

Kaufrecht

Probexemplar

Kaufrecht

Die wesentlichen Rechtsfragen bei Mängeln

Nacherfüllung · Minderung · Rücktritt · Schadensersatz

von

Prof. Dr. jur. Rolf Schmidt

**Hochschule für Angewandte Wissenschaften
Hamburg**

6. Auflage 2023

Schmidt, Rolf: Kaufrecht

6. Auflage – Grasberg bei Bremen 2023

ISBN 978-3-86651-262-7; Preis 8,90 EUR als ebook im pdf-Format

Umschlaglayout: mann + maus GmbH & Co. KG, 30171 Hannover
Titelbild: amnaj – Adobe Stock
Autor: Prof. Dr. Rolf Schmidt c/o Verlag Dr. Rolf Schmidt GmbH
Druck: QUBUS media GmbH, 30457 Hannover
Verlag: Dr. Rolf Schmidt GmbH, Wörpedorfer Ring 40, 28879 Grasberg
bei Bremen, Tel. (04208) 895 299; Fax (04208) 895 308;
www.verlag-rolf-schmidt.de; E-Mail: info@verlag-rolf-schmidt.de

Für Verbraucher erfolgt der deutschlandweite Bezug über den Verlag versandkostenfrei.

Vorwort

Der Kaufvertrag stellt den für die Wirtschaftsordnung wohl wichtigsten Vertragstyp dar, weshalb ihm auch in der juristischen Ausbildung eine bedeutende Rolle beizumessen ist. Kenntnisse insbesondere über den Vertragsschluss, die Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag, die Beweislast und die Verjährung sind daher unabdingbar.

Folgerichtig erläutert die vorliegende Bearbeitung die Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag, zeigt den Unterschied zwischen (Hersteller-)Garantie und gesetzlicher Gewährleistung auf und erklärt die Käuferrechte bei Mängeln an der Kaufsache anhand zahlreicher (praktischer) Beispielfälle. Im Zentrum stehen dabei – nicht zuletzt aufgrund der determinierenden europarechtlichen Bestimmungen („Warenkaufrichtlinie“; „Digitale-Inhalte-Richtlinie“; „Online-Marktplätze-Richtlinie“) – die Verbraucherrechte.

Die Verjährung von Ansprüchen und Beweislastfragen werden ebenfalls behandelt. Denn in der Praxis entscheidet über Erfolg oder Misserfolg eines Rechts oft die Frage, wer den Beweis für das Vorliegen der anspruchsbegründenden Voraussetzungen führen muss.

Bitte beachten Sie aber, dass es nicht stets eine „allein richtige Antwort“ auf eine Rechtsfrage gibt. Die folgende Darstellung basiert v.a. auf den gesetzlichen Regelungen und der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Eine andere, abweichende Rechtsauffassung zu einer bestimmten Rechtsfrage ist gerade hinsichtlich der Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe sicherlich möglich. Das gilt auch für die Stellungnahmen und kritischen Gedanken des Verfassers.

Hamburg, im August 2023

Prof. Dr. jur. Rolf Schmidt

Inhaltsverzeichnis

1. Teil – Einführung in das Kaufrecht	1
2. Teil – Zustandekommen eines Kaufvertrags	4
I. Angebot und Annahme	4
II. Grundsatz der Formfreiheit	10
III. Schweigen im Rechtsverkehr	11
IV. Recht auf Abschluss eines Kaufvertrags?	12
3. Teil – Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag	14
I. Wesen eines Kaufvertrags; Trennungsprinzip	14
II. Nebenpflichten aus dem Kaufvertrag	16
III. Der Verbrauchsgüterkauf und das Widerrufsrecht	17
IV. Abgrenzung zu den Verbraucherverträgen über digitale Produkte	35
4. Teil – Rechte bei Sachmängeln	46
I. Begriff des Sachmangels	46
1. Gesetzliche Differenzierung	47
a. Subjektive Anforderungen (§ 434 Abs. 2 BGB)	48
aa. Beschaffenheitsvereinbarung	50
bb. Nichteignung für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung ..	62
cc. Fehlen von vereinbartem Zubehör und den vereinbarten Anleitungen, einschließlich Montage- und Installationsanleitungen	64
b. Objektive Anforderungen (§ 434 Abs. 3 BGB)	65
aa. Keine Eignung für die gewöhnliche Verwendung	66
bb. Fehlende Beschaffenheit, die bei Sachen derselben Art üblich ist und die der Käufer erwarten kann	68
cc. Nichtentsprechen der Beschaffenheit einer Probe oder eines Musters, die oder das der Verkäufer dem Käufer vor Vertragsschluss zur Verfügung gestellt hat	72
dd. Fehlen von Zubehör einschließlich Verpackung, Montage- oder Installationsanleitung sowie anderen Anleitungen, deren Erhalt der Käufer erwarten kann	73
c. Montageanforderungen (§ 434 Abs. 4 BGB).....	74
d. Falschlieferung (§ 434 Abs. 5 BGB).....	75

2. Besonderheiten bei Waren mit digitalen Elementen (§§ 475b, 475c BGB) ..46	
a. Abgrenzung zu §§ 327 ff. BGB.....77	77
b. Sachmangelbegriff (§ 475b Abs. 2 BGB).....79	79
c. Subjektive Anforderungen (§ 475b Abs. 3 BGB).....80	80
d. Objektive Anforderungen (§ 475b Abs. 4 BGB).....81	81
e. Montageanforderungen (§ 475b Abs. 6 Nr. 1 BGB).....84	84
f. Installationsanforderungen (§ 475b Abs. 6 Nr. 2 BGB).....84	84
g. Keine Haftung bei unterlassener Aktualisierung seitens des Verbrauchers (§ 475b Abs. 5 BGB)83	83
h. Waren mit digitalen Elementen bei dauerhafter Bereitstellung der digitalen Elemente (§ 475c BGB).....84	84
3. Besonderheiten bei gebrauchten Sachen88	88
4. Besonderheiten beim Tierkauf.....97	97
5. Besonderheiten bei Verschleißteilen.....99	99
6. Besonderheiten bei kurzlebigen Produkten.....100	100
7. Mangelverdacht100	100
8. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Mangelhaftigkeit103	103
II. Abgrenzung zur (Hersteller-)Garantie109	109
III. Abgrenzung zur Anfechtung113	113
1. Anfechtung wegen Eigenschaftsirrums114	114
2. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung118	118
IV. Rechte bei Vorliegen eines Sachmangels126	126
1. Systematik der Mängelrechte126	126
2. Recht auf Nacherfüllung127	127
a. Mangelbeseitigung, § 439 Abs. 1 Var. 1 BGB.....129	129
aa. Mangelbeseitigung durch Nachbesserung.....129	129
bb. Anspruch auf Neu- bzw. Originalteile?.....129	129
cc. Herausgabe der Altteile130	130
dd. Ausgleich bei Werterhöhung?.....130	130
b. Lieferung einer mangelfreien Sache131	131
aa. Gattungsschuld versus Stückschuld132	132
a.) Rechtslage vor Übergabe der Sache132	132
b.) Rechtslage nach Übergabe der Sache.....136	136
aa.) Nachlieferung bei Gattungskauf136	136
bb.) Nachlieferung auch bei Stückkauf?137	137

cc.) Bei Neukauf Ersatzsache nicht mehr beschaffbar	140
dd.) Recht auf Nachlieferung einer neuen Sache?.....	140
ee.) Nutzungsersatz?	141
ff.) Wertersatz (Ausgleich „neu für alt“)?	145
bb. Besonderheiten beim Tierkauf	146
c. Frist für Nacherfüllung beim Verbrauchsgüterkauf.....	147
d. Bei Mangelbeseitigung: Anzahl der Nachbesserungsversuche.....	147
e. Wechsel zwischen den Arten der Nacherfüllung?	150
f. Beweislast für das Fehlschlagen der Nachbesserung	153
g. Kosten der Nacherfüllung	153
h. Zur-Verfügung-Stellen der Sache zwecks Prüfung	155
i. Ort der Nacherfüllung	158
j. Aus- und Einbaukosten im Rahmen der Nacherfüllung	161
aa. Rechtslage vor dem 1.1.2018 / Rechtsprechung.....	161
bb. Rechtslage seit dem 1.1.2018 bzw. 1.1.2022	165
cc. Rechtslage beim Werklieferungsvertrag	175
k. Aufwendungen zur Klärung einer unklaren Mängelursache	177
l. (Kein) Ausschluss/keine Einschränkung des Rechts auf Nacherfüllung..	177
3. Recht auf Rücktritt vom Vertrag	181
a. Rücktrittserklärung; kein Wechsel zur Minderung.....	181
b. Insbesondere: Fristsetzung	182
c. Entbehrlichkeit der Fristsetzung	186
aa. Entbehrlichkeit der Fristsetzung bei Ausschluss der Leistungspflicht gem. § 275 Abs. 1 BGB	186
bb. Entbehrlichkeitsgründe nach § 323 Abs. 2 BGB.....	187
cc. Entbehrlichkeit nach § 440 S. 1 BGB	187
dd. Entbehrlichkeitsgründe beim Verbrauchsgüterkauf	188
d. Rücktritt bei Unmöglichkeit der Leistung.....	189
e. Kein Ausschluss des Rücktrittsrechts	191
f. Rechtsfolgen des Rücktritts.....	194
aa. Rechtsfolgen nach allgemeinem Schuldrecht.....	194
bb. Besonderheiten beim Verbrauchsgüterkauf	197
4. Recht auf Kaufpreisminderung	197
a. Minderung als Alternative zum Rücktritt.....	198
b. Kein Wechsel von Minderung zum Rücktritt	198

c. Minderungshöhe	199
5. Recht auf Schadensersatz	203
a. Schadensersatz statt der Leistung	204
b. Schadensersatz statt der ganzen Leistung	207
c. Schadensersatz neben der Leistung	208
aa. Ersatz von Begleitschäden	208
bb. Ersatz von Mangelfolgeschäden	208
cc. Ersatz von Verzögerungsschäden	209
d. Fristsetzung bei Schadensersatz statt der Leistung	209
e. Verschuldenserfordernis	210
f. Ersatzfähige Positionen	212
g. Haftungsausschluss	214
h. Verhältnis zur Minderung und zum Rücktritt	215
6. Aufwendungsersatzanspruch	216
7. Rückgriff des Verkäufers gegen den Lieferanten	218
V. (Kein) Ausschluss der Gewährleistung	219
1. Grundsatz: Gewährleistungsausschluss zulässig	220
2. Grenzen des Gewährleistungsausschlusses	221
3. Speziell: Verbrauchsgüterkauf	226
4. AGB-Recht	234
a. Verbrauchsgüterkauf	235
b. Nicht-Verbrauchsgüterkauf	235
5. Umgehungsgeschäfte	240
5. Teil – Verjährung und Beweislast	245
I. Verjährung	245
1. Gesetzliche Verjährungsfristen	246
2. Vertragliche Fristverkürzung	249
a. Grundsatz: Fristverkürzung möglich	249
b. Beschränkungen durch AGB-Recht	250
c. Verbrauchsgüterkaufverträge	251
d. Abgrenzung Neu- und Gebrauchtware	253
II. Beweislast	257

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	am Anfang
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Bundesgerichtshof in Zivilsachen (Entscheidungssammlung)
BR-Drs.	Bundesrat-Drucksache
BT-Drs.	Bundestag-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
DAR	Deutsches Autorecht (Zeitschrift)
DIRL	Richtlinie (EU) 2019/770 – „Digitale-Inhalte-Richtlinie“
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
etc.	et cetera (lat.: und so weiter)
f./ff.	folgende (r/s)/fortfolgende
FernUSG	Fernunterrichtsschutzgesetz
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
grds.	grundsätzlich
HGB	Handelsgesetzbuch
i.d.R.	in der Regel
i.H.v.	in Höhe von
i.S.d.	im Sinne des/der
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JuSchG	Jugendschutzgesetz
LG	Landgericht
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Rn.	Randnummer
S.	Seite oder Satz
s.o./u.	siehe oben/unten
sog.	so genannt (-e), (-er)
u.a.	unter anderem
UKlaG	Unterlassungsklagengesetz
u.U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von/vom
Var.	Variante
VGKRL	RL 1999/44/EG – Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie (aufgehoben)
vgl.	vergleiche
WKRL	Richtlinie (EU) 2019/771 – Warenkaufrichtlinie
z.B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung

1. Teil – Einführung in das Kaufrecht

Der Kaufvertrag ist der wohl wichtigste und verbreitetste Vertragstyp, der uns begegnet. Während beispielsweise der Kauf von Brötchen beim Bäcker oder von Fleisch- und Wurstwaren beim Metzger zu den Bargeschäften des täglichen Lebens gehört und i.d.R. unproblematisch ist, kann dies beim Kauf eines Pferdes, Autos oder gar einer Immobilie schon anders aussehen. Hier können Mängel an der Kaufsache oder Schäden, die der Sache anhaften oder die durch die Sache an anderen Rechtsgütern verursacht werden, sehr schnell hohe Beträge ausmachen sowie weitere Konsequenzen nach sich ziehen. Daher sind für Verkäufer und Käufer Kenntnisse der jeweiligen Rechte und Pflichten unabdingbar.

Der Kaufvertrag stellt einen sog. Typenvertrag dar. Typenverträge sind Verträge, die den Menschen besonders häufig begegnen und die der Gesetzgeber daher speziell geregelt hat. So hat er den Kaufvertrag in den §§ 433 ff. BGB geregelt. **§ 433 BGB** beschreibt die **primären Rechte und Pflichten** der Vertragsparteien. **§ 434 BGB** normiert Anforderungen an die **Mangelfreiheit** (bzw. negativ formuliert enthält die Vorschrift Bestimmungen, wann ein **Sachmangel** vorliegt). Bei **Verbrauchsgüterkaufverträgen**, also in erster Linie bei Verträgen, durch die ein Verbraucher (§ 13 BGB) von einem Unternehmer (§ 14 BGB) eine Ware (§ 241a Abs. 1 BGB) kauft (§ 474 Abs. 1 S. 1 BGB), stellt § 475b BGB Anforderungen an die Mangelfreiheit, sofern es um **Waren mit digitalen Elementen** geht; im Übrigen gilt auch hier § 434 BGB. Das Stellen von Anforderungen an die Mangelfreiheit durch den Gesetzgeber ist deswegen wichtig, weil Sachmängelrechte des Käufers zunächst einen Sachmangel voraussetzen und daher allgemeingültige Kriterien gelten müssen. Bereits hier bestehen in der Praxis oft unterschiedliche Auffassungen zwischen den Parteien. Und auch die Gerichte legen die in den Vorschriften genannten Anforderungen nicht immer übereinstimmend aus, was einer abstrakt-generellen Rechtsetzungsmethode jedoch immanent ist.

Liegt (nach entsprechender Auslegung) ein Sachmangel vor, greifen bestimmte Käuferrechte, die der Gesetzgeber in § 437 BGB aufgezählt hat. Dies sind

- ⇒ **Nacherfüllung** in den Formen der Lieferung einer anderen, mangelfreien Sache oder der Nachbesserung, d.h. Reparatur der Sache,
- ⇒ **Minderung** des Kaufpreises,
- ⇒ **Rücktritt** vom Kaufvertrag und
- ⇒ ggf. **Schadensersatz** oder Aufwendungsersatz.

Zu beachten ist jedoch, dass – entgegen dem ersten Anschein – der Käufer sich nicht nach Belieben eines der Rechte aussuchen darf. Vielmehr hat der Gesetzgeber den Grundsatz aufgestellt, dass der Käufer zunächst dem Verkäufer Gelegenheit geben muss, nachzuerfüllen, d.h. nachzubessern oder nachzuliefern, bevor er insbesondere den Kaufpreis mindern oder gar den Rücktritt erklären kann. Darauf wird an entsprechender Stelle zurückzukommen sein.

In der Praxis äußerst wichtig ist auch die Beantwortung der Frage, ob ein Sachmangel ein **Vertretenmüssen** des Verkäufers voraussetzt, ob dieser also den Eintritt des Mangels verschuldet haben muss. Auch die Frage nach der **Beweislast** kann entscheidend sein. Denn im Zivilprozess gilt die (unausgesprochene) Regel, dass derjenige, der anspruchsbegünstigende Voraussetzungen geltend macht, deren Vorliegen auch beweisen muss. Möchte der Gesetzgeber hiervon abweichen, muss er dies ausdrücklich regeln. Im Kaufrecht ist dies zugunsten des Verbrauchers (teilweise) geschehen (vgl. § 477 Abs. 1 BGB in Bezug auf das Vorliegen eines Sachmangels zum Zeitpunkt der Übergabe; eine Sonderregelung in Bezug auf Waren mit digitalen Elementen wie Smartphones, Computer etc., bei denen sich der Unternehmer zur dauerhaften Bereitstellung der digitalen Elemente verpflichtet hat, enthält § 477 Abs. 2 BGB).

Schließlich kann von entscheidender Bedeutung sein, innerhalb welcher **Frist** der Käufer einer mangelhaften Sache seine Rechte geltend

machen muss (Stichwort: **Verjährung**). Bei neu hergestellten beweglichen Sachen gilt die 2-Jahres-Frist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB, wobei unter bestimmten Voraussetzungen (siehe § 444 BGB) individualrechtlich eine Verkürzung oder gar ein Ausschluss möglich ist. Eine formelmäßige Einschränkung muss sich am Maßstab des AGB-Rechts messen lassen. Bei Verbrauchsgüterkaufverträgen ist die Verkürzung der Verjährung nur unter den strengen Voraussetzungen des § 476 Abs. 2 BGB möglich. Auch die damit verbundenen Fragen – sowie Fragen nach der Wirksamkeit des Ausschlusses der Gewährleistung – werden an entsprechender Stelle beantwortet.

Eingepflegt wurden selbstverständlich die mitunter sehr gravierenden Änderungen, die die Umsetzung verschiedener Verbrauchervorschriften der Europäischen Union nach sich gezogen hat:

- ⇒ Das betrifft zunächst das Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags v. 25.6.2021 (BGBl I 2021, S. 2133) – Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/771 (**Warenkaufrichtlinie**), was u.a. zur Änderung der §§ 434 ff. BGB führte.
- ⇒ Sodann ist das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen v. 25.6.2021 (BGBl I 2021, S. 2123) zu nennen – Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/770 (**Digitale-Inhalte-Richtlinie**), was u.a. zur Einfügung der §§ 327 ff. BGB führte.
- ⇒ Gesetz zur (...) Umsetzung der EU-Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union v. 10.8.2021 (BGBl I 2021, S. 3483) – Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/2161 („**Online-Marktplätze-Richtlinie**“), was u.a. zur Änderung der §§ 312 ff. und §§ 357 ff. BGB führte.
- ⇒ Schließlich galt es, das Gesetz für **faire Verbraucherverträge** v. 10.8.2021 (BGBl I 2021, S. 3433) einzupflegen, was u.a. zur Änderung der §§ 308, 309 und Einfügung des § 312k BGB führte.

2. Teil – Zustandekommen eines Kaufvertrags

I. Angebot und Annahme

Ein Kaufvertrag gem. § 433 BGB kommt – wie jeder Vertrag – durch zwei aufeinander bezogene und inhaltlich einander entsprechende (also korrespondierende) Willenserklärungen, **Angebot** und **Annahme**, zustande (vgl. §§ 145 ff. BGB). Dabei wird die zeitlich früher (wenn auch nur für eine logische Sekunde) abgegebene Willenserklärung Antrag bzw. Angebot oder Offerte genannt (§ 145 BGB) und die darauf folgende Willenserklärung Annahme (§§ 147 ff. BGB).

Sowohl bei dem Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrags als auch bei der Annahme des Angebots handelt es sich um **Willenserklärungen**, für die das Gesetz bestimmte Wirksamkeitsvoraussetzungen aufstellt. So müssen die Parteien bspw. **geschäftsfähig** sein. Das ergibt sich aus §§ 104 ff. BGB. Geschäftsfähig sind grds. alle Volljährigen, d.h. Personen, die mindestens 18 Jahre alt sind (§ 2 BGB). Bei Minderjährigen ist zu unterscheiden: Diejenigen, die noch nicht das 7. Lebensjahr vollendet haben, sind **geschäftsunfähig** (§ 104 Nr. 1 BGB); ihre Willenserklärungen sind stets unwirksam (§ 105 Abs. 1 BGB). Bei Minderjährigen, die zwar das 7., aber noch nicht das 18. Lebensjahr vollendet haben, nimmt der Gesetzgeber keine Geschäftsunfähigkeit, sondern eine **beschränkte Geschäftsfähigkeit** an (§ 106 BGB). Hier hängt die Wirksamkeit einer Willenserklärung von bestimmten Voraussetzungen ab, die der zunehmenden Verstandesreife Rechnung tragen (§§ 107 ff. BGB). Kernaussage der §§ 107 ff. BGB ist, dass Rechtsgeschäfte, die für den beschränkt Geschäftsfähigen nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil bedeuten, zu ihrer Wirksamkeit der **Zustimmung des gesetzlichen Vertreters** bedürfen. Die gesetzliche Vertretung wird durch Gesetz oder Staatsakt begründet. Eine derartige Vertretungsmacht ergibt sich z.B. für die Eltern unmittelbar aus dem Gesetz (vgl. §§ 1626, 1629 BGB). Vgl. auch §§ 1789, 1793 BGB für den Vormund, §§ 1896 ff., 1902 BGB für den Betreuer und §§ 1909 ff. BGB für den Pfle-

ger. Ohne die erforderliche Zustimmung durch den gesetzlichen Vertreter ist das getätigte Rechtsgeschäft schwebend unwirksam und bedarf zu seiner Wirksamkeit der Genehmigung (§ 108 BGB). Unterbleibt diese, ist das Geschäft endgültig unwirksam.

Beispiel: Der 15-jährige M schließt ohne Wissen seiner Eltern mit dem Elektrofachgeschäft E einen Kaufvertrag (§ 433 BGB) über einen Elektroroller („E-Scooter“). Als drei Tage später die Rechnung eingeht und die Eltern dadurch von dem Kauf erfahren, verweigern sie die Zahlung der Rechnung.

⇒ Der von E geltend gemachte Anspruch auf Kaufpreiszahlung könnte sich aus § 433 Abs. 2 BGB ergeben. Das setzt aber zunächst einen wirksamen Kaufvertrag voraus. M hat den Vertrag ohne Zustimmung seiner Eltern geschlossen. Da es sich aber um ein zustimmungspflichtiges Rechtsgeschäft handelt (§ 107 BGB), hängt die Wirksamkeit des Vertrags von der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ab, § 108 Abs. 1 BGB. Gesetzliche Vertreter sind vorliegend – in Ermangelung entgegenstehender Anhaltspunkte – die Eltern (§§ 1626, 1629 BGB). Durch die Weigerung, die Rechnung zu begleichen, machen diese deutlich, das Geschäft nicht zu genehmigen, was die endgültige Unwirksamkeit des Kaufvertrags zur Folge hat. Damit hat E keinen Anspruch auf Kaufpreiszahlung.

Grundsätzlich vertreten die Eltern das Kind gemeinschaftlich (§ 1629 Abs. 1 S. 2 Halbs. 1 BGB), sog. **Gesamtvertretung**. Das heißt, dass beide Eltern dem Rechtsgeschäft zustimmen müssen. Von dem Grundsatz der Gesamtvertretung macht das Gesetz aber Ausnahmen. So vertritt ein Elternteil das Kind allein, soweit er die elterliche Sorge allein ausübt oder ihm (im Rahmen einer Meinungsverschiedenheit mit dem anderen Elternteil) vom Familiengericht die Entscheidung nach § 1628 BGB übertragen ist (§ 1629 Abs. 1 S. 3 BGB). Eltern, die an sich gemeinschaftlich vertreten müssten, können aber vereinbaren, dass einem Elternteil die alleinige Stellvertretung des Kindes obliegt. Auch können sie sich gegenseitig bevollmächtigen, jeweils für bestimmte Gebiete die (gesetzliche) Stellvertretung auszuüben. Diese Bevollmächtigung kann auch konkludent, also durch schlüssiges Verhalten, erfolgen. Haben sich die Eltern z.B. auf eine Arbeitsteilung verständigt (der eine

Teil ist berufstätig, der andere hat die Haushaltsführung übernommen) kann in dieser Aufteilung die konkludente Übertragung der alleinigen Stellvertretung jedenfalls in Angelegenheiten des täglichen Lebens gesehen werden. Freilich ist damit noch nicht geklärt, was unter „Angelegenheiten des täglichen Lebens“ zu verstehen ist. In Anlehnung an die anerkannte Definition zu § 1357 BGB wird man auch im vorliegenden Zusammenhang nur solche Angelegenheiten erfassen können, die nach Art und Umfang den Gebrauchsgewohnheiten der Familie entsprechen und bei denen die vorherige Abstimmung zwischen den Ehegatten gewöhnlich als nicht notwendig angesehen wird (BGH NJW 2018, 1313, 1314). In Zweifelsfällen ist dem Vertragsgegner aber anzuraten, die Zustimmung beider Elternteile einzuholen, möchte er das Risiko der Unwirksamkeit des Vertrags nicht riskieren.

Beispiel: Schließt der 15-jährige M des obigen Beispiels im Beisein seiner Mutter mit dem Elektrofachgeschäft E einen Kaufvertrag (§ 433 BGB) über einen Elektroroller („E-Scooter“) und führt aufgrund der familiären Arbeitsteilung die Mutter den Haushalt, kann die Wirksamkeit des Kaufvertrags angenommen werden, sofern ein derartiges Geschäft eine „Angelegenheit des täglichen Lebens“ ist. Das wird man von den konkreten familiären Verhältnissen abhängig machen müssen. Da hilft dem Vertragsgegner auch nicht das Beweisrecht. Denn nach den allgemeinen Beweisgrundsätzen trägt die grundsätzliche Beweislast für die rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen der Anspruchsgegner. Beruft sich also der Minderjährige, vertreten durch seine Eltern, später auf Unwirksamkeit des Vertrags und verlangt die Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des E-Scooters, ist es Sache des Verkäufers zu beweisen, dass die Zustimmung eines Elternteils genügt hatte. Diese Beweisführung ist jedenfalls schwierig.

Einen Sonderfall stellt § 110 BGB dar (sog. **Taschengeldparagraf**). Nach dieser Vorschrift gilt ein von dem Minderjährigen ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossener Vertrag als von Anfang an wirksam, wenn der Minderjährige die vertragsgemäße Leistung mit Mitteln bewirkt (hat), die ihm zu diesem Zweck oder zur freien Ver-

fügung von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind. Mit „Mitteln“ sind dabei nicht nur die üblichen, regelmäßigen Zahlungen durch die Eltern gemeint, sondern auch „Sonderzuwendungen“ durch Eltern und Dritte. Insoweit ist also der nach allgemeinem juristischem Sprachgebrauch verwendete Begriff „Taschengeld“ weit zu verstehen.

Beispiel: Der 15-jährige M erhält von seinen Eltern monatlich 80 € Taschengeld. Darüber hinaus erhielt er letzte Woche von seiner Großmutter 100 € als Geldgeschenk. Von dem Ersparten kauft er nun von einem Schulfreund dessen gebrauchtes Smartphone.

⇒ Da M den Kaufpreis entrichtet (also die Leistung „bewirkt“) hat, ist gem. § 110 BGB der Kaufvertrag wirksam. Denn nach dieser Vorschrift konnte M über sein Taschengeld frei verfügen. Dabei spielt es keine Rolle, ob das Geld von den Eltern oder von Dritten überlassen wurde. Grundsätzlich gleichgültig ist es auch, ob die Eltern als gesetzliche Vertreter (§§ 1626, 1629 BGB) mit dem Kauf einverstanden sind.

Soll der Vertrag lediglich durch eine bloße Zustimmungserklärung des anderen Teils zustande kommen, muss das Angebot alle wesentlichen Punkte des beabsichtigten Vertrags enthalten; es müssen Gegenstand und Inhalt des Vertrags sowie der Vertragspartner bereits im Antrag so bestimmt oder zumindest bestimmbar (§§ 133, 157, 315 ff. BGB) angegeben werden, dass die Annahme durch ein einfaches „Ja“ erfolgen kann. Nur wenn sich Angebot und Annahme aufeinander beziehen, liegt der erforderliche Konsens vor. So ist beim Kaufvertrag (§ 433 BGB) der Antrag jedenfalls dann bestimmt, wenn er den Kaufgegenstand, den Kaufpreis und die Vertragspartner beinhaltet. Zudem muss der Antrag den sog. Rechtsbindungswillen erkennen lassen, d.h. den Willen des „Anbietenden“, dass er sich bereits mit seiner Erklärung binden möchte. Das ist deshalb wichtig, weil es Situationen gibt, in denen sich der „Anbieter“ noch nicht binden möchte, etwa weil er den Vertragsschluss von bestimmten, mitunter noch nicht vollumfänglich bekannten Umständen abhängig macht.

Zustandekommen eines Kaufvertrags

Beispiel: Mit der Auslage von Ware im Schaufenster oder der Präsentation von Ware im Onlineshop möchte der „Anbietende“ i.d.R. noch kein rechtsverbindliches Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrags geben, insbesondere, wenn er sich zunächst über bestimmte Eigenschaften des Käufers (z.B. Volljährigkeit, wenn es um Waren geht, deren Verkauf an Minderjährige verboten ist) informieren möchte, oder wenn er zum Zeitpunkt des Präsentierens die Lieferbarkeit bestimmter Waren noch nicht kennt. Würde man allein in der Präsentation der Waren ein rechtsverbindliches Angebot sehen und käme es daraufhin (durch die Aussage: „Den nehme ich“ oder durch Klicken auf den Bestellbutton in einem Onlineshop) zu einem Vertragsschluss, würde der Verkäufer mitunter gegen ein Verbotsgesetz verstoßen (etwa §§ 9, 10 JuSchG, wenn es um Alkohol oder Tabakwaren geht) oder in dem Fall, dass er nicht liefern kann, sich schadensersatzpflichtig machen (§§ 275 Abs. 1, Abs. 4, 311a Abs. 2, 283, 280 BGB). Um derartige Folgen von vornherein auszuschließen, ist es allgemein anerkannt, dass in der Präsentation von Waren noch kein Angebot im Rechtsinne vorliegt. Dieses geht vielmehr vom Kunden aus, das der „Anbietende“ dann ablehnen kann, wenn er die o.g. Konsequenzen vermeiden möchte. Freilich gelangt man regelmäßig zu demselben Ergebnis, wenn der Verkäufer z.B. über Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) den Vertragsschluss von bestimmten Voraussetzungen (Lieferbarkeit der Ware, Vorkasse, Abgabe nicht an Minderjährige etc.) abhängig macht. Die AGB müssen jedoch dem Käufer bei Vertragsschluss zur Kenntnisnahme bereitgestellt werden (siehe § 305 Abs. 1 S. 1 BGB: „...die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt“).

Liegt aber ein Angebot im Rechtssinne vor, muss sich die „Annahmeerklärung“ inhaltlich darauf beziehen; anderenfalls liegt der erforderliche Konsens nicht vor (s.o.). In diesem Fall liegt aber mit der inhaltlich abweichenden „Annahmeerklärung“ juristisch gesehen ein neues Angebot vor (§ 150 Abs. 2 BGB).

Beispiel: Verkäufer V bietet dem Käufer K seinen gebrauchten VW Golf für 10.500 € zum Kauf an. K sagt, dass er ihn nehme, wenn V mit 10.000 € einverstanden sei.

Zustandekommen eines Kaufvertrags

⇒ *Dadurch, dass K sich nicht mit dem Kaufpreis i.H.v. 10.500 € einverstanden zeigte, liegt – isoliert betrachtet – eine Ablehnung des Angebots vor. Da K gleichzeitig aber auch einen geänderten Kaufpreis vorschlug, liegt ein Fall des § 150 Abs. 2 BGB vor: Die ebenfalls auf den Abschluss eines Kaufvertrags gerichtete Erklärung des K wich inhaltlich vom Angebot des V ab, war aber gleichzeitig verbunden mit einem neuen Antrag, da die Erklärung alle vertragswesentlichen Aspekte enthielt. Zeigt V sich nun mit dem von K genannten Preis einverstanden, liegt eine Annahme vor. Sollte V dagegen beispielsweise sagen: „Mit 10.000 € komme ich nicht klar, würde aber einen Preis von 10.250 € akzeptieren“, läge erneut ein Fall des § 150 Abs. 2 BGB vor. Dann läge es wiederum bei K, anzunehmen, abzulehnen oder gem. § 150 Abs. 2 BGB erneut ein verändertes Angebot zu machen („Pingpong-Spiel“).*

Aus alledem folgt: Nur wenn ein wirksamer Kaufvertrag geschlossen wurde, entstehen Ansprüche auf Vertragserfüllung, d.h. für den Käufer entsteht ein Anspruch auf Lieferung der Kaufsache und für den Verkäufer ein Anspruch auf Kaufpreiszahlung. Scheitert der Vertragsschluss, kommen lediglich (aber immerhin) bestimmte Sekundärrechte wie Schadensersatzansprüche in Betracht.

Beispiel: Der in München wohnende V hat im Internet sein 1 Jahr altes Motorrad zum Verkauf inseriert und dabei einen neuwertigen Zustand beschrieben. K, der in Hamburg wohnt und dies dem V auch mitteilt, ist interessiert und erkundigt sich telefonisch bei V über das Motorrad. V und K vereinbaren, dass K das Motorrad vor Ort besichtigen und Probe fahren solle. Daraufhin fährt K mit dem Zug nach München. Bei V angekommen, stellt sich heraus, dass das Motorrad starke Gebrauchsspuren aufweist. So ist der Hinterradreifen abgefahren und die rechte Seite des Motorrads ist stark zerkratzt, was ganz offensichtlich von einem Sturz herrührt. Zudem ist der 1. Service überfällig. V ist der Meinung, K solle sich nicht so anstellen, immerhin handele es sich um ein Gebrauchtfahrzeug.

⇒ *Hier hat V den K von Hamburg nach München reisen lassen, obwohl ihm bewusst war, dass K die Reise nur deshalb antritt, weil er von einem neuwertigen Zustand des Motorrads ausging. Dies stellt eine vorvertragliche*

Pflichtverletzung dar: V und K standen in Vertragsverhandlungen und V hat bewusst einen Zustand beschrieben, der objektiv nicht zutraf. V ist daher dem K zum Schadensersatz (Ersatz der Reisekosten) verpflichtet, §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB.

II. Grundsatz der Formfreiheit

Es ist ein weit verbreiteter Irrtum, zu glauben, dass ein Kaufvertrag nur wirksam sei, wenn er schriftlich geschlossen wurde. Vielmehr gilt im BGB der Grundsatz der Formfreiheit. Daher ist grds. auch ein „per Handschlag“ bzw. rein mündlich geschlossener Kaufvertrag wirksam.

Beispiel: V und K einigen sich mündlich über den Kauf des Gebrauchtwagens des V. Anschließend übergibt und übereignet V den Wagen nebst Papieren und Schlüsseln an K und K zahlt an V den Kaufpreis.

Ebenso ist es möglich, die Annahme eines Vertragsangebots durch schlüssiges Verhalten zu erklären. Typische Fälle sind die Ingebrauchnahme einer zur Ansicht zugesendeten Sache oder deren Bezahlung.

Lediglich dann, wenn die Parteien vor bestimmten Gefahren geschützt werden müssen oder die Öffentlichkeit ein besonderes Interesse an der Publizität des Erklärten hat, enthält das Gesetz Formvorschriften, etwa bei Grundstücksgeschäften, wo § 311b BGB die notarielle Beurkundung vorschreibt. Verträge, bei denen die vorgeschriebene Form nicht eingehalten wurde, sind gem. § 125 BGB unwirksam.

Beachte: Auch für den Fall, dass der Kaufvertrag formlos geschlossen werden kann, ist Schriftform (§ 126 BGB) oder zumindest Textform (§ 126b BGB, worunter z.B. ein E-Mail-Verkehr fällt) zu empfehlen. Das schafft Rechtssicherheit und Rechtsklarheit.

Beispiel: So ermöglicht die schriftliche Abfassung einer Vertragserklärung über den Verkauf eines Autos es den Parteien, im Nachhinein klarzustellen und zu beweisen, ob und mit welchem Inhalt das Geschäft zustande gekommen ist.

III. Schweigen im Rechtsverkehr

Wie aufgezeigt, kann eine Vertragserklärung auch durch schlüssiges Verhalten angenommen werden. Schweigen hat dagegen i.d.R. aber keinerlei Erklärungswert. Bei einem Schweigen auf ein Vertragsangebot ist daher grds. keine Annahme gegeben („Wer schweigt, stimmt nicht zu“). Das ist folgerichtig, wenn man bedenkt, dass es kaum möglich ist, einem Schweigen einen Erklärungswert zu entnehmen. Im Rahmen des **Verbraucherschutzes** hat der Gesetzgeber dies sogar ausdrücklich klargestellt (§ 241a Abs. 1 BGB): Durch Schweigen eines Verbrauchers (§ 13 BGB) nach Erhalt einer durch einen Unternehmer (§ 14 Abs. 1 BGB) gelieferten, jedoch vom Verbraucher unbestellten Ware kommt grundsätzlich kein Vertrag zustande.

Beispiel: Privatperson P bekommt von der Versandhandel-GmbH (V) ein mobiles Navigationsgerät zugeschickt, ohne dass sie dieses bestellt oder sonst Kontakt zu V gehabt hätte. In dem Begleitschreiben heißt es: „Sofern Sie das Gerät nicht innerhalb einer Woche zurückschicken, gehen wir davon aus, dass Sie dieses einmalige Angebot annehmen. In diesem Fall überweisen Sie bitte den Rechnungsbetrag unter Angabe der angeführten Rechnungsdaten“. P ist verärgert über dieses dreiste Vorgehen, legt das Gerät aber zunächst in die Schublade ihres Schreibtisches, wo es in Vergessenheit gerät. Als P es dort 4 Wochen später zufällig entdeckt, landet es im Hausmüll und wird entsorgt. Drei Tage später erhält P von V eine Mahnung. Ist diese begründet?

⇒ *Die Mahnung ist begründet, wenn gem. § 433 Abs. 2 BGB ein Anspruch der V auf Zahlung des „Kaufpreises“ besteht und P nicht fristgerecht gezahlt hat. Voraussetzung dafür ist zunächst das Vorliegen eines Kaufvertrags zwischen P und V. Da P das Navigationsgerät nicht bestellt, also gegenüber V auch kein entsprechendes Angebot abgegeben hat, liegt ein solches in dem Zusenden des Geräts durch V. Dieses Angebot müsste aber auch von P angenommen worden sein. Dies wiederum setzt eine entsprechende Willenserklärung voraus. Fraglich ist, ob allein der körperlichen Entgegennahme bzw. einem Schweigen ein solcher Erklärungswert entnommen werden kann. Grundsätzlich geht das BGB davon*

aus, dass Schweigen keinerlei Erklärungswert zukommt. Zugunsten von Verbrauchern stellt § 241a Abs. 1 BGB dies sogar ausdrücklich klar. Nach dieser Vorschrift wird durch die Lieferung unbestellter Ware durch einen Unternehmer an einen Verbraucher ein Anspruch gegen diesen nicht begründet. Das bedeutet, dass im Anwendungsbereich des § 241a Abs. 1 BGB ein Vertrag nicht zustande kommt. Die sonst allgemein anerkannte Möglichkeit, die Annahme konkludent durch Ingebrauchnahme der Sache zu erklären, ist nach herrschender Auffassung im Anwendungsbereich des § 241a Abs. 1 BGB ausgeschlossen.

Das gilt auch für die sog. „**Auftragsbestätigung**“, sofern diese von der Bestellung abweicht. In dem Schweigen auf eine solche „Auftragsbestätigung“ ist grds. keine stillschweigende Annahmeerklärung zu erblicken. Etwas anderes kann aber gelten, wenn der Käufer trotz Kenntnis der Abweichung den Gegenstand in Gebrauch nimmt oder den (vollen) Kaufpreis entrichtet. In diesem Fall liegt eine Annahmeerklärung durch schlüssiges Verhalten vor (s.o.).

Auch in dem Fall, dass die Parteien (freilich unter Beachtung des § 308 Nr. 5 BGB) zuvor vereinbart haben, das Schweigen solle als Annahme gelten („vereinbarter Erklärungswert“), liegt eine Ausnahme vor. Auch beim Handelskauf gilt unter bestimmten Voraussetzungen Schweigen als Annahme des Antrags (vgl. § 362 Abs. 1 HGB).

IV. Recht auf Abschluss eines Kaufvertrags?

Es gilt der Grundsatz der **Vertragsfreiheit**, der sogar verfassungsrechtlich garantiert ist (vgl. Art. 2 Abs. 1 GG). Teil der Vertragsfreiheit ist, dass man einen Vertragsabschluss auch verweigern kann („negative Vertragsfreiheit“). Dies gilt aber nur im Grundsatz. Ist der den Vertragsabschluss Begehrende auf den Vertragsabschluss angewiesen oder führt die Verweigerung dazu, dass er durch sie in sittenwidriger Weise geschädigt wird, muss die Vertragsfreiheit mitunter zurücktreten. Das Gleiche nehmen der Gesetzgeber und die Rechtsprechung für den Fall an, dass die Leistungsverweigerung diskriminierend wirkt. An die Stelle

Zustandekommen eines Kaufvertrags

der Abschlussfreiheit tritt die Abschlusspflicht (sog. Kontrahierungszwang oder **Abschlusszwang**).

Beispiel: V möchte sein Auto verkaufen. Der polnische Staatsbürger P möchte den Wagen kaufen, was V aber mit dem Hinweis, dass er nicht an Polen verkaufe, verwehrt. ⇨ Die Ablehnung diskriminiert P und ist verboten (vgl. § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG). Aus § 21 Abs. 1 S. 1 AGG kann sich ein Kontrahierungszwang ergeben.

3. Teil – Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag

I. Wesen eines Kaufvertrags; Trennungsprinzip

Welche Rechte und Pflichten aus einem Kaufvertrag entstehen, ergibt sich zunächst aus § 433 BGB. Gemäß § 433 Abs. 1 S. 1 BGB wird durch den Kaufvertrag der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen (Übergabe und Übereignung). Zudem muss die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln sein, § 433 Abs. 1 S. 2 BGB. Als Gegenleistung schuldet der Käufer dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis und er muss die gekaufte Sache abnehmen, § 433 Abs. 2 BGB. Es handelt sich damit um einen gegenseitigen Vertrag i.S.d. §§ 320 ff. BGB. Ein gegenseitiger Vertrag ist dadurch gekennzeichnet, dass sich die Parteien zu Leistung *und* Gegenleistung verpflichten („do ut des“ – „Ich gebe, damit Du gibst“). Solche Verträge sind z.B. Kauf-, Werk-, Miet- und Dienstverträge.

Beispiel: Verkäufer V und Käufer K verhandeln über den gebrauchten Wagen des V. Nachdem sich die Parteien auf einen Preis verständigt haben, unterzeichnen sie das Kaufvertragsformular.

⇒ *Hier haben die Parteien einen Kaufvertrag gem. § 433 BGB geschlossen, der die genannten Pflichten auslöst.*

Wie aus der obigen Formulierung und dem Beispiel folgt, wird der Käufer also nicht allein durch den Kaufvertrag Eigentümer der Kaufsache. Er hat lediglich den schuldrechtlichen Anspruch gegen den Verkäufer auf (spätere) Übergabe und Übereignung der Sache, was sich bei beweglichen Sachen nach § 929 S. 1 BGB vollzieht. Die Juristen nennen dieses Phänomen Trennungsprinzip: Der schuldrechtliche (hier kaufrechtliche) Anspruch auf Eigentumsverschaffung wird strikt getrennt von der sachenrechtlichen Situation. Bis zur Übereignung bleibt der Verkäufer Eigentümer.

Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag

Beispiel: Verkäufer V und Käufer K des obigen Beispiels vereinbaren, dass V noch eine Hauptuntersuchung („TÜV“) durchführen lassen soll. Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs und Zahlung des Kaufpreises sollen in 3 Tagen stattfinden.

⇒ Diese sich aus § 433 BGB ergebenden Rechte und Pflichten ändern noch nichts an der sachenrechtlichen Zuordnung des Wagens. V bleibt (vorerst) Eigentümer. Erst wenn V aufgrund eines weiteren Rechtsgeschäfts (§ 929 S. 1 BGB) Eigentum auf K überträgt und diesem den Besitz am Fahrzeug verschafft, wird K Eigentümer des Fahrzeugs.

Bleibt also der Verkäufer bis zur Übereignung Eigentümer der Sache, kann er (theoretisch) wie jeder Eigentümer nach Belieben mit seiner Sache verfahren. Er könnte die Sache sogar an einen Dritten verkaufen. Ein solcher Kaufvertrag wäre wirksam. Sofern die Sache aber nur einmal existiert, kann der Verkäufer die Sache auch nur einmal übereignen. Nach dem Prioritätsprinzip wird Eigentümer derjenige, an den die Sache (zuerst) übergeben und übereignet wird. Der andere geht „leer“ aus, hat u.U. aber einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung.

Beispiel: Verkäufer V und Käufer K des obigen Beispiels vereinbaren, dass V noch eine Hauptuntersuchung („TÜV“) durchführen lassen soll. Die Übergabe von Fahrzeug und Kaufpreis soll in 3 Tagen stattfinden. Doch schon am Abend verkauft V den Wagen an den Dritten D, da dieser einen höheren Kaufpreis geboten hat. Da D Bargeld dabei hat, übergibt und übereignet V dem D den Wagen sofort.

⇒ Hier hat V zwei vollwirksame Kaufverträge über eine nur einmal existierende Sache geschlossen. Da er den Wagen an D übergeben und übereignet hat, kann er das Eigentum an dem Wagen nicht mehr auf K übertragen. Dessen schuldrechtlicher Anspruch auf Übergabe und Übereignung kommt nicht mehr zum Zuge; er erlischt, wie sich aus § 275 Abs. 1 BGB (Unmöglichkeit der Leistung) ergibt. K hat stattdessen einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (§§ 275 Abs. 4, 283, 280 Abs. 1 BGB), sofern er einen Schaden nachweisen kann. Ein Schaden kann etwa darin bestehen, dass K am freien Markt nun einen vergleichbaren, aber teureren Er-

Wagen kaufen muss (sog. Deckungskauf), oder dass K nun seinerseits den Wagen nicht mehr mit Gewinn weiterveräußern kann. Das für einen Schadensersatzanspruch erforderliche Verschulden (§ 280 Abs. 1 BGB) kann vorliegend angenommen werden.

II. Nebenpflichten aus dem Kaufvertrag

Wurden oben die Hauptpflichten von Verkäufer und Käufer beschrieben (Pflicht zur Übergabe und Übereignung der Kaufsache einerseits; Pflicht zur Kaufpreiszahlung andererseits), muss nun geklärt werden, ob weitere Pflichten (sog. Nebenpflichten) bestehen, die entsprechende Rechte der anderen Vertragspartei auslösen. Man möge sich den Fall vor Augen führen, dass der Käufer eine Maschine geliefert bekommt, bei der die Bedienungsanleitung fehlt. Folgenreich kann auch die Lieferung einer nicht ordnungsgemäß verpackten Sache sein. Auch kommt es vor, dass bei Ausführung des Vertrags Rechtsgüter des Käufers verletzt werden. Derartige Nebenpflichtverletzungen begründen regelmäßig zwar keine Sachmängelrechte, führen aber zu Schadensersatzansprüchen.

Beispiel: K kauft im Versandhandelsgeschäft des V eine Waschmaschine. Lieferung frei Haus. Im Zuge der Auslieferung beschädigen die Mitarbeiter des V mit der Transportkarre fahrlässig (vgl. § 276 Abs. 2 BGB: das Außeracht-Lassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt) die Türzarge des K.

⇒ Hier hat K keine Sachmängelrechte, da es nicht um einen Sachmangel der Waschmaschine geht. Jedoch beschädigten die Mitarbeiter des V Eigentum des K. Diese Pflichtverletzung wird dem V über § 278 BGB zugerechnet, sodass dieser gem. §§ 280 Abs. 1 S. 1, 278, 276 Abs. 2 BGB auf Schadensersatz haftet.

III. Besonderheiten beim Verbrauchsgüterkauf

1. Einführung

Besonderheiten bestehen beim Verbrauchergüterkauf. Darunter ist u.a. ein **Kauf einer Ware** (§ 241a Abs. 1 BGB) zu verstehen, bei dem auf Verkäuferseite ein **Unternehmer** und auf Käuferseite ein **Verbraucher** steht (siehe § 474 Abs. 1 S. 1 BGB). Unternehmer ist gem. § 14 Abs. 1 BGB jede natürliche oder juristische Person oder rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Vertragsschluss in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit Leistungen gegen ein Entgelt anbietet. Verbraucher ist gem. § 13 BGB jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft überwiegend zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.

Der Verbrauchsgüterkauf ist ein Unterfall des Verbrauchervertrags, also von einem Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (§ 310 Abs. 3 BGB). Liegt ein Verbrauchervertrag vor, hat der Verbraucher besondere **Schutzrechte**, die sich insbesondere bei **außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen** (§ 312b BGB) und bei **Fernabsatzverträgen** (§ 312c BGB) zeigen. Bei diesen Verträgen hat der Unternehmer nicht nur umfangreiche Informations-, Unterrichts- bzw. Belehrungspflichten (§§ 312d, 312e BGB) und andere Pflichten (etwa nach § 312f BGB), sondern er hat auch die vielen verbraucherschützenden Sonderbestimmungen zu beachten, wie z.B. die vom allgemeinen Kaufrecht abweichenden Gefahrtragungsregeln beim **Versendungskauf** (vgl. § 475 Abs. 2 BGB in Bezug auf § 447 Abs. 1 BGB), das **Widerrufsrecht** nach § 355 BGB und die Besonderheiten bei den **Mängelrechten**. Im Einzelnen gilt:

2. „Außergeschäftsraumverträge“ (AGV)

§ 312b BGB ist das Resultat der zwingend umzusetzenden Vorgabe der Verbraucherrechterichtlinie (RL 2011/83/EU – VRRL). Geschäftsräume i.S.d. § 312b Abs. 1 BGB sind nach der Legaldefinition in § 312b Abs. 2 S. 1 BGB unbewegliche Gewerberäume, in denen der Unternehmer seine Tätigkeit dauerhaft ausübt, und bewegliche Gewerberäume, in denen der Unternehmer seine Tätigkeit für gewöhnlich ausübt. Gewerberäume, in denen die Person, die im Namen oder Auftrag des Unternehmers handelt, ihre Tätigkeit dauerhaft oder für gewöhnlich ausübt, stehen Räumen des Unternehmers gleich (§ 312b Abs. 2 S. 2 BGB).

Gemäß § 312b Abs. 1 S. 1 Nrn. 1-4 BGB sind außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge („Außergeschäftsraumverträge“ – AGV) u.a. Verträge,

- ⇒ die bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit des Verbrauchers und des Unternehmers an einem Ort geschlossen werden, der kein Geschäftsraum des Unternehmers ist (Nr. 1).

Diese Fallgruppe betrifft die seit jeher bekannten **Haustürgeschäfte**, die sich dadurch kennzeichnen, dass die Entscheidungsfreiheit eines Verbrauchers bei Vertragsschluss an der Haustür oder in anderer für einen Vertragsschluss ungewöhnlicher räumlicher Umgebung (Arbeitsplatz, öffentliches Verkehrsmittel, Freizeitveranstaltung etc.) beeinträchtigt wird, der Verbraucher also überrumpelt und zu einem unüberlegten Geschäftsabschluss veranlasst wird.

- ⇒ die auf einem **Ausflug** geschlossen werden, der von dem Unternehmer oder mit seiner Hilfe organisiert wurde, um beim Verbraucher für den Verkauf von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu werben und mit ihm entsprechende Verträge abzuschließen (Nr. 4). Hauptfall ist das sog. Freizeitgeschäft.

Erfasst werden die bereits seit Langem im Verbraucherschutzrecht geregelten Kaffee-, Butter- und Besichtigungsfahrten (Grüneberg, in: Grüneberg, BGB, § 312b Rn 7). Das besondere Schutzbedürfnis be-

Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag

steht hier deshalb, weil die organisatorische Verbindung von Ausflug und Verkaufsveranstaltung die Gefahr begründet, dass der Veranstalter die unbeschwerte Stimmung, in der sich der Ausflugsgast regelmäßig befindet, ausnutzt, um einen Vertrag zu schließen. Zudem kann sich der Ausflugsgast i.d.R. der Verkaufsveranstaltung nur schwer entziehen (Brox/Walker, SchuldR AT, § 19 Rn 12).

Hinsichtlich der Ausübung des Widerrufsrechts und dessen Rechtsfolgen verweist § 312g Abs. 1 BGB auf § 355 BGB (dazu S. 21 ff.).

3. Fernabsatzverträge

Nach der Legaldefinition in § 312c Abs. 1 BGB sind Fernabsatzverträge Verträge, bei denen der Unternehmer oder eine in seinem Namen oder Auftrag handelnde Person und der Verbraucher für die Vertragsverhandlungen und den Vertragsschluss ausschließlich Fernkommunikationsmittel verwenden, es sei denn, dass der Vertragsschluss nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt.

Fernkommunikationsmittel i.S.d. Fernabsatzvertrags sind gem. § 312c Abs. 2 BGB alle Kommunikationsmittel, die zur Anbahnung oder zum Abschluss eines Vertrags eingesetzt werden können, ohne dass die Vertragsparteien gleichzeitig körperlich anwesend sind, wie Briefe, Kataloge (Prospekte mit Bestellpostkarte), Telefonanrufe, Telekopien (Faxe), E-Mails, über den Mobilfunkdienst versendete Nachrichten (SMS) sowie Rundfunk und Telemedien. Typischer Fall eines Fernabsatzvertrags, der zugleich einen Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr (dazu sogleich) darstellt, ist der Kauf von Waren in einem Onlineshop bzw. über einen Internetmarktplatz. Jedoch muss der Vertrag auch im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems abgeschlossen worden sein (§ 312c Abs. 1 Halbs. 2 BGB), wobei es sich bei dieser Voraussetzung – wie sich aus der gesetzlichen Formulierung „es sei denn“ ergibt – um einen (eng auszulegenden) Ausnahmetatbestand, für dessen Vorliegen zudem der Unternehmer die Beweislast trägt. Der Versandhandel fällt a

priori unter den Begriff des Fernabsatzgeschäfts, da dieser gerade auf Fernabsatz ausgerichtet ist. Für eine Widerlegung der gesetzlichen Vermutung bleiben aber Sachverhalte, in denen der Unternehmer ein stationäres Ladengeschäft betreibt, das auch nur für den Verkauf vor Ort organisiert ist, und er dabei nur gelegentlich und zufällig zu Vertragsschlüssen Fernkommunikationsmittel verwendet (BGH NJW-RR 2017, 368, 372) bzw. nach telefonischer Bestellung ausnahmsweise auf den Wunsch des Kunden die Ware per Post versendet (BGH NJW-RR 2017, 368, 372).

4. Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr

Bedient sich der Unternehmer im Rahmen eines Fernabsatzgeschäfts eines elektronischen Kommunikationsmittels (Hauptfall: **Onlineshop**), liegt bei einer Bestellung des Kunden ein Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr vor. Darunter ist gem. § 312i Abs. 1 S. 1 BGB ein Vertrag über die Lieferung von Waren oder über die Erbringung von Dienstleistungen der Telemedien zu verstehen. Da sich Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr jedoch nicht nur auf Verbraucher-Verträge beziehen, hat der Gesetzgeber diesbezügliche Regelungen in einem separaten Kapitel verortet. In §§ 312i und 312j BGB werden allgemeine und besondere Pflichten genannt, wobei die besonderen Pflichten aus § 312j BGB nur gegenüber Verbrauchern einzuhalten sind. Die allgemeinen Pflichten aus § 312i BGB gelten dagegen auch im reinen Unternehmensverkehr. Selbstverständlich gelten die zu § 312c BGB genannten Pflichten nach § 312d Abs. 1 BGB auch für Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr. § 312i Abs. 3 BGB stellt dies klar.

Das wohl wichtigste Verbraucherschutzrecht ist das Widerrufsrecht. Zwar ist ein solches nicht in § 312j BGB genannt, jedoch ergibt sich das Bestehen eines Widerrufsrechts aus der gesetzlichen Vorschrift, auf die sich § 312j BGB bezieht (bei Fernabsatzverträgen also aus § 312g Abs. 1 BGB i.V.m. § 355 BGB).

5. Das Verbraucherschützende Widerrufsrecht

Die für die Praxis wohl wichtigste Besonderheit beim Verbraucher-
vertrag ist, dass sich der Verbraucher schlicht durch **Widerruf** von
einem bereits geschlossenen Vertrag einseitig lösen kann, ohne dass
es eines Grundes oder einer Begründung bedarf (siehe § 355 Abs. 1
BGB). Es muss nur eine gesetzliche Vorschrift ein Widerrufsrecht nach
§ 355 BGB gewähren und die gesetzlichen Voraussetzungen für die
Ausübung des Widerrufsrechts müssen vorliegen. Ist das der Fall, be-
trägt die Widerrufsfrist **14 Tage** (§ 355 Abs. 2 S. 1 BGB); sie beginnt mit
Vertragsschluss, soweit nichts anderes bestimmt ist (§ 355 Abs. 2 S. 2
BGB). Das BGB enthält eine Reihe von Verbraucherschützenden
Widerrufsrechten, deren Voraussetzungen im Rahmen der Vorschriften
über die jeweiligen Verbraucherverträge geregelt sind.

*Beispiele: Dem Verbraucher, der einen Darlehensvertrag abschließt (vgl.
§§ 491 ff. BGB), wird in § 495 BGB das Recht eingeräumt, seine auf den
Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrags gerichtete Willenserklärung
bei Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen zu widerrufen. Ähnliche
Widerrufsrechte bestehen bei außerhalb von Geschäftsräumen ge-
schlossenen Verträgen (§§ 312b Abs. 1, 312g Abs. 1, 355 BGB – insbeson-
dere bei sog. Haustürgeschäften oder bei „Kaffeefahrten“), Fernabsatz-
verträgen (§§ 312c Abs. 1, 312g Abs. 1, 355 BGB – insbesondere beim
Onlinehandel) und Fernunterrichtsverträgen (§ 4 FernUSG). Zur Anwend-
barkeit der Verbraucherschutzvorschriften auf Leasing- und Mietkaufver-
träge vgl. § 506 BGB.*

Insbesondere **Fernabsatz**: Bei einem Fernabsatzvertrag gem. § 312c
BGB (Hauptfall: Kauf von Sachen in einem Onlineshop, s.o.) hat der
Gesetzgeber mit § 312g Abs. 1 BGB ein solches **Widerrufsrecht**
gewährt. Wie bei allen Verbraucherschützenden Widerrufsrechten muss
der Unternehmer den Verbraucher hierüber informieren, d.h. belehren
(§ 312d Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 2 EGBGB). Fehler
bei den Informations-, Unterrichts- bzw. Belehrungspflichten führen
nicht nur zur Verlängerung des Widerrufsrechts (auf maximal zwölf

Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag

Monate und 14 Tage, siehe § 356 Abs. 3 S. 2 BGB), sondern v.a. zu sehr kostenintensiven und in ihren Folgen sehr weit reichenden Abmahnungen durch einen Verbraucherschutzverein oder ein Konkurrenzunternehmen wegen eines (behaupteten) Wettbewerbsverstoßes (vgl. § 8 UWG, § 2 UKlaG).

Zu beachten ist aber, dass die Norm, die im Grundsatz ein verbraucher-schützendes Widerrufsrecht gewährt, auch **Ausschlusstatbestände** enthalten kann. So enthält § 312g Abs. 2 BGB **Ausschlusstatbestände** in Bezug auf das Widerrufsrecht nach § 312g Abs. 1 BGB. Besteht Streit über das Vorliegen eines Ausschlusstatbestands nach § 312g Abs. 2 BGB, trägt aufgrund der Negativformulierung („besteht ... nicht ...“) im Streitfall der Unternehmer die Beweislast über das Vorliegen der Voraussetzungen. Zu nennen sind bspw.:

- ⇒ Nach § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB besteht ein Widerrufsrecht nicht, wenn wenn der Vertrag die Lieferung einer Ware zum Inhalt hat, die **nicht vorgefertigt** ist, sondern nach **Kundenspezifikation** angefertigt wird oder eindeutig auf die persönlichen Belange zugeschnitten ist. Das ist nachvollziehbar, wenn man bedenkt, dass die Ware wegen der Berücksichtigung der Wünsche des Kunden anderweitig nicht oder nur mit einem unzumutbaren Preisnachlass abgesetzt werden kann. Der Ausschlussgrund nach Nr. 1 greift auch dann, wenn die nach individuellen Merkmalen spezifizierte Ware zum Zeitpunkt des Vertragschlusses noch nicht hergestellt ist bzw. der Herstellungsprozess noch nicht begonnen wurde. Denn wie sich aus einer systematischen Auslegung dem § 312g Abs. 2 BGB zugrunde liegenden Art. 16 lit. c VRRL ergibt, ist maßgeblicher Zeitpunkt der Vertragsschluss (so EuGH NJW 2020, 3707, 3708); spätere Entwicklungen sind unbeachtlich.

Wenngleich möglicherweise vom EuGH nicht getragen, wird man aus rechtsmethodischer Sicht aber eine teleologische Reduktion des Art. 16 lit. c VRRL und des § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB annehmen müssen, wenn der Unternehmer die Sache zwar nach den Wünschen des Verbrauchers zusammengestellt hat (bspw. einen Computer), die einzelnen Komponenten aber wieder voneinander getrennt werden können, ohne

Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag

dass sie dadurch beschädigt werden. Das gilt nach der Rechtsprechung auch für den Kauf von Kompletträdern, wenn der Reifen von der Felge demontiert werden kann, ohne dass Reifen und Felge Schaden nehmen (BGH NJW 2003, 1665; LG Hannover DAR 2009, 530).

- ⇒ Nach § 312g Abs. 2 Nr. 2 BGB scheidet ein Widerrufsrecht aus, wenn die Ware aufgrund ihrer Beschaffenheit **schnell verderben** kann oder das **Verfallsdatum schnell überschritten** würde. Ob das der Fall ist, richtet sich nach der Verkehrsauffassung; es ist stets danach zu fragen, ob die Ware nach der Rückgabe für den Unternehmer noch verwendbar und absetzbar wäre, was im Verhältnis zur 14-tägigen Widerrufsfrist zu ermitteln ist (Martens, in: BeckOK, § 312g Rn 23). So leuchtet es ein, dass ein Widerruf in Bezug auf frische Lebensmittel regelmäßig ausgeschlossen ist. Das gilt auch dann, wenn das Lebensmittel durch bestimmte Maßnahmen haltbar gemacht wurde (Beispiel: vakuumverpacktes Frischfleisch, nicht aber wohl Trockenobst, das durch die Trocknung auch noch viele Monate nach dem Widerruf haltbar ist). Bei Kosmetika und Medikamenten verbietet sich eine pauschale Beurteilung. Solange die Versiegelung nicht entfernt wurde und die verbleibende Haltbarkeit noch im Verhältnis zur 14-tägigen Widerrufsfrist steht, wird man einen Ausschluss des Widerrufsrechts verneinen müssen (Überschneidung mit Nr. 3 – dazu sogleich).
- ⇒ Nach § 312g Abs. 2 Nr. 3 BGB ist ein Widerrufsrecht ausgeschlossen bei Verträgen über die Lieferung versiegelter Waren, die aus Gründen des **Gesundheitsschutzes** oder der **Hygiene** nicht zur Rückgabe geeignet sind, wenn ihre Versiegelung nach der Lieferung entfernt wurde. Nicht zur Rücksendung geeignet sind etwa benutzte (oder zumindest aus der Primärverpackung herausgenommene und ggf. entsiegelte) Sexartikel. Dasselbe gilt für angebrochene Arzneimittel, Kosmetika, aber auch für Fertiggerichte etc. Letztlich wird man diesen Ausschlussstatbestand bei sämtlichen mit einem Siegel versehenen Waren annehmen müssen, die allein aufgrund des entfernten Siegels aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder der Hygiene nicht mehr verkehrsfähig sind. Ob die Schutzfolie einer Matratze eine Versiegelung i.S.d. § 312g Abs. 2 Nr. 3 BGB darstellt, ist unklar. Der BGH (NJW 2018, 453, 454) hatte die Frage dem EuGH vorgelegt. Dieser hat entschieden,

Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag

dass die Schutzfolie lediglich einer unverminderten Wiederveräußerung durch den Unternehmer diene, sodass der Verkäufer eine Matratze, wenn auch mit einigem Aufwand, reinigen und in einen hygienisch einwandfreien Zustand versetzen lassen könne. Folge sei, dass die Entfernung einer Schutzfolie durch den Käufer dessen Widerrufsrecht nicht entfallen lasse. Durch eine geeignete Reinigung könnten Matratzen – ähnlich wie Kleidungsstücke – wieder verkehrsfähig gemacht werden, weshalb der Verbraucher in einem derartigen Fall nicht die Möglichkeit verliere, sein Widerrufsrecht auszuüben. Mithin seien Matratzen aus dem Ausschlussstatbestand herauszuhalten (EuGH NJW 2019, 1507, 1508). Das überzeugt nicht. Für die Auffassung des EuGH spricht zwar das grundsätzliche Erfordernis einer engen Auslegung eines Ausnahmetatbestands. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass ein späterer Käufer – im Gegensatz zu insoweit nicht vergleichbaren Kleidungsstücken – eine benutzte, wenn auch gereinigte, desinfizierte und mit neuer Schutzfolie versehene Matratze nicht oder nur mit Preisabschlag akzeptieren würde, wie das letztlich bei vielen entsiegelten Waren in Betracht kommt. Eine Versiegelung soll dies – neben der Wahrung von Hygiene- und Gesundheitsvorschriften – gerade verhindern. Eine aus der Schutzfolie herausgenommene und benutzte Matratze wäre somit nicht bzw. nicht mehr als Ware verkehrsfähig, die aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder der Hygiene versiegelt und daher nicht zur Rückgabe geeignet ist, wenn ihre Versiegelung nach der Lieferung entfernt wurde. Dass es auch für gebrauchte Matratzen einen Sekundärmarkt (Gebrauchtware) geben mag, ändert hieran nichts. Entfernt also ein Verbraucher eine Matratze aus der Schutzfolie und benutzt sie, ist entgegen der Auffassung des EuGH ein Widerruf nicht pauschal ausgeschlossen. Maßgeblich dürfte vielmehr sein, ob die Schutzfolie hygienischen Gründen bzw. Gründen des Gesundheitsschutzes dient und damit als Versiegelung i.S.d. Norm anzusehen ist. Dient die Schutzfolie lediglich einer unverminderten Wiederveräußerung durch den Unternehmer, ist das nicht der Fall.

- ⇒ Auch besteht gem. § 312g Abs. 2 Nr. 4 BGB kein Widerrufsrecht in Bezug auf Verträge über die Lieferung von Waren, wenn diese nach der Lieferung aufgrund ihrer Beschaffenheit **untrennbar mit anderen**

Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag

Gütern vermischt werden. Hierunter fällt etwa der Kauf von Flüssigkeiten aller Art, die nach Erhalt mit anderen Flüssigkeiten vermischt werden, etwa Heizöl, wenn es mit Restmenge im Tank vermischt wird (BR-Drs. 817/12, S. 91; vgl. auch BGH NJW 2015, 2959 f.).

- ⇒ Bedeutsam ist auch der Ausschlussstatbestand des § 312g Abs. 2 Nr. 6 BGB, der ein Widerrufsrecht ausschließt bzgl. Verträge, die die Lieferung von Audio- oder Videoaufzeichnungen oder von Software zum Inhalt haben, wenn der **Datenträger vom Kunden entsiegelt** worden ist. Da Computerprogramme heutzutage aber weitgehend mithilfe von Aktivierungscodes freigeschaltet werden müssen, dürfte der Entsiegelung nicht mehr die vom Gesetzgeber beigemessene Relevanz zukommen. Sofern – wie heute üblich – die Lieferung über einen Download erfolgt, greift der Ausschlussstatbestand von vornherein nicht. Der Widerruf eines Kaufs digitaler Inhalte ist hier also möglich. Er richtet sich nach § 356 Abs. 5 BGB.
- ⇒ § 312g Abs. 2 Nr. 9 BGB bezieht sich auf verschiedene Materien (Beherbergung zu anderen Zwecken als zu Wohnzwecken, Beförderung von Waren, Kraftfahrzeugvermietung, Lieferung von Speisen und Getränken sowie Erbringung weiterer Dienstleistungen im Zusammenhang mit Freizeitbetätigungen, wenn der Vertrag für die Erbringung einen spezifischen Termin oder Zeitraum vorsieht), die auf den ersten Blick wenig miteinander zu tun haben. Die Gemeinsamkeit besteht aber darin, dass es um **termingebundene** Dienstleistungen im weiteren Sinne geht. Zu nennen ist insbesondere der **Ticketvorverkauf** im Internet. Zwar handelt es sich regelmäßig um ein Fernabsatzgeschäft, allerdings greift bzgl. des Widerrufsrechts der Ausschlussstatbestand des § 312g Abs. 2 Nr. 9 BGB, wenn (wie üblich) die Veranstaltung (Konzert, Oper, Kino etc.) zu einem konkreten Zeitpunkt stattfinden soll. Bei „Lieferung von Speisen und Getränken“ ist in erster Linie an Cateringdienste oder Lieferdienste zu denken, wobei eine Überschneidung mit Nr. 2 bestehen kann.
- ⇒ § 312g Abs. 2 Nr. 10 BGB schließt unter den in der Vorschrift näher genannten Voraussetzungen ein Widerrufsrecht aus bei echten **Online-Auktionen**, d.h. bei solchen Online-Auktionen, für die § 156 BGB gilt.

Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag

Nicht unter Nr. 10 fallen daher die sog. „eBay-Auktionen“, da es sich bei diesen nicht um Auktionen i.S.d. § 156 BGB handelt, sondern „normales“ Kaufvertragsrecht zur Anwendung gelangt (siehe BGHZ 149, 129, 134).

Liegt keiner der in § 312g Abs. 2 BGB genannten Ausschlussgründe vor und greift daher das Widerrufsrecht nach §§ 312g Abs. 1, 355 BGB, beträgt gem. § 355 Abs. 2 S. 1 BGB die **Widerrufsfrist 14 Tage**. Sie **beginnt** gem. § 355 Abs. 2 S. 2 BGB mit **Vertragsschluss**, soweit nichts anderes bestimmt ist. Eine solche „andere Bestimmung“ ist bei Fernabsatzverträgen nach Maßgabe des § 356 Abs. 2 und 3 BGB möglich. So beginnt bei einem **Verbrauchsgüterkauf** (§ 474 Abs. 1 S. 1 BGB), die 14-tägige Widerrufsfrist erst, wenn der Verbraucher oder ein von ihm benannter Dritter, der nicht Frachtführer ist, **die Ware erhalten hat** (§ 356 Abs. 2 Nr. 1a BGB).

Zu beachten ist: Die genannten Vorschriften regeln lediglich den Beginn der Widerrufsfrist. Das heißt nicht, dass der Widerruf erst ab Erhalt der Ware möglich wäre. Denn §§ 312g Abs. 1, 355 BGB knüpfen das Bestehen des Widerrufsrechts an die Abgabe der Vertragserklärung durch den Verbraucher, nicht an die Warenübergabe. Lediglich der Beginn der Widerrufsfrist (und nicht das Bestehen eines Widerrufsrechts) wird auf das jeweilige spätere Ereignis (Vertragsschluss, Erhalt der Widerrufsbelehrung oder Erhalt der Ware) gelegt. Der Widerruf kann selbstverständlich auch schon vor Fristbeginn wirksam erklärt werden. Die gegenteilige Annahme wäre weder mit Wortlaut und Systematik noch mit Sinn und Zweck des Widerrufsrechts vereinbar.

Beispiel: Verbraucher K kauft über den Onlineshop des V ein Fahrrad. Noch bevor V das Fahrrad versendet, erklärt K den Widerruf. V meint, dies sei unzulässig, weil die Widerrufsfrist erst mit Erhalt der Sache beginne, und verlangt die Zahlung einer Vertragsstrafe i.H.v. 200 €, die für den Fall der Nichtabnahme durch K vereinbart wurde.

⇒ Die von V geltend gemachte Zahlung der Vertragsstrafe setzt voraus, dass die Weigerung der Vertragsdurchführung durch K unrechtmäßig

war. Das wiederum ist nicht der Fall, wenn der Widerruf wirksam erklärt wurde. Zwar ist es richtig, dass bei einem Fern-absatzvertrag die Widerrufsfrist nicht bereits mit Vertragsschluss beginnt, sondern erst mit Erhalt der Sache (siehe § 356 Abs. 2 Nr. 1a BGB als Ausnahmenvorschrift gem. § 355 Abs. 2 S. 2 BGB). Jedoch knüpfen §§ 312g Abs. 1, 355 Abs. 1 BGB das Widerrufsrecht allein an die dort genannten Voraussetzungen, d.h. an die Abgabe der Vertragserklärung durch den Verbraucher. Eine Abhängigkeit des Widerrufsrechts vom Beginn der Widerrufsfrist ist weder dem Wortlaut der Normen zu entnehmen noch der Systematik und dem Sinn und Zweck. Sähe man dies anders, könnte der Unternehmer etwa durch Unterlassen einer Widerrufsbelehrung bzw. mittels fehlerhafter Widerrufserklärung die Widerrufsmöglichkeit vereiteln, denn nach § 356 Abs. 3 S. 1 BGB beginnt die Widerrufsfrist erst nach ordnungsgemäßer Belehrung u.a. über das Widerrufsrecht. Für den hier vertretenen Standpunkt spricht auch der Erst-recht-Schluss: Könnte der Verbraucher den Widerruf nach Erhalt der Ware ausüben, muss dies erst recht vor Erhalt der Ware möglich sein.

Zudem dürfte es auch im Interesse des Unternehmers sein, dass der ohnehin zum Widerruf entschlossene Verbraucher den Widerruf vor Versand der Ware erklärt, bewahrt dies den Unternehmer doch vor weiteren Kosten.

Das Vorgehen des V im vorliegenden Fall zielt offensichtlich auf den Erhalt der Vertragsstrafe ab. Da aber K, dem durch Gesetz nach Maßgabe der §§ 312g Abs. 1, 355 Abs. 1 BGB das Widerrufsrecht eingeräumt wird, den Widerruf wirksam erklärt hat, war er an seine auf den Abschluss eines Vertrags mit einem Unternehmer gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden (§ 355 Abs. 1 S. 1 BGB). Ist K also nicht mehr an seine Vertragserklärung gebunden, bestehen auch keinerlei vertragliche Verpflichtungen. Mithin besteht auch keine Verpflichtung zur Zahlung einer Vertragsstrafe. V hat daher keinen Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe. Sollte V daher Schadensersatz unter dem Aspekt der culpa in contrahendo (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB – „c.i.c.-Haftung“) verlangen wollen, stünde dem freilich die Ratio der verbraucherschützenden Widerrufsrechte entgegen, die nicht umgangen werden dürfen (siehe § 312m Abs. 1 BGB, dessen Wirkung

Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag

über die Verweisung in § 312g Abs. 1 BGB in § 355 (Abs. 2 S. 2) BGB und damit auch in §§ 356 ff. BGB hineinreicht).

Ein zunächst bestehendes Widerrufsrecht kann – etwa nach § 356 Abs. 4 und 5 BGB – auch **erlöschen**. So erlischt gem. § 356 Abs. 4 BGB das Widerrufsrecht unter dort genannten Voraussetzungen:

- Der Unternehmer hat die Dienstleistung, für die der Verbraucher **keinen Preis** zu zahlen hat, vollständig erbracht (Nr. 1).
- Es liegt ein zur **Zahlung eines Preises** verpflichtender Vertrag vor, bei dem der Unternehmer die **Dienstleistung vollständig erbracht** hat und der Verbraucher vor Beginn der Erbringung
 - ⇒ ausdrücklich zugestimmt hat, dass der Unternehmer mit der Erbringung der Dienstleistung vor Ablauf der Widerrufsfrist beginnt (Nr. 2a),
 - ⇒ bei einem außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag (AGV) die Zustimmung nach Nr. 2a auf einem dauerhaften Datenträger übermittelt hat (Nr. 2b) und
 - ⇒ seine Kenntnis davon bestätigt hat, dass sein Widerrufsrecht mit vollständiger Vertragserfüllung durch den Unternehmer erlischt (Nr. 2c).
- Es liegt ein Vertrag vor, bei dem der Verbraucher den Unternehmer ausdrücklich aufgefordert hat, ihn **aufzusuchen, um Reparaturarbeiten auszuführen**, der Unternehmer hat die Dienstleistung vollständig erbracht und der Verbraucher hat die in Nr. 2a und 2b genannten Voraussetzungen erfüllt (Nr. 3).

Wurde der Widerruf also wirksam erklärt und besteht weder ein Ausschluss- noch Erlöschensgrund, bestimmt sich die **Rechtsfolge** nach §§ 355-357 BGB. Die erhaltene Ware ist zurückzuschicken und – sofern vorab bezahlt – der Kaufpreis zu erstatten.

Beispiel: Verbraucher K bestellt im Onlineshop des Unternehmers V eine Digitalkamera zum Preis von 185 € und leistet Vorkasse über PayPal. Zwei

Tage später wird K das Gerät zugeschickt. Am darauffolgenden Tag überlegt K es sich anders; er möchte am Vertrag nicht mehr festhalten.

⇒ Gemäß § 312g Abs. 1 i.V.m. § 355 BGB kann K seine Vertragserklärung gegenüber V widerrufen. Der Widerruf muss ausdrücklich erklärt werden (§ 355 Abs. 1 S. 2 und 3 BGB), bspw. durch Formulierungen wie: „Hiermit erkläre ich den Widerruf“ oder: „Hiermit widerrufe ich den Vertrag“. Selbstverständlich genügt auch das Ankreuzen des Wortes „Widerruf“ auf einem Retourenformular. Das unkommentierte Zurückschicken genügt nicht.

Die Widerrufsfrist beträgt gem. § 355 Abs. 2 S. 1 BGB 14 Tage. Fristbeginn bei der Lieferung von Waren ist regelmäßig an dem Tag, an dem der Verbraucher die Ware erhält (§ 356 Abs. 2 Nr. 1a BGB). Wird der Verbraucher aber nicht über sein Widerrufsrecht belehrt, erlischt das Widerrufsrecht nach max. 12 Monaten und 14 Tagen (§ 356 Abs. 3 BGB).

Widerruft der Verbraucher aufgrund des ihm durch Gesetz nach Maßgabe des § 355 BGB eingeräumten Widerrufsrechts form- und fristgerecht seine Vertragserklärung, ist er an diese nicht mehr gebunden (§ 355 Abs. 1 S. 1 BGB). Folge ist die Rückabwicklung nach Maßgabe des § 357 BGB. Daher kann und muss K die Digitalkamera an V zurückschicken (§ 357 Abs. 1 BGB). V ist verpflichtet, den Kaufpreis zu erstatten (§ 357 Abs. 1 BGB).

Die sich hieran anschließende Frage ist, wer die Kosten der Rücksendung zu tragen hat. Es greift die Regelung des § 357 Abs. 5 BGB, wonach der Verbraucher die Kosten zu tragen hat, sofern der Unternehmer auf diese Folge hingewiesen hat. Unterstellt, V hat den K über diese Folge vor Vertragsschluss (vgl. Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 EGBGB) unterrichtet, muss K das Gerät auf seine Kosten an V zurückschicken.

