

Schuldrecht BT – Kaufrecht*

Kurzeinführung mit Fällen und Lösungen

Literatur

THOMAS ACKERMANN, Die Nacherfüllungspflicht des Stückverkäufers. Juristenzeitung (JZ) 2002(8), S. 378–385.

GEORG BITTER/EVA MEIDT, Nacherfüllungsrecht und Nacherfüllungspflicht des Verkäufers im neuen Schuldrecht. Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2001(48), S. 2114–2121.

HANS BROX/WOLF-DIETRICH WALKER, Allgemeines Schuldrecht. 28. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2003.

CLAUS-WILHELM CANARIS, Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache. Juristenzeitung (JZ) 2003(17), S. 831–838.

HORST EHMANN/HOLGER SUTSCHET, Modernisiertes Schuldrecht – Lehrbuch der Grundsätze des neuen Rechts und seiner Besonderheiten. München: Verlag Franz Vahlen GmbH, 2002.

LOTHAR HAAS ET AL., Das neue Schuldrecht. München: Verlag C. H. Beck, 2002.

PETER HUBER, Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht. Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2002(14), S. 1004–1008.

PETER HUBER/FLORIAN FAUST, Schuldrechtsmodernisierung – Einführung in das neue Recht. München: Verlag C. H. Beck, 2002.

JAN KROPHOLLER, Bürgerliches Gesetzbuch – Studienkommentar. 7. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2004.

STEPHAN LORENZ/THOMAS RIEHM, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht. München: Verlag C. H. Beck, 2002.

DIETER MEDICUS, Schuldrecht II – Besonderer Teil. 12. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2004.

HANS-JOACHIM MUSIELAK, Die Falschlieferei beim Stückkauf nach dem neuen Schuldrecht. Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2003(2), S. 89–92.

OTTO PALANDT (BGR.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsge-
setz – Kommentar. 65. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2006.

TOBIAS TRÖGER, Grundfälle zum Sachmangel nach neuem Kaufrecht. Juristische Schulung (JuS) 2005(6), S. 503–511.

HANS JOSEF WIELING/THOMAS FINKENAUER, Fälle zum Besonderen Schuldrecht. 5. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2004.

Inhaltsverzeichnis

A. Zum Kaufrecht	1
B. Gefahrübergang	1
C. Mangel der Kaufsache nach §§ 433 Abs. 1 S. 2, 434	1
I. Nichtvorliegen eines Mangels	2
1. Beschaffenheitsvereinbarung	2
2. Vertrg. vorg. Verwdg.	2
3. Gewöhl. Verwdg.	2
4. Werbung od. Kennzeichnung	2
II. Fehlerhafte Montage	3
1. Durch Verkäufer	3
2. Anleitung	3
III. Aliud- und Minus-Lieferung	3
1. Aliud	3
2. Zuwenig-Lieferung	4
IV. Rechtsmangel	4
D. Mängelrechte	5
I. Nacherfüllung	5
1. Nachbesserung	5
2. Nachlieferung	5
a) Teile der Literatur	5
b) Rechtsprechung	5
c) Die herrschende Lehre	5
d) Ergebnis	6

3. Ausschluss der Nacherfüllung	6
II. Rücktritt	6
III. Minderung	7
IV. Schadensersatz	7
V. Ausschluss der Mängelrechte	8
E. Verjährung	8
F. Eigentumsvorbehalt	9

A. Zum Kaufrecht

Kauf ist ein schuldrechtlicher Vertrag, der auf **endgültige Vollrechtsübertragung gegen Entgelt** gerichtet ist. Kaufgegenstand können Sachen sein, aber auch Forderungen, Rechte und sonstige Gegenstände (§ 453). Die Hauptpflichten des Verkäufers sind daher nach § 433 Abs. 1 S. 1 die Übergabe (Besitzverschaffung) und die Übereignung (bzw. Vollrechtsverschaffung beim Rechtskauf). Hauptpflicht des Käufers ist die Entgeltzahlung und in besonderen Konstellationen (etwa Räumungsverkauf) auch die Abnahme, § 433 Abs. 2.

i Das Kaufrecht kann hier nicht in allen seinen Ausprägungen und Vorschriften dargestellt werden. Bis auf ein paar „Abschweifungen“ soll sich diese Darstellung daher auf Mangel und Mängelrecht konzentrieren.

B. Gefahrübergang

Die Gefahr geht im Kaufrecht grundsätzlich mit der **Übergabe der Kaufsache** über, § 446. Geht die Sache nach Gefahrübergang durch **Zufall** unter, muss der Käufer entgegen § 326 den Kaufpreis zahlen. Gefahrübergangsregeln sind Sondervorschriften bzgl. des § 326. Gefahrübergang tritt auch ein, wenn der Gläubiger im Annahmeverzug ist. Ab Gefahrübergang trägt der Käufer auch die Lasten für die Sache und ihm stehen die Nutzungen zu, § 446 S. 2.

Früher geht die Gefahr beim **Versendungskauf** auf den Käufer nach § 447 über. Soll die Sache auf Wunsch des Käufers zu einem anderen als dem Leistungsort (Erfüllungsort meint Leistungsort, nicht Erfolgsort!) verschickt werden, geht die Gefahr schon beim Versand über. Voraussetzung ist, dass der Verkäufer Spediteur, Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt **sorgfältig ausgesucht** und ihm die **Sache übergeben** hat. Da der Verkäufer mit der Übergabe das seinerseits Erforderliche getan hat, ist die Transportperson auch nicht sein Erfüllungsgehilfe, § 278. Entsteht dem Käufer aber etwa dadurch ein Schaden, dass der Verkäufer von bestimmten Weisungen, was den Transport angeht, abweicht, muss der Verkäufer dafür haften.

C. Mangel der Kaufsache nach §§ 433 Abs. 1 S. 2, 434

Der Verkäufer schuldet nicht nur die Eigentumsverschaffung und Übergabe, sondern – wie das neue Kaufrecht

* §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des BGB. Erstellt mit einem L^AT_EX 2_ε-Textsatzsystem unter Mac OS X. Homepage: <http://www.peterfelixschuster.de/jura.htm>

klarstellt – auch die **mangelfreie** Sachverschaffung, § 433 Abs. 1 S. 2.

I. Nichtvorliegen eines Mangels

Das Gesetz definiert in § 434 nicht direkt den Sachmangel (auch wenn die Überschrift dies verheißt), sondern definiert negativ, wann ein **Sachmangel nicht vorliegt**. Abgestellt wird auf den **Zeitpunkt des Gefahrübergangs** (B.).

