

**Zu bestimmten Aspekten des Sachmangels,
der Haltbarkeitsgarantie und der
Nacherfüllung**

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines
doctor iuris
der Juristischen Fakultät
der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität
Würzburg

vorgelegt von

Achim Kunkel
aus Aschaffenburg

2003

Erstgutachter: Prof. Dr. Inge Scherer

Tag der mündlichen Prüfung: 12. Februar 2004

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2003/2004 von der Juristischen Fakultät der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg als Dissertation angenommen.

Mein besonderer Dank gilt Frau Prof. Dr. Inge Scherer für die durchweg gute Betreuung der Arbeit. Herrn Prof. Dr. iur. utr. Hubert Drüppel danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Meinen Eltern Lore und Gerald Kunkel gilt mein großer Dank für ihre stets großzügige und verlässliche Unterstützung. Ohne ihre Förderung wäre mir meine Ausbildung und damit auch die Verwirklichung dieses Promotionsvorhabens nicht möglich gewesen. Herzlich danken möchte ich auch meiner Schwester Britta Kunkel, die das mühevollen Korrekturlesen der Arbeit übernommen hat.

Frankfurt, im Februar 2006

Achim Kunkel

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
Erster Teil: Sachmangel nach § 434 I 1 und 2	4
A. Notwendigkeit der Begriffsbestimmung	4
B. Vereinbarte Beschaffenheit nach § 434 I 1	6
I. Allgemeines.....	6
II. Übereinstimmung von Beschaffenheit und Fehler i.S.d. § 459 I 1 a.F.	8
1. Fehler nach § 459 I 1 a.F.	8
a) Objektive Theorie.....	8
b) Subjektive Theorie	9
c) Subjektiv-objektive Theorie.....	10
2. Beschaffenheit nach § 459 I a.F.	10
a) Körperlichkeit als Beschaffenheit	11
b) Umweltbeziehungen als Beschaffenheit	12
3. Eignung der Beschaffenheit nach § 459 I a.F. für § 434 I 1	13
a) Vereinbarkeit mit Logik	13
b) Bisherige Kritik am Beschaffenheitsbegriff des § 459 I 1 a.F.	19
c) Vereinbarkeit mit Verbrauchsgüterkaufrichtlinie	19
(1) Vereinbarkeit mit Art. 2 I.....	20
(2) Einfluss der Richtlinie 1999/44/EG auf Nichtverbrauchsgüterkäufe	26
4. Zwischenergebnis.....	30
III. Übereinstimmung von Beschaffenheit und Eigenschaft i.S.d. § 459 II a.F.	30
1. Eigenschaft nach § 459 II a.F.	30
2. Eigenschaft und subjektive Theorie	31
3. Eigenschaft und Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.....	33
4. Zwischenergebnis.....	34
IV. Begrenzung der Beschaffenheit durch Bezug zur Sache	34
1. Umweltbeziehungen im bisherigen Recht.....	34
2. Umweltbeziehungen im neuen Recht.....	36
a) Entstehungsgeschichte	36
b) Sinn und Zweck.....	36
(1) Qualifizierter Bezug	36
(2) Äquivalenzinteresse	41
c) Wortlaut.....	45
d) Systematik.....	46
e) Richtlinienkonforme Auslegung	52
3. Zwischenergebnis.....	54
V. Vorrang der Vereinbarung gegenüber der Beschaffenheit.....	55
1. Vereinbarung	55
2. Äquivalenzinteresse als Grund und Grenze der Sachmängelhaftung	59
3. Abgrenzung zum allgemeinen Leistungsstörungenrecht.....	60
4. Konsequenzen	64
5. Zwischenergebnis.....	67

C.	Vorausgesetzte Verwendung nach § 434 I 2 Nr. 1.....	68
I.	Allgemeines.....	68
II.	Abgrenzung durch Vertragsdogmatik.....	68
III.	Abgrenzung durch Bestimmtheit der Vereinbarung.....	70
1.	Allgemeines.....	70
2.	Unmöglichkeit der Abgrenzung nach Bestimmtheit.....	72
3.	Kombination von Beschaffenheits- und Verwendungsvereinbarung.....	76
4.	Rückkopplung der Verwendungs- auf die Beschaffenheitsvereinbarung.....	79
IV.	Konsequenzen.....	81
1.	Verwendungsvereinbarung und Beratung.....	81
2.	Beschaffenheits- und Verwendungsvereinbarung und selbstständige Beratungsverträge.....	84
D.	Gewöhnliche Verwendung und übliche Beschaffenheit nach § 434 I 2 Nr. 2.....	89
E.	Gefahrübergang.....	91
I.	Allgemeines.....	91
II.	Latente Mängel.....	92
III.	Zeitpunkt oder Zeitraum.....	95
IV.	Zwischenergebnis.....	98
F.	Ergebnis des ersten Teils.....	99
Zweiter Teil: Verkäuferhaltbarkeitsgarantie nach § 443 I 1 Alt. 2.....		100
A.	Einordnung als Sachmangel.....	100
B.	Begründung.....	100
I.	Begrifflichkeit.....	101
II.	Bestimmte Beschaffenheit.....	101
III.	Bestimmte Dauer.....	102
IV.	Garantie.....	103
V.	Rechtsfolgenanordnung.....	104
C.	Vermutung nach § 443 II.....	107
D.	Verjährung.....	111
E.	Ergebnis des zweiten Teils.....	114
Dritter Teil: Nachlieferung beim Stückkauf nach § 439 I.....		114
A.	Allgemeines.....	114
B.	Begriff des Stückkaufs.....	115
I.	Stückschuld.....	116

VII

II. Gattungsschuld	116
III. Abgrenzung	117
C. Problemaufriss.....	121
D. Beschränkung der Nacherfüllung auf Nachbesserung	121
I. Echter Stückkauf	121
II. Der logische Schluss	122
III. Sachmängel nach § 434 III als Ausnahme?	123
IV. Dogmatische Einordnung.....	127
V. Überprüfung der Prämissen.....	128
1. Prämisse: Echter Stückkauf.....	129
2. Prämisse: Gleichsetzung von Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch	132
a) § 439 I Alt. 2 als dispositives Recht.....	134
b) § 439 I Alt. 2 als zwingendes Recht.....	141
E. Zulassung der Nachlieferung beim Stückkauf.....	150
I. Unechter Stückkauf.....	151
II. Stückkäufe über vertretbare Sachen.....	154
F. Einzelfälle.....	157
G. Rechtsprechung	162
I. Urteil des LG Ellwangen.....	162
II. Beschluss des OLG Braunschweig	166
H. Ergebnis des dritten Teils.....	168
Resümee	170
Literaturverzeichnis.....	173
Lebenslauf.....	189

Einleitung

Das Maß der gesetzgeberischen Tätigkeit in Deutschland nimmt ständig zu. Die Halbwertszeiten der verkündeten Gesetze nehmen stetig ab. Neben Bereichen wie dem Steuerrecht oder dem Arbeitsrecht, die nahezu jährlich mitunter erheblichen Änderungen unterworfen werden, hat der Gesetzgeber aus unterschiedlichen Gründen bisher weitgehend von seinem Reformeifer verschont gebliebene Rechtsbereiche für seine Zwecke entdeckt. Klassische und trotz ihrer Unzulänglichkeiten bewährte und praxistaugliche Regelungssysteme wie die Zivilprozessordnung oder das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) wurden in letzter Zeit reformiert und modernisiert. Aus Anlass der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie¹ wurde das Bürgerliche Gesetzbuch in zentralen Gebieten des allgemeinen und besonderen Schuldrechts neu gestaltet. Durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001² (im Folgenden Schuldrechtsmodernisierungsgesetz) wurde beispielsweise das allgemeine Leistungsstörungenrecht auf ein neues dogmatisches Fundament gestellt, die kauf- und werkvertragliche Gewährleistung neu geregelt und mit dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht verzahnt, das Verjährungsrecht neu gefasst, das AGB-Gesetz und weitere Verbraucherschutzgesetze in das BGB integriert sowie bisher nicht kodifizierte Rechtsinstitute wie die *culpa in contrahendo* oder die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage in das Gesetz aufgenommen.

Die Reformer sind angetreten, durch Vereinfachung und Vereinheitlichung die Kodifikation zu stärken. Inwieweit haben sie dieses Ziel erreicht? Das ist gleichbedeutend mit der Frage nach der Qualität der Änderungen.

Woran erkennt man die Klasse der Neuregelungen und damit die Klasse des Gesetzgebers? Nach *Kirchhof* erwartet der Verfassungsstaat vom Gesetzgeber eine hohe Kunst der Gesetzessprache und der Gesetzessystematik. Das Gesetz sei insbesondere so zu gestalten, dass die Rechtsinhalte Klarheit schaffen und vor Verwirrung geschützt sind³. Das Rechtsstaatsprinzip gebietet Klarheit und Bestimmtheit des Gesetzes⁴. Ich habe es mir zur Gewohnheit gemacht, neue wie bereits bestehende

¹ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. EG Nr. L 171 S. 12).

² BGBl. I 2001, S. 3138.

³ *Kirchhof* NJW 2002, 2760, 2761.

⁴ *Sachs*, in: *Sachs*, Art. 20 Rn. 125.

Normen anhand folgender Frage auf ihre innere Rechtfertigung bzw. Güte zu überprüfen:

Ist der durch die Regelung bewirkte Zuwachs an Nutzen so groß, dass er den dafür in Kauf genommenen Aufwand/die dafür in Kauf genommene Differenzierung rechtfertigt?

Das ist bei Lichte betrachtet nichts anderes als die Lehre vom abnehmenden Grenznutzen. Mit fortschreitender Differenzierung wird der erzielbare Nutzenzuwachs immer kleiner. Verlangt z.B. der Staat Y ausnahmslos von jedem Bürger die gleiche Menge Steuern pro Jahr, widerspricht dies der materiellen Gerechtigkeit, da in jedem Gemeinwesen Leistungsfähigkeit und Wohlstand ungleich verteilt sind. Beschließt der Staat daraufhin einen niedrigeren Steuersatz für sozial Schwächere und einen höheren für überdurchschnittlich Vermögende oder Leistungsfähige und differenziert somit, ist der Nutzenzuwachs für die materielle Gerechtigkeit maximal. Denn sozial sehr Schwache und sozial sehr Starke tragen nicht mehr dieselbe Steuerlast. Die größte Ungerechtigkeit wird durch die Regelung beseitigt. Verfeinert der Staat sein Steuersystem um eine weitere Differenzierung und bildet drei Gruppen unterschiedlicher Steuerbelastung, so fällt der Gerechtigkeitszuwachs bereits geringer aus, denn für den einzelnen Bürger wird der Unterschied, ob er der Gruppe 1, 2 oder 3 zugerechnet wird, kleiner. Die Reihe lässt sich beliebig fortsetzen bis zu dem Punkt, an dem mit weiterer Differenzierung kein Nutzenzuwachs mehr erzielt wird. Der Grenznutzen kann dabei auch ins Negative umschlagen. Das ist der Fall, sobald der Aufwand für die Differenzierung den Grenznutzen übersteigt.

Bentham hat das gleiche Grundprinzip für die utilitaristische Ethik so formuliert: „Wollt ihr wissen, welcher unter zwei entgegengesetzten Handlungsweisen der Vorzug gebühre? Rechnet ihre guten und üblen Wirkungen zusammen, und entscheidet für jene, welche die größte Summe vom Glück verspricht.“⁵ Er fordert also dazu auf, bei der Wahl zwischen Entscheidungsalternativen diejenige mit dem maximalen Nutzen zu wählen. Vergegenwärtigen sollte man sich, dass die Schwierigkeit nicht in der Entscheidung an sich, sondern in der Ermittlung und Bewertung der Entscheidungsalternativen liegt.

⁵ *Bentham*, *Principien*, S. 120, zitiert nach *Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 270.

Offenbar lassen sich auch andere bei ihrem Urteil von ähnlichen Erwägungen leiten. *Zimmer* etwa bewertet die Neuregelung des Leistungsstörungenrechts durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, wie folgt: „Diese der raschen intellektuellen Erfassung des Systems förderliche Einfachheit ist nicht ohne Kosten zu haben: Der Reformgesetzgeber gibt Differenzierungen auch dort auf, wo sie sachlich begründet erscheinen können (...). Hier muss die Frage erlaubt sein, ob ein stärker differenzierendes Recht nicht doch das „bessere“ Recht darstellt.“⁶ Nach seiner Ansicht hat der Gesetzgeber damit nicht den wie auch immer zu definierenden Nutzen maximiert. Durch die Beibehaltung von Differenzierungen hätte im Ergebnis ein höherer Nutzen erzielt werden können.

Die Antwort auf die eingangs gestellte Frage bezogen auf das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz lautet folglich abstrakt: Die Schuldrechtsmodernisierung ist gelungen, wenn durch die Neuregelungen ein höherer Nutzen erzielt wird als mit den bisherigen Regelungen. Bei dem vorzunehmenden Vergleich zwischen Kosten und Ertrag muss zu Lasten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes der gesamte Umstellungsaufwand in die Bilanz eingestellt und über die Zeitdauer verteilt werden⁷. Diese Einmalkosten sind bei dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz enorm. Bibliotheken wurden wieder einmal zu Makulatur. Neue Bibliotheken entstehen. Das Wissen, das sich Jurastudenten mühsam angeeignet haben, ist teilweise entwertet. Professoren müssen ihre Vorlesungen neu konzipieren⁸. Anwälte und Richter können auf in Jahrzehnten gesammelte Erfahrungen und Denkmuster nicht mehr vertrauen. Tradierte Terminologie und gesichert erscheinende Erkenntnisse gehen verloren. Kurzum: Jeder, der mit dem vor dem 01.01.2002 geltenden Schuldrecht befasst war, wird eines Teils seines Know-hows beraubt und muss sich auf die geänderten Rahmenbedingungen einstellen.

Es ist auch nicht müßig, über die Qualität der Reform zu philosophieren⁹, sondern nur legitim, die gesetzgeberische Aktivität einer kritischen Würdigung zu unterziehen. Gerade die Praxis ist im täglichen Umgang mit dem Gesetz mehr als andere den

⁶ *Zimmer* NJW 2002, 1, 12.

⁷ Nach *Tröger* ZEuP 2003, 525, 528 kommen grundlegende Reformen nur in Betracht, wenn mit ihrer Hilfe nachhaltige Verbesserungen erzielt werden.

⁸ Vgl. *Dauner-Lieb* DStR 2001, 1572, 1575.

⁹ *Dauner-Lieb* DStR 2001, 1572, 1576.

Mängeln eines Gesetzes ausgesetzt und bedarf verlässlicher Vorgaben. Dass das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz nicht der Weisheit letzter Schluss gewesen ist, zeigt das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über Fernabsatzverträge bei Finanzdienstleistungen vom 02.12.2004¹⁰. Nicht einmal drei Jahre nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes wurden durch das Parlament Gesetzesänderungen vorgenommen, die Teile der verursachten Rechtsunsicherheit beseitigen sollen. Eine erste Bestandsaufnahme praxisrelevanter Problemschwerpunkte durch die Schuldrechtsreform ergab 40 Querschnittsthemen mit zahlreichen Einzelfragen¹¹. Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich exemplarisch mit der Qualität der Regelungen des Sachmangels nach § 434 I 1 und 2 BGB¹², der Haltbarkeitsgarantie nach § 443 und der Nacherfüllung nach § 439 I. Sind die vom Gesetz vorgenommenen Differenzierungen angemessen? Sind die Inhalte der Regelungen klar und vor Verwirrung geschützt? Selbst bei einer Beschränkung auf die drei genannten Schwerpunktbereiche ist es nicht möglich, dabei auf alle Einzelfragen in der gebotenen Tiefe einzugehen¹³.

Erster Teil: Sachmangel nach § 434 I 1 und 2

A. Notwendigkeit der Begriffsbestimmung

Der im Kaufrecht zentrale Begriff des Mangels ist in Sach- und Rechtsmangel unterteilt¹⁴. Gemäß § 433 I 2 ist Bestandteil der Leistungspflicht des Verkäufers, dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Soll auf ein besonderes Gewährleistungsrecht für den Kauf in weiten Teilen verzichtet werden, also bei Mängeln zumindest teilweise nach den allgemeinen Regeln der §§ 280 ff. für Pflichtverletzungen gehaftet werden, muss der Verkäufer zur mangelfreien Verschaffung der Kaufsache verpflichtet sein. Stellte die Nichtverschaffung einer mangelfreien Sache bzw. Verschaffung einer mangelhaften Sache keine Pflichtverletzung

¹⁰ BGBl. I 2004, S. 3102.

¹¹ *Dauner-Lieb* ZGS 2003, 10, 10.

¹² §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

¹³ Zum Systemdenken im neuen Leistungsstörungen- und Gewährleistungsrecht: *Pfeiffer* ZGS 2002, 23 ff.

¹⁴ Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 209.

dar, ließe sich die Verknüpfung mit dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht nicht bewerkstelligen¹⁵.

Der Gesetzgeber führt vor dem Hintergrund der Definition der Beschaffenheit im Rahmen des Sachmangels nach § 434 I 1 aus: „Die Einbeziehung der Sachmängelhaftung in das allgemeine Leistungsstörungenrecht mit der weitgehenden Übereinstimmung in den Rechtsfolgen und die Neuregelung des Verjährungsrechts nehmen der bisherigen Rechtsprechung einen Großteil ihrer Bedeutung“¹⁶. Will der Gesetzgeber damit ausdrücken, dass die bisher schwierige und oft genug unbefriedigend ausfallende Abgrenzung zwischen Mangel und sonstigen Leistungsstörungen wegen identischer Regelungen überflüssig sein soll, so ist dies inhaltlich nicht richtig, weil das Mängelgewährleistungsrecht im Vergleich zum allgemeinen Leistungsstörungenrecht noch immer Besonderheiten aufweist. Die Rechtsbehelfe der Nacherfüllung gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 und Minderung gemäß §§ 437 Nr. 2 Alt. 2, 441 gibt es nicht im allgemeinen Leistungsstörungenrecht und die Verjährung nach § 438 weicht von den Regelungen im ersten Buch des BGB ab. Damit lässt sich in Anlehnung an *Rabel*¹⁷ konstatieren, dass eine Begrenzung des Begriffs des Mangels noch so lange nötig ist, als – leider noch! – Sonderregeln für die Gewährleistung existieren¹⁸.

Die Aussage des Gesetzgebers kann aber auch bedeuten, dass sich die Abgrenzung zwischen Mangel und sonstigen Pflichtverletzungen erübrigt, soweit die Regelungen des Gewährleistungsrechts und des allgemeinen Leistungsstörungenrechts übereinstimmen und sich wegen der weitgehenden Angleichung deshalb die Anzahl der Fälle, in denen die Abgrenzung nötig ist, verringert. Die Einordnung als Mangel oder als sonstige Pflichtverletzung erübrigt sich, wenn mangels Entscheidungserheblichkeit dem Käufer in beiden Alternativen die identischen unverjährten Rechte zustehen. Damit ist nur eine quantitative Verringerung der Fälle gegeben, in denen abzugrenzen ist. Für die übrigen Fälle bleiben die Abgrenzungsfragen in gleicher Weise virulent. Die Annahme, die bisherige Rechtsprechung habe den Großteil ihrer

¹⁵ BT-Drucks. 14/6040, S. 208; *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 118; *Lorenz* JZ 2001, 742, 742; *Westermann/Buck*, S. 107.

¹⁶ BT-Drucks. 14/6040, S. 213. Ähnlich für den Unternehmenskauf: BT-Drucks. 14/6040, S. 242.

¹⁷ *Rabel*, *Warenkauf*, S. 148. Inhaltlich auch *Looschelders*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, S. 396.

¹⁸ *Häublein* NJW 2003, 388, 389 sieht die Notwendigkeit der Abgrenzung vor dem Hintergrund des Konkurrenzverhältnisses zur c.i.c.

Bedeutung verloren, könnte sich für diese Fälle als zu optimistisch herausstellen¹⁹. Die quantitative Problementschärfung ist keine inhaltliche Problemlösung²⁰.

Für die Sachmängelfreiheit kommt es in erster Linie auf § 434 I 1 an. Danach ist die Sache frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat. § 434 I 1 erläutert damit negativ, wann Sachmängelfreiheit vorliegt, statt positiv zu erklären, wann ein Sachmangel gegeben ist²¹. Infolge der gesetzgeberischen Definitionstechnik, die Sachmängelfreiheit als Ausgangspunkt zu wählen, besteht der Terminus Sachmangel aus zwei Komponenten: Der zeitlichen Komponente „bei Gefahrübergang“ und der inhaltlichen Komponente „vereinbarte Beschaffenheit“. Beide sind konstitutiv für und bilden kumulativ den Begriff Sachmangel. Der Gesetzgeber hat dem Terminus Sachmangel die beiden Segmente „bei Gefahrübergang“ und „vereinbarte Beschaffenheit“ zugewiesen. Das zu definierende Wort Sachmangel, das *definiendum*, wird mit der inhaltlichen und zeitlichen Komponente, dem *definiens*, umschrieben. Sich diesen Umstand zu verdeutlichen ist wichtig, weil der Begriff Sachmangel teilweise inkongruent, nämlich nur bezogen auf die inhaltliche Komponente verstanden wird.

B. Vereinbarte Beschaffenheit nach § 434 I 1

I. Allgemeines

Die Gesetzesbegründung hat auf eine Definition des Beschaffenheitsbegriffs im Gesetz bewusst verzichtet: „Der Begriff „Beschaffenheit“ soll nicht definiert werden. Insbesondere soll nicht entschieden werden, ob er nur Eigenschaften umfasst, die der Kaufsache unmittelbar physisch anhaften oder ob auch Umstände heranzuziehen sind, die außerhalb der Sache selbst liegen.“²² Mit diesen Ausführungen nimmt die Gesetzesbegründung zum einen Bezug auf die früheren Definitionen und die in diesem Zusammenhang auftretenden Streitfragen bei Fehlern im Sinn des § 459 I a.F.

¹⁹ Häublein NJW 2003, 388, 389; Grigoleit, in: Schulze/Schulte-Nölke, S. 292 ff.; Lorenz/Riehm Rn. 482 a.E. sowie Rn. 576 ff.

²⁰ Deshalb ist auch das Argument von Huber AcP 202 (2002), 179, 236, § 444 sei der „kiss of death“ für eine Erweiterung des Beschaffenheitsbegriffs, wenig überzeugend.

²¹ Feller MittBayNot 2003, 81, 82; Andres, in: Schimmel/Buhlmann, S. 446; Bamberger/Roth/Faust § 434 Rn. 1; Olzen/Wank Rn. 341. Zu möglichen Auswirkungen auf die Beweislastverteilung: Westermann NJW 2002, 241, 250. Kritisch zur Gesetzestechnik: Ehmann/Sutschet, S. 194.

²² BT-Drucks. 14/6040, S. 213.

und Eigenschaften im Sinn des § 459 II a.F.²³. Zum anderen bleibt die Beziehung zwischen Vereinbarung und Beschaffenheit offen. Sind Vereinbarungen nur im Rahmen einer wie auch immer umgrenzten Beschaffenheit möglich oder setzt sich die Vereinbarung gegenüber der Beschaffenheit durch? Im letzteren Fall wäre eine Legaldefinition der Beschaffenheit zumindest für § 434 I 1 sogar kontraproduktiv gewesen, denn der Gesetzgeber hätte Beschaffenheit gar nicht für die Parteien verbindlich definieren können.

Der Verzicht des Gesetzgebers auf eine Definition der Beschaffenheit ist kritikwürdig. Zwar stellt die Ausgestaltung von Begriffen mit Inhalten durch die Rechtsprechung und Wissenschaft nichts Ungewöhnliches dar. Der Gesetzgeber setzt sich im konkreten Fall aber in besonderem Maße in Widerspruch zu seinen eigenen Ansprüchen. Denn er stellt selbst fest, es müsse im Gesetz geklärt werden, wann ein Sachmangel vorliege²⁴. Bei jeder gesetzlichen Verpflichtung sei es zweckmäßig, dass sich der Inhalt der Pflicht möglichst klar aus dem Gesetz ablesen lasse²⁵. Für den Sachmangel gelte dies in besonderer Weise²⁶. Wie klar ist aber der Begriff der Beschaffenheit als Bestandteil des Sachmangels, wenn der Gesetzgeber ihn nicht erklärt? Es ist widersprüchlich, an einer Stelle die Notwendigkeit einer inhaltlichen Konkretisierung des Sachmangels zu betonen und sich an anderer Stelle klammheimlich aus der Verantwortung zu stehlen. Der Gesetzgeber suggeriert, seiner Verantwortung nachgekommen zu sein, obwohl er es gerade nicht ist.

Die vom Gesetzgeber unterlassene Ausfüllung der „vereinbarten Beschaffenheit“ mit Inhalten soll im Folgenden nachgeholt werden. Für die Definition der vereinbarten Beschaffenheit ergeben sich hiernach vier Hypothesen, die im Einzelnen zu untersuchen sind:

1. Beschaffenheit stimmt mit dem Fehlerbegriff des § 459 I a.F. überein und Vereinbarungen, die zu einem Sachmangel führen, sind nur in dessen Grenzen möglich.

²³ Nach *Huber AcP* 202 (2002), 179, 228 soll der Beschaffenheitsbegriff im Sinn der bisherigen Rechtsprechung verstanden werden, weil er aus ihr „rezipiert“ sei. Gegen diese unkritische Übernahme spricht schon die Gesetzesbegründung. So auch *Maier-Reimer*, in *Eckert/Delbrück*, S. 61, 69 Fn. 46.

²⁴ BT-Drucks. 14/6040, S. 210.

²⁵ BT-Drucks. 14/6040, S. 210.

²⁶ BT-Drucks. 14/6040, S. 210.

2. Beschaffenheit stimmt mit dem Eigenschaftsbegriff des § 459 II a.F. überein und Vereinbarungen, die zu einem Sachmangel führen, sind nur in dessen Grenzen möglich.

3. Beschaffenheit geht über die alten Fehler- und Eigenschaftsbegriffe hinaus und wird durch einen Bezug zur Sache umgrenzt und Vereinbarungen, die zu einem Sachmangel führen sollen, sind nur durch den Bezug zur Sache beschränkt.

4. Die Vereinbarung setzt sich gegenüber der Beschaffenheit durch, mit der Folge, dass dem Beschaffenheitskriterium, egal mit welchem Inhalt, keine begrenzende Wirkung zukommt.

II. Übereinstimmung von Beschaffenheit und

Fehler i.S.d. § 459 I 1 a.F.

1. Fehler nach § 459 I 1 a.F.

Nach § 459 I 1²⁷ a.F. haftete der Verkäufer einer Sache dem Käufer dafür, daß sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergang, nicht mit Fehlern behaftet war, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufhob oder minderte. Wird die zeitliche Komponente extrahiert, haftete der Verkäufer dem Käufer also dafür, daß die Sache nicht mit Fehlern behaftet war, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufhoben oder minderten. Wie diese Sequenz zu verstehen war, blieb bis zu ihrer Aufhebung durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz umstritten²⁸.

a) Objektive Theorie

Die früher vorherrschende objektive Theorie hatte für das Vorliegen eines Fehlers auf die Abweichung von der objektiven Normalbeschaffenheit abgestellt²⁹. Danach war Voraussetzung, dass die Beschaffenheit der übergebenen Sache von der „normalen Beschaffenheit“ eines Exemplars derselben Gattung abwich. Entsprach die Sache nicht der Gattung, lag ein Fehler vor. Im Anschluss war in einem zweiten

²⁷ Eine Bagatellgrenze wie in § 459 I 2 a.F. sieht § 434 nicht mehr vor.

²⁸ Eingehende Darstellungen des Streitstandes finden sich etwa bei MünchKommBGB/Westermann § 459 Rn. 8 ff.; Soergel/Huber Vor § 459 Rn. 20 ff.; Staudinger/Honsell § 459 Rn. 18 ff.

²⁹ RGZ 67, 86 ff.; 97, 351 ff.; Schubert, Kaufrecht, S. 64.

Schritt zu prüfen, ob durch diesen Fehler der Wert der Sache oder ihre gewöhnliche oder vertraglich vorausgesetzte Gebrauchstauglichkeit aufgehoben oder vermindert war. Für diese Theorie sprach der Wortlaut des Gesetzes. Probleme ergaben sich für diese Theorie dann, wenn die Sache nicht zum gewöhnlichen oder vertraglichen Gebrauch taugte, aber gleichwohl ein Fehler im Sinne der allgemeinen Verkehrsauffassung nicht vorlag. Denn dann bestand nur noch die Möglichkeit, das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft nach § 459 II a.F. anzunehmen oder sich aus dem Sachmängelrecht komplett zu verabschieden. Da eine Verneinung des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft eine Verneinung jeglicher Ansprüche bedeutet hätte³⁰, andererseits die Bejahung zur in diesem Ausmaß unerwünschten Schadensersatzpflicht nach § 463 S. 1 a.F. geführt hätte, behalf man sich mit einer Aufsplitterung des Begriffs der zugesicherten Eigenschaft in verschiedene Bedeutungen. Die objektive Theorie wurde zuletzt nur noch von wenigen Autoren vertreten³¹. Ihre Hauptschwäche lag darin, dass sie den unterschiedlichen Parteivereinbarungen nicht gerecht wurde und den Begriff der zugesicherten Eigenschaft unnötig komplizierte.

b) Subjektive Theorie

Die subjektive Theorie ermittelte einen Fehler primär nach dem konkreten Inhalt des Kaufvertrags und nicht nach der allgemeinen Verkehrsanschauung. In der Rechtsprechung finden sich unterschiedliche Formulierungen, die inhaltlich dem Wesen nach übereinstimmen. Das Reichsgericht bejahte einen Fehler „schon bei ungünstiger Abweichung von derjenigen Beschaffenheit (...), die für den nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch erwartet werden muß“³². Weitere Urteile bejahen einen Fehler, wenn der Sache „eine Eigenschaft mangelt, die sie haben muß, um zu dem gewöhnlichen Gebrauch oder, wenn ein davon abweichender Gebrauch vertraglich vorausgesetzt ist, zu diesem vollkommen tauglich zu sein“³³. Fehler könne auch eine Abweichung von der Beschaffenheit sein, die die Parteien nach dem Vertrag gemeinsam vorausgesetzt haben, und diese Abweichung den Wert der Kaufsache oder ihre Eignung zum vertraglich vorausgesetzten Gebrauch herabsetze oder aufhebe; es komme also entscheidend darauf an, „als was“ die Sache verkauft worden sei³⁴. „Ein

³⁰ *Soergel/Huber* Vor § 459 Rn. 33.

³¹ *Schmidt* NJW 1962, 710, 711 f.; *Knöpfle*, S. 265 ff.

³² RGZ 135, 339, 342.

³³ RGZ 161, 330, 334.

³⁴ BGH NJW 1983, 2242, 2242.

Fehler im Sinn von § 459 I liegt vor, wenn der tatsächliche Zustand der Sache von dem im Kaufvertrag Vereinbarten abweicht und diese Abweichung den Wert der Sache oder ihre Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder mindert³⁵.

Die herrschende Lehre unterstützte den subjektiven Fehlerbegriff³⁶. Danach war in inhaltlicher Übereinstimmung mit der Rechtsprechung ein Fehler die dem Käufer ungünstige, nicht unerhebliche Abweichung der tatsächlichen Beschaffenheit von der im Vertrag vereinbarten Beschaffenheit. Prägnant formulierte *Huber*, die Sache sei fehlerhaft, wenn sie nicht vertragsgemäß sei³⁷.

c) Subjektiv-objektive Theorie

Mitunter wurde in der Literatur der subjektive Fehlerbegriff mit dem objektiven kombiniert³⁸. Soweit die Kaufverträge keine konkreten Angaben über die Beschaffenheit der Sache und den Verwendungszweck der Sache enthielten, hafte der Verkäufer dafür, dass die Sache der allgemeinen Verkehrsanschauung entspreche. Fehler sei damit subjektiv die Untauglichkeit zu dem im Vertrag vereinbarten Gebrauch oder objektiv die Untauglichkeit zum gewöhnlichen, soweit der Vertrag schweige³⁹.

2. Beschaffenheit nach § 459 I a.F.

Als Fehler wurde nach der herrschenden subjektiven Theorie damit das Ergebnis des Zusammenspiels von Vereinbarung und Beschaffenheit bezeichnet. Die subjektive Theorie zog das Merkmal Vereinbarung in den Fehlerbegriff hinein. Während § 434 I 1 terminologisch streng zwischen Vereinbarung und Beschaffenheit scheidet, bestand der Fehler im Sinn des § 459 I 1 a.F. aus beiden Merkmalen.

³⁵ BGHZ 90, 198, 202.

³⁶ *Flume*, Eigenschaftsirrturn, S. 109 ff.; *Larenz*, SchR II/1 § 41 I a; *Esser/Weyers*, SchR BT II/1, § 5 II 1; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rn. 263 ff.

³⁷ *Soergel/Huber* Vor § 459 Rn. 29.

³⁸ *Fikentscher*, Schuldrecht, § 69 II 2 a; *Staudinger/Honsell* § 459 Rn. 18.

³⁹ *Fikentscher*, Schuldrecht, § 69 II 2 a; *Walter*, Kaufrecht, S. 143.

Der Begriff Beschaffenheit wurde damit zwar nicht im Wortlaut des § 459 I a.F. verwendet, er war aber fester Bestandteil der von Literatur und Rechtsprechung entwickelten Definition: Die Sache ist fehlerhaft, wenn sich die Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit zum Nachteil des Käufers unterscheidet⁴⁰. Die für den Käufer ungünstige Soll-Ist-Abweichung bezieht sich auf das Merkmal „Vereinbarung“. „Soll“ steht für das nach der Vereinbarung Geschuldete. Nimmt man die „Vereinbarung“ aus dem Fehlerbegriff wieder heraus, bleibt „Beschaffenheit“ als weiteres Kernelement erhalten.

a) Körperlichkeit als Beschaffenheit

Zur Beschaffenheit der Kaufsache nach § 459 I 1 gehörten jedenfalls die der Sache anhaftenden körperlichen Eigenschaften. Wicht die Kaufsache in ihren tatsächlichen körperlichen Eigenschaften von den vertraglich vereinbarten Eigenschaften in einer dem Käufer nachteiligen Weise ab, so war sie fehlerhaft⁴¹. Vereinbarungsfähige Beschaffenheit war es daher insbesondere, dass die Sache ihrer physikalischen, chemischen oder sonstigen Beschaffenheit zufolge für den Vertragszweck geeignet war⁴². Unter Außerachtlassung der Eignung für den Vertragszweck⁴³ lassen sich zwei Aussagen zu der vorstehenden Teildefinition treffen. Zum einen kehrt das *definiendum*, Beschaffenheit, auf der anderen Seite der Definitionsgleichung wieder⁴⁴. Der zu klärende Begriff taucht beim Definieren wieder auf. Dadurch wird der zu erhellende Begriff nicht deutlicher. Durch die zusätzliche Öffnung der Beschaffenheit auf „Sonstiges“ verliert die Definition vollends ihren Erkenntniswert. Der Beschaffenheitsbegriff wird konturenlos. Ergänzt man den Satz aber dahingehend, dass vereinbarungsfähige Beschaffenheit es insbesondere sei, dass die Sache ihrer physikalischen, chemischen oder sonstigen *körperlichen* Beschaffenheit zufolge

⁴⁰ HM, z.B. *Erman/Grünwald* § 459 Rn. 1; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rn. 268; *Larenz*, SchR II/1 § 41 I a; *Medicus*, Bürgerliches Recht, 18. Aufl., Rn. 324, 332; *Soergel/Huber* § 459 Rn. 20; *Staudinger/Honsell* § 459 Rn. 18.

⁴¹ *Soergel/Huber* § 459 Rn. 24.

⁴² *Soergel/Huber* § 459 Rn. 24.

⁴³ Dazu unter Erster Teil C.

⁴⁴ Ähnlich *Palandt/Putzo* § 434 Rn. 14: „**Beschaffenheit**. Darunter fällt jede Eigenschaft und jeder der Sache anhaftende tatsächliche, wirtschaftliche oder rechtliche Umstand, der vom Begriff der Beschaffenheit (Rn. 10) umfasst wird“. In Rn. 10 heißt es: „Beschaffenheit ist mit dem tatsächlichen Zustand der Sache gleichzusetzen. Das umfasst die der Sache anhaftenden Eigenschaften“. Zusammengesetzt ergibt sich: „Unter Beschaffenheit fällt jede Eigenschaft und jeder der Sache anhaftende tatsächliche, wirtschaftliche oder rechtliche Umstand, der vom tatsächlichen Zustand der Sache, also der Sache anhaftenden Eigenschaften, umfasst wird.“ Das ist wenig hilfreich.

für den Vertragszweck geeignet ist, erhält die Beschaffenheit zwar wieder den Bezug auf die Körperlichkeit der Sache, gewonnen ist damit jedoch nichts. Denn die Sache ist nach § 90 definiert als körperlicher Gegenstand. Entweder wird die obige Beschaffenheitsdefinition also zur sinnlosen Leerformel oder sie umschreibt nur die Legaldefinition des § 90 in anderen Worten.

Da die körperlichen Merkmale einer Sache selbst von einem konturenlosen Beschaffenheitsbegriff erfasst wären, zählen sie jedenfalls zur Beschaffenheit. Auf der anderen Seite sind die körperlichen Merkmale der Sache der Mindestgehalt der Beschaffenheit, weil Sache als körperlicher Gegenstand definiert ist.

b) Umweltbeziehungen als Beschaffenheit

Offen bleibt danach, ob und gegebenenfalls wie Beschaffenheit im Sinn des in § 459 I 1 a.F. enthaltenen Fehlerbegriffs über die Körperlichkeit des Kaufgegenstandes ausgriff. Dass auch unkörperliche Merkmale der Sache eine Haftung nach § 459 I a.F. begründen konnten, war in der Rechtsprechung anerkannt⁴⁵ und wurde von der Literatur nur selten bestritten⁴⁶. In Betracht kamen Beziehungen der Sache zur Umwelt, sofern sie geeignet waren, den Wert oder die Brauchbarkeit der Sache zu beeinträchtigen⁴⁷. Die Umweltbeziehungen konnten tatsächlicher, wirtschaftlicher oder rechtlicher Art sein.

Eine Einschränkung wurde insofern vorgenommen, als die Beschaffenheit der Kaufsache nur Merkmale erfassen konnte, die der Sache ihrer Natur nach nicht nur vorübergehend anhafteten, sondern die eine gewisse Dauerhaftigkeit aufwiesen⁴⁸. Keine Beschaffenheit der Kaufsache sollten ferner Umstände oder Merkmale darstellen können, die zwar geeignet waren, den Wert oder die Brauchbarkeit der Kaufsache zu beeinträchtigen, die aber der Kaufsache nicht selbst innewohnten und nicht von ihr ausgingen, sondern die außerhalb der Kaufsache lagen. Die Rechtsprechung verlangte, es müsse sich bei der Beschaffenheit um Umstände oder Verhältnisse han-

⁴⁵ RGZ 161, 330, 333 f.; BGH WM 1979, 949, 950.

⁴⁶ Koller NJW 1981, 1768, 1768 zu § 459 II a.F.: „Ausschließlich die physische Beschaffenheit berührende Faktoren“.

⁴⁷ RGZ 161, 330, 333 f.; BGH WM 1979, 949, 950.

⁴⁸ Soergel/Huber § 459 Rn. 32

deln, die der Sache „ohne weiteres“⁴⁹ anhaften oder sich aus der Sache „als solcher“⁵⁰ ergeben.

3. Eignung der Beschaffenheit nach § 459 I a.F. für § 434 I 1

Ein Teil des Schrifttums zum neuen Recht scheint keine Notwendigkeit zu sehen, den alten Beschaffenheitsbegriff, wie er in § 459 I 1 vorkam, auf die neue Rechtslage hin zu überprüfen⁵¹. Dabei bieten sich für eine Überprüfung des alten Beschaffenheitsbegriffs mehrere Ansatzpunkte an. Inwieweit war der Beschaffenheitsbegriff nach altem Recht überzeugend? Inwieweit ist die an ihm geübte Kritik nach der neuen Rechtslage noch gerechtfertigt? Sind neue Kritikpunkte infolge der Schuldrechtsmodernisierung entstanden?

a) Vereinbarkeit mit Logik

Es spricht bereits viel dafür, dass die Definition der Beschaffenheit nach § 459 I a.F. für § 434 I 1 aus logischen Gründen keinen Bestand haben kann. Der frühere Sachmangelbegriff war durch den Dualismus von Fehler im Sinn des § 459 I a.F. und zugesicherter Eigenschaft im Sinn des § 459 II a.F. geprägt. Die Rechtsprechung ordnete der fehlerbegründenden Beschaffenheit nur Umstände zu, die der Sache ohne weiteres anhafteten, sich aus der Sache selbst ergaben oder ihr unmittelbar innewohnten⁵². Bei der zusicherungsfähigen Eigenschaft wurde in der neueren Rechtsprechung auf diese Kriterien verzichtet⁵³. Während Umstände, die der Sache nicht „ohne weiteres“ oder „als solcher“ anhafteten, beim Vorliegen einer Zusicherung eine Eigenschaft begründen konnten, waren sie beim Fehlen einer Zusicherung kein Fehler. Übereinstimmend keine Eigenschaft und kein Fehler waren nur solche

⁴⁹ BGH NJW 1970, 653, 655.

⁵⁰ BGH NJW 1980, 1456, 1458.

⁵¹ *Amann/Brambring/Hertel*, S. 133; *Westermann* NJW 2002, 241 ff.; *ders.* JZ 2001, 530, 530; *Westermann/Buck*, S. 110; *Büdenbender*, in: *AnwKomm-BGB*, § 434 Rn. 6 ff.; *Medicus*, *Bürgerliches Recht*, 19. Aufl., Rn. 285 ff.; *Lorenz/Riehm* Rn. 482; *Brox/Walker*, BT, § 4 Rn. 11; *Olzen/Wank* Rn. 343 ff.; *Zimmer/Eckhold* JURA 2002, 145, 147; *Haas* BB 2001, 1313, 1314; *Boerner* ZIP 2001, 2264, 2266; *Reinking* DAR 2001, 8, 10; *Schubel* JuS 2002, 313, 315; *ders.* in: *Schwab/Witt*, S. 127 f.; anders dagegen in: *Schwab/Witt*, 2. Aufl., S. 168. *Kindl* WM 2003, 409, 411 qualifiziert die auch von ihm befürwortete Übernahme des herkömmlichen Beschaffenheitsbegriffs zu Recht als begriffsjuristisch. Für die Beibehaltung des § 459 I a.F. für § 434 sonst wohl nur *Huber* AcP 202 (2002), 179, 225 f.

⁵² Vgl. BGH NJW 1970, 653, 655; NJW 1980, 1456, 1458; NJW 1992, 2564, 2565.

⁵³ BGH NJW 1992, 2564, 2565.

Umstände, die außerhalb der Sache lagen⁵⁴. Positiv stimmten Fehler und Eigenschaft insoweit überein, als sich beide auf Merkmale beziehen mussten, die der Sache auf eine gewisse Dauer anhafteten und für ihren Wert, ihren vertraglich vorgesehenen Gebrauch oder aus sonstigen Gründen für den Käufer erheblich waren⁵⁵. Teilweise verwendete die Rechtsprechung beide Begriffe synonym⁵⁶.

Beschaffenheit und Eigenschaft stimmten definitionsgemäß also weitestgehend überein, wobei die Eigenschaft einen geringfügig weiteren Inhalt als die Beschaffenheit aufwies. Die vereinbarungsfähige Beschaffenheit nach § 459 I a.F. und die zusicherungsfähige Eigenschaft nach § 459 II a.F. waren zu scheiden. Einigkeit bestand in Literatur und Rechtsprechung darüber, dass der Begriff Beschaffenheit jedenfalls nicht weiter reiche als der der Eigenschaft⁵⁷. Was Beschaffenheit der Kaufsache nach § 459 I a.F. war, war zugleich Eigenschaft im Sinn des § 459 II a.F. Fraglich war die umgekehrte Abgrenzung, ob also jede Eigenschaft im Sinn des § 459 II a.F. Beschaffenheit und damit Fehler nach § 459 I a.F. sein konnte. Die überwiegende Meinung in der Literatur bejahte das⁵⁸. Für sie waren die Begriffe Beschaffenheit und Eigenschaft inhaltsgleich, und zwar auf der Basis des Eigenschaftsbegriffs.

Die logische Erweiterung des Beschaffenheitsbegriffs nach § 434 I 1 auf den Eigenschaftsbegriff des § 459 II a.F. hängt mit der Neuregelung von Tatbestand und Rechtsfolgen eines Sachmangels durch die Schuldrechtsmodernisierung zusammen. Der Gesetzgeber wollte die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Beschaffenheit nach § 459 I a.F. und Eigenschaft nach § 459 II a.F. beseitigen⁵⁹. Diesen Dualismus hat der Gesetzgeber durchbrochen, indem er den Sachmangel einheitlich in § 434 I 1

⁵⁴ BGH NJW 1992, 2564, 2565; BGHZ 111, 75, 78; BGH NJW 1991, 1673, 1675.

⁵⁵ BGHZ 70, 47, 49; 79, 183, 185; 87, 302, 307.

⁵⁶ Vgl. RGZ 161, 330, 334; BGHZ 88, 130, 137; BGH WM 1985, 463, 466; BGH ZIP 1991, 321, 323 spricht von einer „weitgehend nur noch terminologischen Unterscheidung“ zwischen „Eigenschaft“ und „Beschaffenheit“. Hier kehrt das unter Erster Teil A. angesprochene Thema in anderer Gestalt wieder. Wenn Eigenschaft und Beschaffenheit inhaltsgleich sind, wird nur eine andere Terminologie benutzt. Dann besteht aber keine weitgehende terminologische Unterscheidung, sondern eine rein terminologische, also in der Sache keine Unterscheidung. Stimmen Eigenschaft und Beschaffenheit inhaltlich nicht überein, dann ist die terminologische Unterscheidung sachlich begründet. Nur soweit Beschaffenheit und Eigenschaft inhaltsgleich sind, kann eine terminologische Einordnung unterbleiben.

⁵⁷ *Soergel/Huber* § 459 Rn. 38.

⁵⁸ Z.B. *Immenga AcP* 171 (1971), 1, 15; *Huber ZGR* 1972, 395, 403 f., *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rn. 285 ff.

⁵⁹ BT-Drucks. 14/6040, S. 210 f.

definiert hat⁶⁰. Aus dem zweispurigen System § 459 I und II a.F. wurde ein einspuriges. Mit einer Vereinheitlichung des Sachmangels ist aber noch nicht die Frage entschieden, ob der nach der Rechtsprechung engere Beschaffenheitsbegriff des § 459 I a.F. oder der etwas weitere Eigenschaftsbegriff nach § 459 II a.F. Geltung im neuen Recht erlangen sollte. Grundsätzlich hatte der Gesetzgeber inhaltlich und terminologisch die freie Wahl zwischen beiden⁶¹.

Gleichzeitig wurden die Rechtsfolgen eines Sachmangels modifiziert. Während für einen Fehler nach § 459 I a.F. als Rechtsfolgen nur Wandelung oder Minderung nach § 462 a.F. in Betracht kamen, war für das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft nach § 459 II a.F. zusätzlich Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 463 S. 1 a.F. als Rechtsfolge vorgesehen. Diesen Unterschied, keinen Schadensersatz bei § 459 I a.F. und verschuldensunabhängigen Schadensersatz bei § 459 II a.F., hat der Reformgesetzgeber beseitigt, indem die §§ 437 Nr. 3, 440, 280, 281, 283, 311a jetzt einheitlich Schadensersatzansprüche des Käufers bei Mängeln vorsehen, die Vertreten müssen nach § 276 voraussetzen.

Der Gesetzgeber hat gleichzeitig deutlich gemacht, dass der Anwendungsbereich der zugesicherten Eigenschaft erhalten bleiben soll⁶². Auch in Zukunft sollen verschuldensunabhängige Schadensersatzansprüche bei Sachmängeln möglich sein. Rechtstechnisches Mittel dazu ist die vertragliche Modifizierung der Tatbestandsvoraussetzung „Vertreten müssen“ im Rahmen der Schadensersatzansprüche der §§ 437 Nr. 3, 440, 280, 281, 283, 311a. Anstatt nur bei Verschulden haftet der Verkäufer verschuldensunabhängig. Wenn § 463 S. 1 a.F. überflüssig sein sollte⁶³, muss nicht nur die Zusicherung ihre Entsprechung im neuen Schuldrecht finden, sondern auch die Eigenschaft. Die Streichung des § 463 S. 1 a.F. erstreckte sich nicht auf die Eigenschaft.

Die Untersuchung ergibt damit folgenden Befund: Es gilt ein einheitlicher Sachmangelbegriff. Der Anwendungsbereich der zugesicherten (etwas weiter zu verstehenden) Eigenschaft bleibt erhalten. Beide Prämissen lassen sich nur dann

⁶⁰ *Feller MittBayNot* 2003, 81, 82.

⁶¹ Eine Bindung des Gesetzgebers könnte sich aus der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ergeben. Siehe unter Erster Teil B.II.3.c).

⁶² BT-Drucks. 14/6040, S. 132.

⁶³ BT-Drucks. 14/6040, S. 132.

widerspruchsfrei verknüpfen, wenn unter Beschaffenheit des § 434 I 1 mindestens die Eigenschaft nach § 459 II a.F. subsumiert wird⁶⁴. Unterstellt man, dass Beschaffenheit nach § 434 I 1 der Beschaffenheit nach § 459 I a.F. entspricht, verletzt man die Prämisse, dernach Eigenschaft vollständig inhaltlich weiter im Sachmangel enthalten ist. Lässt man Beschaffenheit nach § 459 I a.F. und Eigenschaft nach § 459 II a.F. mit ihren divergierenden Bedeutungen nebeneinander bestehen, wird gegen die einheitliche Bedeutung des Beschaffenheitsbegriffs nach § 434 I 1 verstoßen.

Die logische Verknüpfung beider Prämissen ist zwingend. Will man zwei Begriffe, von denen einer (Beschaffenheit nach § 459 I a.F.) inhaltlich vollständig im anderen (Eigenschaft nach § 459 II a.F.) enthalten ist, ohne inhaltliche Änderung auf einen Begriff (Beschaffenheit nach § 434 I 1) verschmelzen, muss der neue Begriff denknotwendig den Inhalt des weitestgehenden alten Begriffs (also der Eigenschaft) erfassen.

Soll das Ergebnis der Verknüpfung, also dass Beschaffenheit im Sinn des § 434 I 1 nur Eigenschaft im Sinn des § 459 II a.F. bedeuten kann, in Frage gestellt werden, müssen die Prämissen angegriffen werden.

Eine Auflösung des einheitlichen Sachmangelbegriffs in unterschiedliche Bedeutungen kommt in dieser Hinsicht unter keinen Umständen in Frage. Die Beseitigung des nicht mehr gewünschten Dualismus war ein zentraler Bestandteil der Schuldrechtsreform. Anstatt zweier Begriffe mit zwei nach der Rechtsprechung unterschiedlichen Bedeutungen läge bei einer Auflösung der Prämisse ein Begriff mit zwei unterschiedlichen Bedeutungen vor. Dadurch würden die alten Abgrenzungsschwierigkeiten nicht beseitigt, sondern zudem kompliziert, da formal nicht mehr zwei unterschiedliche Begriffe zur Differenzierung verfügbar wären. Der Wortlaut des neuen Rechts bietet zudem keinen Anhaltspunkt für eine Unterscheidung zwischen zwei verschiedenen Bedeutungen des Begriffs der Beschaffenheit nach § 434 I 1⁶⁵.

Dem Ausgangspunkt, dass der Anwendungsbereich der zugesicherten Eigenschaft erhalten bleiben soll, könnten folgende Überlegungen entgegengehalten werden. Zum einen sei die Gesetzesbegründung für die Auslegung des Gesetzes nicht ver-

⁶⁴ *Bamberger/Roth/Faust* § 434 Rn. 21; Jaques BB 2002, 417, 418; im Ergebnis für die Eigenschaft beim Unternehmenskauf auch: *Kindl* WM 2003, 409, 411; *Eidenmüller* ZGS 2002, 290, 295.

⁶⁵ Ähnlich *Huber*, in: *Huber/Faust* Rn. 12/24.

bindlich. Zum anderen könne die Absicht des Gesetzgebers, die Regelung des § 463 S. 1 a.F. als überflüssig zu streichen, im Hinblick auf das Merkmal der Zusicherung auch erreicht werden, wenn Beschaffenheit im Sinn des § 434 I 1 im Sinn der (engeren) Beschaffenheit nach § 459 I a.F. verstanden würde.

Der letzte Einwand ist mit der ihm immanenten Einschränkung richtig. Die Änderung des Merkmals „Vertreten müssen“ nach § 276 bei §§ 437 Nr. 3, 280, 281, 283, 311a durch Parteivereinbarung bezieht sich nur auf die Zusicherung, nicht auf die Eigenschaft nach § 459 II a.F. Für die Zusicherung war es belanglos, wie weit die Eigenschaft inhaltlich reichte. Die Zusicherung knüpfte ausschließlich an den subjektiven Einstandswillen an, nicht an den Eigenschaftsbegriff⁶⁶. Die Frage ist, ob der Aussage der Gesetzesmaterialien ein derart beschränkender Sinn auf die Zusicherung beizulegen ist. Das ist zu verneinen. Zwar hat der Gesetzgeber die relevanten Aussagen im Zusammenhang mit § 276 getroffen. Stets sprechen die Materialien aber von der Zusicherung einer Eigenschaft. Die Haftung für zugesicherte Eigenschaften im Kaufrecht sei nicht abgeschafft, sondern an anderer Stelle geregelt⁶⁷. Folglich nimmt die Regierungsbegründung auch Bezug auf die Eigenschaft und damit deren inhaltliche Reichweite. Für die Regierungsbegründung ist es eine Selbstverständlichkeit, dass die Eigenschaft weiter im Kaufrecht ihren Standort hat. Um § 463 S. 1 a.F. für Zusicherung und Eigenschaft überflüssig werden zu lassen⁶⁸, musste die Bedeutung des Eigenschaftsbegriffs beibehalten werden. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn die Regierungsbegründung den Begriff Eigenschaft nicht im Sinn des § 459 II a.F. verstehen würde, sondern beispielsweise als Beschaffenheit nach § 459 I a.F. Der Begriff Eigenschaft ist aber ein technischer Begriff. Er war durch die Definitionen der Rechtsprechung vorgeprägt. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass die Regierungsbegründung den Terminus Eigenschaft anders als im üblichen technischen Sinn verstanden haben könnte. Folglich bleibt es dabei, dass die inhaltliche Reichweite der Eigenschaft durch die Einführung des Beschaffenheitsbegriffs nach § 434 I 1 a.F. nach dem gesetzgeberischem Willen unberührt gelassen, zumindest nicht eingeschränkt werden sollte.

⁶⁶ Huber, in: *Huber/Faust* Rn. 12/24.

⁶⁷ BT-Drucks. 14/6040, S. 132.

⁶⁸ BT-Drucks. 14/6040, S. 132. Die Regierungsbegründung ist an dieser Stelle missverständlich. Es geht nicht darum, dass § 463 S. 1 bisher überflüssig war, sondern nach der Schuldrechtsreform sollte der § 463 S. 1 obsolet sein, sodass seine Streichung möglich war. Die entsprechende Stelle ist also zu lesen als: Der bisherige § 463 S. 1 soll als überflüssig (...) gestrichen werden *können*.

Hinsichtlich der Gesetzesmaterialien ist festzuhalten, dass sie keine verbindliche Geltung für die Auslegung des Gesetzes beanspruchen können⁶⁹. Die historische Auslegung stellt nur eine Auslegungsmethode unter mehreren dar. Auf der anderen Seite darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass der gesetzgeberische Wille als Auslegungskriterium anerkannt ist und kurz nach Inkrafttreten des entsprechenden Gesetzes von besonderer Bedeutung ist. Damit spricht schon einiges für die Prämisse, dass der Anwendungsbereich der Eigenschaft durch die Schuldrechtsreform nicht eingeschränkt wurde. Aber auch in systematischer Hinsicht lässt sich der Anwendungsbereich der zugesicherten Eigenschaft in das gesetzgeberische Konzept ohne Mühe einordnen. Die Übereignung einer Sache, die nicht über die vereinbarte Eigenschaft verfügt, stellt eine Verletzung der Pflicht zur mangelfreien Leistung nach §§ 433 I 2, 434 I dar. Rechtsfolge ist nach §§ 437 Nr. 3, 440, 280, 281, 283, 311a Schadensersatz. Dieser ist aufgrund der Zusicherung verschuldensunabhängig ausgestaltet. Damit findet sich die ehemalige Kategorie der zugesicherten Eigenschaft nach § 459 II a.F. mit ihrer verschuldensunabhängigen Haftung auf Schadensersatz im Gesetz wieder. Nachvollziehbare Gründe, warum der Eigenschaftsbegriff des § 459 II a.F. auf den Beschaffenheitsbegriff des § 459 I a.F. reduziert worden sein sollte, sind nicht ersichtlich.

Beide Prämissen sind damit im Ergebnis nicht angreifbar. Sie sind zwar nicht logisch determiniert, entsprechen aber dem grundlegenden gesetzlichen Konzept. Zwingend ist demgegenüber der aus den Prämissen folgende Schluss, wonach der weitere Eigenschaftsbegriff für Beschaffenheit im Sinn des § 434 I 1 maßgeblich sein muss. Für die Beschaffenheit im Sinn des § 434 I 1 sind danach die Kriterien, ob die tatsächlichen, wirtschaftlichen oder rechtlichen Beziehungen der Sache zur Umwelt ihr „unmittelbar innewohnen“ oder „als solcher“ anhaften, belanglos.

Auch nach Häublein⁷⁰ ist die Ausweitung des Beschaffenheitsbegriffs des § 434 I 1 auf den Eigenschaftsbegriff nach § 459 II a.F. nicht nur geboten, sondern liegt dem gesetzlichen Haftungskonzept selbst zu Grunde. Die Lieferung einer Sache, die nicht über die zugesicherten Eigenschaften verfüge, müsse über den § 434 subsumiert werden können, damit überhaupt ein Einstieg in § 437 gewährleistet sei.⁷¹ Nur wenn

⁶⁹ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 150.

⁷⁰ Häublein NJW 2003, 388, 390.

⁷¹ Häublein NJW 2003, 388, 390.

der Einstieg in § 437 Nr. 3, 440, 280, 281, 283, 311a offen ist, kann danach die frühere Zusicherung funktionell durch die Änderung des Haftungsmaßstabes nach § 276 ersetzt werden. Offen bleibt nach seiner Herleitung aber, warum die Eigenschaft unverändert im neuen Recht fortbesteht. Dies ändert aber nichts an der Richtigkeit des Schlusses, den auch er zieht.

Der Gesetzgeber hat damit die Begrifflichkeit der Beschaffenheit nach § 459 I a.F. mit (zumindest) dem Inhalt der Eigenschaft nach § 459 II in das neue Recht transformiert. In dieser Hinsicht wäre es konsequenter gewesen, gleich den Begriff der Eigenschaft in § 434 I 1 zu verwenden. Missverständnisse hätten sich so von vornherein vermeiden lassen. Letztlich handelt es sich hierbei aber nur um eine Frage der Zweckmäßigkeit. Der Gesetzgeber kann Begriffe autonom bilden und verwenden.

b) Bisherige Kritik am Beschaffenheitsbegriff des § 459 I 1 a.F.

Die Unterscheidung zwischen dem Beschaffenheitsbegriff aus § 459 I a.F. und der Eigenschaft nach §§ 459 II, 463 a.F. ist in der Literatur schon seit längerem kritisiert worden⁷². Dabei wurde überzeugend darauf hingewiesen, dass die engen Grenzen des Beschaffenheitsbegriffs nach § 459 I 1 a.F. ein Relikt des objektiven Fehlerbegriffs sind und daher bei Geltung des subjektiven Fehlerbegriffs keine Berechtigung haben⁷³.

c) Vereinbarkeit mit Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

Wollte man die Weiterführung des engen Beschaffenheitsbegriffs aus § 459 I a.F. im neuen Schuldrecht nicht bereits aus logischen Gründen versagen, könnte ferner die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie entgegenstehen. Richtlinien sind nach Art. 249 III EG-Vertrag⁷⁴ für jeden Mitgliedsstaat, an den sie gerichtet sind, hinsichtlich der zu erreichenden Ziele verbindlich, überlassen jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. Die zu erreichenden Ziele bestimmt die Verbrauchsgüter-

⁷² Vgl. etwa MünchKommBGB/Westermann, § 459 Rn. 18; Staudinger/Honsell, § 459 Rn. 33 ff.; Esser/Weyers, SchR BT II/1, § 5 II 2; Larenz, SchR II/1, § 41 I b; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rn. 286 ff.

⁷³ Grundlegend: Immenga AcP 171 (1971), 1, 15 ff.; ferner: Mössle BB 1983, 2146, 2150; MünchKommBGB/Westermann, § 459 Rn. 18; Staudinger/Honsell § 459 Rn. 34; Singer, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 381, 389; Grigoleit/Herresthal JZ 2003, 118, 122.

⁷⁴ Artikel ohne Benennung sind solche der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.

kaufrechtlinie selbst. Ihr Ziel ist nach Art. 1 I die Gewährleistung eines einheitlichen Verbraucherschutz-Mindestniveaus im Binnenmarkt. Die Sicherung dieses Mindestniveaus wird in erster Linie durch die Unabdingbarkeit der von der Verbrauchsgüterkaufrechtlinie gewährten Rechte insbesondere in Art. 7 I bewerkstelligt. Soweit und weil die Ziele der Verbrauchsgüterkaufrechtlinie selbst verbindlich sind, muss der nationale Gesetzgeber die Verbrauchsgüterkaufrechtlinie bindend in nationales Recht umsetzen. Der enge Beschaffenheitsbegriff nach § 459 I a.F. verstößt damit gegen die Verbrauchsgüterkaufrechtlinie, soweit deren Reichweite über die Beschaffenheit nach § 459 I a.F. verbindlich ausgreift. Um den Beschaffenheitsbegriff aus § 459 I a.F. für das neue Kaufrecht zu verwerfen, genügt die Darlegung seiner Unvereinbarkeit mit der Verbrauchsgüterkaufrechtlinie.

(1) *Vereinbarkeit mit Art. 2 I*

Art. 2 I verpflichtet den Verkäufer, dem Verbraucher dem Kaufvertrag gemäß Güter zu liefern. Die fehlende Vertragsmäßigkeit des Gutes ist der zentrale Grund für die Verkäuferhaftung nach Art. 3 I. Der Erwägungsgrund Nr. 7 führt aus, der Grundsatz der Vertragsmäßigkeit könne als gemeinsames Element der verschiedenen einzelstaatlichen Rechtstraditionen betrachtet werden. Der kleinste gemeinsame Nenner der Mitgliedsstaaten ist demnach die Vertragsmäßigkeit der Ware. Man ist geneigt zu fragen, ob nicht noch eine allgemeinere Umschreibung gefunden werden konnte. Was sonst außer der Vertragsmäßigkeit kann denn bei einem Vertrag geschuldet sein? Die Vertragsmäßigkeit ist notwendige, aber auch hinreichende Bedingung für die Erfüllung jeden Vertrags, wie immer der Vertrag in den einzelnen Jurisdiktionen definiert wird. Der kleinste gemeinsame Nenner stellt sich in seiner Allgemeinheit damit zugleich als äußerste Auffanglinie dar. Das Prinzip der Vertragsmäßigkeit ist das zentrale Prinzip jeder auf Gütertausch ausgerichteten Wirtschaft. Der dazugehörige Rechtsgrundsatz lautet *pacta sunt servanda*. Wie soll es auch anders sein? So sehr sich die Vertragsmäßigkeit als moderner Begriff für die Vermeidung von Abgrenzungsproblemen in verschiedenen nationalen Rechtsordnungen vordergründig eignet⁷⁵, so nutzlos ist er wegen seines Abstraktionsgrades auf der anderen Seite. Solange die Vertragsmäßigkeit nicht mit Inhalten gefüllt wird, handelt es sich hierbei

⁷⁵ Staudenmayer, in: Grundmann/Medicus/Rolland, S. 27, 34.

um ein „Zauberwort“⁷⁶. Die bestehenden Abgrenzungsprobleme werden nicht gelöst, sondern in die Bestimmung dessen, was Vertragsmäßigkeit bedeutet, verlagert. Wie wenig der Begriff der Vertragsmäßigkeit nach Art. 2 I geklärt ist, zeigen die Definitionsbemühungen der Literatur⁷⁷. Nach einer kurzen Feststellung, dass die Vertragsmäßigkeit die entscheidende Weichenstellung ist, wird auf die konkretere Vermutung des Art. 2 II eingegangen⁷⁸. Eine allgemeine inhaltliche Ausfüllung der Vertragsmäßigkeit unterbleibt. Oder es wird darauf verwiesen, dass sich die Vertragsmäßigkeit primär nach der Parteiabrede bemesse⁷⁹.

Für die Vertragsmäßigkeit nach Art. 2 I ist zunächst entscheidend, ob es sich hierbei um einen spezifisch gemeinschaftsrechtlichen Begriff handelt oder ob insoweit die nationalen Rechtstraditionen geachtet werden. Die dahinter stehende allgemeinere Frage ist, ob mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie eine Harmonisierung oder eine Vereinheitlichung angestrebt ist. Richtlinien dienen nach ihrer Definition in Art. 249 III EG-Vertrag zuvörderst der Harmonisierung. Sie sollen die nationalen Eigenheiten weitestgehend schonen und auf der anderen Seite den mit ihnen beabsichtigten gemeinschaftsrechtlichen Zielen zur Durchsetzung verhelfen. In der Praxis ist aufgrund der detaillierten Vorgaben vieler Richtlinien der nationale Gesetzgeber nur sehr eingeschränkt zur eigenständigen Gestaltung fähig. Ein spezifisch europarechtlicher Begriff der Vertragsmäßigkeit könnte eine Vereinheitlichung des Vertragsbegriffes in allen Mitgliedsstaaten zumindest für den Verbrauchsgüterkauf bewirken. Unter Beachtung des gemeinschaftsrechtlichen Gebots rechtssicherer und transparenter Umsetzung von EG-Richtlinien, das der EuGH in Konkretisierung von Art. 249 III EG-Vertrag entwickelt hat⁸⁰, wäre eine Übernahme des gemeinschaftsrechtlichen Vertragsbegriffs in das nationale Recht angezeigt.

Der Erwägungsgrund Nr. 7 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie scheint in die andere Richtung zu deuten. Um den von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie intendierten Verbraucherschutz zu gewährleisten, sollen neben dem Grundsatz der Vertragsmä-

⁷⁶ Schermaier, in: Schermaier, Verbraucherkauf in Europa, S. 1, 16.

⁷⁷ Z.B. Staudenmayer, in: Grundmann/Medicus/Rolland, S. 27, 34 f.; Pfeiffer, in: AnwKomm-BGB, Art. 2 Kauf-RL Rn. 3 ff.

⁷⁸ Staudenmayer, in: Grundmann/Medicus/Rolland, S. 27, 34 f.; Pfeiffer, in: AnwKomm-BGB, Art. 2 Kauf-RL Rn. 8 ff.; Huber, Kaufrecht – Made in Europe!, S. 297, 298 ff.

⁷⁹ Grundmann, in: Grundmann/Bianca, EU-Kaufrechtsrichtlinie, Art. 2 Rn. 8.

⁸⁰ Siehe beispielsweise EuGH vom 13.3.1997 – Rs. C 197/96, Slg. 1997, I-1489, 1501 Rn. 15; EuGH v. 10.5.2001 – Rs. C-144/99, Slg. 2001, I- 3541 Rn. 21.

Bigkeit zusätzliche innerstaatliche Bestimmungen nötig und – das ist entscheidend – auch möglich sein. Ohne die Möglichkeit zusätzlicher nationaler Bestimmungen wäre ein im Vergleich zum Vertragsbegriff der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zu enger nationaler Vertragsbegriff gleichzeitig ein Verstoß gegen das Gebot richtlinienkonformer Umsetzung. Die Möglichkeit der Einräumung zusätzlicher innerstaatlicher Bestimmungen für einzelne Mitgliedsstaaten, in denen ein enger Vertragsbegriff herrscht, der für sich genommen den Verbraucherschutz nicht ausreichend gewährleistet, wäre aber sinnlos, wenn der in Art. 2 I verwendete Begriff der Vertragsmäßigkeit wenigstens mittelbar auch für das nationale Recht Geltung beanspruchen würde. Dies spricht dagegen, dass der Vertragsbegriff in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie die Mitgliedsstaaten begrifflich bindet. Der Erwägungsgrund Nr. 7 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie geht davon aus, dass ein bestimmtes Verbraucherschutzniveau gewährleistet werden muss. Dazu können sich die Mitgliedsstaaten ihres hergebrachten Vertragsbegriffes und ergänzender Vorschriften bedienen.

