

KARL LARENZ
LEHRBUCH DES SCHULDRECHTS
II. BAND: BESONDERER TEIL
1. HALBBAND



275163
72322
1986

LEHRBUCH DES SCHULDRECHTS

ZWEITER BAND
BESONDERER TEIL
1. HALBBAND

VON

DR. KARL LARENZ

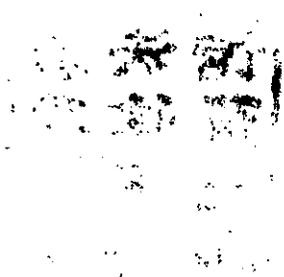
EM. O. PROFESSOR
AN DER UNIVERSITÄT MÜNCHEN



20711755S



C. H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG
MÜNCHEN 1986



CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Larenz, Karl:

Lehrbuch des Schuldrechts / von Karl Larenz. -

München : Beck

Bd. 2. Besonderer Teil.

Halbbd. 1. - 13., völlig Neubearb. Aufl. - 1986.

ISBN 3 406 09824 X

ISBN 3 406 09824 X

Druck der C. H. Beck'schen Buchdruckerei Nördlingen

Vorwort

zur dreizehnten Auflage

Seit dem Erscheinen der 12. Auflage hat die Rechtsprechung so wie auf kaum einem anderen Gebiete des Bürgerlichen Rechts die im Gesetz enthaltenen wie die von ihr selbst geschaffenen Regeln weiter ausdifferenziert, der Gesetzgeber ist nicht untätig geblieben, und durch das Erscheinen mehrerer Bände des von *Gernhuber* herausgegebenen Handbuchs des Schuldrechts wie auch der von dem Bundesminister der Justiz herausgegebenen „Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts“ hat die wissenschaftliche Diskussion zahlreiche Anstöße erhalten. Die Neubearbeitung konnte sich daher weniger als je auf eine bloße „Fortschreibung“ des bis dahin Erarbeiteten beschränken; vieles mußte überprüft und neu bedacht, die Darstellung an vielen Stellen erweitert oder schärfer gefaßt werden. Das wiederum machte eine erhebliche Vermehrung des Umfangs – allein in diesem Halbband um fast 100 Seiten – unvermeidlich. Ich habe mich daher nun doch dazu entschlossen, den 2. Band des Schuldrechtslehrbuchs in zwei Halbbänden erscheinen zu lassen. Da ich wegen meines vorgerückten Alters auf eine Arbeitsentlastung bedacht sein muß, habe ich mich ferner dazu entschlossen, nur noch den ersten Halbband selbst zu bearbeiten und den zweiten meinen bisherigen Mitarbeitern, den Herren Professoren Dr. Leenen und Dr. Prölss, ganz zu überlassen. Sie werden das Buch in der bisherigen Weise fortführen, aber auch neue Akzente setzen.

Was den dieses Mal noch von mir allein bearbeiteten ersten Halbband betrifft, so umfaßt er im wesentlichen die im BGB geregelten Schuldvertragstypen mit Ausnahme der Gesellschaft. Ich habe mich bemüht, trotz der weiter zunehmenden Stofffülle die Geschlossenheit der Darstellung und den Zusammenhang mit den im 1. Band dargestellten allgemeinen Lehren zu bewahren. Erweitert wurde die Darstellung vornehmlich bei der Miete, dem Darlehen, dem Werkvertrag und dem Reisevertrag. Neu eingefügt habe ich im Anschluß an das Recht des Auftrags (§ 676 BGB) einen Überblick über die nach dem heutigen Stand der Rechtsprechung und der Lehre bestehenden Möglichkeiten einer nichtdeliktischen Haftung für Auskünfte, Rat und Empfehlungen. Er fände aus systematischen Gründen seinen Platz wohl richtiger im 1. Band (im Anschluß etwa an den § 9 des Lehrbuchs), doch würden an dieser Stelle vielleicht manchem Leser noch einige der nötigen Voraussetzungen für das Verständnis fehlen; auch findet dieser Fragenbereich seinen Anknüpfungspunkt im Gesetz nun einmal im § 676. Freilich kann die Darstellung nur zeigen, wie weit man sich in diesem Bereich von der ursprünglichen Konzeption des Gesetzes entfernt hat. Das Landpachtgesetz mit seinen umfangreichen Änderungen des BGB konnte noch voll eingearbeitet

Vorwort

werden. Die durch dieses Gesetz aufgehobenen Vorschriften habe ich nicht mehr dargestellt, obgleich sie erst am 1. 7. 1986 außer Kraft treten werden; sie dürften für den Leser kaum noch von Interesse sein. Dagegen konnte ich das Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften nur noch kurz erwähnen (im Anschluß an das Abzahlungsgesetz), da die Korrektur schon zu weit fortgeschritten war. Stärker berücksichtigt als in der Voraufgabe habe ich nicht nur beim Kauf, sondern auch bei den anderen Vertragstypen die jeweils einschlägigen Bestimmungen des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Soll das Lehrbuch weiterhin seine Aufgabe erfüllen, das geltende Recht und seine Erfassung in der Dogmatik, den systematischen Zusammenhang und die Interpretationsprobleme der Normen deutlich zu machen und zum Verständnis zu bringen, muß es sich auf diese Aufgabe beschränken und deshalb darauf verzichten, zu den Fragen einer – „großen“ oder „kleinen“ – Reform des Schuldrechts Stellung zu nehmen. Die dazu gemachten, zum Teil sehr detaillierten Vorschläge bedürfen einer eingehenden Diskussion; was daraus werden wird, ist noch nicht abzusehen. Nur soweit als die Reformdiskussion ein neues Licht auch auf das geltende Recht wirft, kann sie hier berücksichtigt werden.

Literatur und Rechtsprechung konnten etwa bis Ende Oktober, in einigen Fällen bis zum Ende des Jahres 1985 berücksichtigt werden.

München, im Februar 1986

Karl Larenz

Inhaltsübersicht

(Band I und II)

Erster Band

Einleitung. (Die Struktur des Schuldverhältnisses)

1. Teil. Das Schuldverhältnis

1. Kapitel. Die Begründung von Schuldverhältnissen durch Vertrag und durch geschäftlichen Kontakt
2. Kapitel. Die Rechte und Pflichten aus dem Schuldverhältnis
3. Kapitel. Das Erlöschen der Forderung und die Beendigung des Schuldverhältnisses
4. Kapitel. Pflichtverletzungen und Leistungshindernisse
5. Kapitel. Die Verpflichtung zum Schadensersatz
6. Kapitel. Rechtsnachfolge in Forderungen, Schulden und Schuldverhältnisse
7. Kapitel. Mehrheit der Berechtigten und Verpflichteten

Zweiter Band

2. Teil. Einzelne typische Schuldverhältnisse

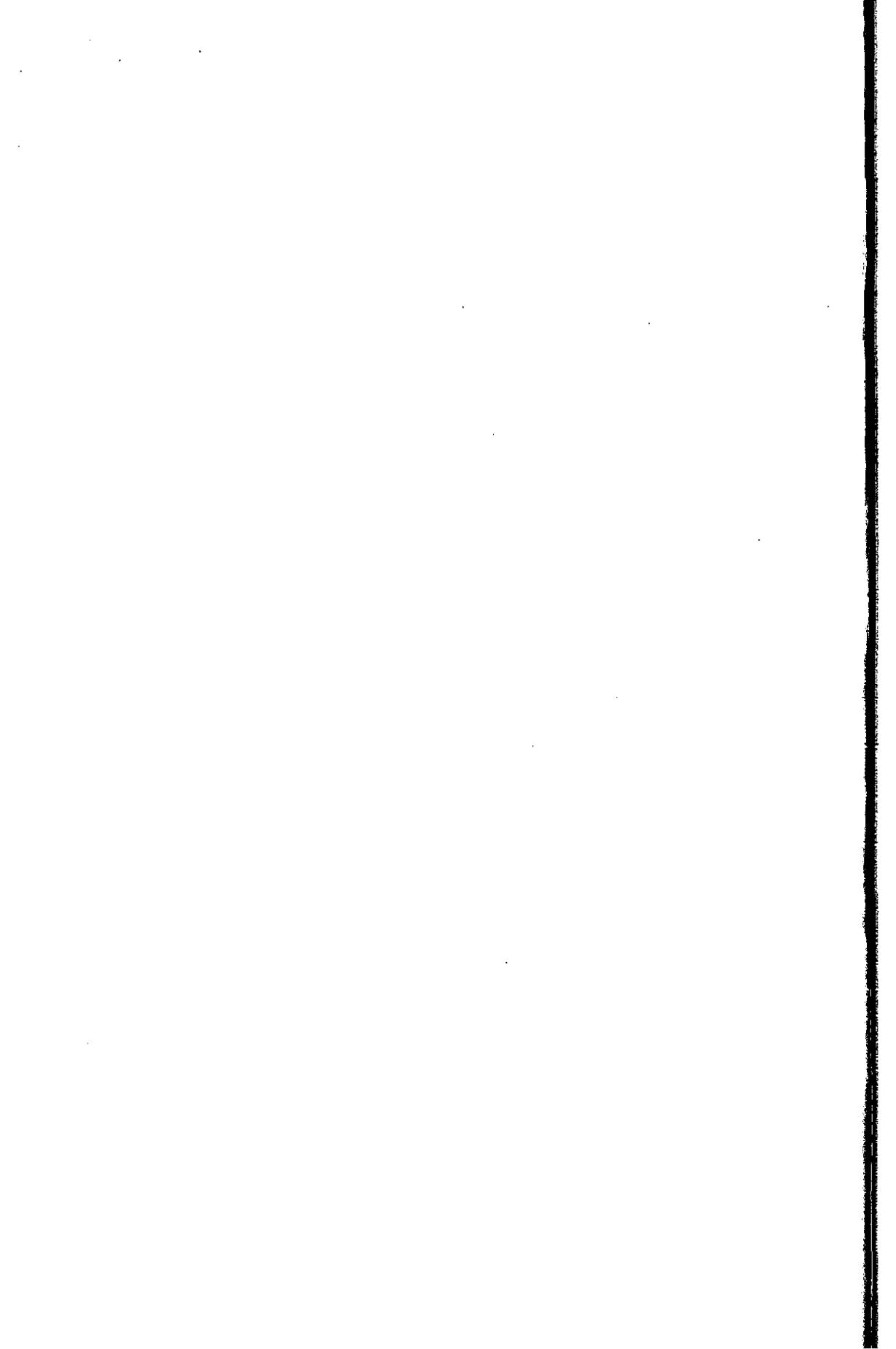
1. Halbband:

Einleitung. Bedeutung der Schuldvertragstypen

1. Abschnitt. Schuldverhältnisse des Rechtsverkehrs
 1. Kapitel. Veräußerungsverträge, insbesondere Kauf
 2. Kapitel. Verträge über Gebrauchsüberlassung oder volle Nutzung auf Zeit (Miete, Pacht, Leihe, Darlehen)
 3. Kapitel. Tätigkeit im Dienste oder Interesse eines anderen (Dienstvertrag, Werkvertrag, Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Verwahrung)

2. Halbband:

4. Kapitel. Gesellschaft und schlichte Rechtsgemeinschaft
5. Kapitel. Typengemischte Verträge und neue Vertragstypen des Rechtsverkehrs
6. Kapitel. Sicherung und Bestärkung einer Schuld. Verbriefte Forderungen
2. Abschnitt. Schuldverhältnisse aus ungerechtfertigter Bereicherung
3. Abschnitt. Schuldverhältnisse aus zurechenbarer Schädigung
 1. Kapitel. Haftung für Unrecht (Unerlaubte Handlungen)
 2. Kapitel. Gefährdungshaftung und Haftung für erlaubte Eingriffe



Inhalt des 2. Bandes

1. Halbband

Verzeichnis der Abkürzungen	XIII
Schrifttum zum Schuldrecht des BGB	XVI

Zweiter Teil. Einzelne typische Schuldverhältnisse

Erster Abschnitt. Schuldverhältnisse des Rechtsverkehrs

§ 38. Einleitung. Bedeutung der Schuldvertragstypen	1
---	---

Erstes Kapitel. Veräußerungsverträge, insbesondere Kauf

§ 39. Der Kaufvertrag im allgemeinen	6
I. Einleitung. Übersicht	6
II. Kaufvertrag und Übereignung	10
a) Die Trennung von Kaufvertrag und Übereignung im BGB – b) Die aus der Trennung sich ergebenden Folgerungen – c) Andere Gestaltungen – d) Rechtspolitische Würdigung	
§ 40. Die Leistungspflicht des Verkäufers beim Sachkauf	22
I. Der Inhalt der Leistungspflicht	22
a) Die Pflicht zur Besitzverschaffung – b) Die Pflicht zur Rechtsverschaffung – c) Nebenpflichten	
II. Die Nichterfüllung der Leistungspflicht	27
a) Die Folgen der Nichterfüllung im allgemeinen – b) Die Haftung wegen Rechtsmangels	
§ 41. Die Haftung des Verkäufers für Sachmängel	35
I. Voraussetzungen und Umfang der Mängelhaftung	36
a) Die Haftung für Fehler – b) Die Haftung für zugesicherte Eigenschaften – c) Der maßgebende Zeitpunkt – d) Ausschluß der Mängelhaftung – e) Besondere Voraussetzungen beim Viehkauf	
II. Die Rechte des Käufers beim Stückkauf	51
a) Wandlung – b) Minderung – c) Schadensersatz – d) Die Verjährung der Mängelansprüche – e) Das Verhältnis der Mängelansprüche zu den allgemeinen Vorschriften	
III. Die Rechte des Käufers beim Gattungskauf	77
§ 41 a. Die Haftung des Warenherstellers für Schäden durch fehlerhafte Produkte (Produzentenhaftung)	80

Inhalt 1. Halbband

§ 42. Die Pflichten des Käufers und die Preisgefahr	90
I. Übersicht über die Pflichten des Käufers	90
a) Die Preiszahlungspflicht – b) Die Abnahmepflicht – c) Sonstige Pflichten	
II. Der Übergang der Preisgefahr	95
a) Der Gefahrübergang im Zeitpunkt der Übergabe – b) Früherer Gefahrübergang bei Grundstücken – c) Der Gefahrübergang beim Versendungskauf	
§ 43. Die Sicherung des vorleistenden Verkäufers	104
I. Die Rechtsstellung des vorleistenden Verkäufers im allgemeinen	104
II. Der Eigentumsvorbehalt	106
a) Die Begründung des Eigentumsvorbehalts – b) Schuldrechtliche Wirkungen des Eigentumsvorbehalts – c) Sachenrechtliche Wirkungen des Eigentumsvorbehalts – d) Grenzen der Wirksamkeit des Eigentumsvorbehalts – e) Erweiterungen des Eigentumsvorbehalts	
§ 43 a. Der Käuferschutz	127
I. Der Käuferschutz beim Abzahlungskauf	127
II. Der Käuferschutz durch das AGB-Gesetz	135
§ 44. Besondere Gestaltungen des Kaufs	142
I. Kauf nach Probe, zur Probe und auf Probe	142
II. Wiederkauf	146
III. Vorkauf	150
IV. Sonstige einseitige Bindungen (Vorvertrag, Vorhand, Optionsrecht).	155
§ 45. Der Kauf von Rechten und von sonstigen unkörperlichen Vermögensgegenständen	159
I. Der Kauf von Rechten	159
II. Der Kauf von Vermögensgesamtheiten, insbesondere eines Unternehmens	163
a) Der Kauf eines Unternehmens – b) Der Erbschafts Kauf	
III. Der Kauf sonstiger unkörperlicher Vermögensgegenstände	170
§ 45 a. Das Sonderrecht der „Einheitlichen Kaufgesetze“ für den internationalen Kauf beweglicher Sachen	172
I. Zweck und Anwendungsbereich der Einheitlichen Kaufgesetze	172
II. Die Regelung des Einheitlichen Gesetzes über den internationalen Kauf beweglicher Sachen	177
a) Grundgedanken und Systematik des Gesetzes – b) Die Pflichten des Verkäufers – c) Die Pflichten des Käufers und das Synallagma – d) Vertragsaufhebung und Schadensersatz	
§ 46. Der Tausch	194
§ 47. Die Schenkung	196
I. Typus und rechtlicher Charakter der Schenkung	196
II. Rechtsfolgen und Rechtsbeständigkeit der Schenkung	201

a) Haftungsmaßstab – b) Folgen der Nichterfüllung des Schenkungsversprechens;
Haftung für Sachmängel – c) Rechtsbeständigkeit der Schenkung

III. Schenkung unter Auflage 208

Zweites Kapitel. Verträge über Gebrauchsüberlassung oder volle Nutzung auf Zeit

§ 48. Die Miete 212

I. Typus, Gegenstand, Abschluß 212

II. Die Pflichten aus dem Mietverhältnis 218

a) Die Pflichten des Vermieters – b) Die Pflichten des Mieters

III. Das Gebrauchsrecht des Mieters 229

a) Inhalt und Grenzen des Gebrauchsrechts – b) Die Rechte des Mieters bei Vorenthaltung oder Entzug des Gebrauchs und im Falle eines Mangels

IV. Die Rechtsstellung des Mieters im Verhältnis zu Dritten 240

V. Das Pfandrecht des Vermieters 249

VI. Die Beendigung des Mietverhältnisses. Der Kündigungsschutz für Mieter von Wohnraum 254

a) Das eingeschränkte Kündigungsrecht des Vermieters von Wohnraum, und die nachträgliche Erhöhung des Mietzinses – b) Die gesetzlichen Kündigungsfristen – c) Die außerordentliche fristlose Kündigung – d) Die Verlängerung des Mietverhältnisses – e) Die Fortsetzung des Mietverhältnisses über Wohnraum aufgrund der „Sozialklausel“ – f) Eintritt von Familienangehörigen nach dem Tode des Mieters

VII. Abwicklung und Verjährung 270

a) Die Abwicklung des Mietverhältnisses – b) Die Verjährung der Ansprüche

§ 49. Die Pacht 278

I. Typus. Allgemeine Regelung 278

II. Das Recht der Landpacht 285

§ 50. Die Leihe 293

§ 51. Das Darlehen 296

I. Die rechtliche Natur des Darlehens 296

II. Der Darlehensvertrag 300

III. Das Darlehensverhältnis und seine Beendigung 303

Drittes Kapitel. Tätigkeit im Dienste oder Interesse eines anderen

§ 52. Der Dienstvertrag 307

I. Haupttypen und Abschluß 307

II. Pflichten und Rechte aus dem Dienstverhältnis 315

a) Die Pflicht zur Leistung der Dienste – b) Der Anspruch auf die Vergütung – c) Die Fürsorge- und die Treuepflicht – d) Haftungsbeschränkung bei schadensgeneigter Arbeit im Arbeitsverhältnis

Inhalt 1. Halbband

III. Die Beendigung des Dienstverhältnisses	331
a) Beendigungsgründe, Verlängerung – b) Beendigung durch normale Kündigung – c) Der Kündigungsschutz für Arbeitnehmer – d) Die außerordentliche Kündigung – e) Abwicklungsvorschriften. Nachwirkende Pflichten	
§ 53. Der Werkvertrag und ähnliche Verträge	341
I. Typus und Abschluß	341
II. Die Rechte des Bestellers	346
a) Die gesetzlichen Ansprüche des Bestellers wegen eines Mangels des Werkes und wegen nicht rechtzeitiger Herstellung – b) Der Anspruch aus positiver Vertragsver- letzung wegen eines Mangelfolgeschadens – c) Die Rechte des Bestellers aus einer vom Unternehmer gegebenen Garantie	
III. Die Pflichten und Obliegenheiten des Bestellers	362
a) Vergütungspflicht, Abnahmepflicht und Gefahrtragung – b) Vergütungspflicht im Falle der Kündigung – c) Die Folgen unterlassener Mitwirkung – d) Die Fürsorge- pflicht – e) Die Sicherung des Unternehmers	
IV. Der Werklieferungsvertrag	375
V. Der Reisevertrag	379
a) Vertragstypus und Regelungszweck – b) Die Haftung des Veranstalters für Mängel der Reise – c) Weitere Vorschriften für den Reisevertrag	
§ 54. Der Maklervertrag	395
§ 55. Die Auslobung	405
§ 56. Geschäftsbesorgung auf Grund eines Auftrags	408
I. Geschäftsbesorgung und Auftrag im allgemeinen	408
II. Die Pflichten des Beauftragten	413
III. Die Pflichten des Auftraggebers	417
IV. Die Beendigung des Auftrags	420
V. Entsprechende Anwendung auf Dienst- und Werkverträge	421
VI. Anhang: Haftung für Rat und Empfehlungen	423
§ 57. Geschäftsführung ohne Auftrag	435
I. Berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag	438
a) Voraussetzungen – b) Rechtsfolgen	
II. Unberechtigte und „unechte“ Geschäftsführung ohne Auftrag	451
a) Unberechtigte Geschäftsführung – b) „Unechte“ Geschäftsführung	
§ 58. Der Verwahrungsvertrag	454
§ 59. Die Einbringung von Sachen bei Gastwirten	461
Sachverzeichnis	467
Verzeichnis der Gesetzesstellen	475

Verzeichnis der Abkürzungen

aA	anderer Ansicht
aaO	am angeführten Ort
ABGB	österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AbzG	Gesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16. 5. 1894
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
aE	am Ende
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9. 12. 1976
AktG	Aktiengesetz vom 6. 9. 1965
AMG	Arzneimittelgesetz vom 24. 8. 1976
AnfG	Gesetz betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens vom 21. 7. 1879
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, seit 1. 7. 1954 Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
ArchÖffR	Archiv für Öffentliches Recht
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Der Betriebs-Berater
BBG	Bundesbeamtengesetz vom 14. 7. 1953
BBauG	Bundesbaugesetz vom 23. 6. 1960
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BT Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DB	Der Betrieb
DGWR	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRWiss.	Deutsche Rechtswissenschaft
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
EG	Einführungsgesetz
EheG	Ehegesetz
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Festschr. JT	Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1960, Band I und II
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
GBO	Grundbuchordnung
GewO	Gewerbeordnung

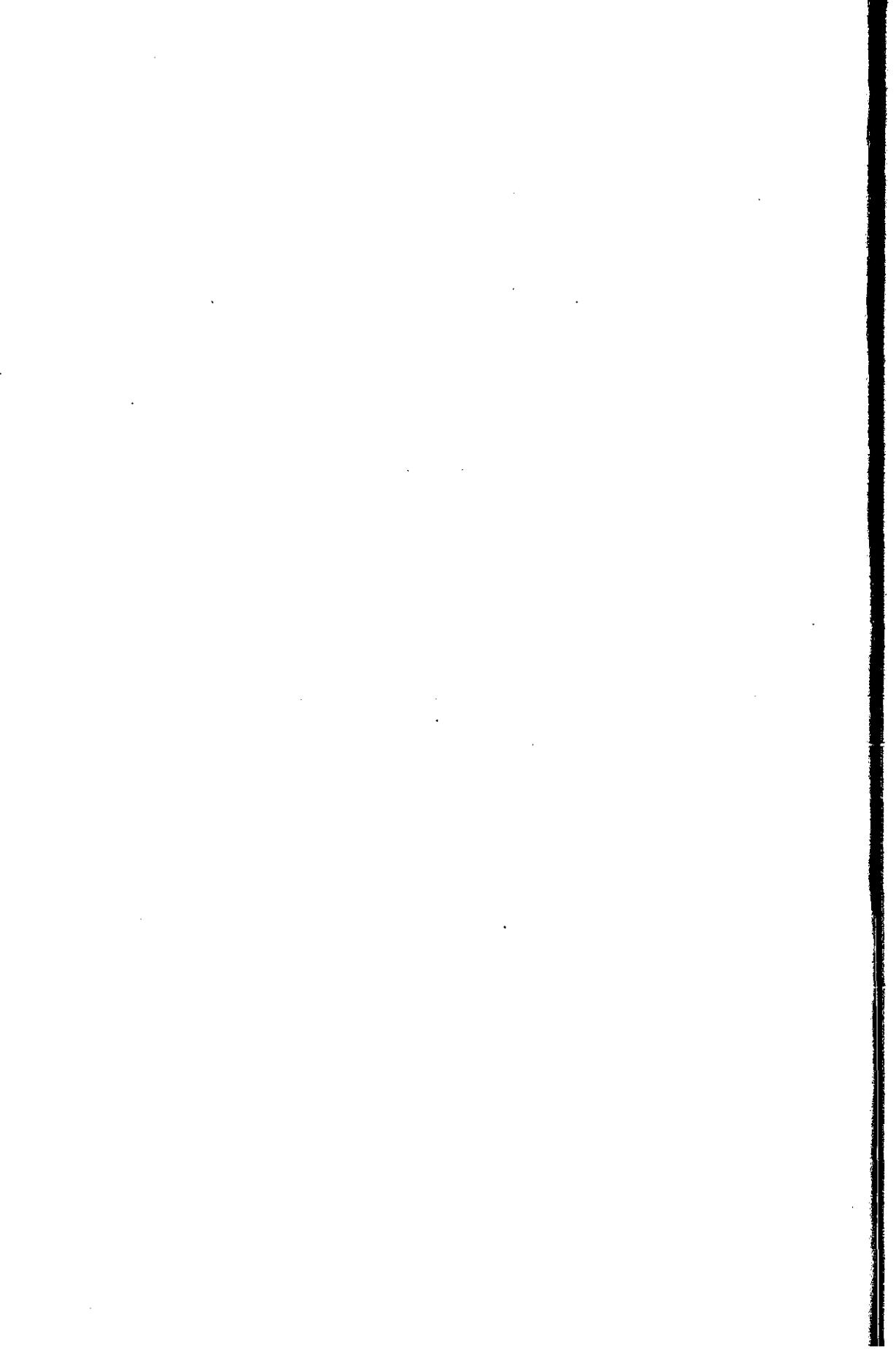
Abkürzungen

GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GmbHG	Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. 4. 1892
GruchBeitr.	Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
HaftpflG	Reichshaftpflichtgesetz vom 7. 6. 1871 idF vom 4. 1. 1978
HGB	Handelsgesetzbuch
HEZ	Höchstrichterliche Entscheidungen in Zivilsachen
hL	herrschende Lehre
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
idF	in der Fassung
i. S.	im Sinne
JherJb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung
KRG	Kontrollratsgesetz
KTS	Zeitschrift für Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MHG	Gesetz zur Regelung der Miethöhe
MilReg.	Militärregierung
MRVO	Verordnung der Militärregierung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRW	Nordrhein-Westfalen
OGH	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die britische Zone in Zivilsachen
OLG	Oberlandesgericht
Prot.	Protokolle der 2. Kommission zum Entwurf des BGB
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit
Rdn., Rdz.	Randnote, Randziffer
Recht	Das Recht
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGRKomm.	Kommentar der Reichsgerichtsräte
Rspr.	Rechtsprechung
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RVO	Reichsversicherungsordnung
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SchiHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen
SeuffBl.	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung in Bayern
SGB	Sozialgesetzbuch
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung

Abkürzungen

StGB	Strafgesetzbuch
str.	streitig
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StVG	Straßenverkehrsgesetz vom 19. 12. 1952
UmsTG	Umstellungsgesetz (3. Gesetz zur Neuordnung des Geldwesens)
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. 6. 1909
u. U.	unter Umständen
VersR	Zeitschrift Versicherungsrecht
VO	Verordnung
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WarnRspr.	Warneyers Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiet des Zivilrechts
WG	Wechselgesetz vom 21. 6. 1933
WHG	Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz)
WM	Wertpapiermitteilungen
ZakDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZBIFG	Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit
ZBIHR	Zentralblatt für das gesamte Handelsrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfW	Zeitschrift für Wasserrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStaatsw.	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. 3. 1897
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Paragraphen-Angaben ohne weiteren Zusatz beziehen sich, soweit nicht der Zusammenhang etwas anderes ergibt, auf das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB).



Schrifttum zum Schuldrecht des BGB

Die angeführten Werke werden, soweit nichts anderes vermerkt ist, nur mit dem Namen des Verfassers zitiert.

I. Lehr- und Handbücher; Grundrisse

- Blomeyer*, Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl. 1969.
- Brox*, Allgemeines Schuldrecht, 13. Aufl. 1985, Besonderes Schuldrecht, 12. Aufl. 1985.
- Cosack/Mitteis*, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. I (Allgemeiner Teil und Schuldrecht), 8. Aufl. 1927.
- Emmerich*, BGB, Schuldrecht, Besonderer Teil („Schwerpunkte“), 3. Aufl. 1982.
- Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. 1958; (zit. *Enn./L.*).
- Esser*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1970; Besonderer Teil, 4. Aufl. 1971 (zit. *Esser* 4. Aufl.)
- Esser/Eike Schmidt*, Schuldrecht Bd. I, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 1984.
- Esser/Weyers*, Schuldrecht Bd. II, Besonderer Teil, 6. Aufl. 1984.
- Fikentscher*, Schuldrecht, 7. Aufl. 1985.
- Gitter* u. a., Vertragsschuldverhältnisse (ohne Strafrecht), 1974 (zit. *Gitter*, Vertragsschuldverhältnisse).
- Heck*, Grundriß des Schuldrechts, 1929; Neudruck 1960.
- Kress*, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, 1929, Neudruck 1974; Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts, 1934 (zit. *Kress* A und B).
- Leonhard*, Allgemeines Schuldrecht des BGB, 1929; Besonderes Schuldrecht des BGB, 1931 (zit. *Leonhard* A und B).
- Medicus*, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1984, Bd. II, Besonderer Teil, 2. Aufl. 1985.
- Siber*, Schuldrecht, 1931.
- Titze*, Bürgerliches Recht, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl. 1948.
- Wolf*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I Allgemeiner Teil, Bd. II Besonderer Teil; beide 1978.

