

Topic: § 323 BGB und § 326 BGB vor Gefahrübergang

created by Lukas Gollwitzer on Friday 21. July 2023, 12:57

Sehr geehrter Herr Professor Riehm,

ich melde mich bzgl. einer Frage zu ein paar "dogmatischen Feinheiten" zu den §§ 323, 326 BGB vor Gefahrübergang. Gesetzt wir haben folgenden Fall: V und K schließen einen Kaufvertrag über einen Gebrauchtwagen, K soll diesen beim K abholen (§ 269 I BGB). Als K bei V ist, fährt V den Wagen aus der Garage und landet aber aufgrund von nicht funktionierenden Bremsen im Graben. Es stellt sich heraus, dass die Bremsen schon davor kaputt waren. Der Wagen ist ein irreparabler Totalschaden.

Es stellt sich nun die Frage, ob V von K den gezahlten Kaufpreis verlangen kann. Die Frage ist (natürlich) nicht, ob K nun den Kaufpreis zahlen muss, sondern vielmehr ob der Anspruch des V nach **§§ 346 I, 323 V BGB** oder direkt ipso iure nach **§ 326 I 1 BGB** erloschen ist.

Meine Überlegungen: Die §§ 434 ff. BGB sind unabhängig davon, welcher Ansicht man nun folgt, mangels Gefahrübergang bzw. Annahme einer Leistung als Erfüllung noch nicht einschlägig.

Ich wäre jetzt erst einmal über **§ 326 I 1 BGB** eingestiegen und hätte gefragt, ob der V nach § 275 I BGB nicht mehr zu leisten braucht. Mangels §§ 434 ff. BGB kommt nur die ursprüngliche Pflicht des V aus § 433 I 2 BGB in Betracht. Im Falle eines irreparablen Totalschadens ist eine Lieferung frei von Sachmängeln (§ 433 I 2 BGB) unmöglich.

Die Frage wäre dann, ob § 326 I 2 BGB den S. 1 sperrt. Sowohl die "**nicht vertragsgemäße Leistung**" als auch die "**Unmöglichkeit der Nacherfüllung**" setzen aus meiner Sicht rein wortlauttechnisch sowie nach der kaufrechtlichen Dogmatik voraus, dass überhaupt einmal "irgendeine Leistung" als Erfüllung angenommen wurde (bzw. ein Gefahrübergang stattfand), sodass dann §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB an die Stelle des Primäranspruchs des K tritt. Nach dieser Logik gäbe es also eigentlich keine Fälle, in denen § 326 I 2 BGB anwendbar ist, obwohl die §§ 434 ff. BGB noch nicht anwendbar sind.

Nun könnte man sicherlich argumentieren, dass § 326 I 2 BGB auch dann Anwendungen finden muss, wenn jedenfalls noch eine "nicht vertragsgemäße Leistung als Erfüllung" angenommen werden könnte. Nur spricht § 326 I 2 BGB eigentlich nicht von Hypothesen, sondern von tatsächlich gegebenen Unmöglichkeitstatbeständen. Die Besonderheit an § 439 I BGB ist aber ja gerade, dass dieser erst entsteht, wenn sich der Käufer für eine Wahl der Nacherfüllung entscheidet. Rein sachlogisch kann es also keinen unmöglichen Nacherfüllungsanspruch geben, wenn dieser zum fraglichen Zeitpunkt noch nicht einmal bestand.

Auf der anderen Seite wäre dieses Ergebnis ziemlich schief: Wenn man § 326 I 1 BGB streng am Wortlaut festmachen würde, so hätte § 326 I 2 BGB nur noch Anwendung, wenn zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs die Nacherfüllung noch möglich war, dann aber (aus welchen

Gründen auch immer) unmöglich wurde. K hätte also hier noch nicht einmal die Sache als Erfüllung annehmen können, um dann beispielsweise den Kaufpreis nach §§ 437 Nr. 2, 441 I 1 BGB zu mindern, weil nach § 326 I 1 BGB davor der Anspruch auf Kaufpreiszahlung des V erloschen wäre.

Dennoch störe ich mich hier schon am recht eindeutigen Wortlaut des § 326 I 2 BGB...

Wie würden Sie dieses dogmatische Problem lösen? Sind diese Fälle von "bereits zum potentiellen Zeitpunkt des Gefahrübergangs angelegter Unmöglichkeit der Nacherfüllung" dann immer über §§ 346 I, 326 V, 323 BGB zu lösen?

Vielen Dank für Ihre Antwort!

