

WOLFGANG KIRCHER

Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

65

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

65

Herausgegeben vom

**Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht**

Direktoren:

Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt und Hein Kötz



Wolfgang Kircher

Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf

Eine vergleichende Darstellung des deutschen
und des englischen Rechts unter Berücksichtigung
des UN-Kaufrechts und aktueller Reformbestrebungen

Mohr Siebeck

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Kircher, Wolfgang:

Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf : Eine vergleichende Darstellung des deutschen und des englischen Rechts unter Berücksichtigung des UN-Kaufrechts und aktueller Reformbestrebungen / Wolfgang Kircher.

– Tübingen : Mohr Siebeck, 1998

(Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht; Bd. 65)

ISBN 3-16-147038-9 978-3-16-158375-9 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

© 1998 J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständigem Werkdruckpapier der Papierfabrik Niefern gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

ISSN 0720-1141

Vorwort

Die Juristische Fakultät der Universität Passau hat diese Arbeit im Wintersemester 1997/98 als Dissertation angenommen. Der „Geänderte Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbrauchsgüterkauf und –garantien“ vom 01.04.1998, ABl. C 148 vom 14.05.1998, konnte noch nachträglich berücksichtigt werden.

Besonderen Dank schulde ich meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Klaus Schurig, für die Betreuung des Promotionsvorhabens. Er hat mein Interesse an der Rechtsvergleichung geweckt und durch Anregungen sowie stets konstruktive Kritik zum Gelingen der Arbeit beigetragen.

Für seine freundliche Hilfsbereitschaft bei der Organisation meines Studienaufenthaltes an der Universität Oxford habe ich Herrn Dr. Gerhard Dannemann, Deputy Director des Centre for the Advanced Study of European and Comparative Law der Universität Oxford, zu danken. Herrn Professor Francis Reynolds (Worcester College) und Herrn Professor Roy Goode (St. John's College) danke ich dafür, daß sie mir im Gespräch wertvolle Erkenntnisse vermittelt und mir ferner nützliches Quellenmaterial zur Verfügung gestellt haben.

Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Hein Kötz gilt mein Dank für die Aufnahme der Arbeit in diese Schriftenreihe.

Meinen Eltern bin ich für ihre in jeder Hinsicht stets großzügige Unterstützung dankbar.

Passau, im Juli 1998

Wolfgang Kircher

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis.....	XVII
Erstes Kapitel: Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf im deutschen Recht.....	1
Teil 1: Der Meinungsstand zur Sachmängelhaftung nach dem BGB	1
I. Überblick.....	1
II. Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung nach herrschender Meinung	2
III. Grundsätzlich abweichende Auffassungen zu den Begriffen des Fehlers und der zugesicherten Eigenschaft.....	30
Teil 2: Überblick über die Voraussetzungen der Sachmängelgewährleistung nach dem UN-Kaufrecht	46
Zweites Kapitel: Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf im englischen Recht.....	68
Teil 1: Überblick	68
Teil 2: Die rechtsvergleichende Darstellung im einzelnen	76
I. Die Haftung des Verkäufers für Äußerungen über die Beschaffenheit der Kaufsache	76
II. Die gesetzlich angeordnete Haftung für implied terms.....	119
III. Die Rechtsbehelfe des Käufers bei Lieferung nicht vertragsgemäßer Ware	167
Drittes Kapitel: Schlußfolgerungen	200
Teil 1: Bewertung der Systematik der Rechtsbehelfe im deutschen und englischen Recht....	200
Teil 2: Folgerungen für das BGB de lege lata.....	213
I. Die Haftung für das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft.....	213
II. Die Haftung für Fehler.....	233
III. Die Thesen Flumes und Jakobs'	240
IV. Gesamtergebnis	259
Teil 3: Die Reformbestrebungen in bezug auf das Gewährleistungsrecht beim Kauf	260
I. Schuldrechtsreform durch nationale Gesetzgebung	260
II. Der Vorschlag für eine Richtlinie „über den Verbrauchsgüterkauf und -garantien“	270
Zusammenfassung.....	286
Literaturverzeichnis	295
Stichwortverzeichnis.....	305

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis.....	XVII
 Erstes Kapitel: Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf im deutschen Recht.....	1
 Teil 1: Der Meinungsstand zur Sachmängelhaftung nach dem BGB	1
I. Überblick.....	1
II. Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung nach herrschender Meinung	2
A. Stückkauf.....	2
1. Die Abgrenzung von Mangel und aliud	2
2. Der Tatbestand des § 459 Abs. 1	2
a) Der subjektive Fehlerbegriff.....	2
aa) Die Rechtsprechung.....	2
bb) Die in der Literatur überwiegende Ansicht	4
b) Der Kreis der für einen Fehler maßgeblichen Beschaffenheitsmerkmale	6
aa) Die Rechtsprechung.....	6
bb) Die Auffassungen der Vertreter eines subjektiven Fehlerbegriffs in der Literatur.....	7
c) Die Bestimmung eines Fehlers im Falle fehlender Parteivereinbarung.....	8
aa) Die Rechtsprechung.....	9
bb) Die Auffassungen der Vertreter eines subjektiven Fehlerbegriffs in der Literatur	10
d) Die Funktion der Begriffe Wert und Gebrauchstauglichkeit in § 459 Abs. 1 S. 1 a. E	11
3. Das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft nach § 459 Abs. 2	12
a) Die Voraussetzungen einer Zusicherung	12
aa) Die Rechtsprechung.....	12
bb) Die in der Literatur überwiegend vertretene Auffassung	15
b) Der Eigenschaftsbegriff in § 459 Abs. 2	17
aa) Die Rechtsprechung.....	17
bb) Die Auffassungen der Vertreter einer garantierartigen Zusicherung in der Literatur	18
c) Die Rechtsfolgen des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft	18
aa) Die Schadensberechnung.....	18
bb) Der Ersatz von Mangelfolgeschäden.....	20
(1.) Die Rechtsprechung zu den Mangelfolgeschäden	21
(2.) Die Auffassungen der Vertreter einer garantierartigen Zusicherung in der Literatur	21
(3.) Der Ersatz des Mangelschadens	22
B. Gattungskauf.....	23
1. Die Haftung für Fehler	23

a) Besonderheiten des Gattungskaufs.....	23
b) Die Abgrenzung von Sachmangel und Falschliefereung	24
aa) Zum ersten Lösungsansatz	25
bb) Zum zweiten Lösungsansatz.....	26
cc) Zum dritten Lösungsansatz	28
dd) Zwischenergebnis	29
2. Die Haftung für zugesicherte Eigenschaften	29
III. Grundsätzlich abweichende Auffassungen zu den Begriffen des Fehlers und der zugesicherten Eigenschaft.....	30
A. Stückkauf	30
1. Der objektive Fehlerbegriff in § 459 Abs. 1	30
2. Der Begriff der zugesicherten Eigenschaft	36
a) Im Ergebnis mit der überwiegend vertretenen Auffassung übereinstimmende, von der dogmatischen Herleitung her aber unterschiedliche Ansätze.....	36
b) Auch im Ergebnis von der überwiegend vertretenen Auffassung abweichende Ansätze.....	37
aa) Die grammatische Auslegung	38
bb) Die systematische Auslegung	39
cc) Die historische Auslegung	42
dd) Die teleologische Auslegung	43
ee) Ergebnis	46
B. Gattungskauf	46
Teil 2: Überblick über die Voraussetzungen der Sachmängelgewährleistung nach dem UN-Kaufrecht.....	46
I. Der Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts	48
II. Die Haftung des Verkäufers für Sachmängel	48
A. Die Systematik des Abkommens	49
B. Die Vertragsmäßigkeit der Ware gemäß Art. 35 UN-Kaufrecht.....	49
1. Die vertragliche Festlegung im Sinne von Art. 35 Abs. 1 UN-Kaufrecht	49
2. Die gesetzlich angeordneten Merkmale in bezug auf die Vertragsmäßigkeit der Ware nach Art. 35 Abs. 2 UN-Kaufrecht.....	51
a) Die Tauglichkeit zum gewöhnlichen Gebrauch	52
b) Die Tauglichkeit für besondere Zwecke	52
c) Übereinstimmung mit Probe oder Muster	53
d) Übliche oder angemessene Verpackung der Ware.....	54
C. Für den Käufer offenkundige Mängel	54
D. Zusätzliche Haftungsvoraussetzungen im Falle der Vertragswidrigkeit der Ware	56
E. Die Rechtsbehelfe des Käufers bei Lieferung vertragswidriger Ware	57
1. Die Nacherfüllung gemäß Art. 46 UN-Kaufrecht.....	58
a) Die Ersatzlieferung	58
b) Die Nachbesserung	59
2. Die Vertragsaufhebung gemäß Art. 49 UN-Kaufrecht	60
3. Die Minderung gemäß Art. 50 UN-Kaufrecht	60
4. Exkurs: Das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers nach Art. 48 UN-Kaufrecht	61
5. Der Schadensersatzanspruch des Käufers.....	63
a) Der Normalfall des Art. 74 UN-Kaufrecht.....	63
b) Die Schadensberechnung bei Vertragsaufhebung.....	66
6. Fazit	67

