

A. Einleitung – Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz	1
B. Wesen und Begriff des Kaufvertrags	2
C. Zustandekommen eines Kaufvertrags (Vertragsschluß)	3
I. Vertragsgegenstand	3
II. Gegenleistung: Kaufpreis	4
III. Form des Kaufvertrags	5
D. Rechte und Pflichten der Vertragsparteien	5
I. Sachkauf	6
1. Hauptpflichten des Verkäufers	6
2. Hauptpflichten des Käufers	7
II. Rechtskauf	9
E. Gefahrtragung beim Kauf	12
I. Allgemeine Regeln	12
II. Sonderregeln für die Preisgefahr	14
1. Gefahrübergang bei der Übergabe	14
2. Gefahrübergang beim Versandungskauf	15
a. Versandungskauf außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs	15
b. Gefahrübergang beim Verbrauchsgüterkauf	18
c. Zum neuen Verbrauchsgüterkauf	19
F. Leistungsstörungenrecht/Sachmängelhaftung	21
I. Allgemeines	21
II. Sachmangel: Der subjektive Fehlerbegriff	21
III. Rechtsmangel	25
IV. Rechtsfolgen	28
1. Die gesetzliche Systematik der Rechtsfolgen eines Sachmangels	28
2. Anspruch auf Nacherfüllung	29
3. Rücktritt	33
4. Minderung des Kaufpreises	35
5. Schadensersatz und Aufwendungsersatz	36
a. Schadensersatz	36
b. Aufwendungsersatz	39

A. Einleitung – Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 09.11.2001, welches zum 01.01.2002 in Kraft getreten ist, dient in erster Linie der Umsetzung europäischen Rechts und der Aufnahme Verbraucherschutzrechtlicher Sondergesetze in das BGB. So wurden neben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie¹ die Richtlinie zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs², die E-Commerce-Richtlinie³ und die geänderte Richtlinie über Unterlassungsklagen⁴ in nationales Recht umgesetzt.

So führte besonders die **Verbrauchsgüterkaufrichtlinie** zu einer einschneidenden Veränderung des Kaufrechts im Rahmen des Gewährleistungsrechts zugunsten des Verbrauchers, der vertraglich vereinbarten Garantien und des Regreßanspruchs des Wiederverkäufers gegen seinen Lieferanten. Sie bewirkte in erster Linie also eine **Harmonisierung** des kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechts und des Werkvertragsrechts für neu hergestellte oder zu erzeugende bewegliche Sachen. Darüber hinaus kommt es nunmehr bei der Tauglichkeit der Kaufsache für den gewöhnlichen Gebrauch auch darauf an, ob der Gegenstand den öffentlichen Aussagen des Herstellers, die er in der **Werbung** und auf dem Etikett über die konkrete Eigenschaft des Produkts macht, entspricht.

Der Gesetzgeber nahm diese europäischen Richtlinien als Anlaß für eine umfassende **Reform des Schuldrechts** und hat, gerade im Bereich des Leistungsstörungenrechts, die Gewährleistungsvorschriften für alle Arten von Kaufverträgen für anwendbar erklärt. In diesem Zusammenhang sollte auch die Konkurrenz zwischen allgemeinem Leistungsstörungenrecht und dem Mängelgewährleistungsrecht beim Kauf durch einen **Vereinheitlichung**, die eine zwingende Unterscheidung von Sach- und Rechtsmangel sowie Stück- und Gattungskauf erforderlich machte, beseitigt werden.⁵ Erreicht wurde dieses Ziel dadurch, daß die Lieferung einer mangelhaften Kaufsache eine Pflichtverletzung i.S.d. § 280 BGB darstellt.

Kernpunkte der Reform speziell im Kaufrecht sind zum einen die deutlich längeren **Verjährungsfristen im Mängelgewährleistungsrecht** und zum anderen die **Pflicht des Verkäufers zur Leistung einer mangelfreien Kaufsache** in § 433 Abs. 1 S. 2 BGB. Darüber hinaus bestimmt nun das **Gesetz in § 434 BGB**, wann der Gegenstand des Kaufvertrages mangelfrei ist. Sach- und Rechtsmangel werden nach der gesetzlichen Neuregelung nahezu gleich behandelt und richten sich nach dem **allgemeinen Leistungsstörungenrecht**.⁶ Die Sondervorschriften über den Kauf auf Probe, den Wiederkauf und den Vorkauf sind, da sie keinen Bezug zum Leistungsstörungenrecht haben, unverändert erhalten geblieben.

Neu ist auch das durch die Verbrauchsgüterrichtlinie bedingte **zweistufige Gewährleistungssystem**:

- ⇒ Auf der **ersten Stufe** kann der Käufer bei Vorliegen eines Mangels zunächst nur zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung wählen.

¹ Richtlinie 199/44/EG vom 25.05.1999, ABl. EG Nr. L 171, 12, abgedruckt in: NJW **1999**, 2421.

² Richtlinie 2000/35/EG, ABl. EG Nr. L 200, S. 35 ff.

³ Richtlinie 2000/31/EG, ABl. EG Nr. L 178, S. 1 ff.

⁴ Richtlinie 98/27/EG, ABl. EG Nr. L 166, S. 51 ff.

⁵ BT-Drs. 14/6040, S. 208 f., BT-Drs. 14/7052, S. 251.

⁶ Vgl. hierzu *Schwab*, JuS **2002**, 1, 5; *Westermann*, NJW **2002**, 241, 242; *Schubel*, JuS **2002**, 313, 315.

- ⇒ Die Regeln der **zweiten Stufe** greifen nur dann ein, wenn die Rechte der ersten Stufe nicht bestehen oder fehlgeschlagen sind. Dann hat der Käufer das Recht, vom Vertrag zurückzutreten oder den Kaufpreis zu mindern.

Zu beachten ist, daß die EG-Richtlinie keine Regelungen hinsichtlich eines Anspruchs auf Schadensersatz enthält.

Von der **Option in Art. 5 Abs. 2 S. 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie**, wonach die Rechte des Käufers ausgeschlossen werden können, sofern er den Mangel nicht innerhalb einer Frist von 2 Monaten nach dessen Bekanntwerden dem Verkäufer anzeigt, hat die Schuldrechtsreform keinen Gebrauch gemacht.

Im übrigen entspricht die in der Richtlinie vorgesehene Regelung weitgehend dem § 377 HGB, wobei die **Frist zur Rüge** zwei Monate beträgt. Eine Umsetzung in nationales Recht wurde den Mitgliedsstaaten freigestellt, was einer mit der Richtlinie bezweckten Vereinheitlichung des Kaufrechts in den Mitgliedsstaaten zuwiderläuft.

Schließlich ist in Art. 5 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie eine dem deutschen Recht in diesem Bereich unbekannt **Beweislastumkehr zugunsten des Käufers** bei Auftreten eines Mangels innerhalb der ersten 6 Monate nach Lieferung vorgesehen, die zu einer widerleglichen Vermutung in der Weise führt, als das Auftreten eines Fehlers in den ersten 6 Monaten zu der Annahme berechtigt, der Fehler sei bereits bei Lieferung der Kaufsache vorhanden gewesen.

B. Wesen und Begriff des Kaufvertrags

Der Kauf als **schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft** ist ein gegenseitiger Vertrag, in dem sich der Verkäufer verpflichtet, einen Vermögensgegenstand zu veräußern, für den der Käufer als Gegenleistung einen bestimmten Geldbetrag bezahlt.⁷ Für den **Verkäufer** begründet der Vertrag die Pflicht zur Verschaffung des Kaufgegenstandes, d.h. zur Übergabe und zur Übereignung der Sache und zur Übertragung von Rechten; für den **Käufer** beinhaltet er die Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises und zur Abnahme der Kaufsache.

Von diesem schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft strikt zu trennen ist unter Anwendung des **Trennungs-** und **Abstraktionsprinzips** das Erfüllungsgeschäft. Durch das Erfüllungsgeschäft wird die gekaufte Sache übereignet, der Kaufpreis überwiesen, das verkaufte Recht abgetreten.⁸ Diese Trennung ist auch im Fall des sog. **Handkaufs**, bei dem der Kauf und das Erfüllungsgeschäft, wie z.B. im Ladengeschäft, zu einem einzigen tatsächlichen Vorgang zusammenfallen, zu beachten.⁹

Hinweis für die Fallbearbeitung: Ist in der Fallbearbeitung ein Sachverhalt aus dem Kaufrecht zu würdigen, so ist, unabhängig von der sachenrechtlichen Zuordnung des Kaufgegenstandes, zuerst zu prüfen, ob der Vertrag wirksam zustande gekommen ist. Denn die Unwirksamkeit des dem dinglichen Rechtsgeschäft zugrunde liegenden schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts, z.B. wegen Anfechtung, Formmangel

⁷ Brox/Walker, BSchR Rn. 2; Putzo in: Palandt, Rn 1 zu Einf v. § 433.

⁸ Putzo in: Palandt, Rn 4 zu Einf v § 433.

⁹ OLG Hamm NJW-RR **1998**, 199.

oder Sittenwidrigkeit hat grundsätzlich keinen Einfluß auf die Wirksamkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts.¹⁰ Nur in den Fällen der sog. Fehleridentität, der Bedingung und der Geschäftseinheit hat die Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts Auswirkungen auf die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts.¹¹

C. Zustandekommen eines Kaufvertrags (Vertragsschluß)

Voraussetzung des Kaufvertrages ist die Einigung der Parteien über den wesentlichen Vertragsinhalt. Als Mindestanforderung des Vertragsinhalts ist neben dem Vertragsgegenstand auch der Kaufpreis zu nennen (sog. *essentialia negotii*).¹²

Hinweis für die Fallbearbeitung: Auf den Kaufvertrag sind die Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB, insbesondere über die Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB), die Willenserklärung (§§ 116 ff. BGB) und den Vertrag (§§ 145 ff. BGB) anwendbar.

I. Vertragsgegenstand

§ 433 BGB legt dem Verkäufer in Abs. 1 S. 1 die Verpflichtung auf, dem Käufer die **Sache zu übergeben** und das **Eigentum** daran **zu verschaffen**. Für den Verkäufer ist – sofern es sich um einen **Rechtskauf** handelt – in besonderer Weise S. 2 von Bedeutung: Berechtigt das gekaufte Recht zum Besitz der Sache, so hat der Verkäufer dem Käufer das Recht zu verschaffen und die Übergabe vorzunehmen.

- ⇒ **Sachen** i.S.d. Kaufrechts sind sowohl bewegliche Gegenstände als auch Immobilien. Selbst Tiere können, da sie gemäß § 90 a wie Sachen zu behandeln sind, Gegenstand eines Kaufvertrages sein.
- ⇒ Die Sache kann von den Parteien im Vertrag entweder konkret, d.h. nach individuellen Merkmalen bestimmt (dann handelt es sich um einen **Stückkauf**) oder aber nur nach allgemeinen Merkmalen gekennzeichnet sein, dann liegt ein **Gattungskauf** vor. Nach der gesetzgeberischen Intention soll dieser Unterscheidung allerdings keine rechtliche Bedeutung mehr zukommen. Diese ist aber nur teilweise gelungen (unten).
- ⇒ Darüber hinaus ist es für die Bestimmung des Kaufgegenstandes nicht erforderlich, daß die verkaufte Sache bereits **existiert**. Es kann also auch noch zu produzierende Ware Gegenstand eines Kaufvertrages sein.

Beispiele: Kauf eines nach den Wünschen und Vorstellungen des Käufers gefertigten, fabrikneuen Fahrzeugs; Kauf einer Polstergarnitur, die erst angefertigt werden muß; Kauf eines Kalbes. Dabei handelt es sich um einen **aufschiebend bedingten Kauf**, d.h. der Vertrag steht unter der Bedingung bspw. der Lebendgeburt des Tieres. Es ist also vereinbart, daß der Käufer den Kaufpreis nicht bezahlen muß, wenn die Bedingung nicht eintritt. Ein Indiz für einen aufschiebend bedingten Kaufvertrag ist die Höhe des von den Parteien vereinbarten Kaufpreises: Handelt es sich dabei um den üblicherweise zu bezahlenden Preis für ein neues Fahrzeug, für eine neue Polstergarnitur, für ein lebendes Kalb, so ist von einem aufschiebend bedingten Kaufvertrag auszugehen. Haben die Parteien dagegen einen geringeren Kaufpreis

¹⁰ OLG Frankfurt/M. NJW 1981, 2127.

¹¹ Näher dazu vgl. *Heinrichs* in: *Palandt*, Rn 23 und 24 zu Überbl v § 104.

¹² *Putzo*, in: *Palandt*, Rn 2 zu Einf v § 433; *Brox/Walker*, BSchR Rn 3.

als den üblichen Preis vereinbart, so ist zu vermuten, daß es nur die Chance, nicht aber der reale Gegenstand ist, der gekauft wurde.¹³

Auch **Rechte, wie z. B. Forderungen, Grundpfandrechte, Erbbaurechte und Immaterialgüterrechte** (Patent, Marke, Gebrauchs- oder Geschmacksmuster) können – insoweit sie übertragbar sind – Gegenstand eines Kaufvertrages sein.¹⁴ Dabei kann es sich auch erst um ein zukünftiges Recht handeln.

Neben dem Erwerb einer Sache oder eines Rechts können auch **andere Vermögenswerte**, wie z.B. Sach- und/oder Rechtsgesamtheiten, insbesondere ein Unternehmen, Unternehmensteile, die Praxis eines Freiberuflers, Elektrizität, Fernwärme, technisches Know-how, Erfindungen, auch wenn sie noch keinen gewerblichen Rechtsschutz genießen, urheberrechtlich nicht geschützte Software, Werbeideen und Adressen.¹⁵ Darüber hinaus kommen als weitere Kaufgegenstände auch Gewinnchancen und Herstellungsverfahren in Betracht.¹⁶

Hinweis für die Fallbearbeitung: Der Verkauf einer Sachgesamtheit, wie z.B. eines Unternehmens, kann in einem einzigen Kaufvertrag erfolgen; erfüllt wird der Vertrag dann aber durch die Übereignung eines jeden einzelnen Gegenstandes.

In keinem Fall ist es erforderlich, daß der Verkäufer Eigentümer der Sache oder Inhaber des von ihm veräußerten Rechts ist.¹⁷

§ 433 Abs. 2 BGB verlangt vom Käufer die **Zahlung des** (vereinbarten) **Kaufpreises** sowie die **Abnahme der gekauften Sache**.

II. Gegenleistung: Kaufpreis

Der Käufer muß den **Kaufpreis in Geld** entrichten. Umfaßt ist auch die **Mehrwertsteuer**¹⁸; sie ist Teil der Kaufpreisforderung. Ob der Kaufpreisbetrag mit oder ohne gesetzliche Mehrwertsteuer vereinbart ist, hängt von der ausdrücklichen oder stillschweigenden Absprache der Vertragsparteien ab.¹⁹ Vom Kaufpreis **nicht erfaßt** sind die **Zinsen** für den verspätet gezahlten oder gestundeten Kaufpreis.

Die **Höhe des Kaufpreises** unterliegt der Vereinbarung der Vertragsparteien. Fehlt eine ausdrückliche Vereinbarung, so kann, sofern nicht von einem offenen Einigungsmangel auszugehen ist,

- ⇒ der im Geschäftsbetrieb des Verkäufers übliche Kaufpreis, d.h. der Laden-/Listenpreis bzw.
- ⇒ der Börsen- oder Marktpreis

als vereinbart angenommen werden.²⁰ Darüber hinaus kann die Bestimmung des Kaufpreises durch den Verkäufer im Wege der Leistungsbestimmung nach §§ 315, 316 BGB erfolgen oder durch ergänzende Vertragsauslegung²¹ ermittelt werden.

¹³ Brox/Walker, BSchR, Rn 4.

¹⁴ Brox/Walker, BSchR, Rn 5.

¹⁵ Schmidt-Räntsch, Rn 667; vgl. im einzelnen: Putzo, in: Palandt, § 433 Rn 1 ff.

¹⁶ Putzo, in Palandt, § 433 Rn 5.

¹⁷ Brox/Walker, BSchR Rn 4.

¹⁸ BGHZ 103, 287 m.w.N.

¹⁹ Putzo, in: Palandt, § 433 Rn 30.

²⁰ Putzo, in: Palandt, § 433 Rn 28.

Wegen der Regelung in § 271 BGB ist, sofern nichts anderes vereinbart ist, der **Kaufpreis mit seiner Entstehung** zur Zahlung **fällig**. Maßgebender Zeitpunkt ist also der Abschluß des Kaufvertrages. Ergibt sich weder aus dem Vertrag noch aus den Umständen des Einzelfalls eine abweichende Regelung, so ist sowohl die Leistung als auch die Gegenleistung sofort fällig.

Ist eine andere Gegenleistung als Geld bedungen, so handelt es sich um einen Tauschvertrag. Ein Kaufvertrag liegt aber dennoch vor, wenn der Käufer neben dem Kaufpreis noch **andere Nebenleistungen** zu erbringen hat.

III. Form des Kaufvertrags

Nach den Grundsätzen der Vertragsfreiheit kann der Kaufvertrag **grundsätzlich formfrei** geschlossen werden. Er ist also in gleicher Weise wirksam, gleichgültig ob er schriftlich, mündlich oder durch schlüssiges Verhalten zustande kommt.

In einigen wichtigen Fällen, wo mindestens eine der Vertragsparteien eines besonderen Schutzes durch das Gesetz bedarf, sind **Formvorschriften** zur Wirksamkeit des Kaufvertrags zu beachten:

- ⇒ notarielle Beurkundung beim **Grundstückskaufvertrag** nach § 311 b Abs. 1 BGB
- ⇒ notarielle Beurkundung beim Kauf des **gegenwärtigen Vermögens** oder Vermögensteils des Verkäufers nach § 311 b Abs. 3 BGB
- ⇒ notarielle Beurkundung beim Kauf eines **gesetzlichen Erbteils oder Pflichtteils** nach § 311 b Abs. 5 BGB
- ⇒ notarielle Beurkundung beim **Erbschafts Kauf** nach § 2371 BGB

Hinweis für die Fallbearbeitung: Im praktisch wichtigsten Fall der notariellen Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages ist zu beachten, daß der Formmangel durch die Auflassung und Eintragung geheilt wird. Der zunächst nicht beurkundete und damit wegen Verstoß gegen Formvorschriften nach § 125 BGB nichtige Kaufvertrag wird durch die vollzogene Rechtsänderung in vollem Umfang wirksam.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, daß die Vollmacht des Vertreters zum Abschluß eines Immobilienkaufvertrags grundsätzlich formfrei ist, § 167 BGB. Ist die Vollmacht aber Teil eines einheitlichen Veräußerungs- oder Erwerbsvertrags, so umfaßt der Formzwang des Gesamtvertrages auch die Vollmacht.²² Dies gilt nach ständiger Rechtsprechung auch für die widerrufliche Vollmacht, wenn sie eine tatsächliche oder rechtliche Bindung des Vollmachtgebers zum Erwerb oder zur Veräußerung des Grundstücks begründet.²³ Ist die Vollmacht lediglich dazu bestimmt, die Vollziehung des Grundstückskaufvertrags zu sichern, so kann sie formfrei erteilt werden.

