

# Rechtsdurchsetzung

Rechtsverwirklichung durch  
materielles Recht und Verfahrensrecht

Festschrift für  
Hans-Jürgen Ahrens  
zum 70. Geburtstag

Sonderdruck

Carl Heymanns Verlag

# Die Uhlenköpersage – zu Problemen der Rechtsgeschäftslehre und der prozessualen Durchsetzung des kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruchs

VOLKER MICHAEL JÄNICH

## I. EINLEITUNG

Der Jubilar wurde in Bad Bevensen geboren. Die Einwohner der angrenzenden Kreisstadt Uelzen werden in der Region gerne als »Uhlenköper«, also »Eulenkäufer« bezeichnet. Hintergrund ist eine Sage: Nach dieser war es einem findigen Bauernburschen aus Teendorf (heute zu Bad Bevensen gehörend) gelungen, einem Uelzener Kaufmann Eulen als Birkhähne zu verkaufen. Das anschließende Rechtsschutzbegehren des Kaufmanns sei gescheitert.

Diese rechtliche Beurteilung erscheint überdenkenswert und gibt Anlass, die Sage juristisch zu begutachten. Die Beurteilung nach zeitgenössischem Recht bereitet Schwierigkeiten, da der Entstehungszeitpunkt der Sage nicht bestimmt werden kann. Belastbaren Erkenntnisgewinn verspricht eine Lösung nach geltendem Recht (nachfolgend unter II). Daneben gibt der Fall Anlass, über die prozessuale Umsetzung des kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruches nachzudenken (unter III).

Der Begutachtung zugrunde gelegt werden soll die Uhlenköper-Sage in einer hochdeutschen Version von Wilhelm Keetz und Erich Woehlken:<sup>1</sup>

»Vor gut hundert Jahren lebte in Teendorf bei Uelzen ein Kerl, der hieß Peter Wulf. Das war so ein richtiger Eulenspiegel, und viele lustige Stücke werden noch bis auf den heutigen Tag von ihm erzählt. Er soll auch daran schuld sein, dass die Uelzener noch heute den Spottnamen »*Uhlenköpers*« haben, und wie das zugegangen ist, will ich hier einmal erzählen, so, wie ich das von alten Leuten gehört habe.

Unser Peter kam einmal eines Sonntagmorgens, so eben vor der Kirchzeit nach Uelzen. Über der Schulter hatte er einen großen Sack hängen, da war augenscheinlich etwas Lebendiges drin, denn es krabbelte und kroch darin toll herum.

1 Ich danke Herrn Dieter Boe für die Zurverfügungstellung des Textes und weiteren Informationen zur Sage.

Mit diesem Sack ging Peter zum Kaufmann Böning, stellte sich recht breitbeinig vor den Tresen und forderte ein Pfund Tabak. »Mensch, Peter Wulf«, sagte der Kaufmann, der ein bisschen neugierig war, »Was hast du denn da in deinem Beutel?« »Drei junge Barftgahns (Barfußgeher)« antwortete ihm Peter, dabei sprach er das Wort ein wenig undeutlich aus, dass einer auch ganz gut »Barkhahns« (Birkhähne) verstehen konnte, »die will ich in der Stadt verkaufen. Wissen Sie wohl einen Käufer dafür? Ich dachte sonst mal zum Bürgermeister zu gehen.«

»Was junge Barkhahns?« fragte der Kaufmann, der gern etwas Gutes und Seltenes vor seinem Schnabel hatte, »sind sie dann auch gut bei Schick, und was sollen sie kosten?«

»Gut bei Schick sind sie«, meinte Peter und lächelte, »wenn Sie sie haben wollen, Herr Böning, dann will ich sie Ihnen für acht Groschen das Stück lassen, weil Sie es sind.« – »Der Handel gilt«, sagte der Kaufmann, der nicht viel Zeit hatte und sich schon auf den schönen Sonntagsbraten freute, »hier hast du dein Geld, den Beutel kannst du dir nachher wieder abholen.« – »Na, dann ist es gut, und mit dem Beutel hat es keine Eile.« Damit nahm Peter sein Pfund Tabak untern Arm und ging seines Weges.

Als die Kirchgänger sich bei kleinem verlaufen hatten und im Laden nichts mehr los war, schloss Kaufmann Böning seine Tür zu und brachte den Sack zu seiner Frau in die Küche. »Liebe Frau«, sagte er so richtig vergnügt, »hier bringe ich dir einen feinen Sonntagsbraten, drei junge, schöne Birkhähne, die ich soeben von einem Bauern billig erstanden habe. Nicht wahr, die sollen uns schmecken!« Dabei griff er in den Sack und wollte seine Birkhähne vorzeigen.

Aber rasch zog er seine Hand wieder zurück, denn eins von den Biestern hatte ihn ganz infam in den Finger gebissen. »Verdammt«, fluchte er und wischte sich das Blut ab, »sind die Dinger aber bissig! Marie, hol du die Tiere mal raus!« – »Ich werde mich hüten und mich beißen lassen«, sagte die Frau, »fass doch lieber den Beutel an den Ecken an und schüttele die Vögel heraus.«

Das tat unser Kaufmann auch, und was meint ihr wohl, was kam da raus? Drei junge gefangene Eulen von der größten Sorte! Die eine flog gleich der Frau an den Kopf, die andere wollte quer durchs Fenster, die dritte aber flüchtete aufs Tellerbord und riss bei dieser Gelegenheit gleich so ein halbes Dutzend Teller runter, und alle drei machten so furchtbar glühende Augen wie: »Junge, Junge, fass uns nicht an!«

Das war nun ein großer Aufstand in der Küche, und Herr und Frau, Lehrling, Ladendiener und Dienstmädchen waren zuletzt froh, als sie die drei rauhen Gäste glücklich aus der Küchentür hinausgejagt hatten. Dabei waren aber Madame Böning ihre schönen Töpfe und Teller beinahe alle zu Bruch gegangen, und dem Ladendiener hatte die eine Eule mit den Flügeln so in die Augen gehauen, dass er noch vier Wochen später grün und gelb aussah. Der Kaufmann fluchte auf den Spitzbuben und Betrüger, der ihm mal wieder ins Haus kommen sollte, und Madame Böning war mächtig falsch über die teuren Teller und Töpfe. »Nein, Heinrich«, schimpfte sie, »das verstehe ich nicht, du willst nun Kaufmann sein und lässt dir Eulen für Birkhähne aufhängen!«

Peter Wulf, der gerade nicht viel Gutes vermutete, war inzwischen über alle Berge und ließ vorerst Beutel Beutel sein.

