

**ZivilR** Fallbearbeitung

Tim Konrad Becker\*

# Im Regen stehen gelassen

Fallbearbeitung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene

*Die auf einer Originalklausur beruhende Fallbearbeitung beschäftigt sich nach einem erbrechtlichen Einstieg mit dem Gefahrübergang im Kaufmängelgewährleistungsrecht und dem klassischen Problem des Deckungskaufs.*

**SACHVERHALT**

O ist Eigentümer eines in einer südniedersächsischen Kleinstadt gelegenen großen Einfamilienhauses. Allerdings ist das Dach der in den 1960er-Jahren erbauten Immobilien noch immer ungedämmt – was O angesichts der massiv steigenden Heizkosten zunehmend ein Dorn im Auge ist. Um daran etwas zu ändern, bestellt er Anfang März 2022 natürliches Dämmmaterial aus Hanffasern beim Baustoffhandel des H und einigt sich mit ihm darauf, dass dieser (auf eigene Kosten) den Versand übernehmen soll. Außerdem verständigen sie sich auf den 1.4.2022 als frühesten Liefertermin, da O erst dann von einer mehrwöchigen Dienstreise zurückkehrt und die Ware vorher nicht entgegennehmen kann. Geliefert wird allerdings – ohne O darüber zu informieren – bereits früher. Die in dem Familienunternehmen des H arbeitende Tochter T und dessen Neffe N, die für die Logistik zuständig sind, wollen in der Lagerhalle Platz für neue Ware schaffen. Deshalb veranlassen sie die Auslieferung durch den Spediteur S bereits am 28.3.2022. Das Dämmmaterial wird vom pflichtbewussten S noch am Abend desselben Tages bei typischem Aprilwetter (ständiger Wechsel zwischen Sonnenschein und Regen) in der Einfahrt auf dem Grundstück des O abgeladen.

Nach seiner Rückkehr räumt O am 1.4.2022 bei strahlendem Sonnenschein das Dämmmaterial in seine Garage. Als zwei Wochen später die von O beauftragten Dachdecker damit beginnen wollen, das Dach zu isolieren, stellen sie fest, dass das Dämmmaterial zwischenzeitlich verschimmelt und damit endgültig unbrauchbar geworden ist. O ist davon völlig überrascht, da beim Verbringen des Dämmmaterials in seine Garage noch keine Schimmelbildung vorhanden gewesen sei. Auf seine Nachfrage, wie das denn sein könne,

ermitteln sie als Erklärung zutreffend, dass in das Material eingedrungene Feuchtigkeit verantwortlich sein muss. O meldet sich deshalb verärgert bei H und verständigt sich mit ihm zur weiteren Erörterung auf ein Treffen bei O noch am selben Tag. Im Zuge dessen zeigt sich H zwar betroffen über den Schimmelbefall, entgegnet aber, er habe ganz sicher keine verschimmelte Ware geliefert und sei sich auch sonst keiner Schuld bewusst. Mit O wolle er angesichts dessen unglaublichen Unterstellungen, er würde verschimmelte Ware liefern, absolut nichts mehr zu tun haben. O entgegnet, von irgendwelchen Unterstellungen könne gar keine Rede sein – er behaupte ja auch überhaupt nicht, dass das Dämmmaterial verschimmelt ausgeliefert worden sei. Dennoch benötige er dringend brauchbares Dämmmaterial und müsse das verschimmelte loswerden – notfalls müsse er sich anderweitig darum bemühen und von H gegebenenfalls erhöhte Kosten dafür (aufgrund eines »Baubooms« sind die Preise für Baumaterial zwischenzeitlich deutlich gestiegen) ersetzt verlangen. H will von alledem nichts wissen und begibt sich wutentbrannt auf den Rückweg in die Firma. Dabei verliert er in einer scharfen Kurve die Kontrolle über seinen Wagen und erliegt noch am Unfallort seinen schweren Verletzungen.