D. Rechte und Pflichten der Vertragsparteien

Die Pflichten der Kaufvertragsparteien sind in § 433 BGB festgelegt. Zu unterscheiden ist auch nach der Schuldrechtsreform zwischen Haupt- und Nebenpflichten, deren Differenzierung aber nicht mehr von so wesentlicher Bedeutung ist, wie dies einst der Fall war.

²¹ OLG Hamm NJW **1976**, 1212.

²² RGZ **94**, 150; BGHZ **103**, 300; BGH NJW-RR **1989**, 1099.

²³ BGH DNotZ **1965**, 549; BGH NJW **1979**, 2306.

I. Sachkauf

1. Hauptpflichten des Verkäufers

a. Zunächst treffen den Verkäufer nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB folgende **Pflichten**:

- ⇒ **Übergabe der geschuldeten Sache**, d.h. Übertragung des unmittelbaren Besitzes und
- ⇒ **Verschaffen des Eigentums** an der Kaufsache.

b. Nach § 433 Abs. 1 S. 2 BGB ist der Verkäufer darüber hinaus verpflichtet, dem Käufer die Sache **frei von Sach- und Rechtsmängeln** zu verschaffen.

aa. Die **Sachmangelfreiheit** gehört somit nach der sog. „**Erfüllungstheorie**“ zur **primären Leistungspflicht** des Verkäufers. Ein **Verstoß** gegen diese Pflicht begründet nach dem Wortlaut der §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB grundsätzlich einen **Nacherfüllungsanspruch**. Dieser besteht gem. § 439 Abs. 1 BGB nach der Wahl des Käufers in der **Beseitigung des Mangels** oder in der **Lieferung einer mangelfreien Sache**. Freilich setzt beides voraus, daß der Verkäufer überhaupt nacherfüllen kann. Beim **Gattungskauf** ist dies ohne weiteres denkbar; beim **Stückkauf** existiert die Sache dagegen nur einmal, so daß die Lieferung einer (anderen) mangelfreien Sache kaum vorstellbar ist.

Beispiele²⁴:

- (1) V verkauft dem K einen Gebrauchtwagen als unfallfrei, obwohl es sich bei dem Wagen in Wirklichkeit um einen wiederhergestellten Unfallwagen handelt. Hier ist es trotz größtmöglicher Anstrengung unmöglich, aus dem wiederhergestellten Unfallwagen einen unfallfreien Wagen zu machen. Auch scheidet eine Ersatzlieferung aus, weil es sich bei einem gebrauchten Gegenstand um eine **unvertretbare Sache** handelt.
- (2) Diesmal verkauft V dem K einen „Picasso“. Doch schon einen Tag nach der Übergabe stellt sich heraus, daß es sich bei dem Gemälde um eine – wenn auch gute – Fälschung handelt. Ob V hier doch noch das geschuldete Gemälde übereignen kann, hängt davon ab, ob es tatsächlich noch existiert und auch vom jetzigen Eigentümer abgegeben wird. Verneint man zumindest ersteres, ist die Übergabe des Bildes von V auf K zu unmöglich. Wegen der Streichung des bisherigen § 306 (der die Nichtigkeit eines auf eine anfängliche objektive Unmöglichkeit gerichteten Vertrags regelte) bleibt der Kaufvertrag zwischen V und K auch dann bestehen, wenn der verkaufte „Picasso“ überhaupt nicht existiert. Der Ausgleich findet dann auf der Ebene der Rechtsbehelfe (Rücktritt vom Vertrag, Schadensersatz) statt. Existiert das Bild, steht aber im Eigentum eines Dritten, so trifft den V eine Beschaffungsschuld. Kann es er das Bild nicht beschaffen, so haftet er ebenfalls auf Schadensersatz.

Kommen also weder die Beseitigung des Mangels noch die Lieferung einer (anderen) mangelfreien Sache in Betracht (oder ist die Mangelbeseitigung für den Verkäufer unverhältnismäßig, vgl. § 439 Abs. 3 BGB), stehen dem Käufer bestimmte Sekundäransprüche (Rücktritt vom Vertrag, Schadensersatz wegen Nichterfüllung) zu. Man kann daher sagen, daß die gesetzgeberische Intention nach einer pauschalen Nacherfüllung und der damit verbundenen Einebnung von Stück- und Gattungskauf nicht ganz gelungen ist. Darauf wird im Rahmen des Gewährleistungsrechts auf S. 23 ff. noch ausführlich einzugehen sein.

bb. Nach der Neuregelung des Schuldrechts ist – wie gesagt – die Regelung der **Rechtsfolge bei anfänglichem Unvermögen** des Verkäufers in den Fällen des Verkaufs einer fremden Sache eine andere geworden: Die § 325 BGB a.F. herrschend entnommene Garantiehafung²⁵ entfällt zugunsten einer Haftung für (vermutetes) Verschulden nach § 311a Abs. 2 BGB n.F. und begründet faktisch die **Möglichkeit der Minderung** des Kaufpreises bei Vorliegen eines Rechtsmangels. Dadurch wird die bisherige Rechtsprechung des BGH, wonach der Käufer ohne Nachweis, daß der Verkäufer einen niedrigeren Kaufpreis akzeptiert hätte, einen Anspruch auf Ersatz des zuviel Gezahlten aus c.i.c. geltend machen konnte, in weiten Bereichen gegenstandslos,²⁶ weil es einer „Minderung durch c.i.c. nicht mehr bedarf.“²⁷

cc. Auch Sach- und Rechtsmängel werden weitestgehend **gleich behandelt** und nicht nur die Sach-, sondern auch die Rechtsmängelhaftung sowohl dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht als auch den kaufrechtlichen Regelungen der §§ 437 ff. BGB unterstellt.²⁸ Die Definition des Rechtsmangels findet sich, sprachlich leicht modifiziert, nunmehr in § 435 BGB, der nun auch die Pflicht des Verkäufers, nicht bestehende Buchrechte zu beseitigen, gesetzlich miterfaßt.

2. Hauptpflichten des Käufers

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat für die Hauptpflichten des Käufers keine Änderung gebracht. Nach § 433 Abs. 2 BGB schuldet der Käufer

- ⇒ die **Zahlung** des Kaufpreises sowie
- ⇒ die **Abnahme** der gekauften Sache.

a. Pflicht zur Kaufpreiszahlung bedeutet die Übergabe des Kaufpreises in bar, und zwar in Euro durch Übereignung der Geldscheine und Geldstücke nach § 929 BGB in der vereinbarten Höhe an den Verkäufer Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung der Kaufsache. Der Kaufpreis ist das, auch der Höhe nach vereinbarte Entgelt für den Kaufgegenstand, der zwar die Mehrwertsteuer²⁹, nicht aber auch Zinsen für den gestundeten bzw. später bezahlten Kaufpreis umfaßt.

Ist im Vertrag kein Zeitpunkt für die Zahlung des Kaufpreises vorgesehen oder vereinbart worden, so besteht die Zahlungspflicht **mit Abschluß des Kaufvertrages**, vgl. § 271 Abs. 1 BGB. Der Käufer ist aber nicht vorleistungspflichtig, d.h. bis zur Erfüllung des Kaufvertrages durch den Verkäufer steht dem Käufer die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320 BGB gegen dessen Zahlungsanspruch zu.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Die Parteien können aber auch eine Pflicht zur Vorleistung des Verkäufers oder Käufers vereinbaren.

Im übrigen kann auch die gesetzlich **vorgesehene Barzahlungspflicht** von den Parteien abweichend geregelt werden.

²⁴ Vgl. *Schmidt-Räntsch*, Rn 680.

²⁵ Vgl. dazu noch BGH NJW **2000**, 2101; *Medicus*, SchuldR II, Rn 24.

²⁶ Vgl. *Schubel*, JuS **2002**, 313, 315.

²⁷ BT-Drs. 14/6040, S. 216 f.

²⁸ Vgl. hierzu *Schmidt-Räntsch*, Rn 744 ff.; *Schwab*, JuS **2002**, 1, 5; *Westermann*, NJW **2002**, 241, 242; *Schubel*, JuS **2002**, 313, 315.

²⁹ BGHZ **103**, 287 m.w.N.

Beispiele für die heute allgemein übliche Gestattung eines bargeldlosen Zahlungsverkehrs :

- ⇒ Angabe der Kontonummer auf Rechnung und Auftragsbestätigung
- ⇒ Annahme der EC-, Geld- oder Kreditkarte
- ⇒ Annahme eines Schecks

Allerdings ist dabei bei allen Formen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs zu beachten, daß der Kaufpreisanspruch erst dann erlischt, wenn der Betrag auf dem Konto des Verkäufers gutgeschrieben ist, weil er erst von diesem Zeitpunkt an über das Geld verfügen kann.

Erbringt der Käufer eine **andere Leistung anstelle von Geld**, so setzt dies eine entsprechende Vereinbarung der Parteien voraus.³⁰ Diese Abrede muß nicht bereits bei Vertragsabschluß getroffen werden; vielmehr steht es den Vertragspartnern frei, welchen Zeitpunkt sie dafür wählen.

b. Pflicht zur Abnahme der Kaufsache: Die nur beim Sachkauf auftretende Pflicht zur Abnahme der Kaufsache gibt dem Käufer auf, die **vom Verkäufer bereitgestellte und vertragsgemäße Kaufsache** an sich zu nehmen. Dabei handelt es sich um eine einklagbare Pflicht des Käufers. Zweck dieser Regelung ist es, den Verkäufer zu entlasten und ihn von der Sorge um die Erhaltung und Aufbewahrung des Kaufgegenstandes zu befreien.³¹

Geht man aufgrund der bereits erwähnten Neufassung des § 433 Abs. 1 S. 2 BGB, wonach der Verkäufer eine sach- und rechtmängelfreie Sache schuldet, davon aus, es handele sich bei der **Sach- und Rechtmängelfreiheit** um eine **Primärleistungspflicht**, hat dies zur Folge, daß auch der Käufer nur dann zu Abnahme verpflichtet ist, wenn die Sache sach- und rechtmängelfrei ist. Aber auch wenn man in der Abnahmepflicht keine Primärleistung- sondern (wie im alten Recht³²) nur eine **Nebenleistungspflicht** sieht³³, ändern dies nichts an dem Recht des Käufers zur Verweigerung der Abnahme.

Auch im übrigen hat die **Differenzierung zwischen Haupt- und Nebenleistungspflicht** nach neuem Recht kaum mehr Bedeutung. § 323 BGB n.F. setzt für den Rücktritt wegen nicht erbrachter Leistung nicht mehr voraus, daß die nicht erbrachte Leistung Gegenstand einer Hauptleistungspflicht darstellt.³⁴ Entsprechendes gilt auch für den Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 BGB n.F.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Da bei Vorliegen eines Sach- oder Rechtsmangels also die Abnahmepflicht des Käufers entfällt, es sich bei der Weigerung der Abnahme somit um eine rechtshemmende Einrede des Käufers i.S.d. § 320 BGB handelt, wäre in der Fallbearbeitung bei der Prüfung des Anspruchs des Verkäufers gegen den Käufer auf Abnahme (und Bezahlung) der Sache danach zu fragen, ob dem Anspruch des Verkäufers auf Abnahme der Sache nicht deren Mangelhaftigkeit entgegensteht. Hier wäre zunächst festzustellen, daß die Abnahmeverpflichtung zumindest fällig ist (vgl. § 271 Abs. 1 BGB). Sodann wäre die Mangelhaftigkeit der Sache zu prüfen und bei deren Bejahung die Einrede des nichterfüllten Vertrags (§ 320 BGB) zu bejahen. Aus systematischen Gründen wird die

³⁰ Putzo, in: Palandt, § 433 Rn 33.

³¹ Mot. II, 318; Prot. II, 52 ff.

³² Dazu Westermann, in: MüKo, § 433 Rn 75 m.w.N.; dagegen: Huber, in: Soergel, § 433 Rn 293.

³³ So Lorenz/Riehm, Rn 476.

³⁴ BT-Drs. 14/6040, S. 183. Vgl. auch Schmidt-Räntsch, Rn 677 ff.

Mangelhaftigkeit der Sache in der vorliegenden Darstellung allerdings im Abschnitt über das Gewährleistungsrecht behandelt.

II. Rechtskauf

Nach § 453 Abs. 1 BGB sind die **Regeln über den Sachkauf** nach §§ 433 ff. BGB, insbesondere auch die Vorschrift des § 434 BGB über die Sachmängelhaftung, auf den Kauf von Rechten und sonstigen Gegenständen **entsprechend anwendbar**: Der Verkäufer hat dem Käufer das Recht frei von Rechtsmängeln zu verschaffen. Von dieser Vorschrift werden alle Rechte, und zwar unabhängig davon,

- ⇒ ob es sich um obligatorische oder dingliche Rechte handelt,
- ⇒ an welcher Stelle sie sich im Gesetz befinden und
- ⇒ welchen Inhalt sie haben,

erfaßt, solange sie veräußerlich sind.³⁵ Mängel beim Rechtskauf unterliegen infolge der §§ 437 Nr. 2, 3, 453 Abs. 1 BGB einheitlich dem **allgemeinen Leistungsstörungenrecht**, modifiziert durch die Sonderregelungen im Kaufrecht der §§ 439-441, 453 Abs. 1, 3 BGB.

Durch den Wegfall der §§ 437, 438 BGB a.F. im Zuge der Schuldrechtsreform geht nunmehr die **Veritätshaftung**³⁶ des § 437 BGB a.F. in der Sachmängelhaftung der §§ 434 i.V.m. 453 BGB n.F. unter.³⁷ Darüber hinaus wird künftig auf die Klarstellung verzichtet, daß der Käufer im Zweifel für die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners auf den Zeitpunkt bezogen haftet, in dem der Verkäufer die abgetretene Forderung erfüllt hat.

Der Verkäufer eines Rechts hat, unter Anwendung des § 433 Abs. 1 S. 2 BGB, dem Käufer das Recht **frei von Rechtsmängeln** zu verschaffen. Demzufolge ist der Käufer berechtigt, aber auch verpflichtet, im Falle eines Rechtsmangels vom Verkäufer **Nacherfüllung** zu verlangen (§ 437 Nr. 1 BGB). Nach Fristsetzung stehen dem Käufer auch die weitergehenden Rechte aus § 437 BGB, nämlich

- ⇒ **Rücktritt/Minderung** nach § 437 Nr. 2 BGB sowie
- ⇒ **Schadensersatz** nach § 437 Nr. 3 BGB

zu, wenn der Verkäufer, was beim Rechtskauf nicht unüblich ist, stillschweigend oder ausdrücklich für den Bestand, u.U. sogar für seine Bonität, eine Garantie übernommen hat.

Beispiel: Der Verkäufer sichert dem Käufer zu, daß der Scheck, trotz fehlender Unterschrift, gedeckt ist.

Der Anspruch des Käufers eines Rechts auf Nacherfüllung eines mit einem Mangel behafteten Rechts ist gerichtet auf die **Beseitigung** der im Widerspruch zu dem Rechtskauf stehender Rechte Dritter.³⁸

³⁵ *Büdenbender*, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, § 453 Rn 2.

³⁶ Der Verkäufer haftet für den Bestand der Forderung.

³⁷ Vgl. *Graf von Westphalen*, WM **2001**, 1837 ff.

³⁸ *Büdenbender*, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, § 453 Rn 7.

Die Vorschriften über den Sachkauf sind nach § 453 Abs. 1 BGB auch auf den **Kauf von sonstigen Gegenständen** entsprechend anwendbar.

Sonstige Gegenstände³⁹ i.S.d. Vorschrift können sein: entgeltliche Übertragung von Unternehmen oder Unternehmensteilen, freiberufliche Praxis⁴⁰, Elektrizität, Gas, Wasser, Fernwärme (jeweils in leitungsgebundener Form), technisches Know-how, Software, Erfindungen, gleichgültig, ob es sich bereits um ein gewerbliches Schutzrecht handelt oder (noch) nicht, Werbeideen, Adressen, Gewinnchancen, Herstellungsverfahren.

Nach der Definition in § 435 BGB **ist eine Sache rechtmängelfrei**, wenn Dritte hinsichtlich der gekauften Sache keine anderen als die im Kaufvertrag übernommenen Rechte gegen den Käufer geltend machen können. Dem steht es gleich, wenn im Grundbuch ein nicht existierendes Recht eingetragen ist.

Es ist darauf hinzuweisen, daß nach dem Willen des Gesetzgebers § 276 BGB mit dem dort geregelten **Verschuldensmaßstab** auch auf den Rechtskauf Anwendung finden soll.⁴¹ Dieser Umstand ist von entscheidender praktischer Bedeutung:

- ⇒ Aufgrund der Verpflichtung zur mängelfreien Verschaffung des Rechts kann der Verkäufer, entsprechend der Regeln beim Sachkauf, auch beim Rechtskauf **ausdrücklich oder stillschweigend Garantien**, etwa für den Bestand der Forderung, **übernehmen**. In diesem Zusammenhang ist es auch denkbar, daß **selbständige Garantien** gemäß § 443 BGB vorkommen.⁴²

Beispiel: Der Käufer erwirbt einen Elektrowärmespeicher für eine Fabrikhalle, für den der Verkäufer eine bestimmte Innen- und Außentemperatur garantiert hat.⁴³

- ⇒ Zu prüfen ist daher stets, ob eine Parteivereinbarung existiert, aufgrund derer der Verkäufer eines Rechts verschuldensunabhängig oder nur im Rahmen des Vertretenmüssens haftet. In Anlehnung an die alte Fassung des § 437 BGB kann aus dem Inhalt des auf einen Rechtskauf gerichteten Schuldverhältnisses i.d.R. eine **verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers für die Verität, d.h. für den rechtlichen Bestand** der Forderung/des Rechts begründet werden.⁴⁴

Hinweis für die Fallbearbeitung: Diese Schlußfolgerung ist aber nicht zwingend; vielmehr bleibt es bei der einzelfallbezogenen Auslegung des § 276 Abs. 1 BGB.

Um Unklarheiten zu beseitigen, sollte eine vertragliche Regelung gefunden werden, und zwar nicht zuletzt wegen der **unterschiedlichen Haftung** bei Verkauf eines bereits bestehenden bzw. eines künftigen Rechts.⁴⁵ Wegen des Gefahrübergangs im Zeitpunkt der Übergabe des bestehenden Rechts durch den Verkäufer auf den Käufer nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB sind in diesem Zusammenhang stets die Überlegungen zur garantiemäßigen Übernahme der Haftung i.S.d. §§ 443, 444 BGB heranzuziehen. Hat der Verkäufer zugesichert, daß eine bestimmte Beschaffenheit der Sache bestehen

³⁹ Vgl. hierzu die Aufzählung in der BegrRE, BT-Drs 14/6040, S. 242.

⁴⁰ Vgl. BGH NJW **2001**, 2462.

⁴¹ RegE BR-Drs. 338/01 S. 569. Vgl. auch *Schmidt-Räntsch*, Rn 905 ff.

⁴² *Westermann*, NJW **2002**, 246, 247.

⁴³ Vgl. BGH NJW **1965**, 148; der hier einen selbständigen Garantievertrag bejaht hat.

⁴⁴ *Graf von Westphalen*, in: Henssler/Graf von Westphalen § 453 Rn 3.

⁴⁵ *Putzo*, in: Palandt, § 437 Rn 8.

bleibt oder künftig entstehen wird, dann ist von einer **verschuldensunabhängigen Garantiehftung** auszugehen.⁴⁶ Im Rahmen des Verschuldensmaßstabs des § 276 BGB führt dies, sofern die Parteien nichts abweichendes vereinbart ist, zu einer verschuldensunabhängigen Haftung **für die Verität der Forderung**.

