

ZAP-Praxiskommentar

# Systematischer Kommentar zum Kaufrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Thomas Hoeren  
Westfälische Wilhelms-Universität,  
Münster

und

Prof. Dr. Dr. Michael Martinek, M.C.J. (New York)  
Universität des Saarlandes,  
Saarbrücken

unter Mitarbeit von

Dr. Michael Bohne  
Assessor,  
Wissenschaftlicher Assistent,  
Westfälische Wilhelms-Universität,  
Münster

Matthias Malzer  
Wissenschaftlicher Mitarbeiter,  
Universität des Saarlandes,  
Saarbrücken

Dr. Ulf Müller  
Rechtsanwalt,  
Düsseldorf

Christian Stallberg  
Wissenschaftlicher Mitarbeiter,  
Westfälische Wilhelms-Universität...,  
Münster

Dr. Susanne Wimmer-Leonhardt  
Assessorin,  
Wissenschaftliche Assistentin,  
Universität des Saarlandes,  
Saarbrücken

Christian Wolff  
Assessor,  
Wissenschaftlicher Mitarbeiter,  
Universität des Saarlandes,  
Saarbrücken



Verlag für die  
Rechts- und  
Anwaltspraxis

Inv.-Nr.: 02 - I - 845  
Sign.: DD 1-0-2

3. Wegfall der Geschäftsgrundlage

- 352 Eine Sonderrolle kommt seit jeher der Frage des **Wegfalls der Geschäftsgrundlage** zu. Hierbei geht es um die **Verteilung zufällig auftretender Risiken**, die in keine der bislang genannten Kategorien der Unmöglichkeit, des Verzuges oder der Schlechterfüllung fallen. Vornehmlich geht es dabei um Gefahren, die von außen kommen und von keiner der Parteien beeinflussbar sind (z.B. Kriege, Inflationen). Vorrangig hat man daher gesetzliche oder vertragliche Risikoverteilungen zu beachten. Erst wenn sich hieraus keine Erkenntnisse ziehen lassen, kommt ein Rechtsinstitut zum Tragen, das vor der Schuldrechtsreform durch **richterliche Rechtsfortbildung** entwickelt worden ist: die Vertragsanpassung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage (s. dazu BGHZ 47, 48; 70, 47; 74, 370; *Hagen*, WM 1981, 322 ff.).
- 353 Dieses Rechtsinstitut ist jetzt im neuen BGB **kodifiziert** worden (befürwortend u.a. *Motsch*, JZ 2001, 428 [432]). Nach § 313 Abs. 1 kommt eine Vertragsanpassung in Betracht, wenn den Parteien abseits der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung ein Festhalten am unveränderten Vertrag unzumutbar ist. Die **Unzumutbarkeit** muß dadurch bedingt sein, daß sich wichtige Umstände nach Vertragsschluß schwerwiegend geändert haben und die Parteien bei Kenntnis dieser Änderung den Vertrag nicht mit diesem Inhalt geschlossen hätten. Einer Änderung der Umstände sollen **Fehlvorstellungen über wesentliche Vertragsumstände** (ursprüngliches Fehlen der subjektiven Geschäftsgrundlage) gleichstehen (§ 313 Abs. 2). Bei Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Vertragsanpassung kann der benachteiligte Teil vom Vertrag **zurücktreten** (§ 313 Abs. 3 S. 1).

F. Die Haftung für Sach- und Rechtsmängel

		Übersicht	
		Rn.	Rn.
I.	Grundlagen und Voraussetzungen	354	Gewährleistungsrecht 413
	1. Die Grundkonzeption der Gewährleistung nach dem alten Recht und die wesentlichen Neuerungen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes	356	a) Grundlegendes zur neuen Systematik 415
	a) Systematische Stellung und gesetzgeberische Intention	356	b) Die Umsetzung in das Kaufrecht 417
	b) Die Voraussetzungen der Gewährleistung nach altem Recht	358	c) Anwendungsbereich der kaufrechtlichen Gewährleistung nach dem neuen Recht 421
	aa) Der Mangel als Anknüpfungspunkt	360	d) Voraussetzungen der Haftung nach dem neuen Recht 423
	bb) Die Eigenschaft und ihre Zusicherung	365	aa) Sachmängel 424
	cc) Maßgeblicher Zeitpunkt	368	bb) Rechtsmängel 429
	c) Rechtsfolgen	369	e) Die Regelung der Gewährleistungsansprüche nach dem neuen Recht 432
	d) Ausschluß der Gewährleistung durch kaufrechtliche Sondervorschriften	371	f) Durchsetzbarkeit der Gewährleistungsansprüche 440
	e) Differenzierungen und Folgen für die Gewährleistung	378	g) Ausschußgründe 445
	aa) Überblick	378	h) Verbrauchsgüterkauf und Gewährleistung 450
	bb) Gattungskauf	379	II. Rechte des Käufers bei Mängeln 454
	cc) Rechts- und Sachkauf	381	1. Änderungen im Überblick 454
	dd) Abgrenzung Rechts- und Sachmangel	382	a) Aufgehobene Vorschriften 455
	f) Ausschluß der Haftung durch Vertrag, Verwirkung und AGB	384	b) Neue und geänderte Vorschriften 464
	g) Die Konkurrenzproblematik	389	2. Systematik 469
	2. Reformbedarf	394	3. Nacherfüllung, §§ 437 Nr. 1, 439 471
	a) „Fremdkörper“	395	a) Wahlrecht des Käufers 473
	b) Konzeptionelle Schwäche und Konkurrenzproblematik	398	b) Unmöglichkeit, Unzumutbarkeit und Unverhältnismäßigkeit 474
	c) Komplexität	401	c) Kostentragung 478
	d) Offene Rechtsbegriffe	405	d) Rückgewähr der mangelhaften Sache bei Ersatzlieferung 479
	e) Konkurrenzen und Verjährungsfragen	406	4. Rücktritt, §§ 437 Nr. 2 I. Alt, 440 480
	f) Kernpunkte der Reform – Die wesentlichen Änderungen zur alten Rechtslage auf einen Blick	411	a) Fristsetzung 481
	3. Überblick über das neue		b) Wirkungen des Rücktritts 484
			5. Minderung, §§ 437 Nr. 2 I. Alt, 441 487
			a) Rechtsnatur und Voraussetzungen 487
			b) Berechnung 490
			c) Rückgewähr des Kaufpreises 492

	Rn.		Rn.
6. Schadensersatz, §§ 437 Nr. 3, 440, 280, 281, 283, 311a, 284	493	7. Zeitliche Schranken, § 438	503
a) Vertretenmüssen	495	a) Verjährung der Gewährleistungsansprüche	503
b) Schadensersatz statt Leistung	497	aa) Fristen	504
c) Großer und Kleiner Schadensersatz	500	bb) Verjährungsbeginn	507
d) Ersatz vergeblicher Aufwendungen	502	cc) Arglist	508
		b) Unwirksamkeit des Rücktritts und der Minderung	509
		8. Abdingbarkeit	511
		III. Garantie, §§ 443, 477	513

## I. Grundlagen und Voraussetzungen

354 Mit Abschluß des Vertrages sind das kaufrechtliche Schuldverhältnis zustande gekommen und damit die Rechte und Pflichten der Beteiligten klar umrissen. So hat der Verkäufer seine Leistungspflicht erfüllt, wenn er dem Stückkäufer die ausgewählte Sache und dem Gattungskäufer ein Stück zumindest mittlerer Art und Güte aus der vereinbarten Gattung übereignet und aushändigt. Beim Rechtskauf tritt Erfüllung ein, wenn das Recht unbelastet von Rechten Dritter übertragen wird.

355 Was allerdings, wenn das verkaufte Recht dann doch belastet ist oder das verkaufte Stück Mängel aufweist? Was, wenn Uneinigkeit über die ordnungsgemäße Gattungsbeschaffenheit besteht oder gar ein „aliud“ geliefert wird? Kurz: **Was geschieht, wenn die Erfüllung des Verpflichtungsgeschäftes von den Vorstellungen der Käuferseite und dem Inhalt des Kaufvertrages in irgendeiner Weise negativ abweicht?** Dann gerät das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, das *do ut des*, aus dem Gleichgewicht: Das Schuldverhältnis „hinkt“. Der Käufer erhält für sein „gutes“ Geld schlechte Ware, bzw. beim Rechtskauf ein Zuwenig an Rechten (Äquivalenzstörung). Allein aufgrund der unverschuldeten Unkenntnis über die wahre „Beschaffenheit“ des Kaufgegenstandes erwächst der Käuferseite ungerechterweise ein Nachteil (vgl. *Larenz*, SchuldR II/1, § 41 II [S. 68]), er bleibt an einen so nicht gewollten Vertrag (Privatautonomie!) gebunden. Diesen Fall einer Schlechtleistung regeln die Vorschriften der kaufrechtlichen Gewährleistung.

### 1. Die Grundkonzeption der Gewährleistung nach dem alten Recht und die wesentlichen Neuerungen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes

#### a) Systematische Stellung und gesetzgeberische Intention

356 Die Gewährleistung fußt auf den durch das Schuldverhältnis erzeugten Primäransprüchen des Käufers gegen den Verkäufer. Grundlage jeglicher Ge-

währleistung ist, daß die erbrachte Leistung nicht den Anforderungen des Schuldverhältnisses entspricht, sondern vielmehr eine Leistungsstörung auftritt. Eine Störung des Schuldverhältnisses würde allerdings erst gar nicht entstehen, wenn man in Fällen wie den oben genannten **eine Erfüllungswirkung bei nicht vertragsgerechter Lieferung ablehnen würde**. Dann wäre der Verkäufer weiterhin verpflichtet, ordnungsgemäß zu erfüllen und das Leistungsäquivalent wäre wieder hergestellt. Diesen eigentlich logischen Weg wählte das bis zum 31.12.2001 geltende Recht allerdings beim Sachkauf nur im Fall des Rechtsmangels. Ansonsten konnte auch mit der Hingabe und der Übereignung einer nicht oder nur bedingt vertragsgerechten Sache die Primärleistungspflicht erfüllt werden. Die Hingabe einer mangelfreien Sache gehörte nicht zu den kaufvertraglichen Pflichten des Verkäufers.