In der Folge kommt es zwischen T und N zum Streit darüber, wer das Geschäft nach dem Tod des H übernehmen soll, insbesondere, weil H auf der letzten Weihnachtsfeier auf einer Serviette handschriftlich formuliert hatte, N solle ihm einmal beerben – allerdings ohne den Text zu unterschreiben.

O wendet sich deshalb hilfeschend mit der Frage an Sie, welche Rechte er hat.

**BEARBEITUNGSVERMERK**

Beantworten Sie die aufgeworfenen Rechtsfragen in einem umfassenden Gutachten!

Vorschriften des HGB sind nicht zu prüfen!

\* Der Autor studiert seit dem Wintersemester 2019/20 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und verbringt das Wintersemester 2022/23 im Rahmen eines Auslandsaufenthalts an der Katholieke Universiteit Leuven. Neben seinem Studium arbeitet der Autor einerseits am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Kirchenrecht und Staatskirchenrecht von Dekan Prof. Dr. *Hans Michael Heimig* und andererseits am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Kartellrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung von Prof. Dr. *Eckart Bueren*.

Die Originalklausur, auf der die Fallbearbeitung beruht, wurde in der Übung für Fortgeschrittene im Bürgerlichen Recht an der Georg-August-Universität Göttingen von Prof. Dr. *Olaf Deinert* im Sommersemester 2022 gestellt.

**GLIEDERUNG**

- A. Anspruch des O gegen T auf Ersatzlieferung von Dämmmaterial gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 I Alt. 2 BGB i.V.m. §§ 433 I 2, 1922 I BGB
- I. Anspruch entstanden
    1. Kaufvertrag, § 433 BGB
      - a) Testament des H zugunsten des N
      - b) Gesetzliche Erbfolge der §§ 1924 ff. BGB
      - c) Zwischenergebnis
    2. Sachmangel bei Gefahrübergang, § 434 I BGB
      - a) Gefahrübergang nach § 447 I BGB
      - b) Gefahrübergang nach § 446 I BGB
      - c) Zwischenergebnis
    3. Zwischenergebnis
  - II. Anspruch nicht untergegangen und durchsetzbar
  - III. Ergebnis
- B. Schadensersatzanspruch der O gegen T in Höhe der Mehrkosten eines etwaigen Deckungskaufs gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 3 BGB i.V.m. §§ 433 I 2, 1922 I BGB
- I. Abgrenzung von Schadensersatz neben und statt der Leistung beim Deckungskauf
  - II. Anspruch entstanden
    1. Kaufvertrag, § 433 BGB
    2. Sachmangel bei Gefahrübergang, § 434 I BGB
    3. Vertretenmüssen, § 280 I 2 BGB
    4. Erfolgreiche Setzung einer angemessenen Frist, § 281 I 1 BGB
    5. Keine Unerheblichkeit der Pflichtverletzung, § 281 I 3 BGB
    6. Ersatzfähiger Schaden, §§ 249 ff. BGB
  - III. Anspruch nicht untergegangen und durchsetzbar
  - IV. Ergebnis
  - V. Gesamtergebnis

**GUTACHTEN****A. Anspruch des O gegen T auf Ersatzlieferung von Dämmmaterial gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 I Alt. 2 BGB i.V.m. §§ 433 I 2, 1922 I BGB**

Zunächst einmal könnte O einen Anspruch gegen die T auf Ersatzlieferung schimmelfreien Dämmmaterials aus §§ 437 Nr. 1, 439 I Alt. 2 BGB i.V.m. §§ 433 I 2, 1922 I BGB haben.

**I. Anspruch entstanden**

Ein solcher Anspruch wäre entstanden, wenn auf einen wirksamen Kaufvertrag zwischen O und T eine bei Gefahrübergang mangelhafte Sache geliefert worden wäre.

