

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

---

**Übungsfall 11: "Nitrofen"**

Der Futtermittelhändler H kauft am 15.1.2002 beim Futtermittelgroßhändler V 200 t inländisches Futtergetreide zum Preis von 7000.- €. V seinerseits bezieht das von ihm verkaufte Futtergetreide vom Hersteller L zum Preis von 5000.- €. Die ersten 100 t liefert V am 1.2.2002. Sie stammen - was L dem V bewußt verschwiegen hatte - aus ausländischer Produktion und sind - was L nicht bekannt war - überdies aufgrund der Lagerung in einer bestimmten Lagerhalle mit dem Pflanzenschutzmittel Nitrofen verunreinigt. Für V war weder die ausländische Herkunft noch die Verseuchung erkennbar. Die Lieferung weiterer 100 t am 1.3.2002 stammt hingegen aus dem Inland, ist nachweisbar mangelfrei und wegen der abweichenden Herkunft auch von jedem Verdacht der Verseuchung frei.

Als H am 1.4.2002 durch die Presse von dem Sachverhalt erfährt, beschwert er sich noch am gleichen Tag bei V und verlangt erneute Lieferung. Die gelieferte Ware entspreche nicht der bestellten, verseuchtes Getreide könne wohl nicht als "Futter" bezeichnet werden. V weigert sich, das verunreinigte Futter zurückzunehmen und durch noch auf dem Markt erhältliches Futtergetreide zu ersetzen, da er als Zwischenhändler für den Nitrofen-Skandal nicht verantwortlich sei.

H erklärt am 27.9.2002 den Rücktritt vom Vertrag und verlangt von V Rückzahlung des gesamten Kaufpreises sowie Schadensersatz in Höhe von 1500.- €, weil er die erste Lieferung, wenn sie nicht verseucht gewesen wäre, zum Preis von 5000.- € an einen Viehzuchtbetrieb hätte weiterverkaufen können. Angesichts der mittlerweile rapide gesunkenen Marktpreise für Futtergetreide sei dieser Gewinn auch durch eine rechtzeitige Nachlieferung des H nicht mehr realisierbar gewesen. Die unverseuchte Hälfte der Lieferung wolle er deshalb jetzt ebenfalls nicht mehr.

V ist der Ansicht, daß jetzt ohnehin alle Ansprüche verjährt seien. Für den Fall, daß er dem H den Kaufpreis zurückerstatten muß, kündigt er dem L den sofortigen Rücktritt sowie die Geltendmachung entgangenen Gewinns aus dem Geschäft mit H an. L ist allenfalls zur Ersatzlieferung bereit.

- 1.) Welche Ansprüche hat H gegen V?
- 2.) Kann V von L Rückzahlung des an diesen gezahlten Kaufpreises verlangen?
- 3.) Kann V von L Schadensersatz für einen entgangenen Gewinn verlangen?

---

**Grobskizze der Lösung:**

**A. Anspruch des H gegen V auf Rückzahlung des Kaufpreises aus §§ 437 Nr. 2, 323, 346 I BGB**

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

**I. Anspruchsentstehung**

1. **Wirksamer Kaufvertrag**
2. **Rücktrittsrecht des H aus § 323 BGB**

**a) Fällige Leistungspflicht**

Der ursprüngliche Erfüllungsanspruch auf mangelfreie Leistung (§ 433 I 2 BGB) ist mit Ablieferung der Sache durch den Nacherfüllungsanspruch ersetzt und modifiziert worden. Als fällige Leistungspflicht kommt daher nur noch der Anspruch auf Nacherfüllung aus § 439 I

BGB in Betracht<sup>1</sup>.

