

Bürgerliches Recht

Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung

Bearbeitet von
Prof. Dr. Dres. h.c. Dieter Medicus, Prof. Dr. Jens Petersen

26. Auflage 2017. Buch. XXXII, 511 S. Kartoniert

ISBN 978 3 8006 5462 8

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.

§ 14 Einzelne Vertragstypen

I. Der Kauf¹

1. Rückbindung der Käuferrechte an das Allgemeine Schuldrecht

a) Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung können nach § 325 nebeneinander bestehen.² 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. 237f.). 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.³ Minderung und Schadensersatz statt der ganzen Leistung schließen sich wegen §§ 281 V, 346 einerseits und § 441 andererseits aus.⁴ Denn bei der Minderung (§ 441) behält der Schuldner die Sache, während er sie nach § 281 V, 346 zurückgewähren muss, wenn der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangt. Erkennt der Käufer, dass die erklärte Minderung unökonomischer ist als gedacht, sollte ihm entsprechend § 325 der Übergang zum Schadensersatz statt der Leistung gestattet sein, wenn die Schadensberechnung mit der Minderung vereinbar ist.⁵ Der Käufer kann jedenfalls 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.⁶

280

Die Geltendmachung der Käuferrechte kann im Einzelfall weiteren Begründungsbedarf erfordern:

281

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 Mängelbeseitigung (§§ 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. Stürmer JURA* 2016, 884; *Medicus/Petersen BGB* AT Rn. 47; Verträge über digitale Inhalte behandelt auch *Faust Gutachten* 71. DJT (2016) A 42-53.

2 Dazu *Gsell* JZ 2004, 643 (647). Lehrreich auch *Fervers* JURA 2015, 11.

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

4 AA *Derleder* NJW 2003, 998 (1001f.); OLG Stuttgart ZGS 2008, 479 (480).

5 *Althammer/Löhnig* AcP 205 (2005), 520 (533); skeptisch *Reinicke/Tiedtke* KaufR Rn. 596; abl. *Lögering* MDR 2009, 664 (666).

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

kein für ihn unzumutbarer Schwebezustand entsteht.⁷ 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.⁸ Es sei unpraktisch, wenn jeder neue Mangel eine erneute Fristsetzung nach sich ziehen müsste.⁹ Das demgegenüber von der Rspr. vertretene **Prinzip der Einzelbetrachtung** verlangt eine jeweils eigene Fristsetzung für jede vertragswidrige (Teil-)Leistung.¹⁰ Die Fristsetzung muss klar erkennen lassen, was genau – letztmalig – verlangt wird;¹¹ 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 Aufwendungersatz (§ 284). Der Rückgriff auf diese **Grundwertung** beantwortet viele im Einzelnen streitige Zweifelsfragen:¹² Beharrt der nach § 281 I 1 berechtigte 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.¹³ Der Gläubiger kann etwa zum Schadensersatz statt der Leistung übergehen.¹⁴ 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.¹⁵ Ansprüche wegen Verzugs (§§ 280 I 1, II, 286 I) und Schlechtleistung (§§ 280 I 1, 433 I 2) bestehen neben dem Nacherfüllungsanspruch fort.¹⁶

- 283 c) Lässt der Verkäufer die Frist zur Nacherfüllung verstrecken und hat der Käufer noch nicht den Rücktritt erklärt oder Schadensersatz statt der Leistung verlangt (§ 281

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

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

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

10 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).

11 BGH NJW 2010, 2200.

12 Oechsler VertrSchuldV Rn. 245.

13 BGH NJW 2006, 1198 Rn. 18.

14 Althammer ZGS 2005, 375 (377).

15 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 elekтив Konkurrenz nach dem BGB, 2012.

