

1. Kapitel: Austausch durch einmalige Leistung

§ 1 Kaufvertrag

1. Eigenart und Arten

a) Die Struktur des Kaufvertrags

Der praktisch bedeutsamste unter den Schuldverträgen des geltenden Rechts war nicht von vornherein als reines Verpflichtungsgeschäft konzipiert, sondern ist hierzu im Laufe einer Entwicklung geworden, die zumindest in Deutschland erst in jüngster Zeit ihren vorläufigen Abschluss gefunden hat: Der römische Kaufvertrag, die *emptio venditio*,¹ gehörte zwar zu den Konsensualverträgen, bei denen schon die bloße Einigung der Parteien deren Verpflichtung zeitigte.² Schlechthin galt dies jedoch nur für die eher unspezifische Pflicht des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises, die regelrecht geschuldet und durch Übereignung von Geldzeichen erfolgte. Die Leistung des Verkäufers, die dem Kaufvertrag ihr Gepräge gibt, war dagegen Objekt einer gewöhnlichen Verpflichtung nur insoweit, als der Verkäufer dem Käufer die Kaufsache übergeben musste. Die mit dieser Übergabe angestrebte Rechtswirkung des Eigentumsübergangs, die den römischen Juristen durchaus als Ziel des Kaufvertrags galt,³ war jedoch ebenso wenig geschuldet wie die Mangelfreiheit der Kaufsache. Beide waren vielmehr der Sanktion mit Hilfe Garantieversprechen überlassen, die zunächst wirklich abgegeben werden mussten, später unterstellt wurden. Der Grund für dieses aus heutiger Sicht seltsam anmutende Konzept des Kaufvertrags lag in seiner Verhaftung in der ursprünglichen Struktur des Austauschs von Kaufsache und Kaufpreis: Sie geschah am Anfang in Form eines Handgeschäfts, bei dem beide Seiten ihre Leistungen sofort erbrachten und die Bedeutung ihrer Einigung darauf beschränkt war, einen Rechtsgrund für den Verbleib von Kaufsache und Kaufpreis bei ihrem jeweiligen Empfänger zu schaffen. Als man hieraus ein Distanzgeschäft machte, setzte man das Instrument der Verpflichtung nur für die Zahlung des Kaufpreises und die Übergabe der Kaufsache ein, weil man den Kaufvertrag, der **ursprünglichen Konzeption des Eigentums** folgend,⁴ zunächst nur als Mittel betrachtete, um dem Käufer ein relativ besseres Recht an der Kaufsache zu geben, als es der Verkäufer hatte.

Die Verschaffung einer Rechtsposition mit Wirkung gegenüber Dritten wurde nicht mehr als Teil des Kaufvertrags selbst begriffen, sondern musste sich der Käufer

¹ Hierzu *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, S. 304 ff., *Zimmermann*, Law of Obligations, S. 230 ff., *Harke*, Römisches Recht, Rn. 8.1 ff.

² S. o. Rn. 4 f.

³ D 18.1.80.3 Lab 5 post a Iav epit.

⁴ Vgl. *Harke*, Römisches Recht, Rn. 13.1 ff.

fer dadurch ertrotzen, dass er dem Verkäufer ein **Garantieversprechen** abnahm, das diesen für den Fall der **Entwehrung** der Kaufsache durch einen Dritten zu einer Geldleistung verpflichtete.⁵ Diese entsprach entweder dem Interesse des Käufers am Verbleib der Kaufsache in seinen Händen oder dem Ein- oder Vielfachen des Kaufpreises. Typischerweise war das Versprechen auf den doppelten Betrag gerichtet, mit dessen Leistung man die Sanktion eines Diebstahls nachahmte, weil man den Verkäufer, der dem Käufer das Eigentum an der Kaufsache nicht verschaffen konnte, so ansah, als hätte er einen Diebstahl am Kaufpreis verübt. Die Abgabe solcher Garantieversprechen wurde derart üblich, dass die römischen Juristen des zweiten Jahrhunderts dem Käufer einen Anspruch auf ihren Abschluss⁶ und, wenn ihm die Kaufsache schon von einem Dritten abgenommen worden war, auf Zahlung des Betrags gaben, den er aufgrund des Garantieversprechens vom Verkäufer erhalten hätte⁷. Der Hochklassiker Julian ging noch einen Schritt weiter und versetzte den Tatbestand der Garantieversprechen in das kaufrechtliche Synallagma, indem er dem Käufer, der die Kaufsache verloren hatte, auch dann, wenn die Voraussetzungen der Garantiepflichtung nicht gegeben waren, zumindest die Rückforderung des Kaufpreises gestattete.⁸ War der Kaufvertrag damit um den Verbleib der Kaufsache beim Käufer als eine vom Verkäufer zu erbringende Leistung angereichert, erkannte man fortan keinen Bedarf mehr für die Einführung einer Überempfangspflicht.⁹

⁵ Vgl. *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, S. 311 ff., *Zimmermann*, Law of Obligations, S. 293 ff., *Harke*, Römisches Recht, Rn. 8.14 ff.

⁶ D 21.1.31.20 Ulp 1 ed aed cur: *Quia adsidua est duplae stipulatio, idcirco placuit etiam ex empto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat: ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire.* („Da die Stipulation des doppelten Kaufpreises ständig vorgenommen wird, ist die Ansicht herrschend, dass auch aus dem Kauf geklagt werden könne, falls der Verkäufer eines Sklaven diese Stipulation nicht geleistet hat. Was Sitte und Brauch entspricht, ist nämlich von den auf die gute Treue gerichteten Klagen umfasst.“)

⁷ PS 2.17.2.

⁸ D 30.84.5 Iul 33 dig, D 19.1.11.18 Ulp 32 ed.

⁹ Daher konnte der Käufer das Interesse am Eigentumserwerb auch nur ganz ausnahmsweise kraft einer besonderen Garantiehafung verlangen, die dem Verkäufer infolge seiner Arglist auferlegt wurde (hierzu *Harke*, Allgemeines Schuldrecht, Rn. 227); vgl. D 19.1.30.1 Afr 8 quaest: *Si sciens alienam rem ignorantem mihi vendideris, etiam priusquam evincatur utiliter me ex empto acturum putavit in id, quanti mea intersit meam esse factam: quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat, quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens alienam, non suam ignorantem vendidit: id est maxime, si manumissuro vel pignori daturum vendiderit.* („Hast du mir, als ich gutgläubig war, wissentlich eine fremde Sache verkauft, so kann ich, wie er [Julian] glaubt, noch bevor mir die Sache entwehrt wird, mit Erfolg die Kaufklage darauf erheben, was mein Interesse ausmacht, dass die Sache zu meinem Eigentum wird. Obwohl nämlich wahr sei, dass der Verkäufer nur dafür einzustehen habe, dass der Käufer die Sache in ungestörtem Besitz behält, und nicht auch dafür, dass er sie zum Eigentum des Käufers macht, hafte derjenige, der wissentlich eine fremde und nicht eine eigene Sache einem Gutgläubigen verkauft hat, weil er zu gewährleisten habe, dass keine Arglist im Spiel sei. Dies gilt insbesondere dann, wenn er einen Sklaven verkauft hat, den der Käufer freilassen oder verpfänden will.“)