1. Ausdrückliche Vereinbarung der Beschaffenheit, § 434 I 1.

Nach der negativen Definition des § 434 I 1 liegt kein Sachmangel vor, wenn die Sache die vereinbarte Beschaffenheit hat. Der **Begriff der Beschaffenheit** selbst ist nicht definiert. Man kann darunter sowohl die physische Beschaffenheit der Kaufsache selbst, als auch ihre Beziehungen zur Umwelt verstehen, soweit diese in der Beschaffenheit der Kaufsache selbst ihre Ursache haben,¹ etwa die Lage eines Grundstücks. Für eine vertragliche Vereinbarung der Beschaffenheit wird man aus der systematischen Stellung des § 434 I 1 heraus Konsens der Parteien über konkrete Merkmale fordern dürfen. Also nicht: „Fehlerfreiheit“, „Fahrtüchtigkeit“, sondern etwa: „mit ABS“, „mit Klimaanlage“, „aus Holz“. Entscheidend ist, dass eine **Einigung über diese Beschaffenheit** vorliegt, also die zum Kaufabschluss führenden Willenserklärungen nach §§ 133, 157 so auszulegen sind, dass eine in den vorangehenden Gesprächen erwähnte Beschreibung als Beschaffenheitsvereinbarung in den Kaufvertrag eingehen sollte.² Kenntnisse seines Vertreters muss sich der Verkäufer nach § 166 Abs. 1 analog zurechnen lassen.³

***Fall 1, „Augustus ganz aufgelöst“:** Kunde König (K) kauft beim Universalkramladen Viemann (V) alles, was er zum Leben benötigt und ist damit meist glücklich. Jedoch gibt es freilich auch Pannen. So kauft K eines Tages eine Kaiser Augustus-Büste. Viemann sagt auf Nachfragen des Königs, ob sie denn wirklich aus massivem Stein sei, er wolle sie in den Garten stellen, dem sei so. Die Büste ist jedoch aus Gips und lässt nach dem nächsten Regenguss keine Gesichtszüge mehr erkennen, so dass König in seiner Gegenwart nicht mehr genüsslich Römisches Recht lesen kann. Mangel?*

Mangel bei der Augustus-Büste, §§ 433 I 2, 434 I 1, I 2 Nr. 1?

1. Ausdrückliche Vereinbarung der Beschaffenheit, § 434 I 1. König und Viemann einigten sich hier darauf, dass die Büste aus massivem Stein sein solle. Dies kann man als Vereinbarung einer Beschaffenheit anhand eines konkreten Merkmals ansehen. Da diese Beschaffenheit nicht vorlag, ist ein Sachmangel gegeben.
2. Hilfsweise: Eignung zum vereinbarten Gebrauch, § 434 I 2 Nr. 1? Hier soll exemplarisch der weiteren Auslegung gefolgt werden. Es einigten sich König und Viemann darauf, dass die Büste im Garten stehen soll. Dafür eignet sie sich nur (zumindest bei Gärten in Deutschland), wenn sie eine gewisse Wetterbeständigkeit aufweist. Das ist bei der Gipsbüste nicht der Fall. Somit eignet sie sich nicht zum vereinbarten Gebrauch. Ein Sachmangel liegt auch nach § 434 I 2 Nr. 1 vor.
3. Äußerst hilfsweise: Eignung zum gewöhnlichen Gebrauch und übliche Beschaffenheit, § 434 I 2 Nr. 2? Dass Büsten in den Garten

gestellt werden, um diesen zu verschönern, dürfte man noch als üblich ansehen. Daher wird ein Durchschnittskäufer (s.o.) eine Wetterfestigkeit erwarten dürfen, die hier nicht vorliegt. Damit liegt auch danach ein Sachmangel vor.

Also liegt ein Sachmangel vor.

2. Eignung für die vertraglich vorgesehene Verwendung, § 434 I 2 Nr. 1

Haben die Kaufvertragspartner sich auf einen bestimmten Gebrauch geeinigt, so liegt ein Sachmangel vor, wenn sich die Sache zu diesem Gebrauch nicht eignet. Wieder handelt es sich also um ein subjektives Merkmal in Anlehnung an den früheren subjektiven Fehlerbegriff. Hier lässt sich die vertraglich vorausgesetzte Verwendung entweder weit auslegen, so dass für den gewöhnlichen Gebrauch kaum Anwendungsbereich verbleibt. Oder man setzt voraus, dass sich die Parteien konkret auf einen bestimmten Gebrauch einigen (Voraussetzungen wie oben, C. I. 1.) oder gerade einen vom gewöhnlichen Gebrauch abweichenden Gebrauch (auch konkludent) voraussetzen und vergrößert dadurch den Anwendungsbereich der § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, für den man dann die Benennung bestimmter Zwecke als Auslegungskriterium heranziehen kann.⁴

3. Eignung für die gewöhnliche Verwendung und übliche Beschaffenheit für Sachen der gleichen Art, § 434 I 2 Nr. 2.

Eine Beschaffenheit ist üblich (und ein Gebrauch gewöhnlich), wenn der Durchschnittskäufer sie bei Sachen der gleichen Art erwarten kann („objektiver Erwartungshorizont“).⁵ Hier kommt es auf die Zuordnung des Kaufgegenstands zu einer **bestimmten Gruppe von Waren** an. Insbesondere bei gebrauchten Gütern kann dies wichtig werden, wenn es darum geht, welcher Verschleiß und welche Abnutzung bei artgleichen, gleichermaßen beanspruchten Sachen zu erwarten ist.⁶ Regulärer Verschleiß bei einer gebrauchten Sache ist also kein Sachmangel.

4. Insbesondere Eigenschaften, die durch Werbung oder Kennzeichnung (seitens des Herstellers oder Lieferanten) behauptet werden, § 434 I 3.

§ 434 Abs. 1 S. 3 rechnet zur üblichen Beschaffenheit auch Eigenschaften, die in **öffentlichen Äußerungen** (Werbung, Kennzeichnung) des Verkäufers, des Herstellers oder seines Gehilfen genannt werden. Die Besonderheit der Bestimmung ist, dass eine **Person außerhalb des Schuldverhältnisses** (der Hersteller) auf dieses Einfluss nehmen kann. Wer Hersteller ist, definiert § 4 Abs. 1, Abs. 2 ProdHG. Der Grund ist, dass der Verkäufer durch

¹ KROPHOLLER, BGB § 434 Rn. 3.

² TRÖGER, JuS 2005 S. S. 505.

³ TRÖGER, JuS 2005 S. S. 505.

⁴ TRÖGER, JuS 2005 S. S. 506.

⁵ TRÖGER, JuS 2005 S. S. 506 f..

⁶ TRÖGER, JuS 2005 S. S. 507.

den Kaufabschluss von der Anpreisung durch den Hersteller profitiert und die Herstellerangaben für die Kundenvorstellung vom Produkt wesentlich prägend sind.⁷ Bei den öffentlichen Äußerungen, aufgrund deren der Käufer Eigenschaften erwarten kann, sind **bloße Anpreisungen** nicht zu berücksichtigen. Ebensowenig sind Äußerungen beachtlich, die der Verkäufer nicht kennt und auch nicht kennen musste, solche, die inzwischen vom Hersteller in gleicher Weise berichtigt wurden und solche, die die Kaufentscheidung unmöglich beeinflusst haben. Der Verkäufer dürfte auch nicht für Aussagen des Herstellers haften, die er **selbst korrigiert** hat.⁸

Fall 2, „Gelackmeiert“: *Nach schlechten Erfahrungen in Fall 1 will König schlauer sein und kauft zur Julius Cäsar Büste gleich einen Wetterschutz-Lack hinzu, wobei er dem Viemann nicht mitteilt, dass er damit die Büste veredeln will. Laut eines TV-Werbespots des Herstellers Hinterholz (H) schützt der Lack nämlich nicht nur Holz, sondern auch Gips. Nach dem nächsten Regenschauer sieht König jedoch auch das widerlegt. Kann König diesen Mangel gegenüber Viemann, dem er nichts von seinen Erwartungen aus der Werbung mitgeteilt hatte, geltend machen?*

Mangel beim Holzlack?

