

# Bürgerliches Recht

Medicus / Petersen

27., neu bearbeitete Auflage 2019  
ISBN 978-3-8006-6083-4  
Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](http://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](http://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](http://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

## § 14 Einzelne Vertragstypen

### I. Der Kauf<sup>1</sup>

#### 1. Rückbindung der Käuferrechte an das Allgemeine Schuldrecht

a) Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung können nach § 325 nebeneinander bestehen.<sup>2</sup> Nach § 437 Nr. 2 (»oder«) bzw. § 441 I (»statt«) schließen Rücktritt und Minderung einander ebenso aus wie der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (§ 437 Nr. 3: »oder«) und Aufwendungsersatz gem. § 284 (»anstelle«). § 437 Nr. 3 (»Schadensersatz oder § 284«) bezieht sich zur Vermeidung einer doppelten Kompensation nur auf den Schadensersatz statt der Leistung und nicht den Schadensersatz neben der Leistung (→ Rn. 237 f.). Mit wirksamer Rücktrittserklärung, an die zum Schutz der Käuferrechte strenge Anforderungen zu stellen sind, wird der Kaufvertrag zu einem Rückgewährschuldverhältnis, sodass der Käufer nicht mehr mindern kann.<sup>3</sup> Minderung und Schadensersatz statt der ganzen Leistung schließen sich wegen der **Gestaltungswirkung der Minderung** aus. Die wirksam erklärte Minderung führt zu einem **Verbrauch des Wahlrechts** »zwischen Festhalten am und Lösen vom Kaufvertrag«. <sup>4</sup> Für eine Analogie zu § 325 ist kein Raum.<sup>5</sup> Der Käufer kann allerdings dann auf den (kleinen) Schadensersatz statt der Leistung übergehen, wenn der Betrag der Minderung mit der in § 441 III 1 bestimmten Berechnungsmethode nicht ermittelt werden kann<sup>6</sup> oder wenn er zusätzlich zum mangelbedingten Minderwert Schäden erlitten hat.<sup>7</sup>

Die Geltendmachung der Käuferrechte kann im Einzelfall weiteren Begründungsbedarf erfordern:

**Beispiel** (aus einer Examensklausur): K hat von V ein Haus mit defekter Heizung gekauft und fordert ihn auf, binnen zehn Tagen für Abhilfe zu sorgen. Zugleich erklärt er für den Fall, dass V dem Nacherfüllungsverlangen nicht rechtzeitig nachkommt, den Kaufpreis bereits hiermit um einen näher zu bestimmenden Betrag zu mindern. V lässt die Frist ungenutzt verstreichen. K, der es sich unterdessen anders überlegt hat, verlangt statt der Minderung Nacherfüllung.

Die begehrte Mangelbeseitigung (§§ 437 Nr. 1, 439 I Fall 1) ist nur dann möglich, wenn die Erklärung der Minderung (§ 441 I) unwirksam war. Rücktritt und Minderung sind als **Gestaltungsrechte** entsprechend § 388 S. 2 bedingungsfeindlich. Erklärt der Käufer die Minderung jedoch für den Fall, dass der Verkäufer nicht nacherfüllt, so ist dies eine zulässige **Potestativbedingung**, wenn der Verkäufer gänzlich untätig bleibt und damit

1 Zum Scheitern des Common European Sales Law und zu den Entwicklungen im »digitalen Binnenmarkt« M. Stürner JURA 2016, 884; Medicus/Petersen BGB AT Rn. 47; Verträge über digitale Inhalte behandelt auch Faust Gutachten 71. DJT (2016) A 42-53.

2 Lehrreich Fervers JURA 2015, 11.

3 Zu den Pflichten im Rückgewährschuldverhältnis Keiser NJW 2014, 1473; allg. Sonnentag, Das Rückgewährschuldverhältnis, 2016.

4 BGH NJW 2018, 2863; zust. Looschelders JA 2018, 784 (787); Omlor JuS 2018, 1235; Bongartz JURA 2018, 1260.

5 AA Derleder NJW 2003, 998 (1001f.); OLG Stuttgart ZGS 2008, 479 (480). Vgl. auch Gsell JZ 2004, 643 (649); von Olshausen FS U. Huber, 2006, 471 (495).

6 BGH NJW 2011, 1217. Vgl. auch Eichel JuS 2011, 1064; Korth, Minderung beim Kauf, 2010; dazu Wertenbruch AcP 213 (2013), 462.

7 BGH NJW 2011, 2953 Rn. 16; BGHZ 218, 320 Rn. 33.

kein für ihn unzumutbarer Schwebezustand entsteht.<sup>8</sup> Folglich stand die Minderungs-erklärung des K unter keiner schädlichen Bedingung (§ 158) und war wirksam, sodass er keine Nacherfüllung mehr beanspruchen kann. Dass er den Minderungsbetrag einstweilen offen ließ, schadet nicht (arg. § 441 III 2).

