

Jonathan Stelter\*

# Abgemacht ist abgemacht – oder?!

Fallbearbeitung im Zivilrecht für Fortgeschrittene

*Der Beitrag setzt sich insbesondere mit der Abgrenzung von Schadensersatz statt und Schadensersatz neben der Leistung auseinander. Daneben behandelt er das Mängelgewährleistungsrecht bei Tieren. Aus didaktischen Gründen erfolgt die Lösung bereits auf Grundlage der zum 1.1.2022 in Kraft tretenden Änderungen im Kaufrecht, auch wenn für »Altverträge« noch die alten Fassungen maßgeblich sind.*

## SACHVERHALT

### TEIL 1

A ist passionierter Reiter. Seit ein paar Jahren besitzt er zwei Pferde, die zwar auf dem Hof eines Freundes untergestellt sind, die A aber selbst versorgt. Das Futter kauft A abwechselnd bei zwei Herstellern: im Mai bei H und im Oktober bei G. Die Zusammensetzung des Futters ist bei G und H höchst unterschiedlich und im Zusammenspiel sieht A eine optimale Ernährung seiner Pferde gewährleistet. Die Zeitpunkte des Kaufs hat A zum einen deshalb so gewählt, weil sich das Futter des H besser für den Sommer, das des G hingegen besser für den Winter eignet; zum anderen ist das Futter bei H im Frühjahr besonders günstig (0,8 €/kg), bei G hingegen im Herbst (0,75 €/kg).

Im Jahr 2019 bestellt er bei G und H jeweils 1.500 kg. Während H im Mai wie vereinbart liefert, wartet A im Oktober vergeblich auf die Lieferung des Futters von G. Mehrfache Nachfragen bleiben zunächst unbeantwortet; später erklärt G, er habe seine aktuellen Lagerbestände zu einem lukrativen Preis an einen anderen Kunden verkaufen können und sei daher auf absehbare Zeit nicht in der Lage, an A zu liefern.

A sieht sich daher im November 2019 genötigt, Futter bei H nachzubestellen. Saisonbedingt muss er dabei einen Preis von 0,92 €/kg in Kauf nehmen, während er im Mai 2020 bei H nur 0,8 €/kg hätte zahlen müssen. A verlangt daher von G Ersatz seiner Mehrkosten i.H.v. insgesamt 180 €. Nach kurzer Diskussion gibt G sich einsichtig und zahlt die verlangten 180 € an A. Etwas irritiert ist G hingegen, als der A im Mai 2020 von ihm zusätzlich die Lieferung des Futters gegen Zahlung des vereinbarten Kaufpreises in Höhe von 0,75 €/kg verlangt. G hat seine Preise nach den guten Er-

fahrungen vom letzten Jahr zwischenzeitlich auf 0,9 €/kg erhöht; außerdem verlangt er zwischen Dezember und Juli üblicherweise einen Saisonzuschlag von 0,1 €/kg. Zu diesem Preis sei er gerne bereit den A zu beliefern.

**Frage 1: Kann A von G Lieferung zum Preis von 0,75 €/kg verlangen?**

### TEIL 2:

A hegt seit langem den Traum, in seiner Freizeit der Pferdezucht nachzugehen. Die Fohlen plant A nicht zu verkaufen, sondern auf seinem Hof großzuziehen und später als Reittiere für sich und seine Kinder zu nutzen. Um sich diesen Wunsch endlich zu erfüllen, entschließt er sich, bei dem gewerblichen Pferdehändler P die dreijährige Stute S für 12.000 € zu erwerben, die P seinerseits am 3.2.2019 bei dem gewerblichen Züchter Z erworben hatte und die bisher ausschließlich als Reittier (also noch nicht für die Zucht) eingesetzt worden war. In dem zwischen A und P am 8.5.2019 geschlossenen Kaufvertrag wird u.a. vereinbart, dass die Gewährleistungsansprüche nach einem Jahr ab Übergabe verjähren sollen. Noch am selben Tag holt A die Stute vom Hof des P ab. A nutzt die S in den kommenden Wochen zunächst ausgiebig als Reitpferd. Bei einem kleinen Pferderennen, an dem er mit S teilnimmt, gewinnt er sogar eine Reise im Wert von 900 € (die er kurz darauf antritt). Weniger Freude als das Reiten bereitet dem A allerdings die Verwirklichung seiner Zuchtpläne. Sämtliche Versuche, die S decken zu lassen, verlaufen erfolglos. Am 16.10.2019 bittet A daher einen Tierarzt um Hilfe. Dieser stellt fest, dass die S an einer Endometrose leidet, einer nicht-behandelbaren Veränderung der Gebärmutterschleimhaut, die die Fruchtbarkeit erheblich beeinträchtigt. Noch am selben Tag erklärt A gegenüber P, dass er »fristlos« vom Kaufvertrag Abstand nehme.

**Frage 2: Kann A von P Rückzahlung des Kaufpreises verlangen?**

\* Der Autor studiert Rechtswissenschaften im 5. Semester an der Georg-August-Universität Göttingen. Die Fallbearbeitung war Teil einer Hausarbeit, die im Anschluss an das Sommersemester 2020 im Rahmen des Grundkurses II im Bürgerlichen Recht von Prof. Dr. Ivo Bach an der Georg-August-Universität gestellt wurde.

**GLIEDERUNG**

A. Kann A von G Lieferung zum Preis von 0,75 €/kg verlangen?

- I. Anspruch aus § 433 I 1 BGB
  1. Anspruch entstanden
  2. Anspruch untergegangen
    - a) Unmöglichkeit
    - b) Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung
      - aa) Anwendbarkeit der §§ 280 I, III, 281
        - (1) »Unmöglichkeitsmodell« des § 283
        - (2) »Verzögerungsmodell« des § 281 I
        - (3) Streitentscheid
      - bb) Vorliegen eines Schadensersatzes statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 281
        - (1) Zeitliche Abgrenzung
        - (2) Schadenstypologische Abgrenzung
        - (3) Gesamtabrechnung
        - (4) Einzelfallentscheidung
        - (5) Streitentscheid
        - (6) Zwischenergebnis
      - cc) Zwischenergebnis
    3. Anspruch durchsetzbar
    4. Ergebnis
  - II. Endergebnis
- B. Kann A von P Rückzahlung des Kaufpreises verlangen?
  - I. Anspruch aus §§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 326 V, 346 I
    1. Wirksamer Kaufvertrag über eine Sache
    2. Sachmangel bei Gefahrübergang
      - a) Sachmangel
        - aa) Vereinbarte Beschaffenheit (§ 434 II 1 Nr. 1)
        - bb) Eignung zur vorausgesetzten Verwendung (§ 434 II 1 Nr. 2)
        - cc) Eignung für die gewöhnliche Verwendung und zu erwartende Beschaffenheit (§ 434 III 1 Nr. 1, 2)
          - (1) Eignung zur gewöhnlichen Verwendung (§ 434 III 1 Nr. 1)
          - (2) Übliche Beschaffenheit (§ 434 III 1 Nr. 2)
        - dd) Zwischenergebnis
      - b) Bei Gefahrübergang
        - aa) Verbrauchsgüterkauf
        - bb) Sechs Monate seit Gefahrübergang
        - cc) Vereinbarkeit mit der Art der Ware und der Art des Mangels gem. § 477 I 2 i.V.m § 477 I
          - (1) Art der Ware
          - (2) Art des Mangels
      - c) Zwischenergebnis
    3. Kein Ausschluss der Mängelgewährleistungsrechte
    4. Rücktritt
      - a) Erheblicher Mangel der Kaufsache
      - b) Nachfristsetzung bzw. Entbehrlichkeit
        - aa) Unmöglichkeit der Nachbesserung gem. § 275 I

bb) Unmöglichkeit der Nachlieferung gem. § 275 I

c) Rücktrittserklärung gem. § 349

d) Zwischenergebnis

5. Ergebnis

II. Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 311a II

III. Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1

IV. Anspruch aus § 812 I 2 Alt. 1

V. Endergebnis

**GUTACHTEN**

**A. Kann A von G Lieferung zum Preis von 0,75 €/kg verlangen?**

**I. Anspruch aus § 433 I 1 BGB<sup>1</sup>**

A könnte gegen G einen Anspruch auf Lieferung des Futters zum Preis von 0,75 €/kg aus § 433 I 1 haben.

**1. Anspruch entstanden**

Nachdem seitens A und G zwei sich auf einen Kaufvertrag beziehende korrespondierende Willenserklärungen – Angebot und Annahme (vgl. §§ 145 ff.) – vorliegen und diese die *essentialia negotii* enthalten, ist der Anspruch auf Lieferung zum Preis von 0,75 €/kg zunächst entstanden.