Beste Grüße

Lukas Gollwitzer

created by Prof. Dr. Thomas Riehm on Friday 21. July 2023, 13:31

Lieber Herr Gollwitzer,
vielen Dank für Ihre wiederum sehr tiefeschürfende Frage. Zunächst von den Ergebnissen her betrachtet:

- Völlig zurecht gehen Sie davon aus, dass in Ihrem Beispielsfall mangels Gefahrübergang bzw. Annahme als Erfüllung das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht keine Anwendung findet, sondern "nur" das allgemeine Leistungsstörungenrecht; es handelt sich um eine vollständige Nichtleistung infolge Unmöglichkeit, sodass der Kaufpreis gem. § 326 I 1 BGB nicht geschuldet ist.
- § 326 I 2 BGB findet im Fall keine Anwendung, weil (noch) keine "nicht vertragsgemäße Leistung" vorliegt. Dieses würde voraussetzen, dass das Auto(wrack) dem Käufer übergeben und übereignet wird und "nur" die Qualität nicht stimmt. Hierzu ist es in Ihrem Fall aber nicht gekommen, und jeder vernünftige Käufer würde es dazu auch nicht kommen lassen, weil er schlicht die Annahme verweigern würde, was er darf, ohne in Annahmeverzug zu kommen (§ 293 BGB verlangt das Angebot der Leistung "wie geschuldet", was nicht der Fall wäre)
- Wenn es allerdings - in einer anderen Sachverhaltshypothese - zu einer Annahme der Kaufsache als Erfüllung (und damit auch zu Übergabe und Übereignung) kommt, erfasst § 326 I 2 BGB auch die anfänglich unbehebbar Sachmängel. Ihr auf den Wortlaut gegründeter Zweifel übersieht m.E., dass § 326 I 2 BGB nur fragt, ob der Schuldner "die Nacherfüllung nach § 275 I-III nicht zu erbringen braucht". Das setzt - jedenfalls wenn

man es anhand des vom Gesetzgeber verfolgten Zwecks auslegt - nicht voraus, dass es einmal einen Nacherfüllungsanspruch gab, der geltend gemacht wurde, und dessen Erfüllung dann erst nachträglich unmöglich wurde. Die Norm soll vielmehr auch den zeitlich umgekehrten Fall erfassen, dass ein später hypothetisch geltend gemachter Nacherfüllungsanspruch (auf Reparatur des Wracks) *dann* gem. § 275 I-III BGB ausgeschlossen wäre. Auch dann wäre ja die (dann verlangte) Nacherfüllung nach § 275 I-III BGB ausgeschlossen. Das ist wahrscheinlich nicht die erste Interpretation des Wortlauts, die einem bei der Lektüre in den Sinn kommt. Der Normzweck von § 326 I 2 BGB besteht aber darin, dem Käufer das *ius variandi* zwischen Minderung und Rücktritt zu erhalten, und dieser Normzweck beansprucht auch bei unbehebaren Sachmängeln, die schon bei Gefahrübergang unbehebbar waren, Geltung. Unter Berücksichtigung dieses Zwecks scheint mir das skizzierte Verständnis des Wortlauts von § 326 I 2 BGB sowohl möglich als auch zutreffend zu sein.

Überzeugt Sie das?

Beste Grüße
Prof. Dr. Thomas Riehm

Kein Titel

created by Lukas Gollwitzer on Friday 21. July 2023, 14:42

Lieber Herr Professor Riehm,

vielen Dank für die schnelle Antwort. Ihre Ausführungen erscheinen mir absolut zutreffend. Mein Beispielsfall basiert tatsächlich auf einem Übungsfall, den ich online gefunden hatte. Auch ich hatte in meiner Klausurlösung die Anwendbarkeit des § 326 I 2 BGB verneint eben genau mit dem Argument, dass keine "nicht vertragsgemäße Leistung" vorliegt, wenn überhaupt keine Leistung als Erfüllung angenommen wurde und mithin nach der kaufrechtlichen Dogmatik der Primäranspruch erlischt und an dessen Stelle §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB tritt. Die Lösungsskizze sah das indes in aus (für mich kaum überzeugenden) Erwägungen anders. entfallen, weil §

Im Ergebnis kann also richtigerweise **§ 326 I 2 BGB nur auf Fälle Anwendung finden, in denen bereits mit Gefahrübergang bzw. Annahme als Erfüllung das kaufvertragliche (oder werkvertragliche) Gewährleistungsrecht Anwendung findet**, denn nur dann gibt es überhaupt eine "nicht vertragsgemäße Leistung".

Ihre Ausführungen zum Wortlaut des § 326 I 2 BGB sind für mich in teleologischer Auslegung verständlich. Aus der Sicht des Käufers ist das für mich auch dogmatisch ohne weiteres logisch, denn selbstverständlich kann der Käufer eine irreparabel mangelhafte Sache als Erfüllung annehmen und dann den Kaufpreis mindern oder vom Vertrag gem. §§ 326 V, 323 BGB (mit der Schwelle des § 323 V 2 BGB) zurücktreten, sofern er jedenfalls zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses keine Kenntnis von der Mangelhaftigkeit (bzw. eigentlich richtiger: Kenntnis von der Anforderungsabweichung) hatte (§ 442 I 1 BGB).