Dass die Minderung Gestaltungsrecht ist, kann zu einer weiteren Frage führen: Was soll gelten, wenn der Käufer den Kaufpreis um 50 % mindert, während nur eine Minderung um 25 % gerechtfertigt ist? Man wird das durch Auslegung der Erklärung des Käufers zu entscheiden haben: Geht es dem Käufer gerade um hälftige Herabsetzung, so ist seine Minderung unwirksam (weil ohne ausreichende Rechtsgrundlage); sind dagegen die 50 % nur als für die Wirksamkeit unmaßgebliche Schätzung gemeint, so ist um 25 % gemindert.

- 282 b) Ausgangspunkt vieler Streitfragen ist die **Nachfrist** (§§ 281 I 1, 323 I). Nach dem **Einheitskonzept** bedarf es keiner neuerlichen Fristsetzung, wenn der Schuldner den gerügten Mangel zwar in der Frist behebt, die Leistung jedoch aus anderen Gründen weiterhin nicht vollends vertragsgemäß ist.<sup>9</sup> Es sei unpraktisch, wenn jeder neue Mangel eine erneute Fristsetzung nach sich ziehen müsste.<sup>10</sup> Das demgegenüber von der Rspr. vertretene **Prinzip der Einzelbetrachtung** verlangt eine jeweils eigene Fristsetzung für jede vertragswidrige (Teil-)Leistung.<sup>11</sup> Die Fristsetzung muss klar erkennen lassen, was genau – letztmalig – verlangt wird;<sup>12</sup> eine Fristsetzung, die sich auf nicht bestehende Mängel bezieht, ist gegenstandslos.

Allein der Fristablauf bindet den Käufer noch nicht gegenüber dem Verkäufer, sondern erst die Erklärung des Rücktritts (§ 323 I), der Minderung (§ 441 I 1), das Verlangen von Schadensersatz (§ 281 IV) oder Aufwendungsersatz (§ 284). Der Rückgriff auf diese **Grundwertung** beantwortet viele im Einzelnen streitige Zweifelsfragen:<sup>13</sup> Beharrt der nach § 281 I 1 berechnigte Käufer zunächst auf der Nacherfüllung, so bedarf es für den Übergang zu den Sekundärrechten keiner neuen Fristsetzung, weil er mit der verlangten Vertragserfüllung nicht auf Rücktritt, Minderung oder Schadensersatz verzichtet und eine dem § 281 IV entsprechende Vorschrift fehlt.<sup>14</sup> Der Gläubiger kann etwa zum Schadensersatz statt der Leistung übergehen.<sup>15</sup> Da zwischen Rückgewähr-, Schadensersatzansprüchen und Nacherfüllung keine Wahlschuld besteht (speziell zur Nacherfüllung → Rn. 289), kann der Käufer weder entsprechend § 264 II noch analog § 350 vom Verkäufer zur Vornahme der Wahl aufgefordert werden.<sup>16</sup> Ansprüche wegen Verzugs (§§ 280 I 1, II, 286 I) und Schlechtleistung (§§ 280 I 1, 433 I 2) bestehen neben dem Nacherfüllungsanspruch fort.<sup>17</sup>

- 283 c) Lässt der Verkäufer die Frist zur Nacherfüllung verstreichen und hat der Käufer noch nicht den Rücktritt erklärt oder Schadensersatz statt der Leistung verlangt

8 *Derleder/Zänker* NJW 2003, 2777 (2779). Lehrreich *S. Lorenz/Eichhorn* JuS 2017, 393.

9 *Canaris* DB 2001, 1815f. Zur Fristsetzung auch *Faust* FS U. Huber, 2006, 239; *Dubovitskaya* JZ 2012, 328; *Odemer* JURA 2016, 842.

10 *PWW/M. Stürmer* § 323 Rn. 27; eing. zu den sog. »Mehrfachstörungen« *Dauner-Lieb* FS Canaris, Bd. I, 2007, 143 (152).

11 BGH NJW 2013, 1523; 2016, 2493 (dazu *Riehm* JuS 2016, 1120); BGHZ 205, 151; *MüKoBGB/Ernst* § 323 Rn. 90; *S. Lorenz*, *Karlsruher Forum* 2005, 5 (73).

12 BGH NJW 2010, 2200.

13 *Oechsler* *VertrSchuldV* Rn. 245.

14 BGH NJW 2006, 1198 Rn. 18.

15 *Althammer* ZGS 2005, 375 (377).

16 Vgl. BGH NJW 2006, 1198 Rn. 17; für Wahlschuld *M. Schwab* JZ 2006, 1030; JuS 2014, 167 (168); *Samhat*, *Die Abgrenzung der Wahlschuld von der elektiven Konkurrenz nach dem BGB*, 2012.

17 *PWW/M. Stürmer* § 323 Rn. 51.

