

Teil I

§ 1 Kaufrecht

Literatur: *Berger*, Der Immobilienkaufvertrag, JA 2011, 849; *Binder*, Die Inzahlungnahme gebrauchter Sachen vor und nach der Schuldrechtsreform am Beispiel des Autokaufs „Alt gegen Neu“, NJW 2003, 393; *Braunschmidt/Vesper*, Die Garantiebegriffe des Kaufrechts – Auslegung von Garantieerklärungen und Abgrenzung zur Beschaffenheitsvereinbarung, JuS 2011, 393; *Dauner-Lieb/Arnold*, Dauerthema Selbstvornahme, ZGS 2005, 10; *Fritsche/Würdinger*, Konkulderter Eigentumsvorbehalt beim Autokauf, NJW 2007, 1037; *Grigoleit/Herresthal*, Grundlagen der Sachmängelhaftung im Kaufrecht, NJW 2003, 118; *Gramer/Thalhofer*, Hemmung oder Neubeginn der Verjährung bei Nachlieferung durch den Verkäufer, ZGS 2006, 250; *Gutzeit*, Gibt es einen kaufrechtlichen Ausbesserungsanspruch?, NJW 2007, 956; *Hellwege*, Die Rechtsfolge des § 439 II BGB – Anspruch oder Kostenzuordnung? AcP 206, 136; *Herresthal*, Die richtlinienkonforme und die verfassungskonforme Auslegung im Privatrecht, JuS 2014, 289; *Katzenstein*, Kostenersatz bei eigenmächtiger Selbstvornahme der Mängelbeseitigung – ein Plädoyer für die Abkehr von einer verfestigten Rechtspraxis, ZGS 2004, 300; *Lettl*, Die Falschlieferung durch den Verkäufer nach der Schuldrechtsreform, JuS 2002, 866; *Lorenz*, Rücktritt, Minderung und Schadensersatz wegen Sachmängeln im neuen Kaufrecht: was hat der Verkäufer zu vertreten?, NJW 2002, 2497; *Lorenz*, Arglist und Sachmangel – Zum Begriff der Pflichtverletzung in § 323 V 2 BGB, NJW 2006, 1925; *Lorenz*, Fünf Jahre „neues“ Schuldrecht im Spiegel der Rechtsprechung, NJW 2007, 1; *Lorenz*, Grundwissen – Zivilrecht: Unternehmerregress (§§ 478, 479 BGB), JuS 2016, 872; *Lorenz/Arnold*, Grundwissen – Zivilrecht: Der Nacherfüllungsanspruch, JuS 2014, 7; *Mankowski*, Die Anspruchsgrundlage für den Ersatz von „Mangelfolgeschäden“ (Integritätsschäden), JuS 2006, 481; *Muchowski*, eBay – „besser kaufen und verkaufen“?, JA 2015, 928; *Roth*, Stückkauf und Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache, NJW 2006, 2953; *Skamel*, Die angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung, JuS 2010, 671; *Sutschet*, Probleme des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts, JA 2007, 161; *Tröger*, Grundfälle zum Sachmangel nach neuem Kaufrecht, JuS 2005, 503; *Thürmann*, Der Ersatzanspruch des Käufers für Aus- und Einbaukosten einer mangelhaften Kaufsache NJW 2006, 3457; *Zurth*, Die Selbstvornahme in der kaufrechtlichen Klausur, JA 2014, 494.

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

leichter Fahrlässigkeit ausgeschlossenem Rücktritt); **BGH NJW 2008, 53** (Abgrenzung zwischen Sachmangel und Bagatellschaden am Gebrauchtfahrzeug); **BGH NJW 2009, 2674** (Anspruchsgrundlage für Mangelfolgeschaden: §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB); **BGH NJW 2009, 1660** (Grenze der Zumutbarkeit der Nacherfüllung; Abhängig von den Umständen des Einzelfalls); **NJW 2009, 2056** (Kein Sachmangel, wenn zwar nicht Erwartungen der Käufer erfüllt werden, aber der Zustand Stand der Technik ist); **NJW 2009, 3153** (Für Fristsetzung zur Nacherfüllung genügt, wenn durch das Verlangen deutlich wird, dass dem Verkäufer nur ein begrenzter Zeitraum zur Verfügung steht); **BGH NJW 2011, 3640** (Öffentlich-Rechtliche Baulast als Sachmangel; Arglistiges Verschweigen eines Mangels: Keine Kausalität notwendig); **NJW 2012, 1073** (Kosten des Ein- und Ausbaus als Kosten der Nacherfüllung); **NJW 2013, 1074** (Nacherfüllungsverlangen muss Bereitschaft des Käufers umfassen, die Sache zur Überprüfung der Mängelrüge zur Verfügung zu stellen); **BGH NJW 2014, 2351** (Kosten der Mangelfeststellung ersatzfähig nach § 439 Abs. 2 BGB); **NJW 2016, 2874** (Das Fehlen einer Herstellergarantie kann ein Sachmangel sein; Erweiterung des Sachmangelbegriffs auf Umweltbeziehungen); **NJW 2017, 1093** (Beweislastumkehr bei Verbrauchsgüterkauf auch bei Grundmangel).