Der Kaufmann aber lief zum Gericht und zeigte ihn wegen Betruges beim Amtmann in Oldenstadt an. Der lachte erst so richtig von Herzen und riet dem Kaufmann, er sollte man ja still schweigen und keinen Lärm machen, sonst hätte er noch den Spott obendrein. Der wollte aber sein Recht haben, und so musste der Amtmann wohl oder übel einen Termin ansetzen.

Peter Wulf wurde nun auch bei 10 Taler Strafe vorgefordert und sollte sich verantworten. »Wulf«, fragte ihn der alte Amtmann so richtig ernsthaft und hielt ihm seine Schandtat vor, »was hast du da nun wieder für einen dummen Streich gemacht! Verkaufst dem Kaufmann Böning für teures Geld junge Eulen als Birkhähne!«

»Was?« rief Peter Wulf »Birkhähne? Nein Herr Amtmann, davon ist nichts wahr! Daran bin ich unschuldig wie ein neugeborenes Kind. »Barftgahns« habe ich so zum Spaß gesagt, und nun sagen Sie mal selbst, seit welcher Zeit tragen die Eulen Schuhe und Strümpfe? Eulen gehen doch noch immer barfuß, und als Barfußgeher habe ich sie auch angeboten und verkauft. Wenn der Kaufmann nicht besser zuhört, dafür kann ich nichts. Ich meinte nichts anderes, als dass er sie wohl in ein Vogelbauer setzen wollte, um ihnen das Singen zu lehren. Stadtleute haben ja weitläufige Streiche im Kopf!«

Nun, was sollte der Amtmann dabei machen? Die Eulen waren einmal weg; und auch Peter Wulf hatte das Geld längst in Bier und Branntwein angelegt, sonst hätten sie den Handel rückgängig machen können. Der Kaufmann brauchte für den Spott nicht zu sorgen. Wo er sich sehen ließ, neckten sie ihn mit den Eulen. Es dauerte nicht lange, dann war die Geschichte im ganzen Hannoverland bekannt, und »Uhlenkörper« heißen die Uelzener bis auf den heutigen Tag.«

## II. FALLLÖSUNG

### 1. *Erfüllungsanspruch des Böning gegen Peter aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB*

Der Kaufmann Böning (B) könnte gegen Peter Wulf (P) einen Anspruch auf Lieferung und Leistung von drei Birkhähnen<sup>2</sup> (Barkhahns) aus § 433 Abs. 1 BGB haben.

a. Das Entstehen des Anspruches setzt den Abschluss eines wirksamen Kaufvertrages voraus. Hierfür sind zwei korrespondierende Willenserklärungen, Angebot (oder: Antrag) und Annahme, erforderlich. Gegenstand und Inhalt müssen so bestimmt sein, dass ein bloßes »ja« genügt.<sup>3</sup>

In der Frage des B nach dem Inhalt des Sackes liegt noch kein Angebot.

2 Vgl. zur Übersetzung das Plattdeutsche Wörterbuch der Ostfriesischen Landschaft, <http://www.platt-wb.de/platt-hoch/?term=Barkhahn>.

3 Palandt/Ellenberger, BGB, 74. Aufl. 2015, § 145 Rn. 1.

Gleiches gilt für die Aussage des P, »drei junge Barftgahns« befänden sich in dem Sack. Ein Kaufpreis, ein wesentlicher Vertragsbestandteil des Kaufvertrages, wird nicht genannt. Ein Schlichtes »ja« genügt daher nicht, um einen Kaufvertrag zum Entstehen zu bringen.

Ebenso ist die Nachfrage des K »Was, junge Barkhahns? Sind sie denn auch tadellos, und wie steht es mit dem Preis?« kein Angebot. Auch hier fehlt es noch an den *essentialia negotii* eines Kaufvertrages.

Sodann äußert P, »die sind gut bei Schick, und wenn sie wollen, will ich sie ihnen für acht Groschen das Stück lassen, weil sie es sind«. Hierin kann ein Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrages liegen.

Grundsätzlich sind hier zwei verschiedene Deutungsmöglichkeiten gegeben. Es kann sich um ein Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrages über drei »Barftgahns« handeln, was immer das auch sein mag. Daneben kommt ein Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrages über drei Birkhähne (Barkhahns) in Betracht.

Um den Erklärungsinhalt zu bestimmen, hat eine Auslegung der Erklärung zu erfolgen. Regelungen zur Auslegung finden sich (u.a.) in § 133 BGB und § 157 BGB. Für die Auslegung einer Willenserklärung verlangt § 133 BGB, den wirklichen Willen zu erforschen. Verträge sollen gemäß § 157 BGB nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte ausgelegt werden. Heute ist allgemein anerkannt, dass die §§ 133 und 157 BGB gleichermaßen für Willenserklärungen und Verträge gelten.<sup>4</sup>

