

## Teil I.

### § 1 Kaufrecht

**Literatur:** *Binder*, Die Inzahlungnahme gebrauchter Sachen vor und nach der Schuldrechtsreform am Beispiel des Autokaufs „Alt gegen Neu“, NJW 2003, 393; *Dauner-Lieb/Arnold*, Dauerthema Selbstvornahme, ZGS 2005, 10; *Fritsche/Würdinger*, Konkluenter Eigentumsvorbehalt beim Autokauf, NJW 2007, 1037; *Grigoleit/Herresthal*, Grundlagen der Sachmängelhaftung im Kaufrecht, NJW 2003, 118; *Gramer/Thalhofer*, Hemmung oder Neubeginn der Verjährung bei Nachlieferung durch den Verkäufer, ZGS 2006, 250; *Gutzeit*, Gibt es einen kaufrechtlichen Ausbesserungsanspruch?, NJW 2007, 956; *Hellwege*, Die Rechtsfolge des § 439 II BGB – Anspruch oder Kostenzuordnung? AcP 206, 136; *Katzenstein*, Kostenersatz bei eigenmächtiger Selbstvornahme der Mängelbeseitigung – ein Plädoyer für die Abkehr von einer verfestigten Rechtspraxis, ZGS 2004, 300; *Lettl*, Die Falschlieferung durch den Verkäufer nach der Schuldrechtsreform, JuS 2002, 866; *Lorenz*, Rücktritt, Minderung und Schadensersatz wegen Sachmängeln im neuen Kaufrecht: was hat der Verkäufer zu vertreten?, NJW 2002, 2497; *Lorenz*, Arglist und Sachmangel – Zum Begriff der Pflichtverletzung in § 323 V 2 BGB, NJW 2006, 1925; *Lorenz*, Fünf Jahre „neues“ Schuldrecht im Spiegel der Rechtsprechung, NJW 2007, 1; *Roth*, Stückkauf und Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache, NJW 2006, 2953; *Tröger*, Grundfälle zum Sachmangel nach neuem Kaufrecht, JuS 2005, 503; *Thürmann*: Der Ersatzanspruch des Käufers für Aus- und Einbaukosten einer mangelhaften Kaufsache, NJW 2006, 3457.

**Rechtsprechung:** BGH NJW 1991, 915 (zu den Voraussetzungen für die Annahme eines Versandenskaufs im kaufmännischen Geschäftsverkehr); BGH NJW 1999, 3625 (Höhe des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung und Einschränkung der Rentabilitätsvermutung); BGH NJW 2001, 65 (Sachmangel bei Eigentumswohnung; zum Beschaffensbegriff im Rahmen des § 434 BGB); OLG Karlsruhe, ZGS 2004, 432 (Umfang des Nacherfüllungsanspruchs bei schon eingebauter, mangelhafter Kaufsache); BGH NJW 2005, 1348 (§§ 437 Nr 2, 3, 326 Abs 2 Satz 2, Abs 4 BGB; Selbstvornahme der Reparatur ohne Fristsetzung zur Nacherfüllung); BGH NJW 2005, 2848 (§§ 280, 281, 284, 325, 347, 437, 440 BGB; Ersatzansprüche bei Rückabwicklung eines Kfz-Kaufvertrags; insbesondere Aufwendungsersatz gem § 284); BGH NJW 2006, 1960 (§§ 281 Abs 1 Satz 3, 323 Abs 1, 5 Satz 2, 346, 437 Nr 2, 3 BGB – Keine Berücksichtigung einer unerheblichen Pflichtverletzung bei Arglist des Verkäufers); BGHZ 168, 64 (Möglichkeit der Ersatzlieferung beim Stückkauf, wenn Kaufsache durch eine gleichartige und gleichwertige Sache ersetzt werden kann); OLG München, ZGS 2007, 80 (Haftung des Verkäufers bei wegen leichter Fahrlässigkeit ausgeschlossenen Rücktritt); BGH NJW 2008, 53 (Abgrenzung zwischen Sachmangel und Bagatellschaden am Gebrauchtfahrzeug).

### I. Allgemeines

Der Kaufvertrag verpflichtet den Verkäufer, dem Käufer die **Kaufsache zu übergeben** und ihm **Eigentum an der Kaufsache zu verschaffen**, § 433 Abs 1 Satz 1. Die Kaufsache muss bestimmten Anforderungen entsprechen, denn sie muss frei von Sachmängeln oder Rechtsmängeln sein, § 433 Abs 1 Satz 2. Ein Kaufvertrag

kann sich allerdings nicht nur auf Sachen, sondern auch auf Rechte und beliebige sonstige Gegenstände beziehen, § 453; dann schuldet der Verkäufer mangelfreie Verschaffung der Rechtsinhaberschaft. Im Gegenzug verpflichtet sich der Käufer zur **Zahlung des Kaufpreises** und, soweit es sich um einen Sachkauf handelt, **Abnahme der Kaufsache**, § 433 Abs 2. Der Kaufpreis muss in einem Geldbetrag bestehen, ansonsten handelt es sich um einen Tausch. Für diesen ist allerdings das Kaufrecht entsprechend anzuwenden, § 480<sup>1</sup>.

