

**Vorlesung**  
**“Das neue Schuldrecht in Anspruchsgrundlagen”**

---

**Übungsfall 9: Rücktrittsrecht und Gefahrtragung**

**Ausgangsfall:**

V verkauft und übereignet am 3.4.2002 an K einen von ihm bisher privat genutzten Pkw als “unfallfreies” Fahrzeug für 4000.- €. Am 1.5.2002 wird der Pkw bei einem Unfall, den K, der auch sonst zur Fahrlässigkeit neigt, leicht fahrlässig verursacht, vollständig zerstört. Hierbei kommt zutage, daß das Fahrzeug tatsächlich bereits einen Vorunfall hatte. Sein tatsächlicher Wert betrug 3000.- €. Ohne den Unfall hätte es einen Wert von 5000.- € gehabt. V, der das Fahrzeug selbst gebraucht gekauft hatte, hatte hiervon keine Kenntnis.

Daraufhin erklärt K gegenüber V den Rücktritt vom Vertrag und fordert den Kaufpreis zurück. V ist dazu nicht bereit, weil K das Fahrzeug nicht zurückgeben könne.

Kann K von V Rückzahlung des Kaufpreises verlangen?

**Abwandlung 1:**

Wie Ausgangsfall, jedoch entdeckt K den Vorunfall bereits am 15.4.2002, erklärt noch am selben Tag den Rücktritt vom Vertrag und bietet V das Fahrzeug zur Rückgabe an. Da V meint, für den Fehler nicht verantwortlich zu sein, weigert er sich, das Fahrzeug zurückzunehmen. K benutzt es daher weiter. Am 1.5.2002 wird der Pkw bei einem von K fahrlässig verursachten Unfall vollständig zerstört.

K verlangt von V Rückzahlung des Kaufpreises. Zu Recht?

**Abwandlung 2:**

Wie Abwandlung 1, jedoch erklärt K noch nicht sofort den Rücktritt, sondern benutzt das Fahrzeug noch für eine Geschäftsreise am 16.4.2002. Hierbei wird der Pkw bei einem von K fahrlässig verursachten Unfall vollständig zerstört. Am 18.4.2002 erklärt K den Rücktritt vom Vertrag und fordert sein Geld zurück. V ist zur Rückzahlung nur bereit, wenn ihm K Schadensersatz leistet.

Kann K von V Rückzahlung des Kaufpreises verlangen?

**Abwandlung 3:**

Der Pkw hat ein schadhaftes Schiebedach. Dies mindert den Wert des Fahrzeugs um 500.- €. K verlangt von V Reparatur, wozu sich V sofort bereiterklärt. Er bietet an, den Pkw sofort abzuholen und die Reparatur, die ihn 200.- € kosten würde, vorzunehmen. K verweigert dies, weil er zunächst noch mit dem Auto einen Ausflug machen will. Hierbei wird der Pkw bei einem Unfall, den K nicht zu vertreten hat, vollständig zerstört.

Welche Ansprüche hat K gegen V?

---

**Grobskizze der Lösung** (nach neuem Recht ohne intertemporale Probleme):

**Ausgangsfall:**

**Anspruch K gegen V auf Rückzahlung des Kaufpreises**

K könnte gegen V einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises aus §§ 437 Nr. 2, 326 V, 323, 346 I BGB haben.

**A. Anspruchsentstehung**

**I. Wirksamer Kaufvertrag**

**II. Rücktrittsrecht des K aus §§ 326 V, 323**

**1. Schlechtleistung**

-> § 434 I S. 1 (subj. Fehlerbegriff)

**2. Befreiung von der Pflicht zur mangelfreien Leistung nach § 275 BGB ("qualitative Unmöglichkeit")**

-> Nacherfüllung i.S.v. § 439 I nicht möglich: Unfallfreiheit läßt sich nicht herstellen (§ 275 I), Lieferung einer mangelfreien (anderen) Sache scheidet bei einer Stückschuld zumindest grundsätzlich aus (s. *Lorenz/Riehm* Rn. 505 f m. Nachw. auch der Gegenansicht; s. auch *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung [Einl. zum Materialienband] S. XXIV).