**(a) Lieferung einer mangelhaften Sache**

Ist die Kaufsache nur der Gattung nach bestimmt, ist eine vom Verkäufer zur Erfüllung dieses Vertrages gelieferte Sache mangelhaft nach § 434 I BGB mangelhaft, wenn sie nicht die von den Parteien vertraglich vereinbarten bzw. vorausgesetzten Beschaffenheiten aufweist oder nicht die üblicherweise vorausgesetzten Beschaffenheiten aufweist, d.h. nicht mittlerer Art und Güte ist (§ 243 I BGB). Ein Sachmangel liegt aber - unabhängig von der Frage der Genehmigungsfähigkeit - nach § 434 III BGB auch dann vor, wenn die gelieferte Sache einer anderen als der von den Parteien vertraglich vereinbarten Gattung angehört. Grundsätzlich kann beim Gattungskauf daher offen bleiben, ob es sich um eine Schlechtlieferung (*peius*) oder Falschlieferung (*aliud*) handelt. Nur wenn die vom Verkäufer gelieferte Sache aus der Sicht des Käufers (*Empfängerhorizont*) nicht zur Erfüllung der Verkäuferpflicht aus § 433 I 1 BGB bestimmt ist, es sich also aus diesem Blickwinkel nicht einmal um den Versuch einer Vertragserfüllung handelt (etwa im Falle einer irrtümlichen Lieferung), kommt reines Nichterfüllungsrecht (§§ 280 I, 281, 283, 286 ff BGB) und nicht Sachmängelrecht (§§ 434, 437 BGB) zur Anwendung (vgl. *Lorenz/Riehm*, Rn. 495).

Im vorliegenden Fall kann daher offenbleiben, ob es sich bei dem Futtergetreide aus ausländischer Produktion um "mangelhaftes Inlandsfutter" oder um ein *aliud* handelt. Gleiches gilt für das Problem der Nitrofenverseuchung. Es liegt jedenfalls ein Sachmangel vor.

**(b) Vorliegen des Sachmangels im Zeitpunkt des Gefahrübergangs**

Der Sachmangel muß bereits in dem Zeitpunkt vorliegen, in dem bei Mangelfreiheit der Kaufsache die (Gegenleistungs-) Gefahr auf den Käufer übergegangen wäre (vgl. *Lorenz/Riehm* Rn. 497).

Ohne den Sachmangel wäre die Gefahr gem. § 446 S. 1 BGB mit der Übergabe des Getreides auf H übergegangen. Zu diesem Zeitpunkt lag der Sachmangel bereits vor.

**(c) Keine Genehmigungsfiktion (§ 377 II HGB)**

Ein Verstoß des H gegen die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit des § 377 HGB, die zur Fiktion der Genehmigung der Kaufsache geführt hätte, liegt nicht vor. Zwar ist § 377 HGB anwendbar, da es sich um einen Handelskauf handelt (die Parteien sind Kaufleute i.S.v. § 1 HGB, der Kaufvertrag ist ein beiderseitiges Handelsgeschäft i.S.v. § 343, 377 I HGB), jedoch hat H weder die Untersuchungsobliegenheit (der Mangel war nicht erkennbar) noch die Rügeobliegenheit verletzt, weil er den Mangel unmittelbar mit Bekanntwerden gerügt hat.

**(d) Kein Ausschluß des Nacherfüllungsanspruchs**

Als Nacherfüllung kann der Käufer nach seiner Wahl Beseitigung des Mangels (Nachbesserung) oder Lieferung einer man-

---

<sup>1</sup> S. dazu bereits Übungsfall 10 "Dachziegel"

gelfreien Sache verlangen. Während im Falle einer Stückschuld zumindest bei vertretbaren Sachen Nacherfüllung durch Lieferung einer (anderen) mangelfreien Sache nicht in Betracht kommt, weil sich das Schuldverhältnis auf einen genau individualisierten Gegenstand beschränkt<sup>2</sup>, sind im Falle einer Gattungsschuld sind grundsätzlich beide Arten der Nacherfüllung möglich.

**(1) Mängelbeseitigung, § 439 I Alt. 1 BGB**

-> gem. § 275 I ausgeschlossen

**(2) Nachlieferungsanspruch, § 439 I Alt. 2 BGB**

(+), da auf dem Markt noch vorhanden

**(e) Leistungsverweigerungsrecht des V**

K könnte jedoch berechtigt sein, die Nachlieferung zu verweigern:

**(1) Gem. § 275 II BGB**

Voraussetzung der sog. faktischen Unmöglichkeit i.S. v. § 275 II 1 BGB ist ein grobes Mißverhältnis zwischen dem Leistungsaufwand des Schuldners und dem Leistungsinteresse des Gläubigers. Ein grobes Mißverhältnis kann nur dann angenommen werden, wenn die Erbringung der Leistung nach den gesamten Umständen von niemandem ernsthaft in Betracht gezogen würde und sich das Bestehen des Gläubigers auf Erfüllung in Natur offensichtlich als rechtsmißbräuchlich darstellen würde. Zu berücksichtigen ist dabei gem. § 275 II 2 BGB auch, ob der Schuldner das Leistungshindernis, hier also den Sachmangel, zu vertreten hat (vgl. *Lorenz/Riehm* Rn. 307 ff). Fraglich ist daher, ob dem V nach diesen Kriterien eine Nachlieferung unzumutbar ist.

