

Sabine Olbrich

Die Sachmängelhaftung nach neuem Schuldrecht am Beispiel des Kunstkaufs

Auswirkungen eines Leitbildwandels



Nomos

DIKE 

facultas



Schriften zum Kunst- und Kulturrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Kerstin von der Decken, Universität Kiel

Prof. Dr. Frank Fechner, Technische Universität Ilmenau

Prof. Dr. Dres. h.c. Burkhard Hess,

Max Planck Institute Luxembourg for International,
European and Regulatory Procedural Law

RA Prof. Dr. iur. Dr. phil. h.c. Peter Michael Lynen,

NRW Akademie der Wissenschaften und der Künste

Prof. Dr. Rainer J. Schweizer, Universität St. Gallen

Prof. Dr. Armin Stolz, Universität Graz

Prof. Dr. Matthias Weller, Mag. rer. publ., Universität Bonn

Band 29

unterstützt durch



Sabine Olbrich

Die Sachmängelhaftung nach neuem Schuldrecht am Beispiel des Kunstkaufs

Auswirkungen eines Leitbildwandels



Nomos

DIKE 

facultas



Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Bielefeld, Univ., Diss., 2018

u.d.T.: „Die Kunstmängelhaftung nach neuem Schuldrecht. Auswirkungen eines Leitbildwandels“

ISBN 978-3-8487-5988-0 (Print)

ISBN 978-3-7489-0104-4 (ePDF)

ISBN 978-3-03891-146-3 (Dike Verlag, Zürich/St. Gallen)

ISBN 978-3-7089-1910-2 (facultas Verlag, Wien)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2018/19 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Anfang April 2019 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Ingo Reichard für seine Unterstützung nicht nur bei der Erstellung, sondern auch bei der Veröffentlichung dieser Arbeit. Herrn Professor Dr. Frank Weiler danke ich für die sehr zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Herzlich bedanken möchte ich mich zudem bei der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung, Hamburg, für die großzügige finanzielle Förderung des Drucks. Weiterhin gilt mein Dank allen Galeristen, Auktionatoren und Kunstrechtsanwälten, die ich im Rahmen meiner Forschungen befragen durfte, insbesondere Frau Rechtsanwältin Dr. Friederike Gräfin von Brühl. Meinen Vorgesetzten und Kollegen danke ich für ihre Unterstützung in der Phase der Vorbereitung auf die Doktorprüfung und der anschließenden Überarbeitung der Dissertation. Ganz besonders danken möchte ich schließlich meiner Familie, allen voran meinem Vater Rechtsanwalt Christian Schwerdt insbesondere für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

Bielefeld, im April 2019

Sabine Olbrich

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	11
A. Einführung	15
B. Mangelbegriff	19
I. Rechtsmangel	19
II. Sachmangel	21
1. Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit	22
a) Festschreibung der subjektiven Theorie	22
b) Beschaffenheitsbegriff	25
aa) Grammatische und systematische Auslegung	26
bb) Historische Auslegung	30
cc) Teleologische und richtlinienkonforme Auslegung	37
c) Die Beschaffenheit und ihre Vereinbarung im Kunsthandel	45
aa) Physische Merkmale	45
bb) Echtheit, Unikat, Auflagenhöhe und Seltenheit	46
cc) Datierung, Epoche, Signatur, Sujet	50
dd) Expertise	51
ee) Genese	53
ff) Wert, Preis, Steuervorteile	55
gg) Mangelverdacht	59
hh) Vereinbarung der Beschaffenheit	61
d) Abschließende Bemerkungen zur Beschaffenheit	67
2. Fehlende Eignung zur nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung	68
3. Fehlende Eignung zur gewöhnlichen Verwendung	72
4. Übliche und zu erwartende Beschaffenheit	83
5. Unsachgemäße Montage, mangelhafte Montageanleitung	90
6. Lieferung eines aliud oder minus	91
a) Gleichstellung von aliud und peius beim Stückkauf	92
aa) Grammatische und systematische Auslegung	93
bb) Historische Auslegung	94
cc) Teleologische und richtlinienkonforme Auslegung	107

dd) Ergebnis	113
b) Grenzen der Gleichstellung	113
aa) Wissentliche Falschlieferung	116
bb) Totalaliud	118
cc) Melius	119
c) Rückforderungsrecht	119
aa) Rechtsgrundlage im Gewährleistungsrecht	121
bb) Leistungskondiktion	121
cc) Erstreckung der Leistungskondiktion auf die Schlechtlieferung	127
dd) Rückforderungsausschluss durch § 241a Abs. 1 BGB	128
d) Auswertung der Ergebnisse bezüglich des Kunstkaufs	129
C. Nacherfüllung	135
I. Nachlieferung beim Stückkauf	135
1. Wortlaut und Systematik	136
2. Historische Auslegung	143
3. Teleologische Auslegung	147
a) Evaluierung der Parteiinteressen	148
aa) Käuferinteressen	148
bb) Verkäuferinteressen	150
cc) Interessen beider Parteien	156
b) Ermittlung geeigneter Kriterien	160
aa) Keine Nachlieferung beim Stückkauf	160
bb) Nachlieferung nur beim unechten Stückkauf	161
cc) Nachlieferung bei funktionaler Äquivalenz zum Gattungskauf	164
dd) Nacherfüllung bei Vertretbarkeit	166
ee) Nacherfüllung bei entsprechendem Parteiwillen	167
ff) § 434 BGB als Prüfungsmaßstab	168
4. Richtlinienkonformität und Ergebnis	174
II. Kein Ausbesserungsanspruch	175
III. Nacherfüllungsort	178
1. Grammatische, systematische und genetische Auslegung	179
2. Teleologische Auslegung im Lichte der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie	182
3. Vorzugswürdiger Ansatz	199

IV. Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung	201
1. Vorgaben des EuGH in „Weber und Putz“	202
a) Unmittelbarer Inhalt	202
b) Übertragbarkeit	206
2. Umsetzungsmöglichkeiten	209
a) Bloße Kostenerstattung	209
b) Kombination von Vornahmepflicht und Kostenerstattung	210
c) Gesetzgeberische Umsetzung	214
d) Eigener Ansatz	217
D. Rücktritt und Minderung	226
I. Fristsetzungserfordernis	226
II. Rücktritt	228
1. Unerheblichkeit	229
2. Unzumutbarkeit	235
3. Schadensersatz und Rücktritt	242
III. Minderung	244
1. Minderung bei erheblichen Unannehmlichkeiten	245
2. Schadensersatz und Minderung	246
E. Schadensersatz und Garantiehftung	251
I. Maßstab des Vertretenmüssens	252
1. Wertungskriterien beim Kunstkauf	253
2. Kunstskandal „Beltracchi“, insbes. „Campendonk“-Fall	256
3. Fall „Léger“	262
II. Ersatz von Mangelerforschungskosten	264
III. § 439 Abs. 2 BGB als Anspruchsgrundlage?	272
1. Aufwendungsersatzanspruch	273
2. Vorschussanspruch	275
IV. Ersatz für Selbstvornahmekosten	275
1. Schuldrechtliche Schadens- und Aufwendungsersatzansprüche	276
2. Bereicherungsrechtliche Ansprüche und solche aus Geschäftsführung ohne Auftrag	280
3. Ergebnis	287

V. Garantie und Zusicherung	287
F. Besondere Bestimmungen für den Verbrauchsgüterkauf	291
I. Bereichsausnahme des § 474 Abs. 2 S. 2 BGB	291
1. Das Kunstwerk als gebrauchte Sache	292
2. Die Kunstauktion als öffentliche Versteigerung	296
II. Abweichende Vereinbarungen	297
1. Negative Beschaffenheitsvereinbarungen	298
2. Haftungsausschlüsse und -beschränkungen	304
III. Beweislastumkehr	305
G. Ergebnisse und Vorschläge	313
I. Überblick: Wirksamkeit Allgemeiner Versteigerungsbedingungen	313
II. Ergebnisse	318
1. Ergebnisse zum Mangelbegriff	318
2. Ergebnisse zur Nacherfüllung	320
3. Ergebnisse zu Rücktritt und Minderung	322
4. Ergebnisse zu Schadensersatz und Garantiehftung	323
5. Ergebnisse zu den Sonderbestimmungen für den Verbrauchsgüterkauf	324
III. Vorschläge	325
Literaturverzeichnis	329
Rechtsprechungsverzeichnis	353

Abkürzungsverzeichnis

aA	am Anfang
a.A.	anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt
abl.	ablehnender
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
aE	am Ende
aF	alter Fassung
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingung/en
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
a.M.	anderer Meinung; am Main
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
AnwKom	Anwaltkommentar
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BauR	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründer
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Bd, S)
BMJ	Bundesministerium der Justiz
Bsp.	Beispiel
BT	Besonderer Teil
BT-Drucks.	Drucksachen des Bundestags
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
Cel.	Celsus
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods vom 11.4.1980

Abkürzungsverzeichnis

D.	Digesten
DAR	Das Deutsche Autorecht
DB	Der Betrieb
d.h.	das heißt
Diss	Dissertation
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
et al	et alteri
EuGH	(Europäischer) Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e.V.	eingetragener Verein
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f; ff	folgende (sg.; pl.)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
GewO	Gewerbe-Ordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begr. von Dr. J. A. Gruchot
GS	Gedächtnisschrift
HGB	Handelsgesetzbuch
Hk	Handkommentar
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.; hrsg.	Herausgeber; herausgegeben
i.E.	im Ergebnis
insbes.	insbesondere
Inst.	Institutionen
i.S.d.	im Sinne der
i.Ü.	im Übrigen
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JbJ.ZivR.Wiss.	Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen. Rechts
JR	Juristische Rundschau
Jul.	Julian(us)
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap	Kapitel
KG	Kammergericht (Berlin)

KUR	Kunstrecht und Urheberrecht
LG	Landgericht
LM	Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofs, hrsg. v. Lindenmaier/ Möhring u.a. (LoseblStg)
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung, hrsg. v. Lindenmaier/ Möhring
LZ	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
mwN	mit weiteren Nachweisen
NdsRpfl	Niedersächsische Rechtspflege
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungsreport
Nr.	Nummer
NS	Nationalsozialismus
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OLG Rspr.	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, hrsg. v. Mugdan/Falkmann (aufgegangen in höchstrichterlicher Rechtsprechung)
Pkws	Personenkraftwagen (pl.)
ProdHaftG	Produkthaftungsgesetz
Red.	Redakteur
RegE	Regierungsentwurf
Rn	Randnummer/n
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
s.	siehe
s.a.	siehe auch
Schlussantr.	Schlussanträge
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
sog.	sogenannte
u.a.	unter anderem
Ulp.	Ulpian
UN	United Nations
Urt.	Urteil
v.	von; vom
v. a.	vor allem
Var.	Variante
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung

Abkürzungsverzeichnis

VuR	Verbraucher und Recht
VerbrGK-RiL	Verbrauchsgüterkaufrichtlinie
WarnRspr	Sammlung zivilrechtlicher Entscheidungen des Reichsgerichts, hrsg. v. Buchwald (vorher: Rspr. des Reichsgerichts)
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Verga- berecht
ZGS	Zeitschrift für Vertragsgestaltung, Schuld- und Haftungsrecht (früher: Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht)
zit.:	zitiert
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZR	Zivilrechtssenat
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRG RA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Roma- nistische Abteilung
zusammenf.	zusammenfassend
zust.	zustimmend; zustimmender

Ergänzend wird verwiesen auf:

Kirchner, Hildebert: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Aufl., Berlin 2018

A. Einführung

Gut siebzehn Jahre sind inzwischen seit dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes¹ vergangen. Genug Zeit, um „erwachsen“ zu werden? Einen Großteil dieser Zeit hat der Kunsthandel die mit der Reform verbundenen grundlegenden Änderungen der bis dahin seit ihrem Inkrafttreten zum 1.1.1900 weitgehend unverändert gebliebenen Vorschriften insbesondere des allgemeinen Leistungsstörungsrechts und des Kaufrechts², welche ihrerseits maßgeblich vom römischen Recht beeinflusst waren, weitgehend ignoriert. Die ersten Jahre waren vor allem von der Vermeidung gerichtlicher Klärung der durch die Reform neu aufgeworfenen Rechtsfragen geprägt. Wenn Kunstmängelfälle die Gerichte erreichten, so handelte es sich dabei überwiegend um Internetversteigerungen auf eBay und ähnlichen Plattformen. Aber auch die für den Kauf von Einzelstücken propagierte neue Lösung, die Anrufung von Schiedsgerichten,³ hat sich im Kunsthandel nicht durchzusetzen vermocht. Vielmehr führt die Scheu des Kunsthandels vor allem Juristischen⁴ zu einer rechtlichen Grauzone, die von Kulanzregelungen, Vergleichen, der sorgsam Vermeidung öffentlichen Aufsehens sowie einer Tabuisierung des Kunstmängelrechts geprägt ist. Im Jahr 2010 ließ das Auffliegen des großen Kunstskandals um Wolfgang Beltracchi, der seit Beginn der 80er Jahre nach eigener Angabe um die 300 vorgeblich von namhaften Künstlern stammende Kunstwerke (sog. mittelbare Kunstfälschungen⁵) gefertigt und gewinnbringend veräußert hatte, und die damit eingeleiteten Prozesse auf die Klärung zumindest einiger Rechtsfragen der Kunstmängelhaftung nach neuem Schuldrecht hoffen. Die meisten dieser Verfahren endeten hingegen – soweit die Ansprüche nicht ohnehin bereits verfristet oder verjährt waren – durch Vergleich. Hinzu kommt, dass die Mehrzahl der Fälschungen Beltracchi bis

1 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, BGBl. I 2001, 3138.

2 *Beckmann*, in: Staudinger, Vorbem. zu §§ 433ff Rn 1.

3 *Adamczuk*, Pferdekaufrecht, 152 mwN. Dieser führt als Vorteile solcher Schiedsgerichtsvereinbarungen die mögliche Besetzung mit Fachleuten, die Abwahl zwingenden Verbraucherrechts, weitgehend freie Rechtswahl sowie Kostenoptimierung wegen nur einer Instanz an.

4 *Müller-Katzenburg*, NJW 2006, 553, 555.

5 Eine mittelbare Fälschung ist ein in der Malart eines bekannten Künstlers mit gefälschter Signatur hergestelltes Werk: *Jacobs*, GRUR 2013, 8, 9.

heute nicht als solche aufgedeckt wurde, nachdem sich Beltracchi hinsichtlich der vierzehn Fälle, in denen er angeklagt worden war, geständig gezeigt hatte. Immerhin lieferte die erstinstanzliche Entscheidung des „Campendonk“-Falles⁶ wichtige Erkenntnisse zum Sorgfaltsmaßstab im Kunstauktionshandel, bevor sich die Parteien in zweiter Instanz einigten.⁷ Nach der „Buddhaskulptur“-Entscheidung des BGH⁸ im Jahr 2013 wurde es wieder ruhiger um die kunstrechtliche Gewährleistungshaftung. Die hiernach ergangenen Entscheidungen zehren im Wesentlichen von den Ergebnissen der beiden vorgenannten Urteile.⁹ Zentrale Fragen bleiben ungeklärt. Rechtsprechung zur Kunstmängelhaftung ist so rar, dass sich die Literatur hierzu mitunter internationaler Fälle bedient, die sie fiktiv dem deutschen Schuldrecht unterstellt – so zuletzt im Fall des während einer Auktion bei Sotheby’s zur Hälfte geschredderten Bildes des britischen Künstlers Banksy¹⁰. Umso drängender erscheint es, die sich beim Kauf mangelhafter Kunstwerke stellenden Rechtsfragen herauszuarbeiten und zu beantworten.

Wieso aber die Verknüpfung mit den Auswirkungen eines Leitbildwandels? Der Titel wirft Fragen auf. Wieso soll die Untersuchung eines so speziellen Exoten wie der Kunstmängelhaftung – einer Materie, die augenscheinlich von „verschrobenem Pack“ beherrscht wird, das sich gegen jedwede Juristerei wehrt und seinen Waren eine heilige Unberührbarkeit zuspricht, mit der es sie vor den harten Gegebenheiten des Kunsthandels schützen will¹¹ – bedeutsame Erkenntnisse über die Auswirkungen eines Leitbildwandels liefern? Um welchen Leitbildwandel geht es überhaupt? Die Rede ist vom schwindenden Bedeutungsgehalt des Stückkaufs um den Preis der Prävalenz des Gattungskaufs. Wie der gängige Beispielfall des Verkaufs des Sklaven Stichus als Blankettbezeichnung für einen individualisierten Sklaven¹² illustriert, wurde das römische Kaufrecht noch am Spezieskauf von Einzelstücken entwickelt. Die Schuldrechtsreform trug hinge-

6 *LG Köln*, ZUM 2013, 332.

7 Aachener Zeitung vom 10.12.2012. Im weiteren „Campendonk“-Fall „Mann mit Blume“ regte das Gericht ebenfalls einen Vergleich an: FAZ v. 21.6.2013.

8 BGH, NJW 2013, 3570 (Buddhaskulptur), s. hierzu S. 65, 80ff, 289 u 314f.

9 *OLG Frankfurt*, BeckRS 2018, 8370 (Revision anhängig); *OLG München*, NJW 2015, 81ff; *LG Köln*, NJW 2018, 799 (Chinesischer Kendi).

10 *Kaletsch*, NJW 2019, 714ff (Banksy). Zu den diesbezüglichen Rechtsfragen s. S. 21 Fn 27 und S. 91ff.

11 *Wrede*, Kunst und Kaufrecht, 250ff, insbes. 252.

12 z.B. Inst. 3, 19, 1; Inst. 3, 19, 23; Cel., D. 12, 4, 16, 3; Jul., D. 46, 3, 33, 1, 52.

gen den modernen wirtschaftlichen Gegebenheiten Rechnung.¹³ Im Zeitalter der aus austauschbaren Einzelteilen zusammengesetzten industriellen Massenprodukte bildet nunmehr der Gattungskauf das Herzstück der kaufrechtlichen Praxis und gleichsam das Leitbild des reformierten Kaufgewährleistungsrechts. Es stellt sich unweigerlich die Frage, wie sich diese Neuorientierung auf die rechtliche Behandlung des Spezieskaufs von Einzelstücken auswirkt. In der heutigen Zeit lässt sich das freilich nicht mehr anhand des Sklavenkaufs untersuchen. In Gestalt des Kaufs von Tieren, Grundstücken und Kunstwerken haben die Transaktionen, auf die das alte Kaufrecht zugeschnitten war, jedoch immer noch Bedeutung. In all diesen Fällen ist der Stückkauf individueller Sachen der Regelfall. Für eine Illustration der Auswirkungen des Wandels des kaufrechtlichen Leitbildes erweist sich der Viehkauf jedoch als eher ungeeignet, war er doch in den §§ 481ff BGB aF spezialgesetzlich geregelt. Für den Grundstückskauf hingegen existier(t)en nach altem wie neuem Recht zu viele Sonderregeln. Außerdem fällt in diesem Bereich die Diskussion über Anwendbarkeit und Auswirkungen der Vorschriften des neu eingefügten Untertitels über den Verbrauchsgüterkauf mangels beweglichen Kaufgegenstands weg. Folglich bietet sich der Kunstkauf als konkreter Bezugspunkt für die Untersuchung des Wandels des kaufrechtlichen Leitbildes vom Stück- zum Gattungskauf an.¹⁴

„Das Durchschnittliche gibt der Welt ihren Bestand, das Außergewöhnliche ihren Wert“, so ein berühmtes Zitat des Schriftstellers Oscar Wilde. Außergewöhnlich ist der Kunstkauf als Exot sicherlich. Aber bedeutet das auch, dass eine Untersuchung des Kunstgewährleistungsrechts mehr Wert hat als eine über das Durchschnittliche, also die allgemeine kaufrechtliche Mängelhaftung, der sprichwörtlich „Bestand“ – und damit vor allem Praxisrelevanz – zugeschrieben wird? Ist eine solch hochliterarische Aussage überhaupt auf juristische Untersuchungen übertragbar? Sie ist es schon allein deshalb, weil eine juristische Regelung nicht nur den Standardfall, sondern gerade auch den besonders gelagerten Fall einer sachgerechten Lösung zuführen muss. Darüber hinaus ist sie es aber auch deshalb, weil die Untersuchung der Kunstmängelhaftung den in Hinblick auf das Kaufgewährleistungsrecht bereits ungezählte Male gewälzten Fragen einen anderen Blickwinkel verleiht, aus dem neue Erkenntnisse gewonnen werden

13 Regierungsbegründung, in: Canaris, Schuldrechtsreform 2002, 844; siehe auch *Chiusi*, Jura 2003, 217, 223.

14 Vgl. auch *Schürholz*, Nacherfüllung, 126f, die den Kunstkauf als Paradebeispiel für den Stückkauf über unvertretbare Sachen wählt.

