

Fall zum Besonderen Schuldrecht

**Schwierigkeit: mittel, Einführungsfall**

**Sachverhalt**

### Smart-Fridge

Verkäufer Victor (V) ist Betreiber eines Elektromarkts, in dem er moderne Elektronikprodukte zum Verkauf anbietet. Neben einigen Smart-TVs, Computern, Smartphones und Laptops bietet er auch sog. „Smart-Fridges“ an. Ein aktuelles Angebot eines dieser Geräte der Firma SangSum beträgt 4.200 Euro. Der potenzielle Käufer Kevin (K), will sich das Gerät, das sonst 5.000 Euro kostet, was auch dem Wiederbeschaffungs- und Marktwert entspricht, gern sichern. K geht deswegen in Vs Geschäft, kauft einen SangSum Smart-Fridge und bezahlt sogleich in bar. Die smarte Software des Kühlschranks steuert automatisch die Temperatur im Gerät, sorgt mit einer intelligenten Defrostfunktion dafür, dass sich kein Eis an der Rückwand bildet, warnt per push-Nachricht, wenn die Tür offengelassen würde und bestellt gewisse Artikel anhand einer Gewichtsmessung der einzelnen Bodenbelastungen nach. Manuell kann man die Temperatur und die Defrostfunktion bei keinem der SangSum-Smart-Modelle mehr bedienen.

Bald stellt K fest, dass am Griff des Gerätes – auch auf der sichtbaren Vorderseite – kratzerartige Beschädigungen sind. Der Griff ist zerkratzt, an einigen Stellen rau und nicht glänzend und weicht dahingehend auch von dem Glanz der Standfüße ab. Weder V und noch K können sagen, ob dieser Zustand schon bei Übergabe des Kühlschranks bestand. Aufgrund des Defekts liegt der Wert des Geräts nur noch bei ca. 4.000 Euro, die Funktionsfähigkeit ist aber nicht beeinträchtigt, das Gerät kann weiterhin kühlen und die smarten Funktionen stehen ebenfalls zur Verfügung. Einem geschickten Handwerker wäre es möglich, den Griff für 200,00 Euro aufzupolieren und damit den Mangel zu beseitigen.

K packt den Kühlschrank wieder in seinen Kombi und fährt zum Geschäft des V, um ihn zurückzugeben – einen zerkratzen Griff möchte er nicht, vor Ort sagt er, dass in dieser Form den Vertrag nicht gelten lassen möchte. V ist damit nicht einverstanden, die Kratzer seien nicht so schlimm und generell weigert er sich nur einen Handschlag zu tun, K könne selbst zusehen, wie er mit dem Griff umgeht; schließlich sei es nunmehr sein Kühlschrank!

Welche Ansprüche hat K gegen V?

## Lösungsvorschlag

### A. §§ 437 Nr. 1, 434, 439 Abs. 1 BGB – Nacherfüllung

#### I. Anwendungsbereich der kaufrechtlichen Mängelrechte

#### II. Wirksamer Kaufvertrag

#### III. Mangel der Kaufsache

1. Subjektive Anforderungen gem. § 434 Abs. 2 BGB
2. Objektive Anforderungen gem. § 434 Abs. 3 BGB
3. Montageanforderungen gem. § 434 Abs. 4 BGB
4. Zwischenergebnis

#### IV. Zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs

1. Gefahrübergang
2. Beweislastumkehr gem. § 477 Abs. 1 S. 1 BGB

#### V. Kein Haftungsausschluss

#### VI. Rechtsfolge

1. Nachlieferung
  - a) Unmöglichkeit, § 275 Abs. 1 BGB
  - b) Unverhältnismäßigkeit, § 439 Abs. 4 BGB
2. Nachbesserung
  - a) Unmöglichkeit, § 275 Abs. 1 BGB
  - b) Unverhältnismäßigkeit, § 439 Abs. 4 BGB
3. Leistungsverweigerungsrecht gem. § 275 Abs. 2 BGB
4. Zwischenergebnis