Zwei Auslegungsmethoden können unterschieden werden. Bei der natürlichen Auslegung wird der wirkliche Wille des Erklärenden festgestellt.<sup>5</sup> Diese Auslegungsmethode ist in § 133 BGB vorgezeichnet. Was aber der »wirkliche Wille« ist, bleibt zweifelhaft.<sup>6</sup> Bei der normativen Auslegung wird nicht der wirkliche Wille, sondern die objektive Bedeutung der Erklärung bestimmt.<sup>7</sup> Für empfangsbedürftige Willenserklärungen ist eine objektiv normative Auslegung nach dem Empfängerhorizont anerkannt.<sup>8</sup> Sofern der Erklärungsempfänger nicht weiß oder nicht erkennt, was der Erklärende tatsächlich gemeint hat, kommt es darauf an, wie die Erklärung nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte von dem verstanden wurde, für den sie bestimmt war.<sup>9</sup> An die Sorgfalt des Erklärungsempfängers werden normative Anforderungen gestellt. Er muss mit der gebotenen Sorgfalt nach dem Sinn der Erklärung forschen.<sup>10</sup> Führt die Auslegung zu keinem eindeutigen Ergebnis, ist die Willenserklärung wegen Unbestimmtheit nichtig.<sup>11</sup>

4 Staudinger/Singer, BGB, 14. Aufl. 2012, § 133 Rn. 3; MünchKomm BGB/Busche, 7. Aufl. 2015, § 133 Rn. 17 f.; Erman/Arnold, BGB, 14. Aufl. 2014, § 133 Rn. 6.

5 Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 38. Aufl. 2014, § 6 Rn. 130.

6 Vgl. Staudinger/Singer, § 133 Rn. 5.

7 Brox/Walker, § 6 Rn. 135.

8 BGHZ 36, 30, 33; 47, 75, 78; 103, 275, 280; Staudinger/Singer, § 133 Rn. 18; Palandt/Ellenberger, § 133 Rn. 9.

9 BGHZ 36, 30, 33; 47, 75, 78; 103, 275, 280; Staudinger/Singer, § 133 Rn. 18; Palandt/Ellenberger, § 133 Rn. 9.

10 Staudinger/Singer, § 133 Rn. 18.

11 Staudinger/Singer, § 133 Rn. 23.

Der wahre Wille des P war darauf gerichtet, den Sackinhalt, also die Eulen, an den B zu veräußern. B hat die Erklärung aber so verstanden, als wolle P drei Birkhähne (Barkhahns) verkaufen. Die Erklärung des P zum Sackinhalt war mehrdeutig. B als Erklärungsempfänger war mithin verpflichtet, sorgfältig nach dem Erklärungsinhalt zu forschen. Dies hat er auch getan: Er hat ausdrücklich nachgefragt, ob es sich um junge »Barkhahns« handele. Dem hat P nicht widersprochen, sondern nur zum Zustand (»gut bei Schick«) Stellung genommen. Daher durfte B das Angebot des P so verstehen, dass Gegenstand des Kaufvertrages drei »Barkhahns« zum Preis von acht Groschen pro Stück sein sollten.

Sofern der Erklärungsempfänger weiß, was der Erklärende meint, ist für eine normative Auslegung kein Raum: *falsa demonstratio non nocet*.<sup>12</sup> Dieser Grundsatz hilft dem P nicht. Kaufmann B erkannte den wahren Willen des P nicht.

Der innere Erklärungstatbestand der Willenserklärung über den Verkauf von Barkhahns fehlt bei P. Er wollte keine Birkhähne (Barkhahns), sondern den Sackinhalt, also die Eulen, an den B verkaufen. Dieser innere Vorbehalt könnte die Erklärungswirkungen beseitigen. Nach *Flume* erfasst § 116 S. 1 BGB den Fall, dass jemand bewusst eine mehrdeutige Erklärung abgibt und der Erklärungsempfänger diese in dem einen Sinne versteht, während sich der Erklärende insgeheim vorbehalten hat, die Erklärung nur in dem anderen Sinne gelten zu lassen.<sup>13</sup> Hiernach ist P an seine Erklärung gebunden. *Coing* differenziert nach dem objektiven Auslegungsergebnis. Führt dieses – wie im vorliegenden Fall – zu einem eindeutigen Ergebnis, müsse sich der Erklärende an der Erklärung festhalten lassen.<sup>14</sup> Anderenfalls liege ein versteckter Dissens vor.<sup>15</sup> Hier hat die Auslegung ein eindeutiges Ergebnis ergeben. Auch nach dieser Ansicht liegt also ein wirksames Angebot des P auf den Verkauf von drei Birkhähnen zum Preis von acht Groschen pro Stück vor.

Dieses Angebot ist von B mit »der Handel gilt« angenommen worden. Mithin liegt ein Kaufvertrag über den Kauf von drei Birkhähnen vor.

b. Erwogen werden kann noch, ob P sich durch eine Anfechtung (§ 142 Abs. 1 BGB) vom Vertrag lösen kann. Für eine Anfechtung nach § 119 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB ist allerdings kein Raum. Von § 119 BGB werden unbewusste Willensmängel erfasst.<sup>16</sup> Ein solcher liegt hier nicht vor. Der P wusste genau, was er erklärte.

c. Der Anspruch auf Lieferung von drei Birkhähnen könnte durch Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB erloschen sein. Dazu müsste P die geschuldete Leistung bewirkt haben. P verpflichtete sich zur Lieferung und Übereignung von drei Birkhähnen. Tatsächlich übergab er an B drei Eulen.

12 RGZ 99, 147, 148 – Haakjöringsköd; BGHZ 20, 109, 110 f.; BGH NJW 1995, 1212, 1213; NJW 2008, 1658, 1659; Staudinger/Singer, § 133 Rn. 13.

13 Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2, 4. Aufl. 1992, § 20, Rn. 1 (S. 403).

14 Staudinger/Coing, BGB, 11. Aufl. 1957, § 116 Rn. 3; zustimmend MünchKomm BGB/Armbrüster, 7. Aufl. 2015, § 116 Rn. 5.

15 Staudinger/Coing, § 116 Rn. 3.

16 Palandt/Ellenberger, § 116 Rn. 19.

Wenn statt der geschuldeten Leistung eine andere, unvollständige oder mangelhafte Leistung erbracht wird, soll nach verbreiteter Literaturansicht keine Erfüllung eintreten.<sup>17</sup> Dies gelte uneingeschränkt auch im Kaufrecht.<sup>18</sup> Bezug genommen wird hierzu auf eine Entscheidung des OLG Stuttgart.<sup>19</sup> Dort war Erfüllung bei einer Zuwenigleistung von Aktien abgelehnt worden. Überträgt man dies auf den vorliegenden Fall, scheint der Erfüllungsanspruch des B aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB weiter zu bestehen.