- 2 Der Kaufvertrag ist ein **gegenseitiger Vertrag**. Im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen jedenfalls die Pflichten zur Übereignung und Übergabe der mangelfreien Kaufsache (bzw. Verschaffung eines anderen Kaufgegenstands) auf der einen Seite und zur Zahlung des Kaufpreises auf der anderen Seite. Auf die Frage der Gegenseitigkeit kommt es bei der Erhebung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, § 320, beim Rücktritt, § 323, und im Rahmen des § 326 an, wo die Auswirkung der Unmöglichkeit der Leistung auf die Gegenleistung geregelt wird.
- 3 Die kaufvertragliche Einigung, die sich auf Vertragsparteien, Gegenstand des Kaufvertrags und Höhe des Kaufpreises beziehen muss, ist grundsätzlich **formfrei**. Die wichtigste Ausnahme hierzu regelt § 311b für Kaufverträge, die zur Übertragung oder zum Erwerb eines Grundstücks oder Grundstücksrechts verpflichten. Weitere Ausnahmen sind in § 2371 und § 15 GmbHG für Verträge geregelt, die eine Erbschaft bzw. einen GmbH-Anteil zum Gegenstand haben.

## II. Pflichten und Pflichtverletzungen des Käufers

### 1. Kaufpreiszahlung als Hauptleistungspflicht

- 4 a) **Höhe des Kaufpreises**. Der Käufer hat den vereinbarten Kaufpreis zu bezahlen, § 433 Abs 2. Der Kaufpreis wird regelmäßig als **Festbetrag** vereinbart sein. Es ist jedoch auch möglich, dass sich der Verkäufer eine **Erhöhung des Kaufpreises** vorbehält. Das geschieht beispielsweise durch sog Tagespreisklauseln, die vielfach vereinbart werden, wenn für die Kaufsache längere Lieferfristen bestehen, damit der Verkäufer eine Erhöhung des Einkaufspreises an den Käufer weitergeben kann.<sup>2</sup> In Allgemeinen Geschäftsbedingungen, §§ 305 ff, können derartige Klauseln jedoch unzulässig sein. Dies ist der Fall, wenn die Lieferung innerhalb von vier Monaten nach Vertragsschluss erfolgen soll, § 309 Nr 1. Soll die Lieferung später als vier Monate nach Vertragsschluss erfolgen, ist eine derartige Klausel an § 307 zu messen.<sup>3</sup>

1 S dazu Rn 143 ff.

2 BGHZ 90, 69 ff.

3 BGHZ 82, 21 ff; die Klausel hält nur, wenn sich die Erhöhung in den Grenzen billigen Ermessens hält und nicht der Willkür des Verkäufers obliegt und außerdem dem Käufer bei erheblicher Preiserhöhung ein Rücktrittsrecht eingeräumt wird, *Erman/Grünwald*, § 433 Rn 40. Der BGH nimmt ein solches Rücktrittsrecht auch dann an, wenn es nicht ausdrücklich vereinbart worden ist, BGHZ 90, 69.

b) **Ersetzungsbefugnis.** Vielfach, insbesondere im Kfz-Handel, werden **gebrauchte Gegenstände** beim Kauf eines gleichartigen, neuen Gegenstands **in Zahlung gegeben**. Derartige Abreden werden von der gängigen Auffassung<sup>4</sup> als Vereinbarung einer Ersetzungsbefugnis angesehen. Die Parteien schließen also einen Kaufvertrag über den neuen Gegenstand zu einem bestimmten Kaufpreis und vereinbaren zusätzlich, dass der Verkäufer den gebrauchten Gegenstand anstelle eines bestimmten Kaufpreisanteils an Erfüllung statt annimmt, § 364 Abs 1. Andere Ansichten konstruieren einen kombinierten Kauf-/Tauschvertrag<sup>5</sup> oder zwei eigenständige Verträge,<sup>6</sup> was jedoch in der Regel deshalb abzulehnen ist, weil das Interesse, den gebrauchten Gegenstand in Zahlung zu geben, ausschließlich beim Käufer der Neusache besteht, während der Verkäufer kein Interesse an dem gebrauchten Gegenstand hat.

