

Jennifer Reh*

Kunstkauf mit Hindernissen

Der vorliegende Fall befasst sich mit verschiedenen Problemkonstellationen im Bereich des Mängelgewährleistungsrechts, wobei auch handelsrechtliche Besonderheiten zu berücksichtigen sind. Im Ausgangsfall geht es schwerpunktmäßig um die richtige Subsumtion des Sachverhalts unter die Voraussetzungen des Versandkaufes. Insbesondere der Zeitpunkt und der Umfang des Gefahrüberganges nach §§ 447 I, 446 S. 1 BGB sind dabei problematisch. Gegenstand der Abwandlung ist die rechtliche Einordnung des mangelbedingten Betriebsausfallschadens.

SACHVERHALT

Der Hamburger Galerist K (eingetragener Kaufmann) sieht in dem Kunstgeschäft des V (ebenfalls eingetragener Kaufmann) in Hamburg mehrere Originalgemälde des berühmten Malers Dumont. Es handelt sich um zwei Ölbilder auf Keilrahmen, die einen makellosen Zustand aufweisen. Da eine Woche später in der Galerie eine Ausstellung stattfinden soll, für die K einen Eintrittspreis von 20 Euro vorgesehen hat und für die sich auch zahlungskräftige Kunstliebhaber aus dem Ausland angekündigt haben, die – wie K aus Erfahrung weiß – ihnen gefallende Gemälde gleich zu Höchstpreisen bar kaufen und mitnehmen, will K diese Gemälde unbedingt ergattern. Er vereinbart mit V einen Kaufpreis von 10 000 Euro je Gemälde, also insgesamt 20 000 Euro. Da der Transporter des K für andere Arbeiten benötigt wird, bittet er den V ihm diese Gemälde zu liefern. Um K als langjährigem Geschäftspartner des V einen Gefallen zu tun, erklärt sich V dazu gerne bereit und übernimmt sogar die Transportkosten. K teilt sogleich auf seiner Homepage sowie in mehreren einschlägigen Internetforen mit, dass er die beiden Gemälde erworben habe und auf seiner Ausstellung präsentieren werde. Als die Kunstliebhaber aus dem In- und Ausland davon erfahren, steigt das Interesse an der Ausstellung rasant, sodass drei Tage später alle Eintrittstickets verkauft sind.

Am nächsten Tag verpackt V die beiden Gemälde und beauftragt seinen Angestellten A mit dem Transport. Während des Transports wird eines der beiden Gemälde beschädigt, was auf eine fehlerhafte Verpackung seitens V zurückzuführen ist. Hierdurch kommt es bei diesem Gemälde zu einer

Wertminderung von 3 000 Euro. Die Beschädigung könnte durch ein spezielles Verfahren behoben werden.

Als die Lieferung den K erreicht und dieser das beschädigte Gemälde sieht, ist er entsetzt, weil er um seinen guten Ruf als seriöser Galerist, der nur makellose Gemälde in seinem Bestand hat, fürchtet. K kontaktiert deshalb umgehend den V und verlangt die sofortige Beseitigung des Mangels, was dem V vor dem Beginn der Ausstellung auch noch möglich wäre. V zeigt sich jedoch uneinsichtig und verweigert kategorisch jegliche Hilfe, weil K ja selbst um die Lieferung gebeten habe.

K will das durch die fehlerhafte Verpackung beschädigte Gemälde behalten, fordert jedoch von V Schadensersatz. Zu Recht?

Abwandlung

K kauft von V vor der Ausstellung ein weiteres Ölbild des Malers Dumont, das als dessen Meisterwerk gilt und regelmäßig ein Publikumsmagnet ist. Dieses Gemälde wird von V noch vor der Übergabe an A dadurch beschädigt, dass V Feuchtigkeit in das Innere der Verpackung gelangen lässt und die Farbe auf diese Weise aufweicht. Allerdings ist dieser Mangel zunächst noch nicht sichtbar. Unmittelbar nach Beginn der Ausstellung wird K durch einen Besucher aber auf die abblätternde Farbe aufmerksam gemacht. Um ein weiteres Fortschreiten des Auflösungsprozesses zu verhindern, muss K das Gemälde sofort abhängen und in eine Kühlkammer verbringen. K zeigt dieses Geschehen dem V umgehend an und verlangt anschließend Schadensersatz für die finanzielle Einbuße in Höhe von 1 000 Euro, die er dadurch erleidet, dass zahlreiche Gäste die Ausstellung empört verlassen und ihren Eintrittspreis zurückfordern, weil ihnen gerade an diesem Gemälde gelegen war, wobei davon auszugehen ist, dass K die Rückzahlung nicht verweigern kann, um seine zahlungskräftige Kundschaft nicht dauerhaft zu verprellen. Zu Recht?

Bearbeitervermerk: *In einem Rechtsgutachten ist umfassend zu den aufgeworfenen Fragen Stellung zu nehmen. Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und dem Deliktsrecht sind nicht zu prüfen.*

* Jennifer Reh studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und arbeitet als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Deutsche Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht von Prof. Dr. Eva Schumann. Der von der Autorin bearbeitete Sachverhalt wurde von Prof. Dr. Rüdiger Krause im Anschluss an das Sommersemester 2017 als Zwischenprüfungshausarbeit gestellt. Bei dieser Veröffentlichung handelt es sich um eine gekürzte Version des ursprünglichen Sachverhalts. Zudem ist die veröffentlichte Lösung an wenigen Stellen überarbeitet und mit aktuellen Literaturhinweisen versehen worden.

GLIEDERUNG**Ausgangsfall**

- A. Anspruch K gegen V aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 BGB
- I. Eingangsvoraussetzungen des § 437
 1. Wirksamer Kaufvertrag, § 433
 2. Sachmangel, § 434
 3. Bei Gefahrübergang, §§ 446 S. 1, 447 I
 - a) Versendung an einen anderen Ort als den Erfüllungsort
 - aa) Abgrenzung Hol-, Bring- und Schickschuld
 - bb) Platzkauf
 - b) Versendungsverlangen des Käufers
 - c) Auslieferung der Sache an die Transportperson
 - d) Umfang des Gefahrübergangs
 - aa) Notwendigkeit einer verwirklichten typischen Transportgefahr
 - bb) Zufällige Verschlechterung der Kaufsache
 - (1) Verweis auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht
 - (2) Anwendbarkeit des Mängelgewährleistungsrechts
 - (3) Analoge Anwendung der §§ 434 ff.
 - (4) Streitentscheid
 4. Ausschluss des Mängelgewährleistungsrechts gem. § 377 HGB
 - a) Beiderseitiger Handelskauf
 - b) Ablieferung
 - c) Mangelhaftigkeit der Ware, § 434
 - d) Ordnungsmäßigkeit der Untersuchung und Rüge
 5. Zwischenergebnis
 - II. Voraussetzungen des § 280 I
 1. Schuldverhältnis
 2. Pflichtverletzung
 - a) Verletzung der Pflicht aus § 433 I 2
 - b) Verletzung der Nacherfüllungspflicht aus §§ 437 Nr. 1, 439
 - III. Weitere Voraussetzungen der §§ 280 III, 281
 1. Abgrenzung Schadensersatz statt und neben der Leistung
 2. Fristsetzung und erfolgloser Ablauf bzw. Entbehrlichkeit
 3. Vertretenmüssen
 - a) Anknüpfungspunkt
 - b) Vertretenmüssen bzgl. Pflicht aus § 433 I 2
 4. Schaden
 - IV. Ergebnis

Abwandlung

- A. Anspruch K gegen V aus §§ 437 Nr. 3, 280 I
- I. Eingangsvoraussetzungen des § 437
 1. Wirksamer Kaufvertrag, § 433
 2. Sachmangel, § 434
 3. Bei Gefahrübergang, §§ 446 S. 1, 447 I
 4. Ausschluss durch § 377 III HGB
 5. Zwischenergebnis
 - II. Voraussetzungen des § 280 I
 1. Rechtliche Einordnung der Anspruchsgrundlage
 - a) Abgrenzung Schadensersatz statt oder neben der Leistung
 - b) Einordnung des mangelbedingten Betriebsausfallschadens
 - c) Zwischenergebnis
 2. Schuldverhältnis
 3. Pflichtverletzung
 4. Vertretenmüssen
 5. Schaden
 - III. Ergebnis

GUTACHTEN**Ausgangsfall****A. Anspruch K gegen V aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 BGB**

K könnte gegen V einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe der Wertminderung des Gemäldes gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 BGB¹ haben.

