

Sachverhalt

Teil I

Am 3. Mai 2003 begibt sich BWL-Student Knut (K) zum Motorradhändler Wilhelm (W), um ein neues Gefährt für die anstehende Motorradsaison zu erwerben. W rät ihm zum Kauf einer „Hayabuza“, dem aktuellen Modell der Firma Suziwaki. Eine „Hayabuza“ habe er momentan im Ausstellungsraum zur Präsentation aufgebaut. Zudem könne er ihm gerade dieses Motorrad sehr günstig anbieten, da es zu Testzwecken auf dem Suziwaki-Werksengelände bereits 30 km gefahren sei. Gleichwohl habe das Motorrad noch keine Erstzulassung, sei also „nagelneu“. Dass die besagte Maschine schon seit 14 Monaten in seinen Ausstellungensräumen steht, verschweigt W. Nach einer Probefahrt entschließt sich K, dieses Motorrad für 11.950 € zu erwerben und unterschreibt ein Formular des W mit der Überschrift „Verbindlicher Kauf neuer Motorräder“. Noch am selben Tag fährt K mit der Suziwaki „Hayabuza“ vom Hof des W.

Vier Monate später prahlt K gegenüber Freunden mit seinem günstigen Motorradkauf. Alf (A) – selbst begeisterter Motorradfahrer – erwidert darauf, dass er W kenne und genau wisse, dass das von K erworbene Motorrad schon seit Januar 2002 in den Räumen des W ausgestellt war. Erboast gibt K im September 2003 die gefahrene Maschine zurück und verlangt, dass ihm W ein „fabrikneues“ Motorrad des Modells Suziwaki „Hayabuza“ zur Verfügung stellt. W bestreitet nicht, dass die Maschine bereits seit Januar 2002 bei ihm im Geschäft gestanden hat, bringt aber zutreffend vor, dass das Motorrad durch die Standzeit keinerlei Schäden genommen hatte. Zwar könne er eine fabrikneue Suziwaki „Hayabuza“ mit 30 km Test-Laufleistung unproblematisch beschaffen, jedoch sei er rechtlich dazu nicht verpflichtet. Falls doch eine Verpflichtung zur erneuten Lieferung bestehen sollte, müsse ihm K zugleich Nutzungsersatz i.H.v. 280 € leisten. Schließlich sei er vier Monate mit der „Hayabuza“ gefahren. Auch den Wertverlust durch die erfolgte Erstzulassung (500 €) und den benutzungsbedingten Verschleiß (400 €) müsse ihm K dann ersetzen. K lehnt die Zahlung von Nutzungs- bzw. Wertersatz ab. Die erforderliche Neulieferung „gehe allein auf das Konto des W“ und könne ihn, K, daher finanziell nicht belasten.

Nachdem K während der Anfertigung seiner Diplomarbeit die Sache eine Zeit lang vergessen hatte, entschließt er sich, seinen Anspruch auf Lieferung einer neuen Suziwaki „Hayabuza“ nunmehr gerichtlich gegen W durchzusetzen. Die entsprechende Klage seines Rechtsanwalts Dr. Marius Meier geht am 29. April 2005 beim zuständigen Gericht ein und wird dem W am 12. Mai 2005 zugestellt.

Teil II

Im Juli 2005 nimmt A den K in sein – bislang allein betriebenes – Antiquitätengeschäft als persönlich haftenden Gesellschafter auf. Zwar ist es nur ein kleines, nicht in das Handelsregister eingetragenes Geschäft, ohne Angestellte und mit marginalem Umsatz; gleichwohl hofft K, seinem Studium durch dieses unternehmerische Engagement einen Praxisbezug zu verleihen. Noch Ende Juli 2005 meldet sich Xaver (X) bei K und verlangt von ihm persönlich Zahlung von 50 €. X hatte im April 2005 im Laden des A ein Ölgemälde (inklusive Rahmen) des erst kürzlich verstorbenen fränkischen Malers Löwenheim für 1.500 € erworben. Den schwarzen Rahmen des Bildes hatte X umgehend mit weißer Farbe überstreichen lassen (Kosten: 50 €), da nach seinem Geschmack das Gemälde erst dadurch richtig zur Geltung kommt. Schon bald hatte X aber von einem befreundeten Kunstprofessor erfahren müssen, dass Löwenheim Zeit seines Lebens keine Ölbilder gemalt hat und folglich das erworbene Bild nicht von ihm stammen kann. Daraufhin hatte A, der auf Grund seiner beruflichen Erfahrungen die fehlende Urheberschaft Löwenheims hätte erkennen können, das veräußerte Gemälde im Mai 2005 zurückgenommen und X die 1.500 € ausgezahlt. Nun ärgert sich X auch über die Kosten der Umlackierung des Rahmens i.H.v. 50 € und verlangt diese von K. K verweigert die Zahlung, da „diese Geschichte noch vor seiner Zeit im Geschäft“ geschehen sei und zudem die Lackierung „eine völlig unnütze Maßnahme ohne jeden bleibenden Wert“ gewesen sei.