6. Der Versandkauf

Ein Versandkauf liegt vor, wenn die Parteien vereinbart haben, dass die Sache auf Verlangen des Käufers an einen anderen Ort als den Leistungsort durch ein Transportunternehmen (Spediteur/Frachtführer) versendet wird, § 447 Abs. 1 BGB. Damit ist also der Versandhandel gemeint. Kennzeichen des Versandkaufs ist, dass die Ge-

Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag

fahr eines zufälligen Transportschadens, eines zufälligen Untergangs oder zufälligen Verlustes der Sache nicht gem. § 446 S. 1 BGB mit der Übergabe an den Käufer auf diesen übergeht, sondern mit der Übergabe an den Transporteur. Die Sache reist also auf Gefahr des Käufers. Mit „Gefahr“ sind sowohl die Leistungsgefahr als auch die Gegenleistungsgefahr (Preisgefahr) gemeint. Der Käufer kann mithin keine Nachlieferung mehr verlangen (Leistungsgefahr), muss aber dennoch den Kaufpreis zahlen (Preisgefahr). Das mag auf den ersten Blick unbillig erscheinen, ist aber dem Normzweck des § 447 Abs. 1 BGB und letztlich dem Gedanken geschuldet, dass an sich eine Holschuld vorliegt, der Erfüllungsort also beim Verkäufer liegt, dieser mithin die Durchführung des Transports nicht schuldet und deshalb mit dem Abschicken alles zur Leistung Erforderliche getan hat i.S.d. § 243 Abs. 2 BGB. Ist der Versand nicht geschuldet, kann das zufällige Abhandenkommen bzw. der zufällige Untergang den Verkäufer auch nicht belasten. Der Kaufpreiszahlungsanspruch des Verkäufers bleibt demnach also bestehen, auch wenn die Sache auf dem Transportweg abhandenkommt oder zerstört wird. Im Rahmen des Prüfungsaufbaus („Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer auf Lieferung gem. § 433 Abs. 1 BGB“) stellt § 447 Abs. 1 BGB damit also eine anspruchserhaltende Gegennorm dar (§ 275 Abs. 1 BGB: Ausschluss der Leistungspflicht; § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB: Ausschluss der Gegenleistungspflicht; § 447 Abs. 1 BGB: Erhalt der Gegenleistungspflicht).

Beispiel: K kauft für seinen Gewerbebetrieb im Onlineshop des V ein Laptop, der anschließend von V ordnungsgemäß verpackt und über den Paketdienst P versendet wird. Doch auf dem Transportweg kommt das Paket abhanden.

Kann K von V Ersatzlieferung verlangen? Hat K eine Zahlungspflicht, auch, wenn er keine Ersatzlieferung beanspruchen könnte?

⇒ Ein Anspruch auf Ersatzlieferung könnte sich aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB ergeben. Jedoch könnte dieser Anspruch wegen Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen sein. Unterstellt, dass es sich bei dem Laptop um eine Gattungsschuld handelt, ist fraglich, ob der Laptop bereits i.S.d. §

Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag

243 Abs. 2 BGB konkretisiert worden ist. Denn bei einer Gattungsschuld greift § 275 Abs. 1 BGB grds. nur ein, wenn entweder die gesamte Gattung oder der konkretisierte Gegenstand untergegangen ist. Bei einer Schickschuld tritt Konkretisierung ein, wenn der Gegenstand vom Verkäufer an den Transporteur ausgehändigt, also zur Beförderung an die vom Käufer angegebene Adresse übergeben wurde. Dann hat der Verkäufer alles seinerseits zur Leistungserbringung Erforderliche getan (siehe § 243 Abs. 2 BGB). Geht diese konkretisierte Gattungsschuld beim Transport unter, liegt ein Fall der Unmöglichkeit vor, so, wie das bei einer untergegangenen Stückschuld der Fall wäre. Dies führt grds. gem. § 275 Abs. 1 BGB zum Erlöschen des (Nach-)Lieferungsanspruchs.

Vorliegend haben die Parteien einen Versand vereinbart. Darin ist eine Schickschuld zu sehen, bei der V mit der Übergabe des Laptop an den Paketdienst alles seinerseits zur Leistungserbringung Erforderliche getan hat i.S.d. § 243 Abs. 2 BGB. Ist V demnach zur Lieferung eines neuen Laptops nicht mehr verpflichtet, ist umgekehrt gem. § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB K an sich auch nicht zur Erbringung der Gegenleistung (hier: Kaufpreiszahlung) verpflichtet. Die Preisgefahr läge daher an sich bei V.

Jedoch kennt das Gesetz Ausnahmen von der Regelung des § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB. So ordnet im Kaufrecht § 447 Abs. 1 BGB einen Gefahrübergang vor Übergabe an den Käufer an, indem die Vorschrift formuliert, dass bei einem Versendungskauf die Gefahr auf den Käufer übergeht, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat. Dieser Regelung liegt der bereits genannte Gedanke zugrunde, dass der Verkäufer die Durchführung des Transports nicht schuldet und deshalb mit dem Abschicken alles zur Leistung Erforderliche getan hat i.S.d. § 243 Abs. 2 BGB. Der Kaufpreiszahlungsanspruch des Verkäufers bleibt demnach also bestehen. § 447 Abs. 1 BGB stellt damit also eine anspruchserhaltende Gegennorm dar (§ 275 Abs. 1 BGB: Ausschluss der Leistungspflicht; § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB: Ausschluss der Gegenleistungspflicht; § 447 Abs. 1 BGB: Erhalt der Gegenleistungspflicht).

Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag

Ergebnis: K hat keinen Anspruch auf (Nach-)Lieferung (§ 275 Abs. 1 BGB), ist aber dennoch zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet (§ 447 Abs. 1 BGB). Die Preisgefahr liegt also bei K.

Beim **Verbrauchsgüterkauf** gilt wegen § 475 Abs. 2 BGB (mit der Folge der bloß modifizierten bzw. ausgeschlossenen Anwendbarkeit des § 447 Abs. 1 BGB) hinsichtlich der Preisgefahr (Gegenleistungsgefahr) etwas anderes. Der Verbraucher kann zwar keine Nachlieferung verlangen, ist aber auch von der Gegenleistungspflicht befreit.

Beispiel: Wie oben, aber mit dem Unterschied, dass es sich bei K um einen Verbraucher handelt.

⇒ Ist der Verkäufer einer beweglichen Sache („Ware“ i.S.d. § 241a Abs. 1 BGB) ein Unternehmer gem. § 14 Abs. 1 BGB und der Käufer ein Verbraucher gem. § 13 BGB, handelt es sich um einen Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 Abs. 1 S. 1 BGB, bei dem die Gefahrtragsregelung des § 447 Abs. 1 BGB wegen § 475 Abs. 2 BGB nicht (jedenfalls nicht in Bezug auf die Preisgefahr) greift. Zwar gilt gem. § 475 Abs. 2 BGB die Gefahrtragsregelung des § 447 Abs. 1 BGB durchaus mit der Maßgabe, dass die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung nur dann auf den Käufer übergeht, wenn dieser das Transportunternehmen mit der Ausführung beauftragt hat und der Unternehmer dem Käufer diese Person oder Anstalt nicht zuvor benannt hat. Diese Formulierung wird allgemein aber als europarechtswidrig eingestuft, weil sie Art. 20 S. 1 Verbraucherrechterichtlinie (i.V.m. Erwägungsgrund 55 S. 5 der RiLi) widerspricht, wonach (auch) beim Versandkauf die Gefahr erst mit der Übergabe an den Verbraucher auf diesen übergeht. Wegen seiner Unvereinbarkeit mit Art. 20 S. 1 Verbraucherrechterichtlinie (i.V.m. Erwägungsgrund 55 S. 5 der RiLi) muss man also zur Unanwendbarkeit des § 447 Abs. 1 BGB gelangen mit der Folge, dass es bei der Gefahrtragsregelung des § 446 BGB bleibt (Faust, in: BeckOK, § 475 Rn 15): Die Gefahr geht erst mit Übergabe an den Verbraucher auf diesen über. Geht die Sache also auf dem Transportweg unter oder geht verloren, ist der Unternehmer wegen § 275 Abs. 1 BGB leistungsbefreit (muss also keine Ersatzsache liefern) und der Verbraucher ist gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB gegenleistungsbefreit; die anspruchserhaltende Gegennorm des § 447 Abs. 1 BGB greift nicht.

Wird die Sache auf dem Transportweg lediglich beschädigt (also mangelhaft), hat der Verbraucher die Rechte aus § 437 BGB (in erster Linie also Nacherfüllung, regelmäßig in Form der Nachlieferung), sofern nacherfüllt wird (= Grundregel der Gefahrtragung bei Verbrauchsgüterkaufverträgen).

Vorliegend kam der Laptop abhanden, wurde also nicht lediglich mangelhaft. Daher kann K zwar keine Nachlieferung verlangen, ist aber immerhin von seiner Gegenleistungspflicht (Zahlungspflicht) befreit.

Ein weiteres Problem des Versandkaufs besteht darin, dass der Verkäufer (i.d.R. über seine **allgemeinen Geschäftsbedingungen** – AGB) bestimmte, an sich ihm obliegende Risiken oder Pflichten dem Käufer auferlegt, was die Frage nach der Zulässigkeit aufwirft.

Beispiel: Versandhändler V teilt den Kunden (auch Verbrauchern) in der Bestell-Bestätigungsmail Folgendes mit: „Die angelieferte Ware ist bei Erhalt aus versicherungsrechtlichen Gründen im Beisein des Zustellers auf Vollständigkeit und Unversehrtheit zu überprüfen. Im Fall von äußerlich erkennbaren Transportschäden müssen selbst kleinste Mängel auf den jeweiligen Versandpapieren vermerkt und vom Zusteller quittiert werden, oder bei Paketanlieferungen im Scanner neben der Unterschrift vermerkt werden, z.B.: „3 Kartons beschädigt“. Die Verpackung ist aufzubewahren. Nachträgliche Reklamationen bzgl. fehlender oder defekter Ware können wir ohne schriftliche Bestätigung bei der Zustellung nicht anerkennen.“

Solche AGB-Bestimmungen sind unwirksam und begründen zudem einen abmahnfähigen Verstoß gegen Wettbewerbsrecht. Denn sie sind mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von denen sie abweichen, nicht zu vereinbaren (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB). So sieht das BGB-Verbraucherschutzrecht keine Untersuchungs- und Rügepflichten bei Paketannahme vor. Auch die Pflicht, selbst kleinste Mängel auf den jeweiligen Versandpapieren zu vermerken und vom Zusteller quittieren zu lassen, oder bei Paketanlieferungen im Scanner neben der Unterschrift vermerken zu lassen, widerspricht den Verbraucherschutzregeln. Ebenso wenig besteht eine Pflicht zur Aufbewahrung der Verpackung. Schließlich ist der Ausschluss nachträglicher Reklamationen bzgl. fehlender oder de-

Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag

fekter Ware schlechthin unzulässig, da mit den gesetzlichen Bestimmungen unvereinbar, siehe §§ 475, 476 BGB.

Probexemplar

IV. Abgrenzung zu den Verbraucherverträgen über digitale Produkte

In Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/770 (**Digitale-Inhalte-Richtlinie**) hat der Gesetzgeber mit Gesetz v. 25.6.2021 (BGBl I 2021, S. 2123) ein „digitales Vertragsrecht“ in das BGB aufgenommen; namentlich geht es um „Verträge über digitale Produkte“. Jedoch ist damit – entgegen der Überschrift zu Titel 2a („Verträge über digitale Produkte“) – kein eigenständiger Vertragstyp gemeint, sondern – unabhängig von der Vertragsart (Kauf-, Werk-, Dienst-, Mietvertrag etc.) – eine vertragsformübergreifende Regelung über die Bereitstellung digitaler Produkte mit eigenem Gewährleistungsrecht, weshalb eine Verortung im allgemeinen Teil des Schuldrechts vorgenommen wurde (siehe §§ 327 ff. BGB) statt im besonderen Teil bei den Typenverträgen. Inhaltlich geht es bei den §§ 327-327s BGB um **Verbraucherverträge**, welche die **Bereitstellung digitaler Inhalte** oder **digitaler Dienstleistungen** (digitale Produkte) durch den Unternehmer gegen Zahlung eines Preises (der auch in der digitalen Darstellung eines Wertes liegen kann) zum Gegenstand haben (§ 327 Abs. 1 BGB). Der Begriff des Verbrauchervertrags ist einheitlich legaldefiniert in § 310 Abs. 3 BGB. Gemeint sind Verträge zwischen einem Unternehmer (§ 14 Abs. 1 BGB) und einem Verbraucher (§ 13 BGB). Das Gewährleistungsrecht des Verbrauchervertrags über digitale Produkte findet sich in §§ 327e ff. BGB. Das gilt auch für die **Verbrauchsgüterkaufverträge über digitale Produkte** (§ 475a BGB). Bei einem Verbrauchsgüterkaufvertrag handelt es sich in erster Linie um einen Vertrag, durch den ein Verbraucher von einem Unternehmer eine Ware (§ 241a Abs. 1 BGB: bewegliche Sache) kauft. § 475a Abs. 1 BGB spezifiziert jedoch den Warenbegriff; es geht ausschließlich um körperliche Datenträger, die ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dienen (also keine andere Funktion haben). Ist das der Fall, greifen nicht die kaufrechtlichen Mängelrechte (§§ 434 ff., 475b, 475c BGB), sondern diejenigen nach §§ 327c ff. BGB.

Beim im Rahmen dieses Buches näher behandelten, in Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/771 (**Warenkaufrichtlinie**) ergangenen Gesetz v.

25.6.2021 (BGBl I 2021, S. 2133) geht es dagegen um Kaufverträge zwischen einem Verkäufer (der freilich Unternehmer sein muss) und einem Verbraucher über eine Ware (i.S.d. § 241a Abs. 1 BGB), die auch digitale Elemente beinhalten kann. Waren mit digitalen Elementen sind nach der ebenfalls am 1.1.2022 in Kraft getretenen Legaldefinition in § 327a Abs. 3 S. 1 BGB Waren, die in einer Weise digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind, dass die Waren ihre Funktionen ohne diese digitalen Produkte nicht erfüllen können. Hier greifen das Sachmängelrecht der §§ 434 ff. BGB und die ergänzenden Verbraucherschützenden Vorschriften der §§ 475b, 475c BGB, die „in Konkurrenz“ zu den §§ 327a ff. BGB stehen und daher von diesen abgegrenzt werden müssen. Es ergibt sich insgesamt folgende Übersicht:

- **„Herkömmliche“ Kaufverträge (§ 433 BGB)**
 - ⇒ Vertragsinhalt/Leistung: Verpflichtung zur Übereignung und Übergabe „analoger“ Sachen wie bspw. Lebensmittel, Fahrräder, Schmuck etc.; auch die Übertragung von Rechten („Rechtskauf“) ist erfasst (§ 453 BGB).
 - ⇒ Gegenleistung: Kaufpreis
 - ⇒ Anwendbare Vorschriften: §§ 433 ff. BGB
 - ⇒ Bei Mängeln: §§ 434 ff. BGB

- **Verbrauchervertrag über digitale Produkte (§ 327 BGB)**
 - ⇒ Vertragsinhalt/Leistung: Verpflichtung zur Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen
 - „Digitale Inhalte“ sind gem. § 327 Abs. 2 S. 1 BGB Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden.

Beispiele: Musik- und Videodateien; E-Books, Apps, Computerspiele etc. Mit Bereitstellung in digitaler Form ist namentlich der Download von Dateien gemeint.

Bereitgestellt ist ein digitaler Inhalt, sobald dieser oder die geeigneten Mittel für den Zugang zu diesem oder das Herunterladen dem Verbraucher unmittelbar oder mittels einer von ihm hierzu

Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag

bestimmten Einrichtung zur Verfügung gestellt oder zugänglich gemacht worden ist (§ 327b Abs. 3 BGB).

- „Digitale Dienstleistungen“ sind gem. § 327 Abs. 2 S. 2 BGB Dienstleistungen, die dem Verbraucher die Erstellung, die Verarbeitung oder die Speicherung von Daten in digitaler Form oder den Zugang zu solchen Daten ermöglichen (Nr. 1), oder die dem Verbraucher die gemeinsame Nutzung der vom Verbraucher oder von anderen Nutzern der entsprechenden Dienstleistung in digitaler Form hochgeladenen oder erstellten Daten oder sonstige Interaktionen mit diesen Daten ermöglichen (Nr. 2).

Beispiele: Soziale Netzwerke (Facebook, Instagram, TikTok etc.); Bereitstellung von Cloud-Speicherplatz; Videostreaming; Vergleichs-, Vermittlungs- oder Bewertungsportale

Bereitgestellt ist eine digitale Dienstleistung, sobald diese dem Verbraucher unmittelbar oder mittels einer von ihm hierzu bestimmten Einrichtung zugänglich gemacht worden ist (§ 327b Abs. 4 BGB).

- ⇒ Gegenleistung: Preis, der auch die digitale Darstellung eines Wertes sein kann (§ 327 Abs. 1 S. 2 BGB). Erwägungsgrund 23 der DIRM nennt insb. elektronische Gutscheine oder „E-Coupons“. Eine Bezahlung kann aber auch mittels digitaler Währung („Bitcoins“) erfolgen. Da gem. § 327 Abs. 3 BGB die Vorschriften „dieses Untertitels“ (d.h. die §§ 327-327s BGB) auch auf Verbraucherverträge über die Bereitstellung digitaler Produkte anzuwenden sind, bei denen der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt oder sich zu deren Bereitstellung verpflichtet (es sei denn, die Voraussetzungen des § 312 Abs. 1a S. 2 BGB liegen vor), kann die Gegenleistung ganz oder teilweise auch durch Bereitstellung personenbezogener Daten durch den Verbraucher oder dessen Verpflichtung zu deren Bereitstellung erfolgen („Bezahlen mit personenbezogenen Daten“).

Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag

- ⇒ Bei Mängeln: §§ 327e ff. BGB
- ⇒ Bereichsausnahmen: Auch, wenn die Leistung digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen beinhaltet, sind die §§ 327 ff. BGB nicht stets anwendbar. § 327 Abs. 6 BGB nennt 8 Ausnahmen vom Anwendungsbereich (etwa Glücksspieldienstleistungen, Finanzdienstleistungen, digitale Film- oder Theatervorführung, nicht aber digitales Fernsehen).
- ⇒ Erweiterter Anwendungsbereich:
 - Nach § 327 Abs. 4 BGB sind die §§ 327-327s BGB auch auf Verbraucherverträge über digitale Produkte anzuwenden, die nach den Spezifikationen des Verbrauchers entwickelt werden. Dazu zählt etwa „maßgeschneiderte“ Software.
 - Weiterhin sind – mit Ausnahme der §§ 327b, 327c BGB – gem. § 327 Abs. 5 BGB die §§ 327-327s BGB auch auf solche Verbraucherverträge anzuwenden, die die Bereitstellung von körperlichen Datenträgern, die ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dienen, zum Gegenstand haben. Beispiele: Film-DVDs, Musik-CDs. Hintergrund dieser Regelung ist, dass Leistungsgegenstand primär der digitale Inhalt ist, nicht der Datenträger; dieser ist nur das Medium. Lediglich, wenn es um den Erwerb des reinen, unbeschriebenen Datenträgers (Rohling) geht, ist Kaufvertragsrecht anwendbar. Zum Paketvertrag, bei dem wiederum die §§ 327-327s BGB gelten, siehe sogleich.
- **„Paketvertrag“** (§ 327a Abs. 1 BGB)
 - ⇒ Verbrauchervertrag, der neben der Bereitstellung digitaler Produkte die Bereitstellung anderer Sachen oder die Bereitstellung anderer Dienstleistungen zum Gegenstand hat (§ 327a Abs. 1 S. 1 BGB).
 - ⇒ Vertragsinhalt/Leistung: Bereitstellung digitaler Produkte und anderer Sachen/digitaler Dienstleistungen. Wichtig ist, dass die unterschiedlichen Elemente Gegenstand *desselben* Vertrags sein müssen („Bundle“). Unschädlich ist es, wenn der Unternehmer sich der Leistung Dritter bedient (dieser ist dann i.S.d. § 278 BGB Erfüllungsgehilfe des Unternehmers).

Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag

Beispiele von Paketverträgen: Vertrag über den Kauf eines Fernsehers und die Bereitstellung eines Videostreamingdienstes; Kauf eines Kfz mit Infotainmentsystem; Vertrag über den Kauf einer Spielekonsole und digitale Spiele. Wichtig ist: In Abgrenzung zum Verbrauchervertrag über digitale Produkte ist die Funktionsfähigkeit der „Hauptsache“ auch ohne das digitale Produkt gewährleistet.

- ⇒ Gegenleistung: Preis, der auch die digitale Darstellung eines Wertes sein kann (§ 327 Abs. 1 S. 2 BGB).
- ⇒ Anwendbare Vorschriften: Soweit in §§ 327b ff. BGB nichts anderes bestimmt ist, sind die §§ 327-327s BGB nur auf diejenigen Bestandteile des Paketvertrags anzuwenden, welche die digitalen Produkte betreffen (§ 327a Abs. 1 S. 2 BGB).
- ⇒ Bei Mängeln: §§ 327e ff. BGB
- Verbraucherverträge über **Sachen mit digitalen Produkten** (§ 327a Abs. 2 S. 1 BGB)
 - ⇒ Vertragsinhalt/Leistung: Verbrauchervertrag über Sachen, die digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind. Wesentlich ist, dass die Sache und das digitale Produkt räumlich und/oder funktional verbunden und Gegenstand *eines* Vertrags sind. Weiterhin muss (im Umkehrschluss aus § 327a Abs. 3 S. 1 BGB) die Sache auch ohne das digitale Produkt ihre eigentliche Funktion erfüllen können.

Beispiele von Sachen mit digitalen Produkten, die ihre eigentliche Funktion auch ohne digitale Produkte erfüllen können: Smart-TV; Kühlschrank mit Bestellfunktion; Kfz mit optional nutzbarem Fahrprogramm (Fahrassistent) oder mit Navigationssystem etc.

- ⇒ Gegenleistung: Preis.
- ⇒ Anwendbare Vorschriften: Soweit in §§ 327b ff. BGB nichts anderes bestimmt ist, sind §§ 327 ff. BGB nur auf diejenigen Bestandteile des Vertrags anzuwenden, welche die digitalen Produkte betreffen (§ 327a Abs. 2 S. 2 BGB).

Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag

- ⇒ Bei Mängeln: §§ 327e ff. BGB, wenn sich der Mangel auf das digitale Produkt bezieht, §§ 475b, 475c ff. BGB, wenn der Mangel die Sache betrifft.
- Verbraucherverträge über **Waren mit digitalen Elementen** (§ 327a Abs. 3 S. 1 BGB i.V.m. §§ 475b, 475c BGB)
 - ⇒ Vertragsinhalt/Leistung: Inhaltlich geht es bei § 327a Abs. 3 S. 1 BGB (wie bei § 327a Abs. 2 BGB) um einen Kaufvertrag über eine bewegliche Sache, die digitale Produkte enthält oder mit ihnen verbunden ist. Auch hier sind die Ware und das digitale Produkt Gegenstand *eines* Vertrags. Anders als bei § 327a Abs. 2 BGB darf die Ware aber ihre Funktion ohne das digitale Produkt nicht erfüllen können (Waren mit unentbehrlichen digitalen Elementen). Deshalb ist im Anwendungsbereich des § 327a Abs. 3 BGB die Regelung des § 327a Abs. 2 BGB (d.h. der gesamte Abschnitt der §§ 327 ff. BGB) nicht anwendbar (§ 327a Abs. 3 S. 1 BGB). Stattdessen greifen §§ 475b ff. BGB als Sondervorschriften (die wiederum §§ 434 ff. BGB ergänzen). Diese Systematik ist der Abgrenzung zwischen der WKRL und der DURL geschuldet: Während die DURL ausschließlich digitale Inhalte und Dienstleistungen erfasst sowie körperliche Datenträger, die ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dienen (Umsetzung durch § 327a Abs. 2 BGB und § 475a Abs. 2 BGB), regelt die WKRL den Kauf von Waren ohne oder mit digitalen Elementen (Umsetzung durch § 327a Abs. 3 BGB sowie § 475a Abs. 1 BGB).

Beispiele von Waren mit digitalen Elementen, die ihre Funktion ohne das digitale Produkt nicht erfüllen können:

- Computer einschließlich Notebooks und Tablets (d.h. alle computergesteuerten Geräte, die ein Betriebssystem benötigen)
- Smartphones und Smartwatches, d.h. Uhren, die mittels Internetverbindung oder Bluetoothverbindung mit dem Smartphone eingehende Nachrichten, E-Mails, Anrufe und andere Informationen erhalten
- Fitnessuhren oder Fitnessarmbänder, die Herzfrequenz und Blutdruck anzeigen, aber auch mittels GPS-Verbindung den Standort anzeigen bzw. übertragen

Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag

- Spielekonsolen, Digitalkameras, Drucker etc.
- Automatisiert fahrendes Kfz („selbstfahrendes System“) etc.
- Hierunter fällt aber auch jedes Kfz, das über eine zentrale Steuereinheit (ein Motorsteuergerät) verfügt, was bei praktisch allen straßenzugelassenen Kfz der Fall ist.

⇒ Gegenleistung: Kaufpreis in Geld.

⇒ Bei Mängeln: §§ 475b, 475c ff. BGB (die §§ 434 ff. BGB ergänzen).

■ **Verbrauchsgüterkaufverträge über digitale Produkte** (§ 475a BGB)

Die in Umsetzung der DURL (nicht der WKRL) ergangene Vorschrift beschreibt nicht etwa einen speziellen Verbrauchsgüterkaufvertragstyp, sondern nimmt lediglich Abgrenzungen vor und ordnet an, ob bei Waren, die in Verbindung mit digitalen Produkten stehen, kaufrechtliche Vorschriften oder diejenigen der §§ 327 ff. BGB anzuwenden sind.

⇒ Regelungsinhalt: Verbrauchsgüterkaufvertrag über

- einen körperlichen Datenträger, der ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dient (§ 475a Abs. 1 BGB).

Damit wird deutlich, dass der Sache nur eine Trägerfunktion zukommt, sie also nur dem Zweck dient, das digitale Produkt zu transportieren. Da also das digitale Produkt eigentlicher Vertragsgegenstand ist und für diesen Fall die §§ 327 ff. BGB systematisch einschlägig sind (siehe § 327 Abs. 5 BGB), erklärt § 475a Abs. 1 BGB folgerichtig, dass die meisten Vorschriften des (Verbrauchsgüter-)Kaufrechts ausgeschlossen und stattdessen die Vorschriften der §§ 327-327s BGB anwendbar sind. Das entspricht dem Regelungsgehalt der DURL. Da vom Ausschluss der kaufrechtlichen Normen jedoch § 433 Abs. 1 S. 1 BGB nicht erfasst ist, folgt daraus aber auch, dass es sich von der Rechtsnatur her (trotz Umsetzung der DURL) um einen Kaufvertrag handelt.

Beispiele: Kaufverträge über Filme, Musik oder Computerprogramme (Software oder Spiele) auf DVD, CD oder einem anderen Medium. Es besteht stets eine funktionale Einheit zwischen dem körperlichen Datenträger und dem digitalen Produkt.

Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag

- eine Ware, die in einer Weise digitale Produkte enthält oder mit digitalen Produkten verbunden ist, dass die Ware ihre Funktionen *auch ohne* diese digitalen Produkte erfüllen kann (§ 475a Abs. 2 BGB – Waren mit entbehrlichen digitalen Produkten). Das entspricht den Gegenständen, die ebenfalls von der DURL und damit innerstaatlich von § 327a Abs. 2 BGB erfasst sind.

Beispiele von Waren mit entbehrlichen digitalen Produkten: Smart-TV; Kühlschrank mit Bestellfunktion; Kfz mit optional nutzbarem Fahrprogramm (Fahrassistent) oder mit Navigationssystem etc. Wichtig ist, dass die Ware und das digitale Produkt Gegenstand *eines* Vertrags sein müssen, die Ware ihre Grundfunktion jedoch auch ohne das digitale Produkt ausüben kann.

⇒ Gegenleistung: Preis

⇒ Anwendbare Vorschriften:

- Im Fall des § 475a Abs. 1 BGB (funktionale Einheit) gelten § 433 Abs. 1 S. 1 BGB und §§ 327-327s BGB.
- Im Fall des § 475a Abs. 2 BGB (keine funktionale Einheit) sind im Hinblick auf diejenigen Bestandteile des Vertrags, welche die digitalen Produkte betreffen, §§ 327-327s BGB anwendbar. Für die körperlichen Bestandteile des Vertrags (die Sache als solche) greifen die Regelungen über den Verbrauchsgüterkaufvertrag und bei Mängeln daher §§ 434 ff. BGB sowie §§ 475 ff. (mit Ausnahme der Vorschriften, die wiederum auf §§ 327 ff. BGB verweisen).

■ **Sachmangel einer Ware mit digitalen Elementen** (§ 475b BGB)

⇒ Regelungsgehalt: Die Vorschrift setzt wiederum Vorgaben der WKRL um und enthält ergänzende Regelungen für den Verbrauchsgüterkauf einer Ware mit bereitgestellten unentbehrlichen digitalen Elementen (siehe § 327a Abs. 3 S. 1 BGB). Unentbehrlich sind die bereitgestellten digitalen Inhalte, wenn die Sache ihre Funktion ohne sie nicht erfüllen kann (die digitalen Inhalt sind für die Funktionsfähigkeit der Sache also zwingend erforderlich). Die Pflicht zur Bereitstellung der digitalen Elemente folgt jedoch nicht aus dem Gesetz,

Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag

sondern durch vertragliche Vereinbarung. Eine solche kann ausdrücklich erfolgen oder sich durch Auslegung der Vereinbarung ergeben, wobei hierfür eine gesetzliche Vermutung besteht (§ 475b Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. § 327a Abs. 3 S. 2 BGB). Danach ist beim Kauf einer Ware mit digitalen Elementen im Zweifel anzunehmen, dass die Verpflichtung des Verkäufers die Bereitstellung der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen umfasst.

- ⇒ Nach § 475b Abs. 2 BGB ist eine Ware mit digitalen Elementen (nur) frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang und in Bezug auf eine Aktualisierungspflicht auch während des Zeitraums nach § 475b Abs. 3 Nr. 2 und Abs. 4 Nr. 2 BGB den subjektiven und objektiven Anforderungen, den Montageanforderungen und den Installationsanforderungen entspricht. Das entspricht in seiner Systematik der Regelung des § 434 BGB. Das Besondere ist jedoch, dass die digitalen Elemente einer Aktualisierungspflicht („Updatepflicht“) unterliegen: Aktualisierungen müssen während eines bestimmten Zeitraums bereitgestellt werden, wobei entweder die Aktualisierungspflicht und der Zeitraum der Bereitstellung von Aktualisierungen im Kaufvertrag vereinbart worden sein müssen (§ 475b Abs. 3 Nr. 2 BGB) oder der Verbraucher aufgrund der Art und des Zwecks der Ware und ihrer digitalen Elemente sowie unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags erwarten kann, dass Aktualisierungen bereitgestellt werden, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit der Ware erforderlich sind, und über diese Aktualisierungen informiert wird (§ 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB). Im Ergebnis besteht hinsichtlich der vereinbarten oder zu erwartenden Aktualisierungspflicht also eine Art Dauerschuldverhältnis, was für einen Kaufvertrag an sich untypisch ist. Nach Auffassung des Gesetzgebers beziehen sich die zu erwartende Aktualisierungspflicht (also diejenige nach § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB) und die diesbezügliche Informationspflicht immerhin lediglich auf funktionserhaltende Aktualisierungen („Sicherheitsupdates“), nicht hingegen auf funktionserweiternde Updates (§ 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB: „...die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit der Ware erforderlich sind...“ – vgl. auch BT-Drs. 19/27424, S. 33). Umfang und Dauer der nach § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB bestehenden Ak-

Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag

tualisierungs- und Informationspflicht hängen von den Umständen des Einzelfalls ab und sind objektiv zu bestimmen. Kriterien sind der Preis und die gewöhnliche Lebensdauer der Ware. Man kann sagen: Je höherwertiger die Ware ist, desto länger darf mit Aktualisierungen gerechnet werden (Lorenz, NJW 2021, 2065, 2070). Auch sind die übliche Nutzungs- und Verwendungsdauer („life-cycle“) von Waren der gleichen Art zu berücksichtigen (BT-Drs. 19/27424, S. 33).

■ **Sachmangel einer Ware mit digitalen Elementen bei dauerhafter Bereitstellung der digitalen Elemente (§ 475c BGB)**

⇒ Regelungsgehalt: Die Vorschrift setzt ebenfalls die WKRL um und ergänzt die Regelung in § 475b BGB (und damit auch die des § 434 BGB) für den Fall, dass beim Verbrauchsgüterkauf einer Ware mit digitalen Elementen eine dauerhafte Bereitstellung der digitalen Elemente über einen bestimmten oder unbestimmten Zeitraum vereinbart ist. Eine dauerhafte Bereitstellung liegt gem. § 327e Abs. 1 S. 3 BGB vor, wenn der Unternehmer durch den Vertrag zu einer fortlaufenden Bereitstellung über einen Zeitraum verpflichtet ist. Erforderlich ist also eine vertragliche Verpflichtung zur dauerhaften Bereitstellung.

Beispiele: Digitale Elemente, die dauerhaft (bzw. für eine vereinbarte Zeit) bereitzustellen sind, können Verkehrsinformationen in einem Navigationssystem, die Cloud-Anbindung bei einer Spielekonsole oder eine Smartphone-App zur Nutzung verschiedener Funktionen in Verbindung mit einer intelligenten Armbanduhr (Smartwatch) sein (BT-Drs. 19/27424, S. 34).

Aber auch, wenn es an einer ausdrücklichen Vereinbarung der Pflicht des Unternehmers zur Bereitstellung von digitalen Elementen fehlt, kann eine solche Pflicht angenommen werden, wenn der Verbraucher dies nach der Natur des Vertrags erwarten kann („konkludente Vereinbarung“, BT-Drs. 19/27424, S. 35).

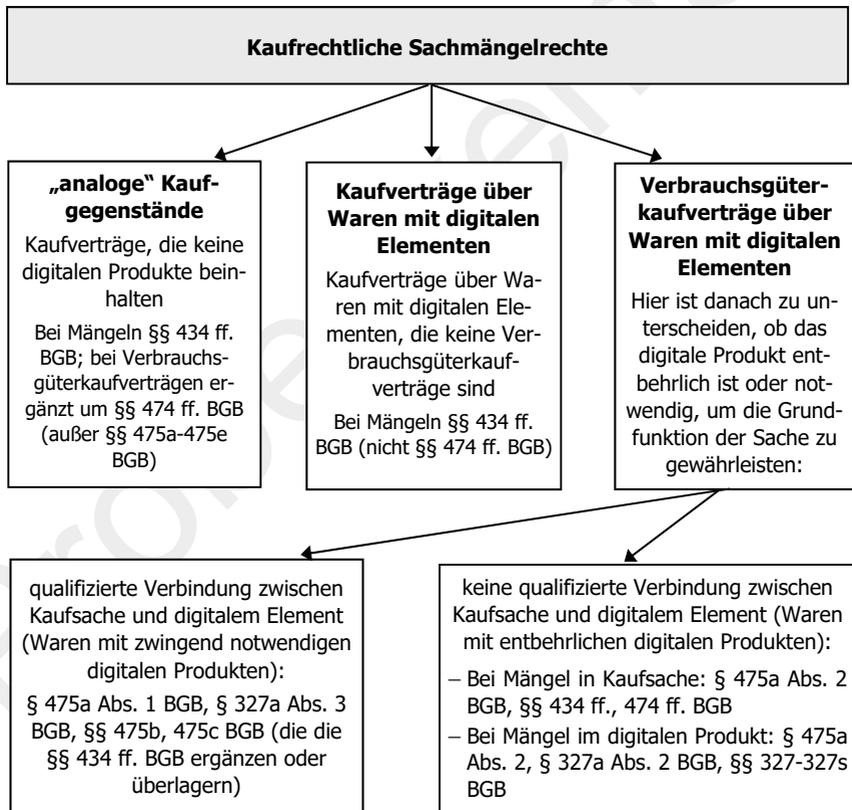
Beispiel: Dies kann nach Auffassung des Gesetzgebers etwa beim Kauf einer Smartwatch in Betracht zu ziehen sein, die zu ihrer Funktionsfähigkeit eine Cloud-Anbindung benötigt. In diesem Fall

Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag

dürften die Parteien voraussetzen, dass die Cloud über einen angemessenen Zeitraum zur Verfügung stehe und die Cloud von ihrem Betreiber nicht nach dem Kauf der Smartwatch eingestellt werde (BT-Drs. 19/27424, S. 35).

Bei Fehlen einer Vereinbarung über die Dauer der Bereitstellung verweist § 475c Abs. 1 S. 2 BGB auf § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB (objektiv zu bestimmende Umstände des Einzelfalls – siehe dazu oben).

Fazit: Wie die vorstehenden Ausführungen verdeutlicht haben, ist das kaufrechtliche Mängelrecht durch die Umsetzung der DURL und der WKRL nicht einfacher geworden. Es ergibt sich folgende systematische Struktur:



4. Teil – Rechte bei Sachmängeln

In zutreffender Weise geht der Gesetzgeber davon aus, dass mit dem Abschluss eines Kaufvertrags und der Lieferung der verkauften Sache die Pflichten des Verkäufers noch nicht (gänzlich) erfüllt sind. Denn ist eine Sache mangelbehaftet, zeigen sich die Mängel oftmals erst nach Ingebrauchnahme der Sache bzw. erst nach einer gewissen Zeit. Da mittlerweile viele Gegenstände mit elektronischen Elementen versehen sind, hat der Käufer ein erhebliches Interesse auch daran, dass nach dem Kauf (Software-)Aktualisierungen vorgenommen werden. Gerade in solchen Fällen wäre es – wie nun der Gesetzgeber mit der am 1.1.2022 in Kraft getretenen und der Umsetzung der Warenkaufrichtlinie (EU) 2019/771 dienenden Neuregelung klargestellt hat – für den Käufer unzumutbar, wenn sich der Verkäufer frei von jeder Verantwortlichkeit zeigen dürfte. Daher stellt § 433 Abs. 1 S. 2 BGB (i.V.m. §§ 434, 475b und 437 BGB) klar, dass im Fall der **Mangelbehaftetheit** der Sache **keine Erfüllungswirkung** eintritt. Der Käufer hat einen Anspruch (zunächst) auf **Nacherfüllung**. Sollte diese nicht möglich oder (für Verkäufer oder Käufer) unzumutbar sein, treten an die Stelle der Nacherfüllung **Minderung** des Kaufpreises oder **Rücktritt** vom Vertrag. **Schadensersatz** statt der Leistung ist ebenfalls möglich, sofern der Schaden nicht schon durch die Minderung oder den Rücktritt abgegolten ist. Diese Rechte setzen allesamt einen **Sachmangel** voraus.

I. Begriff des Sachmangels

Ganz entscheidend für die Frage nach den Käuferrechten ist das Vorliegen eines **Sach- oder Rechtsmangels** zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs. Im vorliegenden Zusammenhang werden ausschließlich **Sachmängel** behandelt. Ganz allgemein gesprochen ist jede für den Käufer negative Abweichung des Ist-Zustands vom Soll-Zustand ein Sachmangel. Anhand des zum 1.1.2022 geänderten § 434 BGB, der für alle Kaufverträge gilt, obwohl die umzusetzende Warenkaufrichtlinie nur zu Verbrauchsgüterkaufverträgen ergangen ist, ist zu unterscheiden:

1. Gesetzliche Differenzierung

Während die amtliche Überschrift des § 434 BGB von „Sachmangel“ spricht und daher die Vermutung nahelegt, der Gesetzgeber beschreibe in der Vorschrift die Voraussetzungen, unter denen ein Sachmangel anzunehmen ist, finden sich tatsächlich in der Vorschrift Voraussetzungen, unter denen eine Mangelfreiheit gegeben ist. Das ergibt sich schon allein aus der Formulierung in § 434 Abs. 1 BGB, wonach eine Sache (nur dann) **frei von Sachmängeln** ist, wenn sie bei **Gefahrübergang** (darunter ist grds. der Zeitpunkt der Übergabe gem. § 446 S. 1 BGB zu verstehen; zu den Ausnahmen siehe S. 104 f.) den **subjektiven** (§ 434 Abs. 2 BGB) Anforderungen, den **objektiven** Anforderungen (§ 434 Abs. 3 BGB) sowie den **Montageanforderungen** (§ 434 Abs. 4 BGB) **entspricht**. § 434 BGB beschreibt also (anders als die Überschrift vermuten lässt) nicht, wann ein Sachmangel vorliegt, sondern, wann ein Sachmangel *nicht* vorliegt. Damit geht das Gesetz also zunächst von einer Mangelhaftigkeit der Sache aus und verlangt die kumulative Erfüllung von Positiv-Voraussetzungen, damit Mangelfreiheit angenommen werden kann. Fehlt es auch nur an *einer* dieser Voraussetzungen, liegt Mangelhaftigkeit vor, wobei es gem. § 434 Abs. 5 BGB dem Sachmangel gleichsteht, wenn der Verkäufer eine andere Sache als die vertraglich geschuldete liefert – **Falschlief erung**, auch Aliud-Lieferung genannt („Äpfel bestellt, Birnen erhalten“). Es müssen grds. also sämtliche Anforderungen/Kriterien des § 434 Abs. 2-5 BGB geprüft werden, soll eine Mangelfreiheit angenommen werden. ABER: § 434 Abs. 3 BGB bestimmt objektive Anforderungen nur, wenn „nichts anderes vereinbart“ wurde. Liegt also eine Beschaffenheitsvereinbarung vor (die auch in der Vereinbarung von negativen Eigenschaften liegen kann) oder wurden bestimmtes Zubehör bzw. Anleitungen ausgeschlossen, haben die Parteien etwas anderes vereinbart. § 434 Abs. 3 BGB ist dann nicht anwendbar (und daher auch nicht zu prüfen). Kann aber weder § 434 Abs. 2 Nr. 1 BGB noch § 434 Abs. 2 Nr. 3 BGB eindeutig bejaht werden, ist § 434 Abs. 3 BGB zusätzlich zu prüfen.

Umgekehrt betrachtet: Sobald auch nur eine Anforderung an die Mangelfreiheit fehlt, liegt Mangelhaftigkeit vor, weshalb es in der Anspruchsprüfung („Mängelrechte des Käufers“) vertretbar erscheint genügt, keine weiteren Anforderungen zu prüfen, wenn das Fehlen einer Anforderung zweifelsfrei festgestellt wurde.

a. Subjektive Anforderungen (§ 434 Abs. 2 BGB)

Nach der gesetzlichen Formulierung in § 434 Abs. 2 S. 1 BGB entspricht die Sache den subjektiven Anforderungen, wenn sie

- ⇒ die vereinbarte Beschaffenheit hat (Nr. 1),
- ⇒ sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet (Nr. 2)
- ⇒ und mit dem vereinbarten Zubehör und den vereinbarten Anleitungen, einschließlich Montage- und Installationsanleitungen, übergeben wird (Nr. 3).

Zur Systematik der Prüfung: Nach bisherigem, d.h. bis zum 31.12. 2021 geltenden Recht waren die in § 434 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. genannten (objektiven) Hilfskriterien (Eignung für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung; Eignung für die gewöhnliche Verwendung) nur dann prüfen, wenn eine Beschaffenheitsvereinbarung nicht getroffen wurde. Das ergab sich aus der Formulierung „Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist die Sache frei von Sachmängeln, wenn...“. Diesen Vorrang der Beschaffenheitsvereinbarung hat der Gesetzgeber nunmehr (teilweise) aufgegeben. Nach der Systematik des neuen § 434 BGB sind jedenfalls die in § 434 Abs. 2 BGB genannten subjektiven Anforderungen an die Mangelfreiheit gleichrangig, d.h. eine Mangelfreiheit unter dem Aspekt der subjektiven Anforderungen liegt nur dann vor, wenn die Sache *allen* in Abs. 2 genannten Anforderungen entspricht. Gegenüber den objektiven Anforderungen des § 434 Abs. 3 BGB, den Montageanforderungen des § 434 Abs. 4 BGB und der Falschlieferung gem. § 434 Abs. 5 BGB besteht ebenfalls eine Gleichrangigkeit, was eine entsprechende Prüfung aller Anforderungen der

Abs. 2 bis 5 bedingt, damit eine Mangelfreiheit angenommen werden kann.

Zu beachten ist aber: Hinsichtlich Kaufverträge, bei denen die Mängelrechte disponibel sind (also vertraglich eingeschränkt bzw. ausgeschlossen werden können), führt die nunmehr geltende Gleichrangigkeit i.d.R. aber nicht zur Mangelhaftigkeit i.S.d. § 434 Abs. 3 BGB, wenn die Parteien von den objektiven Anforderungen abgewichen sind. Denn § 434 Abs. 3 BGB spricht ja von: „Soweit nicht wirksam etwas anderes vereinbart wurde.“ Die Parteien können also grds. auch die objektiven Anforderungen (abweichend) vereinbaren bzw. davon abweichen. Dann sind lediglich die Anforderungen des § 434 Abs. 2 BGB zu prüfen (und ggf. die des § 434 Abs. 4 und 5).

Beispiel: Liefert Unternehmer V an Unternehmer K Ware und haben die Parteien zuvor im Kaufvertrag wirksam eine Abweichung von den objektiven Anforderungen vereinbart, kann K sich nicht nach § 434 Abs. 3 BGB auf Mangelhaftigkeit stützen. Ein Mangel liegt dann nur vor, wenn eine Abweichung von den subjektiven Anforderungen (§ 434 Abs. 2 BGB) oder von den Regelungen des § 434 Abs. 4 oder 5 BGB gegeben ist.

Bei Verbrauchsgüterkaufverträgen indes führt die Indisponibilität der Mängelrechte (siehe § 476 Abs. 1 S. 1 BGB) dazu, dass der Verkäufer grds. auch nicht (durch Beschaffenheitsvereinbarung) von den objektiven Anforderungen nach § 434 Abs. 3 BGB abweichen darf. Jedoch ermöglicht § 476 Abs. 1 S. 2 BGB unter bestimmten Voraussetzungen gleichwohl eine vertragliche Abweichung von den objektiven Anforderungen („negative Beschaffenheitsvereinbarung“). Voraussetzungen sind eine besondere Information des Verbrauchers über die Abweichung von einer objektiven Anforderung (Nr. 1) sowie eine ausdrückliche und gesonderte Vereinbarung der Parteien hierüber (Nr. 2).

Beispiel: Liefert Unternehmer V an Verbraucher K Ware und schließt dabei im Kaufvertrag die Mängelrechte aus, ist dieser Ausschluss von vornherein unwirksam, § 476 Abs. 1 S. 1 BGB. Vereinbaren V und K aber, dass die zu liefernde Ware von den Spezifikationen der dem K vorliegenden Probe ab-

weichen darf, ist dies zulässig, sofern K von V speziell darauf hingewiesen wurde und die Parteien dies ausdrücklich und gesondert vereinbart haben. In diesem Fall kann sich K auch nicht nach § 434 Abs. 3 Nr. 3 BGB auf Mangelhaftigkeit berufen.

Mithin ergibt sich folgendes **Prüfschema**:

- ⇒ Zuerst ist zu prüfen, ob die Parteien wirksam eine Abweichung von den Anforderungen des § 434 Abs. 3 BGB getroffen haben.
- ⇒ Ist das der Fall, liegt Mangelhaftigkeit nur vor, wenn die Anforderungen bzw. Kriterien des § 434 Abs. 2, 4 und 5 BGB nicht eingehalten sind.
- ⇒ Haben die Parteien keine wirksame Abweichung von den Anforderungen des § 434 Abs. 3 BGB getroffen, müssen sämtliche Anforderungen bzw. Kriterien des § 434 Abs. 2-5 BGB vorliegen. Danach ist Mangelhaftigkeit gegeben, wenn auch nur eine Anforderung bzw. ein Kriterium des § 434 Abs. 2-5 BGB nicht vorliegt.

aa. Beschaffenheitsvereinbarung (Nr. 1)

Beschaffenheitsvereinbarung bedeutet die auf den Vorstellungen der Parteien beruhende Vereinbarung über die Eigenschaften („Beschaffenheit“) oder den Verwendungszweck der gekauften Sache. Nach der zur bis zum 31.12.2021 geltenden Rechtslage ergangenen, aber insoweit auf die seit dem 1.1.2022 geltenden Rechtslage übertragbaren ständigen Rechtsprechung des BGH liegt eine **Beschaffenheitsvereinbarung** vor, wenn „der Verkäufer in vertragsgemäß bindender Weise die Gewähr für das Vorhandensein einer Eigenschaft der Kaufsache übernimmt und damit seine Bereitschaft zu erkennen gibt, für alle Folgen des Fehlens dieser Eigenschaft einzustehen“ (BGH NJW 2019, 1937, 1938 mit Verweis u.a. auf BGHZ 135, 393, 396; BGH NJW 2017, 2817, 2818). Weicht die objektive Beschaffenheit von der vereinbarten ab, liegt ein Sachmangel vor („subjektiver Fehlerbegriff“).

Beispiel: Verkäufer V teilt auf Nachfrage des Käufers K mit, dass der Wagen scheckheftgepflegt sei. Daraufhin willigt K in das Vertragsangebot des V ein. V übergibt und übereignet den Wagen gegen Bezahlung. Später stellt sich im Rahmen eines Werkstattaufenthalts heraus, dass der Wagen

schon seit Jahren nicht mehr gewartet wurde und das Scheckheft nachträglich erstellt wurde.

⇒ *Hier haben die Parteien eine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen. Diese lautet: „scheckheftgepflegt“. Da der Wagen tatsächlich nicht über diese Beschaffenheit verfügt, liegt eine auf § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB stützende Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der vereinbarten Soll-Beschaffenheit vor.*

Wie der Gesetzgeber in § 434 Abs. 2 S. 2 BGB (in Übereinstimmung mit Art. 6 lit. a WKRL) formuliert, gehören zu der Beschaffenheit nach Nr. 1 Art, Menge, Qualität, Funktionalität, Kompatibilität, Interoperabilität und sonstige Merkmale der Sache, für die die Parteien Anforderungen vereinbart haben.

- Mit „Art“ ist gemeint, dass – bei einer Gattungsschuld – eine Abweichung von der vereinbarten Art („Falschlieferung“; „Aliudlieferung“) einen Sachmangel darstellt, wobei eine Abgrenzung zu § 434 Abs. 5 BGB, der eine Aliudlieferung lediglich einem Sachmangel gleichstellt (nicht aber als Sachmangel behandelt), praktisch unmöglich ist.
- Das Merkmal „Menge“ – bei einer Gattungsschuld – macht deutlich, dass zunächst eine Mindermenge („Zuweniglieferung“) einen Sachmangel begründet. Fraglich ist lediglich, ob auch eine Mehrmenge einen Sachmangel darstellen kann. Das könnte man auf den ersten Blick verneinen, da ja der Käufer „bereichert“ wird und die Mehrmenge auch gar nicht hätte abnehmen müssen (die Abnahmepflicht nach § 433 Abs. 2 BGB bezieht sich nur auf den Vertragsgegenstand). Andererseits ist der Wortlaut der Norm (und der WKRL) eindeutig. Es wird von „Menge“ gesprochen, nicht lediglich von „Mindermenge“. Ob eine teleologische Reduktion des Begriffs „Menge“ auf die „Mindermenge“ sinnvoll erscheint, wird man davon abhängig machen müssen, ob der Käufer wirklich ausschließlich Vorteile hat. Das wird man angesichts einer wohl bestehenden Verwahrungspflicht (Nebenpflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB aus dem Schuldverhältnis) verneinen können. Sollte man demnach also auch eine Mehrmenge als Sachmangel ansehen, erwachsen daraus Mängelrechte, namentlich (Teil-)Rücktritt und Schadensersatz.

Rechte bei Sachmängeln – Bestehen eines Sachmangels

- „Qualität“ kennzeichnet die Schlechtleistung, d.h. die Lieferung einer Sache von schlechterer Qualität als vereinbart, wobei die Parteien i.d.R. nicht die Qualität als solche vereinbaren, sondern einzelne Qualitätsmerkmale (Ausstattung, Alter, Laufleistung, Betriebsstunden, bisherige Einsatzbedingungen etc.).
- Mit Funktionalität ist die Fähigkeit einer Sache gemeint, ihre Funktionen ihrem Zweck entsprechend zu erfüllen (Art. 2 Nr. 9 WKRL; siehe auch § 327e Abs. 2 S. 2 BGB). Beispiel: Die erworbene Drohne hebt nicht ab oder lässt sich nicht ordnungsgemäß steuern. Freilich ist die Abgrenzung zu § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB („Nichteignung für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung“) unscharf.
- Kompatibilität ist die Fähigkeit einer Sache, mit Hard- und/oder Software anderer Sachen *derselben Art*, mit der sie i.d.R. genutzt wird, zu funktionieren, ohne dass sie verändert werden muss (Art. 2 Nr. 8 WKRL; siehe auch § 327e Abs. 2 S. 3 BGB). Mit anderen Worten geht es um die Fähigkeit einer Sache, mit gleichen Systemen zusammenzuarbeiten. Als Beispiel sei der Staubsaugerbeutel, die Druckerpatrone oder das Kaffeepad genannt: Sie alle müssen sich für die Verwendung mit den zu ihnen passenden Produkten eignen.
- Interoperabilität ist die Fähigkeit einer Sache, mit einer anderen Hard- und/oder Software zu funktionieren als derjenigen, mit der die Sache derselben Art i.d.R. benutzt wird (Art. 2 Nr. 10 WKRL; siehe auch § 327e Abs. 2 S. 4 BGB). In Abgrenzung zur Kompatibilität geht es hier um die Fähigkeit der Sache, mit einem unterschiedlichen System zusammenzuarbeiten. Als Beispiel sei die Fähigkeit genannt, dass ein mit einem Android-Betriebssystem ausgestatteter Rechner Daten mit einem Macintosh-gestützten Rechner austauschen kann.
- Mit den „sonstigen Merkmalen“ sind alle Merkmale gemeint, die der Sache zwar nicht unmittelbar anhaften, aber dennoch einen Bezug zum Kaufgegenstand haben und damit nach der Verkehrsauffassung Einfluss auf die Wertermittlung der Sache ausüben (vgl. BGH NJW 2016, 2874 m.w.N.). Damit kommt den „sonstigen Merkmalen“ die Funktion eines Auffangtatbestands zu. Als Beispiel sei die Angabe eines Gebrauchtwagenverkäufers: „noch Werksgarantie“ genannt, die der BGH

(a.a.O.) als Beschaffenheitsvereinbarung angesehen hat.

Insgesamt hat damit also der Gesetzgeber Beschaffenheitskriterien aufgestellt, die – soweit sie vereinbart wurden, jedoch nicht vorliegen – zu einem Sachmangel führen.

Beispiel 1: Wurden statt der bestellten Winterreifen (d.h. statt mit einem Schneeflocke-Symbol versehenen Reifen) lediglich M+S-Reifen geliefert, liegt gem. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, S. 2 BGB (hier: sonstige Merkmale der Sache, für die die Parteien Anforderungen vereinbart haben) ein Sachmangel vor, auch wenn die gelieferten M+S-Reifen an sich tadellos sind (Anm.: Je nach Sachverhalt denkbar wäre auch die Annahme der Nichteignung für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung nach § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB, der Nichteignung für gewöhnliche Verwendung nach § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB und einer Falschlieferung nach § 434 Abs. 5 BGB.

Beispiel 2: Gleiches gilt, wenn statt der bestellten vier Autoreifen lediglich drei geliefert werden, liegt gem. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, S. 2 BGB ein Sachmangel vor, auch wenn die drei gelieferten Reifen tadellos sind. Die Zuweniglieferung wird nach der Gesetzesfassung als Sachmangel angesehen und nicht lediglich – wie nach der bisherigen Gesetzesfassung – einem Sachmangel gleichgestellt. Zwar vermag das nicht zu überzeugen (denn die Menge ist streng genommen keine Beschaffenheit), ist aber der Umsetzung der zwingenden Regelung des Art. 6 lit. a WKRL geschuldet. Keinesfalls überzeugt aber die unterschiedliche Behandlung der Falschlieferung („Äpfel bestellt, Birnen erhalten“), bei der der Gesetzgeber mit § 434 Abs. 5 BGB zu Recht bestimmt, dass diese lediglich einem Sachmangel gleichsteht (aber keinen Sachmangel darstellt). Zudem ist die unterschiedliche Regelung im Vergleich zu § 633 Abs. 2 S. 3 BGB, der nicht angepasst wurde, sachlich nicht gerechtfertigt.

Eine Beschaffenheitsvereinbarung kann **ausdrücklich** erfolgen (Beispiel: Verkäufer sagt: „Wagen ist unfallfrei“), aber auch durch **konkludentes** Verhalten getroffen werden, was durch Vertragsauslegung zu ermitteln ist (BGH NJW 2017, 2817, 2818 mit Verweis u.a. auf BGHZ 135, 393, 396). Allerdings sind insbesondere an die Bejahung einer konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung strenge Anforderungen zu

stellen (BGH NJW 2018, 146 zum früheren Recht), um nicht den Anwendungsbereich des § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB praktisch leerlaufen zu lassen. Gleichwohl kann nach der Rechtsprechung beim Kauf einer neuen Sache auf das Vorliegen einer konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung geschlossen werden, da hier die Käufererwartung darin bestehe, eine neue, ungenutzte und mangelfreie Sache zu erhalten: Mit dem Vertrag über den Kauf einer neuen Sache gehe die Vereinbarung einher, die Sache sei ungenutzt und mangelfrei.

Beispiel: Ist die Lieferung eines Neufahrzeugs vereinbart, liegt nach dem BGH darin die konkludente Beschaffenheitsvereinbarung, dass es sich um ein fabrikneues, ungenutztes und mangelfreies Fahrzeug handelt (BGH NJW 2005, 1422, 1423). Sollte man das anders sehen, greift immerhin § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 oder zumindest § 434 Abs. 3 BGB).

Gegenbeispiel: Ist Gegenstand eines Kaufvertrags eine Abfüll- und Verpackungsmaschine (z.B., um Vogelfutter in Beutel abzufüllen und zu verpacken) und wurde in der Auftragsbestätigung eine Taktzahl von „up to 40 pcs/min“ genannt („pcs“ = „pieces“, also Stücke pro Minute), liegt nach Auffassung des BGH darin keine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne einer bestimmten Mindestgeschwindigkeit. Erreicht die Maschine also lediglich eine maximale Taktgeschwindigkeit von 9 Beuteln (statt der angeblich maximal möglichen 40 Beutel) pro Minute, liegt nach dem BGH darin kein Mangel i.S.d. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB (BGH NJW 2019, 1937, 1938).

In der Praxis sind vor allem der **Inhalt des Verkaufsgesprächs** und des (schriftlichen) **Kaufvertrags** einschließlich der **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** (soweit wirksam) darauf hin zu prüfen, ob die Parteien bestimmte Beschaffenheitsmerkmale **vereinbart** haben.

Beispiel: Heißt es bei den Vertragsverhandlungen in Bezug auf den Kauf eines Kfz, dass dieses über einen 7-Zoll-Bildschirm und ein Navigationssystem verfüge, stellt sich nach der Übergabe jedoch heraus, dass das bordeigene System lediglich über eine sog. Mirror-Screen-Funktion verfügt, mittels derer sich die Daten aus der Smartphone-Navigationsapp auf den Bildschirm übertragen lassen (auf dem Markt bekannt sind „Apple CarPlay“

bzw. „Android Auto“), stellt dies unter Heranziehung des objektiven Erwartungshorizonts (§§ 133, 157 BGB) einen Sachmangel dar, da der Käufer bei der uneingeschränkten Aussage „Navigationssystem“ ein vollwertiges bordeigenes Navigationssystem erwarten darf.

Von solchen (eindeutigen und uneindeutigen) Fällen abgesehen, ist bei einem **Autokauf** i.d.R. zwischen Neuwagen und Gebrauchtwagen zu unterscheiden:

Bei einem **Neuwagenkauf** versteht es sich von selbst, dass der Käufer ein fabrikneues, ungenutztes und mangelfreies Fahrzeug erwarten kann (s.o.). Das sieht auch die Rechtsprechung so, indem sie urteilt, dass beim Verkauf eines Neuwagens grundsätzlich die Zusicherung bestehe, das verkaufte Fahrzeug habe die Eigenschaft, „fabrikneu“ und ungenutzt zu sein. Ein ungenutztes Kfz sei fabrikneu, wenn und solange

- ⇒ das Modell dieses Fahrzeugs unverändert weitergebaut werde,
- ⇒ wenn es keine durch eine längere Standzeit bedingten Mängel aufweise
- ⇒ und wenn zwischen Herstellung des Fahrzeugs und Abschluss des Kaufvertrags nicht mehr als zwölf Monate lägen (BGH NJW 2004, 160, 161; BGH NJW 2005, 1422, 1423; BGH NJW 2016, 3015, 3019; BGH NJW 2019, 80; BGH NJW 2012, 2276; OLG Koblenz NJW 2009, 3519).

Das heißt also, dass ein Auto nicht mehr als „neu“ gilt, wenn auch nur eine der drei genannten Voraussetzungen nicht vorliegt. So ist allein in der Modellpflege („Modellüberarbeitung“) (trotz kürzerer Standzeit) ein Sachmangel begründet, wenn das Auslauf- oder Vorgängermodell ohne entsprechenden Hinweis als „Neuwagen“ verkauft und übergeben wird. Das gilt auch, wenn allein die Abgasreinigungsanlage geändert wurde, um strengere Umweltschutzbestimmungen einzuhalten.

Beispiel: Verkauft ein Kfz-Händler ein Auto, das lediglich die Abgasnorm Euro 6d-TEMP-EVAP-ISC erfüllt, als Neufahrzeug, obwohl inzwischen für Neufahrzeuge die strengere Abgasnorm Euro 6d-ISC-FCM vorgeschrieben ist, ist allein darin ein Sachmangel begründet, auch wenn aufgrund einer gesetzlichen Übergangsvorschrift eine straßenverkehrsrechtliche Zulas-

sung noch möglich wäre. Denn die Abgasnorm ist unter verschiedenen Aspekten ein wertbildender Faktor.

Das Gleiche gilt, wenn bspw. zwischen Produktion und Kaufvertrag mehr als zwölf Monate liegen. Auch dann führt die Bezeichnung „Neuwagen“ zum Vorliegen eines Sachmangels gem. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB, selbst wenn keine Standschäden vorhanden sind. Der BGH begründet dies damit, dass die Standdauer für einen Neuwagenkäufer einen wertmindernden Faktor darstellt. Jedes Fahrzeug unterliege einem Alterungsprozess, der mit dem Verlassen der Fabrik einsetze. Grundsätzlich verschlechtere sich der Zustand des Fahrzeugs durch Zeitablauf aufgrund von Materialermüdung, Oxidation und anderen physikalischen Veränderungen. Selbst eine Aufbewahrung unter optimalen Bedingungen vermöge dies nur zu verlangsamen, aber nicht zu verhindern (BGH NJW 2019, 80).

Als unbenutzt (i.S. eines Neuwagenkaufs) gilt das Fahrzeug auch dann, wenn Werks- oder Überführungsfahrten stattgefunden haben. Denn nach dem BGH wurde in solchen Fällen der Wagen noch nicht bestimmungsgemäß im Straßenverkehr bewegt (BGH NJW 2012, 2276). Allein eine gewisse Laufleistung lasse die Neuwageneigenschaft nicht entfallen. So sei eine Fahrstrecke, die nach der Produktion eines Fahrzeugs üblicherweise auf dem Werksgelände zurückgelegt wird, um an dem Fahrzeug noch letzte Tests und Abstimmungen vorzunehmen (sog. Werkskilometer), unschädlich. Eine solche Fahrstrecke könne auch einige 100 km betragen, ohne dass die Neuwageneigenschaft infrage gestellt werde (OLG Hamm IHR 2017, 243). Mit dem Argument, ein Fahrzeug sei auch dann neu, wenn es noch nicht bestimmungsgemäß eingesetzt worden ist, wird von der Rechtsprechung auch das Vorhandensein von mehreren hundert Überführungskilometern als unschädlich eingestuft (OLG Stuttgart DAR 2000, 573: bis 1000 km). Das ist nicht ganz unbedenklich, weil gerade die ersten hundert Kilometer für das Einfahren eines Neuwagens nicht unerheblich sind. Außerdem ist der Wagen dann auch nicht mehr ungenutzt. Vor allem aber dürfte die Erwartung des Neuwagenkäufers dahin gehen, dass maximal ein

paar Rangier- und Umsetzungs-kilometer vorhanden sind. Schließlich kann die Begründung der Rechtsprechung auch deshalb nicht überzeugen, weil auch Vorfürhswagen, also Kfz, die bereits zugelassen sind und für Probefahrten von interessierten Kunden eingesetzt werden, noch nicht bestimmungsgemäß im Straßenverkehr bewegt wurden, nach der Rechtsprechung (insoweit zutreffend) aber niemals Neuwagen (sondern nur Gebrauchtwagen) sein können (BGH NJW 2012, 2276). Ist aber ein Fahrzeug bereits seit einem Jahr zur Nutzung im Straßenverkehr zugelassen und hat auch eine über die üblichen Werks- oder Überführungskilometer hinausgehende Fahrstrecke im öffentlichen Straßenverkehr zurückgelegt, verneint auch die Rechtsprechung die Neuwageneigenschaft. Wurde in diesem Fall im Vertrag also die Lieferung eines Neuwagens vereinbart, liegt ein Sachmangel vor (OLG Hamm IHR 2017, 243).

Liegen aber die ein Neufahrzeug kennzeichnenden Merkmale vor, soll eine sog. Tageszulassung nicht schaden (vgl. etwa BGH NJW 2012, 2276; OLG Hamm IHR 2017, 243). Von einer sog. Tageszulassung spricht man, wenn das Neufahrzeug über eine max. 30-tägige Zulassung (und damit über eine Haltereintragung in der Zulassungsbescheinigung Teil II) durch den Händler verfügt, ohne dass das Fahrzeug im Straßenverkehr bewegt oder sonst genutzt worden wäre (vgl. dazu etwa OLG Hamm IHR 2017, 243). Nach ständiger Rechtsprechung handelt es sich bei Tageszulassungen um eine besondere Form des Neuwagengeschäfts. Der Kunde erwerbe in diesen Fällen ein neues Fahrzeug. Die Zulassung diene, anders als bei sog. Vorfürhswagen, nicht der Nutzung des Fahrzeugs. Tageszulassungen erfolgten insbesondere im Absatzinteresse des Händlers, der durch die Steigerung der Abnahmemenge in den Genuss höherer Prämien kommt, die er an den Endkunden weitergeben kann (vgl. LG Duisburg 17.4.2014 – 12 S 153/13 mit Verweis auf BGH NJW 2000, 2821). Wird also der Kauf eines Neuwagens vereinbart und verfügt das gelieferte, noch ungebrauchte Fahrzeug über eine Tageszulassung, ist allein darin noch kein Sachmangel begründet (siehe BGH NJW 2012, 2276). Etwas anderes gilt freilich

dann, wenn es im Vertrag heißt: „Keine Zulassung“. Denn dann haben die Parteien eine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen, die das Vorhandensein einer Tageszulassung ausschließt. Ein gleichwohl mit einer Tageszulassung versehenes Kfz ist in diesem Fall mangelhaft, wenn gleich eine Tageszulassung nach der Rspr. an sich nichts an der Neuwageneigenschaft ändern würde. Davon unbeschadet gilt aber: Fahrzeuge mit Tageszulassung gelten juristisch als Neuwagen, solange sie unverändert so hergestellt werden und mangelfrei sind. Voraussetzung ist zudem, dass zwischen Zulassung und Verkauf nicht mehr als 12 Monate liegen und die Laufleistung gegen null liegt (wobei die Rechtsprechung 100 km als unschädlich erachtet). Dass die Händler Fahrzeuge mit Tageszulassung oft als „Gebrauchtwagen“ deklarieren, ändert nichts an der Neuwageneigenschaft. Der Verkauf als „Gebrauchtwagen“ soll die Verkürzung der Verjährungsfrist auf ein Jahr ermöglichen (siehe S. 252), was aber als Umgehungstatbestand zu werten ist.

(Weitere) Beispiele aus der Rechtsprechung von Beschaffenheitsvereinbarungen bei Neuwagen: Zulassungsfähigkeit; bestimmter Motor; bestimmte Farbe; Kraftstoffverbrauch liegt nicht wesentlich über Werksangabe (5% Abweichung ist noch tolerabel); Erreichen der angegebenen Höchstgeschwindigkeit; Nichtvorhandensein von Bremsgeräuschen; keine ungeklärte Laufleistung von mehr als 200 km vor Übergabe; keine serienuntypischen Vibrationen; Cabriolet ist waschanlagenfest; kein Erloschensein der Betriebserlaubnis durch Anbau von nicht zugelassenem Zubehör; Funktionieren des Fernschlüssels etc.

Anderenfalls ist der Käufer berechtigt, seine auf den Vertragsabschluss gerichtete Willenserklärung anzufechten (§ 123 Abs. 1 Var. 1 BGB – arglistige Täuschung – dazu S. 118 ff.) oder Sachmängelrechte aus § 437 BGB (dazu S. 126 ff.) geltend zu machen. Insbesondere steht damit die Rückabwicklung im Raum, da die fehlende Eigenschaft als „Neufahrzeug“ nicht durch Nachbesserung behoben werden kann.

Auch hinsichtlich **Gebrauchtwagen** gibt es eine umfangreiche Rechtsprechung zur Beschaffenheitsvereinbarung. Das hat damit zu tun,

dass die Feststellung eines Sachmangels besonders schwierig sein kann, wenn es um eine gebrauchte Sache geht, die ja naturgemäß eine gewisse Abnutzung bzw. einen gewissen Verschleiß aufweist. So weist der BGH zu Recht darauf hin, dass bei einem Gebrauchtwagen, sofern keine besonderen Umstände gegeben sind, jedenfalls der normale **alters- und gebrauchtsbedingte Verschleiß** üblich und hinzunehmen ist (BGH NJW 2008, 53, 54). Welcher Verschleiß üblich sei, hänge im Übrigen von den Umständen des Einzelfalls ab, wie bspw. dem Alter und der Laufleistung des Fahrzeugs, der Anzahl der Vorbesitzer und der Art der Vorbenutzung; für das, was der Käufer erwarten darf, könnten ferner der Kaufpreis oder der dem Käufer erkennbare Pflegezustand des Fahrzeugs von Bedeutung sein (BGH NJW 2008, 53, 54 sowie BGH NJW 2016, 3015, 3019). Und anders als bei Neu- und Jahreswagen enthält das Angebot zum Kauf eines Gebrauchtwagens auch nicht die konkludente Beschaffenheitsvereinbarung, das Fahrzeug habe bis zum Zeitpunkt seiner Erstzulassung keine **Standzeit** von mehr als zwölf Monaten aufgewiesen (BGH NJW 2016, 3015, 3020). Bei **Beschädigungen** des Fahrzeugs könne es für die Unterscheidung, ob es sich um einen möglicherweise nicht unüblichen und daher hinzunehmenden (und nicht mitteilungspflichtigen) „Bagatellschaden“ oder um einen (mitteilungspflichtigen) außergewöhnlichen, nicht zu erwartenden Fahrzeugmangel („Unfallwagen“) handelt, auf die Art des Schadens und die Höhe der Reparaturkosten ankommen (BGH NJW 2008, 53, 54). Die Grenze für nicht mitteilungspflichtige „Bagatellschäden“ sei bei Pkw (Anm.: bei privat genutzten Pkw) sehr eng zu ziehen. Als „Bagatellschäden“ seien bei Pkw nur ganz geringfügige, äußere (Lack-)Schäden anerkannt, nicht dagegen andere (Blech-)Schäden, auch wenn sie keine weitergehenden Folgen hatten und der Reparaturaufwand nur gering gewesen sei (BGH NJW 2008, 53, 54). Macht also der Verkäufer eines Kfz die Angabe „**unfallfrei**“, liegt darin die Beschaffenheitsvereinbarung, dass nicht mehr als ein Bagatellschaden vorgelegen hat. Auch sonstige Angaben des Verkäufers (wie etwa solche zum **Pflege- und Erhaltungszustand**) können Beschaffenheitsvereinbarungen darstellen.

Rechte bei Sachmängeln – Bestehen eines Sachmangels

Beispiel: Verkäufer V teilt auf Nachfrage des Käufers K mit, dass der Wagen scheckheftgepflegt sei. Daraufhin willigt K in das Vertragsangebot des V ein. V übergibt und übereignet den Wagen gegen Bezahlung. Später stellt sich im Rahmen eines Werkstattaufenthalts heraus, dass der Wagen schon seit Jahren nicht mehr gewartet wurde und das Scheckheft nachträglich erstellt wurde.

⇒ V und K haben eine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen. Diese lautet: „scheckheftgepflegt“. Da der Wagen tatsächlich nicht über diese Beschaffenheit verfügt, liegt eine auf § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB zu stützende Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der vereinbarten Soll-Beschaffenheit vor. K stehen Mängelrechte nach § 437 BGB zu. Da die vorgeschriebenen Wartungen nicht mehr nachgeholt werden können, liegt ein unbehebbarer Mangel vor, weshalb wegen § 275 Abs. 1 BGB die Nacherfüllung nach §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB nicht in Betracht kommt. In Betracht kommt aber wegen der nicht unerheblichen Pflichtverletzung (siehe § 323 Abs. 5 S. 2 BGB) der Rücktritt (§§ 437 Nr. 2 Var. 1, 440, 323, 326 Abs. 5, 346 BGB). Wahlweise kann K auch die Minderung (§§ 437 Nr. 2 Var. 2, 441 BGB) geltend machen. Bei Vertretenmüssen (wovon auszugehen ist) kommt ein Schadensersatzanspruch (§§ 437 Nr. 3 Var. 1, 311a BGB) dazu. Selbstverständlich wäre bei Bejahung von Vorsatz auch eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123 Abs. 1 Var. 1 BGB) möglich.

Weitere Beispiele von (konkludenten) Beschaffenheitsvereinbarungen bei Kfz sind:

- „TÜV neu“ bzw. „HU neu“ bedeutet, dass die Hauptuntersuchung nach § 29 StVZO durchgeführt wurde bzw. dass sich das Fahrzeug im Zeitpunkt der Übergabe in einem für die Hauptuntersuchung geeigneten, verkehrssicheren Zustand befindet (BGH NJW 2021, 151, 152).*
- bestimmter Motor/bestimmte Motorleistung (Messtoleranz 1%)*
- bestimmte Farbe*
- bestimmte Laufleistung (km-Stand)*
- Kraftstoffverbrauch liegt nicht wesentlich über Werksangabe (5% Abweichung ist aber noch tolerabel)*
- Emissionen entsprechen gesetzlichen Vorschriften*
- Erreichen der angegebenen Höchstgeschwindigkeit*

– *Anbauteile vorschriftsmäßig (dazu sogleich)*

Auch bei **Autoteilen** bzw. bei **Zubehör** kann eine Beschaffenheitsvereinbarung angenommen werden, wenn der Verkäufer Eigenschaften der Sache beschreibt. Liegen diese dann nicht vor, ist ein Sachmangel gegeben.

Beispiel: So stellt die Zusage eines Verkäufers von Autofelgen, die Felgen passten für das Fahrzeug des Käufers, eine Beschaffenheitsvereinbarung dergestalt dar, dass die Felgen nicht nur in technischer Hinsicht passen, sondern dass sie auch ohne weitere zulassungsrechtliche Prüfung verwendet werden dürfen. Gleichzeitig beinhaltet diese Aussage auch eine entsprechende Zusicherung (AG München 18.10.2017 – 242 C 5795/17), was einen etwaigen pauschalen Ausschluss der Gewährleistung unwirksam macht und damit der Beschaffenheitsgarantie i.S.d. § 444 BGB gleichsteht. Das entspricht der Rechtsprechung des BGH, der bereits 2006 entschied, dass ein pauschaler Sachmangelgewährleistungsausschluss unwirksam sei, wenn in dem Kaufvertrag zugleich eine bestimmte Beschaffenheit der Kaufsache vereinbart sei. Dieses widersprüchliche Vorgehen sei regelmäßig dahingehend auszulegen, dass der Haftungsausschluss nicht für das Fehlen der vereinbarten Beschaffenheit gelten soll (BGH NJW 2007, 1346 ff.). Folge ist: Zwar ist der Ausschluss der Gewährleistung nicht wegen § 444 Var. 2 BGB generell unwirksam, er erstreckt sich aber nicht auf die konkrete Zusicherung, sodass vorliegend der Verkäufer für den Sachmangel einzustehen hat, der darin zu sehen ist, dass die Felgen an dem konkreten Fahrzeug nicht über die erforderliche Straßenzulassung verfügen. Sollte es sich um einen Verbrauchsgüterkauf handeln, wäre ein Gewährleistungsausschluss ohnehin unwirksam (S. 226 ff.).

Aber Achtung: Bloße **Wissenserklärungen** sind keine Willenserklärungen und damit keine Beschaffenheitsvereinbarungen, die (bei Unwahrheit) zu Mängelrechten führen können. So ist nach dem BGH die Erklärung des Verkäufers: „Datum der Erstzulassung lt. Zulassungsbescheinigung der ...“ keine Angabe über das tatsächliche Datum der Erstzulassung und damit auch keine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung, sondern allein eine Wissenserklärung (BGH NJW 2016, 3015,

3018). Durch die Einschränkung „lt. Zulassungsbescheinigung“ mache der Verkäufer deutlich, dass er nicht für die Richtigkeit des Erstzulassungsdatums einstehen wolle. Erst recht könne dieser Angabe keine stillschweigende Beschaffenheitsvereinbarung über das Baujahr oder eine Modellreihenzugehörigkeit des erworbenen Gebrauchtwagens entnommen werden (BGH a.a.O.).

bb. Nichteignung für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung (Nr. 2)

Des Weiteren ist gem. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB die Sache mangelhaft, wenn sie sich nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet. Es geht also nicht um eine vertraglich vereinbarte Eignung für eine bestimmte Verwendung, sondern um eine Eignung für eine bestimmte Verwendung, die nach dem Vertrag vorausgesetzt wurde, die sozusagen Grundlage des Vertrags war (vgl. BGH NJW 2019, 1937, 1938; BGH NJW 2017, 2817, 2818). Bei der Ermittlung dieser Verwendung (des Verwendungszwecks) sind nach dem BGH neben dem Vertragsinhalt die Gesamtumstände des Vertragsabschlusses heranzuziehen (BGH NJW 2019, 1937, 1938; BGH NJW-RR 2018, 822, 823 f.). Die vertraglich vorausgesetzte Verwendbarkeit muss aber stets auf Gründen beruhen, die in der Sache selbst liegen, denn anderenfalls läge ein Sachmangel nach § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB bspw. vor, wenn der Käufer eines Schachspiels nicht Schach spielen kann.

Beispiel: Ist Gegenstand eines Kaufvertrags eine Abfüll- und Verpackungsmaschine (z.B., um Vogelfutter in Beutel abzufüllen und zu verpacken) und erreicht die Maschine lediglich eine Taktgeschwindigkeit von 9 Beuteln (statt der angeblich maximal möglichen 40 Beutel) pro Minute, obwohl in der Auftragsbestätigung eine Taktzahl von „up to 40 pcs/min“ genannt wurde („pcs“ = „pieces“, also Stücke pro Minute), liegt nach Auffassung des BGH darin keine für den Verkäufer erkennbare vertraglich vorausgesetzte Verwendung i.S.d. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB (vgl. BGH NJW 2019, 1937, 1938). Denn maßgeblich für die Bestimmung der nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung sei nicht eine „Verpackung in einer bestimmten Geschwindigkeit“, sondern allein die vorgesehene „Nutzungsart“, näm-

lich hier die Verpackung von Vogelfutter in verschweißte Beutel.