Zweites Kapitel: Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf im englischen Recht.....	68
Teil 1: Überblick	68
I. Rechtsquellen	68
II. Der Anwendungsbereich des Sale of Goods Act	69
III. Die Sachmängelhaftung als Haftung für Vertragsbruch	71
IV. Überblick über die Regelungssystematik des englischen Kaufrechts in bezug auf die Haftung für Sachmängel.....	73
A. Die Bestimmung der vertragsgemäßen Beschaffenheit durch ausdrückliche und im Gesetz fixierte Elemente	73
B. Die Rechtsbehelfe des Käufers wegen vertragswidriger Beschaffenheit	74
Teil 2: Die rechtsvergleichende Darstellung im einzelnen	76
I. Die Haftung des Verkäufers für Äußerungen über die Beschaffenheit der Kaufsache	76
A. Vorbemerkung.....	76
B. Die Haftung für vertragliche Vereinbarungen (terms) im Kontrast zu der Haftung wegen misrepresentation	76
1. Die Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsnatur einer Haftung aus misrepresentation.....	76
2. Die Rechtsbehelfe bei misrepresentation	78
a) Vertragsaufhebung (rescission)	78
b) Schadensersatz (damages)	80
3. Die Abgrenzung zwischen terms und representations im einzelnen	83
4. Das Konkurrenzverhältnis zwischen Ansprüchen aus breach of contract und misrepresentation.....	86
5. Ergebnis	89
6. Kurzer Vergleich mit dem deutschen Recht	89
C. Die Haftung des Verkäufers für ausdrücklich im Vertrag festgelegte Merkmale der Kaufsache.....	90
1. Die Voraussetzungen des Rechts auf Vertragsaufhebung.....	90
a) Breach of condition.....	90
aa) Mögliche Bedeutungen des Begriffs „condition“	91
bb) Definitionsversuche in bezug auf den Begriff der condition im Sinne eines vertraglichen Versprechens	93
(1.) Begriffliche Interpretationsversuche	93
(2.) Auslegungskriterien, die für die Einordnung einer Willenserklärung als condition sprechen.....	95
(a) Generelle Ansätze.....	95
(b) Die Auslegungskriterien im einzelnen	97
(3.) Zwischenergebnis	98
cc) Die Beschränkung des Rechts zur Vertragsaufhebung durch die Rechtsfigur der acceptance	99
b) Innominate terms.....	104
aa) Die Entwicklung der innominate terms durch richterliche Rechtsfortbildung.....	104
bb) Die Anerkennung der innominate terms im Warenkaufrecht.....	106
cc) Die Voraussetzungen einer Vertragsaufhebung wegen breach of an innominate term	109
dd) Kritik	110
c) Fundamental breach.....	112
aa) Definition und Bedeutung des Rechtsbegriffs fundamental breach.....	112

bb) Die Voraussetzungen eines fundamental breach im einzelnen	114
2. Die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs	116
a) Überblick	116
b) Breach of warranty	116
c) Der unwesentlich verletzte innominate term	118
d) Annahme der Kaufsache mit der Folge des Verlustes eines Rücktrittsrechts	118
3. Ergebnis	119
II. Die gesetzlich angeordnete Haftung für implied terms	119
A. Der Kauf nach Beschreibung	120
1. Die Voraussetzungen eines Kaufs nach Beschreibung	120
2. Die von sect. 13 SGA erfaßten Fallgruppen und ihre Entwicklung	123
3. Das Vertrauen des Käufers auf die Richtigkeit der Beschreibung	124
4. Die Anforderungen an nach Beschreibung gekaufte Ware	125
5. Rechtsvergleich	126
B. Die befriedigende Qualität	127
1. Grundsätzliches	127
2. Verkauf im Rahmen eines Handelsgewerbes	127
3. Das Konzept der befriedigenden Qualität im allgemeinen	128
a) Satisfactory quality im Kontrast zur merchantable quality gemäß sect. 14(2), (6) SGA a.F.	128
b) Die Beurteilung aus der Perspektive einer verständigen (reasonable) Person	131
c) Der Warenbegriff in sect. 14(2) SGA	132
d) Die bei der Festlegung der befriedigenden Qualität relevanten Umstände	134
aa) Beschreibungen	134
bb) Der Preis	135
cc) Weitere Umstände	136
4. Der Katalog maßgeblicher Qualitätsmerkmale	136
a) Allgemeines	136
b) Eignung für alle gewöhnlichen Zwecke	137
c) Das äußere Erscheinungsbild	139
d) Geringfügige Mängel	140
e) Sicherheit	141
f) Haltbarkeit	142
5. Rechtsvergleich	144
6. Die Ausschlüsse in sub-sect. (2C)	145
a) Mängel, auf die der Käufer speziell aufmerksam gemacht wurde	145
b) Mängel, die eine vom Käufer durchgeführte Untersuchung hätte aufdecken müssen	146
c) Mängel, die im Falle eines Kaufs nach Probe bei einer Untersuchung der Probe offenbar geworden wären	148
C. Die Eignung für einen bestimmten Zweck	148
1. Grundsätzliches	148
2. Der Begriff des bestimmten Zwecks (particular purpose)	148
3. Die Mitteilung des Zwecks	149
a) Der Erklärende	149
b) Der Erklärungsempfänger	149
c) Der notwendige Erklärungsinhalt	149
4. Die Eignung	151
a) Die Eignung im engeren Sinne	151
b) Weitere Aspekte der Eignung	153
c) Informationspflichten	154
5. Vertrauen	154

6. Rechtsvergleich	157
a) Vergleich zum UN-Kaufrecht.....	157
b) Vergleich zum BGB	158
7. Das Verhältnis von sect. 14(3) zu sect. 14(2) und zu sect. 13 SGA.....	159
D. Der Kauf nach Probe	161
E. Auf einer Verkehrsübung oder Handelsbräuchen beruhende implied terms.....	162
F. Weitere implied terms	163
G. Die Rechtsbehelfe des Käufers im Falle der Verletzung eines implied term, insbesondere das gemäß sect. 15A SGA eingeschränkte Rücktrittsrecht	164
III. Die Rechtsbehelfe des Käufers bei Lieferung nicht vertragsgemäßer Ware	167
A. Die Vertragsaufhebung.....	167
B. Die auf eine Geldleistung gerichteten Rechtsbehelfe	169
1. Der begleitende Schadensersatz	169
a) Allgemeines	169
b) Der Ersatz direkt aus der Vertragsverletzung resultierender Schäden nach sect. 53 SGA	170
aa) Die Abgrenzung nach sect. 53 und nach sect. 54 SGA zu ersetzender Schäden	170
bb) Die Vermutung aus sect. 53(3) SGA.....	172
cc) Der nach sect. 53(2) SGA zu gewährende Schadensersatz.....	174
dd) Die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden.....	177
ee) Die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs aus sect. 53 SGA	179
c) Die nach sect. 54 SGA zu ersetzenden, individuell voraussehbaren Schäden... ..	179
2. Die Ersatzansprüche bei Vertragsaufhebung	183
a) Erstattung des Kaufpreises	183
b) Schadensersatz.....	185
aa) Der Ersatz direkt aus der Vertragsverletzung resultierender Schäden nach sect. 51 SGA.....	185
(1.) Die Vermutung aus sect. 51(3) SGA	185
(2.) Der nach sect. 51(2) SGA zu gewährende Schadensersatz.....	187
bb) Die nach sect. 54 SGA zu ersetzenden Schäden	188
C. Die Nacherfüllung	190
1. Nacherfüllung als Recht des Käufers	190
a) Das englische Recht.....	190
b) Rechtsvergleich	191
2. Das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung	193
a) Rücktritt und Nacherfüllung	193
aa) Der gegenwärtige Stand der Rechtsprechung.....	193
bb) Der Meinungsstand in der Literatur	195
b) Schadensersatz und Nacherfüllung.....	196
c) Rechtsvergleich	197
3. Ergebnis	198
 Drittes Kapitel: Schlußfolgerungen	 200
 Teil I: Bewertung der Systematik der Rechtsbehelfe im deutschen und englischen Recht....	 200
I. Überblick.....	200
II. Zur Frage des weitergehenden Rechtsbehelfs.....	201
III. Die Ansätze zur Rechtfertigung strenger Anforderungen an eine verschuldens- unabhängige Schadensersatzhaftung.....	203

IV. Die Ansätze zur Rechtfertigung einer weiten Schadensersatzhaftung entsprechend der Konzeption des englischen Rechts.....	206
V. Beispielsfälle	208
A. Zum Mangelschaden	208
B. Zum Mangelfolgeschaden	210
VI. Ergebnis	212
Teil 2: Folgerungen für das BGB de lege lata	213
I. Die Haftung für das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft	213
A. Stückkauf	213
1. Die Auslegung des Begriffs „zugesicherte Eigenschaft“	213
2. Die Reichweite der Schadensersatzhaftung	214
a) Anwendbarkeit der Schutzzwecklehre auf den hier favorisierten Begriff der Eigenschaftszusicherung	214
b) Der Grundsatz der Totalreparation und Ansätze zu seiner Einschränkung	214
aa) Übernahme des Vorhersehbarkeitskriteriums des englischen Rechts	214
(1.) Vereinbarkeit mit den gesetzlichen Schadensersatzbestimmungen im BGB	214
(2.) Die Geltung der Vorhersehbarkeitsregel auf Grund der Vertragsauslegung	216
(3.) Kritik an einer dahingehenden Auslegung des Vertrages	217
(4.) Zwischenergebnis	218
bb) Die Einschränkung der vollen Schadensersatzhaftung durch § 254	218
(1.) Anwendbarkeit	218
(2.) Abgrenzung der einzelnen Tatbestände des § 254	219
(a) Die Phase der Haftungs begründung	219
α) Ungewöhnlich hoher Schaden	220
β) Der für die Obliegenheitsverletzung maßgebliche Zeitpunkt	220
γ) Kausalität	222
δ) Vorwerfbarkeit bezüglich des Unterlassens	222
(b) Die Phase nach dem Abschluß des haftungsbegründenden Vorgangs	223
(3.) Die Rechtsfolge des Obliegenheitsverstoßes	223
(4.) Beispielsfälle, insbesondere zur Hinweisobliegenheit nach § 254 Abs. 2 S. 1 Fall 1	224
(5.) Ergebnis	228
3. Weitere Argumente für die Gleichsetzung zugesicherter und vertraglich vereinbarter Eigenschaften	228
4. Zwischenergebnis	229
B. Gattungskauf	229
II. Die Haftung für Fehler	233
A. Stückkauf	233
1. Der Fehlerbegriff	233
2. Die Bestimmung der Sollbeschaffenheit	234
a) Vertretbare Sachen	235
b) Nicht vertretbare Sachen	236
c) Vorrang der Parteivereinbarung	237
d) Zwischenergebnis	238
3. Die maßgeblichen Beschaffenheitsmerkmale	238
4. Die Minderung des Wertes beziehungsweise der Gebrauchstauglichkeit	239
5. Fazit	239
B. Gattungskauf	239