1. Vereinbarung einer Beschaffenheit, § 434 I 1? ✗
2. Eignung zum vertraglich vorausgesetzten Gebrauch, § 434 I 2 Nr. 1? ✗ – obwohl der König Büste und Holzlack zugleich kauft, musste Viemann nicht davon ausgehen, dass dazwischen ein Zusammenhang besteht.
3. Übliche Beschaffenheit, gewöhnlicher Gebrauch, § 434 I 2 Nr. 2, I 3? Ob es zum gewöhnlichen Gebrauch von Holzlack gehört, dass man damit auch Gips versiegelt, sei hier dahingestellt. § 434 I 3: Hier ist Hersteller die Fa. Hinterholz. Konkrete beworbene Eigenschaft ist hier, dass auch Gips vor Regen geschützt sein soll. Also gehört dieses Merkmal zur üblichen Beschaffenheit. Da es nicht vorliegt, ist ein Sachmangel gegeben.

II. Fehlerhafte Montage

Die Fehlerhafte Montage ist ein Sachmangel (positiv definiert), § 434 Abs. 2.

1. Fehlerhafte Montage durch den Verkäufer, § 434 II 1

Zur Vorlage dieses Merkmals muss die Montage vom Verkäufer geschuldet sein.

2. Mangelhafte Montageanleitung, § 434 II 2

Mangelhaft ist die Montageanleitung, wenn sie nicht den **überwiegenden Teil der Käufer auf Antrieb zur Montage befähigt**.⁹ Eine mangelfreie Anleitung befähigt den Durchschnittskäufer, ohne großen Aufwand die gekaufte Sache zusammen zu bauen.¹⁰ „Mangelhaft“ ist auch die **fehlende** Anleitung. Kein Mangel liegt (logischerweise) vor, wenn dem Käufer trotz Mangel der Anleitung der Zusammenbau gelingt (**fehlende Kausalität**). Hier ist die Brauchbarkeit der Sache nicht eingeschränkt.

Fall 3, „Fliegerträume“: *Nachdem König in Fall 1 und Fall 2 so schlecht mit Büsten zurechtkommt, kauft er*

beim nächsten Mal einen Modellflugzeug-Bausatz. Freudig macht er sich zu Hause daran, ihn zusammenzubauen. Jedoch muss er ernüchert feststellen, dass eine Bauanleitung fehlt. Mangel?

Abwandlung. *Wie, wenn König aufgrund seiner Erfahrung mit Modellflugzeugen den Zusammenbau auch ohne Anleitung meistert?*

Mangel des Modellbausatzes?

1. Vereinbarung einer Beschaffenheit, § 434 I 1? ✗
2. Eignung zum vertraglich vorausgesetzten Gebrauch, § 434 I 2 Nr. 1? ✗
3. Sachmangel durch fehlende Montageanleitung, § 434 II 2? (als *lex specialis* vor der üblichen Beschaffenheit geprüft) Das Modellflugzeug ist „zur Montage bestimmt“, da für den bestimmungsgemäßen Gebrauch der Zusammenbau, der Einbau, eine Aufstellung oder ein Anschluss erforderlich ist¹¹ – hier dürfte man wohl sogar den Zusammenbau selbst als bestimmungsgemäßen Gebrauch ansehen. Hier fehlt die Anleitung ganz, so dass der überwiegende Teil der (potenziellen) Käufer (dieses Bausatzes) nicht zum Zusammenbau befähigt sein dürfte.

(Abwandlung: Ausnahme, sofern die Sache trotzdem fehlerfrei zusammengesetzt wird. Da König in der Unterabwandlung der Zusammenbau gelingt, ist ein Sachmangel zu verneinen.)

Damit liegt ein Mangel vor.

III. Aliud- und Minus-Lieferung

1. Aliud-Lieferung, § 434 Abs. 3 1. Fall.

Einem Sachmangel steht es nach § 434 Abs. 3 gleich, wenn der Verkäufer eine **„andere Sache“**, ein so genanntes „Aliud“ liefert.

Gäbe es diese Bestimmung nicht, so wäre mit der Leistung der falschen Sache der Anspruch des Käufers nach § 433 Abs. 1 S. 1 (nicht erst nach § 433 Abs. 1 S. 2) nicht erfüllt. Der **primäre Erfüllungsanspruch** wäre dem Käufer also weiterhin gegeben, nicht aber etwa die erleichterte Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach § 440 für Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung oder die Möglichkeit zur Minderung nach §§ 437 Nr. 2, 441. Zudem würde der Anspruch nach der subjektiven **Regelverjährungszeit** von drei Jahren ab Kenntnis und nicht nach den **kaufrechtlichen Verjährungsfristen** (idR zwei Jahre ab Übergabe unabhängig von der Kenntnis) verjähren. Bei einer Gattungsschuld gäbe es außerdem **Abgrenzungsprobleme**, ob es sich um ein mangelhaftes Exemplar der richtigen Gattung oder um ein (mangelfreies) Exemplar der falschen Gattung handelte (bei der Waschmaschine fehlt das Handwaschprogramm, das in der Baureihe A, in der Baureihe B jedoch nicht enthalten ist). Diese insbesondere sollte der neue § 434 Abs. 3 Fall 1 beheben.

Für Gattungsschulden stellt § 434 Abs. 3 unstrittig die Aliud-Lieferung unter dieselben Regelungen, insbesondere die Verjährung, wie andere nicht vertragsgemäße Leistungen. Umstritten ist dies jedoch für die **Stückschuld**, für

⁷ TRÖGER, JuS 2005 S. S. 507.

⁸ TRÖGER, JuS 2005 S. S. 508.

⁹ PALANDT–Putzo, BGB⁶⁵ § 434 Rn. 49.

¹⁰ TRÖGER, JuS 2005 S. S. 510.

¹¹ PALANDT–Putzo, BGB⁶⁵ § 434 Rn. 47.

die die Vorgängernorm des § 378 HGB nicht galt. Hier erblickt etwa MUSIELAK¹² ein Problem, das im **Bereicherungsrecht** auftreten kann. Auch besteht die Gefahr, dass auch die Leistung von etwas **völlig Anderem** (Pfund Kaffee statt des Gemäldes) erfüllungstauglich sein kann, stärker als bei der Gattungsschuld. Jedoch verfolgte der ändernde Gesetzgeber erkennbar das Ziel, die Unterscheidung zwischen Stück- und Gattungskauf aufzugeben. Gegenüber der Vorgängernorm fehlt auch die Beschränkung auf den Gattungskauf im Wortlaut. Dennoch ist die Diskussion noch im Fluss und keine der beiden Lösungswege dürften Euch angekreidet werden, wenn Ihr sie mit guten Argumenten verfolgt.

2. Zuwenig-Lieferung

Wenn von mehreren geschuldeten Gegenständen nur **ein Teil** geliefert wird, stellt dies einen Sachmangel dar, § 434 Abs. 3 2. Fall. Damit dürften die Fälle der kaufrechtlichen Zuweniglieferung auch im allgemeinen Schuldrecht als **Schlechtleistung** (und nicht als Teilleistung) zu behandeln sein, also § 323 Abs. 5 S. 2 und nicht S. 1 anwendbar sein.

Fall 4, „Viele, viele bunte Bilder“: König kauft diesmal eine Kopie des Gemäldes „Frühstück der Ruderer“, das der künstlerisch begabte Einsiedler Dufayel angefertigt hat. Dem König gefällt der besondere Pinselstrich einer bestimmten Kopie, die er sich aussucht. Viemann soll sie ihm nach Feierabend vorbeibringen. Unglücklicherweise fertigt Dufayel jedes Jahr eine Kopie dieses Gemäldes an (die alle gleich „künstlerisch wertvoll“ sind), und Viemann hat einige davon angekauft. Als er am Abend das ausgesuchte Gemälde bei König vorbeibringen will, vergreift er sich und bringt eine andere Kopie mit. König ist außer sich und fragt sich, ob er Mängelrechte hat.

