

## Skript Schuldrecht BT 1

Kaufrecht/Werkvertragsrecht

Bearbeitet von  
Von Dr. Tobias Wirtz, Rechtsanwalt und Repetitor

20. Auflage 2018. Buch. 240 S. Kartoniert  
ISBN 978 3 86752 589 3  
Format (B x L): 19,5 x 24,9 cm

[Recht > Zivilrecht > BGB Besonderes Schuldrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://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.

## 1. Teil: Kaufrecht

Kaufrecht ist das Sonderrecht für Kaufverträge, §§ 433–479 BGB.<sup>1</sup> Das Kaufrecht, das zuletzt mit Wirkung zum **01.01.2018** durch das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und **Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung** nicht unerhebliche Neuerungen<sup>2</sup> erfahren hat, ist in folgende Untertitel gegliedert.

### ■ §§ 433–453 Allgemeine Vorschriften

Die §§ 433–452 gelten unmittelbar nur für den Sachkauf. Gemäß § 453 finden diese Vorschriften aber außerdem auf den Kauf von Rechten und sonstigen Gegenständen entsprechende Anwendung.

### ■ §§ 454–473 Besondere Arten des Kaufs

Für bestimmte Formen des Kaufs sind besondere Regeln erforderlich. Das sind der Kauf auf Probe, der Vorkauf und der Wiederkauf.

### ■ §§ 474–479 Verbrauchsgüterkauf

Zur Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf 1999/44/EG wurden mit der Schuldrechtsreform zum 01.01.2002 die §§ 474–479 in das BGB eingefügt. Mit Wirkung zum 01.01.2018 wurden u.a. in diesen Bereich des Kaufrechts Änderungen vorgenommen. Darauf wird im jeweiligen Sachzusammenhang eingegangen.

Nicht nur die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf, sondern sämtliche Vorschriften des Kaufrechts sind gegebenenfalls richtlinienkonform auszulegen, soweit sie sich im konkreten Fall auf einen Verbrauchsgüterkauf, d.h. auf einen Kaufvertrag zwischen einem Unternehmer (§ 14) als Verkäufer und einem Verbraucher (§ 13) als Käufer auswirken.

Außerhalb der §§ 433–479 verweisen zwei Vorschriften auf das Kaufrecht, nämlich § 480 (Tausch) und § 650 (Werklieferungsvertrag).

Für Kaufverträge gelten nicht nur die Regeln des Kaufrechts, sondern auch die Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB und die des Allgemeinen Teils des Schuldrechts. Viele Fälle, in denen die Parteien Kaufverträge schließen, lassen sich lösen, ohne Vorschriften des Kaufrechts anzuwenden.

**Beispiele:** Die Frage, ob ein Kaufvertrag mit einem Minderjährigen wirksam ist, lässt sich regelmäßig beantworten, ohne aus dem Kaufrecht andere Vorschriften zu zitieren als § 433 Abs. 1 oder § 433 Abs. 2.

Gerät der Verkäufer mit der Lieferung oder der Käufer mit der Zahlung in Verzug, richten sich die Rechtsfolgen nach dem Allgemeinen Teil des Schuldrechts. Die §§ 433–479 spielen für die Falllösung keine Rolle.

Kaufrecht ist nur das **Sonderrecht**, das zu den allgemeinen Regeln hinzutritt, um den Besonderheiten des Rechtsgebiets Rechnung zu tragen.

Das vorliegende Skript **konzentriert sich auf diese Besonderheiten des Kaufrechts**. Regelungen des Allgemeinen Teils des BGB oder des Schuldrechts werden nur darge-

<sup>1</sup> §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

<sup>2</sup> BGBl. I S. 969 ff.; vgl. zum Ganzen Pechstein RÜ 2017, 360 ff.

stellt, soweit dies für das Verständnis unerlässlich ist oder sie trotz ihrer Stellung im Allgemeinen Teil ihren Anwendungsschwerpunkt im Kaufrecht haben.

**Beispiele:** Die allgemeine Vorschrift des § 218 hat einen Anwendungsschwerpunkt beim Rücktritt des Käufers wegen eines Mangels.<sup>3</sup> § 323 Abs. 5 S. 2 betrifft die „nicht vertragsgemäße Leistung“ und damit einen Gewährleistungsfall, der seinen Schwerpunkt im Kaufrecht hat.

## 1. Abschnitt: Kaufvertrag

### A. Zustandekommen

- 3 Das Zustandekommen des Kaufvertrags erfordert grundsätzlich – wie nach allgemeiner Rechtsgeschäftslehre gemäß den **§§ 104 ff.** üblich – eine Einigung über den Abschluss des Vertrags, dem keine Wirksamkeitshindernisse entgegenstehen dürfen.

Bei einem Kaufvertrag ist die **Einigung** der Parteien darauf gerichtet, dass ein **Kaufgegenstand** gegen **Zahlung eines Kaufpreises** übertragen werden soll. Kaufgegenstand können Sachen, Rechte und sonstige Gegenstände sein.

Unmittelbar betrifft **§ 433** nur den **Kauf von Sachen**. Sachen i.S.d. Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände. Unter Sachen sind sowohl bewegliche Sachen als auch Grundstücke zu verstehen.

Die Sache kann im Kaufvertrag individuell bestimmt sein, **Stückkauf**. Es genügt aber auch die Bestimmung nach allgemeinen Merkmalen (**Gattungskauf**, § 243). Tiere werden, soweit keine Sondervorschriften eingreifen, wie Sachen behandelt, § 90 a.<sup>4</sup>

**Künftige Sachen**, die noch nicht entstanden sind, können verkauft werden, selbst wenn sie noch wesentlicher Bestandteil (§ 93) einer anderen Sache sind.<sup>5</sup>

**Beispiele:** Verkauf einer fest mit dem Grundstück verbundenen Ausstellungshalle oder von noch nicht geschlagenen Bäumen.

Beim Kauf eines Grundstücks gilt gemäß § 311 c im Zweifel das **Zubehör des Grundstücks** als mitverkauft.

**Beispiele für Zubehör (§ 97):** Apothekeneinrichtung auf einem Apothekengrundstück oder Bier-schankanlage bei einer Gastwirtschaft.

**Einbauküchen** aus Serienproduktion sind Zubehör, soweit sie nicht Bestandteil sind. Dies hängt von einer regional abweichenden Verkehrsauffassung ab, die sich im Laufe der Zeit ändern kann.<sup>6</sup>

**Beispiel:** Im norddeutschen Raum gelten Einbauküchen aus Serienproduktion teilweise als wesentlicher Bestandteil (§ 94 Abs. 2).<sup>7</sup> Speziell angefertigte Einbauküchen fallen unter § 94 Abs. 2. Dagegen sind Einbauküchen, die der Mieter auf eigene Kosten eingebaut hat, weder wesentlicher Bestandteil noch Zubehör.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> Vgl. unten Rn. 110.

