

Winfried Schwabe

Die mündliche Examensprüfung

Ach**So!**

Zivilrecht

2. Auflage

 BOORBERG

Winfried Schwabe

Die mündliche Examensprüfung

Zivilrecht

2., überarbeitete Auflage, 2026

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek | Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über www.dnb.de abrufbar.

2. Auflage, 2026

ISBN 978-3-415-07901-4

© 2023 Richard Boorberg Verlag

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Die Nutzung sämtlicher Inhalte für das Text- und Data-Mining ist ausschließlich dem Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG vorbehalten. Der Verlag untersagt eine Vervielfältigung gemäß § 44b Abs. 2 UrhG ausdrücklich. Anfragen gemäß EU-Verordnung über die allgemeine Produktsicherheit (EU) 2023/988 (General Product Safety Regulation – GPSR) richten Sie bitte an: Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, Produktsicherheit, Scharrstraße 2, 70563 Stuttgart; E-Mail: produktsicherheit@boorberg.de

Druck und Bindung: mediaprint solutions GmbH, Eggertstraße 28, 33100 Paderborn

Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG | Scharrstraße 2 | 70563 Stuttgart
Stuttgart | München | Hannover | Berlin | Weimar | Dresden
www.boorberg.de

Prüfungsgespräch 2

1. Frage: Stellen Sie sich bitte vor, die Studentin S aus München hat online beim Händler H in Hannover einen neuen Kühlschrank zum Preis von 600 Euro gekauft und geliefert bekommen. Acht Monate nach der Lieferung funktioniert das Eisfach nicht mehr. S beauftragt daher den zufällig in ihrem Nachbarhaus ansässigen Elektromeister M mit der Behebung. M setzt das Eisfach wieder in Betrieb und berechnet der S dafür branchenübliche 75 Euro. Prüfen Sie bitte, ob der S gegen H ein Anspruch auf Ersatz dieser 75 Euro zusteht!

Angesichts der Tatsache, dass das Eisfach des Kühlschranks nach acht Monaten defekt war und der S Aufwendungen für die Reparatur in Höhe von 75 Euro entstanden sind, könnte ihr gegen H ein Anspruch auf Zahlung dieses Betrages aus den §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1, 437 Nr. 3 BGB zustehen. Ein wirksamer Kaufvertrag zwischen S und H als erste Voraussetzung des Anspruchs liegt nach der Schilderung fraglos vor. Der Kühlschrank ist zudem ebenso fraglos mangelhaft gewesen.

2. Frage: Schön langsam, woraus schließen Sie diese Mangelhaftigkeit?

Aus § 434 BGB. Gemäß § 434 Abs. 3 Nr. 1 BGB muss sich die gelieferte Sache unter anderem zur gewöhnlichen Verwendung eignen. Ein Kühlschrank, dessen Eisfach defekt ist, eignet sich eindeutig nicht zur gewöhnlichen Verwendung und ist somit mangelhaft oder, um im Wortlaut des Gesetzes zu bleiben, nicht frei von Sachmängeln gemäß § 434 Abs. 1 BGB.

3. Frage: Einverstanden. Dann bleiben Sie bitte weiter beim Wortlaut des Gesetzes, welche Voraussetzungen müssen gemäß § 434 Abs. 1 BGB noch vorliegen?

Der Mangel muss auch bei Gefahrübergang vorgelegen haben.

4. Frage: Wo ist der Gefahrübergang im BGB geregelt?

Der Gefahrübergang ist in den §§ 446, 447 BGB geregelt. Gemäß der Grundregel des § 446 Satz 1 BGB geht die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung mit der Übergabe der Sache auf den Käufer über. Im Falle eines Verkaufsgeschäfts genügt unter den in § 447 Abs. 1 BGB genannten Umständen sogar

schon die Übergabe an eine Transportperson. Da S den Kühlschrank in jedem Falle erhalten hat und Anhaltspunkte für eine Beschädigung beim Transport von Hannover nach München nicht vorliegen, kann davon ausgegangen werden, dass die Gefahr spätestens mit der Übergabe an S auf diese übergegangen ist.