16 PWW/M. Stürner § 323 Rn. 51.

IV), so darf der Verkäufer die Nacherfüllung weiterhin anbieten. Der Käufer ist nach hM jedoch nicht zur Annahme der nunmehr unaufgefordert angebotenen Leistung verpflichtet.¹⁷ 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.¹⁸ Nach der Gegenansicht kann der Käufer keinen Schadensersatz statt der Leistung mehr verlangen, wenn ihm der Verkäufer die Nacherfüllung in Annahmeverzug begründender Weise anbietet.¹⁹ Mit dem Annahmeverzug erlischt zugleich das Rücktrittsrecht, weil die Verspätungsfolgen entfallen.²⁰ 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,²¹ im Übrigen aus § 242.²²

2. Gleichstellung von Sach- und Rechtsmängelhaftung

Sach- und Rechtsmängel werden zwar verschieden definiert (einerseits § 434, andererseits §§ 435f.).²³ Aber bei den Rechtsfolgen gibt es kaum mehr Unterschiede.²⁴ Insbesondere kann auch wegen eines Rechtsmangels gemindert werden (§ 441, zB wenn nur ein kleiner Teil des Kaufgrundstücks mit dem Wegerecht eines Dritten belastet ist). Da-her 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.²⁵ Doch ist zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen § 438 I Nr. 1a 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.²⁶

284

3. Sachmangel

a) § 434 enthält eine Definition des Sachmangels (oder genauer: der Freiheit von Sachmängeln bei Gefahrübergang).²⁷

285

aa) Die Kaufsache muss die **vereinbarte Beschaffenheit** haben, § 434 I 1. So muss zB ein Kraftfahrzeug die angegebene Höchstgeschwindigkeit auch wirklich erreichen.²⁸

¹⁷ AA MüKoBGB/Ernst § 281 Rn. 89f.; dazu Heinrichs, FS Derleder, 2005, 87 (107).

¹⁸ Canaris, Karlsruher Forum 2002, 49. Allg. Singer, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, 1993.

¹⁹ Faust, FS U. Huber, 2006, 239 (257).

²⁰ Medicus/Lorenz SchuldrR AT Rn. 503.

²¹ Zu ihm BGH NJW 2016, 3720 (dazu Emmerich JuS 2017, 69).

²² MüKoBGB/Ernst § 323 Rn. 152; PWW/M. Stürner § 323 Rn. 51.

²³ Zur Abgrenzung BGH NJW 2017, 1666; dazu M. Schwab JuS 2017, 683.

²⁴ Näher Haedicke, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, 2003 (dazu Heinemann JZ 2004, 1013); Pahlow JuS 2006, 289; Zimmermann AcP 213 (2013), 652.

²⁵ Bamberger/Roth/Faust § 435 Rn. 15; Petersen JURA 2014, 1030; aa Meier JR 2003, 353 (355).

²⁶ Canaris JZ 2003, 831f. BGHZ 174, 61 Rn. 28 konnte die Frage offen lassen, weil Rechte Dritter nicht in Betracht kamen. Zur Vindikationsverjährung S. Lorenz/Arnold, FS Köhler, 2014, 451.

²⁷ Für eine Streichung der Worte »bei Gefahrübergang« G. Bachmann AcP 211 (2011), 395 (428).

²⁸ 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.²⁹ 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 2.³⁰

Die Streitigkeiten um den Beschaffenheitsbegriff ranken sich vor allem um die Frage, inwieweit auch außerhalb der Kaufsache liegende **Umweltbeziehungen** erfasst werden.³¹ So fragt sich, ob ein beliebiger Bezug zur Kaufsache ausreicht³² oder ein Zusammenhang gerade mit den körperlichen Merkmalen der Kaufsache bestehen muss.³³ Streitig ist, ob die mit der Kaufsache zu erzielenden Umsätze und Erträge eine Beschaffenheit darstellen.³⁴ Richtigweise können sämtliche Umweltbeziehungen die Beschaffenheit der Kaufsache ausmachen, welche die Wertschätzung im Verkehr mitbestimmen.³⁵ Danach genügt ein rechtlicher, wirtschaftlicher bzw. tatsächlicher Bezug zur Kaufsache, den die Parteien privat autonom vereinbaren.³⁶ Zur Beschaffenheit des verkauften Grundstücks gehören deshalb die aus der Bewirtschaftung des Grundstücks erzielten Mieterträge und die aufzuwendenden Betriebskosten.³⁷ 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.³⁸ Der **Verdacht** einer nachteiligen Beschaffenheit begründet wenigstens dann einen Sachmangel, wenn er auf bestimmten Tatsachen gründet und nicht ohne Weiteres zu entkräften ist.³⁹