Die Mitgliedsstaaten sind nach Erwägungsgrund Nr. 7 also nicht begrifflich, aber inhaltlich an die Vertragsmäßigkeit nach Art. 2 gebunden. Würde die Inhaltsbestimmung der Vertragsmäßigkeit den Mitgliedsstaaten überlassen, liefen Sinn und Zweck der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie – Stärkung des Verbrauchervertrauens gemäß Erwägungsgrund Nr. 5 – und der Vorrang des Gemeinschaftsrechts leer. Es darf als eine Schwäche der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gelten, dass sie sich zu den dogmatischen Grundlagen der Vertragsmäßigkeit nicht inhaltlich äußert. Die Höhe des einheitlichen Mindestschutzniveaus, das durch die zwingenden Verbraucherrechte bei Vertragswidrigkeit greifen soll, folgt aus der inhaltlichen Bestimmung der Vertragsmäßigkeit. Die Vertragsmäßigkeit steuert die Intensität des Verbraucherschutzes. Vertragsmäßigkeit und Verbraucherschutzniveau bedingen sich gegenseitig.

Eine für die Praxis verbindliche Erhellung, was genau unter Vertragsmäßigkeit im Sinn des Art. 2 I zu verstehen ist, kann letztlich nur durch den EuGH erfolgen. Die abschließende Entscheidung, wie hoch das einheitliche Verbraucherschutz-Mindestniveau im Binnenmarkt ausfallen wird, obliegt dem EuGH. Die Unbestimmtheit und Vagheit des Vertragsbegriffs lässt dem EuGH ein breites Feld, innerhalb dessen er

eine Grenzziehung vornehmen wird. Die Flexibilität und Offenheit, die der Vertragsbegriff bietet, wird bis zu einer Klärung durch den EuGH und vermutlich darüber hinaus von der entsprechenden Rechtsunsicherheit begleitet⁸¹. Die Stärke des zentralen Begriffs der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist zugleich seine größte Schwäche. Daraus lässt sich auch Kritik am Richtliniengeber ableiten. Denn er überlässt die entscheidenden Grenzziehungen, bewusst oder unbewusst, der Rechtsprechung. Der Richtliniengeber entledigt sich dadurch eines Großteils seiner Verantwortung und Aufgabe. Die Rechtsfortbildung ist zwar auch Teil der Aufgabe der Rechtsprechung, die wesentlichen Entscheidungen sollte der Richtliniengeber aber selbst treffen. Denn nur so können auch die Mitgliedsstaaten hinreichend genau erkennen, was von ihnen zur wirksamen Umsetzung verlangt wird. Der Begriff der Vertragsmäßigkeit verschleiert in dieser Hinsicht mehr, als dass er zur Aufklärung beiträgt. Ihn umgibt die Aura des Vertrauten. Jeder Jurist aus jedem Mitgliedsstaat verbindet mit diesem Begriff gewisse Konnotationen und es besteht die Gefahr, dass anstelle des gemeinschaftsrechtlichen das tradierte nationale Vertragsverständnis bei Verbrauchsgüterkäufen angewendet wird. Für die Ebene der Mitgliedsstaaten heißt das: Unter dem abstrakten Begriff der Vertragsmäßigkeit kann sich jeder Mitgliedsstaat wiederfinden. Sie bietet in ihrer Allgemeinheit keine Angriffsfläche und stellt, sofern sie nicht mit Inhalten gefüllt wird, nur einen politischen Formelkompromiss dar.

Ähnliches gilt für Erwägungsgrund Nr. 6. Hier scheint eine unvereinbare Zielkonkurrenz zwischen einer Angleichung der einzelstaatlichen Vertragsmäßigkeit durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und einer Schonung der nationalen vertraglichen und außervertraglichen Haftung vorzuliegen. Der Widerspruch lässt sich auflösen, indem man die Vertragsmäßigkeit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie als Pendant zur nationalen vertraglichen und außervertraglichen Haftung begreift. Die außervertragliche Haftung entspricht dann in der Sache den ergänzenden Bestimmungen im Sinn des Erwägungsgrundes Nr. 7. Während materiell allein die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie die Vorgabe enthält, was unter Vertragsmäßigkeit in ihrem Sinn zu verstehen ist, wird den Mitgliedsstaaten die Befugnis eingeräumt, diesen materiellen Bereich innerstaatlich formell auf einen vertraglichen und außervertraglichen Teil aufzuspalten. So werden die Mitgliedsstaaten in die Lage versetzt,

⁸¹ Zum parallelen Zusammenhang bei der c.i.c.: *Maier-Reimer*, in: *Eckert/Delbrück*, S. 61, 66.

ihre tradierten Grenzen zwischen vertraglicher und außervertraglicher Haftung formell aufrecht zu erhalten. Materiell verschaffen sich die Ziele der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vollumfänglich Geltung⁸².

Ein Risiko, dass bis zu einer Klärung durch den EuGH nicht ausgeschlossen werden kann, ist also die Frage, inwieweit das nationale allgemeine Vertragsverständnis, also die allgemeine Vertragslehre, mit der Vertragsmäßigkeit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie harmoniert. Sollten z.B. Umstände, die national bisher dem außer(kauf)vertraglichen Bereich zugerechnet wurden, nach der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie als (kauf)vertragliche Umstände einzuordnen sein, muss man sich mit der Anpassung des nationalen Vertragsbegriffs an die europarechtliche Vorgabe beschäftigen. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie kann damit die Axt an die Wurzeln des nationalen Rechts legen. Der Ausweg, der in den Erwägungsgründen Nr. 6 und 7 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vorgezeichnet zu sein scheint, wäre für das deutsche Recht nicht begehbar. Denn das würde voraussetzen, dass für die nach konventioneller Betrachtung außer(kauf)vertraglichen Umstände auch die verbindlichen Vorgaben der Richtlinie umgesetzt worden sein müssten. Das ist aber nicht geschehen⁸³. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie enthält damit einen potentiellen Sprengsatz für die allgemeine deutsche Vertragslehre, die bisher noch nicht überschaut werden kann.

Dieser Sprengsatz beruht in letzter Konsequenz einerseits auf der Unbestimmtheit und Abstraktheit des Begriffs der Vertragsmäßigkeit in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Andererseits suggeriert die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in den Erwägungsgründen ein diffuses Sowohl-als-auch von konventionellem nationalen Recht und der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, wo eher ein Entweder-oder angebracht wäre.

Die von der Literatur bisher weitgehend vermiedene Auseinandersetzung mit der Vertragsmäßigkeit nach Art. 2 I ist auch hier nicht angezeigt. Denn der Bezug der Vertragsmäßigkeit zum Verbrauchsgut ist unabhängig von der Reichweite der Vertragsmäßigkeit. Die bislang vom BGH vertretene Ansicht, die tatsächlichen, wirt-

⁸² Vorausgesetzt, die Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sind auch bei der außervertraglichen Haftung beachtet.

⁸³ Das allgemeine Schuldrecht sieht z.B. nicht die in Art. 3 II geforderten Rechte auf unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung oder Minderung des Preises vor.

schaftlichen oder rechtlichen Beziehungen der Sache zur Umwelt müssten ihr „unmittelbar innewohnen“ oder „als solche“ anhaften, findet im Wortlaut der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie keine Stütze⁸⁴. Sie führt die Umweltbeziehungen letztlich wieder auf die Körperlichkeit der Kaufsache zurück. Der Beschaffenheitsbegriff nach § 459 I a.F. wurde an die Körperlichkeit der Sache geknüpft, trotz des grundsätzlichen Einschlusses von Umweltbeziehungen. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie stellt demgegenüber auf die Vertragsmäßigkeit des Gutes ab. Zu denken ist allenfalls daran, dass die Vertragsmäßigkeit einen wie auch immer gearteten Bezug zur Kaufsache erfordert, weil die Vertragsmäßigkeit *des* Gutes geschuldet ist.

Während der BGH also einen qualifizierten Bezug zwischen den Umweltbeziehungen und der Körperlichkeit der Kaufsache forderte⁸⁵, geht die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie allenfalls von einem unbestimmten Bezug zwischen Vertragsmäßigkeit und Verbrauchsgut, also Kaufsache, aus. Dass die Vertragsmäßigkeit des Verbrauchsgutes auf dessen Körperlichkeit beschränkt ist, ist von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht determiniert. Art. 2 II, der verschiedene Vermutungen zur Bestimmung der Vertragsmäßigkeit der Verbrauchsgüter nennt, enthält keine Beschränkung des Verbrauchsgutes auf körperliche Merkmale, umfasst diese aber selbstverständlich. Der enge Beschaffenheitsbegriff aus § 459 I a.F. steht damit in einem Spannungsverhältnis zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, weil eine qualifizierte Anlehnung an die Körperlichkeit des Gutes in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht angelegt ist. Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass der EuGH, wenn er Gelegenheit zur Stellungnahme erhält, die Vertragsmäßigkeit auf körperliche Merkmale des Verbrauchsgutes reduziert⁸⁶. Gründe, dass der EuGH so vorgehen wird, sind nicht zu erkennen. Im Gegenteil: Der bisherige Beschaffenheitsbegriff nach § 459 I a.F. war nach allgemeiner Ansicht sehr restriktiv. Würde der EuGH diesen restriktiven Beschaffenheitsbegriff als Vorlage für Art. 2 I heranziehen, wäre der Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie stark eingeschränkt. Die grundlegende Linie des EuGH geht aber dahin, den Anwendungsbereich des sekundären Gemeinschaftsrechts sehr weit zu ziehen, um damit eine möglichst große Harmonisierung zu erreichen⁸⁷. Aus Gründen des *effet utile*⁸⁸ ist eine extensive Auslegung der

⁸⁴ Lehmann JZ 2000, 280, 282.

⁸⁵ Daneben tritt noch die Vereinbarung.

⁸⁶ Lehmann JZ 2000, 280, 282.

⁸⁷ Z.B. Franzen JZ 2003, 321, 323.

⁸⁸ Dazu als Auslegungsmethode: Lenz/Borchardt Art. 220 Rn.18.

Verbrauchsgüterkaufrichtlinie durch den EuGH zu erwarten⁸⁹. Auch das hohe Verbraucherschutzniveau, das nach Art. 153 I EG-Vertrag angestrebt wird, spricht dafür, Verbrauchsgüter nicht auf deren körperliche Merkmale und solche Umweltbeziehungen, die in der Körperlichkeit ihren Grund haben, zu beschränken⁹⁰. Die Erreichung eines hohen Verbraucherschutzniveaus lässt sich mit der Verwerfung des Beschaffenheitsbegriffs nach § 459 I a.F. besser erreichen. Außerdem ist nicht zu erwarten, dass der Beschaffenheitsbegriff des § 459 I a.F., der bisher schon überzeugender Kritik ausgesetzt war, sich in einer EG-vertragsweiten Regelung durchsetzen wird. Dadurch würden dessen Defizite nicht beseitigt, sondern noch exportiert. Ferner vollzieht sich die gemeinschaftsrechtliche Begriffsbildung autonom⁹¹. Es ist also schon im Ansatzpunkt verfehlt, anzunehmen, die traditionellen nationalen Begriffe würden die gemeinschaftsrechtlichen prägen. Der Wirkungszusammenhang ist umgekehrt. Während also die Beibehaltung des alten Beschaffenheitsbegriffs für § 434 I 1 ein Risiko darstellt, gegen die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zu verstoßen, ist die Ablehnung des alten Beschaffenheitsbegriffs aus § 459 I a.F. durch die Rechtsprechung zumindest für den Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie mit großer Wahrscheinlichkeit zu erwarten. Eine richtlinienkonforme Auslegung⁹² des § 434 I 1 spricht für die Verwerfung der Übernahme der Beschaffenheit nach § 459 I a.F.

(2) Einfluss der Richtlinie 1999/44/EG auf Nichtverbrauchsgüterkäufe

§ 434 gilt nicht nur für den Verbrauchsgüterkauf, sondern für den Kauf allgemein. Der Ansatz des Gesetzes, die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie möglichst umfassend in das allgemeine Kaufrecht zu integrieren, um mit möglichst wenigen Sonderregelungen für den Verbrauchsgüterkauf auszukommen (sog. „große Lösung“⁹³) führte zur überschießenden⁹⁴ Umsetzung der

⁸⁹ Allgemein: *Franzen* JZ 2003, 321, 326.

⁹⁰ *Looschelders*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, S. 398.

⁹¹ *Grundmann*, in: *Grundmann/Bianca*, EU-Kaufrechtsrichtlinie, Einl. Rn. 40; *Lehmann* JZ 2000, 280, 282; *Bleckmann*, Rn. 552f. mit Beispielen aus der Rechtsprechung des EuGH.

⁹² Zur Notwendigkeit der richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts vgl. z.B. EuGH v. 10.4.1984 – RS. 14/83, Slg. 1984, I-1891, 1909; *Brechmann*, S. 127 ff.; *Canaris*, in: *Festschrift für Bydlinsky*, S. 49 ff.; *Bärenz* DB 2003, 375, 375.

⁹³ Zur „kleinen Lösung“, vgl. *Ernst/Gsell* ZIP 2000, 1410 ff.; *dieS.* ZIP 2000, 1812 ff.; *Schmidt-Räntsch* ZIP 2000, 1639 ff.

⁹⁴ Terminologie von *Habersack/Mayer* JZ 1999, 913, 914.

Verbrauchsgüterkaufrichtlinie⁹⁵. Hier stellt sich die Frage, ob und inwieweit die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie Einfluss auf Nichtverbrauchsgüterkäufe haben kann⁹⁶. Dabei ist zwischen der nationalen und der gemeinschaftsrechtlichen Ebene zu unterscheiden⁹⁷.

Außerhalb des Anwendungsbereiches der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie handelt der deutsche Gesetzgeber grundsätzlich autonom⁹⁸. Eine gespaltene Auslegung des Beschaffenheitsbegriffs ist aus nationaler Sicht möglich⁹⁹. Ob eine einheitliche oder gespaltene Auslegung durchgreift, entscheidet sich durch eine Gesetzesauslegung anhand der üblichen Kriterien.

Ausweislich der deutschen Gesetzesmaterialien sollen die europarechtlich geprägten Vorgaben für den gesamten Anwendungsbereich des Beschaffenheitsbegriffs nach § 434 I 1 verbindlich sein¹⁰⁰. Unter Zugrundelegung dieser Absicht des Gesetzgebers sind die zwingenden Festlegungen der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie hinsichtlich der Vertragsmäßigkeit nach Art. 2 I auch für sonstige Kaufverträge verbindlich. Weil der Beschaffenheitsbegriff nach § 434 I 1 richtlinienkonform auszulegen ist und keine Spaltung der Beschaffenheit nach Verbrauchsgüterkauf/Nichtverbrauchsgüterkauf stattfinden soll, schlägt die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie mittelbar beim Nichtverbrauchsgüterkauf durch. Die Vorgaben, Einheitlichkeit des Beschaffenheitsbegriffs nach § 434 I 1 und richtlinienkonforme Auslegung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, lassen sich nur vereinbaren, wenn die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie auch außerhalb ihres originären Anwendungsbereichs maßgebend ist¹⁰¹. Der eindeutige gesetzgeberische Wille ist aber nicht bindend in dem Sinne, dass dem Gesetzgeber das Auslegungsmonopol über die Gesetze zukäme¹⁰².

⁹⁵ Dörner, in: *Schulze/Schulte-Nölke*, S. 177, 183 spricht in Fällen wie des § 434 von „Hybridnormen“; ähnlich Pfeiffer ZGS 2002, 23, 26.

⁹⁶ Vor einer Ausstrahlung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie warnt eindringlich Hommelhoff, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 889, 914 Fn. 119.

⁹⁷ Bärenz DB 2003, 375, 375,

⁹⁸ Pfeiffer ZGS 2002, 23, 26; Grigoleit/Herresthal JZ 2003, 118, 119.

⁹⁹ Allgemein: Habersack/Mayer JZ 1999, 913, 921; Hennrichs ZGR 1997, 66, 78; weitgehend Bärenz DB 2003, 375, 376, wonach die Aufspaltung eines Begriffs innerhalb eines Paragraphen gegen das Rechtsstaatsprinzip verstoßen soll.

¹⁰⁰ BT-Drucks. 14/6040, S. 211.

¹⁰¹ Häublein NJW 2003, 388, 390.

¹⁰² Etwas unklar Häublein NJW 2003, 388, 390, der unter Bezug auf die Gesetzesmaterialien meint, die Rechtsprechung sei an das Konzept des einheitlichen Mangelbegriffs gebunden.

Für die Einheitlichkeit des Beschaffenheitsbegriffs kann auch die Systematik des Gesetzes angeführt werden, die für Verbrauchsgüterkauf und Nichtverbrauchsgüterkauf, von den §§ 474 ff. abgesehen, die gleichen Regelungen vorsieht. Das neue Kaufrecht ist bemüht, einen möglichst weitgehenden Gleichlauf zwischen allgemeinem Kaufrecht und dem Verbrauchsgüterkauf herzustellen¹⁰³.

Der Wortlaut des § 434 I 1 lässt ebenfalls keinen Ansatzpunkt für eine Aufspaltung erkennen. Er bezieht sich gleichermaßen auf Verbrauchs- wie Nichtverbrauchsgüterkauf.

Auch Sinn und Zweck des § 434 I 1 sprechen nicht gegen einen einheitlichen Beschaffenheitsbegriff. Dass die von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie insoweit gemachten Vorgaben für Nichtverbrauchsgüterkäufe etwa untauglich sind, ist nicht ersichtlich. Hier wirkt sich die Abstraktion der Vertragsmäßigkeit nach Art. 2 I aus. Wegen der Weite und Unbestimmtheit des Begriffs der Vertragsmäßigkeit des Verbrauchsgutes ist es schwierig, triftige Gründe anzuführen, die zu einer Abweichung beim Nichtverbrauchsgüterkauf führen sollen. Was sonst als der Vertragsmäßigkeit soll auch bei einem Nichtverbrauchsgüterkaufvertrag geschuldet sein?

Eine einheitliche Auslegung der Beschaffenheit nach § 434 I 1 vermeidet subtile Unterscheidungen und Wertungswidersprüche¹⁰⁴. Die von der Rechtsprechung vorgenommene, gerade erst überwundene Unterscheidung zwischen Beschaffenheit im Sinn des § 459 I a.F. und Eigenschaft nach § 459 II a.F. wird bei einer einheitlichen Auslegung nicht durch eine Unterscheidung des Beschaffenheitsbegriffs je nach Verbrauchsgüterkauf und Nichtverbrauchsgüterkauf ersetzt. Die Schwächen des Beschaffenheitsbegriffs nach § 459 I a.F. vor der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie führen wegen deren mittelbarer Wirkung auch bei Nichtverbrauchsgüterkäufen zu dessen Verwerfung. Im Spannungsfeld zwischen Einheitlichkeit und Differenzierung hat sich der Gesetzgeber für die Maxime entschieden: Soviel Einheitlichkeit wie möglich, soviel Differenzierung wie nötig¹⁰⁵. Nach Auffassung des Gesetzgebers rechtfertigt eine gespaltene Auslegung der Beschaffenheit nach § 434 I 1 den dafür in Kauf genommenen Aufwand nicht.

¹⁰³ *Canaris* JZ 2003, 831, 837.

¹⁰⁴ *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 119; *Dörner*, in: *Schulze/Schulte-Nölke*, S. 177, 184.

¹⁰⁵ Ähnlich *Canaris* JZ 2003, 831, 837.

Eine solche auf rein nationalen Erwägungen beruhende einheitliche Auslegung könnte mit einer Bindung zur einheitlichen Auslegung aus gemeinschaftsrechtlichen Gründen einhergehen. Die Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung überschießend umgesetzter Richtlinien ist insoweit nicht immer eindeutig¹⁰⁶. Teilweise wird auch in der Literatur das gemeinschaftsrechtliche Interesse an einer einheitlichen Auslegung von Hybridnormen betont¹⁰⁷. Die Gegenmeinung will die Frage der einheitlichen Auslegung allein anhand des nationalen Rechts beantworten¹⁰⁸. Hier kann ein Streitentscheid unterbleiben, weil bereits die nationale Auslegung für eine Einheitlichkeit des § 434 I 1 bei Verbrauchs- wie Nichtverbrauchsgüterkäufen spricht.

Seine verfahrensrechtliche Fortsetzung findet dieser Streit in der Frage des Vorlagerechts oder der Vorlagepflicht nach Art. 234 EG-Vertrag bei der überschießenden Umsetzung von Richtlinien¹⁰⁹. Verneint man die Möglichkeit der Vorlage an den EuGH im überschießenden Bereich, setzt man die nationalen Gerichte einem Dilemma aus. Solange z.B. noch keine gesicherte Rechtsprechung des EuGH zur Vertragsmäßigkeit beim Verbrauchsgüterkauf existiert, ist das nationale Gericht dem Risiko ausgesetzt, die Vertragsmäßigkeit mittelbar für den Nichtverbrauchsgüterkauf abweichend auszulegen. Legt das nationale Gericht die Vertragsmäßigkeit und damit die Beschaffenheit im späteren Vergleich zum EuGH beim Verbrauchsgüterkauf zu eng aus, hat es für den konkreten Fall die Vorgabe der einheitlichen Auslegung verletzt. Für spätere Entscheidungen käme eine Rezeption der Rechtsprechung des EuGH und damit eine Änderung der nationalen Rechtsprechung beim Nichtverbrauchsgüterkauf in Betracht. Nur wenn das nationale Gericht die spätere Auslegung des EuGH zu Art. 2 I genau trifft, wird es den divergierenden Zielen Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit von Anfang an gerecht¹¹⁰.

Einen Ausweg, um dieser unbefriedigenden Situation zu entgehen, bietet die möglichst weite Auslegung des Beschaffenheitsbegriffs des § 434 I 1 vor dem Hinter-

¹⁰⁶ Einen kritischen Überblick bieten: *Habersack/Mayer* JZ 1999, 913 ff.

¹⁰⁷ *Roth*, in: *Grundmann/Medicus/Rolland*, S. 113, 128 f.; *Büdenbender*, in: *AnwKomm-BGB*, vor §§ 433 ff. Rn. 20.

¹⁰⁸ *Palandt/Heinrichs* Einleitung Rn. 36 a, *Habersack/Mayer* JZ 1999, 913, 921; *Bärenz* DB 2003, 375, 375.

¹⁰⁹ Dazu: *Habersack/Mayer*, JZ 1999, 913, 919 ff.; *Schulze*, in: *Schulze*, S. 9, 18 ff.; *Basedow*, in: *Festschrift für Brandner*, S. 651, 660 ff.; *Hennrichs* ZGR 1997, 66, 82 ff.; *Hommelhoff*, 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 889, 916 ff.

¹¹⁰ *Schulze*, in: *Schulze*, S. 9, 18 f.

grund des Art. 2 I. Ein im Vergleich zur Vertragsmäßigkeit nach Art. 2 I¹¹¹ hinausgehender Beschaffenheitsbegriff nach § 434 I 1 ist wegen Art. 8 II unproblematisch. Auf der anderen Seite lässt sich die Einheitlichkeit der Auslegung auf der Basis eines weiten Beschaffenheitsbegriffs sicherstellen. Aus diesen Zweckmäßigkeitserwägungen heraus ist tendenziell mit einem eher weiten Beschaffenheitsbegriff durch die nationale Rechtsprechung zu rechnen, also mit einer Verwerfung des § 459 I a.F. Dieser Zusammenhang gilt auch nicht nur dann, wenn man eine Vorlagemöglichkeit an den EuGH verneint, sondern allgemein. Der Gefahr, gemeinschaftsrechtliche Vorgaben zu verletzen, können die nichtvorlageverpflichteten nationalen Gerichte begegnen, indem sie das nationale Recht so auslegen, dass sie möglichst auf der sicheren Seite stehen.

4. Zwischenergebnis

Der Weiterführung des alten Beschaffenheitsbegriffs nach § 459 I a.F. stehen logische Argumente und die fehlende Vereinbarkeit mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie entgegen¹¹². Die mangelnde Vereinbarkeit mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie führt aufgrund des Willens des Gesetzgebers auch bei Nichtverbrauchsgüterkäufen zu einer Verwerfung des alten Beschaffenheitsbegriffs nach § 459 I a.F.

III. Übereinstimmung von Beschaffenheit und Eigenschaft i.S.d. § 459 II a.F.

1. Eigenschaft nach § 459 II a.F.

Ein Teil des Schrifttums ist der Meinung, dass der Beschaffenheitsbegriff nach § 434 I 1 sich am Eigenschaftsbegriff nach § 459 II a.F. – also am Beschaffenheitsbegriff nach § 459 I a.F. ohne die von der Rechtsprechung vorgenommene Einschränkung – orientiert¹¹³. Unter Eigenschaft werden nach herrschender Meinung die „natürlichen,

¹¹¹ Nach *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 120 bezieht sich die Richtlinie nicht umfassend auf jeden Vertragsverstoß.

¹¹² Statt vieler: *Bamberger/Roth/Faust* § 434 Rn. 21; a.A. *Huber* AcP 202 (2002), 179, 225 f.

¹¹³ *Hk-BGB/Saenger* § 434 Rn. 9 f.; *Palandt/Putzo* § 434 Rn. 2; *Huber*, in: *Huber/Faust*, Rn. 12/23; *Oetker/Maultzsch*, S. 38; *Lorenz/Riehm* Rn. 482; *Gronstedt/Jörgens* ZIP 2002, 52, 54; *Feller* MittBayNot 2003, 81, 82; *Tonner*, Kaufrecht, S. 111, 122; *Schlechtriem*, SchR BT, S. 16;

der Sache an sich zukommenden Eigenschaften“ und „solche tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, welche in ihren Beziehungen zu anderen Sachen wurzeln und zufolge ihrer Beschaffenheit und tatsächlichen Dauer nach den Anschauungen des Verkehrs einen Einfluss auf die Wertschätzung der Sache zu üben pflegen,“ verstanden¹¹⁴. Eigenschaften sind damit alle physischen Merkmale der Sache, aber auch Beziehungen der Kaufsache zur Umwelt, also ihre tatsächlichen, rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse, soweit sie ihrer Art und Dauer zufolge nach der Verkehrsanschauung einen Einfluss auf die Brauchbarkeit und Wertschätzung der Sache zu üben pflegen. Die Beziehungen müssen in der Beschaffenheit der Kaufsache selbst ihren Grund haben, von ihr ausgehen, ihr eine gewisse Dauer anhaften und dürfen sich nicht erst durch Heranziehung von außerhalb der Sache liegenden Umständen ergeben¹¹⁵.

Mit der Ablehnung des Beschaffenheitsbegriffs des § 459 I 1 für § 434 I 1 ist nicht gleichzeitig entschieden, dass der Eigenschaftsbegriff der §§ 459 II, 463 a.F. auf § 434 I 1 übertragen werden kann¹¹⁶. Auch hier ist zu untersuchen, inwieweit der alte Eigenschaftsbegriff für § 434 I 1 zutrifft.

2. Eigenschaft und subjektive Theorie

Mit der Beschränkung der möglichen Beschaffenheit auf Merkmale, die z.B. wegen ihrer Art oder Dauer den Wert der Kaufsache beeinflussen, enthielte die Beschaffenheit objektive Begrenzungen. Nicht dauerhafte oder nicht anhaftende Merkmale sowie Merkmale, die den Wert oder die Brauchbarkeit der Kaufsache nicht beeinflussten, schieden aus dem Beschaffenheitsbegriff aus. Unter Zugrundelegung eines subjektiven Maßstabs ist eine solche Begrenzung aber nicht gerechtfertigt¹¹⁷. Hier sind die bisher zur Kritik des engen Beschaffenheitsbegriffs nach § 459 I 1 a.F. vorgebrachten Argumente in gleicher Weise relevant¹¹⁸.

Grigoleit/Herresthal JZ 2003, 118, 126; *Tonner/Echtermeyer*, in: *Kompaktkommentar*, § 434 Rn. 11; *Musielak*, GK BGB, Rn. 569; *Kropholler* § 434 Rn. 3; *Kluth/Böckmann/Grün* MDR 2003, 241, 245 Fn. 37; *Oetker/Maultzsch*, S. 38; wohl auch *Schellhammer* MDR 2002, 241, 243; *Beisel/Klumpp*, S. 297; *Jaques* BB 2002, 417, 418.

¹¹⁴ Vgl. RG JW 1885, 241, 246 f.; RGZ 21, 308, 311; BGHZ 16, 54, 57; 34, 32, 41.

¹¹⁵ RGZ 161, 330, 333.

¹¹⁶ *Looschelders*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, S. 398.

¹¹⁷ *Graf von Westphalen*, in: *Henssler/Graf von Westphalen*, 2. Aufl., § 434 Rn. 13 f.

¹¹⁸ Siehe die Nachweise in Fn. 73.

Die objektive Fehlertheorie ermittelte den Fehler durch Vergleich der gelieferten Sache von der normalen Art- oder Gattungsbeschaffenheit. Eigenschaften, die nach der Verkehrsanschauung gewöhnlich vorhanden sein mussten, wurden unter den Fehlerbegriff des § 459 I 1 a.F. subsumiert. Andere Eigenschaften, also solche, die nicht gewöhnlich waren, führten zur Sachmängelhaftung, wenn sie zugesichert waren. Während § 459 I 1 a.F. sich am Maßstab des Gewöhnlichen ausrichtete, öffnete § 459 II a.F. mittels der Zusicherung den Weg für vertragliche Gestaltungen. Die Unmittelbarkeit der Beziehung des Umstandes zur Kaufsache war für die Ermittlung der Merkmale bedeutsam, die zu den normalen oder gewöhnlichen der Kaufsache gehörten. Im Regelfall sollten nämlich nur Merkmale, die einer Sache unmittelbar anhafteten, ihrer normalen Beschaffenheit zugerechnet werden können. Nach der Durchsetzung des subjektiven Fehlerbegriffs bei § 459 I 1 a.F. wurde das Unmittelbarkeitskriterium der Umweltbeziehung zur Kaufsache von der Rechtsprechung beibehalten. *Immenga* hat ausführlich dargelegt, dass die ursprüngliche Begründung für diese Differenzierung entfallen ist¹¹⁹. Ein beschränkter, objektivierter Beschaffenheitsbegriff stellt sich als begriffliches Nachhutsgefecht dar¹²⁰. Nur ein Eigenschaftsbegriff, der jede objektive Differenzierung zwischen ihm und dem Fehlerbegriff nach § 459 I a.F. erübrige, entspreche der Notwendigkeit, die kaufrechtliche Verantwortung für Sachmängel allein durch den Willen der Parteien zu begrenzen¹²¹.

Genauso wie eine objektive Unterscheidung zwischen der Beschaffenheit nach § 459 I 1 a.F. und der Eigenschaft nach § 459 II a.F. ist auch eine objektive Einschränkung der Eigenschaft nach § 459 II a.F. nicht mit dem subjektiven Fehlerbegriff vereinbar. Wenn die Vertragsschließenden selbst das Risiko der Sachmängelhaftung bestimmen, ist nicht einzusehen, warum nur dauerhafte Merkmale¹²² oder objektiv wertmindernde oder Tauglichkeitseinschränkende Merkmale die Sachmängelhaftung auslösen können sollen¹²³. Dem Käufer darf es nicht von vornherein verwehrt sein, auch

¹¹⁹ *Immenga* AcP 171 (1971), 1, 15 f.

¹²⁰ *Immenga* AcP 171 (1971), 1, 16.

¹²¹ *Immenga*, AcP 171 (1971) 1, 18; *Singer*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 381, 388 f.

¹²² So auch *Bamberger/Roth/Faust* § 434 Rn. 24; *Dauner-Lieb/Thiessen* ZIP 2002, 108, 110; von *Gierke/Paschen* GmbH 2002, 457, 463; *Eidenmüller* ZGS 2002, 290, 295; *Rehberg* ZGS 2003, 456, 459 für Unternehmen.

¹²³ *Looschelders*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, S. 398; *Wolf/Kaiser* DB 2002, 411, 412; im Ergebnis auch: *Barnert* WM 2003, 416, 418. *Schellhammer* MDR 2002, 241, 243, der die Verkehrsanschauung als Maßstab für die Beschaffenheit bei § 434 I 1 nehmen will, übersieht, dass die Verkehrsanschauung bei eindeutigen Parteivereinbarungen keine Berechtigung hat. Unklar

momentane Merkmale in die Beschaffenheitsvereinbarung einzubeziehen. Er kann durchaus subjektiv Wert auf vorübergehende Merkmale legen. Es ist Sache des Verkäufers, ob er sich mit der Einbeziehung einer momentanen Eigenart der avisierten Kaufsache in den Kaufvertrag einverstanden erklärt. Der Verkäufer ist hier nicht schutzwürdig, weil er sich auf eine solche Vereinbarung nicht einlassen muss¹²⁴.

Auch eine Beschränkung der Beschaffenheit des § 434 I 1 auf Merkmale, die für den Wert oder die Brauchbarkeit objektiv erheblich sind, ist nicht einzusehen¹²⁵. Denn nur § 459 I a.F. sprach von Fehlern, „die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern“, während § 459 II a.F. nicht darauf abstellte, wie sich das Fehlen der Eigenschaft auswirkte. Treffend führen *Esser/Weyers* aus: „Wenn in einem Vertrag eine Eigenschaft ausdrücklich hervorgehoben ist, dann werden sich die Parteien dabei etwas gedacht haben, und das ist zu respektieren.“¹²⁶ Entscheidend ist damit, ob und dass die Eigenschaft für die Parteien so wichtig ist, dass sie in den Kaufvertrag aufgenommen wird¹²⁷. Eine Grenzziehung, dass die Eigenschaft gleichzeitig objektiv wertrelevant oder tauglichkeitsrelevant sein muss, ist mit den subjektiven Vorstellungen der Parteien nicht vereinbar¹²⁸. Dies entspricht auch dem Wortlaut des § 434 I 1, für den Wert oder Brauchbarkeit kein Datum sind. Der objektive Einfluss auf den Wert der Sache ist für die Beschaffenheit kein Anhaltspunkt. Der Wert der Beschaffenheit für die Parteien wird dadurch ausgedrückt, dass die Parteien über die Beschaffenheit eine Vereinbarung treffen. Im Rahmen des Kaufvertrags ist es allein Sache der Parteien festzulegen, welche Merkmale des Kaufgegenstandes von Bedeutung sein sollen¹²⁹ bzw. aus welchen Merkmalen sich der Kaufgegenstand zusammensetzt.

3. Eigenschaft und Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

insoweit *Oechsler* § 2 Rn. 80 f., der einerseits den Zweck des § 434 I 1 betont, andererseits nur dauerhafte Umweltbeziehungen zur Beschaffenheit zählen will.

¹²⁴ *Looschelders*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, S. 398.

¹²⁵ *Brüggemeier* WM 2002, 1376, 1378 ausdrücklich für den Wert; a.A. *Gaul* ZHR 166 (2002), 35, 49.

¹²⁶ *Weyers*, SchR BT II/1, § 5 II 2 a.

¹²⁷ So schon: *Köhler* JZ 1986, 957, 957.

¹²⁸ *Maier-Reimer*, in: *Eckert/Delbrück*, S. 61, 70.

¹²⁹ Missverständlich *Looschelders*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, S. 399 „im Rahmen einer Beschaffenheitsvereinbarung“. Die Frage ist gerade, wie weit der Rahmen der Beschaffenheit zu ziehen ist.

Auch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie lässt eine Beschränkung des Bezugs der Vereinbarung zur Kaufsache auf dauerhafte und/oder wert- oder tauglichkeitsbeeinflussende Merkmale nicht erkennen¹³⁰. Eine richtlinienkonforme Auslegung zwingt zur Verwerfung dieser Merkmale für den Beschaffenheitsbegriff nach § 434 I 1. Eine solche richtlinienkonforme Auslegung des Beschaffenheitsbegriffs stimmt auch mit dem möglichen Wortsinn von Beschaffenheit überein. Dieser ist nicht untrennbar mit Dauerhaftigkeit sowie Wert- und Gebrauchsminderung verbunden. Die Übernahme des Eigenschaftsbegriffs nach § 459 II a.F. als Beschaffenheit nach § 434 I 1 läuft einem hohen Verbraucherschutzniveau zuwider. Insofern darf mehr als bezweifelt werden, dass die im deutschen Recht entwickelten Abgrenzungen vor dem Hintergrund des europäischen Rechts Bestand haben werden¹³¹.

4. Zwischenergebnis

Für eine Übernahme des alten Eigenschaftsbegriffs bei § 434 I 1 spricht nur wenig mehr als das Trägheitsmoment, das jedem vertrauten Zustand eigen ist. Auf den früheren Eigenschaftsbegriff nach § 459 II, 463 kann für die Bestimmung der Beschaffenheit nach § 434 I 1 nicht in Gänze zurückgegriffen werden¹³². Dies gilt nicht nur für den Verbrauchsgüterkauf, sondern auch für Nichtverbrauchsgüterkäufe, weil eine einheitliche Auslegung des Beschaffenheitskriteriums geboten ist¹³³.

IV. Begrenzung der Beschaffenheit durch Bezug zur Sache

1. Umweltbeziehungen im bisherigen Recht

Dass Umweltbeziehungen in einem gewissen Rahmen zu Sachmängeln führen können, war bereits vor der Schuldrechtsreform anerkannt. Der Ausschluss von außen

¹³⁰ Hier gelten die gleichen Argumente wie beim Fehlerbegriff nach § 459 I a.F. Siehe Erster Teil B.II.3.c)(1). Gegen das Unmittelbarkeitskriterium auch: *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 124.

¹³¹ *Looschelders*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, S. 397.

¹³² *Bamberger/Roth/Faust* § 434 Rn. 22; Systematischer Kommentar/*Malzer* Zweiter Teil § 434 Rn. 14; *Häublein* NJW 2003, 388, 390; *Maier-Reimer*, in: *Eckert/Delbrück*, S. 61, 70; *Triebel/Hölzle* BB 2002, 521, 525; *Knott* NZG 2002, 249, 251; *Dauner-Lieb/Thiessen* ZIP 2002, 108, 110; *Gruber* MDR 2002, 433, 437; *Gronstedt/Jörgens* ZIP 2002, 52, 55; wohl auch *Schubel*, in: *Schwab/Witt*, 2. Aufl., S. 168.

¹³³ Siehe Erster Teil B.II.3.c)(2).

herantretender Umstände aus dem Sachmangel beruhte auf der Erwägung, dass der Verkäufer im Allgemeinen nur die in der Sache selbst begründeten Merkmale erkennen und überschauen konnte¹³⁴.

Singer hat dazu ausgeführt, die Kaufsache müsse nicht notwendiger Bezugsgegenstand der haftungsauslösenden Umstände sein¹³⁵. Wenn doch, bestehe der notwendige Bezug der haftungsauslösenden Umstände zur Kaufsache in ihrer Kausalität für den Vertragsschluss¹³⁶. Die von der Rechtsprechung empfohlene Abgrenzung könne logisch und praktisch nicht durchgeführt werden¹³⁷. Maßstab für die Ermittlung eines Fehlers im Sinn der §§ 459 ff. a.F. könne nur noch die Parteivereinbarung sein, mit der Konsequenz, dass jede ungünstige Abweichung vom vertraglichen Leistungsprogramm an sich den §§ 459 ff. a.F. unterliege¹³⁸.

Erkannte man an, dass Umweltbeziehungen einen Sachmangel nach § 459 a.F. bilden konnten, musste auch jedes nichtkörperliche Merkmal tauglicher Gegenstand eines Sachmangels nach § 459 a.F. sein. Denn das bisherige Konzept war widersprüchlich. Einerseits sollten in der (körperlichen) Beschaffenheit wurzelnde Umweltbeziehungen Sachmängel darstellen können, andererseits sollten gänzlich außerhalb der Sache liegende Umstände keine Sachmängel sein. Der Zusammenhang zwischen körperlicher Beschaffenheit der Sache und Umweltbeziehungen ist aber wie folgt: Jede Umweltbeziehung der Sache liegt außerhalb ihrer natürlichen – respektive körperlichen Beschaffenheit – und ist damit ein äußerer Umstand. Es gibt keine Umweltbeziehung, die nicht äußerer Umstand ist. Gleichzeitig weist jeder äußere Umstand eine Beziehung zur Sache auf. Mit anderen Worten: Sache und Umwelt bilden ein Komplement. Sie sind beide aufeinander bezogen. Die Sache ist stets in ihre Umgebung eingebettet, sie befindet sich nicht im kräftefreien Raum.

¹³⁴ *Looschelders*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, S. 399.

¹³⁵ *Singer*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 381, 390.

¹³⁶ *Singer*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 381, 390. Systematischer Kommentar/*Malzer* Zweiter Teil § 434 Rn. 20 lässt jedes mit der Sache in Verbindung stehende Merkmal für Beschaffenheit zu. Insofern ist fraglich, ob es Umstände, die keine Beziehung zur Kaufsache aufweisen, überhaupt geben kann. Gleiches gilt für *Bamberger/Roth/Faust* § 434 Rn. 22 f. oder *Looschelders*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, S. 399, die irgendeine Beziehung der Umwelt zur Kaufsache ausreichen lassen.

¹³⁷ *Singer*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 381, 390.

¹³⁸ *Singer*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 381, 390.

2. Umweltbeziehungen im neuen Recht

Neben der Körperlichkeit der Kaufsache, die nach § 90 begriffsnotwendig zur Beschaffenheit der Kaufsache gehört¹³⁹, ist fraglich, ob und inwieweit nichtkörperliche Merkmale, also Umweltbeziehungen, zur Beschaffenheit nach § 434 I 1 gehören.

Das Reichsgericht hatte den Begriff der Eigenschaft im Sinn des § 77 I 4 A.L.R. mit Rücksicht auf den Grund des Gesetzes und den Sprachgebrauch des Lebens erstmals auf gewisse Umweltbeziehungen erweitert¹⁴⁰. Dementsprechend muss auch nach der Schuldrechtsreform der Inhalt von Beschaffenheit mit den anerkannten Auslegungsmethoden ergründet werden.

a) Entstehungsgeschichte

Die Regierungsbegründung hat ausdrücklich offen gelassen, ob für die Beschaffenheit im Sinn des § 434 I 1 auch Umstände relevant sein können, die außerhalb der Sache selbst liegen¹⁴¹. Deshalb ergeben sich aus der Genese des Gesetzes keine verwertbaren Anhaltspunkte für die Frage, ob Umweltbeziehungen zur Beschaffenheit zählen.

b) Sinn und Zweck

(1) *Qualifizierter Bezug*

In der Literatur zum neuen Schuldrecht wird teilweise ein qualifizierter Zusammenhang zwischen Kaufsache und Beschaffenheit gefordert¹⁴². Erst das Kriterium eines spezifischen Zusammenhangs mit der Kaufsache rechtfertigt in wertungsmäßig überzeugender Weise eine Erfüllungshaftung für Angaben und typische Erwartun-

¹³⁹ Systematischer Kommentar/Malzer Zweiter Teil § 434 Rn. 12; im Ergebnis auch: *Graf von Westphalen*, in: *Henssler/Graf von Westphalen*, 2. Aufl., § 434 Rn. 11; *Oetker/Maultzsch*, S. 38.

¹⁴⁰ RG JW 1885, 241, 246 f.

¹⁴¹ BT-Drucks. 14/6040, S. 213.

¹⁴² *Maier-Reimer*, in: *Eckert/Delbrück*, S. 61, 70: „spezifischer Bezug zwischen Unternehmen und Beschaffenheitsmerkmal“; *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 124; *Graf von Westphalen*, in: *Henssler/Graf von Westphalen*, § 434 Rn. 15 „unmittelbare Beziehung“, anders *Graf von Westphalen*, in: *Henssler/Graf von Westphalen*, 2. Aufl., § 434 Rn. 15, wo die Sicherung des Äquivalenzverhältnisses betont wird. Gegen einen qualifizierten Zusammenhang: *Bamberger/Roth/Faust* § 434 Rn. 27; Systematischer Kommentar/Malzer Zweiter Teil § 434 Rn. 20.

gen, wie sie in § 434 I 1 verankert sei¹⁴³. Dieser spezifische Zusammenhang werde vom Beschaffenheitskriterium aufgegriffen¹⁴⁴.

Ob die (körperliche¹⁴⁵) Beschaffenheit der Kaufsache typischerweise das zentrale Entscheidungskriterium für den Abschluss eines Kaufvertrags ist¹⁴⁶, lässt sich in dieser Allgemeinheit nicht sagen. Die körperliche Beschaffenheit der Kaufsache kann eine wesentliche Grundlage für den Kaufvertrag bilden. Dies entspricht schon der Definition der Sache als körperlicher Gegenstand im Sinn des § 90. Auf den Punkt gebracht: Ohne Kaufsache gibt es keinen Sachkauf. Fraglich ist nur, ob die körperliche Beschaffenheit die alleinige Grundlage für den Sachkaufvertrag bildet bzw. bilden kann. Das ist zu verneinen. Die von den Parteien geäußerten Vorstellungen über die Sachbeschaffenheit (im Sinne von sachlicher = körperlicher Beschaffenheit) können den wirtschaftlichen Zweck des Rechtsgeschäfts prägen¹⁴⁷, müssen ihn aber nicht erschöpfen. Die Parteien können durchaus mit dem Kauf der Sache wirtschaftliche Ziele verfolgen, die nicht durch die körperliche Beschaffenheit der Sache bedingt sind. Sicher ist auch richtig, dass bei Gattungskäufen ohne eine Festlegung der Sollbeschaffenheit eine Bestimmung der erfüllungstauglichen Sache nicht möglich ist¹⁴⁸. Nur: Was sagt das darüber aus, wie Beschaffenheit zu verstehen ist? Nichts. Genauso wie beim Gattungskauf muss auch beim Stückkauf¹⁴⁹ die Sollbeschaffenheit festgelegt sein.

Die Ausführung, die Leistung des Verkäufers sei durch die bloße Lieferung der Kaufsache nur unvollständig beschrieben¹⁵⁰, kann zweierlei bedeuten. Erstens, dem Käufer ist nicht nur an der Übertragung des formellen Rechts Eigentum gelegen. Der Käufer einer Sache wird stets den Kaufpreis nicht nur für die „Hülse“ Eigentum aufwenden, sondern er erwartet darüber hinaus eine gewisse Qualität der Kaufsache. Wenn der Käufer stets nur eine Änderung der bloßen Eigentumsverhältnisse erreichen wollte, müssten alle Kaufsachen den gleichen Preis erzielen. Für den Käufer würde es keinen Unterschied machen, ob die Kaufsache in einem Bleistift, einem

¹⁴³ Grigoleit/Herresthal JZ 2003, 118, 124.

¹⁴⁴ Grigoleit/Herresthal JZ 2003, 118, 124.

¹⁴⁵ Wenn man Beschaffenheit hier nicht auf Körperlichkeit beschränkt versteht, bleibt der zu klärende Begriff offen, sodass keine Erkenntnis gewonnen werden kann.

¹⁴⁶ Grigoleit/Herresthal JZ 2003, 118, 124.

¹⁴⁷ Grigoleit/Herresthal JZ 2003, 118, 121.

¹⁴⁸ Grigoleit/Herresthal JZ 2003, 118, 121.

¹⁴⁹ Zur Abgrenzung von Stückkauf und Gattungskauf siehe Dritter Teil B.

¹⁵⁰ Grigoleit/Herresthal JZ 2003, 118, 121.

PKW oder dem Grundstück in bester Innenstadtlage besteht. Stets würde Eigentum im Sinn des § 903 in Vollzug des Kaufvertrags übertragen. Der Kauf einer Sache stellt für den Käufer aber keinen Selbstzweck dar. Er kann genauso gut auf das Vorliegen von körperlichen wie nichtkörperlichen Merkmalen Wert legen. Beim Kauf einer Sache projizieren die Parteien die nichtkörperlichen Merkmale in deren körperliche Beschaffenheit. Die Sache bildet das Substrat für die nichtkörperlichen Merkmale. Ohne Kaufsache kein Sachkauf. In der Tat erwartet und erhält der Käufer ein Bündel an Eigenschaften, das durch die Kaufsache verkörpert wird¹⁵¹. Aber diese Verkörperung der Eigenschaften in der Sache hat nicht die wichtige Funktion, objektiv-vertragswesentliche Erwartungen von lediglich subjektiven Motiven abzugrenzen¹⁵². Die Abgrenzung objektiv-vertragswesentlicher Erwartungen von nur subjektiv erheblichen Motiven übernimmt der Vertrag selbst. Das ist beim Kaufvertrag nicht anders als bei anderen Verträgen. Was vereinbart ist, ist für beide Parteien wesentlich und was nicht vereinbart ist, ist nur subjektiv für die jeweilige Partei erheblich. Wer entscheidet, wo die Grenze für die Sachmängelhaftung verläuft? Soll das diffusen Abgrenzungskriterien wie z.B. dem „spezifischen Bezug“ oder den Parteien lieber selbst überlassen werden?

Die Aussage, dass die Leistung des Verkäufers sich nicht in der bloßen Lieferung der Kaufsache erschöpfe, kann auch in einem zweiten Sinn verstanden werden. Wenn man unter der Lieferung der Kaufsache mehr als die Übertragung des Eigentums an der Sache und der Summe ihrer körperlichen Merkmale versteht, ist in der Leistung des Verkäufers die Verschaffung von nichtkörperlichen Merkmalen enthalten. Warum die nichtkörperlichen Merkmale aber einen spezifischen Bezug zur Kaufsache aufweisen müssen, bleibt unklar. Insofern wäre diese Aussage kein Argument für das Erfordernis des spezifischen Bezugs des Umstands zur Kaufsache.

Grigoleit/Herresthal führen weiter an, die fundamentale Bedeutung der Sachbeschaffenheit erkläre noch nicht die spezifische Verantwortlichkeit des Verkäufers für Beschaffenheitsabweichungen¹⁵³. Die Parteien könnten mit Selbstverständlichkeit auch ohne besondere gesetzliche Regeln die Leistungspflicht des Verkäufers über bestimmte Beschaffenheitsmerkmale der Kaufsache konkretisieren und damit die An-

¹⁵¹ *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 121.

¹⁵² A.A. *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 121.

¹⁵³ *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 121.

wendung des Leistungsstörungsrechts bei einer Beschaffenheitsabweichung ablösen¹⁵⁴. Damit ist die Frage angesprochen, warum es überhaupt Sonderregelungen für die Kaufmängelgewährleistung gibt. Soweit die §§ 434 ff. auf das allgemeine Leistungsstörungsrecht verweisen, erübrigt sich eine Beantwortung. Insoweit bestehen keine Unterschiede. In Bereichen, in denen die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zwingende Vorgaben enthält, ist die Antwort auch klar. Der Gesetzgeber musste diese Vorgaben umsetzen. Wollte er die Vorgaben nicht sogar in das allgemeine Leistungsstörungsrecht integrieren, musste er Sonderregelungen für den Kauf schaffen. Soweit er die Vorgaben auch für Nichtverbrauchsgüterkäufe übernommen hat oder die besonderen Regelungen nicht auf der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gründen, beruht das auf seiner autonomen Entscheidung¹⁵⁵.

In materialer Hinsicht sehen *Grigoleit/Herresthal* einen Grund für die spezifische Verantwortlichkeit des Verkäufers darin, dass er aufgrund seiner Produktions-, Beschaffungs- oder Sachherrschaft bei typisierender Betrachtung einen erheblichen Kontroll- bzw. Informationsvorsprung in Bezug auf die Beschaffenheit des Kaufgegenstandes habe (Kontrollgedanke). Dieser Kontroll- bzw. Informationsvorsprung des Verkäufers stehe wiederum in spezifischem Zusammenhang zur Körperlichkeit der Sache. Denn die physische Beherrschung bzw. Beherrschbarkeit der Sache vermittele eine besonders verlässliche Kontroll- bzw. Informationsmöglichkeit¹⁵⁶. Damit nehmen *Grigoleit/Herresthal* inhaltlich Bezug auf die Argumentation für den Ausschluss äußerer Umstände aus § 459 a.F.

Sicher ist zuzugeben, dass die Beherrschung der Kaufsache bereits vor Kaufvertragsschluss den Verkäufer in die Lage versetzt, die Sache zu kontrollieren und sich über sie zu informieren. Was der Verkäufer erkennen und überschauen konnte, kann für den Eintritt der kaufrechtlichen Gewährleistungshaftung¹⁵⁷ aber kein Kriterium sein. Sonst wäre auch nicht erklärbar, warum Kaufverträge über noch herzustellende Sachen wirksam abgeschlossen werden können¹⁵⁸. Denn hier kann der Verkäufer die in der Sache selbst angelegten Merkmale von vornherein nicht erkennen und über-

¹⁵⁴ *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 121.

¹⁵⁵ Siehe Erster Teil B.II.3.c)(2).

¹⁵⁶ *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 121.

¹⁵⁷ Zu den verschiedenen Bedeutungen des Haftungsbegriffs: *Gernhuber*, Schuldverhältnis, S. 64 f. Hier wird Gewährleistungshaftung in dem Sinne verstanden, dass der Schuldner für sein vertragliches Versprechen einstehen muss.

¹⁵⁸ So z.B. *Brox/Walker*, BT, § 1 Rn. 5; *Gursky*, SchR BT, S. 5 f.; *Schlechtriem*, SchR BT, S. 8 f.

schauen, weil die Sache noch nicht existiert. Für den Käufer ist entscheidend, dass der Verkäufer seinen im Kaufvertrag übernommenen Pflichten nachkommt. Dem Käufer geht es nicht anders als jeder Partei, die sich auf die Vertragstreue ihres Vertragspartners verlässt: *Pacta sunt servanda*. Es spielt allein für den Verkäufer eine Rolle, inwieweit er seine Leistungsfähigkeit vor Vertragsschluss überprüft. Ist er sich nicht sicher, darf er eine entsprechende Verpflichtung nicht eingehen oder muss das Risiko der Nichterfüllung mit ihren Konsequenzen tragen. Vor diese Wahl gestellt sieht sich jede Partei bei Vertragsschluss. Das ist keine Besonderheit des Kaufvertrags. Bietet die physische Beherrschung der Sache eine besonders verlässliche Kontroll- bzw. Informationsmöglichkeit, darf der Verkäufer im Zweifel eben nur solche körperlichen Merkmale der Sache versprechen, bei denen er sich sicher ist, dass er sie einlösen kann. Das sagt doch aber nichts darüber aus, dass er nicht auch unkörperliche Merkmale kaufvertraglich versprechen kann.

Der Kontroll- oder Informationsvorsprung des Verkäufers ist damit kein Argument für das Erfordernis eines spezifischen Bezugs eines Umstandes zur Kaufsache. Es handelt es sich um eine objektive Einschränkung des Mangelbegriffs, wohingegen die Vereinbarung primär die Risiken zwischen den Parteien verteilt.

Als drittes Wertungskriterium führen *Grigoleit/Herresthal* schließlich den Gedanken der Vereinfachung an¹⁵⁹. Die Regelung des Sachmangels orientiere sich vor allem an massenhaft getätigten Warenumsätzen. Für diese sei ein geringes Maß an individuellen vertraglichen Abreden kennzeichnend. Daraus resultiere ein besonderes Bedürfnis, die typischen Parteierwartungen gesetzlich im Vertrag zu verankern und damit den Vertragsschluss zu vereinfachen. Gleichzeitig sei beim Warenkauf eine Typisierung der Parteierwartungen auf einer verhältnismäßig sicheren Basis möglich. Denn die Kaufsache bilde einen klaren Bezugspunkt für die Verkehrserwartung und deren wirklichkeitsnahe Rekonstruktion¹⁶⁰.

Der Gedanke der Vereinfachung ist nur bei dispositivem Gesetzesrecht von Belang. Ist es Aufgabe des dispositiven Gesetzesrechts, in Ermangelung von Vereinbarungen den typischen Willen der Parteien zu rekonstruieren¹⁶¹, so wird es doch durch

¹⁵⁹ *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 121.

¹⁶⁰ *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 121.

¹⁶¹ *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 121.

Vereinbarungen verdrängt. Soweit die Parteien privatautonom Vereinbarungen – ausdrücklich oder konkludent – schließen, besteht kein Bedürfnis, diese mit dispositivem Gesetzesrecht aufzufüllen. Für eine Typisierung ergo Vereinfachung ist dort kein Platz, wo die Parteien selbst ihre Beziehung gestalten. Wenn auch beim Warenkauf überwiegend nur wenige individuelle Abreden getroffen werden¹⁶², ist dies kein Argument für eine Vereinfachung soweit individuelle Abreden getroffen werden. Das ist bei § 434 I 1 aber immer der Fall. Soweit die Parteien eindeutige individuelle Vereinbarungen treffen, besteht weder eine Veranlassung noch eine Möglichkeit, Verkehrserwartungen und deren wirklichkeitsnahe Rekonstruktion in Betracht zu ziehen. Der übereinstimmende Parteiwille muss dann respektiert werden. Deshalb kann der Vereinfachungsgedanke kein Argument im Rahmen des § 434 I 1 dafür sein, dass die Beschaffenheit zumindest einen spezifischen Bezug zur Kaufsache aufweisen müsse.

Der Einschluss von Umweltbeziehungen in die Beschaffenheit ist eine geradezu zwangsläufige Konsequenz des subjektiven Fehlerbegriffs¹⁶³. Ferner ist der subjektive Fehlerbegriff ausschlaggebend dafür, dass die Umweltbeziehungen nicht qualifiziert mit der Kaufsache in Verbindung stehen müssen¹⁶⁴. Jedem Versuch, die Sache selbst und ihre körperlichen Beschaffenheitsmerkmale zur Begrenzung heranzuziehen, wohnt ein objektives Element inne¹⁶⁵. Abgrenzungsmaßstab ist allein die Parteivereinbarung¹⁶⁶. Jeder subjektive Fehlerbegriff, der objektive Beschränkungen behält, bleibt auf halbem Wege stehen. Für den subjektiven Beschaffenheitsbegriff ist notwendig und ausreichend, dass die Leistung des Verkäufers im Hinblick auf ihren tatsächlichen, rechtlichen, wirtschaftlichen oder sonstigen Erfolg nicht der vertraglichen geschuldeten Leistung entspricht. Der Sachmangel stellt sich damit allgemein ausgedrückt als Erfüllungs- oder Leistungsmangel dar.

(2) Äquivalenzinteresse

¹⁶² Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 213.

¹⁶³ Zur Parallele im alten Recht: *Singer*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 381, 390; *Esser/Weyers*, SchR BT II/1, § 5 II 1 b; MünchKommBGB/*Westermann* § 459 Rn. 18.

¹⁶⁴ Systematischer Kommentar/*Malzer* Zweiter Teil § 434 Rn. 15.

¹⁶⁵ *Singer*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 381, 394.

¹⁶⁶ *Singer*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 381, 394; Systematischer Kommentar/*Malzer* Zweiter Teil § 434 Rn. 16.

Wenn die Wertungen, die hinter den Begriffen stehen, entscheidend sein sollen¹⁶⁷, darf ein qualifizierter Bezug des in Rede stehenden Umstandes zur Kaufsache kein Kriterium sein¹⁶⁸. Ratio legis des § 433 I 2 und damit auch des § 434 I 1 ist die Sicherung des Äquivalenzverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung der Parteien¹⁶⁹. Die Parteien verhandeln über Leistungen und Gegenleistungen. Mit dem und durch den Vertragsschluss wird das Äquivalenzverhältnis festgelegt. Dabei wird nicht für jede einzelne Leistung die entsprechende Gegenleistung festgesetzt und anschließend einfach die Einzelleistungen und Gegenleistungen addiert, sondern die einzelnen Leistungen und Gegenleistungen beeinflussen sich untereinander, wechselseitig und gegenseitig und sind deshalb untrennbar miteinander verwoben. Das Ganze entspricht hier nie der Summe der einzelnen Teile. Warum dann beispielsweise steuerliche Aspekte der Transaktion nicht in die Mängelgewährleistung fallen sollen¹⁷⁰, ist unerfindlich. Die These, in der Regel liege keine Beschaffenheitsangabe des Verkäufers vor, wenn dieser unzutreffend behaupte, mit dem von ihm vertriebenen Produkt seien bestimmte Steuervorteile verbunden¹⁷¹, lässt sich nicht halten. Es kommt vielmehr darauf an, ob der Verkäufer die Gewähr und damit das Risiko übernommen hat, das vertriebene Produkt weise bestimmte Steuervorteile auf. Das ist der Fall, soweit die steuerlichen Vorteile in die Vereinbarung aufgenommen worden sind. In diesem Fall bezahlt der Käufer den Kaufpreis für das Produkt auch, um die steuerlichen Vorteile zu erhalten. Der Verkäufer erhält den Kaufpreis nicht nur für das Produkt, sondern auch, weil er versprochen hat, das Produkt habe bestimmte steuerliche Vorteile. Ob der Verkäufer dies verspricht, ist Frage des individuellen Vertrags und damit des Einzelfalls. Eine Aufteilung nach Grundsatz und Ausnahme lässt sich damit nicht vereinbaren.

Ferner wird behauptet, der Hinweis auf den Steuervorteil ändere grundsätzlich nichts an den Erwartungen des Käufers hinsichtlich der physischen Beschaffenheit der Sache¹⁷². Insoweit eine unverbindliche Angabe hinsichtlich des Steuervorteils nie etwas an den Erwartungen an die körperliche Beschaffenheit der Sache ändern kann,

¹⁶⁷ *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 121.

¹⁶⁸ Im Ergebnis auch *Barnert* WM 2003, 416, 418 f., der den Wegfall des § 306 a.F. als Argument anführt, dass die Beschaffenheitsvereinbarung keine enge Verbindung zwischen Kaufgegenstand und Umstandsabweichung aufweisen muss.

¹⁶⁹ *Wolf/Kaiser* DB 2002, 411, 412, 416; *Gronstedt/Jörgens* ZIP 2002, 52, 54; *Tröger* ZEuP 2003, 525, 530.

¹⁷⁰ *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 123.

¹⁷¹ *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 124.

¹⁷² *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 124.

ist dem vorbehaltlos zuzustimmen. Ob eine Angabe des Verkäufers für eine Einbeziehung in den Vertrag ausreicht, ist eine Frage des Vertragsschlusses und der Auslegung des Vertragsinhaltes¹⁷³. Ist der Steuervorteil in die Vereinbarung inkorporiert, kann sich an der Erwartung hinsichtlich des körperlichen Zustandes der Kaufsache etwas ändern, das Äquivalenzverhältnis ändert sich auf jeden Fall. Das Äquivalenzverhältnis setzt sich dann aus dem körperlichen Zustand der Sache und dem Steuervorteil selbst zusammen, dem der gemeinsam verhandelte Kaufpreis gegenübersteht. Der Verkäufer kann seiner Pflicht zur Verschaffung des Steuervorteils, soweit dieser einen bestimmten physischen Zustand der Kaufsache voraussetzt, natürlich nur nachkommen, wenn die Sache insoweit der erforderlichen Körperlichkeit entspricht. Insofern kann man daran denken, die Vereinbarung des Steuervorteils notwendig auf die vereinbarte körperliche Beschaffenheit rückzukoppeln¹⁷⁴. Vereinbart ist eine körperliche Beschaffenheit, die den avisierten Steuervorteil ermöglicht. Oder man lässt die körperliche Beschaffenheit und den Steuervorteil nebeneinander stehen. Geschuldet wird eine definierte körperliche Beschaffenheit sowie der Steuervorteil. Die mit dem Kauf verbundene (nicht ausdrücklich oder konkludent geäußerte) Erwartung des Käufers, einen bestimmten Steuervorteil zu erhalten, begründet nie eine Beschaffenheitsvereinbarung¹⁷⁵, weil dann keine Vereinbarung, sondern nur ein im Rahmen des Gewährleistungsrechts unerhebliches subjektives Motiv vorliegt.

Nach dem Gesagten begegnet auch die Linie des BGH, die Zusicherungsfähigkeit von Steuervorteilen davon abhängig zu machen, ob die betreffende Steuererleichterung an das Objekt selbst oder an persönliche Voraussetzungen des Erwerbers anknüpft¹⁷⁶, durchgreifenden Bedenken. In beiden Fällen sind die durch die verbindlichen Versprechungen des Verkäufers hervorgerufenen Erwartungen des Käufers in Bezug auf den wirtschaftlichen Nutzen und den Vertragszweck enttäuscht worden¹⁷⁷. Das Äquivalenzinteresse des Käufers ist in beiden Fällen in gleicher Art und Weise gestört. Wenn beim Erwerb von Wohnungseigentum die nicht nur in Aussicht gestellte, sondern verbindlich zugesagte, an Umstände in der Person des Erwerbers anknüpfende Steuerabschreibung nicht zutrifft, hat der Käufer nicht das erhalten, was ihm im Kaufvertrag versprochen wurde und wofür er den Kaufpreis

¹⁷³ Siehe Erster Teil B.V.1.

¹⁷⁴ Ähnlich *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 124.

¹⁷⁵ Ähnlich *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 124.

¹⁷⁶ BGH WM 1990, 1210, 1211; BGHZ 114, 263, 267 f.

¹⁷⁷ *Singer*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 381, 388.

gezahlt hat. Weil und wenn diese Steuervorteile durch den Erwerb der Sache erzielt werden sollten, hat der Käufer den Kaufvertrag geschlossen und sich zur Kaufpreiszahlung in einer bestimmten Höhe verpflichtet. Der Verkäufer wiederum erhält den Kaufpreis in der vereinbarten Höhe nur, weil und wenn er auch für die Erzielung der Steuervorteile Gewähr bietet. Die körperliche Beschaffenheit der Kaufsache wird bei steuerlich motivierten Kaufverträgen regelmäßig in den Hintergrund treten. Dem Großteil der Erwerber von nicht selbst genutzten Immobilien in der ehemaligen DDR beispielsweise dürfte es im Zweifel egal gewesen sein, ob das Objekt mit beispielsweise Kunststoff- oder Holzfenstern ausgestattet war. Viel wichtiger waren den Erwerbern neben den zu erwartenden Mieteinnahmen die großzügigen steuerlichen Sonderabschreibungen. Niemand wird ernsthaft bestreiten wollen, dass die Erwerber die Kaufpreise auch bezahlt haben, um in den Genuss der steuerlichen Abschreibungsmöglichkeiten zu kommen. Die steuerliche Gestaltung kann damit Bestandteil des Äquivalenzverhältnisses sein. Sind sich die Parteien einig, dass durch den Kauf beim Verkäufer oder Käufer steuerliche Effekte erzielt werden, wirkt sich das automatisch auf das Äquivalenzverhältnis aus. Die Steuerbelastung oder -entlastung ist Bestandteil der Verteilungsmasse zwischen den Parteien. Der Verkäufer, dessen Käufer den Steuervorteil erzielt, wird mit Hinweis darauf versuchen, einen höheren Kaufpreis durchzusetzen und so am Steuervorteil zu partizipieren. Sind beispielsweise mit dem Kauf eines Neuwagens bestimmte Befreiungen bei der Kfz-Steuer verbunden, stärkt dies die Verhandlungsposition des Verkäufers. Die in der Zukunft liegende Ersparnis der Kfz-Steuer entlastet das Budget des Käufers, abgezinst auf den Zahlungszeitpunkt. Dieser ist umso eher geneigt, einen höheren Kaufpreis zu bezahlen, als in Zukunft keine weiteren Aufwendungen mehr auf ihn zukommen.