Entsprechend der bisherigen Regelung in § 448 Abs. 2 BGB a.F. ist der Verkäufer zur Tragung der Kosten für die Begründung und Übertragung des Rechts verpflichtet, § 453 Abs. 2 BGB.

Nach § 453 Abs. 3 BGB hat der Verkäufer beim **Verkauf eines Rechts, das zum Besitz einer Sache berechtigt**, nicht nur dieses frei von Rechtsmängeln zu verschaffen. Der Käufer hat vielmehr auch Anspruch darauf, daß ihm auch der Besitzgegenstand frei von Rechts- und Sachmängeln übergeben wird.⁴⁷ Damit unterliegt der Verkäufer insbesondere dem sich aus §§ 433 Abs. 1 S. 2, 434, 437 ff. BGB ergebenden Nacherfüllungsanspruch nach § 439 BGB.

Beispiele:

- (1) Das Grundstück beim Kauf eines Erbbaurechts.
- (2) Die Eigentumswohnung beim Kauf des Sondereigentums und des Miteigentumsanteils am Grundstück⁴⁸

In derartigen Fällen handelt es sich zwar um einen Rechtskauf nach § 453 Abs. 1 BGB; aus der Sicht des Käufers steht aber das Recht zum Besitz an der Sache im Vordergrund. Daher erschien es dem Gesetzgeber sachgerecht, den Verkäufer **nicht nur für Rechts-**, sondern **auch für Sachmängel**, die bei der Übergabe der Sache bestehen, haften zu lassen.⁴⁹

Nach § 438 BGB sind auch die Verjährungsvorschriften des Sachkaufs auf den Rechtskauf anwendbar. Danach **verjähren** die Ansprüche gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB **in zwei Jahren. Schwierigkeiten** bereitet die **Feststellung des Verjährungsbeginns** wegen der Anknüpfung an die Übergabe (§ 438 Abs. 2 BGB). Ist mit dem Rechtskauf ein Recht zum Besitz verbunden, so ist auch hier die **Übergabe** maßgebend. In den anderen Fällen, in denen eine Unterscheidung zwischen Übergabe und Übereignung nicht gibt, ist hinsichtlich des Verjährungsbeginns nach § 438 Abs. 2 BGB auf die Übertragung des Rechts in seiner mangelhaften Form abzustellen.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Bei der Festlegung des Beginns der Verjährung auf den Zeitpunkt der Übertragung des Rechts darf nicht übersehen werden, daß der Käufer bei der Übergabe der Sache in der Lage ist, die Sachmängelfreiheit zu prüfen, wohingegen diese Prüfungsmöglichkeit beim Rechtskauf nicht ohne weiteres möglich ist. Daß es dennoch bei dem **Zeitpunkt der Übertragung der Sache** bleiben soll, folgt aus dem Umstand, daß § 438 Abs. 2 BGB auch auf die Fälle des Rechtsmangels anwendbar ist, obwohl der Käufer auch hier allein aufgrund der Übergabe der Sache noch nicht in der Lage ist, die Mangelfreiheit problemlos feststellen zu können.

Beispiel: Der Käufer erwirbt vom Verkäufer eine Forderung in Höhe von 5.000.- €, die diesem angeblich gegenüber dem Schuldner zusteht. Wenige Tage danach stellt

⁴⁶ Graf von Westphalen in: Henssler/Graf von Westphalen, § 453 Rn. 4.

⁴⁷ BGH NJW **1986**, 1605 f.; RegE BR-Drs. 338/01 S. 569 f.

⁴⁸ Ott/Lüer/Heussen, Rn 483.

⁴⁹ BT-Drs. 14/6040, S. 217 f.

sich heraus, daß die Forderung nie existiert hat. Der Verkäufer gibt an, er habe weder bei Abschluß des Kaufvertrages noch danach Kenntnis davon gehabt. Welche Rechte stehen dem Käufer zu?

Der Käufer könnte nach § 433 Abs. 1 BGB Anspruch auf Übertragung der Forderung haben. Mit Abschluß des Kaufvertrages ist der Anspruch entstanden. Dabei kommt es nach § 311 a Abs. 1 BGB n.F. für die Wirksamkeit des Vertrages nicht darauf an, daß bereits vor Abschluß des Vertrages ein (anfängliches) Leistungshindernis besteht. Der Anspruch des Käufers könnte aber nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen sein, wenn die Leistung nicht nur dem Verkäufer, sondern jedermann unmöglich ist. Da die verkaufte Forderung des Verkäufers gegen den Schuldner nicht besteht, kann diese auch nicht auf den Käufer übertragen werden. Der Käufer kann die Übertragung der Forderung nicht verlangen.

Der Käufer könnte aber einen Schadensersatzanspruch nach §§ 437 Nr. 3, 311 a Abs. 2 S. 1 BGB n.F. haben. Voraussetzung dafür ist, daß der Schuldner, hier also der Verkäufer, nach § 275 BGB nicht leisten muß. Wie oben bereits festgestellt, ist die Leistungspflicht des Verkäufers nach § 275 Abs. 1 BGB entfallen.

Der Schadensersatzanspruch ist nach § 311 a Abs. 2 S. 2 BGB n.F. ausgeschlossen, wenn der Schuldner, hier also der Verkäufer, das Leistungshindernis bei Vertragsschluß nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat. Nach § 276 Abs. 1 n.F. hat der Verkäufer Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. In Betracht kommt hier eine fahrlässige Unkenntnis des Verkäufers. Zu prüfen ist nun, welche Anforderungen an die Sorgfaltspflicht beim Rechtskauf zu stellen sind. Da Rechte nicht körperlich sind, bringt der Käufer dem Verkäufer ein gesteigertes Vertrauen hinsichtlich des Bestandes und u.U. auch hinsichtlich der Bonität entgegen. Dies würde für eine gesteigerte Prüfungspflicht des Verkäufers sprechen. Allerdings wäre es wohl zu weitgehend und würde den Verkäufer eines Rechtes überfordern, wenn jede Unkenntnis über das Nichtbestehen eines Rechts zur Begründung einer Fahrlässigkeitshaftung führen würde. Maßgebend dürfte daher sein, ob im Einzelfall festgestellt werden kann, daß der Verkäufer tatsächlich Kenntnis hätte haben können.

Eine Haftung des Verkäufers könnte sich aber aus einer stillschweigenden oder ausdrücklich übernommenen Garantie für den Bestand der Forderung ergeben.⁵⁰ Voraussetzung dafür ist, daß der Verkäufer für den Bestand der Forderung einstehen wollte. Diesbezügliche Anhaltspunkte lassen sich im Sachverhalt nicht finden. Der Verkäufer hat keine Argumente vorgebracht, die sein vermutetes Verschulden ausschließen könnten. Daher haftet der Verkäufer nach § 311 a Abs. 2 BGB n.F. auf Schadensersatz in Höhe des positiven Interesses⁵¹, d.h. er muß dem Käufer Schadensersatz von 5.000.- € bezahlen.

E. Gefahrtragung beim Kauf

I. Allgemeine Regeln

Verschlechtert sich der Kaufgegenstand oder geht er unter, so ist zu prüfen, wer den daraus sich ergebenden Nachteil zu tragen hat. Dies hängt entscheidend davon ab, wer und in welchem Umfang die Gefahr zu tragen hat. Ausgangspunkt eines Lösungsansatzes ist die **Sachgefahr** (unten 1.). Bei dieser geht es um das Risiko des Verlustes der Sache, die der Eigentümer zu tragen hat. Ist der **Kaufgegenstand dabei untergegangen**, muß für das Vertragsverhältnis zwischen Verkäufer und

⁵⁰ BT-Drs 14/6040, 242.

⁵¹ BT-Drs 14/6040, 242. Vgl. auch *Schubel*, JuS **2002**, 313, 318.

Käufer geklärt werden, ob der Käufer die Leistung des Verkäufers dennoch beanspruchen kann, d.h. ob der Verkäufer die **Leistungsgefahr** (unten 2.) trägt und ob der Verkäufer vom Käufer, als Gegenleistung zu seiner eigenen Leistung, die Zahlung des Kaufpreises verlangen kann (unten 3. – **Gegenleistungsgefahr**).

1. Bei der **Sachgefahr** geht es also um die Frage, wer für den **Verlust der Sache** einzustehen hat. Diese Gefahr trägt der **Eigentümer**. Daraus ergibt sich aber noch keine Aussage darüber, welche Rechtsfolgen dieser Umstand für das Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer nach sich zieht. Relevanz erlangt dieses Problem beim Untergang der Kaufsache.

2. Die **Leistungsgefahr** ist das Risiko des Verkäufers, noch einmal leisten zu müssen, wenn der erste Versuch der Leistung aus einem Grund, den weder er noch der Käufer zu vertreten hat, fehlgeschlagen ist.⁵² Dabei ist zunächst danach zu unterscheiden, ob es sich um einen Stück- oder einen Gattungskauf handelt. Beim **Stückkauf** schuldet der Verkäufer eine Sache, die im Vertrag nach individuellen Merkmalen konkret bestimmt ist, wohingegen beim **Gattungskauf** nur ein nach allgemeinen Kriterien gekennzeichnete Gegenstand zu leisten ist. Hier ist der Verkäufer gemäß § 243 Abs. 1 BGB nur zur Leistung einer Sache mittlerer Art und Güte verpflichtet, die zu dem im Vertrag vorausgesetzten Gebrauch geeignet ist und etwaige zugesicherte Eigenschaften aufweist.

⇒ Nach der **bisherigen Rechtslage** konnte der Käufer beim **Gattungskauf**, wenn die Kaufsache mangelhaft war, wandeln oder mindern. Darüber hinaus hatte er nach § 480 BGB a.F. die Möglichkeit, statt Wandlung oder Minderung verlangen, daß der Verkäufer eine mangelfreie Sache liefert (= Nachlieferungsanspruch). Fehlte der Sache eine zugesicherte Eigenschaft oder hatte der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen, richtete sich Anspruch des Käufers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

⇒ Die **gesetzliche Neuregelung** unterscheidet aufgrund der Formulierung des § 433 Abs. 1 S. 2 BGB und dem damit verbundenen einheitlichen Mangelbegriff nicht mehr zwischen Stück- und Gattungskauf. Vielmehr hat der Käufer nun gem. der Formulierung in §§ 434, 437 BGB offenbar auch bei der Stückschuld einen Nacherfüllungsanspruch in Form der **Ersatzlieferung** (§ 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB). Kann der Verkäufer aber aufgrund der Einzigartigkeit der Kaufsache seine Leistungspflicht nicht (mehr) erfüllen (der Vertragsgegenstand existiert ja gerade nur einmal), so ist eine Nacherfüllung selbstverständlich nicht möglich; insoweit ist die gesetzliche Formulierung in den §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB mißglückt. Hier stehen dem Käufer (sofern eine Mangelbeseitigung gem. § 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB nicht möglich ist) bestimmte Sekundäransprüche (Minderung, Rücktritt vom Vertrag, Schadensersatz wegen Nichterfüllung) zu. Davon zu unterscheiden ist der Fall der Unmöglichkeit. Ist der Verkäufer nicht nur nicht in der Lage, eine mangelfreie Sache zu liefern, sondern überhaupt keine Sache, so wird er gem. § 275 Abs. 1 BGB von seiner Leistungspflicht frei; insoweit trägt der Käufer die Leistungsgefahr. Allerdings stehen diesem ggf. bestimmte Sekundäransprüche zu (etwa §§ 280 ff. BGB).

Beispiel: Der Verkäufer verkauft am 02.04.2002 einen antiken Bauernschrank an K. Am 04.04.2002 soll der Schrank übergeben und – bei Zahlung des Kaufpreises – auch übereignet werden. Infolge einer Brandstiftung durch einen unbekanntem Drit-

⁵² Schellhammer, Rn 54.

ten am 03.04.2002 wird nicht nur der Lagerraum, in dem sich der Schrank befunden hat, sondern auch der Schrank selbst zerstört.
Da hier der Bauernschrank am 03.04.2002 untergegangen ist, wird V nach § 275 BGB von seiner Leistungspflicht frei. Schadensersatzansprüche stehen dem K nicht zu, da V den Untergang nicht zu vertreten hat (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB).

3. Da es sich beim Kauf um einen gegenseitigen Vertrag handelt, ist es von besonderer Relevanz, ob nach dem Erlöschen der Leistungspflicht des Verkäufers die geschuldete Gegenleistung vom Käufer zu erbringen ist oder ob auch er von dieser Pflicht befreit wird (sog. **Gegenleistungs- oder Preisgefahr**).

Die Gefahr des **zufälligen Untergangs** oder der **unverschuldeten Verschlechterung** trifft – in der Zeit zwischen Vertragsschluß und -erfüllung – grundsätzlich den Verkäufer. Wird der Verkäufer mangels Verschulden von der Leistungspflicht nach § 275 Abs. 1 BGB frei und trifft ihn auch keine Schadensersatzpflicht nach § 280 BGB, so **verliert** er gemäß § 326 Abs. 1 S. 1 BGB zugleich den **Anspruch auf die Gegenleistung**.⁵³ Folglich muß der Käufer den Kaufpreis nicht entrichten. In diesem Fall trägt der Verkäufer die **Preisgefahr**.

Dieser Grundsatz wird in einigen Fällen durch die **§§ 446, 447 BGB** durchbrochen. In ihrer Struktur (wohl aber im Anwendungsbereich!) sind die Vorschriften **durch die Schuldrechtsreform nicht wesentlich verändert** worden. Lediglich in § 446 S. 3 BGB n.F. ist nunmehr klargestellt, daß der Käufer die Gefahr auch im Falle des eigenen Annahmeverzuges trägt. § 447 BGB n.F. beschäftigt sich in gleicher Weise, wie zuvor § 447 BGB a.F., mit dem **Versendungskauf**. Diese Vorschrift ist allerdings nach § 474 Abs. 2 BGB n.F. **beim Verbrauchsgüterkauf nicht anwendbar**. Siehe dazu ausführlich sogleich unter II 2.

Übergibt der Verkäufer nicht nur die Kaufsache an den Käufer, sondern **übereignet** er sie auch sofort, dann geht zu diesem Zeitpunkt das mit dem Eigentum verbundene Risiko auf den Käufer über. Denn mit der Übergabe an den Käufer verliert der Verkäufer die tatsächliche Möglichkeit, auf die Sache Einfluß zu nehmen. Daher endet für den Verkäufer dann die Gefahrtragungspflicht.

II. Sonderregeln für die Preisgefahr

Bei der Gegenleistungsgefahr ist danach zu unterscheiden, ob es sich um die **Übergabe der Kaufsache** handelt (§ 446 BGB n.F.) **oder** ob die Ware auf Verlangen des Käufers **versendet** werden soll (§ 447 BGB n.F.).

1. Gefahrübergang bei der Übergabe

§ 446 BGB n.F. betrifft den **Zeitpunkt des Gefahrübergangs**. Gem. S. 1 dieser Regelung geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung im Zeitpunkt der **Übergabe** der gekauften Sache auf den Käufer über. **Untergang** ist die körperliche Vernichtung oder der Besitzverlust, der v.a. durch einen Dritten in Form der widerrechtlichen Entziehung des Kaufgegenstandes in Betracht kommt; **Verschlechterung** ist dagegen jede Qualitätsminderung, wie z.B. die Beschädigung oder der Verderb des Kaufgegenstandes.⁵⁴

⁵³ Büdenbender in: *Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring*, Schuldrecht, § 446 Rn. 1.

⁵⁴ *Putzo*, in: Palandt, § 446 Rn 4.

Beispiel: V verkauft am 28.03.2002 eine Hifi-Anlage an K. Die Anlage dem K – damit dieser sie über Ostern auf einem Konzert einsetzen kann – sofort übergeben und am 02.04.2002 mit Zahlung des Kaufpreises übereignet werden. Bei dem Konzert am 30.03.2002 kommt es zu einem Brand in der Konzerthalle, bei dem auch die Anlage zerstört wird. Hier trägt K das Risiko des Untergangs, da die Anlage bereits am 28.03.2002 übergeben worden ist. K muß gem. §§ 433 Abs. 2, 446 BGB den Kaufpreis zahlen.

Vom Zeitpunkt der Übergabe der Kaufsache an gebühren dem **Käufer** nach § 446 S. 2 BGB n.F. ausdrücklich die **Nutzungen**. Im Gegenzug dazu hat er von diesem Moment an auch die **Lasten**, wie Erhaltungskosten, Steuern, Versicherungsbeiträge u. dgl. zu tragen.

Die in § 446 Abs. 2 BGB a.F. enthaltene Regelung für den **Gefahrübergang bei Immobilien** wurde im Wege der Schuldrechtsreform aufgehoben. Der **Käufer** trägt nach S. 1 mit der Übergabe des Hausgrundstücks das **Risiko für zufällige Beeinträchtigungen** wie Erdbeben, Überschwemmungen oder Blitzschlag, und zwar schon vor Eintragung der Eigentumsänderung im Grundbuch.⁵⁵ Darüber hinaus hat der Käufer **im Innenverhältnis** zum Verkäufer auch die Steuern, Abgaben und Versicherungsbeiträge zu tragen.

Entgegen der Regelung in § 326 Abs. 1 S. 1 BGB n.F. hat der Käufer bei noch nicht erfolgter Vertragserfüllung den **vollständigen Kaufpreis zu bezahlen**, wenn der Kaufgegenstand zufällig untergeht, er sich verschlechtert oder wenn Dritte durch Beschädigung der Kaufsache schuldhaft in das Rechtsgeschäft eingreifen. Für den sich daraus ergebenden **Schadensersatzanspruch** gelten nach h.M. die Grundsätze der **Drittschadensliquidation**, wohingegen eine Mindermeinung in Fällen der „obligatorischen Gefahrentlastung des Verkäufers/Käufers für den Schadensersatzanspruch des Verkäufers aus § 823 gegen Dritte“ den Gefahrübergang außer Acht läßt.⁵⁶

2. Gefahrübergang beim Versandungskauf

a. Versandungskauf außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs

Nach § 447 BGB n.F., der einen weiteren Fall des Gefahrübergangs regelt, geht die Preisgefahr beim Kauf beweglicher Sachen in dem Augenblick auf den Käufer über, in dem der Verkäufer die Kaufsache – auf Verlangen des Käufers – an die Transportperson **ausgehändigt** hat. Transportpersonen sind neben dem Spediteur und dem Frachtführer auch die Bahn, die Post oder sonstige Personen, die den Transport durchführen.⁵⁷

Beim Versandungskauf handelt es sich um einen Kaufvertrag, bei dem der Verkäufer dafür zu sorgen hat, daß die gekaufte Ware **an einen anderen Ort als den Erfüllungsort** verbracht wird. Da der Verkäufer, mangels Anwesenheit des Käufers, nicht am Ort seiner Niederlassung erfüllen kann, befreit er sich **durch Übergabe des Kaufgegenstandes an die Transportperson** von der Gefahr des zufälligen Untergangs oder der Beschädigung der Sache.⁵⁸

⁵⁵ BÜDENBENDER, in: DAUNER-LIEB/HEIDEL/LEPA/RING, § 446 Rn. 3.

⁵⁶ BÜDENBENDER, NJW 2000, 986 m.w.N.; OETKER, JuS 2001, 833 m.w.N.