bb) Bei Fehlen einer solchen speziellen Vereinbarung muss die Kaufsache sich für die im Vertrag vorausgesetzte (dh nach richtiger Ansicht:⁴⁰ vereinbarte) **Verwendung eignen**, § 434 I 2 Nr. 1. So muss ein als »Bauland« verkauftes Grundstück auch wirklich bebaubar sein. Auch wenn der Käufer grundsätzlich das Verwendungsrisiko der Sache trägt, legt die vorausgesetzte Verwendung nur die Beschaffenheit der Sache fest.⁴¹ Es handelt sich also um eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung.

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

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

30 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.

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

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

33 *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118.

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

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

36 *Reinicke/Tiedtke* KaufR Rn. 307.

37 BGH NJW 2011, 1217.

38 BGHZ 207, 349; dazu *Gutzeit* JuS 2016, 841.

39 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.

40 *Looschelders* SchuldR BT Rn. 47.

41 *Canaris*, Karlsruher Forum 2002, 57.

Vorunfalls.⁴² Die schlichte Berufung auf »den Markt«, der mit Preisabschlägen reagiere, genügt nach der Rechtsprechung nicht zur Begründung eines Sachmangels.⁴³ 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.⁴⁴

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.⁴⁵ 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.⁴⁶ Aufmerksamkeitsheischende Anpreisungen, die keine berechtigten Erwartungen schüren, sind nicht ausreichend. Die Vorschrift hat eine käuferschützende Wirkung.

286

Beispiel Es möge etwa in der Herstellerwerbung für ein Automodell der Benzinverbrauch mit 5l/100 km angegeben worden sein. Dann ist der Wagen mangelhaft, wenn er 6l 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.⁴⁷ Nunmehr nimmt der BGH zumindest für einen Neuwagen an, dass »die in der Mängelhaftigkeit der Kaufsache liegende Pflichtverletzung« erheblich ist, wenn die Mängelbeseitigungskosten 5 % des Kaufpreises betragen.⁴⁸

c) § 434 II rechnet zu den Sachmängeln auch bloße **Montagemängel** (es ist also nicht bloß die Montage mangelhaft, sondern die Kaufsache!). Das gilt nach Satz 1 etwa, wenn ein an sich fehlerfreies Küchenregal durch Gehilfen des Verkäufers nicht waagerecht an der Wand montiert wird. Satz 2 behandelt dann die Montage durch den Käufer selbst, die wegen eines Fehlers der Montageanleitung misslingt (sog. **IKEA-Klausel**).⁴⁹ Mangelhaft ist die Montageanleitung auch, wenn sie fehlt.⁵⁰ Nach dem Ende von Satz 2 (»es sei denn«) soll aber kein Mangel vorliegen, wenn die Montage trotz der mangelhaften Anleitung gelingt.⁵¹ Dabei leuchtet ein, dass der Käufer dann keine Sachmängelbehelfe mehr haben kann. Aber der Ersatz der Mehraufwendungen, die für ein Gelingen der Montage nötig waren, sollte dem Käufer nicht verwehrt werden. Das tut die missglückte Gesetzesfassung jedoch, weil sie einen Sachmangel und damit

287

42 BGH NJW 2008, 53.

43 BGH NJW 2007, 1351; skeptisch v. Westphalen ZGS 2007, 168.

44 BGH NJW 2009, 2056 Rn. 9.

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

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

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

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

49 Vgl. auch Brand ZGS 2003, 96; Haedicke ZGS 2006, 55.

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

51 Gegen die im Schrifttum vertretene analoge Anwendung des § 434 II auf Bedienungsanleitungen (und regelmäßig für § 434 I) daher mit guten Gründen Looschelders SchuldR BT Rn. 63.

eine Pflichtverletzung des Verkäufers leugnet. 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 verkauften Sache (**aliud**) oder eine zu geringe Menge (**minus**)⁵² 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.⁵³ 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,⁵⁴ während die Gegenansicht eine teleologische Reduktion befürwortet.⁵⁵ 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.⁵⁶ 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.⁵⁷

