



Internationale Göttinger Reihe

Herausgeber: J.-P. Cuvillier

RECHTSWISSENSCHAFTEN

Christina Cnyrim

Rechtsnatur und Entstehung des kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruchs

Zusammenspiel von und Wechselwirkungen
zwischen Allgemeinem Leistungsstörungenrecht
und Gewährleistungsrecht an der Schnittstelle von
ursprünglichem und modifiziertem Erfüllungsanspruch

Band 25



Cuvillier Verlag Göttingen
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag

Internationale Göttinger Reihe

Rechtswissenschaften

Band 25

Rechtsnatur und Entstehung des kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruchs

Zusammenspiel von und Wechselwirkungen zwischen Allgemeinem Leistungsstörungenrecht und Gewährleistungsrecht an der Schnittstelle von ursprünglichem und modifiziertem Erfüllungsanspruch

Inauguraldissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität Göttingen

vorgelegt von
Christina Cnyrim
aus Holzminden

Göttingen 2008

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

1. Aufl. - Göttingen : Cuvillier, 2011

Zugl.: Göttingen, Univ., Diss., 2008

978-3-86955-165-4

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2011

Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen

Telefon: 0551-54724-0

Telefax: 0551-54724-21

www.cuvillier.de

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

1. Auflage, 2011

Gedruckt auf säurefreiem Papier

978-3-86955-165-4

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2009 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation angenommen.

Ich danke meinem Doktorvater Prof. Dr. Alexander Bruns, LL.M., für die Betreuung der Arbeit und die Erstellung des Erstgutachtens. Prof. em. Dr. Hansjörg Otto danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Für die intensiven akademischen Streitgespräche möchte ich Prof. em. Dr. Hans-Martin Müller-Laube von ganzem Herzen danken. Den mitunter unkonventionellen Thesen begegnete er mit konstruktiver Kritik, vor allem aber mit großer Offenheit und Wohlwollen und bestärkte mich darin, die Arbeit in aller Konsequenz zum Abschluss zu bringen.

Dr. Jörg Lahme danke ich für die gemeinsamen ausgiebigen Mittagspausen bei Mensaeßsen und literweise abgestandenem Kaffee unter Leidensgenossen in der Uni, zu denen sein Bruder ausnahmslos immer zu spät kam.

Herzlichen Dank an Heidi Lahme für die hervorragende Korrektur in allen sprachlichen Belangen.

Unaussprechlich dankbar bin ich meinen Eltern Birgitt und Henner Cnyrim. Sie haben mich zu jeder Zeit und in jeder erdenklichen Weise grenzen- und bedingungslos unterstützt und ermutigt und immer an mich geglaubt.

Diese Arbeit ist Dr. Rüdiger Lahme gewidmet, der in ihrer Entstehungszeit allerlei zu erdulden hatte und dennoch nicht müde wurde, stets und nachdrücklich auf ihre unverzügliche Fertigstellung zu drängen. Ich liebe Dich jeden Tag mehr.

Hamburg im August 2011

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
1. Teil: Erfüllungsanspruch im Sachkauf	4
A. Die Anspruchsgrundlage des Erfüllungsanspruchs	4
B. Die Bestandteile des Erfüllungsanspruchs	5
I. Übereignung, § 433 I 1	5
II. Geschuldete Sache, § 433 I 1	6
1. Stückkauf	6
2. Gattungskauf	6
3. Stück- und Gattungskauf im neuen Schuldrecht	9
III. Sachmangelfreiheit, § 433 I 2	10
1. Inhalt der Sachmangelfreiheit und Verhältnis zum Geschuldetsein der Sache	10
2. Gewährleistungs- und Erfüllungstheorie vor dem Jahr 2002	11
a) Stückkauf	11
b) Exkurs: Gattungskauf	16
3. § 433 I 2 als Ergänzung der §§ 433 I, 434 a.F. zu einem »vollwertigen« Erfüllungsanspruch	18
4. Zeitliche Dimension der Sachmangelfreiheit	19
IV. Rechtsmangelfreiheit, § 433 I 2	19
2. Teil: Schlechtleistung auf den Erfüllungsanspruch	22
A. Gewährleistungsrechtlicher Mangel (§§ 434, 435)	22
I. Sachmangel	22
1. »Echter« Sachmangel, § 434 I	22
2. Subjektiver Sachmangelbegriff	23
3. Negative Beschaffenheitsabweichung?	23
4. Dem Sachmangel gleichgestellte Erfüllungshindernisse, §§ 434 II, III	25
a) Montagemangel und mangelhafte Montageanleitung, § 434 II	25
b) Falschlieferung, § 434 III, 1. Alt.	26

