

# Schlecht erbrachte Leistung – Rücktritt nach § 323

*Ausgangslage:* S hat an G geleistet, aber „nicht vertragsgemäß“ (§ 323 Abs. 1: Schlechtleistung). G will zurücktreten. *Hinweis:* Auf ein Vertretenmüssen des S kommt es nicht an.

**1.** Handelt es sich um einen Fall der Gewährleistung, zB den Mangel einer Kaufsache (§ 434), einer Mietsache (§ 536), eines Werks (§ 633) oder einer Pauschalreise (§ 651i nF)?

Ja — Nein — **2.** Handelt es sich um einen gegenseitigen Vertrag (§ 320)? *Und* ist die fragliche Leistung des S eine *Hauptleistung* oder wichtige Nebenleistung (§ 320)?

Es gelten die Sondervorschriften der Gewährleistung, die als spezielles § 323 vorgehen.

Ja — **3.** Liegt einer der beiden folgenden Fälle vor:

- a) Nicht S, sondern G ist für den Mangel („den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde“), „**allein oder weit überwiegend verantwortlich**“ (§ 323 Abs. 6 Var. 1).
- b) Der Mangel (der Umstand, der G zum Rücktritt berechtigen würde), ist von S nicht zu vertreten und trat zu einer Zeit ein, als G nach § 293 im Gläubigerverzug war (§ 323 Abs. 6 Var. 2).

Nein

Ein gesetzliches Rücktrittsrecht wegen nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung gibt es nur nach § 323, und der setzt eine Hauptpflicht aus einem gegenseitigen Vertrag voraus.

Ja — Nein — **4.** Ist die Pflichtverletzung (die Abweichung von der geschuldeten Leistung) *erheblich* (kein Fall des § 323 Abs. 5 S. 2)?

G kann nicht zurücktreten (§ 323 Abs. 6). Ihm bleibt uU ein (nach § 254 reduzierter) Schadensersatzanspruch.

Ja, *erheblicher* Mangel. — **5.** Ist die Nacherfüllung möglich und für S zumutbar (kein Fall des § 275 Abs. 1 bis 3)?

Nein

Unerheblicher Mangel

Ja — **6.** Hat G dem S nach Fälligkeit (§ 271) eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt?

Nein

Der Anspruch des G auf die Nacherfüllung „ist ausgeschlossen“ (§ 275 Abs. 1).

Ja, angemessene Frist zur Nacherfüllung — **7.** Hat S die geschuldete Nacherfüllung bis zum Ablauf der Frist vollständig erbracht?

Nein, keine Fristsetzung  
*Hinweis:* Im Fall der Schlechtleistung ist § 323 Abs. 2 Nr. 2 nicht anzuwenden. Aber:

**8.** Ist die Nr. 1 oder die Nr. 3 gegeben?

- Nr. 1: S hat die Leistung (Nacherfüllung) „ernsthaft und endgültig“ verweigert (§ 323 Abs. 2 Nr. 1).
- Nr. 3: Es liegen „besondere Umstände“ vor, die einen sofortigen Rücktritt rechtfertigen (§ 323 Abs. 2 Nr. 3).

§ 326 Abs. 1 S. 1 gilt nicht (§ 326 Abs. 1 S. 2). Das bedeutet, dass der Anspruch des S auf die Gegenleistung *nicht* kraft Gesetzes entfällt. G muß also leisten.

Ein Rücktritt ist ausgeschlossen (§ 323 Abs. 5 S. 2), ein Schadensersatz neben der Leistung nicht (§ 325).

Ja — **8.** Hat S die geschuldete Nacherfüllung bis zum Ablauf der Frist vollständig erbracht?

Nacherfüllung  
**vollständig**  
erbracht

Nein, S hat bis zum Ende der Frist nicht korrekt nacherfüllt.

G kann „vom Vertrag zurücktreten“ (§ 323 Abs. 1).

Solange G nicht den Rücktritt erklärt hat, kann er auch nach wie vor Erfüllung verlangen. Er kann auch,  
– wenn die Voraussetzungen des § 281 gegeben sind, nur oder kumulativ (§ 325) *Schadensersatz* statt der Leistung oder  
– stattdessen den Ersatz seiner vergeblichen Aufwendungen verlangen (§ 284).

G kann nicht zurücktreten (§ 323 Abs. 1).

Ein Anspruch auf Schadensersatz *neben* der Leistung (zB Verzugsschaden) ist nicht ausgeschlossen.

Ja — G kann ohne Fristsetzung zurücktreten (§ 323 Abs. 1, Abs. 2).

Nein — Fristsetzung wenn möglich nachholen!

Aber G kann zurücktreten (§ 326 Abs. 5 Hs 1). Dazu muss er S keine Frist setzen (§ 326 Abs. 5 Hs. 2). Aber alle anderen Voraussetzungen des § 323 müssen vorliegen.

Kein Rücktritt