Vermerk für die Bearbeiter:

Alle Teile der Aufgabe sind zu bearbeiten. Dabei sind in einem ausführlichen Gutachten in der vorgegebenen Reihenfolge folgende Fragen zu beantworten:

1. Zu Teil I

Kann Knut von Wilhelm die Lieferung einer neuen Suziwaki „Hayabuza“ verlangen?

Vorausgesetzt dieser Anspruch besteht: Kann W im Gegenzug Nutzungsersatz i.H.v. 280 €, Wertersatz i.H.v. 500 € (Erstzulassung) und 400 € (Verschleiß) von K verlangen? Die Höhe des geltend gemachten Nutzungs- bzw. Wertersatzes ist dabei als angemessen zu unterstellen.

2. Zu Teil II

Hat Xaver gegen Knut einen Anspruch auf Ersatz der für die Umlackierung des Bilderrahmens aufgewendeten 50 €?

Klausurbearbeitungen können bis Montag, den 12. Dezember 2005, 12.00 Uhr im Sekretariat des Lehrstuhls (Gebäude B IX) abgegeben werden.

Lösungsskizze

Zu Teil I:

A. Anspruch des K gegen W auf Lieferung einer neuen Suziwaki „Hayabuza“ gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I 2. Alt BGB

I. Kaufvertrag zwischen K und W, § 433 BGB

- Auslegung (§§ 133, 157 BGB) des Kaufvertragsformulars („Verbindlicher Kauf neuer Motorräder“) ergibt: Kaufvertrag bezieht sich auf *fabrikneues* Motorrad des Modells Suziwaki „Hayabuza“, zumal W von einer „nagelneuen“ Maschine spricht
- keine Anfechtungserklärung (§ 143 BGB, §§ 119 II, 123 I 1. Alt. BGB i.V.m. § 142 BGB) des K, da das nicht seinem Begehren „Nachlieferung“ entspricht

II. Sachmangel i.S.v. § 434 BGB

1. Fabrikneuheit als vereinbarte Beschaffenheit i.S.d. § 434 I S. 1 BGB (s.o.)
2. Problem: Ist die Suziwaki „Hayabuza“ bei Abschluss des Kaufvertrages fabrikneu?
 - a) dafür spricht:
 - aktuelles Modell
 - keine standzeitbedingten Schäden oder Fehlfunktionen
 - 30 km Laufleistung lediglich zu Testzwecken vor Verlassen des Werks erfolgt
 - keine Teilnahme am allgemeinen Straßenverkehr bzw. keine Erstzulassung
 - b) dagegen der BGH (NJW 2004, S. 160 f.) bzgl. der Fabrikneuheit von Kfz
 - „... ist ein unbenutztes Kfz fabrikneu, wenn und solange das Modell dieses Fahrzeugs unverändert weitergebaut wird und wenn es keine durch eine längere Standzeit bedingte Mängel aufweist **und** wenn zwischen Herstellung des Fahrzeugs und Abschluss des Kaufvertrages nicht mehr als 12 Monate liegen“
 - nach der Verkehrsanschauung ist die Lagerdauer für die Wertschätzung eines Kfz unabhängig vom Eintritt standzeitbedingter Mängel von wesentlicher Bedeutung
 - jedes Kfz unterliegt einem Alterungsprozess, der mit dem Verlassen des Herstellungsbetriebes beginnt und selbst bei optimaler Lagerung nur verzögert

werden kann

- vgl. zu diesem Urteil auch: Anmerkungen von *Roth* in NJW 2004, S. 330 f.

c) Problem: Rechtsprechung auf Motorräder übertragbar?

- vgl. LG Berlin, NJW 2005, S. 2163 f.: Übertragbarkeit der Grundsätze zum „fabrikneuen Kfz“ selbst dann, wenn man von einer gegenüber Autos abweichenden, d.h. verbesserten Lagerung bei Motorrädern ausgeht

- hier: Standzeit im Geschäft des W unbestritten länger als 12 Monate

- daher liegt die vereinbarte Beschaffenheit „fabrikneu“ nicht vor

d) Zwischenergebnis

- das veräußerte Motorrad weist einen Sachmangel i.S.d. § 434 I S. 1 BGB auf

III. Bei Gefahrübergang, §§ 434 I S. 1, 446 BGB

- bei dem Sachmangel „fehlende Fabrikneuheit“ unproblematisch gegeben

- § 476 BGB muss insofern nicht bemüht werden

IV. Nacherfüllung gem. § 439 I BGB

1. Grundsätzlich Wahlrecht des Käufers gem. § 439 I BGB

- K verlangt Lieferung einer mangelfreien, d.h. fabrikneuen Suziwaki „Hayabuza“ gem. § 439 I 2. Alt BGB

- Nachbesserung in dieser Konstellation ohnehin unmöglich (§ 275 I BGB)

