

## **§ 3 Kaufrecht: Gewährleistung, Verjährung und Garantien**

**Weiterführende Literatur:** Ernst/Gsell, Kaufrechtsrichtlinie und BGB, ZIP 2000,1410; Gaier, Die Minderungsberechnung im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, ZRP 2001, 336; Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis; Gsell, Kaufrechtsrichtlinie und Schuldrechtsmodernisierung, JZ 2001,65; Haas, Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes: Kauf- und Werkvertragsrecht, BB 2001,1313; Hoffmann, Verbrauchsgüterkaufrechtsrichtlinie und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, ZRP 2001, 347; Honsell, Die EU-Richtlinie über den Verbrauchgüterkauf und ihre Umsetzung ins BGB, JZ 2001, 278; Kessler, Der Kauf gebrauchter Waren nach dem Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, ZRP 2001, 70; Reinking, Auswirkungen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes auf den Neu- und Gebrauchtwagenkauf, DAR 2001, 8; Westermann, Das neue Kaufrecht einschließlich des Verbrauchsgüterkaufs, JZ 2001, 530; Westphalen, Die Neuregelung des Entwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes für das Kauf- und Werkvertragsrecht, DB 2001, 799.

### **1. Einführung in die Mängelgewährleistung**

Hauptleistungspflicht des Verkäufers ist nach § 433 Abs. 1 S. 2 BGB, dem Käufer den Kaufgegenstand frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Dementsprechend ist die Lieferung einer mangelbehafteten Sache keine ordnungsgemäße Erfüllung. Erkennt der Käufer vor oder bei der Übergabe die Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes, braucht er sie nicht anzunehmen. In diesem Fall kommt er auch nicht in Annahmeverzug und kann aufgrund der Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) die Bezahlung des Kaufpreises ablehnen.

Nach Übergabe und Übereignung richten sich die Rechte des Käufers eines mangelhaften Kaufgegenstandes nach §§ 434 ff BGB!

Die §§ 434- 452 BGB gelten unmittelbar für die Mängelrechte des Käufers im Rahmen eines Kaufs beweglicher oder unbeweglicher Sachen. Über § 453 Abs. 1 BGB finden sie auch für den Rechtskauf Anwendung, soweit sie nicht derart auf körperliche Gegenstände zugeschnitten sind, dass sie auf ein Recht nicht angewendet werden können (z.B. § 447 BGB) oder die Sonderregeln des § 453 Abs. 2 und 3 BGB vorgehen (z.B. Abs. 2 verdrängt § 448).

Weiterhin gelten die §§ 434 ff BGB über die Verweisung des § 480 BGB auch für den Tausch, gem. § 651 S. 1. BGB für die Lieferung noch herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen sowie die entgeltliche Veräußerung und Belastung von Gegenständen.

## 2. Der Mangelbegriff

Zentrale Norm zum Sachmangel ist § 434 BGB. Er setzt eine Beschaffenheitsabweichung bei Gefahrübergang; § 434 Abs. 1, unsachgemäße Montage oder mangelhafte Montageanleitung, Abs. 2 oder eine Falsch- oder Zuweniglieferrung, Abs. 3 voraus.

### 2.1 Sachmangel nach § 434 Abs. 1: Subjektiver Mangelbegriff mit objektiven Kriterien

Eine Definition des Mangelbegriffes ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Anknüpfungspunkt ist der Begriff der Beschaffenheit. Beschaffenheit ist mit dem tatsächlichen Zustand der Sache gleichzusetzen. Mithin liegt ein Mangel vor, wenn im Zeitpunkt des Gefahrübergangs die Ist-Beschaffenheit ungünstig von der Soll-Beschaffenheit abweicht. Diesen Gedanken greift Abs. 1 auf und regelt positiv die Mangelfreiheit eines Gegenstandes in drei Ebenen:

- Grundsätzlich ist eine Sache frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat, § 434 Abs. 1 S. 1 BGB. Ausdrückliche oder konkludente Parteivereinbarungen oder gemeinsame Vorstellungen der Parteien im Vorfeld des Vertragsschlusses, falls vorhanden, sind ausschlaggebend für die Beurteilung der Sollbeschaffenheit.

=> Subjektiver Mangelbegriff.

- Falls keine Vereinbarung getroffen wurde, folgt Stufe zwei, Abs.1 S. 2 Nr. 1: Eignung für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung.

=> Ebenfalls ein subjektives Kriterium.

Dieser Auffangtatbestand wurde gerade für Geschäfte des täglichen Lebens eingeführt, bei denen in der Regel eine Vereinbarung über die Beschaffenheit nach S. 1 selten erfolgt. Es ist aus Käufersicht daher empfehlenswert, zu erwähnen, dass der Kauf für eine bestimmte Verwendung erfolgen soll und der Verkäufer dem ausdrücklich oder konkludent zustimmt.

**Bsp(e):** Notwendige Speicherkapazität beim Kauf eines Computers; beabsichtigtes Anwendungsgebiet beim Kauf eines speziellen Klebstoffes; erforderliches Ladevolumen beim Kauf eines Lkw.

- Als weiterer Auffangtatbestand enthält Abs. 1 S. 2 Nr. 2 erst auf der dritten Ebene objektive Kriterien:

„... gewöhnliche Verwendung der Sache“;  
„... übliche Beschaffenheit“;  
„... die ein durchschnittlicher Käufer üblicherweise erwarten kann“.

Für die **gewöhnliche Verwendung** eignet sich z.B. ein gebraucht gekaufter Pkw, wenn er keine technischen Mängel aufweist, die die Zulassung zum Straßenverkehr mindern oder die Gebrauchsfähigkeit aufheben oder beeinträchtigen (BGH NJW 2009, 1588 m.w.N.).

Die gewöhnliche Verwendung ist objektiv abzuleiten aus der Art der Sache und den Verkehrskreisen, denen der Käufer angehört. Ist er Verbraucher oder Unternehmer? Kauft er für den privaten oder geschäftlichen Bereich?

**Bsp(e):** Kauf einer Bohrmaschine für die gelegentliche private oder gewerbliche Nutzung als Handwerker; Kauf einer Spülmaschine für den Haushalt oder die Gastronomie.

Vergleichsmaßstab ist die **übliche Beschaffenheit** bei Sachen gleicher Art. Welche Beschaffenheit erwartet werden kann, richtet sich nach dem Erwartungshorizont eines Durchschnittskäufers. Diese Erwartung des Käufers muss objektiv berechtigt sein.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Mangelfreiheit ist der Gefahrübergang (Übergabe). Der Käufer trägt ab dem Gefahrübergang die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Sachmangels (BGH NJW 2004, 2299 und 2006, 434). Im Übrigen ist es dem Verkäufer unbenommen, zu beweisen, dass der Kaufgegenstand bei Gefahrübergang mangelfrei war.

**Bsp(e):** Der Mangel beruht auf unsachgemäßem Gebrauch. Der Käufer hat den Mangel mutwillig herbeigeführt.

## 2.2 Werbeangaben und andere Beschreibungen, § 434 Abs. 1 S. 3

Nach § 434 Abs. 1 S. 3 BGB gehören zur Beschaffenheit, die der Käufer erwarten kann, auch solche Eigenschaften, die sich aus öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers oder seiner Gehilfen ergeben.

**Bsp(e):** Produktangaben auf der eigenen Homepage; Fernseh- Funk- oder Zeitschriftenwerbung; Angaben in Gebrauchsanweisungen oder auf Etiketten.

Sie erweitern die Sollbeschaffenheit; der Käufer soll sich auf diese Angaben verlassen können. Der Verkäufer kann sich nur von dieser Haftung befreien,

wenn er die Äußerung weder kannte noch kennen musste, sie berichtigt war oder sie keinen Einfluss auf die Kaufentscheidung haben konnte. Hierfür ist er beweispflichtig („... es sei denn ...“).