aa)	Die Abgrenzung zwischen peius und aliud unter Geltung der §§ 459 ff. a.F.	27
bb)	Die Einführung von § 434 III, 1. Alt. zur Unterbindung der Abgrenzungspraxis	28
cc)	Die Reichweite des § 434 III, 1. Alt.	30
c)	Minderlieferung, § 434 III, 2. Alt.	32
5.	Zeitliche Dimension des gewährleistungsrechtlichen Sachmangels	33
II.	Rechtsmangel	35
III.	Folgerung aus dem weiten gewährleistungsrechtlichen Mangelbegriff	39
B.	Schlechtleistung als nicht erfüllungstaugliche Leistung	39
C.	Teilleistung durch Schlechtleistung?	42
D.	Schlechtleistung als Verletzung des Erfüllungsanspruchs?	45
I.	Schlechtleistung als Leistungspflichtverletzung?	45
1.	Erfolgsbezogener Pflichtverletzungsbegriff	46
2.	Schlechtleistung keine Verkörperung von (vorläufiger oder endgültiger) Nichterfüllung?	47
3.	Nichterfüllung einer Unterlassungspflicht aus § 433 I?	48
a)	Selbständige Unterlassungspflicht	48
b)	Unselbständige Unterlassungspflicht	49
c)	Das Mißverständnis: Schlechtleistung als Unterlassen der geschuldeten Leistung	50
4.	Verzug aufgrund »relativer« Leistungszeit in § 433 I 2?	50
5.	Der »Definitionstrick« der Gesetzesbegründung	51
6.	Gegenargument: § 281 I 1, 2. Alt.?	52
a)	Pflichtverletzung in § 281 I 1, 1. Alt.	53
b)	Pflichtverletzung in § 281 I 1, 2. Alt.	54
7.	Zwischenergebnis	56
II.	Gewährleistungsrecht keine Haftung für Schlechtleistung	56
1.	Heutiges Gewährleistungsrecht als »Fast«-Erfüllungsrecht	56
2.	Altes Gewährleistungsrecht der §§ 459 ff. a.F. als Schlechtleistungsfolge?	58
3. Teil:	Die Schlechtleistung ohne kaufvertragliches Gewährleistungsrecht	59