Zwar hat V den Sachmangel nicht zu vertreten, da nicht er, sondern die Hersteller die Verseuchung herbeigeführt haben. Aber auch unter Berücksichtigung dieses Umstands, ist es nicht unverhältnismäßig, ihn an seiner Nachlieferungspflicht festzuhalten. Dies gilt zumindest dann, wenn die Wiederbeschaffungskosten unverseuchten Futters die ursprünglich vereinbarte Gegenleistung nicht exorbitant übersteigen. Denn wäre der Sachmangel schon vor Ablieferung entdeckt worden, hätte V, da Gattungsverkäufer, die Leistungsgefahr getragen, d.h. unverseuchtes Futter u.U. ebenfalls teurer einkaufen müssen. Es ist nicht einzusehen, weshalb sich diese Risikoordnung nach einer Schlechtlieferung ändern sollte.

**(2) gem. § 439 III BGB**

Ein Recht des H zur Verweigerung der Nachlieferung

---

<sup>2</sup> S. dazu *Lorenz/Riehm* Rn. 505; bei vertretbaren Sachen a.A. etwa *Canaris* Schuldrechtsmodernisierung 2002 [Materialienband] S. XXIV, der zutreffend darauf hinweist, daß das Problem "eher theoretisch interessant als praktisch wichtig" ist.

könnte sich jedoch aus § 439 III BGB ergeben.  
Nach § 439 III BGB kann der Verkäufer die Nachlieferung verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Gegenüber der Einrede aus § 275 II, III BGB setzt die Regelung eine niedrigere Schwelle für die Leistungsverweigerung. Maßstab für die Unverhältnismäßigkeit der Kosten der Nachlieferung sind nach S. 2 insbes. der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und die Bedeutung des Mangels.

Da die Verunreinigung die Hälfte des von V gelieferten Futters unverkäuflich macht, ist der Mangel erheblich. Beseitigt werden kann die aus dem Sachmangel resultierende Pflichtverletzung (vgl. § 433 I 2 BGB) nur durch Nachlieferung. Die Kosten hierfür sind, wie bereits dargelegt, nicht exorbitant. Folglich hat V auch kein Leistungsverweigerungsrecht aus § 439 III BGB.

**(f) Fälligkeit des Nachlieferungsanspruchs**

Der Nacherfüllungsanspruch gem. § 439 I wird mit der Übergabe der mangelhaften Sache fällig. Sonstige rechtshemmenden Einwendungen (Einreden) sind nicht ersichtlich.

**b) Fristsetzung zur Nachlieferung**

Ist nicht erfolgt, war hier aber gem. § 323 II Nr. 1 BGB entbehrlich (ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung).

**c) Kein Rücktrittsausschluß (§ 323 V S. 2, VI BGB)**

**(a) § 323 VI BGB**

(-)

**(b) § 323 V BGB**

Gem. § 323 V 1 BGB kann der Gläubiger einer **teilbaren Leistung** bei der Verspätung eines Teils der Leistung nur teilweise zurücktreten, es sei denn, er hat an der verbliebenen Teilleistung **kein Interesse**. Gem § 323 V 2 BGB kann er dagegen bei einer **nicht vertragsgemäßen** Leistung schon zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung **nicht unerheblich** ist. Im vorliegenden Fall liegt in Bezug auf den mangelhaften Teil der Lieferung fraglos ein nicht unerheblicher Mangel vor. In Bezug auf die zweite Teillieferung liegt aber kein Sachmangel vor. Es liegt damit eine **teilweise nicht vertragsgemäße Leistung** vor. Fraglich ist, ob diese den Rücktrittsausschlußgründen einer Teilleistung (§ 323 V 1 BGB) oder denjenigen einer mangelhaften Leistung (§ 323 V 2 BGB) zu unterstellen sind. Im vorliegenden Fall ist diese Frage von entscheidender Bedeutung dafür, ob H auch in Bezug auf die zweite Teillieferung zurücktreten kann: In Bezug auf den gesamten Kaufgegenstand (200 t Getreide) liegt bei der Mangelhaftigkeit von 100 t zwar ein nicht unerheblicher Mangel der Gesamtsache vor, jedoch ist ein Interessewegfall in Bezug auf die 100 t fehlerfreies Getreide nicht gegeben. Ein solcher setzt nämlich voraus, daß das Interesse an der verbliebenen Teilleistung gerade