I. Eingangsvoraussetzungen des § 437

Zunächst müssten die kaufrechtlichen Mängelrechte aus § 437 anwendbar sein. Dies ist der Fall, wenn ein wirksamer Kaufvertrag geschlossen wurde und ein Mangel i. S. v. § 434 bei Gefahrübergang vorlag.²

1. Wirksamer Kaufvertrag, § 433

Zwischen K und V müsste ein wirksamer Kaufvertrag gem. § 433 zustande gekommen sein. Voraussetzung dafür ist das Vorliegen zweier korrespondierender Willenserklärungen (Antrag und Annahme), die die wesentlichen Vertragsbestandteile beinhalten.³ Vorliegend haben sich K und V auf Übergabe und Übereignung von zwei Originalgemälden des Malers Dumont gegen Kaufpreiszahlung i. H. v. 10 000 € je Bild geeinigt. Ein wirksamer Kaufvertrag nach § 433 liegt somit vor.

¹ Nachfolgende Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

² *Jacoby/v. Hinden*, Bürgerliches Gesetzbuch, Studienkommentar, 16. Auflage (2018), § 437 Rn. 2.

³ *Hk-BGB/Dörner*, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 10. Auflage (2019), vor §§ 145–157 Rn. 1.

2. Sachmangel, § 434

Zudem müsste die Kaufsache einen Sachmangel aufweisen. Dieser liegt vor, wenn die tatsächliche Ist-Beschaffenheit der Sache von der vertraglich vereinbarten Soll-Beschaffenheit abweicht.⁴ Unter der Beschaffenheit der Kaufsache sind jedenfalls alle ihr unmittelbar physisch anhaftenden Eigenschaften zu verstehen.⁵ In erster Linie ist für das Vorliegen eines Sachmangels nach § 434 I 1 die vereinbarte Beschaffenheit bei Vertragsschluss maßgeblich.⁶ K und V haben sich nicht ausdrücklich über die Beschaffenheit der Gemälde geeinigt. Indes könnte ein Sachmangel nach § 434 I 2 Nr. 1 vorliegen, wenn sich die Gemälde für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung nicht eignen. Dabei muss die Verwendung von den Parteien nicht vereinbart, sondern von ihnen nur vorausgesetzt sein.⁷ Fraglich ist, ob bereits die fehlerhafte Verpackung des Gemäldes einen Sachmangel darstellen könnte. Dies kommt aber nur in Frage, wenn die Verpackung keinen bloßen Transportschutz bildet,⁸ wie es hier der Fall ist. Indes könnte das beschädigte Bild an sich mangelhaft sein. Das Gemälde eignet sich in Folge der Beschädigung nicht mehr für die Verkaufsausstellung, was als Verwendungszweck auch dem V als langjährigem Geschäftspartner des K bekannt war. Mithin liegt hier ein Sachmangel gem. § 434 I 2 Nr. 1 vor.

3. Bei Gefahrübergang, §§ 446 S. 1, 447 I

Nach § 434 I müsste der Sachmangel bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorliegen. Damit ist der Zeitpunkt der übergewandten Gegenleistungsgefahr gemeint, bei dem das Risiko der zufälligen Verschlechterung der Kaufsache vom Verkäufer auf den Käufer wechselt.⁹ Grundsätzlich tritt der Gefahrübergang gem. § 446 S. 1 bei Übergabe der Kaufsache ein. Hier könnte der Gefahrübergang auf K gem. § 447 I schon mit Aushändigung der Kaufsache an die Transportperson eingetreten sein. Dafür müsste das Gemälde von V auf Verlangen des K an einen anderen Ort als den Erfüllungsort versandt worden sein. Ein Ausschluss gem. § 475 II kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil es sich bei K und V um eingetragene Kaufleute handelt.

a) Versendung an einen anderen Ort als den Erfüllungsort

Zunächst müssten der Ort, an den die Gemälde zu versenden sind (Erfolgort), und der Ort, an dem die geschuldete Leistung vorzunehmen ist (Erfüllungsort, auch Leistungs-

ort), auseinanderfallen.¹⁰ Dies ist der Fall, wenn eine Schickschuld vereinbart worden ist.¹¹

aa) Abgrenzung Hol-, Bring- und Schickschuld

Für die Annahme einer Schickschuld muss diese von der Hol- und Bringschuld abgegrenzt werden. Bei der Holschuld (§ 269 I) gehört die Aussonderung und Bereitstellung der Ware am Wohnsitz bzw. am Ort der gewerblichen Niederlassung (§ 269 II) des Schuldners zu dessen Leistungspflicht; Leistungs- und Erfolgsort fallen also am Wohnsitz des Schuldners zusammen.¹² Im Fall einer Bringschuld sind Leistungs- und Erfolgsort hingegen der Wohnsitz des Gläubigers: Der Schuldner ist zur Aussonderung und zum Transport der Ware zum Wohnsitz des Gläubigers verpflichtet und muss dem Gläubiger die Kaufsache in einer den Annahmeverzug begründenden Art und Weise tatsächlich anbieten.¹³ Für die Annahme einer Schickschuld ist es indes ausreichend, dass der Schuldner die Leistung auf den Weg zum Gläubiger bringt (Leistungshandlung). Der Besitz- und Eigentumserwerb (Leistungserfolg) tritt aber erst ein, wenn die Sache beim Gläubiger ankommt.¹⁴ Aus § 269 I geht hervor, dass sich der Leistungsort zunächst aus der Parteienvereinbarung und in zweiter Linie »aus den Umständen, insbesondere der Natur des Schuldverhältnisses« ergibt. Vorliegend müsste K das Gemälde eigentlich im Kunstgeschäft des V abholen (Holschuld). Da sein Transporter jedoch für andere Arbeiten benötigt wird, bittet er V um die Lieferung in seine Hamburger Galerie, wozu sich V aufgrund der langjährigen Geschäftsbeziehung der beiden bereit erklärt. Fraglich ist, ob damit eine Schick- oder eine Bringschuld vereinbart wurde.

Laut § 269 III genügt eine Transportkostenübernahme nicht, um eine Bringschuld anzunehmen.¹⁵ Der Transport durch eigene Leute – V beauftragt hier seinen Angestellten A mit dem Transport – könnte ein Indiz für die Annahme einer Bringschuld sein, wenn K Kenntnis davon hatte oder dies so üblich ist.¹⁶ Hier haben K und V nicht ausdrücklich vereinbart, dass V die Gemälde durch eigene Leute liefern wird. Üblicherweise wird eine Bringschuld bei »Zuschickungskäufen des täglichen Lebens« angenommen, bei denen der Verkäufer die Transportleistung als »Kundendienst« selbst ausführt.¹⁷ Hier ist der Transport aber gerade kein typischer Kundendienst des V, da er normalerweise keine Ware ausliefert. Somit spricht der Transport durch eigene Leute des V nicht für die Annahme einer Bringschuld. Indes könnte

⁴ Hk-BGB/Saenger (Fn. 3), § 434 Rn. 8.