<sup>4</sup> Zur Behandlung von Tieren im Kaufrecht Eichelberger/Zentner JuS 2009, 201 f.

<sup>5</sup> BGH NJW 2000, 504, 506; Palandt/Weidenkaff § 433 Rn. 6.

<sup>6</sup> Palandt/Ellenberger § 97 Rn. 11.

<sup>7</sup> BeckOK-BGB/Fritzsche § 94 Rn. 22.

<sup>8</sup> BGH NJW 2009, 1078, 1080.

Gemäß **§ 453 Abs. 1** finden die Vorschriften über den Kauf von Sachen auf den **Kauf von Rechten** und sonstigen Gegenständen entsprechende Anwendung. Kaufgegenstand können also sein: beschränkt dingliche Rechte (wie Hypothek, Grundschuld, Pfandrechte, Erbbaurecht, Forderungen, immaterielle Rechte und Anteile an Gesellschaften) sowie sonstige Gegenstände (wie Unternehmen, Elektrizität und Fernwärme, Erfindungen und Software [vgl. Rn. 242]).

4

Sofern **Software** auf einem Datenträger gespeichert und mit diesem verkauft wird, handelt es sich um einen Sachkauf mit der Folge, dass §§ 433 f. direkt zur Anwendung gelangen und Mängel der Software zu Mängelrechten des Käufers aus § 437 führen.<sup>9</sup> Wird die Software hingegen ohne Träger, insbesondere über das Internet, übertragen, liegt ein Fall des § 453 Abs. 1 Alt. 2 vor.

Außerdem muss eine Einigung über den **Kaufpreis** erzielt werden. Er muss in Geld bestehen, sonst liegt ein Tausch vor, § 480.<sup>10</sup> Die Höhe muss nicht ausdrücklich vereinbart werden. Es reicht aus, dass diese durch Auslegung (§§ 133, 157) ermittelt werden kann.

5

Für den Inhalt der Einigung ist es ohne Bedeutung, ob ein Unternehmer mit einem Verbraucher einen Kaufvertrag abschließt oder ein Unternehmer mit einem Unternehmer. In jedem Fall müssen die Parteien sich über die wesentlichen Vertragsbestandteile, also Kaufgegenstand und Kaufpreis, einigen.

6

Für die **Rechtsfolgen** kann es hingegen von Bedeutung sein, wer Kaufvertragspartei ist. Verkauft ein Unternehmer (§ 14) an einen Verbraucher (§ 13) eine bewegliche Sache, finden die Sonderregeln über den **Verbrauchsgüterkauf**<sup>11</sup> Anwendung.

Der Abschluss des Kaufvertrags ist **grundsätzlich formfrei**.

***Hinweis:** Bei Kaufverträgen über Grundstücke ist indes gemäß **§ 311 b Abs. 1** eine notarielle Beurkundung (§ 128) erforderlich.*

## B. Pflichten aus dem Kaufvertrag

### I. Pflichten des Verkäufers

Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die **Sache zu übergeben** und das **Eigentum** an der Sache **zu verschaffen**, § 433 Abs. 1 S. 1. Mit zum Inhalt der Hauptleistungspflichten des Verkäufers gehört außerdem, dass die Sache **frei von Sach- und Rechtsmängeln** ist, § 433 Abs. 1 S. 2.

7

Aufgrund des Kaufvertrags können sich Kostentragungspflichten und andere **Nebenleistungspflichten** ergeben, die erforderlich sind, damit die Kaufsache sachgerecht verwandt werden kann. Kostentragungspflichten sind insbesondere in § 448 geregelt. Danach trägt der Verkäufer die Kosten der Übergabe der Sache, der Käufer die Kosten der Abnahme und der Versendung der Sache nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort, § 448 Abs. 1. Bei Grundstücken trägt der Käufer die Kosten der Beurkundung

<sup>9</sup> Staudinger/Beckmann § 453 Rn. 55 f.

<sup>10</sup> Palandt/Weidenkaff § 433 Rn. 38.

<sup>11</sup> Dazu unten Rn. 213 ff.

des Kaufvertrags und der Auflassung, der Eintragung ins Grundbuch und der zur Eintragung erforderlichen Erklärungen, § 448 Abs. 2. Beim Rechtskauf oder Kauf von sonstigen Gegenständen trägt der Verkäufer die Kosten der Begründung und Übertragung des Rechts, § 453 Abs. 2.

Auch durch **Auslegung** können sich Nebenleistungspflichten ergeben. So muss z.B. der Verkäufer Urkunden, die die Kaufsache betreffen und sich in seinem Besitz befinden, an den Käufer herausgeben<sup>12</sup> und beim Stellen der Rechnung muss er die Mehrwertsteuer getrennt ausweisen, wenn die Leistung der Umsatzsteuerpflicht unterliegt.<sup>13</sup>

## II. Pflichten des Käufers

- 8 Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen, § 433 Abs. 2.

Der Käufer muss den geschuldeten **Kaufpreis grundsätzlich in bar** zahlen, d.h. durch Übereignung von Geldscheinen und -stücken. Jedoch ist eine Vereinbarung oder das Einverständnis bargeldloser Zahlung weitestgehend üblich. Ein Einverständnis liegt insbesondere in der **Angabe der Kontonummer** auf der Rechnung oder der Annahme einer EC- oder Kreditkarte. Erfüllung tritt dann erst mit Gutschrift auf dem Konto des Verkäufers ein.<sup>14</sup>

Allein die **Eröffnung eines Girokontos** ist noch nicht als Einverständnis zu sehen, da dieser Akt grundsätzlich kein ausreichender Kundgabecharakter zukommt und keinesfalls die verkehrstypische Bedeutung hat, es könnten alle Zahlungen über dieses Konto abgewickelt werden. Der Kontoinhaber kann aus verschiedenen Gründen ein Interesse daran haben, dass Zahlungen an ihn in bar oder über ein anderes Konto erfolgen (z.B. weil die Gutschrift dort zur Deckung einer Überziehung verwendet wird).

Die **Kaufpreiszahlung** steht im **Gegenseitigkeitsverhältnis** zum Anspruch des Käufers aus § 433 Abs. 1 und ist Hauptleistungspflicht. Sie muss daher nur **Zug um Zug** (§ 320) gegen Übertragung des Kaufgegenstandes erfüllt werden. Zahlt der Käufer den Kaufpreis nicht, so kann der Verkäufer nach den allgemeinen Leistungsstörungsregeln vorgehen.