B. §§ 437 Nr. 2, 434, 323 Abs. 1 Var. 2 BGB – Rücktritt

I. Kaufvertrag und Sachmangel bei Gefahrübergang gem. §§ 434, 446 S. 1 BGB

II. Spezifische Voraussetzungen des Rücktritts

1. Fristsetzung oder Entbehrlichkeit der Nachfrist
2. Kein Ausschluss des Rücktrittsrechts
3. Rücktrittserklärung

III. Rechtsfolgen

C. §§ 437 Nr. 2, 434, 441 Abs. 1, Abs. 4 BGB – Minderung

I. Minderungsvoraussetzungen

II. Minderungshöhe

D. §§ 437 Nr. 3, 434, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 1 Var. 2 – Schadensersatz

I. Kaufvertrag und Mangel bei Gefahrübergang

II. Spezifische Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung

1. Fristsetzung oder Entbehrlichkeit
2. Vertretenmüssen

III. Rechtsfolge

### **A. §§ 437 Nr. 1, 434, 439 Abs. 1 BGB – Nacherfüllung**

K könnte einen Anspruch auf Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1, 434 BGB gegen V haben. Hierzu müssen die kaufrechtlichen Mängelrechte anwendbar sein und die Voraussetzungen dieses Mängelrechts, der Nacherfüllung, vorliegen.

### **I. Anwendungsbereich der kaufrechtlichen Mängelrechte**

Die Leistungspflicht des Verkäufers umfasst gem. § 433 Abs. 1 S. 2 BGB auch die Mangelfreiheit der Kaufsache, der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Der Anwendungsbereich der Mängel(gewährleistungs)rechte muss zunächst eröffnet sein, um Rechte ableiten zu können. Fraglich ist, ob die Regelungen des Kaufrechts nach § 475a Abs. 1 BGB keine Anwendung finden, da die besonderen Mängelrechte der §§ 327ff. BGB anwendbar sind.

Vorliegend könnten die Mängelrechte der §§ 327d ff. BGB Anwendung finden, hierzu müsste ein Kaufvertrag zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer über die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen (digitaler Produkte) gem. § 327 Abs. 1 BGB geschlossen worden sein. Digitale Inhalte sind gem. § 327 Abs. 2 S. 1 BGB Daten, die in digitaler Form bereitgestellt werden. Bei einem Smart-Fridge handelt es sich um einen körperlichen Gegenstand, der, auch wenn er eine entsprechende Software, ein Betriebssystem oder digitale Interfaceelemente enthält, nicht Daten ist, auch eine digitale Dienstleistung liegt nicht vor.

Die §§ 327d ff. BGB sind darüber hinaus anwendbar, wenn gem. § 327a Abs. 2 S. 1 BGB ein Verbrauchervertrag über eine Sache geschlossen wird, die digitale Produkte enthält oder mit ihnen verbunden ist, vgl. § 327a Abs. 2 BGB. § 327a Abs. 2 BGB ist gem. § 327a Abs. 3 S. 1 BGB allerdings nicht anwendbar, wenn ein Kaufvertrag über eine Ware mit digitalem Element vorliegt. Waren mit digitalem Element sind Waren, die in einer Weise digitale Produkte enthalten, dass die Ware ihre Funktion ohne diese digitalen Produkte nicht erfüllen kann, § 327a Abs. 3 S. 1 BGB. Vorliegend kann man die Temperatur und die Defrostfunktion nur noch mit der mitgelieferten Software benutzen, eine manuelle Bedienung dieser Kühlschranksfunktionen ist nicht möglich, gleichwohl kühlt der Kühlschrank noch ganz normal – ebenfalls enthält der Sachverhalt die Information, dass der Kühlschrank normal „funktioniert“. Mithin handelt es sich nicht um eine Ware mit digitalen Elementen i.S.d. § 327a Abs. 3 BGB – nach der Trennungslösung des § 327a Abs. 2 BGB ist hinsichtlich der Art des Mangels zur Anwendung des Kaufrechts zu unterscheiden. Hier ist der Griff des Kühlschranks defekt – mithin fände das Kaufrecht gem. § 433ff. BGB mit seinen Gewährleistungsrechten nach §§ 434ff. BGB Anwendung, ohne, durch die §§ 327ff. BGB modifiziert zu werden.

Mithin finden die §§ 327ff. BGB gem. § 327a Abs. 3 BGB keine Anwendung.

**Alternative:** Möglich erscheint auch, die digitalen Produkte als Element i.S.d. § 327a Abs. 3 BGB zu begreifen und deswegen die §§ 327ff. BGB nicht anzuwenden. Hier müssten dann zwar ebenfalls nicht die §§ 327ff. BGB angewendet werden, es würde indes der § 475a Verbrauchsgüterkaufvertrag über digitale Produkte gelten, welcher Sachmangel und Rücktrittsvorschriften modifiziert.