Das Äquivalenzkriterium bietet sich auch für weitere Zweifelsfälle als Mittel zur Entscheidungsfindung an. Ist eine Immobilie verkauft, die eine ungestörte Nachtruhe gewährleisten soll, liegt ein Verstoß gegen die Beschaffenheitsvereinbarung sowohl vor, wenn das Haus hellhörig ist, als auch wenn die Nachtruhe infolge schikanösen Störens durch die Nachbarn unterbrochen wird¹⁷⁸. In beiden Fällen hat der Käufer den Kaufpreis für ein ruhiges Haus bezahlt und dieses, aus welchen Gründen auch immer – sei es aufgrund der baulichen Konstruktion oder des Störverhaltens der Nachbarn – nicht erhalten. Ist das Grundstück als erschlossen verkauft und die

¹⁷⁸ A.A. bisher BGH NJW 1991, 1673, 1675.

ergangenen Bescheide als bezahlt deklariert¹⁷⁹, werden diese Faktoren bereits bei der Bestimmung des Kaufpreises und damit beim Äquivalenzverhältnis berücksichtigt. Auch wer begrifflich-sprachlich Mühe hat, geliefertes Haifischfleisch als mangelhaftes Walfleisch¹⁸⁰ einzuordnen oder äußerlich einwandfreie Gemälde eines weniger berühmten Künstlers als mangelhafte Werke des berühmten Malers Jacob Jsaaksohn van Ruisdael¹⁸¹ anzusehen, wird zugeben müssen, dass der Käufer in beiden Fällen nicht das bekommen hat, wofür er den Kaufpreis gezahlt hat. Im einen Fall Walfleisch, im anderen Jacob Jsaaksohn van Ruisdael als Maler des Bildes. Ist eine Sologeige versprochen und wird eine gewöhnliche Orchestergeige geliefert¹⁸², hat der Käufer nicht das erhalten, was ihm zugesagt wurde und wofür er bezahlt hat. Wurde die Unbebaubarkeit des Nachbarstückes vereinbart und ist es gleichwohl bebaubar¹⁸³, hat der Käufer nicht das erhalten, wofür er den Kaufpreis gezahlt hat. Über die Produktionseinstellung eines bestimmten Fahrzeugtyps kann eine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen werden. Ist der neue PKW als Vorgängermodell verkauft, begründet die Produktionseinstellung keinen Sachmangel. Ist der PKW als aktuelles Modell verkauft, liegt ein Sachmangel vor, wenn die Produktion bei Gefahrübergang eingestellt war. Ist das Grundstück als Ufergrundstück verkauft und grenzt nicht direkt an den See an¹⁸⁴, wird der durch den Kaufvertrag intendierte Austauschzweck nicht erreicht. Sind die gelieferten Wellstegträger nicht – wie bestellt – 40 cm, sondern nur 32 cm lang¹⁸⁵, liegt ein Verstoß gegen die Beschaffenheitsvereinbarung vor.

c) Wortlaut

Der Wortlaut von Beschaffenheit lässt keine Beschränkung auf körperliche Merkmale erkennen¹⁸⁶. Beschaffenheit ist nicht auf Körperlichkeit festgelegt. Ebenso wie eine Sache kann auch ein Recht als unkörperlicher Gegenstand eine Beschaffenheit aufweisen. Die Beschaffenheit eines Gegenstandes kennzeichnet diesen und grenzt

¹⁷⁹ A.A. BGH NJW 1990, 1659, 1660; NJW-RR 1994, 76, 77.

¹⁸⁰ RGZ 99, 147 ff.

¹⁸¹ RGZ 135, 340 ff.

¹⁸² RGZ 97, 351 ff.

¹⁸³ RGZ 161, 330 ff.; BGH WM 1971, 1382 f.

¹⁸⁴ BGHZ 60, 319 ff.

¹⁸⁵ BGH WM 1975, 562 ff.

¹⁸⁶ Nach Systematischer Kommentar/Malzer Zweiter Teil § 434 Rn. 19 soll eine „Reibung“ mit § 90 zugunsten der Rechtsklarheit und Stimmigkeit des Mangelbegriffs hingenommen werden. Gegen begriffliche Ableitungen aus dem Wortlaut: Gruber MDR 2002, 433, 435.

ihn von anderen ab. Der Begriff der Beschaffenheit ist also bedeutungsoffen. Unter ihn lassen sich körperliche wie nichtkörperliche Merkmale einer Sache subsumieren. Die Offenheit des Beschaffenheitsbegriffs wird auch durch die Vielzahl der Begriffe, die für seine Definition verwendet werden, dokumentiert. Beschaffenheit wird wahlweise ausgedrückt als Eigenschaft, Faktor, Umstand, Merkmal, Verhältnis, Zustand, Tatumstand, Kennzeichen, Begebenheit. Diese Begriffe sind vage und konturenlos. Oft genug erfolgt auch eine Umkehrung, also dass beispielsweise Eigenschaft als Beschaffenheit bezeichnet wird¹⁸⁷.

Gegen den uneingeschränkt subjektiven Beschaffenheitsbegriff wird vorgebracht, dieser sei mit dem Wortlaut des § 434 I 1 unvereinbar, da Beschaffenheit auf einen spezifischen Zusammenhang zwischen dem mangelbegründenden Umstand und der Sache hindeute¹⁸⁸.

Dem ist entgegenzuhalten, dass § 434 I 1 selbstverständlich einen Bezug zur Kaufsache enthalten muss. Schließlich regelt er einen Ausschnitt des Kaufs von Sachen. Außerdem liegt dieser Bezug zur Sache bei jedem Sachkauf vor, da der Kauf der Sache *conditio sine qua non* für alle Vereinbarungen im Rahmen des Sachkaufvertrags ist¹⁸⁹. Warum Beschaffenheit auf einen spezifischen oder qualifizierten Zusammenhang zwischen dem Umstand und der Sache deuten soll, bleibt offen. Hinzu kommt, dass das Wortlautargument durch die Gesetzesmaterialien weitgehend entkräftet ist¹⁹⁰. Der Gesetzgeber hat zum Ausdruck gebracht, dass bei der Auslegung des § 434 I 1 im Zweifel auf den Wortlaut kein gesteigerter Wert gelegt werden soll. Ferner widersprechen sich *Grigoleit/Herresthal* insofern, als sie bei der Beschaffenheit eine begriffliche Ableitung vornehmen¹⁹¹, aber bei der Einordnung von äußeren Umständen konstatieren, die begriffliche Definition könne für die Behandlung von Grenzfällen nicht ausschlaggebend sein¹⁹².

d) Systematik

¹⁸⁷ Der große Duden definiert z.B. das Wort Eigenschaft u.a. als „kennzeichnende, charakteristische (Teil)Beschaffenheit“.

¹⁸⁸ *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 123.

¹⁸⁹ Siehe Erster Teil B.IV.1.

¹⁹⁰ BT-Drucks. 14/6040, S. 213.

¹⁹¹ *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 123 f.

¹⁹² *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 124.

Für den uneingeschränkt subjektiven Beschaffenheitsbegriff spricht ferner dessen bessere Vereinbarkeit für Rechtskäufe und sonstige Kaufgegenstände im Sinn des § 453¹⁹³. Wenn Beschaffenheit bei einer Sache als Kaufgegenstand in irgendeiner Form an deren Körperlichkeit angebunden würde, stellte sich immer das Problem, wie der Beschaffenheitsbegriff für nichtkörperliche Kaufgegenstände zu verstehen wäre¹⁹⁴. Eine Übernahme der Definition für den Sachkauf mit Bezug zur Körperlichkeit schiebe für diese Kaufgegenstände aus, weil sie diesen körperlichen Bezug naturgegeben nicht aufweisen. Gleichwohl muss auch der Begriff der Beschaffenheit für diese Kaufgegenstände in einer sachgemäßen¹⁹⁵ Weise verstanden werden¹⁹⁶. Methodisch ließe sich das zwar auch über die von § 453 vorgegebene entsprechende Anwendung des § 434 bewerkstelligen¹⁹⁷. Für die unterschiedlichen Kaufgegenstände würde das aber zu einem unterschiedlichen Verständnis des Beschaffenheitsbegriffs führen. Der uneingeschränkt subjektive Beschaffenheitsbegriff vermeidet eine Aufspaltung des Beschaffenheitsbegriffs nach § 434 I 1 in verschiedene Bedeutungen je nach Kaufgegenstand schon im Ansatz und bietet mit seiner Ausrichtung auf den Äquivalenzgedanken ein überzeugendes Kriterium für alle Kaufgegenstände. Die Brücke, die der § 453 mit der Möglichkeit der entsprechenden Anwendung bietet, muss nicht belastet werden. Der uneingeschränkt subjektive Beschaffenheitsbegriff ist letztlich die Konsequenz des gesetzgeberischen Anspruchs, mit den §§ 433 ff. ein tragfähiges System für alle Kaufgegenstände bereitzustellen. Der historische Gesetzgeber hatte sich in § 433 a.F. noch auf Sachen und Rechte als ausdrückliche Kaufgegenstände beschränkt: „Theoretisch sei es richtig, daß auch andere Werthe als Sachen und Rechte Gegenstand eines Kaufs sein können. Die Fassung des Entw. schließe dies aber nicht aus. Für solche Fälle habe der Entw. sich einer besonderen Vorschrift enthalten, weil dasjenige, was in denselben dem Verkäufer obliege, sich aus dem Inhalt des Vertrags unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und allenfalls der Verkehrssitte von selbst ergebe. Es empfehle sich im Interesse der Klarheit, an einer konkreten Gestaltung der Vorschrift festzuhalten und nicht für alle denkbaren Geschäfte, sondern nur für diejenigen Geschäfte Fürsorge zu treffen, de-

¹⁹³ *Wolf/Kaiser* DB 2002, 411, 412; ähnlich *Maier-Reimer*, in: *Eckert/Delbrück*, S. 61, 97, wonach durch § 453 eine Anpassung des Begriffs der Beschaffenheit ermöglicht, wenn nicht sogar erzwungen wird.

¹⁹⁴ *Looschelders*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, S. 400.

¹⁹⁵ Hier im Sinne einer inhaltlich angemessenen Weise.

¹⁹⁶ *Maier-Reimer*, in: *Eckert/Delbrück*, S. 61, 69; *Looschelders*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, S. 400; *Huber*, in: *Huber/Faust* Rn. 16/8.

¹⁹⁷ *Looschelders*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, S. 400.

ren Ordnung der Verkehr erfordere.“¹⁹⁸ Klarheit und Übersichtlichkeit führt auch der moderne Gesetzgeber dafür an, dass die §§ 433 ff. zunächst ausschließlich den Sachkauf regeln¹⁹⁹. Mit dem § 453 steht jetzt aber eine solche besondere Vorschrift zur Verfügung, die alle denkbaren Kaufgegenstände als Auffangnorm erfasst. Gleichzeitig ist inhaltlich durch die Anordnung der entsprechenden Anwendung der §§ 433 ff. alles und nichts entschieden. Wenn die §§ 433 ff. für alle Gegenstände möglichst unterschiedslos gelten sollen, bedingt dies eine Abstrahierung gegenüber dem Sachkauf. Die Regelungen über den Sachkauf müssen dann so abstrakt verstanden werden, damit sie für sämtliche Kaufgegenstände passen. Anderenfalls werden den Nichtsachengegenständen die Regelungen über den Sachkauf übergestülpt, ohne Rücksicht auf deren Eigenheiten zu nehmen. Wenn die §§ 433 ff. umgekehrt zunächst spezifisch auf den Sachkauf ausgerichtet verstanden würden, müssten die für den Sachkauf maßgebenden Charakteristika durch die entsprechende Anwendung für andere Kaufgegenstände handhabbar gemacht und damit aufgelöst werden. Mit dem Federstrich der Anordnung der entsprechenden Anwendung hätte der Gesetzgeber sämtliche Probleme zwar formal elegant gelöst, indem man jede Zweifelsfrage dahingehend beantworten kann, dass sich die Lösung aus der entsprechenden Anwendung der §§ 433 ff. ergebe. Die Schwierigkeiten folgen aber auf dem Fuß, weil offen ist, wie die entsprechende Anwendung im konkreten Fall aussehen soll²⁰⁰. Nicht ohne Grund ist bereits ein Streit entbrannt, wie § 434 für den Rechtskauf zu verstehen ist²⁰¹. Wenn die Anordnung der entsprechenden Anwendung nicht zur billigen Münze verkommen soll, empfiehlt es sich, bereits die Regelungen über den Sachkauf möglichst homogen für alle Kaufgegenstände zu verstehen²⁰². Wenn dadurch eine höhere Abstraktion nötig wird, als es für den Sachkauf allein erforderlich gewesen wäre, lässt sich einwenden, dadurch würde die Schwierigkeit der Entscheidung im konkreten Fall von der entsprechenden Anwendung im Sinn des § 453 in die dann abstrakteren Definitionen bei den §§ 433 ff. verlagert. Das ist völlig richtig,

¹⁹⁸ Prot. II, S. 51.

¹⁹⁹ BT-Drucks. 14/6040, S. 242.

²⁰⁰ Kritisch auch *Wälzholz*, DSStR 2002, 500, 500; *Schellhammer* MDR 2002, 485, 487 zum gesetzgeberischen Ansatz, den Rechtskauf nur in § 453 zu regeln.

²⁰¹ Gegen Sachmängelhaftung beim Nichtsachkauf: *Grunewald* NZG 2003, 372, 373; *Huber* AcP 202 (2002), 179, 229; *Weitnauer* NJW 2002, 2511, 2514 f.; *Büdenbender*, in: *AnwKomm-BGB*, § 453 Rn. 6. Dafür: *Wolf/Kaiser* DB 2002, 411, 412; *Knott* NZG 2002, 249, 250; *von Gierke/Paschen* GmbHR 2002, 457, 459; *Maier-Reimer*, in: *Eckert/Delbrück*, S. 61, 67; differenzierend: *Schellhammer* MDR 2002, 485, 488, *Oetker/Maultzsch*, S. 58 ff.

²⁰² Dann erübrigt sich auch die Abgrenzung innerhalb des § 453 I, ob ein Rechtskauf oder der Kauf eines sonstigen Gegenstandes vorliegt. Zu diesem Problem beim Unternehmenskauf: *Lange* ZGS 2003, 300 ff.

lässt sich aber nicht vermeiden, weil die inhaltlichen Probleme nicht durch formale Zuordnungen gelöst werden können. Zwischen dem Bestreben, eine möglichst einfache und übersichtliche gesetzliche Regelung zur Verfügung zu stellen, und gleichzeitig der unüberschaubar großen Anzahl an diversen und auch komplexen Kaufgegenständen inhaltlich gerecht zu werden, besteht ein Zielkonflikt. Das Mittel, um diese divergierenden Ziele bestmöglich zum Ausgleich zu bringen, sind abstrakte Definitionen wie eben der uneingeschränkt subjektive Beschaffenheitsbegriff bei § 434 I 1. Er stellt die inhaltliche Ausweichreaktion auf das Bestreben dar, formal eine möglichst einfache gesetzliche Regelung geschaffen zu haben. Der Vorteil, den der uneingeschränkt subjektive Beschaffenheitsbegriff gegenüber der entsprechenden Anwendung nach § 453 bietet, ist seine Transparenz. Er zeigt das maßgebliche Kriterium für die Sachmängelhaftung, die Verletzung einer kaufvertraglichen Pflicht, auf. Demgegenüber suggeriert der § 453 vermeintlich einfache Lösungen, wo keine bestehen (können). Dem § 453 kommt insofern ein erhebliches Täuschungspotential zu. Durch einen Federstrich des Gesetzgebers mögen zwar komplexe Probleme geschaffen werden – selbige lassen sich durch einen Federstrich des Gesetzgebers, wie in § 453 geschehen – aber nicht lösen²⁰³. Der historische Gesetzgeber, der sich auf den Sach- und Rechtskauf beschränkte, war in dieser Hinsicht womöglich klüger und ehrlicher als der moderne, der vorgibt, für alle Probleme eine Lösung parat zu halten.

In systematischer Hinsicht sind mehrere Konzepte denkbar, wie sich körperliche und unkörperliche Merkmale einer Sache einordnen lassen:

Sachmängel nach § 434 I beschränken sich auf die körperlichen Merkmale der Sache. Ein Sachmangel wäre danach ein sachlicher, also körperlicher Mangel. Demgegenüber könnten unkörperliche Mängel als Rechtsmängel im Sinn des § 435 definiert werden²⁰⁴. Ein ähnliches Konzept hatte *Flume* zum alten Kaufgewährleistungsrecht in Abweichung zu der herrschenden Meinung entwickelt²⁰⁵. Danach sollten „sachliche“, demnach körperliche Eigenschaften der Kaufsache einen Sachmangel begründen können. Die „rechtlichen“, also unkörperlichen Umstände, die zu

²⁰³ Mit Ausnahme der Probleme, die durch einen Federstrich geschaffen wurden. Vgl. BT-Drucks. 15/1096.

²⁰⁴ Ebenso wenig wie Sach- und Rechtskauf die möglichen Kaufgegenstände erschöpfen, deckt das Begriffspaar sachlicher und rechtlicher Mangel nicht alle möglichen Mängel ab. Um eine lückenlose Erfassung zu gewährleisten und Unschärfen in Randbereichen zu vermeiden, ist es nötig, sachlich und rechtlich mit körperlich und nichtkörperlich gleichzusetzen.

²⁰⁵ *Flume*, Eigenschaftsirrtum, S. 159 - 171.

einer Einschränkung des vertraglich vorausgesetzten Gebrauchs dienen, sollten ausschließlich zur Rechtsmängelhaftung führen. Damit übertrug *Flume* gewissermaßen den subjektiven Fehlerbegriff des § 459 a.F. auf die Rechtsmängelhaftung²⁰⁶.

Unter der alten Rechtslage war diese Aufspaltung nicht einwandfrei. Denn das Gewährleistungsrecht der §§ 459 ff. a.F. war mit „Gewährleistung wegen Mängel der Sache“ überschrieben. Demgegenüber stellte die Gleichsetzung von „Mängel der Sache“ und „Sachmängel“, wenn Sachmangel als rein sachlicher ergo körperlicher Mangel verstanden wird, eine unzulässige, weil inhaltlich und sprachlich verkürzende Gleichsetzung dar. Bei „Mängel der Sache“ blieb offen, ob körperliche und unkörperliche Umstände erfasst waren. Während § 434 a.F. für den Sach- und Rechtskauf galt und ein Rechtsmangel von vornherein nur unkörperliche Merkmale aufweisen konnte, waren die §§ 459 ff. a.F. als Regelung für den Sachkauf für körperliche und unkörperliche Merkmale offen. Dieser Einwand ist nach der Schuldrechtsreform hinfällig. Denn die §§ 433 ff. gelten zuvörderst nur für den Sachkauf und § 434 sowie § 435 gelten für den Sachkauf gleichermaßen.

Man muss sich aber die Frage stellen, welchen Sinn eine solche Zuordnung der körperlichen und unkörperlichen Merkmale zu Sach- und Rechtsmangel macht. Der Mangel wird zunächst in Sach- und Rechtsmangel gespalten und anschließend bei § 437 wieder zusammengeführt. Es hätte seitens des Gesetzgebers näher gelegen, gleich einen einheitlichen Mangelbegriff zu etablieren. Im Widerstreit der Pole Einheitlichkeit und Differenzierung hat der Gesetzgeber damit eine an sich überflüssige Differenzierung vorgenommen. Unterschiede zwischen Sach- und Rechtsmängelhaftung bestehen zum einen nur hinsichtlich der Verjährung nach § 438 I Nr. 1²⁰⁷. Danach verjähren die Ansprüche gemäß § 437 Nr. 1 und 3 bei bestimmten Rechten nach 30 Jahren. Wenn man unter den Sachmangel auch die unkörperlichen Merkmale der Sache zieht, sind damit auch alle rechtlichen Umweltbeziehungen – und damit auch die in § 438 I Nr. 1 genannten Rechte – erfasst. Für diese Rechte käme

²⁰⁶ Die Differenzierung zwischen Sach- und Rechtsmangel im alten Recht – besonders in den Rechtsfolgen – war deren Hauptschwäche, obwohl beide der Sicherung des Äquivalenzverhältnisses dienen (vgl. etwa *Staudinger/Köhler* § 434 Rn. 2; *Staudinger/Honsell* Vorbem zu §§ 459 Rn. 15).

²⁰⁷ Nach *Maier-Reimer*, in: *Eckert/Delbrück*, S. 61, 75 sollen Beschaffenheits- und Rechtsmangel eine umgekehrte Beweislastverteilung haben. § 435 S. 1 wiederholt aber nur § 903. Verkauft ist üblicherweise unbelastetes Eigentum an der Sache (ähnlich *Huber ZGR* 1972, 395, 404). Genauso ist hilfsweise nach § 434 I 2 Nr. 2 die übliche Beschaffenheit geschuldet. Wer von der Üblichkeit zu seinen Gunsten abweichen will, trägt hierfür die Beweislast. Vgl. *Büdenbender*, in: *AnwKomm-BGB*, § 434 Rn. 6.

weiterhin § 438 I Nr. 1 zur Anwendung. Die Rechtsnatur dieser Rechte bestimmt sich unabhängig davon, ob sie formal dem Sach- oder dem Rechtsmangel zugeordnet werden. Der zweite Punkt, in dem sich Sachmangel und Rechtsmangel unterscheiden, ist § 443 II. Dabei handelt es sich aber um eine bloße Vermutungsregel, die zudem noch missglückt ist²⁰⁸.

Die Zuordnung der körperlichen Beschaffenheit zum Sachmangel und der nicht-körperlichen Beschaffenheit zum Rechtsmangel wären konstruktiv möglich. Die Integration in den Sachmangel ist einfacher. Auf diese Weise vermeidet man eine fruchtlose begriffliche Abgrenzung.

Innerhalb des Sachmangels nach § 434 I kommen wiederum verschiedene Varianten in Betracht:

Der Sachmangel nach § 434 I 1 wird auf körperliche Mängel der Sache beschränkt. Die vereinbarte Beschaffenheit der Sache wäre danach die Summe ihrer vereinbarten einzelnen körperlichen Merkmale. Unkörperliche Aspekte der Sache ließen sich § 434 I 2 Nr. 1 zuordnen. Haben sich die Parteien über einen bestimmten Verwendungszweck geeinigt, kann nicht mehr ausschlaggebend sein, ob die fehlende Eignung ihren Grund in der Sache selbst oder in sonstigen äußeren Umständen hat²⁰⁹. Auch bei § 434 I 2 Nr. 1 müssen für die Bestimmung des Sachmangels alle Umstände berücksichtigt werden, welche in die Vereinbarung einbezogen worden sind²¹⁰. Körperliche und unkörperliche Merkmale der Sache fänden sich also innerhalb der Vereinbarung der Parteien wieder. Die Vereinbarung wäre das gemeinsame Element von § 434 I 1 und 2 Nr. 1, das vor die Klammer gezogen würde. Vereinbarungen über körperliche Merkmale würden von § 434 I 1 als Beschaffenheitsvereinbarung erfasst, während unkörperliche Merkmale auch von der Vereinbarung der Geeignetheit der Sache zum vorgesehenen Verwendungszweck nach § 434 I 2 Nr. 1 umschlossen würden.

²⁰⁸ Siehe Zweiter Teil C.

²⁰⁹ *Wolf/Kaiser* DB 2002, 411, 412.

²¹⁰ *Looschelders*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, S. 399.

Alternativ kann bereits die Beschaffenheit nach § 434 I 1 körperliche wie unkörperliche Merkmale beinhalten²¹¹. Die Betonung der Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I 1 liegt dann auf Vereinbarung. Die Abgrenzung zwischen § 434 I 1 und 2 Nr. 1 muss sich nach anderen Kriterien richten²¹².

Auch innerhalb des § 434 I 1 empfiehlt sich die Vermeidung künstlicher Abgrenzungen. Körperliche wie nichtkörperliche Umstände sollten schon innerhalb des § 434 I 1 ihren Platz finden. § 434 I 1 bestimmt als einleitende Norm zuvörderst den Anwendungsbereich des Sachmangels. Alle relevanten Merkmale sollten an den Kopf der Vorschrift gestellt werden. Eines Rückgriffs auf § 434 I 2 Nr. 1 bedarf es nicht.

In systematischer Hinsicht ist die Einbeziehung körperlicher wie nichtkörperlicher Merkmale in § 434 I 1 am zweckmäßigsten.

e) Richtlinienkonforme Auslegung

Teilweise wird vertreten, bei der Auslegung von Beschaffenheit helfe der nahe liegende Blick auf die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht weiter²¹³. Denn auch hier sei offen, ob und inwieweit die Beziehungen der Kaufsache zur Umwelt einen Sachmangel konstituieren können²¹⁴. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie hilft aber doch weiter: Denn wenn Umweltbeziehungen von der Vertragsmäßigkeit des Verbrauchsgutes nicht ausgeschlossen werden können, ist es vor dem Hintergrund einer richtlinienkonformen Auslegung geboten, diese zur Sicherheit in den Sachmangelbegriff einzubeziehen²¹⁵.

Damit ist auch das Schicksal des Arguments vorgezeichnet, das allgemein gefasste Kriterium der Vertragsmäßigkeit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie könne nicht für einen uneingeschränkt subjektiven Beschaffenheitsbegriff angeführt werden, da sich dieses ebenfalls auf das Verbrauchsgut bzw. auf dessen Eigenschaften beziehe²¹⁶. Art. 2 I lässt sich folgendermaßen aufgliedern: Der Verkäufer ist verpflichtet. Zu was

²¹¹ Vgl. dazu die Parallele bei *Singer*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 381, 390 für § 459 a.F.

²¹² Siehe Erster Teil C.II. und III.

²¹³ *Looschelders*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, S. 397.

²¹⁴ *Looschelders*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, S. 397.

²¹⁵ Zu diesem Zusammenhang siehe Erster Teil B.II.3.c)(2).

²¹⁶ *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 123.

ist der Verkäufer verpflichtet? Zur Lieferung von Gütern. Zur Lieferung welcher Güter? Vertragsgemäßer. Der Kaufvertrag bildet die letzte Instanz hinsichtlich der Frage, zu was der Verkäufer verpflichtet ist. Der Bezug, den die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zwischen Kaufvertrag und Verbrauchsgut verlangt, konkretisiert nur das allgemeine Prinzip des *pacta sunt servanda* für den Verbrauchsgüterkauf. Art. 2 I könnte auch inhaltsgleich folgendermaßen formuliert sein: Der Verkäufer ist verpflichtet, den Kaufvertrag zu erfüllen. Mit der Aufnahme des Verbrauchsguts ist nur klargestellt, dass der Kaufgegenstand ein Verbrauchsgut ist. Anders ausgedrückt: Welches Kriterium korrespondiert besser mit der Allgemeinheit der Vertragsmäßigkeit als ein uneingeschränkt subjektiver Beschaffenheitsbegriff? *Grigoleit/Herresthal* stellen selbst fest, dass die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie für die diffuse Einschränkung durch das Unmittelbarkeitskriterium beim alten Fehlerbegriff keinen Anhaltspunkt bietet²¹⁷. Mit der Forderung eines spezifischen Bezugs anstelle eines unmittelbaren wird nur ein diffuser Begriff durch einen anderen ausgetauscht. Die Allgemeinheit der Vertragsmäßigkeit zwingt zur Verwerfung jedes qualifizierten oder spezifischen Bezugs. Sollte der uneingeschränkte Beschaffenheitsbegriff nicht von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gefordert sein, ist dies unschädlich, weil dann eine richtlinienüberschießende Umsetzung vorliegt.

Auch das Argument, bei der Vermutung des Art. 2 II werde auf die „Eigenschaften“ (lit. a und d) sowie auf die „Beschaffenheit“ (lit. d) abgestellt, spricht nicht gegen den uneingeschränkt subjektiven Beschaffenheitsbegriff²¹⁸. Denn zum einen handelt es sich um eine widerlegbare Vermutung, die insofern nicht abschließend ist. Zum anderen setzt dieses Argument Bedeutungen gleich, die unterschieden werden müssen. Um ein Argument gegen die uneingeschränkt subjektive Beschaffenheit zu sein, müssen Eigenschaft und Beschaffenheit mit dem Inhalt ihrer hergebrachten nationalen Vorprägung verstanden werden. Eigenschaft und Beschaffenheit im Sinn des Art. 2 II sind aber gemeinschaftsrechtliche Begriffe. Den gemeinschaftsrechtlichen Begriffen wird somit die nationale Bedeutung beigelegt²¹⁹.

Ferner könnte geltend gemacht werden, die Gleichstellung von Montagemängeln durch Art. 2 V mit der Vertragswidrigkeit nach Art. 2 I sei entbehrlich, wenn

²¹⁷ *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 124.

²¹⁸ So aber *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 120.

²¹⁹ Zur autonomen Begriffsbildung im Gemeinschaftsrecht siehe Erster Teil B.II.3.c)(1).

ohnehin alle Vertragsverstöße die kaufvertragliche Haftung auslösten. In diesem Fall ließe sich zum einen Art. 2 V zwanglos als deklaratorische Vorschrift einordnen, die das allgemeine Prinzip der Vertragsmäßigkeit nur nochmals für Montagemängel bekräftigt und klarstellt. Zum anderen kann die Erwähnung der Montagemängel auf einem unterschiedlichen gemeinschaftsrechtlichen und nationalen Verständnis des Kaufvertrags beruhen. Sollten nämlich in einem Mitgliedsstaat Montagemängel nicht vom Kaufvertrag erfasst werden und die inhaltliche Bestimmung dessen, was ein Kaufvertrag ist, dem Mitgliedsstaat überlassen sein²²⁰, musste der Richtliniengeber ausdrücklich Montagemängel in die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie einbeziehen. Gibt die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Übereinstimmung mit dem Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts selbst Maß, was ein Kaufvertrag ist, ist Art. 2 V nur deklaratorisch.

3. Zwischenergebnis

Das Äquivalenzinteresse des Käufers an einer vertragsgemäßen Leistung ist der tragende Grund für die Gewährleistungshaftung des Verkäufers. Der Beschaffenheitsbegriff geht über die alten Fehler- oder Eigenschaftsbegriffe hinaus²²¹. Hinsichtlich des Erfordernisses eines Bezuges der Kaufsache zur Beschaffenheit bestehen zwei Möglichkeiten, dieses zu handhaben. Entweder verwirft man das Erfordernis des Bezugs ganz²²². Oder man bejaht es stets, weil jede Umweltbeziehung dennotwendig einen Bezug zur Kaufsache aufweist. In der Sache ergeben sich keine Unterschiede. Die Aufnahme des Begriffs der Beschaffenheit in § 434 I 1 ist nicht mehr als eine rein sprachliche Variable.

²²⁰ Zur Möglichkeit der Aufrechterhaltung des nationalen Vertragsverständnisses siehe Erster Teil B.II.3.c)(1).

²²¹ *Ehmann/Sutschet*, S. 197; *Schaub AcP* 202 (2002), 757, 764; *Seibt/Reiche DStR* 2002, 1135, 1138; *Dauner-Lieb/Thiessen ZIP* 2002, 108, 110 „kein Typenzwang mehr“; *Wolf/Kaiser DB* 2002, 411, 412; Systematischer Kommentar/*Malzer* Zweiter Teil § 434 Rn. 20; *Gaul ZHR* 166 (2002), 35, 45 f.; *Rehberg ZGS* 2002, 456, 459 für Unternehmen; im Ergebnis z.B. auch *Gursky*, *SchR BT*, S. 10, der jeden wertbildenden Faktor als Beschaffenheit anerkennt; offen gelassen bei *Hilgard/Kraayvanger MDR* 2002, 678, 679; *Wunderlich WM* 2002, 981, 985.

²²² So wohl *Wolf/Kaiser DB* 2002, 411, 412, die auch gänzlich außerhalb der Sache liegende Umstände in die Beschaffenheit einbeziehen.

V. Vorrang der Vereinbarung gegenüber der Beschaffenheit

1. Vereinbarung

Gegen den uneingeschränkt subjektiven Beschaffenheitsbegriff wird weiter vorgebracht, dieser beachte nicht ausreichend, dass die Sonderregelungen der Mangelhaftung vor allem den Inhalt der vertraglichen Pflichten des Verkäufers bestimmen²²³. § 434 I sehe Erleichterungen für die Einbeziehung von Umständen in den Vertrag vor, die nicht für alle Angaben des Verkäufers oder Erwartungen des Käufers im Zusammenhang mit dem Kaufvertrag gälten²²⁴.

Ob und welche Umstände Bestandteil des Vertrags werden, ist im Rahmen des § 434 I 1 anhand der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre zu beurteilen²²⁵. Die Vereinbarung im Sinn des § 434 I 1 setzt wie üblich zwei übereinstimmende Willenserklärungen voraus²²⁶. Genauer gesagt ist sie Bestandteil der Willenserklärungen, die im Ergebnis zum Kaufvertrag führen. Der Vertragsschluss wird damit nicht vereinfacht²²⁷. Deshalb ergibt auch der Vorwurf der Vernachlässigung des § 433 I 1 als Ausdruck der Primärpflicht keinen Sinn. Selbstverständlich ist die Einbeziehung des jeweiligen Umstandes in die Verpflichtungserklärung des Verkäufers die dogmatische Voraussetzung für dessen Erfüllungshaftung²²⁸. Das ist beim Kaufvertrag genauso wie bei jedem anderen schuldrechtlichen Vertrag²²⁹. Es ist auch völlig richtig, dass kein sinnvoller Grund dafür erkennbar ist, den Verkäufer für alle vorvertraglichen Angaben, die nicht in spezifischem Zusammenhang mit der Sache stehen, auf das Erfüllungsinteresse haften zu lassen²³⁰. Das behauptet der uneingeschränkte Beschaffenheitsbegriff auch gar nicht. Für ihn bildet der Vertrag die Scheidelinie zwischen der vertraglichen Einstandspflicht und grundsätzlich unverbindlichen vorvertraglichen

²²³ Grigoleit/Herresthal JZ 2003, 118, 123.

²²⁴ Grigoleit/Herresthal JZ 2003, 118, 123.

²²⁵ Ähnlich Barnert WM 2003, 416, 423; wohl auch Grigoleit/Herresthal JZ 2003, 233, 233.

²²⁶ Huber, in: Huber/Faust Rn. 12/25; unklar Maier-Reimer, in: Eckert/Delbrück, S. 61, 71, wonach unmittelbar vom Verkäufer gegenüber dem Käufer gegebene Erklärungen den Tatbestand der Beschaffenheitsvereinbarung erfüllen.

²²⁷ A.A. Grigoleit/Herresthal JZ 2003, 118, 121.

²²⁸ Grigoleit/Herresthal JZ 2003, 118, 123.

²²⁹ Eine Sonderstellung nehmen insoweit nur die Naturalobligationen ein.

²³⁰ Grigoleit/Herresthal JZ 2003, 118, 123, die Haftung wohl bezogen auf Schadensersatz als Rechtsfolge verstehen.

Angaben. Eine generelle Erfüllungshaftung für alle Angaben mag den strengen Anforderungen, die an diese gestellt werden, widersprechen²³¹. Der uneingeschränkt subjektive Beschaffenheitsbegriff fordert aber keine generelle Erfüllungshaftung für alle Angaben, sondern nur eine Einstandspflicht für solche Angaben, für die diese auch vertraglich übernommen wurde²³². Man wird umgekehrt fragen müssen, warum für vorvertragliche Angaben, die in spezifischem Zusammenhang mit der Sache stehen, die Sachmängelhaftung eintreten soll. Dadurch werden die klaren Grenzen zwischen Schuldverhältnissen nach § 311 II und vertraglichen Schuldverhältnissen verwischt. Löst man den Beschaffenheitsbegriff vom spezifischen Sachzusammenhang, so folgt daraus nicht, dass die Sachmängelhaftung bei der Enttäuschung jeglicher vernünftigen Erwartung des Käufers eingreifen müsste²³³. Für § 434 I 1 kann die vernünftige Erwartung des Käufers kein Datum sein. Ob die Erwartungen des Käufers oder Verkäufers vernünftig oder unvernünftig sind, ist im Rahmen der §§ 134, 138, 242 irrelevant. Die privatautonom getroffene Vereinbarung verlangt Respekt ohne Rücksicht auf objektive Vernünftigkeitserwägungen. Der Vertrag selbst bietet die beste Gewähr dafür, dass die Abreden vernünftig sind. Im Zweifel wissen die Parteien selbst am besten, was für sie vorteilhaft ist. Vernünftig ist in aller Regel, was vereinbart ist. Umgekehrt ist vereinbart, was vernünftig ist. Wer der Ansicht ist, der uneingeschränkt subjektive Beschaffenheitsbegriff sei nicht praktikabel²³⁴, verneint in letzter Konsequenz auch die Leistungsfähigkeit der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre in der Praxis.

Art. 2 II a) lässt seinem Wortlaut nach hingegen die vom Verkäufer gegebene Beschreibung für die Vertragsmäßigkeit ausreichen. Eine Auflösung der grundlegenden deutschen Zivilrechtsdogmatik ist nicht veranlasst. Zum einen stellt Art. 2 II 2 a) nur eine Vermutung für die Vertragsmäßigkeit dar²³⁵. Zum anderen kann die Beschreibung des Verkäufers mit der allgemeinen Vertragsdogmatik in Einklang gebracht werden, indem die Beschreibung Grundlage einer die Beschreibung

²³¹ *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 123.

²³² *Barnert* WM 2003, 416, 423 weist zu Recht auf die Tatsache hin, dass von den Verhandlungsgegenständen stets nur ein Bruchteil in die Vereinbarung aufgenommen wird; unklar: *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 233, 233.

²³³ A.A. *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 123.

²³⁴ In diese Richtung: *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 123.

²³⁵ *Looschelders*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, S. 400.

enthaltenden Beschaffenheitsvereinbarung wird²³⁶. Friktionen mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie lassen sich von vornherein vermeiden, indem und wenn die Einbeziehung von einseitigen Beschreibungen in den Vertragsschluss über die Auslegung erfolgt²³⁷. Davon geht auch der Gesetzgeber aus, indem er eine vertragliche Beschaffenheitsvereinbarung im Sinn des § 434 I 1 bejaht, wenn der Käufer vor dem Hintergrund der Beschreibung den Kaufvertrag schließt²³⁸. Fraglich ist demgegenüber, ob Art. 2 II a) auch einseitige Beschreibungen des Verkäufers erfassen wollte²³⁹. Das ist abzulehnen. Denn der Verkäufer hätte es sonst in der Hand, die Vertragsmäßigkeit der Sache einseitig zu bestimmen²⁴⁰. Einseitige Beschreibungen sind nur dann beachtlich, wenn sie in die vertragliche Vereinbarung der Parteien aufgenommen worden sind²⁴¹. Dadurch verlieren sie gleichzeitig ihre Einseitigkeit. Für die Einbeziehung einseitiger Beschreibungen in den Vertragsschluss gilt insofern nichts anderes als für andere Verträge auch. Sind vor Vertragsschluss Verhandlungen geführt worden, werden die bei den Verhandlungen gefundenen Ergebnisse üblicherweise mit und durch den Vertragsschluss in den Vertrag transferiert²⁴². Steht fest, dass ein Vertrag geschlossen wurde, greift man mangels ausdrücklicher Regelungen im Vertrag selbst auf die Vertragsverhandlungen zurück. Genauso ist es bei einseitigen Beschreibungen des Verkäufers: Wenn der Käufer der Beschreibung durch den Verkäufer nicht widersprochen hat, wird man davon ausgehen dürfen, dass die Beschreibung in den Vertrag übernommen wird und deshalb das Leistungsprogramm des Verkäufers festlegt. Insofern können, wenn der Vertrag selbst hierzu nicht ausdrücklich Stellung nimmt, die Willenserklärungen der Parteien ausgelegt werden, dass der Vertrag auf die vor Vertrags-

²³⁶ *Schlechtriem*, in: *Ernst/Zimmermann*, S. 214; *Ernst/Gsell* ZIP 2000, 1410, 1414; *Looschelders*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, S. 400; *Oechsler* § 2 Rn. 88.

²³⁷ *Huber*, in: *Huber/Faust* Rn. 12/27; *Looschelders*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, S. 400.

²³⁸ BT-Drucks. 14/6040, S. 212.

²³⁹ Vgl. dazu *Huber*, *Kaufrecht – Made in Europe!*, S. 297, 300 f. m.w.N.; *Westermann* JZ 2001, 530, 532.

²⁴⁰ *Looschelders*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, S. 400.

²⁴¹ *Looschelders*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, S. 400; *Westermann* JZ 2001, 530, 532; wohl auch *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 233, 233; a.A. *Maier-Reimer*, in: *Eckert/Delbrück*, S. 61, 71. Der Gegenschluss von § 434 I 3 überzeugt nicht, da § 434 I 3 Teil des dispositiven Rechts ist, während es bei § 434 I 1 um die Ermittlung des Willens der Parteien geht.

²⁴² Missverständlich *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 233, 233, wonach eine Beschaffenheitsvereinbarung ohne weiteres vorliegen soll, sofern die Parteien anlässlich der Vertragsverhandlungen übereinstimmend und ausdrücklich individuelle Beschaffenheiten des Kaufgegenstandes angesprochen haben. Entscheidend ist immer der Vertragsschluss und nicht die Verhandlungen. Im Regelfall können aber die Vertragsverhandlungen zur Ausfüllung des Vertragsinhalts benutzt werden. Dies gilt selbstverständlich umso mehr, als die Parteien die Merkmale des Kaufgegenstandes im Einzelnen ausgehandelt haben.

schluss gegebene Beschreibung durch den Verkäufer Bezug nimmt²⁴³. Der Käufer wird Angaben des Verkäufers nach §§ 133, 157 schwerlich als unverbindlich ansehen, sondern darin einen Teil des Angebots des Verkäufers erkennen, dem er dann zumindest konkludent zustimmt²⁴⁴.

Wenn eine solche Auslegung im Einzelfall nicht möglich ist und die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie entgegen der hier vertretenen Ansicht echte einseitige Angaben in ihren Geltungsbereich einbezieht, bietet die Fiktion einer stillschweigenden Willenserklärung die Möglichkeit, das tradierte Vertragsverständnis mit den Vorgaben der Richtlinie in Einklang zu bringen.

In allen anderen Fällen sind Aussagen mit Vorsicht zu genießen, wonach die Anforderungen an eine Beschaffenheitsvereinbarung nicht zu hoch gesteckt werden dürfen²⁴⁵. Man wird schlechterdings nicht behaupten können, dass die Anforderungen an die Beschaffenheitsvereinbarung hoch oder niedrig anzusetzen sind. Sie sind genauso hoch oder niedrig wie bei jedem anderen Vertrag auch. Eine zu niedrige Schwelle für Beschaffenheitsvereinbarungen läuft Gefahr, anstatt der Ermittlung des hypothetischen oder realen Parteiwillens unreflektiert die Äußerungen des Verkäufers im Wege einer Fiktion für den Vertrag zugrunde zu legen. Die auf die leichte Schulter genommene Annahme von stillschweigenden Willenserklärungen beinhaltet und verwirklicht immer das Risiko, die Anforderungen, die an Willenserklärungen gestellt werden, im Interesse des gewünschten Ergebnisses zu überspielen. Die Privatautonomie würde so missachtet, weil Angaben entgegen dem Willen der Parteien Vertragsbestandteil würden. Dies wäre nur dann gerechtfertigt, wenn die richtlinienkonforme Auslegung des Art. 2 II a) dazu zwingen würde. Umgekehrt missachtet eine zu hohe Schwelle für die Beschaffenheitsvereinbarung die Privatautonomie genauso. Denn dem übereinstimmenden Parteiwillen würde die Anerkennung versagt. Die Anforderungen an eine Beschaffenheitsvereinbarung richten sich also im Ergebnis nach den allgemein für Willenserklärungen und deren Auslegung geltenden Regeln²⁴⁶.

²⁴³ Zur ergänzenden Auslegung in Abgrenzung zur konkludenten Willenserklärung: *Medicus*, AT, S. 131 ff.

²⁴⁴ *Oechsler* § 2 Rn. 88.

²⁴⁵ *Maier-Reimer*, in: *Eckert/Delbrück*, S. 61, 71.

²⁴⁶ *Oechsler*, § 2 Rn. 88, wonach der Rechtsbindungswille die Grenze zwischen bloßen Aussagen des Verkäufers und dem Angebot auf Abschluss einer Beschaffenheitsvereinbarung ist.

Ist die dogmatische Einteilung damit klar, kann die Entscheidung in der Praxis mit hohen Schwierigkeiten behaftet sein. Der Grat zwischen bloßen Angaben und insbesondere stillschweigenden Willenserklärungen kann schmal sein. Sich auf diesem Grat im Einzelfall sicher zu bewegen und eine Entscheidung in die eine oder andere Richtung zu treffen, ist eine originäre Aufgabe des Gerichts, das sich dazu der gesamten Bandbreite der juristischen Argumentation bedienen kann.

2. Äquivalenzinteresse als Grund und Grenze der Sachmängelhaftung

Ist die Sicherung des Äquivalenzverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung Grund der Sachmängelhaftung, verbindet sich damit die Frage, ob sie auch deren Grenze ist.

Nach früherem Recht wurde das Äquivalenzinteresse aufgespalten und unterschiedlichen Regelungen unterworfen. Umstände, die einen Mangel begründeten, wurden nach §§ 459 ff. a.F. behandelt. Umstände, die wegen der zwingenden Einschränkungen des Mangelbegriffs keinen selbigen begründen konnten, aber gleichwohl vereinbarungsfähig und in das Äquivalenzinteresse einbezogen waren, wurden nach allgemeinen Regeln behandelt und häufig als selbstständige Garantieverträge qualifiziert²⁴⁷. Fraglich ist, ob es für diese Differenzierung, die auf Begrifflichkeiten beruhte, eine wertungsmäßige Rechtfertigung gab.

Huber führte aus, die Bestimmung des § 459 I a.F. diene dazu, den Grundgedanken des synallagmatischen Vertrags, die wechselseitige Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung, in einem praktisch besonders wichtigen Sonderfall zu verwirklichen²⁴⁸. Sinn des Kaufvertrags sei es, dass die Parteien ihre beiderseitigen Leistungen als wertgleich gelten lassen wollen²⁴⁹. In diesen beiden Sätzen zeigt sich das Dilemma eines Mangelbegriffs, der zwingenden Einschränkungen unterworfen ist, ohne auf die zugrunde liegenden Wertungen umfassend Rücksicht zu nehmen. Welchen Grund gibt es, den grundlegenden Gedanken für einen wichtigen Sonderfall umzusetzen und für weniger wichtige Fälle nicht in derselben Art und Weise? Ent-

²⁴⁷ Zur herkömmlichen Terminologie bei Garantien: *Soergel/Huber* § 459 Rn. 202 ff.

²⁴⁸ *Soergel/Huber* § 459 Rn. 19.

²⁴⁹ *Soergel/Huber* § 459 Rn. 19.

weder wird man zu dem Ergebnis kommen müssen, dass der Gedanke derart grundlegend ist, dass er eine einheitliche Regelung für alle Fälle erfordert oder dass er nicht grundlegend ist und deshalb auch kein zentrales Abgrenzungskriterium sein kann. Bezogen auf den Nutzenwert für die Differenzierung ist zu fragen: Sind die Unterschiede zwischen den mangelbegründenden Umständen und den außerhalb des Mangels stehenden Umständen so groß, dass sie eine Differenzierung rechtfertigen? Die Antwort lautet: Sie sind es nicht. Das Äquivalenzprinzip gibt für beide gleich Maß²⁵⁰. Die Umstände, die bisher zur Annahme eines Mangels geführt haben, mögen regelmäßig innerhalb des Äquivalenzverhältnisses einen hohen Stellenwert eingenommen haben. Das ändert aber doch nichts an der Tatsache, dass sich das Äquivalenzverhältnis, das einheitlich im Kaufvertrag Ausdruck gefunden hat, auf alle Umstände bezieht, über die sich die Parteien einig waren. Es ist den Parteien überlassen zu entscheiden, welche Umstände für sie im Rahmen des Kaufvertrags wichtig sind und nicht obskuren Abgrenzungskriterien wie der Unmittelbarkeit, des spezifischen Bezugs oder dergleichen.

Auf § 434 I 1 übertragen ist das Äquivalenzinteresse die einzige Begrenzung für den Sachmangel. Geht man davon aus, dass sich die Parteien ökonomisch verhalten, wird es in einem Kaufvertrag keine Vereinbarungen inhaltlicher Art geben, die nicht in das Äquivalenzinteresse einbezogen sind.

3. Abgrenzung zum allgemeinen Leistungsstörungenrecht

Ist das Äquivalenzverhältnis Grund und Grenze der Sachmängelhaftung wird die Abgrenzung zum allgemeinen Leistungsstörungenrecht vordringlich. Die These in Anlehnung an *Rabel*²⁵¹, wonach eine Begrenzung des Begriffs des Mangels noch so lange nötig ist, als – leider noch! – Sonderregeln für die Gewährleistung existieren, stellt nur die halbe Wahrheit dar. Eine Begrenzung des Begriffs des Mangels erübrigt sich, wenn alle Pflichten aus dem Kaufvertrag den Regelungen für die Gewährleistung unterstellt werden²⁵². Um Wertungswidersprüche zu vermeiden, wird das allgemeine Leistungsstörungenrecht wieder in die Klammer des besonderen Schuld-

²⁵⁰ Ähnlich *Singer*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 381, 388.

²⁵¹ *Rabel*, Warenkauf, S. 148. Genauso *Looschelders*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, S. 396.

²⁵² Unklar insoweit Systematischer Kommentar/*Malzer* Zweiter Teil § 434 Rn. 17.

verhältnisses Kauf gezogen. Die formale Technik des „Vor-die-Klammer-Ziehens“ findet ihre Grenze in den materialen Wertungen²⁵³.

Für die Einbeziehung aller Pflichten aus dem Kaufvertrag in die Pflicht zur Sachmangelfreiheit streitet die amtliche Überschrift, wonach in § 433 die vertragstypischen Pflichten beim Kaufvertrag geregelt sind. Eine begriffliche Ableitung führt dazu, dass ein Kaufvertrag neben typischen Pflichten auch nichttypische enthalten kann. Auch die allgemeine Vertragstypenlehre kommt zum gleichen Ergebnis. Mit § 433 beschreibt der Gesetzgeber den Typus des Kaufvertrags bei Sachen als Kaufgegenstand. Ein Typus liegt vor, wenn Gesetz oder Gewohnheitsrecht Merkmale eines Geschäfts bezeichnen, ohne diese als unverzichtbare Voraussetzungen für ein Eingreifen der entsprechenden Ordnung auszugestalten²⁵⁴. § 433 enthält damit keine erschöpfende Definition des Kaufs, sondern hebt die vom Gesetzgeber für wesentlich gehaltenen Pflichten der Vertragsparteien hervor. Wenn der Kaufvertrag damit nicht nur die vertragstypischen Pflichten umfasst, sondern auch nichtkaufvertragstypische Pflichten, stellt sich wiederum die Frage, warum die diversen Pflichten, die vom Kaufvertrag umklammert werden, unterschiedlichen Regelungen unterworfen werden sollen. Hierfür ist keine materiale Rechtfertigung ersichtlich. Die nichtvertragstypischen Pflichten beim Sachkauf stehen dem Kaufvertrag näher als den Regelungen des allgemeinen Schuldrechts. Sie sind und bleiben, wenn auch keine vertragstypischen, doch Pflichten aus dem individuellen Kaufvertrag. Wenn die §§ 433 ff. ausschließlich für die vertragstypischen Pflichten vorbehalten wären, wäre zudem der Titel „Kauf“ vor § 433 insofern irreführend, als nicht alle Pflichten des Kaufvertrags in diesem Titel geregelt würden. Mit einem uneingeschränkt subjektiven Beschaffenheitsbegriff nach § 433 I 1 bricht man diese Differenzierung auf und führt alle Pflichten aus dem Kaufvertrag einer einheitlichen Regelung zu. Jedenfalls für die primäre Leistungspflicht ist keine Differenzierung nach Mangel/Nichtmangel mehr angezeigt.

Die Aufhebung der Unterscheidung zwischen Sachmangel/sonstige Pflichtverletzung ist umso einfacher, je weniger sich die Sonderregelungen für die Gewährleistung von den allgemeinen Regeln unterscheiden. Das Mittel, um die ohnehin geringen Unter-

²⁵³ Demgegenüber findet *Schellhammer* MDR 2002, 241, 242 diese Technik genial, weil übersichtlich.

²⁵⁴ *Staudinger/Mayer-Maly* Einl zu §§ 433 Rn. 5.

schiede zwischen den allgemeinen Regeln und dem Gewährleistungsrecht aufzuheben und auszuhebeln, ist der uneingeschränkt subjektive Beschaffenheitsbegriff²⁵⁵. Während eine Auflösung der Sonderregeln der §§ 434 ff. schon wegen deren teils europarechtlicher Determination unmöglich ist²⁵⁶, ist eine Einbeziehung der nichtvertragstypischen Pflichten in die §§ 434 ff. ohne weiteres möglich. Weil die §§ 434 ff. oft genug selbst wieder auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht verweisen, stellt die Einbeziehung aller Pflichten eines Kaufvertrags in §§ 434 ff. häufig nur eine an sich überflüssige Schleife dar. Diese Schleife über die §§ 434 ff. bewirkt gerade die Nivellierung sämtlicher Unterschiede zwischen vertragstypischen und nichtvertragstypischen Pflichten eines Kaufvertrags²⁵⁷. Der Fokus verlagert sich auf die kaufvertragliche (typische oder nichttypische) Pflichtverletzung. Es ist eine Abgrenzung kaufvertragliche/nichtkaufvertragliche Pflichtverletzung nötig. Insofern ließe sich einwenden, dadurch werde eine Abgrenzung durch eine andere ersetzt. Aber die Abgrenzungskriterien sind andere. Während die Unterscheidung Mangel/Nichtmangel auf diffusen und nicht praxistauglichen Kriterien beruhte, kann die Abgrenzung kaufvertragliche Pflicht/nichtkaufvertragliche Pflicht anhand der allgemeinen Typenlehre vorgenommen werden. Die Grenzen zwischen den einzelnen Schuldvertragstypen können zwar selbst wieder fließend sein. Die daraus resultierende Unsicherheit in der Abgrenzung liegt dann aber im Vertrag selbst begründet und kann nicht vermieden werden. Demgegenüber war die Abgrenzung Mangel/Nichtmangel, typische/nichttypische Pflicht allein formal durch die Systematik des Gesetzes bedingt. Der uneingeschränkt subjektive Beschaffenheitsbegriff besagt, dass im Rahmen eines Kaufvertrags keine unterschiedlichen Regelungen für kaufvertragstypische und nichtkaufvertragstypische Pflichten gelten sollen, die sich beide im Äquivalenzverhältnis niedergeschlagen haben. Ob die betreffende vertragliche Regelung einem anderen Typus als dem Kaufvertrag entspricht und insofern eine Anwendung z.B. der Regeln über den Werkvertrag für diese vertragliche Pflicht in Betracht kommt, lässt er offen.

²⁵⁵ § 434 III hat dann nur noch deklaratorische Bedeutung. Zum Konflikt zwischen Vereinheitlichung und Sachgesetzlichkeiten bei § 434 III im Spannungsfeld zwischen Schlecht- und Nichtleistung: *Grigoleit/Riehm ZGS 2002*, 115 ff.

²⁵⁶ *Ehmann/Sutschet*, S. 192.

²⁵⁷ Unberührt bleiben die Unmöglichkeit oder der Verzug, deren Regelungen ihren Grund in der Art der Pflichtverletzung haben.

Auch in ökonomischer Hinsicht ist der uneingeschränkt subjektive Beschaffenheits- oder Mangelbegriff vorzugswürdig. Er vermeidet die Rechtsunsicherheit und den Aufwand, die mit einer Aufspaltung in differenzierte Regelungsmechanismen je nach typischer oder nichttypischer Pflicht im Fall der Pflichtverletzung verbunden sind. Es sollte den Parteien überlassen sein, ausgehend von einer einheitlichen Regelung des Gesetzesrechts, Differenzierungen vorzunehmen. Sie werden das tun, wenn subjektiv der durch die Differenzierung erzielte Nutzen den Aufwand für die Differenzierung übersteigt. Das Gesetz sollte Differenzierungen nur anlegen, soweit diese materiell gerechtfertigt sind. Genau dies wird für die Unterscheidung zwischen Mangel/Nichtmangel, typische/nichttypische Pflicht bestritten²⁵⁸.

Die uneingeschränkt subjektive Beschaffenheitsvereinbarung läuft hingegen Gefahr, beim Verbrauchsgüterkauf den § 475 auf Vereinbarungen auszudehnen, die bisher dem dispositiven Recht zugeordnet waren. Sollten manche Vereinbarungen im Rahmen des Kaufvertrags nicht von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie erfasst werden und § 475 allein dazu dienen, die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie umzusetzen, ließe sich § 475 in diesen Fällen teleologisch reduzieren. Anderenfalls läge eine im Hinblick auf die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie unproblematische Übererfüllung vor. Das Verbraucherschutzniveau würde national durch die überschießende zwingende Ausgestaltung aller Vereinbarungen eines Verbrauchsgüterkaufs gefestigt. Damit kann § 475 dem uneingeschränkt subjektiven Beschaffenheitsbegriff nach § 434 I 1 nicht entgegengehalten werden.

Gegen die uneingeschränkt subjektive Beschaffenheitsvereinbarung könnte § 309 Nr. 8 sprechen, wo § 309 Nr. 8 b) eine für den Mangel geltende Regelung vorsieht, während § 309 Nr. 8 a) Bezug auf die nicht in einem Mangel der Kaufsache bestehende Pflichtverletzung nimmt. § 309 Nr. 8 a) und b) ist Ausdruck der Unsicherheit des Gesetzgebers, ob und ggf. wie sich fehlende Sachmängelfreiheit und sonstige Pflichtverletzung unterscheiden. § 309 Nr. 8 a) fand seine Vorläuferbestimmung in § 11 Nr. 8 a) AGBG. Dort war die identische Regelung für Verzug und Unmöglichkeit vorgesehen. Verzug und Unmöglichkeit bilden jetzt besondere Fälle der Pflichtverletzung nach § 280²⁵⁹. Die Eigenart von Verzug und Unmöglichkeit als

²⁵⁸ A.A. *Ehmann/Sutschet*, S. 192, die die Leistung einer fehlerhaften Sache als besondere Pflichtverletzung erachten.

²⁵⁹ *Pfeiffer ZGS* 2002, 23, 28.

Pflichtverletzungen, die Grund für deren Regelung in §§ 286 ff. bzw. §§ 275, 326 war, führt letztlich zur Aufspaltung von § 309 Nr. 8 a) und b). Anstatt § 309 Nr. 8 a) wieder auf Unmöglichkeit und Verzug zu beschränken, hat der Gesetzgeber versehentlich den weiteren Begriff der Pflichtverletzung gewählt. Die Reichweite des Sachmangelbegriffs ist unabhängig davon, aus welchem Grund eine Pflichtverletzung vorliegt. Verzug und Unmöglichkeit können sowohl bei typischen wie nichttypischen kaufvertraglichen Pflichten eintreten. Die Unterscheidung in § 309 Nr. 8 a) und b) wiederholt nur auf allgemeine Geschäftsbedingungen bezogen, dass das einheitliche Rechtsfolgensystem bei Pflichtverletzungen für Verzug und Unmöglichkeit modifiziert wird. Ob bei Pflichtverletzungen im Rahmen eines Kaufvertrags – abgesehen von Verzug und Unmöglichkeit – einheitlich die §§ 437 ff. gelten, lässt sie offen.

4. Konsequenzen

Die Konsequenzen der uneingeschränkt subjektiven Beschaffenheitsvereinbarung lassen sich exemplarisch anhand der Rücksichtnahmepflichten nach § 241 II aufzeigen. Diese richten sich nicht mehr nach allgemeinem Leistungsstörungenrecht, sondern nach Kaufgewährleistungsrecht²⁶⁰. Das wird schon durch den Wortlaut des § 241 II nahe gelegt. Danach kann das Schuldverhältnis zur Rücksichtnahme verpflichtet. Das Schuldverhältnis ist beim Kauf aber der Kaufvertrag wie bei der Miete der Mietvertrag. Warum sollen die Rücksichtnahmepflichten anderen Regelungen unterliegen als andere, auch typisch kaufvertragliche Pflichten? Die Rücksichtnahmepflichten beim Kauf bilden auch Teil des Äquivalenzverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung. Sie sind zwar nicht konstituierend für den Kauf, aber eben auch Bestandteil dessen. Der Käufer wird nie den ganzen Kaufpreis dafür entrichten, dass der Verkäufer Rücksichtnahmepflichten einhält. Das ist auch nicht nötig. Er wird aber einen Bruchteil des Kaufpreises dafür entrichten müssen, damit der Verkäufer seine Rücksichtnahmepflichten beachtet. Denn für den Verkäufer stellt umgekehrt die Beachtung der Rücksichtnahmepflichten Aufwand dar, den er sich

²⁶⁰ Genauso für „leistungsbezogene Nebenpflichten“: *Graf von Westphalen*, in: *Henssler/Graf von Westphalen*, 2. Aufl., § 434 Rn. 76 ff.; *Brors WM* 2002, 1780, 1783; offen gelassen bei *Schubel*, in: *Schwab/Witt*, 2. Aufl., S. 169. Für die Beibehaltung der herkömmlichen Unterscheidung zwischen typischen und nichttypischen kaufvertraglichen Pflichten auch in den Rechtsfolgen etwa: *Schlechtriem*, *SchR BT*, S. 47; *Oetker/Maultzsch*, S. 63 f. Für eine weitere Einbeziehung von Nebenpflichten nach dem bisherigen Recht in den Sachmangel: *Haas/Medicus* Kap. 5 Rn. 55 ff.

über den Kaufpreis entlohnen lässt und lassen muss. Der Verkäufer preist die Beachtung der Rücksichtnahmepflichten damit in seine Kalkulation ein. In Umkehrung der Aussage, dass es keinen Sachkauf ohne Kaufsache gibt, lässt sich sagen: Kaufgegenstand beim Sachkauf ist nicht die Kaufsache allein, sondern auch die Beachtung der Rücksichtnahmepflichten nach § 241 II. Kaufsache und Rücksichtnahmepflichten nehmen am Leistungsaustausch zwar in unterschiedlich hohem Maß, aber untrennbar teil.

Gleiches muss konsequenterweise auch für die anderen Schuldvertragstypen gelten. Denn auch z.B. beim Miet-, Werk- oder Dienstvertrag muss der Vermieter, Werkunternehmer oder Dienstverpflichtete den Aufwand für die Rücksichtnahmepflichten nach § 241 II über die jeweilige Gegenleistung kompensieren. Demnach wären die Rücksichtnahmepflichten nach § 241 II beim Mietvertrag dessen Regeln, beim Werkvertrag dessen Regeln und beim Dienstvertrag dessen Regeln unterworfen. Insofern lässt sich umgekehrt die Frage aufwerfen, warum für die inhaltlich identische Rücksichtnahmepflicht in einem Fall die Sonderregeln über den Kauf und in einem anderen Fall die Sonderregeln über die Miete oder den Werkvertrag gelten sollen. Das lässt sich fortführen zur Frage, warum es für Kauf, Miete, Werkvertrag etc. unterschiedliche Regelungen gibt. Schließlich liegt bei allen gegenseitigen Verträgen eine Äquivalenzbeziehung zwischen den Leistungen und Gegenleistungen vor. Im Hinblick auf die Rücksichtnahmepflichten nach § 241 II muss man sich entscheiden, was man will: Ein einheitliches Konzept für die einzelnen Schuldvertragstypen oder ein einheitliches Konzept für die einzelnen Pflichten. Beides gleichzeitig lässt sich nicht verwirklichen, es sei denn, die Unterschiede zwischen den einzelnen Schuldvertragstypen würden aufgelöst.

Eine parallele Problematik findet sich beim fachlichen Geltungsbereich von Tarifverträgen. Innerhalb des industrieverbands- bzw. branchenmäßig definierten fachlichen Geltungsbereichs werden typischerweise alle im Betrieb tätigen Arbeitnehmer unabhängig von ihrer beruflichen Stellung erfasst²⁶¹. Somit fallen, soweit die Tarifvertragsparteien nichts anderes vereinbart haben, auch sogenannte fachfremde Beschäftigte, wie z.B. im Chemie- oder Metallbetrieb die in der Verwaltung Tätigen,

²⁶¹ Vgl. *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch, § 203 Rn. 33 f.; *Kittner*, in: *Kittner/Zwanziger*, § 10 Rn. 101.

Pförtner etc. in den Tarifvertrag²⁶². Die einzelnen Branchen lassen sich gut mit den unterschiedlichen Schuldvertragstypen vergleichen. Die fachlichen Arbeitnehmer in den einzelnen Branchen, wie etwa der Chemielaborant in einem Chemiebetrieb oder der Schweißer in einem Metallbetrieb, ähneln den typischen Pflichten aus den Schuldvertragstypen. Sie prägen den jeweiligen Betrieb. Der Lohnbuchhalter oder der Pförtner sind fachfremd und können mit den nichtvertragstypischen Pflichten oder Rücksichtnahmepflichten aus § 241 II gleichgesetzt werden. Ohne die Arbeit der fachfremden Beschäftigten könnten die fachlichen Arbeitnehmer ihre Arbeit über kurz oder lang nicht mehr ausüben. Die Arbeit der fachfremden Beschäftigten stellt nicht das Wesen des Betriebes dar, sie muss sich aber auch nicht in einer untergeordneten Hilfsfunktion erschöpfen. Hier stellen sich die obigen Fragen in gleicher Weise. Warum gelten für Lohnbuchhalter oder Pförtner einmal ein Metalltarifvertrag und ein anderes Mal ein Chemietarifvertrag? Die Arbeit, die sie verrichten, ist in beiden Branchen gleich. Der Pförtner kontrolliert im Metall- wie im Chemiebetrieb den Ein- und Ausgangsverkehr. Der Lohnbuchhalter führt die Lohnbuchhaltung für die Beschäftigten, egal, ob in der Werkhalle geschweißt, gebohrt, gestanzt oder chemische Produkte hergestellt werden. Insofern läge es nahe, für alle Pförtner branchenübergreifend einen Tarifvertrag abzuschließen, für alle Lohnbuchhalter einen Tarifvertrag etc. Dann würde der Pförtner oder Lohnbuchhalter entsprechend seinem Gewicht, das ihm an der Wertschöpfung in jedem Betrieb zukommt, entlohnt. Warum gelten aber für Schweißer und Lohnbuchhalter/Pförtner gemeinsam der Metalltarifvertrag und für Chemielaborant und Lohnbuchhalter/Pförtner gemeinsam der Chemietarifvertrag? Weil sie der Betrieb, in dem sie gemeinsam arbeiten, verbindet. Genauso ist es bei den Schuldvertragstypen. Der Kaufvertrag, der Werkvertrag, der Mietvertrag umklammert die Pflichten, egal ob vertragstypisch oder nicht.

Die uneingeschränkt subjektive Beschaffenheitsvereinbarung ändert das Zusammenspiel von Einheitlichkeit und Differenzierung. Die besonderen Regelungen der einzelnen Schuldverhältnisse galten bisher nur für deren typische Pflichten. Nichttypische Pflichten, insbesondere Rücksichtnahmepflichten, wurden den allgemeinen Regeln zugeordnet. Den Parteien eines Kaufvertrags z.B. war es aber unbenommen, durch Vereinbarung die Besonderheiten der §§ 433 ff. für die

²⁶² Beispiel von *Kittner*, in: *Kittner/Zwanziger*, § 10 Rn. 101.

nichttypischen Pflichten aufzunehmen. Unter dem Gesichtspunkt der uneingeschränkt subjektiven Beschaffenheitsvereinbarung sind beim Kauf auf alle Parteivereinbarungen die §§ 433 ff. anzuwenden. Eine einheitliche Regelung wird den natürlichen Erwartungen der Parteien besser gerecht. Sie verhandeln und einigen sich schließlich über Kaufsache, Kaufpreis, über die einzuhaltenden Rücksichtnahmepflichten und weitere Umstände, die bisher keinen Sachmangel begründen konnten. Kommt es zwischen ihnen zum Streit und suchen sie juristischen Rat, dürften sie einigermaßen überrascht sein, dass die Regelungen, die sie in ihrer Gesamtheit getroffen haben, aufgespalten und unterschiedlich behandelt werden. Die natürliche Erwartung der Parteien, einen Vertrag geschlossen zu haben, der einheitlich beurteilt wird, würde missachtet. Der uneingeschränkt subjektive Beschaffenheits- oder Mangelbegriff vermeidet das.

5. Zwischenergebnis

Die hier vertretene Ansicht bevorzugt ein einheitliches und in sich geschlossenes Konzept für die einzelnen Schuldvertragstypen und damit auch für den Kauf. Die uneingeschränkt subjektive Beschaffenheitsvereinbarung orientiert sich konsequent am Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung. Es ist widersprüchlich, einerseits die Privatautonomie zu betonen und andererseits den Parteien nicht die Möglichkeit einzuräumen, eine Beschaffenheitsvereinbarung für jegliche Merkmale treffen zu können²⁶³. Der subjektive Sachmangelbegriff, der die Definitionshoheit, was einen Sachmangel darstellen soll, den Parteien zuweist²⁶⁴, wird durch eine abschließende Beschreibung, was Beschaffenheit sein kann, konterkariert. Die Beantwortung der Frage, was zur ordnungsgemäßen Erfüllung des Kaufvertrags erforderlich ist, sollte zunächst allein der autonomen Entscheidung der Parteien unterliegen und nicht durch zwingende Definitionen eingeschränkt werden. Der Blickwinkel bei § 434 I 1 verlagert sich von der Sache auf den Kaufvertrag. Die Vereinbarung setzt sich gegenüber der Beschaffenheit durch. Dem Begriff der Beschaf-

²⁶³ In diese Richtung auch: *Triebel/Hölzle* BB 2002, 521, 525; für das alte Recht etwa:

Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rn. 531. Die Möglichkeit der Parteien, für außerhalb eines zwingenden Beschaffenheitsbegriffs liegende Umstände die besonderen Kaufrechtsregelungen zu vereinbaren, ist damit nicht vergleichbar, sondern nur eine Hilfskonstruktion.

