

1. Teil

A. Anspruch W gegen H auf Zahlung des Kaufpreises für zweite Segelyacht (5.000 €) aus §§ 433 II

(Anm: § 650 I 1 darf ergänzend geprüft werden, sollte allerdings verneint werden)

I. Vertragsschluss am 04.07. ... (-)

→ für neuen Vertrag:

- Auswahl Gutachters durch H könnten bei W Zweifel an Objektivität des Gutachtens erweckt haben
- Die im Falle einer Nachlieferung zurückzugebende mangelhafte Yacht hat W von H nicht eingefordert

→ für Nacherfüllung in Form einer Nachlieferung

- Vorgehende Bezugnahme des Käufers H auf Mängel bei Übersendung eines entsprechenden Gutachtens
- Gutachterlich festgestellte Unverhältnismäßigkeit einer Reparatur

→ Ergebnis: Beide Sachverhaltsvarianten sind möglich, aber nicht "nahezu sicher" („non liquet“-Situation)

=> Entscheidung nach *Beweislast*; diese trägt W, d.h. im Sachverhalt ist von fehlendem Vertragsschluss auszugehen.

II. Vertragsschluss durch Schweigen auf kaufmännisches Bestätigungsschreiben (Rechnung vom 06.07.)? ... (+)

1. Beteiligte beide Kaufleute (+) § 1 HGB

2. Vorgehende Verhandlungen (+) Telefonat vom 04.07.2007

3. Übersendung eines Bestätigungsschreibens (+) auch eine Rechnung kann als Bestätigungsschreiben qualifiziert werden, besonders wenn – wie hier – ausdrücklich auf vorgehende Verhandlungen Bezug genommen wurde

4. Zeitnahe Übermittlung (+) Übersendung binnen drei Tagen

5. Schweigen auf das Schreiben (+) unter Kaufleuten als Zustimmung zu werten (analog § 362 HGB)

(grs. unabhängig von vorgehender Geschäftsverbindung; es genügen i. d. R. vorgehende Verhandlungen)

6. Einschränkungen nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) ... (-)

a) Unredlichkeit des W (-) für bewusstes Abweichen des W vom Besprochenen trägt H die Beweislast (analog § 932 II, § 819 u. a.); die Behauptung des H, es sei nicht über einen Kaufvertrag gesprochen worden, ist nicht bewiesen und insoweit unbeachtlich

b) Besprochene vom Schreiben nicht ausreichend gedeckt (-)

Divergenzen bestehen hinsichtlich der Frage, ob als Nachlieferung oder als preislich reduzierter Neukauf
=> Abweichung innerhalb akzeptabler Grenzen

7. Rechtsfolge des KBS: Neuer Kaufvertrag mit Kaufpreis iHv 5.000 € zustande gekommen

(hilfsweise Prüfung der Annahme des Angebots des W seitens H beim Verkauf des zurückzugebenden mangelhaften Bootes mit Entbehrlichkeit des Zugangs nach § 151)

III. Ergebnis: Anspruch W gegen H auf Kaufpreiszahlung iHv 5.000 € aus § 433 II ist begründet.

(Im Falle der Ablehnung eines neuen Kaufs wäre H zur Herausgabe des alten Bootes verpflichtet und schuldet mangels Herausgabemöglichkeit (Weiterverkauf an Y) Wertersatz nach §§ 346 I, II, 439 IV, 434; zudem Schadensersatz nach § 280 I, III, 283, 346 IV, 439 IV, 434 und Herausgabe des Surrogates – des von Y erlangten Kaufpreises – nach § 285; hier jeweils iHv 2.000 €)

B. Anspruch W gegen H auf Wertersatz iHv 2000 € aufgrund Veräußerung der ersten Segelyacht nach § 346 II Nr. 2 ... (-)

Veräußerung der Segelyacht (ohne möglichen Ausschluss nach Abs. 3), allerdings von vorn herein kein Rückgewährschuldverhältnis: es ist von Bestand des alten und Abschluss eines neuen Kaufvertrags auszugehen s. o. zu A (mit einer nachträglich abweichenden Behauptung würde W sich überdies mit seinem bisherigen Vortrag in nicht zu berücksichtigender Weise in Widerspruch setzen: *venire contra factum proprium*)