- 9 Die **Abnahme** ist gemäß § 433 Abs. 2 Alt. 2 eine Pflicht des Käufers. Diese Pflicht steht grundsätzlich aber **nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis**, sodass § 320 nicht eingreift. Es handelt sich nämlich im Regelfall um eine Nebenleistungspflicht, da es dem Verkäufer hauptsächlich auf die Kaufpreiszahlung ankommt.<sup>15</sup>

Die Abnahme ist indes **ausnahmsweise Hauptleistungspflicht** und steht damit im Gegenseitigkeitsverhältnis, § 320, wenn der Verkäufer ein besonderes Interesse an der Abnahme hat und dies für den Käufer erkennbar war.

**Beispiele:** Räumungsverkauf oder bei leicht verderblicher Ware

<sup>12</sup> Palandt/Weidenkaff § 433 Rn. 26.

<sup>13</sup> BGH WM 2002, 605, 606.

<sup>14</sup> Vgl. AS-Skript Schuldrecht AT 2 (2016), Rn. 3.

<sup>15</sup> Medicus/Lorenz Rn. 40.

**Sach- und Rechtsmangel****§ 434 Abs. 1 S. 1**

Sache ist mangelhaft, wenn sie bei Gefahrübergang nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat.

**■ Beschaffenheit**

Unstreitig zur Beschaffenheit zählen alle der Kaufsache anhaftenden **physischen Merkmale**; umstritten ist, inwieweit auch die tatsächlichen und rechtlichen Beziehungen zur Umwelt zur Beschaffenheit gehören.

**■ Vereinbarung**

Parteien müssen hinsichtlich der Beschaffenheit der Sache eine Vereinbarung getroffen haben; eine **konkludente** Vereinbarung **reicht aus**.

**§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1**

Ist keine Beschaffenheit vereinbart, ist die Kaufsache frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die nach dem **Vertrag vorausgesetzte Verwendung** eignet, § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1.

- Fehlen einer Beschaffenheitsvereinbarung.
- Verwendung ist der Zweck, für den die Kaufsache eingesetzt werden soll.
- Vertraglich vorausgesetzt ist die Verwendung, wenn sie von beiden Parteien übereinstimmend unterstellt wird.

**§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2**

Ist weder eine Beschaffenheit noch ein Verwendungszweck vereinbart, so ist die Sache mangelhaft, wenn sie

- sich nicht für die **gewöhnlichen Verwendungen** eignet **oder**
- nicht eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der **gleichen Art üblich** ist und die der **Käufer nach der Art der Sache erwarten** kann. Bei der Feststellung, ob eine Sache von „üblicher Beschaffenheit“ vorliegt, sind zu berücksichtigen
- die Verkehrsanschauung,
- **öffentliche Äußerungen** des Verkäufers, Herstellers oder seines Gehilfen, **§ 434 Abs. 1 S. 3**; übliche Beschaffenheit wird dann nicht durch öffentliche Äußerungen bestimmt, wenn einer der drei Ausschlussgründe des § 434 Abs. 1 S. 3 eingreift.

**Sach- und Rechtsmangel (Fortsetzung)****§ 434 Abs. 2**

Nach **§ 434 Abs. 2 S. 1** liegt ein Sachmangel vor, wenn die **vereinbarte Montage** durch den Verkäufer oder dessen Erfüllungsgehilfen **unsachgemäß durchgeführt** wird.

Gemäß **§ 434 Abs. 2 S. 2** kann ein Sachmangel auch vorliegen, wenn bei einer zur Montage bestimmten Sache die **Montageanleitung mangelhaft** ist.

- Eine Montageanleitung ist mangelhaft, wenn der Käufer durch sie nicht in die Lage versetzt wird, die Kaufsache auf Anhieb ordnungsgemäß zu montieren.
- Abzustellen ist auf die berechtigten Erwartungen des durchschnittlichen Käufers.
- Mangelhafte **Gebrauchsanweisungen** (Bedienungsanleitungen) werden **nicht** von § 434 Abs. 2 erfasst.
- Streitig ist, ob eine fehlende Montageanleitung einen Sachmangel i.S.d. § 434 Abs. 2 S. 2 oder des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 darstellt.
- Nach **§ 434 Abs. 2 S. 2 Hs. 2** liegt kein Sachmangel vor, wenn die Kaufsache trotz mangelhafter Montageanleitung **fehlerfrei montiert** worden ist.

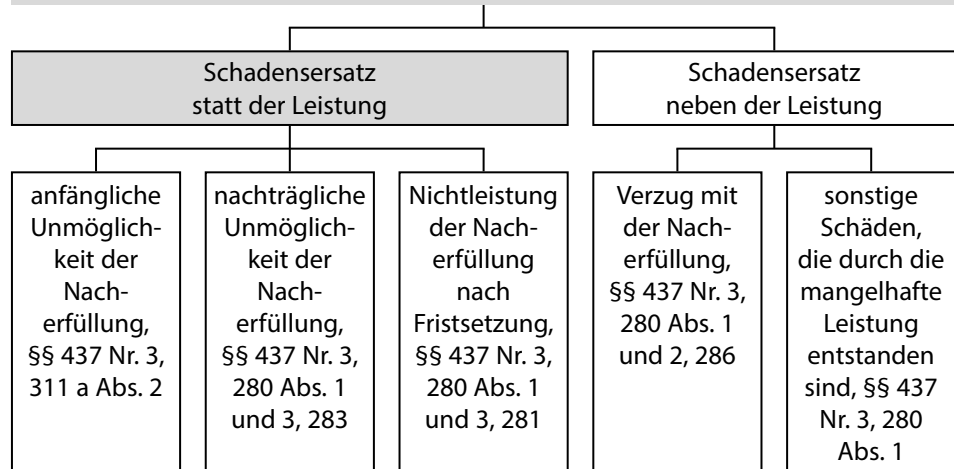
**§ 434 Abs. 3**

- **§ 434 Abs. 3 Alt. 1** setzt voraus, dass **eine andere Sache** in Erfüllung des Kaufvertrags geliefert wird. Es muss eine entsprechende **Tilgungsbestimmung** vorliegen. Nach h.M. gilt die Vorschrift auch beim Stückkauf.
- **§ 434 Abs. 3 Alt. 2** betrifft die **Minderlieferung**. Die Vorschrift greift nur ein, wenn der Verkäufer mit einer zu geringen Menge seine ganze Leistungsverpflichtung erfüllen will. Es muss eine entsprechende **Tilgungsbestimmung** vorliegen. Auf die **Zuviellieferung** ist § 434 Abs. 3 Alt. 2 **nicht analog** anwendbar.