Die Folgen dieser Abstinenz machten den römischen Kauf zu einem für spätere Juristen kaum nachvollziehbaren Gebilde: Da seine Verpflichtungsstruktur eben nach wie vor nicht auf die Verschaffung von Eigentum als dinglichem Recht, sondern auf die bessere Berechtigung des Käufers gegenüber dem Verkäufer angelegt war, hatte sich diese Leistung des Verkäufers schon durch den Akt des Vertragsschlusses erledigt, mit dem diese bessere Berechtigung erreicht war. Dementsprechend wurde die Kaufsache ab diesem Moment im Verhältnis der Vertragsparteien untereinander auch schon dem Vermögen zugerechnet. Von den Konsequenzen dieses Atavismus, den man „Barkauf“ oder „**Veräußerungscharakter**“ nennt, sprangen vor allem das Fehlen eines Gattungskaufs und die Zuweisung der Preisgefahr an den Käufer (*periculum emptoris*) ins Auge: Da der Verkäufer seine Übereignungsleistung schon mit dem Vertragsschluss erbrachte, musste sie schon zu diesem Zeitpunkt individuell und nicht etwa nur der Gattung nach bestimmt sein. Und der Käufer blieb auch dann zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet, wenn die Kaufsache nach Vertragsschluss, aber noch vor ihrer Übergabe zufällig untergegangen war. Gemildert wurde diese Gefahrverteilung zumindest in klassischer Zeit durch eine korrespondierende Verschärfung der Haftung des Verkäufers: Weil er die Kaufsache ab Vertragsschluss nicht mehr wie ihr Eigentümer, sondern wie ein Fremder besaß, der sie zum eigenen Vorteil in den Händen hatte, traf ihn ebenso wie einen Entleiher die Pflicht zur Bewachung (*custodia*) der Sache, die eine Einstandspflicht in allen Fällen niederen Zufalls begründete und die Gefahrtragung des Käufers praktisch auf die Fälle höherer Gewalt wie Krieg oder Naturkatastrophen beschränkte¹⁰. Da diese weitgehende Haftung in der byzantinischen Kodifikation des römischen Rechts in eine Verschuldenshaftung umgedeutet und so in ihrem Garantiecharakter unkenntlich gemacht wurde, war die Gefahrbelastung des Käufers seit dem Mittelalter weder einzusehen noch als gerecht zu empfinden, zumal sie ohnehin nur für den Stück- und nicht mehr für den mittlerweile zugelassenen Gattungskauf gelten konnte.

Nach der Vorgabe der Naturrechtslehre¹¹ wurde das römische Kaufvertragsregime in den Naturrechtsgesetzbüchern durch zwei verschiedene Modelle abgelöst, in denen **Eigentumserwerb** und **Gefahrübergang synchronisiert** sind: Im französischen *Code civil* (Art. 1138, 1583) verdinglichte man das Verfügungs-

¹⁰ Vgl. Harke, Allgemeines Schuldrecht, Rn. 231 Fn. 126.

¹¹ Vgl. Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, 2.12.15: *De venditione et emptione notandum etiam sine traditione, ipso contractus momento, transferri dominium posse, atque id esse simplicissimum. ... Quod si actum sit ne statim dominium transeat, obligabitur venditor ad dandum dominium, atque interim res erit commodo et periculo venditoris: quare ... quod res periculo est emptoris et ut fructus ad eum pertineant, antequam dominium transeat, commenta sunt juris civilis, quod nec ubique observatur: ...* („Zu den Kaufverträgen ist festzuhalten, dass das Eigentum auch ohne Übergabe in dem Moment des Vertragsschlusses übertragen werden kann, und dies sehr einfach. ... Ist aber vereinbart, dass das Eigentum nicht sofort übergehen soll, wird der Verkäufer dazu verpflichtet, das Eigentum zu übertragen, und in der Zwischenzeit sind Gefahr und Nutzen dem Verkäufer zugewiesen. Daher ist es eine bloße Erfindung des römischen Rechts, dass Gefahr und Nutzen der Sache dem Käufer noch vor dem Eigentum zugewiesen sein sollen; und es wird auch keineswegs überall beachtet ...“)

element des Kaufs und sprach ihm ebenso wie anderen Verträgen, aus denen eine Lieferpflicht folgt, im Fall der Speziesschuld eine eigentumsübertragende Wirkung zu. Der Käufer war so nicht nur von vornherein gefahrbelastet, sondern auch Rechtsinhaber. Das Gegenmodell des preußischen ALR (§ 95 I 11) und österreichischen ABGB (§§ 1049, 1064) bestand darin, den Gefahrübergang zugunsten des Käufers auf den Moment der Übergabe zu verschieben, in dem nach beiden Gesetzen auch das Eigentum an einer beweglichen Sache auf den Käufer übergehen soll (§§ 1 I 10 ALR, 380, 424 f. ABGB). Während das schweizerische Recht trotz gleichartigen Eigentumsübertragungsmodus wieder zum römischen Prinzip der Gefahrzuweisung an den Käufer zurückgekehrt ist (Art. 185 OR), folgt das BGB (§ 446) der Lösung von ALR und ABGB, obwohl es selbst für den Eigentumsübergang außer der Übergabe noch den Abschluss eines dinglichen Vertrags fordert (§ 929 BGB), der entsprechend dem Abstraktionsprinzip¹² in seiner Wirksamkeit von dem zugrunde liegenden Kaufvertrag unabhängig ist. Diese Abkoppelung des dinglichen Rechtswechsels vom schuldrechtlichen Geschäft markiert einen Höhepunkt in der Entwicklung des Kaufvertrags, der nun in jeder Hinsicht ein reines Verpflichtungsgeschäft und sogar der mittelbaren Wirkung beraubt ist, die er für den Eigentumsübergang in den Ländern hat, die dem Traditionsprinzip preußischen und österreichischen Musters folgen.

- 14 Die Überwindung des Barkaufprinzips und die Umgestaltung des Kaufvertrags zu einem durchgängigen Verpflichtungsgeschäft mussten zwangsläufig zu einer Revision des Regimes führen, mit dem der Verbleib der Kaufsache beim Käufer sichergestellt wird: Den Platz der besonderen Garantieversprechen, die im längst überwundenen archaischen Eigentumsbegriff wurzelten, musste die Verpflichtung des Verkäufers einnehmen, dem Käufer eine gegenüber Dritten wirksame Rechtsposition zu verschaffen. Wiederum nach dem Vorbild der Naturrechtslehre¹³ statuierte das preußische ALR (§ 135 I 11) eine solche **Übereignungspflicht** und prägte damit auch die Lösung des schweizerischen OR (Art. 184) und des BGB (§ 433 Abs. 1 S. 1). Die Sanktion der Nichterfüllung dieser Pflicht fiel in diesen Gesetzen jedoch verschieden aus: Während das ALR (§ 155 I 11) den Verkäufer einer verschuldensabhängigen Haftung unterwarf, wie sie auch an die Verletzung anderer Leistungspflichten geknüpft war, übernahmen das schweizerische OR (Art. 192 ff.) und das BGB von 1900 (§ 440 a. f.) ebenso wie der französische *Code civil* (Art. 1626 ff.) das alte römische Schema einer an die Entwehrung der Kaufsache geknüpften Garantiehaftung. Da es der Integration der Eigentumsverschaffung in das Pflichtenprogramm des Kaufvertrags widersprach, wurde es in Deutschland als Fremdkörper empfunden¹⁴ und im Zuge der Schuldrechtsreform von 2002 durch ein weitgehend dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht angepasstes Konzept der Mängelhaftung ersetzt, das dem Verschuldensprinzip unterliegt (§§ 435 ff. BGB).
- 15 Entwickelt wurde das neue Regime freilich nicht für die Pflicht zur Rechtsverschaffung, sondern für die **Sachmängelhaftung**, die sich im klassischen römischen

¹² Hierzu Harke, Allgemeines Schuldrecht, Rn. 9.

¹³ Vgl. Grotius (Fn. 11) a. a. O.

¹⁴ Vgl. Harke, Allgemeines Schuldrecht, Rn. 231.