**1. Kaufvertrag, § 433 BGB**

Dabei ist jedoch schon fraglich, ob zwischen T und O ein wirksamer Kaufvertrag i.S.v. § 433 BGB bestand. Ursprünglich bestellte O das Dämmmaterial bei dem Baustoffhandel

des H. Möglicherweise ist T aber Erbin des H gewesen und so in alle Rechte und Pflichten eingetreten, § 1922 I BGB.

**a) Testament des H zugunsten des N**

Hinderlich könnte hierbei jedoch das im Rahmen der Weihnachtsfeier auf einer Serviette abgegebene Testament des H zugunsten des N sein. Sofern dieses Dokument ein taugliches eigenhändiges Testament i.S.v. §§ 2231 Nr. 2, 2247 I BGB darstellt, könnte N gemäß § 1937 BGB Erbe des H geworden sein. Dafür müsste H das Dokument jedoch eigenhändig geschrieben und unterzeichnet haben, § 2247 I BGB. Vorliegend unterschrieb H die Serviette nicht, sodass mangels Einhaltung der korrekten Form kein eigenhändiges Testament i.S.v. §§ 2231 Nr. 2, 2247 I BGB vorliegt.<sup>2</sup>

Für eine Qualifikation der Serviette als Nottestament i.S.v. §§ 2249 ff. BGB bestehen keine Anhaltspunkte.<sup>3</sup>

N wurde also nicht gemäß § 1937 BGB i.V.m. §§ 2231 Nr. 2, 2247 I BGB durch letztwillige Verfügung des H dessen Erbe.

**b) Gesetzliche Erbfolge der §§ 1924 ff. BGB**

Somit muss man sich der gesetzlichen Erbfolge der §§ 1924 ff. BGB zuwenden. Nach § 1924 I BGB ist T als Tochter des H dessen Abkömmling gemäß § 1589 I BGB und damit gesetzliche Erbin erster Ordnung. N als Neffe und damit als Kind eines der Geschwister von H ist als Abkömmling der Eltern von H in zweiter Generation bloß gesetzlicher Erbe zweiter Ordnung gemäß § 1925 I BGB. Nach der gesetzlichen Erbfolge des § 1930 BGB ist mithin T Erbin des H und tritt somit gemäß § 1922 I BGB die Gesamtrechtsnachfolge in das Vermögen des H an.

**c) Zwischenergebnis**

T ist damit neue Vertragspartnerin des O, sodass zwischen ihnen ein wirksamer Kaufvertrag besteht. Indes kommt eine Anfechtung der Willenserklärung des H ob der »Unterstellungen« gemäß §§ 142 I, 119 I Alt. 2 wegen Eigenschaftsirrums in der Person des O nicht in Betracht. Selbst wenn O zu Unterstellungen neigte, was dahinstehen kann, so ist dies keine Eigenschaft, die im Rechtsverkehr für den Abschluss eines Kaufvertrags von wesentlicher Bedeutung ist.<sup>4</sup> Es besteht mithin ein wirksamer Kaufvertrag zwischen T und O i.S.v. § 433 BGB.

<sup>2</sup> Statt aller bezeichnet z.B. MüKoBGB/*Sticherling*, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 11, 9. Auflage (2022), § 2247 Rn. 39 die Unterschrift als »zwingendes Gültigkeitserfordernis«.

<sup>3</sup> Selbst diese Arten des Testaments erfordern gemäß der §§ 2249 ff. BGB regelmäßig ein bestimmtes Verfahren, eine gewisse Form sowie eine besondere Notlage, von denen nichts im vorliegenden Fall ersichtlich ist.

<sup>4</sup> Vor allem beim reinen Gütertausch spielen Charaktermängel einer Vertragspartei keine entscheidende Rolle und sind damit nicht als verkehrswesentliche Eigenschaften einzustufen, BGH BB 1960, 152; MüKoBGB/*Armbrüster*, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 9. Auflage (2021), § 119 Rn. 137.

