

# Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 3: Schuldrecht, Besonderer Teil I §§ 433-534, CISG

Finanzierungsleasing, HeizkostenV, BetriebskostenV, CISG

Bearbeitet von

Prof. Dr. Dres. h.c. Harm Peter Westermann, Prof. Dr. Klaus Peter Berger, Prof. Dr. Martin Franzen, Prof. Dr. Markus Artz, Manuel Gaß, Prof. Dr. Urs Gruber, Prof. Dr. Peter Huber, Prof. Dr. Jens Koch, Prof. Dr. Stephan Lorenz, Prof. Dr. Jan Schürnbrand

7. Auflage 2015. Buch. XXVI, 1756 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 66543 1

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Zivilrecht > Zivilrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

Zu [Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei



Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

in den in § 281 Abs. 2 genannten Fällen sowie im Fall des § 440 **entbehrlich** sein kann, also hauptsächlich bei Arglist sowie bei ernsthafter und endgültiger Erfüllungsverweigerung. Auch hier kann wie beim Rücktritt (→ Rn. 9) die Frage auftreten, ob die gesetzliche Regelung, die eine Fristsetzung durch den Käufer verlangt, richlinienkonform ist.<sup>119</sup> Das Erfordernis der Nachfristsetzung gilt nicht, wenn die Nacherfüllung von vornherein unmöglich oder unmöglich geworden ist, dann greifen §§ 311a Abs. 2 oder 283. Ebenfalls ohne Nachfristsetzung kann der Käufer Schadensersatzansprüche geltend machen, die zwar Folge der Lieferung einer mangelhaften Sache im Vermögen des Käufers sind und demgemäß an dieselbe Pflichtverletzung anknüpfen, die auch § 281 im Auge hat, die aber an den sonstigen Rechtsgütern und Interessen des Käufers entstanden sind, also die **Mangelfolgeschäden**.<sup>120</sup> Dies ist ein Teil der früher so genannten positiven Vertragsverletzung. Anspruchsgrundlage ist allein § 280 Abs. 1,<sup>121</sup> eine Nachfristsetzung ist wiederum entbehrlich. Der Anspruch setzt auch nicht voraus, dass der Käufer Schadensersatz „statt der Leistung“ nach § 281, der ihm in den meisten Fällen zumindest dem Grunde nach zustehen wird, geltend macht; ob die Folgeschäden in den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung als Rechnungsposten zu integriren sind, wenn der Verkäufer den Anspruch erhoben hat, ist aus dem Gesetzesstext nicht ersichtlich (6. Aufl. → § 281 Rn. 119; § 280 Rn. 68 ff.). Differenzierte Betrachtungen, in die auch die Abgrenzung zu dem ebenfalls auf § 280 Abs. 1 zu stützenden Anspruch wegen Verletzung von **Nebenpflichten** einzubeziehen ist (→ Rn. 32), müssen vor allem in Bezug auf das Verschuldensfordernis und den Inhalt der Schadensersatzansprüche angestellt werden. Eine Nebenpflichtverletzung, die etwa beim Transport in Gestalt mangelhafter Verpackung der Kaufsache geschieht, kann auch zur Folge haben, dass die Kaufsache nach Gefahrübergang, aber vor der Übernahme durch den Käufer behebbar mangelhaft wird; dann hat der Käufer zunächst den Nacherfüllungsanspruch, anders, wenn sich ein Schaden erst nach der Annahme einstellt.<sup>122</sup> Zu den Ansprüchen wegen eines nach der Lieferung unbehebbar gewordenen Mangels → Rn. 27.

**e) Vertretenmüssen bezüglich des Mangels.** Zu vertreten muss der Verkäufer haben, dass eine mangelhafte Sache geliefert oder ein Mangel, obwohl dies möglich und geschuldet gewesen wäre, nicht behoben worden ist. Nicht erforderlich ist, dass der Verkäufer sowohl den Sachmangel als auch das Misslingen der Nachbesserung zu vertreten hat.<sup>123</sup> Bloßes Wissen um den Mangel genügt in beiden Fällen nicht,<sup>124</sup> wohl trifft den Verkäufer die **Beweislast**, dass er den Mangel oder die Nichtbeseitigung nicht zu vertreten hat. In diesem Zusammenhang kommt es also entscheidend auf den Inhalt und die Schärfe der **Sorgfaltsanforderungen** an den Verkäufer an, namentlich auch die Pflicht zur **Untersuchung** der Ware und zur eigenen Information über ihre Tauglichkeit zur Erfüllung einer Beschaffenheitsvereinbarung oder des gewöhnlichen Verwendungszwecks, bei Misslingen der Nacherfüllung auf die Ernsthaftigkeit der Auseinandersetzung mit den Beanstandungen des Käufers. Zu vertreten hat es der Verkäufer auch, wenn er einen für ihn ersichtlichen erheblichen Mangel nicht bis zur Lieferung beseitigt hat.<sup>125</sup> Weniger beim bloßen Verkäufer, insbesondere dem reinen Händler (Verteiler) als naturgemäß bei dem Verkäufer, der zugleich Hersteller der Sache ist, kommt auch eine Haftung für die **Herbeiführung eines Mangels** in Frage. Freilich kann auch ein reiner Verkäufer die Sache, etwa durch die Art der Lagerung oder des von seinen Leuten bewirkten Transports, beschädigt haben.<sup>126</sup> Der Verkäufer, der von ihm hergestellte Ware verkauft, haftet für Herstellungsfehler.<sup>127</sup> Der BGH stellt dabei nicht darauf ab, ob die Herstellung der Ware – wie es beim Werkvertrag und manchen Typen des Werklieferungsvertrages gesagt werden könnte – zu den unmittelbaren Vertragspflichten des Verkäufers gehört hat, was beim „normalen“ Kauf eben nicht bejaht werden könnte, sondern lässt es genügen, wenn eine Sorgfaltspflicht gegenüber einem oder jedem Käufer bejaht werden kann, die Kaufsache ohne Mängel herzustellen. Diese Sorgfaltspflicht-

<sup>119</sup> Nach Reinicke/Tiedtke KaufR Rn. 551 ist im Hinblick auf das Schadensersatzverlangen die RL so offen formuliert, dass der nationale Gesetzgeber freie Hand gehabt habe. Zu den Änderungen des § 323 Abs. 2 im Hinblick auf Entbehrlichkeit der Fristsetzung krit. Riehm NJW 2014, 2065.

<sup>120</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 14/6040 S. 225; U. Huber, FS Ulmer, 2003, S. 1181; Jauernig/Berger Rn. 15; Erman/Grunewald Rn. 13; PWW/Schmidt Rn. 34.

<sup>121</sup> BGH NJW 2005, 2848; 2009, 2674.

<sup>122</sup> Eingehend dazu Bamberger/Roth/Faust Rn. 194.

<sup>123</sup> Hirsch Jura 2003, 289 (293); Canaris DB 2001, 1815 f.; Reinicke/Tiedtke KaufR Rn. 541, 550; Palandt/Weidenkaff Rn. 37; allein auf die Verletzung der Nacherfüllungspflicht abstellend Lorenz NJW 2002, 2497 (2503).

<sup>124</sup> Bamberger/Roth/Faust Rn. 76.

<sup>125</sup> Reinicke/Tiedtke KaufR Rn. 565, 566.