Übungsklausuren/-hausarbeiten: *Alexander*, „Der defekte Kühlschrank“, JuS 2010, 609 (Zwischenprüfung); *Alexander/Eichholz*, „Online-Ersteigerung eines mangelhaften Plasmafernsehers“, JuS 2008, 523 (5 Stunden, Originalklausur Bayern 2005/2); *Alexander/Dörig*, „Rutschiger Kunstrasen“, JA 2016, 93 (2 Stunden, Zwischenprüfung); *Bauerschmidt/Harnos*, „Die bewegte Spülmaschine“, JuS 2011, 810 (anspruchsvolle Fortgeschrittenenklausur); *Deutsch*, „Undank ist der Welten Lohn“, JA 2007, 504 (5 Stunden, Examen); *Drygala/Keltsch*, „Kaufrecht und Deliktsrecht“, JuS 2007, 938 (Originalklausur Examen Sachsen 2005); *Feldmann*, „Der arglistige Ehemann“, JA 2015, 809 (5 Stunden, mittelschwer); *Groot, de*, „Nur die Nachbarn jubeln“, JA 2013, 574 (2 Stunden, mittelschwere Anfängerklausur); *Heese/Rapp*, „Der windige Ebay-Verkäufer“, JuS 2014, 719 (5 Stunden, Examensniveau, anspruchsvolle Anwaltsklausur); *Henne/Walter*, „Probleme des neuen Kaufrechts“, JuS 2007, 343 (mittelschwer); *Jäckel/Tonikidis*, „Die Perle in der Auster“, JA 2012, 339 (5 Stunden, Examen); *Jaensch*, „Ein- und Ausbaurkosten mangelhafter Fliesen“, JuS 2009, 131 (anspruchsvolle Anfängerklausur); *Kubela*, „Meister Reder auf dem Holzweg“, JA 2015, 729 (schwere Hausarbeit); *Lange/Bauch*, „Ein Unglück kommt selten allein“, JA 2008, 845 (4 Stunden, Fortgeschrittene); *Lehmann/Caspers*, „Der zerstörte WM-Fußball und Ärger mit dem Töpferkurs“ (5 Stunden, mittelschwer), JA 2011, 175; *Löhnig/Schneider*, „Heiße Heimkinoanlage“, JA 2015, 255 (120 Minuten, mittelschwer); *Rein*, „Der Golden Retriever“, JA 2008, 584 (Anfängerhausarbeit, mittelschwer); *Samhat*, „Die Kunst des richtigen Reagierens“, JA 2014, 581 (5 Stunden, Examen); *Saenger/Wagner*, „Die gelbe Feinstaubplakette“, JA 2014, 94 (90 Minuten, anspruchsvoll); *Schulz/Gade*, „Neues Heim, Glück allein?“, JA 2013, 425 (5 Stunden, Examensniveau); *Weber*, „Die falsch angeschlossene Spülmaschine“, JuS 2010, 132 (Anfänger und Fortgeschrittene).

I. Allgemeines

- 1 Der Kaufvertrag verpflichtet den Verkäufer, dem Käufer die **Kaufsache zu übergeben** und ihm **Eigentum an der Kaufsache zu verschaffen**, § 433 Abs. 1 Satz 1. Die Kaufsache muss bestimmten Anforderungen entsprechen: Sie muss frei von Sach- und Rechtsmängeln sein, § 433 Abs. 1 Satz 2. Ein Kaufvertrag kann sich allerdings nicht nur auf Sachen, sondern auch auf Rechte und beliebige sonstige Gegenstände beziehen, § 453; dann schuldet der Verkäufer mangelfreie Verschaffung der Rechtsinhaberschaft. Im Gegenzug verpflichtet sich der Käufer zur **Zahlung des Kaufpreises** und, soweit es sich um einen Sachkauf handelt, **Abnahme der Kaufsache**, § 433 Abs. 2. Der Kaufpreis muss in einem Geldbetrag

bestehen, ansonsten handelt es sich um einen Tausch. Für diesen ist allerdings das Kaufrecht entsprechend anzuwenden, § 480¹.