## II. Wirksamer Kaufvertrag

Zwischen K und V müsste ein wirksamer Kaufvertrag über den Kühlschrank zustande gekommen sein. Dieses ist der Fall, wenn sich beide auf den Kauf geeinigt hätten. Eine Einigung sieht vor, dass zwei übereinstimmende Willenserklärungen, Angebot und Annahme i.S.d. §§ 145ff. BGB abgegeben worden sind. Vorliegend waren sich K und V im Geschäft des V einig, dass der Kühlschrank verkauft werden soll. Eine Einigung liegt vor und ein wirksamer Kaufvertrag ist folglich zu Stande gekommen.

**Anmerkung:** Vollständig wäre es, nunmehr noch Angebot und Annahme zu definieren und zu prüfen – ggf. sogar noch die einzelnen Merkmale der Willenserklärung. Da es im Sachverhalt aber offensichtlich nicht darauf ankommt, wie der Kaufvertrag geschlossen wurde, sondern es um Mängelgewährleistung gehen soll, kann hier ausnahmsweise eine Schwerpunktsetzung erfolgen.

**Anmerkung II:** Anfechtung wegen Sachmangels und kaufrechtliche Mängelgewährleistung stehen zueinander in einem Konkurrenzverhältnis, stehen einer Partei Rechte aus Mängeln zu, ist hinsichtlich dieses Verhältnisses die Anfechtung nicht mehr anwendbar. Uneinheitlich wird in der gutachterlichen Klausurlösung gehandhabt, ob dieses Erwähnung finden soll. Einige „prüfen“ den Beginn einer Anfechtung und haken ab einem bestimmten Punkt ein und fragen, ob diese nicht gesperrt sein könnte. Wieder andere prüfen nur Mängelrechte und „erklären“ das Fehlen der Anfechtungsprüfung nicht. Das uneinheitliche Vorgehen zeigt, dass es keinen einzig richtigen Weg gibt; angeregt wird es, in Mängelgewährleistungsfällen die Anfechtung regelmäßig nicht anzusprechen.

### III. Mangel der Kaufsache

Der Kühlschrank müsste auch mangelbehaftet sein. Ein Mangel ist die negative Abweichung der Ist-Anforderungen von den Soll-Anforderungen an die Kaufsache. Eine Sache ist demnach gem. § 434 Abs. 1 BGB frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen und den Montageanforderungen genügt.

**Anmerkung III:** Der nach altem Kaufrecht existierende Vorrang des subjektiven Mangels (Beschaffenheitsvereinbarung) wurde zu Gunsten eines Gleichrangs von subjektivem und objektivem Fehlerbegriff 2022 aufgegeben. Für Kaufverträge zwischen Unternehmern und Kaufverträge zwischen Verbrauchern wird dieser geänderte systematische Ansatz indes in der (Prüfungs-)Praxis keinen bedeutsamen Niederschlag finden, die Parteien sind gem. § 434 Abs. 3 S. 1 BGB frei, ausdrücklich oder konkludent Beschaffenheiten zu vereinbaren, die von den objektiven Anforderungen abweichen können. Anders ist dies jedoch wegen § 476 Abs. 1 S. 2 BGB hinsichtlich einer negativen Beschaffenheitsvereinbarung beim Verbrauchsgüterkauf zu beurteilen, in diesem Fall muss die Informationspflicht nach § 476 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB und die besondere Form nach § 476 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB gewahrt bleiben, um wirksam negative Abweichungen vereinbaren zu können.

#### 1. Subjektive Anforderungen gem. § 434 Abs. 2 BGB

Die Kaufsache entspricht gem. § 434 Abs. 2 S. 1 BGB subjektiven Anforderungen, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat, sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet und sie mit dem vereinbarten Zubehör und der vereinbarten Anleitung, einschließlich der Montage- und Installationsanleitung, übergeben wird.

Eine Vereinbarung über die Beschaffenheit gem. § 434 Abs. 2 1 Nr. 1 BGB kann dabei ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Zur Beschaffenheit nach § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB gehören gem. § 434 Abs. 2 S. 2 BGB beispielsweise die Art, die Menge, die Qualität, die Funktionalität und die Kompatibilität und Interoperabilität einer Sache. Beschaffenheit bezeichnet die Merkmale einer Sache, die dieser selbst anhaften oder sich aus ihrer Beziehung zur Umwelt ergeben. Die Integrität des Griffs, seine Oberfläche und das Vorhandensein von Kratzern haften dem Kühlschrank an und stehen auch im Bezug zu seiner Umwelt, es handelt sich mithin um Beschaffenheitsmerkmale. Eine Vereinbarung über dieses Merkmal liegt nicht vor.