Darum kann auch der Käufer entscheiden, ob er den vollständigen Kaufpreis bezahlt oder von seiner Ersetzungsbefugnis Gebrauch macht, während der Verkäufer keinen Anspruch auf Leistung des gebrauchten Gegenstands hat; es handelt sich allein um eine Befugnis des Käufers.<sup>7</sup> Ist der **gebrauchte Gegenstand mangelhaft**, so hat der Verkäufer über die Verweisung des § 365 alle Mängelgewährleistungsrechte eines Käufers aus § 437<sup>8</sup>. Folge dieser Vereinbarung ist, dass der Käufer zur vollständigen Kaufpreiszahlung verpflichtet sein kann, wenn der gebrauchte Gegenstand wider Erwarten mangelhaft oder sogar untergegangen ist.<sup>9</sup> Im häufigeren Fall eines Mangels des gebrauchten Gegenstandes wird man jedoch dann einen stillschweigenden Haftungsausschluss annehmen können, wenn der Verkäufer als Fachmann den Gegenstand fachkundig untersuchen kann:<sup>10</sup>

**Bsp:** Der von K in Zahlung gegebene Altwagen wird vor Ablieferung zerstört. Gebrauchtwagenhändler G verlangt nun anstelle des Altwagens eine Geldzahlung in Höhe des Kaufpreisanteils, der durch die Hingabe des Altwagens hätte getilgt werden sollen. K hat jedoch kein Interesse mehr am Neuwagen, den er sich ohne die Inzahlunggabe des Altwagens nicht hätte leisten können. Bei Annahme einer Ersetzungsbefugnis trägt K jedoch die volle Zahlungspflicht, da seine Ersetzungsbefugnis durch Unmöglichkeit erloschen ist. Bei Annahme eines gemischten Kauf/Tauschvertrags würde sich hingegen der unmöglich gewordene Tauschteil des Vertrags auf den gesamten Vertrag auswirken, sodass K gem. § 275 Abs 1 von seiner Leistungspflicht frei würde und auch den Anspruch auf die Gegenleistung verlore, § 326 Abs 1 Satz 1.

c) **Entfallen des Kaufpreisanspruchs. – aa) Regel.** Ist die Pflicht des Verkäufers zur Verschaffung des Kaufgegenstandes nach § 275 ausgeschlossen<sup>11</sup>, so entfällt nach § 326 Abs 1 Satz 1 grundsätzlich auch der Anspruch des Verkäufers auf den Kaufpreis als Gegenleistung. Der **Verkäufer trägt** für den Fall der Unmöglichkeit also

4 BGH NJW 2008, 2028.

5 *Medicus*, Bürgerliches Recht Rn 756.

6 *Bamberger/Roth/Unberath*, § 262 Rn 9; *MünchKomm/Krüger* § 263 Rn 9.

7 *Palandt/Heinrichs*, § 262 Rn 8.

8 S dazu unten Rn 60 ff.

9 BGHZ 89, 126, 129.

10 BGHZ 83, 334, 337; *Binder* NJW 2003, 393, 397 f.

11 S dazu unten Rn 22 ff.

die **Preisgefahr**, denn er verliert bei Unmöglichkeit seiner Leistung den Anspruch auf die Kaufpreiszahlung.

- 8 bb) Ausnahme 1: §§ 446 Satz 3, 326 Abs 2.** Ausnahmsweise kann die **Preisgefahr jedoch auf den Käufer übergehen**. Das bedeutet: Der Käufer muss den Kaufpreis bezahlen, obwohl er den Kaufgegenstand wegen § 275 nicht erhält. § 326 Abs 2 Satz 1 regelt, dass der Käufer trotz Unmöglichkeit den Kaufpreis zahlen muss, wenn
- der **Käufer** für die Unmöglichkeit allein oder weit überwiegend **verantwortlich** ist oder
  - sich der **Käufer im Annahmeverzug**, §§ 293 ff, befindet. Der Käufer haftet dann also auch für den zufälligen, dh von beiden Seiten nicht zu vertretenden Untergang der Kaufsache, § 446 Satz 3. Der Verkäufer haftet für den Untergang der Sache nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit. Insoweit gilt der erleichterte Haftungsmaßstab des § 300 Abs 1.

**Bsp (1):** K kauft einen gebrauchten Pkw bei Händler H und leistet zunächst eine Anzahlung. Den Restkaufpreis möchte K bei Übergabe des Fahrzeugs zahlen. K erscheint jedoch am vereinbarten Tag der Abholung nicht. H stellt den Wagen in seine Garage. Diese brennt über Nacht aufgrund eines unvorhersehbaren Kurzschlusses ab. – Hier greift § 446 Satz 3: Der Zeitpunkt, zu dem Annahmeverzug eintritt, wird der Übergabe gleichgestellt; der Untergang des Pkw ist weder von K noch von H zu vertreten. K muss somit den vollen Kaufpreis zahlen.