**2. Anspruch untergegangen**

Der Anspruch könnte jedoch untergegangen sein. Vorliegend hat G seine Pflicht aus dem Kaufvertrag zunächst jedenfalls nicht i.S.d. § 362 I erfüllt.

a) Unmöglichkeit

Der Anspruch auf Leistung könnte aber infolge Unmöglichkeit gem. § 275 I ausgeschlossen sein. Unmöglich ist dem Schuldner eine Leistung, wenn sie für ihn (subjektiv, § 275 I Alt. 1) oder für jedermann (objektiv, § 275 I Alt. 2) nicht erbringbar ist.<sup>2</sup>

Was die geschuldete Leistung ist, wird nach der Parteivereinbarung bestimmt. Inhalt und Reichweite der vertraglich übernommenen Beschaffungspflicht sind folglich auch durch Auslegung (§§ 133, 157) des Vertrages zwischen G und A zu bestimmen.<sup>3</sup> Die herkömmliche Unterscheidung zwischen Stückschuld, bei der der Leistungsgegenstand durch individuelle Merkmale festgelegt ist,<sup>4</sup> und Gattungsschuld, bei der der Schuldner eine nach allgemeinen Merkmalen bestimmte Sache mittlerer Art und Güte (§ 243 I) leisten muss,<sup>5</sup>

<sup>1</sup> §§ ohne Gesetzesangaben sind im Folgenden solche des BGB.

<sup>2</sup> *Looschelders*, Schuldrecht AT, 18. Auflage (2020), § 21 Rn. 2; *Brox/Walker*, Schuldrecht AT, 44. Auflage (2020), § 22 Rn. 4 und 7.

<sup>3</sup> BGH NJW 2019, 1133 (1137); BeckOGK BGB/*Beurskens*, 1.9.2021, § 243 Rn. 25.

<sup>4</sup> *Looschelders* (Fn. 2), § 13 Rn. 1; *Brox/Walker* (Fn. 2) § 8 Rn. 2.

<sup>5</sup> *MüKoBGB/Emmerich*, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 8. Auflage (2019), § 243 Rn. 2; *Brox/Walker* (Fn. 2), § 8 Rn. 1.

kann somit als Ansatzpunkt dienen, ist allein aber nicht maßgeblich, da vertraglich verschiedenste Abstufungen vereinbart werden können.<sup>6</sup>

A und G haben sich vorliegend auf die Lieferung von Futter einer spezifischen Zusammensetzung geeinigt. Es handelt sich folglich um einen zunächst nach allgemeinen Merkmalen bestimmten Leistungsgegenstand. Dies spricht dafür, dass G so lange eine Beschaffungspflicht trifft und eine Leistung demnach möglich, bis nicht die gesamte Gattung untergegangen ist.<sup>7</sup> Möglicherweise haben sich G und A aber darauf geeinigt, die Beschaffungspflicht auf einen bestimmten Vorrat an Futter zu beschränken (sog. Vorratschuld). In diesem Fall wäre die Leistung mit Untergang des gesamten Vorrats unmöglich.<sup>8</sup> Eine solche Vorratsschuld ist im Zweifel dann anzunehmen, wenn der Schuldner Hersteller des Produktes ist, denn dann will dieser sich regelmäßig nur zur Lieferung aus seiner Produktion verpflichten, nicht aber eine darüber hinausgehende Verpflichtung zur Ersatzbeschaffung am Markt übernehmen.<sup>9</sup> Dies gilt insbesondere, wenn das Produkt über spezifische Eigenschaften verfügt.<sup>10</sup> Dass G das Futter einer spezifischen Zusammensetzung selbst herstellt, könnte folglich dafür sprechen, dass die nicht mehr vorhandenen Futtermittel bei G zur Unmöglichkeit der Leistung führen. Dagegen spricht jedoch, dass es A nicht darauf ankommt, das Futter eines bestimmten Jahrgangs zu erhalten. Er kauft das Futter des G aufgrund dessen Zusammensetzung seit mehreren Jahren ein. Für G erkennbar hat A folglich ein fortlaufendes Interesse an dessen hergestelltem Futter. Nach dem Vertragszweck handelt es sich für beide Vertragsparteien erkennbar somit um eine hinsichtlich des Jahrgangs austauschbare Leistung.<sup>11</sup> Für eine solche zwar auf die Produktion des G, aber nicht auf einen bestimmten Jahrgang beschränkte Beschaffungspflicht des G spricht letztlich auch die gesetzliche Wertung des § 439 I Alt. 2, nach der zumindest im Kaufrecht auch die Ersatzlieferung einer gleichwertigen, aber nicht unbedingt identischen Sache möglich ist.<sup>12</sup>

Nach alledem ist für G die Lieferung des von ihm hergestellten Futters zwar im Herbst 2019 nicht möglich, dafür aber wieder im Frühjahr 2020. Es besteht somit nur eine vorübergehende, aber keine dauerhafte Unmöglichkeit.<sup>13</sup> Ein Leistungsausschluss nach § 275 I erfordert jedoch eine dauerhafte Unmöglichkeit.<sup>14</sup> Eine nur vorübergehende Unmöglich-

lichkeit führt hingegen grundsätzlich nur zu einem vorübergehenden Ausschluss der Leistungspflicht gemäß § 275 I.<sup>15</sup> Eine Ausnahme davon besteht nur dann, wenn es sich um ein strengen Anforderungen unterliegendes sog. absolutes Fixgeschäft handelt.<sup>16</sup> Ein solches kann nur angenommen werden, wenn die Leistungszeit von entscheidender Bedeutung für die Erreichung des Vertragszweckes ist und eine spätere Leistung daher den Leistungszweck des Gläubigers nicht mehr erfüllen kann.<sup>17</sup> A hat jedoch, wie bereits festgestellt, auch im nächsten Jahr noch Interesse an einer Lieferung des Futters, sodass es sich nicht um ein absolutes Fixgeschäft handelt. Ein dauerhafter Ausschluss der Leistungspflicht gemäß § 275 I ergibt sich folglich auch nicht aus der vorübergehenden Unmöglichkeit der Lieferung.

Im Ergebnis ist der Leistungsanspruch des A gegen G somit nicht wegen Unmöglichkeit untergegangen.

#### b) Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung

Er könnte aber nach § 281 IV ausgeschlossen sein. Dafür müsste A von G Schadensersatz statt der Leistung verlangt haben.

##### aa) Anwendbarkeit der §§ 280 I, III, 281

Fraglich ist, ob A angesichts der festgestellten vorübergehenden Unmöglichkeit überhaupt Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 281 fordern konnte.

##### (1) »Unmöglichkeitsmodell« des § 283

Es wird jedoch auch vertreten, Schadensersatz statt der Leistung könne bei der vorübergehenden Unmöglichkeit nur über §§ 280 I, III, 283 und nur dann gefordert werden, wenn das Leistungshindernis nach Abwägungen der Zumutbarkeit als ein dauerhaftes zu verstehen ist.<sup>18</sup> Dabei wird bei zumutbarem Abwarten ein Anspruch aus §§ 280 I, III, 281 mangels fälliger Leistungspflicht abgelehnt. A hat wie festgestellt auch im nächsten Jahr noch ein Interesse an der Lieferung des Futters und konnte sich für 2019 bereits anderweitig mit Futter eindecken. Ein Abwarten ist dem A somit zumutbar. Damit entfele hier ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung.

##### (2) »Verzögerungsmodell« des § 281 I

Damit zunächst übereinstimmend lehnt auch der ganz überwiegende Teil der Lehre bei der vorübergehenden Unmöglichkeit einen Anspruch aus §§ 280 I, III, 283 wegen

<sup>6</sup> BGH NJW 2019, 1133 (1137); BeckOGK BGB/*Beurskens* (Fn. 3), § 243 Rn. 25. Zu der Maßgeblichkeit der Parteivereinbarung für Inhalt und Umfang einer Gattungsschuld s. auch MüKoBGB/*Emmerich* (Fn. 5), § 243 Rn. 6.  
<sup>7</sup> *Looschelders* (Fn. 2), § 13 Rn. 9; *Brox/Walker* (Fn. 2), § 22 Rn. 5.

<sup>8</sup> *Looschelders* (Fn. 2), § 13 Rn. 11.

<sup>9</sup> RGZ 84, 125, 126; Palandt/*Grüneberg*, BGB, 79. Auflage (2020), § 243 Rn. 3; MüKoBGB/*Emmerich* (Fn. 5), § 243 Rn. 12.

<sup>10</sup> MüKoBGB/*Emmerich* (Fn. 5), § 243 Rn. 12.

<sup>11</sup> BGH NJW 2019, 1133 (1136 f.).

<sup>12</sup> BGH NJW 2019, 1133 (1136 f.); BeckOGK BGB/*Beurskens* (Fn. 3), § 243 Rn. 25.

<sup>13</sup> *Arnold*, Die vorübergehende Unmöglichkeit nach der Schuldrechtsreform, JZ 2002, 866, 866; *Schulze/Ebers*, Streitfragen im neuen Schuldrecht, JuS 2004, 265 (267).

<sup>14</sup> BGH NJW 2007, 3777 (Rn. 24).

<sup>15</sup> Palandt/*Grüneberg* (Fn. 9), § 275 Rn. 10; Bamberger/Roth/Hau/Po-seck/*Lorenz*, BGB, Bd. 1, 4. Auflage (2019), § 275 Rn. 275; *Looschelders* (Fn. 2), § 21 Rn. 16; *Brox/Walker* (Fn. 2), § 22 Rn. 16. Andere Ansicht *Hubert/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung (2002), Kapitel 8 Rn. 16.