Abwandlung. Wie, wenn Viemann fünf dieser Kopien (nach Wahl des Viemann) liefern sollte, aber versehentlich nur vier mitbringt?

I. Mangel der Gemäldekopie?

Aliud-Lieferung, § 434 III 1. Fall? Hier sei exemplarisch der Meinung gefolgt, dass auch die Stückschuld erfasst sei. Eine „aliud“-Leistung ist hier die Leistung einer Sache, die nicht die vertraglich bestimmte ist, als Kaufsache. Das Gemälde, das Viemann liefert, ist nicht das, welches König gewählt hatte. Also liegt eine Aliud-Leistung vor.



Der Normalfall der Aliud-Leistung wäre, auf den vorliegenden Fall übertragen: Viemann soll ein beliebiges der Gemälde liefern, liefert aber ein Gemälde eines anderen Künstlers.

II. Mangel in der Abwandlung

Hier ist ein Fall der Zuwenig-Lieferung gegeben, der gleich behandelt wird.

IV. Rechtsmangel

Kein Rechtsmangel (negativ definiert), wenn Dritte keine (oder nur vereinbarte) Rechte in Bezug auf die Sache geltend machen können, § 435 S. 1. Das kann etwa ein Pfand-

recht des Dritten sein oder Eigentum des Dritten, sofern es zur Unwirksamkeit des Eigentumsübergangs führt.

i. Mangel der Kaufsache nach §§ 433 I 2, 434

1. Sachmangel (negativ definiert) liegt nicht vor, wenn
 - a) Ausdrückliche Vereinbarung der Beschaffenheit, § 434 I 1.
 - b) Eignung für die vertraglich vorgesehene Verwendung, § 434 I 2 Nr. 1
 - c) Eignung für die gewöhnliche Verwendung und übliche Beschaffenheit für Sachen der gleichen Art, § 434 I 2 Nr. 2.
 - d) Insbesondere Eigenschaften, die durch Werbung oder Kennzeichnung (seitens des Herstellers oder Lieferanten) behauptet werden, § 434 I 3.
2. Fehlerhafte Montage = Sachmangel (positiv definiert)
 - a) Fehlerhafte Montage durch den Verkäufer, § 434 II 1, sofern Montage geschuldet.
 - b) Mangelhafte Montageanleitung, § 434 II 2, sofern die Sache nicht trotzdem fehlerfrei zusammengesetzt wird (fehlende Kausalität).
3. Aliud-Lieferung = Sachmangel, § 434 III 1. Fall
4. Zuwenig-Lieferung = Sachmangel, § 434 III 2. Fall
5. Kein Rechtsmangel (negativ definiert), wenn Dritte keine (oder nur vereinbarte) Rechte in Bezug auf die Sache geltend machen können, § 435 S. 1.

Fall 5, „Angefochtene Ruderer“: König kauft wieder eine Kopie des Gemäldes „Frühstück der Ruderer“. Es wird vereinbart, dass Viemann das Gemälde dem König erst später liefern soll. Bevor es dazu kommt, erfährt König, dass Viemann das Gemälde seinerseits nicht wirksam erworben hatte, weil sein „Vorverkäufer“ Dufayel seine Übereignung an Viemann angefochten hatte. Viemann, der zu Unrecht von der Unwirksamkeit der Anfechtung ausgeht, liefert dem K trotzdem das Gemälde. K ist sich nicht sicher, ob er nun Mängelrechte hat.

H

hier könnte ein Rechtsmangel gegeben sein, § 435. Kann Dufayel den § 985 geltend machen, wäre die Sache nicht frei von Rechtsmängeln.

1. Besitz des König ✓
2. Eigentum des Dufayel?
 - a) Ursprünglich war er Eigentümer.
 - b) Verlust an König durch Übereignung des Viemann, § 929 S. 1, 932?
 - aa) Einigung V+K ✓
 - bb) Übergabe ✓
 - cc) Nichtberechtigung des V? ✓, Dufayel hatte die Übereignung wirksam (rückwirkend) angefochten (das

¹² MUSIELAK, NJW 2003.

kommt zwar nur in Ausnahmefällen in Betracht, ist hier aber durch den SV vorgegeben).

dd) Guter Glaube, § 932 II? **X**, König wusste von der Anfechtung.

c) Ergebnis: Dufayel ist noch Eigentümer.

3. Ergebnis: Dufayel kann den § 985 entgegenhalten.

Die Sache hat einen Rechtsmangel.

D. Mängelrechte

Im wesentlichen verweist die zentrale Norm des § 437 außer auf den Nacherfüllungsanspruch auf das **allgemeine Leistungsstörungenrecht**. Dieses gilt mit einigen Besonderheiten.

I. Nacherfüllung

Hauptsächlich soll der Käufer einen **Anspruch auf Nacherfüllung** haben, der an die Stelle des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs tritt. Das liegt an der Natur des Nacherfüllungsanspruchs als – wie der Name schon andeutet – Fortsetzung des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs. Das Gesetz ermöglicht zwei Formen der Nacherfüllung, die **Beseitigung des Mangels (Nachbesserung)** und die **Lieferung einer mangelfreien Sache (Nachlieferung)**. Das Wahlrecht zwischen den Nacherfüllungsarten steht dem Käufer zu.

Das vielzitierte „Recht zur zweiten Andienung“, das durch die Schulrechtsmodernisierung eingeführt wurde, ist im BGB nicht etwa durch die Reihenfolge der Rechtsbehelfe im § 437 festgelegt, sondern im Erfordernis der Fristsetzung im § 323 Abs. 1 und des § 281 Abs. 1!

Die **Kosten der Nacherfüllung**, insbesondere also Transportkosten, Arbeits- und Materialkosten hat nach § 439 Abs. 2 der Verkäufer zu tragen.

1. Nachbesserung

Nachbesserung bedeutet, dass der Käufer die verkaufte Sache grundsätzlich behalten soll und nur der Mangel beseitigt wird. Für kleinere, reparable Fehler dürfte dies der Rechtsbehelf der Wahl sein.

2. Nachlieferung

Nachlieferung bedeutet, dass der Käufer die erhaltene Sache zurückgeben muss (§ 439 Abs. 4) und dafür eine neue erhält. Im alten Kaufrecht gab es einen solchen Anspruch nur bei der Gattungsschuld. Bei einer Gattungsschuld ist anfangs ein noch nicht bestimmter Gegenstand aus einer bestimmten Gattung geschuldet, den der Verkäufer zu bestimmen hat. Da eine mangelhafte Leistung nicht zur Konkretisierung nach § 243 Abs. 2 führt (nicht mittlerer Art und Güte), wird auch nach Übergabe einer gattungsangehörigen Sache noch Leistung aus der Gattung geschuldet, also Nachlieferung.