**Bsp (2):** Etwas Anderes gilt, wenn H aufgrund des Nichterscheins des K den Pkw über Nacht vor seinen Verkaufsräumen stehen lässt, jedoch vergisst, den Zündschlüssel abzuziehen. – Wird der Wagen gestohlen und vom Dieb zerstört, so liegt kein Fall des § 446 Satz 3 vor: Hier hat H grob fahrlässig gehandelt, sodass er den Untergang zu vertreten hat, § 300 Abs 1. Doch auch K hat den Untergang mitverschuldet, immerhin befand er sich im Annahmeverzug, §§ 293 ff. Dass H in diesem Fall der beiderseitig zu vertretenden Unmöglichkeit seinen Anspruch auf den Kaufpreis gem. § 326 Abs 1 Satz 1 verlieren, und sich gleichzeitig wegen der Unmöglichkeit gegenüber K schadensersatzpflichtig machen soll, §§ 280 Abs 1, 3, 283, erscheint unbillig. Dennoch ist dieser Fall weder in § 446, noch in § 326 Abs 2 geregelt. Es gibt verschiedene Lösungsansätze: Eine Ansicht<sup>12</sup> wendet je nach Verteilung des Verschuldens § 326 Abs 2 Satz 1 analog (Überwiegendes Verschulden des Käufers) oder §§ 280 Abs 1, 2, 283 an (Überwiegendes Verschulden des Verkäufers) und kürzt den Anspruch dann jeweils um den entsprechenden Mitverschuldensanteil der anderen Seite, § 254 Abs 1. Die Gegenauffassung<sup>13</sup> lässt beide Ansprüche kumulativ bestehen, und verrechnet sie gegeneinander. Letztlich behält H also den vollen Kaufpreisanspruch, muss dem K aber Schadensersatz zahlen, der freilich um den Mitverschuldensanteil gekürzt wird.

- 9 cc) Ausnahme 2: § 446 Satz 1.** Nach § 446 geht beim Sachkauf die Preisgefahr auf den Käufer über, wenn ihm die **Kaufsache übergeben** wird. Übergabe bedeutet in diesem Zusammenhang (anders als in § 929), dass der Käufer unmittelbarer Besitzer werden muss, § 854; mittelbarer Besitz reicht nur aus, wenn dies zwischen den Parteien vereinbart worden ist.<sup>14</sup> Wer unmittelbarer Besitzer der Sache ist und sie nutzen kann, trägt auch die Gefahr für ihre Beschädigung oder ihren Unter-

12 OLG Oldenburg NJW 1975, 1788, 1789; Esser, Schuldrecht, 4. Aufl., § 33 V.

13 OLG Frankfurt NJW-RR 1995, 435; mit abl Anm Looschelders JuS 1999, 949, 951 f.

14 MünchKomm/Westermann, § 433 Rn 52.

gang, was in diesem Fall dadurch zum Ausdruck kommt, dass der Käufer dann trotzdem für die Kaufsache bezahlen muss.<sup>15</sup>

**dd) Ausnahme 3: § 447.** § 447 ordnet den Übergang der Preisgefahr auf den Käufer mit **Übergabe an die Transportperson** an, wenn der Kaufgegenstand an einen anderen Ort als den Erfüllungsort versendet wird und die Versendung auf Verlangen des Käufers erfolgt. „Auf Verlangen“ erfolgt grundsätzlich auch der Versand durch ein Versandhaus, obwohl das Versandhaus von vornherein keine andere Vertriebsform anbietet, da in der Bestellung schon das konkludente Einverständnis des Käufers liegt.<sup>16</sup> **10**

**Erfüllungsort** im Sinne des § 447 ist der Ort der Leistungshandlung, nicht der Erfolgsort, § 269 Abs 1 und 3.<sup>17</sup> Soweit nichts Anderes vereinbart wurde, wird vorausgesetzt, dass die Sache auch vom Erfüllungsort aus versendet wird.<sup>18</sup> Eine Einverständniserklärung des Käufers für den Versand von einem anderen Ort aus kann aber auch stillschweigend erfolgen.<sup>19</sup> § 447 betrifft also Schickschulden, da bei diesen der Ort der Leistungshandlung der Wohnsitz des Verkäufers, der Erfolgsort hingegen der Wohnsitz des Käufers ist; beide Orte können dabei auch innerhalb derselben Gemeinde liegen.<sup>20</sup> Voraussetzung des Gefahrübergangs ist die transportfähige Verpackung<sup>21</sup> und die sorgfältige Auswahl der Transportperson.<sup>22</sup> Allerdings gilt diese Vorschrift nicht beim **Verbrauchsgüterkauf** zwischen einem Unternehmer als Verkäufer und einen Verbraucher als Käufer, §§ 13, 14, 474 Abs 2, und damit insbesondere nicht, wenn ein Verbraucher bei einem Versandhaus bestellt. **11**

Geht die Kaufsache beim Transport unter oder wird sie beschädigt, so schuldet der Käufer trotzdem den Kaufpreis. Eine verbreitete Auffassung möchte diese Rechtsfolgen jedoch auf **transporttypische Schäden** begrenzen, da die Norm lediglich das Risiko, das auf der Gefährlichkeit des Transports beruht, regeln wolle.<sup>23</sup> Dem Wortlaut des § 447 ist eine solche Einschränkung indes nicht zu entnehmen. Aus dem Merkmal „auf Verlangen des Käufers“ ist vielmehr zu folgern, dass der Verkäufer nicht dadurch schlechter gestellt werden soll, dass nicht – wie regelmäßig – mit Abholen der Ware durch den Käufer der Gefahrübergang nach § 446 eintritt; richtigerweise ist die Rechtsfolge daher nicht nur auf typische Transportgefahren begrenzt.<sup>24</sup> Meist spielt der Streit freilich keine Rolle, da der Begriff des typischen Transportrisikos auch von der Gegenauffassung sehr weit gefasst wird.<sup>25</sup> **12**

15 *Staudinger/Beckmann*, § 446 Rn 7.