Weiterhin könnten subjektive Anforderungen nicht erfüllt sein, wenn gem. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB eine nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung nicht gegeben ist. Eine solche Verwendung liegt vor, wenn der Käufer dem Verkäufer diese Verwendung spätestens bei Abschluss des Kaufvertrags zur Kenntnis gebracht und dieser der Verwendung zugestimmt hat. Eine besondere Verwendung, welche von einer gewöhnlichen, objektiv erwartbaren Verwendung unterschieden werden kann, ist

weder konkludent noch ausdrücklich vereinbart worden. Eine Negativabweichung von subjektiven Anforderungen liegt deswegen nicht vor.

## **2. Objektive Anforderungen gem. § 434 Abs. 3 BGB**

Es könnte allerdings eine Negativabweichung des Kühlschranks von den objektiven Anforderungen vorliegen. Die Kaufsache entspricht gem. § 434 Abs. 3 S. 1 BGB den objektiven Anforderungen, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet, eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen derselben Art üblich ist und die der Käufer erwarten kann, die Beschaffenheit einer vor Vertragsschluss zur Verfügung gestellten Probe oder einem Muster entspricht und mit Zubehör sowie anderen Anleitungen übergeben wird, deren Erhalt der Käufer erwarten kann.

Eine gewöhnliche Verwendung liegt bei einem Gebrauch vor, für die Waren der gleichen Art in der Regel gebraucht werden, gegebenenfalls unter Berücksichtigung des bestehenden Unionsrechts und nationalen Rechts, technischer Normen oder — in Ermangelung solcher technischer Normen — anwendbarer sektorspezifischer Verhaltenskodizes. Insofern erscheint fraglich, ob das Vorhandensein eines Kratzers hierunter subsumiert werden kann. Der Gebrauch der Kaufsache ist ausdrücklich nicht eingeschränkt, das Gerät ist für die gewöhnliche Verwendung geeignet.

Außerdem könnte der zerkratzte Griff keine Beschaffenheit aufweisen, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und so gem. § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB den objektiven Anforderungen nicht genügen. Zur Beschaffenheit nach § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB gehören gem. § 434 Abs. 3 S. 2 BGB die Menge, die Qualität und sonstige Merkmale der Sache, einschließlich ihrer Haltbarkeit, Funktionalität, Kompatibilität und Sicherheit. Ein zerkratzter Griff ist bei einem neuen Smart-Fridge nicht die übliche Beschaffenheit. Eine Negativabweichung von den objektiven Anforderungen liegt vor, der Kühlschrank ist gem. § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB mangelhaft.

## **3. Montageanforderungen gem. § 434 Abs. 4 BGB**

Mangels Montageverpflichtung kommt es hier auf § 434 Abs. 4 BGB nicht an.

## **4. Zwischenergebnis**

Ein Sachmangel nach § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB liegt vor.

## **IV. Zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs**

Außerdem müsste der Sachmangel auch zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen haben.

### **1. Gefahrübergang**

Gemäß § 446 S. 1 BGB geht die Gegenleistungsgefahr mit der Übergabe auf K über. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sachmangelhaftigkeit der Kaufsache ist mithin die Übergabe gem. § 446 S. 1 BGB. Hier hat K den Kühlschrank aus dem Laden des V direkt mitgenommen. Unklar ist jedoch, wann und wie der Griff zerkratzt worden ist. Ob der Mangel schon bei Übergabe vorgelegen hat, steht nicht fest. Mithin liegt zunächst kein Mangel bei Gefahrübergang vor.

### **2. Beweislastumkehr gem. § 477 Abs. 1 S. 1 BGB**

Es könnten jedoch die Regeln für eine Beweislastumkehr i.S.d. § 477 BGB gelten und die Beweisbarkeit des Vorliegens eines Mangels zum Zeitpunkt des Gefahrüberganges zu Gunsten des K vereinfachen. Grundsätzlich hat ein Käufer ab der Annahme der Leistung als Erfüllung die Mangelhaftigkeit zu beweisen. Bei Verbrauchsgüterkäufen gem. § 474 BGB wird indes gem. § 477 Abs. 1 S. 1 BGB vermutet, dass die Ware bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, wenn sich innerhalb von einem Jahr seit Gefahrübergang ein von den Anforderungen nach § 434 BGB abweichender Zustand der Ware zeigt.