<sup>126</sup> BGH ZGS 2005, 348 (350); Erman/Grunewald Rn. 24; PWW/Schmidt Rn. 48.

<sup>127</sup> Zuletzt BGH NJW-RR 1998, 559 f.; zur Entwicklung dieser Rspr. seit RGZ 12, 321 f. über BGH JZ 1971, 29; DB 1971, 287 f.; BGHZ 59, 303 (309) = NJW 1972, 2300 f.; BGHZ 101, 337 = NJW 1988, 52 f.; näher U. Huber, FS Ulmer, 2003, S. 1165 (1182 ff.).

## § 437 30

### Abschnitt 8. Titel 1. Kauf, Tausch

verletzung kann dann auch schon vor Vertragsschluss liegen,<sup>128</sup> etwa darin, dass sich der Verkäufer bei einem Hersteller oder Lieferanten eingedeckt hat, dessen fehlende Sorgfalt ihm bekannt war.<sup>129</sup> Für den Verkäufer/Hersteller stellt sich in diesem Zusammenhang sodann die Frage, ob das Verschulden von **Zulieferern** und/oder **Vorlieferanten** ihm über § 278 zugerechnet werden kann.<sup>130</sup> Eine generelle Zurechnung eines Verschuldens des Produzenten zur Verantwortungssphäre des Händlers ist abzulehnen, weil der Händler den Herstellungsprozess in der Regel weder durchschaut noch beeinflussen kann<sup>131</sup> und die Grenze zwischen verschuldensunabhängiger Gewährleistung und Schadensersatzhaftung gewahrt bleiben muss. Anders, wenn bei arbeitsteiligen Vorgängen ein Teil der Herstelleraufgaben einem Subunternehmer übertragen wird,<sup>132</sup> ebenso dann, wenn der Hersteller den Mangel eines Vorprodukts bei der Einfügung in die Kaufsache hätte sehen müssen, wofür es genügt, wenn der Hersteller/Verkäufer den Fehler bei verkehrserforderlicher Sorgfalt hätte erkennen oder angesichts ihm bekannter Mängel des Vorlieferanten hätte entsprechend vorsorgen müssen.<sup>133</sup> In diesem Zusammenhang ist sogar erwogen worden, die – mit Blick auf die Produkthaftung entwickelte – Beweislastumkehr auf die Prüfung des Verschuldens von Vorlieferanten zu übertragen.<sup>134</sup>

**30** Die Problematik enthält einen wirtschaftsrechtlichen Kern insofern, als zumindest im Handel, aber teilweise auch im produzierenden Gewerbe, arbeitsteilige Prozesse gerade um der Segmentierung der Haftung willen, die mit der Kostensenkung durch Spezialisierung einhergehen kann, organisiert werden. Das ist auch dem Käufer gewöhnlich bewusst, der im Bereich der Produzentenhaftung einen Schutz genießt, der eine Konzentration der Haftung auf den letzten Vertragspartner nicht unbedingt erfordert. Gegenüber Tendenzen zur Ausdehnung der Vertragshaftung des Verkäufers ist daher zumindest festzuhalten, dass beim Verkauf von Sachen, die sich im Vermögen des Verkäufers befanden und nicht zum Weiterverkauf bestimmt waren, eine weite Verschuldens- oder auch Erfüllungsgehilfenhaftung nicht angebracht ist. Das bedeutet dann auch, dass eine allgemeine **Untersuchungspflicht** des Verkäufers in diesen Fällen nicht besteht,<sup>135</sup> dies auch dann nicht, wenn der Verkäufer wirtschaftlich als reiner Verteiler fungiert. Anders, wenn der Hersteller eines Endprodukts vom Zulieferer bezogene Teile eingebaut hat und aufgrund einer Mängelanzeige des Endabnehmers der Verdacht besteht, dass der Mangel auf den vom Zulieferer bezogenen Teilen beruht.<sup>136</sup> Der **Fachhandel** wird allerdings, wenn Mängel für ihn offenkundig sind, höheren Maßstäben genügen müssen,<sup>137</sup> ähnlich der gewöhnlich sehr kritisch betrachtete **Gebrauchtwagenhändler**,<sup>138</sup> auf dessen Verschulden es ankommt, weil eine Abbedingung der Gewährleistungsansprüche jedenfalls beim Verbrauchsgüterkauf nicht mehr möglich ist. Aber auch hier dürfen die Ansprüche nicht überzogen werden, da der Händler nicht selten, jedenfalls wenn er keine eigene Werkstatt hat, nicht alle Möglichkeiten zur Kontrolle der „im Kundenauftrag“, wenn auch im eigenen Namen verkauften Fahrzeuge hat. Die Untersuchungspflicht wird sich dann jedenfalls auf die routinemäßig möglichen Kontrollen hinsichtlich der Fahrtauglichkeit, besonders auch der rechtlichen Korrektheit des Geschäfts erstrecken.<sup>139</sup> Auch bekannte Mängel eines bestimmten Fahrzeugtyps fordern eine gewisse

<sup>128</sup> Bamberger/Roth/*Faust* Rn. 83.

<sup>129</sup> Erman/*Grunewald* Rn. 24.

<sup>130</sup> Zur Anwendbarkeit des § 278 generell Palandt/*Weidenkaff* Rn. 37; eine Erfüllungsgehilfenstellung des Herstellers behauptet Weller NJW 2012, 2312 ff.; anders Schroeter JZ 2012, 495, 499; Tröger, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 431 ff.; in der Rspr. im Zusammenhang mit Aus- und Einbau BGHZ 177, 224; zuletzt BGH NJW 2014, 2183 (2185); Keiser NJW 2014, 1473 (1474); Lorenz NJW 2013, 207; anders für Werklieferungsvertrag Witt NJW 2014, 2156 (2158).

<sup>131</sup> BGH NJW 1989, 1955; 2008, 2840; 2009, 2676; Erman/*Grunewald* Rn. 26; Reinicke/Tiedtke KaufR Rn. 566; Canaris SchuldRMod S. XXVIII; aA E. Schmidt, FS Heinrichs, 1998, S. 511 ff.; krit. auch Brüggemeier WM 2002, 1376; Bamberger/Roth/*Faust* Rn. 86, wo aber eingeräumt wird, dass den bloßen Händler keine Pflichten bezüglich der Produktion treffen.

<sup>132</sup> U. Huber, FS Ulmer, 2003, S. 1165 (1185); nach PWW/Schmidt Rn. 48 genügt es auch, wenn das Vorprodukt ununterscheidbar in die Herstellungsleistung des Verkäufers eingegangen ist.

<sup>133</sup> BGH NJW 1968, 2238 f.; NJW-RR 1989, 1989; Erman/H.P. Westermann § 278 Rn. 16; Schubel/Koch DB 2004, 119 (123); aA Brüggemeier JZ 2000, 529 (536); krit. auch Bamberger/Roth/*Faust* Rn. 86.

<sup>134</sup> BGHZ 59, 303 (309) = NJW 1972, 2300 f. und dazu U. Huber, FS Ulmer, 2003, S. 1186 f.; anders schon BGH NJW 1978, 1157; WM 1984, 1059; E. Lorenz, FS 50 Jahre BGH, Bd. I, 2000, S. 329 (362).