Bei der Stückschuld ist von Anfang an nur ein durch Vertrag bestimmter Gegenstand geschuldet. **Ob Nachlieferung bei der Stückschuld möglich ist**, ist wieder einmal umstritten.

a) Teile der Literatur Begreift man den Nacherfüllungsanspruch streng als Fortsetzung des Erfüllungsanspruchs,¹³ kommt man dazu, dass keine andere außer der anfangs geschuldeten Sache Gegenstand eines Nacherfüllungsanspruchs sein kann. Es liege Unmöglichkeit vor, da der konkrete Gegenstand nicht fehlerfrei geleistet werden kann. Alles andere wäre ein **Aliud** und eine Verurteilung zur Leistung eines solchen wäre praktisch der Zwang zum Vertragsbruch und eine Missachtung der Parteivereinbarungen. Entweder werde dem Käufer nämlich eine Sache aufgedrängt, die er nicht gewählt habe, oder man erweitere das Pflichtenprogramm des Verkäufers. Dieser werde u.U. auch vor Beschaffungsschwierigkeiten gestellt.

b) Rechtsprechung Die krasse Gegenposition dazu ist die einiger Gerichte¹⁴ (aber noch nicht des BGH), die die **Nachlieferung jeder Sache** aus einer (recht weit verstandenen) Gattung erlauben, etwa die Nachlieferung eines gebrauchten Mittelklassewagens anstelle eines gebrauchten Mittelklassewagens vergleichbaren Alters und Laufzeit.

c) Die herrschende Lehre will vermittelnd auf den hypothetischen Willen von Käufer und Verkäufer bei Vertragsschluss abstellen.¹⁵ Hätten sie sich bei Kenntnis der Mangelhaftigkeit des konkreten Kaufgegenstands („bei verständiger Würdigung des Falls“) auf einen vergleichbaren anderen geeinigt, so soll Nachlieferung einer dieser vergleichbaren Sachen gefordert werden können. Hat aber eine der Parteien ein gesteigertes Interesse daran, dass nur die gewählte Sache Gegenstand des Kaufs sein soll, so ist die Nacherfüllung durch Lieferung einer anderen Sache unzulässig. Dogmatisch lässt sich dies damit begründen, dass der Nacherfüllungsanspruch ein *modifizierter* Erfüllungsanspruch ist und der SMG-Gesetzgeber die Unterscheidung zwischen Stück- und Gattungskauf abschaffen wollte. Oft bestimmt der **Zufall**, ob eine Stück- oder Gattungsschuld vorliegt: nimmt man etwa im Buchhandel ein Buch aus dem Regal und zahlt es an der Kasse (letzteres sollte man nicht vergessen!), liegt eine Stückschuld vor; ist das Buch gerade nicht vorhanden und muss es bestellt werden, handelt es sich um eine Gattungsschuld. Ähnlich geht auch Ackermann¹⁶ vor, der in solch gelagerten Fällen einen Gattungskauf fingiert. Wegen des Bruchs mit althergebrachten Begriffspaaren (Stückschuld/Gattungsschuld, Stückkauf/Gattungskauf) ist diese Meinung aber abzulehnen.

¹³ So ein Teil der Literaturstimmen, vgl. HUBER/FAUST–P. Huber, Schuldrechtsmod. S. Kap. 13 Rn. 17 ff (20 f.); P. HUBER, NJW 2002 S. 1006; Bamberger/Roth-Faust § 439 Rn 27; LORENZ/RIEHM–St. Lorenz, Neues Schuldrecht S. Rn 505; WIELING/FINKENAUER–Finkenauer, Fälle S. Fall I 1. 1. b) für Gebrauchtwaren.

¹⁴ OLG Braunschweig NJW 2003, 1053; LG Ellwangen NJW 2003, 517

¹⁵ CANARIS, JZ 2003 S. 831; HAAS/MEDICUS–Haas, Neues SchuldR S. Kap. 5 Rn 84; BITTER/MEIDT, ZIP 2001 S. 2119; EHMANN/SUTSCHET, Mod. Schuldrecht § 7 IV 2 (S. 201); PALANDT–Putzo, BGB⁶⁵ § 439 Rn 15; MEDICUS, SBT S. Rn. 56

¹⁶ ACKERMANN, JZ 2002 S. 379.

d) Ergebnis Hier steht es einem wieder frei, wie man sich entscheidet. Mich überzeugen die Argumente der herrschenden Lehre am ehesten.

3. Ausschluss der Nacherfüllung

Ist eine Art der Nacherfüllung **unmöglich** (der Mangel ist etwa irreparabel oder es gibt keine weiteren Gegenstände aus der Gattung), so scheidet sie nach § 275 Abs. 1 aus. Sind beide Arten der Nacherfüllung unmöglich, so scheidet Nacherfüllung insgesamt aus.

Sind die Kosten **unverhältnismäßig hoch**, kann der Verkäufer die gewünschte Art der Nacherfüllung verweigern, § 439 Abs. 3 S. 1. Die Vorschrift ist eine Spezialnorm zu § 275 Abs. 2 und auch ähnlich aufgebaut. Der § 439 Abs. 3 S. 2 konkretisiert die **Voraussetzungen** der „Unverhältnismäßigkeit“. Heranzuziehen ist also nicht das „Gläubigerinteresse“ wie in § 275 Abs. 2, sondern u. a. Sachwert im mangelfreien Zustand, Bedeutung des Mangels, und wie sehr es den Käufer belasten würde, nicht die gewünschte Form der Nacherfüllung zu erhalten. Bei geringwertigen Alltagsgegenständen (etwa einer 10€-Armbanduhr) dürften die Reparaturkosten den Wert weit überschreiten, so dass die Lieferung einer neuen Uhr vorzuziehen ist. Hingegen wäre es vom Käufer übertrieben, auf Lieferung einer neuen Waschmaschine zu bestehen, wenn der Mangel mit dem Auswechseln einer Schraube behoben werden kann.¹⁷

Die andere Art der Nacherfüllung bleibt möglich und ist dann allein geschuldet, § 439 Abs. 3 S. 3, sofern sie nicht auch unter den Voraussetzungen des § 439 Abs. 3 S. 1 und 2 verweigert wird.

Daneben ist auch noch der § 275 Abs. 2 anwendbar.

Fall 6, „Tour de Trèves“: Student Sebastian, der gerne von den Trierer Steigungen hat, aber trotzdem durch Fahrradfahren fit bleiben will, kauft beim Lebensmittel-discounter LEDI einen Fahrrad-Heimtrainer für 79€, das gerade als Aktion in Massen verkauft wird. Dabei kämpft er sich durch eine Gruppe von knapp 50 Mitinteressenten durch, nimmt einen Karton vom Stapel in der Mitte der Verkaufshalle, schreitet zur Kasse und bezahlt dort. Zwei Wochen später – die Wunden vom Einkaufsgerangel sind langsam verheilt – gibt der Messcomputer des Heimtrainers aufgrund eines Produktionsfehlers seinen Geist auf und misst weder Puls noch „gefährliche“ Kilometer oder die Geschwindigkeit. Da LEDI keine Werkstatt betreibt und die Messcomputer nicht einzeln vertrieben werden, bietet sie Rückzahlung des Kaufpreises an. Sebastian, der für diesen Preis anderswo keinen neuen Heimtrainer bekommt, fordert hingegen einen der drei verbliebenen neuen Heimtrainer. Der LEDI-Filialleiter, der selbst für sich und seine Familie diese drei Räder erwerben wollte, verweigert dies mit dem Argument, Sebastian habe sich eines der Fahrräder ausgesucht und das bleibe einziger Kaufgegenstand. Wer hat Recht?

Anspruch des Sebastian gegen LEDI aus §§ 437 Nr. 1, 439 I auf Lieferung eines neuen Heimtrainers?