16 BGH ZGS 2003, 438 f; aA AG Rastatt NJW-RR 2002, 199.

17 MünchKomm/Westermann, § 447 Rn 4; *Bamberger/Roth/Faust*, § 447 Rn 5.

18 *Palandt/Weidenkaff*, § 447 Rn 3.

19 BGHZ 113, 106, 110.

20 *Palandt/Weidenkaff*, § 447 Rn 12; einschr *Erman/Grunewald*, § 447 Rn 6.

21 BGHZ 66, 208, 211.

22 RGZ 99, 56, 58.

23 BGH NJW 1965, 1324; *Erman/Grunewald*, § 447 Rn 12.

24 MünchKomm/Westermann, § 447 Rn 19; *Bamberger/Roth/Faust*, § 447 Rn 21.

25 ZB OLG Koblenz NJW 1974/75, 477 ff; BGHZ 113, 106.

- 13** Dem Verkäufer stehen dann regelmäßig gegen die **Transportperson** Schadenersatzansprüche (etwa aus § 280 Abs 1 und aus § 823 Abs 1) zu. Er hat jedoch keinen Schaden erlitten, da der Käufer ja bezahlen muss, auch ohne die Kaufsache zu erhalten. Diese Unbilligkeit wird mithilfe der **Drittschadensliquidation** gelöst, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen: (1) Der Verkäufer als Vertragspartner des Transporteurs und Eigentümer der transportierten Ware hat die genannten Schadenersatzansprüche gegen den Transporteur; allerdings hat er (2) keinen Schaden erlitten, weil er weiterhin den Kaufpreis verlangen kann. Der Käufer hingegen hat (3) einen Schaden erlitten, da er die Kaufsache nicht erhält, trotzdem aber dafür bezahlen muss, hat (4) aber keinen Anspruch gegen den Transporteur. Diese Schadensverlagerung ist aus Sicht des Transporteurs auch (5) zufällig. Deshalb muss der Verkäufer dem Käufer die genannten Ansprüche abtreten, § 285.
- 14** Einer Drittschadensliquidation bedarf es jedoch nicht, wenn der Transportunternehmer Frachtführer ist und zwischen dem Verkäufer und ihm ein **Frachtvertrag** im Sinne der §§ 407 ff HGB geschlossen wurde. In diesem Fall hat der Käufer nämlich einen eigenen Schadenersatzanspruch gegen den Frachtführer aus § 421 HGB.
- 15** Unklar ist, wie der **Transport durch Hilfspersonen des Verkäufers** zu behandeln ist. Teilweise wird vertreten, § 447 gelte nicht, wenn der Verkäufer eigene Angestellte beim Transport einsetze (oder den Transport selbst übernehme). In diesem Fall sei die Sache noch nicht aus dem Herrschaftsbereich des Verkäufers ausgeschieden.<sup>26</sup> Dem ist zu entgegnen, dass auch bei Einschalten eines selbstständigen Transportunternehmens die Möglichkeiten zur Einflussnahme durch Weisungen auf Seiten des Verkäufers liegen und sich die tatsächliche Sachherrschaft daher noch immer auf Seiten des Verkäufers befindet.<sup>27</sup> Entscheidend ist aber, dass in Abgrenzung zur Bringschuld bei der Schickschuld der Transport eben gerade nicht geschuldet ist. Demgemäß können, nur weil eigene Leute den Transport übernehmen, die Pflichten des Verkäufers nicht erweitert werden.<sup>28</sup> § 447 gilt daher auch bei Einsatz von eigenen Transportpersonen.<sup>29</sup> Hier kann jedoch keine Drittschadensliquidation stattfinden, denn die Arbeitnehmer des Verkäufers haften regelmäßig im Innenverhältnis wegen der arbeitsrechtlichen Figur des innerbetrieblichen Schadensausgleichs nicht für derartige Schäden, sodass es keinen Anspruch gibt, zu dem der Schaden des Käufers gezogen werden könnte. Allerdings können eigene Leute dem Verkäufer als Erfüllungsgehilfen zugerechnet werden, § 278,<sup>30</sup> sodass die Haftung hierüber abgewickelt werden kann.
- 16** **d) Nichtzahlung durch den Käufer.** Erfüllt der Käufer seine Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises nicht, so kann dies nicht auf Unmöglichkeit beruhen, denn hier gilt der Grundsatz „**Geld hat man zu haben**“. Daraus folgt, dass § 275 hier nicht anwendbar ist. Der Käufer haftet, weil er die stets mögliche Kaufpreiszahlung

<sup>26</sup> *Jauernig/Berger*, § 447 Rn 12; *Palandt/Weidenkaff*, § 447 Rn 12; *Medicus*, Bürgerliches Recht Rn 275.