### 2.3 Montage, § 434 Abs. 2 BGB

Kaufrechtliche Sachmängel können auch auf der unsachgemäßen Montage durch den Verkäufer bzw. der von ihm eingeschalteten Erfüllungsgehilfen beruhen oder durch unsachgemäße Montageanleitungen verursacht werden. Zwei Fallgruppen sind zu unterscheiden:

- **Falsche Montage:** Hiermit sollen Abgrenzungsschwierigkeiten zum Werkvertragsrecht vermieden werden, an das man bei mangelhafter Montage ja auch denken könnte. Falsche Montage ist jedoch dann kaufrechtlicher Mangel, wenn die Montage Bestandteil des Kaufvertrags („vereinbart“) war. Zur Montage zählen alle zum vertraglichen Gebrauch notwendigen Handlungen insbesondere der Zusammenbau, der Anschluss, die Aufstellung und der Einbau.
- **Fehlerhafte Montageanleitung** (sog. „Ikea-Klausel“): Hiervon sollen vor allem die Fälle erfasst werden, in denen zunächst eine mangelfreie Sache geliefert wurde, die dann jedoch durch die unsachgemäße Montage defekt wird. Bei mangelhaften Montageanleitungen kann der Käufer Rückgriff in der Unternehmerkette bis hin zum Ersteller der Montageanleitung, also i.d.R. dem Hersteller des Kaufgegenstandes zu nehmen. Verkäufer und Zwischenhändlern bis hin zum Hersteller bleibt nur die Möglichkeit im Prozess die fehlende Kausalität der Montageanleitung zu beweisen („... es sei denn ...“).

### 2.4 Falschlieferung und Mengenabweichung, § 434 Abs. 3 BGB

Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Verkäufer eine andere Sache (= aliud) oder eine zu geringe Menge liefert. Hat der Käufer die Sache angenommen (§§ 446, 447 BGB), stehen ihm die Vorschriften des Allgemeinen Leistungsstörungsrechts (§§ 280 ff BGB) nicht mehr zu. Auch kann er seinen Erfüllungsanspruch nicht mehr geltend machen, es sei denn, er akzeptiert eine Mengenunterschreitung als Teillieferung nach § 266 BGB. Er erhält jedoch dafür Mängelhaftungsansprüche.

### 2.5 Bagatellmängel

Ein Sachmangel liegt auch dann vor, wenn es sich dabei lediglich um einen Bagatellmangel (= unerheblicher Mangel) handelt. Ob ein Mangel unerheblich

ist, muss unter Berücksichtigung aller Umstände insbesondere der Verkehrsan-schauung und dem Verwendungszweck bestimmt werden.

**Bsp.:** Leichter Kratzer auf einer Seitenfläche eines neuen Kühlschranks, insbe-sondere wenn die Seitenfläche durch andere Möbel verdeckt ist.

Diese auf den ersten Blick überraschende Privilegierung des Käufers wird dadurch gemildert, dass auf der Rechtsfolgenseite nicht alle Alternativen aus-schöpfbar sind: Denn nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ist der Rücktritt vom Vertrag nur bei erheblichen Mängeln möglich. Dem Käufer steht bei solchen Bagatell-mängeln also lediglich wahlweise ein Anspruch auf Nacherfüllung und auf Minderung zu.

## 2.6 Der Rechtsmangel, § 435 BGB

Ein Rechtsmangel ist gegeben, wenn von Dritten aufgrund eines privaten oder öffentlichen Rechts das Eigentum, der Besitz oder der unbeschränkte Gebrauch des Kaufgegenstandes beeinträchtigt werden kann. Dementsprechend bestimmt § 435, dass die verkaufte Sache, § 433 oder das verkaufte Recht, § 453 nur dann frei von Rechtsmängeln ist, wenn Dritte überhaupt keine Rechte oder nur die im Kaufvertrag übernommenen Rechte gegen den Käufer geltend machen können.

**Bsp(e):** Beim Grundstückskauf: im Grundbuch eingetragene Rechte wie Grund-dienstbarkeiten oder Nutzungsbeschränkungen; Immaterielle Rechte wie Patente, Gebrauchs- und Geschmacksmuster, Markenrechte oder Urheberrechte (z.B. Verkauf von Raubkopien von Filmen oder Musik); auch: Pfandrechte – Verkauft ein Verkäufer einen Gegenstand, den er zwar physisch noch besitzt (den er z.B. noch in seinem Warenbestand hat), der aber gepfändet wurde, kann er die Sache nicht übertragen und übereignen.

Die Abgrenzung, ob im Einzelfall ein Sach- oder ein Rechtsmangel vorliegt, ist bei ergebnisorientierter Betrachtung unerheblich, da Rechtsmängel die gleichen Rechtsfolgen auslösen, wie Sachmängel, § 437 BGB.

## 3. Mängelrechte

### 3.1 Überblick

Ist der Kaufgegenstand im Zeitpunkt des Gefahrübergangs nicht vertragsgemäß, verstößt der Verkäufer gegen seine Erfüllungspflicht aus § 433 Abs. 1 S. 2 BGB. Die Lieferung einer man-gelhaften Sache ist Nichterfüllung (s.a. oben Zif. 1). Der Käufer kann die Abnahme ablehnen und den Verkäufer in Schuldnerverzug setzen.

Leidet der übergegangene Kaufgegenstand unter einem Sach- oder Rechtsmangel, kann der Käufer seine Rechte aus §§ 437 ff BGB geltend machen. An erster Stelle steht dabei das Recht auf **Nacherfüllung**.

Das Primat der Nacherfüllung gegenüber den übrigen Rechtsbehelfen ergibt sich nicht aus dem unmittelbaren Wortlaut des Gesetzes selbst. Dass es gleichwohl dem Willen des Gesetzgebers entspricht, kann z.B. den §§ 281 bzw. 323 BGB entnommen werden, wonach Rücktritt bzw. Schadensersatz subsidiär zur Nacherfüllung sind. Eindeutig sind insofern auch die Begründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz sowie Art. 3 Abs. 3 der Verbrauchgüter-Richtlinie, wonach der Verbraucher „zunächst“ nur Nacherfüllung verlangen kann.

Nur, wenn die Nacherfüllung innerhalb einer gesetzten Frist nicht vorgenommen wird, nicht möglich oder unverhältnismäßig ist, verweigert wird oder fehlschlägt, kommen entweder **Rücktritt** oder **Minderung** als alternativ nebeneinander stehende Gestaltungsrechte in Betracht. Auch der **Schadensersatzanspruch** ist subsidiär zur Nacherfüllung. Alternativ zum Schadensersatz kann **Ersatz der vergeblichen Aufwendungen** verlangt werden. Der Weg zu diesen sekundären Rechtsbehelfen führt grds. über eine erfolglose Fristsetzung zur Nacherfüllung (§§ 281 Abs. 1 S. 1, 323 Abs. 1, 441 Abs. 1 BGB).

## 3.2 Nacherfüllung

### 3.2.1 Rechtsnatur

Der Nacherfüllungsanspruch ist der **modifizierte Erfüllungsanspruch**. Er ist einerseits Konsequenz des Anspruchs auf Verschaffung einer mangelfreien Sache (Fortsetzung des Erfüllungsanspruchs), andererseits aber auch ein **Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung**, bevor ihm Rücktritt, Minderung, Schadensersatz und Aufwendungsersatz drohen. Der Vorrang der Nacherfüllung liegt sicherlich auch im Interesse des Käufers: Denn er ist beim Kauf einer mangelhaften Sache vorrangig an deren Reparatur oder Umtausch interessiert und nicht an einer Rückabwicklung des Vertrages oder einer Herabsetzung des Kaufpreises.

Die Nacherfüllung ist in zwei Varianten geregelt: Als **Mängelbeseitigung** (= Reparatur) oder **Nachlieferung**, § 439 Abs. 1 BGB.

Da das Gesetz vom Gattungskauf als gesetzlichem Leitbild ausgeht, reduziert sich beim **Stückkauf** die Nacherfüllung selbstverständlich auf die Mängelbeseitigung; Ersatzlieferung kommt beim Stückkauf nicht in Betracht, § 275 Abs. 1 BGB. Werden noch herzustellende bewegliche Sachen i.S.d. **§ 651 BGB** geschuldet, kommt hingegen Nacherfüllung nach Kaufrecht in Betracht, und zwar ohne besondere Einschränkungen beim Kauf vertretbarer Sachen und mit geringen Einschränkungen sogar beim Kauf nicht vertretbarer Sachen.

Dabei hat der **Käufer ein originäres Entscheidungsrecht** (elektive Konkurrenz, kein Wahlrecht i.S.d. §§ 262 ff BGB) **zwischen Mängelbeseitigung und Nachlieferung**, § 439 Abs. 3 S. 1 BGB.