<sup>16</sup> BGH NJW 2009, 2743 (2744); *Looschelders* (Fn. 2), § 21 Rn. 17.

<sup>17</sup> MüKoBGB/*Ernst* (Fn. 5), § 275 Rn. 50 f. mwN.

<sup>18</sup> *Medicus*, Bemerkungen zur »vorübergehenden Unmöglichkeit«, in: FS Heldrich (2005), S. 347, 352.

der Andersartigkeit zur dauerhaften Unmöglichkeit ab.<sup>19</sup> Ein solcher würde die Fristsetzung entbehrlich machen und damit die Interessen des Schuldners zu wenig berücksichtigen. § 275 I (und § 326 V) fordere deshalb keine Fristsetzung, weil das Leistungshindernis dauerhaft ist und eine Fristsetzung damit überflüssig wäre. Genau das sei aber bei der vorübergehenden Unmöglichkeit nicht der Fall.<sup>20</sup> Ein Anspruch aus §§ 280 I, III, 281 wird damit nicht wegen der fehlenden Fälligkeit ausgeschlossen. Das Fälligkeitserfordernis beabsichtige nicht, den Schuldner von Leistungshindernissen zu befreien, die über den Zeitpunkt der Fälligkeit hinausdauern. Indem auf deren hypothetischen Zeitpunkt abgestellt wird, bleibt die vorübergehende Unmöglichkeit der Leistung außen vor.<sup>21</sup> Nach dieser Ansicht könnte A demnach grundsätzlich aus §§ 280 I, III, 281 Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

### (3) Streitentscheid

Für die erstgenannte Ansicht spricht zwar das Argument der fehlenden Fälligkeit. Allerdings lässt sich dieses Problem mit der letztgenannten Ansicht durch die Überlegungen zu Sinn und Zweck des Fälligkeitserfordernisses besser lösen. Ihr ist zu folgen. Für die Fälligkeit einer Leistung ist eine Leistungsstörung unerheblich.<sup>22</sup> Daher muss bei der vorübergehenden Unmöglichkeit die aufgehobene Leistungspflicht im Rahmen des § 281 nicht berücksichtigt werden. Entscheidend ist vielmehr, ob die Leistung bei Nichteintreten des Hindernisses fällig gewesen wäre. Dies ist hier der Fall. Für den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 280 I, III, 281 müssten jedoch noch weitere Voraussetzungen erfüllt sein.

#### bb) Vorliegen eines Schadensersatzes statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 281

Nachdem A das Futter bei H und nicht G kaufte, mithin die begehrte Leistung nicht vom Schuldner, sondern von einem Dritten bekam,<sup>23</sup> liegt ein Deckungskauf vor. Fraglich ist, ob der durch den Deckungskauf entstandene Schaden überhaupt über §§ 280 I, III, 281 ersetzt werden kann, es sich bei den 180 €, die A von G gefordert hat, also um einen Schadensersatz statt der Leistung handelt. Die Abgrenzung von Schadensersatz statt und Schadensersatz neben der Leistung kann anhand verschiedener Kriterien erfolgen.

### (1) Zeitliche Abgrenzung

Die Schadensart könnte zeitlich nach dem Kriterium der letztmöglichen Nacherfüllung bestimmt werden.<sup>24</sup> Dafür spricht, dass dies eine klare Abgrenzung der Schadensarten ermöglicht.<sup>25</sup> Schadensersatz statt der Leistung kann nur für Schadensposten gefordert werden, die auf dem endgültigen Ausbleiben der Leistung beruhen.<sup>26</sup> Mit der »Zauberformel«<sup>27</sup> ist zu fragen, ob der Schaden durch eine hypothetische letztmögliche Leistung des Schuldners entfallen wäre.

Für den Zeitpunkt könnte entscheidend sein, wann die Leistungspflicht ausgeschlossen ist. Dies kann geschehen, indem der Gläubiger einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung geltend macht (§ 281 IV), durch Rücktritt (§§ 346 I, 349) oder Unmöglichkeit (§ 275 I-III).<sup>28</sup> Hier liegt keiner dieser Fälle vor. Insbesondere tätigte A den Deckungskauf vor Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs. Durch letztmögliche Erfüllung wäre der Schaden nicht weggefallen, es wäre also Schadensersatz neben der Leistung anzunehmen.

Anders verhält es sich, wenn es auf den Zeitpunkt der Nichterfüllung bei Fälligkeit ankäme. So wird vertreten, der Schaden trete bereits dann und nicht erst durch den Deckungskauf selbst ein.<sup>29</sup> Das Ausbleiben der Leistung könne freilich durch eine Erfüllung im letztmöglichen Zeitpunkt verhindert werden und nach dieser Einordnung habe sich die des Deckungskaufs zu richten.<sup>30</sup> A tätigte den Deckungskauf nach der Nichterfüllung. Hiermit wäre Schadensersatz statt der Leistung zu bejahen.

Schließlich wird auf den Ablauf der Nacherfüllungsfrist abgestellt.<sup>31</sup> Nur wenn diese verstrichen ist, habe der Schuldner

<sup>19</sup> Arnold (Fn. 13), JZ 2002, 866, 869 f.; Schulze/Ebers (Fn. 13), JuS 2004, 265 (267 f.); Däubler, Die vorübergehende Unmöglichkeit der Leistung, in: FS Heldrich (2005), S. 55 (62); BeckOK BGB/Lorenz, 1.8.2020, § 275 Rn. 68.

<sup>20</sup> Holzwarth/Walz, Die vorübergehende Unmöglichkeit der Leistung, StudZR 2011, 33 (42 ff.); Arnold (Fn. 13), JZ 2002, 866 (869); Däubler (Fn. 19), S. 55 (60).

<sup>21</sup> Canaris, Die einstweilige Unmöglichkeit der Leistung, in: FS Huber (2006), S. 143 (155 ff.); Arnold (Fn. 13), JZ 2002, 866 (869).

<sup>22</sup> Arnold (Fn. 13), JZ 2002, 866 (869).

<sup>23</sup> BeckOGK BGB/Riehm, (Fn. 3), § 280 Rn. 233.

<sup>24</sup> Vgl. Palandt/Grüneberg (Fn. 9), § 280 Rn. 18; MüKoBGB/Ernst (Fn. 5), § 280 Rn. 71; Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Faust (Fn. 15), § 437 Rn. 68 f.; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, 21. Auflage (2015), Rn. 342; Looschelders (Fn. 2), § 24 Rn. 17.

<sup>25</sup> Voronova, Ersatzfähigkeit der Mehrkosten für einen vorzeitigen Deckungskauf, BRZ 2020, 1 (3); Korch/Hagemeyer, Die ewige Frage: Schadensersatz statt oder neben der Leistung? – Die Abgrenzung vor dem Hintergrund des Biodiesel-Urteils des BGH, JURA 2014, 1077 (1078).

<sup>26</sup> Lorenz, Grundwissen – Zivilrecht: Schadensarten bei der Pflichtverletzung (§ 280 II, III BGB), JuS 2008, 203 (204).

<sup>27</sup> Lorenz, Das Deckungsgeschäft im System der Schadensarten oder: Was taugt die »Zauberformel«?, in: FS Leenen (2012), S. 147.

<sup>28</sup> Medicus/Lorenz (Fn. 24), Rn. 342; Lorenz (Fn. 27), S. 147 (151 f.); Faust, Die Rechtslage nach Ablauf der Nachfrist, in: FS Huber (2006), S. 239 (254).

<sup>29</sup> Gsell, BGH: Mehrkosten eines frühzeitigen Deckungskaufs als Schadensersatz statt der Leistung, LMK 2013, 353035; Hirsch, Schadensersatz statt oder neben der Leistung – Aktuelle Fragen der Abgrenzung, JuS 2014, 97 (101); Korch/Hagemeyer (Fn. 25), JURA 2014, 1077 (1081).

<sup>30</sup> BGH NJW 2013, 2959 Rn. 27 f.

<sup>31</sup> Erman/Grünwald, BGB, 15. Auflage (2015), § 437 Rn. 13; Ostendorf, Die Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung – Versuch einer Neubetrachtung, NJW 2010, 2833, 2836 f.; Gerhardt, Die Abgrenzung der wichtigsten Anspruchsgrundlagen im Schadensersatzrecht bei Leistungsstörungen, JURA 2012, 251; für den Deckungskauf auch Lorenz (Fn. 27), S. 147 (161).

sein Recht zur zweiten Andienung verloren. A setzte G keine Frist. Wenn diese nach § 281 II entbehrlich wäre, wären die Mehrkosten als Schadensersatz statt der Leistung einzu-  
stufen.