III. Die Thesen Flumes und Jakobs'	240
A. Die Auffassung Flumes	241
1. Das Verhältnis der Vorstellungen der Vertragsparteien von den Eigenschaften zum rechtsgeschäftlichen Willen	241
2. Die Möglichkeit der Beziehung einer Leistungsvereinbarung auf die Beschaffenheit des Leistungsgegenstandes	242
3. Die Konsequenz für den Stückkauf	243
4. Bestätigung durch das römische Recht	244
5. Das Abweichen der Kaufsache von der vereinbarten sachlichen Beschaffenheit als Fehler im Sinne von § 459 Abs. 1 BGB	245
6. Die „normale“ Beschaffenheit im Rahmen des subjektiven Fehlerbegriffs	246
7. Sachmangel und Eigenschaftsirrturn	247
8. Ergebnis	248
B. Die Fortführung der Lehre Flumes durch Horst Heinrich Jakobs	248
1. Das „richtige“ Verständnis von Reform	248
2. Der subjektive Fehlerbegriff	249
3. Nacherfüllung de lege lata und de lege ferenda	250
4. Die Schadensersatzhaftung des Verkäufers bei Mängeln der Kaufsache	252
a) Der Umfang des Schadensersatzes	252
b) Die Schadensersatzhaftung beim Stückkauf	252
aa) Der Mangelschaden	252
bb) Exkurs: Der für § 459 Abs. 1 BGB verbleibende Anwendungsbereich	254
cc) Der Mangelfolgeschaden	255
c) Die Schadensersatzhaftung beim Gattungskauf	256
aa) Der Mangelschaden	256
bb) Der Mangelfolgeschaden	257
5. Die Abgrenzung zwischen Schlecht- und Falschlieferung beim Gattungskauf	258
6. Ergebnis	258
IV. Gesamtergebnis	259
Teil 3: Die Reformbestrebungen in bezug auf das Gewährleistungsrecht beim Kauf	260
I. Schuldrechtsreform durch nationale Gesetzgebung	260
A. Der Haftungstatbestand für die Fälle einer mangelhaften Lieferung	260
B. Die Rechtsbehelfe des Käufers im Falle einer mangelhaften Lieferung	263
1. Das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung	263
2. Der Nacherfüllungsanspruch des Käufers	265
3. Der Rücktritt vom Kaufvertrag	267
4. Die Minderung des Kaufpreises	268
5. Der Schadensersatzanspruch	268
C. Ergebnis	270
II. Der Vorschlag für eine Richtlinie „über den Verbrauchsgüterkauf und -garantien“	270
A. Der Sachmängeltatbestand	271
1. Das Prinzip der Vertragswidrigkeit	271
2. Der Katalog der Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit	272
a) Kauf nach Beschreibung und nach Probe	272
b) Die Eignung für alle gewöhnlichen Zwecke	274
c) Die Eignung für besondere Zwecke	274
d) Die zufriedenstellende Qualität	275
e) Die Haftung des Verkäufers wegen unsachgemäßer Montage	277
f) Zwischenergebnis	278
B. Die Anzeige der Vertragswidrigkeit	278
C. Die Rechtsfolgen einer vertragswidrigen Leistung des Verkäufers	260

1. Nacherfüllung	280
2. Die Vertragsaufhebung	281
3. Die Minderung	282
4. Das Fehlen eines Schadensersatzanspruchs	283
D. Die Behandlung geringfügiger Mängel	283
E. Fazit zum Richtlinienvorschlag	284
Zusammenfassung	286
Literaturverzeichnis	295
Stichwortverzeichnis	305

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt	EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
AC	Law Reports, Appeal Cases, House of Lords, Privy Council	Ex	Exchequer Reports
AcP	Archiv für die civilistische Praxis	Exch	Law Reports, Exchequer Division
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	GS	Großer Senat
All ER	All England Reports	H & N	Hurlstone and Norman's Reports
App Cas	Law Reports, Appeal Cases, 1875 – 1890	HB = H BI	Henry Blackstone's Reports
B.	Baron	HGB	Handelsgesetzbuch
BB	Der Betriebs-Berater	HL	House of Lords
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch	IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
BGH	Bundesgerichtshof	IR R	Irish Reports
BGHZ	Bundesgerichtshof, Ent- scheidungen in Zivilsachen	J	Justice
Bing	Bingham's Reports	JA	Juristische Arbeitsblätter
BR-Drucks.	Bundesrat-Drucksache	JR	Juristische Rundschau
CA	Court of Appeal	Jura	Juristische Ausbildung
CB	Common Bench Reports	JuS	Juristische Schulung
CB NS	Common Bench Reports, New Series	JW	Juristische Wochenschrift
Ch	Law Reports, Chancery Division	JZ	Juristen-Zeitung
ChD	Chancery Division	KB	Law Reports, King's Bench Division
CISG	Convention on Contracts for the International Sale of Goods	KBD	King's Bench Division
CJ	Chief Justice	KG	Kammergericht
CLJ	Cambridge Law Journal	LG	Landgericht
CLR	Current Legal Problems	LJ	Lord Justice
CPA	Consumer Protection Act	Lloyd's Rep	Lloyd's List Law Reports
DB	Der Betrieb	LM	Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivil- sachen (Lindenmaier / Möhring)
DIV.	Division	LMCLQ	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly
DJZ	Deutsche Juristenzeitung	LQR	Law Quarterly Review
DLR	Dominion Law Reports (Canada)	LR	Law Report(s)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung	LT	Law Times Reports
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch	MA	Misrepresentation Act
E.R.	English Reports	MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
		MLR	Modern Law Review
		MR	Master of the Rolls
		MünchKomm	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch

N	Note	sects.	sections
NJW	Neue Juristische Wochen- schrift	SGA	Sale of Goods Act
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs- Report	SGSA	Supply of Goods and Services Act
NLJ	New Law Journal	SJ	Solicitors' Journal
ÖJZ	Österreichische Juristen- zeitung	sub-sect.	sub-section
OLG	Oberlandesgericht	SW 2d	South Western Reporter, Second Series (USA)
PC	Privy Council	T.R.	Term Reports
QB	Law Reports, Queen's Bench Division	TLR	The Times Law Reports
QBD	Queen's Bench Division	v	versus / and
RabelsZ	Zeitschrift für ausländ. und internationales Privatrecht	VLR	Victorian Law Reports (Australien)
RG	Reichsgericht	WLR	Weekly Law Reports
RGBL.	Reichsgesetzblatt	WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
RGZ	Amtl. Sammlung der Reichsgerichtsrecht- sprechung in Zivilsachen	W.R.	Weekly Reports
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft	ZEup	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
RTR	Road Traffic Reports	ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschafts- recht
SaSGA	Sale and Supply of Goods Act	ZIP	Zeitschrift für Wirtschafts- recht
SJZ	Schweizer Juristenzeitung	ZPO	Zivilprozeßordnung
sect.	section	ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

*Erstes Kapitel:
Die Voraussetzungen der
Sachmängelhaftung beim Warenkauf
im deutschen Recht*

*Teil 1: Der Meinungsstand zur
Sachmängelhaftung nach dem BGB*

Für Sachmängel haftet der Verkäufer nach den §§ 459 ff des Bürgerlichen Gesetzbuchs von 1900¹ entweder auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz. Unter den Mangelbegriff fallen Fehler und das Fehlen zugesicherter Eigenschaften. Während der Käufer für Fehler der Kaufsache gemäß den §§ 459 Abs. 1, 462 nur Wandelung oder Minderung verlangen kann, hat er im Falle des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft alternativ auch einen Anspruch auf Schadensersatz gemäß den §§ 459 Abs. 2, 463 S. 1. Hinsichtlich der Auslegung der Begriffe „Fehler“ und „zugesicherte Eigenschaft“ besteht Uneinigkeit, so daß zunächst eine Darstellung der wichtigsten Meinungen erfolgen soll.

I. Überblick

Nicht einmal die höchstrichterliche Rechtsprechung verfolgt in ihrer Auslegung der Tatbestände des § 459 konsequent eine einheitliche Linie. Jedoch kann zusammenfassend festgestellt werden, daß nach herrschender Meinung die vertraglich bindende Beschreibung bestimmter Merkmale oder Eigenschaften der verkauften Sache zunächst nur eine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 459 Abs. 1 darstellt, mit der die Parteien festlegen, „als was“ die Sache verkauft wird. Eine Zusicherung im Sinne von § 459 Abs. 2 setzt demgegenüber weiter voraus, daß der Verkäufer in vertragsmäßig bindender Weise die Gewähr für das Vorhan-

¹ Im folgenden sind alle §§ ohne Gesetzesbezeichnung solche des BGB.

densein einer bestimmten Eigenschaft der Kaufsache übernimmt, dafür also „garantiert“, und damit seine Bereitschaft zu erkennen gibt, unter allen Umständen und für alle Folgen des Fehlens dieser Eigenschaft einzustehen².