Recht zunächst ebenfalls weitgehend jenseits des eigentlichen Kaufvertrags vollzog: Als ein auf den bloßen Austausch von Kaufsache und Kaufpreis gerichteter Vertrag sperrte er sich sowohl in seiner ursprünglichen Form als Handgeschäft als auch in seiner späteren Gestalt als ein dem Barkaufprinzip folgendes Distanzgeschäft einer Ausdehnung der Verkäuferpflicht auf die Mängelfreiheit der Kaufsache. Anders als im Fall der Rechtsmängelhaftung wurde aber nicht nur eine arglistige Täuschung des Käufers¹⁵, sondern auch eine vom Verkäufer gegebene Zusage über die Beschaffenheit der Kaufsache unmittelbar durch einen mit der Kaufklage selbst zu verfolgenden Anspruch des Käufers auf Schadensersatz sanktioniert. Diese Garantiehafte bot den frühklassischen Juristen den Ansatzpunkt für einen weitergehenden Käufer-schutz, indem sie außer den ausdrücklich zugesagten auch die Eigenschaften der Kaufsache als zugesichert gelten ließen, von deren Vorliegen der Käufer selbstverständlich ausgehen durfte.¹⁶ Für die Fortentwicklung dieses Konzepts sorgte wiederum der Hochklassiker Julian, der die Verpflichtung des gutgläubigen Verkäufers, der den Fehler der Kaufsache selbst nicht kannte, auf die Rückerstattung des Betrags begrenzte, um den der Kaufpreis bei beiderseitiger Kenntnis des Sachmangels niedriger ausgefallen wäre.¹⁷ Obwohl er den Anspruch des Käufers damit im Ergebnis reduzierte, löste er ihn doch zugleich von der Konstruktion einer stillschweigenden Zusicherung. Das Vorhandensein selbstverständlich vorausgesetzter Eigenschaften der Kaufsache war damit Teil der Verkäuferpflicht geworden.

Statt von Julians weitsichtiger Entscheidung nahm die künftige Entwicklung der Sachmängelhaftung ihren Ausgang jedoch von den Rechtsbehelfen, die neben den Klagen aus dem Kaufvertrag von den für die Marktgerichtsbarkeit zuständigen kurlischen Ädilen gewährt wurden. Sie gestanden demjenigen, der auf dem öffentlichen Markt einen an Krankheit oder Charakterschwäche leidenden Sklaven oder ein krankes Zugtier erworben hatte, ohne Rücksicht auf Kenntnis oder Verschulden des Verkäufers das Recht zu, von diesem innerhalb eines halben Jahres ab dem Ver-

16

¹⁵ Hierzu *Harke*, Allgemeines Schuldrecht, Rn. 227.

¹⁶ Vgl. D 19.1.6.4 Pomp 9 Sab.

¹⁷ Vgl. D 19.1.13pr. Ulp 32 ed: *Julianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morborum pecoris perierunt, quod interfuit [idonea venisse] <id non evenisse> erit praestandum.* („Julian macht im 15. Buch seiner Digesten einen Unterschied in der Verurteilung aus der Kaufklage zwischen demjenigen, der eine Sache in Kenntnis ihres Mangels verkauft hat, und demjenigen, der sie unwissentlich verkauft hat. Er sagt nämlich, dass, wer krankes Vieh oder einen mangelhaften Balken verkauft hat, falls er es unwissentlich getan hat, aus der Kaufklage nur soviel leisten müsse, um wie viel ich die Sache billiger gekauft hätte, wenn ich von ihrem Zustand gewusst hätte; wenn er den Mangel dagegen wissentlich verschwiegen und den Käufer getäuscht hat, müsse er diesem den gesamten Schaden ersetzen, den der Käufer aus dem Kauf erleidet, sei es den Wert des Hauses, wenn es infolge des mangelhaften Balkens eingestürzt ist, sei es das Interesse daran, dass anderes Vieh nicht wegen Ansteckung mit dem kranken eingegangen wäre.“)

tragsschluss mit der Wandlungsklage (*actio redhibitoria*) die Rückabwicklung des Vertrags zu begehren. Binnen Jahresfrist konnte er ferner eine Klage auf Erstattung des mangelbedingten Minderwerts (*actio quanti minoris*) erheben. Wahrscheinlich bestand dieser in der Differenz zwischen dem Preis der Kaufsache und ihrem Wert, so dass der Käufer zumindest rechnerisch so gestellt wurde, als hätte er das für ihn nachteilige Geschäft nicht abgeschlossen. Nachdem die **Wandlungs-** und die **Minderungsklage** im byzantinischen Recht auf alle Arten von Kaufverträgen ausgedehnt worden waren, deutete man sie in der Gemeinrechtslehre als Ausprägungen der allgemeinen Käuferklage und entwickelte die Vorstellung, dass ihr die Pflicht des Verkäufers zur mangelfreien Leistung zugrunde liege.¹⁸ Dieser Einsicht folgend, statuierten das preußische ALR (§§ 323, 331 I 5) und das österreichische ABGB (§ 932 a. f.) einen der Wandlung und Minderung vorgeschalteten Anspruch des Käufers auf **Fehlerbeseitigung**, mit dem das Prinzip der Naturalerfüllung umgesetzt wurde. Hinter diesen Stand fielen sowohl das schweizerische OR als auch das BGB von 1900 wieder zurück, indem sie den Käufer beim Stückkauf auf Wandlung und Minderung (Art. 205 OR, § 462 BGB a. f.), beim Gattungskauf auf Wandlung, Minderung und die Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache (Art. 206 OR, § 480 BGB a. f.) beschränkten und ein Schadensersatzrecht nur für den Fall der Arglist des Verkäufers vorsahen (§ 463 BGB a. f.).

- 17 In Deutschland wurde dieses unzeitgemäße Regime durch die Schuldrechtsreform von 2002 beseitigt, die im Kaufrecht den Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (1999/44/EG) gehorchte und zu einer weitgehenden **Integration** der Mängelhaftung in das **allgemeine Leistungsstörungenrecht** nach dem Vorbild des UN-Kaufrechts (Art. 46 ff.) geführt hat: Der Käufer hat nun einen regelrechten Anspruch auf Überlassung einer mangelfreien Kaufsache (§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB), den er nach Übergabe der Kaufsache in Gestalt von Nachbesserung oder Nachlieferung durchsetzen kann und grundsätzlich auch geltend machen muss, bevor er von den Sekundärrechtsbehelfen Gebrauch machen kann.¹⁹ Erst wenn die Nacherfüllung trotz Fristsetzung ausbleibt, einem Leistungshindernis begegnet oder sich als untunlich erweist, ist der Käufer zu Rücktritt oder Minderung sowie zum Schadensersatz statt der Leistung berechtigt. Die Minderung besteht anders als bei der entsprechenden adilizischen Klage in einer verhältnismäßigen Herabsetzung des Kaufpreises (§ 441 BGB), wie sie schon im klassischen römischen Recht durch Julian als Ziel der allgemeinen Käuferklage etabliert war. Im Rücktrittsrecht (§§ 323, 326 BGB) hat das Institut der Wandlungsklage eine vertragstypenübergreifende Gestalt angenommen.²⁰ Und die Schadensersatzpflicht des Verkäufers knüpft nicht mehr an eine Zusicherung des Verkäufers oder seine Arglist, sondern an die allgemeinen Kriterien an, ob er den Leistungsausfall zu vertreten hat (§§ 276, 281, 283 BGB) oder ihn bei Vertragsschluss hätte vorhersehen können (§ 311a Abs. 2 BGB).

¹⁸ Donellus, *Commentarii de Jure Civili*, 13.3.1, 6.