**3. Kein Rücktrittsausschluß (§§ 326 V Hs. 2, 323 V S. 2, VI)**

liegt nicht vor, da kein unerheblicher Mangel und keine Verantwortlichkeit des K. Zerstörung des Pkw läßt das Rücktrittsrecht im übrigen unberührt.

**4. Rücktrittserklärung (§ 349)**

(+)

**B. Rechtsvernichtende Einwendungen**

Nicht ersichtlich

**C. Einreden des V**

**I. Zug-um-Zug Einrede aus §§ 348, 320 BGB**

V könnte eine Einrede aus §§ 348, 320 BGB haben, wenn er aus dem Rücktritt einen Gegenanspruch gegen K hat.

**1. Anspruch des V auf Rückübereignung des Pkw aus § 346 I BGB**

-> besteht nicht gem. § 275 I BGB (Unmöglichkeit) sowie wegen der Wertersatzpflicht nach § 346 II Nr. 3 BGB<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Es ist daher unnötig, für den Wegfall der Pflicht auf § 275 I BGB zurückzugreifen, weil bereits § 346 II Nr. 3 die Rückerstattungspflicht in natura substituiert ("Statt der Rückgewähr ...").

## 2. Anspruch des V auf Wertersatz aus § 346 II BGB

### a) Begründung des Wertersatzanspruchs

-> Untergang des empfangenen Gegenstands (§ 346 II 1 Nr. 3)

### b) Umfang (§ 346 II 2 BGB)

-> Der Kaufpreis ist "zugrunde zu legen". Das kann bedeuten: Kaufpreis abzüglich des Minderwerts (hier: 2000.- €)<sup>2</sup> oder Reduzierung nach Minderungsgrundsätzen (§ 441 III analog)<sup>3</sup>, hier also 2400.- €.

### c) Ausschluß des Wertersatzanspruchs (§ 346 III BGB)

-> hier: Ausschluß nach § 346 III Nr. 3

#### (a) Gesetzliches Rücktrittsrecht

(+)

#### (b) Untergang beim Berechtigten

(+)

#### (c) Wahrung der *diligentia quam in suis* (§ 277 BGB)

(+)

## 3. Anspruch des V auf Wertersatz für gezogene Nutzungen aus § 346 I, II Nr. 2 BGB

Gem. § 346 I BGB hat K die gezogenen Nutzungen, hier die Gebrauchsvorteile (§ 100 BGB), herauszugeben. Diese sind in natura nicht herausgabefähig, so daß stattdessen gem. § 346 II Nr. 1 BGB Wertersatz zu leisten ist. Die Höhe des Nutzungersatzes richtet sich nach dem sog. "Wertverzehr" (zeitanteilige lineare Wertminderung), die gem. § 287 ZPO ggf. durch Schätzung zu ermitteln ist<sup>4</sup>.

## II. Einrede aus § 273 I BGB

Setzt einen fälligen Gegenanspruch und Konnexität voraus. Als Gegenanspruch kommt hier ein Schadensersatzanspruch aus § 280 I BGB in Betracht. Allerdings hat K keine Pflicht gegenüber V verletzt, da er vor Erklärung des Rücktritts und vor Kenntnis des Rücktrittsgrundes weder eine Pflicht zur Rückübereignung noch eine Nebenpflicht aus dem Kaufvertrag zum sorgsamem Umgang (§ 241 II BGB) mit dem Pkw hatte<sup>5</sup>.

## D. Ergebnis

K kann von V die Rückzahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Nutzungersatz verlangen (ggf. kann hier auch aufgerechnet werden).

