

# Bürgerliches Recht

Medicus / Petersen

29. Auflage 2023

ISBN 978-3-8006-7164-9

Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

## § 14 Einzelne Vertragstypen

### I. Der Kauf

#### 1. Rückbindung der Käuferrechte an das Allgemeine Schuldrecht

a) Rücktritt und Schadensersatz können nach § 325 nebeneinander geltend gemacht werden.<sup>1</sup> Nach § 437 Nr. 2 („oder“) bzw. § 441 I („statt“) schließen Rücktritt und Minderung einander ebenso aus wie der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (§ 437 Nr. 3: „oder“) und Aufwendungsersatz gem. § 284 („anstelle“). § 437 Nr. 3 („Schadensersatz oder § 284“) bezieht sich zur Vermeidung einer doppelten Kompensation nur auf den Schadensersatz statt der Leistung und nicht den Schadensersatz neben der Leistung (→ Rn. 237f.). Mit wirksamer Rücktrittserklärung, an die zum Schutz der Käuferrechte strenge Anforderungen zu stellen sind, wird der Kaufvertrag zu einem Rückgewährschuldverhältnis, sodass der Käufer nicht mehr mindern kann.<sup>2</sup> Minderung und Schadensersatz statt der ganzen Leistung schließen sich wegen der **Gestaltungswirkung der Minderung** aus. Die wirksam erklärte Minderung führt zu einem **Verbrauch des Wahlrechts** „zwischen Festhalten am und Lösen vom Kaufvertrag“. <sup>3</sup> Für eine Analogie zu § 325 ist kein Raum.<sup>4</sup> Der Käufer kann allerdings dann auf den („kleinen“) Schadensersatz statt der Leistung übergehen, wenn der Betrag der Minderung mit der in § 441 III 1 bestimmten Berechnungsmethode nicht ermittelt werden kann<sup>5</sup> oder wenn er zusätzlich zum mangelbedingten Minderwert Schäden erlitten hat.<sup>6</sup>

Die Geltendmachung der Käuferrechte kann im Einzelfall weiteren Begründungsbedarf erfordern:<sup>7</sup>

**Beispiel** (aus einer **Examensklausur**): K hat von V ein Haus mit defekter Heizung gekauft und fordert ihn auf, binnen zehn Tagen für Abhilfe zu sorgen. Zugleich erklärt er für den Fall, dass V dem Nacherfüllungsverlangen nicht rechtzeitig nachkommt, den Kaufpreis bereits hiermit um einen näher zu bestimmenden Betrag zu mindern. V lässt die Frist ungenutzt verstreichen. K, der es sich unterdessen anders überlegt hat, verlangt statt der Minderung Nacherfüllung.

Die begehrte Mangelbeseitigung (§§ 437 Nr. 1, 439 I Fall 1) ist nur dann möglich, wenn die Erklärung der Minderung (§ 441 I) unwirksam war. Rücktritt und Minderung sind als **Gestaltungsrechte** entsprechend § 388 S. 2 bedingungsfeindlich. Erklärt der Käufer die Minderung jedoch für den Fall, dass der Verkäufer nicht nacherfüllt, so ist dies eine zulässige **Potestativbedingung**, wenn der Verkäufer gänzlich untätig bleibt und damit

1 Lehrreich Fervers JURA 2015, 11.

2 Zu den Pflichten im Rückgewährschuldverhältnis Keiser NJW 2014, 1473; grdl. Sonntag, Das Rückgewährschuldverhältnis, 2016; lehrreich Regenfus JURA 2023, 653.

3 BGHZ 218, 320; zust. Looschelders JA 2018, 784 (787); Omlor JuS 2018, 1235; Bongartz JURA 2018, 1260.

4 AA Derleder NJW 2003, 998 (1001f.); OLG Stuttgart ZGS 2008, 479 (480). Vgl. auch Gsell JZ 2004, 643 (649); v. Olshausen FS U. Huber, 2006, 471 (495).

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

6 BGH NJW 2011, 2953 Rn. 16; BGHZ 218, 320 Rn. 33.

7 Zu Verbraucherverträgen über digitale Produkte nach §§ 327–327u M. Stürner JURA 2022, 32; 159; Gansmeier/Kochendörfer JuS 2022, 704; Kalle/Zilz JURA 2022, 1032; Heiderhoff/Rüsing JURA 2022, 1243; 1375; lehrreiche Fälle: Gansmeier/Kochendörfer JURA 2022, 1447; L. Meyer/Wiesehöfer JURA 2023, 80; Mäsch/Edinger/Hagena JuS 2023, 335; Meichelbeck/Sprenger JURA 2023, 472.

kein für ihn unzumutbarer Schwebezustand entsteht.<sup>8</sup> Folglich stand die Minderungs-  
erklärung des K unter keiner schädlichen Bedingung (§ 158) und war wirksam, sodass  
er keine Nacherfüllung mehr beanspruchen kann. Dass er den Minderungsbetrag  
einstweilen offen ließ, schadet nicht (arg. § 441 III 2).