<sup>135</sup> BGH NJW 1981, 1170 für Zwischenhändler; BGHZ 74, 383 (388) = NJW 1979, 1886; BGH NJW 1980, 2184; U. Huber, FS Ulmer, 2003, S. 1989; Oetker/Maultzsch Vertrag/Schulverhältnisse § 2 Rn. 286; Schubel/Koch DB 2004, 119 (120); auf: Diskussion dieses Grundsatzes bei Finkenauer WM 2003, 665 (668), dort auch zur Behauptungs- und Beweislast.

<sup>136</sup> OLG Stuttgart NJW-RR 2010, 933.

<sup>137</sup> BGH ZIP 1994, 1867; Reinicke/Tiedtke KaufR Rn. 567.

<sup>138</sup> BGHZ 63, 382 = NJW 1975, 642; BGHZ 74, 383 (388) = NJW 1979, 1886; BGH NJW 1979, 1707; abl. allerdings BGH NJW 1977, 1056; 1978, 2243.

<sup>139</sup> S. etwa BGH NJW 1980, 2186; 1983, 218; gegen eine Pflicht des Verkäufers, der „Reparaturhistorie“ eines Gebrauchtfahrzeugs nachzugehen, BGH ZIP 2013, 1674.

Aufmerksamkeit (in diese Richtung gehen auch Bemerkungen in der Regierungsbegründung),<sup>140</sup> die aber nicht auf eine allgemeine Prüfung hinsichtlich technischer Mangelfreiheit hinauslaufen darf. Vielfach werden verschärzte Maßstäbe auch durch die Werbung der Händler und solche typischen Äußerungen begründet, die zum früheren Recht auf ihre Qualifikation als schlüssige Zusicherung iSd § 463 aF untersucht wurden.<sup>141</sup> Die erhöhten Anforderungen an die Prüfung verkaufter Ware durch Fachleute gelten auch beim Verkauf hochwertiger technischer Investitionsgüter, ebenso – wenn auch bei älteren Kaufsachen wiederum die Anforderungen nicht überspannt werden dürfen – beim Kunst- und Antiquitätenhandel.<sup>142</sup>

Bezüglich des Verstoßes gegen die **Nacherfüllungs- und Nachbesserungspflicht** ist davon auszugehen, dass über den Bestand dieser Pflichten schon angesichts der regelmäßig erforderlichen Fristsetzung seitens des Käufers Klarheit bestehen oder hinlänglicher Anlass zur Prüfung gegeben sein wird. Allerdings muss ein vor der Lieferung bestehender Mangel zu diesem Zeitpunkt erkennbar und die Nacherfüllung vor Gefahrübergang möglich und zumutbar gewesen sein, was etwa unter dem Druck von Lieferpflichten nicht immer ganz deutlich sein wird. Es kann auch sein, dass bei einem bei oder nach Gefahrübergang aufgetretenen Mangel die vom Käufer gewünschte Art der Nacherfüllung hätte erbracht werden müssen, sei es Nachbesserung oder – namentlich auch bei der Gattungsschuld – Nachlieferung einer einwandfreien Sache aus der Gattung. Voraussetzung dieses auf § 281 Abs. 1 S. 1 zu stützenden Anspruchs wegen schuldhafter Nichtleistung,<sup>143</sup> der auch unter § 437 Rn. 3 zu fassen ist, ist die Fälligkeit eines Anspruchs auf Nacherfüllung, der vom Käufer geltend gemacht werden muss, und dem keine Einrede gemäß §§ 275 Abs. 2, Abs. 3 oder 439 Abs. 3 entgegengestanden haben darf. Die Nachfrist (→ Rn. 28) muss entweder erfolglos abgelaufen oder entbehrlich gewesen sein. Verschulden bezüglich des Mangels ist hier nicht erforderlich,<sup>144</sup> da die Pflichtverletzung darin besteht, trotz berechtigter Mängelrüge und Fristsetzung nicht korrekt nacherfüllt zu haben. Dem steht es gleich, wenn der Verkäufer die Voraussetzungen der Einrede gemäß § 439 Abs. 3 schuldhaft herbeigeführt hat. Auch hier können möglicherweise Schadensersatzansprüche aus Versagen bei der Nacherfüllung und aus Verzug nebeneinander stehen oder auseinander folgen.<sup>145</sup> **Inhaltlich** geht es um den Ersatz solcher Einbußen, die sich unabhängig vom eigentlichen Mangelschaden durch korrekte Nacherfüllung hätten vermeiden lassen, wobei diese Schäden nicht mit dem reinen Verzögerungs- oder Nutzungsausfallschaden verwechselt werden dürfen, der durch die verspätete Nacherfüllung entstanden ist. Ob eine **Garantie** auch diese Ansprüche erfasst, hängt von ihrer Ausgestaltung und Auslegung ab, es kommt dabei also darauf an, ob etwa der Verkäufer erklärt hat, aufgetretene Mängel kurzfristig, ohne Prüfung ihres Vorhandenseins im Zeitpunkt des Gefahrübergangs (beim Verbrauchsgüterkauf spielt eine solche Erklärung aber wegen § 476 keine entscheidende Rolle mehr) oder ohne Formalitäten auszubessern oder beheben zu lassen.

**f) Behandlung von Mangelfolgeschäden und Nebenpflichtverletzungen.** Mangelfolgeschäden werden nach § 280 Abs. 1 ersetzt, ohne dass das Gesetz ausdrücklich den Inhalt des Ersatzanspruchs benennt; diese Frage ist daher – hauptsächlich wegen der Unterschiede im Hinblick auf die Nachfristsetzung und eine unter Umständen notwendige Mahnung – umstritten. Im Schrifttum ist von Schadensersatzansprüchen „statt der Leistung“ und andererseits „neben der Leistung“ oder „einfachem Schadensersatz“ die Rede.<sup>146</sup> Grund des Anspruchs aus § 280 ist die Verletzung des Integritätsinteresses, das läuft weitgehend auf die früher häufig zur Kennzeichnung der positiven Vertragsverletzung benutzte Formel von den Schäden hinaus, die durch die Mangelhaftigkeit der Kaufsache an anderen Rechtsgütern des Käufers als der Kaufsache selbst oder im Vermögen des Käufers über das Erfüllungsinteresse hinaus eingetreten sind (→ Rn. 28). Beim Mangelfolgeschaden idS muss es sich nicht um einen Verstoß gegen die in § 241 Abs. 2 genannten Schutz- und Obhutspflichten handeln, sondern Voraussetzung ist hier stets ein Mangel der Kaufsache, mit der Besonderheit, dass die hierdurch verursachten Schäden nicht mehr durch ein Nachbessern der Sache hätten

<sup>140</sup> BT-Drs. 14/6040 S. 210.

<sup>141</sup> Zur Verschuldenshaftung bei „Zusicherungen“ *Derleder* NJW 2005, 2481.

<sup>142</sup> BGH NJW 1980, 1621.

<sup>143</sup> Bamberger/Roth/*Faust* Rn. 116; s. auch *Lorenz* NJW 2002, 2497 (2502).

<sup>144</sup> S. das Beispiel von *Lorenz* NJW 2002, 2497 (2503) li. Sp.; für „Garantiehaftung“ *Ehmann/Sutschet* JZ 2004, 62 (63); weitergehend – Entbehrlichkeit eines Verschuldens – v. *Westphalen* ZIP 2002, 545 (549 f.).