Für die Anwendbarkeit von § 477 Abs. 1 S. 1 BGB muss V Unternehmer im Sinne des § 14 BGB und K Verbraucher im Sinne des § 13 BGB sein. Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. V handelte bei dem Verkauf des Kühlschranks in seiner Eigenschaft als Gewerbetreibender mit Gewinnerzielungsabsicht, er ist Unternehmer. K müsste die Sache auch als Verbraucher erworben haben. Verbraucher im Sinne des § 13 BGB ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. K kaufte den Kühlschrank für sich und nicht zu gewerblichen oder selbstständigen Zwecken. Er ist Verbraucher gem. § 13 BGB. Mithin liegt ein Verbrauchsgüterkauf vor, die Privilegierung des § 447 BGB greift zu Gunsten des K. Ein Sachmangel zum Zeitpunkt des Gefahrüberganges liegt vor.

### **V. Kein Haftungsausschluss**

Der Anspruch auf Nacherfüllung darf nicht durch Gesetz oder kraft Vereinbarung ausgeschlossen sein. Ein gesetzlicher Haftungsausschluss nach § 442 BGB kommt hier nicht in Betracht, da § 475 Abs. 3 S. 2 BGB nicht anwendbar ist. Ein vertragliche gesondert vereinbarter Haftungsausschluss ist nicht ersichtlich.

## VI. Rechtsfolge

K kann damit gem. § 439 Abs. 1 BGB als Rechtsfolge nach seiner Wahl Nacherfüllung in Form der Beseitigung des Mangels durch Reparatur des Smart-Fridges oder in Form der Lieferung einer mangelfreien Sache, also hier durch Lieferung eines anderen Smart-Fridges, verlangen.

**Anmerkung IV:** Bei einem Verbrauchsgüterkauf bedarf es gem. § 475 Abs. 5 BGB keines ausdrücklichen Nacherfüllungsverlangens, es reicht aus, wenn der Käufer den Verkäufer von der Mangelhaftigkeit unterrichtet. Beide Nacherfüllungsmöglichkeiten stehen im Verhältnis sog. elektiver Konkurrenz zueinander. Mit dem Recht des Käufers auf Nacherfüllung korrespondiert somit eine Chance des Verkäufers zur zweiten Andienung, weshalb alle weiteren Mängelrechte den erfolglosen Ablauf einer Frist voraussetzen. K müsste mithin, bevor er mindern, vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann, den Ablauf einer gesetzten, angemessenen Frist nach Unterrichtung des V abwarten, um Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben.

### 1. Nachlieferung

K könnte Anspruch auf Nacherfüllung durch Lieferung eines neuen Kühlschranks haben. Der Anspruch auf Nacherfüllung durch Nachlieferung könnte indes ausgeschlossen sein, wenn Ausschlussgründe i.S.d. §§ 439 Abs. 4 BGB oder 275 BGB vorliegen.

#### a) Unmöglichkeit, § 275 Abs. 1 BGB

Nach § 275 Abs. 1 BGB wird der Verkäufer von der Nacherfüllungspflicht frei, wenn die Nacherfüllung unmöglich ist. Unmöglichkeit liegt vor, wenn die Leistung vom Verpflichteten oder Jedermann nicht mehr erbracht werden kann. Vorliegend handelt es sich bei dem Kühlschrank um ein Modell einer Großmarke, das wiederbeschaffbar ist. Die Nacherfüllung der sog. Gattungsschuld ist mithin nicht unmöglich.

#### b) Unverhältnismäßigkeit, § 439 Abs. 4 BGB

Allerdings könnte V nach § 439 Abs. 4 BGB die Nacherfüllung durch Nachlieferung verweigern, wenn diese nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist.

**Anmerkung V:** Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit i.S.d. § 439 Abs. 4 BGB werden die Kosten der gewählten Art der Nacherfüllung mit denen der anderen Art der Nacherfüllung zu vergleichen. Je höher der Wert des Vertragsgegenstands und je geringer der Mangel, desto eher wird eine Neulieferung unverhältnismäßig sein. Umgekehrt ist es so, dass die Nachbesserung umso eher unverhältnismäßig ist, je geringer der Wert des Gegenstands bzw. je schwerwiegender der Mangel ist. Sofern die Kosten der gewählten Art deutlich höher sind, scheidet die gewählte Art der Nacherfüllung als relativ unverhältnismäßig aus.