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.⁵⁸ Ein Qualifikationsaliud ist indes nur bei 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 1,⁵⁹ da die gelieferte Dampferladung nicht die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit (Walfischfleisch) aufwies. Da die Kaufsache nach dem Parteiwollen und den besonderen Umständen nicht durch eine andere ersetzt 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

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

53 Skeptisch gegenüber der Regelung Altmeppen/Reichard, FS U. Huber, 2006, 73 (95).

54 Dauner-Lieb/A. Arnold JuS 2002, 1175 (1176); S. Lorenz JuS 2003, 63; Looschelders SchuldR BT Rn. 71; Tiedtke/Schmitt JZ 2004, 1092 (1093); Wiese AcP 206 (2006), 902 (908f.).

55 Canaris SchuldRModernisierung S. XXIII; zust. Thier AcP 203 (2003), 399.

56 Oechsler VertrSchuldV Rn. 141.

57 Lettl JuS 2002, 866 (868f.).

58 G. Schulze NJW 2003, 1022.

59 Tröger JuS 2005, 503 (504).

nach §§ 437 Nr. 3, 311a II, weil V die von ihm verkauft 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).⁶⁰ 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.⁶¹ Um jedoch die Vorschriften über die Teilleistung nicht praktisch leerlaufen zu lassen, empfiehlt sich dem Wortlaut entsprechend die Anwendung des § 323 V 1.⁶² 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 Vorliegen eines Mangels einen Anspruch auf Nacherfüllung haben.⁶³ Hierfür stellt § 439 dem Käufer zwei Wege zur Wahl: Beseitigung des Mangels – regelmäßig zwei Nachbesserungsversuche, § 440 S. 2⁶⁴ – oder Nachlieferung einer mangelfreien Sache (im Austausch gegen die mangelhafte, § 439 V). Trotz dieses Wahlrechts liegt nach hM keine den Käufer bindende (§ 263 II) **Wahlschuld** vor.⁶⁵ Beide Wege stehen vielmehr im **Verhältnis elektiver Konkurrenz** zueinander.⁶⁶ Daher ist der Käufer an seine Wahl vor Erfüllung der jeweils geltend gemachten Nacherfüllungsvariante bis zur Grenze des § 242 nicht gebunden.⁶⁷

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:⁶⁸ Neben den Transportkosten beim Verbrauchsgüterkauf (→ Rn. 291) gilt das vor allem für **Sachverständigenkosten**, die der Käufer zur

⁶⁰ MüKoBGB/*Ernst* § 323 Rn. 218; PWW/*M. Stürner* § 323 Rn. 42.

⁶¹ *Grunewald* KaufR § 7 Rn. 35; *Oechsler* VertrSchuldV Rn. 238; wohl auch *M. Müller/Matthes* AcP 204 (2004), 732 (754).

⁶² *Canaris*, FS K. Schmidt, 2009, 177 (192). Zu Abgrenzungsfragen *S. Lorenz* NJW 2003, 3097.

⁶³ 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.

⁶⁴ Dazu BGH NJW 2007, 504 Rn. 15ff.

⁶⁵ AA *Büdenbender* AcP 205 (2005), 386 (409); instruktiv *Oechsler* VertrSchuldV Rn. 170.

⁶⁶ Vgl. BGH NJW 2006, 1198; *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).

⁶⁷ *Althammer* NJW 2006, 1179; auch → Rn. 282.

⁶⁸ BGHZ 189, 196 Rn. 37; BGHZ 201, 83 Rn. 15ff.; *Unberath/Cziupka* JZ 2008, 867 (871, 873); *Tröger* AcP 212 (2012), 296 (318ff., 332): »vom Handlungsprogramm gelöster Kostenerstattungsanspruch«;

Erforschung einer unklaren Mangelursache aufwendet, um eine Inanspruchnahme des Verkäufers auf Nacherfüllung vorzubereiten.⁶⁹ Selbst wenn der Käufer später auf die sekundären Gewährleistungsrechte übergeht, bleibt der verschuldensunabhängige Kostenersstattungsanspruch aus § 439 II bestehen.⁷⁰ Dass § 439 II eine eigenständige Anspruchsgrundlage sein kann, stellt § 475 VI für den Verbrauchsgüterkauf ab 1.1.2018 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.⁷¹