⁵⁷ Z.B. UPS, DPD, German Parcel oder sonstige private Unternehmen zur Beförderung von Gütern.

⁵⁸ PUTZO, in: PALANDT, § 447 Rn 5.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Zu beachten ist jedoch, daß nach dem neuen Schuldrecht § 447 BGB **nicht** mehr auf den **Verbrauchsgüterkauf** anwendbar ist (vgl. § 474 Abs. 2 BGB). Für den Verbraucher in der Rolle des Käufers bedeutet das einen weiteren Schutz, da die Kaufsache, die der Käufer bspw. bei einem **Versandunternehmen** bestellt hat, nun auf Gefahr des Unternehmers reist. Trotz der Übergabe des Kaufgegenstandes an das Transportunternehmen wird der Käufer von seiner Zahlungspflicht frei. Diese Änderung ist insbesondere vor dem Hintergrund verständlich, als der Käufer keinen Einfluß auf die Auswahl der Transportperson durch den Verkäufer/Unternehmer hat. Siehe dazu sogleich unter b.

Sofern § 447 BGB n.F. noch anwendbar ist (etwa zwischen Kaufleuten), ist nicht nur die Versendung der Ware in eine andere Gemeinde oder Stadt erfaßt, sondern auch die Versendung innerhalb derselben Gemeinde oder Stadt (sog. **Platzkauf**⁵⁹). Denn nach § 269 BGB ist Erfüllungsort nur die Wohnung oder die Niederlassung des Verkäufers. Daher ist jede im Zusammenhang mit einem Kaufvertrag getroffene Abrede über die Verbringung der Ware an einen anderen Ort als den Erfüllungsort ein Versendungskauf.

Zur Versendung der Kaufsache an den vom Käufer bestimmten Ort gehört neben der Übergabe an die Transportperson zunächst der **Transport der Sache zur Bahn oder Post**, und zwar gleichgültig, ob sich der Verkäufer hierzu eigener oder fremder Gehilfen bedient. Die Gefahr geht erst dann über, wenn der Kaufgegenstand an den Beförderer ausgeliefert wird, d.h. wenn die Sache der Transportperson **übergeben** wurde **mit der Anweisung**, diese an die vom Käufer genannte Anschrift zu befördern.

Infolge des Gefahrübergangs trägt der Käufer die **Gefahr der Beförderung**, d.h. er muß den Kaufpreis bezahlen, auch wenn der Kaufgegenstand nach der Auslieferung an den Beförderer untergeht oder untergeht, beschädigt oder zerstört wird. Wegen etwaiger **Transportschäden** stehen dem Käufer **keine Gewährleistungsansprüche** zu.

Geht die Sache auf dem Transport unter und hat die Transportperson den Untergang verschuldet, so finden zugunsten des Käufers die **Grundsätze der Drittschadensliquidation** Anwendung: Der Käufer kann bis zur Abtretung der Ansprüche, die der Verkäufer gegen die schädigende Transportperson hat, die Zahlung des Kaufpreises nach § 273 BGB n.F. verweigern.

Darüber hinaus hat der Käufer **gegenüber eines gewerblichen Transporteurs** (Spediteur oder Frachtführer) das Recht, nach § 421 Abs. 1 S. 2, 1. Hs. HGB die Ansprüche des Auftraggebers aus § 425 HGB im eigenen Namen geltend zu machen.⁶⁰

Weicht der Verkäufer von den Anweisungen des Käufers bei der Versendung der Kaufsache **ab**, so bleibt es grundsätzlich beim Gefahrübergang nach § 447 Abs. 1 BGB n.F. Unter den in Abs. 2 genannten Voraussetzungen kann der Käufer den Verkäufer bei einer besonderen Anweisung auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, sofern dem Käufer dadurch ein Schaden entstanden ist. Der Verkäufer hat den Käufer auf die Unzweckmäßigkeit der Anweisung hinzuweisen und grundsätzlich eine Versendung der Ware zur Unzeit zu unterlassen.

⁵⁹ LG Hamburg MDR **1955**, 545; *Grunewald*, in: Erman, § 447 Rn 5; *Putzo*, in: Palandt, § 447 Rn 8.

⁶⁰ *Oetker*, JuS **2001**, 833 ff.

Nach wie vor streitig ist die Frage, ob § 447 BGB (sofern diese Vorschrift mit Blick auf § 474 Abs. 2 BGB anwendbar ist, s.o.) auf den **Einsatz von eigenen Leuten** des Verkäufers für den Transport analog angewendet werden kann.

Ist der Käufer darüber informiert, daß der Verkäufer eigene Leute zum Transport der Ware einsetzt oder ist dies üblich, wie bei Versandgeschäften des täglichen Lebens, so handelt es sich in aller Regel um eine **Bringschuld**,⁶¹ d.h. die Gefahr des zufälligen Untergangs geht dann auf den Käufer über, wenn ihm die Sache übergeben wird. Ist das **nicht der Fall**, dann ist (sofern kein Verbrauchsgüterkauf gem. § 474 BGB vorliegt) § 447 BGB anwendbar. Geht die Kaufsache durch Zufall unter, so bleibt es bei der Risikoverteilung des § 447 BGB. Haben die eigenen Leute des Verkäufers den **Untergang schuldhaft verursacht**, dann haftet der Verkäufer nach §§ 276, 278 BGB. Zwar gehört beim Versandungskauf die Beförderung der Ware nicht zur Leistungspflicht des Verkäufers; ihn trifft aber die Pflicht, die Rechtsgüter des Käufers nicht zu gefährden.

Übernimmt der Verkäufer durch die Versendung der Ware die Aufgabe, die sonst von einem selbständigen Beförderer ausgeführt wird, so darf dieser Umstand aber nicht dazu führen, daß der Verkäufer schlechter gestellt wird, als hätte er eine **dritte Person zur Beförderung** des Kaufgegenstandes beauftragt. Gleiches muß dann aber auch für den Käufer gelten: Er kann gegenüber dem Verkäufer die Ansprüche geltend machen, die er auch gegen die Transportperson hätte geltend machen können, wenn diese die Beförderung übernommen hätte.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Der Verkäufer wird in einem solchen Fall, wenn er die Beförderung selbst oder durch eigene Personen vornimmt, nicht zum Spediteur i.S.d. § 415 HGB. Der Käufer hat also insoweit keinen Anspruch gegen den Verkäufer.

Das Personal des Verkäufers ist nicht dessen Erfüllungsgehilfe, weil der Verkäufer bei einer **Schickschuld** den Transport der Kaufsache nicht schuldet.⁶² Beim Transport der Ware durch eigene Leute des Verkäufers zum Beförderer geht die Preisgefahr wie immer bei der Auslieferung auf die Transportperson über.⁶³

Weicht der Verkäufer von den Anweisungen des Käufers bei der Versendung der Kaufsache **ab**, so bleibt es grundsätzlich beim Gefahrübergang nach § 447 Abs. 1 n.F. Unter den in Abs. 2 genannten Voraussetzungen kann der Käufer den Verkäufer bei einer besonderen Anweisung auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, sofern dem Käufer dadurch ein Schaden entstanden ist. Der Verkäufer hat den Käufer auf die Unzweckmäßigkeit der Anweisung hinzuweisen⁶⁴ und grundsätzlich eine Versendung der Ware zur Unzeit zu unterlassen.

Beispiel: Der Käufer (ein Einzelhändler) hat seinen Firmensitz in Stuttgart und kauft beim Großhändler in Göppingen eine Waschmaschine. Göppingen wird als Leistungsort (= Erfüllungsort) vereinbart. Der Verkäufer sollte die Waschmaschine, so verlangte es der Käufer ausdrücklich, nach Stuttgart transportieren lassen. Die Pro-

⁶¹ *Soergel/Huber*, § 447 Rn 38; *Larenz*, BSchR II/1, § 42 II c).

⁶² *Faust*, DB **1991**, 1556, 1558; a.A.: *Soergel/Huber*, § 447 Rn 37; *Larenz*, BSchR II/1, § 42 II c); *MüKo/Westermann*, § 447 Rn 14.

⁶³ *MüKo/Westermann*, § 447 Rn 18; *Soergel/Huber*, § 447 Rn 27.

⁶⁴ BGH LM Nr. 2.

duktion erfolgt in Kirchheim. Der Verkäufer läßt die Waschmaschine durch die Spedition von Kirchheim nach Stuttgart transportieren. Kurz vor Göppingen gerät der LKW des Spediteurs ohne dessen Verschulden in Brand. Die für den Käufer bestimmte Waschmaschine wird dadurch unbrauchbar. Muß der Käufer den Kaufpreis bezahlen?

§ 447 BGB ist anwendbar, weil ein Verbrauchsgüterkauf nicht vorliegt (vgl. § 474 Abs. 1 u. 2 BGB). Die Gegenleistungsgefahr ist noch nicht auf den Käufer übergegangen, und zwar trotz der Vereinbarung des Versandkaufs. Denn der Unfall ereignete sich vor dem Erfüllungsort. Der Verkäufer hatte noch nicht erfüllen können. Daraus ergibt sich, daß der Käufer bessergestellt ist, wenn er seinen Wohnort als Leistungsort vereinbart. Dann liegt nämlich eine Bringschuld vor, bei der die Preisgefahr erst mit der Übergabe der Kaufsache am Wohnort des Käufers auf diesen übergeht.

b. Gefahrübergang beim Verbrauchsgüterkauf

Wie bereits unter a. erwähnt, findet gem. der Bestimmung des § 474 Abs. 2 BGB die Vorschrift des § 447 BGB keine Anwendung auf den Kaufvertrag zwischen einem **Verbraucher** (vgl. § 13 BGB) und einem Unternehmer über eine bewegliche Sache. Danach trägt der Unternehmer die **Preisgefahr** gemäß § 326 Abs. 1 S. 1 n.F. auch **nach Übergabe** der gekauften Sache an die Transportperson. Die Preisgefahr geht erst mit der Übergabe der Ware an den Verbraucher auf diesen über, § 446 BGB.

Der **Zeitpunkt des Gefahrübergangs** ist über § 434 BGB auch für die Frage der Sachmangelfreiheit von Bedeutung: Wird die Sache auf dem Transport beschädigt und wird sie deshalb mangelhaft i.S.d. § 434 BGB, so haftet der Verkäufer für den Mangel nach § 437 BGB zunächst auf Nacherfüllung (regelmäßig nur beim Gattungskauf). *Er* muß sich dann an die von ihm beauftragte Transportperson halten und seine Ansprüche, gestützt auf die Verletzung des Transportvertrages, z.B. aus § 280 BGB, geltend machen. Der Gesetzgeber begründet diese Regelung damit, daß der Unternehmer mehr Einfluß auf die Beförderung hat, als der Verbraucher, da er neben

- ⇒ der Verpackung auch
- ⇒ die Art der Beförderung und
- ⇒ die Transportperson

bestimmt. Auf diese Weise soll die Abwicklung schadensersatzrechtlicher Ansprüche im jeweiligen Vertragsverhältnis erfolgen, um dadurch die Konstruktion der **Drittschadensliquidation** zu vermeiden.⁶⁵

Beispiel: Wird die verkaufte Sache auf dem Transport irreparabel beschädigt, ohne das den Verkäufer daran ein Verschulden trifft, wird der Käufer von seiner Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises nach § 326 BGB frei, da § 447 BGB auf den Verbrauchsgüterkauf keine Anwendung findet. Der Käufer erleidet somit keinen Schaden, der auf dem Umweg über den Verkäufer bei der Transportperson geltend gemacht werden müßte. Der Verkäufer könnte aber seinerseits gemäß § 280 BGB die Transportperson in Anspruch nehmen.⁶⁶

Hinweis für die Fallbearbeitung: Sollte der Verbraucher über die Befreiung von der Gefahrtragung ausnahmsweise einen Schaden erleiden, so muß ihm – um ihn nicht schlechter zu stellen als den gewöhnlicher Käufer – auch im Rahmen des

⁶⁵ BT-Drs. 14/6040, S. 243 f.

⁶⁶ Huber in: *Huber/Faust*, S. 396; *Schmidt-Räntsch*, Rn 910 f.

Verbrauchsgüterkaufs die Möglichkeit erhalten bleiben, seinen Schaden über die Drittschadensliquidation geltend zu machen.

c. Zum neuen Verbrauchsgüterkauf

aa. Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG vom 25.05.1999 im Wege der Schuldrechtsreform hat zu einer neuen Art des Kaufs geführt – dem Verbrauchsgüterkauf, der nunmehr in den §§ 474 – 479 BGB geregelt ist. Nach der Legaldefinition dieses Begriffes in § 474 BGB handelt es sich um den von einem **Verbraucher** gemäß § 13 BGB getätigte Kauf einer beweglichen Sache von einem **Unternehmer** gemäß § 14 BGB. **Regelungsgegenstand** ist daher der Kauf einer beweglichen Sache durch eine natürliche Person, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zuzurechnen ist, von einer natürlichen oder juristischen Person, die beim Verkauf in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.⁶⁷

a.) Von der Richtlinie bzw. den §§ 474 ff. BGB werden **nicht erfaßt** die

- ⇒ Kaufverträge zwischen Verbrauchern
- ⇒ Kaufverträge zwischen Unternehmern
- ⇒ Verkäufe eines Verbrauchers an einen Unternehmer
- ⇒ Immobilienkaufverträge
- ⇒ Kaufverträge über Güter, die keine Sachen i.S.d. § 90 BGB⁶⁸ sind

b.) Eine **weitere Ausnahme vom Anwendungsbereich** ist in § 474 Abs. 1 S. 2 BGB zu finden, wonach der Verkauf im Wege einer **öffentlichen Versteigerung** von **gebrauchten Sachen**, an welcher der Verbraucher persönlich teilnehmen kann, keinen Verbrauchsgüterkauf darstellt.

Beispiel: Versteigerung von Fundsachen.

c.) Gem. § 474 Abs. 2 BGB findet u.a. auch § 445 BGB auf einen Verbrauchsgüterkauf keine Anwendung. Der Grund ist darin zu sehen: Die in § 445 BGB vorgesehene **Beschränkung der Mangelhaftung** des Verkäufers ist **mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht vereinbar**. Darüber hinaus ist eine Versteigerung außerhalb der Versteigerung im Rahmen der Zwangsvollstreckung nur in den in § 474 Abs. 1 BGB genannten Fällen zulässig.⁶⁹

d.) Nicht anwendbar ist gem. § 474 Abs. 2 BGB schließlich die Vorschrift des § 447 BGB über den **Versendungskauf**: Bestellt der Verbraucher den Kaufgegenstand im Versandhandel, so reist die Ware auf die Gefahr des Verkäufers. Die Preisgefahr geht also erst bei Eintreffen der Sache beim Käufer auf diesen über. Wird die Sache auf dem Transportwege zu ihm zerstört, so braucht er die Kaufsache nicht zu bezahlen.

bb. Nach § 475 Abs. 1 BGB sind die Regelungen zum Verbrauchsgüterkauf **zwingendes Recht**. Abweichende Vereinbarungen zwischen den Vertragsparteien, insbesondere zulasten des Verbrauchers, sind nicht möglich. Der Grund dafür ist darin zu sehen, daß diese Vorschriften dem Verbraucherschutz dienen und durch sie ein **Mindestschutz** gewährleistet werden soll.⁷⁰ Der Unternehmer kann sich nach § 475 Abs. 1 BGB im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufvertrages also nicht auf Vereinbarungen

⁶⁷ *Steimle* in: *Andresen Luther*, S. 89.

⁶⁸ Z.B. Elektrizität, Gas.

⁷⁰ *Rauda/Zenthöfer*, S. 58; *Schmidt-Räntsch*, Rn 925 ff.

berufen, die vor Mitteilung des Mangels getroffen werden und zum Nachteil des Verbrauchers abweichend zu den Vorschriften

- ⇒ des Kaufvertrages (§ 433 BGB),
- ⇒ des Sach- und Rechtsmangels (§§ 434, 435 BGB),
- ⇒ zu den Ansprüchen auf Nacherfüllung (§ 439 BGB), Rücktritt (§§ 437, 440 BGB), Minderung (§ 441 BGB), Schadens- und Aufwendungsersatz (§§ 437, 440 BGB)
- ⇒ zur Kenntnis des Käufers vom Mangel (§ 442 BGB),
- ⇒ und der Garantieerklärung (§ 443 BGB).⁷¹

Entsprechendes gilt auch für die Vorschriften des Verbrauchsgüterkaufs und für die Umgehung dieser Normen durch anderweitige Ausgestaltung, § 475 Abs. 1 S. 2 BGB (sog. Umgehungsverbot).

cc. Durch eine **vor der Mitteilung des Mangels** an den Verkäufer **getroffene Vereinbarung** können die Gewährleistungsrechte des Verbrauchers nach § 475 Abs. 1 und 3 BGB gegenüber dem Unternehmer weder ausgeschlossen noch beeinträchtigt werden. Die **Verjährung** der in § 437 BGB bezeichneten Ansprüche kann vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer nicht durch Rechtsgeschäft erleichtert werden, wenn die Vereinbarung zu einer Verjährungsfrist von weniger als 2 Jahren, bei gebrauchten Sachen von weniger als einem Jahr führt (§ 475 Abs. 2 BGB). Davon erfaßt werden nicht nur eine Verkürzung der Verjährungsfrist, sondern auch Regelungen, die nur mittelbaren Einfluß auf das Gewährleistungsrecht haben, wie z.B. die Vorverlegung des Verjährungsfristbeginns.⁷²

Diese Einschränkungen gelten gemäß § 475 Abs. 3 BGB unbeschadet einer AGB-Prüfung **nicht für** den Anspruch auf **Schadensersatz**: Da der Schadensersatzanspruch von der EG-Richtlinie nicht gefordert ist, kann er in den allgemeinen Grenzen (§§ 138, 242, 307 ff. BGB) modifiziert werden: Der Schadensersatzanspruch darf (zeitlich) beschränkt oder insgesamt ausgeschlossen werden.⁷³

In diesem Zusammenhang ist das **Klauselverbot des § 309 Nr. 7 a** BGB von besonderer Bedeutung: Danach ist ein Haftungsausschluß bei Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit, die der Verwender zu vertreten hat, nicht zulässig. Die Haftung für Mangelfolgeschäden kann daher durch AGB nicht ausgeschlossen werden.⁷⁴

dd. Zeigt sich innerhalb von 6 Monaten seit Gefahrübergang ein Sachmangel, so wird vermutet, daß die Kaufsache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war (§ 476 BGB). Eine Ausnahme von dieser **Beweislastumkehrregel** gibt es in den Fällen, in denen die *Art der Sache* oder *des Mangels* mit der gesetzlichen Vermutung in § 476 S. 1 BGB nicht vereinbar sind.

Beispiel für „Art der Sache“: Gebrauchte Waren, bei denen noch kein Erfahrungssatz besteht.

Beispiel für „Art des Mangels“: Tierkrankheiten, bei denen die Ansteckung sowohl vor als auch nach Gefahrübergang erfolgt sein kann.

In diesen Fällen muß der Käufer beweisen, daß der Mangel bereits bei Gefahrübergang vorlag.

⁷¹ Marx/Wenglorz, S. 47.

⁷² Steimle in: Luther, S. 90.

⁷³ Lorenz/Riehm, Rn 564.