(§ 281 IV), so darf der Verkäufer die Nacherfüllung weiterhin anbieten. Der Käufer ist nach hM jedoch nicht zur Annahme der nunmehr unaufgefordert angebotenen Leistung verpflichtet.<sup>18</sup> Wenn der Käufer die Leistung zurückweist, indem er zurücktritt, mindert oder Schadensersatz verlangt, erlischt der Nacherfüllungsanspruch. **Umstritten** ist der Fall, dass der Käufer die Leistung zurückweist, ohne sich für eines dieser Rechte zu entscheiden. Ein Teil der Lehre hält die Nacherfüllung dann wegen widersprüchlichen Verhaltens (§ 242) für ausgeschlossen und verweist den Käufer auf seine Sekundärrechte.<sup>19</sup> Nach der Gegenansicht kann der Käufer keinen Schadensersatz statt der Leistung mehr verlangen, wenn ihm der Verkäufer die Nacherfüllung in Annahmeverzug begründender Weise anbietet.<sup>20</sup> Mit dem Annahmeverzug erlischt zugleich das Rücktrittsrecht, weil die Verspätungsfolgen entfallen.<sup>21</sup> Auch ohne Leistungsangebot des Verkäufers darf der Käufer nicht unangemessen lange mit dem Übergang zu den Sekundärrechten zögern. Für den Rücktritt folgt dies aus dem Rechtsgedanken des § 314 III,<sup>22</sup> im Übrigen aus § 242.<sup>23</sup>

## 2. Gleichstellung von Sach- und Rechtsmängelhaftung

Sach- und Rechtsmängel werden zwar verschieden definiert (einerseits § 434, andererseits §§ 435 f.).<sup>24</sup> Aber bei den Rechtsfolgen gibt es kaum mehr Unterschiede.<sup>25</sup> Insbesondere kann auch wegen eines Rechtsmangels gemindert werden (§ 441, zB wenn nur ein kleiner Teil des Kaufgrundstücks mit dem Wegerecht eines Dritten belastet ist). Daher spielt die Unterscheidung vor allem für die Anwendung des § 438 I Nr. 1 (→ Rn. 303) eine Rolle, etwa wenn dem Käufer eine abhanden gekommene Sache veräußert wird (vgl. § 935 I). Die fehlende Eigentumsverschaffung betrifft nicht §§ 433 I 2, 435, sondern § 433 I 1, und stellt daher keinen Rechtsmangel dar.<sup>26</sup> Doch ist zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen § 438 I Nr. 1 a anzuwenden, damit dem Käufer die längere Verjährung zugutekommt (andernfalls §§ 199, 195), wenn er wegen des Eigentums eines Dritten (§ 197 I Nr. 1) in Anspruch genommen zu werden droht.<sup>27</sup>

## 3. Sachmangel

a) § 434 enthält eine Definition des Sachmangels (oder genauer: der Freiheit von Sachmängeln bei Gefahrübergang).<sup>28</sup>

aa) Die Kaufsache muss die **vereinbarte Beschaffenheit** haben, § 434 I 1. So muss zB ein Kraftfahrzeug die angegebene Höchstgeschwindigkeit auch wirklich erreichen.<sup>29</sup>

18 AA MüKoBGB/Ernst § 281 Rn. 91 f.; dazu *Heinrichs* FS Derleder, 2005, 87 (107).

19 *Canaris*, *Karlsruher Forum* 2002, 49. Allg. *Singer*, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, 1993.

20 *Faust* FS U. Huber, 2006, 239 (257).

21 *Medicus/Lorenz* SchuldR AT Rn. 503; *Brox/Walker* SchuldR AT § 23 Rn. 64.

22 Zu ihm BGH NJW 2016, 3720 (dazu *Emmerich* JuS 2017, 69).

23 MüKoBGB/Ernst § 323 Rn. 152; *PWW/M. Stürner* § 323 Rn. 51.

24 Zur Abgrenzung BGH NJW 2017, 1666; dazu *M. Schwab* JuS 2017, 683; krit. *Dastis/Lotz* JURA 2017, 1355.

25 Näher *Haedicke*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, 2003 (dazu *Heinemann* JZ 2004, 1013); *Pablow* JuS 2006, 289; *Zimmermann* AcP 213 (2013), 652.

26 *Bamberger/Roth/Faust* § 435 Rn. 15; *Petersen* JURA 2014, 1030; aA *Meier* JR 2003, 353 (355).

27 *Canaris* JZ 2003, 831 f. BGHZ 174, 61 Rn. 28 konnte die Frage offenlassen, weil Rechte Dritter nicht in Betracht kamen. Zur Vindikationsverjährung S. *Lorenz/Arnold* FS Köhler, 2014, 451.

28 Für eine Streichung der Worte »bei Gefahrübergang« *G. Bachmann* AcP 211 (2011), 395 (428).

29 *Tröger* JuS 2005, 503; zum Sachmängelrecht in historischer Sicht *Harke* AcP 205 (2005), 67.