²⁶⁴ *Jauernig/Berger* § 434 Rn. 7; *Knott* NZG 2002, 249, 251. Im Ergebnis auch: *Haas/Medicus* Kap. 5 Rn. 549; *Gasteyer/Branscheid* AG 2003, 307, 311; wohl auch *Dauner-Lieb/Thiessen* ZIP 2002, 108, 110; *Ziegler/Rieder* ZIP 2001, 1789, 1794 und *Andres*, in: *Schimmel/Buhlmann*, S. 451 lassen außerhalb der Sache liegenden Umständen durch eine Parteivereinbarung ohne weiteres Mangelrelevanz zukommen. Für das alte Recht vgl. *Esser/Weyers*, SchR BT II/1, § 5 II 1 a.

fenheit kommt für die Sachmängelhaftung nach § 434 I 1 keine Bedeutung zu. § 434 I 1 verdeutlicht nur den Vorrang der Parteivereinbarung vor dispositivem Gesetzesrecht. Im Verhältnis zwischen allgemeinem und besonderem Schuldrecht führt der uneingeschränkt subjektive Beschaffenheitsbegriff zu einer Verschiebung in Richtung des besonderen Schuldverhältnisses Kaufvertrag.

C. Vorausgesetzte Verwendung nach § 434 I 2

Nr. 1

I. Allgemeines

Nach § 434 I 2 Nr. 1 ist u.a. Voraussetzung der Sachmangelfreiheit, dass die Sache sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet. Dabei besteht ein systematischer Vorrang des § 434 I 1 insoweit, als § 434 I 2 Nr. 1 nur Anwendung findet, sofern die Beschaffenheit nicht vereinbart ist. Wenn für § 434 I 1 ein uneingeschränkt subjektiver Beschaffenheitsbegriff gilt, bleibt die Frage zu klären, welcher Anwendungsbereich für § 434 I 2 Nr. 1 übrig bleibt. Denn der § 434 I 1 würde den § 434 I 2 Nr. 1 völlig obsolet werden lassen²⁶⁵.

II. Abgrenzung durch Vertragsdogmatik

Die Abgrenzung könnte anhand einer unterschiedlichen dogmatischen Einstufung der Vereinbarung im Sinn des § 434 I 1 und der für den Vertrag vorausgesetzten Verwendung im Sinn des § 434 I 2 Nr. 1 erfolgen. Der Gesetzgeber weigerte sich zu entscheiden, ob die vertragliche Voraussetzung des § 434 I 2 Nr. 1 eine vertragliche Vereinbarung darstellt oder ob es sich um Vorstellungen der Parteien im Vorfeld des Vertrags handelt²⁶⁶.

Teile der Literatur vertreten einen Ansatz, der § 434 I 2 Nr. 1 von der Vereinbarung im Sinn des § 434 I 1 separiert²⁶⁷. Danach handelt es sich bei der nach dem Vertrag

²⁶⁵ Unklar insoweit die Abgrenzung bei *Bamberger/Roth/Faust*, § 434 Rn. 28 ff.

²⁶⁶ BT-Drucks. 14/6040, S. 213.

²⁶⁷ *Oechsler* § 2 Rn. 92; *Schellhammer* MDR 2002, 241, 244; *Büdenbender*, in: *AnwKomm-BGB* § 434 Rn. 7.

vorausgesetzten Verwendung um Motive der Parteien, die dem Vertrag gemeinsam zugrunde liegen²⁶⁸. Es komme nicht auf eine echte Vereinbarung an, sondern nur auf eine tatsächliche Übereinstimmung über den Verwendungszweck²⁶⁹. Ausdrückliche oder konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen würden schon von § 434 I 1 erfasst²⁷⁰. § 434 I 2 Nr. 1 grenze sich in die andere Richtung danach ab, dass einseitige, nicht erkennbare Motivationen des Käufers keinen Sachmangel begründen könnten²⁷¹. Eine einseitige Kundgabe des Verwendungszwecks durch den Käufer reiche nicht aus²⁷².

Für § 434 I 2 Nr. 1 muss keine eigenständige Kategorie zwischen der konkludenten oder ausdrücklichen Vereinbarung und dem einseitig gebliebenen Motiv gebildet werden. Die Fälle, auf die § 434 I 2 Nr. 1 zielt, lassen sich mit der herkömmlichen Dogmatik bewältigen. Man sollte nicht ohne Not ständig neue Einteilungen treffen, die zur Erosion des grundlegenden Systems führen. Wenn § 434 I 2 Nr. 1 Vorstellungen der Parteien im Vorfeld des Vertrags erfasste und diese den Regelungen über vertragliche Vereinbarungen gleichgestellt würden, wäre die klare dogmatische Unterscheidung zwischen vorvertraglicher und vertraglicher Haftung aufgehoben. Entgegen der Gesetzesmaterialien²⁷³ sind keine Fälle denkbar, in denen die Zustimmung des Verkäufers zu einem ihm zur Kenntnis gebrachten Verwendungszweck des Käufers nicht wenigstens eine konkludente Vereinbarung darstellen würde²⁷⁴. Die Möglichkeit, Angaben im Vorfeld des Vertragsschlusses im Wege einer konkludenten Vereinbarung in den Vertrag zu integrieren, die vom Gesetzgeber bei § 434 I 1 als Argument dafür angeführt wurde, dass die Vereinbarung des § 434 I 1 nicht gegen Art. 2 II a) verstößt²⁷⁵, soll plötzlich bei § 434 I 2 Nr. 1 nicht mehr bestehen bzw. der Gesetzgeber hält es zumindest nicht für ausgeschlossen, dass diese Möglichkeit nicht besteht. Nur deshalb wäre die Schaffung einer neuen dogmatischen Kategorie, die vorvertraglichen gemeinsamen Parteivorstellungen vertragliche Wirkungen verschafft, nötig. Insofern setzt sich der Gesetzgeber in Widerspruch zu seinen eigenen Aussagen. Nur wenn bei § 434 I 1 keine konkludente Einbeziehung

²⁶⁸ *Oechsler* § 2 Rn. 92.

²⁶⁹ *Oechsler* § 2 Rn. 92.

²⁷⁰ Systematischer Kommentar/*Malzer* Zweiter Teil § 434 Rn. 45.

²⁷¹ Systematischer Kommentar/*Malzer* Zweiter Teil § 434 Rn. 45.

²⁷² Systematischer Kommentar/*Malzer* Zweiter Teil § 434 Rn. 45.

²⁷³ BT-Drucks. 14/6040, S. 213.

²⁷⁴ *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 233, 234; wohl auch *Oetker/Maultzsch*, S. 40.

²⁷⁵ BT-Drucks. 14/6040, S. 212.

vorvertraglicher Angaben in den Vertrag möglich wäre, wäre die Aussage des Gesetzgebers, es solle nicht entschieden werden, ob es sich bei § 434 I 2 Nr. 1 um vertragliche Vereinbarungen oder um Vorstellungen der Parteien im Vorfeld handele, überhaupt sinnvoll. Zwischen der Vereinbarung des § 434 I 1 und der vertraglichen Voraussetzung nach § 434 I 2 Nr. 1 bestehen daher keine Bedeutungsunterschiede. Sowohl bei § 434 I 1 als auch I 2 Nr. 1 sind ausdrückliche wie konkludente Vereinbarungen möglich²⁷⁶. Erforderlich und ausreichend für § 434 I 2 Nr. 1 ist, dass der Verkäufer die spezielle Verwendungsabsicht des Käufers kennt und ihr zugestimmt hat²⁷⁷. Dies entspricht insbesondere dem Wortlaut des § 434 I 2 Nr. 1 und wird nachhaltig von der Regelung des Art. 2 II b) gestützt, wonach der Käufer den angestrebten Verwendungszweck dem Verkäufer nicht nur „bei Vertragsschluss“ zur Kenntnis gebracht, sondern der Verkäufer der Verwendung auch „zugestimmt“ haben muss²⁷⁸. Ob Angaben des Käufers über den individuellen Verwendungszweck, die vom Verkäufer unwidersprochen geblieben sind, eine Verwendungsvereinbarung nach § 434 I 2 Nr. 1 darstellen, ist Auslegungsfrage²⁷⁹. Das ist nicht anders als bei § 434 I 1.

III. Abgrenzung durch Bestimmtheit der Vereinbarung

1. Allgemeines

§ 434 I 1 könnte von § 434 I 2 Nr. 1 aber durch den Grad der inhaltlichen Bestimmtheit der Vereinbarung differenziert werden. § 434 I 2 Nr. 1 würde danach Geschäfte erfassen, bei denen die Parteien die Eignung der Kaufsache zu einem individuellen Zweck vereinbart haben, während § 434 I 1 Vereinbarungen erfassen würde, die einzelne Merkmale der Kaufsache bestimmt festlegen²⁸⁰. Dies hätte zur Folge, dass die uneingeschränkt subjektive Beschaffenheitsvereinbarung bei § 434 I 1 doch in dem

²⁷⁶ Unklar *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 233, 233 f.: Einerseits sollen ohne weiteres konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen bei § 434 I 1 möglich sein, andererseits soll auf § 434 I 1 in der Regel nur bei ausdrücklichen Abreden abgestellt werden, konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen sollen dem § 434 I 2 und 3 zugeordnet werden.

²⁷⁷ *Graf von Westphalen*, in: *Henssler/Graf von Westphalen*, 2. Aufl., § 434 Rn. 26; *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 233, 235; *Haas/Medicus* Kap. 5 Rn. 102.

²⁷⁸ *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 233, 235.

²⁷⁹ *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 233, 235, die auch für § 434 I 2 Nr. 1 den Terminus „Beschaffenheitsvereinbarung“ verwenden.

²⁸⁰ Vgl. BT-Drucks. 14/6040; S. 213.; *Haas/Medicus* Kap. 5 Rn. 94; *Oetker/Maultzsch*, S. 40, *Medicus*, SchR II, § 74 Rn. 45.

Sinne eingeschränkt wäre, als er nur für bestimmte, nicht aber für unbestimmte Vereinbarungen zugänglich wäre. Eine Beschaffensvereinbarung läge folglich beispielsweise vor, wenn Beton einer bestimmten Güteklasse geliefert werden soll, eine Fliese eine bestimmte Abriebfestigkeit aufweisen soll, der Oberstoff eines Kleidungsstücks aus reiner Schurwolle bestehen soll, Steine einen bestimmten Wärmedämmwert haben sollen oder ein Schmuckstück aus 750'er Gold gefertigt sein soll²⁸¹. Demgegenüber lägen z.B. Vereinbarungen über die Verwendungseignung vor, wenn sich die Küchenmaschine für den Restaurantbetrieb eignen soll, ein PC für die Grafikbearbeitung vorgesehen ist oder ein Haus als Wohnung oder zum Abbruch gekauft wird²⁸². Während § 434 I 1 also die einzelnen Anforderungen an die Sache detailliert festschreiben würde, ließe § 434 I 2 Nr. 1 offen, welche einzelnen Merkmale die Kaufsache aufweisen muss, soweit sie sich nur zum vereinbarten Verwendungszweck eignet.

Den Parteien stehen damit grundsätzlich zwei verschiedene Wege offen, wie sie die Anforderungen an die erfüllungstaugliche Kaufsache festlegen können. Zum einen können die Parteien die Merkmale, die die Kaufsache aufweisen soll, präzise beschreiben. Zum anderen können die Parteien auch eine Vereinbarung über den Zweck, dem die Kaufsache dienen soll, treffen. Die erste Möglichkeit ist zustandsorientiert, während die zweite ergebnisorientiert ist²⁸³. Beide Möglichkeiten lassen sich schließlich auch kombinieren. Die präzise Vereinbarung des Kaufgegenstandes hat den Vorteil, die Verpflichtung des Verkäufers genau festzulegen und Abweichungen mit geringem Aufwand feststellen zu können. Nachteilig ist, dass die ausführliche Festlegung der Kaufsache aufwändig ist und z.B. Laien nicht über die technischen Kenntnisse verfügen, um die für sie relevanten Merkmale zu benennen. Diese Nachteile vermeidet die auf die Verwendung ausgerichtete Vereinbarung. Hier kennt der Verkäufer nicht nur den Verwendungszweck, den der Käufer mit dem Erwerb verfolgt, sondern übernimmt auch die Gewähr, dass sich die Sache zu diesem Zweck eignet. Für den Käufer ist dies die einfachere Variante, weil er die beabsichtigte Verwendung regelmäßig einfach mitteilen kann. Lässt sich der Verkäufer darauf ein, übernimmt er das Risiko, dass sich die Sache tatsächlich für den vereinbarten Zweck eignet. Verkauft ist dann eine Sache, die sich für den vereinbar-

²⁸¹ Beispiele von *Haas/Medicus*, Kap. 5 Rn. 94.

²⁸² Beispiele von *Haas/Medicus*, Kap. 5 Rn. 101.

²⁸³ *Huber*, in: *Huber/Faust* Rn. 12/29.

ten Verwendungszweck eignet. Das Risiko der Bestimmung einer erfüllungstauglichen Sache wird im Rahmen des Verwendungszwecks auf den Verkäufer abgewälzt. Der Käufer kauft letztlich das abstrakte Ergebnis, mit dem er seine Bedürfnisse, die Motivation für den Kauf waren, befriedigen will. Der Verkäufer schuldet zwar nicht den Erfolg in dem Sinne, dass die Bedürfnisse des Käufers erfüllt werden, er schuldet aber die Eignung zum Erfolg, also dass die Motive des Käufers, die zum Kauf geführt haben, im Rahmen der Vereinbarung befriedigt werden können. Im subjektiven Äquivalenzverhältnis ist die Übernahme dieses Risikos enthalten. Der Vorteil der Verwendungsvereinbarung, ihre Einfachheit und Flexibilität, ist gleichzeitig ihr Nachteil. Kommt es zwischen den Parteien nach Kaufvertragsschluss zum Streit über die geschuldete Kaufsache, so entpuppt sich die einfache Regelung bei Vertragsschluss im Nachhinein als Quelle der Rechtsunsicherheit. Diese Rechtsunsicherheit ist umso größer, je abstrakter die Verwendungsvereinbarung ist. Je abstrakter die Verwendungsvereinbarung ist, desto stärker geben die Parteien die Entscheidung im Streitfall aus der Hand. Dieser Zusammenhang ist nicht charakteristisch für die Verwendungsvereinbarung, sondern Allgemeingut. Je genauer und abschließender die Parteien ihre Beziehungen regeln und mögliche Störungen im Vorfeld bedenken, desto weniger sind sie im Streitfall auf die Auslegung ihrer Erklärungen durch Dritte, insbesondere den Richter oder das dispositive Gesetzesrecht, angewiesen.

2. Unmöglichkeit der Abgrenzung nach Bestimmtheit

Die Trennlinie zwischen der Beschaffenheits- und Verwendungsvereinbarung ergibt sich aus der Beantwortung der Fragen, wie bestimmt bestimmt, wie unbestimmt unbestimmt, wie speziell speziell, wie allgemein allgemein, wie konkret konkret oder wie abstrakt abstrakt ist.

Eine absolute, immer und für alle Fälle geltende Bestimmung der Bedeutung dieser Begriffe scheitert aus logischen Gründen. Genauso wie eine absolute Trennung zwischen Gattung und Art nur bei den niedrigstmöglichen Artbegriffen oder höchstmöglichen Gattungsbegriffen möglich ist²⁸⁴, können nur die äußeren Pole von Beschaffenheits- und Verwendungsvereinbarung exakt festgelegt werden. Es verhält

²⁸⁴ *Schneider*, Logik für Juristen, S. 28 ff.

sich ähnlich wie mit dem Einzelnen (Singularen) und dem Höchsten (Unendlichen). Beide sind alogisch, d.h. der Logik nicht mehr zugänglich. Die Rechenregeln gelten nicht für „0“ und „∞“²⁸⁵. Eine absolute Beschaffenheitsvereinbarung, nach § 434 I 1, also gewissermaßen „0“, liegt immer dann vor, wenn die Parteien sämtliche Merkmale der Kaufsache mikroskopisch detailliert festlegen. Die Detailgenauigkeit muss dabei so groß wie möglich sein. D. h. es darf nicht möglich sein, auf eine niedrigere, konkretere Ebene abzustiegen. Das können die Parteien nur erfüllen, wenn sie Vereinbarungen auf der Ebene der Elementarphysik treffen. Die Parteien müssen also theoretisch die atomaren/molekularen Strukturen der Kaufsache festlegen. Eine solche Vereinbarung wird in der Praxis für die weitaus überwiegende Zahl der Parteien aufgrund fehlender chemischer/physikalischer Kenntnisse nicht zugänglich sein, aber auch in den übrigen Fällen nicht praktiziert werden, weil sie extrem aufwendig ist. Das ändert aber nichts daran, dass solche Vereinbarungen auf atomarer Ebene die absolute Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I 1 verkörpern.

Die absolute Verwendungsvereinbarung nach § 434 I 2 Nr. 1, gewissermaßen „∞“, ist eine Vereinbarung, die keine Gattung mehr über sich hat. Die allgemeinste, abstrakteste Verwendungsvereinbarung ist die, bei der die Verwendungsfähigkeit der Kaufsache offen gelassen oder nicht vereinbart wird. Verkauft ist schlicht und abschließend eine Sache²⁸⁶. Der Begriff der Sache ist der von höchster Allgemeinheit beim Sachkauf. Eine abstraktere, unbestimmtere Festlegung der Kaufsache nach § 433 I 1 ist nicht denkbar. Der Verkäufer erfüllt hier seine Pflicht nach § 433 I 2 zur Verschaffung einer sachmangelfreien Sache stets, weil jede Sache für die Erfüllung des Kaufvertrags taugt.

Zwischen diesen Polen ist es möglich, eine Vereinbarung von gewisser Bestimmtheit/Unbestimmtheit als Beschaffenheits- oder als Verwendungsvereinbarung einzuordnen. Das folgt aus dem graduellen und nahtlosen Übergang von „unbestimmt“ zu „bestimmt“. Was der eine noch als „unbestimmt“ kennzeichnet, ist für den anderen schon „bestimmt“ und umgekehrt. Wie im System von Gattung/Art lässt sich zwi-

²⁸⁵ *Schneider*, Logik für Juristen, S. 24.

²⁸⁶ Bei einer fehlerfrei zustande gekommenen, erklärten und von den Parteien so gewollten Vereinbarung besteht kein Bedürfnis für das Erfordernis der Bestimmbarkeit von Parteivereinbarungen. Eine Auslegung kommt hier nicht in Betracht, weil es an der Auslegungsbedürftigkeit fehlt. Die Funktion des Gerichts beschränkt sich auf die Umsetzung der Parteivereinbarung.

schen „bestimmt“ und „unbestimmt“ auf- und absteigen, ohne dass es irgendeinen logischen Vorrang einer Festlegung gäbe. In den Randbereichen wird die Qualifikation als „unbestimmt“ oder „bestimmt“ immer deutlicher, weil sich das aus der Wertung des Vereinbarten selbst ergibt. Insofern sind gewisse Präferenzen für eine Einordnung als Beschaffenheits- oder Verwendungsvereinbarung auszumachen. Diese sind aber nicht logisch zwingend. Die Begriffe „bestimmt“, „unbestimmt“, „abstrakt“, „konkret“, „allgemein“ und „speziell“ sind derart offen, dass die Bedeutung nur mit Hilfe des Gegenwortes, des Antonyms, veranschaulicht wird. „Bestimmt“ versteht man besser im Kontrast zu „unbestimmt“, „konkret“ bildet den Gegensatz zu „abstrakt“, „allgemein“ den zu „speziell“. Die genannten Begriffe sind farblos und dehnbar. Sie bieten keinen greifbaren Wertmaßstab. Bei Vereinbarungen lässt sich also nur feststellen, ob eine konkreter oder abstrakter als eine andere ist. Die Einordnung als Beschaffenheits- oder Verwendungsvereinbarung ist nur relativ, abhängig vom Standpunkt des Betrachters.

Eine solche relative Zuordnung von Parteivereinbarungen zu Beschaffenheit und Verwendung ist möglich, wenn die Parteien Vereinbarungen auf zwei – und nur zwei – unterschiedlichen Bestimmtheitsebenen treffen. In diesem Fall sind die spezielleren Vereinbarungen formal Beschaffenheitsvereinbarung und die allgemeineren Verwendungsvereinbarung. Die relative Einordnung funktioniert nicht mehr, sobald die Parteien Vereinbarungen auf drei oder mehr Bestimmtheitsebenen treffen, weil das Gesetz nur zwei Ebenen zur Differenzierung zur Verfügung stellt. Gleichwohl sind natürlich Vereinbarungen auf mehr als zwei Bestimmtheitsebenen zulässig. In einem solchen Fall, also z.B. bei einer fünfstufigen Vereinbarung v, w, x, y, z lassen sich diese beliebig § 434 I 1 oder § 434 I 2 Nr. 1 zuordnen. So kann v Beschaffenheitsvereinbarung sein, während w, x, y, z Verwendungsvereinbarung sind. Oder: v, w, x sind Beschaffenheitsvereinbarung und y, z Verwendungsvereinbarung. Oder: v, w, x, y, z sind Beschaffenheitsvereinbarung. Oder: v, w, x, y, z sind Verwendungsvereinbarung. Um ein einheitliches Bild zu gewährleisten, sollten drei- oder mehrstufige Vereinbarungen alle an den Kopf der Vorschrift gestellt werden, also § 434 I 1 zugeordnet werden. Zwingend ist das aber nicht²⁸⁷.

²⁸⁷ Vgl. die Parallele bei der systematischen Einordnung von unkörperlichen Merkmalen zu und innerhalb des § 434 I bei Erster Teil B.IV.2.d).

Bei einstufigen Vereinbarungen ist die Zuordnung zu § 434 I 1 oder I 2 Nr. 1 beliebig. Für eine Zuordnung an den Kopf der Vorschrift – also S. 1 spricht – dass der subjektive Sachmangelbegriff dort stärker akzentuiert wird. Der Wortlaut des § 434 I 1 („vereinbarte“) ist klarer als der des § 434 I 2 Nr. 1 („nach dem Vertrag vorausgesetzte“), auch wenn § 434 I 1 und 2 Nr. 1 insofern bedeutungsgleich sind. Auch bleibt so der systematische Vorrang des § 434 I 1 vor dem § 434 I 2 Nr. 1 gewahrt. § 434 I 2 Nr. 1 bleibt dann bei einstufigen Vereinbarungen kein Anwendungsbereich mehr.

Für eine Zuordnung sämtlicher einstufiger Vereinbarungen zu § 434 I 2 Nr. 1 spricht die Rechtswirklichkeit. Die Parteien treffen bei der Mehrzahl der Kaufverträge, vor allem bei geringwertigen Gütern des täglichen Bedarfs, keine ins Detail gehenden Abreden²⁸⁸. Der Nachteil der Zuordnung jeder einstufigen Parteivereinbarung zu § 434 I 2 Nr. 1 ist, dass § 434 I 1 und damit die zentrale Eingangsdefinition obsolet würde. Dies sollte vermieden werden.

§ 434 I 1 und 2 Nr. 1 bilden nur verschiedene Seiten derselben Medaille. Gemeinsam ist die Vereinbarung, die vor die Klammer von Beschaffenheit und Verwendung gezogen werden kann. Beschaffenheit und Verwendung drücken nur die Möglichkeit aus, Vereinbarungen in ihrer Bestimmtheit zu differenzieren. Eine bedeutungsgleiche Formulierung von § 434 I 1 und 2 Nr. 1 lautet: „Die Sache ist frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang ist wie vereinbart.“ Beschaffenheit und Verwendung gehen dann im jeweiligen Bestimmtheitsgrad der Vereinbarung auf. Auf die Ebene des Kaufvertrags bezogen: „Die kaufvertraglichen Pflichten erlöschen mit Bewirkung.“

Da sich Beschaffenheits- und Verwendungsvereinbarung nicht in ihrer dogmatischen Struktur unterscheiden und prinzipiell austauschbar sind, müssen sie auch bei der Frage der Formbedürftigkeit gleich behandelt werden²⁸⁹. Die notarielle Beurkundungspflicht z.B. beim Grundstückskauf nach § 311b I 1 erfasst nach dem Grundsatz der Gesamtbeurkundung²⁹⁰ insbesondere auch die Beurkundung sämt-

²⁸⁸ BT-Drucks. 14/6040, S. 213.

²⁸⁹ *Bamberger/Roth/Faust*, § 434 Rn. 50; *Oetker/Maultzsch*, S. 40.

²⁹⁰ Vgl. zum inhaltsgleichen § 313 a.F.: BGHZ 40, 255, 262; 74, 346, 348; *Larenz/Wolf* § 27 Rn. 17.

licher Abreden über Leistung und Gegenleistung²⁹¹. Deshalb sind sowohl Beschaffenheits- als auch Verwendungsvereinbarung bei Grundstücksgeschäften formbedürftig²⁹². Die künstliche Aufspaltung zwischen Formbedürftigkeit der Beschaffenheitsvereinbarung und Formfreiheit der Verwendungsvereinbarung ist nicht überzeugend²⁹³. Dies gilt umso mehr, als die tatsächliche Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit der notariellen Beurkundung für beide gilt²⁹⁴ und sich in der Praxis aus diesem Grund kaum unterschiedliche Ergebnisse erwarten lassen.

3. Kombination von Beschaffenheits- und Verwendungsvereinbarung

Eine Kombination von Beschaffenheitsvereinbarung und Verwendungsvereinbarung ist möglich²⁹⁵. Dies ergibt sich zwanglos aus § 434 I 2 Hs. 1, wonach Verwendungsvereinbarungen möglich sind, soweit keine Beschaffenheit vereinbart wurde. So ist der Käufer in der Lage, als wichtig erkannte Punkte in die Vereinbarung aufzunehmen und sich zusätzlich durch die Aufnahme von „Generalklauseln“ zu schützen²⁹⁶. Fraglich ist, wie ein möglicher Widerspruch zwischen der Beschaffenheitsvereinbarung und der Verwendungsvereinbarung zu lösen ist.

§ 434 I 1 und 2 Nr. 1 gehen systematisch von einer Vorrangstellung der Beschaffenheitsvereinbarung aus. Die konkrete Beschaffenheitsvereinbarung geht der abstrakteren Verwendungsvereinbarung vor. Das ist die Umsetzung des Grundsatzes *lex specialis derogat legi generali* für den Sachmangel im Rahmen der Parteivereinbarung. Die speziellere oder konkretere Regelung geht der allgemeineren oder abstrakteren vor. Für alle Fälle wird man einen entsprechenden Vorrang der

²⁹¹ Zum inhaltsgleichen § 313 a.F.: *Soergel/Wolf* § 313 Rn. 59, 61.

²⁹² *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 233, 239.

²⁹³ So aber *Oechsler* § 2 Rn. 92, der freilich die Verwendungsvereinbarung nicht als echte Vereinbarung, sondern als tatsächliche Übereinstimmung anerkennt.

²⁹⁴ *Oechsler* § 2 Rn. 89, 92.

²⁹⁵ *Haas/Medicus* Kap. 5 Rn. 104; *Feller* MittBayNot 2003, 81, 87. Die Kombination von Beschaffenheits- und Verwendungsvereinbarung stellt sich präziser ausgedrückt als Vereinbarung dar, die sich in ihrer inhaltlichen Bestimmtheit unterscheidet. Beschaffenheits- und Verwendungsvereinbarung sind Synonyme für konkretere und abstraktere Teile einer Vereinbarung.

²⁹⁶ *Feller* MittBayNot 2003, 81, 87 bezeichnet die Vereinbarung unterschiedlicher Eigenschaften auf unterschiedlichen Bestimmtheitsebenen als „partielle Kombination“; die kumulative Geltung der Kriterien mehrerer Bestimmtheitsebenen für ein und dieselbe Eigenschaft als „serielle Kombination“.

Beschaffenheitsvereinbarung gegenüber der Verwendungsvereinbarung aber nicht annehmen können²⁹⁷. Vielmehr wird die Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 entscheiden, welche Vereinbarung sich durchsetzt bzw. ob ein Konflikt zwischen Beschaffenheits- und Verwendungsvereinbarung vorliegt bzw. ob überhaupt Beschaffenheits- und Verwendungsvereinbarung vorliegen²⁹⁸. Ist beispielsweise ein Computer verkauft, der die Leistungsmerkmale x, y, z aufweisen und sich für die Verwendung v eignen soll und die Merkmale x, y, z reichen nicht für v aus, können die Bestandteile der Vereinbarung in verschiedener Weise verknüpft sein.

Ein mögliches Ergebnis der Auslegung ist, dass die Kaufsache jedenfalls für die Verwendung v geeignet sein muss. Die Verwendungsvereinbarung verdrängt dann die Beschaffenheitsvereinbarung, soweit sie sich widersprechen²⁹⁹. Der Beschaffenheitsvereinbarung kommt insoweit nur erläuternde Wirkung zu. Die Kaufsache soll nach Möglichkeit die Beschaffenheitsmerkmale x, y, z aufweisen, wenn dies mit v vereinbar ist. Genauer gesagt liegt dann keine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinn des § 434 I 1 vor, weil den Merkmalen x, y, z keine bindende Wirkung zukommt³⁰⁰. Sie entsprächen bei dieser Auslegung unverbindlichen Angaben, die nur die alleinige Verwendungsvereinbarung veranschaulichen. Ein Konflikt zwischen einer Beschaffenheitsvereinbarung und einer Verwendungsvereinbarung besteht dann nicht, weil keine echte Beschaffenheitsvereinbarung vorliegt³⁰¹. Der Verkäufer trägt in diesem Fall das Risiko, dass die Merkmale x, y, z nicht für v ausreichen.

Das gegenteilige Ergebnis der Auslegung sieht so aus, dass die Kaufsache über die Merkmale x, y, z verfügen muss und sich im Übrigen für die Verwendung v eignen muss. Auch hier liegt kein echter Widerspruch zwischen Beschaffenheits- und Ver-

²⁹⁷ Haas/Medicus Kap. 5 Rn. 104; Feller MittBayNot 2003, 81, 87.

²⁹⁸ Bamberger/Roth/Faust, § 434 Rn. 48; Feller MittBayNot 2003, 81, 87; Jauernig/Berger § 434 Rn. 12.

²⁹⁹ Dafür wohl inhaltlich Feller MittBayNot 2003, 81, 87: Das Kriterium der allgemeineren Stufe werde nur standardisierten Konkretisierung der Beschaffenheitsvereinbarung verwendet und sei damit letztlich Bestandteil der Beschaffenheitsvereinbarung geworden. Im Beispiel von Bamberger/Roth/Faust, § 434 Rn. 48, dürfte eine reine Verwendungsvereinbarung vorliegen, wenn der Käufer die beabsichtigte Verwendung mitgeteilt hat und der Verkäufer eine scheinbar taugliche Sache aussucht.

³⁰⁰ Ähnlich zum alten Recht: OLG Köln NJW 1991, 2156, 2156; Erman/Grunewald, § 459 Rn. 8, wo eine ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung in Gänze als Verwendungsvereinbarung ausgelegt wird und deshalb keine echte Beschaffenheitsvereinbarung gegeben ist. Verkauft war deshalb von vornherein nur eine Sache mit Verwendungszweck v und nicht eine Sache mit der Beschaffenheit x, y, z. Dogmatisch ist dies ein Fall der *falsa demonstratio non ocat*.

³⁰¹ Feller MittBayNot 2003, 81, 87 löst damit die Bestimmtheitsebenen auf: Das Abstraktere wird zur Konkretisierung des Konkreteren herangezogen.

wendungsvereinbarung vor, weil die Verwendungsvereinbarung v die Merkmale x , y , z ergänzt und ausfüllt. Inhaltlich bestehen zwischen der Beschaffenheits- und Verwendungsvereinbarung keine Schnittpunkte oder -mengen. Ist die Kaufsache nicht für die vom Käufer beabsichtigte Verwendung geeignet, trägt der Käufer das Risiko, dass die fehlende Verwendungstauglichkeit auf den Merkmalen x , y , z beruht. Im Übrigen bleibt das Risiko der vereinbarten Verwendungsfähigkeit v beim Verkäufer.

Eine echte Kollision von Beschaffenheits- und Verwendungsvereinbarung lässt sich logisch nicht überwinden. Der Ansatz zur Bewältigung perplexer Vereinbarungen ist die Auslegung. Sie dient dazu, die bei einer kumulativen Geltung von echter Beschaffenheitsvereinbarung und Verwendungsvereinbarung bestehende logische Perplexität zu vermeiden, indem Beschaffenheits- und Verwendungsvereinbarung einerseits in ein Verhältnis der Alternativität gebracht werden („im Übrigen“). Andererseits kann die Perplexität vermieden werden, indem der wortlautmäßigen „Beschaffenheitsvereinbarung“ der Charakter als solche abgesprochen wird. Auf die eine oder andere Weise wird das sonst unüberwindbare Verständnisproblem perplexer Vereinbarungen von vornherein vermieden. Die Schwierigkeit wird im konkreten Fall darin bestehen, sich zwischen den beiden Auslegungsmöglichkeiten entscheiden zu müssen. In Zweifelsfällen wird der letztgenannten Auslegung, wonach die Verwendungsvereinbarung die Beschaffenheitsvereinbarung ergänzt („im Übrigen“), der Vorzug gebühren³⁰². Sie stimmt mit der gesetzlichen Systematik und dem zugrunde liegenden Rechtssatz überein. Die erstgenannte Auslegungsmöglichkeit („jedenfalls“) leidet an der Schwäche, konkrete Angaben im Kaufvertrag als obsolet behandeln zu müssen. Sie behandelt materiell das Allgemeine spezieller als das Spezielle. Diesen Widerspruch löst sie formal, indem der Beschaffenheitsvereinbarung gerade die Qualität als solche abgesprochen wird.

Als Ergebnis lässt sich damit festhalten, dass eine echte Beschaffenheitsvereinbarung in ihrer inhaltlichen Reichweite der Verwendungsvereinbarung immer vorgeht. Ob eine echte Beschaffenheitsvereinbarung oder entgegen dem Wortlaut in Wirklichkeit eine reine Verwendungsvereinbarung vorliegt, ist Auslegungsfrage.

³⁰² A.A. wohl *Feller MittBayNot* 2003, 81, 87.

4. Rückkopplung der Verwendungs- auf die Beschaffenheitsvereinbarung

Teilweise wird in der Literatur vorgeschlagen, die Verwendungsvereinbarung auf die Beschaffenheitsvereinbarung, also die unbestimmtere auf die bestimmtere Vereinbarung rückzukoppeln³⁰³. Aus dem Verwendungszweck ergebe sich mittelbar, welche (körperliche) Beschaffenheit die Sache haben muss, ohne dass diese Beschaffenheit selbst im Vertrag beschrieben würde³⁰⁴. An Stelle einer bestimmten Sachbeschaffenheit bilde ein (zweckabhängiges) Beschaffenheitsspektrum den Gegenstand der Soll-Beschaffenheit³⁰⁵. Nur dieses Beschaffenheitsspektrum und nicht die zugrunde gelegte Verwendung werde zum bindenden Gegenstand des Kaufvertrags³⁰⁶. Es sei daher unpräzise, eine sogenannte Verwendungsvereinbarung von der Beschaffenheitsvereinbarung zu unterscheiden³⁰⁷.

Die Umqualifizierung jeder abstrakten Verwendungsvereinbarung in eine bestimmte Beschaffenheitsvereinbarung überzeugt nicht. Ist eine Küchenmaschine für ein Restaurant verkauft, so bleibt die Eignung für den professionellen Einsatz Bestandteil des Kaufvertrags. Dass eine Küchenmaschine für den professionellen Einsatz einen starken und für Dauerbetrieb ausgelegten Motor aufweisen und auch sonst robust sein muss³⁰⁸, ergibt sich aus der Natur der Sache. Indem das so gefundene Ergebnis der Konkretisierung nach einer Auslegung gem. §§ 133, 157 als das von vornherein Vereinbarte deklariert wird, ignoriert man die getroffene Parteivereinbarung. Selbst die Anhänger einer solchen Rückkopplung geben zu, dass in rechtstatsächlicher Hinsicht eine Übereinkunft der Parteien hinsichtlich der Verwendung vorliegt³⁰⁹. Warum soll man die ausdrücklich getroffene Verwendungsvereinbarung, die Anknüpfungspunkt für die Auslegung ist, künstlich auf die Beschaffenheitsvereinbarung

³⁰³ *Canaris*, *Karlsruher Forum*, S. 57; *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 233, 235; *Haas/Medicus* Kap. 5 Rn. 101; wohl auch *Feller* *MittBayNot* 2003, 81, 82 Fn. 18, wonach sich die Sache zu ihrer Verwendung nur eigne, wenn sie über bestimmte typisierte Beschaffenheitsmerkmale verfüge und *Systematischer Kommentar/Malzer* Zweiter Teil § 434 Rn. 46 sowie *Ehmann/Sutschet*, S. 195, wonach bei einer vertraglich vorausgesetzten Verwendung regelmäßig (konkludente) Beschaffenheitsvereinbarungen vorliegen werden.

³⁰⁴ *Haas/Medicus* Kap. 5 Rn. 101; unklar *Schlechtriem*, *SchR* BT, S. 18.

³⁰⁵ *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 233, 235.

³⁰⁶ *Canaris*, *Karlsruher Forum*, S. 57; *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 233, 235. A.A. wohl AG Zeven, Urteil v. 19.12.2002 – 3 C 242/02 – (ZGS 2003, 158 ff.), wo die Vereinbarung der Fahrtauglichkeit eines PKW nach § 434 I 2 Nr. 1 einen intakten Katalysator beinhalten soll.

³⁰⁷ *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 233, 235.

³⁰⁸ *Haas/Medicus* Kap. 5 Rn. 101.

³⁰⁹ *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 233, 235.

rückkoppeln? Dafür besteht überhaupt keine Notwendigkeit. Durch die Auslegung wird im Einzelfall die Verwendungsvereinbarung konkretisiert. Eine offene Verwendungsvereinbarung mag im Vergleich zu einer Beschaffenheitsvereinbarung auslegungsbedürftiger sein. Dies ist aber die notwendige Folge aus der Abstraktion der Parteivereinbarung. Durch die Umqualifizierung der Verwendungsvereinbarung in eine Beschaffenheitsvereinbarung würde ein entsprechender Parteiwillen fingiert, der tatsächlich nicht besteht. Die Parteien haben sich über die Verwendung der Sache geeinigt, nicht über deren einzelne Merkmale. Welche einzelnen körperlichen Merkmale die Kaufsache für die Verwendung aufweisen muss, ist der Risikosphäre des Verkäufers zugeordnet. Wenn ein Vorgesetzter seinen Mitarbeitern abstrakte Ziele vorgibt, kommt auch niemand auf den Gedanken, diese in viele einzelne konkrete Arbeitsanweisungen umzudeuten. Es ist den Mitarbeitern zur freien Wahl überlassen, wie sie die Ziele erreichen.

Im Übrigen führt die formale Rückkopplung der Verwendungsvereinbarung auf die Beschaffenheitsvereinbarung auch nicht zur Lösung der inhaltlichen Probleme. Ist ein PC für die Grafikbearbeitung vorgesehen, kann man diese Vereinbarung selbstverständlich dahingehend gliedern, dass der PC eine große Festplatte, einen großen Arbeitsspeicher, einen schnellen Prozessor und sonstige Komponenten zur schnellen Datenverarbeitung haben muss³¹⁰. Damit wird das Produkt PC zunächst nur in seine Hauptbestandteile zerlegt. Dass Grafikprogramme in der Regel höhere technische Anforderungen an die Hardware stellen als beispielsweise Büroanwendungsprogramme, ist als qualitative Aussage unumstritten. Die Schwierigkeit der Auslegung, wie die Leistungsfähigkeit des PCs quantitativ beschaffen sein muss, kehrt durch die Hintertür auf der niedrigeren Ebene der Hauptbestandteile wieder. Wie groß ist eine große Festplatte? Wie groß ist ein großer Arbeitsspeicher? Wie schnell muss ein schneller Prozessor konkret sein, damit er für die Grafikbearbeitung geeignet ist? Welche sonstigen Komponenten sind konkret nötig, damit die großen Datenmengen bewältigt werden können? Können leistungsschwächere Komponenten, die an sich für die vorgesehene Eignung nicht ausreichen, durch leistungsstärkere Komponenten in anderen Bereichen ausgeglichen werden, solange der PC im Gesamten für die vorgesehene Verwendung geeignet ist? Für die Beantwortung dieser Fragen bietet die Zuordnung als Beschaffenheitsvereinbarung genauso wenig oder

³¹⁰ Haas/Medicus Kap. 5 Rn. 101.

viel Hilfestellung wie die Einordnung als Verwendungsvereinbarung. Bei der raschen technischen Fortentwicklung im Computerbereich kann heute schon veraltet sein, was gestern noch neuester Stand der Technik war. Oft wird man nur Untergrenzen ziehen können. D.h. im Beispielsfall, dass der PC mindestens für das die geringsten Anforderungen stellende Grafikprogramm geeignet sein muss. Anhand dessen kann man selbstverständlich eruieren, welche Anforderungen dieses Programm im Einzelnen an die Hardware stellt. Das ergibt sich dann aber zwangsläufig aus der Entscheidung, dass dieses Programm als Referenzprogramm zugrunde gelegt wird. Ob sich die Verwendungsvereinbarung nur auf die Mindestbedingungen als Auffanglinie bezieht, bleibt offen.

Die Verwendungsvereinbarung nach § 434 I 2 Nr. 1 wird damit nicht automatisch auf eine Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I 1 rückgekoppelt.

IV. Konsequenzen

1. Verwendungsvereinbarung und Beratung

Die Anerkennung der Verwendungsvereinbarung als Vertragsbestandteil ermöglicht es, eine beratende Tätigkeit des Verkäufers mühelos in das kaufrechtliche Gewährleistungssystem zu integrieren. Bisher wurden teilweise Fälle, in denen die Parteien von einer bestimmten Verwendung der Kaufsache ausgingen und sich diese übereinstimmende Erwartung nicht erfüllte, nicht als Sachmängelfälle, sondern teilweise als Fälle der Verletzung einer Beratungspflicht behandelt³¹¹. Nach neuem Recht sind auf solche Konstellationen einheitlich § 434 I 2 Nr. 1 anzuwenden³¹². Dies folgt zum einen aus den Argumenten, die für eine Gleichbehandlung aller Pflichten eines Kaufvertrags sprechen³¹³. Zum anderen absorbiert die Verwendungsvereinbarung die Beratungstätigkeit. Wenn die Eignung der Kaufsache zum vom Käufer vorgesehenen

³¹¹ BGH NJW 1962, 1196 ff.; wie hier schon *Medicus* JuS 1965, 209, 209.

³¹² *Haas/Medicus* Kap. 5 Rn. 103; für die Anwendung des Sachmängelgewährleistungsrecht auf leistungsbezogene Nebenpflichten: *Schaub* AcP 202 (2002), 757, 795. A.A. *Ehmann/Sutschet*, S. 196, die die Auslegung entscheiden lassen wollen, ob eine mangelhafte Sache gekauft oder eine Beratungspflicht verletzt wurde. Nach *Kluth/Böckmann/Grün* MDR 2003, 241, 245 soll fast jede fehlerhafte Beratung sich in einem Sachmangel niederschlagen können. Die Einschränkung beruht auf der Übernahme des alten Eigenschaftsbegriffs aus § 459 II a.F. *Graf von Westphalen*, in: *Henssler/Graf von Westphalen*, 2. Aufl., § 434 Rn. 73 ordnet Beratungsleistungen dem § 434 I 1 zu.

³¹³ Wohl auch: *Graf von Westphalen*, in: *Henssler/Graf von Westphalen*, 2. Aufl., § 434 Rn. 73; im Übrigen siehe Erster Teil B.V.2. und 3.

Verwendungszweck Vertragsbestandteil wurde, ist es egal, ob der Verkäufer den Käufer hinsichtlich der Kaufsache fehlerhaft beraten hat oder nicht. Der Verkäufer schuldet eine verwendungstaugliche Sache, nicht mehr und nicht weniger. Ist die Sache trotz fehlerhafter Beratung zur vom Käufer gewünschten Verwendung geeignet, werden dessen Erwartungen vollständig erfüllt und es besteht kein Bedürfnis für die Anerkennung einer zusätzlichen Beratungspflichtverletzung. Ist die Sache trotz ordnungsgemäßer Beratung nicht geeignet, liegt ein Sachmangel nach § 434 I 2 Nr. 1 vor. Durch eine Verwendungsvereinbarung übernimmt der Verkäufer das Risiko, dass die als Kaufsache ins Auge gefasste Sache sich für den vorgesehenen Verwendungszweck eignet. Sämtliche Beratungsdienstleistungen, die der Verkäufer im Vorfeld der Verwendungsvereinbarung erbringt, sind Schall und Rauch, weil und wenn der Käufer sich infolge der Verwendungsvereinbarung auf die Geeignetheit der Sache zu seinem individuellen Verwendungszweck verlassen darf. Das vom Verkäufer mit der Verwendungsvereinbarung übernommene Risiko erfasst auch das Risiko fehlerhafter Beratung. Exemplarisch hierfür ist der Wäschetrocknerfall³¹⁴, der nach der Schuldrechtsreform als Fall des § 434 I 2 Nr. 1 einzuordnen wäre³¹⁵. Wenn sich ein bisher branchenunkundiger Käufer von einem auf die Umrüstung älterer Wäschereibetriebe spezialisierten Verkäufer beraten lässt, der Verkäufer die Örtlichkeiten besichtigt und der Käufer im Anschluss an die bei den Besichtigungen getroffenen Feststellungen einen Wäschetrockner kauft, haben die Parteien eine Verwendungsvereinbarung nach § 434 I 2 Nr. 1 geschlossen. Es sind kaum Fälle denkbar, in denen die Parteien sich deutlicher über die Tauglichkeit der Sache für den konkreten Verwendungszweck am konkreten Ort einigen könnten. Verkauft ist der Wäschetrockner x, der sich für den Wäschereibetrieb in den Räumlichkeiten des Käufers eignen soll, oder gleichbedeutend: Verkauft ist ein Wäschetrockner, der sich für den Betrieb des Käufers eignet. Die Beratungen und Untersuchungen, die der Verkäufer im Vorfeld unternommen hat, dienen vorrangig der Verringerung seines Risikos, eine Verwendungstauglichkeit zu versprechen, die tatsächlich nicht gegeben ist. Je sorgfältiger der Verkäufer die erforderlichen Untersuchungen vornimmt, desto geringer ist das Risiko, dass sich die Sache für den vorgesehenen Einsatz nicht eignet und er deshalb seiner Pflicht nach § 434 I 2 Nr. 1 nicht nachkommt. Dem Käufer kann es grundsätzlich egal sein, wie sorgfältig der Verkäufer die Beratung durchführt. Er ist durch die Verwendungsvereinbarung gesichert. Primär kommt es ihm auf

³¹⁴ BGH NJW 1985, 2472 f.

³¹⁵ Haas/Medicus Kap. 5 Rn. 103; Wolf/Kaiser DB 2002, 411, 412; Häublein NJW 2003, 388, 390.

die Einhaltung der Verwendungsvereinbarung an. Nur in zweiter Linie ist ihm mit den Gewährleistungsansprüchen des § 437 gedient. Soweit der Verkäufer die Nichterfüllung der Verwendungsvereinbarung durch unsorgfältige Beratung zu vertreten hat, kommen Schadensersatzansprüche nach § 437 Nr. 3 in Betracht. Schließt der Verkäufer eine Verwendungsvereinbarung, liquidiert er den Aufwand für seine Beratungstätigkeit und das übernommene Risiko über den Kaufpreis, soweit nicht eine gesonderte Regelung über die Vergütung der Beratungsleistung getroffen wurde³¹⁶.

Im Wäschetrocknerfall liegt damit nach neuem Recht jedenfalls eine Verwendungsvereinbarung nach § 434 I 2 Nr. 1 vor. Der Inhalt dieser Verwendungsvereinbarung ist nötigenfalls wie stets durch Auslegung nach §§ 133, 157 zu ermitteln. Dies lässt im Wäschetrocknerfall theoretisch auch die Verneinung eines Sachmangels als möglich erscheinen. Erkennbare Störungen des Wäschereibetriebs traten erst ein, als mit Beginn der Heizperiode der Kamin den Rauch sämtlicher Nutzer nicht mehr fassen konnte. Ergäbe sich mittels der Auslegung, dass ein Trockner geschuldet war, der von einer Alleinnutzung des Kamins durch den Käufer ausging, wäre die Verwendungsvereinbarung entsprechend inhaltlich begrenzt. Die aufgetretenen Störungen ließen die Eignung zum vorgesehenen Gebrauch unberührt. Allein, eine solche Auslegung wird den berechtigten Interessen des Käufers nicht gerecht und sich anhand des festgestellten Sachverhalts nicht stützen lassen. Der Betrieb einer Wäscherei ist kein auf den Sommer beschränktes Saisongeschäft. Wie sonst als für Ganzjahresbetrieb sollte man die Eignung des Trockners mangels anderer Anhaltspunkte verstehen? Dies entspricht der Verkehrssitte. Der Trockner musste sich demnach für den Betrieb des Käufers auch unter maximaler Beanspruchung des Kamins während eines normalen, mitunter auch strengen mitteleuropäischen Winters eignen.

Was gilt aber in dem Fall, wenn der Verkäufer fehlerhafte Beratungsleistungen erbringt, die sich nicht in der Verwendungsvereinbarung abgebildet haben, also der Verkäufer nach einer eingehenden Beratung beispielsweise den Wäschetrockner x anbietet, er jedoch keine Gewähr dafür übernehmen könne, dass der Wäschetrockner x für die Räumlichkeiten des Käufers geeignet ist, wenngleich eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür gegeben sei, weil er den beabsichtigten Aufstellungsort untersucht habe. Eine verbindliche Verwendungsvereinbarung im Sinn des § 434 I 2 Nr. 1

³¹⁶ Ähnlich *Kluth/Böckmann/Grün* MDR 2003, 241, 243, wonach der Aufwand für die Beratung regelmäßig in den Kaufpreis einfließt oder *Schaub* AcP 202 (2002), 757, 762 Fn. 20.

liegt zunächst nicht vor. Eine etwaige fehlerhafte Beratung bzw. Untersuchung führt dazu, dass anstatt der gewissen Wahrscheinlichkeit eine weniger gewisse Wahrscheinlichkeit für die Eignung gegeben ist und der Käufer insoweit bei Kaufvertragsschluss von falschen Voraussetzungen ausgeht. Gleichwohl dürfte eine Haftung wegen Verletzung einer Beratungspflicht nach § 311 II nicht in Betracht kommen, weil sich mit der fehlenden Eignung der Kaufsache nur das Risiko verwirklicht hat, das der Käufer nach der Vereinbarung tragen sollte. Die Weigerung des Verkäufers, eine entsprechende Verwendungsvereinbarung zu schließen, kann gleichzeitig als Haftungsausschluss hinsichtlich der Qualität seiner Beratung verstanden werden. Insofern kann man die pointierte Aussage *Hubers* zu § 459 a.F. auf § 434 I 1 und 2 übertragen, wonach diese nicht nur positiv sagen, wofür der Verkäufer haftet, sondern auch negativ, wofür er nicht haftet.³¹⁷

Soweit die Parteien eine abschließende Verwendungsvereinbarung geschlossen haben, ist für die Anerkennung einer parallelen Beratungspflichtverletzung kein Bedürfnis und kein Raum mehr vorhanden³¹⁸.

2. Beschaffenheits- und Verwendungsvereinbarung und selbstständige Beratungsverträge

Wenn der Regelungsgehalt von Beratungspflichten vollumfänglich von der Beschaffenheits- und Verwendungsvereinbarung absorbiert werden kann³¹⁹, die Rechtsprechung gleichwohl an der Kategorie der Beratungspflicht festhalten möchte, könnte sie versucht sein, diese dogmatisch einem selbstständigen Beratungsvertrag zuzuordnen, der vom Kaufvertrag zu unterscheiden ist³²⁰. Die Verletzung von Beratungspflichten im Rahmen eines selbstständigen Beratungsvertrags ist von der Rechtsprechung seit langem anerkannt³²¹. Ein stillschweigender Beratungsvertrag neben dem Kaufvertrag wurde dabei immer angenommen, wenn die betreffenden

³¹⁷ In *Soergel/Huber*, Vor § 459 Rn. 195.

³¹⁸ A.A. insoweit *Kluth/Böckmann/Grün* MDR 2003, 241, 246 f., die für Beratungen außerhalb des Sachmangelbegriffs nach § 459 II a.F. eine Nebenpflichtverletzung aus § 241 II annehmen. Mit der uneingeschränkt subjektiven Beschaffenheits- oder Verwendungsvereinbarung erübrigt sich diese Differenzierung.

³¹⁹ In diese Richtung auch *Schaub* AcP 202 (2002), 757, 792 f.

³²⁰ Zur zukünftigen Ausweitung der selbstständigen Beratungsverträge vgl. die Prognose von *Kluth/Böckmann/Grün* MDR 2003, 241, 247; a.A. *Schaub* AcP 202 (2002), 757, 802.

³²¹ Vgl. aus neuerer Zeit nur BGHZ 140, 111 ff.; BGH NJW 1999, 1540 f.; BGH NJW 1999, 3192 ff.; BGH NJW 2001, 2021 f.; BGH NJW 2001, 2630 ff.

Informationen für den Käufer erkennbar von wesentlicher Bedeutung waren³²². Die Beratungspflicht als Hauptpflicht aus einem selbstständigen Beratungsvertrag war damit von den Aufklärungs- und Beratungspflichten als Nebenpflichten aus dem Kaufvertrag zu unterscheiden. Die Aufklärungs- und Beratungspflichten aus dem Kaufvertrag verjährten nach § 477 a.F. (analog), wenn sich die Nebenpflichten auf Eigenschaften bezogen³²³ oder von diesen die Verwendungsfähigkeit der Kaufsache abhing³²⁴, während sich die Verjährung des selbstständigen Beratungsvertrags nach den allgemeinen Regeln richtete³²⁵.

Die Neukonzeption des Schuldrechts sollte zu einem Überdenken des bisherigen Nebeneinanders von selbstständigem Beratungsvertrag und Kaufvertrag und im Ergebnis zur Nichtweiterführung der bisherigen Rechtsprechung führen³²⁶. Gegen dieses Nebeneinander wurden schon auf der Grundlage des bisherigen Rechts triftige Gründe angeführt³²⁷. Entscheidendes Problem war bisher die Abgrenzung der kaufvertraglichen Nebenpflicht vom Abschluss eines selbstständigen Beratungsvertrags. Diese sollte sich nach der Intensität der Beratung richten und ein selbstständiger Beratungsvertrag dann vorliegen, „wenn die Beratung des Käufers eindeutig über das hinausgeht, was im allgemeinen seitens des Verkäufers für die sachgemäße Anwendung oder den Einsatz des Kaufgegenstandes in beratender oder empfehlender Weise ... geleistet wird.“³²⁸ *Singer* hat die Schwäche dieser Abgrenzung deutlich aufgezeigt³²⁹: Da ein ausdrücklicher Vertrag nicht zustande gekommen sei, müsse ein konkludenter Vertragsschluss konstruiert werden, und diese Konstruktion trage unverkennbar alle Merkmale einer Fiktion. Schon nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen verbiete sich die Annahme eines selbstständigen Beratungsvertrags.

³²² Vgl. z.B. BGHZ 70, 356, 359 f.; BGH WM 1992, 1246, 1246; BGHZ 140, 111, 115; BGH NJW 1999, 3192, 3194.

³²³ BGHZ 47, 312, 319; 88, 130, 136; 107, 249, 252; BGH NJW 1965, 148, 150; NJW-RR 1990, 1301, 1302; NJW 1997, 3227, 3228.

³²⁴ BGHZ 88, 133, 137; BGH WM 1971, 506, 507; 1983, 17, 18; NJW 1984, 2938, 2939; *Soergel/Huber* § 477 Rn. 14.

³²⁵ *Soergel/Huber* § 477 Rn. 14.

³²⁶ *Graf von Westphalen*, in: *Henssler/Graf von Westphalen*, 2. Aufl., § 434 Rn. 71 ff.; a.A. *Kluth/Böckmann/Grün* MDR 2003, 241, 243 f., 247.

³²⁷ *Singer*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 381, 392.

³²⁸ BGH NJW 1997, 3227, 3229; bestätigt in NJW 1999, 3192, 3194.

³²⁹ *Singer*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 381, 393; kritisch auch *Schaub* AcP 202 (2002), 757, 788.

Entscheidend ist die Eignung der Kaufsache für den vereinbarten Gebrauch bzw. die Beschaffenheitsvereinbarung. Wenn der Verkäufer eine intensive Beratung erbringt, wird er diese regelmäßig in den Kaufpreis einkalkulieren³³⁰. Insofern geht die Annahme eines unentgeltlichen Beratungsvertrags an der Rechtswirklichkeit vorbei³³¹. Der Verkäufer erhält den Kaufpreis in der vereinbarten Höhe auch deshalb, weil er Beratungsleistungen erbracht hat. Je intensiver die Beratung war, desto höher ist der Anteil dieser Beratung am Kaufpreis als Entgelt für sämtliche Leistungen des Verkäufers. Die Beratung nimmt am Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung teil³³². Die Annahme eines selbstständigen unentgeltlichen Beratungsvertrags negiert dies und weist das Äquivalenzverhältnis allein dem Kaufvertrag zu. Auf diese Art und Weise lässt sich ein unentgeltlicher Beratungsvertrag fingieren. Unentgeltlich intensive Beratungsleistungen zu erbringen, für die zudem gehaftet wird, widerspricht jeder wirtschaftlichen Vernunft. Wenn das Äquivalenzverhältnis Grund der kaufrechtlichen Gewährleistung ist, muss es auch dessen Grenze bilden, will man willkürliche Abgrenzungen vermeiden³³³. Intensität der Beratung und Vertragsschluss sind strikt voneinander zu trennen. Die Intensität der Beratung hat alleine Einfluss auf das Äquivalenzverhältnis. Der Vertragsschluss bemisst sich nach den allgemeinen Regeln. Der Maßgabe der Rechtsprechung, an den Vertragsschluss eines selbstständigen Beratungsvertrags hohe Anforderungen zu stellen, ist ihre Inkonsistenz auf die Stirn geschrieben. Hätten die Parteien tatsächlich neben dem Kaufvertrag einen selbstständigen Beratungsvertrag geschlossen, wäre die Forderung nach strengen Anforderungen für diesen Vertragsschluss sinnlos. Umgekehrt ergeben die strengen Anforderungen an den Vertragsschluss nur Sinn, weil eben kein Vertragsschluss vorliegt, sondern eine Fiktion. Die Maßgabe der Rechtsprechung lautet daher übersetzt, dass mit Fiktionen sparsam umgegangen werden soll. Die Erwartung

³³⁰ Kluth/Böckmann/Grün MDR 2003, 241, 243. Diesen Zusammenhang erkennt auch BGH NJW 1999, 1540, 1541 an.

³³¹ Kritisch auch *Schaub* AcP 202 (2002), 757, 785.

³³² Wegen des gleichen Zusammenhangs erscheint die Legaldefinition der Garantie in Art. 1 II e) in einem kritischen Licht. Versteht man „ohne Aufpreis“ materiell als unentgeltlich, so verstößt das gegen das Äquivalenzverhältnis. Jeder Verkäufer nach Art. 1 II c) muss seinen Aufwand über den Kaufpreis erwirtschaften. Insofern wäre bei wirtschaftlicher Betrachtung nie eine Garantie im Sinn des Art. 1 II e) gegeben. Versteht man „ohne Aufpreis“ formal dahingehend, ob für die eingegangene Verpflichtung ein gesondertes Entgelt ausgewiesen wurde, ist Art. 6 weitgehend entwertet, weil er durch die entsprechende Gestaltung ausgehebelt werden kann.

³³³ Siehe Erster Teil B.V.2.

der Parteien, einen Vertrag zu schließen, der ihre Rechte und Pflichten regelt³³⁴, wird durch die Annahme eines selbstständigen Beratungsvertrags überspielt.

Die Grenzziehung, die die Rechtsprechung vornimmt, ist auch mit erheblicher Unsicherheit in der Rechtsanwendung belastet³³⁵. Die Frage, ob noch eine kaufvertragliche Nebenpflicht oder schon ein selbstständiger Beratungsvertrag vorliegt, ist nur anhand des unsicheren Kriteriums der Intensität zu beantworten.

Im Übrigen ist auch der Grund für die Anerkennung eines selbstständigen Beratungsvertrags, die Ausschaltung der kurzen Verjährungsfrist nach § 477 a.F. entfallen³³⁶. Die regelmäßige Verjährungsfrist nach § 438 I 1 Nr. 3 von zwei Jahren bietet ausreichend Gelegenheit, Sachmängel zu entdecken und Gewährleistungsrechte geltend zu machen. Im Wäschetrocknerfall hat der Käufer, egal wann der Trockner im Laufe eines Jahres geliefert wurde, immer volle zwei Heizperioden Zeit, die Leistungsfähigkeit des Trockners unter den maximal vereinbarten Bedingungen an seinem vorgesehenen Standort zu überprüfen. Für diese Überprüfung muss der Käufer nicht selbst aktiv werden, sondern etwaige Abweichungen zeigen sich automatisch während des Betriebs. Statistisch dürfte es wohl keinen Winter geben, in dem nicht einmal deutliche Minustemperaturen herrschen, welche die mangelnde Geeignetheit zum Vorschein bringen, die zum Gefahrübergang geschuldet war. Es ist unwahrscheinlich, dass die vereinbarte Verwendung innerhalb von zwei Jahren nach Gefahrübergang nie ausgereizt wird und sich der Sachmangel damit notwendig offenbart. Will der Käufer die Sache nicht innerhalb von zwei Jahren nach Gefahrübergang maximal belasten, können die Parteien längere Verjährungsfristen vereinbaren (§ 202 II).

³³⁴ A.A. wohl insoweit *Schaub AcP* 202 (2002), 757, 788 f.: Weil es den selbstständigen Beratungsvertrag als juristische Konstruktion gibt (geben soll?), wird der einheitliche Lebensvorgang des Vertragsschlusses geteilt. Handele der Beratende in Unkenntnis des zusätzlichen Vertragsschlusses, könne er sich möglicherweise vom Vertrag lösen. In diesen Ausführungen zeigt sich deutlich, dass der selbstständige Beratungsvertrag ein reines Kunstgebilde unabhängig von der Lebenswirklichkeit ist. Anders *Schaub AcP* 202 (2002), 757, 790 f., wo der wirkliche Parteiwille in den Vordergrund gestellt wird.

³³⁵ *Singer*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 381, 393.

³³⁶ So auch *Schaub AcP* 202 (2002), 757, 801.

Die Aufgabe des bisherigen Nebeneinanders von Kaufvertrag und selbstständigem Beratungsvertrag³³⁷ ist Konsequenz der uneingeschränkt subjektiven Beschaffenheitsvereinbarung³³⁸. Die Untrennbarkeit des Äquivalenzverhältnisses bricht der uneingeschränkt subjektiven Beschaffenheitsvereinbarung Bahn. Wenn Informationen des Verkäufers für den Käufer von entscheidender Bedeutung sind, lassen sie sich entweder als ausdrückliche oder konkludente Beschaffenheits- oder Verwendungsvereinbarung einordnen³³⁹. Die Aufspaltung in Kaufvertrag und selbstständigen Beratungsvertrag ist stets mit dem Makel behaftet, Gleiches ohne sachlichen Grund ungleich zu behandeln³⁴⁰. Im Grenzbereich von kaufvertraglicher Nebenpflicht und selbstständigem Beratungsvertrag wurde anhand der Intensität der Beratung nur eine begriffliche Einordnung vorgenommen, die keine inhaltliche Entsprechung besaß³⁴¹. Soweit die Kaufvertragsparteien also kein gesondertes, von den übrigen Leistungen und Gegenleistungen unberührtes Entgelt für die Beratungsleistung des Verkäufers festlegen, ist ein selbstständiger Garantievertrag dogmatisch nicht zu halten³⁴². Für den selbstständigen Beratungsvertrag bleibt ein Restanwendungsbereich erhalten, wenn ein vom Verkäufer verschiedener Dritter den Käufer berät³⁴³. Insofern erfolgt die Abgrenzung formal durch die Person des Vertragspartners³⁴⁴. Dieser Vertrag bemisst sich nach § 311, weil der Beratungsvertrag keinen gesetzlichen Typus bildet.

³³⁷ *Schaub* AcP 202 (2002), 757, 804 f. will den selbstständigen Beratungsvertrag bei Sachmängeln aus Konkurrenzgründen zurücktreten lassen. Für Nichtsachmängel soll der selbstständige Beratungsvertrag Anwendung finden.

³³⁸ Entsprechendes gilt für den selbstständigen Garantievertrag; vgl. *Bamberger/Roth/Faust* § 443 Rn. 12. Die Argumente, die gegen die Abgrenzung unselbstständige Beratungspflicht/selbstständiger Beratungsvertrag sprechen, gelten in gleicher Weise für die Abgrenzung unselbstständige/selbstständige Garantie.

³³⁹ *Graf von Westphalen*, in: *Henssler/Graf von Westphalen*, 2. Aufl., § 434 Rn. 72.

³⁴⁰ *Häublein* NJW 2003, 388, 391.

³⁴¹ Kritisch auch *Barnert* WM 2003, 416, 424; *Häublein* NJW 2003, 388, 391; *Graf von Westphalen*, in: *Henssler/Graf von Westphalen*, 2. Aufl., § 434 Rn. 73.

³⁴² *Schaub* AcP 202 (2002), 757, 806 f., lässt einerseits den selbstständigen Garantievertrag zwischen Käufer und Verkäufer noch dogmatisch zu, spricht ihm andererseits aber jede praktische Bedeutung ab. Es dürfte sich bei dieser Differenzierung nur noch um ein begriffliches Nachhutgefecht handeln.

³⁴³ Vgl. dazu *Kluth/Böckmann/Grün* MDR 2003, 241, 242.

³⁴⁴ Soll nicht nur formal nach dem Vertragspartner abgegrenzt werden, stellt sich die Frage, ob die Regelungen des Kaufrechts analog auf den selbstständigen Beratungsvertrag zwischen Käufer und Drittem angewendet werden können. A.A. *Kluth/Böckmann/Grün* MDR 2003, 241, 244.

D. Gewöhnliche Verwendung und übliche Beschaffenheit nach § 434 I 2 Nr. 2

Nach § 434 I 2 Nr. 2 ist die Sache bei fehlender vorrangiger Beschaffenheits- oder Verwendungsvereinbarung sachmangelfrei, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. § 434 I 2 Nr. 2 enthält allein das dispositive Gesetzesrecht der inhaltlichen Komponente der Sachmangelfreiheit. Der Wechsel von einem subjektiven auf einen objektiven Beschaffenheits- bzw. Verwendungsbegriff erfolgt mit § 434 I 2 Nr. 2³⁴⁵. Mangels Vereinbarungen nach § 434 I 1 und 2 Nr. 1 müssen objektive Kriterien herangezogen werden³⁴⁶. Diese objektiven Kriterien bestehen in der Bezugnahme auf die gewöhnliche Verwendung oder die übliche Beschaffenheit³⁴⁷. Die Gewöhnlichkeit oder Üblichkeit umschreibt nur die Verkehrssitte mit anderen Worten³⁴⁸. Verkehrssitte ist die im Verkehr der Beteiligten herrschende tatsächliche Übung³⁴⁹. Die (insoweit ergänzende) Vertragsauslegung nach § 157 führt dazu, dass im Zweifel das Übliche vereinbart wurde³⁵⁰.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass § 434 I 1 und 2 Nr. 1 nicht ihren Charakter als rein subjektiver Sachmangel verlieren, weil die Parteivereinbarung im Einzelfall erläuterungsbedürftig ist. Eine Ausnahme ist nicht veranlasst, weil die Erklärungen wegen der Auslegung nach dem Empfängerhorizont nach § 157 ohnehin einer Objektivierung bedürfen³⁵¹. Liegt definitiv eine abgeschlossene Partei-

³⁴⁵ *Tonner/Echtermeyer*, in: *Kompaktkommentar*, § 434 Rn. 7; *Büdenbender* DSStR 2002, 361, 361; *Boerner* ZIP 2001, 2264, 2266; *Schubel* JuS 2002, 313, 315; *Oetker/Maultzsch*, S. 42; *Huber*, in: *Huber/Faust* Rn. 12/31.

³⁴⁶ *Medicus*, SchR II, § 74 Rn. 46; *Wenzel* DB 2003, 1887, 1888; *Huber*, *Kaufrecht – Made in Europe!*, S. 298 f. Die Forderung von *Kindl*, WM 2003, 409, 411, nach objektiven Kriterien für die Beschaffenheit ist für den Fall der Auslegungsbedürftigkeit oder unvollständiger Parteivereinbarungen berechtigt, aber nicht, wenn die Parteien eindeutige und abschließende Vereinbarungen treffen.