auf der partiellen Nichterfüllung beruht<sup>3</sup>, was hier gerade nicht der Fall ist: H könnte die gelieferten mangelfreien 100 t weiter absetzen, der Preisverfall hat nichts mit der teilweisen Nichterfüllung zu tun.

Für den Rücktritt wegen eines Sachmangels könnte man aus der Gleichstellung einer Teilleistung mit einem Sachmangel in § 434 III BGB schließen, daß sich im Kaufrecht (und auch im Werkvertragsrecht - s. § 633 II 3 BGB) der Rücktritt vom ganzen Vertrag wegen einer nur teilweisen Leistung immer nach § 323 V 2 BGB richtet. Das hätte dann *a fortiori* für die Teilschlechtleistung zu gelten.

Dagegen spricht jedoch, daß Zweck der Gleichstellung von Teilleistung und mangelhafter Leistung in § 434 III BGB allein ist, den Nacherfüllungsanspruch den *Beschränkungen* des Sachmängelrechts zu unterwerfen (insbes. der Verjährung des § 438 BGB) und dem Gläubiger die Möglichkeit der Minderung zu eröffnen. Für eine Gleichstellung im Rahmen des § 323 V BGB besteht daher kein Bedürfnis. Vielmehr würde die Vorschrift des § 323 V 1 BGB ihres wesentlichen praktischen Anwendungsbereichs beraubt, wenn die Teilleistung im Rahmen eines Kauf- oder Werkvertrags (§ 633 II 2 BGB!) stets nach § 323 V 2 BGB behandelt würde (vgl. *Canaris*, ZRP 2001, 335; *ders.* Schuldrechtsmodernisierung 2002 aaO S. XXII f und *Lorenz/Riehm* Rn. 219, offengelassen in BT-Drucks. 14/7052 S. 185). Das gilt auch für die Teilschlechtleistung. Auf die Teilwie die Teilschlechtleistung ist daher einheitlich § 323 V 1 BGB anzuwenden (a.A. vertretbar).

Folglich kann H auf jeden Fall vom Kaufvertrag in Bezug auf die 100 t verseuchtes Getreide zurücktreten. Darüber hinaus kann er vom ganzen Kaufvertrag nur zurücktreten, wenn er auch an der Lieferung der 100 t mangelfreien Getreides kein Interesse hat. Dies ist hier aus og. Gründen zu verneinen.

### **3. Rücktrittsrecht aus § 324 BGB**

Die Verletzung einer Nebenpflicht i.S.v. § 241 II BGB durch V könnte zwar in der Weigerung der Nacherfüllung gesehen werden ("Vertragsaufsage"), jedoch sind keine Gründe ersichtlich, weshalb dem H deshalb das Festhalten am Vertrag in Bezug auf die mangelfreie zweite Lieferung unzumutbar sein soll.

### **4. Zwischenergebnis**

H hat ein Rücktrittsrecht nur bezüglich der ersten Lieferung von 100 t.

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

(+)

## **II. Rechtsvernichtende Einwendungen**

Keine Unwirksamkeit des Rücktritts nach § 218 I BGB, da der Nacherfüllungsanspruch noch nicht verjährt ist (§ 438 I Nr. 3, II BGB).

---

<sup>3</sup> S. dazu MünchKomm-Emmerich § 325 BGB a.F. Rn. 16; BGH NJW 1990, 3011; zur Fortgeltung der zu § 325 I 2 BGB a.F. geltenden Grundsätze s. Begr. RegE BT-Drucks. 14/6040 S. 186.

### III. Einreden des V

V muß gem. §§ 348, 320 I BGB nur Zug-um-Zug gegen die von H nach §§ 437 Nr. 2, 323, 346 I BGB geschuldete Rückübereignung des verseuchten Getreides leisten.