⁵ Erman/Grünwald, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1, 14. Auflage (2014), § 434 Rn. 2.

⁶ Jauernig/Berger, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 17. Auflage (2018), § 434 Rn. 2.

⁷ MüKoBGB/Westermann, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 4 Schuldrecht Besonderer Teil I, 8. Auflage (2019), § 434 Rn. 18 f.

⁸ Staudinger/Matusche-Beckmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, Neubearbeitung von 2014, § 434 Rn. 251.

⁹ Medicus/Lorenz, Schuldrecht II Besonderer Teil, 18. Auflage (2018), § 4 Rn. 5.

¹⁰ Staudinger/Beckmann (Fn. 8), § 447 Rn. 11.

¹¹ NomosKom-BGB/Büdenbender, Nomos Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2/1, 3. Auflage (2016), § 447 Rn. 1.

¹² Soergel/Arnold, Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht 1/2 Bd. 2/3, 13. Auflage (2014), § 243 Rn. 11; Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 43. Auflage (2019), § 12 Rn. 12 f.

¹³ MüKoBGB/Emmerich, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil I, 8. Auflage (2019), § 243 Rn. 26.

¹⁴ Medicus/Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 21. Auflage (2015), § 15 Rn. 156.

¹⁵ BGH NJW 2003, 3341 (3342).

¹⁶ Erman/Grünwald (Fn. 5), § 447 Rn. 10.

¹⁷ Jauernig/Berger (Fn. 6), § 447 Rn. 8.

die unterschiedliche Gefahrtragung bei Schick- und Bringschuld ein eindeutiges Indiz für die Bestimmung der Schuldart liefern. Während der Schuldner bei der Schickschuld nur die Verantwortung bis zur Übergabe an einen zuverlässigen Transporteur trägt, ist er im Fall der Bringschuld für die ordnungsgemäße Anlieferung zum Wohn- bzw. Geschäftsort des Gläubigers verantwortlich.¹⁸ Vorliegend möchte V dem K mit der Lieferung lediglich einen Gefallen tun. Von daher wäre es nicht sachgerecht ihm zusätzliche Verantwortung aufzubürden. Die Auslegung der Parteienvereinbarung spricht somit für die Annahme einer Schickschuld, wodurch die Gefahrtragung zwischen K und V aufgeteilt wird und V nicht – wie im Fall einer Bringschuld – das gesamte Gegenleistungsrisiko bis zur Übergabe trägt. Mithin liegt hier eine Schickschuld vor.

bb) Platzkauf

Fraglich ist, ob eine Versendung »an einen anderen Ort« auch dann vorliegt, wenn Leistungs- und Erfolgsort im selben geographischen Ort – wie hier in Hamburg – liegen. Es handelt sich dabei um einen sog. Platzkauf. Nach einer Ansicht soll in diesen Fällen, v.a. wenn es sich um einen schuldner eigenen Transport handelt, von einer Bringschuld auszugehen sein, bei der § 446 S. 1 einschlägig wäre.¹⁹ Das Tatbestandsmerkmal »Ort« ist nach anderer Ansicht nicht im politischen Sinne der Grenzen einer Stadt zu verstehen, da diese meistens zufällig verlaufen.²⁰ Als »Ort« soll hingegen die konkrete Stelle der Leistungserbringung bezeichnet werden – dabei genügt es, dass nach Lage von Leistungs- und Erfüllungsort eine Versendung erforderlich ist, denn das Transportrisiko verringert sich bei innerstädtischer Versendung nicht.²¹ Eine unterschiedliche rechtliche Behandlung von Transporten innerhalb einer Stadt und zwischen zwei Städten überzeugt deshalb nicht. Hier ist der Transport des Gemäldes notwendig und V erledigt dies für den K in Form einer Gefälligkeit. Es wäre in dieser Konstellation ferner nicht sachgerecht ihm das zusätzliche Risiko einer Bringschuld aufzubürden. Somit ist § 447 nach überzeugender zweiter Ansicht auch beim sog. Platzkauf anwendbar.

b) Versendungsverlangen des Käufers

Die Versendung müsste ausdrücklich oder konkludent auf Verlangen des Käufers erfolgt sein.²² Laut Sachverhalt hat K den V nach Vertragsschluss um die Lieferung des Gemäldes gebeten. Es ist ausreichend, wenn das Versendungsverlangen nachträglich erklärt wird.²³

¹⁸ Bernhard, Holschuld, Schickschuld, Bringschuld – Auswirkungen auf Gerichtsstand, Konkretisierung und Gefährübergang, JuS 2011, 9 (10).

¹⁹ Soergel/Huber, Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht II Bd. 3, 12. Auflage (1991), § 447 Rn. 24; Jauernig/Berger (Fn. 6), § 447 Rn. 6.

²⁰ Wertenbruch, Gefahrtragung beim Versendungskauf nach neuem Schuldrecht, JuS 2003, 625 (628).

²¹ MüKoBGB/Westermann (Fn. 7), § 447 Rn. 7.

²² NomosKom-BGB/Büdenbender (Fn. 11), § 447 Rn. 10.

²³ Prütting/Wegen/Weinreich/Schmidt, BGB Kommentar, 13. Auflage (2018), § 447 Rn. 11.

c) Auslieferung der Sache an die Transportperson

Nach dem Wortlaut des § 447 I müsste das Gemälde einem Spediteur, Frachtführer oder einer sonstigen zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt übergeben worden sein. Dies könnte hier zweifelhaft sein, da V für den Transport seinen Angestellten A einsetzte.

Nach einer Ansicht ist beim Transport durch eigene Leute des Schuldners die Anwendbarkeit von § 447 ausgeschlossen, stattdessen soll in diesem Fall auf § 446 S. 1 abgestellt werden.²⁴

Demgegenüber wird vertreten, dass der Transport durch eigene Leute im Rahmen des § 447 möglich sei.²⁵

Für die zweite Ansicht spricht, dass der Wortlaut des § 447 die Lieferung durch eigene Leute des Verkäufers nicht ausschließt, denn diese können unter »sonstige Personen« subsumiert werden.²⁶ Allerdings werden in § 447 als Beispiele nur selbstständige Transportpersonen aufgezählt und die Auslieferung durch einen Angestellten ist genau genommen ein Transport durch den Verkäufer selbst.²⁷ Somit liefert die grammatikalische Auslegung kein eindeutiges Indiz für die Streitfrage. Vielmehr lässt sich teleologisch mit der *ratio* des § 447 argumentieren. Die erste Ansicht sieht den Gesetzeszweck in der unterschiedlichen Gefahrtragung.²⁸ Demnach befindet sich beim Transport durch eigene Leute die Ware noch mittelbar im Machtbereich des Verkäufers, was eine Anwendung des § 447 ausschließt.²⁹ Nach der zweiten Ansicht liegt der Normzweck hingegen in der Entlastung des Verkäufers, der nicht dadurch schlechter gestellt werden soll, dass der Käufer die Ware nicht abholt.³⁰ Der Verkäufer übernimmt demnach mit der Durchführung des Transports durch eigene Leute eine ihm grundsätzlich nicht obliegende Pflicht und es wäre nicht sachgerecht, ihn die Gegenleistungsgefahr länger tragen zu lassen.³¹ Somit ist es überzeugender, § 447 beim Transport durch eigene Leute anzuwenden.