---

<sup>2</sup> So *Lorenz/Riehm* Rn. 425.

<sup>3</sup> So *Kaiser* JZ 2001, 1057, 1059 sowie *Köhler/Fritzsche*, Fälle zum neuen Schuldrecht, Fall 8 Rn. 43 (S. 87).

<sup>4</sup> S. nur *Palandt-Heinrichs*, Erg.Bd., § 346 Rn. 10 m.w.N.: Ca. 0.4% - 1 % des Anschaffungspreises pro gefahrenen 1000 km.

<sup>5</sup> Insoweit unstr., s. etwa *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung [Einl. zum Materialienband] S. XLVI; *Köhler/Fritzsche* aaO Fall 8 Rn. 51 (S. 88).

## Abwandlung 1:

### **Anspruch K gegen V auf Rückzahlung des Kaufpreises**

K könnte gegen V einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises aus §§ 437 Nr. 2, 326 V, 323, 346 I BGB haben.

#### **A. Anspruchsentstehung**

##### **I. Wirksamer Kaufvertrag**

##### **II. Rücktrittsrecht des K aus §§ 326 V, 323**

###### **1. Schlechtleistung**

-> s.o.

###### **2. Befreiung von der Pflicht zur mangelfreien Leistung nach § 275 BGB ("qualitative Unmöglichkeit")**

-> s.o.

###### **3. Kein Rücktrittsausschluß (§§ 326 V Hs. 2, 323 V S. 2, VI)**

-> s.o.

###### **4. Rücktrittserklärung (§ 349)**

-> s.o.

#### **B. Rechtsvernichtende Einwendungen**

Nicht ersichtlich

#### **C. Einreden des V**

##### **I. Zug-um-Zug Einrede aus §§ 348, 320 BGB**

V könnte eine Einrede aus §§ 348, 320 BGB haben, wenn er aus dem Rücktritt einen Gegenanspruch gegen K hat.

###### **1. Anspruch des V auf Rückübereignung des Pkw aus § 346 I BGB**

###### **2. Anspruch des V auf Wertersatz aus § 346 II BGB**

-> (s.o), Ausschluß nach § 346 III Nr. 3

###### **3. Anspruch des V auf Wertersatz für gezogene Nutzungen aus § 346 I, II Nr. 2 BGB**

-> (s.o.)

##### **II. Einrede aus § 273 I BGB**

Setzt einen fälligen Gegenanspruch und Konnexität voraus. Als Gegenanspruch kommt hier ein Schadensersatzanspruch aus § 346 IV, 280 I, III, 283 BGB in Betracht.

###### **1. Schuldverhältnis**

Rückgewährschuldverhältnis aus erklärtem Rücktritt

## 2. Pflichtverletzung

Nichtleistung des Pkw

## 3. Weitere Voraussetzungen aus § 280 III BGB für den Schadensersatz statt der Leistung

-> Fall von § 283 BGB, keine weiteren Tb.-Voraussetzungen

## 4. Rechtswidrigkeit der Pflichtverletzung

Die Pflichtverletzung ist rechtswidrig.

## 5. Vertretenmüssen

### a) Ausgangspunkt

-> Vermutung des § 280 I 2

### b) Bezugspunkt

-> Unmöglichwerden der Rückübereignung

### c) Maßstab

§ 276 -> Vorsatz und jede Fahrlässigkeit. **Privilegierung des § 346 III Nr. 3 gilt nicht im Rahmen von § 346 IV BGB<sup>6</sup>**. Hier könnte aber eine Haftungsmilderung nach § 300 I BGB vorliegen, wenn V im Annahmeverzug war.

### (a) Erfüllbarer Anspruch (§ 271 BGB)

(+)

### (b) Ordnungsgemäßes Angebot (§ 294 BGB)

(+)

### (c) Nichtannahme der Leistung

(+)

Da nur einfache Fahrlässigkeit des K vorlag, hat er die Pflichtverletzung daher nicht zu vertreten.

