetzliche Minderung einträte.<sup>456</sup> Im Gewährleistungsrecht sind die Minderung des Kaufpreises (§ 437 Nr. 2 Var. 2 BGB)<sup>457</sup> und der Rücktritt (§ 437 Nr. 2 Var. 1 i.V.m. §§ 323 ff. BGB) als Gestaltungsrechte ausgestaltet und treten nicht automatisch ein, sondern müssen durch *Erklärung* ausgeübt werden.

Soweit eine **quantitative** Teilunmöglichkeit bei einem **Werk- oder Kaufvertrag** vorliegt, gilt ausnahmsweise die gleiche Regelung wie für die **qualitative** Teilunmöglichkeit. Das liegt daran, dass eine Teilleistung einem Sachmangel gleichgestellt wird, vgl. § 434 II Nr. 1, II bzw. III S. 1 Nr. 2, II S. 1 BGB und § 633 II S. 3 BGB. Leistet also ein Verkäufer/Werkunternehmer quantitativ zu wenig, liegt darin eine „nicht vertragsgemäße Leistung“ (vgl. § 326 I S. 2 BGB) vor. Auch dann soll die Minderung wegen einer mangelhaften Leistung nicht ipso iure eintreten.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** In beiden Fällen von Teilunmöglichkeit bleibt dem Gläubiger das Recht des Rücktritts gem. §§ 326 V, 323 BGB und ggf. ein Anspruch auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung gem. §§ 280 I, III, 283, 281 I S. 2, 3 BGB. Dabei ist zu beachten, dass der Gläubiger bei *quantitativer* Teilunmöglichkeit einen Schadensersatzanspruch statt der ganzen Leistung nur verlangen kann, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat, § 281 I S. 2 BGB. Bei *qualitativer* Teilunmöglichkeit muss für das Bestehen eines Ersatzanspruchs statt der ganzen Leistung gem. § 281 I S. 3 BGB die Pflichtverletzung erheblich sein (zu den i.R. eines Kauf- und Werkvertrags auftretenden Problemen vgl. Rn 495b ff., 697, 735). Verlangt der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung, ist der Schuldner zur Rückforderung einer erbrachten Teilleistung nach §§ 346 ff. BGB berechtigt, § 281 V BGB.

## V. Rücktritt und Schadensersatz, §§ 275 IV, 283, 311a, 326 BGB

Ist gem. § 275 I-III BGB der Schuldner von der Leistungspflicht befreit oder kann die Leistung verweigern, hat der Gläubiger nicht nur das Recht zum sofortigen Rücktritt (§§ 275 IV, 326 V BGB – siehe Rn 484 ff.), sondern unter den Voraussetzungen der §§ 275 IV, 283, 280 I BGB auch einen Anspruch auf Schadensersatz. Anders als beim Rücktritt ist für den Anspruch auf Schadensersatz nicht erforderlich, dass die unmöglich gewordene Leistung einen gegenseitigen Vertrag zur Grundlage hatte (siehe die Titelbezeichnung vor § 320 BGB). Zum Schadensersatz bei Ausschluss der Leistungspflicht siehe ausführlich Rn 703 ff.

441a

<sup>455</sup> Vgl. dazu auch Lorenz, NJW 2003, 3097, 3098.

<sup>456</sup> Huber/Faust, S. 199.

<sup>457</sup> Siehe BGH NJW 2018, 2863, 2865: Minderungsrecht ist (wie Rücktritt) Gestaltungsrecht.

## C. Rücktritt, §§ 323 ff. BGB

442 Sofern das Gesetz nicht schon eine (generelle) Rücktrittsmöglichkeit vorsieht (wie das namentlich gem. § 651h BGB beim Reisevertrag der Fall ist), knüpft es den Rücktritt i.d.R. an eine Pflichtverletzung. So ist der Gläubiger insbesondere unter den Voraussetzungen der §§ 323 ff. BGB berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten, wenn der Schuldner seine vertragliche Primärleistungspflicht verletzt hat. Auch enthält § 313 III BGB die Möglichkeit des Rücktritts, wenn nach veränderten Vertragsgrundlagen ein Festhalten am Vertrag unzumutbar wäre. Neben solchen gesetzlichen Möglichkeiten können sich die Vertragsparteien bei Vertragsschluss selbstverständlich auch den Rücktritt vorbehalten. In diesem Fall spricht man von einem vertraglichen Rücktrittsrecht bzw. von einem Rücktrittsvorbehalt. Die Definition des Rücktritts ist freilich stets dieselbe:

**Rücktritt** ist die Rückgängigmachung der Folgen eines wirksam zustande gekommenen Vertrags durch die einseitige Erklärung einer Partei aufgrund einer entsprechenden *gesetzlichen* oder *vertraglichen* Befugnis.

Der Rücktritt ist kein Anspruch, sondern ein **Gestaltungsrecht**: Der den Rücktritt Ausübende hat nicht lediglich das Recht, vom Schuldner ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (§ 194 I BGB) – hier in der Gestalt der Vornahme der Rückabwicklung –, sondern er gestaltet das Rechtsverhältnis durch einseitige Erklärung um (regelmäßig in ein Rückgewährschuldverhältnis). Die Rechtsfolge wird dann durch das Gesetz angeordnet.<sup>458</sup> Maßgebliche Voraussetzungen für den Rücktritt sind eine Rücktrittserklärung und ein Rücktrittsgrund. Die **Rücktrittserklärung** gem. § 349 BGB ist eine formlose, empfangsbedürftige Willenserklärung, die der Rücktrittsberechtigte gegenüber dem Rücktrittsgegner abzugeben hat. Freilich ist die Abgabe der Rücktrittserklärung nicht unbefristet möglich. Zwar unterliegt das Rücktrittsrecht als Gestaltungsrecht nicht der Verjährung<sup>459</sup>, da nur Ansprüche der Verjährung unterliegen (§ 194 I BGB, s.o.), das heißt aber nicht, dass der Rücktritt unbefristet ausgeübt werden könnte. So hat der Gesetzgeber die Frist zur Ausübung des Rücktrittsrechts bspw. im Kaufrecht an die **Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs** gekoppelt. Ein kaufrechtlicher Rücktritt ist also nicht mehr möglich, wenn der Anspruch auf Nacherfüllung verjährt ist und der Verkäufer sich hierauf beruft (§ 438 IV, V i.V.m. § 218 BGB). Der **Rücktrittsgrund** ergibt sich i.d.R. aus dem Gesetz, insb. aus §§ 323 ff. BGB (ggf. anwendbar über § 437 Nr. 2 Var. 1 BGB beim Kaufvertrag oder über § 634 Nr. 3 Var. 1 BGB beim Werkvertrag<sup>460</sup>). Die **Rechtsfolgen** eines wirksam ausgeübten Rücktritts sind in §§ 346 ff. BGB normiert. Dabei hat der Rücktritt zur Folge, dass die bereits erbrachten Leistungen zurückzugewähren sind, § 346 I BGB („**Rückgewährschuldverhältnis**“, s.o. sowie Rn 497 ff.). Sofern die Leistungen noch nicht erbracht wurden, stellt der Rücktritt eine **rechtsvernichtende Einwendung** dar. Wertersatz (bei Entfall der Herausgabemöglichkeit des Gegenstands) gewährt § 346 II BGB; Ausschlussstatbestände der Rückgewähr sind in § 346 III BGB geregelt.

443

### Rücktritt

#### I. Abgrenzungen

Der Rücktritt ist die Rückgängigmachung eines Vertrags durch die einseitige Erklärung einer Partei aufgrund einer vertraglichen oder gesetzlichen Befugnis.

- Der Rücktritt ist abzugrenzen von der **Anfechtung** (§ 142 I BGB). Eine Anfechtung nach § 119 II BGB wegen eines Eigenschaftsirrums ist regelmäßig subsidiär zum Rücktritt. Eine Anfechtung nach § 119 I BGB oder § 123 BGB ist grundsätzlich neben einem Rücktritt

<sup>458</sup> Siehe auch BGH NJW 2018, 2863, 2865: Wie der Rücktritt vom Vertrag ist auch die Minderung des Kaufpreises ein Gestaltungsrecht. Zu Definition und Bedeutung des Gestaltungsrechts vgl. R. Schmidt, BGB AT, Rn 99.

<sup>459</sup> Klarstellend BGH NJW 2015, 2106, 2108.

<sup>460</sup> Vgl. ferner die Rücktrittsrechte beim Mietvertrag (§ 572 BGB), beim Reisevertrag (§ 651h BGB), beim Verlöbnis (§§ 1298 ff. BGB) und beim Erbvertrag (§§ 2293 ff. BGB).

möglich. Zu beachten ist jedoch, dass nach einer wirksamen Anfechtung ein Rücktritt ausgeschlossen ist, da die mit der Anfechtung verbundene Nichtigkeit (§ 142 I BGB) einem Rücktritt den Boden entzieht. Ein Rücktritt setzt nämlich einen gültigen Vertrag voraus.

- Der Unterschied zur **Kündigung** (§ 314 BGB) besteht darin, dass diese ex nunc ein Dauerschuldverhältnis beendet; bereits erbrachte Leistungen sind nicht gem. §§ 346 ff. BGB zurückzugewähren.
- Vom **Aufhebungsvertrag** unterscheidet sich der Rücktritt dadurch, dass der Aufhebungsvertrag zwei kongruente Willenserklärungen verlangt und es keines Rücktrittsgrunds bedarf.
- Im Unterschied zum Rücktritt kann der **Widerruf** eine schwebend unwirksame Willenserklärung vollständig vernichten oder – bei den Verbraucherschützenden Widerrufsrechten – einen zunächst wirksamen Vertrag unwirksam machen.
- In Abgrenzung zum Rücktritt wird bei der **auflösenden Bedingung** i.S.d. § 158 II BGB ein zunächst wirksames Rechtsgeschäft durch ein bestimmtes Ereignis (und nicht durch eine Rücktrittserklärung) ex nunc vernichtet.

## II. Voraussetzungen des Rücktritts

### 1. Rücktrittserklärung

Als empfangsbedürftige Willenserklärung und als Gestaltungsrecht bedarf der Rücktritt einer Rücktrittserklärung (§ 349 BGB), die grundsätzlich formfrei, unwiderruflich und bedingungsfeindlich ist. Die Frist zur Ausübung richtet sich nach § 218 BGB.

### 2. Bestehen eines Rücktrittsgrunds

Ein Rücktrittsgrund kann sich aus einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung oder aus dem Gesetz ergeben, insbesondere aus §§ 323, 324 oder 326 V BGB, aber auch aus §§ 313 III S. 1 BGB.

- Rücktritt wegen nicht oder nicht wie geschuldet erbrachter Leistung (§ 323 I BGB)
- Rücktritt wegen Verletzung einer Pflicht i.S.d. § 241 II BGB (§ 324 BGB)
- Rücktritt bei Ausschluss der Leistungspflicht (§§ 326 V, 323 BGB)
- Rücktritt bei Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 III S. 1 BGB)

Vgl. zu den jeweiligen Voraussetzungen Rn 453 ff./816.

### 3. Kein Ausschluss des Rücktritts

Der Rücktritt darf nicht ausgeschlossen sein. Ausschlussgründe sind:

- Verantwortlichkeit des Gläubigers (§ 323 VI Var. 1 BGB)
- Annahmeverzug (§ 323 VI Var. 2 BGB)
- Keine Unerheblichkeit der Pflichtverletzung bei Schlechtleistung (§ 323 V S. 2 BGB)
- Eigene Vertragstreue des Gläubigers (§ 242 BGB)
- Kein wirksamer vertraglicher Ausschluss des Rücktrittsrechts
- Keine Unwirksamkeit des Rücktritts nach § 218 I BGB

Vgl. zu den jeweiligen Voraussetzungen Rn 494 ff.

### 4. Rücktritt und Schadensersatz, § 325 BGB

Gemäß § 325 BGB wird dem Gläubiger ermöglicht, vom Vertrag zurückzutreten und dennoch Schadensersatz statt der Leistung zu begehren.

## III. Rechtsfolgen des Rücktritts, §§ 346 ff. BGB

Der Rücktritt hat zur Folge, dass die bereits erbrachten Leistungen gem. §§ 346 ff. BGB zurückzugewähren sind. Soweit die Leistungen noch nicht erbracht sind, gehen die Ansprüche auf die Leistungserbringung unter (rechtsvernichtende Einwendung).

## I. Abgrenzungen

444 Beim Rücktritt handelt es sich nicht um einen Anspruch i.S.v. § 194 I BGB, sondern um ein Gestaltungsrecht. Gestaltungsrechte sind subjektive Rechte, die den Berechtigten in die Lage versetzen, durch einseitige Erklärung unmittelbar die ihn betreffende Rechtslage zu ändern.<sup>461</sup> Beim Rücktritt besteht die Gestaltungswirkung in der „Umgestaltung“ des Schuldverhältnisses in ein Rückgewährschuldverhältnis. Somit ist der Rücktritt von anderen Gestaltungsmöglichkeiten abzugrenzen, die ebenfalls eine Rückabwicklung oder zumindest eine Beendigung des Schuldverhältnisses bewirken. Ist die Erklärung mehrdeutig, muss der wirkliche Wille durch Auslegung nach §§ 133, 157 BGB ermittelt werden. Steht danach der wirkliche Wille fest, ist die für das Lösen vom Vertrag gewählte Bezeichnung unbedeutend.

**Beispiel:** Erklärt eine Partei, sie wolle sich vom Vertrag lösen bzw. nichts mehr mit der anderen Partei zu tun haben, oder verlangt sie schlicht die erbrachte Leistung zurück, ist nach der Interessenlage unter Berücksichtigung der §§ 133, 157 BGB zu ermitteln, welcher Bedeutungsgehalt der getätigten Äußerung beizumessen ist. Die Erklärung ist dahingehend auszulegen, ob sie eine Anfechtungserklärung, eine Rücktrittserklärung, einen Widerruf, eine Kündigungserklärung etc. darstellt. Da bei der Frage der Voraussetzungen, Rechtsfolgen, Fristen etc. erhebliche Unterschiede bestehen (dazu sogleich), ist leicht vorstellbar, welche Bedeutung der Auslegung beizumessen ist. Zudem hat die Gestaltungswirkung zur Folge, dass sich der Erklärende nicht mehr einseitig davon lösen und etwa ein anderes Gestaltungsrecht ausüben kann. Lediglich eine Anfechtung der Rücktrittserklärung (mit den damit verbundenen Folgen wie ggf. Schadensersatz nach § 122 BGB) wäre denkbar (dazu Rn 450).

### 1. Abgrenzung von der Anfechtung

445 Zunächst einmal ist der Rücktritt von der **Anfechtung** gem. § 142 I BGB abzugrenzen. Diese setzt einen Anfechtungsgrund (z.B. aus §§ 119, 123 BGB) und eine Anfechtungserklärung (§ 143 BGB) unter Einhaltung der Ausschlussfrist (§§ 121, 124 BGB) voraus. Bei wirksamer Anfechtung wird das Rechtsgeschäft ex tunc (rückwirkend) vernichtet (§ 142 I BGB). Die Rückabwicklung richtet sich dann nach §§ 812 ff. BGB. Es entsteht also im Unterschied zum erklärten Rücktritt kein Rückgewährschuldverhältnis gem. §§ 346 ff. BGB, sondern ein bereicherungsrechtlicher Ausgleich nach §§ 812 ff. BGB.

- Eine Abgrenzung zwischen Rücktritt und Anfechtung ist von großer Relevanz, da in vielen Fällen neben einem Rücktritts- auch ein Anfechtungsgrund vorliegt. Regelmäßig sind bei einem Sachmangel und ernsthafter Nacherfüllungsverweigerung sowohl ein gesetzlicher Rücktrittsgrund nach §§ 434, 437 Nr. 2 Var. 2, 323 I (mit Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach § 440 S. 1 bzw. § 323 II Nr. 1 BGB) als auch ein Anfechtungsgrund wegen **Eigenschaftsirrtums nach § 119 II BGB** gegeben. In dieser Konstellation wird von der h.M. der Anfechtungsgrund wegen Eigenschaftsirrtums als verdrängt angesehen. Begründet wird dies damit, dass ansonsten die speziellen Gewährleistungsvorschriften und insb. die Verjährungsregelungen des § 438 BGB unterlaufen wären.<sup>462</sup>
- Anders ist es hingegen, wenn neben einem gesetzlichen Rücktrittsgrund ein **Anfechtungsgrund nach § 123 BGB** für den Käufer besteht. In diesem Fall wird der arglistig täuschende Verkäufer als nicht schutzwürdig angesehen. Der Käufer kann wahlweise den Vertrag nach § 123 BGB anfechten oder vom Vertrag zurücktreten. Ficht er aber an, vernichtet er die Basis für einen Rücktritt, da dieser einen gültigen Vertrag voraussetzt.<sup>463</sup>

<sup>461</sup> Vgl. etwa BGH NJW 2018, 2863, 2865; *Ellenberger*, in: Grüneberg, Überbl v § 104 Rn 17.

<sup>462</sup> Vgl. dazu näher *R. Schmidt*, BGB AT, Rn 1481 ff.

<sup>463</sup> Vgl. dazu das Beispiel bei *R. Schmidt*, BGB AT, Rn 1397.

- Bei einem **Irrtum nach § 119 I BGB** ist eine Anfechtung neben einem Rücktritt grundsätzlich möglich. Anders als bei einem Anfechtungsgrund nach § 119 II BGB entsteht bei einem solchen nach § 119 I BGB kein Spannungsverhältnis zu dem besonders ausgestalteten Gewährleistungsrecht. Soweit sich also der Irrtum nicht auf die Mangelfreiheit der Sache bezieht (§ 119 II BGB), sondern bei der Willensäußerung vorliegt, bleibt das Anfechtungsrecht bestehen. Da durch eine Anfechtung der Vertrag rückwirkend vernichtet wird, ist ein Rücktritt nach erfolgter Anfechtung ausgeschlossen (s.o.).

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Oft kommt es vor, dass im Sachverhalt die Partei erklärt, sie wolle „mit dem Vertrag nichts mehr zu tun haben“ oder sie habe „kein Interesse mehr am Vertrag“. Auch kommt es vor, dass sie schlicht ihren Unmut über das Fehlverhalten der anderen Partei vor und/oder nach Vertragsschluss kundtut. Derartige „Unklarheiten“ sind meist vom Aufgabenersteller gewollt, weil er untersucht haben möchte, ob eine Anfechtung oder ein Rücktritt erklärt wurde. Die Erklärung reicht für beide Möglichkeiten aus, da der Anfechtungs- bzw. Rücktrittsgrund in der Erklärung grundsätzlich nicht angegeben werden muss. Es genügt für die Erklärung, wenn für die gegnerische Partei erkennbar ist, auf welchen tatsächlichen Grund das Gestaltungsrecht gestützt wird. In Fällen dieser Art muss grds. auf beide Möglichkeiten, durch die sich eine Partei vom Vertrag lösen kann, eingegangen werden. Es ist anhand aller Umstände des Einzelfalls zu ermitteln, *welches* Recht die Partei mit ihrer unklaren Äußerung ausgeübt hat. Hierbei können folgende Faktoren berücksichtigt werden:

- Welche Anhaltspunkte bietet der Wortlaut der Erklärung?
- Ist aus dem Inhalt der Erklärung etwas zu entnehmen?
- Ist vielleicht schon eines der beiden Rechte verfristet?
- Gibt es u.U. eine für die Partei besonders vorteilhafte Rechtsfolge aus einem der beiden Gestaltungsrechte? (Vorteile beim Rücktritt sind z.B., dass kein Verschulden verlangt ist, dass § 122 BGB nicht anwendbar ist oder dass sich die Gegenpartei nicht auf eine Entreicherung berufen kann.)

## 2. Abgrenzung von der Kündigung

Weiterhin ist der Rücktritt von der **Kündigung** abzugrenzen. Durch eine Kündigung wird das Schuldverhältnis für die Zukunft (ex nunc) beendet. Das bedeutet, dass bei einer Kündigung – anders als beim Rücktritt – gerade kein Rückgewährschuldverhältnis entsteht, bei welchem die in der Vergangenheit erbrachten Leistungen zurückzugewähren sind; §§ 346 ff. BGB sind nicht anwendbar. Insbesondere bei **Dauerschuldverhältnissen** finden die Rücktrittsrechte keine Anwendung. Es kommen vielmehr die Kündigungsrechte in Betracht, weil eine Rückabwicklung aller bereits erbrachten Leistungen regelmäßig zu unüberwindbaren praktischen Schwierigkeiten führt. Die allgemeine Kündigungsnorm ist § 314 BGB. Zu beachten ist aber, dass für einzelne Vertragstypen vorrangige Sonderregelungen für eine Kündigung der jeweiligen Schuldverhältnisse kodifiziert sind. Das gilt bspw. für den Mietvertrag (§§ 542-544, 549 I, 561, 568 ff. BGB), die Pacht (§§ 581 II, 584, 594a ff. BGB), das Gelddarlehen (§§ 488 III, 489, 490 BGB), das Sachdarlehen (§ 608 BGB), den Dienstvertrag (§§ 620 ff. BGB), den Behandlungsvertrag (§ 630a BGB<sup>464</sup>) und für die Gesellschaft (§§ 723 ff. BGB). Zum Sonderfall Sukzessionslieferungvertrag vgl. Rn 841 ff.

446

<sup>464</sup> Vor Inkrafttreten des § 630a BGB am 26.2.2013 wurde der Behandlungsvertrag (mit einem Arzt, Zahnarzt etc.) allgemein als Dienstvertrag i.S.d. §§ 611 ff. BGB angesehen. Die Neuregelung hat an dieser dogmatischen Zuordnung nichts geändert. Bei verlorenem Vertrauen greift i.d.R. das Kündigungsrecht aus § 627 I BGB, das über § 630b BGB Anwendung findet – vgl. zur Kündigung des Arztvertrags OLG Jena NJW 2012, 2357 ff. (mit Bespr. v. Schwab, JuS 2013, 256).

### 3. Abgrenzung vom Aufhebungsvertrag

- 447 Vom **Aufhebungsvertrag** unterscheidet sich der Rücktritt dadurch, dass bei einem Aufhebungsvertrag nicht nur *eine* empfangsbedürftige Willenserklärung abgegeben werden muss, sondern vielmehr zwei übereinstimmende Willenserklärungen erforderlich sind. Die Rechtsfolgen der Aufhebung richten sich nach dem Aufhebungsvertrag; §§ 346 ff. BGB sind demnach im Zweifel nicht anwendbar. Vielmehr steht es den Parteien frei, die Rückabwicklung (oder auch nur teilweise Rückabwicklung) individuell zu gestalten. Dabei kann eine Rückgewährung der bisherigen Leistungen auch vollständig ausgeschlossen sein.

### 4. Abgrenzung von Widerrufsrechten

- 448 Darüber hinaus ist der Rücktritt vom **Widerruf** abzugrenzen. Eine Willenserklärung kann so lange widerrufen werden, bis sie dem Empfänger zugegangen ist, § 130 I S. 2 BGB. Das bedeutet, dass der Widerruf die Rechtsfolgen einer noch nicht wirksamen Willenserklärung ex tunc beseitigt. Andere Widerrufsmöglichkeiten finden sich in § 109 BGB (Minderjährigenrecht); § 178 BGB (Vertretungsrecht); §§ 530 ff. BGB (Schenkung); § 658 BGB (Auslobung) und § 671 BGB (Auftragsrecht). Grundsätzlich ist der Vertrag schwebend unwirksam, bis er durch den Widerruf vollständig unwirksam wird. §§ 346 ff. BGB sind in diesen Fällen nicht anwendbar.

**Beispiel:** Ein von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossener Vertrag nach § 177 I BGB ist so lange schwebend unwirksam, bis die Genehmigung vom Vertretenen erfolgt. In diesem Zeitraum kann nach § 178 BGB der andere Teil widerrufen.

Hingegen sind die **verbraucherschützenden Widerrufsrechte** besonders ausgestaltete Rücktrittsrechte. Zu nennen sind insbesondere die speziellen Widerrufsrechte nach §§ 312g I, 355 ff. BGB, die der Gesetzgeber bei Verbraucherverträgen, die außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen wurden (§ 312b BGB), sowie bei Fernabsatzverträgen (§ 312c BGB) gewährt. In diesen Fällen ist der Vertrag nicht schwebend unwirksam, sondern (zunächst) schwebend wirksam. Die Ausübung eines solchen Widerrufsrechts hat dann zur Folge, dass die Parteien nicht mehr an ihre auf den Abschluss des Vertrags gerichteten Willenserklärungen gebunden sind (§ 355 I S. 1 BGB). Für diesen Fall sieht § 355 III S. 1 BGB als weitere Folge vor, dass die empfangenen Leistungen unverzüglich zurückzugewähren sind. Gesetzliche weitere Folge eines ausgeübten Widerrufsrechts ist also die Rückabwicklung: Die bisherigen Vertragspflichten erlöschen und an ihre Stelle tritt ein Rückabwicklungsverhältnis nach den §§ 355 ff. BGB. Die §§ 346 ff. BGB sind im Anwendungsbereich der §§ 355 ff. BGB nicht anwendbar (vgl. dazu Rn 968 ff.).

### 5. Abgrenzung von der auflösenden Bedingung

- 449 Die **auflösende Bedingung** (§ 158 BGB) führt bei Eintritt der Bedingung zur Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts, ohne dass es einer entsprechenden Willenserklärung der Parteien bedarf, § 158 II BGB. Diese Wirkung gilt grundsätzlich für die Zukunft, d.h. ex nunc. Nur in Ausnahmefällen kann eine andere Wirkung gewollt sein, vgl. § 159 BGB. Nach Bedingungseintritt gelten §§ 812 ff. BGB; §§ 346 ff. BGB sind dementsprechend nicht anzuwenden. Im Gegensatz zum Rücktrittsrecht kann die auflösende Bedingung nicht nur für das Verpflichtungsgeschäft, sondern auch für das Verfügungsgeschäft vereinbart werden.

### 6. Bedeutung der Gestaltungswirkung

- 450 Wie bereits bei Rn 444 ausgeführt, bedeutet Gestaltungsrecht das einseitige Recht, durch entsprechende Erklärung unmittelbar die Rechtslage zu ändern. Da bedingt durch

diese Rechtsänderung die andere Partei entsprechende Dispositionen getroffen haben wird, versteht es sich von selbst, dass der das Gestaltungsrecht Ausübende seinerseits an seine Erklärung gebunden ist. Er kann sich also nicht einfach wieder von seiner Erklärung lösen und die Gestaltungswirkung aufheben bzw. rückgängig machen. Das nimmt auch der BGH in Bezug auf das kaufrechtliche Minderungsrecht an.

**Beispiel**<sup>465</sup>: Aufgrund diverser nicht unerheblicher Mängel am erst kürzlich von V zu einem Preis von 99.000 € gekauften Neufahrzeug erklärte K die Minderung des Kaufpreises i.H.v. 20% und erhielt den Minderungsbetrag erstattet. Als kurze Zeit später erneut Mängel auftraten, erklärte K sodann den „großen Schadensersatz“ und verlangte Rückabwicklung des Vertrags.

Ginge man von einer begrenzten Gestaltungswirkung der Minderung aus (diese hat ja lediglich zur Folge, dass der Kaufpreisanspruch reduziert wird, nicht jedoch, dass der Kaufvertrag beendet und in ein „Rückgewährschuldverhältnis“ umgewandelt wird), dürfte K in der Tat nachträglich von der Minderung zum Rücktritt wechseln, müsste aber den infolge der Minderung erhaltenen Betrag ausgleichen (d.h. an V erstatten).

Jedoch hat der BGH entschieden, dass bzgl. desselben Mangels ein Wechsel von einer bereits erklärten Minderung zum „großen Schadensersatz“ (dazu Rn 697/737a ff.) ausgeschlossen sei. Die mangelbedingte Minderung des Kaufpreises sei vom Gesetzgeber als Gestaltungsrecht ausgeformt worden. Mit der Ausübung des Minderungsrechts habe der Käufer von seinem Gestaltungsrecht Gebrauch gemacht und damit das ihm vom Gesetz eingeräumte Wahlrecht zwischen Festhalten am und Lösen vom Kaufvertrag „verbraucht“. Der Käufer sei daher daran gehindert, hiervon wieder Abstand zu nehmen und stattdessen wegen desselben Mangels auf großen Schadensersatz überzugehen und unter diesem Gesichtspunkt Rückgängigmachung des Kaufvertrags zu verlangen.<sup>466</sup>

Da der große Schadensersatz wie der Rücktritt eine Rückabwicklung des Kaufvertrags zur Folge hat und damit ausscheidet, wenn der Käufer durch Kaufpreisminderung das Äquivalenzinteresse wiederherstellen möchte, dürfte in Bezug auf das Verhältnis Minderung/Rücktritt nichts anderes gelten.

## II. Voraussetzungen des Rücktritts

Das Rücktrittsrecht kann sich aus Vertrag oder Gesetz ergeben. In beiden Fällen sind §§ 346 ff. BGB anwendbar und regeln Voraussetzungen und Rechtsfolgen. Der Rücktritt wird als Gestaltungsrecht wie folgt geprüft:

451

### 1. Rücktrittserklärung/Gestaltungswirkung des Rücktritts

Gemäß seiner Rechtsnatur als Gestaltungsrecht (aber auch gemäß seiner Natur als empfangsbedürftige Willenserklärung) muss der Rücktritt erklärt werden; der Vertragsgegner muss schließlich wissen, dass man den Rücktritt ausübt und dass die mit dem Rücktritt verbundenen Rechtsfolgen eingeleitet werden. § 349 BGB stellt dies klar.

452

Die Rücktrittserklärung wird – da sie eine empfangsbedürftige Willenserklärung darstellt – gem. § 130 I S. 1 BGB erst mit ihrem Zugang beim Rücktrittsgegner wirksam. Dabei ist es nicht erforderlich, dass der Rücktrittsgrund ausdrücklich genannt wird. Vielmehr ist durch Auslegung zu ermitteln, welches Recht der Erklärende geltend macht (vgl. dazu Rn 444 ff.). Wenn bei einem Vertrag auf der einen oder anderen Seite **mehrere Personen** beteiligt sind, kann das Rücktrittsrecht nur von allen bzw. gegen alle ausgeübt werden, § 351 S. 1 BGB. Die Erklärung des Rücktritts ist grundsätzlich **formfrei** (damit auch konkludent) möglich, auch wenn das zugrunde liegende Rechtsgeschäft einer bestimmten Form bedarf. Aufgrund ihrer Gestaltungswirkung ist die Rücktrittserklärung i.d.R. **unwiderruflich** und **bedingungsfeind-**

<sup>465</sup> Nach BGH NJW 2018, 2863.

<sup>466</sup> BGH NJW 2018, 2863, 2865 unter Verweis auf BT-Drs. 14/6040, S. 221, 223, 234 f.

**lich**, weil der Gegner Gewissheit darüber haben muss, welche Rechtsfolgen ihn nun treffen bzw. ob sich sein Vertragspartner vom Vertrag lösen will oder nicht. Zur Frist, innerhalb derer der Rücktritt erklärt werden muss, siehe Rn 495k ff.

