

# Konkurrenzprobleme im Kaufgewährleistungsrecht

Von stud. iur. **Stelios Tonikidis**, Mannheim\*

Die §§ 437 ff. BGB bestimmen, welche Rechte dem Käufer wegen eines Sach- oder Rechtsmangels (§§ 434, 435 BGB) zustehen. Nicht geregelt ist jedoch, ob und inwieweit der Käufer<sup>1</sup> im Falle eines Mangels Rechtsbehelfe außerhalb des Gewährleistungsrechts geltend machen kann. Dieser Themenkomplex zählt zu den wohl umstrittensten Problemen im Kaufrecht. Der folgende Beitrag will die diesbezügliche Diskussion strukturieren und näher durchleuchten.

## I. Konkurrenzen auf Seiten des Käufers

Ob die Rechtsbehelfe außerhalb des Kaufgewährleistungsrechts neben Letzteres treten oder durch dieses verdrängt werden, lässt sich nicht einheitlich beantworten. Vielmehr muss nach den einzelnen Rechtsbehelfen des Käufers differenziert werden.

### 1. Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB)

Uneinigkeit herrscht dabei zunächst in der Frage, ob ein Käufer auch noch nach dem für das Eingreifen des Kaufgewährleistungsrechts maßgeblichen Zeitpunkt<sup>2</sup> die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) erheben kann.<sup>3</sup> Hierzu der

1. Fall: K kauft bei V einen Toaster. Dabei vereinbaren die Parteien, dass der Kaufpreis erst am nächsten Tag bezahlt werden soll. Zu Hause stellt K fest, dass der Toaster nicht funktioniert und verweigert daraufhin unter Berufung auf § 320 BGB die Kaufpreiszahlung. Zu Recht?

Die wohl h.M.<sup>4</sup> geht davon aus, dass der Käufer auch noch nach dem für das Eingreifen des Kaufgewährleistungsrechts

maßgeblichen Zeitpunkt die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320 BGB erheben könne und führt als Begründung vor allem die Rechtsnatur des Nacherfüllungsanspruchs ins Feld: Wenn nämlich § 320 BGB schon auf den ursprünglichen Erfüllungsanspruch anwendbar sei, dann müsse dies erst Recht auch für den Nacherfüllungsanspruch gelten, da es sich bei diesem lediglich um den modifizierten Erfüllungsanspruch<sup>5</sup> handle.<sup>6</sup> Sollte dem Käufer ausnahmsweise kein Nacherfüllungsanspruch zustehen oder der Verkäufer die Nacherfüllung nach § 439 Abs. 3 BGB verweigern, so könne sich der Käufer unter Zugrundelegung der genannten h.M. ebenfalls auf § 320 BGB berufen, sofern ihm ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung oder ein Surrogat nach § 285 BGB zustehe.<sup>7</sup> Da K im vorliegenden Fall der Nacherfüllungsanspruch unzweifelhaft zusteht, kann er sich nach der genannten Ansicht auf § 320 BGB berufen und die Kaufpreiszahlung verweigern. Zustimmung verdient jedoch die Auffassung, welche § 320 BGB nach dem für das Eingreifen des Gewährleistungsrechts maßgeblichen Zeitpunkt für unanwendbar hält.<sup>8</sup> Zwar kann der Gegenansicht darin zugestimmt werden, dass es sich beim Nacherfüllungsanspruch um einen modifizierten Erfüllungsanspruch handelt, jedoch kann dieser Gesichtspunkt allein eine Anwendung des § 320 BGB nicht begründen, da es bei der aufgeworfenen Streitfrage gerade darum geht, wie weit die Modifikation des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs aus § 433 Abs. 1 BGB reicht.<sup>9</sup> In systematischer Hinsicht streitet für die hier befürwortete Ansicht, dass § 437 BGB die Rechte des Käufers abschließend erwähnt und ein Verweis auf § 320 BGB gerade fehlt.<sup>10</sup> Die hier vertretene Ansicht führt auch nicht dazu, dass der Käufer schutzlos gestellt ist, da diesem richtigerweise zumindest die Möglichkeit offensteht, die allgemeine Mängel einrede zu erheben, mit der er die Kaufpreiszahlung bis zum Ablauf einer angemessenen Überlegungsfrist, innerhalb der er sich für die Wahl eines der in § 437 BGB genannten Rechte entscheidet, verweigern kann.<sup>11</sup> Demnach kann sich K zwar nicht auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) berufen, jedoch kann er im vorliegenden Fall die Kaufpreiszahlung bis zum Ablauf einer angemessenen Überlegungs-

\* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft an der Universität Mannheim sowie studentische Hilfskraft im Mannheimer Büro der Ernestus Rechtsanwaltschaftsgesellschaft mbH.  
<sup>1</sup> Siehe zu den Rechtsbehelfen des Verkäufers *Faust*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 28, Stand: 1.3.2011, § 437 Rn. 200 ff.

<sup>2</sup> Die h.M. stellt auf den Zeitpunkt des (fiktiven) Gefahrübergangs (§§ 446, 447 BGB) ab. Richtigerweise greift das Kaufgewährleistungsrecht nach dem Rechtsgedanken des § 363 BGB aber erst dann ein, wenn der Käufer die Sache als (teilweise) Erfüllung angenommen hat; siehe zu dieser Streitfrage *Bachmann*, AcP 211 (2011), 395, der dafür plädiert, das Gewährleistungsrecht bereits ab Kaufvertragsschluss eingreifen zu lassen.

<sup>3</sup> Siehe zu dieser Streitfrage *Grunewald*, in: Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 245.

<sup>4</sup> *Faust* (Fn. 1), § 437 Rn. 164; *Berger*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2014, § 437 Rn. 29; *Pammler*, in: juris Praxiskommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 437 Rn. 54; *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 437 Rn. 20; *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2014, § 437 Rn. 22.

<sup>5</sup> BGHZ 177, 224 (230); OLG München NJW 2006, 449 (450); OLG Düsseldorf NJW-RR 2008, 1282; *Faust* (Fn. 1), § 439 Rn. 6.

<sup>6</sup> *Faust* (Fn. 1), § 437 Rn. 164; *Pammler* (Fn. 4), § 437 Rn. 54; *Westermann* (Fn. 4), § 437 Rn. 20.

<sup>7</sup> *Faust* (Fn. 1), § 437 Rn. 165 f.; *Matusche-Beckmann* (Fn. 4), § 437 Rn. 22; *Westermann* (Fn. 4), § 437 Rn. 20.

<sup>8</sup> *Grunewald*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2011, § 437 Rn. 6; *Saenger*, in: Handkommentar BGB, 7. Aufl. 2012, § 437 Rn. 23; *Grunewald* (Fn. 3), S. 245 (247 ff.).

<sup>9</sup> *Grunewald* (Fn. 3), S. 245 (247).

<sup>10</sup> *Saenger* (Fn. 8), § 437 Rn. 23; *Grunewald* (Fn. 3), S. 245 (248).

<sup>11</sup> *Grunewald* (Fn. 3), S. 245 (251).

frist, innerhalb derer er sich für einen der kaufrechtlichen Rechtsbehelfe entscheiden muss, verweigern.

## 2. Irrtumsanfechtung (§§ 119 ff. BGB)

Ob die Vorschriften zur Irrtumsanfechtung (§§ 119 ff. BGB) neben den §§ 437 ff. BGB anwendbar sind, lässt sich nicht einheitlich beurteilen. Vielmehr muss zwischen den einzelnen Anfechtungsgründen unterschieden werden. In jedem Fall können jedoch nach wirksamer Anfechtung des Kaufvertrags<sup>12</sup> keine Gewährleistungsrechte mehr geltend gemacht werden, da die Anfechtung den Kaufvertrag nach § 142 Abs. 1 BGB ex tunc beseitigt.<sup>13</sup> Dem Käufer steht dann lediglich ein Anspruch auf Herausgabe des gezahlten Kaufpreises nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zu.