Eine vertragliche Einschränkung oder gar eine Beschränkung der Nacherfüllung auf nur eine der beiden Varianten ist beim Verbrauchgüterkauf nicht zulässig. Ob dieses Wahlrecht des Käufers auch eine zwischen Unternehmern sinnvolle Regelung ist (der Käufer dürfte sich hier näher an der Sache befinden) und ob das Recht des Verkäufers zur Nacherfüllung (zweite Andienung) im Handelsverkehr überhaupt sachgerecht ist (zeitaufwendig), muss bezweifelt werden. Hier ist Raum für (individuelle oder AGB-basierte) Vertragsgestaltungen zwischen Unternehmern.

Anlässlich der Nacherfüllung erforderliche werdende Aufwendungen hat der Verkäufer zu tragen, § 439 Abs. 2 BGB. Nicht abschließend („insbesondere“), sondern vielmehr exemplarisch werden hier Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten erwähnt, so dass weiterhin Raum für die Geltendmachung anderer Kostenarten wie beispielsweise Kosten des Ausbaus, Abschleppkosten, Gutachter- oder Rechtsanwaltskosten im Einzelfall bleibt.

### **3.2.2 Ausschluss der Nacherfüllung, § 439 Abs. 3 BGB**

Das Wahlrecht des Käufers (= die Art der Nacherfüllung) kann für den Verkäufer im Einzelfall erhebliche Aufwendungen beinhalten, bzw. ihm die Nacherfüllung unmöglich sein. Kann der Verkäufer weder nachliefern, noch einen mangelfreien Ersatz liefern, kann er sich auf den allgemeinen Einwand der subjektiven oder objektiven Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB berufen. Weiterhin kann der Verkäufer eine der beiden Arten der Nacherfüllung verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist (= Unverhältnismäßigkeitseinrede des Verkäufers), § 439 Abs. 3 S. 1 BGB. Ob die Nacherfüllung im Einzelfall verweigert werden kann, ist objektiv festzustellen. In die Verhältnismäßigkeitsprüfung sind gemäß § 439 Abs. 3 S. 2 BGB unter anderem einzubeziehen:

- der Wert der Sache im mangelfreien Zustand,
- die Bedeutung des Mangels und
- die Nachteile für den Käufer.

**Bsp:** Verlangt der Käufer einer mangelhaften Waschmaschine Neulieferung, obwohl der Mangel durch Austausch einer Schraube behoben werden kann, ist die Unverhältnismäßigkeitseinrede des Verkäufers berechtigt.

Weiterhin hat der Verkäufer das Recht, aus dem gleichen Grund auch die andere Art der Nacherfüllung zu verweigern, § 439 Abs. 3 S. 3 BGB, mit anderen Worten: der Verkäufer kann die Nacherfüllung insgesamt verweigern, wenn beide Formen für ihn unverhältnismäßig teuer sind.

Die Nacherfüllung ist allerdings auch dann ausgeschlossen, wenn sie dem Käufer nicht zuzumuten ist, § 440 S. 1 2. Alt. BGB. Im Ergebnis steht die Nacherfüllung damit unter dem Vorbehalt der beiderseitigen Zumutbarkeit.

### **3.2.3 Nachbesserung**

Hat sich der Käufer für die Nachbesserung entschieden, muss er dem Verkäufer Gelegenheit zur Beseitigung des Mangels geben. Wie viele Nachbesserungsversuche der Käufer gestatten muss, regelt § 440 S. 2 BGB. Diese Norm enthält eine gesetzliche Fiktion, wonach die Nachbesserung nach dem zweiten fehlgeschlagenen Versuch als gescheitert gilt. Allerdings hängt die Anzahl der Nachbesserungsversuche von den Umständen des Einzelfalls ab, da sich „aus der Art der Sache oder des Mangels oder den sonstigen Umständen“ auch eine niedrigere oder höhere Zahl an Nachbesserungsversuchen ergeben kann. Die Beweislast für das Fehlschlagen der Nachbesserung trägt der Käufer (BGH NJW-RR 1990, 888).

### **3.2.4 Rechtsfolgen der Nacherfüllung**

Liefert der Verkäufer auf die Nacherfüllungsaufforderung des Käufers eine mangelfreie Sache, führt dies zum Erlöschen seiner Leistungspflicht, §§ 433 Abs. 1, 437 Abs. 1, 362 BGB. Im Falle der Nachlieferung erwirbt der Verkäufer gleichzeitig einen Anspruch auf Rückgewähr der zuvor gelieferten mangelhaften Sache, §§ 439 Abs. 4, 346 – 348 BGB.

## **3.3 Rücktritt**

Der Rücktritt vom Kaufvertrag wegen Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes ist subsidiär zur Nacherfüllung. Das Rücktrittsrecht setzt zunächst voraus, dass dem Verkäufer eine angemessene Frist zur Nacherfüllung eingeräumt wurde, §§ 434, 437 Nr. 2 1. Alt., 440, 323 BGB. Die Fristsetzung dient der Möglichkeit, die Nacherfüllung tatsächlich zu bewirken. Ist diese unmöglich z.B. bei Stückschulden (Bsp(e): Der als unfallfrei gekaufte Wagen hatte einen Unfall; das Gemälde ist eine Fälschung), bedarf es keiner Fristsetzung. Der Rücktritt kann dann unmittelbar gem. § 326 Abs. 5 BGB ohne Fristsetzung erfolgen. Weitere Gründe für den Verzicht auf eine Nachfrist nennen §§ 440 und 323 Abs. 2 BGB:

- Nach § 440 S. 1 BGB ist sie entbehrlich, wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung verweigert oder wenn die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung ihm unzumutbar oder fehlgeschlagen ist. Eine



Nachbesserung gilt außerdem nach dem erfolglosen zweiten Versuch als fehlgeschlagen, wenn sich nicht insbesondere aus der Art der Sache oder des Mangels oder den sonstigen Umständen etwas anderes ergibt, § 440 S. 2 BGB.

- Eine Fristsetzung ist nicht weiterhin erforderlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert, § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB.
- Die Fristsetzung ist schließlich nach § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB entbehrlich, wenn besondere Umstände vorliegen, die bei Abwägung aller Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen.

**Bsp.:** Der Verkäufer hat den Mangel arglistig verschwiegen (BGH NJW 2008, 1371).

Der Rücktritt ist ein einseitiges empfangsbedürftiges Gestaltungsrecht. Mit dem Zugang der berechtigten Rücktrittserklärung beim Verkäufer wandelt sich der ursprüngliche Kaufvertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis (näher bei Meub, Zivilrecht, SchrAT/§ 5, Zif. 1.2), d.h. die empfangenen Leistungen sind Zug um Zug zurückzugewähren. Der Rücktritt führt zum Erlöschen des Nacherfüllungsanspruchs und des Minderungsrechts; Schadens- und Aufwendungsersatzansprüche können neben dem Rücktritt geltend gemacht werden.

## **3.4 Minderung**

### **3.4.1 Rechtsnatur**

Die Minderung steht alternativ neben dem Rücktritt (§ 441 Abs. 1 S. 1 BGB). Wie der Rücktritt, ist auch die Minderung als Gestaltungsrecht konzipiert („... durch Erklärung gegenüber dem Verkäufer“, § 441 Abs. 1 S. 1 BGB). Die Voraussetzung der Minderung sind denen des Rücktritts gleichgestellt; einzige Abweichung ist, dass auch ein unerheblicher Mangel zur Minderung berechtigt, § 441 Abs. 1 S. 2 BGB. Es kann deshalb wegen der Fristsetzung und deren Entbehrlichkeit auf die Ausführungen zum Rücktritt verwiesen werden.

### **3.4.2 Berechnung**

Die Minderung wird nach § 441 Abs. 3 BGB berechnet. Danach ist der Kaufpreis in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert der Sache in mangelhaftem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde.

Dementsprechend sind bei der Minderung vier Posten miteinander in Beziehung zu setzen: der vereinbarte Preis, der geminderte Preis, der geschuldete Wert und

der wahre Wert der Sache. Die Berechnung erfolgt nach der Formel: Geminderter Preis = „vereinbarter Preis“ mal „Wert der mangelhaften Sache“ geteilt durch den „Wert der Sache ohne Mangel“.

**Bsp.:** Vereinbarter Preis (= Kaufpreis) 3.000 €; Wert der mangelhaften Sache 1.800 €; Wert der Sache ohne Mangel 2.100 €. Der geminderte Preis beträgt 2.571, 43 €. – Diese Berechnung führt im Ergebnis dazu, dass der Verkäufer einen Teil seines Gewinns behalten kann.