Wegen seiner Rechtsnatur als Gestaltungsrecht sowie der mit ihm verbundenen Folge der Beendigung des Vertragsverhältnisses und der „Umwandlung“ in ein Rückgewährschuldverhältnis ist daher im Rahmen des **Kaufvertragsrechts** hinsichtlich desselben Mangels ein **Wechsel** vom **Rücktritt** (§ 437 Nr. 2 Var. 1 i.V.m. §§ 440, 323, 326 V BGB) zur **Kaufpreisminderung** (§ 437 Nr. 2 Var. 2 i.V.m. § 441 BGB) **nicht** mehr möglich, sobald der Rücktritt erklärt wurde. Denn die Ausübung des Minderungsrechts setzt gerade den Fortbestand des Vertragsverhältnisses voraus; lediglich die Höhe des Kaufpreises wird im Verhältnis zum Mangel reduziert. Hat also der Käufer den Rücktritt erklärt, kann er anschließend nicht mehr zur Minderung wechseln.

Was die genannte Bedingungsfeindlichkeit betrifft, kann in Ausnahmefällen die Rücktrittserklärung dennoch an eine Bedingung geknüpft werden. Dies ist bspw. der Fall, wenn dadurch keine untragbare Ungewissheit beim Rücktrittsgegner geschaffen wird wie bei einer Potestativbedingung, deren Eintritt allein vom Willen des Erklärungsempfängers abhängt. Auch sind solche Bedingungen zulässig, mit denen sich der Rücktrittsgegner einverstanden erklärt hat.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Da es sich bei der Rücktrittserklärung um eine einseitige Willenserklärung handelt, ist – sofern der Erklärende sich einer Hilfsperson bedient – § 174 BGB zu beachten. Im Übrigen ist zu beachten, dass auch sämtliche Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB) und die Willenserklärung (§§ 116 ff. BGB) gelten. So kann eine Rücktrittserklärung bspw. angefochten werden mit der Folge, dass sie ex tunc unwirksam wird und dadurch das ursprüngliche Rechtsgeschäft wieder „auflebt“. Freilich wird dann ein entsprechender Schadensersatz (§ 122 I BGB) zu leisten sein, außer, der Anfechtungsgrund stützte sich auf § 123 BGB.

## 2. Bestehen eines Rücktrittsgrunds

**453** Der Rücktrittsgrund muss sich aus einer vertraglichen Vereinbarung oder aus dem Gesetz ergeben (siehe § 346 I BGB). Bei den in §§ 323, 324 und 326 V BGB angeordneten Rücktrittsrechten handelt es sich um gesetzliche Rechte, die dem Gläubiger bei einer Pflichtverletzung des Schuldners zustehen. Neben §§ 323, 324 und 326 V BGB kann auch die Störung der Geschäftsgrundlage ein Rücktrittsrecht einräumen (§ 313 III S. 1 BGB). Vgl. dazu in der genannten Reihenfolge Rn 454 ff., 479 ff., 484 ff. und 816.

### a. Rücktritt wegen nicht oder nicht wie geschuldet erbrachter Leistung (§ 323 BGB)

**454** § 323 I BGB gewährt dem Gläubiger ein Rücktrittsrecht, wenn der Schuldner die Leistung **nicht oder nicht wie geschuldet** erbracht hat. Das ist der Fall bei Leistungsverweigerung, Verzögerung der Leistung und bei Schlechtleistung; bei Unmöglichkeit greift indes § 326 V BGB (dazu Rn 484 ff.), und bei Verletzung einer Pflicht i.S.d. § 241 II BGB richtet sich die Rücktrittsmöglichkeit nach § 324 BGB (dazu Rn 479 ff.). Zu beachten ist, dass zum Vorliegen eines Rücktrittsgrunds aus §§ 323 ff. BGB ein **Verschulden** des Schuldners **nicht** erforderlich ist, da das Gesetz das nicht vorsieht. Hierin besteht ein wesentlicher Unterschied zu den Schadensersatzansprüchen. Es empfiehlt sich folgendes Prüfungsschema (zum allgemeinen Rücktrittsschema vgl. bereits Rn 443):

## Rücktritt gem. § 323 BGB

### I. Rücktrittserklärung

Als Gestaltungsrecht bedarf der Rücktritt einer Rücktrittserklärung (§ 349 BGB), die grds. formfrei, unwiderruflich und bedingungsfeindlich ist.

### II. Rücktrittsgrund

- Vorliegen eines **wirksamen gegenseitigen Vertrags**
- **Nichterfüllung** oder nicht vertragsgemäße Erfüllung („**Schlechterfüllung**“) einer fälligen und durchsetzbaren Leistungspflicht durch den Schuldner.
  - ⇒ Die Leistungspflicht muss nicht synallagmatisch sein, aber aus einem synallagmatischen (gegenseitigen) Vertrag resultieren.
  - ⇒ Die Fälligkeit folgt grundsätzlich aus § 271 BGB (Ausnahme: § 323 IV BGB); bei Werkverträgen sind §§ 640 I, II, 641 BGB zu beachten.
  - ⇒ Der (Nacherfüllungs-)Anspruch des Gläubigers muss durchsetzbar sein. Steht dem Anspruch, der dem Rücktritt zugrunde liegt, bspw. eine Einrede (der Nichterfüllung oder der Verjährung, vgl. § 320 BGB bzw. § 218 I BGB) entgegen, ist auch ein Rücktritt ausgeschlossen.
  - ⇒ Eine Nichterfüllung bzw. nicht vertragsgemäße Erfüllung („Schlechterfüllung“) liegt vor, wenn der Schuldner die Leistung nicht oder nur mangelhaft erbringt. Dabei ist zu beachten, dass die Leistungspflicht (wegen § 275 I, II oder III BGB) nicht ausgeschlossen sein darf; anderenfalls liegt ein Fall des § 326 V BGB (mit nur partiellem Verweis auf § 323 BGB) vor.
- **Fristsetzung:** Gemäß § 323 I BGB muss der Gläubiger dem Schuldner eine Frist zur Nacherfüllung bzw. Leistungserbringung setzen, die erfolglos ablaufen muss. Die Frist muss angemessen sein. Eine nicht angemessene Frist setzt regelmäßig eine angemessene Frist in Lauf. Bei bestimmten Leistungspflichten tritt an die Stelle der Fristsetzung eine Abmahnung (§ 323 III BGB). Unter bestimmten Voraussetzungen ist die Fristsetzung aber **entbehrlich**:
  - ⇒ Dies ist zunächst bei einer ernsthaften und endgültigen **Erfüllungsverweigerung** des Schuldners der Fall (§ 323 II Nr. 1 BGB).
  - ⇒ Gemäß § 323 II Nr. 2 BGB ist die Fristsetzung v.a. bei einem **relativen Fixgeschäft** entbehrlich. Ein solches liegt vor, wenn die Parteien einen bestimmten Termin vereinbart haben und der Vertrag mit der Einhaltung der Leistungszeit „stehen und fallen“ soll (§ 323 II Nr. 2 Var. 1 BGB). Das kann bei sog. **Just-in-time-Verträgen** angenommen werden. § 323 II Nr. 2 Var. 2 BGB regelt die Entbehrlichkeit der Fristsetzung bei Vorliegen von den Vertragsschluss **begleitenden Umständen**, aus denen sich die **Wesentlichkeit** der rechtzeitigen Leistung für den Gläubiger ergibt.
  - ⇒ Schließlich kann gem. § 323 II Nr. 3 BGB im Falle einer nicht vertragsgemäß erbrachten Leistung die Fristsetzung in besonderen Ausnahmefällen unter **Abwägung der beiderseitigen Interessen** entbehrlich sein (Auffangtatbestand).
  - ⇒ Ist der Schuldner nach § 275 I-III BGB **leistungsbefreit**, ist die Fristsetzung ebenfalls entbehrlich (siehe § 326 V BGB) – sofortiger Rücktritt.
  - ⇒ **Sonderbestimmungen** zur Entbehrlichkeit der Fristsetzung ergeben sich aus § 440 BGB (**Kaufvertrag**) bzw. aus § 636 BGB (**Werkvertrag**). Fälle sind: Nacherfüllung verweigert, fehlgeschlagen oder dem Käufer/Besteller unzumutbar.

### III. Kein Ausschluss des Rücktrittsrechts

- Die Ausübung des Rücktritts ist zunächst gem. § 323 VI BGB ausgeschlossen, wenn der Gläubiger für das Leistungshindernis allein oder weit überwiegend verantwortlich ist (**Verantwortlichkeit des Gläubigers**, § 323 VI Var. 1 BGB) oder wenn er sich

im Annahmeverzug befand, als das vom Schuldner nicht zu vertretende Leistungshindernis auftrat (**Annahmeverzug**, § 323 VI Var. 2 BGB).

- Bei einer **Schlechtleistung** ist ein Rücktritt nicht möglich, wenn der Schuldner<sup>467</sup> darlegen kann, dass die Pflichtverletzung (die Schlechtleistung) nur **unerheblich** war, § 323 V S. 2 BGB. Es wäre mit Blick auf die Folgen, die ein Rücktritt für den Schuldner bewirkt, unverhältnismäßig, wenn der Gläubiger bei lediglich geringfügigen Mängeln zurücktreten dürfte.
- **Eigene Vertragstreue des Gläubigers:** Um das Rücktrittsrecht ausüben zu können, muss sich der Gläubiger zudem selbst vertragsgemäß verhalten. Das ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus dem Gesetz, allerdings muss das Rücktrittsrecht des Gläubigers nach § 323 BGB ausgeschlossen sein, wenn ihm selbst mangelnde Vertragstreue vorzuwerfen ist. Letztlich fußt der Ausschlussgrund auf dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Eigene Vertragstreue fehlt z.B., wenn ein nachleistungspflichtiger Gläubiger seine Leistungserbringung von vornherein ablehnt oder sich vorsätzlich außerstande gesetzt hat, die Leistung des Schuldners zu empfangen.
- Auch darf kein **vertraglicher Ausschluss** des Rücktrittsrechts (generell: kein Gewährleistungsausschluss) vorliegen (soweit zulässig, vgl. etwa § 444 BGB, § 442 I S. 2 BGB, § 476 I S. 1 BGB, wobei jedoch die Parteien von den objektiven Anforderungen an die Mangelfreiheit (§ 434 III BGB bzw. § 475b IV BGB) abweichen dürfen, § 476 I S. 2 BGB, und AGB-Recht gem. §§ 305 ff. BGB; vgl. auch § 377 I HGB).
- Ausgeschlossen (sogar „unwirksam“) ist der Rücktritt nach § 218 I BGB. Insbesondere ist ein Rücktritt nicht mehr möglich (siehe § 218 I S. 1 BGB: „unwirksam“), wenn der (hypothetische) Anspruch auf Nacherfüllung verjährt ist und der Verkäufer sich hierauf beruft (§ 438 IV S. 1 i.V.m. § 218 BGB).

#### **IV. Kein Interessenfortfall bei teilweiser Nichterfüllung, § 323 V S. 1 BGB**

Eine Besonderheit gilt bei **Teilleistungen**, wenn der Gläubiger aufgrund einer solchen Leistungsstörung **vom ganzen Vertrag** zurücktreten möchte. Ein Rücktritt vom ganzen Vertrag ist bei einer Teilleistung nur möglich, wenn der Gläubiger darlegen kann, dass er kein Interesse an einer teilweisen Leistungserbringung hat, § 323 V S. 1 BGB.

#### **V. Rechtsfolgen, §§ 346 ff. BGB**

Nach wirksam ausgeübtem Rücktritt sind bereits erbrachte Leistungen gem. §§ 346 ff. BGB zurückzugewähren. Soweit die Leistungen noch nicht erbracht sind, gehen die Ansprüche auf die Leistungserbringung unter (rechtsvernichtende Einwendung).

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** In der Regel begehrt der Gläubiger Rückgewähr der erbrachten Leistung. Handelt es sich bei dem Gläubiger um einen Käufer, geht es mithin um die Rückzahlung des Kaufpreises. Anspruchsgrundlage ist in diesem Fall § 346 i.V.m. §§ 437 Nr. 2 Var. 1, 323 I BGB. Der Einstieg in die Falllösung erfolgt also über die Rechtsfolge des Rücktritts. Sodann sind die Voraussetzungen zu prüfen.

#### **aa. Wirksamer gegenseitiger Vertrag**

- 455** Erforderlich für ein Rücktrittsrecht nach § 323 BGB ist zunächst ein wirksamer Vertrag<sup>468</sup>, bei dem die wechselseitigen Leistungen in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen. Dies folgt aus der systematischen Stellung des § 323 BGB im zweiten Titel, der die Vorschriften für gegenseitige Verträge (§§ 320 ff. BGB) beinhaltet.

<sup>467</sup> Siehe OLG Karlsruhe 6.12.2018 – 17 U 4/18 Rn 19.

<sup>468</sup> Der BGH hat zu Recht entschieden, dass ein Vertrag **wirksam** sein müsse, um Mängelrechte (und damit auch einen Rücktritt) auszulösen (BGH NJW 2013, 3167 ff.; NJW 2014, 1805, 1806). Ist der Vertrag also (etwa wegen § 134 BGB, weil ein Werkvertrag in Schwarzarbeit verrichtet wurde, oder nach erfolgter Täuschungsanfechtung) nichtig, kommt auch ein Rücktritt nicht in Betracht. Von einem unwirksamen Vertrag kann man nicht zurücktreten.

Ein **gegenseitiger Vertrag** liegt vor, wenn jede Vertragspartei ihre Leistung verspricht, damit sich die andere Partei zur Erbringung der Gegenleistung verpflichtet („do ut des“).

456

Jede Partei muss die Leistung der anderen Partei als Gegenwert für die eigene Leistung betrachten.<sup>469</sup> Daraus ergibt sich, dass § 323 BGB bspw. nicht für Bürgschaften, Aufträge, Schenkungen oder andere Verträge gilt, bei denen kein Gegenseitigkeitsverhältnis besteht. Auch für gesetzliche Schuldverhältnisse gilt § 323 BGB nicht. Synallagmatische Verträge sind eindeutig **Kauf- und Werk(lieferungs)verträge**. Hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 323 BGB gilt aber, dass jedenfalls nach Gefahrübergang (§§ 446 f. BGB) bzw. Abnahme (§ 640 I, II BGB) bei Sachmängeln die §§ 434 ff. BGB bzw. §§ 633 ff. BGB gelten. Auf die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts darf systematisch nur zurückgegriffen werden, soweit das spezielle Gewährleistungsrecht keine abschließende Regelung enthält oder es ausdrücklich – wie im Fall der §§ 437 und 634 BGB – auf die allgemeinen Vorschriften über das Leistungsstörungenrecht verweist. Vor Gefahrübergang ist § 323 BGB unmittelbar anwendbar, soweit der Käufer bzw. Besteller Mängelansprüche geltend macht.<sup>470</sup>

### bb. Fällige und durchsetzbare Leistungspflicht

Die Pflichtverletzung des Schuldners muss sich weiterhin auf eine **fällige** und durchsetzbare Leistungspflicht beziehen.

457

Bei der **Leistungspflicht** ist zu beachten, dass sie sich zwar aus einem gegenseitigen Vertrag ergeben, sie aber **nicht synallagmatisch** sein muss. Wichtig ist nur, dass es sich um eine **leistungsbezogene Pflicht** aus einem synallagmatischen Vertrag handelt, auf die der Gegner einen durchsetzbaren Anspruch hat. Handelt es sich dagegen um eine (nicht selbstständig durchsetzbare) bloße nichtleistungsbezogene Pflicht (bloße Nebenpflicht i.S.d. § 241 II BGB), greift nicht § 323 BGB, sondern § 324 BGB. Wird aber eine synallagmatische Pflicht verletzt, greift § 323 BGB unproblematisch ein. Liegt dagegen eine andere Pflichtverletzung vor, ist erforderlich, dass es sich nicht um eine bloße Nebenpflichtverletzung, sondern um eine leistungsbezogene Pflichtverletzung handelt.

458

**Beispiel:** Den Käufer trifft aus einem Kaufvertrag gem. § 433 II BGB die (nicht synallagmatische, aber selbstständig durchsetzbare) leistungsbezogene Pflicht, die Sache abzunehmen. Tut er dies nicht, ist § 323 I BGB und nicht § 324 BGB anwendbar.

Die **Fälligkeit** tritt gem. **§ 271 I BGB** grundsätzlich sofort ein, sofern die Parteien keinen anderen Fälligkeitszeitpunkt vereinbart haben. Auch gibt es einige Sondervorschriften, die den Zeitpunkt der Fälligkeit regeln. Bei Vereinbarungen über Zahlungs-, Überprüfungs- und Abnahmefristen greift § 271a BGB, und bei einem Werkvertrag bspw. wird gem. § 641 I BGB die Vergütung grundsätzlich erst mit der Abnahme des Werks fällig.

459

Ausnahmsweise kann der Rücktritt gem. **§ 323 IV BGB** auch schon vor der Fälligkeit der Leistung ausgeübt werden. Dies ist der Fall, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden. Dabei wird diese Betrachtung aus einer Ex-ante-Sicht vorgenommen. So kann es zu einer Anwendung des § 323 IV BGB kommen, wenn bestimmte Tatsachen vorliegen, nach denen es offensichtlich ist, dass der Schuldner nicht rechtzeitig leisten kann (z.B. eine Woche vor der vereinbarten Fertigstellung eines Wohnhauses wurde noch nicht einmal mit dem Bau begonnen). Auch kommt § 323 IV BGB in Betracht, wenn der Schuldner vor der Fälligkeit die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert hat. Insgesamt aber gilt, dass ein Rücktritt vor Fälligkeit nur unter strengen Voraussetzungen möglich ist.

459a

<sup>469</sup> *Medicus*, JuS 2003, 521, 524; *Wilmowsky*, JuS 2002, 3, 16 (Beilage).

<sup>470</sup> *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 323 Rn 3.

**Beispiele:** Nicht ausreichend für einen Rücktritt vor Fälligkeit i.S.d. § 323 IV BGB ist es, wenn der Schuldner erklärt, dass er den Übergabetermin nicht einhalten könne; auch genügen keine Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger über den Inhalt des Vertrags.

Für die Anwendbarkeit des § 323 IV BGB muss mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststehen, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden. Dabei darf auch kein Ausschlussgrund aus § 323 VI BGB zu erwarten sein. § 323 IV BGB wurde deswegen eingeführt, weil der Gläubiger sonst zu diesem Zeitpunkt keine Möglichkeit hätte, sich vom Vertrag zu lösen, da eine zu vertretende Verletzung der fraglichen Leistungspflicht *noch* nicht vorliegt.<sup>471</sup> Damit der Gläubiger nicht bis zum Fälligkeitszeitpunkt warten muss, wird ihm somit der Rücktritt bereits vor Fälligkeit gestattet. Zu § 323 IV BGB vgl. auch Rn 465-465c.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Macht der Gläubiger von seinem vorzeitig bestehenden Recht zum Rücktritt Gebrauch, könnte er dadurch das Risiko eingehen, möglicherweise seinen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung zu verlieren.<sup>472</sup> Denn mit dem Rücktritt wird der Vertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis gem. §§ 346 ff. BGB umgewandelt. Dadurch erlöschen die beiderseitigen Leistungspflichten. Problematisch ist, dass § 281 BGB keine dem § 323 IV BGB entsprechende Regelung enthält, sodass ein *vorzeitiger* Schadensersatzanspruch ausscheiden müsste. Wartet der Gläubiger auf den ursprünglichen Fälligkeitstermin, besteht das Problem, dass wegen des vorzeitigen Rücktritts in diesem Zeitpunkt keine fällige Leistung mehr vorliegt. Fraglich ist, ob sich daraus ergibt, dass ein vorzeitiger Rücktritt einen Schadensersatzanspruch vollständig ausschließt. Auf dieses Problem wird i.R. des Schadensersatzes (Rn 715) eingegangen.

**459b** Ein ungeschriebenes, aber allgemein anerkanntes Merkmal für den Rücktritt ist, dass der Anspruch des Gläubigers auch **durchsetzbar** ist.<sup>473</sup> Steht dem Anspruch eine rechtshemmende Einrede (Einrede) entgegen, wäre es unbillig, wenn der Schuldner (wegen der Einrede) nicht zu einer Leistung verurteilt werden dürfte, er aber gleichwohl die Folgen eines Rücktritts tragen müsste. Das Bestehen einer Einrede hindert also die Ausübung des Rücktrittsrechts. Beispiele von Einreden sind:

- Leistungsverweigerungsrechte aus § 275 II, III BGB (Rn 394 ff.)
- Ausschluss der Nacherfüllungspflicht nach § 439 IV BGB (Rn 702)
- Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB – Rn 332 ff.)
- Nicht erfüllter Vertrag (§ 320 BGB – Rn 352 ff.)

**Beispiel:** A schuldet B aus einem synallagmatischen Vertrag eine Leistung. A weigert sich, B die Leistung zu gewähren, weil B ihm die Gegenleistung nicht ordnungsgemäß angeboten hat, obwohl dies vertraglich so vorgesehen war. B erklärt daraufhin den Rücktritt vom Vertrag. Zu Recht?

In diesem Fall konnte B die Leistung von A gar nicht verlangen, weil dieser die Einrede des § 320 BGB erhoben hat. Dann kann B selbstverständlich auch nicht gem. § 323 I BGB vom Vertrag zurücktreten.

**460** Zwar handelt es sich auch bei der **Verjährung** (siehe § 214 BGB, wonach der Schuldner berechtigt ist, die Leistung zu verweigern) um eine Einrede. Da jedoch der Rücktritt als Gestaltungsrecht nicht der Verjährung unterliegt, kann das Rücktrittsrecht auch nicht verjähren. Gleichwohl ist gem. § 218 I BGB der Rücktritt unwirksam, wenn bestimmte Ansprüche verjährt wären, siehe dazu Rn 495k ff.

<sup>471</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 186.

<sup>472</sup> Vgl. dazu auch *Jaensch*, NJW 2003, 3613, 3614.

<sup>473</sup> Vgl. dazu etwa BGH NJW 2013, 1431, 1432; *Graf Wolffskeel von Reichenberg*, NJW 2015, 2833 ff.

**cc. Nichterfüllung oder Schlechterfüllung der (Leistungs-)Pflicht**

In § 323 I BGB sind zwei Möglichkeiten aufgeführt, die den Gläubiger zum Rücktritt berechtigen: die nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachte Leistung. Überwiegend wird jedoch vertreten, dass auch die Nichterfüllung einer leistungsbezogenen Nebenpflicht und sogar einer nichtleistungsbezogenen Pflicht (Nebenpflicht) zum Rücktritt berechtigen kann. Daher ist folgende Differenzierung bei der Prüfung der Rücktrittsvoraussetzungen vorzunehmen:

461

**a.) Nichterfüllung oder Schlechterfüllung der (Leistungs-)Pflicht**

Der Schuldner darf die **Leistung** nicht oder teilweise **nicht erbracht** haben. Dabei darf die Nichterbringung nicht auf einer Unmöglichkeit der Leistung bzw. einem Ausschluss der Leistungspflicht beruhen, da es dann (wegen § 275 I, II oder III BGB) an einer fälligen und durchsetzbaren Leistungspflicht fehlt. Auch wenn die Unmöglichkeit bzw. die Befreiung von der Leistungspflicht erst im Laufe der dem Schuldner gesetzten Frist eintritt, scheidet ein Rücktrittsrecht des Gläubigers nach § 323 I BGB aus. In Fällen der Unmöglichkeit bzw. der Befreiung von der Leistungspflicht steht dem Gläubiger jedoch ein Rücktrittsrecht aus **§ 326 V BGB** zu (dazu Rn 484 ff.).

461a

Erforderlich für einen Rücktritt nach § 323 I BGB ist somit eine **Nichtleistung trotz Möglichkeit** bzw. **Leistungspflicht**. Erfasst werden von dieser Variante des § 323 I BGB also alle Fälle der **Nichtleistung** oder **Verzögerung** der an sich möglichen Leistungserbringung durch den Schuldner. Denn auch die Verzögerung stellt eine (temporäre) Nichtleistung dar. Daraus folgt, dass auch bei einer Zuspätleistung der Weg zum (verschuldensunabhängigen) Rücktritt – und nicht nur zum (verschuldensabhängigen) Schadensersatz statt der Leistung – offensteht.

461b

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Erbringt der Schuldner eine Leistung teilweise nicht, ist der Gläubiger grundsätzlich nur berechtigt, einen Teilrücktritt zu erklären. Einen Rücktritt vom ganzen Vertrag kann er bei einer teilweisen Leistungsverzögerung nur unter den strengen Voraussetzungen des § 323 V BGB begehren.

Zudem wird der Gläubiger gem. § 323 I BGB zum Rücktritt **bei nicht vertragsgemäßer** Leistung berechtigt. Hiermit sind v.a. die Fälle der **Schlechtleistung** gemeint wie bspw. die Lieferung einer i.S.d. § 434 BGB **mangelhaften Sache**. Aus welchen Gründen die Leistung nicht vertragsgemäß ist, ist dabei für die Anwendung von § 323 I BGB unerheblich. Die Schlechtleistung kann also sowohl auf der Verletzung einer synallagmatischen Hauptleistungspflicht als auch auf der Verletzung einer (leistungsbezogenen!) Nebenleistungspflicht beruhen. Selbstverständlich darf die Leistungspflicht auch in dieser Variante nicht ausgeschlossen sein; anderenfalls greift (auch hier) § 326 V BGB.

461c

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Da das Vorliegen einer Schlechtleistung (beim Kauf: eines Sach- oder Rechtsmangels) eine anspruchsbegründende Tatsache darstellt, ist der Gläubiger beweisbelastet (Rn 160). Dieser muss also den Nachweis erbringen, dass der Vertragsgegenstand (beim Kauf also die Kaufsache) mangelbehaftet ist. Das dürfte ihm – bei Bestreiten des Schuldners – nur durch Vorlage eines (kostenintensiven) Sachverständigengutachtens gelingen, wodurch deutlich wird, dass der Gläubiger ein nicht zu unterschätzendes (Prozess-)Kostenrisiko eingeht. In einer Fallbearbeitung mit feststehendem Sachverhalt spielen Beweislastfragen bzgl. des Vorliegens eines Mangels regelmäßig keine Rolle.

**b.) Insbesondere: Mangelhafte Kaufsache (§ 434 BGB)**

**461d** Eine zum Rücktritt berechtigende Schlechtleistung kann insbesondere bei einer **mangelhaften Kaufsache** gegeben sein. Ob das der Fall ist, richtet sich nach § 434 BGB. Gemäß § 434 I BGB ist die Sache (nur) dann frei von Sachmängeln („Fehlern“), wenn sie bei Gefahrübergang<sup>474</sup> den subjektiven Anforderungen (§ 434 II BGB), den objektiven Anforderungen (§ 434 III BGB) sowie den Montageanforderungen (§ 434 IV BGB) entspricht. Damit nennt § 434 I BGB also drei Fallgruppen bzw. Kriterien, die kumulativ vorliegen müssen, damit die Mangelfreiheit angenommen werden kann. Fehlt es auch nur an einer dieser Voraussetzungen, liegt Mangelhaftigkeit vor, wobei es gem. § 434 V BGB dem Sachmangel gleichsteht, wenn der Verkäufer eine andere Sache als die vertraglich geschuldete liefert – Falschlieferrung, auch Aliud-Lieferung genannt („Äpfel bestellt, Birnen erhalten“). Das Gesetz geht somit zunächst von einer Mangelhaftigkeit der Sache aus und verlangt die Erfüllung von Positiv-Voraussetzungen, damit Mangelfreiheit angenommen werden kann.

**aa.) Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 II S. 1 Nr. 1 BGB)**

**461e** Nach § 434 I, II S. 1 Nr. 1 BGB ist die Sache nur dann frei von Sachmängeln („Fehlern“), wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat. Während unter „Gefahrübergang“ der Zeitpunkt der Übergabe gem. § 446 S. 1 BGB (oder davor der des Annahmeverzugs, § 446 S. 3 BGB) zu verstehen ist, bedeutet Beschaffenheitsvereinbarung die auf Vorstellungen der Parteien beruhende (ausdrückliche oder konkludente) Vereinbarung über Merkmale, die der Sache selbst anhaften. Weicht die objektive Beschaffenheit (die Ist-Beschaffenheit) von der vereinbarten (der Soll-Beschaffenheit) ab, liegt ein Sachmangel vor (= subjektiver Fehlerbegriff).

**Beispiel:** Verkäufer V teilt auf Nachfrage des Käufers K mit, dass der Wagen scheckheftgepflegt sei. Daraufhin willigt K in das Vertragsangebot des V ein. V übergibt und überreicht den Wagen gegen Bezahlung. Später stellt sich im Rahmen eines Werkstattaufenthalts heraus, dass der Wagen schon seit Jahren nicht mehr gewartet wurde und das Scheckheft nachträglich erstellt wurde.

V und K haben eine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen. Diese lautet: „scheckheftgepflegt“. Da der Wagen tatsächlich nicht über diese Beschaffenheit verfügt, liegt eine auf § 434 II S. 1 Nr. 1 BGB zu stützende Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der vereinbarten Soll-Beschaffenheit vor. K stehen Mängelrechte nach § 437 BGB zu. Da die Pflichtverletzung mehr als nur unerheblich (siehe § 323 V S. 2 BGB) ist, berechtigt sie zum Rücktritt (§§ 437 Nr. 2 Var. 1, 440, 323, 346 BGB); anderenfalls steht dem Käufer immerhin das Minderungsrecht (§§ 437 Nr. 2 Var. 2, 441 BGB) zu.

Weitere **Beispiele** von Eigenschaften/Beschaffenheitsvereinbarungen bei Kfz:

- unfallfrei
- „TÜV“ (HU) neu
- bestimmter Motor/bestimmte Motorleistung (Messtoleranz 1%)
- bestimmte Farbe
- bestimmte Laufleistung (km-Stand)
- Kraftstoffverbrauch liegt nicht wesentlich über Werksangabe (3-5% Abweichung ist aber noch tolerabel)
- Emissionen entsprechen gesetzlichen Vorschriften
- Erreichen der angegebenen Höchstgeschwindigkeit

**461f** Wie der Gesetzgeber in § 434 II S. 2 BGB formuliert, gehören zu der Beschaffenheit nach Nr. 1 Art, Menge, Qualität, Funktionalität, Kompatibilität, Interoperabilität und son-

---

<sup>474</sup> Darunter ist grds. der Zeitpunkt der Übergabe gem. § 446 S. 1 BGB zu verstehen; zur abweichenden Rechtslage beim Versandungskauf (§ 447 BGB) vgl. Rn 75 ff.

stige Merkmale der Sache, für die die Parteien Anforderungen vereinbart haben. Damit hat also der Gesetzgeber Beschaffenheitskriterien aufgestellt, die – soweit sie vereinbart wurden, jedoch nicht vorliegen – zu einem Sachmangel führen.