5. Frage: Mit welchen Konsequenzen für unseren Fall?

Belässt man es allein dabei, also der Anwendung des § 446 Satz 1 BGB, muss S nun nachweisen, dass der Mangel am Kühlschrank zum Zeitpunkt der Übergabe bereits vorlag.

6. Frage: Wieso?

Das folgt aus der allgemeinen Regel des § 363 BGB. Wenn der Gläubiger eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen hat, trifft ihn gemäß § 363 BGB ab diesem Zeitpunkt die Beweislast, wenn er die Leistung deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung oder weil sie unvollständig gewesen sei. Hieraus ergibt sich, dass den Gläubiger, bei uns also die S, ab der Übergabe der Sache die Beweislast für das Vorliegen des Mangels zum Zeitpunkt des Gefahrüberganges trifft.

7. Frage: Diesen Beweis wird die S aber wohl kaum führen können, oder?

Stimmt. Aber hier hilft der S möglicherweise die Regelung des § 477 Abs. 1 BGB. Gemäß § 477 Abs. 1 BGB findet unter den dort genannten Voraussetzungen im Hinblick auf den Gefahrübergang eine Beweislastumkehr statt. Voraussetzungen dafür sind zum einen ein Verbrauchsgüterkauf im Sinne des § 474 Abs. 1 Satz 1 BGB und zum anderen der Umstand, dass sich der Mangel innerhalb eines Jahres seit Gefahrübergang gezeigt hat.

8. Frage: Prüfen Sie bitte!

Gemäß § 474 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Verbrauchsgüterkäufe alle Verträge, durch die ein Verbraucher von einem Unternehmer eine Ware im Sinne des § 241a Absatz 1 BGB kauft. Die S ist fraglos Verbraucherin im Sinne des § 13 BGB, ebenso wie der Händler H als Unternehmer im Sinne des § 14 Abs. 1 BGB qualifiziert werden kann. Der Kühlschrank stellt schließlich auch eine Ware dar. Der Mangel an der Kaufsache

hat sich letztlich auch innerhalb der von § 477 Abs. 1 BGB geforderten Jahresfrist, nämlich nach acht Monaten, gezeigt. Damit liegen sämtliche Voraussetzungen für eine Beweislastumkehr nach der genannten Norm vor. Da seitens des H keinerlei gegenteilige Erklärungen ersichtlich sind, wird mithin vermutet, dass der in Frage stehende Mangel bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen hat. Die Voraussetzungen des § 434 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 1 BGB liegen demnach vollständig vor.

9. Frage: Richtig. Wo liegt aber das Problem beim Anspruch der S?

Das Problem liegt bei § 281 Abs. 1 BGB. Der von S geltend gemachte Anspruch setzt voraus, dass S dem H erfolglos eine Frist zur Leistung oder zur Nacherfüllung gesetzt hat. S hat dem H hier aber überhaupt keine Frist gesetzt, der H wusste von dem gesamten Vorgang gar nichts. Der Anspruch aus den §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1, 437 Nr. 3 BGB ist daher nicht begründet.

10. Frage: Und jetzt? Könnte S möglicherweise den Kaufpreis mindern oder sogar vom Vertrag zurücktreten und auf diesem Wege unter Umständen ihren Anspruch durchsetzen?

Schwierig. Der § 437 BGB bietet einen Rücktritt und auch die Minderung bei der Mangelhaftigkeit der Kaufsache zwar in seiner Nr. 2 ausdrücklich an, allerdings verweist § 437 Nr. 2 BGB unter anderem auf § 323 BGB.

11. Frage: Wieso ist § 323 BGB denn ein Problem?

Weil S sich mit ihrer eigenmächtigen Handlung die genannten Rechtsbehelfe selbst genommen hat.