¹⁹ Dieses so gewährleistete Recht der „zweiten Andienung“, das jenseits des Sachmängelregimes seit Einführung der Naturalvollstreckung selbstverständlich war, hat ebenso wie diese die Funktion, den Vertrag zu erhalten und durchzuführen; vgl. Schroeter, Das Recht zur zweiten Andienung im System des Schuldrechts, AcP 207 (2007) 28, 36 ff.

²⁰ Vgl. Harke, Allgemeines Schuldrecht, Rn. 109 ff.

b) Das Kaufrecht

aa) Regelungsebenen

Wegen seiner Anbindung an die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, die einen gemeinschaftsweiten Mindeststandard an Verbraucherschutz beim Kauf sachmangelhafter Waren sicherstellen will, ist das Kaufrecht des BGB in weiten Teilen insofern zwingend, als es bei einem Verbrauchervertrag über eine bewegliche Sache nicht wirksam zum Nachteil des Verbrauchers abbedungen werden kann: § 475 Abs. 1 BGB bestimmt für den in § 474 Abs. 1 BGB definierten **Verbrauchsgüterkauf**, dass sich der unternehmerisch tätige Verkäufer auf eine vor Mitteilung eines Mangels getroffene Vereinbarung nicht berufen kann, die zum Nachteil des Verbrauchers von den einschlägigen Vorschriften über die Mängelhaftung abweicht.²¹ Dies bedeutet, dass der Vertrag trotz seiner teilweisen Nichtigkeit wirksam und Grundlage für die gesetzlich vorgegebenen Käuferansprüche ist. Eine Ausnahme bilden die Regelung der Verjährung, die gemäß § 475 Abs. 2 BGB zumindest beim Verkauf gebrauchter Sachen abgekürzt werden kann, sowie das Schadensersatzrecht des Käufers, dessen Modifikation nach § 475 Abs. 3 BGB nur den ohnehin geltenden Schranken des Rechts der vorformulierten Geschäftsbedingungen unterliegen soll. Von den allgemeinen Vorschriften abweichende Regeln für den Verbrauchsgüterkauf enthalten die §§ 474 ff. BGB dagegen nur wenige, unter denen die wichtigste die Beweislastumkehr für das Vorhandensein eines innerhalb von sechs Monaten aufgetretenen Mangels im Zeitpunkt des Gefährübergangs²² ist. An die Einordnung eines Vertrags als Verbrauchsgüterkauf knüpfen aber auch Bestimmungen für den vorgeschalteten Vertrag zwischen dem unternehmerisch tätigen Verkäufer und seinem Lieferanten sowie die weiteren Verträge in der Lieferkette über neu hergestellte Kaufsachen an. Als reine Unternehmerverträge unterliegen sie eigentlich nicht den für Verbraucherverträge bestehenden Gestaltungsschranken. Um die wirtschaftlichen Folgen eines Mangels nach Möglichkeit dort eintreten zu lassen, wo der Fehler der Kaufsache entstanden ist, erklärt aber § 478 Abs. 4 BGB auch hier das allgemeine Kaufrecht zugunsten des Käufers insoweit für unabdingbar, als er keinen gleichwertigen Ausgleich für seine Mängelrechte erhält. Um dem Verkäufer eine Regressfalle zu ersparen, ist ihm die Geltendmachung seiner Mängelrechte sogar durch die übrigen Bestimmungen von §§ 478 und 479 BGB erheblich erleichtert.²³ Während die gemeinschaftsweite Privilegierung des Verbrauchers dem Ziel der Marktintegration dient²⁴ und daher nicht zu beanstanden ist, erweckt die damit einhergehende Begünstigung des Rückgriffs insofern Bedenken, als das mit ihr verfolgte Ziel generell und keineswegs nur dann erstrebenswert erscheint, wenn die Absatzkette in einen Verbrauchsgüterkaufvertrag mündet. Auf andere Fälle lassen sich die Vorschriften über den Lieferantenkauf aber bestenfalls dann analog anwenden, wenn zumindest

18

²¹ Dies sieht auch der Entwurf eines Gemeinsamen Referenzrahmens vor; vgl. Art. IV.A. – 2:309, 4:101 DCFR.

²² S. u. Rn. 51.

²³ S. u. Rn. 70 ff.

²⁴ Vgl. Harke, Allgemeines Schuldrecht, Rn. 54.

beabsichtigt ist, dass die Kaufsache schließlich zum Gegenstand eines Verbrauchsgüterkaufs wird.²⁵

- 19 Nur den allgemeinen Schranken des Verbots gesetz- und sittenwidriger Verträge sowie dem Regime für vorformulierte Geschäftsbedingungen sind Kaufverträge unterworfen, die Verbraucher untereinander eingehen und die zwischen Unternehmern ohne Bezug auf einen Verbrauchsgüterkauf abgeschlossen werden, ferner alle Verträge, deren Gegenstand keine bewegliche Sache ist. Hier gelten jeweils nur die Bestimmungen des allgemeinen Kaufrechts in §§ 433 bis 453 BGB, und zwar, soweit sie nicht ausnahmsweise ein spezielles Klauselverbot enthalten, als **dispositives Gesetzesrecht**. Ergänzt werden sie durch die Bestimmungen über den Handelskauf in §§ 373 ff. HGB, die dann zum Zuge kommen, wenn eine oder beide Parteien Kaufleute im Sinne der §§ 1 ff. HGB sind. Sowohl diese als auch die Vorschriften des BGB machen das gesetzliche Leitbild aus, das Grundlage der Inhaltskontrolle vorformulierter Geschäftsbedingungen nach § 307 BGB ist. Sie geht in ihren Wirkungen insoweit über das von § 475 BGB für Verbrauchsgüterkaufverträge statuierte Verbot hinaus, als dieses die teilweise Aufrechterhaltung einer unzulässigen Vereinbarung gestattet,²⁶ während für vorformulierte Geschäftsbedingungen das flankierende Verbot einer geltungserhaltenden Reduktion gilt.²⁷ Es passt nicht auf einen Verstoß gegen § 475 Abs. 1 BGB durch Individualvereinbarung, weil hier nicht der besonderen Gefahr zu wehren ist, dass der Verwender vorformulierter Klauseln darauf spekuliert, dass diese, wenn sie ihren Abschreckungszweck verfehlen, doch noch auf das zulässige Maß gestutzt werden.

bb) Der Verbrauchsgüterkauf

- 20 Den Verbrauchsgüterkauf, für den das allgemeine Kaufrecht zugunsten des Käufers weitgehend zwingend ist und der auch auf die vorgeschalteten Lieferantenverträge ausstrahlt, definiert § 474 Abs. 1 S. 1 BGB als einen Vertrag über eine bewegliche Sache, bei dem auf Verkäuferseite ein Unternehmer, auf Käuferseite ein Verbraucher beteiligt ist. S. 2 der Vorschrift macht eine Ausnahme für Verträge über gebrauchte Sachen, die in einer öffentlichen Versteigerung verkauft werden. Hierunter sind nur Versteigerungen im Sinne von § 383 Abs. 3 S. 1 BGB zu verstehen,²⁸ bei denen wegen der öffentlichen Bestellung des Versteigerers eine besondere Gewähr für ihre ordnungsgemäße Durchführung besteht.²⁹ Entsprechend der Zwecksetzung sowohl des nationalen als auch des europäischen Verbraucherschutzrechts, die beide an den typischerweise gegebenen Unterschied in Erfahrung und Rationalität beim

²⁵ Richtig *Träger*, Voraussetzungen des Verkäuferregresses im BGB, AcP 204 (2004) 115, 121 ff.