**Beispiele:**

- (1) Wurden statt der bestellten Winterreifen (d.h. statt mit einem Schneeflocke-Symbol versehenen Reifen) lediglich M+S-Reifen geliefert, liegt gem. § 434 II S. 1 Nr. 1, S. 2 BGB (hier: sonstige Merkmale der Sache, für die die Parteien Anforderungen vereinbart haben) ein Sachmangel vor, auch wenn die gelieferten M+S-Reifen an sich tadellos sind (Anm.: Je nach Sachverhalt denkbar wäre auch die Annahme der Nichteignung für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung nach § 434 II S. 1 Nr. 2 BGB, der Nichteignung für gewöhnliche Verwendung nach § 434 III S. 1 Nr. 1 BGB und einer Falschlieferung nach § 434 V BGB).
- (2) Gleiches gilt, wenn statt der bestellten vier Autoreifen lediglich drei geliefert werden (§ 434 II S. 1 Nr. 1, S. 2 BGB – hier: Menge), auch wenn die drei gelieferten Reifen tadellos sind. Die Zuweniglieferrung wird nach der aktuellen Gesetzesfassung als Sachmangel angesehen und nicht lediglich – wie nach der früheren Gesetzesfassung (§ 434 III BGB a.F.) – einem Sachmangel gleichgestellt. Zwar vermag das nicht zu überzeugen (denn die Menge ist streng genommen keine Beschaffenheit), ist aber der Umsetzung der zwingenden Regelung des Art. 6 lit. a WKRL<sup>475</sup> geschuldet. Keinesfalls überzeugt aber die unterschiedliche Behandlung der Falschlieferung („Äpfel bestellt, Birnen erhalten“), bei der der Gesetzgeber mit § 434 V BGB zu Recht bestimmt, dass diese lediglich einem Sachmangel gleichsteht (aber keinen Sachmangel darstellt). Zudem ist die unterschiedliche Regelung im Vergleich zu § 633 II S. 3 BGB, der nicht angepasst wurde, sachlich nicht gerechtfertigt.

**bb.) Nichteignung für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung (§ 434 II S. 1 Nr. 2 BGB)**

Des Weiteren ist gem. § 434 II S. 1 Nr. 2 BGB die Sache mangelhaft, wenn sie sich nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet. Es geht also nicht um eine vertraglich vereinbarte Eignung für eine bestimmte Verwendung (sonst läge schon ein Fall des § 434 II S. 1 Nr. 1 BGB vor), sondern um eine Eignung für eine bestimmte Verwendung, die lediglich nach dem Vertrag vorausgesetzt wurde, die sozusagen Grundlage des Vertrags war.<sup>476</sup> Bei der Ermittlung dieser Verwendung (des Verwendungszwecks) sind nach dem BGH neben dem Vertragsinhalt die Gesamtumstände des Vertragsabschlusses heranzuziehen.<sup>477</sup>

461g

**Beispiel:** Verkäufer V und Käufer K schließen einen Kaufvertrag über ein Hausgrundstück. Nachdem K in das Haus eingezogen war, bemerkte er insbesondere im Wohnzimmer feuchte Stellen. Diese waren bei der Besichtigung des Gebäudes nicht zu erkennen gewesen. Es stellt sich heraus, dass das Gebäude im Boden- und Sockelaufbau so feucht ist, dass man es nicht bzw. nur eingeschränkt bewohnen kann.

Hier haben die Parteien keine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen. Da es sich bei dem Vertragsgegenstand aber um ein mit einem Wohnhaus bebautes Grundstück handelt, eignet sich der Vertragsgegenstand nicht für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung. Denn ein Wohnhaus dient dem Wohnen, was im vorliegenden Fall nicht oder nur eingeschränkt möglich ist. Daher liegt eine auf § 434 II S. 1 Nr. 2 BGB zu stützende Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit vor.

<sup>475</sup> Richtlinie (EU) 2019/771 – umgesetzt mit Wirkung zum 1.1.2022 durch das Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags v. 25.6.2021 (BGBl I 2021, S. 2133).

<sup>476</sup> Vgl. BGH NJW 2019, 1937, 1938; BGH NJW 2017, 2817, 2818 zur insoweit nicht abweichenden bisherigen Regelung.

<sup>477</sup> BGH NJW 2019, 1937, 1938; BGH NJW-RR 2018, 822, 823 f.

Anm.: Sollte anhand des Sachverhalts nicht zweifelsfrei festgestellt werden können, ob sich die Mangelfreiheit auf § 434 II S. 1 Nr. 2 BGB stützen lässt, ist zu prüfen, ob die Mangelfreiheit nach § 434 III Nr. 1 BGB oder nach § 434 III Nr. 2a) BGB angenommen werden kann.

**cc.) Fehlen von vereinbartem Zubehör und den vereinbarten Anleitungen, einschl. Montage- und Installationsanleitungen (§ 434 II S. 1 Nr. 3 BGB)**

**461h** Schließlich führt das Fehlen von vereinbartem Zubehör und den vereinbarten Anleitungen, einschließlich Montage- und Installationsanleitungen, zum Vorliegen eines Sachmangels unter dem Aspekt der subjektiven Anforderungen. Es muss also eine vertraglich vereinbarte Pflicht des Verkäufers bestehen, bestimmtes, i.d.R. zum bestimmungsgemäßen Gebrauch der Kaufsache erforderliches Zubehör und/oder (bei Gegenständen, die z.B. zwecks Transports in Einzelteilen oder Baugruppen geliefert werden und zur Montage bzw. Installation durch den Käufer vorgesehen sind) bestimmte Anleitungen mitzuliefern. Selbstverständlich müssen vereinbarte Anleitungen auch so beschaffen sein, dass sie der Durchschnittskäufer versteht und sie sich auch auf den konkret gekauften Gegenstand beziehen.<sup>478</sup>

**Beispiel:** V und K schlossen im Versandhandel einen Kaufvertrag über eine Kamera-Drohne. In der Produktbeschreibung heißt es, dass sämtliches Montagezubehör ebenso zum Lieferumfang gehöre wie eine Montageanleitung. Nach Erhalt und Öffnen des Pakets bemerkte K das Fehlen des Montagewerkzeugs; zudem ist die Montageanleitung derart schlecht ins Deutsche übersetzt, dass sie unverständlich ist.

Da laut Produktbeschreibung auch Montagematerial im Lieferumfang enthalten ist und dieses fehlte, liegt ein Sachmangel gem. § 434 II S. 1 Nr. 3 BGB vor. Ebenso liegt ein Sachmangel gem. § 434 II S. 1 Nr. 3 BGB bezüglich der Montageanleitung vor. Zwar war eine solche vorhanden, jedoch war sie derart schlecht ins Deutsche übersetzt, dass sie von einem Durchschnittskäufer nicht zu verstehen war.

**dd.) Keine Eignung für gewöhnliche Verwendung (§ 434 III S. 1 Nr. 1 BGB)**

**461i** § 434 III BGB beschreibt objektive Anforderungen an die Mangelfreiheit, die jedoch nur dann gelten, wenn sie nicht durch abweichende Vereinbarungen ausgeschlossen wurden. Der Ausschluss kann insbesondere durch eine negative Beschaffenheitsvereinbarung erfolgen. Fehlt es aber an einer wirksamen anderweitigen Vereinbarung, ist zunächst gem. § 434 III S. 1 Nr. 1 BGB die Sache mangelhaft, wenn sie sich nicht für die *gewöhnliche Verwendung eignet*. Die Begriffe „Eignung“ und „gewöhnliche Verwendung“ sind unbestimmte Rechtsbegriffe, die Raum zur (trichterlichen) Interpretation geben, was im Einzelfall zu einer Rechtsunsicherheit führen kann. Daher ist eine objektivierte Betrachtungsweise angezeigt, damit eine „überzogene Käufererwartung“ im Einzelfall keinen Sachmangel begründen kann. Abzustellen ist mithin auf die Erwartungen des objektiven Verkehrskreises, dem der Käufer angehört. Die Sache muss bei einem Vergleich mit anderen Stücken der Gattung eine vergleichbare Verwendung ermöglichen. Daher begründet z.B. ein Fehler bei der Produktion die Mangelhaftigkeit, da eine Abweichung von den gattungsspezifischen Merkmalen vorliegt. So liegt im „Dieselabgasskandal“ bei den betroffenen Fahrzeugen, bei denen eine Software (Abschaltvorrichtung) installiert wurde, die die zulässigen Grenzwerte lediglich auf dem Prüfstand gewährleistet, nach dem BGH keine „Eignung zur gewöhnlichen Verwendung“ vor, da u.a. die Gefahr einer Betriebsuntersagung bestehe.

---

<sup>478</sup> Siehe *Weidenkaff*, in: *Grüneberg*, § 434 Rn 23.

**Beispiel**<sup>479</sup>: K kaufte im Autohaus des V einen Neuwagen, der mit einem Dieselmotor ausgestattet ist. Das Fahrzeug ist mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehen, die den Stickoxidausstoß auf dem Prüfstand gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduziert.

Der BGH meint, dass vom Vorliegen eines Sachmangels nach § 434 I S. 2 Nr. 2 BGB (a.F., siehe nunmehr § 434 III S. 1 Nr. 1 BGB) auszugehen sein dürfte, weil die Gefahr einer Betriebsuntersagung durch die für die Zulassung zum Straßenverkehr zuständige Behörde bestehe und es damit an der Eignung der Sache für die gewöhnliche Verwendung (Nutzung im Straßenverkehr) fehlen dürfte. Das ist zweifelhaft. Zum einen ist unklar, wie der Begriff der Gattung zu verstehen ist (alle Dieselfahrzeuge einer bestimmten Abgasnorm oder alle Dieselfahrzeuge eines bestimmten Herstellers und Typs?), und zum anderen ist ebenfalls unklar, worin die Abweichung zu anderen Exemplaren der Gattung besteht. Denn durch das Aufspielen eines vom Kraftfahrt-Bundesamt genehmigten Software-Updates ist gerade gewährleistet, dass keine Betriebsuntersagung erfolgt. Freilich heißt das nicht, dass kein Sachmangel vorliegt. Dieser ist darin zu sehen, dass Leistungsverlust und Mehrverbrauch nicht ausgeschlossen werden können.<sup>480</sup> Zudem wäre auch denkbar, einen Sachmangel über § 434 II S. 1 Nr. 2 BGB anzunehmen. Denn bei einem Fahrzeug mit nicht gesetzeskonformer Motorsteuerungs- und Abgassoftware besteht die Gefahr der Rücknahme der Betriebserlaubnis, weshalb die vertraglich vorausgesetzte Verwendung (Teilnahme am öffentlichen Straßenverkehr) in Frage gestellt werden muss. Daneben wäre denkbar, einen Sachmangel über § 434 III S. 1 Nr. 2a) BGB herzuleiten, weil bei zum Straßenverkehr zugelassenen Autos gesetzeskonforme Software als üblich anzusehen ist und der Käufer dies erwarten kann. Entscheidend für die Zuordnung ist letztlich die Auslegung von Tatbestand und Sachverhalt.

### **ee.) Fehlende Beschaffenheit, die bei Sachen derselben Art üblich ist und die der Käufer erwarten kann (§ 434 III S. 1 Nr. 2 BGB)**

Ein Sachmangel liegt auch dann vor, wenn bei der Kaufsache eine Beschaffenheit fehlt, die bei Sachen derselben Art üblich ist und die der Käufer erwarten kann. Es geht also um die fehlende, aber vom Käufer erwartbare übliche Beschaffenheit der Sache. Gemäß § 434 III S. 2 BGB gehören zur erwartbaren üblichen Beschaffenheit (insbesondere) Menge, Qualität und sonstige Merkmale der Sache, einschließlich ihrer Haltbarkeit, Funktionalität, Kompatibilität und Sicherheit. Dabei sind gemäß der Gesetzesformulierung in § 434 III S. 1 Nr. 2 BGB die Art der Sache (lit. a) und die öffentlichen Äußerungen zu berücksichtigen, die vom Verkäufer oder einem anderen Glied der Vertragskette oder in deren Auftrag, insbesondere in der Werbung oder auf dem Etikett, abgegeben wurden (lit. b). Ein „Auftrag“ i.S.d. Nr. 2 kann der Gesetzesbegründung zufolge auch im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses erfolgen, etwa wenn ein Dienstleister oder ein Angestellter mit der Schaltung von Werbung oder Anzeigen beauftragt wird.<sup>481</sup>

461j

Über die „übliche Beschaffenheit“ und die „Käufererwartung“ entscheidet ebenso (d.h. wie bei der Eignung für die gewöhnliche Verwendung) letztlich die Verkehrsauffassung, genauer gesagt die objektivierte Käufererwartung hinsichtlich Zustand, Qualität und Verwendbarkeit gleichartiger Sachen. Das heißt, dass die Sache so zu sein hat, wie es ein Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Zur üblichen Beschaffenheit i.S.d. Nr. 2 zählen damit alle Merkmale (Eigenschaften), die die Sache definieren und die die Kaufentscheidung beeinflussen.

461k

**Beispiele:** So liegt ein Mangel i.S.d. § 434 III S. 1 BGB vor, wenn ein Produkt i.S.d. § 2 Nr. 21 ProdSG (also Waren, Stoffe oder Gemische, die durch einen Fertigungsprozess hergestellt worden sind) nicht den Anforderungen des § 3 ProdSG entspricht. Im Übrigen

<sup>479</sup> Nach BGH NJW 2019, 1133; vgl. auch BGH NJW 2020, 2796.

<sup>480</sup> Richtig LG Erfurt 18.1.2019 – 9 O 490/18.

<sup>481</sup> BT-Drs. 19/27424, S. 24.

müssen Produkte zum Zeitpunkt ihrer Produktion dem Stand der Technik entsprechen, wie es der betreffende Käuferkreis erwarten kann. Daher liegt kein Mangel vor, wenn eine Sache (etwa eine Digitalkamera), die für eine Verwendung unter üblichen Bedingungen konstruiert wurde, unter Extrembedingungen (Einsatz etwa für lange Zeit bei sehr kalten oder sehr heißen Temperaturen) gelegentlich Störungen aufweist.<sup>482</sup> Auch müssen Neuwaren mit der Originalverpackung und der Etikettierung versehen sein, weil ein Käufer beim Kauf einer neuen Sache dies erwartet (außer, anderes ist vereinbart). Bei Gebrauchsachen gelten eigene Maßstäbe, da der Käufer nicht dieselben Erwartungen hegen kann wie bei Neuwaren.

**4611** Bezüglich des Begriffs „Haltbarkeit“ verweist die Gesetzesbegründung auf Art. 2 Nr. 13 WKRL, wonach unter Haltbarkeit die Fähigkeit der Sache zu verstehen ist, ihre erforderlichen Funktionen und ihre Leistung bei normaler Verwendung zu behalten. Daraus folge die Einstandspflicht des Verkäufers, dass die Sache zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs die Fähigkeit hat, ihre erforderlichen Funktionen und ihre Leistung bei normaler Verwendung zu behalten. Jedoch begründe § 434 III BGB keine gesetzliche Haltbarkeitsgarantie. Der Verkäufer hafte nach § 434 III BGB nicht dafür, dass die Sache tatsächlich ihre erforderlichen Funktionen und ihre Leistung bei normaler Verwendung behält.<sup>483</sup> Dem ist zuzustimmen. Denn eine Haltbarkeitsgarantie ist dem Sachmängelrecht fremd. Allein entscheidend ist, dass die Sache zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs frei von Sachmängeln ist (siehe § 434 I BGB).

Freilich wird dieser Grundsatz relativiert, sofern es sich beim Kaufgegenstand um eine Ware mit digitalen Elementen handelt. Denn gem. § 475b II BGB ist eine Ware mit digitalen Elementen (nur) frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang und in Bezug auf eine Aktualisierungspflicht auch während des Zeitraums nach § 475b III Nr. 2 und IV Nr. 2 BGB den Anforderungen entspricht. Die digitalen Elemente unterliegen also einer Aktualisierungspflicht („Updatepflicht“): Aktualisierungen müssen während eines bestimmten Zeitraums bereitgestellt werden, wobei die Aktualisierungspflicht und der Zeitraum der Bereitstellung von Aktualisierungen entweder im Kaufvertrag vereinbart worden sein müssen (§ 475b III Nr. 2 BGB) oder der Verbraucher aufgrund der Art und des Zwecks der Ware und ihrer digitalen Elemente sowie unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags erwarten kann, dass Aktualisierungen bereitgestellt werden, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit der Ware erforderlich sind, und über diese Aktualisierungen informiert wird (§ 475b IV Nr. 2 BGB).

In beiden Fällen gilt also, dass sich Leistungserbringung und Mangelfreiheit, d.h. die Funktionstüchtigkeit, nicht in einem einmaligen Akt erschöpfen, sondern sich auf einen bestimmten Zeitraum nach Gefahrübergang erstrecken.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Wie die Ausführungen und die Beispiele gezeigt haben, ist die Zuordnung eines Mangels zu einem der in § 434 II und III BGB genannten Tatbestände nicht immer eindeutig. Entspricht bspw. die Sache nicht der vereinbarten Beschaffenheit, ist sie bereits nach § 434 II S. 1 Nr. 1 BGB mangelhaft und dem Käufer stehen die Mängelrechte nach § 437 BGB zu. Damit erübrigt sich an sich die Frage, ob ein Sachmangel zusätzlich aus einem anderen Tatbestand des § 434 II, III BGB festgestellt werden kann. Gleichwohl kann zu empfehlen sein, die Mangelfreiheit/Mangelhaftigkeit der Sache am Maßstab auch der anderen in Betracht kommenden Tatbestände des § 434 II, III BGB zu prüfen, um das Ergebnis der Prüfung der Mangelhaftigkeit abzusichern.

**Beispiel:** Kauft K über einen Onlineshop Zubehörfelgen für sein Auto, kann er in Ermangelung anderslautender Angaben (bspw.: „Ohne Gutachten, nur zu Motorsportzwecken“) und unter Zugrundelegung der Verkehrsübung erwarten, dass die Felgen

<sup>482</sup> Siehe AG München MMR 2020, 872.

<sup>483</sup> BT-Drs. 19/27424, S. 24.

auch für den Straßenverkehr zugelassen sind. Stellt sich nach der Übergabe heraus, dass die Felgen nicht für den Straßenverkehr zugelassen sind (etwa, weil sie kein Genehmigungsverfahren beim Kraftfahrtbundesamt durchlaufen haben), lässt sich ein Mangel sehr gut unter dem Aspekt der konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung annehmen: Es fehlt ein sonstiges Merkmal der Sache, für die die Parteien (konkludent über die Verkehrsübung) Anforderungen vereinbart haben (§ 434 II S. 2 BGB). Zwingend ist eine solche Annahme aber nicht, weshalb zu empfehlen ist, den Mangel zusätzlich über § 434 II S. 1 Nr. 2 BGB (Nichteignung für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung) festzustellen. Denn werden Felgen im Onlinehandel gekauft, ist die Verwendungsmöglichkeit im Straßenverkehr vorausgesetzt. Und da man auch dies anders sehen könnte, sollte der Mangel schließlich über § 434 III S. 1 Nr. 1 BGB (Nichteignung für die gewöhnliche Verwendung, denn gewöhnlicherweise werden Felgen an Fahrzeugen montiert, um damit am Straßenverkehr teilzunehmen) und ggf. auch über § 434 III S. 1 Nr. 2a BGB (Nichtvorhandensein einer Beschaffenheit, die bei Sachen derselben Art üblich ist und die der Käufer unter Berücksichtigung der Art der Sache erwarten kann) begründet werden.

**ff.) Nichtentsprechen der Beschaffenheit einer Probe oder eines Musters, die oder das der Verkäufer dem Käufer vor Vertragsschluss zur Verfügung gestellt hat (§ 434 III S. 1 Nr. 3 BGB)**

§ 434 III S. 1 Nr. 3 BGB stellt darauf ab, dass der Käufer anhand einer Probe bzw. eines Musters gekauft hat, die bzw. das ihm vor Kauf zur Verfügung gestellt wurde. Weicht der Kaufgegenstand von der Beschaffenheit der Probe bzw. des Musters ab, liegt ein Sachmangel vor.

461m

**Beispiel:** Verleger K möchte ein neues Buch auflegen. Damit er sich einen Eindruck über die Verarbeitungsqualität und die Klebebindung verschaffen kann, lässt er sich von der Druckerei ein Muster zusenden, anhand dessen der Auftrag erfolgen soll.

Hier liegt gem. § 434 III S. 1 Nr. 3 BGB ein Sachmangel vor, wenn bei den dann gedruckten Büchern eine abweichende Klebebindung vorhanden ist.

**gg.) Fehlen von Zubehör einschließlich Verpackung, Montage- oder Installationsanleitung sowie anderen Anleitungen, deren Erhalt der Käufer erwarten kann (§ 434 III S. 1 Nr. 4 BGB)**

Schließlich erklärt § 434 III S. 1 Nr. 4 BGB die Sache für mangelhaft, wenn die Sache ohne Zubehör einschließlich Verpackung, Montage- oder Installationsanleitung sowie anderen Anleitungen übergeben wird, deren Erhalt der Käufer erwarten kann. Der damit angesprochene Erwartungshorizont ist (entsprechend der Stellung dieser Fallgruppe im Normengefüge der objektiven Anforderungen) objektiviert, d.h., es kommt nicht darauf an, was der betroffene Käufer erwartete, sondern darauf, was ein Durchschnittskäufer in der Rolle des betroffenen Käufers vernünftigerweise erwarten konnte.

461n

**Beispiel:** Verkauft V über seinen Onlineshop Zubehörfelgen für Autos, können Käufer erwarten, dass die Felgen mit Gutachten geliefert werden, damit die Felgen später auch von einer Prüforganisation abgenommen und von der Straßenverkehrsbehörde in die Zulassungsbescheinigung I eingetragen werden können. Fehlt es an einem Gutachten (etwa, weil die Felgen über kein Gutachten verfügen), liegt ein Sachmangel vor.

Anm.: Etwas anderes würde gelten, wenn es ausdrücklich hieße, dass die Felgen über kein Gutachten verfügten. Dann handelte es sich um eine „negative Beschaffenheitsvereinbarung“ (dazu Rn 461i). Die Ware wäre jedenfalls nicht nach § 434 III S. 1 Nr. 4 BGB mangelhaft.

**hh.) Montageanforderungen (§ 434 IV BGB)**

**461o** In Fällen, in denen eine Montage durchzuführen ist, liegt ein Sachmangel auch dann vor, wenn die Sache unsachgemäß montiert worden ist und

- die vertragliche geschuldete Montage vom Verkäufer unsachgemäß vorgenommen worden ist

**Beispiel:** Der bei V gekaufte Autoreifen wird von den Leuten des V unsachgemäß auf die Felge montiert. Dadurch platzt der Reifen.

- oder die Montage vom Käufer vorzunehmen war und die vom Käufer vorgenommene unsachgemäße Montage auf einer vom Verkäufer bereitgestellten fehlerhaften Anleitung beruht.

**Beispiel:** Das bei V gekaufte, in Einzelteilen verpackte Bücherregal wird von K gemäß der mitgelieferten Anleitung aufgebaut. Nach dem Einstellen der Bücher stürzt das Regal jedoch ein. Es stellt sich heraus, dass die Anleitung fehlerhaft ist, was den Einsturz verursachte.

**461p** Analysiert man die gesetzliche Formulierung, wird zunächst klar, dass bei § 434 IV Nr. 2 Var. 1 BGB die Montage der Sache von der Hauptleistungspflicht des Verkäufers umfasst sein muss. Denn anderenfalls könnte man (wegen § 433 I S. 2 BGB) keinen Sachmangel annehmen. Des Weiteren wird klar, dass der Verkäufer die Montage nicht in eigener Person vorgenommen haben muss; denn als Schuldner kann er sich nach allgemeinen Grundsätzen Erfüllungsgehilfen bedienen, deren Verschulden er sich gem. § 278 BGB zurechnen lassen muss. Der Verkäufer ist damit also auch für einen Mangel verantwortlich, der infolge einer von seinen Erfüllungsgehilfen vorgenommenen unsachgemäßen Montage entstanden ist („Montagemangel“). Schließlich verdeutlicht die Vorschrift in § 434 IV Nr. 2 Var. 2 BGB, dass der Verkäufer auch für Mängel verantwortlich ist, die dadurch entstanden sind, dass die Sache vom Käufer aufgrund einer fehlerhaften oder fehlenden Montageanleitung unsachgemäß montiert worden ist („Anleitungsfehler“).

## ii.) Falschlieferung (§ 434 V BGB)

**461q** Schließlich behandelt das Gesetz eine Falschlieferung (Aliud-Lieferung) wie einen Sachmangel, d.h. es stellt die Falschlieferung dem Sachmangel gleich. Damit bringt das Gesetz aber auch zum Ausdruck, dass eine Falschlieferung keinen Sachmangel darstellt; sie wird lediglich wie ein Sachmangel behandelt.

**Beispiele:** Geliefert wurde Mac-Software statt der angebotenen und bestellten PC-Software; geliefert wurden Allwetterreifen ohne Alpine-Piktogramm statt der bestellten Ganzjahresreifen (die gesetzlich über das Alpine-Piktogramm verfügen müssen); geliefert wurden Batterien der Größe AA statt in der bestellten Größe AAA.

Hier liegt, obwohl bzw. selbst wenn die jeweils gelieferten Produkte mangelfrei sind, eine einem Sachmangel gleichgestellte Falschlieferung vor.

Anmerkung: Auch im Werkvertragsrecht sieht das Gesetz die Falschlieferung nicht als Sachmangel an, sondern stellt sie einem Sachmangel lediglich gleich (§ 633 II S. 3 Var. 1 BGB). Anders verhält es sich bei einer Mankolieferung (Zuweniglieferung), die lediglich im Werkvertragsrecht dem Sachmangel gleichsteht (§ 633 II S. 3 Var. 2 BGB), im Kaufvertragsrecht jedoch als Sachmangel angesehen wird (§ 434 III S. 2 BGB).

## c.) Waren mit digitalen Elementen (§§ 475b, 475c BGB)

**462** Mit Wirkung zum 1.1.2022 hat der Gesetzgeber in Umsetzung der bereits genannten Warenkaufrichtlinie (Richtlinie (EU) 2019/771 – WKRL) u.a. die – nur für Verbrauchsgüterkaufverträge (siehe § 474 BGB) geltenden – Vorschriften der §§ 475b ff. in das BGB aufgenommen. Sie regeln den Sachmangel bei Waren mit digitalen Elementen im Rah-

men eines Verbrauchsgüterkaufs. Waren mit digitalen Elementen sind nach der ebenfalls am 1.1.2022 in Kraft getretenen Legaldefinition in § 327a III S. 1 BGB Waren, die in einer Weise digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind, dass die Waren ihre Funktionen ohne diese digitalen Produkte nicht erfüllen können. Die Vorschriften der §§ 327 ff. BGB setzen wiederum die EU-Richtlinie 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (DIRL) um und enthalten u.a. eigene Vorschriften über Produktmängel (§ 327e BGB) bei Verbraucherverträgen über digitale Produkte, was eine Abgrenzung zum verbrauchsgüterkaufrechtlichen Sachmängelrecht der §§ 475b ff. BGB erforderlich macht. Zudem greifen die Vorschriften der §§ 327 ff. BGB (und nicht die der §§ 475b ff. BGB) für Verbrauchsgüterkaufverträge über digitale Produkte, d.h. Verbrauchsgüterkaufverträge über körperliche Datenträger, die ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dienen (§ 475a I BGB). Bei Verbrauchsgüterkaufverträgen über Waren, die in einer Weise digitale Produkte enthalten oder mit digitalen Produkten verbunden sind, dass die Waren ihre Funktionen auch ohne diese digitalen Produkte erfüllen können („Waren mit entbehrlichen digitalen Produkten“), greift – wie sich aus § 475a II BGB ergibt – im Grundsatz zwar das Verbrauchsgüterkaufrecht, jedoch sind im Hinblick auf diejenigen Bestandteile des Vertrags, welche die digitalen Produkte betreffen, die in § 475a II S. 1 BGB genannten Vorschriften des (Verbrauchsgüter-)Kaufvertragsrechts nicht anzuwenden. An die Stelle der nicht anzuwendenden Vorschriften treten gem. § 475a II S. 2 BGB die Vorschriften der §§ 327 ff. BGB. Von einer klaren und transparenten Regelungsstruktur ist die gesetzliche Systematik also weit entfernt, was aber dem Umstand geschuldet ist, dass zwei komplexe EU-Verbraucherschutzrichtlinien in ein bestehendes Regelwerk inkorporiert werden mussten. Strukturiert dargestellt ergeben sich aber Differenzierungen:

#### **aa.) Abgrenzung zu §§ 327 ff. BGB (Verbrauchervertrag über digitale Produkte)**

Aufgrund der genannten, in verschiedenen Bereichen des BGB vorgenommenen Inkorporation und der damit verbundenen komplexen und undurchsichtigen Regelungsstruktur kann unklar sein, welche Vorschriften greifen, wenn Mängel Produkte betreffen, die digitale Inhalte oder Elemente enthalten. So kann sich die Frage nach Produktmängeln nach § 327e BGB richten (mit den Rechten des Verbrauchers nach § 327i BGB) oder nach § 475b BGB (mit den Rechten des Verbrauchers nach § 437 BGB), aber auch nach § 475c BGB (mit dem Recht des Verbrauchers auf Aktualisierung der digitalen Elemente innerhalb eines bestimmten Zeitraums) oder gar nach § 475a BGB (mit der überwiegenden Anwendbarkeit der Regelungen der §§ 327 ff. BGB).

462a

- Die Vorschriften der §§ 327-327s BGB gelten gem. § 327 I BGB für **Verbraucherverträge, die die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen** (digitale Produkte) durch den Unternehmer gegen Zahlung eines Preises zum Gegenstand haben (§ 327 I S. 1 BGB). Unter einem Verbrauchervertrag ist gemäß der Legaldefinition in § 310 III BGB ein Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher zu verstehen. Die Begriffe Unternehmer und Verbraucher sind wiederum in §§ 14 und 13 BGB legaldefiniert.

Digitale Produkte in Form „digitaler Inhalte“ sind gem. § 327 II S. 1 BGB Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden.

Digitale Produkte in Form „digitaler Dienstleistungen“ sind gem. § 327 II S. 2 BGB Dienstleistungen, die dem Verbraucher die Erstellung, die Verarbeitung oder die Speicherung von Daten in digitaler Form oder den Zugang zu solchen Daten ermöglichen, oder die gemeinsame Nutzung der vom Verbraucher oder von anderen Nutzern der entsprechenden Dienstleistung in digitaler Form hochgeladenen oder erstellten Daten oder sonstige Interaktionen mit diesen Daten ermöglichen.

Preis ist nicht nur Geld, sondern gem. § 327 I S. 2 BGB auch eine digitale Darstellung eines Werts. Erwägungsgrund 23 der DIRL nennt insb. elektronische Gutscheine oder „E-Coupons“.

**Beispiele:** Inhalte von Verbraucherverträgen über digitale Produkte sind bspw.

- ⇒ Computerprogramme wie Betriebssysteme oder Anwendungen („Apps“) etc.
- ⇒ Video- und Audiodateien
- ⇒ Computerspiele
- ⇒ E-Books<sup>484</sup> etc.