12. Frage: Das müssen Sie genauer erklären.

Gemäß § 323 Abs. 1 BGB ist der Gläubiger grundsätzlich zum Rücktritt berechtigt, wenn der Schuldner eine fällige Leistung nicht erbringt. H wäre in unserem Fall wegen des Mangels der Kaufsache zur Nacherfüllung verpflichtet gewesen. Da H von der ganzen Geschichte aber überhaupt nichts weiß und demnach auch keine Nacherfüllung erbracht hat bzw. erbringen konnte, liegen die Voraussetzungen des § 323 Abs. 1 BGB an sich tatsächlich erst mal vor. H hat seine Leistungspflicht nicht er-

bracht. Der Rücktritt ist allerdings wegen des eigenmächtigen Handelns der S im vorliegenden Fall gemäß § 323 Abs. 6 BGB ausgeschlossen. Der Rücktritt ist gemäß § 323 Abs. 6 BGB nämlich dann ausgeschlossen, wenn der Gläubiger für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist. S selbst hat die Nacherfüllung vorsätzlich unmöglich gemacht und damit die Voraussetzungen ihres Rücktrittsrechts schuldhaft herbeigeführt. Sie kann daher wegen § 323 Abs. 6 BGB nicht vom Vertrag mit H zurücktreten. Für die Minderung nach § 441 Abs. 1 BGB gilt Entsprechendes. Nach § 441 Abs. 1 BGB kann die Minderung nämlich nur statt des Rücktritts erklärt werden. Die Minderung ist daher immer an die gleichen Voraussetzungen gebunden wie der Rücktritt. Auch die Minderung ist mithin im vorliegenden Fall gemäß § 323 Abs. 6 BGB ausgeschlossen.

13. Frage: Dann sieht es wohl insgesamt schlecht aus für die S. Wissen Sie, wie man die vorliegende Problematik nennt und welche anderen Lösungsmöglichkeiten sich noch anbieten?

Ja. Das Problem bezeichnet man als Selbstvornahme im Kaufrecht. Die Problematik der ganzen Sache liegt in der Frage des Interessenausgleichs. Auf der einen Seite schreibt das Gesetz ausdrücklich vor, dass bei einer Mangelhaftigkeit der Kaufsache dem Verkäufer zunächst immer die Möglichkeit zur Nacherfüllung gewährt werden muss, bevor dem Käufer schärfere Rechtsbehelfe wie der Rücktritt oder Schadensersatz zugebilligt werden können. Der Käufer kann und soll demnach nicht eigenmächtig handeln und anschließend seine Kosten dem Verkäufer auferlegen dürfen.

14. Frage: Wo steht das?

Das ergibt sich aus § 437 Nr. 1 BGB in Verbindung mit § 439 Abs. 1 BGB. Das Recht zur Nacherfüllung, also wahlweise zur Beseitigung des Mangels oder zur Lieferung einer mangelfreien Sache, entsteht nämlich bereits ohne weitere Voraussetzungen außer dem Vorliegen eines Mangels zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs.

15. Frage: Wem steht das Wahlrecht eigentlich zu, dem Verkäufer oder dem Käufer?

Dem Käufer, das steht im Gesetz in § 439 Abs. 1 BGB wörtlich drin. Eine Ausnahme gilt gemäß § 439 Abs. 4 Satz 1 BGB nur dann, wenn die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung nur mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist.

16. Frage: Gut, bitte weiter.

Im hier zu entscheidenden Fall der Selbstvornahme bei der Mangelhaftigkeit der Kaufsache nimmt der Käufer dem Verkäufer eigenmächtig dieses sogenannte Recht zur zweiten Andienung. Diese Variante ist gesetzlich jedenfalls im Kaufrecht so nicht vorgesehen und deshalb soll und kann dem Käufer eigentlich auch kein Erstattungsanspruch zustehen.

17. Frage: Sie haben gerade gesagt, dass die eigenmächtige Selbstvornahme jedenfalls im Kaufrecht nicht vorgesehen ist. Ist so etwas denn bei anderen Vertragsarten gesetzlich geregelt?