#### (2) Schadenstypologische Abgrenzung

Man könnte weiter nach dem Kriterium der Leistungsäquivalenz eine schadenstypologische Abgrenzung vollziehen.<sup>32</sup> Für diese Ansicht spricht der Wortlaut »statt der Leistung«. Unter den Schadensersatz statt der Leistung fällt danach jeder Schaden, der als Ersatz für die Leistung fungiert, die »an die Stelle der Leistung tritt«<sup>33</sup>, mithin die Kompensation des nicht erfüllten ursprünglichen Leistungsinteresses des Gläubigers darstellt.<sup>34</sup> Zum Leistungersatz zählen u.a. die Kosten eines Deckungskaufs.<sup>35</sup> Wenn der Gläubiger die durch einen Deckungskauf entstandenen Mehrkosten ersetzt bekäme und darüber hinaus im Gegenzug zum vereinbarten Kaufpreis weiter die Leistung fordern könnte, hätte er einen doppelten Anspruch auf die Leistung zum vereinbarten Preis.<sup>36</sup> Mit dieser Ansicht wäre ein Schadensersatz statt der Leistung anzunehmen.

#### (3) Gesamtabrechnung

Weiter nimmt eine dritte Ansicht eine Gesamtabrechnung vor. Schadensersatz statt der Leistung sei der gesamte Nichterfüllungsschaden.<sup>37</sup> Damit wird ein umfassender Schadensersatz gewährleistet. Für jeden Schadensersatzanspruch gebe es einen einheitlichen Haftungsgrund: die vom Schuldner objektiv zu vertretende Verletzung der Leistungspflicht.<sup>38</sup> Die beiden Schadensarten stehen nicht nebeneinander, sondern nacheinander. Solange ein Leistungsanspruch besteht, könne der Gläubiger nur Schadensersatz neben der Leistung verlangen, mit Wegfall des Anspruchs nur noch statt der Leistung. Der bereits entstandene Verzögerungsschaden sei dann in den Schadensersatz statt der Leistung zu integrieren. Der Schaden wird mit der Differenzhypothese berechnet. Als A den Deckungskauf tätigte, bestand noch ein Leistungsanspruch. Er konnte somit nur Schadensersatz neben der Leistung verlangen.

**32** NK-BGB/*Dauner-Lieb*, BGB, Bd. 2/1, 3. Auflage (2016), § 280 Rn. 65; *Grigoleit/Riehm*, Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht, AcP 2003, 727 (735 ff.); *Grigoleit/Bender*, Der Diskurs über die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht – Teleologische Dogmatisierung auf dem Prüfstand, ZfPW 2019, 1; *Erman/Westermann* (Fn. 31), § 280 Rn. 17; *Ady*, Schadensersatz statt der Leistung bei Vermögens- und Nichtvermögensschäden, ZGS 2003, 13 (15).

**33** BGH NJW 2013, 2959 Rn. 27.

**34** *Grigoleit/Riehm* (Fn. 32), AcP 2003, 727 (735 ff.).

**35** *Grigoleit/Riehm* (Fn. 32) AcP 2003, 727 (736 f.); *Ady* (Fn. 32), ZGS 2003, 13 (15).

**36** BGH NJW 2013, 2959 Rn. 28.

**37** *Huber*, Schadensersatz statt der Leistung, AcP 2010, 319 (335 ff.); *Ackermann*, Schadensersatz statt der Leistung: Grundlagen und Grenzen, JuS 2012, 865; *Benicke/Hellwig*, ZIP 2015, 1106 (1109 ff.).

**38** *Benicke/Hellwig*, Vorzeitiges Deckungsgeschäft und Schadensersatz – Eine dogmatische Aufarbeitung, ZIP 2015, 1106 (1109 f.).

#### (4) Einzelfallentscheidung

Nach einer weiteren Ansicht muss man nicht allein auf zeitliche oder nur schadenstypologische (materielle) Gesichtspunkte abstellen, sondern kann im jeweiligen Einzelfall alle Umstände und alle für den entstandenen Schaden relevanten Faktoren beachten.<sup>39</sup> Durch ihre Flexibilität und die Einbeziehung verschiedener Kriterien ermöglicht die Einzelfallbetrachtung einen abschließenden Ersatz des dem Gläubiger entstandenen Schadens. Insofern existieren zwei Unteransichten bzw. Betrachtungswege. Beiden Ansätzen liegt die Erkenntnis zugrunde, dass es einerseits Fälle gibt, in denen der Gläubiger trotz Deckungskaufs weiterhin ein Interesse an der Leistung hat.<sup>40</sup> Andererseits sind Konstellationen denkbar, in denen der Schuldner trotz Deckungskaufs weiter liefern dürfen soll.<sup>41</sup>

Nach der ersten Betrachtungsweise ist ein Schadensersatz statt der Leistung bei Deckungskaufen nur dann anzunehmen, wenn es sich im Prinzip um eine Rückabwicklung des Vertrags handelt.<sup>42</sup> Dies sei regelmäßig der Fall, wenn man bei der Schadensberechnung davon ausgeht, dass der Schuldner nicht mehr leistet. Andernfalls könne der Gläubiger zunächst Schadensersatz neben der Leistung fordern. Um eine Doppelkompensation zu verhindern, müsse dann freilich die spätere Leistung des Schuldners bei der Berechnung des Schadens berücksichtigt werden.<sup>43</sup>

Die zweite Betrachtungsweise versteht Fälle fortlaufender Warenkäufe nicht als Deckungs-, sondern als Zusatzkauf. In Konstellationen, in denen der Gläubiger sich lediglich eine äußerlich gleichartige Sache beschafft, trete das Geschäft nicht an die Stelle der geschuldeten Leistung.<sup>44</sup> Vielmehr würden Ersatzgeschäft und ursprüngliches Geschäft jeweils zum anderen Zeitpunkt getätigt und insofern getauscht.<sup>45</sup>

Mit diesen Ansichten käme man angesichts des fortlaufenden Erfüllungsinteresses des A zu einem Schadensersatz neben der Leistung.

**39** *Bach*, Zur Abgrenzung des Schadensersatzes statt der Leistung vom Schadensersatz neben der Leistung, ZJS 2013, 1; *ders.*, Anmerkung zu BGH, 3. Juli 2013, VIII ZR 169/12 (Deckungskaufkosten als Schadensersatz statt der Leistung), JR 2014, 436; *Nietsch*, Schadensersatz beim Deckungskauf trotz Erfüllung, NJW 2014, 2385; *Voronova* (Fn. 25), BRZ 2020, 1; *Ostendorf*, Das endgültige Ausbleiben der Leistung als »Zauberformel« für die Abgrenzung des Schadensersatzanspruchs statt der Leistung vom Schadensersatzanspruch neben der Leistung?, ZJS 2012, 742; für eine Kombination der beiden erstgenannten Ansätze und damit *de facto* auch für eine Einzelfallentscheidung *Looschelders* (Fn. 2), § 24 Rn. 23.

**40** Vgl. das Beispiel bei *Voronova* (Fn. 25), BRZ 2020, 1 (9 ff.); *Bach* (Fn. 39), JR 2014, 436.

**41** Vgl. das Beispiel bei *Bach* (Fn. 39), ZJS 2013, 1 (insb. 6).

**42** *Bach* (Fn. 39), ZJS 2013, 1; *ders.* (Fn. 39), JR 2014, 436; wohl auch *Nietsch* (Fn. 39), NJW 2014, 2385.

**43** *Nietsch* (Fn. 39), NJW 2014, 2385 (2390 f.); *Bach* (Fn. 39), ZJS 2013, 1 (7); *Voronova* (Fn. 25), BRZ 2020, 1 (11).

**44** BeckOGK BGB/*Riehm* (Fn. 3), § 280 Rn. 234; *Grigoleit/Riehm* (Fn. 32), AcP 2003, 727 (737 f.); *Voronova* (Fn. 25), BRZ 2020, 1 (10); *Nietsch* (Fn. 39), NJW 2014, 2385 (2391).

**45** *Voronova* (Fn. 25), BRZ 2020, 1, 10.

## (5) Streitentscheid

Gegen die zeitliche Abgrenzung spricht, dass auch Schäden an anderen Rechtsgütern des Gläubigers dem Schadensersatz statt der Leistung zugeordnet werden können. Durch das Exklusivitätsverhältnis des Schadensersatzes statt der Leistung und des Aufwendungsersatzes gem. § 284 kann der Gläubiger daher in manchen Fällen trotz fortbestehenden Erfüllungsinteresses nur Schadensersatz statt der Leistung fordern.<sup>46</sup> Außerdem kann derselbe Schadensposten je nach Eintritt entweder Schadensersatz neben oder statt der Leistung zur Folge haben.<sup>47</sup> Zuletzt widerspricht dem Vorrang der Nacherfüllung, dass vor dem berechtigten Schadensersatzverlangen entstandene Schäden über den Schadensersatz neben der Leistung zu ersetzen wären, obwohl eine Nacherfüllung diese verhindert hätte.<sup>48</sup>

Die schadenstypologische Abgrenzung bringt, indem sie *de facto* weiter zwischen Mangel- und Mangelfolgeschaden, Äquivalenz- und Integritätsinteresse unterscheidet, genau die Probleme mit sich, die die Schuldrechtsreform lösen sollte, insbesondere die problematische Grenze zwischen diesen Konstruktionen.<sup>49</sup>