Ein Vorführwagen darf, anders als ein Jahreswagen, ein gewisses Alter haben.<sup>30</sup> Die Farbe des verkauften Kfz muss mit der vertraglich vereinbarten übereinstimmen; andernfalls ist das Fahrzeug nicht frei von Sachmängeln. Zugleich indiziert eine solche Abweichung eine erhebliche Pflichtverletzung iSd § 323 V 2.<sup>31</sup>

Die Streitigkeiten um den Beschaffenheitsbegriff ranken sich vor allem um die Frage, inwieweit auch außerhalb der Kaufsache liegende **Umweltbeziehungen** erfasst werden.<sup>32</sup> So fragt sich, ob ein beliebiger Bezug zur Kaufsache ausreicht<sup>33</sup> oder ein Zusammenhang gerade mit den körperlichen Merkmalen der Kaufsache bestehen muss.<sup>34</sup> Streitig ist, ob die mit der Kaufsache zu erzielenden Umsätze und Erträge eine Beschaffenheit darstellen.<sup>35</sup> Richtigerweise können sämtliche Umweltbeziehungen die Beschaffenheit der Kaufsache ausmachen, welche die Wertschätzung im Verkehr mitbestimmen.<sup>36</sup> Danach genügt ein rechtlicher, wirtschaftlicher bzw. tatsächlicher Bezug zur Kaufsache, den die Parteien privatautonom vereinbaren.<sup>37</sup> Zur Beschaffenheit des verkauften Grundstücks gehören deshalb die aus der Bewirtschaftung des Grundstücks erzielten Mieterträge und die aufzuwendenden Betriebskosten.<sup>38</sup> Beschreibt der Verkäufer eines Grundstücks oder Gebäudes vor Vertragsschluss bestimmte Eigenschaften, ohne dass diese später in der notariellen Urkunde zum Ausdruck kommen, dann ist regelmäßig nicht von einer Beschaffenheitsvereinbarung auszugehen.<sup>39</sup> Zu denken ist dann aber an § 434 I 3 (→ Rn. 286). Der **Verdacht** einer nachteiligen Beschaffenheit begründet wenigstens dann einen Sachmangel, wenn er auf bestimmten Tatsachen gründet und nicht ohne Weiteres zu entkräften ist.<sup>40</sup>

**bb)** Bei Fehlen einer solchen speziellen Vereinbarung muss die Kaufsache sich für die **im Vertrag vorausgesetzte** Verwendung eignen, § 434 I 2 Nr. 1. Das erfordert keine vertragliche Vereinbarung und betrifft auch keine konkreten Eigenschaften der Kaufsache, sondern den Einsatzzweck.<sup>41</sup> Daher genügt die »von beiden Vertragsparteien unterstellte Verwendung der Kaufsache«, die von der gewöhnlichen Verwendung abweichen kann.<sup>42</sup> Über den Vertragsinhalt hinaus sind also die **Gesamtumstände** zu berücksichtigen.<sup>43</sup> Bereits die verminderte Eignung für eine bestimmte Verwendung begründet bei damit einhergehenden erheblichen Gesundheitsgefahren oder dem Risiko eines beträchtlichen wirtschaftlichen Schadens einen Sachmangel.<sup>44</sup>

30 BGH NJW 2010, 3710; zum Begriff *Reinking/Eggert*, Der Autokauf, 13. Aufl. 2017, Rn. 2763f.

31 BGH NJW-RR 2010, 1289 (1291); NJW 2013, 1365 (dazu *M. Schwab* JuS 2013, 1031; *S. Lorenz* NJW 2013, 1341); vgl. dazu auch BGHZ 201, 290 (dazu *Riehm* JuS 2014, 68); BGH NJW 2011, 2872; ZIP 2016, 624 zum Rücktritt; *Höpfner* NJW 2011, 3693.

32 Im Einzelnen offengelassen von BGH NJW 2016, 2874 (dazu *Gutzeit* JuS 2016, 1122); vgl. auch schon BGH NJW 2013, 1948.

33 So zutr. BGH NJW 2013, 1671; *Ch. Berger* JZ 2004, 276; *Reinicke/Tiedtke* KaufR Rn. 303; *P. Redeker*, Beschaffenheitsbegriff und Beschaffenheitsvereinbarung, 2012, 207.

34 *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118.

35 Abl. *U. Huber* AcP 202 (2002), 179 (227).

36 *Herb. Roth* NJW 2004, 330. S. etwa BGH NJW-RR 2017, 468 (Schadstoffbelastungen).

37 *Reinicke/Tiedtke* KaufR Rn. 307.

38 BGH NJW 2011, 1217.

39 BGHZ 207, 349 (dazu *Gutzeit* JuS 2016, 841); BGH NJW-RR 2018, 752 Rn. 8.

40 BGH NJW-RR 2003, 772; BGHZ 203, 98; dazu *Schmolke* AcP 2015 (2015), 351; *Faust* FS Picker, 2010, 185; aA *Grunewald* FS Konzen, 2006, 131.