2. Problem: Unmöglichkeit der Nacherfüllung in Form der Nachlieferung beim Stückkauf?

a) es handelt sich im vorliegenden Fall um einen Stückkauf (vgl. § 243 I BGB)

- Kaufvertrag war auf das bei W ausgestellte Motorrad individualisiert

- Verkaufsgespräch bezog sich ausdrücklich auf diese Maschine, mit einer Laufleistung von 30 km, da nur für diese W einen besonders guten Preis gewähren konnte

- zudem Probefahrt des K mit diesem Exemplar

b) Ansicht der Rechtsprechung

- LG Ellwangen (NJW 2003, S. 517 f.): auch beim Stückkauf ist Nacherfüllung durch Ersatzlieferung grds. möglich, sofern es sich um Sachen handelt, die einer vertretbaren Sache wirtschaftlich entsprechen und das Leistungsinteresse des Käufers zufrieden stellen

- OLG Braunschweig (JZ 2003, S. 863 f.):

- die Unterscheidung zwischen Gattungs- und Stückschulden ist nach der Schuldrechtsreform obsolet geworden

- Leistungsinteresse des Käufers richtet sich nach der Konzeption der § 433 I S. 1 und S. 2 BGB auf Lieferung *einer* (*nicht: der*) mangelfreien Sache

- Unmöglichkeit daher nur dann, wenn der Verkäufer eine mangelfreie Sache der geschuldeten Art nicht beschaffen kann
 - vorliegend kann W nach eigener Auskunft unproblematisch eine fabrikneue Suziwaki „Hayabuza“ mit 30 km Laufleistung beschaffen
 - nach Auffassung der Rechtsprechung daher keine Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) der Nacherfüllung in Form der Nachlieferung
- c) MM in der Literatur
- beim Stückkauf scheidet eine Nachlieferung von vornherein auf Grund von Unmöglichkeit aus, da sich der Erfüllungsanspruch nur auf diesen einen bestimmten Gegenstand konzentriert und für den Nacherfüllungsanspruch als modifizierten Erfüllungsanspruch nichts anderes gelten kann
 - hiernach kann K keine Nachlieferung einer Suziwaki „Hayabuza“ von W fordern
- d) h.M. in der Literatur
- eine Unmöglichkeit der Nachlieferung beim Stückkauf ist zu verneinen, wenn es sich um eine vertretbare Sache (§ 91 BGB) handelt bzw. um eine Sache, die wirtschaftlich einer vertretbaren Sache entspricht und das Leistungsinteresse des Käufers zufrieden stellen kann
 - entscheidend ist die „Ersetzbarkeit nach dem Parteiwillen“ → Vertragsfreiheit
 - Wortlaut des § 439 I 2. Alt BGB kann eine Einschränkung der Nachlieferungspflicht auf Gattungsschulden nicht entnommen werden
 - auch Gesetzesbegründung schließt Nachlieferung beim Stückkauf *nicht grds.* aus
 - die Suziwaki „Hayabuza“ ist nach dem Willen von W und K ersetzbar und stellt zudem eine vertretbare Sache gem. § 91 BGB dar
 - nach Auffassung der h.M. in der Literatur daher vorliegend keine Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) der Nachlieferung

V. Ausschluss nach § 442 I BGB?

1. Keine Kenntnis des K vom Sachmangel, § 442 I S. 1 BGB
2. Grob fahrlässige Unkenntnis des Sachmangels seitens des K, § 442 I S. 2 BGB?
 - bei der Anpreisung der Maschine durch den W als „nagelneu“ und auf Grund der Aussage, die „Hayabuza“ sei „*momentan*“ zur Ausstellung aufgebaut, ergeben sich keine weiteren Nachforschungspflichten des K bzgl. der Standzeit des Motorrades
 - a.A. noch vertretbar; dann Prüfung von § 442 I S. 2 2. HS BGB, d.h. Arglist des W

VI. Einrede der Verjährung nach § 214 BGB?

1. Verjährungsfrist gem. § 438 I, III BGB
 - a) grds. gem. § 438 I Nr. 3 BGB Verjährungsfrist von zwei Jahren

b) Problem: Verjährungsfrist von drei Jahren, auf Grund von Arglist des W, § 438 III S. 1 BGB?