### a) Erklärungs-, Inhalts- und Übermittlungsirrtum (§§ 119 Abs. 1, 120 BGB)

Nach nahezu einhelliger Auffassung schließt das Kaufgewährleistungsrecht das Anfechtungsrecht des Käufers wegen eines Inhalts- und Erklärungsirrtums nach § 119 Abs. 1 BGB nicht aus.<sup>14</sup> Da sich das Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 1 BGB lediglich auf Fehler bei der Willensäußerung bezieht, welche aber von den §§ 437 ff. BGB nicht umfasst sind, können sich § 119 Abs. 1 BGB und §§ 437 ff. BGB richtigerweise gegenseitig nicht ausschließen.<sup>15</sup> Letztgenannte Begründung lässt sich auch auf das Anfechtungsrecht nach § 120 BGB übertragen, da es dabei lediglich um Fehler bei der Willensübermittlung geht.<sup>16</sup>

### b) Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft (§ 119 Abs. 2 BGB)

Besonders umstritten ist hingegen die Rechtslage im Falle eines Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft nach § 119 Abs. 2 BGB.

<sup>12</sup> Ob bei einem mehrseitigen Rechtsgeschäft wie dem Vertrag der Bezugspunkt der Anfechtung die abgegebene Willenserklärung (dafür *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 142 Rn. 9) oder nicht eher das geschlossene Rechtsgeschäft ist (dafür: *Leenen*, Jura 1991, 393 [398]; *ders.*, Jura 2007, 721 [728]), ist umstritten.

<sup>13</sup> Siehe aber zur (umstrittenen) Ausnahme nach einer wirksamen Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB die Ausführungen unten I. 2. c).

<sup>14</sup> *Saenger* (Fn. 8), § 437 Rn. 27; *Berger* (Fn. 4), § 437 Rn. 31; *Pammler* (Fn. 4), § 437 Rn. 66; *Westermann* (Fn. 4), § 437 Rn. 55; *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Aufl. 2013, § 437 Rn. 53; *Schmidt*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2012, § 437 Rn. 69; *Grunewald*, Handbuch des Schuldrechts, Bd. 6: Kaufrecht, 2006, § 9 Rn. 12; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, 8. Aufl. 2009, Rn. 791; *Köster*, Jura 2005, 145 (147); a.A. LG Magdeburg, Urt. v. 21.12.2010 – 10 O 2045/08.

<sup>15</sup> *Berger* (Fn. 4), § 437 Rn. 31; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl. 2013, § 2 Rn. 321; *Köster*, Jura 2005, 145 (147).

<sup>16</sup> *Köster*, Jura 2005, 145 (147).

aa) Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft bezieht sich auf Merkmale der Kaufsache, die einen Mangel im Sinne der §§ 434, 435 BGB begründen

Denkbar ist dabei zunächst die Konstellation, dass sich ein solcher Irrtum auf Merkmale der Kaufsache bezieht, die einen Mangel im Sinne der §§ 434, 435 BGB begründen.

### (1) Ausschluss der Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB

Ob in diesem Fall eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB zulässig ist, wird unterschiedlich beantwortet. Hierzu der

2. Fall: Kunstliebhaber K erwirbt in der Galerie des V eines der Seerosenbilder des Malers Monet für 30 Millionen EUR. Nachdem er das Bild entgegengenommen und in seiner Villa aufgehängt hat stellt sich heraus, dass es sich bei dem Bild um eine Fälschung handelt. K erklärt daraufhin unverzüglich die Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB. Zu Recht?

Zwar stellt die Urheberschaft eines Kunstwerks eine verkehrswesentliche Eigenschaft i.S.v. § 119 Abs. 2 BGB dar,<sup>17</sup> jedoch ist strittig, ob eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB neben den kaufrechtlichen Vorschriften zulässig ist oder von Letzteren verdrängt wird. Teile der Literatur bejahen eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB und begründen dies damit, dass die Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB zur Schadensersatzpflicht nach § 122 BGB führe und dem Käufer damit nicht die gleiche Rechtsstellung wie die kaufrechtlichen Vorschriften sichere.<sup>18</sup> Demnach könnte K die Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB erklären. Beizupflichten ist aber der h.M., nach der eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB ausgeschlossen ist.<sup>19</sup> Für sie streitet nicht nur, dass die kaufrechtliche Verjährungsfrist grundsätzlich zwei Jahre beträgt (§ 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB), wohingegen eine Anfechtung wegen eines Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB nach § 121 BGB unter Umständen auch noch innerhalb von zehn Jahren ab Abgabe der Willenserklärung erklärt werden könnte,<sup>20</sup> sondern auch, dass eine Anfechtungsmöglichkeit nach § 119 Abs. 2 BGB den Ausschluss der Haftung nach § 442 Abs. 1 S. 2 BGB leerlaufen lassen würde.<sup>21</sup> Folglich kann K nicht nach § 119 Abs. 2

<sup>17</sup> BGHZ 63, 369 (371); BGH NJW 1988, 2597 (2599); *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 119 Rn. 135.

<sup>18</sup> *Faust* (Fn. 1), § 437 Rn. 182; *Maifeld*, in: Eckert/Maifeld/Matthiessen, Handbuch des Kaufrechts, 2007, Rn. 846.

<sup>19</sup> OLG Brandenburg, Urt. v. 7.8.2008 – 5 U 63/07; *Pammler* (Fn. 4), § 437 Rn. 67; *Weidenkaff* (Fn. 14), § 437 Rn. 53; *Schmidt* (Fn. 14), § 437 Rn. 70; *Reinicke/Tiedtke* (Fn. 14), Rn. 792 f.; *Oetker/Maultzsch* (Fn. 15), § 2 Rn. 317 f.; *Köster*, Jura 2005, 145 (146 f.); ebenso (bezogen auf die Rechtslage vor der Schuldrechtsreform) BGHZ 34, 32 (34); 78, 216 (218); OLG Düsseldorf NJW 1971, 436 (438).

<sup>20</sup> *Reinicke/Tiedtke* (Fn. 14), Rn. 793.

<sup>21</sup> *Reinicke/Tiedtke* (Fn. 14), Rn. 793; *Oetker/Maultzsch* (Fn. 15), § 2 Rn. 317; *Köster*, Jura 2005, 145 (146).

BGB anfechten, sondern lediglich die ihm nach § 437 BGB zustehenden Gewährleistungsrechte geltend machen.

### (2) Zeitpunkt des Ausschlusses

Innerhalb der h.M., die in der vorgenannten Konstellation eine Anfechtungsmöglichkeit des Käufers nach § 119 Abs. 2 BGB verneint, ist jedoch umstritten, ab welchem Moment der Anfechtungsausschluss gilt. Hierzu der

3. Fall: K kauft bei V eines der „Seerosenbilder“ des Künstlers Monet. Dabei vereinbaren die Parteien, dass V das Gemälde erst eine Woche nach Kaufvertragsabschluss an K zuschicken soll. Einen Tag bevor das Gemälde verschickt werden soll erfährt K, dass es sich bei dem genannten Gemälde um eine Fälschung handelt. K ficht unverzüglich den Vertrag nach § 119 Abs. 2 BGB an. Zu Recht?

Zwar steht K nach der oben dargestellten h.M. die Anfechtungsmöglichkeit nach § 119 Abs. 2 BGB nicht zu, jedoch herrscht innerhalb dieser Ansicht Uneinigkeit darüber, ab wann dieser Anfechtungsausschluss gilt. Teilweise wird dieser erst ab dem für das Eingreifen der §§ 437 ff. BGB maßgeblichen Zeitpunkt angenommen, da die Gewährleistungsrechte erst ab diesem Moment entstehen und daher auch erst von diesem Moment an eine Ausschlusswirkung entfalten können.<sup>22</sup> Je nach dem, auf welchen Zeitpunkt man für das Eingreifen des Kaufgewährleistungsrechts abstellt, muss man den Anfechtungsausschluss im vorliegenden Fall verneinen oder bejahen. Zustimmung verdient jedoch die wohl h.M., welche den Anfechtungsausschluss stets schon ab Kaufvertragsabschluss annimmt.<sup>23</sup> Dafür spricht insbesondere, dass der Käufer ansonsten mittels der Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB die Regelung des § 442 BGB umgehen könnte.<sup>24</sup>

### (3) Vertraglicher Gewährleistungsausschluss

Ferner besteht innerhalb der anfangs genannten h.M. Uneinigkeit darüber, ob ein vertraglicher Gewährleistungsausschluss auch das Anfechtungsrecht aus § 119 Abs. 2 BGB erfasst oder durch diesen wieder auflebt. Hierzu der

4. Fall: K kauft bei V unter Ausschluss der Gewährleistung einen gebrauchten Pkw für 5.000 EUR. Nach Entgegennahme des Pkw stellt ein Gutachter fest, dass es sich bei diesem um einen Unfallwagen handelt und die Bremsen nicht richtig funktionieren. Beides war dem V im Moment

des Verkaufs nicht bekannt. K erklärt unverzüglich die Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB. Zu Recht?