41 BGH NJW 2019, 1937; dazu *Omlor* JuS 2019, 808.

42 BGH NJW-RR 2012, 1078 Rn. 16; NJW 2017, 2817 Rn. 16.

43 BGH NJW-RR 2018, 822 Rn. 33.

44 BGH NJW 2017, 2817 Rn. 18. Gleiches gilt bei Nr. 2: BGH NJW 2017, 153 Rn. 15; 2019, 292 Rn. 29.

cc) Die Kaufsache muss sich für die **gewöhnliche Verwendung eignen** und so beschaffen sein, wie das üblich ist und vom Käufer erwartet werden kann, § 434 I 2 Nr. 2. Ein bloßer Bagatellschaden, also etwa ein völlig unbedeutender Lackschaden, begründet bei Gebrauchtfahrzeugen keinen Sachmangel, wohl aber der Umstand eines Vorunfalls.<sup>45</sup> Die schlichte Berufung auf »den Markt«, der mit Preisabschlägen reagiere, genügt nach der Rechtsprechung nicht zur Begründung eines Sachmangels.<sup>46</sup> Als Vergleichsmaßstab für die Sollbeschaffenheit kommt es auf »Sachen der gleichen Art« an; für ein Dieselfahrzeug mit Rußpartikelfilter können Dieselfahrzeuge daher nicht generell als Vergleichsmaßstab dienen, sondern nur solche, die gleichfalls über einen Partikelfilter verfügen.<sup>47</sup>

b) Als **Spezialfälle** von § 434 I 2 Nr. 2 werden in § 434 I 3 noch die Eigenschaften genannt, die der Käufer nach der **Werbung** nicht nur des Verkäufers selbst, sondern auch des Herstellers, des Importeurs oder einer beauftragten Werbeagentur erwarten kann.<sup>48</sup> Dabei genügt, dass der Verkäufer diese Werbung kennen musste und dass sie die Kaufentscheidung beeinflussen konnte. Unnötig ist, dass Verkäufer und Käufer den Inhalt der Werbung in ihren Vertragswillen aufgenommen haben. Erforderlich ist aber, dass die Werbung an eine Vielzahl von Personen (»öffentlich«) gerichtet und nicht nur individuell an den Käufer adressiert ist.<sup>49</sup> Erfasst sind beim Grundstückskauf etwa **Angaben aus einem Exposé**, auch wenn diese im notariellen Kaufvertrag später nicht mehr auftauchen.<sup>50</sup> Aufmerksamkeitsheischende Anpreisungen, die keine berechtigten Erwartungen schüren, sind nicht ausreichend. Die Vorschrift hat eine käuferschützende Wirkung.

**Beispiel:** Es möge etwa in der Herstellerwerbung für ein Automodell der Benzinverbrauch mit 5 l/100 km angegeben worden sein. Dann ist der Wagen mangelhaft, wenn er 6 l verbraucht. Liegt der Mehrverbrauch unter zehn Prozent, bedeutet der Sachmangel nach einer früheren Entscheidung nur eine unerhebliche Pflichtverletzung, die den Käufer weder zum Rücktritt (§ 323 V 2) noch zum Schadensersatz statt der ganzen Leistung (§ 281 I 3), sondern nur zur Minderung (§ 441 I 2) oder zum »kleinen Schadensersatz« berechtigt.<sup>51</sup> Nunmehr nimmt der BGH zumindest für einen Neuwagen an, dass »die in der Mangelhaftigkeit der Kaufsache liegende Pflichtverletzung« erheblich ist, wenn die Mangelbeseitigungskosten 5 % des Kaufpreises betragen.<sup>52</sup>

c) § 434 II rechnet zu den Sachmängeln auch bloße **Montagemängel** (es ist also nicht bloß die Montage mangelhaft, sondern die Kaufsache!).<sup>53</sup> Das gilt nach Satz 1 etwa, wenn ein an sich fehlerfreies Küchenregal durch Gehilfen des Verkäufers nicht waagrecht an der Wand montiert wird. Satz 2 behandelt dann die Montage durch den Käufer selbst, die wegen eines Fehlers der Montageanleitung misslingt (sog. **IKEA-Klau-**

45 BGH NJW 2008, 53.

46 BGH NJW 2007, 1351; skeptisch v. *Westphalen* ZGS 2007, 168. Anders aber bei einer »Abschalteinrichtung« eines Diesel-Kfz: BGH NJW 2019, 1133; dazu *Arnold* JuS 2019, 489; *M. Stürner* JURA 2019, 555.

47 BGH NJW 2009, 2056 Rn. 9.

48 BGH NJW-RR 2012, 1078: Angaben zu einem Gebäude in einem Exposé.

49 AA *Schaub* AcP 202 (2002), 757 (765): Analogie zu § 434 I 3. Vgl. auch *Weiler* WM 2002, 1784.

50 BGH NJW-RR 2012, 1078 Rn. 16; NJW 2017, 150 Rn. 7; NJW-RR 2018, 752 Rn. 10.

51 Vgl. BGH NJW 2007, 2111; dazu S. *Lorenz* DAR 2007, 506; *Medicus/Lorenz* SchuldR AT Rn. 434.

52 BGHZ 201, 290 (dazu *Looschelders* JA 2014, 785); bei knapp einem Prozent ist die Pflichtverletzung dagegen unerheblich, BGH NJW 2011, 2872 Rn. 19.

53 BGH MDR 2018, 1109 zur Abgrenzung zum Werkvertrag bei Einbauküchen.



sel).<sup>54</sup> Mangelhaft ist die Kaufsache auch, wenn die nötige Montageanleitung fehlt.<sup>55</sup> Nach dem Ende von Satz 2 (»es sei denn«) soll aber kein Mangel vorliegen, wenn die Montage trotz der mangelhaften Anleitung gelingt.<sup>56</sup> Ein Mangel der in § 434 nicht erwähnten **Gebrauchsanweisung** begründet stets einen Sachmangel.