Dies sorgte für eine zumindest vorläufige Klarheit der Verhältnisse und diente damit der Schnelligkeit und Sicherheit des Geschäftsverkehrs. Bis zum **Zeitpunkt des Gefahrübergangs** zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft konnte dem enttäuschten Käufer im Zweifel auch mit den allgemeinen Vorschriften geholfen werden (vgl. *Palandt/Putzo*, Vorbem. v. § 459 Rn. 3, § 459 Rn. 7, str.). Danach griffen nach der Systematik des BGB zum Schutz seiner Interessen die kaufrechtlichen Gewährleistungsregeln als speziellere Normen.

Demgegenüber werden die „neuen“ kaufrechtlichen Gewährleistungsregeln dogmatisch und von der Rechtsfolgenseite her an das allgemeine Leistungsstörungsrecht herangeführt. Das Liefern einer mangelfreien Sache wird zur Leistungspflicht des Verkäufers erhoben, bei Verletzung dieser Pflicht hat der Käufer (vorrangig) einen Anspruch auf Nachlieferung/Nachbesserung gem. §§ 437 Nr. 1, 439.

#### b) Die Voraussetzungen der Gewährleistung nach altem Recht

Die kaufrechtliche Gewährleistung war als **Sonderregelung** konzipiert, die in ihrem Anwendungsbereich dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht voringing. Ob diese Sonderstellung der kaufrechtlichen Gewährleistung in der gewohnt strengen Form auch nach der neuen Rechtslage zu halten sein wird, bleibt abzuwarten. Hiervon kann nicht mehr ohne weiteres ausgegangen werden (vgl. unten v. § 434, Rn. 13 ff.).

Die Systematik der §§ 434, 459 ff. a.F. war wie folgt: Allgemeine Voraussetzung für die Anwendung der Gewährleistungsrechte war neben dem Vorliegen eines Kauf- oder kaufähnlichen Vertrages über eine Sache oder ein Recht die Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes.

**aa) Der Mangel als Anknüpfungspunkt**

- 360 Unter den Begriff des „Mangels“ subsumierte das alte Recht die Tatbestände „Fehler“ und das „Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft“. Was im einzelnen darunter zu verstehen sei, definierte es nicht. Hierzu bildeten sich in Lehre und Rechtsprechung zahlreiche Streitigkeiten:
- 361 Ob der **Fehlerbegriff subjektiv oder objektiv** auszulegen sei, war ursprünglich umstritten. Aus dem Gesetz selbst ergab sich keine klare Definition. Das Reichsgericht legte sich, dem allgemeinen Sprachgebrauch folgend, ursprünglich auf einen objektiven Fehlerbegriff fest (vgl. RGZ 97, 351; so auch *Knöpfle*, NJW 1987, 802 f.; *Fabrizius*, JZ 1970, 29). Dieser Fehlerbegriff wies praktische Schwierigkeiten auf. So mußte, um einen Fehler festzustellen, die Normalbeschaffenheit definiert werden. Zudem sprach gegen den objektiven Fehlerbegriff die subjektiv geprägte Systematik (Willenslehre) bei der Auslegung von Willenserklärungen gem. § 133.
- 362 Diesem Konzept entsprach der **subjektiv-objektive Fehlerbegriff** viel besser. Er vermied auch die praktisch schwierige Festlegung der Normalbeschaffenheit. Daher setzte er sich schließlich (fast) allgemein durch (vgl. Palandt/*Putzo*, § 459 Rn. 8; MünchKomm/*H.P. Westermann*, § 459 Rn. 8 ff.; *Medicus*, Bürgerliches Recht, § 15 II 4). Ein Fehler ist demnach ein nicht unerhebliches ungünstiges Abweichen der Ist- von der (konkludent) vereinbarten Soll-Beschaffenheit (= **Qualitätsmangel**, Beispiel: BGH WM 1984, 815 [816]).

War die Soll-Beschaffenheit nicht ausdrücklich festgelegt, so konnte in Anlehnung an §§ 133, 157 die Normalbeschaffenheit als konkludent vereinbart angesehen werden (vgl. den Wortlaut des § 459 Abs. 1 S. 1 a.E. a.F., so auch BGHZ 90, 198 [202]; BGH- NJW-RR 1995, 364 m.w.N.). Damit war auch eine Sache, die zwar einer anderen Gattung angehörte, innerhalb dieser aber nicht als mangelhaft angesehen werden konnte (**Qualitätsaliud**, vgl. *Reinicke/Tiedke*, KaufR, Rn. 263), fehlerhaft.

Hatte der Verkäufer eine ganz bestimmte Sache (Unikat, gebrauchte Sache), verkauft, dann aber einen gleichwertigen, anderen Gegenstand geliefert (**Identitätsaliud**), so griffen nach h.M. die Regeln der Nichterfüllung (vgl. etwa RGZ 135, 340 = „Eichen an Wasser“; für gebrauchte Sachen: BGH NJW 1979, 811 = gebrauchter LKW).

Der subjektive Fehlerbegriff liegt aufgrund der genannten Vorzüge auch dem neuen Recht zugrunde und wird in § 434 Abs. 1 S. 1 festgeschrieben. Die Normalbeschaffenheit und damit übersubjektive Kriterien sind nur „aus-hilfsweise“ anzuwenden, wenn die Parteien keine Soll-Beschaffenheit ver-

einbart haben. Die Abgrenzung zwischen Mangel und „aliud“ verliert durch die Gleichstellung in § 434 Abs. 3 ihre praktische Relevanz.

363 Unter **Beschaffenheit** verstand die bisherige Rechtsprechung zum einen die körperlichen Eigenschaften der Sache (Gewicht, Größe, Abmessungen, chemische und physikalische Zusammensetzung und daran anknüpfenden Eigenschaften). Zum anderen zählten zur Sachbeschaffenheit auch die nicht stofflichen tatsächlichen, wirtschaftlichen, sozialen und rechtlichen **Beziehungen der Sache zu ihrer Umwelt**, soweit sie Brauchbarkeit und Wert beeinflussen konnten (Staudinger/*Honsell*, § 459 Rn. 38). Beispiele hierfür waren etwa der **unverbaubare Ausblick** (RGZ 161, 330 ff.) oder die **Sicherheit der Kaufsache nach den Unfallverhütungsvorschriften** (BGH WM 1985, 463). Um mit dem Beschaffenheitsbegriff nicht ins Uferlose zu geraten, mußten diese **Beziehungen** allerdings **von gewisser Dauer** sein und in der Sache selbst ihren Grund haben (vgl. BGHZ 98, 100 [104]; BGH NJW-RR 1988, 10 [11]). Strittig war dies hinsichtlich der **Nicht-Erzielung von Erträgen** (Mietserträge, Unternehmensgewinn etc.). Hier wurde teilweise von einer fehlerhaften Beschaffenheit ausgegangen, wenn solche Erträge üblich und aus der Sache selbst, nicht aus dem unternehmerischen Einsatz flossen (so etwa *Reinicke/Tiedke*, KaufR, Rn. 278; BGH NJW-RR 1990, 970).

364 Auch dem neuen Recht liegt keine gesetzliche Definition von Beschaffenheit zugrunde. Nach der „neuen“ Konzeption kann unter Beschaffenheit jedes an die Sache anknüpfende Bündel von Merkmalen verstanden werden, das von den Parteien als „Soll“ vereinbart wurde. Ob das jeweilige Merkmal der Sache im Sachkörper selbst seinen Grund hat, ist nicht entscheidend, wenn die Parteien eindeutig seine Abwesenheit als mangelbegründend vereinbart haben. Auch Erträge der Sache können daher in Zukunft ohne weiteres fehlerbegründend wirken. Insoweit kommt es also nach neuer Rechtslage zu einer Ausweitung des Mangelbegriffs.

**bb) Die Eigenschaft und ihre Zusicherung**

365 Bei Zusicherung einer Eigenschaft haftete der Verkäufer schärfer, nämlich gem. § 463 S. 1 a.F. auch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Voraussetzung war aber, daß eine zusicherungsfähige Eigenschaft vereinbart worden war.

366 **Zusicherungsfähig** war jedes der Kaufsache auf gewisse Dauer anhaftende Merkmal, das für den Wert, den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch oder aus sonstigen Gründen für den Käufer erheblich war (BGHZ 87, 302 [307]). Diese Eigenschaft mußte sich nach (str.) Auffassung des BGH nur auf die Kaufsache beziehen, ihr aber nicht unmittelbar innewohnen (BGH

NJW 1992, 2564; anders MünchKomm/H.P. Westermann, § 459 Rn. 18 f.). Daher war nach der h.M. der **Begriff der Eigenschaft weiter**, als der des Beschaffenheitsmerkmals.

- 367 Aufgrund der im Vergleich zum „gewöhnlichen Fehler“ erheblich verschärften Rechtsfolgen konnte eine **Zusicherung** nur unter restriktiven Bedingungen angenommen werden. Eine Eigenschaft galt als zugesichert, wenn der Verkäufer die unbedingte Gewähr für das Vorhandensein dieser Eigenschaft übernommen hatte (Garantiewille, vgl. BGH NJW 1996, 2027 m.w.N; Palandt/Putzo, § 459 Rn. 15; MünchKomm/H.P. Westermann, § 459 Rn. 55). Dies konnte bei der bloßen Beschaffenheitsvereinbarung oder reinen Absichts-, Wissens- und Werbeaussagen nicht angenommen werden (vgl. MünchKomm/H.P. Westermann, § 459 Rn. 61).