4. Teil:	Das Gewährleistungsrecht der §§ 434 ff. als Folge der Schlechtleistung	60
A.	Der Gewährleistungsrechtseintritt	60
I.	§ 437 Nr. 1	61
II.	§ 437 Nr. 2 (§§ 440, 323, 326 V, 441)	61
III.	§ 437 Nr. 3 (§§ 440, 280, 281, 283, 311 a, 284)	62
IV.	Zwischenergebnis	63
V.	Gewährleistungsrechtliche Besonderheiten	64
VI.	Verhältnis des Gewährleistungsrechts zum Allgemeinen Leistungsstörungenrecht	64
B.	Primäranspruch Nacherfüllungsanspruch	65
I.	Entstehung des Nacherfüllungsanspruchs als pauschalierte Rechtsfolge	65
II.	Nacherfüllungsinhalt	66
1.	Nachbesserung	66
2.	Nachlieferung	67
3.	Umfang des Nacherfüllungsanspruchs	72
4.	Wahlrecht	76
5.	Fälligkeit des Nacherfüllungsanspruchs	77
III.	Verhältnis des Nacherfüllungsanspruchs zum Erfüllungsanspruch	77
IV.	Die Modifikation des Erfüllungsanspruchs	78
1.	Die Modifikation des Erfüllungsanspruchs im Stückkauf	79
a)	Die Fixierung des Erfüllungsanspruchs auf die Schlechtleistung	81
b)	Standort des »Schlechtleistungsanspruchs«	82
c)	Zwischenergebnis	83
d)	Schlußfolgerung: Fehlende Übereignung kein Rechtsmangel i.S.d. § 435	84
e)	Verhältnis von Nachbesserungs- und »Schlechtleistungsanspruch« zueinander	85
f)	Geltendmachung des »Schlechtleistungsanspruchs« und Folgen seiner Nichterfüllung im Stückkauf	85
2.	Die Modifikation des Erfüllungsanspruchs im Gattungskauf	86
a)	Der Nachlieferungsanspruch als Ergänzung der Nachbesserungskonstruktion hin zum Erfüllungsanspruch	86
b)	Besonderheit der Modifikation im Gattungskauf	87
c)	Rechtsgrund für Schlechtleistung auch bei Falschlieferung?	88
d)	Minderlieferung im Gattungskauf	89
e)	Falschlieferung im Stückkauf	90

f)	Geltendmachung des »Schlechtleistungsanspruchs« und Folgen seiner Nichterfüllung im Gattungskauf	91
aa)	Kumulative Geltendmachung von »Schlechtleistungs-« und Nachlieferungsanspruch?	92
bb)	Folgen der Nichterfüllung des »Schlechtleistungsanspruchs« bei Bestehen des Nachlieferungsanspruchs	93
3.	Zwischenergebnis	94
V.	Nacherfüllungsanspruch als verhaltener Anspruch	94
1.	Generelles Erfordernis der Geltendmachung	95
2.	Folgen der Geltendmachung	97
3.	Geltendmachungs-Obliegenheit?	97
VI.	Zusammenfassung	97
C.	Besonderes Leistungsstörungenrecht des Nacherfüllungsanspruchs	98
I.	Rücktritt und Minderung (§§ 437 Nr. 2, 441, 323 I, 440)	98
1.	Rücktritt	99
2.	Minderung	100
II.	Rücktritt und Minderung wegen Unmöglichkeit (§§ 437 Nr. 2, 323 I, 326 V)	102
III.	Schadensersatz statt der Leistung (§§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281)	102
1.	Kleiner Anspruch und großer Anspruch	102
2.	Pflichtverletzung und Bezugspunkt des Vertretenmüssens	103
3.	Schaden	104
a)	Abgrenzung zwischen Mangelschaden und Mangelfolgeschaden	104
b)	Nachlieferung beim Stückkauf als Schadensersatz statt der Leistung?	105
IV.	Schadensersatz statt der Leistung wegen Unmöglichkeit (§§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 283)	106
V.	Abgrenzung zum Rücktritt bzw. zum Schadensersatz statt der Leistung wegen Nichterfüllung des »Schlechtleistungsanspruchs«	106
VI.	Aufwendungsersatzanspruch statt der Leistung (§§ 437 Nr. 3, 284)	107
VII.	Ersatz des Mangelfolgeschadens (§§ 437 Nr. 3, 280 I, 241 II)	109
VIII.	Ersatz des Verzögerungsschadens (§§ 437 Nr. 3, 280 I, II, 286)	111
1.	Ersatzfähigkeit des sog. Betriebs- oder Nutzungsausfallschadens	112
2.	Abgrenzung von Verzögerungsschaden zu Mangel- und Mangelfolgeschaden	114
a)	Abgrenzung Mangelschaden zu Verzögerungsschaden	115
b)	Abgrenzung Mangelfolgeschaden zu Verzögerungsschaden	117
c)	Schlußfolgerungen für den Betriebsausfallschaden	118
aa)	Betriebsausfallschaden als Beeinträchtigung des positiven Rechtzeitigkeitsinteresses	118