- Die §§ 327 ff. BGB sind auch auf **Verbraucherverträge** anzuwenden, die **digitale Produkte** zum Gegenstand haben, welche nach den **Spezifikationen des Verbrauchers** entwickelt werden (§ 327 IV BGB). Darunter fallen etwa eigens geschriebene Computerprogramme.
- Gemäß § 327 V BGB sind §§ 327 ff. BGB – mit Ausnahme der §§ 327b und 327c BGB – auch auf **Verbraucherverträge** anzuwenden, welche die Bereitstellung von **körperlichen Datenträgern** zum Gegenstand haben, die **ausschließlich als Träger digitaler Inhalte** dienen.
- § 327 VI BGB enthält (in Umsetzung von Art. 3 V DIRL) eine Reihe an Bereichsausnahmen (etwa Verträge über Telekommunikationsdienstleistungen, Finanzdienstleistungen und freie Software).
- Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der §§ 327 ff. BGB normiert wiederum § 327a I S. 1 BGB. Danach gelten (in Umsetzung von Art. 3 VI DIRL) die Vorschriften auch für Verbraucherverträge, die neben der Bereitstellung digitaler Produkte die Bereitstellung anderer Sachen oder die Bereitstellung anderer Dienstleistungen zum Gegenstand haben (**Paketvertrag**). Mit dieser Regelung soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass – wie es in Erwägungsgrund 33 der DIRL heißt – digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen oft mit der Bereitstellung von Waren oder anderen Dienstleistungen kombiniert und dem Verbraucher in dem gleichen Vertrag, der in einem Paket unterschiedliche Elemente beinhaltet, angeboten werden. Erwägungsgrund 33 nennt als Beispiel einen Vertrag über die Bereitstellung digitalen Fernsehens und den Kauf eines elektronischen Geräts (mit dem das digitale Fernsehprogramm angeschaut werden werden). In solchen Fällen enthalte der Vertrag zwischen dem Verbraucher und dem Unternehmer Elemente eines Vertrags über die Bereitstellung digitaler Inhalte oder einer digitalen Dienstleistung, aber auch Elemente anderer Vertragsarten, bspw. von Verträgen über den Kauf von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen. Elemente des Gesamtvertrags, die die Bereitstellung der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen betreffen, sollen daher dem Anwendungsbereich der DIRL unterfallen; alle übrigen Elemente des Vertrags nicht. § 327a I S. 2 BGB setzt dies um.
- Die Vorschriften der §§ 327 ff. BGB sind gem. § 327a II S. 1 BGB auch auf **Verbraucherverträge** über **Sachen** anzuwenden, die **digitale Produkte enthalten** oder mit ihnen **verbunden** sind. Mit „verbunden“ ist keine technische Verbindung der Sache mit dem digitalen Produkt gemeint, sondern, dass die jeweiligen vertraglichen Verpflichtungen miteinander verbunden sind. Jedoch formuliert wiederum § 327a II S. 2 BGB die Einschränkung, dass die §§ 327 ff. BGB nur auf diejenigen Bestandteile des Vertrags anzuwenden sind, welche die digitalen Produkte betreffen. Für die übrigen Vertragsbestandteile heißt das also, dass §§ 475b und 475c BGB gelten. Mit dieser sicherlich nicht einfach zu verstehenden Regelung soll schlicht gewährleistet werden, dass Verträge über Sachen, die mit digitalen Produkten verbunden sind, entweder den §§ 327 ff. BGB oder den §§ 475b, 475c BGB unterfallen.

---

<sup>484</sup> Siehe *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 327 Rn 4 mit Verweis auf Erwägungsgrund 19 zur DIRL.

- Gemäß § 327a III S. 1 BGB fallen Kaufverträge über Waren (§ 241a I BGB), die in einer Weise digitale Produkte enthalten oder mit ihnen (derart) verbunden sind, dass die Waren ihre Funktionen ohne diese digitalen Produkte nicht erfüllen können (Waren mit digitalen Elementen), nicht in den Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB. Mit dieser Bestimmung wird also eine weitere Abgrenzung zum Verbrauchsgüterkaufvertragsrecht vorgenommen, insbesondere zum verbrauchsgüterkaufvertraglichen Sachmängelrecht in Bezug auf bewegliche Sachen mit digitalen Elementen: Für Verbrauchsgüterkaufverträge über bewegliche Sachen mit digitalen Elementen gelten die in Umsetzung der WKRL eingeführten Regelungen im Kaufrecht (konkret §§ 475b ff. BGB), nicht die im Rahmen der DURL eingeführten §§ 327 ff. BGB. Siehe dazu die bei Rn 462c genannten Beispiele.
- Die **Rechte bei unterbliebener Bereitstellung** des digitalen Produkts regelt § 327c BGB. Danach kann der Verbraucher zunächst den Vertrag beenden, womit nichts anderes gemeint ist als ein **Rücktritt** bzw. bei Dauerschuldverhältnissen die **Kündigung**. Des Weiteren kann der Verbraucher unter den in der Vorschrift genannten Voraussetzungen **Schadensersatz** verlangen.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Da § 327c BGB insoweit – in Umsetzung der DURL – vom allgemeinen Leistungsstörungenrecht abweichende Regelungen trifft, gilt der Spezialitätsgrundsatz: Geht es um Rücktritt, Kündigung und/oder Schadensersatz, gilt § 327c BGB mit seinen speziellen Voraussetzungen; auf die Regelungen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts darf nur zurückgegriffen werden, soweit § 327c BGB keine abschließende Regelung getroffen hat. So gilt hinsichtlich der Fristsetzung beim **Rücktritt** bei Nichtleistung das „Unverzüglichkeitskriterium“ nach § 327c I BGB, nicht das Abwarten einer „angemessenen Frist“ wie beim Verbrauchsgüterkauf (siehe § 475d I Nr. 1 BGB – dazu Rn 478 ff.) und bei Mangelhaftigkeit des digitalen Produkts (siehe § 327i Nr. 2 Var. 1, § 327i I S. 2 und § 327m I Nr. 2 BGB). Das heißt also: Der Verbraucher kann gem. § 327c I S. 1 BGB den Vertrag (sofort) beenden, wenn der Unternehmer seiner fälligen Verpflichtung zur Bereitstellung des digitalen Produkts auf Aufforderung des Verbrauchers nicht unverzüglich nachgekommen ist. Das Abwarten einer „angemessenen Frist“ ist nicht erforderlich. Hat der Unternehmer aber ein mangelhaftes digitales Produkt geliefert, muss der Verbraucher zunächst zur Nacherfüllung auffordern (§ 327i Nr. 1 BGB) und sodann eine „angemessene Frist“ abwarten (§ 327i I S. 2 BGB), damit gem. § 327m I Nr. 2 BGB Vertragsbeendigung ermöglicht wird.

Und auch beim **Schadensersatz** ist gem. § 327c II S. 2 BGB die Vorschrift des § 281 I S. 1 BGB mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle der Setzung einer angemessenen Frist die Aufforderung nach § 327c I S. 1 BGB (also die „Unverzüglichkeit nach Aufforderung“) tritt.

Mit dem Kriterium der „**Unverzüglichkeit**“ haben der Richtliniengeber und der nationale Gesetzgeber ein **subjektives Element** (ein **Verschuldenselement**) aufgenommen, das dem Nacherfüllungsanspruch und dem Rücktrittsrecht jedoch fremd ist, was in der Literatur zu Recht kritisiert wird.<sup>485</sup>

- Wurde das digitale Produkt zwar bereitgestellt, ist es jedoch **mangelhaft**, richten sich die Rechte des Verbrauchers nach § 327i BGB. Strukturell ist die Vorschrift ähnlich aufgebaut wie die des § 437 BGB. So kann der Verbraucher gemäß den in der Vorschrift verwiesenen Bestimmungen Nacherfüllung verlangen, den Vertrag beenden (d.h. den Rücktritt oder bei Dauerschuldverhältnissen die Kündigung erklären), den Preis mindern und/oder Schadensersatz bzw. Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen.

<sup>485</sup> Fervers, NJW 2021, 3681, 3682 f.

**bb.) Abgrenzung zu § 475a BGB (Verbrauchsgüterkaufvertrag über digitale Produkte)**

462b Eine (weitere) Schnittstelle zwischen dem Verbrauchervertrag über digitale Produkte und dem Verbrauchsgüterkauf stellt der Verbrauchsgüterkaufvertrag über digitale Produkte dar, der wiederum in zwei Facetten geregelt ist:

- Beim **Verbrauchsgüterkaufvertrag** über einen **körperlichen Datenträger, der ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dient** (§ 475a I BGB), besteht eine undurchsichtige Gemengelage an anwendbaren Vorschriften, da die Vorschriften über Sachmängel und Sachmängelrechte bei Waren mit digitalen Elementen im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs abweichen von den Vorschriften über Sachmängel und Sachmängelrechte des „normalen“ Verbrauchsgüterkaufvertrags. § 475a I BGB regelt Verbrauchsgüterkaufverträge über Waren (§ 241a I BGB), die ausschließlich dem Zweck dienen, Träger der vertraglichen digitalen Inhalte zu sein. Das ist bspw. bei DVDs und anderen Speichermedien der Fall, auf denen die vertraglichen digitalen Inhalte gespeichert sind. Es geht bei dem Vertrag also nicht um den Datenträger als solchen, sondern um die auf ihm gespeicherten digitalen Inhalte. Der Datenträger dient lediglich als Medium zur Bereitstellung der digitalen Inhalte.
- Davon abzugrenzen ist der **Verbrauchsgüterkaufvertrag über Waren mit entbehrlichen digitalen Produkten** nach § 475a II BGB. Der Gesetzgeber beschreibt diese Variante als „Verbrauchsgüterkaufvertrag über eine Ware, die in einer Weise digitale Produkte enthält oder mit digitalen Produkten verbunden ist, dass die Ware ihre Funktionen auch ohne diese digitalen Produkte erfüllen kann“. Nach der gesetzlichen Formulierung greift im Grundsatz zwar das Verbrauchsgüterkaufrecht, jedoch sind im Hinblick auf diejenigen Bestandteile des Vertrags, welche die digitalen Produkte betreffen, die in § 475a II S. 1 BGB genannten Vorschriften des (Verbrauchsgüter-)Kaufvertragsrechts nicht anzuwenden. An die Stelle der nicht anzuwendenden Vorschriften treten gem. § 475a II S. 2 BGB die Vorschriften der §§ 327 ff. BGB.

**Beispiel<sup>486</sup>:** Erwirbt der Käufer ein Smartphone oder ein Tablet, auf dem ein „App Store“ oder ein „Google Play Store“ installiert ist, läuft das Gerät selbstverständlich auch ohne eine solche Vertriebsplattform für Anwendungssoftware. Hinsichtlich der Vertragspflichten und bei Mängeln des Geräts greifen dann die kaufrechtlichen und die verbrauchsgüterkaufrechtlichen Bestimmungen. Lädt der Verbraucher dann aber eine App aus dem App Store oder dem Google Play Store auf das Smartphone oder Tablet herunter, steht dies i.d.R. nicht unmittelbar mit dem Kauf des Smartphones oder Tablets im Zusammenhang, d.h. der Vertrag über die Bereitstellung der Spielanwendung ist i.d.R. nicht Bestandteil des Kaufvertrags über das Smartphone oder das Tablet. Nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers soll der Kaufvertrag über das Smartphone (oder das Tablet) dem Regelungsbereich der WKRL unterfallen, während die Bereitstellung der Spielanwendung unter die DIRM fallen soll, sofern die Bedingungen der DIRM erfüllt sind. Dementsprechend verweist § 475a I BGB einerseits auf (verbrauchsgüter-)kaufrechtliche Vorschriften und andererseits auf solche der §§ 327 ff. BGB.

Als weiteres Beispiel nennt Erwägungsgrund 16 der WKRL den Fall, dass es um eine Vereinbarung geht, „wonach der Verbraucher ein Smartphone ausdrücklich ohne ein bestimmtes Betriebssystem kauft, und der Verbraucher anschließend einen Vertrag für die Bereitstellung eines Betriebssystems durch einen Dritten abschließt“. Auch hier wird deutlich, dass der Kaufvertrag über das Smartphone von dem Vertrag über das Betriebssystem zu trennen ist. Der Vertrag über das Betriebssystem unterfällt dem Regelungsbereich der DIRM, weshalb der deutsche Gesetzgeber in § 475a II BGB eine differenzierte, streng genommen jedoch ungenaue Regelung getroffen hat, da § 475a II BGB von Vertragsbestandteilen spricht, obwohl in Wahrheit verschiedene Verträge vorliegen.

---

<sup>486</sup> Siehe Erwägungsgrund 16 der WKRL.

**cc.) (Verbleibender) Anwendungsbereich der §§ 475b, 475c BGB**

Mithin bleibt festzuhalten, dass die Vorschriften der §§ 475b, 475c BGB (in Ergänzung zu §§ 434 ff. BGB) für Verbrauchsgüterkaufverträge in Bezug auf **Waren mit digitalen Elementen** gelten, wohingegen im Rahmen von **Verbraucherverträgen über digitale Produkte** (§§ 327 ff. BGB) bei Produktmängeln die Vorschrift des § 327e BGB einschlägig ist und **Verbrauchsgüterkaufverträge über digitale Produkte** von § 475a BGB erfasst sind.

462c

**Beispiele:** Waren mit digitalen Elementen (i.S.d. §§ 475b, 475c BGB) sind bspw.

- ⇒ Smartphones, Computer (einschließlich Notebooks und Tablets), Spielekonsolen, Digitalkameras, Drucker etc.
- ⇒ „Smart-Home-Geräte“ wie Kühlschränke, die mittels Internetzugangs selbsttätig Bestellungen aufgeben, Smart-TV-Geräte, also Fernsehgeräte, die mittels Internetzugangs die Möglichkeit bieten, neben dem regulären TV-Programm u.a. Streamingdienste zu nutzen, Waschmaschinen, die mittels Internetzugangs Meldungen übertragen, dass die Wäsche fertig ist, Rollladensteuerungen, die – verbunden mit dem Internet – Steuerungsbefehle ausführen, „intelligente“ Heizkörperregler
- ⇒ Smartwatches, d.h. Uhren, die mittels Internetverbindung oder Bluetoothverbindung mit dem Smartphone eingehende Nachrichten, E-Mails, Anrufe und andere Informationen erhalten
- ⇒ Fitnessuhren oder Fitnessarmbänder, die Herzfrequenz und Blutdruck anzeigen, aber auch mittels GPS-Verbindung den Standort anzeigen bzw. übertragen etc.
- ⇒ Aber auch Automobile, Motorräder, E-Bikes, Pedelecs etc. fallen aufgrund ihrer elektronischen Komponenten ohne weiteres unter den Begriff der digitalen Produkte.

**dd.) Sachmangel einer Ware mit digitalen Elementen (§ 475b BGB)**

§ 475b I S. 1 BGB bestimmt, dass für den Kauf einer solchen Ware, bei dem sich der Unternehmer verpflichtet, dass er oder ein Dritter die digitalen Elemente bereitstellt (siehe dazu § 327a III S. 1 BGB), ergänzend (d.h. ergänzend zu §§ 434 ff. BGB) „die Regelungen dieser Vorschrift“ (d.h. des § 475b BGB) gelten. § 475b BGB ist in Struktur und Systematik ähnlich aufgebaut wie § 434 BGB: Zuerst wird die Sachmängelfreiheit definiert und dann werden im Einzelnen die Voraussetzungen erläutert.

462d

**(a.) Sachmangelbegriff (§ 475b II BGB)**

Gemäß § 475b II BGB ist eine Ware mit digitalen Elementen frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang und in Bezug auf eine Aktualisierungspflicht auch während des Zeitraums nach § 475b III Nr. 2 und IV Nr. 2 BGB den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen, den Montageanforderungen und den Installationsanforderungen entspricht.

462e

**(b.) Subjektive Anforderungen (§ 475b III BGB)**

Nach der gesetzlichen Formulierung in § 475b III BGB entspricht die Ware mit digitalen Elementen den subjektiven Anforderungen, wenn

462f

- sie den Anforderungen des § 434 II BGB entspricht und
- für die digitalen Elemente die im Kaufvertrag vereinbarten Aktualisierungen während des nach dem Vertrag maßgeblichen Zeitraums bereitgestellt werden.

**(c.) Objektive Anforderungen (§ 475b IV BGB)**

Gemäß § 475b IV BGB entspricht die Sache den objektiven Anforderungen, wenn

462g

- sie den Anforderungen des § 434 III BGB entspricht und

- dem Verbraucher während des Zeitraums, den er aufgrund der Art und des Zwecks der Ware und ihrer digitalen Elemente sowie unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags erwarten kann, Aktualisierungen bereitgestellt werden, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit der Ware erforderlich sind, und der Verbraucher über diese Aktualisierungen informiert wird.

#### **(d.) Montageanforderungen (§ 475b VI Nr. 1 BGB)**

**462h** Soweit eine Montage durchzuführen ist, entspricht gem. § 475b VI Nr. 1 BGB eine Ware mit digitalen Elementen den Montageanforderungen, wenn sie den Anforderungen des § 434 IV BGB entspricht. Hier sind also bei der Beurteilung der Mangelfreiheit die Montageanforderungen nach § 434 IV BGB heranzuziehen.

#### **(e.) Installationsanforderungen (§ 475b VI Nr. 2 BGB)**

**462i** Soweit eine Installation der digitalen Elemente durchzuführen ist, entspricht gem. § 475b VI Nr. 2 BGB eine Ware mit digitalen Elementen den Installationsanforderungen, wenn die Installation der digitalen Elemente

- sachgemäß durchgeführt worden ist (Nr. 2a)
- oder zwar unsachgemäß durchgeführt worden ist, dies jedoch weder auf einer unsachgemäßen Installation durch den Unternehmer noch auf einem Mangel der Anleitung beruht, die der Unternehmer oder derjenige übergeben hat, der die digitalen Elemente bereitgestellt hat (Nr. 2b).

Umgekehrt formuliert liegt also ein Sachmangel vor, wenn die Installation unsachgemäß durchgeführt wurde, nicht aber, wenn die unsachgemäße Installation nicht durch den Unternehmer herbeigeführt wurde oder wenn die unsachgemäße Installation nicht auf einer fehlerhaften Anleitung beruht, die durch den Unternehmer übergeben worden ist.

#### **(f.) Keine Haftung bei unterlassener Aktualisierung seitens des Verbrauchers (§ 475b V BGB)**

**462j** § 475b V BGB schließt die Haftung des Unternehmers aus, soweit der Verbraucher eine vom Unternehmer bereitgestellte Aktualisierung der digitalen Elemente nicht innerhalb einer angemessenen Frist vornimmt. Der Haftungsausschluss greift aber nur, sofern der Sachmangel allein auf die unterlassene Installation zurückzuführen ist und der Unternehmer den Verbraucher über die Verfügbarkeit der Aktualisierung und die Folgen einer unterlassenen Installation informiert hat (§ 475b V Nr. 1 BGB). Auch darf für den Haftungsausschluss die unterlassene oder unsachgemäße Aktualisierung nicht auf eine dem Verbraucher bereitgestellte mangelhafte Installationsanleitung zurückzuführen sein (§ 475b V Nr. 2 BGB). Schließlich ist die Fehlerkausalität zu beachten: Wäre der Sachmangel auch mit vorgenommener Aktualisierung entstanden, bleibt die Haftung des Unternehmers unberührt.

#### **(g.) Waren mit digitalen Elementen bei dauerhafter Bereitstellung der digitalen Elemente (§ 475c BGB)**

**462k** § 475c I S. 1 BGB ordnet an, dass „ergänzend“ (d.h. ergänzend zu §§ 475b und 434 BGB) die „Regelungen dieser Vorschrift“ (d.h. des § 475c BGB) gelten, sofern die Parteien beim Kauf einer Ware mit digitalen Elementen eine dauerhafte Bereitstellung der digitalen Elemente vereinbart haben. Aus dieser Regelung folgt zunächst, dass eine (dauerhafte oder zeitlich begrenzte) Bereitstellung von digitalen Elementen nicht gesetzlich angeordnet ist, sondern (wie bei §§ 327 ff. BGB) der Vertragsfreiheit unterliegt: Die Parteien können – müssen aber nicht – bei Waren mit digitalen Inhalten vereinbaren, dass der Verkäufer digitale Elemente für einen bestimmten Zeitraum bereitstellt, d.h. für einen

bestimmten Zeitraum kontinuierlich zur Nutzung überlässt. Das entspricht dem Wesen des Kaufvertrags, der sich – in Abgrenzung zu den Dauerschuldverhältnissen und auch zu § 327 BGB – in einer einmaligen Leistungserbringung erschöpft. Ein Kaufvertrag, gekoppelt mit Elementen eines Dauerschuldverhältnisses, wäre nach allgemeinen rechtsmethodischen Grundsätzen an sich ein gemischttypischer Vertrag i.S.d. § 311 I BGB bzw. ein Vertragstyp nach § 327 BGB. Da jedoch die WKRL von einem Kaufvertrag ausgeht (siehe Art. 7 III lit. b WKRL: „... wenn im Kaufvertrag die fortlaufende Bereitstellung des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung über einen Zeitraum vor-gesehen ist.“), hat auch der deutsche Gesetzgeber in Umsetzung der Richtlinie den Vertragstyp Kaufvertrag festgesetzt. Unter „dauerhafter Bereitstellung“ ist nach allgemeinem Sprachgebrauch eine unbefristete Bereitstellung (für die Lebensdauer des Geräts) zu verstehen. Da sich der Verkäufer jedoch nicht stets darauf einlassen möchte, kann er im Vertrag die Befristung der Bereitstellung vereinbaren. Haben die Parteien jedoch nicht bestimmt, wie lange die Bereitstellung andauern soll, ist gem. § 475c I S. 2 BGB die Vorschrift des § 475b IV Nr. 2 BGB entsprechend anzuwenden. Demzufolge muss der Unternehmer dem Verbraucher während des Zeitraums, den dieser aufgrund der Art und des Zwecks der Ware und ihrer digitalen Elemente sowie unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags erwarten kann, (auch) Aktualisierungen bereitstellen, die für den Erhalt der Vertragsgemäßheit der Ware erforderlich sind.

**Beispiele:** Digitale Elemente, die dauerhaft (bzw. für eine vereinbarte Zeit) bereitzustellen sind, können Verkehrsinformationen in einem Navigationssystem, die Cloud-Anbindung bei einer Spielekonsole oder eine Smartphone-App zur Nutzung verschiedener Funktionen in Verbindung mit einer intelligenten Armbanduhr (Smartwatch) sein.<sup>487</sup>

Aber auch, wenn es an einer ausdrücklichen Vereinbarung der Pflicht des Unternehmers zur Bereitstellung von digitalen Elementen fehlt, kann eine solche Pflicht angenommen werden, wenn der Verbraucher dies nach der Natur des Vertrags erwarten kann („konkludente Vereinbarung“).<sup>488</sup>

462I

**Beispiel:** Dies kann nach Auffassung des Gesetzgebers etwa beim Kauf einer Smartwatch in Betracht zu ziehen sein, die zu ihrer Funktionsfähigkeit eine Cloud-Anbindung benötigt. In diesem Fall dürften die Parteien voraussetzen, dass die Cloud über einen angemessenen Zeitraum zur Verfügung stehe und die Cloud von ihrem Betreiber nicht nach dem Kauf der Smartwatch eingestellt werde.<sup>489</sup>

Mangelfreiheit besteht bei Waren mit digitalen Elementen also (nur) dann, wenn die Anforderungen des § 434 BGB, des § 475b BGB und des § 475c I BGB vorliegen. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Mangelfreiheit einer Kaufsache ist zunächst der Gefahrübergang (§ 446 BGB). Jedoch bestimmt § 475c II BGB, dass der Unternehmer während des vereinbarten (bzw. erwarteten) Bereitstellungszeitraums, mindestens aber für einen Zeitraum von zwei Jahren ab der Ablieferung der Ware verpflichtet ist, die digitalen Inhalte in einem vertragsgemäßen Zustand, d.h. in einem § 475b II BGB konformen Zustand zu erhalten. Mit § 475c II BGB findet also eine Abkehr von der allgemeinen kaufrechtlichen Regelung statt, wonach die Mangelfreiheit nur zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs bestehen muss (siehe § 434 I BGB). Im Fall des Verkaufs einer Ware mit digitalen Inhalten an einen Verbraucher haftet der Unternehmer auch für die Dauer des Bereitstellungszeitraums, mindestens aber zwei Jahre ab der Ablieferung der Ware für die Vertragskonformität der digitalen Elemente. Während dieser Zeit muss er also Softwarestörungen beseitigen und ggf. auch Updates aufspielen, sofern dies zur Erhal-

462m

<sup>487</sup> BT-Drs. 19/27424, S. 34.

<sup>488</sup> BT-Drs. 19/27424, S. 35.

<sup>489</sup> BT-Drs. 19/27424, S. 35.

tung der Funktionsfähigkeit bzw. der vertraglich vorausgesetzten Verwendung erforderlich ist.

### (h.) Sonderbestimmungen für Rücktritt und Schadensersatz (§ 475d BGB)

**462n** Im Fall des **Rücktritts** oder eines geltend gemachten Schadensersatzanspruchs sind die Sonderbestimmungen des § 475d BGB zu beachten (die sich jedoch nicht exklusiv auf § 475c BGB beziehen, sondern sich auf alle Fälle der §§ 474 ff. BGB erstrecken). Nach der sich auf den Rücktritt vom Vertrag beziehenden Vorschrift des § 475d I Nr. 1 BGB bedarf es unter den in der Vorschrift genannten Voraussetzungen in Abweichung von § 323 II BGB und § 440 BGB einer grundsätzlich nach § 323 I BGB erforderlichen Fristsetzung nicht. § 475d I BGB setzt vollharmonisierende und die Materie vollständig determinierende Regelungen der Warenkaufrichtlinie (hier: Art. 13 WKRL) um, die von den Regelungen der §§ 323 II und 440 BGB abweichen (hier: Art. 13 IV WKRL). Daher musste der deutsche Gesetzgeber bestimmen, dass für Verbrauchsgüterkaufverträge die Entbehrlichkeitsgründe in Bezug auf die Fristsetzung denen des Art. 13 IV WKRL entsprechen. Die Entbehrlichkeit der Fristsetzung richtet sich bei Verbrauchsgüterkaufverträgen nach § 475d I BGB unter den dort genannten fünf Nummern. Mit der Nr. 1 wird zugleich das Fristsetzungserfordernis des § 323 I BGB modifiziert. Denn anders als § 323 I BGB, der das Setzen einer angemessenen Frist verlangt, lässt Art. 13 IV lit. d WKRL das Abwarten einer angemessenen Zeit genügen (vgl. die englische Sprachfassung: „within a reasonable time“). Das Abwarten einer Zeit ist etwas anderes als das Setzen einer Frist. Somit war der deutsche Gesetzgeber gehalten, bei Verbrauchsgüterkaufverträgen eine zu § 323 I BGB abweichende Regelung zu treffen. Da die WKRL im Übrigen keine zu § 323 II Nr. 2, III-VI BGB und § 326 V BGB abweichenden Vorgaben macht, gelten die dortigen Bestimmungen uneingeschränkt auch für Verbrauchsgüterkaufverträge. Insoweit muss die Textaussage in § 475d I BGB „abweichend von § 323 Absatz 2 und § 440“ vor diesem Hintergrund verstanden werden. In Bezug auf § 323 II Nr. 2 BGB kann § 475d I BGB ohnehin keine Sperrwirkung entfalten, sofern nicht gleichzeitig mit der Nichteinhaltung des Liefertermins ein Mangel vorliegt. Denn § 475d BGB setzt einen Mangel an der Ware voraus. Siehe dazu insgesamt Rn 478 ff.

**462o** Hinsichtlich des **Schadensersatzes** hätte es an sich keiner Regelung in § 475d BGB bedurft, weil die Warenkaufrichtlinie lediglich den Rücktritt, nicht aber auch den Schadensersatz regelt. Da es jedoch äußerst irritierend gewesen wäre, wenn das Verbrauchsgüterkaufrecht an die Fristsetzungen bzgl. Rücktritt und Schadensersatz unterschiedliche Anforderungen gestellt hätte (zumal wegen § 325 BGB Rücktritt und Schadensersatz kombinierbar sind), hat der Gesetzgeber in § 475d II S. 1 BGB geregelt, dass es für einen Anspruch auf Schadensersatz wegen eines Mangels der Ware der in § 281 I BGB bestimmten Fristsetzung in den in § 475d I BGB genannten Fällen nicht bedarf. Zudem sind gem. § 475d II S. 2 BGB die §§ 281 II und 440 BGB nicht anzuwenden. Siehe dazu Rn 478d ff.

**462p** Schließlich unterliegt bezüglich Warenkäufe mit digitalen Elementen bei dauerhafter Bereitstellung der digitalen Elemente auch die **Verjährung** Sonderregelungen, siehe § 475e BGB. Bezüglich Warenkäufe mit digitalen Elementen, bei denen die digitalen Elemente nicht dauerhaft bereitgestellt werden, greift die Verjährungsregelung des § 438 I Nr. 3 BGB.

### d.) Rücktritt auch bei Nebenpflichtverletzungen?

**462q** Fraglich ist, ob auch die Nichterfüllung einer **leistungsbezogenen Nebenpflicht** oder sogar einer **nichtleistungsbezogenen Pflicht** (Nebenpflicht in Form einer Schutz- oder Verhaltenspflicht i.S.d. § 241 II BGB) zum Rücktritt berechtigen kann. Dies wird

überwiegend bejaht, da die in § 323 I BGB genannte „nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachte Leistung“ keine im Synallagma stehende Hauptleistungspflicht zu sein brauche.<sup>490</sup> Das ist nicht unproblematisch, da der Wortlaut des § 323 I BGB lediglich von „Leistung“ spricht und nicht auch von „Nebenpflichten“.<sup>491</sup> Gleichwohl erscheint es interessengerecht, bzgl. des Rücktritts nach § 323 I BGB jedenfalls die Verletzung einer leistungsbezogenen Nebenpflicht (wie etwa die Pflicht des Käufers zur Abnahme der Kaufsache, § 433 II BGB) der Verletzung einer Hauptpflicht gleichzusetzen und eine Rücktrittsmöglichkeit zuzulassen. Rechtsmethodisch hat dies durch teleologische Extension<sup>492</sup> des § 323 I BGB zu erfolgen. Bei der Verletzung einer bloßen nichtleistungsbezogenen Pflicht ist der „Abstand“ zu den Leistungspflichten indes zu groß; eine Rücktrittsmöglichkeit besteht nur unter den strengen Voraussetzungen des § 324 BGB (Rn 480 ff.).

## dd. Fristsetzung

### a.) Grundsätzliches Erfordernis einer Fristsetzung nach § 323 I BGB

Da die mit einem Rücktritt verbundenen Folgen (insbesondere Rückgewähr der empfangenen Leistungen – dazu Rn 497 ff.) für den Rücktrittschuldner mitunter (wirtschaftlich) sehr schwer wiegen, hat der Gesetzgeber – als Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – die Ausübung des Rücktritts u.a. grds. an eine Fristsetzung gekoppelt. So bestimmt § 323 I BGB, dass der Gläubiger nur dann vom Vertrag zurücktreten kann, wenn er dem Schuldner zuvor eine angemessene **Frist zur Leistung** oder **Nacherfüllung** gesetzt hat und der Schuldner diese Frist erfolglos hat verstreichen lassen.