A. Einführung

können. Weil sie den Blick darauf frei gibt, wieso bestimmte Rechtsgrundsätze früher anders waren als heute, welche Rechtsgrundsätze dies sind, wie sie miteinander verzahnt sind und wie diese Verzahnung durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (VerbrGK-RiL)¹⁵ einen Dominoeffekt auslöst, der bei der Entscheidung für die große Lösung so nicht bedacht wurde. So wird zum Schluss eine Antwort auf die Frage gefunden sein, ob die vorgenannten Änderungen dennoch eine Rechtsordnung hervorgebracht haben, die auch mit den Dinosauriern unter den Kaufgegenständen, jenen, auf welche die Vorschriften inzwischen nicht mehr zugeschnitten sind, sondern für die sie mühsam zurechtgestutzt werden müssen, sinnvoll umgehen kann. Es wird aufgezeigt sein, wohin die Reise noch gehen mag und ob all diese Ergebnisse für die Giganten des Kunsthandels – die großen Auktionshäuser – überhaupt von Belang sind, oder ob Auktionatoren sich über die neuen Gegebenheiten durch geschickte Anpassung ihrer Versteigerungsbedingungen gänzlich hinwegzusetzen vermögen.

15 Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, Abl. EG Nr. L 171 v. 7.7.1999.

B. Mangelbegriff

Zunächst wird der Aufbau des neuen Sachmangelbegriffs des § 434 BGB anhand von Beispielen aus dem Kunsthandel detailliert erläutert. Hierbei werden die klassischen Problemkreise des Beschaffenheitsbegriffs, der Richtlinienkonformität des Vorrangs der Parteivereinbarung sowie der Behandlung des Identitäts*salud* beim Stückkauf einer Lösung zugeführt. Dabei liegt das Augenmerk stets auch darauf, inwiefern die Regelungen auf einzigartige Kaufgegenstände zugeschnitten sind und inwieweit es sich auf die Stimmigkeit der Ergebnisse auswirkt, wenn stattdessen vom neuen Leitbild des Gattungskaufs ausgegangen wird.

I. Rechtsmangel

Nach § 434 BGB aF war der Verkäufer eines Kunstwerks verpflichtet, dieses dem Käufer frei von Rechten zu verschaffen, welche von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden konnten. Diese Verpflichtung findet sich heute inhaltsgleich in §§ 433 Abs. 1 S. 2, 435 BGB. Beide Verpflichtungen weisen dennoch einen signifikanten Unterschied auf: während im alten Schuldrecht nach dem Vorbild der *obligatio dandi*¹⁶ des römischen Rechts im Fall eines Rechtsmangels keine Erfüllung eintrat und somit die Rechtsfolgen im Wesentlichen dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht zu entnehmen waren¹⁷, gilt nach dem neuen Schuldrecht in diesen Fällen Gewährleistungsrecht¹⁸.

Hinsichtlich der Frage, wann ein Rechtsmangel vorliegt, ergeben sich indes keine Änderungen. Es kommen alle dinglichen Rechte außer dem

16 *Diekmann*, Nacherfüllungsanspruch, 55; *Ernst*, Rechtsmängelhaftung, 91ff; *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, § 41 Rn 17; *Mayer-Maly*, Römisches Recht, 105.

17 Mit Ausnahme des Schadensersatzes, der unter den Voraussetzungen der §§ 440 Abs. 2-4, 441 BGB aF gewährt wurde.

18 *Weidenkaff*, in: Palandt, § 435 Rn 1. Allerdings wurde durch die Schuldrechtsreform als Folge der Deklarierung der Mangelfreiheit als Leistungspflicht in § 433 Abs. 1 S. 2 BGB das Gewährleistungsrecht systematisch in das allgemeine Leistungsstörungsrecht integriert: *Wrede*, Kunst und Kaufrecht, 211.

Eigentum selbst in Betracht¹⁹. Im Bereich des Kunstkaufs sind folgende Rechtmängel bedeutsam: gesetzliche Vorkaufsrechte, Rückgabeansprüche eines Staates²⁰ z.B. bei illegal exportierten Kunstgütern, Urheberrechte und Unterlassungsansprüche aus dem Persönlichkeitsrecht, sofern sie insbesondere den Gebrauch oder die Weiterveräußerung des Kunstwerks hindern²¹. Denkbar sind weiterhin vertragliche oder gesetzliche Pfand- oder Anwartschaftsrechte.²² Abzulehnen ist das Vorliegen eines Rechtmangels bei bloßen denkmalschutzrechtlichen Beschränkungen oder einem Exportverbot.²³ Gleiches gilt grundsätzlich beim gutgläubigen Erwerb.²⁴ Denkbar wäre es, in Fällen, in denen der Verkäufer positiv wusste, dass es sich beim Kaufgegenstand um NS-Raubkunst handelt, aufgrund des Rückerstattungsdrucks infolge der Washingtoner Erklärung ausnahmsweise einen Rechtmangel trotz Eigentumserwerbs anzunehmen.²⁵ Allerdings ist der Käufer auch in diesen Fällen rechtlich nicht zur Herausgabe des Kunstwerks verpflichtet. Überdies ist nicht erklärbar, warum das Vorliegen eines Rechtmangels von der Kenntnis des Verkäufers über die Herkunft des Kunstwerks abhängig gemacht werden soll. Dogmatisch sauberer erscheint es deshalb, den Käufer insoweit auf die Arglistanfechtung sowie die Haftung aus *culpa in contrahendo* zu verweisen.

Anders als beispielsweise beim Grundstückskauf stellen sich bei Kunstwerken keine schwierigen Abgrenzungsfragen zum Sachmangel. Die *ratio* der rechtsfolgende Gleichstellung von Sach- und Rechtmangel²⁶,

19 BGHZ 34, 32; *König*, in: Hoeren/Holznel/Ernstschneider, Handbuch Kunst und Recht, 167, 174; *Saenger*, in: Hk-BGB, § 435 Rn 2; *Weidenkaff*, in: Palandt, § 435 Rn 8; anders aber *Berger*, KUR 2003, 137 und *Ivens*, Kunst im Rechtsverkehr, 20f, die im Fall fehlender Eigentumsverschaffung einen Rechtmangel bejahen.

20 *König*, in: Hoeren/Holznel/Ernstschneider, Handbuch Kunst und Recht, 167, 173; *Ivens*, Kunst im Rechtsverkehr, 21; *Schack*, Kunst und Recht, Rn 382.

21 *König*, in: Hoeren/Holznel/Ernstschneider, Handbuch Kunst und Recht, 167, 173; *Weidenkaff*, in: Palandt, § 435 Rn 9.

22 *König*, in: Hoeren/Holznel/Ernstschneider, Handbuch Kunst und Recht, 167, 174, der zutreffend darauf hinweist, dass Rechte Dritter jedoch häufig gemäß § 936 BGB gutgläubig wegerworben werden. Weiterhin *Ivens*, Kunst im Rechtsverkehr, 21.

23 *Ivens*, Kunst im Rechtsverkehr, 21, *Schack*, Kunst und Recht, Rn 382 mwN.

24 *Ivens*, Kunst im Rechtsverkehr, 20; *Lymen*, Kunstrecht, 131; *Schack*, Kunst und Recht, Rn 380. Der gutgläubige Erwerb erlangt im Kunstauktionshandel aufgrund von § 935 Satz 2 BGB erhebliche Bedeutung.

25 So *Ivens*, Kunst im Rechtsverkehr, 20f; *Siehr*, in: Ebling/M. Schulze, Kunstrecht, 3. Teil C Rn 51.

26 Trotz der grundsätzlichen Gleichstellung verbleiben vereinzelt Unterschiede. Näher *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, § 435 Rn 4ff.

ebendiese zu vermeiden, läuft mithin beim Kunstkauf leer. Der durch die Gleichstellung bedingte Verlust des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs zugunsten der Gewährleistungsansprüche wird durch den neu eingeführten verschuldensunabhängigen Nacherfüllungsanspruch aufgefangen. Für nicht dingliche Rechte gilt seit der Schuldrechtsreform die gegenüber der vormals anwendbaren allgemeinen dreijährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB aF verkürzte Frist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB (zwei Jahre). Ansonsten ist § 438 Abs. 1 Nr. 1 b BGB einschlägig.

II. Sachmangel

Aus § 459 BGB aF haftete der Verkäufer eines Kunstwerks dem Käufer dafür, dass es zur Zeit des Gefahrübergangs nicht mit Fehlern behaftet war, die den Wert oder die Tauglichkeit zum gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufhoben oder nicht nur unerheblich minderten. Weiterhin haftete der Kunstverkäufer für das Vorhandensein von zugesicherten Eigenschaften des Kunstgegenstandes zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs²⁷. § 434 BGB stellt demgegenüber sieben Fallgruppen von Sachmängeln auf, sowie zwei Fallgruppen, die einem Sachmangel gleichzusetzen sind, wobei er die Haftung für zugesicherte Eigenschaften außen vor lässt. Stattdessen finden sich nunmehr in § 276 Abs. 1 S. 1 BGB sowie in §§ 444, 477 BGB Vorschriften über verschiedene Arten von Garantien. Im Folgenden sollen die Fallgruppen im Hinblick auf den Kunsthandel näher untersucht und mit dem Fehlerbegriff des alten Schuldrechts verglichen werden.

27 Beim Rechtsmangel wird demgegenüber auf den Zeitpunkt des Rechtserwerbs abgestellt: *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, § 435 Rn 4. Teilweise wird eine Anwendung der Gewährleistungsrechte schon vor Gefahrübergang befürwortet: *Gruber*, JZ 2005, 707, 710; *Kaletsch*, NJW 2019, 713, 714; *Haas*, in: Haas et al, Schuldrecht, Kap 5 Rn 267; a.A. *Beckmann*, in: Staudinger, Vorbem. 22 zu § 433; *Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 2 Rn 80ff mwN zum Streitstand. Die Anwendung der Mängelrechte vor Gefahrübergang ist insbesondere abzulehnen, weil es zu diesem Zeitpunkt am ausschlaggebenden Moment für die Anwendung der Gewährleistungsrechte, dem Erfüllungsversuch mit einer mangelhaften Kaufsache, fehlt.

1. Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit

a) Festschreibung der subjektiven Theorie

Ursprünglich war die vereinbarte Beschaffenheit nur im Rahmen der zugesicherten Eigenschaften im Sinne des § 459 Abs. 2 BGB aF relevant. Als Fehler galten demgegenüber lediglich Abweichungen von der objektiven Normalbeschaffenheit²⁸. Schon vor der Schuldrechtsreform war diese Auffassung allerdings weitgehend von der subjektiv-objektiven Theorie abgelöst worden, welche den Fehler als jede dem Käufer ungünstige, nicht unerhebliche Abweichung der tatsächlichen Beschaffenheit (Istzustand) von der vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Beschaffenheit (Sollzustand), die den Wert oder die Gebrauchstauglichkeit der Sache aufhebt oder mindert,²⁹ definiert. Auch § 434 Abs. 1 BGB stellt nunmehr ausdrücklich vorrangig auf subjektive Momente ab. Angesichts des Leitbildwandels vom Stück- zum Gattungskauf³⁰ mag diese Entwicklung zunächst überraschen, wäre sie doch umgekehrt zu erwarten gewesen. Immerhin stellt die objektive Theorie auf diejenige Beschaffenheit ab, die der jeweiligen Gattung typischerweise zukommt.³¹ Zum richtigen Verständnis ist erforderlich, sich die historische Entwicklung zu vergegenwärtigen:

Nach dem Vorbild des alten Gewährleistungsrechts, dem römischen Recht, war ein Fehler beim Stückkauf³² bereits *a priori* undenkbar, denn die Speziessache war so geschuldet, wie sie war³³. Eine Haftung für das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften kam ursprünglich nur in Betracht, soweit diese zugesichert waren.³⁴ Ebendiese Haftung fand sich aber in § 459 Abs. 2 BGB aF, nicht in Abs. 1 wieder. Somit setzte der Leitbild-

28 RGZ 67, 86ff; 97, 351ff; *Haymann*, JW 1932, 1862; *Honsell*, in: Staudinger¹¹, § 459 Rn 11; *Leonhard*, Schuldrecht II, 45; *Oertmann*, Schuldrecht, Anm. 1, 4f; *R. Schmidt*, NJW 1962, 710; *Schubert*, Deutsches Kaufrecht, 64; *Max Wolf*, JherJb 56 (1910), 1, 49; *Wrede*, Kunst und Kaufrecht, 71.

29 BGHZ 98, 100, 104; 90, 198, 202; 52, 51, 54f; 16, 54, 55; *U. Huber*, in: Soergel, vor § 459 Rn 35; *Honsell*, in: Staudinger¹¹, § 459 Rn 10; *Walter*, Kaufrecht, 143.

30 *Chiusi*, Jura 2003, 217, 218.

31 *Honsell*, in: Staudinger¹¹, § 459 Rn 11.

32 Der Gattungskauf war dem römischen Recht unbekannt: *Altmeyden/Reichard*, in: FS U. Huber, 73, 74; *Ernst*, ZEuP 1999, 583, 590ff, zusammenf. 600; *Ernst*, ZRG RA 114 (1997), 300ff, zusammenf. 339.

33 *Altmeyden/Reichard*, in: FS U. Huber, 73, 74; *Honsell*, Römisches Recht, 132.

34 Im Wege der Stipulation (*dicta et promissa*): *Apathy/Klingenberg/Pennitz*, Römisches Recht, 166ff; *Adamczuk*, Pferdekaufrecht, 2; *Honsell*, Römisches Recht, 133; *v. Wengersky*, Viehwährschaftsrecht, 6f.

wandel vom Stück- zum Gattungskauf bereits mit Entwicklung der subjektiv-objektiven sowie der subjektiven Theorie ein. Gerade auch beim Kauf eines Kunstwerks erschien die Vorstellung des römischen Rechts als nicht mehr tragbar. Es stand nicht länger der Gedanke im Vordergrund, dass sich die Parteien auf den Verkauf eines individuellen Kunstwerks geeinigt hatten,³⁵ sondern –beeinflusst durch die wachsende Bedeutung des Gattungskaufs – die Eigenschaften, die dieser Kunstgegenstand in der Vorstellung der Parteien besitzen sollte.³⁶ Die Vorstellung, dass die Sache so verkauft wird, wie sie ist, beruht auf den Prinzipien *talis – qualis* und *caveat emptor*.³⁷ Ebenjene haben aber seit der Zeit des römischen Reichs signifikant an Bedeutung verloren. Der Grund hierfür ist im Wandel der wirtschaftlichen Gegebenheiten³⁸ zu suchen. Der Handel hat einen erheblichen Bedeutungszuwachs erhalten, ist insbesondere heutzutage ganz anders organisiert. Gleichzeitig sind die Produktionsprozesse komplexer und deshalb für den Käufer weniger nachvollziehbar geworden, für den Hersteller derweil immer kontrollier- und beherrschbarer. Von ihm oder dem Händler, dessen Rückgriffsmöglichkeit gegen den Hersteller weitgehend rechtlich gesichert ist, kann deshalb inzwischen gefordert werden, dass auch eine individualisierte Kaufsache die Eigenschaften besitzt, die der Käufer erwarten darf oder die er mit dem Verkäufer vereinbart hat, beziehungsweise dass der Verkäufer dafür haftet, wenn dies nicht der Fall ist.

Auf den Kunsthandel sind diese Überlegungen jedoch nicht ohne Weiteres übertragbar. Sie können lediglich für den Bereich der seriellen Kunst direkt fruchtbar gemacht werden. Weshalb also waren es gerade Fälle aus dem Bereich des Kunstmängelrechts – und zwar solche, die Unikate zum Gegenstand hatten³⁹ – bei denen sich der subjektive Fehlerbegriff durchgesetzt hat? Dies liegt zum einen daran, dass sich der Streit zwischen den Theorien beim Kauf von Gattungssachen kaum auswirkt, und zwar selbst dann nicht, wenn es sich *in concreto* um einen Stückkauf handelt.⁴⁰ Zum

35 Vgl. *Diekmann*, Nacherfüllungsanspruch, 20, insbes. Fn 3.

36 Vgl. *OLG Braunschweig*, JZ 2003, 863; *Diekmann*, Nacherfüllungsanspruch, 45, 93; *Oechsler*, NJW 2004, 1825, 1829.

37 Vgl. *Honsell*, Römisches Recht, 132.

38 Zu den diesbezüglichen wirtschaftlichen Gegebenheiten zur Zeit des klassischen römischen Rechts: *Diekmann*, Nacherfüllungsanspruch, 44: „Die Kaufsachen dieser Zeit zeichneten sich durch große Verschiedenheit aus. Massenware gab es noch nicht. Vielmehr entstanden Produkte in Handarbeit und besaßen daher eine jeweilige Einzigartigkeit.“

39 RGZ 114, 239 (Thoma); 115, 286 (Ostade/Teniers).

40 Vgl. *Goepfert*, Kunst- und Auktionenhandel, 32.

anderen lassen sich in Kunstmangelfällen andere gewichtige Argumente für eine schärfere Haftung des Verkäufers finden: Beim Kunstkauf ist in der Regel ein erheblicher Wissens- und Erkenntnisvorsprung des Verkäufers zu verzeichnen.⁴¹ Dieser ist zwar nicht wie bei Gattungssachen in der Beherrschbarkeit des Produktionsprozesses zu erblicken. Stattdessen ist es für den Verkäufer regelmäßig leichter möglich, den Kunstgegenstand auf versteckte Mängel zu untersuchen.⁴² Verdeckte Mängel aber haben im Kunsthandel die größte Bedeutung.⁴³ Insofern hat der Verkäufer zwar keinen Einfluss darauf, welche Eigenschaften das von ihm angebotene Kunstwerk aufweist, aber er hat die Möglichkeit, diese entsprechend seinen Erkenntnissen zu vereinbaren. Dann scheint es aber nicht sachgerecht, dem in aller Regel unkundigen Käufer dennoch das Risiko der Mangelhaftigkeit aufzubürden, insbesondere weil das verhandlungstechnische Ungleichgewicht zwischen Verkäufer und Käufer im Laufe der Zeit stark zugenommen hat. Der Käufer darf somit nicht ohne Weiteres allein auf die Möglichkeit verwiesen werden, sich Eigenschaften, auf die er besonderen Wert legt, garantieren zu lassen. Dies gilt gerade auch angesichts der ständig wachsenden Bedeutung von Haftungsbeschränkungen und –ausschlüssen in AGB, insbesondere auch den Allgemeinen Versteigerungsbedingungen (AVB) der Kunstauktionshäuser. Weiterhin wird die Relevanz der angestellten Überlegungen durch die Vielzahl der im letzten Jahrzehnt erlassenen verbraucher-schützenden Richtlinien und zugehörigen Entscheidungen des EuGH⁴⁴ verdeutlicht, die bisweilen gar den Eindruck erwecken, der Verbraucher mutiere zum „goldenen Kalb“. Nach dem Vorstehenden stellt sich die Festschreibung des subjektiven Fehlerbegriffs in § 434 Abs. 1 S. 1 BGB⁴⁵

41 Vgl. *Wrede*, Kunst und Kaufrecht, 225.

42 Ähnliche Feststellungen im Hinblick auf den Pferdekauf treffen *Adamczuk*, Pferdekaufrecht, 184, und *Neumann*, Pferdekaufrecht, 218.

43 Das mag im Auktionshandel anders aussehen, allerdings steht der Auktionator dort im Lager des Einlieferers, weshalb er sich nicht ohne weiteres auf die eigene Unkenntnis berufen kann. Zudem erscheint es widersinnig, einerseits mit einem ansehnlichen Expertenstab zu werben, andererseits aber zu behaupten, der Kunstgegenstand habe aus Zeitgründen nicht näher untersucht werden können: vgl. *LG Köln*, ZUM 2013, 332 Rn 79 (Campendonk).

44 Durch den Vertrag von Lissabon fällt nunmehr die gesamte Unionsgerichtsbarkeit (Gerichtshof, Gericht und Fachgerichte) unter den Begriff „Gerichtshof“; vgl. Art. 19 I EUV. Im Rahmen dieser Arbeit wird gleichwohl aus Klarstellungsgründen in Hinblick auf ältere Entscheidungen des Gerichtshofs sowie aufgrund der überwiegenden Fortführung der alten Terminologie in Rechtsprechung und Literatur weiterhin der Begriff Europäischer Gerichtshof (EuGH) verwendet.

45 *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, § 434 Rn 36.

als konsequente Fortführung des Systemwechsels von der Leitbildfunktion des Stückkaufs zu der des Gattungskaufs dar. Das zeigt sich auch in der Übereinstimmung mit den Vorgaben der VerbrGK-RiL, vgl. insbesondere Erwägungsgrund Nr. 8, S. 2 und 3 VerbrGK-RiL, die sich an den wirtschaftlichen Gegebenheiten des Binnenmarktes und mithin am Leitbild des Gattungskaufs orientiert.

b) Beschaffenheitsbegriff

Erwartungsgemäß müssten die Auswirkungen einer Klarstellung, die sich der bisherigen herrschenden Meinung anschließt, marginal sein. Anders wäre dies aber, wenn auch der Beschaffenheitsbegriff des neuen Schuldrechts im Lichte dieser Feststellung auszulegen wäre (= weiter Beschaffenheitsbegriff⁴⁶). Daneben scheinen die Übertragung des objektiven⁴⁷ respektive subjektiven⁴⁸ Fehlerbegriffs sowie die Kumulierung der überkommenen Begriffe „Fehler“ und „zugesicherte Eigenschaft“⁴⁹ möglich.