Ist der Kaufpreis noch nicht entrichtet, schuldet der Käufer nur den tatsächlichen (= geminderten) Kaufpreis. Ist der Kaufpreis bereits bezahlt, hat der Verkäufer den Differenzbetrag zwischen dem gezahltem Betrag und dem tatsächlichen Kaufpreis zurückzuerstatten.

### 3.5 Schadensersatz

Subsidiär zur Nacherfüllung stehen dem Käufer neben den anderen sekundären Mängelhaftungsansprüchen Schadensersatzansprüche nach § 437 Nr. 3 1. Alt., 440, 280, 281, 283, 311a BGB zu. Hier enthalten die kaufrechtlichen Sonderbestimmungen kaum eigenständige Regelungen, sondern greifen auf das Allgemeine Leistungsstörungsrecht zurück.

Der Schadensersatz ist neben dem Rücktritt möglich, §§ 437 Nr. 2, 325 BGB, schließt aber die Geltendmachung von Minderungsansprüchen oder Aufwendungsersatzansprüchen (vgl. § 437 Nr. 3, § 284 a.A. BGB) aus.

#### 3.5.1 Zur Anwendung kommende Vorschriften

Der Schadensersatzanspruch **wegen Pflichtverletzung** richtet sich grundsätzlich nach § 280 BGB (Anspruchsgrundlage), und der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung wegen **nicht oder nicht ordnungsgemäß erbrachter Leistung** nach §§ 280, 281 BGB, jeweils modifiziert durch § 440 BGB. Da unbehebbarer Mängel zur Unmöglichkeit führen, sind die Anspruchsgrundlagen für Schadensersatz statt der Leistung dann § 280 Abs. 1, 3 i.V.m. § 283 BGB bei nachträglicher, bzw. § 311a Abs. 2 BGB bei anfänglicher Unmöglichkeit.

Es ist beim Schadensersatz zunächst zu differenzieren, ob der Käufer noch Interesse an der Leistung hat oder nicht.

- Will er den Kaufgegenstand behalten, dann kommt ein Schadensersatzanspruch (neben der Leistung) nach § 280 BGB (genauer: § 280 i.V.m. §§ 433, 434, 437 Nr. 3, 1. Alt., 440 BGB) in Betracht. Dieser Anspruch wird hier nicht weiter erläutert (wegen Einzelheiten vgl. Meub, Zivilrecht, SchrAT, § 8 Die Pflichtverletzung).

- Hat der Käufer kein Interesse mehr an dem Kaufgegenstand und ist er bereit ihn ggfs. zurückgeben, kommt ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung gemäß §§ 280, 281 BGB in Betracht. Kein Interesse wird ein Käufer haben, wenn es für ihn günstiger ist, einen neuen Vertrag abzuschließen (BGH NJW 1990, 2550), etwa weil beim Kauf einer EDV-Anlage die auf die Zwecke des Käufers zugeschnittene Software ausbleibt (BGH NJW 1990, 3011).

### 3.5.2. Schadensersatz statt der Leistung

Will der Käufer Schadensersatz statt der Leistung geltend machen, ist zunächst zu differenzieren, ob der Mangel des Kaufgegenstandes behebbar ist oder nicht.

#### 3.5.2.1 Schadensersatz bei behebbarem Mangel

Ist der **Mangel behebbar**, wird der Verkäufer nicht von seiner Leistungspflicht nach § 275 BGB frei. Unter den Voraussetzungen der §§ 433, 434, 446, 437 Nr. 3 1. Alt., 440, 280, 281 Abs. 1 S. 1 2. Alt, 442 BGB kann der Käufer gleichwohl Schadensersatz statt der Leistung verlangen:

- (1) Schuldverhältnis;
- (2) Pflichtverletzung (in Form einer Schlechterfüllung; Mangel erheblich?);
- (3) nach Gefahrübergang (§ 446);
- (4) Nachfristsetzung oder Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung;
- (5) Schaden;
- (6) Kausalität;
- (7) Vertreten müssen (Exkulpationsmöglichkeit des Verkäufers);
- (8) Kein Ausschluss der Mängelhaftungsansprüche (z.B. wegen § 442 BGB).

Zu (2): § 280 BGB setzt eine Pflichtverletzung voraus. Im Gewährleistungsfall liegt diese bereits im Mangel, da die Vertragsgemäßheit Verkäuferpflicht ist, § 433 Abs. 1 S. 2 BGB.

**Bsp:** Zuweniglieferung, § 434 Abs. 3 BGB - Sofern der Käufer die Teilleistung behalten will (§ 266), kann er (ggf. nach erfolgloser Nachfristsetzung) die Kosten der Ersatzbeschaffung verlangen.

Zu (4): Der Käufer muss dem Verkäufer prinzipiell eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt haben und diese muss erfolglos verstrichen sein, §§ 437 Nr. 3 1. Alt., 281 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Fristsetzung muss den Verkäufer in die Lage versetzen, angemessen reagieren zu können, die Dauer der Frist muss also dem Einzelfall angemessen sein. Die Angemessenheit der Frist richtet sich nach der Interessenlage beider Vertragspartner, wobei vorrangig auf die Interessen

des Käufers abzustellen ist (BT-Drucks. 14/6040, S. 234). Setzt der Käufer eine zu kurze Frist, ist die Fristsetzung nicht wirkungslos; vielmehr wird dann eine angemessen lange Frist in Lauf gesetzt. In Ausnahmefällen kann die Nachfristsetzung entfallen:

- Wenn der Verkäufer die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert oder
- besondere Umstände die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen, §§ 437 Nr. 3 1. Alt., 281 Abs. 2 BGB;  
**Bsp.:** Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses,
  - wenn der Verkäufer beide Arten der Nachbesserung verweigert oder
  - die dem Käufer zustehende Art der Nachbesserung fehlgeschlagen oder für ihn unzumutbar ist, § 440 S. 1 BGB;
  - der Verkäufer vertraglich vereinbart zu einem bestimmten Termin mangelfrei liefern muss und der Käufer den Fortbestand seines Leistungsinteresses an die Rechtzeitigkeit der Leistung gebunden hat, § 440 S. 1 i. V. m. § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB.  
**Bsp.:** Just in time Lieferverträge (BT Drucks. 14/6040, S. 140).

Liegen die Voraussetzungen vor, kann der Käufer grundsätzlich nur den sog. „**kleinen Schadensersatzanspruch**“ geltend machen. Das bedeutet: er behält den mangelhaften Gegenstand und verlangt, so gestellt zu werden, als ob ordnungsgemäß erfüllt worden wäre. Neben dem reinen Minderwert -den er auch im Wege der Minderung erreichen kann- können auch z.B. höhere Kosten für die Beseitigung des Mangels oder der entgangene Gewinn im Falle eines beabsichtigten Weiterverkaufs verlangt werden.

Den sog. „**großen Schadensersatzanspruch**“ kann der Käufer nur geltend machen, unter der **zusätzlichen Voraussetzung**, dass der Mangel erheblich ist, § 281 Abs. 1 S. 3 a.E. BGB (vgl. hierzu auch oben Zif. 2.5 Bagatellmängel). Nach dem Wortlaut des Gesetzes wird jedoch zunächst vermutet, dass ein Mangel erheblich ist. Die Beweislast für die Unerheblichkeit liegt beim Verkäufer. Beim großen Schadensersatzanspruch gibt der Käufer den Kaufgegenstand zurück (§ 280 Abs. 5 BGB) und erhält Ersatz des ganzen Schadens, der ihm infolge der Nichterfüllung des Vertrages entstanden ist. Er erhält also den vollen Kaufpreis zurück und daneben beispielsweise noch den entgangenen Gewinn, die Kosten einer Ersatzbeschaffung oder die Freistellung von Haftungsansprüchen aus seinerseits nicht mehr erfüllbaren Weiterverkäufen.

### 3.5.2.2 Schadensersatz bei nicht behebbarem Mangel

Im Falle eines von vornherein **nicht behebbaren Sach- oder Rechtsmangels** (insbesondere beim Stückkauf) wird der Verkäufer wegen anfänglicher Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB von seiner Leistungspflicht befreit.