Der Kaufvertrag ist ein **gegenseitiger Vertrag**. Im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen jedenfalls die Pflichten zur Übereignung und Übergabe der mangelfreien Kaufsache (bzw. Verschaffung eines anderen Kaufgegenstands) auf der einen Seite und die Zahlung des Kaufpreises auf der anderen Seite. Darauf kommt es bei der Erhebung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, § 320, beim Rücktritt, § 323, und im Rahmen des § 326 an, wo die Auswirkung der Unmöglichkeit der Leistung auf die Gegenleistung geregelt wird. **2**

Die kaufvertragliche Einigung, die sich als *essentialia negotii* auf Vertragsparteien, Gegenstand des Kaufvertrags und Höhe des Kaufpreises beziehen muss, ist grundsätzlich **formfrei**. Die wichtigste Ausnahme hierzu regelt § 311b Abs. 1 für Kaufverträge, die zur Übertragung oder zum Erwerb eines Grundstücks oder Grundstücksrechts verpflichten.² Weitere Ausnahmen sind in § 2371 und § 15 GmbHG für Verträge geregelt, die eine Erbschaft bzw. einen GmbH-Anteil zum Gegenstand haben, sowie in § 311b Abs. 3 für den Kauf des gegenwärtigen Vermögens. **3**

Eine Besonderheit stellt der sogenannte Verbrauchsgüterkauf dar. Er ist im Untertitel 3 des Titels zum Kauf und Tausch in den § 474 bis § 479 BGB geregelt. Er dient der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.³ Der Begriff des Verbrauchsgüterkaufs setzt den Kauf einer beweglichen Sache voraus, § 474 Abs. 1 Satz 1 BGB. Es scheiden daher Immobilien (Zubehör fällt aber unter § 474 ff.), Rechte und andere nicht-körperliche Gegenstände aus dem Begriff aus. Dem Begriff unterfallen aber Tiere (§ 90a) und trotz § 452 BGB auch eingetragene Schiffe.⁴ Vertragsparteien müssen auf Verkäuferseite ein Unternehmer sein und auf Käuferseite ein Verbraucher, wobei das Unternehmen nicht aus der Branche Einzelhandel sein muss.⁵ Aus dem Anwendungsbereich ausgenommen sind Präsenzversteigerungen gebrauchter Sachen, § 474 Abs. 2 Satz 2 BGB. Die Vorschriften des Verbrauchsgüterkaufrechts ergänzen die normalen kaufrechtlichen Regeln, § 474 Abs. 2 Satz 1 BGB und werden im Folgenden jeweils im Zusammenhang mit diesen dargestellt. **3a**

Im Verbrauchsgüterkaufrecht stellt sich oftmals die Frage, ob die zugrundeliegende Richtlinie korrekt umgesetzt wurde. Zur Beantwortung dieser Frage muss man wissen, dass eine überschießende Umsetzung jederzeit möglich ist. Dem Verbraucher können also mehr Rechte eingeräumt werden, als die Richtlinie vorsieht, da es sich um eine sog. Mindestharmonisierung handelt. Wird dem Verbraucher aber ein Recht nicht oder unter für ihn ungünstigeren Bedingungen eingeräumt, stellt sich die Frage, welche Folgen dies für das nationale Recht hat. Die Richtlinie selbst besitzt keine sogenannte horizontale Wirkung zwischen den Parteien des Kaufvertrags. Sie verpflichtet nur den Mitgliedsstaat. Aufgrund der Verpflichtung zur Umsetzung des Unionsrechts in Art. 288 Abs. 3 AEUV sind alle drei Gewalten gehalten, die Richtlinie umzusetzen, soweit ihnen dies kompetenziell möglich ist. Verstößt nur eine Auslegungsmöglichkeit einer Norm gegen

1 Siehe dazu Rn. 143 ff.

2 Dazu umfassend *Berger*, JA 2011, 849.

3 RL 2011/83/EU.

4 BeckOK/*Faust*, § 474 BGB Rn. 13.

5 BGH NJW 2011, 3435 = JuS 2011, 1121 (Anm. Faust).

die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist daher diejenige zu wählen, die nicht gegen Unionsrecht verstößt. Dies gilt nur dann nicht, wenn der erkennbare Wille des Gesetzgebers für die andere Variante spricht. Denn die richtlinienkonforme Auslegung ändert nichts an der Bindung der Judikative an die, aus der Gewaltenteilung folgenden, Bindung an diesen Willen. Ist ein klarer Wille des Gesetzgebers nicht erkennbar, ist der Weg frei für eine richtlinienkonforme Auslegung. Dies vor allem dann, wenn es der Willen des Gesetzgebers war, die Richtlinie umzusetzen. Eine solche Auslegung kann zur Folge haben, dass Normen des allgemeinen Schuldrechts oder des allgemeinen Kaufrechts für den Verbrauchsgüterkauf anders auszulegen sind als bei anderen Verträgen. Es liegt dann eine sog. gesplattene Auslegung vor.⁶