Dass die Minderung Gestaltungsrecht ist, kann zu einer weiteren Frage führen: Was soll gelten, wenn der  
Käufer den Kaufpreis um 50 % mindert, während nur eine Minderung um 25 % gerechtfertigt ist? Man  
wird das durch Auslegung der Erklärung des Käufers zu entscheiden haben: Geht es dem Käufer gerade  
um hälftige Herabsetzung, so ist seine Minderung unwirksam (weil ohne ausreichende Rechtsgrund-  
lage); sind dagegen die 50 % nur als für die Wirksamkeit unmaßgebliche Schätzung gemeint, so ist um  
25 % gemindert.

- 282 b) Ausgangspunkt vieler Streitfragen ist die **Nachfrist** (§§ 281 I 1, 323 I). Nach dem **Ein-  
heitskonzept** bedarf es keiner neuerlichen Fristsetzung, wenn der Schuldner den gerügten  
Mangel zwar in der Frist behebt, die Leistung jedoch aus anderen Gründen weiterhin  
nicht vollends vertragsgemäß ist.<sup>9</sup> Es sei unpraktisch, wenn jeder neue Mangel eine erneute  
Fristsetzung nach sich ziehen müsste.<sup>10</sup> Das demgegenüber von der Rechtsprechung ver-  
tretene **Prinzip der Einzelbetrachtung** verlangt eine jeweils eigene Fristsetzung für jede  
vertragswidrige (Teil-)Leistung.<sup>11</sup> Die Fristsetzung muss klar erkennen lassen, was genau –  
letztmalig – verlangt wird;<sup>12</sup> eine Fristsetzung, die sich auf nicht bestehende Mängel be-  
zieht, ist gegenstandslos. Die Fristsetzung muss hinreichend lang sein, um dem Verkäufer  
die Leistungshandlung und den Leistungserfolg zu ermöglichen.<sup>13</sup>

Allein der Fristablauf bindet den Käufer noch nicht gegenüber dem Verkäufer, sondern  
erst die Erklärung des Rücktritts (§§ 323 I, 349), der Minderung (§ 441 I 1), das Verlan-  
gen von Schadensersatz (§ 281 IV) oder Aufwendungsersatz (§ 284). Der Rückgriff auf  
diese **Grundwertung** beantwortet viele im Einzelnen streitige Zweifelsfragen:<sup>14</sup> Be-  
harrt der nach § 281 I 1 berechnigte Käufer zunächst auf der Nacherfüllung, so bedarf  
es für den Übergang zu den Sekundärrechten keiner neuen Fristsetzung, weil er mit  
der verlangten Vertragserfüllung nicht auf Rücktritt, Minderung oder Schadensersatz  
verzichtet und eine dem § 281 IV entsprechende Vorschrift fehlt.<sup>15</sup> Der Gläubiger  
kann etwa zum Schadensersatz statt der Leistung übergehen.<sup>16</sup> Da zwischen Rück-  
gewähr-, Schadensersatzansprüchen und Nacherfüllung keine Wahlschuld besteht  
(speziell zur Nacherfüllung → Rn. 289), kann der Käufer weder entsprechend § 264 II  
noch analog § 350 vom Verkäufer zur Vornahme der Wahl aufgefordert werden.<sup>17</sup> An-  
sprüche wegen Verzugs (§§ 280 II, 286) und Schlechtleistung (§§ 280 I 1, 433 I 2) be-  
stehen neben dem Nacherfüllungsanspruch fort.<sup>18</sup>

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

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

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

11 BGH NJW 2013, 1523; 2016, 2493 (dazu Riehm JuS 2016, 1120); BGHZ 205, 151; MüKoBGB/Ernst  
§ 323 Rn. 67; S. Lorenz, Karlsruher Forum 2005, 5 (73).

12 BGH NJW 2010, 2200.

13 BGHZ 227, 15.

14 Oechsler VertrSchuldV Rn. 245.

15 BGH NJW 2006, 1198 Rn. 18.

16 Althammer ZGS 2005, 375 (377).

17 Vgl. BGH NJW 2006, 1198 Rn. 17; für Wahlschuld M. Schwab JZ 2006, 1030; JuS 2014, 167 (168);  
Samhat, Die Abgrenzung der Wahlschuld von der elektiven Konkurrenz nach dem BGB, 2012.