## 6. Zwischenergebnis

Kein Schadensersatzanspruch des V gegen K.

## D. Ergebnis

K kann von V die Rückzahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Nutzungsersatz verlangen (ggf. kann hier auch aufgerechnet werden<sup>7</sup>).

---

<sup>6</sup> Lorenz/Riehm aaO Rn. 434; Canaris aaO S. XLV ff.

<sup>7</sup> Wenn man sich der Meinung anschließt, die ein ZBR aus § 273 I BGB für ausgeschlossen hält, wenn der Schuldner sich durch Aufrechnung befreien kann (Ungleichartigkeit der Forderungen als "ungeschriebene Tb.-Voraussetzung" von § 273 BGB), muß man den Komplex unter "B. Rechtsvernichtende Einwendung" prüfen und dort klarstellen, daß sich V insoweit durch Aufrechnung befreien kann (§ 389 BGB), wenn er diese erklärt. S. dazu etwa MünchKomm-Krüger § 273 BGB Rn. 75 m.w.N.: "Stehen sich gleichartige Forderungen gegenüber, hat jede Seite das Recht aufzurechnen ... Hier gebührt aber der spezielleren Regelung der Aufrechnung der Vorrang. Die Aufrechnung führt zu einer endgültigen Lösung (beiderseitige Tilgung), das Zurückbehaltungsrecht zu

## **Abwandlung 2:**

### **Anspruch K gegen V auf Rückzahlung des Kaufpreises**

K könnte gegen V einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises aus §§ 437 Nr. 2, 326 V, 323, 346 I BGB haben.

#### **A. Anspruchsentstehung**

-> s.o.

#### **B. Rechtsvernichtende Einwendungen**

Nicht ersichtlich

#### **C. Einreden des V**

##### **I. Zug-um-Zug Einrede aus §§ 348, 320 BGB**

V könnte eine Einrede aus §§ 348, 320 BGB haben, wenn er aus dem Rücktritt einen Gegenanspruch gegen K hat.

###### **1. Anspruch des V auf Rückübereignung des Pkw aus § 346 I BGB**

(-), s.o.

###### **2. Anspruch des V auf Wertersatz aus § 346 II BGB**

-> (s.o), Ausschluß nach § 346 III Nr. 3

###### **3. Anspruch des V auf Wertersatz für gezogene Nutzungen aus § 346 I, II Nr. 2 BGB**

-> (s.o.)

##### **II. Einrede aus § 273 I BGB**

Setzt einen fälligen Gegenanspruch und Konnexität voraus. Als Gegenanspruch kommt hier ein Schadensersatzanspruch aus § 346 IV, 280 I, III, 283 BGB in Betracht.

###### **1. Fälliger Anspruch**

###### **a) Schuldverhältnis**

Ein Rückgewährschuldverhältnis aus § 346 I BGB bestand z.Zt. der Zerstörung des Fahrzeugs nicht, da der Rücktritt noch nicht erklärt war. Als Schuldverhältnis kommt aber der mit V geschlossene Kaufvertrag in Betracht.

---

einer Blockade, die nur durch tatsächliche Leistungen Zug um Zug aufgehoben werden kann. Hieran besteht grundsätzlich kein schützenswertes Interesse. Daher ist im Regelfall bei gleichartigen konnexen Leistungen in einer Ausübung des Zurückbehaltungsrechts die Erklärung der Aufrechnung zu sehen (sei es durch Auslegung oder - weil ein Zurückbehaltungsrecht unzulässig wäre - durch Umdeutung). Nur wenn trotz Aufrechnungsmöglichkeit ein besonderes Interesse an der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts besteht, ist diese Einrede dem Schuldner zuzubilligen"