## 2. Sachmangel bei Gefahrübergang, § 434 I BGB

Weiterhin müsste das gelieferte Dämmmaterial im Zeitpunkt des Gefahrübergangs einen Sachmangel gemäß § 434 I BGB aufgewiesen haben.

Dabei dürfte feststehen, dass Dämmmaterial, das sich aufgrund von Schimmelbefalls nicht mehr für den Einbau in ein bisher unzureichend gedämmtes Haus eignet, zumindest nicht dem gewöhnlichen Verwendungszweck – der effektiven Wärmedämmung eines Gebäudes – gemäß § 434 III 1 Nr. 1 BGB genügt. Somit war das Dämmmaterial gemäß § 434 I BGB zumindest objektiv mangelhaft.

Damit stellt sich lediglich die Frage, ob dieser Mangel auch bei Gefahrübergang bestand, wie es § 434 I BGB fordert. Bei der Erörterung dieser Frage sind die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf der §§ 474 ff. BGB zu beachten, nachdem H als Betreiber eines Baustoffhandels bei Vertragsschluss primär in gewerblicher Funktion tätig wurde, § 14 BGB, während O bloß Materialien für sein Einfamilienhaus beschaffen wollte und damit als Verbraucher gemäß § 13 BGB tätig wurde. Somit fällt bei der Erörterung der Frage nach dem Vorliegen des Mangels bei Gefahrübergang zunächst die Beweislastumkehr des § 477 I 1 BGB auf, nach der binnen eines Jahres nach Gefahrübergang das Vorliegen des Mangels zum entscheidenden Zeitpunkt vermutet wird. Hier scheinen sich die Parteien jedoch einig zu sein, dass der Schimmel dem Dämmmaterial noch nicht am 28.3.2022 innewohnte. T wäre vom Kaufmängelgewährleistungsrecht also freigestellt, wenn der Gefahrübergang an diesem Tag und nicht erst später eingetreten wäre.

### a) Gefahrübergang nach § 447 I BGB

Zunächst könnte der Gefahrübergang am 28.3.2022 erfolgt sein, wenn man § 447 I BGB anwendet. Denn tatsächlich einigten sich O und H bei Vertragsschluss Anfang März 2022 darauf, dass H auf eigene Kosten den Versand übernehmen soll. Außerdem übergaben T und N, die für die Logistik zuständig waren, das Dämmmaterial bereits am 28.3.2022 einem pflichtgemäßen Spediteur, sodass die Voraussetzungen des § 447 I BGB grundsätzlich erfüllt wären. Für den vorliegenden Verbrauchsgüterkauf ist gleichwohl § 475 II BGB zu beachten, nach dem ein Gefahrübergang nach § 447 I BGB nur angenommen werden kann, wenn dem Unternehmer der Spediteur unbekannt war, nachdem dieser durch den Käufer benannt wurde.<sup>5</sup> Dies ist hier gerade nicht der Fall, nachdem F und N im Zuständigkeitsbereich des H den Spediteur S ob seiner Zuverlässigkeit auswählten. Somit ist § 447 I BGB auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar.

<sup>5</sup> Rechtspolitischer Hintergrund dieser Regelung ist, dass der Verkäufer bei eigener Auswahl des Beförderers eher in der Lage ist, das Transportrisiko zu beherrschen, weil er selbst über die Art und den Weg der Beförderung entscheidet und regelmäßig besser als der Käufer in der Lage ist, das Beförderungsrisko in dem nach Sachlage gebotenen Umfang unter Versicherungsschutz zu bringen, BT-Drs. 14/6040, S. 243.