II. Pflichten und Pflichtverletzungen des Käufers

1. Kaufpreiszahlung als Hauptleistungspflicht

- 4 a) **Höhe des Kaufpreises.** Der Käufer hat den vereinbarten Kaufpreis zu bezahlen, § 433 Abs. 2. Der Kaufpreis wird regelmäßig als **Festbetrag** vereinbart sein. Es ist jedoch auch möglich, dass sich der Verkäufer eine **Erhöhung des Kaufpreises** vorbehält. Das geschieht beispielsweise durch sog. Tagespreisklauseln, die vielfach vereinbart werden, wenn für die Kaufsache längere Lieferfristen bestehen. Damit kann der Verkäufer eine Erhöhung des Einkaufspreises an den Käufer weitergeben.⁷ In Allgemeinen Geschäftsbedingungen, §§ 305 ff., können derartige Klauseln jedoch unzulässig sein. Dies ist der Fall, wenn die Lieferung innerhalb von vier Monaten nach Vertragsschluss erfolgen soll, § 309 Nr. 1. Erfolgt die Lieferung später als vier Monate nach Vertragsschluss, ist eine derartige Klausel an § 307 zu messen.⁸ Auch Internet-Auktionen sind Kaufverträge mit Festpreis, die mit Ablauf der Laufzeit mit dem Höchstbietenden zustande kommen.⁹

- 5 b) **Ersetzungsbefugnis.** Vielfach, insbesondere im Kfz-Handel, werden **gebrauchte Gegenstände** beim Kauf eines gleichartigen, neuen Gegenstands **in Zahlung gegeben**. Derartige Abreden werden von der gängigen Auffassung¹⁰ als Vereinbarung einer Ersetzungsbefugnis angesehen. Die Parteien schließen also einen Kaufvertrag über den neuen Gegenstand zu einem bestimmten Kaufpreis und vereinbaren zusätzlich, dass der Verkäufer den gebrauchten Gegenstand anstelle eines bestimmten Kaufpreisanteils an Erfüllung statt annimmt, § 364 Abs. 1. Andere Ansichten konstruieren einen kombinierten Kauf-/Tauschvertrag¹¹ oder zwei eigenständige Kaufverträge mit Verrechnungsbefugnis,¹² was jedoch in der

6 Mit der richtlinienkonformen Auslegung insgesamt beschäftigt sich in methodischer Hinsicht *Herresthal*, JuS 2014, 289.

7 BGHZ 90, 69 ff.

8 BGHZ 82, 21 ff.; die Klausel hält nur, wenn sich die Erhöhung in den Grenzen billigen Ermessens hält und nicht der Willkür des Verkäufers obliegt und außerdem dem Käufer bei erheblicher Preiserhöhung ein Rücktrittsrecht eingeräumt wird, *Erman/Grunewald*, § 433 Rn. 44. Der BGH nimmt ein solches Rücktrittsrecht auch dann an, wenn es nicht ausdrücklich vereinbart worden ist, BGHZ 90, 69.

9 *Muchowski*, JA 2015, 928 (929).

10 BGH NJW 2008, 2028.

11 *Medicus*, Bürgerliches Recht Rn. 756.

12 BeckOK-BGB/Lorenz, § 262 Rn. 14 für das sog. Agenturmodell; MünchKomm-BGB/Krüger, § 262 Rn. 9.

Regel deshalb abzulehnen ist, weil das Interesse, den gebrauchten Gegenstand in Zahlung zu geben, ausschließlich beim Käufer der neuen Sache besteht, während der Verkäufer kein Interesse an dem gebrauchten Gegenstand hat. Eine Auslegung im Einzelfall kann aber ein anderes Ergebnis herbeiführen.¹³

Darum kann auch der Käufer entscheiden, ob er den vollständigen Kaufpreis bezahlt oder von seiner Ersetzungsbefugnis Gebrauch macht, während der Verkäufer keinen Anspruch auf Leistung des gebrauchten Gegenstands hat; es handelt sich allein um eine Befugnis des Käufers.¹⁴ Ist der **gebrauchte Gegenstand mangelhaft**, so hat der Verkäufer über die Verweisung des § 365 alle Mängelgewährleistungsrechte eines Käufers aus § 437¹⁵, die Erfüllungswirkung bleibt jedoch bestehen, weil der Käufer geleistet hat, wenn auch mangelhaft¹⁶. Folge dieser Vereinbarung ist, dass der Käufer zur vollständigen Kaufpreiszahlung verpflichtet sein kann, wenn der gebrauchte Gegenstand wider Erwarten mangelhaft oder sogar untergegangen ist. Dazu kann es kommen, wenn der Verkäufer wegen des Mangels an der gebrauchten Sache (teilweise) vom Vertrag zurücktritt. Er hat dann einen Anspruch auf Wiederbegründung der ursprünglich ersetzten Forderung, Zug-um-Zug gegen Herausgabe der gebrauchten Sache.¹⁷ Tritt der Käufer vom Kaufvertrag wegen Mängeln der neuen Sache zurück, kann er vom Verkäufer nur Rückgabe des in Zahlung gegebenen gebrauchten Gegenstands neben seiner Barzahlung verlangen.¹⁸ Ist der gebrauchte Gegenstand nicht mehr vorhanden, ist für ihn Wertersatz zu leisten. Im häufigeren Fall eines Mangels des gebrauchten Gegenstandes wird man jedoch dann einen stillschweigenden Haftungsausschluss annehmen können, wenn der Verkäufer als Fachmann den Gegenstand fachkundig untersuchen kann:¹⁹