18 PWW/M. Stürner § 323 Rn. 51.

c) Lässt der Verkäufer die Frist zur Nacherfüllung verstreichen und hat der Käufer noch nicht den Rücktritt erklärt oder Schadensersatz statt der Leistung verlangt (§ 281 IV), so darf der Verkäufer die Nacherfüllung weiterhin anbieten. Der Käufer ist nach hM jedoch nicht zur Annahme der nunmehr unaufgefordert angebotenen Leistung verpflichtet.<sup>19</sup> Wenn der Käufer die Leistung zurückweist, indem er zurücktritt, mindert oder Schadensersatz verlangt, erlischt der Nacherfüllungsanspruch. **Umstritten** ist der Fall, dass der Käufer die Leistung zurückweist, ohne sich für eines dieser Rechte zu entscheiden. Ein Teil der Lehre hält die Nacherfüllung dann wegen widersprüchlichen Verhaltens (§ 242) für ausgeschlossen und verweist den Käufer auf seine Sekundärrechte.<sup>20</sup> Nach der Gegenansicht kann der Käufer keinen Schadensersatz statt der Leistung mehr verlangen, wenn ihm der Verkäufer die Nacherfüllung in Annahmeverzug begründender Weise anbietet.<sup>21</sup> Mit dem Annahmeverzug erlischt zugleich das Rücktrittsrecht, weil die Verspätungsfolgen entfallen.<sup>22</sup> Auch ohne Leistungsangebot des Verkäufers darf der Käufer nicht unangemessen lange mit dem Übergang zu den Sekundärrechten zögern. Für den Rücktritt folgt dies aus dem Rechtsgedanken des § 314 III,<sup>23</sup> im Übrigen aus § 242.<sup>24</sup>

## 2. Gleichstellung von Sach- und Rechtsmängelhaftung

Sach- und Rechtsmängel werden zwar verschieden definiert (einerseits § 434, andererseits §§ 435 f.).<sup>25</sup> Aber bei den Rechtsfolgen gibt es kaum mehr Unterschiede.<sup>26</sup> Hinsichtlich des maßgeblichen Zeitpunkts der Rechtsmängelfreiheit ist nicht wie bei § 434 auf den Gefahrübergang iSv § 446 S. 1, sondern auf den Eigentumsübergang abzustellen.<sup>27</sup> Auch wegen eines Rechtsmangels kann gemindert werden (§ 441, zB wenn nur ein kleiner Teil des Kaufgrundstücks mit dem Wegerecht eines Dritten belastet ist), die Beweislastumkehr in § 477 erfasst hingegen keine Rechtsmängel (→ Rn. 313). Die Unterscheidung spielt vor allem für die Anwendung des § 438 I Nr. 1 (→ Rn. 303) eine Rolle, etwa wenn dem Käufer eine abhandengekommene Sache veräußert wird (vgl. § 935 I). Die fehlende Eigentumsverschaffung betrifft nicht §§ 433 I 2, 435, sondern § 433 I 1, und stellt daher keinen Rechtsmangel dar.<sup>28</sup> Doch ist zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen § 438 I Nr. 1 a anzuwenden, damit dem Käufer die längere Verjährung zugutekommt (andernfalls §§ 199, 195), wenn er

19 AA MüKoBGB/Ernst § 281 Rn. 100f.; dazu Heinrichs FS Derleder, 2005, 87 (107).

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

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

22 Medicus/Lorenz *SchuldR AT* § 37 Rn. 28.

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

24 MüKoBGB/Ernst § 323 Rn. 157; PWW/M. Stürner § 323 Rn. 51.

25 Zur Abgrenzung BGH NJW 2017, 1666; dazu M. Schwab JuS 2017, 683; krit. Dastis/Lotz JURA 2017, 1355. Zur Warenkauf-RL S. Lorenz NJW 2021, 2065.

26 Näher Haedicke, *Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung*, 2003 (dazu Heinemann JZ 2004, 1013); Pahlow JuS 2006, 289; M. Zimmermann AcP 213 (2013), 652; zum Rechtsmangel eines Fahrzeugs bei Eintragung im Schengener Informationssystem (SIS) BGH NJW 2017, 1666; 2017, 3292; jedoch verneint BGH NJW 2020, 1669 Rn. 16 einen Rechtsmangel bei bloßem Vorliegen von Tatsachen, die zu einer späteren Eintragung führen.

27 Looschelders *SchuldR BT* § 3 Rn. 62. Aus der Rechtsprechung zu Grundstücken BGH NJW-RR 2022, 808 Rn. 13 (→ Rn. 219); dazu M. Stürner JURA 2022, 885.