### b) Gefahrübergang nach § 446 I BGB

Jedoch könnte der Gefahrübergang nach § 446 I BGB durch die Übergabe des Dämmmaterials an O am 28.3.2022 erfolgt sein. Tatsächlich lud S das Dämmmaterial auch noch am 28.3.2022 in der Einfahrt auf dem Grundstück des O ab, sodass es in dessen Herrschaftsbereich gelangte und O frei darüber verfügen konnte.<sup>6</sup> Gegen einen Gefahrübergang zu diesem Zeitpunkt spricht jedoch, dass eine Lieferung erst zum 1.4.2022 vereinbart war. Es ist damit fraglich, ob durch eine Lieferung vor vereinbarter Leistungszeit die Gefahr für die Verschlechterung der Sache auf den Käufer übergehen kann.<sup>7</sup> Einen Anhaltspunkt für eine Antwort liefert das Gesetz in § 446 3 BGB, in dem es die Begründung des Gläubigerverzugs mit der Übergabe gleichsetzt. Ob dieser systematischen Verknüpfung des Gefahrübergangs mit den Vorschriften über den Gläubigerverzug liegt es nahe, die Wertungen der §§ 293 ff. BGB auf die vorliegende Frage, ob eine taugliche Übergabe vorliegt, zu übertragen. Nach § 293 BGB kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Primus der Angebotsformen ist gemäß § 294 BGB das tatsächliche Angebot, wenn die Leistung dem Gläubiger so angeboten wird, wie sie zu bewirken ist. Im vorliegenden Fall fällt auf, dass die Lieferung nicht so erfolgte, wie sie vereinbart war. Vielmehr hatten sich O und H auf eine Leistungszeit ab dem 1.4.2022 verständigt, § 271 I BGB. Außerdem ergibt sich aus den Diskussionen zwischen H und O bezüglich der Abwesenheit des O aufgrund seiner mehrwöchigen Dienstreise auch eine Widerlegung der Vermutung des § 271 II BGB, die Leistung könne auch schon früher bewirkt werden.<sup>8</sup> Somit genügte die Lieferung am 28.3.2022 nicht den Anforderungen an ein tatsächliches Angebot gemäß § 294 BGB. Aufgrund der systematischen Verknüpfung des § 446 3 BGB ist diese Wertung auf die Frage nach einer tauglichen Übergabe zu übertragen. Somit lag nach dem Vorstehenden am 28.3.2022 noch keine Übergabe und damit auch noch kein Gefahrübergang auf O vor. Eine Übergabe erfolgte erst drei Tage später am 1.4.2022, als O nach Hause kam und das Dämmmaterial in die Garage verbrachte. Sowohl nach der Vermutung des § 477 I 1 BGB wie auch nach allgemeiner Lebenserfahrung ist zu diesem Zeitpunkt davon auszugehen, dass die Feuchtigkeit den Hanffasern als Ursache des Schimmels bereits innewohnte, sodass diese für einen Einbau in das Haus des O ungeeignet waren.

<sup>6</sup> Statt aller definiert BeckOGK BGB/*Träger*, 15.6.2022, § 446 Rn. 32 die Übergabe als die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes i.S.v. § 854 I BGB an der Sache.

<sup>7</sup> Zu dieser Frage schon KG OLGE 22 (1910), 210 (211); MüKoBGB/*Westermann*, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 4, 8. Auflage (2019), § 446 Rn. 7; vgl. auch *Filius*, Die Gefahrtragung beim Kauf (§ 446 BGB) im Rahmen des Synallagmas (1964), S. 73 f.

<sup>8</sup> Mit Blick auf das Verhältnis zwischen § 271 II BGB und der Vereinbarung eines »unverbindlichen Liefertermins«, BGHZ 170, 1 (5).

## c) Zwischenergebnis

Das von H gelieferte Dämmmaterial war also im Zeitpunkt des Gefahrübergangs am 1.4.2022 mit einem Sachmangel behaftet, § 434 I BGB.