### III. Ansprüche des Käufers auf Schadensersatz gemäß § 437 Nr. 3

- 113** Der § 437 Nr. 3 verweist auf die Anspruchsgrundlagen für Schadensersatz im allgemeinen Schuldrecht. Damit ist für die Ansprüche des Käufers wie im allgemeinen Schuldrecht zwischen den Schadensersatzansprüchen **statt der Leistung** und den sonstigen Schadensersatzansprüchen, die **neben die Leistung** treten, zu unterscheiden.

#### Überblick über die Schadensersatzansprüche des Käufers wegen Verletzung der Pflicht zur mangelfreien Leistung, § 433 Abs. 1 S. 2



- 114** Für den **Schadensersatzanspruch statt der Leistung** enthält das Gesetz drei verschiedene Anspruchsgrundlagen:

- **§§ 437 Nr. 3, 311 a Abs. 2** bei einem anfänglichen Leistungshindernis gemäß § 275 Abs. 1–3
- **§§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 u. 3, 283** bei nachträglichem Leistungshindernis gemäß § 275 Abs. 1–3
- **§§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 u. 3, 281** bei erfolglosem Ablauf einer dem Verkäufer zur Nacherfüllung gesetzten Frist oder deren Entbehrlichkeit.

Das Gesetz enthält außerdem zwei Anspruchsgrundlagen für Schadensersatzansprüche, die **neben die Leistung** treten.

- Der Anspruch auf Ersatz des **Verzögerungsschadens** ergibt sich aus **§§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 2, 286**. Er setzt voraus, dass der Verkäufer mit der Nacherfüllung in Verzug ist.
- Sonstige Schäden, die nicht Schadensersatz statt der Leistung oder Verzögerungsschäden sind und auf der mangelhaften Lieferung beruhen, können gemäß **§§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1** ersetzt werden.



## 1. Schadensersatz statt der Leistung

Auch wenn die **Voraussetzungen** der drei Schadensersatzansprüche statt der Leistung **115** in völlig anderen Normen als die eines Rücktritts geregelt sind, entsprechen sie im Ergebnis denen eines **Rücktritts plus Vertretenmüssen**.

Bei allen drei Schadensersatzansprüchen kann der Schuldner sich unter bestimmten Voraussetzungen **entlasten** (§ 311 a Abs. 2 S. 2, § 280 Abs. 1 S. 2).

Alle drei Schadensersatzansprüche haben als Rechtsfolge, dass Schadensersatz statt der Leistung geschuldet ist. Bei der Ermittlung des ersatzfähigen Schadens ergeben sich daher **Gemeinsamkeiten**:

- Der Käufer hat grundsätzlich die Wahl zwischen **zwei Berechnungsmethoden**. **116**
- Der Käufer kann die mangelhafte Sache behalten und den Ausgleich der Wertdifferenz zwischen dem tatsächlichen Wert der Sache und dem Wert der Sache in mangelfreiem Zustand verlangen, **kleiner Schadensersatzanspruch**.
- Der Käufer kann die Kaufsache aber auch zurückgeben und Ersatz seines gesamten Schadens verlangen, der durch die Nichtdurchführung des Vertrags entstanden ist, **großer Schadensersatzanspruch** - Anspruch auf Ersatz der ganzen Leistung. Der Mindestschaden beim großen Schadensersatzanspruch ist der Kaufpreis.
- Der große Schadensersatzanspruch ist **ausgeschlossen**, wenn der **Mangel unerheblich ist**, § 281 Abs. 1 S. 3 (auf den in § 311 a Abs. 2 S. 3 und § 283 S. 2 verwiesen wird). Die Unerheblichkeit in **§ 281 Abs. 1 S. 3** entspricht der in § 323 Abs. 5 S. 3.

Bei Teilleistungen kann Schadensersatz wegen der ganzen Leistung gemäß § 281 Abs. 1 S. 2 (auf den § 311 a Abs. 2 S. 2 und § 283 S. 2 verweisen) nur verlangt werden, wenn der Gläubiger an der Leistung kein Interesse hat. Teilleistungen des Nacherfüllungsanspruchs kommen praktisch nicht vor.

- Wie der Schadensersatz **statt** der Leistung **von** dem Schadensersatz **neben der Leistung abzugrenzen** ist, ist umstritten (dazu unten Rn. 127). Der Streit spielt praktisch nur bei dem Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 u 3, **281** eine Rolle. Bei anfänglicher Unmöglichkeit kann es aufgrund des Mangels keinen Schadensersatz neben der Leistung geben, denn der Anspruch auf mangelfreie Lieferung war ebenso wie der Anspruch auf Nacherfüllung schon bei Vertragsschluss gemäß § 275 Abs. 1 ausgeschlossen. Ebenso kann bei nachträglicher Unmöglichkeit ein Mangel ab dem Eintritt der Unmöglichkeit keinen Schadensersatzanspruch neben der Leistung mehr begründen. **117**

### a) Anfängliche Leistungshindernisse, §§ 437 Nr. 3, 311 a Abs. 2

Sind **beide Arten** der Nacherfüllung nach § 275 Abs. 1–3 ausgeschlossen, ist für den Schadensersatzanspruch statt der Leistung zu differenzieren, ob ein Fall der anfänglichen oder nachträglichen Unmöglichkeit vorliegt. Lag das Leistungshindernis **bereits bei Vertragsschluss** vor, so ist **anfängliche Unmöglichkeit** gegeben und der Anspruch auf Schadensersatz richtet sich nach §§ 437 Nr. 3, 311 a Abs. 2. **118**

**Hinweis:** Ist das Leistungshindernis erst nach Vertragsschluss eingetreten, so ist **nachträgliche Unmöglichkeit** gegeben; der Anspruch ergibt sich dann aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 283.

**Prüfungsschema: Schadensersatzanspruch statt der Leistung bei anfänglicher Unmöglichkeit der Nacherfüllung, §§ 437 Nr. 3, 311 a Abs. 2**

**A. Voraussetzungen**

- I. Wirksamer Kaufvertrag
- II. Kaufsache bei Gefahrübergang mit **Sachmangel** oder bei Erwerb mit **Rechtsmangel** behaftet, §§ 434, 435.
- III. **Beide Arten** der Nacherfüllung **von Anfang an unmöglich**
- IV. Verkäufer hat sich nicht entlastet, § 311 a Abs. 2 S. 2

**B. Kein Ausschluss** der Gewährleistung

**C. Rechtsfolge**

Schadensersatz statt der Leistung

§ 311 a Abs. 2 S. 3 verweist auf § 281 Abs. 1 S. 2 u. 3 und Abs. 5.