<sup>27</sup> *Bamberger/Roth/Faust*, § 447 Rn 9.

<sup>28</sup> *Schulz* JZ 1975, 240, 242.

<sup>29</sup> So auch RGZ 96, 258, 259.

<sup>30</sup> *Staudinger/Beckmann*, § 447 Rn 30.

verzögert. Bei Vorliegen der Verzugsvoraussetzungen, §§ 280 Abs 2, 286, kann der Verkäufer den Verzögerungsschaden als Schadenersatz neben der Leistung verlangen. Hat der Verkäufer erfolglos eine Zahlungsfrist gesetzt, so kann er auch Schadenersatz statt der Leistung verlangen, §§ 280 Abs 3, 281, und ist zum Rücktritt vom Kaufvertrag berechtigt, § 323.

## 2. Abnahme der Kaufsache als Nebenleistungspflicht

Außerdem hat der Käufer die Pflicht zur Abnahme der Kaufsache. Verletzt er diese Pflicht, so kommt er nicht nur in **Annahmeverzug**, §§ 293 ff, sondern kann auch in **Schuldnerverzug** kommen, § 286, weil nicht nur eine Obliegenheit, sondern eine echte Pflicht zur Abnahme besteht, wengleich es sich in der Regel nicht um eine Hauptleistungs-, sondern nur um eine **Nebenleistungspflicht** handelt.<sup>31</sup> Allerdings können die Parteien die Abnahme durch entsprechende vertragliche Vereinbarung zur **Hauptleistungspflicht** machen; davon ist auszugehen, wenn der Verkäufer ein besonderes Interesse daran hat, dass die Sache abgenommen wird.<sup>32</sup> Der Käufer ist nicht nur zur Abnahme verpflichtet, sondern auch zur Tragung der Kosten der Abnahme und insbesondere auch der Versendung der Sache an ihn, § 448 Abs 1. 17

Befindet sich der Käufer in **Annahmeverzug**, so greift zugunsten des Verkäufers die **Haftungsmilderung** aus § 300 Abs 1 ein, so dass er etwa bei Untergang der Kaufsache nur noch dann Schadenersatz statt der Leistung schuldet, wenn ihm der Vorwurf grober Fahrlässigkeit gemacht werden kann. Außerdem kann der Verkäufer die **Kaufsache hinterlegen**, §§ 372 ff, und hinterlegungsunfähige Sachen unter den Voraussetzungen des § 383 verkaufen (Selbsthilfeverkauf). Im Bereich des Handelskaufs gelten die weniger strengen Voraussetzungen des § 373 HGB. Ein Selbsthilfeverkauf ohne Erfüllung der entsprechenden Voraussetzungen kann zum Ausschluss der Verkäuferpflicht wegen Unmöglichkeit führen, § 275 Abs 1. Soweit sich der Käufer im Annahmeverzug befindet, erhält der Verkäufer trotzdem den Kaufpreis, § 326 Abs 2 Satz 1, muss sich jedoch den erlösten Kaufpreis anrechnen lassen, § 326 Abs 2 Satz 2. Das hätte zur Folge, dass der Verkäufer die Differenz zwischen Kaufpreis und Erlös erhält, unabhängig davon, ob er zur Selbsthilfe schreiten durfte oder nicht. Allerdings begeht der Verkäufer durch den unberechtigten Verkauf der Kaufsache eine Pflichtverletzung des Kaufvertrags, § 280 Abs 1, sodass die Unmöglichkeit auch von ihm zu vertreten ist und er deshalb nicht den vollen Kaufpreis verlangen kann (beiderseitig zu vertretende Unmöglichkeit, siehe oben). 18

Weil die Abnahme eine echte Nebenleistungspflicht ist, kann der Käufer überdies in **Schuldnerverzug** geraten, so dass er unter den Voraussetzungen der §§ 280 Abs 1, 2, 286 Ersatz des Verzögerungsschadens schuldet. Außerdem kann der Verkäufer unter den Voraussetzungen der §§ 280 Abs 1 und 3, 281 auch Schadenersatz statt der Leistung verlangen. 19

31 RGZ 53, 161, 163; 57, 106, 110 ff.

32 RGZ 57, 106, 112; BGH NJW 1972, 99.

### 3. Tragung von Lasten

- 20** Schließlich ist der **Käufer** verpflichtet, die **Lasten der Sache** ab Übergabe zu zahlen, § 446 Satz 2; kann er beispielsweise das übergebene Kaufgrundstück nutzen, ist es nur billig, wenn er auch die Grundsteuer entrichten muss.