Eine verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung wegen eines Sachmangels ist demnach an sehr strenge Voraussetzungen geknüpft; im Einzelfall werden, wie noch zu zeigen ist³, Durchbrechungen dieses Grundsatzes aber großzügig zugelassen.

II. Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung nach herrschender Meinung

A. Stückkauf

1. Die Abgrenzung von Mangel und aliud

Das Gewährleistungsrecht findet beim Stückkauf keine Anwendung, wenn nicht die von den Vertragsparteien bestimmte Sache übergeben wird, sondern ein Gegenstand anderer Identität. Diesem Identitäts-aliud oder aliud im engeren Sinne wird das sogenannte Qualifikations-aliud gegenübergestellt, das gegeben ist, wenn die verkaufte Sache solche Artmerkmale nicht besitzt, die sie nach der vertraglichen Voraussetzung haben soll. In einem solchen Falle sind die §§ 459 ff anwendbar⁴.

2. Der Tatbestand des § 459 Abs. 1

a) Der subjektive Fehlerbegriff

aa) Die Rechtsprechung

Nach einer gängigen Definition ist ein Fehler im Sinne des § 459 Abs. 1 dann anzunehmen, wenn der tatsächliche Zustand der Kaufsache von dem Zustand abweicht, den die Vertragsparteien bei Vertragsschluß *gemeinsam vorausgesetzt* haben, und wenn dadurch der Wert der Kaufsache oder ihre Eignung zum vertrag-

² Zu dieser Formulierung siehe BGH JZ 1995, 1015, 1016.

³ Siehe unten I A 3 a bei Fußn. 60 ff, insbesondere Fußn. 74, sowie im dritten Kapitel, Teil 1, IV bei Fußn. 20 ff.

⁴ Zu dieser Terminologie und Abgrenzung siehe STAUDINGER - HONSELL, § 459 RdNr. 25 f. Die Anwendbarkeit des Gewährleistungsrecht auf die Fälle des Qualifikations-aliuds ist im Rahmen der hier referierten herrschenden Meinung unumstritten – vgl. HONSELL a.a.O., und wird auch sonst nur ganz vereinzelt abgelehnt, siehe etwa R. SCHMIDT, NJW 1962, 710, 711; RAAPE, AcP 150 (1949), 481, 493. Näher zu den einzelnen Unterarten des Qualifikationsaliuds unten unter III A 1 bei Fußn. 194 ff.

lich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch gemindert oder beseitigt wird⁵. Es kommt mithin entscheidend darauf an, „als was“ die Sache verkauft worden ist⁶. Zwischen Stückkauf und Gattungskauf wird dabei nicht unterschieden; bei letzterem wird lediglich § 480 Abs. 1 hinzuzitiert⁷.

Teilweise wird ein Fehler der Kaufsache aber erst dann bejaht, wenn der tatsächliche Zustand der gekauften Sache von dem *im Kaufvertrag vereinbarten* abweicht⁸. Nach einer anderen Formulierung wird ein verkaufter Gegenstand als mit einem Fehler behaftet angesehen, weil er *vereinbarte* Leistungsmerkmale nicht erreicht und daher nicht die geschuldete Beschaffenheit aufweist⁹.

Betrachtet man diese Entscheidungen isoliert, so ist festzustellen, daß es durchaus einen Unterschied macht, ob etwas vorausgesetzt oder vertraglich vereinbart ist. Eine Vereinbarung im Rechtssinne muß darauf gerichtet sein, rechtliche Verhältnisse in bestimmter Weise zu gestalten. Dies geschieht gewöhnlich nicht, wenn etwas nur als Voraussetzung angenommen wird, sei es, daß es im Vertragstext aufgeführt ist, sei es, daß es ein bloßes gemeinsames Motiv oder eine Art „Geschäftsgrundlage“ bildet¹⁰.

Der Bundesgerichtshof stellt jedoch an anderer Stelle¹¹ klar, daß es jedenfalls auf eine Willenseinigung der Parteien ankomme: Zunächst wird definiert, ein Fehler im Sinne der §§ 480, 459 Abs. 1 liege vor, wenn die tatsächliche Beschaffenheit der gekauften Sache von der *im Kaufvertrag vereinbarten* abweiche und diese Abweichung den Wert der Sache oder ihre Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Verträge vorausgesetzten Gebrauch aufhebe oder mindere. Im Anschluß daran wird ausgeführt, was als vertraglich *vorausgesetzte* Beschaffenheit anzusehen sei, bestimme sich nicht nach den einseitigen Erwartungen des Käufers. Vielmehr sei eine Willenseinigung beider Vertragsteile dahin erforderlich, daß die Kaufsache zu einem bestimmten Zweck geeignet sei oder bestimmte Eigenschaften besitzen müsse, wobei allerdings der beiden Teilen bekannte Verwendungszweck bzw. die betreffende Eigenschaft auch stillschweigend im Sinne einer solchen Willenseinigung zur Vertragsgrundlage gemacht werden könne.

Dagegen kann eingewandt werden, daß eine Vertragsgrundlage nun gerade nicht mit dem Vertragsinhalt gleichzusetzen ist, der sich aus der Willenseinigung beider Vertragsparteien ergibt. Aus dem Zusammenhang ist aber abzuleiten, daß der Bundesgerichtshof diese Unterscheidung hier nicht trifft. Auch eine konkludente Fest-

⁵ BGH NJW 1983, 2242; BGH NJW 1986, 2824 – zu dem Umstand, daß nicht zwischen Fehlern und relevanten Fehlern differenziert wird, indem das zweite Tatbestandsmerkmal des § 459 Abs. 1 S. 1 (Aufhebung oder Minderung des Wertes bzw. der Gebrauchstauglichkeit) zum Bestandteil des Fehlerbegriffs gemacht wird, siehe unten II A 2 d bei Fußn. 53 ff. Hervorhebungen hier und bei den folgenden Fußnoten sind solche des VERFASSERS.

⁶ BGH a.a.O.

⁷ So etwa in BGH NJW 1984, 2289 f.

⁸ BGHZ 90, 198, 202.

⁹ BGH ZIP 1996, 711, 714.

¹⁰ Vgl. dazu KNÖPFLE, Fehler beim Kauf, S. 25.

¹¹ BGH NJW 1984, 2289 f.

legung der geschuldeten Beschaffenheit unterliegt demnach den allgemeinen Regeln des Vertragsschlusses.

Für die Bejahung eines Fehlers im Sinne des § 459 Abs. 1 macht es also in der Sache keinen Unterschied, ob eine vertragliche Voraussetzung oder Vereinbarung gefordert wird. Genauer ist es aber, die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit als maßgeblich anzusehen. Nur dann ist hinreichend deutlich, daß es in bezug auf die Beschaffenheitsvereinbarung auf einen objektiven Empfängerhorizont ankommt und bloße Motive – seien sie auch beiden Vertragsparteien gemeinsam – keine Berücksichtigung finden.

bb) Die in der Literatur überwiegende Ansicht

Auch im Schrifttum wird ganz überwiegend vertreten, daß der Fehlerbegriff in § 459 Abs. 1 wenigstens in erster Linie subjektiv nach dem Parteiwillen zu bestimmen sei¹².

Teilweise wird vereinfachend definiert, jede dem Käufer ungünstige Abweichung der Istbeschaffenheit von der Sollbeschaffenheit sei als Fehler den §§ 459 ff zu unterstellen¹³. Dies ist insofern ungenau, als ein Fehler ganz selbstverständlich in einer Abweichung von einem bestimmten Maßstab besteht – das gilt sowohl für einen subjektiven wie für einen objektiven Fehlerbegriff¹⁴. Zwar ergibt sich dann jeweils der von den Vertretern einer solchen Definition für maßgeblich gehaltene Inhalt der Sollbeschaffenheit an anderer Stelle¹⁵ aus dem Zusammenhang; die Definition des Fehlerbegriffs ist ohne gleichzeitige nähere Bestimmung der Sollbeschaffenheit aber unbrauchbar.

Präziser ist dagegen die Definition, ein Fehler sei die 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 aufhebe oder mindere¹⁶. Diese Bestimmung des Fehlerbegriffs wird wie folgt begründet: Auszugehen sei von der mittlerweile allgemein akzeptierten Erkenntnis, daß bei der Vereinbarung der Leistung einer bestimmten Sache die Vorstellungen der Parteien von der Beschaffenheit des Leistungsgegenstandes grundsätzlich nicht nur Motiv der Willensbildung seien und nicht nur Inhalt eines besonderen Garantievertrages oder

¹² Vgl. nur die zahlreichen Nachweise bei SOERGEL - HUBER, vor § 459 RdNr. 29 Fußn. 41; STAUDINGER - HONSELL, § 459 RdNr. 19.

¹³ MEDICUS, Bürgerliches Recht, RdNr. 332; MUSIELAK, Grundkurs BGB, RdNr. 495; WENDEL, Sachmängelgewährleistung, S. 104; FOERSTE, JuS 1994, 202 (letzterer weist auf die Vereinfachung hin).

¹⁴ Vgl. KNÖPFLE, Fehler beim Kauf, S. 3.

¹⁵ MEDICUS, Bürgerliches Recht, RdNr. 326; MUSIELAK, Grundkurs BGB, RdNr. 497 f; WENDEL, Sachmängelgewährleistung, S. 104; FOERSTE, JuS 1994, 202, 203 f.