bb)	Betriebsausfallschaden als Mangelfolgeschaden	120
d)	Zwischenergebnis	120
IX.	Mangelhafte Nacherfüllung	121
1.	Nacherfüllungsanspruch und »mangelhafte« Nachlieferung	121
2.	Nacherfüllungsanspruch und »mangelhafte« Nachbesserung	121
3.	Fehlschlagen der Nacherfüllung, § 440 S. 1, 2. Alt.	122
X.	Zusammenfassung	123
D.	Exkurs: Unmöglichkeit des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs zwischen Allgemeinem Leistungsstörungenrecht und Gewährleistungsrecht	124
I.	Konstellation: Unmöglichkeit des Nacherfüllungsanspruchs im Erfüllungsanspruch	124
II.	Problemstellung	125
III.	Die Rechtsfolgen der Unmöglichkeit des Erfüllungsanspruchs mit bzw. ohne eine spätere Schlechtleistung	128
1.	Allgemeines Leistungsstörungenrecht	129
2.	... und Gewährleistungsrecht ...	129
3.	... als zwei Seiten einer Medaille	130
4.	Das Argument aus §§ 437 Nr. 3, 311 a II	132
5.	Konkurrenz auch bei Fortbestehen des Erfüllungsanspruchs?	133
6.	Nacherfüllungsanspruch wegen zusätzlicher unnötiger Mangelhaftigkeit?	133
IV.	Zusammenfassung	134
E.	Voraussetzungen des Gewährleistungsrechtseintritts	135
I.	Rechtsgeschäftsähnlicher Schlechtleistungstransfer	136
1.	Slechtleistung mit Tilgungsbestimmung	136
2.	Annahme der Schlechtleistung als Erfüllung	138
a)	Annahme als Erfüllung	138
b)	Absolutes Zurückweisungsrecht	140
3.	Keine vorherige Kondiktion durch den Verkäufer	140
II.	Exkurs: Die Bedeutung des Gefahrübergangs in § 434 I	140
III.	Starre Grenze zwischen Allgemeinem Leistungsstörungenrecht und Gewährleistungsrecht	141
IV.	Gewährleistungsrechtsaustritt?	143
F.	Dem Kaufgewährleistungsrecht zugrunde liegende Wertungen	146
I.	Rechtsbeständigkeit	146
II.	Gestärkte Primärebene infolge der Schlechtleistung	148
III.	Alleiniges Käuferrecht	148
IV.	Pauschalierter Verkäuferschutz	149

5. Teil: Zusammenfassung in Thesen	150
Literaturverzeichnis	158

Abbildungsverzeichnis

Abb. 1: Anspruchsbestandteile des Erfüllungsanspruchs.....	21
Abb. 2: Die Schlechtleistung	41
Abb. 3: Gleichartige Anspruchsbestandteile des Erfüllungsanspruchs	43
Abb. 4: Ungleichartige Anspruchsbestandteile des Erfüllungsanspruchs	43
Abb. 5: Erfüllungsanspruch zwischen Entstehung und Erfüllung.....	48
Abb. 6: Schlechtleistung auf den Erfüllungsanspruch	48
Abb. 7: Die Modifikation des Erfüllungsanspruchs.....	61
Abb. 8: Modifizierter Erfüllungsanspruch im Stückkauf.....	81
Abb. 9: Modifizierter Erfüllungsanspruch im Gattungskauf.....	87
Abb. 10: Mangelschaden und Verzögerungsschaden	116
Abb. 11: Mangelfolgeschaden und Verzögerungsschaden	117
Abb. 12: Unmöglichkeit des Erfüllungsanspruchs.....	132
Abb. 13: Unmöglichkeit des Erfüllungsanspruch zzgl. Schlechtleistung	132