### IV. Ergebnis

V kann von H die Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 3500.- € Zug-um-Zug gegen Rückübereignung des verseuchten Getreides verlangen<sup>4</sup>.

## B. Anspruch des H auf Schadensersatz in Höhe von € 1.500 aus § 437 Nr. 3 i.V.m. § 280 I BGB

H könnte gegen V einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB i.H.v. € 1500.- haben. Ein solcher Anspruch ist gem. § 325 durch den von H bereits erklärten (teilweisen) Rücktritt nicht ausgeschlossen.

Dies setzt voraus:

### I. Haftungs begründung

#### 1. Pflichtverletzung (§ 280 I)

##### a) Pflicht zur sachmangelfreien Leistung (§ 433 I S. 2 BGB)

(+)<sup>5</sup>

##### b) Nacherfüllungspflicht (§ 439 I BGB)

(+)

#### 2. Schaden, haftungsbegründende Kausalität

Für den geltendgemachten Schaden kausal ist lediglich die Verletzung der Pflicht aus § 433 I 2 BGB, da lt. Sachverhalt der Gewinn aus einem Weiterverkauf bereits mit Lieferung des verseuchten Getreides endgültig war und auch bei rechtzeitiger Nacherfüllung nicht kompensierbar gewesen wäre.

#### 3. Weitere Voraussetzungen (§ 280 II, III BGB)

##### a) Schadensersatz statt der Leistung (§ 280 III BGB)

Zwar macht H entgangenen Gewinn geltend. Dieser ist aber nicht zwingend Bestandteil des Schadensersatzes "statt der Leistung" i.S.v. § 280 III BGB. Ein solcher liegt dann nicht vor, wenn es sich um einen bereits endgültig eingetretenen Schaden handelt, der durch eine - gedachte - Nacherfüllung nicht mehr kompensierbar wäre (s. etwa *Lorenz/Riehm* Rn. 185). Liegt letzteres vor, handelt es sich um einen Schaden, dessen Ersatz *auch* neben der Leistung geltend gemacht werden könnte. Dies ist hier der Fall: Der Gewinn aus dem Weiterverkauf ist durch die Lieferung der mangelhaften Sache unmittelbar und endgültig entstanden und wäre wegen des Preisverfalls auch bei einer Nacherfüllung nicht mehr realisierbar

---

<sup>4</sup> Zu einer Rücknahmepflicht des V s. Übungsfall 10 "Dachziegel" unter C.

<sup>5</sup> Zur fortbestehenden Relevanz des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs für die Frage der Pflichtverletzung s. Übungsfall 10 "Dachziegel" unter B. II. mit Fn. 2)

gewesen. H könnte diesen Schaden auch neben einem fortbestehenden (Nach-)Erfüllungsanspruch geltend machen.

**b) Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung (§ 280 II)**

Handelt es sich bei dem von H geltend gemachten Schadensersatz somit nicht um Schadensersatz statt der Leistung, sondern um Schadensersatz "neben der Leistung", ist weiter zu prüfen, ob es sich um einen Verzögerungsschaden i.S.v. § 280 II BGB handelt.

Str. ist, ob der sich aus der Lieferung einer mangelhaften Sache ergebende Verzögerungsschaden als Mangelfolgeschaden unmittelbar aus § 437 Nr. 3, 280 I BGB ersetzbar ist, oder ob hierzu die Voraussetzungen der §§ 280 II, 286 BGB vorliegen müssen. Im vorliegenden Fall ist dies entscheidungserheblich, weil V zwar mangelhaftes Getreide geliefert hatte, sich z. Zt. des Schadenseintritts aber mangels Mahnung (s. § 286 BGB) nicht im Schuldnerverzug befand.

Nach der in den Materialien klar zum Ausdruck kommenden Auffassung des Gesetzgebers unterliegt der durch die Lieferung einer mangelhaften Sache eingetretene "Verzögerungsschaden" als Mangelfolgeschaden nicht den zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 2, 286 BGB<sup>6</sup>. Als - allerdings schwaches - systematisches Argument kann man sich weiter darauf stützen, daß § 437 Nr. 3 hinsichtlich der Schadensersatzansprüche des Käufers nicht auf § 286, sondern lediglich auf die §§ 280, 281, 283 und 311a verweist (s. dazu *Lorenz/Riehm* Rn. 546).