C. Anspruch H gegen W auf Zahlung von 400 € Gutachterkosten

I. Anspruch aus § 439 II iVm §§ 437 Nr. 1

1. Kaufvertrag (+) über Segelyacht zum Listenpreis von 7.500 €
2. Sachmangel bei Gefahrübergang (+) Produktionsfehler war bei Gefahrübergang – durch Übergabe an X, der hier kraft Abmachung als Übergabe an H anzusehen ist – bereits vorhanden
3. *Gutachterkosten* als vom Verkäufer „zum Zwecke der Nacherfüllung“ zu tragende Aufwendungen? ... (+)
Kosten der Ursachenermittlung vom Sinn der Norm gedeckt, d.h. Verkäufer darf Gutachter beauftragen
4. § 439 II als *Anspruchsgrundlage* des Käufers im Falle der Selbstvornahme ?? ... (-)
→ dafür: Formulierung - "Verkäufer hat ... zu tragen" – könnte Eindruck erwecken, der Käufer könne Aufwendungen selbst tätigen und sie vom Verkäufer erstattet verlangen (etwas zweifelhaft, da es für Anspr.-GL eigentlich heißen müsste, „hat zu erstatten“)
→ dagegen: § 439 II steht im Zusammenhang mit § 439 I, wonach *Verkäufer* hat alle Nacherfüllungshandlungen *selbst* vorzunehmen hat:
Formulierung in § 439 II knüpft daran an: "Verkäufer hat ... zu tragen", bedeutet daher, dass Verkäufer diese Kosten nicht nach seiner Vornahme auf Käufer abwälzen darf
Bestätigt durch Umkehrschluss aus § 439 III, wo Erstattungspflicht ausnahmsweise regelt ist
(Vertiefung: § 475 VI spricht von Vorschuss für Käufer auch für Fälle des § 439 II – regelt aber selbst für Verbrauchsgüterkauf nach hM nur den Fall, dass dieser nach § 439 II ganz ausnahmsweise vom Verkäufer Erstattung verlangen darf, z.B. wenn Erfüllungsort beim Verkäufer und Käufer hierfür Aufwendungen tätigt)
Ein *Käufer* hat – anders als der *Besteller* im Werkvertragsrecht (§ 637) – für Nacherfüllung *kein Selbstvornahmerecht*, kann eigens aufgewandte Kosten grs. nur über Schadensersatzrecht verlangen (mit seinen besonderen Voraussetzungen, jedenfalls Vertretenmüssen und ggf. Fristsetzung)
→ § 439 II bildet für den Käufer keine Anspruchsgrundlage für Aufwendungen des Käufers (*ganz hM*)
5. Ergebnis: Anspruch H gegen W auf Erstattung 400 € Gutachterkosten aus §§ 439 II, 437 Nr. 1 ist nicht begründet

II. Anspruch aus §§ 670 683 S. 1 (GoA) (-) scheidet an sonst bestehenden *Umgehungsmöglichkeiten der Wertung des fehlenden Selbstvornahmerechts im Kaufrecht*
(BGH WM 1972, 1025, Bamberger/Gehrlein, § 766 Rn. 22, Fn 122)

III. Anspruch aus § 280 I iVm §§ 437 Nr. 3

(Richtige Anspruchsgrundlage: H verlangt *Schadensersatz neben der Leistung*)

1. Kaufvertrag und Vorliegen eines Mangels (+) (s. o. I, 1 – 2)
2. Vertretenmüssen (+) wird vermutet (§ 280 I 2) – keine Abweichung, weil W als Produzent Produktion steuert
3. Schaden? (+) *Aufwendung* als Schadensersatz? ... (+)
sofern der Aufwendende sich durch die Pflichtverletzung zur Aufwendung herausgefordert fühlen durfte
→ dagegen: Verkäufer ist zur Nacherfüllung verpflichtet (s. o.)
→ dafür: Käufer hat nach ausdr. Regelung in § 439 ein *Wahlrecht* hinsichtlich *Art der Nacherfüllung* – zur Vorbereitung dieser Wahl ist es sinnvoll, dem Käufer zu erlauben, selbst ein Gutachten über die Art des Mangels einzuholen
Zusatzargument: Vorliegend war Gutachten objektiv und sogar preiswerter
4. Ausschluss des Gewährleistungsrechts wegen Verletzung der Untersuchungs- und Rügeobliegenheit? ... (-)
 - 4.1. nach § 377 I, II, HGB ? (-)
 - a) *Kaufvertrag als beidseitiges Handelsgeschäft* (+) § 343, 344 HGB
 - b) Unterlassung einer Anzeige über Produktionsmangel (+)
 - c) Ausschluss nach § 377 II Hs. 2 (+) Produktionsmangel war bei Untersuchung nicht erkennbar
 - 4.2. nach § 377 III HGB ? (-)
 - a) *Kaufvertrag als beidseitiges Handelsgeschäft* (+) § 343, 344 HGB
 - b) Unterlassung unverzüglicher Anzeige nach Entdeckung des Mangels (+)
→ dafür: Anzeige erfolgte erst nach ca. einem Monat nach Bekanntwerdens des Mangels
→ dagegen: „Unverzüglichkeit“ der Anzeige bedeutet Anzeige ohne *schuldhaftes Zögern* (Legaldefinition § 121 I)
Käufer durfte sich vor Anzeige Klarheit über Mängel und deren Ursache verschaffen:
unzutreffende Anzeige hätte erhebliche Folgen für die Geschäftsbeziehung auslösen können,
auch die Reaktion des Käufers X durfte abgewartet werden
5. Ergebnis: Anspruch H gegen W auf Erstattung 400 € Gutachterkosten aus §§ 280 I, 437 Nr. 3 ist begründet.