Mithin hat V die Kaufsache mit der Übergabe an A an eine zur Ausführung der Versendung bestimmte Person übergeben.

²⁴ Jauernig/Berger (Fn. 6), § 447 Rn. 12; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 26. Auflage (2017), § 13 Rn. 275; Palandt/Weidenkaff, Bürgerliches Gesetzbuch, 78. Auflage (2019), § 447 Rn. 12; Wertenbruch (Fn. 20), JuS 2003, 625 (628 f.).

²⁵ RGZ 96, 258 (259); Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Faust, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 4. Auflage (2019), § 447 Rn. 9; Erman/Grunewald (Fn. 5), § 447 Rn. 10; MüKoBGB/Westermann (Fn. 7), § 447 Rn. 16 f.; Staudinger/Beckmann (Fn. 8), § 447 Rn. 23.

²⁶ Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Faust (Fn. 25), § 447 Rn. 9.

²⁷ Wertenbruch (Fn. 20), JuS 2003, 625 (628).

²⁸ Jauernig/Berger (Fn. 6), § 447 Rn. 12.

²⁹ Medicus/Petersen (Fn. 24), § 13 Rn. 275.

³⁰ MüKoBGB/Westermann (Fn. 7), § 447 Rn. 17.

³¹ Ders., § 447 Rn. 9.

d) Umfang des Gefahrübergangs

Vorliegend hat V auf Verlangen des K die Gemälde an einen anderen Ort als den Erfüllungsort versendet, sodass nach § 447 die Gefahr mit der Auslieferung an die Transportperson A auf K übergegangen sein müsste. Die in § 447 erwähnte »Gefahr« schließt an die »Gefahr eines zufälligen Untergangs oder einer zufälligen Verschlechterung der Kaufsache« aus § 446 S. 1 an.³²

aa) Notwendigkeit einer verwirklichten typischen Transportgefahr

Streitig ist, welche Transportschäden von dieser Gegenleistungsgefahr umfasst sind. Nach einer Ansicht beinhaltet das vom Käufer zu tragende Gegenleistungsrisiko nur typische Transportschäden, die dem eigentlichen Gefahrenbereich des Transports zuzurechnen sind.³³ Vorliegend ist aufgrund der mangelhaften Verpackung des Bildes gerade kein typischer Transportschaden eingetreten, sodass § 447 hiernach nicht anwendbar wäre.

Eine andere Ansicht stellt hingegen darauf ab, ob die Verschlechterung während des Transports eingetreten ist.³⁴ Demnach reicht es hier für die Anwendung von § 447 aus, dass der auf die mangelhafte Verpackung zurückzuführende Schaden während des Transports entstanden ist.

Für die letztere Ansicht spricht die bereits erläuterte maßgebliche *ratio* des § 447. Da die Versendung auf Käuferverlangen erfolgt, müssen dem Käufer alle Risiken vom Zeitpunkt der Übergabe an die Transportperson zugemutet werden, die er auch bei einer Selbstabholung hätte tragen müssen.³⁵ Hier ist der Schaden am Gemälde während des Transportes entstanden und damit an sich von der Gegenleistungsgefahr umfasst.

bb) Zufällige Verschlechterung der Kaufsache

Nach dem Wortlaut der §§ 447 I, 446 S. 1 umfasst die Gegenleistungsgefahr nur solche Schäden, die zufällig eingetreten sind. Zufälligkeit ist gegeben, wenn die Verschlechterung nicht vom Verkäufer zu vertreten ist.³⁶ Der Sachmangel am Gemälde ist auf eine nicht ordnungsgemäße Verpackung durch V zurückzuführen. Der Verkäufer ist zur ordnungsgemäßen Versendung verpflichtet, wozu auch eine zum Transport geeignete Verpackung der Ware gehört.³⁷ Diese Nebenpflicht hat V hier verletzt. Es ist umstritten, welche Rechtsfolgen dies nach sich zieht.

(1) Verweis auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht

Nach einer Auffassung ist § 447 I anwendbar, sodass die Mängelgewährleistungsrechte aus §§ 437 ff. ausgeschlossen sind, weil die Kaufsache im maßgeblichen Zeitpunkt des Gefahrübergangs noch nicht beschädigt war. Der Käufer kann sich hiernach nur auf seine Rechte aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht berufen, die ihm aufgrund der Nebenpflichtverletzung zustehen.³⁸ Da der Sachmangel am Gemälde erst nach Aushändigung an die Transportperson A entstanden ist, hätte K nach dieser Ansicht keinen Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281.

(2) Anwendbarkeit des Mängelgewährleistungsrechts

Eine andere Ansicht versagt dem Verkäufer aufgrund seines Verschuldens dagegen die Berufung auf § 447 I. Danach soll der Verkäufer die Gefahr trotz Versendung weiterhin bis zur Übergabe an den Käufer tragen.³⁹ Zum Zeitpunkt der Übergabe war das eine Gemälde bereits beschädigt. K könnte also nach dieser Ansicht einen Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 geltend machen.

(3) Analoge Anwendung der §§ 434 ff.

Ferner will eine dritte Ansicht diesen Fall so behandeln, als wäre die Sache schon vor Gefahrübergang mangelhaft gewesen. Danach werden die §§ 434 ff. analog angewendet.⁴⁰ Eine planwidrige Regelungslücke sei anzunehmen, weil sich die Gesetzgebungsmaterialien über das vorliegende Problem ausschweigen und der Gefahrübergang in § 434 I 1 allein »aus Klarstellungsgründen« genannt werde.⁴¹ Nach dieser Ansicht wäre also ebenfalls das Mängelgewährleistungsrecht anwendbar.

(4) Streitentscheid

Die zweite und dritte Auffassung kommen hinsichtlich der Rechtsfolgen zum selben Ergebnis, indem sie die Anwendbarkeit des Mängelgewährleistungsrechts bejahen. Die erste Ansicht versagt diese jedoch, sodass ein Streitentscheid zwischen dieser und den anderen beiden Ansichten notwendig ist.

Für die erste Ansicht spricht der Wortlaut der §§ 434 I 1, 447 I, der einen feststehenden Zeitpunkt des Gefahrübergangs für die Bestimmung von Sachmängeln festlegt. Somit kommt es nach dieser Ansicht gar nicht auf ein Verschulden

³² Erman/*Grunewald* (Fn. 5), § 447 Rn. 12.

³³ Jauernig/*Berger* (Fn. 6), § 447 Rn. 13; Palandt/*Weidenkaff* (Fn. 24), § 447 Rn. 15.

³⁴ Bamberger/*Roth/Hau/Poseck/Faust* (Fn. 25), § 447 Rn. 21; Staudinger/*Beckmann* (Fn. 8), § 447 Rn. 26.

³⁵ Staudinger/*Beckmann* (Fn. 8), § 447 Rn. 26.

³⁶ Palandt/*Weidenkaff* (Fn. 24), § 447 Rn. 15.

³⁷ Staudinger/*Beckmann* (Fn. 8), § 447 Rn. 30.

³⁸ *Stieper*, Gefahrtragung und Haftung des Verkäufers bei Versendung fehlerhaft verpackter Sachen, AcP 2008, 819 (823–825); *Erman/Grunewald* (Fn. 5), § 447 Rn. 13.