463

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Das Erfordernis einer Fristsetzung nach § 323 I BGB gilt auch für die Minderung des Kaufpreises (§ 441 BGB). Das ergibt sich aus der Formulierung „Statt zurückzutreten, kann der Käufer...“ in § 441 I S. 1 BGB, woraus deutlich wird, dass die Minderung nur anstelle des Rücktritts ausgeübt werden kann. Es müssen also bei der Minderung die Rücktrittsvoraussetzungen (und damit auch die Fristsetzung nach § 323 I BGB) vorliegen, wobei einige Ausnahmen nicht bei der Minderung gelten (wie bspw. § 323 V S. 2 BGB wegen § 441 I S. 2 BGB).

Ist beim Rücktritt die Fristsetzung entbehrlich oder ausgeschlossen (dazu Rn 466 ff.), gilt dies folgerichtig auch für die Minderung. Daher greifen auch die Sonderbestimmungen des § 440 BGB und des § 475d I BGB für die Minderung.

Freilich genügt die reine Fristsetzung nicht. Der Gläubiger muss (mit der Fristsetzung) den Schuldner selbstverständlich auch **auffordern**, die Leistung zu erbringen bzw. eine Nacherfüllung vorzunehmen.<sup>493</sup> Zudem muss – beim Kauf- oder Werkvertrag – der Gläubiger auch die Bereitschaft erklären, dem Verkäufer bzw. Werkunternehmer die Sache **zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen für eine entsprechende Untersuchung zur Verfügung zu stellen**.<sup>494</sup> Der Verkäufer bzw. Werkunternehmer ist nicht verpflichtet, nachzuerfüllen, bevor der Käufer bzw. Besteller ihm nicht Gelegenheit zu einer Untersuchung der Sache gegeben hat.<sup>495</sup> Eine Androhung durch den Gläubiger, nach Ablauf der Frist die Leistung abzulehnen („Ablehnungsandrohung“), ist im Zuge der Fristsetzung indes nicht erforderlich.

463a

Damit wird zugleich der Zweck der Fristsetzung deutlich: Die Frist soll dem Schuldner **eine letzte Gelegenheit zur Vertragserfüllung** bzw. zur Vollendung seiner begon-

463b

<sup>490</sup> *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 323 Rn 10; *Stadler*, in: *Jauernig*, § 323 Rn 5a; *Dauner-Lieb/Dubovitskaya*, in: *NK*, § 323 Rn 6. Auch der Gesetzgeber geht davon aus (BT-Drs. 14/6040, S. 183).

<sup>491</sup> Ablehnend daher auch *Ernst*, in: *MüKo*, § 323 Rn 13.

<sup>492</sup> Zu dieser Rechtsfigur siehe *R. Schmidt*, *BGB AT*, Rn 50.

<sup>493</sup> Vgl. *BGH ZIP* 2015, 2132, 2133; *BGH NJW* 2011, 224; *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 323 Rn 13.

<sup>494</sup> *BGH ZIP* 2015, 2132, 2133.

<sup>495</sup> *BGH ZIP* 2015, 2132, 2133.

nenen Leistung geben.<sup>496</sup> Nur, wenn er innerhalb der gesetzten (freilich angemessenen) Frist die geschuldete Leistung noch erbringt, was freilich – bei einem Kauf- oder Werkvertrag – die ihm vom Gläubiger gewährte Möglichkeit voraussetzt, die Sache zuvor auf die geltend gemachten Mängel hin zu untersuchen, kann er den Rücktritt und die mit ihm verbundenen Folgen abwenden. Erbracht ist die geschuldete Leistung, wenn der **Leistungserfolg** innerhalb der gesetzten Frist erbracht ist.<sup>497</sup>

**463c** Die Fristsetzung ist eine **nicht formgebundene geschäftsähnliche Handlung**<sup>498</sup> des Rücktrittsberechtigten gegenüber dem Rücktrittsgegner. Sie muss – wie bereits genannt – die Aufforderung zur Leistung bzw. Nacherfüllung beinhalten und dem Schuldner zudem die Gelegenheit einräumen, die Sache auf die geltend gemachten Mängel hin zu untersuchen.

**463d** Da die Frist dem Schuldner eine letzte Gelegenheit zur Vertragserfüllung bzw. zur Vollendung seiner begonnenen Leistung geben soll, genügt eine **einmalige** Fristsetzung.<sup>499</sup> Der Gläubiger muss den Schuldner also nur einmal zur Nacherfüllung bzw. Mangelbeseitigung auffordern. Einer erneuten Fristsetzung bedarf es folgerichtig nur, soweit andere, noch nicht gerügte (neue) Mängel betroffen sind.<sup>500</sup> Freilich unberührt bleibt davon im Kaufrecht die Regelung des § 440 S. 2 BGB, wonach eine Mangelbeseitigung grundsätzlich nach zwei erfolglosen Nachbesserungsversuchen als fehlgeschlagen gilt: Der Käufer muss zwar lediglich *eine* Frist setzen, aber innerhalb der angemessenen Frist so viele Nachbesserungsversuche gewähren, wie es § 440 S. 2 BGB vorsieht.

**464** Damit der Schuldner innerhalb der gesetzten Frist die Leistung erbringen (d.h. den Leistungserfolg herbeiführen) kann, muss die Frist **angemessen** sein. Die Angemessenheit der Frist beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalls.<sup>501</sup> Die Frist muss so bemessen sein, dass sie den Schuldner in die Lage versetzt, die geschuldete Leistung (d.h. den geschuldeten Leistungserfolg) zu erbringen.<sup>502</sup>

**Beispiel**<sup>503</sup>: Ein vom „Diesel-Abgasskandal“ betroffener Autokäufer hat nach Auffassung des OLG Nürnberg keinen Anspruch auf Rückabwicklung seines Neuwagenkaufvertrags, wenn er dem Verkäufer eine Nachbesserungsfrist von weniger als zwei Monaten gesetzt hat. Eine Frist von weniger als zwei Monaten sei nach den gegebenen Umständen, insbesondere wegen der Notwendigkeit einer behördlichen Freigabe des Updates, nicht ausreichend.<sup>504</sup>

**464a** Sollte die Frist zu kurz bemessen sein, führt das nach ganz h.M. nicht zur Unwirksamkeit der Fristsetzung, sondern es wird eine „angemessene Frist“ in Gang gesetzt.<sup>505</sup>

**465** **Fristsetzung erst nach Fälligkeit:** Auch wenn sich dies nicht zwingend aus dem Wortlaut des § 323 I BGB herleiten lässt, ist doch zu beachten, dass der Gesetzgeber das Rücktrittsrecht aus § 323 I BGB nur für den Fall zulassen möchte, dass die Frist in einem Zeitpunkt gesetzt wird, in dem die Leistung fällig ist.<sup>506</sup> Hintergrund ist, dass der Schuldner die Chance haben soll, die geschuldete Leistung zum Fälligkeitstermin erbringen zu dürfen. Daran ändert auch das Interesse des Gläubigers, der bereits vor Fälligkeit

<sup>496</sup> BGH NJW 1985, 320, 323; OLG Karlsruhe NJW-RR 2012, 504. Siehe auch BGH DAR 2020, 687, 690.

<sup>497</sup> BGH DAR 2020, 687, 688 ff.

<sup>498</sup> R. Schmidt, BGB AT, Rn 195.

<sup>499</sup> BGH DAR 2020, 687, 690.

<sup>500</sup> BGH DAR 2020, 687, 690 mit Verweis auf BGH NJW 2016, 2493.

<sup>501</sup> Allgemeine Auffassung, vgl. nur OLG Nürnberg NZV 2018, 315. Siehe auch BGH DAR 2020, 687, 688.

<sup>502</sup> BGH NJW 1982, 1279, 1280; BGH DAR 2020, 687, 688 ff.

<sup>503</sup> OLG Nürnberg NZV 2018, 315.

<sup>504</sup> Im Rahmen eines **Verbrauchsgüterkaufvertrags** wäre die Fristsetzung aber entbehrlich, siehe Rn 478 ff.

<sup>505</sup> Vgl. etwa BGH NJW 1985, 2640; OLG Koblenz NJW-RR 2013, 107; Ernst, in: MüKo, § 323 Rn 79 f.

<sup>506</sup> Vgl. BGH NJW 2012, 3714, 3715 mit Verweis auf BR-Drs. 338/01, S. 427, 428.

der Leistung ernsthafte Zweifel an der Leistungsfähigkeit oder der Leistungswilligkeit des Schuldners hat und daher Klarheit über den Vertrag erlangen möchte, nichts. Denn auch dieses Klärungsbedürfnis rechtfertigt es nicht, dem Schuldner bereits – sozusagen auf Vorrat oder vorsorglich – vor Fälligkeit der Leistung eine Frist zu setzen mit der Folge, dass nach Ablauf dieser Frist das Rücktrittsrecht entsteht.<sup>507</sup> Nach h.M. kann die Frist daher erst gesetzt werden, wenn die Leistung fällig ist. Erfolgt die Fristsetzung vor Fälligkeit, ist sie nach h.M. unbeachtlich.<sup>508</sup>

**Beispiel:** B und U schlossen am 1.11.2021 einen Vertrag, in dem sich U gegenüber B verpflichtete, diesem bis zum 31.1.2022 einen voll funktionsfähigen Internetshop zu erstellen. Als sich Anfang Januar aufgrund einer E-Mail-Korrespondenz für B abzeichnete, dass U ganz offenbar nicht in der Lage ist, den Internetshop termingerecht zu erstellen, setzte B dem U mit E-Mail vom 11.1.2022 eine Frist zur Fertigstellung des Internetshops wenigstens bis zum 15.2.2022 und kündigte gleichzeitig an, nach fruchtlosem Fristablauf vom Vertrag zurücktreten zu wollen. Nachdem auch am 15.2.2022 der Internetshop nicht fertig geworden war, erklärte B mit E-Mail vom 18.2.2022 den Rücktritt vom Vertrag und forderte von U die Rückzahlung des bereits gezahlten Abschlags von 2.500 €.

Grundsätzlich fordert ein Rücktritt eine vorherige Fristsetzung (§ 323 I BGB). Eine solche ist vorliegend zwar erfolgt, jedoch zu einem Zeitpunkt, als die Leistung noch nicht fällig war. § 323 I BGB geht aber davon aus, dass die Fristsetzung erst nach Fälligkeit erfolgen darf. Dem Schuldner soll trotz Überschreitung des Fälligkeitstermins eine letzte Gelegenheit zur Vertragserfüllung und zur Vollendung seiner begonnenen Leistung gegeben werden, bevor der Gläubiger den Rücktritt erklären kann. B hat dem U eine Frist zur Fertigstellung des Internetshops gesetzt. Jedoch erfolgte die Fristsetzung am 11.1.2022 und damit noch vor Fälligkeit, die (ursprünglich) am 31.1.2022 eintrat.

Eine Fristsetzung noch vor Fälligkeit ist unzulässig. Zwar gewährt § 323 IV BGB dem Gläubiger bereits vor Eintritt der Fälligkeit ein Rücktrittsrecht, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden, allerdings sorgt § 323 IV BGB nicht dafür, dass in Fällen von § 323 I BGB eine Fristsetzung vor Fälligkeit zulässig ist.

B's Fristsetzung ist damit unwirksam. Er muss dem U eine erneute Frist setzen, sofern er nicht auch ohne Fristsetzung (§ 323 II BGB) vom Vertrag zurücktreten kann.

**Rücktritt schon vor Fälligkeit:** Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass der Gläubiger vor Fälligkeit den Rücktritt erklärt. Das ist unter den Voraussetzungen des § 323 IV BGB zulässig. Diese Vorschrift gewährt dem Gläubiger bereits vor Eintritt der Fälligkeit ein Rücktrittsrecht, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden. Damit hat der Gesetzgeber im Falle der **Erfüllungsgefährdung** dem Gläubiger eine gesetzliche Möglichkeit verschafft, den Rücktritt schon vor der Fälligkeit zu erklären, freilich ohne vorherige Fristsetzung.

465a

Aus der Formulierung „bereits vor Eintritt der Fälligkeit“ hat der BGH den Umkehrschluss gezogen und gefolgert, dass der Rücktritt gem. § 323 IV BGB nicht *nach* Fälligkeit ausgeübt werden könne. Er hat entschieden, dass nach Fälligkeit kein Tatbestand der Erfüllungsgefährdung mehr vorliege. Vielmehr habe sich die Pflichtverletzung nunmehr erwiesen. Für diesen Fall enthalte das Gesetz in § 323 I BGB die Regel, dass ein Rücktritt grundsätzlich erst dann möglich sei, wenn eine Frist zur Leistung oder Nacherfüllung gesetzt werde und diese erfolglos abgelaufen sei. Es bestehe kein Grund, demjenigen Gläubiger, der die Erleichterung des § 323 IV BGB nicht in Anspruch nehme, noch die Möglichkeit des Rücktritts ohne eine Fristsetzung einzuräumen.<sup>509</sup> Ob dieser Auffassung überhaupt, und speziell nach der am 13.6.

465b

<sup>507</sup> Ramming, ZGS 2009, 209, 210; Faust, JuS 2012, 940 f.

<sup>508</sup> BGH NJW 2012, 3714, 3715; Ernst, in: MüKo, § 323 Rn 56; Grüneberg, in: Grüneberg, § 323 Rn 12; Brox/Walker, SchuldR AT, § 23 Rn 38.

<sup>509</sup> BGH NJW 2012, 3714, 3715.

2014 in Kraft getretenen Neufassung des § 323 II Nr. 2 und 3 BGB, gefolgt werden kann, soll im Folgenden untersucht werden.

**465c** Ausgangspunkt der Überlegung ist, dass der Rücktritt grds. einer vorherigen Fristsetzung bedarf (§ 323 I BGB). Dem Schuldner soll eine letzte Chance eingeräumt werden, die Leistung zu erfüllen bzw. die begonnenen Arbeiten zu vollenden. Zu beachten ist aber, dass die Fristsetzung erst *nach* Eintritt der Fälligkeit zulässig ist (§ 323 I BGB). Der Gläubiger muss also den Fälligkeitstermin abwarten, bevor er dem Schuldner eine Frist zur Leistungserbringung setzt. Eine vor Fälligkeit erklärte Fristsetzung ist grds. unwirksam. Freilich ist gem. § 323 IV BGB der *Rücktritt* vor Fälligkeit zulässig, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden (sog. Erfüllungsgefährdung). § 323 IV BGB betrifft also nur den Fall des Rücktritts *vor* Fälligkeit. Der Rücktritt nach Fälligkeit richtet sich nach § 323 I BGB. Dazu ist aber grds. eine Fristsetzung erforderlich, es sei denn, diese ist entbehrlich. Die Entbehrlichkeit der Fristsetzung kann sich aus § 323 II BGB oder aus Vorschriften des besonderen Schuldrechts (vgl. etwa § 440 S. 1 BGB beim Kaufvertrag oder § 636 BGB beim Werkvertrag) ergeben (dazu Rn 466 ff.).

**Beispiel:** Die von V an K zu erbringende Leistung ist fällig am 11.1.2022. Da es sich abzeichnet, dass V die Frist nicht einhalten können, setzt K dem V mit Schreiben vom 4.1.2022 gem. § 323 I BGB eine Frist zur Leistung zum 31.1.2022. Diese Frist, die angemessen erscheint, verstreicht ergebnislos, sodass K am 4.2.2022 den Rücktritt erklärt.

Fristsetzung: Grundsätzlich bedarf es gem. § 323 I BGB vor der Ausübung des Rücktritts einer Fristsetzung. K hatte V, bevor er den Rücktritt erklärte, eine Frist gesetzt. Nach zutreffender h.M. ist die Fristsetzung vom 4.1.2022 jedoch nicht wirksam, da sie vor Fälligkeit erfolgte, § 323 I BGB jedoch Fälligkeit voraussetzt. Der Schuldner soll die Chance haben, die geschuldete Leistung bis zum vereinbarten Fälligkeitstermin erbringen zu dürfen. Daran ändern auch Zweifel des Gläubigers an der rechtzeitigen Leistungserbringung durch den Schuldner nichts. Eine „vorsorgliche Fristsetzung vor Fälligkeit“ ist daher unzulässig.

Damit fehlt es vorliegend an einer ordnungsgemäßen Fristsetzung i.S.d. § 323 I BGB, da K's Fristsetzung vor Fälligkeit erfolgte. Insoweit ist der Rücktritt also ausgeschlossen.

Rücktritt ohne Fristsetzung wegen Entbehrlichkeit einer Fristsetzung: Ein Rücktritt nach Maßgabe des § 323 I BGB ist somit nur möglich, wenn es einer Fristsetzung i.S.d. § 323 I BGB im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung am 4.2.2022 nicht mehr bedurfte. Eine solche Entbehrlichkeit kann sich nur aus § 323 II BGB ergeben. Danach ist die Fristsetzung entbehrlich, wenn

- ⇒ der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert (Nr. 1),
- ⇒ der Schuldner die Leistung bis zu einem im Vertrag bestimmten Termin oder innerhalb einer im Vertrag bestimmten Frist nicht bewirkt, obwohl die termin- oder fristgerechte Leistung nach einer Mitteilung des Gläubigers an den Schuldner vor Vertragsschluss oder aufgrund anderer den Vertragsschluss begleitender Umstände für den Gläubiger wesentlich ist (Nr. 2) oder
- ⇒ im Falle einer nicht vertragsgemäß erbrachten Leistung (d.h. bei Schlechtleistung) besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen (Nr. 3).

Vorliegend kommt Nr. 3 in Betracht. Allerdings kann das mit Wirkung zum 13.6.2014 in die Vorschrift eingefügte Merkmal „nicht vertragsgemäß erbrachte Leistung“ nicht angenommen werden, weil der Fälligkeitstermin zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung noch nicht erreicht war und man daher nicht sagen kann, die Leistung sei nicht vertragsgemäß erbracht worden.

Rücktritt ohne Fristsetzung wegen Erfüllungsgefährdung: Möglicherweise war K jedoch am 4.2.2022 gem. § 323 IV BGB wegen Erfüllungsgefährdung zum Rücktritt berechtigt. Insbesondere bedarf es hier keiner vorherigen Fristsetzung i.S.d. § 323 I BGB. Zu beachten ist aber, dass nach der vom BGH vorgenommenen Auslegung der Formulierung „Der Gläu-

biger kann bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung zurücktreten“ in § 323 IV BGB dieses Rücktrittsrecht nur *vor* Fälligkeit ausgeübt werden kann.<sup>510</sup> Da K den Rücktritt aber erst *nach* Fälligkeit erklärt, steht ihm auf dem Boden dieser Auslegung kein Rücktrittsrecht gem. § 323 IV BGB zu. Der vom BGH vorgenommene Umkehrschluss überzeugt aber nicht. Denn die zitierte gesetzliche Formulierung legt diesen Schluss nicht gerade nahe. Im Gegenteil: Die Formulierung „Der Gläubiger kann bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung zurücktreten“ bringt nicht zum Ausdruck, dass die Rücktrittserklärung nach Fälligkeit ausgeschlossen sein soll. Es wird lediglich die Rücktrittserklärung *auch* vor Fälligkeit als zulässig angesehen. Mithin kommt es für § 323 IV BGB lediglich darauf an, dass die Erfüllung bereits vor Fälligkeit gefährdet ist.<sup>511</sup> Und das war vorliegend der Fall. Es zeichnete sich ab, dass V die Frist nicht wird einhalten können.

## b.) Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach § 323 II Nr. 1 BGB

Wie bereits ausführlich dargelegt, soll die gem. § 323 I BGB erforderliche Fristsetzung dem Schuldner die Gelegenheit zur Nacherfüllung geben. Eine Fristsetzung macht jedoch keinen Sinn, wenn der Schuldner ohnehin nicht erfüllungsbereit ist und dies dem Gläubiger gegenüber auch zum Ausdruck bringt. Demnach wird in § 323 II Nr. 1 BGB die Entbehrlichkeit der Fristsetzung bei der **ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung** des Schuldners angeordnet. Mit Blick auf die mitunter sehr weit reichenden Folgen eines Rücktritts sind jedoch strenge Anforderungen an die Voraussetzungen des § 323 II Nr. 1 BGB zu stellen.<sup>512</sup>

466

Eine **ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung** liegt (nur) vor, wenn der Schuldner unmissverständlich und eindeutig zum Ausdruck bringt, er werde seinen Vertragspflichten unter keinen Umständen nachkommen.<sup>513</sup>

467

In dem bloßen Bestreiten eines Mangels ist (daher) noch keine Erfüllungsverweigerung zu sehen.<sup>514</sup>

**Beispiel**<sup>515</sup>: K kaufte von V einen 12 Jahre alten, zum Straßenverkehr zugelassenen Pkw zum Preis von 4.990 €. Vier Monate nach Übergabe trat an dem Fahrzeug ein Motorschaden auf. K forderte V unter Fristsetzung auf, den Motorschaden zu beheben. V bezweifelte unter Berufung auf einen vor Übergabe des Fahrzeugs erstellten „DEKRA SIEGEL Bericht“ ein Vorhandensein des gerügten Mangels zum Zeitpunkt der Übergabe und wies K ergänzend darauf hin, dass dieser eine einjährige Gebrauchtwagengarantie über die W-GmbH abgeschlossen habe, die auch Motorschäden abdecke. Daraufhin erklärte K – ohne V den Wagen zwecks Untersuchung der gerügten Mangels Frist zur Verfügung zu stellen – den Rücktritt vom Kaufvertrag.

Fraglich ist, ob der Rücktritt wegen fehlender, aber gem. § 323 I BGB erforderlicher Fristsetzung unwirksam ist. Unabhängig von der Frage, ob es bei einem Verbrauchsgüterkaufvertrag wegen Art. 13 IV Warenkaufrichtlinie (WKRL) und § 475d I BGB überhaupt einer Fristsetzung bedarf<sup>516</sup>, geht der BGH in der vorliegenden Entscheidung offenbar von dem grundsätzlichen Erfordernis einer Fristsetzung aus. K hat V unter Fristsetzung aufgefordert, den Motorschaden zu beheben, d.h. eine Mangelbeseitigung i.S.v. § 439 I Var. 1 BGB vorzunehmen. Dies erfüllt möglicherweise aber nicht die Anforderungen, die an eine Fristsetzung zu stellen sind. Denn die Fristsetzung muss nicht nur die Aufforderung zur Leistung bzw. Nacherfüllung beinhalten, sondern auch die Bereitschaft erkennen lassen,

<sup>510</sup> BGH NJW 2012, 3714, 3715.

<sup>511</sup> Weiss, NJW 2014, 1212, 1214 f.

<sup>512</sup> Vgl. auch BGH ZIP 2015, 2132, 2133.

<sup>513</sup> BGH ZIP 2015, 2132, 2133 unter Berufung u.a. auf BGH NJW 2013, 1074.

<sup>514</sup> BGH ZIP 2015, 2132, 2133.

<sup>515</sup> Nach BGH ZIP 2015, 2132 ff. (abgewandelt).

<sup>516</sup> Es genügen insoweit die Aufforderung, den Mangel zu beseitigen, und das Abwarten einer angemessenen Zeit, siehe Rn 478 ff.

dem Verkäufer die Kaufsache zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen für eine entsprechende Untersuchung zur Verfügung zu stellen<sup>517</sup> (Rn 462a). K setzte V zwar eine Frist, gab diesem aber keine Gelegenheit zur Untersuchung des Fahrzeugs im Hinblick auf den gerügten Mangel. Darauf brauchte sich V – wie der BGH entschied – nicht einzulassen.

Möglicherweise war eine Fristsetzung aber ohnehin entbehrlich – gem. § 323 II Nr. 1 BGB. Dazu müsste V die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert haben. Zwar hat V unter Verweis auf einen vor der Fahrzeugübergabe eingeholten DEKRA-Zustandsbericht einen von ihm zu vertretenden Sachmangel in Abrede gestellt und K zudem auf die bei der W- GmbH bestehende Gebrauchtwagengarantie verwiesen, das kann nach Auffassung des BGH aber noch nicht als unmissverständliche und eindeutig zum Ausdruck bringende Erklärung angesehen werden, V werde seinen Vertragspflichten unter keinen Umständen nachkommen. Folgt man dem, liegt eine ernsthaft und endgültige Erfüllungsverweigerung i.S.d. § 323 II Nr. 1 BGB nicht vor.

Dass eine Fristsetzung aus anderen Gründen (§ 323 II Nr. 2, 3 BGB oder § 440 S. 1 BGB) entbehrlich wäre, ist nicht ersichtlich.

Ergebnis: Da K keine wirksame Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat und eine solche auch nicht entbehrlich war, ist sein Rücktritt vom Kaufvertrag – unabhängig davon, ob ein Sachmangel aufgetreten ist – unwirksam.<sup>518</sup>

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Zu beachten ist, dass § 323 II Nr. 1 BGB nicht greift, wenn die Erfüllungsverweigerung bereits *vor Fälligkeit* geäußert wurde und der Gläubiger sofort zurücktreten möchte. Dann ist § 323 IV BGB einschlägig und der Gläubiger kann vor Fälligkeit den Rücktritt erklären (s.o., Rn 465a-c).

### c.) Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach § 323 II Nr. 2 BGB

468 Weiterhin ist die Fristsetzung durch den Gläubiger entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung nicht termin- oder fristgerecht erbringt, obwohl die termin- oder fristgerechte Leistung

- nach einer Mitteilung des Gläubigers an den Schuldner vor Vertragsschluss oder
- aufgrund anderer den Vertragsschluss begleitender Umstände

für den Gläubiger wesentlich ist (§ 323 II Nr. 2 BGB). Nach der Gesetzesbegründung dürfte die termin- oder fristgerechte Leistung für den Gläubiger insbesondere dann als wesentlich anzusehen sein, wenn er das Fortbestehen seines Leistungsinteresses an die Rechtzeitigkeit der Leistung gebunden hat. Dies sei der Fall, wenn der Vertrag aufgrund der Termin- oder Fristvereinbarung mit deren Einhaltung „stehen und fallen soll“<sup>519</sup> (sog. **relatives Fixgeschäft**). Die Wesentlichkeit der termin- oder fristgerechten Leistung soll sich zum einen aus einer entsprechenden Mitteilung des Gläubigers vor Vertragsschluss (Var. 1) und zum anderen aus anderen den Vertragsschluss begleitenden Umständen (Var. 2) ergeben können.<sup>520</sup> Im Einzelnen gilt:

#### aa.) An den Schuldner gerichtete Mitteilung des Gläubigers (Var. 1)

469 Zunächst ist die Fristsetzung durch den Gläubiger entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung bis zu einem im Vertrag bestimmten Termin oder innerhalb einer im Vertrag bestimmten Frist nicht bewirkt, obwohl die termin- oder fristgerechte Leistung nach einer Mitteilung des Gläubigers an den Schuldner vor Vertragsschluss für den Gläubiger wesentlich ist (§ 323 II Nr. 2 Var. 1 BGB). Dieser Fall, der die Fristsetzung entbehrlich

<sup>517</sup> BGH ZIP 2015, 2132, 2133.

<sup>518</sup> BGH ZIP 2015, 2132, 2133. Ob das Urteil mit Blick auf Art. 3 V Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, die der BGH unerwähnt lässt, überzeugt, ist eine andere Frage, vgl. dazu Rn 464b.

<sup>519</sup> BT-Drs. 17/12637, S. 59. Zur Kritik an dieser Wendung siehe sogleich.

<sup>520</sup> BT-Drs. 17/12637, S. 59.

macht, knüpft an eine entsprechende Mitteilung des Gläubigers an. Aus dieser muss hervorgehen, dass die Einhaltung des Leistungstermins bzw. der Leistungsfrist *wesentlich* ist. Allein die Vereinbarung eines Leistungstermins bzw. einer Leistungszeit (Beispiel: „Bezahlung und Abholung innerhalb von 7 Tagen“<sup>521</sup>) genügt aber regelmäßig nicht, um das Merkmal der Wesentlichkeit des Leistungstermins bzw. der Leistungsfrist annehmen zu können, da dies schlicht die Fälligkeit nach § 271 BGB und den Verzug (§ 286 I, II Nr. 1 bzw. Nr. 2 BGB) begründet. Vielmehr muss der Gläubiger im Vertrag den Fortbestand seines Leistungsinteresses an die Rechtzeitigkeit der Leistung gebunden haben.<sup>522</sup> Indizien sind Begriffe wie „exakt am“, spätestens bis“<sup>523</sup>, „fix“<sup>524</sup> etc.; zudem muss dem Schuldner klar sein, dass der Gläubiger sein Leistungsinteresse daran knüpft, weshalb man auch von **Fixabrede** spricht. In Rechtsprechung und Literatur ist oft die Formulierung anzutreffen, der Vertrag solle aufgrund einer Terminvereinbarung mit der Einhaltung des Leistungstermins „stehen und fallen“<sup>525</sup>, die aber abzulehnen ist: Zum einen erklärt sie das Merkmal der Wesentlichkeit nicht und zum anderen könnte man sogar annehmen, die Wendung „stehen und fallen“ deute auf das gesetzlich nicht geregelte, aber durch richterliche Rechtsfortbildung allgemein anerkannte **absolute Fixgeschäft** hin, also auf den Fall, dass die spätere Leistungserbringung nicht mehr möglich und daher gem. § 275 I BGB ausgeschlossen ist mit der Folge, dass gem. § 326 V BGB die Fristsetzung von vornherein – und nicht nur bei Wesentlichkeit des Leistungstermins bzw. der Leistungsfrist – entbehrlich ist (siehe dazu sogleich). § 323 II Nr. 2 BGB geht aber gerade von der Möglichkeit der Leistungserbringung aus.

**Beispiel:** V und K schließen am 1.11. einen Kaufvertrag über die Lieferung von 12 Kisten Bordeaux-Wein des Jahrgangs 2019. Sie vereinbaren aufgrund des Verlangens des K, dass V den Wein spätestens am 15.11. zu liefern habe, da K den Wein im Rahmen einer Betriebsfeier ausschenken möchte.

Hier haben die Parteien nicht bloß vereinbart, dass die Lieferung bis zum 15.11. erfolgen solle, sondern dass sie *spätestens* am 15.11. erfolgen solle. Auch V war klar, welche Bedeutung der Liefertermin für K hat und dass K nach Überschreiten des Termins kein Leistungsinteresse mehr haben würde. Sofern aber – abstrakt gesehen – der Wein auch noch nach dem 15.11. verwendbar ist, handelt es sich um ein sog. **relatives Fixgeschäft**, das die Leistungspflicht des V zunächst unberührt lässt, jedoch einen sofortigen Rücktritt ermöglicht (§ 323 II Nr. 2 Var. 1 BGB). Liefert V also nicht fristgerecht, kann K vom Vertrag zurücktreten, ohne dass er dem V eine Frist setzen müsste. Mit Ausübung des Rücktritts ist aber die Leistungspflicht ausgeschlossen.