Ein solches Verständnis des § 362 BGB lässt sich jedoch mit dem reformierten Schuldrecht nicht in Einklang bringen. Bei mangelhafter Kaufsache steht dem Käufer ab Gefahrübergang (§ 446 BGB) der Nacherfüllungsanspruch gemäß § 439 BGB zu. Dieser ist nicht identisch mit dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch.<sup>20</sup> Selbst wenn also der Verkäufer gegen seine Leistungspflicht zur mangelfreien Lieferung (§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB) verstößt und eine mangelhafte Sache liefert, tritt Gefahrübergang ein. An die Stelle des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs tritt der Anspruch auf Nacherfüllung. Dies spricht dafür, dass bei der Lieferung einer mangelhaften Sache mit Gefahrübergang Erfüllung eintritt.<sup>21</sup> Dieses Ergebnis korrespondiert zudem mit § 434 Abs. 3 BGB, nach dem bei Lieferung einer anderen Sache als der verkauften Sache ein Sachmangel vorliegt.

Hiervon ausgehend genügte die Übergabe des Sackes mit den drei Tieren von P an B zur Erfüllung gemäß § 362 Abs. 1 BGB. Beide Parteien waren sich darüber einig, dass damit der Kaufgegenstand übergeben wird. Eine eventuelle Täuschung des P bei der Übergabe ist ohne Belang: Der B hätte den Inhalt prüfen und die Leistung zurückweisen können. Dann wäre es beim ursprünglichen Erfüllungsanspruch aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB geblieben. So aber ist gemäß § 362 Abs. 1 BGB Erfüllung eingetreten.

Ein Anspruch auf Lieferung von drei Birkhähnen aus § 433 Abs. 1 BGB besteht daher nicht.

## 2. Nacherfüllung, §§ 433 Abs. 1, 434 Abs. 3, 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB

- a. P und B haben einen Kaufvertrag geschlossen.
- b. Bei Gefahrübergang (§ 446 BGB) müsste ein Sachmangel gemäß § 434 BGB vorgelegen haben. P schuldete die Lieferung von drei Birkhähnen. Tatsächlich hat er drei Eulen geliefert. Es kommt ein Sachmangel nach § 434 Abs. 3 BGB in Betracht. Dieser stellt die Falschlieferung dem Sachmangel gleich. P und B vereinbarten einen

17 Palandt/Grüneberg, § 362 Rn. 4; MünchKomm BGB/Fetzer, 6. Aufl. 2012, § 362 Rn. 3; Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2011, § 362 Rn. 14.

18 Staudinger/Olzen, § 362 Rn. 20.

19 OLG Stuttgart NZG 2007, 239.

20 BGH NJW 2013, 220 Rn. 24 unter Bezugnahme auf die Gesetzgebungsmaterialien (BT-DR. 14/6040, 221).

21 Ähnlich MünchKomm BGB/Fetzer, § 362 Rn. 4: (Auch) bei der Lieferung eines aliuds nach § 434 Abs. 3 BGB »setzt« sich der Erfüllungsanspruch als Nacherfüllungsanspruch aus §§ 437 Nr. 1, 439 »fort«.

Stückkauf (die Tiere im konkreten Sack). Recht lebhaft umstritten ist, ob § 434 Abs. 3 BGB auch beim Stückkauf gilt.<sup>22</sup> Vorzugswürdig ist die Ansicht, § 434 Abs. 3 BGB einschränkungslos auch beim Stückkauf anzuwenden. Dem Gedanken der Rechtssicherheit wird so Rechnung getragen.<sup>23</sup> Nach § 434 Abs. 3 BGB sind die drei Eulen damit »mangelhafte Birkhähne«.

c. Gemäß § 439 Abs. 1 BGB kann als Nacherfüllung entweder die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache vom Käufer gewählt werden. B wird sich nicht für eine Nachbesserung entscheiden. Diese ist nach § 275 Abs. 1 BGB unmöglich. Er wird stattdessen die Nachlieferung von drei Birkhähnen wählen. Zweifelhaft ist, ob auch diese Form der Nacherfüllung unmöglich ist. Daran wäre zu denken, wenn sich P und B auf einen Stückkauf geeinigt haben. Aber auch bei einem Stückkauf soll die Ersatzlieferung nicht von vornherein ausgeschlossen sein. So wurde die Möglichkeit einer Ersatzlieferung beim Kauf von Tieren in der Rechtsprechung schon mehrfach bejaht.<sup>24</sup> Dies gilt umso mehr, wenn die Tiere, wie hier, zum Verzehr gedacht sind.

Anknüpfungspunkte dafür, dass die Nachlieferung mit unverhältnismäßigen Kosten (§ 439 Abs. 3 BGB) verbunden ist, gibt die Sage nicht.

d. Die Gewährleistungsrechte könnten nach § 442 BGB ausgeschlossen sein. Nach § 442 S. 1 BGB bestehen keine Gewährleistungsansprüche bei positiver Kenntnis vom Mangel. Eine solche hatte B nicht. Gemäß § 442 S. 2 BGB schadet auch grob fahrlässige Unkenntnis. Eine allgemeine Untersuchungs- und Prüfungspflicht trifft den Erwerber nicht.<sup>25</sup> Der Käufer darf grundsätzlich darauf vertrauen, dass der Verkäufer ordnungsgemäß leistet. Daher fehlt es an einer grob fahrlässigen Unkenntnis. Im Übrigen können selbst bei grob fahrlässiger Unkenntnis Gewährleistungsrechte geltend gemacht werden, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Für Arglist genügt Vorsatz. Absicht ist nicht erforderlich.<sup>26</sup> Der P wusste, dass sich in dem Beutel Eulen befanden. Ebenso war ihm aufgrund der Nachfrage des B dessen Verständnis der Erklärung bekannt. Er kannte damit positiv alle Umstände, die zur Mangelhaftigkeit führten. Allerdings kann guter Glaube die Arglist ausschließen.<sup>27</sup> P hat sich nach dem Geschäft schnell aus Uelzen entfernt und »seinen Beutel Beutel sein lassen«, ihn also nicht bei B abgeholt. Dies belegt, dass P nicht gutgläubig war. Er hat damit den Mangel arglistig verschwiegen.