Spätestens ab dem Moment der Annahme des Wagens als Erfüllung (§ 363 BGB) hätten K die Gewährleistungsrechte aus § 437 BGB zugestanden. Da jedoch zwischen V und K ein Gewährleistungsausschluss (§ 444 BGB) besteht, stellt sich die umstrittene Frage, ob der vertragliche Gewährleistungsausschluss auch das Anfechtungsrecht aus § 119 Abs. 2 BGB mitumfasst. Da der Ausschluss der Irrtumsanfechtung nicht auf dem Gewährleistungsausschluss selbst beruht, sondern das Anfechtungsrecht kraft Gesetzes aufgrund der in §§ 437 ff. BGB getroffenen Sonderregelungen ausgeschlossen ist,<sup>25</sup> kann die Irrtumsanfechtung nach h.M. richtigerweise nicht dadurch wiederaufleben, dass die Kaufvertragsparteien die Gewährleistung in zulässiger Weise vertraglich abbedungen haben.<sup>26</sup> Demnach kann K nicht nach § 119 Abs. 2 BGB anfechten.

### bb) Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft bezieht sich auf Merkmale der Kaufsache, die keinen Mangel im Sinne der §§ 434, 435 BGB begründen

Die bisherigen Ausführungen bezogen sich darauf, dass sich der Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft auf Merkmale der Kaufsache bezog, die einen Mangel im Sinne der §§ 434, 435 BGB darstellten.

### (1) Ausschluss der Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB

Unklar ist, wie die Rechtslage zu beurteilen ist, wenn sich der Irrtum auf Merkmale bezieht, die keinen Mangel im vorgenannten Sinn begründen. Hierzu der

5. Fall:<sup>27</sup> V verkauft K am 01.05.2012 einen gebrauchten, aber sehr gut erhaltenen Pkw VW Scirocco GTI. Als Tag der Erstzulassung ist im schwer lesbaren Fahrzeug-Brief (seit 1.10.2005: Zulassungsbescheinigung Teil II; § 12 Fahrzeug-Zulassungsverordnung) der 4.10.1976 eingetragen. K entziffert jedoch den 4.10.1978 als Erstzulassungsdatum und geht davon aus, dass es sich bei dem Pkw um ein von Liebhabern besonders geschätztes, ab 1978 hergestelltes Modell des VW Scirocco GTI handelt. Dabei unterlässt es K, eine entsprechende Beschaffenheitsvereinbarung mit V abzuschließen. Das tatsächliche Alter des Fahrzeugs schmälert aber nicht die Fahrtauglichkeit des Fahrzeugs. K zahlt den Kaufpreis und V übereignet ihm den Pkw.

<sup>22</sup> Matusche-Beckmann (Fn. 4), § 437 Rn. 29; im Ergebnis ebenso Grunewald (Fn. 8), Vor § 437 Rn. 25; Grunewald (Fn. 14), § 9 Rn. 16.

<sup>23</sup> Berger (Fn. 4), § 437 Rn. 32; Pammler (Fn. 4), § 437 Rn. 67; Schmidt (Fn. 14), § 437 Rn. 70; Matusche-Beckmann (Fn. 4), § 437 Rn. 18; Oetker/Maultzsch (Fn. 15), § 2 Rn. 318; Reinicke/Tiedtke (Fn. 14), Rn. 799; Köster, Jura 2005, 145 (147).

<sup>24</sup> Oetker/Maultzsch (Fn. 15), § 2 Rn. 318; Reinicke/Tiedtke (Fn. 14), Rn. 799; Köster, Jura 2005, 145 (147).

<sup>25</sup> BGHZ 63, 369 (376); Reinicke/Tiedtke (Fn. 14), Rn. 796.

<sup>26</sup> BGHZ 63, 369 (376); OLG Brandenburg, Urt. v. 7.8.2008 – 5 U 63/07; Reinicke/Tiedtke (Fn. 14), Rn. 802; Grunewald (Fn. 14), § 9 Rn. 14; ebenso (im Falle des gesetzlichen Gewährleistungsausschlusses nach § 56 S. 3 ZVG) BGH NJW-RR 2008, 222 (223) sowie (für den Fall des gesetzlichen Gewährleistungsausschlusses nach § 283 AO) OLG Brandenburg NJW-RR 2010, 1723 (1724); a.A. OLG Stuttgart NJW 1989, 2547.

<sup>27</sup> Der Fall ist – in leicht abgewandelter Form – der Entscheidung OLG Stuttgart NJW 1989, 2547 f. nachgebildet.

Nachdem ein Gutachter dem K das tatsächliche Erstzulassungsdatum mitteilt, ficht K am 15.5.2012 den Kaufvertrag nach § 119 Abs. 2 BGB an. Zu Recht?

Das falsche Datum der Erstzulassung kann hier nichts als Sachmangel angesehen werden,<sup>28</sup> da weder eine Beschaffensvereinbarung<sup>29</sup> abgeschlossen wurde (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB) noch hat das falsche Datum Auswirkungen auf die Fahrtüchtigkeit des Wagens (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB). Es stellt sich daher die Frage, ob dem K in dieser Situation die Möglichkeit der Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB offensteht. Während die wohl h.M. hier eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB zulässt,<sup>30</sup> lehnen Teile der Literatur diese zu Recht ab.<sup>31</sup> Für letztere Ansicht spricht vor allem, dass es widersprüchlich erscheint, einem Käufer, der zusammen mit dem Verkäufer die betreffende Eigenschaft zum Inhalt einer Beschaffensvereinbarung im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB gemacht hat, das Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 2 BGB abzuspochen (siehe oben I. 2. b) aa) (1), während man einem Käufer, der eine entsprechende Absicherung versäumt oder unterlassen hat, das Anfechtungsrecht einräumt.<sup>32</sup> Um eine Gleichbehandlung zwischen den Käufern zu gewährleisten, muss daher eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB auch hier stets ausscheiden. Folglich kann K nicht nach § 119 Abs. 2 BGB anfechten.

### (2) Zeitpunkt des Ausschlusses

Die genannte Gleichbehandlung zwischen den Käufern erstreckt sich richtigerweise auch auf den Zeitpunkt des Anfechtungsausschlusses, so dass dieser auch hier schon ab Kaufvertragsabschluss anzunehmen ist (siehe die Ausführungen oben I. 2. b) aa) (2), welche hier entsprechend gelten).

### (3) Vertraglicher Gewährleistungsausschluss

Ferner scheidet auch hier die Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB im Falle eines wirksamen vertraglichen Gewährleistungsausschlusses (§ 444 BGB) aus (siehe die Ausführungen oben I. 2. b) aa) (3), welche hier entsprechend gelten).

<sup>28</sup> Ebenso (bezogen auf die Rechtslage vor der Schuldrechtsreform) OLG Stuttgart NJW 1989, 2547.

<sup>29</sup> Hätten die Parteien hingegen das Datum der Erstzulassung des Pkw in den Kaufvertrag mitaufgenommen, so wäre eine konkludente Beschaffensvereinbarung anzunehmen gewesen (OLG Karlsruhe NJW 2004, 2456).

<sup>30</sup> Grunewald (Fn. 8), Vor § 437 Rn. 24; Matusche-Beckmann (Fn. 4), § 437 Rn. 39; Grunewald (Fn. 14), § 9 Rn. 14; Oetker/Maultzsch (Fn. 15), § 2 Rn. 319; ebenso (bezogen auf die Rechtslage vor der Schuldrechtsreform) BGHZ 72, 252 (253 f.).