**Bsp(e):** Eine abgetretene Forderung hat tatsächlich nie bestanden; ein gefälschtes Gemälde kann nicht echt gemacht, ein gebraucht als unfallfrei verkaufter Unfallwagen nicht in vertragsgemäßen Zustand gebracht werden; eine dem Verkäufer abhanden gekommene Kaufsache kann nicht wirksam übereignet werden.

Der Kaufvertrag bleibt jedoch unabhängig davon, ob anfängliche objektive oder subjektive Unmöglichkeit vorliegt wirksam, § 311a Abs. 1 BGB. Dem Käufer steht in diesem Fall ein sofortiges Rücktrittsrecht nach § 326 Abs. 5 BGB ohne Fristsetzung zu. Überdies kann er zusätzlich Schadensersatz nach §§ 433, 434, 446, 437 Nr. 3 1. Alt., 311a Abs. 2, 442 BGB verlangen. Voraussetzungen:

- (1) Gegenseitiger Vertrag;
- (2) Befreiung von der Leistungspflicht;
- (3) anfängliche Unmöglichkeit;
- (4) Schaden;
- (5) Kausalität;
- (6) Vertreten müssen (Exkulpationsmöglichkeit des Verkäufers);
- (7) Kein Ausschluss der Mängelhaftungsansprüche (z.B. wegen § 442 BGB).

**Bsp.:** A hat dem B eine vermeintliche Kaufpreisforderung aus einer Warenlieferung an den C abgetreten, die jedoch tatsächlich nie bestanden hat. - Falls ein verkauftes Recht nicht besteht, liegt Unmöglichkeit (§ 275 BGB) vor, die zum Rücktritt und zur Haftung nach § 311a Abs. 2 BGB führen kann.

Liegen diese Voraussetzungen vor, erhält der Käufer seinen Vermögensschaden ersetzt. Er wird sich in aller Regel für den „großen Schadensersatz“ entscheiden, könnte aber auch den „kleinen Schadensersatz“ wählen.

In dem praktisch seltenen Fall, dass die Unbehebbarkeit des Mangels erst nach Vertragsschluss entsteht, resultiert der Anspruch aus §§ 437 Nr. 3 Alt. 1, 280 Abs. 1, 283 BGB.

### **3.6 Vergebliche Aufwendungen**

Alternativ zum Schadensersatz statt der Leistung kann der Käufer den Ersatz vergeblicher Aufwendungen gemäß §§ 437 Nr. 3 2. Alt., 284 BGB verlangen. Zur näheren Erläuterung dieses Mängelrechtes mag folgender Fall dienen:

**Fall: „Der getunte Geländewagen“** (angelehnt an: BGH NJW 2005, 2848 = BB 2005, 2036 = DB 2005, 2295)

K kaufte vom Kfz-Händler V einen neuen Geländewagen zur gewerblichen Nutzung. Nach der Übergabe lässt K die Stoßfänger neu lackieren, Leichtmetallfelgen und Breitreifen montieren sowie Schmutzfänger, einen Tempomat, ein Autotelefon und ein Navigationssystem einbauen. Außerdem schafft er Fußmatten für das Fahrzeug an. Für diese Zusatzausstattungen fallen Kosten in Höhe von 4.000 € an. Für die Überführung und Zulassung des Fahrzeugs waren 500 € angefallen.

Nachdem K zahlreiche Mängel des Fahrzeugs gerügt hatte, deren Beseitigung trotz mehrfacher Nachbesserungsversuche nicht vollständig gelang, ließ K ein Beweissicherungsgutachten erstellen, für das weitere 800 € an den Gutachter zu zahlen waren. K erklärt nunmehr Rücktritt vom Vertrag und möchte die Kosten von V erstattet erhalten. Zu Recht?

K könnte ein Aufwendungsersatzanspruch nach §§ 433, 446, 434, 437 Nr. 3 2. Alt., 284, 442 BGB gegen V zustehen. Die Voraussetzungen des Anspruchs liegen vor; K kann vom Vertrag zurücktreten und Aufwendungsersatz verlangen. Zu erörtern bleibt die Frage, was als vergebliche Aufwendungen zu erstatten ist. Aufwendungen sind vom Gläubiger im Hinblick auf den Erhalt der Leistung erbrachte Vermögensopfer. Sie können auch durch das Eingehen von Verbindlichkeiten begründet werden. Vergeblich sind die Aufwendungen, die im Vertrauen auf eine mangelfreie Sache vorgenommen wurden und in Folge der Mangelhaftigkeit vollständig oder teilweise nutzlos geworden sind (BHG NJW 2005, 2848). Hierzu zählen die Kosten für die Lackierarbeiten, die Felgen und Reifen, die Schmutzfänger, den Tempomat sowie das Autotelefon, das Navigationsgerät und die Fußmatten(, sofern sie im Auto verbleiben). Die Überführungs- und Zulassungskosten zählen zu den sog. Vertragskosten (wie auch generell Makler-, Montage- oder Transportkosten) und sind erstattungsfähige Aufwendungen. Keine Aufwendungen, die der K im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat und billigerweise machen durfte, sind die Gutachterkosten; sie sind damit nicht im Rahmen des § 284 BGB erstattungsfähig. Sie sind jedoch nach § 437 Nr. 3 1. Alt. i.V.m. § 280 Abs. 1 BGB als einfacher Schadensersatz durchsetzbar. Denn nach dem Wortlaut des § 284 am Anfang: „Anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung“ ist das Alternativverhältnis zur Vermeidung doppelter Kompensationen nur zu Ansprüchen aus § 281 oder § 283 BGB, nicht hingegen zum Schadensersatz schlechthin ausgeschlossen (BHG NJW 2005, 2848).

#### **4. Die Verjährung von Mängelansprüchen**

Erinnern wir uns: Der Verkäufer hat die Pflicht, den Kaufgegenstand frei von Sach- und Rechtsmängeln zu übergeben. Erst ab diesem Zeitpunkt kann der Käufer deren Beschaffenheit

Meub, Zivilrecht, SchrBT/433ff/§ 3 KaufR\_Gewährl.doc

überprüfen. Nicht alle Mängel zeigen sich aber auf dem ersten Blick. Der Käufer braucht also eine gewisse Zeitspanne für die Untersuchung. Zeigen sich dabei Mängel, gilt der Kaufgegenstand als im Zeitpunkt des Gefahrüberganges mangelhaft.

Für die Verjährung kaufrechtlicher Ansprüche gelten § 438 -und sofern es sich um einen Verbrauchgüterkauf handelt, vorrangig § 475 Abs. 2- sowie subsidiär die §§ 194 ff BGB.

#### 4.1 Allgemeine Frist bei Mängeln

Soweit keine Sondervorschriften bestehen, beträgt die Gewährleistungsfrist grundsätzlich zwei Jahre, § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB. Die Frist beginnt mit der Ablieferung der Sache, § 438 Abs. 2 BGB. Ablieferung bedeutet, dass der Gegenstand so in den Machtbereich des Käufers gelangt ist, dass er sie untersuchen kann (BGH DB 2000, 567). Es handelt sich dabei um eine **objektive Frist** (im Gegensatz zur sonst erst durch Kenntnis bzw. fahrlässige Unkenntnis in Lauf gesetzten subjektiven allgemeinen Verjährungsfrist, § 199 BGB), so dass diese Mängelansprüche auch taggenau verjähren.

Die zweijährige Regelverjährungsfrist gilt sowohl für Sach- als auch für Rechtsmängel. Dürfte sie bei Sachmängeln i.d.R. ausreichen, um einen Sachmangel zu entdecken, kann sich die Frist bei einem Rechtsmangel als zu kurz erweisen.

**Bsp.:** Beim Erwerb von geistigem Eigentum wendet ein Dritter erst nach 25 Monaten berechtigt ein, das erworbene Recht verletze sein Recht. – Kann der Käufer wegen des Einwandes des Dritten das erworbene Recht nicht mehr nutzen, hat er gleichwohl wegen des Ablaufs der Mängelhaftungsfrist keine Ansprüche gegen seinen Verkäufer mehr. Käufer von geistigem Eigentum sei daher geraten, eine längere Verjährungsfrist (Obergrenze: 30 Jahre, § 202 Abs. 2 BGB) zu vereinbaren.

Hemmung oder Neubeginn (§§ 202 – 212 BGB, vgl. auch Meub, Zivilrecht AT § 17, Zif. 4) verlängern die Fristdauer, bzw. lassen sie neu beginnen. Im Falle der Nacherfüllung durch Neulieferung beginnt die volle Frist erneut. Im Falle der Reparatur besteht für das reparierte oder ersetzte Teil die volle Frist, für die reparierte Sache läuft die normale Frist weiter (BGH NJW 2006, 47).