<sup>145</sup> *Lorenz* NJW 2002, 2497 ff. Ähnlich nimmt *Dauner-Lieb*, FS Konzen, 2006, S. 63 (80 f.) einen „Dauertatbestand“ der Nichterfüllung der Pflicht zur mangelfreien Leistung an, so dass sich der Schuldner bis zum Erlöschen der Primärleistungspflicht bezüglich des Verschuldens entlasten könne.

<sup>146</sup> *Lorenz* NJW 2002, 1503; Schadensersatz neben der Leistung; ebenso Palandt/*Weidenkaff* Rn. 35; Bamberger/Roth/*Faust* Rn. 140: einfacher Schadensersatz; *Reinicke/Tiedike* KaufR Rn. 507; ebenso Erman/*Grunewald* Rn. 19; zur Anwendung des § 280 s. BGH NJW 2009, 2674.

## § 437 33

### Abschnitt 8. Titel 1. Kauf, Tausch

vermieden werden können.<sup>147</sup> Deshalb bedarf es, um diesen Anspruch geltend machen zu können, auch keiner Nachfristsetzung; auch braucht der Mangel nicht so erheblich zu sein, dass der Käufer auch zum Rücktritt berechtigt wäre oder für den eigentlichen Mangelschaden den „großen Schadensersatz“ geltend machen könnte (→ Rn. 20). Demgegenüber fallen die vom Verkäufer zu vertretenden Schäden aus einer **Nebenpflichtverletzung** nur unter das allgemeine Leistungsstörungsrecht, also § 280 Abs. 1, soweit die Pflicht **nicht leistungsbezogen** war, typischerweise also die Pflichten aus § 241 Abs. 2. Hingegen kommt Schadensersatz nach Gewährleistungsregeln, wenn auch ohne Nachfristsetzung, bei der Verletzung **leistungsbezogener** Nebenpflichten in Betracht, also etwa bei einer Verletzung von Informations- und Aufklärungspflichten, die Sachmängel, aber auch nicht zu Sachmängeln führende Eigenschaften und Umstände der Kaufsache betreffen können (Schadensersatzansprüche kommen hier allerdings nur insoweit in Betracht, als der Käufer nicht auf eine Nacherfüllung verwiesen werden kann, → Rn. 28, 34). Die Annahme – auch in der höchstrichterlichen Rspr. –, dass nach Gefahrübergang Ansprüche etwa aus **culpa in contrahendo** hinter die Gewährleistungsansprüche zurücktreten, wenn nicht der Verkäufer vorsätzlich gehandelt hat,<sup>148</sup> kann also nur für solche Pflichtverletzungen zutreffen, die mit einem Mangel und der Aufklärung über ihn zusammenhängen, wobei also der Schaden nicht aus dem Mangel selbst folgt. Der Unterschied zeigt sich in der Prüfung des **Vertretenmüssens**: Geht es um eine Informations- oder Aufklärungspflicht bezüglich der Beschaffenheit der Sache oder des Vorhandenseins eines Sachmangels, die nicht vorvertraglich bestand und folglich unter §§ 311 Abs. 2 und 3, 280 fällt, so muss sich das Verschulden auf das Bestehen der Nebenpflicht und die möglichen Folgen ihrer Verletzung beziehen und ist nicht schon mit dem Verschulden für den eigentlichen Sachmangel gegeben.<sup>149</sup> Es kann dann praktisch genügen, dass der Verkäufer den Mangel kannte oder kennen musste.

- 33 Die **Abgrenzung** zwischen § 281 und § 280 als Anspruchsgrundlagen ist trotz der etwas anderes bezeichnenden Regierungsgrundlage<sup>150</sup> bedeutsam, und es ist zweifelhaft, ob die Lösungen immer ganz stimmig sein können, weil Schadensersatz „statt der Leistung“, der für Mangelschäden vorgesehen ist, grundsätzlich erst nach erfolglosem Ablauf einer Nachfrist verlangt werden kann, worauf nur ausnahmsweise verzichtet werden kann, während der für einen Mangelfolgeschaden oder eine Nebenpflichtverletzung haftende Verkäufer bei Vertretenmüssen sofort nach dem Schadenseintritt haftet, und der eine Leistung (auch: die Nacherfüllung) verspätet erbringende Verkäufer auch bei Verschulden nur nach einer Mahnung ersatzpflichtig werden kann. Das zwingt dann auch dazu, die unter die Anspruchsgrundlage fallenden Schadensposten nach Maßgabe der Zurechnung zu den verschiedenen Pflichtverletzungen zu gruppieren.<sup>151</sup> Zum Teil wird versucht, den Zusammenhang zwischen einem schadenstiftenden Vorgang und der verletzten Pflicht zum Kriterium zu machen,<sup>152</sup> zum Teil wird offen danach differenziert, ob der Schaden durch eine – dem Verkäufer dann auch einzuräumende – Nacherfüllung hätte vermieden werden können, oder ob auch eine – vielleicht auch: verspätete – Nacherfüllung den Schadenseintritt nicht hätte verhindern können.<sup>153</sup> Mit der ersten Sichtweise verwandt ist die Annahme, Schadensersatz statt der Leistung sei geschuldet für alle durch die Nichterfüllung adäquat verursachten Einbußen des Käufers,<sup>154</sup> in größerer Nähe zur zweiten Lösung steht der Vorschlag, eine Besserstellung des nicht leistenden gegenüber dem schlecht leistenden Verkäufer zu vermeiden, der anders als der nicht leistende ohne Mahnung oder Fristsetzung verantwortlich werden kann.<sup>155</sup> Diese Abgrenzung, die den Mangelschaden eher eng, den Mangelfolgeschaden eher weit versteht, hat allerdings zur Folge, dass der Käufer, dem eine mangelhafte Sache

<sup>147</sup> Etwas weitergehend Bamberger/Roth/Faust Rn. 141: alle diejenigen Schäden, die auch dadurch nicht vermieden worden wären, dass der Verkäufer im spätesten Zeitpunkt nacherfüllt; es erscheint indessen denkbar, dass durch eine Nacherfüllung auch dem Eintreten eines Mangelfolgeschadens noch vorgebeugt worden wäre.

<sup>148</sup> BGHZ 180, 205 = NJW 2009, 2120 (2122); BGH NJW 2010, 858 (859); aA Mertens AcP 205 (2005), 818, 830; 6. Aufl. → § 311 Rn. 80 ff. (Emmerich).

<sup>149</sup> So wohl auch Bamberger/Roth/Faust Rn. 144; so war im Fall BGH NJW 2010, 858 die Herkunft des verkauften Fahrzeugs von einem „fliegenden Zwischenhändler“ kein Mangel, wohl aber ein aufklärungspflichtiger Umstand.

<sup>150</sup> BT-Drs. 14/6040 S. 94; s. auch BT-Drs. 14/6040 S. 225.

<sup>151</sup> Dies strebt auch die Begr. RegE an, s. BT-Drs. 14/6040 S. 225. Eine etwas veränderte Zuordnung erscheint aber unumgänglich, LG Bonn NJW 2004, 74 (75); zum Ausgangspunkt grundlegend Grunewald in Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt Neues SchuldR S. 313, 314 ff.; s. auch Dedek in Hessler/v. Westphalen SchuldR Reform § 280 Rn. 18; aA – Mangelfolgeschaden auch nach § 281 – Recker NJW 2002, 1247 f.

<sup>152</sup> So, wenn Schadensersatzposten im Rahmen des Schadensersatzes „statt der Leistung“ nur solche Einbußen sein sollen, die durch das endgültige Ausbleiben der Leistung verursacht sind, Lorenz NJW 2002, 2497 (2500, 2503); ebenso im Ergebnis Tiedtke/Schmitt BB 2005, 615.