³⁴⁷ Zur Einordnung der berechtigten Erwartungen des Käufers als deklaratorischer Hinweis: *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 233, 235; vor dem Hintergrund der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie: *Haas* BB 2001, 1313, 1314.

³⁴⁸ *Bamberger/Roth/Faust*, § 434 Rn. 64. Zum Verhältnis zwischen dispositivem Gesetzesrecht und Verkehrssitte: *Oestmann* KritV 2002, 409, 416 ff.

³⁴⁹ *Palandt/Heinrichs* § 133 Rn. 21.

³⁵⁰ *Gursky*, SchR BT, S. 10.

³⁵¹ *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 120. Anders wohl *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 233, 234, wonach § 434 I 2 und 3 als gesetzlich typisierte Fälle einer konkludenten

vereinbarung vor, deren Inhalt unklar ist, wird zur Auslegung auf die allgemeinere Verkehrssitte ausgewichen. Das ist ein vom Kaufvertrag unabhängiger Zusammenhang. § 434 I 1 und 2 werden also nicht deshalb zum subjektiv-objektiven Sachmangel, weil zur (erläuternden) Auslegung im Einzelfall auf § 157 zurückgegriffen werden muss³⁵².

Im Maßstab des Gewöhnlichen oder Üblichen bzw. der Verkehrssitte nach § 434 I 2 Nr. 2 können alle objektiven Einschränkungen des Beschaffenheits- oder Verwendungsbegriffs fortleben. Beschaffenheit nach § 434 I 2 Nr. 2 ist z.B. auf dauerhafte, der Kaufsache ohne weiteres anhaftende Umstände beschränkt, soweit dies der Verkehrssitte entspricht. Umgekehrt sind außerhalb der Sache liegende Umstände Beschaffenheit nach § 434 I 2 Nr. 2, soweit die Verkehrssitte außerhalb der Sache liegende Umstände einschließt³⁵³. Allein die jeweilige Verkehrssitte bestimmt die jeweilige Reichweite des Beschaffenheits- bzw. Verwendungsbegriffs bei § 434 I 2 Nr. 2. Während Beschaffenheit und Verwendung bei § 434 I 1 und 2 Nr. 1 leere Variablen sind, bildet sich bei § 434 I 2 Nr. 2 in ihnen die Verkehrssitte ab³⁵⁴. Haben die Parteien keine abschließenden Vereinbarungen getroffen, werden die Lücken durch das dispositive Gesetzesrecht des § 434 I 2 Nr. 2 ergänzt³⁵⁵. Weil die jeweilige Verkehrssitte einzelfallabhängig ermittelt werden muss, ist auch § 434 I 2 Nr. 2 keine inhaltliche Definition des Sachmangels³⁵⁶.

Beschaffenheitsvereinbarung zu behandeln seien. Die Forderung *Barnerts* WM 2003, 416, 423 nach einer ausdrücklichen Beschaffenheitsvereinbarung beschreibt wohl nur, dass eine Auslegung umso entbehrlicher ist, je eindeutiger die Parteivereinbarung ist.

³⁵² Vgl. bereits zum alten Recht: *Erman/Grunewald* Vor § 459 Rn. 4.

³⁵³ Ähnlich *Oetker/Maultzsch*, S. 42, wonach der Vergleichsmaßstab für die Beschaffenheit je nach Kaufgegenstand unterschiedlich sein kann.

³⁵⁴ Nach Systematischer Kommentar/*Malzer* Zweiter Teil § 434 Rn. 54 ist Beschaffenheit bei § 434 I 1 wegen der Einheit der Rechtsordnung und in § 434 I 2 Nr. 2 gleich zu verstehen. Das ist widersprüchlich, weil sich die Beschaffenheit bei § 434 I 1 allein subjektiv aus der Parteivereinbarung ergeben soll (Zweiter Teil § 434 Rn. 20), während bei § 434 I 2 Nr. 2 Beschaffenheit an die Verkehrsauffassung geknüpft wird (Zweiter Teil § 434 Rn. 54).

³⁵⁵ Wohl auch *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 121. *Huber* ZGR 1972, 395, 405 ordnete § 459 I a.F. als Auslegungsregel für den Fall ein, dass die Parteien ausdrückliche Erklärungen über die Beschaffenheit des Kaufgegenstandes nicht abgegeben haben. Zur Funktion des dispositiven Gesetzesrechts: *Larenz/Wolf* § 3 Rn. 112.

³⁵⁶ Zu § 434 I 3: *Bernreuther* WRP 2002, 368 ff.; *ders.* MDR 2003, 63 ff.; *Weiler* WM 2003, 1784, 1794; zur Frage, ob die Parteien auch unter dem Üblichen bleibende Beschaffenheits- bzw. Verwendungsvereinbarungen treffen können: *Schinkels* ZGS 2002, 310 ff.; *Schulte-Nölke* ZGS 2003, 184 ff.; *Westermann* NJW 2002, 241, 243, *Müller* NJW 2003, 1975 ff.; *Looschelders*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, S. 401 f.

E. Gefahrübergang

I. Allgemeines

Weil sich § 434 I 2 1. HS nur auf die Ersetzung der inhaltlichen Komponente des Sachmangels („vereinbarte Beschaffenheit“) bezieht, muss für Sachmängelfreiheit sowohl bei § 434 I 1 als auch bei § 434 I 2 die Sache bei Gefahrübergang der Vereinbarung entsprechen³⁵⁷. Der Gefahrübergang ist entscheidend für die Sachmängelhaftung. Notwendige und hinreichende Bedingung für die Sachmängelfreiheit ist an sich, dass die Sache zu diesem einen Zeitpunkt, punktuell, der Vereinbarung entspricht³⁵⁸. Der Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist für die Sachmängelfreiheit irrelevant. Daher schaden Abweichungen der Kaufsache von der Vereinbarung bei Vertragsschluss nicht, solange sie bei Gefahrübergang beseitigt sind³⁵⁹. Genauso schaden Veränderungen der Kaufsache, die dieser nach Gefahrübergang widerfahren, nicht³⁶⁰. Der Gesetzgeber hat aus Klarstellungsgründen die ausdrückliche Nennung des maßgeblichen Zeitpunktes beibehalten³⁶¹. Nötig wäre sie deshalb nicht mehr gewesen, weil der Verkäufer vor dem Gefahrübergang insoweit seine Vertragspflichten noch nicht erfüllt hat. Umgekehrt ergibt sich, dass der Verkäufer jedenfalls einen Teil seiner Vertragspflichten mit Gefahrübergang erfüllt. Allgemein: Die Pflichten des Verkäufers erlöschen, soweit und sobald die geschuldete Leistung bewirkt wird (§ 362 I). Die Schuld erlischt mit Erfüllung. Das Gesetz geht dabei davon aus, dass die Kaufsache immer nur zu einem Zeitpunkt der Vereinbarung entsprechen muss. Der Kaufvertrag als Vertragstyp der entgeltlichen Übertragung von Vermögenswerten³⁶² rechtfertigt diese grundsätzliche Annahme. Wird ein Vermögenswert übertragen, ist der Erhalt dieses Vermögenswertes der Risikosphäre des Käufers zugeordnet, genauso wie es vor der Übertragung das Risiko des Verkäufers war, den Vermögenswert zu schaffen und zu verschaffen. Mit und in der juristischen Sekunde des Austauschs des Vermögenswertes erschöpft sich der gewöhnliche

³⁵⁷ In den folgenden Ausführungen wird wieder auf die Sache Bezug genommen, weil die Verschaffung der Kaufsache der Mindestumfang des Sachkaufs ist.

³⁵⁸ *Bamberger/Roth/Faust* § 434 Rn. 24 f. weist mit Recht darauf hin, dass die bisherigen zeitlichen Einschränkungen des „Sachmangels“ sich jetzt allein nach dem Gefahrübergang richten.

³⁵⁹ *Schlechtriem*, SchR BT, S. 22; Systematischer Kommentar/*Malzer* Zweiter Teil § 434 Rn. 37; *Bamberger/Roth/Faust* § 434 Rn. 34.

³⁶⁰ *Bamberger/Roth/Faust* § 434 Rn. 34.

³⁶¹ BT-Drucks. 14/6040, S. 213.

³⁶² BT-Drucks. 14/6040, S. 208.

Vertragszweck des Kaufvertrags. Die zeitliche Fixierung ist die selbstverständliche Folge aus dem Austauschcharakter des Kaufvertrags.

II. Latente Mängel

Den Grundfall des Gefahrübergangs bildet § 446 S. 1. Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Das beruht auf der Überlegung, wonach die Übergabepflicht die Kernpflicht des Verkäufers bildet und diejenige Partei das Risiko der zufälligen Verschlechterung und des Untergangs tragen soll, die die Sache in ihrer Obhut hat und daher das Risiko besser beherrscht³⁶³. Die zeitliche Bindung der Sachmängelfreiheit an den Gefahrübergang gebietet, die Fallgruppe der „latenten Mängel“³⁶⁴ kritisch zu würdigen. Unter latenten Mängeln werden solche verstanden, die bereits bei Gefahrübergang im Kern vorhanden sind, in der Sache angelegt sind, und erst nach Gefahrübergang zum Vorschein kommen. Wenn das Auftreten des Sachmangels nach Gefahrübergang die Folge einer schon bei Gefahrübergang vorhandenen fehlerhaften „Beschaffenheit“ sei, hafte der Verkäufer³⁶⁵. Diese Aussage ist zutreffend, weil die Erkennbarkeit kein Begriffsmerkmal des Sachmangels ist³⁶⁶. Die Fallgruppe der latenten Mängel vermischt gleichwohl die Frage der Erkennbarkeit des Sachmangels mit der Frage nach dem Vereinbarten. Als Beispiele für latente Mängel werden das verkaufte Auto, das wenige Wochen nach Übergabe mit Getriebeschaden liegen bleibt oder zu rosten beginnt, die Uhr, die stehen bleibt und die Maschine, die einwandfrei zu arbeiten aufhört, angeführt³⁶⁷. Wichtig ist zunächst, sich zu vergewissern, was vereinbart ist. Ist im Beispiel die Fahrtauglichkeit des Autos in Übereinstimmung mit § 434 I und § 446 S. 1 nur zum Zeitpunkt der Übergabe geschuldet, ist es für die Sachmängelhaftung einerlei, ob das Fahrzeug mehrere Wochen nach Übergabe einen Getriebeschaden hat und die Fahrtauglichkeit damit aufgehoben wird. Entscheidend ist nur, dass das Fahrzeug im Zeitpunkt des Gefahr-

³⁶³ *Soergel/Huber* § 446 Rn. 4.

³⁶⁴ Terminologie von *Soergel/Huber* § 459 Rn. 87; im neuen Recht etwa *Graf von Westphalen*, in: *Henssler/Graf von Westphalen*, 2. Aufl., § 434 Rn. 45; in der Sache auch: *Systematischer Kommentar/Malzer Zweiter Teil* § 434 Rn. 38; *Schellhammer* MDR 2002, 241, 246; *HK-BGB/Saenger* § 434 Rn. 4; *Palandt/Putzo* § 434 Rn. 8.

³⁶⁵ Für das alte Recht: *Soergel/Huber* § 459 Rn. 87; für das neue Recht: *Systematischer Kommentar/Malzer Zweiter Teil* § 434 Rn. 38.

³⁶⁶ *Soergel/Huber* § 459 Rn. 87.

³⁶⁷ *Soergel/Huber* § 459 Rn. 87.

übergangs, also der Übergabe, fahrtauglich war. Wird die getroffene Vereinbarung fiktiv auf die bestimmtere Ebene des Getriebes heruntergebrochen, umgeht man die allgemeinere Verwendungsvereinbarung der Fahrtauglichkeit und gelangt auf diese Weise zur Annahme eines Sachmangels bereits bei Gefahrübergang. Die allgemeinere Verwendungsvereinbarung wird auf diese Weise fiktiv in eine bestimmtere Beschaffenheitsvereinbarung umgedeutet und der an sich nicht gegebene Sachmangel der Kaufsache bei Gefahrübergang doch konzidiert. Indem entgegen der tatsächlichen eine bestimmtere Vereinbarung unterstellt wird, konkretisiert man die inhaltliche Komponente des Sachmangels und kompensiert zugleich das Fehlen des zeitlichen Tatbestandmerkmals „bei Gefahrübergang“. Die zeitliche Komponente wird damit in die inhaltliche Komponente rückgekoppelt. Gegen diese Vorgehensweise sprechen die gleichen Argumente, die gegen die Umdeutung einer Verwendungsvereinbarung in eine mittelbare Beschaffenheitsvereinbarung sprechen³⁶⁸. Die Möglichkeit, zwischen den Polen der Beschaffenheits- und Verwendungsvereinbarung beliebig auf- und abzustiegen, ermöglicht auch, durch die Wahl der entsprechenden Bestimmtheitsebene das Merkmal „bei Gefahrübergang“ zu verneinen oder zu bejahen. Das Tatbestandsmerkmal „bei Gefahrübergang“ wird so im Rahmen der Auslegung der Parteivereinbarung der Beliebigkeit anheim gegeben. Fasst man nur die Beschaffenheit konkret genug, kann ein Abweichen der Ist- von der Sollbeschaffenheit bei Gefahrübergang angenommen werden. Zur Verdeutlichung dient das folgende Beispiel:

Ein Getriebe der Bauart, wie es im verkauften Fahrzeug eingebaut wurde, hat eine durchschnittliche Lebensdauer von 250.000 km. Hält ein einzelnes, besonders zuverlässiges Getriebe dieser Bauart 600.000 km, ist es möglich, allen anderen Getrieben dieser Bauart, die weniger als 600.000 km halten, eine Abweichung bei Gefahrübergang zuzuweisen, wenn die konkrete physische Beschaffenheit des 600.000 km-Getriebes, und sei es auch auf mikroskopischer Ebene, zum Vergleichsmaßstab und damit zur Vereinbarung erhoben wird³⁶⁹. Eine Vereinbarung der Parteien, dass nur die Gebrauchstauglichkeit des Fahrzeugs zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs geschuldet ist, wird dadurch konterkariert und der Parteiwille missachtet. Wenn die vereinbarte Gebrauchstauglichkeit der Sache bei Gefahrübergang

³⁶⁸ Siehe Erster Teil C.III.4.

³⁶⁹ *Medicus*, SchR II, § 74 Rn. 43: „Kaum eine Sache ist so gut, daß sie nicht noch besser sein könnte. Gemessen am Maßstab des Besten ist also fast jede Sache mangelhaft.“

schon am seidenen Faden hing, gleichwohl aber vorhanden war, liegt kein Sachmangel vor.

Haben die Parteien umgekehrt tatsächlich auf der Bestimmtheitsebene des Getriebes Vereinbarungen getroffen und das Getriebe des Fahrzeugs entsprach nicht der Vereinbarung bei Gefahrübergang, liegt damit ein Sachmangel vor, unabhängig davon, ob und wann die Fehlerhaftigkeit des Getriebes Auswirkungen auf die Fahrtauglichkeit des Fahrzeuges hat oder erkennbar wird. In diesem Fall erübrigt sich die Bildung einer eigenen Fallgruppe „latente Mängel“. Die inhaltliche Abweichung ist bei Gefahrübergang nicht nur latent vorhanden, sondern vorhanden³⁷⁰. Der Sachmangel ist nicht angelegt, sondern existent. Die Erkennbarkeit spielt keine Rolle.

Das Urteil des AG Offenbach a.M. vom 15.1.2003³⁷¹ ist vor diesem Hintergrund zu begrüßen. Der Käufer hatte einen Gebrauchtwagen mit einem Kilometerstand von 107.731 erworben. Nach der Übergabe riss beim Stand von 110.213 km der Zahnriemen. Der Hersteller empfiehlt, den Zahnriemen spätestens nach 120.000 km auszutauschen. Das AG Offenbach a.M. hat das Vorliegen eines Sachmangels verneint, weil der Riss des Zahnriemens auf natürlichem Verschleiß und nicht auf einem Materialfehler beruhe.

Schuldete der Verkäufer mangels anderer Hinweise in Übereinstimmung mit dem dispositiven Gesetzesrecht die gewöhnliche Verwendungsfähigkeit des Wagens nur zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs nach § 446 S. 1, liegt kein Sachmangel vor. Bei Gefahrübergang war das Fahrzeug fahrtauglich. Schuldete der Verkäufer die übliche Beschaffenheit nur zum Gefahrübergang, ergibt sich nichts anderes. Weil das empfohlene Austauschintervall nur die Höchstgrenze der Nutzungsdauer angibt, ist ein Riss des Zahnriemens kurz vor Erreichen der 120.000 km zumindest nicht unüblich. Wäre das vom Hersteller angegebene Austauschintervall hingegen die Untergrenze der üblichen Beschaffenheit, läge ein Sachmangel vor. Der Zahnriemen müsste bei Gefahrübergang, also bei km 107.231, so beschaffen sein, dass er noch mindestens 12.769 km hält. Theoretisch hätte das AG Offenbach a.M. auch einen Sachmangel bejahen können. Hält ein einzelner, besonders zuverlässiger Zahnriemen etwa 150.000 km, läge im entschiedenen Fall ein Sachmangel vor, wenn dessen konkrete

³⁷⁰ Missverständnis: *Graf von Westphalen*, in: *Henssler/Graf von Westphalen*, 2. Aufl., § 434 Rn. 45.

³⁷¹ 380 C 286/02, abgedruckt in DAR 2003, 178 f.

physische Beschaffenheit Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I 1 geworden wäre. Allein, eine solche Beschaffenheitsvereinbarung auf der Ebene der physischen Zusammensetzung des Zahnriemens hat das AG Offenbach a.M. nicht festgestellt, weil sie nicht vorlag.

Gegen das Urteil des AG Marsberg vom 9.10.2002³⁷² bestehen hingegen Bedenken. Die Parteien hatten nach Auffassung des AG Marsberg eine Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I 1 getroffen, wonach der Wagen bei der Übergabe fahrtüchtig sein müsse. Nach der Übergabe trat ein Kabelbrand auf. Das AG Marsberg führt aus, der Sachmangel, der letztlich im Kabelbrand zum Ausdruck gekommen sei, sei bereits bei Gefahrübergang, also bei Übergabe des Fahrzeugs, vorhanden gewesen.

War die Fahrtauglichkeit des Wagens wirklich nur zum Zeitpunkt der Übergabe geschuldet, hatte der Verkäufer seine Pflicht zur sachmängelfreien Verschaffung der Kaufsache bereits erfüllt. Bei Übergabe war keine Fahruntauglichkeit wegen eines Kabelbrandes gegeben. Sollte andererseits die einwandfreie körperliche Beschaffenheit der Kabel Gegenstand der Parteivereinbarung und zur Übergabe geschuldet gewesen sein, liegt bereits hierin und nicht in dem eventuell später eintretenden Verlust der Fahrtauglichkeit der Sachmangel. Das Urteil des AG Marsberg ist deshalb widersprüchlich. Es missachtet seine eigene Feststellungen. Weil eine Vereinbarung auf der Stufe der körperlichen Beschaffenheit der Kabel eher realitätsfern ist, hätte das AG Marsberg eher prüfen sollen, ob die Gebrauchstauglichkeit des Wagens nicht über die Übergabe hinaus geschuldet war.

III. Zeitpunkt oder Zeitraum

Die Rückkopplung von Parteivereinbarungen auf konkretere Bestimmtheitsebenen sollte in Zukunft aufgegeben werden. Sie verstellt nur den Blick auf das Kernproblem. Das besteht darin, ob bei Kaufverträgen die Qualität der Kaufsache stets nur punktuell geschuldet ist, wie es der Wortlaut des § 434 I iVm § 446 S. 1 nahe legt³⁷³. Für den Verkäufer wäre das vorteilhaft, weil mit Übergabe nach § 446 S. 1 unabänderlich feststünde, ob er seine Pflicht aus §§ 433 I 2, 434 I erfüllt hat. Nur

³⁷² 1 C 143/02, abgedruckt in ZGS 2003, 119 – 120.

³⁷³ Vgl. auch *Schubel* JuS 2002, 313, 315.

Schwierigkeiten tatsächlicher Art könnten diese Feststellung erschweren. Die rechtstatsächliche Erwartung des Käufers, die Sache einen gewissen Zeitraum nutzen zu können und den Kaufpreis über die vorgesehene Nutzungsdauer der Sache zu verteilen, würde nicht geschützt. Die Frage ist also, ob die vom Gesetz in § 434 I iVm § 446 S. 1 nahe gelegte Bindung an einen Zeitpunkt dem typischen Parteiwillen entspricht.

§ 446 S. 1 und 2 sind nach allgemeiner Ansicht dispositiv³⁷⁴. Gleiches gilt für § 446 S. 3³⁷⁵. § 447 I 1 ist ebenfalls dispositives Recht. Er teilt als Konkretisierung der Grundregel des § 446 S. 1 dessen Rechtsnatur. § 447 I enthält nur die Wiedergabe dessen, was die Parteien bei einem Versendungskauf typischerweise vereinbaren bzw. was den Charakter eines Versendungskaufs kennzeichnet. Ohne die ausdrücklich in das Gesetz aufgenommene Regel des § 447 I bliebe es beim allgemeineren dispositiven Gesetzesrecht. Die Rechtsfolgenanordnung des § 447 I würde sich beim Versendungskauf anstatt aus dem § 447 I aus der Vereinbarung ergeben.

Der Gefahrübergang kann folglich durch Parteivereinbarung beliebig auf einen anderen Zeitpunkt als die Übergabe oder den Annahmeverzug oder die Auslieferung an die zur Ausführung der Versendung bestimmte Person festgesetzt werden. Möglich ist eine Vorverlegung des Gefahrübergangs vor diese Zeitpunkte³⁷⁶ wie das Hinausschieben des Gefahrübergangs auf die Zeit danach³⁷⁷. Damit steht zumindest fest, dass die Parteien, wenn die Sachmängelfreiheit nur punktuell geschuldet sein kann, wenigstens über die Lage dieses Punktes entscheiden dürfen.

Offen ist noch, ob die Parteien innerhalb der Beschaffenheits- oder Verwendungsvereinbarung für einzelne Teile differenzierte Zeitpunkte festlegen dürfen. Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, warum letzteres nicht möglich sein sollte. Die Privatautonomie ermöglicht nicht nur die Verschiebung des Gefahrübergangs in Gänze vor oder nach die Übergabe, sondern auch dessen Aufspaltung. Haben die Parteien etwa die Vereinbarungen a, b und c getroffen, können die Parteien bei-

³⁷⁴ *Bamberger/Roth/Faust* § 446 Rn. 23; *Systematischer Kommentar/Hoeren* Zweiter Teil § 446 Rn. 1 für § 446 insgesamt; zum § 446 S. 1 und 2 inhaltsgleichen § 446 I a.F.: *Soergel/Huber* § 446 Rn. 38; *Heiseke* NJW 1967, 238, 238. Für den dispositiven Charakter des Kaufrechts grundsätzlich: *Haas* BB 2001, 1313, 1319; *Dauner-Lieb* DStR 2001, 1572, 1572; *Zerres* VuR 2002, 3, 4.

³⁷⁵ *Systematischer Kommentar/Hoeren* Zweiter Teil § 446 Rn. 1.

³⁷⁶ *Maier-Reimer*, in: *Eckert/Delbrück*, S. 61, 75.

³⁷⁷ *Systematischer Kommentar/Hoeren* Zweiter Teil § 446 Rn. 1.

spielsweise vereinbaren, dass der Gefahrübergang für a bei Vertragsschluss, für b bei Übergabe und für c drei Monate nach Übergabe stattfinden soll. Weist die Sache bei Vertragsschluss nicht a, bei Übergabe nicht b oder drei Monate nach Übergabe nicht c auf, liegt jeweils ein Sachmangel vor. Der Käufer trägt die Gefahr des zufälligen Untergangs und der Verschlechterung für a nach Vertragsschluss, für b nach Übergabe und für c nach drei Monaten seit Übergabe. Es ist für die Sachmängelfreiheit irrelevant, ob a noch bei Übergabe, b noch drei Monate nach Übergabe vorhanden ist oder c schon bei Vertragsschluss oder Übergabe vorhanden war. Notwendig und ausreichend für die Erfüllung der Verkäuferpflichten nach § 433 I 2 ist die Verschaffung des jeweiligen Geschuldeten zum jeweiligen Zeitpunkt.

Kann der Gefahrübergang für die inhaltliche Vereinbarung zeitlich unterschiedlich ausgestaltet sein, stellt sich noch die Frage, ob der Gefahrübergang auch bei den einzelnen Beschaffenheits- oder Verwendungsvereinbarungen immer punktuell, in einer juristischen Sekunde, geschieht oder auch einen Zeitraum, also eine Menge von Punkten auf einer Zeitskala, umfassen kann. Die Privatautonomie spricht dafür, den Gefahrübergang auch auf einen Zeitraum erstrecken zu können. Die Beschaffenheit oder Verwendungsfähigkeit muss dann zu Beginn des Zeitraums des Gefahrübergangs, während und bei Abschluss des Gefahrübergangs vorliegen. Haben die Parteien sich etwa über die Beschaffenheit a, b und c geeinigt, kann die Beschaffenheit a von Vertragsschluss bis Übergabe geschuldet sein, b von der Übergabe an für eine Dauer von sechs Monaten und c von der Übergabe an für eine Dauer von einem Jahr. Der Gefahrübergang beginnt für a bei Vertragsschluss und endet bei Übergabe. Für b und c beginnt der Gefahrübergang mit Übergabe und endet nach sechs Monaten bzw. einem Jahr. Erst mit dem Ende des Gefahrübergangs geht das Risiko des zufälligen Untergangs bzw. der Verschlechterung auf den Käufer über. Das gilt auch, wenn der Käufer vor Ende des Zeitraums Eigentümer geworden ist. Der Verkäufer schuldet mit anderen Worten die Erfüllung von dauerhaften Pflichten. Erfüllung nach § 362 I tritt erst am Ende des Zeitraums ein. Die Vereinbarung der Parteien, wonach der Gefahrübergang einen gewissen Zeitraum erfordert, stellt sich folglich als individualvertragliche Abweichung vom Merkmal der Übergabe im Rahmen des § 446 S. 1 dar.

§ 446 S. 1 ist nicht nur im Hinblick auf die Übergabe disponibel. Auch der Zufall ist der Parteivereinbarung zugänglich. Denn Zufall ist definiert als Umstand, den der Verkäufer nicht zu vertreten hat³⁷⁸. Zu vertreten hat der Verkäufer als Schuldner nach § 276 I 1 Vorsatz und Fahrlässigkeit, es sei denn, eine strengere oder mildere Haftung ist weder bestimmt, noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie zu entnehmen. Entscheidend für das Vertreten müssen ist damit im Ergebnis der Inhalt des Schuldverhältnisses. Dieser bestimmt sich nach der Parteivereinbarung. Die Parteien können also über § 276 I 1 die Zufälligkeit des Untergangs oder der Verschlechterung steuern. Hat beispielsweise der Verkäufer nach der Parteivereinbarung nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten, ist es eine zufällige Verschlechterung, wenn der Verkäufer die Kaufsache leicht fahrlässig beschädigt. Der Gefahrübergang ist erfolgt. Ein Sachmangel liegt nicht vor.

IV. Zwischenergebnis

Für die Frage, ob der Verkäufer seine Pflicht, dem Käufer die Sache frei von Sachmängeln zu verschaffen, erfüllt hat, kommt es nicht immer auf einen bestimmten Zeitpunkt an³⁷⁹. Dies wird zwar in der Mehrzahl der Fälle so sein, weil § 434 I für den Gefahrübergang auf § 446 S. 1 ausgerichtet ist und die Übergabe naturgemäß an einem Zeitpunkt erfolgt. Zwingend ist das aber nicht, weil § 446 S. 1 dispositiven Charakter hat und die Parteien deshalb abweichende Vereinbarungen treffen können. Dies übersieht die Gesetzesbegründung. Die zeitliche Komponente „bei Gefahrübergang“ des Sachmangels ist genauso der individuellen Vereinbarung zugänglich wie die inhaltliche Komponente „vereinbarte Beschaffenheit“ oder „Eignung zur vorausgesetzten Verwendung“. Der Bezug auf einen bestimmten Zeitpunkt kommt damit nur in Betracht, soweit die Parteien keine spezielleren Vereinbarungen, die auch einen Zeitraum erfassen können, treffen. Die Zusammensetzung des Sachmangelbegriffs aus den Einzelkomponenten „bei Gefahrübergang“ und „vereinbarte Beschaffenheit“ bzw. „Eignung zur vorausgesetzten Verwendung“ macht auf den zeitlichen Zusammenhang, in dem die Verkäuferpflichten stehen, aufmerksam, ent-

³⁷⁸ Statt vieler: *Soergel/Huber* § 446 Rn. 34.

³⁷⁹ Anders: BT-Drucks. 14/6040, S. 213, 237.

hält aber selbst keinen materialen Sinngehalt, weil beide Komponenten der Parteivereinbarung zugänglich sind.

F. Ergebnis des ersten Teils

Das neu gestaltete Sachmängelrecht rückt die individuelle Parteivereinbarung in Übereinstimmung mit der Vertragsfreiheit in den Vordergrund. Damit verbunden sind ein erheblicher Abstraktionsgrad des Gesetzes und eine weitgehende Vereinheitlichung. Die Abstraktion des § 434 I 1 und 2 sorgt für die Verwerfung des alten Fehler- und Eigenschaftsbegriffs nach § 459 a.F. und die Verwerfung der Forderung eines qualifizierten Bezugs zwischen Umstand und Kaufgegenstand. Sie führt nach der hier vertretenen Ansicht weiter zu einer Neuordnung des systematischen Verhältnisses zwischen allgemeinem Leistungsstörungenrecht und Gewährleistungsrecht. Verkrustungen wie die Anerkennung von selbstständigen Garantie- oder Beratungsverträgen zwischen den Kaufvertragsparteien werden beseitigt.

Die Abstraktion des Sachmangels führt im Gegenzug zu seiner Inhaltsleere³⁸⁰. Der Regelungsgehalt des § 434 I 1 und 2 erschöpft sich in einer überflüssigen, wenn auch unschädlichen Wiederholung des Vorrangs der Parteivereinbarung vor dispositivem Recht und zeichnet die §§ 133, 157 für den Kauf nach. Seine Aussagen können, wie folgt, zusammengefasst werden:

1. Die Privatautonomie fordert die Umsetzung des eindeutigen Parteiwillens ohne Rücksicht auf die Verkehrssitte.
2. Ist die Vereinbarung auslegungsbedürftig, wird induktiv der Parteiwille an die allgemeinere Verkehrssitte gekoppelt (erläuternde Auslegung).
3. Ist die Vereinbarung unvollständig, wird der Vertragsinhalt durch das dispositive Gesetzesrecht, das wiederum auf die Verkehrssitte abstellt, ergänzt (ergänzende Auslegung).

Eine Konkretisierung inhaltlicher Art des objektiven Empfängerhorizonts ist damit nicht verbunden³⁸¹. Die Rechtsanwendung wird durch § 434 I 1 und 2 im Vergleich

³⁸⁰ Zum gleichen Zusammenhang bei der Pflichtverletzung nach § 280 I: *Finkenauer* WM 2003, 665, 669.

³⁸¹ A.A. *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 233, 234.

zu §§ 133, 157 nicht transparenter oder einfacher³⁸². Weil § 434 I 1 und 2 keinen eigenen materialen Gehalt besitzen, muss auch das Urteil über die Qualität der Regelungen differenziert ausfallen. Zum induktiven System der Vertragsauslegung gibt es keine Alternative. Die Privatautonomie zwingt zur möglichst engen Anlehnung an den Parteiwillen. Insofern sind § 434 I 1 und 2 positiv zu bewerten, weil sie diese Erkenntnis übernehmen. Auf der anderen Seite zieht sich der Gesetzgeber auf Generalklauseln zurück³⁸³.

Zweiter Teil: Verkäuferhaltbarkeitsgarantie nach § 443 I 1 Alt. 2

A. Einordnung als Sachmangel

Eine Haltbarkeitsgarantie des Verkäufers liegt nach § 443 I Alt. 2 vor, soweit der Verkäufer die Garantie dafür übernimmt, dass die Sache für eine bestimmte Dauer eine bestimmte Beschaffenheit behält. Sie lässt sich dogmatisch als Sachmangel nach § 434 I 1 bzw. 2 einordnen. Die Garantie im Sinn des § 443 I Alt. 2 ändert durch Parteiabrede den Maßstab nach § 276 I 1 und wirkt sich dadurch auf die Zufälligkeit des Untergangs oder der Verschlechterung bei § 446 S. 1 aus. Das Merkmal der bestimmten Dauer ändert durch Vereinbarung die Übergabe nach § 446 S. 1 ab und ersetzt den Zeitpunkt durch einen Zeitraum. Das Merkmal der bestimmten Beschaffenheit bringt zum Ausdruck, dass der Gefahrübergang nach § 446 S. 1 nicht für die ganze Sache gleichzeitig erfolgen muss.

B. Begründung

Dieses Ergebnis lässt sich im Einklang mit den Gesetzesmaterialien, wie folgt, begründen:

³⁸² A.A. *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 233, 234; wohl auch *Wenzel* DB 2003, 1887, 1888.

³⁸³ Nach *Huber* AcP 202 (2002), 179, 211 f. ist der Sachmängeltatbestand als Grundlage einer vertragsergänzenden Regel des dispositiven Rechts ungeeignet.

I. Begrifflichkeit

Die Gesetzesbegründung führt aus, das Interesse des Käufers gehe dahin, dass die Sache möglichst lange frei von Sachmängeln bleibe³⁸⁴. Deswegen übernehmen die Verkäufer vielfach die Garantie dafür, dass die Kaufsache während eines bestimmten Zeitraumes oder für eine bestimmte Nutzungsdauer sachmängelfrei bliebe, und gingen damit über die gesetzliche Regelung hinaus³⁸⁵. In terminologischer Hinsicht verwendet der Gesetzgeber den Begriff des Sachmangels richtig, wenn man unterstellt, dass die Verkäuferhaltbarkeitsgarantie einen Sachmangel darstellt. Um die Sachmängelfreiheit zu verlängern, gewährt der Verkäufer eine Haltbarkeitsgarantie. Der Verkäufer geht über die gesetzliche Regelung hinaus, weil die Beschaffenheit bzw. Verwendungsfähigkeit nicht nur zum Zeitpunkt der Übergabe nach § 446 S. 1 geschuldet ist. Unter Zugrundelegung der Auffassung des Gesetzgebers, wonach es für die Sachmängelfreiheit immer auf einen bestimmten Zeitpunkt ankomme³⁸⁶, ist die verwendete Terminologie hingegen nicht konsequent. Wenn die Sachmängelfreiheit per definitionem immer nur zu einem bestimmten Zeitpunkt geschuldet sein kann, verträgt sich damit nicht die Aussage, wonach der Verkäufer erwarte, die Kaufsache möge lange frei von Sachmängeln bleiben.

II. Bestimmte Beschaffenheit

Für die Verkäuferhaltbarkeitsgarantie sei es bedeutsam, auf welche Eigenschaften und Beschaffenheitsmerkmale sie sich beziehe³⁸⁷. Es könne nicht vorgesehen werden, dass eine Garantie alle Eigenschaften der Kaufsache erfasse. Häufig würden nur einzelne Teile oder bestimmte Eigenschaften in eine Garantie einbezogen³⁸⁸. Diese Aussagen bringen nur zum Ausdruck, dass die Parteien selbst entscheiden können, in welchem Umfang sie von der gesetzlichen Regelung des § 446 S. 1 abweichen. Für einen Teil der Beschaffenheit der Kaufsache kann es beim Gefahrübergang durch

³⁸⁴ BT-Drucks. 14/6040, S. 237.

³⁸⁵ BT-Drucks. 14/6040, S. 237.

³⁸⁶ BT-Drucks. 14/6040, S. 237.

³⁸⁷ BT-Drucks. 14/6040, S. 237.

³⁸⁸ BT-Drucks. 14/6040, S. 239.

Übergabe bleiben³⁸⁹, während der Gefahrübergang für andere Beschaffenheitsmerkmale den Ablauf des vereinbarten Zeitraumes, ergo der Garantiefrist, erfordert.

Die Nichterwähnung der Verwendungsvereinbarung nach § 434 I 2 Nr. 1 in § 443 I Alt. 2 hat keine abgrenzende Wirkung, wonach nur für Beschaffenheitsmerkmale Haltbarkeitsgarantien abgegeben werden könnten. Denn Beschaffenheit und Verwendungsfähigkeit sind logisch austauschbar³⁹⁰. Auch dem Merkmal der Bestimmtheit kommt kein Erkenntniswert zu. Die Bestimmtheit ist ein relativer Begriff, der nur in Bezug zu anderen Begriffen Sinn macht. Bei § 443 I Alt. 2 verdeutlicht die Bestimmtheit nur, dass sich die Haltbarkeitsgarantie nicht auf die gesamte Sache beziehen muss.

III. Bestimmte Dauer

Die Gesetzesbegründung führt aus, es sei für die Verkäuferhaltbarkeitsgarantie bedeutsam, wie lange sie gelten solle³⁹¹. Eine allgemeine Bestimmung darüber solle nicht getroffen werden³⁹². Gelegentlich würden für einzelne Teile oder bestimmte Eigenschaften unterschiedliche Garantiefristen eingeräumt³⁹³. Damit wird nur in anderen Worten wiedergegeben, dass es der Parteiabrede überlassen ist, wie vom Merkmal der Übergabe nach § 446 S. 1 abgewichen und der Zeitraum des Gefahrübergangs festgelegt wird³⁹⁴. Weil die Nutzungsdauer oder Haltbarkeit von Sachen aufgrund deren Eigenart stark variiert, konnte das Gesetz keine einheitliche Frist festlegen. In der Diversität von Sachen als Kaufgegenständen liegt auch der innere Grund für die Bezugnahme auf die Übergabe in §§ 434 I 1, 446 S. 1. Die Übergabe ist der kleinste gemeinsame Nenner für die Nutzungserwartung an alle Sachen. Wenigstens bei Übergabe muss die Sache im Regelfall funktionieren.

Die Bestimmtheit der Dauer des Gefahrübergangs hat ebenso wie das Merkmal der Bestimmtheit der Beschaffenheit keinen eigenen Erkenntniswert. Wenn die Parteien vom dispositiven Gesetzesrecht abweichen, müssen ihre Vereinbarungen hinreichend

³⁸⁹ Siehe Erster Teil E.III.

³⁹⁰ Siehe Erster Teil C.III.2.

³⁹¹ BT-Drucks. 14/6040, S. 237.

³⁹² BT-Drucks. 14/6040, S. 239.

³⁹³ BT-Drucks. 14/6040, S. 239.

³⁹⁴ Vgl. dazu bereits *Heiseke* NJW 1967, 238, 238.

deutlich sein oder für eine gegebenenfalls erforderliche Auslegung hinreichende Anhaltspunkte bieten. Nur das bringt die „Bestimmtheit“ bei § 443 I Alt. 2 zum Ausdruck.

Den Beginn der Garantiefrist überlässt der Gesetzgeber den Parteien³⁹⁵. Das ist gleichbedeutend mit der Aussage, wonach die Parteien den Beginn des Gefahrübergangs frei wählen können. Liege eine besondere Festlegung nicht vor, werde die Garantiefrist in der Regel mit der Übergabe an den Käufer beginnen³⁹⁶. Die Bezugnahme des Gesetzgebers auf die Übergabe als Fristbeginn erfolgt nicht ohne Grund. Denn die Übergabe ist der Regelfall, den das dispositive Gesetzesrecht für den Gefahrübergang vorsieht (§ 446 S. 1). Ohne Parteivereinbarung hinsichtlich des Fristbeginns bleibt es bei der Regelung des dispositiven Rechts.

IV. Garantie

Die Garantie im Sinn des § 443 I Alt. 2 modifiziert zunächst nur den Maßstab des Vertretens nach § 276 I S. 1. Im Ergebnis ist sie eine Verschärfung des Haftungsmaßstabes, weil die Bedeutung der Garantie in diese Richtung vorgeprägt ist. Wie weit die Verschärfung reicht und wieweit der Verkäufer ein in die Zukunft reichendes Risiko übernimmt, bleibt der Vereinbarung überlassen. Mit der Garantie im Sinn des § 443 I Alt. 2 wird in der Regel der Haftungsmaßstab vom Verschulden des Verkäufers gelöst und der Verkäufer haftet für jede Verschlechterung der Kaufsache während der Garantiezeit, es sei denn, die Sache ist vom Käufer unsachgemäß behandelt oder von einem Dritten beschädigt worden³⁹⁷. Welche Behandlung der Sache sachgemäß ist, ist wiederum Frage der Vereinbarung. Übertragen auf § 446 S. 1 muss der Verkäufer während des gesamten Gefahrübergangs für die Beschaffenheit oder Verwendungsfähigkeit der Sache einstehen, es sei denn, die mangelnde Beschaffenheit oder Verwendungsfähigkeit ist durch eine fehlerhafte Bedienung seitens des Käufers entstanden oder auf Einflüsse Dritter zurückzuführen. Zufall und damit ein (Teil-)Gefahrübergang während des vereinbarten Zeitraumes ist damit gegeben, soweit der Käufer die Sache unsachgemäß behandelt oder ein Dritter die Sache beschädigt. Hierfür muss der Verkäufer nicht einstehen. Die Garantie bei

³⁹⁵ BT-Drucks. 14/6040, S. 239.

³⁹⁶ BT-Drucks. 14/6040, S. 239.

³⁹⁷ Vgl. auch *Bamberger/Roth/Faust* § 443 Rn. 25.

§ 443 I Alt. 2 entspricht dem Zufall bei § 446 S. 1. Die Garantie bzw. der Zufall bestimmt, welche Abweichung der Verkäufer der Sache von der vereinbarten Beschaffenheit oder Verwendungsfähigkeit zu vertreten hat, und konkretisiert damit die Pflicht des Verkäufers.

Die Verkäuferhaltbarkeitsgarantie ist folglich ein Sachmangel, der von der dispositiven Regel des § 446 S. 1 abweicht. Die Beschaffenheit bzw. Verwendungsfähigkeit ist nicht nur, aber auch zum Beginn des Gefahrübergangs, also regelmäßig der Übergabe, geschuldet. Die Garantiefrist bzw. die Dauer des Gefahrübergangs bestimmt, wie lange der Verkäufer die Beschaffenheit bzw. Verwendungsfähigkeit schuldet. Der Verkäufer schuldet die Beschaffenheit bzw. Verwendungsfähigkeit während dieser Zeit aber nicht uneingeschränkt. Üblicherweise entlasten ihn eine Fehlbedienung des Käufers sowie eine Beschädigung durch Dritte. Diese Grenze wird durch die Vereinbarung des Zufalls bei § 446 S. 1 gezogen.

V. Rechtsfolgenanordnung

§ 443 I sieht als Rechtsfolgenanordnung vor, dass dem Käufer im Garantiefall die Rechte aus der Garantie zu den in der Garantieerklärung und der einschlägigen Werbung angegebenen Bedingungen gegenüber demjenigen zustehen, der die Garantie eingeräumt hat. Diese Anordnung ist für die Verkäuferhaltbarkeitsgarantie einigermaßen überflüssig, wenn auch unschädlich. Sie wiederholt den allgemeinen Grundsatz *pacta sunt servanda* für die Verkäuferhaltbarkeitsgarantie³⁹⁸. Gegen wen sonst als seinen Vertragspartner soll der Käufer Ansprüche haben? Wann sonst als im Garantiefall soll er seine Garantieansprüche geltend machen können? Welche Ansprüche sonst als die Garantieansprüche soll der Verkäufer im Garantiefall geltend machen können? Es ist unbestritten, dass alle während der Garantiefrist auftretenden Abweichungen, soweit sie gegenständlich von der Garantie erfasst werden, Ansprüche des Käufers auslösen können³⁹⁹.

Nur der Nennung der einschlägigen Werbung für die Ausgestaltung der Garantierechte kann überhaupt konstitutive Wirkung zukommen. Die Aufnahme der ein-

³⁹⁸ Oechsler § 2 Rn. 269.

³⁹⁹ BT-Drucks. 14/6040, S. 237.

schlägigen Werbung ist ebenfalls überflüssig, wenn die einschlägige Werbung als konkludente Vereinbarung in die Garantieerklärung aufgenommen wird oder die einschlägige Werbung als verkürzte Wiederholung des § 434 I 3 verstanden wird⁴⁰⁰.

Viel wichtiger als die Erkenntnis, dass dem Käufer im Garantiefall Rechte zustehen können, ist die Entscheidung, welche Rechte dies im Einzelfall sind. Die Gesetzesbegründung führt aus, für die Verkäufergarantie sei es bedeutsam, welche Rechtsbehelfe dem Käufer im Garantiefall zustehen⁴⁰¹. Eine allgemeine Bestimmung über die dem Käufer zustehenden Rechtsbehelfe solle nicht getroffen werden⁴⁰². Es sei nicht angezeigt, die sich an die Garantie anknüpfenden Rechte des Käufers im Gesetz festzulegen⁴⁰³. Auf der Grundlage der hier vertretenen Auffassung, dass die Verkäuferhaltbarkeitsgarantie einen Sachmangel darstellt, ist das auch nicht nötig. Eine nochmalige Festlegung für die Verkäuferhaltbarkeitsgarantie erübrigt sich, weil die Rechtsbehelfe bei Sachmängeln in § 437 schon festgelegt sind. Dass dem Käufer bei einer Verkäuferhaltbarkeitsgarantie grundsätzlich die Rechte aus § 437 zustehen, ergibt sich zwanglos aus der Rechtsnatur des § 437 als dispositivem Gesetzesrecht. Nicht ohne Grund erwähnt die Gesetzesbegründung, als Rechte des Käufers aus der Garantie kämen alle Rechte in Betracht, die sich aus der Mängelhaftung ergeben könnten⁴⁰⁴. Enthielten die Garantiebedingungen nichts über die Rechte des Käufers im Garantiefall, sei das ohne weiteres so zu verstehen, dass der Käufer alle im Gesetz bei Sachmängeln vorgesehenen Rechte habe⁴⁰⁵. Damit hat der Gesetzgeber bereits die Konsequenz aus der hier vertretenen dogmatischen Einordnung der Verkäuferhaltbarkeitsgarantie gezogen. Bei Lichte betrachtet ist die Verkäuferhaltbarkeitsgarantie ein durch Parteivereinbarung definierter Sachmangel.

Indem der Verkäuferhaltbarkeitsgarantie das gesamte Instrumentarium des § 437 offen steht, ist damit nicht gleichzeitig gesagt, dass der Käufer in jedem Garantiefall über jedes Recht aus § 437 verfügt. Eine solche Regelung wäre in der Tat sachwidrig⁴⁰⁶. Weil der Verkäufer mit der Ersetzung des Zeitpunktes durch einen Zeitraum freiwillig über das dispositive Gesetzesrecht des § 446 S. 1 hinausgeht, verschafft er

⁴⁰⁰ Vgl. *Graf von Westphalen*, in: *Henssler/Graf von Westphalen*, 2. Aufl., § 443 Rn. 35.

⁴⁰¹ BT-Drucks. 14/6040, S. 237.

⁴⁰² BT-Drucks. 14/6040, S. 239.

⁴⁰³ BT-Drucks. 14/6040, S. 239.

⁴⁰⁴ BT-Drucks. 14/6040, S. 239.

⁴⁰⁵ BT-Drucks. 14/6040, S. 239.

⁴⁰⁶ BT-Drucks. 14/6040, S. 239.

dem Käufer in zeitlicher Hinsicht zusätzliche Rechte. Bei der Wahl, welche Rechte er dem Käufer im Garantiefall gewährt, sollte ihm konsequenterweise freie Hand gelassen werden. Deshalb ist die bisherige Praxis, mit der Garantie die Ansprüche aus der Garantie auf Nachbesserung oder Ersatzlieferung zu beschränken, nicht gefährdet⁴⁰⁷. Das gilt jedenfalls für individualvertragliche Vereinbarungen. Bei der Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen ist § 309 I 1 Nr. 8 b) bb) zu beachten, weil die Verkäuferhaltbarkeitsgarantie einen Sachmangel darstellt. In den Garantiebedingungen kann auch nur ein Recht auf Minderung vereinbart werden⁴⁰⁸.

Wenn die Verkäuferhaltbarkeitsgarantie einen Sachmangel darstellt, bereitet die Aussage in § 443 I 1, wonach die gesetzlichen Ansprüche unbeschadet der Rechte aus der Garantie bestehen, Probleme. Denn die Rechte aus der Garantie sind Bestandteil der gesetzlichen Ansprüche. Die Aussage ergäbe also für die Verkäuferhaltbarkeitsgarantie keinen rechten Sinn. Die Gesetzesbegründung führt aus, das Verhältnis der Garantie zur gesetzlichen Haftung für Sachmängel müsse klar sein⁴⁰⁹. Für die Verkäuferhaltbarkeitsgarantie ist das Verhältnis nach der hier vertretenen Auffassung klar. Sie modifiziert Teile der gesetzlichen Definition des Sachmangels im Wege der Parteivereinbarung und belässt es im Garantiefall mangels abweichender Vereinbarungen bei den gesetzlichen Rechtsfolgen für Sachmängel. Im Bereich der Verkäuferhaltbarkeitsgarantie kann der Gesetzeswortlaut gleichwohl noch mit einem Sinn versehen werden. Im Bereich der Beschaffenheit, für die keine Haltbarkeitsgarantie übernommen wurde, haftet der Verkäufer nach dem Gesetz. Die Sache muss also bei Übergabe nach § 446 S. 1 der Vereinbarung entsprechen und, wenn dies nicht der Fall ist, stehen dem Käufer die Rechte aus § 437 zu. Letztlich ist der Passus aber Ausdruck der Unsicherheit des Gesetzgebers bei der dogmatischen Einordnung der Verkäuferhaltbarkeitsgarantie.

Bei der Haltbarkeitsgarantie eines Dritten konkretisiert die Unbeschadetheit der Garantieansprüche von den gesetzlichen Ansprüchen nur den Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse. Die Haltbarkeitsgarantie zwischen Käufer und Drittem lässt die Vereinbarungen zwischen Käufer und Verkäufer grundsätzlich unberührt⁴¹⁰. Der

⁴⁰⁷ So auch BT-Drucks. 14/6040, S. 239.

⁴⁰⁸ BT-Drucks. 14/6040, S. 239.

⁴⁰⁹ BT-Drucks. 14/6040, S. 237.

⁴¹⁰ BGHZ 104, 82, 85 f. für die Herstellergarantie.

Verkäufer schuldet mangels abweichender Vereinbarungen nur die Beschaffenheit bzw. Verwendungsfähigkeit bei Übergabe, §§ 434 I 1 und 2, 446 S. 1. Wenn die Sache dabei abweicht, stehen dem Käufer gegen den Verkäufer die Rechte aus § 437 zu. Die Haltbarkeitsgarantie eines Dritten erweitert damit grundsätzlich die Rechte des Käufers in zeitlicher und, im Unterschied zur Verkäuferhaltbarkeitsgarantie, in persönlicher Hinsicht. Vor einer Aushöhlung der Rechte des § 437 gegen den Verkäufer durch allgemeine Geschäftsbedingungen schützt § 309 I 1 Nr. 8 b) aa), weil der Verkäufer bei Verträgen über Lieferungen neu hergestellter Sachen den Käufer nicht auf die durch die Dritthaltbarkeitsgarantie eingeräumten Ansprüche gegen den Dritten verweisen darf.

C. Vermutung nach § 443 II

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Regelung der Verkäuferhaltbarkeitsgarantie in § 443 I Alt. 2 weithin überflüssig und nichtssagend. Wegen Art. 6 I hätte § 443 I Alt. 2 nicht aufgenommen werden müssen. Dass Vereinbarungen regelmäßig bindend sind, ist gesicherter Bestand der deutschen Zivilrechtsdogmatik. Die Einbeziehung von Werbeangaben in die Garantie hätte sich wahrscheinlich über § 434 I 3 bewerkstelligen lassen. Zu klären ist damit, ob wenigstens § 443 II ein eigenständiger Regelungsgehalt zukommt. Nach der Gesetzesbegründung beschränkt sich § 443 II darauf, bei der Haltbarkeitsgarantie die Beweislast zugunsten des Käufers zu regeln⁴¹¹. Wenn und weil die Haltbarkeitsgarantie einen Sachmangel darstellt, muss sich die Beweislastverteilung des § 443 II auch anhand der Beweislastverteilung des Sachmangels ergeben.

Nur im Rahmen des sachlichen Geltungsbereichs der Garantie wird die Vermutung aufgestellt, dass ein während der Geltungsdauer auftretender Sachmangel⁴¹² die Rechte aus der Garantie begründet⁴¹³. Wenn feststeht, dass ein von der Garantie gegenständlich erfasster Mangel innerhalb der Garantiefrist aufgetreten ist, soll die Vermutung gelten, dass es sich um einen Garantiefall handelt⁴¹⁴. Diese Vermutung stellt den eigentlichen Regelungsgehalt des § 443 II dar. Sie ergibt sich aber ohne

⁴¹¹ BT-Drucks. 14/6040, S. 238.

⁴¹² Die vom Gesetzgeber verwendete Terminologie ist hier nicht widerspruchsfrei.

⁴¹³ BT-Drucks. 14/6040, S. 239.

⁴¹⁴ BT-Drucks. 14/6040, S. 239.

weiteres aus § 446 S. 1. Denn Zufall bei § 446 S. 1 ist definiert als Umstand, den der Verkäufer nicht zu vertreten hat⁴¹⁵. Die negative Formulierung führt dazu, dass der Verkäufer beweisen muss, dass der Untergang oder die Verschlechterung nicht zufällig ist, also keinen Garantiefall darstellt. Die Garantie, die der Verkäufer in Verschärfung des § 276 I 1 übernimmt, führt dazu, dass er beweisen muss, der Untergang oder die Verschlechterung beruhe auf einem Umstand, der von der übernommenen Garantie im Sinn des § 276 I 1 nicht erfasst wird. Haben die Parteien etwa im Rahmen des § 276 I 1 vereinbart, der Verkäufer habe jeden Untergang oder jede Verschlechterung zu vertreten, außer solchen infolge Beschädigung durch Dritte oder infolge unsachgemäßer Behandlung durch den Käufer, muss der Verkäufer beweisen, dass die Verschlechterung oder der Untergang auf eine unsachgemäße Behandlung durch den Käufer oder eine Beschädigung durch Dritte zurückzuführen ist. Im Fall einer solchen Garantie nutzt es dem Verkäufer auch nichts, dass er den Beweis technisch einwandfreier Herstellung führt⁴¹⁶. Das ist die Konsequenz aus der Vereinbarung über das Vertreten müssen. Nur eine unsachgemäße Behandlung oder eine Beschädigung durch Dritte entlastet den Verkäufer. Ob die Sache technisch einwandfrei hergestellt wurde, interessiert in diesem Zusammenhang nicht.

Weil das Maß der Verschärfung des § 276 I 1 der Parteivereinbarung unterliegt, kann aber nicht in allen Fällen konstatiert werden, dass nur eine falsche Behandlung oder eine von außen wirkendes Ereignis den Verkäufer entlastet⁴¹⁷. Die Abgrenzung des Risikos erfolgt individuell über die Ausgestaltung des § 276 I 1. Die Beweislast, wie die Garantie nach § 276 I 1 inhaltlich ausgestaltet wurde, trifft den Käufer. Davon geht auch § 443 II aus.

Die Vermutungsregel des § 443 II ist zumindest für die Verkäuferhaltbarkeitsgarantie entbehrlich. Die gleiche Beweislastverteilung wird auf der dogmatischen Grundlage des § 446 S. 1 erzielt. Bei wörtlicher Ersetzung der Haltbarkeitsgarantie durch den Sachmangel ergibt sich folgende Lesart: „Soweit eine dauerhafte Sachmängelfreiheit übernommen worden ist, wird vermutet, dass ein während ihrer Geltungsdauer auftretender Sachmangel die Sachmängelrechte begründet.“ Wenn die Modifikation des Zufalls in § 446 S. 1 durch die Garantie nach

⁴¹⁵ Statt vieler: *Soergel/Huber* § 446 Rn. 34.

⁴¹⁶ BT-Drucks. 14/6040, S. 239.

⁴¹⁷ Anders wohl: *Gursky*, SchR BT, S. 36.

§ 276 I 1 dem Sachmangelbegriff bereits immanent ist, muss diese Vermutung verworfen werden. Dem Käufer stehen bei einem Sachmangel die Rechte wegen eines Sachmangels zu: „Soweit eine dauerhafte Sachmängelfreiheit übernommen worden ist, begründet ein während ihrer Geltungsdauer auftretender Sachmangel die Sachmängelrechte.“ Soll sich § 443 II nicht in einer reinen Tautologie erschöpfen, kann er so gelesen werden: „Soweit eine dauerhafte Sachmängelfreiheit übernommen worden ist, wird vermutet, dass eine während der Geltungsdauer auftretende Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit auf einem Umstand beruht, den der Verkäufer zu vertreten hat.“ In diesem Fall hat der Käufer dann die Rechte aus der Garantie, also bei insoweit fehlender Vereinbarung die Rechte aus § 437.

Die Unsicherheit des Gesetzgebers in der dogmatischen Einordnung der Verkäuferhaltbarkeitsgarantie lässt sich auch anhand des Gesetzeswortlauts ablesen. Das Vorliegen eines Sachmangels ist Voraussetzung für die Vermutungswirkung des § 443 II. Wenn der Sachmangel sich in Übereinstimmung mit den Gesetzesmaterialien immer auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs bezieht, verfehlt § 443 II seinen vorgesehenen Sinn. Danach soll es dem Verkäufer durch die Verkäuferhaltbarkeitsgarantie erspart bleiben, das anfängliche Vorhandensein eines Mangels zu beweisen⁴¹⁸. Die Beweisschwierigkeiten, die § 443 II durch seine Regelung vermeiden will, kehren wegen der Verwendung des Sachmangels auf der Tatbestandsebene wieder. Entweder kann der Käufer schon nicht das Fehlen der vereinbarten Beschaffenheit bei Gefahrübergang, also regelmäßig bei Übergabe, nachweisen. Dann nützt ihm auch die Vermutung des § 443 II für das Vorliegen eines Garantiefalls nichts, weil die Voraussetzungen für den Eintritt der Vermutung nicht vorliegen. Oder ihm gelingt der Nachweis des Vorliegens eines anfänglichen Mangels. Dann ist er auf die Vermutungswirkung des § 443 II kaum angewiesen, sondern hat jedenfalls die Sachmängelrechte aus § 437 wegen des anfänglichen Mangels.

Der Gesetzgeber hätte die Wirkungsweise der Vermutung zwischen Verkäuferhaltbarkeitsgarantie und Sachmangel umkehren sollen. Stünde fest, dass ein Garantiefall der Verkäuferhaltbarkeitsgarantie vorliegt (hierbei ist dem Käufer die Beweislast für das Vertreten müssen des Verkäufers abgenommen), hätte daran die Vermutung an-

⁴¹⁸ BT-Drucks. 14/6040, S. 239; *Graf von Westphalen*, in: *Henssler/Graf von Westphalen*, 2. Aufl., § 443 Rn. 48.

geknüpft werden sollen, wonach die abweichende Beschaffenheit schon bei Beginn des Gefahrübergangs, also anfänglich, vorlag. Nur so wird der mit Zeitablauf abstrakt schwieriger werdenden Beweislage des Käufers Rechnung getragen. Für den Käufer ist es einfacher, eine aktuelle Abweichung der Beschaffenheit zu beweisen, als eine in der Vergangenheit liegende. Dem Käufer wäre es je nach Ausgestaltung der Garantierechte erspart geblieben, sich auf die Vermutung eines anfänglichen Sachmangels berufen zu müssen, weil er die Rechte aus der Garantie unabhängig von einem anfänglichen Sachmangel geltend machen könnte.

Soweit der Gesetzgeber allein die Vermutung eines Garantiefalls regeln wollte, hätte sich die Nennung des Begriffs Sachmangel in § 443 II erübrigt und zugleich verboten. Der Gesetzgeber hat es bei § 443 II versäumt, die Konsequenzen aus der gewählten Definitionstechnik beim Sachmangel, die Sachmängelfreiheit zu definieren, zu ziehen. Weil sich der Sachmangel nach § 434 I 1 und 2 aus dem Fehlen der Beschaffenheit oder Verwendungsfähigkeit bei Gefahrübergang zusammensetzt, ist § 443 II hinsichtlich des zeitlichen Zusammenhangs perplex. Für die Auflösung des Dilemmas müsste der Sachmangel nach § 443 II auf die inhaltliche Komponente reduziert werden. Das würde zu einem uneinheitlichen Sachmangelbegriff in § 443 II und § 434 führen. Die Einordnung der Verkäuferhaltbarkeitsgarantie als Sonderfall des Sachmangels vermeidet diese Aufspaltung des Sachmangelbegriffs.

Das gleiche Problem kehrt im Rahmen des § 476 wieder. Wird Sachmangel durch z.B. § 434 I 1 ersetzt, lautet § 476: „Zeigt sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang, dass die Sache nicht die vereinbarte Beschaffenheit bei Gefahrübergang hatte, so wird vermutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar.“ Ob ein Sachmangel vorliegt, der sich innerhalb von sechs Monaten gezeigt hat, ist vom Verbraucher zu beweisen⁴¹⁹. Der Verbraucher müsste also, um die Vermutungswirkung zu begründen, als deren Voraussetzung beweisen, was sie gerade dem Verbraucher abnehmen will. § 476 wäre dadurch perplex.

⁴¹⁹ So auch Systematischer Kommentar/*Bohne* Zweiter Teil § 476 Rn. 5, der allerdings den Sachmangel in diesem Zusammenhang allein als inhaltliche Komponente des Sachmangelbegriffs zu verstehen scheint.

§ 476 will Art. 5 III umsetzen. Die Trennung, die die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zwischen einer inhaltlichen und einer zeitlichen Komponente vornimmt, hat der nationale Gesetzgeber in den Sachmangelbegriff integriert. Die Vertragswidrigkeit im Sinn der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie kann mit der vereinbarten Beschaffenheit und die Lieferung mit dem Gefahrübergang verglichen werden. Dadurch ergibt sich auch der Ansatz, um die Perplexität des § 476 zu verhindern. Der Sachmangel in § 476 muss auf die inhaltliche Komponente beschränkt werden. § 476 ist zu lesen: „Zeigt sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang, dass die Sache nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat, so wird vermutet, dass die vereinbarte Beschaffenheit bereits bei Gefahrübergang gefehlt hat, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art der Sache oder der vereinbarten Beschaffenheit unvereinbar.“

Soweit bei einem Verbrauchsgüterkauf eine Verkäuferhaltbarkeitsgarantie übernommen worden ist, die die Rechte des § 437 im Garantiefall gewährt, bietet § 476 für den Verbraucher keinen Vorteil⁴²⁰. Denn sowohl bei der Verkäuferhaltbarkeitsgarantie als auch bei § 476 muss der Käufer beweisen, dass eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit vorliegt. § 476 nimmt dem Verbraucher alleine die Last ab, den Schluss von der Gegenwart in die Vergangenheit zu ziehen. Tritt die abweichende Beschaffenheit innerhalb der Garantiefrist auf, ist der Käufer auf die Vermutung des § 476 nicht angewiesen, wenn und weil er die identischen Rechte des § 437 geltend machen kann, da der Verkäufer seine auf Dauer angelegten kaufvertraglichen Pflichten noch nicht erfüllt hat. Die Garantiefrist der Verkäuferhaltbarkeitsgarantie kann dabei vor dem Zeitpunkt der Lieferung beginnen und über ihn hinausgehen. § 446 kann beim Verbrauchsgüterkauf nur insoweit durch Individualvereinbarung nicht abbedungen werden, als die vereinbarte Beschaffenheit jedenfalls im Zeitpunkt der Lieferung vorliegen muss⁴²¹.

D. Verjährung

⁴²⁰ *Reinking* DAR 2001, 8, 14 „nicht relevant“; ähnlich *Graf von Westphalen*, in: *Henssler/Graf von Westphalen*, 2. Aufl., § 443 Rn. 49; in diese Richtung auch *Bamberger/Roth/Faust* § 443 Rn. 10; *Westermann* NJW 2002, 241, 251; *Büdenbender*, in: *AnwKomm-BGB*, § 443 Rn. 5.

⁴²¹ Weiter Systematischer Kommentar/*Bohne* Zweiter Teil 476 Rn. 6, der § 446 beim Verbrauchsgüterkauf als nicht abdingbar ansieht. Das ist konsequent, wenn der Gefahrübergang immer nur an einem Zeitpunkt erfolgen kann.

Weil die Verkäuferhaltbarkeitsgarantie ein Sachmangel nach § 434 I ist, muss die Verjährung der Ansprüche des Käufers aus einer Garantie konsequenterweise anhand des § 438 beurteilt werden⁴²². Die Dauer der Garantiefrist ist dabei strikt von der Dauer der Verjährungsfrist zu trennen⁴²³. Für die Dauer der Garantiefristen gibt es keine gesetzlichen Vorgaben. Sie zu bestimmen, ist allein der Parteivereinbarung vorbehalten. Notfalls muss im Wege der Auslegung festgestellt werden, wie lange der Zeitraum des Gefahrübergangs anhalten soll.

Die Dauer der Verjährungsfristen ergibt sich mangels abweichender Vereinbarungen aus § 438. Nach § 438 I Nr. 3 beträgt die allgemeine Verjährungsfrist bei Mängeln zwei Jahre. Für den Beginn der Verjährung sieht § 438 II bei Grundstücken die Übergabe, im Übrigen die Ablieferung der Sache vor. Wenn es dabei bliebe, liefe die Verjährungsfrist der Garantiefrist parallel zur Garantiefrist. Denn üblicherweise ist die Übergabe bzw. Ablieferung auch der Beginn des Laufs der Garantiefrist. Bei über die gesetzliche Verjährungsfrist hinausgehenden Garantiefristen wären danach alle Garantieansprüche bereits verjährt, die erst nach Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist entstehen. Jede Garantiefrist, die über zwei Jahre hinausginge, wäre mit dem Ablauf des zweiten Jahres von vornherein weitgehend entwertet, weil sich der Verkäufer nach zwei Jahren jederzeit erfolgreich auf Verjährung berufen könnte. Um dem Käufer die Möglichkeit zu geben, seine Rechte vollständig durchzusetzen, müssen Garantiefrist und Verjährungsfrist miteinander gekoppelt werden. Mittel dazu ist die privatautonome Abbedingung des gesetzlichen Fristbeginns der Verjährungsfrist.

Für das dispositive Recht ergibt die Anknüpfung des Beginns der Verjährung an die Übergabe oder Ablieferung Sinn. Nach § 434 I ist der Gefahrübergang für die Sachmangelfreiheit entscheidend. Der Gefahrübergang findet nach § 446 S. 1 mit der Übergabe statt. Die Verjährung beginnt nach § 438 II mit Übergabe bzw. Ablieferung. Damit besteht ein Gleichlauf zwischen dem Zeitpunkt, zu dem der Verkäufer die Erfüllung eines wesentlichen Teils seiner Verkäuferpflichten schuldet, und dem

⁴²² A.A. *Graf von Westphalen*, in: *Henssler/Graf von Westphalen*, 2. Aufl., § 443 Rn. 53, der freilich die Verkäuferhaltbarkeitsgarantie nicht als Sachmangel einordnet.

⁴²³ *Bamberger/Roth/Faust* § 443 Rn. 10; *Haas/Medicus* Kap. 5 Rn. 388; *Jauernig/Berger* § 443 Rn. 12. Zur Unterscheidung zwischen materiellem Inhalt der Garantiezusage und dem Beginn der gesetzlichen Verjährungsfrist: *Loebell* BB 1973, 1237, 1239. Zum fehlenden Bewusstsein dieser Unterscheidung bei den Rechtsanwendern bereits: *Müller* ZIP 1981, 707, 714; jüngst: *Reinking* ZGS 361, 361. Nach *Mischke* BB 1995, 1093, 1094 soll der Laie nach Treu und Glauben diese Unterscheidung nicht treffen müssen.

Beginn der Verjährung. Wenn die Parteien den Zeitpunkt des Gefahrübergangs durch einen Zeitraum des Gefahrübergangs ersetzen, muss konsequenterweise der Fristbeginn geändert werden, damit ein Gleichlauf erzielt wird. Die Vereinbarung einer Haltbarkeitsgarantie enthält konkludent die Abbedingung des Verjährungsbeginns nach § 438 II. Die Notwendigkeit einer solchen ergänzenden Vertragsauslegung hätte sich vermeiden lassen, wenn der Gesetzgeber in § 438 II den Beginn der Verjährung mit Gefahrübergang vorgesehen hätte. Dann wären die Gleichungen Gefahrübergang = Übergabe, Übergabe = Verjährungsbeginn ersetzt worden durch die Gleichung Gefahrübergang = Verjährungsbeginn. Wenn die Parteien den Gefahrübergang durch Übergabe modifizieren, modifizieren sie zugleich den Verjährungsbeginn.