Stellungnahme: Die Anforderungen, die der BGH an die erkennbare vertraglich vorausgesetzte Verwendung stellt, sind zu eng. Gerade in Produktionsstätten dürfte die Arbeitsgeschwindigkeit von Maschinen ganz wesentlich sein. Die Aussage: „up to 40 pcs/min“ beschreibt zwar lediglich eine erreichbare Höchstgeschwindigkeit, suggeriert aber dennoch eine bestimmte Mindest- bzw. Durchschnittsgeschwindigkeit, die nicht unbedingt bei weniger als 1/4 der angegebenen Höchstgeschwindigkeit liegen sollte. Daher liegt nach der hier vertretenen Auffassung durchaus ein Fall des § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB vor – insbesondere dann, wenn die angegebene Höchstgeschwindigkeit schon allein aus technischen Gründen nicht erreicht werden kann.

Ob sich die Sache für die vom Käufer vertraglich vorausgesetzte Verwendung **eignet**, richtet sich danach, ob der Käufer von einer bestimmten Verwendbarkeit der Sache ausgeht und dies für den Verkäufer zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zumindest erkennbar ist. Denn muss zur Bejahung der Nr. 2 die (spätere) Verwendung vertraglich vorausgesetzt (d.h. Vertragsgrundlage) sein, impliziert dies zumindest eine Erkennbarkeit für den Verkäufer hinsichtlich der (möglichen späteren) Verwendung. Daher sollte der Verkäufer Äußerungen, die der Käufer im Hinblick auf die Sache während des Verkaufsgesprächs macht, sehr genau verfolgen und ggf. klarstellen, dass der Gegenstand sich nicht für die Verwendung eignet, die der Käufer möglicherweise vor Augen hat, zumal bei bestimmten Verträgen (insb. bei den Verbrauchsgüterkäufen, vgl. S. 17) der Verkäufer beweisen muss, dass die Sache zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs (dazu S. 103 f., zu den Ausnahmen S. 104 ff.) nicht mangelhaft ist.

Beispiel: Verkäufer V und Käufer K schließen einen Kaufvertrag über ein Hausgrundstück. Nachdem K in das Haus eingezogen war, bemerkte er insbesondere im Wohnzimmer feuchte Stellen. Diese waren bei der Besichtigung des Gebäudes nicht zu erkennen gewesen. Es stellt sich heraus, dass das Gebäude im Boden- und Sockelaufbau so feucht ist, dass man es nicht bzw. nur eingeschränkt bewohnen kann.

⇒ Hier haben die Parteien keine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen. Da es sich bei dem Vertragsgegenstand aber um ein mit einem Wohnhaus bebautes Grundstück handelt, eignet sich der Vertragsgegenstand nicht für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung. Denn ein Wohnhaus dient dem Wohnen, was im vorliegenden Fall nicht oder nur eingeschränkt möglich ist. Daher liegt eine auf § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB zu stützende Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit vor.

Anm.: Sollte anhand des Sachverhalts nicht zweifelsfrei festgestellt werden können, ob sich die Mangelfreiheit auf § 434 Abs. 2 Nr. 2 BGB stützen lässt, ist zu prüfen, ob die Mangelfreiheit nach § 434 Abs. 3 Nr. 1 BGB oder nach § 434 Abs. 3 Nr. 2a) BGB angenommen werden kann.

cc. Fehlen von vereinbartem Zubehör und den vereinbarten Anleitungen, einschließlich Montage- und Installationsanleitungen (Nr. 3)

Schließlich führt das Fehlen von vereinbartem Zubehör und den vereinbarten Anleitungen, einschließlich Montage- und Installationsanleitungen, zum Vorliegen eines Sachmangels unter dem Aspekt der subjektiven Anforderungen. Wird mit der Kaufsache auch **Zubehör** mitverkauft und ist dieses mangelhaft, stellt sich die Frage, ob dies zur Mangelhaftigkeit der Hauptsache führt. Handelt es sich bei der mitverkauften Sache um einen wesentlichen Bestandteil i.S.d. § 93 BGB, kann dies ohne weiteres angenommen werden. Ist das Zubehör indes Zubehör im Rechtssinne (also i.S.d. § 97 BGB), sind Zweifel angebracht, ob sich ein Mangel am Zubehör als Mangel an der Hauptsache darstellen kann.

Beispiel: V und K schlossen einen Kaufvertrag über ein Auto; vereinbart wurde die Lieferung zusätzlicher Winterräder. Nachdem K den Wagen geliefert bekam, bemerkte er das Fehlen der Winterräder.

⇒ Hier waren die Winterräder nicht Gegenstand eines separaten Kaufgegenstands. Kaufgegenstand war vielmehr das Autos, das neben den Werksrädern auch über einen zweiten Satz Räder (die Winterräder) verfügte. Da diese fehlten, liegt ein Sachmangel unter dem Aspekt des § 434 Abs. 2 Nr. 3 BGB vor. Der Kaufgegenstand genügt nicht der subjektiven Anforderung des § 434 Abs. 2 Nr. 3 BGB.

b. Objektive Anforderungen (§ 434 Abs. 3 BGB)

Da nach § 434 Abs. 1 BGB die Sache nur dann mangelfrei ist, wenn sie u.a. den subjektiven *und* objektiven Anforderungen entspricht, kann eine Sache auch dann mangelhaft sein, wenn sie der Beschaffenheitsvereinbarung oder den anderen subjektiven Anforderungen entspricht. Das Gesetz stellt also insgesamt hohe Anforderungen an die Mangelfreiheit. Nach den in § 434 Abs. 3 BGB genannten objektiven Anforderungen ist die Sache (nur dann) frei von Sachmängeln, wenn sie

- ⇒ sich für die **gewöhnliche Verwendung eignet** (Nr. 1),
- ⇒ eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art **üblich** ist und die der Käufer **erwarten** kann unter Berücksichtigung
 - ⇒ der Art der Sache (Nr. 2a)
 - ⇒ und der öffentlichen Äußerungen, die von dem Verkäufer oder einem anderen Glied der Vertragskette oder in deren Auftrag, insbesondere in der Werbung oder auf dem Etikett, abgegeben wurden (Nr. 2b).
- ⇒ der Beschaffenheit einer Probe oder eines Musters entspricht, die oder das der Verkäufer dem Käufer vor Vertragsschluss zur Verfügung gestellt hat (Nr. 3),
- ⇒ und sie mit dem Zubehör einschließlich der Verpackung, der Montage- oder Installationsanleitung sowie anderen Anleitungen übergeben wird, deren Erhalt der Käufer erwarten kann (Nr. 4).

Obwohl § 434 Abs. 1 BGB von der Gleichrangigkeit von subjektiven und objektiven Anforderungen an die Mangelfreiheit ausgeht, ist prüfungstechnisch auf die in § 434 Abs. 3 BGB genannten objektiven Anforderungen an die Mangelfreiheit nur dann einzugehen, „**soweit nicht wirksam etwas anderes vereinbart wurde**“ (siehe § 434 Abs. 3 a.A. BGB; Prüfschema auf S. 50). Die objektiven Anforderungen unterliegen also einer Dispositionsbefugnis: Die Parteien können grds. Abweichungen zu § 434 Abs. 3 BGB vereinbaren, d.h. § 434 Abs. 3 BGB kommt grds. nur dann zur Anwendung, soweit die Parteien keine abweichende Vereinbarung über die objektiven Anforderungen an die Kaufsache getroffen haben, insb. durch **negative Beschaffenheitsvereinbarung** (Ver-

einbarung von negativen Eigenschaften). Eine Besonderheit gilt hinsichtlich **Verbrauchsgüterkaufverträge** (i.S.d. § 474 Abs. 1 BGB). Gemäß § 476 Abs. 1 S. 2 BGB darf der Unternehmer nur unter den dort genannten Voraussetzungen von den objektiven Anforderungen abweichen. Bei Verbrauchsgüterkaufverträgen gilt also: Eine von den objektiven Anforderungen nach § 434 Abs. 3 BGB abweichende Vereinbarung ist nur dann wirksam, wenn der Unternehmer die in § 476 Abs. 1 S. 2 BGB genannten Voraussetzungen beachtet. Das bedeutet aber auch zugleich (im Umkehrschluss), dass die Parteien außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs von den Regeln über die objektiven Anforderungen an die Kaufsache durch Vereinbarung abweichen, insbesondere eine schlechtere als die übliche Beschaffenheit (sog. negative Beschaffenheitsvereinbarung) vereinbaren dürfen. Insoweit steht dieser Befund im Einklang mit § 444 BGB.

Beispiel: Klärt der Verkäufer eines Kfz den Käufer darüber auf, dass der Motor über die Toleranzgrenze hinaus Motoröl verbraucht, liegt darin eine negative Beschaffenheitsvereinbarung: Der Ölverbrauch ist damit kein Sachmangel, weder nach § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB noch nach § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 oder Nr. 2a BGB.

aa. Keine Eignung für die gewöhnliche Verwendung (Nr. 1)

Fehlt es an einer wirksamen anderweitigen Vereinbarung, ist gem. § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB die Sache mangelhaft, wenn sie sich nicht für die **gewöhnliche Verwendung eignet**. Die Begriffe „**Eignung**“ und „**gewöhnliche Verwendung**“ sind unbestimmte Rechtsbegriffe, die Raum zur (tatrichterlichen) Interpretation geben, was im Einzelfall zu einer Rechtsunsicherheit führen kann. Daher ist eine objektivierte Betrachtungsweise angezeigt, damit eine „überzogene Käufererwartung“ im Einzelfall keinen Sachmangel begründen kann. Abzustellen ist mithin auf die Erwartungen des objektiven Verkehrskreises, dem der Käufer angehört. Die Sache muss bei einem Vergleich mit „Konkurrenzprodukten“ eine vergleichbare Verwendung ermöglichen. Daher begründet z.B. ein Fehler bei der Produktion die Mangelhaftigkeit, da eine Abweichung von den gattungsspezifischen Merkmalen vorliegt. So liegt im „Diesel-

abgasskandal“ bei den betroffenen Fahrzeugen, bei denen eine Software (Abschalteinrichtung) installiert wurde, die die zulässigen Grenzwerte lediglich auf dem Prüfstand gewährleistet, nach dem BGH keine „Eignung zur gewöhnlichen Verwendung“ vor, da u.a. die Gefahr einer Betriebsuntersagung bestehe.

Beispiel: K kaufte im Autohaus des V einen Neuwagen, der mit einem Dieselmotor ausgestattet ist. Das Fahrzeug ist mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehen, die den Stickoxidausstoß auf dem Prüfstand gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduziert (nach BGH NJW 2019, 1133; vgl. auch BGH NJW 2020, 2796).

Der BGH meint, dass vom Vorliegen eines Sachmangels nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB (a.F., siehe nunmehr § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB) auszugehen sein dürfte, weil die Gefahr einer Betriebsuntersagung durch die für die Zulassung zum Straßenverkehr zuständige Behörde bestehe und es damit an der Eignung der Sache für die gewöhnliche Verwendung (Nutzung im Straßenverkehr) fehlen dürfte. Das ist zweifelhaft. Zum einen ist unklar, wie der Begriff der Gattung zu verstehen ist (alle Dieselfahrzeuge einer bestimmten Abgasnorm oder alle Dieselfahrzeuge eines bestimmten Herstellers und Typs), und zum anderen ist ebenfalls unklar, worin die Abweichung zu anderen Exemplaren der Gattung besteht. Denn durch das Aufspielen eines vom Kraftfahrt-Bundesamt genehmigten Software-Updates ist gerade gewährleistet, dass keine Betriebsuntersagung erfolgt. Freilich heißt das nicht, dass kein Sachmangel vorliegt. Dieser ist darin zu sehen, dass Leistungsverlust und Mehrverbrauch nicht ausgeschlossen werden können (richtig LG Erfurt 18.1.2019 – 9 O 490/18). Zudem wäre auch denkbar, einen Sachmangel über § 434 Abs. 2 Nr. 2 BGB anzunehmen. Denn bei einem Fahrzeug mit nicht gesetzeskonformer Motorsteuerungs- und Abgassoftware besteht die Gefahr der Rücknahme der Betriebserlaubnis, weshalb die vertraglich vorausgesetzte Verwendung (Teilnahme am öffentlichen Straßenverkehr) in Frage gestellt werden muss. Daneben wäre denkbar, einen Sachmangel über § 434 Abs. 3 Nr. 2a) BGB herzuleiten, weil bei zum Straßenverkehr zugelassenen Autos gesetzeskonforme Software als üblich anzusehen ist und der Käufer dies erwarten kann. Entscheidend für die Zuordnung ist letztlich die Auslegung von Tatbestand und Sachverhalt.

Selbstverständlich liegt **kein Sachmangel** vor, wenn der Schaden infolge unsachgemäßen Gebrauchs durch den Käufer entstanden ist. Wer z.B. ein Straßenfahrzeug kauft und damit am Rennsport teilnimmt, kann nicht ernsthaft erwarten, einen Motor- oder Getriebeschaden im Rahmen der Gewährleistungsrechte abwickeln zu können. Auch normale Abnutzung oder normaler Verschleiß begründen keinen Sachmangel, weil ein Sachmangel nur dann vorliegt, wenn der Fehler zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs (d.h. der Übergabe an den Käufer, § 446 BGB, oder im Fall des Versandkaufs gem. § 447 BGB an den Versender) vorhanden oder zumindest angelegt war.

bb. Fehlende Beschaffenheit, die bei Sachen derselben Art üblich ist und die der Käufer erwarten kann (Nr. 2)

Ein Sachmangel liegt auch dann vor, wenn bei der Kaufsache eine Beschaffenheit fehlt, die bei Sachen derselben Art üblich ist und die der Käufer erwarten kann. Es geht also um die fehlende, aber **vom Käufer erwartbare übliche Beschaffenheit** der Sache. Gemäß § 434 Abs. 3 S. 2 BGB gehören zur erwartbaren üblichen Beschaffenheit (insbesondere) Menge, Qualität und sonstige Merkmale der Sache, einschließlich ihrer Haltbarkeit, Funktionalität, Kompatibilität und Sicherheit. Dabei sind gemäß der Gesetzesformulierung in § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB die Art der Sache und die öffentlichen Äußerungen zu berücksichtigen, die vom Verkäufer oder einem anderen Glied der Vertragskette oder in deren Auftrag, insbesondere in der Werbung oder auf dem Etikett, abgegeben wurden. Ein „Auftrag“ i.S.d. Nr. 2 kann der Gesetzesbegründung zufolge auch im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses erfolgen, etwa wenn ein Dienstleister oder ein Angestellter mit der Schaltung von Werbung oder Anzeigen beauftragt wird (BT-Drs. 19/27424, S. 24).

Über die „übliche Beschaffenheit“ und die „Käufererwartung“ entscheidet ebenso (d.h. wie bei der Eignung für die gewöhnliche Verwendung) letztlich die Verkehrsauffassung, genauer gesagt die objektivierte Käufererwartung hinsichtlich Zustand, Qualität und Verwendbarkeit gleichartiger Sachen.

Das heißt, dass die Sache so zu sein hat, wie es ein Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Zur üblichen Beschaffenheit i.S.d. Nr. 2 zählen damit alle Merkmale (Eigenschaften), die die Sache definieren und die die Kaufentscheidung beeinflussen. Insoweit kann auf die Beschaffenheitsmerkmale im Abschnitt über die Beschaffenheitsvereinbarung verwiesen werden. Man kann sagen: Das Nichtvorliegen von vereinbarten Beschaffenheitsmerkmalen führt zu einem Mangel nach § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB, wohingegen das Nichtvorliegen derselben Merkmale ohne Vereinbarung zu einem Mangel nach § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2a BGB führt, wenn diese Merkmale bei Sachen derselben Art üblich sind und der Käufer ihr Vorhandensein erwarten kann. So liegt ein Mangel nach § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2a BGB vor, wenn ein Gebrauchtwagen einen Unfallschaden erlitten hatte, der über einen Bagatellschaden hinausging. Sollten die Parteien die Unfallfreiheit hingegen vereinbart haben, läge ein Mangel bereits nach § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB vor.

Weitere Beispiele: Ein Mangel nach § 434 Abs. 3 S. 1 BGB liegt vor, wenn ein Produkt i.S.d. § 2 Nr. 21 ProdSG (also Waren, Stoffe oder Gemische, die durch einen Fertigungsprozess hergestellt worden sind) nicht den Anforderungen des § 3 ProdSG entspricht. Im Übrigen müssen Produkte zum Zeitpunkt ihrer Produktion dem Stand der Technik entsprechen, wie es der betreffende Käuferkreis erwarten kann. Daher liegt kein Mangel vor, wenn eine Sache (etwa eine Digitalkamera), die für eine Verwendung unter üblichen Bedingungen konstruiert wurde, unter Extrembedingungen (Einsatz etwa für lange Zeit bei sehr kalten oder sehr heißen Temperaturen) gelegentlich Störungen aufweist (siehe AG München MMR 2020, 872). Auch müssen Neuwaren mit der Originalverpackung und der Etikettierung versehen sein, weil ein Käufer beim Kauf einer neuen Sache dies erwartet (außer, anderes ist vereinbart). Bei Gebrauchtsachen gelten eigene Maßstäbe, dazu S. 88 ff.

Die „Käufererwartung“ muss auch den Kaufpreis berücksichtigen. So kann ein Käufer von einem Billigprodukt nicht die gleiche Qualität erwarten wie von einem Qualitätsprodukt. Jedoch steht der Annahme eines Mangels

nicht generell entgegen, dass es sich um ein „Sonderangebot“, um einen im Preis reduzierten Artikel oder gar um Ramschware handelt.

Beispiel: Kauft K bei einem Discounter eine elektrische Gartenschere, muss diese in Bezug auf Sicherheit, Haltbarkeit und Funktionalität dem Standard entsprechen, der üblicherweise von Gartenscheren erwartet werden kann. Bricht bei dem gekauften Exemplar also bereits nach kurzer Einsatzzeit trotz ordnungsgemäßer Benutzung die Klinge, liegt ein Sachmangel vor, weil ein Käufer trotz Sonderangebots von einem üblichen Qualitätsstandard ausgehen darf. Etwas anderes wird man freilich bei Ramschware annehmen müssen, da man unter Zugrundelegung des objektiven Erwartungshorizonts kein Qualitätsprodukt erwarten kann. Doch auch hier wird man einen Sachmangel annehmen müssen, wenn z.B. die als Ramschware gekaufte elektrische Gartenschere von Anfang an überhaupt nicht funktionsgemäß verwendet werden kann.

Bezüglich des Begriffs „Haltbarkeit“ verweist die Gesetzesbegründung auf Art. 2 Nr. 13 WKRL, wonach unter Haltbarkeit die Fähigkeit der Sache zu verstehen ist, ihre erforderlichen Funktionen und ihre Leistung bei normaler Verwendung zu behalten. Daraus folge die Einstandspflicht des Verkäufers, dass die Sache zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs die Fähigkeit hat, ihre erforderlichen Funktionen und ihre Leistung bei normaler Verwendung zu behalten. Jedoch begründe § 434 Abs. 3 BGB keine gesetzliche Haltbarkeitsgarantie. Der Verkäufer hafte nach § 434 Abs. 3 BGB nicht dafür, dass die Sache tatsächlich ihre erforderlichen Funktionen und ihre Leistung bei normaler Verwendung behält (BT-Drs. 19/27424, S. 24). Dem ist zuzustimmen. Denn eine Haltbarkeitsgarantie ist dem Sachmängelrecht fremd. Allein entscheidend ist, dass die Sache zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs frei von Sachmängeln ist (siehe § 434 Abs. 1 BGB). Freilich wird dieser Grundsatz relativiert, sofern es sich beim Kaufgegenstand um eine Ware mit digitalen Elementen handelt. Denn gem. § 475b Abs. 2 BGB ist eine Ware mit digitalen Elementen (nur) frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang und in Bezug auf eine Aktualisierungspflicht auch während des Zeitraums nach § 475b Abs. 3 Nr. 2 und Abs. 4 Nr. 2 BGB den

Anforderungen entspricht. Die digitalen Elemente unterliegen also einer Aktualisierungspflicht („Updatepflicht“): Aktualisierungen müssen während eines bestimmten Zeitraums bereitgestellt werden, wobei die Aktualisierungspflicht und der Zeitraum der Bereitstellung von Aktualisierungen entweder im Kaufvertrag vereinbart worden sein müssen (§ 475b Abs. 3 Nr. 2 BGB) oder der Verbraucher aufgrund der Art und des Zwecks der Ware und ihrer digitalen Elemente sowie unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags erwarten kann, dass Aktualisierungen bereitgestellt werden, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit der Ware erforderlich sind, und über diese Aktualisierungen informiert wird (§ 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB).

In beiden Fällen gilt also, dass sich Leistungserbringung und Mangelfreiheit, d.h. die Funktionstüchtigkeit, nicht in einem einmaligen Akt erschöpfen, sondern sich auf einen bestimmten Zeitraum nach Gefahrübergang erstrecken.

Bei den **öffentlichen Äußerungen** des Verkäufers und anderer Glieder in der Verkaufskette (insb. des Herstellers) i.S.d. Nr. 2b geht es um die Kundgabe bestimmter Eigenschaften der Sache (etwa Leistungsangaben oder Kraftstoff- bzw. Stromverbräuche bei Kfz) auf Internetseiten, in Broschüren, Etiketten oder in der Werbung. Öffentlich ist eine Äußerung, wenn sie sich an einen nicht von vornherein feststehenden Personenkreis, also an die Allgemeinheit, richtet. Auf diese Weise veröffentlichte Äußerungen werden dem Verkäufer zugerechnet. Sind sie unzutreffend, haftet der Verkäufer nach § 437 BGB i.V.m. § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2b BGB. Allerdings enthält § 434 Abs. 3 S. 3 BGB eine Befreiung des Verkäufers von der Verantwortung. Danach ist er an die in Nr. 2b genannten öffentlichen Äußerungen nicht gebunden, wenn

⇒ er sie nicht kannte und auch nicht kennen konnte,

Während Nichtkennen fehlende Kenntnis bedeutet, ist mit „nicht kennen konnte“ gemeint, dass der Verkäufer trotz Ausübung der erforderlichen Sorgfalt keine Kenntnis hätte erlangen können von den öffentlichen Äuße-

Rechte bei Sachmängeln – Bestehen eines Sachmangels

rungen, die von dem anderen Glied der Vertragskette oder in deren Auftrag, insbesondere in der Werbung oder auf dem Etikett, abgegeben wurden.

- ⇒ die Äußerung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in derselben oder in gleichwertiger Weise berichtigt war

Diese Variante stellt klar, dass der Käufer keines Schutzes bedarf, wenn die falschen, den Sachmangel begründenden Äußerungen rechtzeitig berichtigt wurden. In diesem Fall ist der Verkäufer nicht an die Äußerung gebunden, was bedeutet, dass insoweit ein Sachmangel nicht vorliegt.

- ⇒ oder die Äußerung die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte.

Diese Variante stellt auf die fehlende (hypothetische) Kausalität zwischen der Äußerung und der Kaufentscheidung ab. Dabei kommt es nicht darauf an, dass die Äußerung die Kaufentscheidung nicht beeinflusst hat, sondern dass sie sie nicht beeinflussen konnte, also auf die Ungeeignetheit der Beeinflussung der Kaufentscheidung. Es kommt dabei auf den konkreten Käufer (nicht auf den Durchschnittskäufer) an.

Die Negativformulierung („nicht gebunden, wenn...“) stellt eine Beweislastregelung dar, wonach der Verkäufer das Vorliegen des betreffenden Ausnahmetatbestands beweisen muss (siehe auch Art. 7 Abs. 2 WKRL: „Der Verkäufer ist durch die ... öffentlichen Erklärungen nicht gebunden, wenn er nachweisen kann, dass ...“). Sollte ihm der Gegenbeweis nicht gelingen und er daher gegenüber dem Käufer haften, kommt immerhin eine Regressnahme gegenüber höheren Gliedern der Lieferkette (Lieferanten) in Betracht (§ 445a BGB bzw. § 478 BGB).

cc. Nichtentsprechen der Beschaffenheit einer Probe oder eines Musters, die oder das der Verkäufer dem Käufer vor Vertragsschluss zur Verfügung gestellt hat (Nr. 3)

§ 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB stellt darauf ab, dass der Käufer anhand einer Probe bzw. eines Musters gekauft hat, die bzw. das ihm vor Kauf zur Verfügung gestellt wurde. Weicht der Kaufgegenstand von der Beschaffenheit der Probe bzw. des Musters ab, liegt ein Sachmangel vor.

Beispiel: Sicherheitsunternehmen S möchte Cap Light LED-Lampen zum Aufstecken kaufen. Damit man sich einen Eindruck über die Verarbeitungsqualität und die Funktionalität verschaffen kann, lässt man sich vom Verkäufer ein Muster zusenden, anhand dessen der Auftrag erfolgen soll.

⇒ Hier liegt gem. § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB ein Sachmangel vor, wenn bei den dann später gekauften und gelieferten Cap Lights z.B. abweichende Klipse vorhanden sind.

dd. Fehlen von Zubehör einschließlich Verpackung, Montage- oder Installationsanleitung sowie anderen Anleitungen, deren Erhalt der Käufer erwarten kann (Nr. 4)

Schließlich erklärt § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 BGB die Sache für mangelhaft, wenn die Sache ohne Zubehör einschließlich Verpackung, Montage- oder Installationsanleitung sowie anderen Anleitungen übergeben wird, deren Erhalt der Käufer erwarten kann. Der damit angesprochene Erwartungshorizont ist (entsprechend der Stellung dieser Fallgruppe im Normengefüge der objektiven Anforderungen) objektiviert, d.h., es kommt nicht darauf an, was der betroffene Käufer erwartete, sondern darauf, was ein Durchschnittskäufer in der Rolle des betroffenen Käufers vernünftigerweise erwarten konnte. Ist die Sache ohne ein bestimmtes Zubehörteil schlicht nicht betriebsbereit (Stromkabel; Batterien etc.), spricht der erste Anschein für einen Sachmangel wegen fehlenden, aber erwartbaren Zubehörs. Allerdings ist stets die Verkehrssitte zu berücksichtigen, die sich wandeln kann.

Beispiel: K kaufte von V ein erst wenige Monate altes Elektro-Auto. Über ein Ladekabel wurde nicht gesprochen; K ging davon aus, dass ein solches selbstverständlich Bestandteil des Lieferumfangs sei. Später bei der Übergabe des Kfz stellte sich heraus, dass es an einem Ladekabel fehlte. Kann K die Lieferung eines Ladekabels verlangen?

⇒ Ein solcher Anspruch könnte sich aus § 437 Nr. 1 BGB i.V.m. § 439 Abs. 1 BGB ergeben. Das setzt zunächst einen Sachmangel voraus. Gemäß § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 BGB liegt ein Sachmangel vor, wenn ein Durchschnittskäufer in der Rolle des K beim Kauf eines Elektro-Autos das Vor-

handensein eines Ladekabels erwarten kann. Hierzu wird man auf den marktüblichen Ausstattungsumfang bei Elektro-Autos schauen müssen. Gehört ein Ladekabel nach wie vor zur Standardausstattung eines Elektro-Autos, dürfte auch K ein solches erwarten. Dann hat K einen Anspruch auf Lieferung eines Ladekabels.

Anm.: Etwas anderes wird man mittlerweile bei Smartphones annehmen müssen. Mit der (vorgeschobenen) Begründung der Nachhaltigkeit und der heute üblichen induktiven Lademöglichkeit ist bei vielen Neugeräten ein Ladekabel nicht mehr im Lieferumfang enthalten. Das muss Auswirkungen auf den Erwartungshorizont des Käufers haben. Ähnliches gilt z.B. für die fehlende Mitlieferung von handelsüblichen HDMI-Kabeln oder Batterien beim Kauf von entsprechenden elektronischen Geräten (Fernseher, Computer). Im Zweifel sollten sich Käufer vor Vertragsschluss über den genauen Lieferumfang informieren.

c. Montageanforderungen (§ 434 Abs. 4 BGB)

In Fällen, in denen eine Montage durchzuführen ist, liegt ein Sachmangel auch dann vor, wenn die Sache unsachgemäß montiert worden ist und

⇒ die vertragliche geschuldete Montage vom Verkäufer unsachgemäß vorgenommen worden ist

Beispiel: Der bei V gekaufte Autoreifen wird von den Leuten des V unsachgemäß auf die Felge montiert. Dadurch platzt der Reifen.

⇒ oder die Montage vom Käufer vorzunehmen war und die vom Käufer vorgenommene unsachgemäße Montage auf einer vom Verkäufer bereitgestellten fehlerhaften Anleitung beruht.

Beispiel: Das bei V gekaufte, in Einzelteilen verpackte Bücherregal wird von K gemäß der mitgelieferten Anleitung aufgebaut. Nach dem Einstellen der Bücher stürzt das Regal jedoch ein. Es stellt sich heraus, dass die Anleitung fehlerhaft ist, was die Instabilität verursachte.

Analysiert man die gesetzliche, auf Art. 8 WKRL basierende Formulierung, wird zunächst klar, dass bei § 434 Abs. 4 Nr. 2 Var. 1 BGB die Montage der Sache von der Hauptleistungspflicht des Verkäufers umfasst sein muss.

Denn anderenfalls könnte man (wegen § 433 Abs. 1 S. 2 BGB) keinen Sachmangel annehmen. Dass hier an sich ein Werklieferungsvertrag vorliegt, ist wegen § 650 Abs. 1 BGB, der Kaufrecht für anwendbar erklärt, unschädlich. Des Weiteren wird klar, dass der Verkäufer die Montage nicht in eigener Person vorgenommen haben muss; denn als Schuldner kann er sich nach allgemeinen Grundsätzen Erfüllungsgehilfen bedienen, deren Verschulden er sich gem. § 278 BGB zurechnen lassen muss. Der Verkäufer ist damit also auch für einen Mangel verantwortlich, der infolge einer von seinen Erfüllungsgehilfen vorgenommenen unsachgemäßen Montage entstanden ist („Montagemangel“). Schließlich verdeutlicht die Vorschrift in § 434 Abs. 4 Nr. 2 Var. 2 BGB, dass der Verkäufer auch für Mängel verantwortlich ist, die dadurch entstanden sind, dass die Sache vom Käufer aufgrund einer fehlerhaften oder fehlenden Montageanleitung unsachgemäß montiert worden ist („Anleitungsfehler“).

d. Falschlieferung (§ 434 Abs. 5 BGB)

Schließlich behandelt das Gesetz eine Falschlieferung wie einen Sachmangel, d.h. es stellt die Falschlieferung dem Sachmangel gleich. Damit bringt das Gesetz aber auch zum Ausdruck, dass eine Falschlieferung keinen Sachmangel darstellt; sie wird lediglich wie ein Sachmangel behandelt. Bei einem **Stückkauf**, d.h. bei einem Kaufvertrag, bei dem der Leistungsgegenstand bei Vertragsschluss von den Parteien nach ganz bestimmten, individuellen Merkmalen festgelegt wird, ist nur die konkrete Sache („das konkrete Stück“) Gegenstand des Schuldverhältnisses. In diesem Fall liegt eine Falschlieferung vor, wenn eine Sache übergeben wird, die in ihrer Identität nicht der vertraglich vereinbarten Sache entspricht (Identitätsaliud). Liegt demgegenüber ein **Gatungskauf** vor, also ein Kaufvertrag, bei dem die geschuldete Leistung nur nach generellen, also allgemeinen, aber bestimmbar Merkmalen (Typ, Sorte, Gewicht, Farbe, Herkunft, Jahrgang etc.) vereinbart wurde, liegt eine Falschlieferung vor, wenn die gelieferte Sache nicht die vereinbarten Merkmale aufweist (Qualifikationsaliud). Dann aber bedarf es keines Rückgriffs auf § 434 Abs. 5 BGB, weil in einem solchen Fall bereits ein Mangel nach § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, S. 2 BGB („Art der Sa-

che“) wegen Verstoßes gegen eine Beschaffenheitsvereinbarung vorliegt. In jedem Fall aber hat der Käufer bei einem Gattungskauf im Grundsatz einen Nacherfüllungsanspruch (§§ 437 Nr. 1, 439 BGB). Bei einem Stückkauf hingegen würde an sich Nichterfüllungsrecht greifen (zunächst Anspruch auf Lieferung nach § 433 Abs. 1 BGB und – etwa bei Unmöglichkeit – sodann insb. Rücktritt nach §§ 326 Abs. 5, 323 Abs. 1 BGB und Schadensersatz statt der Leistung nach § 280 Abs. 1 und 3 BGB (i.V.m. 283 BGB) oder nach § 311a Abs. 2 BGB). Da aber § 434 Abs. 5 BGB die Falschlieferung einem Sachmangel gleichstellt, greift im Ergebnis ebenfalls Sachmängelrecht.

Beispiel: Kauft K bei V einen bestimmten Gebrauchtwagen (Stückkauf), erhält aber einen anderen Wagen desselben Modells, liegt, obwohl der gelieferte Wagen mangelfrei ist, eine einem Sachmangel gleichgestellte Falschlieferung vor, § 434 Abs. 5 BGB i.V.m. den Rechten aus § 437 BGB. Solange also der vereinbarte Wagen noch geliefert werden kann, richtet sich der Übereignungsanspruch nach §§ 437 Nr. 1, 439 I Var. 2 BGB und nicht nach § 433 I BGB. Im Fall einer Unmöglichkeit wären der Rücktritt und der Schadensersatzanspruch über § 437 Nr. 2 Var. 1 bzw. Nr. 3 Var. 1 BGB einzuleiten, die freilich auf dieselben Normen verweisen, die direkt nach Unmöglichkeitsrecht Anwendung fänden.

2. Besonderheiten bei Waren mit digitalen Elementen (§§ 475b, 475c BGB)

Mit Wirkung zum 1.1.2022 hat der Gesetzgeber in Umsetzung der bereits genannten Warenkaufrichtlinie (Richtlinie (EU) 2019/771 – WKRL) u.a. die – **nur für Verbrauchsgüterkaufverträge** (siehe § 474 BGB) geltenden – Vorschriften der §§ 475b ff. in das BGB aufgenommen. Sie regeln den Sachmangel bei Waren mit digitalen Elementen im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs. Waren mit digitalen Elementen sind nach der ebenfalls am 1.1.2022 in Kraft getretenen Legaldefinition in § 327a Abs. 3 S. 1 BGB Waren, die in einer Weise digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind, dass die Waren ihre Funktionen ohne diese digitalen Produkte nicht erfüllen können (Waren mit unentbehri-

chen digitalen Elementen). Die Vorschriften der §§ 327 ff. BGB setzen wiederum die EU-Richtlinie 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (DIRL) um und enthalten eigene Vorschriften über Produktmängel (§ 327e BGB) bei **Verbraucherverträgen** über digitale Produkte, was eine Abgrenzung zum verbrauchsgüterkaufrechtlichen Sachmängelrecht der §§ 475b ff. BGB erforderlich macht. So kann unklar sein, welche Vorschriften bei Produktmängeln greifen, wenn die Mängel Produkte betreffen, die digitale Inhalte bzw. Elemente enthalten. So können sich Produktmängel nach § 327e BGB richten (mit den Rechten des Verbrauchers nach § 327i BGB), aber auch nach § 475b BGB (mit den Rechten des Verbrauchers nach § 437 BGB). Da dieser Komplex bereits auf S. 35 ff. behandelt wurde, sollen an dieser Stelle lediglich die für §§ 475b ff. BGB relevanten Aspekte aufgegriffen werden.

a. Abgrenzung zu §§ 327 ff. BGB

Bei den **§§ 327-327s BGB** geht es um Verbraucherverträge, welche die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen (digitale Produkte) durch den Unternehmer gegen Zahlung eines Preises (der auch in der digitalen Darstellung eines Wertes liegen kann) zum Gegenstand haben, § 327 Abs. 1 BGB. Das Gewährleistungsrecht des Verbrauchervertrags über digitale Produkte findet sich in §§ 327e ff. BGB. Das gilt auch für die Verbrauchsgüterkaufverträge über digitale Produkte, **§ 475a BGB**. Diese in Umsetzung der DIRL (nicht der WKRL) ergangene Vorschrift kennzeichnet also keinen eigenen Vertragstyp, sondern nimmt lediglich Abgrenzungen vor und ordnet an, ob bei Waren, die in Verbindung mit digitalen Produkten stehen, kaufrechtliche Vorschriften oder diejenigen der §§ 327 ff. BGB anzuwenden sind.

- **§ 475a Abs. 1 BGB** nennt einen Verbrauchsgüterkaufvertrag über einen körperlichen Datenträger, der ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dient. Der Sache kommt also nur eine Trägerfunktion zu; sie dient nur dem Zweck, das digitale Produkt zu transportieren. Da damit also das digitale Produkt eigentlicher Vertragsgegenstand ist und für diesen Fall

die §§ 327 ff. BGB systematisch einschlägig sind (siehe § 327 Abs. 5 BGB), erklärt § 475a Abs. 1 BGB folgerichtig, dass die meisten Vorschriften des (Verbrauchsgüter-)Kaufrechts ausgeschlossen und stattdessen die Vorschriften der §§ 327-327s BGB anwendbar sind.

- **§ 475a Abs. 2 BGB** spricht von einer Ware, die in einer Weise digitale Produkte enthält oder mit digitalen Produkten verbunden ist, dass die Ware ihre Funktionen auch ohne diese digitalen Produkte erfüllen kann (Waren mit entbehrlichen digitalen Produkten). Diese sind von § 327a Abs. 2 BGB erfasst. Im Hinblick auf diejenigen Bestandteile des Vertrags, welche die digitalen Produkte betreffen, gelten somit §§ 327-327s BGB. Für die körperlichen Bestandteile des Vertrags (die Sache als solche) greifen dagegen die Regelungen über den Verbrauchsgüterkaufvertrag und bei Mängeln daher §§ 434 ff. BGB sowie §§ 475 ff. (mit Ausnahme der Vorschriften, die wiederum auf § 327 ff. BGB verweisen).

Ob also bei Mängeln einer Sache, die keine funktionale Einheit mit ihren digitalen Elementen bilden, §§ 327-327s BGB oder §§ 434 ff. BGB i.V.m. §§ 475 ff. BGB gelten, hängt in erster Linie davon ab, ob der Mangel die Sache selbst betrifft oder ein digitales Element.

§ 475b BGB setzt wiederum Vorgaben der WKRL um und enthält zum Teil „ergänzende“, zum Teil aber auch eigenständige Regelungen für den Verbrauchsgüterkauf einer Ware mit **bereitgestellten unentbehrlichen digitalen Elementen** (siehe § 327a Abs. 3 S. 1 BGB). Mit „ergänzend“ wird Bezug auf §§ 434 ff. BGB genommen. Eigenständig ist der Regelungsgehalt in Bezug auf die (vertragliche) Aktualisierungspflicht. Unentbehrlich sind die bereitgestellten digitalen Inhalte, wenn die Sache ihre Funktion ohne sie nicht erfüllen kann (die digitalen Inhalte sind für die Funktionsfähigkeit der Sache also zwingend erforderlich). Die Pflicht zur Bereitstellung der digitalen Elemente folgt jedoch nicht aus dem Gesetz, sondern durch vertragliche Vereinbarung. Eine solche Pflicht kann ausdrücklich geregelt werden oder sich durch Auslegung der Vereinbarung ergeben, wobei hierfür eine gesetzliche Vermutung besteht (§ 475b Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. § 327a Abs. 3 S. 2 BGB). Danach ist beim Kauf einer Ware mit digitalen Elementen im

Zweifel anzunehmen, dass die Verpflichtung des Verkäufers die Bereitstellung der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen umfasst. Diese Zweifelsregel kann insbesondere dadurch ausgeräumt werden, dass im Kaufvertrag explizit die Lieferung der Sache ohne ein bestimmtes digitales Element vereinbart wird (Beispiel: Computer ohne Betriebssystem). Dann aber handelt es sich insoweit ohnehin nicht um einen Fall des § 475b BGB. Im Übrigen ist § 475b BGB in Struktur und Systematik ähnlich aufgebaut wie § 434 BGB: Zuerst wird die Sachmängelfreiheit definiert und dann werden im Einzelnen die Voraussetzungen erläutert.

Beispiele: Waren mit digitalen Elementen sind bspw.

- *Smartphones, Computer (einschließlich Notebooks und Tablets), Spielkonsolen, Digitalkameras, Drucker etc.*
- *„Smart-Home-Geräte“ wie Kühlschränke, die mittels Internetzugangs selbsttätig Bestellungen aufgeben, Smart-TV-Geräte, also Fernsehgeräte, die mittels Internetzugangs die Möglichkeit bieten, neben dem regulären TV-Programm u.a. Streamingdienste zu nutzen, Waschmaschinen, die mittels Internetzugangs Meldungen übertragen, dass die Wäsche fertig ist, Rollladensteuerungen, die – verbunden mit dem Internet – Steuerungsbefehle ausführen, „intelligente“ Heizkörperregler*
- *Smartwatches, d.h. Uhren, die mittels Internetverbindung oder Bluetoothverbindung mit dem Smartphone eingehende Nachrichten, E-Mails, Anrufe und andere Informationen erhalten*
- *Fitnessuhren oder Fitnessarmbänder, die Herzfrequenz und Blutdruck anzeigen, aber auch mittels GPS-Verbindung den Standort anzeigen bzw. übertragen etc.*
- *Aber auch Automobile, Motorräder, E-Bikes, Pedelecs etc. fallen aufgrund ihrer elektronischen Komponenten ohne weiteres unter den Begriff der Sachen mit digitalen Elementen.*

b. Sachmangelbegriff (§ 475b Abs. 2 BGB)

Gemäß § 475b Abs. 2 BGB ist eine Ware mit digitalen Elementen frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang und in Bezug auf eine

Aktualisierungspflicht auch während des Zeitraums nach § 475b Abs. 3 Nr. 2 und Abs. 4 Nr. 2 BGB den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen, den Montageanforderungen und den Installationsanforderungen entspricht. Das entspricht in seiner Systematik der Regelung des § 434 BGB (ohne jedoch eine Aliud-Lieferung zu kennen, weshalb diesbezüglich auf § 434 Abs. 5 BGB zurückzugreifen ist). Das Besondere ist jedoch, dass die digitalen Elemente einer Aktualisierungspflicht („Updatepflicht“) unterliegen: Aktualisierungen müssen während eines bestimmten Zeitraums bereitgestellt werden, wobei entweder die Aktualisierungspflicht und der Zeitraum der Bereitstellung von Aktualisierungen im Kaufvertrag vereinbart worden sein müssen (§ 475b Abs. 3 Nr. 2 BGB) oder der Verbraucher aufgrund der Art und des Zwecks der Ware und ihrer digitalen Elemente sowie unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags erwarten kann, dass Aktualisierungen bereitgestellt werden, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit der Ware erforderlich sind, und über diese Aktualisierungen informiert wird (§ 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB).

c. Subjektive Anforderungen (§ 475b Abs. 3 BGB)

Nach der gesetzlichen Formulierung in § 475b Abs. 3 BGB entspricht die Ware mit digitalen Elementen den subjektiven Anforderungen, wenn

- ⇒ sie den Anforderungen des § 434 Abs. 2 BGB entspricht und
- ⇒ für die digitalen Elemente die im Kaufvertrag vereinbarten Aktualisierungen während des nach dem Vertrag maßgeblichen Zeitraums bereitgestellt werden (**Verletzung der vereinbarten Aktualisierungspflicht**). Anders als bei der zu erwartenden Aktualisierungspflicht (§ 475b Abs. 4 BGB) kann sich – je nach Vereinbarung – die Aktualisierungspflicht i.S.d. § 475b Abs. 3 BGB auch auf funktionserweiternde Eigenschaften („Upgrades“) erstrecken. Die Dauer der Aktualisierungspflicht ist ebenfalls eine Frage der Vereinbarung. Nach § 327e Abs. 1 S. 3 BGB ist Bereitstellungszeitraum der gesamte vereinbarte Zeitraum der Bereitstellung. Haben die Parteien nicht bestimmt, wie lange die Bereitstellung andauern soll, ist gem. § 475c Abs. 1 S. 2 BGB die Regelung des §

475b Abs. 4 Nr. 2 BGB (erwartbare Aktualisierung für die Dauer, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit der Ware erforderlich ist) entsprechend anzuwenden. Mindestens aber sind (wegen § 477 Abs. 2 BGB) die vereinbarten digitalen Elemente für einen Zeitraum von zwei Jahren ab der Ablieferung der Ware bereitzustellen (§ 475c Abs. 2 BGB). Die Aktualisierung selbst muss – da es sich um ein digitales Produkt handelt – den Anforderungen des § 327e BGB entsprechen, um mangelfrei zu sein.

d. Objektive Anforderungen (§ 475b Abs. 4 BGB)

Gemäß § 475b Abs. 4 BGB entspricht die Sache den objektiven Anforderungen, wenn

- ⇒ sie den Anforderungen des § 434 Abs. 3 BGB entspricht und
- ⇒ dem Verbraucher während des Zeitraums, den er aufgrund der Art und des Zwecks der Ware und ihrer digitalen Elemente sowie unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags erwarten kann, Aktualisierungen bereitgestellt werden, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit der Ware erforderlich sind, und der Verbraucher über diese Aktualisierungen informiert wird (**Verletzung der zu erwartenden Aktualisierungspflicht**). Hierbei geht es also um eine gesetzliche Aktualisierungspflicht, allerdings nur in Bezug auf für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit notwendige Aktualisierungen, über deren Bereitstellung der Unternehmer den Verbraucher auch informieren muss. Gemeint sind insbesondere Sicherheitsupdates, die nachträglich aufgetretene Sicherheitslücken schließen sollen. Mit „Bereitstellung“ ist jedenfalls das Zur-Verfügung-Stellen gemeint, was immer dann ausreichend ist, wenn der Verbraucher das Update ohne besondere Kenntnisse oder Fertigkeiten installieren kann. Sollte dazu Expertenwissen erforderlich sein (etwa bei komplexen Systemen wie der Motorsteuerung eines Kfz), umfasst die Bereitstellung auch die Vornahme durch den Unternehmer (oder zumindest die diesbezügliche Kostenübernahme). Der Zeitraum der verpflichtenden Aktualisierung (einschließlich der Information darüber) richtet sich nach dem Erwartbaren. Der Mindestzeitraum beträgt gem. § 475c Abs. 1 S. 2 BGB aber zwei Jahre ab der Ablieferung der

Ware. Funktionserweiternde Upgrades sind im Rahmen des § 475b Abs. 4 BGB nicht geschuldet.

Im Ergebnis besteht hinsichtlich der vereinbarten oder zu erwartenden Aktualisierungspflicht also eine Art Dauerschuldverhältnis, was für einen Kaufvertrag an sich untypisch ist. Nach Auffassung des Gesetzgebers beziehen sich die zu erwartende Aktualisierungspflicht (also diejenige nach § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB) und die diesbezügliche Informationspflicht immerhin lediglich auf funktionserhaltende Aktualisierungen („Sicherheitsupdates“), nicht hingegen auf funktionserweiternde Updates (§ 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB: „...die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit der Ware erforderlich sind...“ – vgl. auch BT-Drs. 19/27424, S. 33). Umfang und Dauer der nach § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB bestehenden Aktualisierungs- und Informationspflicht hängen von den Umständen des Einzelfalls ab und sind objektiv zu bestimmen. Kriterien sind der Preis und die gewöhnliche Lebensdauer der Ware. Man kann sagen: Je höherwertiger die Ware ist, desto länger darf mit Aktualisierungen gerechnet werden (Lorenz, NJW 2021, 2065, 2070). Auch sind die übliche Nutzungs- und Verwendungsdauer („life-cycle“) von Waren der gleichen Art zu berücksichtigen (BT-Drs. 19/27424, S. 33).

§ 475b Abs. 4 BGB ist **kein zwingendes Recht**. Gemäß § 476 Abs. 1 S. 2 BGB kann von den Regelungen durch vertragliche Vereinbarung **abgewichen** werden, wenn

1. der Verbraucher vor der Abgabe seiner Vertragserklärung eigens davon in Kenntnis gesetzt wurde, dass ein bestimmtes Merkmal der Ware von den objektiven Anforderungen abweicht, und
2. die Abweichung i.S.d. Nr. 1 im Vertrag ausdrücklich und gesondert vereinbart wurde.

Die Inkenntnissetzung muss also vor Abgabe der Vertragserklärung des Verbrauchers erfolgt sein. Zudem muss der Verbraucher bei Abschluss des Kaufvertrags dieser Abweichung ausdrücklich und gesondert zustimmen (Art. 7 Abs. 5 WKRL), wobei § 476 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB in

Abweichung zu Art. 7 Abs. 5 WKRL eine ausdrückliche und gesonderte Vereinbarung der Abweichung *im Vertrag* genügen lässt (zur Kritik siehe S. 229). Möchte also der Unternehmer von den Anforderungen des § 434 Abs. 3 BGB oder des § 475b Abs. 4 BGB (zum Nachteil des Verbrauchers) abweichen, muss er den Verbraucher vor Vertragsschluss „eigens“ (i.S.v. speziell oder besonders) darauf hinweisen und die Abweichung muss gem. § 476 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB ausdrücklich und gesondert vereinbart werden.

Beispiel: V (Unternehmer) und K (Verbraucher) schließen via Fernkommunikationsmittel einen Kaufvertrag über die Lieferung eines Jahreswagens. Dazu übersendet V dem K via E-Mail-Dateianhang einen Kaufvertragsentwurf, d.h. eine „verbindliche Bestellung eines Gebrauchtwagens“ sowie ein Formular „Anhang zur verbindlichen Gebrauchtwagenbestellung“. In diesem Dokument findet sich die von K zu unterschreibende Erklärung, dass „die Aktualisierungspflicht für die digitalen Elemente entgegen der gesetzlichen Grundregel ausgeschlossen ist“.

⇒ Eine solche Vorgehensweise ist rechtlich nicht zu beanstanden. V hat K vor Vertragsschluss „eigens“ (i.S.v. speziell oder besonders) darauf hingewiesen und die Abweichung gem. § 476 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB ausdrücklich und gesondert mit K vereinbart.

e. Keine Haftung bei unterlassener Aktualisierung seitens des Verbrauchers (§ 475b Abs. 5 BGB)

§ 475b Abs. 5 BGB schließt die Haftung des Unternehmers aus, soweit der Verbraucher eine vom Unternehmer bereitgestellte Aktualisierung der digitalen Elemente nicht innerhalb einer angemessenen Frist vornimmt. Der Haftungsausschluss greift aber nur, sofern der Sachmangel allein auf die unterlassene Installation zurückzuführen ist und der Unternehmer den Verbraucher über die Verfügbarkeit der Aktualisierung und die Folgen einer unterlassenen Installation informiert hat (§ 475b Abs. 5 Nr. 1 BGB). Auch darf für den Haftungsausschluss die unterlassene oder unsachgemäße Aktualisierung nicht auf eine dem Verbraucher bereitgestellte mangelhafte Installationsanleitung zurückzuführen sein (§

475b Abs. 5 Nr. 2 BGB). Schließlich ist die Fehlerkausalität zu beachten: Wäre der Sachmangel auch mit vorgenommener Aktualisierung entstanden, bleibt die Haftung des Unternehmers unberührt.

f. Montageanforderungen (§ 475b Abs. 6 Nr. 1 BGB)

Soweit eine Montage durchzuführen ist, entspricht gem. § 475b Abs. 6 Nr. 1 BGB eine Ware mit digitalen Elementen den Montageanforderungen, wenn sie den Anforderungen des § 434 Abs. 4 BGB entspricht. Hier sind also bei der Beurteilung der Mangelfreiheit die Montageanforderungen nach § 434 Abs. 4 BGB heranzuziehen.

g. Installationsanforderungen (§ 475b Abs. 6 Nr. 2 BGB)

Soweit eine Installation der digitalen Elemente durchzuführen ist, entspricht gem. § 475b Abs. 6 Nr. 2 BGB eine Ware mit digitalen Elementen den Installationsanforderungen, wenn die Installation der digitalen Elemente

- sachgemäß durchgeführt worden ist (Nr. 2a)
- oder zwar unsachgemäß durchgeführt worden ist, dies jedoch weder auf einer unsachgemäßen Installation durch den Unternehmer noch auf einem Mangel der Anleitung beruht, die der Unternehmer oder derjenige übergeben hat, der die digitalen Elemente bereitgestellt hat (Nr. 2b).

Umgekehrt formuliert liegt also ein Sachmangel vor, wenn die Installation unsachgemäß durchgeführt wurde, nicht aber, wenn die unsachgemäße Installation nicht durch den Unternehmer herbeigeführt wurde oder wenn die unsachgemäße Installation nicht auf einer fehlerhaften Anleitung beruht, die durch den Unternehmer übergeben worden ist.

h. Waren mit digitalen Elementen bei dauerhafter Bereitstellung der digitalen Elemente (§ 475c BGB)

§ 475c Abs. 1 S. 1 BGB ordnet an, dass „ergänzend“ (d.h. ergänzend zu §§ 475b und 434 BGB) die „Regelungen dieser Vorschrift“ (d.h. des

§ 475c BGB) gelten, sofern die Parteien beim Kauf einer Ware mit digitalen Elementen eine dauerhafte Bereitstellung für die digitalen Elemente vereinbart haben. Aus dieser Regelung folgt zunächst, dass eine fortlaufende Bereitstellung von digitalen Elementen über einen befristeten oder unbegrenzten Zeitraum (so die zutreffendere Formulierung in § 327e Abs. 1 S. 3 BGB) nicht gesetzlich angeordnet ist, sondern (wie bei §§ 327 ff. BGB) der Vertragsfreiheit unterliegt: Die Parteien können – müssen aber nicht – bei Waren mit digitalen Inhalten vereinbaren, dass der Verkäufer digitale Elemente für einen bestimmten Zeitraum bereitstellt, d.h. für einen bestimmten Zeitraum kontinuierlich zur Nutzung überlässt. Das entspricht dem Wesen des Kaufvertrags, der sich – in Abgrenzung zu den Dauerschuldverhältnissen und auch zu § 327 BGB – in einer einmaligen Leistungserbringung erschöpft. Ein Kaufvertrag, gekoppelt mit Elementen eines Dauerschuldverhältnisses, wäre nach allgemeinen rechtsmethodischen Grundsätzen an sich ein gemischt-typischer Vertrag i.S.d. § 311 I BGB bzw. ein Vertragstyp nach § 327 BGB. Da jedoch die WKRL von einem Kaufvertrag ausgeht (siehe Art. 7 Abs. 3 lit. b WKRL: „... wenn im Kaufvertrag die fortlaufende Bereitstellung des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung über einen Zeitraum vorgesehen ist.“), hat auch der deutsche Gesetzgeber in Umsetzung der Richtlinie den Vertragstyp *Kaufvertrag* festgesetzt. Unter „dauerhafter Bereitstellung“ ist nach allgemeinem Sprachgebrauch eine unbefristete Bereitstellung (für die Lebensdauer des Geräts) zu verstehen. Da sich der Verkäufer jedoch nicht stets darauf einlassen möchte, kann er im Vertrag die Befristung der Bereitstellung vereinbaren. Haben die Parteien jedoch nicht bestimmt, wie lange die Bereitstellung andauern soll, ist gem. § 475c Abs. 1 S. 2 BGB die Vorschrift des § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB entsprechend anzuwenden. Demzufolge muss der Unternehmer dem Verbraucher während des Zeitraums, den dieser aufgrund der Art und des Zwecks der Ware und ihrer digitalen Elemente sowie unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags erwarten kann, (auch) Aktualisierungen bereitstellen, die für den Erhalt der Vertragsgemäßheit der Ware erforderlich sind.

Rechte bei Sachmängeln – Bestehen eines Sachmangels

Beispiele: Digitale Elemente, die dauerhaft (bzw. für eine vereinbarte Zeit) bereitzustellen sind, können Verkehrsinformationen in einem Navigationssystem, die Cloud-Anbindung bei einer Spielekonsole oder eine Smartphone-App zur Nutzung verschiedener Funktionen in Verbindung mit einer intelligenten Armbanduhr (Smartwatch) sein (BT-Drs. 19/27424, S. 34).

Aber auch, wenn es an einer ausdrücklichen Vereinbarung der Pflicht des Unternehmers zur Bereitstellung von digitalen Elementen fehlt, kann eine solche Pflicht angenommen werden, wenn der Verbraucher dies nach der Natur des Vertrags erwarten kann („konkludente Vereinbarung“, BT-Drs. 19/27424, S. 35).

Beispiel: Dies kann nach Auffassung des Gesetzgebers etwa beim Kauf einer Smartwatch in Betracht zu ziehen sein, die zu ihrer Funktionsfähigkeit eine Cloud-Anbindung benötigt. In diesem Fall dürften die Parteien voraussetzen, dass die Cloud über einen angemessenen Zeitraum zur Verfügung stehe und die Cloud von ihrem Betreiber nicht nach dem Kauf der Smartwatch eingestellt werde (BT-Drs. 19/27424, S. 35).

Mangelfreiheit besteht bei Waren mit digitalen Elementen also (nur) dann, wenn die Anforderungen des § 434 BGB, des § 475b BGB und des § 475c Abs. 1 BGB vorliegen. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Mangelfreiheit einer Kaufsache ist zunächst der Gefahrübergang (§ 446 BGB). Jedoch bestimmt § 475c Abs. 2 BGB, dass der Unternehmer während des vereinbarten (bzw. erwarteten) Bereitstellungszeitraums, mindestens aber für einen Zeitraum von zwei Jahren ab der Ablieferung der Ware verpflichtet ist, die digitalen Inhalte in einem vertragsgemäßen Zustand, d.h. in einem § 475b Abs. 2 BGB konformen Zustand zu erhalten. Mit § 475c Abs. 2 BGB findet also eine Abkehr von der allgemeinen kaufrechtlichen Regelung statt, wonach die Mangelfreiheit nur zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs bestehen muss (siehe § 434 Abs. 1 BGB). Im Fall des Verkaufs einer Ware mit digitalen Inhalten an einen Verbraucher haftet der Unternehmer auch für die Dauer des Bereitstellungszeitraums, mindestens aber zwei Jahre ab der Ablieferung der Ware für die Vertragskonformität der digitalen Ele-

mente. Während dieser Zeit muss er also Softwarestörungen beseitigen und ggf. auch Updates aufspielen, sofern dies zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit bzw. der vertraglich vorausgesetzten Verwendung erforderlich ist.

Im Fall des **Rücktritts** oder eines geltend gemachten **Schadensersatzanspruchs** sind die Sonderbestimmungen des § 475d BGB zu beachten (die sich jedoch nicht exklusiv auf § 475c BGB beziehen, sondern sich auf alle Fälle der §§ 474 ff. BGB erstrecken). Nach der sich auf den **Rücktritt** vom Vertrag beziehenden Vorschrift des § 475d Abs. 1 Nr. 1 BGB bedarf es unter den in der Vorschrift genannten Voraussetzungen in Abweichung von § 323 Abs. 2 BGB und § 440 BGB einer grundsätzlich nach § 323 Abs. 1 BGB erforderlichen Fristsetzung nicht. § 475d Abs. 1 BGB setzt vollharmonisierende und die Materie vollständig determinierende Regelungen der Warenkaufrichtlinie (hier: Art. 13 WKRL) um, die von den Regelungen der §§ 323 Abs. 2 und 440 BGB abweichen (hier: Art. 13 Abs. 4 WKRL). Daher musste der deutsche Gesetzgeber bestimmen, dass für Verbrauchsgüterkaufverträge §§ 323 Abs. 2 und 440 BGB nicht anwendbar sind. Die Entbehrlichkeit der Fristsetzung richtet sich bei Verbrauchsgüterkaufverträgen allein nach § 475d Abs. 1 BGB unter den dort genannten fünf Nummern. Mit der Nr. 1 wird zugleich das Fristsetzungserfordernis des § 323 Abs. 1 BGB modifiziert. Denn anders als § 323 Abs. 1 BGB, der das Setzen einer angemessenen Frist verlangt, lässt Art. 13 Abs. 4 lit. d WKRL das Abwarten einer angemessenen Zeit genügen (vgl. die englische Fassung: „within a reasonable time“). Das Abwarten einer Zeit ist etwas anderes als das Setzen einer Frist. Somit war der deutsche Gesetzgeber gehalten, bei Verbrauchsgüterkaufverträgen eine zu § 323 Abs. 1 BGB abweichende Regelung zu treffen. Da die WKRL im Übrigen keine zu § 323 Abs. 3-6 BGB abweichenden Vorgaben macht, gelten die dortigen Bestimmungen uneingeschränkt auch für Verbrauchsgüterkaufverträge.

Hinsichtlich des **Schadensersatzes** hätte es an sich keiner Regelung in § 475d BGB bedurft, weil die Warenkaufrichtlinie lediglich den Rücktritt, nicht aber auch den Schadensersatz regelt. Da es jedoch äußerst irritie-

rend gewesen wäre, wenn das Verbrauchsgüterkaufrecht an die Fristsetzungen bzgl. Rücktritt und Schadensersatz unterschiedliche Anforderungen gestellt hätte (zumal wegen § 325 BGB Rücktritt und Schadensersatz kombinierbar sind), hat der Gesetzgeber in § 475d Abs. 2 S. 1 BGB geregelt, dass es für einen Anspruch auf Schadensersatz wegen eines Mangels der Ware der in § 281 Abs. 1 BGB bestimmten Fristsetzung in den in § 475d Abs. 1 BGB genannten Fällen nicht bedarf. Zudem sind gem. § 475d Abs. 2 S. 2 BGB die §§ 281 Abs. 2 und 440 BGB nicht anzuwenden.

Schließlich unterliegt auch die **Verjährung** Sonderregelungen, siehe § 475e BGB.

3. Besonderheiten bei gebrauchten Sachen

Besonders schwierig ist die Feststellung eines Sachmangels, wenn es um eine gebrauchte Sache geht, die ja naturgemäß eine gewisse Abnutzung bzw. einen gewissen Verschleiß aufweist.

a. Restriktiver Mangelbegriff

Als grober Anhaltspunkt gilt, dass bei einer gebrauchten Sache nur dann ein Mangel angenommen werden kann, wenn eine vergleichbare Sache üblicherweise einen solchen Mangel (noch) nicht aufweisen würde. Als Faustformel gilt: **Je älter bzw. verschlissener die Sache ist, desto eher wird man bei einem nach der Übergabe auftretenden Defekt einen Sachmangel verneinen können.** Denn auch § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2a BGB verneint einen Sachmangel, wenn die Sache eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen derselben Art üblich ist und die der Käufer unter Berücksichtigung der Art der Sache erwarten kann. Bei Gebrauchsachen ist es eben üblich, dass sie schon allein nutzungs- und altersbedingt einen gewissen Verschleiß aufweisen. Zwar gehört gem. § 434 Abs. 3 S. 2 BGB zu der üblichen Beschaffenheit auch die Haltbarkeit, also gem. Art. 2 Nr. 13 WKRL die Fähigkeit der Sache, ihre erforderlichen Funktionen und ihre Leistung

bei normaler Verwendung zu behalten, wegen § 446 S. 1 BGB ist bei der Frage der Mangelfreiheit aber auf den Zeitpunkt der Übergabe abzustellen. Auch der Gesetzgeber stellt klar, dass der Verkäufer nicht dafür haftet, „dass die Sache tatsächlich ihre erforderlichen Funktionen und ihre Leistung bei normaler Verwendung behält“ (BT-Drs. 19/27424, S. 24). Daraus folgt gemäß der eingangs aufgestellten Formel, dass die Erwartung des Käufers an die Haltbarkeit desto geringer sein muss, je älter und verschlissener die Sache zum Zeitpunkt der Übergabe ist. Freilich spielt dem Käufer, sofern es sich um einen Verbrauchsgüterkauf handelt (dazu sogleich), in der Praxis die Beweislastregel des § 477 Abs. 1 S. 1 BGB in die Hände, die eine Vermutung für das Bestehen eines Mangels zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs annimmt, wenn sich der Mangel innerhalb eines Jahres nach Gefahrübergang zeigt. Die Möglichkeit der Widerlegung dieser gesetzlichen Vermutung kann für den Unternehmer vor Gericht schwierig sein.

Beispiel: Verkäufer V teilt auf Nachfrage des Käufers K mit, dass der von V angebotene Laptop bereits ca. 10.000 Betriebsstunden aufweist. Da aber der Preis „stimmt“, willigt K in das Vertragsangebot des V ein. V übergibt und übereignet den Laptop gegen Bezahlung. Nach zwei Wochen ist die Festplatte defekt.

⇒ Hier kann K keine Gewährleistungsrechte geltend machen, sofern man davon ausgeht, dass der Laptop aufgrund der Betriebsstundenzahl zum Zeitpunkt der Übergabe einen üblichen Verschleißgrad aufwies und daher kein Sachmangel vorliegt. Entscheidend ist in einem solchen Fall, wer die Beweislast für das Vorliegen eines Sachmangels zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs (d.h. der Übergabe) trägt (dazu S. 257 f.).

b. Speziell: Verbrauchsgüterkauf

Sofern es sich um einen **Verbrauchsgüterkauf** handelt (siehe § 474 BGB – dazu im Einzelnen S. 17 ff.), wird der Verkäufer, der ja gem. § 477 Abs. 1 S. 1 BGB innerhalb eines Jahres (bei lebenden Tieren innerhalb von sechs Monaten und bei Waren mit digitalen Inhalten innerhalb von zwei Jahren – siehe § 477 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 BGB) seit

Gefahrübergang die Beweislast dafür trägt, dass kein Sachmangel zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs bestand, daran interessiert sein, den Kaufgegenstand vor dem Verkauf vom Kunden testen zu lassen, damit etwaige Mängel im Vertrag festgehalten werden können. Denn sind Mängel im Vertrag festgehalten, stellen sie rechtlich gesehen keine Mängel i.S.d. § 434 BGB dar, da über den Gegenstand ja gerade eine (negative) Beschaffenheitsvereinbarung getroffen wurde. Freilich kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein Verkäufer einen ihm bekannten Mangel zu verbergen versucht und daher eine Prüfung durch den Kunden vermeidet. In diesem Fall ist der Verkäufer bei Auftreten eines Mangels zwar Mängelrechten ausgesetzt, das setzt aber voraus, dass der Verbraucher seine Rechte kennt und auch durchsetzt. Insgesamt besteht also bei Gebrauchtsachen eine Unsicherheit, wann ein Sachmangel vorliegt, zumal die Rechtsprechung nicht einheitlich entscheidet. Generell gilt aber die Faustformel: Typische Verschleißerscheinungen begründen i.d.R. keinen Sachmangel. Das gilt umso mehr, je älter und verschlissener die Gebrauchtsache ist.

c. Speziell: Gebrauchtwagenkauf

Bei Annahme einer **Beschaffenheitsvereinbarung** i.S.d. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB liegt ein Sachmangel vor, wenn der Wagen nicht über die vereinbarten Beschaffenheitsmerkmale verfügt. Beschaffenheitsmerkmale sind bspw. Modell, Ausstattung, Alter, Farbe, Laufleistung, Antriebsart, Zahl der Vorbesitzer, Unfallfreiheit etc. So kann ein Sachmangel wegen Beschaffenheitsdefizits insbesondere dann vorliegen, wenn ein Unfallwagen als „**unfallfrei**“ angegeben war. Denn die „Unfallfreiheit“ ist ein wichtiges Beschaffenheitsmerkmal, da sie einen wertbildenden Faktor darstellt. Wird über einen Unfallschaden nicht gesprochen bzw. im Kaufvertrag nichts gesagt, darf ein Käufer die Unfallfreiheit als Aspekt der üblichen Beschaffenheit grundsätzlich annehmen. Zu beachten ist jedoch stets, dass nicht jeder Schaden dem Wagen die „Unfallfreiheit“ nimmt. Gerade bei Bagatellschäden kann die Unfallwageneigenschaft zu verneinen sein. Das OLG Köln hat sich schon frühzeitig mit dem Begriff „Unfallwagen“ auseinandergesetzt. Es

hat ausgeführt, der Begriff „unfallfrei“ im Kraftfahrzeughandel bringe zum Ausdruck, dass ein Fahrzeug keinen Schaden erlitten habe, der als erheblich anzusehen sei. Die Erheblichkeit eines Schadens bestimme sich nach der Verkehrsauffassung, die nur geringfügige, ausgebesserte Blechschäden und „Schönheitsfehler“ aus dem Begriff der Unfallfreiheit ausklammere (OLG Köln DAR 1975, 327 f.).

Letztlich sind bei der Frage, ob es sich bei einem Schaden um einen Bagatellschaden handelt oder um einen solchen, der dem Fahrzeug die Unfallfreiheit nimmt, eine Vielzahl von Kriterien ausschlaggebend. Entscheidend ist die Verkehrsauffassung, die sich im objektivierten Empfängerhorizont widerspiegelt. Kriterien sind aber:

- Höhe des Kaufpreises
- Typ und Alter des Fahrzeugs
- Laufleistung des Fahrzeugs
- Pflege- und Erhaltungszustand des Fahrzeugs
- Art und Ausmaß des Schadens
- Höhe der Reparaturkosten

Nicht entscheidend ist die den Rücktritt ausschließende Bagatellschwelle nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB. So kann bereits eine Unfallwageneigenschaft vorliegen, obwohl der Schaden nicht hoch genug ist, um das Rücktrittsrecht ausüben zu können. Denn für diesen Fall sind lediglich die Käuferrechte beschränkt (insb. auf Kaufpreisminderung), nicht aber ist der Mangel zu verneinen.

Beispiel: Gebrauchtwagenhändler V verkauft dem K einen 10 Jahre alten Pkw, den er kurz zuvor von X angekauft hat. X war der dritte Halter. Die Gesamtlauflistung beträgt 57.000 km. Der Fahrzeugwert beträgt nach der sog. Schwacke-Liste 10.000 €. Aufgrund des hervorragenden Pflege- und Erhaltungszustands konnte V aber einen Verkaufspreis von 16.000 € realisieren, auch und gerade, weil X diese Eigenschaften angepriesen und zudem hervorgehoben hatte, dass das Kfz noch nie einen Schaden erlitten habe. Später stellt sich heraus, dass der linke vordere Kotflügel gespachtelt und nachlackiert wurde, was X dem V verschwiegen hatte. Ein Gutachter

schätzt die Höhe ordnungsgemäßer Reparaturkosten auf 800 €.

⇒ Bei der Frage, ob dieser Schaden dem Wagen die „Unfallfreiheit“ genommen hat, sind die o.g. Kriterien heranzuziehen. Alter des Wagens und Anzahl der Vorhalter sprechen dagegen, weil man bei älteren Fahrzeugen, die durch „mehrere Hände gegangen“ sind, durchaus mit Vorschäden rechnen muss. Andererseits war die Laufleistung gering und der Preis war sehr hoch, was beim Käufer die Erwartung hegt, dass kein Vorschaden vorliegt, zumal der Wagen sich angeblich in einem hervorragenden Pflege- und Erhaltungszustand befand. Letztlich dürften aber die Art des Schadens („nur“ vorderer linker Kotflügel und keine Verformung tragender Teile) und die (vermutliche) Höhe der Reparaturkosten den Ausschlag geben. Eine Unfalleigenschaft wird demnach wohl zu verneinen sein.

Aber auch wenn man (wegen Bagatelcharakters) eine Unfallwageneigenschaft verneint, so kann es sich bei dem Bagatellschaden dennoch um eine **angabepflichtige Tatsache** handeln, die bei Verschweigen einen Sachmangel begründet und ggf. zur Anfechtung berechtigt. Bei den im Rahmen des Sachmängelrechts in § 437 BGB aufgezählten Käuferrechten kommt neben Nachbesserung („Mangelbeseitigung“ – außer, man nimmt eine Unmöglichkeit an) eine Kaufpreisminderung in Betracht. Der Rücktritt könnte u.U. an der Geringfügigkeit scheitern (vgl. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB). Und Schadensersatz setzt Verschulden voraus, d.h. gem. § 276 BGB vorsätzliches oder zumindest fahrlässiges Handeln, was bei einer nicht ordnungsgemäß durchgeführten Ankaufuntersuchung des gewerblichen Verkäufers (und so bei der fahrlässigen Annahme der Ordnungsgemäßheit des Fahrzeugs) angenommen werden kann.

Beispiel: Gebrauchtwagenhändler V verkauft dem K einen Pkw, den er kurz zuvor von X angekauft hat. Die Ankaufuntersuchung beschränkte V auf eine 3-minütige, oberflächliche Sichtkontrolle, weshalb ihm entging, dass der linke vordere Kotflügel gespachtelt und nachlackiert worden war. Als K fragt, ob bei dem Auto einmal etwas vorgefallen sei, erklärt V in der Annahme, mit dem Wagen sei tatsächlich alles in Ordnung, dass das Kfz noch nie einen Schaden erlitten habe.

Rechte bei Sachmängeln – Bestehen eines Sachmangels

⇒ Hier liegt ein Sachmangel vor. In Betracht kommen Nachbesserung und Minderung. Rücktritt wird an der Geringfügigkeit scheitern. Schadensersatz kommt in Betracht, weil bei V Fahrlässigkeit angenommen werden kann.

Alternativ zu den Sachmängelrechten kommt eine Anfechtung wegen Täuschung (§ 123 Abs. 1 Var. 1 BGB) in Betracht. Das setzt mindestens voraus, dass der Verkäufer (bzw. sein Stellvertreter), obwohl er mit der möglichen Unrichtigkeit seiner Angaben rechnet, „ins Blaue hinein“ (siehe BGHZ 63, 382, 388; 74, 383, 391 f.; 168, 64, 66; OLG Naumburg NJW 2014, 1113, 1114; siehe auch OLG Frankfurt a.M. Kunst und Recht 2018, 91, 92 ff.) unrichtige Behauptungen aufstellt bzw. angabepflichtige Tatsachen verschweigt und dabei billigend in Kauf nimmt, dass der Käufer bei wahrheitsgemäßen Erklärungen den Kaufvertrag nicht oder nur zu anderen Bedingungen abgeschlossen hätte (vgl. BGH NJW 2015, 1669, 1670 mit Verweis u.a. auf BGH NJW 2004, 1032).

Beispiel: Gebrauchtwagenhändler V verkauft dem K einen Pkw, den er kurz zuvor erst angekauft hat. Als K fragt, ob bei dem Auto einmal etwas vorgefallen sei, erklärt V, obwohl er dies nicht weiß, dass das Kfz ganz sicher noch nie einen Schaden erlitten habe.

⇒ Stellt sich später heraus, dass bei dem Pkw doch ein Reparaturschaden vorhanden war, kann K aufgrund arglistiger Täuschung anfechten.

Praxishinweis: Da die subjektive Seite des Verkäufers nicht stets nachweisbar ist, kann dem Käufer zu empfehlen sein, statt der Täuschungsanfechtung die Kaufpreisminderung zu erklären, da hier kein Verschulden vorausgesetzt ist.

Liegt die Unfallwageneigenschaft vor, ist insbesondere die Erklärung eines *gewerblichen* Verkäufers, das Fahrzeug sei „**unfallfrei**“, eine **Beschaffenheitsvereinbarung** i.S.d. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB. Bei einem *privaten* Verkäufer ist die Rechtsprechung dagegen zurückhaltender. Ein privater Verkäufer wolle nach entsprechender Auslegung der Erklärung jedenfalls keinerlei Beschaffenheitsgarantie für den Zeitraum vor seiner Besitzzeit hinsichtlich des Fahrzeugs abgeben und der

Käufer dürfe sich hierauf auch nicht verlassen (LG München DAR 2004, 276, 277; zuvor schon AG Homburg ZfSch 2004, 411). Bezeichne ein privater Verkäufer den Wagen als „unfallfrei“, wolle er allenfalls erklären, dass der Wagen in seiner Besitzzeit keinen Unfall hatte, er wolle aber nicht für die Zeit davor einstehen.

Eine solche Rechtsprechung ist zweifelhaft. Richtig ist, dass ein privater Verkäufer i.d.R. nicht über hinreichenden Sachverstand verfügt, die Unfallfreiheit des von ihm zuvor angekauften Gebrauchtwagens zu beurteilen. Dann aber darf er den Wagen auch nicht als „unfallfrei“ bezeichnen, wenn er die Unfallfreiheit nicht beurteilen kann. Es ist dem privaten Verkäufer ohne weiteres zumutbar, schlicht zu erklären, dass er über die Unfallfreiheit nichts sagen könne, er das Fahrzeug als unfallfrei gekauft habe und es jedenfalls in der Zeit, in der es in seinem Besitz war, keinen Unfall gehabt habe. Das wäre dann eine **Wissenserklärung** in Bezug auf die vorherige Beschaffenheit und keine Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB. Dass die Rechtsprechung den privaten Verkäufer derart privilegiert, überzeugt nicht. Davon unbeschadet stellt es aber auch nach der Rechtsprechung lediglich eine Wissenserklärung (und keine Beschaffenheitsvereinbarung) dar, wenn der private Gebrauchtwagenverkäufer im Kaufvertrag erklärt, das Fahrzeug sei während seiner Besitzzeit unfallfrei gewesen sei (LG Saarbrücken ZFSch 2004, 562, 563). Erklärt aber ein Gebrauchtwagenhändler (d.h. ein gewerblicher Verkäufer bzw. Unternehmer), das Fahrzeug sei „unfallfrei“, ist dies in jedem Fall eine Beschaffenheitsvereinbarung. Etwas anderes gilt wiederum hinsichtlich der Erklärung: „Unfallschäden lt. Vorbesitzer nein“, die nach dem BGH eine Wissenserklärung (Wissensmitteilung) darstellt (BGH NJW 2008, 1517, 1518).

Hinsichtlich der Frage, ob bei Verneinung einer Beschaffenheitsvereinbarung dann ein Mangel nach § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB oder nach § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 oder Nr. 2a BGB vorliegt, weist der BGH (hinsichtlich der früheren Gesetzesfassung) zu Recht darauf hin, dass bei einem Gebrauchtwagen, sofern keine besonderen Umstände gegeben sind,

jedenfalls der normale **alters- und gebrauchsbedingte Verschleiß** üblich und hinzunehmen ist (BGH NJW 2008, 53, 54). Welcher Verschleiß üblich sei, hänge im Übrigen von den Umständen des Einzelfalls ab, wie bspw. dem Alter und der Laufleistung des Fahrzeugs, der Anzahl der Vorbesitzer und der Art der Vorbenutzung; für das, was der Käufer erwarten darf, könnten ferner der Kaufpreis oder der dem Käufer erkennbare Pflegezustand des Fahrzeugs von Bedeutung sein (BGH NJW 2008, 53, 54 sowie BGH NJW 2016, 3015, 3019). All dies ist freilich nicht geeignet, im Einzelfall die Frage nach dem Sachmangel sicher zu beantworten. Bei Gebrauchtwagen kann aber zur Orientierung, was bei Sachen der gleichen Art üblich ist und was der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann, folgende beispielhafte Aufzählung von gerichtlich entschiedenen Fällen ein Gefühl verleihen:

Beispiele aus der Rechtsprechung für das Vorhandensein von Mängeln bei Gebrauchtwagen: Spiel der Spurstangen; ausgeschlagene Spurstangenköpfe und/oder Traggelenke; rissige Gelenkmanschetten; korrodierter Auspuff; verschlissene Bremsen; undichter bzw. defekter Stoßdämpfer (jeweils bei höherer Laufleistung); Nichterreichen der angegebenen Höchstgeschwindigkeit (außer bei höherer Laufleistung des Motors); Vorhandensein von Bremsgeräuschen; Nichtbestehen von Verkehrssicherheit trotz Angabe: „TÜV neu“ durch Händler; plötzlicher Defekt einer Dichtung bei einem Fahrzeug mit geringer Laufleistung; längere Standzeit als 12 Monate bei jüngeren Fahrzeugen; standzeitbedingte Mängel; Durchrostungen im Unterbodenbereich bei jüngeren Fahrzeugen; Ölverlust (außer bei höherer Laufleistung); Motorschaden weit unterhalb der zu erwartenden Lebensdauer; Ausfall einer Einspritzdüse weit unterhalb der Regellaufleistung; bei Unfallwagen die Nichtoffenbarung der wahren Umstände des Unfallgeschehens. Nachlackierungen begründen hingegen grundsätzlich keinen Sachmangel, denn nach der Rechtsprechung des BGH gehört nicht zur üblichen Beschaffenheit, dass sich alle Fahrzeugteile noch im Originalzustand befinden und damit nachlackierungsfrei sind (BGHZ 181, 170 ff.). Allerdings ist auch hierbei die Verkehrssitte zu beachten. So darf der Käufer eines sehr jungen Gebrauchtfahrzeugs zumindest eine Nachlackierung erwarten, die in Qualität und Ausführung

der einer Werkslackierung entspricht.