- W könnte den K durch Unterlassen arglistig getäuscht haben, wenn er zur Aufklärung über die lange Standzeit der Suziwaki „Hayabuza“ verpflichtet war
- das wäre nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) der Fall, wenn dieser Umstand für die Kaufentscheidung des W erkennbar von entscheidender Bedeutung war
- angesichts der großzügigen Rechtsprechung im Bereich des Autohandels kann das Bestehen einer entsprechenden Aufklärungspflicht bejaht werden (a.A. vertretbar)
- problematisch ist aber auch das Vorliegen von Arglist, da W wohl davon ausging, dass die lange Standzeit für die Neuheit der Maschine nicht von Relevanz ist (Sachverhalt insofern offen)
- bei Verneinung von Arglist (Klausurtaktik!) ist weiter zu prüfen:

2. Fristbeginn (§§ 438 II 2. HS, 187 I BGB): 4. Mai 2003

3. Fristende (§ 188 II 1. HS BGB): mit Ablauf des 3. Mai 2003

4. Hemmung der Frist durch Erhebung der Klage seitens des K (§§ 209, 204 I Nr. 1 BGB)?

- Erhebung der Klage (§§ 253 I, 261 ZPO) erst durch Zustellung der Klageschrift an den Beklagten W am 12. Mai 2005
- aber „Vorwirkung“ des § 167 ZPO: zwei Wochen „demnächst“ i.S.d. § 167 ZPO
- Frist des § 438 I Nr. 3 BGB gewahrt, d.h. keine Verjährung eingetreten

VII. Ergebnis

K hat gegen W einen Anspruch auf Nachlieferung einer fabrikneuen Suziwaki „Hayabuza“ gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I 2. Alt BGB.

B. Anspruch des W gegen K auf Nutzungersatz i.H.v. 280 € gem. §§ 439 IV, 346 I, II S. 1 Nr. 1 BGB

I. Nutzungen i.S.d. § 346 BGB

- Gebrauchsvorteile sind gezogene Nutzungen i.S.d. § 346 I BGB (vgl. § 100 BGB), die in Natur nicht mehr herausgegeben werden können, sodass gem. § 346 II S. 1 Nr. 1 BGB grds. Wertersatz zu leisten ist

II. Problem: Erfasst der Verweis des § 439 IV BGB auch die Verpflichtung des Käufers zum Ersatz der gezogenen Gebrauchsvorteile gem. § 346 I, II S. 1 Nr. 1 BGB?

1. Ansicht der Rechtsprechung und von Teilen der Literatur

- vgl. LG Fürth (NJW 2005, S. 2558 ff.), OLG Nürnberg (NJW 2005, S. 3000 ff.)
- § 346 BGB unterscheidet exakt zwischen der Rückgabe der Sache und der Herausgabe von Nutzungen → der Verweis in § 439 IV BGB bezieht sich aber nur auf den Aspekt der „Rückgewähr der mangelhaften Sache“
- die Gesetzesbegründung spricht sich zwar für eine entsprechende Ersatzpflicht aus, berücksichtigt dabei aber nicht die Interessen des Käufers
- die Gesetzesbegründung vergleicht nämlich sinnwidrig die Situation einer Lieferung einer mangelfreien Sache mit einer Nachlieferung auf Grund mangelhafter Sache (siehe zu diesem Argument näher unter 2.)
- einem Vergleich unterzogen werden muss vielmehr die Situation einer Nachlieferung mit einem Rücktritt nach Lieferung einer *mangelhaften* Sache
- beim Rücktritt muss der Verkäufer über die Rückerstattung des Kaufpreises auch seinen Gewinn wieder herausgeben, während er ihn bei einer Nachlieferung behalten kann → beim Rücktritt ist eine Nutzungsentschädigung daher angemessen
- dass bei der Nachlieferung der Käufer eine neue, nun wieder ungebrauchte Sache kostenlos erhält, stellt zwar einen gewissen Vorteil für den Käufer dar, aber letztlich ist die Nachlieferung ja auch im Fehlverhalten des Verkäufers begründet
- Nutzungsersatz könnte Verbraucher von der Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs abhalten → Art. 3 II Verbrauchsgüterkauf-RL bzw. § 439 II BGB zeigen aber die Tendenz des Gesetzgebers, dem Käufer durch Freistellung von Kosten die Entscheidung für die Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs zu erleichtern

2. Ansicht der h.M. in der Literatur

- vgl. ausführlich *Fest*, NJW 2005, S. 2959 ff., m.w.N.
- die Gesetzesbegründung geht auch für den Fall der Nachlieferung von einer Pflicht des Käufers zum Nutzungsersatz aus
- Käufer soll nicht besser stehen, als bei der Lieferung einer mangelfreien Sache, bei der er die mit der Nutzung einhergehende Wertminderung sofort zu tragen hat
- ohne Nutzungsersatz wäre der Käufer um die unentgeltliche Nutzung der mangelhaften Sache bereichert: die gezogenen Nutzungen sind nämlich nicht bereits durch den Kaufpreis abgegolten, da ihm mit der Nachlieferung zum *zweiten* Male eine neue unbenutzte Sache zur Verfügung gestellt wird, der Käufer aber nur einen Anspruch auf *einmalige* Lieferung einer mangelfreien Sache hat
- Wortlaut „nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 BGB“ spricht dafür, alle in diese Paragraphen genannten Regelungen – auch die über Nutzungsersatz – anzuwenden
- diese Lösung ist auch richtlinienkonform, da die Verbrauchsgüterkauf-RL in Art. 3 II nur verlangt, dass die *Vornahme* der Nacherfüllung unentgeltlich ist: der Nutzungsersatz basiert aber nicht auf der *Vornahme* der Nacherfüllung, sondern auf der vorherigen Nutzung des mangelbehafteten Gegenstands