Das neue Recht erhebt die Mängelfreiheit der Kaufsache zur unmittelbaren Verkäuferpflicht und gleicht die Rechtsfolgen dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht, insbesondere hinsichtlich eines Anspruchs des Käufers auf Schadensersatz, an. Damit entfällt das Bedürfnis für die Figur der Zusicherung, die folglich im neuen Recht wegfällt. Zudem erkennt das neue Recht nun ausdrücklich den Einfluß von Werbeaussagen auf die gewünschte Beschaffenheit an. Auch öffentliche Äußerungen können daher die Soll-Beschaffenheit bestimmen und die Gewährleistungsrechte nach sich ziehen.

#### cc) Maßgeblicher Zeitpunkt

- 368 Maßgeblicher Zeitpunkt für das Eingreifen der Gewährleistung war der **Moment des Gefahrübergangs**. Ein zuvor vorhandener, aber auch zuvor behobener Fehler war unschädlich. Es kam auch nicht darauf an, daß der Fehler erst später entdeckt wurde oder sich auswirkte. Es reichte aus, wenn er zur Zeit des Übergangs im „Keim vorhanden war“ (MünchKomm/H.P. Westermann, § 459 Rn. 30). Dabei beläßt es auch das neue Recht im wesentlichen.

#### c) Rechtsfolgen

- 369 Die Sachmängelgewährleistungsrechte kannten einen **Nachlieferungsanspruch** nur beim **Gattungskauf** (§ 480 Abs. 1 a.F.) oder bei der **vertraglichen Vereinbarung eines solchen Rechtes** (§ 476a a.F.). Einen **Schadensersatzanspruch** gab es gem. § 463 a.F. nur in zwei Fällen: Zum einen, wenn der verkauften Sache eine zugesicherte Eigenschaft im Zeitpunkt des Verkaufes fehlte. Zum anderen, wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hatte.

Demgegenüber gewährt das neue Recht im Fall der Mangelhaftigkeit einen (vorrangigen) Nachlieferungs-/Nachbesserungsanspruch, sowie grundsätzlich auch einen Anspruch auf Ersatz des entstandenen Schadens (§ 437).

Als Hauptgewährleistungsrechte waren **Wandelung und Minderung** vorgesehen. Sie waren in den §§ 462, 465, 466, 467 a.F. ausgestaltet. Gem. § 465 war die Wandelung/Minderung erst vollzogen, wenn sich der Verkäufer mit ihr einverstanden erklärt hatte. Beide waren also nicht als (einseitige) Gestaltungsrechte konzipiert, sondern erfolgten zweistufig (Anspruch auf/aus Wandelung). 370

Dies wird nun durch die Neuregelung (vgl. § 437 Nr. 2) aufgehoben. An die Stelle der Sonderform der „Wandelung“ tritt der Rücktritt nach den allgemeinen Regeln.

#### d) Ausschluß der Gewährleistung durch kaufrechtliche Sondervorschriften

Trotz Vorliegens der tatbestandlichen Voraussetzungen konnten die Gewährleistungsrechte ausgeschlossen sein. Neben der Verwirkung (vgl. hierzu Teil I, Rn. 385, 386) und dem vertraglichen Ausschluß der Gewährleistung waren die Gewährleistungsrechte ausgeschlossen, wenn der Käufer den Mangel bei Vertragsabschluß kannte (§ 460 a.F.), die Ausschlußfrist gem. § 466 a.F. verstrichen, die Sache als Pfand oder bei einer öffentlichen Versteigerung verkauft (§ 461 a.F.) oder die Gewährleistungsansprüche nach § 477 a.F. verjährt waren. 371

Das alte Recht sah in § 477 a.F. eine Sonderregelung für die **Verjährung von Gewährleistungsansprüchen wegen Sachmängeln** vor. Allerdings war die darin bestimmte Verjährungsfrist von lediglich sechs Monaten ab Ablieferung einer beweglichen Sache und von einem Jahr bei der Übergabe eines Grundstückes verhältnismäßig kurz. Ausnahmen hiervon bildeten nur die Fälle der **Verkäuferarglist**, in denen die übliche 30-jährige Verjährungsfrist galt. Zudem konnte die Frist vertraglich verlängert werden. Die Ablieferung setzte voraus, daß der Verkäufer die Sache aus seiner Verfügungsmacht entließ und der Käufer seinerseits darauf zugreifen konnte, um sie in Augenschein zu nehmen und zu untersuchen (Verbringen in den Machtbereich des Käufers in Erfüllungsabsicht, vgl. Palandt/Putzo, § 477 Rn. 12; BGHZ 93, 338, insb. 345). 372

Die kurze Verjährungszeit galt dabei unabhängig davon, ob der Mangel erkennbar war oder nicht. Denn der praktische Rechtsverlust des Käufers sollte zugunsten eines reibungslosen und schnellen Warenumschlages und zur baldigen Wiederherstellung des Rechtsfriedens im Kaufrecht zurücktreten (vgl. BGHZ 77, 215, [222]; MünchKomm/H.P. Westermann, § 477 Rn. 14). 373

Das neue Recht ändert an dieser Konstellation nichts grundsätzliches, verlängert die Verjährungsfrist der kaufrechtlichen Gewährleistung aber um das Vierfache auf im Regelfall zwei Jahre (§ 438 Abs. 1 Nr. 3). 374

- 375 Die Verjährung konnte durch **unselbständige Garantien** beeinflusst werden. Die Garantie konnte für den Käufer eine **Beweislastumkehr** hinsichtlich des Nachweises der Fehlerhaftigkeit bei Gefahrübergang bedeuten (Garantiefrist). Strittig war allerdings ihre Bedeutung als Verjährungsfrist. Die h.M. ging davon aus, daß im Falle einer mehr als sechsmonatigen Garantiebestimmung der Zeitraum der sechsmonatigen Verjährung erst mit der Entdeckung des Mangels einsetze. Die unselbständige Garantie wandelte die sechsmonatige Verjährungsfrist also in eine sechsmonatige Anzeigefrist um (im einzelnen strittig, vgl. BGH NJW 1979, 645; Palandt/Putzo, § 477 Rn. 21).
- 376 Bei der **selbständigen Garantie** handelte es sich hingegen nicht um eine Modifikation zu den kaufvertraglichen Gewährleistungsvorschriften, sondern um einen selbständigen, allerdings in Bezug zum Kaufvertrag stehenden Garantievertrag. Er setzte daher das Entstehenmüssen für einen bestimmten Erfolg voraus und verjährte nach den allgemeinen Vorschriften innerhalb von 30 Jahren.
- 377 Das neue Recht normiert nun (erstmalig) die „allgemeine“ Garantieabrede in § 276 Abs. 1, die Sonderform der Beschaffenheitsgarantie in § 433. Hinsichtlich der Beweislastumkehr gibt § 443 Abs. 2 die bereits in der Vergangenheit erreichte Rechtslage wieder (vgl. Teil 1, Rn. 515). Darüber hinaus bringt das neue Recht hinsichtlich der Veränderung der Verjährungsfrist durch Garantieabschluß keine grundsätzlichen Neuerungen.

#### e) Differenzierungen und Folgen für die Gewährleistung

##### aa) Überblick

- 378 Das alte Kaufrecht kannte eine Fülle von Differenzierungen: Die **Gewährleistung für Sachmängel** war in den §§ 459 ff. a.F., die für **Rechtsmängel** in § 434 a.F. geregelt.

Des weiteren unterschied das alte Recht zwischen Mängeln beim **Rechts-** (§ 437 a.F.) und beim **Sachkauf** (§§ 459 ff. a.F.). Beim Rechtskauf haftete der Verkäufer für den rechtlichen Bestand des Rechtes, nicht jedoch für seinen wirtschaftlichen Wert (§ 437 a.F.: Haftung für Verität, nicht für Bonität).

Beim Mangel an sich wurde zwischen Fehler und dem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft unterschieden. Hinsichtlich der Art der Kaufsache wurde zwischen Gattungs- und Stückkauf unterschieden.

Sonderbestimmungen gab es zudem für Gattungs-, Handels-, Verbraucher- und Viehkauf.

#### bb) Gattungskauf

379 So kam es beim **Gattungskauf** nach § 480 a.F. nicht auf ein bestimmtes, besonders gekennzeichnetes Stück an. Vielmehr war der Kaufgegenstand nur nach allgemeinen Solleigenschaften bestimmt. Für solche Schulden normierte bereits § 243 Abs. 1 a.F., daß sie „*mittlerer Art und Güte*“ zu sein hätten. Danach war die Kaufsache fehlerhaft, wenn sie zwar die vereinbarten Gattungsmerkmale aufwies, aber nicht von mittlerer Art und Güte war.

380 § 480 griff diesen Gedanken auf, indem er neben Wandelung und Minderung dem Käufer einen Nachlieferungsanspruch hinsichtlich einer mangelfreien Sache gab. Dabei handelte es sich aber nach h.M. um den ursprünglichen Erfüllungsanspruch (unechter Gewährleistungsanspruch, str., vgl. Palandt/Putzo, § 480 Rn. 4).

Das neue Recht verzichtet auf die Sonderform des Gattungskaufes. Fehlerbegründend ist damit jedes Abweichen von der Soll-Beschaffenheit, gleich, ob es sich um ein Abweichen von allgemeinen Gattungs- oder konkretisierenden Merkmalen handelt. Der Käufer hat zukünftig in beiden Fällen die gleichen Ansprüche.

#### cc) Rechts- und Sachkauf

381 Für den Rechtskauf galt die Pflicht des § 433 Abs. 1 S. 2 a.F., dem Käufer das Recht zu verschaffen. Bezüglich der Gewährleistung wegen Rechtsmängeln galt § 434 a.F. für den Rechts- wie für den Sachkauf. Da die §§ 459 ff. a.F. auf den Sachkauf zugeschnitten waren, sah § 437 a.F. eine spezifische Gewährleistung für den Rechtskauf vor. Abgrenzungsprobleme ergaben sich insbesondere beim Kauf von Unternehmen(-santeilen).

Das neue Recht vereinheitlicht auch hier: Für die Gewährleistung beim Rechtskauf verweist § 453 Abs. 1 auf die Regelungen des Sachkaufs.