⁷⁴ Lorenz/Riehm, Rn 564.

ee. Der Gesetzgeber hat beim Verbrauchsgüterkauf auch die **Verjährungsfristen** abweichend zum allgemeinen Kaufrecht geregelt. Danach beträgt die Verjährung bei neuen Sachen 2 Jahre, bei gebrauchten Gegenständen dagegen nur 1 Jahr. Nach § 475 Abs. 2 können diese Fristen durch Vertrag weder verkürzt noch ganz abbedungen werden.

ff. Mußte der Unternehmer die verkaufte neu her hergestellte Sache als Folge ihrer Mangelhaftigkeit zurücknehmen oder hat der Verbraucher den Kaufpreis gemindert, so kann der auf diese Weise in Anspruch genommene Unternehmer (Verkäufer) den Lieferanten (i.d.R. der Hersteller) in **Regreß** nehmen, ohne daß es einer Fristsetzung bedarf (§ 478 BGB). Zur Verjährung vgl. § 479 BGB.

F. Leistungsstörungenrecht/Sachmängelhaftung

I. Allgemeines

Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wurde das System der Leistungsstörungen völlig neu gestaltet. Im Rahmen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts faßt das neue Recht in § 280 BGB n.F. die einzelnen Leistungsstörungstatbestände in einer Generalklausel, der sog. „**Pflichtverletzung**“, zusammen. Diese umfaßt daher auch die Lieferung einer verkauften mangelhaften Sache. Im Bereich des Kaufrechts ist die Norm aber durch das spezielle Gewährleistungsrecht überlagert. Ausgangspunkt ist hier die Norm des § 433 Abs. 1 S. 2 BGB: Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache **frei von Sach- und Rechtsmängeln** zu verschaffen. Dabei erstreckt sich der Begriff der mangelfreien Sache auch auf den **Stückkauf**.⁷⁵ Daß die intendierte Gleichstellung von Stück- und Gattungskauf aber an dem Begriff der Nacherfüllung i.S.d. § 437 Abs. 1 Alt. 2 BGB scheitert, wurde bereits ausführlich dargelegt (s.o., S. 3 und 6). Liegt eine Pflichtverletzung vor, so gewährt das Gesetz dem Käufer in § 437 Nr. 1 BGB (i.V.m. § 439 BGB) einen Anspruch auf **Nacherfüllung**. Einen solchen Anspruch kann das Gesetz dem Käufer deshalb gewähren, weil es die Pflichten des Verkäufers jetzt auf die Mangelfreiheit erstreckt. So gesehen läßt sich der Nacherfüllungsanspruch als „modifizierte Fortsetzung“ des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs begreifen.⁷⁶ Konsequenterweise setzt der Anspruch auf Nacherfüllung **nicht** voraus, daß der Verkäufer die Mangelhaftigkeit der Sache **zu vertreten hat**. Erforderlich ist lediglich die Lieferung einer bei Gefahrenübergang mangelhaften Sache.

II. Sachmangel: Der subjektive Fehlerbegriff

1. Die Sache ist nach § 434 Abs. 1 BGB nur dann frei von Sachmängeln („Fehlern“), wenn sie **bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat**. Mit dieser gesetzlichen Formulierung ist der Gesetzgeber der bisherigen h.M. gefolgt, die einen **subjektiven Fehlerbegriff** verwendet hatte. Voraussetzung für einen Sachmangel ist also eine auf den Vorstellungen der Parteien beruhende **Vereinbarung** über die **Beschaffenheit oder den Verwendungszweck** der gekauften Sache.⁷⁷ Lediglich wenn eine diesbezügliche Vereinbarung nicht vorliegt, kommen die in § 434 Abs. 1 S. 2

⁷⁵ BT-Drs. 14/6040, S. 208 f.; BT-Drs. 14/7052, S. 251. Vgl. auch *Schubel*, JuS **2002**, 313 ff.; *Schmidt-Räntsch*, Rn 678.

⁷⁶ *Bitter/Meidt*, ZRP **2001**, 2114, 2116; *Schubel*, JuS **2002**, 313, 316.

⁷⁷ *Huber*, in: *Huber/Faust*, S. 293; *Jorden/Lehmann*, JZ **2001**, 952, 953 f.; *Westermann*, NJW **2002**, 241, 243 ff.

Nr. 2 BGB genannten objektiven Kriterien zur Anwendung. Demnach ist die Sache (ausnahmsweise) dann **sachmängelfrei**, wenn

- ⇒ sie sich für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung eignet oder
- ⇒ sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und so beschaffen ist, wie dies bei gleichartigen Sachen üblich ist und der Käufer dies nach der Art der Sache erwarten kann.

2. Darüber hinaus hat der Verkäufer nach § 434 Abs. 1 S. 3 BGB grundsätzlich auch dafür einzustehen, daß die Kaufsache jene **Eigenschaften** hat, die der Käufer nach öffentlichen Äußerungen des **Verkäufers** oder des **Herstellers** bzw. dessen „**Gehilfen**“ in der **Werbung** oder bei der **Warenkennzeichnung** erwarten kann.⁷⁸ Erfolgt die öffentliche Äußerung durch eine andere Person als den Verkäufer (i.d.R. der Hersteller), muß dieser sich die Äußerung nur dann zurechnen lassen, wenn

- ⇒ er die Äußerungen kannte oder
- ⇒ er sie hätte kennen können oder
- ⇒ die öffentlichen Äußerungen objektiv die Kaufentscheidung beeinflussen konnte.

Aufgrund der Formulierung „es sei denn ...“ trägt der Verkäufer in allen drei Fällen die **Beweislast**. Einen Haftungsausschluß für unzutreffende Werbeaussagen kann der Verkäufer aber dadurch erklären, daß er sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in gleichwertiger Weise berichtigt.⁷⁹

Die Beschränkung der Relevanz von Werbeaussagen und sonstigen Kennzeichnungen des Herstellers auf **konkrete Eigenschaften** der Kaufsache⁸⁰ stellt sicher, daß rein werbende, anpreisende oder reißerische Aussagen nicht die Qualität einer Eigenschaftszusicherung erlangen können. Lediglich objektive und öffentliche Eigenschaftszusagen des Herstellers, von deren Werbeeffekt auch sein Absatz profitiert, muß sich der Verkäufer grds. zurechnen lassen.

Hersteller i.S.d. § 434 BGB ist

- ⇒ der Hersteller des Endprodukts
- ⇒ ein Zulieferer des Herstellers des Endprodukts
- ⇒ der Importeur aus einem Drittland in das Gemeinschaftsgebiet der EU
- ⇒ jede natürliche oder juristische Person, die nach außen als Hersteller auftritt.

Der **Begriff des Gehilfen** ist zwar unklar, gewinnt aber nur dann an eigenständiger Bedeutung, wenn man ihn weiter faßt als den Erfüllungsgehilfen in § 278 BGB. Erfasst werden aber auch **Werbeaussagen** selbständiger Glieder in der Vertriebskette des Herstellers, mit denen der Hersteller konzern-, gesellschafts- oder vertragsrechtlich so verbunden ist.

3. Schließlich ist die Sache nach § 434 Abs. 2 BGB mit einem **Sachmangel** behaftet bei:

- ⇒ **unsachgemäßer** Durchführung der **Montage** durch den Verkäufer oder dessen Erfüllungsgehilfen. Eine unsachgemäße Montage liegt in den Fällen vor, in denen eine zunächst mangelfreie Sache durch den Montagevorgang mangelhaft wurde. Da hier

⁷⁸ Zur Kritik an dieser – recht konturlosen – Übernahme des Art. 2 II lit. d der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie vgl. *Westermann*, NJW **2002**, 241, 245.

⁷⁹ *Ott* in: *Ott/Lüer/Heussen*, Rn. 410.

⁸⁰ BT-Drs. 14/6040, S. 211.

auch werkvertragliche Elemente angesprochen werden, muß eine Abgrenzung vorgenommen werden in der Weise, daß nur der Kauf einer Sache mit Montageverpflichtung unter § 434 Abs. 2 S. 1 BGB fallen sollen. Dadurch werden all die Fälle ausgeschlossen, in denen die Montage nicht den Schwerpunkt der Schuld bildet.

⇒ **mangelhafter Montageanleitung**, sofern die Sache nicht ohne diese Anleitung fehlerfrei montiert werden kann oder montiert wurde (sog. IKEA-Klausel).⁸¹

Beispiel: K kauft in einem Möbel-Abholmarkt einen im Ausland hergestellten Kleiderschrank zur Selbstmontage. Ist die Montageanleitung nur dürftig oder fehlerhaft in die deutsche Sprache übersetzt, ist die Sache mit einem Mangel behaftet und K hat wegen der Pflichtverletzung einen Schadensersatzanspruch nach § 280 BGB. Gelingt es K aber, den Schrank ordnungsgemäß aufzubauen, dann entfällt der Sachmangel und damit auch der Schadensersatzanspruch.

Die **Darlegungs- und Beweislast** dafür, daß der Käufer ohne Zuhilfenahme der Montageanleitung montiert hat, trägt der Verkäufer. Nicht geregelt ist die Frage, ob § 434 Abs. 2 S. 2 BGB auch auf die **Gebrauchsanweisung** Anwendung findet. Der Wortlaut der Vorschrift spricht dagegen. Allerdings könnte hier eine ausfüllungsbedürftige Regelungslücke bestehen, die durch Analogie zu schließen wäre. Die Gebrauchsanweisung hat ebenso wie die Montageanleitung den Zweck, die Kaufsache in einen funktionsfähigen Zustand zu versetzen. Daher wäre eine Analogie denkbar. Der fehlerhaften Montageanleitung gleich steht die **falsche Betriebsanleitung**. Führt sie zu Bedienungsfehlern, so liegt ein Sachmangel vor. Dieser tritt nur scheinbar erst nach Gefahrübergang und jenseits des Geltungsbereichs der §§ 437 ff. BGB ein. Denn infolge der mangelhaften Bedienungsanleitung waren die Gefahr einer fehlerhaften Bedienung der Kaufsache und ein daraus resultierender Mangel bereits bei Gefahrübergang angelegt.⁸²

4. Die Lieferung einer **anderen als der gekauften Sache**, sei es eine Falschlieferung (**aliud**) oder eine **Mindermenge**, steht nach der neuen Bestimmung des § 434 Abs. 3 BGB nun einem Sachmangel gleich. Daraus ergeben sich einige rechtliche Probleme:

- (1) Wie kann der Verkäufer nach § 439 Abs. 1 BGB nacherfüllen, wenn er einen anderen als den gekauften Gegenstand liefert?
- (2) Kann der Verkäufer anfechten, wenn er mehr als bestellt, liefert?
- (3) Welche Möglichkeiten hat der Verkäufer, wenn er eine wertvollere Sache liefert als bestellt?

Zu (1): Hier ist eine Mangelbeseitigung nicht möglich. Die Lieferung einer mangelfreien Sache ist nur derart möglich, daß die verkaufte richtige Sache geliefert wird. Das stellt aber keine Nachlieferung, sondern die reguläre Lieferung nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB dar. Es bedarf solange keiner Gewährleistungsregeln, wie der Erfüllungsanspruch aus § 433 Abs. 1 BGB ausreichend ist. Kann oder will der Verkäufer die richtige Sache nicht liefern, so verletzt er den Vertrag mit der Folge, daß der Käufer die Rechte aus §§ 280 ff., 323 ff. BGB geltend machen kann. Durch das neue Gewährleistungsrecht hat der Käufer nur das Minderungsrecht für den Fall, daß er die falsche Sache behalten will.

Zu (2): In diesem Fall könnte die Lieferung einer größeren Quantität als bestellt ein neues Angebot zur Abgabe einer Willenserklärung darstellen. Nimmt der Käufer das

⁸¹ Ob diese Neuregelung tatsächlich eine Rechtsklarheit geschaffen hat oder lediglich zu einem weiteren Anschwellen der Kommentarliteratur führen wird, werden die nächsten Jahre zeigen.

⁸² *Büdenbender*, in: *Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring*, Das neue Schuldrecht, § 8 Rn 37.

Angebot an, kommt der Vertrag zu den geänderten Bedingungen zustande. Tut er das nicht, so kann der Verkäufer die überschüssigen Waren mit den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung kondizieren. Ansonsten wäre der Käufer zur Zahlung des höheren Kaufpreises verpflichtet.

Zu (3): Im dritten und letzten Fall stellt sich das Problem von einer anderen Seite: Es handelt sich um einen einzigen, unteilbaren Gegenstand, dessen Wert deutlich höher liegt als bei der nach Kaufvertrag geschuldeten Sache. Es stellt sich daher die Frage, ob der Verkäufer den Vertrag nach § 119 Abs. 2 BGB anfechten kann oder ob er den Verlust tragen muß. Gegen die Anwendung des § 119 Abs. 2 BGB spricht, daß es im Rahmen des Konkurrenzverhältnisses zwischen Anfechtung und Gewährleistung zu einem Ausschluß der Irrtumsanfechtung kommen muß (der Verkäufer soll sich nicht durch Irrtumsanfechtung seiner Gewährleistungspflichten entziehen können). Allerdings darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß der Ausschluß nur dann eingreift, wenn durch die Anwendung der Irrtumsregelung tatsächlich die Gewährleistungsvorschriften umgangen werden sollen. Diese Situation besteht in der vorliegenden Konstellation aber gerade nicht. Es geht dem Verkäufer gerade nicht darum, die Gewährleistungsregeln zu umgehen, sondern nur darum, seinen Vermögenswert zurückzubekommen. Der Verkäufer hat daher insoweit die Möglichkeit, den Vertrag bzw. seine Willenserklärung wegen Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft gem. § 119 Abs. 2 BGB anzufechten, um seine Sache im Wege der Kondiktion zurückzuerhalten. Zu denken ist insoweit aber an das Institut der „aufgedrängten Bereicherung“. Eine andere Frage ist es, ob man dem Verkäufer, sofern es sich bei diesem um einen Kaufmann handelt, nicht generell das Anfechtungsrecht mit der Begründung versagt, ihm obliege im Rahmen der Sorgfalt eines Kaufmannes das (unternehmerische) Risiko des Irrtums. Hier wird im einzelnen noch viel zu klären sein. Im übrigen könnte auch der Käufer, der eine höherwertige Sache erhält, dies aber nicht möchte, ein Interesse daran haben, die Angelegenheit zu beenden. Das einzige in Betracht kommende Gewährleistungsrecht des Käufers ist der Rücktritt. Dieser setzt aber grundsätzlich zunächst die Nacherfüllung voraus. Den Anspruch auf Nacherfüllung ist aber nur dann gegeben, wenn die Kaufsache mit einem Sachmangel behaftet ist. Die „Besserleistung“ ist aber weder vom Gesetz erfaßt noch den übrigen Regeln gleichgestellt. Daher ist davon auszugehen, daß die **Höherwertigkeit der gelieferten Ware keinen Sachmangel darstellt**, mithin die gesetzlichen Gewährleistungsregeln auch keine Anwendung finden.

5. Im übrigen liegt eine **Falschlieferung beim Stückkauf** vor, wenn der Verkäufer eine andere als die im Kaufvertrag individuell bestimmte, einmalige Sache liefert. Wird eine falsche Sache geliefert, so kommt neben dem Erfüllungsanspruch auf Lieferung der gekauften Sache ein davon zu unterscheidende Nachlieferungsanspruch nicht in Betracht (siehe bereits oben S. 3 und 6). Bei der **Falschlieferung** im Rahmen eines **Gattungskaufs** (also bei einem Kauf, bei dem die Ware nur nach allgemeinen Gattungsmerkmalen bestimmt ist), ist eine Nacherfüllung durch Lieferung einer anderen Sache, die die vereinbarte Qualifikation hat, ohne weiteres möglich. Nach § 243 Abs. 1 BGB schuldet der Verkäufer die Ware einer bestimmten Gattung in mittlerer Art und Güte. Die Lieferung minderer Qualität aus der vereinbarten Gattung ist ein gewöhnlicher Sachmangel. Falsch liefert der Verkäufer erst dann, wenn die gelieferte Sache einer anderen als der vereinbarten Gattung angehört. Maßstab ist auch hier der im Kaufvertrag erklärte Parteiwille und nicht etwa die Verkehrsanschauung.

Beispiel: Winterweizen statt Sommerweizen⁸³

⁸³ BGH NJW **1968**, 640.

Ein Nachbesserungsanspruch wird beim *aliud* i.d.R. ausscheiden, ist aber nicht gänzlich undenkbar, wenn ein Gerät durch ein zusätzliches Instrument umgerüstet werden kann. Im übrigen ist der Verkäufer aber zur Nachlieferung einer vertragsgemäßen Ware verpflichtet.

Beispiel: Landwirt K kauft von Landwirt V Sommerweizen. Noch vor der Aussaat bemerkt K, daß V versehentlich Winterweizen geliefert hat. Wie ist die Rechtslage für K? K könnte einen Anspruch auf Nacherfüllung nach §§ 439 Abs. 1, 437 Nr. 1, 434 Abs. 3 BGB haben, wenn die Lieferung des Winterweizens einen Sachmangel darstellt. § 434 Abs. 3 BGB bestimmt auch die Lieferung einer anderen Sache als der geschuldeten einen Sachmangel. Jede Falschlieferung wird der Sachmängelhaftung unterstellt, ohne daß es auf die Genehmigungsfähigkeit ankommt. Die Lieferung von Winter- statt Sommerweizen stellt einen Sachmangel dar. K kann daher Nacherfüllung in Form einer Lieferung von Sommerweizen verlangen. Die falsche Lieferung muß K zurückgeben. Der Ersatzlieferungsanspruch verjährt in 2 Jahren ab Ablieferung. K könnte u.U. auch vom Vertrag zurücktreten oder den Kaufpreis mindern. Dies setzt aber den fruchtlosen Ablauf einer Fristsetzung voraus. K kann also nicht sofort vom Vertrag zurücktreten.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Mit dieser Neuregelung hat also die bisherige, im Einzelfall sehr schwierige **Unterscheidung** zwischen **Sachmangel** und **Falschlieferung** wesentlich **an Bedeutung verloren**, wenn auch noch ein gewisser Bedarf an „Feinabstimmung“ besteht.⁸⁴ Und weil es aufgrund der neuen gesetzlichen Regelung daher nicht mehr erforderlich ist, ein *aliud* zu genehmigen, bleibt es im kaufmännischen Geschäftsverkehr bei der Untersuchungs- und Rückpflicht der §§ 377, 378 HGB.⁸⁵

6. Zu beachten ist schließlich, daß § 434 BGB eine Bestimmung wie des § 459 Abs. 1 S. 2 BGB a.F., wonach eine „*unerhebliche Minderung von Wert oder Tauglichkeit*“ der Sache aus dem Sachmangelbegriff herausfällt, nicht mehr enthält. Insofern differenziert das Gesetz also nicht mehr auf der Tatbestandsseite nach dem **Grad des Mangels**. Der Grad des Mangels ist aber für die Rechtsfolgeseite von Bedeutung, dazu unten).

III. Rechtsmangel

1. Nach § 435 S. 1 BGB ist eine Sache frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in bezug auf die Sache keine oder nur die im Kaufvertrag übernommenen Rechte gegen den Käufer geltend machen können. Auch nach der Schuldrechtsreform reicht es nicht aus, daß ein Dritter ein Recht geltend macht. Nur ein **tatsächlich bestehendes Recht** stellt einen Rechtsmangel dar.