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

c) **Entfallen des Kaufpreisanspruchs.** – aa) **Regel.** Ist die Pflicht des Verkäufers zur Verschaffung des Kaufgegenstandes nach § 275 ausgeschlossen²⁰, so entfällt nach § 326 Abs. 1 Satz 1 grundsätzlich auch der Anspruch des Verkäufers auf den Kaufpreis als Gegenleistung. Der **Verkäufer trägt** für den Fall der Unmöglichkeit also die **Preisgefahr**, denn er verliert bei Unmöglichkeit seiner Leistung den Anspruch auf die Kaufpreiszahlung.

13 Looschelders/Erm, JA 2014, 161 (165).

14 Palandt/Grüneberg, § 262 Rn. 8.

15 Siehe dazu unten Rn. 60 ff.

16 Looschelders/Erm, JA 2014, 161 (164).

17 Looschelders/Erm, JA 2014, 161 (163).

18 BGHZ 89, 126 (129).

19 BGHZ 83, 334 (337); Binder, NJW 2003, 393 (397 f.).

20 Siehe dazu unten Rn. 22 ff.

- 8 bb) **Ausnahme 1:** §§ 446 Satz 3, 326 Abs. 2. Ausnahmsweise kann die **Preisgefahr jedoch auf den Käufer übergehen**. Das bedeutet: Der Käufer muss den Kaufpreis bezahlen, obwohl er den Kaufgegenstand wegen § 275 nicht erhält. § 326 Abs. 2 Satz 1 regelt, dass der Käufer trotz Unmöglichkeit den Kaufpreis zahlen muss, wenn

- der **Käufer** für die Unmöglichkeit allein oder weit überwiegend **verantwortlich** ist oder
- der **Käufer sich im Annahmeverzug**, §§ 293 ff., befindet. Der Käufer haftet dann also auch für den zufälligen, d. h. von beiden Seiten nicht zu vertretenden Untergang der Kaufsache, § 446 Satz 3. Der Verkäufer haftet für den Untergang der Sache nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit. Insoweit gilt der erleichterte Haftungsmaßstab des § 300 Abs. 1.

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

Bsp. (2): Etwas anderes gilt, wenn H aufgrund des Nichterscheins des K den Pkw über Nacht vor seinen Verkaufsräumen stehen lässt, jedoch vergisst, den Zündschlüssel abziehen. – Wird der Wagen gestohlen und vom Dieb zerstört, so liegt kein Fall des § 446 Satz 3 vor: Hier hat H grob fahrlässig gehandelt, so dass er den Untergang zu vertreten hat, § 300 Abs. 1. Doch auch K hat den Untergang mitverschuldet, immerhin befand er sich im Annahmeverzug, §§ 293 ff. Dass H in diesem Fall der beiderseitig zu vertretenden Unmöglichkeit seinen Anspruch auf den Kaufpreis gem. § 326 Abs. 1 Satz 1 verlieren, und sich gleichzeitig wegen der Unmöglichkeit gegenüber K schadensersatzpflichtig machen soll, §§ 280 Abs. 1, 3, 283, erscheint unbillig. Dennoch ist dieser Fall weder in § 446, noch in § 326 Abs. 2 geregelt. Es gibt verschiedene Lösungsansätze: Eine Ansicht²¹ wendet je nach Verteilung des Verschuldens § 326 Abs. 2 Satz 1 analog (Überwiegendes Verschulden des Käufers) oder §§ 280 Abs. 1, 2, 283 an (Überwiegendes Verschulden des Verkäufers) und kürzt den Anspruch dann jeweils um den entsprechenden Mitverschuldensanteil der anderen Seite, § 254 Abs. 1. Die Gegenauffassung²² lässt beide Ansprüche kumulativ bestehen, und verrechnet sie gegeneinander. Letztlich behält H also den vollen Kaufpreisanspruch, muss dem K aber Schadensersatz zahlen, der freilich um den Mitverschuldensanteil gekürzt wird.