28 BeckOK BGB/Faust, 66. Ed. 1.5.2023, BGB § 435 Rn. 12; Petersen Dritte im ZivilR § 18 Rn. 2; aA S. Meier JR 2003, 353 (355).

wegen des Eigentums eines Dritten (§ 197 I Nr. 2) in Anspruch genommen zu werden droht.<sup>29</sup>

### 3. Sachmangel

- 285 a) § 434 enthält eine Definition des Sachmangels (oder genauer: der Freiheit von Sachmängeln bei Gefahrübergang).<sup>30</sup>

aa) Nach § 434 I, II muss die Kaufsache die subjektiven Anforderungen, insbesondere die **vereinbarte Beschaffenheit** aufweisen, § 434 II 1 Nr. 1. § 434 II 2 präzisiert die Beschaffenheitsvereinbarung.

So muss zB ein Kfz die angegebene Höchstgeschwindigkeit auch wirklich erreichen.<sup>31</sup> Ein Vorführgewagen darf, anders als ein Jahreswagen, ein gewisses Alter haben.<sup>32</sup> Die Farbe des verkauften Kfz muss mit der vertraglich vereinbarten übereinstimmen. Zugleich indiziert eine solche Abweichung eine erhebliche Pflichtverletzung iSd § 323 V 2.<sup>33</sup> Die Streitigkeiten um den Beschaffenheitsbegriff ranken sich weiterhin um die Frage, inwieweit auch außerhalb der Kaufsache liegende **Umweltbeziehungen** erfasst werden.<sup>34</sup> So fragt sich, ob ein beliebiger Bezug zur Kaufsache ausreicht<sup>35</sup> oder ein Zusammenhang gerade mit den körperlichen Merkmalen der Kaufsache bestehen muss.<sup>36</sup> Streitig ist, ob die mit der Kaufsache zu erzielenden Umsätze und Erträge eine Beschaffenheit darstellen.<sup>37</sup> Richtigerweise können sämtliche Umweltbeziehungen die Beschaffenheit der Kaufsache ausmachen, welche die Wertschätzung im Verkehr mitbestimmen.<sup>38</sup> Danach genügt ein rechtlicher, wirtschaftlicher bzw. tatsächlicher Bezug zur Kaufsache, den die Parteien privatautonom vereinbaren.<sup>39</sup> Zur Beschaffenheit des verkauften Grundstücks gehören deshalb die aus der Bewirtschaftung des Grundstücks erzielten Mieterträge und die aufzuwendenden Betriebskosten.<sup>40</sup> Beschreibt der Verkäufer eines Grundstücks oder Gebäudes vor Vertragsschluss bestimmte Eigenschaften, ohne dass diese später in der notariellen Urkunde zum Ausdruck kommen, dann ist regelmäßig nicht von einer Beschaffenheitsvereinbarung auszugehen.<sup>41</sup> Zu denken ist dann aber an § 434 III 1 Nr. 2b (→ Rn. 286). Der **Verdacht** einer nachteiligen Beschaffenheit be-

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

30 Für eine Streichung der Worte „bei Gefahrübergang“ G. Bachmann AcP 211 (2011), 395 (428).

31 Tröger JuS 2005, 503; zum Sachmängelrecht in historischer Sicht Harke AcP 205 (2005), 67.

32 BGH NJW 2010, 3710.

33 BGH NJW-RR 2010, 1289 (1291); NJW 2013, 1365 (dazu M. Schwab JuS 2013, 1031; S. Lorenz NJW 2013, 1341); vgl. dazu auch BGHZ 201, 290 (dazu Riehm JuS 2014, 68); BGH NJW 2011, 2872; ZIP 2016, 624 zum Rücktritt; Höpfner NJW 2011, 3693.

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

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

36 Grigoleit/Herresthal JZ 2003, 118.

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

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

39 Reinicke/Tiedtke KaufR Rn. 307.

40 BGH NJW 2011, 1217.

41 BGHZ 207, 349 (dazu Gutzeit JuS 2016, 841); BGH NJW-RR 2018, 752 Rn. 8.

gründet wenigstens dann einen Sachmangel, wenn er auf bestimmten Tatsachen gründet und nicht ohne Weiteres zu entkräften ist.<sup>42</sup>

**bb)** Nach § 434 II 1 Nr. 2 muss sich die Kaufsache auch für die **im Vertrag vorausgesetzte** Verwendung eignen. Das erfordert keine vertragliche Vereinbarung und betrifft auch keine konkreten Eigenschaften der Kaufsache, sondern den Einsatzzweck.<sup>43</sup> Daher genügt die „von beiden Vertragsparteien unterstellte Verwendung der Kaufsache“, die von der gewöhnlichen Verwendung abweichen kann.<sup>44</sup> Über den Vertragsinhalt hinaus sind also die **Gesamtumstände** zu berücksichtigen.<sup>45</sup> Bereits die verminderte Eignung für eine bestimmte Verwendung begründet bei damit einhergehenden erheblichen Gesundheitsgefahren oder dem Risiko eines beträchtlichen wirtschaftlichen Schadens einen Sachmangel.<sup>46</sup>