#### 4.2 Bauwerke

Eine Verjährungsfrist von fünf Jahren ab Übergabe (= Übertragung des unmittelbaren Besitzes, BGH WM 1996, 447) gilt, wenn es sich um ein Bauwerk handelt oder bei einer Sache „... die entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise für ein Bauwerk verwendet worden ist und dessen

Mangelhaftigkeit verursacht hat ...“, § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB. Grund für diese verlängerte Frist ist der Gleichlauf von Verjährungsfristen, bzw. die Vormeidung einer Regressfalle. Denn die werkvertragliche Gewährleistungsfrist beträgt fünf Jahre (§ 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB). Wer für diesen Zeitraum haftet (insbesondere der Bauhandwerker gegenüber dem Besteller), soll seinen Lieferanten während der gleichen Zeit in Anspruch nehmen können.

### **4.3 Herausgabeansprüche Dritter als Rechtsmangel: "Eviktionsfälle"**

In der Praxis dürfte diese Bestimmung eher untergeordnete Bedeutung entfalten.

Besteht der Mangel in einem dinglichen Recht eines Dritten und kann dieser Dritte auf Grund des Rechts die Herausgabe der Kaufsache verlangen (insbesondere bei gestohlenen Sachen), bestehen die Ansprüche auf Gewährleistung 30 Jahre (§ 438 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Diese 30-jährige Frist dient dem Gleichlauf der Fristen, da nach § 197 Abs. 1 Nr. 1 BGB Herausgabeansprüche aus Eigentum und anderen dinglichen Rechten ebenfalls erst in 30 Jahren verjähren. Ohne den durch die Nr. 1 herbeigeführten Fristengleichlauf müsste der Käufer ansonsten das Risiko tragen, dass seine Ansprüche gegen den Verkäufer mit Ablauf der zweijährigen Verjährungsfrist nach der Nr. 3 verjähren, er jedoch noch weitere 28 Jahre dem Herausgabeanspruch eines berechtigten Dritten ausgesetzt wäre.

### **4.4 Arglistiges Verschweigen eines Mangels durch den Verkäufer**

Wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, verjähren die Ansprüche in der **regelmäßigen Verjährungsfrist**, § 438 Abs. 3 S. 1 BGB. Diese Frist beträgt nach § 195 BGB drei Jahre, bei Bauwerken tritt diese Frist jedoch nicht vor Ablauf der festen fünf Jahresfrist ein (§ 438 Abs. 3 S. 2). Dies umfasst auch den regelmäßigen Verjährungsbeginn: Bei arglistigem Verschweigen eines Mangels beginnt diese subjektive Frist erst mit Kenntnis bzw. fahrlässiger Unkenntnis vom Mangel zu laufen.

### **4.5 Abweichende Vereinbarungen über die Verjährung**

Sowohl die Dauer als auch der Beginn der Verjährung können durch vertragliche Regelungen von § 438 BGB abweichend geregelt werden.



Eine vertragliche Verlängerung der Verjährungsfrist ist zulässig und kann nach § 202 Abs. 2 BGB bis zu 30 Jahre betragen.

#### **4.5.1 Beim Verbrauchsgüterkauf**

Die gesetzlich vorgesehene Gewährleistungsfrist kann beim Verbrauchsgüterkauf (Verkauf einer beweglichen Sache vom Unternehmer (= business) an den Verbraucher (= consumer)) nur sehr eingeschränkt verkürzt werden, § 475 Abs. 2 BGB. Zwingend sind drei Dinge:

- Der gesetzlich vorgeschriebene objektive Fristbeginn (Ablieferung/Übergabe),
- eine Mindestfrist von zwei Jahren bei Neuwaren und
- eine Mindestfrist von einem Jahr bei Gebrauchtwaren.

#### **4.5.2 Schranken für Allgemeine Geschäftsbedingungen**

Die Gewährleistungsfristen können außerhalb von Verbraucherverträgen - also insbesondere zwischen Unternehmern - in AGB zu verkürzt werden. Nach § 309 Nr. 8 b ff BGB können die Fristen grundsätzlich auf ein Jahr begrenzt werden.

#### **4.5.3 Schranken durch Individualvereinbarungen**

Im Verhältnis business to consumer ist auch durch Individualvereinbarung kein Ausschluss oder eine Verkürzung der soeben dargestellten Fristen (vgl. Zif. 6.5.1) möglich. Anders bei Verkäufen von business to business oder consumer to business oder consumer to consumer. Hier ist durch Individualvereinbarung eine Verkürzung der Verjährungsfrist bis hin zu einem Ausschluss der Mängelhaftung zulässig.

### **5. Gewährleistungsausschlüsse**

#### **5.1 Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers, § 442 Abs. 1**

Nach § 442 Abs. 1 BGB bestehen keine Gewährleistungsrechte des Käufers, wenn er bei Vertragsschluss den Mangel kennt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kennt. Im Falle grob fahrlässiger Unkenntnis bestehen die Gewährleistungsrechte jedoch dann, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für das Vorhandensein einer Eigenschaft übernommen hat. Bei der Lieferung neu herzustellender Sachen i.S.d. § 651

BGB ist die Gewährleistung außerdem ausgeschlossen, wenn der Mangel auf den vom Besteller gelieferten Stoff zurückzuführen ist.

## **5.2 Pfandkauf, § 445 BGB**

Bei einer öffentlichen Versteigerung ist dem Verkäufer die übliche Sachmängelhaftung nicht zumutbar, da er die fremde Sache nicht kennt. Dafür zahlt der Käufer auch einen geringeren Preis. Zur Anwendung kommt § 445 BGB nur im Falle des Pfandkaufs i.S.d. § 1235 Abs. 1 BGB im Rahmen einer öffentlichen Versteigerung. Öffentlich ist eine Versteigerung nach der Legaldefinition des § 383 Abs. 2 BGB nur, wenn sie von einem bestellten Gerichtsvollzieher, einem befugten Beamten oder einem öffentlich angestellten Versteigerer nach den Vorschriften der VersteigerungsVO durchgeführt wird.

Die Vorschrift ist nicht anwendbar auf freihändige Verkäufe durch einen Auktionator und beim Verbrauchsgüterkauf, § 474 Abs. 2: Ist der Käufer also Verbraucher, stehen ihm die Sachmängelrechte der §§ 437 ff zu, sofern es sich um neue Sachen handelt (für gebrauchte Sachen bleibt es gemäß § 474 Abs. 1 S. 2 beim gesetzlichen Haftungsausschluss).

## **5.3 Rügeobliegenheiten, § 377 HGB**

Im kaufmännischen Bereich ist § 377 HGB von Bedeutung. Ist der Kauf für beide Seiten ein Handelsgeschäft (§ 343 HGB) muss der Käufer die gelieferte Ware unverzüglich untersuchen und gefundene Mängel dem Verkäufer unverzüglich anzeigen.

Bsp(e): Der Käufer muss unverzüglich Stichproben nehmen. So ist es z.B. einem Käufer einer größeren Partie von gefrorenen Rinderhälften zumutbar Fleischproben zu ziehen oder sogar einzelne Stücke zur Untersuchung aufzutauen. – Die unverzügliche Rüge muss qualifiziert sein, d.h. es reicht nicht nur zu sagen, die Ware ist mangelhaft, sondern die Art des Mangels muss für den Verkäufer erkennbar sein.

Die Vorschrift umfasst sowohl die Aliud- als auch die Zuweniglieferung. Bei Nichtwahrung gilt die Ware als genehmigt und der Verkäufer verliert seine Gewährleistungsrechte, es sei denn, es handelt sich um einen unerkennbaren Mangel.

## **5.4 Vertraglicher Haftungsausschluss**

Nach § 444 BGB ist eine Einschränkung oder sogar ein vollständiger Ausschluss der Mängelhaftung prinzipiell zulässig. Typische Klauseln für einen Haftungsausschluss in einem Kaufvertrag sind z.B. „wie besichtigt (und Probe gefahren)“, „wie die Sache steht und liegt“ oder „unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung“. Eine Formulierung „ohne Garantie“ führt nicht zum Haftungsausschluss, sondern weist lediglich daraufhin, dass keine bestimmte Beschaffenheitszusage gegeben wurde.