**b) Pflichtverletzung**

Eine Pflicht zur Rückgewähr des Kfz bestand zu keinem Zeitpunkt. K könnte aber gegen eine nicht leistungsbezogene Nebenpflicht aus § 241 II BGB verstoßen haben. Entscheidend hierfür ist, ob den K ab dem Zeitpunkt, in welchem er von dem Rücktrittsgrund Kenntnis erlangt hat, eine vertragliche Pflicht zum sorgfältigen Umgang mit dem im Falle des Rücktritts zurückzugewährenden Gegenstands trifft. Ist dies der Fall, so gälte hierfür jedenfalls die Privilegierung auf die eigenübliche Sorgfalt aus § 346 III Nr. 3 BGB nicht.

Die Gesetzesmaterialien sind zu diesem Problem zumindest nicht eindeutig<sup>8</sup>, die wohl überwiegende Ansicht bejaht aber eine solche Rechtspflicht (s. dazu ausführlich *Canaris* aaO S. XLVI ff; a.A. etwa *Lorenz/Riehm* aaO Rn. 434; *Kaiser* aaO.).

**c) Weitere Voraussetzungen aus § 280 II, III BGB**

Im Falle der Verletzung einer nicht leistungsbezogenen Pflicht aus § 241 II liegt in Bezug auf den durch die Pflichtverletzung unmittelbar eingetretenen Schaden kein Schadensersatz "statt der Leistung" (§ 280 III BGB) vor. Dies ist nur dann vorstellbar, wenn der Gl. wegen der Verletzung einer "begleitenden" nicht leistungsbezogenen Pflicht unter Ablehnung der geschuldeten Leistung an deren Stelle Schadensersatz begehrt (s. § 282 BGB). Da es sich bei dem geltend gemachten Schaden auch nicht um einen Verzögerungsschaden handelt (§ 280 II BGB), sind weitere objektive Tatbestandsvoraussetzungen nicht zu prüfen.

**d) Rechtswidrigkeit der Pflichtverletzung**

Die Pflichtverletzung ist rechtswidrig.

**e) Vertretenmüssen (§ 276 BGB)**

**(a) Ausgangspunkt**

-> Vermutung des § 280 I 2

**(b) Bezugspunkt**

-> Zerstörung des Pkw

**(c) Maßstab**

§ 276 -> Vorsatz und jede Fahrlässigkeit. **Privilegierung des § 346 III Nr. 3 gilt nicht im Rahmen von § 280 I, 241 II BGB.** Haftungsmilderung liegt nicht vor.

**f) Schaden, haftungsausfüllende Kausalität (§ 249 BGB)**

Zu ersetzen ist der durch die Pflichtverletzung entstandene Schaden. Ohne das schädigende Ereignis wäre K zur dann geschuldeten Rückgabe des Pkw imstande gewesen. Zu ersetzen ist damit der Zeitwert des Pkw z.Zt. des Entstehens des Rückgewähranspruchs des V, d.h. z.Zt. des Rücktritts.

---

<sup>8</sup> S. BT-Drucks. 14/7052 S. 194 wonach "eine Rechtspflicht zur sorgsamem Behandlung entsteht ..., wenn die Partei weiß oder wissen muß, daß die Rücktrittsvoraussetzungen vorliegen". Sie setze "spätestens ein, wenn der Rücktritt erklärt wird", könne sich "unter Umständen aber auch bereits früher ergeben".

## 2. Konnexität

Das (weit zu verstehende) Erfordernis "desselben rechtlichen Verhältnisses" i.S.v. § 273 BGB liegt vor.

### D. Ergebnis

K kann von V die Rückzahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Nutzungsersatz und Schadensersatz verlangen (ggf. kann hier auch aufgerechnet werden<sup>9</sup>).

### Abwandlung 3:

#### A. Anspruch K gegen V auf Nacherfüllung

K könnte einen Anspruch auf Nacherfüllung aus §§ 437 I, 439 I BGB haben. Dies setzt voraus:

##### I. Anspruchsentstehung

###### 1. Kaufvertrag

-> s.o.