<sup>31</sup> Weidenkaff (Fn. 14), § 437 Rn. 53; Schmidt (Fn. 14), § 437 Rn. 70; Reinicke/Tiedtke (Fn. 14), Rn. 801 f.

<sup>32</sup> Vgl. Reinicke/Tiedtke (Fn. 14), Rn. 802.

### c) Arglistige Täuschung und widerrechtliche Drohung (§ 123 Abs. 1 BGB)

Es besteht weitestgehend Einigkeit darin, dass eine Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung durch die §§ 437 ff. BGB nicht ausgeschlossen wird.<sup>33</sup> Zwar steht dies in Widerspruch zu der von der Rechtsprechung und dem Schrifttum oft verwendeten Aussage, dass das Gewährleistungsrecht eine abschließende Regelung darstellt,<sup>34</sup> jedoch kann man diesen Einwand dadurch entkräften, indem man auf die mangelnde Schutzbedürftigkeit des Verkäufers in dieser Situation hinweist.<sup>35</sup> Ob dem arglistig getäuschten Käufer nach der Anfechtung weiterhin vertragliche Schadensersatzansprüche zustehen, wird zwar unterschiedlich beantwortet,<sup>36</sup> jedoch ist diese Frage mit der h.M. richtigerweise zu verneinen,<sup>37</sup> da durch die Anfechtung der abgeschlossene Kaufvertrag (und damit der Anknüpfungspunkt für alle vertraglichen Ansprüche) nach § 142 Abs. 1 BGB ex tunc wegfällt.<sup>38</sup>

### 3. Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB)

Nach ganz h.M. ist § 313 BGB nicht anwendbar, wenn sich die Störung der Geschäftsgrundlage auf Umstände bezieht, die einen Mangel nach §§ 434, 435 BGB begründen.<sup>39</sup> Dies lässt sich damit begründen, dass die kaufrechtlichen Regelungen

<sup>33</sup> OLG Rostock, Urt. v. 31.7.2006 – 3 U 160/05; Faust (Fn. 1), § 437 Rn. 184; Saenger (Fn. 8), § 437 Rn. 26; Berger (Fn. 4), § 437 Rn. 31; Schmidt (Fn. 14), § 437 Rn. 71; Grunewald (Fn. 14), § 9 Rn. 18; Oetker/Maultzsch (Fn. 15), § 2 Rn. 322; Reinicke/Tiedtke (Fn. 14), Rn. 803; ebenso (bezogen auf eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung): Pammler (Fn. 4), § 437 Rn. 69; OLG Saarbrücken NJW-RR 2010, 125 (126); LG Magdeburg, Urt. v. 21.12.2010 – 10 O 2045/08; a.A. Roth, JZ 2006, 1026 (1027 f.).

<sup>34</sup> Matusche-Beckmann (Fn. 4), § 437 Rn. 45; ebenso (bezogen auf die Rechtslage vor der Schuldrechtsreform) Köhler, JA 1982, 157.

<sup>35</sup> Saenger (Fn. 8), § 437 Rn. 26; Berger (Fn. 4), § 437 Rn. 31; Pammler (Fn. 4), § 437 Rn. 69; Oetker/Maultzsch (Fn. 15), § 2 Rn. 322; Reinicke/Tiedtke (Fn. 14), Rn. 803; Köster, Jura 2005, 145 (147).

<sup>36</sup> Dafür Derleder, NJW 2004, 969; dagegen Höpfner, NJW 2004, 2865.

<sup>37</sup> OLG Saarbrücken NJW-RR 2010, 125 (126); Matusche-Beckmann (Fn. 4), § 437 Rn. 46; ebenso (bezogen auf die Rechtslage vor der Schuldrechtsreform) OLG Karlsruhe NJW-RR 1986, 542.

<sup>38</sup> OLG Saarbrücken NJW-RR 2010, 125 (126); Höpfner, NJW 2004, 2865.

<sup>39</sup> OLG Brandenburg, Urt. v. 7.8.2008 – 5 U 63/07; OLG Hamm, Urt. v. 13.12.2010 – 22 U 120/10, I-22 U 120/10; Faust (Fn. 1), § 437 Rn. 185; Pammler (Fn. 4), § 437 Rn. 76; Weidenkaff (Fn. 14), § 437 Rn. 55; Matusche-Beckmann (Fn. 4), § 437 Rn. 43; Oetker/Maultzsch (Fn. 15), § 2 Rn. 323; ebenso (bezogen auf die Rechtslage vor der Schuldrechtsreform) BGHZ 98, 100 (103); OLG Düsseldorf NJW 1971, 436 (438).

gen dem Käufer ein ausdifferenziertes System bereitstellen, welches dazu führt, dass die von § 313 BGB geforderte Unzumutbarkeit des Festhaltens am geschlossenen Vertrag für den Käufer verneint werden muss.<sup>40</sup> Entsprechend der Rechtslage bei der Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB gilt dieser Ausschluss richtigerweise bereits vor dem für das Eingreifen der §§ 437 ff. BGB maßgeblichen Zeitpunkt<sup>41</sup> sowie im Falle eines Gewährleistungsausschlusses.<sup>42</sup> Bezieht sich hingegen die Störung der Geschäftsgrundlage nicht auf Umstände, die einen Mangel im Sinne der §§ 434, 435 BGB begründen, ist § 313 BGB nach einhelliger Auffassung neben den kaufrechtlichen Regelungen anwendbar.<sup>43</sup>

#### 4. Haftung aus culpa in contrahendo (§§ 280 Abs. 1, 311, 241 Abs. 2 BGB)

Macht der Verkäufer vor Vertragsschluss Falsch- oder Nichtangaben zum Kaufgegenstand, so kann er aufgrund einer vorvertraglichen Pflichtverletzung nach §§ 280 Abs. 1, 311, 241 Abs. 2 BGB (culpa in contrahendo) haften. Ob eine solche Haftung neben den kaufrechtlichen Vorschriften zuzulassen ist, ist jedoch (teilweise) umstritten.

##### a) Falsch- oder Nichtangabe bezieht sich nicht auf einen Mangel im Sinne der §§ 434, 435 BGB

Bezieht sich die Falsch- oder Nichtangabe von Umständen nicht auf einen Mangel im Sinne der §§ 434, 435 BGB, so besteht Einigkeit darin, dass eine Haftung aus culpa in contrahendo (§§ 280 Abs. 1, 311, 241 Abs. 2 BGB) uneingeschränkt zuzulassen ist.<sup>44</sup> Dies gilt auch für den Fall selbständiger (auf einem Beratungsvertrag beruhender) Beratungspflichten<sup>45</sup> und sonstiger – meist aus der Verkehrssitte hergeleiteter<sup>46</sup> – Beratungspflichten,<sup>47</sup> deren Verletzung nicht zu einem Mangel im Sinne der §§ 434, 435 BGB führt.

<sup>40</sup> Dahingehend Faust (Fn. 1), § 437 Rn. 185.

<sup>41</sup> Faust (Fn. 1), § 437 Rn. 185; Grunewald (Fn. 8), Vor § 437 Rn. 21; Pammler (Fn. 4), § 437 Rn. 76; Grunewald (Fn. 14), § 9 Rn. 27; a.A. BGH JZ 1977, 177.

<sup>42</sup> Faust (Fn. 1), § 437 Rn. 185; Grunewald (Fn. 8), Vor § 437 Rn. 19; Matusche-Beckmann (Fn. 4), § 437 Rn. 43; Grunewald (Fn. 14), § 9 Rn. 27; ebenso (bezogen auf die Rechtslage vor der Schuldrechtsreform) BGHZ 117, 159 (163 f.).

<sup>43</sup> Saenger (Fn. 8), § 437 Rn. 28; Oetker/Maultzsch (Fn. 15), § 2 Rn. 325.

<sup>44</sup> OLG Hamm NJW-RR 2003, 1360 (1361); Faust (Fn. 1), § 437 Rn. 190; Emmerich, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 311 Rn. 96 f.; Matusche-Beckmann (Fn. 4), § 437 Rn. 86; Grunewald (Fn. 14), § 9 Rn. 21; Reini-cke/Tiedtke (Fn. 14), Rn. 843; Häublein, NJW 2003, 388 (392).