**D. Verjährung, § 438**

**aa) Keine Entlastung gemäß § 311 a Abs. 2 S. 2**

- 119** Der Verkäufer kann sich gemäß § 311 a Abs. 2 S. 2 entlasten, wenn er das Leistungshindernis bei Vertragsschluss **nicht kannte** und seine **Unkenntnis** auch **nicht zu vertreten** hatte. Dem Verkäufer wird nicht die Nichtvornahme der geschuldeten Leistung vorgeworfen, sondern dass er sich vor Eingehen der schuldrechtlichen Verpflichtung nicht hinreichend über **seine eigene Leistungsfähigkeit informiert** hat. Deswegen muss der Verkäufer, um nicht schadensersatzpflichtig zu werden, darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass er das Leistungshindernis bei Vertragsschluss nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat.

Für § 311 a Abs. 2 gelten die in **§ 276 Abs. 1 S. 1** genannten Haftungsmilderungen und Haftungsverschärfungen, insbesondere auch in Bezug auf die **Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos**.<sup>247</sup>

**Beispiel:** V verkauft K das Bild von Dalí mit dem Titel „Die Schöpfung“ für 50.000 €. Angesichts des Preises und der vielen auf dem Kunstmarkt existierenden Fälschungen übernimmt V, der ein exzellenter Kunstkenner ist, die Garantie für die Echtheit. Später stellt sich heraus, dass das Bild von einem Schüler von Dalí nach eigenen Vorstellungen gemalt worden ist. K verlangt Schadensersatz, V wendet ein, er habe den Mangel nicht erkennen können.

Ein Schadensersatzanspruch des K gegen V könnte sich aus **§§ 434, 437 Nr. 3, 311 a Abs. 2** ergeben.

**I.** Es liegt ein wirksamer Kaufvertrag vor. Das Bild ist mangelhaft, denn es weicht von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit ab, § 434 Abs. 1 S. 1.

**II.** Außerdem müssten beide Arten der Nacherfüllung von Anfang an unmöglich sein.

**1.** Eine Nachbesserung ist unmöglich, da keinerlei Reparaturmöglichkeiten bestehen.

<sup>247</sup> BT-Drs. 14/6857, S. 54.

2. Auch eine Nachlieferung scheidet aus, da der Künstler das Bild nach eigenen Vorstellungen gemalt hat und es sich nicht um die Kopie eines existierenden Gemäldes handelt.<sup>248</sup>

III. V dürfte sich nicht gemäß § 311 a Abs. 2 S. 2 entlastet haben. Hier wendet er ein, er habe die Unmöglichkeit nicht erkennen können. Dies ist jedoch unerheblich, da er die Garantie für die Echtheit übernommen hat.

K kann somit Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

Wird der **Vertrag durch** einen **Vertreter** abgeschlossen, ist gemäß **§ 166 Abs. 1** grundsätzlich auf dessen Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis abzustellen.

## bb) Schadensberechnung

Der Käufer hat grundsätzlich die Wahl zwischen dem kleinen Schadensersatzanspruch und dem Schadensersatz statt der ganzen Leistung. Letzterer kann nicht verlangt werden, wenn der **Mangel unerheblich** ist (§ 311 a Abs. 2 S. 3, 281 Abs. 1 S. 2). 120

Eine Abgrenzung zum Schadensersatz neben der Leistung ist entbehrlich. Das Vorliegen eines Mangels kann bei anfänglicher Unmöglichkeit keinen Schadensersatzanspruch neben der Leistung begründen, weil von Anfang an gemäß § 275 Abs. 1 kein Leistungsanspruch besteht.

Sonstige Begleitschäden, die nicht auf dem Mangel beruhen, können mit einem Anspruch aus § 280 Abs. 1 (§ 241 Abs. 2) zu ersetzen sein.

## b) Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 u. 3, 283

Sind **beide Arten** der Nacherfüllung durch Leistungshindernisse gemäß § 275 Abs. 1–3 **nach Vertragsschluss** ausgeschlossen, kann sich ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und Abs. 3, 283 ergeben. 121

### Prüfungsschema: Schadensersatzanspruch statt der Leistung bei nachträglicher Unmöglichkeit der Nacherfüllung, §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 u. 3, 283

#### A. Voraussetzungen

- I. Wirksamer **Kaufvertrag**
- II. Sache ist bei Gefahrübergang mit **Sachmangel** oder bei Erwerb mit **Rechtsmangel** behaftet, §§ 434, 435.
- III. Eintritt eines **Leistungshindernisses** bzgl. **beider Arten** der Nacherfüllung gemäß § 275 Abs. 1–3 **nach Vertragsschluss**
- IV. Verkäufer hat sich **nicht entlastet**, § 280 Abs. 1 S. 2
- V. **Kein Ausschluss** der Gewährleistung

#### B. Rechtsfolgen

Käufer hat Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung.

#### C. Verjährung, § 438

<sup>248</sup> Wenn es sich um die Kopie eines existierenden Gemäldes gehandelt hätte, wäre keine Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 gegeben. Man kann dann eine Beschaffungspflicht bejahen, die ggf. an § 275 Abs. 2 oder § 439 Abs. 3 scheitert.

### aa) Bezugspunkt des Vertretenmüssens

**122** An welcher Stelle zu prüfen ist, ob der Eintritt des Leistungshindernisses auf einer Handlung des Schuldners beruht, ist umstritten. Entscheidend ist dabei, was man als Pflichtverletzung ansieht.

- Ein **Teil der Lit.** sieht die Pflichtverletzung in einer **Handlung**, d.h. einem positiven Tun oder Unterlassen, das eine Leistungsbefreiung nach § 275 Abs. 1–3 zur Folge hat.<sup>249</sup> Danach ist schon bei dem Prüfungspunkt „Eintritt eines Leistungshindernisses“ (im obigen Schema III.) zu prüfen, ob eine Handlung des Schuldners das Leistungshindernis herbeigeführt hat. Da bei diesem Prüfungspunkt die Vermutung des § 280 Abs. 1 S. 2 nicht eingreift, muss nach dieser Ansicht der Gläubiger darlegen und im Streitfall beweisen, dass das Leistungshindernis auf einer Handlung des Schuldners beruht.
- Nach **ganz h.M.** ist die erforderliche Pflichtverletzung die **endgültige Nichtleistung** aufgrund eines nachträglich aufgetretenen Leistungshindernisses.<sup>250</sup> Die Pflichtverletzung ist **nicht handlungsbezogen** und liegt allein darin, dass der Gläubiger die Leistung nicht erhält. Ob eine Handlung des Schuldners das Leistungshindernis verursacht hat, ist lediglich für die Frage der Entlastung des Schuldners gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 von Bedeutung und damit im Streitfall vom Schuldner und nicht vom Gläubiger zu beweisen.