II. Kommentare

- Beuthien* und andere, Studienkommentar zum BGB, 2. Aufl. 1979.
- Erman/Westermann*, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl. 1981.
- Jauernig* und andere, Bürgerliches Gesetzbuch mit Erläuterungen, 3. Aufl. 1984.
- Kommentar zum BGB*, herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, früher Kommentar der Reichsgerichtsräte (zit. *RGRKomm.*), Bd. II, 2. Teil (§§ 414–610), 12. Aufl. 1978.
- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Reihe „Alternativkommentare“), Bd. 3. Besonderes Schuldrecht, 1980).
- Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 3, Schuldrecht, Besonderer Teil, 1. Halbband (bis § 656) 1980; 2. Halbband (ab § 652) 2. Aufl. 1986.
- Oertmann*, Recht der Schuldverhältnisse Bd. I, 5. Aufl., 1928; Bd. II, 1929.
- Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 45. Aufl. 1986 (Das Recht der Schuldverhältnisse bearbeitet von *Heinrichs, Putzo* und *Thomas*).

Schrifttum

- Planck*, Kommentar zum BGB Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl., 1. Hälfte, Allgemeiner Teil (bearbeitet von *Siber*), 1914 (zit. *Planck/Siber*); 2. Hälfte, Besonderer Teil, 1928.
- Posentz*, Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Aufl. (bearbeitet von *Bohnenberg*), 1965.
- Wergel/Schubert*, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2 (Schuldrecht I, bis § 618), 10. Aufl. 1967; Bd. 3 (Schuldrecht II, ab § 611), 10. Aufl. 1970; 11. Aufl. (§§ 516 bis 704), 1980 (Redaktor: *Mühl*).
- Staudinger*, Kommentar zum BGB, 2. Buch Recht der Schuldverhältnisse, §§ 433 bis 606 (Redaktor: *Honsell*), 12. Aufl. 1978; §§ 651 a bis 651 k, 12. Aufl. 1983; § 620 bis 630, 12. Aufl. 1979; §§ 657 bis 740 (Redaktor: *Reuter*), 12. Aufl. 1980; §§ 812 bis 822 bearb. von *Lorenz*, 1979; im übrigen noch 11. Aufl. 1958–60.
- Warneyer*, Das BGB Bd. I (Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse), 11. Aufl., bearbeitet von *Bohnenberg*, 1950.

Sonstige, abgekürzt zitierte Werke

- Allg. Teil = *mein* Lehrbuch des Allgemeinen Teils des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 6. Aufl. 1983.
- Enneccerus/Nipperdey* (Enn./N.), Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1. Halbband 1959, 2. Halbband 1960.
- Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. II, Schuldrecht 1917.
- Medicus*, Bürgerl. R. = Bürgerliches Recht, 12. Aufl. 1985.
- Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (zit. *Mot.*).
- Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs (zit. *Prot.*).
- Mugdan*, Die Gesamten Materialien zum BGB, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 1899, Neudruck 1979.
- v. Tuhr*, Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 3 Bände, 1910–1918, Neudruck 1957.



20711755S



Zweiter Teil. Einzelne typische Schuldverhältnisse

(Besonderer Teil)

Erster Abschnitt. Schuldverhältnisse des Rechtsverkehrs

§ 38. Einleitung. Bedeutung der Schuldvertragstypen

„Das“ Schuldverhältnis, von dessen Struktur und Bedeutungsgehalt, möglicher Entstehung, Veränderung und Beendigung im ersten Teil unserer Darstellung die Rede war, ist eine Abstraktion, richtiger ein *Grundtypus*, der in mannigfachen Abwandlungen und näheren Ausgestaltungen in unzähligen einzelnen Schuldverhältnissen wiederkehrt, von ihnen in verschiedener Weise konkretisiert und realisiert wird. In der Mitte gleichsam zwischen dem Grundtypus und den einzelnen „realen“ Schuldverhältnissen – dem Kaufvertrag des A mit dem B über das Grundstück X, dem Gesellschaftsverhältnis zwischen C, D und E – stehen die besonderen Typen von Schuldverhältnissen. Das Gesetz regelt eine große Anzahl solcher typischer Schuldverhältnisse im siebenten Abschnitt (§§ 433 bis 853). Die in den ersten sechs Abschnitten enthaltene allgemeine Regelung wird dadurch für die besonders geregelten Typen teils abgewandelt, teils ergänzt.

Der Unterscheidung der verschiedenen typischen Schuldverhältnisse liegt kein einheitliches Prinzip zugrunde. Nach dem Entstehungsgrunde sind Schuldverhältnisse *aus Rechtsgeschäften* und *aus gesetzlich normierten Tatbeständen* zu unterscheiden. Die Schuldverhältnisse *aus Rechtsgeschäften*, die weitaus die Mehrzahl bilden, sind durchweg solche, die durch *Schuldverträge* begründet werden, da das Gesetz dem lediglich einseitig gegebenen Versprechen einer Leistung nur ausnahmsweise rechtliche Verbindlichkeit zuerkennt („Vertragsgrundsatz“, § 305; vgl. Bd. I § 4 am Anfang). Die im Gesetz geregelten Schuldvertragstypen unterscheiden sich vornehmlich durch die *Art der geschuldeten Leistung* – geschuldet wird etwa die Veräußerung einer Sache oder ihre Überlassung zu zeitweiligem Gebrauch oder Fruchtgenuß, die Leistung von Diensten oder die Herbeiführung eines Erfolgs, eine Geschäftsbesorgung oder ein Zusammenwirken zu einem gemeinsamen Zweck – und ferner durch den vorhandenen oder fehlenden Austauschcharakter. Dem liegt wiederum die *Verschiedenheit der typischen Geschäftszwecke* zugrunde. Die Zahl solcher typischer Geschäftszwecke und damit der Geschäftstypen selbst ist nicht ein für allemal begrenzt. Aus neuen Verkehrsbedürfnissen und Verkehrsgewohnheiten können sich neue typische Geschäftsarten entwickeln, die zuerst ihren Niederschlag in Formularen, allgemeinen Geschäfts-

bedingungen und in der Judikatur zu finden pflegen, ehe ihnen das Gesetz eine spezielle Regelung zuteil werden läßt. Die Ausbildung der Geschäftstypen ist mit weniger das Ergebnis der Gesetzgebung als des sich in ihnen bewegenden Rechtsverkehrs; das BGB hat nur die zur Zeit seiner Entstehung wichtigsten, wie Kauf, Miete, Dienst- und Werkvertrag, geregelt. Erst im Jahre 1979 hinzugekommen ist die Regelung des Reisevertrages (in den §§ 651 aff.). Andere Vertragstypen, die sich im Verkehr herausgebildet haben, haben bisher keine besondere Regelung im Gesetz gefunden. Für sie gelten einmal die allgemeinen Vorschriften, sodann Vorschriften, die sich auf im Gesetz geregelte ähnliche Vertragstypen beziehen oder aus solchen Vorschriften erschlossen werden können. Dem Richterrecht kommt auf diesem Felde naturgemäß besondere Bedeutung zu. Auf einige dieser neueren Vertragstypen gehen wir in § 63 ein. Andere Rechtsgeschäfte sind nicht im BGB, sondern, weil es sich um solche Geschäfte handelt, die gewöhnlich von Kaufleuten vorgenommen werden, im HGB geregelt – so das Kommissions-, das Speditions-, das Lager- und das Frachtgeschäft. In Sondergesetzen geregelt sind der Versicherungsvertrag und der Verlagsvertrag. Auf diese Regelungen kann hier nicht eingegangen werden.

Mit dem Rechtsverkehr stehen einige Schuldverhältnisse im Zusammenhang, die zwar nicht auf Rechtsgeschäften, sondern auf anderen Vorgängen beruhen, denen jedoch eine nahe Beziehung zum Rechtsverkehr innewohnt. Wenn jemand im Rechtsverkehr oder auch sonst die Interessen eines anderen wahrnimmt, ohne von ihm dazu beauftragt (oder auf Grund eines anderen Rechtsverhältnisses dazu berechtigt oder verpflichtet) zu sein, dann ist es unter gewissen Voraussetzungen angebracht, ihm die gleichen Rechte und Pflichten zu geben wie einem Beauftragten. Die Parteien würden dies vereinbart haben, wenn sie sich vorher über die Geschäftsführung verständigt hätten. Wenn mehrere gemeinsam einen Gegenstand erworben haben, ohne daß unter ihnen schon eine bestimmte Rechtsgemeinschaft vorläge, entstehen eben dadurch unter ihnen bestimmte Rechtsbeziehungen, die mangels einer Vereinbarung durch das Gesetz geregelt werden müssen. Beide Male, bei der Geschäftsführung ohne Auftrag (11. Titel) und bei der zufälligen Rechtsgemeinschaft (15. Titel), handelt es sich um Schuldverhältnisse, die zwar nicht auf Rechtsgeschäften beruhen, jedoch mit dem Rechtsverkehr zusammenhängen. Die gesetzliche Regelung ersetzt nur eine fehlende Vereinbarung. Wir behandeln daher diese Schuldverhältnisse zusammen mit denen aus Rechtsgeschäften im 1. Abschnitt unserer Darstellung als „**Schuldverhältnisse des Rechtsverkehrs**“. Obgleich ihr Entstehungsgrund ein gesetzlich normierter Tatbestand ist, stehen sie inhaltlich bestimmten Geschäftstypen nahe und werden daher auch vom Gesetz im Anschluß an diese behandelt. Dem folgt unsere Darstellung und behält damit im wesentlichen die vom Gesetz befolgte Reihenfolge bei. Die „Schuldverhältnisse des Rechtsverkehrs“ gliedern wir in folgende Gruppen: 1. Veräußerungsgeschäfte, insbesondere Kauf; 2. Verträge über Gebrauchs-

überlassung oder volle Nutzung auf Zeit (Miete, Pacht, Leihe, Darlehen); 3. Tätigkeit im Dienste oder Interesse eines anderen (Dienstvertrag, Werkvertrag, Mäklervertrag, Auslobung, Geschäftsbesorgung aufgrund Auftrags, Geschäftsführung ohne Auftrag, Verwahrung und Einbringung von Sachen bei Gastwirten); 4. Gesellschaft und zufällige Rechtsgemeinschaft; 5. Typengemischte Verträge und (einige) neue, im Gesetz selbst nicht speziell geregelte Vertragstypen des Rechtsverkehrs („Finanzierte Verträge“, „Finanzierungsleasing“, „Factoring“, Automatenaufstellungsvertrag); endlich 6. Geschäfte, die vornehmlich der Sicherung oder Bestärkung einer Forderung dienen (Bürgschaft, selbständige Schuldverpflichtungen und verbrieftete Forderungen). Der Vergleich ist bereits im ersten Teil behandelt worden.

Im 2. und im 3. Abschnitt behandeln wir Schuldverhältnisse aus gesetzlich normierten Tatbeständen, die nicht Rechtsgeschäfte sind, nämlich diejenigen aus „**ungerechtfertigter Bereicherung**“ und aus „**zurechenbarer Schädigung**“ eines anderen. Bei den Tatbeständen der „ungerechtfertigten Bereicherung“, die das Gesetz im 24. Titel geregelt hat, handelt es sich überwiegend um solche, die mit dem Rechtsverkehr im Zusammenhang stehen, nämlich um fehlgeschlagene Leistungen oder um Verfügungen eines Nichtberechtigten. Bei den „zurechenbaren Schädigungen“ handelt es sich vornehmlich um die im 25. Titel geregelten unerlaubten Handlungen und um die in Sondergesetzen geregelten Tatbestände einer „Gefährdungshaftung“. Ihnen ist gemeinsam, daß sie eine gesetzliche Verpflichtung zum Schadensersatz begründen, für deren Inhalt das im 5. Kapitel (§§ 27 ff.) des 1. Bandes Gesagte gilt.

Auf dem Gebiete schuldrechtlicher Beziehungen besteht für die einzelnen grundsätzlich volle **Freiheit in der inhaltlichen Gestaltung** ihrer Verträge (Bd. I § 4 II). Die Parteien sind daher nicht auf die im Gesetz geregelten Schuldvertragstypen beschränkt; sie können, in den Grenzen der allgemeinen Vertragsfreiheit, Schuldverträge beliebigen Inhalts schließen. Im Schuldrecht besteht, anders als im Sachenrecht, kein **Typenzwang**. Es muß daher die Frage aufgeworfen werden, welchen Zweck die Aufstellung von „Vertragstypen“ und ihre Regelung im Gesetz hat, welche Bedeutung ihnen für die Findung des Rechts im Einzelfall zukommt.

Die Parteien eines Schuldvertrages regeln zumeist nur das ihnen am wichtigsten Erscheinende: Art, Gegenstand und Umfang der beiderseitigen Leistungen (z. B. bei einem Kauf den Kaufgegenstand und den Preis), vielleicht noch die Leistungszeit (Ratenzahlungen!) und den Leistungsort, seltener schon die Folgen bestimmter Arten von Vertragsverletzungen (z. B. nicht rechtzeitiger Zahlung), bei Dauerverhältnissen (Miete, Pacht) meist noch die Kündigung. Alles übrige lassen sie ungeregelt, sei es, daß sie sich keine Gedanken darüber machen, sei es, daß sie darauf vertrauen, die Rechtsordnung werde für unvorhergesehene Fälle und Konfliktslagen schon eine Lösung bereithalten, der sie sich dann zu unter-

werfen bereit sind. (Vgl. Bd. I § 6 I). In der Tat enthält das Gesetz solche, zu meist abdingbare, „dispositive“ Regeln, die eingreifen, wenn die Parteien eine durch ihre Abmachung notwendig werdende nähere Regelung unterlassen haben. Aufgabe dieser Regeln ist es, das zur Geltung zu bringen, was, nach Auffassung des Gesetzgebers, verständige und redlich denkende Parteien vereinbart hätten, sofern sie diesen Punkt bedacht hätten. Darüber hinaus enthält das Gesetz für bestimmte Vertragstypen **zwingende Vorschriften**, die meist dem Schutz des schwächeren Vertragsteils dienen. Die Zuordnung eines einzelnen Vertrages zu einem gesetzlichen Vertragstypus entscheidet vielfach über die Anwendbarkeit dieser Vorschriften.

Gesetzliche **Vertragstypen** sind *Regelungsmuster*, die vom Gesetzgeber nicht geschaffen, sondern regelmäßig vorgefunden, mit Rücksicht auf die ihnen zugrundeliegenden Interessenlagen und mögliche Konfliktsituationen aber näher ausgestaltet sind. Diese Ausgestaltung knüpft, anders ist es gesetzestechnisch kaum möglich, an bestimmte, im Gesetz angegebene *typenbildende Merkmale* an. Indessen kennzeichnen diese Merkmale den Typus meist nur erst in seinen Umrissen; sie lassen Raum für mannigfache Varianten, und sie müssen immer in ihrer Verknüpfung miteinander und mit anderen, im Gesetz nicht ausdrücklich genannten, aber aus der gegebenen Regelung erkennbar werdenden Komponenten gesehen werden. Der Ausdruck „Typus“ meint, im Gegensatz zum „Begriff“ oder zu einer „Klasse“ von Gegenständen, ein Merkmal Ganzes, dessen einzelne „Züge“ in gewissem Grade ersetzbar oder verschieden stark ausgeprägt sein können, sich indessen stets zu einem Sinn Ganzen zusammenfügen.¹ Infolgedessen kann der Typus in einzelnen seiner Erscheinungsformen unterschiedliche Züge aufweisen, Abwandlungen erfahren und sogar, in extremen Fällen, durch das Zurücktreten des einen, die stärkere Betonung eines anderen Zuges oder die Aufnahme neuer Züge in einen anderen Typus „umschlagen“. Eben das läßt die Denkform des Typus zur Erfassung der gesetzlich näher geregelten Vertragsverhältnisse als besonders geeignet erscheinen. Denn sie erlaubt es, Besonderheiten einzelner Verträge Rechnung zu tragen, die auf einer von der bei solchen Verträgen regelmäßig vorliegenden *abweichenden Interessenlage* oder *zusätzlichen Abreden* der Parteien beruhen. Bei gleichsam mechanischer Anwendung *aller* vom Gesetz für diesen Vertragstyp gegebenen Regeln würde man hier den Intentionen der Parteien Gewalt antun. Es ist daher im Einzelfall zu fragen, ob eine für typische Verträge dieser Art gegebene Vorschrift auch auf den vorliegenden Vertrag paßt, wenn dieser zwar noch im ganzen gesehen dem gesetzlichen Vertragstypus zuzuordnen ist, im einzelnen aber von ihm stark abweichende Züge aufweist, die die Anwendung gerade dieser Vorschrift verbieten.²

¹ Vgl. hierzu u. zum Folgenden meine „Methodenlehre der Rechtswissenschaft“, 5. Aufl. S. 209 ff., 288 ff. (Studienausgabe S. 99 ff., 178 ff.); ferner *Dettef Leenen*, Typus und Rechtsfindung, 1971.

² Eine Entscheidung dieser Art findet sich in BGHZ 26, S. 7.

Die Parteien können, aufgrund ihrer „Privatautonomie“, nicht nur die vom Gesetz für den betreffenden Vertragstypus gegebene Regelung im Einzelfall – innerhalb gewisser Grenzen³ – abändern, sie durch eine andere ersetzen, sie können auch rechtsgültig Verträge schließen, die *keinem gesetzlich geregelten Typus* zugeordnet werden können oder – häufiger – Elemente verschiedener gesetzlicher Typen in unterschiedlicher Weise miteinander verbinden. Von solchen, *typengemischten* Verträgen und, im Anschluß daran, von einigen im Verkehr neu herausgebildeten Vertragstypen soll erst im 5. Kapitel gesprochen werden. Hier ist nur nachdrücklich darauf hinzuweisen, daß die im folgenden dargestellten *gesetzlichen Schuldvertragstypen* bei weitem nicht alle Vertragsarten decken, die im Leben, im Rechtsverkehr, vorkommen, wenn auch viele von ihnen, wie der Kauf, überaus häufig sind. Innerhalb eines Typus werden uns ferner bedeutende Abwandlungen begegnen, wie z. B. beim Kauf der Barkauf, der Ratenkauf und hier besonders der Kauf unter Eigentumsvorbehalt – Abwandlungen, denen das Gesetz oft nur ungenügend Rechnung trägt. Das Recht der besonderen Schuldverträge verlangt daher eine im hohen Maß flexible, die Ausgestaltung des konkreten Vertrages und die hinter ihm stehenden Parteizwecke und Interessenlagen sorgfältig berücksichtigende Anwendung. Vor vorschnellen Subsumtionen unter einzelne Gesetzesbestimmungen ist zu warnen. Es ist stets zu fragen, ob ein Vertrag *im ganzen* einem gesetzlichen Typus voll, oder vielleicht nur in einzelnen Hinsichten, in anderen nicht entspricht. Ist letzteres der Fall, ist zu fragen, ob er vielleicht insoweit einem anderen Typus entspricht; ist das der Fall, können insoweit auch die für diesen anderen Typus geltenden Regeln zur Anwendung gelangen. Fehlt es an einer auf gerade diesen Vertrag zutreffenden Regelung, so kann die Lücke der von den Parteien getroffenen Regelung häufig im Wege der „ergänzenden Vertragsauslegung“ geschlossen werden.⁴

Hingewiesen sei noch einmal auf den eigentümlichen Aufbau des BGB,⁵ die Voranstellung allgemeiner und allgemeinsten Regeln vor denen, die jeweils für einen engeren Kreis von geregelten Sachverhalten gelten. Er hat zur Folge, daß die Regeln für einen engeren Regelungsbereich, etwa für einen bestimmten Vertragstypus, stets im Zusammenhang mit allgemeineren Regeln zu sehen sind, die durch sie teils ergänzt, teils modifiziert werden, aber immer da anzuwenden sind, wo die besondere Regelung nicht eingreift. Das Verständnis der besonderen Regelungen, die in diesem Bande dargestellt sind, setzt daher Grundkenntnisse über die im ersten Bande dargestellten allgemeinen Regeln des Schuldrechts und darüber hinaus über den Allgemeinen Teil des BGB voraus. Von dem Leser muß erwartet werden, daß er solche Kenntnisse mitbringt und sich ihrer, soweit erforderlich, auch bedient.

³ Vgl. Bd. I § 4 II und III.

⁴ Vgl. dazu Allg. Teil § 29 I.

⁵ Vgl. Bd. I § 3.

Erstes Kapitel. Veräußerungsverträge, insbesondere Kauf

§ 39. Der Kaufvertrag im allgemeinen

Literatur: *Bechmann*, Der Kauf nach gemeinem Recht, 3 Bde, 1876–1908; *Brandt*, Eigentumserwerb und Austauschgeschäft, 1940; v. *Caemmerer*, Internationales Kaufrecht, Festschr. f. *Nipperdey* (1965), Bd. I, S. 211 = Ges. Schriften Bd. I, S. 79; Max-Planck-Institut für ausl. u. int. Privatrecht (Hrsg.), Die materielle Gültigkeit von Kaufverträgen, 1968 (rechtsvergleichend); *Oeckinghaus*, Kaufvertrag und Übereignung beim Kauf beweglicher Sachen im deutschen und französischen Recht, 1973; *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs, Bd. I, 1936, Bd. II, 1958 (rechtsvergleichend); Art. „Kaufvertrag“ im Rechtsvergl. Handw. Bd. IV; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht („Bürgerliches Recht im Querschnitt“), 2. Aufl. 1985 (zit. *Reinicke/Tiedtke*).

I. Einleitung. Übersicht

Der Kaufvertrag ist nach dem BGB (§ 433) ein **gegenseitig verpflichtender Schuldvertrag**, durch den sich der Verkäufer einer Sache dazu verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und ihm das Eigentum an ihr zu verschaffen, der Käufer, den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die Sache abzunehmen. Der Verkäufer eines Rechts (z. B. einer Forderung, eines Patentrechts) ist zur Verschaffung des Rechts und, wenn dieses zum Besitze einer Sache berechtigt, auch zur Übergabe der Sache verpflichtet.

Wirtschaftlich ist der Kauf das in einer entwickelten Geldwirtschaft wie der heutigen wichtigste und häufigste *Umsatzgeschäft*. Er bezweckt den Austausch des Kaufgegenstandes – zumeist einer Sache – gegen Geld. Solange ein Geldsystem in normaler Weise funktioniert, vertrauen die Menschen darauf, daß sie sich für Geld entsprechende Güter und Leistungen beschaffen können und sind daher ihrerseits auch bereit, Sachen und andere Gegenstände für Geld zu veräußern. Der **Tausch**, d. h. der Austausch eines Gegenstandes gegen einen bestimmten anderen Gegenstand, spielt, im ganzen gesehen, heute nur eine untergeordnete Rolle. Demgemäß hat das BGB den Kauf in den §§ 433 bis 514 verhältnismäßig ausführlich geregelt, während es sich für den Tausch mit der Verweisung auf die Kaufvorschriften begnügt (§ 515). In Zeiten starker Warenverknappung oder sprunghaft fortschreitender Geldentwertung, wie sie die Verfasser des BGB freilich kaum vor Augen gehabt haben, kann der Tausch jedoch größere Bedeutung erlangen, da in solchen Zeiten der Warenbesitzer geneigt ist, seine Ware nur im Tausch gegen einen anderen Sachwert herzugeben. Indessen führt dies unter den heutigen Verhältnissen zu schweren sozialen Störungen. Es geraten dann unvermeidlich diejenigen Bevölkerungsteile in das Hintertreffen, die keine Sachleistungen anzubieten haben: die große Masse der Lohn-, Gehalts-, Renten- und

Unterstützungsempfänger und ihrer Familienangehörigen. Denn sie sind darauf angewiesen, den notwendigen Lebensbedarf an Nahrung, Kleidung usw. im Wege des Kaufs zu beschaffen. Aber auch der Händler, der Fabrikant sind genötigt, die zur Weiterveräußerung bestimmten Waren, die zur Verarbeitung bestimmten Rohstoffe oder Halbfabrikate käuflich zu erwerben, und können daher ihre Tätigkeit auf die Dauer nicht fortführen, wenn derartige Waren oder Produkte käuflich nicht mehr zu erwerben sind. Auf der Basis des Tausches und verwandter Erscheinungen vermag die moderne, arbeitsteilige und hochdifferenzierte Wirtschaft auf die Dauer nicht zu funktionieren. Diese einfache Überlegung, die durch die Erfahrungen nach zwei Kriegen erhärtet worden ist, zeigt die außerordentlich große wirtschaftliche Bedeutung des Kaufs und damit auch des Kaufrechts, das dazu bestimmt ist, den Ablauf der täglich in Millionenzahl vorgenommenen Kaufgeschäfte zu regeln und die Erwartungen, die Käufer und Verkäufer dabei berechtigterweise hegen, zu schützen, falls sie nicht erfüllt werden.

Dabei ergeben sich von vornherein einige auch rechtlich bedeutsame Unterscheidungen. Nach dem Gegenstande unterscheiden wir den Kauf von **Sachen**, von **Rechten** und von sonstigen **unkörperlichen Vermögensgegenständen**, wie z. B. eines Unternehmens. Das Gesetz erwähnt zwar nur Sachen und Rechte als Gegenstände des Kaufs, doch kennt der Verkehr auch einen Kauf anderer, unkörperlicher Vermögensgegenstände, auf den die Vorschriften des Gesetzes wenigstens zum Teil und entsprechend anzuwenden sind. Beim Kauf von *Sachen* ergeben sich ferner Unterschiede, je nachdem es sich um *bewegliche Sachen* oder um *Grundstücke* handelt. Die Mehrzahl der beweglichen Sachen (Waren) ist in weit höherem Maße zum Umsatz bestimmt und geeignet als Grundstücke. Daher ist der Warenkauf heute formlos, während der Grundstückskauf, mit Rücksicht auf die oft einschneidende Bedeutung für die Beteiligten, der Form des § 313 unterliegt (Bd. I § 5). Der Kaufvertrag über ein land- oder forstwirtschaftliches, oft auch über ein städtisches Grundstück bedarf zu seiner Wirksamkeit überdies einer behördlichen Genehmigung (Bd. I § 4 III). Im Recht des *Warenkaufs* spielen, eben wegen der Massenhaftigkeit und Gleichförmigkeit der Geschäfte, allgemeine Geschäftsbedingungen (Bd. I § 6 III), Lieferbedingungen, Vertragsformulare eine große Rolle. Durch sie werden z. B. Liefer- und Zahlungsfristen festgelegt, der Erfüllungsort bestimmt und vielfach die gesetzlichen Regeln, etwa über die Gefahrtragung, den Zahlungsverzug, die Gewährleistung des Verkäufers für Sachmängel, in sehr erheblichem Maße geändert oder ergänzt. Für grenzüberschreitende Kaufverträge über bewegliche Sachen gilt jetzt unter bestimmten Voraussetzungen die Sonderregelung des Einheitlichen Gesetzes über den internationalen Kauf beweglicher Sachen (unten § 44a), die zum Teil anderen Grundsätzen folgt als das BGB. Beim Warenkauf ist weiter zu unterscheiden, ob ein **Stückkauf** oder ein **Gattungskauf** vorliegt. Während Grundstücke, Rechte und andere

unkörperliche Vermögenswerte im allgemeinen nur individuell verkauft werden, werden viele Waren, wie z. B. Kohlen, Kartoffeln, Getreide, Markenartikel aller Art, nur nach Gattungs- und Artmerkmalen bestimmt und nach Maß, Zahl oder Gewicht verkauft. Der Verkäufer schuldet dann die Lieferung nicht bestimmter, sondern irgendwelcher beliebiger Stücke der Gattung, die nur von „mittlerer Art und Güte“ sein müssen (§ 243 Abs. 1). Es gilt die früher (Bd. I §§ 11 I u. 21 Id) besprochene Regel, daß der Schuldner, hier also der Verkäufer, so lange zu der Leistung verpflichtet bleibt, als die Leistung (objektiv) möglich ist (§ 279). Untergang der von ihm zur Leistung vorgesehenen Stücke, darüber hinaus: unverschuldetes Unvermögen zur Leistung befreit ihn (entgegen § 275) nicht. Endlich gelten einige besondere Regeln dann, wenn es sich um einen „Handelskauf“ handelt. Ein solcher liegt dann vor, wenn wenigstens der eine Teil ein Kaufmann (im Sinne des HGB) und der Kauf für ihn ein „Handelsgeschäft“ ist, d. h., wenn er zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört, und wenn Waren oder Wertpapiere der Kaufgegenstand sind (vgl. §§ 343, 373, 381 HGB).