<sup>45</sup> Stadler, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2014, § 311 Rn. 38; Oetker/Maultzsch (Fn. 15), § 2 Rn. 327 f.; ebenso (bezogen auf die Rechtslage vor der Schuldrechtsreform) BGH NJW 1997, 3227 (3228); BGH NJW 1999, 3192 (3193 f.).

<sup>46</sup> Matusche-Beckmann (Fn. 4), § 437 Rn. 79.

##### b) Falsch- oder Nichtangabe bezieht sich auf einen Mangel im Sinne der §§ 434, 435 BGB

Uneinheitlich wird jedoch die Rechtslage beurteilt, wenn sich die vorvertragliche Pflichtverletzung des Verkäufers auf einen Mangel im Sinne der §§ 434, 435 BGB bezieht.

##### aa) Ausschluss der culpa in contrahendo

Streit herrscht dabei zunächst in der Frage, ob eine Haftung aus culpa in contrahendo ausgeschlossen oder neben dem Kaufgewährleistungsrecht zuzulassen ist. Hierzu der

6. Fall:<sup>48</sup> V inseriert auf einer Internetanzeigepattform eine Anzeige für seinen gebrauchten Pkw. Im Anzeigentext gibt er die Laufleistung mit 200.000 km und den Kaufpreis mit 2.000 EUR an. K meldet sich bei V und möchte den Pkw kaufen. Im Kaufvertrag ist unter dem Punkt „Gesamtfahrleistung nach Angaben des Vorbesitzers“ handschriftlich „200.000 km“ vermerkt, was auch dem vom Tacho zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ausgewiesenen Kilometerstand entspricht. Als Vorbesitzer waren aus dem Kfz-Brief insgesamt fünf Vorbesitzer ersichtlich. V erwarb den Wagen jedoch von einem nicht im Kfz-Brief eingetragenen Vorbesitzer, worüber V den K bei Abschluss des Kaufvertrags nicht informiert hat, obwohl sich K intensiv nach den wertbildenden Eigenschaften des Fahrzeugs erkundigt hat. Die tatsächliche Laufleistung betrug zum Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses 300.000 km. Nach fünf Monaten wird K von Dritten über diesen Umständen informiert. Steht K in dieser Situation ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311, 241 Abs. 2 BGB zu?

Der falsche Kilometerstand stellt einen bei Gefahrübergang vorhandenen Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB dar,<sup>49</sup> so dass K spätestens nach Annahme des Fahrzeugs die Gewährleistungsrechte nach § 437 BGB zustanden. Darüber hinaus war V im vorliegenden Fall verpflichtet, den K über den nicht im Kfz-Brief eingetragenen Vorbesitzer aufzuklären, da K ohne einen entsprechenden Hinweis davon ausging, dass V das Fahrzeug von demjenigen übernommen hat, der als letzter Halter in dem Kraftfahrzeugbrief eingetragen war. Hat ein Verkäufer das Fahrzeug kurze Zeit vor dem Weiterverkauf selbst von einer Person unbekannter Identität erworben, liegt der Verdacht nahe, dass es während der Besitzzeit des unbekanntem Voreigentümers – wie im vorliegenden Fall – zu Manipulationen am Kilometerzähler oder einer sonstigen unsachgemäßen Behandlung des Fahrzeugs gekommen ist.<sup>50</sup> Die Verlässlichkeit der Angaben des Verkäufers zum Fahrzeug wird dadurch grundlegend entwertet. Insbesondere kommt der

<sup>47</sup> Stadler (Fn. 45), § 311 Rn. 38; ebenso (bezogen auf die Rechtslage vor der Schuldrechtsreform) BGHZ 88, 130 (135); BGH NJW 1984, 2938.

<sup>48</sup> Der Fall ist – in leicht abgewandelter Form – der Entscheidung BGH NJW 2010, 858 f. nachgebildet.

<sup>49</sup> LG Karlsruhe, Urt. v. 15.2.2010 – 1 S59/09.

<sup>50</sup> BGH NJW 2010, 858.

Kilometerstandanzeige und den Aussagen zur „Gesamtfahrleistung nach Angabe des Vorbesitzers“ hinsichtlich der tatsächlichen Fahrleistung in einem solchen Fall keine nennenswerte Bedeutung zu.<sup>51</sup> Da V diese Aufklärungspflichtverletzung auch vorsätzlich begangen hat, stünde K auch ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311, 241 Abs. 2 BGB zu. Strittig ist jedoch, ob ein solcher Anspruch neben dem Kaufgewährleistungsrecht zuzulassen ist. Teile der Literatur wollen Ansprüche aus culpa in contrahendo neben solchen aus dem Gewährleistungsrecht nach §§ 437 ff. BGB treten lassen.<sup>52</sup> Es wird dabei das Argument ins Feld geführt, dass die Haftung aus culpa in contrahendo und das Gewährleistungsrecht jeweils unterschiedliche Zwecke verfolgen und jeweils eigenständigen Voraussetzungen unterliegen, so dass sich die Haftungssysteme gegenseitig nicht ausschließen können: Während nämlich die Haftung aus culpa in contrahendo das informationelle Defizit der falsch aufgeklärten Partei ausgleichen solle, gehe es demgegenüber im Gewährleistungsrecht darum, dass die Istbeschaffenheit des Kaufgegenstandes nicht mit seiner Sollbeschaffenheit übereinstimme.<sup>53</sup> Demnach stünde K ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311, 241 Abs. 2 BGB zu. Zustimmung verdient jedoch die h.M., welche davon ausgeht, dass die Haftung aus culpa in contrahendo neben den §§ 437 ff. BGB grundsätzlich nicht anwendbar ist.<sup>54</sup> Dies wird damit begründet, dass der Vorrang des Gewährleistungsrechts in Form der Nacherfüllung nicht dadurch umgangen werden darf, dass die falsch aufgeklärte Vertragspartei im Rahmen der Haftung des Verkäufers aus culpa in contrahendo Naturalrestitution in Form der Vertragsaufhebung verlangen darf.<sup>55</sup> Zudem dürfen die Unterschiede bei der Verjährung nicht vernachlässigt werden.<sup>56</sup> Während Gewährleistungsansprüche in der Regel nach zwei Jahren verjähren (§ 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB), unterliegen Ansprüche aus §§ 280 Abs. 1, 311, 241 Abs. 2 BGB grundsätzlich einer dreijährigen Verjährungsfrist nach §§ 195, 199 BGB.<sup>57</sup> Innerhalb der genannten h.M. herrscht jedoch Streit darüber, ob der Vorrang des Gewährleistungsrechts auch im Falle vorsätzlicher Pflichtverletzung gilt. Zwar wird dies von Teilen der Literatur bejaht,<sup>58</sup> jedoch wird überwiegend zu Recht dafür plädiert, im Falle einer

vorsätzlichen Pflichtverletzung die Haftung aus culpa in contrahendo neben das Gewährleistungsrecht treten zu lassen.<sup>59</sup> Dafür spricht, dass der Verkäufer im Falle vorsätzlichen Verhaltens nicht schutzwürdig ist.<sup>60</sup> Mithin könnte K, da V ihn vorsätzlich nicht über die Vorbesitzer informiert hat, im vorliegenden Fall einen Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311, 241 Abs. 2 BGB geltend machen.