**b)** Die Kaufsache muss ferner nach § 434 I, III grundsätzlich den objektiven Anforderungen entsprechen. Dazu gehört zunächst, dass sich diese für die **gewöhnliche Verwendung eignen** muss, § 434 III 1 Nr. 1.<sup>47</sup> Dabei sollen zu deren Beurteilung vor allem technische Normen herangezogen werden.<sup>48</sup> Nach § 434 III 1 Nr. 2 muss die Kaufsache so beschaffen sein, wie das für Sachen derselben Art üblich ist und vom Käufer erwartet werden kann.<sup>49</sup> Ein bloßer Bagatellschaden, also etwa ein völlig unbedeutender Lackschaden, begründet bei Gebrauchtfahrzeugen keinen Sachmangel, wohl aber der Umstand eines Vorunfalls.<sup>50</sup> Auch der altersgemäße Verschleiß eines verkehrssicheren Gebrauchtwagens begründet keinen Sachmangel.<sup>51</sup> Die schlichte Berufung auf „den Markt“, der mit Preisabschlägen reagiere, genügt nach der Rechtsprechung nicht zur Begründung eines Sachmangels.<sup>52</sup> Auch die latente Gefahr einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung eines Kfz aufgrund einer „Abschalteinrichtung“ kann einen Sachmangel begründen.<sup>53</sup> Als Vergleichsmaßstab für die Sollbeschaffenheit kommt es auf „Sachen derselben Art“ (Nr. 2a) an; für ein Dieselfahrzeug mit Rußpartikelfilter können Dieselfahrzeuge daher nicht generell als Vergleichsmaßstab dienen, sondern nur solche, die gleichfalls über einen Partikelfilter verfügen.<sup>54</sup> Eine Abweichung von den objektiven Anforderungen ist jedoch im Rahmen einer negativen Beschaffenheitsvereinbarung möglich (zum Verbrauchsgüterkauf nach § 476 I 2 → Rn. 312). Bei der Berücksichtigung der üblichen Beschaffenheit und Käufererwar-

42 BGH NJW-RR 2003, 772; BGHZ 203, 98; dazu Schmolke AcP 215 (2015), 351; Faust FS E. Picker, 2010, 185; aA Grunewald FS Konzen, 2006, 131.

43 BGH NJW 2019, 1937; dazu Omlor JuS 2019, 808.

44 BGH NJW-RR 2012, 1078 Rn. 16; NJW 2017, 2817 Rn. 16.

45 BGH NJW-RR 2018, 822 Rn. 33.

46 BGH NJW 2017, 2817 Rn. 18. Gleiches gilt bei Nr. 2: BGH NJW 2017, 153 Rn. 15; BGHZ 220, 134 Rn. 29.

47 Zu Tieren BGH NJW 2020, 389 (dazu S. Arnold JuS 2020, 355); BGHZ 226, 1 (dazu Looschelders JA 2020, 703).

48 BT-Drs. 19/27424, 24 (zur Umsetzung von Art. 7 I lit. a Warenkauf-RL).

49 BGH NJW-RR 2017, 468; NJW 2018, 389: Bloßer Altlastenverdacht begründet Sachmangel. BGH FamRZ 2021, 1065 Rn. 9: Denkmaleigenschaft eines Kaufobjekts als Sachmangel.

50 BGH NJW 2008, 53.

51 BGH NJW 2021, 151.

52 BGH NJW 2007, 1351; NJW 2020, 389 Rn. 31; skeptisch Graf v. Westphalen ZGS 2007, 168.

53 BGHZ 225, 316 Rn. 53 (lehrreich J. Hager JA 2020, 781); BGH NJW 2019, 1133 Rn. 17ff. (dazu A. Staudinger/Ruks NJW 2019, 1179; S. Arnold JuS 2019, 489; M. Stürmer JURA 2019, 555); 2023, 1567 Rn. 47. S. auch Bruns NJW 2020, 508; Heese JZ 2020, 178; Fervers/Gsell NJW 2020, 1393.