<sup>153</sup> Grunewald KaufR § 9 Rn. 83.

<sup>154</sup> Recker NJW 2002, 1247.

<sup>155</sup> Schur ZGS 2002, 243 f.; PWW/Schmidt Rn. 32.

geliefert wird, wegen eines durch sie verursachten Folgeschadens einschneidender, nämlich ohne Nachfristsetzung, vorgehen kann, als wenn er die Sache nicht erhalten hat oder nur einen nach Ausfall seines Nacherfüllungsanspruchs bestehenden Mangelschaden geltend machen will, zumal fraglich ist, ob nicht gerade für die Mangelfolgeschäden, deren Beseitigung durch den Verkäufer nicht Nacherfüllung, sondern eben Schadensersatz (in Natur) wäre, diese rechtliche Behandlung angemessen ist. Der Vorstellung, den Lieferanten einer mangelhaften Sache zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten, entspricht daher am ehesten die Folgerung, dass Schadensersatz „statt der Leistung“ dasjenige ist, was an die Stelle der vom Verkäufer nicht (mehr) erbrachten Leistung tritt, also den Käufer für das aufgrund des Mangels unerfüllte Interesse an korrekter Erfüllung entschädigt, wenn dem Verkäufer eine Gelegenheit zur Nacherfüllung eingeräumt worden ist; nicht hierher gehört dann, was an Einbußen im sonstigen Vermögen des Schuldners eingetreten ist und durch eine Korrektur der mangelhaften Leistung nicht mehr behoben werden kann.<sup>156</sup> Zu eng wäre es demgegenüber, einen nach § 280 zu ersetzenen Mangelfolgeschaden nur dann, aber auch schon dann anzunehmen, wenn eine Nachfristsetzung, die § 280 ja nicht verlangt, nicht als sinnvoll erscheint;<sup>157</sup> die fehlende Sachgerechtigkeit einer Nachfristsetzung ist ein Fall des § 281 Abs. 2.

Angesichts der subtilen theoretischen Unterscheidungen kann es nicht ausbleiben, dass einzelne **typische Schadensposten** im Hinblick auf die Sachgerechtigkeit ihrer Einordnung diskutiert werden. Dies gilt für die Beseitigung von Schäden an der Sache, die durch die Mangelhaftigkeit entstanden sind, ebenso für die Kosten eines Deckungskaufs, der durch eine Nacherfüllung hätte vermieden werden können (→ Rn. 35), die Mehrkosten für die Arbeit mit der mangelhaften Sache sowie schließlich für eine (angeforderte) Nacherfüllung. Dagegen gehören zum einfachen Schadensersatz der entgangene Gewinn, die Aufwendungen zur Feststellung des Mangels, auch Beschädigung der Kaufsache anlässlich der Nacherfüllung,<sup>158</sup> Folgeschäden an anderen Vermögensgütern des Käufers. In die Gesamtbetrachtung kommt eine zusätzliche Differenzierung in Gestalt der Abgrenzung zum Verzögerungsschaden, der neben einem Schlechterfüllungsschaden in Betracht kommen kann.<sup>159</sup> Wenn ohne eine vom Verkäufer geschuldete Information die Kaufsache nicht in Betrieb genommen werden konnte, entsteht ein Verzögerungsschaden; anders, wenn der Schaden auf eine Aufklärungspflichtverletzung zurückgeht, wobei ja auch eine Mahnung entbehrlich war.<sup>160</sup> Anerkannt ist jetzt auch die Haftung des Verkäufers einer mangelhaften Sache für einen mangelbedingten **Nutzungsausfall-** oder **Betriebsausfallschaden**, den der am Vertrag festhaltende Käufer nach § 280 Abs. 1,<sup>161</sup> der zurücktretende als Schadensersatz statt der Leistung<sup>162</sup> verlangen kann, wobei es sich freilich um die nach Fälligkeit vorgesehenen Nutzungen handeln muss.<sup>163</sup> Wenn hier verbreitet Ersatzfähigkeit nur unter den Voraussetzungen des Verzuges angenommen wird, so wird übersehen, dass der Vorwurf in der Mangelhaftigkeit der Leistung begründet liegt, die dem Zweck der Pflicht zur sach- und rechtsmängelfreien Leistung zuwiderläuft.<sup>164</sup> Ein Verzögerungsschaden kann allerdings noch zusätzlich auftreten, so etwa, wenn der Schuldner mit seiner Nacherfüllungspflicht in Verzug geraten ist (wozu er ua gemahnt worden sein muss). Anders als bei der Haftung aus § 280 braucht der Schuldner in diesem letzten Fall den Mangel als solchen nicht verschuldet zu haben.

**g) Inhalt und Umfang des Ersatzanspruchs.** Der Schadensersatzanspruch „neben der Leistung“ aus § 280 Abs. 1 umfasst, wie der Gesetzeswortlaut ergibt, das **positive Interesse** (→ § 280 Rn. 64 f.). Es geht auch nicht allein um die Integritätsinteressen des Käufers, die zwar durch den Schadensersatz wegen eines Mangelfolgeschadens sowie denjenigen wegen der Verletzung von Schutz- und Obhutspflichten (§ 241 Abs. 2) geschützt sind, aber nicht unbedingt durch alle leistungsbezogenen Nebenpflichten wie etwa die sog. Leistungstreuepflicht. Im Einzelnen ist insbesondere im Hinblick auf den Ersatz von Mangelschäden und Mangelfolgeschäden manches streitig. Wenn der Verkäufer korrekt geleistet (oder nacherfüllt) hätte, so ist der mangelbedingte **Minderwert** im

<sup>156</sup> So im Wesentlichen *Grunewald* in Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt Neues SchuldR. S. 317; dem folgend Erman/H.P. Westermann § 280 Rn. 15; ähnlich *Canaris*, Karlsruher Forum 2002, S. 37, 40. Zum Schadensersatz statt der Leistung umfassend *U. Huber* AcP 210 (2010), 319 ff.

<sup>157</sup> NK-BGB/Dauner-Lieb § 280 Rn. 5; dagegen *Grunewald* in Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt Neues SchuldR. S. 315 f.

<sup>158</sup> OLG Saarbrücken DAR 2007, 3502; Palandt/*Weidenkaff* Rn. 35; s. auch *Grigoleit/Riehm* AcP 204 (2004), 727 (736 f.); aA *Faust JuS* 2008, 179.

<sup>159</sup> Dazu *Canaris* ZIP 2003, 327; *Grigoleit/Riehm* JuS 2004, 745; *Dauner-Lieb/Dötsch* DB 2001, 2537.

<sup>160</sup> *Fliegner* JZ 2002, 324; *Canaris* ZIP 2003, 321 (325).

<sup>161</sup> BGH NJW 2009, 2674 Rn. 12; dazu *Lorenz* Anm. LMK 2009, 286449 und *Grunewald* EWiR 2009, 731.

<sup>162</sup> BGHZ 174, 290; BGH NJW 2010, 2426; dazu *Gsell* LMK 2010, 307697 und *Podevils* EWiR 2010, 601.

<sup>163</sup> *Bamberger/Roth/Faust* Rn. 142.