Ja. Das Werkvertragsrecht kennt eine solche Selbstvornahme. In § 637 Abs. 1 BGB, auf den § 634 Nr. 2 BGB verweist, ist ausdrücklich festgelegt, dass der Werkbesteller wegen eines Mangels des Werkes nach erfolglosem Ablauf einer von ihm zur Nacherfüllung bestimmten angemessenen Frist den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen kann, wenn nicht der Unternehmer die Nacherfüllung zu Recht verweigert. In § 437 BGB findet sich eine entsprechende Regelung bzw. ein entsprechender Verweis nicht.

18. Frage: Kann man die Normen aus dem Werkvertragsrecht denn nicht analog auf das Kaufrecht anwenden?

Genau das ist die Frage in solchen Fällen. Allerdings wird nicht die analoge Anwendung des § 637 Abs. 1 BGB selbst als eigene Anspruchsgrundlage diskutiert, sondern man will einen entsprechenden Anspruch aus den §§ 326 Abs. 2 Satz 2 BGB in Verbindung mit § 326 Abs. 4 BGB analog herleiten.

19. Frage: Bitte erklären Sie das näher!

Dafür muss ich etwas ausholen. Also, die Vorschrift des § 326 BGB regelt, was mit dem Gegenleistungsanspruch des Verkäufers passiert, wenn die Leistung, also die Lieferung der Sache, unmöglich geworden und der Lieferungsanspruch daher wegen § 275 BGB entfallen ist. Kann der Verkäufer nicht mehr liefern, braucht der Käufer nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB logischerweise auch nicht zu zahlen. Diese gesetzgeberische Wertung wäre aber dann unbillig, wenn der Käufer selbst dafür verantwortlich ist, dass der Verkäufer nicht mehr liefern kann. Dann ist es gerecht, wenn der Verkäufer trotzdem sein Geld bekommt, was deshalb in § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB entspre-

chend geregelt ist. Und jetzt kommt der entscheidende Punkt: Spart der Verkäufer in diesem Fall Aufwendungen dadurch, dass er nicht mehr liefern muss, etwa durch jetzt weggefallene Transportkosten, ist es gerecht, wenn er diese ersparten Aufwendungen von seinem Kaufpreisanspruch abgezogen bekommt. Denn diese Kosten wären ja auf jeden Fall bei ihm angefallen, deshalb muss er es sich bieten lassen, dass diese Kosten nunmehr abgezogen werden. Und das steht in § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB.

20. Frage: Und was hat das jetzt mit unserem Fall zu tun?

Eine Menge. Wir haben ja festgestellt, dass H deshalb nicht mehr nacherfüllen muss und kann, weil S eigenmächtig und selbst gehandelt hat bzw. hat handeln lassen durch den M. Damit hat S in Bezug auf den Nacherfüllungsanspruch aus den §§ 439 Abs. 1, 437 Nr. 1 BGB eine Unmöglichkeit verursacht. Der H ist daher bei genauer Betrachtung nach § 275 Abs. 1 BGB von seiner Nacherfüllungspflicht frei geworden. Dadurch aber hat H beachtliche Kosten gespart.

21. Frage: Wieso?

Weil er nach § 439 Abs. 2 BGB grundsätzlich verpflichtet gewesen wäre, sämtliche Kosten der Nacherfüllung zu tragen. Man muss sich das nur mal vorstellen: S hätte, wenn sie sich für eine Beseitigung des Mangels entschieden hätte, auf Kosten des H den Kühlschrank von München nach Hannover schicken können, dort hätte H ihn reparieren und auf eigene Kosten zurückschicken müssen. Das wäre für H ein enormer logistischer und auch finanzieller Aufwand gewesen. Es ergibt sich durch die von S vorgenommene Selbstvornahme demnach folgendes Bild: Durch die von S so verursachte Unmöglichkeit der Leistung hat H ganz erhebliche Kosten gespart, die er wegen § 439 Abs. 2 BGB hätte tragen müssen. Es spricht daher einiges dafür, den Verkäufer an den Aufwendungen für die Selbstvornahme zu beteiligen.

22. Frage: Konsequenz?

Eine Meinung in der Wissenschaft wendet daher den § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB in Verbindung mit § 326 Abs. 4 BGB analog an undbürdet dem Verkäufer daher die Kostend der Selbstvornahme auf. Die Situationen seien nämlich vergleichbar und es sei vor allem nicht einsehbar, warum der Verkäufer wegen der ihn begünstigenden Selbstvornahme am Ende noch privilegiert werde. Der Verkäufer habe daher die Aufwendungen des Käufers zu tragen.