²⁶ MünchKomm/Lorenz § 475 BGB Rn. 24, Soergel/Wertenbruch § 475 Rn. 104.

²⁷ Hierzu *Harke*, Allgemeines Schuldrecht, Rn. 70.

²⁸ BGH, NJW 2006, 613, 614.

²⁹ Dass hier stets die von § 474 Abs. 1 S. 2 BGB geforderte Teilnahmemöglichkeit besteht, ist für das Verständnis dieser Vorschrift irrelevant, weil der entsprechende Passus aus Art. 1 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie übernommen wurde, die gemäß ihrem Art. 8 Abs. 2 einem höheren Verbraucherschutzniveau auf nationaler Ebene nicht entgegensteht; vgl. BGH, NJW 2006, 613, 614 f.

Geschäftsschluss anknüpfen, sind die Unternehmer- und **Verbrauchereigenschaft** grundsätzlich **objektiv** und nicht etwa danach zu bestimmen, wie sich der Vertragspartner aus dem Empfängerhorizont des jeweils anderen ausnimmt.³⁰ Dies bedeutet, dass ein Verkäufer, der gegenüber einem Verbraucher als Unternehmer auftritt oder erscheint, in Wahrheit aber selbst Verbraucher ist, nicht den strengeren Bestimmungen der §§ 474 ff. BGB unterliegt, also insbesondere durch Vertrag seine Mängelhaftung wirksam einschränken kann. Da ein schutzwürdiges Vertrauen des Käufers auf die Ungültigkeit der getroffenen Vereinbarung kaum denkbar ist und sich auch die Fehlannahme einer Beweislastumkehr für die Existenz des Mangels bei Gefahrübergang gemäß § 476 BGB schwerlich zur Grundlage eines Schadensersatzrechts machen lässt, kommt eine Haftung des als Verkäufer auftretenden „Scheinunternehmers“ wegen vorvertraglichen Fehlverhaltens gemäß §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB in dieser Konstellation praktisch nicht Betracht.

Anders verhält es sich im umgekehrten Fall, dass der Verbraucher, der den Anschein vermittelt, Unternehmer zu sein, als Käufer auftritt. Zwar gilt auch hier der Grundsatz der objektiven Bestimmung der Verbrauchereigenschaft, und dass jemand den Schutz der Bestimmungen über den Verbrauchsgüterkauf und insbesondere seine hiernach unabdingbaren Mängelansprüche nicht schon deshalb verliert, weil er aus Sicht des Verkäufers als Unternehmer erscheint. Geriert er sich als solcher, kann er sich aber durchaus wie ein Unternehmer behandeln lassen müssen.³¹ Für den BGH³² folgt dies aus dem Verbot der unzulässigen Rechtsausübung, das dem „**Scheinunternehmer**“ auf **Käuferseite** einen Widerspruch zu seinem eigenen vorangegangenen Verhalten verbietet. Besser als der Rückgriff auf dieses veraltete Instrument³³ ist es, den Käufer, der sich wie ein Unternehmer verhält, nach §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB wegen seines vorvertraglichen Fehlverhaltens für den Schaden eintreten zu lassen, der dem Verkäufer daraus entstanden ist, dass er die Verbrauchereigenschaft seines Gegenüber verkannt hat. Ist der Verkäufer deshalb einem Anspruch ausgesetzt, den er durch wirksame Vertragsgestaltung vermieden hätte, kann er dies im Wege der aus dem Schadensersatzrecht folgenden Abwehreinrede gegen den Anspruch des Käufers einwenden. Diese Lösung verdient den Vorzug, weil dem „Scheinunternehmer“ wegen der objektiven Bestimmung seiner wahren Eigenschaft nicht der Widerspruch zu seinem Verhalten bei Vertrags-

21

³⁰ MünchKomm/Lorenz § 474 BGB Rn. 23; ebenso Herresthal, Scheinunternehmer und Scheinverbraucher, JZ 2006, 695, 697 ff., der allerdings eine Ausnahme für „potentiell unternehmerisch Tätige“ machen will. Für eine Bestimmung nach dem Empfängerhorizont dagegen Soergel/Wertenbruch § 474 Rn. 14 und Palandt/Ellenberger § 13 Rn. 4, der sich zu Unrecht auf BGH, NJW 2008, 435, 436 beruft, wo nur klargestellt ist, dass es für Geschäfte, die im Übergang von der Verbraucher- zur Unternehmereigenschaft abgeschlossen werden, statt auf die innere Absicht des werdenden Unternehmers auf den objektiven Zweck des Geschäfts ankommt. Ausdrücklich offen lässt die Frage nach dem Modus der Bestimmung der Verbrauchereigenschaft BGH, NJW 2005, 1045.

³¹ Anders Schürnbrand, Zwingender Verbraucherschutz und das Verbot der unzulässigen Rechtsausübung, JZ 2009, 133, 137, der den Vergleich zum Minderjährigenschutz zieht, allerdings einen Vorbehalt zugunsten der Deliktshaftung wegen Vorsatzes machen will.

³² BGH, NJW 2005, 1045 f.

³³ Hierzu Harke, Allgemeines Schuldrecht, Rn. 341.

schluss, vielmehr die hier bewirkte Täuschung seines Vertragspartners zum Vorwurf gereicht.³⁴ Die hieran geknüpfte Haftung begegnet auch vom Standpunkt des Europarechts keinen Bedenken; denn ebenso wie der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung³⁵ hat sie ihre Grundlage in dem auf europäischer Ebene anerkannten Grundsatz von Treu und Glauben³⁶.

- 22 Die objektive Bestimmung der Unternehmer- und Verbrauchereigenschaft ist auch für die Beurteilung der Drei-Personen-Konstellation ausschlaggebend, in der auf Verkäuferseite ein Unternehmer als Vertreter für einen Verbraucher auftritt. Hier stellt sich in besonderer Form die im Zwei-Personen-Verhältnis eher leicht zu beantwortende Frage, ob ein Anwendungsfall des **Umgehungsverbots** gemäß § 475 Abs. 1 S. 2 BGB vorliegt, das sich gegen Vereinbarungen richtet, mit denen das nach S. 1 der Vorschrift beim Verbrauchsgüterkauf zwingende Kaufrecht ausgehebelt wird. Die Antwort richtet sich danach, wer im Innenverhältnis von vertretendem Unternehmer und vertretenem Verbraucher das wirtschaftliche Risiko des Geschäfts zu tragen hat.³⁷ Ist es der Verbraucher, den die Last der Mängelhaftung treffen soll, gilt das Verbot verkäuferfreundlicher Vereinbarungen nicht; ist es der Unternehmer, der trotz seiner formalen Stellung als Vertreter aufgrund des Innenverhältnisses zum Verkäufer von dem Kaufvertrag eigentlich betroffen sein soll, gilt zugunsten des Käufers das Klauselverbot des § 475 Abs. 1 Abs. 1 S. 1 BGB.³⁸ Entgegen der Ansicht des BGH³⁹ bedeutet dies aber nicht, dass sich der als Vertreter aufgetretene Unternehmer wie der Vertragspartner des Verbrauchers behandeln lassen muss und diesem einstandspflichtig wird.⁴⁰ Die Verteilung der Parteirollen und der damit verbundenen Risiken bleibt vielmehr so, wie sie von den auf Verkäuferseite stehenden Personen beabsichtigt wurde. Hat dies zur Folge, dass sich ein Verbraucher die Ungültigkeit einer Vertragsbestimmung entgegenhalten lassen muss, die er ohne Einschaltung des Unternehmers wirksam hätte vereinbaren können, liegt hierin kein Widerspruch zum Zweck der Regeln über den Verbrauchsgüterkauf; denn diese sind auf den Schutz des Käufers und nicht etwa auf die Privilegierung oder Benachteiligung von bestimmten Verkäuferkreisen angelegt.⁴¹

³⁴ Dies habe ich früher verkannt, als ich mich um die Einordnung des Falles zu den Konstellationen der Verwirkung bemühte; vgl. *Harke*, Allgemeines Schuldrecht, Rn. 343.