III. Falls man der herrschenden Literaturmeinung folgt:

- Gründe für Ausschluss der Wertersatzpflicht gem. § 346 III S. 1 BGB nicht einschlägig
- Höhe des Nutzungsersatzes laut Bearbeitervermerk angemessen
- keine Verjährung (§ 214 BGB), da Anspruch aus § 439 IV BGB erst mit Ersatzlieferung der mangelfreien Sache entsteht (Verjährung gem. § 195 BGB in drei Jahren)

IV. Ergebnis

W hat gegen K einen Anspruch auf 280 € Nutzungsersatz gem. §§ 439 IV, 346 I, II S. 1 Nr. 1 BGB Zug um Zug gegen Lieferung einer neuen Suziwaki „Hayabuza“ (§§ 439 IV, 348 BGB).

C. Anspruch des W gegen K auf Ersatz der Wertminderung durch die Erstzulassung i.H.v. 500 € gem. §§ 439 IV, 346 I, II S. 1 Nr. 3 BGB

I. Verweis in § 439 IV BGB wieder problematisch?

- nein, da jetzt eine Folge der „Rückgewähr der mangelhaften Sache“ in Frage steht

II. Liegen die Voraussetzungen des § 346 I, II BGB vor?

- § 346 II S. 1 Nr. 3 2. HS BGB schließt explizit eine Wertersatzpflicht für die durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache eingetretene Verschlechterung aus
- Erstzulassung eines Kfz / Motorrads stellt bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme dar

III. Ergebnis

W hat keinen Anspruch gem. §§ 439 IV, 346 I, II S. 1 Nr. 3 BGB gegen K auf Ersatz der infolge der Erstzulassung eingetretenen Wertminderung i.H.v. 500 €.

D. Anspruch des W gegen K auf Ersatz der Wertminderung infolge bestimmungsbedingten Verschleiß gem. §§ 439 IV, 346 I, II S. 1 Nr. 3 BGB

I. Verweis in § 439 IV BGB hier problematisch?

- nein, da wieder eine Folge der „Rückgewähr der mangelhaften Sache“ betroffen ist

II. Wertersatzpflicht gem. § 346 II S. 1 Nr. 3 BGB?

1. Durch die Benutzung seitens des K ist am Motorrad eine Verschlechterung, d.h. Wertminderung i.H.v. 400 € eingetreten (§ 346 I, II S. 1 Nr. 3 BGB)
2. Problem: Wertersatzpflicht nach § 346 II BGB auch für Wertminderung infolge gewöhnlichen Gebrauchs?
 - a) e.A.: - für eine Verschlechterung der Sache auf Grund gewöhnlichen Gebrauchs ist auch Wertersatz gem. § 346 II S. 1 Nr. 3 1. HS BGB zu leisten
 - Umkehrschluss aus § 346 II S. 1 Nr. 3 2. HS BGB: das Gesetz schränkt die Wertersatzpflicht nur für eine Verschlechterung ein, die auf einer bestimmungsgemäßen *Ingebrauchnahme* beruht; eine Verschlechterung, die aus dem nachfolgenden Gebrauch resultiert, ist dagegen nicht vom Ausschluss erfasst
 - man muss zwischen Nutzung und *Abnutzung* unterscheiden
 - b) a.A.: - eine Wertersatzpflicht nach § 346 II BGB für Verschlechterungen infolge gewöhnlichen Gebrauchs ist abzulehnen
 - den Rückgewährschuldner trifft schon eine *Ersatzpflicht* bzgl. der gezogenen Nutzungen (d.h. auch bzgl. der Gebrauchsvorteile), *die* aber gerade einen Ausgleich für die mit dem gewöhnlichen Gebrauch einhergehende Wertminderung darstellt
 - sinnfällig insbesondere bei Rückgewähr eines benutzten Kfz: die Nutzungspauschale berechnet sich nach den gefahrenen Kilometern, korreliert also mit der damit einhergehenden Wertminderung
 - andere Wertung, wenn man im konkreten Fall den Nutzungsersatz über §§ 439 IV, 346 II BGB ablehnt?: wohl nicht, da ansonsten die durch den Ausschluss des Nutzungsersatzes intendierte Privilegierung des Käufers wieder hinfällig wäre
 - c) w.A.: - unter Aufnahme der Argumente der unter b) ausgeführten Ansicht ist Wertersatz für den benutzungsbedingten Verschleiß nur insofern zu leisten, als er noch nicht durch den Nutzungsersatz abgegolten ist

III. Ergebnis, wenn man der unter II. 2. b) ausgeführten Ansicht folgt:

W hat keinen Anspruch gegen K auf Ersatz der Wertminderung durch den benutzungsbedingten Verschleiß i.H.v. 400 € gem. §§ 439 IV, 346 I, II S. 1 Nr. 3 BGB.