³⁹ *Müller*, Zu den Folgen des Rügeversäumnisses, ZIP 2002, 1178 (1184 f.). Zur Rechtslage vor der Schuldrechtsmodernisierung genauso *Soergel/Huber* (Fn. 19), § 447 Rn. 76.

⁴⁰ *Reimicke/Tiedtke*, Kaufrecht, 8. Auflage (2009), Rn. 836; Bamberger/*Roth/Hau/Poseck/Faust* (Fn. 25), § 437 Rn. 203; *Klinck*, Die Haftung des Verkäufers für eine Beschädigung der Sache nach Gefahrübergang, ZGS 2008, 217 (218).

⁴¹ *Klinck* (Fn. 40), ZGS 2008, 217 (219).

seitens des Verkäufers an.⁴² Zudem führt die erste Auffassung an, dass bei Übergabe der Kaufsache nur das Risiko einer zufälligen und nicht das Risiko einer vom Verkäufer zu vertretenen Verschlechterung auf den Käufer übergeht.⁴³

Dabei wird jedoch übersehen, dass hier bei Übergabe des Gemäldes an K die Beschädigung bereits vorlag. Weiterhin würde die Verwehrung der Mängelgewährleistungsrechte dem Verkäufer die Möglichkeit zur Nacherfüllung nehmen.⁴⁴ Auf den ersten Blick erscheint es unangemessen, dem Verkäufer trotz schuldhaften Verhaltens die Möglichkeit der Nacherfüllung zu eröffnen. Doch gerade der vorliegende Fall zeigt, dass dies auch im Sinne des Käufers sein kann.⁴⁵ Hier kommt es K gerade auf die Nacherfüllung seitens des V an. Insgesamt besteht kein besonderes Schutzbedürfnis des Käufers, das gegen die Anwendbarkeit der Mängelgewährleistungsrechte sprechen könnte. Dies gilt insbesondere, wenn die Beschädigung – wie hier – erkennbar ist.⁴⁶ Denn dann bleibt dem Käufer ohnehin die Möglichkeit, die Annahme der Sache sanktionslos zu verweigern und sich dadurch einer Anwendung der §§ 434 ff. zu entziehen.⁴⁷ Auch die *ratio* des Gefahrübergangs rechtfertigt hier die Anwendung des schwächeren Gewährleistungsrechts: Die Bitte des Käufers, die Sache an einen anderen Ort als den Erfüllungsort zu versenden, hat sich hier risikosteigernd ausgewirkt.⁴⁸ Insgesamt überzeugen daher die Meinungen zur Anwendbarkeit des Mängelgewährleistungsrechts.

Mithin ist das Mängelgewährleistungsrecht grundsätzlich anwendbar.

4. Ausschluss des Mängelgewährleistungsrechts gem. § 377 HGB

Der Anwendbarkeit der §§ 437 ff. könnte jedoch § 377 II HGB entgegenstehen, wenn der Gläubiger die nach § 377 I HGB erforderliche Rüge des Mangels unterlassen hat.⁴⁹ Die Voraussetzungen des § 377 I HGB sind folglich zu prüfen.

a) Beiderseitiger Handelskauf

Zunächst müsste zwischen K und V ein beiderseitiges Handelsgeschäft vorliegen. Dies ist gem. § 343 I HGB der Fall, wenn es sich um ein betriebsbezogenes und nicht etwa um ein privates Geschäft eines Kaufmanns handelt.⁵⁰ K und V sind laut Sachverhalt eingetragene Kaufleute i. S. d. § 1 I HGB. Im Kunstgeschäft des V erwirbt K ein Gemälde für eine Ausstellung in seiner Galerie. Es handelt sich somit um ein betriebsbezogenes Geschäft. Ein beiderseitiger Handelskauf liegt mithin vor.

b) Ablieferung

Die Sache müsste von V bei K abgeliefert worden sein. Die Ablieferung erfolgt spätestens, wenn der Käufer in eine solche tatsächliche räumliche Beziehung zu der Sache kommt, dass eine Beschaffenheitsüberprüfung möglich ist.⁵¹ Hier erfolgte die Ablieferung in dem Moment, als die Lieferung K erreichte, denn zu diesem Zeitpunkt konnte K erstmals die Beschaffenheit des Gemäldes wahrnehmen und überprüfen.

c) Mangelhaftigkeit der Ware, § 434

Die abgelieferte Ware ist gem. § 434 I 2 Nr. 1 mangelhaft.

d) Ordnungsmäßigkeit der Untersuchung und Rüge

Weiterhin müsste K das Gemälde auf seine Mangelhaftigkeit hin unverzüglich untersucht und den Mangel daraufhin unverzüglich gerügt haben. Unverzüglichkeit im Sinne dieser Vorschrift bedeutet – wie in § 121 I 1 – »ohne schuldhaftes Zögern«. ⁵² Dies gilt insbesondere bei offenen Mängeln, d. h. bei solchen, die bei Ablieferung offen zu Tage treten.⁵³ Für die Rüge reicht eine formlose Anzeige der Mängel durch den Käufer an den Verkäufer aus. Der Verkäufer muss aus dieser Art und Umfang der Mängel erkennen können.⁵⁴ Vorliegend erkennt K den Mangel sofort bei Ablieferung und verlangt umgehend die sofortige Beseitigung des Mangels von V. Aus Sicht eines objektiven Empfängers lässt sich daraus ableiten, dass K dem V den genauen Mangel mitteilt. Damit hat K das Gemälde auf seine Mangelhaftigkeit unverzüglich untersucht und entsprechend gerügt. Bei unverzüglicher Rüge behält der Käufer seine Rechte bzgl. des Mangels, insbesondere aus den §§ 437 ff.⁵⁵

Der Anwendbarkeit der §§ 437 ff. steht § 377 II HGB also nicht entgegen.

5. Zwischenergebnis

Mithin sind die Mängelgewährleistungsrechte aus § 437 eröffnet.

II. Voraussetzungen des § 280 I

Aufgrund der Rechtsgrundverweisung in § 437 Nr. 3 müssten zudem die Voraussetzungen des § 280 I gegeben sein.⁵⁶

⁴² Stieper (Fn. 38), AcP 2008, 819 (825).

⁴³ Ebd.

⁴⁴ Klinck (Fn. 40), ZGS 2008, 217 (217 f.).

⁴⁵ Vgl. Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Faust (Fn. 25), § 437 Rn. 203.

⁴⁶ Klinck (Fn. 40), ZGS 2008, 217 (219).

⁴⁷ MüKoBGB/Westermann (Fn. 7), § 437 Rn. 18.

⁴⁸ Klinck (Fn. 40), ZGS 2008, 217 (219).

⁴⁹ Bitter/Schumacher, Handelsrecht, 3. Auflage (2018), § 7 Rn. 72 f.

⁵⁰ Brox/Henssler, Handelsrecht, 22. Auflage (2016), § 21 Rn. 399.

⁵¹ BGH NJW 1988, 2608 (2609).

⁵² Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Müller, Handelsgesetzbuch, Bd. 2, 3. Auflage (2014), § 377 Rn. 75.

⁵³ MüKoHGB/Grünwald, Münchener Kommentar zum HGB, Bd. 5 Handelsgeschäfte, 4. Auflage (2018), § 377 Rn. 61.

⁵⁴ Brox/Henssler (Fn. 50), § 21 Rn. 408.

⁵⁵ Baumbach/Hopt/Hopt, Handelsgesetzbuch, 38. Auflage (2018), § 377 Rn. 44.

⁵⁶ Medicus/Lorenz (Fn. 9), § 7 Rn. 1.