³⁵ Hierzu BGH, NJW 2005, 1045, 1046 f.

³⁶ Vgl. etwa EuGH, 2009, 3015, 3016.

³⁷ BGH, NJW 2007, 1039, 1040. Anders *Maultzsch*, Agenturgeschäfte im Gebrauchtwagenhandel und Gesetzesumgehung, ZGS 2005, 175, 177 f., der die Haftung des Unternehmers nach § 311 Abs. 3 BGB für ausreichend hält.

³⁸ Dass es auf das dem Käufer nicht erkennbare Innenverhältnis ankommt, ist entgegen *Grunewald*, Kaufrecht, Rn. 3.32 keineswegs misslich, weil ja auch die persönlichen Voraussetzungen des Verbrauchsgüterkaufrechts objektiv und nicht nach dem von Käufer oder Verkäufer vermittelten Erscheinungsbild festgestellt werden.

³⁹ BGH, NJW 2007, 759, 760 f.

⁴⁰ Insoweit richtig *Looschelders*, Schuldrecht BT, Rn. 268, der allerdings auch den Unternehmer kraft des Verbots widersprüchlichen Verhaltens zur Haftung heranziehen will.

⁴¹ Richtig MünchKomm/Lorenz § 475 BGB Rn. 36. Gegen die Unterstellung eines Scheingeschäfts im Verhältnis zum Verbraucher und die Annahme eines verdeckten Geschäfts zum Unternehmer auch Palandt/Weidenkaff § 475 Rn. 6. Offen in der Konstruktionsfrage BGH, NJW 2007, 759, 760.

cc) *Geltungsbereich des Kaufrechts*

Den Kernbereich des Kaufrechts machen seit jeher und auch gemäß der Beschreibung des Kaufvertrags in § 433 Abs. 1 S. 1 BGB Vereinbarungen aus, deren Ziel die Übertragung des Eigentums an einer beweglichen oder unbeweglichen Sache ist. Schon in Rom wurden jedoch auch Verträge über den Erwerb von Forderungen und Erbschaften, also einer Gesamtheit von Sachen und Rechten, abgeschlossen und mit Hilfe des Kaufrechts bewältigt. Heute dehnt § 453 Abs. 1 BGB dessen Anwendungsbereich noch weiter, nämlich auf sämtliche **Rechte** und „**sonstige**“ **Gegenstände**, aus. Unter den Begriff des Rechts fallen außer Forderungen auch Mitgliedschaften an Gemeinschaften und Gesellschaften, ferner die ohnehin eigentumsähnlichen Immaterialgüter- und Anwartschaftsrechte. Zu den „sonstigen“ Gegenständen gehören vor allem Unternehmen, die ein Inbegriff von Sachen und Rechten sowie der sich hieraus ergebenden und im *good will* verkörperten Erwerbschancen sind⁴². Das Objekt des Kaufvertrags geht in diesem Fall über die Gegenstände hinaus, die seine Basis bilden und beim sogenannten *share deal* in der Mehrheit der Gesellschaftsanteile⁴³, beim *asset deal* in der Gesamtheit der zu dem Unternehmen gehörenden Sachen und Rechte bestehen. Während diese nach dem klassischen Muster des Kaufvertrags durch Übereignung oder Abtretung erworben werden können, fehlt es beim Unternehmen selbst an einem vergleichbaren Übertragungsakt, so dass die Leistung des Verkäufers darin liegt, dem Käufer die materielle oder rechtliche Grundlage für die Erwerbschancen zu überlassen und sich fortan ihrer Nutzung zu enthalten.

Ganz **ohne Verfügungsakt** vollzieht sich die Durchführung von Verträgen über unkörperliche, aber körperähnliche Gegenstände wie Elektrizität und Fernwärme, deren Erwerb sich nicht anders als der von Wasser oder Gas nach Kaufrecht vollzieht,⁴⁴ ferner die Veräußerung von Immaterialgütern, die rechtsähnlich, aber wie etwa eine bloße Information oder eine Idee nicht zu einer Rechtsposition verfestigt sind. Auch sie können ihren Träger nach Kaufrecht wechseln,⁴⁵ wobei den Platz der Übereignung die Mitteilung der erforderlichen Daten durch den Veräußerer und, wenn dies zu ihrer Verwertung erforderlich ist, auch dessen zukünftige Abstinenz von ihrer Nutzung einnimmt. Entweder allein auf diese Weise oder in Kombination mit einer Sachübereignung oder Rechtsübertragung, vor allem in Form eines urheberrechtlichen Nutzungsrechts, geschieht auch der Erwerb von Software, die ebenfalls zum Gegenstand eines Kaufvertrags taugt.⁴⁶ Es wäre zwar mit der ambivalen-

⁴² BGH, NJW 1988, 1668, 1669.

⁴³ Hierbei genügt, dass die Anteile dem Käufer die unternehmerische Leitung ermöglichen; vgl. *Thiessen*, Unternehmenskauf und Bürgerliches Gesetzbuch, Berlin 2005, S. 206 ff., *PWW/Schmidt* § 453 Rn. 28. Für eine nahezu ausschließliche Beteiligung des Käufers als Voraussetzung des Unternehmenskaufs dagegen zu *Unrecht MünchKomm/Westermann* § 453 BGB Rn. 24 und *Bamberger/Roth/Faust* § 453 Rn. 32.

⁴⁴ Vgl. die Begründung des Entwurfs für das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drucks. 14/6040, S. 242.

⁴⁵ Vgl. die Begründung des Entwurfs für das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drucks. 14/6040, S. 208, 242.

⁴⁶ BGH, NJW 1997, 2043, 2045.

23

24

ten Formulierung von § 453 Abs. 1 BGB durchaus vereinbar, aber dennoch überaus künstlich, nähme man Verträge über diese Objekte als lediglich „kaufähnliche“ Vereinbarungen vom Begriff des Kaufvertrags aus, um für diesen die Verkäuferpflicht zu Übereignung oder Abtretung als prägendes Merkmal zu retten. Wie die Entwicklung des Kaufrechts zeigt,⁴⁷ ist der Kaufvertrag älter als die heute gängige Vorstellung vom Eigentum als eines absoluten Rechts und seiner Übertragung; und auch nachdem sich diese herausgebildet hat, war die Eigentumsverschaffung zunächst keineswegs die vornehme Käuferpflicht. Stattdessen begnügte man sich über 1600 Jahre mit der Pflicht des Verkäufers, den Verbleib der Kaufsache beim Käufer sicherzustellen. Ist sie dem Konzept einer Übereignungs- oder Abtretungspflicht bei der Veräußerung von Sachen oder Rechten auch unterlegen, darf diese deshalb doch nicht als konstitutives Merkmal des Kaufs gelten. Bei nicht rechtlich übertragbaren Gegenständen kann sie daher ohne Weiteres durch die alte Pflicht zur Sicherstellung des Verbleibs beim Käufer ersetzt werden.