54 BGH NJW 2009, 2056 Rn. 9.

tung werden von § 434 III 1 Nr. 2b auch öffentliche Äußerungen des Verkäufers erfasst. Dies betrifft Eigenschaften, die der Käufer nach der **Werbung** nicht nur des Verkäufers selbst, sondern auch des Herstellers, des Importeurs oder einer beauftragten Werbeagentur erwarten kann. Dabei genügt, dass der Verkäufer diese Werbung kennen musste und dass sie die **Kaufentscheidung** beeinflussen konnte, dh den Abschluss des Kaufvertrags.<sup>55</sup> Unnötig ist, dass Verkäufer und Käufer den Inhalt der Werbung in ihren Vertragswillen aufgenommen haben. Erforderlich ist aber, dass die Werbung an eine Vielzahl von Personen („öffentlich“) gerichtet und nicht nur individuell an den Käufer adressiert ist.<sup>56</sup> Erfasst sind beim Grundstückskauf etwa **Angaben aus einem Exposé**, auch wenn diese im notariellen Kaufvertrag später nicht mehr auftauchen.<sup>57</sup> Aufmerksamkeitsheischende Anpreisungen, die keine berechtigten Erwartungen schüren, sind nicht ausreichend. Die Vorschrift hat eine käuferschützende Wirkung.

**Beispiel:** Es möge etwa in der Herstellerwerbung für ein Automodell der Benzinverbrauch mit 5 l/100 km angegeben worden sein. Dann ist der Wagen mangelhaft, wenn er 6 l verbraucht. Liegt der Mehrverbrauch unter zehn Prozent, bedeutet der Sachmangel nach einer früheren Entscheidung nur eine unerhebliche Pflichtverletzung, die den Käufer weder zum Rücktritt (§ 323 V 2) noch zum Schadensersatz statt der ganzen Leistung (§ 281 I 3), sondern nur zur Minderung (§ 441 I 2) oder zum „kleinen Schadensersatz“ berechtigt.<sup>58</sup> Nunmehr nimmt der BGH zumindest für einen Neuwagen grundsätzlich an, dass „die in der Mangelhaftigkeit der Kaufsache liegende Pflichtverletzung“ erheblich ist,<sup>59</sup> wenn die Mangelbeseitigungskosten 5 % des Kaufpreises übersteigen.<sup>60</sup>

- 287 c) Schließlich muss die Kaufsache auch den Montageanforderungen entsprechen. Nach § 434 I, IV sind auch bloße **Montagemängel** (es ist also nicht bloß die Montage mangelhaft, sondern die Kaufsache!) Sachmängel, soweit eine Montage durchzuführen ist.<sup>61</sup> Das gilt nach Nr. 1 etwa, wenn ein an sich fehlerfreies Küchenregal durch Gehilfen des Verkäufers nicht waagrecht an der Wand montiert wird. Nr. 2 behandelt dann die Montage durch den Käufer selbst, die wegen eines Fehlers der Montageanleitung misslingt (sog. **IKEA-Klausel**).<sup>62</sup> Es soll aber kein Mangel vorliegen, wenn die Montage trotz der mangelhaften Anleitung gelingt.
- 288 d) Nach § 434 V soll es einem Sachmangel gleichstehen, wenn eine andere als die verkaufte Sache (**aliud**)<sup>63</sup> geliefert wird. Damit soll die schwierige Abgrenzung zwischen Sachmangel und aliud unnötig werden. Für die Rügeobliegenheit des § 377 HGB ist also unbeachtlich, ob die gelieferte Ware offensichtlich von der bestellten so erheblich abweicht, dass der Verkäufer eine Genehmigung des Käufers für ausgeschlossen halten

55 BGH NJW 2021, 3781.

56 AA Schaub AcP 202 (2002), 757 (765): Analogie zu § 434 III 1 Nr. 2b. Vgl. auch Weiler WM 2002, 1784.

57 BGH NJW-RR 2012, 1078 Rn. 16; NJW 2017, 150 Rn. 7; NJW-RR 2018, 752 Rn. 10; NJW 2019, 2380; NJW-RR 2020, 121.

58 Vgl. BGH NJW 2007, 2111; dazu S. Lorenz DAR 2007, 506; Medicus/Lorenz SchuldR AT § 35 Rn. 19.

59 Zur Erheblichkeit bei einer Abschalteneinrichtung BGH NJW 2023, 1567.

60 BGHZ 201, 290 (dazu Looschelders JA 2014, 785); 224, 195; bei knapp einem Prozent ist die Pflichtverletzung dagegen unerheblich, BGH NJW 2011, 2872 Rn. 19.

61 BGH MDR 2018, 1109 zur Abgrenzung zum Werkvertrag bei Einbauküchen.

62 BGHZ 201, 83, bejaht auch bei falscher Parkettverlegung infolge fehlerhafter Montageanleitung einen Sachmangel der Kaufsache.