#### dd) Abgrenzung Rechts- und Sachmangel

382 Die Abgrenzung konnte erforderlich werden, wenn sich rechtliche Umstände, die Einfluß auf den Wert und die Gebrauchsfähigkeit hatten, an der Sache selbst festmachen ließen (Bsp.: Gesetzliche Benutzungsbeschränkung aufgrund einer bestimmten Beschaffenheit, vgl. BGHZ 1998, 534). Zur Abgrenzung unterschied die Rechtsprechung gem. einer „Inkorporationsmaxime“: Ließ sich die Beeinträchtigung von Wert oder Brauchbarkeit der Sache irgendwie in dieser selbst festmachen, so lag i.d.R. ein Sachmangel vor. Dies ging aber nur soweit, wie der Wert- und Brauchbarkeitskern nicht selbst angegriffen war (vgl. etwa BGH NJW 1983, 275; BGHZ 113, 112; strittig insbesondere bei der Frage der Bebaubarkeit eines Grundstückes).

383 Auch das neue Recht unterscheidet noch zwischen Rechts- und Sachmangel, allerdings führen beide Arten von Mängeln zu den gleichen Rechtsfol-

gen (§ 437). Die praktische Notwendigkeit einer strikten Abgrenzung entfällt damit weitestgehend.

#### f) Ausschuß der Haftung durch Vertrag, Verwirkung und AGB

384 Bei den Gewährleistungsregeln handelte es sich weitgehend um dispositives Recht, das durch Individualvertrag oder ABG ausgeschlossenen werden konnte.

385 Daneben bestand die Möglichkeit einer Verwirkung der Ansprüche, etwa wenn der **Käufer** bis zum Vollzug der Wandelung eine **wesentliche Verschlechterung** oder die **Unmöglichkeit** der Herausgabe der Sache **verschuldet** hatte, bzw. mit ihr in einer Weise umging, daß eine Wandelung einen Fall des *venire contra factum proprium* dargestellt hätte.

386 Allerdings war auch schon nach dem alten Recht ein schlichtes **Weiterbenutzen der Sache** noch nicht Grund für den Ausschuß der Gewährleistung, wenn dem Käufer die Nichtbenutzung nicht zumutbar war (vgl. BGH NJW 1984, 1225 ff.; Palandt/Heinrichs, § 351 Rn. 5; MünchKomm/H.P. Westermann, § 467 Rn. 5).

387 Hinsichtlich des Gewährleistungsausschlusses durch AGB war die Regelung des § 11 Ziffer 10 und 11 ABGB für den Verkauf neuer Sachen an „Verbraucher“ i.S.d. Gesetzes zu beachten. Danach war etwa der Ausschuß der Gewährleistung, die Verweisung auf Ansprüche gegen Dritte oder eine Beschränkung der Gewährleistung auf Nachbesserung in AGB unwirksam.

388 Nach dem neuen § 309 Nr. 8 lit. b gilt diese Regelung nun allgemein für den Ausschuß (§ 309 Nr. 8 lit. b aa), bzw. die Befristung der Verjährung (§ 309 Nr. 8 lit. b ff) neu hergestellter Sachen. Hinsichtlich des Verbrauchsgüterkaufs ist zukünftig die Regelung des § 475 Abs. 2 zu beachten. Danach kann die Verjährung gegenüber Verbrauchern auch individualvertraglich nicht unter die Mindestfrist von einem Jahr „gedrückt“ werden.

#### g) Die Konkurrenzproblematik

389 Angesichts der Nachteile der Sachmängelgewährleistung für den Käufer war eine Abgrenzung zu anderen möglichen Anspruchsgrundlagen notwendig. Diese war allerdings schwierig und nicht immer eindeutig. Denn zum Teil waren die Begrifflichkeiten, auf denen sie aufbaute, recht vage. Wo die Grenzen zwischen Fehler, Eigenschaft und Nebenpflicht liegen sollten, war vielfach umstritten. Letztlich bildeten sich folgende Regelungen zur Abgrenzung heraus:

**Vor dem Gefahrübergang** konnten nach h.M. die allgemeinen Regeln ohne weiteres angewandt werden, da sie zu diesem Zeitpunkt noch nicht durch das Sonderrecht verdrängt wurden. Danach schieden die Regeln des **WGG**, der **Anfechtung wegen Irrtums** nach § 119 Abs. 1 und Abs. 2 und der **c.i.c./pVV**, nach der gesetzgeberischen Intention für den Mangelschaden aus.

Außervertraglich kamen noch die **deliktischen Ansprüche** der §§ 823 ff. und der **Produzentenhaftung** in Betracht. Sie waren unstreitig neben den Sonderregelungen des Gewährleistungsrechtes anwendbar, da sie ihrer Rechtsnatur nach keine vertragliche Ansprüche darstellten, unter rigiden Voraussetzungen (Verschulden seitens des Verkäufers) standen und das Integritäts-, nicht das Äquivalenzinteresse des Käufers schützten.

Im Gegensatz dazu kamen etwa die **quasivertraglichen Ansprüche** nur ausnahmsweise neben den Regeln der Sachmängelgewährleistung zur Geltung, wenn diesen dadurch nicht die Aushöhlung drohte. Dies war etwa bei **Bedrohung** oder **arglistiger Täuschung bei Vertragsabschluß** der Fall. Hier waren c.i.c. und Anfechtung nach § 123 neben den §§ 459 ff. a.F. anwendbar, da sich in diesen Fällen die Rechtsfolgen von Sachmängelgewähr und allgemeinen Regeln nicht voneinander unterschieden.

Weiter waren die allgemeinen Regelungen anwendbar, wenn innerhalb des Gewährleistungsrechtes eine Regelungslücke bestand, bzw. nicht das reine Äquivalenzinteresse auszugleichen war. Daher konnten pVV und c.i.c. in den Fällen des Mangelfolgeschadens zum Zuge kommen.

Das Konkurrenzverhältnis zwischen kaufvertraglichen Gewährleistungsansprüchen und den Instituten der pVV und der c.i.c. ist nach der neuen Konzeption nicht mehr so eindeutig. Im Ergebnis spricht einiges für die Anwendung der Institute neben der Gewährleistung im Falle einer Nebenpflichtverletzung (eingehend hierzu und zum gesamten Konkurrenzverhältnis der kaufrechtlichen Gewährleistung unten v. § 434 Rn. 13 ff.).

#### 2. Reformbedarf

Der Reformbedarf war im Bereich des Kaufgewährleistungsrechtes besonders dringend. Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG war daher nur der Auslöser einer umfassenden Reform dieses Bereiches. Unabhängig davon war aufgrund der **Sonderstellung der §§ 459 ff. a.F. im Leistungsstörungenrecht** (so auch die Begründung des RegE), ihrer gesetzlichen Konzeption und der daraus resultierenden zahlreichen Streit- und Abgrenzungsfragen einiges an Klarstellung seitens des

Gesetzgebers geboten (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 133 ff.; vgl. zur Kritik am alten Recht i.d.S.: Palandt/Heinrichs, Vorbem. v. §§ 275, 276 Rn. 3; Lorenz, SchuldR II/1, § 41 I). Der Reformbedarf speiste sich vor allem aus folgenden Kritikpunkten:

#### a) „Fremdkörper“

- 395 Das alte Recht kannte „offiziell“ keinen **zentralen Grundtatbestand der Leistungsstörung**, wie ihn nun das neue Recht (§ 280 n.F.) oder etwa die Principles of International Commercial Contracts mit dem Begriff der „non-performance“ aufweisen (Art. 7.1.1 PICC).
- 396 Der Charakter des Schuldverhältnisses als umfassendes Geflecht von Haupt- und Nebenleistungspflichten klang in den gesetzlichen Regelungen aufgrund der genannten Differenzierungen nur dezent an. Gleichwohl lag auch ihm schon ein **einheitliches, organisches Verständnis vom Schuldverhältnis** zugrunde (vgl. Palandt/Heinrichs, Einl. v. § 241, Rn.1 f.). Deshalb ließen sich auch schon nach alter Rechtslage alle Sekundäransprüche grundsätzlich auf einen gemeinsamen Nenner bringen: Die Störung einer Leistung des Gesamt-Schuldverhältnisses. Diese Einheitlichkeit der Leistungsstörung war auch schon in den Gründertagen des BGB bekannt (vgl. Palandt/Heinrichs, Vorbem. v. §§ 275, 276 Rn. 2 f.; mit der Folge der Anerkennung von pVV und c.i.c.).
- 397 Für den Bereich des Kaufrechts verstellten die Regelungen der §§ 459 ff. a.F. aber den Blick auf diesen einheitlichen Grundtatbestand. Die Systematik der Sachmängelgewährleistung (vgl. die dazu vertretenen Ansichten von Erfüllungs- und Gewährschaftstheorie, etwa Brox, Schuldrecht-BT, § 5 I, Rn. 58) sah im Abweichen von Verpflichtungsgeschäft und der tatsächlichen Leistungshingabe im Ergebnis kein Problem der Erfüllung. Die systematische Schwäche der alten Sachmängelgewährleistung hing eng mit dem Umstand zusammen, daß das BGB die **Fehlerfreiheit der Kaufsache nicht zum Inhalt der Leistungspflicht** des Käufers machte. Anders als für Rechtsmängel (und etwa das Werkvertragsrecht) enthielt das Sachmängelgewährleistungsrecht keine Regelung, die die Mangelfreiheit der Kaufsache zur Leistungspflicht des Verkäufers erklärte. An die Stelle der Nachleistung trat lediglich die Korrektur eines als unbillig empfundenen Ergebnisses. Diese Konzeption war nicht unbedingt einleuchtend. Sie ließ die §§ 459 ff. a.F. als einen Fremdkörper im Recht der Leistungsstörungen erscheinen (vgl. MünchKomm/H.P. Westermann, Vor § 459 Rn. 10 m.w.N.).
- Diese Schwäche wird nun durch die Neuregelung im Kauf- und im allgemeinen Schuldrecht beseitigt.