Da der Kaufvertrag ein Schuldvertrag, und zwar im näheren ein *gegenseitiger Vertrag* ist, so finden grundsätzlich die (im 1. Bande dargelegten) Vorschriften über Schuldverhältnisse überhaupt und über gegenseitige Verträge Anwendung. So ist gemäß § 306 ein Kaufvertrag nichtig, der auf eine schon im Zeitpunkt seines Abschlusses (objektiv) unmögliche Leistung gerichtet ist. Nichtig ist daher der Verkauf einer nicht oder nicht mehr existierenden Sache sowie einer solchen Sache, die ihrer Natur nach kein möglicher Gegenstand menschlicher Herrschaft ist. Gültig ist aber der Verkauf einer Sache, die einem Dritten gehört; der Verkäufer ist zwar, falls nicht ihr Eigentümer zustimmt, persönlich unvermögend, dem Käufer das Eigentum zu verschaffen, nicht aber ist dies für jedermann und damit „objektiv“ unmöglich.¹ Gültig ist auch der Verkauf einer zur Zeit des Kaufabschlusses noch nicht vorhandenen Sache, wenn es nur möglich ist, daß sie künftig entsteht und der Vertrag, was im Zweifel anzunehmen ist, für diesen Fall geschlossen wird (§ 308).

Der Verkauf einer künftigen Sache („*emptio rei speratae*“), z. B. der Ernte auf dem Halm, des nächsten Fohlens der Stute X, steht danach regelmäßig unter der aufschiebenden Bedingung ihrer Entstehung.² Fällt die Bedingung aus (die gesamte Frucht wird vor der Ernte vernichtet, das Fohlen tot geboren), so ist der Vertrag hinfällig, der Käufer braucht nicht zu zahlen. Dagegen ist der größere oder geringere Ertrag, die bessere oder schlechtere Beschaffenheit sein Vorteil oder Risiko. Verpflichtet sich der Käufer dagegen zur Zahlung des Preises ohne Rücksicht darauf, ob die erwartete Sache überhaupt entsteht (z. B. die Stute ein Fohlen haben wird), so zahlt er den (in solchen Fällen meist geringeren) Preis in Wahrheit für die gegenwärtige Aussicht oder Chance; diese ist in erster Linie, die

¹ Vgl. Bd. I § 81.

² Nach manchen soll der Kauf, wenn die Parteien die Entstehung als sicher annehmen, unbedingt geschlossen, der Vertrag aber (in erweiterter, sinngemäßer Anwendung des § 308) ebenfalls gültig sein. Dann läge im Falle der Nichtentstehung nachträgliche Unmöglichkeit vor; der Käufer würde auch hier nach § 323 den Kaufpreis nicht zu zahlen brauchen. So *Siber* 221; *Enn/L.* § 101 II 3a; *Esser* 4. Aufl. § 61 I 2; *Staudinger/Köhler* 17 zu § 433.

künftige Sache erst in zweiter Linie Gegenstand des Kaufs („emptio spei“).³ Daher ist der Kauf, obgleich § 308 auf diesen Fall nicht zutrifft, gültig; die Leistung des Verkäufers besteht bereits in der Einräumung der Chance. Ist diese, wie bei einem Lose, in einem Papier verkörpert, so hat der Verkäufer dieses zu übereignen, aber nur, um dadurch dem Käufer die Gewinnchance zu verschaffen. Verkörpert das Los eine solche Chance nicht, weil es ungültig oder schon ausgespielt ist, so ist die Leistung (Verschaffung der Gewinnchance) unmöglich, der Kauf daher nichtig.⁴

Auch die Vorschriften über nachträgliche Unmöglichkeit und Verzug (§§ 275 ff., 323 ff.) finden auf den Kaufvertrag grundsätzlich, wenn auch, wie wir sehen werden, mit einigen Einschränkungen, Anwendung. Wie jeder gegenseitige Vertrag, ist der Kaufvertrag ferner grundsätzlich „Zug um Zug“ zu erfüllen (§ 320). Der Verkäufer braucht also nur gegen vollständige Bezahlung zu liefern, der Käufer nur gegen Empfang der Ware zu zahlen. Tatsächlich leistet sehr häufig einer von beiden vor. Leistet der Verkäufer vor und räumt er dem Käufer eine längere Zahlungsfrist ein, oder gestattet er ihm Teilzahlungen, so liegt darin eine Kreditgewährung. Der Kreditkauf stellt gegenüber dem Barkauf einen in besonderer Weise abgewandelten Typus dar. Es entsteht dann, wie auch sonst bei Kreditgeschäften (Darlehen!), vor allem das Problem einer Sicherung des Verkäufers und Kreditgebers, aber auch das eines Schutzes des Käufers gegen allzu harte Vertragsbedingungen für den Fall, daß er nicht pünktlich zahlt (darüber unten § 43).

Die besonderen Gesetzesbestimmungen über den Kauf sind in drei Abschnitte gegliedert. Der erste Abschnitt, der die Überschrift „Allgemeine Vorschriften“ trägt, regelt zunächst *den näheren Inhalt der Leistungspflichten* sowie verschiedene Nebenpflichten des Verkäufers und des Käufers. Die Folgen der Nichterfüllung der Leistungspflichten des Verkäufers werden im wesentlichen durch eine Verweisung auf die allgemeinen Vorschriften über Unmöglichkeit und Verzug, jedoch mit gewissen Abweichungen, geregelt. Weiter enthält dieser Abschnitt in den §§ 446 ff. Vorschriften über den Zeitpunkt, von dem ab der Käufer die Nutzungen der verkauften Sache für sich beanspruchen kann und ihre Lasten zu tragen hat, sowie über den *Übergang der Preisgefahr* (vgl. über diesen Begriff Bd. I §§ 21 Ib; 25 IIc). Eine weitere Vorschrift (§ 455) bezieht sich auf den *Eigentumsvorbehalt*, durch den sich der vorleistende Verkäufer wegen seiner Kaufpreisforderung sichern kann. Der zweite Abschnitt (§§ 459 bis 493) regelt *die gesetzliche Gewährleistung des Verkäufers wegen Sachmängel*. Diese tritt, wie wir sehen werden, zu der eigentlichen Leistungspflicht des Verkäufers hinzu; sie schützt die berechtigte Erwartung des Käufers darauf, daß die Sache keine, von ihm nicht bemerkten, Fehler hat und daß sie diejenigen Eigenschaften besitzt, die der Ver-

³ So auch *Enn/L.* § 101 II 3b; *Esser* 3. Aufl. § 61 I 2; *Oertmann* 1b vor § 433; *Palandt/Putzo* 1a zu, *Staudinger/Köhler* 29 vor § 433; dagegen *Leonhard* B 7 ff., der einen aus „Kauf“ und „Zufallsabrede“ gemischten Vertrag annimmt.

⁴ *Oertmann* aaO und *LeipZ.* 30, 7 ff.; *Staudinger/Köhler* 29 vor § 433; OLG Frankfurt, JW 35, 3054.

käufer zugesichert hat. Im dritten Abschnitt (§§ 494 bis 514) regelt das Gesetz *besondere Gestaltungsarten des Kaufs*, wie den Kauf auf Probe, den Wiederkauf und den Vorkauf. Zu beachten ist, daß nahezu sämtliche Vorschriften *dispositiven Charakters* sind, d. h. durch Parteivereinbarung – zum Teil auch im Wege allgemeiner Geschäftsbedingungen – abgeändert oder ausgeschlossen werden können. Ergänzend ist das Gesetz über Abzahlungsgeschäfte und für den Handelskauf des HGB zu berücksichtigen.

Im folgenden beschäftigen wir uns zunächst mit dem Sachkauf; die Besonderheiten, die sich beim Verkauf eines Rechts oder eines sonstigen unkörperlichen Vermögensgegenstandes ergeben, betrachten wir erst zum Schluß (unten § 45). Das wichtigste Problem, vor das sich der Gesetzgeber bei der Regelung des Sachkaufs gestellt sieht, ist das nach dem Verhältnis des Kaufvertrags und des Eigentumsüberganges.

II. Kaufvertrag und Übereignung

a) **Die Trennung von Kaufvertrag und Übereignung im BGB.** Wer eine Sache kauft, will diese Sache nicht nur zu vorübergehender, sondern zu dauernder, ausschließlicher Nutzung und Verfügung erwerben; er will damit „Eigentümer“ der Sache werden. Denn trägt das Gesetz dadurch Rechnung, daß es den Verkäufer ausdrücklich nicht nur zur Verschaffung des Besitzes, sondern auch zu der des Eigentums an der Sache verpflichtet. Mit der Übergabe der Sache allein hat der Verkäufer also seine Verpflichtung noch nicht vollständig erfüllt: er muß dem Käufer obendrein das Eigentum an der Sache verschaffen. Wie aber macht er das?

Die Übertragung des Eigentums regelt das Gesetz im Sachenrecht. Zur Übereignung einer *beweglichen Sache* fordert es in der Regel deren Übergabe und das „Einigsein“ beider Teile darüber, daß „das Eigentum übergehen soll“ (§ 929). Das geforderte „Einigsein“ nun erblickt es nicht etwa schon in dem Kaufvertrag, vielmehr verlangt es einen von diesem zu unterscheidenden, besonderen „**dinglichen“ Vertrag**, dessen einziger Inhalt eben der ist, daß „das Eigentum übergehen soll“. Dieser „dingliche“ Vertrag ist nach der Auffassung des Gesetzes überdies in seiner Wirksamkeit unabhängig von der des ihm zugrunde liegenden Kaufvertrags, d. h. „**abstrakt**“.⁵ Durch die Übergabe und einen als solchen gülti-

⁵ Er ist überdies auch unabhängig von dem Vorliegen und der Wirksamkeit einer ihn begleitenden Abrede über den Zweck der Übereignung, etwa über den Zweck, eine Verpflichtung zur Übereignung aus dem Kaufvertrage zu erfüllen. Ist es schon sehr zweifelhaft, ob es einer solchen Vereinbarung über den Erfüllungszweck bedarf, damit die Erfüllungswirkung eintritt (dazu Bd. I § 18 I), so bedarf es ihrer nach dem BGB jedenfalls nicht für die Wirksamkeit des dinglichen Vertrages. Dieser ist, in der Terminologie von *Jahr* (AcP 168, S. 14 ff.) sowohl „inhaltlich“, wie „äußerlich“ abstrakt. A. A. jedoch *Oeckinghaus* aaO S. 50 ff. 59 f. Vgl. hierzu *Baur*, Sachenrecht, § 5 IV 1.

gen dinglichen Vertrag wird der Käufer daher auch dann Eigentümer, wenn der Kaufvertrag sich hinterher als nichtig erweist oder wirksam angefochten ist. Bei *Grundstücken* tritt zu der dinglichen „Einigung“ beider Teile über den Eigentumsübergang, die hier „*Auflassung*“ genannt wird und einer bestimmten Form bedarf (§§ 873, 925), als weiteres Erfordernis die Eintragung im Grundbuch hinzu. Auch die Gültigkeit der formgerecht vollzogenen Auflassung hängt nicht davon ab, ob der Kaufvertrag (oder das sonst etwa zugrunde liegende schuldrechtliche Geschäft) wirksam ist. Der Übergang des Eigentums beruht also *allein auf dem dinglichen Vertrag* in seiner Verbindung mit einem *realen Vollzugsakt* (Übergabe oder Eintragung), der vor allem den Sinn hat, den Eigentumsübergang nach außen (für Dritte) erkennbar zu machen (*Publizitätsprinzip*). Durch die Vornahme des dinglichen Rechtsgeschäfts (mitsamt dem Vollzugsakt) erfüllt der Verkäufer seine schuldrechtliche Verpflichtung aus dem Kaufvertrag zur Eigentumsverschaffung. Der Kaufvertrag als solcher ändert dagegen noch nichts an der sachenrechtlichen Güterzuordnung (d. h. an den bestehenden Eigentumsverhältnissen), sondern bereitet diese nur vor. Er ist **reines Verpflichtungsgeschäft**. Die *Verfügung* des Verkäufers, mittels derer er sich seines Eigentums entäußert, liegt nicht schon in dem Kaufvertrag selbst, sondern erst in dem hiervon zu unterscheidenden „dinglichen“ Vertrag, der mit dem Kaufvertrag zeitlich zusammenfallen oder ihm auch nachfolgen kann.

Die Auffassung des Gesetzes deckt sich mit der des „Laien“ in vielen Fällen nicht. Wer im *Laien* eine Sache kauft, sie sogleich bezahlt und in Empfang nimmt, wird in der Regel der Meinung sein, nur einen einzigen Vertrag geschlossen zu haben, den er als „Kaufvertrag“ bezeichnen wird. Nach der Auffassung des Gesetzes sind dagegen nicht weniger als *drei Verträge* zu unterscheiden, nämlich: 1. der Kaufvertrag, durch den nur erst Verpflichtungen beider Teile begründet werden, ohne daß dadurch schon irgend etwas an den Eigentumsverhältnissen geändert würde; 2. der dingliche Vertrag, d. h. die „Einigung“ zwischen Verkäufer und Käufer darüber, daß das Eigentum an der Kaufsache übergehen solle, durch den in Verbindung mit der Übergabe (§ 929) das Eigentum an ihr übertragen wird; 3. die Zahlung des Kaufpreises, die außer der Übergabe der Geldscheine wiederum einen dinglichen Vertrag (des Inhalts, daß das Eigentum an diesen Geldscheinen übergehen solle) erfordert. Erst diese drei Verträge zusammen führen – in Verbindung mit den von den dinglichen Verträgen begleiteten realen Übergabeakten – alle diejenigen Rechtsfolgen herbei, die sich für die Vorstellung des unbefangenen „Laien“ an den von ihm als Einheit betrachteten Gesamtvorgang anknüpfen.

Die Sonderung der Übereignung von dem nur erst zu ihrer Vornahme verpflichtenden Kaufvertrag dürfte den Laien weniger befremden, wenn die Lieferung der Ware erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen soll. Daß dann das Eigentum an ihr nicht schon mit dem Kaufvertrag, sondern erst mit der Überga-

be an den Käufer auf ihn übergeht, dürfte seiner Vorstellung schon eher entsprechen. Aber auch in diesem Fall ist sich der Laie wohl meist dessen nicht bewußt, daß es zum Übergang des Eigentums außer der Übergabe noch der in diesem Zeitpunkt vorliegenden Einigung über den Eigentumsübergang bedarf. Praktisch bedeutet dieses Erfordernis, daß *in diesem Zeitpunkt* der Verkäufer rechtlich die Möglichkeit der Verfügung über die Sache haben muß, so daß also das Eigentum nicht übergeht, wenn der Verkäufer inzwischen etwa in Konkurs gefallen ist. Der Verkäufer hat ferner die Möglichkeit, den Eigentumserwerb des Käufers noch dadurch zu hindern, daß er spätestens bei der Übergabe erklärt, er wolle das Eigentum jetzt nicht übertragen („nachgeschobener Eigentumsvorbehalt“).

Daß das Gesetz den Kaufvertrag und die Übereignung in der Weise voneinander trennt, daß es für die letztere (außer dem realen Vollzugsakt) *einen besonderen „dinglichen“ Vertrag* verlangt, ist gewiß nicht selbstverständlich und entspricht in vielen Fällen nicht den tatsächlichen Vorstellungen der Beteiligten. Für ihre Vorstellung wird die Einigung über den Eigentumsübergang in den meisten Fällen schon in der Kaufabrede selbst beschlossen liegen. Beim Hand- oder Barkauf ist der tatsächliche Wille des Verkäufers in aller Regel nicht darauf gerichtet, sich zur Eigentumsübertragung nur erst zu verpflichten, sondern sogleich das Eigentum auf den Käufer zu übertragen. Den Willen, sich zur Eigentumsverschaffung zu verpflichten, rechnet ihm in diesen Fällen also erst die Rechtsordnung zu.⁶ Sie kann es, weil auch da, wo der Wille sogleich auf die Eigentumsübertragung gerichtet ist, *sinngemäß* (wenn auch nicht notwendig für das Bewußtsein des Verkäufers oder für die „unbefangene Anschauung“) eine entsprechende Verpflichtung darin eingeschlossen ist. Das zeigt sich, wenn der angestrebte Rechtserfolg, der Eigentumsübergang, nicht eintritt, etwa weil der Verkäufer gar nicht Eigentümer, die Sache einem Dritten gestohlen und daher auch ein gutgläubiger Eigentumserwerb ausgeschlossen war (§ 935), oder wenn dem Verkäufer die Verfügungsmacht fehlte. In diesen Fällen wird man sich nicht damit begnügen wollen, daß die Übereignung eben fehlgeschlagen ist, sondern dem Käufer das Recht geben, von dem Verkäufer Ersatz zu verlangen, mindestens, soweit diesen ein Verschulden trifft. Dies ist aber nur dann gerechtfertigt, wenn der Verkäufer, mag er auch das Eigentum sofort haben übertragen wollen, sinngemäß eben doch auch eine entsprechende Verpflichtung übernommen hat, für deren Erfüllung er dem Käufer einstehen muß. In dem Gesamtvorgang, den der Laie gern als

⁶ AA. *Oeckinghaus* S. 65ff. Er meint, der Handkauf sei ein „Realaustauschgeschäft“; die Übereignung erfolge unmittelbar im Austausch gegen den Preis, nicht zur Erfüllung einer – von der Rechtsordnung unterstellten – Verpflichtung zur Übereignung. Gewiß kann man das so ansehen, nur ist das nicht die Sichtweise des BGB. Dieses kennt Austauschverträge nur als gegenseitig verpflichtende Schuldverträge; als einen solchen Vertrag konstruiert es sowohl den Kauf- wie den Tauschvertrag. Gegen eine Sonderbehandlung des Handkaufs *MünchKomm/Westermann* 4 vor § 433.

„Kauf“ bezeichnet, sind also, von den angestrebten Rechtsfolgen her gesehen, beide Momente enthalten: die *Verpflichtung* des Verkäufers, dem Käufer nicht nur den Besitz, sondern auch das Eigentum an der Kaufsache zu verschaffen, und die Verschaffung des Eigentums, die *Verfügung* des Verkäufers über sein Recht. Daß diese beiden Momente *gedanklich unterschieden* werden, ist also durchaus in der Sache begründet und muß als eine große Leistung der Rechtswissenschaft angesehen werden. Aber diese gedankliche Unterscheidung würde es freilich nicht erforderlich machen, für jedes dieser Momente ein *besonderes Rechtsgeschäft* zu verlangen und somit die Übereignung als „dinglichen“ Vertrag vom Kaufvertrag als *lediglich* verpflichtenden Vertrag abzutrennen. Denkbar wäre doch auch, die verschiedenen Rechtsfolgen auf einen einzigen Vertrag zurückzuführen, wie das in der Tat in vielen Rechtsordnungen geschieht.

Man kann die Abtrennung damit rechtfertigen, daß sie eine systematische Vereinfachung darstellt. Unser Recht kennt, mit gutem Grund, besondere Voraussetzungen für die Wirksamkeit von „Verfügungen“. Die Trennung des dinglichen Vertrags von dem schuldrechtlichen Vertrag ermöglicht es, den Kaufvertrag allein nach den für *Schuldverträge* aufgestellten Voraussetzungen zu beurteilen, während der dingliche Vertrag den für *Verfügungsgeschäfte* geltenden Regeln unterliegt. Ergibt sich, daß der Verkäufer zwar die Möglichkeit hatte, sich zu verpflichten, daß ihm aber aus irgendeinem Grunde die Verfügungsmacht über die Kaufsache abging, so ist zwar das Eigentum nicht übergegangen, der Kaufvertrag aber wirksam zustande gekommen. Umgekehrt: ist das Verfügungsgeschäft rechtlich in Ordnung, der Kaufvertrag aber unwirksam, so ist gleichwohl das Eigentum auf den Käufer übergegangen; der Nacherwerber braucht sich daher nicht darum zu kümmern, ob sein Vormann auf Grund eines gültigen Kaufvertrages erworben hatte (Gesichtspunkt des *Verkehrsschutzes*). Der Kaufvertrag ist nur von Bedeutung im Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer; für die Eigentumsfrage und damit Dritten gegenüber, die ihrerseits die Sache erwerben oder vielleicht als Gläubiger pfänden lassen wollen, kommt es immer nur auf die gültige Vornahme des dinglichen Übertragungsaktes an. Hat man sich erst einmal daran gewöhnt, den Vorgang in dieser Weise anzusehen, so bedeutet das in der Tat eine erhebliche Erleichterung für die Anwendung der Rechtsnormen. Aber freilich wird diese Erleichterung durch einen Verzicht auf Übereinstimmung der vom Gesetz geforderten Betrachtungsweise mit der unbefangenen Anschauung des Lebens (wenigstens in den meisten Fällen) erkauft. Dazu kommt, daß die aus der Trennung sich ergebenden Folgerungen teilweise zu Ergebnissen führen, deren innere Berechtigung mindestens zweifelhaft ist.

b) **Die aus der Trennung sich ergebenden Folgerungen.** Setzen wir zunächst den Fall, daß eine bestimmte bewegliche Sache verkauft, aber dem Käufer noch nicht übergeben und damit auch noch nicht übereignet ist. Der Verkäufer ist dann nach wie vor noch ihr Eigentümer, und als solcher ist er rechtlich in der

Lage, die Sache an einen Dritten (durch Einigung und Übergabe) wirksam zu übereignen. Er verletzt dadurch zwar dem Käufer gegenüber seine Verpflichtung aus dem Kaufvertrag und macht sich ihm wegen des von ihm verschuldeten Unvermögens zur Leistung nach § 325 Schadensersatzpflichtig, aber die Sache selbst kann der Käufer von dem Dritten, der ja Eigentümer geworden ist, nicht herausverlangen. Nur dann, wenn der Dritte den Verkäufer zum Vertragsbruch verleitet hat, im Bewußtsein, dadurch den Käufer zu schädigen, hat der Käufer auch gegen den Dritten einen Schadensersatzanspruch (nach § 826).⁷ Daraus, daß die verkaufte Sache bis zur Übertragung des Eigentums durch das dingliche Rechtsgeschäft (in Verbindung mit dem Vollzugsakt) immer noch dem Verkäufer gehört, ergibt sich weiter, daß dessen Gläubiger sie immer noch pfänden lassen können. Der Käufer kann, weil er noch kein „dingliches“ Recht an der Sache erworben hat, weder die Einzelvollstreckung (durch eine Widerspruchsklage nach § 771 ZPO) verhindern, noch die Sache im Konkurse des Verkäufers „aussondern“, d. h. an sich ziehen. Er ist dann wiederum auf einen Ersatzanspruch angewiesen, der als gewöhnliche Konkursforderung nur zu einer entsprechend der vorhandenen Masse verkürzten Befriedigung führt, es sei denn, er habe seinerseits auch noch nicht geleistet und der Konkursverwalter trete gemäß § 17 KO in den Kaufvertrag ein. Alle diese für ihn mißlichen Folgen kann der Käufer eines *Grundstücks* freilich dadurch vermeiden, daß er seinen Anspruch auf Übereignung durch die Eintragung einer „*Vormerkung*“ (§ 883) sichern läßt. In diesem Fall sind Verfügungen, die der Verkäufer nach der Eintragung der Vormerkung trifft, sowie auch Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung und durch einen Konkursverwalter insoweit unwirksam, als sie den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch des Käufers vereiteln oder beeinträchtigen würden. Auch im Konkurse des Verkäufers kann der Käufer die Befriedigung seines Anspruches verlangen (§ 24 KO). Durch die Vormerkung wird also der zunächst nur schuldrechtliche Anspruch gegen den Verkäufer gleichsam *verdinglicht*, d. h., er wird Dritten gegenüber durchsetzbar. Für *bewegliche Sachen* fehlt es an einem entsprechenden Rechtsinstitut. Hier muß sich der Käufer, wenn er sich dinglich sichern will, sogleich das Eigentum übertragen lassen. Das ist freilich auch ohne Übergabe durch einen besonderen Vertrag, z. B. einen Miet- oder Verwahrungsvertrag, möglich, auf Grund dessen der Verkäufer „*Besitzmittler*“ des Käufers, dieser „*mittelbarer Besitzer*“ (§ 868) wird (sog. „*Besitzkonstitut*“, Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses, § 930). Aber abgesehen davon, daß nichtrechtskundige Parteien hierauf nicht leicht verfallen werden, wird sich der Verkäufer in der Regel hierauf wohl nur dann einlassen, wenn der Käufer den Kaufpreis sofort voll bezahlt. Mangels einer dinglichen Einigung (über den Eigentumsübergang als solchen) und einer die Übergabe

⁷ Vgl. unten § 72 IV Ziff. 5.

ersetzenden besonderen Vereinbarung über die Begründung eines Besitzmittlungsverhältnisses erhält der Käufer durch den Kaufvertrag – selbst wenn er eine erhebliche Anzahlung geleistet oder sogar schon voll bezahlt hat – vor der Übergabe also noch kein Dritten gegenüber durchsetzbares, in diesem Sinne dingliches Recht, sondern nur einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Verkäufer, dessen Verwirklichung vor allem auch im Hinblick auf die Möglichkeit von Pfändungen Dritter unsicher ist.

Eine weitere dem Käufer nachteilige Folge ist die, daß der Verkäufer selbst bei der Übergabe den Eigentumsübergang auf den Käufer noch dadurch ausschließen kann, daß er erklärt, das Eigentum nicht übertragen zu wollen. Denn die Übergabe überträgt das Eigentum ja nur, wenn in diesem Augenblick eine Einigung beider Teile über den Eigentumsübergang besteht. Der Verkäufer kann daher, auch wenn dies im Kaufvertrag nicht vereinbart, also vertragswidrig ist, noch bei der Übergabe wirksam erklären, er übertrage dem Käufer das Eigentum nur unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Zahlung des Kaufpreises (einseitig erklärter Eigentumsvorbehalt).⁸ Der Käufer erhält dann wohl den Besitz und damit die Nutzungsmöglichkeit, aber vorerst noch nicht das Eigentum und damit das volle Verfügungsrecht.

Die Trennung von Kaufvertrag und Übereignung erweist sich andererseits für den Verkäufer dann als nachteilig, wenn sich nachträglich herausstellt, daß der Kaufvertrag – z. B. wegen eines versteckten Dissenses – nichtig war, oder wenn er den Kaufvertrag angefochten hat und wenn in der Zwischenzeit die Sache dem Käufer bereits übereignet war. Denn dann ist – sofern sich der Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund nicht ausnahmsweise auch auf das dingliche Geschäft erstreckt – der Eigentumsübergang trotzdem gültig, da er ja nicht auf dem Kaufvertrag, sondern auf dem dinglichen Vertrag beruht und dieser in seiner Wirksamkeit von der des Kaufvertrages unabhängig, d. h. „abstrakt“ ist. Der Verkäufer, der bei dieser Sachlage selbst den Kaufpreis nicht mehr verlangen kann und den bereits empfangenen als „ungerechtfertigte Bereicherung“ (§ 812) zurückerstatten muß, hat dann seinerseits gegen den Käufer nur den Bereicherungsanspruch auf Rückgabe und Rückübereignung der Sache oder, falls der Käufer hierzu nicht mehr in der Lage ist, auf Wertersatz (§ 818 Abs. 2). Er kann die Sache aber nicht – wie er es könnte, wenn er Eigentümer geblieben wäre – von einem Dritten herausverlangen, an den sie der Käufer inzwischen weiterveräußert hat; er kann es nicht hindern, daß die Sache von einem Gläubiger des Käufers gepfändet und danach versteigert wird, und er kann sie im Konkurse des Käufers nicht aussondern. Dies gilt selbst dann, wenn Kaufvertrag und Übereignung gleichzeitig vorgenommen wurden, sofern die Parteien nicht – was bei bewegli-

⁸ Der BGH erschwert neuerdings die Wirksamkeit solcher einseitigen, vertragswidrigen Vobehalte durch erhöhte Anforderungen an deren Erkennbarkeit für den Käufer; vgl. unten § 43 II a.

chen Sachen möglich, aber nicht ohne weiteres anzunehmen ist – die Übereignung nur unter der rechtsgeschäftlichen Bedingung der Gültigkeit des Kaufvertrages vorgenommen haben. Ob eine Geschäftseinheit im Sinne von § 139 – mit der Folge, daß die Nichtigkeit des einen „Teils“ die des anderen nach sich zieht – angenommen werden darf, ist zweifelhaft und eher zu verneinen, da das Gesetz ja gerade verlangt, den (für das Bewußtsein der Parteien einheitlichen) Vorgang in zwei voneinander getrennte Rechtsgeschäfte zu zerlegen.⁹ Es bleibt also in den meisten Fällen dabei, daß trotz der Ungültigkeit des Kaufvertrages der Käufer durch den dinglichen Erwerbsakt Eigentümer geworden und der Verkäufer auf einen schuldrechtlichen Anspruch gegen ihn angewiesen ist, den er Dritten gegenüber nicht durchzusetzen vermag.

c) **Andere Gestaltungen.** Das im BGB durchgeführte Prinzip der *Trennung* von Kaufvertrag und *abstraktem* (d. h. vom Kaufvertrag als dem „Rechtsgrunde“ losgelösten) dinglichen Rechtsgeschäft ist nicht das allein mögliche; es hat sich in der Lehre des „Gemeinen Rechts“ endgültig erst im 19. Jahrhundert durchgesetzt¹⁰ und ist auch heute den meisten ausländischen Rechten fremd. Bezeichnen wir das der Trennung entgegengesetzte Prinzip als das der **Einheit von Kaufvertrag und Übereignung**, so bedeutet dieses Prinzip, daß die für den Eigentumsübergang erforderliche Willenseinigung als *bereits im Kaufvertrage selbst enthalten* angesehen wird. Ein besonderer „dinglicher“ Vertrag erscheint dann als überflüssig. Im näheren läßt dieses „Einheitsprinzip“ wiederum zwei verschiedene Ausgestaltungen zu. Der Übergang des Eigentums kann sich entweder vollziehen auf Grund des Kaufvertrages allein (*reines Vertragsprinzip*), oder auf Grund des Kaufvertrages in Verbindung mit einem realen Vollzugsakt, insbesondere der Übergabe (*Verbindung von Einheitsprinzip und Übergabegrundsatz*). Die erste Gestaltung findet sich im französischen Recht und in den Rechten anderer romanischer sowie der skandinavischen Länder, für bewegliche Sachen auch im englischen Recht; die zweite entsprach der überwiegenden Auffassung der älteren gemeinrechtlichen Theorie und fand einen gesetzlichen Niederschlag vor allem im preußischen Allgemeinen Landrecht vom Jahre 1794. Es ist nötig, einen Blick auf diese Gestaltungen zu werfen, um demgegenüber die Vorzüge und die Nachteile der im BGB durchgeführten Gestaltung zu erkennen und diese beurteilen zu können.¹¹

Gemäß Art. 1138 II code civil (c. c.) macht bei „obligations de donner“ (wie Kauf, Tausch, Schenkung) die *Willensübereinstimmung der Beteiligten allein* „den Gläubiger zum Eigentümer“. ¹² Art. 1583 bestimmt, daß der Kaufvertrag zustande gekommen und das Eigentum an der Kaufsache

⁹ Vgl. dazu Allg. Teil § 23 II a.