1. Kaufvertrag nach § 433? ✓

2. Mangel nach §§ 437, 434? Für eine vertraglich vereinbarte Beschaffenheit oder Verwendung ist hier nichts ersichtlich. Der gewöhnliche Gebrauch nach § 434 I 2 Nr. 2 setzt voraus, dass auch „Trainingsdaten“ gemessen und angezeigt werden. ✓
3. Somit könnte Sebastian nach dem Wortlaut des § 439 I nach seiner Wahl eigentlich Beseitigung des Mangels („Nachbesserung“) oder Lieferung eines neuen Rads („Nachlieferung“) verlangen. Er wählt hier die sog. Nachlieferung.
Hier soll einmal der h.L. (s.o. D. I. 2. c)) gefolgt werden. Weder Sebastian noch der LEDI-Markt hätten am Zeitpunkt des Vertragsschlusses wohl etwas dagegen gehabt, wenn einer der anderen Heimtrainer Vertragsgegenstand geworden wären, sie sind beliebig austauschbar. Damit ist eine Nacherfüllung mit einem der verbleibenden Heimtrainer zulässig und kann verlangt werden.
4. Ausschluss durch Unmöglichkeit? ✗, es sind noch Heimtrainer da.
5. Durchsetzbarkeit? ✓, da wohl nicht nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich, § 439 III ✗.
6. Ergebnis: Anspruch ✓

II. Rücktritt

Für den Rücktritt greift § 437 Nr. 2 auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht zurück, also auf die §§ 323 und 326 Abs. 5. Nicht vertragsgemäße Leistung (trotz deren Möglichkeit) nach § 323 Abs. 1 liegt in der mangelhaften Lieferung. Der Käufer muss eine Frist zur Nacherfüllung setzen, die fruchtlos verstreichen muss. Wäre eine vertragsgemäße Leistung **unmöglich**, greift § 326 Abs. 5 ein. Hier greift nicht § 326 Abs. 1 ein, also fällt der Kaufpreis nicht ipso iure weg, sondern es ist wegen § 326 Abs. 1 S. 2 ein Rücktritt nach Abs. 5 notwendig. Dies soll dem Käufer ein Wahlrecht zwischen Rücktritt und Minderung belassen. Die Fristsetzung zur Nacherfüllung wird hier wegen Sinnfreiheit nicht verlangt.

In § 440 findet sich ein zusätzlicher Grund für die **Entbehrlichkeit der Fristsetzung**. Nach § 440 S. 1 ist die Fristsetzung entbehrlich, wenn die Nacherfüllung **fehlgeschlagen** ist. Als fehlgeschlagen gilt die Nachbesserung nach S. 2 nach dem zweiten erfolglosen Versuch. Die ursprüngliche Erfüllung wird nicht mitgerechnet. Auch wenn der Verkäufer die Nacherfüllung nach § 439 Abs. 3 **verweigert**, ist die Fristsetzung entbehrlich.

Der Rücktritt ist nach § 323 Abs. 5 S. 2 bei einer nicht vertragsgemäßen Leistung ausgeschlossen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist. Pflichtverletzung meint (hier unstrittig!) den Mangel aus §§ 437, 434.

Fall 7, „Nase vorn? Nase voll!“: Wie in Fall 6 kauft Sebastian einen Heimtrainer, der nach zwei Wochen Radeln die Dienste verweigert. LEDI will den Fehler in einer Elektrowerkstatt, mit der ein Kooperationsvertrag besteht, reparieren lassen. Doch wenige Tage, nachdem das Rad aus der Werkstatt zurück ist, tritt derselbe Fehler wieder auf. Wieder lässt LEDI reparieren, wieder behebt diese den Fehler nicht endgültig. Sebastian will nun den Kaufpreis zurück, LEDI will hingegen noch einmal die Werkstatt bemühen.

Anspruch des Sebastian gegen LEDI aus § 346 I

1. Vertrag ✓

¹⁷ BROX/WALKER, BSR § 4 Rn. 45.

2. Rücktrittserklärung, § 349 ✓, Sebastian will „Kaufpreis zurück“
3. Rücktrittsrecht, § 346 I? Vertraglich ✗. Gesetzlich? Möglicherweise §§ 437 Nr. 2, 323 I.
 - a) Mangel, §§ 437, 434 ✓, s.o. Rechtsgrundverweisung auf § 323 (d.h. dessen Voraussetzungen müssen gegeben sein).
 - b) Nicht vertragsgemäße Leistung ✓, Mangel.
 - c) Fristsetzung zur (erfolgreichen) Nacherfüllung, § 323 I? ✗
 - d) Entbehrlichkeit der Fristsetzung, § 440? Hier hat LEDI das Rad zweimal vergeblich zu reparieren versucht. Damit dürfte die Nacherfüllung als fehlgeschlagen angesehen werden. Die Fristsetzung ist entbehrlich.
 - e) Ausschluss, § 323 V? Da der defekte Messcomputer die Brauchbarkeit zum gewöhnlichen Gebrauch stark einschränkt und je nach dem, wie stark man (vielleicht durch ein spezielles Trainingsprogramm) auf die Messdaten angewiesen ist, sogar aufhebt, ist die Pflichtverletzung nicht unerheblich. Damit ist der Rücktritt nicht nach § 323 V ausgeschlossen. Andere Ausschlussgründe sind nicht ersichtlich.
 - f) Ein Rücktrittsgrund besteht.
4. Der Rücktritt war wirksam.
5. Von Sebastian empfangene Leistung des LEDI war der Kaufpreis.
6. Ergebnis: Sebastian hat einen Anspruch gegen LEDI auf Rückzahlung des Kaufpreises nach § 346 I.

III. Minderung

Minderung nach §§ 437 Nr. 2, 441 bedeutet, dass der Kaufpreis **entsprechend der Schwere des Mangels** herabgesetzt wird. Ein bereits gezahlter Kaufpreis wird anteilig gemäß den Regelungen des Rücktrittsrechts zurückerstattet, § 441 Abs. 4.

Durch die Formulierung „statt zurückzutreten“ wird deutlich, dass grundsätzlich alle Voraussetzungen des Rücktrittsrechts vorliegen müssen. Der Ausschlussgrund des § 323 Abs. 5 S. 2 findet allerdings keine Anwendung bei der Minderung, § 441 Abs. 1 S. 2. Bei einem nur **geringfügigen Mangel** soll man sich nicht gleich in Bausch und Bogen vom Vertrag lösen können. Gegen eine Rückzahlung des Kaufpreises in kleinerem Umfang spricht aber nichts.

Der geminderte Kaufpreis berechnet sich nach folgendem Grundsatz (§ 441 Abs. 3): Der Wert mit Mangel verhält sich zum Wert ohne Mangel der geminderte Kaufpreis zum vertraglichen Kaufpreis. Ein gutes Geschäft (etwa Kauf unter Wert oder Verkauf über Wert) bleibt der begünstigten Partei also erhalten.

ii. Minderung nach § 441

$$\frac{\text{Wert mit Mangel}}{\text{Wert ohne Mangel}} = \frac{\text{Geminderter Preis} = x}{\text{Kaufpreis}}$$

$$x = \frac{\text{Wert mit Mangel} \times \text{Kaufpreis}}{\text{Wert ohne Mangel}}$$

Fall 8, „Ok, ich geb's auf!“: Nach zweimaliger Reparatur ohne dauerhaften Erfolg (vgl. Fall 7) beschließt Sebastian, auch ohne Messdaten Kalorien zu verbrauchen und

das Rad zu behalten. Er will nun aber einen Teil des Geldes zurück. Der Heimtrainer, der eigentlich ein namhaftes Markenprodukt war, den LEDI unter der eigenen Marke „LEDI Electronics“ verkauft, hätte ohne Mangel einen Marktwert von 120 € gehabt. Ohne Messcomputer ist er nur noch 60 € wert. LEDI will nun 19 € zurückzahlen, Sebastian besteht auf 39,50 €.