Kennzeichen des **relativen Fixgeschäfts** ist also, dass bei verspäteter Leistungserbringung das Leistungsinteresse wegfällt, die Erfüllungswirkung nach § 362 BGB jedoch noch eintreten kann. Die Leistung ist also – anders als beim absoluten Fixgeschäft (dazu sogleich) – abstrakt nachholbar. Daher hat das relative Fixgeschäft auch keine Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) zur Folge. Anwendbar sind §§ 323, 280 I, III, 281 BGB, somit Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung.<sup>526</sup> Hinsichtlich des Rücktritts gilt, dass die Fristsetzung nach § 323 I, II Nr. 2 BGB entbehrlich ist, wozu es aber – wie aufgezeigt – nicht genügt, wenn die Leistungszeit lediglich genau bestimmt ist; die Einhaltung der Leistungszeit muss vielmehr für den Gläubiger so wesentlich sein, dass sein Leis-

<sup>521</sup> OLG Stuttgart NJW-RR 2012, 251 f.

<sup>522</sup> BGHZ 110, 88, 96; OLG Stuttgart NJW-RR 2012, 251.

<sup>523</sup> BGHZ 110, 88, 97.

<sup>524</sup> BGH DB 1983, 385; OLG Stuttgart NJW-RR 2012, 251.

<sup>525</sup> Vgl. etwa BGH NJW-RR 1989, 1373; OLG Stuttgart NJW-RR 2012, 251; *Ernst*, in: MüKo, § 323 Rn 117; *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 323 Rn 20; *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, Rn 420 f.; *Franz/Marx*, JuS 2015, 424, 426. Und auch der Gesetzgeber verwendet diese Wendung, vgl. BT-Drs. 17/12637, S. 59 (s.o.).

<sup>526</sup> Gerade wegen des Wegfalls des Leistungsinteresses ist Schadensersatz *statt* der Leistung möglich, nicht aber Schadensersatz *neben* der Leistung in Form des Verzugschadens nach §§ 280 I, II, 286 BGB. Ein Verzugschaden ist also nur dann denkbar, wenn schlicht eine Frist- oder Terminverstreichung vorliegt, die nicht ein Fixgeschäft i.S.d. § 323 II Nr. 2 BGB zur Grundlage hat.

tungsinteresse an die Rechtzeitigkeit der Leistung gebunden ist. Sein besonderes Interesse an der Rechtzeitigkeit der Leistung muss für den Vertragspartner auch erkennbar sein. Und hinsichtlich des Schadensersatzes statt der Leistung (§§ 280 I, III, 281 BGB) ist zu beachten, dass § 281 I S. 1 BGB eine Fristsetzung verlangt; eine dem § 323 II Nr. 2 BGB vergleichbare Entbehrlichkeitsregelung fehlt. Begehrt der Gläubiger also Schadensersatz statt der Leistung, muss er dem Schuldner – anders als beim Rücktritt – eine Frist zur Leistungserbringung setzen. Das benachteiligt den Gläubiger auch nicht unangemessen, da ein Anspruch auf Schadensersatz i.d.R. weiter reicht als ein Rücktritt und die erforderliche Fristsetzung daher auch den Schuldnerinteressen Rechnung trägt. Allerdings kann man dies auch anders sehen und beim relativen Fixgeschäft die Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach § 281 II Var. 2 BGB (Abwägung der beiderseitigen Interessen rechtfertigt die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs) begründen mit dem Argument, es liege auch im Interesse des Schuldners, wenn der Gläubiger sofort Ersatz beschafft und sich dadurch der Schaden nicht noch vergrößert. Insgesamt ergeben sich also folgende Folgen:

- Keine Unmöglichkeit nach § 275 I BGB, da Leistung – abstrakt – nachholbar
- Zulässigkeit des sofortigen Rücktritts (d.h. Rücktritt ohne Fristsetzung, §§ 323 I, II Var. 1, 346 ff. BGB) auf Seiten des Gläubigers mit der Folge des Erlöschens der vertraglichen Verpflichtungen. Soweit Gegenleistung bereits erbracht wurde: Rückabwicklung, d.h. Rückzahlung erbrachter, aber nicht geschuldeter Gegenleistung infolge Rücktritts (§§ 346 ff. – insoweit vorrangig vor § 812 BGB).
- Bei Verschulden des Schuldners kommt zudem Schadensersatz statt der Leistung (§§ 281, 280 I, III BGB) in Betracht (Schadensersatz neben der Leistung in Form des Verzugsschadens ist dagegen ausgeschlossen). Unklar ist, ob beim Schadensersatz statt der Leistung wegen § 281 II BGB eine Fristsetzung erforderlich ist (s.o.).
- Ferner ist – nach ausgeübtem Rücktritt – an Herausgabe des Surrogats zu denken (§ 285 I BGB) sowie an Aufwendungsersatz (§ 284 BGB).

Demgegenüber ist beim (gesetzlich nicht geregelten, aber durch richterliche Rechtsfortbildung allgemein anerkannten) **absoluten Fixgeschäft** die Leistungserbringung (dauerhaft) ausgeschlossen (§ 275 I BGB), was beim sog. Zweckfortfall gegeben ist, der u.a. dann vorliegt, wenn sich der herbeizuführende Erfolg auf ein bestimmtes Leistungssubstrat bezieht (sich also auf eine bestimmte Basis bezieht oder von einer bestimmten Prämisse ausgeht) und dieses wegfällt oder untauglich ist<sup>527</sup> (dazu Rn 383). Maßgeblich für die Annahme eines absoluten Fixgeschäfts ist, dass die Nichteinhaltung der Leistungszeit (§ 271 BGB) den Nutzen an der Erfüllung entfallen lässt und dies auch für den Schuldner erkennbar ist. Die Nichteinhaltung der vereinbarten Leistungszeit begründet dann eine dauernde **Unmöglichkeit** und die Rechtsfolgen bestimmen sich nach § 275 I, IV BGB. Das sind:

- Ausschluss der Leistungspflicht auf Seiten des Schuldners (§ 275 I BGB)
- Freiwerden von der Gegenleistung auf Seiten des Gläubigers (§ 326 I S. 1 BGB)
- Zulässigkeit des sofortigen Rücktritts (d.h. Rücktritt ohne Fristsetzung, §§ 275 IV, 326 V, 323 I BGB) auf Seiten des Gläubigers mit der Folge des Erlöschens der vertraglichen Verpflichtungen. Soweit Gegenleistung bereits erbracht wurde: Rückabwicklung, d.h. Rückzahlung erbrachter, aber nicht geschuldeter Gegenleistung infolge Rücktritts (§§ 346 ff., 326 IV BGB – insoweit vorrangig vor § 812 BGB).
- Bei Verschulden des Schuldners kommt zudem Schadensersatz statt der Leistung ohne Fristsetzung (§§ 275 IV, 283, 280 I, III BGB) in Betracht.
- Ferner ist an Herausgabe des Surrogats zu denken (§ 285 I BGB) sowie an Aufwendungsersatz (§ 284 BGB).

---

<sup>527</sup> Siehe *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 275 Rn 19.

Wegen dieser unterschiedlichen Rechtsfolgen ist es wichtig, das absolute Fixgeschäft von dem relativen Fixgeschäft **abzugrenzen**, was durch Auslegung des Vertrags anhand des objektiven Empfängerhorizonts gem. §§ 133, 157 BGB zu geschehen hat.

**Beispiele:**

- (1) Die aus den USA stammenden, seit einigen Jahren in Hamburg wohnenden M und F möchten mit gleichgesinnten Patrioten den amerikanischen Unabhängigkeitstag feiern. Für den Abend des 4. Juli soll der Cateringdienst C im Garten von M und F ein üppiges „Independence-Day-Barbecue“ veranstalten. Kurz vor Erreichen seines Ziels weicht der Fahrer des Lieferwagens einem Hund aus, wodurch sämtliche Saucen und Salate durch den Laderaum seines Transporters geschleudert werden. Das meiste wird zerstört. C kann am Abend keinen Ersatz liefern, sodass das geplante Barbecue ausfällt. ⇒ In diesem Fall sollte der Vertrag mit der Einhaltung des Termins nicht nur „stehen und fallen“, sondern in der Durchführung exakt am 4.7. erfolgen, was auch C bewusst war. Da der Zweck des Vertrags nicht mehr erreicht werden kann (C könnte zwar am nächsten Tag ein neues Barbecue liefern, dessen Lieferung würde jedoch zu spät erfolgen und hätte für F und M keinen Nutzen mehr), liegt ein **absolutes Fixgeschäft** vor. Eine Erfüllung nach § 362 BGB ist nicht mehr möglich; es tritt Unmöglichkeit gem. § 275 I BGB ein. Die Folgen sind: C hat keinen Anspruch auf Bezahlung (§ 326 I S. 1 Hs. 1 BGB). M und F haben einen Anspruch auf Schadensersatz (§§ 275 I, IV, 280 I, III, 283 BGB), sofern sie einen Schaden geltend machen können und C die Pflichtverletzung zu vertreten hat (§ 280 I S. 2 BGB). Zudem steht ihnen ein Rücktrittsrecht zu (§ 326 V BGB).
- (2) Anders ist es auf der Basis der h.M. hingegen im folgenden Fall: M und F bestellen bei der Autovermietung V einen Mietwagen vom Typ Ford Mustang Cabrio und vereinbaren dabei mit V verbindlich, dass der Wagen am 4. Juli bereitsteht, damit das Paar damit eine Rundfahrt machen kann. Leider aber kann der Wagen aufgrund eines internen Fehlers nicht bereitgestellt werden. ⇒ In diesem Fall sollte der Vertrag mit der Einhaltung des Termins „stehen und fallen“, was auch V bewusst war. Jedoch war die Vermietung des Fahrzeugs – anders als das Barbecue – (abstrakt) nachholbar, weshalb ein **relatives Fixgeschäft** vorliegt. Gleichwohl könnte V nicht vollständig erfüllen. Ohne V eine Frist setzen zu müssen, können M und F daher vom Vertrag zurücktreten (§ 323 I, II Nr. 2 Var. 1 BGB). Zudem können sie Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 281 BGB verlangen, sofern V die Nichtbereitstellung zu vertreten hat (§ 280 I S. 2 BGB). Sollten M und F den Rücktritt nicht erklären, können sie Schadensersatz neben der Leistung (hier: Verzögerungsschaden gem. §§ 280 I, II, 286 BGB unter den dort genannten Voraussetzungen) geltend machen.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Wie bereits erwähnt, kann bei einem relativen Fixgeschäft der Gläubiger nicht nur vom Vertrag zurücktreten, sondern er hat auch einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung. Bevor er aber einen solchen Schadensersatzanspruch geltend macht, muss er dem Schuldner eine Frist zur Leistungserbringung gewähren (str.). Dies ergibt sich daraus, dass sich in § 281 BGB keine dem § 323 II Nr. 2 BGB vergleichbare Regelung findet. Hierbei ist jedoch zu beachten: Begehrt der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung und setzt dem Schuldner daher eine Frist, gibt er damit gleichzeitig zu verstehen, dass er an dem Schuldverhältnis mit dem Schuldner trotz des Verstreichens der eigentlichen Leistungszeit noch ein Interesse hat (sonst würde er ja keine Frist setzen). Und wer noch Interesse an der Vertragsdurchführung zeigt, kann nicht gleichzeitig den Rücktritt erklären. Rücktritt ist daher erst möglich, wenn die erforderliche Frist erfolglos verstrichen ist.

Eine Unterart des relativen Fixgeschäfts ist der „**Just-in-time-Vertrag**“. Bei dieser Art des Fixgeschäfts muss der eine Teil dem anderen Teil Waren oder Dienstleistungen zu einem bestimmten Zeitpunkt liefern, damit dessen Produktion ordnungsgemäß betrieben werden kann. Hintergrund ist, dass moderne und effiziente Produktionsabläufe auf La-

gerhaltung verzichten und Produzenten mit den Zulieferern exakte Liefertermine vereinbaren, damit der Produktionsprozess nicht stockt. Erfolgt also die Lieferung nicht rechtzeitig, muss der Gläubiger die Möglichkeit haben, den sofortigen Rücktritt zu erklären und eine Ersatzbeschaffung vorzunehmen, weil sein Schaden möglicherweise sonst viel größer würde.<sup>528</sup> Bei **Kaufleuten** ist aber der § 323 II Nr. 2 Var. 1 BGB und § 281 BGB gegenüber vorrangig anzuwendende § 376 HGB (**Fixhandelskauf**) zu beachten. Soweit zwei Kaufleute eine bestimmte Leistungszeit vereinbart haben und diese Leistungszeit verstrichen ist, ergibt sich das Rücktrittsrecht aus § 376 HGB. Nach dieser Vorschrift ist die Frist bereits entbehrlich, wenn lediglich ein fester Termin vereinbart wurde. Auf die strengeren Voraussetzungen des § 323 II Nr. 2 BGB kommt es dann nicht an.

### **bb.) Andere den Vertragsschluss begleitende Umstände (Var. 2)**

- 470 Als zweiten Entbehrlichkeitsgrund nennt § 323 II Nr. 2 BGB die den Vertragsschluss **begleitenden Umstände**, aus denen sich die **Wesentlichkeit** der rechtzeitigen Leistung für den Gläubiger ergibt. Dieser Fall ist aufgrund des Merkmals „anderer“ als Auffangtatbestand zu verstehen. Ergibt sich das relative Fixgeschäft, d.h. die Entbehrlichkeit der Fristsetzung, also nicht schon aus der 1. Variante (d.h. aus einer Mitteilung des Gläubigers an den Schuldner vor Vertragsschluss – Fixabrede), muss sich aus den den Vertragsschluss begleitenden Umständen ergeben, dass die Rechtzeitigkeit der Leistung für den Gläubiger wesentlich ist, was anhand einer Auslegung der Vertragserklärungen nach den Maßstäben der §§ 133, 157 BGB zu ermitteln ist. Ergibt sich danach, dass der Vertrag mit der Einhaltung des Leistungstermins „stehen und fallen“ soll, sodass die verspätete Leistung keine vollständige Erfüllung mehr darstellt, ist eine Fristsetzung entbehrlich und der Gläubiger kann sofort zurücktreten.

### **d.) Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach § 323 II Nr. 3 BGB**

- 471 Eine Fristsetzung ist auch entbehrlich, wenn – im Falle einer nicht vertragsgemäß erbrachten Leistung – besondere Umstände vorliegen, die unter **Abwägung der beiderseitigen Interessen** den sofortigen Rücktritt rechtfertigen. § 323 II Nr. 3 BGB soll als **Auffangtatbestand** für die in den Nrn. 1 und 2 nicht erfassten Fälle der Schlechtleistung fungieren und den Gerichten entsprechende Abwägungsspielräume verschaffen.<sup>529</sup>

Ein wichtiger Anwendungsfall des § 323 II Nr. 3 BGB ist die **Täuschung** des Gläubigers über die Vertragskonformität des Vertragsgegenstands. So entscheidet der BGH in ständiger Rechtsprechung, dass ein die sofortige Rückabwicklung des Kaufvertrags rechtfertigendes überwiegendes Käuferinteresse (i.S.d. § 440 S. 1 Var. 3 BGB) regelmäßig dann zu bejahen sei, wenn der Verkäufer dem Käufer einen ihm bekannten Mangel bei Abschluss des Kaufvertrags arglistig verschwiegen hat.<sup>530</sup> Denn durch das arglistige Verschweigen eines Mangels entfallt auf Seiten des Käufers regelmäßig die zur Nacherfüllung erforderliche Vertrauensgrundlage. Umgekehrt verdiene der Verkäufer die Möglichkeit zur nachträglichen Mangelbeseitigung in der Regel nicht, wenn er den ihm bekannten Mangel vor Vertragsschluss hätte beseitigen können und damit im Vorfeld der vertraglichen Beziehungen bereits die Chance gehabt habe, eine Rückabwicklung des später geschlossenen Vertrags zu vermeiden.<sup>531</sup> Die Darlegungs- und Beweislast für die Entbehrlichkeitsgründe trage allerdings der Käufer.<sup>532</sup>

- 472 Insgesamt lässt sich feststellen, dass § 323 II Nr. 3 BGB Fälle der **Slechtleistung** erfasst. Da der Gesetzgeber den Rücktritt ohne Fristsetzungserfordernis bei Schlechtleistung aber in entsprechenden **Sondervorschriften** geregelt hat (vgl. etwa **§ 440 S. 1**

<sup>528</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 140.

<sup>529</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 186. Vgl. auch BGH NJW 2013, 1523 f.; BGH DAR 2021, 683, 685.

<sup>530</sup> BGH DAR 2021, 683, 684 m.w.N.

<sup>531</sup> BGH DAR 2021, 683, 684.

<sup>532</sup> BGH DAR 2021, 683, 685 f.

**BGB** für den Kauf: Verweigerung der Nacherfüllung, Nacherfüllung fehlgeschlagen, Nacherfüllung für den Käufer unzumutbar; **§ 475d I BGB** hinsichtlich des Verbrauchsgüterkaufs (dazu Rn 478 ff.); **§ 636 BGB** für den Werkvertrag: Verweigerung der Nacherfüllung, Nacherfüllung fehlgeschlagen, Nacherfüllung für Besteller unzumutbar), ist die Bedeutung des § 323 II Nr. 3 BGB gering, sofern sich die Entbehrlichkeitsvoraussetzungen überschneiden. I.d.R. bleibt für § 323 II BGB lediglich das relative Fixgeschäft (§ 323 II Nr. 2 BGB), da § 475d I BGB diesen Fall nicht erfasst, siehe Rn 462n.

Gleichwohl ist zu beachten, dass § 323 II Nr. 3 BGB im Anwendungsbereich der §§ 440 S. 1, 636 BGB systematisch nicht ausgeschlossen ist. Das ergibt sich aus der Formulierung in §§ 440 S. 1, 636 BGB, wo es heißt: „Außer in den Fällen des ... § 323 Abs. 2 BGB bedarf es einer Fristsetzung auch dann nicht, wenn ...“. §§ 440 S. 1, 636 BGB gehen also klar davon aus, dass sie *neben* § 323 II Nr. 3 BGB anwendbar sind.<sup>533</sup> Dagegen ist bezüglich § 475d I BGB – wie noch aufzuzeigen sein wird – die Anwendung des § 323 II BGB – außer im Fall des § 323 II Nr. 2 BGB – stets ausgeschlossen.

473

Es kann daher – trotz bejahter Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach § 440 S. 1 BGB – § 323 II Nr. 3 BGB zu prüfen und das zu § 440 S. 1 BGB festgestellte Ergebnis zu bestätigen sein.

474

**Beispiel**<sup>534</sup>: K kaufte von V, einem Gebrauchtwagenhändler, einen 13 Jahre alten Gebrauchtwagen mit einer Laufleistung von 144.000 km zum Preis von 5.000 €. Der Kaufvertrag enthielt unter der Rubrik „Zubehör/Sonderausstattung“ den Eintrag „HU neu“. Am Tag des Fahrzeugkaufs hatte der Technische Überwachungsverein (TÜV) die Hauptuntersuchung durchgeführt und das Fahrzeug beanstandungsfrei mit einer TÜV-Plakette versehen. Am nächsten Tag fuhr K zu ihrem rund 900 km entfernten Wohnort. Auf der Fahrt dorthin blieb der Wagen aufgrund eines defekten Kraftstoffrelais mehrmals liegen und es entstanden der K Kosten für Pannenhilfe und Reparatur in Höhe von 315,99 €. Bei den anschließenden, von K veranlassten Untersuchungen des Fahrzeugs wurde unter anderem eine starke Korrosion an den Bremsleitungen, den Längsträgern, den Querlenkern, den Achsträgern und dem Unterboden sowie an sämtlichen Zuleitungen zum Motor festgestellt. Die K erklärte daraufhin - ohne V Gelegenheit zur Mängelbeseitigung zu geben - den Rücktritt vom Kaufvertrag und begründete dies mit den bei der Untersuchung festgestellten, die Verkehrssicherheit des Fahrzeugs beeinträchtigenden Mängeln. V behauptet, er habe das Fahrzeug vor dem Verkauf durchgesehen und nur vordergründigen Rost festgestellt; im Übrigen habe er sich auf die Untersuchung des TÜV verlassen.

Mit ihrer Klage begehrt K Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Wagens sowie Ersatz der Kosten der Pannenhilfe und Reparatur.

Ein gerichtlich eingeholtes Sachverständigengutachten bestätigte, dass das veräußerte Fahrzeug eine fortgeschrittene, offensichtliche Korrosion im Bereich der Längsträger, der Fahrwerksteile und sämtlicher Zuleitungen zum Motor sowie eine überdurchschnittliche Korrosion an den vorderen Bremsleitungen aufgewiesen habe. Insbesondere die Korrosion an den vorderen Bremsleitungen hätte bei der am Verkaufstag durchgeführten Hauptuntersuchung beanstandet werden müssen. Dieser erhebliche, die Verkehrssicherheit beeinträchtigende Mangel habe bereits bei Übergabe des Fahrzeugs an K vorgelegen.

Die Voraussetzungen des von K erklärten Rücktritts ergeben sich aus §§ 434, 437 Nr. 2 Var. 1, 440, 323, 346 ff. BGB.

Zunächst müsste das Fahrzeug mangelbehaftet gewesen sein. Nach § 434 I, II S. 1 Nr. 1 BGB ist die Sache nur dann frei von Sachmängeln („Fehlern“), wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat. Unter Beschaffenheitsvereinbarung ist die auf den Vorstellungen der Parteien beruhende Vereinbarung über die Beschaffenheit oder den Verwendungszweck der gekauften Sache zu verstehen. Weicht die objektive Beschaffen-

<sup>533</sup> Das sieht auch der BGH so (BGH DAR 2021, 683, 686 f.).

<sup>534</sup> Nach BGH NJW 2015, 1669 ff. Von einem Verbrauchsgüterkauf ist nicht auszugehen.

heit von der vereinbarten ab, liegt ein Sachmangel vor (= subjektiver Fehlerbegriff). In den Kaufvertrag hat V die Bezeichnung „HU neu“ aufgenommen. Dies stellt nach zutreffender Auffassung des BGH eine stillschweigende Vereinbarung dar, dass sich das verkaufte Fahrzeug im Zeitpunkt der Übergabe in einem für die Hauptuntersuchung nach § 29 StVZO geeigneten verkehrssicheren Zustand befinde und die Hauptuntersuchung durchgeführt sei. Der Gebrauchtwagen, um den es vorliegend geht, entsprach dieser Beschaffenheitsvereinbarung nicht, sondern war – wie der BGH völlig zutreffend ausführt – aufgrund der fortgeschrittenen Korrosion insbesondere an den vorderen Bremsleitungen ungeachtet der dennoch erteilten TÜV-Plakette nicht verkehrssicher und aufgrund seines schlechten Gesamtzustands bei Übergabe nicht so beschaffen, dass ein Betrieb des Fahrzeugs und dessen gefahrlose Nutzung im Straßenverkehr möglich gewesen wären.

Dieser Sachmangel war – wie sich eindeutig aus dem Sachverständigengutachten ergibt – auch bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs (d.h. der Übergabe i.S.d. § 446 S. 1 BGB) vorhanden.

Grundsätzlich muss der Käufer dem Verkäufer eine angemessene Frist zur Nacherfüllung einräumen, bevor er den Rücktritt erklären kann (vgl. § 323 I BGB). Dass K dem V eine solche Frist gesetzt hätte, ist nicht ersichtlich. Allerdings ist eine Fristsetzung unter verschiedenen Voraussetzungen bzw. in verschiedenen Konstellationen entbehrlich (vgl. etwa §§ 323 II, 326 V BGB, aber auch § 440 S. 1 BGB bzgl. des Kaufvertrags). Vorliegend wäre die Beseitigung der Mängel technisch möglich gewesen, sodass sich die Entbehrlichkeit der Fristsetzung jedenfalls nicht aus § 326 V BGB ergibt. Möglicherweise ergibt sich die Entbehrlichkeit der Fristsetzung aber aus § 440 S. 1 BGB. Danach bedarf es der Fristsetzung u.a. dann nicht, wenn die Nacherfüllung (hier: Mängelbehebung) für den Käufer unzumutbar ist. Der BGH führt dazu aus: „Für die Beurteilung, ob die Nacherfüllung für den Käufer unzumutbar ist, sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, insbesondere die Zuverlässigkeit des Verkäufers, diesem vorzuwerfende Nebenpflichtverletzungen oder der Umstand, dass der Verkäufer bereits bei dem ersten Erfüllungsversuch, also bei Übergabe, einen erheblichen Mangel an fachlicher Kompetenz hat erkennen lassen und das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien nachhaltig gestört ist“.<sup>535</sup> Sodann stellt der BGH darauf ab, dass das als verkehrssicher verkaufte Fahrzeug massive Mängel in Form fortgeschrittener Korrosion an sicherheitsrelevanten Bauteilen aufwies, die (auch für V) bereits bei einer ordnungsgemäß durchgeführten einfachen Sichtprüfung ohne weiteres erkennbar gewesen wären. Es sei nachvollziehbar, dass K angesichts dieses Umstands jedes Vertrauen in die Zuverlässigkeit und Fachkompetenz des V verloren habe.<sup>536</sup>

Daher war die nach § 323 I BGB an sich erforderliche Fristsetzung gem. § 440 S. 1 Var. 3 BGB entbehrlich.

Nichts anderes ergibt sich aus § 323 II Nr. 3 BGB, wonach eine Fristsetzung entbehrlich ist, wenn – im Falle einer nicht vertragsgemäß erbrachten Leistung (d.h. bei Schlechtleistung) – besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen. Eben diese Interessenabwägung wurde bereits erschöpfend im Rahmen des § 440 S. 1 BGB vorgenommen, sodass sich aus dem neben § 440 S. 1 BGB anwendbaren § 323 II Nr. 3 BGB kein abweichendes Ergebnis ergibt.

K konnte somit gegenüber V den Rücktritt vom Kaufvertrag erklären, ohne zuvor eine Frist zur Mängelbehebung gesetzt haben zu müssen.

- 475** Fazit: § 440 S. 1 BGB (bzw. § 636 BGB) und § 323 II Nr. 3 BGB sind – auch, wenn es dem Lex-specialis-Grundsatz zu widersprechen scheint – nebeneinander anwendbar.<sup>537</sup> Eigenständige Bedeutung hat § 323 II Nr. 3 BGB aber nach wie vor außerhalb des Sachmängelrechts (wenn also §§ 440 oder 636 BGB nicht greifen) bzw. bis zum Gefahrübergang, wenn der Käufer oder der Besteller den Rücktritt (zuvor) erklärt, und bei sol-

<sup>535</sup> BGH NJW 2015, 1669, 1670.

<sup>536</sup> BGH NJW 2015, 1669, 1670.

<sup>537</sup> Das ist eindeutig auch BGH DAR 2021, 686 f. zu entnehmen.

chen gegenseitigen Verträgen, bei denen der Gesetzgeber von vornherein kein Sachmängelrecht vorgesehen hat (Miete, Pacht, Darlehensvertrag, Dienstvertrag), sofern der Vertrag noch nicht vollzogen wurde (d.h. die Miet- oder Pachtsache noch nicht übergeben, das Darlehen noch nicht gewährt, der Dienst noch nicht angetreten wurde). Bei laufendem bzw. vollzogenem Vertrag greift anstelle des Rücktritts die Kündigung aus wichtigem Grund<sup>538</sup> (dazu Rn 838 ff.).

**e.) Entbehrlichkeit der Fristsetzung bei Unmöglichkeit (§ 275 I BGB)**

Wird dem Schuldner die Leistungserbringung unmöglich, greifen selbstverständlich die Regelungen des Unmöglichkeitrechts ein (§ 275 I BGB). Hauptfall im Kaufvertragsrecht dürfte der unbehebbarer Mangel sein. In Fällen dieser Art greift § 326 V BGB. Danach ist der sofortige Rücktritt möglich; eine Fristsetzung ist also nicht erforderlich.

476

**f.) Entbehrlichkeit der Fristsetzung gem. §§ 440 S. 1, 636 BGB**

Im Bereich des Kaufrechts und des Werkvertragsrechts zu beachtende zusätzliche Ausnahmetatbestände sind die besonderen Bestimmungen für Rücktritt und Schadensersatz nach § 440 S. 1 BGB und nach § 636 BGB (Weigerung des Verkäufers bzw. Werkunternehmers, sämtliche Arten der Nacherfüllung zu leisten; Fehlschlag der Nacherfüllung; Unzumutbarkeit der Nacherfüllung für Käufer bzw. Besteller, etwa bei „nachhaltigem und schwerwiegendem Vertrauensverlust“), siehe bereits Rn 472 ff.

477

**g.) Entbehrlichkeit der Fristsetzung beim Verbrauchsgüterkauf**

Liegt dem Rücktritt ein **Verbrauchsgüterkaufvertrag** zugrunde, also ein Kaufvertrag, bei dem der Käufer einer Ware (§ 241a I BGB) Verbraucher i.S.d. § 13 BGB ist und der Verkäufer ein Unternehmer i.S.d. § 14 I BGB (dazu Rn 968 ff.), sind die Vorgaben des vollharmonisierenden und die Materie insoweit vollständig determinierenden **Art. 13 IV WKRL** zu beachten, wonach der Rücktritt des Verbrauchers (bereits dann) zulässig ist, wenn mindestens einer der in Art. 13 IV WKRL genannten Fälle vorliegt:

478

- ⇒ Der Verkäufer hat die Nacherfüllung nicht oder nicht im Einklang mit Art. 14 II und III WKRL vorgenommen. Aber auch bei Vornahme der Nacherfüllung ist der Rücktritt zulässig, wenn der Verkäufer die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands der Waren nach Art. 13 III WKRL verweigert (a).
- ⇒ Eine Vertragswidrigkeit tritt auf, obwohl der Verkäufer versucht hat, den vertragsgemäßen Zustand der Waren herzustellen (b).
- ⇒ Die Vertragswidrigkeit ist derart schwerwiegend, dass ein sofortiger Rücktritt gerechtfertigt ist (c).
- ⇒ Der Verkäufer hat erklärt oder es ist nach den Umständen offensichtlich, dass er den vertragsgemäßen Zustand der Waren nicht innerhalb einer angemessenen Frist oder nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher herstellen wird (d).

Der Gesetzgeber hat die in der WKRL genannten Gründe mit **§ 475d I BGB** im Wesentlichen (aber nicht exakt) nachgezeichnet. Danach bedarf es für einen Rücktritt wegen eines Mangels der Ware der in § 323 I BGB bestimmten Fristsetzung zur Nacherfüllung abweichend von § 323 II BGB und § 440 BGB nicht, wenn mindestens einer der in der Vorschrift genannten Gründe vorliegt:

478a

- ⇒ Der Unternehmer hat die Nacherfüllung trotz Ablaufs einer angemessenen Frist ab dem Zeitpunkt, zu dem der Verbraucher ihn über den Mangel unterrichtet hat, nicht vorgenommen (Nr. 1).