In folgenden Fällen hat die Rechtsprechung bei Gebrauchtwagen sogar eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung angenommen, bei deren Nichteinhaltung bzw. Nichtvorliegen ein Sachmangel zu bejahen ist: „Jahreswagen“ (Gebrauchtfahrzeug aus erster Hand, das von einem Werksangehörigen ein Jahr lang ab der Erstzulassung gefahren worden ist, und keine Standzeit von mehr als zwölf Monaten aufgeweist – BGH NJW 2016, 3015, 3019); Richtigkeit des Datums der Erstzulassung; Angabe „unfallfrei“ darf keine Schäden verschweigen, die über Bagatellschäden hinausgehen; keine ausschließliche bisherige Nutzung als Mietwagen; angezeigter bzw. angegebener Kilometerstand entspricht der tatsächlichen Laufleistung; Originalmotor verbaut; bestehende Verkehrssicherheit bzw. gültige Betriebserlaubnis (worauf es etwa beim Anbau von nicht zugelassenem Zubehör fehlt); Angabe „fahrbereit“ setzt Verkehrs- und Betriebssicherheit bzw. gefahrlose Benutzung voraus; Richtigkeit des angegebenen Baujahrs; keine Standschäden, die über übliche Standschäden hinausgehen.

Wichtig für die (Nicht-)Annahme eines Sachmangels ist aber stets, ob der behauptete Defekt über das normale Abnutzungsbild hinausgeht. Insbesondere Kfz unterliegen aufgrund ihrer Eigenart und der Vielzahl der verbauten Teile einer (erhöhten) Abnutzung und einem (erhöhten) Verschleiß. Je älter das Fahrzeug und je höher die Laufleistung ist, desto eher ist bei einem nach der Übergabe auftretenden Defekt von einem verschleiß- und nicht mangelbedingten Defekt auszugehen (siehe BGH NJW 2021, 151, 152). Etwas anderes darf ein Käufer eines älteren und verschlissenen Gebrauchtwagens auch nicht erwarten. Zeigt sich der Defekt eines Bauteils aber weit unterhalb der zu erwartenden Lebensdauer (etwa der Ausfall des Motorsteuergeräts bei einem 10 Jahre alten Kfz, weil Motorsteuergeräte so konzipiert sind, dass ihre Lebensdauer die des Kfz überschreitet), ist die Annahme eines Mangels eher begründet. Ist umgekehrt aber nach allgemeiner Lebenserfahrung ein Zeitpunkt bzw. Verschleißgrad erreicht, bei dem mit einem entsprechenden Defekt gerechnet werden muss, liegt kein Mangel vor, sondern lediglich ein verschleißbedingter Defekt, der nicht zu Mängelrechten führt. Alters- und einsatzbedingte Verschleiß- und Abnutzungserscheinungen sind bei einem Gebrauchtwagen selbst dann kein

Mangel, wenn sie die Funktions- und Gebrauchstauglichkeit des Fahrzeugs beeinträchtigen (allgemeine Auffassung). Da freilich kein Fall dem anderen gleicht (so kann im Fall A die Laufleistung 80.000 km betragen haben, im Fall B 110.000 km, als der Zahnriemen riss), ist bei der Verallgemeinerung bzw. Übertragung von Gerichtsentscheidungen Vorsicht geboten.

4. Besonderheiten beim Tierkauf

Tiere sind zwar keine Sachen, jedoch gelten für sie die Vorschriften über Sachen entsprechend (§ 90a BGB). Daher können Tiere genauso wie Sachen Gegenstand eines Kaufvertrags sein und dem Sachmängelgewährleistungsrecht unterfallen (siehe etwa BGH NJW 2020, 759 ff.). Schwierigkeiten können sich aber bei der Bestimmung eines Sachmangels ergeben, weil ein Tier als *Individuum und Mitgeschöpf* über individuelle, Eigenschaften verfügt, auf die die Grundsätze der Sachmängelhaftung nicht ohne weiteres übertragbar sind. Insbesondere begründen von der „Idealnorm“ abweichende Eigenschaften nicht ohne weiteres einen Sachmangel (siehe z.B. BGH NJW 2021, 2281 ff.).

Beispiel: Verkäufer V und Käufer K schließen einen Kaufvertrag über ein noch nicht berittenes Pferd. Später während der Einreitphase bemerkt K beim Pferd eine Scheu vor Hunden. Bereits zweimal ist das Pferd durchgegangen. Ein Tierpsychologe stellt eine (angeborene) Verhaltensstörung fest, die nicht mit Sicherheit therapierbar ist. K kann das Pferd daher nicht bzw. nur eingeschränkt bereiten.

⇒ *Hier haben die Parteien keine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen. Da es sich bei dem Vertragsgegenstand aber um ein Pferd handelt, das später beritten werden soll, könnte man sich auf den Standpunkt stellen, der Vertragsgegenstand eigne sich nicht vollumfänglich für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung. Da es sich bei dem Vertragsgegenstand aber um ein Tier handelt, dessen Verhaltensweisen nicht vorhersehbar sind, kann man ebenso gut vertreten, dass ein Sachmangel nicht vorliege. Denn auch unerwünschte Verhaltensweisen entsprechen durchaus dem Normalverhalten eines Pferdes (vgl. dazu auch LG Coburg, Urt. v. 26.1.2016 – 23 O 500/14). Erscheint danach die Annahme eines Sachmangels eher aus-*

geschlossen, zumindest aber nicht erwiesen, kommt es in der Praxis entscheidend auf die Beweislast an, also auf die Frage, wer das Vorhandensein eines Sachmangels zum Zeitpunkt der Übergabe beweisen muss. Vgl. dazu S. 2 und 89 f.

Eindeutig stellt bspw. ein Gendefekt bei einem Pferd oder einem Hund einen Sachmangel dar, der zu entsprechenden Mängelrechten (Minderung, Rücktritt) führt. Eine an sich vorrangige Nacherfüllung dürfte in diesem Fall ausscheiden. Während bei einem Gendefekt eine Nachbesserung von vornherein nicht in Betracht kommt, scheidet eine Nachlieferung jedenfalls dann aus, wenn man wegen individueller Merkmale von einem Stückkauf ausgeht. Siehe dazu S. 132 ff.

Auch ist bei einem Tierkauf von einem Sachmangel auszugehen, wenn vereinbarte Eigenschaften nicht vorliegen bzw. sich das Tier nicht für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung eignet.

Beispiel: V verkaufte an K ein Pferd, das bis vor wenigen Jahren als Dressurpferd genutzt worden war. Aufgrund einer Verletzung am Rücken wurde der Einsatz als Dressurpferd eingestellt; nach der Heilbehandlung wurde das Pferd als Freizeitpferd genutzt. Einige Wochen nach der Übergabe macht K geltend, das Pferd sei kaum reitbar und lasse sich schon gar nicht trainieren.

⇒ Haben die Parteien keine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen, kann ein Sachmangel nur damit begründet werden, dass sich das Pferd nicht zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung eigne bzw. nicht für die gewöhnliche Verwendung eigne und keine Beschaffenheit aufweise, die bei Pferden der gleichen Art üblich sei und die der Käufer nach der Art des Pferdes erwarten könne. Wenn man davon ausgeht, dass es sich bei dem Vertragsgegenstand um ein Pferd handelt, das beritten werden soll, muss man annehmen, der Vertragsgegenstand eigne sich nicht vollumfänglich für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung. Mithin läge dann ein Sachmangel vor.

5. Besonderheiten bei Verschleißteilen

Auch für sog. Verschleißteile, also Teile, die durch Nutzung einem Verschleiß (einer Abnutzung) unterliegen, gilt selbstverständlich die Gewährleistung. Jedoch ist zu beachten, dass normale Abnutzung oder normaler Verschleiß gerade keinen Sachmangel begründen, weil ein Sachmangel nur dann vorliegt, wenn der Fehler zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs (d.h. der Übergabe an den Käufer, § 446 S. 1 BGB, oder im Fall des Versandkaufs gem. § 447 BGB an den Versender) vorhanden oder zumindest angelegt war, etwa im Fall eines Material- oder Fabrikationsfehlers. Ein allein durch Benutzung der Sache eingetretener Defekt ist also nicht geeignet, Mängelrechte zu begründen. Da (bei Fehlen einer Beschaffenheitsvereinbarung) die Sache aber auch nur dann frei von Sachmängeln ist, wenn sie sich jedenfalls für die gewöhnliche Verwendung eignet oder eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann (§ 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und 2 BGB), kommt es bei der Frage, ob bei einem später auftretenden Defekt ein Sachmangel oder nur „Verschleiß“ vorliegt, somit auch darauf an, was ein Durchschnittskäufer in der konkreten Situation von der konkreten Sache erwarten durfte. Das wiederum kann insb. vom Kaufpreis abhängen.

Beispiel: Juraprofessor K kaufte eine Laptop-Tragetasche für 20 €. Bereits nach 2 Monaten riss der Trageriemen, nicht zuletzt, weil K auch stets Handouts für die Studiengruppen darin transportierte. Dennoch verlangt K Nachlieferung oder zumindest Reparatur.

⇒ Ob die von K geltend gemachten Ansprüche bestehen, hängt vom Vorliegen eines Sachmangels ab. Berücksichtigt man den überaus günstigen Preis, wird man annehmen müssen, dass K „nicht mehr erwarten durfte“. Das gilt umso mehr, als K die Tragetasche stark belastete. Hier hat sich das umgangssprachliche Sprichwort: „Wer billig kauft, kauft zweimal.“ realisiert. Einen Sachmangel wird man nur annehmen können, wenn der Trageriemen zu schwach konzipiert war. Ähnliches gilt Übrigens bspw. auch für Autoreifen, Batterien (Haushaltsbatterien, Autobatterien), Sonnenschirme, Gartengeräte, Werkzeug etc.

6. Besonderheiten bei kurzlebigen Produkten

Selbstverständlich müssen auch Produkte, die nach ihrer Art oder ihrer bestimmungsgemäßen Verwendung nur von kurzer Haltbarkeit sind, mangelfrei sein. Man denke an Lebensmittel wie Frischobst, frisches Gemüse, Frischfleisch etc. Auch Batterien sind u.U. bereits nach sehr kurzer Einsatzdauer verbraucht. In allen diesen Fällen wird man bei der Frage der Mangelhaftigkeit unter Heranziehung des jeweiligen objektiven Erwartungshorizonts auf die üblichen Standards hinsichtlich Zustand, Qualität und Verwendbarkeit gleichartiger Sachen abstellen müssen. Entspricht die betreffende Sache zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs diesen Erwartungen bzw. Standards, ist sie mangelfrei.

7. Mangelverdacht

Es gibt Sachverhalte, bei denen mit der Sache etwas nicht in Ordnung zu sein scheint, aber (noch) nicht klar ist, ob ein Mangel vorliegt. Es sind lediglich Indizien vorhanden, die auf einen Mangel hindeuten (etwa ungewöhnliche mechanische Geräusche; „Klackgeräusche“). Da der Käufer hinsichtlich des Vorliegens eines Mangels beweisbelastet ist, könnte er also keine Mängelrechte geltend machen, forderte man den Nachweis des Mangels, der (noch) nicht (oder nicht in zumutbarer Weise) erbracht werden kann. Daher ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass bereits der Verdacht eines Sachmangels einem bewiesenen Sachmangel gleichsteht und Mängelrechte, mitunter sogar das Rücktrittsrecht, auslösen kann. Gerade aber der Rücktritt ist für den Verkäufer besonders belastend, weshalb ein Mangelverdacht nicht ohne weiteres angekommen werden darf.

Beispiel: K kaufte beim Gebrauchtwagenhändler V zum Preis von 17.000 € einen 5 Jahre alten Pkw mit einer Laufleistung von 85.000 km. An dem Kfz war durch einen Vorhalter bei einem km-Stand von rund 25.000 km eine leistungssteigernde Maßnahme in Form eines sog. Chip-Tuning durchgeführt worden, was von V weder erwähnt noch im schriftlichen Kaufvertrag genannt worden war. 9 Monate nach Übergabe erleidet das Kfz einen kapi-

talen Motorschaden. Ob das Chip-Tuning den Motorschaden verursachte, wurde nicht festgestellt. K verlangt Rückabwicklung, d.h. Rückzahlung des Kaufpreises abzüglich einer Nutzungsentschädigung Zug um Zug gegen Rückgabe des Wagens (Fall nach OLG Hamm DAR 2012, 261).

⇒ Rechtsgrund könnte § 437 Nr. 2 Var. 1 BGB (Rücktritt vom Kaufvertrag) sein. Der Rücktrittsgrund könnte ein Sachmangel i.S.d. § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 oder 2 BGB sein. Jedoch wurde ein Sachmangel insoweit nicht festgestellt. Allerdings ist allgemein anerkannt, dass auch der Verdacht eines Mangels genügen kann. Das kann anzunehmen sein etwa bei übermäßigem Verschleiß sowie beim Risiko erhöhten Verschleißes durch eine besondere Art der Vornutzung, wie z.B. die längere Verwendung als Taxi oder Fahrschulwagen (OLG Hamm DAR 2012, 261 mit Verweis u.a. auf BGH MDR 1976, 1012 f.; OLG Köln NZV 1999, 338). So kann bei einem Gebäude, das früher von Hausschwamm befallen war, auch dann dem Verdacht gegenwärtigen Befalls ausgesetzt sein, wenn der frühere Hausschwamm ordnungsgemäß beseitigt wurde. Denn solange die Ursache nicht geklärt ist, kann ein erneuter Befall nicht ausgeschlossen werden, weshalb das Gebäude nicht die übliche Beschaffenheit aufweist und einen Mangel i.S.d. § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 oder 2 BGB begründet. Auch die längere Verwendung eines Kfz mit einem zum Zweck der Leistungssteigerung durchgeführten Tuning – hier über eine Laufstrecke von ca. 60.000 km – begründet nach Auffassung des OLG Hamm den nicht ausgeräumten Verdacht eines erhöhten Verschleißes des Motors und weiterer für den Fahrzeugbetrieb bedeutender Bauteile, wie z.B. des Getriebes und des Antriebsstrangs, da die beanspruchten Teile für die Mehrbelastung nicht unbedingt ausgelegt sind. Folgerichtig nimmt das OLG das Risiko einer verkürzten Lebensdauer der beanspruchten Bauteile an und konstatiert, einem solchen von der üblichen Beschaffenheit eines Gebrauchtwagens nachteilig abweichenden Zustand müsse der Käufer regelmäßig nicht rechnen. Daher bedürfe es auch keiner Feststellung, ob der eingetretene Schaden tatsächlich seine Ursache in der Leistungssteigerung habe.

Ist daher also ein einem tatsächlichen Mangel gleichzusetzender Mangelverdacht gegeben, löst dieser Umstand die Mängelrechte nach § 437 BGB aus. K verlangt Rückabwicklung, d.h. er erklärt den Rücktritt, ohne aber eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt zu haben, die nach § 323 Abs. 1 BGB

jedoch grundsätzlich erforderlich gewesen wäre. Es kommt daher darauf an, ob die Fristsetzung entbehrlich war, § 440 S. 1 BGB bzw. § 323 Abs. 2 BGB bzw. § 326 Abs. 5 BGB. Da Nachlieferung i.S.d. §§ 437, 439 Abs. 1 Var. 2 BGB wegen des Individualisierungsgrades des Fahrzeugs ausscheidet, kommt im Rahmen des Nacherfüllungsanspruchs lediglich die Nachbesserung i.S.d. §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Var. 1 BGB in Betracht. Das OLG Hamm verneint die Möglichkeit der Nachbesserung. Dies ergebe sich bereits aus der unterlassenen Aufklärung über die V unstreitig bekannte Tuningmaßnahme. Verschweige der Verkäufer dem Käufer einen Mangel arglistig, sei regelmäßig anzunehmen, dass er damit die Vertrauensgrundlage für eine weitere Zusammenarbeit zerstört habe (OLG Hamm DAR 2012, 261 mit Verweis auf BGH NJW 2008, 1371). Damit bringt das OLG offenbar den Entbehrlichkeitsgrund aus § 440 S. 1 Var. 3 BGB bzw. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB ins Spiel. Das OLG nimmt darüber hinaus die Entbehrlichkeit der Fristsetzung wegen Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung (§ 326 Abs. 5 BGB) an. Der Mangel lasse sich nicht mit der Beseitigung des Chips oder Neuprogrammierung der Motorsteuerung beheben. Dadurch werde der Verdacht, dass die betriebswesentlichen Bauteile des Kfz durch die Vorbenutzung im getunten Zustand übermäßig verschlissen sind, nicht ausgeräumt.

Stellungnahme: Die Argumentation des OLG ist offenbar dem Umstand geschuldet, dass K keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt, sondern sogleich den Rücktritt erklärt hat (zur Systematik der Mängelrechte siehe S. 126 ff.). Die Klage wäre also abzuweisen gewesen, wenn das OLG nicht die Entbehrlichkeit der Fristsetzung angenommen hätte. Die Entbehrlichkeit anzunehmen ist aber nicht zwingend. So wäre es zunächst V zu überlassen gewesen, sämtliche Bauteile zu erneuern und somit den Mangel zu beseitigen. Es wäre K durchaus zumutbar gewesen, V zunächst zur Mängelbeseitigung aufzufordern und diesem eine Frist zu setzen oder jedenfalls eine angemessene Zeit nach Aufforderung zur Mängelbeseitigung abzuwarten. Der Rücktritt war schlicht übereilt und das OLG hätte die Rücktrittsklage abweisen müssen. Mit seinen Feststellungen zur arglistigen Täuschung hätte das OLG aber eine Anfechtungsklage annehmen können. Hierzu hätte es keiner Anstrengungen bedurft, die Fristsetzung als entbehrlich anzusehen.

8. Maßgeblicher Zeitpunkt

Bei allen Mängelbegründungsmöglichkeiten gilt der Grundsatz, dass der Mangel **zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs** vorhanden sein muss, was aber nicht heißt, dass er sich auch zu diesem Zeitpunkt gezeigt haben muss. Vielmehr genügt es, wenn er zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs **angelegt** ist (siehe auch BGH NJW 2014, 1086 f.: „latent vorhanden“), auch wenn er sich **erst später zeigt**, und innerhalb der **Verjährungsfrist** geltend gemacht wird (S. 156 ff.). Die Verjährungsfrist ist also keine Frist, innerhalb derer auftretende Mängel geltend gemacht werden könnten, sondern lediglich die Frist, innerhalb derer zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs bereits vorhandene Mängel geltend gemacht werden können.

Beispiel: 3 Monate nach der Übergabe des gekauften Gebrauchtwagens bleibt der Wagen wegen eines Getriebeschadens liegen, obwohl das Getriebe zum Zeitpunkt der Übergabe keine Auffälligkeiten aufwies.

⇒ Kann (durch ein Gutachten) festgestellt werden, dass der Getriebeschaden bereits bei der Übergabe „latent vorhanden“ bzw. „angelegt“ war, liegt ein Sachmangel vor, der zu den entsprechenden Mängelrechten führt. Beachte aber auch die Besonderheiten bei gebrauchten Sachen (S. 27 ff.).

Die Zeit, innerhalb derer der Mangel (i.S.v. §§ 434, 435 BGB) geltend gemacht werden muss (d.h. die Verjährungsfrist), darf also nicht mit einer Art „Haltbarkeitsgarantiezeit“ oder „Mangelfreiheitsgarantiezeit“ verwechselt werden. Später (d.h. nach Gefahrübergang) entstandene Mängel können nur bei Vorliegen einer gesetzlichen Ausnahme (dazu sogleich) oder durch eine Garantie (S. 109 ff.) abgesichert werden.

Es wäre nach der genannten Prämisse also mithin falsch, davon auszugehen, man könne innerhalb der Verjährungsfrist auch nach Übergabe der Sache entstandene bzw. aufgetretene Mängel abwickeln, solange nur die Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen ist. Es geht bei der Verjährungsfrist nur um die Frist, innerhalb derer man zum Zeitpunkt

des Gefahrübergangs bereits vorhandene (wenngleich sich später erst zeigende) Mängel geltend machen kann.

Mit „**Gefahrübergang**“ ist der Zeitpunkt gemeint, in dem die Gefahr des Untergangs, des Verlustes oder der Verschlechterung/Beschädigung auf den Käufer übergeht. Gemäß § 446 S. 1 BGB ist das der Zeitpunkt der **Übergabe**, also der Besitzübertragung auf den Käufer. Auf die Eigentumsverhältnisse (d.h. auf die Übereignung) kommt es nicht an, sodass der Gefahrübergang etwa auch dann anzunehmen ist, wenn die Lieferung unter Eigentumsvorbehalt (§§ 929 S. 1, 158 Abs. 1 BGB) erfolgt ist. § 446 BGB stellt jedoch kein zwingendes Recht dar, sondern ist vertraglich **abdingbar**. So kann der Gefahrübergang **vertraglich verlegt**, d.h. vorgezogen, aber auch verschoben werden. Das gilt auch beim Verbrauchsgüterkauf (siehe BGH NJW 2014, 1086 f.)

Beispiel: K kauft von V ein 5 Jahre altes Reitpferd. Im Kaufvertrag heißt es: „Die Gefahr einer zufälligen Verschlechterung oder des Untergangs des Pferdes geht mit Wirksamwerden des Kaufvertrags auf den Käufer über.“

⇒ Da der Zeitpunkt des Gefahrübergangs abweichend von § 446 BGB geregelt werden kann, ist die genannte Bestimmung nicht rechtswidrig. Damit trägt vorliegend also der Käufer bereits mit Wirksamwerden des Kaufvertrags (und nicht erst mit der Übergabe) das Risiko der zufälligen Verschlechterung oder des Untergangs des Pferdes.

Es gibt jedoch auch gesetzliche Ausnahmen vom Grundsatz des § 446 S. 1 BGB: Handelt es sich um einen **Verbrauchsgüterkauf** (siehe § 474 Abs. 1 BGB) und liegt ein Kauf einer **Ware mit digitalen Elementen** vor, ist der maßgebliche Zeitpunkt zur Beurteilung der Mangelhaftigkeit nicht allein der Gefahrübergang. Denn gem. § 475b Abs. 2 BGB ist eine Ware mit digitalen Elementen (nur) frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang und in Bezug auf eine Aktualisierungspflicht auch während eines bestimmten Zeitraums (siehe dazu § 475b Abs. 3 Nr. 2 und Abs. 4 Nr. 2 BGB) den Anforderungen entspricht. Die digitalen Elemente unterliegen also einer Aktualisierungspflicht („Updatepflicht“): Aktualisierungen müssen während eines bestimmten Zeit-

raums bereitgestellt werden, wobei die Aktualisierungspflicht und der Zeitraum der Bereitstellung von Aktualisierungen entweder im Kaufvertrag vereinbart worden sein müssen (§ 475b Abs. 3 Nr. 2 BGB) oder der Verbraucher aufgrund der Art und des Zwecks der Ware und ihrer digitalen Elemente sowie unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags erwarten kann, dass Aktualisierungen bereitgestellt werden, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit der Ware erforderlich sind, und über diese Aktualisierungen informiert wird (§ 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB).

In beiden Fällen gilt also, dass sich Leistungserbringung und Mangelfreiheit, d.h. die Funktionstüchtigkeit, nicht in einem einmaligen Akt erschöpfen, sondern sich auf einen bestimmten Zeitraum nach Gefahrübergang erstrecken. Die Mängelrechte greifen also auch dann, wenn der Mangel im maßgeblichen Zeitraum auftritt.

Weiterhin bestimmt der ebenfalls für Verbrauchsgüterkaufverträge geltende § 475c Abs. 2 BGB, dass der Unternehmer während des vereinbarten (bzw. erwarteten) Bereitstellungszeitraums, mindestens aber für einen Zeitraum von zwei Jahren ab der Ablieferung der Ware verpflichtet ist, die digitalen Inhalte in einem vertragsgemäßen Zustand, d.h. in einem § 475b Abs. 2 BGB konformen Zustand zu erhalten. Mit § 475c Abs. 2 BGB liegt also eine weitere Ausnahme von der allgemeinen kaufrechtlichen Regelung vor, wonach die Mangelfreiheit nur zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs bestehen muss (siehe § 434 Abs. 1 BGB). Im Fall des Verkaufs einer Ware mit digitalen Inhalten an einen Verbraucher haftet der Unternehmer auch für die Dauer des Bereitstellungszeitraums, mindestens aber zwei Jahre ab der Ablieferung der Ware für die Vertragskonformität der digitalen Elemente. Während dieser Zeit muss er also Softwarestörungen beseitigen und ggf. auch Updates aufspielen, sofern dies zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit bzw. der vertraglich vorausgesetzten Verwendung erforderlich ist.

Eine von § 446 BGB abweichende Regelung trifft auch **§ 447 BGB**, der die Gefahrtragung beim **Versendungskauf** regelt: Versendet der Ver-

käufer auf Verlangen des Käufers die verkaufte Sache nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort, geht gem. § 447 Abs. 1 BGB die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur (bzw. der Transportperson) zur Ausführung der Versendung ausgeliefert hat. Mit „Gefahr“ ist – wie bei § 446 BGB – die Gefahr des zufälligen Untergangs/Verlusts und der zufälligen Verschlechterung gemeint (Weidenkaff, in: Grüneberg, BGB, § 447 Rn 15). „Zufällig“ bedeutet, dass der Untergang, der Verlust oder die Verschlechterung nicht vom Verkäufer zu vertreten sein darf (zum Vertretenmüssen vgl. §§ 276, 278 BGB). Der Käufer trägt also ab der Übergabe der Kaufsache an den Transportunternehmer die Gefahr des nicht vom Verkäufer oder dessen Erfüllungsgehilfen zu vertretenden Untergangs, der Verschlechterung/Beschädigung. In der Sache geht es nicht nur um die Leistungsgefahr, also darum, ob der Verkäufer bei einem zufälligen Untergang/Verlust oder der zufälligen Verschlechterung nachliefern muss, sondern auch um die Gegenleistungsgefahr, d.h. darum, ob im Fall des zufälligen Untergangs/Verlusts oder der zufälligen Verschlechterung die Pflicht des Käufers zur Kaufpreiszahlung erhalten bleibt (daher auch Preisgefahr genannt). Wird beim Versandkauf die Kaufsache also beim Transport zerstört, hat gem. § 447 Abs. 1 BGB der Käufer nicht nur keinen Anspruch auf (Nach-)Lieferung, sondern bleibt – entgegen § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB – auch grds. zur Kaufpreiszahlung verpflichtet. Der Käufer trägt also letztlich das volle Risiko. Immerhin kann er vom Verkäufer verlangen, dass dieser den Schaden beim Transportunternehmen liquidiert (daher auch „Drittchadensliquidation“ genannt) oder den Schadensersatzanspruch an ihn abtritt (siehe § 398 BGB).

Beispiel: Privatperson K kauft bei V, der ebenfalls Privatperson ist, einen Schrank zum Preis von 5.000 €. Die Parteien einigen sich telefonisch über den Übergang des Eigentums und vereinbaren, dass V dem K den Schrank durch das Transportunternehmen T übersenden soll. V übergibt den Schrank dem T. Der Schrank wird während des Transportes durch einen von T fahrlässig herbeigeführten Unfall zerstört. V verlangt von K gleichwohl die Zahlung. K weigert sich, zu zahlen, und beruft sich auf etwaige Gegenrechte. Wie ist die Rechtslage?

1. Anspruch V gegen K auf Zahlung aus § 433 Abs. 2 BGB

V könnte gegen K einen Anspruch auf Zahlung von 5.000 € aus § 433 Abs. 2 BGB haben. Ein wirksamer Kaufvertrag (§ 433 BGB) ist zwischen den Parteien i.S.d. §§ 145 ff. BGB zustande gekommen.

Fraglich ist, ob der Kaufpreisanspruch infolge Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) der Leistung gem. § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB untergegangen ist. Dafür müsste es zunächst V unmöglich geworden sein, den geschuldeten Leistungserfolg herbeizuführen. Aus dem Kaufvertrag folgt die Leistungspflicht des V, K den Schrank zu übergeben und zu übereignen. Durch die Zerstörung des Schrankes kann V diese Pflicht nicht mehr erfüllen. Sie ist ihm also i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB unmöglich geworden. Damit entfällt gem. § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB grundsätzlich auch sein Anspruch auf die Gegenleistung.

Etwas anderes könnte sich nur ergeben, wenn eine Ausnahme von § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB vorliegt. In Betracht käme hier der Übergang der Preisgefahr nach § 447 Abs. 1 BGB. Dafür müsste ein Versandungskauf gegeben sein. Ein Versandungskauf liegt vor, wenn die Parteien vereinbart haben, dass die Sache auf Verlangen des Käufers an einen anderen Ort als den Leistungsort durch ein Transportunternehmen (Spediteur/Frachtführer) versendet wird (Schickschuld). Der Leistungsort ist der Wohnsitz des Verkäufers V, Erfüllungsort der Ort des Käufers. Die Versendung erfolgte zum Wohnsitz des Käufers K. Damit ist vorliegend ein Versandungskauf gegeben. Dies hat gem. § 447 Abs. 1 BGB zur Folge, dass (auch) die Preisgefahr mit Übergabe der Sache an das Transportunternehmen auf den Käufer übergegangen ist. Eine Ausnahme zu § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB ist somit gegeben. Mithin behält V gegen K seinen Kaufpreisanspruch aus § 433 Abs. 2 BGB.

2. Ansprüche K gegen V

Fraglich ist, ob K dem V Gegenansprüche gegen den Anspruch auf Kaufpreiszahlung entgegenhalten kann.

a. Ein Schadensersatzanspruch gem. §§ 283 S. 1, 280 Abs. 1, 3 BGB gegen V ist nicht gegeben. Denn V hat die Pflichtverletzung, also die Zerstörung des Schrankes, nicht gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB zu vertreten. Insbesondere ist das Transportunternehmen nicht Erfüllungsgehilfe i.S.d. § 278 BGB, sodass auch keine Zurechnung stattfinden kann.

b. Fraglich ist aber, ob K von V nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation verlangen kann, dass V den Schaden, der in der Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung besteht, bei T geltend macht, d.h. liquidiert, bzw. den etwaigen Schadensersatzanspruch an K abtritt.

- ⇒ *Ein Anspruch K gegen T besteht aus § 425 Abs. 1 HGB. Nach dieser Vorschrift haftet der Frachtführer für den Schaden, der u.a. durch Verlust oder Beschädigung des Guts in der Zeit von der Übernahme zur Beförderung bis zur Ablieferung entstanden ist. T ist Frachtführer, da die Beförderung von Gütern bei Transportunternehmen zum Betrieb des gewerblichen Unternehmens gehört, § 407 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 HGB. Ein Haftungsausschluss gem. § 426 HGB liegt nicht vor, da der Unfall fahrlässig von T's Leuten verursacht wurde. Bei V selbst ist nach der Differenzhypothese aber kein Schaden eingetreten, da er – wie oben festgestellt – seinen Anspruch auf Kaufpreiszahlung gegen K behält. Aus Sicht des Transportunternehmens ist die Schadensverlagerung jedoch zufällig. Daher kann der Anspruchsinhaber V den Schaden des Dritten (d.h. des K) beim Schädiger (dem Transportunternehmen T) liquidieren.*
- ⇒ *Mithin kann K gem. § 285 Abs. 1 BGB (analog) von V die Abtretung des Anspruchs oder dessen Erlös verlangen.*

3. Ansprüche K gegen T

Möglicherweise hat K auch einen Direktanspruch gegen T. Anspruchsgrundlage ist § 421 Abs. 1 S. 2 HGB. Nach dieser Bestimmung kann auch der Empfänger die Ansprüche aus dem Frachtvertrag im eigenen Namen gegen den Frachtführer geltend machen, wenn das Gut beschädigt oder verspätet abgeliefert worden oder verlorengegangen ist. Daher kann K seinen Anspruch auf Schadensersatz direkt gegen T geltend machen und ist nicht auf die Drittschadensliquidation angewiesen.

Anm. 1: Hieran wird deutlich, dass die auch vom BGH (BGHZ 146, 144, 149) anerkannte ungeschriebene Drittschadensliquidation in der Praxis keinen großen Anwendungsbereich hat, da wegen § 421 Abs. 1 S. 2 HGB der Käufer den Schaden direkt beim gewerblichen Frachtführer geltend machen kann (gesetzlicher Fall der Drittschadensliquidation).

Greift daher § 421 I HGB, sind sowohl der Verkäufer als auch der Käufer zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs berechtigt. Dabei wer-

den sie als Gesamtgläubiger i.S.d. § 428 BGB angesehen (BGH NJW 1999, 1110, 1112; Grüneberg, in: Grüneberg, § 428 BGB, Rn. 3). Das bedeutet, für den Käufer besteht die Gefahr, dass der Frachtführer gem. §§ 428, 429 Abs. 3, 422 Abs. 1, 362 Abs. 1 BGB mit befreiender Wirkung an den Verkäufer leistet. Als Folge hätte der Käufer keinen Ersatzanspruch mehr gegen den Frachtführer und müsste dennoch den Kaufpreis an den Verkäufer leisten. Um ihn vor dieser Lage zu schützen, kann er gem. § 285 BGB (analog) Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises die Abtretung des Anspruchs des Verkäufers (V) gegen den Frachtführer (T) verlangen. Damit besteht als Gegenrecht des K der Anspruch auf Abtretung des Ersatzanspruchs des V gegen T.

Anm. 2.: Die Grundsätze des Versandkaufs gem. § 447 BGB müssen zudem modifiziert werden, wenn also der Verkäufer ein Unternehmer i.S.d. § 14 I BGB und der Käufer ein Verbraucher i.S.d. § 13 BGB ist. Dann liegt nämlich ein **Verbrauchsgüterkauf** nach § 474 Abs. 1 BGB vor, der die Anwendung des § 447 BGB wegen Art. 20 S. 1 Verbraucherrechterichtlinie (i.V.m. Erwägungsgrund 55 S. 5 der RiLi) ausschließt (§ 475 Abs. 2 BGB wird dem nicht vollauf gerecht). Gelangt man danach also zur Unanwendbarkeit des § 447 Abs. 1 BGB, bleibt es bei der Gefahrtragungsregelung des § 446 BGB. Die Gefahr geht erst mit Übergabe an den Verbraucher auf diesen über. Geht die Sache also auf dem Transportweg unter oder geht verloren, ist der Unternehmer wegen § 275 Abs. 1 BGB leistungsbefreit (er muss also keine Ersatzsache liefern) und der Verbraucher ist gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB gegenleistungsbefreit. Wird die Sache auf dem Transportweg lediglich beschädigt (also mangelhaft), hat der Verbraucher die Rechte aus § 437 BGB (in erster Linie also Nacherfüllung, regelmäßig in Form der Nachlieferung), sofern nacherfüllt wird (= Grundregel der Gefahrtragung bei Verbrauchsgüterkaufverträgen).

II. Abgrenzung zur (Hersteller-)Garantie

Von der gesetzlichen Gewährleistung, die an das Nichtvorliegen eines Sach- oder Rechtsmangels zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs anknüpft (s.o.), strikt zu trennen ist die Garantie. Diese ist allein auf eine freiwillige Übernahme des Garantiegebers zurückzuführen. Garantiegeber kann (gem. § 443 Abs. 1 BGB) jede natürliche und juristische

Person sein, also der Verkäufer, der Hersteller oder ein Dritter (etwa ein Garantiever sicherungsunternehmen). Da die Garantieerklärung eine freiwillige Entscheidung des Garantiegebers ist, kann sie (unter Beachtung höherrangigen Rechts, insbesondere des EU-Rechts und der Bestimmungen der §§ 443, 479 BGB) auch frei, d.h. zeitlich und inhaltlich gestaltet werden bzw. von der Einhaltung bestimmter Voraussetzungen abhängig gemacht werden. Einschränkungen gelten lediglich bei Garantien im Rahmen des Verbrauchsgüterkaufs (vgl. § 479 BGB).

Beispiel: Der Automobilhersteller H gibt eine 2-jährige Garantie auf alle Neuwagen ohne Kilometerbegrenzung. In den Garantiebestimmungen heißt es, dass die Garantieansprüche u.a. nur gewährt werden, wenn die herstellereitig vorgeschriebenen Wartungsarbeiten ordnungsgemäß, d.h. nach Herstellervorgaben vorgenommen werden.

⇒ Eine solche Beschränkung ist zulässig, da sie höherrangiges Recht nicht verletzt. Etwas anderes würde aber gelten, wenn es hieße, dass alle vorgeschriebenen Wartungsarbeiten von einer Vertragswerkstatt des Herstellers vorgenommen werden müssten. Denn eine solche Bestimmung verstieße gegen Art. 4 der EU-Verordnung Nr. 461/2010 der Kommission (sog. Gruppenfreistellungsverordnung), wonach die Herstellergarantie nicht erlischt, wenn der Kunde die vorgeschriebenen Wartungsarbeiten (oder Unfallreparaturen) während der Garantiezeit von einer freien Werkstatt vornehmen lässt. Freilich trägt der Kunde die Beweislast dafür, dass die vorgeschriebenen Wartungsarbeiten ordnungsgemäß durchgeführt wurden, was ihm z.B. durch eine entsprechende Bescheinigung der freien Werkstatt gelingen dürfte.

Weiterführender Hinweis: Auch, wenn nach dem Gesagten der Hersteller Garantieansprüche nicht mit der Begründung verweigern darf, dass die erforderlichen Wartungsarbeiten lediglich in einer freien Werkstatt durchgeführt wurden, muss der Kunde damit rechnen, dass sich in Zweifelsfällen der Hersteller wenig kulant zeigt. Erst recht kann er mit keiner Kulanz nach Ablauf der Garantiezeit rechnen. Der mit der Vornahme der Wartungsarbeiten durch eine freie Werkstatt verbundene Kostenvorteil kann u.U. also schnell „aufgebraucht“ sein.

Da eine Garantie auch von dritter Seite abgegeben werden kann, haben sich etliche Garantieversicherer etabliert. Das sind Versicherungsunternehmen, die Garantieversicherungen anbieten, gerade hinsichtlich Gebrauchtwagen. Aber auch hier ist bei Verbrauchsgüterkaufverträgen die Sonderbestimmung des § 479 BGB zu beachten.

Beispiel: Das Garantieversicherungsunternehmen G gewährt gegen einen Preis von 300 € eine 1-jährige Garantie auf den im Kaufvertrag bezeichneten Gebrauchtwagen ohne Kilometerbegrenzung. In den Garantiebestimmungen heißt es, dass die Garantieansprüche u.a. nur gewährt werden, wenn die herstellerseitig vorgeschriebenen Wartungsarbeiten ordnungsgemäß, d.h. nach Herstellervorgaben vorgenommen werden. Zudem sind bestimmte, näher bezeichnete Baugruppen von der Garantie ausgeschlossen; auch werden die erstattungsfähigen Kosten für die Reparatur in Abhängigkeit von der Laufleistung des Fahrzeugs gestaffelt. Schließlich heißt es in den Bedingungen, dass die Beauftragung einer anderen Reparaturwerkstatt als vereinbart zuvor dem Versicherer angezeigt werden muss.

Ansprüche aus der Garantie sind i.d.R. direkt an den Garantiegeber zu stellen. Das heißt jedoch nicht, dass nicht der Verkäufer/Händler im Auftrag des Käufers/Kunden die Garantieansprüche durchsetzt.

Wichtig ist schließlich der Umstand, dass eine (Hersteller-)Garantie nichts an der gesetzlichen Verkäufergewährleistung ändert. Der Verkäufer darf also nicht bestehende Gewährleistungsrechte verweigern mit dem Hinweis, man könne sich im Rahmen der Herstellergarantie an den Hersteller wenden. § 479 BGB (dazu später) stellt dies klar.

Hauptfall der Garantie ist die in § 443 BGB genannte Beschaffenheits- und Haltbarkeitsgarantie. Kennzeichen der **Beschaffenheitsgarantie** ist die Übernahme der Garantie durch den Verkäufer dafür, dass der Kaufgegenstand zum maßgeblichen Zeitpunkt, z.B. bei Gefahrübergang oder Rechtsverschaffung, bestimmte Merkmale aufweist bzw. erfüllt, d.h. die zwischen Verkäufer und Käufer vereinbarte Beschaffenheit oder andere als die Mängelfreiheit betreffende Anforderungen, die in

der Erklärung oder einschlägigen Werbung beschrieben sind. Sollte ein Beschaffenheitsmerkmal nicht vorhanden sein, verpflichtet sich der Garantiegeber verschuldensunabhängig, die in der Garantieerklärung genannten Leistungen zu erbringen, insbesondere den Kaufpreis zu erstatten, die Sache auszutauschen, nachzubessern oder in ihrem Zusammenhang Dienstleistungen zu erbringen (§ 443 Abs. 1 BGB). Das ist teilweise zwar auch durch die gesetzliche Gewährleistung abgedeckt, die Garantieerklärung aber aber entscheidende Vorteile, da sie eigenständig erklärt wird und i.d.R. weiterreicht.

Davon zu unterscheiden ist die **Haltbarkeitsgarantie** gem. § 443 Abs. 2 BGB, mit welcher der Garantiegeber die Garantie übernimmt, dass die Kaufsache eine bestimmte Beschaffenheit für eine bestimmte Dauer behält. Sollte dies nicht der Fall sein, kann der Käufer die Erbringung der in der Garantievereinbarung festgelegten Leistungen (siehe oben zu § 443 Abs. 1 BGB) verlangen, sofern der Mangel nicht aufgrund einer äußeren Einwirkung entstanden ist. Diesem letzten Halbsatz ist eine Beweislastverteilung zu entnehmen: Zunächst muss der Käufer den Garantiefall beweisen. Gelingt ihm dies, ist es Aufgabe des Garantiegebers, die gesetzliche Vermutung, dass der Mangel auf dem Zustand der Sache zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs beruht, zu widerlegen. Gelingt ihm dies nicht, haftet er aus der Garantie.

Beispiel: Tritt ein Defekt innerhalb der Garantiezeit auf, vermutet § 443 Abs. 2 BGB, dass der Defekt auf dem Zustand der Sache zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs beruht (und dass damit ein Garantiefall besteht). Um nunmehr eine Haftung aus der Garantie auszuschließen, muss der Garantiegeber beweisen, dass der Mangel nicht auf dem Zustand der Sache zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs beruht. Das wäre bspw. der Fall, wenn ihm der Nachweis gelänge, dass der Käufer den Gegenstand sachunangemessen gebraucht oder behandelt bzw. Angaben in der Bedienungsanleitung missachtet hätte.

Wie ausgeführt, gibt es hinsichtlich Garantien bei Verbrauchsgüterkaufverträgen Sonderbestimmungen (§ 479 BGB). Zunächst muss die Ga-

rantieerklärung einfach und verständlich abgefasst sein (§ 479 Abs. 1 S. 1 BGB). Enthalten sein müssen außerdem gem. § 479 Abs. 1 S. 2 BGB der Inhalt der Garantie und alle wesentlichen Angaben, die für die Geltendmachung der Garantie erforderlich sind, insbesondere der Hinweis auf die gesetzlichen Rechte des Verbrauchers bei Mängeln, darauf, dass die Inanspruchnahme dieser Rechte unentgeltlich ist, sowie darauf, dass diese Rechte durch die Garantie nicht eingeschränkt werden, die Dauer und der räumliche Geltungsbereich des Garantieschutzes sowie der Name und die Anschrift des Garantiegebers. Auch das vom Verbraucher einzuhaltende Verfahren für die Geltendmachung der Garantie muss enthalten sein. Die Garantieerklärung ist zudem dem Verbraucher spätestens zum Zeitpunkt der Lieferung der Ware auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen (§ 479 Abs. 2 BGB).

Schließlich hat gem. § 479 Abs. 3 BGB bei einer Haltbarkeitsgarantie der Verbraucher gegen den Hersteller während des Zeitraums der Garantie mindestens einen Anspruch auf Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 2, 3, 5 und 6 S. 2 BGB und § 475 Abs. 3 S. 1 und Abs. 5 BGB.

Im Übrigen bleibt die Garantieverpflichtung selbstverständlich auch dann wirksam, wenn eine der Anforderungen des § 479 Abs. 1-3 BGB nicht erfüllt sein sollte (§ 479 Abs. 4 BGB).

III. Abgrenzung zur Anfechtung

Alle Sachmängelrechte setzen einen wirksamen Kaufvertrag voraus. Eine Anfechtung vernichtet wegen § 142 Abs. 1 BGB aber einen solchen, und zwar rückwirkend. Daher sollte sich der Käufer sehr genau überlegen, ob er anfechtet oder auf die Anfechtung verzichtet und stattdessen lieber Sachmängelrechte geltend macht. Die Entscheidung zwischen der Anfechtung und der Ausübung von Sachmängelrechten ist in der Praxis aber insoweit „entschärft“, als die Rechtsprechung bei Anwendbarkeit des Sachmängelrechts die Möglichkeit der Anfechtung teilweise ausschließt. Das betrifft die **Anfechtung wegen Eigenschaftsirrturns** (§ 119 Abs. 2 BGB):

1. Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums

Nach allgemeiner Rechtsauffassung sind Eigenschaften einer Sache alle tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, die infolge ihrer Beschaffenheit auf Dauer für die Brauchbarkeit und den Wert der Sache von Einfluss sind (vgl. etwa BGH NJW 2001, 226, 227). Zu den Eigenschaften einer Sache gehören die sog. „wertbildenden Faktoren“. Darunter fallen z.B. Urheberschaft eines Bildes, Alter eines Kunstwerks, Alter und Herkunft einer Antiquität, Goldgehalt eines Schmuckstücks, Alter, Laufleistung und Unfallfreiheit eines Fahrzeugs etc.

Beispiel: K ist Sammler nautischer Antiquitäten. Im Trödeladen des T erblickt er eine mit einem Preis von 200 € ausgezeichnete Schiffsuhr mit der Bezeichnung „Rickmer Rickmers“, die er für ein Original aus dem 19. Jahrhundert hält. Im Glauben, dass sie an Bord der legendären „Rickmer Rickmers“ gehangen habe, kauft er die Uhr. Später stellt er fest, dass bei T offenbar noch mehrere dieser Uhren vorhanden sind und die Bezeichnung „Rickmer Rickmers“ nur auf den Hersteller dieser Uhren hinweist. Der Preis von 200 € für derartige Uhren ist allerdings angemessen.

⇒ Möglicherweise kann K seine Willenserklärung (Angebot) gemäß § 119 Abs. 2 BGB anfechten wegen des Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Sache. Verkehrswesentlich ist eine Eigenschaft immer dann, wenn sie den objektiv zu bestimmenden wirtschaftlichen Zweck des Vertrags ausmacht und dies auch für den Vertragspartner erkennbar ist. Hierzu gehört beim Kauf von Kunstwerken deren Alter, Herkunft, Echtheit etc. K hat sich über die Herkunft der Uhr geirrt. Geht man davon aus, dass die Herkunft für T erkennbar dem Vertrag zugrunde gelegt worden ist und sie den objektiv zu bestimmenden wirtschaftlichen Zweck des Vertrags ausmacht, besteht mithin ein Anfechtungsgrund gem. § 119 Abs. 2 BGB.

Irrt der Käufer über eine verkehrswesentliche Eigenschaft, kann er seine Erklärung, die zum Vertragsschluss geführt hat, anfechten. Der Vertrag gilt dann als von Anfang an unwirksam (§ 142 Abs. 1 BGB). Bereits erbrachte Leistungen sind zurückzugewähren (§ 812 Abs. 1 BGB).

Im obigen Beispiel hat K nach erfolgreicher Anfechtung einen Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises. Umgekehrt muss K die Uhr an T zurückübergeben und sie ihm zurückgeben (§ 812 Abs. 1 BGB).

Sofern der Anfechtungsgegner aber im Vertrauen in die Gültigkeit des Vertrags Aufwendungen gemacht hat, ist er so zu stellen, wie er stehen würde, wenn er nicht auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut, also nie etwas von dem Geschäft gehört hätte. Dann ist der Anfechtende zum Schadensersatz verpflichtet (§ 122 Abs. 1 BGB).

Beispiele: Zu ersetzen sind bspw. die unnütz aufgewendeten Kosten wie Telefon-, Porto-, Fax-, Anfahrts-, Liefer-, Lagerkosten etc. Ersatzfähig sind auch die Nachteile durch das Nichtzustandekommen eines möglichen anderen Geschäfts, das im Vertrauen auf die Wirksamkeit des angefochtenen Geschäfts nicht geschlossen wurde.

a. Ausschluss des Anfechtungsrechts

Soweit es jedoch um einen Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften geht, die gleichzeitig eine Sachmängelhaftung nach den §§ 434 ff. BGB begründen, ist eine Anfechtung des Käufers nach § 119 Abs. 2 BGB jedenfalls nach Gefahrübergang (i.d.R. also nach der Übergabe, vgl. § 446 BGB) ausgeschlossen.

Beispiel: Verkäufer V und Käufer K schließen einen Kaufvertrag über einen 3 Jahre alten Gebrauchtwagen mit einer Laufleistung von 28.000 km. Eine Woche nach Übergabe erleidet der Wagen einen Getriebebeschaden.

⇒ Hier könnte K erwägen, seine auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung gem. § 119 Abs. 2 BGB anzufechten. Folge wäre die Nichtigkeit des Vertrags von Anfang an (§ 142 Abs. 1 BGB). K könnte dann den Kaufpreis (abzüglich einer Nutzungsentschädigung) zurückverlangen und müsste umgekehrt den Wagen an V zurückgeben. Ggf. müsste er auch den Vertrauensschaden ersetzen (§ 122 Abs. 1 BGB).

Allerdings liegt auch ein Sachmangel vor. Sofern man nicht schon für K eine Ist-Beschaffenheit annimmt, die negativ von einer vereinbarten Soll-Beschaffenheit i.S.v. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB abweicht, liegt ein Sach-

mangel jedenfalls gem. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB vor, da sich der Vertragsgegenstand nicht für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung eignet.

K ist deshalb auf die Ausübung der Sachmängelrechte beschränkt, was aber keinen Nachteil darstellt, weil die Sachmängelrechte sehr viel weiter gehen als die Anfechtung wegen Eigenschaftsirrums. Darauf wird auf S. 126 ff. eingegangen.

b. Begründung des Ausschlusses des Anfechtungsrechts

Der Ausschluss der Irrtumsanfechtung wegen Eigenschaftsirrums hat seinen guten Grund. Ließe man eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB nach Gefahrübergang zu, würden zunächst die speziellen **Verjährungsregeln** des Sachmängelrechts gem. § 438 BGB unterlaufen. Das basiert auf folgender Überlegung: Im Fall eines Sach- oder Rechtsmangels kann der Käufer die ihm nach § 437 BGB zustehenden Rechte grds. zwei Jahre lang geltend machen (§ 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB). Bei beweglichen Sachen beginnt die Frist mit der Ablieferung (d.h. Übergabe) der Sache (§ 438 Abs. 2 BGB). Diese Zweijahresfrist würde unterlaufen, wenn man die Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB zuließe. Denn die Anfechtungsfrist läuft erst ab Kenntnis des Erklärenden vom Irrtum (§ 121 Abs. 1 BGB, maximal aber 10 Jahre, § 121 Abs. 2 BGB). Erkennt also bspw. der Käufer den Mangel erst nach Ablauf von zwei Jahren und ließe man die Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB zu, könnte der Käufer anfechten, obwohl die Mängelrechte nach Kaufrecht verjährt sind. Der Zweck der Verjährungsfristen des § 438 BGB wäre damit in Frage gestellt.

Beispiel: Käufer K kauft vom Verkäufer V einen 3 Jahre alten BMW 520d aus 2. Hand für (angemessene) 25.000 €. Nach zweieinhalb Jahren stellt sich heraus, dass es sich um einen Unfallwagen handelt. V kann glaubhaft versichern, dass er von dem Unfall nichts gewusst hat.

⇒ K stehen an sich Sachmängelrechte nach § 437 BGB zu, die jedoch gem. § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB bereits verjährt und somit nicht mehr durchsetzbar sind. Die Unfalleigenschaft des Fahrzeugs war als wertbildender

Faktor zugleich eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Fahrzeugs i.S.d. § 119 Abs. 2 BGB. Trotzdem kann K den Kaufvertrag nicht gem. § 119 Abs. 2 BGB anfechten, da sonst die (hier eingreifende) kurze Verjährung umgangen würde.

Darüber hinaus lässt § 442 BGB die Geltendmachung von Mängelrechten nur sehr eingeschränkt zu, wenn der Käufer den Mangel bei Vertragsschluss infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte. Eine entsprechende Beschränkung des Anfechtungsrechts fehlt, da § 119 Abs. 2 BGB die Anfechtung auch dann ermöglicht, wenn der Erklärende seinen Eigenschaftsirrtum grob fahrlässig selbst verursachte.

Beispiel: Hätte also V des obigen Beispiels ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ihm kein Unfall bekannt sei und dass K die Möglichkeit habe, den Wagen vor dem Kauf von einer Prüforganisation (TÜV, DEKRA, KÜS etc.) checken zu lassen, hätte K es aber nicht für erforderlich erachtet, weil der Wagen einen sehr guten Eindruck machte, hätte K seinen Eigenschaftsirrtum grob fahrlässig selbst verursacht. K kann daher nicht anfechten gem. § 119 Abs. 2 BGB.

Des Weiteren würde der gesetzestechnische Vorrang der Nacherfüllung unterlaufen: Nach der Systematik des Kaufrechts hat der Käufer grundsätzlich die Obliegenheit, dem Verkäufer zunächst eine Gelegenheit zur Nacherfüllung (Nachbesserung oder Ersatzlieferung, § 439 BGB) einzuräumen („Recht zur zweiten Andienung“ des Verkäufers). Könnte also der *Verkäufer* aufgrund eines Irrtums nach § 119 Abs. 2 BGB den Kaufvertrag sofort und rückwirkend (§ 142 Abs. 1 BGB) zerstören, würde er i.d.R. privilegiert, weil er sich infolge der Anfechtung insbesondere der Nacherfüllung und der Schadensersatzpflicht des § 437 BGB entziehen könnte. Aber auch für den *Käufer* ergäbe sich der (nicht zu rechtfertigende) Vorteil, dass er durch seine Anfechtung den Kaufpreis über § 812 BGB zurückverlangen könnte, ohne auf das „Recht zur zweiten Andienung“ des Verkäufers Rücksicht nehmen zu müssen.

2. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung

Dagegen bleibt die Möglichkeit der **Anfechtung wegen arglistiger Täuschung** gem. § 123 BGB neben den Vorschriften über die Sach- und Rechtsmängelhaftung gem. §§ 434 ff. BGB unberührt. Der arglistig getäuschte Käufer einer mangelhaften Sache hat also die Wahl, den Vertrag nach § 123 BGB anzufechten oder die Rechte nach §§ 434 ff. BGB wahrzunehmen. Macht er aber von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch, ist auch hier zu beachten, dass er damit den Vertrag rückwirkend vernichtet (vgl. § 142 Abs. 1 BGB) und sich damit seiner Sach- und Rechtsmängelgewährleistungsrechte aus §§ 434 ff. BGB begibt, weil diese gerade einen bestehenden Kaufvertrag voraussetzen.

Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung setzt zunächst eine „Täuschung über Tatsachen“ voraus. Eine „Täuschung in Bezug auf Werturteile“ ist nicht erfasst. Derjenige, der lediglich subjektiven Werturteilen ohne objektiv nachprüfbareren Gehalt Glauben schenkt, ist nicht schutzwürdig und unterliegt auch schon begriffslogisch keiner Täuschung. Zudem bestünde eine nicht hinzunehmende Rechtsunsicherheit, wollte man die Vermittlung von subjektiven Wertungen und Eindrücken als Täuschung ansehen. Maßgeblich ist daher die Abgrenzung zwischen Tatsachen und Werturteilen. Werturteile sind das Ergebnis eines persönlichen Eindrucks, einer Einschätzung bzw. des Dafürhaltens oder Meinens. Dagegen sind Tatsachen dem Beweis zugängliche Ereignisse oder Zustände der Gegenwart oder Vergangenheit. Über solche Tatsachen muss getäuscht worden sein. Täuschung ist die Erregung, Verstärkung oder Aufrechterhaltung einer Fehlvorstellung (Irrtum) über Tatsachen bei einem anderen.

Beispiel: Der Gebrauchtwagenhändler V verneint auf Anfrage des Käufers K die Unfallschaden eines bestimmten Gebrauchtwagens. Da der Wagen einen guten Eindruck macht und auch der Preis akzeptabel ist, kauft K den Wagen. Drei Monate später, im Rahmen eines Werkstattbesuchs, stellt sich heraus, dass der Wagen einen nicht unerheblichen Heckschaden hatte, der zwar ganz gut repariert wurde, aber nichts daran

ändert, dass es sich bei dem Wagen dadurch um einen Unfallwagen handelt.

⇒ Da die Angabe über die Unfallfreiheit dem Beweis zugänglich ist und daher eine Tatsache darstellt, über die V den K getäuscht hat, hat dieser nicht nur ein Anfechtungsrecht gem. § 123 Abs. 1 BGB, sondern ihm stehen alternativ Sachmängelrechte (Schadensersatz/Minderung/Rücktritt) aus §§ 434 ff. BGB zu.

Gegenbeispiel: Gebrauchtwagenhändler V bietet K einen Gebrauchtwagen an mit der Angabe „TÜV neu“ (mit „TÜV“ ist die Hauptuntersuchung (HU) nach § 29 StVZO gemeint). Da der Wagen trotz leichten Rostansatzes im Radkastenbereich einen guten Eindruck macht und auch der Preis akzeptabel ist, kauft K den Wagen. Drei Monate später, im Rahmen eines Werkstattbesuchs, stellt sich heraus, dass der Wagen aufgrund massiver Durchrostungen im Unterbodenbereich verkehrssicher ist und dass die HU-Plakette niemals hätte erteilt werden dürfen.

⇒ Da die Angabe „TÜV neu“ eine Verkehrssicherheit suggeriert und die Verkehrssicherheit eine dem Beweis zugängliche Tatsache darstellt, kommt für K ein Anfechtungsrecht gem. § 123 Abs. 1 BGB in Betracht. Allerdings hat der BGH entschieden, dass auch ein Gebrauchtwagenhändler keine generelle, anlassunabhängige Untersuchungspflicht hat (vgl. nur BGH NJW 2015, 1669 ff.), sondern nur dann, wenn er aufgrund bestimmter Umstände den Verdacht hegt, der Wagen könne nicht verkehrssicher sein. Fehlt es daran, obliegt ihm nur eine äußere Sichtprüfung. Ergibt diese keine Verdachtsmomente, die auf eine fehlende Verkehrssicherheit schließen lassen, liegt auch keine arglistige Täuschung vor. In diesem Fall darf sich der Händler auf das Ergebnis der Hauptuntersuchung („TÜV“) verlassen. Unabhängig hiervon greifen aber die im Folgenden dargestellten Gewährleistungsrechte.

Die Täuschung kann sowohl durch ausdrückliches oder konkludentes (d.h. schlüssiges) aktives Tun als auch durch Unterlassen erfolgen.

Eine **ausdrückliche Täuschung** liegt vor, wenn der Gegner Wörter, Formulierungen oder Gesten verwendet, die nach Herkommen oder Vereinbarung die Aufgabe haben, Erklärungen zu ermöglichen (vgl.

Rechte bei Sachmängeln – Abgrenzung zur Garantie und zur Anfechtung
etwa OLG Stuttgart NSTZ 2003, 554, 555).

Beispiel: Bezeichnet der Verkäufer den Kaufgegenstand, einen Motor, als „generalüberholt“, „neu“ oder „neuwertig“, täuscht er den Käufer, wenn diese Eigenschaften nicht vorhanden sind.

Eine **konkludente (= schlüssige) Täuschung** liegt vor, wenn das Gesamtverhalten des Erklärenden nach der Verkehrsanschauung als Erklärung über eine Tatsache zu verstehen ist.

Beispiel: Wer eine Sache auf Kredit kauft und aufgrund seiner gegenwärtigen Vermögenslage weiß, dass er im Fälligkeitszeitpunkt nicht zahlen kann, täuscht konkludent über einen gegenwärtigen Zahlungswillen.

Eine **Täuschung durch Unterlassen** verwirklicht, wer entgegen einer Aufklärungspflicht die Entstehung eines Irrtums nicht verhindert oder einen entstandenen Irrtum nicht beseitigt (vgl. etwa BGH NJW 2015, 1669, 1670). In der Sache geht es um das Verschweigen eines offenbarungspflichtigen Umstands. Die Offenbarungspflicht kann sich aus Gesetz, laufender Geschäftsbeziehung oder aus Treu und Glauben ergeben. Dabei ist zu beachten, dass nicht jeder Umstand, der für den Käufer kaufentscheidend ist, vom Verkäufer zu offenbaren oder zu erläutern ist. Grundsätzlich ist der Käufer selbst verantwortlich, sich über verkehrswesentliche Eigenschaften zu informieren. Der BGH nimmt aber dann eine Aufklärungspflicht an, wenn es um Umstände geht, die für den Käufer offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung sind. Diese müssen ungefragt mitgeteilt werden (BGH NJW 2010, 3362). So müssen bei **Kfz-Kaufverträgen** Unfallschäden jedenfalls dann offenbart werden, wenn sie nicht lediglich Bagatellschäden darstellen. Ist danach ein Schaden offenbarungspflichtig, gehören zur Mitteilungspflicht Angaben zu Umfang des Schadens und Art der durchgeführten Reparatur.

Beispiel: Verkauft der Gebrauchtwagenhändler H dem sachunkundigen K ein einwandfrei aussehendes Fahrzeug und verschweigt, dass es sich um

einen wiederhergestellten Unfallwagen handelt, der – als solcher gekennzeichnet – tatsächlich nur einen (wesentlich) geringeren Preis einbringen würde, täuscht V über eine verkehrswesentliche Eigenschaft durch Unterlassung.

Auch beim Verkauf von **Immobilien** kommt es nicht selten zu Rechtsstreitigkeiten in Bezug auf den Umfang von (unterlassenen) Aufklärungspflichten. So sind erhebliche Feuchtigkeitsschäden, Feuchtigkeit in Wänden, Bestehen von Einsturzgefahr oder anderer gravierender Baumängel, Vorhandensein von asbesthaltigen Baustoffen, Bodenkontaminationen, Fehlen einer erforderlichen Wohn- bzw. Nutzungsgenehmigung etc. mitteilungs pflichtig.

Beispiel: Ficht die Käuferin einen Immobilienkaufvertrag wegen Feuchtigkeit im Sockelbereich des Wohngebäudes an und behauptet, die Feuchtigkeit habe ihre Ursache in einem zwar reparierten, aber verschwiegenen Wasserrohrbruch, muss zunächst geklärt werden, ob das Ausmaß des Wasserrohrbruchs und des damit verbundenen Wasserschadens am Gebäude einen Umfang erreicht hatte, dass diese Tatsache auch dann offenbarungspflichtig war, obwohl die Schäden beseitigt worden waren. Sodann muss ermittelt werden, ob der Verkäufer bzw. die Verkäuferin das Vorhandensein arglistig verschwiegen hat. Zum diesbezüglichen Beweisrecht vgl. sogleich.

Letztlich geht es bei der Täuschung durch Unterlassung um das Verschweigen versteckter Mängel, die die Bagatellgrenze überschreiten. Freilich ist die Bagatellgrenze nicht feststehend und sie richtet sich nach dem Umständen des Einzelfalls. Daher ist für die Praxis zu empfehlen, im Zweifel sämtliche Umstände auch ungefragt zu offenbaren, die für den Käufer für dessen Kaufentscheidung bedeutsam sein könnten, um späteren Anschuldigungen oder Behauptungen vorzubeugen.

Allen Täuschungsarten gemeinsam ist, dass der Täuschende **arglistig**, d.h. **vorsätzlich** gehandelt haben muss. Vorsätzlich und somit arglistig handelt, wer die Unrichtigkeit seiner Angaben zumindest für möglich

hält und billigend in Kauf nimmt, dass der Vertragspartner den entscheidenden Umstand nicht kennt, bei Kenntnis den Vertrag aber nicht oder zumindest nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte (vgl. nur BGH NJW 2015, 1669, 1670). Geht es um den praktisch wichtigen Fall der Täuschung durch Unterlassen, bspw. um die Frage, ob der Verkäufer einen offenbarungspflichtigen Umstand verschwiegen hat, ist Vorsatz auch dann zu bejahen, wenn der Verkäufer erkannt hat, dass der Käufer den Vertrag nicht oder nicht so geschlossen hätte, wenn er über den Umstand aufgeklärt worden wäre.

Beispiel: Verkauft jemand eine Gebrauchtimmoblie und verschweigt, dass das hinter der Holzvertäfelung befindliche Mauerwerk feucht ist, handelt er arglistig, wenn er erkennt, dass der Vertragspartner bei Kenntnis der Feuchtigkeit den Vertrag nicht oder zumindest nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte.

Allerdings entscheidet in der Praxis die **Beweislast**. Im Zivilprozessrecht gilt die (unausgesprochene) Grundregel, dass bei unklarer Sachlage jede Partei die Voraussetzungen der anspruchsbegründenden Rechtsnorm, auf die sie sich stützt, beweisen muss und somit das Risiko der Nichterweislichkeit einer Beweisbehauptung trägt (Beweislast, die im Rahmen des § 286 ZPO zu berücksichtigen ist; vgl. etwa BGH NJW 2012, 3774, 3775). Die Parteien sind insoweit für die Beschaffung der Beweismittel verantwortlich (Beibringungsgrundsatz). Insbesondere besteht grundsätzlich kein Auskunftsanspruch des Anspruchstellers gegen den Anspruchsgegner auf Darlegung der für ihn günstigen Umstände. Der Anspruchsteller muss sich die für den Prozesssieg erforderlichen Informationen grundsätzlich schon selbst beschaffen.

Freilich können die Beweislast und der Beibringungsgrundsatz dazu führen, dass die Wahrheitsfindung nicht immer gewährleistet ist und ein Anspruch, mag er auch tatsächlich bestehen, nicht zum Erfolg führt. Um diese Folge abzumildern, kennt das Gesetz Beweiserleichterungen, also Beweisregelungen, bei denen es zwar bei der Grundregel, wonach der Anspruchsteller das Vorhandensein der ihn begünstigenden Um-

stände beweisen muss, bleibt, jedoch das Beweismaß herabgesetzt ist. So heißt es in § 287 Abs. 1 S. 1 ZPO: „Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung.“ Ebenfalls eine Beweiserleichterung enthält § 294 ZPO (Glaubhaftmachung). Auch kann ausnahmsweise der Beklagte im Rahmen der Erklärungslast nach § 138 Abs. 2 ZPO verpflichtet sein, dem beweisbelasteten Kläger Informationen zu geben. Das ist der Fall, wenn eine Nichtpreisgabe entscheidungserheblicher Umstände eine Vereitelung grundrechtlich geschützter Rechtspositionen bedeutete. Denn nach der Rechtsprechung des BVerfG darf die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast den Schutz grundrechtlicher Gewährleistungen nicht leerlaufen lassen (BVerfG NJW 2000, 1483, 1484). Angesprochen ist damit die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte, die ja nicht nur Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat darstellen, sondern als objektive Wertordnung auch im Privatrechtsverhältnis wirken und damit auch im Zivilverfahrensrecht zu beachten sind. Kennt danach lediglich der Prozessgegner die wesentlichen Tatsachen, die über den Prozess entscheiden, und wäre die Vorenthaltung für den beweispflichtigen Kläger vor dem Hintergrund der mittelbaren Grundrechtsgeltung unzumutbar (d.h. bedeutete für ihn eine Grundrechtsvereitelung), kann § 138 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 242 BGB dazu führen, dass der Beklagte dem beweisbelasteten Kläger die erforderlichen Informationen verschaffen muss. Allerdings muss der Beweispflichtige, den die primäre Darlegungslast trifft, zumindest greifbare Anhaltspunkte dafür liefern, dass allein die andere Partei über prozessentscheidende Informationen verfüge und die Nichtverpflichtung zur Offenlegung für ihn (den Beweispflichtigen) eine unzumutbare Grundrechtsbeeinträchtigung darstellte (siehe BGH NJW 2012, 3774, 3775; BVerfG NJW 2000, 1483, 1484). Eine solche sekundäre Darlegungslast (also eine Darlegungslast des Anspruchsgegners) fußt mithin auf dem unterschiedlichen Informationsstand der Vertragsparteien und der mittelbaren Grundrechtsgeltung auch im Zivilprozess(recht).

Beispiel: Im Zuge eines anhängigen Rechtsstreits über die Anfechtung eines Immobilienkaufvertrags wegen eines angeblichen Wasserschadens im Wohngebäude macht die Klägerin geltend, das Ausmaß des Wasserschadens sei von der Beklagten im Rahmen der Vertragsverhandlungen bagatellisiert worden. Sie verlangt Herausgabe des seinerzeitigen Sachverständigengutachtens und der Reparaturrechnung, um ihre Ansprüche zu begründen.

⇒ *In diesem Fall kann es § 138 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 242 BGB i.V.m. der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte gebieten, dass sich die Beklagte zu den behaupteten Tatsachen erklärt und die Informationen preisgibt bzw. die Unterlagen offenlegt. Kommt die Beklagte danach ihrer sekundären Darlegungslast nach, trifft nunmehr die Klägerin die volle Darlegungs- und Beweislast für die Mängel und die fehlende Aufklärung. So hat der BGH entschieden: „Behauptet der Verkäufer, den Käufer vor Vertragsschluss über einen offenbarungspflichtigen Umstand aufgeklärt zu haben, muss der Käufer beweisen, dass die Aufklärung nicht erfolgt ist“ (BGH NJW 2014, 3296, 3297).*

Wichtig in Bezug auf die Anfechtung eines Kaufvertrags wegen arglistiger Täuschung ist, dass sie eine Alternative zur Sach- und Rechtsmängelhaftung gem. §§ 434 ff. BGB darstellt. Der arglistig getäuschte Käufer einer mangelhaften Sache hat die Wahl, den Vertrag nach § 123 BGB anzufechten oder die Rechte nach §§ 434 ff. BGB wahrzunehmen. Macht er aber von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch, ist zu beachten, dass er damit den Vertrag rückwirkend vernichtet (vgl. § 142 Abs. 1 BGB) und sich damit seiner Sach- und Rechtsmängelrechte aus §§ 434 ff. BGB begibt, weil diese gerade einen bestehenden Kaufvertrag voraussetzen. Möchte der getäuschte Käufer also lediglich den Kaufpreis mindern oder begehrt er Schadensersatz, möchte den Kaufvertrag im Übrigen aber gelten lassen, darf er nicht anfechten. Möchte er sich indes vom Vertrag lösen, kann er das durch Rücktritt oder durch Anfechtung. Hier muss er sich dann entscheiden, welches der beiden Rechte er ausüben möchte.

Rechte bei Sachmängeln – Abgrenzung zur Garantie und zur Anfechtung

- Die Anfechtung vernichtet den Vertrag rückwirkend (§ 142 Abs. 1 BGB), wohingegen der Rücktritt gem. §§ 346, 348 BGB zu einem Rückgewährschuldverhältnis führt.
- Die Rückabwicklung nach erfolgreicher Anfechtung erfolgt über §§ 812 ff. BGB, wohingegen sich das Rückgewährschuldverhältnis nach ausgeübtem Rücktrittsrecht nach §§ 346 ff. BGB richtet.
- Die Verjährungsfrist bei der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung richtet sich nach § 124 BGB, wohingegen sich die Verjährungsfrist des kaufrechtlichen Rücktritts wegen arglistigen Verschweigens eines Mangels nach § 438 Abs. 3 BGB richtet.

IV. Rechte bei Vorliegen eines Sachmangels

Ist die Sache mangelhaft, nennt § 437 BGB dem Käufer zustehende Rechte, soweit die jeweiligen Voraussetzungen vorliegen und sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt:

1. Der Käufer kann nach § 439 BGB **Nacherfüllung** (in den Varianten der Mangelbeseitigung und der Lieferung einer mangelfreien Sache – § 439 Abs. 1 BGB) verlangen.
2. Der Käufer kann nach den §§ 440, 323 und 326 Abs. 5 BGB **vom Vertrag zurücktreten** oder nach § 441 BGB **den Kaufpreis mindern**.
3. Der Käufer kann nach den §§ 440, 280, 281, 283 und 311a BGB **Schadensersatz** oder nach § 284 BGB **Ersatz vergeblicher Aufwendungen** verlangen.

1. Systematik der Mängelrechte

Die Aufzählung darf aber nicht insoweit verstanden werden, als seien die Rechte vom Käufer frei wählbar. Aus §§ 323 Abs. 1 i.V.m. 440 BGB ergibt sich vielmehr, dass der Käufer – jedenfalls im Grundsatz – zunächst dem Verkäufer Gelegenheit geben muss, nachzuerfüllen, bevor er den Kaufpreis mindern, vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz statt der Leistung fordern kann. Der Schadensersatz neben der Leistung ist hingegen stets denkbar und hängt nicht von einer (gescheiterten oder ausgeschlossenen) Nacherfüllung ab.

Die Gewährung der Möglichkeit zur Nacherfüllung ist kein Recht des Verkäufers, sondern eine Obliegenheit des Käufers. Erst wenn der Käufer dem Verkäufer (durch Fristsetzung, vgl. §§ 440 bzw. 323 Abs. 1 BGB) die Möglichkeit zur Nacherfüllung gewährt und der Verkäufer die Nacherfüllung verweigert oder wenn die Nacherfüllung fehlschlägt bzw. unzumutbar (vgl. §§ 439 Abs. 4, 440 BGB) bzw. unmöglich (§ 275 BGB) ist, kann der Käufer weitergehende Rechte (Rücktritt, Minderung, Schadensersatz statt der Leistung) geltend machen.

Daraus folgt: Das Recht der Nacherfüllung ist der zentrale Rechtsbehelf des Kaufrechts. Es gilt der Grundsatz: **Vorrang der Nacherfüllung vor den anderen Gewährleistungsrechten**. Lediglich, wenn weder die Beseitigung des Mangels noch die Lieferung einer (anderen) mangelfreien Sache in Betracht kommen (wegen Unmöglichkeit, § 275 Abs. 1 BGB), die Nachbesserung fehlschlägt, der Verkäufer die Nacherfüllung verweigert oder die Mangelbeseitigung für den Verkäufer unverhältnismäßig (vgl. § 439 Abs. 4 BGB) wäre, stehen dem Käufer das Recht der Minderung des Kaufpreises sowie der Rücktritt vom Vertrag und Schadensersatz (statt der Leistung) zu.

2. Recht auf Nacherfüllung

Wie ausgeführt, besteht das Recht auf Nacherfüllung aus zwei Varianten, der **Beseitigung des Mangels** und der **Lieferung einer mangelfreien Sache**, §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB. Der Käufer hat grundsätzlich ein Wahlrecht (vgl. § 439 Abs. 1 BGB: „...nach seiner Wahl“). Eine Beschränkung des Wahlrechts (etwa durch AGB) ist grds. unzulässig (vgl. § 309 Nr. 8 b) bb) BGB), weil anderenfalls die gesetzgeberische Entscheidung unterlaufen werden würde. Der Käufer kann also grds. frei wählen, ob er die Sache repariert haben möchte oder lieber eine mangelfreie Nachlieferung gegen Tausch seiner (defekten) Sache haben möchte. Hat sich der Käufer für eine Form der Nacherfüllung (Reparatur oder Ersatz) entschieden, kann der Verkäufer nur dann die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung ablehnen, wenn diese unmöglich ist oder nur mit unverhältnismäßig hohen Kosten zu leisten ist und angesichts der Interessen des Käufers sowie des Wertes der Kaufsache die andere Form der Nacherfüllung dem Käufer zumutbar ist (siehe § 439 Abs. 4 BGB).

Beispiel 1: Verlangt der Käufer einer Waschmaschine aufgrund eines Defekts die Lieferung einer neuen Maschine, kann der Verkäufer dies verweigern, wenn der Fehler etwa durch Ersetzen eines Bauteils behoben werden kann. Hier kann dann der Verkäufer auf Nachbesserung (Reparatur) bestehen.

Beispiel 2: Umgekehrt kann das Nachbesserungsverlangen unzumutbar sein, wenn eine Reparaturwerkstatt fehlt oder die Durchführung in einer externen Werkstatt für den Verkäufer eine wesentlich höhere Belastung darstellen würde. Hier kann dann der Verkäufer auf Nachlieferung (Ersatzlieferung) bestehen.

Bevor aber der Käufer den Verkäufer überhaupt zur Nacherfüllung auffordern kann, muss er ihm die Kaufsache zur Überprüfung der geltend gemachten Mängel am rechten Ort, d.h. am Erfüllungsort der Nacherfüllung, zur Verfügung stellen, damit der Verkäufer die Möglichkeit erhält, die Sache dahingehend zu untersuchen, ob der geltend gemachte Mangel tatsächlich besteht und ob dieser bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen hat (BGH NJW 2017, 2758, 2759 f.). Zudem soll der Verkäufer dadurch in die Lage versetzt werden, Art und Weise der Mangelbeseitigung zu prüfen und das weitere Vorgehen mit dem Käufer abzustimmen (BGH a.a.O.). Dementsprechend ist der Verkäufer grds. nicht verpflichtet, sich auf ein Nacherfüllungsverlangen des Käufers einzulassen, wenn dieser ihm nicht die Gelegenheit zu einer solchen Untersuchung der Kaufsache gegeben hat. Freilich kann der Käufer die Bereitschaft, die Sache zur Prüfung des geltend gemachten Sachmangels zur Verfügung zu stellen, mit seinem Nacherfüllungsverlangen verbinden (siehe dazu S. 155 ff.). Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH befindet sich der Erfüllungsort der Nacherfüllung (und damit der Ort zur Prüfung des geltend gemachten Mangels) – solange die Parteien nichts Abweichendes vereinbaren und keine besonderen Umstände vorliegen – am Wohn- bzw. Geschäftssitz des Schuldners (§ 269 Abs. 1 und 2 BGB), regelmäßig also am Wohn- bzw. Geschäftssitz des Verkäufers (BGH a.a.O.). Erfüllungsort ist der Ort, an dem die geschuldete Leistung (hier: die Nacherfüllung) zu erbringen ist (siehe auch unten S. 158 ff.).

Hinsichtlich der beiden Arten der Nacherfüllung (Beseitigung des Mangels oder Lieferung einer mangelfreien Sache, § 439 Abs. 1 BGB) gilt im Einzelnen:

a. Mangelbeseitigung, § 439 Abs. 1 Var. 1 BGB

aa. Mangelbeseitigung durch Nachbesserung

Mangelbeseitigung bedeutet Behebung des Mangels durch Nachbesserung bzw. **Reparatur**. Diese Art der Nacherfüllung kommt unabhängig davon, ob es sich um ein Einzelstück handelt oder um ein Produkt „von der Stange“, von dem noch andere Exemplare verfügbar wären, stets in Betracht.

Beispiel bei individualisiertem Gegenstand: K kauft das gebrauchte Notebook des V. Nach zwei Wochen ist die Festplatte defekt.

⇒ Hier kann K Nacherfüllung in Form von Nachbesserung (Reparatur) verlangen, §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Var. 1 BGB.

Beispiel: K kauft im Geschäft des V ein neues Notebook „von der Stange“. Nach zwei Wochen ist die Festplatte defekt.