Fraglich ist, welche Regelung anstelle des Verjährungsbeginns mit Übergabe bzw. Ablieferung treten soll. Ist eine ausdrückliche Parteivereinbarung nicht feststellbar, und das wird sie in der Regel nicht sein, kann auf die allgemeinere Norm § 200 S. 1 ausgewichen werden. Die Verjährung von Garantirechten⁴²⁴ nach § 437 beginnt mit deren Entstehung, also mit dem Verlust der garantierten/vereinbarten Beschaffenheit während der Garantiefrist. Die gesetzliche Verjährungsfrist nach § 438 läuft mit dem Eintritt des Garantiefalls⁴²⁵. Die Erkennbarkeit des Eintritts des Garantiefalls ist nicht erforderlich.

Die hier vertretene Auffassung führt zu einem in sich geschlossenen System des Verjährungsbeginns bei Haltbarkeitsgarantien unabhängig von der Dauer der Garantiefrist⁴²⁶. Die gesetzliche Verjährungsfrist nach § 438 beginnt mit dem Eintritt des Garantiefalls während der Garantiefrist, unabhängig von der Dauer der Garantiefrist, zu laufen. Die von der Rechtsprechung vorgenommene Unterscheidung nach der Länge der Garantiefrist entfällt. Diese Differenzierung litt an der Schwäche, dass geringe Unterschiede in der Länge der Garantiefristen zu beträchtlichen Unterschieden in den Rechtsfolgen führten, die den Vorstellungen der beteiligten Kreise kaum entsprochen haben dürften⁴²⁷. Der Differenzierung stand kein ausreichender materieller Gerechtigkeitszuwachs gegenüber.

⁴²⁴ Für das Rücktrittsrecht und das Minderungsrecht als Gestaltungsrechte finden wegen § 438 IV und V die Vorschriften über die Verjährung der Mängelansprüche entsprechende Anwendung.

⁴²⁵ A.A. wohl HK-BGB/Saenger § 443 Rn. 4 „mit dem Garantiefall, also der Entdeckung des Mangels“.

⁴²⁶ A.A. *Oechsler* § 2 Rn. 273.

⁴²⁷ BT-Drucks. 14/6040, S. 238.

E. Ergebnis des zweiten Teils

Die Verkäuferhaltbarkeitsgarantie lässt sich dogmatisch als Sachmangel begreifen. Anstatt zu vereinbaren, dass die Sache bei Übergabe eine Verwendungsfähigkeit x aufweist und diese zwei Jahre behält, können die Parteien genauso vereinbaren, die Sache muss nur bei Übergabe die Beschaffenheit y aufweisen, die die Verwendungsfähigkeit x für zwei Jahre gewährleistet. Genauso wie zwischen Verwendung und Beschaffenheit lässt sich zwischen Sachmangel nach §§ 434 I 1 und 2, 446 und Verkäuferhaltbarkeitsgarantie nach § 443 ohne einen logischen Vorrang auf- und absteigen.

Die Normierung der Verkäuferhaltbarkeitsgarantie in § 443 war deshalb nicht nötig. § 443 erschöpft sich hinsichtlich der Verkäuferhaltbarkeitsgarantie aber nicht bestenfalls in einer überflüssigen Wiedergabe des § 434 I 1 und 2. Durch die nicht widerspruchsfreie Benutzung des Sachmangelbegriffs erweist sich § 443 II hinsichtlich des beabsichtigten Regelungsziels als untauglich. Wegen der verwendeten Begrifflichkeiten erweckt § 443 I bei der Verkäuferhaltbarkeitsgarantie den Eindruck, die Rechte aus der Sachmängelhaftung und der Verkäuferhaltbarkeitsgarantie seien zu unterscheiden. In der Sache basieren sie auf dem identischen Rechtsgrund. § 443 kann deshalb, was seine Klarheit angeht, als misslungen bezeichnet werden. Die Aufnahme der Verkäuferhaltbarkeitsgarantie in § 443 stellt eine Differenzierung dar, die den mit ihr verbundenen Aufwand nicht rechtfertigt. Bei § 476 muss der Begriff des Sachmangels vor dem Hintergrund einer richtlinienkonformen Auslegung auf die vereinbarte Beschaffenheit beschränkt werden.

Dritter Teil: Nachlieferung beim Stückkauf nach § 439 I

A. Allgemeines

Die Schuldrechtsreform bietet die Chance, Verwerfungen und Verkrustungen des erreichten Rechtszustandes über Bord zu werfen. Nicht minder wichtig ist es, die

Entstehung neuer Verwerfungen und Unstimmigkeiten zu verhindern. Dies gilt umso mehr, als die ersten gerichtlichen Entscheidungen zum neuen Schuldrecht ergangen sind, denen für die weitere Entwicklung Signalwirkung zukommt⁴²⁸. Beim Sachmangel nach § 434 I 1 und 2 stellt das Gesetz erfreulicherweise die Parteivereinbarung und damit den Grundsatz der Vertragsfreiheit in den Vordergrund. Im Kaufrecht ist auf der anderen Seite unsicher geworden, ob der Nacherfüllungsanspruch aus § 439 I beim Stückkauf auf die Beseitigung des Mangels (Nachbesserung) nach § 439 I Alt. 1 beschränkt oder ob auch beim Stückkauf die Lieferung einer mangelfreien Sache (Nachlieferung) nach § 439 I Alt. 2 geschuldet ist. Würde der Verkäufer beim Gattungs- wie beim Stückkauf Nachlieferung schulden, wäre die entsprechende Differenzierung aufgehoben. Könnten die Parteien beim Stückkauf die Nachlieferung nicht ausschließen, wäre die Vertragsfreiheit eingeschränkt. Insoweit ist fraglich, ob der Gesetzgeber bei § 439 I womöglich Differenzierungen aufgegeben hat, die ihren Ursprung in der Parteivereinbarung hatten. In diesem Fall wäre die Klarheit und Übersichtlichkeit des § 439 I unter Umständen mit einem negativen Grenznutzen belastet.

Am fruchtlosesten ist in der Rechtswissenschaft die Diskussion von Problemen, die auf Missverständnissen gründen. Bei der Verkäuferhaltbarkeitsgarantie ist die Entstehung zahlreicher Missverständnisse aufgrund des missglückten Wortlauts des § 443 zu befürchten. Eine dauerhaft sprudelnde Quelle für Missverständnisse stellen ferner unterschiedlich verstandene Begriffe dar. Wird in der Diskussion ein Begriff mit unterschiedlichen Bedeutungen verwendet, ohne dass die Bedeutungsdivergenz zu Tage tritt, lässt sich trefflich aneinander vorbei reden. Das Gebot begrifflicher Klarheit kann deshalb nicht ernst genug genommen werden⁴²⁹. Es ist ein wissenschaftliches Gebot, nur solche Begriffe zu verwenden, deren Bedeutung hinreichend klar bestimmt ist. Bevor auf den erreichten Meinungsstand eingegangen wird, soll dementsprechend die hier verwendete Terminologie geklärt werden.

B. Begriff des Stückkaufs

⁴²⁸ In etwa auch *Mankowski* EWiR 2003, 315, 316.

⁴²⁹ *Schneider*, Logik für Juristen, S. 24.

Die Bedeutung des Begriffs des Stückkaufs kann nicht isoliert, ohne den Begriff des Gattungskaufs, erläutert werden. Stückkauf versteht sich nur in Gegenüberstellung zu dem Begriff des Gattungskaufs. Als Antonyme beziehen beide ihre Sinnhaftigkeit gerade aus der Gegenüberstellung. Verlässt man die Ebene des besonderen Schuldverhältnisses Kaufvertrag, bilden Stückschuld und Gattungsschuld das entsprechende Gegensatzpaar.

I. Stückschuld

Für die Stückschuld finden sich unterschiedliche Definitionen. Eine Stückschuld soll danach vorliegen, wenn der Leistungsgegenstand von vornherein durch die Parteien individuell bestimmt wird, wenn die Parteien sich also schon bei Vertragsschluss darauf geeinigt haben, dass nur ein ganz bestimmter Gegenstand vom Schuldner geleistet werden soll, so dass mit einem anderen Gegenstand nicht mehr erfüllt werden kann⁴³⁰. Bei einer Stückschuld sei der Schuldgegenstand so genau bestimmt, dass dem Schuldner keine Auswahlmöglichkeit bleibe⁴³¹. Bei der Stückschuld sei der Leistungsgegenstand individuell festgelegt⁴³². Bei der Stückschuld kennzeichneten die Parteien den zu leistenden Gegenstand individuell, so dass der Schuldner nach der getroffenen Vereinbarung nur mit einer bestimmten Sache seine Verpflichtung erfüllen könne⁴³³.

II. Gattungsschuld

Bei der Gattungsschuld werde der Gegenstand, mit dem der Schuldner erfüllen könne, von den Parteien nicht genau, individuell, bezeichnet, sondern nur nach allgemeinen Merkmalen⁴³⁴. Der Schuldner könne mit einem beliebigen Gegenstand, der die von den Parteien festgelegten Kriterien hat, erfüllen⁴³⁵. Die Gattungsschuld gehöre zu den Schuldverhältnissen mit unbestimmten, aber bestimmbareren Leistungsge-

⁴³⁰ RGZ 70, 423, 426; RG JW 1912, 340, 341; MünchKommBGB/*Emmerich* § 243 Rn. 9.

⁴³¹ *Staudinger/Schiemann* § 243 Rn. 12.

⁴³² *Palandt/Heinrichs* § 243 Rn. 1.

⁴³³ *Soergel/Teichmann* § 243 Rn. 1.

⁴³⁴ *Soergel/Teichmann* § 243 Rn. 2.

⁴³⁵ *Soergel/Teichmann* § 243 Rn. 2.

genstand.⁴³⁶ Merkmal der Gattungsschuld sei die fehlende Bestimmtheit des einzelnen Leistungsgegenstandes, während die Eigenschaften des Kaufgegenstandes festgelegt seien⁴³⁷. Die Auswahl des konkreten Leistungsstückes bleibe dem Schuldner überlassen⁴³⁸. Bei der Gattungsschuld bleibe zunächst offen, mit welcher konkreten Leistung, insbesondere mit welchem Gegenstand, der Schuldner erfüllen solle. Die Parteien beschränkten sich zunächst darauf, die geschuldete Leistung nach bestimmten Merkmalen zu beschreiben, während sie die nähere Auswahl der aus der umschriebenen Menge zu erbringenden Leistung dem Schuldner überließen⁴³⁹.

III. Abgrenzung

Gemeinsam ist Gattungs- und Stückschuld, dass beide über einen Leistungs- bzw. Schuldgegenstand verfügen. Gattungs- und Stückkauf ist der Typus als Kaufvertrag gemeinsam. Ein differenzierendes Merkmal hingegen ist die Bestimmtheit. Der Leistungsgegenstand der Stückschuld ist bestimmt, der der Gattungsschuld unbestimmt, aber bestimmbar. Bei der Stückschuld wird der Leistungsgegenstand individuell bezeichnet, während er sich bei der Gattungsschuld nach allgemeinen Merkmalen bemisst. Beim Stückkauf ist die geschuldete Kaufsache konkret bestimmt, während sie beim Gattungskauf abstrakt vereinbart ist. Bei der Stückschuld beschränkt sich der Leistungsgegenstand von vornherein auf einen konkreten Gegenstand. Die Gattungsschuld legt sich nicht auf einen Gegenstand fest, sondern für die Erfüllung wird die Verschaffung eines Gegenstandes aus der Menge der in der Gattung enthaltenen Gegenstände geschuldet.

Die Differenzierung zwischen Gattungsschuld und Stückschuld erfolgt also anhand der Bestimmtheit der Vereinbarung. Die Gattungsschuld ist abstrakter und unbestimmter als die Stückschuld, wobei natürlich die Beantwortung der nächsten Frage, wie abstrakt abstrakt ist und wie unbestimmt unbestimmt ist, offen bleiben muss⁴⁴⁰. Nach der Prädikabilienlehre besteht der Artunterschied (*differentia specifica*) des Begriffs Stückkauf/Stückschuld zur höheren Gattung (*genus proximum*)

⁴³⁶ Palandt/Heinrichs § 243 Rn. 1.

⁴³⁷ Staudinger/Schiemann § 243 Rn. 6.

⁴³⁸ Staudinger/Schiemann § 243 Rn. 6.

⁴³⁹ MünchKommBGB/Emmerich § 243 Rn. 5.

⁴⁴⁰ Siehe Erster Teil C.III.2.

Kauf/Schuldverhältnis in der Bestimmtheit. Für den Begriff des Gattungskaufs/der Gattungsschuld besteht der Artunterschied zu Kauf/Schuldverhältnis in der Unbestimmtheit.

Ob eine Gattungs- oder Stückschuld bzw. ein Gattungs- oder Stückkauf vorliegt, bestimmen alleine die Parteien⁴⁴¹. Die Vereinbarung an sich kann dabei auf zweierlei Weise erfolgen. Die Parteien legen unabhängig von einem existenten Gegenstand abstrakt die Merkmale fest, die z. B. beim Sachkauf eine/die Kaufsache nach § 433 I 2 aufweisen muss. Die Merkmale selbst können durchaus konkreter Natur sein. Aus der Menge der Sachen nach § 90 wird die entstehende Teilmenge umso kleiner, je mehr und je konkretere Merkmale die Vereinbarung der Parteien insbesondere nach § 434 I 1 und 2 und § 435 S. 1 umfasst⁴⁴². Ist aus der definierten Teilmenge von Sachen eine beliebige Sache geschuldet und damit erfüllungstauglich, liegt ein Gattungskauf vor. Dem Käufer kommt es nicht auf eine spezielle Sache aus der Gattung an. Unerheblich für die Parteivereinbarung ist, ob der Gattung in der Wirklichkeit mehr Gegenstände als geschuldet angehören⁴⁴³. Die Vereinbarung verliert nicht ihren Charakter als Gattungskauf in diesem Sinne, weil die Gattung nur aus einer erfüllungstauglichen Sache besteht. Ob die Gattung aus mehr Gegenständen besteht, als geschuldet sind, hat nur für die Frage der Auswahlmöglichkeit des Verkäufers und letztlich für die Frage der Unmöglichkeit nach § 275 Bedeutung. In der gedanklichen Vorstellungswelt der Parteien ist eine beliebige, definierte Sache geschuldet. Ob eine solche Sache gar nicht, einmal oder dutzendfach existiert, ist für die Parteivereinbarung irrelevant (§ 311a I). Ein Gattungskauf liegt also vor, wenn abstrakt *eine* Sache geschuldet ist, gleichgültig wie detailliert die inhaltlichen Anforderungen an die Sache sind und wie viele solcher Sachen existieren. Die Auswahlmöglichkeit des Verkäufers ist regelmäßige Rechtsfolge, nicht Voraussetzung des Gattungskaufs.

Ein Stückkauf, wonach *die* und *nur die* Sache geschuldet ist, wird im Regelfall bei diesem Ansatz nicht in Betracht kommen. Wenn die Parteien keine bestimmte existente Sache bei ihrem Vertragsschluss vor Augen haben, lässt sich nur schwer

⁴⁴¹ MünchKommBGB/Emmerich § 243 Rn. 6; Jauernig/Vollkommer § 243 Rn. 3; Hk-BGB/Schulze § 243 Rn. 3; Brox/Walker, AT, § 8 Rn. 2; Pfeiffer ZGS 2002, 23, 29 Fn. 38; Soergel/Teichmann § 243 Rn. 2, Staudinger/Schiemann § 243 Rn. 7 „zuerst“; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rn. 514.

⁴⁴² Bei §§ 434 I 3, II und III, 435 S. 2 handelt es sich um Nominaldefinitionen. Der Gesetzgeber will deren Tatbestände als Sach- bzw. Rechtsmangel verstanden wissen, unabhängig davon, ob sie bereits nach § 434 I 1 und 2 oder § 435 S. 1 einen Sach- oder Rechtsmangel begründen.

⁴⁴³ Anders etwa: MünchKommBGB/Emmerich § 243 Rn. 6.

vorstellen, warum andere Sachen mit der identischen Beschaffenheit das Leistungsinteresse des Käufers nicht genauso gut befriedigen können.

Beim anderen Ansatz liegt der Parteivereinbarung eine bestimmte, existente Sache als Kaufsache zugrunde. Die Parteien gestalten die Anforderungen an die existente Sache im Rahmen der Vertragsfreiheit beliebig aus. Sie schreiben einer/der Sache die Beschaffenheit nach § 434 I 1 und/oder 2 und § 435 S. 1 zu. Hier liegt im Vergleich zum anderen Ansatz ein Stückkauf näher, weil die existente Kaufsache über individuelle Merkmale verfügen kann, die sie für die Parteien unaustauschbar werden lässt. Dann kann nur die existente Kaufsache den mit dem Kauf bezweckten Leistungsaustausch bewirken. Gleichwohl ist auch bei diesem Ansatz ein Gattungskauf vorstellbar. Wenn die Parteien eine Beschaffenheitsvereinbarung auf der Ebene der individuellen Merkmale einer existenten Sache treffen, ist nicht ersichtlich, warum dem Käufer eine andere Sache mit den identischen individuellen Merkmalen nicht genauso genehm sein könnte. In diesem Fall führt die Existenz der Sache nur dazu, dass ein prinzipiell erfüllungstaugliches Exemplar vorhanden ist. Je präziser die Beschaffenheitsvereinbarung ist, desto enger ist die Gattung umrissen und desto weniger Sachen werden der Vereinbarung entsprechen. Die Parteivereinbarung entscheidet im Weiteren darüber, welche Beschaffungsbemühungen der Verkäufer schuldet.

Gattungskauf und Stückkauf unterscheiden sich also im vertraglichen Leistungsversprechen. Beim Gattungskauf wird der Verkäufer zur Verschaffung *einer*, inhaltlich durchaus konkret festgelegten, Sache verpflichtet. Beim Stückkauf wird der Verkäufer durch Parteiwillen zur Verschaffung *der* Sache verpflichtet. Das Schuldverhältnis beschränkt sich beim Stückkauf in diesem Sinne von vorneherein auf *die* Sache. Der Verkäufer ist weder berechtigt noch verpflichtet, ein Stück aus einer Menge von auch identischen Stücken zu liefern. Als Kaufgegenstand ist *die* und *nur die* Sache geschuldet. Im Folgenden wird der Stückkauf in diesem Sinne als echter Stückkauf bezeichnet.

Ist das Leistungsversprechen ein Differenzierungskriterium zwischen Stückkauf und Gattungskauf, ist damit die Frage aufgeworfen, ob es logisch auch das einzige Differenzierungskriterium bilden darf, ob also das System der Begriffsbildung verbietet,

für zwei Begriffe zwei oder mehr Einteilungsglieder zu verwenden. Die Beantwortung dieser Frage und der Folgefrage, welchem Differenzierungskriterium der Vorrang zukäme, kann hier dahinstehen, weil in der Praxis für Stückkauf/Stückschuld auf der einen, Gattungskauf/Gattungsschuld auf der anderen Seite noch mindestens ein anderes, die Auswahlmöglichkeit, verwendet wird. Der Verkäufer ist beim Gattungskauf zur Auswahl einer Sache berechtigt und verpflichtet. Zudem ist, konstituierend für den Begriff des Gattungskaufs, gleichzeitig eine Auswahl unter mehreren erfüllungstauglichen Sachen möglich. Für den Gattungskauf sei unverzichtbar, dass der Gattung mehr Stücke angehören, als geschuldet seien, weil andernfalls eine Stückschuld vorliege⁴⁴⁴. In jedem Fall müssten der Gattung mehr Gegenstände als geschuldet angehören, weil andernfalls eine Stückschuld vorliege⁴⁴⁵. Haben die Parteien vereinbart, dass eine Menge an definierten Gegenständen geschuldet ist, und in der Realität existiert nicht mehr als die vereinbarte Menge, soll eine Stückschuld vorliegen. Eine Stückschuld in diesem Sinne ist im Ausgangspunkt eine Gattungsschuld im oben verstandenen Sinne. Geschuldet ist *eine* Menge an Gegenständen. Zur Stückschuld in diesem Sinne wird sie durch die kumulative Verknüpfung mit der Auswahlmöglichkeit. Wenn die vorhandene Menge an erfüllungstauglichen Gegenständen größer ist als die geschuldete Menge, bleibt es bei der Gattungsschuld im dargelegten Sinne. Ist die vorhandene Menge kleiner als die geschuldete, ist per definitionem eine Stückschuld gegeben. Eine Stückschuld in diesem Sinne wird im Folgenden als unechte Stückschuld bezeichnet, weil sie im Kern eine Gattungsschuld darstellt.

Der Begriff Stückschuld und entsprechend der Stückkauf wird also mindestens mit zwei Bedeutungen versehen. Bei dem echten Stücksachkauf ist/sind nur *die* Sache oder *die* Sachen geschuldet. Das Schuldverhältnis beschränkt sich auf *die* Sache oder *die* Sachen. Bei dem unechten Stücksachkauf ist *eine* definierte Sache oder *eine* Menge x von definierten Sachen geschuldet und es existieren nur *eine* definierte Sache oder *eine* Menge x von definierten Sachen. Auf den Punkt gebracht darf und kann der Verkäufer beim echten Stückkauf nur mit dem Kaufgegenstand erfüllen, während er beim unechten Stückkauf mit jedem Kaufgegenstand erfüllen darf, aber nur mit einem erfüllen kann, weil nur einer existiert.

⁴⁴⁴ Staudinger/Schiemann § 243 Rn. 8.

⁴⁴⁵ MünchKommBGB/Emmerich § 243 Rn. 6.

C. Problemaufriss

In der Literatur haben sich im Zuge der Schuldrechtsreform zur Frage der theoretischen Möglichkeit eines Nachlieferungsanspruches nach § 439 I Alt. 2 beim Stückkauf zwei im Grundsatz gegensätzliche Strömungen ausgebildet⁴⁴⁶. Nach einer Ansicht ist der Nacherfüllungsanspruch von vorneherein beim Stückkauf auf Nachbesserung beschränkt⁴⁴⁷. Die Rechtsnatur der Stückschuld führe dazu, dass eine Nachlieferung beim Stückkauf nicht möglich sei. Der Nacherfüllungsanspruch könne als Fortsetzung des primären Erfüllungsanspruches nicht über diesen hinausgehen. Die Gegenansicht, die den Nachlieferungsanspruch auch bei Stückkäufen grundsätzlich für denkbar hält⁴⁴⁸, führt im Wesentlichen dafür den Gesetzeswortlaut und die Gesetzesbegründung an. Bei Stückkäufen über vertretbare Sachen sei eine Nachlieferung denkbar, solange das Leistungsinteresse des Käufers mit der Nachlieferung einer anderen Sache erfüllt werden könne. Die Rechtsprechung ist in den bisherigen Entscheidungen der letzteren Ansicht beigetreten⁴⁴⁹.

Ob sich die Strömungen in ihrer inhaltlichen Aussage unterscheiden und inwieweit dann eine Auffassung vorzugswürdig ist oder ob nur ein Missverständnis und damit inhaltliche Übereinstimmung vorliegt, wird sich erweisen, wenn man die verschiedenen Ansichten und ihre vorgebrachten Argumente auf die unterschiedlichen Bedeutungen der Stückschuld bezieht.

D. Beschränkung der Nacherfüllung auf Nachbesserung

I. Echter Stückkauf

Ein Teil derer, die eine Nachlieferungspflicht beim Stückkauf ablehnen, legen ausdrücklich dar, was sie unter Stückkauf verstehen: Beim Stückkauf kann mit einer

⁴⁴⁶ Eine Übersicht bieten etwa *Jacobs*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, S. 378 Fn. 44, 47, *Kimmelman/Winter* JA 2003, 532, 532 Fn. 2 und 533 Fn. 5 oder *Heinemann/Pickartz* ZGS 2003, 149, 150 f.

⁴⁴⁷ Zuletzt *Wenzel* DB 2003, 1887, 1891 f. oder *Huber*, in: *Festschrift für Schlechtriem*, S. 523 Fn. 9.

⁴⁴⁸ Zuletzt *Canaris* JZ 2003, 831 ff.

⁴⁴⁹ OLG Braunschweig NJW 2003, 1053, 1054; LG Ellwangen NJW 2003, 517 f.

anderen als der geschuldeten Sache nicht erfüllt werden⁴⁵⁰. Bei der Stückschuld ist der Leistungsgegenstand individuell festgelegt. Der Verkäufer ist nicht verpflichtet, dem Käufer eine andere als die vertraglich vereinbarte zu liefern⁴⁵¹. Der Stückverkäufer verspricht nur, eine bestimmte und keine andere Sache zu liefern, selbst wenn es eine andere Sache mit der vereinbarten Beschaffenheit gibt⁴⁵². Bei der Stückschuld ist das Schuldverhältnis auf einen bestimmten Gegenstand anfänglich konzentriert⁴⁵³. Beim Stückkauf ist nur das konkret individualisierte Stück geschuldet⁴⁵⁴. Beim Stückkauf entspricht ein anderer Gegenstand, mag er auch gleichartig und gleichwertig sein, nicht dem Vertrag⁴⁵⁵. Bei einem Stückkauf kann Erfüllung nur durch eine Übereignung des konkret vorliegenden Kaufgegenstandes eintreten⁴⁵⁶. Mögen die Umschreibungen im Wortlaut variieren: Stets verwenden diese Autoren den Stückkauf mit der Bedeutung, die hier als echter Stückkauf bezeichnet wird. Die Parteien haben vereinbart, dass *der* und *nur der* konkret individualisierte Gegenstand als Kaufgegenstand geschuldet ist. Basis ihrer Argumentation ist also der echte Stückkauf.

II. Der logische Schluss

Von diesen Autoren ordnet wiederum ein Teil den Nacherfüllungsanspruch nach § 439 I dogmatisch ausdrücklich als modifizierten vertraglichen Erfüllungsanspruch ein⁴⁵⁷. Die Leistungspflicht des Verkäufers erstreckt sich nach § 433 I 2 auf die Sach- und Rechtsmangelfreiheit und § 439 I setzt den Erfüllungsanspruch im Gewährleistungsrecht fort⁴⁵⁸.

⁴⁵⁰ Schwab JuS 2002, 1, 6; Petersen JURA 2002, 461, 462; Pfeiffer ZGS 2002, 23, 29 Fn. 38; Wenzel DB 2003, 1887, 1892.

⁴⁵¹ Jacobs, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, S. 379.

⁴⁵² Ackermann JZ 2002, 378, 379.

⁴⁵³ Lorenz/Riehm Rn. 505.

⁴⁵⁴ Huber NJW 2002, 1004, 1006, *ders.*, in: Huber/Faust Rn. 13/20; Amann/Brambring/Hertel, S. 155.

⁴⁵⁵ Wieser NJW 2001, 121, 123.

⁴⁵⁶ Gruber, in: Jb.J.ZivRWisS. 2001, S. 187, 191.

⁴⁵⁷ Jacobs, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, S. 379; Ackermann JZ 2002, 378, 379; Petersen JURA 2002, 461, 461; Huber NJW 2002, 1004, 1005; *ders.*, in: Huber/Faust Rn. 13/11; Lorenz/Riehm Rn. 504. Schwab JuS 2002, 1 ff; Wieser NJW 2001, 121 ff. und Gruber, in: Jb.J.ZivRWisS. 2001, S. 187 ff., nehmen nicht ausdrücklich zur Rechtsnatur des Nacherfüllungsanspruches Stellung.

⁴⁵⁸ Huber NJW 2002, 1004, 1005.

Die Autoren, die beide Prämissen ausdrücklich erwähnen, verbinden diese im Wege eines logischen Schlusses⁴⁵⁹: Der Verkäufer ist durch den Kaufvertrag nach § 433 I nur zur mangelfreien Übereignung *der* Sache verpflichtet. Der Nacherfüllungsanspruch nach § 439 I setzt den primären Erfüllungsanspruch aus § 433 I fort. Dann verpflichtet der Nacherfüllungsanspruch nur zur mangelfreien Übereignung *der* Sache.

Dieser Schluss ist als Syllogismus zwingend. Wenn a gleich b ist und b gleich c, gilt a gleich c. Eine Zulassung des Nachlieferungsanspruchs würde die Erfüllung mit einer anderen Sache ermöglichen und damit der Definition des echten Stückkaufs und so dem Vertrag widersprechen. Der Verkäufer kann die Nacherfüllungspflicht nur durch Nachbesserung nach § 439 I Alt. 1 erfüllen. Mit einer anderen Sache kann der Verkäufer beim echten Stückkauf eben nicht erfüllen⁴⁶⁰. Die Definition des echten Stückkaufs zwingt dazu, eine Nachlieferungspflicht des Verkäufers in jedem Fall eines echten Stückkaufs zu verneinen⁴⁶¹. Nur mit dem Ausschluss der Nachlieferungspflicht wird die von den Parteien getroffene Vereinbarung und damit die Vertragsfreiheit respektiert⁴⁶². Was nicht Vertragsinhalt ist, kann nicht Gegenstand des Erfüllungsanspruchs und folglich auch nicht des Nacherfüllungsanspruchs sein⁴⁶³. Ein Erfüllungsversuch, der nicht vollständig zum Erfolg geführt hat, ändert nichts am Inhalt der ursprünglichen Parteiabrede.

III. Sachmängel nach § 434 III als Ausnahme?

Weil Voraussetzung für den Nacherfüllungsanspruch nach § 439 I ein Mangel nach §§ 434, 435 ist und der Gesetzgeber die Falschlieferung dem Sachmangel in § 434 III nominell gleichgestellt hat, ist die Frage aufgeworfen, ob für den echten Stückkauf

⁴⁵⁹ *Jacobs*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, S. 378 f.; *Ackermann* JZ 2002, 378, 379; *Petersen* JURA 2002, 461, 462; *Huber* NJW 2002, 1004, 1005 f.; *ders.*, in: *Huber/Faust* Rn. 13/20; *Lorenz/Riehm* Rn. 505.

⁴⁶⁰ *Jacobs*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, S. 379.

⁴⁶¹ In dieser Deutlichkeit auch: *Ackermann* JZ 2002, 378, 379; *Gruber*, in: *Jb.J.ZivRWisS.* 2001, S. 187, 191 Fn. 11; einschränkend: *Huber*, in: *Huber/Faust* Rn. 13/20 „grundsätzlich“.

⁴⁶² *Jacobs*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, S. 379; *Huber*, in: *Huber/Faust* Rn. 13/20, *Schellhammer* MDR 2002, 485, 486.

⁴⁶³ *Ackermann* JZ 2002, 378, 379; *Jacobs*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, S. 379; *Huber* NJW 2002, 1004, 1006; *Ehmann/Sutschet*, S. 201; *Reinking* zfs 2003, 57, 58, der zusätzlich für den unechten Stückkauf bei einem Gebrauchtwagen Unmöglichkeit annimmt.

eine Einschränkung hinsichtlich des totalen Ausschlusses der Nachlieferung nach § 439 I Alt. 2 vorzunehmen ist⁴⁶⁴.

Die Definition des echten Stückkaufs führt unter Außerachtlassung von § 434 III⁴⁶⁵ dazu, bei der Lieferung eines Identitäts-Aliuds den ursprünglichen Erfüllungsanspruch auf Lieferung der gekauften Sache nach § 433 I bestehen zu lassen. Wenn eine andere als die ausschließlich geschuldete Sache geliefert wird, kann mit dem Identitäts-Aliud per definitionem nicht nach § 362 I erfüllt werden. Der Lieferungsanspruch aus § 433 I besteht unberührt weiter. Wird das Identitäts-Aliud demgegenüber an Erfüllung statt nach § 364 I angenommen, erlischt der Anspruch aus § 433 I.

Ist § 434 III zwingendes Recht, setzt sich der Primäranspruch aus § 433 I inhaltlich auch durch die Lieferung eines Identitäts-Aliuds im Nacherfüllungsanspruch nach § 439 I fort, weil die Lieferung einer anderen Sache einem Sachmangel gleichsteht. Ist der Nacherfüllungsanspruch in Übereinstimmung mit der Grundaussage beim echten Stückkauf immer auf die Nachbesserung beschränkt, wird dem Käufer entgegen der Parteivereinbarung die Möglichkeit versagt, noch die Lieferung der geschuldeten Sache verlangen zu können. Wird die Nachlieferung entgegen der Grundaussage zugelassen, kommt man der Parteivereinbarung so weit als möglich entgegen. Wenn § 434 III zwingendes Recht ist, sollte in der Tat eine Ausnahme für das Identitäts-Aliud beim echten Stückkauf zugelassen werden, weil so dem Parteiwillen innerhalb der zwingenden Rechtsordnung am besten Rechnung getragen werden kann. Können die Parteien durch Vereinbarung nicht erreichen, dass der ursprüngliche Erfüllungsanspruch bestehen bleibt, sollte an dessen Stelle ein Anspruch treten, der dem Primäranspruch möglichst nahe kommt. Das ist der Nachlieferungsanspruch nach § 439 I Alt. 2. Unter der Prämisse, dass § 434 III unabdingbar ist, kann der Käufer also auch beim echten Stückkauf eine Nachlieferung nach § 439 I Alt. 2 verlangen. Der logische Schluss stimmt auch für das Identitäts-Aliud: Der Verkäufer ist durch den Kaufvertrag nach § 433 I nur zur Übereignung *der* Sache

⁴⁶⁴ Dafür: *Ackermann* JZ 2002, 378, 379 Fn. 4; *Huber* NJW 2002, 1004, 1006; *ders.*, in *Huber/Faust* Rn. 13/20; *Lorenz/Riehm* Rn. 508; *Reinking* zfs 2003, 57, 58; *Bamberger/Roth/Faust*, § 439 Rn. 27, der allerdings offen lässt, ob mit Stückschuld der echte Stückkauf gemeint ist. *Hk-BGB/Saenger* § 434 Rn. 20 insofern, als er den ursprünglichen Lieferungsanspruch aufrechterhalten will.

⁴⁶⁵ Nach *Thier* AcP 203 (2003), 399, 403 ff. soll das Identitäts-Aliud kein Sachmangel nach § 434 III sein. Im Einklang mit der bei *Thier* AcP 203 (2003), 399, 403 Fn. 13 angeführten Literatur wird im Folgenden davon ausgegangen, dass auch das Identitäts-Aliud unter § 434 III fällt.

berechtigt und verpflichtet. Der Nacherfüllungsanspruch nach § 439 I setzt den primären Erfüllungsanspruch aus § 433 I fort. Dann berechtigt und verpflichtet der Nacherfüllungsanspruch auch zur Übereignung *der* Sache.

Die Erfüllung des Nacherfüllungsanspruchs wiederum ist dann nur in Form der Nachlieferung der geschuldeten Sache und nicht durch Nachbesserung der anderen Sache möglich. Die Zulassung des Nachlieferungsanspruchs ermöglicht erst die Nacherfüllung beim echten Stückkauf und Identitäts-Aliud⁴⁶⁶. Die Begründung zum Regierungsentwurf stimmt damit überein: „Wird beim Stückkauf ein Identitäts-Aliud geliefert, so kommt neben dem Erfüllungsanspruch ein davon verschiedener Nachlieferungsanspruch nicht in Betracht.“⁴⁶⁷ Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch stimmen inhaltlich überein. Nur die Benennung ändert sich durch den nicht zielführenden Erfüllungsversuch.

Die Zulassung dieser Ausnahme wird allein durch die Rechtsnatur des § 434 III erforderlich. Sie ist die erforderliche Ausweichreaktion auf die gesetzgeberische Regelungstechnik des § 434 III. Sie ändert nichts an der Richtigkeit des logischen Schlusses für Sach- und Rechtsmängel, die nicht auf Nominaldefinitionen des Gesetzgebers beruhen, also mindestens für Sachmängel nach § 434 I 1 und 2 und Rechtsmängel nach § 435 S. 1.

Ist § 434 III demgegenüber dispositives Recht, kann sich der ursprüngliche Primäranspruch aus § 433 I voll durchsetzen⁴⁶⁸. Mit der Vereinbarung eines echten Stückkaufs können die Parteien gleichzeitig den § 434 III abbedingen und machen die vom Gesetzgeber angeordnete Gleichsetzung rückgängig. Ob die Parteien eine derartige Abrede getroffen haben, muss nötigenfalls im Wege der Auslegung festgestellt werden. Wenn ja, bleibt der ursprüngliche Erfüllungsanspruch nach § 433 I bestehen. Wenn nein, ist der Nachlieferungsanspruch nach § 439 I Alt. 2 wie oben gegeben. Wenn § 434 III dispositives Recht ist und die Parteien durch Vereinbarung davon abweichen, bleibt es also für den echten Stückkauf beim generellen Ausschluss der Nachlieferungspflicht des Verkäufers nach § 439 I Alt. 2.

⁴⁶⁶ Huber NJW 2002, 1004, 1006; Reinking zfs 2003, 57, 58.

⁴⁶⁷ BT-Drucks. 14/6040, S. 216.

⁴⁶⁸ Für die Aufrechterhaltung des Primäranspruchs: *Westermann/Buck*, S. 125.

Ob § 434 III zwingend oder dispositiv ist, kann für die folgende Untersuchung offen gelassen werden. Der Syllogismus ist beim Identitäts-*Aliud* wie sonstigen Mängeln der gleiche: Geschuldet ist nach § 433 I der und kein anderer Gegenstand. § 439 I ist die Fortsetzung von § 433 I im Mangelfall. Also ist im Mangelfall der und kein anderer Gegenstand geschuldet. Die unterschiedliche Art des Mangels führt dazu, dass beim Identitäts-*Aliud* der Nachlieferungsanspruch nach § 439 I Alt. 2, vorbehaltlich anderer Ausschlussgründe, immer, die Nachbesserung nach § 439 I Alt. 1 jedoch nie gegeben ist. Bei sonstigen Mängeln, jedenfalls solchen nach § 434 I 1 und 2 und § 435 S. 1, ist es umgekehrt: Der Nachlieferungsanspruch aus § 439 I Alt. 2 ist nie und der Nachbesserungsanspruch aus § 439 I Alt. 1, vorbehaltlich anderer Ausschlussgründe, immer gegeben. Wenn der Verkäufer eine falsche Sache liefert, muss er eben noch die richtige Sache liefern. Hat er demgegenüber die richtige Sache geliefert, deren Beschaffenheit aber nicht der Vereinbarung entspricht, kann er allenfalls noch die gelieferte Sache nachbessern. In keinem Fall kann dem Käufer eine andere als die geschuldete Sache aufgezwungen werden, weder durch Erfüllung noch durch Nacherfüllung. Diese auf den ersten Blick seltsam anmutende Konsequenz findet ihren Ausgangspunkt in den unterschiedlichen Definitionstechniken⁴⁶⁹, die der Gesetzgeber für den Mangel, insbesondere den Sachmangel, benutzt. Während die Definition des Sachmangels nach § 434 I 1 und 2 versucht, die mit dem Sachmangelbegriff zu verbindende Bedeutung zu erklären (sog. analytische Definition⁴⁷⁰), legt § 434 III als Nominaldefinition⁴⁷¹ durch einen bewussten Akt der Sprachbildung fest, dass die Falschlieferung einem Sachmangel gleichstehen soll. Der Gesetzgeber will die Falschlieferung als Sachmangel verstanden wissen. Für Nominaldefinitionen gilt die Autonomie der Begriffsbildung. Sie kann weder wahr noch falsch, sondern nur zweckmäßig oder unzweckmäßig sein⁴⁷². Sollte man also der Auffassung sein, dass Falschlieferung und Sachmangel im originären Sinn aus sachlichen Gründen zumindest teilweise nicht gleichbehandelt werden sollten⁴⁷³, beurteilt man die Nominaldefinition des § 434 III als unzweckmäßig.

Einen logischen Vorrang zwischen § 434 I 1 und 2 und § 434 III gibt es nicht, da beide gleichermaßen einen Sachmangel begründen. Folglich lässt sich auch kein

⁴⁶⁹ Dazu etwa *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 25 ff.

⁴⁷⁰ *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 25 f.

⁴⁷¹ *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 26 f.

⁴⁷² *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 27.

⁴⁷³ Etwa *Schulze* NJW 2003, 1022, 1022.

logischer Vorrang danach, ob der Nachlieferungsanspruch generell ausgeschlossen oder vorbehaltlich anderer Ausschlussgründe immer gegeben ist, feststellen. In tatsächlicher Hinsicht lässt sich aber umso deutlicher ein Vorrang erkennen. Die Anzahl der Sachmängel nach § 434 I 1 und 2 dürfte die Fälle des Identitäts-Aliuds bei weitem übersteigen. Demnach erscheint es gerechtfertigt, den Ausschluss der Nachlieferung beim echten Stückkauf als quantitative Regel zu begreifen. Die Aussage, wonach der Nacherfüllungsanspruch beim echten Stückkauf generell auf die Nachbesserung beschränkt ist, muss präzisiert werden. Sie gilt uneingeschränkt jedenfalls für Sachmängel nach § 434 I S. 1 und 2 sowie für Rechtsmängel nach § 435 S. 1. Keinesfalls gilt die Aussage für Sachmängel nach § 434 III.

IV. Dogmatische Einordnung

Die Beschränkung der Nacherfüllung auf Nachbesserung nach § 439 I Alt. 1 bei Sachmängeln nach § 434 I 1 und 2 und Rechtsmängeln nach § 435 S. 1 erfolgt in dogmatischer Hinsicht durch den Kaufvertrag selbst⁴⁷⁴. Eine Pflicht zur Nachlieferung trifft den Verkäufer nach der getroffenen Vereinbarung nicht⁴⁷⁵. Was nicht Vertragsinhalt ist, kann nicht Gegenstand des Erfüllungs- und damit auch des Nacherfüllungsanspruchs sein⁴⁷⁶. Die Parteien, die einen echten Stückkauf vereinbart haben, bedingen damit für Mängel nach § 434 I 1 und 2 und § 435 S. 1 den Nachlieferungsanspruch nach § 439 I Alt. 2 zumindest konkludent ab, weil er ihrer Vereinbarung widerspricht.

Teilweise wird auch vertreten, die Nachlieferung beim echten Stückkauf sei unmöglich nach § 275 I⁴⁷⁷. Unmöglichkeit nach § 275 I setzt voraus, dass dem Schuldner oder jedermann die Erfüllung einer Pflicht anfänglich oder nachträglich unmöglich ist⁴⁷⁸. Beim echten Stückkauf, dessen Gegenstand nach §§ 434 I 1 und 2 bzw. 435 S. 1 mangelbehaftet ist, besteht aber von vornherein keine derartige Pflicht, die unmöglich werden könnte. Die genannten Autoren ziehen damit nicht die letzte Konsequenz

⁴⁷⁴ Ackermann JZ 2002, 378, 379; Jacobs, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, S. 379; wohl auch Petersen JURA 2002, 461, 462; von Heinemann/Pickartz ZGS 2003, 149, 150 Fn. 6 als „folgerichtig“ bezeichnet.

⁴⁷⁵ Jacobs, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, S. 379.

⁴⁷⁶ Ackermann JZ 2002, 378, 379 Fn. 6.

⁴⁷⁷ Lorenz/Riehm Rn. 505; Huber NJW 2002, 1004, 1006; ders., in: *Huber/Faust* Rn. 13/20.

⁴⁷⁸ Ackermann JZ 2002, 378, 379; Jacobs, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, S. 379.

aus dem auch von ihnen vorgenommenen Schluss. Unmöglichkeit nach § 275 I kann beim echten Stückkauf dann eintreten, wenn der zum Nacherfüllungsanspruch führende Sachmangel ein Identitäts-Aliud nach § 434 III ist. Denn dort besteht der Nachlieferungsanspruch gerade⁴⁷⁹. Dann ist Unmöglichkeit aber nicht per se gegeben, sondern z.B. wenn der geschuldete Kaufgegenstand nach der Lieferung des Aliuds untergegangen ist.

Ein Teil der Autoren, die ihren Ausführungen den echten Stückkauf zugrunde legen, widmen sich nicht ausdrücklich der dogmatischen Einordnung des Nacherfüllungsanspruchs als Fortsetzung des Erfüllungsanspruchs⁴⁸⁰. Gleichwohl ziehen sie den gleichen Schluss⁴⁸¹ wie die Autoren, die beide Prämissen ausdrücklich offen legen⁴⁸². Sie ordnen also stillschweigend den Nacherfüllungsanspruch als Fortsetzung des Erfüllungsanspruchs ein. Wollte man dies anders sehen, käme ihrem Ergebnis nicht die Stringenz des Syllogismus zugute. Das von ihnen gefundene Ergebnis, wonach der Nachlieferungsanspruch beim echten Stückkauf stets ausgeschlossen ist⁴⁸³, bedarf auf der anderen Seite der Einschränkung. Für Sachmängel nach § 434 III muss eine Ausnahme zugelassen werden. Ebenso ist der Ausschluss der Nachlieferung kein Fall der Unmöglichkeit nach § 275 I⁴⁸⁴.

V. Überprüfung der Prämissen

Kritik am gefundenen Ergebnis, wonach beim echten Stückkauf und Mängeln im Sinn des § 434 I 1 und 2, § 435 S. 1 die Nachlieferung nach § 439 I Alt. 2 nicht Bestandteil der Vertragspflichten ist, kann sich nur gegen die Wahrheit der Prämissen

⁴⁷⁹ Es sei denn, die Parteien haben den Nachlieferungsanspruch abbedungen und den ursprünglichen Erfüllungsanspruch aufrechterhalten.

⁴⁸⁰ Schwab JuS 2002, 1 ff; Pfeiffer ZGS 2002, 23, 29 Fn. 38; Wieser NJW 2001, 121, 123; Gruber, in: Jb.J.ZivRWisS. 2001, S. 187 ff.; Wenzel DB 2003, 1887, 1891 f; Amann/Brambring/Hertel, S. 155.

⁴⁸¹ Schwab JuS 2002, 1, 6; Pfeiffer ZGS 2002, 23, 29 Fn. 38; Wieser NJW 2001, 121, 123; Gruber, in: Jb.J.ZivRWisS. 2001, S. 187, 191; Wenzel DB 2003, 1887, 1891; Amann/Brambring/Hertel, S. 155.

⁴⁸² Siehe Fn. 459.

⁴⁸³ Schwab JuS 2002, 1, 6; Pfeiffer ZGS 2002, 23, 29 Fn. 38; Wieser NJW 2001, 121, 123; Gruber, in: Jb.J.ZivRWisS. 2001, S. 187, 191; Wenzel DB 2003, 1887, 1891 f.

⁴⁸⁴ So aber Schwab, JuS 2002, 1, 6; Pfeiffer ZGS 2002, 23, 29 Fn. 38; Gruber, in: Jb.J.ZivRWisS. 2001, S. 187, 191; Wieser JR 2002, 269, 269; offen gelassen ders. in NJW 2001, 121 ff.

richten⁴⁸⁵. Der folgerichtige Schluss, der aus auch unwahren Prämissen gezogen wird, ist gegen Kritik immun⁴⁸⁶.

1. Prämisse: Echter Stückkauf

Der echte Stückkauf ist definiert als Vereinbarung der Parteien, wonach kaufvertraglich *der* und *nur der* Kaufgegenstand geschuldet wird. Die Erschütterung dieser Prämisse setzt voraus, dass derartige Vereinbarungen im neuen Schuldrecht nicht möglich sind. Eine Kritik, die sich gegen Parteivereinbarungen richtet, kann nur Erfolg haben, wenn sie auf zwingendem Recht beruht. Das zwingende Recht begrenzt die Vertragsfreiheit. Im Rahmen der Vertragsfreiheit ist der Parteiwille zu respektieren. Der logische Schluss ist also dann nicht haltbar, wenn zwingendes Recht der Vereinbarung eines echten Stückkaufs entgegensteht.

Nach bisherigem Recht bestand in § 480 a.F. eine Sonderregelung für den Gattungskauf. Das neue Recht sieht demgegenüber im Gesetzeswortlaut keine ausdrückliche Differenzierung zwischen dem echten Stückkauf und dem Gattungskauf mehr vor. Aus dem Wortlaut der §§ 433 ff. lässt sich nicht schließen, dass nur noch die Vereinbarung eines Gattungskaufes zulässig ist. In § 433 I 1 ist zwar von „einer“ Sache die Rede. Das kann aber für die Frage, ob die Parteien stattdessen nicht *die* Sache zum Kaufgegenstand erheben können, keine Rolle spielen. Denn § 433 bildet nur dispositiv die Regelung nach, die die Parteien üblicherweise treffen. Auch ohne § 433 wäre der Verkäufer zur Verschaffung des Kaufgegenstandes, der Käufer zur Kaufpreiszahlung verpflichtet, weil sich das aus der Vereinbarung selbst ergibt⁴⁸⁷. Das Gesetz als abstrakt-generelle Regelung verwendet nur den allgemeineren Begriff „eine“ anstatt des spezielleren „die“. Wollte man aus der Verwendung des Wortes „eine“ in § 433 I den Typus des Gattungskaufs als einzig möglichen ableiten, müsste man konsequenterweise auch jede beliebige Sache als erfüllungstauglich qualifizieren. Schließlich ist in § 433 auch nur abstrakt von Sache die Rede. Ein schier absurdes Ergebnis. § 433 wurde nach allgemeiner Ansicht in Übereinstimmung mit

⁴⁸⁵ Ähnlich *Ackermann* JZ 2002, 378, 379.

⁴⁸⁶ *Schneider*, Logik für Juristen, S. 92.

⁴⁸⁷ Nach *Flume*, AT, S. 2 kann man nicht sinnvollerweise die Frage stellen, ob z. B. der Kaufvertrag oder die Norm des § 433 der „eigentliche“ Grund dafür sei, dass der Verkäufer die Ware liefern und der Käufer den Kaufpreis zu zahlen habe. Die privatautonome Gestaltung des Rechtsverhältnisses und die Rechtsordnung gehörten untrennbar zusammen.

dem Primat der Vertragsfreiheit nach altem Recht als dispositiv eingestuft⁴⁸⁸. Warum die Schuldrechtsreform im Grundsatz etwas daran geändert haben sollte, ist nicht ersichtlich⁴⁸⁹. Der Wortlaut der §§ 433 ff. steht der Vereinbarung eines echten Stückkaufs nicht entgegen.

Auch die Regierungsbegründung geht im Ergebnis von der Möglichkeit der Vereinbarung eines Stückkaufs aus: „Erschöpft sich beim Stückkauf die Pflicht des Verkäufers in der Übergabe und Übereignung der gekauften Sache und umfasst sie nicht auch die tatsächlichen und rechtlichen Eigenschaften, so können tatsächliche und rechtliche Mängel keine Rechtsfolgen nach sich ziehen, die eine Pflichtverletzung bzw. eine nicht vertragsgemäße Leistung zum Gegenstand haben“⁴⁹⁰. Nach altem Recht war strittig, ob die Sachmangelfreiheit zur Leistungspflicht des Verkäufers gehörte⁴⁹¹. Dieser Streit sollte durch die Einbeziehung der Sach- und Rechtsmangelfreiheit in die Leistungspflicht des Verkäufers nach § 433 I 2 beseitigt werden, um außerdem eine einheitliche Anknüpfung an das allgemeine Leistungsstörungenrecht herstellen zu können. Für den echten Stückkauf hätte sich die Einbeziehung der Sach- und Rechtsmangelfreiheit in den Pflichtenkatalog des Verkäufers nach § 433 erübrigt, wenn der Gesetzgeber diesen sowieso im neuen Schuldrecht nicht mehr für möglich gehalten hätte. Die Beseitigung der Ungereimtheiten beim echten Stückkauf wäre nicht nötig gewesen, wenn es diesen ohnehin im neuen Schuldrecht nicht mehr geben könnte. Beim Gattungskauf war die Leistungspflicht des Verkäufers zur sachmangelfreien Verschaffung weitgehend anerkannt⁴⁹².

Demgegenüber wird gegen die Beschränkung des Nacherfüllungsanspruchs auf Nachbesserung beim Stückkauf auch die Regierungsbegründung⁴⁹³ ins Feld geführt⁴⁹⁴. Durch § 439 I werde die Unterscheidung zwischen Gattungskauf und Stückkauf „verzichtbar“⁴⁹⁵. Soweit die entsprechenden Autoren damit zum Ausdruck bringen wollen, dass ein echter Stückkauf nicht mehr vereinbarungsfähig sei, widersprechen sie sich selbst. Denn sie geben zu, dass Fälle denkbar seien, in denen das

⁴⁸⁸ Vgl. bereits die Prot. II, S. 51.

⁴⁸⁹ Für das neue Recht: *Jauernig/Berger* Vor § 433 - 480 Rn. 8.

⁴⁹⁰ BT-Drucks. 14/6040, S. 208.

⁴⁹¹ Einen Überblick über den Meinungsstand bieten z.B. *Soergel/Huber* Vor § 459 Rn. 145 ff. oder *Staudinger/Honsell* Vorbem zu §§ 459 ff Rn. 7 ff.

⁴⁹² BT-Drucks. 14/6040, S. 208; *Soergel/Huber* Vor § 459 Rn. 145.

⁴⁹³ BT-Drucks. 14/6040, S. 208 ff., 230.

⁴⁹⁴ *Bitter/Meidt* ZIP 2001, 2114, 2119; *Spickhoff* BB 2003, 589, 590.

⁴⁹⁵ BT-Drucks. 14/6040, S. 230.

Erfüllungsinteresse des Käufers nur durch Lieferung einer ganz konkreten Sache befriedigt werden könne⁴⁹⁶. Für den Ausschluss der Neulieferung sei entscheidend, ob aus der Sicht der Parteien eine Ersetzbarkeit des Vertragsgegenstandes gegeben sei oder nicht⁴⁹⁷. Diese Ausführungen nehmen auf den echten Stückkauf Bezug. Beim echten Stückkauf ist per definitionem keine Ersetzbarkeit gegeben bzw. das Erfüllungsinteresse des Käufers kann beim echten Stückkauf stets nur mit der Lieferung der ganz konkreten Sache befriedigt werden. Folglich gehen auch diese Autoren davon aus, dass es auch nach der Schuldrechtsreform echte Stückkäufe geben kann. Die von ihnen vorgebrachten Passagen können damit kein Argument gegen die Unzulässigkeit der Vereinbarung eines echten Stückkaufs sein.

Der Vereinbarung eines echten Stückkaufs könnte in ihrem Anwendungsbereich aber die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie entgegenstehen. Nach der zentralen Norm des Art. 2 I ist der Verkäufer zur Lieferung vertragsgemäßer Güter verpflichtet. Wie der Vertrag auf der Primärebene inhaltlich gestaltet wird, überlässt die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie damit grundsätzlich den Parteien. Sie gestaltet nur die Rechte des Käufers für den Fall der Nichtvertragsmäßigkeit zwingend aus. Danach steht auch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie der Vereinbarung eines echten Stückkaufs im Grundsatz nicht entgegen. In diesen Zusammenhang ist auch § 475 I einzuordnen. § 475 I sieht u.a. vor, dass zum Nachteil des Verbrauchers nicht von § 433 abgewichen werden darf. Wenn § 433 wie Art. 2 I die Ausgestaltung der primären Vertragspflichten den Parteien überlässt, ist die Anordnung in § 475 I einigermaßen sinnfrei. § 433 wäre zwar formell unabdingbar, materiell aber beliebig der Parteivereinbarung zugänglich. Einen Sinn behielte § 475 I nur insofern, als die Verbindlichkeit des vertraglichen Leistungsversprechens noch einmal ausdrücklich erwähnt würde. Damit würde das eherne Prinzip *pacta sunt servanda* für den Verbrauchsgüterkauf wiederholt. Wenn § 475 I über die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie hinausgehend den formalen Gehalt des § 433 materiell festschreiben würde, ergäbe er erst recht keinen Sinn, weil dann jeder Verbrauchsgüterkauf mit jeder beliebigen Sache erfüllbar wäre.

Echte Stückkäufe sind damit auch im neuen Schuldrecht in Übereinstimmung mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit möglich.

⁴⁹⁶ Bitter/Meidt ZIP 2001, 2114, 2120.

⁴⁹⁷ Spickhoff BB 2003, 589, 590.

2. Prämisse: Gleichsetzung von Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch

Die zweite Prämisse besteht aus der Gleichsetzung von Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch (in inhaltlicher Hinsicht). Diese Prämisse ist unwahr, soweit die Gleichheit zwischen Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch nicht gegeben ist. Der Nacherfüllungsanspruch nach § 439 I wird oft als modifizierter Erfüllungsanspruch oder als Fortsetzung des Erfüllungsanspruches bezeichnet⁴⁹⁸. Das läuft auf die Frage hinaus, was unter der Modifikation des Erfüllungsanspruches verstanden wird. Soweit die Modifikation reicht, stimmen Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch nicht mehr überein. Außer Acht gelassen werden muss dabei die unterschiedliche Verjährungsregelung für Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch, weil sie die Folge, aber nicht Bestandteil der inhaltlichen Modifikation ist⁴⁹⁹. Für die Vertreter, die den logischen Schluss ziehen, unterscheiden sich Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch nur durch den ersten Erfüllungsversuch, der nicht vollständig zur Erfüllung geführt hat. Die Modifikation zwischen Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch wird durch den Erfüllungsversuch ausgelöst. Unberührt vom Erfüllungsversuch bleibt nach dieser Ansicht der Vertragsinhalt. Was nicht Vertragsinhalt ist, kann nicht Gegenstand des Erfüllungsanspruches und, ausgelöst durch den untauglichen Erfüllungsversuch, des Nacherfüllungsanspruches, sein⁵⁰⁰. Das ist überzeugend. Mit Abschluss des Kaufvertrags sind dessen Rechte und Pflichten festgelegt. Nicht zum Erfolg führende Erfüllungsversuche ändern nichts an der schuldrechtlichen Vereinbarung. Die Modifikation des Erfüllungsanspruches berührt nach dieser Ansicht also nicht den Bereich der Prämisse, der für den Schluss Voraussetzung ist.

⁴⁹⁸ *Jacobs*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, S. 379; *Ackermann JZ* 2002, 378, 379; *Petersen JURA* 2002, 461, 461; *Huber NJW* 2002, 1004, 1005; *ders.*, in: *Huber/Faust Rn. 13/11*; *Lorenz/Riehm Rn. 504*.

⁴⁹⁹ Nach der hier vertretenen Auffassung richtet sich die Abgrenzung von Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch beim Identitäts-Altud nach der Parteivereinbarung (siehe Dritter Teil D.3.). Der maßgebliche Unterschied zwischen beiden besteht in der Verjährungsregelung. Da die Parteien beim Erfüllungsanspruch anstelle der Regelverjährung nach § 202 die kaufrechtliche Sonderverjährung nach § 438 vereinbaren können wie umgekehrt beim Nacherfüllungsanspruch vorbehaltlich des § 475 I 1 die Regelverjährung nach §§ 195 ff. durch Parteivereinbarung Anwendung finden kann, sollte den Parteien gleich die Qualifikation als Erfüllungs- oder Nacherfüllungsanspruch überlassen werden.

⁵⁰⁰ *Ackermann JZ* 2002, 378, 379.

Die inhaltliche Identität von Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch und damit deren inhaltlicher Gleichlauf in der Zeit werden demgegenüber bestritten⁵⁰¹. Entgegen gewisser gedanklicher Schwierigkeiten müsse der Verkäufer auch beim Stückkauf im Wege der Nachlieferung eine Sache liefern, die nicht Gegenstand des Vertrags sei⁵⁰². Dogmatisch sei der Nacherfüllungsanspruch nicht identisch mit dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch⁵⁰³. Diese Konsequenz sei unausweichlich, wenn man annehme, der Käufer habe bei einer Stückschuld die Möglichkeit, eine andere und daher ursprünglich nicht geschuldete Sache als Nacherfüllung zu wählen⁵⁰⁴. Der Nacherfüllungsanspruch stelle eine gewährleistungsrechtliche Modifikation des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs dar, wobei sich der Inhalt des Schuldverhältnisses durch den ersten Erfüllungsversuch – auf eine dogmatisch freilich noch nicht hinreichend durchdachte Weise – ändere⁵⁰⁵.

Diese Ansicht ist wenig überzeugend. Als Ergebnis wird zunächst festgehalten, dass der Verkäufer auch beim Stückkauf eine andere Sache nachliefern könne. Um die Richtigkeit seines Ergebnisses zu verifizieren, muss die Prämisse zwingend falsch sein. Weil der Nachlieferungsanspruch auch beim Stückkauf gegeben sein soll, dürfen Nacherfüllungsanspruch und Erfüllungsanspruch dogmatisch (inhaltlich) nicht identisch sein. Diese Vorgehensweise ist methodisch kritikwürdig. Während normalerweise ausgehend von den Prämissen ein Ergebnis abgeleitet wird, passt *Canaris* die Prämissen dem Ergebnis an. Er bestimmt vorneweg das Ergebnis, welches erst durch die ergebnisoffene Ableitung ermittelt werden soll. Solange nicht dargelegt wird, wie die inhaltliche Änderung zwischen Erfüllungsanspruch und Nacherfüllungsanspruch sich dogmatisch vollzieht, was *Canaris* nicht ohne Grund als noch nicht durchdacht bezeichnet⁵⁰⁶, kann diese Ansicht⁵⁰⁷ die Richtigkeit der Prämisse nicht erschüttern.

⁵⁰¹ Namentlich *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung, S. XXIV f.; *ders.* JZ 2003, 831, 836.

⁵⁰² *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung, S. XXIV.

⁵⁰³ *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung, S. XXV.

⁵⁰⁴ *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung, S. XXV.

⁵⁰⁵ *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung, S. XXV.

⁵⁰⁶ *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung, S. XXV.

⁵⁰⁷ Ähnlich *Jauernig/Berger* § 439 Rn. 6 f., 13: Weil der Inhalt des Nacherfüllungsanspruchs von der ursprünglich vereinbarten Leistung abweiche, müsse der Verkäufer auch beim Stückkauf eine mit den Merkmalen der Kaufsache vergleichbare Sache liefern. Die Frage ist gerade, ob und ggf. warum der Nacherfüllungsanspruch sich über die ursprüngliche Vereinbarung hinweg setzt.

In der Zwischenzeit vertritt *Canaris* einen etwas anderen Ansatz⁵⁰⁸. Nicht die Dogmatik bestimme die Auslegung der Normen, sondern die ausgelegten Normen bestimmten die Dogmatik⁵⁰⁹. Das ist sicher richtig, weil der Dogmatik kein Selbstzweck zukommt, sondern sie eine dienende Funktion aufweist. Führt die Auslegung einer Norm zu einem dogmatisch „irregulären“ Ergebnis, muss grundsätzlich nicht die Auslegung, sondern die Dogmatik geändert werden⁵¹⁰. Ergibt die Auslegung also, dass beim Stückkauf ein Nachlieferungsanspruch zu bejahen ist, muss die Dogmatik eine passende Einordnung finden. Die alles entscheidende Frage ist deshalb, wie § 439 I auszulegen ist.

a) § 439 I Alt. 2 als dispositives Recht

Eine Erweiterung der vertraglichen Pflichten auf die Nachlieferungspflicht nach § 439 I Alt. 2 durch den Übergang vom Erfüllungsanspruch auf den Nacherfüllungsanspruch kann nur erfolgen, wenn sich das Gesetz in Form des § 439 I Alt. 2 über die vertragliche Begrenzung des Schuldinhalts hinwegsetzt⁵¹¹. Die etwaige Anordnung der Erstreckung des Nacherfüllungsanspruchs auf die Nachlieferung setzt sich gegenüber einer auch davon abweichenden Parteivereinbarung nur durch, wenn § 439 I zwingendes Recht ist. Jedes Argument, das für ein Ausgreifen des Nacherfüllungsanspruchs entgegen der ursprünglichen Parteivereinbarung auf den Nachlieferungsanspruch spricht, steht damit noch unter dem Vorbehalt, dass die Parteien die Anordnung des Gesetzes in § 439 I Alt. 2 nicht ändern können.

Für die Erstreckung des Nacherfüllungsanspruchs auf die Nachlieferung wird der Wortlaut des § 439 I Alt. 2 vorgebracht⁵¹². Die Argumente, die gegen den Ausschluss der Vereinbarung eines echten Stückkaufs nach § 433 sprechen, gelten hier in gleicher Weise⁵¹³. *Canaris* bringt im Rahmen des Wortlauts weiter vor, das Gesetz unterscheide anders als früher nicht mehr zwischen Stückkauf und Gattungskauf⁵¹⁴. Wenn § 439 I Alt. 2 nur für den Gattungskauf gelten sollte, hätte der Gesetzgeber dies

⁵⁰⁸ *Canaris* JZ 2003, 831, 835.

⁵⁰⁹ *Canaris* JZ 2003, 831, 835.

⁵¹⁰ *Canaris* JZ 2003, 831, 835.

⁵¹¹ *Ackermann* JZ 2002, 378, 379.

⁵¹² *Bitter/Meidt* ZIP 2001, 2114, 2119. Gegen deren Ausführungen selbst *Canaris* JZ 2003, 831, 833.

⁵¹³ Dazu unter Dritter Teil D.V.1. Ferner *Ackermann* JZ 2002, 378, 380 für die Parallele bei § 480 I a.F. Nach *Heinemann/Pickartz* ZGS 2003, 149, 151 ist der Wortlaut für die Streitfrage irrelevant.

⁵¹⁴ *Canaris* JZ 2003, 831, 833.

durch eine präzisere Formulierung klarstellen können⁵¹⁵. Daran ist richtig, dass die Qualität der modernen Gesetzgebung oft zu wünschen übrig lässt⁵¹⁶ und immer steigerungsfähig ist. Wenn § 439 I dispositives Recht ist, entscheidet aber nicht das Gesetz über die Nachlieferung, sondern die Parteivereinbarung⁵¹⁷. Weil sich die Abgrenzung von echtem Stückkauf und Gattungskauf nach der Parteivereinbarung richtet, kann die hierzu fehlende ausdrückliche Differenzierung des Gesetzes bei der Nacherfüllung kein Argument für das Ausgreifen der Nachlieferung auf den echten Stückkauf sein. Denn die Beschränkung der Nacherfüllung auf Nachbesserung ergibt sich dann in Abweichung zum Gesetz aus der Vereinbarung⁵¹⁸. Das von *Canaris* vorgebrachte „argumentative Übergewicht“⁵¹⁹ des Wortlauts zugunsten der Nachlieferung beim Stückkauf wird in Abrede gestellt.

Canaris führt für die Zulassung des Nachlieferungsanspruchs beim echten Stückkauf § 249 S. 1 an⁵²⁰. Bei § 249 S. 1 könne ein Geschädigter unter bestimmten Umständen ebenfalls eine andere als die bisherige – zerstörte oder verlorene – Sache verlangen⁵²¹. Er übersieht dabei die grundlegende Unterscheidung zwischen Naturalrestitution und Naturalerfüllung⁵²². Während die Naturalrestitution beim Schadensersatz dem Interesse des Geschädigten an einem Schadensausgleich so nahe wie möglich kommt, entspricht die Nachlieferung beim echten Stückkauf gerade nicht dem Interesse der Parteien, weil nur mit dem konkreten Kaufgegenstand das Leistungsinteresse des Käufers erfüllt werden kann. Deshalb kann § 249 S. 1 kein Argument für die Einbeziehung der Nachlieferungspflicht beim echten Stückkauf sein⁵²³.

Pammler meint, der Verkäufer werde bei einem Stückkauf nicht mit einem gattungsschuldähnlichen Beschaffungsrisiko belastet⁵²⁴. Denn der Verkäufer könne die Ersatzlieferung insbesondere nach § 439 III verweigern, so dass das Risiko des

⁵¹⁵ Aber womöglich eben nicht müssen.

⁵¹⁶ Man denke nur an den im Jahr 2000 eingeführten § 284 III a.F., der das Ziel des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30.3.2000 gründlich durchkreuzt hatte und dementsprechend mit der Schuldrechtsreform geändert wurde.

⁵¹⁷ *Ackermann* JZ 2002, 378, 379.

⁵¹⁸ Siehe auch die folgenden Ausführungen zur ergänzenden Vertragsauslegung.

⁵¹⁹ *Canaris* JZ 2003, 831, 833.

⁵²⁰ *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung, S. XXIV.

⁵²¹ *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung, S. XXIV.

⁵²² Ausführlich *Ackermann* JZ 2002, 378, 380.

⁵²³ Im Ergebnis auch *Heinemann/Pickartz* ZGS 2003, 149, 151.

⁵²⁴ *Pammler* NJW 2003, 1992, 1992.

Stückverkäufers auf eine Ersatzlieferung mit verhältnismäßigen Kosten beschränkt sei. Das ist wenig überzeugend. Denn § 439 III gilt für echten Stückkauf und Gattungskauf, für Nachbesserung und Nachlieferung gleichermaßen. Auch beim Gattungskauf ist das Risiko des Verkäufers auf eine Ersatzlieferung mit verhältnismäßigen Kosten beschränkt. § 439 III ist weder für noch gegen die Nachlieferung beim echten Stückkauf ein Argument. Beim echten Stückkauf wollen die Parteien keine Beschränkung auf eine verhältnismäßige Nachlieferung, sondern gar keine Nachlieferung.