46 Vertreter: *Arlt*, Verbraucherschutz im neuen Kaufrecht, 87, 89f; *Berger*, JZ 2004, 276, 278ff; *Berger*, in: Jauernig, § 434 Rn 7; *Dauner-Lieb/Thiessen*, ZIP 2002, 108, 110; *Ivens*, Kunst im Rechtsverkehr, 21; *Looschelders*, in: Dauner-Lieb et al, Schuldrecht, 395, 397ff; *S. Lorenz/Riehm*, Schuldrecht, 256; *Mertens*, AcP 203 (2003), 818, 834ff; *Prütting et al*, § 434 Rn 18; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rn 300ff; *Roth*, NJW 2004, 330f; *D. Schmidt*, BB 2005, 2763, 2767; *Schmidt-Räntsch*, AnwBl 2003, 529, 531; *R. Schulze/Ebers*, JuS 2004, 462; *Redeker*, NW 2012, 2471; *Triebel/Hölzle*, BB 2002, 521, 525; *Tröger*, JuS 2005, 503; *Weidenkaff*, in: Palandt, § 434 Rn 9ff; *Weiler*, ZGS 2002, 249, 255; *Wolff*, in: Hoeren/Martinek, § 434 Rn 8; *Wolf/Kaiser*, DB 2002, 411, 412; in diese Richtung auch *Schaub*, AcP 202 (2002), 757, 764f.

47 So allerdings nur *OLG Hamm*, NJW-RR 2003, 1360 m. zust. Anm. v. *U. Huber*, AcP 202 (2002), 179, 225ff. Der *BGH* (ZIP 2011, 33ff) hat dieser Auffassung eine Absage erteilt, ohne sich dabei zwischen mittlerem und weitem Beschaffenheitsbegriff zu entscheiden.

48 In diese Richtung *Brox/Walker*, Schuldrecht BT, 33ff, allerdings mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass auch ehemalige zugesicherte Eigenschaft erfasst sein sollen.

49 *Faust*, in: BeckOK, § 434 Rn 20f; *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 118, 122; *Grunewald*, in: Erman, § 434 Rn 3; *Häublein*, NJW 2003, 388, 389f; *Kindl*, WM 2003, 409, 411; *Mangold*, Kunstkauf, 161; *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, § 434 Rn 42; *Schack*, Kunst und Recht, Rn 385; *Schellhammer*, Schuldrecht, Rn 83; *Westermann*, in: Müko, § 434 Rn 8; *Wrede*, Kunst und Kaufrecht, 217; in dieselbe Richtung *Gronstedt/Jörgens*, ZIP 2002, 52, 55; speziell für den Unternehmenskauf *Eidenmüller*, ZGS 2002, 290, 295; *Gruber*, MDR 2002, 433f; *Kindl*, WM 2003, 409, 411; *Weidenkaff*, in: Palandt, § 434 Rn 9ff; *Weitmayer*, NJW 2002, 2511, 2514. Wo bei innerhalb dieser Gruppe die Frage, ob die Begrenzung des Eigenschaftsbe-

aa) Grammatische und systematische Auslegung

Der Duden schlägt als Synonyme für Beschaffenheit die Begriffe Art, Art und Weise, Eigenschaft, Form, Gestalt, Güte, Qualität, Struktur, Zustand und Konsistenz vor.⁵⁰ Der normale Sprachgebrauch geht also durchaus von Merkmalen aus, die der Sache physisch anhaften. In die gleiche Richtung geht die Formulierung des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB, die beschreibt, dass die Sache die vereinbarte Beschaffenheit „hat“. Diese setzt eine gewisse Greifbarkeit des Merkmals voraus. Bei genauerer Betrachtung der Synonyme fällt auf, dass hierunter auch die „Eigenschaft“ aufgelistet wird. Dieser Begriff ist dem juristisch vorgeprägten Leser aus § 119 Abs. 2 BGB und § 459 Abs. 2 BGB aF bekannt, was für eine Interpretation im Sinne des mittleren Beschaffenheitsbegriffs⁵¹ streitet. Unter Anwendung der Lesart, die die Festschreibung des subjektiven Fehlerbegriffs in § 434 Abs. 1 S. 1 BGB in den Mittelpunkt rückt, lässt sich der Begriff der Beschaffenheit jedoch ebenso gut auch als ein Merkmal auslegen, welches nach der Vereinbarung der Parteien nur einen irgendwie gearteten Bezug zur Sache aufweisen muss. Letztere Lesart geht nahtlos in die Berücksichtigung systematischer Argumente über, nämlich dahingehend, dass der durch die Festschreibung des subjektiven Fehlerbegriffs propagierte Primat der Beschaffenheitsvereinbarung bei konsequenter Fortführung zugleich die Anerkennung eines weiten Beschaffenheitsbegriffs bedingt⁵². Zwingend ist diese Schlussfolgerung jedoch nicht. So wurde der subjektive Fehlerbegriff zum alten Recht vertreten, ohne dass daraus gefolgert wurde, die Privatautonomie müsse bei dessen Zugrundelegung zwangsläufig durch eine weite Auslegung des Merkmals der Beschaffenheit weiter gestärkt werden.⁵³ Letztlich zeigt sich der Bedeutungsumfang des Vorrangs der Parteivereinbarung erst, nachdem entschieden wurde, auf welche Merkmale sie sich bezieht. Es handelt sich mithin um ein Zirkelschlussargument. Dem ist noch hinzuzufügen, dass die Bedeutung der Parteivereinbarung bei Ablehnung des weiten Beschaffenheitsbegriffs keinesfalls negiert, sondern lediglich abgeschwächt wird, indem sie nur im Rahmen der (verschuldensabhängigen) Haftung aus *cul-*

griffs z.B. für zukünftige oder vergangene Umstände beizubehalten ist, uneinheitlich beantwortet wird.

50 <http://www.duden.de/rechtschreibung/Beschaffenheit> (6.4.2019).

51 Terminologie übernommen von *D. Schmidt*, BB 2005, 2763, 2764.

52 Vgl. *Berger*, JZ 2004, 276, 282; *R. Schulze/Ebers*, JuS 2004, 462f; *Triebel/Hölzle*, BB 2002, 521, 525.

53 Tatsächlich wurde der weite Beschaffenheitsbegriff zum alten Recht nur von *Wilmsen*, AcP 182 (1982), 515, 544f propagiert.

pa in contrahendo Berücksichtigung findet.⁵⁴ In Hinblick auf den systematischen Zusammenhang zu § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB hätte die Ablehnung des weiten Beschaffenheitsbegriffs zur Folge, dass eine Verwendungsvereinbarung, die auf außerhalb der Kaufsache liegende Merkmale rekurriert, zwar nicht als Beschaffenheitsvereinbarung zu akzeptieren wäre, jedoch über die Variante der Eignung zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung einen Mangel der Kaufsache begründen könnte.⁵⁵ § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB knüpft ausweislich seines Wortlauts nämlich gerade nicht an die Beschaffenheit der Sache an. Allerdings ergibt sich dort der besondere Bezug zur Kaufsache über das zusätzliche Erfordernis der Beeinträchtigung der vertraglich vorausgesetzten Verwendung. Dass § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB über § 434 Abs. 1 S. 1 BGB hinausgehen kann, ist mithin nicht widersprüchlich, sondern erweist sich unter der Prämisse der Ablehnung des weiten Beschaffenheitsbegriffs als logisch zwingend. Es ist auch nicht so, dass bei Vereinbarung eines solchen Merkmals die Verwendungseignung stets zu verneinen wäre.⁵⁶ Erklärt etwa der Verkäufer auf Nachfrage des Käufers, der ein Gemälde für seine Privatwohnung erwerben will, dass andere Gemälde desselben Künstlers in bestimmten Museen ausgestellt sind,⁵⁷ so wird die Verwendungseignung nicht dadurch berührt, dass diese Aussage unzutreffend ist. Selbst wenn es sich aber so verhielte, dass bei Verneinung einer vereinbarungsfähigen Beschaffenheit im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB stets das Vorliegen eines Mangels gemäß § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB zu bejahen wäre, spräche dies nicht zwingend für den weiten Beschaffenheitsbegriff. Ebenso gut könnte dann nämlich argumentiert werden, dass dieser gerade deshalb nicht notwendig zugrunde zu legen ist. Allein aus § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB lässt sich deshalb noch nicht einmal der Schluss ziehen, dass der Beschaffenheitsbegriff keine zukünftigen Umstände erfasst. Denn obwohl sich alle die Kaufsache betreffenden zukünftigen Umstände unter den Begriff der Verwendung subsumieren lassen, verbleibt § 434 Abs. 1 S. 2 BGB bei Miteinbeziehung zukünftiger Umstände in den Beschaffenheitsbegriff nach dem Wortlaut der Norm insofern ein ei-

54 Hiermit sind allerdings auch Vorteile, insbesondere verjährungsrechtliche, verbunden. Durch den weiten Beschaffenheitsbegriff hingegen wird der Anwendungsbereich der *culpa in contrahendo* aus Konkurrenzgründen empfindlich eingeschränkt.