Nach a.A. führt dies zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung zwischen einem Verkäufer, der gar nicht liefert und einem Verkäufer, der zumindest eine mangelhafte Sache liefert<sup>7</sup>.

Der entscheidende Unterschied zwischen beiden Fällen liegt aber in der Pflichtverletzung: Bei der Lieferung einer mangelhaften Sache bezieht sich das Verschulden auf den Sachmangel, bei der nicht rechtzeitigen Lieferung auf die Verspätung der Leistung. "Pflichtverletzung" in bezug auf den mangelbedingten Nutzungsausfallschaden ist m.a.W. nicht die Verletzung der Pflicht zu rechtzeitiger, sondern diejenige zu mangelfreier Lieferung. Das ist die Konsequenz der zum Gesetz gewordenen "Erfüllungstheorie" und stimmt im übrigen mit der bisherigen Rechtsprechung des BGH zum Werkvertragsrecht überein<sup>8</sup>.

Damit ist das Vorliegen der weiteren Tatbestandsvoraussetzungen aus §§ 280 II, 286 BGB nicht erforderlich (a.A. vertretbar).

---

<sup>6</sup> RegE BT-Drucks. 14/6040 S. 225; *Lorenz/Riehm* aaO Rn. 546 f

<sup>7</sup> S. etwa *Dauner-Lieb/Dötsch* DB 2001, 2535, 2537; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse (2002) S. 98; *Huber/Faust*, Einführung in das neue Schuldrecht, Kap. 13 Rn. 146.

<sup>8</sup> BGH NJW-RR 1991, 533.

#### 4. Vertretenmüssen

Der Anspruch auf Schadensersatz setzt Vertretenmüssen der für den eingetretenen Schaden kausalen Pflichtverletzung voraus. Als solche kommt hier nur die Verletzung der Pflicht aus § 433 I 2 BGB in Betracht. Das Vertretenmüssen wird nach § 280 I S. 2 BGB vermutet.

Die Verletzung der Pflicht aus § 433 I 2 BGB hat V zu vertreten, wenn er eine Garantie für die Mängelfreiheit übernommen hat, den Mangel schuldhaft herbeigeführt hat oder ihn kannte oder hätte kennen müssen.

##### a) **Garantieübernahme, Beschaffungsrisiko**

Eine verschuldensunabhängige Einstandspflicht i.S.v. § 276 I Alt. 2 BGB in Form einer (unselbständigen) Garantie hatte V nicht übernommen. Freilich könnte - weil es sich um eine Gattungsschuld handelt - eine verschuldensunabhängige Haftung deshalb eintreten, weil V als Gattungsschuldner zugleich eine Beschaffungsgarantie übernommen hat. Es stellt sich hier die str. Frage, ob eine solche Garantie sich lediglich auf die "Herbeischaffung" der Sache (so AnwK-Dauner-Lieb § 276 Rn. 26) oder - wegen § 243 I - auch auf die Mängelfreiheit bezieht (so - in Bezug auf den Mangelschaden - *Canaris* DB 2001, 1815 f). Maßgeblich wird in diesem Zusammenhang deshalb auf die Vertragsauslegung abgestellt, d.h. es soll darauf ankommen darauf an, ob der Gattungsschuldner eine Beschaffungsgarantie i.S.v. § 276 BGB nur in Bezug auf die "Herbeischaffung" oder auch in Bezug auf die Mängelfreiheit übernimmt (s. etwa *Huber/Faust* aaO Kap. 3 Rn. 26).

Durch die Übernahme einer Gattungsschuld hat V die Verpflichtung übernommen, Stücke aus der geschuldeten Gattung in mittlerer Qualität (s. § 243 I BGB) zu liefern. Mangelhafte Stücke könnte der Käufer als nicht erfüllungstauglich zurückweisen. Solange mangelfreie Stücke vorhanden sind, wäre der Verkäufer aber von der Pflicht zur mangelfreien Leistung nach § 275 I BGB allenfalls wegen subjektiver Unmöglichkeit befreit. Eine solche kann aber nur auf Geldmangel beruhen, den V jedenfalls zu vertreten hätte, d.h. er würde nach § 275 IV, 280 I, III, 283 BGB ohne Verschulden auf Schadensersatz statt der Leistung haften. Liegt dagegen kein Fall subjektiver Unmöglichkeit vor, ist er weiter zur Lieferung verpflichtet und haftet nach §§ 280 I, III, 281 BGB, wobei sich das Vertretenmüssen auf die Tatsache der Nichtlieferung bezieht, d.h. es liegt in der Regel Vorsatz vor (anders etwa bei einem entschuldbaren Rechtsirrtum).