### bb) Schadensberechnung

**123** Gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 u. 3, 283 kann der Schuldner **Schadensersatz statt der Leistung** verlangen.

Der Käufer hat grundsätzlich die **Wahl** zwischen dem **kleinen** Schadensersatzanspruch und dem großen **Schadensersatz** statt der ganzen Leistung. Letzterer kann nicht verlangt werden, wenn der Mangel unerheblich ist (§ 283 S. 2, 281 Abs. 1 S. 3).

Eine Abgrenzung zum Schadensersatz neben der Leistung ist regelmäßig entbehrlich, denn das Vorliegen eines Mangels kann jedenfalls ab Eintritt der Unmöglichkeit keinen Schadensersatzanspruch neben der Leistung begründen.

<sup>249</sup> Schapp JZ 2001, 583, 586; Schwab JuS 2002, 1, 3.

<sup>250</sup> Erman/Westermann § 283 Rn. 1; Palandt/Grüneberg § 280 Rn. 13; Looschelders Festschrift für Canaris 213, 223 f.; Reichenbach Jura 2003, 512, 515; Mückl JA 2004, 928.

## c) Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 u. 3, 281

124

**Prüfungsschema: Schadensersatzanspruch statt der Leistung,  
§§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281**

**A. Voraussetzungen****I. Wirksamer Kaufvertrag**

**II.** Sache ist bei Gefahrübergang mit **Sachmangel**, § 434, oder bei Erwerb mit **Rechtsmangel**, § 435, behaftet

**III.** Erfolgreicher Ablauf einer **angemessenen Frist oder** deren **Entbehrlichkeit**, § 440 S. 1, § 281 Abs. 2

**IV.** Verkäufer hat sich **nicht entlastet**, § 280 Abs. 1 S. 2

**V. Kein Ausschluss** der Gewährleistung

**B. Rechtsfolgen**

Käufer hat Anspruch auf **Schadensersatz statt der Leistung**

**C. Verjährung, § 438**

## aa) Voraussetzungen des §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 u. 3, 281

Die ersten drei Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs statt der Leistung sind fast identisch mit denen des Rücktritts gemäß § 323 (dazu oben Rn. 87). Auch die **Entbehrlichkeit der Fristsetzung** gemäß **§ 281 Abs. 2** entspricht im Wesentlichen dem § 323 Abs. 2. Danach ist eine Frist entbehrlich

125

- bei **ernsthafter** und **endgültiger Erfüllungsverweigerung** (entspricht § 323 Abs. 2 Nr. 1),
- wenn **besondere Umstände** die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen (entspricht § 323 Abs. 2 Nr. 3).

***Hinweis:** Im Rahmen des Rücktrittsrechts ist gemäß **§ 326 Abs. 5** bei Unmöglichkeit die Fristsetzung entbehrlich. Eine entsprechende Regelung fehlt für den Bereich des Schadensersatzes, da es für Schadensersatz statt der Leistung bei Unmöglichkeit eigene Anspruchsgrundlagen gibt (§ 311 a Abs. 2 bei anfänglicher Unmöglichkeit; §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 bei nachträglicher Unmöglichkeit).*

## bb) Bezugspunkt des Vertretenmüssens

Gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 besteht kein Schadensersatzanspruch, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Umstritten ist weiterhin lebhaft, an **welche Pflichtverletzung des Verkäufers** für das Vertretenmüssen anzuknüpfen ist.

126

- Nach der inzwischen wohl **h.M.**<sup>251</sup> sind zwei Anspruchsvarianten zu unterscheiden, da § 437 Nr. 3 auf beide Alternativen des § 281 verweist.<sup>252</sup> Beim Anspruch aus den §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 u. 3, 281 Abs. 1 S. 1 **Alt. 1** (Leistung **nicht** erbracht) sei auf das Nichterbringen der Nacherfüllung abzustellen. Das Vertretenmüssen beziehe sich auf das Unterbleiben der Nacherfüllung. Von diesem Anspruch sei der Anspruch aus den §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 u. 3, 281 Abs. 1 S. 1 **Alt. 2** (Leistung **nicht wie geschuldet** erbracht) zu unterscheiden. Bei diesem Anspruch liege die Pflichtverletzung darin, dass der Verkäufer ursprünglich keine mangelfreie Leistung erbracht habe.

Demnach kann beim Anspruch aus den §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 u. 3, 281 für das Vertretenmüssen des Verkäufers **entweder** auf die mangelhafte Lieferung **oder** das Nichtleisten bei Fristablauf, also auf die unterbliebene Nacherfüllung, abgestellt werden. Das bedeutet wiederum, dass sich der Verkäufer gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 nur dann entlasten kann, wenn er weder die mangelhafte Lieferung noch die Nichtnacherfüllung zu vertreten hat.

- Eine immer noch **stark vertretene Ansicht**<sup>253</sup> stellt beim Schadensersatzanspruch aus den §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 u. 3, 281 hingegen **nur** auf das **Nichtleisten bei Fristablauf** ab. Bei Entbehrlichkeit der Frist seien die Umstände entscheidend, die Entbehrlichkeit begründeten. Allein die Lieferung einer mangelhaften Sache löse noch keinen Schadensersatzanspruch statt der Leistung aus, sondern es ist zusätzlich der Ablauf der angemessenen Frist (oder deren Entbehrlichkeit) erforderlich. Daher sei bei der Frage, ob der Schuldner die Pflichtverletzung zu vertreten hat, beim Anspruch aus den §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 u. 3, 281 nur auf das Vertretenmüssen der Nichtleistung bei Fristablauf abzustellen.
- Eine **weitere Ansicht** sieht die Pflichtverletzung allein darin, dass der Leistungserfolg nicht eingetreten ist.<sup>254</sup> Die Pflichtverletzung sei rein zustandsbezogen und nicht handlungsbezogen. Der Verkäufer hafte, weil er in dem **gesamten Zeitraum von der mangelhaften Lieferung bis zum Ablauf der Frist** keine mangelfreie Ware geliefert habe. Auch das Vertretenmüssen beziehe sich auf den gesamten Zeitraum. Es könne durch die mangelhafte Lieferung, aber auch durch das Ausbleiben der Nacherfüllung begründet werden.<sup>255</sup> Der Verweis in § 437 Nr. 3 beziehe sich nur auf § 281 Abs. 1 S. 1, Alt. 2 (Leistung nicht wie geschuldet erbracht). Würde man an die Nichtleistung der Nacherfüllung anknüpfen, sei § 281 Abs. 1 S. 3 für den Regelfall unzutreffend formuliert.

**Klausurhinweis:** Gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 wird das Vertretenmüssen vermutet. Sind in einem Sachverhalt keine Informationen enthalten, die dafür sprechen, dass sich der Verkäufer entlasten kann, braucht der Streit über den Bezugspunkt des Vertretenmüssens nicht dargestellt werden.