E. Anspruch W gegen K auf Ersatz der Wertminderung durch benutzungsbedingten Verschleiß gem. §§ 439 IV, 346 IV, 280 I, 241 II BGB

I. Verweis in § 439 IV BGB hier problematisch?

- nein, da es sich um eine Folgefrage der „Rückgewähr der mangelhaften Sache“ handelt

II. Schuldverhältnis, § 280 I S. 1 BGB

III. Pflichtverletzung des K gem. §§ 280 I S. 1, 241 II BGB

- Ansprüche auf Schadensersatz wegen Verschlechterung bzw. Untergang der Sache noch vor Rücktrittserklärung sind sehr umstritten
- nach extensivster Ansicht besteht eine Rechtspflicht (§ 241 II BGB) zum sorgfältigen Umgang mit der Sache bereits dann, wenn der Rückgewährschuldner (hier: der Käufer K) den Rücktrittsgrund (hier: Grund für die Nachlieferung) hätte erkennen können
- K hatte keinen Anlass, an der Fabrikneuheit der Suzuki „Hayabusa“ zu zweifeln
- auch nach extensivster Ansicht bestand keine Rechtspflicht des K i.S.d. § 241 II BGB zum sorgfältigen Umgang mit dem Motorrad
- eine nähere Darstellung des Streits kann daher unterbleiben

IV. Ergebnis

W hat keinen Anspruch gegen K gem. §§ 439 IV, 346 IV, 280 I, 241 II BGB auf Ersatz der Wertminderung durch den benutzungsbedingten Verschleiß i.H.v. 400 €.

Zu Teil II:

A. Anspruch des X gegen K auf Ersatz der Lackierkosten i.H.v. 50 € gem. §§ 130, 128 HGB (analog) i.V.m. §§ 347 II, 346, 437 Nr. 2, 326 V, 323 BGB

I. Haftung des eintretenden Gesellschafters, § 130 HGB

- Eintrittshaftung nach § 130 I HGB setzt den Eintritt in *bestehende* Gesellschaft voraus
- vor dem Eintritt des K als persönlich haftender Gesellschafter in das Geschäft des A führte A das Geschäft allein → da es keine Ein-Mann-Personengesellschaft gibt, bestand zum Eintrittszeitpunkt keine Gesellschaft

II. Analoge Anwendung des § 130 HGB?

- keine Regelungslücke, da § 28 HGB Haftungsfragen bei der sog. „Vergesellschaftung eines Einzelkaufmännischen Unternehmens“ regelt
- sollte die Anwendung des § 28 I HGB im konkreten Fall in Bezug auf das Vorliegen eines Einzelkaufmännischen Unternehmens problematisch sein (vgl. D III. 3. / 4.), ist eine Analogie zu § 28 HGB auf jeden Fall sachnäher

III. Ergebnis

X hat gegen K keinen Anspruch auf Ersatz der Lackierkosten i.H.v. 50 € gem. §§ 130, 128 HGB (analog) i.V.m. §§ 347 II, 346, 437 Nr. 2, 326 V, 323 BGB.

B. Anspruch des X gegen K auf Ersatz der 50 € Lackierkosten nach §§ 28 I S. 1, 128 HGB (analog) i.V.m. §§ 347 II, 346, 437 Nr. 2, 326 V, 323 BGB

Dem X steht ein solcher Anspruch zu, wenn eine Verpflichtung des A gegenüber X zum Ersatz der Lackierkosten nach den §§ 347 II, 346, 437 Nr. 2, 326 V, 323 BGB begründet wurde, für diese Verpflichtung die durch Eintritt des K entstandene Gesellschaft haftet (§ 28 I HGB, ggf. analog) und K wiederum für diese Gesellschaftsschuld haftet (§ 128 HGB, ggf. analog).

I. Anspruch des X gegen A aus §§ 347 II, 346, 437 Nr. 2, 326 V, 323 BGB begründet?

1. Erfolgt Rücktritt des X

a) Rücktrittserklärung, § 349 BGB

- konkludent durch Rückgabe des Bildes im Mai 2005

b) Rücktrittsgrund, §§ 437 Nr. 2, 326 V, 323 BGB

aa) gegenseitiger Vertrag

- dass Kaufvertrag auf anfänglich unmögliche Leistung gerichtet war (es gibt kein Ölbild des fränkischen Künstlers Löwenheim) berührt Wirksamkeit des Vertrages nicht, § 311a I BGB

bb) Verletzung der Pflicht zur mangelfreien Leistung (§ 433 I S. 2 BGB) durch A

- Sachmangel nach § 434 I S. 1 BGB: vereinbarte Beschaffenheit war Ölbild des fränkischen Künstlers Löwenheim

cc) Nacherfüllung gem. § 439 I BGB in beiden Varianten unmöglich (§ 275 I BGB)

dd) Setzung einer Nacherfüllungsfrist daher entbehrlich (§ 326 V BGB)

ee) Kein Ausschluss nach § 323 V S. 2 BGB

- teilweise Leistung i.S.d. § 323 V S. 1 BGB, da der Rahmen mangelfrei war?