<sup>164</sup> *Canaris*, Karlsruher Forum 2002, S. 27 ff.; für Qualifikation als Verzugsfolge aber *Petersen* Jura 2000, 443; *Dauner-Lieb/Dötsch* BB 2001, 255.

## § 437 36

### Abschnitt 8. Titel 1. Kauf, Tausch

Vermögen des Käufers als Schadensersatz „statt der Leistung“ zu ersetzen,<sup>165</sup> dasselbe gilt für die Reparaturkosten und die Aufwendungen für einen Deckungskauf, die die Rechtsprechung nicht als Verzögerungsschaden, sondern als einen an die Stelle der Leistung tretenden Schaden ansieht, der folglich nur nach §§ 280 Abs. 1 und Abs. 3, 281 geltend gemacht werden kann.<sup>166</sup> Beim **Grundstückskauf** können die Mängelbeseitigungskosten allerdings beträchtlichen Umfang erreichen, deshalb hat der BGH ihre Ersetzung durch den Verkäufer bei unverhältnismäßiger Höhe auf den mangelbedingten Minderwert der Sache beschränkt und stellt dabei darauf ab, dass die Kosten entweder den Verkehrswert des Grundstücks in mangelfreiem Zustand oder 200 % des mangelbedingten Minderwerts übersteigen, wobei auf den Beginn der Mängelbeseitigung durch den Käufer abgestellt wird. Stellen sich während der Ausführung höhere Kosten heraus, so sind sie ersatzpflichtig, wenn die Maßnahme bei wirtschaftlicher Betrachtung auch unter Berücksichtigung der bereits angefallenen Kosten nicht fortzuführen wäre.<sup>167</sup> Demgegenüber sind die im Vertrauen auf den Bestand des Kaufvertrages gemachten Aufwendungen, da sie auch bei einer mangelfreien Lieferung angefallen wären, nicht ohne weiteres hierher zu rechnen; in Betracht kommt aber § 284 und – durch diese Norm nicht verdrängt – die Bestimmung des Schadens nach der Rentabilitätsvermutung;<sup>168</sup> zum Aufwendungsersatz → Rn. 48. Hierher können dann auch **Gutachterkosten** und „Abstandsprovisionen“ gehören, wogegen Schäden durch die mangelbedingte Unerfüllbarkeit eines Vertrages des Käufers mit einem Dritten nach § 280 Abs. 1 zu ersetzen sind.<sup>169</sup> Das gilt auch für Schäden, die nach Fehlschlägen einer Nacherfüllung oder nach dem Ablauf der Nacherfüllungsfrist eintreten, wogegen dann, wenn wegen eines vom Verkäufer nicht verschuldeten Mangels die Nacherfüllung verzögert wird, ein Schadensersatzanspruch aus Verzug in Betracht kommt.<sup>170</sup> Der Ersatzanspruch aus § 280 bleibt bestehen, wenn der Käufer die (auch: nach Ablauf der Nachfrist) vom Verkäufer angebotene Nacherfüllung annimmt oder den Rücktritt erklärt.<sup>171</sup> **Körper- und Gesundheitsschäden** beim Käufer können unter § 280 Abs. 1 fallende Mangelfolgeschäden sein (ebenso Folgen der Verletzung von Schutz- und Obhutspflichten gemäß § 241 Abs. 2), aber auch **allgemeine Vermögensschäden**, nach § 241 Abs. 2 auch Schäden aus Schutz- und Obhutspflichtverletzungen. Zweifelhaft ist demgegenüber, ob man alle Folgen, die durch einen Hinweis des Verkäufers hätten verhindert werden können, und damit besonders die sogen. **Weiterfresserschäden** unter den vertraglichen Schadensersatzanspruch gemäß § 280 Abs. 1 fassen kann.<sup>172</sup> Zwar ist richtig, dass nicht selten diese Einbußen durch Information seitens des Verkäufers hätten verhindert werden können; aber es geht nicht an, alle Eventualitäten, die sich im Zusammenhang mit dem Gebrauch einer Kaufsache ergeben können, ohne konkreten Anhaltspunkt für ihre Gefahrträchtigkeit bereits als Grund für Aufklärungspflichten des Verkäufers zu nehmen, die jedenfalls beim Handel, möglicherweise aber sogar beim Hersteller nicht überspannt werden dürfen (→ Rn. 29, 30). Eher handelt es sich um ein Problem des Deliktsrechts (→ Rn. 62).

- 36 Das gilt auch im Hinblick auf die besonders für Kaufverträge passende, speziell auf den **Schadensersatz „statt der Leistung“** zugeschnittene Unterscheidung zwischen dem „kleinen“ und dem „großen“ Schadensersatz (Schadensersatz „statt der ganzen Leistung“). Es handelt sich hierbei, wie § 281 Abs. 1 S. 3 zeigt, um eine Folge einer Schlechterfüllung, also Lieferung einer mangelbehafteten Kaufsache. Beim „großen“ Schadensersatz gibt der Käufer die mangelhafte Kaufsache zurück und ist dem Käufer insoweit seinerseits nach § 281 Abs. 5 zum Schadens- oder Nutzungseratz nach Rücktrittsregeln verpflichtet, während er beim „kleinen“ Schadensersatz die mit einem nur unerheblichen Mangel behaftete Sache behalten muss und nur den Nichterfüllungsschaden einfordern kann, der sich daraus ergibt, dass die Sache in seinem Vermögen nicht die Werte und Eigenschaften

<sup>165</sup> Tiedke/Schmitt BB 2005, 615 (618); Grunewald KaufR § 9 Rn. 83; PWW/Schmidt Rn. 37.

<sup>166</sup> BGH NJW 2013, 2959; zust. Kaiser, FS H. P. Westermann, 2008, S. 351 ff.; Lorenz, FS Leenen, 2012, S. 147, 168; Bamberger/Roth/Unberath § 286 Rn. 69; NK-BGB/Dauner-Lieb § 280 Rn. 65; zum Ganzen aus der Sicht des Kaufrechts Grigoleit-Riehm AcP 204 (2004), 727 (736); Ostendorf NJW 2010, 2833 (2836); zuletzt Korch-Hagemeyer Jura 2014, 1302 ff.

<sup>167</sup> BGH NJW 2015, 468 = ZIP 2014, 1532; im Wesentlichen zust. Gutzeit NJW 2015, 445

<sup>168</sup> LG Bonn NJW 2004, 74 (75) mit zust. Bespr. Lorenz NJW 2004, 26 ff.; s. auch Grigoleit ZGS 2002, 122 (123); NK-BGB/Dauner-Lieb § 284 Rn. 5.

<sup>169</sup> Bamberger/Roth/Faust Rn. 137, wo aber die Rentabilitätsvermutung als obsolet bezeichnet wird; Tiedke/Schmitt BB 2005, 615 (619); Schobel JuS 2002, 313 (319); zum entgangenen Gewinn abw. NK-BGB/Dauner-Lieb § 280 Rn. 74. Zur Haftung des Verkäufers für die Kosten eines vom Käufer beigebrachten Privatgutachtens BGH NJW 2014, 8 und dazu Derleder EWiR 2014, 417.

<sup>170</sup> Für eine Einbeziehung des Verspätungsschadens in die Berechnung eines Nichterfüllungsschadens U. Huber AcP 210 (2010), 319 (340 ff.); zur qualitativen Verzögerung → Rn. 23.