Anspruch des Sebastian gegen LEDI aus §§ 437 Nr. 2, 441, 346 I auf anteilige Rückzahlung des Kaufpreises

1. Kaufvertrag ✓
2. Minderungserklärung, § 441 I ✓, Sebastian möchte einen Teil des Kaufpreises zurück.
3. Minderungsrecht, §§ 437 Nr. 2, 441, 323 (Voraussetzungen des Rücktrittsrechts).
 - a) Mangel nach §§ 437, 434 ✓, s.o.
 - b) Nicht vertragsgemäße Leistung, § 323 I ✓, s.o.
 - c) Fristsetzung, § 323 I ✗, s.o.
 - d) Entbehrlichkeit der Fristsetzung, § 440 ✓, s.o.
 - e) Ausschlussgründe sind nicht ersichtlich, insbesondere findet § 323 V keine Anwendung.
 - f) Ein Rücktrittsgrund und damit auch Minderungsrecht besteht.
 - g) Die Minderung war wirksam

4. Zwischenergebnis: Sebastian hat einen Anspruch gegen LEDI auf anteilige Rückzahlung des Kaufpreises gemäß §§ 437 Nr. 2, 441, 346 I.

5. Da der Wert mit Mangel nur die Hälfte des Werts ohne Mangel beträgt ($60 € : 120 € = \frac{1}{2}$), beträgt der geminderte Kaufpreis die Hälfte des vertraglich vereinbarten Kaufpreises von 79 €, also 39,50 €. Die Differenz erhält Sebastian zurück, also 39,50 €. Das gute Geschäft, das Sebastian gemacht hat (79 € für einen Heimtrainer im Wert von 120 €, also für etwa $\frac{2}{3}$ des Wertes) bleibt ihm erhalten.

Ergebnis: Sebastian hat einen Anspruch auf Rückzahlung von 39,50 €.

IV. Schadensersatz

Auch hier verweist § 437 auf die aus dem Leistungsstörungenrecht bekannten Schadensersatzansprüche. Auf einige Besonderheiten sei aber ebenso hingewiesen.

Grundsätzlich ist also auf § 280 Abs. 1 S. 1 abzustellen.

Ist § 280 Abs. 1 S. 1 dadurch anwendbar, dass § 437 auf ihn verweist, ist umstritten, ob das Vorliegen des Mangels auch bei § 280 als Pflichtverletzung reicht. Jedoch wird man, wie es auch früher getan wurde, auch eine **Pflicht zur Überprüfung** fordern dürfen, die verletzt sein muss, bevor § 280 greift. Denn in Fällen, in denen der Verkäufer gar nicht überprüfen kann, ob die Sache in Ordnung ist (etwa, weil er sonst eingeschweißte Packungen öffnen müsste, die der Käufer aber unangetastet haben will), soll er auch nicht haften müssen. Eine Pflicht kann auch der **Hersteller** verletzen, der gleichzeitig Verkäufer der Sache ist, etwa über § 651.

Auch hier muss man sich fragen, ob nicht Schadensersatz statt der Leistung gefordert wird.

Ist die **Nacherfüllung noch möglich**, sind §§ 280, 281 anzuwenden, insbesondere die Fristsetzung. Das zu § 440 (Entbehrlichkeit bei Fehlschlagen) Gesagte gilt auch hier.

Bei **Unmöglichkeit der Nacherfüllung** muss auf §§ 280, 283 rekurriert werden. War eine mangelfreie Erfüllung **schon bei Vertragsschluss** nicht möglich, darf § 311a nicht vergessen werden! Hier ist nach der Systematik des § 437 die Möglichkeit der Nacherfüllung gemeint. Die Nacherfüllung müsste bereits bei Vertragsschluss unmöglich gewesen sein.

V. Ausschluss der Mängelrechte

Die Rechte aus dem Vorliegen eines Mangels können ausgeschlossen sein. Das kann einmal kraft **vertraglicher** Vereinbarung geschehen, die Regeln des Kaufrechts sind grundsätzlich dispositiv (das gilt im **Verbrauchsgüterkaufrecht** allerdings nur eingeschränkt). Auf einen Ausschluss der Mängelrechte kann sich der Verkäufer aber nicht berufen, wenn er den Mangel verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hatte, § 444. Das ist eine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben.

Der Verkäufer haftet auch dann nicht, wenn dem Käufer der Mangel bei Vertragsschluss **bekannt** war, § 442. Im Falle der **grob fahrlässigen Unkenntnis** haftet der Verkäufer nur, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen hat oder er eine Garantie für die Beschaffenheit übernommen hat.

E. Verjährung

Die Verjährung der Mangelrechte regelt § 438. Verjährung betrifft gem. § 194 **nur Ansprüche**, nicht aber Gestaltungsrechte. Die Verjährung des § 438 bezieht sich daher in erster Linie auf die Ansprüche auf Nacherfüllung und auf Schadensersatz. Die Fristen gelten über den Umweg der §§ 438 Abs. 4, 218 auch für Gestaltungsrechte, indem sie sie ausschließen, sofern der Anspruch auf Nacherfüllung oder Schadensersatz ausgeschlossen ist oder (im Fall der Unmöglichkeit) wäre und sich der Verkäufer darauf beruft.

Es verjähren die Mängelansprüche **grundsätzlich** in zwei Jahren, § 438 Abs. 1 Nr. 3. Bei **Bauwerken** ist die Frist fünf Jahre, § 438 Abs. 1 Nr. 2 und in den Fällen dass der Mangel im **dinglichen Recht** eines Dritten, der deswegen Herausgabe verlangen kann oder in einem im Grundbuch eingetragenen Recht besteht, in dreißig Jahren, § 438 Abs. 1 Nr. 1. Die Frist beginnt bei Grundstücken mit der Übergabe, ansonsten mit der Ablieferung der Kaufsache, § 438 Abs. 2.

Die **regelmäßige Verjährung** (drei Jahre ab Ende des Jahres, in dem man Kenntnis vom Anspruch erlangt hat) gilt für die Fälle von § 438 Abs. 1 Nr. 2 und 3, wenn der Verkäufer einen Mangel arglistig verschwiegen hat, § 438 Abs. 3. Ist die Frist nach § 438 Abs. 1 Nr. 2 länger, gilt allerdings sie weiter, § 438 Abs. 3 S. 2.

Fall 9, „Der Unfallzauberstab“: Der Zauberschüler Ron kauft vor seinem ersten Schuljahr beim Zauberstabhändler Ollivander (O) einen gebrauchten Zauberstab. O wirbt damit, daß er angekaufte Zauberstäbe auf Herz und Nieren überprüft,

bevor er sie wieder verkauft. Bei dem an Ron verkauften Zauberstab hatte er jedoch die Prüfung vergessen und überfah daher, daß es sich um einen Unfallzauberstab handelte. Ein besonders schwieriger Zauberspruch in Rons viertem Schuljahr geht daher nach hinten los. Die dadurch entstandenen schweren magischen Verletzungen müssen kostspielig geheilt werden. Da verlangt Ron das zur Behandlung aufgewendete Gold (das sein Freund Harry vorgestreckt hatte) von O ersetzt. Dieser beruft sich auf Verjährung. Es gelte das Muggle-BGB.