- abzulehnen, da § 323 V S. 1 BGB nur *quantitative* Teilleistungen erfassen soll
- zudem würde sich auch aus § 323 V S. 1 BGB kein Gewährleistungsausschluss ergeben, weil erkennbar kein Interesse nur am Erhalt eines Rahmens besteht
- fehlende Urheberschaft nicht unerhebliche Pflichtverletzung, § 323 V S. 2 BGB

2. Notwendige Verwendung gem. § 347 II S. 1 BGB?

- notwendige Verwendungen sind Vermögensaufwendungen, die der Sache zugute kommen und zur Erhaltung der Sache objektiv erforderlich sind
- Umlackierung durch X erfolgte nur aus Gründen des persönlichen Geschmacks und war nicht zur Erhaltung des Rahmens erforderlich → keine notwendige Verwendung

3. Aufwendung, durch die der Gläubiger (hier: A) bereichert ist, § 347 II S. 2 BGB?

- Rahmen hat durch die (allein) veränderte Farbe nach der Verkehrsanschauung objektiv (§ 818 II BGB) keinen höheren Wert erhalten → keine Bereicherung des A
- als Hilfsbegründung kann man auch die Grundsätze der *aufgedrängten Bereicherung* heranziehen: subjektiv ist die Umlackierung für den A ohne jeden Wert und er kann auch durch eine Veräußerung des Rahmens keinen Mehrwert realisieren

4. Folglich besteht kein Anspruch des X gegen A auf Ersatz der Umlackierungskosten i.H.v. 50 € nach §§ 347 II, 346, 437 Nr. 2, 326 V, 323 BGB.

II. Ergebnis

X hat gegen K keinen Anspruch auf Ersatz der Kosten der Umlackierung i.H.v. 50 € gem. §§ 28 I S. 1, 128 HGB (analog) i.V.m. §§ 347 II, 346, 437 Nr. 2, 326 V, 323 BGB.

C. Anspruch des X gegen K auf Ersatz der 50 € Lackierkosten gem. §§ 28 I S. 1, 128 HGB analog i.V.m. §§ 437 Nr. 3, 311a II BGB

I. Anspruch des X gegen A aus §§ 437 Nr. 3, 311a II BGB im Mai 2005 begründet?

1. Schuldverhältnis, anfängliche Unmöglichkeit der Nacherfüllung (vgl. B I. 1. b)
2. keine Exkulpation des A, § 311a II S. 2 BGB
 - laut Sachverhalt hat A seine Unkenntnis vom Leistungshindernis zu vertreten (Fahrlässigkeit gem. § 276 II BGB)
 - ohnehin wird das Verschulden gem. § 311a II S. 2 BGB vermutet

3. Problem: Aufwendung von 50 € für die Lackierung als Schaden?

- X hätte die 50 € auch bei ordnungsgemäßer Leistung des A aufgewendet → kein Schaden
- keine andere Bewertung durch die sog. *Rentabilitätsvermutung*, da diese Aufwendung für konsumptive und nicht für erwerbswirtschaftliche Zwecke getroffen wurde
- insofern besteht auch kein Abgrenzungsproblem zwischen der Rentabilitätsvermutung und der Regelung des § 284 BGB (dazu instruktiv: BGH, NJW 2005, S. 2848 ff.)

3. Somit hat X gegen A keinen Anspruch auf Ersatz der Kosten der Umlackierung i.H.v. 50 € nach §§ 437 Nr. 3, 311a II BGB.

II. Ergebnis

X steht gegen K kein Anspruch auf Ersatz der Lackierungskosten i.H.v. 50 € aus §§ 28 I S. 1, 128 HGB (analog) i.V.m. §§ 437 Nr. 3, 311a II BGB zu.

D. Anspruch des X gegen K auf Ersatz der Lackierungskosten i.H.v. 50 € nach §§ 28 I S. 1, 128 HGB analog i.V.m. §§ 437 Nr. 3, 284 BGB

I. Anspruch des X gegen A aus §§ 437 Nr. 3, 284 BGB im Mai 2005 begründet?

1. Schadensersatzanspruch statt der Leistung dem Grunde nach gegeben (vgl. Teil II C)
2. Aufwendung im Vertrauen auf Erhalt der Leistung
3. die Gläubiger billigerweise machen durfte
 - e.A.: musste Gläubiger mit Nichterhalt der Leistung rechnen (§ 254 BGB) → hier (-)
 - a.A.: Missverhältnis zwischen Aufwendung und Leistung → hier (-)
4. Kein Ausschluss nach § 284 letzter HS. BGB
5. Problem: § 284 BGB im Kaufgewährleistungsrecht durch § 347 II BGB ausgeschlossen bzw. begrenzt?
 - a) MM in der Literatur: § 347 II BGB sperrt § 284 BGB
 - Verwendungs- bzw. Aufwendungsersatz im Rückgewährschuldverhältnis richten sich allein nach § 347 II BGB, da sonst die Ausnahme von der Ersatzpflicht des Schuldners (= Rückgewährgläubiger) gem. §§ 346 III S. 1 Nr. 3, 347 II S. 1 BGB umgangen werden könnte
 - b) h.L. bzw. Rechtsprechung: § 284 BGB ist neben § 347 II BGB anwendbar