**3. Zwischenergebnis**

Ein Anspruch des O gegen T auf Nacherfüllung aus §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB i.V.m. §§ 433 I 2, 1922 I BGB ist somit entstanden. Im Rahmen der Nacherfüllung kann der Käufer grundsätzlich zwischen der Nachbesserung und der Ersatzlieferung wählen, § 439 I BGB. Eine Nachbesserung durch Trocknung oder Reparatur der Hanffasern ist vorliegend jedoch objektiv unmöglich gemäß § 275 I BGB, indem das Dämmmaterial verschimmelt und damit »endgültig unbrauchbar« geworden ist. Somit bleibt für O nur ein Anspruch gegen T auf Ersatzlieferung aus §§ 437 Nr. 1, 439 I Alt. 2 BGB i.V.m. § 433 I 2, 1922 I BGB, der vorliegend entstanden ist.

**II. Anspruch nicht untergegangen und durchsetzbar**

Zuletzt ist dieser Anspruch auch nicht untergegangen und ist durchsetzbar, nachdem insbesondere keine Anhaltspunkte für eine Einrede wegen Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung ersichtlich sind. Insbesondere besteht durch den »Bauboom« kein Leistungsverweigerungsrecht aus § 275 II BGB, nachdem das Leistungsinteresse des O gleichförmig zum Mehraufwand des T anstieg und nicht aus der Proportionalität fiel.<sup>9</sup>

**III. Ergebnis**

O kann von T mithin Ersatzlieferung schimmelfreien Dämmmaterials gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 I Alt. 2 BGB i.V.m. §§ 433 I 2, 1922 I BGB verlangen. Das verschimmelte Dämmmaterial könnte O hingegen auf Kosten der T an letztere zurückgeben, was aus § 439 VI 2 BGB folgt.

**B. Schadensersatzanspruch der O gegen T in Höhe der Mehrkosten eines etwaigen Deckungskaufs gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 3 BGB i.V.m. §§ 433 I 2, 1922 I BGB**

Sollte O aus seinem obigen Ersatzlieferungsverlangen keine Befriedigung erhalten, so könnte er möglicherweise die Mehrkosten für einen etwaigen Deckungskauf von T aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 3 BGB i.V.m. §§ 433 I 2, 1922 I BGB ersetzt verlangen.

**I. Abgrenzung von Schadensersatz neben und statt der Leistung beim Deckungskauf**

Zunächst stellt sich hierbei die Frage, ob O die Mehrkosten für einen etwaigen Deckungskauf im Wege des Schadensersatzes statt oder neben der Leistung geltend machen

müsste.<sup>10</sup> Nach der Lehre der Schadensphänomenologie ließe sich hören, dass O nach einem Deckungskauf genauso stünde wie bei ordnungsgemäßer Erfüllung, sodass die Wiederauffüllung des Vermögens als Ersatz des Äquivalenzinteresses gewertet werden könnte.<sup>11</sup> Wendet man sich der Theorie des letztmöglichen Erfüllungszeitpunkts zu, so werden Schäden, die vor dem letztmöglichen Erfüllungszeitpunkt entstanden, als Schadensersatz neben der Leistung ersetzt und alle darauffolgenden Schäden als Schadensersatz statt der Leistung.<sup>12</sup> Vorliegend hat O weder ein konkretes Schadensersatzverlangen geltend gemacht, sodass sein Primäranspruch auf Leistung noch nicht gemäß § 281 IV BGB erloschen war, noch kann sich T auf Unmöglichkeit gemäß § 275 BGB berufen. Somit kann T noch erfüllen, sodass ein sofortig getätigter Deckungskauf nach der Theorie des letztmöglichen Erfüllungszeitpunkts zu einem Ersatz der Mehrkosten als Schadensersatz neben der Leistung führen würde. Das stellt jedoch insofern ein Problem dar, als dass O sowohl weiterhin Ersatzlieferung als auch Kostenersatz für den Deckungskauf verlangen könnte.<sup>13</sup> Um eine solche Überkompensation zu vermeiden, müssen die Kosten für einen Deckungskauf in Fällen wie dem vorliegenden also trotz dogmatischer Zweifel als Schadensersatz statt der Leistung geltend gemacht werden.<sup>14</sup> Richtige Anspruchsgrundlage für einen etwaigen Schadensersatzanspruch des O gegen T wäre also §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 3 BGB i.V.m. §§ 433 I 2, 1922 I BGB.<sup>15</sup>

**II. Anspruch entstanden**

Ein solcher Anspruch könnte entstehen, wenn T schuldhaft eine mangelhafte Sache auf einen wirksamen Kaufvertrag mit O lieferte und dieser erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung setzte.