¹⁶ STAUDINGER - HONSELL, § 459 RdNr. 18. Beachte: hierdurch wird impliziert, daß es sich bei § 459 Abs. 1 S. 1 a.E. und Abs. 1 S. 2 nicht um eigenständige Tatbestandsmerkmale handelt; dazu siehe unten II A 2 d bei Fußn. 53 ff.

einer Bedingung sein könnten¹⁷. Daraus folge, daß Element des rechtsgeschäftlichen Willens bei der Vereinbarung der Leistung eines bestimmten Gegenstandes im Regelfall die Vorstellung von dem Gegenstand nicht nur als einem raum-zeitlich bestimmten Etwas, sondern als einem raum-zeitlich bestimmten Etwas von einer bestimmten Beschaffenheit sei¹⁸. Hieraus ergebe sich die Möglichkeit¹⁹, jedes „Anderssein“ der Kaufsache im Vergleich zum Inhalt der Parteivereinbarung als vertragswidrig und damit als Fehler zu qualifizieren²⁰.

Daraus wird gefolgert, daß die Sachmängelhaftung als Vertragshaftung anzusehen sei, weil es der fehlerhaften Kaufsache an der Vertragsmäßigkeit fehle. Es sei also im Sinne des subjektiven Fehlerbegriffs das Abweichen der Kaufsache von der dem Kaufvertrag entsprechenden Beschaffenheit ein Fehler²¹. Dies ergebe sich auch aus dem Gesetzeszweck der §§ 459 ff, der darin bestehe, zu verhindern, daß der Käufer den vollen Kaufpreis für eine Ware bezahlen müsse, die nicht diejenige Beschaffenheit aufweise, deretwegen der Käufer sich zur Kaufpreiszahlung verpflichtet habe. Es sei also der Kaufvertrag – genauer: der darin intendierte Austauschzweck – die Grundlage der Sachmängelgewährleistung und somit auch das entscheidende Kriterium dafür, ob eine Sache als fehlerhaft angesehen werde oder nicht. Fehlerhaftigkeit sei also nichts anderes als vertragswidrige Beschaffenheit²².

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, daß nur der Einfachheit halber von einer Beschaffenheitsvereinbarung gesprochen wird – denn nicht die Beschaffenheit als solche, sondern die Leistung des Kaufgegenstandes als eines solchen von einer bestimmten Beschaffenheit werde vereinbart²³. Der Begriff der Sollbeschaffenheit dürfe ferner nicht dahingehend mißverstanden werden, der Verkäufer solle sie herbeiführen: Er habe für das Vorhandensein lediglich nach Maßgabe der §§ 459 ff Gewähr zu leisten, könne aber beim Stückkauf durch Leistung der fehlerhaften Sache den Primäranspruch des § 433 Abs. 1 S. 1 gemäß § 362 Abs. 1 zum Erlöschen bringen²⁴. Beim Gattungskauf kann hingegen nach § 243 Abs. 1

¹⁷ Vgl. nur JAKOBS, Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht, S. 85; gegen die Möglichkeit solcher Beschaffenheitsvereinbarungen bei individualisierten Sachen aber im Jahre 1879 noch ZITELMANN, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 433 ff.

¹⁸ FLUME, Eigenschaftsirrturn und Kauf, S. 11 ff.

¹⁹ Nota bene: nicht die zwingende Konsequenz.

²⁰ Zum ganzen Problemkreis IMMENGA, AcP 171 (1971), 1, 10; ferner FLUME, Eigenschaftsirrturn und Kauf, S. 118 ff, der von den einschlägigen Regeln des nordischen Rechtskreises maßgeblich beeinflußt worden ist – vgl. die wiederholte Berufung auf ALMÉN, Das skandinavische Kaufrecht (1922), auf den Seiten 115, 127 ff, Fußn. 12, 53 f, 58 der Habilitationsschrift FLUMES.

²¹ FLUME, Eigenschaftsirrturn und Kauf, im Vorwort des Neudrucks 1975, S. 9; ESER/WEYERS, Schuldrecht BT, § 5 II 1, S. 33; GREULICH, Festschrift WASSERMANN, S. 667, 673.

²² SOERGEL - HUBER, § 459 RdNr. 20.

²³ FLUME, Eigenschaftsirrturn und Kauf, S. 109 und 70.

²⁴ LARENZ, Schuldrecht II/1, § 41 I, S. 39; MEDICUS, Schuldrecht II, § 74 II 1 a.E., S. 19. Zwar ist der Verkäufer nach der sogenannten Erfüllungstheorie rechtlich verpflichtet, dem Käufer die verkaufte Sache frei von Fehlern zu übereignen und zu übergeben. Leistet er eine fehlerhafte Sache, so trifft ihn aber nicht die allgemeine Nichterfüllungshaftung, sondern als spezielle gesetzliche Anordnung die Haftung aus den §§ 459 ff. Nach der sogenannten Gewährschaftstheorie ist Gegenstand des Kaufvertrags ohnehin die Sache, so wie sie ist, nicht so, wie sie ohne Mangel wäre. Vgl. die

grundsätzlich nur mit Sachen mittlerer Art und Güte die kaufvertragliche Hauptleistungspflicht erfüllt werden.

Wie schon bei der Rechtsprechung, ergeben sich auch aus der uneinheitlichen, in der Literatur verwendeten Terminologie hinsichtlich „vorausgesetzten“ bzw. „vereinbarten“ oder „dem Vertrag entsprechenden“ Eigenschaften im Ergebnis keine Unterschiede im Hinblick auf die geschuldete Beschaffenheit der Kaufsache: Die Tauglichkeit zu einem besonderen, vertraglich *vorausgesetzten* Gebrauch ist nur dann als erheblich anzusehen, wenn die Parteien dies zum Inhalt des Vertrages gemacht haben. Ein einseitiges, dem Verkäufer nur erkennbares Motiv des Käufers genügt nicht; ebensowenig reicht aus, daß die betreffenden Zweckbestimmung „Geschäftsgrundlage geworden“ sei²⁵. Bei dem subjektiven Fehlerbegriff kommt es auf einen objektiven Empfängerhorizont, nicht auf eine subjektive Erwartungshaltung an.

Eine vereinzelte Gegenauffassung²⁶ geht dagegen dahin, daß „mehr oder weniger unverbindlich“ gemachte Angaben des Verkäufers über die Beschaffenheit, die im „Vorfeld“ des Vertrages liegen, auch von Bedeutung dafür seien, ob die Sache als fehlerhaft anzusehen sei. Diesem Ansatz steht der eindeutige Gesetzeswortlaut des § 459 Abs. 1 S. 1 entgegen, der nicht auf – wie auch immer zu definierende – im Vorfeld des Vertrags liegende Elemente, sondern auf die Minderung bzw. Aufhebung des *nach dem Vertrage* vorausgesetzten Gebrauchs abstellt²⁷. Es ist nicht erkennbar, inwiefern nicht verbindliche Angaben überhaupt für die Bestimmung der geschuldeten Beschaffenheit der Kaufsache relevant werden können. Die Sollbeschaffenheit ist allein durch Auslegung des Vertragsinhalts nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zu ermitteln. Erklärungen, die nicht zum Bestandteil des Kaufvertrags werden, können allenfalls im Rahmen einer Haftung aus culpa in contrahendo relevant sein.

b) Der Kreis der für einen Fehler maßgeblichen Beschaffenheitsmerkmale

aa) Die Rechtsprechung

Nicht jede Vereinbarung bzw. vertragliche Voraussetzung hinsichtlich der Kaufsache führt zur Sachmängelhaftung; vielmehr nimmt die Rechtsprechung an, daß es Umstände gibt, die nicht unter § 459 Abs. 1 fallen. Die Gleichsetzung der Anforderungen an eine zusicherungsfähige Eigenschaft mit denjenigen an ein Beschaffenheitsmerkmal im Sinne des § 459 Abs. 1 wird ausdrücklich abgelehnt²⁸. Die Beschaffenheit einer Sache ergebe sich zum einen aus der Summe ihrer natürlichen Eigenschaften und zum anderen aus ihren Beziehungen zur Umwelt²⁹. Diese

Darstellung des Streitstandes bei REINICKE/TIEDTKE, Kaufrecht, S. 100 f. Allerdings ist der Käufer berechtigt, eine mangelhafte Sache zurückzuweisen, ohne in Annahmeverzug zu geraten, vgl. STAUDINGER - HONSELL, § 459 RdNr. 65.

²⁵ SOERGEL - HUBER, § 459 RdNr. 69; BAUMANN, AcP 187 (1987), 511, 519.

²⁶ LARENZ, Schuldrecht II/1, § 41 I b a.E., S. 44.

²⁷ So auch SOERGEL - HUBER, § 459 RdNr. 69.

²⁸ BGH NJW 1992, 2564, 2565.

²⁹ BGH NJW 1978, 370.

müssen nach der Verkehrsanschauung für die Brauchbarkeit und den Wert der Sache von Bedeutung sein sowie in der Beschaffenheit der Sache selbst ihren Grund haben, von ihr ausgehen, ihr auch für eine gewisse Dauer anhaften und nicht lediglich durch Heranziehung von Umständen in Erscheinung treten, die außerhalb der Sache liegen³⁰.

Insgesamt zeigt sich die Rechtsprechung hier recht flexibel – etwa, wenn ein Fehler in einem Fall bejaht wird, in dem Hasenfleisch bestimmter Herkunft wegen Salmonellenbefalls anderer Lieferungen beim Publikum im fraglichen Zeitpunkt mit Argwohn betrachtet wird³¹.