<sup>171</sup> Canaris, Karlsruher Forum, 2002, S. 36, 41; s. auch die Fälle BGHZ 174, 290; BGH NJW 2010, 2426.

<sup>172</sup> Gegen diese Wahlmöglichkeit bei unerheblichen Mängeln Erman/Grunewald Rn. 15, anders ebenda Rn. 16; dafür Bamberger/Roth/Faust Rn. 145.

verkörpert, die sie nach dem Vertrag haben sollte. Für diese letztere Abrechnungsweise kann sich der Käufer aber auch bei „erheblichen“ Mängeln entscheiden,<sup>173</sup> was er besonders dann tun wird, wenn er die Kaufsache trotz ihrer Mangelhaftigkeit kurzfristig in seinem Betrieb nicht entbehren kann. Der „kleine“ Schadensersatz kann in der Praxis durchaus darauf hinauslaufen, dass der Käufer den Minderwert nach Maßgabe des Betrages erhält, den er für die Sache in Kenntnis ihrer Mangelhaftigkeit bezahlt haben würde.<sup>174</sup> Auch der „kleine“ Schadensersatz kann durch die Einbeziehung der Kosten für die Herstellung eines vertragsgemäßigen Zustandes erhebliche Belastungen für den Verkäufer nach sich ziehen,<sup>175</sup> so dass an Beschränkungen in entsprechender Anwendung des § 251 Abs. 2 oder des § 439 Abs. 3 zu denken ist (→ Rn. 35), aber auch an eine Begrenzung des „kleinen“ Schadensersatzanspruchs der Höhe nach durch den Betrag des „großen“ Ersatzanspruchs.<sup>176</sup> Der „große“ Schadensersatz gemäß § 281 kann, obwohl hier die wirtschaftlichen Folgen des Scheiterns der gesamten Transaktion in die Berechnung eingehen, durch die grundsätzliche Wahlmöglichkeit des Gläubigers zwischen konkreter und abstrakter Schadensberechnung (die freilich auch für den „kleinen“ Schadensersatzanspruch gilt) zu praktikabler Handhabung führen. Zur Anwendung des § 284 (→ Rn. 248 7 f.).

**6. Übernahme einer Garantie. a) Begriff.** Die bei einer Verschuldensprüfung auftretenden Probleme werden nicht unerheblich abgeschwächt, wenn auch nicht gänzlich beseitigt, wenn den Verkäufer auf Grund vertraglicher Erklärung eine **Garantiepflicht** bezüglich der Mangelfreiheit oder das **Beschaffungsrisiko** trifft. Beide Haftungsverschärfungen können auch eine Verantwortung für das Ausbleiben einer Lieferung zu einem bestimmten Zeitpunkt begründen. Bei der Auslegung dessen, was unter einer Garantie zu verstehen ist (→ § 276 Rn. 172), ist zunächst zwischen der Beschaffenheits- und Haltbarkeitsgarantie iSd § 434 und der „Garantie iSd § 276 Abs. 1 S. 1“ zu unterscheiden;<sup>177</sup> in diesem Bereich kann dann zu einem großen Teil auf das Verständnis der **Zusicherung** iSv §§ 459 Abs. 2, 463 aF zurückgegriffen werden.<sup>178</sup> Unter einer Garantie wird Übernahme einer **verschuldensunabhängigen Einstandspflicht** für Schäden verstanden, die sich aus einem Sach- oder Rechtsmangel beim Vertragspartner und Empfänger der Garantieerklärung ergeben; keine Rolle spielt die Qualifizierbarkeit des in Bezug genommenen Umstandes als „Eigenschaft“ der Kaufsache, es genügen somit auch andere Gegebenheiten. Bezüglich der Würdigung von Zusagen des Verkäufers bestand die Vorstellung des Gesetzgebers, dass an die Zusicherung nach bisherigem Recht sollte angeknüpft werden können.<sup>179</sup> Die Garantie gehört, wie aus der Bezugnahme auf den Inhalt des Schuldverhältnisses auch hervorgeht, zur Parteivereinbarung, die Aussage muss also ggf. durch **Auslegung** ermittelt werden;<sup>180</sup> allerdings geht es bei der „Garantie“ iSd § 443 um neben der gesetzlichen Mängelhaftung stehende Ansprüche (→ § 443 Rn. 1). Bei der Verschärfung der gesetzlichen Einstandspflicht muss, wie auch im Rahmen des § 443 (→ § 443 Rn. 8 ff.) der Wille auf eine bestimmte Rechtsfolge gerichtet sein, eine bloße Wissenserklärung genügt nicht,<sup>181</sup> so dass etwa die Erklärung, dass dem Verkäufer Umstände wie ein Unfall oder technische Probleme nicht bekannt seien, nicht ausreicht;<sup>182</sup> wohl kann eine derartige Erklärung, wenn sie falsch ist, unter Umständen eine Haftung nach § 311 Abs. 2 auslösen, wenn der Mangel unbehebbar ist. Eine bewusst falsche Erklärung wird in der Regel schon als arglistig anzusehen sein. Die Erklärung sollte im

<sup>173</sup> Erman/Grunewald Rn. 16 für den Fall, dass der Käufer keine komplette Rückabwicklung wünscht.

<sup>174</sup> S. die Fälle OLG Köln NJW-RR 1991, 847 und BGH NJW 1983, 1424.

<sup>175</sup> BGH NJW 1989, 2534 f.; 1995, 1549; BGHZ 108, 56 = 1989, 2750 f. Der in diesem Zusammenhang bisweilen zitierte „Burra“-Fall BGH NJW 1993, 2103 mit Anm. Grunsky LM § 249 (E) Nr. 17; s. auch Wölff NJW 1994, 298; Lorenz JZ 1989, 943, betraf allerdings einen Fall des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung.

<sup>176</sup> So Erman/H.P. Westermann § 281 Rn. 29.

<sup>177</sup> Nähere Darstellung im Hinblick auf „technische Garantien“ im Anlagenbau bei Schuhmann ZGS 2006, 290 ff.; zu den Garantieformen bei IT-Verträgen Stadler CR 2006, 77 ff.

<sup>178</sup> BGH NJW 2007, 1346 mit Anm. Gutzeit; Erman/Grunewald Rn. 27; für eine stärkere Betonung von „immanenter“ Garantien anstelle des Verschuldens Ehmann/Sutschet JZ 2004, 62 (64 ff.), was auch nach Schubel/Koch DB 2004, 119 bei Verletzung der Nacherfüllungspflicht als mögliche Entwicklung vorstellbar ist. S. auch die Formulierungen des OLG Brandenburg BeckRS 2008, 15468 zu der nach Gefahrübergang erklärten „Zusicherung“. Zur Problematik der Anwendung des Begriffs der Zusicherung aber Grigoleit in Artz/Gsell/Lorenz, Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung, 2013, S. 55, 69 ff.

<sup>179</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 14/6040 S. 132; in der Rspr. idS OLG Hamburg OLGR 2005, 226; LG Karlsruhe NJW-RR 2005, 1368; OLG Celle OLGR 2004, 498; dazu auch HK-BGB/Schulze § 276 Rn. 23; Haas BB 2001, 113 ff.; Ball ZGS 2002, 49 (52).

<sup>180</sup> BGH WM 2009, 2396. So entnahm das OLG Hamburg (OLGR 2005, 226) dem Verkauf eines Mehrfamilienhauses „bestehend aus drei abgeschlossenen Wohnungen“ eine Garantie der selbständigen Vermietbarkeit der Wohnungen; Zurückhaltung empfiehlt BGH NJW 2007, 2396.