55 Vgl. *Berger*, JZ 2004, 276, 279.

56 So aber *Berger*, JZ 2004, 276, 279.

57 Das gewählte Beispiel ist angelehnt an *Berger*, JZ 2004, 276, 277.

genständiger Anwendungsbereich, als die Verwendung nicht vereinbart, sondern lediglich vertraglich vorausgesetzt wird.⁵⁸

Auch hinsichtlich § 434 Abs. 2 BGB ist eine systematische Argumentation in verschiedene Richtungen möglich. Die Vorschrift könnte gerade deshalb notwendig geworden sein, um die Einbeziehung der mangelhaften Montage(anleitung) als Sachmangel trotz engen Beschaffenheitsbegriffs zu ermöglichen.⁵⁹ Sie kann auf der anderen Seite aber auch als Anzeichen dafür gewertet werden, dass der Gesetzgeber einem von den Sacheigenschaften losgelösten Beschaffenheitsbegriff zuneigte.⁶⁰

§ 434 Abs. 3 BGB stellt die Lieferung eines *aliud*, welche als die vorbehaltlich der Nichtleistung wohl fundamentalste Pflichtverletzung anzusehen ist, zur Vermeidung des Nebeneinanders von Gewährleistungs- und Nichtleistungsrecht gleich, weshalb eine Argumentation *a majore ad minus* zugunsten des weiten Beschaffenheitsbegriffs naheliegt, bei dem ansonsten ein ähnliches Rechtsfolgen-Splitting⁶¹ droht.⁶² Allerdings kann im Einzelfall die Pflichtverletzung bei Vorliegen eines Sachmangels durchaus gravierender sein als bei Lieferung eines *aliud*,⁶³ so beispielsweise, wenn der Verkäufer beim Stückkauf eine gleichwertige Variation desselben Sujets von der Hand des Künstlers liefert, im Gegensatz zum Fall, in dem es sich beim kaufgegenständlichen Gemälde um eine unerkannte Fälschung handelt. Die Argumentation überzeugt aber auch deshalb nicht, weil im Fall des *aliud* gerade kein Sachmangel vorliegt, sondern nur die Gleichstellung mit einem Sachmangel explizit angeordnet wird. Eine solche Anordnung fehlt aber für Merkmale, die dem engen und mittleren Beschaffenheitsbegriff nicht unterfallen. Ob deshalb vom weiten Beschaffenheitsbegriff auszugehen ist, lässt sich unter Rückgriff auf § 434 Abs. 3 BGB nicht beantworten. Der Ansatz, ein rechtsfolgenseitiges Splitting aufgrund von Abgrenzungsschwierigkeiten durch Gleichstellung beziehungsweise weite Auslegung zu

58 S. hierzu aber S. 43.

59 So *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 118, 120 Fn 28.

60 *Berger*, JZ 2004, 276, 281; vgl. auch *Schmidt-Räntsch*, AnwBl 2003, 529.

61 Siehe dazu S. 97f.

62 So jedenfalls *Berger*, JZ 2004, 276, 281, *Gronstedt/Jörgens*, ZIP 2002, 52, 54; *Haas*, in: *Haas et al*, Schuldrecht, Kap 5 Rn 98; *Lieb* in: *Dauner-Lieb/Henssler*, Unternehmenskauf, 57, 61; *Putzo*, in: *Palandt*⁶¹, § 434 Rn 11; *Schmidt-Räntsch*, AnwBl 2003, 529, 531; *Strelow/Hein*, DB 2003, 1155, 1158; *Westermann*, NJW 2002, 241, 247.

63 Vgl. *Altmeppen/Reichard*, in: FS U. Huber, 73, 77.

vermeiden, überzeugt zudem nur als *ultima ratio*, d. h. sofern die Abgrenzung sich nicht als sachlogisch zwingend erweist.⁶⁴

In Betracht käme noch, aus der weitgehenden Gleichbehandlung von Sach- und Rechtsmangel zu schließen, dass auch solche Umstände dem Beschaffenheitsbegriff unterfallen, die nicht im physischen Zustand der Kaufsache begründet liegen, weil Rechtsmängel der Kaufsache ebenfalls nicht physisch anhaften.⁶⁵ Allerdings erfüllt das Kriterium der physischen Beschaffenheit eine Zuordnungsfunktion, die beim Rechtsmangel entbehrlich ist, weil der Sachbezug dort allein dadurch unzweifelhaft festgestellt werden kann, dass ein Recht *an* der Sache besteht. Diese Zuordnungsfunktion entfällt durch die Gleichstellung von Rechts- mit Sachmängeln aber nicht.

Ebenso wenig ist aus der Erwähnung des Eigenschaftsbegriffs in § 434 Abs. 1 S. 3 BGB der Umkehrschluss zu ziehen, dass die Beschaffenheit eng auszulegen ist, weil die Vorschrift den Eigenschaftsbegriff lediglich in wortgetreuer Anlehnung an Art. 2 Abs. 1 lit. d VerbrGK-RiL verwendet.⁶⁶

Auch die Regressbestimmungen der §§ 445 a, 445 b, 478 BGB lassen keinen systematischen Rückschluss auf die Reichweite des Beschaffenheitsbegriffs zu. Denn der Verkäufer hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn er wegen einer weitreichenden Beschaffenheitsvereinbarung mit dem Verbraucher keinen Rückgriff nehmen kann. Er steht nicht anders, als wenn er die Kaufsache physisch beschädigt oder eine Garantie abgegeben hätte. Es besteht kein Anlass, die Rückgriffsrechte des Unternehmers durch einen engen Beschaffenheitsbegriff abzusichern.⁶⁷

Neben § 434 Abs. 1 BGB verwendet auch § 443 Abs. 1 BGB den Begriff der Beschaffenheit. Unter Hinzuziehung dieser Vorschrift lässt sich jedenfalls der enge Fehlerbegriff ablehnen, weil die Beschaffenheitsgarantie des § 443 Abs. 1 Alt. 2 BGB der Eigenschaftszusicherung nach § 459 Abs. 2 BGB aF entspricht⁶⁸ und mithin deren Anwendungsbereich abdecken muss⁶⁹. Dies stimmt allerdings nur bei Zugrundelegung der Prämisse, dass

64 So zur Frage, ob die Aufgabe der Typologie Stückkauf/Gattungskauf, sowie die Gleichstellung von Schlecht- und Falschlieferung gerechtfertigt sind: *Altmeyden/Reichard*, in: FS U. Huber, 73, 90.

65 So *Barnert*, WM 2003, 419; *U. Huber*, AcP 202 (2002), 179, 229ff; *Mangold*, Kunstkauf, 159.

66 Vgl. *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 118, 122 Fn 43.

67 Vgl. zum Vorstehenden *Berger*, JZ 2004, 276, 279f.

68 BT-Drucks. 14/6040, 136, 140.

69 *Eidenmüller*, ZGS 2002, 290, 295; *Haas*, in: Haas et al, Schuldrecht, Kap 5 Rn 98; *Jaques*, BB 2002, 417f; *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, § 434 Rn 42.

beide Beschaffenheitsbegriffe kongruent sind.⁷⁰ Wird zusätzlich davon ausgegangen, dass bei einer derart weitreichenden Vereinbarung wie einer Garantie möglichst viele Eigenschaften erfasst werden sollten, so sprach die Regelungssystematik des § 443 BGB aF für den weiten Beschaffenheitsbegriff.⁷¹ Die am 13.6.2014 in Kraft getretene Neufassung des § 443 BGB ist autonom nach den Vorgaben der zugrunde liegenden Verbraucherrichtlinien zu bestimmen.⁷² Aus den Sprachfassungen der Mitgliedsstaaten, die den Begriff der Beschaffenheit unter anderem mit „Verhältnisse“, „Umstände“ bzw. „Beschreibung“, „nähere Angaben“ wiedergeben, lässt sich schließen, dass dort eine weite Auslegung angezeigt ist. Ob diese Auslegung allerdings so weit geht, dass sich aus der Richtlinie das Genügen eines bloß mittelbaren Sachbezugs ergibt, lässt sich den zugrundeliegenden Richtlinien nicht entnehmen.⁷³

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass sich mittels grammatisch-systematischer Auslegung die Frage nach der Reichweite des Beschaffenheitsbegriffs nicht beantworten lässt.

bb) Historische Auslegung

Kann die vom Gesetzgeber gewollte Lesart der kaufrechtlichen Vorschriften unter Rückgriff auf die historische Auslegung ermittelt werden? Der Begriff der Beschaffenheitsvereinbarung wurde bereits im Rahmen des subjektiven Fehlerbegriffs verwendet, und zwar bezüglich des weitestgehenden Abstellens auf das Vorstellungsbild der Parteien im Gegensatz zu rein objektiven Wertabweichungen und Tauglichkeitsmängeln⁷⁴. Entsprechend die Kaufsache nicht der vereinbarten Beschaffenheit, lag ein Fehler vor, so dass im Ergebnis beide Begriffe gleichgesetzt wurden.⁷⁵ Die dogmengeschichtliche Auslegung spricht so für den engen Beschaffenheitsbegriff, allerdings in der weiterreichenden Form des subjektiven Fehlerbe-

70 So *Stöber*, in: BeckOGK, § 443 Rn 20; *D. Schmidt*, BB 2005, 2763, 2766.

71 So im Ergebnis: *Mangold*, Kunstkauf, 160; *D. Schmidt*, BB 2005, 2763, 2765.

72 *Stöber*, in: BeckOGK, § 443 Rn 16-19, dort auch zum folgenden Text.

73 A.A. *Stöber*, in: BeckOGK, § 443 Rn 19 mwN, der davon ausgeht, dass ein mittelbarer Sachbezug, wie er etwa bei Umständen, die sich auf den Künstler beziehen und damit nur mittelbar auf das Kunstwerk selbst, nicht ausreicht.

74 *Wrede*, Kunst und Kaufrecht, 71; vgl. auch *Larenz*, Schuldrecht BT II/1, 38 mwN.

75 *Wrede*, Kunst und Kaufrecht, 217.

griffs⁷⁶. Der Übertragung des engen Beschaffenheitsbegriffs auf den Beschaffenheitsbegriff steht der Ausspruch des Gesetzgebers, durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz⁷⁷ die Reichweite der Mängelansprüche jedenfalls nicht verengen zu wollen,⁷⁸ grundsätzlich nicht entgegen, weil sich die Haftung für zugesicherte Eigenschaften funktional in § 443 Abs. 1 BGB sowie in § 276 Abs. 1 S. 1 BGB wiederfindet. Haltbar ist der enge Beschaffenheitsbegriff aber wie ausgeführt nur unter der Annahme, dass § 443 Abs. 1 BGB einen davon verschiedenen Beschaffenheitsbegriff propagiert, der zumindest die Eigenschaft im Sinne des § 459 Abs. 2 BGB aF umfasst. Eine unterschiedliche inhaltliche Bedeutung des gleichen Begriffs im selben Untertitel des Kaufrechts in Abkehr von der grammatischen und systematischen Auslegung ist jedoch nur sinnvoll, sofern besondere historische und/oder teleologische Gesichtspunkte dafür streiten. Indes erscheint zweifelhaft, ob die in Rede stehende Passage überhaupt reflektiert in die Regierungsbegründung übernommen wurde.⁷⁹ Ursprünglich war sie nämlich auf eine Vorfassung des Gesetzes bezogen, in der neben Beschaffenheitsvereinbarung und Garantie noch die zur Eigenschaftszusicherung alter Fassung kongruente⁸⁰ Garantie für das Vorhandensein einer Eigenschaft existierte.⁸¹ Demzufolge läge es nahe, zwischen den beiden Begriffen wie bei § 459 BGB aF abzugrenzen,⁸² auch wenn der Gesetzgeber dies nicht diktieren wollte. Im weiteren Verfahrensverlauf machte der Bundesrat den Vorschlag, auch im Rahmen des § 443 BGB auf die Beschaffenheit abzustellen, wobei die Bundesregierung zunächst ausdrücklich auf der Beibehaltung der separaten Regelung der zugesicherten Eigenschaft bestand⁸³. Später wurde dies jedoch für unnötig erklärt, weil auch die Zusicherung ein Garantieelement enthalte.⁸⁴ Die Wirkung der überkommenen Eigenschaftszusicherung kann nach der jetzt geltenden Fassung durch eine kombinierte Garantie im Sinne von §§ 276 Abs. 1 S. 1, 443 Abs. 1 Alt. 1

76 Insofern also immer noch zu eng, weil den Begriff der Beschaffenheit mit dem objektiven Fehlerbegriff gleichsetzend: *OLG Hamm*, NJW-RR 2003, 1360 m. zust. Anm. v. *U. Huber*, AcP 202 (2002), 179, 225ff.