Die Konsequenz dieser Rechtsprechung ist aber nicht, daß der Käufer im Falle der Verneinung eines Beschaffenheitsmerkmals und damit eines Fehlers schutzlos gestellt ist; vielmehr kommt in den Fällen, die nicht in den Bereich der Sachmängelgewährleistung fallen, das allgemeine Leistungsstörungenrecht zur Anwendung, insbesondere die vom Verschulden des Verkäufers abhängige Schadensersatzhaftung der culpa in contrahendo bzw. der positiven Forderungsverletzung. Während der Bundesgerichtshof also z. B. Schadensersatzansprüche aus Verschulden bei Vertragsanbahnung wegen fahrlässig falscher Angaben zur Beschaffenheit der Kaufsache als durch die Gewährleistungsvorschriften ausgeschlossen ansieht³², läßt er solche Ansprüche bei falschen Angaben über Umsatzzahlen und Bilanzbestandteile beim Unternehmenskauf zu, indem er derartige Tatsachen nicht als Eigenschaften des Unternehmens behandelt³³.

bb) Die Auffassungen der Vertreter eines subjektiven Fehlerbegriffs in der Literatur

Die Rechtsprechung, daß im Rahmen des § 459 Abs. 1 Umstände, die der Sache nicht unmittelbar anhaften, ausscheiden, findet bei den Vertretern des subjektiven Fehlerbegriffs in der Literatur nur teilweise Zustimmung³⁴. Dem Ansatz der Rechtsprechung wird entgegengehalten, daß eine Fehlerhaftung bei gegebener Parteivereinbarung über bestimmte Eigenschaften nicht abgelehnt werden könne, weil die Eigenschaften nicht in der Sache selbst begründet seien oder ihr nicht anhafteten³⁵. Solle es auf Grund des subjektiven Fehlerbegriffs entscheidend auf die zwischen den Parteien vertraglich vereinbarten Beschaffenheitsmerkmale ankommen, so sei nicht einzusehen, warum nicht auch das Nichtvorhandensein eines der Kaufsache nur mittelbar anhaftenden Merkmals als fehlerbegründend heranzuziehen

³⁰ BGHZ 10, 242, 244; BGH NJW 1970, 653, 655; BGH NJW 1984, 2289; BGH JR 1997, 150, 151.

³¹ Verdacht auf Salmonellenbefall als Fehler – BGHZ 52, 51 = JZ 1970, 28 m. Anm. FABRICIUS; ähnlich BGH NJW 1972, 1462 (Salmonellenverdacht II).

³² BGHZ 60, 319, 320.

³³ Siehe etwa BGH NJW 1970, 653; BGH NJW 1977, 1536, 1538.

³⁴ Zustimmend LARENZ, Schuldrecht II/1, § 41 I, S. 39 – anders S. 42; MUSIELAK, Grundkurs BGB, RdNr. 496; SOERGEL - HUBER, § 459 RdNr. 33.

³⁵ IMMENGA, AcP 171 (1971), 1, 17.

sei³⁶. Die Forderung nach einer unmittelbaren Beziehung der Eigenschaft zur Kaufsache habe daher keinen Sinn mehr. Ferner sei das Kriterium des unmittelbaren Anhaftens zu unbestimmt³⁷. Als einfacher und klarer wird dagegen ein einheitlicher Beschaffenheits- bzw. Eigenschaftsbegriff im Sinne von § 459 Abs. 1 und 2 angesehen; die Unterscheidung solle zugunsten eines einheitlichen Begriffs aufgegeben werden, der „alle Merkmale der Sache, aber darüber hinaus alle Beziehungen der Kaufsache zur Umwelt, also ihre tatsächlichen, rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse [umfaßt], die zufolge ihrer Art und Dauer nach der Verkehrsanschauung einen Einfluß auf die Brauchbarkeit und Wertschätzung der Sache zu üben pflegen.“³⁸ Demnach löst das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft lediglich in den Fällen einer fehlenden wesentlichen Beeinträchtigung des Wertes oder der Gebrauchstauglichkeit nicht zugleich die Haftung nach § 459 Abs. 1 aus.

Die Konsequenz dieser dogmatisch schlüssigen Auffassung ist es, daß der Anwendungsbereich des § 459 Abs. 1 vergrößert und gleichzeitig der der Verschuldenshaftung aus positiver Forderungsverletzung und culpa in contrahendo verkleinert wird. Gerade aus dem Bestreben, Schadensersatz zu gewähren und Gewährleistungsausschlüsse sowie die kurze Verjährung des § 477 zu vermeiden, erklärt sich aber die Haltung der Rechtsprechung, der Kaufsache nicht unmittelbar anhaftende Umstände vom Tatbestand des § 459 Abs. 1 auszuschließen.

Teilweise wird aus der Prämisse, daß allein der Kaufvertrag Anknüpfungspunkt für die Voraussetzungen eines Fehlers sei, noch weitergehend gefordert, daß es bei § 459 Abs. 1 gar nicht mehr darauf ankomme, ob gerade begrifflich eine „Eigenschaft“ Gegenstand der Vereinbarung gewesen sei – ganz allgemein genüge jeder Tatumstand³⁹.

Diese Literaturmeinungen haben zur Folge, daß es in jedem Einzelfall offen ist, ob man eine Abweichung der tatsächlichen von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit als „Fehler“ im Sinne des § 459 Abs. 1 ansieht oder als „Fehlen einer – gegebenenfalls konkludent – zugesicherten Eigenschaft“ im Sinne des § 459 Abs. 2; die Entscheidung wird so zur richterlichen Ermessensentscheidung⁴⁰.

c) Die Bestimmung eines Fehlers im Falle fehlender Parteivereinbarung

Fehlt es an einer Eigenschaftvereinbarung oder genauen vertraglichen Zweckbestimmung der gekauften Sache, so steht außer Frage, daß als Maßstab für die Feststellung der Fehlerhaftigkeit nur die gewöhnliche Eignung zu gewöhnlichen

³⁶ BÖCKLER, Zusicherung in der Rechtsprechung, S. 65; FLESCHE, Mängelhaftung und Beschaffenheitsirrtum beim Kauf, S. 26; EMMERICH, BGB-Schuldrecht BT, RdNr. 27.

³⁷ STAUDINGER - HONSELL, § 459 RdNr. 34.

³⁸ Definition von SCHUBERT, JR 1997, 152, 153; in der Sache ebenso STAUDINGER - HONSELL, § 459 RdNr. 35; REINICKE/TIEDTKE, Kaufrecht, S. 111; WALTER, Kaufrecht, S. 155 ff; WENDEL, Sachmängelhaftung, S. 105.

³⁹ KEGEL, AcP 150 (1949), 356, 361; BÖCKLER, Zusicherung in der Rechtsprechung, S. 65; ERMAN-GRUNEWALD, vor § 459 RdNr. 6.

⁴⁰ G. MÜLLER, ZIP 1993, 1045, 1050. In der Rechtsprechung wird dies für den von ihr eröffneten Anwendungsbereich des Fehlers nicht anders gesehen, vgl. unten II A 3 a aa bei Fußn. 60 ff.

Zwecken übrigbleibt. Insofern wird die subjektive Parteivereinbarung in diesen Fällen durch einen objektiven Maßstab ergänzt und ausgefüllt⁴¹.

aa) Die Rechtsprechung

Die Einbeziehung objektiver Kriterien für die Bewertung der Kaufsache als fehlerhaft im Sinne von § 459 Abs. 1 wird unterschiedlich gehandhabt. Teilweise wird zunächst auf den gewöhnlichen Gebrauch abgestellt. So wird in einer Entscheidung⁴² unter II.1. der Gründe zunächst ausgeführt, die Nichtbewohnbarkeit von Kellerräumen führe nicht zu einem Fehler im Sinne des § 459 Abs. 1, der die Tauglichkeit zu dem *gewöhnlichen* Gebrauch aufhebe oder erheblich mindere. Der gewöhnliche Gebrauch bestimme sich nach objektiven Gesichtspunkten, und hier nach seien Kellerräume eines Wohnhauses in der Regel nicht zum dauernden Aufenthalt von Menschen bestimmt. Unter II.2. der Gründe wird dann weiter argumentiert, ein Fehler im Sinne des § 459 Abs. 1 könne aber *auch* dann vorliegen, wenn die Kaufsache von der Beschaffenheit abweiche, die die Parteien nach dem Vertrag *gemeinsam vorausgesetzt* haben. Er könne also auch in der Untauglichkeit einer Sache zum Vertragszweck nach der subjektiven Anschauung der Parteien liegen.

Bei diesem Aufbau stehen objektive und subjektive Kriterien zur Bestimmung der Sollbeschaffenheit nebeneinander; man kann also von einem subjektiv-objektiven Fehlerbegriff sprechen.

Ebenfalls bereits an erster Stelle setzte sich das Reichsgericht in einer Entscheidung von 1939⁴³ mit objektiven Kriterien bei der Fehlerbestimmung auseinander, indem es als Voraussetzung für einen Fehler annahm, daß der Kaufsache eine Eigenschaft mangle, die sie haben müsse, um zu dem gewöhnlichen Gebrauch, oder, wenn ein davon abweichender Gebrauch vertraglich vorausgesetzt sei, zu diesem vollkommen tauglich zu sein. Auch daraus ergibt sich ein subjektiv-objektiver Fehlerbegriff.

Andererseits wird der Fehler teilweise als Abweichung von dem seitens der Vertragsparteien bei Abschluß des Kaufvertrags gemeinsam vorausgesetzten Zustand definiert und erst als zweite Voraussetzung der Fehlerdefinition verlangt, daß der Wert der Kaufsache oder ihre Eignung zum vertraglich vorausgesetzten oder *gewöhnlichen Gebrauch* gemindert oder beseitigt wird⁴⁴. Daraus resultiert ein rein subjektiver Fehlerbegriff, da objektive Faktoren nur im Hinblick auf die Wertminderung Berücksichtigung finden.

Auf das Ergebnis eines Rechtsstreits wirken sich die unterschiedlichen Konstruktionen nicht aus: jeweils geht der Parteiwille vor und finden beim Fehlen einer

⁴¹ Siehe FIKENTSCHER, Schuldrecht, RdNr. 704.

⁴² BGH WM 1977, 1088, 1089 – dieser Fall betrifft zwar keinen Warenkauf, den diese Abhandlung zum Gegenstand hat. Die rechtlichen Ausführungen des BGH hinsichtlich des Gewährleistungstatbestands beim Kauf von Immobilien treffen aber ohne weiteres auch auf den Warenkauf zu. Hervorhebungen im Text sind solche des VERFASSERS.