Schließlich kann man der Gesamtabrechnung entgegenhalten, dass sie eine Unterscheidung der Schadensarten vermeidet. Dadurch muss der Gläubiger für einen Schadensersatz statt der Leistung entweder zurücktreten oder Schadensersatz statt der Leistung fordern. Damit wird die Rechtsfolge gleichzeitig zur Voraussetzung. Das widerspricht allerdings dem Wortlaut und der Systematik des Gesetzes.<sup>50</sup>

Die Problematik im vorliegenden Fall geht jedoch weiter. Es handelt sich nicht um einen gewöhnlichen Deckungskauf, bei dem sich der Gläubiger von einem Dritten die ursprünglich vom Schuldner geschuldete Leistung besorgt. A hat weiterhin ein Interesse am Futter des G, um seine Pferde optimal zu ernähren. Das Futter des H ersetzt dasjenige des G nicht. A musste im November 2019 Futter bei H nachbestellen, um seine Pferde überhaupt füttern zu können. Dafür musste er an H 1.380 € zahlen, während er an G nur 1.125 € gezahlt hätte. Dies ergibt eine Differenz von 255 €. Hätte er mit den beiden letztgenannten Varianten der zeitlichen sowie mit der schadenstypologischen Abgrenzung Schadensersatz statt der Leistung gefordert, so hätte sich dieser also auf 255 € belaufen müssen. Das war der Schaden, der ihm allein im Herbst 2019 entstand. A forderte von G aber nur 180 €, was der Differenz zu den 1.200 € entspricht, die er – bei ordnungsgemäßer Lieferung des G – im Frühjahr 2020 bei H gezahlt hätte. G wusste, dass A immer einmal im Jahr bei

ihm bestellt und dass es ihm auf die Zusammensetzung des Futters ankommt. Wie A die 180 € berechnet hat, muss für G nach der »kurzen Diskussion« auch ersichtlich gewesen sein. Nähme man hier Schadensersatz statt der Leistung an und müsste A wegen seines Interesses an der optimalen Ernährung seiner Pferde im Frühjahr 2020 für 1.500 € Futter beim H kaufen, hätte er Mehrkosten von insgesamt 375€ (den Schadensersatz i.H.v. 180€ bereits abgezogen). Ziel des Schadensrechts ist jedoch der lückenlose Ersatz des beim Gläubiger entstandenen Schadens. Damit sind 375 € Mehrkosten, die allein dadurch entstehen, dass G trotz Vertrags sein Futter an jemanden anderen verkauft, nicht zu vereinnbaren.

Vorliegend stößt man mit starren Abgrenzungskriterien daher an seine Grenzen. Das Telos des Schadensrechts gebietet in diesen speziell gelagerten Fällen eine Einzelfallbetrachtung. Nur mit dieser ist die Forderung von 180 € und anschließender Forderung der Leistung einleuchtend und nachvollziehbar.<sup>51</sup> A ist hinsichtlich seines Vermögens so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Leistung des G gestanden hätte. Er muss 1.500 kg Futter von G und 1.500 kg Futter des H zum Gesamtpreis von 2.325 € haben. A forderte im November 2019 von G also die Mehrkosten des Deckungskaufs i.H.v. 180 € als Schadensersatz neben der Leistung.

## (6) Zwischenergebnis

A hatte nicht Schadensersatz statt der Leistung verlangt. Er hatte weiterhin ein Erfüllungsinteresse. Die Voraussetzungen der §§ 280 I, III, 281 sind nicht erfüllt.

## cc) Zwischenergebnis

Im vorliegenden Fall konnte A die 180 € als Schadensersatz neben der Leistung fordern. Damit scheidet ein Anspruch aus §§ 280 I, III, 281 auf Schadensersatz statt der Leistung aus. Der Anspruch des A gegen G auf Lieferung des Futters zum Preis von 0,75€/kg ist folglich nicht gem. § 281 IV untergegangen.

## c) Anspruch durchsetzbar

Nachdem der Anspruch fällig ist und keine Einreden ersichtlich sind, ist er durchsetzbar.

## d) Ergebnis

A hat gegen G einen Anspruch auf Lieferung des Futters zum Preis von 0,75 €/kg aus § 433 I.

## II. Endergebnis

A kann von G Lieferung zum Preis von 0,75 €/kg verlangen.

<sup>46</sup> Bach (Fn. 39), ZJS 2013, 1 (3); Arnold, Die Abgrenzung der Schadensarten nach § 280 BGB, ZJS 2009, 22 (25 f.).

<sup>47</sup> Grigoleit/Bender (Fn. 32), ZfPW 2019, 1 (31).

<sup>48</sup> Ostendorf (Fn. 31), NJW 2010, 2833 (2835); ders. (Fn. 39), ZJS 2012, 742.

<sup>49</sup> Bach (Fn. 39), ZJS 2013, 1 (3); Korch/Hagemeyer (Fn. 25), JURA 2014, 1077 (1078 f.).

<sup>50</sup> Voronova (Fn. 25), BRZ 2020, 1 (10).

<sup>51</sup> Bach (Fn. 39), ZJS 2013, 1 (5); Voronova (Fn. 25), BRZ 1 (10).

## B. Kann A von P Rückzahlung des Kaufpreises verlangen?

### I. Anspruch aus §§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 326 V, 346 I

A könnte gegen P einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises aus §§ 346 I, 437 Nr. 2 Alt. 1, 434 I, 326 V haben. Voraussetzung hierfür wäre ein Rückgewährschuldverhältnis.

#### 1. Wirksamer Kaufvertrag über eine Sache

Zunächst müsste zwischen A und P gem. § 433 ein wirksamer Kaufvertrag über eine Sache zustande gekommen sein. Gem. § 90a S. 3 sind auf Tiere die für Sachen geltenden Vorschriften anzuwenden. Folglich lag ein Kaufvertrag über eine Sache vor.

Fraglich ist, ob dieser Kaufvertrag durch eine Anfechtung des A gem. § 142 I *ex tunc* nichtig geworden ist. Neben den § 434 ff. grundsätzlich anwendbar ist die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 I.<sup>52</sup> Nachdem P die Krankheit der S nicht kannte, konnte er nicht darauf abzielen, bei der A eine unrichtige Vorstellung hervorzurufen.<sup>53</sup> Er täuschte mithin nicht.

A könnte hier aber gem. § 119 II über eine verkehrswesentliche Eigenschaft geirrt haben. Die Aussage des A, er nehme fristlos vom Vertrag Abstand, lässt sich nach §§ 133, 157 als Anfechtungserklärung i.S.d. § 143 I verstehen. Jedoch ist umstritten, ob durch die Mängelgewährleistungsrechte der §§ 434 ff. die Anfechtung wegen eines Eigenschaftsirrtums ausgeschlossen ist.

Teilweise wird vertreten, dass die Rechte selbstständig nebeneinanderstehen.<sup>54</sup> Eine Anfechtung sei keine Umgehung des Gewährleistungsrechts, denn den Käufer treffe im Falle einer Anfechtung die Schadensersatzpflicht aus § 122. Ein Vorrang der Mängelgewährleistungsrechte hingegen würde die Käuferrechte grundlos beschränken. Die unterschiedlichen Rechtsbehelfe hätten jeweils ihre Vor- und Nachteile. Indem sich der Käufer für eine Möglichkeit entscheidet, umgehe er nicht die andere. Ein Rücktritt gelte schließlich auch nicht als Umgehung des § 122.

Dagegen spricht jedoch, dass die eindeutige gesetzliche Entscheidung zum »Recht zur zweiten Andienung«<sup>55</sup> im kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht durch die Möglichkeit der sofortigen Vertragsaufhebung mittels Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums ausgehebelt werden würde.<sup>56</sup>

<sup>52</sup> Vgl. nur MüKoBGB/*Armbrüster*, BGB, Bd. 1, 8. Auflage (2018), § 123 Rn. 101.

<sup>53</sup> *Brox/Walker*, BGB AT, 44. Auflage (2020), § 19 Rn. 2.

<sup>54</sup> *Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Faust* (Fn. 15), § 437 Rn. 190; *Krampe*, *Eichen am Wasser – Der Ruisdael-Fall* RGZ 135, 339, JuS 2005, 773 (777); *Emmerich*, Schuldrecht BT, 15. Auflage (2018), § 5 Rn. 51a.

<sup>55</sup> *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, 18. Auflage (2018), § 7 Rn. 5.

<sup>56</sup> *Huber/Faust* (Fn. 15), Kapitel 14 Rn. 4; *Palandt/Weidenkaff* (Fn. 9), § 437 Rn. 53; *HK-BGB/Saenger*, BGB, 10. Auflage (2019), § 437 Rn. 27; *Huber/Bach*, *Besonderes Schuldrecht* 1, 6. Auflage (2018), Rn. 353; *Looschelders*,

Außerdem würden durch die Anwendung des großzügigeren Irrtumsrechts die besonderen Beschränkungen der §§ 437 ff. für die Gewährleistungsansprüche des Käufers umgangen.<sup>57</sup> Davon wären vor allem die zeitlichen Fristen betroffen. Die durch § 438 I Nr. 3 auf zwei Jahre festgelegte Verjährungsfrist verlöre bei einer Anwendbarkeit der Fristen des Irrtumsrechts (§ 121) ihre Bedeutung. Zuletzt wäre auch dem grob fahrlässig irrenden Käufer eine Anfechtung möglich.<sup>58</sup>

Die Mängelgewährleistungsrechte haben also Vorrang und entfalten gegenüber der Anfechtung wegen eines Eigenschaftsirrtums eine Sperrwirkung. Eine Anfechtung nach § 119 II ist A daher nicht möglich. Ein wirksamer Kaufvertrag liegt vor.