---

<sup>538</sup> Vgl. BGH NJW 1986, 124, 125.

- ⇒ Trotz der vom Unternehmer versuchten Nacherfüllung zeigt sich ein Mangel (Nr. 2).
- ⇒ Der Mangel ist derart schwerwiegend, dass der sofortige Rücktritt gerechtfertigt ist (Nr. 3).
- ⇒ Der Unternehmer hat die gem. § 439 I oder II BGB oder § 475 V BGB ordnungsgemäße Nacherfüllung verweigert (Nr. 4).
- ⇒ Es ist nach den Umständen offensichtlich, dass der Unternehmer nicht gem. § 439 I oder II BGB oder nach § 475 V BGB ordnungsgemäß nacherfüllen wird (Nr. 5).

Im Einzelnen gilt:

### **aa.) Nichtvornahme der Nacherfüllung innerhalb einer angemessenen Frist (§ 475d I Nr. 1 BGB)**

**478b** Hinsichtlich der „**angemessenen Frist**“ (§ 475d I **Nr. 1** BGB) wird deutlich, dass es an einer direkten Entsprechung in Art. 13 IV lit. a WKRL fehlt. Denn Art. 13 IV lit. a WKRL spricht nicht davon, dass der Verbraucher den Unternehmer über den Mangel unterrichtet haben muss. Da die Vorschrift allerdings auf Art. 14 II WKRL verweist und dort der Verbraucher dem Verkäufer die Waren zur Verfügung zu stellen hat, impliziert dies eine Mängelanzeige. § 475d I Nr. 1 BGB steht also insoweit im Einklang mit Art. 13 IV lit. a WKRL.

**478c** Inhaltlich besagt § 475d I Nr. 1 BGB in Abweichung von § 323 II BGB und § 440 BGB, dass es einer grundsätzlich nach § 323 I BGB erforderlichen Fristsetzung nicht bedarf, sondern es genügt, wenn der Verbraucher nach der Mängelanzeige eine angemessene Frist abwartet. Das findet indes keine Entsprechung in Art. 13 IV lit. a WKRL. Der Begriff der Frist findet sich lediglich in lit. d, dort jedoch in einem anderen Zusammenhang. Nur durch entsprechende Interpretation lässt sich die Vereinbarkeit des § 475d I Nr. 1 BGB mit Art. 13 IV WKRL herstellen. Warum der deutsche Gesetzgeber die zwingende Regelung des Art. 13 IV WKRL nicht schlicht übernommen hat, erschließt sich nicht. Ohne Not zwingt er den Rechtsanwender zur richtlinienkonformen Auslegung.

**478d** Davon unbeschadet ist § 475d I Nr. 1 BGB auch noch sprachlich ungenau, indem die Vorschrift vom Abwarten einer angemessenen (aber nicht zu setzenden) **Frist** spricht. Denn eine Frist muss man setzen und kann sie nicht schlicht abwarten. Sprachlich korrekt hätte es „eine angemessene Zeit abwarten“ heißen müssen (siehe die zutreffende englische Sprachfassung, wo es heißt: „within a reasonable time“, also „innerhalb einer angemessenen Zeit“, und von einer „Frist“ nichts zu lesen ist; der Begriff „Zeit“ lässt sich nicht mit „Frist“ übersetzen, da – wie gesagt – eine „Frist“ gesetzt werden muss, wohingegen eine Zeit schlicht abgewartet werden muss). Mithin muss der Begriff „Frist“ als „Zeit“ gelesen werden. Demnach **genügt** es, dass der Verbraucher den Unternehmer über den Mangel **unterrichtet** und dann eine „**angemessene Zeit abwartet**“. Nach Ablauf dieser „Wartezeit“ kann er den Rücktritt erklären (sofern kein Versagungsgrund bzgl. des Rücktritts vorliegt). Zu den Entbehrlichkeitsgründen, d.h. den Gründen, die einen sofortigen Rücktritt gestatten, siehe bereits Rn 466-477 und Rn 478a.

**Beispiel**<sup>539</sup>: K erwarb von V ein Pferd. Kurz nach der Übergabe stellte sich heraus, dass die Wirbelsäule des Pferdes einen Defekt aufweist, der starke Schmerzen verursacht. Konkret handelt es sich um „Kissing spine“, eine Krankheit, bei der einige Dornfortsätze der Wirbelsäule so nahe aneinander stehen, dass sie sich bei Bewegung des Pferdes berühren und starke Schmerzen verursachen. Dadurch kann es passieren, dass das Pferd schmerzbedingt unkontrollierbar wird. K teilte dem V mit, dass ihm das Tier zu gefährlich sei und er um die Gesundheit seiner Lebensgefährtin fürchte. Zudem machte K dem V klar, dass entweder das Pferd ausgetauscht werden müsse oder er rechtlich gegen V vorgehen wer-

---

<sup>539</sup> In Anlehnung an BGH NJW 2015, 2564 f.

de. Nachdem V auch weiterhin untätig geblieben war, erklärte K den Rücktritt und forderte Zug um Zug gegen Rückgabe des Pferdes die Rückzahlung des Kaufpreises.

Ein Sachmangel i.S.d. § 434 BGB liegt vor. Fraglich ist, ob K dem V eine angemessene Frist hätte setzen müssen. Denn K hat dem V weder einen Zeitraum noch einen bestimmten (End-)Termin gesetzt. In Umsetzung des Art. 13 IV WKRL bestimmt § 475d I Nr. 1 BGB jedoch, dass es für einen Rücktritt wegen eines Mangels der Ware<sup>540</sup> der in § 323 I BGB bestimmten Fristsetzung zur Nacherfüllung abweichend von §§ 323 II und 440 BGB nicht bedarf, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung trotz Ablaufs einer angemessenen Frist (genauer: Zeit) ab dem Zeitpunkt, zu dem der Verbraucher ihn über den Mangel unterrichtet hat, nicht vorgenommen hat.

Dadurch, dass K dem V mitteilte, ihm sei das Tier zu gefährlich und er fürchte um die Gesundheit seiner Lebensgefährtin, und dadurch, dass er zudem V klarmachte, es müsse entweder das Pferd ausgetauscht werden oder er werde rechtlich gegen V vorgehen, liegt eindeutig eine Unterrichtung über den Mangel vor. K muss daher lediglich eine angemessene Zeit abwarten, aber keine Frist zur Abhilfe setzen.

Ergebnis: K war zum Rücktritt berechtigt, auch wenn er weder einen Zeitraum noch einen Endtermin zur Nacherfüllung genannt hatte. Es genügte, dass er den V über den Mangel unterrichtete und anschließend eine angemessene Zeit abwartete.

Fazit: Handelt es sich um einen **Verbrauchsgüterkauf**, ist wegen Art. 13 IV WKRL und § 475d I Nr. 1 BGB beim Rücktritt gem. § 323 I BGB **keine Fristsetzung** erforderlich. Es genügt, wenn der Verbraucher den Unternehmer über den Mangel **unterrichtet** und anschließend eine **angemessene Zeit abwartet**. Der Verbraucher muss **weder einen Zeitraum noch einen Endtermin zur Nacherfüllung nennen**, er muss aber die Sache **zur Prüfung bereithalten** und auf Verlangen **zur Prüfung überlassen**. Hinsichtlich der Zeitspanne, die dem Unternehmer nach entsprechender Mangelanzeige zur Nacherfüllung verbleibt, stellt § 475 V BGB (in Umsetzung des Art. 13 IV lit. d WKRL) klar, dass der Unternehmer für die Nacherfüllung zwar eine angemessene Zeit zur Verfügung hat, nachdem der Verbraucher ihn über den Mangel unterrichtet hat, er die Nacherfüllung jedoch ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher durchzuführen hat, wobei die Art der Ware sowie der Zweck, für den der Verbraucher die Ware benötigt, zu berücksichtigen sind.

478e

Davon unabhängig stellt sich die Problematik der Fristsetzung aber nicht, wenn eine angemessene Frist gesetzt wurde oder die Frist (von vornherein) entbehrlich ist, etwa nach § 475d I Nr. 2-5 BGB oder nach §§ 275 I-III, 326 V BGB.

478f

### **bb.) Mangel trotz versuchter Nacherfüllung (§ 475d I Nr. 2 BGB)**

So ist gem. § 475d I Nr. 2 BGB eine Fristsetzung entbehrlich, wenn sich trotz der vom Unternehmer versuchten Nacherfüllung ein Mangel zeigt. Nr. 2 knüpft somit (wie § 440 S. 2 BGB) an die fehlgeschlagene Nacherfüllung an. Wie viele Nachbesserungsversuche zu gewähren sind, lässt die Vorschrift (ebenso wie Art. 13 IV lit. b WKRL) offen; die Frage ist daher einzelfallabhängig zu beantworten. In Anlehnung an die etablierte Rechtsprechung zu § 440 S. 2 BGB wird man auf die Bedeutung des Mangels für die Funktionsfähigkeit und die Nutzbarkeit für den Käufer abstellen müssen.

478g

<sup>540</sup> Zum Begriff der Ware siehe § 241a I BGB. Tiere werden gem. § 90a S. 3 BGB als taugliche Vertragsgegenstände auch eines Verbrauchsgüterkaufs angesehen (insoweit klarstellend § 477 I S. 2 BGB). Der Nachweis, dass der Mangel bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs bestand, ist aufgrund der Art des Mangels (angeborener Defekt) vorliegend nicht zu problematisieren gewesen; auf die Beweislastregelung des § 477 I S. 2 BGB kam es nicht an.

**cc.) Schwerwiegender Mangel (§ 475d I Nr. 3 BGB)**

478h § 475d I Nr. 3 BGB lässt den sofortigen Rücktritt zu bei schwerwiegendem Mangel. Der Gesetzgeber nennt als Beispiel das Antivirenprogramm, das selbst mit einem Virus infiziert ist.<sup>541</sup>

**dd.) Verweigerung der ordnungsgemäßen Nacherfüllung (§ 475d I Nr. 4 BGB)**

478i Weiterhin ist gem. § 475d I Nr. 4 BGB die Fristsetzung entbehrlich, wenn der Unternehmer die gem. § 439 I oder II BGB oder § 475 V BGB geschuldete ordnungsgemäße Nacherfüllung verweigert hat. Das Besondere, auf den ersten Blick nicht Erkennbare und sich aufgrund des Wortlauts auch nicht gerade Aufdrängende an diesem Entbehrlichkeitsgrund ist, dass es nicht darauf ankommt, ob die Nacherfüllungsverweigerung berechtigt oder unberechtigt ist.<sup>542</sup> Allein die Verweigerung der nach § 439 I oder II BGB oder § 475 V BGB ordnungsgemäßen Nacherfüllung (d.h. die Nacherfüllung als solche sowie die Art und Weise der Nacherfüllung) berechtigt nach Auffassung des Gesetzgebers, der allerdings lediglich Art. 13 IV WKRL umsetzt<sup>543</sup>, zum sofortigen Rücktritt. Das ist richtig, denn es gibt Gründe der Nacherfüllungsverweigerung, die rechtlich anerkannt sind (Unmöglichkeit, Unverhältnismäßigkeit, Unzumutbarkeit), aber gleichwohl (weil die Sache ja mangelhaft ist) ebenso wie eine zu Unrecht verweigerte Nacherfüllung Folgerechte wie Rücktritt und Minderung ermöglichen. Daher kann der Verbraucher also nicht nur bei Verweigerung der Nacherfüllung den sofortigen Rücktritt (bzw. die sofortige Kaufpreisminderung) erklären, sondern auch dann, wenn der Unternehmer bspw. erklärt, er werde die Nacherfüllung zwar vornehmen, allerdings nicht unentgeltlich, nicht innerhalb einer angemessenen Frist oder nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten.<sup>544</sup> Denn die Unentgeltlichkeit, Fristgemäßheit und das Freisein von nicht unerheblichen Unannehmlichkeiten gehören zur nach § 439 I, II BGB und § 475 V BGB „ordnungsgemäßen“ Nacherfüllung.

**ee.) Offensichtliches Ausbleiben der Nacherfüllung (§ 475d I Nr. 5 BGB)**

478j Schließlich braucht gem. § 475d I Nr. 5 BGB der Verbraucher keine Frist zu setzen, wenn nach den Umständen offensichtlich ist, dass der Unternehmer nicht gem. § 439 I oder II BGB oder § 475 V BGB ordnungsgemäß nacherfüllen wird. Man wird also danach schauen müssen, ob bspw. die dem Unternehmer verbleibende Zeit zur ordnungsgemäßen Nacherfüllung schlicht nicht ausreicht. Auch, wenn offensichtlich ist, dass der Unternehmer personell oder wirtschaftlich nicht in der Lage ist, die ordnungsgemäße Nacherfüllung vorzunehmen, greift der Entbehrlichkeitsgrund.

**ff.) (Eingeschränkte) Sperrwirkung des § 475d I BGB**

478k Da die WKRL keine zu § 323 II Nr. 2, III-VI BGB und § 326 V BGB abweichenden Vorgaben macht, gelten die dortigen Bestimmungen uneingeschränkt auch für Verbrauchsgüterkaufverträge. Insoweit muss die Textaussage in § 475d I BGB „abweichend von § 323 Absatz 2 und § 440“ vor diesem Hintergrund verstanden werden. In Bezug auf § 323 II Nr. 2 BGB kann § 475d I BGB ohnehin keine Sperrwirkung entfalten, sofern nicht gleichzeitig mit der Nichteinhaltung des Liefertermins ein Mangel vorliegt. Denn § 475d BGB

<sup>541</sup> BT-Drs. 19/27424, S. 38 unter Verweis auf den Erwägungsgrund 65 zur DRL.

<sup>542</sup> Siehe BT-Drs. 19/27424, S. 38: „... ist die Unterscheidung zwischen einer berechtigten und einer unberechtigten Verweigerung des Verkäufers hingegen unerheblich. Denn der Verbraucher kann in beiden Fällen vom Vertrag zurücktreten. Dementsprechend unterscheidet § 475d Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 BGB-E nicht zwischen der berechtigten und der unberechtigten Verweigerung, sondern regelt, dass der Verbraucher vom Vertrag zurücktreten kann, wenn der Unternehmer die ordnungsgemäße Nacherfüllung (berechtigt oder unberechtigt) verweigert.“

<sup>543</sup> So spricht auch Art. 13 IV lit. a letzte Variante und lit. d WKRL nicht von einer berechtigten oder unberechtigten Verweigerung des Unternehmers.

<sup>544</sup> BT-Drs. 19/27424, S. 38.

setzt einen Mangel an der Ware voraus. Liegt kein Verbrauchsgüterkauf vor, greift § 475d I BGB von vornherein nicht. Dann ist wegen § 323 I BGB das Setzen einer angemessenen Frist erforderlich, sofern kein Entbehrlichkeitsgrund (bspw. nach §§ 326 V, 440 S. 1, 636 oder 323 II BGB) greift (dazu Rn 466-477).

### gg.) (Abweichende) Regelung bzgl. Schadensersatz (§ 475d II BGB)

Hinsichtlich des **Schadensersatzes** hätte es an sich keiner Regelung in § 475d BGB bedurft, weil die Warenkaufrichtlinie lediglich den Rücktritt, nicht aber auch den Schadensersatz regelt. Da es jedoch äußerst irritierend gewesen wäre, wenn das Verbrauchsgüterkaufrecht an die Fristsetzungen bzgl. Rücktritt und Schadensersatz unterschiedliche Anforderungen gestellt hätte (zumal wegen § 325 BGB Rücktritt und Schadensersatz kombinierbar sind), hat der Gesetzgeber in **§ 475d II S. 1 BGB** geregelt, dass es für einen Anspruch auf Schadensersatz wegen eines Mangels der Ware der in § 281 I BGB bestimmten Fristsetzung in den in § 475d I BGB genannten Fällen nicht bedarf. Zudem sind gem. § 475d II S. 2 BGB die §§ 281 II und 440 BGB **nicht anzuwenden**. Dass der Gesetzgeber hier von „sind ... nicht anzuwenden“ spricht, wohingegen er in § 475 I BGB „abweichend von ...“ formuliert, erklärt sich vor dem Hintergrund, dass § 475 I BGB eine Sperrwirkung nur in Bezug auf seinen Anwendungsbereich („mangelhafte Ware“) entfalten kann und daher den Weg zu § 323 II BGB (relatives Fixgeschäft) nicht versperrt. Zur Fristsetzung (und deren Entbehrlichkeit) beim Schadensersatz siehe i.Ü. Rn 723 ff.

478l

### h.) Entbehrlichkeit der Fristsetzung beim Verbrauchervertrag über digitale Produkte

Auch der Verbrauchervertrag über digitale Produkte ist mit Wirkung zum 1.1.2022 ins BGB aufgenommen worden.<sup>545</sup> Die Rechte bei **unterbliebener Bereitstellung** des digitalen Produkts (etwa eines Computerprogramms oder eines Computerspiels) regelt § 327c BGB. Danach kann der Verbraucher zunächst den Vertrag beenden, womit nichts anderes gemeint ist als der **Rücktritt** bzw. bei Dauerschuldverhältnissen die **Kündigung**. Liegen die Voraussetzungen für eine Beendigung des Vertrags vor, kann gem. § 327c II S. 1 BGB der Verbraucher nach den §§ 280 und 281 I S. 1 BGB Schadensersatz oder nach § 284 BGB Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen, wenn die Voraussetzungen dieser Vorschriften vorliegen (es handelt sich also um eine Rechtsgrundverweigerung). Gemäß § 327c II S. 2 BGB ist § 281 I S. 1 BGB mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle der Bestimmung einer angemessenen Frist die **Aufforderung zur Bereitstellung** des digitalen Produkts nach § 327c I S. 1 BGB tritt. Es genügt also die Aufforderung zur Bereitstellung. Und selbst diese ist unter den Voraussetzungen des § 327c III BGB entbehrlich. Die Rechte bei **Produktmängeln** richten sich nach § 327i BGB. Strukturell ist die Vorschrift ähnlich aufgebaut wie § 437 BGB. So kann der Verbraucher gemäß den in der Vorschrift verwiesenen Bestimmungen Nacherfüllung verlangen, den Vertrag beenden (d.h. den Rücktritt oder bei Dauerschuldverhältnissen die Kündigung erklären), den Preis mindern und/oder Schadensersatz bzw. Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen. Im Fall der (prioritären) Nacherfüllung hat der Unternehmer innerhalb einer angemessenen Frist ab dem Zeitpunkt, zu dem der Verbraucher ihn über den Mangel informiert hat, den vertragsgemäßen Zustand herzustellen (§ 327i I BGB). Eine Fristsetzung ist also nicht erforderlich, zumal in der englischen Sprachfassung des Art. 14 III DIRM von „within a reasonable time from the time the trader has been informed by the consumer about the lack of conformity“ die Rede ist. Der Verbraucher hat also lediglich dem Unternehmer den Produktmangel anzuzeigen und eine angemessene Zeit abzuwarten. Kommt der Unternehmer innerhalb der angemessenen Zeit der

478m

<sup>545</sup> Umsetzung der EU-Richtlinie 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung **digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen** (DIRL).

Nacherfüllungspflicht nicht nach, stehen dem Verbraucher die Rechte nach § 327m BGB zu (Vertragsbeendigung und Schadensersatz).

### **i.) Beweislast für das Vorliegen der Entbehrlichkeitsgründe**

**478n** Wie ausgeführt, setzt das Rücktrittsrecht nach § 323 I BGB neben dem Vorliegen einer Nicht- oder Schlechtleistung (etwa ein Sachmangel i.S.d. § 434 BGB) grundsätzlich eine Fristsetzung voraus: Der Gläubiger muss dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistungserbringung (beim Kaufvertrag nach Übergabe einer mangelhaften Sache Nacherfüllung gem. § 439 I BGB) gesetzt haben. Auch wurde aufgezeigt, dass die Fristsetzung unter bestimmten Voraussetzungen entbehrlich ist (bei Unmöglichkeit oder unter den Voraussetzungen der §§ 323 II, 440 S. 1 oder 475d I BGB). Jedoch ist der Gläubiger für das Vorliegen von Entbehrlichkeitsgründen (da diese Ausnahmetatbestände zu seinen Gunsten darstellen) darlegungs- und beweisbelastet.<sup>546</sup> So muss er bspw. beweisen, dass die vom Verkäufer angebotene Nacherfüllung für ihn unzumutbar wäre (§ 440 S. 1 Var. 3 BGB) oder besondere Umstände unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen (§ 323 II Nr. 3 BGB).<sup>547</sup>

### **ee. Ausschlussgründe**

**479** Der Rücktritt kann aus verschiedenen Gründen ausgeschlossen sein, insbesondere bei Verantwortlichkeit des Gläubigers, d.h., wenn der Gläubiger für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist (§ 323 VI Var. 1 BGB). Das Gleiche gilt, wenn der vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist (§ 323 VI Var. 2 BGB). Des Weiteren verweigert das Gesetz dem Gläubiger das Rücktrittsrecht, wenn die Pflichtverletzung des Schuldners nur unerheblich ist (§ 323 V S. 2 BGB). Und nach § 218 I S. 1 BGB ist der Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung unwirksam, wenn der Anspruch auf die Leistung oder der Nacherfüllungsanspruch verjährt ist und der Schuldner sich hierauf beruft. Da die Ausschlussgründe systematisch bei Rn 494 ff. behandelt werden, sei darauf verwiesen.

### **b. Rücktritt wegen Verletzung einer Pflicht i.S.d. § 241 II BGB**

**480** Verletzt der Schuldner eine Pflicht i.S.d. § 241 II BGB, kann der Gläubiger nach **§ 324 BGB** zurücktreten, wenn ihm ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten ist. Bei den in § 241 II BGB genannten Arten der Rücksichtnahmepflicht handelt es sich um **nichtleistungsbezogene Pflichten**<sup>548</sup>, weil leistungsbezogene Pflichten (Leistungspflichten) Gegenstand der Regelung in § 241 I BGB sind, für die die Rücktrittsgründe aus § 323 BGB greifen (vgl. dazu bereits Rn 458). Für einen Rücktritt nach § 324 BGB bleibt somit Raum, wenn der Schuldner bspw. gegen eine Rücksichtnahmepflicht verstößt. Darunter fallen in erster Linie Aufklärungs- und Schutzpflichten (vgl. dazu Rn 40). Letztlich geht es um den Schutz der Rechtsgüter der anderen Partei. Deren Integritätsinteresse soll durch § 241 II BGB geschützt werden.<sup>549</sup> Eine Verletzung dieses Interesses führt zu einem Rücktrittsrecht nach § 324 BGB, wobei zu beachten ist, dass § 324 BGB bei Dauerschuldverhältnissen i.d.R. durch § 314 BGB verdrängt wird.

<sup>546</sup> BGH DAR 2021, 683, 686.

<sup>547</sup> BGH DAR 2021, 683, 686.

<sup>548</sup> H.M., vgl. nur *Ernst*, in: MüKo, § 324 Rn 1. Zu den nichtleistungsbezogenen Pflichten vgl. oben Rn 40.

<sup>549</sup> *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, § 241 Rn 6.

**Rücktritt gem. § 324 BGB**

**I. Rücktrittserklärung, § 349 BGB**

**II. Rücktrittsgrund, § 324 BGB**

1. Gegenseitiger Vertrag
2. Verletzung einer nichtleistungsbezogenen Pflicht i.S.d. § 241 II BGB
3. Unzumutbarkeit

**III. Rechtsfolgen, §§ 346 ff. BGB**

Die Voraussetzungen für einen Rücktritt nach § 324 BGB sind im Einzelnen:

**aa. Gegenseitiger Vertrag**

Zunächst muss ein **gegenseitiger Vertrag** vorliegen. Insoweit kann auf die Ausführungen zu § 323 BGB (Rn 454 ff.) verwiesen werden.

481

**bb. Verletzung einer nichtleistungsbezogenen Pflicht**

Der Schuldner muss eine **Pflicht i.S.d. § 241 II BGB verletzt** haben. Pflichten i.S.d. § 241 II BGB sind Schutz-, Verhaltens- und Rücksichtnahmepflichten. Bei diesen Pflichten geht es nicht um die geschuldete Leistung, sondern darum, Rechte und sonstige Rechtsgüter wie bspw. Körper, Leben und Eigentum der Gegenpartei zu schützen sowie die ordnungsgemäße Vertragsdurchführung nicht zu gefährden (Rn 40). Mithin geht es um den Schutz des Integritätsinteresses der anderen Partei. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Nebenpflichtverletzung i.S.d. § 241 II BGB vor oder nach Vertragsschluss begangen wurde. Nach der Regelung des § 323 II Nr. 3 BGB dürfte v.a. die Täuschung über die Vertragsabwicklung bzw. Vertragserfüllung<sup>550</sup> von § 324 BGB erfasst sein. Denn dann verletzt der Schuldner eine wesentliche Rücksichtnahmepflicht aus § 241 II BGB und der Gläubiger ist zum sofortigen Rücktritt gem. § 324 BGB berechtigt.<sup>551</sup>

482

**Beispiel<sup>552</sup>:** K ist Leasinggeber und verleast an L, Betreiber eines Callcenters, eine komplette Geschäftsausstattung. Die Geschäftsausstattung kauft K zuvor bei V und weist diesen an, die Gegenstände zum vereinbarten Termin (10.1.2022) an L zu liefern. V täuscht am 11.1.2022 aber K durch eine unrichtige Abnahmebescheinigung darüber, am 10.1.2022 an L geliefert zu haben, um trotz Nichtlieferung die Kaufpreiszahlung zu erwirken. Doch K bemerkt die Täuschungshandlung und erklärt daraufhin den sofortigen Rücktritt vom Kaufvertrag.

Der von K erklärte Rücktritt könnte sich auf §§ 346 I, 323 I BGB stützen. Gemäß § 323 I BGB hätte K dem V aber eine Frist setzen müssen, was nicht geschehen ist. Möglicherweise war die Fristsetzung aber gem. § 323 II BGB entbehrlich. § 323 II Nr. 3 BGB setzt eine nicht vertragsgemäß erbrachte Leistung voraus. Damit ist Schlechtleistung gemeint. V hat aber überhaupt keine Leistung erbracht. Damit entfällt nicht das Erfordernis einer Fristsetzung nach § 323 II BGB. Da auch kein Fall des § 323 IV BGB vorliegt, besteht kein Rücktrittsrecht gem. §§ 346 I, 323 I BGB.

Zu prüfen ist daher, ob K ein Rücktrittsrecht aus § 324 BGB zusteht, das keine Fristsetzung voraussetzt. Dazu müsste V eine Pflicht nach § 241 II BGB verletzt haben. V hat K über die Durchführung des Vertrags getäuscht, um die Gegenleistung zu erhalten. Dies stellt eine Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht aus § 241 II BGB dar. Da ein Festhalten

<sup>550</sup> Vgl. dazu BGH NJW 2010, 2503 ff. (wobei der BGH den Fall über § 323 III Nr. 3 BGB a.F. löste, was nach der zum 13.6.2014 geänderten Rechtslage aber nicht mehr möglich ist).

<sup>551</sup> Weiss, NJW 2014, 1212, 1215.

<sup>552</sup> Vgl. BGH NJW 2010, 2503.