- 9 cc) **Ausnahme 2:** § 446 Satz 1. Nach § 446 geht beim Sachkauf die Preisgefahr auf den Käufer über, wenn ihm die **Kaufsache übergeben** wird. Übergabe bedeutet in diesem Zusammenhang (anders als in § 929), dass der Käufer unmittelbarer Besitzer werden muss, § 854; mittelbarer Besitz reicht nur aus, wenn dies zwischen den Parteien vereinbart worden ist.²³ Wer unmittelbarer Besitzer der Sache ist und sie nutzen kann, trägt auch die Gefahr für ihre Beschädigung oder ihren Untergang, was in diesem Fall dadurch zum Ausdruck kommt, dass der Käufer dann trotzdem für die Kaufsache bezahlen muss.²⁴

21 OLG Oldenburg NJW 1975, 1788 (1789).

22 OLG Frankfurt NJW-RR 1995, 435; mit abl. Anm. *Looschelders*, JuS 1999, 949 (951 f.).

23 MünchKomm-BGB/*Westermann*, § 433 Rn. 43.

24 *Staudinger/Beckmann*, § 446 Rn. 9.

dd) Ausnahme 3: § 447. § 447 ordnet den Übergang der Preisgefahr auf den Käufer mit **Übergabe an die Transportperson** an, wenn der Kaufgegenstand an einen anderen Ort als den Erfüllungsort versendet wird und die Versendung auf Verlangen des Käufers erfolgt. „Auf Verlangen“ erfolgt grundsätzlich auch der Versand durch ein Versandhaus, obwohl das Versandhaus von vornherein keine andere Vertriebsform anbietet, da schon in der Bestellung das konkludente Einverständnis des Käufers liegt.²⁵

Erfüllungsort im Sinne des § 447 ist der Ort der Leistungshandlung, nicht der Erfolgsort, § 269 Abs. 1 und 3.²⁶ Soweit nichts anderes vereinbart wurde, wird vorausgesetzt, dass die Sache auch vom Erfüllungsort aus versendet wird.²⁷ Etwas anderes kann gelten, wenn auch die Montage vor Ort durch den Verkäufer geschuldet ist, dann liegt eine Bringschuld vor und Erfüllungsort ist der Bestimmungsort der Sachen.²⁸ Eine Einverständniserklärung des Käufers für den Versand von einem anderen Ort aus kann aber auch stillschweigend erfolgen.²⁹ § 447 betrifft also Schickschulden, da bei diesen der Ort der Leistungshandlung der Wohnsitz des Verkäufers, der Erfolgsort hingegen der Wohnsitz des Käufers ist; beide Orte können dabei auch innerhalb derselben Gemeinde liegen.³⁰ Voraussetzung des Gefahrübergangs ist die transportfähige Verpackung³¹ und die sorgfältige Auswahl der Transportperson.³² Allerdings gilt diese Vorschrift nicht beim **Verbrauchsgüterkauf** zwischen einem Unternehmer als Verkäufer und einem Verbraucher als Käufer, §§ 13, 14, 474 Abs. 4, und damit insbesondere nicht, wenn der Verbraucher bei einem Versandhaus bestellt. Daher findet auch § 447 Abs. 2 dort keine Anwendung, § 475 Abs. 3. Der Käufer schuldet dann den Kaufpreis nicht, wenn die Sache beim Transport untergeht oder beschädigt wird.

Liegt ein normaler Kaufvertrag vor, geht die Kaufsache beim Transport unter oder wird sie beschädigt, so schuldet der Käufer trotzdem den Kaufpreis. Eine verbreitete Auffassung möchte diese Rechtsfolgen jedoch auf **transporttypische Schäden** begrenzen, da die Norm lediglich das Risiko, das auf der Gefährlichkeit des Transports beruht, regeln wolle.³³ Dem Wortlaut des § 447 ist eine solche Einschränkung indes nicht zu entnehmen. Aus dem Merkmal „auf Verlangen des Käufers“ ist vielmehr etwas anderes zu folgern. Der Verkäufer soll nicht dadurch schlechter gestellt werden, dass nicht – wie regelmäßig – mit Abholen der Ware durch den Käufer der Gefahrübergang nach § 446 eintritt; richtigerweise ist die Rechtsfolge daher nicht nur auf typische Transportgefahren begrenzt.³⁴ Meist spielt der Streit freilich keine Rolle, da der Begriff des typischen Transportrisikos auch von der Gegenauffassung sehr weit gefasst wird.³⁵