## III. Pflichten und Pflichtverletzungen des Verkäufers

### 1. Leistungs- und Nebenpflichten

- 21** Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer das **Eigentum** an der Kaufsache (oder die Inhaberschaft eines sonstigen Rechts) zu verschaffen. Außerdem muss der Verkäufer dem Käufer die Sache übergeben, also **unmittelbaren Besitz** an der Sache verschaffen, § 433 Abs 1 Satz 1. Der Verkäufer schuldet überdies nicht nur Übereignung und Übergabe der Kaufsache in beliebigem Zustand, sondern **frei von Sach- und Rechtsmängeln**, § 433 Abs 1 Satz 2. Soweit es sich um Gattungsware handelt, ist eine Sache von mittlerer Art und Güte, § 243 Abs 1, geschuldet. Hier können vielfältige Störungen auftreten. Neben diesen Hauptleistungspflichten schuldet der Verkäufer auch **Nebenleistungspflichten**, etwa die sachgerechte Verpackung für den Transport,<sup>33</sup> und die üblichen Nebenpflichten nach § 241 Abs 2.

### 2. Ausschluss der Hauptleistungspflicht bei Unmöglichkeit

- 22** Ist dem Verkäufer die Verschaffung des Kaufgegenstandes nicht möglich, § 275 Abs 1, oder hat er ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs 2 oder 3 ausgeübt, so ist der Anspruch des Käufers ausgeschlossen und der Verkäufer nicht mehr zur Leistung verpflichtet.
- 23** Beim **Gattungskauf** (§ 243 Abs 1) tritt Unmöglichkeit nach § 275 Abs 1 nicht schon durch den Untergang eines einzelnen Gattungsstücks ein. Der Verkäufer schuldet vielmehr Leistung, solange noch Gattungsstücke vorhanden sind, denn er hat eine Beschaffungspflicht.<sup>34</sup> Die Gattungsschuld kann jedoch durch Konkretisierung zur Stückschuld werden mit der Folge, dass der Untergang eines Gattungsstückes zur Unmöglichkeit führt, weil nur noch dieser Gegenstand geschuldet war. Zu einer derartigen **Konkretisierung der Gattungsschuld** kommt es unter den Voraussetzungen der § 243 Abs 2 oder § 300 Abs 2.<sup>35</sup>
- 24** Abzugrenzen von der Gattungsschuld ist die **Vorratsschuld**. Hierbei verpflichtet sich der Verkäufer von vornherein nur, eine Sache aus seinem Lagerbestand (= Vorrat) zu verkaufen. Ist sein Lager leer oder auf andere Weise untergegangen, so besteht in diesem Fall auch dann keine Beschaffungspflicht, wenn noch andere

<sup>33</sup> BGH NJW 1983, 1496, 1497.

<sup>34</sup> Palandt/Heinrichs, § 243 Rn 3.

<sup>35</sup> Erman/Grünwald, § 275 Rn 3.



Sachen dieser Art und Güte auf dem allgemeinen Markt vorhanden sind. Es tritt Unmöglichkeit ein.

Folge der Unmöglichkeit ist ein Anspruch des Käufers auf **Schadenersatz statt der Leistung**, soweit der Verkäufer die Vermutung seines Vertretenmüssens nicht widerlegen kann. Dieser Anspruch ergibt sich bei anfänglicher, also schon bei Vertragsschluss bestehender Unmöglichkeit, aus § 311a Abs 2, bei nachträglicher Unmöglichkeit aus §§ 280 Abs 1 und 3, 283. Alternativ zum Schadenersatz (= Ersatz unfreiwilliger Vermögensopfer) kann der Käufer in beiden Fällen auch den Ersatz vergeblicher Aufwendungen (= Ersatz freiwilliger Vermögensopfer) verlangen, § 284, also solcher Aufwendungen, die er gerade im Hinblick auf die geplante Verwendung der Kaufsache getätigt hat. **25**

**Bsp:** Anwalt A hat sich für sein Haus am Starnberger See ein Segelboot bei B, einem renommierten Lindauer Bootshändler, gekauft. A hat den Kaufpreis bereits im April bezahlt, muss das Boot jedoch noch bei B abholen. A vereinbart mit B, das Boot im Mai abzuholen. Währenddessen lässt sich A in Starnberg ein spezielles Segel anfertigen und besorgt Schwimmwesten sowie einen Erste-Hilfe-Kasten. Außerdem mietet er sich für den Tag der Abholung einen Anhänger, um das Segelboot von Lindau nach Starnberg transportieren zu können. Einen Tag vor dem vereinbarten Abholungstermin veräußert B das Boot jedoch an C, der es sofort mitnimmt. – A kann nun von B Ersatz seiner getätigten Aufwendungen (das Segel, die Schwimmwesten, der Erste-Hilfe-Kasten, der gemietete Anhänger) gem § 284 verlangen.