77 BGBl. I 2001, 3138.

78 BT-Drucks. 14/6040, 212.

79 Dagegen *Mangold*, Kunstkauf, 158f; *D. Schmidt*, BB 2005, 2763, 2764.

80 BT-Drucks. 14/6040, 132, 236, 240.

81 *Mangold*, Kunstkauf, 158 und *D. Schmidt*, BB 2005, 2763, 2764, bezogen auf §§ 442 Abs. 1 S. 2 Alt. 2, 444 Alt. 2 RegE: BT-Drucks. 14/1640, 132, 236, 240.

82 *D. Schmidt*, BB 2005, 2763, 2764.

83 BT-Drucks. 14/6857, 61.

84 BT-Drucks. 14/7052, 184.

BGB hergestellt werden. Um die Mängelrechte nicht entgegen dem Gesetzgeberwillen zu verkürzen, muss der Beschaffenheitsbegriff des § 443 Abs. 1 BGB mindestens so weit verstanden werden, dass er die Eigenschaft im Sinne des § 459 Abs. 2 BGB aF mit einschließt.⁸⁵ Eine bewusste Abkehr von der Dichotomie Fehler *versus* Eigenschaft ist damit aber nicht zwingend verbunden.⁸⁶ Der Gesetzgeber hat ausdrücklich offen gelassen, ob eine solche zu vollziehen ist.⁸⁷ Die Beibehaltung der alten Termini ist bei Zugrundelegung eines gespaltenen Beschaffenheitsbegriffs auch möglich, wenn gleich nicht zwingend⁸⁸. Angeordnet hat der Gesetzgeber die Begriffsdivergenz vermutlich deshalb nicht, weil er einerseits Rechtsprechung und Lehre die Entscheidung überlassen wollte, ob die frühere Abgrenzung beibehalten werden soll, und weil er andererseits über die Richtlinienkonformität einer diesbezüglichen Regelung im Unklaren war. Insofern spricht tatsächlich einiges dafür, dass der Gesetzgeber zur Beibehaltung der alten Regelung tendierte.⁸⁹ Damit kann aber nicht unterstellt werden, die Regierungsbegründung sei durch die weitere Entwicklung überholt.⁹⁰ Durch das Offenlassen der Frage hat der Gesetzgeber indes auch die Möglichkeit eröffnet, die überkommenen Abgrenzungsfragen⁹¹ nach dem restriktiven Beschaffenheitsbegriff aufzugeben.⁹² Die dogmengeschichtliche Auslegung ergibt, dass insofern vor dem 1.1.2002 einerseits zwischen Fehler und Eigenschaft, andererseits auch zwischen Eigenschaft und sonstigen, außerhalb der Sache liegenden Umständen abzugrenzen war.⁹³ Die erste Abgrenzungsfrage betraf dabei die „Innengrenze“ von § 459 BGB aF. Hier wurde ein zusicherungsfähiges Kriterium auch und gerade dann angenommen, wenn es nicht zu einem Fehler der Kaufsache führen konnte.⁹⁴ Lag in diesem Fall *in concreto* eine schlichte Parteivereinbarung vor, so musste nach

85 BGH, NJW 2016, 2874 Rn 10f.

86 Anders: *Mangold*, *Kunstkauf*, 158f; *D. Schmidt*, BB 2005, 2763, 2764.

87 BT-Drucks. 14/6040, 213: „insbesondere soll nicht entschieden werden, ob er nur Eigenschaften umfasst, die der Kaufsache unmittelbar physisch anhaften, oder ob auch Umstände heranzuziehen sind, die außerhalb der Sache selbst liegen.“

88 Insofern zutreffend: *Mangold*, *Kunstkauf*, 159.

89 Dafür auch *Eidenmüller*, ZGS 2002, 290, 295; *Putzo*, in: Palandt⁶¹, § 434 Rn 11f; *Westermann*, in: Müko, § 434 Rn 5, 8. Ebenso, allerdings unter Zugrundelegung des engen Beschaffenheitsbegriffs: *OLG Hamm*, NJW-RR 2003, 1360.

90 So aber *D. Schmidt*, BB 2005, 2763, 2764f.

91 Siehe dazu *Berger*, JZ 2004, 276, 278; *Häublein*, NJW 2003, 389.

92 *Mangold*, *Kunstkauf*, 158.

93 *Berger*, JZ 2004, 276, 278, dort auch zum folgenden Text.

94 *D. Schmidt*, BB 2005, 2763, 2764; *Wrede*, *Kunst und Kaufrecht*, 98.

Lösungen außerhalb des Gewährleistungsrechts gesucht werden.⁹⁵ Bei der die „Außengrenze“ betreffenden Abgrenzungsfrage zu § 459 BGB aF ging es rechtsfolgenrechtlich ebenfalls darum, ob Gewährleistungsrecht anzuwenden oder auf andere Ansprüche zurückzugreifen war. Aufgrund der an strenge Voraussetzungen geknüpften Schadensersatzhaftung des alten Rechts übte die Rechtsprechung hier Zurückhaltung und nahm gegebenenfalls Regelungslücken in Kauf.⁹⁶ Gleichzeitig entwickelte sie aber die verschuldensabhängige Haftung aus *culpa in contrahendo*, die inzwischen in §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB kodifiziert ist. In beiden Fällen dürfte die Tatsache, dass durch entsprechende Abgrenzung der als zu kurz empfundenen sechsmonatigen Verjährungsfrist des § 477 BGB aF ausgewichen werden konnte, eine signifikante Rolle gespielt haben.⁹⁷ Vielleicht haben es Rechtsprechung und Lehre auch deshalb in den rund hundert Jahren bis zum Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsrechts nicht geschafft, anhand des Sachnähekriteriums, welche Beziehung ausreichend eng ist, um Gewährleistungsrecht zur Anwendung zu bringen⁹⁸. Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wurde die allgemeine Gewährleistungsfrist des § 438 Abs. 3 BGB nunmehr zwar auf zwei Jahre verlängert. Aufgrund der dreijährigen Regelverjährung des § 195 BGB, dem abweichenden Fristbeginn sowie der häufig anzutreffenden Gewährleistungsaus-schlüsse und -beschränkungen⁹⁹ steht dennoch zu befürchten, dass die Gerichte weiterhin von der Möglichkeit Gebrauch machen werden, im Einzelfall überwiegend ergebnisorientiert abzugrenzen.¹⁰⁰ Zudem erscheint die Abgrenzung nach dem Sachnähekriterium angesichts der Tatsache, dass die meisten, insbesondere aber die funktionellen Anforderungen an die Sache zugleich umgebungsbezogen sind, mehr oder minder willkürlich.¹⁰¹ Wäre sie sachlich geboten, müsste allerdings notwendigerweise eine Abgrenzung erfolgen.¹⁰² Bezüglich der „Innengrenze“ des § 459 BGB aF erforderte das Begriffspaar Fehler/Eigenschaft eine divergierende Ausle-

95 Näher hierzu *Wrede*, Kunst und Kaufrecht, 73.

96 *Berger*, JZ 2004, 276, 280.

97 Vgl. hierzu bezgl. der „Innengrenze“: *Wrede*, Kunst und Kaufrecht, 73; bzgl. der „Außengrenze“: *Berger*, JZ 2004, 276, 278, 282.

98 So der durchaus berechtigte Vorwurf von *D. Schmidt*, BB 2005, 2763, 2765; kritisch auch: *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 118, 122; *Singer*, in: 50 Jahre BGH, Bd I, 381, 386ff.

99 Insbesondere auch Fristverkürzungen.

100 So etwa *LG Köln*, ZUM 2013, 332 Rn 74 (Campendonk), s. hierzu S. 256ff.

101 *D. Schmidt*, BB 2005, 2763, 2765.

102 *Altmeyden/Reichard*, in: FS U. Huber, 73, 90.

gung. Die §§ 434 Abs. 1, 443 Abs. 1 BGB hingegen stellen einheitlich auf den Begriff der Beschaffenheit ab. Es ließe sich argumentieren, dass abhängig vom Grad der Haftung eine stärkere Sachnähe des Merkmals zu fordern ist. Die schärfere Haftung lässt sich aber bereits dadurch rechtfertigen, dass im einen Fall das Vorliegen eines Merkmals lediglich vereinbart, im anderen zugesichert wurde.¹⁰³ Das zusätzliche Kriterium der Sachnähe ist damit sachlogisch entbehrlich, was für einen einheitlichen Beschaffenheitsbegriff spricht¹⁰⁴. Anderes gilt in Bezug auf die „Außengrenze“ von § 459 BGB aF. Hier wurde allein danach abgegrenzt, ob die Anwendung von Gewährleistungsrecht aufgrund der Sachnähe des Merkmals interessengerecht erschien.¹⁰⁵ Entbehrlich wird das Sachnähekriterium erst dann, wenn es durch ein anderes substituiert werden kann. Diesbezüglich bietet sich der durch § 434 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB in den Vordergrund gerückte Parteiwille an. Hierin liegt aber letztlich gar keine Aufgabe des Sachnähekriteriums, sondern dieses wird nur modifiziert, indem es subjektiv bestimmt wird. Soweit eine Parteivereinbarung bezüglich eines Merkmals, das einen irgendwie gearteten Bezug zur Kaufsache aufweist, festgestellt werden kann, ist Gewährleistungsrecht anzuwenden. Dieser Bezug – und mit ihm die erforderliche subjektiv verstandene Sachnähe – wird in der Regel schon darin zu sehen sein, dass die Parteien die Vereinbarung im Rahmen des Kaufvertrags treffen. Für die Haftung aus *culpa in contrahendo* verbleibt insoweit nur Raum, wenn der Mangel arglistig verschwiegen wurde.¹⁰⁶ Im Ergebnis wird das Kriterium der Sachnähe bei subjektivem Verständnis somit funktionslos, weil es deckungsgleich mit der weit verstandenen Beschaffenheit ist. Damit substituiert dieser Ansatz das Sachnähe Merkmal nicht, sondern gibt es mittels eines Kunstgriffs auf. Eben deshalb ist auch keine Abgrenzung mehr notwendig. Auf die Frage, wieso in allen Fällen, in denen die Parteien ein bestimmtes Merkmal mit mitunter nur losem Sachbezug vereinbaren, das Gewährleistungsrecht berufen sein soll, die Rechtsfolgen bei dessen Fehlen zu regeln, gibt diese Konstruktion jedoch keine Antwort. Begründet werden könnte die Entbehrlichkeit der Abgrenzung damit, dass nach neuem Recht keine an strenge Voraussetzung geknüpften Schadensersatzpflichten mehr bestehen, die ein Ausweichen auf die Haftung aus *culpa in contrahendo* erforderlich erscheinen las-