Nach § 439 Abs. 4 S. 3 BGB ist bei der verbleibenden Art der Nacherfüllung auf deren Kosten sowie den beim Käufer zu erreichenden Nutzen abzustellen, konkret sind die Kosten der Neulieferung mit denen einer Reparatur zu vergleichen. Die Kosten der Neulieferung umfasst dabei auch die Wertminderung des zurückgenommenen Geräts. Vorliegend umfasst die Nachlieferung die Wertminderung zu Lasten des Nachliefernden, hier in Höhe von 1.000,00 Euro, demgegenüber stehen die Reparaturkosten i.H.v. 200,00 Euro. Damit kann die Nachlieferung wegen Unverhältnismäßigkeit verweigert werden, § 439 Abs. 4 S. 1 BGB.

## **2. Nachbesserung**

K könnte Nacherfüllung durch Beseitigung des Mangels, die sog. Nachbesserung, verlangen.

### **a) Unmöglichkeit, § 275 Abs. 1 BGB**

Der Griff kann durch einen geschickten Handwerker repariert werden kann, objektive Unmöglichkeit liegt nicht vor.

### **b) Unverhältnismäßigkeit, § 439 Abs. 4 S. 3 BGB**

Hinsichtlich der Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung gem. § 439 Abs. 4 BGB ist auf den Aufwand des V sowie den resultierenden Nutzen des K abzustellen. Zur inhaltlichen Bestimmung der absoluten Unverhältnismäßigkeit sind insbesondere gem. § 439 Abs. 4 S. 2 BGB der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand sowie die Bedeutung, also die Schwere des Mangels, zu berücksichtigen. Die Kosten für eine Reparatur betragen vorliegend 200,00 Euro, also einen Bruchteil des Wertes des mangelfreien Gegenstands. V kann die Nachbesserung nicht gem. § 439 Abs. 4 BGB verweigern.

## **3. Leistungsverweigerungsrecht gem. § 275 Abs. 2 BGB**

Gem. § 275 Abs. 2 BGB könnte sich ein Leistungsverweigerungsrecht des V ergeben. Dazu muss der Nachbesserungsaufwand in einem groben Missverhältnis zum Leistungsinteresse des K, hier also dem mangelfreien Kühlschrank, stehen. Hierzu müsste ein Aufwand erfordert werden, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht und ebenfalls müsste berücksichtigt werden, wer das Leistungshindernis zu vertreten hat. Das Vertretenmüssen für den Mangel ist hier vorliegend nicht bei V zu verorten, auch eine grobe Unverhältnismäßigkeit liegt nicht vor. Ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs. 2 BGB besteht ebenfalls nicht.

**Anmerkung VI:** Den Nacherfüllungsanspruch in „Anspruch entstanden“, „Anspruch untergegangen“ und „Anspruch durchsetzbar“ zu gliedern, ist ebenfalls möglich. §§ 439 Abs. 4, 275 Abs. 2 und 275 Abs. 3 BGB sind als Einreden bei der Durchsetzbarkeit zu verorten. § 275 Abs. 1 BGB als rechtsvernichtende Einwendung im Anspruchsuntergang. Die Einteilung der §§ 275 Abs. 2 und 275 Abs. 3 BGB in die Durchsetzbarkeit ist NSI/HSVN-typische Einordnung. Führt man sich vor Augen, dass bei Geltendmachung die Einreden nach h.M. rechtsvernichtende Wirkung haben sollen, erscheint es ebenfalls gut vertretbar, diese als „rechtsvernichtende Einrede“ im Anspruchsuntergang zu prüfen.

#### **4. Zwischenergebnis**

K kann Nacherfüllung in Form der Nachbesserung von V verlangen.

#### **B. §§ 437 Nr. 2, 434, 323 Abs. 1 Var. 2 BGB – Rücktritt**

Sollte sich K vom Vertrag lösen wollen, so kommt die Ausübung eines Rücktrittsrechts in Betracht. Die Voraussetzungen des Rücktrittsrechts ergeben sich aus den §§ 437 Nr. 2, 323 BGB.

#### **I. Kaufvertrag und Sachmangel bei Gefahrübergang gem. §§ 434, 446 S. 1 BGB**

Die Vorschriften über die Mängelrechte des Käufers sind hier anwendbar, K und V haben einen wirksamen Kaufvertrag geschlossen. Der zerkratzte Griff stellt zudem einen Mangel der Kaufsache bei Gefahrübergang dar. Ein Haftungsausschluss ist nicht gegeben.