#### b) Konzeptionelle Schwäche und Konkurrenzproblematik

Um das Äquivalent zwischen Zahlung und der Gegenleistung des Verkäufers aufrechtzuerhalten, gab es im Fall des Stückkaufes nur zwei Elemente: Minderung und Wandelung. Diese Ausgestaltung der Gewährleistungsrechte war inkonsequent. Denn im Interesse einer möglichen Rettung des Vertrages und der schnellen und eindeutigen Schaffung klarer Verhältnisse wäre es gewesen, die Wandelung nur für die dem Käufer unzumutbaren Fälle zuzulassen.

Auch ging es an den **Interessen der Beteiligten** im Grunde genommen vorbei, daß nur im Fall des Gattungskaufes ein Anspruch auf Nachlieferung bestehen sollte. Dies ließ sich weder mit den Interessen des Verkäufers erklären (diese versuchten sogar in vielen Fällen die Möglichkeit der Nacherfüllung mittels AGB zu verankern), noch durch die Schnelligkeit und Sicherheit des Warenverkehrs. Daß diese Systematik gerade im modernen Massengeschäftsverkehr weder von Verkäufer- noch von Käuferseite besonders geschätzt wurde, zeigt die Häufigkeit vereinbarter Nachbesserungs-, Umtausch- und Garantieklauseln.

Sachmängelhaftung und allgemeines Leistungsstörungsrecht stellten damit voneinander weitgehend unabhängige und nicht optimal aufeinander abgestimmte Haftungssysteme dar. Dieses Nebeneinander der Systeme führte zu Problemen in der Rechtsanwendung, etwa bei der Abgrenzung zu anderen Anspruchsgrundlagen oder hinsichtlich der Verjährung (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 208). Sie führte zu unbilligen Ergebnissen, die die Rechtsprechung mit angreifbaren Konstruktionen zu umgehen suchte (so auch die Begründung in BT-Drucks. 14/6040, S. 90). Daher war das Verhältnis zwischen den Sonderregelungen der Sachmängelgewährleistung und dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht gespannt.

#### c) Komplexität

Der Kauf ist in der Wirtschaftspraxis ein **stark ausdifferenziertes Rechtsgeschäft**. Er umfaßt Bargeschäfte des täglichen Lebens ebenso, wie die Übernahme eines Unternehmens. Die Breite dieses Spektrums erforderte unterschiedliche Regelungen. Daher war die kaufrechtliche Gewährleistung von einer starken Differenzierung geprägt. Rechts- und Sachkauf, Sach- und Rechtsmängel, Gattungs- und Stückkauf, Vieh-, Handels- und Verbraucherkauf wiesen jeweils verschiedene Regelungen und Rechtsfolgen auf, ohne daß dies in jedem Fall per se geboten gewesen wäre.

Dies zersplitterte die kaufrechtliche Gewährleistung und machte sie unnötig kompliziert. So war eine wesentliche Schwäche des bisherigen Kauf-



rechts die **Unterscheidung zwischen Sach- und Rechtsmangel** mit der Konsequenz jeweils unterschiedlicher Rechtsfolgen. Beide Arten von Mängeln wirkten sich in wirtschaftlich oft vergleichbarer Weise auf Wert und Gebrauchsfähigkeit des Kaufgegenstandes aus. Warum sollte im einen Fall der Verkäufer auf Erfüllung haften, im anderen hingegen nur nach den Gewährleistungsregeln? Zumal war die Unterscheidung zwischen Rechts- und Sachmangel oftmals gar nicht so einfach.

403 Eine Unterscheidung zwischen **Gattungs- und Stückkauf** war zwar dogmatisch nachvollziehbar, machte aber in vielen Kaufverträgen nur wenig praktischen Sinn. Wurde etwa ein Gebrauchtwagen verkauft (typischer Fall des Stückkaufs), so kam es dem Käufer i.d.R. nicht auf diesen konkreten Wagen an sich, sondern auf seinen wirtschaftlichen Wert und seine praktische Gebrauchsfähigkeit an. Die Unterscheidung war daher nicht zwingend geboten. Gleiches galt für die unterschiedliche Regelung von Sach- und Rechtskauf. Auch sie machte eine (etwa in den Fällen des Unternehmenskaufs) schwierige Abgrenzung erforderlich (vgl. MünchKomm-HGB/Lieb, § 25 Rn. 155 ff.).

404 Die ausführliche Regelung des Viehkaufs schließlich schien unpraktikabel und überholt.

#### d) Offene Rechtsbegriffe

405 Die Theorien über den **Fehlerbegriff** zeigten, daß § 459 Abs.1 zu ungenau formuliert war. Zudem gab es **keinen einheitlichen Eigenschaftsbegriff**, da die h.M. (vgl. Teil 1, Rn. 8) § 459 Abs. 1 a.F. enger faßte als § 459 Abs. 2 a.F. Auch die Abgrenzung der Vereinbarung über Beschaffenheitsmerkmale von der Zusicherung war äußerst problematisch. Wirtschaftlich hätte es der Zusicherung von Eigenschaften auch gar nicht bedurft, da sich in der Praxis der Weg über die Garantie (etwa des Herstellers) anbot.

#### e) Konkurrenzen und Verjährungsfragen

406 Das Rechtsfolgenprogramm der §§ 459 ff. a.F. bedeutete im Vergleich zu den allgemeinen Vorschriften und Rechtsinstituten (c.i.c. und pVV) für den Sachkäufer in einigen Punkten eine erhebliche Verschlechterung seiner Rechtsposition:

407 Dies begann damit, daß der Käufer auf die Gewährleistungsrechte verwiesen wurde, also (zumindest für den Spezieskauf) keinen Anspruch auf (Nach-)Erfüllung mehr hatte, dennoch aber an den Vertrag gebunden blieb. Dies konnte in manchen Fällen ungünstig sein.

Hinzu kam, daß das Rechtsfolgenprogramm der §§ 459 ff. a.F. nur eine eingeschränkte Auswahl an rechtlichen Möglichkeiten bot. So gab es Schadensersatz nur unter den Voraussetzungen des § 463 a.F., nicht aber im Falle der einfachen Fehlerhaftigkeit der Kaufsache. Die Regelungen der Gewährleistung schützten den Käufer nicht hinreichend vor dem Schaden, der über den Mangel selbst hinausgeht. Probleme und schwierige Abgrenzungsfragen ergaben sich daher in den Fällen, in denen ein Teil der Sache fehlerhaft war und dieser Mangel auf den im übrigen mangelfreien Teil der Sache durchgeschlagen hatte (**Begleit- oder Mangelfolgeschaden**). Dies führte insbesondere bei Folgegeschäften (Gewinnausfall) zu unbilligen Ergebnissen.

Praktischer **Hauptnachteil der Sachmängelgewährleistung** aus Käufersicht war allerdings die sehr kurze Verjährung der §§ 459 ff. a.F. Sie betrug gem. §§ 477 a.F. nur sechs Monate ab Gefahrübergang (Mobilien). Da dies nach h.M. auch in den Fällen des verborgenen Fehlers galt (vgl. BGHZ 77, 215, [221 ff.]), konnte der Käufer innerhalb (zu) kurzer Zeit ohne größeres eigenes Verschulden mit seinen Ansprüchen aus dem Kaufvertrag wirtschaftlich ausfallen. Diese scharfen Rechtsfolgen ließen sich mit der Schnelligkeit und Rechtssicherheit des Warenumschlags nur schwer aufwiegen und verzerrten die Gesamtkonzeption der Sachmängelgewährleistung. Deshalb versuchte die Rechtsprechung in vielen als unbillig empfundenen Grenzfällen, das enge „Korsett“ der Gewährleistungsregeln ein wenig aufzulockern.

Ebenfalls umstritten waren die Rechtsfolgen von „**aiud**“- und **Minderlieferungen**.

#### f) Kernpunkte der Reform – Die wesentlichen Änderungen zur alten Rechtslage auf einen Blick

Umfassend reformiert wird:

- Der **Sachmängelbegriff** wird vereinheitlicht (Wegfall der Zusicherung), gesetzlich klar festgeschrieben (subjektiver Mangelbegriff), sein Umfang erweitert (auch „Umfeldeigenschaften“ können einen Mangel begründen). Der (frühere) „objektive Fehlerbegriff“ findet nur noch im Rahmen des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Anwendung.
- Die „**Binnenstruktur**“ der **Gewährleistung**, d.h. der Sachkauf entfaltet „Leitbildfunktion“, die Differenzierungen des alten Rechts (Rechtskauf, Viehkauf, Gattungskauf) mit ihren Sonderregelungen entfallen weitgehend. Das Kaufrecht wird einfacher und klarer.
- Die **Rechtsfolgenseite der Gewährleistung**: Statt der Wandelung wird nun direkt auf die Regelungen des Rücktritts verwiesen. Minderung und Rücktritt sind als Gestaltungsrechte ausgeformt. Der Schadensersatz bleibt nicht mehr nur den Sonderfällen des § 463 vorbehalten, sondern wird (prinzipiell) „Standardrechtsfolge“.

- Die **Verjährung** (vgl. hierzu im einzelnen § 438): Die Standardfrist für die Verjährung der Gewährleistungsrechte wird auf 2 Jahre ausgedehnt.
- Die **Abgrenzung zu anderen Leistungsstörungen**, d.h. die Abgrenzung wird klarer gezogen (Regelung von Werbeaussagen, Montage und Fälle der Anderslieferung in § 434).