23. Frage: Und, was meinen Sie dazu?

Schwierige Frage. Mir scheint diese Ansicht zwar gut und nachvollziehbar begründet, aber im Ergebnis nicht zutreffend. Aus meiner Sicht scheitert die Gesetzesanalogie an einer planwidrigen Regelungslücke, die immer und zwingend vorliegend muss, um Normen analog anzuwenden. Der Gesetzgeber wollte sich augenscheinlich nur für den Bereich des Werkvertragsrechts für eine entsprechende Regelung entscheiden und hat deshalb auch nur dort mit den §§ 634 Nr. 2 BGB und § 637 BGB die Selbstvornahme explizit kodifiziert. Unter diesen Umständen von einer planwidrigen Gesetzeslücke auszugehen, erscheint mir daher nicht möglich, auch wenn ich sehe, dass dies zuweilen, etwa in unserem Fall, zu unbilligen Ergebnissen führen kann. Immerhin erspart die S mit ihrem Handeln dem H erheblichen Aufwand und auch erhebliche Kosten. Andererseits muss man allerdings auch sagen, dass die S dieses Problem der nun selbst zu tragenden Kosten leicht hätte vermeiden können. Ein einfacher Anruf bei H oder eine kurze E-Mail hätten vermutlich schon dabei geholfen, um ein entsprechendes Handeln zu legitimieren, es lag ja auch im Interesse des H. Im Ergebnis geht es aber nicht um eine Einzelfallbetrachtung, sondern um ein grundsätzliches Problem, weshalb ich eine analoge Anwendung des § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB sehr kritisch sehe und sie im Zweifel ablehnen würde. S hat die Kosten der Selbstvornahme daher nach meiner Überzeugung selbst zu tragen.

24. Frage: Gut. Wissen Sie zufällig, wann der Gesetzgeber das Kaufrecht und auch das Werkvertragsrecht umfassend geändert und etwa die Normen über die Selbstvornahme im Werkvertragsrecht neu geregelt hat?

Ja. Die hier fraglichen Normen bezüglich der Selbstvornahme im Werkvertragsrecht aus den §§ 634 und 637 BGB und auch die neuen Regelungen im Kaufrecht aus den §§ 434 ff. BGB stammen von der großen Schuldrechtsreform aus dem Jahre 2002. Die Selbstvornahme im Werkrecht gab es vorher zwar auch schon, sie ist im Jahre 2002 aber neu kodifiziert worden. Wie ich oben bereits erwähnte, der Gesetzgeber hätte die angebliche Lücke im Kaufrecht also vor 20 Jahren problemlos schließen können. Das hat er aber nicht getan. Eine Analogie des § 326 BGB unter Hinweis auf eine planwidrige Lücke liegt aus diesem Grund neben der Sache.

25. Frage: Können Sie zum Schluss auch sagen, bei welcher großen Reform erst vor relativ kurzer Zeit dann noch mal ganz erhebliche Veränderungen im BGB und namentlich im Kaufrecht erfolgt sind?

Ja. Zum 1. Januar 2022 sind die neuen Regelungen über die digitalen Produkte in Kraft getreten, die sich unter anderem in den §§ 327 ff. BGB finden. Auch dort hätte

der Gesetzgeber also die Möglichkeit gehabt, die Selbstvornahme im Kaufrecht anders zu regeln, was aber nicht erfolgt ist und nochmals dafürspricht, die werkvertraglichen Normen oder auch § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB gerade nicht analog anzuwenden. Das hier zu lösende Problem war spätestens seit der Reform im Jahre 2002 bekannt und ist auch 20 Jahre später vom Gesetzgeber nicht ins BGB eingeflossen. Es fehlt somit eindeutig an einer planwidrigen Gesetzeslücke für die Aufwendungen bei einer Selbstvornahme im Kaufrecht.