¹⁰ Vgl. *Felgentraeger*, Fr. C. v. Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre, 1927.

¹¹ Zum folgenden v. *Caemmerer*, Rechtsvergleichung u. Reform der Fahrnisübereignung, *RabelsZ* 12, 675.

¹² Zum folgenden vgl. *Ferid*, Französisches Zivilrecht, 1971, Bd. 1 §§ 35, 36.

von dem Käufer erworben ist, sobald sich die Parteien über die Sache und den Preis geeinigt haben, und zwar, wie es ausdrücklich heißt, auch dann, wenn die Sache noch nicht übergeben und der Preis noch nicht bezahlt ist. Der Kaufvertrag allein überträgt also, mit sofortiger Wirkung, das Eigentum. Da somit dem Käufer das Eigentum schon unmittelbar durch den Kaufvertrag verschafft wird, erwähnt der code die Verpflichtung des Verkäufers zur Eigentumsverschaffung nicht. Der Verkäufer wird vielmehr nur für verpflichtet erklärt, die Sache dem Käufer zu liefern und ihm für den ungestörten, durch keine Ansprüche Dritter beeinträchtigten Besitz sowie für die Abwesenheit von Sachmängeln einzustehen (art. 1603 ff.) Trotzdem nimmt ein Teil der franz. Lehre¹³ an, daß die Pflicht des Verkäufers zur Eigentumsverschaffung vom Gesetz „stillschweigend“ vorausgesetzt, d. h. sinngemäß im Verträge enthalten sei. Daher habe der Verkäufer alles zum Eigentumsübergang seinerseits Erforderliche zu tun, z. B. bei einer Gattungsschuld die Stücke zu individualisieren. Auch ergebe sich die Verpflichtung, für ungestörten Besitz einzustehen, sinngemäß aus der vorausgesetzten Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung. Damit erkennen aber diese Autoren der Sache nach an, daß der Kaufvertrag nach dem französischen Recht beides ist: *sowohl Verpflichtungsgeschäft wie Verfügungsgeschäft*. Der Verkäufer wird verpflichtet, dem Käufer das Eigentum zu verschaffen, und verschafft es ihm in der Regel sogleich eben durch denselben Vertrag. Man sagt daher auch, die Verpflichtung des Verkäufers zur Eigentumsverschaffung werde in dem gleichen Augenblick, in dem sie eingegangen wird, und durch den gleichen Vertrag gleichsam „automatisch“ erfüllt.¹⁴

Betrachten wir nun die Folgerungen, die sich aus diesem Prinzip und den weiteren Bestimmungen des code für die Stellung der Beteiligten ergeben. Durch den sofortigen Eigentumserwerb auf Grund des Kaufvertrages allein – zu dem bei einer Gattungsschuld allerdings noch die Individualisierung hinzukommen muß –, *erlangt der Käufer sogleich einen auch Dritten*, besonders also den Gläubigern des Verkäufers, *gegenüber wirksamen dinglichen Schutz*. Dieser Schutz versagt jedoch, wenn der Verkäufer die Sache nochmals, und zwar an einen Gutgläubigen, verkauft, und wenn der zweite Käufer vor dem ersten den Besitz erlangt (art. 1141). Demgemäß genießt der Käufer einen vollkommenen dinglichen Schutz auch nach französischem Recht erst von dem Augenblick an, in dem er den Besitz erlangt. Bei Grundstücken tritt an die Stelle des Besitzes die Eintragung. Eine Folge des Einheitsprinzips ist sodann, daß ein erst nach dem Abschluß des Kaufvertrages, etwa bei der Übergabe, erklärter Eigentumsvorbehalt ohne jede Wirkung ist. Nicht schon auf dem Einheitsprinzip, wohl aber auf dem Ausschluß des Übergabegrundsatzes, also auf dem reinen Vertragsprinzip, beruht es, daß nach französischem Recht die *Gefahr des zufälligen Unterganges* der Kaufsache nicht erst mit der Übergabe (vgl. § 446 BGB), sondern bereits mit dem Abschluß des Kaufvertrages übergeht, wie das Art. 1138 II ausdrücklich anordnet. Denn, so begründet die Lehre diesen Satz,¹⁵ die Gefahr zufälligen Unterganges trägt grundsätzlich der Eigentümer („*res perit domino*“); Eigentümer ist aber vom Moment des Kaufabschlusses an der Käufer. Er muß also die Sache bezahlen, auch wenn er sie gar nicht realiter bekommen hat. Ist der Kaufvertrag nichtig oder erlangt der Verkäufer, was nach dem franz. Recht möglich ist (art. 1654 c. c.), wegen Nichtzahlung des Kaufpreises seine gerichtliche Auflösung, so ist das Eigentum beim Verkäufer geblieben oder jetzt an ihn zurückgefallen, und er kann die Sache daher jetzt von jedem Dritten herausverlangen, es sei denn, dieser habe als gutgläubiger Eigenbesitzer nach art. 2279 c. c.¹⁶ das Eigentum an der Sache erworben.

Im Gegensatz zum code civil verlangte das *preussische Allgemeine Landrecht* (ALR) zum Eigentumsübergang außer dem Kaufvertrag oder einem anderen gültigen Erwerbsgeschäft die Übergabe der Sache (ALR I 9, § 3; I 10, § 1). Es verband also das „*Einheitsprinzip*“ (keine Trennung von Kaufvertrag und dinglichem Rechtsgeschäft!) mit dem *Übergabegrundsatz*. Das zugleich schuldrechtliche Erwerbsgeschäft (oder einen sonstigen Erwerbsgrund) bezeichnete man als den rechtlichen „*Titel*“, die Übergabe als „*modus*“, d. h. Art und Weise des Eigentumserwerbs. Nur „*Titel*“ und „*modus*“ zusammen übertragen das Eigentum. Durch den Kaufvertrag oder einen sonstigen Titel erlangte der Erwerber also noch nicht das Eigentum, sondern gewissermaßen nur erst eine Anwartschaft. Diese

¹³ Vgl. *Planiol/Ripert/Boulanger*, *Traité de Droit Civil*, 1958, Bd. 3, Nr. 1290; *Ferid* aaO. § 35 B I.

¹⁴ *Planiol/Ripert/Boulanger* Bd. 3, Nr. 508; vgl. auch *Rabel*, *Das Recht des Warenkaufs*, Bd. 1, S. 195.

¹⁵ Vgl. *Ferid* § 36 D.

¹⁶ Zu dieser Bestimmung vgl. *Ferid* § 67.

war nach dem ALR verbunden mit dem sog. „*jus ad rem*“, demzufolge der Käufer seinen Anspruch auch gegen einen nicht gutgläubigen Dritten durchzusetzen in der Lage war.¹⁷ Haftungsrechtlich gehörte die Sache jedoch noch zum Vermögen des Verkäufers; der Käufer mußte sie im Konkurse des Verkäufers in der Masse lassen. Erst mit der Übergabe erstarkte seine bis dahin durch das *jus ad rem* nur unvollkommen geschützte Position zum dinglichen Vollrecht, zum Eigentum. Andererseits erwarb er das Eigentum trotz erfolgter Übergabe nicht, wenn es ihm an einem gültigen Titel ermangelte, wenn also etwa der Kaufvertrag nichtig war. In diesem Fall war das Eigentum dem Verkäufer geblieben, dieser also dinglich geschützt.

d) **Rechtspolitische Würdigung.** Die Regelung des BGB ist immer wieder einer heftigen Kritik ausgesetzt gewesen, die sich teils gegen das Trennungsprinzip und damit gegen den besonderen dinglichen Vertrag überhaupt, teils nur gegen die Zuspitzung des Trennungsprinzips durch den Abstraktionsgrundsatz, teils gegen das Erfordernis der Übergabe, oder gegen alles zugleich richtet.¹⁸ Soweit sich diese Kritik auf die „unbefangene Anschauung“ gründet, der die Trennung eines schuldrechtlichen und eines dinglichen Geschäfts im allgemeinen fremd sei, ist ihr entgegenzuhalten, daß es nicht nur darauf ankommen kann, was den Geschäftsbeteiligten und dem „unbefangenen Verkehrsteilnehmer“ jeweils tatsächlich bewußt ist, sondern was *sinngemäß* in dem Geschäft enthalten ist. Es ist sehr wohl möglich, daß von zwei Momenten, die *sinngemäß* beide in dem rechtsgeschäftlichen Vorgang enthalten sind, eines für das Bewußtsein der Beteiligten so sehr im Vordergrund steht, daß das andere dadurch für sie gleichsam verdeckt wird. So steht beim gewöhnlichen Hand- oder Barkauf das dingliche Moment, die Einigung über den (hiermit vollzogenen) Eigentumsübergang, für die Beteiligten derart im Vordergrund, daß die *sinngemäß* auch darin enthaltene Verpflichtung des Verkäufers zur Eigentumsverschaffung nicht zum Bewußtsein gelangt. Die Zerlegung des von den Parteien als einheitlich empfundenen Geschäfts in zwei Rechtsgeschäfte, den schuldrechtlichen Kauf und die gleichzeitig miterklärte dingliche Einigung über den Eigentumsübergang, widerspricht hier dem psychologischen Befund. Sie widerspricht ihm nicht oder doch nicht in dem

¹⁷ Hierzu *Dubischar*, Doppelverkauf und „*jus ad rem*“, JuS 70, 6.

¹⁸ Die Reihe der Kritiker eröffnete schon 1887 *Strohal* in Jher Jb. 27, 335. Ihm folgte *Bechmann*, aaO III 1 S. 47 ff. Die umfangreiche Reformliteratur der dreißiger Jahre – deren Anliegen, wenigstens in dieser Frage, keineswegs durch irgendwelche politischen Motive bestimmt war, wenn man sich auch mitunter zur Unterstützung der eigenen Ansicht auf politisch gefärbte Schlagworte berief – wandte sich zum Teil nur gegen den Abstraktionsgrundsatz, wollte also das Trennungsprinzip bestehen lassen und nur seine Wirkungen abschwächen (so *Heck*, Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft, 1937; *Lange*, AcP 146, 28; 148, 188; *Nolte*, Zur Reform der Eigentumsübertragung, 1941; *Locher*, Die Neugestaltung des Liegenschaftsrechts, 1942); zum Teil richtete sie sich gegen das dingliche Geschäft als solches, also gegen das Trennungsprinzip (so vor allem *Brandt* aaO und DRWiss. 6, 67; *Krause*, AcP 145, 312). Während diese Autoren im allgemeinen am Übergabegrundsatz festhalten wollten, steht dieser später im Mittelpunkt der Kritik (vgl. *Süss* in Festschr. f. *M. Wolff*, 1952, S. 141; *Hübner*, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, 1955, S. 56 ff.). Die gesamte Reformliteratur, insbesondere die Arbeiten von *Heck* und *Brandt*, steht stark unter dem Einfluß des Werkes des dänischen Rechtsgelahrten *Vinding Kruse* über das Eigentumsrecht, das für das reine Vertragsprinzip eintritt (vgl. die deutsche Übersetzung, 1935, Bd. II S. 142 ff.).

Maße beim zeitlich gestreckten Kauf, bei dem Lieferung und Eigentumsübertragung erst einige Zeit nach dem Kaufabschluß erfolgen sollen. Allerdings wäre es auch hier, wie es die Rechtsordnungen zeigen, in denen das Rechtens ist, durchaus möglich, die Einigung über den Eigentumsübergang als bereits in dem ersten Akt, dem Kaufvertrag, miterklärt anzusehen, so daß nur der tatsächliche Vollzug noch ausstünde und eine nochmalige, auf Übereignung gerichtete Willenseinigung entbehrlich wäre. Die Entscheidung, welche dieser möglichen Gestaltungen rechtspolitisch den Vorzug verdient, kann nicht davon abhängen, welche Momente gerade für das Bewußtsein der Beteiligten im Vordergrund stehen, da der Rechtsverkehr nach festen Maßstäben und typisierten Geschäftsarten verlangt. Es kommt vielmehr auf eine Würdigung der sich jeweils ergebenden Rechtsfolgen an.

Das *reine Vertragsprinzip* des französischen Rechts empfiehlt sich zwar durch seine scheinbare Einfachheit. Es begünstigt den Verkäufer aber über Gebühr dadurch, daß es die Gefahr des zufälligen Untergangs der Kaufsache schon mit dem Abschluß des Kaufvertrages, ohne Rücksicht auf die Übergabe der Sache, auf den Käufer übergehen läßt. Denn solange er nicht den Besitz erlangt hat, hat der Käufer weder die Nutzungsmöglichkeit, noch befindet sich die Sache in seinem Herrschaftsbereich; es ist daher nicht gerechtfertigt, daß er schon die Gefahr trägt – wenigstens so lange, als sich die Sache noch im Herrschaftsbereich des Verkäufers befindet. Bei Gattungsschulden können sich Schwierigkeiten hinsichtlich der genauen Feststellung des Eigentumsübergangs ergeben, da hierzu noch eine Individualisierung nötig ist.¹⁹ Endlich berücksichtigt das reine Vertragsprinzip zu wenig die naturgegebene Rolle des Besitzes als des *äußeren Kennzeichens des Eigentums*. Zumindest für eine Rechtsordnung, in der, wie in der unsrigen, der Erwerber einer beweglichen Sache, falls die Umstände nicht zu einem anderen Schlusse nötigen, darauf vertrauen kann, daß der besitzende Veräußerer auch Eigentümer ist (§ 932),²⁰ ist die Verknüpfung des Eigentumserwerbes mit dem Besitzwechsel (wenigstens in den Regelfällen) ein Gebot der Folgerichtigkeit. Auch das französische Recht schüttelt, wie wir sahen, unter zwei Käufern derselben Sache denjenigen, der zuerst den Besitz erlangt, sofern er nur gutgläubig ist. Daß erst mit der Besitzerlangung die Sache *endgültig* in das Vermögen des Käufers übergegangen und damit auch dem Zugriff der Gläubiger des Verkäufers entzogen ist, dürfte der allgemeinen Anschauung nicht fernliegen. Auch die Natur der Sache spricht dafür. Der Besitz als die tatsächliche Sachherrschaft ist dem Eigentum nicht nur äußerlich und zufällig, sondern dasjenige Moment, durch das das Eigentum als sozialer Tatbestand am sinnfälligsten in die Erscheinung tritt. Besitzloses Eigentum ist gewissermaßen ein der vollen Realität entbehrendes und daher auch (wegen der Möglichkeit des Verlustes infolge des gutgläubigen Erwerbes eines Dritten) in seinem Fortbestand gefährdetes Eigentum. Das ist bei Grundstücken heute insofern anders, als die Sinnfälligkeit des Eigentums hier bereits durch den Grundbucheintrag hergestellt wird. Deshalb genügt als Vollzugsakt hier die Eintragung. Bei beweglichen Sachen aber ist die Übergabe nach wie vor das gegebene Mittel, den Eigentumswechsel auch äußerlich sichtbar zu vollziehen. Richtig ist, daß das Verkehrsbedürfnis hieran nicht unter allen Umständen festzuhalten erlaubt und der Grundsatz daher auch im BGB von Ausnahmen (deren wichtigste das Besitzkonstitut, § 930, ist) durchbrochen ist.²¹ Die oft erörterten Bedenken gegen die Sicherungsübereignung legen aber doch die Frage nahe, ob das Gesetz in der Zulassung solcher Ausnahmen nicht eher zu weit gegangen ist. Jedenfalls scheint es mir nicht gerechtfertigt zu sein, aus dem Vorhandensein und der tatsächlichen Bedeutung solcher Ausnahmen den Schluß zu ziehen, der Grundsatz, daß bei der Übereignung beweglicher Sachen dem Besitzwechsel

¹⁹ Vgl. v. Caemmerer, *RebelsZ* 12, 690.

²⁰ Gegen die Berechtigung dieses Vertrauens wendet sich (rechtspolitisch) freilich *Hübner*, aaO S. 56 ff. Mit Recht hebt *Hübner* (S. 64) aber den Zusammenhang von Übergabegrundsatz und Erwerb des Nichtberechtigten in seiner heutigen Gestalt hervor.

²¹ Das betonen vor allem *Süss* und *Hübner*.

wenigstens in der Regel die Bedeutung des notwendigen Vollzugsaktes zukommt, sei ungerechtfertigt und ein „bloßer Atavismus des Sachenrechts“.²² Bei der Grundstücksübereignung wird ohnehin niemand auf die Eintragung als notwendigen Vollzugsakt verzichten wollen. Ich halte das reine Vertragsprinzip (das nicht nur auf einen besonderen dinglichen Vertrag, sondern grundsätzlich auch auf einen sichtbaren Vollzugsakt verzichtet) rechtspolitisch daher nicht für empfehlenswert.

Auf der anderen Seite lassen sich aber auch die nachteiligen Folgen des im BGB durchgeführten *Trennungsprinzips* nicht bestreiten. Einmal ist hier die Versagung des dinglichen Rechtsschutzes für den Verkäufer nach Vornahme des Übereignungsaktes im Falle der Nichtigkeit des Kaufvertrages zu nennen. Dem könnte freilich dadurch abgeholfen werden, daß an Stelle des geltenden Abstraktionsgrundsatzes die „rechtsgrundabhängige“ dingliche Einigung gesetzt würde. An dem Erfordernis des besonderen dinglichen Vertrages würde dann zwar festgehalten, dieser in seiner Rechtsgültigkeit aber kraft Gesetzes von der zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäftes abhängig gemacht werden. Im Falle der Nichtigkeit des Kaufvertrages würde dann also die zu seiner Erfüllung vorgenommene Übereignung ebenfalls nichtig sein. Doch muß man die Frage stellen, wozu es dann noch der Annahme eines vom Kaufvertrage unterschiedenen, besonderen dinglichen Vertrages bedarf, wenn dieser die ihm eigene dingliche Wirkung doch nur im Zusammenhang mit dem Grundgeschäft soll entfalten können. Mit Recht bemerkt *Dulkeit*²³ dazu, ein kausaler, d. h. rechtsgrundabhängiger dinglicher Vertrag würde nur „eine logisch ebenso überflüssige wie praktisch entbehrliche Verdoppelung der im Schuldvertrag bereits vollzogenen Willenseinigung darstellen“. Der Widersinn solcher Verdoppelung zeigt sich vornehmlich in der auch in dem System der rechtsgrundabhängigen dinglichen Einigung gegebenen Möglichkeit des nachträglich vom Verkäufer einseitig erklärten Eigentumsvorbehaltes. Der Verkäufer, der sich im Kaufvertrag zu unbedingter Übereignung verpflichtet hat, kann im Widerspruch hierzu immer noch durch die bei der Übergabe abgegebene Erklärung, nur bedingt übereignen zu wollen, den Eigentumsübergang hinausschieben. Schließlich: wenn man schon die Zerlegung des in der Mehrzahl der Fälle von den Beteiligten als einheitlich betrachteten Kaufvorganges in zwei verschiedene Rechtsgeschäfte als „lebensfremd“ und „gekünstelt“ ansieht, dann ist es die Zerlegung und gleichzeitige Wiederverzweigung durch das Mittel der „Rechtsgrundabhängigkeit“ des zweiten Vertrages erst recht.

Überdies ist der abstrakte dingliche Vertrag auch unter dem einstmals dafür angeführten Gesichtspunkt des *Verkehrsschutzes* heute durchaus entbehrlich.²⁴ Unter dem „Verkehrsschutz“ ist in diesem Zusammenhange zu verstehen, daß der Dritterwerber sich nur darauf zu stützen braucht, daß er selbst und sein Vormann durch einen gültigen dinglichen Übertragungsakt Eigentum erworben haben, daß es seinem Erwerb aber nicht schadet, wenn der Kaufvertrag oder das sonstige Verpflichtungsgeschäft, auf Grund dessen *sein Vormann* erworben hat, nichtig oder angefochten ist, weil der Vormann ja trotzdem durch den gültigen dinglichen Erwerbsakt Eigentümer geworden war. Dieser Gesichtspunkt war in der Tat von erheblicher Bedeutung unter dem Gemeinen Recht, das einen (sofortigen) Eigentumserwerb des Gutgläubigen auch vom Nichteigentümer nicht kannte. Nachdem dieser Erwerb aber im BGB (§§ 892, 932) anerkannt ist, wenn nur der Veräußerer durch seine Eintragung im Grundbuch oder seinen Besitz dem Erwerber gegenüber als legitimiert erscheint, ist dem Verkehrsschutzbedürfnis auf diese Weise Genüge getan, so daß es einer Loslösung des Eigentumserwerbes von dem zugrunde liegenden Vertrag aus diesem Grunde nicht mehr bedarf.

Man wird daher *rechtspolitisch* am ehesten einer Gestaltung den Vorzug geben müssen, die zwar an dem Erfordernis eines realen Vollzugsaktes (Übergabe oder Eintragung) festhält, nicht aber an der Zerlegung des rechtsgeschäftlichen Aktes in einen obligatorischen und einen besonderen dinglichen Vertrag. Bei einer solchen Gestaltung bedürfte es also im Falle des Kaufs *nur eines einzigen Vertrages*, des Kaufvertrages, der dann, mit Rücksicht auf seine sowohl obligatorische wie dinglichen Rechtsfolgen, anders als heute zugleich Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft wäre, beide (gedanklich auch dann zu unterscheidenden) Momente in sich vereinte.²⁵ Die Erklärung des Verkäufers müßte dann

²² So *Süss* aaO.

²³ *Dulkeit*, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte S. 32.

²⁴ Vgl. auch *Westermann*, Lehrb. d. Sachenrechts § 4 III.

²⁵ Die gedankliche Unterscheidung der obligatorischen und der dinglichen Rechtsfolgen des (einheitlichen) Vertrages würde es m. E. auch erlauben, nur die letzteren durch Parteeiabrede von einer

sinngemäß so interpretiert werden: Ich verpflichte mich, Dir das Eigentum zu verschaffen (Verpflichtungsmoment), und übertrage es Dir hiermit (Verfügungsmoment) – vorbehaltlich der Übergabe (oder Eintragung). Auf Grund des so verstandenen Kaufvertrages würde das Eigentum übergehen, jedoch regelmäßig erst dann, wenn der reale Vollzugsakt hinzuträte. Einer erneuten Willenseinigung bedürfte es in diesem Falle nicht; der erst bei der Übergabe erklärte Eigentumsvorbehalt wäre wirkungslos. Ohne gültigen Vertrag würde trotz der Übergabe oder Eintragung das Eigentum nicht übergehen; der Dritterwerber wäre trotzdem bei Gutgläubigkeit geschützt. Bis zur Übergabe oder Eintragung hätte der Käufer nur den Anspruch auf Verschaffung des Besitzes und des Eigentums; ob er Dritten gegenüber etwa schon durch ein „jus ad rem“ zu schützen wäre, bliebe zu überlegen.²⁶ Nicht für empfehlenswert halte ich den weiteren Vorschlag von *Brandt*, den Eigentumsübergang auch dann, wenn noch kein realer Vollzugsakt stattgefunden hat, mit der Zahlung des Kaufpreises eintreten zu lassen. Das wird zwar dem Gedanken des Austausches gerecht, widerspricht aber dem Kundbarkeitsprinzip und würde den Nachweis des Eigentums sehr erschweren.

Unabhängig von der rechtspolitischen Stellungnahme hat die Darstellung des geltenden Rechts von den Prinzipien auszugehen, die das BGB durchgeführt hat. Diese sind das *Trennungsprinzip*, und zwar in seiner folgerichtigen Durchführung und Vollendung durch den *Abstraktionsgrundsatz*, sowie die Verbindung des *dinglichen Vertrages* mit einem *Vollzugsakte*, dem Besitzwechsel oder der Eintragung. Für den Kaufvertrag ergibt sich hieraus, daß wir ihn im Sinne des BGB lediglich als Verpflichtungs-, nicht aber zugleich als Verfügungsgeschäft zu verstehen haben, mag man im Leben auch oft beides darunter verstehen. Die Eigentumslage läßt er also noch unberührt. Dies gilt auch für den Hand- oder Barkauf. Die Rechtsfolgen des Kaufvertrages sind auch in diesem Fall allein schuldrechtlicher Natur; der Eigentumsübergang erfordert einen dinglichen Vertrag, den man hier in der sofortigen Übergabe als einer „schlüssigen Handlung“²⁷ erblicken kann. Das durch den Kaufvertrag begründete Rechtsverhältnis – das „Kaufverhältnis“ – ist ein Schuldverhältnis, das als solches mit der vollständigen Erfüllung der beiderseitigen Leistungspflichten sein Ende findet. Wie früher (Bd. I § 2 V a. E.) dargelegt, behält ein Schuldverhältnis jedoch auch nach der Erfüllung rechtliche Bedeutung als „Rechtsg. und“ der geschehenen Leistungen im Sinne des Bereicherungsrechts (§ 812). Überträgt der Kaufvertrag also dem Käufer auch noch nicht das Eigentum an der Kaufsache, so sichert er ihn doch vor einer Rückforderung (wegen „ungerechtfertigter Bereicherung“), wenn der Verkäufer dem Käufer (durch die Vornahme des sachenrechtlich erforderlichen Übertragungsaktes)

Bedingung abhängig zu machen, also die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts im Kaufvertrage. A. A. *Weitnauer* in Festschr. f. K. *Larenz* zum 80. Geburtstag, 1983, S. 708f. Er hält die Trennung des schuldrechtlichen und des dinglichen Vertrages für „denknotwendig“, weil im Falle des Eigentumsvorbehalts nur das letztere bedingt geschlossen würde. Nimmt man aber einmal einen Vertrag an, der ein schuldrechtliches und ein dingliches Element in sich vereint, dann halte ich auch eine Bedingung für denkbar, die sich nur auf das letztere bezieht.

²⁶ Für ein jus ad rem vor allem *Brandt* aaO; dagegen *Wieacker*, DRWiss. 6, 166, da es dem Kundbarkeitsprinzip widerspreche. Scharf ablehnend (vom Standpunkt der geltenden Dogmatik) *Dubischar*, aaO.

²⁷ Zu diesem Begriff vgl. Allg. Teil § 19 IV b (S. 347f.).

das Eigentum verschafft und dadurch seine Leistungspflicht aus dem Kaufvertrage erfüllt hat.

§ 40. Die Leistungspflicht des Verkäufers beim Sachkauf

Literatur: Grossmann-Doerth, Das Recht des Überseekaufs, I, 1930; Grunewald, Die Grenzziehung zwischen der Rechts- und der Sachmängelhaftung beim Kauf, 1980; Rabel, Die Haftung des Verkäufers wegen Mängeln im Recht, 1902. Weiteres Schrifttum bei § 41.