Rechte i.S. dieser Vorschrift sind sowohl

- ⇒ dingliche Rechte, wie Eigentum, Nießbrauch, Pfandrecht, Grundschulden, Hypotheken, Dienstbarkeiten⁸⁶, Immaterialgüterrechte, Anwartschaftsrecht⁸⁷ als auch
- ⇒ obligatorische Rechte⁸⁸, wie Miet- und Pachtrecht eines Dritten⁸⁹

⁸⁴ Vgl. hierzu *Westermann*, NJW **2002**, 241, 246; *Schmidt-Räntsch*, Rn 734 ff.

⁸⁵ *Haas*, BB **2001**, 1313, 1315.

⁸⁶ BGH NJW **2000**, 803.

⁸⁷ *Putzo* in: Palandt, § 434 Rn. 4; *Köhler* in: Staudinger, § 434 Rn 6.

2. Für die Rechtsmängelhaftung kommt es maßgeblich darauf an, was die Parteien im Kaufvertrag vereinbart haben. Denn nur solche Rechte Dritter sind für die Haftung des Verkäufers von Bedeutung, die **im Kaufvertrag ausdrücklich vorgesehen** sind und vom Käufer übernommen wurden.⁹⁰ Insoweit handelt es sich hierbei um eine **Haftungsbeschränkung** zugunsten des Verkäufers.

Beispiel: Im Grundbuch ist nur eine Grundschuld zugunsten der X-Bank eingetragen. Diese Grundschuld soll der Käufer übernehmen. Eine entsprechende Regelung ist im Kaufvertrag vorgesehen. Daß die Gemeinde ein Betretungsrecht wegen der zu errichtenden Hochspannungsleitung beantragt hat, war dem Verkäufer nicht bekannt.

Eine stillschweigende Abrede ist nicht zulässig, da der Käufer die betreffenden Rechte nach § 435 S. 1 BGB **übernehmen** muß. Dabei kann es sich sowohl um Baubeschränkungen⁹¹ als auch um Beschränkungen öffentlich-rechtlicher Art⁹² handeln.

3. Gemäß § 435 S. 2 BGB werden (wie bereits nach § 435 BGB a.F.) auch nicht bestehende, aber **eingetragene Buchrechte** erfaßt und einem Rechtsmangel gleichgestellt. Auch nach der alten Rechtslage war der Verkäufer verpflichtet, derartige Rechte auf seine Kosten zur Löschung zu bringen, soweit sie das dem Käufer zu verschaffende Recht beeinträchtigen könnte.

4. Das **berechtigte Interesse** des Käufers an der Löschung nicht existierender, aber eingetragener Rechte ist in der Behinderung der Verfügungsmöglichkeit des Käufer über das Grundstück zu sehen,⁹³ auch wenn deren Bestehen seine Rechtsstellung nicht unmittelbar verschlechtert. Schließlich muß berücksichtigt werden, daß derartige Rechte durch einen gutgläubigen Erwerb eines Dritten zu einem tatsächlichen Recht erstarken.

Da der **Besitz** nur die tatsächliche Sachherrschaft über eine Sache zum Inhalt hat, die Pflicht zur Besitzverschaffung aber schon aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB folgt, ist der fremde Besitz ohne Besitzrecht kein Rechtsmangel.

5. Die durch einen Rechtsmangel ausgelösten **Rechtsfolgen** entsprechen denen beim Sachmangel, §§ 433 Abs. 1 S. 2, 437 ff. BGB. Der Verkäufer ist nun bei Abschluß des Kaufvertrages verpflichtet, eine mangelfreie Sache zu liefern, und zwar in bezug auf Sach- und Rechtsmängel.

Eine der **wichtigsten Folgen** der **Gleichstellung** von **Sach- und Rechtsmängeln** ist im Bereich der Rechtsmängelhaftung die Möglichkeit, den **Kaufpreis zu mindern**. Dies war nach bisher geltendem Recht nicht möglich. Der Käufer hatte in einem solchen Fall nur die Möglichkeit, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten. Eine Minderung konnte nur über die gesetzlich nicht geregelte Rechtsfigur der c.i.c. erreicht werden. Wegen der Gleichstellung sind nun auch die Rechtsfolgen der Sachmängelhaftung auf die Rechtsmängelhaftung anzuwenden. Diese sieht, wenn die Nacherfüllung nicht möglich oder fehlgeschlagen ist, neben dem

⁸⁸ Köhler in: Staudinger, § 434 Rn. 7.

⁸⁹ BGH NJW **1991**, 2700.

⁹⁰ Graf von Westphalen in: Henssler/Graf von Westphalen, § 435 Rn 6.

⁹¹ BGH NJW **1992**, 1384.

⁹² BGHZ **67**, 134.

⁹³ RegE BR-Drs. 338/01, S. 510; Köhler in: Staudinger, § 435 Rn 2.

Rücktritt auch die Möglichkeit der Minderung des Kaufpreises vor. Daher ist die bisher verwendete Konstruktion der Minderung durch c.i.c. nicht mehr erforderlich.⁹⁴

6. Neu ist auch der **Einfluß der Kenntnis oder des Kennenmüssens** des Käufers von Rechtsmängeln. Nach der Neuregelung in § 442 Abs. 2 BGB werden dagegen sämtliche im Grundbuch eingetragene Rechte von dieser Regelung ausgenommen. Danach besteht beim Immobilienkauf nunmehr eine umfassende Verpflichtung des Verkäufers zur Freistellung von Lasten.⁹⁵ Allerdings dürften bei der Haftung des Verkäufers auf Schadensersatz wegen eines Rechtsmangels häufig **Beschaffenheitszusagen** nach § 276 BGB in besonderer Weise zu berücksichtigen sein mit der Folge, daß der Verkäufer verschuldensunabhängig haftet.⁹⁶ Hinsichtlich der Reichweite der Risikoübernahme ist nach den allgemeinen Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre durch Auslegung zu ermitteln, welche Zusagen der Verkäufer, unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls gegeben hat. Dabei kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, daß der Verkäufer bei marktbezogenen Geschäften seine Fähigkeit zur Überwindung typischer Beschaffenheitshindernissen garantieren will,⁹⁷ d.h. insbesondere das Vorhandensein der nötigen Kenntnisse, der geschäftlichen Verbindungen und der finanziellen Mittel. Nicht erfaßt werden von der Risikoübernahme solche Gefahren, die nicht mit der Eigenart der Beschaffenheitsschuld zusammenhängen.

Beispiel: Unvorhersehbare Krankheit des Verkäufers.⁹⁸

Zwar hat die Reform durch die **Gleichstellung von Sach- und Rechtsmängeln** zu einer weitgehenden Beseitigung der Abgrenzungsprobleme geführt. Rechtsmängel können aber dann die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen nach sich ziehen, wenn der Rechtsmangel die Verwendung der Kaufsache zum gewünschten Zweck beeinträchtigt.⁹⁹

Wegen der gesetzlich angeordneten **Vorrangigkeit der Parteivereinbarung** nach § 434 Abs. 1 BGB ist im Zweifel von einem Sachmangel auszugehen, sofern nicht besonders gravierende Gründe in der Weise für die Anwendung des § 435 n.F. vorliegen, daß ein Dritter Rechte an der Kaufsache gegen den Käufer geltend macht.

7. Die **Rechtsfolgen** eines Rechtsmangels ergeben sich nun aus den für alle Mängel geltenden §§ 437 ff. BGB. Nach § 436 BGB stellen **öffentlich-rechtliche Lasten**, die jeden Grundstückseigentümer treffen, **keinen** Rechtsmangel dar. Andere öffentlich-rechtliche Beschränkungen wurden vom Gesetzgeber ausdrücklich nicht geregelt.¹⁰⁰ Zu denken ist an

- ⇒ Erschließungsbeiträge oder
- ⇒ Sonstige Anliegerbeiträge für Maßnahmen, die bis zum Tag des Vertragsabschlusses bautechnisch begonnen wurden, § 436 Abs. 1 BGB.¹⁰¹

⁹⁴ BT-Drs. 14/6040, S. 162 f. Der Gesetzgeber überläßt dieses Problem weiterhin der Rechtsprechung.

⁹⁵ BT-Drs. 14/6040, S. 237.

⁹⁶ Zimmermann, in: Ernst/Zimmermann, S. 191, 194.

⁹⁷ BT-Drs. 14/6040, S. 132.

⁹⁸ Medicus, Schuldrecht AT, Rn 349.

⁹⁹ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 218.

¹⁰⁰ BT-Drs. 14/6040, S. 217.

¹⁰¹ Rauda/Zenthöfer, S. 52.

Eine Lösung dieses Problems könnte darin liegen, daß privatrechtliche oder gesetzliche Beschränkungen dann einen Sachmangel darstellen, wenn sie ihren **Ursprung in der Beschaffenheit der Sache** haben.¹⁰²

Beispiele: Lage des Grundstücks; Art der zulässigen Bebauung.

Entscheidend ist demnach entweder die Beschaffenheit, welche von den Parteien vereinbart wurde oder der vorausgesetzte oder gewöhnliche Verwendungszweck der Kaufsache.

8. § 436 Abs. 1 BGB regelt nicht die Rechtsmängelhaftung, sondern bestimmt den Verkäufer als Beitragsschuldner für diese Beiträge, auch wenn an sich der Käufer die Beiträge zu zahlen hätte.¹⁰³ Kommt der Verkäufer seiner Verpflichtung nicht nach, wird in das allgemeine Leistungsstörungenrecht und auf die §§ 280 ff. BGB verwiesen. Nach § 436 Abs. 2 BGB haftet der Verkäufer eines Grundstücks allerdings **nicht für die Freiheit von öffentlichen Abgaben** und sonstigen Lasten, die zur Eintragung ins Grundbuch nicht geeignet sind.¹⁰⁴

9. Die Ansprüche des Käufers wegen Rechtsmängeln **verjähren** in gleicher Weise nach § 438 BGB. Ausnahmsweise sieht § 438 Abs. 1 Nr. 1 a BGB für das dingliche Recht eines Dritten (den wohl wichtigsten Rechtsmangel) eine 30-jährige Verjährungsfrist vor. Dadurch wird die Gewährleistungsfrist der Verjährungsfrist dinglicher Rechte nach § 197 Abs. 1 Nr. 1 n.F. angepaßt¹⁰⁵ und Wertungswidersprüche vermieden.

IV. Rechtsfolgen

1. Die gesetzliche Systematik der Rechtsfolgen eines Sachmangels

Durch die bereits genannte Einordnung der Sachmängelhaftung in das Leistungsstörungenrecht hat es der Gesetzgeber ermöglicht, für die Rechtsfolge mangelhafter Leistung weitgehend auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht zu verweisen. Diese Regelungstechnik ist zwar aus systematischen Gründen zu begrüßen, führt aber dazu, daß der Rechtsanwender sich die relevanten Vorschriften „zusammensuchen“ und deren Verhältnis zueinander bestimmen muß. In Betracht kommen stets die Vorschriften der §§ 276 bis 284 BGB (**Schadens- und Aufwendungsersatz**), §§ 323, 325 f. BGB (**vertragliche Schuldverhältnisse allgemein**); §§ 439 bis 441 (**Nacherfüllung und Minderung aus dem Kaufvertragsrecht**). Der Einstieg in die Lösung eines Falles, der Leistungsstörungen eines Kaufvertrags zum Gegenstand hat, wird allerdings dadurch „erleichtert“, daß § 437 BGB die dem Käufer zustehenden Rechte zusagen als Übersicht auflistet und dabei sogar auf die betreffenden Vorschriften verweist. So kann der Käufer gem. § 437 BGB

- (1) nach § 439 BGB **Nacherfüllung** verlangen,
- (2) nach den §§ 440, 323, und 326 Abs. 5 BGB von dem Vertrag **zurücktreten** oder nach § 441 BGB den Kaufpreis **mindern** und
- (3) nach den §§ 440, 280, 281, 283 und 311 a **Schadensersatz** oder nach § 284 **Ersatz vergeblicher Aufwendungen** verlangen.

¹⁰² Köhler in: Staudinger, § 434 Rn 21.

¹⁰³ Huber in: Huber/Faust, S. 312.

¹⁰⁴ BT-Drs. 14/6040, S. 219.

¹⁰⁵ Lorenz/Riehm, Rn 571.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Nach der Vorschrift des § 437 BGB kann der Käufer offenbar „frei“ wählen, welche Ansprüche er geltend machen möchte. Eine Vor- bzw. Nachrangigkeit scheint insoweit nicht zu bestehen. Doch der für das Rücktrittsrecht des Käufers maßgeblichen Vorschrift des § 323 Abs. 1 BGB ist zu entnehmen, daß der Käufer einer mangelhaften Sache grds. erst dann vom Vertrag zurücktreten kann, wenn er dem Verkäufer zuvor eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat und diese Frist erfolglos verstrichen ist. Daraus folgt, daß der Gesetzgeber die Rechte des Käufers bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache in **vorrangige** (Nacherfüllung in Form von Nachbesserung und Ersatzlieferung ⇒ sog. Recht des Verkäufers auf eine **zweite Andienung**) und in **nachrangige** (Rücktritt, Kaufpreisminderung Schadenersatz, Aufwendungsersatz) Rechte unterteilt hat. In der Fallbearbeitung sind also stets zunächst die vorrangigen Rechte zu prüfen. Im Hinblick auf **Rücktritt** und **Schadenersatz** ist zu beachten, daß das neue Recht das bisher bestehende Alternativverhältnis aufgegeben hat. Nunmehr sind beide Ansprüche **nebeneinander** möglich (vgl. § 325 BGB). Vgl. dazu insgesamt unten 3.

2. Anspruch auf Nacherfüllung

a. Wie gesagt, hat der Käufer einer mangelhaften Sache zunächst einen (vorrangigen) Anspruch auf Nacherfüllung (§§ 437 Nr. 1 i.V.m. 439 Abs. 1 BGB). Dieser Anspruch besteht – da es sich bei dem Anspruch des Käufers auf eine mangelfreie Sache um einen Primäranspruch handelt – unabhängig davon, ob der Verkäufer den Mangel zu vertreten hat. Alleinige Voraussetzung ist die **Mangelhaftigkeit der Sache im Zeitpunkt des Gefahrübergangs**.¹⁰⁶

Nach **§ 446 BGB** geht die Gefahr vom Verkäufer auf den Käufer über durch **Übergabe** der Kaufsache (S. 1) oder durch **Annahmeverzug** (S. 3).

b. Liegt ein Nacherfüllungsanspruch seitens des Käufers vor, so hat dieser gem. § 439 Abs. 1 BGB das Recht, zwischen **Mangelbeseitigung** und **Ersatzlieferung** zu wählen.¹⁰⁷

⇒ Bei einem **Gattungskauf** ist das Wahlrecht zumeist unproblematisch, denn die Nachlieferung einer nur nach allgemeinen Merkmalen, also gerade nicht nach individuell bestimmten Merkmalen gekennzeichneten Sache ist – solange der Verkäufer Ersatz liefern kann – ebenso möglich wie die Beseitigung des Mangels. Insoweit hat der Käufer das volle Wahlrecht.

Beispiel: V liefern dem K 5 Zentner Kartoffeln. Beim Einlagern in den Kartoffelkeller stellt sich heraus, daß ein Großteil der Ware mit Schimmel befallen ist. K ruft den V an und erklärt diesem, er könne seine „Gammelware“ wieder abholen und dabei gleich „vernünftige“ Ware mitbringen.

⇒ Bei einem **Stückkauf** stellt sich die Lage etwas komplizierter dar. Denn die Lieferung eines anderen (mangelfreien) Stücks ist regelmäßig nicht möglich, da es den Gegenstand, auf den sich der Kaufvertrag bezieht hat, nur einmal gibt. Ein Wahlrecht des Käufers gem. § 439 Abs. 1 BGB zwischen Mangelbeseitigung und Ersatzlieferung ist also denklogisch nicht möglich. Der Anspruch auf Nacherfüllung kann sich also mangels

¹⁰⁶ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 231 und *Schellhammer*, MDR **2002**, 301.

¹⁰⁷ Anders verhält es sich im Werkvertragsrecht. Verlangt der Besteller Nacherfüllung, so kann der *Unternehmer* nach *seiner* Wahl den Mangel beseitigen oder ein neues Werk herstellen (vgl. § 635 Abs. 1 BGB).

Ersetzbarkeit der Sache **nur** in Form der **Mangelbeseitigung** (Reparatur oder Umgestaltung) konkretisieren.¹⁰⁸ Ist dies (für den Verkäufer) unmöglich, so wird er nach § 275 Abs. 1 BGB insoweit von seiner Leistung (bzw. Nacherfüllungspflicht) frei. Die Sekundäransprüche des Käufers richten sich dann nach §§ 325, 280 Abs. 1 BGB. Im Einzelfall ist aber stets zu prüfen, ob die Parteien wirklich einen Stückkauf vereinbart haben oder ob ein beschränkter Gattungskauf vorliegt.

Beispiel: K ist leidenschaftlicher Fan von Automobil-Klassikern. Als er nach jahrelangem Verzicht nun endlich eine größere Geldsumme angespart hat, kauft er am 25.03.2002 bei der *Classic-Car-GmbH* einen Aston Martin Bj. 1962. Am 28.03.2002 – rechtzeitig zu Ostern – soll der Wagen gegen Barzahlung übergeben und übereignet werden. Doch soweit kommt es nicht. Infolge einer Brandstiftung am 27.03.2002 wird nicht nur das gesamte Autohaus, in der sich der Wagen befunden hat, sondern auch der Wagen selbst zerstört. Lieferbar wäre nur noch die ausgebrannte Karkasse.

Obwohl der Wagen einst in Serie produziert wurde, handelt es sich bei dem vorliegenden – gebrauchten – Exemplar um ein Einzelstück; mithin liegt ein Stückkauf über eine unvertretbare Sache vor. Da hier der Wagen am 27.03.2002 ohne Verschulden des Verkäufers untergegangen ist (die ausgebrannte Karkasse ist unbrauchbar; die Brandstiftung wurde – unterstelltermaßen – von einem unbekanntem Dritten begangen), wird die GmbH nach § 275 BGB von ihrer Leistungspflicht frei. Schadensersatzansprüche stehen dem K nicht zu, da die GmbH (d.h. deren Organe) den Untergang nicht zu vertreten hat (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB). Vgl. im übrigen auch die beiden instruktiven Beispiele auf S. 6.

- ⇒ Hat der Verkäufer ein **aliud** geliefert, so kommt beim **Identitätsaliud** (⇒ Falschliefereung beim Stückkauf) eine Nacherfüllung nur in Form der Lieferung der tatsächlich geschuldeten Kaufsache in Betracht, wohingegen beim **Qualifikationsaliud** (⇒ Falschliefereung beim Gattungskauf) die Nacherfüllung durch Lieferung einer Sache mittlerer Art und Güte aus der geschuldeten Gattung oder durch eine Mangelbeseitigung¹⁰⁹ möglich ist.¹¹⁰

Beispiele:

- (1) Bei gekauften Fliesen kommt es darauf an, daß die Gesamtlieferung aus derselben Partie stammt.¹¹¹
- (2) Beim Kauf von Wolle kommt es darauf an, daß neben der Farb- auch die Partienummer identisch ist.