#### 2. Sachmangel bei Gefahrübergang

Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache gem. § 433 I 2 frei von Sach- und Rechtsmängeln zu beschaffen. Ein Anspruch aus § 437 erfordert folglich zunächst eine mangelhafte Kaufsache.

##### a) Sachmangel

Die S müsste mangelhaft sein. Gemäß § 434 I ist eine Sache frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen und den Montageanforderungen dieser Vorschrift entspricht.

##### aa) Vereinbarte Beschaffenheit (§ 434 II 1 Nr. 1)

In Betracht kommt zunächst ein subjektiver Sachmangel nach § 434 II 1 Nr. 1, das heißt das Fehlen einer vertraglich vereinbarten Beschaffenheit. Die Vereinbarung kann vor oder bei Vertragsschluss getroffen werden.<sup>59</sup> Sie kann zwar durchaus auch konkludent erfolgen,<sup>60</sup> unterliegt in der Regel aber hohen Anforderungen und ist nach ständiger Rechtsprechung nicht in Zweifels-, sondern lediglich in eindeutigen Fällen anzunehmen.<sup>61</sup> Vorliegend haben A und P ausweislich des Sachverhalts in dieser Hinsicht keine ausdrückliche Vereinbarung getroffen. Ausreichend wäre jedoch, dass der Käufer den Verkäufer über seine Vorstellung von der Kaufsache in Kenntnis setzt und dieser zustimmt.<sup>62</sup> Auch hiervon kann allerdings nicht ausgegangen werden. Mangels Angaben zu einer Äußerung des A dem P gegen-

*ders*, Schuldrecht BT, 15. Auflage (2020), § 8 Rn. 3; *Brox/Walker*, Schuldrecht BT, 44. Auflage (2020), § 4 Rn. 135 f.

<sup>57</sup> *Palandt/Weidenkaff* (Fn. 9), § 437 Rn. 53.

<sup>58</sup> *Huber/Bach* (Fn. 56), Rn. 350 ff.

<sup>59</sup> *Palandt/Weidenkaff* (Fn. 9), § 434 Rn. 15.

<sup>60</sup> BGH NJW 2018, 150 Rn. 16; *Palandt/Weidenkaff* (Fn. 9), § 434 Rn. 17; *Prütting/Wegen/Weinreich/Wagner*, BGB, 15. Auflage (2020), § 434 Rn. 23; *Staudinger/Matusche-Beckmann* (Fn. 55), § 434 Rn. 64.

<sup>61</sup> BGH NJW 2019, 1337 Rn. 22; NJW 2018, 150 Rn. 16; NJW 2017, 2817 Rn. 13; *Palandt/Weidenkaff* (Fn. 9), § 434 Rn. 15; *Prütting/Wegen/Weinreich/Wagner* (Fn. 58), § 434 Rn. 23; *Staudinger/Matusche-Beckmann*, BGB, 2014, § 434 Rn. 71; *Looschelders* (Fn. 56), § 4 Rn. 12.

<sup>62</sup> BGH NJW 2013, 1074 Rn. 16; *Prütting/Wegen/Weinreich/Wagner* (Fn. 58), § 434 Rn. 23.

über, es gehe ihm gerade um die Zucht, ist festzustellen, dass keine Vereinbarung über die Beschaffenheit getroffen wurde.

*bb) Eignung zur vorausgesetzten Verwendung (§ 434 III 1 Nr. 2)*

Die S könnte jedoch für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung ungeeignet und dadurch mangelhaft i.S.d. § 434 III 1 Nr. 2 sein. Wie bei der Vereinbarung wird auch hier teilweise mehr als ein einfaches Hinnehmen verlangt. Ein bloßes Kaufmotiv oder eine einseitige Vorstellung des Käufers genüge nicht. Vielmehr sei eine vertragliche Zustimmung erforderlich.<sup>63</sup> Die Gegenansicht hält diese für entbehrlich. Für den Verkäufer müsse lediglich ersichtlich gewesen sein, dass der Käufer mit der Kaufsache eine bestimmte Verwendung plant.<sup>64</sup> Ausreichend sei dann, dass der Verkäufer der für ihn erkennbaren Verwendung nicht widerspricht.<sup>65</sup> A hat P gegenüber mit keinem Wort erwähnt, dass es ihm gerade auch um die Zucht geht. Dies wurde für P auch nicht aus dem weiteren Verhalten des A erkennbar. Damit ist mit beiden Ansichten ein Sachmangel nach § 434 III 1 Nr. 2 zu verneinen.

*cc) Eignung für die gewöhnliche Verwendung und zu erwartende Beschaffenheit (§ 434 III 1 Nr. 1, 2)*

Weiter könnte sich allerdings ein Sachmangel aus § 434 III 2 Nr. 1 oder Nr. 2 ergeben. Danach ist eine Sache mangelhaft, wenn sie sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet (Nr. 1) oder nicht die Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer erwarten kann (Nr. 2).

(1) Eignung zur gewöhnlichen Verwendung (§ 434 III 1 Nr. 1)

Die S könnte sich nicht zur gewöhnlichen Verwendung eignen. »Verwendung« meint jeden intendierten Gebrauch.<sup>66</sup> Ob sie gewöhnlich ist, ist objektiv unter Berücksichtigung der Art der Sache und der Verkehrskreise des Käufers zu bestimmen.<sup>67</sup> Hier ist die gewöhnliche Verwendung Reiten und Zucht. Nachdem die Endometrose die Fruchtbarkeit nur beeinträchtigt und nicht ausschließt, ist die S zur gewöhnlichen Verwendung geeignet.

(2) Übliche Beschaffenheit (§ 434 III 1 Nr. 2)

Es fragt sich jedoch, ob die S auch die übliche Beschaffenheit hat. Gemäß § 434 III 1 Nr. 2 a) ist dabei die Art der Sache zu berücksichtigen. Bei Tieren wird die übliche Beschaffen-

heit demnach zwar nicht durch den physiologischen Idealzustand bestimmt.<sup>68</sup> Die Endometrose ist aber eine Krankheit. Bei fehlender anderer Vereinbarung hat der Verkäufer zu gewährleisten, dass das Tier bei Gefahrübergang nicht krank ist.<sup>69</sup> Eine Krankheit bedeutet folglich stets einen Mangel – zumindest i.S.d. § 434 III 1 Nr. 2.<sup>70</sup> Mithin weicht die S von der üblichen Beschaffenheit einer Stute für diesen Preis ab.

*dd) Zwischenergebnis*

Die S als Kaufsache ist also mangelhaft i.S.d. § 434 III 1 Nr. 2.

*b) Bei Gefahrübergang*

Der Sachmangel müsste bei Gefahrübergang (§ 446 S. 1) vorgelegen haben, also spätestens im Zeitpunkt der Ablieferung der Sache i.S.v. § 438.<sup>71</sup> Es ist nicht eindeutig, seit wann die S an der Endometrose litt. Dies geht gem. § 363 grundsätzlich zu Lasten des Käufers, also des A.<sup>72</sup> Etwas anderes könnte allerdings wegen der Beweislastumkehr aus § 477 I 2 gelten. Nach dieser gilt bei Kauf eines lebenden Tieres wie die S die Vermutung des § 477 I 1 für einen Zeitraum von sechs Monaten seit Gefahrübergang.<sup>73</sup>

*aa) Verbrauchsgüterkauf*

Erforderlich wäre zunächst ein Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 I. Dafür bedarf es einer beweglichen Sache, eines Verbrauchers auf Käuferseite und eines Unternehmers auf Veräußererseite. Die S ist hier die bewegliche Sache (s.o.). A verdient mit dem Reiten nicht sein Geld, ist also ein Verbraucher i.S.d. § 13. Indem P beim Kaufvertrag als gewerblicher Pferdehändler auftrat, ist er gem. § 14 I Unternehmer.<sup>74</sup> Es handelt sich folglich um einen Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 I.

*bb) Sechs Monate seit Gefahrübergang*

Der Sachmangel müsste sich gemäß § 477 I 2 zudem innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang gezeigt haben. Der Tierarzt stellt die Endometrose am 16.10.2019, also ca. drei Wochen vor Ablauf dieser sechs Monate fest. Die früher unterschiedlichen Ansichten<sup>75</sup> mit Blick auf die Reichweite

<sup>63</sup> Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Faust (Fn. 15), § 434 Rn. 51; Medicus/Lorenz (Fn. 55), § 6 Rn. 14; Looschelders (Fn. 56), § 4 Rn. 15.

<sup>64</sup> BGH NJW 2017, 2817 (Rn. 16); Palandt/Weidenkaff (Fn. 9), § 434 Rn. 21.

<sup>65</sup> Vgl. insb. Schinkels, Zum Vorrang der nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung (§ 434 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB) vor damit unvereinbaren Beschaffenheitsangaben, ZGS 2004, 226 (228).