- vgl. BGH, NJW 2005, S. 2848 ff.
 - Gesetz ordnet in § 325 BGB explizit ein Nebeneinander von Rücktritt und Schadens- und damit auch Aufwendungsersatz an
 - nach obiger Ansicht würde der Gläubiger bei einer kumulativen Geltendmachung von Aufwendungsersatz und Rücktritt schlechter stehen, als wenn er nur Aufwendungsersatz verlangt → mit gesetzgeberischer Intention nicht zu vereinbaren
 - zudem besteht bei § 284 BGB das Korrektiv des Verschuldens
5. Wenn man der Ansicht der Rechtsprechung bzw. h.L. folgt: X hat gegen A einen Anspruch auf Ersatz der Umlackierungskosten i.H.v. 50 € gem. §§ 437 Nr. 3, 284 BGB.

II. Haftet die Gesellschaft für diese Verpflichtung gem. § 28 I S. 1 HGB (analog)

1. Eintritt des K als persönlich haftender Gesellschafter im Juli 2005
2. in das Geschäft eines *Einzelkaufmanns*
 - keine Kaufmannseigenschaft des A, da Antiquitätenladen keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (keine Angestellten, geringer Umsatz)
 - damit Vermutung des § 1 II HGB widerlegt
 - auch eine Eintragung in das Handelsregister gem. § 2 HGB liegt nicht vor
 - durch Eintritt des K in das Geschäft des A wurde demnach „nur“ eine – ebenfalls teilrechtsfähige – GbR (§ 705 BGB) und keine oHG (§ 105 I, II S. 1 HGB) gegründet
 - § 28 I HGB setzt aber die Gründung einer Personenhandelsgesellschaft voraus, sodass eine direkte Anwendung dieser Norm ausscheidet
3. Problem: Ist § 28 I HGB auf die Gründung einer GbR analog anwendbar?
 - a) e.A. in der Literatur bzw. Rechtsprechung: kein Analogieschluss zulässig
 - *Anmerkung*: im letzten einschlägigen Urteil ist der BGH einer Neuorientierung seiner Rechtsprechung vor dem Hintergrund der veränderten Auffassung zur Haftungsverfassung der GbR noch ausgewichen (vgl. BGH, NJW 2004, S. 836 ff.)
 - die analoge Anwendung des § 28 HGB ist nicht sachgerecht, da vor dem Eintritt kein Handelsgewerbe betrieben wurde und deshalb ein besonderes Vertrauen der Altgläubiger nicht geweckt wurde
 - eine abweichende Vereinbarung i.S.d. § 28 II HGB ist für eine GbR gar nicht in das Handelsregister eintragbar
 - b) a.A. in der Literatur: § 28 I HGB ist analog auf die Gründung einer GbR anzuwenden
 - Haftungskonzept der GbR hat sich dem der oHG angeglichen
 - wendet man § 130 HGB analog auf die GbR an, dann ist es nur konsequent, auch § 28 I HGB analog bei der GbR heranzuziehen
 - ein Interesse der Altgläubiger an *Haftungskontinuität* besteht auch bei der Überfüh-

rung des bisher haftenden Vermögens eines Kleingewerbetreibenden in das Gesamtvermögen einer GbR; m.a.W.: § 28 I HGB knüpft nicht an Besonderheiten der Personenhandels-gesellschaft an und kann so analog auf die GbR Anwendung finden

4. Wenn man der letztgenannten Ansicht folgt: Die durch den Eintritt des K als Gesellschafter gegründete GbR haftet gem. § 28 I S. 1 HGB analog für den Anspruch des X gegen A auf Ersatz der Umlackierungskosten i.H.v. 50 € aus §§ 437 Nr. 3, 284 BGB.

III. K haftet als Gesellschafter für diese Verbindlichkeit der GbR, § 128 HGB analog

IV. Ergebnis

X hat gegen K einen Anspruch auf Ersatz der Kosten der Umlackierung des Bilderrahmens i.H.v. 50 € aus §§ 28 I S. 1, 128 HGB analog i.V.m. §§ 437 Nr. 3, 284 BGB.

Notenverteilung:

0	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18
-	1	5	12	7	6	11	10	7	5	5	2	3	1	1	1	-	1	-

Anzahl der Bearbeitungen: 78

Durchfallquote: 23,08%

Durchschnitt: 6,53