- 25 Gehört die Übereignung oder sonstige Rechtsübertragung nicht zwingend zum Pflichtenprogramm des Kaufvertrags, gibt es auch keinen Grund für die Ablehnung eines reinen „Besitzkaufs“, bei dem der Veräußerer dem Erwerber gegen Entgelt für immer den Besitz an einer Sache überlässt.⁴⁸ Ebenso wie schon in Rom⁴⁹ ist eine solche Vereinbarung auch heute nur bei ungeklärter Eigentumslage und zur Vermeidung eines hierüber ausgetragenen Rechtsstreits denkbar. Ergibt sich deshalb auch in der Praxis kaum Streit über sie, bietet die Beurteilung des Besitzkaufs doch eine Entscheidungshilfe für die Behandlung von **Werklieferungsverträgen** über bewegliche Sachen. Seit der Schuldrechtsreform unterliegen sie gemäß § 651 BGB durchgängig dem Kaufrecht, das nur im Fall unvertretbarer Sachen um einige zentrale Vorschriften des Werkvertragsrechts, ansonsten bloß um den Rechtsgedanken von § 645 BGB⁵⁰ ergänzt wird. Auslöser für diese Zuordnung, die die alte Anknüpfung nach der Herkunft der für die Werkerrichtung nötigen Materialien abgelöst hat, ist Art. 1 Abs. 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Er lässt als Kaufverträge auch Vereinbarungen über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter gelten.⁵¹ Dementsprechend unterliegen die hierzu zählenden Verträge, wenn sie zwischen einem Unternehmer auf Auftragnehmer- und einem Verbraucher auf Auftraggeberseite abgeschlossen werden, auch den Bestimmungen über den Verbrauchsgüterkauf, so dass eine vertragliche Vereinbarung über die Geltung des Werkvertragsrechts nur in den von § 475 BGB gesetzten Grenzen Wirksamkeit erlangen kann. Da das BGB und die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie im Gegensatz zum UN-Kaufrecht (Art. 3 Abs. 1) keinen Vorbehalt für Verträge machen, bei denen der

⁴⁷ S. o. Rn. 10 ff.

⁴⁸ Anders MünchKomm/Westermann § 453 BGB Rn. 8, Bamberger/Roth/Faust § 453 Rn. 2, Palandt/Weidenkaff § 453 Rn. 4 mit der, für sich genommen, zwar richtigen, aber unzureichenden Begründung, der Besitz sei kein Recht; er ist eben ein „sonstiger Gegenstand“.

⁴⁹ D 18.1.34.4 Paul 33 ed.

⁵⁰ S. u. Rn. 105.

⁵¹ Enger ist die entsprechende Bestimmung im Entwurf eines Gemeinsamen Referenzrahmens, die verlangt, dass sich der Produzent zur Übertragung des Eigentums an den herzustellenden oder zu erzeugenden beweglichen Sachen verpflichtet; vgl. Art. IV.A. – 1:102 DCFR.

Auftraggeber das Material oder zumindest einen wesentlichen Teil hiervon zu stellen hat, sind von § 651 BGB auch Verträge erfasst, bei denen das herzustellende Werk von vornherein im Eigentum des Auftraggebers steht, der nach herkömmlicher Deutung von § 950 Abs. 1 BGB Hersteller der aus seinem Stoff gewonnenen Sache und damit auch ihr Eigentümer ist⁵². Statt diese Beurteilung der dinglichen Rechtslage zu ändern und den Auftragnehmer als Hersteller anzusehen,⁵³ ist es einfacher und besser, das Kaufrecht in der für „sonstige Gegenstände“ geltenden Form anzuwenden und den Auftragnehmer zur bloßen Lieferung der hergestellten oder erzeugten Sachen zu verpflichten,⁵⁴ zumal die Kaufvorschriften der Vereinbarung eines Pfandrechts nach dem Vorbild des Werkunternehmerpfandrechts gemäß § 647 BGB⁵⁵ nicht entgegenstehen, der Auftragnehmer zu seiner Sicherung also nicht notwendig eines Eigentumsvorbehalts bedarf.⁵⁶

Ist die Eigentumsübertragung kein wesentliches Element des Kaufvertrags, kann es hierauf entgegen der vom BGH zum alten Recht geprägten Formel⁵⁷ auch nicht mehr bei der **Abgrenzung** der kaufrechtlich zu beurteilenden Werklieferungen von den **reinen Werkverträgen** ankommen.⁵⁸ Über sie entscheidet nun allein, ob der Schwerpunkt des Vertrags auf der Lieferung einer beweglichen Sache oder ihrer Montage beim Auftraggeber liegt, wobei in erster Linie das Wertverhältnis zwischen diesen beiden Leistungen entscheidet⁵⁹. Dies gilt nicht nur für die Abgrenzung beim Umgang mit beweglichen Sachen, sondern auch dann, wenn bewegliche Sachen mit einem Grundstück verbunden werden sollen, das aus dem Anwendungsbereich von § 651 BGB von vornherein ausscheidet. Statt der geplanten Dauer der Verbindung, die nur über die sachenrechtliche Zuordnung zu wesentlichen oder Scheinbestandteilen entscheidet,⁶⁰ gibt hier ebenfalls das Verhältnis von Lieferung und Montage den Ausschlag, so dass ein Fertighaus Gegenstand eines reinen Werkvertrags,⁶¹ ein nur auf ein Fundament zu setzendes Mobilheim dagegen Objekt eines kaufähnlichen Werklieferungsvertrags ist⁶². Bei Baustoffen, für die § 651 BGB in vollem Umfang Geltung beansprucht,⁶³ muss das für die Schwerpunktbestimmung

26

⁵² BGHZ 14, 114, 117.

⁵³ So *Hagen*, Der neue Warenlieferungsvertrag – ein unbequemer Kauf, JZ 2004, 713, 716 ff., *Röthel*, Herstellungsverträge und Eigentumsordnung – §§ 651, 950 BGB nach der Schuldrechtsreform, NJW 2005, 625, 627 ff.

⁵⁴ Ebenso MünchKomm/Füller § 950 BGB Rn. 21 und wohl auch *Schuhmann*, Werkvertrag oder Kaufvertrag? – § 651 BGB im Lichte der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, ZGS 2005, 250, 255.

⁵⁵ S. u. Rn. 120.

⁵⁶ Dies glaubt aber *Röthel*, NJW 2005, 625, 627.

⁵⁷ BGH, NJW 1998, 3197, 3198, NJW-RR 2004, 850, 1205 f.

⁵⁸ Anders MünchKomm/Busche § 651 BGB Rn. 4, Palandt/Sprau § 651 Rn. 2.

⁵⁹ Insoweit richtig BGH, NJW-RR 2004, 850.

⁶⁰ MünchKomm/Busche § 651 BGB Rn. 9, Palandt/Sprau § 651 Rn. 2.

⁶¹ BGH, NJW 2006, 904, 905, 2115.

⁶² BGH, NJW-RR 2004, 1205 f.