22 Umfangreiche Nachweise zum Streitstand bei Staudinger/Matusche-Beckmann, Stand 2013, § 434 Rn. 146 f.

23 Wie hier Staudinger/Matusche-Beckmann, § 433 Rn. 147; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, 17. Aufl. 2014, § 77 Rn. 96; a.A. Canaris, Schuldrechtsreform 2002, Einführung S. XXII f.; Lettl, JuS 2002, 866, 871; Schulze, NJW 2003, 1022 f.

24 BGH NJW 2005, 2852, 2854 f.; BGH BeckRS 2010, 01615, Rn. 2, 3; OLG Koblenz NJW-RR 2009, 985 f.; OLG Frankfurt ZGS 2011, 284, 285 f.

25 MünchKomm BGB/Westermann, 6. Aufl. 2012, § 442 BGB Rn. 9; Palandt/Weidenkaff, § 433 Rn. 13.

26 BGH NJW 1974, 2505, 1506; NJW 2007, 3057 Rn. 29; Palandt/Ellenberger, § 123 Rn. 11.

27 Palandt/Ellenberger, § 123 Rn. 11.



e. Rechtsfolge des Nacherfüllungsverlangens ist es, dass der Verkäufer im Anschluss an die Lieferung einer mangelfreien Sache gemäß § 439 Abs. 4 BGB die Rückgewähr der mangelhaften Sache nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 BGB verlangen kann. B kann die Eulen nicht zurückgeben, da sie entflohen sind. Hier hilft ihm § 346 Abs. 3 Nr. 2 BGB. Die Pflicht zum Wertersatz entfällt, soweit der Gläubiger (des Rückgewähranspruchs) die Verschlechterung oder den Untergang zu vertreten hat oder der Schaden bei ihm gleichfalls eingetreten wäre. Hier hat P den Untergang der Sache zu vertreten. Ihm war bekannt, dass sich in dem Beutel Eulen befinden. Er hätte B entsprechend instruieren müssen.

### 3. Rücktritt, § 437 Nr. 2 i.V.m. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB

B könnte weiter ein Recht zum Rücktritt zustehen. Zweifelhaft ist allein, ob für den Rücktritt noch eine Fristsetzung erforderlich ist.

Gemäß § 326 Abs. 5 BGB ist die Fristsetzung entbehrlich, wenn der Schuldner gemäß § 275 Abs. 1 BGB von der Leistung befreit ist. Hier ist, wie bereits dargelegt, keine Unmöglichkeit der Nacherfüllung eingetreten. § 326 Abs. 5 BGB befreit B also nicht vom Erfordernis der Fristsetzung.

Nach § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB kann der Käufer beim relativen Fixgeschäft ohne weitere Fristsetzung zurücktreten. Die Birkhähne waren nicht für einen bestimmten Anlass bestimmt. Daher liegt ein solches Fixgeschäft nicht vor.

§ 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB ermöglicht einen sofortigen Rücktritt, wenn besondere Umstände vorliegen, die dies unter Abwägung der beiderseitigen Interessen rechtfertigen. Hieran ist zu denken, wenn der Verkäufer einen Mangel der gekauften Sache verschwiegen hat oder den anderen Vertragsteil getäuscht hat.<sup>28</sup> Der P hat den B bei der Übergabe des Sackes getäuscht. P hatte vernommen, dass B davon ausging, in dem Sack befänden sich Birkhähne. Dennoch hat er den Sack mit den Eulen übergeben. Selbst wenn man aufgrund der weiteren Umstände des Geschäftes eher strengere Anforderungen an die Unzumutbarkeit stellen will, genügt dies, um einen Rücktritt ohne Fristsetzung zu ermöglichen.

Weiter kann eine Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung nach § 440 S. 1 Var. 3 BGB angenommen werden. Eine Nacherfüllung durch P ist aus den eben beschriebenen Gründen für B unzumutbar.

B hat damit auch die Möglichkeit, vom Vertrag zurückzutreten.

### 4. Schadensersatz statt der Leistung, §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 281 BGB

Weiter ist zu prüfen, ob B Schadensersatz statt der (ganzen) Leistung verlangen kann. Ein wirksamer Kaufvertrag liegt vor.

28 BGH NJW 2007, 835, 836 f.; BGH NJW 2008, 1371, 1372 f.; BGH NJW 2010, 2503; einen anderen Lösungsweg beschreibt Weiss, NJW 2014, 1212, 1215.

Eine Pflichtverletzung könnte in der Lieferung der mangelhaften Sache liegen. Streitig ist, ob dies der geeignete Anknüpfungspunkt für einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung bei mangelhafter Kaufsache ist, oder aber, ob nur das Unterbleiben der Nacherfüllung einen Schadensersatzanspruch nach § 437 Nr. 3 i.V.m. §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB auslösen kann.<sup>29</sup> Für die Ansicht, die beide Verhaltensweisen für geeignet hält, einen Schadensersatzanspruch zu begründen, spricht, dass sie den Verkäufer, dessen Nacherfüllungsbegehren als unzumutbar zurückgewiesen werden kann (§ 440 S. 1 Var. 3 BGB), nicht ungerechtfertigt privilegiert. Die Lieferung der mangelhaften Kaufsache durch P ist somit ein tauglicher Anknüpfungspunkt für einen Schadensersatzanspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 281 BGB.

Die grundsätzlich für den Schadensersatz erforderliche Fristsetzung zur Nacherfüllung ist hier nach § 440 S. 1 Var. 3 BGB entbehrlich.

Das Vertretenmüssen des P wird vermutet, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. § 442 BGB ist nicht einschlägig.