###### 2. Sachmangel

Schadhaftes Schiebedach begründet einen Sachmangel i.S.v. § 434 I 2 Nr. 2 BGB (obj. Fehlerbegriff)

###### 3. Rechtshindernde Einwendungen: Möglichkeit der Nachbesserung

Die Nachbesserung war, da es sich um eine Stückschuld handelte, nur durch Beseitigung des Mangels (Reparatur), nicht aber durch Lieferung einer mangel-freien Sache möglich.<sup>10</sup>

##### II. Erlöschen des Anspruchs

Mit der Zerstörung des Pkw war auch die Reparatur des Schiebedachs nicht mehr möglich, V wurde damit von der Pflicht zur Nacherfüllung (§ 439 BGB) nach § 275 I BGB (vollständig) befreit.

##### III. Ergebnis

K kann von V nicht Nacherfüllung verlangen.

#### B. Anspruch K gegen V auf Rückzahlung des Kaufpreises

K könnte gegen V einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises aus §§ 437 Nr. 2, 326 V, 323, 346 I BGB haben.

##### I. Anspruchsentstehung

---

<sup>9</sup> S.o. Fn. 7.

<sup>10</sup> Das ist im einzelnen str., s. etwa *Lorenz/Riehm* aaO Rn. 505 m.w.N.; *Canaris* aaO S. XXIV, hier aber unproblematisch.



## 1. Wirksamer Kaufvertrag

-> s.o.

## 2. Rücktrittsrecht des K aus §§ 326 V, 323

### a) Schlechtleistung

Schadhaftes Schiebedach begründet einen Sachmangel i.S.v. § 434 I 2 Nr. 2 BGB (obj. Fehlerbegriff)

### b) Befreiung von der Pflicht zur mangelfreien Leistung nach § 275 BGB ("qualitative Unmöglichkeit")

Mit der Zerstörung des Pkw war die Reparatur des Schiebedachs nicht mehr möglich, V damit von der Pflicht zur Nacherfüllung (§ 439 BGB) befreit, da diese hier auch nicht durch Lieferung "einer mangelfreien Sache" erfolgen konnte. Die Unmöglichkeit trat auch vor Ablauf einer evtl. nach § 323 BGB gesetzten Nachfrist ein, so daß nicht bereits ein Rücktrittsrecht nach § 323 BGB gegeben war.

### c) Kein Rücktrittsausschluß

#### (a) Unerheblichkeit (§ 326 V Hs. 2, 323 V BGB)

-> kein unerheblicher Mangel

#### (b) Überwiegende Verantwortlichkeit des Gl. (§ 326 V Hs. 2, 323 VI Alt. 1 BGB)

Der "zum Rücktritt berechtigende Umstand" i.S.v. § 323 VI ist im Rahmen des § 326 V BGB der Mangel sowie die Unmöglichkeit seiner Behebung im Wege der Nacherfüllung. "Verantwortlichkeit" bedeutet in diesem Zusammenhang wohl ein untechnisches "Verschulden gegen sich selbst", auf welches die Regelungen über das Vertretenmüssen analog anzuwenden sind (a.A. vertretbar). K hat die Zerstörung des Fahrzeugs und die sich daraus ergebende Befreiung des V von der Nacherfüllungspflicht jedoch nicht i.S.v. § 276 BGB zu vertreten.

#### (c) Eintritt der Unmöglichkeit der Nachbesserung während des Annahmeverzugs (§ 326 V Hs. 2, 323 VI Alt. 1 BGB)

Der Rücktritt wäre aber auch ausgeschlossen, wenn der das Rücktrittsrecht begründende Umstand (= die Unmöglichkeit der Behebung des Mangels durch Nacherfüllung) während des Annahmeverzugs des K in Bezug auf die von V angebotene Nacherfüllung eingetreten ist und von V nicht zu vertreten ist. Dies setzt voraus:

#### (1) Annahmeverzug des K

##### 1) Erfüllbarer Anspruch (§ 271 BGB)

(+)

##### 2) Ordnungsgemäßes Angebot (§ 294 BGB)

V hat die (einzig geschuldete) Art der Nacherfüllung angeboten.