I. Der Inhalt der Leistungspflicht

a) **Die Pflicht zur Besitzverschaffung.** Der Verkäufer einer Sache ist nach § 433 Abs. 1 Satz 1 zu einem Doppelten verpflichtet. Er ist dem Käufer dazu verpflichtet, ihm die Sache zu übergeben und ihm das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Unter „*Übergabe*“ ist dabei grundsätzlich die Verschaffung des *unmittelbaren* Besitzes durch Einräumung der **tatsächlichen Sachherrschaft** (vgl. § 854 Abs. 1), also die körperliche Übergabe der Sache, zu verstehen. Unter den Voraussetzungen des § 854 Abs. 2 genügt die *Einigung* über den Besitzübergang. Die Übergabe eines sog. *Traditionspapiers* (Orderlagerschein § 424 HGB, Ladeschein § 450 HGB, Konossement § 647 HGB) steht unter gewissen Voraussetzungen der Übergabe der Ware gleich.¹

Die Verpflichtung zur Übergabe *entfällt*, wenn der Käufer bereits im Besitz der Sache ist. Das Eigentum wird in diesem Fall, sofern es sich um eine bewegliche Sache handelt, durch einfache Einigung über den Eigentumsübergang übertragen (sog. „*brevi manu traditio*“, § 929 Satz 2). Die Verpflichtung zur Verschaffung des *unmittelbaren* Besitzes kann ferner dadurch entfallen, daß sich die Parteien des Kaufvertrages darüber einig sind, daß die zur Übertragung des Eigentums erforderliche Übergabe durch die Begründung eines Besitzmittlungsverhältnisses unter ihnen (§ 930, „*Besitzkonstitut*“) oder durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 931)² ersetzt werden soll, und daß die Verpflichtungen des Verkäufers bereits mit der Verschaffung des Eigentums erfüllt sein sollen.

Die Pflicht zur Besitzverschaffung ist erst dann erfüllt, wenn der Käufer den Besitz *tatsächlich erlangt hat* und damit der vom Verkäufer geschuldete Erfolg eingetreten ist; also nicht schon dann, wenn dieser die Ware abgesandt hat, mag die von ihm geschuldete Tätigkeit, wie beim „*Versendungskauf*“, damit auch abgeschlossen sein.³ Die Übergabe als solche ist *Realakt*, nicht (wie die sie regel-

¹ Sind aber mehrere Exemplare der Urkunde ausgestellt, so hat der Verkäufer erst dann erfüllt, wenn er dem Käufer alle Exemplare ausgehändigt hat; so RGZ 98, 166.

² Die Abtretung des Herausgabeanspruchs muß unbedingt erfolgt sein; RG, JW 27, 667.

³ RG, HRR 32, 102.

mäßig begleitende Einigung über den Eigentumsübergang) Rechtsgeschäft; sie erfordert daher keine Geschäftsfähigkeit, kann nicht angefochten werden.⁴ Die einmal begründete tatsächliche Sachherrschaft kann daher auch nur durch einen tatsächlichen Vorgang (wie Rückgabe oder Verlust der Sache) wieder beendet werden. Die Übergabe kann aber zugleich derjenige Akt sein, durch den der Verkäufer gegenüber dem Käufer seinen Willen, diesem das Eigentum zu verschaffen, in schlüssiger Weise, „konkludent“, zum Ausdruck bringt; insoweit stellt sie dann zugleich eine Willenserklärung dar.

Hat der Verkäufer die Sache dem Käufer zum Zwecke der Erfüllung des Kaufvertrages übergeben, so ist der Käufer nunmehr auf Grund des Kaufvertrages *dem Verkäufer gegenüber* – also „relativ“ – zum Besitz berechtigt. Der Käufer kann dieses **Recht zum Besitz** auch dann, wenn der Verkäufer noch Eigentümer geblieben ist, dessen Herausgabeanspruch (§ 985) entgegensetzen (§ 986 Abs. 1 Satz 1). Er braucht daher das ihm rechtsgültig verkaufte und übergebene, aber nicht aufgelassene Grundstück dem noch als Eigentümer eingetragenen Verkäufer oder dessen Erben selbst dann nicht herauszugeben, wenn sein Anspruch aus dem Kaufvertrag auf die Auflassung inzwischen verjährt sein sollte.⁵ Denn das Recht zum Besitz unterliegt der Verjährung (§ 194 Abs. 1) nicht, da es kein „Anspruch“, sondern seiner Struktur nach ein Herrschaftsrecht – wenn auch kein „Sachenrecht“ im technischen Sinne – ist. Es darf weder mit dem Recht auf Besitzverschaffung – also der aus dem Kaufvertrage zunächst entspringenden Forderung – noch mit dem Besitz als tatsächlicher und rechtlich (gemäß den §§ 858 ff.) geschützter Sachherrschaft – dem Besitz als „Rechtslage“ – verwechselt werden. Es ist vielmehr ein bald jedermann gegenüber wirksames („absolutes“) – so das des Eigentümers, Nießbrauchers, Pfandgläubigers – bald nur einer bestimmten Person gegenüber wirksames („relatives“) – so das des Käufers, Mieters, Pächters, Entleihers – Recht zur Innehabung und zum Behaltenkönnen, dessen Funktion vornehmlich im Ausschluß des Herausgabeanspruchs des Eigentümers (§ 986) besteht. „Relative“ Rechte zum Besitz wie das des Käufers gründen in einem nur unter bestimmten Personen bestehenden Rechtsverhältnis, wie dem Kaufverhältnis oder dem Mietverhältnis. Sie bedeuten rechtsdogmatisch die sachenrechtliche Auswirkung eines Schuldverhältnisses.⁶ Nächst dem

⁴ Str.: wie hier *Westermann*, Lehrb. d. Sachenrechts § 13 II 2; *Baur*, Sachenrecht § 7 B II 2b; *Soergel/Ballerstedt* 56, *Staudinger/Köhler* 37 zu § 433.

⁵ Vgl. RGZ 138, 296; BGHZ 90, 269. Der BGH läßt das Recht zum Besitz des Käufers analog § 419 Abs. 1, ebenso wie den inzwischen verjährten Anspruch aus dem Kaufvertrag auf die Übereignung des Grundstücks, auch demjenigen gegenüber wirksam sein, der (im Wege vorweggenommener Erbfolge) nahezu das gesamte Vermögen des Verkäufers mit Einschluß des Eigentums an dem Grundstück übernommen hat und nun dessen Herausgabe von dem besitzenden Käufer verlangt.

⁶ Man wird davon ausgehen müssen, daß die Sachherrschaft, die die Rechtsordnung grundsätzlich dem Eigentümer zuweist, aufgrund eines diesem gegenüber wirksamen „relativen“ Rechts zum Besitz im Verhältnis *des Eigentümers gerade zu dem Besitzberechtigten* dem letzteren zugeordnet ist, so

Anspruch auf Rückübereignung wegen „Rechtsgrundlosigkeit“ des Erwerbes (§ 812) stellt das „Recht zum Besitz“, soweit es auf einem Verhältnis nur schuldrechtlicher Art beruht, die zweite bedeutsame Nahtstelle zwischen dem Schuld- und dem Sachenrecht dar.

Das Interesse des Käufers an der Erlangung des Besitzes ergibt sich vornehmlich daraus, daß ihm dadurch der Gebrauch und die sonstige Nutzung der Sache ermöglicht werden, um die es besonders dem Käufer von Gebrauchswaren in erster Linie zu tun sein wird. So macht es dem Käufer, der eine Sache auf Abzahlung erwirbt, gemeinhin wenig aus, wenn das Eigentum an der Sache erst mit der Zahlung der letzten Rate auf ihn übergeht, sofern er nur sogleich in den Besitz und damit in den praktischen Genuß der Sache kommt. Der Käufer hat aber, sobald er den Besitz an der Kaufsache erlangt hat, nicht nur die tatsächliche Gebrauchsmöglichkeit, er wird sich nunmehr auch dem Verkäufer gegenüber dazu *berechtigt* halten, die Sache zu gebrauchen und in sonstiger Weise – z. B. durch die Gewinnung von Früchten – zu nutzen. Mit Recht bestimmt daher das Gesetz, daß dem Käufer die **Nutzungen** der Sache⁷ „von der Übergabe an gebühren“ (§ 446 Abs. 1 Satz 2). Der Käufer braucht also für die Nutzung der ihm auf Grund des Kaufvertrages übergebenen Sache, auch solange er das Eigentum noch nicht erworben hat, keine Vergütung zu zahlen; er kann anderseits von dem Verkäufer keine Entschädigung oder Vergütung für solche Nutzungen verlangen, die dieser noch nach dem Abschluß des Kaufvertrages, aber vor der Übergabe erlangt hat, soweit sich nicht aus § 101 oder aus der getroffenen Vereinbarung etwas anderes ergibt. Bei *Grundstücken* gebühren die Nutzungen jedoch dem Käufer schon vom Zeitpunkt seiner *Eintragung im Grundbuch* an, falls diese *vor* der Übergabe erfolgt (§ 446 Abs. 2). Von dem Zeitpunkt an, von dem ihm die Nutzungen gebühren, hat der Käufer anderseits die **Lasten** der Sache (z. B. Real-lasten, öffentliche Abgaben) zu tragen.

Die *Kosten* der Übergabe, insbesondere die des Messens und Wägens, fallen dem Verkäufer zur Last (§ 448). Nicht darunter fallen jedoch die Kosten der Abnahme und die Versandkosten nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort.

daß also *ihm gegenüber* der Herausgabeanspruch des Eigentümers versagt. Schuldverträge, durch die dem einen Teil – in Verbindung mit der Übergabe – ein relatives Recht zum Besitz eingeräumt wird, enthalten außer der Verpflichtungswirkung auch ein Verfügungselement, eine Zuordnung. Vgl. dazu näher *Diederichsen*, *Das Recht zum Besitz* aus Schuldverhältnissen, 1965.

⁷ Nicht zu den „Nutzungen“ einer Sache (§ 100) gehört die Vermehrung ihrer Substanz, etwa des Umfangs eines Grundstücks durch ein Naturereignis wie die Anschwemmung von Land. Tritt sie nach Kaufabschluß, aber vor der Übergabe der Kaufsache ein, so hat der Verkäufer die Sache zu liefern, so wie sie jetzt ist – vgl. dazu auch unten § 41 II c –; die Frage ist, ob er mit Rücksicht auf die eingetretene Werterhöhung jetzt eine analog § 472 zu berechnende Preiserhöhung verlangen kann. Dafür, mit beachtlichen Gründen, *Knüttel*, *Festschr. f. Hübner*, 1984, S. 551. Auf die Eigentümerhälfte am Schatzfund (§ 984) hat der Käufer m. E. jedoch keinen Anspruch, solange er nicht (wenigstens bedingtes) Eigentum erworben hat; anders *Knüttel* aaO.

b) **Die Pflicht zur Rechtsverschaffung.** Der Verkäufer einer Sache ist zweitens dazu verpflichtet, dem Käufer das *Eigentum an der Sache* zu verschaffen (§ 433 Abs. 1 Satz 1). Er hat daher die zur Eigentumsübertragung erforderlichen Handlungen vorzunehmen, also bei einer beweglichen Sache, sie mit dem (mindestens „stillschweigend“) erklärten Willen, Eigentum zu übertragen, zu übergeben oder die in §§ 929 Satz 2, 930, 931 vorgesehenen Abmachungen mit dem Käufer zu treffen, bei einem Grundstück, es aufzulassen und die zur Eintragung des Käufers im Grundbuch erforderlichen Erklärungen abzugeben. Der Eintragung entgegenstehende Hindernisse hat er, soweit das in seiner Macht steht, zu beseitigen, z. B., falls dazu zunächst seine eigene Eintragung erforderlich ist, diese zu veranlassen.⁸ Für den durch ihn herbeizuführenden Erfolg, den Eigentumserwerb, hat er dem Käufer in der unten (IIb) näher darzulegenden Weise einzustehen.

Der Verkäufer hat dem Käufer **unbelastetes Eigentum** zu verschaffen. Er ist verpflichtet, ihm „den verkauften Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können“ (§ 434). Hierhin gehören einmal *dingliche* Rechte Dritter (auch des Verkäufers selbst),⁹ die das Eigentum beschränken, wie z. B. Reallasten, Dienstbarkeiten, Pfandrechte, Grundschulden. Es gehören aber auch solche *obligatorischen* Rechte Dritter gegen den Verkäufer hierher, die diesen dazu verpflichten, dem Dritten den Gebrauch oder die Nutzung der Sache zu gewähren oder selbst einen bestimmten Gebrauch zu unterlassen, sofern diese Rechte auf Grund besonderer gesetzlicher Vorschriften (vgl. für die Grundstücksmitte und -pacht die §§ 571 Abs. 1, 581 Abs. 2; ferner § 986 Abs. 2 und § 25 HGB) auch gegen den Käufer geltend gemacht werden können.¹⁰ Der Verkäufer hat derartige Rechte Dritter zu *beseitigen*, sei es, daß er von einem ihm zustehenden Kündigungsrecht Gebrauch macht, den Dritten irgendwie abfindet oder ihn sonst dazu bringt, sein Recht aufzugeben. Eine Einschränkung dieser Pflicht ergibt sich aus § 439. Sie entfällt danach, wenn der Käufer das Recht des Dritten (das Gesetz sagt: den Mangel im Recht des Verkäufers) *bei dem Abschluß des Kaufvertrages kennt*, dennoch aber seine Beseitigung nicht vereinbart. Das gilt jedoch gemäß Absatz 2 nicht für Pfandrechte, Grundpfandrechte und Schiffshypotheken. Sie hat der Verkäufer auch dann zu beseitigen, wenn der Käufer sie kennt, sofern dieser sie nicht im Kaufvertrage übernommen hat. Die Verpflichtung bezieht sich ferner nicht auf die Freiheit eines verkauften Grundstücks¹¹ von öffentlichen Abgaben (z. B. Grundsteuern, Kana-

⁸ RGZ 118, 102; RG, JW 31, 2628.

⁹ H. L., vgl. *Enn/L.* § 106 I 2; *Leonhard* B 32; *Erman/Weitnauer* 1 zu § 434 aE.

¹⁰ Vgl. RGZ 88, 103 (zum Verkauf eines Handelsgeschäfts).

¹¹ Ein Teil der Lehre nimmt mit Recht entsprechende Anwendung auf bewegliche Sachen an, soweit diese, wie Kraftfahrzeuge oder Hunde, einer Steuer unterliegen; so *Leonhard* B 34; *Heck* 264; *Oertmann* 4 zu § 436; anders RGZ 105, 290, *Soergel/Ballerstedt* 1, *Palandt/Putzo* 1b zu § 436. Nach

lisationsgebühren) und anderen öffentlichen Lasten, die zur Eintragung in das Grundbuch ungeeignet sind (§ 436; vgl. dazu unten unter IIb).

Eine Erweiterung der Pflicht, dem Käufer unbelastetes Eigentum zu verschaffen, ergibt sich aus § 435. Hat der Verkäufer eines Grundstücks dem Käufer zwar lastenfreies Eigentum verschafft, ist aber im Grundbuch fälschlich ein nicht oder nicht mehr bestehendes Recht für einen Dritten eingetragen, das im Falle seines Bestehens gegen den Käufer geltend gemacht werden könnte, so ist der Käufer gefährdet, weil der zu Unrecht Eingetragene durch eine Verfügung zugunsten eines Gutgläubigen (§ 892) das Recht zur Entstehung bringen könnte. Das Gesetz verpflichtet den Verkäufer deshalb, auf seine Kosten die Löschung des Rechts herbeizuführen, also für eine Berichtigung des Grundbuchs zu sorgen.

c) **Nebenpflichten.** Außer der Hauptpflicht, Besitz und Eigentum zu verschaffen, können den Verkäufer eine Reihe von Nebenpflichten treffen, deren Verletzung Schadensersatzansprüche des Käufers wegen sog. „positiver Vertragsverletzung“ nach sich ziehen kann. So ist der Verkäufer dazu verpflichtet, dem Käufer „über die den verkauften Gegenstand betreffenden rechtlichen Verhältnisse“, bei einem Grundstück insbesondere über seine Grenzen und die mit dem Eigentum verbundenen Rechte und Lasten, Auskunft zu erteilen und „ihm die zum Beweise des Rechts dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitz befinden, auszuliefern“ (§ 444). Weitere Pflichten, wie etwa die Pflicht, die Sache bis zur Übergabe aufzubewahren und vor Schaden zu schützen, sie ordnungsgemäß zu verpacken und abzusenden, können sich aus dem ausdrücklich oder sinngemäß vereinbarten Vertragsinhalt, ergänzender Verkehrssitte (§ 157) und aus dem Grundsatz von „Treu und Glauben“ (§ 242) ergeben. Den Verkäufer können aus denselben Rechtsgründen *Schutzpflichten* treffen. So hat er, wenigstens dann, wenn er zugleich Hersteller ist, den Käufer über mögliche gesundheitsschädliche Nebenwirkungen des von ihm vertriebenen Präparats aufzuklären.¹² Weitergehend hat der BGH angenommen,¹³ daß der Verkäufer einer Baumaschine dazu verpflichtet sei, den Käufer über die Behandlung und die erforderliche Wartung der Maschine zu unterrichten. Dies allerdings in einem Fall, in dem die verkaufte Maschine, um Störungen zu vermeiden, besonderer, nicht bei allen derartigen Maschinen notwendiger Wartungsmaßnahmen bedurfte. Bediente er sich zur Erfüllung dieser Nebenpflicht einer vom Hersteller verfaßten, aber mangelhaften Bedienungsanleitung, so sei der Hersteller insoweit als sein Erfüllungsgehilfe anzusehen, sodaß er dessen Nachlässigkeit wie eigenes Verschulden zu vertreten habe (§ 278).

Staudinger/Köhler 1 zu § 436 aE ist § 436 hier zwar unanwendbar, doch sei die Übernahme der Steuerlast durch den Käufer als vereinbart anzusehen.

¹² BGHZ 64, 46, 49.

¹³ BGHZ 47, 312 = JZ 68, 228 mit Anm. von Diederichsen.

Grundsätzlich kann man zwar den Verkäufer nicht für verpflichtet erachten, den Käufer über alle Verwendungsmöglichkeiten der Sache, deren sachgemäße Aufbewahrung und Behandlung, aufzuklären. Jedoch kann sich eine solche Pflicht, so auch der BGH,¹⁴ besonders dann ergeben, wenn der Verkäufer von dem nicht fachkundigen Käufer als Fachmann und Berater angesehen wird, dem er als solchem ein besonderes Vertrauen entgegenbringt. Die Pflicht besteht vor allem dann, wenn der Verkäufer erkennt, daß dem Käufer, wenn er ihn nicht unterrichtet, aus dem Umgang mit der Sache ein Schaden an seinen sonstigen Rechtsgütern droht.¹⁵ Auch wenn der Verkäufer zur Aufklärung oder Beratung nicht verpflichtet ist, sie aber trotzdem, aus eigenem Antrieb oder auf den Wunsch des Käufers, erteilt, ist er verpflichtet, sie sorgfältig zu erteilen. Diese Pflicht zur Sorgfalt trifft ihn auch schon im Stadium der Vertragsverhandlung (vgl. dazu unten § 56 VI). Aus ihrer Verletzung kann sich, je nachdem, wann sie erfolgt, ein Schadensersatzanspruch aus Verschulden beim Vertragsschluß oder aus positiver Vertragsverletzung ergeben.

II. Die Nichterfüllung der Leistungspflicht

a) **Die Folgen der Nichterfüllung im allgemeinen.** Kommt der Verkäufer seiner Leistungspflicht nicht oder nicht rechtzeitig nach, so sind grundsätzlich die *allgemeinen Vorschriften über Leistungshindernisse und Pflichtverletzungen* (§§ 275 ff.), insbesondere bei gegenseitigen Verträgen (§§ 320 ff.), anzuwenden. Dies würde auch dann gelten, wenn es das Gesetz in § 440 Abs. 1 nicht noch einmal ausdrücklich gesagt hätte; die besondere Bedeutung des § 440, die auf dem Gebiet der Haftung für Rechtsmängel liegt, lassen wir dabei zunächst außer Betracht.

Der Verkäufer hat hiernach für nachträgliche Unmöglichkeit, Unvermögen und Verzögerung der Leistung nicht einzustehen, wenn er sie nicht im Sinne der §§ 276 bis 278 zu vertreten hat. Geht also die verkaufte, aber noch nicht übergebene Sache *durch einen Zufall* (z. B. Brand oder Überschwemmung) unter, so daß der Verkäufer sie nun nicht mehr liefern kann, so wird er nach § 275 von seiner Leistungspflicht frei, unbeschadet des Rechts des Käufers, das „stellvertretende commodum“ (z. B. die Versicherungssumme) zu verlangen (§ 281). Freilich verliert er, soweit er befreit wird, gemäß § 323 auch seinen Anspruch auf den Kaufpreis. Hat der Verkäufer dagegen *die Unmöglichkeit oder sein Unvermögen zu vertreten* – so, wenn die Sache durch Fahrlässigkeit des Verkäufers oder seines

¹⁴ BGH, NJW 58, 866; JZ 84, 36 mit weiteren Nachweisen. Zur Untersuchungspflicht des Kraftfahrzeughändlers im Gebrauchtwagenhandel unten § 41 Id Nr. 1.

¹⁵ Vgl. MünchKomm/Westermann 61, Erman/Weitnauer 37, Palandt/Putzo 4b, Staudinger/Köhler 53 d zu § 433.

Gehilfen (§ 278) zerstört wird oder der Verkäufer sie nach Kaufabschluß an einen Dritten übereignet –, so stehen dem Käufer die Rechte aus § 325 zu. *Verzögert* der Verkäufer die Leistung, so hat der Käufer gegenüber dem Kaufpreisanspruch zunächst einmal die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320), falls er nicht vorzuleisten versprochen hatte. Er hat seinerseits gegen den Verkäufer den Erfüllungsanspruch und kann neben der Erfüllung Ersatz seines Verzugschadens (§ 286) verlangen, sofern der Verkäufer im Verzuge (§§ 284, 285) ist. Darüber hinaus hat er im Verzugsfall die Rechte aus § 326, kann also zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn er eine Nachfrist gesetzt hat und diese abgelaufen ist oder wenn die Erfüllung für ihn infolge des Verzuges kein Interesse mehr hat. Bei einem „*Fixgeschäft*“ (Bd. I § 21 Ia) hat der Käufer im Zweifel ein Rücktrittsrecht, wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit erfolgt, auch ohne daß beim Verkäufer die Voraussetzungen des Verzuges vorzuliegen brauchten (§ 361). Weitergehend gibt das HGB bei einem Fixkauf, der Handelsgeschäft ist, dem Käufer im Falle nicht rechtzeitiger Leistung stets das Rücktrittsrecht und im Verzugsfall auch das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, ohne daß es einer Fristsetzung oder des Nachweises fehlenden Interesses bedürfte (§ 376 Abs. 1 HGB). Das Recht auf Erfüllung dagegen erlischt, wenn der Käufer nicht sofort nach dem Ablauf der Zeit dem Verkäufer mitteilt, daß er auf der Erfüllung bestehe.

Eine besondere Regelung trifft das Gesetz für den Fall, daß der Käufer trotz Vornahme der zur Übereignung erforderlichen Handlungen durch den Verkäufer (also Übergabe oder Auflassung und Eintragung) kein Eigentum oder doch kein lastenfrees Eigentum erhält, weil ihm der Verkäufer dieses mangels eigener Berechtigung nicht zu verschaffen vermag. Der Verkäufer haftet dann wegen eines „*Rechtsmangels*“.

b) **Die Haftung wegen Rechtsmangels.** Ein „*Rechtsmangel*“ liegt dann vor, wenn der Käufer infolge mangelnder Berechtigung des Verkäufers *weniger an Recht erhält, als ihm der Verkäufer nach dem Kaufvertrage, insbesondere nach den §§ 433, 434, 436, zu verschaffen verpflichtet ist.* Hierher gehören vor allem folgende Fälle (vgl. oben Ib):

1. Der Verkäufer vermag dem Käufer *das Eigentum* nicht zu verschaffen, weil er selbst nicht Eigentümer ist und die Sache auch nicht vom Eigentümer erwerben kann.

2. Der Verkäufer vermag kein *lastenfrees Eigentum* zu verschaffen, weil die Sache mit dem dinglichen Rechte eines Dritten belastet ist, das der Verkäufer nicht – wozu ihn § 434 ausdrücklich verpflichtet – beseitigen kann.

3. Der Verkäufer vermag dem Käufer nicht die *ungestörte Ausübung der Eigentumsbefugnisse* zu verschaffen, weil ein Dritter mit Bezug auf die Sache ein obliga-

torisches Nutzungs- oder Verbotungsrecht hat, das gegen den Käufer geltend gemacht werden kann.

Der „Rechtsmangel“ ist also, was nicht immer deutlich gesehen wird, *kein Mangel des Kaufgegenstandes*, sondern, wie das Gesetz (in § 439) sagt, ein „Mangel im Recht“, das der Verkäufer dem Käufer verschafft hat, ein Mangel, der sich dahin auswirkt, daß der Käufer weniger an Recht – nämlich kein Eigentum oder kein lastenfreies Eigentum – erhält, als ihm nach dem Kaufvertrag gebührt.

Gemäß der ausdrücklichen Vorschrift des § 436 haftet der Verkäufer nicht für die Freiheit eines Grundstücks von solchen öffentlichen Abgaben und öffentlichen Lasten, die „zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet sind“ (oben unter 1b). Derartige öffentliche Abgabepflichten oder Grundstückslasten¹⁶ begründen daher keinen Rechtsmangel. Der Grund liegt darin, daß sie kein Privater beseitigen kann und daß andererseits der Käufer mit dem Bestehen solcher Abgabepflichten und Lasten, die alle Eigentümer gleichmäßig treffen, rechnen muß. Dieser Grund trifft auch zu für alle auf Gesetz beruhenden Eigentumsbeschränkungen, wie etwa die des „Nachbarrechts“, ferner für Bau- oder sonstige Nutzungsbeschränkungen, die auf Gesetz, Ortssatzung oder allgemeiner Polizeiverordnung beruhen, sofern sie alle Grundstücke in einem bestimmten Gebiet gleichmäßig treffen. Indessen behandelt die Rechtsprechung die sich aus einer öffentlichrechtlichen Baubeschränkung eines Grundstücks ergebende faktische *Unbebaubarkeit* desselben als einen *Sachmangel*, wenn das Grundstück als Bauland verkauft worden ist.¹⁷ Als Sach-, nicht als Rechtsmangel sieht der BGH auch den vom Käufer gemäß § 912 zu duldenen Überbau auf dem Kaufgrundstück an.¹⁸ Anders steht es aber mit einer gesetzlich begründeten Befugnis zur Beschlagnahme oder Einziehung gerade eines bestimmten Gegenstandes. Solche, wenn auch im öffentlichen Recht begründeten, Befugnisse können einen Rechtsmangel darstellen,¹⁹ weil der Käufer mit ihnen nicht zu rechnen braucht. Als einen Rechtsmangel hat es der BGH ferner angesehen, daß ein Teil des verkauften Grundstücks aufgrund des örtlichen Bebauungsplans an die Gemeinde als Straßenland zu veräußern war.²⁰ Der Verkäufer hätte dem Käufer daher insoweit nur ein Eigentum ohne Rechtsbestand verschaffen können. Da der Verkäufer zur Verschaffung eines „beständigen“ Eigentums von Anfang an nicht in der Lage war, ließ ihn der BGH wegen anfänglichen Unvermögens über § 440 auch ohne Verschulden auf Schadensersatz haften. Einen Rechtsmangel hat der BGH auch darin gesehen, daß die gekaufte Eigentumswohnung deshalb, weil sie mit Hilfe eines öffentlichen Baudarlebens erbaut worden, vom Käufer nur mit staatlicher Genehmigung bewohnt werden durfte.²¹ Ein Sachmangel liege nicht²² vor, weil der Mangel seinen Grund nicht in der Beschaffenheit der Sache habe. Die Verkürzung der Gebrauchsmöglichkeit sei daher als ein Rechtsmangel anzusehen. Hier wird zweifelhaft, worin der Unterschied zu den Fällen der öffentlichrechtlichen Baubeschränkungen besteht, in denen die Rechtsprechung einen Sachmangel annimmt. Daß sich diese im Verkehr anhand der Beschaffenheit oder der Lage des Grundstücks erkennen ließen, trifft m. E. nicht zu. Allenfalls ließe sich anführen, daß sich der Käufer über solche Beschränkungen leichter orientieren könne – daher die kurze Verjährungsfrist des § 477 hier angebracht sei – als im Falle des gegebenen öffentlichen Baudarlebens. Es bleiben jedoch Zweifel.

¹⁶ Zur Abgrenzung von solchen öffentlichen Lasten, die nicht gerade nur mit dem Grundstück zusammenhängen, vgl. RGZ 127, 130.

¹⁷ So RGZ 131, 348; BGH, BB 69, 422; auch BGHZ 90, 198, 203; vgl. dazu *Grunewald* aaO. S. 48 ff.; *Staudinger/Köhler* 10, *MünchKomm/Westermann* 4 u. 8 zu § 434, *Staudinger/Honsell* 38, *Erman/Weitnauer* 13 vor § 459; *Esser/Weyers* § 5 II 1 c; *Reinicke/Tiedtke* (vor § 39) S. 70 f.