## Sachverzeichnis

- Abbruch von Vertragsverhandlungen 628
- Abgasmanipulation Diesel-Kfz 475
- Abhilfefrist 851
- Ablösungsrecht 143
- Abmahnung
  - bzgl. § 281 III BGB 727 f., 744
  - bzgl. § 314 II BGB 851
  - bzgl. Wettbewerbsverstoßes 995, 1007, 1014, 1017, 1018
- Absolute Rechte 3 ff.
- Abstraktionsprinzip 5
- Abtretung 247 ff.
  - Abstraktionsprinzip 252
  - Abtretungsanzeige 295
  - Abtretungsvertrag 251
  - Aufrechnung 286
  - Ausschluss 262 ff.
  - Bestimmbarkeit der Forderung 257
  - Direkterwerb 259
  - Durchgangserwerb 259
  - Einwendungen 282 ff.
  - Factoring 312 ff.
  - Forderungsmehrheit 260
  - Form 254
  - Heilung der Unwirksamkeit 268
  - Hilfsansprüche 280
  - Inkassozeession 311
  - Mehrfache Abtretung 294
  - Nebenrechte 277 ff.
  - Schuldnerschutz 281 ff.
  - Sicherungsabtretung 296 f.
  - Teilabtretung 261
  - Unpfändbarkeit 271
  - Verfügungsberechtigung 255
  - Vorausabtretung 258
  - Vorzugsrechte 277
  - zukünftiger Forderungen 300
- Absolutes Fixgeschäft 373, 469
- Absolute Fixschuld 755
- Absolute Unmöglichkeit 369
- Abzug neu für alt 959
- Adäquanztheorie 885 f.
- Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag 969
- Allgemeine Geschäftsbedingungen 77
- Allgemeines Lebensrisiko 888
- Allgemeines Persönlichkeitsrecht 951
- Änderungsvertrag 241
- Anfängliche Unmöglichkeit 375, 438, 623
  - und Anfechtung 684
  - und Schadensersatz 683 ff.
- Anfechtung 445, 621, 684, 791
  - beidseitiger Eigenschaftsirrturn 825 f.
- Angebot durch den Schuldner 759 ff.
- Angebotsstheorie 327
- Annahme an Erfüllungs statt 162 ff.
- Annahme erfüllungshalber 168
- Annahmeverzug 424
  - Entbehrlichkeit des Angebots 773
  - tatsächliches Angebot 760 f.
  - und Rücktrittsrecht 476
  - und Unmöglichkeit 439
  - wörtliches Angebot 768 f.
- Anrechnung 191
- Anrechnung von Teilleistungen 159
- Anspruchsaufbau 6 ff.
- Anzeige Abtretung 295
- Äquivalenzstörung 818 ff.
- Äquivalenztheorie 878
- Aufbau des BGB 1 ff.
- Aufhebungsvertrag 242, 448
- Aufklärungspflichtigen 627
- Auflösende Bedingung 450
- Aufrechnung 188 ff.
  - Aufrechnungserklärung 212
  - Aufrechnungslage 196
  - Aufrechnungsverbot 216 ff.
  - Aufrechnungsvertrag 193
  - bei Abtretung 286
- Ausgleichsanspruch 1127 ff.
- Auslegung 46
- Ausschlussfrist, Widerruf 1029 ff.
- Aussonderung 100
- B**anküberweisung 128
- Barzahlung 127
- Befreiende Schuldübernahme 317 ff.
  - Angebotstheorie 327
  - Einwendungen 330
  - Erlöschen von Sicherungsrechten 331
  - Genehmigung 328
  - Schuldnerwechsel 329
  - Übernahmevertrag 325
  - Verfügungstheorie 327
- Beginn des Verzugs 670 f.
- Begleitschäden 589 ff.
- Behandlungskosten 921
- Beiderseitig zu vertretene Unmöglichkeit 428 ff.
- Beidseitiger Eigenschaftsirrturn 825 f.
- Belastung 508
- Belehrung 980
- Bereicherungsverbot (Schadensrecht) 953
- Beschaffenheitsvereinbarung 461e ff.
- Beschaffungsrisiko 561, 809
- Besitz 415
  - Bestimmung des Leistungsinhalts 45 ff.
  - durch einen Dritten 56 ff.
  - durch die Parteien 46
- Bestimmbarkeit 257
- Bestimmungsrecht 50 ff.
- Bestimmungspflicht 54
- Bestrafungsschadensrecht 866
- Besuchskosten 924
- Beteiligung Dritter 1050 ff.
- Betriebsgefahr 961
- Beweislast 160, 536, 669, 686
- Bewusste Fahrlässigkeit 556
- Bezugsvertrag 843, 855 ff.
- Bringschuld 74, 102
- Bruchteilsgemeinschaft 1144
- Bürgschaft 320
- C**essio legis 873, 955, 1131
- culpa in contrahendo (c.i.c.) 602 ff., 620, 628
- commodum 403
- D**arlehensvertrag 988
- Dauerschuldverhältnis 18 ff., 841 ff.
  - Bezugsvertrag 841, 855 ff.
  - Ratenlieferungsvertrag 841
  - Sukzessivlieferungsvertrag 841

## Sachverzeichnis

- Dazwischentreten Dritter 898
- Deckungsverhältnis 1067 f.
- digitale Elemente 462 ff.
- digitale Produkte 462a ff.
- Differenzhypothese 638, 693, 734, 871
- Differenzmethode 435, 692, 734
- Dingliche Belastung 508
- Diligentia quam in suis 553 f.
- Direkterwerb 259
- Dispositives Recht 47, 132
- Dispositionsfreiheit des Geschädigten 904
- Dolo agit 69
- Doppelkausalität 879
- Do ut des 27, 353 ff.
- Drittbegünstigungsabrede 1064
- Drittchadensliquidation 1089 ff.
- Drittverhältnis 1072
- Durchgangserwerb 259
- Durchsetzbarkeit 200, 332 ff.
- und Rücktritt 460
- und Schadensersatz 645 ff., 716
- Echter Vertrag zugunsten Dritter 1051 ff.**
  - Deckungsverhältnis 1067
  - Drittbegünstigungsabrede 1064
  - Drittverhältnis 1072
  - Valutaverhältnis 1070
  - Vollzugsverhältnis 1072
- Eigentumsvorbehalt 302, 415
- Eigenübliche Sorgfalt 553 f.
- Einrede
  - des § 273 BGB 334 ff.
  - des nicht erfüllten Vertrags 352 ff.
  - wegen Unmöglichkeit 366
- Einseitiges Rechtsgeschäft 30
- Einseitiger Vertrag 29
- Einseitiger Verzicht 233
- Einwendungen
  - bei Abtretung 282 ff.
  - des Übernehmers 330
  - bei Unmöglichkeit 364 ff.
  - rechtshemmende 332 ff.
  - rechtshindernde 112 ff.
  - rechtsvernichtende 116 ff.
- Einwendungsdurchgriff 1049c
- Einwilligung 139
- Einziehungsermächtigung 297, 311
- Elektronischer Geschäftsverkehr 1002 ff.
- Empfangszuständigkeit 149 f.
- Ende des Verzugs 670 f.
- Entfallen der Wertersatzpflicht 513 ff.
- Entgangene Gebrauchsvorteile 933 f.
- Entgangene Genussmöglichkeiten 943
- Entgangener Gewinn 932
- Entstehung von Schuldverhältnissen 27 ff.
  - durch Gesetz 33
  - durch Rechtsgeschäft 27 ff.
  - gem. § 311 II, III BGB 34
- Erbschaftserträge 958
- Erbschaftskauf 414
- Erfolgsort 72
  - Bringschuld 74, 102
  - Holschuld 73, 101
  - Schickschuld 75, 103
- Erfüllbarkeit 80, 201
- Erfüllung 118 ff.
  - Empfangszuständigkeit 149
  - Erfüllungshalber 168 ff.
  - Erfüllungs statt 162
  - Leistung an einen Dritten 150
  - Leistung durch einen Dritten 136
  - Person des Leistungsempfängers 148
  - Person des Leistenden 135
  - Teilleistungen 132
  - Tilgungsbestimmung 155
  - Tilgungsreihenfolge 157
- Erfüllungstheorien 126 f.
- Erfüllungsvertrag 126
- Erfüllungs statt 162 ff.
- Erfüllungsgehilfe 566 ff.
- Erfüllungshalber 168 ff.
- Erfüllungsübernahme 322
- Erfüllungsverweigerung 467, 724
- Ergänzende Vertragsauslegung 46, 830
- Ergänzungsfunktion 62
- Erhebung von Einreden 350, 361
- Erheblichkeit der Pflichtverletzung 473 ff.
- Erkennbarkeit 1085
- Erklärung
  - Aufrechnung 212
  - Rücktritt 452
  - Widerruf 947
- Erlassvertrag 233 ff.
- Erlöschen des Schuldverhältnisses 116 ff.
- Erlöschen von Sicherungsrechten 331
- Ersatz vergeblicher Aufwendungen 700 f., 711, 736
- Ersetzungsbefugnis 108 f.
- Ersparte Aufwendungen 957
- Eventualvorsatz 557
- Factoring 312 ff.**
- Fahrlässigkeit
  - bewusste 556
  - grobe 550 f.
  - leichte 552
- Fahrtkosten 922
- Fälligkeit 80, 197, 459, 644, 715
- Fernabsatzvertrag 999 ff.
- Finanzierungsleasing 988
- Fixgeschäft
  - absolutes 80, 373, 469
  - relatives 80, 468, 469, 755
- Fixschuld 755
- Forderungsmehrheit 260
- Forderungsübergang 1131
- Freizeit 938
- Frist (bei Widerruf) 1029 ff.
  - Fristsetzung 464 f., 720 ff.
  - Anforderungen 721
  - Entbehrlichkeit 466 ff.
  - Erfolgreicher Ablauf 729
  - Zeitpunkt 722
- Frustrationsgedanke 935
- Garantie 560**
- Garantievertrag 321
- Gattungsschuld 94
  - Konkretisierung 97
  - Unmöglichkeit 385 f.

## Sachverzeichnis

- Gebrauchtwagen 164
- Gefährdungshaftung 961
- Gefahrenlastung 1097
- Gefälligkeitsverhältnis 20 ff.
- Gefälligkeitsvertrag 23
- Gegenleistungsgefahr 405, 413 ff.
- Gegenseitigkeit 202
- Gegenstand des Schuldverhältnisses 92 ff.
  - Ersetzungsbefugnis 108 f.
  - Gattungsschuld 94
  - Geldschuld 111, 127
  - Stückschuld 93
  - Vorratsschuld 96
  - Wahlschuld 106
- Geldschuld 111, 127, 387
  - Unmöglichkeit 387 f.
  - Vertretenmüssen 562
- Geldentwertungsrisiko 810
- Gemeinsamer Irrtum 824 ff.
- Gesamtgläubigerschaft 1110 f.
- Gesamthandsgläubiger 1145
- Gesamtschuld 1109 ff.
  - gestörte 967, 1132 ff.
- Gemeinschaftsverhältnis 1141 ff.
- Gesamtschuldnerschaft 1112 f.
- Geschäftliche Kontakte 606
- Geschäftsgrundlage 803 ff.
- Gesetzlicher Eigentumserwerb 512
- Gesetzlicher Forderungsübergang 316
- Gesetzlicher Vertreter 576
- Gestaltungsrecht 212, 275
- Gestörte Gesamtschuld 967, 1132 ff.
- Gewinn 932
- Giralgeld 128
- Gläubiger 14 ff.
- Gläubigergemeinschaft 1142
- Gläubigerwechsel s. Abtretung
- Gläubigergefährdung 307
- Gläubigernähe 1082 f.
- Gläubigerverzug 746 ff.
  - Entbehrlichkeit des Angebots 773
  - Haftungs mild erung 778
  - Leistungsgefahr 779
  - Preisgefahr 782
  - tatsächliches Angebot 760 f.
  - und Unmöglichkeit 752 ff.
  - vorübergehende Unmöglichkeit 757 f.
  - wörtliches Angebot 768 f.
- Gleichartigkeit 206
- Gleichstufigkeit 1119 ff.
- Globalzession 303
- Grobe Fahrlässigkeit 550 f.
- Grobes Missverhältnis 396 ff.
- großer Schadensersatz 697, 708, 739 ff.
- Grundsatz von Treu und Glauben 60 ff.
  - dolo agit 69
  - Ergänzungsfunktion 62
  - Konkretisierungsfunktion 61
  - Korrekturfunktion 64
  - Präzisierungsfunktion 61
  - Schrankenfunktion 63
  - Unzulässige Rechtsausübung 65
  - Venire contra factum proprium 67
  - Verwirkung 68
- Gutachterkosten 907
- Gutgläubiger Forderungserwerb 256, 282
- Haftung für fremdes Verschulden** 566 ff.
- Haftung für Zufall 518
- Haftung während des Verzugs 564, 672 ff.
- Haftungsausfüllung 864, 877 ff.
- Haftungsbegründung 862 f.
- Haftungsausschluss 25
- Haftungserleichterung 24, 553 f.
- Haftungsmilderung 778
- Haftungsprivilegien 1135 ff.
- Haftungsrisiko 1085
- Hauptforderung 196 ff.
- Hauptleistungspflichten 38
- Haustürgeschäft 984 ff.
- Herausgabe des Ersatzes 698 ff., 710
- Hilfsperson 566 ff.
- Hinterlegung 171 ff.
- Hinterlegungsfähigkeit 180 f.
- Hinterlegungsgrund 179
- Hinterlegungsordnung 174
- Hinweispflichten 627
- Holschuld 73, 101
- Hypothetisches Element der Geschäftsgrundlage 807
- Hypothetische Kausalität 890 ff.
- Identität des Leistungsinteresses** 1118
- Immobilien-Verbraucherdarlehensvertrag 969
- Inanspruchnahme bes. Vertrauens 608 f.
- Inhalt von Schuldverhältnissen 43 ff.
- Inhalt von Schadensersatzansprüchen 862 ff.
- Inhaltsänderung 263
- Inkassozeession 311
- Innerbetrieblicher Schadensausgleich 563
- Insolvenz 1026
- Interessensabwägung 725, 848
- Interessenfortfall 473 ff.
- Inzahlunggabe Kfz 164
- Irrtum
  - beidseitiger Eigenschaftsirrtrum 828 ff.
  - gemeinsamer 827 ff.
  - offener Kalkulationsirrtrum 829 ff.
- Just-in-time-Verträge** 471
- Kalkulationsirrtrum** 829 ff.
- Kausalität
  - Adäquanztheorie 885 f.
  - Allgemeines Lebensrisiko 888
  - Äquivalenztheorie 878 f.
  - Dazwischentreten Dritter 898
  - Doppelkausalität 879
  - Haftungsausfüllung, 864, 877 ff.
  - Haftungsbegründung 863
  - Hypothetische Kausalität 890
  - rechtmäßiges Alternativverhalten 895
  - Reserveursache 890
  - Schockschaden 889
  - Schutzzweck der Norm 887
  - Vorsorgekosten 880 f.
- Kenntnis vom Rücktrittsgrund 519 f.
- Kind als Schaden 874
- Kinder 541
- Knebelung 306

## Sachverzeichnis

- Kommerzialisierungsgedanke 936
- Konfusion 246
- Konkretisierung 97
  - Leistungsgefahr 104
- Konkretisierungsfunktion 61
- Konnexität 343
- Konkurrenzverhältnis BGB 7
- Korrekturfunktion 64
- Kreditkarte 131, 168
- Krönungszugfall 823
- Kündigung von Dauerschuldverhältnissen 834
  - Abhilfefrist 851
  - Abmahnung 851
  - Bezugsvertrag 841, 855 ff.
  - Frist 852
  - Interessensabwägung 850
  - Ratenlieferungsvertrag 841
  - Sukzessivlieferungsvertrag 841 f.
  - wichtiger Grund 844 ff.
- Ladengeschäfte** 78
- Langfristiges Urlaubsprodukt 997
- Leasing 988
- Leichte Fahrlässigkeit 552
- Leichtfertigkeit 550 f.
- Leistung
  - an einen Dritten 150 f.
  - an Erfüllung statt 162 ff.
  - durch einen Dritten 136
  - Person des Leistenden 135
- Leistungsbewirkung 126
- Leistung erfüllungshalber 168 ff.
- Leistungsempfänger 148
- Leistungserfolg 73 f.
- Leistungsgefahr 104, 779
- Leistungshandlung 35 ff.
- Leistungsinhalt 45 ff.
- Leistungsnahe 1081
- Leistungsort 71 ff., 125
  - Bestimmung 77.
  - Bringschuld 74
  - Holschuld 73
  - Schickschuld 75
- Leistungspflichten 35 ff.
- Leistungsstörungen 363 ff.
- Leistungstreuepflicht 634
- Leistungsvermögen 751 f.
- Leistungszeit 80 ff., 124
  - Bestimmung 81 ff.
  - Erfüllbarkeit 80
  - Fälligkeit 80
  - pactum de non petendo 87, 233
  - Stundung 86
  - Verfallsklausel 88
- Mahnung** 652 ff.
- Mangel (bei Kaufsache) 461d ff.
- Mangelfolgeschaden 737 ff.
- Mangelschaden 737
- Mankoleistung 718
- Merkantiler Minderwert 931
- Mehrfache Abtretung 294
- Mensch als Schaden 874
- Mietwagenkosten 908
- Minderwert 931
- Mitgläubiger 1142
- Mittelbare Stellvertretung 1101
- Mitverschulden 960 ff.
- Mitwirkungspflicht 635, 772
- Münzsortenschuld 111
- Nachbarschaftliches Schuldverhältnis** 615
- Nachlass eines lebenden Dritten 114
- Nachträgliche Unmöglichkeit 376, 703 ff.
- Nachvertragliche Pflichten 614
- Naturalrestitution 900 ff.
  - Personenschäden 920 ff.
  - Sachschäden 901 ff.
- Nebenleistungspflichten 39
  - und Schadensersatz 676 f.
- Nebenpflichten 40
  - Rücktritt bei Verletzung 479 f.
  - Schadensersatz bei Verletzung 595 ff.
- Nebenrechte Übergang 277
- Negatives Schuldanerkenntnis 239
- Neu für Alt 959
- Nichterfüllung 359
- Nichtigkeit beim verbundenen Geschäft 1049 ff.
- Nichtleistung 665 ff., 717 ff.
- Nichtvermögensschaden 872, 944
- Normatives Element der Geschäftsgrundlage 808
- Normativer Schaden 873
- Novation 243
- Nutzungen
  - Herausgabe 525 f., 1049
- Obhutspflicht** 626, 1102
- Objektschaden 892
- Objektive Geschäftsgrundlage 803
- Objektive Unmöglichkeit 377
- Obliegenheiten 42 ff.
- Obliegenheitsverletzung 746 ff.
- Obligatorische Gefahrentlastung 1097 f.
- Offener Kalkulationsirrtum 829 ff.
- Ordnungsgemäße Belehrung 980
- Pactum de non petendo** 87, 233
- Passivforderung 196 ff.
- Perplexität 833
- Person des Leistenden 135 ff.
- Personenschaden 920 ff.
- Persönliche Unzumutbarkeit 400
- Pflichten 35 ff.
  - Leistungspflichten 37
  - nachvertraglich 614
  - Nebenleistungspflichten 39
  - Nebenpflichten 40 f.
  - Primärpflichten 35
  - Sekundärpflichten 35
- Positives Interesse 680
- Praktische Unmöglichkeit 394
- Präzisierungsfunktion 61
- Preisgefahr 405, 413 ff., 782
- Primäranspruch Aufbau 9
- Primärpflichten 35 ff.
- Privilegierung 519 f.
- punitiv damages 866
- Qualitative Teilunmöglichkeit** 390, 441, 696,

## Sachverzeichnis

- 708
- Quantitative Teilunmöglichkeit 391, 440, 697, 708 f.
- Ratenlieferungsvertrag** 19, 841, 988
- Reales Element der Geschäftsgrundlage 801 f.
- Rechtliche Unmöglichkeit 372
- Rechtmäßiges Alternativverhalten 895
- Rechtsanwaltskosten 907
- Rechtsgeschäft 27 ff.
- Rechtshemmende Einwendungen 332 ff.
- Rechtshindernde Einwendungen 112 ff.
- Rechtsvernichtende Einwendungen 116 ff.
  - Aufrechnung 188 ff.
  - Erlasservertrag 233 ff.
  - Erfüllung 118 ff.
  - Hinterlegung 171 ff.
  - Negatives Schuldanerkenntnis 239
  - Rücktritt 497 ff.
  - Widerruf 968 ff.
- Relativität des Schuldverhältnisses 6
- Relatives Fixgeschäft 80, 468, 469, 755
- Reparaturkosten 906
- Reserveursache 890 ff.
- Restitution 900 ff.
  - Dispositionsfreiheit 904
  - Inhalt 905 ff.
  - ungenügende Restitution 915 ff.
  - Unmöglichkeit 912 ff.
  - unverhältnismäßige Aufwendungen 916 ff.
- Restwert 931
- Rückabwicklungsverhältnis 1044 ff.
- Rückgewährschuldverhältnis 497 ff., 1044 ff.
- Rücknahmerecht 184
- Rücksendung 977 f.
- Rücktritt 442 ff.
  - Abgrenzung zur Anfechtung 445
  - Abgrenzung zum Aufhebungsvertrag 448
  - Abgrenzung zur Kündigung 446
  - Abgrenzung vom Widerruf 449
  - Abgrenzung von auflös. Bedingung 450
  - Ausschluss des Rücktritts 494 ff.
  - Rückgewährschuldverhältnis 497 ff.
  - Rücktritt bei Unmöglichkeit 484 ff.
  - Rücktrittserklärung 442, 452
  - Rücktrittsgründe 453 ff.
  - und Schadensersatz 496, 522 f.
- Sachmangel** 461d ff.
- Sachschaden 901 ff.
- Sachverständigenkosten 907
- Sachwalterhaftung 609
- Schaden
  - Kind als Schaden 874
  - Nichtvermögensschaden 872
  - Normativer Schaden 873
  - Personenschaden 920 ff.
  - Sachschaden 901 ff.
  - Vermögensschaden 870 f.
- Schadensbegriff 869 ff.
- Schadensberechnung 638, 693, 734
- Schadensermittlung 691 ff., 734
- Schadensersatz 531 ff.
  - bei Verletzung einer Nebenpflicht 595 ff.
  - Beweislast 160, 536
  - Inhalt 862 ff.
  - und Rücktritt 496, 522 f.
  - Verschulden 538 ff.
  - Verschuldensprinzip 536
  - Schadensersatz bei Verzug 640 ff.
  - Schadensersatz neben der Leistung 589 ff.
    - Verletzung einer leistungsbez. Pflicht 676 f.
    - Nebenpflichtverletzung 595 ff.
    - Verzug 640 ff.
  - Schadensersatz statt der Leistung 711 ff.
    - anfängliche Unmöglichkeit 690
    - nachträgliche Unmöglichkeit 707
    - neben der Leistung 590
    - Überblick 532
    - Verzug 738
    - Verletzung einer Leistungspflicht 712 ff.
    - Verletzung einer Nebenpflicht 739 ff.
  - Schadensersatz statt der ganzen Leistung
    - anfängliche Unmöglichkeit 697
    - nachträgliche Unmöglichkeit 708, 739 ff.
    - Mangleistung 739 ff.
    - Mankoleistung 739 ff.
    - Teilleistung 739 ff.
  - Schadenskompensation 927 ff.
  - Schadenslage 894
  - Schadensminderung 881, 952 ff.
    - gestörte Gesamtschuld 967, 1132 ff.
    - Mitverschulden 960 ff.
    - Reserveursachen 967
    - Vorteilsrechnung 953 ff.
  - Schadensversicherung 955
  - Schadenszurechnung 877 ff.
  - Scheck 131, 168
  - Schickschuld 75, 103
  - Schlechtleistung 461, 475
  - Schmerzensgeld 946 ff.
  - Schockschaden 889
  - Schönheitsoperation 923
  - Schrankenfunktion 63
  - Schuld
    - Bringschuld 74, 102
    - Gattungsschuld 94
    - Geldschuld 111, 127
    - Holschuld 73, 101
    - Münzsortenschuld 111
    - Schickschuld 75, 103
    - Stückschuld 93
    - Vorratsschuld 96
    - Wahlschuld 106
    - Wertverschaffungsschuld 111
  - Schuldanerkenntnis 239
  - Schuldbeitritt 319
  - Schuldner 14 ff.
  - Schuldnergemeinschaft 1146
  - Schuldnermehrheit 1114 f.
  - Schuldnerschutz 281 ff.
  - Schuldübernahme 324
    - Angebotstheorie 327
    - Einwendungen 330
    - Erlöschen von Sicherungsrechten 331
    - Genehmigung 328
    - Schuldnerwechsel 329
    - Übernahmevertrag 325
    - Verfügungstheorie 327
  - Schuldnerverzug 640 ff.
  - Schuldnerwechsel 329

## Sachverzeichnis

- Schuldrechtliche Belastung 508
- Schuldverhältnis
  - Entstehung 12 ff., 27 ff.
  - im engeren Sinn 117
  - im weiteren Sinn 117
  - mit Dritten 607 ff., 1050 ff.
  - Teilschuldverhältnis 1104 ff.
  - vorvertragliches 602 ff.
- Schutzbedürftigkeit 1086
- Schutznormtheorie 887 ff.
- Schutzpflichten 626
- Schutzwirkung 1077 ff.
- Schutzzweck der Norm 887 ff.
- Sekundäranspruch Aufbau 10
- Sekundärpflichten 35
- Selbsthilfeverkauf 186
- Sicherungsabtretung 296 ff.
  - Gläubigergefährdung 307
  - Knebelung 306
  - Sicherungsabrede 297
  - Übersicherung 305
  - Unwirksamkeit 304 ff.
  - Verleitung zum Vertragsbruch 308
  - zukünftige Forderungen 300
- Sicherungszeession 296 ff.
- Sorgfaltsmaßstab 546 ff.
- Stellvertretung 1055
  - mittelbare 1101
- Stellvertretendes commodum 403, 426
- Störung der Geschäftsgrundlage 785 ff.
  - Äquivalenzstörung 818
  - beidseitiger Eigenschaftsirrturn 825 ff.
  - Beschaffungsrisiko 809
  - Geldentwertungsrisiko 810
  - gemeinsamer Irrturn 824 ff.
  - gesetzliche Sonderregelungen 788
  - hypothetisches Element 807
  - normatives Element 808
  - objektive Geschäftsgrundlage 803
  - offener Kalkulationsirrturn 829 ff.
  - reales Element 801 ff.
  - subjektive Geschäftsgrundlage 805
  - und Anfechtung 791
  - und Unmöglichkeit 792
  - und Zweckverfehlungskondiktion 798
  - Vertragsanpassung 814
  - Vertragsauflösung 816
  - wirtschaftliche Unmöglichkeit 795
  - Zweckstörung 793, 820 ff.
- Stückschuld 93
- Stundung 86, 168
- Subjektive Geschäftsgrundlage 805
- Subjektive Unmöglichkeit 378
- Sukzessivlieferungsvertrag 19, 841 ff.
- Surrogationsmethode 436, 692, 734
- Synallagma 354 ff.
- Tatsächliches Angebot 760 f.**
- Tatsächliche Unmöglichkeit 370
- Tauschsystemverträge 1010
- Teilabtretung 261
- Teigläubigerschaft 1105 ff.
- Teilleistung 132, 695 ff.
- Teillieferungsvertrag 841, 1037 f.
- Teilschuldnerschaft 1108
- Teilschuldverhältnis 1104 ff.
- Teilunmöglichkeit 389 ff., 440 ff., 695 ff., 708
  - qualitative 390, 441, 696, 708 f.
  - quantitative 391, 440, 697, 708 f.
- Teilzeit-Wohnrechtevertrag 988
- Theorie der finalen Leistungsbewirkung 126
- Theorie der realen Leistungsbewirkung 126
- Tilgungsbestimmung 141, 155
- Tilgungsreihenfolge 157 f.
- Treu und Glauben 60 ff.
  - dolo agit 69
  - Ergänzungsfunktion 62
  - Konkretisierungsfunktion 61
  - Korrekturfunktion 64
  - Präzisierungsfunktion 61
  - Schrankenfunktion 63
  - Unzulässige Rechtsausübung 65
  - Venire contra factum proprium 67
  - Verwirkung 68
- Übergang der Neben- und Vorzugsrechte 277**
- Übernahmevertrag 325
- Übersicherung 305
- Übertragung von Forderungen 247 ff.
- Übertragbarkeit 262
- Überweisung 128 f.
- Überwiegende Verantwortlichkeit 421 f.
  - und Rücktrittsrecht 476
- Umgestaltung 506
- Unmittelbarer Besitz 415
- Unmöglichkeit der Leistung 364 ff.
  - absolutes Fixgeschäft 373
  - absolute Unmöglichkeit 369
  - anfängliche Unmöglichkeit 375, 438, 623
  - Auswirkung auf die Gegenleistung 403 ff.
  - beiderseitig zu vertreten 428 ff.
  - Gattungsschulden 385
  - Geldschulden 387
  - grobes Missverhältnis 396 ff.
  - nachträgliche Unmöglichkeit 376, 703 ff.
  - Naturalrestitution 912 ff.
  - objektive Unmöglichkeit 377
  - persönliche Unzumutbarkeit 400
  - praktische Unmöglichkeit 394
  - prozessuale Einordnung 364
  - rechtliche Gründe 372
  - Rücktritt bei Unmöglichkeit 484 ff.
  - subjektive Unmöglichkeit 378
  - tatsächliche Gründe 370
  - Teilunmöglichkeit 389 ff., 440 ff., 695 ff.
  - und Gläubigerverzug 752 ff.
  - und Störung der Geschäftsgrundlage 792
  - Unwirksamkeit 530 ff.
  - vorübergehende Unmöglichkeit 393, 757 f.
  - wirkliche Unmöglichkeit 369
  - wirtschaftliche Unmöglichkeit 795, 818
  - Zweckerreichung 382
  - Zweckfortfall 383
- Unpfändbarkeit 271
- Untergang 511
- Unternehmer 972
- Unverhältnismäßige Aufwendungen 916 ff.
- Unvollkommen zweiseitiger Vertrag 28
- Unzulässige Rechtsausübung 65
- Unzumutbarkeit 400, 483, 744
- Urlaub 940 f.

## Sachverzeichnis

- Urlaubsprodukt 997
- Valutaschuld** 207 f.
- Valutaverhältnis 1070 f.
- Venire contra factum proprium 67
- Veranlassungshaftung 688
- Verantwortlichkeit
  - des Schuldners 536 ff.
  - überwiegende 421 f.
- Veräußerung 507
- Verarbeitung 506
- Verbindlichkeit 15 f.
- Verbleibende Bereicherung 521
- Verbot der Aufrechnung 216 ff.
- Verbrauch 505
- Verbraucher 970
- Verbraucherdarlehensvertrag 969, 1002
- Verbraucherverträge über digitale Produkte 462a ff.
- Verbraucherverträge über Waren mit digitalen Elementen 462 ff.
- Verbrauchervorschriften 968 ff.
- Verbrauchsgüterkauf 462 ff.
- Verbundene Verträge 1049 ff.
- Verfallsklausel 88
- Verfügung über künftiges Vermögen 113
- Verfügungsberechtigung 255
- Verfügungstheorie 327
- Verjährung
  - und Rücktritt 477
  - und Schadensersatz 639
- Verleitung zum Vertragsbruch 308 ff.
- Verlust der Arbeitskraft 939
- Vermittlungsvertrag 1002, 1010
- Vermögensfolgeschaden 893
- Vermögensschaden 870 f., 930
- Verrichtungsgehilfe 567a
- Versandhandel 78
- Versendungskauf 417 f., 875
- Verschlechterung 510
- Verschulden bei Schadensersatz 538 ff.
- Verschuldensfähigkeit 540 ff.
- Verschuldensprinzip 536, 688
- Verschuldenszurechnung 566 ff., 965 f.
- Versendungskauf 417 f., 1089
- Versprechender 1076
- Versprechensempfänger 1075 f.
- Vertane Freizeit 938
- Vertaner Urlaub 940
- Vertrag
  - einseitiger 29
  - mit Schutzwirkung zug. Dritter 1077 ff.
  - synallagmatischer 27
  - zugunsten Dritter 1051 ff.
- Vertragsanbahnung 604
- Vertragsanpassung 814 f.
- Vertragsauflösung 816
- Vertragsauslegung 46, 832
- Vertragsbruch 308 ff.
- Vertragsgegenstand 45 ff.
- Vertragstheorie 126
- Vertragstreue 358, 472, 732
- Vertragstypen 49
- Vertragsübernahme 323
- Vertragsverhandlungen 603
- Vertretenmüssen 536 ff., 730 f.
- Vertreter 576, 1055, 1101
- Verwendungen 528 f.
- Verwendungsrisiko 811
- Verwirkung 68
- Verzögerungsschaden 673 ff.
- Verzug 640 ff.
  - und Schadensersatz statt der Leistung 738
  - Verzugsbeginn 670 f.
  - Verzugshaftung 564, 672 ff.
  - Verzugsschaden 673 ff.
  - Verzugszinsen 675 f.
- Vollzugsverhältnis 1072
- Vorausabtretung 258
- Vorratsschuld 96
- Vorsatz 544
- Vorsorgekosten 876, 880 f.
- Vorteilsanrechnung 953 ff.
- Vorübergehende Unmöglichkeit 393, 757 f.
- Vorvertragliches Schuldverhältnis 602 ff.
- Vorzugsrechte - Übergang 277
- Wahlschuld** 106
- Waren mit digitalen Elementen 462 ff.
- Warenkaufrichtlinie 969
- Wechsel 131, 168
- Wechsel der Gläubigerstellung 273 ff.
- Wechselseitigkeit 202
- Wertersatz statt Rückgewähr 500 ff., 1045
- Werterschaffungsschuld 111
- Werkvertrag 420, 1099
- Wichtiger Grund 844 ff.
- Wirkliche Unmöglichkeit 369
- Wirtschaftliche Einheit 1019
- Wirtschaftliche Unmöglichkeit 795, 818
- Wissenselement 545
- Widerruf 449
- Widerruf nach Verbraucherrecht 968 ff.
- Widerrufserklärung 1035 ff.
- Widerrufsrechte (Verbraucherschutz) 968 ff.
- Wirtschaftliche Unmöglichkeit 795
- Wollenselement (Vorsatz) 545
- Wörtliches Angebot 768 f.
- Zahlungsaufschub** 977
- Zedent 248
- Zession 247 ff.
- Zessionar 248
- Zufallshaftung 518 f., 523, 564, 672 ff.
- Zug-um-Zug-Leistung 354 ff.
- Zurechnung Schaden 877 ff.
- Zurückbehaltungsrecht 334
- zusammenhängende Verträge 1049i
- Zuweniglieferung 718
- Zweckbindung 925
- Zweckerreichung 382, 756, 793
- Zweckfortfall 383, 756
- Zweckstörung 384, 756, 823 ff.
- Zweckvereinbarungstheorie 126
- Zweckverfehlungskondition 798