- ⇒ Bei einer **Zuwenigliefereung** (Mankoliefereung) ist die Nacherfüllung in der Weise möglich, daß die Lieferunge der Restmenge erfolgt. Denkbar sind aber auch Fälle, in denen nur durch eine komplette Neuliefereung der richtigen Menge nacherfüllt werden kann.

c. Die zum Zwecke der Nacherfüllung vom Verkäufer **erforderlichen Aufwendeungen** hat der Verkäufer zu tragen, § 439 Abs. 2 BGB.

Beispiele für derartige Aufwendeungen: Transportkosten, Wegekosten, Arbeitslöhne, Materialkosten.

¹⁰⁸ Vgl. auch BT-Drs. 14/6040, S. 232; *Schwab*, JuS **2002**, 1, 6; *Schubel*, JuS **2002**, 313, 316; *Jorden/Lehmann*, JZ **2001**, 952, 958; *St. Lorenz*, JZ **2001**, 742, 744; *Lorenz/Riehm*, Rn 505; krit. *Bitter/Meidt*, ZIP **2001**, 2114, 2119.

¹⁰⁹ BT-Drs. 14/6040, S. 216 nennt den Fall des Einbaus eines zusätzlichen Aggregats in eine Maschine, wodurch diese in eine Sache einer anderen Gattung umgerüstet werden könne.

¹¹⁰ *Lorenz/Riehm*, Rn. 508; *Schmidt-Räntsch*, Rn 735.

d. Sozusagen als Interessenausgleich zu der den Verkäufer belastenden Regelung des § 439 Abs. 2 BGB kann dieser nach § 439 Abs. 3 BGB die vom Käufer *gewählte* Art der Nachlieferung verweigern, wenn sie nur mit **unverhältnismäßigen Kosten** realisierbar ist. Er wird aber dadurch zunächst nicht von seiner Pflicht zur Leistung frei, sondern hat die *andere* Art der Nacherfüllung zu erbringen. Ist auch diese nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich, kann der Verkäufer die Leistung insgesamt verweigern.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Bei der Regelung des § 439 Abs. 3 BGB handelt es sich um eine rechtsvernichtende **Einrede** des Verkäufers. Dieser kann also die Art des Nachlieferungsanspruchs oder diesen sogar gänzlich verweigern. Bei der **Prüfung der Unverhältnismäßigkeit** sind nachfolgende Kriterien zu beachten:

- ⇒ Wert der Sache in mangelfreiem Zustand
- ⇒ Bedeutung des Mangels
- ⇒ Möglichkeit des Rückgriffs auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer.

Bei der Frage der „Nachteile für den Käufer“ kommt es nicht darauf an, daß eventuell kleinere Mängel verbleiben könnten, sondern ob dem Käufer durch die gewählte Art der Nacherfüllung Unannehmlichkeiten entstehen, wie z.B. lange Reparaturdauer, wenn die Ersatzlieferung möglich gewesen wäre.¹¹²

Die **Unmöglichkeit der Nacherfüllung** ist in § 439 Abs. 3 BGB nicht besonders erwähnt. Das muß sie auch nicht, denn die diesbezüglichen **Rechtsfolgen aus den allgemeinen Vorschriften**: Nach § 275 Abs. 1 BGB ist der Anspruch des Käufers auf Nacherfüllung bei Unmöglichkeit ausgeschlossen. Beschränkt sich die Unmöglichkeit auf eine Art der Nacherfüllung, also entweder auf die Nachlieferung oder auf die Nachbesserung, so ist der Nacherfüllungsanspruch nur insoweit und in bezug auf diesen Teil ausgeschlossen („soweit“ in § 275 Abs. 1 BGB).¹¹³ Der Anspruch des Käufers beschränkt sich dann auf die noch mögliche Art der Nacherfüllung, sofern keine Gründe vorliegen, die den Verkäufer berechtigen, von seinem Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs. 2 BGB oder § 439 Abs. 3 BGB Gebrauch zu machen.

Ist der Verkäufer berechtigt, **jede Art der Nacherfüllung verweigern**, so hat der Käufer dann nur die Möglichkeit, auf die ihm ansonsten bei einer Pflichtverletzung zustehenden Rechte des § 439 BGB zurückzugreifen. Er kann also in den Fällen

- ⇒ der Unverhältnismäßigkeit,
- ⇒ des Fehlschlagens oder der
- ⇒ Unzumutbarkeit

nach § 440 S. 1 BGB, ohne daß es der Fristsetzung bedarf, vom Vertrag **zurücktreten** und/oder **Schadensersatz** verlangen. Auch im Falle der **Unmöglichkeit** der Leistung kann der Käufer ohne vorherige Fristsetzung nach § 326 Abs. 5 BGB vom Vertrag zurücktreten.

¹¹¹ BT-Drs. 14/6040, S. 216.

¹¹² Vgl. dazu *Bitter/Meidt*, ZIP **2001**, 2114, 2122; *Schubel*, JuS **2002**, 313, 316.

¹¹³ *Schmidt-Räntsch*, Rn 860.

Verweigert der Verkäufer die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung unberechtigt (etwa weil er sich über die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit irrt), so muß er damit rechnen, daß der Käufer nach §§ 323 Abs. 2 Nr. 1, 281 Abs. 2 BGB ohne weitere Fristsetzung vom Vertrag zurücktritt und ggf. Schadensersatz verlangt. Dagegen soll dem Käufer das – aus dem Werkvertragsrecht bekannte (vgl. § 637) – Recht zur Selbstvornahme nach Absicht des Gesetzgebers nicht zukommen.¹¹⁴

Wählt der Käufer nun seinerseits, und zwar unter Nachfristsetzung, einen Anspruch, den der Verkäufer verweigern darf, so muß der Käufer, bevor er die nachrangigen Gewährleistungsrechte (Rücktritt und Schadensersatz) ausüben kann, dem Verkäufer eine **neue Nachfrist** für die nun von ihm beanspruchte Nacherfüllungsvariante setzen und dem Verkäufer damit Gelegenheit geben, nachzuerfüllen.¹¹⁵

Beispiel¹¹⁶: Der K kauft von V ein „zur Errichtung eines Familienhauses geeignetes Grundstück“. Da das Grundstück im bauplanungsrechtlichen Außenbereich (§ 35 BauGB) liegt, verweigert die Baubehörde die von K beantragte Baugenehmigung. Ist K berechtigt, nur einen Teil des Kaufpreises zu bezahlen, dafür aber das Grundstück zu behalten?

Das Minderungsrecht des K könnte sich aus §§ 441 Abs. 1, 437 Nr. 2, 434 Abs. 1 BGB ergeben. Voraussetzung dafür ist das Vorliegen eines Sach- oder Rechtsmangels. Ein Sachmangel liegt vor, wenn die Kaufsache nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweist. Ein Rechtsmangel liegt hingegen vor, wenn Dritte Ansprüche oder Rechte gegen den Käufer wegen der Sache geltend machen. Die fehlende Bebaubarkeit gehört hier aber nicht dazu. Vielmehr ist von einem Sachmangel auszugehen. Denn K hat das Grundstück zur Errichtung eines Einfamilienhauses gekauft. Die Bebaubarkeit war im Kaufvertrag vereinbart. Da das Haus aber nicht gebaut werden darf, fehlt es an der vereinbarten Beschaffenheit; es liegt mithin ein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 BGB vor.

Darüber hinaus müßten auch die Voraussetzungen des Rücktritts nach § 441 Abs. 2 BGB vorliegen. K müßte dem V nach § 323 Abs. 1 BGB grds. zunächst eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt haben. Eine Nachfristsetzung ist aber dann nicht erforderlich, wenn beide Formen der Nacherfüllung (Nachbesserung und Ersatzlieferung) nach § 275 Abs. 1 BGB unmöglich sind: Eine Nachbesserung kommt nicht in Betracht, da der Verkäufer keinen Einfluß auf die öffentlich-rechtlichen Baubeschränkungen hat. Die Ersatzlieferung muß bereits wegen der Einzigartigkeit der Lage des Grundstücks ausscheiden. Für das Rücktrittsrecht ist nun § 326 Abs. 5 BGB maßgebend, d.h. eine Nachfristsetzung ist entbehrlich. Käufer kann Minderung des Kaufpreises verlangen.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Auch dann, wenn hier ein Rechtsmangel vorgelegen hätte, könnte der Käufer von seinem Minderungsrecht Gebrauch machen, da die Unterscheidung zwischen Sach- und Rechtsmangel seit Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes keine Bedeutung mehr hat.

Hat der Verkäufer in Erfüllung seiner Pflicht aus § 439 BGB die mangelfreie Sache geliefert, dann kann er die **mangelhafte Kaufsache** vom Käufer gemäß § 439 Abs. 4 i.V.m. §§ 346 bis 348 BGB **zurückverlangen**.

¹¹⁴ Vgl. Vgl. *Schubel*, JuS **2002**, 313, 316.

¹¹⁵ *Steimle* in: *Andersen Luther*, S. 74.

¹¹⁶ Nach *Dauner-Lieb*, S. 124.

Konnte der Käufer die Sache **trotz ihrer Mangelhaftigkeit benutzen**, so hat er dem Verkäufer die Nutzungen nach § 346 BGB zu ersetzen, denn der Käufer soll sich an der Mangelhaftigkeit nicht bereichern.

e. Liegt insgesamt ein **nicht behebbarer Sachmangel** vor oder ist die Lieferung einer Ersatzware unmöglich (was insbesondere beim Stückkauf in Betracht kommt), entfällt für den Verkäufer die Pflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache. Er wird nach § 275 Abs. 1 BGB von seiner **Primärleistungspflicht frei**. § 439 Abs. 1 BGB ist hier nicht anwendbar. Da der Käufer aber auf die Vertragserfüllung vertraut hat, stehen ihm folgende Rechte zur Verfügung:

- ⇒ Er kann nach den Vorschriften der §§ 437 Nr. 2, 440, 323, 326 Abs. 5 BGB **vom Vertrag zurücktreten**, ohne daß es dazu der vorherigen Fristsetzung bedarf.
- ⇒ Der Käufer kann, statt vom Vertrag zurückzutreten, nach §§ 437 Nr. 2, 441 BGB den **Kaufpreis mindern** (freilich kommt dies nur bei einer noch gewissen Brauchbarkeit der gelieferten Sache in Betracht). Auch insoweit ist eine Fristsetzung nicht erforderlich.
- ⇒ Schließlich kann der Käufer gem. § 437 Nr. 3 BGB nach den Vorschriften der §§ 440, 280, 281, 283 und 311 a BGB statt der Leistung **Schadensersatz** verlangen.

Diese Rechte werden im folgenden näher erläutert. Anzumerken ist aber bereits an dieser Stelle, daß das neue Recht das bisher bestehende Alternativverhältnis zwischen **Rücktritt** und **Schadensersatz** aufgegeben hat. Nunmehr sind beide Ansprüche **nebeneinander** möglich (vgl. § 325 BGB).

3. Rücktritt

a. Führt das vorrangige Recht auf Nacherfüllung (zweite Andienung), wonach der Verkäufer zunächst einmal die Chance erhalten soll, dem Käufer die vertraglich geschuldete Leistung zu erbringen, nicht zum Erfolg, sind sodann die nachrangigen Rechte Rücktritt, Minderung und Schadensersatz in Betracht zu ziehen. Vom Vertrag zurücktreten kann der Käufer nach Maßgabe der §§ 440, 323, 326 Abs. 5 BGB grundsätzlich aber nur dann, wenn

- ⇒ der Verkäufer die Leistung bei Fälligkeit **nicht** oder **nicht vertragsgemäß** erbracht hat
und
- ⇒ der Käufer dem Verkäufer eine **angemessene Frist** zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat.

Mit dieser Regelung wird das bereits erwähnte „Recht zur zweiten Andienung“ unterstrichen. Ausnahmsweise ist die **Fristsetzung aber entbehrlich**. In §§ 323 Abs. 2 und 440 BGB werden insoweit folgende Fallgruppen explizit erwähnt:

- (1) ernsthafte und endgültige **Verweigerung** der Leistung oder Nacherfüllung durch den Verkäufer.
- (2) Nichtbewirken der Leistung zu einem im Vertrag **bestimmten Termin** oder innerhalb einer **bestimmten Frist**, sofern der Käufer im Vertrag den Fortbestand seines Leistungsinteresses an die Rechtzeitigkeit der Leistung gebunden hat.
- (3) Vorliegen von **besonderen Umständen**, die unter **Abwägung** der beiderseitigen Interessen den **sofortigen** Rücktritt rechtfertigen.

- (4) Verkäufer **verweigert** beide der in § 439 BGB genannten Arten der Nacherfüllung.
(5) die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung **schlägt fehl** oder ist für diesen **unzumutbar**.

Kommt nach der Art der Pflichtverletzung eine Fristsetzung erst gar nicht Betracht, so tritt an deren Stelle eine **Abmahnung** (§ 323 Abs. 3 BGB).

b. Nicht erforderlich ist, daß den Verkäufer ein **Verschulden** trifft. Auch bedarf es keiner vorherigen Ablehnungsandrohung durch den Käufer.

c. Das Rücktrittsrecht ist ein **Gestaltungsrecht**.¹¹⁷ Dieser Umstand hat zur Folge, daß ein Wechsel der Ansprüche (etwa von Rücktritt auf Schadensersatz) nicht mehr möglich ist, sobald das Gestaltungsrecht bereits ausgeübt wurde.¹¹⁸ Ausgeübt ist dieses Gestaltungsrecht mit Zugang der entsprechenden Rücktrittserklärung beim Verkäufer.

Beispiel: „Ich trete vom Kaufvertrag, den ich mit Ihnen am ... geschlossen habe, mit sofortiger Wirkung zurück.“

d. Mit der **Ausübung des Rücktrittsrechts** „wandelt“ sich das vertragliche Kaufverhältnis in ein gesetzliches Rückgewährschuldverhältnis mit den Rechtsfolgen der §§ 346 ff. BGB. Die vertraglichen Erfüllungsansprüche aus § 433 BGB erlöschen, soweit sie noch nicht erfüllt sind. Nach § 346 Abs. 1 BGB sind die empfangenen Leistungen zurückzugeben: Der Käufer hat Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises, muß seinerseits die Kaufsache aber zurückgeben und – falls er bereits Eigentum erworben hat – dieses rückübertragen. Außerdem hat der Käufer die gezogenen Nutzungen herauszugeben. Kann der Käufer die Kaufsache nicht mehr unversehrt herausgeben, so muß er den Wert ersetzen.

e. Da § 323 Abs. 4 BGB auf § 437 Nr. 2 BGB verweist, darf der Käufer schon vor Fälligkeit vom Kaufvertrag zurücktreten, wenn die Voraussetzungen des Rücktritts offensichtlich eingetreten werden. Da der Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB erst mit Gefahrübergang **rechtserheblich** wird, bedeutet die Verweisung in § 323 Abs. 4 BGB wohl, daß der Käufer schon vor Fälligkeit seines Lieferanspruchs zurücktreten darf, wenn die Kaufsache bereits mangelhaft ist und der Verkäufer den Sachmangel bis zur Lieferung nicht beseitigen können wird.¹¹⁹ Hierbei handelt es sich allerdings nur um eine eng auszulegende Ausnahme.

f. Ausgeschlossen ist der Rücktritt ist in folgenden Fällen:

- ⇒ bei Schlechtleistung und nur unerheblicher Pflichtverletzung des Verkäufers nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB.
- ⇒ wenn der Mangel (= Zuweniglieferung) unerheblich ist; ein Interessenfortfall ist dabei nicht erforderlich.
- ⇒ wenn der Käufer für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist, § 323 Abs. 6 BGB.
- ⇒ bei Annahmeverzug des Käufers infolge eines nicht vom Verkäufer zu vertretenden Umstandes, § 323 Abs. 6 BGB.

¹¹⁷ Schellhammer, MDR 2002, 303.

¹¹⁸ Steimle in: Andersen Luther, S 74.

¹¹⁹ Schellhammer, MDR 2002, 303.

4. Minderung des Kaufpreises

a. Das gleichrangig neben dem Rücktrittsrecht stehende Minderungsrecht ergibt sich aus §§ 437 Nr. 2, 441 Abs. 1 BGB. Die Ausübung des Minderungsrechts setzt aber gem. der Formulierung „statt zurückzutreten“ voraus, daß die sonstigen Voraussetzungen des Rücktrittsrechts vorliegen. Hierzu zählt insbesondere die grundsätzlich zu gewährende Frist zur Nacherfüllung. Die Fristsetzung ist aber auch bei der Minderung entbehrlich, wenn sie beim Rücktritt entbehrlich wäre. Rechtstechnisch ist zu beachten, daß die Minderung nach dem neuen Recht nicht mehr einen Anspruch, sondern lediglich ein Gestaltungsrecht darstellt, das mit dem Zugang der Erklärung beim Verkäufer bewirkt ist. Damit erlischt das Wahlrecht des Käufers unter den in § 437 Nr. 2 n.F. zur Verfügung gestellten Ansprüche (Rücktritt oder Minderung). Sind auf der Seite des Käufers oder auf der Seite des Verkäufers mehrere beteiligt sind, so kann die Minderung nur von allen oder gegen alle erklärt werden.

b. Die **Berechnung des Minderungsbetrags** erfolgt entsprechend dem in § 472 BGB a.F. enthaltenen Prinzip der relativen Berechnung: Der Kaufpreis ist in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Gegebenenfalls ist der Minderungsbetrag durch Schätzung zu ermitteln, § 441 Abs. 3 Abs. 2 BGB n.F.

Formel: Geminderter Kaufpreis = (Istwert x Kaufpreis) : Sollwert

Beispiel: K kauft von V einen Computer zum Preis von 1.000.- €. In mangelfreiem Zustand wäre der PC 1.200.- € wert gewesen, aufgrund eines Sachmangels ist er aber nur 600.- € wert. K kann den Kaufpreis also in Höhe von 500.- € mindern.

Die Minderung kann den Kaufpreis maximal auf 0 absenken. In einem derartigen Fall ist der Käufer aber nach Treu und Glauben zur Rückgabe der Kaufsache verpflichtet.¹²⁰

Hinweis für die Fallbearbeitung: Im Gegensatz zum Rücktritt ist die Minderung auch bei nur **unerheblichen Mängeln** möglich, da die **Bagatelld Klausel** des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB n.F. in § 441 Abs. 1 S. 2 BGB n.F. ausdrücklich ausgenommen wird.

c. Hat der Käufer im voraus den Kaufpreis geleistet, erfolgt die teilweise Rückabwicklung nach den Rücktrittsvorschriften, §§ 346 Abs. 1, 347 Abs. 1 BGB n.F. analog.

d. Nach § 438 Abs. 5 BGB n.F. findet auf das Minderungsrecht des §§ 441, 437 Nr. 2 BGB n.F. die Vorschrift des § 218 BGB n.F. entsprechende Anwendung. Ist die Minderung wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistungen also verjährt, kann der Schuldner eine entsprechende Einrede erheben.

e. Auch nach der Schuldrechtsreform enthält das Gesetz keine Regelung für die Fälle, in denen der **Käufer für den Mangel mitverantwortlich** ist. Der Gesetzesbegründung ist zu entnehmen, daß diese Frage nach den allgemeinen Vorschriften sowie nach dem Rechtsgedanken des § 254, der auch bei der Berechnung des Minderungsbetrages anwendbar sei, zu beantworten ist.¹²¹ Zu unterscheiden ist danach, ob der Käufer den Mangel allein oder überwiegend verschuldet hat, so ist sein Minderungs-

¹²⁰ Putzo in: Palandt, § 472 Rn 9.