- 288 d) Nach § 434 III soll es einem Sachmangel gleichstehen, wenn eine andere als die verkaufte Sache (**aliud**) oder eine zu geringe Menge (**minus**)<sup>57</sup> geliefert wird. Damit soll die schwierige Abgrenzung zwischen Sachmangel, aliud und minus unnötig werden. Für die Rügeobliegenheit des § 377 HGB ist also unbeachtlich, ob die gelieferte Ware offensichtlich von der bestellten so erheblich abweicht, dass der Verkäufer eine Genehmigung des Käufers für ausgeschlossen halten muss.<sup>58</sup> Einen Sachmangel nach § 434 III muss der Käufer beim Handelskauf somit stets rügen. Trotzdem ist aber fraglich, ob man wirklich jede noch so grobe Abweichung dem Sachmängelrecht unterstellen soll (Extremfall: Statt des bestellten Rotweins wird ein Pferd geliefert). Denn zumindest die verhältnismäßige Minderung des Kaufpreises (§ 441) lässt sich hier nicht durchführen. Ob man auch die Lieferung eines anderen Stücks als des gekauften (**Identitäts-aliud**) dem § 434 III unterstellen kann, ist streitig. Die überwiegende Meinung nimmt dies dem Wortlaut entsprechend an,<sup>59</sup> während die Gegenansicht eine teleologische Reduktion befürwortet.<sup>60</sup> Entsprechend der Parteivereinbarung ist das Identitätsaliud nach dieser vorzugswürdigen Ansicht eine **Nichterfüllung**, durch die der Verkäufer nicht in den Genuss der günstigeren Verjährung (§ 438 I Nr. 3) seines Leistungsversprechens kommen soll.<sup>61</sup> Der Erfüllungsanspruch auf die geschuldete Sache bleibt somit bestehen; dann muss die gelieferte Sache nach § 812 zurückgegeben werden. Die hL nimmt demgegenüber einen Nachlieferungsanspruch aus §§ 437 Nr. 1, 439 an.<sup>62</sup>

Von einer aliud-Lieferung abzugrenzen ist aber der **Haakjöringsköd**-Fall, der außer der falsa demonstratio, zu der er meist zitiert wird (→ Rn. 124), noch eine weitere Frage betrifft:

**RGZ 99, 147:** V verkauft an K die Ladung eines bestimmten Dampfers. V und K glauben, der Dampfer habe Walfischfleisch geladen. Die Ladung besteht aber aus Haifischfleisch.

Hier kann nach den Regeln über die falsa demonstratio nur Walfischfleisch geschuldet werden. Demgegenüber stellt Haifischfleisch ein aliud dar (**Qualifikationsaliud**); § 434 III scheint also anwendbar zu sein.<sup>63</sup> Ein Qualifikationsaliud ist indes nur bei

54 BGHZ 201, 83, bejaht auch bei falscher Parkettverlegung infolge fehlerhafter Montageanleitung einen Sachmangel der Kaufsache (etwas anders *Looschelders* JA 2014, 707, der einen von der fehlerhaften Montageanleitung als Fall des § 434 II 2 auf die dadurch im Ganzen mangelhafte Parkettverlegung »weiterfressenden Mangel« annimmt).

55 *Grunewald* KaufR § 7 Rn. 29; aA *Rappenglitz* JA 2003, 36 (38): § 434 I 2 Nr. 2.

56 Gegen die im Schrifttum vertretene analoge Anwendung des § 434 II 2 auf Bedienungsanleitungen (und regelmäßig für § 434 I) daher mit guten Gründen *Looschelders* SchuldR BT § 3 Rn. 31.

57 Dazu S. *Lorenz* JuS 2003, 36; G. *Schulze* NJW 2003, 1022; *Windel* JURA 2003, 793; *Giesen*, Falschliefierung und Mengenfehler nach neuem Schuldrecht, 2009.

58 Skeptisch gegenüber der Regelung *Altmeyden/Reichard* FS U. Huber, 2006, 73 (95).

59 *Dauner-Lieb/A. Arnold* JuS 2002, 1175 (1176); S. *Lorenz* JuS 2003, 63; *Looschelders* SchuldR BT § 3 Rn. 39; *Tiedtke/Schmitt* JZ 2004, 1092 (1093); *Wiese* AcP 206 (2006), 902 (908f.); *Lieder/Hohmann* JURA 2017, 1136 (1139).

60 *Canaris* SchuldRModerernisierung S. XXIII; zust. *Thier* AcP 203 (2003), 399.

61 *Oechsler* VertrSchuldV Rn. 141.

62 *Lettl* JuS 2002, 866 (868f.).