#### bb) Zeitpunkt

Ferner ist umstritten, ab welchem Zeitpunkt der Ausschluss der Haftung aus culpa in contrahendo eintritt. Die wohl h.M. nimmt den Ausschluss erst ab dem für das Eingreifen des Gewährleistungsrechts maßgeblichen Zeitpunkt an.<sup>61</sup> Als Begründung wird angeführt, dass es dem Käufer nicht zugemutet werden könne, eine mangelbehaftete Sache anzunehmen, um überhaupt in den Genuss der kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte zu kommen.<sup>62</sup> Richtigerweise ist jedoch der Ausschluss bereits ab Vertragsschluss zu bejahen, da man ansonsten dem Verkäufer die Möglichkeit der Nacherfüllung nehmen würde.<sup>63</sup>

#### 5. Haftung wegen der Verletzung (nach-)vertraglicher Nebenpflichten (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB)

Nach allgemeiner Auffassung richtet sich die Haftung des Verkäufers wegen der Verletzung (nach-)vertraglicher Nebenpflichten nach den §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB.<sup>64</sup> Unklar ist jedoch, ob diese Haftung durch das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht ausgeschlossen ist oder über § 437 BGB herzu-leiten ist (was zur Folge hätte, dass sie den kaufgewährleistungsrechtlichen Beschränkungen unterliegen würde). Diesbezüglich gilt es richtigerweise wie folgt zu unterscheiden:<sup>65</sup>

#### a) Nicht mangelbezogene Nebenpflichten

Hat der Verkäufer eine nachvertragliche Nebenpflichtverletzung, die mit der Sach- oder Rechtsmangelfreiheit der Sache nichts zu tun hat, begangen, so entfalten die §§ 437 ff. BGB in dieser Situation keine Ausschlusswirkung und der

<sup>51</sup> BGH NJW 2010, 858; OLG Bremen NJW 2003, 3713 f.

<sup>52</sup> Faust (Fn. 1), § 437 Rn. 190; Emmerich (Fn. 44), § 311 Rn. 143 f.; Häublein, NJW 2003, 388 (392).

<sup>53</sup> Faust (Fn. 1), § 437 Rn. 190.

<sup>54</sup> BGHZ 180, 205 (212); BGH NJW 2010, 858 (859); OLG Stuttgart, Urt. v. 7.7.2010 – 3 U 82/09; Grunewald (Fn. 8), Vor § 437 Rn. 15; Pammler (Fn. 4), § 437 Rn. 71; Weidenkaff (Fn. 14), § 437 Rn. 51a; Schmidt (Fn. 14), § 437 Rn. 74; Matusche-Beckmann (Fn. 4), § 437 Rn. 73 ff.; Grunewald (Fn. 14), § 9 Rn. 21; Reinicke/Tiedtke (Fn. 14), Rn. 860; Köster, Jura 2005, 145 (147 f.).

<sup>55</sup> BGHZ 180, 205 (213); Berger (Fn. 4), § 437 Rn. 34; Reinicke/Tiedtke (Fn. 14), Rn. 860.

<sup>56</sup> Zweifelnd an diesem Begründungsansatz BGHZ 180, 205 (213).

<sup>57</sup> Reinicke/Tiedtke (Fn. 14), Rn. 860; Weiler, ZGS 2002, 249 (253).

<sup>58</sup> Köster, Jura 2005, 145 (148); Weiler, ZGS 2002, 249 (254).

<sup>59</sup> BGHZ 180, 205 (212); BGH NJW 2010, 858 (859); OLG Köln NJW 2005, 1666; OLG Stuttgart, Urt. v. 7.7.2010 – 3 U 82/09; Berger (Fn. 4), § 437 Rn. 34; Pammler (Fn. 4), § 437 Rn. 74; Weidenkaff (Fn. 14), § 437 Rn. 51b; Schmidt (Fn. 14), § 437 Rn. 74; Matusche-Beckmann (Fn. 4), § 437 Rn. 74; Grunewald (Fn. 14), § 9 Rn. 21; Reinicke/Tiedtke (Fn. 14), Rn. 861; St. Lorenz, NJW 2006, 1925 (1927); ders., NJW 2007, 1 (4); offenlassend OLG Saarbrücken NJW-RR 2010, 125 (127).

<sup>60</sup> BGHZ 180, 205 (214); Pammler (Fn. 4), § 437 Rn. 74; Reinicke/Tiedtke (Fn. 14), Rn. 861.

<sup>61</sup> Grunewald (Fn. 14), § 9 Rn. 21.

<sup>62</sup> Grunewald (Fn. 14), § 9 Rn. 21.

<sup>63</sup> Pammler (Fn. 4), § 437 Rn. 72 i.V.m. Rn. 67.

<sup>64</sup> Faust (Fn. 1), § 437 Rn. 191; Weidenkaff (Fn. 14), § 437 Rn. 52; Matusche-Beckmann (Fn. 4), § 437 Rn. 53 ff.

<sup>65</sup> So bereits Faust (Fn. 1), § 437 Rn. 191 ff.

Verkäufer haftet nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB.<sup>66</sup> Hierunter fallen z.B. die Fälle, in denen der Verkäufer oder seine Erfüllungsgehilfen im Rahmen der Lieferung der Kaufsache oder im Rahmen der Nacherfüllung Eigentum des Käufers beschädigen.<sup>67</sup>

#### b) Mangelbezogene Nebenpflicht

Verletzt hingegen der Verkäufer eine mangelbezogene Nebenpflicht, ist danach zu differenzieren, ob die nachvertragliche Pflichtverletzung vor oder nach Gefahrübergang zur Mangelhaftigkeit der Kaufsache führt.

##### aa) Nachvertragliche Nebenpflichtverletzung führt vor Gefahrübergang zur Mangelhaftigkeit der Kaufsache

Führt die Nebenpflichtverletzung dazu, dass die Sache vor Gefahrübergang mangelhaft wird, so entfaltet das Sachgewährleistungsrecht eine Sperrwirkung gegenüber der Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB.<sup>68</sup> Dafür spricht, dass die eigentliche Pflichtverletzung hier darin besteht, dass der Kaufgegenstand bei Gefahrübergang nicht mangelfrei ist.<sup>69</sup> Hierunter fällt z.B. der Fall der fehlenden Typ-Prüfung eines Krans,<sup>70</sup> die dazu führt, dass der Kran als mangelbehaftet i.S.v. § 434 Abs. 1 BGB angesehen werden muss.

##### bb) Nebenpflichtverletzung führt nach Gefahrübergang zur Mangelhaftigkeit der Kaufsache

Das Gewährleistungsrecht entfaltet aber auch dann eine Sperrwirkung gegenüber der Haftung nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB, wenn die Nebenpflichtverletzung dazu führt, dass die Sache nach Gefahrübergang, aber *noch vor* der Annahme der Kaufsache durch den Käufer mangelhaft wird.<sup>71</sup> Hierunter fällt z.B. der Fall, dass die Kaufsache auf dem Transportweg wegen einer mangelhaften Verpackung beschädigt wird.<sup>72</sup> Hingegen ist die Rechtslage richtigerweise anders zu beurteilen, wenn die Kaufsache infolge einer Nebenpflichtverletzung beschädigt wird, *nachdem* sie der Käufer angenommen hat. Hierzu der

7. Fall: Verkäufer V verkauft dem Käufer K einen gebrauchten Flachbildfernseher für 1.000 EUR. Dabei vereinbaren K und V, dass V den Fernseher zu ihm nach Hause liefern und anschließen soll. Nachdem der Fernse-

her erfolgreich angeschlossen wurde, will V die Verpackung entsorgen. Dabei beschädigt er fahrlässig den Flachbildfernseher. K verlangt von V Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB. Zu Recht?

Richtigerweise entfaltet das Gewährleistungsrecht gegenüber §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB keine Sperrwirkung, wenn der Verkäufer die Kaufsache beschädigt, nachdem der Käufer diese angenommen hat.<sup>73</sup> Denn hier steht der Verkäufer der Kaufsache wie ein Dritter gegenüber,<sup>74</sup> so dass eine Beschränkung der Rechtsbehelfe des Käufers nicht sachgerecht erscheint.<sup>75</sup>

##### 6. Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB)

Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) sind nach h.M. ausgeschlossen, soweit die §§ 437 ff. BGB anwendbar sind.<sup>76</sup> Dies lässt sich damit begründen, dass man andernfalls die detaillierte und ausdifferenzierte Verteilung von Rechten und Pflichten zwischen Käufer und Verkäufer nach Lieferung einer mangelhaften Kaufsache unterlaufen würde.<sup>77</sup>

##### 7. Bereicherungsrecht (§§ 812 ff. BGB)

Hinsichtlich der Anwendbarkeit der §§ 812 ff. BGB gilt es zu beachten, dass die bloße Mangelhaftigkeit der Kaufsache keine Rechtsgrundlosigkeit des gezahlten Kaufpreises begründet.<sup>78</sup> Folglich können das Bereicherungsrecht und das Kaufgewährleistungsrecht in dieser Hinsicht nicht miteinander konkurrieren.<sup>79</sup> Erklärt jedoch der Käufer die Anfechtung, richtet sich die Rückabwicklung nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 i.V.m. § 818 BGB. Die Erklärung des Rücktritts statt der Anfechtung und die damit einhergehende Rückabwicklung über das kaufrechtliche Rücktrittsrecht nach § 437 Nr. 2 Alt. 1 i.V.m. §§ 323, 346 ff. BGB dürfte für den Käufer aber in den meisten Fällen günstiger sein.