¹⁸ BGH, NJW 81, 1362. Dagegen *Leonhard* B 31; *Flume*, *Eigenschaftsirrtum und Kauf* S. 167.

¹⁹ Vgl. RGZ 105, 275 und 111, 88; *Staudinger/Köhler* 11, *MünchKomm/Westermann* 8 zu § 434.

²⁰ BGH, NJW 83, 274. Vgl. auch RGZ 105, 390.

²¹ BGHZ 67, 134; ebenso BGH, WM 84, 214.

²² Vgl. dazu *Koller*, JuS 84, 106. Vgl. ferner BGH, JZ 84, 842 m. Anm. von *Vollkommer/Teske* S. 846.

Die Bedeutung der Haftung für Rechtsmängel wird dadurch erheblich eingeschränkt, daß der Käufer nach den Bestimmungen des BGB über den „gutgläubigen Erwerb“ in vielen Fällen trotz fehlender Berechtigung des Verkäufers Eigentum und sogar lastenfreies Eigentum erwirbt. Das Gesetz unterscheidet zwischen beweglichen Sachen und Grundstücken. Der Käufer einer beweglichen Sache, dem die Sache vom Verkäufer gemäß § 929 übergeben wird, erwirbt an ihr das Eigentum, auch wenn sie dem Verkäufer nicht gehört, sofern er nur im „guten Glauben“ ist, d. h. nicht weiß, daß die Sache nicht dem Verkäufer gehört und diese seine Unkenntnis auch nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht (§ 932). Dies gilt freilich, von Ausnahmen abgesehen, für solche Sachen nicht, die dem Eigentümer „gestohlen worden, verlorengegangen oder sonst abhandengekommen sind“ (§ 935). Auch dingliche Rechte Dritter an der Kaufsache erlöschen mit dem Erwerbe des Eigentums durch den Käufer, sofern dieser „in Ansehung des Rechts“ im guten Glauben ist (§ 936). Der Käufer eines Grundstücks erwirbt durch Auflassung und Eintragung (§§ 873, 925) das Eigentum auch dann, wenn das Grundstück dem Veräußerer nicht gehört, sofern dieser als Eigentümer im Grundbuch eingetragen und die Unrichtigkeit des Grundbuchs dem Käufer nicht bekannt ist (§ 892). Damit erlöschen auch im Grundbuch nicht eingetragene Rechte Dritter, deren Bestehen dem Käufer nicht bekannt ist. Die Haftung wegen Rechtsmangels kommt danach, außer bei gestohlenen oder sonst abhandengekommenen Sachen, vor allem dann in Betracht, wenn der Käufer den Mangel der Berechtigung des Verkäufers zwar erst nach dem Kaufabschluß, aber vor dem nach den §§ 932, 936, 892 Abs. 2 für den „gutgläubigen“ Erwerb maßgebenden Zeitpunkt erfährt. (Wenn dagegen der Käufer den Mangel der Berechtigung schon im Augenblick des Kaufabschlusses kannte, dann hat der Verkäufer ihn im Regelfall nicht zu vertreten – § 439). Bei beweglichen Sachen kann die Haftung für Rechtsmängel weiter dann Platz greifen, wenn der Käufer deshalb kein Eigentum erwirbt, weil seine Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruht; bei Grundstücken, wenn das Recht des Dritten eingetragen ist.

Liegt ein Rechtsmangel vor und ist die Haftung des Verkäufers nicht etwa nach § 439 ausgeschlossen, weil der Käufer den Mangel bei dem Abschluß des Vertrages gekannt hat, so hat der Käufer zunächst den *Erfüllungsanspruch*. Er kann ja vom Verkäufer Eigentum, und zwar lastenfreies Eigentum im Sinne des § 434, verlangen. Erfüllt aber der Verkäufer seine Verpflichtung nicht, vermag er den Rechtsmangel etwa nicht zu beseitigen oder kommt er mit der Beseitigung in Verzug, so bestimmen sich die Rechte des Käufers grundsätzlich wiederum nach den *allgemeinen Vorschriften über die Nichterfüllung gegenseitiger Verträge*, d. h. nach den §§ 320 bis 327 (§ 440 Abs. 1). Das BGB sieht also in dem Vorliegen eines Rechtsmangels einen Fall der *Nichterfüllung der Leistungspflicht des Verkäufers*, nämlich seiner Rechtsverschaffungspflicht.

Mit dieser Betrachtungsweise ist das BGB bewußt²³ von einer Auffassung abgewichen, die dem römischen Recht zugrunde lag, im Gemeinen Recht lange vorherrschend war und in vielen anderen Rechtsordnungen, z. B. der französischen, auch heute noch die Regelung bestimmt. Nach dieser, vom BGB aufgegebenen Auffassung war der Verkäufer wohl dazu verpflichtet, die zur Übereignung erforderlichen *Handlungen* vorzunehmen, er schuldete aber nicht den *Erfolg*. Er hatte dem Käufer jedoch dafür Gewähr zu leisten, daß diesem der einmal erlangte Besitz und Genuß der Sache nicht wieder dadurch entzogen wurde, daß ein Dritter auf Grund seines besseren Rechts die Herausgabe der Sache erzwang. Er schuldete dem Käufer also nicht so sehr die formale Rechtsstellung, das Eigentum, als die Erhaltung ungestörten Besitzes und Genusses der Sache, das „*habere licere*“. Solange der Besitz dem Käufer von niemandem streitig gemacht wurde, hatte dieser lediglich deshalb, weil er nicht Eigentümer geworden war, keine Ansprüche gegen den Verkäufer. Wurde aber der Besitz dem Käufer von einem Dritten mit der Behauptung streitig gemacht, er sei Eigentümer oder habe ein Recht zum Besitz, dann hatte der Verkäufer ursprünglich dem Käufer im Prozeß gegen den Dritten beizustehen. Schadensersatz zu leisten hatte er dem Käufer erst dann, wenn dieser zur Herausgabe der Sache an den Dritten genötigt war. Der Grund für diese Ersatzpflicht war aber nicht, daß er dem Käufer entgegen seiner Verpflichtung das Eigentum nicht verschafft hatte, sondern daß dem Käufer der Besitz, den behalten zu dürfen der Verkäufer ihm gleichsam garantiert hatte, wieder entzogen war. Man bezeichnete diese Haftung daher als „*Eviktionshaftung*“, Haftung wegen Entziehung des Besitzes und damit des Genusses der Kaufsache.

Bereits das späte römische Recht nahm jedoch einige Erweiterungen der Eviktionshaftung vor, die mit deren Grundgedanken nicht mehr ganz im Einklang standen.²⁴ Insbesondere haftete der *bösgläubige* Verkäufer, der in Kenntnis seiner mangelnden Berechtigung verkauft hatte, dem Käufer stets, also nicht nur im Falle der Eviktion, auf Schadensersatz: Im 19. Jahrhundert drang dann allmählich die Lehre durch, die sich das BGB zu eigen gemacht hat, daß der Verkäufer nicht nur zur Gewährleistung des ungestörten Besitzes, sondern *zur Verschaffung des unbelasteten Eigentums* verpflichtet sei.²⁵ Demgemäß haftet der Verkäufer nunmehr nicht nur im Falle der Eviktion (aus dem Gesichtspunkt einer Garantie für „*habere licere*“), sondern grundsätzlich immer wegen Nichterfüllung (oder nicht vollständiger Erfüllung) seiner Leistungspflicht und daher nach den allgemeinen Vorschriften über die Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages. Dies wird durch § 440 Abs. 1 noch einmal klargestellt.

Aus der Anwendung der allgemeinen Vorschriften ergibt sich im einzelnen folgendes:

1. Wenn die Nachholung der Leistung – also die Beseitigung des Rechtsmangels – dem Verkäufer *noch möglich ist*, dann bleibt er hierzu verpflichtet. Sie wäre dem Verkäufer einer zuvor gestohlenen Sache beispielsweise möglich, wenn der bestohlene Eigentümer nunmehr bereit wäre, gegen eine Abfindung das Eigentum an der Sache auf den Käufer zu übertragen oder die Verfügung des Verkäufers zu genehmigen (§ 185). Wenn die Sache mit dem Nießbrauch eines Dritten belastet ist, so ist die Beseitigung des Mangels dem Verkäufer möglich, wenn der Nießbraucher sich bereitfinden läßt, auf den Nießbrauch zu verzichten. Bis zur Nachholung der Leistung kann der Käufer gemäß § 320 die Kaufpreiszahlung verweigern. Er kann den Verkäufer durch Mahnung in Verzug setzen und danach gemäß § 326 vorgehen, also nach vergeblicher Fristsetzung (unter Androhung der Nichtannahme) entweder zurücktreten oder Schadensersatz wegen

²³ Vgl. die Motive Bd. II S. 213 = *Mugdan* II S. 117.

²⁴ *Jörs/Kunkel/Wenger*, Römisches Privatrecht S. 232.

²⁵ Hierzu die Schrift von *Eck*, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums, 1874, in der die Entwicklung ihren Abschluß fand.

Nichterfüllung verlangen – letzteres bei einer beweglichen Sache allerdings nur unter den noch zu erwähnenden Voraussetzungen des § 440 Abs. 2. Grundsätzlich hat der Käufer diese Rechte zwar nur hinsichtlich des vom Verkäufer nicht erfüllten Teils seiner Verpflichtung, doch kann der Käufer vom ganzen Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlangen, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat.

2. Wird die Beseitigung des Rechtsmangels, also die volle Erfüllung, dem Verkäufer erst *nach Kaufabschluß unmöglich*, so kommt es gemäß den §§ 275, 323, 325 darauf an, ob der Verkäufer dies zu vertreten hat. Hat er es (nach Maßstab der §§ 276 bis 278) nicht zu vertreten – so etwa, wenn ihm die Sache nach Kaufabschluß enteignet wird –, dann werden beide Teile von der Leistungspflicht frei (§§ 275, 323). Hat der Verkäufer dagegen sein nunmehriges Unvermögen zur Erfüllung seiner Rechtsverschaffungspflicht zu vertreten – er bestellt etwa nach Kaufabschluß einem Dritten noch den Nießbrauch oder er übereignet jetzt die Sache an einen Dritten –, dann hat der Käufer die Rechte aus § 325 (wiederum mit der sich aus § 440 Abs. 2 ergebenden Einschränkung).

3. Wie aber, wenn der Verkäufer infolge mangelnder eigener Berechtigung *von Anfang an* nicht in der Lage war, seine Rechtsverschaffungspflicht zu erfüllen? Im Falle, daß die Leistung *objektiv* unmöglich ist (etwa: Verkauf einer „res extra commercium“), ist der Vertrag gemäß § 306 nichtig. Meist wird es sich aber nur um ein *Unvermögen des Verkäufers* handeln; so wenn die Sache schon beim Kaufabschluß mit dem Rechte eines Dritten belastet ist oder einem Dritten gehört und dieser nicht gesonnen ist, sich abfinden zu lassen. Die §§ 275, 323 bis 325 beziehen sich indessen unmittelbar nur auf die nachträgliche Unmöglichkeit und das nachträgliche Unvermögen des Schuldners zur Leistung. Über die Rechtsfolgen des anfänglichen Unvermögens sagt das Gesetz, wie früher (Bd. I § 8 II) dargelegt wurde, nichts. Nun handelt es sich aber in den meisten Fällen eines Rechtsmangels gerade um solche des anfänglichen Unvermögens. Die Gesetzesverfasser beabsichtigten, auch diese Fälle in § 440 mit zu regeln,²⁶ und die hL folgt ihnen darin.²⁷ Die in § 440 Abs. 1 ausgesprochene Verweisung gilt demnach auch für die Fälle, in denen der Verkäufer schon zur Zeit des Kaufabschlusses zur Beseitigung des Rechtsmangels (und damit zur vollständigen Erfüllung) unvermögend war, Fälle also, in denen ohne diese Verweisung die allgemeinen Bestimmungen nicht angewandt werden könnten. Bedeutet dies aber, daß es in diesen Fällen nun ebenfalls darauf ankommen soll, ob dem Verkäufer hinsichtlich des Rechtsmangels ein Verschulden trifft, was hier nur heißen könnte, ob er den

²⁶ Mot. II S. 216 = *Mugdan* II S. 119.

²⁷ *Enn./L.* § 107 I; *Leonhard* B 43; *Heck* 266; *Siber* 232; *Titze* 155; *Medicus* Bgl. R., Rdz. 282, SchR II § 73 I 2c; *Fikentscher* § 69 IV 2c; *Oertmann* 2c, *Staudinger/Köhler* 7, *Soergel/Ballerstedt* 1 zu § 440. Aus der Rspr. RGZ 69, 357.

Mangel seiner eigenen Berechtigung (und die Unmöglichkeit, ihn zu beseitigen) kannte oder kennen mußte? Die Antwort auf diese Frage läßt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Ein Umkehrschluß aus § 439 ist nicht gerechtfertigt, denn wenn das Gesetz hier auch bestimmt, der Verkäufer habe einen Rechtsmangel nicht zu vertreten, falls ihn der Käufer beim Kaufabschluß kennt, so heißt das doch nicht notwendig, daß der Verkäufer den Rechtsmangel *nur* in diesen Fällen nicht zu vertreten habe. Vielmehr läßt sich die Antwort nur aus allgemeinen Erwägungen geben. Diese haben uns bereits früher (Bd. I § 8 II) dazu geführt, daß der Schuldner für sein *persönliches Leistungsvermögen* im Augenblick der Eingehung seiner Verpflichtung schlechthin einzustehen hat, es sei denn, der Grund seines Unvermögens liege außerhalb seines Geschäftskreises und seiner Einwirkungsmöglichkeiten (Beispiel: die Sache ist dem Verkäufer ohne sein Wissen, kurz bevor er sie verkaufte, gestohlen worden). Dies muß auch, ja gerade in den Fällen des anfänglichen Rechtsmangels gelten. Das bedeutet, daß der Verkäufer sein anfängliches Unvermögen grundsätzlich ohne Rücksicht darauf zu vertreten hat, ob ihn (oder seinen Gehilfen) ein Verschulden trifft.²⁸ Daher stehen dem Käufer, vom Fall seiner Kenntnis (§ 439) abgesehen, wegen eines anfänglichen Rechtsmangels, den der Verkäufer nicht zu beseitigen vermag, stets die Rechte aus § 325 zu, soweit sich nicht aus § 440 Abs. 2 eine Einschränkung ergibt.

Das bisherige Ergebnis, das aus dem § 440 Abs. 1 allein freilich nicht zu entnehmen ist, ist also folgendes: Der Käufer hat die Rechte aus § 325, von dem Falle, daß er selbst Kenntnis hatte (§ 439), abgesehen, dann, wenn der Verkäufer *von vornherein* zur Beseitigung des Rechtsmangels unvermögend war, *stets*, dagegen dann, wenn der Verkäufer erst *nachträglich* zur Rechtsverschaffung unvermögend wird, *nur unter der weiteren Voraussetzung*, daß der Verkäufer dieses Unvermögen im Sinne der §§ 276 bis 278 *zu vertreten* hat.

Die sich aus § 440 Abs. 1 (in Verbindung mit § 325 oder § 326) ergebenden Rechte des Käufers erfahren jedoch nach § 440 Abs. 2 eine **Einschränkung**, wenn eine *bewegliche Sache* verkauft und dem Käufer zum Zwecke der Eigentumsübertragung *übergeben* worden ist. In einem solchen Fall kann der Käufer wegen des Rechts eines Dritten, *das diesen zum Besitz der Sache berechtigt* (wie Eigentum, Nießbrauch, Pfandrecht), zwar dem Anspruch des Verkäufers auf den Kaufpreis die Einrede des nicht vollständig erfüllten Vertrages (§ 320) entgegensetzen, er kann unter den dargelegten Voraussetzungen (Verzug des Verkäufers und erfolglose Fristsetzung oder anfängliches oder vom Verkäufer zu vertretendes nachträgliches Unvermögen) vom Kaufvertrage zurücktreten oder (gemäß § 323)

²⁸ HL; vgl. *Enn./L.* § 107 I; *Siber* S. 232; *Fikentscher* § 69 IV 2c, *Medicus* aaO. (vorige Anm.); *Soergel/Ballerstedt* 7, *Staudinger/Köhler* 7, *Palandt/Putzo* 1c zu § 440; *Reinicke/Tiedtke* (vor § 39) S. 81; *Brox Rdz.* 30; *BGH, NJW* 83, 275 aE. Anders jedoch *Esser/Weyers* § 4 III 3d, 4a, *MünchKomm./Westermann* 8 zu §§ 440, 441, *Erman/Weitnauer* 7ff. zu § 440. Teilweise anders auch *Hetzl, NJW* 58, 1172.

Abstand nehmen, dagegen kann er **Schadensersatz wegen Nichterfüllung** nur unter der weiteren Voraussetzung verlangen, daß er die Sache dem Dritten mit Rücksicht auf dessen Recht herausgegeben oder sie dem Verkäufer zurückgewährt hat, sowie in einigen gleichgestellten Fällen (§ 440 Abs. 2 und 3). Der Grund für die Versagung des Schadensersatzanspruchs ist in der Erwägung zu sehen, daß der Käufer, solange er sich noch im Besitz und Genuß der Sache befindet, wegen des Fehlens des Eigentums (oder des vollen Eigentums) allein noch keinen fühlbaren materiellen Schaden erlitten hat oder daß es doch an der Berechnungsgrundlage für einen solchen Schaden fehlt.²⁹

Die gleichgestellten Fälle sind:

1. *Der Untergang der Sache.* Zu ersetzen ist in diesem Fall nach der herrschenden,³⁰ wenn auch nicht unbestrittenen³¹ Ansicht nur der Schaden, der dem Käufer jetzt, nach dem Untergang der Sache, deshalb noch verbleibt, weil er das Recht nicht erlangt hatte. Die Sache ist beispielsweise durch das Verschulden eines Dritten zerstört worden, gegen den der Käufer, wenn er Eigentümer geworden wäre, nun einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung seines Eigentums gehabt hätte. Oder der Käufer hat seinem eigenen Abkäufer, der ihm die Sache zurückgewährt hat, Schadensersatz geleistet. Der Ersatzanspruch dürfte dem Käufer aber zu versagen sein, wenn er selbst den Untergang der Sache (in zurechenbarer Weise) herbeigeführt hat (analog § 351; vgl. Bd. I § 26c).³² Ist die beim Käufer gebliebene Sache durch einen Zufall zerstört, ohne daß dem Käufer für den Fall, daß er Eigentümer geworden wäre, irgendwelche Ersatzansprüche gegen Dritte erwachsen wären, so ist er durch den Rechtsmangel nicht geschädigt; er kann aber (gemäß § 350) zurücktreten, da ihm das Rücktrittsrecht ja auch vorher nicht versagt war, und dadurch seinen Kaufpreis wiedererlangen.

2. *Der Fall, daß der Dritte den Käufer oder dieser den Dritten beerbt.* Der Kaufvertrag erweist sich als für die nunmehrige Rechtsstellung des Käufers (oder seines Erben) bedeutungslos; sein „Schaden“ besteht in dem nutzlos aufgewandten Kaufpreis.

3. *Der Fall, daß der Käufer das Recht des Dritten anderweit erwirbt oder den Dritten abfindet.*

Die im Gesetz aufgezählten Fälle stellen keine erschöpfende Regelung dar. Eine analoge Anwendung ist z. B. geboten, wenn der Käufer wegen einer von ihm verschuldeten Unmöglichkeit der Herausgabe dem Dritten gem. § 990 Abs. 1, 989 für die Sache Ersatz geleistet hat.³³

Die Bestimmung des § 440 Abs. 2 erinnert an das Eviktionsprinzip. Sie stellt jedoch keine volle Rückkehr zum Gedanken der Eviktionshaftung dar, weil sie nur den Schadensersatzanspruch, nicht auch die übrigen, dem Käufer wegen

²⁹ Vgl. die Ausführungen der Motive Bd. II S. 218 (*Mugdan* S. 120).

³⁰ *Leonhard* B 38, *Staudinger/Köhler* 13, *Oertmann* 2c, *Soergel/Ballerstedt* 14, *Polandt/Putzo* 2c, *MünchKomm/Westermann* 11 zu §§ 440/41.

³¹ Gegen sie *Siber*, 227, 233 Anm. 5, *Rudolf Schmidt*, AcP 152, 112 und, ihnen folgend, *Enn./L.* § 107 II b; *Erman/Weitmaier* 15 zu § 440. Nach den Genannten schuldet der Verkäufer dem Käufer auch im Falle des Untergangs der Sache dessen ursprüngliches Erfüllungsinteresse. Sofern nur der Käufer infolge des Rechtsmangels an der Erfüllung des ganzen Vertrages kein Interesse hat, kann er, so argumentieren sie, gem. den §§ 325 Abs. 1 Satz 2, 280 Abs. 2 Satz 2 auch im Falle des zufälligen Untergangs der Sache (§ 350; anders im Falle des § 351!) das ursprüngliche Erfüllungsinteresse verlangen, das durch den nachträglichen Untergang der Sache nicht mehr berührt wird. M. E. entsteht hier jedoch der (vorher ausgeschlossene) Ersatzanspruch erst gerade mit dem Untergang der Sache, und daher muß die Frage, ob und in welcher Höhe dem Käufer durch den Rechtsmangel ein Schaden entstanden ist, von der dadurch eingetretenen Lage aus beurteilt werden.

³² Vgl. *Rudolf Schmidt* aaO S. 11; *Reinicke/Tiedtke* (vor § 39) S. 70.

³³ RGZ 117, 337.

eines Rechtsmangels zustehenden Rechte beschränkt.³⁴ Auch genügt es, daß der Käufer die Sache *freiwillig* an den Dritten herausgibt oder sie dem Verkäufer zurückgibt. Sie braucht ihm also nicht erst im Wege eines von dem Dritten durchgeführten Rechtsstreits entzogen zu sein. Allerdings handelt der Käufer, wenn er die Sache dem Dritten freiwillig herausgibt, insofern auf seine Gefahr, als er dem Verkäufer gegenüber für den Rechtsmangel die Beweislast trägt (§ 442). Das Gesetz mutet ihm jedoch nicht zu, die Sache zu behalten, wenn er von dem Rechte des Dritten überzeugt ist, und es auf den Prozeß ankommen zu lassen. Man wird ihm deshalb auch nicht stets wegen einer freiwilligen Herausgabe an den berechtigten Dritten in seinem Verhältnis zum Verkäufer gemäß § 351 das Rücktrittsrecht versagen dürfen. Der Käufer ist eben im allgemeinen dem Verkäufer gegenüber berechtigt, die Sache dem wahren Berechtigten herauszugeben.³⁵ Tut er dies und hat der Verkäufer für den Rechtsmangel (entweder nach § 325 oder nach § 326) einzustehen, dann ist dem Käufer weder der Rücktritt noch das Recht, das Erfüllungsinteresse zu verlangen, verwehrt.

Auf seine Rechte wegen eines Rechtsmangels kann der Käufer im voraus *verzichten*. Ein solcher Verzicht ist jedoch unwirksam, wenn der Verkäufer den schon bei Kaufabschluß vorhandenen Mangel seiner Berechtigung *arglistig verschweigt* (§ 443). „Arglist“ liegt vor, wenn der Verkäufer den Mangel kennt, und wenn er weiß oder doch damit rechnet, daß der Käufer ihn nicht kennt und bei Kenntnis den Kauf nicht abschließen würde. Jede Haftung wegen eines Rechtsmangels ist ausgeschlossen im Falle der Veräußerung einer Sache im Wege der Zwangsvollstreckung auf Grund einer Pfändung (§ 806 ZPO) und der Zwangsversteigerung (§ 56 ZVG).

§ 41. Die Haftung des Verkäufers für Sachmängel

Literatur: *Adler*, Beiträge zum Recht der Gewährleistung, ZHR 75, 453; *Baumann*, Wertungswidersprüche bei Schadensersatzansprüchen wegen Sachmängel, Festschr. f. *Reimer Schmidt*, 1976, S. 701; *A. Blomeyer*, Rechts- und Sachmängelhaftung, in: Deutsche Landesreferate zum 3. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in London, 1950, S. 343; Der Anspruch auf Wandlung oder Minderung, AcP 151, 99 (dazu *Larenz*, NJW 51, 497); *Böttcher*, Die Wandlung als Gestaltungsakt, 1938; *Brox*, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages beim Kauf, 1948; v. *Caemmerer*, Falschlieferung, Festschr. f. *Martin Wolff*, 1952, S. 3 = Ges. Schriften Bd. I S. 187; *Christoffel*, Die Garantie im Rahmen kaufrechtlicher Sachmängelgewährleistung, 1984; *Diederichsen*, „Schadensersatz wegen

³⁴ AA *Leonhard* B 35 ff.; wie hier *Medicus* SchR II § 73 I 2d aE. Kritisch zum Eviktionsprinzip *Fikentscher* § 69 IV 3.

³⁵ BGHZ 5, 340 (vgl. Bd. I § 26c). In dem vom BGH entschiedenen Falle lag aber die Sache insofern anders, als sich hier der Eigentümer bereit erklärt hatte, die Sache – nachdem er sich mit dem Verkäufer geeinigt hätte – dem Käufer zu übereignen und sie ihm bis dahin zu belassen. Hier lag in der vorschnellen Rückgabe der Sache – eines gebrauchten Kraftwagens, der durch übermäßige Abnutzung seitens des Käufers stark entwertet worden war, nachdem ihn zuvor der Verkäufer unter erheblichen Kosten hatte instandsetzen lassen – eine Treuwidrigkeit gegenüber dem Verkäufer, die in diesem Falle den Ausschluß des Rücktrittsrechts rechtfertigt. Vgl. hierzu die Aufsätze von *Boehmer*, JZ 52, 521 und 588, *Werner*, NJW 52, 930 und *Wolf*, NJW 53, 164.

Nichterfüllung“ und Mangelfolgeschäden, AcP 165, 150; Die Haftung des Warenherstellers, 1967; *Fabricius*, Schlechtlieferung und Falschlieferung beim Kauf, JuS 64, 1 u. 46; *Flume*, Eigenschaftsirrtrum und Kauf, 1948 (dazu *Kegel*, AcP 150, 356); *Gillig*, Nichterfüllung und Sachmängelgewährleistung, 1984; *Graue*, Die mangelfreie Lieferung beim Kauf beweglicher Sachen, 1964 (hierzu *Fabricius*, JZ 67, 464); *Haymann*, Anfechtung, Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung beim Kauf, 1913; Fehler und Zusicherung beim Kauf, RG Festschr. III 317; *Herberger*, Rechtsnatur, Aufgabe und Funktion der Sachmängelhaftung nach dem BGB, 1974; *Honsell*, Culpa in contrahendo, positive Vertragsverletzung und § 463 BGB, JR 1976, S. 361; *Ulrich Huber*, Zur Haftung des Verkäufers wegen positiver Vertragsverletzung, AcP 177, 281; *Immenga*, Fehler oder zugesicherte Eigenschaft, AcP 171, 1; *Knöpfle*, Zur Problematik des subjektiven Fehlerbegriffs im Kaufrecht, JZ 78, 121; Subjektiver Fehlerbegriff und Gleichbehandlung von Schlechtlieferung und Falschlieferung beim Gattungskauf, JZ 79, 11; Der Begriff des Fehlers im Sinne des § 459 Abs. 1 BGB bei beweglichen Sachen und seine praktischen Auswirkungen, AcP 180, 462; *Köhler*, Das Verhältnis der Gewährleistungsansprüche zu anderen Rechtsbehelfen des Käufers, JA 1982, S. 157; *Korintenberg*, Abschied von der Gewährleistung, Justizbl. f. den OLG Bezirk Köln, 1947; *Ders.* Die Beschaffenheit der Spezies als Element des Rechtsgeschäfts, 1948; *Kupisch*, Konstruktionsprobleme der Wandlung im BGB, AcP 170, 479; *Medicus*, Vertragliche und deliktische Ersatzansprüche für Schäden aus Sachmängeln, Festschr. f. Ed. *Kern*, 1968, S. 313; *Raape*, Probleme der Wandlung und Minderung, Festschr. für *Lehmann*, 1937, S. 159; Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf, AcP 150, 481; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, 2. Aufl. 1985; *Schack*, Die Zusicherung beim Kauf, AcP 185, 333; *Schollmeyer*, Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf, JherJb. 49, 93; *Schwark*, Kaufvertragliche Mängelhaftung und deliktrechtliche Ansprüche, AcP 179, 57; *Schwenger*, Der Ersatz von Mangelschäden und Mangelfolgeschäden bei lästigen Verträgen, 1977; *Süss*, Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel, 1931; *Todt*, Die Schadensersatzansprüche des Käufers, Mieters und Werkbestellers aus Sachmängeln, 1970; *Max Wolf*, Sachmängel beim Kauf, JherJb. 56, 1.