⇒ Auch hier kann K Nacherfüllung in Form von Nachbesserung (Reparatur) verlangen, §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Var. 1 BGB.

Eine Nachbesserung ist aber ausgeschlossen, wenn diese unmöglich (§ 275 Abs. 1 BGB) oder für den Verkäufer unzumutbar (§ 439 Abs. 4 BGB) wäre (siehe dazu S. 177 ff.). In diesem Fall kommt lediglich die andere Variante der Nacherfüllung, die Nachlieferung, in Betracht. Sollte auch diese (aus den gleichen Gründen) ausscheiden, sind die Rechte aus § 437 Nr. 2 und 3 BGB möglich.

bb. Anspruch auf Neu- bzw. Originalteile?

Klar ist, dass die Kosten der Mangelbeseitigung einschließlich der Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten vom Verkäufer zu tragen sind, § 439 Abs. 2 BGB. Fraglich ist aber, ob der Käufer einen Anspruch darauf hat, dass der Verkäufer bei der Instandsetzung Original-Neuteile verwendet, oder ob der Verkäufer (auch) Neuteile des Sekundärmarktes („Nachbauten“) oder gar (general-)überholte Teile oder Gebrauchtteile (gebrauchte Originalteile oder gebrauchte Teile des Sekundärmarktes) verwenden darf. Es ist nach der maßgeblichen

Käufererwartung unter Zugrundelegung des ursprünglichen Rechtsgeschäfts zu unterscheiden: Handelte es sich bei dem gekauften Gegenstand um eine Neusache und tritt der Mangel kurze Zeit nach der Übergabe auf, wird man davon ausgehen dürfen, dass der Käufer einen Anspruch auf Einbau neuer Originalteile hat. Weist die Sache aber mittlerweile Verschleißerscheinungen auf oder handelte es sich bei dem Kaufgegenstand gar um eine gebrauchte Sache, kann der Käufer nicht ernsthaft erwarten, dass der Verkäufer neue Originalteile verwendet (siehe dazu OLG Celle NJW 2013, 2203, 2205). Das gilt auch bei einem Verbrauchsgüterkauf, da weder die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG noch die §§ 474 ff. BGB die Verwendung neuer Originalteile vorschreiben. Handelt es sich bei dem defekten Gegenstand also um eine mittlerweile abgenutzte Sache oder gar von vornherein um eine gebrauchte Sache, darf der Verkäufer Teile des Sekundärmarktes oder auch gebrauchte Ersatzteile (Originalteile oder solche des Sekundärmarktes) verwenden. Die verbauten Teile müssen aber selbstverständlich funktionstüchtig sein und den Erwartungen eines Durchschnittskäufers entsprechen, d.h., der Käufer darf keinen Nachteil haben.

cc. Herausgabe der Altteile

Zwar nicht im Gesetz geregelt, aber selbsterklärllich ist, dass der Verkäufer bei Einbau von Ersatzteilen die Überlassung (Übereignung und Übergabe) der ausgebauten defekten Teile beanspruchen kann. § 439 Abs. 6 S. 1 i.V.m. § 346 Abs.1 BGB sind in diesem Fall analog anzuwenden (Faust, in: BeckOK, § 439 BGB Rn. 21 mit Verweis auf Höpfner, in: BeckOGK, § 439 BGB Rn. 116).

dd. Ausgleich bei Werterhöhung?

Daran schließt sich die Frage an, ob der Verkäufer, der den Mangel etwa durch Einbau von Neuteilen behebt, vom Käufer einen Ausgleich dafür verlangen kann, dass er aufgrund der Verwendung von Neuteilen den Wert der Sache erhöht hat. Es ist wiederum zu unterscheiden: War Gegenstand des Kaufs eine neue Sache und trat der Defekt bereits

nach kurzer Zeit auf, kann der Käufer die Verwendung von Neuteilen erwarten (s.o.). Eine (signifikante) Werterhöhung ist in diesem Fall nicht gegeben. Handelt es sich bei dem defekten Gegenstand aber um eine Gebrauchsache und hat der Verkäufer Neuteile verwendet, könnte dieser in der Tat einen Ausgleichsanspruch für die damit verbundene Wertsteigerung haben. Das ist jedoch abzulehnen, da der Verkäufer ja nicht verpflichtet ist, Neuteile in Gebrauchsachen einzubauen. Zudem widerliefe die gegenteilige Annahme dem Grundsatz der Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung. Die Nacherfüllung (wie sie Art. 3 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG vorsieht und wie sie in § 439 Abs. 2 BGB ihren Niederschlag gefunden hat) soll vom Verbraucher unentgeltlich verlangt werden können. Verbaut also der Verkäufer neuere oder höherwertige Austauschteile als geschuldet, geschieht dies auf sein Risiko. Einen Ausgleichsanspruch hat er nicht, auch nicht nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen, die an sich wegen § 947 BGB über die Verweisung in § 951 BGB in Betracht kommen. Zum einen darf nicht die Wertung des Art. 3 der RL 1999/44/EG und des § 439 Abs. 2 BGB unterlaufen werden und zum anderen würden ohnehin die Grundsätze der „aufgedrängten Bereicherung“ greifen, wonach ein bereicherungsrechtlicher Ausgleichsanspruch ausscheidet, wenn jemandem die Bereicherung aufgedrängt wird.

b. Lieferung einer mangelfreien Sache

Alternativ zur Mangelbeseitigung nennt § 439 Abs. 1 Var. 2 BGB „die Lieferung einer mangelfreien Sache“. Das bedeutet, dass der Verkäufer eine andere, mangelfreie und damit vertragsgemäße Sache liefern muss („**Ersatzlieferung**“). Ob das stets möglich ist bzw. verlangt werden kann, kann davon abhängen, ob ein Gattungskauf oder ein Stückkauf vorliegt: Diese Begrifflichkeit hat ihren Ursprung im allgemeinen Schuldrecht, wo zwischen Gattungsschuld und Stückschuld unterschieden wird, weshalb zunächst die Regelungen des allgemeinen Schuldrechts erläutert werden sollen. Darauf aufbauend erschließt sich die Situation nach Übergabe der Sache ohne weiteres.

aa. Gattungsschuld versus Stückschuld

a.) Rechtslage vor Übergabe der Sache

Nach allgemeinem Schuldrecht kommt bei einer sog. **Gattungsschuld** die Variante der (Ersatz-)Lieferung einer mangelfreien Sache stets in Betracht. Eine Gattungsschuld liegt vor, wenn die geschuldete Leistung nur nach generellen, also allgemeinen Merkmalen (Typ, Sorte, Gewicht, Farbe, Herkunft, Jahrgang) bestimmt ist. Geschuldet ist gem. § 243 Abs. 1 BGB eine Sache „mittlerer Art und Güte“, d.h. eine Sache von Durchschnittsqualität. Hier ist (Ersatz-)Lieferung (d.h. Lieferung einer mangelfreien Sache) i.d.R. so lange möglich, bis die Gattung erschöpft ist. Den Verkäufer trifft insoweit eine Beschaffungspflicht, d.h., er muss bis zur Grenze der Unverhältnismäßigkeit (§ 275 Abs. 2 BGB) nötigenfalls eine erfüllungstaugliche Sache am Markt beschaffen. Ist das Schuldverhältnis auf den Vorrat des Schuldners begrenzt, beschränkt sich das Recht auf Nacherfüllung auf diesen Vorrat.

Beispiel: K bestellt im Geschäft des V ein neues Fernsehgerät. Noch vor Lieferung stellt sich heraus, dass das Gerät defekt ist.

⇒ Hier kann K grds. (Ersatz-)Lieferung (Lieferung eines anderen Geräts) verlangen, sofern das Modell noch lieferbar ist. Lediglich, wenn dies nicht der Fall oder die Beschaffung für V unzumutbar sein sollte, wird V hinsichtlich der Erfüllungspflicht frei (§ 275 Abs. 1, Abs. 2 BGB). Das „Freiwerden von der Leistungspflicht“ bedeutet aber nicht, dass V keine Verantwortung übernehmen müsste. Bei Verschulden (vgl. § 276 BGB) ist er gem. § 275 Abs. 4 BGB, der auf §§ 280, 283-285, 311a und 326 BGB verweist, zum Schadensersatz verpflichtet. Auch ist der sofortige Rücktritt durch K möglich (§§ 275 Abs. 4 i.V.m. 326 Abs. 5 BGB).

Da aber aus der Gattung nur ein bestimmter Gegenstand geleistet werden soll oder mehrere bestimmte Gegenstände geleistet werden sollen, konkretisiert sich gem. § 243 Abs. 2 BGB die Schuld vor der eigentlichen Erfüllung. Die anfängliche Gattungsschuld wirkt (juristisch) durch Konkretisierung wie eine Stückschuld (sog. **konkretisierte Gattungsschuld**). Das ist gem. § 243 Abs. 2 BGB der Fall, wenn der

Schuldner das „zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche getan hat.“ Ob das anzunehmen ist, hängt von der Art des Schuldverhältnisses ab. Vereinbaren die Parteien, dass der Schuldner die Leistungshandlung an seinem Ort vornehmen und der Gläubiger die Leistung dort entgegennehmen muss (sog. Holschuld), ist Mindestvoraussetzung für eine Konkretisierung, dass der Schuldner aus der Gattung eine Sache „mittlerer Art und Güte“ (§ 243 Abs. 1 BGB) auswählt, aussondert und zur Abholung bereitstellt. Regelmäßig muss der Schuldner den Gläubiger auch auffordern (siehe § 295 S. 2 BGB), die bereitgestellte Sache abzuholen. Es wäre aber nicht interessengerecht, allein in der Mitteilung bzw. Aufforderung eine Konkretisierung i.S.d. § 243 Abs. 2 BGB zu sehen. Überzeugend erscheint vielmehr, die Konkretisierung erst mit Ablauf einer angemessenen Zeit nach der Mitteilung bzw. Aufforderung anzunehmen (arg. § 296 S. 2 BGB). Dem steht der Fall gleich, dass eine Abholzeit vereinbart wurde und der Gläubiger diese verstreichen lässt (arg. § 296 S. 1 BGB). Dann treten Annahmeverzug und Konkretisierung mit Verstreichenlassen des Termins ein. Der Schuldner muss dann keine andere Sache mehr liefern.

Beispiel: V hat dem K ein neues Notebook (Serienprodukt) verkauft, das K am nächsten Tag bis 12 Uhr abholen soll. V entnimmt ein Exemplar aus dem Lager und legt es auf ein Regal im Laden. Kurz bevor K bei V um 11.45 Uhr eintrifft, rammt V das Regal, woraufhin das Notebook herunterfällt und beschädigt wird. Kann K die Lieferung eines anderen, baugleichen Notebooks verlangen? Variante: K trifft erst gegen 12.15 Uhr ein und das Notebook wurde gegen 12.10 Uhr von V beschädigt.

⇒ *Der Anspruch auf Lieferung eines anderen, baugleichen Notebooks könnte sich aus § 433 Abs. 1 BGB ergeben. Ein wirksamer Kaufvertrag liegt vor. Jedoch könnte das Schuldverhältnis durch Bewirkung gem. § 362 I BGB erloschen sein. Das setzt voraus, dass V den Leistungserfolg herbeigeführt hat. Beim Kauf einer beweglichen Sache besteht der Leistungserfolg in der Übereignung und Übergabe einer erfüllungstauglichen Sache (siehe § 929 S. 1 BGB). Hätte also V ein erfüllungstaugliches Notebook übergeben und übereignet, wäre Erfüllung eingetreten. Doch dazu ist es vorliegend nicht gekommen.*

Fraglich ist, ob die Lieferung eines anderen, baugleichen Notebooks geschuldet ist. Handelte es sich bei dem geschuldeten Gegenstand um eine Stückschuld (hier: Stückkauf), hätte sich das Schuldverhältnis von vornherein auf das betreffende Notebook beschränkt; V bräuchte dann kein anderes, baugleiches Notebook zu liefern. Jedoch liegt beim Kauf einer vertretbaren Sache wie einem Serien-Notebook ein Gattungskauf vor. Bei einem Gattungskauf besteht eine Erfüllungspflicht grds. so lange, wie erfüllungstaugliche Exemplare existieren; ggf. muss der Schuldner am Markt verfügbare Exemplare der Gattung beschaffen (sog. Beschaffungsschuld). Jedoch besteht eine solche Verpflichtung nicht, wenn der Schuldner „das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche getan“ hat. In diesem Fall beschränkt sich das Schuldverhältnis auf „diese“ Sache (§ 243 Abs. 2 BGB) und die anfängliche Gattungsschuld wirkt (juristisch) durch die Konkretisierung wie eine Stückschuld (sog. konkretisierte Gattungsschuld).

Ist die Abholung der Sache beim Schuldner vereinbart, ist Minimalvoraussetzung für eine Konkretisierung gem. § 243 Abs. 2 BGB, dass der Schuldner aus der Gattung eine Sache „mittlerer Art und Güte“ (§ 243 Abs. 1 BGB) auswählt, aussondert und zur Abholung bereitstellt, wobei es (gerade bei modernen Industrieprodukten) zutreffender wäre, von „Auswahl und Aussonderung einer erfüllungstauglichen Sache aus der Gattung“ zu sprechen. Ob zur Konkretisierung gem. § 243 Abs. 2 BGB weitere Voraussetzungen erforderlich sind, hängt von der konkreten Parteivereinbarung ab. Besteht diese darin, dass der Schuldner den Gläubiger über die Abholbereitschaft informiert, muss der Schuldner den Gläubiger auch auffordern (siehe § 295 S. 2 BGB), die bereitgestellte Sache abzuholen. An einer solchen Aufforderung fehlte es vorliegend jedoch; V hat K nicht aufgefordert, das Notebook abzuholen. Jedoch tritt Konkretisierung auch ein, wenn eine Abholzeit vereinbart wurde und der Gläubiger diese verstreichen lässt (arg. § 296 S. 1 BGB). Dann treten Annahmeverzug und Konkretisierung mit Verstreichenlassen des Termins ein.

Für den vorliegenden Fall bedeutet das: Allein dadurch, dass V und K eine feste Abholzeit vereinbart haben und V ein Notebook ausgesondert und zur Abholung bereitgestellt hat, traten noch kein Annahmeverzug und damit keine Konkretisierung i.S.v. § 243 Abs. 2 BGB ein. Erforderlich wäre ein Verstreichenlassen des vereinbarten Zeitpunkts gewesen. Bis zu diesem

Zeitpunkt trägt der Schuldner die Leistungsgefahr. Im Ausgangsfall hat K also einen Anspruch auf Lieferung eines anderen, baugleichen Notebooks gem. § 433 Abs. 1 BGB.

In der Variante befand sich K aber aufgrund der Verspätung in Annahmeverzug, der eine Konkretisierung i.S.d. § 243 Abs. 2 BGB auslöst. Demzufolge hat K in der Variante keinen Anspruch auf Lieferung eines anderen, baugleichen Notebooks, wäre wegen § 326 Abs. 2 S. 1 Var. 2 BGB aber gleichwohl zur Kaufpreiszahlung verpflichtet. Ob K dann aber wenigstens einen Anspruch auf Schadensersatz hat (§§ 275 Abs. 1, 4, 280 Abs. 1, 3, 283 BGB), hängt davon ab, ob V vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat oder nicht (§ 300 Abs. 1 BGB).

Bei einer sog. **Stückschuld (Speziesschuld)** hingegen, d.h. bei einem Schuldverhältnis, bei dem die geschuldete Sache nach individuellen Merkmalen konkret bestimmt (und daher nicht austauschbar) ist, ist der Erfüllungsanspruch im Ausgangspunkt der Systematik auf die konkrete Sache begrenzt. Typische Fälle einer Stückschuld sind der Kauf von neuen Einzelstücken und von allen gebrauchten Sachen, da hier die Individualität im Vordergrund steht. Ein Anspruch auf Lieferung einer Ersatzsache kommt grds. nicht in Betracht, weil sich die Verbindlichkeit des Schuldners i.d.R. gerade auf diesen individualisierten Gegenstand beschränkt. Geht dieser unter, tritt nach den Regeln des allgemeinen Schuldrechts grds. Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) ein mit der Folge, dass der Schuldner frei wird von seiner Leistungsverpflichtung. Eine Ersatzlieferung scheidet damit grds. aus.

Beispiel: K kauft im Geschäft des V ein 3 Jahre altes Fernsehgerät. Die Parteien vereinbaren, dass das Gerät vor der Übergabe, die für den nächsten Tag vereinbart wurde, noch eine Durchsicht erhält. Doch während der Durchsicht erleidet das Gerät infolge eines Kurzschlusses einen Totalschaden.

⇒ Hier kann K grds. keine (Ersatz-)Lieferung (Lieferung eines anderen Geräts) verlangen, weil sich bei gebrauchten – und damit individualisierten – Sachen das Schuldverhältnis i.d.R. auf die konkrete Sache bezieht. Etwas anderes wird man nur bei sehr jungen, wenig gebrauchten Sachen

annehmen können, bei denen der Individualisierungsgrad noch nicht so weit fortgeschritten ist. Bei einem 3 Jahre alten Fernseher wird man aber einen Vertrag annehmen müssen, bei dem das Recht des Stückkaufs gilt.

V ist daher wegen Unmöglichkeit von der Erfüllungspflicht frei (§ 275 Abs. 1 BGB). Das „Freiwerden von der Leistungspflicht“ bedeutet aber nicht, dass V von jeglicher Verantwortung frei wäre. Bei Verschulden (vgl. § 276 BGB) ist er gem. § 275 Abs. 4 BGB, der auf §§ 280, 283-285, 311a und 326 BGB verweist, zum Schadensersatz verpflichtet. Auch ist der sofortige Rücktritt durch K möglich (§§ 275 Abs. 4 i.V.m. 326 Abs. 5 BGB).

b.) Rechtslage nach Übergabe der Sache

Anders stellt sich die Rechtslage dar, wenn die Sache (in Erfüllung eines Kaufvertrags) übergeben worden ist. Denn § 439 Abs. 1 BGB unterscheidet offenbar nicht zwischen Stückkauf und Gattungskauf, womit bei beiden Arten bei einem Sachmangel Nacherfüllung in den Varianten der Mangelbeseitigung und der Lieferung einer mangelfreien Sache denkbar erscheint. Dennoch kann eine Nachlieferung ausgeschlossen sein. Es ist zu unterscheiden:

aa.) Nachlieferung bei Gattungskauf

Bei einem Gattungskauf ist Nachlieferung ohne weiteres denkbar. Denn dadurch, dass die geschuldete Leistung nur nach generellen, also allgemeinen, aber bestimmbar Merkmalen (Typ, Sorte, Gewicht, Farbe, Herkunft, Jahrgang) vereinbart ist, steht der Nachlieferung einer gleichen Sache grundsätzlich nichts entgegen. § 439 Abs. 1 BGB ist darauf ausgelegt.

Beispiel: Gekauft wird eine Flasche 2016er Bordeaux. Der Wein ist korkig.

⇒ Hier kann der Käufer Nacherfüllung in Form von Ersatzlieferung verlangen, und zwar so lange, wie Lieferung aus der Gattung möglich und dem Verkäufer zumutbar (keine „Unverhältnismäßigkeit“, § 439 Abs. 4 BGB) ist.

bb.) Nachlieferung auch bei Stückkauf?

Wie auf S. 132 ausgeführt, ist sowohl beim Gattungskauf als auch beim Stückkauf Nachbesserung prinzipiell möglich, da es um Reparatur der konkreten Sache geht, und es somit keinen Unterschied macht, ob die Sache ersetzbar wäre. Ist Nachbesserung aber ausgeschlossen, was insbesondere bei unbehebbareren Mängeln der Fall ist (etwa im Fall eines geschuldeten unfallfreien Wagens, aber tatsächlich gelieferten Unfallwagens), tritt an sich Unmöglichkeit i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB ein: Eine Nachbesserung kommt nicht in Betracht, da ein unbehebbarer Mangel vorliegt (man kann aus einem Unfallwagen niemals einen unfallfreien Wagen machen), und eine Nachlieferung scheidet wegen des Charakters des Schuldverhältnisses als Stückkauf an sich ebenfalls aus.

Beispiel: K kauft beim Gebrauchtwagenhändler V ein 3 Jahre altes Fahrzeug. Ein paar Tage nach der Übergabe stellt sich heraus, dass es sich um einen wiederhergestellten Unfallwagen handelt.

⇒ Hier kann K grds. keine (Ersatz-)Lieferung (Lieferung eines anderen Wagens) verlangen, weil sich bei gebrauchten – und damit individualisierten – Sachen das Schuldverhältnis i.d.R. auf die konkrete Sache bezieht. Etwas anderes wird man nur bei sehr jungen, wenig gebrauchten Sachen annehmen können, bei denen der Individualisierungsgrad noch nicht so weit fortgeschritten ist. Bei einem 3 Jahre alten Kfz wird man aber einen Vertrag annehmen müssen, bei dem das Recht des Stückkaufs gilt.

V ist demzufolge wegen Unmöglichkeit von der Erfüllungspflicht frei (§ 275 Abs. 1 BGB). Das „Freiwerden von der Leistungspflicht“ bedeutet aber nicht, dass V von jeglicher Verantwortung frei wäre. Bei Verschulden (vgl. § 276 BGB) ist er gem. § 275 Abs. 4 BGB, der auf §§ 280, 283-285, 311a und 326 BGB verweist, zum Schadensersatz verpflichtet. Auch ist der sofortige Rücktritt durch K möglich (§§ 275 Abs. 4 i.V.m. 326 Abs. 5 BGB).

Jedoch ist im Kaufrecht auch bei einem Stückkauf Nachlieferung nicht von vornherein ausgeschlossen. Kann der Verkäufer eine vergleichbare (d.h. gleichartige und gleichwertige) Sache beschaffen bzw. liefern, ist

nach Auffassung des BGH von Erfüllungstauglichkeit der Ersatzsache auszugehen, wenn dies dem durch Auslegung zu ermittelnden (objektivierten) Willen (§§ 133, 157 BGB) der Vertragsparteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses entspricht (BGHZ 168, 64, 71 ff. unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien zur Schuldrechtsreform 2002 BT-Drs. 14/6040, S. 232). Bei Gebrauchtwagen z.B. dürften maßgebliche Kriterien Alter, Farbe, Ausstattung, Zustand, Laufleistung, Anzahl der Vorhalter, bisherige Einsatzbedingungen etc. sein. Ist danach von einer Nacherfüllungstauglichkeit auszugehen und kann der Verkäufer nachliefern, tritt keine Unmöglichkeit ein.

Beispiel: K hat Interesse an einem Notebook. Im Laden des V entdeckt er 10 Exemplare desselben Typs, die über eine identische Ausstattung verfügen und alle eine Laufleistung von ca. 50 Betriebsstunden aufweisen. Auch anhand des Zustands des Gehäuses ist kein Unterschied feststellbar. Einzig anhand der Seriennummer lässt sich sicher eine Unterscheidung treffen. V erklärt, dass es sich um Messegeräte handele, die für die Dauer von einer Woche auf einer Fachmesse ausgestellt gewesen seien. K kauft eines dieser Geräte. Zu Hause stellt K fest, dass das Notebook keine externen Geräte ansteuert, was an einer defekten Hauptplatine („Motherboard“) liegt, die zu einer Überspannung verschiedener Peripherie-Geräte geführt hat. Er beanstandet das Notebook bei V und möchte den Rücktritt erklären. Doch V meint, er könne und wolle mit einem der anderen Notebooks nacherfüllen. K lehnt dies ab und besteht auf Rücktritt (§§ 437 Nr. 2 Var. 1, 275 Abs. 1, 326 Abs. 5, 346 ff. BGB).

⇒ Ein Sachmangel besteht: Die tatsächliche Beschaffenheit (defektes Notebook) weicht von der vereinbarten (einwandfreies Notebook) ab i.S.d. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB (Anm.: Man könnte auch auf § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 oder gar auf § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB abstellen). K stehen daher Mängelrechte nach § 437 BGB zu. Er begehrt Rücktritt. Wegen § 323 Abs. 1 BGB hätte er aber möglicherweise zunächst Nacherfüllung (i.S.d. § 439 Abs. 1 BGB) verlangen müssen. Nacherfüllung in Form der Nachbesserung scheidet aus, wenn V sich auf Unverhältnismäßigkeit (§ 439 Abs. 4 BGB) beruft. Möglicherweise kommt dann aber Nachlieferung in Betracht. Während dies bei einer Gattungsschuld ohne weiteres denkbar ist, be-

stehen nach der Systematik jedenfalls des allgemeinen Schuldrechts bei einer Stückschuld konstruktive Schwierigkeiten, da sich eine Stückschuld ja gerade dadurch kennzeichnet, dass nur der zum Vertragsschluss individualisierte Gegenstand geschuldet ist.

Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine Stückschuld, da es um ein Gebrauchtgerät geht. Jedoch ist auch bei einer Stückschuld Nachlieferung i.S.d. § 439 Abs. 1 BGB nicht von vornherein ausgeschlossen. Kann der Verkäufer eine vergleichbare (d.h. funktionell gleichartige und gleichwertige) Sache beschaffen bzw. liefern, ist nach Auffassung des BGH von Erfüllungstauglichkeit der Ersatzsache auszugehen, wenn dies dem durch Auslegung zu ermittelnden (objektivierten) Willen (§§ 133, 157 BGB) der Vertragsparteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses entspricht (BGHZ 168, 64, 71 ff. unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien zur Schuldrechtsreform 2002 BT-Drs. 14/6040, S. 232). Die Lieferung eines anderen – funktionell und vertragsmäßig gleichwertigen – Gegenstands sei nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil es sich um einen Stückkauf handele (BGHZ 168, 64, 71 ff.). Bei Notebooks dürften maßgebliche Kriterien Alter, Zustand, Betriebsstundenzahl, bisherige Einsatzbedingungen etc. sein.

Unter Zugrundelegung dieses Standpunkts kann V tatsächlich mit einer gleichartigen und gleichwertigen Ersatzsache nacherfüllen, da es sich um sehr junge Notebooks handelt, die sich – abgesehen von der Seriennummer – nicht oder nicht nennenswert voneinander unterscheiden. K hätte in diesem Fall kein durchgreifendes Argument, ein völlig gleichwertiges Gerät abzulehnen.

Eindeutig dürfe es jedenfalls sein, wenn der Individualisierungsrad fortgeschritten ist. Dann kann eine Ersetzbarkeit i.d.R. nicht mehr angenommen werden, wenn sich nichts anderes aus der Parteivereinbarung ergibt. Eine nicht gegebene Ersetzbarkeit ist insbesondere bei behebbaren Mängeln anzunehmen.

Beispiel: K kauft von V dessen 5 Jahre alten Wagen. Zwei Monate nach der Übergabe ist das Getriebe defekt.

⇒ Hier kann K keine Nachlieferung verlangen, weil sich die Verbindlichkeit

des V auf diesen konkreten Wagen bezog. V ist von seiner Nachlieferungspflicht befreit, § 275 Abs. 1 BGB. Zur möglichen Nachbesserung (Reparatur, vgl. soeben; zur Minderung des Kaufpreises, zum Rücktritt und zur Schadensersatzpflicht vgl. sogleich.

cc.) Bei Neukauf Ersatzsache nicht mehr beschaffbar

Beim Kauf einer **neuen Sache** stellt sich die Frage, ob ein Fall der **Unmöglichkeit** besteht, wenn der Käufer Nachlieferung begehrt, eine neue Sache gleicher Art aber **nicht mehr beschaffbar** ist, etwa, weil die Produktion zwischenzeitlich eingestellt wurde oder nunmehr ausschließlich ein (verändertes) Nachfolgemodell auf dem Markt ist. Richtigerweise wird man eine Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB annehmen müssen, weil sich die Vereinbarung auf das damalige Modell bezog und nicht auf das (veränderte) Nachfolgemodell.

Fazit: Letztlich wird aus diesen Ausführungen deutlich, dass die nach allgemeinem Schuldrecht vorgenommene **Unterscheidung zwischen Gattungskauf und Stückkauf** beim kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruch jedenfalls dann **kaum Bedeutung** hat, wenn eine vergleichbare (d.h. gleichartige und gleichwertige) Sache beschaffbar ist. Das entspricht der Rechtsprechung des BGH und dem Willen des Gesetzgebers. Dann besteht auch beim Stückkauf grundsätzlich eine Nachlieferungspflicht des Verkäufers bzw. eine Pflicht des Käufers zur Annahme der angebotenen Ersatzsache. Freilich muss für den Fall der Ersatzlieferung der Käufer den mangelhaften Gegenstand zurückgeben, § 439 Abs. 6 S. 1 BGB i.V.m. §§ 346-348 BGB, wobei wegen § 439 Abs. 6 S. 2 BGB der Verkäufer die Kosten der Rückgabe trägt. Zur Frage, ob der Verkäufer Ersatz für die Nutzung des ursprünglichen Gegenstands bzw. einen Ausgleich für den mit der Neulieferung der Sache verbundenen Vorteil verlangen kann, siehe S. 145 f.

dd.) Recht auf Nachlieferung einer neuen Sache?

Käufer stellen im Rahmen ihres Nachlieferungsanspruchs oft die Frage, ob sie die Lieferung einer neuen Sache verlangen können oder die

Lieferung einer gebrauchten Sache zu akzeptieren haben, deren Erhaltungszustand dem der ursprünglich gelieferten Sache im Zeitpunkt von deren Rückgabe entspricht. Gegen das Recht auf Lieferung einer Neusache spricht, dass Käufer in diesem Fall jedenfalls dann zu Unrecht bereichert wären, wenn sie die bisherige Sache bereits ausgiebig genutzt (und verschlissen) haben. Dann erscheint es in der Tat unbillig, wenn Käufer jetzt zum „Nulltarif“ eine neue Sache erhalten. Das Problem spitzt sich zu, wenn es beim Hersteller zwischenzeitlich eine Produktüberarbeitung oder einen Modellwechsel gegeben hat und der Verkäufer nicht mehr über eine neue Sache der bisherigen Generation verfügt. Das Gesetz enthält keine eindeutige Aussage, sondern spricht lediglich von „Lieferung einer mangelfreien Sache“ in § 439 Abs. 1 Var. 2 BGB und regelt für den Fall der Ersatzlieferung die Herausgabe des ursprünglichen Gegenstands an den Verkäufer (siehe § 439 Abs. 6 S. 1 BGB i.V.m. §§ 346 Abs. 1 BGB). Die Rechtsprechung steht auf dem Standpunkt, dass Käufer die Lieferung einer nagelneuen Sache verlangen können, wenn von Anfang an ein neues Produkt geschuldet war, und zwar auch dann, wenn die ursprüngliche (nunmehr defekte) Sache zwischenzeitlich ausgiebig genutzt (und verschlissen) wurde. Das wirft dann aber die Frage auf, ob der Verkäufer einen Wertersatz/eine Entschädigung für die bisherige Nutzung des zurückgegebenen Gegenstands verlangen kann.

ee.) Nutzungsersatz?

Kann der Käufer im Rahmen des Nachlieferungsanspruchs die Lieferung einer neuen Sache verlangen (Zug um Zug gegen Herausgabe der mangelhaften Sache), stellt sich – wie aufgezeigt – die Frage, ob der Käufer einen Wertersatz/eine Entschädigung für die bisherige Nutzung des zurückgegebenen Gegenstands leisten muss. Läge ein Rücktritt vor, wäre dies gem. § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB anzunehmen. Denn danach sind bspw. **ersparte Aufwendungen** zu ersetzen (dazu S. 195 f.), was z.B. beim Fahrzeugkauf im Ergebnis die Zahlung eines „Nutzungsentgeltes“ für die gefahrenen Kilometer mit sich bringt (dazu ebenfalls S. 195). Im vorliegenden Zusammenhang geht es jedoch um

Nacherfüllung, nicht um Rücktritt. Gleichwohl könnte für den Fall der Nachlieferung der bereits genannte § 439 Abs. 6 S. 1 BGB, der auf die Regelungen zum Rücktritt (§§ 346-348 BGB) verweist, eine Antwort geben. Denn gem. § 346 Abs. 2 BGB sind vom Begriff des Wertersatzes auch Gebrauchsvorteile, d.h. eine Nutzungsentschädigung (**Nutzungsersatz**) umfasst.

Beispiel: Gekauft wurde zum Preis von 10.000 € ein 4 Jahre alter Pkw mit einer Laufleistung von 80.000 km. 5 Monate nach der Übergabe und nach gefahrenen 10.000 km treten große Schaltprobleme am Doppelkupplungsgetriebe auf. K macht gegenüber V den Mangel geltend und verlangt „Behebung des Problems“. V räumt ein, dass ein Sachmangel vorliegt, und baut ein Austauschgetriebe ein, da eine Reparatur des ursprünglichen Getriebes unverhältnismäßig wäre. Da das Austauschgetriebe jedoch generalüberholt ist und keine Laufleistung aufweist, verlangt V von K einen Ausgleich für die mit dem ursprünglichen Getriebe gefahrenen 10.000 km (Nutzungsersatz) i.H.v. 300 € sowie einen Ausgleich für die mit dem Einbau des Austauschgetriebes verbundene Wertsteigerung des Fahrzeugs i.H.v. 500 €.

⇒ Hinsichtlich des ursprünglichen Getriebes stellt § 439 Abs. 6 S. 1 BGB infolge der Verweisung auf §§ 346-348 BGB zunächst klar, dass K dem V dieses, wie das beim Rücktritt der Fall wäre, überlassen muss („Tausch alt gegen neu“). Das beantwortet aber noch nicht die Frage, ob V auch einen Wertausgleich für die bisherigen Gebrauchsvorteile (Nutzungsersatz) verlangen kann. Das wird man grundsätzlich annehmen müssen: Denn aufgrund der Verweisung in § 439 Abs. 6 S. 1 BGB auf §§ 346-348 BGB gilt auch § 346 Abs. 2 BGB, der wiederum von „Wertesatz“ spricht. Zwar bleibt gem. § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Halbs. 2 BGB die durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstandene Verschlechterung von der Wertersatzpflicht ausgenommen. Das gilt jedoch nicht für gezogene Nutzungen, die Gebrauchsvorteile. Danach müsste K in der Tat einen Ausgleich für die Nutzung des ursprünglichen Getriebes leisten. Denn er hat ja den Wagen (und damit das Getriebe) genutzt.

ABER: Sollte es sich um einen **Verbrauchsgüterkauf** (V = Unternehmer; K = Verbraucher, siehe § 474 Abs. 1 S. 1 BGB) handeln, gilt die Verpflichtung zum Nutzungsersatz nicht. Das ergibt sich aus dem Grundsatz der Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung, der sich auf beide Varianten der Nacherfüllung erstreckt, siehe Art. 14 Abs. 1 lit. a) WKRL (2019 (EU)/771), wonach der Verbraucher auch unentgeltliche Ersatzlieferung verlangen kann, sodass auch gezogene Nutzungen erfasst sind. Danach sind Nutzungen nicht herauszugeben oder durch ihren Wert zu ersetzen. Der deutsche Gesetzgeber hat dies ebenso geregelt. Denn nach § 475 Abs. 3 S. 1 BGB sind „Nutzungen nicht herauszugeben oder durch ihren Wert zu ersetzen“. Da jedoch sowohl die Warenkaufrichtlinie (siehe Art. 3 Abs. 1 WKRL) als auch der Anwendungsbereich des § 475 BGB auf Verbrauchsgüterkaufverträge begrenzt sind, bleibt es bei Kaufverträgen, die keine Verbrauchsgüterkaufverträge sind, bei der uneingeschränkten Regelung der über § 439 Abs. 6 S. 1 BGB anwendbaren §§ 346-348 BGB. Danach sind Nutzungen (als Art des Wertersatzes) auszugleichen.

Sollte es sich im obigen Beispiel also nicht um einen Verbrauchsgüterkauf handeln, hat V einen Anspruch gegen K auf Nutzungsersatz (Ersatz der Gebrauchsvorteile – unterstelltermaßen i.H.v. 300 €); bei Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs muss K keine Nutzungsentschädigung leisten (§ 475 Abs. 3 S. 1 BGB). Er erhält also eine Neusache, ohne einen Ausgleich für die Nutzung der Altsache leisten zu müssen.

Fazit: Sollte der Verkäufer zur (Nach-)Lieferung einer mangelfreien Ware verpflichtet sein, kann er im Gegenzug jedenfalls die Rückgabe der mangelhaften Sache verlangen (§ 439 Abs. 6 S. 1 BGB i.V.m. §§ 346-348 BGB), wobei er die Sache auf seine Kosten zurücknehmen muss, § 439 Abs. 6 S. 2 BGB. Daneben hat der Verkäufer einen Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen oder Ersatz für die bisherige Nutzung der mangelhaften Sache. Das gilt aber nicht im Fall eines Verbrauchsgüterkaufs, § 475 Abs. 3 S. 1 BGB. In diesem Fall hat der Verkäufer weder einen Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen noch einen Ersatzanspruch. Der Verbraucher hat also keine „Entschädigung“

für die Nutzung der zurückgegebenen Sache zu leisten; er erhält schlicht eine Neusache im Austausch gegen die mangelhafte Altsache. Insgesamt ist also festzuhalten:

- Zunächst stellt sich die Frage nach dem **Nutzungersatz** im Rahmen des kaufrechtlichen **Nachlieferungsanspruchs**. Auch hier ist wiederum zu unterscheiden:
 - Verlangt der Käufer einer mangelhaften Sache Nachlieferung, muss er die mangelhafte Sache zurückgeben (§ 439 Abs. 6 S. 1 BGB). Daneben hat er Geldersatz in Bezug auf die Nutzungen der mangelhaften Sache zu leisten (Nutzungersatz bzw. Ersatz für die Gebrauchsvorteile), sofern es sich nicht um einen Verbrauchsgüterkauf handelt.
 - Bei einem Verbrauchsgüterkauf ist im Rahmen der Nachlieferung *kein* Ersatz für die Nutzung der zurückgegebenen mangelhaften Sache zu leisten (vgl. § 475 Abs. 3 S. 1 BGB).
- Von diesen Nutzungersatzfragen in Bezug auf die zurückgegebene Sache bei einem Nachlieferungsanspruch zu unterscheiden ist die Frage nach dem **Wertersatz** (Nutzungersatz) im Rahmen des (gesetzlichen) **Rücktrittsrechts** und des **verbraucherschützenden Widerrufsrechts**:
 - Tritt der Käufer gem. § 437 Nr. 2 Var. 1 BGB vom Kaufvertrag zurück, greift nicht nur die Rückgewährpflicht aus § 346 Abs. 1 BGB, sondern auch die Pflicht, gezogene Nutzungen herauszugeben (§ 346 Abs. 1 BGB – „Nutzungersatz“). Können die Nutzungen ihrer Natur nach nicht herausgegeben werden, ist statt der Herausgabe nach § 346 Abs. 1 BGB Wertersatz nach § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB zu leisten. Unter diese Regelung fallen v.a. die Gebrauchsvorteile (so jedenfalls nach BGH NJW 2009, 427, 428), die die Benutzung einer Sache mit sich bringt. Bei einem Verbrauchsgüterkauf gilt jedoch, dass der Verkäufer die Kosten der Rückgabe der Ware trägt, § 475 Abs. 6 S. 1 BGB.
 - Handelt es sich um eine Rückgabe der Sache nach ausgeübtem Widerrufsrecht (etwa gem. § 312g Abs. 1 BGB i.V.m. § 355 BGB im

Fernabsatz), hat gem. § 357a Abs. 1 Nr. 1 BGB der Verbraucher Wertersatz für einen Wertverlust zu leisten, der auf einen Umgang mit der Ware zurückzuführen ist, der zur Prüfung der Beschaffenheit, der Eigenschaften und der Funktionsweise nicht notwendig war.

ff.) Wertersatz (Ausgleich „neu für alt“)?

Fräglich ist, ob der Verkäufer, der im Rahmen des Nachlieferungsanspruchs eine neue Sache liefern muss, gegen den Käufer einen Anspruch auf **Wertersatz** hat, der darin begründet sein könnte, dass der Käufer eine neue Sache erhält, obwohl er die ursprüngliche Sache bereits mitunter ausgiebig genutzt (und verschlissen) hat. In der Tat erscheint es in diesem Fall unbillig, wenn der Käufer zum „Nulltarif“ eine neue Sache erhält. Für die Annahme einer Wertersatzpflicht spricht § 439 Abs. 6 S. 1 BGB, der auf die §§ 346-348 BGB verweist und damit auch auf § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Halbs. 1 BGB. Nach dieser Vorschrift ist Wertersatz zu leisten für die Verschlechterung der empfangenen (und nunmehr zurückzugewährenden) Sache. Die Höhe des Wertersatzes bestimmt sich nach der Differenz der Verkehrswerte der zurückzugewährenden und der nachzuliefernden Sache.

So beträgt der Wertausgleich im Beispiel von S. 142 500 €, wenn man davon ausgeht, dass dies der Differenz der jeweiligen Verkehrswerte entspricht. Zu beachten ist aber, dass der Teil des Wertverlustes, der auf eigenübliche Sorgfalt des Käufers zurückgeht (siehe § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB), nicht auszugleichen ist. Das führt in der gerichtlichen Praxis zu einer differenzierten Betrachtung und Berechnung des Wertverlustes.

Aber auch hier gilt: Handelt es sich um einen **Verbrauchsgüterkauf** (V = Unternehmer; K = Verbraucher, siehe § 474 Abs. 1 S. 1 BGB), sind Art. 14 Abs. 1 lit. a) WKRL, wonach der Verbraucher unentgeltliche Ersatzlieferung verlangen kann, sowie § 475 Abs. 3 S. 1 BGB, der bestimmt, „dass Nutzungen nicht ... durch ihren Wert zu ersetzen sind“, zu beachten. Ein Abzug „neu für alt“ ist demnach ausgeschlossen.

Beispiel: Verbraucher K kauft beim Händler H (Unternehmer) ein neues Smartphone mit Standardausstattung (= Gattungskauf). Wegen eines Kurzschlusses in der Hauptplatine verlangt er Nachlieferung, worauf sich H einlässt. H verlangt aber einen Ausgleich „neu für alt“, da K in den 5 Monaten bis zum Auftreten des Kurzschlusses keinerlei Nutzungsbeeinträchtigungen erlitten habe und nunmehr ja ein neues Gerät erhalte.

⇒ H kann wegen Art. 14 Abs. 1 lit. a) WKRL und § 475 Abs. 3 S. 1 BGB keine Entschädigung für die Nutzung des zurückgegebenen Smartphones verlangen.

bb. Besonderheiten beim Tierkauf

Bei einem Haustier ist wegen der individuellen Eigenschaften (Geschlecht, Farbe des Fells, Aussehen, Charaktereigenschaften etc.) i.d.R. nicht von einer Austauschbarkeit und damit nicht von einem Gattungskauf, sondern von einem **Stückkauf** auszugehen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Parteien von einer Austauschbarkeit ausdrücklich oder stillschweigend ausgegangen sind, was – wenn überhaupt – nur bei nicht individualisierbaren Kleintieren (wie z.B. bei Mäusen) anzunehmen sein dürfte. In der Regel darf aber von einem Stückkauf ausgegangen werden.

Beispiel: K (Verbraucherin) kauft von einer Züchterin Z einen Mopswelpen. Einige Wochen nach der Übergabe stellt sich heraus, dass der Hund an einem Gendefekt leidet, der sich in epileptischen Anfällen zeigt (Fall nach LG Ingolstadt 31.5.2017 – 33 O 109/15).

⇒ Dass in diesem Fall ein Sachmangel besteht, der bereits (da angeboren) zum Zeitpunkt der Übergabe vorlag, steht außer Frage. Eine Nachlieferung kann K nicht verlangen, da es sich um einen Stückkauf (und um eine nicht vertretbare Sache) handelt. Eine Nachbesserung kommt von vornherein nicht in Betracht, da ein Gendefekt nicht behoben werden kann. Es bleiben daher Minderung des Kaufpreises und der Rücktritt. Ggf. besteht auch ein Anspruch auf Schadensersatz (hier: Kosten der tiermedizinischen Versorgung). Das setzt aber Verschulden (Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis in Bezug auf den Gendefekt) auf Seiten der Z voraus.

c. Frist für Nacherfüllung beim Verbrauchsgüterkauf

Bei einem Verbrauchsgüterkauf hat gem. § 475 Abs. 5 BGB, der Art. 14 Abs. 1 lit. b) und c) WKRL umsetzt, der Unternehmer die Nacherfüllung (in beiden Varianten) innerhalb einer angemessenen Frist ab dem Zeitpunkt, zu dem der Verbraucher ihn über den Mangel unterrichtet hat, und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher durchzuführen, wobei die Art der Ware sowie der Zweck, für den der Verbraucher die Ware benötigt, zu berücksichtigen sind. Auf den ersten Blick scheint die Regelung überflüssig zu sein, da der Verbraucher ohnehin vom Kaufvertrag zurücktreten kann, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung nicht innerhalb einer angemessenen Frist vornimmt (siehe § 475d Abs. 1 Nr. 1 BGB, Art. 13 Abs. 4 WKRL). Da jedoch das Gesetz die in angemessener Zeit vorzunehmende Nacherfüllung nunmehr ausdrücklich als Pflicht des Unternehmers normiert, erleichtert eine Verletzung dieser Pflicht den Weg zum Schadensersatz jedenfalls dann, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher durchführt. Rücktritt vom Vertrag und Minderung des Kaufpreises bleiben selbstverständlich – auch außerhalb des Verbrauchsgüterkaufvertrags – möglich, wenn der Verkäufer seine in angemessener Zeit vorzunehmende Nacherfüllung nicht vornimmt.

d. Bei Mangelbeseitigung: Anzahl der Nachbesserungsversuche

Wie bereits erwähnt, kommen nach der gesetzlichen Systematik Folgerechte wie Minderung des Kaufpreises und Rücktritt vom Vertrag erst in Betracht, wenn die Nacherfüllung (in beiden Varianten!) abgeschlossen oder gescheitert ist. Das wirft (sofern es um Mangelbeseitigung geht) die Frage auf, wie viele Nachbesserungsversuche der Käufer dem Verkäufer gewähren muss, bevor er die genannten Folgerechte geltend machen kann. § 440 S. 2 BGB gibt hierauf keine abschließende Antwort. Die Vorschrift geht lediglich davon aus, dass jedenfalls nach dem 2. Nachbesserungsversuch die Nacherfüllung als gescheitert gilt,

wenn sich nicht insbesondere aus der Art der Sache oder des Mangels oder den sonstigen Umständen etwas anderes ergibt. Es handelt sich um eine gesetzliche Vermutung: Die Nacherfüllung *gilt* nach dem 2. erfolglosen Nachbesserungsversuch grds. als gescheitert mit der Folge, dass der Käufer dem Verkäufer keine Frist setzen muss, um den Rücktritt zu erklären oder ggf. Minderungs- oder Schadensersatzansprüche (statt der Leistung) geltend zu machen. Das bedeutet jedoch nicht, dass stets 2 Nachbesserungsversuche zu gewähren oder ausreichend wären. Es muss dem Käufer auch möglich sein, weitere Folgerechte (Minderung, Rücktritt) nach dem gescheiterten ersten Nachbesserungsversuch geltend zu machen oder sogar Folgerechte ohne Fristsetzung geltend zu machen, obwohl kein einziger Nachbesserungsversuch gewährt wurde. Auch umgekehrt können nach der Rechtsprechung des BGH mehr als zwei Nachbesserungsversuche in Betracht kommen, etwa bei besonderer (technischer) Komplexität der Sache, schwer zu behebbenden Mängeln oder ungewöhnlich widrigen Umständen bei vorangegangenen Nachbesserungsversuchen (BGH NJW 2007, 504). Die Rechtsvermutung ist also in beide Richtungen widerleglich. Es kommt letztlich immer auf den Einzelfall an („Art der Sache oder des Mangels oder sonstige Umstände“). So muss der Käufer dem Verkäufer keinen (zweiten) Nachbesserungsversuch einräumen, wenn er ihm eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat und der Verkäufer es nicht innerhalb der gesetzten Frist in einer ihm zumutbaren Weise geschafft hat, den Mangel zu beheben. Nach erfolglosem Ablauf der Frist darf der Käufer vom Kaufvertrag zurücktreten oder den Kaufpreis mindern und/oder Schadensersatz (statt der Leistung) verlangen. In der Praxis ist dem Käufer aber zu empfehlen, dem Verkäufer stets zwei Nachbesserungsversuche einzuräumen, es sei denn, der Verkäufer hat sich beim ersten Nachbesserungsversuch als unzuverlässig erwiesen. In diesem Fall ist es regelmäßig für den Käufer unzumutbar, dem Verkäufer einen nochmaligen Nachbesserungsversuch gewähren zu müssen.

Beispiel: Käufer K kauft beim Gebrauchtwagenhändler V einen 3 Jahre alten Luxury Sport. Drei Monate später ergeben sich Probleme bei den Bremsen. K bringt den Wagen zu V mit der Bitte, sich um das Problem zu kümmern. V wechselt lediglich die Bremsflüssigkeit, ignoriert aber die Risse an den Bremsscheiben.

⇒ In diesem Fall waren der Nachbesserungsversuch derart untauglich und das Fehlverhalten des V derart eklatant, dass es K unzumutbar ist, V erneut den Wagen anzuvertrauen. Daher ist nach dem gescheiterten ersten Nachbesserungsversuch der Weg frei für die Folgerechte Minderung und Rücktritt. Schadensersatz (statt der Leistung) ist nach Maßgabe des über § 437 Nr. 3 BGB anwendbaren § 280 Abs. 1 BGB möglich.

Aber wie ausgeführt, können aufgrund der gesetzlichen Formulierung „wenn sich nicht insbesondere aus der Art der Sache oder des Mangels oder den sonstigen Umständen etwas anderes ergibt“ nach der Rechtsprechung des BGH auch umgekehrt mehr als zwei Nachbesserungsversuche in Betracht kommen, etwa bei besonderer (technischer) Komplexität der Sache, schwer zu behebbenden Mängeln oder ungewöhnlich widrigen Umständen bei vorangegangenen Nachbesserungsversuchen.

Beispiel: Käufer K kauft bei Händler V einen Geländewagen (Neuwagen) des Typs Luxury Sport XL. Bereits nach drei Wochen ergeben sich Probleme im Antriebsstrang dergestalt, dass beim automatischen Auskuppeln des Allradsystems (Deaktivierung des Heckantriebs zur Reduzierung des Kraftstoffverbrauchs) im Geschwindigkeitsbereich von ca. 60-80 km/h unangenehme Vibrationen entstehen. K bringt den Wagen zu V mit der Bitte, sich um das Problem zu kümmern. V bringt in Erfahrung, dass vom Hersteller jüngst ein TSB („technical service bulletin“) bereitgestellt worden ist, wodurch das an etlichen Fahrzeugen des Modells aufgetretene Problem durch ein Softwareupdate behoben werden soll. V spielt das Update auf. Doch bereits nach kurzer Zeit stellt K fest, dass sich das Phänomen lediglich in einen anderen (höheren) Geschwindigkeitsbereich verlagert hat. Auch ein zweiter Nachbesserungsversuch durch V bleibt erfolglos. Der Hersteller räumt ein, zwar mit Nachdruck an der Beseitigung des Problems zu arbeiten, er könne aber keine kurzfristige Abhilfe schaffen. K möchte daher

vom Vertrag zurücktreten.

⇒ In diesem Fall sind beide Nachbesserungsversuche gescheitert, sodass an sich der Weg frei wäre für den Rücktritt. Allerdings könnte dies für V unzumutbar sein, gerade wegen der offenbar gegebenen besonderen (technischen) Komplexität der elektronischen Antriebssteuerung und der kurzfristig wohl nicht oder nur bedingt möglichen Behebbarkeit. Hier wird man jedenfalls kurzfristig K das Rücktrittsrecht verwehren und dem Hersteller (und damit auch V) Gelegenheit geben müssen, an einer Abhilfe zu arbeiten.

e. Wechsel zwischen den Arten der Nacherfüllung?

Fraglich ist, ob der Käufer an die von ihm einmal gewählte Art der Nacherfüllung gebunden ist oder ob er nachträglich zur anderen Art wechseln darf. Bezüglich der Frage nach einem Wechsel vom **Rücktritt** zur Minderung (bzw. zur Nacherfüllung) ist zunächst klar, dass ein Wechsel nicht möglich ist, da mit dem Rücktritt rechtsgestaltend ein Rückgewährschuldverhältnis eingeleitet wird (dazu S. 194 ff.). Was die Frage nach einem Wechsel vom bereits erklärten **Minderungsrecht** zum Rücktritt (bzw. zur Nacherfüllung) betrifft, hat der BGH entschieden, dass auch dies nicht möglich ist. Auch die mangelbedingte Minderung des Kaufpreises sei vom Gesetzgeber als Gestaltungsrecht ausgeformt worden. Mit der Ausübung des Minderungsrechts habe der Käufer von seinem Gestaltungsrecht Gebrauch gemacht. Der Käufer sei daher daran gehindert, hiervon wieder Abstand zu nehmen und stattdessen wegen desselben Mangels auf großen Schadensersatz überzugehen und unter diesem Gesichtspunkt Rückgängigmachung des Kaufvertrags zu verlangen (BGH NJW 2018, 2863, 2865 unter Verweis auf BT-Drs. 14/6040, S. 221, 223, 234 f.). Da der große Schadensersatz wie der Rücktritt eine Rückabwicklung des Kaufvertrags zur Folge hat und damit ausscheidet, wenn der Käufer durch Kaufpreisminderung das Äquivalenzinteresse wiederherstellen möchte, dürfte in Bezug auf das Verhältnis Minderung zu Rücktritt (bzw. zur Nacherfüllung) nichts anderes gelten.

In Bezug auf die **Nacherfüllung** hat der BGH jedoch keine Gestaltungswirkung angenommen. Er hat entschieden, dem vom Käufer wegen eines Sachmangels geltend gemachten Anspruch auf Nacherfüllung (§ 437 Nr. 1 BGB) in Form der Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache (§ 439 Abs. 1 Var. 2 BGB) stehe nicht entgegen, dass er zunächst die andere Art der Nacherfüllung, nämlich die Beseitigung des Mangels (§ 439 Abs. 1 Var. 1 BGB), verlangt hat. Denn die Ausübung des Nacherfüllungsanspruchs sei (anders als die Ausübung des Rücktritts- oder Minderungsrechts) gesetzlich nicht als bindende Gestaltungserklärung ausgeformt, sodass der Käufer nicht daran gehindert sei, von der zunächst gewählten Art der Nacherfüllung wieder Abstand zu nehmen und zur anderen Art zu wechseln (BGH NJW 2019, 292, 294 f.).

Beispiel (nach BGH NJW 2019, 292): Im August 2018 hatte die K-GmbH, vertreten durch K, beim Autohaus A-GmbH, vertreten durch A, ein Neufahrzeug des Typs Sport Luxury als Dienstwagen erworben, das Anfang September geliefert wurde. Der Kaufpreis betrug 42.000 €. Das Fahrzeug ist mit einem Schaltgetriebe sowie mit einer Software ausgestattet, die bei drohender Überhitzung der Kupplung eine Warnmeldung einblendet. Ab Anfang Oktober zeigte das Multifunktionsdisplay mehrfach eine Warnmeldung, die den Fahrer aufforderte, das Fahrzeug vorsichtig anzuhalten, um die Kupplung (bis zu 45 Minuten) abkühlen zu lassen. Trotz mehrerer Werkstattaufenthalte ergab sich keine Besserung. A hat auch einen Mangel in Abrede gestellt. Man habe K mehrfach mitgeteilt, dass die Kupplung technisch einwandfrei sei und auch im Fahrbetrieb abkühlen könne; es sei deshalb nicht notwendig, das Fahrzeug anzuhalten, wenn die Warnmeldung der Kupplungsüberhitzungsanzeige erscheine. Nachdem diese Warnmeldung auch anschließend aufgetreten war, stellte K Ende Oktober das Fahrzeug auf dem Betriebshof der A-GmbH ab und verlangte die Lieferung eines mangelfreien Ersatzfahrzeugs, was A mit dem Argument der Unverhältnismäßigkeit ablehnte. Zudem sei inzwischen ein Softwareupdate verfügbar, das man mittlerweile auch aufgespielt habe, wodurch der Mangel beseitigt worden sei.

⇒ Folgt man der Auffassung des BGH, war K nicht an seine ursprüngliche Wahl (Nachbesserung) gebunden und durfte nachträglich zur Nachlieferung wechseln. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, dass der Anspruch auf Nachlieferung auch begründet ist. Denn gem. § 439 Abs. 4 S. 1 BGB kann der Verkäufer – unbeschadet des § 275 Abs. 2, 3 BGB – die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung verweigern (Einrede des Verkäufers), wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist (siehe dazu S. 127).

Ist damit höchstrichterlich geklärt, dass der Käufer von der zunächst gewählten Mangelbeseitigung wieder Abstand nehmen und zur Nachlieferung wechseln kann (das war die Konstellation der BGH-Entscheidung), stellt sich die Frage, ob das (zwingend) auch umgekehrt gilt, ob also der Käufer auch von der zunächst gewählten Nachlieferung Abstand nehmen und zur Mangelbeseitigung wechseln darf.

- Dafür spricht die Formulierung des BGH: „...sodass der Käufer nicht daran gehindert ist, von der zunächst gewählten Art der Nacherfüllung wieder Abstand zu nehmen und die andere Art zu wählen“. Nach dieser offenen Formulierung wäre ein Wechsel von der Nachlieferung zur Nachbesserung also möglich.
- Dagegen spricht die der BGH-Entscheidung zugrunde liegende Fallkonstellation, in der es um einen Wechsel von der Nachbesserung zur Nachlieferung ging. Es ist daher ungewiss, ob der BGH einen Wechsel auch zugelassen hätte, wenn es um einen Wechsel von der Nachlieferung zur Nachbesserung gegangen wäre. Denn hier ist die Interessenlage durchaus anders, etwa, wenn der Verkäufer bereits eine Ersatzsache bestellt oder eingekauft hat und der Käufer es sich dann anders überlegt und plötzlich Nachbesserung verlangt.

Beispiel: K kauft im Elektronikfachmarkt des V einen neuen Laptop. Nach einigen Tagen tritt ein (irreparabler) Defekt am Bildschirm auf. K verlangt Nacherfüllung in Form der Nachlieferung. Dann aber wird ihm bewusst, dass der Transfer verschiedener nachträglich erworbener und installierter Programme auf einen neuen Laptop recht mühsam wäre. Daher entscheidet er sich um und verlangt nunmehr Nachbesserung, d.h. Austausch des

Monitor-Bauteils.

⇒ *Unter Zugrundelegung der offenen BGH-Formulierung wäre es zulässig, wenn K von seiner ursprünglichen Wahl (Nachlieferung) „zurückträte“ und nachträglich zur Nachbesserung wechselte. Dem könnte V dann lediglich die Unverhältnismäßigkeit gem. § 439 Abs. 4 S. 1 BGB entgegenhalten, wenn er bspw. ein Ersatzgerät bei seinem Lieferanten bestellt hätte und dieses nicht mehr ohne weiteres zurückgeben könnte.*

Freilich setzt dies alles voraus, dass die zunächst geltend gemachte Variante **noch nicht erfüllt** wurde. Es ist logisch, dass der Käufer, nachdem der Verkäufer etwa die verlangte Reparatur durchgeführt hat, nicht mehr die Nachlieferung verlangen kann. Gleiches gilt im umgekehrten Fall, wenn der Verkäufer auf Verlangen des Käufers eine Ersatzware geliefert hat. Dann ist ein Wechsel zur Nachbesserung ausgeschlossen.

f. Beweislast für das Fehlschlagen der Nachbesserung

Für die Praxis sehr bedeutsam ist auch die Frage nach der Beweislast. Nach der Rechtsprechung trägt der Käufer, der die Kaufsache nach einer Nachbesserung des Verkäufers wieder entgegengenommen hat, die Beweislast für das Fehlschlagen der Nachbesserung. Bleibt nach zweimaliger Nachbesserung ungeklärt, ob das erneute Auftreten des Mangels auf der erfolglosen Nachbesserung des Verkäufers oder auf einer unsachgemäßen Behandlung der Kaufsache nach erneuter Übernahme durch den Käufer beruht, geht auch das zulasten des Käufers (BGH NJW 2009, 1341).

g. Kosten der Nacherfüllung

Gemäß § 439 Abs. 2 BGB hat der Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen. Das entspricht nicht exakt Art. 2 Nr. 14 WKRL, wo als Regelbeispiele für infolge der Unentgeltlichkeit vom Verkäufer zu tragende Aufwendungen Versand-, Beförderungs-, Arbeits- und Materialkosten genannt werden. Da aber

Transport- und Wegekosten letztlich nichts anderes als Versand- und Beförderungskosten bedeuten, ergibt sich inhaltlich keine Abweichung, sodass eine richtlinienkonforme Auslegung bzw. Rechtsfortbildung nicht erforderlich sind. Von der sprachlichen Unterscheidung abgesehen, wird aber durch die Verwendung des Begriffs „insbesondere“ deutlich, dass die Aufzählung nicht abschließend ist. Dem Grundsatz der Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung entsprechend hat der Verkäufer *alle* zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen zu tragen, d.h. er muss die im Zusammenhang mit der Nacherfüllung stehenden Kosten übernehmen.

Beispiele: Gemäß § 439 Abs. 2 BGB kann der Käufer vom Verkäufer verlangen, dass dieser die Kosten für den Paketdienst übernimmt, der die mangelbehaftete Sache zum Verkäufer (zwecks Mangelbeseitigung oder auch zunächst nur zur Prüfung der Art des Mangels) transportiert. Und der Käufer eines Gebrauchtwagens kann verlangen, dass der Verkäufer die Kosten für die Überführung des mangelhaften Wagens zum Ort des Verkäufers trägt, jedenfalls sofern Erfüllungsort der Ort des Verkäufers (Wohnsitz; Geschäftssitz) ist (siehe dazu sogleich).

Der Käufer, der den Transport zum Verkäufer übernimmt bzw. übernehmen muss (dazu sogleich), hat in jedem Fall einen Kostenersatzanspruch. Nach zutreffender Auffassung des BGH kann er – sofern er Verbraucher und der Verkäufer Unternehmer ist – aber auch einen Vorschuss der Transportkosten verlangen (siehe BGH NJW 2017, 2758, 2759 f.). Das entspricht dem Schutzzweck des Unentgeltlichkeitsgebots (die Nacherfüllung hat ja auf Kosten des Verkäufers zu erfolgen). Um das Unentgeltlichkeitsgebot nicht zu gefährden, kann der Käufer, der die Sache zum Verkäufer verbringen muss, grds. schon vorab einen Vorschuss zur Abdeckung dieser Kosten beanspruchen. Denn müsste der Käufer in Vorleistung treten und die Sache zunächst auf seine Kosten zum Verkäufer verbringen, könnte dies ihn von der Geltendmachung seines Nacherfüllungsanspruchs abhalten, weil er allein durch die Vorleistung mitunter finanziell belastet würde und zudem die Rückzahlung (Erstattungsanspruch) einfordern müsste.

Denn ist durch die Geltendmachung von Mängelrechten das Vertragsverhältnis zum Verkäufer ohnehin belastet, dürfte der Verkäufer nicht gerade erfreut sein, auch noch die Transportkosten erstatten zu müssen. Dies könnte die Geltendmachung eines Erstattungsanspruchs erschweren.

Für **Verbrauchsgüterkäufe** (Käufer einer Ware i.S.d. § 241a Abs. 1 BGB ist Verbraucher, Verkäufer ist Unternehmer, § 474 Abs. 1 S. 1 BGB) hat der Gesetzgeber mit der seit dem 1.1.2018 geltenden Regelung des § 475 Abs. 4 BGB den Transportkostenvorschuss als Gesetzesrecht erlassen. Danach kann der Verbraucher von dem Unternehmer für Aufwendungen im Zusammenhang mit der Nacherfüllung, die vom Unternehmer zu tragen sind, Vorschuss verlangen.

Der Anspruch auf Transportkostenvorschuss gewinnt noch stärker an Bedeutung, wenn über das Vermögen des Verkäufers die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens droht: Müsste der Käufer die mangelbehaf-tete Sache dem Verkäufer zunächst auf eigene Kosten zusenden, liefe er Gefahr, auch noch auf diesen Kosten sitzen zu bleiben. Die Übernahme einer solchen Gefahr wäre mit dem Zweck des § 439 Abs. 2 BGB nicht vereinbar.

Seit dem 1.1.2022 ist mit der Warenkaufrichtlinie zudem klargestellt, dass die Nacherfüllung unentgeltlich, innerhalb einer angemessenen Zeit und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher zu erfolgen hat (Art. 14 Abs. 1 WKRL).

h. Zur-Verfügung-Stellen der Sache zwecks Prüfung

Es erklärt sich von selbst, dass der Käufer den Verkäufer nicht nur zur Mangelbeseitigung auffordern muss, sondern diesem die Sache zwecks Prüfung der Mangelbehaftetheit auch zur Verfügung stellen muss. § 439 Abs. 5 BGB stellt dies klar und entspricht Art. 14 Abs. 2 WKRL, wo festgelegt ist, dass der Verbraucher dem Verkäufer die Waren zur Verfügung zu stellen hat, sofern die Abhilfe der Vertragswidrigkeit durch

Nachbesserung der Waren oder durch Ersatzlieferung zu erfolgen hat. Denn der Verkäufer muss ja wissen, dass der Käufer die Mangelbeseitigung begehrt, und der Verkäufer muss Gelegenheit erhalten, die behaupteten Mängel zu prüfen und das weitere Vorgehen mit dem Käufer abzustimmen. Die einzige Frage, die sich in diesem Zusammenhang stellt, ist, ob es genügt, wenn der Käufer schlicht anbietet, der Verkäufer könne am Wohnort des Käufers die Sache besichtigen, oder ob der Käufer die Sache zwecks Prüfung zum Wohn- bzw. Geschäftssitz des Verkäufers verbringen muss. Juristisch gesprochen geht es um die Frage nach dem Erfüllungsort der Nacherfüllung. Haben die Parteien diesbezüglich keine Absprache getroffen, wird man regelmäßig den Wohn- bzw. Geschäftssitz des Verkäufers annehmen müssen (§ 269 Abs. 1 und 2 BGB). Das gilt insbesondere, wenn es sich bei dem Verkäufer um einen Neu- oder Gebrauchtwagenhändler mit Werkstattanbindung handelt, weil der Verkäufer so am allerbesten die Prüfung und ggf. sogleich die Mangelbeseitigung vornehmen kann (siehe dazu unten S. 158 f.). Handelt es sich um einen Verbrauchsgüterkauf und ist nach dem soeben Gesagten Nacherfüllungsort der Wohn- bzw. Geschäftssitz des Verkäufers, wäre wegen § 476 Abs. 4 BGB eine abweichende Vereinbarung zudem nicht zulässig. Freilich genügt es, wenn der Käufer den Verkäufer auffordert, die Sache abzuholen, bzw. wenn der Käufer nach Erhalt eines Transportkostenvorschusses (s.o.) die Sache zum Erfüllungsort der Nacherfüllung versendet oder verbringt. Die Aufforderung zur Prüfung kann (wie sich aus BGH NJW 2017, 2758, 2759 f. ergibt) auch mit der Aufforderung zur Mangelbeseitigung verbunden werden.

Beispiel: Käuferin K kauft beim 300 km entfernten Gebrauchtwagenhändler V zum Preis von 4.000 € einen 8 Jahre alten Pkw. Kurze Zeit nach der Übergabe treten starke klackernde Geräusche am Motor sowie eine starke Rauchentwicklung auf. K macht gegenüber V den Mangel geltend, erklärt die Bereitschaft, V könne den Wagen jederzeit zwecks Mangelfeststellung prüfen, und verlangt, dass V den Wagen bei K abhole, da dieser nicht fahrbereit sei. Hilfsweise bietet K an, den Wagen zwecks Prüfung (und Repara-

tur) zu V transportieren zu lassen, wenn dieser einen Transportkostenvorschuss i.H.v. 250 € leiste. Da V jedoch nicht reagiert, fordert K ihn unter Setzung einer Frist zur Mangelbeseitigung auf (Fall nach BGH NJW 2017, 2758).

⇒ Hier hat K alles Erforderliche getan: Sie hat gegenüber V die Bereitschaft erklärt, die Sache zwecks Prüfung, ob der geltend gemachte Mangel tatsächlich besteht, zur Verfügung zu stellen. Dass sie diese Bereitschaft mit der Aufforderung zur Mangelbeseitigung verband, ist unschädlich. Denn V müsste ja auch zwecks Prüfung des Mangels und Abstimmung des weiteren Vorgehens (und nicht nur zwecks Reparatur) die Kosten für das Verbringen des Wagens zum Erfüllungsort der Nacherfüllung vorschießen. Stellt sich dann nach Prüfung des Sachverhalts heraus, dass der geltend gemachte Mangel besteht, ist V zur Nacherfüllung (hier: Reparatur) verpflichtet, ohne dass K (erneut) eine Aufforderung zur Mangelbeseitigung aussprechen müsste.

Für die Praxis ist zu empfehlen: Der Käufer sollte den Verkäufer zunächst auf den (möglichen) Mangel hinweisen und diesem Gelegenheit zur Prüfung der Angelegenheit geben. Bietet der Verkäufer dann nicht schon von sich aus die Abholung der Sache an, muss der Käufer dem Verkäufer gegenüber die Bereitschaft erklären, ihm die (vermeintlich) mangelhafte Sache zuzusenden. Dies darf er dann (sofern er Verbraucher ist) gem. § 475 Abs. 4 BGB auch von der Zahlung eines Transportkostenvorschusses abhängig machen. In Abhängigkeit von dem Verhalten des Verkäufers stellt sich die weitere Rechtslage wie folgt dar:

- Holt der Verkäufer die Sache ab oder leistet zumindest einen Transportkostenvorschuss, damit der Käufer – sofern ihm dies auch aus anderen Gründen zumutbar ist – die Sache zum Erfüllungsort der Nacherfüllung verschicken bzw. verbringen kann, ist insoweit der Regelung des § 439 Abs. 1 und 2 BGB Genüge getan.
- Weigert sich der Verkäufer, die Sache abzuholen oder einen Transportkostenvorschuss zu leisten, eröffnet dies den Weg des Käufers zum Rücktritt bzw. zur Minderung des Kaufpreises oder gar zum Schadensersatz, da die Weigerung, die Sache abzuholen oder zu-

mindest einen Transportkostenvorschuss zu leisten, der (Nach-)Erfüllungsverweigerung gleichsteht und dies den Weg zu den Folge-rechten eröffnet.

Selbstverständlich ist es dem Käufer unbenommen, auf einen Transportkostenvorschuss zu verzichten, mit der Rücksendung der Sache zunächst in Vorleistung zu treten und anschließend einen Erstattungsanspruch geltend zu machen. Um dem nachträglichen Einwand des Verkäufers zu entgehen, die vom Käufer aufgewendeten Transportkosten seien überhöht gewesen, zeigt der BGH dem Käufer die Möglichkeit auf, den Verkäufer vorab zu informieren, welche Art des Transports er beabsichtige und welche Kosten hierdurch voraussichtlich entstünden. Biete der Verkäufer keine günstigere Alternative an, könne dieser dem Ersatzanspruch des Käufers später nicht entgegenhalten, die aufgewendeten Kosten seien nicht erforderlich gewesen (BGH NJW 2011, 2278 ff.).

i. Ort der Nacherfüllung

Wie bereits angesprochen, kann sich – unabhängig von der Kostentragung bzgl. des Verbringens der Kaufsache zum Nacherfüllungsort – die Frage stellen, an welchem Ort die Nacherfüllung geschuldet ist. Dies kann der Wohnort/Geschäftssitz des Käufers oder der Wohnort/Geschäftssitz des Verkäufers sein. Letztlich geht es um die Frage, ob der Käufer vom Verkäufer verlangen kann, dieser habe die mangelbehaftete Sache beim Käufer abzuholen, oder ob der Käufer die Sache zum Zwecke der Nacherfüllung zum Verkäufer zu schaffen hat.

Beispiel: Verbraucher K kauft beim Autohändler V einen Neuwagen. Drei Wochen nach der Übergabe treten an der Elektronik einige Mängel auf. K fordert daher V unter Setzung einer Frist zur Abholung des Wagens zum Zwecke der Mangelbeseitigung auf. V ist der Meinung, K müsse den Wagen zu V bringen, und verweigert die Abholung. Nach fruchtlosem Fristablauf tritt K vom Kaufvertrag zurück und verlangt Rückzahlung des Kaufpreises nebst Zinsen (Zug um Zug gegen Rückgabe des Wagens) und Er-

stattung vorgerichtlicher Anwaltskosten.

⇒ *Das hier aufgeworfene Kernproblem betrifft die Frage, an welchem Ort der Verkäufer die Nacherfüllung vorzunehmen hat. Es geht um den sog. Erfüllungsort bzw. Leistungsort bei der kaufrechtlichen Nacherfüllung.*

- *Ist bei der kaufrechtlichen Nacherfüllung der Erfüllungsort bzw. Leistungsort am Wohnsitz des Käufers, konnte K zu Recht von V verlangen, den Wagen zum Zwecke der Mangelbeseitigung abzuholen. Dann wäre auch der Rücktritt zulässig gewesen, weil die Frist zur Nacherfüllung fruchtlos verstrichen war (vgl. §§ 440 S. 1 und 323 Abs. 2 Nr. 1, 2 BGB). Zudem hätte K dann auch die Kosten der Rechtsverfolgung ersetzt verlangen können.*
- *Darf der Verkäufer die Nacherfüllung an seinem Ort vornehmen, konnte V zu Recht von K verlangen, den Wagen zum Zwecke der Mangelbeseitigung vorbeizubringen. Dann wäre der Rücktritt unzulässig gewesen, weil K keine ordnungsgemäße Gelegenheit zur Nacherfüllung eingeräumt hätte. K hätte dann auch nicht die Kosten der Rechtsverfolgung ersetzt verlangen können.*

Nach Auffassung des BGH ist der Erfüllungsort der Nacherfüllung im Kaufrecht nach der allgemeinen Regelung über den Erfüllungsort in § 269 Abs. 1 BGB zu ermitteln (BGH NJW 2011, 2278 ff.; NJW 2017, 2758, 2759 f.). Danach ist in erster Linie die von den Parteien getroffene Vereinbarung entscheidend. Fehlen vertragliche Abreden über den Erfüllungsort, ist auf die jeweiligen Umstände, insbesondere die Natur des Schuldverhältnisses, abzustellen (§ 269 Abs. 1 BGB). Lassen sich auch hieraus keine abschließenden Erkenntnisse gewinnen, ist der Erfüllungsort letztlich an dem Ort anzusiedeln, an welchem der Verkäufer zum Zeitpunkt der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung (§ 269 Abs. 2 BGB) hatte.

Vorliegend fehlt es an einer diesbezüglichen Parteiabsprache. Eine solche wäre auch gar nicht zulässig, weil von der gesetzlichen Regelung (zu der ja auch § 439 Abs. 2 BGB gehört) abweichende Vereinbarungen zulasten von Verbrauchern gem. § 476 Abs. 4 BGB nicht getroffen werden dürfen. Demnach ist der Erfüllungsort der Geschäftssitz des V, wenn sich nicht aus den

Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses, etwas anderes ergibt (§ 269 Abs. 1 BGB). Zu den beim Fehlen vertraglicher Vereinbarungen maßgebenden Umständen zählen die Ortsgebundenheit und Art der vorzunehmenden Leistung, die Verkehrssitte, örtliche Gepflogenheiten und Handelsbräuche, speziell im Kaufrecht aber auch das Ausmaß der Unannehmlichkeiten, welche die Durchführung des Transports oder dessen Organisation für den Käufer mit sich bringt. Diese Auslegung des § 439 Abs. 2 BGB fußt auf einer Richtlinie des EU-Rechts (EU-Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie), wonach die Nacherfüllung ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen muss.

Im vorliegenden Fall könnte man daher meinen, dass die Aufforderung des K, V solle den Wagen zwecks Nacherfüllung abholen, genüge, da der Transport eines (mitunter nicht fahrbereiten) Wagens zum Verkäufer eine erhebliche Unannehmlichkeit für den Verbraucher darstellt.

Andererseits ist es nicht unüblich, dass Kunden ihre Reklamationen generell am Sitz des Verkäufers unter Vorlage der mangelbehafteten Sache vorbringen, wobei das freilich nicht für den Fernabsatz („Internetkauf“ mit Versand der Ware an den Wohnort des Käufers) gilt. Beim Fahrzeugkauf vom Händler besteht die Besonderheit, dass Nachbesserungsarbeiten i.d.R. technisch aufwändige Diagnose- oder Reparaturarbeiten des Verkäufers erfordern, die wegen der dort vorhandenen materiellen oder personellen Möglichkeiten sinnvoll nur an dessen Betriebsort vorgenommen werden können (so ausdrücklich der BGH a.a.O.).

Daher stellt der Transport des mangelbehafteten Kfz an den Firmensitz des Verkäufers für den Käufer jedenfalls dann keine erhebliche Unannehmlichkeit dar, wenn der Sitz des Verkäufers nicht so weit vom Wohnort des Käufers entfernt ist, dass diesem ein Transport oder wenigstens dessen Organisation nicht zumutbar ist (BGH a.a.O.).

Ob auch für K eine Transportpflicht bestand oder zumindest dessen Organisation zu erheblichen Unannehmlichkeiten geführt hätte, hängt also maßgeblich von der Entfernung zum Betriebsort des V ab bzw. von der Möglichkeit, den Transport zu organisieren. War es also K zumindest möglich, ohne größere Umstände den Transport des Wagens zu V zu

organisieren (etwa durch Beauftragung eines Speditionsunternehmens, zumal K ein Transportkostenvorschuss zustand), genügte die schlichte Aufforderung gegenüber V, dieser solle den Wagen bei K abholen, nicht.

Da K lediglich den V aufgefordert hat, den Wagen zum Zweck der Nacherfüllung abzuholen, war er nicht zum Rücktritt vom Kaufvertrag berechtigt.

j. Aus- und Einbaukosten im Rahmen der Nacherfüllung

Geht es um die Nacherfüllung in Bezug auf eine Sache, die der Käufer an ihrem Bestimmungsort auf- oder eingebaut oder an eine andere Sache angebracht hat, stellt sich die Frage, ob der Verkäufer auch die Kosten für den Ausbau (und Abtransport) der mangelbehafteten Sache und ebenfalls die Kosten für den Einbau oder das Anbringen der fehlerfreien Ersatzsache (bzw. der reparierten Originalsache) übernehmen muss.

aa. Rechtslage vor dem 1.1.2018 / Rechtsprechung

a.) Allgemeines Kaufrecht

Nach früherer (d.h. bis zum 31.12.2017 geltender) Systematik des Gewährleistungsrechts der §§ 434 ff. BGB gehörten – jedenfalls nach der von der früheren Rechtsprechung vorgenommenen Auslegung – der Ausbau der in einer anderen Sache einbauten mangelhaften Kaufsache und der Einbau der als Ersatz gelieferten oder reparierten Sache jedenfalls dann nicht zu der vom Verkäufer geschuldeten Nacherfüllung, wenn diese unverhältnismäßig i.S.d. § 439 Abs. 3 S. 3 Halbs. 2 BGB a.F. war. Somit war er (insoweit) auch nicht zur diesbezüglichen Kostenübernahme verpflichtet. Solche „Folgekosten“ wurden nach der Gesetzessystematik und der Rechtsprechung dem Verkäufer vielmehr nur dann aufgebürdet, wenn er über einen Schadensersatzanspruch verschuldensabhängig haften muss, da das Schadensersatzrecht insoweit keine Grenze setzt.