63 Dazu S. Lorenz JuS 2003, 36; G. Schulze NJW 2003, 1022; Windel JURA 2003, 793.

muss.<sup>64</sup> Einen Sachmangel nach § 434 V muss der Käufer beim Handelskauf somit stets rügen. Trotzdem ist aber fraglich, ob man wirklich jede noch so grobe Abweichung dem Sachmängelrecht unterstellen soll (Extremfall: Statt des bestellten Rotweins wird ein Pferd geliefert). Denn zumindest die verhältnismäßige Minderung des Kaufpreises (§ 441 III 1) lässt sich hier nicht durchführen. Ob man auch die Lieferung eines anderen Stücks als des gekauften (**Identitätsaliud**) dem § 434 V unterstellen kann, ist streitig. Die überwiegende Meinung nimmt dies dem Wortlaut entsprechend an,<sup>65</sup> während die Gegenansicht eine teleologische Reduktion befürwortet.<sup>66</sup> Entsprechend der Parteivereinbarung ist das Identitätsaliud nach dieser vorzugswürdigen Ansicht eine **Nichterfüllung**, durch die der Verkäufer nicht in den Genuss der günstigeren Verjährung (§ 438 I Nr. 3) seines Leistungsversprechens kommen soll.<sup>67</sup> Der Erfüllungsanspruch auf die geschuldete Sache bleibt somit bestehen; dann muss die gelieferte Sache nach § 812 zurückgegeben werden. Die hL nimmt demgegenüber einen Nachlieferungsanspruch aus §§ 437 Nr. 1, 439 an.<sup>68</sup>

Von einer aliud-Lieferung abzugrenzen ist aber der **Haakjöringsköd**-Fall, der außer der *falsa demonstratio*, zu der er meist zitiert wird (→ Rn. 124), noch eine weitere Frage betrifft.<sup>69</sup>

**RGZ 99, 147:** V verkauft an K die Ladung eines bestimmten Dampfers. V und K glauben, der Dampfer habe Walfischfleisch geladen. Die Ladung besteht aber aus Haifischfleisch.

Hier kann nach den Regeln über die *falsa demonstratio* nur Walfischfleisch geschuldet werden. Demgegenüber stellt Haifischfleisch ein aliud dar (**Qualifikationsaliud**); § 434 V scheint also anwendbar zu sein.<sup>70</sup> Ein Qualifikationsaliud ist indes nur bei Gattungsschulden denkbar, wenn nämlich der Verkäufer aus einer anderen als der geschuldeten Gattung liefert. Begreift man die konkrete Dampferladung als Stückkauf, folgt die Mangelhaftigkeit bereits aus § 434 I, II 1 Nr. 1,<sup>71</sup> da die gelieferte Dampferladung nicht die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit (Walfischfleisch) aufwies. Da die Kaufsache nach dem Parteiwillen und den besonderen Umständen nicht durch eine andere ersetzbar war (→ Rn. 263), ist V wegen § 275 I nicht zur Nachlieferung einer entsprechenden Menge Walfischfleisch verpflichtet. Das kann als anfängliche objektive Unmöglichkeit der Nacherfüllung gedeutet werden und führt zu einer Schadensersatzpflicht des V nach §§ 437 Nr. 3, 311 a II, weil V die von ihm verkaufte Dampferladung hätte kennen müssen. Eine nach § 254 erhebliche Fahrlässigkeit auch des K scheidet regelmäßig aus, weil dieser mit dem Dampfer nichts zu tun hatte. Der Ersatzanspruch K–V ist Schadensersatz statt der Leistung, umfasst also das positive Interesse (→ Rn. 241).

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

65 Vgl. Dauner-Lieb/A. Arnold JuS 2002, 1175 (1176); S. Lorenz JuS 2003, 63; Looschelders SchuldR BT § 3 Rn. 53; Tiedtke/M. Schmitt JZ 2004, 1092 (1093); Wiese AcP 206 (2006), 902 (908f.); Lieder/Hohmann JURA 2017, 1136 (1139).

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

67 Oechsler VertrSchuldV Rn. 141.

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

69 Dazu Rech AcP 221 (2021), 219.

70 G. Schulze NJW 2003, 1022.

71 Träger JuS 2005, 503 (504).



#### 4. Nacherfüllungsanspruch des Käufers

- 289 a) Da der Käufer nach § 433 I 2 mangelfreie Lieferung verlangen kann, muss er bei Vorliegen eines Mangels einen Anspruch auf Nacherfüllung haben.<sup>72</sup> Hierfür stellt § 439 dem Käufer zwei Wege zur Wahl:<sup>73</sup> Beseitigung des Mangels oder Nachlieferung einer gleichartigen sowie funktionell und vertragsmäßig gleichwertigen Sache (im Austausch gegen die mangelhafte, § 439 VI).<sup>74</sup> Nach einem Modellwechsel eines wegen einer Abschaltvorrichtung mangelhaften Kfz kommt in den Grenzen des § 439 IV sogar Lieferung eines neuen Fahrzeugmodells in Betracht.<sup>75</sup> Ist dieses erheblich teurer, kann die beiderseits interessengerechte Auslegung der Willenserklärungen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (§§ 133, 157) die Erforderlichkeit einer Zuzahlung des Käufers ergeben.<sup>76</sup> Ein Nachfolgemodell kann jedoch zeitlich nicht unbeschränkt, sondern idR nur zwei Jahre seit Vertragsschluss verlangt werden.<sup>77</sup>