##### 3) Nichtannahme der Leistung

(+)

#### (2) Kein Vertretenmüssen der Unmöglichkeit der

## **Nacherfüllung durch V** (+)

Das Rücktrittsrecht des K ist damit ausgeschlossen.

### **II. Ergebnis**

K hat keinen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises.

## **C. Anspruch des K gegen V auf anteilige Zurückzahlung des Kaufpreises**

K könnte gegen V einen Anspruch auf anteilige Rückzahlung nach Minderung aus § 441 IV, 346 I BGB haben. Dies setzt voraus:

### **I. Minderungsrecht des K (§ 441 I BGB)**

K hat kein Rücktrittsrecht, daher auch kein Minderungsrecht, § 441 I 2 BGB ist nicht einschlägig, der Fall des § 323 VI BGB ist hiervon nicht erfaßt.

### **II. Ergebnis**

K hat keinen Anspruch auf anteilige Rückzahlung des Kaufpreises.

## **D. Anspruch des K gegen V auf Erstattung der ersparten Nachbesserungsaufwendungen**

### **I. Aus § 326 II 2, IV, 346 I BGB**

Setzt voraus, daß der Anspruch auf die Gegenleistung nach § 326 II 1 BGB aufrechterhalten bleibt, weil der Gl. für die Unmöglichkeit verantwortlich ist oder sich z.Zt. des Eintritts im Annahmeverzug befand. Hier liegt aber ein Fall des § 326 I 2 BGB vor, d.h. die Gegenleistungspflicht war ohnehin nicht *ipso iure* entfallen.

### **II. Aus § 326 II 2, IV, 346 I BGB analog**

#### **1. Planwidrige Regelungslücke**

Die hier vorliegende Konstellation ist vom Gesetzgeber nicht bedacht worden. Es handelt sich um den Ausnahmefall eines nachträglich unheilbar gewordenen Sachmangels. Hierbei handelt es sich um einen Unmöglichkeitensfall, bei welchem aber die Gegenleistungspflicht zunächst vollständig erhalten bleibt (§ 326 I 2 BGB), so daß § 326 II 1 BGB gar nicht eingreifen muß, was aber § 326 II 2 BGB "ausschaltet".

Es ist zwar rechtsethisch korrekt, daß K weder zurücktreten noch mindern kann, weil er dem K zurechenbar die Möglichkeit genommen hat, sich den vollen Kaufpreis durch Nacherfüllung zu "verdienen". Es ist aber nicht einzusehen, daß dem V in diesem Fall die Kosten erspart bleiben, die er hierzu hätte aufwenden müssen.

#### **2. Vergleichbarkeit**

Die ratio des § 326 II 2 BGB trifft aber auch vorliegend zu. § 326 I 2 BGB, der hier die Anwendung von § 326 II BGB verhindert, dient nur der Aufrechterhaltung des *ius variandi* des Käufers im Falle "qualitativer Unmöglichkeit". Den Effekt des Wegfalls der Gegenleistungspflicht soll er über eine rechtsgestaltende Erklärung (Rücktritt) erreichen können (§ 326 V BGB). Aus Wertungsgesichtspunkten unterscheidet sich die Situation aber keineswegs von derjenigen sonstiger Unmöglichkeitensfälle.

Der Kaufpreis vermindert sich daher *ex lege* um diese Aufwendungen

**III. Ergebnis**

Analog § 326 II 2, IV , 346 I BGB kann K von V Zahlung von 200.- € (Wert der ersparten Nachbesserungsaufwendungen des V) verlangen.