Beispiel (siehe BGH NJW 2008, 2837 – Parkettfall, und BGH NJW 2012, 1073 – Fliesenfall): K kaufte im Fliesengeschäft des V Bodenfliesen für

seine Gewerberäume. Er ließ sie sodann von einem Werkunternehmer verlegen. Kurze Zeit später wiesen die Bodenfliesen Kratzer und Verfärbungen auf. Es stellte sich heraus, dass die Bodenfliesen nicht für Gewerberäume geeignet sind. V stellte dies auch gar nicht in Abrede, sondern räumte ein, dass ein Lagermitarbeiter aus Versehen falsche Fliesen ausgeliefert habe.

⇒ Ein Kaufvertrag und ein Sachmangel liegen vor. Die Fliesen wiesen nicht die vereinbarten bzw. vertraglich vorausgesetzten Eigenschaften auf. K hat daher jedenfalls einen Anspruch auf Nachlieferung vereinbarungsgemäßer Fliesen. Dies könnte jedoch den Interessen des K nicht genügen. Denn das eigentliche Problem bereitet die Frage, ob K die Entfernung der mangelhaften Fliesen und das Verlegen der neuen Fliesen selbst übernehmen muss (bzw. die Kosten dafür zu tragen hat) oder ob er dies von V verlangen kann. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung und der Auslegung durch die Rechtsprechung regelten dies nicht, sodass K lediglich die Nachlieferung verlangen konnte und die Austauschkosten insoweit selbst zu tragen hatte. Der Verkäufer konnte die Nacherfüllung komplett verweigern, wenn diese mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden war (siehe § 439 Abs. 3 S. 3 Halbs. 2 BGB a.F.), was in den sog. Flieseneinbaufällen regelmäßig der Fall gewesen sein dürfte. Die Kosten für das Entfernen der mangelhaften Fliesen und das Verlegen der nachgelieferten Fliesen konnten jedoch als Schadensersatz gem. §§ 437 Nr. 3, 281, 280 BGB geltend gemacht werden. Das gem. § 280 Abs. 1 BGB erforderliche Vertretenmüssen (Verschulden i.S.d. § 276 BGB) ergab sich aus dem Umstand, dass der Lagermitarbeiter die Fliesen verwechselt hatte, was dem V gem. § 278 BGB zugerechnet wurde. Hätte ein Verschulden aber nicht vorgelegen (etwa, weil die Fliesen nicht verwechselt worden wären, sondern weil es sich um einen für V nicht erkennbaren Fabrikationsfehler gehandelt hätte), hätte K der Schadensersatzanspruch nicht zugestanden. Und wegen der bis zum 31.12.2017 geltenden Gesetzeslage hätte er die Aus- und Einbaukosten auch nicht im Rahmen eines (verschuldensunabhängigen) Nacherfüllungsanspruchs geltend machen können.

b.) Verbrauchsgüterkauf

Ging es um einen Verbrauchsgüterkauf, also um einen Kauf, bei dem ein Verbraucher von einem Unternehmer eine Ware (§ 241a Abs. 1 BGB) kauft (siehe § 474 Abs. 1 S. 1 BGB n.F.), hat der BGH entschieden, dass der Verkäufer sehr wohl die Kosten für den Ausbau und Abtransport der mangelbehafteten Sache und ebenfalls die Kosten für den Einbau der fehlerfreien Ersatzsache (bzw. der reparierten Originalsache) übernehmen muss (BGH NJW 2012, 1073 ff.). Der Hintergrund für diese von der Systematik der §§ 437, 439 BGB abweichende Rechtsprechung liegt in einer zuvor vom **EuGH** (NJW 2011, 2269 ff., wiederum aufgrund eines Vorlagebeschlusses des BGH NJW 2009, 1660 und des AG Schorndorf ZGS 2009, 525) vorgenommenen Auslegung der (mittlerweile aufgehobenen) **Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie** der EU (RL 1999/44 EG – VGKRL). Diese ging in Art. 3 Abs. 3 von der grundsätzlichen Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung aus. Grundsätzlich soll der Verbraucher nicht mit Kosten belastet werden, die bei ordnungsgemäßer Erfüllung nicht angefallen wären. Müsste der Verbraucher also die Kosten für den Ausbau einer mangelhaften Sache und den Einbau der reparierten Sache bzw. gelieferten mangelfreien Ersatzsache tragen, hätte er Kosten, die bei ordnungsgemäßer Erfüllung nicht angefallen wären. Er wäre also im Fall der Mangelhaftigkeit der Sache belastet. Das wollte Art. 3 Abs. 3 der VGKRL im Grundsatz verhindern. Allerdings sah Art. 3 Abs. 3 S. 1 der VGKRL zum Schutz des Unternehmers auch vor, dass der Verbraucher eine unentgeltliche Nachbesserung oder Ersatzlieferung nur verlangen konnte, sofern dies für den Unternehmer nicht unmöglich oder unverhältnismäßig war.

In Auslegung dieser Bestimmung hatte der EuGH entschieden, dass die Pflicht zur Nachlieferung einer mangelfreien Sache auch die Pflicht zum Ausbau und zum Abtransport der mangelhaften Kaufsache sowie die Pflicht zum Einbau der Ersatzsache erfasst (EuGH NJW 2011, 2269, 2273). Art. 3 Abs. 2 und 3 der RL verpflichtete also den Verkäufer, den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der reparierten Sache bzw. der Ersatzsache vorzunehmen oder die Kosten für den Aus- und

(Wieder-)Einbau zu tragen. Der Käufer hatte nur dann einen Kostenersatzanspruch, wenn der Verkäufer die geschuldete Handlung nicht vornahm. Bezüglich des Kostenersatzanspruchs hatte der EuGH jedoch auch auf die Möglichkeit für den Verkäufer hingewiesen, die Übernahme unverhältnismäßiger Kosten für den Ausbau der mangelhaften Sache und den Einbau der als Ersatz gelieferten Sache abzulehnen. Art. 3 Abs. 3 der RL schliesse nicht aus, dass der Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der Kosten für den Ausbau des mangelhaften Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts in einem solchen Fall auf die Übernahme eines angemessenen Betrags durch den Verkäufer beschränkt wird (EuGH NJW 2011, 2269, 2274; siehe auch BGH NJW 2012, 1073, 1075).

In Umsetzung dieses EuGH-Urteils hatte denn auch der **BGH** hinsichtlich § 439 Abs. 1 Var. 2 BGB so entschieden. Folge daraus war:

- Die Pflicht des Verkäufers zur Nachlieferung einer mangelfreien Sache umfasst grundsätzlich auch die Pflicht zum Ausbau und zum Abtransport der mangelhaften Kaufsache sowie die Pflicht zum Wiedereinbau der reparierten Sache bzw. den Einbau der Ersatzsache, und zwar für den Käufer unentgeltlich. Der Käufer muss – im Grundsatz – dem Verkäufer eine entsprechende Gelegenheit geben. Anders als bei § 439 Abs. 1 BGB hat er grundsätzlich kein Wahlrecht und kann nicht schlicht die Kosten für den Aus- und Wiedereinbau erstattet verlangen.
- Die Pflicht zum Aus- und (Wieder-)Einbau der Sache bzw. zur Kostenübernahme trifft den Verkäufer nur bei Verhältnismäßigkeit, d.h. in angemessener Höhe. Darüber, was im Einzelfall „angemessen“ ist, besteht allerdings Unklarheit. Ein entscheidendes Gericht wird sich gem. Art. 3 Abs. 3 S. 2 VGKRL v.a. an Art und Schwere des Mangels im Vergleich zum Wert der mangelfreien Sache unter Berücksichtigung der Bedeutung der Vertragswidrigkeit orientieren.

Beispiel: Wäre im obigen Fliesenfall K also ein Verbraucher gewesen, hätte er nach der Systematik der §§ 439 ff. BGB a.F. ebenfalls keinen Aufwendungsersatzanspruch gehabt, dies allerdings hätte Art. 3 Abs. 3 VGKRL

nicht entsprochen. In Abweichung zum Wortlaut des § 439 BGB war K daher ein Aufwendungsersatzanspruch zu gewähren, der wegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 VGKRL auf einen für V angemessenen Betrag zu reduzieren war.

bb. Rechtslage seit dem 1.1.2018 bzw. 1.1.2022

Mit Wirkung zum 1.1.2018 hat der Gesetzgeber die ausgeführte EuGH- und BGH-Rechtsprechung zur Auslegung des Art. 3 VGKRL in Gesetzesrecht überführt und einen „erweiterten Nacherfüllungsanspruch“ eingeführt. Und mit Wirkung zum 1.1.2022 hat der deutsche Gesetzgeber in Umsetzung der Warenkaufrichtlinie (EU) 2019/771, die zur Aufhebung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie führte, den Normenkomplex abermals (erheblich) überarbeitet. Nach aktueller Rechtslage ist wie folgt zu unterscheiden:

a.) Allgemeines Kaufrecht

Gemäß § 439 Abs. 3 BGB (der aufgrund seiner Stellung im allgemeinen Kaufrecht für **alle Kaufverträge** und sowohl für die Nachbesserung als auch die Nachlieferung gilt) ist der Verkäufer (für den Fall, dass er nicht selbst den Aus- und Wiedereinbau vornimmt) im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet, dem Käufer die erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder (vom Verkäufer!) nachgelieferten mangelfreien Sache zu ersetzen, wenn der Käufer die mangelhafte Sache gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache eingebaut oder an eine andere Sache angebracht hat, bevor der Mangel offenbar wurde.

Beispiele für einen Einbau in eine andere Sache: Aufbringen und Verkleben von Boden- oder Wandfliesen; Aufbringen und Verkleben von Teppich; Verlegen eines Parkett- oder Laminatbodens; Einbau von Türen, Fenstern etc.

Beispiele für ein Anbringen an eine andere Sache: Montage von Leuchtkörpern; Befestigen von Fensterbänken; Aufbringen neuer Farbe (BT-Drs. 18/11437, S. 40)

Der Begriff der „**Aufwendungen**“ ist im Gesetz nicht definiert. Nach allgemeiner Auffassung sind darunter aber alle freiwilligen Vermögensminderungen gemeint, also bspw. die Kosten, die bei der Beauftragung eines Unternehmers zur Verrichtung einer Tätigkeit anfallen. Der damit einhergehende **Aufwendungsersatzanspruch** setzt der Systematik des Nacherfüllungsanspruchs folgend kein Verschulden des Verkäufers hinsichtlich des Mangels voraus. Entscheidend ist nur, dass die mangelhafte Sache gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck bestimmungsgemäß in eine andere Sache eingebaut oder an eine andere Sache angebracht wurde, bevor der Mangel offenbar wurde. „Bestimmungsgemäß“ bedeutet, dass es auf die arttypische Verwendung ankommt, was nach der Verkehrsanschauung unter Berücksichtigung der Parteivereinbarung zu beurteilen ist („objektiv-subjektive“ Betrachtungsweise).

Beispiel: So leuchtet es ein, dass ein Einbauherd dazu bestimmt ist, in das Küchenmöbelstück (d.h. in die Küchenzeile bzw. in den Küchenblock) eingebaut zu werden. Wird dagegen ein freistehender Herd eingebaut, entspricht dies nicht der funktionellen Bestimmung. Aus- und Wiedereinbaukosten gingen in diesem Fall nicht zulasten des Verkäufers.

Die Verpflichtung des Verkäufers zum Kostenersatz für Aus- und Wiedereinbau im Rahmen des Aufwendungsersatzanspruchs gem. § 439 Abs. 3 BGB ist jedoch gem. § 439 Abs. 4 BGB **eingeschränkt** bzw. **ausgeschlossen**, wenn

- die Kosten der vom Käufer gewählten Art der Nacherfüllung für den Verkäufer unverhältnismäßig sind, obwohl die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer möglich wäre („relative Unverhältnismäßigkeit“, § 439 Abs. 4 S. 2 Fall 3 BGB), bzw.
- die Kosten beider Arten der Nacherfüllung oder der einzig möglichen Art der Nacherfüllung unverhältnismäßig sind („absolute Unverhältnismäßigkeit“, § 439 Abs. 4 S. 3 Halbs. 2 BGB).

Ist das der Fall, bleiben dem Käufer „nur“ das Minderungsrecht und das Rücktrittsrecht. Lediglich bei Verschulden des Verkäufers (etwa, wenn dieser eine Produktprüfpflicht missachtet hat) hat der Käufer auch einen Anspruch auf Schadensersatz (§§ 437 Nr. 3, 280 BGB). Das gilt seit dem 1.1.2022 auch für den Verbrauchsgüterkauf, da die hierfür geltende Sonderregelung des § 475 Abs. 4 S. 2 BGB (kein Ausschluss des Anspruchs auf Kostenübernahme, sondern Reduzierung auf eine „angemessene“ Höhe) gestrichen worden ist – dazu S. 172 ff.

Beispiel: K kauft beim Ersatzteihändler V einen generalüberholten Motor für sein gewerblich genutztes Auto. Den Motor lässt er von einer Werkstatt ordnungsgemäß einbauen. Drei Wochen später weist der Motor einen kapitalen Schaden auf. K fordert V unter Setzung einer Frist zur Mangelbeseitigung auf. V ist der Meinung, K müsse den Motor wieder ausbauen (lassen) und zu ihm bringen, damit er ihn repariere.

⇒ Bei einem Austauschmotor handelt es sich um eine Sache, die gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache (hier: in das Auto) eingebaut wird. Dass K den Motor nur deshalb kaufte, um diesen in sein Auto einzubauen, steht außer Zweifel. Daher muss gem. § 439 Abs. 3 BGB V die Kosten für den Ausbau des Motors und dessen Versand zu V übernehmen. Ihm bleibt aber die Einrede des § 439 Abs. 4 S. 1 BGB, wonach er die Nacherfüllung (und damit auch die Übernahme der Kosten für den Ausbau des defekten Motors und den Einbau des reparierten Motors bzw. eines mangelfreien Motors) verweigern kann, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. In diesem Fall blieben K „nur“ das Minderungsrecht und das Rücktrittsrecht. Lediglich bei Verschulden des V hätte K auch einen Anspruch auf Schadensersatz.

Unbeschadet der soeben genannten Möglichkeit des Ausschlusses des Aufwendungsersatzanspruchs wegen Unverhältnismäßigkeit besteht gem. § 439 Abs. 3 BGB die Verpflichtung des Verkäufers zum Kostenersatz für Aus- und Wiedereinbau im Rahmen des Aufwendungsersatzanspruchs schließlich nur dann, wenn der Käufer die Sache eingebaut oder angebracht hat, bevor der Mangel offenbar wurde. Negativ formuliert: Die Verpflichtung des Verkäufers zum Kostenersatz für Aus- und

Wiedereinbau im Rahmen des Aufwendungsersatzanspruchs ist **ausgeschlossen**, wenn der Käufer die Sache eingebaut oder angebracht hat, nachdem der Mangel bereits offenbar war. Das leuchtet ein. Denn hat der Käufer die Sache eingebaut oder angebracht, nachdem der Mangel offenbar wurde, ist er – mit Blick auf die Aus- und Wiedereinbaukosten – nicht schutzwürdig.

Beispiel: K kauft beim Ersatzteilehändler V neue Bremscheiben für sein gewerblich genutztes Auto. Die Bremscheiben lässt er von einer Werkstatt ordnungsgemäß einbauen, obwohl diese bezweifelt, dass die Bremscheiben über eine Zulassung für das Fahrzeug verfügen, und dies K auch so mitgeteilt hat. Bei der Hauptuntersuchung drei Wochen später weist der Prüflingenieur K auf diesen Mangel hin und verweigert die Erteilung der Prüfplakette.

⇒ In diesem Fall muss V nicht gem. § 439 Abs. 3 BGB die Kosten für den Ausbau der falschen (und damit wegen § 434 Abs. 5 BGB als mangelhaft anzusehenden) Bremscheiben sowie für den Einbau richtiger Bremscheiben übernehmen, da K die Bremscheiben hat einbauen lassen, nachdem der Mangel (= keine Zulassung für das Fahrzeug) bereits offenbar war.

Dadurch, dass gemäß der gesetzlichen Formulierung in § 439 Abs. 3 BGB der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet ist, dem Käufer die **erforderlichen Aufwendungen** für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache zu **ersetzen**, hat der Käufer also einen **Kostenersatzanspruch**, der auf die **Erstattung der Aus- und Wiedereinbaukosten** gerichtet ist. Das heißt aber **nicht**, dass der Käufer auch die **Mangelbeseitigung** selbst vornehmen darf (bzw. vornehmen lassen darf) und die diesbezüglich anfallenden Kosten vom Verkäufer ersetzt verlangen kann. Er kann also nur den Aus- oder Abbau organisieren, muss dann vom Verkäufer die Mangelbeseitigung bzw. Nachlieferung verlangen und kann dann erneut den Wiederaufbau, den Wiedereinbau bzw. das Wiederaanbringen organisieren und die Kosten dem Verkäufer in Rechnung stellen. Freilich gilt das nur, wenn der Verkäufer sich weigert, die entsprechenden Handlungen vorzu-

nehmen. Dem Verkäufer ist also zunächst Gelegenheit zur Nacherfüllung (und damit auch zum Aus- und Wiedereinbau) zu geben.

Von der Kostenregelung des § 439 Abs. 3 BGB nicht erfasst ist der Fall, dass der Käufer (nach erfolgloser Aufforderung gegenüber dem Verkäufer, nachzuerfüllen) bei Ausschluss der Nachbesserungsmöglichkeit die Ersatzsache bei einem anderen Verkäufer kauft und (von diesem oder einem Dritten) einbauen lässt. Sofern man davon ausgeht, dass in diesem Fall die Interessenlage dieselbe ist, dürfte ein Kostenanspruch unter den Voraussetzungen des § 439 Abs. 3 und 4 BGB ebenso bestehen. Sollte man diesem Gedanken nicht folgen, bliebe immerhin ein (freilich verschuldensabhängiger) Schadensersatzanspruch gem. § 437 Nr. 3 Var. 1 BGB.

Gesetzlich nicht geregelt ist auch der Fall, dass der Käufer den Aus- und Wiedereinbau **selbst vornimmt** und dann Kostenerstattung verlangt. Zieht man die auf S. 166 genannte Definition der Aufwendungen heran, wonach alle freiwilligen Vermögensminderungen gemeint sind, also bspw. die Kosten, die bei der Beauftragung eines Unternehmers zur Verrichtung einer Tätigkeit anfallen, muss man einen Kostenerstattungsanspruch bei selbst vorgenommenem Aus- und Wiedereinbau folgerichtig verneinen (so Weidenkaff, in: Grüneberg, § 439 Rn. 13). Dem ist – in Übereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen, dass der Zeitaufwand bei Privatpersonen als nicht erstattungsfähig angesehen wird, jedenfalls dann zuzustimmen, wenn es sich bei dem Käufer um eine Privatperson handelt. Die Frage kann also nur sein, ob bei gewerblichen Käufern, die die Sache für ihren Gewerbebetrieb kauften und den Aus- und Wiedereinbau selbst vornahmen, etwas anderes gilt. Nach der hier vertretenen Auffassung ist gut vertretbar, die Arbeitszeit des Gewerbetätigen als eine Aufwendung i.S.d. § 439 Abs. 3 BGB und damit als vergütungsfähig anzusehen, wenn man die Rechtsprechung des BGH zur Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. – GoA) überträgt, wonach demjenigen, der ein Geschäft für einen anderen besorgt, analog § 1835 Abs. 3 BGB die übliche Vergütung

zusteht, wenn die übernommene Tätigkeit zum Beruf oder Gewerbe des Geschäftsführers gehört oder wenn der Geschäftsführer einen Verdienstausschlag oder Gewinnverlust erleidet (vgl. BGHZ 65, 384, 390; 69, 34, 36; 143, 9, 16). Ob aber die Gerichte diesem Gedanken folgten, wenn sie einen solchen Fall entscheiden müssten, bleibt abzuwarten.

Beispiel: K, Inhaber einer Kfz-Werkstatt, erwarb über eBay von einem Händler ein Bauteil für einen Fensterhebemechanismus einer Autotür. Nach dem Einbau stellte er fest, dass das Bauteil defekt ist, was er dem Verkäufer auch sofort mitteilte. Dieser jedoch bestritt einen Defekt, führte das Nichtfunktionieren auf einen fehlerhaften Einbau zurück und verweigerte Nacherfüllung. Daraufhin kaufte K das gleiche Bauteil bei einem anderen Händler und baute es ein. Da der Fensterhebemechanismus nunmehr funktionierte, erklärte K den Rücktritt vom Vertrag, schickte das defekte Bauteil an den Verkäufer zurück und machte PayPal-Käuferschutz geltend, woraufhin PayPal den Kaufpreis zurückbuchete.

K verlangt nun noch den Zeitaufwand für den Ausbau des defekten Moduls und den Einbau des Ersatzmoduls erstattet.

⇒ Anspruchsgrundlage könnte § 439 Abs. 3 BGB sein. Danach ist der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet, dem Käufer die erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache zu ersetzen, wenn der Käufer – bevor der Mangel offenbar wurde – die mangelhafte Sache gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache einbaute und der Verkäufer die erforderliche Handlung nicht selbst vorgenommen hatte.

Das wirft für den vorliegenden Fall jedoch zwei Probleme auf: Zunächst hat K die Ersatzsache nicht vom Verkäufer der mangelhaften Sache erhalten. § 439 Abs. 3 BGB bezieht sich aber offenbar darauf, dass bei einer Ersatzlieferung der Verkäufer der mangelhaften Sache die Ersatzsache geliefert hat. Allerdings gebietet es die vergleichbare Interessenlage, dass der Verkäufer, der sich pflichtwidrig weigert, Ersatz zu liefern, die Kosten für den Ausbau der defekten Sache und den Einbau der Ersatzsache zu erstatten hat. Denn diese Kosten hätte er auch dann erstatten müssen, wenn er pflichtgemäß gehandelt und selbst die Ersatzsache geliefert hätte.

Das zweite, *eigentliche Problem* besteht darin, dass § 439 Abs. 3 BGB von Aufwendungsersatz spricht, K jedoch keine Aufwendungen (für Fremdarbeiten) hatte, da er selbst die defekte Sache ausbaute und die Ersatzsache einbaute. Unter Heranziehung des Aufwendungsbegriffs, der auf *freiwillige Vermögensminderungen* abstellt und bspw. die Kosten erfasst, die bei der Beauftragung eines Unternehmers zur Verrichtung einer Tätigkeit anfallen, muss man einen *Kostenerstattungsanspruch* bei selbst vorgekommenem Aus- und Wiedereinbau folgerichtig verneinen (s.o.). Hätte es sich bei K um eine Privatperson gehandelt, wäre dem – in Übereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen, dass der Zeitaufwand bei Privatpersonen als nicht erstattungsfähig angesehen wird – uneingeschränkt zuzustimmen gewesen. K ist aber Gewerbetreibender, der das Bauteil für seinen *Gewerbebetrieb* kaufte. Überträgt man die Rechtsprechung des BGH zur Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. – GoA), wonach demjenigen, der ein Geschäft für einen anderen besorgt, analog § 1835 Abs. 3 BGB die übliche Vergütung zusteht, wenn die übernommene Tätigkeit zum Beruf oder Gewerbe des Geschäftsführers gehört oder wenn der Geschäftsführer einen Verdienstaufschlag oder Gewinnverlust erleidet (vgl. BGHZ 65, 384, 390; 69, 34, 36; 143, 9, 16), ist die Arbeitszeit des Gewerbetätigen eine Aufwendung i.S.d. § 439 Abs. 3 BGB und als vergütungsfähig anzusehen. Ob aber die Gerichte diesem Gedanken folgten, wenn sie einen solchen Fall entscheiden müssten, bleibt abzuwarten.

Zu beachten ist aber auch hier, dass der Verkäufer die Kostenübernahme bzgl. des Ausbaus der defekten Sache und des Einbaus der Ersatzsache wegen Unverhältnismäßigkeit gänzlich verweigern kann (§ 439 Abs. 4 BGB). Das wäre etwa der Fall, wenn die Kosten für den Aus- und Wiedereinbau deutlich über dem Kaufpreis des Moduls lägen. In diesem Fall blieben K „nur“ das Minderungsrecht (was vorliegend kaum Sinn ergeben dürfte) und das Rücktrittsrecht. Lediglich bei Verschulden des Verkäufers hätte K auch einen Anspruch auf Schadensersatz (statt der Leistung).

Eine Kostenregelung enthält schließlich § 439 Abs. 6 BGB, wonach der Verkäufer die ersetzte Sache auf seine Kosten zurückzunehmen hat.

b.) Verbrauchsgüterkauf

Im Rahmen eines **Verbrauchsgüterkaufs** gilt nach der am 1.1.2022 in Kraft getretenen nationalen Rechtslage nichts anderes als nach allgemeinem Kaufrecht (hier: § 439 Abs. 2-6 BGB). Das ergibt sich durch die Aufhebung des am 1.1.2018 in Kraft getretenen § 475 Abs. 4 BGB. Waren danach die Kosten für den Ausbau der mangelhaften Sache und den Einbau der reparierten bzw. nachgelieferten mangelfreien Sache unverhältnismäßig, konnte der Unternehmer den Aufwendungsersatz lediglich auf einen angemessenen Betrag beschränken (statt – wie beim allgemeinen Kaufrecht – gänzlich befreit zu sein). Diese Regelung ist nunmehr weggefallen. Der deutsche Gesetzgeber meint, dass die Warenkaufrichtlinie diese Regelung nicht übernommen habe (und sie deshalb zu streichen sei). Es sei beim Erlass der WKRL als nicht gerechtfertigt angesehen worden, den Verkäufer zur Erbringung einer unverhältnismäßigen Leistung zu verpflichten (BT-Drs. 19/27424, S. 29). Auf den ersten Blick scheint dies unzutreffend zu sein, denn nach Art. 14 Abs. 3 WKRL umfasst die Pflicht zur Nachbesserung oder Ersatzlieferung die Entfernung der nicht vertragsgemäßen Waren und die Montage oder Installierung der Ersatzwaren oder der nachgebesserten Waren oder die Übernahme der Kosten dieser Entfernung und Montage oder Installierung. Von einer Verweigerungsmöglichkeit bei Unverhältnismäßigkeit liest man in Art. 14 WKRL nichts. Allerdings gilt folgende Überlegung: Kann der Unternehmer wegen unverhältnismäßiger Kosten bereits die Nacherfüllung verweigern, entfällt auch die Verpflichtung zur Übernahme der Kosten für den Aus- und Wiedereinbau. Denn die Pflicht zur Übernahme der Kosten für den Aus- und Wiedereinbau ist lediglich Bestandteil der geschuldeten Nacherfüllung. Ist diese nicht geschuldet, gilt das auch für die Übernahme der Aus- und Wiedereinbaukosten. Es kommt daher allein darauf an, *ob* die Nacherfüllung unverhältnismäßig (und daher nicht geschuldet) ist. Das richtet sich gem. Art. 13 Abs. 3 WKRL nach den konkreten Umständen des Einzelfalls einschließlich der in Art. 13 Abs. 2 lit. a) und b) WKRL genannten Umstände, d.h. nach dem Wert der Ware, den sie im vertragsgemäßen Zustand hätte, und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit. Letztlich

hängt also die Frage nach der Nacherfüllungspflicht und damit verbunden die Frage nach der Pflicht zur Übernahme der Aus- und Wiedereinbaukosten von den genannten (Einzelfall-)Umständen ab, was auf nationaler Ebene über § 439 Abs. 3 und 4 BGB zu lösen ist.

Beispiel: Verbraucher K kauft beim Ersatzteihändler V einen generalüberholten Motor für sein Auto. Den Motor lässt er von einer Werkstatt ordnungsgemäß einbauen. Drei Wochen später weist der Motor einen kapitalen Schaden auf. K fordert V unter Setzung einer Frist zur Mangelbeseitigung auf. V ist der Meinung, K müsse den Motor wieder ausbauen (lassen) und zu ihm bringen, damit er ihn repariere.

⇒ Da es sich bei einem Austauschmotor um eine Sache handelt, die gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache (hier: in das Auto) eingebaut wird, und K den Motor nur deshalb kaufte, um diesen in sein Auto einzubauen, muss gem. § 439 Abs. 3 BGB V die Kosten für den Ausbau des Motors und dessen Versand zu V übernehmen.

Sollte dies V unverhältnismäßig belasten, kann er die Übernahme des Aufwendersersatzes verweigern, Art. 13 Abs. 3 WKRL i.V.m. Art. 13 Abs. 2 lit. a) und b) WKRL und § 439 Abs. 4 BGB. K kann dann lediglich vom Kaufvertrag zurücktreten oder den Kaufpreis mindern, trägt – bei Rücktritt – aber die Kosten für den Ausbau des defekten Motors; lediglich die Kosten des Rücktransports sind von V zu übernehmen, siehe § 439 Abs. 2 BGB.

c.) Fazit

Gleichgültig, ob es sich um einen Kauf nach allgemeinem Kaufrecht oder um einen Verbrauchsgüterkauf handelt, kann der Verkäufer die Kostenübernahme bzgl. des Ausbaus der defekten Sache und des Einbaus der reparierten bzw. nachgelieferten Ersatzsache wegen Unverhältnismäßigkeit gänzlich verweigern (§ 439 Abs. 4 BGB). In diesem Fall bleiben dem Käufer „nur“ das Minderungsrecht nach § 441 BGB und das Rücktrittsrecht nach § 323 BGB. Lediglich bei Verschulden des Verkäufers hat der Käufer stets einen Anspruch auf Schadensersatz (statt der Leistung), §§ 280, 281 BGB.

d.) Anwendungsfall

Folgender Anwendungsfall soll die Frage nach den Aus- und Wiedereinbaukosten veranschaulichen.

Sachverhalt: K kauft für seinen SUV im Versandhandel einen Sportauspuff zum Preis von 1.200 € und lässt diesen von einer Werkstatt einbauen. Die Einbaukosten betragen 200 €. Nach einigen Tagen vernimmt K ein Schepper-Geräusch in einem der Schalldämpfer. Nach Vorführung des Wagens in der Werkstatt, die die Abgasanlage angebaute, bringt K in Erfahrung, dass sich die Absorptionsrohre im Inneren des hinteren linken Schalldämpfers lösten. Er macht diesen Mangel gegenüber dem Verkäufer V geltend. Dieser meint, K solle den Schalldämpfer zurücksenden im Austausch gegen einen neuen. Die Kosten für den Ausbau des defekten Schalldämpfers und den Einbau des nachgelieferten (2 x 50 €) sowie die Versandkosten (20 €) möchte V indes nicht übernehmen mit der Begründung, dass die geringe Gewinnmarge dies nicht zuließe.

⇒ Der Anspruch des K ist zunächst – wenn man davon ausgeht, dass eine Reparatur weder dem Interesse des K noch dem des V entspricht – auf Nachlieferung gerichtet (§§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Var. 2 BGB). V ist auch zum kostenfreien Austausch bereit. Das allein aber genügt dem Interesse des K nicht. Denn es sind mit dem Ausbau des defekten und dem Einbau des ausgetauschten Schalldämpfers Kosten verbunden. Hinzu kommen die Kosten für den Versand des defekten Schalldämpfers zu V.

Hinsichtlich Sachen, die gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache eingebaut oder an eine andere Sache angebracht werden, bestimmt § 439 Abs. 3 BGB, dass der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet ist, dem Käufer die erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache zu ersetzen hat. Eine Weigerung der Übernahme der Kosten ist nur im Fall der Unverhältnismäßigkeit zulässig, § 439 Abs. 4 S. 1 BGB, wobei insbesondere der Wert der Sache im mangelfreien Zustand und die Bedeutung des Mangels zu berücksichtigen sind, § 439 Abs. 4 S. 2 BGB.

Vorliegend sind die Schepper-Geräusche für K nicht hinnehmbar, sodass von einem erheblichen Mangel auszugehen ist. Auch stehen die Aus- und

Einbaukosten nicht außer Verhältnis zum Wert der Abgasanlage. K darf daher auch Kostenerstattung verlangen, und zwar 2 x 50 € für den Aus- und Einbau auf der Grundlage des § 439 Abs. 3 BGB und 20 € Versandkostenersatz auf der Grundlage des § 439 Abs. 2 BGB. Sollte es sich bei K um einen Verbraucher handeln, kann er auch einen Vorschuss (in voller Höhe) verlangen, § 475 Abs. 4 BGB.

Anm.: Ein Schadensersatzanspruch wegen des Nutzungsausfalls, der mit dem zusätzlichen Werkstattaufenthalt verbunden ist, kommt dagegen allenfalls bei Verschulden des V in Betracht (siehe §§ 437 Nr. 3 Var. 1, 440, 280 Abs. 1 BGB). Gerade aber beim Verkauf von Neuware bestehen i.d.R. keine Produktprüfpflichten, die über eine bloße Sichtkontrolle hinausgehen (siehe dazu S. 211).

cc. Rechtslage beim Werklieferungsvertrag

Auf **Werkverträge** i.S.d. § 631 Abs. 1 BGB, also auf Verträge, die gem. § 631 Abs. 2 BGB die Herstellung oder Veränderung einer Sache oder einen anderen durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg zum Gegenstand haben, sind die obigen Ausführungen nicht übertragbar, da es sich insoweit nicht um Kaufverträge und damit auch nicht um Verbrauchsgüterkaufverträge handelt. Auch die Warenkaufrichtlinie gilt somit nicht (siehe Art. 1 WKRL, wo ausdrücklich nur von Kaufverträgen und Verkäufern die Rede ist).

Etwas anderes könnte aber für **Werklieferungsverträge** gelten, da darunter Verträge zu verstehen sind, die die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand haben und auf die die Vorschriften über den Kauf Anwendung finden (§ 650 S. 1 BGB). Im Kern geht es also um einen Vertrag über die Lieferung beweglicher Sachen, die erst herzustellen oder zu erzeugen sind. Jedoch kann es im Einzelfall überaus schwierig sein, den Vertrag zweifelsfrei als Werkvertrag, Werklieferungsvertrag oder Kaufvertrag einzuordnen.

- Während also der aus einem Werklieferungsvertrag Verpflichtete die Lieferung beweglicher Sachen schuldet, die erst herzustellen oder zu erzeugen sind, steht beim reinen **Werkvertrag** nicht die Lieferung her-

zustellender oder zu erzeugender Sachen im Mittelpunkt, sondern der Gesamterfolg (also das Endprodukt). Zudem erfasst der Werkvertrag auch unbewegliche Sachen, wohingegen sich der Werklieferungsvertrag ausschließlich auf bewegliche Sachen bezieht. Daher kann es sich bei einem Vertrag über eine Baumaßnahme, bei der zunächst bewegliche Sachen (wie Steine, Decken, Balken) auf ein fest mit dem Boden verbundenes Sockelfundament bzw. in ein fest mit dem Boden verbundenes Bauwerk als wesentliche Bestandteile eingebracht werden, nur um einen Werkvertrag (in Form eines Bauvertrags, § 650a BGB) handeln.

- Und beim **Kaufvertrag** geht es allein um die Pflicht zur Übereignung und Übergabe von (beweglichen oder unbeweglichen) Sachen, unabhängig davon, ob diese (vom Verkäufer oder von dessen Lieferanten) bereits hergestellt oder erzeugt worden sind oder erst (vom Verkäufer oder von dessen Lieferanten) hergestellt oder erzeugt werden müssen. Etwaige vereinbarte Nebenleistungen wie Auf- oder Einbau ändern daran nichts.

Da wegen § 650 S. 1 BGB das anwendbare Recht beim Werklieferungsvertrag und beim Kaufvertrag weitgehend identisch ist (vgl. aber § 650 S. 3 BGB), sich das Kaufrecht jedoch in einigen Aspekten vom Werkvertragsrecht unterscheidet, geht es in erster Linie um die Frage, ob bei dem betreffenden Vertrag Kaufvertragsrecht oder Werkvertragsrecht Anwendung findet. Der besseren Orientierung sollen einige (freilich nicht ganz zweifelsfreie) Beispiele aus der Rechtsprechung dienen:

Beispiele für Anwendbarkeit von Kaufvertragsrecht (da Werklieferungsverträge oder gar Kaufverträge): Verträge über Herstellung, Lieferung und Einbau von Fenster- und Türelementen oder einer Serieneinbauküche einschließlich Montage; Verträge über Herstellung und Lieferung von Möbelstücken, Autos, Computern etc.

Beispiele für Anwendbarkeit von Werkvertragsrecht (sofern das fertige Endprodukt im Mittelpunkt steht): Verträge über Erstellung oder Reparatur (bzw. Sanierung) von Bauwerken; Verträge über die Errichtung eines Wintergartens, einer maßgefertigten Einbauküche (Einzelanfertigung) etc., wobei ggf. die ergänzenden Vorschriften der §§ 650a ff. BGB und der §§ 650u

f. BGB Anwendung finden

Findet danach Kaufvertragsrecht Anwendung, gelten auch die Ausführungen zu den Aus- und Wiedereinbaukosten. Davon geht auch die Warenkaufrichtlinie aus, wenn sie in Art. 3 Abs. 1 und 2 formuliert, dass Kaufverträge i.S.d. Richtlinie auch Verträge zwischen einem Verbraucher und einem Verkäufer zur Bereitstellung von Waren sind, die noch hergestellt oder erzeugt werden müssen (Ausnahmen finden sich in Art. 3 Abs. 3 und 4 WKRL).

k. Aufwendungen zur Klärung einer unklaren Mängelursache

Nach herrschender Rechtsansicht sind auch Aufwendungen zur Klärung einer unklaren Mängelursache erfasst, weil das damit verbundene Kostenrisiko grundsätzlich dem Verkäufer zugewiesen ist. Aus diesem Grund sind auch die Kosten eines Sachverständigengutachtens, das zur Ermittlung des Mangels in Auftrag gegeben wurde, nach der Rechtsprechung (BGH NJW 2014, 2351) Aufwendungen i.S.d. § 439 Abs. 2 BGB und daher zu ersetzen, ohne dass es auf ein Verschulden des Verkäufers für den Mangel ankäme, wie das der Fall wäre, wenn man die Sachverständigenkosten als Schadensersatzposition ansähe (dazu S. 213).

l. (Kein) Ausschluss/keine Einschränkung des Rechts auf Nacherfüllung

Schließlich darf das Recht auf Nacherfüllung nicht ausgeschlossen bzw. eingeschränkt sein. Der Ausschluss bzw. die Einschränkung kann sich aus dem Gesetz oder aufgrund von Parteivereinbarung ergeben. Ausschluss- bzw. Einschränkungsgründe können sein:

- ⇒ Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB

Da eine unmögliche Leistung nicht erbracht werden kann, wäre es sinnlos, dem Käufer einen durchsetzbaren Anspruch auf Nacherfüllung

zuzusprechen. Folgerichtig hat der Gesetzgeber in § 275 Abs. 1 BGB, der auch auf die Nacherfüllung i.S.v. § 439 BGB anwendbar ist, formuliert, dass der Schuldner von seiner Leistungspflicht frei wird, soweit diese für ihn oder für jedermann unmöglich ist. Beschränkt sich die Unmöglichkeit auf eine Art der Nacherfüllung, also entweder auf die Nachlieferung oder auf die Nachbesserung, ist der Nacherfüllungsanspruch nur insoweit und in Bezug auf diesen Teil ausgeschlossen („soweit“ in § 275 Abs. 1 BGB). Der Anspruch des Käufers beschränkt sich dann auf die noch mögliche Art der Nacherfüllung. Ist diese für den Verkäufer ebenfalls unmöglich, wird er nach § 275 Abs. 1 BGB von seiner Nacherfüllungspflicht gänzlich frei.

⇒ Unzumutbarkeit nach § 439 Abs. 4 S. 1 BGB („unverhältnismäßig“).

Nach § 439 Abs. 4 S. 1 BGB kann der Verkäufer die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Ob eine solche relative Unverhältnismäßigkeit besteht, ist aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung und Würdigung aller maßgeblichen Umstände des konkreten Einzelfalls zu beurteilen (BGH NJW 2019, 292, 294 f.). Dabei sind gem. § 439 Abs. 4 S. 2 BGB insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte.

Beispiel: Besteht bei einem Neuwagen der Mangel in einem Softwareproblem (hier: fehlerhafte Meldung, dass die Kupplung überhitzt sei und dass zwecks Abkühlung der Wagen für ca. 45 min abgestellt werden müsse), leuchtet es ein, dass die Kosten einer Ersatzlieferung (hier: Lieferung eines Ersatzwagens) deutlich höher sind als die Kosten der Nachbesserung durch ein Softwareupdate (BGH NJW 2019, 292, 294 ff.).

Jedoch hat der BGH auch darauf abgestellt, dass dem Mangel erhebliche Bedeutung (§ 439 Abs. 4 S. 2 BGB) zukommt, weil er die Gebrauchsfähigkeit des Fahrzeugs spürbar einschränkt. Denn der Fahrer kann i.d.R. nicht einschätzen, ob eine Warnmeldung eine wirkliche Ursache hat oder lediglich auf einen Softwarefehler zurückzuführen ist.

Nichtsdestotrotz muss sich der Käufer letztlich auf die für den Verkäufer günstigere Art der Nacherfüllung verweisen lassen (vorliegend Softwareupdate statt Ersatzlieferung), wenn damit der Mangel vollständig, nachhaltig und fachgerecht beseitigt werden kann.

Anhaltspunkte für die relative Unverhältnismäßigkeit sind schließlich das Verschulden bzw. Vertretenmüssen.

Die **Kappungsgrenze** liegt wohl bei 130% des Kaufpreises. Liegen die Kosten der Nacherfüllung darüber, dürfte von Unverhältnismäßigkeit auszugehen sein. Es bleiben dann nur noch die andere Art der Nacherfüllung oder die Folgerechte Minderung und Rücktritt.

Beispiel: Käufer K kauft im Geschäft des V ein neues Smartphone zum Preis von 350 €. Zwei Monate nach der Übergabe ist das Display defekt.

⇒ Sollte die Reparatur des Smartphones nicht mehr als 130% vom Kaufpreis betragen (also vorliegend bis 455 €), darf und muss V die Reparatur durchführen, sofern diese von K verlangt wird. Sollten die Kosten der Reparatur darüberliegen, darf V das Nacherfüllungsrecht des K auf Nachlieferung beschränken. Sollte auch dies unverhältnismäßig sein, bleiben dem K die Minderung oder der Rücktritt.

- ⇒ Kenntnis des Käufers vom Mangel (Vorsatz; aber auch grob fahrlässige Unkenntnis, es sei denn, Verkäufer war arglistig), § 442 Abs. 1 BGB.

Kannte der Käufer bei Vertragsschluss den Mangel, sind seine Rechte wegen eines Mangels (und damit auch sein Recht auf Nacherfüllung) ausgeschlossen (§ 442 Abs. 1 S. 1 BGB). Kenntnis setzt positives Wissen bzgl. des Mangels voraus. Der Kenntnis gleichgesetzt ist grob fahrlässige Unkenntnis vom Mangel. In diesem Fall kann der Käufer Rechte wegen des Mangels nur geltend machen, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat (§ 442 Abs. 1 S. 2 BGB).

Beispiel: Verkäufer V inseriert seinen 3 Jahre alten VW Beetle 1.2 TSI in einer Internetverkaufsbörse zu einem Preis von 12.000 €. Interessent K nimmt zu V Kontakt auf und erklärt sofort, dass er den Wagen für

11.500 € nehme, wenn V den Wagen zu K liefere. V ist irritiert und schlägt K vor, er solle doch zunächst einmal vorbeikommen und den Wagen zur Probe fahren. K erwidert jedoch, dass dies nicht nötig sei. Daraufhin nimmt V das Angebot des K an. Zwei Monate nach der Übergabe meldet sich K bei V und macht Sachmängelrechte geltend wegen eines angeblichen Motorschadens.

⇒ Hier kannte K bei Vertragsschluss zwar nicht den (eventuellen) Mangel, es liegt aber in jedem Fall grob fahrlässige Unkenntnis vom (eventuellen) Mangel vor. Denn beim Kauf eines Kraftfahrzeugs soll dieses besichtigt und bei Gestattung durch den Verkäufer auch zur Probe gefahren werden. V hat eine vorherige Probefahrt sogar ausdrücklich angeboten. Dass V den (angeblichen) Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit des Wagens übernommen hat (vgl. § 442 Abs. 1 S. 2 BGB), ist nicht ersichtlich. Es lag daher allein in der Risikosphäre des K, den Wagen „blind“ zu kaufen.

Das Gleiche galt übrigens für Käufer von vom Dieselabgasskandal betroffenen Diesel-Autos. Kaufte man in Kenntnis des Dieselabgasskandals ein Fahrzeug des betroffenen Typs, konnte man wegen § 442 Abs. 1 S. 1 BGB keine Mängelrechte geltend machen (siehe etwa OLG Stuttgart NJW-RR 2020, 210 – später auch BGH NJW 2020, 2796, 2797).

Zu beachten ist aber, dass das Gesetz – bedingt durch die Umsetzung der WKRL – nunmehr im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs die Mängelrechte des Verbrauchers nicht mehr ausschließt, wenn dieser den Mangel kannte oder grob fahrlässig nicht kannte. Das ergibt sich aus der Aufnahme des § 442 BGB in § 475 Abs. 3 S. 2 BGB, womit der Gesetzgeber eine Vorgabe der WKRL, die, anders als die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, einen entsprechenden Ausschlussbestand nicht kennt, umsetzt. § 442 BGB ist damit nicht mehr anwendbar auf den Verbrauchsgüterkauf. Es greift stattdessen aber § 439 Abs. 3 BGB n.F.

- ⇒ Vertraglicher Ausschluss der Sachmängelhaftung (soweit zulässig, vgl. §§ 444 und 476 BGB und AGB-Recht; vgl. auch § 377 Abs. 1 HGB)

Ein Verkäufer wird versuchen, Sachmängelrechte auszuschließen. Das

Gesetz gestattet den vertraglichen Ausschluss der Gewährleistung jedoch nur in bestimmten Fällen und unter bestimmten Voraussetzungen. Da dieser Komplex auf S. 219 ff. behandelt wird, sei darauf verwiesen.

3. Recht auf Rücktritt vom Vertrag

Ist Nacherfüllung (in beiden Varianten) unmöglich oder für den Verkäufer unzumutbar, schlägt die Nacherfüllung fehl oder verweigert der Verkäufer die Nacherfüllung, gelten die Folgerechte

- Rücktritt vom Vertrag,
- Minderung des Kaufpreises
- oder Schadensersatz statt der Leistung.

Schadensersatz neben der Leistung und Aufwendungsersatz können daneben stets geltend gemacht werden, solange nur deren Voraussetzungen vorliegen.

Liegt ein Sachmangel bei Gefahrübergang (dazu S. 46 ff. und 103 f.) vor und hat der Käufer dem Verkäufer – zumindest im Grundsatz – eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt, die der Verkäufer fruchtlos hat verstreichen lassen, kann gem. §§ 437 Nr. 2 Var. 1, 440, 323, 326 Abs. 5 BGB der Käufer alternativ zur Minderung des Kaufpreises vom Kaufvertrag zurücktreten, sofern kein Ausschlussgrund greift. Minderung und Rücktritt stehen nebeneinander. Der Gesetzgeber räumt dem Käufer ein Wahlrecht ein zwischen Festhalten am Kaufvertrag (unter Minderung des Kaufpreises) und Lösen vom Kaufvertrag (Rücktritt mit der Folge der Rückabwicklung).

a. Rücktrittserklärung; kein Wechsel zur Minderung

Der Rücktritt muss gem. § 349 BGB **erklärt** werden. Das ergibt sich nicht nur aus der Rechtsnatur des Rücktrittsrechts als Gestaltungsrecht, sondern auch aus der Natur der Sache: Der Schuldner (hier: der Verkäufer) muss ja wissen, welches Recht ausgeübt und was von ihm gefordert wird. Wegen seiner Rechtsnatur als Gestaltungsrecht sowie der

mit ihm verbundenen Folge der **Beendigung des Vertragsverhältnisses** und der „Umwandlung“ in ein **Rückgewährschuldverhältnis** ist hinsichtlich desselben Mangels ein Wechsel vom Rücktritt zur Kaufpreisminderung nicht mehr möglich, sobald der Rücktritt erklärt wurde. Denn die Ausübung des Minderungsrechts setzt gerade den Fortbestand des Vertragsverhältnisses voraus; lediglich die Höhe des Kaufpreises wird im Verhältnis zum Mangel reduziert. Hat also der Käufer den Rücktritt erklärt, kann er anschließend nicht mehr zur Minderung wechseln. Die Wahl des Rücktrittsrechts muss daher gut überlegt sein (zur Frage, ob hingegen ein Wechsel von der Minderung zum Rücktritt möglich ist, siehe S. 198 f.).

Allerdings kann nach § 325 BGB neben dem erklärten Rücktritt weiterhin Schadensersatz verlangt werden. Insoweit können der Rücktritt und der Schadensersatz kombiniert werden und es besteht im Ergebnis ein Schadensersatzanspruch neben dem Rücktritt. Allerdings darf der Schaden nicht identisch sein mit denjenigen Positionen, die bereits mit dem Rücktritt „abgegolten“ sind. Auch darf die Art des Schadensersatzes nicht den Verbleib der Sache beim Gläubiger (hier: dem Käufer) voraussetzen, was beim sog. „kleinen Schadensersatz“ der Fall wäre. Zum Verhältnis Rücktritt/Schadensersatz vgl. im Übrigen S. 207.

b. Insbesondere: Fristsetzung

Von besonderer Bedeutung ist die Fristsetzung: Nach § 323 Abs. 1 BGB muss der Gläubiger (hier: der Käufer) dem Schuldner (hier: dem Verkäufer) **eine angemessene Frist** zur Leistungserbringung setzen. Die Fristsetzung ist Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes; sie soll dem Schuldner eine letzte Gelegenheit zur ordnungsgemäßen Vertragserfüllung geben, bevor er den mitunter äußerst nachteiligen Folgen eines Rücktritts ausgesetzt wird. Die Frist muss daher derart bemessen sein, dass dem Schuldner die Nacherfüllung objektiv möglich ist („angemessene Frist“). Die Angemessenheit bemisst sich nach den Umständen des Einzelfalls (allgemeine Auffassung, vgl. nur OLG Nürnberg NZV 2018, 315).

Frist ist der Zeitraum, dessen Ende durch Angabe eines Termins oder zumindest durch Angabe einer Zeiteinheit (Stunden, Tage, Wochen, Monate) bestimmt ist (*Ernst*, in: MüKo, § 323 Rn 74), wobei der BGH die Angabe eines bestimmten Zeitraums oder eines bestimmten (End-) Termins nicht verlangt; vielmehr könne die Fristsetzung durch das **Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung** oder durch vergleichbare Formulierungen – etwa ein Verlangen nach schneller Behebung gerügter Mängel – erfolgen, sofern nur **zum Ausdruck kommt, dass dem Schuldner für die Erfüllung nur ein begrenzter (bestimmbarer) Zeitraum zur Verfügung steht** (BGH NJW 2016, 3654, 3654 f. – mit Verweis auf BGH NJW 2009, 3153, 3154 (zu § 281 BGB) und BGH NJW 2015, 2564, 2565 (zu § 323 BGB)). Das heißt letztlich: Um dem in § 323 Abs. 1 BGB genannten Fristsetzungserfordernis nachzukommen, genügt es, wenn der Gläubiger den Schuldner zur Erbringung sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung auffordert, dabei jedoch zum Ausdruck bringt, dass dem Schuldner für die Erfüllung (bzw. Nacherfüllung) nur ein begrenzter (bestimmbarer) Zeitraum zur Verfügung steht (BGH NJW 2016, 3654, 3654 f.). Der Nennung eines bestimmten Zeitraums oder eines Endtermins bedarf es nicht. Selbstverständlich muss – bei Schlechtleistung beim Kauf- oder Werkvertrag – der Gläubiger auch die Bereitschaft erklären, dem Verkäufer bzw. Werkunternehmer die Sache **zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen für eine entsprechende Untersuchung zur Verfügung zu stellen** (BGH ZIP 2015, 2132, 2133). Der Verkäufer bzw. Werkunternehmer ist nicht verpflichtet, nachzuerfüllen, bevor der Käufer bzw. Besteller ihm nicht Gelegenheit zu einer Untersuchung der Sache gegeben hat (BGH ZIP 2015, 2132, 2133). Eine Androhung durch den Gläubiger, nach Ablauf der Frist die Leistung abzulehnen („Ablehnungsandrohung“), ist im Zuge der Fristsetzung keinesfalls erforderlich.

Beispiel: V (Privatperson) hat an K (Händler) ein gebrauchtes Motorrad verkauft, wobei eine Holschuld vereinbart war. Nach drei Wochen fordert V den K zur unverzüglichen Abholung auf und setzt ihn in Annahmeverzug

(ein Abholtermin war ursprünglich nicht vereinbart). Nachdem sich innerhalb einer weiteren Woche nichts getan hat, möchte V nicht länger warten und das Motorrad dem X verkaufen, der sofort abholen und bezahlen möchte. Um späteren Schadensersatzansprüchen des K wegen Nichterfüllung nicht ausgesetzt zu sein, erklärt V den Rücktritt, um die Vertragspflichten zum Erlöschen zu bringen.

K befand sich in Annahmeverzug. Zwar ist ein Rücktrittsrecht des Schuldners in §§ 293 ff. BGB nicht vorgesehen, da es sich vorliegend aber um einen Kaufvertrag handelt, der gem. § 433 Abs. 2 BGB die Abnahme zur Pflicht des Gläubigers macht, und K dieser Pflicht nicht nachkam, wurde K insoweit selbst zum Schuldner, wodurch er in Schuldnerverzug geriet, der V zum Rücktritt berechtigte (§ 323 Abs. 1 BGB).

Da § 323 Abs. 1 BGB aber von „Fristsetzung“ spricht und V weder einen bestimmten Zeitraum noch einen Endtermin nannte, könnte es an der Fristsetzung fehlen mit dem Ergebnis, dass der Rücktritt ausgeschlossen wäre. Jedoch lässt es der BGH genügen, wenn durch das Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung oder durch vergleichbare Formulierungen – etwa ein Verlangen nach schneller Behebung gerügter Mängel – deutlich gemacht wird, dass dem Schuldner (hier: K) für die Erfüllung nunmehr nur noch ein begrenzter (bestimmbarer) Zeitraum zur Verfügung steht.

Angesichts der Umstände dürfte es für K klar gewesen sein, dass die In-Verzug-Setzung und die Aufforderung, das Motorrad nunmehr unverzüglich abzuholen, nicht ohne Folgen bleiben würden; ihm muss klar geworden sein, dass ihm für die Erfüllung nunmehr nur noch ein begrenzter (bestimmbarer) Zeitraum zur Verfügung steht. Die eine Woche, die ihm verblieb, sollte angemessen sein. Der Rücktritt des V war damit begründet.

Setzt der Gläubiger dem Schuldner eine zu kurze Frist, führt dies jedoch nicht (zwingend) zur Unwirksamkeit der Fristsetzung und möglicherweise zur Unwirksamkeit des Rücktritts, sondern setzt eine angemessene Frist in Gang (vgl. etwa BGH NJW 1985, 2640). Gleichwohl steht dem Gläubiger ein Rücktrittsrecht grds. erst dann zu, wenn die Frist erfolglos abgelaufen ist. Erfolglos ist die Frist abgelaufen, wenn der Schuldner die Leistung nicht innerhalb der gesetzten Frist erbracht

hat (zu der zu gewährenden Anzahl an Nachbesserungsversuchen vgl. bereits S. 147 f.).

Beispiel: Verkäufer V (ein Autohändler) und Käufer K schlossen einen Kaufvertrag über einen 3 Jahre alten Gebrauchtwagen mit einer Laufleistung von 28.000 km. Einen Monat nach Übergabe erlitt der Wagen einen Getriebebeschaden. K forderte V auf, den Schaden zu beheben. Der erste Nachbesserungsversuch blieb erfolglos, da V lediglich das Getriebeöl wechselte. Daraufhin forderte K den V erneut auf, den Schaden zu beheben, und setzte ihm eine Frist von 10 Tagen.

⇒ *Gelingt es V nicht, innerhalb der als angemessen anzusehenden Frist den Getriebebeschaden zu beheben, kann K vom Vertrag zurücktreten. Folge wäre die Rückgewähr der empfangenen Leistungen (Rückübereignung und Herausgabe des Fahrzeugs; Rückzahlung des Kaufpreises abzüglich einer Nutzungsentschädigung – dazu unten S. 194 ff.).*

Das Erfordernis einer Fristsetzung nach § 323 Abs. 1 BGB gilt auch für die Minderung des Kaufpreises (§ 441 BGB). Das ergibt sich aus der Formulierung „Statt zurückzutreten, kann der Käufer...“ in § 441 Abs. 1 S. 1 BGB, woraus deutlich wird, dass die Minderung nur anstelle des Rücktritts ausgeübt werden kann. Es müssen also bei der Minderung die Rücktrittsvoraussetzungen (und damit auch die Fristsetzung nach § 323 Abs. 1 BGB) vorliegen, wobei einige Ausnahmen wie bspw. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB wegen § 441 Abs. 1 S. 2 BGB nicht bei der Minderung gelten. Ist beim Rücktritt die Fristsetzung entbehrlich oder ausgeschlossen (dazu S. 186 ff.), gilt dies folgerichtig auch für die Minderung. Daher greifen auch die Sonderbestimmungen des § 440 BGB und des § 475d Abs. 1 BGB für die Minderung.

Zusammenfassung zur Fristsetzung:

- Nach § 323 Abs. 1 BGB muss der Gläubiger (hier: der Käufer) dem Schuldner (hier: dem Verkäufer) eine **Frist** zur Leistung oder Nacherfüllung setzen (das gilt wegen § 441 Abs. 1 S. 1 BGB auch für die Kaufpreisminderung). Zur Setzung einer Frist genügt nach dem BGH das Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung oder durch vergleichbare Formulierungen – etwa ein Verlangen nach schneller Behebung gerügter Mängel –, sofern darin deutlich gemacht

wird, dass dem Schuldner für die Erfüllung nunmehr nur noch ein begrenzter (bestimmbarer) Zeitraum zur Verfügung steht.

- Der Gläubiger muss den Schuldner aber auch **auffordern**, die Leistung zu erbringen bzw. eine Nacherfüllung vorzunehmen. Eine Androhung, nach Ablauf der Frist die Leistung abzulehnen („Ablehnungsandrohung“), ist indes keinesfalls erforderlich.
- Zudem muss der Käufer auch die Bereitschaft erklären, dem Verkäufer die Sache zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen für eine entsprechende Untersuchung **zur Verfügung zu stellen**.
- Die Frist muss derart bemessen sein, dass dem Verkäufer die Nacherfüllung **objektiv** möglich ist („angemessene Frist“).

c. Entbehrlichkeit der Fristsetzung

Wie ausgeführt, soll die gem. § 323 Abs. 1 BGB erforderliche Fristsetzung dem Schuldner Gelegenheit zur Nacherfüllung geben, bevor er gezwungen wird, sich mit den mitunter sehr nachteiligen Rücktrittsfolgen auseinanderzusetzen. Da es aber Situationen gibt, in denen die Fristsetzung keinen Sinn macht, nennt der Gesetzgeber einige Entbehrlichkeitsgründe, für deren Vorliegen der das Rücktrittsrecht Ausübende die Beweislast trägt (klarstellend BGH 29.9.2021 – VII ZR 111/20):

aa. Entbehrlichkeit der Fristsetzung bei Ausschluss der Leistungspflicht gem. § 275 Abs. 1 BGB

Wird dem Verkäufer die Nacherfüllung (in beiden Varianten) unmöglich, greift § 275 Abs. 1 BGB mit der Folge der Befreiung von der Leistungspflicht. Muss der Verkäufer demnach also nicht mehr nacherfüllen, würde eine Fristsetzung keinen Sinn machen. Der Käufer kann sofort zurücktreten.

Beispiel: Verkäufer V (ein Autohändler) und Käufer K schlossen einen Kaufvertrag über einen Jahreswagen, der im Kaufvertrag als unfallfrei bezeichnet wurde. Kurz nach Übergabe stellt sich heraus, dass der Wagen vor einiger Zeit in einen Unfall verwickelt war und so als Unfallwagen gilt. K erklärt daraufhin gegenüber V den sofortigen Rücktritt gem. § 437 Nr. 2

Var. 1 BGB i.V.m. § 326 Abs. 5 BGB und stellt dazu den Wagen auf dem Betriebsgelände des V ab.

⇒ Hier konnte K sofort zurücktreten, da die Herbeiführung eines vertragsgemäßen Zustands (Lieferung des Wagens als unfallfrei) unmöglich ist.

bb. Entbehrlichkeitsgründe nach § 323 Abs. 2 BGB

Eine Fristsetzung ist auch dann entbehrlich, wenn die Voraussetzungen des § 323 Abs. 2 BGB vorliegen. Von Relevanz ist v.a. die dort genannte Nr. 2. So ist bei einem Kaufvertrag die Fristsetzung durch den Käufer entbehrlich, wenn der Verkäufer die Leistung nicht termin- oder fristgerecht erbringt, obwohl die termin- oder fristgerechte Leistung für den Käufer wesentlich ist.

Beispiel: V und K schließen einen Kaufvertrag über die Lieferung von 12 Flaschen Bordeaux-Wein des Jahrgangs 2009. Sie vereinbaren aufgrund des Verlangens des K, dass V den Wein binnen 14 Tagen nach Vertragschluss zu liefern habe, da K den Wein im Rahmen einer Familienfeier ausschenken möchte.

⇒ Hier haben die Parteien vereinbart, dass der Vertrag aufgrund einer Terminvereinbarung mit der Einhaltung der Leistungsfrist „stehen und fallen“ soll, sodass eine verspätete Leistung keine vollständige Erfüllung mehr darstellt („relatives Fixgeschäft“). Liefert V also nicht fristgerecht, kann K vom Vertrag zurücktreten, ohne dass er dem V eine Frist setzen müsste.

cc. Entbehrlichkeit nach § 440 S. 1 BGB

Ein zusätzlicher Ausnahmetatbestand ist in § 440 S. 1 BGB geregelt. Danach bedarf es der Fristsetzung auch dann nicht, wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 4 BGB verweigert oder wenn die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen oder ihm unzumutbar ist. Letzteres kann etwa angenommen werden, wenn sich der Verkäufer als unzuverlässig erwiesen, insbesondere den Käufer arglistig über die Mangelfreiheit getäuscht hat, oder er eine fehlende fachliche Kompetenz aufweist und dadurch das Vertrauensverhältnis nachhaltig gestört ist (BGH NJW 2015, 1669,

1670; BGH 29.9.2021 – VII ZR 111/20).

Beispiel: Im Gegenbeispiel von S. 119 kann K auf der Grundlage der BGH-Rechtsprechung (NJW 2015, 1669, 1670) aufgrund der fehlenden fachlichen Kompetenz des V und des damit verbundenen Verlustes des Vertrauensverhältnisses sofort vom Vertrag zurücktreten. Er hat K einen als verkehrssicher suggerierten Wagen verkauft, der massive Mängel in Form massiver Korrosion an sicherheitsrelevanten Bauteilen aufwies, was V anhand einer Sichtprüfung hätte erkennen können.

dd. Entbehrlichkeitsgründe beim Verbrauchsgüterkauf

Zwar muss nach § 323 Abs. 1 BGB der Gläubiger (hier: der Käufer) dem Schuldner (hier: dem Verkäufer) eine angemessene Frist setzen, bevor er vom Vertrag zurücktreten kann. Geht es aber um einen Verbrauchsgüterkauf, also um einen Kauf, bei dem der Käufer einer Ware (§ 241a Abs. 1 BGB) Verbraucher i.S.d. § 13 BGB ist und der Verkäufer ein Unternehmer i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB (dazu S. 17), sind die Vorgaben des Art. 13 Abs. 4 WKRL zu beachten, wonach bei einem Verbrauchsgüterkauf der Rücktritt des Verbrauchers (bereits dann) zulässig ist, wenn mindestens einer der in Art. 13 Abs. 4 WKRL genannten Fälle vorliegt:

- ⇒ Der Verkäufer hat die Nacherfüllung nicht oder nicht im Einklang mit Art. 14 Abs. 2 und 3 WKRL vorgenommen. Aber auch bei Vornahme der Nacherfüllung ist der Rücktritt zulässig, wenn der Verkäufer die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands der Waren nach Art. 13 Abs. 3 WKRL verweigert (a).
- ⇒ Eine Vertragswidrigkeit tritt auf, obwohl der Verkäufer versucht hat, den vertragsgemäßen Zustand der Waren herzustellen (b).
- ⇒ Die Vertragswidrigkeit ist derart schwerwiegend, dass ein sofortiger Rücktritt gerechtfertigt ist (c).
- ⇒ Der Verkäufer hat erklärt oder es ist nach den Umständen offensichtlich, dass er den vertragsgemäßen Zustand der Waren nicht innerhalb einer angemessenen Frist oder nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher herstellen wird (d).

Der Gesetzgeber hat die in der WKRL genannten Gründe mit § 475d Abs. 1 BGB im Wesentlichen (aber nicht exakt) nachgezeichnet. Hinsichtlich der „angemessenen Frist“ (d) wird deutlich, dass es einer Fristsetzung nicht bedarf, sondern genügt, wenn der Verbraucher eine angemessene Zeit abwartet (siehe die zutreffende englische Sprachfassung, wo es heißt: „within a reasonable time“, also „innerhalb einer angemessenen Zeit“, und von einer „Frist“ nichts zu lesen ist). Freilich ändert sich inhaltlich nichts: Es genügt, dass der Verbraucher den Unternehmer zur Nacherfüllung auffordert und dann eine „angemessene“ Zeit abwartet. Nach Ablauf dieser „Wartezeit“ kann er den Rücktritt erklären (sofern kein Versagungsgrund vorliegt).

d. Rücktritt bei Unmöglichkeit der Leistung

Ist die Übereignung des Kaufgegenstands von Anfang an unmöglich, greift § 275 Abs. 1 BGB mit der Folge der Leistungsbefreiung des Schuldners (hier: des Verkäufers). Die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen (Schadensersatz (statt der Leistung), Rücktritt) ordnet § 275 Abs. 4 BGB an. Gewährleistungsrecht (und damit § 437 Nr. 2 Var. 1 und Nr. 3 Var. 1 BGB, die ebenfalls auf Rücktritt und Schadensersatz verweisen) greift aber nicht, wenn im Fall der Unmöglichkeit keine Übergabe stattfindet, die für die Anwendung des Gewährleistungsrechts aber erforderlich wäre. In Betracht kommt aber eine direkte Anwendung von Rücktrittsvorschriften des allgemeinen Schuldrechts. Ist aber eine Übergabe erfolgt, greift Gewährleistungsrecht und der Rücktritt richtet sich nach § 437 Nr. 2 Var. 1 BGB i.V.m. mit der dort genannten Verweisungskette, die aber ebenfalls ins allgemeine Schuldrecht führt.

Beispiel: K kaufte von V einen Gebrauchtwagen. Dieser war aber zuvor dem O gestohlen worden. Die von V vorgelegte Zulassungsbescheinigung II (der Kfz-Brief), die an sich den gutgläubigen Eigentumserwerb (§§ 929 S. 1, 932 BGB) absichert, war gefälscht, was möglich war, weil bei der Bundesdruckerei eine Großzahl von Blanko-Zulassungsbescheinigungen gestohlen worden war. Das alles war für K jedoch nicht erkennbar. Einige Wochen nach der Übergabe wird der Wagen bei K von der Polizei beschlagnahmt und O zurückgegeben. Auch kann V ermittelt werden. Es

bleibt aber unklar, ob V etwas mit den kriminellen Machenschaften zu tun hat. Jedenfalls verlangt K von V den Kaufpreis zurück.

⇒ Zwar ist an eine Rückzahlungspflicht gem. § 812 Abs. 1 BGB zu denken, wenn eine Anfechtung (wegen arglistiger Täuschung) erklärt wurde. Jedoch ist gerade unklar, ob V etwas mit den kriminellen Machenschaften zu tun oder von ihnen Kenntnis hatte. Insofern bietet sich ein Rücktritt vom Vertrag an, da die hierbei in Betracht kommende Anspruchsgrundlage Kenntnis oder Kennenmüssen bei V nicht voraussetzt.

Rechtsgrundlage ist daher § 437 Nr. 2 Var. 1 BGB i.V.m. §§ 323 oder 326 Abs. 5 BGB i.V.m. § 346 Abs. 1 BGB. Denn vorliegend ist das Gewährleistungsrecht (und damit § 437 BGB) wegen erfolgter Übergabe anwendbar. Eine wirksame Übereignung ist für die Anwendbarkeit des Gewährleistungsrechts nicht erforderlich. Jedenfalls bietet wegen des Verweises in § 437 Nr. 2 BGB auf die Rücktrittsvorschriften des allgemeinen Schuldrechts ein Recht zur Rückforderung von Leistungen nach ausgeübtem Rücktrittsrecht § 346 Abs. 1 bzw. Abs. 2 BGB. So könnte K gem. § 346 Abs. 1 BGB Rückzahlung des Geldwertes des Kaufpreises verlangen. Der dafür erforderliche Rücktrittsgrund ergibt sich entweder aus § 326 Abs. 1 S. 1, Abs. 4 BGB bzw. § 326 Abs. 5 BGB oder alternativ aus § 323 Abs. 1 BGB, abhängig davon, ob ein Fall der (endgültigen) Unmöglichkeit i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB vorliegt. Läge ein Fall der (endgültigen) Unmöglichkeit vor, griffe § 326 Abs. 5 BGB (i.V.m. § 323 Abs. 1 BGB unter Entbehrlichkeit der Fristsetzung) oder § 326 Abs. 1 S. 1, Abs. 4 BGB mit der Folge, dass ein Rückgewährschuldverhältnis kraft Gesetzes (also auch ohne Rücktrittserklärung) entstünde. Nimmt man demgegenüber keine Unmöglichkeit an, bleibt § 323 Abs. 1 BGB mit dem grundsätzlichen Erfordernis einer Fristsetzung. Nach Auffassung des BGH liegt bei der Übergabe einer einem Dritten gehörenden Sache kein Fall der (endgültigen) Unmöglichkeit vor, weil der Schuldner ja theoretisch das Eigentum erwerben und dieses dann an seinen Gläubiger weiterübertragen könnte (siehe BGH NJW 2015, 1516, 1518). Folge wäre dann, dass sich der Rücktritt nach § 323 Abs. 1 BGB richtete und K grds. eine Frist setzen müsste. Nach der hier vertretenen Auffassung liegt sehr wohl zumindest eine vorübergehende Unmöglichkeit vor, die (was der h.M. entspricht) im Fall der Veräußerung eines einem Dritten gehörenden Kfz der endgültigen gleichzusetzen ist. K könnte demnach also den

Rücktritt ohne Fristsetzung erklären. Gleichwohl ist K anzuraten, eine Frist zu setzen, um ein diesbezügliches (Prozess-)Risiko auszuschließen.

e. Kein Ausschluss des Rücktrittsrechts

Das Rücktrittsrecht darf nicht ausgeschlossen sein. So darf

- zunächst der Sachmangel nicht vom Käufer i.S.d. § 323 Abs. 6 BGB zu *vertreten* sein.
- Der Sachmangel darf auch nicht unerheblich i.S.d. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB sein (dazu sogleich).
- Keine Kenntnis des Käufers vom Sach- oder Rechtsmangel (§ 442 Abs. 1 S. 1 BGB). Bei grob fahrlässiger Unkenntnis vgl. § 442 Abs. 1 S. 2 BGB

Beispiel: Kaufte man in Kenntnis des Dieselabgasskandals ein Fahrzeug des betroffenen Typs, konnte man wegen § 442 Abs. 1 S. 1 BGB keine Mängelrechte geltend machen (siehe dazu etwa OLG Stuttgart NJW-RR 2020, 210 – später auch BGH NJW 2020, 2796, 2797).

- Zudem darf kein wirksamer vertraglicher Gewährleistungsausschluss vereinbart worden sein. Unzulässig ist ein Gewährleistungsausschluss unter den in §§ 444, 442 BGB genannten Voraussetzungen (vgl. dazu S. 221 ff.) bzw. beim Verbrauchsgüterkauf nach § 476 BGB (vgl. dazu S. 226 ff.). Auch kann das AGB-Recht einem Gewährleistungsausschluss entgegenstehen (vgl. § 309 Nr. 8 BGB, dazu S. 234 ff.).
- Das Rücktrittsrecht darf schließlich nicht durch die Einrede der Verjährung (in Bezug auf die Nacherfüllung) gem. § 438 Abs. 4, § 218 BGB ausgeschlossen sein (vgl. dazu S. 247).
- Bei einem Teilrücktritt ist § 323 Abs. 5 S. 1 BGB zu beachten: Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt (Beispiel: 3 Kisten Wein bestellt, lediglich 2 Kisten erhalten; Fall des § 434 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1, S. 2 BGB), kann der Gläubiger vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Es muss dem Gläubiger also „um alles oder nichts“ gehen, was im genannten Beispiel aber wohl an-

zunehmen sein dürfte.

Insbesondere **Unerheblichkeit der Pflichtverletzung**: Da die Rücktrittsfolgen für den Verpflichteten mitunter sehr weit reichend sind, hat der Gesetzgeber angeordnet, dass der Rücktritt ausgeschlossen ist, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist (§ 323 Abs. 5 S. 2 BGB), wobei es im Kaufrecht auf die Erheblichkeit des Sachmangels ankommt.

Bei **unbehebaren Mängeln** ist im Rahmen einer **umfassenden Interessenabwägung** regelmäßig auf das Ausmaß der Funktionsbeeinträchtigung abzustellen (BGH 29.9.2021 – VII ZR 111/20 Rn 44 m.w.N.). Bei **behebaren Mängeln** ist von einer Geringfügigkeit und damit von einer Unerheblichkeit i.d.R. auszugehen, wenn die Kosten der Mangelbeseitigung im Verhältnis zum Kaufpreis geringfügig sind, was jedenfalls regelmäßig nicht mehr anzunehmen ist, wenn der Mangelbeseitigungsaufwand einen Betrag von 5 % des Kaufpreises übersteigt (BGH 29.9.2021 – VII ZR 111/20 Rn 44; zuvor schon BGH NJW 2013, 1523, 1524 f.; NJW 2013, 1365, 1366; NJW 2014, 3229, 3230; DAR 2018, 78, 79; NJW 2020, 1287, 1290). Letztlich entscheidend ist aber auch hier eine auf der Grundlage der Umstände des Einzelfalls vorzunehmende umfassende Interessenabwägung (BGH NJW 2020, 1287, 1290; NJW 2013, 1365, 1366; NJW-RR 2010, 1289 f.; vgl. auch Erger, NJW 2013, 1485, 1486), wobei eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit (BGH NJW 2020, 1287, 1290; NJW 2013, 1365, 1366; NJW-RR 2010, 1289 f.; vgl. auch Erger, NJW 2013, 1485, 1486) oder ein arglistiges Verschweigen von Mängeln (BGH NJW 2020, 1287, 1290; NJW 2007, 835, 836; NJW 2006, 1960, 1961; Grüneberg, in: Grüneberg, § 323 Rn 32) die Erheblichkeit indizieren.

Beispiel (nach BGH NJW 2014, 3229): K begehrt vom Autohaus V die Rückabwicklung eines Kaufvertrags über einen zum Preis von 30.000 € erworbenen Neuwagen. Wenige Wochen nach der Übergabe des Fahrzeugs machte K verschiedene Mängel geltend, u.a. Fehlfunktionen der akustischen Einparkhilfe und das völlige Fehlen des optischen Signals der hintere-

ren Einparkhilfe. Wegen dieser Mängel suchte er wiederholt V auf und setzte schließlich - erfolglos - in Bezug auf die Mängel an der Einparkhilfe eine letzte Frist zur Mangelbeseitigung. V teilte K hierauf schriftlich mit, die Einparkhilfe funktioniere nach einem vorangegangenen Nachbesserungsversuch einwandfrei und entspreche dem Stand der Technik. K erklärte daraufhin den Rücktritt vom Kaufvertrag. Er begehrt die Rückzahlung des Kaufpreises abzgl. einer Nutzungsentschädigung, insgesamt 27.300 €.

⇒ K kaufte einen Neuwagen, der über eine Einparkhilfe verfügt. Er durfte erwarten, dass diese auch funktioniert. Da dies nicht der Fall ist, liegt ein Sachmangel vor, der nach erfolglosen Nachbesserungsversuchen und Setzen einer angemessenen Frist zum Rücktritt befugt.

Der Rücktritt ist allerdings ausgeschlossen, wenn die Sache mit einem nur unerheblichen Mangel behaftet ist. Der BGH hat diesbezüglich festgestellt, dass es hierfür auf das Verhältnis zwischen Beseitigungsaufwand und Kaufpreis ankommt. Sind also die Kosten für die Beseitigung des Mangels im Verhältnis zum Kaufpreis nur unerheblich, ist ein Rücktritt ausgeschlossen. In Bezug auf Neuwagen hat der BGH die Erheblichkeitsschwelle bei 5% angesiedelt.

Da für die vorliegende Fehlfunktion der Einparkhilfe ein die oben genannte Erheblichkeitsschwelle übersteigender Aufwand i.H.v. 5,33% des Kaufpreises erforderlich ist und keine besonderen Umstände ersichtlich sind, die es rechtfertigten, den Mangel gleichwohl ausnahmsweise als unerheblich anzusehen, ist der von K erklärte Rücktritt vom Kaufvertrag zulässig. Das entspricht der Rechtsprechung, die grds. rücktrittsfreundlich entscheidet. Man kann aber auch anderer Auffassung sein mit dem Argument, die Einparkhilfe sei nicht von so großer Bedeutung, dass ein Rücktritt gerechtfertigt erscheine.

Wie ausgeführt, kommt es selbstverständlich auch bei behebbaren Mängeln auf die Mangelhöhe nicht an, wenn der Gegenstand nicht vertragsgemäß nutzbar ist.

Beispiel: Ist ein Fahrzeug mit einer Software ausgestattet, die die Stickoxidwerte im Vergleich zwischen Prüfstandlauf und realem Fahrbetrieb verändert, stellt dies (unstreitig) einen Sachmangel dar. Denn das Fahrzeug

eignet sich aufgrund seiner tatsächlichen Beschaffenheit nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung, da die Entziehung der Betriebs-erlaubnis droht (OLG Nürnberg NZV 2018, 315). Damit ein Rücktritt möglich ist, müsste dieser Mangel aber auch erheblich sein, was nach zu-treffender Auffassung des OLG Nürnberg der Fall ist: Ohne die Nachbesse-rung drohe der Entzug der Betriebserlaubnis. Auch wenn der für die Man-gelbeseitigung erforderliche Aufwand bei der Beurteilung der Frage, ob ein Mangel erheblich sei oder nicht, eine besondere Bedeutung habe, seien daneben auch sonstige Aspekte zu berücksichtigen. Das Fahrzeug erfülle einen wesentlichen Qualitätsaspekt nicht, da der Kläger mit dem Entzug der Betriebserlaubnis rechnen müsse, solange nicht nachgebessert sei (OLG Nürnberg NZV 2018, 315).

Hinsichtlich der Beweislast gilt aufgrund der Negativformulierung in § 323 Abs. 5 S. 2 BGB, dass der Schuldner (hier: der Verkäufer) beweisen muss, dass seine Pflichtverletzung unerheblich war.

f. Rechtsfolgen des Rücktritts

aa. Rechtsfolgen nach allgemeinem Schuldrecht

Mit der Ausübung des Rücktrittsrechts erlöschen die kaufvertraglichen Rechte und Pflichten und das Schuldverhältnis „wandelt“ sich in ein **Rückgewährschuldverhältnis**. Die Rechtsfolgen ergeben sich in erster Linie aus §§ 346 ff. BGB: Soweit kaufvertragliche Pflichten bereits erfüllt wurden, besteht die Pflicht zur Rückgewähr der empfan-genen Leistungen und Herausgabe von gezogenen Nutzungen (bzw. Wertersatz) und ggf. Verwendungsersatz. Im Einzelnen gilt:

- ⇒ Nach § 346 Abs. 1 BGB sind zunächst **die empfangenen Leis-tungen zurückzugewähren**.