1. Schuldverhältnis

In dem geschlossenen Kaufvertrag zwischen V und K liegt ein wirksames Schuldverhältnis i. S. d. § 280 I 1.

2. Pflichtverletzung

Zudem müsste gem. § 280 I 1 eine Pflichtverletzung vorliegen.

a) Verletzung der Pflicht aus § 433 I 2

In Betracht kommt zunächst eine Verletzung der Pflicht des Verkäufers zur sachmangelfreien Lieferung aus § 433 I 2.⁵⁷ Mit der Lieferung eines beschädigten Gemäldes wurde diese Pflicht verletzt. Dass diese Pflichtverletzung auf einer verletzten Nebenleistungspflicht (nicht ordnungsgemäße Verpackung) beruht, steht dem nicht entgegen.⁵⁸

b) Verletzung der Nacherfüllungspflicht aus §§ 437 Nr. 1, 439

Daneben könnte auch die Pflicht zur Nacherfüllung aus §§ 437 Nr. 1, 439 verletzt worden sein, indem V dem K kategorisch jegliche Hilfe verweigerte. Der ursprüngliche Erfüllungsanspruch auf sachmangelfreie Lieferung wird mit Ablieferung der Sache zum Nacherfüllungsanspruch i. S. d. § 439 modifiziert.⁵⁹ Danach hat der Käufer ein Wahlrecht zwischen der Beseitigung des Mangels oder der Nachlieferung einer mangelfreien Sache.⁶⁰ Bei Stückschulden – das Gemälde fällt als Unikat darunter – ist eine Nachlieferung aufgrund der Einzigartigkeit gem. § 275 I unmöglich.⁶¹ Somit beschränkt sich der Nacherfüllungsanspruch hier auf die Nachbesserung, die laut Sachverhalt noch vor Ausstellungseröffnung möglich wäre. Diese hat K durch die Aufforderung des V zur sofortigen Mängelbeseitigung verlangt. Die Nacherfüllungspflicht war ab diesem Zeitpunkt fällig.⁶² Anhaltspunkte für unverhältnismäßig hohe Kosten der Mängelbeseitigung, die eine Einrede nach § 439 III rechtfertigen würden,⁶³ sind nicht ersichtlich. Somit war der Anspruch auf Nachbesserung bis zum Schadensersatzverlangen gem. § 281 IV auch durchsetzbar. Mit der Verweigerung der Nacherfüllung hat V somit die fällige und durchsetzbare Leistungspflicht aus §§ 437 Nr. 1, 439 I verletzt.

III. Weitere Voraussetzungen der §§ 280 III, 281

Einen Schadensersatz statt der Leistung kann K nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 280 III, 281 geltend machen.

1. Abgrenzung Schadensersatz statt und neben der Leistung

Bei dem von K geltend gemachten Schadensposten, der Wertminderung des Gemäldes um 3000 €, müsste es sich zunächst überhaupt um einen Schadensersatz statt der Leistung handeln. Entscheidend ist dafür die Abgrenzung zum Schadensersatz neben der Leistung, an welchen andere Anforderungen gestellt werden.⁶⁴

Nach einer Ansicht soll danach abgegrenzt werden, ob der Schaden dem Äquivalenzinteresse (Interesse an der Gleichwertigkeit der Leistungen) oder dem Integritätsinteresse (Interesse am Erhalt anderer Rechtsgüter) des Gläubigers entspricht.⁶⁵ Ist das Äquivalenzinteresse betroffen, handelt es sich um einen Schadensersatz statt der Leistung.⁶⁶ Die Einverleibung des Marktwertes des Gemäldes stellt hier das Leistungsäquivalent zur Kaufpreiszahlung dar. Damit ist das Äquivalenzinteresse des K betroffen.

Nach anderer Auffassung soll eine Abgrenzung nach zeitlichen Gesichtspunkten erfolgen. Entscheidend für die Annahme von Schadensersatz statt der Leistung ist, ob der Schaden durch eine hypothetische Nacherfüllung im letztmöglichen Zeitpunkt ausgeblieben wäre.⁶⁷ Sowohl bei der Aufforderung durch K zur sofortigen Beseitigung des Mangels als auch bei Verlangen des Schadensersatzes wären die Beschädigung des Gemäldes und der damit verbundene Schaden noch behebbar gewesen.

Mithin kann hier nach beiden Auffassungen Schadensersatz statt der Leistung geltend gemacht werden.

2. Fristsetzung und erfolgloser Ablauf bzw. Entbehrlichkeit

Nach § 281 I 1 müsste K dem V erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt haben. Als Fristsetzung ist die Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner zu verstehen, die geschuldete Leistung innerhalb eines bestimmten Zeitraums zu erbringen, wobei der Endtermin nicht angegeben werden muss.⁶⁸ Die Fristsetzung könnte hier gem. § 281 II Alt. 1 ausnahmsweise entbehrlich sein. Dazu müsste V die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert haben. Es muss sich bei der Verweigerung insofern um das »letzte Wort des Schuldners« handeln, welches keine Zweifel an der Ernsthaftigkeit zulässt.⁶⁹ V verweigert kategorisch jegliche Leistung mit der Begründung, dass K selbst um Lieferung gebeten habe. Damit hat er die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert. Demnach war eine Fristsetzung hier entbehrlich.

⁵⁷ Erman/*Grunewald* (Fn. 5), § 437 Rn. 11.

⁵⁸ *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 16. Auflage (2018), § 22 Rn. 9.

⁵⁹ *Staudinger/Matusche-Beckmann* (Fn. 8), § 439 Rn. 1.

⁶⁰ *Hk-BGB/Saenger* (Fn. 3), § 439 Rn. 1.

⁶¹ *Jacoby/v. Hinden* (Fn. 2), § 439 Rn. 10.

⁶² *Palandt/Weidenkaff* (Fn. 24), § 439 Rn. 3 a.

⁶³ *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, 43. Auflage (2019), § 4 Rn. 45.

⁶⁴ *Looschelders* (Fn. 58), § 24 Rn. 2.

⁶⁵ *Jacoby/v. Hinden* (Fn. 2), § 280 Rn. 9.

⁶⁶ *Grigoleit/Riehm*, Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungsrecht, AcP 2003, 727 (735).

⁶⁷ *Medicus/Petersen* (Fn. 24), § 13 Rn. 237; *MüKoBGB/Ernst* (Fn. 13), § 280 Rn. 70.

⁶⁸ BGH NJW 2015, 2564 (2565).

⁶⁹ *Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Unberath* (Fn. 25), § 281 Rn. 24.