⁴³ RGZ 161, 330, 334.

⁴⁴ BGH NJW 1986, 2824 (Hervorhebung des VERFASSERS); ähnlich BGH NJW 1983, 2242.

Vereinbarung objektive Kriterien Anwendung, wobei es auf dasselbe hinausläuft, ob man das objektive Element neben das subjektive stellt oder es erst in dessen Rahmen heranzieht⁴⁵.

bb) Die Auffassungen der Vertreter eines subjektiven Fehlerbegriffs in der Literatur⁴⁶

Wie in der Rechtsprechung, gibt es auch im Schrifttum zwei verschiedene dogmatische Ansätze, wie ein objektiver Maßstab bei fehlender Parteivereinbarung ergänzend heranzuziehen ist.

Einerseits wird darauf abgestellt, daß die alleinige Grundlage für die Einstufung der Sache als „fehlerhaft“ der Inhalt des Vertrages sei⁴⁷. Dieser werde durch die dispositive Regel des § 459 Abs. 1 eben dahin bestimmt, daß der Verkäufer dann, wenn nichts besonderes vereinbart oder den Umständen zu entnehmen ist, eine Sache versprochen habe, die zu einem solchen Gebrauch tauglich sei, zu dem Sachen dieser Art gewöhnlich verwendet werden⁴⁸.

Dieser rein subjektiven Theorie wird entgegengehalten, sie sei zur Fiktion einer stillschweigenden vertraglichen Voraussetzung gezwungen, während § 459 Abs. 1 im Rahmen der Definition des Fehlerbegriffes neben dem vertraglich vorausgesetzten Gebrauch auch auf den gewöhnlichen Gebrauch abstelle⁴⁹. Es gebe nun einmal zahlreiche Fälle, in denen man auch ohne Rückgriff auf den Vertragszweck feststellen könne, daß die Sache mangelhaft sei; insbesondere gelte dies für physische Mängel wie defekte Industrieerzeugnisse oder wurmstichiges Obst. Aus dem Vertragszweck könne sich dann nur umgekehrt ergeben, daß es sich nicht um einen Fehler handle – etwa im Falle eines auf Abbruch verkauften Hauses⁵⁰. Daraus folge ein subjektiv-objektiver Fehlerbegriff.

Messe man dagegen auf Grund eines rein subjektiven Fehlerbegriffs der (stillschweigenden) Vereinbarung der Normalbeschaffenheit konstitutive Bedeutung zu, so ergebe sich im Falle der Beachtlichkeit von Formvorschriften eine erhebliche Argumentationsschwierigkeit, da nicht erklärbar sei, wie ein Umstand, der nicht in der notwendigen Form festgehalten werde, Teil der vertraglichen Verpflichtungen werden könne⁵¹.

Wie schon im Hinblick auf die Rechtsprechung festgestellt, ist der Streit um einen subjektiv-objektiven oder rein subjektiven Fehlerbegriff von rein dogmati-

⁴⁵ In diesem Sinne auch STAUDINGER - HONSELL § 459 RdNr. 20.

⁴⁶ Unter einem subjektiven Fehlerbegriff werden hier sowohl der rein subjektive als auch der sogenannte subjektiv-objektive Fehlerbegriff verstanden.

⁴⁷ SOERGEL - HUBER, § 459 RdNr. 20.

⁴⁸ FLUME, *Eigenschaftsirrtum und Kauf*, S. 128 f; ESSER/WEYERS, *Schuldrecht BT*, § 5 II 1, S. 37; BROX - ELSING, *JuS* 1976, 1.

⁴⁹ STAUDINGER - HONSELL, § 459 RdNr. 37 und 20.

⁵⁰ STAUDINGER - HONSELL, § 459 RdNr. 29.

⁵¹ BAUMANN, *AcP* 187 (1987), 511, 519, insbesondere Fußn. 48.

schem Interesse – der Vorrang des Parteiwillens vor einem gegebenenfalls notwendigen Rückgriff auf objektive Kriterien gilt in jedem Fall⁵².

d) *Die Funktion der Begriffe Wert und Gebrauchstauglichkeit in § 459 Abs. 1 S. 1 a. E.*

Während gemäß dem Wortlaut des § 459 Abs. 1 S. 1 die Aufhebung oder Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Verträge vorausgesetzten Gebrauch als selbständige Voraussetzung neben das Tatbestandsmerkmal des Fehlers tritt, so daß eine Unterscheidung von Fehlern und relevanten Fehlern naheliegt, sehen zahlreiche Vertreter insbesondere des subjektiv-objektiven Fehlerbegriffs hierin eine „überspitzte grammatikalische Interpretation“⁵³. Teilweise wird gar nicht ausdrücklich zum Ausdruck gebracht, daß zwischen den Voraussetzungen des Fehlers und dessen Relevanz für die Gewährleistungshaftung nicht unterschieden wird; dies zeigt sich an Formulierungen wie „... auf welchen der drei Tatbestände des § 459 Abs. 1 der Käufer den Sachmängelanspruch stützt“⁵⁴

oder

„... wird die Sollbeschaffenheit bestimmt durch die Tauglichkeit der Sache zu dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch, § 459 Abs. 1 S. 1 Fall 2 [...]. In letzter Linie kommt es auf die Tauglichkeit der Sache zu dem gewöhnlichen Gebrauch an, § 459 Abs. 1 S. 1 Fall 1“⁵⁵

Dies entspreche der natürlichen Bedeutung des Begriffs Fehler⁵⁶.

Auch in der Rechtsprechung wird vielfach nicht zwischen Fehlern und relevanten Fehlern unterschieden, sondern insbesondere das Merkmal der Tauglichkeit zu dem nach dem Verträge vorausgesetzten Gebrauch in die Definition des Fehlers gezogen, um so einen Anhaltspunkt für den subjektiven Fehlerbegriff zu gewinnen⁵⁷.

Dagegen spricht zunächst der Wortlaut des § 459 Abs. 1 S. 1, nach dem der Begriff des Fehlers und die Minderung des Wertes bzw. der Tauglichkeit zwei verschiedene Voraussetzungen bilden. Daneben wird eingewandt, daß es zu eng sei, die Gebrauchstauglichkeit zum Bestandteil des Fehlerbegriffs zu erheben, und daß dies zu unhaltbaren Ergebnissen führe, wenn etwa ein Kunsthändler ein unechtes, aber für echt gehaltenes Bild kaufe, um es weiterzuverkaufen, nicht um es – wie auch immer – „zu gebrauchen“ – so daß eine Minderung der Gebrauchstauglichkeit im Sinne des § 459 Abs. 1 S. 1 schon begrifflich ausgeschlossen sei⁵⁸.

Demnach bildet der Relativsatz in § 459 Abs. 1 S. 1 nur eine weitere Voraussetzung der Fehlerhaftung, die zur Bestimmung des Fehlerbegriffs nicht herangezogen

⁵² In diesem Sinne auch BASEDOW, Reform des deutschen Kaufrechts, S. 45.

⁵³ STAUDINGER - HONSELL, § 459 RdNr. 29.

⁵⁴ SOERGEL - HUBER, § 459 RdNr. 60.

⁵⁵ MEDICUS, Bürgerliches Recht, RdNr. 327 f.

⁵⁶ STAUDINGER - HONSELL, § 459 RdNr. 29.

⁵⁷ Vgl. BGH NJW 1983, 2242; BGH NJW 1986, 2824.

⁵⁸ FLUME, Eigenschaftsirrturn und Kauf, S. 145 f; IMMENGA, AcP 171 (1971), 1, 8 f; HAYMANN, JW 1932, 1862, 1865 – letzterer vom Standpunkt des objektiven Fehlerbegriffs aus.

gen werden darf: Es handelt sich um eine Einschränkung, nicht um eine Erläuterung des Fehlerbegriffs⁵⁹.

Im Ergebnis bleibt es aber gleich, ob man einen weiten Fehlerbegriff verwendet und in § 459 Abs. 1 S. 1 a.E. eine eigenständige Tatbestandsvoraussetzung sieht, oder ob man von vornherein nur für Wert oder Gebrauchstauglichkeit relevante Fehler als Fehler definiert.

3. Das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft nach § 459 Abs. 2

a) Die Voraussetzungen einer Zusicherung

aa) Die Rechtsprechung

Ob die Erklärung einer Partei als Zusicherung im Sinne von § 459 Abs. 2 bzw. § 480 Abs. 2 in Verbindung mit § 459 Abs. 2 zu werten ist, ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung in erster Linie eine Frage tatrichterlicher Würdigung⁶⁰. Die Grenzen des tatrichterlichen Ermessens liegen dabei in der Auslegung der Willenserklärungen der Parteien (§§ 133, 157) unter Berücksichtigung der sonstigen Vertragsumstände. Jedenfalls gelten vertragsmäßig vorausgesetzte Eigenschaften nicht schon als zugesicherte, da das Gesetz zwischen beiden unterscheidet⁶¹.

Entscheidend für die Annahme einer Zusicherung sei, daß aus Sicht des Käufers der Wille des Verkäufers erkennbar werde, die Gewähr für das Vorhandensein einer bestimmten Eigenschaft zu übernehmen – was auch stillschweigend durch schlüssiges Verhalten geschehen könne⁶² – und für alle Folgen ihres Fehlens einzustehen⁶³. Dabei komme es entscheidend darauf an, wie der Käufer nach seinen Verständnismöglichkeiten und von seinem Erwartungshorizont aus die Erklärungen des Verkäufers bei objektiver Würdigung der Umstände nach Treu und Glauben verstehen durfte⁶⁴. Maßgebend sei also allein die Erklärung, nicht etwa ein darin nicht zum Ausdruck gelangender abweichender innerer Wille⁶⁵; der gute Glaube des Verkäufers an die Richtigkeit der Zusicherung sei für § 459 Abs. 2 unerheblich.