Vertragliche Haftungsausschlüsse sind jedenfalls dann unerheblich, wenn der Verkäufer einen Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für das Vorhandensein einer Eigenschaft übernommen hat (§ 444 BGB). Auf diese Weise soll der Käufer generell vor einer unredlichen Freizeichnung des Verkäufers geschützt werden.

Der Haftungsausschluss des § 444 BGB ist zwingend auch für b 2 b oder c 2 c Käufe mittels AGB oder Individualvereinbarungen zu beachten. Die Formulierung „... kann sich der Verkäufer nicht (darauf) berufen ...“ dient der Klarstellung, dass der Kaufvertrag im Falle der Unwirksamkeit des Haftungsausschlusses gleichwohl wirksam bleibt (also keine Gesamtnichtigkeit nach § 139 BGB eintritt).

Ein Haftungsausschluss ist weiterhin unzulässig beim Verbrauchsgüterkauf, § 475 Abs. 1 BGB und in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß § 309 Nr. 8b BGB.

### **5.4.1 Beim Verbrauchsgüterkauf**

Im Kaufvertrag zwischen Unternehmer und Verbraucher sind die wesentlichen Elemente der gesetzlichen Regelungen nach § 433 ff BGB zwingendes Recht, § 475 BGB, also weder in AGB`s noch durch Individualvereinbarung abdingbar.

Dies gilt insbesondere für die Verkäuferpflichten und für die Regelung der Sach- und Rechtsmängel (nach §§ 433-435 BGB). Ebenfalls zwingend sind der Nacherfüllungsanspruch sowie das Recht auf Rücktritt und Minderung (§§ 437, 439, 440, 441 BGB). Gleiches gilt für den Haftungsausschluss bei Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis (§ 442 BGB), die Garantie (§ 443 BGB) und die Unwirksamkeit von Haftungsausschlüssen bei arglistigem Verschweigen eines Mangels durch den Verkäufer (§ 444 BGB). All diese Regelungen dürfen auch nicht umgangen werden (§ 475 Abs. 1 S. 3 BGB).

Individuell abdingbar sind hingegen Ansprüche auf Schadensersatz. Dies ist darauf zurückzuführen, dass auch die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie zum Schadensersatz schweigt. Diese Abdingbarkeit beschränkt sich jedoch auf Individualvereinbarungen und ist in AGB nach § 309 Nr. 8a BGB unzulässig.

**Der zwingende Charakter der Gewährleistung im Verbrauchsgüterkauf erstreckt sich auch auf gebrauchte Sachen!**

**Bsp:** Gewerblicher Gebrauchtwagenhandel - Kein Haftungsausschluss möglich! Einziger Weg: konkrete und individuelle Beschaffenheitsvereinbarungen, in die der tatsächliche Zustand der Kaufsache i.S.v. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB als vertragsgemäß mit aufgenommen wird.

## 5.4.2 Durch AGB

Aufgrund des zwingenden Charakters der meisten gewährleistungsrechtlichen Vorschriften spielen AGB im Kaufrecht nur noch eine untergeordnete Rolle:

- Beim Verbrauchsgüterkauf ist eine Verkürzung der Verjährungsfrist beim Gebrauchtwarenkauf auf ein Jahr möglich, §§ 475 Abs. 2, 309 Nr. 8 b BGB.
- Zwischen Unternehmern ist eine Veränderung der gesetzlichen Mängelhaftungsvorschriften nur unter Beachtung des § 309 Nr. 8 b BGB zulässig. Besondere praktische Bedeutung kommen dabei der Beschränkung des Wahlrechts des Käufers auf die Reparatur und die Beschränkung der Mängelhaftungsfrist auf 1 Jahr zu.

## 6. Garantien im Kaufrecht, § 443 BGB

Garantien (franz. = Zusicherung) spielen in der Praxis nicht nur im Kaufrecht eine bedeutende Rolle. Garantiezusagen finden sich häufig auch in anderen besonderen Schuldverhältnissen, insbes. im Werk- und Reisevertragsrecht.

Erwähnung findet der Begriff der Garantie im BGB nicht zusammenhängend, sondern nur in §§ 276 Abs. 1, 443, 477 und 639 BGB. Während § 276 BGB sowohl für selbständige als auch unselbständige Garantien lediglich den Umfang der Verantwortlichkeit festlegt (= Vertretenmüssen auch ohne Verschulden) und § 639 BGB einen Teilbereich der werkvertraglichen Beschaffenheitsgarantie regelt, finden sich in § 477 BGB detaillierte Sonderbestimmungen für selbständige wie unselbständige Garantien beim Verbrauchsgüterkauf. Im Kaufrecht werden in § 443 BGB zwei praktisch bedeutsame Arten von Garantien angesprochen, ohne andere Garantiefornen damit auszuschließen und ohne die dort angesprochenen Garantiefornen vollständig zu regeln.

Die nachfolgend für den Bereich des Kaufrechts dargestellten Grundsätze können prinzipiell auch für Garantien in anderen Schuldverhältnissen übernommen werden.

### 6.1 Die Abgabe von Garantieerklärungen

Häufig gibt der Anbieter, Hersteller oder Verkäufer einer Ware (oder Dienstleistung) –neben der jeweils gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Gewährleistung– noch eine **zusätzliche Garantie** ab. Die Gründe hierfür sind wirtschaftlicher Natur: der Garantiegeber will sich einen komparativen Verkaufsvorteil gegenüber seinen Wettbewerbern verschaffen und dadurch den Verkaufserfolg seines Produktes erhöhen.

Ein Garantievertrag kann durch eigenständige Vereinbarung, aber auch als Nebenvereinbarung im Rahmen eines anderen Vertrages geschlossen werden. In der Praxis erfolgt das Angebot einer Garantie häufig durch eine gesonderte schriftliche Garantieurkunde; jedoch ist das Angebot an keine gesonderte Form gebunden, kann mithin also auch mündlich erklärt werden. Die Annahme des Garantievertrages kann und wird in der Regel stillschweigend erfolgen (BGH NJW 1996, 836).

Da der Garantiegeber seine Garantie aus freien Stücken abgibt, ist er - ausgehend vom Grundsatz der Vertragsfreiheit des § 311 Abs. 1 BGB- bei der Bestimmung des Inhalts, des Umfangs, der Rechtsfolgen im Garantiefall und der Dauer der Garantie -abgesehen von wenigen gesetzlichen Vorgaben- weitestgehend frei. Im Falle von Regelungslücken gilt im Zweifel Kaufrecht. Im Falle von Unklarheiten ist die Garantiezusage gemäß §§ 133, 157, 242 BGB so auszulegen, wie ein redlicher Durchschnittskunde sie nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen durfte.

Nicht alle Anpreisungen, Eigenschaftsbeschreibungen oder Zusicherungen sind auch gleichzeitig als Garantie zu verstehen. Notwendig ist, dass ein entsprechender Verpflichtungswille des Garantiegebers vorliegt (BGH NJW 2007, 1346). Dieser fehlt z.B. bei Warenanpreisungen wie „Garantiert frischer Fisch“ oder „Ein besseres Angebot finden Sie garantiert nirgendwo anders“ oder „hervorragend geeignet“. Jedem vernünftigen Käufer sollte klar sein, dass Verkäufer mit solchen Anpreisungen keine zusätzliche Haftung übernehmen wollen. Ähnliches gilt für technische Angaben in Katalogen und Produktbeschreibungen.

Grundsätzlich kann unterschieden werden zwischen

- der unselbständigen und
- der selbständigen Garantie.

## 6.2 Die unselbständige Garantie

Bei der unselbständigen Garantie sagt der Hersteller bzw. Verkäufer zu, für bestimmte Mängel eintreten zu wollen, die innerhalb einer Garantiezeit auftreten. Es wird also die vertragsmäßige Beschaffenheit der Kaufsache selbst

besonders zugesichert, für die der Verkäufer in einer über die gesetzliche Gewährleistung hinausgehende Weise eintreten will. Durch eine unselbständige Garantie kann der Garantiegeber z.B. erklären, er räume dem Garantienehmer (neben der unabdingbaren Gewährleistung) ein Nachbesserungsrecht bezüglich der Mängel ein, die innerhalb der längeren Garantiezeit eintreten.