#### **II. Spezifische Voraussetzungen des Rücktritts**

Der Rücktritt ist grundsätzlich nur nach Ablauf einer vom Käufer gesetzten Nachfrist möglich und dürfte zudem nicht ausgeschlossen sein.

##### **1. Fristsetzung oder Entbehrlichkeit der Frist**

Gem. § 475d Abs. 1 BGB besteht das Fristsetzungserfordernis nicht, es ist lediglich der Ablauf einer angemessenen Frist vorgesehen. Gemäß § 475 d Abs. 1 Nr. 1 BGB genügt für den Übergang vom Nacherfüllungsanspruch auf das Rücktrittsrecht der erfolglose Ablauf einer angemessenen Frist für die Nacherfüllung, die ab dem Zeitpunkt zu laufen beginnt, zu dem der Verbraucher den Unternehmer über den Mangel unterrichtet hat, die Dauer der Frist bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls. Ob eine angemessene Frist abgelaufen ist, könnte dahinstehen, wenn nach § 475d Abs. 1 Nrn. 2 – 5 BGB der Ablauf einer solchen Frist nicht abgewartet werden müsste. Ein Fristablauf ist hiernach dann entbehrlich, wenn ernstlich und endgültig verweigert wird, an der Nacherfüllung mitzuwirken. V äußert, dass K allein

zusehen müssen, wie er mit dem Kühlschrank umgeht und ist nicht bereit, auch nur einen Handschlag zu tun. Eine ernstliche und endgültige Verweigerung liegt mithin vor, der Ablauf einer angemessenen Frist ist folglich entbehrlich. Gleiches gilt gem. § 323 Abs. 2 BGB.

## **2. Kein Ausschluss des Rücktrittsrechts**

Der Rücktritt dürfte auch nicht ausgeschlossen sein. Hier kommt ein Ausschluss des Rücktritts gem. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB in Betracht. Hiernach ist der Rücktritt vom Vertrag nicht möglich, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.

Mithin müsste der zerkratzte Griff einen nur geringfügigen Mangel darstellen, so dass der Rücktritt ausgeschlossen ist. Zwar ist die Funktionsfähigkeit des Kühlschranks nicht beeinträchtigt. Die Kratzer mindern den Wert des Schrankes um ca. 1.000 Euro, zudem sind sie auf der sichtbaren Vorderseite des Gerätes und beeinträchtigen die Optik, ein unerheblicher Mangel liegt nicht vor. Der Rücktritt ist nicht nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ausgeschlossen.

## **3. Rücktrittserklärung**

Letztlich müsste gem. § 349 BGB der Rücktritt auch erklärt worden sein. Hier hat K gesagt, dass er den Kühlschrank nicht mehr möchte und ist mit der Warte zu V gefahren. Dieses kann bei der gebotenen, laien günstigen Auslegung als Rücktrittserklärung verstanden werden. Eine Rücktrittserklärung liegt vor.

## **III. Rechtsfolgen**

K kann auch von einem Rücktrittsrecht Gebrauch machen. Macht K von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch, erlöschen die primären Leistungspflichten und der Vertrag wird in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis umgewandelt. Die Rückabwicklung des Vertrags erfolgt sodann nach den §§ 346ff BGB. K müsste gem. § 346 Abs. 1 BGB den Smart-Fridge herausgeben, V müsste den Kaufpreis zurückerstatten.

### **C. §§ 437 Nr. 2, 434, 441 Abs. 1, Abs. 4 BGB – Minderung**

Zudem könnte nach den §§ 437 Nr. 2, 434, 441 Abs. 1, Abs. 4 BGB ein Recht auf Minderung bestehen.

**Anmerkung VII:** Auch denkbar – und wenigstens genauso gut vertretbar – erscheint es, den Anspruch auf Rückgewähr des zu viel gezahlten Kaufpreises zu prüfen. Dieser besteht dann ggf. gem. § 441 Abs. 4 BGB nach § 346 Abs. 1 BGB und unter Hinzunahme der spezifischen Minderungsvoraussetzungen.

#### **I. Minderungsvoraussetzungen**

K könnte ebenfalls nur Minderung des Kaufpreises berechtigt sein. Das Minderungsrecht ist unter den Voraussetzungen des Rücktrittsrechts gegeben. Eine Ausnahme besteht in § 441 Abs. 1 S. 2 BGB, wonach die Minderung bei einem unerheblichen Mangel nicht entsprechend § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ausgeschlossen ist. Die Voraussetzungen für einen Rücktritt liegen vor (s. o.), K hat mithin auch das Recht, den Kaufpreis durch Erklärung gegenüber V zu mindern.