##### 8. Deliktsrecht (§§ 823 ff. BGB)

Hinsichtlich des Konkurrenzverhältnisses zwischen Gewährleistungsrecht und Deliktsrechts besteht allgemein Einigkeit

<sup>66</sup> Faust (Fn. 1), § 437 Rn. 196; Berger (Fn. 4), § 437 Rn. 35; Matusche-Beckmann (Fn. 4), § 437 Rn. 55.

<sup>67</sup> Faust (Fn. 1), § 437 Rn. 196; weitere Beispiele bei Berger (Fn. 4), § 437 Rn. 35.

<sup>68</sup> Faust (Fn. 1), § 437 Rn. 192; Reinicke/Tiedtke (Fn. 14), Rn. 834.

<sup>69</sup> Faust (Fn. 1), § 437 Rn. 192; Reinicke/Tiedtke (Fn. 14), Rn. 834.

<sup>70</sup> Faust (Fn. 1), § 437 Rn. 192; ebenso (bezogen auf die Rechtslage vor der Schuldrechtsreform) BGHZ 90, 198 (203).

<sup>71</sup> Faust (Fn. 1), § 437 Rn. 194; Matusche-Beckmann (Fn. 4), § 437 Rn. 53.

<sup>72</sup> Faust (Fn. 1), § 437 Rn. 194; Matusche-Beckmann (Fn. 4), § 437 Rn. 53.

<sup>73</sup> Faust (Fn. 1), § 437 Rn. 194; Matusche-Beckmann (Fn. 4), § 437 Rn. 53.

<sup>74</sup> Reinicke/Tiedtke (Fn. 14), Rn. 837.

<sup>75</sup> Dies gilt jedoch nicht für Beschädigungen durch den Verkäufer an Sachen des Käufers im Zuge der Nacherfüllung. Einschränkung (lediglich auf die Nachbesserung bezogen) Faust (Fn. 1), § 437 Rn. 195; Reinicke/Tiedtke (Fn. 14), Rn. 839.

<sup>76</sup> Pammler (Fn. 4), § 437 Rn. 75; Westermann (Fn. 4), § 437 Rn. 57; Schmidt (Fn. 14), § 437 Rn. 78; Matusche-Beckmann (Fn. 4), § 437 Rn. 50; ebenso (bezogen auf den Ersatz für die Kosten einer eigenmächtigen Mängelbeseitigung durch den Käufer) BGH NJW 2005, 3211 (3212); a.A. LG Bielefeld ZGS 2005, 79 f.; Oechsler, LMK 2005, 81.

<sup>77</sup> Westermann (Fn. 4), § 437 Rn. 63.

<sup>78</sup> Westermann (Fn. 4), § 437 Rn. 63.

<sup>79</sup> Westermann (Fn. 4), § 437 Rn. 63; Matusche-Beckmann (Fn. 4), § 437 Rn. 58.

darin, dass sich beide Institute nicht verdrängen, sondern nebeneinander Anwendung finden,<sup>80</sup> was nach ganz h.M. auch die verschiedenen Verjährungsregeln betrifft.<sup>81</sup> Denn das Deliktsrecht begründet einen jedermann gebührenden Mindestschutz, der unabhängig vom Bestehen einer Sonderverbindung ist.<sup>82</sup> Dabei setzt § 823 Abs. 1 BGB die Verletzung eines der dort genannten absoluten Rechte bzw. Rechtsgüter voraus. Ob diese Verletzung auf der Mangelhaftigkeit der Kaufsache beruht (z.B. Verletzung des Käufers oder Beschädigung ihm gehörender Sachen durch die mangelbehaftete Sache)<sup>83</sup> oder nicht (z.B. wenn der Verkäufer mit der bereits übereigneten Kaufsache stürzt)<sup>84</sup>, ist unerheblich. Im Falle eines reinen Vermögensschadens kommt ein Ersatzanspruch nur unter den Voraussetzungen des § 823 Abs. 2 i.V.m. einem Schutzgesetz (z.B. § 263 StGB) oder § 826 BGB in Betracht.<sup>85</sup>

a) „Weiterfresserschaden“

Höchst umstritten ist aber, ob eine Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB auch dann anzunehmen ist, wenn der Mangel der Kaufsache dazu führt, dass die Kaufsache selbst (noch weiter) beschädigt wird (sog. Weiterfresserschaden). In dogmatischer Hinsicht geht es dabei jedoch nicht um eine Verdrängung der deliktischen Haftung durch das Gewährleistungsrecht, sondern um die Reichweite des Begriffs der Eigentumsverletzung in § 823 Abs. 1 BGB.<sup>86</sup> Hierzu der

8. Fall:<sup>87</sup> Der Käufer K erwirbt am 01.03.2011 beim Autohaus des V ein fabrikneues Auto. Am 15.5.2013 stößt K beim Rückwärtsfahren gegen eine Mauer, weil der Wagen trotz Wegnahme des Fußes vom Gaspedal weiter beschleunigte. Ursache dafür war, dass die Tastrolle, die die Kurvenscheibe abtaste, abgeflacht war, die Scheibe sich darauf festsetze und dann nicht mehr durch die Rückholfeder zurückgeholt werden konnte. Außerdem hatte die Kurvenscheibe, die auf die Drosselklappenwelle am Ende aufgenietet war, zu viel Spiel und rief dadurch eine Verkantung hervor – mit der Folge, dass sich der Gaszug in der Gaszughülle verklemmte. Dieser Mangel wäre mit geringem Aufwand zu beheben gewesen. K blieb beim Unfall zwar unverletzt, jedoch entstand am Wagen ein Schaden in Höhe von 3.000 EUR. K verlangt von Schadensersatz nach § 823 Abs. 1 BGB. Zu Recht?

<sup>80</sup> Faust (Fn. 1), § 437 Rn. 197; Berger (Fn. 4), § 437 Rn. 36; Westermann (Fn. 4), § 437 Rn. 61; Schmidt (Fn. 14), § 437 Rn. 79.

<sup>81</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 229 li. Sp.; Faust (Fn. 1), § 437 Rn. 197; Westermann (Fn. 4), § 437 Rn. 61; Weidenkaff (Fn. 14), § 437 Rn. 56; a.A. Mansell/Budzikiewicz, Das neue Verjährungsrecht, 2002, § 5 Rn. 143 ff.; Mansel, NJW 2002, 89 (95).

<sup>82</sup> Vgl. Faust (Fn. 1), § 437 Rn. 197.

<sup>83</sup> Faust (Fn. 1), § 437 Rn. 197.

<sup>84</sup> Grunewald (Fn. 14), § 9 Rn. 30.

<sup>85</sup> So bereits (bezogen auf die Rechtslage vor der Schuldrechtsreform) Köhler, JA 1982, 157 (164).

<sup>86</sup> Oetker/Maultzsch (Fn. 15), § 2 Rn. 344.

<sup>87</sup> Der Fall ist – in leicht abgewandelter Form – der Entscheidung BGHZ 86, 256 nachgebildet.