<sup>181</sup> Erman/Grunewald Rn. 27.

<sup>182</sup> BGH WM 1981, 325 betr. Unfall; NJW-RR 1992, 333; NJW 1995, 1549 betr. verdeckte Mängel.

## § 437 38

### Abschnitt 8. Titel 1. Kauf, Tausch

Bewusstsein einer Verantwortlichkeit für die Aussage erfolgt sein, die häufigen Erklärungen mit einem **Vorbehalt** besserer Information genügen also ebenfalls nicht.<sup>183</sup> Da es wie immer darauf ankommt, wie der Käufer das Verhalten des Verkäufers unter Berücksichtigung der Umstände des Vertragsschlusses nach Treu und Glauben auffassen durfte, sind Garantien durch schlüssiges Verhalten möglich und in der Praxis häufig angenommen worden.<sup>184</sup> Auf den Empfängerhorizont eines mit den Verhältnissen vertrauten Empfängers abzustellen, ist auch bei der Abgrenzung zu bloß **werbenden Anpreisungen** entscheidend, wobei allgemein gehaltene Angaben, erst recht Angaben, deren vordergründige Aussage nicht beansprucht, wirklich ernst genommen zu werden, als Reklame, folglich unverbindlich zu betrachten sind,<sup>185</sup> während die genaue Bezeichnung von Eigenschaften und Umweltbeziehungen eher als Garantie zu qualifizieren ist.<sup>186</sup> Werbung des Verkäufers scheidet demnach nicht allgemein aus, insbesondere nicht solche in Prospekten; es kommt aber immer auf den Einzelfall an.<sup>187</sup> Dies ist auch für die **Abgrenzung zur Beschaffenheitsvereinbarung** wichtig. Die Garantie weist im Vergleich zur bloßen Beschaffenheitsvereinbarung einen **höheren Grad an Bewusstheit der Einstandspflicht** auf; dass den Verkäufer nach jetzigem Recht eine Erfüllungspflicht bezüglich der Mangelfreiheit trifft, führt nicht zu einer geringeren Einschätzung des Verantwortlichkeitsgrads einer Erklärung.<sup>188</sup> Zur Garantie seitens eines Dritten, meist des Herstellers, → § 443 Rn. 7.

38 **b) Ermittlung aus dem Vertragsinhalt.** Am **Wortlaut** der Erklärung ist nicht zu haften, dies vor allem deshalb nicht, weil inzwischen unter „Garantie“ die verschiedenen, aus den §§ 276, 434 und 476 hervorgehenden Inhalte verstanden werden können. Der Wortlaut, der natürlich auch den früher relevanten Ausdruck „Zusicherung“ aufnehmen kann, muss nur erkennen lassen, dass der Verkäufer für das Vorhandensein der genannten Eigenschaft oder das Fehlen eines bezeichneten Sach- oder Rechtsmangels unbedingt einstehen will, besonders auch für ihre fehlende Mangelfolgeträchtigkeit.<sup>189</sup> Für die Zurechnung einer Erklärung als Garantie wichtig ist zunächst der **Informations- oder Erfahrungsabstand** zwischen dem Käufer, der Laie oder jedenfalls nicht speziell ausgebildet oder erfahren ist, und dem Verkäufer als Hersteller oder **Fachmann**. Dem Käufer soll nicht das Risiko für das Fehlschlagen von Erwartungen aufgeburdet werden, hinsichtlich deren Realisierbarkeit er auf Angaben des Verkäufers angewiesen ist und eigene Untersuchungen nicht anstellen bzw. persönliche Erfahrungen nicht abrufen kann. Maßgeblich ist hier nicht etwa der generelle Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes, sondern der Schutz des **Vertrauens** des Käufers in die fachliche Korrektheit oder Überlegenheit des Verkäufers. Ein wichtiger Gesichtspunkt ist dabei der Umstand, dass der Käufer die Angaben des Verkäufers nicht überprüfen kann,<sup>190</sup> ein anderer die Erwähnung einer **besonderen Bedeutung** einer **bestimmten Eigenschaft durch den Käufer**.<sup>191</sup> In beiden Fallgruppen muss allerdings hinzukommen, dass der Verkäufer selber die Angaben überprüfen kann<sup>192</sup> oder in Kenntnis des besonderen Gewichts, das der Käufer einem Umstand beimisst, dessen diesbezügliche Frage vorbehaltlos bejaht hat.<sup>193</sup> Einfache Angaben des Verkäufers, auch wenn sie für den Käufer wichtige Umstände betreffen, gehören nicht hierher, da der Kaufentschluss auch durch eine bloße Beschaffenheitsvereinbarung ausgelöst sein kann. So wird man zögern, in der einen

<sup>183</sup> BGH BB 1991, 104; NJW 1993, 1385; 2008, 1517; Erman/Grunewald Rn. 27.

<sup>184</sup> BGH NJW 1959, 1489; BGHZ 59, 158 = NJW 1972, 1706; BGHZ 59, 303 = NJW 1972, 2300; BGH NJW 1975, 1695; 1983, 217; WM 1991, 1722 f.

<sup>185</sup> Die Behauptung, ein Gebrauchtfahrzeug sei „in Top-Zustand“, wurde von LG Osnabrück NZV 2005, 100 als reine Anpreisung qualifiziert; s. auch OLG Celle NJW-RR 2001, 135.

<sup>186</sup> Zum Erfordernis genauer Bezeichnung in der Rspr. hauptsächlich BGH NJW 1959, 1489; BGHZ 48, 118 = NJW 1967, 1903.

<sup>187</sup> Zur Qualifizierung von Angaben in einer Verkaufsanzeige als Garantie (iSd § 444) LG Kleve NJW-RR 2005, 422.

<sup>188</sup> H.P. Westermann NJW 2002, 241 (247); Hassemer ZGS 2002, 95 f. Manche Gerichte unterscheiden freilich nicht mehr zwischen Garantie und Beschaffenheitsvereinbarung, so etwa LG Karlsruhe NJW-RR 2002, 1368; AG Neu-Ulm MMR 2004, 562.

<sup>189</sup> Hierzu besonders NK-BGB/Dauner-Lieb § 276 Rn. 20; aus der Rspr. s. BGHZ 50, 200 = NJW 1968, 1622; BGH NJW 1982, 435 f.; 1993, 2103 f.

<sup>190</sup> LG Stuttgart NJW 1969, 610 zum Wert einer umfangreichen Briefmarkensammlung, mit zust. Anm. Schmidt NJW 1969, 1018; Ähnlich bei der Beifügung einer Expertise zu einem Gemälde, BGHZ 63, 369 (372) = NJW 1975, 970 mit krit. Anm. v. Hoyningen-Huene NJW 1975, 962; zust. aber Locher JZ 1975, 419; weitere Beispiele bei BGH NJW 1981, 1269; 1988, 1379.

<sup>191</sup> BGH BB 1958, 284; ZIP 1995, 131; in der neuen Rspr. OLG Koblenz NJW 2004, 1670 (Angaben auf ausdrückliche Frage nach der Gesamtfahrleistung).

<sup>192</sup> BGH NJW 1981, 1269; 1988, 1379.

<sup>193</sup> BGH ZIP 1996, 598; 1995, 131; Erman/Grunewald Rn. 28.