Aus Sicht der Prüfung des Kaufpreisanspruchs des Verkäufers verbleibt bei mir aber dennoch ein **Zweifel**:

Jede Übergabe (und Übereignung) setzt voraus, dass es einmal eine Zeit "davor" gab, d.h. eine Zeit, in der die Sache eben noch nicht übergeben war. Wenn nun keine Übergabe vorliegt, wäre der Kaufpreisanspruch des Verkäufers für diesen Zeitraum vor Gefahrübergang ipso iure untergegangen. Wenn nun aber der Käufer die Sache doch noch annähme, müsste der Anspruch - obwohl infolge "echter" Unmöglichkeit gem. § 326 I 1 BGB ausgeschlossen - wieder "aufleben". Gerade dann war aber der Anspruch offensichtlich nicht infolge von Unmöglichkeit untergegangen...

Nun könnte man natürlich sagen, dass in der ex-post-Perspektive des Gerichts (oder in der Klausur) immer feststeht, ob nun Gefahrübergang bzw. eine Annahme als Erfüllung stattfand oder nicht, und sich die Frage insoweit nicht stellt. Das wäre zwar ein praktisches, wohl aber kein materiell-rechtliches Argument, denn "eigentlich" bestimmt sich der Pflichtengehalt nicht durch passende Betrachtung ex post, sondern entsteht schon materiell-rechtlich.

Angenommen die Klausur ist zweigeteilt und fragt zunächst nach obigem Sachverhalt ob der V den Anspruch auf Kaufpreiszahlung hat. Dann würde man nach dieser Ansicht auf § 326 I 1 BGB abstellen und zum Ergebnis kommen, dass dieser nicht besteht.

In einem zweiten Teil der Klausur könnte K dann aber auf die Idee kommen, dass er die Sache dennoch gerne haben würde. Was passiert dann aber mit dem Kaufpreisanspruch des V? Ein Aufleben gem. oder analog § 326 I 2 BGB wäre eigentlich dem Konstrukt echter Unmöglichkeit fremd (s.o.). Einzige Idee, die ich noch hätte, wäre anzunehmen, dass die beiden schlicht einen neuen Kaufvertrag "über die objektiv mangelhafte Sache" (d.h. wohl mit negativen Beschaffenheitsvereinbarungen) schließen. Eine Unmöglichkeit der vertragsgemäßen Leistung stellt sich dann nicht mehr, weil § 433 I 2 BGB von vornherein den "passenden" Pflichtengehalt hat. Dies ist in meinen Augen nur ganz schön "zusammenkonstruiert" und entspricht eigentlich nicht dem Interesse der Parteien an "einer rechtlichen Angelegenheit". Es wirkt künstlich, hier zwei Verträge anzunehmen. Außerdem stellen sich dann Folgeproblematiken, etwa wenn der zweite Vertrag unwirksam wäre, etc. Auch sei anzumerken, dass spätestens im Verbraucherrecht den Beschaffenheitsvereinbarungen ziemlich krasse Grenzen gesetzt wären, die einige Folgeprobleme verursachen könnten...

Wie sehen Sie das?

Beste Grüße

Lukas Gollwitzer

created by Prof. Dr. Thomas Riehm on Friday 21. July 2023, 16:05

Lieber Herr Gollwitzer,

erneut vielen Dank für die Frage, und wiederum haben Sie völlig recht. Der Unterschied zwischen den beiden von Ihnen verglichenen Fällen liegt in der Bewertungsfrage, ob die Beschädigung der Sache vor Gefahrübergang zur vollständigen Unmöglichkeit führt oder nicht. In Ihrem Beispiel aus der ersten Frage sprachen Sie vom "Totalschaden", bei dem man gemeinhin davon ausgeht, dass das Restwrack eine gänzlich andere Sache ist (zu lesen als: Daran kann kein Käufer eines Autos mehr ein Interesse haben), sodass vollständige Unmöglichkeit mit der Folge des § 326 I 1 BGB eingetreten ist - sich aber die weitere Frage eines "Wiederauflebens" des Anspruchs durch Übergabe und Übereignung nicht mehr stellen kann.