Auf eine neue Grundlage gestellt, bzw. neu eingeführt werden:

- Die **Einbindung des Kaufrechts** in die Dogmatik des (allgemeinen) Leistungsstörungenrechtes: Die Gewährleistung nach §§ 434 ff. stellt eine an den Anforderungen des Kaufrechts orientierte Ausformung des Grundtatbestandes der Allgemeinen Pflichtverletzung (§ 280 Abs. 1) dar. Damit wird für den Fall eines Mangels der allgemeine (und vorrangige) Anspruch des Käufers auf Nacherfüllung (dogmatisch) neu in das Gewährleistungsrecht eingefügt. Ebenfalls neu ist der Ersatz vergeblicher Aufwendungen (§ 437 Nr. 3).
- Die **Garantie gem. § 443**: Weitergehende Abmachungen hinsichtlich der Gewährleistung (zeitliche, sachliche, persönliche Ausdehnung der Käuferrechte) unterfallen zukünftig § 443.
- Die Vorschriften über den **Verbrauchsgüterkauf** in §§ 474 ff.

412 Folgende Regelungen und Problemkreise entfallen (im wesentlichen) durch die Reform:

- Die **Abgrenzung zum „aliud“**, die Problematik der Gewährleistung beim Unternehmenskauf.
- Die **Gewährleistung beim Rechtskauf** in der Form der §§ 437, 438 a.F.
- Die (weitgehende) **Aushöhlung des Gewährleistungsrechts** durch c.i.c. und pVV aufgrund der „Unbilligkeit“ der Gewährleistung auf der Rechtsfolgenseite (zu kurze Verjährung des § 477 a.F., nur ausnahmsweise Schadensersatz).
- Die **Rechtsfiguren der „Wandelung“** (damit insbesondere auch § 467 a. F. und die daran anknüpfenden Theorien) und der „Zusicherung“.
- Die Regelungen über „**kaufähnliche Verträge**“ (§ 445 a. F.), den **Gattungskauf** (§ 480 a. F.) und den **Viehkauf** (§§ 481 ff. a.F.).

### 3. Überblick über das neue Gewährleistungsrecht

- 413 Nach Konzeption, Inhalt und Umfang wird das Kaufrecht in wesentlichen Teilen neu gefaßt (vgl. überblicksartig zum Änderungsvorhaben: *Krebs*, DB 2000, Beilage Nr. 14, 1 ff.).
- 414 Dazu gehört insbesondere die kaufrechtliche Gewährleistung. Diese wird sich künftig nicht mehr nach den §§ 434, 459 ff. a.F., sondern nach den §§ 434 ff. bestimmen. Neben der Einarbeitung und Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG hat dies vor allem einen Zweck: Die kaufrechtliche Gewährleistung soll einheitlich und stringent gestaltet und dadurch klarer und systematischer werden (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 1, 86 f.).

#### a) Grundlegendes zur neuen Systematik

Wesentliche Neuerung im allgemeinen Leistungsstörungenrecht ist die Etablierung des **allgemeinen Haftungstatbestandes der Pflichtverletzung** in § 280 (vgl. hierzu auch Teil 1, Rn. 68) Mit dieser Maßnahme wird die Systematik der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in das allgemeine Schuldrecht umgesetzt. Der Tatbestand der Pflichtverletzung ist auf den zentralen Begriff der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, die „Vertragsmäßigkeit“, zurückzuführen (vgl. zum Inhalt Art. 2 Abs. 2 lit. a – d der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie).

Die **Pflichtverletzung** wird nun, anstelle der Unmöglichkeit, gesetzliches Leitbild des Leistungsstörungenrechtes. Demnach kann der Gläubiger den Ersatz des Schadens verlangen, der durch die Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis entsteht, soweit der Schuldner ihn zu vertreten hat. § 280 n.F. greift damit einen zentralen Grundgedanken der modernen Vertragsrechtsprinzipien auf (*Grundmann/Medicus/Rolland*, Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 61 ff.). Zu den Pflichten, um die es in §§ 280 ff. geht, gehören im allgemeinen Schuldrecht Unmöglichkeit und Verzug, aber auch die nunmehr kodifizierten Fälle der pVV und der c.i.c. Der **Schuldner verletzt eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis**, wenn er die geschuldete Leistung nicht, verzögert oder schlecht erbringt, ebenso, wenn er Schutz- und Obhutspflichten nicht beachtet.

#### b) Die Umsetzung in das Kaufrecht

Die Sachmängelgewährleistung wird dementsprechend in §§ 433 ff. **konzeptionell neu geregelt**. Dies geschieht vor allem durch die Neufassung von Abs. 1 S. 2. Danach hat nun der Verkäufer dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Der früher an dieser Stelle normierte Rechtskauf ist nunmehr in § 453 kodifiziert. In der Grundnorm des Kaufrechts wird damit nur noch auf den Sachkauf abgestellt, der zum **Leitbild avanciert**, auf den die weiteren kaufrechtlichen Regelungen grundsätzlich abstellen (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 80). So verweist § 453 für den Rechtskauf auf den Sachkauf, die Sonderregelung in § 437 a.F. entfällt. Sach- und Rechtsmängel entfallen somit nach neuem Recht die gleichen Rechtsfolgen und werden in § 433 in einem Atem genannt. Da zudem § 433 nicht mehr den Verkauf eines Rechtes nennt, und § 453 auf den Sachkauf verweist, ergibt sich nun aus dem Wortlaut folgende Systematik:

Die **Unterscheidung zwischen Rechts- und Sachmangel**, aber auch die **zwischen Rechts- und Sachkauf**, wird **weitestgehend eingeebnet**. Dies entspricht der Absicht des Gesetzgebers, die kaufrechtlichen Regelungen zu

vereinheitlichen und grundsätzlich auf den Sachkauf abzustellen. Zum anderen entfallen die Regelungen über den **Gattungskauf**, da sie aufgrund der Erhebung der Mängelfreiheit zur Leistungspflicht und der Angleichung in den Rechtsfolgen entbehrlich werden.

419 War nach § 433 a.F. allein die Übergabe und Eigentumsverschaffungspflicht vertragliche Hauptpflicht, nicht aber die Mängelfreiheit, so formuliert nun § 433 Abs. 1 eindeutig: „*Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.*“ Das **Liefern eines mangelfreien Kaufgegenstandes wird also Hauptleistungspflicht** (zu den Pflichten des Verkäufers vgl. auch Teil 1, Rn. 170 ff.). Damit wird in der kaufrechtlichen Gewährleistung nicht mehr an das Vorhandensein eines Mangels, sondern an der **Verletzung einer Pflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache** („Gutlieferung“) angeknüpft. Da der Verkäufer nun zur mangelfreien Verschaffung verpflichtet ist, geht seine Haftung nach der neuen Systematik teilweise über den früheren Rahmen hinaus (Haftung auf Schadensersatz auch schon bei leichter Fahrlässigkeit).

420 Die **Verletzung sonstiger (Neben-)Pflichten** wird durch den allgemeinen Tatbestand der Pflichtverletzung, bzw. die Normierungen in §§ 280 ff., aufgefangen. Das Gewährleistungsrecht wird in das allgemeine Recht der Leistungspflichten, auf das in wesentlichen Punkten verwiesen wird, (vgl. § 437), integriert. Dies bringt beide Haftungssysteme miteinander in Einklang und stellt sie auf eine gemeinsame Grundlage. Dadurch und durch die Vereinheitlichung werden Probleme der Rechtsanwendung, Konkurrenz und Verjährungsdivergenz weitestgehend vermieden (so auch BT-Drucks. 14/6040, S. 209). Da Rechts- und Gattungskauf auf den Sachkauf verschmolzen werden, entfallen die bislang notwendigen Abgrenzungen zwischen diesen Unterarten des Kaufes.

### c) Anwendungsbereich der kaufrechtlichen Gewährleistung nach dem neuen Recht

421 Grundvoraussetzung für den Eintritt der Gewährleistung bleibt weiterhin das Vorliegen eines Kaufvertrages i.S.d. § 433 (vgl. Teil 1, Rn. 11).

422 Die Vorschriften über die kaufrechtliche Gewährleistung gelten für Kaufverträge über Sachen, Rechte und sonstige Gegenstände wie Unternehmen, freiberufliche Praxen, Elektrizität oder Fernwärme (für den Rechtskauf vgl. § 453 auf die Vorschriften über den Kauf von Sachen). Daneben greifen die Vorschriften über den Kauf von Sachen auch im Falle des § 651, also bei Verträgen über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen. Der bisher in § 651 a.F. geregelte **Werklieferungsver-**

**trag** entfällt als eigenständiger Vertragstyp, da die Differenzierung zwischen der Sachmängelhaftung im Kauf- und im Werkvertragsrecht durch die Reform weitgehend aufgegeben wird.

### d) Voraussetzungen der Haftung nach dem neuen Recht

Die kaufrechtliche Gewährleistung greift, wenn der Kaufgegenstand mangelfhaft ist. Das neue Recht unterscheidet und definiert zukünftig zwei Arten von Mängeln:

- Sachmängel in § 434,
- Rechtsmängel in § 435.

#### aa) Sachmängel

§ 434 regelt den Sachmangel und ist die Folgenorm des § 459 a.F. Im Unterschied zu diesem muß § 434 nicht mehr eine Haftung für Mängel begründen, da die Pflicht zur mangelfreien Verschaffung bereits als Primärleistungspflicht in § 433 normiert ist. Neu ist die Legalbestimmung des Sachmangels in Abs. 1.

Laut Abs. 1 S. 1 ist die Sache frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang (gem. §§ 445 f. regelmäßig der Zeitpunkt der Übergabe mit einer wichtigen Beweislasteasenerleichterung in § 476 für den Verbrauchsgüterkauf) die vereinbarte Beschaffenheit hat (vgl. hierzu Teil 1, Rn. 319). Damit wird dem Sachmangelbegriff der **subjektive Fehlerbegriff zugrunde gelegt** (BT-Drucks. 14/6040, S. 209, in Anlehnung an Art. 2 Abs. 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie; zum Begriff des subjektiven Fehlers siehe Teil 1, Rn. 362). Denn wenn die Sache bei Gefahrübergang die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit hat, dann stimmen Ist- und Soll-Beschaffenheit überein. Mit der **Vereinheitlichung der Rechtsfolgen** und dem Abstellen auf den subjektiven Fehlerbegriff kann auch auf die Unterscheidung zwischen Fehler und **zugesicherter Eigenschaft verzichtet werden**.