I. Voraussetzungen und Umfang der Mängelhaftung

Der Verkäufer einer individuell bestimmten Sache hat zwar seine in den §§ 433, 434 ausdrücklich erwähnten Leistungspflichten erfüllt, wenn er diese Sache dem Käufer übergeben und ihm an ihr lastenfreies Eigentum verschafft hat. Aber die berechtigte Erwartung des Käufers kann dennoch enttäuscht werden, wenn sich herausstellt, daß die Sache mit einem ihm verborgen gebliebenen Fehler behaftet ist oder eine vom Verkäufer zugesicherte Eigenschaft nicht hat. Denn der Käufer, der für die Sache einen bestimmten Preis zu zahlen sich entschließt, tut dies im allgemeinen nur im Hinblick auf die von ihm angenommene Beschaffenheit der Sache, die für ihren Wert oder ihre Brauchbarkeit zu einem bestimmten Gebrauchszweck ausschlaggebend ist. Weicht die Sache in Wahrheit in erheblichem Maße von dieser vorausgesetzten Beschaffenheit ab, so wird der enttäuschte Käufer den Kauf rückgängig machen oder doch nur einen geringeren Kaufpreis zahlen, unter Umständen Schadensersatz haben wollen. Das Gesetz trägt diesem Verlangen in gewissen Grenzen Rechnung, indem es in § 459 bestimmt, daß der Verkäufer dem Käufer für die Abwesenheit von „Fehlern“ (Abs. 1) sowie dafür zu haften habe, daß die Sache die von ihm zugesicherten Eigenschaften (Abs. 2) tatsächlich hat. Eine Sache, die mit einem „Fehler“ (im Sinne des § 459 Abs. 1) behaftet ist oder eine vom Verkäufer zugesicherte Eigen-

schaft *nicht* hat, ist, nach der Terminologie des Gesetzes, „mangelhaft“ (**Sachmangel** – im Gegensatz zum *Rechtsmangel*, oben § 40 II b). Welche Rechtsfolgen sich aus der Haftung des Verkäufers für „Sachmängel“ ergeben, bestimmen die §§ 462 ff. Das Gesetz regelt diese Folgen zunächst im Hinblick auf den Stückkauf, also den Kauf einer individuell bestimmten Sache. Erst in § 480 regelt es die Folgen beim Gattungskauf. Zwischen beiden Regelungen besteht, was durch die Formulierung des § 480 eher verdeckt wird, ein grundlegender Unterschied. Wir betrachten zunächst (I) die Voraussetzungen der Mängelhaftung, und zwar vornehmlich mit Rücksicht auf den Stückkauf, sodann die Rechte des Käufers beim Stückkauf (II) und endlich die Regelung beim Gattungskauf (III).

Die Bestimmungen über die Haftung des Verkäufers für Sachmängel gehören zu den praktisch wichtigsten des Schuldrechts überhaupt. Ihr Verständnis ist im ganzen wie in vielen Einzelheiten stark umstritten. Das rührt nicht zum wenigsten daher, daß über den Grund und die rechtliche Eigenart der Gewährleistungsansprüche Unklarheiten bestehen. Das Gesetz behandelt, wie wir gesehen haben, die *rechtsmangelhafte* Leistung als unvollständige Erfüllung. Es verpflichtet daher den Verkäufer grundsätzlich zur Beseitigung des Rechtsmangels, d. h. zu nachträglicher Verschaffung des unbelasteten Eigentums; falls der Verkäufer mit der Erfüllung seiner Rechtsverschaffungspflicht in Verzug kommt oder ihm diese unmöglich ist, erklärt es die allgemeinen Vorschriften über Unmöglichkeit oder Verzug mit einigen Einschränkungen für anwendbar. Im Falle eines Gattungskaufs hat der Verkäufer ein Stück oder Stücke von „mittlerer Art und Güte“ der betreffenden Gattung zu leisten (§ 243 Abs. 1). Mangelhafte Stücke erfüllen diese Forderung nicht; liefert der Verkäufer solche Stücke, so erfüllt er damit seine Leistungspflicht nicht oder nicht in der richtigen Weise. Dagegen sagt das Gesetz nicht, daß der Verkäufer einer individuell bestimmten Sache – also im Falle eines Stückkaufs – zur Lieferung dieser Sache *in mangelfreiem Zustand* verpflichtet sei und daß dem Käufer daher wegen der Lieferung der mangelhaften Sache ein Anspruch auf Beseitigung des Mangels (als von ihm geschuldeter Erfüllung) oder wegen Nichterfüllung zustünde. Trotzdem sehen manche auch hier in der gesetzlichen Gewährleistung eine nähere Ausgestaltung der Haftung für die Erfüllung der Leistungspflicht, während andere die Gewährleistung für Sachmängel beim Stückkauf als ein *nach Grund und Folgen von der Haftung für die Erfüllung ganz verschiedenes Rechtsinstitut* ansehen. Wir stellen die Beantwortung dieser Frage vorerst zurück (vgl. unten II e), um den Leser zunächst mit den zum Verständnis der Frage unerläßlichen Einzelheiten der gesetzlichen Regelung bekannt zu machen.

a) **Die Haftung für Fehler.** Der Verkäufer haftet gemäß § 459 Abs. 1 zunächst einmal dafür, daß die Sache im Zeitpunkt des Gefahrübergangs (darüber unten c) nicht mit Fehlern behaftet ist, die „den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben

oder mindern“. Eine nur unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit bleibt außer Betracht.

Wann aber ist eine Sache fehlerhaft? Nach dem vom RG anfänglich vertretenen,¹ im Schrifttum vor allem von *Haymann* begründeten sog. *objektiven Fehlerbegriff* ist unter einem „Fehler“ nur eine dem Käufer ungünstige Abweichung von der Beschaffenheit zu verstehen, die eine Sache *solcher Art* gewöhnlich hat. Indessen erwartet der Käufer häufig nicht nur, daß die von ihm gekaufte Sache von der normalen Beschaffenheit von Sachen derjeniger Art, der sie angehört, sondern auch, daß sie von derjenigen Beschaffenheit ist, die gerade ihr nach den vorausgegangenen Erklärungen des Verkäufers, etwa ihrer Beschreibung in einem Katalog oder dem Verkaufsgespräch, zukommen sollte. Diese Überlegung führt zur Anerkennung des heute von der Rechtsprechung vertretenen² und von der Literatur fast einhellig gebilligten sog. „*subjektiven*“ oder „*konkreten*“ *Fehlerbegriffs*. Danach liegt ein Fehler vor, wenn die Sache nicht von der beim Kaufabschluß von den Parteien vorausgesetzten Beschaffenheit ist. Dabei kommt es wesentlich darauf an, „als was“, aber auch, zu welchem besonderen Zweck die Sache verkauft worden ist. Meist wird sich der Käufer vor dem Kaufabschluß bei dem Verkäufer erkundigen, welcher Art dieser Gegenstand ist, ob dieser Ring massiv Gold oder nur vergoldet, der Stein echt oder unecht, das Kleid aus Naturseide oder Kunstseide, die Tasche aus Leder oder Kunstleder ist. Je nach der Auskunft, die der Verkäufer gibt, kauft er dann diesen Ring als goldenen, diesen Stein als echten Saphir, diese Tasche als rindlederne. Ist der Ring nicht aus Gold, sondern nur vergoldet, der Stein kein echter Saphir, sondern eine Nachahmung, die Tasche aus Kunstleder, so ist die Sache mangelhaft, weil sie nicht *von der der Kaufvereinbarung zugrunde gelegten Beschaffenheit* und dadurch ihre Tauglichkeit oder ihr Wert (gegenüber einer Sache von der vorausgesetzten Beschaffenheit) erheblich gemindert ist. Wird ein Grundstück ohne jede nähere Angabe über den Verwendungszweck verkauft, so ist es kein „Fehler“, wenn es sich – aus tatsächlichen oder aus rechtlichen Gründen – als unbebaubar erweist. Wird es aber mit der ausdrücklichen Zweckbestimmung als „Baugelände“ verkauft, so ist die Unbebaubarkeit ein Fehler, der seine Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufhebt.³ Stets kommt es somit auf die Beschaffenheit

¹ RGZ 97, 351. Vgl. zu dieser Entsch. aber *Flume* aaO S. 113 Anm. 10.

² RGZ 135, 342; 161, 334; BGHZ 16, 55; OLG Frankfurt, NJW 82, 652. Aus dem Schrifttum u. a. v. *Caemmerer*, *Flume*, *Wolf* aaO; ferner *Leonhard* B 51, *Enn./L.* § 108 II 1; *Fikentscher* § 70 II 2a; *Esser/Weyers* § 5 II 1a; *Medicus* Bürgerl. R. Rdn. 334; *Reinicke/Tiedtke* aaO S. 93 ff.; *Brox* Rdn. 62; *Soergel/Ballerstedt* 11 vor, *Staudinger/Honsell* 10, 13, *MünchKomm/Westermann* 8 ff., *Palandt/Putzo* 3a, *Erman/Weitnauer* 3 zu § 459. Gegen den subjektiven Fehlerbegriff *Rudolf Schmidt* u. *Knöpfle* aaO, teilweise auch *Fabricius* aaO.

³ Die Rechtspr. behandelt in diesem Fall die auf öffentlich-rechtlichen Baubeschränkungen beruhende Unbebaubarkeit oder nur beschränkte Bebaubarkeit eines Grundstücks nicht als Rechts-, sondern als Sachmangel; vgl. oben S. 29.

an, die der Käufer nach der ihm vom Verkäufer gegebenen oder bestätigten Kennzeichnung und näheren Beschreibung des Kaufgegenstandes, ferner nach seiner Eignung für den angegebenen oder, wenn hierüber nichts gesagt wurde, für den gewöhnlichen Zweck einer derartigen Sache, erwarten darf. Man bezeichnet heute diese Beschaffenheit der Sache als ihre „Sollbeschaffenheit“, wobei aber der Gedanke fernzuhalten ist, der Verkäufer solle sie herbeiführen;⁴ er hat für ihr Vorhandensein lediglich nach Maßgabe der folgenden Vorschriften einzustehen, Gewähr zu leisten. Ein Fehler ist, so gesehen, jede dem Käufer nachteilige Abweichung der „Istbeschaffenheit“ der Sache von ihrer „Sollbeschaffenheit“.⁵

Eine andere Frage ist, was alles zur „Beschaffenheit“ einer Sache gerechnet werden muß. Sicher gehören hierzu die ihr zukommenden *natürlichen Eigenschaften* wie Festigkeit oder Elastizität, Dichte oder Durchlässigkeit, Feuchtigkeit oder Trockenheit, weiter das Material, aus dem sie besteht, der Zustand, in dem sie sich befindet (Neuheit oder Dauer und Grad der Abnutzung) sowie die daraus sich ergebende Verwendbarkeit der Sache für den gewöhnlichen oder vereinbarten Zweck. Die Rechtsprechung⁶ rechnet ferner dazu auch *Beziehungen der Sache zur Umwelt*, sofern sie von Dauer und dazu geeignet sind, ihre Brauchbarkeit zu beeinflussen, wie bei einem Grundstück seine Lage an einer Straße oder einem See; endlich auch gewisse Einschränkungen ihrer Verwendbarkeit, die sich aus rechtlichen Vorschriften (aber nicht: aus Rechten Dritter, da diese vielmehr Rechtsmängel darstellen) ergeben, wie Unbebaubarkeit des Grundstücks wegen einer langfristigen Bausperre. (Im näheren vgl. dazu oben § 40 II b.) Sehr weit ist das RG gegangen, wenn es sogar die von den Vertragsparteien angenommene Unbebaubarkeit des Nachbargrundstücks als zur Beschaffenheit des Grundstücks gehörig ansah, da durch die Bebauung des Nachbargrundstücks der dem Grundstück eigentümliche Vorzug „landschaftlich schöner Lage“ beeinträchtigt werde. Streitig ist, ob zu den Eigenschaften einer Sache – und damit zu ihrer Beschaffenheit – auch ihr in der Vergangenheit liegender *wirtschaftlicher Ertrag*, etwa der Mietertrag eines Hauses oder der letzte Jahresumsatz eines Geschäfts, der in der Bilanz ausgewiesene Gewinn gerechnet werden kann.⁷ Das ist zu bejahen, da es sich auch hierbei um Faktoren handelt, die die Sache in ihrem wirtschaftlichen Wert zu charakterisieren geeignet sind. Dagegen ist der *gemeine Wert* einer Sache,

⁴ Das betont mit Recht *Medicus*, Schr II § 74 II 1 aE.

⁵ Nicht genügt die tatsächliche Erwartung nur des Käufers. Mißverständlich jedoch die Meinung des BGH (WM 84, 815), es bedürfe einer „Willenseinigung“ zwischen Käufer und Verkäufer über die Beschaffenheit.

⁶ RGZ 161, 332; BGHZ 34, 32; BGHZ 52, 51 (aus der Herkunft der Ware herrührender Verdacht gesundheitsgefährdender Beschaffenheit – „Hasenfleischfall“); ergänzend dazu BGH, NJW 72, 1462.

⁷ In der Rechtspr. verschieden beurteilt: RGZ 67, 87 verneint, RG, JW 1912, 910 bejaht; BGH, NJW 70, 653 verneint (dagegen in seiner Anm. *Putzo*); BGH, DB 74, 231 verneint (dagegen *Goltz*, DB 74, 1609); BGH, NJW 80, 1456 (nur zusicherungsfähig). Vgl. dazu *Leonhard B* 45 ff.; *Staudinger/Honsell* 16 ff., *Erman/Weitnauer* 5 u. 9 zu § 459; *Inmenga aaO*, S. 12 f.; *Reinicke/Tiedtke aaO* S. 98.

ihr Marktpreis oder handelsüblicher Preis – m. E. auch der Börsenkurs – kein Umstand, der zur Beschaffenheit der Sache zu rechnen ist und gegebenenfalls einen „Fehler“ zu begründen vermag.⁸ Dies jedoch nicht, weil eine Subsumtion des „gemeinen Wertes“ der Sache unter den Eigenschaftsbegriff *begrifflich* ausgeschlossen wäre, sondern weil dies mit dem Sinn der Regelung nicht vereinbar wäre: das Gesetz will dem Käufer nicht das Risiko abnehmen, daß er sich, in Kenntnis der wertbildenden Faktoren, hinsichtlich des Wertes der Sache überschätzt, indem er einen „zu hohen Preis“ bewilligt.⁹

Kann bei einem *Druckwerk* (Buch, Zeitschrift) nicht nur die *äußere Beschaffenheit* (des Papiers, des Einbandes, des Druckes, das Fehlen von Seiten) einen Sachmangel darstellen, sondern auch die nicht den Erwartungen entsprechende *Beschaffenheit des Textes*? Dies wird zu bejahen sein,¹⁰ wenn es sich um einen *nachweislichen* Mangel handelt, der den Gebrauchszweck des Werkes nicht unerheblich beeinträchtigt; so wenn ein Sprachführer eine nicht geringe Zahl einfach falscher Übersetzungen enthält, in einem statistischen Werk viele Zahlen an falscher Stelle stehen. Reine Qualitätsmängel hingegen, für deren Beurteilung es an einem objektivierbaren Maßstab fehlt, etwa Mängel des Stils, schwer verständliche Ausdrucksweise, müssen wohl außer Betracht bleiben und hingenommen werden, wenn nicht bestimmte Zusicherungen gegeben wurden.

Entspricht die Sache nicht der Beschaffenheit, die der Käufer nach den Umständen, insbesondere den Erklärungen des Verkäufers, erwarten durfte, so macht es beim Stückkauf keinen Unterschied, ob sie nur die normalen Eigenschaften der Sachgattung nicht hat, als der zugehörig sie verkauft worden ist, oder ob sie einer **anderen Gattung** angehört, als angenommen worden war. Eine bestimmte Münze, die als „Goldmünze“ verkauft worden war, ist in Wahrheit eine Kupfermünze. Eine Kupfermünze, so wird gesagt, sei keine „fehlerhafte Goldmünze“; die Sache sei nicht mangelhaft, sondern eine andere, als die, für die sie der Käufer gehalten hat. Manche halten deshalb die §§ 459ff. nicht für anwendbar,¹¹ der Käufer könne nach § 119 Abs. 2 wegen Eigenschaftsirrtums anfechten, was für ihn dann günstiger ist, wenn die Mängelansprüche bei der Entdeckung des Irrtums bereits verjährt sind (§ 477). Indessen ist diese Auffassung wohl in erster Linie eine Nachwirkung des heute aufgegebenen „objektiven“ Fehlerbegriffs. Sie führt außerdem zu fast unlösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten. Ist ein nur vergoldeter Ring, der als golden verkauft war, nun ein nur teilweise goldener Ring, daher fehlerhaft, oder überhaupt nicht mehr ein „goldener“ Ring? Auch die Rechtsprechung hat, ohne sich dessen bewußt zu sein, in verschiedenen Fällen einen Fehler angenommen, in denen der verkaufte Gegen-

⁸ HL; vgl. *Soergel/Ballerstedt 2, Erman/Weitnauer 18* zu § 459.

⁹ Es sind also die gleichen Überlegungen, die zum Eigenschaftsirrtum (§ 119 Abs. 2) anzustellen sind. Vgl. dazu Allg. Teil § 20 II b (S. 226).

¹⁰ Hierzu *Röhl*, Fehler in Druckwerken. JZ 79, 369, und die dort angeführte Rechtspr.

¹¹ So Rud. *Schmidt*, NJW 62, 710 (die Versagung der Anfechtung nach Ablauf der Verjährungsfrist des § 477 sei unbillig); für das ältere Schrifttum: *Oertmann 4* zu § 459. Vgl. auch *Fikentscher § 70 II 2d; Esser/Weyers § 6 I 3; Medicus*, Bürgerl. R. Rdz. 320ff.

stand tatsächlich einer anderen Gattung als der angenommenen angehörte. So in einem Fall,¹² in dem sich das gelieferte Fleisch, das die Parteien als Walfischfleisch verkauft hatten, als Haifischfleisch herausstellte, oder in Fällen,¹³ in denen ein Bild, das als dasjenige eines bestimmten Meisters verkauft war, nicht von diesem herrührte. Die maßgebende Gattung war hier eben nicht ein Gemälde schlechthin, sondern ein Bild von Rubens oder aus der Schule von Rubens usw.; ist das Bild dann nicht von Rubens oder aus seiner Schule, so gehört es nicht der Gattung an, als der zugehörig es verkauft worden war. Trotzdem kann man im Sinne des subjektiven Fehlerbegriffs die fehlende Urheberchaft von Rubens als einen „Fehler“ des Bildes ansehen. Entscheidend ist auch hier, daß das Bild nicht von derjenigen Beschaffenheit ist, die der Käufer nach dem Inhalt der Vereinbarung zu erwarten berechtigt war.¹⁴

Nicht identisch mit dem hier behandelten Fall, daß die verkaufte Speziessache einer anderen als derjenigen Gattung angehört, als der zugehörig sie verkauft wurde, ist der Fall, daß dem Käufer, etwa infolge einer Verwechslung, eine *andere Sache* geliefert wird als die von ihm ausgesuchte und gekaufte. (Der Käufer hatte ein Bild des Malers X gekauft; versehentlich wird ihm nicht dieses, sondern ein anderes des Malers Y geschickt.) Hier liegt kein Mangel der gekauften Sache vor, vielmehr ist diese überhaupt noch nicht geliefert worden; geliefert wurde ein anderer als der geschuldete Gegenstand, ein „aliud“. Es ist irreführend, wenn man in beiden Fällen von der Lieferung eines „aliud“ spricht. Das „Anderssein“ bezieht sich einmal nur auf die Gattung, als der zugehörig diese den Kaufgegenstand bildende Sache verkauft wurde, das andere Mal auf die gelieferte Sache selbst, die mit dem Kaufgegenstand nicht identisch ist. Nicht ist im zweiten Fall der Kaufgegenstand von anderer als der „gesollten“ Beschaffenheit, sondern der gelieferte Gegenstand ist nicht der Kaufgegenstand. Man spricht in diesem Fall am besten von einer „Falschlieferung“. Sie stellt keine Erfüllung im Sinne des § 362 dar; der Käufer hat daher weiter den Erfüllungsanspruch.

Als ein „Fehler“ der verkauften Sache kann es auch anzusehen sein, daß sie nicht die beim Kauf zugrunde gelegte Größe hat (sog. „Quantitätsmangel“).¹⁵ Hierbei ist nur streng darauf zu achten, ob in der Tat die Sache als eine von dieser Beschaffenheit und Größe verkauft worden ist. So etwa in folgendem Fall: Gekauft ist ein bestimmtes Stück Stoff, dessen Größe von der Verkäuferin mit 3,20 m angegeben ist, für einen nach dieser Größe berechneten Preis. Hernach stellt sich heraus, daß es nur 2,70 m groß und daher für den beabsichtigten Verwendungszweck nicht geeignet ist. Hier muß der Käufer zur Wandlung berechtigt sein. Anders ist jedoch beim Gattungskauf zu entscheiden, sofern hier die fehlende Menge, ohne daß die Leistung deshalb ihren Charakter ändert, nachgeliefert werden kann. So, wenn die Hausfrau bei ihrem Kaufmann ein halbes Pfund Kaffee bestellt und nur ein Viertel geliefert wird: das fehlende Viertel kann, ohne daß damit ein Nachteil verbunden wäre, nachgeliefert

¹² RGZ 99, 148. Dazu *Flume* aaO S. 114.

¹³ RGZ 114, 240; 135, 341; BGH, JZ 75, 417 (m. Anm. von *Locher*) = NJW 75, 970.

¹⁴ So auch *Heck* 277 sowie *Flume* und *v. Caemmerer*; *MünchKomm/Westermann* 14, *Erman/Weitnauer* 13, 14 zu § 459; für das skandinavische Kaufrecht *Almén*, *Das skandinavische Kaufrecht*, II, S. 6.

¹⁵ Vgl. *Flume* aaO S. 121 ff.; *Esser/Weyers* § 5 II 1 a.

werden. Die Käuferin hat hier also keine Ansprüche wegen mangelhafter Lieferung, sondern Anspruch auf Nachlieferung des Fehlenden und gegebenenfalls wegen (teilweisen) Verzugs. Beim Spezieskauf hätte der Anspruch auf Nachlieferung des Fehlenden keinen Sinn, weil diese bestimmte Sache, die gekauft worden ist, wie das besonders deutlich bei einem Grundstück ist, nun einmal nicht größer ist. Hier ist die Anwendung der Bestimmungen über Sachmängel sachgemäß.

b) **Die Haftung für zugesicherte Eigenschaften.** Gemäß § 459 Abs. 2 haftet der Verkäufer ferner dafür, daß die Sache zur Zeit des Übergangs der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften hat. Daß die *Größe* eines Grundstücks eine Eigenschaft des Grundstücks ist, die vom Verkäufer zugesichert werden kann, stellt § 468 Satz 1 klar. Die früher vorherrschende Lehre nahm an, und der BGH tut dies heute noch,¹⁶ daß der Begriff der „Eigenschaften“ einer Sache im Sinne des § 459 Abs. 2 weiter zu verstehen sei als der der Beschaffenheitsmerkmale, deren Fehlen einen „Fehler“ im Sinne des Abs. 1 darstellen kann. Versteht man aber unter „Beschaffenheitsmerkmalen“ im Sinne des subjektiven Fehlerbegriffs alle auf die Sache bezogenen Verhältnisse, die für ihren Gebrauch, ihren wirtschaftlichen Wert oder ihre Eignung zu dem nach der Vereinbarung in Aussicht genommenen Zweck von Bedeutung sind, so gehören dazu beispielsweise auch der Mietertrag eines Hauses, seine aus Lage und Umgebung sich ergebende besondere Eignung etwa zum Betriebe einer Fremdenpension, der durchschnittliche Umsatz eines Geschäfts, die Beschlagnahmefreiheit oder Ausfuhrfähigkeit einer Ware. Zwischen Beschaffenheitsmerkmalen im Sinne des ersten und Eigenschaften im Sinne des zweiten Absatzes des § 459 besteht dann kein Unterschied. Das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft stellt zugleich einen Fehler der Sache, weil eine Abweichung von ihrer „Sollbeschaffenheit“, dar.¹⁷ Jedoch ist es für die Gültigkeit einer gegebenen Zusicherung nicht erforderlich, daß das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft den Wert oder die Tauglichkeit der Sache in erheblichem Maße mindert.¹⁸ Es muß sich nur um eine „Eigenschaft“ der Kaufsache in dem oben dargelegten weiten Sinne handeln.¹⁹ Erforderlich ist weiter eine echte Zusicherung, d. h. eine *bindende Erklärung* des Inhalts, daß der Verkäufer für das Vorhandensein dieser Eigenschaft einstehe, die Gewähr dafür übernehme.²⁰ Bloße, wenn auch ernstlich gemeinte Angaben oder Auskünfte des Verkäufers genü-

¹⁶ Vgl. BGH, NJW 70, 653; BGHZ 79, 183; BGH, WM 82, 696; WM 84, 941.

¹⁷ So überzeugend *Immenga* aaO; ebenso *Esser/Weyers* § 5 II 2; *Staudinger/Honsell* 17, 51 zu, *Erman/Weitnauer* 6 vor § 459; *Medicus* SchR II § 74 II 2a; *Reinicke/Tiedtke* aaO S. 94 ff.

¹⁸ Eine Ausnahme gilt bei Grundstücken im Falle der Zusicherung einer bestimmten Größe hinsichtlich des Rechts der Wandlung, § 468 Satz 2. Hat der Verkäufer eine bestimmte Größe des Grundstücks zwar nicht zugesichert, sind aber beide Teile übereinstimmend davon ausgegangen, daß das Grundstück eine bestimmte (etwa die im Grundbuch angegebene) Größe habe, so ist § 468 unmittelbar nicht anwendbar. Es handelt sich um einen Fehler des Grundstücks; § 468 Satz 2 ist aber analog anzuwenden.

¹⁹ Vgl. die Entsch. des BGH, NJW 81, 1600. Zur Bedeutung des Ausdrucks „werkstattgeprüft“ als einer Zusicherung (im Gebrauchswarenhandel) vgl. BGHZ 87, 302.

²⁰ So ganz klar RGZ 161, 337.

gen also nicht; sie kommen lediglich im Rahmen des „subjektiven“ oder „konkreten“ Fehlerbegriffs für die Beantwortung der Frage in Betracht, ob ein Fehler im Sinne einer Abweichung von der nach dem Vertrage vorausgesetzten Beschaffenheit vorliegt. Es muß also unterschieden werden „zwischen der bloßen Warenbezeichnung als vertraglicher Festlegung der Kaufware und einer den Garantiewillen des Verkäufers zum Ausdruck bringenden Zusicherung“.²¹ Eine Zusicherung erfordert mehr als nur die bestimmte Behauptung oder Versicherung; sie erfordert den erkennbaren Willen des Verkäufers, sich zu *verpflichten*, d. h., dem Käufer für das Vorhandensein der Eigenschaft einzustehen.²² Zwar genügt, wie auch sonst, ein „schlüssiges Verhalten“; dieses muß aber so beschaffen sein, daß der Käufer daraus die Bereitschaft des Verkäufers entnehmen kann, für eine bestimmte Eigenschaft der Sache „eine über die normale Haftung hinausgehende besondere Gewähr zu übernehmen“, d. h. „für alle Folgen einzustehen, wenn diese Eigenschaft fehlt“.²³ Fehlt es hieran, nimmt man, wie das die Rechtsprechung manchmal tut,²⁴ nicht erkennbar als verbindliche Zusage gemeinte Angaben als Zusicherungen, so verwischt man die vom Gesetz gezogene Grenze, was zu Entscheidungen führen muß, die als zufällig oder willkürlich erscheinen. Die Zusicherung muß *Vertragsinhalt* geworden sein; sie bedarf daher in dem Falle, daß das Leistungsversprechen des Verkäufers formbedürftig ist, der für dieses vorgeschriebenen Form.²⁵

Auch dann, wenn man, wie das einige Anhänger des subjektiven Fehlerbegriffs tun, alle Angaben des Verkäufers über die Beschaffenheit der Kaufsache, ihre Eignung für einen bestimmten Zweck, über wertbildende Faktoren, wie ihren Ursprung, Umweltbeziehungen usw., zum Vertragsinhalt rechnet, weil dadurch die „gesollte Beschaffenheit“ der Sache mit der Folge festgelegt wird, daß eine

²¹ So zutreffend BGHZ 59, 303, 308. Zu dieser Entsch. Hüffer, JuS 73, 606.

²² HL; vgl. *Enn./L.* § 108 II 1 b; *Siber* 235; *Esser/Weyers* § 5 II 2 c, *Flume* aaO S. 76 ff. und die Kommentare von *Oertmann* 5 a, *Staudinger/Honsell* 60, 69, *MünchKomm/Westermann* 52, 55, *Palandt/Putzo* 4 a zu § 459, *Erman/Weitnauer* 6 vor § 459; *Reinicke/Tiedtke* aaO S. 102 f. Dagegen vertreten *Wolf* aaO S. 43 ff., *Haymann*, *Festschr.* 336 ff. und *Leonhard* B 51 ff. die Ansicht, daß das Wort „Zusicherung“ in § 459 Abs. 2 auch ernstgemeinte Angaben einschließe, während es in § 463 im Sinne der hL zu verstehen sei. Heute vertritt *Christoffel* aaO die Auffassung, als Zusicherung genüge „eine neben der Kaufvereinbarung stehende Zusage bestimmter Eigenschaften, auf die der Käufer vertrauen darf“. Dann wäre jede Verständigung über die „Sollbeschaffenheit“ schon eine Zusicherung, was mit der gesetzlichen Regelung – § 463 – nicht zu vereinbaren ist. Dasselbe gilt von der Auffassung von *Schack* (AcP 185, 333), nach der es auf einen *Haftungswillen* des Verkäufers überhaupt nicht ankommen soll.