Der Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB setzt die Verletzung eines der darin genannten Rechte bzw. Rechtsgüter voraus, wobei im vorliegenden Fall lediglich eine Eigentumsverletzung in Betracht kommt. Dabei besteht allgemein Einigkeit darin, dass der ursprüngliche Mangel als solcher an der Kaufsache keine Eigentumsverletzung darstellt.<sup>88</sup> Dies lässt sich damit begründen, dass sich das Eigentumsrecht an existierenden Sachen nur auf die tatsächliche Sachbeschaffenheit erstreckt und nicht einen fiktiven Sollzustand schützt, so dass der Käufer niemals mangelfreies Eigentum an der Kaufsache erworben, sondern von vornherein nur das Eigentum an einer mangelhaften Sache erlangt hat.<sup>89</sup> Schon vor der Schuldrechtsreform hat aber der Bundesgerichtshof unter bestimmten Umständen eine Eigentumsverletzung i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB angenommen. In diesem Zusammenhang wurde dabei zwischen Schäden, die lediglich den Mangelunwert der Sache und damit das Nutzungs- bzw. Äquivalenzinteresse des Käufers betrafen, und zwischen Schäden, die das Integritätsinteresse des Käufers berührten, differenziert.<sup>90</sup> Während Erstere ausschließlich nach Gewährleistungsrecht beurteilt und eine Eigentumsverletzung verneint wurde, bejahte man bei Letzteren eine Eigentumsverletzung i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB. Anfangs nahm der Bundesgerichtshof die Abgrenzung zwischen Integritäts- und Äquivalenzinteresse noch danach vor, ob ein funktionell abgrenzbares Teil fehlerhaft war und die Kaufsache nach Übereignung weitere, über den ursprünglichen Mangel hinausgehende Schäden auslöste.<sup>91</sup> Später stellte er für die Abgrenzung auf das Kriterium der Stoffgleichheit<sup>92</sup> ab: Deckte sich der bei Übereignung der Sache bereits vorhandene Mangelunwert mit dem eingetretenen Schaden, war ausschließlich das Äquivalenzinteresse betroffen, so dass deliktische Ansprüche ausschieden. Waren dagegen der ursprünglicher Mangelunwert und der eingetretene Schaden nicht stoffgleich, wurde auch das Integritätsinteresse verletzt, so dass eine Eigentumsverletzung nach § 823 Abs. 1 BGB vorlag.<sup>93</sup> Die Bewertung des Mangelunwerts richtete sich dabei nach den gleichen Grundsätzen, die für die Berechnung im Rahmen der Kaufpreisminderung (heute: § 441 Abs. 3 BGB) entscheidend waren.<sup>94</sup> Eine Stoffgleichheit wurde insbesondere angenommen, wenn es technisch nicht möglich oder wirtschaftlich unverträglich war, den ursprünglichen Mangel zu beheben.<sup>95</sup> Im

<sup>88</sup> BGHZ 86, 256 (259); 105, 346 (355); Staudinger, in: Nomos Handkommentar zum BGB, 7. Aufl. 2012, § 823 Rn. 18; Oetker/Maultzsch (Fn. 15), § 2 Rn. 345; Köster, Jura 2005, 145 (150).

<sup>89</sup> Gsell, NJW 2004, 1913 (1914).

<sup>90</sup> BGHZ 67, 359 (364 f.).

<sup>91</sup> BGHZ 67, 359 (364 f.); BGH NJW 1978, 2241 (2242); OLG Oldenburg NJW-RR 2001, 459 f.

<sup>92</sup> BGHZ 86, 256 (259 f.); 117, 183 (187 f.); 162, 86 (94).

<sup>93</sup> BGHZ 162, 86 (94).

<sup>94</sup> Ebenso (bezogen auf die Rechtslage vor der Schuldrechtsreform) BGH NJW 1985, 2420.

<sup>95</sup> BGHZ 86, 256 (262); BGH NJW 1992, 1678 f.; weitere Beispielen bezüglich der Stoffgleichheit/Stoffungleichheit bei Spindler, in: Beck'scher Onlinekommentar zum BGB, Ed. 28, Stand: 1.5.2013, § 823 Rn. 62 f.



vorliegenden Fall ist unter Zugrundelegung der genannten Kriterien eine Stoffungleichheit (und damit Eigentumsverletzung i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB) zu bejahen, da lediglich ein funktionell abgrenzbares Einzelteil der Kaufsache, nämlich die Kurvenscheibe, mangelhaft war, der ursprüngliche Mangel mit vertretbarem Aufwand hätte behoben werden können und der ursprüngliche Mangelunwert der Kaufsache mit der späteren Schadenshöhe als geringfügig angesehen werden kann.

*b) Aufgabe der Rechtsprechung der Bundesgerichtshofs zum „Weiterfresserschaden“*

Strittig ist, ob an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum „Weiterfresserschaden“ seit der Schuldrechtsreform weiter festgehalten werden kann oder ob diese nicht eher obsolet geworden ist.<sup>96</sup> Die heute wohl h.M. spricht sich dafür aus, diese Rechtsprechung aufzugeben und auf Weiterfresserschäden allein das Kaufgewährleistungsrecht (§ 437 BGB) anzuwenden,<sup>97</sup> da die entscheidenden Gründe für die Entwicklung der Weiterfresserschaden-Rechtsprechung im Zuge der Schuldrechtsreform weggefallen seien: Zum einen wurde im neuen Kaufrecht eine Verschuldenshaftung eingeführt und zum anderen wurden die Fristen zur Geltendmachung der Gewährleistungsrechte – im Gegensatz zur kurzen Verjährung im alten Kaufrecht (§ 477 BGB a.F.: 6 Monate) – in § 438 BGB erheblich verlängert, so dass es nicht mehr erforderlich sei, diese Härten über den Umweg des Deliktsrechts zu umgehen.<sup>98</sup> Zustimmung verdient jedoch die Auffassung, nach der auch im neuen Kaufrecht der Weiterfresserschaden nach den Regeln des Deliktsrechts zu beurteilen ist.<sup>99</sup> Zwar kann der Gegenansicht darin zugestimmt werden, dass durch die Verlängerung der kaufrechtlichen Verjährungsfrist (§ 438 BGB) das Bedürfnis nach der Weiterfresserschaden-Rechtsprechung schwächer geworden ist, jedoch ist dieses nicht vollständig entfallen. Letztes folgt nicht nur daraus, dass deliktische Ansprüche nach § 195 BGB grundsätzlich erst nach drei Jahren – und damit im Regelfall ein Jahr später als kaufrechtliche Ansprüche (§ 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB) – verjähren, sondern auch und vor allem aufgrund des unterschiedlichen Verjährungsbeginns (§ 199 Abs. 1, Abs. 3 BGB bzw. § 438 Abs. 2 BGB).<sup>100</sup> Sofern gegen die hier befürwortete Ansicht vorgebracht wird, sie schneide dem Verkäufer die Möglichkeit der Nacherfüllung ab,<sup>101</sup> kann dies dadurch entkräftet werden,

indem man im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB eine angemessene Fristsetzung für erforderlich hält bzw. den Weiterfresserschaden erst nach Ablauf der gesetzten Frist für ersatzfähig hält.<sup>102</sup>

## II. Ausblick

Das Verhältnis der Kaufgewährleistungsansprüche zu anderen Rechtsbehelfen des Käufers ist nach über zwölf Jahren seit In-Kraft-Treten der Schuldrechtsreform in Teilen immer noch nicht (höchst-)richterlich geklärt. Es bleibt abzuwarten, welche Antworten die Rechtsprechung auf die Fülle der in diesem Beitrag dargestellten Probleme liefern wird.

<sup>96</sup> Offenlassend: OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.2.2009 – I 22 U 157/08, 22 U 157/08.

<sup>97</sup> OLG Schleswig-Holstein, Urt. v. 24.4.2012 – 11 U 123/11; Berger (Fn. 4), § 437 Rn. 36; Westermann (Fn. 4), § 437 Rn. 62; Grunewald (Fn. 14), § 9 Rn. 30; Oetker/Maultzsch (Fn. 15), § 2 Rn. 346; Köster, Jura 2005, 145 (150).

<sup>98</sup> Brors, WM 2002, 1780 (1783 f.); Grigoleit ZGS 2002, 78 (79).

<sup>99</sup> Ernst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 280 Rn. 78; Matusche-Beckmann (Fn. 4), § 437 Rn. 69; Gsell, NJW 2004, 1913 (1915).

<sup>100</sup> Tiedtke/Schmitt, 40 Probleme aus dem Kaufrecht, 2005, S. 202.

<sup>101</sup> Köster, Jura 2005, 145 (150).

<sup>102</sup> Faust (Fn. 1), § 437 Rn. 199; Tettinger, JZ 2006, 641 (645 f.).