### 3. Verzug

Leistet der Verkäufer trotz Möglichkeit der Leistung nicht, so kann der Käufer, soweit die Verzugsvoraussetzungen vorliegen, **Ersatz des Verzögerungsschadens** als Schadenersatz neben der Leistung verlangen, §§ 280 Abs 2, 286. **26**

**Schadenersatz statt der Leistung** kann der Käufer verlangen, wenn er dem Verkäufer vergeblich eine angemessene Frist zur Erbringung der Leistung gesetzt hat, §§ 280 Abs 3, 281; außerdem kann er nach Fristsetzung auch vom Vertrag zurücktreten, § 323 Abs 1. **27**

## IV. Insbesondere: Mangelhafte Leistung

Die häufigste Pflichtverletzung ist die Leistung einer Kaufsache, die Mängel hat. Hier wird zwischen Sachmangel und Rechtsmangel, §§ 434, 435, unterschieden, die jedoch beide zu den Käuferrechten aus § 437 führen. **28**

### 1. Mangel

Das BGB definiert nicht positiv, wann ein Mangel als Voraussetzung für bestimmte Käuferrechte vorliegt, sondern lediglich negativ, wann kein Mangel vorliegt. Das erstaunt deshalb, weil Voraussetzung für einen Anspruch des Käufers gerade die Mangelhaftigkeit der Kaufsache ist. **29**

- 30 a) Sachmangel. – aa) Fehlen der vereinbarten Beschaffenheit.** Haben die Parteien eine **bestimmte Beschaffenheit der Kaufsache vereinbart**, so ist die Sache frei von Sachmängeln, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat, § 434 Abs 1 Satz 1. Es ist also die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit der Sache, die „**Soll-Beschaffenheit**“, mit der tatsächlichen Beschaffenheit der Sache, der „**Ist-Beschaffenheit**“, zu vergleichen.

Unter Beschaffenheit versteht man dabei jedes der Kaufsache zumindest vorübergehend **anhaftende Merkmal** und darüber hinaus jede **Beziehung der Sache zur Umwelt** auf tatsächlicher, rechtlicher oder sonstiger Ebene. Also letztlich jeder Umstand, der die Wertschätzung des Verkehrs für die Sache und insbesondere ihre Verwendung (vgl § 434 Abs 1 Satz 2 Nr 1) beeinflussen kann.<sup>36</sup>

- 31** Umstritten ist, ob auch Umstände, die **nicht mit der physischen Beschaffenheit** zusammenhängen, Beschaffenheitsmerkmale sein können. Eine Ansicht will hierbei allein auf die Parteivereinbarung abstellen, da es den Parteien selbst offenstehe, was sie als geschuldete Beschaffenheit festlegen.<sup>37</sup> Die Gegenansicht fordert dagegen Merkmale, die in irgendeiner Weise mit der physischen Beschaffenheit zusammenhängen, da nur bei solchen Merkmalen ein besonderer Informations- und Kontrollvorsprung des Verkäufers bestehe und daher nur dann eine verschuldensunabhängige Einstandspflicht gerechtfertigt sei.<sup>38</sup> Jedoch betrifft beispielsweise die Frage, ob die Kaufsache mit einer anderen Sache zusammenpasst, ihre physische Beschaffenheit. Ob die Beschaffenheitsvereinbarung die Größe der Kaufsache oder die Größe des Platzes, in den sie hineinpassen muss, beschreibt, kann keinen Unterschied machen.<sup>39</sup>

**Bsp:** Soll ein Mietshaus verkauft werden, so ist fraglich, ob die Zahlungsfähigkeit der Mieter zur Beschaffenheit der Sache zählt. Hier besteht gerade kein physischer Bezug zur Sache, da die Zahlungsfähigkeit ihren Grund nicht in der Größe, dem Alter oder der Lage des Hauses bzw. des Grundstücks hat. Nach der zutreffenden Rechtsprechung des BGH ist der Begriff des Sachmangels nicht nur auf solche Fehler beschränkt, die der Sache selbst in ihrer natürlichen Beschaffenheit anhaften. Vielmehr kann er auch in „Eigentümlichkeiten bestehen, die in der Beziehung der Sache zur Umwelt begründet sind, wenn sie nach der Verkehrsanschauung für die Brauchbarkeit oder den Wert der Sache bedeutsam sind“<sup>40</sup>. Ausreichend ist daher auch ein tatsächlicher, wirtschaftlicher oder rechtlicher Bezug zur Sache, der bei der Zahlungsfähigkeit von Mietern anzunehmen ist.

- 32** Weil die üblichen Erwartungen des Käufers an die Beschaffenheit der Kaufsache durch § 434 Abs 1 Satz 2 Nr 2 geschützt werden, ist es nicht erforderlich, konkludente Vereinbarungen des Üblichen zu unterstellen.<sup>41</sup>

36 OLG München NJW-RR 2005, 494; *Erman/Grunewald*, § 434.

37 *Jauernig/Berger*, § 434 Rn 7.

38 *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 118, 121 ff; *Bamberger/Roth/Faust*, § 434 Rn 23.

39 *MünchKomm/Westermann*, § 434 Rn 9 f.

40 BGH NJW 2001, 65 mwN.

41 *Bamberger/Roth/Faust*, § 434 Rn 40.