²³ Vgl. BGHZ 59, 160 u. 308; BGH, NJW 75, 970 = JZ 75, 417; BGH, WM 82, 696, Angaben in Prospekten, Werbeanzeigen und dergleichen genügen zur Annahme einer Zusicherung in aller Regel nicht. Vgl. aber *Herrmann*, Kaufrechtliche Grenzen der Händlerwerbung, AcP 183, 215.

²⁴ Vgl. dazu die berechtigte Kritik an der Rechtspr. bei *Esser/Weyers* § 5 II 2 d.

²⁵ Ebenso *Esser/Weyers* § 5 II 2 c; *Erman/Weitnauer* 6 vor § 459. Daß sie Vertragsinhalt geworden sein muß, bedeutet nicht, daß sie schon in dem ursprünglichen Vertrage enthalten sein muß; sie kann auch noch nachträglich, in einem zusätzlichen Vertrage, vereinbart werden.

Abweichung von dieser Beschaffenheit als „Fehler“ der Sache erscheint, muß man sich doch davor hüten, das, was in diesem Sinne Vertragsinhalt geworden ist, schon als *verbindliche Bestimmung des Inhalts der Leistungspflicht* anzusehen. Der Verkäufer, der den dem Käufer übergebenen Ring als „massiv goldenen“ bezeichnet, verpflichtet sich nicht, ihn dazu zu machen; er übernimmt auch nicht eine über die gesetzliche Haftung für „Fehler“ hinausgehende Garantie, sofern er dies nicht besonders zum Ausdruck bringt. Verkennt man das, so wird der § 463 Satz 1, der der gegebenen Zusicherung eine über § 462 hinausgehende Rechtsfolge zuordnet, unverständlich. Der „subjektive“ oder „konkrete“ Fehlerbegriff darf, mit anderen Worten, nicht dazu führen, den im Gesetz angelegten Unterschied zwischen der gesetzlichen Haftung für einen „Fehler“ im Sinne des § 459 Abs. 1 und der auf einem zusätzlichen Verpflichtungsakt des Verkäufers beruhenden Haftung für die von ihm gegebene „Zusicherung“ im Sinne des § 459 Abs. 2 zu verwischen. Es empfiehlt sich m. E. deshalb, zum Vertragsinhalt *nur* derartige Zusicherungen zu rechnen, nicht aber alle, mehr oder weniger unverbindlich gemachten Angaben des Verkäufers über die Beschaffenheit und die Eignung der Kaufsache, auch wenn diese dafür von Bedeutung sind, ob die Sache als „fehlerhaft“ anzusehen ist. Sie liegen im „Vorfeld“ des Vertrages, sind aber, anders als eine verbindliche Zusicherung, nicht Bestandteil des Vertrages geworden.

c) **Der maßgebende Zeitpunkt.** Als maßgebenden Zeitpunkt sowohl für das Vorhandensein eines Fehlers wie für das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft erklärt das Gesetz den des *Gefahrüberganges*. Wir werden noch sehen, daß dies in der Regel der Zeitpunkt der Übergabe, bei Grundstücken der der Eintragung ist, falls diese vor der Übergabe erfolgt. Ist der Fehler bereits bei Kaufabschluß vorhanden, vermag ihn der Verkäufer aber noch zu beseitigen, so darf er dies und haftet nicht, wenn dies bis zum Gefahrübergang geschieht. Ob er *danach* noch zur Nachbesserung berechtigt ist, ist streitig.²⁶ M. E. braucht sich der Käufer hierauf nicht einzulassen; er mag Zweifel haben, ob dem Verkäufer die Nachbesserung gelingt, nicht darauf warten wollen, oder es vorziehen, den Mangel hinzunehmen und dafür den Kaufpreis zu mindern. Läßt sich der Käufer freilich darauf ein, muß er dem Verkäufer die dafür erforderliche Zeit lassen; die Mängelansprüche können so lange nicht geltend gemacht werden und entfallen, wenn der Mangel beseitigt ist. Der Käufer kann die Beseitigung seinerseits nicht verlangen, da ihm das Gesetz keinen Nachbesserungsanspruch gibt (vgl. unten II vor a). Der Verkäufer haftet andererseits für den Mangel auch dann, wenn dieser erst nach dem Kaufabschluß, jedoch vor dem Gefahrübergang entstanden ist. Dabei kommt es für die Haftung aus der Gewährleistung *nicht darauf an, ob die Entste-*

²⁶ Dafür – soweit die nachträgliche Ausbesserung dem Käufer zumutbar ist – gegen die bisher hL Köhler JZ 84, 393.

hung des Mangels auf einem Verschulden des Verkäufers beruht. Hat jedoch der Käufer selbst den Mangel zu vertreten, dann sind ihm, in entsprechender Anwendung des § 324 Abs. 1, die Mängelansprüche zu versagen. Das gleiche gilt, wenn der Mangel, sei es auch durch Zufall, erst zu einer Zeit entsteht, zu der sich der Käufer im Annahmeverzuge befindet (entsprechend § 324 Abs. 2).

Daraus, daß das Gesetz den Zeitpunkt des Gefahrüberganges für maßgeblich erklärt, darf man jedoch nicht, wie dies vielfach und auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung geschieht,²⁷ schließen, daß die Rechte des Käufers wegen eines Sachmangels erst in diesem Zeitpunkt entstünden. Es wäre äußerst unpraktisch und reiner Formalismus, wenn der Käufer auch dann, wenn feststeht, daß der Mangel (überhaupt oder doch bis zum Erfüllungstermin) nicht mehr beseitigt werden kann oder der Verkäufer ausdrücklich erklärt, daß er ihn nicht beseitigen wolle, so lange mit der Geltendmachung der Rechte warten müßte, bis ihm die mangelhafte Sache angeboten würde. Vielmehr kann er in diesen Fällen nach der heute wohl überwiegenden²⁸ richtigen Ansicht sofort die Rechte geltend machen. Bei sinngemäßer Auslegung des Gesetzes wird man daher zu dem Ergebnis kommen müssen,²⁹ daß die Rechte aus der Gewährschaft bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen schon mit dem Kaufabschluß, sonst im Zeitpunkt der Entstehung des Fehlers oder des Fortfalls der zugesicherten Eigenschaft entstehen und lediglich ihre Geltendmachung im Interesse des Verkäufers (um ihm Gelegenheit zur Beseitigung des Mangels zu geben) bis zu dem Zeitpunkte hinausgeschoben ist, in dem endgültig feststeht, daß der Fehler bei fristgerechter Lieferung auch im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorhanden oder die zugesicherte Eigenschaft auch in diesem Zeitpunkt nicht vorhanden sein wird. Damit erweist sich die auch vom RG und vom BGH vertretene Meinung³⁰ als unhaltbar, da der Käufer vor dem Gefahrübergang noch keine Rechte aus Mängelgewähr habe, müsse er bis zu diesem Zeitpunkt wegen des Mangels andere Rechtsbehelfe (z. B. ein Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 2) geltend machen können, die ihm neben den Gewährleistungsansprüchen auch nach der Ansicht des RG nicht zustehen (vgl. dazu unten IIe).

d) **Ausschluß der Mängelhaftung.** Die Haftung des Verkäufers kann vertraglich ausgeschlossen werden; sie ist gesetzlich in einer Reihe von Fällen ausgeschlossen, in denen entweder der Käufer nicht schutzwürdig ist oder das Interesse

²⁷ So *Enn./L.* § 112 I (vor 1); BGHZ 34, 34. Dagegen zutreffend *Soergel/Ballerstedt* 19 vor § 459; *Herberger* aaO S. 153 f., 170.

²⁸ *Enn./L.* § 108 II 1 a δ, *Leonhard* B 56, *Esser/Weyers* § 5 II 3; *Medicus* SchR II § 74 II 3 b; *Oertmann* 3, *Palandt/Putzo* 2d zu § 459.

²⁹ So *Oertmann* 3 zu § 459 und die dort Genannten; ferner *Süss* aaO S. 235; *Soergel/Ballerstedt* 19 u. 28, *Staudinger/Honsell* 22 vor § 459.

³⁰ RGZ 138, 356; BGHZ 34, 34. Dagegen mit überzeugender Begründung *Flume* aaO S. 134 u. *Soergel/Ballerstedt* 28 vor § 459.

des Verkäufers an der Beständigkeit des Vertrages sowie das Bedürfnis nach rascher Abwicklung den Vorzug verdient.

1. Die Haftung des Verkäufers kann *im Verträge ausgeschlossen oder beschränkt* werden.³¹ Eine derartige Vereinbarung ist nach gesetzlicher Vorschrift (§ 476) dann unwirksam, wenn der Verkäufer einen ihm bekannten Mangel arglistig verschweigt. Darüber hinaus ist der Ausschluß der Gewährleistung in den *Allgemeinen Geschäftsbedingungen* des Verkäufers nach näherer Maßgabe des § 11 Nr. 10 Buchst. a und b AGBG, unter Umständen auch nach der Generalklausel des § 9 AGBG unwirksam. (Dazu unten § 43a II.) Zu beachten ist, daß sich die Bestimmung des § 11 Nr. 10 AGBG nur auf einen Verkauf *neu hergestellter Sachen* bezieht. Beim Verkauf bereits gebrauchter Sachen erscheint es nicht immer als eine unbillige Benachteiligung des Käufers, ihm das Risiko des nicht erkannten Sachmangels aufzuerlegen. Beim *Gebrauchtwagenkauf* z. B. ist der Ausschluß der Gewährleistung im allgemeinen sachgemäß; er verstößt daher, wenn in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten, auch nicht gegen § 9 AGBG.³² Der Ausschluß der Gewährleistung wäre freilich beim Kauf eines gebrauchten Wagens von einem Kraftfahrzeughändler von geringerer Bedeutung, wenn dieser stets verpflichtet wäre, den Wagen vor dem Verkauf oder der Aushändigung zu untersuchen und die dabei entdeckten Mängel dem Käufer zu offenbaren. Er würde dann bei einem schuldhaften Verstoß gegen diese Pflicht nach dem unten unter IIe Gesagten Schadensersatz zu leisten haben. Der BGH hat jedoch eine *Untersuchungspflicht* für den *Gebrauchtwagenhändler* – einerlei, ob er als Verkäufer oder nur als Vermittler für den Eigentümer und damit als dessen „Sachberater“ auftritt – im allgemeinen abgelehnt; anders nur, wenn besondere Gründe dafür vorliegen, so wenn sich ihm der Verdacht eines Mangels aufdrängt, mit dem der Käufer nach den Umständen nicht zu rechnen braucht.³³ Der Ausschluß der Gewährleistung in den Geschäftsbedingungen wäre insoweit nach § 9 AGBG unwirksam. In einer Individualvereinbarung kann die Gewährleistung auch „stillschweigend“ ausgeschlossen werden, doch bedarf es hierfür stets besonderer Umstände, die die Annahme einer solchen Abmachung rechtfertigen.³⁴ Im Kunsthandel hält der BGH den Ausschluß aller Gewährleistungsansprüche je-

³¹ Hierin liegt nach der Meinung des BGH in der Regel auch ein Ausschluß der Irrtumsanfechtung; so DB 67, 96. Dagegen *Schmidt/Salzer*, JZ 67, 661.

³² BGHZ 74, 383, 386 ff.; BGH, JZ 84, 436; *Ulmer/Brandner/Hensen* AGB-Gesetz 4. Aufl., Rdz. 434 Anhang zu §§ 9–11. Der Ausschluß umfasst aber nicht die Haftung für eine gegebene Zusicherung; diese geht vor. Vgl. BGHZ 87, 302, 308.

³³ BGHZ 74, 383, 388 ff.; vgl. auch BGH, NJW 81, 928; 83, 217. Zustimmung *Medicus*, SchR II § 76 III 1; für eine nicht abdingbare Untersuchungspflicht des Gebrauchtwagenhändlers dagegen *Esser/Weyers* § 7 II 1; *Teske*, NJW 83, 217.

³⁴ In der Entsch. BGHZ 83, 334 – zu ihr vgl. unten § 42 I – handelt es sich nicht, wie der BGH meint, um „stillschweigende Erklärungen“, sondern um eine ergänzende Vertragsauslegung, für die sich der BGH auf den besonderen Geschäftstypus beruft. Zutreffend *Schack*, NJW 83, 2806.

denfalls dann für sachlich gerechtfertigt, wenn der Verkäufer im Wege der Auktion als Kommissionär Kunstwerke für fremde Rechnung veräußert.³⁵ Für arglistiges Verschweigen eines Fehlers und arglistige Vorspiegelung (vgl. unten II c 3) haftet der Verkäufer jedoch auf jeden Fall. Wird dem Käufer – was nicht selten geschieht – für den Fall eines Sachmangels *statt der im Gesetz vorgesehenen Rechte auf Wandlung oder Minderung ein Recht auf Nachbesserung* (also auf Beseitigung des Mangels) eingeräumt, so hat der zur Nachbesserung verpflichtete Verkäufer auch die hierzu erforderlichen Aufwendungen, wie Transport-, Arbeits- und Materialkosten, zu tragen (§ 476 a). Diese Bestimmung ist zwar wiederum dispositiv, ihr Ausschluß oder ihre Beschränkung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist aber unwirksam (§ 11 Nr. 10 Buchst. c AGBG).

2. Der Verkäufer hat einen Fehler der Sache und selbst das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft dann nicht zu vertreten, wenn der Käufer den Fehler oder das Nichtvorhandensein der Eigenschaft *beim Kaufabschluß kennt* (§ 460 Satz 1). „Kenntnis“ des Mangels erfordert nach der Rechtsprechung³⁶ auch die Kenntnis des Käufers davon, daß durch ihn der Wert oder die Tauglichkeit der Sache zu dem gewöhnlichen oder dem vertragsmäßigen Gebrauch gemindert wird. Einen Fehler (im Sinne von § 459 Abs. 1) hat der Verkäufer ferner auch dann nicht zu vertreten, wenn dieser dem Käufer *infolge „grober Fahrlässigkeit“ unbekannt* geblieben ist (§ 460 Satz 2), sofern der Verkäufer ihn nicht „arglistig“ verschwiegen oder die Abwesenheit des Fehlers (im Sinne von § 459 Abs. 2) zugesichert hat. „Fahrlässigkeit“ bedeutet hier, ähnlich wie das „Verschulden“ im Sinne von § 254, ein Verhalten, das nach den im Verkehr geltenden Maßstäben diejenige Sorgfalt vermissen läßt, die von jedem Verkehrsteilnehmer in seinem eigenen Interesse, um sich selbst vor Schaden zu bewahren, erwartet werden kann. Wer diese Sorgfalt außer acht läßt, handelt zwar nicht eigentlich pflichtwidrig, aber er muß sich den ihm dadurch entstehenden Schaden selbst zurechnen lassen, und deshalb verdient er, gegenüber einem nicht arglistig handelnden Verkäufer, in diesem Fall keinen Schutz. Die Unachtsamkeit des Käufers muß jedoch eine „grobe“ sein. Im allgemeinen ist nicht zu verlangen, daß der Käufer die Sache vor dem Abschluß einer genauen Untersuchung unterzieht; anders, wenn „die Umstände zu besonderer Vorsicht mahnen“.³⁷

Verspricht der Verkäufer, den dem Käufer bei Kaufabschluß bekannten Mangel vor der Übergabe zu beseitigen, so handelt es sich insoweit um die Übernahme einer Nebenleistungspflicht.³⁸ Erfüllt der Verkäufer diese schuldhaft nicht, so haftet er dafür nach den allgemeinen Vorschriften (Verzug, Unvermögen des Schuldners). Erweist sich die Beseitigung als objektiv unmöglich, so dürfte, da es

³⁵ NJW 75, 970 = JZ 75, 417 (m. Anm. von Locher).

³⁶ RGZ 149, 402; BGH, NJW 61, 1860.

³⁷ RGZ 131, 353; vgl. Erman/Weitnauer 5 zu § 460.

³⁸ Vgl. hierzu Oertmann 4a, Soergel/Ballerstedt 6, Staudinger/Honsell 6 zu § 460; Medicus SchR II § 74 II 4a.

sich nur um eine Nebenpflicht handelt, nicht der gesamte Kaufvertrag nach § 306 nichtig sein, man wird aber dem Käufer nun trotz § 460 die Mängelansprüche geben müssen, da sein Wille erkennbar dahin ging, die Sache – zu dem vereinbarten Preis – nur in mangelfreiem Zustand zu erwerben und der Verkäufer, durch die Übernahme der Beseitigungspflicht, das akzeptiert hat.

3. Die Haftung für Mängel entfällt, wenn der Käufer die ihm angebotene mangelhafte Sache, ohne seine Rechte vorzubehalten, in Kenntnis des Mangels annimmt (§ 464). Unter „Annahme“ ist dabei nicht schon die körperliche Entgegennahme der Ware, sondern ihre Annahme „als Erfüllung“ im Sinne von § 363 (Bd. I § 18 I a. E.) zu verstehen.³⁹ Bei Grundstücken kann die Annahme sowohl in der Entgegennahme der Auflassung, wie derjenigen der Übergabe gelegen sein. Der Vorbehalt muß daher, wenn der Käufer den Mangel bei der Vornahme schon des ersten dieser beiden Akte kennt, bei diesem erklärt werden.⁴⁰ Erlangt der Käufer die Kenntnis des Mangels zwar erst nach der Übergabe des Grundstücks, aber vor der Auflassung, so verliert er seine Rechte, wenn er die Auflassung ohne Vorbehalt entgegennimmt.⁴¹ Grobfahrlässige Unkenntnis steht hier der Kenntnis gleich. Es handelt sich um einen Fall des Rechtsverlustes in Folge der „Verschweigung“ seiner Rechte. Der Käufer, der vor oder spätestens bei der Annahme den Mangel entdeckt und trotzdem die Sache als Erfüllung annimmt, ohne etwas darüber zu sagen, verliert seine Rechte nicht deshalb, weil in seinem Verhalten, wie manche annehmen,⁴² ein „stillschweigend“ erklärter Verzicht zu finden wäre – dann müßte er nach § 119 Abs. 1 anfechten können –, sondern weil er durch sein Schweigen in Verbindung mit der Annahme einen Tatbestand schafft, auf den der Verkäufer soll vertrauen dürfen.⁴³ Der Verlust seiner Ansprüche ist eine gesetzliche Folge seines Verhaltens, nicht die Folge einer Willenserklärung. Sehr weitgehend ist es, daß der Käufer seine Rechte selbst bei arglistigem Handeln des Verkäufers verliert, was nach dem Gesetzeswortlaut (vgl. den Hinweis auf § 463) gleichwohl nicht bezweifelt werden kann. Ein Schadensersatzanspruch ist nach h. L. auch dann ausgeschlossen, wenn er, statt auf § 463, auf § 826, also auf Deliktsrecht, oder auf Verschulden beim Vertragsschluß gegründet wird.⁴⁴

§ 464 läßt den Verlust der Gewährleistungsrechte durch Verschweigung nur eintreten, wenn der Käufer den Mangel *spätestens bei der Annahme erkennt*. Wenn er ihn erst später erkennt, dann kann er

³⁹ HL; vgl. *Enn./L.* § 109, 5; *Staudinger/Honsell* 6, *Soergel/Ballerstedt* 4, *Palandt/Putzo* 3 zu § 464.

⁴⁰ *Erman/Weitnauer* 3, *Palandt/Putzo* 3 zu § 464.

⁴¹ BGHZ 50, 364.

⁴² So *Leonhard* B 75; wohl auch *Erman/Weitnauer* 1 zu § 464. Widersprüchlich *Staudinger/Honsell* 1 zu § 464: die Annahme sei „als Verzicht zu werten“, ein Verzichtswille aber nicht erforderlich. *Palandt/Putzo* 1a zu § 464 spricht von „Verwirkung“, nicht von Verzicht.

⁴³ Vgl. *Krause*, Schweigen im Rechtsverkehr S. 166.

⁴⁴ So zuerst RGZ 59, 104; dem folgend *Enn./L.* § 109, 5; *Staudinger/Honsell* 9, *Palandt/Putzo* 1 (bis zur 43. Aufl.), *Soergel/Ballerstedt* 1 zu § 464. Nach *Schlechtriem*, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, 1972, S. 300f. gilt § 464 nur für den Anspruch auf Ersatz des Mangelschadens, nicht auch des Mangelfolgeschadens.

den Mangel bis zum Ablauf der Verjährungsfrist (§ 477) geltend machen, ohne den Verkäufer sogleich benachrichtigen zu müssen. Auch in dem Weitergebrauch oder Verbrauch der Sache liegt allein noch kein rechtswirksamer „Verzicht“ auf das Wandlungsrecht, da ein solcher nach § 397 eines Vertrages und daher des Zugangs einer an den Verkäufer gerichteten Erklärung bedürfte.⁴⁵ Die Wandlung wird dann aber meist nach § 351 ausgeschlossen sein. Einen Verzicht wird man dagegen unter Umständen in der Bezahlung des vollen Kaufpreises in Kenntnis des Mangels sehen können; hierbei kommt es jedoch darauf an, ob im einzelnen Fall nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen in der Zahlung eine solche Erklärung zu finden ist.⁴⁶

4. Weitergehend läßt das Handelsgesetzbuch dann, wenn der Kauf *für beide ein Handelsgeschäft* ist, sämtliche Rechte des Käufers wegen eines Mangels (d. h. wegen eines Fehlers im Sinne von § 459 Abs. 1 und wegen des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft) entfallen, wenn der Käufer die Ware nicht unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer untersucht, soweit dies nach ordnungsgemäßem Geschäftsgang tunlich ist, und nicht, falls sich ein Mangel zeigt, ebenfalls unverzüglich dem Verkäufer Anzeige macht (§ 377 Abs. 1 HGB). Die danach den Käufer treffende **Untersuchungs- und Anzeige-(Rüge-)Pflicht** ist keine echte Rechtspflicht, sondern eine sog. Obliegenheit,⁴⁷ deren Versäumnis einen Rechtsnachteil mit sich bringt. Im Falle der Versäumnis gilt, wie das Gesetz sagt, die Ware als genehmigt. Das bedeutet aber wiederum nicht, daß das Verhalten des Käufers als Billigung der Ware oder als Verzicht auf seine Rechte *ausgelegt* würde, sondern daß sie die *gesetzliche Folge* hat, daß er seine Rechte verliert.⁴⁸ Der Verlust tritt nicht ein, wenn der Mangel bei der Untersuchung nicht erkennbar war. In diesem Fall verliert der Käufer seine Rechte, wenn er den Mangel nicht unverzüglich nach seiner Entdeckung anzeigt (§ 377 Abs. 3 HGB). Der Verkäufer kann sich auf diese Vorschriften nicht berufen, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen hat (§ 377 Abs. 5 HGB).

Die Bestimmung des Handelsgesetzbuchs, die den Verkäufer weitgehend davor schützt, noch nach geraumer Zeit wegen eines vom Käufer behaupteten Mangels in Anspruch genommen zu werden, kann auf *Geschäfte unter Nichtkaufleuten* auch nicht analog angewandt werden. Entsprechende Bestimmungen können aber im Vertrage vereinbart werden. Geschieht das in den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verkäufers, so ist § 11 Nr. 10 Buchst. e AGBG zu beachten. Für die Anzeige nicht „*offensichtlicher*“ Mängel darf danach keine Ausschlussfrist gesetzt werden, die kürzer ist als die gesetzliche Verjährungsfrist für

⁴⁵ Anders RGZ 123, 215; *Enn./L.* § 109, 5.

⁴⁶ Vgl. RG, *SeuffA* 74 Nr. 24.

⁴⁷ Reimer *Schmidt*, Die Obliegenheiten, 1953; vgl. besonders S. 187 ff.; Karsten *Schmidt*, Handelsrecht, § 28 III 1 d.

⁴⁸ Der Käufer verliert nicht nur seine Rechte aus Gewährleistung, sondern auch einen etwaigen Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung wegen schädigender Folgen des Mangels; so OLG Karlsruhe, NJW 58, 226; *Reinicke/Tiedtke* aaO S. 215 *Karsten Schmidt*, Handelsrecht, § 28 III 5b. Anders *Schlechtriem*, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, 1972, S. 216 ff., für Ansprüche aus unerlaubter Handlung auch *Reinicke/Tiedtke* aaO S. 189.

die Mängelansprüche. Die Frist für die Geltendmachung offensichtlicher Mängel muß auf jeden Fall angemessen lang sein. Das ergibt sich aus § 242, im Falle, daß das AGB-Gesetz anwendbar ist, aus § 9 AGBG. Das Einheitliche Gesetz über den Kauf beweglicher Sachen, das auch für Nichtkaufleute gilt, sieht ebenfalls eine Obliegenheit des Käufers zur Untersuchung der Ware und zur alsbaldigen Anzeige des festgestellten Mangels vor (unten § 44a IIb).

5. Der Verkäufer haftet endlich für Sachmängel dann nicht, wenn die Sache *auf Grund eines Pfandrechts* in öffentlicher Versteigerung und unter der Bezeichnung als Pfand verkauft wird (§ 461). Der Pfandgläubiger, in dessen Namen der Verkauf erfolgt, wird damit auf Kosten des Erstehers geschützt; er soll nicht nachträglich wegen eines Fehlers der Sache belangt werden und dadurch der von ihm rechtmäßig erlangten Befriedigung wegen seiner Forderung wieder verlustig gehen können. Beim Kauf einer Pfandsache ist also erhöhte Vorsicht geboten! Obgleich das Gesetz jede Haftung für einen Mangel ausschließt und unter „Mängeln“ der Sache sonst nicht nur Fehler, sondern auch das Fehlen zugesicherter Eigenschaften versteht, wird man sinngemäß hier anders entscheiden müssen. So verständlich es ist, daß der Pfandgläubiger als Verkäufer nicht für verborgene Fehler der Pfandsache einzustehen braucht, die nicht seine eigene war, so unverständlich, ja befremdlich wäre es, sollte er auch nicht für von ihm gegebene Zusicherungen, also für seine eigene, bindend gemeinte Erklärung einzustehen brauchen.⁴⁹ Bei arglistigem Verschweigen eines Fehlers ist zwar die Mängelhaftung ausgeschlossen, nicht aber die Verpflichtung zum Schadensersatz wegen einer unerlaubten Handlung.⁵⁰

Die Haftung für Sachmängel ist ferner ausgeschlossen, wenn eine Sache auf Grund einer Pfändung im Vollstreckungsverfahren veräußert wird (§ 806 ZPO), sowie bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks (§ 56 Satz 3 ZVG).

e) **Besondere Voraussetzungen beim Viehkauf.** An besondere, enger gefaßte Voraussetzungen ist die gesetzliche Haftung für Sachmängel gebunden, wenn es sich um den Verkauf von Vieh, und zwar nur einer der in § 481 aufgeführten Arten, handelt. Der Verkäufer hat hier nur bestimmte Fehler, sog. *Hauptmängel*,⁵¹ und diese auch nur dann zu vertreten, wenn sie sich innerhalb bestimmter Fristen, der sog. *Gewährfristen*, zeigen (§ 482). Hauptmängel und Gewährfristen sind in einer besonderen Verordnung (vom 27. 3. 1899) näher bestimmt. Die Gewährfrist kann durch Vertrag verlängert oder verkürzt werden (§ 486). Es wird vermutet, daß ein Hauptmangel, der sich innerhalb der Gewährfrist zeigt, schon zur Zeit des Gefahrübergangs vorhanden war (§ 484). Der Käufer hat einen Hauptmangel binnen zwei Tagen nach dem Ablauf der Gewährfrist oder, falls das Tier vorher getötet worden oder verendet ist, nach dem Tode des Tiers anzuzeigen oder doch entsprechende Handlungen

⁴⁹ *Enn./L.* § 109, 4; *Staudinger/Honsell* 2 (2), RGR Komm. 1, *Erman/Weitnauer* 2 zu § 461.

⁵⁰ Letzteres ist unbestritten; für Unanwendbarkeit des § 461 auch in diesem Fall *Enn./L.* § 109, 4; *Erman/Weitnauer* 2, *Staudinger/Honsell* 2 (3) zu § 461.

⁵¹ Für andere Fehler haftet er, sofern er nicht vertraglich die Gewährleistung übernommen hat (§ 492), auch dann nicht, wenn dadurch der Gebrauchszweck vereitelt ist: RGZ 123, 148. Auch eine Haftung aus „*culpa in contrahendo*“ wegen fahrlässigen Verschweigens eines Mangels, der nicht zu den Hauptmängeln gehört, kommt nicht in Betracht (BGH, NJW 66, 2252).