Das bedeutet aber, daß der Gattungsschuldner - solange er die Haftung nicht ausschließt - auch nachdem er bereits geleistet hat, wegen § 243 I BGB verschuldensunabhängig auf Schadensersatz haftet, solange die Lieferung mangelfreier Stücke möglich ist.

Im vorliegenden Fall handelt es sich freilich um Schadensersatz "neben" der Leistung, der sich nicht aus der endgültigen Nichterfüllung der Leistungspflicht, d.h. aus der Verletzung von § 439 BGB, sondern aus der Verletzung von § 433 I 2 BGB ergibt. Hier kann eine verschuldensunabhängige Haftung nur angenommen werden, wenn H auch in Bezug auf "Mangelfolgeschäden" rechtsgeschäftlich eine verschuldensunabhängige Einstandspflicht übernommen hat. Eine solche ergibt sich - wie auch nach bisherigem Recht (§ 480 II BGB a.F.) nicht bereits aus dem Beschaffungsrisiko, sondern verlangt einen besonderen rechtsgeschäftliche Willen, für alle Folgen der Lieferung einer mangelhaften



Gattungssache verschuldensunabhängig eintreten zu wollen<sup>9</sup>. Eine solche Garantieübernahme ist hier nicht ersichtlich.

**b) Verschulden**

Da dem H die Nitrofenverseuchung nicht bekannt war, käme hier lediglich die fahrlässige Verletzung von Untersuchungspflichten in Betracht. Lt. Sachverhalt war diese für H aber nicht erkennbar. Das Vertretenmüssen der unterlassenen Nacherfüllung ist mangels Kausalität dieser Pflichtverletzung für den geltend gemachten Schaden irrelevant.

**5. Ergebnis:**

H hat keinen Anspruch gegen V auf Schadensersatz.

**C. Anspruch des V gegen L auf Rückzahlung des Kaufpreises**

V könnte gegen L einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises aus §§ 437 Nr. 2, 323, 346 I BGB in Höhe von 5000.- € haben.

**I. Anspruchsentstehung**

**1. Wirksamer Kaufvertrag**

**2. Rücktrittsrecht des V aus § 323 BGB**

**a) Fällige Leistungspflicht**

-> Anspruch auf Nacherfüllung aus § 439 I BGB (s.o.)

**b) Fristsetzung**

ist nicht erfolgt, könnte aber entbehrlich sein nach:

**(a) § 478 I BGB**

-> der Anwendungsbereich der §§ 474 ff BGB ist nicht eröffnet, da im Verhältnis V/H kein Verbrauchsgüterkauf vorliegt, da beide Unternehmer i.S.v. § 14 I BGB sind. Daher sind auch die besonderen Regelungen über den Unternehmerregreß (§§ 478, 479 BGB) nicht anwendbar.

**(b) § 440 S. 1 BGB (Unzumutbarkeit)**

-> Nacherfüllung ist wegen der argl. Täuschung des L unzumutbar, da das Vertrauen in die Zuverlässigkeit des L erschüttert ist (a.A. vertretbar).

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

liegt nicht vor, da kein unerheblicher Mangel und keine Verantwortlichkeit des K. In Bezug auf die fehlerfreie 2. Lieferung ist hingegen mangels Interessefortfall kein Rücktritt möglich (s.o.)

**4. Rücktrittserklärung (§ 349)**

---

<sup>9</sup> S. dazu *Lorenz*, Rücktritt, Minderung und Schadensersatz wegen Sachmängeln im neuen Kaufrecht: Was hat der Verkäufer zu vertreten?, NJW 2002 (im Erscheinen).

(+)

## II. Rechtsvernichtende Einwendungen

Nicht ersichtlich

## III. Einreden des L

L muß gem. §§ 348, 320 I BGB nur Zug-um-Zug gegen die von V nach §§ 437 Nr. 2, 323, 346 I BGB geschuldete Rückübereignung des verseuchten Getreides leisten.