25 BGH ZGS 2003, 438 f.; a. A. AG Rastatt NJW-RR 2002, 199.

26 MünchKomm-BGB/Westermann, § 447 Rn. 4; BeckOK-BGB/Faust, § 447 Rn. 5.

27 Palandt/Weidenkaff, § 447 Rn. 2.

28 BGH NJW 2014, 454 = JuS 2014, 836 (Anm. Schwab).

29 BGHZ 113, 106 (110).

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

31 BGHZ 66, 208 (211).

32 RGZ 99, 56 (58).

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

34 MünchKomm-BGB/Westermann, § 447 Rn. 19; BeckOK-BGB/Faust, § 447 Rn. 21.

35 Z.B. OLG Koblenz NJW 1974/75, 477 ff.; BGHZ 113, 106.

- 13** Dem Verkäufer stehen dann regelmäßig gegen die **Transportperson** Schadenersatzansprüche (etwa aus § 280 Abs. 1 und aus § 823 Abs. 1) zu. Er hat jedoch keinen Schaden erlitten, da der Käufer zahlen muss, auch ohne die Kaufsache zu erhalten. Diese Unbilligkeit wird mithilfe der **Drittschadensliquidation** gelöst, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen: (1) Der Verkäufer als Vertragspartner des Transporteurs und Eigentümer der transportierten Ware hat die genannten Schadenersatzansprüche gegen den Transporteur; allerdings hat er (2) keinen Schaden erlitten, weil er weiterhin den Kaufpreis verlangen kann. Der Käufer hingegen hat (3) einen Schaden erlitten, da er die Kaufsache nicht erhält, trotzdem aber dafür bezahlen muss, hat (4) aber keinen Anspruch gegen den Transporteur. Diese Schadensverlagerung ist aus Sicht des Transporteurs auch (5) zufällig. Deshalb muss der Verkäufer dem Käufer die genannten Ansprüche abtreten, § 285.
- 14** Einer Drittschadensliquidation bedarf es jedoch nicht, wenn der Transportunternehmer Frachtführer ist und zwischen dem Verkäufer und ihm ein **Frachtvertrag** im Sinne der §§ 407 ff. HGB geschlossen wurde. In diesem Fall hat der Käufer nämlich einen eigenen Schadenersatzanspruch gegen den Frachtführer aus § 421 HGB.
- 15** Unklar ist, wie der **Transport durch Hilfspersonen des Verkäufers** zu behandeln ist. Teilweise wird vertreten, § 447 gelte nicht, wenn der Verkäufer eigene Angestellte beim Transport einsetze (oder den Transport selbst übernehme). In diesem Fall sei die Sache noch nicht aus dem Herrschaftsbereich des Verkäufers ausgeschieden.³⁶ Dem ist zu entgegnen, dass auch bei Einschalten eines selbstständigen Transportunternehmens die Möglichkeiten zur Einflussnahme durch Weisungen auf Seiten des Verkäufers liegen und sich die tatsächliche Sachherrschaft daher noch immer auf Seiten des Verkäufers befindet.³⁷ Entscheidend ist aber, dass in Abgrenzung zur Bringschuld, bei der Schickschuld der Transport gerade nicht geschuldet ist. Demgemäß können, nur weil eigene Leute den Transport übernehmen, die Pflichten des Verkäufers nicht erweitert werden.³⁸ § 447 gilt daher auch bei Einsatz von eigenen Transportpersonen.³⁹ Hier kann jedoch keine Drittschadensliquidation stattfinden, denn die Arbeitnehmer des Verkäufers haften regelmäßig im Innenverhältnis wegen der arbeitsrechtlichen Figur des innerbetrieblichen Schadensausgleichs nicht für derartige Schäden, so dass es keinen Anspruch gibt, zu dem der Schaden des Käufers gezogen werden könnte. Allerdings können eigene Leute dem Verkäufer als Erfüllungsgehilfen zugerechnet werden, § 278,⁴⁰ so dass die Haftung hierüber abgewickelt werden kann.
- 16** **d) Nichtzahlung durch den Käufer.** Erfüllt der Käufer seine Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises nicht, so kann dies nicht auf Unmöglichkeit beruhen, denn hier gilt der Grundsatz „**Geld hat man zu haben**“. Daraus folgt, dass § 275 hier nicht anwendbar ist. Der Käufer haftet, weil er die stets mögliche Kaufpreiszahlung verzögert. Bei Vorliegen der Verzugsvoraussetzungen, §§ 280 Abs. 2, 286, kann der Verkäufer den Verzögerungsschaden als Schadenersatz neben der Leistung

36 Jauernig/Berger, § 447 Rn. 12; Palandt/Weidenkaff, § 447 Rn. 12; Medicus, Bürgerliches Recht, Rn. 275.

37 BeckOK-BGB/Faust, § 447 Rn. 9.

38 Schulz, JZ 1975, 240 (242).

39 So auch RGZ 96, 258 (259).

40 Staudinger/Beckmann, § 447 Rn. 30.

verlangen. Hat der Verkäufer erfolglos eine Zahlungsfrist gesetzt, so kann er auch Schadenersatz statt der Leistung verlangen, §§ 280 Abs. 3, 281, und ist zum Rücktritt vom Kaufvertrag berechtigt, § 323.