Einleitung

»In Wahrheit sichert erst die beständige Überprüfung des inneren Systems einer Rechtsordnung auf Materialfehler, Sprünge und nicht bündig schließende Fugen, d.h. auf seine stimmige Widerspruchsfreiheit, auch die Widerspruchsfreiheit der Gesetzes- und Rechtsanwendung, auf welcher Rechtssicherheit, gleichmäßige Handhabung und also auch Gerechtigkeit, damit auch die praktische Moral der Rechtsanwendung beruht.«¹

Die Untersuchung befaßt sich mit dem kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruch der §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB², insbesondere mit seiner Rechtsnatur, den Auswirkungen seiner Entstehung für die Parteien des Kaufvertrages und seiner Einbettung in den Kontext des Kaufvertragsrechts.

Vieles ist bereits zu diesem Thema gesagt worden. Gängiger Ausgangspunkt ist dabei das alte Schuldrecht, insbesondere das alte Kaufvertragsrecht. Aus dem Vergleich resultieren Bezeichnungen des heutigen Nacherfüllungsanspruchs als Recht zur zweiten Andienung³ und Abwendungsbefugnis⁴. Zudem wird ein Vorrang der Nacherfüllung⁵ konstatiert, welcher im alten Recht nicht bestand.

Die vorliegende Untersuchung nimmt einen anderen Blickwinkel ein. Der Nacherfüllungsanspruch und mit ihm das Kaufgewährleistungsrecht sind nicht anhand des alten Kaufgewährleistungsrechts, sondern anhand des heute geltenden Allgemeinen Leistungsstörungenrechts zu beschreiben. Dies ist geboten, weil die Umstände, welche in das Gewährleistungsrecht führen – dessen Existenz einmal hinweggedacht – heute Rechtsfolgen aus dem Allgemeinen Leistungsstörungenrecht nach sich zögen. Weder der Mangel noch die Schlechtleistung sind Besonderheiten, mit denen das neue Allgemeine Schuldrecht nicht umzugehen wüßte. Der Mangel der Sache wäre schlicht ein Erfüllungshindernis (vgl. § 433 I 2), die Erbringung der Schlechtleistung daher ein rechtliches nullum, das den Erfüllungsanspruch unberührt ließe. Der Käufer könnte ohne ein Kaufgewährleistungsrecht weiterhin unbeschränkt Erfüllung seines Anspruchs verlangen, als wäre nichts geschehen.

Früher hätte es sich anders verhalten. Die Mangelhaftigkeit der Sache war weder nach der Erfüllungs- noch nach der Gewährleistungstheorie ein Erfüllungshindernis. Aus den Besonderheiten der §§ 459 ff. a.F. war zwingend zu schlußfolgern, daß es

1 *Wieacker*, FS Nipperdey I, S. 783 (806).

2 §§ ohne Angaben sind im folgenden solche des BGB.

3 Vgl. statt vieler *Schroeter*, AcP 207, 28 ff.

4 Vgl. *Schubel*, Examenswissen zum neuen Schuldrecht, S. 163 (185 ff.).

5 Vgl. statt vieler *Bitter/Meidt*, ZIP 2001, 2114 (2116).

sich bei dem Mangel um eine Sonderfigur der Leistungsstörung handelte, welcher nur durch das Kaufgewährleistungsrecht begegnet werden konnte.