B hat damit einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung. Er kann zwischen dem »großen« und dem »kleinen« Schadensersatzanspruch wählen.<sup>30</sup> Da der Mangel erheblich ist, steht § 281 Abs. 1 S. 3 BGB einem Schadensersatzanspruch statt der ganzen Leistung nicht entgegen. § 281 Abs. 5 BGB statuiert eine Rückgabepflicht nach Rücktrittsrecht. Hiervon dispensiert im konkreten Fall § 346 Abs. 3 Nr. 2 BGB (siehe oben). Entscheidet sich B für den großen Schadensersatzanspruch, kann er von P die Kosten für eine Ersatzbeschaffung von drei Birkhähnen ersetzt verlangen.

### 5. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB

Des Weiteren kann B Ersatz für das beschädigte Porzellan als Schadensersatz neben der Leistung gemäß § 437 Nr. 3 BGB i.V.m. § 280 Abs. 1 BGB verlangen. Erwogen werden kann allerdings ein Mitverschulden nach § 254 Abs. 1 BGB. Das Zuschnappen der Tiere beim Herauslassen aus dem Sack hätte den B veranlassen müssen den Inhalt vor dem Ausschütten näher zu untersuchen.

Nach § 249 Abs. 2 S. 1 BGB kann B Geldersatz verlangen.

29 Gegen eine Anwendung bei Verletzung der Pflicht zur mangelfreien Lieferung Dauner/Lieb, FS Konzen, 2006, 63, 80 ff.; Lorenz, FS Ulrich Huber 2006, 423 ff.; Schur, JA 2006, 223 ff.; dafür, dass auch die Verletzung der Primärleistungspflicht tauglicher Anknüpfungspunkt ist: MünchKomm BGB/Westermann, § 437 Rn. 2; BeckOK BGB/Faust, § 437 Rn. 73; Faust, FS Canaris, 2007, Bd. 1, 290, 232 ff., Looschelders, FS Canaris, 2007, Bd. 1, 737, 747 ff. Die Diskussion wird insbesondere am Verschulden festgemacht: Gesucht wird der Anknüpfungspunkt für die Verschuldensprüfung. Dies impliziert aber, dass tatbestandlich eine entsprechende Pflichtverletzung vorliegt.

30 Jauernig/Berger, BGB, 15. Aufl. 2014, § 437 Rn. 21.

## 6. § 823 Abs. 1 BGB

Schließlich ist noch ein Schadensersatzanspruch des B gegen P aus § 823 Abs. 1 BGB auf Erstattung der Kosten für die beschädigten Töpfe und Teller zu prüfen.<sup>31</sup>

Das im Eigentum des B stehende Geschirr ist zerstört worden.<sup>32</sup> Diese Eigentumsverletzung müsste durch eine Handlung des P herbeigeführt worden sein. Eine unmittelbare Verursachung liegt nicht vor. Aber auch eine mittelbare Verursachung, beispielsweise eine sogenannte »Kettenreaktion«, genügt für § 823 Abs. 1 BGB.<sup>33</sup> Eine grenzenlose Haftung wird durch das Kriterium der Adäquanz verhindert. Hier hat P durch das Aushändigen des Sackes eine Kausalkette in Gang gesetzt, die zur Beschädigung des Porzellans geführt hat.

Die Zurechenbarkeit ist gegeben. Das Aushändigen des Sackes war äquivalent kausal für die Beschädigung des Porzellans. Es handelte sich hierbei um eine naheliegende Verletzungsfolge, so dass eine Ausblendung des Schadens aus Adäquanzgesichtspunkten nicht geboten ist.<sup>34</sup>

Weiter wird die Schadensersatzpflicht durch den Schutzzweck der Norm begrenzt. Eine Schadensersatzpflicht besteht nur, wenn die Tatfolgen, für die Ersatz begehrt wird, aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen worden ist.<sup>35</sup> Der Schutzzweck der Norm kann in persönlicher, sachlicher und funktioneller Hinsicht bestimmt werden.<sup>36</sup> Eine der typischen Fallgruppen, bei denen aus Schutzzweckerwägungen die Haftung begrenzt wird, liegt hier nicht vor.

P hat das Eigentum des B nur mittelbar verletzt. In einer solchen Situation ist eine positive Feststellung der Rechtswidrigkeit erforderlich.<sup>37</sup> Rechtswidrigkeit ist gegeben, wenn der in Anspruch Genommene eine Rechtspflicht zum Handeln verletzt hat. Hier hat P in grober Weise die Pflichten aus dem Kaufvertrag verletzt. Er hat dem Käufer ohne dessen Wissen eine andere, gefahrbringende Sache übergeben. Dies ist pflichtwidrig und begründet den Vorwurf der Rechtswidrigkeit.

P handelte bezüglich der Pflichtverletzung auch vorsätzlich.

Gemäß § 249 Abs. 2 BGB schuldet P Geldersatz für das beschädigte Porzellan.

31 Erörtert werden könnten weiter noch Ansprüche des Ladendieners. Diese Untersuchung beschränkt sich auf Ansprüche des B gegen P.

32 Hier schweigt die Sage: Denkbar erscheint auch ein Miteigentum seiner Ehefrau.

33 BGHZ 41, 123, 125 f.

34 Näher zur Adäquanztheorie Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl. 2003, 82 ff.

35 BGHZ 27, 137, 140 f.; BGH NJW 2010, 2873 Rn. 24; BGH NJW 2012, 2024 Rn. 14; MünchKomm BGB/Wagner, 6. Aufl. 2013, § 823 Rn. 366 ff.; BGH NJW 2014, 2190, 2191.

36 Vgl. MünchKomm BGB/Wagner, § 823 Rn. 366–371.

37 Vgl. Palandt/Sprau, § 823 Rn. 26; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 24. Aufl. 2015, § 25 Rn. 643, 646 f.