Beispiel: Konnte Käufer K erfolgreich vom Kaufvertrag mit Autohändler V zurücktreten, muss er den Wagen an V zurückübereignen und an ihn herausgeben (vgl. § 346 Abs. 1 i.V.m. § 929 S. 1 BGB). V muss (gem. § 346 Abs. 1 BGB) den erhaltenen Kaufpreis (den Geldwert) erstatten.

- ⇒ Nach § 325 BGB wird durch den Rücktritt vom Kaufvertrag auch nicht das Recht ausgeschlossen, einen **Nutzungsausfallschaden** als Schadensposition i.S.d. §§ 437 Nr. 3, 440, 280 ff. BGB geltend zu machen.

Beispiel: Konnte K des obigen Beispiels vor Ausübung des Rücktritts aufgrund des Mangels den Wagen mehrere Tage nicht nutzen, steht ihm gegenüber V auch eine Nutzungsausfallentschädigung zu.

- ⇒ Tritt der Käufer vom Vertrag zurück, muss er auch die **gezogenen Nutzungen herausgeben**, § 346 Abs. 1 BGB. Zu den Nutzungen zählen gem. § 100 BGB auch die Gebrauchsvorteile, d.h. die Vorteile, die durch den Gebrauch bzw. der Nutzung der Sache entstehen. Ist Nutzungersatz nicht möglich oder nicht genügend, ist stattdessen **Wertersatz** zu leisten, § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB. Danach sind bspw. **ersparte Aufwendungen** zu ersetzen.

Beispiel: Fährt der Käufer K eines Kfz zunächst 3.000 km, tritt dann wegen eines Mangels vom Kaufvertrag zurück und verlangt vom Verkäufer V den Kaufpreis heraus, muss er sich den Nutzen, den er hatte, anrechnen lassen. Der Wertersatz besteht also in einer Nutzungsentschädigung.

Bei Kfz hängt die Nutzungsentschädigung nach der vom BGH (BGHZ 115, 47, 51 f.; bestätigt in NJW 2014, 2435, 2436; BGH NJW 2020, 2796, 2797) zugrunde gelegten Methode der linearen Teilwertabschreibung (Wackerbarth, NJW 2018, 1713 mit Verweis auf Kaiser, in: Staudinger, BGB, § 346 Rn. 255) vom Bruttokaufpreis, der zu erwartenden Restlaufleistung (das ist die zu erwartende Gesamtlaufleistung abzgl. der bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gegebenen Laufleistung) und den seit Übernahme des Fahrzeugs gefahrenen Kilometern ab. Es ergibt sich die folgende Berechnungsformel:

$$\text{Nutzungs-} \\ \text{entschädigung} = \frac{\text{Kaufpreis} \times \text{gefahrne Kilometer}}{\text{zu erwartende Restlaufleistung}}$$

Beispiel: Kaufpreis: 20.000 €; zu erwartende Restlaufleistung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses: 110.000 km. Gefahrene km seit Übergabe bis zum Rücktritt: 3.000. ⇒ Ergibt eine Nutzungsentschädigung i.H.v. 545,45 €, die der Käufer dem Verkäufer erstatten muss. Sofern der Käufer einen Erstattungsanspruch wegen des Kaufpreises hat, führt die Nutzungsentschädigung zum Abzugsposten, d.h. im Ergebnis hat V dem K 19.454,55 € zu erstatten.

Praxishinweise: Die Bestimmung der zu erwartenden Gesamtlaufleistung, die ja die Ausgangsbasis für die Berechnung der zu erwartenden Restlaufleistung ist und damit ein Kriterium für die Berechnung der Höhe der Nutzungsentschädigung darstellt, dürfte das größte Problem sein. Nach dem BGH (NJW 2014, 2435 f.) hat das Tatgericht die zu erwartende Gesamtlaufleistung eines Kfz gem. § 287 ZPO nach „freier Überzeugung“ zu ermitteln, was in Fällen der vorliegenden Art nichts anderes heißt als durch richterliche Schätzung. Freilich wird das Gericht nicht umhinkommen, sich an belastbaren Werten der Branche (bzw. an den Angaben eines Sachverständigengutachtens) zu orientieren.

Möchte der Verkäufer dem Käufer, der wegen eines Sachmangels vom Vertrag zurücktritt und die Rückzahlung des Kaufpreises verlangt, gem. § 346 Abs. 1 Halbs. 2 Var. 2 BGB eine Nutzungsentschädigung entgegenhalten, wird diese nicht von Amts wegen vom Gericht in Abzug gebracht, sondern erst dann, wenn sich der Verkäufer darauf beruft. Man spricht in diesem Zusammenhang von „Einrede“. Der Käufer, der sein Rücktrittsrecht gerichtlich durchsetzen möchte, muss also nicht bereits in der Klageschrift eine etwaige Nutzungsentschädigung, die der Verkäufer entgegenhalten könnte, in Abzug bringen. Er kann darauf „spekulieren“, dass der beklagte Verkäufer es versäumt, eine Nutzungsentschädigung (oder andere Wertersatzansprüche) im Prozess geltend zu machen. Macht dieser seine Gegenansprüche nicht geltend, spricht das Gericht dem Käufer den geltend gemachten Rückzahlungsanspruch in voller Höhe zu, sollte der Anspruch (auch aus anderen Gründen) begründet sein. Macht der beklagte Verkäufer im Prozess aber eine Nutzungsentschädigung geltend (etwa, indem er die Auf-

rechnung damit erklärt, siehe § 387 BGB), wird diese in Abzug gebracht und der klägerische Käufer verliert teilweise den Prozess, da seine Klage ja nicht in „voller Höhe“ begründet ist. Daher kann es ratsam sein, bereits in der Klageschrift etwaige Einreden des Verkäufers zu berücksichtigen.

Nicht von der Wertersatzpflicht nach § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB erfasst ist unter Zugrundelegung der o.g. Formel der Wertverlust, der allein durch Zeitablauf (d.h. altersbedingt) bzw. standzeitbedingt entsteht. Hat der Käufer das Fahrzeug also nicht genutzt, muss er auch keinen Wertersatz leisten. Keine Wertersatzpflicht besteht jedenfalls hinsichtlich des Wertverlusts, den das Fahrzeug infolge der Zulassung auf den Käufer („Haltereintrag“) erlitten hat (so die Gesetzesbegründung BT-Drs. 14/6014, S. 194).

bb. Besonderheiten beim Verbrauchsgüterkauf

Bei einem Verbrauchsgüterkauf hat gem. § 475 Abs. 6 BGB, der Art. 16 Abs. 3 WKRL umsetzt, der Unternehmer, der wegen eines Mangels an der Kaufsache den Rücktritt zu akzeptieren hat oder Schadensersatz statt der ganzen Leistung leisten muss, neben den Pflichten aus §§ 346 ff. BGB auch die Kosten der Rückgabe der Sache zu tragen und er hat den Kaufpreis zurückzuzahlen, sobald er die Sache erhält oder der Verbraucher einen Nachweis erbringt, dass er die Sache zurückgesandt hat. Der Unternehmer hat also hinsichtlich der Pflicht zur Erstattung des Kaufpreises kein Zurückbehaltungsrecht: Sobald der Verbraucher den Nachweis des Rückversands der Ware erbracht hat (etwa durch Vorlage des vom Transportunternehmen ausgestellten Einlieferungsbelegs), muss der Unternehmer den Kaufpreis erstatten.

4. Recht auf Kaufpreisminderung

Gemäß § 441 Abs. 1 S. 1 BGB kann der Käufer Minderung „statt“ den Rücktritt erklären. Daher sind beide Ansprüche nicht nur gleichrangig, sondern unterliegen auch grds. denselben Voraussetzungen, d.h., es müssen nicht nur ein wirksamer Kaufvertrag und ein Sachmangel bei Gefahrübergang vorliegen, sondern der Käufer muss dem Verkäufer –

zumindest im Grundsatz – auch eine Frist gesetzt haben und der Verkäufer darf seine in angemessener Frist vorzunehmende Nach-erfüllung nicht geleistet haben (vgl. dazu S. 182 ff.). Schließlich muss der Käufer die Minderung erklären (§ 441 Abs. 1 S. 1 BGB) und es darf kein Ausschlussgrund greifen (vgl. dazu S. 191). Lediglich die Unerheblichkeitsklausel gem. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB gilt nicht, wie sich aus § 441 Abs. 1 S. 2 BGB ergibt.

a. Minderung als Alternative zum Rücktritt

Ob der Käufer nun vom Vertrag zurücktritt oder lediglich den Kaufpreis mindert, hängt davon ab, ob er den Kaufgegenstand zurückgeben oder behalten und lediglich den Kaufpreis mindern möchte. Das Gesetz verleiht ihm insoweit ein Wahlrecht. Manchmal kann es für den Käufer nämlich interessanter sein, den Kaufpreis zu mindern, statt vom Vertrag zurückzutreten, damit er die Kaufsache trotz Mangels behalten kann. Das ist z.B. der Fall, wenn es sich um ein Liebhaber- oder Einzelstück handelt, das der Käufer behalten möchte, für das er angesichts des Mangels lediglich einen zu hohen Preis bezahlt hat. Gleiches gilt, wenn der Käufer bereits Investitionen in die Sache getätigt bzw. Zubehör erworben hat, das bei einem Rücktritt nutzlos wäre.

Anders als beim Rücktritt ändert die Ausübung des Minderungsrechts nichts an dem Fortbestand des Kaufvertrags. Lediglich die Höhe des Kaufpreises wird auf den Betrag herabgesetzt, der sich nach der in § 441 Abs. 3 S. 1 BGB genannten Berechnungsformel (dazu sogleich) ergibt. Auf diesen herabgesetzten Kaufpreis reduziert sich der Anspruch des Verkäufers aus § 433 Abs. 2 BGB. Sollte der Käufer den Kaufpreis bereits bezahlt haben, hat er gem. § 441 Abs. 4 S. 1 BGB einen Rückforderungsanspruch in Höhe des Minderungsbetrags.

b. Kein Wechsel von Minderung zum Rücktritt

Dadurch, dass die Minderung des Kaufpreises den Bestand des Kaufvertrags unberührt lässt, sondern lediglich zur Folge hat, dass der Kauf-

preisanspruch in einem bestimmten Verhältnis verringert wird, stellt sich die Frage, ob der Käufer trotz ausgeübten Minderungsrechts den Rücktritt erklären kann.

Beispiel: K mindert aufgrund eines Sachmangels den Kaufpreis um 200 € und erhält daraufhin diesen Betrag vom Verkäufer (V) erstattet. Eine Woche später erkennt er aber, dass die Entscheidung zur Kaufpreisminderung unvorteilhaft war, und erklärt den Rücktritt vom Vertrag.

⇒ Geht man von einer begrenzten Gestaltungswirkung der Minderung aus (diese hat ja lediglich zur Folge, dass der Kaufpreisanspruch reduziert wird, nicht jedoch, dass der Kaufvertrag beendet und in ein „Rückgewährschuldverhältnis“ umgewandelt wird), darf K nachträglich von der Minderung zum Rücktritt wechseln, muss aber die infolge der Minderung erhaltenen 200 € ausgleichen (d.h. an V erstatten).

Jedoch hat der BGH entschieden, dass bzgl. desselben Mangels ein Wechsel von einer bereits erklärten Minderung zum „großen Schadensersatz“ (dazu S. 207: Schadensersatz statt der ganzen Leistung) ausgeschlossen sei. Die mangelbedingte Minderung des Kaufpreises sei vom Gesetzgeber als Gestaltungsrecht ausgeformt worden. Mit der Ausübung des Minderungsrechts habe der Käufer von seinem Gestaltungsrecht Gebrauch gemacht. Der Käufer sei daher daran gehindert, hiervon wieder Abstand zu nehmen und stattdessen wegen desselben Mangels auf großen Schadensersatz überzugehen und unter diesem Gesichtspunkt Rückgängigmachung des Kaufvertrags zu verlangen (BGH NJW 2018, 2863, 2865 unter Verweis auf BT-Drs. 14/6040, S. 221, 223, 234 f.). Da der große Schadensersatz wie der Rücktritt eine Rückabwicklung des Kaufvertrags zur Folge hat und damit ausscheidet, wenn der Käufer durch Kaufpreisminderung das Äquivalenzinteresse wiederherstellen möchte, dürfte in Bezug auf das Verhältnis Minderung/Rücktritt nichts anderes gelten.

c. Minderungshöhe

Erklärt der Käufer die Minderung des Kaufpreises, ist nicht einfach der Minderwert, also der Differenzbetrag, der sich aus einem Vergleich zwischen dem Wert der mangelhaften Sache mit dem einer mangel-

freien Sache ergibt, vom Kaufpreis abzuziehen. Vielmehr ist gemäß der Formel des § 441 Abs. 3 S. 1 BGB der Kaufpreis in dem Verhältnis zu mindern, in dem der Wert im mangelfreien Zustand zum tatsächlichen Wert (mit Mangel) stünde. Durch diese zugegeben etwas komplizierte Formulierung soll bewirkt werden, dass durch die Minderung der Vorteil eines zuvor besonders günstigen Kaufs bzw. der Nachteil eines besonders teuer getätigten Kaufs zwar relativiert, nicht aber vollständig nivelliert wird. Formelhaft bedeutet die gesetzliche Formulierung:

$$\text{Minderungshöhe} = \frac{\text{Istwert („Wert der Sache mit Mangel“) x Kaufpreis}}{\text{Sollwert („Wert der Sache ohne Mangel“)}}$$

Während mit „Wert der Sache mit Mangel“ der objektive Verkehrswert unter Berücksichtigung des Mangels gemeint ist (also der Wert der mangelhaften Sache), bedeutet „Wert der Sache ohne Mangel“ den objektiven Verkehrswert der Sache in mangelfreiem Zustand (d.h. der Wert der Sache, wenn sie mangelfrei wäre). Beide Werte sind i.d.R. durch Sachverständigengutachten zu ermitteln, können gem. § 441 Abs. 3 S. 2 BGB aber auch durch Schätzung ermittelt werden.

Beispiel 1: K kauft von V einen Computer zum Preis von 1.200 € (Kaufpreis). In mangelfreiem Zustand wäre das Gerät objektiv 1.400 € (Sollwert) wert gewesen, aufgrund eines Sachmangels ist es aber objektiv nur 1.000 € (Istwert) wert.

⇒ Unter Zugrundelegung der o.g. Formel beträgt die Minderungshöhe rund 857 €. (1.000 € x 1.200 € / 1.400 € = 857 € gerundet). Hat K also bereits den ursprünglichen Kaufpreis von 1.200 € bezahlt, kann er gem. § 441 Abs. 4 S. 1 BGB von V die Rückzahlung von 343 € (1.200 € - 857 €) verlangen. Das mag auf den ersten Blick ungerecht erscheinen, da K ja letztlich nur 857 € bezahlt hat für einen Computer, der 1.000 € wert ist. Da K allerdings auch ohne den Mangel ein günstiges Geschäft gemacht hätte (1.200 € für einen Computer, der objektiv 1.400 € wert gewesen wäre), darf das Recht auf Minderung nicht dazu führen, dass die Vorteile eines guten Geschäfts verloren gehen bzw. dass der Verkäufer infolge der Minderung privilegiert

wird. Die Vorteile des guten Geschäfts bleiben daher prozentual erhalten. Denn das Verhältnis 1.200:1.400 ist dasselbe wie 857:1.000 (in beiden Fällen beträgt der Kaufpreis 85,71% des Sollwerts).

Beispiel 2: K kauft im Autohaus des V einen EU-Neuwagen für 34.500 €. Der übliche Kaufpreis dieses Modells in anderen Autohäusern liegt bei 36.500 €. Im Kaufvertrag vereinbaren V und K: „EU-Neuwagen ohne Zulassung, aber mit deutscher Zulassungsbescheinigung Teil II“. Bei der Übergabe des Fahrzeugs stellt K fest, dass in der Zulassungsbescheinigung bereits eine Tageszulassung eingetragen ist. V erklärt dies (zutreffend) damit, dass ein EU-Wagen stets über eine Tageszulassung im Auslieferungsland verfüge. Einen EU-Wagen ohne Zulassung gebe es nicht. K müsse dies so hinnehmen. K möchte dies aber nicht hinnehmen. Zwar sieht er ein, dass eine Nachbesserung ausgeschlossen ist (einen Haltereintrag kann man nicht rückgängig machen), bringt aber in Erfahrung, dass die Aussage „EU-Neuwagen ohne Tageszulassung gibt es nicht“ nicht zutrifft. Sehr wohl sind EU-Neuwagen ohne Tageszulassungen am Markt erhältlich, was auch rechtlich zulässig ist. Dies könnte dazu führen, dass K Nachlieferung verlangen könnte (bzw. müsste, bevor er Minderungsansprüche geltend machen kann). Geht man aber davon aus, dass V die Nachlieferung verweigert, ist der Weg frei für die Folgerechte, u.a. die Minderung. Dementsprechend macht K ein Minderungsbegehren geltend mit dem Argument, dass sich die zusätzliche Haltereintragung bei einem späteren Verkauf wertmindernd auswirke. V entgegnet, K soll sich nicht so anstellen, immerhin habe er ein super Schnäppchen gemacht; eine weitere Preisreduzierung sei daher ausgeschlossen, zumal er (V) ohnehin kaum etwas an dem Auto verdient habe.

⇒ Geht man davon aus, dass der zusätzliche Haltereintrag einen Minderwert von 1.000 € ausmacht (die genaue Höhe müsste ggf. durch Sachverständigengutachten ermittelt werden), beträgt unter Zugrundelegung der o.g. Formel die Minderungshöhe rund 33.555 € ($35.500 \text{ €} \times 34.500 \text{ €} / 36.500 \text{ €}$). Hat K also bereits den ursprünglichen Kaufpreis von 34.500 € bezahlt, kann er gem. § 441 Abs. 4 S. 1 BGB von V die Rückzahlung von 945 € ($34.500 \text{ €} - 33.555 \text{ €}$) verlangen. Das mag auf den ersten Blick ungerecht erscheinen, da K ja letztlich nur 33.555 € bezahlt hat für einen Wagen, der 35.500 € wert ist. Da K allerdings auch ohne den Mangel ein

günstiges Geschäft gemacht hätte (34.500 € für einen Wagen, der objektiv 36.500 € wert gewesen wäre), darf das Recht auf Minderung nicht dazu führen, dass die Vorteile eines guten Geschäfts verloren gehen bzw. dass der Verkäufer infolge der Minderung privilegiert wird. Die Vorteile des guten Geschäfts bleiben daher prozentual erhalten. Denn das Verhältnis 34.500:36.500 ist dasselbe wie 945:1.000 (in beiden Fällen beträgt der Kaufpreis rund 94,5% des Sollwerts).

Obwohl das Minderungsrecht einen besonders günstigen bzw. besonders teuren Kauf zwar relativieren, nicht aber gänzlich nivellieren soll (s.o.), kann es sein, dass sich die Minderung bei einem besonders günstigen Geschäft für den Käufer nicht so stark auswirkt. Denn die genannte Berechnungsformel schützt auch die Interessen des Verkäufers und möchte verhindern, dass der Verkäufer, der bei einem extrem käuferfreundlichen Preis mitunter keinen Gewinn erzielt hat, durch die Minderung in unzumutbarer Weise noch weiter belastet wird. Man kann sagen: Je krasser das Verhältnis zwischen Kaufpreis und Wert der Sache zugunsten des Käufers ausfällt und je geringer die Mangelhöhe ist, desto geringer ist die Minderungshöhe.

Beispiel: K kauft von V ein antikes Motorrad für 3.500 €. Dabei wissen beide nicht, dass es sich um ein sehr seltenes Exemplar handelt, dessen Marktwert bei 33.500 € liegt. Nach der Übergabe des Fahrzeugs stellt K fest, dass die Rückleuchte nicht funktioniert, obwohl V im Kaufvertrag die Verkehrssicherheit angegeben hat. Für die Reparatur, in deren Zusammenhang K auch den wahren Wert des Motorrads erfährt, muss K 20 € aufwenden, die er nunmehr von V im Zuge eines Minderungsbegehrens erstattet bekommen möchte. V, der in diesem Zusammenhang von K den wahren Wert des Motorrads erfährt, entgegnet, es könne nicht sein, dass K trotz des unglaublich günstigen Geschäfts jetzt auch noch das kaputte Rücklicht beanstande.

⇒ Geht man davon aus, dass die defekte Rückleuchte einen Minderwert von 20 € ausmacht und dass der Marktwert des Motorrads unter Berücksichtigung des Mangels 33.480 € beträgt, liegt unter Zugrundelegung der o.g. Formel der geminderte Kaufpreis bei 3.497,91 € ($33.480 \text{ €} \times 3.500$

€/33.500 €). Hat K also bereits den ursprünglichen Kaufpreis von 3.500 € bezahlt, kann er gem. § 441 Abs. 4 S. 1 BGB von V die Rückzahlung von 2,09 € (3.500 € - 3.497,91 €) verlangen. Das mag diesmal mit Blick auf den Käufer ungerecht erscheinen, da die Mangelhöhe ja 20 € beträgt. Da K aber ein unglaublich günstiges Geschäft gemacht hat, möchte § 441 Abs. 3 S. 1 BGB verhindern, dass K noch weiter profitiert bzw. V noch weiter belastet wird.

Das Minderungsrecht darf allerdings nicht ausgeschlossen sein. So darf

- der Sachmangel nicht vom Käufer i.S.d. § 323 Abs. 6 BGB zu vertreten sein.
- Zudem darf kein wirksamer vertraglicher Gewährleistungsausschluss vereinbart worden sein. Unzulässig ist ein Gewährleistungsausschluss unter den in §§ 444, 442 BGB genannten Voraussetzungen (S. 221 ff.) bzw. beim Verbrauchsgüterkauf nach § 476 BGB (dazu S. 226). Schließlich kann einem formularmäßigen Gewährleistungsausschluss auch das AGB-Recht (insb. § 309 Nr. 8 BGB) entgegenstehen (S. 234).
- Das Minderungsrecht darf schließlich nicht durch die Einrede der Verjährung (in Bezug auch die Nacherfüllung gem. § 438 Abs. 5, § 218 BGB ausgeschlossen sein (dazu S. 245 ff.).

Anders als beim Rücktritt (§ 323 Abs. 5 S. 2 BGB) kommt es auf die Erheblichkeit des Sachmangels (dazu S. 192 f.) nicht an, § 441 Abs. 1 S. 2 BGB. Auch Bagatellmängel befugen zur Minderung des Kaufpreises.

5. Recht auf Schadensersatz

Schließlich kann gem. § 437 Nr. 3 BGB der Käufer nach den §§ 440, 280, 281, 283 und 311a BGB Schadensersatz oder nach § 284 Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen. Diese Verweiskette eröffnet dem Käufer verschiedene Möglichkeiten, Schadensersatz bzw. Aufwendungsersatz zu fordern. Was den Schadensersatzanspruch betrifft, unterscheidet das Gesetz kategorisch zwischen dem Schadensersatz statt der Leistung, dem Schadensersatz statt der ganzen Leistung und dem Schadensersatz neben der Leistung (Ersatz von Begleitschäden).

Voraussetzung sind aber stets ein wirksamer Kaufvertrag nach § 433 BGB und das Vorliegen eines Sachmangels gem. § 434 BGB im Zeitpunkt des Gefahrübergangs (d.h. der Übergabe an den Käufer gem. § 446 BGB oder – beim Versandkauf gem. § 447 BGB – der Übergabe an den Versender, wobei beim Verbrauchsgüterkauf wiederum wegen § 475 II BGB die Übergabe an den Käufer maßgeblich ist) vorliegt. Darüber hinaus ist Vertretenmüssen des Käufers erforderlich (siehe § 280 Abs. 1 S. 2 BGB bzw. § 311a Abs. 2 S. 2 BGB). Zu vertreten sind Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 276 BGB). Das Erfordernis des Vertretenmüssens hat den Grund darin, dass die Inanspruchnahme des Verkäufers für jegliche mangelbedingten Ausfallerscheinungen und Schadensentwicklungen für diesen unzumutbar wäre. Daher besteht eine Verantwortung nur für solche Schäden, die von einer tatsächlichen Einflussnahmemöglichkeit abhängen.

a. Schadensersatz statt der Leistung

Möchte der Gläubiger die Sache trotz des Schadensersatzanspruchs behalten, hat er einen Anspruch auf die Wertdifferenz zwischen dem hypothetischen Vermögensstand, der gegeben wäre, wenn die Sache bei Gefahrübergang mangelfrei gewesen wäre, und dem Vermögensstand, wie er sich infolge des Sachmangels tatsächlich darstellt (Anspruch auf „**kleinen Schadensersatz**“, der sich i.d.R. auf Ausgleich des mangelbedingten Minderwerts bezieht), §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB. Bei dieser Art des Schadensersatzes hat der Schuldner den Gläubiger also so zu stellen, wie dieser stünde, wenn die Leistung ordnungsgemäß erbracht worden wäre; die Sache bleibt in jedem Fall aber beim Käufer. Eine tatsächliche Reparatur ist nicht erforderlich. So kann der Käufer im Rahmen des kleinen Schadensersatzes entweder Ausgleich des mangelbedingten Minderwerts oder Ersatz der voraussichtlich erforderlichen Mängelbeseitigungskosten verlangen, wobei es unerheblich ist, ob der Mangel tatsächlich beseitigt wird (BGH 12.3.2021 – V ZR 33/19).

Beispiel: Der Kaufpreis des mangelbehafteten Wagens betrug 5.000 €. Der Wagen wäre ohne Mangel auch 5.000 € wert gewesen, ist infolge des Mangels aber nur 4.250 € wert.

⇒ Hier beträgt der Schaden also 750 €, die der Käufer verlangen kann; den Wagen darf (und muss) er behalten, wenn er über § 437 Nr. 3 BGB i.V.m. §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB geht. Daraus folgt zugleich: Die gleichzeitige Ausübung des Rücktritts ist nicht möglich, da der Rücktritt ja zwingend voraussetzt, dass die Sache zurückgegeben wird.

Da der Käufer so zu stellen ist, wie er stünde, wenn die Leistung ordnungsgemäß erbracht worden wäre, wird er im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung im Vergleich zur Minderung in der Form privilegiert, dass er die Vorteile eines besonders günstigen Kaufs vollumfänglich behalten darf. Er behält also seinen Ertrag aus einem „Schnäppchen“; bei der Minderung wird der Vorteil infolge der Formel in § 441 Abs. 3 S. 1 BGB (etwas) relativiert.

Beispiel: Der Kaufpreis des mangelbehafteten Wagens betrug 5.000 €. Der Wagen wäre ohne Mangel jedoch 5.500 € wert gewesen, ist infolge des Mangels aber nur 4.250 € wert.

⇒ Hier beträgt der Schaden 1.250 € (Differenz aus 5.500 € und 4.250 €), die der Käufer verlangen kann. Das „Mehr“ i.H.v. 500 € gegenüber dem letzten Beispiel ist nicht unbillig, da K bei ordnungsgemäßer Erfüllung ja auch einen Vorteil i.H.v. 500 € gehabt hätte; dieser Vorteil soll ihm vollumfänglich erhalten bleiben. Den Wagen darf (und muss) er (auch hier) behalten.

Dadurch, dass beim „kleinen Schadensersatz“ der Käufer den Gegenstand behält, ist diese Art des Schadensersatzes mit der Minderung kombinierbar. Selbstverständlich ist aber der Minderungsbetrag auf den kleinen Schadensersatz statt der Leistung anzurechnen.

Beispiel: Beträgt die Minderungshöhe 1.000 €, der Schadensersatzanspruch indes 1.200 €, muss – wenn der Käufer Minderung und Schadensersatzanspruch kombiniert – der Betrag i.H.v. 1.000 € beim Schadens-

ersatzanspruch angerechnet werden. Daraus folgt: Der Käufer kann zwar den Kaufpreis i.H.v. 1.000 € mindern sowie Schadensersatz i.H.v. 1.200 € verlangen, muss sich dann aber 1.000 € anrechnen lassen, kann im Ergebnis also nur 1.200 € verlangen.

Man mag sich daher fragen, warum der Käufer überhaupt Minderung und kleinen Schadensersatz kombiniert, statt den Gesamtbetrag (1.200 €) komplett über den Schadensersatz abzurechnen. Der Sinn der Kombination von Minderung und kleinem Schadensersatz besteht darin, dass die Minderung verschuldensunabhängig, der Schadensersatz jedoch nur verschuldensabhängig gewährt wird. Machte der Käufer also den Gesamtbetrag (1.200 €) über den Schadensersatz geltend und gelänge dem Verkäufer (vor Gericht) der Nachweis des Nichtverschuldens (siehe § 280 Abs. 1 S. 2 BGB), würde die Klage des Käufers abgewiesen. Kombinierte der Käufer aber Minderung und Schadensersatz, gewänne er zumindest die Klage in Bezug auf die Minderung (1.000 €) und das Prozessrisiko orientierte sich lediglich an der Höhe von 200 €.

Alternativ zur Wertdifferenz kann der Gläubiger auch die Kosten für die Mangelbeseitigung verlangen, es sei denn, dies wäre unverhältnismäßig für den Verkäufer (BGH NJW 2015, 468). Unverhältnismäßig wäre die Mangelbeseitigung insbesondere, wenn ihre Kosten den Verkehrswert der Sache in mangelfreiem Zustand übersteigen (BGH NJW 2015, 468).

Beispiel: Verkauft und übereignet wurde ein Hausgrundstück zum Preis von 260.000 €. Später stellt sich heraus, dass das Haus mit Hausschwamm befallen ist. Die Beseitigung des Mangels kostet 160.000 €. Der Verkehrswert des Hausgrundstücks betrüge im mangelfreien Zustand 300.000 €.

⇒ Hier übersteigen die Kosten der Mangelbeseitigung (160.000 €) nicht den Verkehrswert im mangelfreien Zustand (300.000 €). Der Käufer kann also die Kosten für die Mangelbeseitigung verlangen, da dies nicht unverhältnismäßig für den Verkäufer wäre. Im Ergebnis kann der Käufer also 160.000 € verlangen, er darf (und muss) aber die Sache behalten.

b. Schadensersatz statt der ganzen Leistung

Ist die Pflichtverletzung nicht unerheblich, kann der Käufer Schadensersatz statt der *ganzen* Leistung verlangen (§ 281 Abs. 1 S. 3 BGB). Das bedeutet, dass er verlangen kann, so gestellt zu werden, als habe der Verkäufer ordnungsgemäß erfüllt. Jedoch muss er dann die Kaufsache **zurückgeben**, erhält im Gegenzug aber einen vollen Ausgleich in Geld, der dem sog. Erfüllungsinteresse entspricht. Man spricht in diesem Zusammenhang auch vom „großen Schadensersatz“.

Beispiel: Verkäufer V hat dem Käufer K ein Kfz verkauft. Dabei hat V fahrlässig nicht gewusst, dass das Auto ein Unfallwagen ist. Der Kaufpreis des Wagens betrug 5.000 €. Der Wagen wäre ohne Mangel auch 5.000 € wert gewesen. K will den Wagen nicht behalten, er möchte finanziell aber so gestellt werden, als habe V ordnungsgemäß erfüllt.

⇒ Hier verlangt K Schadensersatz statt der ganzen Leistung, was im Falle einer mangelhaften Leistung nur unter den Voraussetzungen des § 281 Abs. 1 S. 3 BGB möglich ist. Danach kann ein Schadensersatz statt der ganzen Leistung nicht verlangt werden, wenn die Pflichtverletzung nur unerheblich ist. Ob die Pflichtverletzung nicht nur unerheblich ist, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls (Wert der Sache, Kaufpreis, typischer Verwendungszweck der Sache, Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit durch den Mangel etc.). Geht man vorliegend davon aus, dass die Eigenschaft des Kfz als Unfallwagen einen erheblichen Mangel darstellt, kann K Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen.

Der Schaden beträgt also 5.000 €, die K verlangen kann; den Wagen muss er zurückgeben. Daraus folgt zugleich: Die gleichzeitige Ausübung des Rücktritts ist möglich, da ja auch der große Schadensersatz zwingend voraussetzt, dass die Sache zurückgegeben wird. Die Schadensersatzposition darf nur nicht bereits vom Rücktritt abgegolten sein. Sollte der Kläger über den großen Schadensersatz besserstellen als über den Rücktritt, ist ihm zu empfehlen, ausschließlich den großen Schadensersatz zu wählen. Allerdings ist dabei zu berücksichtigen, dass Schadensersatz ein Verschulden des Verkäufers voraussetzt, wohingegen das Rücktrittsrecht verschuldensunabhängig besteht.

c. Schadensersatz neben der Leistung

aa. Ersatz von Begleitschäden

Beim Schadensersatz *neben* der Leistung (dem Ersatz von Begleitschäden) dagegen verlangt der Gläubiger keinen Ausgleich dafür, dass er auf eine ordnungsgemäße Erfüllung verzichtet. Er begehrt vielmehr einen Ersatz für anderweitige Vermögenseinbußen, die nicht auf dem *endgültigen* Ausbleiben einer ordnungsgemäßen Erbringung der Leistung basieren, d.h. für Schäden, die nicht mit dem Sachmangel identisch sind. Für solche Schäden stellt § 280 Abs. 1 BGB die richtige Anspruchsgrundlage dar. Der Grundsatz vom Vorrang der Nacherfüllung gilt hier nicht, da ja keine Schäden an der mangelhaften Sache selbst vorliegen, die durch eine „zweite Andienung“ des Verkäufers beseitigt werden könnten. Vielmehr geht es beim Ersatz von Begleitschäden um einen Ausgleich für Beeinträchtigungen anderer Rechtsgüter des Käufers, die von der mangelhaften Sache ausgehen und von etwaigen Nacherfüllungshandlungen des Verkäufers unabhängig sind.

Beispiel: K möchte einen neuen Wagen kaufen. Dazu sucht er das Autohaus des V auf, um sich umzusehen. Im Ausstellungsraum stürzt K aufgrund des nicht trocken gewischten Bodens und verletzt sich.

⇒ Hier hat K gegen V einen Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB auf Ersatz der Arztkosten. Der Anspruch besteht unabhängig vom späteren Vertragsschluss (Schadensersatz neben der Leistung). Das für die Gewährung des Schadensersatzes erforderliche Verschulden (vgl. § 280 Abs. 1 S. 2 bzw. § 311a Abs. 2 S. 2 BGB) ergibt sich aus § 276 BGB (i.V.m. § 278 BGB).

bb. Ersatz von Mangelfolgeschäden

Auch Mangelfolgeschäden sind erfasst. Darunter sind Schäden zu verstehen, die dadurch entstehen, dass an der Kaufsache ein Sachmangel vorliegt und dieser Mangel an einem *anderen* Rechtsgut des Käufers einen Schaden verursacht hat. Auch hier gilt der Grundsatz vom Vorrang der Nacherfüllung mit denselben Erwägungen nicht.

Beispiel: K kauft bei V eine Waschmaschine. Aufgrund eines Defekts im Steuermodul erhitzt die Maschine trotz der Wahl „Buntwäsche pflegeleicht“ im Bedienelement das Wasser auf 95 Grad. Dadurch wird die Wäsche unbrauchbar.

⇒ Hier liegt ein sog. Mangelfolgeschaden vor, da K einen Schaden erleidet, der nicht mit dem Mangel identisch, sondern in Folge eines Mangels an anderen Rechtsgütern des K entstanden ist. K hat gegen V einen Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB auf Ersatz der Wäsche. Der Anspruch besteht unabhängig von den (sonstigen) Mängelrechten wegen des Defekts der Waschmaschine (Nacherfüllung, Minderung, Rücktritt). Das Verschulden (vgl. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB) ergibt sich aus hier aus § 276 BGB (i.V.m. § 278 BGB).

Damit ist letztlich gemeint, dass der Schadensersatzanspruch des Käufers „neben der Leistung“ besteht, d.h. neben der eigentlichen Pflicht des Verkäufers zur Erbringung einer mangelfreien Leistung nach § 433 Abs. 1 BGB. Der Käufer kann also den Ersatz von Mangelfolgeschäden unabhängig „neben der Leistung“ des Verkäufers und unabhängig von dessen Nacherfüllungspflicht verlangen.

cc. Ersatz von Verzögerungsschäden

Weiterhin kann ein Anspruch auf den Ersatz des Begleitschadens aus der Verzögerung der Leistung folgen (§§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB, sog. **Verzögerungsschaden**). Dies ist bspw. der Fall, wenn der Gläubiger wegen der verspäteten Lieferung seines neuen Geschäftswagens einen Mietwagen benutzt, um seine Termine weiterhin wahrzunehmen. Die Kosten für den Mietwagen kann er als Verzögerungsschaden neben der Leistung geltend machen.

d. Fristsetzung bei Schadensersatz statt der Leistung

Geht es um einen Schadensersatz statt der Leistung wegen nicht oder nicht wie geschuldet erbrachter Leistung, ist zu beachten, dass ein Anspruch auf Schadensersatz gem. § 281 Abs. 1 BGB grundsätzlich nur dann besteht, wenn der Gläubiger (hier: der Käufer) dem Schuldner

(hier: dem Verkäufer) auch eine Frist setzt, es sei denn, die Fristsetzung ist entbehrlich gem. § 281 Abs. 2 BGB. Diese Vorschrift nennt zwei Fallgruppen bzw. Varianten, die Erfüllungsverweigerung und die besonderen Umstände.

Eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung liegt vor, wenn der Schuldner insbesondere durch sein Verhalten eindeutig zum Ausdruck bringt, er werde seinen Verpflichtungen nicht nachkommen, und es damit ausgeschlossen erscheint, dass er sich durch eine Aufforderung zur Leistung umstimmen ließe (BGH NJW 2009, 1813, 1816; NJW 2013, 1431, 1432).

Beispiel: Der Verkäufer lässt keinen Zweifel daran, die Mängel nicht beseitigen zu wollen (BGH NJW 2013, 1431, 1432).

Daneben ist nach § 281 Abs. 2 BGB die Fristsetzung auch entbehrlich, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen.

Beispiele: Der Verkäufer kann die Mängel nicht beseitigen (vgl. BGH NJW-RR 2012, 268); der Verkäufer einer mangelhaften Sache hat den Mangel arglistig verschwiegen (BGH NJW 2007, 835); der Käufer eines kranken Tieres muss eine unaufschiebbare tierärztliche Behandlung in Anspruch nehmen (BGH NJW 2005, 3211).

e. Verschuldenserfordernis

Ein Schadensersatzanspruch besteht schließlich nur dann, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung zu vertreten hat (sog. Verschuldenserfordernis). Das ergibt sich aus der Formulierung des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB (bzw. des § 311a Abs. 2 S. 2 BGB) und hat seinen Grund darin, dass die Inanspruchnahme des Verkäufers für jegliche mangelbedingten Ausfallerscheinungen und Schadensentwicklungen für diesen unzumutbar wäre. Daher besteht eine Verantwortung nur für solche Schäden, die von einer tatsächlichen Einflussnahmemöglichkeit abhängen.

Zu vertreten hat der Schuldner die Pflichtverletzung immer dann, wenn er zumindest fahrlässig gehandelt, d.h. die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat, § 276 Abs. 2 BGB. Dabei wird aufgrund der Negativformulierung in § 280 Abs. 1 S. 2 BGB (bzw. in § 311a Abs. 2 S. 2 BGB) das Vertretenmüssen vom Gesetz vermutet, sodass der Schuldner sein Nichtvertretenmüssen zu beweisen hat. Für den Gläubiger genügt es also, wenn er die Pflichtverletzung schlüssig behauptet.

Sofern der Verkäufer die Sache selbst hergestellt hat, können Fehler im Produktionsprozess den Vorwurf der Fahrlässigkeit ohne weiteres begründen. Sollten von den selbst hergestellten fehlerhaften Produkten Schäden verursacht worden sein, greift die Vermutungsregel des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB (bzw. die des § 311a Abs. 2 S. 2 BGB), sodass der Verkäufer den Nachweis erbringen muss, dass die Schadensursache nicht in seinen Produkten liegt.

In den überwiegenden Fällen wird der Verkäufer die von ihm vertriebene Ware allerdings nicht selbst herstellen, sondern wiederum von einem Lieferanten beziehen, sodass Fehler im Produktionsprozess als Haftungsgründe ausscheiden. Es kommen aber bspw. eine unsachgemäße Behandlung oder Einlagerung als Schadensverursachungsbeiträge in Betracht. Ebenso stellt sich die Frage, ob der Wiederverkäufer zur Prüfung der von ihm angebotenen Sachen verpflichtet und mithin gehalten ist, sich vor dem Abverkauf durch hinreichende Untersuchung von der Mangelfreiheit seiner Produkte zu überzeugen. Sollte man eine solche Produktprüfpflicht annehmen, wäre es stets jedenfalls fahrlässig, wenn infolge unterlassener Prüfung Schäden an Rechtsgütern des Käufers einträten. Allerdings wäre eine generelle Produktprüfpflicht unverhältnismäßig. Das gilt jedenfalls hinsichtlich Neuware. Hier wird man nur eine stichprobenartige Prüf- und Untersuchungspflicht annehmen können, d.h. den Verkäufer nur verpflichten können, seine Waren stichprobenartig auf ihre Funktionsfähigkeit und Integrität zu überprüfen (fachmännische äußere Besichtigung in Form einer „Sichtprüfung“), oh-

ne jedoch eine intensive Inspektion jedes einzelnen Artikels vornehmen zu müssen (BGH NJW 2015, 1669, 1670 mit zahlreichen Nachweisen auf entsprechende Rechtsprechung des BGH wie das Grundsatzurteil BGH NJW 1975, 642 ff.). Lediglich dann, wenn konkrete Umstände auf einen Mangel hindeuten, ist der Verkäufer zu einer intensiven, mangelersorschenden Untersuchung verpflichtet (siehe erneut BGH NJW 2015, 1669, 1670). Das gilt insbesondere beim Verkauf von Gebrauchtware.

Beispiel: Gebrauchtwagenhändler V verkaufte dem K einen älteren Pkw, den er kurz zuvor erst angekauft hatte, mit der Angabe „HU neu“. Kurz nach der Übergabe erleidet K einen schweren Verkehrsunfall, verursacht durch den Bruch eines Achsträgers. Ein Sachverständigengutachten stellt fest, dass der Wagen erhebliche Mängel in Form massiver Korrosion an sicherheitsrelevanten Bauteilen aufwies, was V anhand einer Sichtprüfung hätte erkennen können.

⇒ Bei älteren Kfz darf sich ein Gebrauchtwagenhändler nicht auf eine fachmännische äußere Besichtigung in Form einer „Sichtprüfung“ beschränken. Vielmehr ist er zu einer intensiven Untersuchung verpflichtet und darf keine Mangelfreiheit suggerieren, indem er (ungeprüft) den Wagen mit der Angabe „HU neu“ verkauft. V ist daher zum Schadensersatz verpflichtet (z.B. Heilbehandlungskosten und Schmerzensgeld).

Anm.: Eine andere Auffassung wäre vertretbar, wenn der Händler über keine eigene Werkstatt verfügte und sich zudem bei der Angabe „HU neu“ grds. auf das Ergebnis der Hauptuntersuchung der Prüforganisation verlassen dürfte – außer, er hätte kollusiv mit dem Prüfer zusammengewirkt.

f. Ersatzfähige Positionen

Zunächst ist anerkannt, dass Schäden, die den Mangel selbst ausmachen (sog. **Mangelschäden**), ersatzfähig sind. Darunter sind Schäden zu verstehen, die darin liegen, dass der Käufer eine Sache erhält, die ihn im Vergleich zum Erhalt einer mangelfreien Sache schlechterstellt.

Beispiele von ersatzfähigen Mangelschäden: schlichter mangelbedingter Minderwert der Sache; Reparaturaufwand, d.h. die (fiktiven Netto-)Repa-

raturkosten

Nach § 437 Nr. 3 i.V.m. § 280 Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB kann der schadensersatzberechtigte Käufer Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Der zu leistende Schadensersatz kann in der Zahlung der Wertdifferenz oder im Austausch der Sache mit Ersatz des zusätzlich entstandenen Schadens bestehen. Auch die Kosten für einen Deckungskauf, d.h. die Kosten für den Kauf einer mangelfreien Sache bei einem Dritten, gehören hierher.

Anerkannt sind auch die bereits erwähnten sog. **Mangelfolgeschäden**, also solche Schäden, die nicht unmittelbar in dem Mangel liegen, sondern infolge des Mangels an anderen Rechtsgütern (Leben, Gesundheit, Eigentum usw.) des Käufers oder von Dritten entstehen. Anspruchsgrundlage ist § 437 Nr. 3 i.V.m. § 280 Abs. 1 BGB (Schadensersatz neben der Leistung).

(Weitere) Beispiele von Mangelfolgeschäden: Unfallschäden, die infolge eines Bremsversagens (= Sachmangel des Wagens) entstehen; Nutzungsausfall, der durch die Lieferung der mangelhaften Sache entsteht; auch Investitionen, die der Käufer mit Rücksicht auf die Mangelfreiheit der Sache getätigt hat, können ersatzfähig sein.

Auch **Verspätungsschäden** sind ersatzfähig. Das sind solche Schäden, die ihre Ursache allein in der verspäteten Lieferung der (mangelfreien oder mangelhaften) Sache haben und als Schadensersatz neben der Leistung geltend gemacht werden können (vgl. § 437 Nr. 3 i.V.m. §§ 280 Abs. 2, 286 BGB bzw. § 437 Nr. 3 i.V.m. § 280 Abs. 1 BGB).

Beispiele von Verspätungsschäden: Nutzungsausfall, der infolge der verspätet gelieferten Sache entstanden ist. Beruht der Schaden auf einer verspäteten Lieferung einer mangelhaften Sache, ist § 437 Nr. 3 i.V.m. § 280 Abs. 1 BGB einschlägig.

Auch die Kosten für die **Schadensermittlung** sind erfasst. Dazu zählen die Kosten für ein **Sachverständigengutachten**, sofern dieses für die

entsprechende Schadensermittlung notwendig ist. Zu beachten ist jedoch, dass die Kosten für ein Sachverständigengutachten, das zur Ermittlung des Mangels in Auftrag gegeben wurde, nach der Rechtsprechung (BGH NJW 2014, 2351) Aufwendungen i.S.d. § 439 Abs. 2 BGB darstellen (S. 97) und daher zu ersetzen sind, ohne dass es – wie beim Schadensersatz – auf ein Verschulden des Verkäufers für den Mangel ankäme.

Weiterhin sind die zur Rechtsverfolgung aufgewendeten **Rechtsanwaltskosten** ersatzfähig, wenn die Inanspruchnahme des Rechtsbeistands erforderlich war.

Zu den **Aus- und Einbaukosten** im Rahmen der Nacherfüllung, die als Aufwendungsersatzanspruch von § 439 Abs. 2 und 3 BGB abgedeckt werden, vgl. bereits S. 153 ff.

Nicht ersatzfähig sind Kosten für die Bearbeitung (Zeitaufwand) und außergerichtliche Abwicklung des Schadensersatzanspruchs. Diese sog. Müheverwaltung fällt nach herrschender Rechtsansicht allein in den Pflichtenkreis des Geschädigten und muss nicht ersetzt werden. Etwas anderes gilt aber für die bei der Schadensabwicklung getätigten notwendigen Vermögensaufwendungen wie z.B. die erforderlichen Rechtsanwaltskosten.

g. Haftungsausschluss

Die Parteien können im Vorfeld Haftungsbeschränkungen oder -freistellungen vertraglich vereinbaren. Gemäß § 276 Abs. 3 BGB kann aber nicht der Ausschluss der Haftung für Vorsatz vereinbart werden. Für Haftungsbeschränkungen, die in AGB (§§ 305 ff. BGB) enthalten sind, sind die Schranken des § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB und insb. die des § 309 Nr. 7 BGB zu beachten, wonach in AGB ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders beruhen, unwirksam sind. Auch sind

der formularmäßige Ausschluss oder die Begrenzung der Haftung für sonstige Schäden, die auf einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders beruhen, gem. § 309 Nr. 7 BGB unwirksam. Für den Verbrauchsgüterkauf greift § 476 BGB (dazu S. 226 ff.).

h. Verhältnis zur Minderung und zum Rücktritt

Der Schadensersatz statt der Leistung (der „kleine Schadensersatz“) sowie der Schadensersatz neben der Leistung („Ersatz von Begleit-schäden“) sind mit der Kaufpreisminderung kombinierbar, da sie alle-samt von der Gültigkeit des Kaufvertrags ausgehen bzw. diese unberührt lassen, also nicht zur Beendigung des Kaufvertrags führen und keine Rückabwicklung zur Folge haben. Der Schadensersatz statt der *ganzen* Leistung (d.h. der „große Schadensersatz“) ist nach bereits er-klärter Minderung des Kaufpreises ausgeschlossen. Denn die Minde-rung des Kaufpreises impliziert das Festhalten am Vertrag, wohingegen der „große Schadensersatz“ (wie der Rücktritt vom Vertrag) die Rück-abwicklung des Vertrags zur Folge hat.

Beispiel: Aufgrund diverser nicht unerheblicher Mängel am erst kürzlich zu einem Preis von 99.000 € gekauften Neufahrzeug erklärte K die Minderung des Kaufpreises i.H.v. 20%. Als kurze Zeit später erneut Mängel auftraten, erklärte K sodann den „großen Schadensersatz“ und verlangte Rückab-wicklung des Vertrags (Fall nach BGH NJW 2018, 2863).

⇒ Aufgrund der Gestaltungswirkung der Minderungserklärung konnte K sich nicht mehr einseitig von der Minderung lösen und etwa den Rücktritt erklären. Denn anders als die Minderung hat der Rücktritt die Rückabwick-lung zur Folge. Fraglich war daher allein, ob neben der Minderung noch der „große Schadensersatz“ möglich ist. Aber auch dies hat der BGH ausge-schlossen. Mit der wirksamen Ausübung der Minderung habe ein Käufer zugleich das ihm vom Gesetz eingeräumte Wahlrecht zwischen Festhalten am und Lösen vom Kaufvertrag „verbraucht“. Das Gewährleistungsrecht verlange dem Käufer einer mangelhaften Sache im Rahmen von § 437 BGB die grundlegende Entscheidung ab, ob er den Kaufvertrag (unter Li-iquidation entstandener Vermögenseinbußen) weitergelten lassen oder ob

er sich von diesem lösen wolle. Dafür stünden ihm jeweils zwei Wege zur Verfügung. Wolle er die Kaufsache behalten, könne er entweder durch eine Gestaltungserklärung den Kaufpreis unter den Voraussetzungen des § 437 Nr. 2, § 441 BGB mindern oder im Wege der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung gemäß § 437 Nr. 3, § 281 Abs. 1 S. 1 BGB die Liquidation des Minderwerts erreichen (sog. kleiner Schadensersatz). Wolle er sich hingegen vom Kaufvertrag lösen, könne er entweder nach § 437 Nr. 2, § 323 BGB den Rücktritt vom Vertrag erklären oder aber Schadensersatz statt der ganzen Leistung nach § 437 Nr. 3, § 281 Abs. 1 S. 3 BGB fordern, der auf Ersatz des dem Käufer durch die Nichterfüllung des gesamten Vertrags entstandenen Schadens gerichtet sei und die Rückgewähr bereits erbrachter Leistungen (§ 281 Abs. 5 BGB) zur Folge habe (großer Schadensersatz).

Fazit: Wie aus dem Beispiel deutlich geworden ist, kann der Schadensersatz statt der ganzen Leistung (der „große Schadensersatz“) nur mit dem Rücktritt kombiniert werden, weil beide die Rückgabe der Sache zur Folge haben. Der „kleine Schadensersatz“ kann hingegen mit der Minderung kombiniert werden, steht aber zum Rücktritt in einem Alternativverhältnis, da er den Verbleib der Sache beim Gläubiger (hier: beim Käufer) voraussetzt.

6. Aufwendungsersatzanspruch

Macht der Käufer im Vertrauen auf die Mangelfreiheit der Sache zum Zweck der Werterhaltung oder aus anderen Gründen Aufwendungen, kann er auch die damit verbundenen Kosten – jedoch nur *anstelle* eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung – erstattet verlangen (Aufwendungsersatzanspruch, § 284 BGB). Sind die „Aufwendungen“ also bereits im Rahmen eines Schadensersatzes statt der Leistung geltend gemacht worden, kommt diesbezüglich ein Aufwendungsersatzanspruch nicht in Betracht.

Beispiel: K kauft von einer Züchterin Z einen Mopswelpen. Einige Wochen nach der Übergabe stellt sich heraus, dass der Hund an einem Gendefekt leidet, der sich in epileptischen Anfällen zeigt (Fall nach LG Ingolstadt

31.5.2017 – 33 O 109/15). Es fallen Tierarztkosten i.H.v. 5.500 € an.

⇒ Dass in diesem Fall ein Sachmangel besteht, der bereits (da angeboren) zum Zeitpunkt der Übergabe vorlag, steht außer Frage. Eine Nachlieferung (§§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB) kann K nicht verlangen, da es sich um einen Stückkauf (und um eine nicht vertretbare Sache) handelt. Eine Nachbesserung (§§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB) kommt von vornherein nicht in Betracht, da ein Gendefekt nicht behoben werden kann. Es bleiben daher Minderung des Kaufpreises (§§ 437 Nr. 2 Var. 2, 441 BGB) und der Rücktritt (§§ 437 Nr. 2 Var. 1, 440, 323, 326 Abs. 5 BGB). Ggf. besteht auch ein Anspruch auf Schadensersatz (hier: §§ 437 Nr. 3 Var. 1, §§ 440, 280, 281, 311a BGB) in Bezug auf die Kosten der tiermedizinischen Versorgung, sofern Verschulden (Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis in Bezug auf den Gendefekt) auf Seiten der Z vorliegt. Dass die tierärztlichen Kosten 5.500 € betragen, ist unschädlich angesichts der Regelung in § 251 Abs. 2 S. 2 BGB, wonach die aus der Heilbehandlung eines verletzten Tieres entstandenen Aufwendungen nicht bereits dann unverhältnismäßig sind, wenn sie dessen Wert erheblich übersteigen. Ein Aufwendungsersatzanspruch in Bezug auf die tierärztliche Behandlung ist nicht gegeben, weil dieser nur anstelle des Schadensersatzanspruchs (aus § 281 BGB) geltend gemacht werden kann. K hätte es aber freigestanden, die Tierarztkosten alternativ als Aufwendungsersatzanspruch geltend zu machen, da die Voraussetzungen die gleichen sind wie beim Schadensersatz statt der Leistung.

Wird Aufwendungsersatz beansprucht, wird man fordern müssen, dass nur solche Aufwendungen erstattungsfähig sind, die einen objektiven Nutzen haben.

Beispiel: Käufer K hat vor der Ausübung seines Rücktrittsrechts die Bremsen erneuern lassen, weil die verbauten Bremsen verschlissen waren. Die Kosten betragen 1.000 €. – Hier beträgt der Aufwendungsersatzanspruch des K 1.000 €, da neue Bremsen objektiv erforderlich waren.

Gegenbeispiel: K hat ein Sportfahrwerk verbauen lassen, weil ihm das Serienfahrwerk zu weich erschien. Die Kosten betragen 1.000 €. – Hier hat K keinen Aufwendungsersatzanspruch, da das Sportfahrwerk objektiv nicht erforderlich war.

Auch im Rahmen eines **Tierkaufs** können Aufwendungsersatzansprüche gegeben sein, v.a., wenn Futter-, Einstell- bzw. Unterbringungskosten angefallen sind und Zubehör angeschafft wurde.

Beispiel: K kaufte beim Pferdezüchter V ein noch nicht berittenes Pferd. Einige Wochen nach der Übergabe stellt sich heraus, dass das Pferd aufgrund eines angeborenen Defekts an der Halswirbelsäule nicht beritten werden kann. K holt ein Sachverständigengutachten ein, in dem bestätigt wird, dass selbst durch eine aufwändige Operation mit anschließender Rehabilitation keine vollständige Genesung zu erwarten sei. K tritt daher vom Vertrag zurück und verlangt Ersatz für Sattel, Geschirr, Stallkosten, Tierarztkosten und Kosten für das Sachverständigengutachten.

⇒ Grundsätzlich sind Investitionen, die der Käufer mit Rücksicht auf die Mangelfreiheit der Sache getätigt hat, ersatzfähig. Das gilt aber nicht für Kosten, die nicht der Erhaltung des Tieres dienen, wie z.B. Kosten für eine Tierhalterhaftpflichtversicherung, sofern diese gesetzlich nicht vorgeschrieben ist. Dagegen sind Futter- und Einstellkosten sowie Tierarztkosten ebenso erstattungsfähig wie die Kosten des Sachverständigengutachtens, da diese Positionen objektiv erforderlich bzw. für die Schadensermittlung notwendig sind.

7. Rückgriff des Verkäufers gegen den Lieferanten

Wird ein Wiederverkäufer von seinem Käufer wegen eines Sachmangels in Anspruch genommen, stellt sich für ihn regelmäßig die Frage, ob er seinen Lieferanten in **Regress** nehmen kann. Wäre eine Regressnahme ausgeschlossen, träfe dies den Wiederverkäufer mitunter existenzgefährdend. Daher hat der Gesetzgeber in § 445a Abs. 1 BGB geregelt, dass der Wiederverkäufer beim Verkauf einer neu hergestellten Sache von seinem Lieferanten Ersatz der Aufwendungen verlangen kann, die er im Verhältnis zu seinem Käufer nach § 439 Abs. 2, 3 und 6 S. 2 sowie nach § 475 Abs. 4 BGB zu tragen hatte. Voraussetzung ist, dass der vom Käufer geltend gemachte Mangel bereits beim Übergang der Gefahr auf den Wiederverkäufer vorhanden war oder auf einer Verletzung der Aktualisierungspflicht gemäß § 475b Abs.

4 BGB beruht.

Die Beweislast trägt der Wiederverkäufer. Ist also der Mangel erst später beim Wiederverkäufer entstanden oder gelingt dem Wiederverkäufer der Beweis, dass der Mangel bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vom Lieferanten auf ihn vorhanden war, nicht, berechtigt dies den Wiederverkäufer nicht zur Regressnahme.

Beispiel: Verkaufte V an K einen Neuwagen für dessen Gewerbebetrieb und musste aufgrund werksseitig manipulierter Motorsteuerungssoftware nacherfüllen, kann V von seinem Lieferanten die Kosten, die er für die Nacherfüllung aufbringen musste, gem. § 445a Abs. 1 BGB erstattet verlangen. Dass die manipulierte Motorsteuerungssoftware bereits zum Zeitpunkt der Lieferung des Fahrzeugs an V (und damit zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs) installiert war, dürfte außer Frage stehen.

Handelt es sich beim letzten Vertrag um einen Verbrauchsgüterkauf, gilt die widerlegbare, gesetzliche Vermutung nach § 477 BGB auch für Ansprüche des Lieferanten und der übrigen Käufer in der Lieferkette, wenn die Schuldner Unternehmer sind (§ 478 Abs. 3 BGB i.V.m. § 478 Abs. 1 BGB). Bei gebrauchten Sachen gelten die vorgenannten Ausführungen zum Regress nicht. In diesem Fall bleiben nur die allgemeinen Mängelrechte.

V. (Kein) Ausschluss der Gewährleistung

Nach Möglichkeit wird ein Verkäufer versuchen, Sachmängelrechte auszuschließen. Das Gesetz gestattet den vertraglichen Ausschluss der Gewährleistung zwar grundsätzlich (vgl. § 444 BGB), es enthält jedoch zahlreiche Ausnahmen, sodass in der Praxis ein Gewährleistungsausschluss nur in bestimmten Fällen und unter bestimmten Voraussetzungen möglich ist. Es ist danach zu unterscheiden, ob es sich bei der Kaufsache um eine neue oder gebrauchte Sache handelt, ob es sich bei dem Käufer um einen Verbraucher oder Nicht-Verbraucher handelt, ob der Ausschluss oder die Beschränkung der Mängelrechte individualvertraglich oder mittels Allgemeiner Geschäftsbedingungen erfolgt, und ob die Mängelrechte insgesamt oder nur teilweise (etwa in

Bezug auf Schadensersatz) ausgeschlossen werden sollen, was die Beurteilung der Rechtslage nicht gerade vereinfacht:

1. Grundsatz: Gewährleistungsausschluss zulässig

Außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs i.S.v. § 474 Abs. 1 S. 1 BGB ist ein Gewährleistungsausschluss grundsätzlich zulässig, wie sich aus der Formulierung in § 476 Abs. 1 S. 1 BGB und § 444 BGB ergibt. Bei einem Verbrauchsgüterkauf handelt es sich in erster Linie um einem Kaufvertrag über eine Ware (§ 241a Abs. 1 BGB), bei dem auf Verkäuferseite ein Unternehmer und auf Käuferseite ein Verbraucher steht (vgl. § 474 Abs. 1 S. 1 BGB). Daraus folgt, dass ein „**Nicht-Verbrauchsgüterkauf**“ immer dann vorliegt, wenn:

- ⇒ auf beiden Seiten Verbraucher stehen („Verkauf Privat an Privat“),
- ⇒ auf beiden Seiten Unternehmer stehen („Verkauf Unternehmer an Unternehmer“),
- ⇒ auf Verkäuferseite ein Verbraucher und auf Käuferseite ein Unternehmer steht („Verkauf Verbraucher an Unternehmer“) oder
- ⇒ es sich um einen Vertrag handelt, der keine Ware i.S.d. § 241a Abs. 1 BGB zum Gegenstand hat (§ 474 Abs. 1 S. 1 BGB spricht von „Ware“ i.S.d. § 241a Abs. 1 BGB, also von einer beweglichen Sache, die nicht aufgrund einer Zwangsvollstreckungsmaßnahme oder einer anderen gerichtlichen Maßnahme verkauft wurde).

Auch, wenn in diesen Konstellationen aufgrund des § 444 BGB und der Nichtgeltung des § 476 Abs. 1 S. 1 BGB ein Ausschluss der Gewährleistung grundsätzlich **zulässig** ist, sollte er dennoch klar und unmissverständlich formuliert sein. Oft anzutreffende Formulierungen wie „Die Sache wird verkauft wie gesehen“ oder „Das Fahrzeug wird verkauft wie gesehen unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung“ (sog. Besichtigungsklauseln) sind nicht unproblematisch, weil die Gerichte diese für zu unbestimmt und damit für unwirksam halten könnten. So haben der BGH (NJW 2016, 2495, 2496) und das OLG Oldenburg (Urt. v. 28.8.2017 – 9 U 29/17) entschieden, dass die Formulierung „Gekauft wie ge-

sehen“ die Gewährleistung nicht (gänzlich) ausschließe. Gerade die Anknüpfung an eine vorangegangene Besichtigung lasse erkennen, dass die Gewährleistung nur für diejenigen Mängel ausgeschlossen werden solle, die der Käufer ohne Zuziehung eines Sachverständigen hätte wahrnehmen können. Gewährleistungsausschlüsse, die durch die Wendung „wie besichtigt“ an eine vorangegangene Besichtigung anknüpfen, bezögen sich daher in aller Regel nur auf bei der Besichtigung wahrnehmbare, insbesondere sichtbare Mängel der Kaufsache (BGH a.a.O. mit Verweis auf BGHZ 74, 204, 210). Auf andere, bei Besichtigung nicht erkennbare Mängel beziehe sich der Gewährleistungsausschluss damit also nicht. Auch spiele die Unkenntnis des Verkäufers über Vorschäden keine Rolle, weil es beim Gewährleistungsrecht nicht auf die Kenntnis des Verkäufers ankomme, sondern allein auf das Vorliegen eines Sach- oder Rechtsmangels. Schließlich ist zu beachten, dass die mit Besichtigungsklauseln der genannten Art verbundenen „Zweifel bei der Auslegung“ wohl auch gem. § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Verkäufers gehen, sollten sie dem Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§ 305 Abs. 1 BGB) unterfallen, was regelmäßig der Fall ist, wenn sie in einem Vertragsvordruck vorformuliert sind. Unter allen genannten Aspekten für den Verkäufer rechtssicherer wäre bspw. die Formulierung: „Verkauft wird ... unter Ausschluss der Gewährleistung für alle dem Verkäufer nicht bekannten Mängel“ (von der Wirksamkeit einer solchen Formulierung geht auch OLG Oldenburg, Urt. v. 28.8.2017 – 9 U 29/17 aus), und zwar gleichgültig, ob sie individualvertraglich oder klauselmäßig erfolgt. Diese Formulierung trägt zugleich dem Umstand Rechnung, dass der Verkäufer selbstverständlich nicht die Gewährleistung für ihm bekannte (dem Käufer aber verschwiegene) Mängel ausschließen kann (siehe § 444 BGB – dazu sogleich).

2. Grenzen des Gewährleistungsausschlusses

Obwohl nach dem oben Gesagten ein Gewährleistungsausschluss grundsätzlich möglich wäre, so sind doch die (weiteren) gesetzlichen Grenzen zu beachten. So ist zunächst im Rahmen eines **Verbrauchs-**

güterkaufs ein Ausschluss der Gewährleistung grds. **nicht möglich** (§ 476 Abs. 1 S. 1 BGB), wobei aber gem. § 476 Abs. 1 S. 2 BGB unter den dort genannten Voraussetzungen der Unternehmer von den Anforderungen des § 434 Abs. 3 BGB und des § 475b Abs. 4 BGB abweichen kann – dazu S. 226 f. Auch lässt § 476 Abs. 3 BGB den Ausschluss oder die Beschränkung des Anspruchs auf Schadensersatz (§ 437 Abs. 3 BGB) zu (freilich unbeschadet des AGB-Rechts). Das Gesetz nennt aber auch außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs Grenzen des Gewährleistungsausschlusses. So kann sich gem. § 444 BGB der Verkäufer auf einen Ausschluss oder eine Beschränkung der Mängelrechte nicht berufen, soweit er den Mangel **arglistig (also vorsätzlich) verschwiegen** oder **eine Garantie für die Beschaffenheit** der Sache (d.h. Zusicherung einer speziellen Eigenschaft wie z.B. „absolut fahrtauglich“ oder „Felgen passen auf Ihr Fahrzeug“) übernommen hat. Zu beachten ist, dass ein „arglistiges Verschweigen“ nicht nur dann vorliegt, wenn der Verkäufer den Gegenstand bewusst wahrheitswidrig als „mangelfrei“ verkauft bzw. „ins Blaue“ hinein behauptet, der Gegenstand sei mangelfrei, obwohl er dies nicht weiß, sondern auch dann, wenn der Verkäufer das Vorliegen eines Mangels zumindest für möglich hält und dabei billigend in Kauf nimmt, dass der Käufer den Mangel nicht erkennt.

Beispiel: Privatverkäufer V kreuzt im Kaufvertragsformular die Kästchen „Verkauf unter Ausschluss der Gewährleistung“ sowie „unfallfrei“ an, obwohl er es für möglich hält, dass der Wagen beim Vorbesitzer bereits einen Verkehrsunfall hatte. Käufer K, der für V erkennbar keinen Zweifel hegte, nimmt das Angebot an und unterschreibt. Zwei Monate nach der Übergabe meldet sich K trotz des vertraglichen Gewährleistungsausschlusses bei V und macht Sachmängelrechte geltend wegen eines defekten Motorsteuergeräts.

⇒ V kreuzte das Kästchen „unfallfrei“ an, obwohl er das Vorliegen eines Unfallschadens zumindest für möglich hielt und billigend in Kauf nahm, dass K die Unfalleigenschaft nicht erkennt. Das genügt für das Merkmal „Arglist“. Wegen § 444 BGB ist daher der Gewährleistungsausschluss un-

wirksam. K stehen daher die geltend gemachten Mängelrechte zu.

Ein Ausschluss der Mängelrechte besteht gem. § 442 BGB auch in Fällen, in denen der **Käufer** bei Vertragsschluss **den Mangel kennt**. Dann sind seine Rechte wegen eines Mangels ausgeschlossen (§ 442 Abs. 1 S. 1 BGB). Kenntnis setzt positives Wissen bezüglich des Mangels voraus.

Beispiel: V des letzten Beispiels schließt weder die Gewährleistung aus noch hat er es versäumt, K auf einen Defekt im Steuergerät hinzuweisen. Da der Preis „stimmt“, geht K dieses Risiko ein und unterschreibt das Vertragsformular. Zwei Monate nach der Übergabe meldet sich K bei V und macht Sachmängelrechte geltend wegen des defekten Steuergeräts.

⇒ Hier kannte K bei Vertragsschluss das Problem wegen des Steuergeräts. Wegen § 442 Abs. 1 S. 1 BGB stehen K in Bezug auf das Steuergerät keine Mängelrechte zu. Das gilt selbstverständlich erst recht, wenn V auf einen Defekt des Steuergeräts hingewiesen hätte.

Der Kenntnis gleichgesetzt ist **grob fahrlässige Unkenntnis vom Mangel**. In diesem Fall kann der Käufer Rechte wegen des Mangels nur geltend machen, wenn der **Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen** oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat (§ 442 Abs. 1 S. 2 BGB). Hintergrund dieser Regelung ist, dass von einem gewissenhaften Käufer erwartet werden darf, dass er einen Kaufvertrag sorgsam durchliest und bei Unklarheiten nachfragt. Insbesondere drängt sich eine Nachfrage dann auf, wenn im Kaufvertrag ein Mangel der Kaufsache aufgeführt ist und dem Käufer wegen dieses Mangels ein hoher Nachlass auf den Normalpreis gewährt wird.

Beispiel: Käufer K ist an einem gebrauchten Mercedes C-Klasse interessiert. Auf dem Gelände des Gebrauchtwagenhändlers V entdeckt er ein passendes Exemplar. Dem Verkaufsschild entnimmt K, dass der Wagen 13 Jahre alt ist und eine Laufleistung von 165.000 km aufweist. Der Preis ist mit 5.500 € angegeben. K entdeckt zwar im unteren Türbereich etwas Rost, das hält ihn aber nicht davon ab, übereilt den Kaufvertrag zu unter-

(Kein) Ausschluss der Gewährleistung

schreiben, wo es unter dem Punkt: „Mängel, Unfall- und andere Schäden“ heißt: „Diverse Nachlackierungen aufgrund Aufbereitung! Türen Rost! Bei allen Bauteilen ist möglicherweise mit Rost zu rechnen. Preisnachlass: Grundpreis 5.500 €.“ Als Kaufpreis kann K 4.500 € aushandeln. Drei Monate nach der Übergabe meldet sich K bei V und beanstandet Durchrostungen an den Schwellern.

⇒ Hier kannte K bei Vertragsschluss zwar nicht unbedingt das Korrosionsproblem an den Schwellern, infolge des übereilten Vertragsschlusses ohne eingehende Sichtprüfung des 13 Jahre alten Wagens und der Hinweise im Kaufvertrag auf Rostprobleme ist aber zumindest grob fahrlässige Unkenntnis anzunehmen. K stehen in Bezug auf die Durchrostungen daher keine Mängelrechte zu. Etwas anderes könnte nur noch angenommen werden, wenn V das Ausmaß der Rostproblematik arglistig verschwiegen hätte. Doch das kann aufgrund der Formulierungen im Kaufvertrag und des hohen Preisnachlasses nicht angenommen werden. Nach der hier vertretenen Auffassung bleibt es daher dabei, dass K wegen der Rostproblematik keine Mängelrechte zustehen.

Wie ausgeführt, kann der Käufer trotz grob fahrlässiger Unkenntnis vom Mangel Mängelrechte geltend machen, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine **Garantie für die Beschaffenheit** der Sache übernommen hat (§ 442 Abs. 1 S. 2 BGB). Unter „Beschaffenhheitsgarantie“ ist nicht die Garantie i.S.d. §§ 443 Abs. 1, 479 BGB gemeint (dazu S. 109 f.), sondern eine Zusicherung einer speziellen Eigenschaft der verkauften Sache (Beispiel: „absolut fahrtüchtig“). Gibt der Verkäufer eine solche Zusicherung ab, haftet er immer für das Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaft, und zwar selbst bei einem an sich wirksamen vertraglichen Ausschluss der Gewährleistung. Der Grund hierfür ist, dass der Verkäufer sich ansonsten widersprüchlich verhielte und damit gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstieße. Zu beachten ist aber stets: Wegen § 475 Abs. 3 S. 2 Var. 1 BGB ist § 442 BGB auf Verbrauchsgüterkaufverträge nicht anwendbar. Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Verbrauchers schließen also nicht die Gewährleistungsrechte aus.

Eine wichtige Beschränkung des Haftungsausschlusses enthält § 276 Abs. 3 BGB, wonach speziell beim **Schadensersatz** die Haftung bei Vorsatz nicht ausgeschlossen werden kann. Ein gleichwohl vereinbarter Haftungsausschluss wäre also unwirksam. Für Haftungsbeschränkungen, die in AGB, also in **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** (§§ 305 ff. BGB) enthalten sind, sind die Schranken des § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB und insb. die des § 309 Nr. 7 BGB zu beachten. So ist gem. § 309 Nr. 7 a) BGB in AGB ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders beruhen, unwirksam. Auch ist der formularmäßige Ausschluss oder die Begrenzung der Haftung für sonstige Schäden, die auf einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders beruhen, gem. § 309 Nr. 7 b) BGB unwirksam. Ein pauschaler Haftungsausschluss in einem Formlarkaufvertrag wäre also unwirksam. Auch Pauschalierungen von Schadensersatzansprüchen, die sich der Verwender der AGB gewähren lässt, sind unter den in § 309 Nr. 5 BGB genannten Voraussetzungen unwirksam.

Das **AGB-Recht** greift selbstverständlich auch außerhalb des Schadensersatzrechts. Bedeutsam ist v.a. § 309 Nr. 8 b) BGB, der bei Verträgen über Lieferungen neu hergestellter Sachen und über Werkleistungen den formularmäßigen Ausschluss oder die formularmäßige Beschränkung verschiedener Mängelrechte für unwirksam erklärt. Zu nennen ist insbesondere die Beschränkung der Ansprüche gegen den Verwender insgesamt oder bezüglich einzelner Teile auf ein Recht auf Nacherfüllung, sofern dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich das Recht vorbehalten wird, bei Fehlschlagen der Nacherfüllung zu mindern oder nach seiner Wahl vom Vertrag zurückzutreten (§ 309 Nr. 8 b) bb) BGB). Auch ist eine Klausel, die die Verpflichtung des Verwenders ausschließt oder beschränkt, die zum Zweck der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen nach § 439 Abs. 2 und 3 BGB oder § 635 Abs. 2 BGB zu tragen oder zu ersetzen, unwirksam gem. § 309 Nr. 8 b) cc)

BGB. Das betrifft die sog. Aus- und Wiedereinbaukosten des kauf- bzw. werkvertraglichen Nacherfüllungsanspruchs, siehe dazu S. 161 ff.

3. Speziell: Verbrauchsgüterkauf

Bei einem **Verbrauchsgüterkauf**, also in erster Linie bei einem Kaufvertrag über eine neue oder gebrauchte Ware (§ 241a Abs. 1 BGB) (worunter auch ein Tier fällt, vgl. § 90a S. 3 BGB), bei dem auf Verkäuferseite ein Unternehmer und auf Käuferseite ein Verbraucher steht (vgl. § 474 Abs. 1 S. 1 BGB), ist ein **Ausschluss der Gewährleistung** grds. **unwirksam**. Das ergibt sich aus **§ 476 Abs. 1 S. 1 BGB**. Nach dieser Bestimmung kann sich der Unternehmer auf eine Vereinbarung, die zum Nachteil des Verbrauchers von den §§ 433-435, 437, 439-441 und 443 BGB sowie von den Vorschriften der §§ 474 ff. BGB abweicht, nicht berufen. Das gilt selbst dann, wenn sich der Verbraucher mit dem Gewährleistungsausschluss einverstanden erklärt oder diesen sogar anbietet, um den Kaufvertrag überhaupt abschließen zu können. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass beim Verbrauchsgüterkauf der Gesetzgeber die Gewährleistungsrechte der Dispositionsbefugnis der Parteien entziehen wollte. Das gilt auch für den von der Norm des § 476 BGB geschützten Verbraucher. Dieser kann auf seinen Schutz insoweit nicht verzichten (die von § 476 Abs. 1 S. 1 BGB genannten Vorschriften sind insoweit zwingendes Recht).

Beispiel: Auf dem Hof des Gebrauchtwagenhändlers V steht ein von V in Zahlung genommener 10 Jahre alter VW Golf zum Verkauf. Der Preis ist mit 2.500 € angegeben. Interessent K geht auf V zu, um Näheres über den Wagen in Erfahrung zu bringen. Nach einer kurzen Probefahrt zeigt sich K einverstanden mit dem Wagen, möchte aber lediglich 2.000 € zahlen. V erwidert, dass er mit diesem Preis nicht klarkomme, da er ja noch Gewährleistung geben müsse. Daraufhin meint K, V solle ihm den Wagen unter Ausschluss der Gewährleistung verkaufen, damit V kein Risiko eingehe und daher der Preis reduziert werden könne. V erklärt sich einverstanden und die Parteien einigen sich auf einen Preis von 2.250 €. Zwei Monate nach

(Kein) Ausschluss der Gewährleistung

der Übergabe meldet sich K dennoch bei V und macht Sachmängelrechte geltend wegen eines angeblichen Motorschadens.

⇒ Da bei einem Verbrauchsgüterkauf ein Ausschluss der Gewährleistung stets unwirksam ist, stehen K trotz seines „Verzichts“ Sachmängelrechte zu. Dieses Ergebnis ist nicht unbillig, da V als Gebrauchtwagenhändler unterstellt werden kann, dass er die gesetzlichen Regelungen kennt. Auch anderweitige „Umgehungsgeschäfte“ wären unzulässig (vgl. dazu S. 240).

Täuscht der Käufer den Verkäufer über seine Verbrauchereigenschaft, indem er wahrheitswidrig vorgibt, der Verwendungszweck sei gewerblich, greift der o.g. Schutzzweck nicht. In diesem Fall kann er sich nicht auf die Schutzvorschriften der §§ 474 ff. BGB berufen (BGH NJW 2005, 1045). Insbesondere trifft den gewerblichen Verkäufer keine Prüfpflicht, ob es sich bei dem Käufer, der vorgibt, der Verwendungszweck sei gewerblich, nicht doch um einen Verbraucher handeln könnte.

Beispiel: Unternehmer V möchte seinen Geschäftswagen, einen BMW X5, verkaufen. Dazu inseriert er ihn in einer Autobörse im Internet. Da er die gesetzlichen Gewährleistungsrechte ausschließen möchte, schreibt er in die Anzeige: „Verkauf nur an Gewerbe“. Interessent K, ein Verbraucher, nimmt Kontakt zu V auf, um Näheres über den Wagen in Erfahrung zu bringen. Da er den Wagen unbedingt haben möchte, behauptet er gegenüber V wahrheitswidrig, der Wagen sei für seinen Gewerbebetrieb bestimmt. V hat keinen Grund, an den Angaben des K zu zweifeln, und erklärt sich einverstanden; die Parteien einigen sich auf einen Preis von 32.250 €. V verwendet ein Vertragsformular „Verkauf an Gewerbe“ und schließt die Gewährleistung aus. Zwei Monate nach der Übergabe meldet sich K dennoch bei V und macht Sachmängelrechte geltend wegen eines angeblichen Getriebeschadens.

⇒ Den Verkäufer einer Sache trifft keine generelle Prüfpflicht, ob die Angaben des Käufers zur beabsichtigten gewerblichen Nutzung wahrheitsgemäß sind. Da V keinen Anlass hatte, an den Angaben des K zu zweifeln, durfte er guten Glaubens davon ausgehen, keinen Verbrauchsgüterkaufvertrag zu schließen. Der Gewährleistungsausschluss war damit wirksam.