Trotz des Wahlrechts zwischen Mangelbeseitigung und Nachlieferung liegt nach Rechtsprechung und hL keine den Käufer bindende (§ 263 II) **Wahlschuld** vor.<sup>78</sup> Beide Wege stehen vielmehr im Verhältnis **elektiver Konkurrenz** zueinander.<sup>79</sup> Daher ist der Käufer an seine Wahl vor Erfüllung der jeweils geltend gemachten Nacherfüllungsvariante bis zur Grenze des § 242 nicht gebunden.<sup>80</sup> Der nachträgliche Wechsel auf die Nachlieferung verstößt nicht gegen Treu und Glauben, wenn dem Verkäufer die zunächst gewählte Nachbesserung vor dem Wechsel misslungen war; vielmehr handelt der Verkäufer dann selbst treuwidrig, wenn er auf der vermeintlich abschließend gewählten Nachbesserung beharrt und den Mangel gegen den Willen des Käufers eigenmächtig beseitigt.<sup>81</sup>

Die bei der Nacherfüllung anfallenden Kosten hat der Verkäufer nach § 439 II zu tragen. Die Regelung stellt in erster Linie eine **Kostenzuordnungsvorschrift** dar, die besagt, dass der Verkäufer für die ihm bei der Nacherfüllung entstehenden Kosten keinen Rückgriff beim Käufer nehmen darf. In bestimmten Fällen dient § 439 II aber auch als **eigenständige Anspruchsgrundlage** für Kosten, die der Käufer „zum Zwecke der

72 Dazu Skamel, Nacherfüllung beim Sachkauf, 2008; S. Lorenz/S. Arnold JuS 2014, 7; Mankowski NJW 2011, 1025; Hübner ZIPW 2018, 227. Für einen „Ausbesserungsanspruch“ als Minus zum Nachbesserungsanspruch bei nur teilweise behebbaren Mängeln Gutzeit NJW 2007, 956; Jäckel/Tonikidis JuS 2014, 302. Zu nachvertraglichen Lieferpflichten Nietsch JZ 2014, 229.

73 Vgl. BGH NJW 2007, 504 Rn. 15 ff.; BGHZ 227, 15 (dazu M. Stürner JURA 2021, 219). Zur Nacherfüllung in der Fallbearbeitung Klocke/Gmeiner JURA 2020, 71.

74 BGHZ 195, 135 Rn. 24; BGHZ 220, 134 Rn. 41.

75 BGH NJW 2019, 1133 (krit. Gutzeit JuS 2019, 649 (653)). Zu § 826 s. auch BGHZ 225, 316; → Rn. 623f.

76 BGHZ 230, 296; 232, 94 Rn. 36 (dazu M. Stürner JURA 2022, 779); zu § 439 IV → Rn. 291. S. auch Höpfner/Schneck NJW 2022, 1209.

77 BGHZ 232, 94; BGH WM 2023, 686 (dazu Omlor JuS 2022, 1169); s. auch Ring NJW 2021, 2930.

78 BGHZ 220, 134 Rn. 46; Ball NZV 2004, 217 (219); Reinicke/Tiedtke KaufR Rn. 413; aA dazu etwa Büdenbender AcP 205 (2005), 386 (409); BeckOK BGB/S. Lorenz, 66. Ed. 1.5.2023, BGB § 262 Rn. 11.

79 Vgl. BGH NJW 2006, 1198 Rn. 16; Spickhoff BB 2003, 589 (591); T. Bachmann, Die elektive Konkurrenz, 2010 (dazu Büdenbender JZ 2012, 89); Stamm JZ 2016, 920; Samhat JuS 2016, 6 (7). Zur Verjährung nach § 213 bei elektiver Konkurrenz BGH NJW 2018, 387; dazu Jauß JURA 2018, 598.

80 Althammer NJW 2006, 1179; auch → Rn. 282.

81 BGHZ 220, 134 Rn. 48; Markworth NJW 2019, 266. Vgl. bereits BGH NJW 2009, 208 Rn. 23; 2017, 153 Rn. 31. AA Riehm ZIP 2019, 589 (593); dagegen überzeugend Servatius ZIP 2019, 954 (955).