<sup>10</sup> Für einen Überblick über diese Frage siehe z.B. *Lorenz*, Grundwissen – Zivilrecht: Schadensarten bei der Pflichtverletzung (§ 280 II, III BGB), JuS 2008, 203 (203 ff.); *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 19. Auflage (2021), § 24 Rn. 24 ff.

<sup>11</sup> Zum schadensphänomenologischen Ansatz siehe *Grigoleit/Bender*, Der Diskurs über die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht – Teleologische Dogmatisierung auf dem Prüfstand, ZIPW 2019, 1 (29); BeckOGK BGB/*Riehm*, 1.7.2022, § 280 Rn. 219 ff.

<sup>12</sup> Zur sog. »Zauberformel« MüKoBGB/*Ernst*, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 9. Auflage (2022), § 280 Rn. 75 ff.; *Lorenz* (Fn. 10), JuS 2008, 203 (205).

<sup>13</sup> So beschreibt *Looschelders* (Fn. 10), § 24 Rn. 22, ein Schadensersatzanspruch neben der Leistung trete »neben« den Primäranspruch, sodass eine Wertungskorrektur dahingehend zu erfolgen habe, dass die Kosten für einen Deckungskauf als Schadensersatz statt der Leistung geltend gemacht werden müssen, um eine doppelte Befriedigung desselben Interesses zu vermeiden.

<sup>14</sup> In selbiger Weise schlussendlich auch BGHZ 197, 357.

<sup>15</sup> Bei einer frühzeitigen Lieferung grundsätzlich denkbar wäre auch die Verletzung einer verkäuferseitigen Nebenpflicht gemäß § 241 II BGB, die wiederum einen Schadensersatzanspruch des Käufers aus § 280 I BGB i.V.m. § 241 II BGB begründen könnte. Nichtsdestotrotz könnte ein solcher Anspruch aus oben genannten Gründen nicht den aus einem etwaigen Deckungskauf entstandenen Mehraufwand ersetzen, sondern zielte vielmehr auf Ersatz von sonstigen Aufwendungen, etwa für eine verfrühte Rückreise.

<sup>9</sup> Statt vieler *Jauernig/Stadler*, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Auflage (2021), § 275 Rn. 24 ff.

### 1. Kaufvertrag, § 433 BGB

Für den Umstand, dass zwischen T und O ein wirksamer Kaufvertrag besteht, nachdem T in alle Rechte und Pflichten des H eintrat, sei nach oben verwiesen.

### 2. Sachmangel bei Gefahrübergang, § 434 I BGB

Weiterhin war das Dämmmaterial nach dem Obigen auch gemäß § 434 I BGB im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelhaft.

### 3. Vertretenmüssen, § 280 I 2 BGB

Zudem müsste H den Sachmangel als Pflichtverletzung zu vertreten haben, wofür gemäß § 276 I BGB sowohl Vorsatz als auch Fahrlässigkeit in Betracht kommen. Ursächlich für den Schimmel im Dämmmaterial war wohl dessen verfrühte Auslieferung am 28.3.2022, die jedenfalls nicht O zu verschulden hatte, nachdem er seine Abwesenheit klar kommunizierte. Vielmehr hätte H dafür Sorge tragen müssen, dass die vereinbarten Lieferzeiten innerhalb seines Baustoffhandels eingehalten werden, was er unter Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und damit fahrlässig versäumte, § 276 II BGB. Außerdem trifft T ein direktes Verschulden, nachdem sie gemeinsam mit N unvorsichtigerweise und mindestens fahrlässig eine vor-schnelle Lieferung an O trotz Regenwahrscheinlichkeit veranlasste. Somit lässt sich die Beweislastumkehr in § 280 I 2 BGB nicht widerlegen, sodass H – und damit die in dessen Gesamtrechtsnachfolge stehende T – die Pflichtverletzung zu vertreten hat.