- Bsp(e):** 1. Der Verkäufer gibt eine Garantie auf drei Jahre. – Eine Garantie ist an die gesetzliche Regelung angelehnt, solange in der Garantieerklärung keine abweichenden Erklärungen enthalten sind. Durch diese Garantiezusage verlängern sich mithin die normalen Mängelgewährleistungsrechte des Käufers um ein weiteres Jahr.
2. Durchrostungsgarantien beim Neufahrzeugkauf in der Automobilindustrie sind zulässigerweise in aller Regel an bestimmte Bedingungen (wie regelmäßige Inspektionen), eine bestimmte Garantiedauer gebunden und auf Nachbesserung beschränkt.

Zwei wichtige Fallgruppen der unselbständigen Garantie erwähnt § 443 BGB ausdrücklich:

- Mit der **Beschaffenheitsgarantie** werden bestimmte Eigenschaften einer Ware in den Kaufvertrag einbezogen.

**Bsp(e):** 1. Echtheitszertifikat bei Kunstwerken.

2. Benzinverbrauch eines Neuwagens nach DIN-Angaben des Herstellers, wenn sich der Kunde diese ausdrücklich zusichern lässt!

Die Beschaffenheitsgarantie geht weiter als die gesetzliche Mängelhaftung, in dem sie das Vorhandensein einer bestimmten Eigenschaft zusichert und die Einstandspflicht beim Fehlen der Eigenschaft auch ohne Verschulden (vgl. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB) begründet.

Gerade beim Verkauf durch Gebrauchtwagenhändler ist die Rspr. recht großzügig mit der Annahme von Garantiezusagen. So wird regelmäßig in der Anpreisung: „fabrikneu“ (BGH NJW 2000, 2018), „TÜV neu“ (BGHZ 103, 275), „Werkstattgeprüft“ (BGH NJW 1983, 192), „Austauschmotor“ (BGH NJW 1981, 1268) oder „fahrbereit“ (BGHZ 122, 256) eine Beschaffenheitsgarantie angenommen.

- Durch eine **Haltbarkeitsgarantie** wird die Mangelfreiheit für einen Zeitraum oder eine bestimmte Nutzungsdauer zugesagt.

**Bsp:** Verfalldatum auf Lebens- oder Arzneimitteln.

Gegenüber den gesetzlichen Mängelansprüchen hat die Haltbarkeitsgarantie den Vorteil, dass die Rechte des Käufers unabhängig davon bestehen, ob ein Mangel schon im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorhanden war.

### 6.3 Die selbständige Garantie

Bei der selbständigen Garantie erklärt der Verkäufer bzw. Hersteller seine Bereitschaft, für den Eintritt eines bestimmten Erfolges bzw. das Ausbleiben eines bestimmten Nachteils einzustehen, der über die Mangelfreiheit der Kaufsache bei Gefahrübergang hinaus geht. Es wird also ein über die vertragsgemäße Erfüllung hinausgehender Erfolg geschuldet.

- Bsp(e):**
1. Eine selbständige Garantie liegt vor, wenn der Verkäufer nicht nur die Mangelfreiheit des verkauften Generators zusagt, sondern auch, dass nach seinem Einbau der Energieverbrauch um einen bestimmten Faktor sinkt.
  2. Bei einem Grundstückskauf sagt der Verkäufer die der künftige Bebaubarkeit des Grundstücks zu.
  3. Der Verkäufer einer Immobilie sichert die Erzielung einer bestimmten Mieteinnahme zu.
  4. Der Verkäufer einer Beteiligung garantiert eine gestimmte jährliche Wertsteigerung oder Rendite.

Ob eine selbständige Garantie gewollt ist, muss im Wege der Auslegung §§ 133, 157 BGB ermittelt werden. Dabei ist davon auszugehen, dass die Begründung einer neuen vertraglichen Verpflichtung nur ausnahmsweise gewollt sein wird. Bezieht sich die „Garantieerklärung“ auf gegenwärtige Eigenschaften der Kaufsache, dann enthält diese Erklärung nur dann ein selbständiges Garantieversprechen, wenn dafür besondere Umstände vorliegen. **Im Zweifel** ist daher mit Rücksicht auf die weitgehenden Rechtsfolgen davon auszugehen, dass **keine selbständige Garantie** vorliegt.

### 6.4 Der Garant

§ 443 Abs. 1 BGB legt überdies fest, dass dem Käufer im Garantiefall Ansprüche gegenüber demjenigen erwachsen, der die Garantie eingeräumt hat. Das kann sowohl der Hersteller, wie der Importeur, der Verkäufer oder ein Dritter sein. Damit entsteht ein selbstständiges Vertragsverhältnis eigener Art zwischen dem Garantiegeber und dem Käufer. Der Käufer erhält also einen unmittelbaren vertraglichen Anspruch (BGHZ 104, 82, 85) gegen den

Garantiegeber (häufig der Hersteller), der neben die Mängelhaftungsansprüche des Käufers gegen den Verkäufer tritt.

In der Praxis erfüllt der Hersteller die Garantieansprüche des Käufers nicht unmittelbar, sondern bedient sich hierzu des Fachhandels. Diese führen Reparaturen teilweise selbst aus und rechnen gegenüber dem Hersteller ab (z.B. Kfz-Branche) oder sie nehmen den mangelhaften Kaufgegenstand nur an, leiten ihn an den Hersteller weiter und händigen dann den instandgesetzten Gegenstand an den Käufer erneut aus. Wegen eines Garantieversprechens eines Herstellers braucht sich ein Käufer jedoch nicht **an seinen Verkäufer wenden**, er kann seine Ansprüche gegenüber jedem Fachhändler des Herstellers geltend machen.

Beachtung verdient auch das in § 443 Abs. 1 a.E. BGB enthaltene Bindungsgebot: Bindend ist das, was in der Garantie enthalten ist und sich aus der einschlägigen Werbung ergibt: Öffentliche Äußerungen sind auch bei der Garantie im Rahmen der Auslegung vertraglicher Vereinbarungen beachtlich.

**Bsp.:** Bis Ende 2001 war in vielen deutschen Fernsehkanälen ein Werbespot zu sehen, bei der die bekannte Schwimmerin Franziska van Almsig in einer amerikanischen Großstadt mit einem Opel durch eine mit Wasser geflutete Straßenunterführung durchfuhr und auf der anderen Seite trocken aus dem Auto stieg. - Mit Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes Anfang 2002 wurde diese Werbung nicht mehr ausgestrahlt, da die Werbung den Eindruck vermitteln konnte, das Auto sei wasserdicht und man könne damit -wie ein U-Boot- unter Wasser fahren.

Weiter geht § 443 Abs. 2 BGB. Es wird vermutet, dass ein während der Garantiezeit auftretender Sachmangel die Rechte aus der Garantie zur Folge hat.

## **6.5 Die Verjährung von Garantieansprüchen**

Die **Verjährung von Ansprüchen aus Garantien** (§ 443 BGB) richtet sich nach den Bestimmungen der Garantieerklärung. Sind dort keine enthalten, verjähren die Garantieansprüche nicht nach den kaufrechtlichen Gewährleistungsfristen, sondern nach den allgemeinen Regeln, also regelmäßig drei Jahre bei subjektivem Fristbeginn, §§ 195, 199 BGB.

## **6.6 Garantien beim Verbrauchsgüterkauf**

Für b 2 c Verkäufe sind zusätzlich die §§ 474 ff BGB zu beachten. Nach § 475 ist § 443 BGB für den Verbrauchsgüterkauf zwingend (§ 475), kann also nicht



unterschriften werden. Weiterhin kommt noch das Transparenzgebot des § 477 BGB hinzu: Danach soll die Garantieerklärung einfach und verständlich abgefasst sein, einen Hinweis auf das Nebeneinander von Gewährleistung und Garantie enthalten, § 477 Abs. 1 S. 1 und 2. Außerdem soll sie die notwendigen Angaben für die Geltendmachung von Ansprüchen erkennen lassen § 477 Abs. 1 S. 2 BGB. Auch kann der Verbraucher verlangen, dass ihm die Erklärung in Schriftform (§ 126 BGB) zur Verfügung gestellt wird.

Verstöße gegen das Transparenzgebot des § 477 BGB führen nicht zur Unwirksamkeit der Garantieverpflichtung, § 477 Abs. 3 BGB, denn andernfalls würde sich der Verstoß zum Nachteil des Verbrauchers auswirken. Solche Verstöße können jedoch von Verbraucherschutzvereinen im Rahmen von Unterlassungsklagen nach § 2 UKlaG geahndet werden.