Abwandlung. Die Fehlerhaftigkeit wird bereits nach einem Jahr entdeckt. Bisher ist kein Unfall passiert. Ron hätte aber den Zauberstab, der einst einem großen Zaubermeister gehört hatte, mit 10 Gallonen Gewinn an einen Mitschüler verkaufen können, wäre er nicht fehlerhaft.

I. Anspruch des Ron gegen Ollivander auf Schadensersatz aus §§ 437 Nr. 3, 280.

1. Kaufvertrag ✓
2. Mangel ✓, §§ 437, 434 I 2 Nr. 2. Zumindest die Brauchbarkeit zum gewöhnlichen Gebrauch (Zaubern) dürfte eingeschränkt sein. Zumindest die Tauglichkeit zur Ausführung von Schulzaubersprüchen wird man von Zauberstäben erwarten können. Voraussetzungen des § 280
3. § 280 I 1?
 - a) Pflichtverletzung? Augenscheinlich ist das der Fall, da der Verkäufer von seinem Pflichtenprogramm nach § 433 I 2 abweicht. Nach dem oben Gesagten, wird man aber mehr fordern dürfen. Dadurch, dass Ollivander damit wirbt, die Zauberstäbe vor dem Verkauf zu überprüfen und viele Kunden, die auf Qualität achten, daher bevorzugt bei ihm kaufen werden, wird man eine Pflicht zur Überprüfung annehmen können. Diese hat Ollivander hier verletzt.
 - b) Vertretenmüssen, § 280 I 2? ✓, hier nichts nicht Gegenteiliges dargetan. (Fordert man unter Pflichtverletzung nicht die Verletzung einer Untersuchungspflicht, muss man hier eine prüfen)
 - c) Schaden? Behandlungskosten ✓. Diese entstanden auch kausal aus der Pflichtverletzung, da bei ordentlicher Prüfung der Fehler entdeckt worden wäre und Ron nicht diesen Zauberstab gekauft hätte. Da diese durch Nacherfüllung nicht zu beheben sind und auch das Integritätsinteresse des Ron verletzt ist, handelt es sich hier nicht um einen Schadensersatz statt der Leistung. (Auch über Schmerzensgeld ließe sich nachdenken)
4. Durchsetzbarkeit? Der Anspruch könnte nach § 438 verjährt sein. Ihm stünde dann die Einrede der Verjährung nach § 214 I BGB entgegen, die Ollivander ja auch erhebt. Die Verjährungsfrist beträgt nach § 438 I Nr. 3 zwei Jahre (objektiv) ab Übergabe der Kaufsache. Diese zwei Jahre sind verstrichen. Damit ist der Anspruch verjährt und nicht durchsetzbar.

II. Anspruch des Ron gegen Ollivander auf Schadensersatz aus § 823 I

1. Rechtsgutsverletzung ✓, Körper und Gesundheit.
2. Aufgrund eines Verhaltens des Ollivander ✓. Entweder durch positives Tun (Übergabe des fehlerhaften Zauberstabes) oder durch Unterlassen der Untersuchung. Schwerpunkt des Vorwurfs liegt im Unterlassen der Untersuchung.
3. Rechtswidrigkeit. Ist hier nicht bereits durch Verwirklichung des Tatbestandes indiziert, sondern muss geprüft werden. Nötig ist eine Verkehrspflichtverletzung. Hier bestand gegenüber Ron die Pflicht zur Untersuchung des Stabes, die verletzt wurde. ✓
4. Verschulden: Fahrlässigkeit ✓

5. Schaden: Behandlungskosten. ✓ (evtl. auch Schmerzensgeld)
6. Durchsetzbarkeit? Deliktische Ansprüche verjähren subjektiv drei Jahre gerechnet vom Ende des Jahres nach Entstehung und Bekanntwerden (oder grob fahrlässiger Unkenntnis) für den Anspruchsinhaber, §§ 195, 199. Demnach wäre der Anspruch noch nicht verjährt. Dies muss man wegen der Anspruchskonkurrenz zu § 280 (und damit zu § 438) hier möglicherweise anders sehen. Diese Frage ist wiederum umstritten. Hier soll der Meinung gefolgt werden, dass die Verjährung selbstständig festzustellen ist und damit hier noch keine Verjährung vorliegt.
7. Ron hat einen Anspruch gegen Ollivander auf Ersatz der Behandlungskosten.

III. Anspruch des Ron gegen Ollivander auf Schadensersatz aus § 823 II, § 229 StGB

Wohl ✓

IV. Anspruch des Ron gegen Ollivander auf Schadensersatz wegen entgangenen Gewinns aus §§ 437 Nr. 3, 311a (in der Abwandlung)

1. Kaufvertrag
2. Mangel ✓, s.o. (Grundfall) § 437 Nr. 3 verweist auf die Schadensersatznormen. Deren Voraussetzungen müssen vorliegen.
 - a) Schadensersatz wegen Leistungshindernis bei Vertragsschluss, § 311a I? Leistungshindernis bei Vertragsschluss?
 - b) Unmöglichkeit der Nacherfüllung bei Vertragsschluss? Hier greift schon § 275 I: Den Makel des Unfallzauberstabs kann man nicht entfernen (Unmöglichkeit der Nachbesserung). Eine Lieferung eines anderen Zauberstabs lag nicht im Interesse der Parteien, da Ron gerade den Zauberstab des großen Magiers haben wollte (Unmöglichkeit der Nachlieferung).
 - c) Das war auch bei Vertragsschluss so.
 - d) Kenntnis oder zu vertretende Unkenntnis, § 311a II 2? Der Mangel wäre bei ordnungsgemäßer Untersuchung dem Ollivander erkennbar gewesen. Zu einer solchen Untersuchung war er auch verpflichtet (s.o., Grundfall). Er kann sich nicht exkulpieren.
 - e) Rechtsfolge: Schadensersatz statt der Leistung. Ron ist so zu stellen, als wäre ordnungsgemäß erfüllt worden (also mit dem Zauberstab des großen Hexenmeisters in unbeschädigtem Zustand). Dann hätte er diesen mit einem Gewinn von 10 Gallonen verkaufen können. Diese sind nach § 252 sein Schaden.
3. Ergebnis: Ron hat einen Anspruch gegen Ollivander aus §§ 437 Nr. 3, 311a II auf 10 Gallonen.

F. Eigentumsvorbehalt

Für den Fall, dass sich der Verkäufer das Eigentum vorbehalten hat, gilt die Auslegungsregel des § 449. Das Eigentum soll danach unter der **aufschiebenden Bedingung** (§ 158 Abs. 1) übertragen sein, dass der Käufer den **Kaufpreis vollständig zahlt**. Vorher hat der Käufer eine sogenannte **Anwartschaft** auf das Eigentum, die mit jeder gezahlten Rate wächst. Mit der Zahlung der letzten Rate geht das Eigentum dann über. Verweigert der Verkäufer die Annahme der letzten Rate, um das Eigentum zu behalten oder verhindert er sonst treuwidrig das Eintreten der Bedingung, gilt die Bedingung als eingetreten.

Gerät der Käufer mit den Kaufpreistraten in Verzug, kann der Verkäufer nach Fristsetzung (§ 323 Abs. 1) zurücktreten. Vor dem Rücktritt kann er die Sache jedoch nicht (etwa aus § 985) herausverlangen, der Käufer ist zum Besitz berechtigt (§ 986), § 449 Abs. 2.