## IV. Ergebnis

V kann von L die Rückzahlung von 2500.- € Zug-um-Zug gegen die Rückübereignung des verseuchten Getreides verlangen.

## D. Anspruch des V gegen L auf Schadensersatz für den entgangenen Gewinn aus dem Weiterverkauf an H

V könnte gegen L einen Anspruch auf Ersatz des aus dem Weiterverkauf an H entgangenen Gewinns i.H.v. 1000.- € aus § 437 Nr. 3, 280 I haben. Ein solcher Schadensersatzanspruch wäre durch den von V erklärten Rücktritt gem. § 325 BGB nicht ausgeschlossen.

Dies setzt voraus:

### I. Pflichtverletzung

-> Pflicht aus § 433 I 2 BGB, Getreide ist mangelhaft i.S.v. § 434 BGB (s.o.)

### II. Schaden, haftungsbegründende Kausalität

Im Falle einer mangelfreien Lieferung hätte H gegenüber V kein Rücktrittsrecht gehabt und V hätte einen Gewinn von 1000.- € realisiert. Damit ist die Pflichtverletzung kausal für den eingetretenen Schaden. Daß der Schaden nicht eingetreten wäre, wenn V - was ihm nach dem Sachverhalt möglich gewesen wäre - nach einem anderweitigen Deckungskauf bei H nacherfüllt und damit ein Rücktrittsrecht des H verhindert hätte, läßt die Kausalität unberührt, sondern ist eine Frage des Mitverschuldens (§ 254 II BGB).

### III. Weitere Voraussetzungen (§ 280 III BGB)

Schadensersatz statt der Leistung i.S.v. § 280 III BGB liegt vor, wenn der geltend gemachte Schaden auf dem endgültigen Ausbleiben der Leistung beruht. Die Leistung bleibt endgültig aus, wenn sie i.S.v. § 275 BGB unmöglich ist oder wenn der Gl. berechtigt Schadensersatz statt der Leistung verlangt (§ 281 IV BGB). Ist der Schaden bereits vorher *endgültig* eingetreten und durch Nacherfüllung nicht mehr behebbar, handelt es sich um einen Schadensersatz "neben" der Leistung<sup>10</sup>. Im vorliegenden Fall käme es darauf an, ob der entgangene Gewinn bei rechtzeitiger Nacherfüllung L noch realisierbar gewesen wäre oder ob er unmittelbar durch die Lieferung verseuchten Getreides eingetreten ist. Da aber im vorliegenden Fall die nach § 281 I erforderliche Fristsetzung ohnehin gem. § 440 S. 1 Alt. 3 BGB entbehrlich wäre, kann diese Frage offenbleiben.

### IV. Vertretenmüssen (§ 276 BGB)

-> liegt vor (Arglist)

---

<sup>10</sup> Ist der Schaden freilich nur deshalb nicht mehr durch Nacherfüllung kompensierbar, weil der Käufer den Verkäufer nicht rechtzeitig zur Nacherfüllung angehalten hat, ist dies als Mitverschulden nach § 254 Abs. 2 BGB vollumfänglich zu Lasten des Käufers zu berücksichtigen.

## **V. Haftungsausfüllung, Mitverschulden**

Der Anspruch ist gem. § 254 II BGB um den Mitverschuldensanteil des V zu mindern, da dieser den entgangenen Gewinn durch einen anderweitigen Deckungskauf bzw. rechtzeitige Aufforderung zur Nachlieferung an L hätte realisieren können. Die Höhe dieses Mitverschuldensanteils ist Tatfrage. Zu berücksichtigen ist dabei zu Lasten des V, daß er eine Nachlieferung nicht einmal versucht hat und sein Rechtsirrtum, nicht zur Nachlieferung verpflichtet zu sein, schuldhaft war. Zu Lasten des L ist wiederum der Grad seines Verschuldens (Vorsatz) zu berücksichtigen. Insgesamt erscheint ein Mitverschuldensanteil des V i.H.v. 25% angemessen (abw. Wertungen natürlich möglich!).

## **VI. Ergebnis**

V kann von L Schadensersatz i.H.v 750.- € aus §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB bzw. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281, 440 BGB verlangen.