- 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 verursacht wurde.⁷² Das Nacherfüllungsverlangen, das im Einzelfall auch höflich (»bitte«) geäußert werden kann, sofern es nur hinreichend unmissverständlich zum Ausdruck gebracht wird,⁷³ bedeutet eine **Obliegenheit** des Käufers: Ihm droht der Verlust seiner Rechte aus § 437, wenn er nicht bereit ist, dem Verkäufer die Kaufsache zur Prüfung der Mängelrügen zur Verfügung zu stellen.⁷⁴ Hat sich der Käufer vor der Mängelbeseitigung durch den Verkäufer nicht hinreichend darüber vergewissert, dass der Mangel aus seiner Sphäre stammt, steht dem Verkäufer Schadensersatz aus § 280 I 1 zu,⁷⁵ gegebenenfalls auch Aufwendungersatz nach §§ 683, 670, 677 bezüglich der Ursachenfeststellung.⁷⁶ Die Nacherfüllung ist dann für den Käufer zweischneidig.⁷⁷ Umgekehrt schuldet der Verkäufer Schadensersatz aus §§ 280 I, 241 II, wenn er die Kaufsache während der Nacherfüllung schuldhaft beschädigt (→ Rn. 249). Heftig umstritten ist der Fall, dass der Käufer eigenmächtig **nachbessert**, ohne dem Verkäufer vorher die erforderliche (beachte aber §§ 323 II, 440, 281 II!) Frist zur Nacherfüllung gesetzt zu haben. Der BGH verweigert hier dem Käufer jeden Rechtsbehelf: Schadensersatz, Minderung, Ansprüche aus GoA und ungerechtfertigter Bereicherung.⁷⁸ Damit verstärkt der BGH das (etwas verkürzt so genannte) **Recht zur zweiten Andienung**.⁷⁹ Die vielfach vertretene Gegenposition gründet sich unter anderem auf eine Analogie zu § 326 II 2: Der Käufer solle wenigstens verlangen können, was der Verkäufer durch die Befreiung von seiner Pflicht zur Nacherfüllung erspart habe.⁸⁰

aA *Hellwege* AcP 206 (2006), 136 (141f.); *Klinck* JURA 2006, 481; *Jaensch* NJW 2012, 1025 (1027): nur Kostzuordnungsvorschrift.

69 BGHZ 201, 83 Rn. 11ff.; dazu S. *Lorenz* NJW 2014, 2319; *Looschelders* JA 2014, 707; aA Mü-KobGB/H. P. Westermann § 439 Rn. 17: Ersatz nur über § 280 I.

70 BGHZ 201, 83 Rn. 18.

71 *Oechsler* VertrSchuldV Rn. 228. Ebenso bereits vor der Gesetzesänderung BGHZ 189, 196 Rn. 37; 192, 148 Rn. 49f.

72 BGH NJW 2006, 1195 (1197).

73 BGH NJW 2016, 3654.

74 BGH NJW 2010, 1448; 2013, 1074; 2015, 3455.

75 BGH NJW 2008, 1147; zum Verbrauchsgüterkauf K. W. *Lange/Widmann* ZGS 2008, 329.

76 S. *Lorenz*, FS Medicus, 2009, 265 (276).

77 D. *Kaiser* NJW 2008, 1709 (1713): »Käuferfalle«; eing. *Thole* AcP 209 (2009), 498.

78 BGHZ 162, 219; anders *Oechsler* NJW 2004, 1825, der mit guten Gründen § 684 S. 1 bejaht; *Kiehnle* JA 2007, 15; zur Selbstdernahme durch den Verkäufer *Traut* JURA 2013, 12.

79 Dazu *Schroeter* AcP 207 (2007), 28; *Schroeter* JR 2004, 441; krit. *Jud JuS* 2004, 841; S. *Lorenz* NJW 2006, 1175; *Mankowski* JZ 2011, 781.

80 S. *Lorenz* NJW 2002, 2497 (2499); 2003, 1417; 2005, 1321.