Ist **vertraglich keine Beschaffenheit vereinbart**, so ist nach Abs. 1 S. 2 die Sache mangelfrei, wenn sie sich zu der nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung oder zu der gewöhnlichen Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die üblich ist und erwartet werden kann. Somit wird sekundär auf **Vertragszweck und Normalbeschaffenheit** abgestellt.

Der **Begriff der Beschaffenheit** und sein Umfang (zu Begriff und Streitstand nach altem Recht vgl. Teil 1, Rn. 368) werden auch weiterhin nicht gesetzlich normiert. Insbesondere soll nicht unterschieden werden, ob er nur Eigenschaften umfaßt, die der Kaufsache unmittelbar physisch anhaften oder ob auch Umstände heranzuziehen sind, die außerhalb der Sache selbst

liegen. Die Einbeziehung der Sachmängelhaftung in das allgemeine Leistungsstörungenrecht, die wesentliche Übereinstimmung in den Rechtsfolgen und die Neuregelung des Verjährungsrechts nehmen den hierzu vertretenen unterschiedlichen Ansichten aber weitgehend ihre Bedeutung (so auch BT-Drucks. 14/6040, S. 213). Allerdings sieht das neue Recht vor, daß auch **öffentliche Äußerungen, Werbung oder Kennzeichnung** seitens des Verkäufers oder des Herstellers sich auf die Soll-Beschaffenheit der Sache auswirken und deren Umfang prägen können. Da Werbeaussagen häufig tatsächlich ursächlich für den Abschluß eines Vertrages sind, somit die Umstände eines Vertragsschlusses mit bestimmen, erscheint dies nachvollziehbar.

- 428 Neu sind die Bestimmungen der Absätze 2 und 3. Gem. Abs. 2 stellt auch eine unsachgemäße **Montage** durch den Verkäufer oder dessen Erfüllungsgehilfen einen Mangel dar. Gleiches gilt für eine fehlerhafte **Montageanleitung**, wenn der Käufer wegen ihr die Sache fehlerbegründend montiert hat („IKEA-Klausel“). Abs. 3 stellt „**aliud**“- und **Minderlieferung** mit dem Sachmangel auf eine Stufe. Damit werden wichtige Fragestellungen des alten Rechts zur Abgrenzung von „aliud“ und Peius obsolet (zu den Änderungen im Handelskauf vgl. Teil 1, Rn. 575).

#### bb) Rechtsmängel

- 429 § 435 faßt §§ 434 und 435 a.F. zusammen, und bestimmt, wann die Sache **frei von Rechtsmängeln** ist. Dies ist gem. § 435 S. 1 der Fall, „*wenn Dritte in bezug auf die Sache keine oder nur die im Kaufvertrag übernommenen Rechte gegen den Käufer geltend machen können.*“ Da auch schon nach § 434 a.F. die Pflicht zur rechtsmängelfreien Überlassung bestand, war im Kern keine Anpassung an die neue Systematik erforderlich.
- 430 Die Eintragung **nicht bestehender Buchrechte** steht nach § 435 S. 2 einem Rechtsmangel gleich, da diese aufgrund der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs die Gefahr des Eigentumsverlustes in sich bergen. Es erscheint daher sachgerecht, sie wie sonstige Rechtsmängel zu behandeln (BT-Drucks. 14/6040, S. 218). Auch insoweit führt § 435 keine wesentliche inhaltliche Neuerung ein (vgl. § 435 a.F.).
- 431 Der Frage, wie **Anliegerbeiträge und andere öffentliche Abgaben** zu behandeln sind, widmet sich § 436. Ohne auf die Rechtsnatur einzugehen, bestimmt nun Abs. 1, daß Anliegerbeiträge für bis zum Tag des Vertragsabschlusses begonnene Maßnahmen vom Verkäufer zu tragen sind.

#### e) Die Regelung der Gewährleistungsansprüche nach dem neuen Recht

§ 437 legt die Ansprüche und Recht des Käufers bei Mängeln fest. Demnach kann der Käufer bei Vorliegen eines Mangels und unter jeweils spezifischen Voraussetzungen Nacherfüllung verlangen, mindern, vom Vertrag zurücktreten, Schadensersatz oder Ersatz seiner vergeblichen Aufwendungen verlangen (vgl. hierzu Teil 1, Rn. 469 ff.).

433 Mit der Einführung des **Nachlieferungsanspruches** wird „das geltende Recht wieder an die Rechtswirklichkeit herangeführt“, weil der Käufer beim Auftreten eines Mangels regelmäßig nicht Rückgängigmachung des Vertrags oder Herabsetzung des Kaufpreises wünscht, sondern Reparatur oder Umtausch (BT-Drucks. 14/6040, S. 220, 230).

434 Die **Wahl zwischen beiden Formen der Nacherfüllung** steht dem Käufer zu. Da die Pflichtverletzung des Verkäufers zur Leistungsstörung des Vertrags geführt hat, ist es legitim, den Käufer entscheiden zu lassen, wie der Vertrag letztlich doch noch erfüllt werden soll (BT-Drucks. 14/6040, S. 231). Gegen Mißbräuche des Käufers ist der Verkäufer hinreichend durch seine Verweigerungsmöglichkeit gem. § 439 Abs. 3 geschützt. Aufgrund seiner Funktion als Ausnahmekorrektiv dürfte der Mißbrauchstatbestand allerdings nur in wenigen Sonderfällen anzunehmen sein (vgl. Teil 1, Rn. 473).

435 Abs. 1 nennt nicht ausdrücklich den **Vorrang der Nacherfüllung** vor den eigentlichen Gewährleistungsregeln. Aus Sinn und Zweck der Regelung, den regelmäßigen Interessen der Parteien und den einschränkenden Vorbedingungen von Rücktritt und Schadensersatz kann jedoch die grundsätzliche Priorität der Nacherfüllung gefolgert werden (i.d.S. vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 93, 221, 231, ebenso Henssler/Graf v. Westphalen/Graf v. Westphalen, § 437 Rn. 3).

436 **Schadensersatz und Rücktritt** werden zwar nun, im Gegensatz zum alten Recht, für alle Mängel „Standardrechtsfolge“, allerdings unter den in §§ 437, 440 genannten einschränkenden Bedingungen (Fristsetzung; vgl. zu den Gewährleistungsrechten und ihren Voraussetzungen im einzelnen Teil 1, Rn. 480, 493).

437 Das alte Recht kannte das Fehlen einer **zugesicherten Eigenschaft** für die Fälle, in denen der Verkäufer dem Käufer mit Garantiewillen für das Vorliegen einer bestimmten Eigenschaft einstehen wollte. Durch die **Fixierung der kaufrechtlichen Gewährleistung** auf den subjektiven Fehlerbegriff und die Vereinheitlichung der Rechtsfolgen wird diese Figur überflüssig. Dennoch besteht weiterhin ein Bedürfnis für Garantien im Kaufrecht, etwa als Mittel der

Absatzförderung. Dem kommt das neue Recht in § 443 nach. Die darin geregelte Garantie tritt an die Stelle der Zusicherung. Nach dem Wortlaut des § 443 steht die Garantie dem Käufer zu den eingeräumten Bedingungen unbeschadet der Gewährleistung zu. Der Käufer erhält also neben den Ansprüchen aus Gewährleistung einen weiteren zu flexibel verhandelbaren Bedingungen. Dieser kann sich gegen jeden Garantiegeber richten. Das muß nicht zwangsläufig der Verkäufer, sondern kann auch ein hiervon verschiedener Hersteller oder sonstiger Dritter sein. Ansonsten werden Inhalt und Umfang der Garantie gesetzlich nicht geregelt, sondern sollen von den beteiligten Parteien selbst bestimmt werden (BT-Drucks. 14/6040, S. 239, für den **Verbrauchsgüterkauf** stellt allerdings § 477 gewisse Mindestvoraussetzungen hinsichtlich des Inhalts der Garantie auf). Neben der „allgemeinen Garantie“ in § 276 Abs. 1 S. 1 führt § 443 die **Haltbarkeitsgarantie** neu in das Gesetz ein, bei der der Garantiegeber nur für eine bestimmte Dauer die Gewähr für die Beschaffenheit der Sache übernimmt (näher hierzu Teil 1, Rn. 513 ff.).

438 Soweit bringt Abs. 1 keine Neuerungen in der Sache, denn ein **eigenständiger Garantievertrag** war auch schon nach dem bis zum 31.12.2001 geltenden Recht möglich und üblich (vgl. Palandt/*Putzo*, Vorbem. v. § 459 Rn. 31, 32; MünchKomm/*H.P. Westermann*, § 459 Rn. 96 ff. m.w.N.).

439 Hinsichtlich der **unselbständigen Garantie** waren die Rechtsfolgen umstritten, teilweise wurde sie lediglich als Beweiserleichterung für den Käufer im Falle eines Mangels angesehen (vgl. Teil 1, Rn. 375). Diese Funktion der Garantie fixiert nun § 443 Abs. 2 n.F.. Demnach wird der **Eintritt des Garantiefalls** widerleglich vermutet, wenn sich während der Garantiedauer ein Mangel zeigt. Die Vermutung kann nur entkräftet werden, wenn der Mangel durch eine falsche Behandlung seitens des Käufers oder ein sonst von außen kommendes Ereignis hervorgerufen wurde. Der reine Hinweis des Verkäufers auf die ordnungsgemäße Herstellung reicht zur Entlastung nicht aus (BT-Drucks. 14/6040, S. 239). Die **analoge Anwendung dieser Beweislasteileichterung** für jeden Fall des Mangels dürfte zu verneinen sein. Denn für den Verbrauchsgüterkauf trifft § 476 eine ausdrückliche Regelung. Damit kann für den „normalen“ BGB-Kauf nicht mehr vom Vorliegen einer zweckwidrigen Regelungslücke ausgegangen werden.