*Canaris*⁵²⁵ wie andere Stimmen in der Literatur⁵²⁶ führen die Regierungsbegründung dafür an, dass der Nacherfüllungsanspruch auch den Nachlieferungsanspruch beim Stückkauf erfasse: § 439 I mache die Unterscheidung zwischen Stückkauf und Gattungskauf „verzichtbar“⁵²⁷. Das ist auslegungsbedürftig. *Canaris* legt sie dahin aus, der Verkäufer könne auch beim Stückkauf mit einer anderen Sache nachliefern, weil sich der „Verzicht“ insoweit darauf beziehe⁵²⁸. Das ist gerade nicht der Fall. Zur Frage der Erstreckung des Nacherfüllungsanspruchs auf die Nachlieferung beim echten Stückkauf trifft die Regierungsbegründung an dieser Stelle keine Aussage⁵²⁹. Sie nimmt Bezug auf die Beseitigung der Schwächen des bisherigen Rechts⁵³⁰. Wie dargestellt, war es beim Stückkauf nach altem Recht umstritten, ob die Sachmangelfreiheit zur Leistungspflicht des Verkäufers gehörte oder nicht⁵³¹. Beim Gattungskauf war das wegen § 480 I a.F. unproblematisch. Durch die Einbeziehung der Sach- und Rechtsmangelfreiheit in die Leistungspflicht des Verkäufers in § 433 I 2 besteht für Gattungs- und Stückkauf insoweit kein Unterschied mehr. Die Aussage der Regierungsbegründung macht vor diesem Hintergrund Sinn. Die Unterscheidung zwischen Gattungskauf und Stückkauf ist insoweit verzichtbar, als beide einheitlich der Leistungspflicht nach § 433 I 2 unterstehen. Für die Nacherfüllung nach § 439 I ist die Unterscheidung insoweit verzichtbar, als sowohl beim Gattungs- wie Stückkauf Nacherfüllung geschuldet wird⁵³². Der Gesetzgeber kann auf der allgemeineren

⁵²⁵ *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung, S. XXIV; *ders.* JZ 2003, 831, 833 f.

⁵²⁶ *Bitter/Meidt* ZIP 2001, 2114, 2119; *Spickhoff* BB 2003, 589, 590; *Pammler* NJW 2003, 1992, 1992.

⁵²⁷ BT-Drucks. 14/6040, S. 230.

⁵²⁸ *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung, S. XXIV; auch *Pammler* NJW 2003, 1992, 1992.

⁵²⁹ BT-Drucks. 14/6040, S. 230.

⁵³⁰ BT-Drucks. 14/6040, S. 230.

⁵³¹ Siehe Dritter Teil D.V.1.

⁵³² So auch *MünchKommBGB/Emmerich* § 243 Rn. 1; *Boerner* ZIP 2001, 2264, 2265; *Bamberger/Roth/Faust* § 439 Rn. 1.

Ebene von Nachlieferung und Nachbesserung, der Nacherfüllung, getrost auf die Differenzierung verzichten. Bei Stück- und Gattungskauf steht dem Käufer jedenfalls das Recht auf Nacherfüllung zu. Ob die Parteien auf die Unterscheidung verzichten oder verzichten müssen, ist damit nicht gesagt. Die Abgrenzung von Stückkauf und Gattungskauf verlagert sich in die Alternativen der Nacherfüllung, Nachlieferung und Nachbesserung⁵³³. Wie Nacherfüllung geschuldet wird, ist erst dort virulent und lässt sich anhand der angegebenen Stelle in der Regierungsbegründung nicht erhehlen. Der Nacherfüllungsanspruch des § 439 I bildet für Gattungs- und Stückkauf in Konkordanz mit § 433 nur das gemeinsame Dach, unter dem sich beide finden und ihren eigenen Gesetzmäßigkeiten folgen. Nur wenn die Regierungsbegründung den Verzicht der Unterscheidung ausdrücklich auf die Ebene der Nachlieferung und Nachbesserung bezogen hätte, ließe sich daraus das vorgebrachte Argument entnehmen. Die Parteivereinbarung beansprucht im Rahmen der Nacherfüllung also immer noch Geltung. Für eine Erstreckung der Nacherfüllungspflicht auf die Nachlieferung beim echten Stückkauf gibt die angesprochene Stelle in der Regierungsbegründung nichts her. Sie verschleiert eher die Zusammenhänge, als dass sie sie erhellt.

Auch *Bitter/Meidt* führen die Regierungsbegründung⁵³⁴ für die These an, der Käufer habe beim Stückkauf ein Recht auf Nachlieferung⁵³⁵. Durch die generelle Einführung einer Pflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache gemäß § 433 I 2 solle die Unterscheidung von Gattungs- und Stückschulden nach dem Willen des Gesetzgebers im neuen Leistungsstörungenrecht überflüssig werden⁵³⁶. Diese Aussage ist völlig richtig, weil sie sich auf die Ebene der Erfüllung bezieht. Die Einführung einer Pflicht zur mangelfreien Lieferung nach § 433 I 2 und das daran anknüpfende Nacherfüllungsrecht nach § 439 I beruhten auf dem Gedanken, der Verkäufer habe das Leistungsinteresse durch Lieferung *einer* (Hervorhebung im Original) mangelfreien Sache zu erfüllen⁵³⁷. Mit diesem Satz vollziehen *Bitter/Meidt* den Wechsel von der Erfüllungs-/Nacherfüllungsebene auf die Ebene der Alternativen des Nacherfüllungsanspruchs, Nachlieferung und Nachbesserung. Die Aussage, die für die Erfüllungs-/Nacherfüllungsebene Sinn macht, wird auf die Ebene der

⁵³³ Im Ergebnis auch: *Lorenz/Riehm* Rn. 463; *Kimmelman/Winter* JA 2003, 532, 533. Das übersieht *Canaris* JZ 2003, 831, 833, 836.

⁵³⁴ BT-Drucks. 14/6040, S. 208 ff.

⁵³⁵ *Bitter/Meidt* ZIP 2001, 2114, 2119.

⁵³⁶ *Bitter/Meidt* ZIP 2001, 2114, 2119.

⁵³⁷ *Bitter/Meidt* ZIP 2001, 2114, 2119.

Nacherfüllungsalternativen transferiert. Das führt dazu, dass der Käufer im Grundsatz auch beim Stückkauf Nachlieferung verlangen können soll⁵³⁸. Fraglich ist, ob die Regierungsbegründung wirklich die Absicht hatte, die Nacherfüllungspflicht beim echten Stückkauf auf die Nachlieferung zu erstrecken. Sie führt aus, Nacherfüllung sei nicht bei jedem Stückkauf möglich⁵³⁹. Damit nimmt sie nur auf die Nacherfüllung im Allgemeinen Bezug⁵⁴⁰. Ein als unfallfreies Fahrzeug verkaufter Unfallwagen sei durch keine Anstrengung unfallfrei zu machen⁵⁴¹. Damit ist nur die Nachbesserung nach § 439 I Alt. 1 angesprochen. Bei nicht vertretbaren Kaufsachen scheidet auch die Ersatzlieferung aus⁵⁴². Diese Aussage ist auslegungsbedürftig. Denn die Vertretbarkeit nach § 91 ist kein Begriffsmerkmal des Stückkaufs oder Gattungskaufs⁵⁴³. Für die Vertretbarkeit nach § 91 gilt der objektive Maßstab der Verkehrsanschauung, während für die Abgrenzung zwischen echter Stückschuld und Gattungsschuld allein der subjektive Maßstab der Parteivereinbarung maßgebend ist⁵⁴⁴. Ein Zusammenhang zwischen beiden besteht nur mittelbar insoweit, als die Verkehrsanschauung ein Kriterium für die Auslegung der Parteivereinbarung nach §§ 133, 157 ist⁵⁴⁵.

Damit ergeben sich folgende Alternativen: Die Regierungsbegründung versteht den Ausdruck „nicht vertretbare Kaufsachen“ im Sinn des echten Stückkaufs. Dann ist auch nach Auffassung der Regierungsbegründung die Nachlieferung beim echten Stückkauf ausgeschlossen. Oder sie versteht den Ausdruck in einem anderen Sinne als dem echten Stückkauf. Dann enthält sie aber für den echten Stückkauf auch keine Aussage und kann folglich nicht als Argument bei diesem verwendet werden. Die Regierungsbegründung ist damit entweder ein Argument für den Ausschluss der

⁵³⁸ Bitter/Meidt ZIP 2001, 2114, 2119; Haas/Medicus Kap. 5 Rn. 84.

⁵³⁹ BT-Drucks. 14/6040, S. 209.

⁵⁴⁰ Canaris JZ 2003, 831, 833 zieht nicht in Erwägung, dass sein Umkehrschluss sich nur auf die Nacherfüllung beziehen darf.

⁵⁴¹ BT-Drucks. 14/6040, S. 209.

⁵⁴² BT-Drucks. 14/6040, S. 209. Zur möglichen Übernahme des Merkmals der Vertretbarkeit aus § 438 KE: Ackermann JZ 2002, 378, 380 f.

⁵⁴³ Palandt/Heinrichs § 243 Rn. 2; Jauernig/Vollkommer § 243 Rn. 3; Hk-BGB/Schulze § 243 Rn. 3 f.; Kropholler § 243 Rn. 1; Ehmann/Sutschet, S. 201; Brox/Walker, AT, § 8 Rn. 2; Ackermann JZ 2002, 378, 380 f.; Pfeiffer ZGS 2002, 23, 29 Fn. 38; zum alten Recht: Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, Rn. 514; MünchKommBGB/Holch § 91 Rn. 7; Soergel/Teichmann, § 243 Rn. 1 f.; Soergel/Huber Vor § 433 Rn. 41; Erman/Werner, § 243 Rn. 6; Staudinger/Schiemann § 243 Rn. 8. Auch für Canaris JZ 2003, 831, 835 ist die Vertretbarkeit der Sache unerheblich für die Lösung des Problems.

⁵⁴⁴ Siehe die Nachweise in Fn. 441.

⁵⁴⁵ Vgl. den parallelen Zusammenhang bei Erster Teil D.

Nachlieferung beim echten Stückkauf oder kein Argument⁵⁴⁶. Jedenfalls weist sie den von *Bitter/Meidt* reklamierten Gedanken nicht auf⁵⁴⁷.

Die Ausführungen von *Bitter/Meidt* sind unter Zugrundelegung des echten Stückkaufs nicht widerspruchsfrei. Entweder lehnen sie die Möglichkeit der Vereinbarung eines echten Stückkaufs ab. Es können also nur noch Gattungskäufe vereinbart werden. Dann kann das Leistungsinteresse des Verkäufers auch stets mit der Nachlieferung *einer* mangelfreien Sache erfüllt werden. Die Stringenz dieser Aussage wird durchbrochen, indem sie zugestehen, das Erfüllungsinteresse des Käufers könne in manchen Fällen nur durch die Lieferung einer ganz konkreten Sache befriedigt werden⁵⁴⁸.

Oder sie lassen die Vereinbarung eines echten Stückkaufs zu. Dann bezieht sich das Leistungsinteresse des Käufers nur auf die Verschaffung *der* Kaufsache. Warum dann eine Nachlieferungspflicht entgegen der Parteivereinbarung eintreten soll, bleibt unklar.

Anders ausgedrückt: Um Widerspruchsfreiheit herzustellen, müssen *Bitter/Meidt* den Stückkauf in unterschiedlichen Bedeutungen verstehen. In den Fällen, in denen das Erfüllungsinteresse nur durch Lieferung einer ganz konkreten Sache befriedigt werden kann, gehen auch *Bitter/Meidt* davon aus, dass eine Nachlieferung schlechthin nicht möglich sei⁵⁴⁹. Die Ersatzlieferung sei dann unmöglich nach § 275 I⁵⁵⁰. *Bitter/Meidt* verwenden hier also den Stückkauf in der Bedeutung des echten Stückkaufs und gelangen zu den gleichen Ergebnissen wie etwa *Schwab* oder *Gruber*⁵⁵¹. Zwischen den Vertretern, die die Nacherfüllung beim echten Stückkauf, abgesehen von Mängeln nach § 434 III, auf die Nachbesserung beschränken, und *Bitter/Meidt* besteht also inhaltliche Übereinstimmung. Die Kritik von *Bitter/Meidt* an dieser Auf-

⁵⁴⁶ Anders *Pammler* NJW 2003, 1992, 1992.

⁵⁴⁷ Sonstige Ausführungen in der Regierungsbegründung, BT-Drucks. 14/6040, S. 208 ff. nehmen auch nur auf die Erfüllungsebene Bezug.

⁵⁴⁸ *Bitter/Meidt* ZIP 2001, 2114, 2120.

⁵⁴⁹ *Bitter/Meidt* ZIP 2001, 2114, 2120.

⁵⁵⁰ *Bitter/Meidt* ZIP 2001, 2114, 2120.

⁵⁵¹ *Schwab* JuS 2002, 1, 6; *Gruber*, in: Jb.J.ZivRWisS. 2001, S. 187, 191.

fassung beruht auf einer Begriffsverwirrung. Damit können *Bitter/Meidt* nicht zu den Gegnern dieser Auffassung, sondern zu deren Anhängern gezählt werden⁵⁵².

Genauso verhält es sich z.B. mit *Spickhoff*⁵⁵³. Er ist unter Hinweis auf die Regierungsbegründung der Auffassung, eine Nachlieferung sei im Falle eines Stückkaufs prinzipiell denkbar⁵⁵⁴. Der Gesetzgeber habe den Unterschied zwischen Stück- und Gattungskauf bewusst und in Übereinstimmung mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht aufrechterhalten⁵⁵⁵. Demgegenüber führt er an, für den Ausschluss der Neulieferung sei entscheidend, ob aus der Sicht der Parteien eine Ersetzbarkeit des Vertragsgegenstandes gegeben sei oder nicht⁵⁵⁶. Nur wenn es den Parteien auf die Individualisierung ankomme, scheide die Variante der Nachlieferung aus⁵⁵⁷. Beim echten Stückkauf kommt es den Parteien aber immer auf die Individualisierung des Vertragsgegenstandes an. Das ist Bestandteil der Definition des echten Stückkaufs. Folglich vertritt auch *Spickhoff* für den echten Stückkauf den Ausschluss der Nachlieferung⁵⁵⁸. Seiner Aussage, im Falle eines Stückkaufs sei eine Nachlieferung prinzipiell denkbar, muss eine andere Bedeutung des Stückkaufs zugrunde liegen.

Der Regierungsbegründung lässt sich nicht entnehmen, dass die Nacherfüllung entgegen dem Leistungsinteresse der Parteien beim echten Stückkauf auf die Nachlieferung ausgreift. Die für die Ersatzlieferung angeführten Argumente, soweit sie sich überhaupt auf den echten Stückkauf beziehen, vermögen danach nicht zu überzeugen.

Aber selbst unterstellt, § 439 I sähe eine entsprechende Erweiterung des Vertragsinhalts vor, liefe der Nachlieferungsanspruch aus § 439 I Alt. 2 weitestgehend leer, soweit § 439 I dispositives Recht ist. Dass § 439 I im Grundsatz dispositiv ist, lässt sich aus dem Gegenschluss zu § 475 I ableiten, der die Unabdingbarkeit des § 439 I

⁵⁵² Die Ausführungen, die nicht auf dem echten Stückkauf basieren, werden unter E.I und II eingeordnet.

⁵⁵³ *Spickhoff* BB 2003, 589, 590.

⁵⁵⁴ *Spickhoff* BB 2003, 589, 590.

⁵⁵⁵ *Spickhoff* BB 2003, 589, 590.

⁵⁵⁶ *Spickhoff* BB 2003, 589, 590.

⁵⁵⁷ *Spickhoff* BB 2003, 589, 590.

⁵⁵⁸ Nicht ohne Grund beruft sich *Spickhoff*, BB 2002, 589, 590, auf die Regierungsbegründung, BT-Drucks. 14/6040, S. 221.

für den Verbrauchsgüterkauf anordnet⁵⁵⁹. Dass eine Vereinbarung unzulässig sein sollte, die den Nacherfüllungsanspruch auf die Nachbesserung beschränkt, lässt sich aus den Regelungen des allgemeinen Kaufrechts nicht begründen⁵⁶⁰. Wenn die Parteien vereinbart haben, dass nur der konkrete Kaufgegenstand nach § 433 I geschuldet ist, können sie auch vereinbaren, dass der Verkäufer im Fall eines Mangels nach §§ 434 I 1 und 2, 435 S. 1 nicht mit einer anderen Sache nacherfüllen kann und muss, also der Anspruch aus § 439 I Alt. 2 vertraglich ausgeschlossen ist⁵⁶¹. Weitgehend leer liefe die dispositive Anordnung des Nachlieferungsanspruchs, weil die Abbedingung des selben mangels ausdrücklicher Vereinbarungen konkludent geschähe. Die Parteivereinbarung wäre ergänzend auszulegen, wonach sich die ursprüngliche Beschränkung des Vertragsinhalts auch im Mangelfall fortsetzt. Bei der ergänzenden Vertragsauslegung ist zwar zu beachten, dass das Rechtsgeschäft gerade durch das dispositive Gesetzesrecht ergänzt wird und die ergänzende Vertragsauslegung nicht dazu führen darf, das dispositive Gesetzesrecht zu überspielen⁵⁶². Eine Ausnahme ist jedoch dann zu machen, wenn das dispositive Gesetzesrecht typischerweise nicht dem hypothetischen Parteiwillen entspricht⁵⁶³. Das ist hier der Fall. Durch das dispositive Gesetzesrecht des § 439 I Alt. 2 würde massiv und ohne ersichtlichen Grund in die Parteivereinbarung nach § 433 eingegriffen. Die privatautonome Begrenzung des Schuldinhalts auf den Kaufgegenstand würde durchbrochen.

Als Zwischenergebnis kann danach festgehalten werden, dass auch die zweite Prämisse keiner durchgreifenden Kritik ausgesetzt ist. Zumindest beim Nichtverbrauchsgüterkauf würde die Prämisse durch ergänzende Vertragsauslegung wieder hergestellt. Der Käufer hat bei einer echten Stückschuld beim Nichtverbrauchsgüterkauf und Mängeln nach §§ 434 I 1 und 2, 435 S. 1 nie einen Anspruch auf Nachlieferung.

b) § 439 I Alt. 2 als zwingendes Recht

⁵⁵⁹ *Büdenbender*, in: *AnwKomm-BGB*, § 439 Rn. 10; im Ergebnis auch: *Jauernig/Berger* § 439 Rn. 4. *Ackermann JZ* 2002, 378, 379 f. übersieht, dass bei einem Verbrauchsgüterkauf die privatautonome Beschränkung auf Nachbesserung nicht möglich ist.

⁵⁶⁰ *Zahn DB* 2002, 985, 989.

⁵⁶¹ In diese Richtung auch: *Jauernig/Berger* § 439 Rn. 4: Weil insbesondere die Nachlieferung beim Nichtverbrauchsgüterstückkauf den Interessen des Verkäufers widerspreche, werde Nacherfüllung regelmäßig ausgeschlossen.

⁵⁶² Zur Abgrenzung von ergänzender Auslegung und dispositivem Gesetzesrecht: *Medicus*, AT, S. 133 f.

⁵⁶³ *Medicus*, AT, S. 134.

Die Erweiterung des Vertragsgegenstandes auf eine andere Sache in Durchbrechung der ursprünglichen Vereinbarung durch die Gewährung des Nachlieferungsanspruchs beim echten Stückkauf kann aufgrund der Rechtsnatur des § 439 I Alt. 2 als zwingendem Recht erfolgen. § 439 I Alt. 2 stellt wegen § 475 I beim Verbrauchsgüterkauf zwingendes Recht dar. § 475 I setzt Art. 7 I um, nach dem die von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gewährten Verbraucherrechte nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden können. Art. 3 III 1 sieht wiederum vor, dass der Verbraucher vom Verkäufer die unentgeltliche Nachbesserung des Verbrauchsgutes oder eine unentgeltliche Ersatzlieferung verlangen kann, sofern diese nicht unmöglich oder unverhältnismäßig sind. Die formale Rechtfertigung für die Durchbrechung des Parteiwillens beim echten Verbrauchsgüterstückkauf durch § 439 I Alt. 2 liegt im Regelungsgehalt des Art. 3 III 1, dessen Unabdingbarkeit nach Art. 7 I und dem Zwang des nationalen Gesetzgebers, die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gemeinschaftsrechtskonform umzusetzen. Der Käufer hat ein Nachlieferungsrecht auch beim echten Verbrauchsgüterstückkauf, weil die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie dies so vorsieht. Neben diese formale Begründung muss noch eine materiale treten, die die Einschränkung der Vertragsfreiheit und damit der Privatautonomie rechtfertigt⁵⁶⁴. Ohne materiale Begründung lässt sich an eine teleologische Reduktion des § 439 I beim echten Verbrauchsgüterstückkauf denken, die die Vertragsfreiheit wieder herstellt.

Zunächst ist zu untersuchen, inwieweit Art. 3 III 1 seinem Inhalt nach stets die Ersatzlieferungspflicht des Verkäufers fordert⁵⁶⁵. Der zwingende Inhalt des Art. 3 III 1 kann nur insoweit auf § 439 I durchschlagen, als er reicht. Art. 3 III 1 sieht den Ausschluss des Ersatzlieferungsrechts vor, sofern dieser unmöglich ist. Damit ist die Frage aufgeworfen, was unter Unmöglichkeit in diesem Sinne zu verstehen ist⁵⁶⁶. Wenn die Bestimmung der Unmöglichkeit nach Art. 3 III 1 der Vereinbarung zugänglich wäre, läge für § 439 I im Ergebnis kein Problem vor. Nach der Parteivereinbarung wäre auch im Falle der Nichtvertragsmäßigkeit nach Art. 2 I bei einem

⁵⁶⁴ Zur Vereinbarkeit des Art. 7 I mit Verfassungsrecht und primärem Europarecht: *Canaris AcP* 200 (2000), 273, 362 ff.

⁵⁶⁵ Nach *Bamberger/Roth/Faust*, § 439 Rn. 27, fordert die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie keinen Anspruch auf Nachlieferung; a.A. *Jorden/Lehmann JZ* 2001, 952, 957.

⁵⁶⁶ Eine Übertragung der hergebrachten nationalen Terminologie zur Unmöglichkeit in die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie verbietet sich, weil die Begriffe des Gemeinschaftsrechts eine spezifisch gemeinschaftsrechtliche Bedeutung haben, siehe Erster Teil B.II.3.c)(1).

echten Verbrauchsgüterstückkauf eine Ersatzlieferung unmöglich. Für diese Auslegung spricht, dass auch die Bestimmung der Vertragsmäßigkeit nach Art. 2 I grundsätzlich der Parteivereinbarung zugeordnet ist und ein Gleichlauf zwischen Primär- und Sekundärebene bestünde. Auch mit dem Wortlaut des Art. 3 III 1 ist das vereinbar. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie würde dem Käufer zur Sicherung des Äquivalenzverhältnisses nur ein Recht entweder auf Nachbesserung oder auf Ersatzlieferung zwingend gewähren, während eine Auswahlmöglichkeit des Käufers aus beiden Rechten nicht gefordert würde. Andererseits würden mit dieser Auslegung die zwingende Ausgestaltung des Verbraucherrechts nach Art. 3 III 1 und die angestrebte Schaffung eines einheitlichen Verbraucherschutzmindestniveaus beeinträchtigt. Denn die Verbraucherrechte im Mangelfall stünden zumindest teilweise zur Disposition der Parteien.

Alternative dazu ist ein objektiver, vertragsunabhängiger Maßstab für die Unmöglichkeit des Art. 3 III 1. Das Rechtsbehelfssystem wäre dann der Disposition der Parteien entzogen, jedoch nicht die Bestimmung der Vertragsmäßigkeit nach Art. 2 I. Das einheitliche Verbraucherschutzmindestniveau würde nur für die Rechtsfolgen- seite gelten. Für den Verbrauchsgüterkauf wäre die Unterscheidung zwischen echtem Stückkauf und Gattungskauf in der Tat entbehrlich. Denn entweder würde mit der geschuldeten Sache beim echten Stückkauf vereinbarungsgemäß erfüllt, so dass sich die Frage der Nachlieferung nach § 439 I Alt. 2 nicht mehr stellt. Oder die als Erfüllung nach § 363 angenommene Sache weist einen Mangel auf und dem Käufer stehen ungeachtet der Parteiabrede beide Alternativen aus § 439 I zu. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie müsste dann auch darlegen, worin der innere Grund für die Durchbrechung des Parteiwillens liegt. Denn mit der Erweiterung der Rechte des Käufers auf die Nachlieferung ist dem Verbraucher nicht immer gedient. Hat der Verbraucher an der konkret gekauften Sache ein Affektionsinteresse, muss er sich, wenn eine Nachbesserung unverhältnismäßig oder unmöglich ist, vom Verkäufer auf die Nachlieferung verweisen lassen, ohne zurücktreten oder mindern zu können⁵⁶⁷. Der von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie angestrebte Verbraucherschutz kehrt sich in eine Gängelung des Verbrauchers um. An anderer Stelle führt die Trennung zwischen der grundsätzlichen Vertragsfreiheit auf der Stufe der primären Pflichten und

⁵⁶⁷ So auch *Ackermann JZ* 2002, 378, 380.

deren zwingenden Sanktionen im Fall der Pflichtverletzung⁵⁶⁸ zur schwierigen Abgrenzung zwischen zulässiger Beschaffenheitsvereinbarung und unzulässiger Haftungsbeschränkung⁵⁶⁹. Hier wird u.a. die Frage diskutiert, inwieweit Beschaffenheitsvereinbarungen eine wegen § 475 I unzulässige Umgehung der Rechte aus § 437 sind⁵⁷⁰.

Wird die Unmöglichkeit nach Art. 3 III 1 vertragsunabhängig bestimmt, besteht die Ersatzlieferungspflicht, vorbehaltlich der Existenz einer im Austausch zu beschaffenden Sache, wenn die gekaufte Sache objektiv austauschbar ist. Objektiv austauschbar ist die Sache, wenn die Verkehrssitte die Sache als objektiv austauschbar qualifiziert. Dem entspricht im deutschen Recht der Terminus der vertretbaren Sache nach § 91. Das dem echten Stückkauf begriffsfremde Merkmal der Vertretbarkeit wird also auf der Sekundärebene erheblich. Das führt zu folgenden Differenzierungen: Richtet sich die Parteivereinbarung auf eine vertretbare Sache und bestimmen die Parteien die Kaufsache in der Weise, dass die Sache, aber nicht nur die Sache geschuldet ist, liegt keine echte Stückschuld, sondern eine Gattungsschuld vor. Bei der Gattungsschuld kommen grundsätzlich beide Alternativen des Art. 3 III 1 bzw. § 439 I zum Zuge. Parteiwille und Verkehrssitte stimmen überein. Das diskutierte Problem besteht nicht.

Richtet sich der echte Stückkauf auf eine nicht vertretbare Sache, ist ein Konflikt mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie im Ergebnis ebenfalls nicht gegeben. Denn die Nachlieferung einer nicht vertretbaren Sache ist stets, auch nach der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie unmöglich⁵⁷¹. Weil bei der nichtvertretbaren Sache kein objektives Austauschexemplar besteht und bestehen kann, kann der Verkäufer keine Ersatzlieferung erbringen. Parteivereinbarung und Verkehrssitte stimmen überein⁵⁷². Nach der Parteivereinbarung scheidet die Nachlieferung schon wegen des Vertragsinhaltes aus. Nach Art. 3 III 1 scheidet die Ersatzlieferung wegen Unmöglichkeit aus.

⁵⁶⁸ Siehe Erster Teil B.II.3.c)(1).

⁵⁶⁹ Vgl. etwa *Huber*, Kaufrecht – Made in Europe!, S. 309 sowie die Nachweise in Fn. 356.

⁵⁷⁰ Für den Gebrauchtwagenhandel etwa: *Müller* NJW 2003, 1975 ff.

⁵⁷¹ *Ackermann* JZ 2002, 378, 380.

⁵⁷² *Ackermann* JZ 2002, 378, 382: Die typischen Gegenstände von Stückkäufen wie Gebrauchtwagen, Antiquitäten, Gemälde usw. seien nach objektiver Bewertung nicht austauschbar.

Das Problem besteht also nur dann, wenn die Parteivereinbarung in Abweichung von der Verkehrssitte die Austauschbarkeit des Kaufgegenstandes verneint. Anders ausgedrückt: Es besteht, wenn die Parteien einen echten Stückkauf dort vereinbaren, wo üblicherweise ein Gattungskauf vereinbart wird.

Ackermann versucht, das Problem definatorisch zu beseitigen: Verbrauchsgüterkäufe, die objektiv austauschbare bewegliche Sachen zum Gegenstand haben, seien als Gattungskäufe einzuordnen⁵⁷³. Das mag im Regelfall so sein, weil man mangels anderer Anhaltspunkte die Parteivereinbarung bei Auslegungsbedürftigkeit so auszulegen haben wird, dass in Übereinstimmung mit der grundsätzlichen Austauschbarkeit der Sache nach der Verkehrssitte ein Gattungskauf gewollt ist. Das ist dann ein normaler Fall des Gattungskaufs. Für den echten Stückkauf stellt die vorgenommene Nominaldefinition aber keine argumentative Lösung dar. Sie etikettiert nur den echten Stückkauf in eine Gattungsschuld um und löst damit den echten Stückkauf auf. Die Lösung des Problems liegt nach diesem Vorschlag also in dessen begrifflicher Vermeidung⁵⁷⁴.

Eine Korrektur des Art. 3 III 1, 7 I auf der nationalen Rechtsanwendungsebene wird wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts immer zum Scheitern verurteilt sein. Einziger Ansatz bleibt deshalb die offene Frage, warum die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie dort, wo anstelle des üblichen Gattungskaufs ein echter Stückkauf geschlossen wird, die Regelungen des echten Stückkaufs im Fall der Nichtvertragsmäßigkeit nicht zulässt⁵⁷⁵.

Ein Hinweis könnte sich aus Erwägungsgrund Nr. 16 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ergeben: „Gebrauchte Güter können aufgrund ihrer Eigenart im allgemeinen nicht ersetzt werden. Bei diesen Gütern hat der Verbraucher deshalb in der Regel keinen Anspruch auf Ersatzlieferung.“ In der Tat wird der Erwägungsgrund Nr. 16 als Argument für die Zulassung des Nachlieferungsanspruchs auch beim Stückkauf angeführt⁵⁷⁶. Erwägungsgrund Nr. 16 setze voraus, dass es einen Anspruch auf Erset-

⁵⁷³ *Ackermann* JZ 2002, 378, 381.

⁵⁷⁴ Kritisch auch *Heinemann/Pickartz* ZGS 2003, 149, 152 Fn. 23; *Canaris* JZ 2003, 831, 836.

⁵⁷⁵ Zur Selbstbezüglichkeit des Erwägungsgrundes Nr. 22 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie für das parallele Problem bei der Haftungsbeschränkung: *Canaris* AcP 200 (2000), 273, 362.

⁵⁷⁶ *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung, S. XXIV; *ders.* JZ 2003, 831, 834f.; *Spickhoff* BB 2003, 589, 590.

zung der Sache auch bei gebrauchten Gütern geben könne, wenngleich nur ausnahmsweise⁵⁷⁷. Für den typischen Fall des Stückkaufs gebrauchter Güter könnten diese nur „im Allgemeinen“ nicht aufgrund ihrer Eigenart ersetzt werden⁵⁷⁸. Die richtlinienkonforme Auslegung des § 439 I Alt. 2 gebiete es, auch beim Kauf gebrauchter Sachen im Fall des Verbrauchsgüterkaufs dem Käufer einen Anspruch auf Nachlieferung einer Ersatzsache zuzugestehen⁵⁷⁹.

Weil die Gebrauchtheit einer Sache wie deren Vertretbarkeit für den echten Stückkauf kein Begriffsmerkmal ist, muss der Erwägungsgrund zunächst ausgelegt werden. Ein echter Stückkauf ist begriffsnotwendig bei gebrauchten wie neuen Sachen denkbar⁵⁸⁰. Die Eigenart gebrauchter Güter ist es, dass sie gebraucht sind. Was heißt das? Im Neuzustand sind Massenprodukte, von Ausreißern abgesehen, in der Qualität gleich. Das führt zu ihrer Austauschbarkeit. Werden sie benutzt, eignen sie sich im Lauf der Zeit je nach Beanspruchung, Wartung, Pflege, etc. individuelle Merkmale an, die sie von den anderen ehemals neuen Sachen unterscheiden. Jede gebrauchte Sache verfügt über eine eigene Historie, die sich auf ihre Qualität unterschiedlich auswirkt. Treffen die Parteien die Anforderungen, die die Kaufsache aufweisen soll, auf der Ebene der individuellen Merkmale, führt das in der statistischen Regel dazu, dass nur eine gebrauchte Sache die Anforderungen an die Beschaffenheit erfüllt. Das heißt, es gibt in der Wirklichkeit nur eine Sache, die die von den Parteien festgelegte Beschaffenheit aufweist. Damit ist der unechte Stückkauf angesprochen. Der Erwägungsgrund Nr. 16 bezieht sich auf den unechten Stückkauf. Haben die Parteien einen Kaufvertrag über eine gebrauchte Sache mit bestimmten individuellen Merkmalen getroffen, kann diese Sache im Allgemeinen, selbst wenn die Parteivereinbarung dies zulässt, nicht durch eine andere ersetzt werden, weil die individuellen Merkmale im Regelfall nur bei einer Sache existieren. Ausnahmsweise kann die gebrauchte Sache durch eine andere ersetzt werden, wenn zufällig eine andere gebrauchte Sache mit den identischen individuellen Merkmalen besteht. Je abstrakter die Parteien die Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I oder Vertragsmäßigkeit nach Art. 2 I festlegen, desto größer ist die statistische Wahrscheinlichkeit, dass auch eine andere gebrauchte Sache der Beschaffenheitsvereinbarung bzw. Vertragsmäßigkeit

⁵⁷⁷ *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung, S. XXIV.

⁵⁷⁸ *Canaris* JZ 2003, 831, 834; *Spickhoff* BB 2003, 589, 590.

⁵⁷⁹ *Heinemann/Pickartz* ZGS 2003, 149, 152; *Canaris* JZ 2003, 831, 837.

⁵⁸⁰ Gleiches gilt für Gattungskäufe: Vgl. *Bamberger/Roth/Faust* § 439 Rn. 27.

keit entspricht. Existiert eine andere vertragsgemäße gebrauchte Sache, hat der Käufer einen Anspruch auf Nachlieferung, weil die unechte Stückschuld im Kern Gattungsschuld ist. Der Verbraucher hat aus faktischen Gründen in der Regel bei gebrauchten Gütern keinen Anspruch auf Ersatzlieferung, weil eine zur Ersatzlieferung geeignete Sache nicht existiert⁵⁸¹. Der Erwägungsgrund Nr. 16 trifft damit für den echten Stückkauf keine Aussage und kann nicht als Argument bei diesem herangezogen werden. Er spricht nur eine quantitative Vermutung für die Erfüllbarkeit des Nachlieferungsanspruchs bei Verbrauchsgütergattungskäufen über gebrauchte Sachen aus. Wird der 16. Erwägungsgrund so verstanden, liegt ihm nicht die Prämisse zugrunde, dass ein Anspruch auf Nachlieferung grundsätzlich beim Stückkauf gegeben ist⁵⁸².

Spickhoff, *Canaris* und *Heinemann/Pickartz* nehmen in ihrer Argumentation insoweit auf den unechten Stückkauf Bezug⁵⁸³. Dies wird auch aus den weiteren Ausführungen von *Canaris* deutlich. Einen Anspruch auf Ersatzlieferung beim Stückkauf gebe es immer und nur dann, wenn das gekaufte Gut „ersetzt“ werden könne⁵⁸⁴. Ob und wann diese Voraussetzung vorliege, bestimme sich nach dem im Wege der Auslegung ermittelten bzw. dem hypothetischen Parteiwillen⁵⁸⁵. Hier spricht *Canaris* den echten Stückkauf an, bei dem der Parteiwille über die Nachlieferung abschlägig entscheidet. Beim echten Stückkauf kommt nach dem Parteiwillen per definitionem nie eine Nachlieferung in Betracht. Folgerichtig führt *Canaris* aus, anderenfalls werde den Parteien funktionell und wirtschaftlich ein anderes Gut aufgedrängt als von ihnen vereinbart⁵⁸⁶. Im Ergebnis kann insoweit auch *Canaris* als Vertreter des Ausschlusses der Nachlieferung beim echten Stückkauf eingeordnet werden.

Gebrauchte Sachen sind ein typischer Fall des unechten Stückkaufs. Aus der Präzision der Beschaffenheitsvereinbarung folgt, dass die Menge der erfüllungstauglichen Sachen klein ist. Umgekehrt ist nicht ersichtlich, warum es dem Käufer nur auf die erste zur Erfüllung gelieferte Sache ankommen sollte und damit echter Stückkauf gegeben sein sollte, weil die Präzision der Beschaffenheitsvereinbarung

⁵⁸¹ Das ist der tragende Grund etwa auch für die Ausführungen von *Brox/Walker*, BT, § 4 Rn. 43 f.

⁵⁸² So aber *Canaris* JZ 2003, 831, 834.

⁵⁸³ *Spickhoff* BB 2003, 589, 590; *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung, S. XXIV; *ders.* JZ 2003, 831, 834; *Heinemann/Pickartz* ZGS 2003, 149, 152.

⁵⁸⁴ *Canaris* JZ 2003, 831, 835.

⁵⁸⁵ *Canaris* JZ 2003, 831, 835.

⁵⁸⁶ *Canaris* JZ 2003, 831, 835.

sein Interesse an dem Erhalt einer vertragsgemäßen Leistung schützt⁵⁸⁷. Der Erwägungsgrund Nr. 16 erhellt für den Fall, dass trotzdem ein echter Stückkauf vereinbart wurde, nicht, warum entgegen der Parteierwartung die Ersatzlieferung als Rechtsbehelf zur Verfügung stehen soll.

Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie enthält sich damit einer materialen Rechtfertigung, warum die Rechtsfolgen eines echten Stückkaufs im Mangelfall auf die eines Gattungskaufs erweitert werden sollen⁵⁸⁸. Das Problem wird dabei in dem Maß entschärft, je weniger ein Gattungskauf der Verkehrsübung entspricht. Es ist noch zu klären, inwieweit die Verkehrsanschauung selbst objektiv ist, weil jeder Vertrag zur Fortentwicklung der Verkehrsanschauung beiträgt. Wenn bei Verbrauchsgüterkäufen die Verkäufer etwa in einer konzertierten Aktion anstelle von Gattungskäufen nur noch echte Stückkäufe vereinbarten, könnten sie auf diese Art und Weise die etwaige zwingende Anordnung des Art. 3 III 1 selbst beiseite schieben. Ein paralleles Problem besteht auch im Rahmen der §§ 157, 242. Die Verkehrssitte ist die im Verkehr der beteiligten Kreise herrschende tatsächliche Übung⁵⁸⁹. Sie gibt Anhaltspunkte für das, was Treu und Glauben entspricht. Rechtsmissbräuchliche, insbesondere gegen Treu und Glauben verstoßende Verkehrssitten sind aber unbeachtlich⁵⁹⁰. Die Verkehrssitte ist also nur innerhalb des Rahmens, den Treu und Glauben stecken, maßgeblich⁵⁹¹. Ähnlich wird es wohl bei Art. 3 III 1 sein. Die Verkehrssitte kann sich im Laufe der Zeit ändern. Rechtsmissbräuchliche Änderungen der Verkehrssitte, die insbesondere aus den Bemühungen der Verkäufer resultieren, den Verbraucherschutz zu umgehen, bleiben außer Betracht.

Für den echten Stückkauf lässt sich damit also auch die zweite Prämisse bestätigen. Eine Unsicherheit verbleibt insoweit nur für den Verbrauchsgüterkauf, der aufgrund der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie die zweite Prämisse aufheben könnte. Ob und inwieweit dies der Fall ist, muss die Zukunft zeigen. Jedenfalls tragen die Argumente, die vor dem Hintergrund der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bisher vorgebracht wurden um eine Nachlieferung beim (echten) Stückkauf zu begründen, nicht. Die

⁵⁸⁷ Auch *Canaris JZ* 2003, 831, 835 führt die Sicherung des Äquivalenzverhältnisses an.

⁵⁸⁸ Nach *Canaris JZ* 2003, 831, 835 bezweckt die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie keinen solchen Eingriff in die Vertragsfreiheit.

⁵⁸⁹ *Palandt/Heinrichs* § 133 Rn. 21.

⁵⁹⁰ *Palandt/Heinrichs* § 242 Rn. 3.

⁵⁹¹ Zur Vernachlässigung der Verkehrssitte in Praxis und Wissenschaft: *Oestmann KritV* 2002, 409, 409 ff.

Verbrauchsgüterkaufrichtlinie berührt die Folgerichtigkeit des Schlusses, wonach bei echten Stückkäufen und Mängeln nach §§ 434 I 1 und 2, 435 S. 1 der Nachlieferungsanspruch nach § 439 I Alt. 2 stets vertraglich ausgeschlossen ist, nicht. Die Auslegung des § 439 I ergibt, dass der Parteiwille beim echten Stückkauf im Mangelfall respektiert wird. Eine dogmatische Einordnung des Nachlieferungsanspruchs beim echten Stückkauf muss nicht vorgenommen werden, weil dieser beim echten Stückkauf und Mängeln nach § 434 I 1 und 2, 435 S. 1 nicht denkbar ist. Es handelt es hierbei um einen logischen Befund. Warum § 439 I als Akt des Souveräns kraft staatlicher Autorität die Denkgesetze durchbrechen sollte, bleibt im Dunklen.

Unterstellt, die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie würde eine Erstreckung der Nachlieferung auf den Stückkauf fordern, sollte diese auf den Verbrauchsgüterkauf beschränkt bleiben⁵⁹². Zwar soll nach dem Willen des Gesetzgebers zwischen dem Verbrauchsgüterkauf und dem allgemeinen Kaufrecht möglichst Gleichlauf herrschen⁵⁹³. Die Missachtung des Parteiwillens beim Verbrauchsgüterkauf ohne materiale Begründung würde so aber noch auf das allgemeine Kaufrecht ausgedehnt und die Vertragsfreiheit zusätzlich im allgemeinen Kaufrecht ohne Not beschnitten. Wenigstens beim Nichtverbrauchsgüterkauf sollte sich der Parteiwille durchsetzen können.

Die Ausführungen der Autoren, die ausdrücklich den echten Stückkauf zugrunde gelegt haben, müssen nicht anhand anderer Bedeutungen des Stückkaufs betrachtet werden, weil hier keine Unklarheit über den verwendeten Stückkaufsbegriff besteht. Daneben gibt es eine Gruppe von Autoren, die für den Ausschluss des Nachlieferungsrechts beim Stückkauf sind, ohne den Stückkauf zu definieren. *Brüggemeier* etwa führt aus, bei einem Stückkauf komme von vornherein nur Nachbesserung in Betracht⁵⁹⁴. Soweit er sich auf einen echten Stückkauf bezieht und Mängel nach §§ 434 I 1 und 2, 435 S. 1 in Rede stehen und kein Verbrauchsgüterkauf vorliegt, ist diese Aussage nach der hier vertretenen Auffassung zwingend. *Büdenbender* meint, Kaufverträge über Unikate könnten allenfalls mittels Nachbesserung fehlerfrei werden⁵⁹⁵. Versteht er Unikat in dem Sinne, dass der Kaufgegenstand für die Parteien ein

⁵⁹² Anders *Canaris* JZ 2003, 831, 837.

⁵⁹³ Vgl. Erster Teil B.II.3.c)(2).

⁵⁹⁴ *Brüggemeier* WM 2002, 1376, 1379. Ebenso *Laws* MDR 2002, 320, 323.

⁵⁹⁵ *Büdenbender* DStR 2002, 312, 315.

Unikat darstellt, nimmt er auf den echten Stückkaufsbegriff Bezug. Versteht er Unikat im herkömmlichen Sinne, wonach das Unikat einzigartig ist und kein identisches Stück existiert, nimmt er auf den unechten Stückkauf Bezug. Nach *Haas* ist bei einem Unikat der Nachlieferungsanspruch nach § 275 I wegen Unmöglichkeit ausgeschlossen⁵⁹⁶. Soweit er mit „Unikat“ auf den echten Stückkauf rekurriert, ist die Nachlieferung nicht im technischen Sinne unmöglich⁵⁹⁷. Soweit er Unikat mit der Bedeutung des unechten Stückkaufs versteht, kann er nicht als Vertreter des Ausschlusses der Nachlieferung beim echten Stückkauf eingeordnet werden. *Brambring* beschränkt beim Grundstückskauf die Nacherfüllung von vornherein ausnahmslos auf die Nachbesserung⁵⁹⁸. Ist das Grundstück etwa aufgrund seiner Lage für die Parteien einzigartig, liegt ein echter Stückkauf vor und die Aussage *Brambrings* ist bei Mängeln des Grundstücks nach §§ 434 I 1 und 2, 435 S. 1 zwingend. Haben die Parteien sich dagegen etwa über den Kauf eines, gleich welchen, bebaubaren Grundstückes von 600 qm in der Stadt X geeinigt und gibt es neben dem übereigneten mangelhaften Grundstück kein weiteres bebaubares Grundstück von 600 qm in der Stadt X, liegt ein unechter Stückkauf vor. Der Ausschluss des Nachlieferungsrechts ergibt sich aus § 275 I⁵⁹⁹. Warum ein unechter Stückkauf und damit ein Gattungskauf bei Grundstücken⁶⁰⁰ nicht vereinbarungsfähig sein kann, lässt *Brambring* offen. Das wäre aber gerade Voraussetzung, dass für alle Grundstückskäufe seine These zutreffen würde.

E. Zulassung der Nachlieferung beim Stückkauf

Weil die Nachlieferung beim echten Stückkauf in den meisten Fällen logisch ausgeschlossen ist, kann der Strömung, die die Nachlieferung beim Stückkauf für möglich hält, nur eine abweichende Bedeutung des Stückkaufs zugrunde liegen.

⁵⁹⁶ *Haas* BB 2001, 1313, 1315. Genauso *Westermann* NJW 2002, 241, 244 für den Verkauf gebrauchter Sachen und *Heinrich* ZGS 2003, 253, 256. Auch *Bamberger/Roth/Faust*, § 439 Rn. 27, oder *Lorenz* JZ 2001, 742, 743, lassen offen, in welcher Bedeutung Stückschuld verwendet wird.

⁵⁹⁷ Siehe Dritter Teil D.IV.

⁵⁹⁸ *Brambring* DNotZ 2001, 590, 597.

⁵⁹⁹ Für *Brambring* DNotZ 2001, 590, 596 f. ist der Rückgriff auf § 275 überflüssig. Auf der Basis des echten Stückkaufs ist das konsequent.

⁶⁰⁰ Dafür *Looschelders*, SchR AT, Rn. 283; Hk-BGB/*Schulze* § 243 Rn. 3.

I. Unechter Stückkauf

Beim unechten Stückkauf darf der Verkäufer mit jedem Kaufgegenstand erfüllen, kann aber nur mit einem erfüllen, weil nur einer existiert⁶⁰¹. Hier ergibt die grundsätzliche Zulassung eines Nachlieferungsanspruchs insoweit Sinn, als der Verkäufer mit einem beliebigen, den Vereinbarungen entsprechenden Kaufgegenstand erfüllen kann. Der Verkäufer kann das Leistungsinteresse des Käufers mit der Lieferung eines Ersatzgegenstandes ebenso gut erfüllen, weil er den Ersatzgegenstand auch für den ersten Erfüllungsversuch hätte verwenden dürfen. Die grundsätzliche Zulassung des Nachlieferungsanspruchs folgt aus der dogmatischen Einordnung der unechten Stückschuld als Gattungsschuld. Ist die unechte Stückschuld im Kern Gattungsschuld, stehen beide Alternativen des § 439 I zur Verfügung.

Den Anhängern der Zulassung des Nachlieferungsanspruchs beim Stückkauf ist, soweit ihren Ausführungen der unechte Stückkaufsbegriff zugrunde gelegt wird, insoweit zuzustimmen, als der unechte Stückkauf einen Gattungskauf darstellt und beim Gattungskauf der Nachlieferungsanspruch nach allen Auffassungen anerkannt ist. Friktionen mit der Argumentation beim echten Stückkauf bestehen nicht. Die Vertreter, die den Ausschluss des Nachlieferungsanspruches beim echten Stückkauf befürworten⁶⁰², wenden sich nicht gegen die Nachlieferung beim Gattungskauf. Beide Auffassungen lassen sich inhaltlich miteinander vereinbaren. Bei der echten Stückschuld greifen die Argumente derer, die den Nachlieferungsanspruch zulassen wollen, nicht durch, weil sie nicht vom echten Stückkaufsbegriff ausgehen bzw. selbst beim echten Stückkauf einen Ausschluss der Nachlieferung annehmen⁶⁰³. Für den unechten Stückkauf berühren sich die Vertreter des Ausschlusses der Nachlieferung beim echten Stückkauf keiner Aussage.

Der unechte Stückkaufsbegriff kann gleichwohl nicht sinnvoll die Grundlage für die Ausführungen derer bilden, die den Nachlieferungsanspruch für möglich halten. Beim unechten Stückkauf ist die Gattungsschuld mit der Frage nach der Existenz weiterer tauglicher Erfüllungsobjekte gekoppelt. Beim unechten Stückkauf existiert

⁶⁰¹ Siehe Dritter Teil B.III.

⁶⁰² Vgl. vor allem die Nachweise in Fn. 450 - 456.

⁶⁰³ Siehe Dritter Teil D.V.2.a).

die Gattung gerade immer nur in Höhe der geschuldeten Menge. Die Nachlieferung beim unechten Stückkauf scheitert nicht an der Vertragslogik, sondern immer aus tatsächlichen Gründen. Die Nachlieferung beim unechten Stückkauf ist stets nach § 275 I unmöglich, weil beim unechten Stückkauf per definitionem keine tauglichen Ersatzgegenstände zur Verfügung stehen. D.h. so richtig die theoretische Zulassung der Nachlieferung beim unechten Stückkauf ist, so nutzlos ist sie in der Praxis, weil im selben Moment feststeht, dass die Erfüllung des Nachlieferungsanspruchs nach § 275 I unmöglich ist⁶⁰⁴. In den Fällen, in denen der Nachlieferungsanspruch beim Stückkauf gegeben sein sollte, weil das Leistungsinteresse des Käufers auch durch Nachlieferung erfüllt werden könnte, wäre der unechte Stückkaufsbegriff sinnfrei, weil danach zugleich eine Befriedigung des Leistungsinteresses durch Nachlieferung nach § 275 I unmöglich wäre. Der unechte Stückkaufsbegriff vermischt also die Vereinbarung mit der Erfüllbarkeit der Vereinbarung. Auf die Äußerlichkeit, wie viele geeignete Gegenstände zur Erfüllung vorhanden sind, kommt es für den Vertragsinhalt nicht an. Deshalb sollte vom Stückkauf in der Bedeutung des unechten Stückkaufs in Zukunft nicht mehr die Rede sein.

Canaris umgeht dieses Dilemma, wie folgt: Da im Rahmen der Auslegung von vernünftigen und redlichen Parteien auszugehen sei, sei die „Ersetzbarkeit“ der Sache grundsätzlich zu bejahen, wenn es eine gleichwertige und gleichartige Ersatzsache gebe⁶⁰⁵. Den unechten Stückkauf vermeidet *Canaris* hier, weil er die Existenz einer tauglichen Ersatzsache voraussetzt. Dann bedeutet seine Aussage aber nichts Anderes, als dass bei der Existenz von mehreren gleichwertigen und gleichartigen Sachen bei Vertragsschluss in der Regel ein Gattungskauf und kein echter Stückkauf vorliegt. Wenn es mehrere Sachen identischer Beschaffenheit gibt, ist nicht ersichtlich, warum nach dem Parteiwillen trotzdem nur eine Sache erfüllungstauglich sein soll. Führt die Auslegung anhand anderer Indizien zum Ergebnis, dass gleichwohl ein echter Stückkauf vereinbart ist, muss die Nachlieferung konsequent ausgeschlossen sein, obwohl es zum Nacherfüllungszeitpunkt eine gleichartige und gleichwertige Sache gibt. Diese Konsequenz scheint *Canaris* nicht zu teilen. Er zieht einen Schluss von der Existenz einer gleichartigen und gleichwertigen Sache im Mangelfall auf den

⁶⁰⁴ Deshalb sind auch die Ausführungen von *Kropholler*, § 439 Rn. 5, nicht konsistent. Entweder er versteht Stückkauf im Sinne des echten Stückkaufs. Dann ist die Nachlieferung nicht nach § 275 I unmöglich, sondern nicht geschuldet. Oder er versteht Stückkauf im Sinn des unechten Stückkaufs. Dann ist die Nachlieferung stets nach § 275 I unmöglich.

⁶⁰⁵ *Canaris* JZ 2003, 831, 835.

Vertragsinhalt bei Vertragsschluss. Die Legitimation für dieses Vorgehen liege darin, dass der Vertrag bereits abgeschlossen und in Vollzug gesetzt worden sei⁶⁰⁶. Das ist nicht überzeugend. Denn das Ergebnis, das durch Auslegung erst ermittelt werden soll, steht insgeheim schon von Anfang an fest. Existiert eine identische Sache, soll von Anfang an „Ersetzbarkeit“, also inhaltlich Gattungskauf, gegeben sein. Existiert keine identische Sache, liegt von Anfang an keine „Ersetzbarkeit“, also Stückkauf, vor. Die Auslegung als ergebnisoffene Methode verbietet ein solches Vorgehen. Sie muss sich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses beziehen. Mit Vertragsschluss legen die Parteien fest, ob Gattungskauf oder echter Stückkauf gewollt ist. Die Probleme, die sich im Mangelfall aus der ursprünglichen Parteivereinbarung ergeben, dürfen nicht beiseite geschoben werden, indem die ursprüngliche Parteivereinbarung so angepasst wird, dass die Probleme nicht mehr auftreten.

Die von *Canaris* im Rahmen der Auslegung vorgeschlagene Anlehnung an § 119 I Hs. 2 als objektiv-normatives Element⁶⁰⁷ ist überflüssig. Schon nach §§ 133, 157 sind objektive Merkmale für die Auslegung mitbestimmend⁶⁰⁸. In den Ausführungen von *Canaris* spiegelt sich das Dilemma der ganzen Diskussion um die Nachlieferung beim Stückkauf wieder. Einerseits betont er den Parteiwillen und die Vertragsfreiheit⁶⁰⁹. Andererseits schränkt er den Parteiwillen und damit die Vertragsfreiheit im Wege der Auslegung auf Regelungen ein, die vernünftige und redliche Parteien getroffen haben würden⁶¹⁰. Die Vertragsfreiheit fordert aber gerade die Akzeptanz auch unvernünftiger Vereinbarungen, weil und wenn sie dem Parteiwillen entsprechen. Nur wenn und indem den Bürgern auch solche rechtliche Betätigungen erlaubt sind, die für Außenstehende unvernünftig oder nicht nachvollziehbar erscheinen, bewährt sich die Privatautonomie⁶¹¹. Die erforderliche materiale Begründung für die Einschränkung der Vertragsfreiheit bietet auch *Canaris* nicht. Wenigstens im Fall fehlender Auslegungsbedürftigkeit, wenn die Parteien also eindeutig einen echten Stückkauf vereinbart haben, müsste auch *Canaris* zum Ausschluss der Nachlieferung

⁶⁰⁶ *Canaris* JZ 2003, 831, 835.

⁶⁰⁷ *Canaris* JZ 2003, 831, 835.

⁶⁰⁸ Nach *Canaris* JZ 2003, 831, 835 soll die Vertretbarkeit nach § 91 als objektives Kriterium wegen der Privatautonomie keine Rolle spielen. Gleichzeitig soll sich die Auslegung an § 119 I Hs. 2 als objektives Element anlehnen. Ein greifbarer Unterschied ist damit nicht verbunden.

⁶⁰⁹ *Canaris* JZ 2003, 831, 835, 838.

⁶¹⁰ *Canaris* JZ 2003, 831, 835.

⁶¹¹ Vgl. *Oestmann* KritV 2002, 409, 429.

gelangen, weil dann keinesfalls auf vernünftige und redliche Parteien abzustellen ist, sondern nur der übereinstimmende Parteiwille seine Umsetzung verlangt.

II. Stückkäufe über vertretbare Sachen

Die Vertreter des Nachlieferungsanspruchs beim Stückkauf müssen diesen also mindestens noch in einer dritten Bedeutung verwenden, damit ihre Aussagen sinnvoll sind. Als Beispiel für die Untauglichkeit des Ausschlusses der Nachlieferungspflicht beim Stückkauf wird wiederholt der in Warenhäusern übliche „Stückkauf über vertretbare Sachen“ angeführt⁶¹². Es gehe nicht an, den Kauf eines Massenguts im Selbstbedienungsladen von der Nachlieferungsvariante auszunehmen mit der Begründung, der Vertrag komme erst an der Kasse durch Vorlage des betreffenden Gegenstandes zustande, so dass ein Stückkauf vorliege⁶¹³. Wähle der Kunde im Geschäft einen bestimmten Gegenstand aus, lege diesen an der Kasse vor und bezahle, sei das nach altem Recht als Stückkauf angesehen worden⁶¹⁴. Das Leistungsinteresse könne in diesem Fall durch Lieferung eines Ersatzgegenstandes genauso gut erfüllt werden⁶¹⁵.

Die Ergründung einer dritten Bedeutung des Stückkaufs erübrigt sich, wenn sich die angeführten Beispiele in die Differenzierung echter Stückkauf/Gattungskauf einfügen. Die Abgrenzung zwischen echtem Stückkauf und Gattungskauf erfolgt durch Parteivereinbarung⁶¹⁶. Folglich ist im Einzelfall genau zu prüfen, ob tatsächlich ein echter Stückkauf oder ein Gattungskauf vorliegt⁶¹⁷. Die „Stückkäufe über vertretbare Sachen“ lassen sich danach ohne weiteres als Gattungskäufe einordnen⁶¹⁸. Wählt der Kunde im Geschäft eine vertretbare Ware aus, legt diese wortlos an der Kasse vor und bezahlt, spricht vieles für einen Gattungskauf. Die Vertretbarkeit der Ware führt dazu, dass diese nach der Verkehrssitte, nach objektivem Maßstab, als austauschbar

⁶¹² *Schubel*, in: *Schwab/Witt*, S. 131 f.; *ders.* in: *Schwab/Witt*, 2. Aufl., S. 178; *Bitter/Meidt* ZIP 2001, 2114, 2119; *Oetker/Maultzsch*, S. 83; *Boerner* ZIP 2001, 2264, 2269 Fn. 58. Auch *Haas/Medicus* Kap. 5 Rn. 84; *Oechsler*, § 2 Rn. 140, setzen die Vertretbarkeit der Kaufsache nach § 91 für den Nachlieferungsanspruch voraus.

⁶¹³ *Spickhoff* BB 2003, 589, 590.

⁶¹⁴ *Bitter/Meidt* ZIP 2001, 2114, 2119; für das neue Recht etwa: *Huber*, in: *Huber/Faust* Rn. 13/20.

⁶¹⁵ *Bitter/Meidt* ZIP 2001, 2114, 2119.

⁶¹⁶ Siehe die Nachweise in Fn. 441.

⁶¹⁷ *Lorenz/Riehm* Rn. 506.

⁶¹⁸ *Schulze* AcP 201 (2001), 232, 236 f.; *Ackermann* JZ 2002, 378, 381; *Jacobs*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, S. 379 f.; *Lorenz/Riehm* Rn. 506. Auch *Canaris* JZ 2003, 831, 831 ordnet das Beispiel von *Bitter/Meidt* ZIP 2001, 2114, 2119 als Gattungskauf ein.

qualifiziert wird. Legt der Käufer den Gegenstand an der Kasse vor, liegt hierin das Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrags. Die Willenserklärung des Käufers ist nach §§ 133, 157 vom objektiven Empfängerhorizont auszulegen. Ist die vorgelegte Kaufsache objektiv austauschbar, muss der Verkäufer nach dem objektiven Empfängerhorizont davon ausgehen, dass es dem Käufer nicht auf das konkret vorgelegte Exemplar ankommt, sondern er ebenso gut ein anderes Exemplar aus der Gattung hätte vorlegen können. Mangels anderer Anhaltspunkte in der Erklärung des Käufers kann der Verkäufer das Verhalten des Käufers nur in Übereinstimmung mit der Verkehrssitte deuten⁶¹⁹. Wenn für den Verkäufer keine Hinweise ersichtlich sind, dass es dem Käufer entgegen der Verkehrssitte gerade auf das vorgelegte Exemplar ankommt und andere Exemplare sein Leistungsinteresse nicht befriedigen können, liegt eben ein Gattungskauf und kein echter Stückkauf vor. Dass der Käufer im Ergebnis die Auswahl aus der Gattung trifft⁶²⁰, weil er ein Stück aus der Gattung an die Kasse trägt, ändert nichts an der schuldrechtlichen Vereinbarung eines Gattungskaufs. Für den Gattungskauf ist nicht konstitutiv, dass der Schuldner die Auswahl vornimmt. Die Auswahl aus der Gattung kann auch durch Vertrag auf den Käufer übertragen werden⁶²¹. Wollte man beim Handgeschäft vom Erfüllungsgeschäft auf das Verpflichtungsgeschäft schließen und deshalb einen Stückkauf bejahen, geriete man in Konflikt zum Trennungsprinzip zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft. Die Übereignung muss nach dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz die vorgelegte Sache erfassen. Die schuldrechtliche Vereinbarung ist davon aber unabhängig.

Weil der echte Stückkauf bei vertretbaren Sachen von der Verkehrssitte abweicht, liegt in der Regel ein Gattungskauf vor. Der echte Stückkauf bildet die Ausnahme. Woher soll der Verkäufer wissen, ob und dass es dem Käufer gerade auf ein konkretes Stück Butter oder einen bestimmten Stuhl ankommt, wenn diese nach der Verkehrsauffassung untereinander austauschbar sind? Verbindet der Käufer mit einer bestimmten vertretbaren Sache ein Affektionsinteresse, das es für ihn unverwechselbar macht, muss er dies erklären. Es sind aber gleichwohl echte Stückkäufe bei vertretbaren Sachen möglich⁶²².

⁶¹⁹ *Schulze AcP* 201 (2001), 232, 236 f.

⁶²⁰ *Schulze AcP* 201 (2001), 232, 237; ähnlich *Wenzel DB* 2003, 1887, 1892.

⁶²¹ *Staudinger/Schiemann* § 243 Rn. 6.

⁶²² Eine Grenze könnte insoweit nur die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ziehen, vgl. Dritter Teil D.V.II.b).

Die so bezeichneten „Stückkäufe über vertretbare Sachen“ sind folglich in aller Regel Gattungskäufe. Die Möglichkeit der Einordnung der „Stückkäufe über vertretbare Sachen“ als originäre Gattungskäufe führt dazu, dass die vorgebrachten Hilfskonstruktionen überflüssig werden⁶²³. Die Eigenart im Sinne einer funktionellen Parallele zum Gattungskauf⁶²⁴ muss nicht mehr bemüht werden.

Der Gattungskauf wird mit dem Etikett „Stückkauf über vertretbare Sachen“ versehen und trägt dadurch entscheidend zur Begriffsverwirrung bei. Beim Gattungskauf und nur beim Gattungskauf kann das Leistungsinteresse des Käufers mit der Lieferung eines Ersatzgegenstandes gleichwertig erfüllt werden. Der Käufer hat den Nachlieferungsanspruch nach § 439 I Alt. 2 in seinem Arsenal. Haben die Parteien entgegen der Verkehrssitte bei vertretbaren Sachen einen echten Stückkauf vereinbart, bleibt es beim Ausschluss der Nachlieferungspflicht. Zwischen den Strömungen besteht also inhaltlich kein Unterschied⁶²⁵. Die Ausführungen der Anhänger der Zulassung des Nachlieferungsanspruchs beim Stückkauf sind insofern sinnvoll, als sie bei Lichte betrachtet auf dem Gattungskauf basieren. Die Kritik sollte sich bereits gegen die Einordnung der beschriebenen Geschäfte als Stückkauf richten, weil sie der begrifflichen Klarheit dient. Die Übernahme schon bisher kritikwürdiger Terminologie und deren anschließende inhaltliche Korrektur stellt nur den zweitbesten Weg dar. Der Meinungsstreit hat sich maßgeblich entfacht, weil der Terminus „Stückkauf über vertretbare Sachen“ missverständlich ist bzw. der Stückkauf mit begriffsfremden Differenzierungsmerkmalen wie der Vertretbarkeit der Sache oder dem erfolgten Gebrauch der Sache belegt wurde. Anstatt den „Stückkauf über vertretbare Sachen“ synonym zum Gattungskauf zu verwenden, sollte man der begrifflichen Klarheit wegen auf diesen Ausdruck verzichten und es bei dem Terminus Gattungskauf belassen. Der Begriff des Stückkaufs ist dann nur mit der Bedeutung des echten Stückkaufs besetzt und vor Missverständnissen geschützt. Beim echten Stückkauf und Mängeln nach § 434 I 1 und 2, 435 S. 1 ist jedenfalls beim Nicht-

⁶²³ Vgl. *Staudinger/Schiemann* § 243 Rn. 12, der eine entsprechende Anwendung der Regeln über die Gattungsschuld befürwortet.

⁶²⁴ *Spickhoff* BB 2003, 589, 590; *Oetker/Maultzsch*, S. 83; ähnlich *Canaris* JZ 2003, 831, 835, 836, 838.

⁶²⁵ Inkonsequent ist insoweit *Huber*, in: *Huber/Faust* Rn. 13/20; der im Ergebnis auch für den Gattungskauf in Form des Stückkaufs über eine vertretbare Sache den Ausschluss der Nachlieferung zu fordern scheint. Anders *Huber* NJW 2002, 1004, 1006, wenn der Stückkauf über eine vertretbare Sache einen echten Stückkauf darstellt.

verbrauchsgüterkauf die Nachlieferung vertraglich nicht geschuldet. Beim Gattungskauf ist die Nachlieferungsvariante der Nacherfüllung vorbehaltlich anderer Erlöschensgründe wie etwa der Unmöglichkeit nach § 275 I gegeben.

In diesen Kontext lässt sich auch *Canaris* einordnen⁶²⁶. Für den echten Stückkauf vertritt *Canaris* den Ausschluss der Nachlieferung⁶²⁷. Soweit er für den Stückkauf den Nachlieferungsanspruch fordert, nimmt er inhaltlich auf den Gattungskauf Bezug. Er verwendet Stückkauf mit der Bedeutung Gattungskauf. Dem Erfordernis der „Ersetzbarkeit“ liegt der Gattungskauf zugrunde⁶²⁸. Mit „funktionelle Verwandtschaft mit einer Gattungsschuld“⁶²⁹ ist nichts anderes als die Gattungsschuld selbst inhaltlich gemeint. Allein begriffliches Unbehagen hindert ihn daran, sich vom Begriff des Stückkaufs zu lösen und den des Gattungskaufs zu verwenden. Weil nach *Canaris* die Unterscheidung zwischen Stückschuld und Gattungsschuld auf bestimmten abstrakten und generellen Merkmalen beruht⁶³⁰, ist er gezwungen, beim so definierten Stückkauf eine weitere Differenzierung nach der „Ersetzbarkeit“, die auf dem Parteiwillen beruhen soll, vorzunehmen. Das erübrigt sich, wenn der Parteiwille gleich zwischen (echtem) Stückkauf und Gattungskauf entscheidet. Die rein begriffliche Differenzierung lässt sich mühelos „herauskürzen“. Begrifflichkeiten sowie Dogmatik verfolgen in der Rechtswissenschaft keinen Selbstzweck.

F. Einzelfälle

Die Frage kann damit nur sein, ob wirklich ein echter Stückkauf oder ein Gattungskauf vorliegt⁶³¹. Streitigkeiten können sich nur auf die Auslegung der Parteivereinbarungen beziehen⁶³².

Nimmt K im Getränkegroßhandel V eine Kiste Mineralwasser aus dem Regal und zahlt ihn an der Kasse, liegt genauso eine Gattungsschuld vor, wie wenn K eine Kiste

⁶²⁶ *Canaris* JZ 2003, 831 ff.

⁶²⁷ *Canaris* JZ 2003, 831, 835 mit den erwähnten Unstimmigkeiten in der Auslegung.

⁶²⁸ Siehe Dritter Teil E.I.

⁶²⁹ *Canaris* JZ 2003, 831, 836.