103 So die Vertreter des weiten Beschaffenheitsbegriffs, vgl. nur *D. Schmidt*, BB 2005, 2763.

104 Im Ergebnis ebenso: *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 118, 122.

105 Siehe *BGH*, NJW 1991, 1223, 1224.

106 Vgl. *Berger*, JZ 2004, 276, 277, 281; *D. Schmidt*, BB 2005, 2763.

sen.¹⁰⁷ Die §§ 437 S. 1 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 281 BGB normieren lediglich Schadensersatzhaftungen für vermutetes Verschulden. Eine verschuldensunabhängige Haftung kommt zwar über § 276 Abs. 1 S. 1 BGB, der funktional ein Element der Eigenschaftszusicherung aufgreift, in Betracht. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB ist jedoch auch auf den Anspruch aus *culpa in contrahendo* anwendbar. Ebenso gilt auch dort die Verschuldensvermutung des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. Allerdings sind die §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB rechtsfolgenseitig auf das negative Interesse begrenzt.¹⁰⁸ Die darüber hinausgehende Haftung auf das Erfüllungsinteresse ließe sich aber mit dem Primat der Einigung begründen.

Weiterhin müssten die übrigen Mängelgewährleistungsrechte auch bei Fehlen solcher Umstände sachgerecht sein, die sich nur unter den weiten Beschaffenheitsbegriff subsumieren lassen. Vorrangig ist hier an den Anspruch auf Nacherfüllung zu denken. Verkauft ein Galerist beispielsweise ein Gemälde mit einer Expertise, die seiner Aussage nach von einem anerkannten Experten für den Künstler erstellt worden sein soll, handelt es sich dann aber nur um das Urteil eines allgemein Kunstsachverständigen, wäre hier an Nachbesserung in der Form zu denken, dass der Verkäufer ein entsprechende Expertise nachträglich beizubringen hat. Den Verkäufer in diesem Fall an der Vereinbarung festzuhalten, anstatt den Käufer auf einen Anspruch aus *culpa in contrahendo* zu verweisen, entspricht dem Grundsatz *pacta sunt servanda* und ist sachgerecht. Allerdings schützt im genannten Beispielfall § 439 Abs. 3 BGB den Verkäufer nicht vor allzu hohen Nachbesserungskosten,¹⁰⁹ weil die Reichweite dieser Norm für Fälle, in denen von vorneherein nur eine Art der Abhilfe in Betracht kommt, durch den EuGH empfindlich eingeschränkt wurde¹¹⁰.

Auch bei der Minderung steht der Grundsatz *pacta sunt servanda* im Vordergrund, denn hier wird ein Interessenausgleich unter Wahrung des Äquivalenzverhältnisses hergestellt.¹¹¹ Es ist zwar denkbar, dass der Verkäufer mehr daran interessiert ist, das Gemälde wiederzuerlangen, um es gewinnbringend weiterzueräußern. Dieses Interesse ist aber nicht schützenswert,¹¹² zumal ebenso Fälle vorstellbar sind, in denen der Käufer das Bild lieber zurückgeben würde als zu mindern, insbesondere wenn er einen

107 Vgl. Berger, JZ 2004, 276, 280.

108 Grigoleit/Herresthal, JZ 2003, 118, 123.

109 A.A. Berger, JZ 2003, 276, 281.

110 Siehe dazu S. 201ff.

111 Berger, JZ 2003, 276, 281.

112 Berger, JZ 2003, 276, 281.

überhöhten Preis bezahlt hat. Der Rücktritt ist jedoch nicht immer möglich, beispielsweise dann nicht, wenn vereinbart wurde, dass das verkaufte Gemälde sich im Originalzustand befindet, in Wahrheit jedoch eine kleinere Restauration vorgenommen wurde, die seinen Wert nur unerheblich mindert. Die vorstehenden Überlegungen zeigen, dass beim Minderungsrecht abstrakt die Interessen beider Parteien gewürdigt werden. Die Lösung verdient auch deshalb den Vorzug gegenüber der Haftung aus *culpa in contrahendo*, weil sie flexibler handhabbar ist. Gerade bei den hohen Preisen, die im Kunsthandel bisweilen gezahlt werden, kann schon ein unerheblicher Fehler einem hohen Geldbetrag entsprechen. Des Weiteren vermeidet die weite Auslegung des Beschaffenheitsbegriffs Haftungsfallen durch abweichende Verjährungsfristen und bringt den sachgemäßen kenntnisunabhängigen Verjährungsbeginn zur Anwendung. Der Käufer kann solche Merkmale spätestens ab Übergabe prüfen, und dem Verkäufer sollte nicht das Risiko aufgebürdet werden, dass der Käufer die Prüfung innerhalb der kaufrechtlichen Gewährleistungsfrist unterlässt. Allerdings ist bezüglich des letzten Arguments einzuräumen, dass ein Gleichlauf auch über die analoge Anwendung von § 438 BGB hergestellt werden könnte.¹¹³

Hinsichtlich des Rücktrittsrechts scheinen die Auswirkungen – abgesehen von der Verjährung, für die die zur Minderung dargelegte Argumentation entsprechend gilt – zunächst beträchtlich. Fällt die Entscheidung gegen die Anwendung von Gewährleistungsrecht aus, ist an einen Rücktritt nur unter den Voraussetzungen des § 324 BGB zu denken – ergo bei Verletzung einer Pflicht nach § 241 Abs. 2 BGB und Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag. Faktisch wird dies aber nur zum Problem, wenn der Verkäufer das Fehlen des Umstandes nicht zu vertreten hat, weil in den übrigen Fällen der erheblichen Pflichtverletzung der Käufer ohnehin auf den umfanglicheren Anspruch aus *culpa in contrahendo* zurückgreifen wird. Außerdem stellt auch es eine Ausprägung des Grundsatzes *pacta sunt servanda* dar: Wenn der Verkäufer eine entsprechende Vereinbarung mit seinem Käufer trifft, ist es auch gerechtfertigt, ihn nicht nur dann auf Rückabwicklung des Vertrags haften zu lassen, wenn das Festhalten am Vertrag für den Käufer eine unzumutbare Härte bedeuten würde. Ob eine solche Haftungsverschärfung als begrüßenswert eingeordnet wird, hängt letztlich entscheidend davon ab, inwieweit das *telos* des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB zu einem Bedeutungszuwachs von Parteivereinbarungen führt.

Im Ganzen erweist sich folglich die Gewährleistungshaftung als der Handhabung von Fällen, die ihr nur nach dem weiten Beschaffenheitsbe-

113 Vgl. zum Vorstehenden: *Berger*, JZ 2003, 276, 281.

griff unterfallen, gewachsen. Dennoch zeigt sich im Ergebnis, dass auch die historische Auslegung außer Stande ist, auf die Frage nach der Weite des Beschaffenheitsbegriffs eine eindeutige Antwort zu geben. Der Gesetzgeber hat trotz Tendenz zur Beibehaltung der bisherigen Terminologie die Frage offen gelassen. Eine Neuorientierung ist aber dogmengeschichtlich möglich und sogar durchaus sinnvoll, sofern die teleologische Auslegung einen umfänglichen Vorrang der Parteiabrede ergibt.

cc) Teleologische und richtlinienkonforme Auslegung

Aus § 434 Abs. 1 S. 1 BGB wird der Primat der Einigung als *telos* des Sachmangelbegriffs abgeleitet. Wie bereits ausgeführt, legt die Vorschrift jedoch lediglich fest, dass der Parteiwille bei der Frage, ob ein Sachmangel vorliegt, vorrangig zu berücksichtigen ist. Zwar stärkt die Norm somit klar die Privatautonomie.¹¹⁴ Ob auch der in Satz 1 gleichrangig verwendete Beschaffenheitsbegriff uneingeschränkt subjektiv ausgelegt werden muss, ist indes eine davon zu trennende Frage.¹¹⁵ § 434 Abs. 1 S. 1 BGB setzt jedenfalls einen irgendwie gearteten Zusammenhang zwischen Kaufsache und Merkmal voraus, lässt dabei aber die Wertungsfrage offen, ob dieser objektiv spezifiziert sein muss¹¹⁶ oder aber sich als Rückschluss aus der Parteivereinbarung über jenes Merkmal ergeben kann.

Denkbar wäre, aus der Orientierung des modernisierten Gewährleistungsrechts am UN-Kaufrecht¹¹⁷ zu schließen, dass *ratio* des neuen Sachmangelbegriffs die verstärkte Berücksichtigung der heutigen Wirtschaftspraxis sei¹¹⁸, und zwar in dem Sinne, dass gerichtliche Entscheidungen prognostizierbar gemacht und die Bedürfnisse der Kautelarjurisprudenz vorrangig eingestellt werden sollten, um somit ein praktisch handhabbares Kaufrecht zu schaffen. Hierbei handelt es sich tatsächlich um bei Bejahung des weiten Beschaffenheitsbegriffs eröffnete Chancen.¹¹⁹ Nichtsdestotrotz kann der weite Beschaffenheitsbegriff nicht auf die Vorbildfunktion des

114 *Mangold*, Kunstkauf, 159.

115 Anders offenbar *D. Schmidt*, BB 2005, 2763, 2765; *Triebel/Hölzle*, BB 2002, 521, 525; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rn 310.

116 So *Canaris*, in: *Karlsruher Forum* 2002, 5, 61ff; *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 118, 123.

117 BT-Drucks. 14/6040, 89, 92, 209, 212.

118 So *D. Schmidt*, BB 2005, 2763, 2765.

119 Vgl. zum vorstehenden *Berger*, JZ 2004, 276, 282; *D. Schmidt*, BB 2005, 2763, 2765.