2. Abnahme der Kaufsache als Nebenleistungspflicht

Der Käufer hat außerdem die Pflicht zur Abnahme der Kaufsache. Verletzt er diese Pflicht, so kommt er nicht nur in **Annahmeverzug**, §§ 293 ff., sondern kann auch in **Schuldnerverzug** kommen, § 286, weil nicht nur eine Obliegenheit, sondern eine echte Pflicht zur Abnahme besteht, wenngleich es sich in der Regel nicht um eine Hauptleistungs-, sondern nur um eine **Nebenleistungspflicht** handelt.⁴¹ Allerdings können die Parteien die Abnahme durch entsprechende vertragliche Vereinbarung zur **Hauptleistungspflicht** machen; davon ist auszugehen, wenn der Verkäufer ein besonderes Interesse daran hat, dass die Sache abgenommen wird.⁴² Dann gelten auch diesbezüglich §§ 320–322 BGB.⁴³ Der Käufer ist nicht nur zur Abnahme verpflichtet, sondern auch zur Tragung der Kosten der Abnahme und insbesondere auch der Versendung der Sache an ihn, § 448 Abs. 1.

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

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

3. Tragung von Lasten

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

41 RGZ 53, 161 (163); 57, 106 (110 ff.).

42 RGZ 57, 106 (112); BGH NJW 1972, 99.

43 BeckOK-BGB/*Faust*, § 433 Rn. 59.

III. Pflichten und Pflichtverletzungen des Verkäufers

1. Leistungs- und Nebenpflichten

- 21** Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer das **Eigentum** an der Kaufsache (oder die Inhaberschaft eines sonstigen Rechts) zu verschaffen. Außerdem muss der Verkäufer dem Käufer die Sache übergeben, also **unmittelbaren Besitz** an der Sache verschaffen, § 433 Abs. 1 Satz 1. Der Verkäufer schuldet überdies nicht nur Übereignung und Übergabe der Kaufsache in beliebigem Zustand, sondern dies auch **frei von Sach- und Rechtsmängeln**, § 433 Abs. 1 Satz 2. Soweit es sich um Gattungsware handelt, ist eine Sache von mittlerer Art und Güte, § 243 Abs. 1, geschuldet. Hier können vielfältige Störungen auftreten. Neben diesen Hauptleistungspflichten schuldet der Verkäufer auch **Nebenleistungspflichten**, etwa die sachgerechte Verpackung für den Transport,⁴⁴ und die üblichen Nebenpflichten nach § 241 Abs. 2.
- 2. Ausschluss der Hauptleistungspflicht bei Unmöglichkeit**
- 22** Ist dem Verkäufer die Verschaffung des Kaufgegenstandes nicht möglich, § 275 Abs. 1, oder hat er ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs. 2 oder 3 ausgeübt, so ist der Anspruch des Käufers ausgeschlossen und der Verkäufer nicht mehr zur Leistung verpflichtet.
- 23** Beim **Gattungskauf** (§ 243 Abs. 1) tritt Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 nicht schon durch den Untergang eines einzelnen Gattungsstücks ein. Der Verkäufer schuldet vielmehr Leistung, solange noch Gattungsstücke vorhanden sind, da er eine Beschaffungspflicht trägt.⁴⁵ Die Gattungsschuld kann jedoch durch Konkretisierung zur Stückschuld werden, mit der Folge, dass der Untergang eines Gattungsstückes zur Unmöglichkeit führt, weil nur noch dieser Gegenstand geschuldet war. Zu einer derartigen **Konkretisierung der Gattungsschuld** kommt es unter den Voraussetzungen von § 243 Abs. 2 oder § 300 Abs. 2.⁴⁶
- 24** Abzugrenzen von der Gattungsschuld ist die **Vorratsschuld**. Hierbei verpflichtet sich der Verkäufer von vornherein nur, eine Sache aus seinem Lagerbestand (= Vorrat) zu verkaufen. Ist sein Lager leer oder auf andere Weise untergegangen, so besteht in diesem Fall auch dann keine Beschaffungspflicht, wenn noch andere Sachen dieser Art und Güte auf dem allgemeinen Markt vorhanden sind. Es tritt Unmöglichkeit ein.
- 25** Folge der Unmöglichkeit ist ein Anspruch des Käufers auf **Schadenersatz statt der Leistung**, soweit der Verkäufer die Vermutung seines Vertretenmüssens nicht widerlegen kann. Dieser Anspruch ergibt sich sowohl bei anfänglicher Unmöglichkeit als auch bei schon zu Vertragsschluss bestehender Unmöglichkeit, aus § 311a Abs. 2. Bei nachträglicher Unmöglichkeit sind §§ 280 Abs. 1 und 3, 283 Anspruchsgrundlage. Alternativ zum Schadenersatz (= Ersatz unfreiwilliger Vermögensopfer), kann der Käufer in beiden Fällen auch den Ersatz vergeblicher Aufwendungen (= Ersatz freiwilliger Vermögensopfer) verlangen, § 284, also solcher Aufwendungen, die er gerade im Hinblick auf die geplante Verwendung der Kaufsache getätigt hat.

44 BGH NJW 1983, 1496 (1497).

45 Palandt/Heinrichs, § 243 Rn. 3.

46 Erman/Westermann, § 275 Rn. 3.