Das heutige Kaufgewährleistungsrecht ist dagegen ein Besonderes Leistungsstörungsrecht, welches aus Anlaß der Schlechtleistung eintritt und dessen Primäranspruch der Nacherfüllungsanspruch ist. Mit dem alten Kaufgewährleistungsrecht hat es damit – abgesehen von gewissen gleichbleibenden Begriffen, wie z.B. der Nacherfüllung oder der Minderung – kaum noch etwas gemein. Diese Perspektive ermöglicht eine völlig andere Einordnung des Nacherfüllungsanspruchs. Wird er einmal nicht mit dem früheren Nacherfüllungsanspruch des Gewährleistungsrechts, sondern mit dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch verglichen, so kommt beispielsweise eine Qualifizierung als Recht zur zweiten Andienung nicht in Betracht. Der Vorrang der Nacherfüllung verdient keine Erwähnung, da der Vorrang der Primärebene vor der Sekundärebene selbstverständlich ist. Im Gegenteil müßte nun eine abweichende Regelung wie diejenige des alten Rechts (Nachlieferungsanspruch nur wahlweise, Nachbesserungsanspruch überhaupt nicht) als Ausnahme Beachtung finden. Aus demselben Grund ist in dem Nacherfüllungsanspruch des Käufers keine Abwendungsbefugnis von Sekundärrechten für den Verkäufer zu sehen. Die Erfüllung des Primäranspruchs ist vorrangig und dient nicht der Abwendung der Sekundärebene. Diese tritt erst – eben sekundär – ein, wenn sich auf der Primärebene eine Störung ergeben sollte.

Dieser Ansatz wirkt sich auf den Gang der Untersuchung aus. Zwar wird fortlaufend das alte Gewährleistungsrecht zum Vergleich herangezogen. Gemessen und beurteilt werden Nacherfüllungsanspruch und Gewährleistungsrecht aber am Allgemeinen Leistungsstörungsrecht.

So beginnt die Untersuchung mit dem Erfüllungsanspruch im Sachkauf, wobei der Sachkauf ausgewählt wurde, um den Grad der Abstraktion möglichst gering zu halten. Die getroffenen Aussagen können mutatis mutandis auf den Rechtskauf sowie den Kauf sonstiger Gegenstände übertragen werden. Der Erfüllungsanspruch wird als Ursprung des Nacherfüllungsanspruchs in seinen Bestandteilen zu analysieren sein. Sodann wird der maßgebliche Auslöser für den Eintritt in das Gewährleistungsrecht und zugleich für die Modifikation des Erfüllungsanspruchs und damit das Heraustreten des Nacherfüllungs- aus dem Erfüllungsanspruch betrachtet werden: die Schlechtleistung. Es wird darzustellen sein, worin eine Schlechtleistung besteht, wobei dem Mangelbegriff des Kaufgewährleistungsrechts maßgebliche Bedeutung zukommt. Anschließend wird die Schlechtleistung in ein Verhältnis zu dem Erfüllungsanspruch gesetzt werden, auf den sie erbracht wird. Kommt es zu einer Erfüllung oder ganz im Gegenteil zu einer Verletzung des Erfüllungsanspruchs? Es folgt die Untersuchung der fiktiven Rechtslage ohne Gewährleistungsrecht, bevor im Hauptteil der Arbeit auf den Übergang in das Gewährleistungsrecht einzugehen sein wird.

Dieser Hauptteil befaßt sich einleitend mit dem »Wie« des Gewährleistungsrechtseintritts, also mit den Geschehnissen an der Schnittstelle von Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch. Sodann wird der Nacherfüllungsanspruch in Inhalt und Umfang erfaßt werden, bevor hieraus Schlüsse für den genauen Vorgang der Modifikation des Erfüllungsanspruchs gezogen werden können. Diese Modifikation so-

wie ihr Ergebnis – der modifizierte Erfüllungsanspruch – werden sodann erläutert und im weiteren überprüft, welche Auswirkungen sich für die Kaufvertragsparteien ergeben. Wem »gehört« der Nacherfüllungsanspruch? Wer erlangt Vorteile aus der Modifikation?