#### **II. Minderungshöhe**

Bei der Berechnung der Minderung ist gem. § 441 Abs. 3 S. 1 BGB der Kaufpreis in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Der Preis der Kaufsache von 4.200,00 Euro steht einem Wert von 5.000,00 Euro und einem Wert der Kaufsache mit Mangel von 4.000,00 Euro gegenüber. Der geminderte Kaufpreis ist mithin bei 3.360,00 Euro festzusetzen.

#### **D. §§ 437 Nr. 3, 434, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 1 Var. 2 – Schadensersatz**

Schließlich könnte K Schadensersatz von V verlangen. Die Haftung für Sachmängel ist in den §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB geregelt.

#### **I. Kaufvertrag und Mangel bei Gefahrübergang**

Die kaufrechtlichen Mängelansprüche sind anwendbar und der zerkratzte Griff des Kühlschranks stellt auch einen Sachmangel bei Gefahrübergang dar, gleichsam ist kein Haftungsausschluss vereinbart worden.

#### **II. Spezifische Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung**

Der Schadensersatz statt der Leistung erfordert gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB sowohl Fristsetzung als auch Vertretenmüssen.

##### **1. Fristsetzung oder Entbehrlichkeit**

Es handelt sich damit um einen Mangelschaden, der durch eine fristgerechte Nacherfüllung behoben werden könnte, mithin liegt ein Schadensersatz statt der Leistung und nicht neben der Leistung vor. Schadensersatz statt der Leistung ist gem. § 281 BGB ist nur unter vorheriger Fristsetzung möglich, diese ist hier nicht gesetzt worden. Die Frist könnte jedoch i.S.d. §§ 475d Abs. 2, 281 Abs. 2 BGB entbehrlich sein. Ein Verbrauchsgüterkauf liegt vor, eine Fristsetzung i.S.d. §§ 281 Abs. 2, 475d BGB bedarf es mithin nicht, gleiches gilt nach § 323 Abs. 2 BGB.

##### **2. Vertretenmüssen**

V muss den Mangel gem. §§ 281 Abs. 1 S. 1, 280 Abs. 1 S. 2 BGB zu vertreten haben. Bezugspunkte des Vertretenmüssens im Rahmen des §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB sind dabei alternativ die beiden Pflichtverletzungen, die mangelhafte Leistung und die Nichterfüllung der Nacherfüllungspflicht. Danach muss V entweder den Mangel selbst oder jedenfalls die Nichtvornahme der Nacherfüllung zu vertreten haben. Das Vertretenmüssen wird gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB bei Vorliegen der Pflichtverletzung vermutet. Fraglich ist, ob V etwas zu seiner Exkulpation vortragen kann. V trägt nichts zu seiner Entschuldigung vor. Ein Vertretenmüssen des V liegt vor.

#### **III. Rechtsfolge (auch: Schaden)**

K kann damit von V Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Im Wege des Schadensersatzes statt der Leistung ist der Käufer so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung gestanden hätte.

**Anmerkung VIII:** Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung kann der Käufer nach einer wirksam erklärten Minderung nicht mehr wegen desselben Mangels Schadensersatz statt der ganzen Leistung oder Rückabwicklung des Kaufvertrags verlangen. Begründet wird dies damit, dass die Minderungserklärung eine bindende Gestaltungserklärung gegenüber dem Verkäufer darstellt, die bereits mit Zugang wirksam wird und nicht mehr einseitig oder durch Widerruf zurückgenommen werden kann.

**Anmerkung IX:** Umstritten ist, ob beim Schadensersatz statt der Leistung auch die §§ 249 ff. BGB Anwendung finden sollen. Denn der Naturalerfüllungsanspruch, der nach § 281 Abs. 4 BGB erlischt, kann nicht nach § 249 Abs. 1 BGB „wiederbelebt“ werden. Es ist deswegen angeraten, bei der Bestimmung von Schadensersatzansprüchen statt der Leistung die §§ 249 ff. BGB nicht zu zitieren, sondern lediglich nach der Differenzhypothese vorzugehen.

*Vgl. instruktiv zum Streitstand: Flume, BeckOK BGB, § 249 Rn. 277 m.w.N.*