¹²¹ RegE, BT-Drs. 14/6040, S. 235.

recht nach §§ 441 Abs. 1 S. 1 i.V.m. 323 Abs. 6 BGB ausgeschlossen. Liegt der Mitverantwortungsanteil des Käufers unterhalb der Schwelle der „**weit überwiegenden Verantwortlichkeit**“, so ist der von ihm geltend gemachte Minderungsbetrag um seinen Anteil zu kürzen. Der Käufer ist „weit überwiegend verantwortlich“, wenn der Anteil des Verkäufers so gering ist, daß er im Rahmen des § 254 BGB außer Acht gelassen würde.¹²²

f. Hat der Käufer den Kaufpreis bereits bezahlt, so hat er hinsichtlich des zuviel bezahlten Betrages ein Rückforderungsrecht, § 441 Abs. 4 S. 1 BGB. Der Verkäufer hat den Minderungsbetrag gemäß § 441 Abs. 4 S. 2 BGB zu verzinsen.

Hinweis für die Fallbearbeitung: § 441 Abs. 4 S. 1 BGB ist eine eigenständige **Anspruchsgrundlage** und nicht nur Verweisung auf das Rücktrittsrecht; die in § 441 Abs. 1 S. 2 BGB für anwendbar erklärten Vorschriften der §§ 346 Abs. 1 und 347 Abs. 1 BGB finden nur entsprechende Anwendung und betreffen vorrangig den Nutzungsersatz.¹²³

g. Hat der **Verkäufer schuldhaft eine mangelhafte Sache geliefert**, so kann dem Käufer neben dem Minderung auch Schadensersatz für etwaige Mangelfolgeschäden. Diese in § 325 n.F. ausdrückliche Kombinierbarkeit der Rechtsbehelfe gilt wegen der parallelen Behandlung beider Gestaltungsrechte in §§ 437 Abs. 2, 438 Abs. 5 n.F. nicht nur im Verhältnis von Rücktritt und Schadensersatz, sondern auch im Verhältnis von Minderung und Schadensersatz.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Zu beachten ist, daß der Käufer wirtschaftlich den Minderungswert auch als Schadensposition im Rahmen eines einheitlichen Schadensersatzanspruchs geltend machen kann. Verfahrensrechtlich liegt die besondere Bedeutung der Kombinierbarkeit von Minderung und Schadensersatz darin, daß die Minderung verschuldensunabhängig ist, wogegen es beim Schadensersatz zu Beweisschwierigkeiten bezüglich des Verschuldens des Verkäufers kommen kann.¹²⁴

5. Schadensersatz und Aufwendungsersatz

a. Schadensersatz

aa. Da das neue Leistungsstörungsrecht in § 280 BGB die einzelnen Leistungsstörungstatbestände in einer Generalklausel (sog. „**Pflichtverletzung**“) zusammenfaßt, findet sich in der Vorschrift des § 437 Nr. 3 BGB insoweit nichts anderes als eine längere Verweisungskette. Besondere Vorschriften für den Kauf finden sich allerdings in § 440 und – für den Verbrauchsgüterkauf – § 475 Abs. 3 BGB.

Die Vorschrift des § 475 Abs. 3 BGB erlaubt es den Vertragsparteien, für den Anspruch auf Schadensersatz Vereinbarungen zu treffen, die von den gesetzlichen Bestimmungen auf eine für den Verbraucher nachteilige Weise abweichen. Freilich sind aufgrund der Formulierung in § 475 Abs. 3 BGB „unbeschadet der §§ 307 bis 309“ die von den Vorschriften über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen gezogenen Grenzen zu beachten (vgl. insbesondere § 309 Nr. 7 BGB).

¹²² RegE. BT-Drs. 14/6040, S. 187.

¹²³ *Huber* in: *Huber/Faust*, S. 348 f.

¹²⁴ *Büdenbender* in: *Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring*, § 441 Rn 9.

bb. Nach der für den Schadensersatz zentralen Norm des **§ 280 Abs. 1 S. 1 BGB (Anspruchsgrundlage!)** hat der Verkäufer Schadensersatz zu leisten, wenn er eine Pflicht aus dem Kaufvertrag verletzt. Eine Schadensersatzpflicht besteht gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB aber nicht, wenn der Verkäufer nachweist, daß er die Pflichtverletzung, also die Lieferung einer mit Mängeln behafteten Sache, nicht zu vertreten hat. Mit dieser Gesetzessystematik wird klargestellt, daß die Haftung auf Schadensersatz grundsätzlich **verschuldensabhängig** i.S.d. §§ 276 ff. BGB ist und der **Verkäufer** die **Beweislast** für das Nichtvertretenmüssen trägt.

Da der Gesetzgeber in der amtlichen Begründung aber explizit ausführte, daß von demjenigen, der als gewerblicher Verkäufer mit industriell hergestellten Massenartikeln handelt, nicht stets erwartet werden kann, seine Waren auf Konstruktions- und Fertigungsmängel zu untersuchen und sogar davon ausgeht, daß der Verkäufer einer Ware nicht der Erfüllungsgehilfe (vgl. § 278 BGB) des Produzenten ist¹²⁵, dürfte dem Verkäufer gerade beim Verbrauchsgüterkauf der Beweis des „Nichtvertretenmüssens“ nicht besonders schwer fallen.¹²⁶ Etwas anderes gilt nach der Vorstellung des Gesetzgebers möglicherweise aber dann, wenn es sich um besonders hochwertige oder fehleranfällige Produkte handelt sowie dann, wenn der Verkäufer eine besondere Sachkunde besitzt.

cc. Kommt demnach ein Schadensersatz in Betracht, sind die weiteren Voraussetzungen zu prüfen. So kann der Käufer gem. § 280 Abs. 3 BGB „**Schadensersatz statt der Leistung**“ (bislang: „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“) nur dann verlangen, wenn die Voraussetzungen der §§ 281 bis 283 BGB vorliegen. Grundsätzlich muß der Käufer dem Verkäufer also eine **angemessene Frist** zur Leistung oder Nacherfüllung **setzen** (§ 281 Abs. 1 S. 1 BGB). Mit dieser Regelung wird das bereits mehrfach erwähnte „**Recht zur zweiten Andienung**“ unterstrichen, wonach der Verkäufer zunächst einmal die Chance erhalten soll, dem Käufer die vertraglich geschuldete Leistung zu erbringen. Ausnahmsweise ist die **Fristsetzung aber entbehrlich**. In den §§ 281 Abs. 2 und 440 BGB werden insoweit vier Fallgruppen explizit erwähnt:

- (1) ernsthafte und endgültige **Verweigerung** der Leistung oder Nacherfüllung durch den Verkäufer.
- (2) Vorliegen von **besonderen Umständen**, die unter **Abwägung** der beiderseitigen Interessen die **sofortige** Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen.
- (3) Verkäufer **verweigert** beide der in § 439 BGB genannten Arten der Nacherfüllung.
- (4) die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung **schlägt fehl** oder ist für diesen **unzumutbar**.

Kommt nach der Art der Pflichtverletzung eine Fristsetzung erst gar nicht in Betracht, so tritt an deren Stelle eine **Abmahnung** (§ 281 Abs. 3 BGB).

In § 281 Abs. 1 BGB nicht genannt ist das **einfache Fixgeschäft**. Das legt den Schluß nahe, der Käufer müsse dem Verkäufer hinsichtlich des Schadensersatzanspruches eine Nachfrist setzen. Doch wird man in diesem Fall das Vorliegen eines besonderen Umstandes annehmen müssen, der unter Abwägung der beiderseitigen Interessen eine Fristsetzung entbehrlich macht.

¹²⁵ Vgl. BT-Drs 14/6050, S. 210

¹²⁶ Vgl. *Schubel*, JuS **2002**, 313, 318.

dd. Hinsichtlich **Art und Höhe des Schadensersatzes** ist zwischen dem sog. „großen“ und „kleinen“ Schadensersatz zu unterscheiden: Der Anspruch auf den **„großen Schadensersatz“** nach §§ 311 a Abs. 2 S. 2, 281 Abs. 1 S. 3 BGB, d.h. die Geltendmachung von Schadensersatz statt der *ganzen* Leistung unter Rückgewähr des bisher empfangenen Leistungsteils, entsteht nur dann, wenn der Mangel nicht unerheblich ist (vgl. § 281 Abs. 1 S. 3 BGB). Bei unerheblichen Mängeln kann der Käufer lediglich den Minderwert der Kaufsache oder die Reparatur als Schaden berechnen (sog. **kleiner Schadensersatzanspruch**). Käufer an der Leistung kein Interesse mehr hat. Den sog. „großen Schadensersatz“ gewährt das Gesetz nur bei Fortfall des Interesses an der Vertragserfüllung, §§ 283 S. 2, 281 Abs. 1 S. 3.¹²⁷

ee. Bei Schäden an anderen Rechtsgütern (sog. **„Mangelfolgeschäden“**) ist fraglich, ob Anspruchsgrundlage allein § 280 Abs. 1 BGB bildet, oder ob (wegen des expliziten Verweises in § 280 Abs. 3 BGB) zusätzlich die Voraussetzungen des § 281 Abs. 1 BGB (Nachfristsetzung) vorliegen müssen. Wenn man davon ausgeht, daß es bei den Mangelfolgeschäden nicht um Schadensersatz *statt* der Leistung geht, sondern ausschließlich um den Ersatz von Schäden, die durch die Verwendung der mangelhaften Sache an anderen Rechtsgütern als der Sache selbst eingetreten sind, macht die Nachfristsetzung keinen Sinn. Zudem dient die Nachfristsetzung ausschließlich dem Recht der zweiten Andienung und will damit dem Verkäufer die Chance ermöglichen, seiner vertraglichen Verpflichtung nach Lieferung einer mangelfreien Sache doch noch nachzukommen. Mit dem Ersatz von Mangelfolgeschäden hat das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung also nichts zu tun.

⇒ Daher kann der Käufer einer mangelhaften Sache, die Schäden an **anderen Rechtsgütern** verursacht, den Schaden allein über § 280 Abs. 1 BGB liquidieren, ohne dem Verkäufer eine Nachfrist setzen zu müssen.

Beispiel: V verkauft dem K eine Waschmaschine vom Typ „Sauberer geht´s nicht“. Doch als K damit seine Wollsachen auf 30° wäscht, stellt sich heraus, daß der Temperaturregler defekt ist und daß die Wäsche auf 90° „gekocht“ worden ist. Hier kann K den Ersatz der Wäsche verlangen, ohne daß er eine Nachfrist setzen muß.

⇒ Schwieriger scheint der Fall zu sein, bei dem der Käufer einen **sonstigen Vermögensschaden** (z.B. **Betriebsausfallschaden**) erleidet. Aber auch hier muß man die Entbehrlichkeit einer Nachfristsetzung annehmen. Zwar könnte man sich dem Einwand einer widersprüchlichen Argumentation aussetzen, indem man dem Verkäufer, der überhaupt nicht leistet, eine Nachfrist zubilligt, und demjenigen, der wenigstens mangelhaft leistet, dieses Recht nicht zuerkennt. Doch im Ergebnis muß hier dasselbe gelten wie im vorigen Fall: Es geht nicht um die Chance der zweiten Andienung, sondern um den Ersatz (bereits eingetretenen) Mangelfolgeschäden.

Beispiel: Fabrikant F kauft beim Hersteller H eine Vervielfältigungsmaschine. Doch schon am ersten Einsatztag zeigt sich ein Mangel, der zu einem erheblichen Produktionsausfall führt. Hier braucht F (wie K im vorigen Beispiel) dem H keine Nachfrist zu setzen.

ff. Schließlich ist die Frage zu beantworten, welche Schäden der Verkäufer im Falle der **verzögerten Nacherfüllung** zu ersetzen hat. In der Gesetzesbegründung zur Schuldrechtsreform formuliert der Gesetzgeber die Auffassung, es könne nicht um den Ersatz von Nutzungsausfallschäden gehen, weil diese der Verkäufer ohnehin schon

¹²⁷ Lorenz/Riehm, Rn 540.

(von Anfang an) zu tragen habe.¹²⁸ Doch ist zu bedenken, daß der Verkäufer hier den Mangel zu vertreten haben muß, was aber – wie bereits gesagt – gerade beim Verbrauchsgüterkauf eher die Ausnahme sein dürfte. Es dürften also solche Fälle zu erwarten sein, in denen der Verkäufer zwar nicht die mangelhafte Lieferung, wohl aber die nicht fristgerechte Nacherfüllung zu vertreten hat. Dies gilt insbesondere für den Fall der unberechtigten Verweigerung der Nacherfüllung (vgl. § 439 Abs. 3 BGB). Hier ist dem Käufer über §§ 280, 286 Abs. 1 BGB mit dem grundsätzlichen Erfordernis einer Mahnung ein Schadensersatzanspruch zu gewähren. Einer Mahnung bedarf es nur dann nicht, wenn der Verkäufer die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert.¹²⁹

b. Aufwendungsersatz

aa. Nach § 437 Nr. 3 BGB i.V.m. § 284 BGB kann der Käufer bei Lieferung einer mangelhaften Sache anstelle eines „Schadensersatzanspruchs statt der Leistung“ auch Ersatz seiner **Aufwendungen**, also **freiwillige Vermögenseinbußen**, die er im Hinblick auf den Erhalt der vereinbarungsgemäßen Leistung tätigt, verlangen. Voraussetzung dafür ist, daß der Käufer **im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung** tatsächlich Aufwendungen gemacht hat und diese auch **billigerweise** machen durfte. Dabei spielt es keine Rolle, wenn sich der Gläubiger aus dem Kaufvertrag keine materielle oder rentable Gegenleistung, sondern nur immaterielle Vorteile erhofft hat.¹³⁰

Beispiele: Steigerung des Ansehens im Verkehrskreis, Erweiterung des Warenangebots, Vergeblich aufgewendete Reisekosten für die Teilnahme an einem Konzert, das wegen Verkaufs einer ungültigen Eintrittskarte nicht besucht werden kann, Vertragskosten, Kosten für Übergabe, Versendung und Beurkundung, Zölle, Frachtkosten, Einbau- und Montagekosten¹³¹, Darlehenszinsen zur Finanzierung des Geschäfts, Folgeinvestitionen zur Verwertung des Kaufgegenstandes.

Gegenbeispiele: Aufwendungen, bei denen das Vertrauen auf die ordnungsgemäße Erfüllung des Vertrages zu verneinen ist, sind: Versicherungsprämien, Kosten für die Untersuchung des Kaufgegenstandes, Kosten der Rückabwicklung des Kaufvertrages.

bb. Der Käufer kann nur solche Aufwendungen ersetzt verlangen, die er **billigerweise** für erforderlich halten durfte. Insoweit soll lediglich an ein die Möglichkeit eines Mitverschuldens erinnert werden, wobei dies sehr streng zu handhaben ist.¹³² Macht der Käufer **vorschnell** Aufwendungen, obwohl er aufgrund objektiver Kriterien mit dem Scheitern des Vertrages rechnen mußte, so kann er hierfür keinen Ersatz verlangen.¹³³

cc. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, inwieweit der Käufer seine **eigene Arbeitsleistung** in Ansatz bringen kann mit der Folge, diese ersetzt zu bekommen. Dafür spricht, daß es wertmäßig unerheblich ist, ob die Leistung durch Dritte oder durch den Käufer selbst erbracht wird. Jedenfalls kann nicht die ablehnende Beurteilung der Ersatzfähigkeit eigener Arbeitsleistungen i.S.d. § 670 BGB herangezogen

¹²⁸ Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 225.

¹²⁹ Schubel, JuS **2002**, 313, 318.

¹³⁰ Steimle in: Andresen/Luther, S. 83; vgl. auch *Löhning*, JA **2002**, 31, 33.

¹³¹ Zu den Beispielen 4 bis 7 vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 225.

¹³² *Canaris*, JZ **2001**, 499, 517.

¹³³ *Canaris*, JZ **2001**, 499, 516 f.

werden, da diese im Zusammenhang mit der Unentgeltlichkeit des Auftrags steht und nicht ohne weiteres auf das Leistungsstörungenrecht übertragen werden kann.¹³⁴

dd. Hinsichtlich des **Verschuldens** gilt dasselbe wie beim Schadensersatz. Der Gesetzgeber macht den Anspruch des Käufers auf Aufwendungsersatz nach § 284 i.V.m. §§ 281, 280 Abs. 1 BGB von einem vermuteten **Verschulden** des Verkäufers abhängig. Der Gegenbeweis durch den Verkäufer ist allerdings gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB möglich.

ee. Aus der Formulierung in § 284 BGB „anstelle des Schadensersatzes“ ergibt sich, daß dem Käufer nur dann ein Aufwendungsersatz zusteht, wenn auch die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches (§ 280 i.V.m. §§ 281, 282, 283 BGB oder § 311 a Abs. 2 BGB) vorliegen.

ff. Der Aufwendungsersatzanspruch ist **nicht identisch mit** dem Anspruch auf Ersatz des **Vertrauensschadens**. Ersterer kann dahinter zurückbleiben. Umgekehrt hat der Reformgesetzgeber in § 284 BGB bewußt keine Begrenzung auf das Erfüllungsinteresse vorgenommen, da die Aufwendungen, für die der Käufer Ersatz erhalten soll, nicht sachgerecht anhand des Erfüllungsinteresses bemessen werden kann.¹³⁵

Beispiel: Der Käufer kann nicht dafür Ersatz verlangen, daß er die vom Verkäufer geschuldete Leistung bei einem Dritten inzwischen hätte billiger beziehen können, dies aber im Vertrauen auf den Bestand und die ordnungsgemäße Erfüllung des Vertrages darauf verzichtet hat bzw. dieses unterlassen hat.¹³⁶

gg. Der Aufwendungsersatzanspruch **scheidet** nach § 284 Halbs. 2 BGB **aus**, wenn der Zweck auch ohne die Pflichterfüllung nicht erreicht worden wäre. Denn dann fehlt es an der notwendigen Ursächlichkeit zwischen der eingetretenen Leistungsstörung und der Vergeblichkeit der vom Käufer unternommenen Anstrengungen.

Beispiel: Das für den Transport der Kaufsache angemietete Fahrzeug kann nicht verwendet werden, weil es zu klein ist. Der dafür getätigte Aufwand war vergeblich, kann aber nicht nach § 284 BGB ersetzt verlangt werden.

Bei der Weigerung durch den Verkäufer handelt es sich um den **Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens**, wobei die Beweislast aufgrund der Formulierung in § 284 BGB „es sei denn, ...“ beim Verkäufer liegt.¹³⁷ Der Gesetzgeber begründet diese Ansicht mit der bisherigen Rechtsprechung zur Rentabilitätsvermutung, wonach der Käufer in den Fällen Ersatz seiner Aufwendungen verlangen kann, in denen nach der bisherigen Rechtsprechung die Rentabilitätsvermutung als widerlegt anzusehen gewesen wäre.¹³⁸

¹³⁴ *Dauner-Lieb* in: *Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring*, § 284 Rn. 9.

¹³⁵ BT-Drs. 14/6040, S. 144.

¹³⁶ BT-Drs. 14/6040, S. 144; *Canaris*, JZ **2001**, 499, 517.

¹³⁷ Vgl. auch *Canaris*, JZ **2001**, 499, 517.

¹³⁸ BT-Drs. 14/6040, S. 144.