251 BeckOK BGB/Faust § 437 Rn. 73; Looschelders Rn. 125; Brox/Walker § 4 Rn. 84; Czerny Jura 2015, 1024, 1034; vgl. dazu auch AS-Skript Schuldrecht AT 1 (2017), Rn. 196 ff. mit noch abweichender h.M.

252 In diese Richtung auch BGH NJW 2015, 2244 ff. Rn. 12, 13; jedoch hat sich der BGH bisher nie ausdrücklich zu diesem Meinungsstreit geäußert.

253 OLG Celle NJW-RR 2007, 352, 354; BeckOK-BGB/Unberath § 281 Rn. 12; MünchKomm/Ernst § 281 Rn. 48.

254 Gsell, Festschrift für Canaris, S. 337, 353; Benicke/Hellwig NJW 2014, 1697, 1700.

255 Gsell, Festschrift für Canaris S. 337, 354.

*Unstreitig ist, dass sich der Verkäufer nicht dadurch entlasten kann, dass er darlegt und im Streitfall beweist, dass er die mangelhafte Lieferung nicht zu vertreten hat. Wenn man in diesen Fällen überhaupt auf den Streit eingeht, muss dessen Darstellung kurz ausfallen und bedarf keiner Entscheidung (vgl. dazu unten Fall 3).*

*In juristischen Prüfungsarbeiten ist der Streit nur dann zu entscheiden, wenn der Verkäufer die mangelhafte Lieferung, nicht aber das Unterlassen der Nacherfüllung zu vertreten hat.<sup>256</sup> In diesem Fall besteht ein Anspruch aus den §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 u. 3, 281 S. 1 Alt. 2. Soweit ersichtlich, ist diese Fallkonstellation aber in gerichtlichen Entscheidungen seit der Schuldrechtsreform 2002 noch nicht aufgetreten. Solche Fälle sind theoretisch, können aber von phantasievollen Prüfern konstruiert werden.*

### cc) Schadensberechnung

Der Käufer hat grundsätzlich die Wahl zwischen dem kleinen Schadensersatzanspruch und dem Schadensersatz statt der ganzen Leistung. Letzterer kann nicht verlangt werden, wenn der **Mangel unerheblich** ist, § 281 Abs. 1 S. 3. 127

Die **Abgrenzung** zwischen dem Schadensersatz **statt** der Leistung **und** dem Schadensersatz **neben der Leistung** (Verzögerungsschäden, sonstige Schäden) ist bei dem Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 u. 3, 281 umstritten.

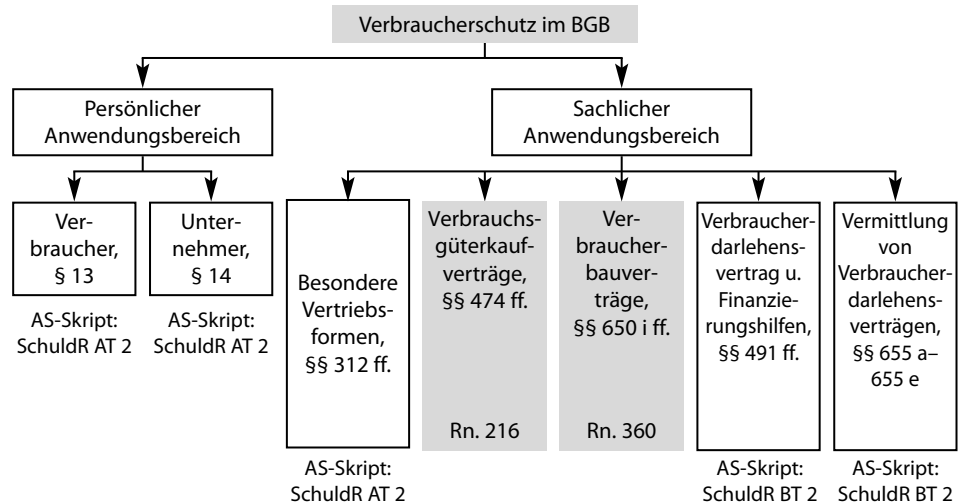
- Nach einer in der **Lit.** vertretenen Ansicht gehören zum Schadensersatz statt der Leistung die Schäden, die auf das endgültige Ausbleiben der Leistung zurückzuführen sind. Die Abgrenzung wird **rein zeitlich** vorgenommen.<sup>257</sup> Alle **Schäden, die nach dem Zeitpunkt des endgültigen Ausbleibens der Leistung entstehen**, gehören zum Schadensersatz statt der Leistung. Das endgültige Ausbleiben der Leistung steht im Fall des § 311 a Abs. 2 von Anfang an fest, bei dem Anspruch aus den §§ 280 Abs. 1 u. 3, 283 mit dem Eintritt des Leistungshindernisses und bei dem Anspruch aus den §§ 280 Abs. 1 u. 3, 281 zu dem Zeitpunkt, in dem der Käufer Schadensersatz statt der Leistung verlangt (§ 281 Abs. 4).
- Die **h.M.** vertritt eine **inhaltliche Abgrenzung** der Schadensarten. Zum Schadensersatz statt der Leistung gehören danach die **Schäden, die an die Stelle der Leistung treten** und die Leistung damit **funktional** ersetzen.<sup>258</sup> Ersetzt wird das Erfüllungsinteresse, das bei gegenseitigen Verträgen auch als Äquivalenzinteresse bezeichnet wird. Bei der Prüfung ob das Erfüllungsinteresse verletzt ist, wird darauf abgestellt, ob eine Nacherfüllung den eingetretenen Schaden beseitigt hätte.

Die Testfrage laute: Würde der geltend gemachte Schaden entfallen, wenn die Leistung jetzt oder zum letztmöglichen Zeitpunkt noch erbracht wird oder worden wäre? Beim Anspruch aus den §§ 280 Abs. 1 u. 3, 281 sei der **letztmögliche Zeitpunkt** der **Fristablauf**, da danach der Schuldner die Leistung nicht mehr gegen den Willen des Gläubigers erbringen könne. Auch nach Fristablauf seien mit dem Schadensersatzanspruch statt der Leistung nur die Schäden zu ersetzen, die an die Stelle

<sup>256</sup> Czerny Jura 2015, 1024, 1034.