(Kein) Ausschluss der Gewährleistung

Kennt aber der Verkäufer die Falschbehauptung des Käufers (ist er also „bösgläubig“), ist er wiederum nicht schutzwürdig und es greifen die Schutzvorschriften der §§ 474 ff. BGB. Das gilt auch dann, wenn die Parteien bewusst ein Vertragsformular „Verkauf an Gewerbe“ verwenden, um die Schutzvorschriften eines Verbrauchsgüterkaufs zu umgehen (vgl. § 476 Abs. 4 BGB).

Beispiel: K des obigen Beispiels teilt V wahrheitsgemäß mit, dass er zwar kein Gewerbe ausübe, er aber dennoch unbedingt den Wagen kaufen möchte, da dieser über seine Wunschausstattung verfüge. V äußert zunächst seine Bedenken wegen der gegenüber K nicht ausschließbaren Mängelrechte, sagt K aber, dass er bereit sei, den Wagen an K zu einem Preis von 32.250 € zu verkaufen, wenn K mit dem Ausschluss der Gewährleistung und der Verwendung eines Vertragsformulars „Verkauf an Gewerbe“ einverstanden sei. K ist gerne einverstanden, weil er den Wagen übernehmen möchte. Zwei Monate nach der Übergabe meldet sich K dennoch bei V und macht Sachmängelrechte geltend wegen eines angeblichen Getriebeschadens.

⇒ *In diesem Fall war V bösgläubig, da er die Verbrauchereigenschaft des K kannte. Die Verwendung des Vertragsformulars „Verkauf an Gewerbe“ und der Ausschluss der Gewährleistung helfen V nicht. Mithin greifen die Schutzvorschriften der §§ 474 ff. BGB. Der Gewährleistungsausschluss war damit unwirksam (anders wohl OLG Düsseldorf NJW 2015, 2043, 2044 f.).*

Allerdings gewährt das Verbrauchsgüterkaufrecht auch Abweichungsmöglichkeiten. So können gem. **§ 476 Abs. 1 S. 2 BGB** die Vertragsparteien vereinbaren, dass sie von den Anforderungen nach § 434 Abs. 3 BGB oder § 475b Abs. 4 BGB abweichen, sofern sie diese Vereinbarung vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer treffen. Voraussetzungen für die Abweichung sind ausweislich des Wortlauts des § 476 Abs. 1 S. 2 BGB aber zusätzlich, dass

⇒ der Unternehmer den Verbraucher vor der Abgabe seiner Vertragsklärung eigens davon in Kenntnis gesetzt hat, dass ein bestimmtes Merkmal der Ware von den objektiven Anforderungen abweicht (Nr. 1),

(Kein) Ausschluss der Gewährleistung

⇒ und diese Abweichung im Vertrag ausdrücklich und gesondert vereinbart wurde (Nr. 2).

Der Verbraucher muss also zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags eigens darüber in Kenntnis gesetzt worden sein. Damit ist gemeint, dass die Inkenntnissetzung vor Abgabe der Vertragserklärung des Verbrauchers erfolgt sein muss. Zudem muss der Verbraucher bei Abschluss des Kaufvertrags dieser Abweichung ausdrücklich und gesondert zustimmen (Art. 7 Abs. 5 WKRL), wobei § 476 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB in Abweichung zu Art. 7 Abs. 5 WKRL eine ausdrückliche und gesonderte Vereinbarung der Abweichung *im Vertrag* verlangt. Die deutsche Fassung weicht also von der des Art. 7 Abs. 5 WKRL ab, was aber nach Art. 4 WKRL nicht zulässig ist. Danach ist es den Mitgliedstaaten nicht gestattet, strengere oder weniger strenge Vorschriften zur Gewährleistung eines anderen Verbraucherschutzniveaus einzuführen. Lediglich dem Verkäufer ist es anheimgestellt, dem Verbraucher Vertragsbedingungen anzubieten, die über den in der WKRL vorgesehenen Schutz hinausgehen (Art. 21 II WKRL).

Möchte also der Unternehmer von den Anforderungen des § 434 Abs. 3 BGB oder des § 475b Abs. 4 BGB (zum Nachteil des Verbrauchers) abweichen, muss er den Verbraucher vor Vertragsschluss „eigens“ (i.S.v. speziell oder besonders) darauf hinweisen und die Abweichung muss gem. § 476 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB (richtlinienwidrig) *im Vertrag* ausdrücklich und gesondert vereinbart werden. Damit soll offenbar vermieden werden, dass der Verkäufer den Verbraucher zu „überrumpeln“ versuchen könnte, wenn er die an sich zulässigen Abweichungen von den Verbraucherrechten erst im eigentlichen Kaufvertrag und zudem an „versteckter“ Stelle erwähnt. Die nach § 476 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB zulässigen Abweichungen von den Anforderungen nach § 434 Abs. 3 BGB oder § 475b Abs. 4 BGB müssen also (im Vertrag) deutlich erkennbar so platziert werden, dass sie vom Verbraucher ohne weiteres wahrgenommen werden können. Aufgrund der Vorgabe „gesondert“ wird man eine räumliche Trennung zum eigentlichen Vertragstext fordern müssen, ähnlich wie das bei Belehrungen über Widerrufsrechte

(Kein) Ausschluss der Gewährleistung

oder Datenerhebungseinverständniserklärungen gehandhabt wird („Ausdrücklichkeitserklärung“). Gleichwohl darf nicht übersehen werden, dass der vollharmonisierend wirkende Art. 7 Abs. 5 WKRL verlangt, der Verbraucher müsse „bei Abschluss des Kaufvertrags“ (und nicht „im Kaufvertrag“) dieser Abweichung ausdrücklich und gesondert zustimmen. Das Merkmal „gesondert“ wird man also so verstehen müssen, dass die Zustimmung vom eigentlichen Vertrag getrennt erfolgen muss (und nicht im Vertrag – wenn auch „räumlich gesondert“ – erfolgen darf). Die Kollision mit Art. 7 Abs. 5 WKRL wird man – da eine Auslegung insoweit nicht möglich ist – über den Anwendungsvorrang des EU-Rechts lösen müssen: Der Art. 7 Abs. 5 WKRL entgegenstehende Textbestandteil „im Vertrag“ in § 476 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB ist nicht anwendbar. Erforderlich ist ein **separates Schriftstück** („weitere vertragliche Erklärungen“).

Beispiel: Bietet V in seinem Onlineshop sog. B-Ware (Ausstellungsstücke/ Vorführware mit leichten Gebrauchsspuren; Artikel mit fehlender Originalverpackung etc.) an, liegt darin noch kein Sachmangel, sofern sich die Artikel für die gewöhnliche Verwendung eignen, eine Beschaffenheit aufweisen, die bei Sachen derselben Art üblich ist und die der Käufer unter Berücksichtigung der Art der Sache erwarten kann, oder sie mit einer Verpackung übergeben werden, die der Käufer erwarten kann (§ 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, 2a und 4 BGB). Bei einem Ausstellungsstück, einer Vorführware oder Gebrauchtware muss der Käufer also Gebrauchsspuren, Kratzer etc. hinnehmen, soweit sie nicht über das übliche Maß hinausgehen. Lediglich, wenn der Kaufgegenstand darüber hinausgehende Defizite aufweist, liegt ein Sachmangel i.S.v. § 434 Abs. 3 BGB vor, außer, es wurde „wirksam etwas anderes vereinbart“ (§ 434 Abs. 3 S. 1 BGB) – „negative Beschaffenheitsvereinbarung“. Bei einem Verbrauchsgüterkaufvertrag muss jedoch gem. § 476 Abs. 1 BGB der Unternehmer den Verbraucher

- ⇒ *vor der Abgabe seiner Vertragserklärung eigens davon in Kenntnis setzen, dass ein bestimmtes Merkmal der Ware von den objektiven Anforderungen abweicht, und*
- ⇒ *die Abweichung muss (im Vertrag) ausdrücklich und gesondert vereinbart werden.*

(Kein) Ausschluss der Gewährleistung

Während das „eigens davon in Kenntnis setzen“ bspw. durch eine Produktbeschreibung auf der Internetseite erfolgen kann (Beispiel: Hinweis, dass das Produkt Kratzer aufweist, die trotz Vorführobjekts nicht üblich sind), muss die „negative Beschaffenheitsvereinbarung“ ausdrücklich und gesondert erfolgen. Ob bei Käufen im Onlineshop hierzu das Anklicken einer Checkbox („Ich habe von den Mängeln Kenntnis genommen“) genügt, ist unklar. Zwar dürfte es richtlinienkonform sein, wenn die Zustimmung des Verbrauchers mittels Schaltfläche erfolgt (da Art. 7 Abs. 5 WKRL sie nicht „im Vertrag“ fordert). Jedoch darf dies nicht zu unspezifiziert sein, da der Verbraucher zustimmen muss, dass ein bestimmtes Merkmal der Ware von den objektiven Anforderungen abweicht. Die entsprechende Checkbox muss deutlich Bezug nehmen zum konkreten Artikel, dessen Artikelbeschreibung die Abweichungen im Einzelnen enthält.

Fazit: Ein **Verbrauchsgüterkauf** (mit der Folge, dass ein Ausschluss der Gewährleistung von vornherein nicht möglich ist), liegt vor, wenn:

- ⇒ auf Verkäuferseite ein Unternehmer und auf Käuferseite ein Verbraucher steht („Verkauf Unternehmer an Verbraucher“) und
- ⇒ es sich bei dem Kaufgegenstand um eine Ware (§ 241a Abs. 1 BGB) handelt. Darauf, ob es sich bei der Ware um eine neue oder gebrauchte handelt, kommt es nicht an. Auch ein Tier kann (wegen § 90a BGB) Gegenstand eines Verbrauchsgüterkaufs sein.
- ⇒ Um einen Verbrauchsgüterkauf handelt es sich auch, wenn der Vertrag neben dem Verkauf einer Ware (§ 241a Abs. 1 BGB) die Erbringung einer Dienstleistung durch den Unternehmer an den Verbraucher zum Gegenstand hat (§ 474 Abs. 1 S. 2 BGB). Damit sind Fälle gemeint, in denen die Dienstleistung neben der Übergabe und Übereignung der Sache keine eigenständige gleichrangige Bedeutung hat. Darunter fallen z.B. die Montage und Installation der Ware beim Verbraucher, sofern die Montage oder die Installation nur Nebenzweck des Vertrags ist.

Beispiel: Verbraucher K kauft im Onlineshop des Unternehmers V einen Fernseher mit 65-Zoll-Bildschirmdiagonale. Die Parteien vereinbaren, dass V das Gerät nicht nur liefern, sondern auch aufstellen und an-

(Kein) Ausschluss der Gewährleistung

schließen soll. Zwei Monate nach der Lieferung und dem Anschließen des Geräts meldet sich K bei V und macht Sachmängelrechte geltend wegen des nicht ordnungsgemäß laufenden Geräts.

⇒ Da gem. § 474 Abs. 1 S. 2 BGB ein Verbrauchsgüterkauf auch dann vorliegt, wenn der Vertrag neben dem Verkauf einer Ware die Erbringung einer Dienstleistung durch den Unternehmer zum Gegenstand hat, und das bei der Lieferung, dem Aufstellen und dem Anschließen eines Fernsehgeräts der Fall ist, stehen K die in § 437 BGB genannten Mängelrechte zu.

Auch eine bestehende **(Hersteller-)Garantie** ändert **nichts** daran, dass bei einem Verbrauchsgüterkauf der Verkäufer einer gesetzlichen Gewährleistung unterworfen ist. Denn Gewährleistung und Garantie sind grundverschiedene Rechtsinstitute (zur Unterscheidung siehe S. 109 ff.). Möglich ist aber, auch bei einem Verbrauchsgüterkauf die Verjährungsfrist von an sich zwei Jahren (§ 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB) auf ein Jahr zu verkürzen, sofern es sich um eine gebrauchte Ware i.S.d. § 241a Abs. 1 BGB handelt (siehe § 476 Abs. 2 BGB und dort auch zu den Voraussetzungen) – dazu S. 226.

Eine **wichtige gesetzliche Ausnahme** vom Anwendungsbereich der Schutzvorschriften des Verbrauchsgüterkaufs ist in § 474 Abs. 2 S. 2 BGB zu finden, wonach beim Verkauf von **gebrauchten Sachen** im Wege einer **öffentlich zugänglichen Versteigerung** i.S.d. § 312g Abs. 2 Nr. 10 BGB nicht die Schutzvorschriften der §§ 474 ff. BGB gelten. Der Grund für diese Ausnahmeregelung besteht darin, dass der Käufer, der gebrauchte Sachen im Rahmen einer öffentlich zugänglichen Versteigerung erwirbt, nicht so schutzbedürftig ist, dass die Verbraucherschutzvorschriften der §§ 474 ff. BGB zur Anwendung gelangen müssten. Eine „öffentlich zugängliche“ Versteigerung ist – in Abgrenzung zur öffentlichen Versteigerung i.S.d. § 383 Abs. 3 S. 1 BGB – eine Versteigerung, in der die Möglichkeit der persönlichen Anwesenheit der Verbraucher gegeben ist. Auf eine tatsächliche Anwesenheit vor Ort kommt es nicht an. Daher kann auch die Versteigerung über eine Online-

Plattform als eine öffentlich zugängliche Versteigerung anzusehen sein (BT-Drs. 19/27424, S. 28). Das darf aber nicht mit den „Internetauktionen“ (bspw. bei eBay) verwechselt werden, bei denen es sich um normale Kaufverträge handelt.

Eine weitere wichtige gesetzliche Ausnahme vom Anwendungsbereich der Schutzvorschriften des Verbrauchsgüterkaufs ist in § 476 Abs. 3 BGB zu finden, wonach die Einschränkungen der Schutzvorschriften des Verbrauchsgüterkaufs unbeschadet des AGB-Rechts nicht für den Anspruch auf **Schadensersatz** gem. § 437 Nr. 3 BGB gelten. Der Schadensersatzanspruch gem. § 437 Nr. 3 BGB darf also grundsätzlich **beschränkt** oder **ausgeschlossen** werden, sofern die Grenzen des § 276 Abs. 3 BGB (kein Ausschluss der Haftung wegen Vorsatzes) und des AGB-Rechts (z.B. gem. § 309 Nr. 7 BGB) beachtet werden, vgl. dazu S. 234 f.

Zusammenfassung zur Möglichkeit des Gewährleistungsausschlusses bzw. der Beschränkung der Gewährleistung:

- Beim **Verbrauchsgüterkauf** sind Gewährleistungsausschluss und (inhaltlich) Gewährleistungsbeschränkung, soweit es nicht um Schadensersatz geht, grds. unwirksam (§ 476 Abs. 1 S. 1 BGB). Ausschluss oder Beschränkung des Anspruchs auf Schadensersatz sind also grds. möglich, wobei Grenzen durch § 276 Abs. 3 BGB und das AGB-Recht gezogen werden (§ 476 Abs. 3 i.V.m. §§ 307-309 BGB). Geht es um die Anforderungen an die Mangelfreiheit gem. § 434 Abs. 3 BGB („objektive Anforderungen an die Sache“) bzw. § 475b Abs. 4 BGB („objektive Anforderungen an Waren mit digitalen Elementen“), lässt aber § 476 Abs. 1 S. 2 BGB Abweichungen zu.
- **Außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs** sind Gewährleistungsausschluss und Gewährleistungsbeschränkung grds. möglich. Ausnahme: Verkäufer hat den **Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie** für die Beschaffenheit der Sache übernommen (§ 444 BGB). Auch kann die Haftung für Schadensersatzansprüche aus grob fahrlässiger bzw. vorsätzlicher Verletzung von Pflichten des Verkäufers sowie für jede

(Kein) Ausschluss der Gewährleistung

Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit nicht ausgeschlossen werden, siehe dazu § 276 Abs. 3 BGB (in Bezug auf Vorsatz) und das AGB-Recht (insb. §§ 307-309 BGB).

Arglistiges Verschweigen in diesem Zusammenhang liegt zunächst vor, wenn der Verkäufer bewusst wahrheitswidrig behauptet, der Gegenstand sei mangelfrei (Beispiel: „Wagen ist unfallfrei“). Zwar liegt hier an sich kein „Verschweigen“ vor, das aktive Täuschen ist aber erst recht von § 444 BGB erfasst. Der klassische Fall des „arglistigen Verschweigens“ liegt aber vor, wenn der Verkäufer vorsätzlich ihm bekannte Mängel verschweigt und dadurch den Käufer zum Vertragsschluss mit dem konkreten Inhalt veranlasst.

Im Übrigen ist zu beachten, dass objektiv falsche Angaben bzw. objektiv falsch beantwortete Fragen nicht stets den Vorwurf der Arglist begründen. Es ist zu unterscheiden:

- Macht der Verkäufer zwar objektiv falsche Angaben, glaubt aber, die Angaben wahrheitsgemäß gemacht zu haben, begründet dies keine Arglist. Denn derjenige, der gutgläubig falsche Angaben macht, handelt grds. nicht arglistig, selbst wenn der gute Glaube auf Fahrlässigkeit oder gar Leichtfertigkeit beruht (BVerfG v. 3.3.2015 – 1 BvR 3271/14).
- Anders ist es, wenn der Verkäufer falsche Angaben ohne tatsächliche Grundlage „ins Blaue hinein“ macht, obwohl er das Vorliegen eines Mangels zumindest für möglich hält und dabei billigend in Kauf nimmt, dass der Käufer den Mangel nicht erkennt. Wer so auftritt, handelt grds. bedingt vorsätzlich und damit „arglistig“ (BVerfG v. 3.3.2015 – 1 BvR 3271/14).

4. AGB-Recht

Wie bereits aus den bisherigen Ausführungen deutlich geworden ist, enthält auch das AGB-Recht (konkret geht es um die Klauselverbote nach §§ 309, 308 BGB und die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB) etliche Beschränkungen und Verbote des Ausschlusses der Gewährleistung,

wobei erneut zu unterscheiden ist zwischen Verbrauchsgüterkaufverträgen und sonstigen Kaufverträgen sowie zwischen den Arten der Mängelrechte (Nacherfüllung, Rücktritt und Minderung einerseits; Schadensersatz andererseits).

a. Verbrauchsgüterkauf

Bei einem **Verbrauchsgüterkauf**, also in erster Linie bei einem Kaufvertrag über eine Ware (§ 241a Abs. 1 BGB) von einem Unternehmer an einen Verbraucher (§ 474 Abs. 1 S. 1 BGB), ist wegen § 476 Abs. 1 S. 1 BGB ein **Ausschluss der Gewährleistung** grds. **unwirksam** (siehe aber Abweichungsmöglichkeit in § 476 Abs. 1 S. 2 BGB). Das gilt entsprechend auch für einen Verbrauchervertrag i.S.d. § 310 Abs. 3 BGB, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat (sog. Werklieferungsvertrag, § 650 BGB, auf den die Vorschriften über den Kauf – und damit auch diejenigen über den Verbrauchsgüterkauf – Anwendung finden), und sowohl individualvertraglich als auch beim Formularvertrag. Es macht auch keinen Unterschied, ob es sich um eine neue oder gebrauchte Sache handelt. Lediglich der Ausschluss und die Beschränkung des Anspruchs auf **Schadensersatz** sind – wie sich aus § 476 Abs. 3 BGB ergibt, der auf §§ 307-309 BGB verweist – nicht von vornherein unzulässig. Die Grenzen der Haftungsfreizeichnung in Bezug auf Schadensersatz ergeben sich danach – wie bei einem Nicht-Verbrauchsgüterkauf – aus den §§ 307-309 BGB. Selbstverständlich bleibt die Regelung des § 276 Abs. 3 BGB davon unberührt, wonach ein Ausschluss der Haftung bei Vorsatz stets unzulässig ist.

b. Nicht-Verbrauchsgüterkauf

Greift – außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs (bzw. des Verbrauchervertrags) – das **AGB-Recht**, ist zunächst zu beachten, dass gem. § 310 Abs. 1 S. 1 BGB die Vorschriften der § 305 Abs. 2 und 3, § 308 Nr. 1, 2-9 und § 309 BGB bei Verwendung von AGB gegenüber einem Unternehmer nicht gelten. Alleinige Grundlage einer Inhaltskontrolle sind

(Kein) Ausschluss der Gewährleistung

demnach § 307 BGB und § 308 Nr. 1a und 1b BGB. Allerdings ist es herrschende Rechtsauffassung, dass die besonderen Klauselverbote der §§ 309, 308 Nr. 1, 2-9 BGB mittelbar über § 307 BGB auch bei der Inhaltskontrolle von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr zu beachten sind (BGH NJW 2007, 3774, 3775 zu § 309 BGB), soweit dies nach geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen angezeigt ist (BGH NJW 2007, 3774, 3775 mit Verweis auf § 310 Abs. 1 S. 2 BGB). Hintergrund ist, dass auch Unternehmer (wenn auch abgeschwächt) schutzbedürftig sind. Stünde auf Käuferseite also ein Verbraucher und läge in einer Klausel ein Verstoß gegen §§ 309, 308 Nr. 1, 2-9 BGB, ist das nach dem BGH ein Indiz dafür, dass die Klausel auch im Falle der Verwendung gegenüber Unternehmern zu einer unangemessenen Benachteiligung führt und damit gegen § 307 BGB verstößt, es sei denn, sie kann wegen der besonderen Interessen und Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs ausnahmsweise als angemessen angesehen werden (BGH NJW 2007, 3774, 3775).

Auf dieser Grundlage ist bei der Verwendung von Formularverträgen gegenüber Unternehmern wie folgt zu unterscheiden:

- Geht es um **Schadenersatz**, sind Ausschluss und Beschränkung der Haftung bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit unzulässig (§ 309 Nr. 7 a) BGB). Ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für sonstige Schäden (i.d.R. Sachschäden) ist bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit ausgeschlossen (§ 309 Nr. 7 b) BGB). Daraus folgt: Ein Ausschluss der Haftung für einfache und mittlere Fahrlässigkeit ist hier (d.h. bei den „sonstigen Schäden“) also möglich. Das gilt selbstverständlich auch für Verbrauchsgüterkaufverträge, da § 476 Abs. 3 BGB die Regelungen der §§ 307-309 BGB unberührt lässt. Allgemein anerkannt ist folgende formularmäßige Klausel: „Der Kaufgegenstand wird unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung verkauft. Der Ausschluss gilt nicht für Schadenersatzansprüche aus grob fahrlässiger bzw. vorsätzlicher Verletzung von Pflichten des Verkäufers sowie für jede Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit.“

(Kein) Ausschluss der Gewährleistung

- Bei (**anderen**) **Mängelrechten** aufgrund von Pflichtverletzungen gilt § 309 Nr. 8 BGB. Hierbei ist zu differenzieren:
 - Gemäß § 309 Nr. 8 a) BGB kann das Recht, sich vom Vertrag zu lösen, unter den in der Vorschrift genannten Voraussetzungen nicht ausgeschlossen werden.
 - Bei Verträgen über neu hergestellte Sachen und Werkleistungen greift darüber hinaus § 309 Nr. 8 b) BGB, der im Wesentlichen den Ausschluss bzw. die Beschränkung von Mängelrechten sanktioniert. Dadurch, dass die Mängelrechte des Verbrauchers aber bereits wegen § 476 BGB (der über § 650 BGB auch für Verbraucherwerklieferungsverträge Anwendung findet) nicht beschränkt werden können, also zwingendes Recht darstellen, reduziert sich die praktische Relevanz des § 309 Nr. 8 b) BGB auf
 - Verträge über neu herzustellende unbewegliche Sachen (Hauptfall: Neubau einer Immobilie),
 - Werkleistungen außerhalb der Werklieferungsverträge,
 - Kaufverträge zwischen Unternehmern („Business to Business“, sog. B2B-Geschäfte), sofern es um neue Sachen und Werkleistungen geht und man den betreffenden Tatbestand des § 309 Nr. 8 b) BGB über § 307 BGB auch gegenüber Unternehmern anwendet)
 - und Verträge zwischen Verbrauchern („Privat an Privat“, sog. C2C-Verträge) in Bezug auf neue Sachen und Werkleistungen.

Ist die Vorschrift des § 309 Nr. 8 b) BGB danach anwendbar, sind etliche Fallgruppen zu unterscheiden:

- Zunächst geht es um das Verbot, die Mängelrechte (nach § 437 BGB) schlechthin auszuschließen (§ 309 Nr. 8 b) aa) BGB). In Bezug auf neu hergestellte Sachen und Werkleistungen wäre ein vollständiger Ausschluss der Gewährleistung in AGB also unwirksam. Die Beschränkung der Mängelhaftung auf Rücktritt unter Ausschluss der Minderung verstößt aber nicht gegen diesen Verbotstatbestand. Unwirksam ist aber die Beschränkung auf Minderung unter Ausschluss des Rücktrittsrechts (Grüneberg, in:

(Kein) Ausschluss der Gewährleistung

Grüneberg, BGB, § 309 Rn. 63). Nach der Rechtsprechung des BGH gilt die Unwirksamkeitsregelung des § 309 Nr. 8 b) aa) BGB (über § 307 BGB) auch bei der Verwendung gegenüber Unternehmern, also im unternehmerischen Rechtsverkehr (BGH NJW-RR 1993, 560, 561).

- Von Relevanz ist auch das Verbot, die Ansprüche gegen den Verwender insgesamt oder bezüglich einzelner Teile auf ein Recht auf Nacherfüllung zu beschränken, sofern dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich das Recht vorbehalten wird, bei Fehlschlagen der Nacherfüllung zu mindern oder nach seiner Wahl vom Vertrag zurückzutreten (§ 309 Nr. 8 b) bb) BGB). Nach der Rechtsprechung des BGH gilt die Unwirksamkeitsregelung des § 309 Nr. 8 b) bb) BGB auch im unternehmerischen Rechtsverkehr (BGH WM 1995, 1455, 1456).
- Auch der Versuch, die Kostentragungspflicht in Bezug auf die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen (d.h. die Kosten der Nacherfüllung) auszuschließen oder zu beschränken, ist unwirksam (§ 309 Nr. 8 b) cc) BGB). Zu den nicht ausschließbaren oder einschränkbaren Aufwendungen zählen die erforderlichen Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten (§ 439 Abs. 2 BGB) und die mit dem Aus- und Wiedereinbau einer mangelhaften Sache verbundenen Aufwendungen (§ 439 Abs. 3 BGB). Das gilt auch für Werklieferungsverträge, da § 650 BGB auf die Vorschriften des Kaufrechts (und damit auch auf § 439 Abs. 3 BGB) verweist.
- Unzulässig ist es nach § 309 Nr. 8 b) dd) BGB (der ebenfalls über § 307 BGB auch bei Formularverträgen gegenüber Unternehmern gilt), wenn der Verwender die Nacherfüllung von der vorherigen Zahlung des vollständigen Entgelts oder eines unter Berücksichtigung des Mangels unverhältnismäßig hohen Teils des Entgelts abhängig macht.
- Und § 309 Nr. 8 b) ee) BGB schließt es aus, dass der Verwender dem anderen Vertragsteil für die Anzeige nicht offensichtlicher Mängel eine Ausschlussfrist setzt, die kürzer ist als die nach §

(Kein) Ausschluss der Gewährleistung

309 Nr. 8 b) ff) BGB zulässige Frist. Gegenüber Unternehmern gilt die Regelung des § 309 Nr. 8 b) ee) BGB nicht.

- Der grundsätzlich auch gegenüber Unternehmern geltende § 309 Nr. 8 b) ff) BGB betrifft zunächst die Verjährungsfristen des § 438 Abs. 1 Nr. 2 und des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB. Danach ist die formularmäßige Verkürzung der 5-jährigen Verjährung für Bauleistungen unzulässig. In allen anderen Fällen der Mängelhaftung ist eine Verkürzung der Verjährung auf weniger als ein Jahr verboten. Daraus folgt: Sofern es sich nicht um einen Verbrauchsgüterkauf handelt, darf der Verkäufer auch beim Verkauf neuer Sachen (und nicht nur bei Gebrauchsachen) die Gewährleistungsfrist von zwei Jahren auf ein Jahr verkürzen. Für einen Verbrauchsgüterkauf spielt diese Regelung indes keine Rolle, da die Verkürzung der 2-jährigen Verjährungsfrist beim Kauf neuer Sachen bereits über § 476 Abs. 2 BGB ausgeschlossen ist.
- Fazit: Da sich die Unwirksamkeitstatbestände des § 309 Nr. 8 b) BGB allesamt auf neu hergestellte Sachen und Werkleistungen beziehen, folgt daraus für Kaufverträge über gebrauchte Sachen, die nicht Verbrauchsgüterkaufverträge sind, dass die Mängelrechte grundsätzlich ausgeschlossen werden können. Freilich sind auch hier die Grenzen des § 309 Nr. 7 a) BGB (Unzulässigkeit des Ausschlusses oder der Beschränkung der Haftung bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit) und des § 309 Nr. 7 b) BGB (Unzulässigkeit des Ausschlusses oder der Begrenzung der Haftung für sonstige Schäden (i.d.R. Sachschäden) bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit) zu beachten. Dies erklärt, warum die in Formularverträgen vorzufindenden Formulierungen wie:

„Das ... wird unter Ausschluss der Sachmängelhaftung verkauft, soweit der Verkäufer nicht nachstehend eine Garantie für die Beschaffenheit oder eine Zusicherung abgibt. Der Ausschluss der Sachmängelhaftung gilt nicht für Schadensersatzansprüche, die auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Verletzung von Pflichten des Verkäufers beruhen oder auf einer schuldhaften Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit“.

wirksam sind.

- Die Schadensersatzpflicht, die auf leicht (d.h. einfach) fahrlässiger Verletzung von wesentlichen Vertragspflichten (Kardinalpflichten) beruht, kann nicht durch AGB ausgeschlossen werden (vgl. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Wesentliche Vertragspflichten sind solche Pflichten, deren Verletzung den Vertragszweck gefährden würde und die für den Vertragspartner von grundlegender Bedeutung sind (siehe etwa BGH NJW 1985, 3016, 3017 – Substanzschädigung an Rechtsgütern des Vertragspartners). Das sind bei gegenseitigen Verträgen zunächst die Primärleistungspflichten, beim Kaufvertrag bspw. die Pflicht zur sachmängelfreien Lieferung. Aber auch Nebenleistungspflichten wie Beratungs-, Schutz- und Obhutspflichten, die die Durchführung des Vertrags oder die vertragsgemäße Verwendung des Liefergegenstands erst ermöglichen, gehören genauso zu den Kardinalpflichten i.S.d. § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB wie die Pflicht, Eigentum, Leib oder Leben des Vertragspartners vor erheblichen Schäden zu schützen und auf deren Erfüllung der Vertragspartner daher berechtigterweise vertrauen darf.

5. Umgehungsgeschäfte

Es kommt vor, dass Unternehmer, die ja bei einem Verkauf an Verbraucher wegen § 476 Abs. 1 S. 1 BGB an sich die Mängelrechte (und andere Käuferrechte) nicht ausschließen können (Ausnahmen: § 476 Abs. 1 S. 2 BGB), versuchen, die Mängelrechte des Käufers dadurch zu umgehen, dass sie eine Vertragsgestaltung wählen, die es scheinbar ermöglicht, Mängelrechte des Käufers auszuschließen. Vor allem ist hier das sog. **Agenturgeschäft** im Rahmen des Gebrauchtwagenhandels zu nennen. Bei dieser Konstruktion tritt der Autohändler lediglich als „Vermittler“ auf, d.h. er „vermittelt“ einen Kaufvertrag zwischen dem bisherigen Eigentümer (einer Privatperson) und dem privaten Käufer; er verkauft die Sache „**im Kundenauftrag**“. In diesem Kaufvertrag („Verkauf Privat an Privat“) wird dann die Gewährleistung so weit ausgeschlossen, wie dies generell bei Kaufverträgen zwischen Privaten möglich ist.

Umgehungsgeschäfte

- ⇒ Handelt es sich dabei tatsächlich nur um eine Vermittlung (etwa im Rahmen eines Maklergeschäfts nach § 652 BGB, eines Auftrags gem. § 662 BGB oder eines Geschäftsbesorgungsvertrags gem. § 675 BGB), ist diese Konstruktion unproblematisch, d.h. ohne weiteres zulässig. Der Autohändler ist in diesem Fall lediglich Abschlussvertreter (§ 164 I BGB) und es liegt ein „Kauf zwischen Privaten“ vor mit der Folge, dass der private Verkäufer (i.d.R. ein Kunde des Händlers, der bei diesem einen Neu- oder Gebrauchtwagen gekauft und sein Altfahrzeug in Zahlung gegeben hat) die Mängelrechte (jedenfalls im Grundsatz, siehe § 444 BGB) wirksam ausschließen durfte.
- ⇒ Wenn aber in Wahrheit der Autohändler derjenige ist, der im Verhältnis zum ursprünglichen Privatverkäufer das wirtschaftliche Risiko des Gebrauchtwagenverkaufs tragen soll und nur formal als Vermittler auftritt, um die Mängelrechte auszuschließen, liegt ein Umgehungsgeschäft vor, für das § 476 Abs. 4 BGB anordnet, dass die Verbraucherschutzvorschriften genauso gelten, wie sie gelten würden, wenn der Vertrag von vornherein zwischen dem Händler und dem Privatkäufer geschlossen worden wäre (siehe BGH NJW 2005, 1039 ff.). In diesem Fall bestehen die Mängelrechte und diese sind gegenüber dem Autohändler (nicht gegenüber dem im Kaufvertrag angegebenen Privatverkäufer) geltend zu machen. Denn bei einem Umgehungsgeschäft ist ja in Wahrheit der „Vermittler“ der Verkäufer (siehe dazu grundlegend BGH NJW 2005, 1039 ff.). Folge ist, dass der Kaufvertrag so behandelt wird, als liege ein Verbrauchsgüterkauf vor: Der als Verkäufer geltende Autohändler kann Mängelrechte grds. nicht ausschließen und es greift sogar die zweijährige Verjährungsfrist (da eine Verkürzung der Verjährungsfrist auf 1 Jahr ja nicht vereinbart wurde, vgl. § 476 Abs. 2 BGB) mit der umgekehrten Beweislast während des ersten Jahres, sofern auf Käuferseite ein Verbraucher steht (§ 477 Abs. 1 BGB).

Da der Anspruchsteller i.d.R. darlegungs- und beweispflichtig ist in Bezug auf die für ihn günstigen Tatsachen, kann es in der Praxis für einen Käufer, der Opfer eines Umgehungsgeschäfts geworden ist, mitunter schwierig sein, den Beweis für das Vorliegen eines Umgehungsgeschäfts zu führen. Er könnte versuchen, Indizien über die Verkaufsan-

zeige zu erhalten oder den letzten Fahrzeughalter zu kontaktieren. I.d.R. hilft allenfalls ein gerichtliches Beweiserhebungsverfahren mit entsprechendem Prozessrisiko.

Ein Umgehungsgeschäft liegt auch dann vor, wenn der als Verkäufer auftretende Händler und der Privatkäufer einen **gewerblichen Kauf vereinbaren**, damit der Händler wirksam die Mängelrechte ausschließen kann. Wegen § 476 Abs. 1 S. 1 und Abs. 4 BGB ist aber auch dies nicht möglich, weil bei einem Verbrauchsgüterkauf ein Gewährleistungsausschluss grds. unzulässig ist, und zwar auch dann, wenn der Verbraucher damit einverstanden ist oder dies sogar fordert, etwa, weil er nur so den Verkäufer zum Verkauf bewegen kann. Nach §§ 474 Abs. 2 S. 1, 476 Abs. 1 S. 1, Abs. 4 BGB sind die Regelungen zum Verbrauchsgüterkauf zwingendes Recht. Abweichende Vereinbarungen, die zulasten des Verbrauchers gehen, sind daher nicht möglich, und zwar auch dann nicht, wenn sich der Verbraucher damit ausdrücklich einverstanden erklärt oder den Ausschluss der Gewährleistung sogar vorschlägt (etwa, um bessere Konditionen zu erzielen oder den Vertrag überhaupt zu erhalten). Ausnahmen erlaubt § 476 Abs. 1 S. 2 BGB lediglich von den objektiven Anforderungen an die Mangelfreiheit.

Die vorstehende Konstellation ist in ihren Rechtsfolgen vergleichbar mit derjenigen, in der der Händler im Kaufvertrag als Privatperson auftritt, obwohl es sich in Wahrheit um ein unternehmerisches Geschäft (Verkauf von Unternehmer an Privat) handelt. Selbstverständlich handelt es sich bei einer derartigen Konstruktion ebenfalls um ein Umgehungsgeschäft, da ihr Zweck allein in der Umgehung von Verbraucherrechten liegt.

Erklärt aber der Privatkäufer gegenüber dem gewerblichen Verkäufer, der nur an einen Gewerbetreibenden verkaufen möchte, um wirksam die Mängelrechte ausschließen zu können, wahrheitswidrig, er sei Unternehmer, kann sich der Privatkäufer später nicht auf das Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs und dessen Vorschriften berufen (Rechtsschutzversagung).

Schließlich liegt ein Umgehungsgeschäft vor, wenn sich ein Freiberufler oder ein GmbH-Geschäftsführer veranlasst sieht, den bislang beruflich bzw. betrieblich genutzten Gegenstand zunächst in das Privatvermögen zu überführen oder an eine nahestehende Privatperson zu veräußern, damit diese anschließend als Privatperson in deren Namen die Veräußerung unter Ausschluss der Gewährleistung vornimmt („Strohmanngeschäft“). Derartiges Verhalten wird man als „Umgehungsgeschäft“ i.S.d. § 476 Abs. 4 BGB ansehen müssen. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass sog. „höhere“ Berufe wie Rechtsanwalt, Architekt, niedergelassener Arzt etc. nach der Rechtsordnung zwar als selbstständige berufliche Tätigkeiten, nicht aber als Gewerbe anzusehen sind (anderenfalls unterlägen sie der Gewerbesteuer und der Gesetzgeber könnte zudem keine Werbebeschränkungen regeln). Da sie der Gesetzgeber aber dennoch als von dem Begriff des Unternehmers erfasst sehen wollte, hat er § 14 Abs. 1 BGB entsprechend formuliert. Danach sind Unternehmer i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB auch solche Personen, die das Rechtsgeschäft zwar nicht in Ausübung einer gewerblichen, aber selbstständigen beruflichen Tätigkeit abschließen. Damit sind gerade die Freiberufler erfasst, die eine selbstständige berufliche Tätigkeit ausüben, die nicht gewerblicher Natur ist und nicht dem Kaufmannsbegriff der §§ 1 ff. HGB unterfällt. Auch branchen- bzw. berufs fremde Nebengeschäfte unterfallen den Bestimmungen der §§ 474 ff. BGB über den Verbrauchsgüterkauf.

Folge eines solchen Umgehungsgeschäfts ist, dass der Freiberufler bzw. die GmbH so behandelt werden, als seien sie selbst als Verkäufer aufgetreten. Vollumfänglich greifen dann die Mängelrechte einschließlich der für den Unternehmer ungünstigen gesetzlichen Vermutung aus § 477 BGB und der zweijährigen Verjährungsfrist (§ 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB – die prinzipiell mögliche Verkürzung der Haftungsfrist auf ein Jahr gem. § 476 Abs. 2 BGB für gebrauchte Sachen hätte vereinbart werden müssen, was aber nicht geschehen ist). Ein „Umgehungsgeschäft“ i.S.d. § 476 Abs. 4 BGB wird man aber nicht mehr annehmen können, wenn einige Zeit zwischen der Überführung in das Privatvermögen oder

Umgebungsgeschäfte

dem Verkauf an eine nahestehende Person und der späteren Veräußerung an den Verbraucher verstrichen ist. Eine zeitliche Bemessung, die sich an der zulässigen Verkürzung der Mängelrechte bei gebrauchten Sachen (also an der Jahresfrist) orientiert, dürfte die Umgehungsabsicht verneinen lassen.

Probexemplar

5. Teil – Verjährung und Beweislast

I. Verjährung

Zunächst ist festzustellen, dass die Verjährungsfristen lediglich Fristen darstellen, innerhalb derer ein bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorhandener Sachmangel geltend gemacht werden kann. Keinesfalls dürfen die Verjährungsfristen als eine Art „Zeitraum der Gewähr einer Mangelfreiheit“ dahingehend missverstanden werden, dass der Verkäufer für während der Verjährungsfrist entstehende Mängel einstehen muss. Es kommt stets darauf an, dass der Mangel zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs (i.d.R. die Übergabe, § 446 S. 1 BGB) zumindest „angelegt“ war, auch wenn er sich erst später zeigt. Der Käufer hat dann lediglich Zeit, den Mangel innerhalb der Verjährungsfrist geltend zu machen (vgl. bereits S. 103 ff.).

Lediglich, wenn es sich beim Kaufgegenstand um eine Ware mit digitalen Elementen handelt, gilt etwas anderes. Denn gem. § 475b Abs. 2 BGB ist eine Ware mit digitalen Elementen (nur) frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang und in Bezug auf eine Aktualisierungspflicht auch *während des Zeitraums* nach § 475b Abs. 3 Nr. 2 und Abs. 4 Nr. 2 BGB den Anforderungen entspricht. Die digitalen Elemente unterliegen also einer Aktualisierungspflicht („Updatepflicht“): Aktualisierungen müssen während eines bestimmten Zeitraums bereitgestellt werden, wobei die Aktualisierungspflicht und der Zeitraum der Bereitstellung von Aktualisierungen entweder im Kaufvertrag vereinbart worden sein müssen (§ 475b Abs. 3 Nr. 2 BGB) oder der Verbraucher aufgrund der Art und des Zwecks der Ware und ihrer digitalen Elemente sowie unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags erwarten kann, dass Aktualisierungen bereitgestellt werden, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit der Ware erforderlich sind, und über diese Aktualisierungen informiert wird (§ 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB).

1. Gesetzliche Verjährungsfristen

Mängelrechte nach § 437 Nr. 1 BGB (**Nacherfüllung**) und § 437 Nr. 3 BGB (**Schadensersatz, Aufwendungsersatz**) unterliegen der Verjährung des § 438 BGB. Diese beträgt nach allgemeinem Kaufrecht

- ⇒ bei beweglichen Sachen (z.B. Autos, Smartphones, Computer etc., aber auch Tiere fallen darunter, vgl. § 90a BGB) **2 Jahre** nach Ablieferung der Sache (§ 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB),
- ⇒ bei arglistigem Verschweigen des Mangels durch den Verkäufer **3 Jahre** (§§ 438 Abs. 3, 195 BGB; Verjährungsbeginn: § 199 BGB).

In § 438 BGB ist aber nicht die Rede von einer Verjährung der in § 437 Nr. 2 BGB genannten Rechte der **Minderung** und des **Rücktritts**, was die Frage nach deren Fristen aufwirft. Beim Rücktritt und bei der Minderung (§ 437 Nr. 2 BGB) handelt es sich nicht um Ansprüche, sondern um Gestaltungsrechte: Mit ihrer Hilfe „gestaltet“ der Käufer das Schuldverhältnis neu. Da aber nur Ansprüche der Verjährung unterliegen (vgl. § 194 BGB), können Rücktritt und Minderung an sich nicht verjähren (klarstellend BGH NJW 2015, 2106, 2108). Das heißt aber nicht, dass diese Rechte unbefristet ausgeübt werden könnten. Denn der Gesetzgeber hat die Frist zur Ausübung dieser Rechte an die Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs gekoppelt. Rücktritt und Minderung sind nicht mehr möglich, wenn der Anspruch auf Nacherfüllung verjährt ist und der Verkäufer sich hierauf beruft (§ 438 Abs. 4 i.V.m. § 218 BGB). Im Einzelnen gilt:

- Ihrer Rechtsnatur als Gestaltungsrecht folgend, unterliegt die **Minderung** an sich nicht der Verjährung (siehe § 194 BGB, wonach nur Ansprüche der Verjährung unterliegen). Da aber die Minderung auch nicht in der Sondervorschrift des § 438 BGB genannt ist, könnte man meinen, sie sei unbefristet möglich. Dieser Gedanke trägt aber nicht. Denn durch die in § 437 Nr. 2 BGB angeordnete Alternativität von Minderung und Rücktritt, die grundsätzlich an dieselben Voraussetzungen anknüpfen, stellt der Gesetzgeber auch an die Verjährung bzw. den Ausschluss wegen Fristverstreichung dieselben Voraus-

setzungen. Es gilt daher (wie beim Rücktritt) über § 438 Abs. 4 S. 1 BGB auch bei der Minderung die Regelung des § 218 BGB, der den Ausschluss des Rücktritts (und damit auch der Minderung) betrifft. Nach § 218 Abs. 1 S. 1 BGB ist der Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung unwirksam, wenn der Anspruch auf die Leistung oder der Nacherfüllungsanspruch verjährt ist und der Schuldner sich hierauf beruft. Abzustellen ist also auf die Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs: Ist der Anspruch auf Nacherfüllung verjährt (bzw. wäre er verjährt), sind auch der Rücktritt und die Minderung ausgeschlossen.

- Auch beim **Rücktritt** handelt es sich um ein Gestaltungsrecht: Mit seiner Hilfe „gestaltet“ der Käufer das Schuldverhältnis neu. Da – wie aufgezeigt – aber nur Ansprüche der Verjährung unterliegen (vgl. § 194 BGB), kann ein Rücktrittsrecht schon kategorisch nicht verjähren (klarstellend BGH NJW 2015, 2106, 2108). Das heißt aber nicht, dass dieses Recht unbefristet ausgeübt werden könnte. Denn der Gesetzgeber hat die Frist zur Ausübung dieses Rechts (wie desjenigen der Minderung) an die Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs gekoppelt. Ein Rücktritt ist also nicht mehr möglich (siehe § 218 Abs. 1 S. 1 BGB: „unwirksam“), wenn der (hypothetische) Anspruch auf Nacherfüllung verjährt ist und der Verkäufer sich hierauf beruft (§ 438 Abs. 4 S. 1 i.V.m. § 218 BGB).

Beispiel: Lässt der Käufer die Gewährleistungsfrist von zwei Jahren, die gem. § 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB nach Ablieferung der mangelhaften beweglichen Sache zu laufen begann, verstreichen, kann er auch nicht mehr den Rücktritt erklären, obwohl der Rücktritt als Gestaltungsrecht an sich nicht der Verjährung unterliegt.

Bei **Verbrauchsgüterkaufverträgen** gelten gem. § 475e BGB zudem folgende gesetzliche Sonderbestimmungen:

- ⇒ Im Fall der **dauerhaften Bereitstellung digitaler Elemente** (§ 475c Abs. 1 S. 1 BGB) verjähren Ansprüche wegen eines Mangels an den digitalen Elementen nicht vor dem Ablauf von zwölf Monaten nach

dem Ende des vereinbarten Bereitstellungszeitraums (§ 475e Abs. 1 BGB).

- ⇒ Bei Verletzung der **Aktualisierungspflicht** in Bezug auf die digitalen Elemente nach § 475b Abs. 3 oder 4 BGB verjähren damit verbundene Ansprüche nicht vor dem Ablauf von zwölf Monaten nach dem Ende des Zeitraums der Aktualisierungspflicht (§ 475e Abs. 2 BGB)
- ⇒ Bei allen Verbrauchsgüterkaufverträgen gilt: Für den Fall, dass sich ein Mangel innerhalb der Verjährungsfrist zeigt, bestimmt die (Art. 10 Abs. 5 S. 2 WKRL umsetzende) Regelung des § 475e Abs. 3 BGB, dass die Verjährung nicht vor dem Ablauf von vier Monaten nach dem Zeitpunkt eintritt, in dem sich der Mangel erstmals zeigt (1. Fall der Ablaufhemmung). Anders formuliert: Die Verjährung tritt erst vier Monate nach dem Zeitpunkt ein, in dem sich der Mangel erstmals gezeigt hat. Damit verlängert sich also die Verjährungsfrist um maximal vier Monate, wenn sich ein Mangel innerhalb der (ursprünglichen) Verjährungsfrist zeigt.

Beispiel: Verbraucher K kauft bei Händler V einen Laptop (Neugerät). 2 Wochen vor Ablauf der zweijährigen gesetzlichen Verjährungsfrist (§ 438 I Nr. 3 BGB) zeigt sich ein Mangel. → In diesem Fall tritt Verjährung erst 3½ Monate nach Ablauf der zweijährigen gesetzlichen Verjährungsfrist ein.

Anm.: Da der Verbraucher behaupten könnte, der Mangel habe sich am letzten Tag vor Ablauf der 24-monatigen Verjährungsfrist gezeigt, bedeutet die Regelung des § 475e III BGB faktisch eine 28-monatige Verjährungsfrist.

- ⇒ Schließlich enthält § 475e Abs. 4 BGB eine Verjährungsregelung für den Fall, dass der Verbraucher zur Nacherfüllung oder zur Erfüllung von Ansprüchen aus einer Garantie die Ware dem Unternehmer oder auf Veranlassung des Unternehmers einem Dritten übergeben hat (2. Fall der Ablaufhemmung). Dann tritt die Verjährung von Ansprüchen wegen des geltend gemachten Mangels nicht vor dem Ablauf von zwei Monaten nach dem Zeitpunkt ein, in dem die nachgebesserte oder ersetzte Ware dem Verbraucher übergeben wurde.

Beispiel: Verbraucher K kauft bei Händler V einen Laptop (Neugerät). 2 Wochen vor Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist (§ 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB) zeigt sich ein Mangel; K übergibt V das Gerät zwecks Reparatur. Ein paar Tage nach Ablauf der regulären Verjährungsfrist erhält K das Gerät zurück. → In diesem Fall tritt Verjährung erst 2 Monate nach Rückgabe an K ein.

Anm.: Mit dieser Regelung möchte der Gesetzgeber gewährleisten, dass der Verbraucher nach Rückerhalt der Sache prüfen kann, ob der Mangel tatsächlich behoben wurde (siehe BT-Drs. 19/27424, S. 41). Zudem soll verhindert werden, dass die Verjährung abläuft, während sich die Kaufsache zur Nacherfüllung beim Unternehmer befindet (BT-Drs. a.a.O.). Allerdings stellt die Vorschrift klar, dass sich die Ablaufhemmung nur auf solche Mängel bezieht, die auch zuvor geltend gemacht wurden. Zeigt sich also während der Ablaufhemmung ein anderer als der geltend gemachte Mangel, wird die Verjährung nicht gehemmt. Damit soll eine ungerechtfertigte Privilegierung des Verbrauchers, der während der Verjährungsfrist einen anderen Mangel geltend gemacht hat, gegenüber dem Verbraucher, der während der Verjährungsfrist keinen Mangel geltend gemacht hat, verhindert werden (BT-Drs. 19/27424, S. 42).

2. Vertragliche Fristverkürzung

Eine vertragliche Verkürzung der Verjährungsfristen ist unter bestimmten Voraussetzungen durchaus zulässig, wobei aber zunächst zwischen Kaufverträgen, die keine Verbrauchsgüterkaufverträge sind, und Verbrauchsgüterkaufverträgen zu unterscheiden ist. Des Weiteren ist zwischen individualvertraglicher und formularmäßiger (AGB-mäßiger) Vereinbarung zu unterscheiden.

a. Grundsatz: Fristverkürzung möglich

Da bei allen Kaufverträgen, die **nicht Verbrauchsgüterkaufverträge** sind (also Kauf „Privat von Privat“, „Unternehmer von Unternehmer“, „Unternehmer von Privat“), grundsätzlich bereits der vollständige Abschluss der Gewährleistung zulässig wäre (zu den Einschränkungen

siehe S. 221 ff.), ist erst recht eine Verkürzung der Verjährungsfristen (von dem Fall, dass der Verkäufer den Käufer arglistig über den Mangel getäuscht oder ihm eine Beschaffenheitsgarantie gegeben hat, einmal abgesehen) individualvertraglich grundsätzlich zulässig. Das ergibt sich aus § 444 BGB, der von Ausschluss und Beschränkung spricht. In Bezug auf vorsätzlich herbeigeführte Schäden ist ein vertraglicher Ausschluss der Haftung von vornherein stets unzulässig (vgl. § 276 Abs. 3 BGB). Das muss auch für die Verkürzung der Verjährungsfristen gelten.

b. Beschränkungen durch AGB-Recht

Bei der Verwendung von AGB sind die Regelungen der §§ 307-309 BGB zu berücksichtigen, wobei zwischen neuen und gebrauchten Sachen zu unterscheiden ist:

- ⇒ Beim Verkauf von neuen Sachen (und bei Werkleistungen) ist in AGB eine Beschränkung der Verjährungsfrist auf ein Jahr möglich, vgl. § 309 Nr. 8 b) ff) BGB. Das gilt jedoch nicht für Bauleistungen i.S.d. § 438 Abs. 1 Nr. 2, § 634a Nr. 2 BGB (keine formularmäßige Verkürzung der 5-jährigen Verjährungsfrist zulässig) und nicht für Schäden, die auf einer grob fahrlässigen oder vorsätzlichen Verletzung von Pflichten des Verkäufers beruhen (§ 309 Nr. 7 b) BGB), sowie bei fahrlässiger (oder vorsätzlicher) Verletzung von Leben, Körper oder Gesundheit (§ 309 Nr. 7 a) BGB).
- ⇒ Bei gebrauchten Sachen kann – da die Gewährleistung gänzlich ausgeschlossen werden kann (es sei denn, der Verkäufer handelt vorsätzlich, § 276 Abs. 3 BGB, oder hat den Käufer arglistig über den Mangel getäuscht bzw. ihm eine Beschaffenheitsgarantie gegeben, § 444 BGB) – auch die Verjährungsfrist (beliebig) verkürzt werden. Dies ist erst recht zulässig. Das gilt jedoch nicht für Schäden, die auf einer grob fahrlässigen oder vorsätzlichen Verletzung von Pflichten des Verkäufers beruhen (§ 309 Nr. 7 b) BGB), sowie bei fahrlässiger (oder vorsätzlicher) Verletzung von Leben, Körper oder Gesundheit (§ 309 Nr. 7 a) BGB).

Beispiel: V verkauft K einen 5 Jahre alten Hengst und kürzt dabei die gesetzliche Verjährungsfrist für Ansprüche des K wegen eines Sach-

mangels des Tieres auf drei Monate nach Gefahrübergang ab (Fall nach BGH NJW 2020, 759). – Das ist zulässig, da V frei gewesen wäre, die Mängelrechte ganz auszuschließen. Selbst in AGB wäre die Verkürzung zulässig gewesen, sofern die Klauselverbote des § 309 Nr. 7 a) und 7 b) BGB beachtet worden wären.

c. Verbrauchsgüterkaufverträge

Bei Verbrauchsgüterkaufverträgen, also in erster Linie bei Kaufverträgen über Waren (§ 241a Abs. 1 BGB), bei denen auf Verkäuferseite ein Unternehmer und auf Käuferseite ein Verbraucher steht (vgl. § 474 Abs. 1 S. 1 BGB), ist der **Ausschluss der Gewährleistung** grds. unzulässig (siehe § 476 Abs. 1 S. 1 BGB). Das gilt auch für (hier nicht weiter auszuführende) Werklieferungsverträge (§ 650 Abs. 1 BGB), die Verbraucherverträge sind (bei denen also ein Unternehmer an einen Verbraucher leistet, siehe § 310 Abs. 3 BGB), da § 650 Abs. 1 BGB auf die Kaufvertragsvorschriften (und damit auch auf § 476 Abs. 2 BGB) verweist. Ein Ausschluss der Gewährleistung ist aber gem. § 476 Abs. 1 S. 2 BGB zulässig, wenn es um die objektiven Anforderungen des § 434 Abs. 3 BGB und des § 475b Abs. 4 BGB geht.

Bei der Frage, ob (wenigstens) eine **Fristverkürzung** (d.h. eine Verkürzung der Verjährungsfrist) möglich ist, muss die differenzierende Regelung des § 476 Abs. 2 BGB herangezogen werden. Bei neu hergestellten Waren ist eine Verkürzung der Verjährungsfrist auf unter zwei Jahre niemals möglich, da insoweit zwingendes Unionsrecht (siehe Art. 10 Abs. 1 WKRL: „innerhalb von zwei Jahren“) umgesetzt wird. Eine Verkürzung der Verjährungsfrist kann also nur dort vereinbart werden, wo das deutsche Recht bei beweglichen Sachen über die in der Warenkaufrichtlinie vorgeschriebenen zwei Jahre hinausgegangen ist, also bei Baustoffen (fünf Jahre, § 438 Abs. 1 Nr. 2 lit. b BGB). Bei gebrauchten Waren hat der Gesetzgeber, da Art. 10 Abs. 6 WKRL bei gebrauchten Waren eine Fristverkürzung auf bis zu einem Jahr zulässt, mit § 476 Abs. 2 S. 1 BGB eine vertragliche Fristverkürzung auf bis zu einem Jahr

ermöglicht, dies jedoch an bestimmte, in § 476 Abs. 2 S. 2 BGB genannte Voraussetzungen geknüpft. Insgesamt gilt:

- ⇒ Beim Verbrauchsgüterkauf über eine **neue Ware** ist jegliche vertragliche Verkürzung der Verjährungsfrist für die Geltendmachung bzgl. der in § 437 BGB bezeichneten Ansprüche auf weniger als zwei Jahre stets unzulässig (vgl. § 476 Abs. 2 S. 1 Halbs. 1 BGB). Dabei spielt es keine Rolle, ob die Fristverkürzung einzelvertraglich (d.h. individualvertraglich) oder formulärmäßig (also durch AGB) vereinbart wurde. Denn § 476 BGB ist zwingendes Recht, da zwingendes Unionsrecht umgesetzt wird. Die in § 476 Abs. 3 BGB angeordnete Geltung der §§ 307-309 BGB ändert daran nichts, da eine Erleichterung der Verjährung auch nach § 309 Nr. 8 b) ff) BGB unzulässig wäre.
- ⇒ Beim Verbrauchsgüterkauf über eine **gebrauchte Ware** können die Vertragsparteien vereinbaren, dass der Unternehmer die Verjährungsfrist bzgl. der Geltendmachung eines Mangels verkürzt. Dieser Zeitraum darf ein Jahr nicht unterschreiten (§ 476 Abs. 2 S. 1 Halbs. 2 BGB). Danach ist also eine Verkürzung der Verjährungsfrist bis auf ein Jahr zulässig. Jedoch hat das Gesetz die Wirksamkeit der Fristverkürzung von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht:
 - ⇒ Der Verbraucher muss vor der Abgabe seiner Vertragserklärung von der Verkürzung der Verjährungsfrist eigens in Kenntnis gesetzt
 - ⇒ und die Verkürzung der Verjährungsfrist muss im Vertrag ausdrücklich und gesondert vereinbart worden sein.

Zu beachten ist, dass gem. § 476 Abs. 3 BGB die soeben zu § 476 Abs. 1 und 2 BGB dargestellten Inhalte nicht für den Ausschluss oder die Beschränkung des Anspruchs auf Schadensersatz gelten. Diesbezüglich bleiben aber die Regelungen der §§ 307-309 BGB (Inhaltskontrolle von AGB) unberührt, d.h. die Haftungserleichterung und der Haftungsausschluss bei Schadensersatz finden dort ihre Grenzen. Zulässig sind demnach der Ausschluss der Haftung auf Schadensersatz und erst recht die Verkürzung der Verjährung auf ein Jahr. Jedoch gilt das nicht bei Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit sowie für Ansprüche, die auf vorsätzlichem oder grob fahrlässigem

gem Verhalten des Verkäufers (bzw. seines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen) beruhen.

Zu beachten ist schließlich, dass in öffentlich zugänglichen Versteigerungen (§ 312g Abs. 2 Nr. 10 BGB) wegen § 474 Abs. 2 S. 2 BGB auch gegenüber Verbrauchern die Verjährungsfristen in Bezug auf gebrauchte Waren unter den Mindestfristen des § 476 Abs. 2 BGB vereinbart werden können. Jedoch müssen dazu gem. § 474 Abs. 2 S. 2 a.E. BGB dem Verbraucher klare und umfassende Informationen darüber leicht verfügbar gemacht werden, dass die Vorschriften der §§ 474-479 BGB nicht gelten.

Beispiel: V verkaufte im Rahmen einer öffentlichen Versteigerung K einen 5 Jahre alten Hengst und kürzte dabei die gesetzliche Verjährungsfrist für Ansprüche des K wegen eines Sachmangels des Tieres auf drei Monate nach Gefahrübergang ab (Fall angelehnt an BGH NJW 2020, 759). Den Bietern hatte V vor Beginn der Versteigerung ein Infoblatt ausgehändigt, in dem auf die Verkürzung der Verjährungsfrist und die Nichtgeltung der §§ 474-479 BGB hingewiesen wird.

⇒ Das ist zulässig, da V wegen § 474 Abs. 2 S. 2 BGB unter den dort genannten Voraussetzungen frei gewesen wäre, die Mängelrechte ganz auszuschließen. Dann konnte V auch die Verjährungsfristen verkürzen. Selbst in AGB wäre die Verkürzung zulässig gewesen, sofern die Klauselverbote des § 309 Nr. 7 a) und 7 b) BGB beachtet worden wären.

d. Abgrenzung Neu- und Gebrauchtware

Die Abgrenzung zwischen „neu“ und „gebraucht“ kann sich im Einzelfall als schwierig erweisen. Kein Zweifel besteht jedenfalls in Fällen, in denen die Sache noch originalverpackt bzw. unbenutzt ist und auch Lagerhöchstfristen nicht überschritten sind. Handelt es sich bei der Sache aber um eine solche, die bereits aus der Verpackung herausgenommen wurde, bei der bereits eine einmalige oder gar mehrmalige Funktionsprüfung vorgenommen wurde oder die lange gelagert wurde, ist die Abgrenzung zwischen „neu“ und „gebraucht“ unklar. Praktische Beispiele

sind „B-Ware“, „Vorführware“, „Retourware“, „Lagerware“ etc. Auch bei Tageszulassungen von Kfz ist die Einstufung unklar.

Noch schwieriger ist die Abgrenzung zwischen „neu“ und „gebraucht“ bei **Tieren**, da Tiere nicht „neu hergestellt“, sondern geboren werden oder schlüpfen. Zudem steigt bei Lebewesen mit zunehmendem Alter das Lebens- und Gesundheitsrisiko. Man könnte sich somit auf den Standpunkt stellen, dass ein Tier gleich nach der Geburt – mit der ersten Nahrungsaufnahme oder den ersten Bewegungen – zu einer „gebrauchten Sache“ wird. Dann aber gäbe es praktisch keine „neuen Tiere“ und die Verjährungsfrist wäre vertraglich stets auf ein Jahr reduzierbar, was aus Sicht des Käufers nicht angemessen erscheint. Nach der gesetzgeberischen Wertung sind jedenfalls junge Haustiere nicht als „gebraucht“, sondern als „neu“ anzusehen (BT-Drs. 14/6040, S. 245). Damit verlagert sich das Abgrenzungsproblem auf die Frage, wann ein Tier noch als „jung“ anzusehen ist. Nach dem BGH ist die Abgrenzung zwischen „neu“ und „gebraucht“ sowohl bei Sachen als auch bei Tieren nach einem **objektiven Maßstab** vorzunehmen und daher – jedenfalls bei einem Verbrauchsgüterkauf – einer Parteivereinbarung entzogen (BGH NJW 2007, 674, 677; vgl. auch OLG Hamm MMR 2014, 386, 387). Das bedeutet, dass es nicht in der Hand der Vertragsparteien (insbesondere nicht in der des Verkäufers) liegt, über die Frage „neu“ oder „gebraucht“ zu entscheiden. Denn anderenfalls könnte der Verkäufer über die Bezeichnung der Sache (oder des Tieres) als „gebraucht“ eine Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist von 2 Jahren auf 1 Jahr herbeiführen und damit die Regelung des § 476 Abs. 2 BGB umgehen.

Sachen gelten dann als „gebraucht“, wenn sie vom Hersteller, vom Verkäufer oder von einem Dritten **bereits ihrer gewöhnlichen Verwendung zugeführt wurden und deshalb mit einem höheren Sachmängelrisiko behaftet sind** (OLG Hamm MMR 2014, 386, 387). Diese Auslegung entspricht der EU-Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, die ja dem Verbrauchsgüterkaufrecht zugrunde liegt und wo – in der engli-

schen Fassung – in Art. 7 Abs. 1 von „second-hand goods“ (also sinn- gemäß von „aus zweiter Hand“) gesprochen wird.

Bei Tieren hat der BGH eine Präzisierung vorgenommen, speziell ging es im Fall um ein Pferd. Er hat entschieden: „Für die Frage, ab welchem Zeitpunkt ein noch nicht genutztes Pferd nicht mehr als „neu“ zu bewerten ist, lassen sich keine allgemein gültigen zeitlichen Grenzen aufstellen. Jedenfalls ist ein zum Zeitpunkt des Verkaufs weder gerittener noch angerittener und auch nicht einer sonstigen Verwendung (etwa Zucht) zugeführter knapp zweieinhalb Jahre alter Hengst, der schon seit längerer Zeit von der Mutterstute getrennt ist, infolgedessen über einen nicht unerheblichen Zeitraum eine eigenständige Entwicklung vollzogen hat und seit längerem geschlechtsreif ist, als „gebraucht“ im Sinne von § 474 Abs. 2 Satz 2 BGB beziehungsweise als nicht „neu hergestellt“ im Sinne von § 309 Nr. 8 Buchst. b Doppelbuchst. ff BGB anzusehen“ (BGH NJW 2020, 759, 764).

Allein der Umstand, dass eine Sache nicht mehr original verpackt ist bzw. ihre Originalverpackung beschädigt wurde oder fehlt („**B-Ware**“), macht diese nicht zu einer „gebrauchten“ Sache, solange es an jeglicher Verwendung fehlt, die mit einer Erhöhung des Sachmängelrisikos verbunden sein könnte (OLG Hamm a.a.O.). Selbst das einmalige Auspacken und Vorführen eines Geräts seitens des Verkäufers macht die Sache nicht zu einer „gebrauchten“. Denn hierdurch wird der Artikel nicht schon seiner gewöhnlichen Verwendung zugeführt. Zudem ist in einem solchen Fall die Sache nicht einem eine Verkürzung der Gewährleistungsfrist rechtfertigenden Mängelrisiko ausgesetzt.

„**Kfz-Tageszulassungen**“ (und erst recht noch nicht zugelassene Fahrzeuge) sind grundsätzlich als Neufahrzeuge zu betrachten, wenn

- das betreffende Modell noch in unveränderter Form hergestellt wird,
- nicht mehr als zwölf Monate zwischen Kauf und Produktion verstrichen sind,
- das Fahrzeug keine Standschäden aufweist

- und es auch noch nicht am Straßenverkehr teilgenommen hat, d.h. noch nicht genutzt wurde (BGH NJW 2004, 160 f.).

Als „neu“ sollen auch Fahrzeuge gelten, die nur zur Fahrzeugüberführung und dabei nicht mehr als 1.000 Kilometer gefahren wurden (LG Bielefeld DAR 2002, 35; OLG Stuttgart MDR 2000, 1315). Das ist angesichts der Bedeutung des „richtigen“ Einfahrens sehr bedenklich, zumal der Käufer eines Neuwagens nicht unbedingt damit rechnet, dass das gekaufte Neufahrzeug bereits eine solche hohe Laufleistung aufweist.

Bei mehrmaliger Vorführung eines Geräts oder bei **Vorführgeräten** im eigentlichen Sinne ist dies jedoch regelmäßig anders zu beurteilen, da hier eine echte Benutzung vorliegt (OLG Hamm a.a.O.).

Bei **Lagerware** ist von Neuware auszugehen, wenn sie durch die Lagerung keinen Schaden erlitten hat und nach wie vor in der gleichen Ausführung hergestellt wird (vgl. OLG Saarbrücken WRP 2014, 987). Sie ist jedoch „Gebrauchtware“, wenn sie eine lange Zeit unter unbekanntenen Bedingungen gelagert wurde bzw. wenn die vom Hersteller angegebene Höchstlagerdauer überschritten ist (OLG Saarbrücken a.a.O.). Bei Überschreiten der vom Hersteller genannten maximalen Aufbewahrungsdauer kann ein Produkt nicht mehr als neu bezeichnet werden. Hersteller insbesondere von Kfz-Verschleißteilen (Reifen, Öle etc.) versehen ihre Produkte regelmäßig mit Angaben zur maximalen Lagerzeit, allein schon deshalb, um ihr Risiko von Schadensersatzklagen nach dem Produkthaftungsgesetz zu mindern. Daher ist es nicht nur zulässig, sondern auch üblich, dass Verkäufer in derartigen Fällen die Sache als Gebrauchtware deklarieren.

Das gilt erst recht bei „**Vorführwagen**“, also bei Wagen, die Kunden zu Probefahrten überlassen und damit gewerblich genutzt wurden.

Bei **Tieren** kann das bloße Alter nicht (stets) entscheidend sein, solange das Tier noch „jung“ ist. Wann ein Tier als „jung“ gilt, ist anhand der

rasseüblichen Kriterien zu bestimmen. So sind Hundewelpen „neu“, wenn sie maximal ca. 12 Wochen alt sind. Auch ist ein im Zeitpunkt der Übergabe erst sechs Monate altes Fohlen, das sich überdies noch nicht von der Mutterstute „abgesetzt“ hat, ein Jungtier und damit ein „Neutier“ (BGH NJW 2007, 674, 675). Nicht mehr „neu“ ist ein Tier aber, wenn es einem bestimmten Zweck dienen soll und dafür bereits verwendet wurde. Unter den Begriff „verwendet“ fällt in diesem Fall auch der Beginn einer entsprechenden Ausbildung des Tieres (BGH a.a.O.).

Fazit: Ist eine Sache oder ein Tier objektiv „neu“, kann sie bzw. es nicht mit der vereinbarten Beschaffenheit „gebraucht“ verkauft werden, um eine Verkürzung der Verjährung von Mängelansprüchen des Verbrauchers zu ermöglichen. Der mit § 476 Abs. 2 BGB beabsichtigte Verbraucherschutz wäre ausgehöhlt, wenn die Eigenschaft „gebraucht“ einer Parteivereinbarung zugänglich wäre.

II. Beweislast

Erfolg und Misserfolg eines Zivilprozesses hängen sehr oft von der Frage ab, wer die Beweislast für eine anspruchsbegründende Tatsache trägt. Grundsätzlich trägt der Anspruchsteller (also derjenige, der einen Anspruch geltend macht), die Beweislast dafür, dass die Voraussetzungen des Anspruchs vorliegen. Er trägt damit grundsätzlich auch die volle Beweislast für das Vorliegen eines Sachmangels im Zeitpunkt des Gefahrübergangs. Gelingt ihm dieser Beweis nicht, wird er keinen Erfolg haben. Zu etwaigen Beweislasterleichterungen vgl. bereits S. 122.

Eine Besonderheit gilt wiederum bei einem **Verbrauchsgüterkauf**: Zwar trägt auch hier grundsätzlich der Anspruchsteller die volle Beweislast für das Vorliegen eines Sachmangels im Zeitpunkt des Gefahrübergangs. Allerdings hat der Gesetzgeber in § 477 BGB (widerlegbare) gesetzliche Vermutung angeordnet: Es besteht die widerlegbare gesetzliche Vermutung, dass der Mangel (d.h. ein von den Anforderungen des § 434 BGB oder § 475b BGB abweichender Zustand) *bereits bei Gefahrübergang* bestand, sofern sich der Mangel innerhalb **eines Jah-**

res seit Gefahrübergang zeigt (es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art der Ware oder des mangelhaften Zustands unvereinbar). Die Vermutungsregelung betrifft also nur den Zeitpunkt des Mangels, nicht den Mangel selbst. Allerdings gestattet das Gesetz es dem Anspruchsgegner, den Entlastungsbeweis zu erbringen, was i.d.R. nur durch ein Sachverständigengutachten Erfolg versprechend ist.

Daraus folgt: Ein Käufer, der Verbraucher ist, braucht innerhalb eines Jahres nach Gefahrübergang (i.d.R. Übergabe der Ware, § 446 BGB) nur zu behaupten, der sich nunmehr erst zeigende Sachmangel (d.h. der von den Anforderungen des § 434 BGB oder § 475b BGB abweichende Zustand) habe bereits zum Zeitpunkt der Übergabe vorgelegen. Dann ist es Sache des Unternehmers, das Gegenteil zu beweisen (§ 477 Abs. 1 S. 1 BGB). Nach Ablauf eines Jahres trifft den Verbraucher indes die volle Beweislast. Hieran wird deutlich, dass das erste Jahr von entscheidender Bedeutung ist und insbesondere die zweijährige Verjährungsfrist sich faktisch auf ein Jahr effektuiert.

Bei **lebenden Tieren** gilt die Abweichung zu dem soeben Gesagten, dass die widerlegbare, gesetzliche Vermutung **sechs Monate** nach Gefahrübergang endet (§ 477 Abs. 1 S. 2 BGB).

Eine Abweichung in die andere Richtung formuliert das Gesetz bei **Waren mit digitalen Elementen**, sofern die dauerhafte Bereitstellung der digitalen Elemente im Kaufvertrag vereinbart wird. Zeigt sich dann ein von den vertraglichen Anforderungen nach § 434 oder § 475b abweichender Zustand der digitalen Elemente **während der Dauer der Bereitstellung** oder innerhalb eines Zeitraums von **zwei Jahren** seit Gefahrübergang, wird vermutet, dass die digitalen Elemente während der bisherigen Dauer der Bereitstellung mangelhaft waren (§ 477 Abs. 2 BGB).

Beachte: Dadurch, dass beim Verbrauchsgüterkauf die widerlegbare, gesetzliche Vermutung nur während der in § 477 genannten Zeiträume nach Gefahrübergang greift und nach Ablauf dieser Zeiträume der Käufer das Vorliegen eines Mangels zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs

Verjährung und Beweislast

darlegen und beweisen muss, heißt das für die Praxis, dass nach Ablauf der in § 477 genannten Zeiträume zum Vorschein tretende Mängel kaum durchgesetzt werden können, jedenfalls nicht ohne (kostenaufwändiges) Sachverständigengutachten.

Probexemplar

Sachverzeichnis

- Abgrenzung Neu – Gebrauch 253
Abschlusszwang 12 f.
Abzug (Ausgleich) neu für alt 145
AGB 234 ff.
Agenturgeschäft 240
Anfechtung 113 ff.
Angebot 4
Annahme eines Angebots 4
Anzahl Nachbesserungsversuche 147
arglistige Täuschung 118 ff.
arglistiges Verschweigen Mangel 118 ff., 222
Autokauf 55 ff.
Aufwendungen 166, 177, 216 ff.
Aufwendungsersatzanspruch 216 ff.
Auktion 25
Aus- und Einbaukosten Nacherfüllung 161 ff.
Ausschluss Gewährleistung 219 ff.
Ausschluss Rücktritt 191
Ausschluss Widerrufsrecht 22 ff.
- B-Ware 230
Begleitschäden 208
Beschaffheitsgarantie 111, 224
Beschaffheitsvereinbarung 50 ff.
Beweislast 2, 22, 72, 89, 122, 153, 257 ff.
- Darlegungslast 123 f.
Digitale-Inhalte-Richtlinie 3, 35
digitale Elemente 36, 44, 67 ff., 85
digitale Produkte 23, 67, 77 ff.
- Eigenschaftsirrhum 114
Eignung für gewöhnliche Verwendung 66
Eignung für vertraglich vorausgesetzte Verwendung 62
Entbehrlichkeit Fristsetzung Rücktritt 186
Ersatzlieferung 131 ff.
Ersparte Aufwendungen 141, 195
- Faire Verbraucherverträge 3
Falschlieferung 47, 75
Fehlen von vereinbartem Zubehör etc. 73
Fehlerbegriff 46 ff.
Fernabsatzverträge 19
Fliesenfall 161 ff.
Formfreiheit/Formzwang 10
Fristsetzung (vor Rücktritt) 182
Fristsetzung (bei Schadensersatz) 209
- Garantie 109
Gattungsschuld 132 ff.
Gebrauchte Sachen 88 ff.
Gebrauchtwagen 90 ff.
Gefahrübergang 103
Geschäftsfähigkeit 4
Gewährleistungsausschluss 219 ff.
Gewährleistungsrechte 126 ff.
Grenzen Gewährleistungsausschluss 221 ff.
- Haftungsausschluss 214ff., 221 ff.
Haltbarkeitsgarantie 109
Herstellergarantie 109
- Immobilienkauf 121
Installationsanleitung 64, 73
Installationsanforderungen 64, 73
- Kaufpreisminderung 197 ff.
Kfz-Tageszulassung 57, 201, 255
Kontrahierungszwang 12
Kosten der Nacherfüllung 153, 161 ff.
Kosten der Schadensermittlung 212
Kosten der Suche nach Mängelursache 153, 212 f.
kurzlebige Produkte 100
- Lagerware 256
Lieferung mangelfreie Sache 131 ff.
- Mangelbegriff 46 ff.
Mangelbeseitigung 129 ff.
Mangelfolgeschaden 208
Mangelschaden 203 ff., 212
Mangelverdacht 100
Mängelrechte 126 ff.
Minderung Kaufpreis 197 ff.
Montageanforderung 64, 74
Montageanleitung 73
- Nachbesserung 129 ff.
Nachbesserungsversuche (Anzahl) 147
Nacherfüllung 127 ff.
Nacherfüllungsort 158
Nacherfüllung Kosten 153
Nachlieferung 131 ff.
Nebenpflichten 16
Neuwagenkauf 55 ff.
Nutzungsausfallschaden 175, 195, 213
Nutzungsersatz 141
- Online-Marktplätze-Richtlinie 3
Ort der Nacherfüllung 158
- Produktprüfpflicht 167, 211, 227
- Rechte bei Sachmängeln 46 ff.
Rechtsanwaltskosten (Schadensersatz) 214
Rechtsbindungswille 7
Rückgewährschuldverhältnis 194
Rückgriff gegen Lieferanten 218
Rücktritt vom Kaufvertrag 181 ff.
- Sachmangel-Begriff 46 ff.
Sachverständigenkosten 177, 213
Schadensermittlung 213
Schadensersatz 203 ff.
Schadensersatz neben der Leistung 208
Schadensersatz statt der ganzen Leistung 207
Schadensersatz statt der Leistung 204
Stellvertretung 4

Sachverzeichnis

- Schweigen im Rechtsverkehr 11
Stückschuld 132 ff.
- Tageszulassung (Autokauf) 57 f., 201
Täuschung 118 ff.
Taschengeld (Minderjährige) 6
Ticket(vor)verkauf 25
Tierkauf 97, 146
Trennungsprinzip 14
- Umgehungsgeschäfte 240
Unfallwagen 59, 90, 93, 137, 207
unklare Mangelursache 177
Unmöglichkeit der Leistung 189, 137, 140, 177
Unverhältnismäßigkeit 127, 166
Unzumutbarkeit 126, 178
- Verbraucherverträge über digitale Produkte
3, 35 ff., 76 ff.
Verbrauchsgüterkauf 17, 147, 188, 197, 226,
251
Verjährung 245 ff.
Verkürzung Verjährungsfrist 245 ff.
Verschleißteile 99
Verschulden 210
Versendungskauf 105
- Verspätungsschaden (Verzögerung) 209
Versteigerung 232
Vertragsfreiheit 12
Vertretenmüssen 2, 210
Vertretung 5
Verzögerungsschaden 209
Vorführgagen 57, 256
- Waren mit digitalen Elementen 1, 3, 35 ff., 70, 76 ff.
Waren mit digitalen Elementen
bei dauerhafter Bereitstellung 76 ff.
Warenkaufrichtlinie 3, 40 ff., 70, 76 ff.
Wechsel Minderung zu Rücktritt 215
Wechsel Nacherfüllungsart 150
Wechsel Minderung zu Rücktritt 181
Werklieferungsvertrag 175, 235, 237, 251
Wertersatz 141, 144 f., 195
Widerrufsrecht 21
Willenserklärungen 4
- Zubehör 61, 64, 73
Zur-Verfügung-Stellen zwecks Prüfung 155
Zustandekommen Kaufvertrag 4 ff.
Zuweniglieferung 51, 53

Probexemplar