IV. Anspruch aus § 445a

1. Kaufvertrag, Vorliegen eines Mangels (+) (s. o. I, 1 – 2)
2. Verkauf neu hergestellter Sache (+)
3. Aufwendung im Verhältnis Verkäufer (H) und Käufer (X) nach § 439 II (+) Gutachterkosten des Verkäufers H gegenüber X von § 439 II abgedeckt
4. Mangel beim Gefahrübergang auf Unternehmer bereits vorhanden (+) anfänglicher Produktionsfehler
5. Kein Ausschluss des Anspruchs nach § 445a IV (+) Vorliegend keine Verletzung Rügeobliegenheit nach § 377 HGB (so III 4)
6. Ergebnis: Anspruch H gegen W auf Erstattung 400 € Gutachterkosten aus § 445a ist begründet.

Abgewandelter 2. Teil

I. Anspruch X gegen Z auf Rückzahlung des Kaufpreises iHv 9.000 € gegen Rückgabe der Kaufsache aus §§ 346 I

1. Wirksamer Vertrag zwischen X und Z (+)
 - 1.1. Abschluss (+) Erwerb über "Internet-Auktion" begründet Kaufvertrag
 - 1.2. Keine Unwirksamkeitsgründe (+)
 - 1.2.1. Nichtigkeit nach § 142 I, 123 I Var. 1 (arglistige Täuschung) ? (-)
 - a) Falsche Tatsachenbehauptung, Irrtum, WE des X (+) Falsche Angaben des Z betreffend Laufleistung
 - b) Arglist des Z ? (-) setzt Vorsatz des Z voraus – hier nur Fahrlässigkeit (keine Behauptung „ins Blaue“: Anzeige legt diese Laufleistung nahe)
 - 1.2.2. Nichtigkeit nach § 142 I, 119 II Var. 2 ? (-)
 - a) Irrtum des X über verkehrswesentliche Eigenschaft (+) Irrtum über tatsächliche Laufleistung
 - b) Anwendbarkeit neben Gewährleistungsrecht ? (-) Vorliegend Mangel => Vorrang des Gewährleistungsrechts wegen drohender Umgehung dortiger Besonderheiten, insbes. Rechts auf zweite Andienung sowie Verjährungsregeln
 - 1.2.3. Nichtigkeit wg anfänglicher Unmöglichkeit? (-) in Betracht kommt unbehebbarer Mangel („qualitative Unmöglichkeit“), allerdings ließe das den Vertrag im Bestand unberührt, § 311a I
2. Rücktrittserklärung (+) konkludent (Rückforderung des Kaufpreises gegen Rückgabe der Kaufsache)
3. Rücktrittsrecht (+) in Betracht kommt §§ 326 V, 437 Nr. 2
 - 3.1 Kaufvertrag (+)
 - 3.2. Sachmangel bei GÜ (+) Abweichung von vereinbarter Beschaffenheit nach § 434 I, II 1 Nr. 1 bzw. von objektiven Anforderungen nach § 434 III Nr. 2 b – tatsächliche Laufleistung höher als 30.000 km; Abweichung schon bei Übergabe (§ 446)
 - 3.3. Unmöglichkeit der Nacherfüllung ? (+)
 - a) Unmöglichkeit der Nachbesserung? (+) *Reparatur* kann hohe Laufleistung nicht beheben (*)
 - b) Unmöglichkeit der Nachlieferung? (+) Nachlieferung auch vertretbar bei *Stückschuld* (s. Wortlaut des § 439 I), zum Schutz des Verkäufers vor Beschaffungsrisiken als auch des Käufers vor Andienung ungewollter Sachen im Wege der Nacherfüllung aber abzulehnen bei spezifischen Gegenständen mit besonderen Eigenschaften (unvertretbare Sachen) - hier ganz besonders individualisiert durch Foto; zudem ist der Schuldner dieser Leistung ein Privatverkäufer (*)