63 G. *Schulze* NJW 2003, 1022.

Gattungsschulden denkbar, wenn nämlich der Verkäufer aus einer anderen als der geschuldeten Gattung liefert. Begreift man die konkrete Dampferladung als Stückkauf, folgt die Mangelhaftigkeit bereits aus § 434 I 1,<sup>64</sup> da die gelieferte Dampferladung nicht die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit (Walfischfleisch) aufwies. Da die Kaufsache nach dem Parteiwillen und den besonderen Umständen nicht durch eine andere ersetzbar war (→ Rn. 263), ist V wegen § 275 I nicht zur Nachlieferung einer entsprechenden Menge Walfischfleisch verpflichtet. Das kann als anfängliche objektive Unmöglichkeit der Nacherfüllung gedeutet werden und führt zu einer Schadensersatzpflicht des V nach §§ 437 Nr. 3, 311 a II, weil V die von ihm verkaufte Dampferladung hätte kennen müssen. Eine nach § 254 erhebliche Fahrlässigkeit auch des K scheidet regelmäßig aus, weil dieser mit dem Dampfer nichts zu tun hatte. Der Ersatzanspruch K – V ist Schadensersatz statt der Leistung, umfasst also das positive Interesse (→ Rn. 241).

Probleme bereitet bei der minus-Lieferung das **Verhältnis des § 434 III zu § 323 V**. 288a § 434 III meint nicht den Fall, dass sich beide darüber im Klaren sind, der Verkäufer habe nur teilweise geliefert; hier bleibt es bei den Vorschriften über die Teilleistung (§ 323 V 1).<sup>65</sup> Wenn den Parteien die Mengenabweichung dagegen nicht bewusst war, ist zweifelhaft, ob sich das Rücktrittsrecht nach § 323 V 2 oder dem strengeren Satz 1 bemisst. Ein Teil der Lehre nimmt eine nicht vertragsgemäße Leistung und keine Teilleistung iSv § 323 V 1 an. Der Rücktritt wäre dann über §§ 437 Nr. 2, 434 III Fall 2 nach § 323 V 2 möglich.<sup>66</sup> Um jedoch die Vorschriften über die Teilleistung nicht praktisch leerlaufen zu lassen, empfiehlt sich dem Wortlaut entsprechend die Anwendung des § 323 V 1.<sup>67</sup> Dieselbe Frage stellt sich bei § 281 I 2, 3 und ist bei der Fallbearbeitung jedenfalls einheitlich zu beantworten.

#### 4. Nacherfüllungsanspruch des Käufers

a) Da der Käufer nach § 433 I 2 mangelfreie Lieferung verlangen kann, muss er bei 289 Vorliegen eines Mangels einen Anspruch auf Nacherfüllung haben.<sup>68</sup> Hierfür stellt § 439 dem Käufer zwei Wege zur Wahl: Beseitigung des Mangels – regelmäßig zwei Nachbesserungsversuche, § 440 S. 2<sup>69</sup> – oder Nachlieferung einer gleichartigen sowie funktionell und vertragsmäßig gleichwertigen Sache (im Austausch gegen die mangelhafte, § 439 V).<sup>70</sup> Trotz dieses Wahlrechts liegt nach Rspr. und hL keine den Käufer bindende (§ 263 II) **Wahlschuld** vor.<sup>71</sup> Beide Wege stehen vielmehr im Verhältnis elek-

64 Tröger JuS 2005, 503 (504).

65 MüKoBGB/Ernst § 323 Rn. 218; PWW/M. Stürner § 323 Rn. 42.

66 Grunewald KaufR § 7 Rn. 35; Oechsler VertrSchuldV Rn. 238; wohl auch M. Müller/Matthes AcP 204 (2004), 732 (754).

67 Canaris FS K. Schmidt, 2009, 177 (192). Zu Abgrenzungsfragen S. Lorenz NJW 2003, 3097.

68 Dazu Skamel, Nacherfüllung beim Sachkauf, 2008; S. Lorenz/S. Arnold JuS 2014, 7; Mankowski NJW 2011, 1025. Für einen »Ausbesserungsanspruch« als Minus zum Nachbesserungsanspruch bei nur teilweise behebbaren Mängeln Gutzeit NJW 2007, 956; Jäckel/Tonikidis JuS 2014, 302. Zu nachvertraglichen Lieferpflichten Nietsch JZ 2014, 229.

69 Dazu BGH NJW 2007, 504 Rn. 15ff.

70 BGHZ 195, 135 Rn. 24; BGH NJW 2019, 292 Rn. 41. Nach BGH NJW 2019, 1133 bei Modellwechsel eines wegen einer Abschalteinrichtung mangelhaften Kfz in den Grenzen des § 439 IV sogar Lieferung eines neuen Fahrzeugmodells. Krit. Riehm ZIP 2019, 589 (590); Gutzeit JuS 2019, 649 (653).

71 BGH NJW 2019, 292 Rn. 46; Ball NZV 2004, 217 (219); Reimicke/Tiedtke KaufR Rn. 413; aA Büdenbender AcP 205 (2005), 386 (409); Bamberger/Roth/S. Lorenz § 262 Rn. 11.