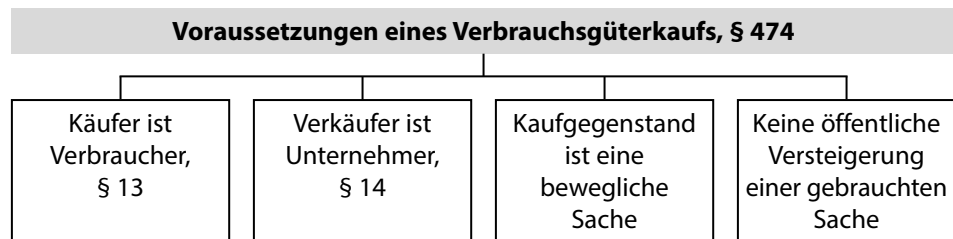
<sup>257</sup> Lorenz, Festschrift für Leenen S. 147 ff.; Faust, Festschrift für Huber, S. 239, 254.

<sup>258</sup> BGH RÜ 2013, 613 ff.; BeckOK-BGB/Unberath § 281 Rn. 1 Palandt/Grüneberg § 280 Rn. 18; Looschelders AT Rn. 530.



- 215** Die Vorschriften des Verbrauchsgüterkaufs sind aber nicht nur bei Kaufverträgen anwendbar. Da **§ 650** und **§ 480** auf die Regeln des Kaufrechts verweisen, gelten die Vorschriften auch bei **Werklieferungs-** und **Tauschverträgen**. Beim Tausch gelten sie selbstverständlich nur zugunsten des Verbrauchers, nicht aber für den Unternehmer.<sup>415</sup> Nach **§ 365** können die Vorschriften zudem eingreifen, wenn eine Sache **an Erfüllungsstatt** hingegeben wird (z.B. Inzahlunggabe eines Gebrauchtwagens).

### A. Voraussetzungen des Verbrauchsgüterkaufs, § 474 Abs. 1



- 216** Der **§ 474 Abs. 1 S. 1** enthält eine Legaldefinition des Verbrauchsgüterkaufs. Ein Verbrauchsgüterkauf liegt vor, wenn ein **Verbraucher als Käufer** von einem **Unternehmer als Verkäufer** eine **bewegliche Sache** kauft.

Die §§ 474 ff. finden demnach keine Anwendung bei Kaufverträgen

- zwischen Verbrauchern untereinander,
- zwischen Unternehmern untereinander,

Dennoch sollten Unternehmer bei Kaufverträgen untereinander die Regeln über den Verbrauchsgüterkauf nicht unbeachtet lassen. Zwar gelten sie nicht direkt für diese Kaufverträge, allerdings statuiert § 478 Sonderbestimmungen für den Rückgriff des Unternehmers gemäß § 445a (siehe dazu Rn. 198 ff.).

<sup>415</sup> BeckOK-BGB/Faust § 474 Rn. 6.

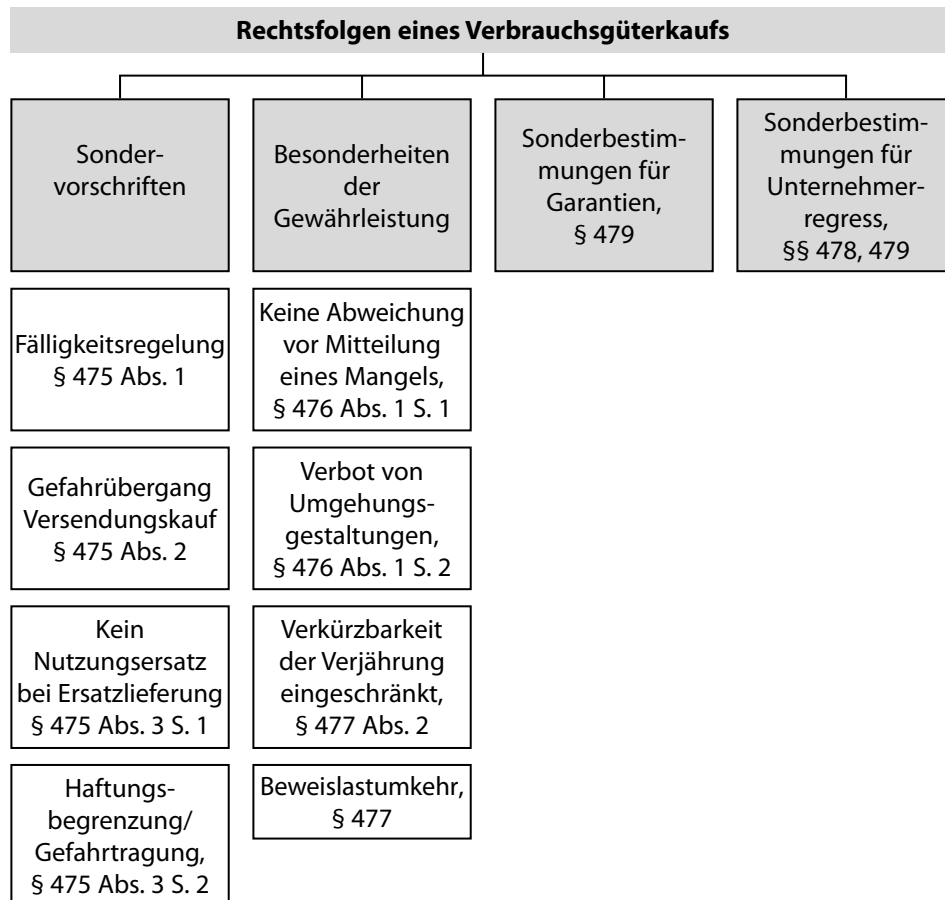


- und zwischen Verbrauchern auf Verkäuferseite und Unternehmern auf Käuferseite.<sup>416</sup>

Auch wenn **neben dem Verkauf** einer beweglichen Sache noch eine **Dienstleistung** des Verkäufers erbracht wird, steht dies einem Verbrauchsgüterkauf nicht entgegen, **§ 474 Abs. 1 S. 2**. Die Anwendbarkeit der §§ 474 ff. ist allerdings ausgeschlossen, wenn es sich um gebrauchte Sachen handelt, die in einer **öffentlichen Versteigerung** verkauft werden, an der die Verbraucher persönlich teilnehmen können, **§ 474 Abs. 2 S. 2**.

## B. Rechtsfolgen des Verbrauchsgüterkaufs

Neben den bereits behandelten Besonderheiten hinsichtlich des Ausschlusses bzw. der Beschränkung des Leistungsverweigerungsrechts (§ 475 Abs. 4 u. 5, dazu oben Rn. 74) und der Vorschussverpflichtung gemäß § 475 Abs. 6 sowie den Sonderbestimmungen beim Unternehmerregress (§ 478), gilt es beim Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs die folgenden Modifikationen zu beachten: 217



<sup>416</sup> Ausführlich zum Anwendungsbereich der §§ 474 ff.: Schroeter JuS 2006, 682 ff.