7. *Zwischenergebnis*

Die Beurteilung nach heutigem Recht weicht von der in der Sage berichteten Entscheidung des Amtmannes ab: Der Kaufmann B hat das von ihm gewünschte Geschäft getätigt: Er hat keine Eulen, sondern Birkhähne von P gekauft. Er ist also tatsächlich kein »Uhlenköper«, sondern ein »Barkhahnsköper«.

## III. DAS PROZESSRECHT DES NACHERFÜLLUNGSANSPRUCHES

1. *Allgemeines*

Der erörterte Fall gibt Anlass, das Prozessrecht des Nacherfüllungsanspruches zu betrachten. § 439 Abs. 1 BGB gibt dem Käufer die Wahl zwischen einer Beseitigung des Mangels und der Lieferung einer mangelfreien Sache. Die dogmatische Einordnung ist unklar.<sup>38</sup> Die Ausübung des Wahlrechts ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung.<sup>39</sup> An die Auslegung ist der Käufer gebunden.<sup>40</sup> Entscheidet sich der Käufer für die Beseitigung des Mangels, ist eine Leistungsklage auf Mangelbeseitigung zu erheben.<sup>41</sup> Gleiches gilt, wenn die Lieferung einer mangelfreien Sache begehrt wird.

Probleme entstehen, wenn der Verkäufer nach Klageerhebung gemäß § 439 Abs. 3 BGB die Nacherfüllung wegen unverhältnismäßiger Kosten (§ 439 Abs. 3 S. 1 BGB), wegen eines groben Missverhältnisses (§ 275 Abs. 2 BGB) oder aus persönlichen Gründen (§ 275 Abs. 3 BGB) begründet verweigert. Dem Käufer ist dann über § 440 BGB die Möglichkeit eröffnet, ohne Fristsetzung vom Vertrag zurückzutreten. Der Nacherfüllungsanspruch entfällt in dieser Situation. Die Klage auf Nacherfüllung, beispielsweise Mangelbeseitigung, ist als unbegründet abzuweisen. Dem Käufer kann in dieser Situation eine Klageänderung helfen. Diese wird im Regelfall wegen Sachdienlichkeit nach § 263 Alt. 2 ZPO zulässig sein. Denkbar sind auch Fälle des § 264 Nr. 3 ZPO, beispielsweise dann, wenn die Kosten der Nacherfüllung gestiegen sind.

Erfährt der klagende Käufer erst durch das erstinstanzliche Urteil, dass der beklagte Verkäufer nicht nacherfüllen muss, hat er die Möglichkeit einer Klageänderung in der Berufungsinstanz nach Maßgabe des § 533 ZPO. Aufgrund der Vorbefassung der Eingangsinstanz mit dem Mangel wird eine solche Klageänderung typischerweise sachdienlich sein. Auch ist der Tatsachenstoff nach § 533 Nr. 2 ZPO im Grundsatz identisch. Da gemäß § 440 BGB im Fall des § 439 Abs. 3 BGB eine Fristsetzung nicht erforderlich ist, sind auch insoweit keine neuen Tatsachenfeststellungen zu treffen.

38 Vgl. näher Skamel, ZGS 2006, 457 ff.

39 Palandt/Weidenkaff, § 439 Rn. 6.

40 OLG Celle NJW 2013, 2203, 2204 (die Entscheidung verdient im Grundsatz Zustimmung, die Beurteilung des konkreten Falles trifft auf Bedenken).

41 Bsp.: BeckOF Zivilrecht, 13. Edition 2015, Formular 2.16.

Im Revisionsverfahren ist eine Klageänderung grundsätzlich unzulässig. In gewissem Umfang werden Klarstellungen zugelassen.<sup>42</sup> Die Geltendmachung eines Anspruchs nach Rücktritt anstelle eines Nacherfüllungsanspruches kann aber nicht mehr unter den Begriff der »Klarstellung« gefasst werden.

Helfen kann dem Käufer immer ein Hilfsantrag, mit dem er die Rechtsfolgen nach einem erfolgreichen Rücktritt umsetzt.<sup>43</sup> Allerdings setzt der Rücktritt eine Rücktrittserklärung voraus (§ 349 BGB). Als Gestaltungsrecht ist die Rücktrittserklärung grundsätzlich unwiderruflich und bedingungsfeindlich.<sup>44</sup> Es erscheint geboten, eine Parallele zur Aufrechnung zu ziehen. Im Prozess ist entgegen § 388 S. 2 BGB eine Hilfsaufrechnung zulässig.<sup>45</sup> Ob ein solcher »Hilfs-Rücktritt« durchgreift, ist allein von der Beurteilung der Voraussetzungen des § 439 Abs. 3 BGB durch das erkennende Gericht abhängig. Dies spricht dafür, in einem solchen hilfsweise erklärten Rücktritt keinen bedingten Rücktritt zu erblicken. Hiervon ausgehend ist dem Käufer in allen Fällen, in denen eine Berufung des Verkäufers auf § 439 Abs. 2 BGB in Betracht zu ziehen ist, zu einem solchen Rücktritt zu raten. Da die Instandsetzungskosten für den Käufer häufig nicht abschätzbar sind (bspw.: Hausgeräte, Geräte der Unterhaltungselektronik, Mobiltelefone), wird ein solcher Rücktritt häufig in Erwägung zu ziehen sein.

## *2. Insbesondere: Absolute Unverhältnismäßigkeit beim Verbrauchsgüterkauf*

Besondere Aufmerksamkeit verlangt das Prozessrecht des Nacherfüllungsanspruchs bei absoluter Unverhältnismäßigkeit im Falle des Verbrauchsgüterkaufs. In der viel diskutierten<sup>46</sup> Entscheidung des EuGH vom 16.6.2011 in den verbundenen Rechts-sachen C-65/09 und C-87/09<sup>47</sup> legte der EuGH Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 1999/44/EG (Verbrauchsgüterkaufrichtlinie) so aus, dass der Begriff der Unverhältnismäßigkeit ausschließlich in Bezug zur anderen Abhilfemöglichkeit definiert ist.<sup>48</sup> Art. 3 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkauf-RL schließt es folglich aus, dass das nationale Recht dem Verkäufer die Möglichkeit geben darf, die einzig mögliche Art der Abhilfe wegen ihrer absoluten Unverhältnismäßigkeit zu verweigern.<sup>49</sup> Der BGH hat der Entscheidung durch eine »richtlinienkonforme Rechtsfortbildung durch teleologische

42 Überblick bei Zöller/Hefler, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 559 Rn. 10; Wieczorek/Schütze/Prütting, ZPO, 4. Aufl. 2014, § 559 Rn. 34.