⁶³⁰ *Canaris* JZ 2003, 831, 836.

⁶³¹ *Wieser* NJW 2001, 121, 123; *Kimmelman/Winter* JA 2003, 532, 533.

⁶³² Im Ergebnis auch *Heinrich* ZGS 2003, 253, 256: Entscheidend seien die Gesamtumstände des Einzelfalls.

Mineralwasser telefonisch ordert, die anschließend geliefert wird⁶³³. Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, warum eine andere Kiste Mineralwasser – *clausula rebus sic stantibus* - dem Käufer nicht genehm sein könnte. Nach der Verkehrssitte sind Kisten von Mineralwässern vom gleichen Brunnen, gleichem Haltbarkeitsdatum, gleicher Sauberkeit der Kisten, etc., austauschbar.

Will K im Möbelhaus einen Schrank aus Kiefernholz kaufen, inspiziert alle vorrätigen Schränke eines Modells auf Astlöcher und sucht sich das Exemplar mit den wenigsten Astlöchern aus, weil er keine Astlöcher mag und teilt dies dem Verkäufer mit, der damit einverstanden ist, lässt sich das als Beschaffenheitsvereinbarung einordnen, bei der die Anzahl und Lage der Astlöcher wie bei dem ausgesuchten Schrank geschuldet ist. Wenn zusätzlich durch Parteivereinbarung der Verkäufer nicht einmal den identischen Schrank mit der gleichen Anzahl und Lage der Astlöcher übereignen darf, liegt ein echter Stückkauf vor. Nur das ausgesuchte Exemplar mit den definierten Astlöchern kann das Leistungsinteresse des Käufers erfüllen. Die Parteien weichen von der Verkehrssitte ab, wonach bei Kiefernholz naturgemäß stets mit einer gewissen Anzahl von Astlöchern gerechnet werden muss.

Ebenso wenig wie die Vertretbarkeit der Sache nach § 91 die Grenzlinie zwischen Gattungsschuld und echter Stückschuld bildet, ist die Unterscheidung zwischen neuen oder gebrauchten Sachen von Belang. Bei neuen Sachen kann ein echter Stückkauf vereinbart werden wie bei gebrauchten Sachen ein Gattungskauf und umgekehrt.

Beim Kauf eines Neuwagens, der (zufällig) beim Händler in der gewünschten Ausstattung vorrätig ist und (nur) deshalb individualisierter Kaufgegenstand wird, liegt Gattungskauf und nicht echter Stückkauf vor⁶³⁴. Üblicherweise wird ein Neuwagen entsprechend der gewünschten Ausstattung des Käufers erst nach der Bestellung hergestellt⁶³⁵. Dem Käufer kann es gar nicht auf einen bestimmten Wagen ankommen, weil dieser bei Kauf üblicherweise noch gar nicht existiert. Steht ein Wagen mit den gewünschten Ausstattungsmerkmalen zufällig auf dem Hof des Händlers, ist nicht

⁶³³ Beispiel von *Oechsler*, § 2 Rn. 140, der für den Kauf im Geschäft eine Stückschuld annimmt. Die Stückschuld stelle oft nur eine „abgekürzte Beschaffenheitsvereinbarung“ dar.

⁶³⁴ Beispiel von *Pammler* NJW 2003, 1992, 1993 Fn. 11.

⁶³⁵ Zur Verkehrssitte und Interessenlage beim Neuwagenkauf: *Heinrich* ZGS 2003, 253, 254 f.

erkennbar, warum es dem Käufer in Abweichung zu der Verkehrssitte gerade auf den konkret vorhandenen PKW ankommen sollte. Ist die Kaufsache in den Worten *Pammlers*⁶³⁶ lediglich durch Auswahl der Parteien individualisiert und weist sie keine anderen individualisierenden Merkmale auf, liegt eben ein Gattungskauf vor. Weist die Kaufsache selbst individualisierende Merkmale auf, ist sie nicht mehr austauschbar⁶³⁷. Das kann der echte Stückkauf sein, bei dem die Parteien der Kaufsache stets Individualität zuschreiben, oder ein Gattungskauf, bei dem die individuellen Merkmale durch Parteiabrede zur Beschaffenheit nach § 434 I erhoben wurden.

Spickhoff bringt folgendes Beispiel⁶³⁸: Der Käufer kauft günstig einen Vorführgewagen oder eines von zahlreichen Fahrzeugen aus dem Fuhrpark einer bundesweit tätigen Autovermietung, alle unfallfrei, annähernd gleich viel gelaufen, regelmäßig gewartet und in gleicher Ausstattung und Farbe. Wenn sich Käufer und Verkäufer auf einen konkreten Vorführgewagen oder einen gebrauchten Pkw aus dem Fuhrpark des Verkäufers geeinigt hätten, läge ein Stückkauf vor. Der Käufer habe trotzdem das Recht, Ersatzlieferung zu verlangen, wenn und weil es dem Käufer und dem Verkäufer gar nicht auf das bestimmte Fahrzeug ankam, das verkauft worden ist⁶³⁹. Wenn man durch die Auslegung zu diesem Ergebnis gelangt, liegt ein Gattungskauf vor, ggf. beschränkt auf den Vorrat des Autovermieters. Der Käufer hat Anspruch auf Nachlieferung. Es bleibt jedoch offen, wieso diese Auslegung zwingend sein soll. Woher will *Spickhoff* wissen, dass es dem Käufer im Beispiel nicht auf den konkreten Wagen ankam? Der Sachverhalt bietet hierfür keine Aufklärung. Eine allgemeine Verkehrssitte, wonach es dem Käufer bei Gebrauchtwagen nie auf den konkreten Wagen ankommt, existiert nicht. Selbst wenn die Wagen ungefähr gleich sind, wird sich der Käufer immer für das Exemplar entscheiden, das die geringste Laufleistung, die wenigsten Kratzer, den besten Erhaltungszustand, etc. hat, entscheiden, weil er so seinen Nutzen maximiert. Es kann dem Käufer also durchaus auf ein bestimmtes Fahrzeug ankommen und damit ein echter Stückkauf vereinbart sein. Der dargestellte Sachverhalt ist zu unergiebig und die Erscheinungsformen des Gebrauchtwagenkaufs zu differenziert, um eine Entscheidung in die eine oder andere Richtung zu treffen.

⁶³⁶ *Pammler* NJW 2003, 1992, 1993.

⁶³⁷ *Pammler* NJW 2003, 1992, 1993.

⁶³⁸ *Spickhoff* BB 2003, 589, 589.

⁶³⁹ *Spickhoff* BB 2003, 589, 590.

Auch *Bitter/Meidt* lassen offen, warum in ihrem Beispiel ein Gattungskauf vorliegt⁶⁴⁰. Kaufe ein Kfz-Händler bei einem anderen einen oder mehrere Wagen aus einem großen Bestand an Gebrauchtwagen, könne sein Leistungsinteresse bei fehlender Individualisierung auch durch die Lieferung eines anderen gleichwertigen Gebrauchtwagens zu befriedigen sein, weil (richtig: wenn) es ihm nicht auf die speziellen Wagen ankam, sondern er nur generell Kfz zum Weiterverkauf erwerben wollte. Die Individualisierung entscheidet gerade darüber, ob echter Stückkauf oder Gattungskauf vorliegt. Eine Individualisierung unterbleibt, wenn der Käufer die Pkw nur generell zum Weiterverkauf erwerben wollte (Gattungskauf). Eine Individualisierung erfolgt, wenn es dem Käufer auf die speziellen Wagen ankam (echter Stückkauf). *Bitter/Meidt* setzen also voraus, dass ein Gattungskauf vorliegt⁶⁴¹.

Kauft jemand wissentlich eine Sache, die vom Verkäufer zum Zwecke der Ausstellung oder der Vorführung benutzt worden ist, und hat diese einen Mangel, soll nach *Canaris* der Käufer eine gleichartig ausgestellte oder vorgeführte Sache als Nachlieferung verlangen können⁶⁴². Dem ist zuzustimmen, soweit es den Parteien nicht auf das konkret ausgesuchte Vorführgerät oder Ausstellungsstück ankam, also im Ergebnis ein Gattungskauf vorlag. Konnte nur das konkret ausgesuchte Stück das Leistungsinteresse des Käufers erfüllen, liegt echter Stückkauf vor, mit der Folge, dass Nachlieferung ausscheidet. *Pammler* wendet sich hier gegen Nachlieferung, weil beispielsweise der als Nachlieferung vorgesehene gebrauchte Vorführwagen in anderer Art und Weise benutzt wurde, also etwa Kunden mit unterschiedlichen Fahrstilen das Fahrzeug benutzt haben⁶⁴³. Das ist nicht überzeugend. Er vermischt die Bestimmtheit der Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I 1 mit der Abgrenzung zwischen echter Stückschuld und Gattungskauf. Haben die Parteien etwa als Beschaffenheit vereinbart, dass das gebrauchte Fahrzeug/der Vorführwagen ein Garagenfahrzeug, vorwiegend schonend auf der Autobahn von einem Nichtraucher bewegt worden sein soll, ist die Anforderung an die Beschaffenheit relativ konkret. Davon unabhängig ist die Frage, ob es dem Käufer nur auf den einen schonend auf der Autobahn von einem Nichtraucher bewegten Wagen ankam, oder ob ihm ein identischer schonend auf der Autobahn von einem Nichtraucher bewegten Wagen

⁶⁴⁰ *Bitter/Meidt* ZIP 2001, 2114, 2120.

⁶⁴¹ *Pammler* NJW 2003, 1992, 1993 ordnet das Beispiel ebenfalls als Gattungskauf ein.

⁶⁴² *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung, S. XXIV.

⁶⁴³ *Pammler* NJW 2003, 1992, 1993 Fn. 13.

nicht genauso genehm war und ist. Die Beschaffenheitsvereinbarung führt nur in tatsächlicher Hinsicht dazu, dass bei einem Gattungskauf die Gattung umso weniger Exemplare enthält, je präziser die Beschaffenheitsvereinbarung getroffen wurde. Ist im Beispiel ein Gattungskauf vereinbart, kann der Verkäufer nicht mit dem gleichen Fahrzeugmodell nachliefern, das von einem Raucher rücksichtslos in der Stadt bewegt worden ist und immer im Freien stand. Enthält die Gattung kein zweites Stück mit den definierten Merkmalen, ist die Nachlieferung nach § 275 I unmöglich.

Die Schwierigkeit liegt also in der Auslegung der Parteivereinbarungen, insbesondere der Feststellung von Verkehrssitten. Das ist kein spezifisches Problem von echter Stückschuld und Gattungsschuld, sondern Bestandteil der Rechtsgelehrtslehre und ureigenes Betätigungsfeld der Gerichte.

Zwischenergebnis

Bei der Diskussion um die Nachlieferungspflicht beim Stückkauf handelt es sich um ein klassisches Scheinproblem, ausgelöst durch begriffliche Unklarheiten. Befreit man den Begriff des Stückkaufs von wesensfremden Merkmalen lässt sich folgende Differenzierung vornehmen: Beim echten Stückkauf und nur in diesem Sinne sollte der Terminus Stückkauf in Zukunft verwendet werden, ist bei Mängeln nach § 434 I 1 und 2, 435 S. 1 der Nachlieferungsanspruch im Rahmen der Nacherfüllung logisch ausgeschlossen. Eine Unsicherheit verbleibt nur insofern, als die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sich darüber hinwegsetzen könnte. Beim Gattungskauf gewährleistet § 439 I Nachlieferung und Nachbesserung. Treffen die Parteien eine Beschaffenheitsvereinbarung auf der Ebene der individuellen Merkmale der Kaufsache, kann die Abgrenzung zwischen echtem Stückkauf und Gattungskauf in der Praxis regelmäßig dahin stehen. Denn einerseits ist nicht erkennbar, welches Affektionsinteresse die Parteien noch über die individuellen Merkmale der Kaufsache hinausgehend haben können, das in die Vereinbarung einbezogen wird. Zum anderen führt die Begrenzung der Gattung auf Sachen mit den identischen individuellen Merkmalen regelmäßig zur Unmöglichkeit der Nachlieferung nach § 275 I.

G. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat zur Frage der Nachlieferungspflicht beim Stückkauf, wie folgt, Stellung genommen:

I. Urteil des LG Ellwangen⁶⁴⁴

Sachverhalt (verkürzt): Der Kläger (Käufer) kaufte einen Neuwagen VW Golf. Der Wagen wies Roststellen im Kofferraumbereich sowie einen defekten Fensterheber auf. Außerdem wurde das Fahrzeug in Südafrika produziert. Der Kläger verlangte die Neulieferung eines mangelfreien PKW. Die Beklagte (Verkäuferin) lehnte die Nachlieferung ab und bot Nachbesserung an. Widerklagend machte sie den offenen Restkaufpreis von 3000 Euro Zug um Zug gegen Nachbesserung geltend.

Das Landgericht hat die Klage abgelehnt und der Widerklage stattgegeben. Dem Urteil ist hinsichtlich der Klage im Ergebnis, aber nicht in der Begründung zuzustimmen. Der Widerklage kann auch im Ergebnis nicht zugestimmt werden.

Das Landgericht hat den defekten Fensterheber und die Roststellen im Kofferraumbereich zutreffend als Sachmängel nach § 434 I 2 Nr. 1 bzw. Nr. 2 qualifiziert. Damit ist die Tür für das Nachlieferungsverlangen des Käufers nach §§ 439 I Alt. 2, 437 Nr. 1, 434, 433 geöffnet. Die Beklagte hat gegen den Nachlieferungsanspruch u.a. eingewendet, es habe sich bei dem Kauf um einen „Stückkauf“ gehandelt, da ein konkretes Fahrzeug ausgewählt worden sei, das bereits auf dem Hof der Beklagten gestanden habe. Der Kläger hat diese Behauptung bestritten. Das Landgericht hat nicht entschieden, ob ein Stückkauf vorlag. Auch im Falle des Stückkaufs sei die Nacherfüllung durch Ersatzlieferung grundsätzlich möglich, sofern es sich um Sachen handele, die einer vertretbaren Sache wirtschaftlich entsprächen und das Leistungsinteresse des Käufers zufrieden stellten. Diese Aussage des Landgerichts ist richtig, soweit es in Übereinstimmung mit den von ihm angeführten Quellen Stückkauf in diesem Zusammenhang als Gattungskauf versteht. Das Landgericht übernimmt die Begriffsverwirrung, die den Gattungskauf als „Stückkauf über eine

⁶⁴⁴ V. 13.12.2002 – 3 O 219/02; NJW 2003, 517.

vertretbare Sache“ einordnet. Selbstverständlich kann beim Gattungskauf die Nachlieferung durch eine andere Sache aus der Gattung erfolgen und so das Leistungsinteresse des Käufers zufrieden gestellt werden.

Versteht das Landgericht Stückkauf im Sinne des echten Stückkaufs ist seine Aussage auf der Basis des dargestellten logischen Schlusses falsch. Weil Sachmängel nach § 434 I 2 vorliegen, wäre der Nachlieferungsanspruch zwingend ausgeschlossen. Ob ein Verbrauchsgüterkauf vorlag, lässt sich anhand des mitgeteilten Sachverhalts nicht feststellen.

Das Landgericht hätte demnach an sich klären müssen, ob die Parteien einen echten Stückkauf oder einen Gattungskauf vereinbart hatten. Das Argument der Beklagten, es handele sich um einen Stückkauf, weil der Wagen bereits auf ihrem Hof gestanden habe, rechtfertigt dabei nicht die Bejahung eines echten Stückkaufs⁶⁴⁵. Genauso wenig wie das Vorlegen der Ware an der Supermarktkasse einen echten Stückkauf begründet, begründet das Vorhandensein des Kaufgegenstandes beim Verkäufer einen echten Stückkauf. Es handelt sich dabei allenfalls um ein Indiz im Rahmen der Auslegung. Entscheidend war, ob nur der konkret ausgesuchte VW Golf das Leistungsinteresse des Klägers befriedigen konnte. Die Argumentationslast hierfür trug die Beklagte, weil der echte Stückkauf zum Ausschluss der Nachlieferung geführt hätte und ihr damit günstig gewesen wäre. Auf eine Erleichterung der ihr obliegenden Argumentation durch eine bestehende Verkehrssitte hätte sich die Beklagte nicht berufen können. Neuwagen werden wegen ihrer Herstellung in Massenproduktion im Verkehr als austauschbar eingeschätzt. Gründe, warum es dem Kläger entgegen der Verkehrssitte gerade auf den konkreten VW Golf ankam, sind nicht ersichtlich. Das Landgericht hätte damit nötigenfalls keinen echten Stückkauf, sondern in Übereinstimmung mit der Verkehrssitte einen Gattungskauf⁶⁴⁶ annehmen müssen.

Dieses Versäumnis des Landgerichts wirkt sich im Ergebnis aber nicht aus, weil auch im Falle eines Gattungskaufs die Nachlieferung nach § 439 III ausgeschlossen war. Die Beklagte hat zu Recht die Einrede des § 439 III unter Hinweis auf die unverhältnismäßigen Kosten der Nachlieferung erhoben. Das Nachlieferungsverlangen des Klägers konnte also im Ergebnis nicht durchdringen. Entweder lag ein echter

⁶⁴⁵ *Kimmelman/Winter* JA 2003, 532, 533.

⁶⁴⁶ Auch *Kimmelman/Winter* JA 2003, 532, 533 halten einen Gattungskauf im entschiedenen Fall für denkbar.

Stückkauf vor, so dass die Nachlieferung von vornherein ausgeschlossen war, oder ein Gattungskauf, bei dem die Beklagte die Einrede aus § 439 III erhoben hatte. Die Stellungnahme des Landgerichts zur Frage des Nachlieferungsanspruchs beim Stückkauf war folglich gar nicht entscheidungserheblich⁶⁴⁷.

Das Landgericht hat der Widerklage auf Zahlung des Restkaufpreises Zug um Zug gegen Nachbesserung stattgegeben, weil dem Kläger aus §§ 439 I Alt. 1, 437 Nr. 1, 434 ein Recht auf Nachbesserung zustehe. Diese Entscheidung verstößt gegen die Denkgesetze. Denn nicht hinsichtlich aller festgestellten Sachmängel besteht ein Nachbesserungsanspruch. Der defekte Fensterheber und die Roststellen im Kofferraum können durch Nachbesserung nach § 439 Alt. 1 beseitigt werden. Nachdem die Nachlieferung zumindest nicht durchsetzbar ist, verbleibt nur die Nachbesserung als Nacherfüllung.

Der Kläger hat aber auch behauptet, der VW Golf sei entgegen der Zusage der Beklagten nicht in einem EU-Land, sondern in Südafrika hergestellt worden. Das Landgericht geht davon aus, dass es sich dabei nach der Durchsetzung des subjektiven Fehlerbegriffs um einen Sachmangel nach § 434 handelt. Unter der Geltung des uneingeschränkt subjektiven Beschaffenheitsbegriffs, ist diese Einschätzung zu begrüßen. Methodisch ist das Vorgehen des Landgerichts hingegen kritikwürdig. Denn es handelt diesen Sachmangel im Rahmen der Zumutbarkeit der Nachlieferung wegen des Fensterhebers und der Roststellen ab. Zwischen den einzelnen Sachmängeln besteht aber kein Rangverhältnis. Jeder Sachmangel ist unabhängig von den anderen Sachmängeln zu prüfen. Stellt die Produktion des Wagens in Südafrika einen Sachmangel dar, hat der Kläger zunächst Anspruch auf Nacherfüllung nach §§ 439 I, 437 Nr. 1, 434, 433. Der Nachbesserungsanspruch nach § 439 I Alt. 1 scheidet aufgrund der Art des Sachmangels aber aus. Der gelieferte VW Golf kann durch keine Anstrengung nachträglich in einem EU-Land hergestellt werden⁶⁴⁸. Der Wagen ist in Südafrika hergestellt worden. Als in der Vergangenheit liegender Vorgang ist das unumkehrbar. Die Nachbesserung dieses Mangels scheidet aufgrund Unmöglichkeit nach § 275 I aus.

⁶⁴⁷ Nach *Kimmelman/Winter* JA 2003, 532, 532 ist § 439 III nur zu prüfen, wenn man eine Ersatzlieferung auch beim Stückkauf für möglich hält. Demgegenüber wird das Gericht das Bestehen eines Anspruchs grundsätzlich offen lassen können, wenn jedenfalls eine Einrede gegen den etwaigen Anspruch durchgreift.

⁶⁴⁸ Für das Beispiel eines als unfallfrei verkauften Wagens: BT-Drucks. 14/6040, S. 209.

Die Entscheidung über die Widerklage ist damit perplex. Entweder nimmt das Landgericht in seinem Urteil auf alle drei Mängel Bezug. Dann verurteilt es die Beklagte hinsichtlich der Nachbesserung teilweise zu einer unmöglichen Leistung, die sie nicht erbringen kann. Oder es nimmt nur auf die Roststellen und den Fensterheber Bezug. Dann übergeht es den Sachmangel wegen des Produktionsortes. Der Kläger kann wegen des falschen Produktionsortes weiter die Einrede aus § 320 geltend machen. Die Besonderheit des Falles liegt darin, dass im Ergebnis weder Nachbesserung noch Nachlieferung durchgreifen. Die Nachlieferung ist hinsichtlich der Fensterheber und der Roststellen ausgeschlossen bzw. zumindest nicht durchsetzbar. Die Nachbesserung kann wegen des falschen Produktionsortes nicht mehr durchgeführt werden. Eine kumulative Verbindung von Nachbesserung und Nachlieferung ist sinnfrei. Der Beklagte kann nicht sinnvoll verurteilt werden, die Roststellen zu beseitigen und den Fensterheber instand zu setzen und wegen des falschen Produktionsortes einen neuen VW Golf aus einem EU-Land zu liefern. Um zur Zahlung Zug um Zug gegen Nachbesserung verurteilen hätten zu können, hätte hinsichtlich aller Mängel Nachbesserung in Betracht kommen müssen. Allenfalls hätte das Landgericht zur Zahlung Zug um Zug gegen Nacherfüllung verurteilen können, wobei das Problem dann nur auf die Zwangsvollstreckungsebene verlagert worden wäre⁶⁴⁹. Eine Zug-um-Zug-Verurteilung gegen Nachlieferung eines neuen VW Golf⁶⁵⁰ wäre möglich gewesen, wenn die Beklagte die Einrede des § 439 III, einen Gattungskauf unterstellt, wegen der Roststellen, des Fensterhebers und des Produktionsortes nicht erhoben hätte. Dann hätte sie alle Mängel durch Nachlieferung beheben können.

Näher gelegen hätte eine Abweisung der Widerklage als zur Zeit unbegründet, weil die Restkaufpreisforderung nach § 320 einredebehaftet war und keine einheitliche Nacherfüllung in Betracht kam. Erst nachdem sich der Kläger über die Ausübung seiner Gestaltungsrechte aus § 437 Nr. 2 erklärt und damit die Einrede aus § 320 beseitigt hätte, könnte über die Restkaufpreisforderung abschließend entschieden

⁶⁴⁹ In diesem Fall hätte das erkennende Gericht den „Schwarzen Peter“, den es vom Gesetzgeber übernommen hat, nur weiter gereicht.

⁶⁵⁰ Der Käufer würde - kritisch auch *Heinrich ZGS* 2003, 253, 255 - nicht ein Fahrzeug mit späterem Produktionsdatum verlangen können. Der Nachlieferungsanspruch richtet sich nur auf ein neues, ungebrauchtes Fahrzeug gleichen Alters wie das mangelhafte. Hat z.B. der Automobilhersteller ein gleich altes entsprechendes Modell auf Halde, darf der Verkäufer dieses als Ersatzgegenstand liefern.

werden. Ein Ausschluss des Rücktrittsrechts nach § 437 Nr. 2, 434, 433, 323 V 2 nur wegen des falschen Produktionsortes ist dabei in Betracht zu ziehen. Das Landgericht thematisiert die Schwere des Mangels wegen des falschen Produktionsortes im Rahmen der Zumutbarkeit nach § 439 III hinsichtlich der beiden anderen Mängel. Der Kläger habe auf diesen Umstand keinen gesteigerten Wert gelegt. Dies zeige sich nicht zuletzt darin, dass im Klageantrag nicht die Neulieferung eines PKW verlangt werde, der in der EU hergestellt worden sei. Mit dem letzten Satz verstößt das Landgericht gegen den Dispositionsgrundsatz im Zivilprozess. Aus dem Umstand, was der Kläger verlangt, schließt das Gericht auf das Gewicht der Vereinbarung. Dem liegt wohl unausgesprochen die These zugrunde, wonach der Kläger immer das verlangt, was ihm wichtig ist. Der Dispositionsgrundsatz steht dieser These entgegen: Der Kläger darf, egal mit welcher Motivation, weniger verlangen, als vereinbart wurde. Wenn der Kläger also im Klageantrag bewusst⁶⁵¹ nicht die Neulieferung eines in der EU hergestellten Pkw verlangt, beruht das auf seiner Dispositionsfreiheit über den Streitgegenstand. Sein Verzicht auf die EU-Herstellung des nachzuliefernden Wagens im Klageantrag erleichtert dem Beklagten die Nacherfüllung. Er sagt nichts über die ursprüngliche Vereinbarung und deren Gewicht aus. Die Freiheit, über den Streitgegenstand zu bestimmen, verbietet es, den Klageantrag als Mittel der Auslegung der Parteivereinbarung zu verwenden. Alles andere läuft auf eine „self fulfilling prophecy“ hinaus. In der Sache selbst mag das Landgericht Recht haben. Aufgrund des erreichten Grades an Automatisierung der Fertigung in der Automobilindustrie ist der Herstellungsort üblicherweise zu vernachlässigen. Überspitzt formuliert: Dem Käufer eines Neuwagens kann es in der Regel egal sein, wo die Fertigungsautomaten stehen.

Das Urteil des LG Ellwangen weist in Methodik und Logik bedenkliche Schwächen auf. Die Übernahme der Terminologie des „Stückkaufs über eine vertretbare Sache“ wiegt vor diesem Hintergrund weniger schwer.

II. Beschluss des OLG Braunschweig⁶⁵²

⁶⁵¹ Bei einer unbewussten Divergenz des Klägers zwischen dem Inhalt des Sachvortrags und dem Wortlaut des Antrags hätte das Gericht den Kläger darauf hinweisen müssen bzw. den Antrag u.U. auslegen können.

⁶⁵² V. 04.02.2003 – 8 W 83/02; NJW 2003, 1053.

Sachverhalt (gekürzt): Der Kläger erwarb im April 2002 von der Beklagten, einer gewerblichen Autohändlerin, einen am 31.03.2002 erstzugelassenen Pkw Seat Ibiza mit einer Laufleistung von zehn Kilometern⁶⁵³. Das Fahrzeug sollte u.a. ABS und vier Airbags aufweisen, was jedoch nicht zutraf. Der Kläger verlangte Nacherfüllung in Form der Lieferung eines mangelfreien Fahrzeugs, d.h. mit den genannten Ausstattungsmerkmalen. Die Beklagte trug vor, die begehrte Nacherfüllung in Form der Nachlieferung sei unmöglich, weil sie ein gleichartiges Kfz nicht in ihrem Bestand habe und dies auch nicht mehr besorgen könne.

Zunächst stellt das OLG in Übereinstimmung mit dem LG fest, dass das Fehlen des ABS und von zwei Airbags einen Mangel darstellt und die Klägerin deshalb grundsätzlich zur Geltendmachung von Gewährleistungsrechten berechtigt ist. Die Nacherfüllung in Form der Nachlieferung sei nicht wegen Unmöglichkeit nach § 275 ausgeschlossen⁶⁵⁴. Die Beklagte habe nichts Substanziertes vorgetragen, woraus sich die Unmöglichkeit der Nachlieferung ergeben könne. Aus dem Umstand allein, dass sie womöglich kein Fahrzeug mehr im Bestand habe, folge noch keine Unmöglichkeit i.S. des § 275 I.

Das OLG lässt wie das LG Ellwangen offen, ob die Vereinbarung ein echter Stückkauf oder ein Gattungskauf ist. Angenommen, die Parteien haben einen Gattungskauf vereinbart, bedeutet die Aussage des OLG: Beim Gattungskauf trifft den Verkäufer eine in ihrem Umfang von der Parteivereinbarung abhängige Verschaffungspflicht. Der Freiheit, irgendein Stück aus der Gattung liefern zu dürfen, entspricht in der Regel die Pflicht, im Mangelfall auch ein zweites Stück aus der Gattung besorgen zu müssen. Beruft sich der Verkäufer auf Unmöglichkeit der Nachlieferung, trägt er für diesen Ausschlussgrund in Übereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen die Beweislast. Hier hat die Beklagte schon nicht substantiiert dargelegt, warum die Nachlieferung unmöglich sein sollte. Auf das Bestreiten des Klägers hin hat sie keinen Beweis angeboten. Die Beweislastentscheidung führt also dazu, dass die Beklagte weiter zur Nachlieferung verpflichtet ist. Soweit die Beklagte vorträgt, sie

⁶⁵³ *Pammler* NJW 2003, 1992, 1992 deklariert den Kauf sogleich als Stückkauf, obwohl das OLG dazu keine Stellung nimmt. Ähnlich *Heinrich* ZGS 2003, 253, 256. *Canaris* JZ 2003, 831, 832 nimmt begrifflich-formal einen Stückkauf an, wo funktionell-materiell ein Gattungskauf vorliegt.

⁶⁵⁴ Als nachzulieferndes Fahrzeug käme aber nicht ein Fahrzeug mit einem geringfügig höheren Kilometerstand in Betracht (so *Canaris* JZ 2003, 831, 832, 835), wenn der exakte Kilometerstand vereinbarte Beschaffenheit ist. Die Geringfügigkeit der Abweichung ist kein Merkmal des Sachmangels.

habe kein entsprechendes Fahrzeug mehr im Bestand, nimmt sie auf die beschränkte Gattungsschuld oder Vorratsschuld Bezug. Unmöglichkeit tritt bei der Vorratsschuld ein, wenn der gesamte Vorrat des Schuldners erschöpft ist. Weil die Beschränkung der Gattung auf den bei ihr vorhandenen Vorrat eine für die Beklagte günstige Tatsache ist, trägt sie auch hierfür die Darlegungs- und Beweislast. Den entsprechenden Beweisantritt ist sie schuldig geblieben. Es bleibt beim Bestehen des Nachlieferungsanspruchs nach § 439 I Alt. 2.

Unterstellt, die Parteien haben eine echte Stückschuld vereinbart, ergeben die Ausführungen zur Unmöglichkeit bei der Stückschuld keinen Sinn. Der beschriebene logische Schluss verhindert den Nachlieferungsanspruch schon im Ansatz. Auch das OLG übernimmt die Begriffsverwirrung bei der Stückschuld. Die Einschränkung der Nacherfüllung auf Nachbesserung beim echten Stückkauf mag nicht der Intention der Neufassung des Kaufrechts entsprechen, aber umso mehr der Intention der Parteien. Die Aufhebung der Differenzierung zwischen Gattungs- und Stückschuld gilt nur für die Ebene der Nacherfüllung⁶⁵⁵. Warum die Nacherfüllungspflicht beim echten Stückkauf entgegen der Parteivereinbarung auf die Nachlieferung ausgreifen soll, begründet auch das OLG nicht. Insofern ein Verbrauchsgüterkauf vorliegt, kann sich nur aus der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie Abweichendes ergeben.

Holt man die vom OLG – nach seiner Auffassung konsequent – unterlassene Auslegung der Parteivereinbarung nach⁶⁵⁶, liegt ein Gattungskauf vor. Warum die Parteien beim Kauf eines tageszugelassenen Pkw entgegen der Verkehrssitte einen echten Stückkauf vereinbart haben sollten, ist aus dem mitgeteilten Sachverhalt nicht ersichtlich.

Auch der Beschluss des OLG Braunschweig fügt sich damit in die Differenzierung Gattungskauf/echter Stückkauf ein.

H. Ergebnis des dritten Teils

⁶⁵⁵ Siehe Dritter Teil D.V.2.a).

⁶⁵⁶ Nach *Pammler* NJW 2003, 1992, 1993 hätte das OLG die Kaufsache als vertretbare oder nicht vertretbare einordnen müssen.

Der Nachlieferungsanspruch nach § 439 I Alt. 2 ist bei echten Stückkäufen, Mängeln nach §§ 434 I 1 und 2, 435 S. 1 und Nichtverbrauchsgüterkäufen generell logisch ausgeschlossen. Bei Mängeln nach § 434 III ist die Nachlieferung Konsequenz des echten Stückkaufs. Beim Gattungskauf besteht die Nacherfüllung aus beiden Alternativen des § 439 I. Die Nachlieferung ist im Einzelfall wegen Unmöglichkeit nach § 275 I ausgeschlossen. Beim echten Stückkauf kann das Leistungsinteresse des Käufers generell nur mit dem privatautonom einzigartigen Kaufgegenstand erfüllt werden, beim Gattungskauf kann das Leistungsinteresse des Verkäufers generell mit jedem Stück aus der Gattung erfüllt werden. Der Begriff des Stückkaufs sollte in Zukunft nur noch in der Bedeutung des echten Stückkaufs verwendet werden. Unechtem Stückkauf und dem Stückkauf über eine vertretbare Sache sollte nur noch rechtshistorischer Wert als Beispiel für verfehlte Begriffsjurisprudenz zukommen. Wissenschaft und Praxis sollten ihr Augenmerk wieder stärker auf die Auslegung der Parteivereinbarung im Einzelfall und deren dogmatische Grundlagen richten, anstatt sich in Stellvertreterkriegen über Begrifflichkeiten zu verlustieren.

Auch die Differenzierung zwischen echtem Stückkauf und Gattungskauf könnte in Zukunft aufgegeben werden, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind: Erstens müsste der Sachmangel nach § 434 I 1 und 2 sämtliche Regelungen eines Kaufvertrags erfassen können. Zweitens müsste ausgeschlossen sein, dass die Parteien über die Beschaffenheit hinaus ein Interesse an einer Beschränkung des Kaufgegenstandes haben können. Dann lägen nur noch Gattungskäufe vor. Die Bestimmtheit der Beschaffenheitsvereinbarung würde die Weichen für die Nachlieferung nach § 439 I Alt. 2 stellen. Zumindest die erste Voraussetzung für die Aufgabe der Unterscheidung zwischen echtem Stückkauf und Gattungskauf ist nach der im ersten Teil vertretenen Auffassung erfüllt.

Die Aufhebung der dogmatischen Unterschiede zwischen Stückkauf und Gattungskauf hinsichtlich der Frage der Leistungspflicht ist uneingeschränkt zu befürworten. Die Regelung des § 439 I ist als dispositives Gesetzesrecht übersichtlich und klar. Weil sich die Differenzierung in den Alternativen des § 439 I je nach Stückkauf oder Gattungskauf aus der Parteivereinbarung ergibt, ist § 439 I hinsichtlich der Regelungsdichte kein Vorwurf zu machen. Bei konsequenter Orientierung am Parteiwillen ergeben sich die einschlägigen Nacherfüllungsvarianten von selbst. Ist § 439 I

gelingen, muss sich auf der anderen Seite der Gesetzgeber vorwerfen, durch eine uneinheitliche, missverständliche und teilweise kryptische Ausdrucksweise in den Gesetzesmaterialien die aufgekommene Begriffsverwirrung entscheidend gefördert zu haben.

Resümee

Die Qualität der untersuchten Normen ist unterschiedlich. Beim Sachmangel nach § 434 I 1 und 2 beseitigt der Gesetzgeber erfreulicherweise überkommene theoretische Abgrenzungen. Stattdessen rücken andere Abgrenzungen in den Vordergrund. Bei diesen verzichtet der Gesetzgeber weitgehend auf Stellungnahmen. Die Ursache hierfür kann maßgeblich in dem Zeitdruck, unter dem die Schuldrechtsreform zustande gekommen ist, gesehen werden. Bei einer eingehenden Aufbereitung der Thematik hätte auch die Aufnahme der Verkäuferhaltbarkeitsgarantie in § 443 mit ihren handwerklichen Schwächen vermieden werden können. § 439 ist hinsichtlich seiner Normstruktur gelungen. Die jeweilige Parteivereinbarung führt zur Differenzierung innerhalb der Nacherfüllung.

Die Regelungen der §§ 434 I 1 und 2 und § 443 lassen sich einfacher und übersichtlicher darstellen. §§ 434 I 1 und 2 und § 443 können nicht als Beispiel für eine hohe Kunst der Gesetzessprache und –systematik dienen. Der gleiche Nutzen wäre mit einem geringeren Aufwand an Differenzierungen erreichbar gewesen. Bei § 439 I wird die Rechtsklarheit durch Begriffsverwirrungen gefährdet.

Literaturverzeichnis

Ackermann, Thomas: Die Nacherfüllungspflicht des Stückverkäufers,
in: JZ 2002, 378 - 385

Amann, Hermann/Brambring, Günter/Hertel, Christian: Vertragspraxis nach neuem
Schuldrecht, 2. Aufl., München 2003 (zit: *Amann/Brambring/Hertel*)

Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
München 2003 (zit: *Bamberger/Roth/Bearbeiter*)

Bärenz, Christian: Die Auslegung der überschießenden Umsetzung von Richtlinien
am Beispiel des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, in: DB 2003, 375 –
376

Barnert, Thomas: Mängelhaftung beim Unternehmenskauf zwischen
Sachgewährleistung und Verschulden bei Vertragsschluss im neuen Schuldrecht, in:
WM 2003, 416 – 425

Basedow, Jürgen: Der Bundesgerichtshof, seine Rechtsanwälte und die
Verantwortung für das europäische Privatrecht, S. 651 - 681, in: *Pfeiffer,
Gerd/Kummer, Joachim/Scheuch Silke* (Hrsg.), Festschrift für Hans Erich Brandner
zum 70. Geburtstag, Köln 1996 (zit: *Basedow*, in: Festschrift für Brandner)

Beisel, Wilhelm/Klumpp, Hans-Hermann: Der Unternehmenskauf, 4. Aufl., München
2003 (zit: *Beisel/Klumpp*)

Bernreuther, Friedrich: Sachmangelhaftung durch Werbung, in: WRP 2002, 368 –
388

Bernreuther, Friedrich: Sachmangelhaftung und Werbung, in: MDR 2003, 63 – 68

Bitter, Georg/Meidt, Eva: Nacherfüllungsrecht und Nacherfüllungspflicht des
Verkäufers im neuen Schuldrecht, in: ZIP 2001, 2114 – 2124

Bleckmann, Albert: Europarecht, Das Recht der Europäischen Union und der
Europäischen Gemeinschaften, 6. Aufl., Köln 1997 (zit: *Bleckmann*)

Boerner, Dietmar: Kaufrechtliche Sachmängelhaftung und Schuldrechtsreform, in:
ZIP 2001, 2264 – 2273

Brambring, Günter: Schuldrechtsreform und Grundstückskaufvertrag, in: DNotZ 2001, 590 – 614

Brechmann, Winfried: Die richtlinienkonforme Auslegung, zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der EG-Richtlinie, München 1994 (zit: *Brechmann*, Die richtlinienkonforme Auslegung)

Brors, Christiane: Zu den Konkurrenzen im neuen Kaufgewährleistungsrecht, in: WM 2002, 1780 – 1784

Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich: Allgemeines Schuldrecht, 29. Aufl., München 2003 (zit: *Brox/Walker*, AT)

Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich: Besonderes Schuldrecht, 28. Aufl., München 2003 (zit: *Brox/Walker*, BT)

Brüggemeier, Gert: Das neue Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches – Eine kritische Bestandsaufnahme, in: WM 2002, 1376 – 1387

Büdenbender, Ulrich: Das Kaufrecht nach dem Schuldrechtsreformgesetz (Teil I), in: DSStR 2002, 312 – 318

Büdenbender, Ulrich: Das Kaufrecht nach dem Schuldrechtsreformgesetz (Teil II), in: DSStR 2002, 361 – 366

Canaris, Claus Wilhelm: Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner Materialisierung, in: AcP 200 (2000), 273 – 364

Canaris, Claus-Wilhelm: Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf, in: JZ 2003, 831 – 838

Canaris, Claus-Wilhelm: Die Neuregelung des Leistungsstörungs- und des Kaufrechts – Grundstrukturen und Problemschwerpunkte, S. 5 – 100, in: *Lorenz, Egon* (Hrsg.): Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung, Karlsruhe 2003 (zit: *Canaris*, Karlsruher Forum)

Canaris, Claus-Wilhelm: Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, S. 49 – 103, in: *Koziol, Helmut/Rummel, Peter*: Im Dienste der Gerechtigkeit, Festschrift für Franz Bydlinsky, 2002 (zit: *Canaris*, in: Festschrift für Bydlinsky)

Canaris, Claus-Wilhelm: Schuldrechtsmodernisierung 2002, München 2002

(zit: *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung)

Dauner-Lieb, Barbara/Heidel, Thomas/ Lepa Manfred/Ring, Gerhard (Hrsg.):

Anwaltkommentar Schuldrecht, Bonn 2002 (zit: *Bearbeiter*, in: AnwKomm-BGB)

Dauner-Lieb, Barbara/Thiessen, Jan: Garantiebeschränkungen in

Unternehmenskaufverträgen nach der Schuldrechtsreform, in: ZIP 2002, 108 – 114

Dauner-Lieb, Die Schuldrechtsreform – Das große juristische Abenteuer, in: DStR

2001, 1572 – 1576

Dauner-Lieb: Ein Jahr Schuldrechtsreform – Eine Zwischenbilanz, in: ZGS 2003,

10 – 13

Dörner, Heinrich/Ebert, Ina/Eckert, Jörn/Hoeren, Thomas/Kemper, Rainer/Saenger,

Ingo/ Schulte-Nölke, Hans/Schulze, Reiner/Staudinger, Ansgar: Bürgerliches

Gesetzbuch, Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2003 (zit: HK-

BGB/*Bearbeiter*)

Dörner, Heinrich: Die Integration des Verbraucherrechts in das BGB, S. 177 – 188,

in: *Schulze, Reiner/Schulte-Nölke, Hans*: Die Schuldrechtsreform vor dem

Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001 (zit: *Dörner*, in:

Schulze/Schulte-Nölke)

Ehmann, Horst/Sutschet, Holger: Modernisiertes Schuldrecht: Lehrbuch der

Grundsätze des neuen Rechts und seiner Besonderheiten, München 2002 (zit:

Ehmann/Sutschet)

Eidenmüller, Horst: Rechtskauf und Unternehmenskauf, in: ZGS 2002, 290 – 296

Erman, Walter: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 10. Aufl.,

Münster 2000 (zit: *Erman/Bearbeiter*)

Ernst, Wolfgang/Gsell, Beate: Kaufrechtsrichtlinie und BGB, in: ZIP 2000, 1410 –

1427

Ernst, Wolfgang/Gsell, Beate: Nochmals für die „kleine“ Lösung, in: ZIP 2000,

1812 – 1816

Esser, Josef/Weyers, Hans-Leo: Schuldrecht Band II, Besonderer Teil, Teilband 1, 8.

Aufl., Heidelberg 1998 (zit: *Esser/Weyers*, SchR BT II/1)

Feller, Lutz: Sachmängel beim Kauf – Möglichkeiten und Grenzen vertraglicher Gestaltung, insbesondere beim Grundstückskauf, in: *MittBayNot* 2003, 81 – 96

Fikentscher, Wolfgang: Schuldrecht, 9. Aufl., Berlin 1997 (zit: *Fikentscher*, Schuldrecht)

Finkenauer, Thomas: „Garantiehafung“ des Verkäufers für Sachmängel?, in: *WM* 2003, 665 – 669

Flume, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Berlin 1979 (zit: *Flume*, AT)

Flume, Werner: Eigenschaftsirrtum und Kauf, Münster 1948 (zit: *Flume*, Eigenschaftsirrtum)

Franzen, Martin: „Heininger“ und die Folgen: ein Lehrstück zum Gemeinschaftsprivatrecht, in: *JZ* 2003, 321 – 332

Gasteyer, Thomas/Branscheid, Michaela: Garantie und Haftungsausschluss beim Unternehmenskauf, in: *AG* 2003, 307 – 316

Gaul, Björn: Schuldrechtsmodernisierung und Unternehmenskauf, in: *ZHR* 166 (2002), 35 – 71

Gernhuber, Joachim: Das Schuldverhältnis - Handbuch des Schuldrechts (in Einzeldarstellungen) hrsg. von *Joachim Gernhuber*, Band 8, Tübingen 1989 (zit: *Gernhuber*, Schuldverhältnis)

Gierke, Klaus von/Paschen, Uwe: Mängelgewährleistung beim Unternehmenskauf, in: *GmbHR* 2002, 457 – 464

Grigoleit, Christoph: Reformperspektiven der vorvertraglichen Informationshaftung, S. 269 – 294, in: *Schulze, Reiner/Schulte-Nölke, Hans*: Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001 (zit: *Grigoleit*, in: *Schulze/Schulte-Nölke*)

Grigoleit, Hans Christoph/Herresthal, Carsten: Die Beschaffenheit und ihre Typisierungen in § 434 I BGB, in: *JZ* 2003, 233 – 239

Grigoleit, Hans Christoph/Herresthal, Carsten: Grundlagen der Sachmängelhaftung im Kaufrecht, in: *JZ* 2003, 118 – 127

- Grigoleit, Hans Christoph/Riehm, Thomas*: Grenzen der Gleichstellung von Zuwenig-Leistung und Sachmangel, in: ZGS 2002, 115 – 122
- Gronstedt/Jörgens*: Die Gewährleistungshaftung bei Unternehmensverkäufen nach dem neuen Schuldrecht, in: ZIP 2002, 52 – 65
- Gruber, Urs Peter*: Die Nacherfüllung als zentraler Rechtsbehelf im neuen deutschen Kaufrecht – eine methodische und vergleichende Betrachtung zur Auslegung, S: 187 – 203, in: *Helms, Tobias/Neumann, Daniela/Caspers, Georg/Sailer, Rita/Schmidt-Kessel, Martin* (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001, Stuttgart 2001 (zit: *Gruber*, in: Jb.J.ZivRWiss. 2001)
- Gruber, Urs Peter*: Neues Kaufrecht – Umsatz- und Ertragsangaben beim Unternehmenskauf, in: MDR 2002, 433 – 437
- Grundmann, Stefan/Bianca Cesare Massimo* (Hrsg): Kommentar zur EU-Kaufrechtsrichtlinie, Köln 2002 (zit: *Bearbeiter*, in: *Grundmann/Bianca*, EU-Kaufrechtsrichtlinie)
- Grunewald, Barbara*: Rechts- und Sachmängelhaftung beim Kauf von Unternehmensanteilen, in: NZG 2003, 372 – 374
- Gursky, Karl-Heinz*: Schuldrecht Besonderer Teil, 4. Aufl., Heidelberg 2002 (zit: *Gursky*, SchR BT)
- Haas, Lothar/Medicus, Dieter/Rolland, Walter/Schäfer, Carsten/Wendtland, Holger*: Das neue Schuldrecht, München 2002 (zit: *Haas/Medicus*)
- Haas, Lothar*: Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes: Kauf- und Werkvertragsrecht, in: BB 2001, 1313 – 1321
- Habersack, Mathias/Mayer, Christian*: Die überschießende Umsetzung von Richtlinien, in: JZ 1999, 913 – 921
- Häublein, Martin*: Der Beschaffenheitsbegriff und seine Bedeutung für das Verhältnis der Haftung aus culpa in contrahendo zum Kaufrecht, in: NJW 2003, 388 – 393
- Heinemann, Andreas/Pickartz, Thomas*: Die Nacherfüllung beim Stückkauf, in: ZGS 2003, 149 – 156

- Heinrich, Martin*: Die Abwehr des Anspruchs des Käufers auf Nacherfüllung, in: ZGS 2003, 253 – 258
- Heiseke, Jürgen*: Nochmals: Gewährleistung und Garantie und deren Fristen beim Kauf, in: NJW 1967, 238
- Hennrichs, Joachim*: Die Bedeutung der EG-Bilanzrichtlinie für das deutsche Handelsbilanzrecht, in: ZGR 1997, S. 66 – 88
- Henssler, Martin/Graf von Westphalen, Friedrich* (Hrsg.): Praxis der Schuldrechtsreform, Recklinghausen 2001 (zit: *Bearbeiter*, in: *Henssler/Graf von Westphalen*)
- Henssler, Martin/Graf von Westphalen, Friedrich* (Hrsg.): Praxis der Schuldrechtsreform, 2. Aufl., Recklinghausen 2003 (zit: *Bearbeiter*, in: *Henssler/Graf von Westphalen*, 2. Aufl.)
- Hilgard, Mark/Kraayvanger, Jan*: Unternehmenskauf – Rechtsfolgen eines selbstständigen Garantieverprechens nach der Reform, in: MDR 2002, 678 – 683
- Hoeren, Thomas/Martinek, Michael*: Systematischer Kommentar zum Kaufrecht, Recklinghausen 2002 (zit: Systematischer Kommentar/*Bearbeiter*)
- Hommelhoff, Peter*: Die Rolle der nationalen Gerichte bei der Europäisierung des Privatrechts, S. 889 – 925, in: *Heldrich, Andreas/Hopt, Klaus* (Hrsg.): 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band II, München 2000 (zit: *Hommelhoff*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof)
- Huber Peter/Faust Florian*: Schuldrechtsmodernisierung, Einführung in das neue Recht, München 2002 (zit: *Bearbeiter*, in: *Huber/Faust*)
- Huber, Peter*: Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht, in: NJW 2002, 1004 – 1008
- Huber, Peter*: Kaufrecht - Made in Europe!, Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Folgen für das deutsche Gewährleistungsrecht, S. 297 – 321, in: *Gottwald, Peter/Jayme, Erik/Schwab, Dieter* (Hrsg.), Festschrift für Dieter Henrich, Bielefeld 2000 (zit: *Huber*, Kaufrecht – Made in Europe!)
- Huber, Ulrich*: Die Praxis des Unternehmenskauf im System des Kaufrechts, in: AcP 202 (2002), 179 – 242

Huber, Ulrich: Die Schadensersatzhaftung des Verkäufers wegen Nichterfüllung der Nacherfüllungspflicht und die Haftungsbegrenzung des § 275 Abs. 2 BGB neuer Fassung, S. 521 – 567, in: *Schwenzer, Ingeborg/Hager, Günter* (Hrsg.), Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, Tübingen 2003 (zit: *Huber*, in: Festschrift für Schlechtriem)

Huber, Ulrich: Mängelhaftung beim Kauf von Gesellschaftsanteilen, in: *ZGR* 1972, 395 – 420

Immenga Ulrich: Fehler oder zugesicherte Eigenschaft, in: *AcP* 171 (1971), 1 – 18

Jacobs, Matthias: Die kaufrechtliche Nacherfüllung, S. 371 – 394, in: *Dauner-Lieb, Barbara/Konzen, Horst/Schmidt, Karsten* (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, Köln 2003 (zit: *Jacobs*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*)

Jaques, Henning: Haftung des Verkäufers für arglistiges Verhalten beim Unternehmenskauf – zugleich eine Stellungnahme zu § 444 BGB n.F., in: *BB* 2002, 417 – 423

Jauernig, Othmar (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl., München 2003 (zit: *Jauernig/Bearbeiter*)

Jorden, Simone/Lehmann, Michael: Verbrauchsgüterkauf und Schuldrechtsmodernisierung, in: *JZ* 2001, 952 – 965

Kimmelmann, Wolfgang/Winter, Ralf: Besprechung zum Urteil des LG Ellwangen v. 13.12.2002 – 3 O 219/02, in: *JA* 2003, 532 – 534

Kindl, Johann: Unternehmenskauf und Schuldrechtsmodernisierung, in: *WM* 2003, 409 – 415

Kirchhof, Paul: Sprachstil und System als Geltungsbedingung des Gesetzes, in: *NJW* 2002, 2760 – 2761

Kittner, Michael/Zwanziger, Bertram (Hrsg.): Arbeitsrecht: Handbuch für die Praxis, Frankfurt am Main 2001 (zit: *Bearbeiter*, in: *Kittner/Zwanziger*)

Kluth, Peter/Böckmann, Julius/Grün, Anselm: Beratungshaftung – Bewertungskriterien für rechtsverbindliche Aussagen beim Sachkauf, in: *MDR* 2003, 241 – 247

Knöpfle, Robert: Der Fehler beim Kauf, München 1989 (zit: *Knöpfle*)

- Knott, Hermann*: Unternehmenskauf nach der Schuldrechtsreform, in: NZG 2002, 249 – 255
- Köhler, Helmut*: Anmerkung zu BGH v. 11.6.1986 – VIII ZR 181/85, in: JZ 1986, 957 – 958
- Kohte, Wolfhard/Micklitz, Hans-W./Rott, Peter/Tonner, Klaus/Willingmann, Armin*: Das neue Schuldrecht, Kompaktcommentar, Neuwied 2003 (zit: *Bearbeiter*, in: Kompaktcommentar)
- Koller, Ingo*: Umweltfehler und zugesicherte Sacheigenschaften, in: NJW 1981, 1768 – 1769
- Kropholler, Jan*: Studiencommentar BGB, 5. Aufl., München 2002 (zit: *Kropholler*)
- Lange, Oliver*: Ungelöste Rechtsfragen der gesetzlichen Unternehmensmangelgewährleistung, in: ZGS 2003, 300 – 306
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft 3. Aufl., Berlin 1995 (zit: *Larenz/Canaris, Methodenlehre*)
- Larenz, Karl/Wolf, Manfred*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., München 1997 (zit: *Larenz/Wolf*)
- Larenz, Karl*: Lehrbuch des Schuldrechts, Band II: Besonderer Teil, 1. Halbband, 13. Aufl., München 1986 (zit: *Larenz, SchR II/1*)
- Laws, Jutta*: Strukturen des Kauf-, Werkvertrags- und Werklieferungsvertragsrechts nach der Schuldrechtsreform, in: MDR 2002, 320 – 327
- Lehmann, Michael*: Informationsverantwortung und Gewährleistung für Werbeangaben beim Verbrauchsgüterkauf, in: JZ 2000, 280 – 293
- Lenz, Carl Otto* (Hrsg.): Commentar zum EG-Vertrag, 2. Aufl., Köln 1999 (zit: *Lenz/Bearbeiter, EG-Vertrag*)
- Loebell, Klaus*: Die Haltbarkeitsgarantie, in: BB 1973, 1237 – 1239
- Looschelders, Dirk*: Beschaffenheitsvereinbarung, Zusicherung, Garantie, Gewährleistungsausschluss, S. 395 – 410, in: *Dauner-Lieb, Barbara/Konzen, Horst/Schmidt, Karsten* (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, Köln 2003 (zit: *Looschelders*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*)

Looschelders, Dirk: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Köln 2003 (zit: *Looschelders, SchR AT*)

Lorenz, Stephan/Riehm, Thomas: Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München 2002 (zit: *Lorenz/Riehm*)

Lorenz, Stephan: Schadensersatz wegen Pflichtverletzung – ein Beispiel für die Überhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform, in: *JZ* 2001, 742 – 745

Maier-Reimer, Georg: Unternehmenskauf und neues Schuldrecht, S. 61 – 97, in: *Eckert, Jörn/Delbrück, Jost* (Hrsg.), Reform des deutschen Schuldrechts, Baden-Baden 2003 (zit: *Maier-Reimer*, in: *Eckert/Delbrück*)

Mankowski, Peter: „Golf-Fenster“, in: *EWiR* 2003, 315 – 316

Medicus, Dieter: Allgemeiner Teil des BGB, 8. Aufl., Heidelberg 2002 (zit: *Medicus, AT*)

Medicus, Dieter: Bürgerliches Recht: Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 18. Aufl., Köln 1999 (zit: *Medicus, Bürgerliches Recht, 18. Aufl.*)

Medicus, Dieter: Bürgerliches Recht: Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 19. Aufl., Köln 2002 (zit: *Medicus, Bürgerliches Recht, 19. Aufl.*)

Medicus, Dieter: Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo, in: *JuS* 1965, 209 – 218

Medicus, Dieter: Schuldrecht II, Besonderer Teil, 11. Aufl., München 2003 (zit: *Medicus, SchR II*)

Mischke, Winfried: Die Garantie im Kaufrecht, in: *BB* 1995, 1093 – 1096

Mössle, Klaus: Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf – neue Tendenzen, in: *BB* 1983, 2146 – 2153

Müller, Gerd: Der Garantievertrag im Kaufrecht, in: *ZIP* 1981, 707 – 716

Müller, Markus: Die Umgehung des Rechts des Verbrauchsgüterkaufs im Gebrauchtwagenhandel, in: *NJW* 2003, 1975 – 1980

- Musielak, Hans-Joachim*: Grundkurs BGB, 7. Aufl., München 2002 (zit: *Musielak, GK BGB*)
- Oechsler, Jürgen*: Schuldrecht Besonderer Teil Vertragsrecht, München 2003 (zit: *Oechsler*)
- Oestmann, Peter*: Verkehrssitte, Privatautonomie und spontane Ordnung, in: *KritV* 2002, 410 – 437
- Oetker, Hartmut/Maultzsch, Felix*: Vertragliche Schuldverhältnisse, Berlin 2002 (zit: *Oetker/Maultzsch*)
- Olzen, Dirk/Wank, Rolf*: Die Schuldrechtsreform – Eine Einführung, Köln 2002 (zit: *Olzen/Wank*)
- Palandt, Otto*: Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Aufl., München 2003 (zit: *Palandt/Bearbeiter*)
- Pammler, Sebastian*: Zum Ersatzlieferungsanspruch beim Stückkauf, in: *NJW* 2003, 1992 – 1994
- Petersen, Jens*: Die Nacherfüllung, in: *JURA* 2002, 461 – 464
- Pfeiffer, Thomas*: Systemdenken im neuen Leistungsstörungen- und Gewährleistungsrecht, in: *ZGS* 2002, 23 – 32
- Protokolle*: der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band II., Recht der Schuldverhältnisse, Abschn. II, Tit. 2 – 20, Abschn. III, IV., 1898 (zit: *Prot. II*)
- Rabel, Ernst*: Das Recht des Warenkaufs, Eine rechtsvergleichende Darstellung, 2. Band, Berlin Tübingen 1958 (zit: *Rabel, Warenkauf*)
- Rebmann, Kurt/Säcker, Franz Jürgen/* (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1 – 240, 3. Aufl., München 1993; Band 3, Schuldrecht, Besonderer Teil I, §§ 433 – 606, 3. Aufl., München 1995 (zit: *MünchKommBGB/Bearbeiter*)
- Rebmann, Kurt/Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland* (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241 – 432, 4. Aufl., München 2003 (zit: *MünchKommBGB/Bearbeiter*)

Rehberg, Markus: Mängel beim Unternehmenskauf: Ein Share-Deal mit Tücken, in: ZGS 2002, 456 – 460

Reinicke, Dietrich/Tiedtke, Klaus: Kaufrecht, 6. Aufl., Neuwied 1997 (zit: *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht)

Reinking, Kurt: Auswirkungen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes auf den Neu- und Gebrauchtwagenkauf, in: DAR 2001, 8 – 15

Reinking, Kurt: Bastlerautos und rollender Schrott – das neue Kaufrecht in der Praxis des Gebrauchtwagenhandels, in: ZGS 2003, 361

Reinking, Kurt: Nacherfüllung beim Autokauf, in: zfs 2003, 57 – 63

Röhl, Klaus: Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl., Köln 2001 (zit: *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre)

Roth, Wulf-Henning: Der nationale Transformationsakt: Vom Punktuellen zum Systematischen, S. 113 – 142, in: *Grundmann, Stefan/Medicus, Dieter/Rolland, Walter* (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts Köln 2000 (zit: *Roth*, in: *Grundmann/Medicus/Rolland*)

Sachs, Michael (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl., 2003 (zit: *Bearbeiter*, in: *Sachs*)

Schaub, Günter/Koch, Ulrich/Linck, Rüdiger: Arbeitsrechtshandbuch: systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 10. Aufl., München 2002 (zit: *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch)

Schaub, Renate: Beratungsvertrag und Sachmängelgewährleistung nach der Schuldrechtsmodernisierung, in: AcP 202 (2002), 757 – 807

Schellhammer, Kurt: Das neue Kaufrecht – Rechtsmängelhaftung, Rechtskauf und Verbrauchsgüterkauf, in: MDR 2002, 485 – 490

Schellhammer, Kurt: Die Haftung des Verkäufers für Sach- und Rechtsmängel – Neue Struktur und neuer Mangelbegriff, in: MDR 2002, 241 – 246

Schermaier, Martin Josef: Rechtsangleichung und Rechtswissenschaft im kaufrechtlichen Sachmängelrecht, S. 1 – 25, in: *Schermaier, Martin Josef* (Hrsg.), Verbraucherkauf in Europa, Altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der

Richtlinie 1999/44/EG, München 2003 (zit: *Schermaier*, in: *Schermaier*, Verbraucherkauf in Europa)

Schimmel, Roland/Buhlmann, Dirk (Hrsg.): Frankfurter Handbuch zum neuen Schuldrecht, Neuwied 2002 (zit: *Bearbeiter*, in: *Schimmel/Buhlmann*)

Schinkels, Boris: Zur Abgrenzung von zulässiger Beschaffenheitsvereinbarung und Umgehung der Gewährleistung beim Verbrauchsgüterkauf, in: ZGS 2003, 310 – 316

Schlechtriem, Peter, Das geplante Gewährleistungsrecht im Licht der europäischen Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf, S. 205 – 224, in: *Ernst, Wolfgang/Zimmermann, Reinhard* (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform: zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz, Tübingen 2001 (zit: *Schlechtriem*, in: *Ernst/Zimmermann*)

Schlechtriem, Peter: Schuldrecht Besonderer Teil, 6. Aufl., Tübingen 2003 (zit: *Schlechtriem*, SchR BT)

Schmidt, Rudolf: Die Falschlieferung beim Kauf, in: NJW 1962, 710 – 716

Schmidt-Räntsch, Jürgen: Der Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, in: ZIP 2000, 1639 – 1645

Schneider, Egon: Logik für Juristen: die Grundlagen der Denklehre und der Rechtsanwendung, 5. Aufl., München 1999 (zit: *Schneider*, Logik für Juristen)

Schubel, Christian: Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Das neue Kaufrecht, in: JuS 2002, 313 – 319

Schubert, Werner: Deutsches Kaufrecht, Berlin 1937 (zit: *Schubert*, Kaufrecht)

Schulte-Nölke, Hans: Anforderungen an haftungseinschränkende Beschaffenheitsvereinbarungen beim Verbrauchsgüterkauf, in: ZGS 2003, 184 – 188

Schulze, Götz: Falschlieferung beim Speziaukauf – Unzulänglichkeiten des Gesetzes?, in: NJW 2003, 1021 – 1022

Schulze, Götz: Rechtsfragen des Selbstbedienungskaus, in: AcP 201 (2001), 232 - 255

Schulze, Reiner: Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts - Einführung, S. 9 – 25, in: *Schulze, Reiner* (Hrsg.): Auslegung Europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts, Baden-Baden 1999 (zit: *Schulze*, in: *Schulze*)

Schwab, Martin/Witt, Carl-Heinz: Einführung in das neue Schuldrecht, München 2002 (zit: *Bearbeiter*, in: *Schwab/Witt*)

Schwab, Martin/Witt, Carl-Heinz: Examenswissen zum neuen Schuldrecht, 2. Aufl., München 2003 (zit: *Bearbeiter*, in: *Schwab/Witt*, 2. Aufl.)

Schwab, Martin: Das neue Schuldrecht im Überblick, in: *JuS* 2002, 1 – 7

Seibt, Christoph/Reiche, Felix: Unternehmens- und Beteiligungskauf nach der Schuldrechtsreform (Teil I), in: *DStR* 2002, 1135 – 1141

Singer, Reinhard: Fehler beim Kauf – Zum Verhältnis von Mängelgewährleistung, Irrtumsanfechtung und culpa in contrahendo, S. 381 – 405, in: *Canaris, Claus Wilhelm/Heldrich, Andreas* (Hrsg.): 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band I, München 2000 (zit: *Singer*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof)

Soergel, Hans Theodor: Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht I, §§ 241 – 432, 12. Aufl. Stuttgart 1990; Band 3, Schuldrecht II, §§ 433- 515, 12. Aufl., Stuttgart 1991 (zit: *Soergel/Bearbeiter*)

Spickhoff, Andreas: Der Nacherfüllungsanspruch des Käufers: Dogmatische Einordnung und Rechtsnatur, in: *BB* 2003, 589 – 594

Staudenmayer, Dirk, EG-Richtlinie 1999/44/EG zur Vereinheitlichung des Kaufgewährleistungsrechts, S. 27 – 47, in: *Grundmann, Stefan/Medicus, Dieter/Rolland, Walter* (Hrsg), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts Köln 2000 (zit: *Staudenmayer*, in: *Grundmann/Medicus/Rolland*)

Staudinger, Julius von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zu §§ 241 ff., §§ 241 – 243, 13. Bearbeitung, Berlin 1995; Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 433 – 534, 13. Bearbeitung, Berlin 1995 (zit: *Staudinger/Bearbeiter*)

Thier, Andreas: Aliud- und Minus-Lieferung im neuen Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, in: *AcP* 203 (2003), 399 – 428

- Tonner, Klaus/Rehse, Steven*: Kaufrecht, S. 111 – 187, in: *Hirse, Thomas/Tonner, Klaus/Rehse, Steven/Jeschke, Anja/Willingmann, Armin*, Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, Rostock 2003 (zit: *Tonner*, Kaufrecht)
- Triebel, Volker/Hölzle, Gerrit*: Schuldrechtsreform und Unternehmenskaufverträge, in: *BB* 2002, 521 – 537
- Tröger, Tobias*: Zum Systemdenken im europäischen Schuldvertragsrecht – Probleme der Rechtsangleichung durch Richtlinien am Beispiel der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, in: *ZEuP* 2003, 525 – 540
- Walter, Gerhard*: Kaufrecht – Handbuch des Schuldrechts (in Einzeldarstellungen) hrsg. von *Joachim Gernhuber*, Band 6, Tübingen 1987 (zit: *Walter*, Kaufrecht)
- Wälzholz, Eckhard*: Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf Gesellschaften und Geschäftsanteilsabtretungen, in: *DStR* 2002, 500 – 508
- Weiler, Frank*: Haftung für Werbeangaben nach dem neuen Kaufrecht, in: *WM* 2002, 1784 – 1794
- Weitnauer, Wolfgang*: Der Unternehmenskauf nach neuem Kaufrecht, in: *NJW* 2002, 2511 – 2517
- Wenzel, Henning*: Kaufrechtliche Probleme in der Unternehmenspraxis und Lösungsvorschläge, in: *DB* 2003, 1887 – 1894
- Westermann, Harm Peter* (Hrsg.): Das Schuldrecht 2002, Stuttgart 2002 (zit: *Westermann/Bearbeiter*)
- Westermann, Harm Peter*: Das neue Kaufrecht einschließlich des Verbrauchsgüterkaufs, in: *JZ* 2001, 530 – 542
- Westermann, Harm Peter*: Das neue Kaufrecht, in: *NJW* 2002, 241 – 253
- Wieser, Eberhard*: Eine Revolution des Schuldrechts, in: *NJW* 2001, 121 – 124
- Wieser, Eberhard*: Leistungsstörungen bei der Nacherfüllung des Kaufvertrags, in: *JR* 2002, 269 – 271
- Wolf, Manfred/Kaiser, Jochen*: Die Mängelhaftung beim Unternehmenskauf nach neuem Recht, in: *DB* 2002, 411 – 420

Wunderlich, Nils-Christian: Die kaufrechtliche Haftung beim asset deal nach dem SchuldRModG, in: WM 2002, 981 – 990

Zahn, Herbert: Der kaufrechtliche Nacherfüllungsanspruch – ein Trojanisches Pferd im Leasingvertrag?, in: DB 2002, 985 – 992

Zerres, Thomas: Das neue Sachmängelrecht beim Kauf, in: VuR 2002, 3 – 15

Ziegler, Benno/Rieder, Markus: Vertragsgestaltung und Vertragsanpassung nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: ZIP 2001, 1789 – 1799

Zimmer, Daniel/Eckhold, Thomas: Das neue Gewährleistungsrecht beim Kauf, in: JURA 2002, 145 – 154

Zimmer, Daniel: Das neue Recht der Leistungsstörungen, in: NJW 2002, 1 – 12

Lebenslauf

Persönliche Daten:

Achim Kunkel

Geburtsdatum: 9. Mai 1974

Geburtsort: Aschaffenburg

Ausbildung und Beruf:

1985 – 1994 Gymnasium Aschaffenburg

1994 – 1995 Grundwehrdienst

1995 – 2000 Studium der Rechtswissenschaften an der Julius-Maximilians-
Universität Würzburg

2000 – 2002 Referendariat in Aschaffenburg, Würzburg, Frankfurt und
London

2002 – 2003 Promotion an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Seit 2004 Rechtsanwalt in Frankfurt und Stuttgart