Anders liegt es, wenn die Sache "nur" unbehebbar mangelhaft ist, ist für § 326 I 1 BGB kein Raum, weil die Leistung des Verkäufers "an sich" (Übergabe und Übereignung) noch möglich ist. Die Situation ist hier aber tatsächlich ein wenig "zwischen" den Normen: Solange noch nicht übergeben und übereignet ist, ist auch für § 326 I 2 BGB (der aber ohnehin keine konstitutive Bedeutung hat, sondern nur § 326 I 1 BGB ausschließt) kein Raum. Letztlich kann der Käufer die (mangelfreie) Leistung verlangen - was aber teilweise (hinsichtlich der Qualität) nicht geht (qualitative Unmöglichkeit, § 275 I BGB). Möglich ist aber immehin Übergabe und Übereignung, die der Käufer also auch verlangen kann, wenn er das will. Wenn er das macht, stehen ihm die kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte ab Übergabe zu, insbesondere Minderung und Rücktritt gem. §§ 437 Nr. 2, 323, 326 V, 441 BGB; einer Fristsetzung bedarf es wegen der Unbehebbarkeit des Mangels nicht (§ 326 V 2 BGB).

Bietet der Verkäufer die (unbehebbar mangelhafte) Ware zwar an, nimmt der Käufer sie aber wegen des Mangels nicht an, handelt es sich um eine vollständige Nichtleistung, wir sind also im allgemeinen Leistungsstörungsrecht. Dennoch erscheint mir § 323 BGB allein hierfür nicht die angemessene Lösung zu bieten, denn warum sollte der Käufer hier eine Frist zur mangelfreien Leistung setzen, wenn doch klar ist, dass der Verkäufer nicht mangelfrei wird leisten können und der Käufer die mangelhafte Leistung nicht will?! Gleichwohl findet man diese Auffassung in der Lit. (zumindest für das Parallelproblem bei der Teilleistung, s. [BeckOGK BGB/Herresthal, 1.4.2022, § 326 Rn. 354](#)). In der Sache sollte es mE ein Rücktrittsrecht des Käufers ohne Fristsetzung geben.

Lösbar ist das entweder über § 326 V BGB oder über § 323 I BGB, wobei man die Frist nach § 242 BGB für entbehrlich hält (weil § 323 II Nr. 3 mangels "erbrachter" Leistung nicht unmittelbar anwendbar ist). Beides ist nicht 100%ig sauber: § 326 V BGB passt zwar teleologisch und systematisch - das Rücktrittsrecht nach Hs. 1 hat aber dummerweise die identischen tatbestandlichen Voraussetzungen wie § 326 I 1 BGB, den wir aber aus den von Ihnen genannten Gründen nicht anwenden wollen, damit der Käufer wählen kann, ob er die beschädigte Sache will oder nicht will. Es ist daher zu begründen, warum § 326 I 1 BGB keine Anwendung finden soll, § 326 V aber schon. Begründbar ist das mE mit dem Rechtsgedanken des § 326 I 2 BGB, auch wenn die Vorschrift nicht unmittelbar anwendbar ist. Der Rechtsgedanke steuert aber genau das, was wir hier suchen: Kein automatischer Wegfall der Gegenleistungspflicht, sondern Wahlrecht des Käufers hinsichtlich des Umgangs mit dem Mangel. Die Alternative Lösung über §§ 323 I 1, 242 BGB scheint mir aber ebenso gangbar: Es liegt eine Nichtleistung trotz Möglichkeit vor, und das Verlangen einer Fristsetzung bei offensichtlich nicht erfüllbarer Leistungspflicht wäre sinnlose Förmerei, sodass die Fristsetzung gem. § 242 BGB entbehrlich ist; das ist keine Rechtsfortbildung contra legem, weil der Gesetzgeber bei Schaffung des § 323 II Nr. 3 BGB ausdrücklich festgehalten hatte, dass für die

reine Nichtleistung (die hier vorliegt) § 242 für die Entbehrlichkeit der Fristsetzung angewendet werden sollte.

Wichtig ist, dass es in beiden Fällen nicht auf die Schwelle des § 323 V 2 BGB ankommt, weil diese Norm ebenfalls voraussetzt, dass eine Schlechtleistung bereits erfolgt ist, was in Ihrer Hypothese nicht der Fall ist.

Beste Grüße

Prof. Dr. Thomas Riehm

created by Lukas Gollwitzer on Friday 21. July 2023, 17:37

Lieber Herr Professor Riehm,

vielen lieben Dank (erneut) für die Beantwortung der Frage. Ich kann Ihre Ausführungen zur Abgrenzung zwischen einer vollständigen Unmöglichkeit und "nur" qualitativen Unmöglichkeit nachvollziehen - ich staune, wieviel "Musik" in dem Wörtchen "soweit" in § 275 I BGB stecken kann :D

Vielen lieben Dank für Ihre Mühe!

Beste Grüße und einen schönen Abend!

Lukas Gollwitzer