**tiver Konkurrenz** zueinander.<sup>72</sup> Daher ist der Käufer an seine Wahl vor Erfüllung der jeweils geltend gemachten Nacherfüllungsvariante bis zur Grenze des § 242 nicht gebunden.<sup>73</sup> Der nachträgliche Wechsel auf die Nachlieferung verstößt nicht gegen Treu und Glauben, wenn dem Verkäufer die zunächst gewählte Nachbesserung vor dem Wechsel misslungen war; vielmehr handelt der Verkäufer dann selbst treuwidrig, wenn er auf der vermeintlich abschließend gewählten Nachbesserung beharrt und den Mangel gegen den Willen des Käufers eigenmächtig beseitigt.<sup>74</sup>

Die bei der Nacherfüllung anfallenden Kosten hat der Verkäufer nach § 439 II zu tragen. Die Regelung stellt in erster Linie eine **Kostenzuordnungsvorschrift** dar, die besagt, dass der Verkäufer für die ihm bei der Nacherfüllung entstehenden Kosten keinen Rückgriff beim Käufer nehmen darf. In bestimmten Fällen dient § 439 II aber auch als **eigenständige Anspruchsgrundlage** für Kosten, die der Käufer »zum Zwecke der Nacherfüllung« aufgewandt hat.<sup>75</sup> Neben den Transportkosten beim Verbrauchsgüterkauf (→ Rn. 291) gilt das vor allem für **vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten**<sup>76</sup> sowie für **Sachverständigenkosten**, die der Käufer zur Erforschung einer unklaren Mangelursache aufwendet, um eine Inanspruchnahme des Verkäufers auf Nacherfüllung vorzubereiten.<sup>77</sup> Selbst wenn der Käufer später auf die sekundären Gewährleistungsrechte übergeht, bleibt der verschuldensunabhängige Kostenerstattungsanspruch aus § 439 II bestehen.<sup>78</sup> Dass § 439 II eine eigenständige Anspruchsgrundlage sein kann, stellt § 475 VI für den Verbrauchsgüterkauf klar. Danach kann der Verbraucher vom Unternehmer für Aufwendungen, die ihm im Rahmen der Nacherfüllung entstehen und die der Verkäufer zu tragen hat, sogar einen **Vorschuss** verlangen.<sup>79</sup> Der Unternehmer kann diesen zurückfordern, wenn der Verbraucher ihn nicht binnen eines zumutbaren Zeitrahmens oder nicht **zweckgerichtet verwendet** (→ Rn. 317 c).<sup>80</sup>

- 290 b) Der Käufer kann auf Rücktritt, Minderung oder Schadensersatz statt der Leistung regelmäßig erst zurückgreifen, wenn die Nacherfüllung endgültig verweigert wird oder misslingt (**Vorrang der Nacherfüllung**). Die Nacherfüllung muss der Käufer dem Verkäufer auch dann ermöglichen, wenn er nicht weiß, wodurch der Mangel ver-

72 Vgl. BGH NJW 2006, 1198 Rn. 16; *Spickhoff* BB 2003, 589 (591); *T. Bachmann*, Die elektive Konkurrenz, 2010 (dazu *Büdenbender* JZ 2012, 89); *Stamm* JZ 2016, 920; *Samhat* JuS 2016, 6 (7). Zur Verjährung nach § 213 bei elektiver Konkurrenz BGH NJW 2018, 387; dazu *Jauß* JURA 2018, 598.

73 *Althammer* NJW 2006, 1179; auch → Rn. 282.

74 BGH NJW 2019, 292 Rn. 48; *Markworth* NJW 2019, 266. Vgl. bereits BGH NJW 2009, 208 Rn. 23; 2017, 153 Rn. 31. AA *Riehm* ZIP 2019, 589 (593); dagegen überzeugend *Servatius* ZIP 2019, 954 (955).

75 BGHZ 189, 196 Rn. 37; 201, 83 Rn. 15ff.; BGH NJW 2019, 292 Rn. 87; *M. Stürmer* JURA 2019, 343; *Unberath/Cziupka* JZ 2008, 867 (871, 873); *Tröger* AcP 212 (2012), 296 (318ff., 332): »vom Handlungsprogramm gelöster Kostenerstattungsanspruch«; aA *Hellwege* AcP 206 (2006), 136 (141f.); *Klinck* JURA 2006, 481; *Jaensch* NJW 2012, 1025 (1027): nur Kostenzuordnungsvorschrift. S. auch *Nemeczek* NJW 2016, 2375.

76 BGH NJW 2019, 292 Rn. 87ff.; dazu *Arnold* JuS 2019, 487 (489).

77 BGHZ 201, 83 Rn. 11ff.; dazu → Rn. 287 sowie *S. Lorenz* NJW 2014, 2319; aA *MüKoBGB/H. P. Westermann* § 439 Rn. 22: Ersatz nur über § 280 I.

78 BGHZ 201, 83 Rn. 18.

79 *Oechsler* VertrSchuldV Rn. 228. S. auch bereits BGHZ 189, 196 Rn. 37; 192, 148 Rn. 49f. Dagegen sieht die Verbrauchsgüterkauf-RL nach EuGH NJW 2019, 2007 eine Vorschusspflicht nur ganz ausnahmsweise vor, wenn die Kosten den Verbraucher von der Geltendmachung seiner Rechte abhalten könnten.

80 BGHZ 183, 366 Rn. 13; *S. Lorenz* JuS 2018, 10 (12).