#### f) Durchsetzbarkeit der Gewährleistungsansprüche

440 Die **Verjährung** der in § 437 geregelten Ansprüche erfolgt nun über § 438. Im Ergebnis erfolgt damit eine **starke Annäherung an das allgemeine Leistungsstörungenrecht**, denn die regelmäßige kaufrechtliche Verjährungsfrist beträgt zukünftig gem. § 438 Abs. 1 Nr. 3 zwei Jahre und geht damit deutlich über die bisher geltende, als zu kurz empfundene Frist des § 477 a.F.

hinaus. Damit werden „Konstruktionen“ entbehrlich, mit denen die Rechtsprechung bislang versuchte, aus Gründen der Billigkeit auf die allgemeinen Verjährungsregeln der §§ 195 ff. auszuweichen (Annahme eines Rechtsmangels, Ausweichen auf die pVV im Fall des weiterfressenden Mangels, vgl. Teil 1, Rn. 409). Der faktische Druck, die Gewährleistungsregeln wegen der als unbillig empfundenen Verjährungsfrist zu „umgehen“, wird damit weitgehend abgebaut.

Neu ist weiterhin, daß die **Verjährung für Baumaterialien** (zum Einbau bestimmte oder üblicherweise in dieser Weise verwendete Materialien) auf fünf Jahre festgesetzt wird (§ 438 Abs. 1 Nr. 2). Diese Verjährungsfrist kann- te im bisherigen Recht keine Entsprechung. Sie dient dazu, das Abreißen der Regreßkette zwischen Werkunternehmer und Stofflieferant aufgrund unterschiedlich langer Verjährungsfristen zu verhindern. Zukünftig kann somit der Werkunternehmer bei Inanspruchnahme durch den Kunden seinen Schaden beim Zulieferer liquidieren. Er bleibt nicht mehr, wie nach altem Recht, in der Mehrzahl der Fälle „darauf sitzen“. Denn das Risiko des Ausfalls soll nicht mehr alleine den „Zwischenkäufer“ treffen, sondern wirtschaftlich auf den Lieferanten zurückschlagen (BT-Drucks. 14/6040, S. 227, so nun auch gem. § 478 für den Verbrauchsgüterkauf).

Ähnliche Überlegungen liegen der Einführung des § 438 Abs. 1 Nr. 1 zugrunde. Danach verjährt der Gewährleistungsanspruch bei Verlust des Kaufgegenstandes aufgrund von **Herausgabeansprüchen Dritter** nunmehr in 30 Jahren. Die Vorschrift stimmt die Verjährungsfrist wegen eines Rechtsmangels auf die Verjährung des § 197 Abs. 1 Nr. 1 ab: Der Rückgriffsanspruch des Käufers gegen seinen Verkäufer soll nicht schneller verjähren, als der Anspruch, der von einem Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden kann.

Die Verjährungsfrist kann im Verbrauchsgüterkauf auf höchstens ein Jahr (gebrauchte Sachen) minimiert werden (§ 475 Abs. 2). Dieselbe Untergrenze gilt bei der **Verkürzung durch AGB** gem. § 309 Nr. 8 lit. b ff) für alle BGB-Käufe. Ansonsten ist weiterhin jede Verkürzung vertraglich möglich. Dies gilt allerdings nicht bei **arglistigem Verschweigen des Mangels**. In diesen Fällen ordnet § 438 Abs. 3 die Anwendung der allgemeinen Verjährungsregeln an. Es handelt sich dabei um eine reine Überlegungsfrist (§§ 195, 199 Abs. 1 Nr. 2). Sie soll verhindern, daß im Falle der Arglist die Gewährleistung möglicherweise bereits verjährt ist, bevor der betrogene Käufer den Mangel bemerkt hat.

Eine **Verlängerung** der Verjährungsfrist ist nach den allgemeinen Regeln bis zu einer Gesamtdauer von 30 Jahre möglich.

g) **Ausschlußgründe**

- 445 Ein Anspruch wegen Sach- oder Rechtsmangels ist nur gegeben, wenn diese **Ansprüche nicht wirksam ausgeschlossen sind**. Ausschlußgründe können auf Gesetz oder Rechtsgeschäft beruhen. Hinsichtlich letzterer ergeben sich aber Grenzen, etwa aus § 444, § 475 Abs. 1 (Gewährleistung beim Verbrauchsgüterkauf) oder bei Verwendung von AGB aus § 309 Nr. 8 lit. b aa).
- 446 **Kennt der Käufer den Mangel** oder verkennt er ihn aufgrund grober Fahrlässigkeit, so erscheint es billig, ihm die Gewährleistungsansprüche zu versagen. Das ist nicht der Fall, wenn der Käufer zwar grob fahrlässig, der Verkäufer allerdings arglistig handelte oder eine bestimmte Eigenschaft zugesichert hatte. Diese Risikoverteilung war früher in den § 439 und § 460 a.F. enthalten und wird nun in § 442 **beibehalten** und an die geänderte Systematik sprachlich angepaßt (Garantie statt Zusicherung, „ausgeschlossen“ statt „Nicht-vertretenmüssen“).
- 447 Die Möglichkeiten und Grenzen des **vertraglichen Gewährleistungsausschlusses regelt § 444**. Die Vorschrift faßt die bisherigen §§ 443 und 476 a.F. zusammen. Zugleich geht in ihr der bisherige § 11 Nr. 11 AGBG auf.
- 448 Demnach kann sich der Verkäufer auf einen vertraglichen Gewährleistungsausschluß nicht berufen, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine entsprechende Garantie übernommen hat. Durch die Formulierung „*kann sich...nicht berufen*“ wird klargestellt, daß die Unwirksamkeit des Gewährleistungsausschlusses nicht den gesamten Vertrag zu Fall bringt. Neben dem **arglistigen Verschweigen** (zum Begriff vgl. § 438 Rn. 28) von Rechts- und Sachmängeln ist ein Haftungsausschluß auch bei **Vorliegen einer Garantie** nicht möglich. Damit wird auch die früher streitige Frage des Haftungsausschlusses bei gleichzeitiger Zusicherung endgültig zugunsten des Käufers entschieden.
- 449 Bei **unerheblichen Mängeln** war früher die Haftung nach § 459 Abs. 1 S. 2 a.F. ausgeschlossen. Nun wird nach den einzelnen Rechten differenziert. So kommt zukünftig bei kleineren Mängeln ein Ausschluß des Rücktritts, nicht aber ein Ausschluß der Minderung oder des Schadensersatzes in Betracht (vgl. Teil 1, Rn. 483, 488).

h) **Verbrauchsgüterkauf und Gewährleistung**

- 450 Neu eingefügt wurden in §§ 474 ff. die Regelungen über den **Verbrauchsgüterkauf**, also den Kauf einer beweglichen Sache bei einem Unternehmer i.S.d. § 14 durch einen Verbraucher i.S.d. § 13 (Legaldefinition in § 474). Wichtig für die kaufrechtliche Gewährleistung sind folgende Neuerungen (vgl. hierzu auch Teil 1, Rn. 539):

**Vor Kenntnis des Mangels** sollen dem Käufer alle Gewährleistungsrechte erhalten bleiben und nicht vertraglich abdingbar sein. Dieser Umstand, der den Verbraucher vor einem „vorsorglichen Gewährleistungsausschluß“ durch den Unternehmer schützen soll, wird in § 475 verankert. Eine Ausnahme gilt nach Abs. 1 S. 2 nur für den Schadensersatz. Abs. 1 S. 3 schließt Umgehungen des Abs. 1 S. 1, wie etwa die Vorverlegung des Verjährungszeitpunktes, aus. Die Norm hat damit die Funktion einer **verbraucher-schützenden Generalklausel** und bietet sich in Zweifelsfällen als Auslegungshilfe an („im Zweifel pro Verbraucherschutz“). Die Grenzen einer **rechtsgeschäftlichen Verkürzung der Verjährung der Ansprüche aus § 437** werden in § 475 Abs. 2 gesondert behandelt. Danach kann vor Kenntnis des Käufers vom Mangel die Verjährungsfrist bei neuen Sachen nicht unter zwei, bei gebrauchten Sachen nicht unter ein Jahr gedrückt werden. Wie Tiere (wann neu, wann alt?) in dieses System einzuordnen sind, überläßt auch das neue Recht der Rechtsprechung. Aufgrund der verbraucher-schützenden Intention der Neuregelung und des Wortsinnes („gebraucht“ bezieht sich auf die Abnutzbarkeit der Kaufsache und ist daher nur schwer auf Lebewesen übertragbar) sollten Tiere in dieser Frage wie neue Sachen behandelt werden.

§ 476 schließlich schafft für den Verbraucher eine Beweiserleichterung, indem er die **Beweislast hinsichtlich des Vorliegens eines Mangels** zugunsten des Verbrauchers umdreht. Bei **Auftreten eines Mangels innerhalb der Verjährungsfrist** wird daher vermutet, daß dieser schon bei Gefahrübergang vorhanden war.

Die Vorschrift beruht auf den schlechten Beweismöglichkeiten des Verbrauchers (BT-Drucks. 14/6040, S. 245). Daher soll sie nach dem Willen des Gesetzgebers auch nur im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs Anwendung finden. Auch dort findet sie durch die Einschränkung in § 476 a.E. nicht generell Anwendung. So ist die Beweislast bei Tieren, bei gebrauchten und leicht verderblichen Sachen nicht per se umgekehrt, da hier bei Auftreten eines Fehlers oft völlige Unklarheit über den Zeitpunkt der Entstehung des Mangels herrscht. Rückschlüsse in zeitlicher Hinsicht wären hier mehr oder weniger willkürbehaftet. In diesen Fällen ist daher die Vermutung des § 476 nach dem Willen des Gesetzgebers mit der Art der Sache oder des Mangels i.d.R. nicht vereinbar (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 245). In der Praxis ist daher ein Ausfall mit den Gewährleistungsansprüchen (Beweislast!) bereits in wesentlich kürzerer Zeit denkbar.