Die Wertung des Verkäuferverhaltens nach dem Empfängerhorizont müsse sich auf alle Umstände erstrecken, die zum Vertragsschluß geführt haben, gegebenenfalls auch auf eine Verkehrssitte. Auch das Vertrauen, das der Käufer dem Verkäufer – etwa wegen dessen Sachkunde – entgegenbringen dürfe, sei zu berücksichtigen⁶⁶. Man kann also sagen, daß Eigenschaften ausdrücklich oder implizit über

⁵⁹ ERMAN - GRUNEWALD, § 459 RdNr. 22; IMMENGA, AcP 171 (1971), 1, 8; FLUME, Eigenschaftsirrtum und Kauf, S. 146; HAYMANN, Festschrift Reichsgericht, Band III, S. 317, 318 f und 326.

⁶⁰ BGHZ 128, 111, 114; BGH ZIP 1996, 279, 280; BGH ZIP 1996, 711, 712.

⁶¹ RGZ 161, 330, 336.

⁶² BGH ZIP 1996, 279, 280; BGHZ 128, 111, 114.

⁶³ RGZ 161, 330, 337; BGH NJW 1983, 217; BGH NJW 1997, 2318.

⁶⁴ BGH ZIP 1996, 597, 598; BGH WM 1991, 1224, 1225; BGH NJW 1997, 2318.

⁶⁵ RGZ 161, 330, 336.

⁶⁶ BGH ZIP 1996, 711, 713.

§ 459 Abs. 1 zum „normalen“ Vertragsinhalt werden, während sie durch die Intensität des Versprechens über § 459 Abs. 2 zum „qualifizierten“ Vertragsinhalt werden⁶⁷.

Angesichts der sich aus § 463 S. 1 ergebenden, für weitreichend gehaltenen Folgen einer Erklärung des Verkäufers, für das Vorhandensein der fraglichen Eigenschaft zu garantieren, also in gesteigertem Maße eintreten zu wollen, sei bei der Annahme einer stillschweigenden Zusicherung Zurückhaltung geboten. Dies gelte vor allem dann, wenn die Erklärung des Verkäufers, die als Anknüpfung für eine Zusicherung herangezogen werde, in erster Linie der Bezeichnung des Kaufgegenstandes und des vertragsmäßig vorausgesetzten Gebrauchs diene⁶⁸. Hier bedürfe es daher in aller Regel einer zusätzlichen Erklärung, aus der die Bereitschaft hergeleitet werden könne, für eine bestimmte Eigenschaft einzustehen⁶⁹.

Angaben, die der Festlegung der vom Verkäufer geschuldeten Beschaffenheit dienen, etwa DIN-Normen, ließen in der Regel keine Anhaltspunkte erkennen, auf Grund derer der Käufer annehmen dürfe, daß der Verkäufer für ihr Vorhandensein in gesteigertem Maße eintreten wolle⁷⁰. Insbesondere bei neu hergestellten Sachen sei die Annahme einer stillschweigenden Zusicherung grundsätzlich die Ausnahme, die der besonderen Begründung anhand der Umstände des Einzelfalls bedürfe⁷¹.

Eine stillschweigende Zusicherung sei hingegen zu bejahen bei beiderseits bekanntem Verwendungszweck, sofern dieser in den Vertragsinhalt aufgenommen worden sei und die Erklärung des Verkäufers hinreichend deutlich seine Bereitschaft zu erkennen gebe, für das Vorhandensein einer bestimmten Eigenschaft die Gewähr zu übernehmen und, sofern diese Eigenschaft fehlt, auch ohne Verschulden für die Folgen – insbesondere durch Gewährung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§§ 463 S. 1, 480 Abs. 2) – einzustehen⁷². Maßgebend sei allein der Empfängerhorizont, also wie der Käufer nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte die Erklärung des Verkäufers verstehen durfte⁷³.

Wenn sich ein Käufer auf die besondere, ihm selbst fehlende Sachkunde des Verkäufers verlasse und dieser seine Erklärung in Kenntnis dieses Umstandes abgebe, so könne das als ein erhebliches Indiz für eine (stillschweigende) Eigenschaftszusicherung sprechen. So liege es typischerweise beim Gebrauchtwagenkauf, wo mit Rücksicht auf dessen besondere Marktverhältnisse generell keine hohen Anforderungen an eine Zusicherung zu stellen seien⁷⁴.

⁶⁷ Das folgert zutreffend GILLIG, Nichterfüllung und Sachmängelgewährleistung, S. 318.

⁶⁸ BGH NJW-RR 1996, 951; BGH WM 1978, 1175.

⁶⁹ BGH WM 1975, 895, 896.

⁷⁰ BGH ZIP 1996, 711, 713.

⁷¹ BGHZ 128, 111, 114.

⁷² BGHZ 59, 158, 160; BGH WM 1975, 895, 896.

⁷³ BGH WM 1975, 895, 896; BGH NJW-RR 1991, 1401.

⁷⁴ BGH NJW 1993, 1854; BGHZ 87, 302, 305; BGHZ 103, 275, 280. Siehe aber auch BGH NJW 1997, 2318, 2319, wo eine Zusicherung des Gebrauchtwagenhändlers verneint wird, wenn eine von ihm gemachte Angabe technische Daten betrifft, die ein Händler in der Regel nicht selbst, sondern allenfalls unter Hinzuziehung einer Fachfirma oder eines Sachverständigen überprüfen

Andererseits werden insbesondere im Kunsthandel wegen häufig bestehender Zweifel an der Urheberschaft von Kunstwerken besonders strenge Anforderungen an eine Zusicherung gestellt⁷⁵ – selbst wenn ein Kunstlaie mit einem erfahrenen Galeristen kontrahiert.

Nähme man die Formel der Rechtsprechung, eine Zusicherung erfordere neben der Übernahme der Gewähr für das Vorhandensein der Eigenschaft zusätzlich das Versprechen, für alle Folgen eines Fehlens dieser Eigenschaft eintreten zu wollen, buchstäblich beim Wort, so könnte es eine Haftung aus stillschweigender Zusicherung überhaupt nicht geben⁷⁶. Denn wenn der Verkäufer schweigt, läßt sich ein zusätzliches Versprechen, „für alle Folgen eintreten zu wollen“, nicht feststellen. Im Normalfall bedenken die Parteien bei Vertragsschluß eben nicht bereits die möglichen Folgen einer Schlechtleistung und treffen keine Vereinbarung über die Rechtsfolgen⁷⁷.

Die Rechtsprechung kommt zur Annahme stillschweigender Zusicherungen im Einzelfall nur dadurch, daß sie eine zweite, die allgemeine Formel ergänzende Regel einführt: Es soll für eine stillschweigende Zusicherung nicht in erster Linie der Wille des Verkäufers maßgebend, sondern entscheidend sein, wie der Käufer die Äußerungen des Verkäufers unter Berücksichtigung seines sonstigen Verhaltens und der Umstände, die zum Vertragsschluß geführt haben, nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auffassen durfte⁷⁸.

Dabei beruht die Konzeption der Rechtsprechung zu § 459 Abs. 2 darauf, daß auf Grund des subjektiven Verständnisses des Fehlerbegriffs in § 459 Abs. 1 eindeutige tatbestandliche Unterscheidungskriterien zwischen Fehler und Zusicherung nicht ersichtlich sind. Die Unterscheidung wird daher – ohne daß dies so deutlich ausgesprochen wird – von der Rechtsfolge her getroffen: Wann soll der Käufer nicht auf Wandelung bzw. Minderung gemäß § 459 Abs. 1 in Verbindung mit § 462 beschränkt sein, sondern den als sehr weitgehend empfundenen Schadensersatzanspruch des § 463 S. 1 in Verbindung mit § 459 Abs. 2 geltend machen können? Dabei zeigt insbesondere die Betonung des richterlichen Ermessens in der

kann (Angabe „PS laut Fahrzeugbrief“ im Bestellformular – Zusicherung verneint). Ausführlich zur „weiten“ Entscheidungslinie der Rechtsprechung zur Zusicherung beim Automobilkauf BÖCKLER, *Entwicklung der Zusicherung*, S. 177 ff.

⁷⁵ BGH JZ 1995, 1015, 1017.

⁷⁶ SOERGEL - HUBER, vor § 459 RdNr. 84; JAKOBS, *Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht*, S. 132 ff; auch SCHACK, AcP 185 (1985), 333, 351 f, der die Rechtsfigur der stillschweigenden Zusicherung als bloße „Argumentationskrücke“ des Bundesgerichtshofs ansieht und sie als Methodenmißbrauch ablehnt. Schon MÜLLER-ERZBACH, AcP 106 (1910), 309, 357, kritisierte, Gerichte wählten gerne, wenn sie darüber in Verlegenheit wären, wie im Einzelfalle zu entscheiden sei, den Ausweg, den Parteien diese Entscheidung selbst als angebliche stillschweigende Willenserklärung in den Mund zu legen. KÖNDGEN, *Selbstbindung ohne Vertrag*, S. 311, spricht von der „falschen Etikette konkludenter bzw. stillschweigender Zusicherung“ in der Rechtsprechung.

⁷⁷ In diesem Sinne auch KRÄMER, *Großer und kleiner Schadensersatz*, S. 86.

⁷⁸ BGHZ 59, 158, 160 f – stillschweigende Zusicherung bejahend; BGH WM 1974, 1204, 1205 – stillschweigende Zusicherung verneinend; siehe auch schon bei Fußn. 73.