⁶³ BGH, NJW 2009, 2877, 2878 f. Anders zu Unrecht etwa MünchKomm/Busche § 651 BGB Rn. 10, der Bauelemente generell vom Begriff der beweglichen Sachen ausnehmen will, weil damit nur Waren zum Verbrauch gemeint seien (ähnlich PWW/Leupertz § 651 Rn. 9).

wesentliche Wertverhältnis in Bezug auf die Gesamtheit der Baumaterialien und nicht mit Blick auf das einzelne Bauelement ermittelt werden. Kommt man auf diese Weise zu dem Ergebnis, dass wegen Übergewichts der Montageleistung ein reiner Werkvertrag vorliegt, verstößt dies nicht gegen die Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, die zwar einen gemeinschaftsweiten Mindeststandard für den Verbraucherschutz herbeiführen soll, dies jedoch begrenzt auf Verträge über die „Lieferung“ beweglicher Sachen, die den eigentlichen Kaufverträgen wegen ihrer Ähnlichkeit auch im UN-Kaufrecht gleichgestellt sind. Ebenso wie dieses ausdrücklich solche Verträge ausnimmt, bei denen der überwiegende Teil der Leistungen einer Partei in Dienstleistungen besteht (Art. 3 Abs. 2 CISG), fallen diese auch nicht unter die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie; und wegen der Einheitlichkeit des hergestellten Werks kommt hier ausnahmsweise auch keine parallele Anwendung von halbzwingendem Kaufrecht und dispositiven Werkvertragsrecht nach der Kombinationsmethode⁶⁴ in Betracht. Dasselbe gilt für Verträge, bei denen die Leistung des Auftragnehmers primär geistig ist und erst in zweiter Linie in der Lieferung ihres körperlichen Trägers besteht.⁶⁵

c) Besondere Arten des Vertragsschlusses

aa) Kauf auf Probe

- 27 Von den drei im BGB geregelten besonderen Erscheinungsformen des Kaufs, die sich von einem gewöhnlichen Kaufvertrag durch die Art und Weise ihres Zustandekommens unterscheiden, bereitet der Kauf auf Probe die geringsten Regelungsprobleme. § 454 Abs. 1 BGB definiert ihn als Kauf unter Vorbehalt der Billigung des Kaufgegenstands durch den Käufer und bestimmt zugleich, dass er im Zweifel ein aufschiebend bedingter Kaufvertrag, also nicht unter einer auflösenden Bedingung oder Vereinbarung einer Rücktrittsbefugnis des Käufers geschlossen ist. Um dem Verkäufer keinen zu langen Schwebezustand zuzumuten, gestattet ihm § 455 S. 1 BGB, dem Käufer, wenn für die Billigung kein Zeitraum vereinbart worden ist, eine angemessene Frist zu setzen, in der sie erklärt werden muss. Der Kauf auf Probe geht nicht zwangsläufig mit einer Übergabe der Kaufsache an den Käufer einher, sondern verpflichtet den Verkäufer nach § 454 Abs. 2 BGB nur dazu, dem Käufer die Untersuchung der Kaufsache zu gestatten. Ist ihm aber, wie häufig, die Kaufsache übergeben worden, kommt seinem Schweigen bis zum Ablauf der vereinbarten oder vom Verkäufer gesetzten Frist entgegen den allgemeinen Regeln der Rechtsgeschäftslehre gemäß § 455 S. 2 BGB die Bedeutung einer positiven Erklärung seiner Billigung zu. Eine Anfechtung wegen Erklärungs- oder Inhaltsirrtums nach § 119 Abs. 1 BGB kommt nicht in Betracht.⁶⁶ Mit ihr würde nämlich der Sinn der gesetzlich angeordneten Fiktion untergraben, die auf der Erwägung beruht, dass dem Käufer durch den Besitz der Kaufsache hinreichend vor Augen geführt wird,

⁶⁴ Hierzu *Harke*, Allgemeines Schuldrecht, Rn. 51.

⁶⁵ Vgl. *Metzger*, Der neue § 651 BGB, AcP 204 (2004) 231, 247 ff.

⁶⁶ *MünchKomm/Westermann* § 455 Rn. 3, *Bamberger/Roth/Faust* § 455 Rn. 4; anders *Soergel/Wertenbruch* § 455 Rn. 6, der nur die Berufung auf den Rechtsirrtum über die Bedeutung des Schweigens für ausgeschlossen hält.

dass er den Verkäufer nicht unbegrenzt im Unklaren über die Vertragsgeltung lassen kann.

bb) Wiederkauf und -verkauf, Vorkauf

Ein bedingter Kaufvertrag liegt auch bei einer **Wiederkaufs- oder -verkaufsabrede** vor.⁶⁷ Sie gibt dem Käufer oder Verkäufer das Gestaltungsrecht, einseitig einen schon bedingt abgeschlossenen Vertrag in Kraft zu setzen, mit dem ein vorangehender Kaufvertrag rückgängig gemacht wird: Bei Vereinbarung eines Wiederkaufs ist der Verkäufer befugt, den Kaufgegenstand zurückzuerwerben, bei einer Wiederverkaufsabrede der Käufer, seine Rücknahme durch den Verkäufer zu erzwingen. Im BGB geregelt ist nur der Wiederkauf. Die ihm geltenden Bestimmungen sind nur teilweise auch auf den Wiederverkauf anzuwenden, der in der Praxis häufiger, und zwar vor allem in Gestalt eines Rückgaberechts für den Händler gegenüber seinem Lieferanten, vorkommt. Gleichermaßen für Wiederkauf und -verkauf gilt die Bestimmung des § 456 BGB, der in seinem Abs. 1 die Vertragseinstellung durch einseitigen Gestaltungsakt⁶⁸ innerhalb der vereinbarten, ansonsten der von § 462 BGB vorgesehenen Ausschlussfristen von 30 Jahren bei Grundstücken sowie drei Jahren bei beweglichen Sachen festlegt.⁶⁹ Hier wie dort anwendbar ist auch § 456 Abs. 1 BGB, der die Formfreiheit der Gestaltungserklärung festlegt und auf der Erwägung beruht, dass schon die Wiederkaufs- oder -verkaufsabrede in der Form getroffen werden muss, die für einen unbedingten Vertrag mit entsprechendem Inhalt vorgeschrieben ist.⁷⁰ Da das Ziel von Wiederkauf oder -verkauf darin liegt, den ursprünglichen Kaufvertrag rückgängig zu machen, sieht § 456 Abs. 2 BGB schließlich vor, dass der Preis des Wiedererwerbs im Zweifel gleich dem des ursprünglichen Kaufvertrags ist. Hiermit korrespondieren §§ 457 Abs. 2 S. 1 und 458 BGB, die dem Wiederverkäufer die Haftung für eine verschuldete Verschlechterung, die Wesensveränderung oder Belastung des Kaufgegenstands zuweisen und damit gewährleisten, dass dessen Beschaffenheit grundsätzlich so, wie beim ursprünglichen Kaufvertrag vereinbart, sein soll. Während sich dieser Rechtsgedanke wiederum ohne Weiteres auch auf den Wiederverkauf erstrecken lässt,⁷¹ enthält § 457 Abs. 2 S. 2 BGB eine nur auf den Wiederkauf passende Privilegierung des Wiederverkäufers:⁷² Da dieser durch den zum Vorteil seines Vertragspartners gemachten Vorbehalt einer erheblichen Unsicherheit über den Verbleib der Kaufsache in seinen Händen ausgesetzt ist, wirken sich weder eine

28

⁶⁷ BGH, NJW 2000, 1332.

⁶⁸ Vorgaben für den Fall, dass mehrere zum Wiederkauf oder -verkauf berechtigt sind, macht § 461 BGB.

⁶⁹ Dies erzwingt die Abgrenzung von den Vereinbarungen, durch die lediglich ein Anspruch auf Abschluss eines gegenläufigen Kaufvertrags begründet wird; vgl. zum Fall eines Rückkaufs BGH, NJW 1999, 941.

⁷⁰ BGH, NJW 2000, 1332 f.

⁷¹ Ebenso für § 458 BGB Soergel/*Wertenbruch* § 458 Rn. 8 gegen § 458 BGB MünchKomm/*Westermann* § 458 BGB Rn. 3. Anders für § 457 BGB dagegen BGH, NJW 1999, 941, 942.

⁷² Insoweit richtig BGH, NJW 1999, 941, 942. Vgl. auch *Stoppel*, Das System des Wiederverkaufsrechts, JZ 2007, 218, 227 ff.



<http://www.springer.com/978-3-642-20648-1>

Besonderes Schuldrecht

Harke, J.D.

2011, XVI, 504 S., Hardcover

ISBN: 978-3-642-20648-1