### 4. Erfolglose Setzung einer angemessenen Frist, § 281 I 1 BGB

Im Hinblick auf die nach § 281 I 1 BGB erforderliche Fristsetzung hat O schon dadurch eine angemessene Frist in Gang gesetzt, dass er gegenüber H verdeutlichte, er wünsche eine »umgehende« Lieferung respektive Nacherfüllung, womit er sein dringendes Leistungsverlangen bekundete.<sup>16</sup> Diese Fristsetzung war jedoch möglicherweise sogar gemäß § 281 II BGB entbehrlich, wenn H oder T die Nacherfüllung endgültig verweigerten. Zwar sagte H ursprünglich, er wolle mit O ob seiner Unterstellungen nichts mehr zu tun haben, doch ist nicht jede initiale Abwehrreaktion als endgültige Leistungsverweigerung gemäß § 281 II Alt. 1 BGB zu werten.<sup>17</sup> Dieses Ergebnis ändert sich auch nicht bei Berücksichtigung des im Fall eines Verbrauchsgüterkaufs einschlägigen § 475d I Nr. 4 BGB, sodass O richtiger- und notwendigerweise die erforderliche Frist gemäß § 281 I 1 BGB setzte.

### 5. Keine Unerheblichkeit der Pflichtverletzung, § 281 I 3 BGB

Außerdem ist der vorliegende Sachmangel aufgrund des Verwendungsausschlusses auch nicht unerheblich gemäß § 281 I 3 BGB.<sup>18</sup>

### 6. Ersatzfähiger Schaden, §§ 249 ff. BGB

Als ersatzfähigen Schaden könnte O schließlich verlangen, so gestellt zu werden, als sei die Pflichtverletzung nicht erfolgt, was aus dem Grundsatz der Naturalrestitution des § 249 I BGB folgt. Mithin könnte O die Mehrkosten aus einem etwaigen Deckungskauf nach Fristablauf verlangen, die zu diesem Zeitpunkt jedoch noch nicht näher beziffert werden können.

### III. Anspruch nicht untergegangen und durchsetzbar

Es sind weder Hindernisse für die Durchsetzbarkeit noch Gründe für den Untergang dieses entstandenen Anspruchs ersichtlich.

### IV. Ergebnis

O könnte von T nach Fristablauf also Schadensersatz in Höhe der Mehraufwendungen für den Deckungskauf verlangen, §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 3 BGB i.V.m. §§ 433 I 2, 1922 I BGB. Eine Rückgabe des defekten Dämmmaterials erfolgte so nach § 281 V BGB.

### C. Gesamtergebnis

O kann von T schlussendlich erstens Ersatzlieferung schimmelfreien Dämmmaterials gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 I Alt. 2 BGB i.V.m. §§ 433 I 2, 1922 I BGB und ansonsten Schadensersatz statt der ganzen Leistung gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 3 BGB i.V.m. §§ 433 I 2, 1922 I BGB verlangen.

Ansprüche gegen N scheiden aus, nachdem dieser nicht gemäß § 1922 I BGB in den Vertrag mit O eingetreten ist.

<sup>16</sup> BGH NJW 2009, 3153 (3154) (st.Rspr.) rezipiert u.a. von *Looschelders* (Fn. 10), § 27 Rn. 10 ff.

<sup>17</sup> BGH NJW 1986, 661 (661 f.); BGH NJW 2006, 1195 (1197).

<sup>18</sup> Zum Merkmal der »Unerheblichkeit« siehe BeckOK BGB/Lorenz, 1.5.2022, § 281 Rn. 74 ff.