3. Vertretenmüssen

Weiterhin müsste V die vorliegenden Pflichtverletzungen auch zu vertreten haben. Grundsätzlich hat der Schuldner nach § 276 I 1 Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten.

a) Anknüpfungspunkt

Umstritten ist, welche Pflichtverletzung den Anknüpfungspunkt für das Vertretenmüssen i. R. d. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 bildet. Nach einer Ansicht kann sich das Vertretenmüssen sowohl auf die Pflichtverletzung bzgl. der mangelfreien Lieferung als auch alternativ auf das Unterlassen der Nacherfüllung beziehen.⁷⁰ Die Gegenansicht stellt hingegen ausschließlich auf die Verletzung der Nacherfüllungspflicht ab.⁷¹ Eine Ausnahme besteht nur, wenn die Fristsetzung entbehrlich ist. Dann kommt es allein auf das Vertretenmüssen bzgl. der ursprünglich mangelhaften Leistung an.⁷² Da im vorliegenden Fall die Fristsetzung zur Nacherfüllung entbehrlich ist, reicht das Vertretenmüssen hinsichtlich der Pflichtverletzung zur mangelfreien Lieferung nach beiden Ansichten aus.

b) Vertretenmüssen bzgl. Pflicht aus § 433 I 2

V könnte hier fahrlässig in Bezug auf die Pflichtverletzung aus § 433 I 2 gehandelt haben. Fahrlässigkeit meint nach der Legaldefinition des § 276 II das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Im Rahmen eines, hier vorliegenden, Handelsgeschäftes sieht § 347 I HGB eine verschärfte Sorgfalt vor.⁷³ Dabei ist ein objektiver Maßstab anzulegen und auf typische Kenntnisse und Fähigkeiten einer bestimmten Berufsgruppe abzustellen.⁷⁴ Als Kunsthändler sollten V die Transportbedingungen für empfindliche Gemälde bekannt sein. Aufgrund dieses Sonderwissens hätte er das Gemälde ordnungsgemäß verpacken können. Somit hat er die erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen und handelte nach § 276 II fahrlässig. Folglich hat V die Pflichtverletzung zu vertreten.

4. Schaden

Zuletzt müsste K aus der Pflichtverletzung ein Schaden entstanden sein. Unter einem Schaden ist jede unfreiwillige Einbuße an materiellen oder immateriellen Gütern und Interessen zu verstehen.⁷⁵ Beim Schadensersatz statt der Leistung ist das positive Interesse ersatzfähig, wonach der

Gläubiger so zu stellen ist, wie er stünde, wenn der Schuldner ordnungsgemäß geleistet hätte.⁷⁶

Hinsichtlich der Wertminderung des Gemäldes ist eine konkrete Schadensberechnung möglich. Nach der Differenzhypothese ist zur Berechnung des Schadensumfangs die tatsächliche mit der hypothetischen Vermögenslage zu vergleichen, die bei einer ordnungsgemäßen Erfüllung vorläge.⁷⁷ Der Wert des Gemäldes hat sich durch die Beschädigung um 3000 € gemindert. Da K das beschädigte Gemälde behalten möchte, kann er die 3000 € über § 251 I i. R. d. »kleinen Schadensersatzes«⁷⁸ von V ersetzt verlangen.

IV. Ergebnis

Folglich hat K gegen V einen Schadensersatzanspruch i. H. v. 3000 € aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281.

Abwandlung

A. Anspruch K gegen V aus §§ 437 Nr. 3, 280 I

K könnte gegen V einen Anspruch auf Schadensersatz i. H. v. 1000 € für die finanzielle Einbuße aufgrund der zurückgezahlten Eintrittsgelder aus §§ 437 Nr. 1, 280 I haben.

I. Eingangsvoraussetzungen des § 437

1. Wirksamer Kaufvertrag, § 433

Laut Sachverhalt haben K und V sich über den Kauf bzw. Verkauf eines weiteren Ölgemäldes des Malers Dumont geeinigt. Ein wirksamer Vertragsschluss gem. § 433 liegt damit vor.

2. Sachmangel, § 434

Weiterhin müsste das Gemälde einen Sachmangel aufweisen. Dieser könnte in der abblätternden Farbe und dem Auflösungsprozess zu sehen sein. Es kommt ein Sachmangel nach § 434 I 1 in Betracht. Die Beschaffenheitsvereinbarung kann konkludent erfolgen oder sich aus den Umständen ergeben.⁷⁹ Das gekaufte Gemälde gilt laut Sachverhalt als Meisterwerk und ist ein Publikumsmagnet. Diese Eigenschaften kann es nur entfalten, wenn es einen makellosen Zustand aufweist. Somit ist auf eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung zwischen K und V abzustellen. Das Gemälde weist diese Beschaffenheit gerade nicht auf, sodass ein Sachmangel nach § 434 I 1 vorliegt.

3. Bei Gefahrübergang, §§ 446 S. 1, 447 I

Nach § 434 I müsste der Sachmangel bei Gefahrübergang vorhanden sein. Das Gemälde wird hier durch den Angestellten des V geliefert. Es liegt somit ein Versendungskauf

⁷⁰ Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Faust (Fn. 25), § 437 Rn. 73; Palandt/Weidenkaff (Fn. 24), § 437 Rn. 38.

⁷¹ Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Auflage (2018), § 2 Rn. 303; Lorenz/Riehm, Neues Schuldrecht, 1. Auflage (2002), § 5 Rn. 535.

⁷² Oetker/Maultzsch (Rn. 71), § 2 Rn. 303.

⁷³ Koller/Kindler/Roth/Morck/Roth, Handelsgesetzbuch, 8. Auflage (2015), § 347 Rn. 5.

⁷⁴ Brox/Henssler (Fn. 50), § 19 Rn. 371.

⁷⁵ Brox/Walker (Fn. 12), § 29 Rn.1.

⁷⁶ Looschelders (Fn. 58), § 44 Rn. 8 f.

⁷⁷ Palandt/Grüneberg (Fn. 24), § 281 Rn. 18.

⁷⁸ MüKoBGB/Westermann (Fn. 7), § 437 Rn. 36.

⁷⁹ BGHZ 207, 349 (351 f.).

nach § 447 I vor (vgl. Frage 1). Die Gefahr geht also schon mit Übergabe an die Transportperson auf K über.⁸⁰ Die aufgeweichte Farbe und der damit verbundene Auflösungsprozess sind bei Übergabe an die Transportperson A noch nicht sichtbar. Allerdings hat V die Beschädigung des Gemäldes bereits vor der Übergabe an A verursacht, indem er Feuchtigkeit in das Innere der Verpackung gelangen lies, was zum Aufweichen der Gemäldefarbe führte. Für die Mangelhaftigkeit bei Gefahrübergang ist es ausreichend, dass die Ursache in diesem Zeitpunkt schon bestand.⁸¹ Es ist also unbeachtlich, dass der Mangel im Zeitpunkt des Gefahrübergangs noch nicht erkennbar war. Mithin lag der Sachmangel hier bei Gefahrübergang vor.

4. Ausschluss durch § 377 III HGB

Der Anwendbarkeit der Mängelgewährleistungsrechte könnte § 377 III HGB entgegenstehen, wenn K die nach § 377 I erforderliche Rüge des Mangels unterlassen hat. Wie bereits dargelegt, liegt zwischen K und V ein beiderseitiger Handelskauf vor. Das Gemälde wurde in dem Zeitpunkt abgeliefert als die Sendung K erreichte. Dabei war das Bild bereits mangelhaft. Weiterhin müsste K das Gemälde auf seine Mangelhaftigkeit hin unverzüglich untersucht und den Mangel daraufhin ohne schuldhaftes Zögern gerügt haben. Vorliegend hat K den Mangel jedoch erst nach Beginn der Ausstellung bei V angezeigt, nachdem ein Besucher ihn auf die abblätternde Farbe aufmerksam gemacht hat. Bei verdeckten Mängeln, die bei der Untersuchung nach Ablieferung nicht erkennbar waren, kann eine Rüge erst bei späterer Entdeckung des Mangels erfolgen.⁸² Die Frist der unverzüglichen Rüge beginnt also nicht mit der Ablieferung der Sache, sondern mit Entdeckung des Mangels (vgl. Wortlaut des § 377 III).⁸³ Es kommt lediglich auf eine hypothetische Untersuchung an,⁸⁴ daher ist es unerheblich, ob K das Gemälde tatsächlich unverzüglich untersucht hat. Bei einer solchen Untersuchung wäre der Mangel nicht erkennbar gewesen. Da K den Mangel umgehend nach Kenntnisnahme bei V angezeigt hat, ist die Frist gewahrt und die Rüge rechtzeitig erfolgt. Mithin sind die Mängelgewährleistungsrechte nicht durch § 377 III HGB ausgeschlossen.

5. Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Mängelgewährleistungsrechte sind erfüllt.

II. Voraussetzungen des § 280 I

1. Rechtliche Einordnung der Anspruchsgrundlage

Fraglich ist, ob die Voraussetzungen des § 280 I für die Geltendmachung des Schadens ausreichen. Möglicherweise

müssten darüber hinaus entweder die zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 280 III, 281 oder der §§ 280 II, 286 erfüllt sein.

a) Abgrenzung Schadensersatz statt oder neben der Leistung

Zunächst ist festzustellen, ob es sich bei dem von K geltend gemachten Schaden um einen Schadensersatz statt oder neben der Leistung handelt. Selbst wenn hier eine Nachbesserung des Gemäldes möglich wäre und V diese vornehmen würde, entfele die finanzielle Einbuße des K nicht, sodass ein Schadensersatz neben der Leistung vorliegt. Zudem ist hier das Integritätsinteresse des K betroffen, da es nicht um den Erhalt des Leistungsäquivalents, sondern um sonstige Rechte des K (entgangener Gewinn aus der Ausstellungseröffnung) geht. Mithin handelt es sich nach beiden Abgrenzungstheorien um einen Schadensersatz neben der Leistung.

b) Einordnung des mangelbedingten Betriebsausfallschadens

Vorliegend könnte es sich um einen sog. mangelbedingten Betriebsausfallschaden handeln, der dem Käufer dadurch entsteht, dass er die geschuldete Leistung aufgrund des Mangels nicht gewinnbringend nutzen kann.⁸⁵ Hier konnte K das Gemälde aufgrund des Mangels nicht profitabel in seiner Ausstellung präsentieren. Es ist strittig, ob dieser Schaden als einfacher Schadensersatz i. S. d. § 280 I⁸⁶ oder als Verzögerungsschaden i. S. d. § 280 II nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 286⁸⁷ ersatzfähig ist.

Für die Einordnung als Verzögerungsschaden spricht, dass der Schaden entsteht, weil nicht rechtzeitig eine mangelfreie Sache geliefert wurde.⁸⁸ Es handelt sich damit eigentlich um einen Schaden wegen Leistungsverzögerung. Durch die Einordnung als einfachen Schadensersatz nach § 280 I würden die zusätzlichen Verzögerungsvoraussetzungen des § 286, insbesondere die erforderliche Mahnung, umgangen werden.⁸⁹ Dies könnte einen Wertungswiderspruch darstellen, da der Schuldner, der mangelhaft leistet, einer schärferen Haftung unterworfen wird als derjenige, der gar nicht leistet.⁹⁰ Bei dieser Argumentationslinie wird jedoch missachtet, dass ein wesentlicher Unterscheid zwischen Nicht- und Schlechtleistung besteht.⁹¹ Eine Nichtleistung ist i. d. R. sofort erkennbar und deshalb eine Mahnung für den Gläubiger zumutbar, weil er den Schuldner dadurch schon vor oder unmittelbar nach dem Nutzungszeitpunkt schadensersatz-

⁸⁰ Zu den Problemen beim Versendungskauf durch eigene Leute vgl. Frage 1.

⁸¹ Palandt/Weidenkaff (Fn. 24), § 434 Rn. 8.

⁸² Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Müller (Fn. 52), § 377 Rn. 164 f.

⁸³ Baumbach/Hopt/Hopt (Fn. 55), § 377 Rn. 38 f.

⁸⁴ Bitter/Schumacher (Fn. 49), § 7 Rn. 82.

⁸⁵ Medicus/Lorenz (Fn. 9), § 7 Rn. 87.

⁸⁶ BGHZ 181, 317 (322); Erman/Grünwald (Fn. 5), § 437 Rn. 19; Jauernig/Stadler (Fn. 6), § 280 Rn. 4; MüKoBGB/Westermann (Fn. 7), § 437 Rn. 34.

⁸⁷ Jauernig/Berger (Fn. 6), § 437 Rn. 17; Oetker/Maultzsch (Rn. 71), § 2 Rn. 295 ff.; NomosKom-BGB/Dauner-Lieb (Fn. 11), § 280 Rn. 58; Brox/Walker (Fn. 63), § 4 Rn. 106.

⁸⁸ Oetker/Maultzsch (Fn. 71), § 2 Rn. 297.

⁸⁹ Brox/Walker (Fn. 63), § 4 Rn. 106.

⁹⁰ NomosKom-BGB/Dauner-Lieb (Fn. 11), § 280 Rn. 61; Jauernig/Berger (Fn. 6), § 437 Rn. 17.

⁹¹ Vgl. Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Faust (Fn. 25), § 437 Rn. 70 c.

pflichtig machen kann.⁹² Indes ist eine Schlechtleistung u. U. nicht gleich sichtbar und wird erst bemerkt, wenn die Sache bereits – wie hier – ihrer Verwendung zugeführt wurde.⁹³ Zudem entspricht der Ersatz mangelbedingter Betriebsausfallschäden über § 280 I dem Willen des Gesetzgebers, der eine erhebliche Einschränkung der Ersatzfähigkeit dieser Schäden vermeiden wollte.⁹⁴ Dies zeigt sich auch in der gesetzlichen Normierung. In § 437 Nr. 3 werden lediglich die §§ 282, 283 aufgeführt, während der § 286 bewusst weggelassen wurde.⁹⁵ Von daher ist es überzeugender, den mangelbedingten Betriebsausfallschaden über § 280 I zu ersetzen.

c) Zwischenergebnis

Folglich sind die Voraussetzungen des § 280 I ausreichend.

2. Schuldverhältnis

Mit dem wirksam geschlossenen Kaufvertrag liegt ein Schuldverhältnis vor.

⁹² Soergel/*Benicke/Hellwig* (Fn. 12), § 280 Rn. 409.

⁹³ BeckOGK BGB/*Höpfner*, 1.7.2019, § 437 Rn. 96.

⁹⁴ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 225.

⁹⁵ BGHZ 181, 317 (322 f.).

3. Pflichtverletzung

Durch die Lieferung des beschädigten Gemäldes hat V seine Pflicht zur sachmangelfreien Leistung aus § 433 I 2 verletzt.

4. Vertretenmüssen

Diese Pflichtverletzung müsste V gem. § 280 I 2 zu vertreten haben. Vorliegend ließ V Feuchtigkeit in das Innere der Verpackung des Gemäldes gelangen. Als Kunsthändler müsste er mit dem adäquaten Umgang mit wertvollen Gemälden vertraut sein (s.o.). Er handelte somit fahrlässig i. S. d. §§ 276 II BGB, 347 I HGB.

5. Schaden

Ferner müsste K ein Schaden entstanden sein. Wie bereits festgestellt, handelt es sich hier um einen sog. mangelbedingten Betriebsausfallschaden. Aufgrund der erwerbswirtschaftlichen Nutzung des Gemäldes beziffert sich der Schaden gem. § 252 aus dem entgangenen Gewinn,⁹⁶ der hier in Höhe der zurückgezahlten Eintrittsgelder von 1 000 € besteht.

III. Ergebnis

K hat gegen V einen Anspruch auf Schadensersatz i. H. v. 1 000 € aus §§ 437 Nr. 3, 280 I.

⁹⁶ MüKoBGB/*Oetker* (Fn. 13), § 249 Rn. 66.