<sup>66</sup> Prütting/Wegen/Weinreich/Wagner (Fn. 58), § 434 Rn. 35.

<sup>67</sup> Prütting/Wegen/Weinreich/Wagner (Fn. 58), § 434 Rn. 42; Palandt/Weidenkaff (Fn. 9), § 434 Rn. 27.

<sup>68</sup> BGH NJW 2020, 389 Rn. 26, NJW 2018, 150 Rn. 24, NJW 2007, 1351 Rn. 19; Palandt/Weidenkaff (Fn. 9), § 434 Rn. 29; Prütting/Wegen/Weinreich/Wagner (Fn. 58), § 434 Rn. 44; Kniefert, Wann ist ein Pferd mangelhaft?, NJW 2007, 2895 (2896); ausführlich Neumann, Das Pferdekaufrecht nach der Schuldrechtsmodernisierung (2006), S. 94 ff.

<sup>69</sup> BGH NJW 2018, 150 Rn. 26; NJW 2020, 389, 390 Rn. 25.

<sup>70</sup> Neumann (Fn. 66), S. 94 f.; NK-BGB/Adolphsen (Fn. 32), Anhang V zu §§ 433–480: Tierkauf Rn. 22.

<sup>71</sup> Palandt/Weidenkaff (Fn. 9), § 434 Rn. 8.

<sup>72</sup> BGH NJW 1999, 352, 353.

<sup>73</sup> Zur Begründung für dies erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens eingefügte Ausnahmeregelung s. BT-Drs. 19/31116, S. 17.

<sup>74</sup> NK-BGB/Adolphsen (Fn. 32), Anhang V zu §§ 433–480: Tierkauf Rn. 8.

<sup>75</sup> Vgl. einerseits etwa BGH NJW 2006, 2250 Rn. 21; NJW 2014, 1086, 1087; aA BeckOK BGB/Faust (Fn. 19), § 477 Rn. 9; Lorenz, NJW 2014, 2319, 2322; Looschelders, JA 2014, 625; so auch EuGH NJW 2015, 2237 und



der Vermutung können hier dahinstehen, da selbst nach der engsten Ansicht die sechs Monate nicht verstrichen sind.

cc) *Vereinbarkeit mit der Art der Ware und der Art des Mangels gem. § 477 I 2 i.V.m § 477 I*

Die Ausnahmeregelung für lebende Tiere des § 477 I 2 nimmt ausdrücklich (»diese«) Bezug auf die Vermutung des § 477 I 1. Dieser schränkt die Vermutung insoweit ein, als dass die Vermutung mit der Art der Ware und der Art des Mangels vereinbar sein muss.

(1) Art der Ware

Durch die ausdrückliche Regelung einer Beweislastumkehr auch beim Kauf lebender Tiere durch § 477 I 2 hat der Gesetzgeber sich für die auch bisher herrschende Meinung entschieden, dass bei Tierkäufen die Vermutungsregel des § 477 nicht ausgeschlossen ist.<sup>76</sup> Dass sich der gesundheitliche Zustand eines Lebewesens beständig wandelt und allein von den natürlichen Voraussetzungen, sondern auch von Haltung Ernährung, Pflege, Nutzung etc. abhängig ist,<sup>77</sup> hat der Gesetzgeber dabei mit der Beibehaltung der kürzeren Dauer der Beweislastumkehr berücksichtigen wollen.<sup>78</sup>

(2) Art des Mangels

Sie dürfte ferner auch nicht mit der Art des Mangels vereinbar sein. Der Mangel ist hier eine Tierkrankheit. Gegen eine Vereinbarkeit spricht, dass eine Krankheit jederzeit auftreten kann. Allerdings ist aufgrund des Regel-Ausnahme-Verhältnisses in § 477 und des Verbraucherschutzes die Vermutungsregel bei Tierkrankheiten nicht generell auszuschließen. Vielmehr ist dies im Einzelfall zu entscheiden, wobei etwa die Inkubationszeit mit in die Überlegungen einzubeziehen ist.<sup>79</sup> Eine Endometrose tritt zwar vorwiegend bei älteren Stuten auf. A versuchte aber sehr bald nach dem Kauf, die S decken zu lassen, bis er sie dann schließlich untersuchen ließ. Es liegen keinerlei Anhaltspunkte dafür vor, dass die S erst nach Übergabe krank wurde. Mithin ist die Vermutungsregel auch mit der Art des Mangels vereinbar.

c) Zwischenergebnis

Gem. § 477 wird vermutet, dass die Endometrose bei Gefahrübergang bereits vorhanden war. Damit liegt ein Sachmangel im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vor.

darauhin BGH NJW 2017, 1093.

<sup>76</sup> Zu der bisher herrschenden Meinung s. BGH NJW 2007, 2619; NJW 2014, 1086; MüKoBGB/Lorenz, BGB, Bd. 4, 8. Auflage (2019), § 477 Rn. 18; BeckOK BGB/Faust (Fn. 19), § 477 Rn. 17; Wertbruch, Die Besonderheiten des Tierkaufs bei der Sachmängelgewährleistung, NJW 2012, 2065 (2069).

<sup>77</sup> Zu dieser Argumentation s. OLG Oldenburg BeckRS 2009, 77009; Westermann, Das neue Kaufrecht, NJW 2002, 241, 252.

<sup>78</sup> BT-Drs. 19/31116, S. 17.

<sup>79</sup> BGH NJW 2006, 2250 (2252 f.); MüKoBGB/Lorenz, BGB, Bd. 4, 8. Auflage (2019), § 477 Rn. 21.

### 3. Kein Ausschluss der Mängelgewährleistungsrechte

Die Mängelgewährleistungsrechte dürften schließlich nicht ausgeschlossen sein. Die Frist für den vertraglichen Ausschluss der Gewährleistungsrechte ist am 16.10.2019 noch nicht erreicht. A kannte die Krankheit der S auch nicht und musste sie auch nicht kennen. Auch ein Ausschluss gem. § 442 ist folglich nicht gegeben.

### 4. Rücktritt

A müsste dann gem. §§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 326 V zum Rücktritt berechtigt gewesen und wirksam zurückgetreten sein.

a) Erheblicher Mangel der Kaufsache

Der festgestellte Mangel müsste gem. § 323 V 2 erheblich sein. Die Pflichtverletzung müsste den Gläubiger nicht nur in geringem Maße stören.<sup>80</sup> Ein Mangel ist grundsätzlich als erheblich einzustufen.<sup>81</sup> Die Endometrose stört das Leistungsinteresse des A stark. Die S lässt sich nicht decken. Der Mangel überschreitet die Bagatellgrenze des § 323 V 2. Die Pflichtverletzung ist erheblich.

b) Nachfristsetzung bzw. Entbehrlichkeit

Aufgrund des Vorrangs der Nacherfüllung<sup>82</sup> kann A gem. § 323 I nur dann zurücktreten, wenn er dem P eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat und diese erfolglos verstrichen ist. Dies folgt aus dem Grundsatz, dass Verträge zu erfüllen sind (*pacta sunt servanda*). Vorliegend hat A dem P eine solche Frist nicht gesetzt. Vielmehr hat er ausdrücklich »fristlos« vom Vertrag Abstand genommen. Dies wäre allerdings bei Entbehrlichkeit der Fristsetzung unschädlich. Eine solche könnte sich für den vorliegenden unbeheblichen Mangel gem. § 326 V aus der Unmöglichkeit beider Formen der Nacherfüllung, Nachbesserung und Nachlieferung (§ 439 I), nach § 275 ergeben.<sup>83</sup> Sofern nur eine der beiden Formen unmöglich ist, würde die Nacherfüllung auf die andere Variante beschränkt.<sup>84</sup>

aa) *Unmöglichkeit der Nachbesserung gem. § 275 I*

Zunächst müsste die Nachbesserung unmöglich sein. Nachbesserung bedeutet die Beseitigung des Mangels.<sup>85</sup> Laut Sachverhalt ist der Mangel, die Endmetrose, nicht behandelbar. Mithin ist die Nachbesserung nach § 275 I für jedermann unmöglich.

<sup>80</sup> Prütting/Wegen/Weinreich/Wagner (Fn. 58), § 437 Rn. 24.

<sup>81</sup> Palandt/Weidenkaff (Fn. 9), § 437 Rn. 23.

<sup>82</sup> Vgl. etwa BGH NJW 2005, 1348; Palandt/Weidenkaff (Fn. 9), § 437 Rn. 4; Looschelders (Fn. 56), § 4 Rn. 1; Lorenz, Schadensersatz wegen Pflichtverletzung – ein Beispiel für die Überhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform, JZ 2001, 742 (743).

<sup>83</sup> MüKoBGB/Westermann (Fn. 77), § 437 Rn. 9; Jauernig/Berger, BGB, 17. Auflage (2018), § 437 Rn. 6; Brox/Walker (Fn. 56), § 4 Rn. 56 ff.

<sup>84</sup> Looschelders (Fn. 56), § 4 Rn. 16; Brox/Walker (Fn. 56), § 4 Rn. 44.