(* *ebenso vertretbar ist in beiden Fällen die Annahme der Unzumutbarkeit der Nacherfüllung nach § 440 I, letzte Alt.: Austausch des Motors durch Käufer ebenso wenig zumutbar wie Besorgung eines Ersatzmotorrads*)
 - 3.4. Kein Ausschluss des Rücktrittsrechts ... (+)
 - 3.4.1. Keine Unbeachtlichkeit des Mangels (§ 323 V 2 iVm § 326 V) (+) Abweichung von vereinbarter Laufleistung erheblich
 - 3.4.2. Keine Kenntnis oder grobfahrlässige Unkenntnis des Käufers (§ 442) (+) Bedeutung Tachometer für X nicht erkennbar
 - 3.4.3. Kein wirksam vereinbarter Gewährleistungsausschluss ... (+)
 - a) Grundsätzliche Gewährleistungsausschlussvereinbarung (+) Annahme der Ausschlussbedingung des Z
 - b) Keine Unwirksamkeit des vereinbarten Gewährleistungsausschlusses (§ 444) ... (+) - in folgenden Fällen:
 - aa) Arglistiges Verschweigen einer Eigenschaft (-) keine Arglist des Z, s. o.
 - bb) Garantie ... (-) Garantieübernahme muss wg Hauptfolge verschuldensunabhängiger Schadenshaftung ausdrücklich erfolgen, bloße Beschaffenheitsangaben würden sonst zu Garantien uminterpretiert; dies gilt besonders für private Verkäufer, zumal bei Angeboten über das Internet
(so auch BGH, NJW 2007,1350; bei entsprechenden Erklärungen von Händlern neigt Rspr. allerdings – anders als beim Privatverkauf – zur Annahme einer Garantieübernahme)
- ZwErg: Gewährleistungsausschluss für sich nicht unwirksam.

c) Beschaffenheitsangabe von Gewährleistungsausschluss betroffen? (–) Wegen Hervorhebung d. Laufleistung durfte Käufer den Gewährleistungsausschluss so verstehen, dass Gewährleistung „im Übrigen“ ausgeschlossen ist
(*Gegenteil vertretbar*)

→ ZwErg: Gewährleistungsausschluss greift hier nicht; der Gewährleistungsanspruch ist grs. begründet

4. Einreden ... (+) Rückzahlung des Kaufpreises nur Zug-um-Zug gegen Rückgabe der Kaufsache (§ 348)

5. Ergebnis: Anspruch X gegen Z auf Rückzahlung des Kaufpreises iHv 9.000 € gegen Rückgabe der Kaufsache aus § 346 I ist begründet.

II. Anspruch aus §§ 311a, 437 Nr. 3 ? (+)

1. Kaufvertrag X-Z (+)
2. Mangelbedingte Unmöglichkeit bei GÜ (+) Anfänglicher und unbehebbarer Mangel vorhanden (s. o. I, 3.3.)
3. Kein Ausschluss (+) s. o. I 3.4.
4. Verschulden (§ 311 a) bzgl. Mangels (+) hier *Kennenmüssens* des Mangels seitens Z
5. Rechtsfolge Schadensersatz (+); im Wege des sog. „Schadensersatzes statt der ganzen Leistung“ (früher „großer Schadensersatz“) kann X die mangelhafte Sache zur Verfügung stellen und ist seinerseits so zu stellen, als wäre erfüllt worden
=> bei Wert der Sache iHv 9.000 € erhält er somit die begehrten 9.000 € als Schadensersatz

III Anspruch aus §§ 280 I, 437 Nr. 3 (i.Vm. §§ 311 II, 241, c.i.c) ? (–)

1. Schuldverhältnis (+) Kaufvertrag X-Z
2. Pflichtverletzung (+) Mangel
3. Verschulden (+) Fahrlässigkeit s. o.
4. Schaden (+) § 249: Anspruch auf Auflösung des Vertrags
5. Anwendbarkeit neben Gewährleistungsrecht (–) scheidet am Vorrang des Mängelgewährleistungsrechts: Verkäufer verdient auch noch bei bloß fahrlässigem Verhalten bzgl. eines Fehlers die Beschränkungen auf das Gewährleistungsrecht verdient (*Gegenteil vertretbar*)

IV. Anspruch aus §§ 812 I 1 1. Alt. (–)

1. Z etwas erlangt (+) 9.000 €
2. Durch Leistung des X (+)
3. Ohne Rechtsgrund? ... (–) Rechtsgrund hier KV, dieser ist auch wirksam (s. o. I, 1.2.)