43 So auch der Kläger in dem Verfahren BVerfG BeckRS 2006, 26166.

44 Palandt/Grüneberg, § 349 Rn. 1.

45 Begründung für die Zulässigkeit MünchKomm BGB/Schlüter, § 388 Rn. 4.

46 Vgl. nur Lorenz, NJW 2011, 2241; Gsell, JZ 2011, 988 ff.; Pfeiffer, LMK 2011, 321439; Harke, ZGS 2011, 536 ff.; Pilz, EuZW 2011, 636 ff.; Staudinger, DAR 2011, 502 ff.

47 EuGH NJW 2011, 2269.

48 EuGH NJW 2011, 2269 Rn. 68.

49 EuGH NJW 2011, 2269 Rn. 73.

Reduktion« Rechnung getragen.<sup>50</sup> Im Ergebnis hat der Verkäufer entweder die Verpflichtung, die notwendigen Ein- und Ausbauarbeiten vorzunehmen, oder – in angemessener Höhe – die hierfür entstandenen Kosten zu tragen.<sup>51</sup> Ein Wahlrecht steht dem Käufer nicht zu.<sup>52</sup>

Die Erwägungen zu einem Kostenerstattungsanspruch in angemessener Höhe beruhen auf zwei Passagen der EuGH-Entscheidung von 2011, in der dieser sich gegen eine grenzenlose Einstandspflicht des Verkäufers ausgesprochen hat. In Rn. 73 heißt es:

»Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 2 der Richtlinie schließt folglich aus, dass eine nationale gesetzliche Regelung dem Verkäufer das Recht gewährt, die einzig mögliche Art der Abhilfe wegen ihrer absoluten Unverhältnismäßigkeit zu verweigern, doch erlaubt dieser Artikel einen wirksamen Schutz der berechtigten finanziellen Interessen des Verkäufers, der, wie in Rn. 58 des vorliegenden Urteils festgestellt, zu dem in den Art. 4 und 5 der Richtlinie vorgesehenen hinzukommt.«

Zentral sind die Ausführungen in Rn. 78:

»Art. 3 Abs. 3 schließt jedoch nicht aus, dass der Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der Kosten für den Ausbau des mangelhaften Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts in einem solchen Fall auf die Übernahme eines angemessenen Betrags durch den Verkäufer beschränkt wird.«

Diese Passagen lassen sich kaum mit Art. 3 der Verbrauchsgüterkauf-RL in Einklang bringen. Sie haben zur Konsequenz, dass sich der Nacherfüllungsanspruch des Käufers, der auf Lieferung einer mangelfreien Sache oder Beseitigung des Mangels gerichtet ist, *ex lege* in einen Zahlungsanspruch wandeln kann. Klagt der Käufer auf Leistung in Form der Beseitigung des Mangels, führt der begründete Einwand der Unverhältnismäßigkeit dazu, dass sich der Mangelbeseitigungsanspruch in einen Zahlungsanspruch, gerichtet auf einen »angemessenen Betrag«, wandelt. Der Käufer muss darauf mit einer Klageänderung reagieren. Diese ist als sachdienlich nach § 263 Var. 2 ZPO zuzulassen. Weiter hat der Käufer in prozessualer Hinsicht zu bedenken, dass ihm in dieser Situation § 440 BGB den Weg zu Minderung und Rücktritt öffnet.<sup>53</sup>

Schließlich ist noch das Vollstreckungsrecht zu betrachten. Denkbar ist, dass ein Leistungsanspruch auf Beseitigung des Mangels rechtskräftig ausgeurteilt wurde. Steigen nach Abschluss des Erkenntnisverfahrens die Mangelbeseitigungskosten erheblich an, wird man dem Verkäufer – ähnlich wie beim Wegfall der Geschäftsgrundlage<sup>54</sup> – die Möglichkeit einer Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) eröffnen müssen. Anderenfalls müsste er dem Käufer bei der Zwangsvollstreckung über § 887

50 BGH NJW 2012, 1073 Rn. 30.

51 BGH NJW 2012, 1073 Rn. 27.

52 BGH NJW 2012, 1073 Rn. 27.

53 So zutreffend BGH NJW 2012, 1073 Rn. 57.

54 OLG Frankfurt NJOZ 2002, 2209, 2211; Zöller/Herget, § 767 Rn. 12 »Wegfall/Störung der Geschäftsgrundlage«.

ZPO (die Mangelbeseitigung ist eine vertretbare Handlung)<sup>55</sup> die vollen, auch unangemessenen Mangelbeseitigungskosten erstatten. Hier verwischen die Grenzen zwischen dem materiellen Recht und dem Prozessrecht. Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten wird in Erinnerung gerufen.<sup>56</sup>

#### IV. RESÜMEE

Die Ergebnisse der Untersuchung können in zwei zentralen Thesen zusammengefasst werden.

- Die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen vom Empfängerhorizont schützt den Erklärungsempfänger bei mehrdeutigen Willenserklärungen.
- Ein Anspruch auf Nacherfüllung kann sich nach der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ohne Zutun des Käufers in einen Zahlungsanspruch wandeln. Diesem Umstand ist im Prozess bei der Antragsfassung Rechnung zu tragen. Anderenfalls droht ein prozessualer Misserfolg.

55 BGHZ 58, 30, 37; 90, 354, 360; BGH NJW 1993, 1394, jeweils zu Baumängeln; Zöller/Stöber, § 897 Rn. 4 »Mangelbeseitigung«.

56 Vgl. zu diesem Grundsatz nur Zöller/Geimer, Einl. Rn. 152 ff.