<sup>85</sup> Palandt/Weidenkaff (Fn. 9), § 437 Rn. 6; Brox/Walker (Fn. 56), § 4 Rn. 41; Looschelders (Fn. 56), § 4 Rn. 4.

### bb) Unmöglichkeit der Nachlieferung gem. § 275 I

Fraglich ist aber, ob auch eine Nachlieferung, also die Lieferung einer mangelfreien Sache<sup>86</sup> nach § 275 I unmöglich ist. A und P haben einen Kaufvertrag genau über die S abgeschlossen, sie war individualisiert, womit es sich um einen Stückkauf handelt. Die Unmöglichkeit der Nachlieferung bei einem Stückkauf ist umstritten.

Teilweise wird eine Nachlieferung beim Stückkauf *a priori* ausgeschlossen. Angesichts dessen, dass sich die Vertragspartner auf den Kauf genau einer bereits individualisierten Sache geeinigt hätten, könne diese nicht durch eine andere ersetzt werden.<sup>87</sup> Für diese Ansicht spricht zunächst, dass sich diese Ansicht stark am Vertragsinhalt orientiert. Dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch aus § 433 I entsprechend sei der Nacherfüllungsanspruch durch den Inhalt des vertraglichen Schuldverhältnisses bestimmt und begrenzt. Dies gelte für die Gattungs- und Vorratsschuld und müsse daher auch beim Stückkauf die Grenze sein. Was nicht Inhalt des Vertrags ist, sei auch nicht geschuldet.<sup>88</sup> Über diese Vereinbarungen, die eine konkret individualisierte Kaufsache zum Gegenstand haben, dürfe sich nicht hinweggesetzt werden.<sup>89</sup> Hiermit wäre eine Nachlieferung unmöglich.

Die Gegenansicht schließt die Nachlieferung bei der Stückschuld nicht generell aus. Hierfür sprechen die Gesetzesmaterialien, in denen steht, dass die Nacherfüllung »nicht bei jedem Stückkauf möglich«<sup>90</sup> sei, im Umkehrschluss also auch nicht immer unmöglich sein soll. Dabei halten einige die Nachlieferung bei vertretbaren Sachen für möglich.<sup>91</sup> Gem. § 91 sind vertretbare Sachen solche beweglichen Sachen, die im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen. Damit ist gemeint, dass eine vertretbare Sache keinerlei individuelle Merkmale innehat, durch die sie von anderen gleichartigen Sachen unterschieden werden kann. Sie ist mithin austauschbar.<sup>92</sup> Pferde sind zwar keine Sachen (§ 90a S. 1). Auf sie sind aber die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden (§ 90a S. 3). Allerdings weisen Tiere – und so auch die S – individuelle Merkmale auf und sind insofern nicht einfach austauschbar.<sup>93</sup> Die S ist also keine vertretbare Sache. Auch mit dieser Ansicht ist eine Nachlieferung hier ausgeschlossen.

Andere schließen eine Nachlieferung wiederum nur aus, wenn ein Ersatz der Kaufsache durch eine gleichartige und

<sup>86</sup> Palandt/*Weidenkaff* (Fn. 9), § 437 Rn. 7; *Brox/Walker* (Fn. 56), § 4 Rn. 41; *Looschelders* (Fn. 56), § 4 Rn. 4.

<sup>87</sup> Einzige Ausnahme soll die Lieferung eines »Identitäts-Aliuds« sein; *Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Faust* (Fn. 15), § 439 Rn. 47; *Ackermann*, Die Nacherfüllungspflicht des Stückverkäufers, JZ 2002, 378 (379); *Faust*, ZGS 2004, 252 (252 ff.); *Lorenz* (Fn. 80), JZ 2001, 742 (743 f.); *Huber*, Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht, NJW 2002, 1004 (1006).

<sup>88</sup> *Ackermann* (Fn. 85), JZ 2002, 378 (379).

<sup>89</sup> *Huber* (Fn. 85), NJW 2002, 1004 (1006).

<sup>90</sup> BT-Drucksache 14/6040, S. 209 (eigene Hervorhebung).

<sup>91</sup> Vgl. *Kamanabrou*, Der Nachlieferungsanspruch beim Stückkauf, ZGS 2004, 57 (59) sowie BT-Drucksache 14/6040, S. 209.

<sup>92</sup> *Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Fritzsche* (Fn. 15), § 91 Rn. 3.

<sup>93</sup> Ebd. Rn. 6.

gleichwertige Sache nach dem Parteiwillen nicht in Betracht kommt.<sup>94</sup> Entscheidend sei nämlich, dass der Käufer bekommt, was er bekommen wollte.<sup>95</sup> Hier wäre also auf den Parteiwillen abzustellen. Zwar ist von einer besonderen emotionalen Bindung des A zur S, die eine Nacherfüllung unmöglich machen würde,<sup>96</sup> nicht die Rede. Ausweislich des Sachverhalts hat sich A jedoch für »die dreijährige Stute S« entschieden. Über die genauen Umstände der Auswahl wird nichts berichtet, allerdings hat er sich von P nicht irgendeine dreijährige Stute geben lassen. Nach Auslegung des Parteiwillens ist daher zu konstatieren, dass sich der Kaufvertrag auf genau diese Stute und auf keine andere bezog. Damit ist auch mit dieser Ansicht die Nachlieferung unmöglich.

Einzig, wenn man strikt danach ginge, ob ein Ersatz durch eine gleichartige und gleichwertige Sache möglich ist,<sup>97</sup> käme man zu dem Ergebnis, dass hier eine Nachlieferung möglich und damit auch nötig ist. Diese rigorose, den Parteiwillen gänzlich ignorierende Ansicht ist jedoch mit dem hohen Stellenwert, den Privatautonomie und Parteiwille im BGB einnehmen, nicht vereinbar.

### c) Rücktrittserklärung gem. § 349

Zuletzt müsste A seinen Rücktritt gem. § 349 dem anderen Teil gegenüber erklärt haben. Die Rücktrittserklärung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, der andere Teil ist hier P. Ausdrücklich hat A seinen Rücktritt nicht erklärt. Jedoch ist seine Aussage, er nehme fristlos vom Vertrag Abstand, gem. §§ 133, 157 nach dem Empfängerhorizont auszulegen. Für P war ersichtlich, dass A mit diesen Worten vom Vertrag zurücktreten wollte. Mithin hat A seinen Rücktritt wirksam erklärt.

### d) Zwischenergebnis

A ist wirksam vom Vertrag zurückgetreten.

## 5. Ergebnis

A hat gegen P einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises aus §§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 326 V, 346 I.

## II. Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 311a II

A könnte auch aus §§ 437 Nr. 3, 311a II einen Anspruch auf Rückzahlung der 12.000€ als Schadensersatz statt der ganzen Leistung haben. Nachbesserung und Nachlieferung waren von Anfang an unmöglich (s.o.). Der Anspruch könnte jedoch gem. § 311a II 2 ausgeschlossen sein, wenn P das Leistungshindernis nicht kannte und seine Unkenntnis

<sup>94</sup> BGH NJW 2006, 2839 (2841); NJW 2007, 1346 m. Anm. *Gutzeit*, 1350; BeckRS 2010, 1615; OLG Köln NJW-RR 2018, 436 (439); Palandt/*Weidenkaff* (Fn. 9), § 437 Rn. 15; *MüKoBGB/Westermann* (Fn. 77), § 439 Rn. 15; *Canaris*, Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf, JZ 2003, 831 (835).

<sup>95</sup> *Erman/Grunewald* (Fn. 31), § 439 Rn. 5.

<sup>96</sup> BGH NJW 2005, 2852 (2854).

<sup>97</sup> *Jauernig/Berger* (Fn. 81), § 439 Rn. 24.

auch nicht zu vertreten hat. P wusste von der Endometrose der S nichts. Ohne nähere Anhaltspunkte kann von einem Pferdehändler eine dahingehende Untersuchung nicht verlangt werden.<sup>98</sup> Damit greift § 311a II 2. A hat keinen Anspruch auf Rückzahlung der 12.000€ als Schadensersatz statt der ganzen Leistung aus §§ 437 Nr. 3, 311a.

### III. Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1

Ein möglicher Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 scheitert daran, dass mangels Anfechtung der Kaufvertrag wirksam war (s.o.) und somit ein Rechtsgrund bestand.

### IV. Anspruch aus § 812 I 2 Alt. 1

Auch ein Anspruch aus § 812 I 2 Alt. 1 ist nicht gegeben. Der Rechtsgrund fällt nicht weg, das Rückgewährschuldverhältnis tritt an seine Stelle.<sup>99</sup>

### V. Endergebnis

A kann von P Rückzahlung des Kaufpreises allein aus §§ 346 I, 437 Nr. 2 Alt. 1, 434 I, 326 V verlangen.

---

<sup>98</sup> Vgl. für einen Hundezüchter BGH NJW 2005, 2852.

<sup>99</sup> Staudinger/Lorenz, BGB, 2007, § 812 Rn. 93; Pfeifer, Schuldrecht, 6. Auflage (2020), § 9 Rn. 10; Brox/Walker (Fn. 2), § 18 Rn. 17.