Im Anschluß wird auf das den Nacherfüllungsanspruch umgebende Gewährleistungsrecht einzugehen sein. Wie tritt es ein? In welchem Verhältnis steht es zu dem Nacherfüllungsanspruch? Und nicht zuletzt: In welchem Verhältnis stehen Nacherfüllungsanspruch und Gewährleistungsrecht zum Erfüllungsanspruch und dem Allgemeinen Leistungsstörungenrecht insgesamt? Im Zusammenhang mit den Sekundärrechten des Käufers aus dem Gewährleistungsrecht (§ 437 Nr. 2, 3) wird noch einmal die Frage aufzugreifen sein, welche Vertragspartei welche Vor- und Nachteile aus dem Übergang von dem Erfüllungs- zum Nacherfüllungsanspruch bzw. aus dem Allgemeinen Leistungsstörungenrecht in das Gewährleistungsrecht zu tragen hat. Diese Frage kann nicht in einem separaten Punkt abgehandelt werden. Sie wird immer wieder und vor allem immer anders im Kontext mit einzelnen Käuferrechten (§ 437) aber auch Beschränkungen von Käuferrechten (§§ 439 III, 442, 438) zu beurteilen sein.

In einem Exkurs wird zudem ein Sonderfall des Übergangs in das Gewährleistungsrecht erörtert werden. Hierbei handelt es sich um die Konstellation, in welcher der Erfüllungsanspruch anfänglich oder nachträglich, jedenfalls aber vor Heraustreten des Nacherfüllungsanspruchs, unmöglich wird. Anhand dieser Fragestellung soll ermittelt werden, ob der Gewährleistungsrechtseintritt eines noch bestehenden Erfüllungsanspruchs überhaupt bedarf und – sollte dies nicht der Fall sein – wann und wie das Gewährleistungsrecht in solchen Fällen eintritt.

Aus der Untersuchung bis zu diesem Punkt wird zu schlußfolgern sein, welche Voraussetzungen für den Gewährleistungsrechtseintritt bestehen und ob es einen solchen eindeutigen »Einschnitt« überhaupt gibt, oder ob der Übergang vom Allgemeinen Leistungsstörungenrecht in das Gewährleistungsrecht ein fließender ist, also bestimmte Vorwirkungen des Gewährleistungsrechts in das Allgemeine Leistungsstörungenrecht in Betracht kommen.

Abschließend wird aus den bis hierhin gefundenen Ergebnissen zu folgern sein, welche Wertungen dem heutigen Gewährleistungsrecht des Kaufvertrags zugrunde liegen.

Über die gesamte Untersuchung hinweg werden in den jeweiligen Kontext eingebettet allgemein diskutierte Fragen rund um den Nacherfüllungsanspruch aus der hier aufgestellten Gesamtkonzeption heraus beantwortet (z.B. die Frage nach einer Nacherfüllung beim Stückkauf oder der Möglichkeit der Kondiktion eines höherwertigen aliud). Die Beantwortung erfolgt damit nicht – wie so häufig – auf subjektiven Gerechtigkeitserwägungen fußend, sondern aus dem gefundenen Gesamtgefüge heraus.

Einigen Erläuterungen sind Abbildungen beigelegt worden. Ihre Anfertigung diente mir zur Visualisierung der Zusammenhänge und vermag diese Funktion vielleicht auch für den Leser zu erfüllen.

1. Teil: Erfüllungsanspruch im Sachkauf

Da sich die Arbeit mit dem besonderen Verhältnis des Erfüllungsanspruchs zu dem Nacherfüllungsanspruch des Sachkäufers befaßt, ist es von Bedeutung, zunächst den Erfüllungsanspruch zu umgrenzen. Unter dem Erfüllungsanspruch wird hier der Leistungsanspruch des Sachkäufers gegen den Verkäufer verstanden.⁶ Zwei Fragen sind von Bedeutung. Die erste Frage ist diejenige nach der Verortung: Wo befindet sich die Anspruchsgrundlage des Erfüllungsanspruchs? Die zweite Frage ist diejenige nach seinem Inhalt: Was kann der Sachkäufer von seinem Verkäufer verlangen?

A. Die Anspruchsgrundlage des Erfüllungsanspruchs

Die Anspruchsgrundlage des Erfüllungsanspruchs entstammt dem wirksamen Kaufvertrag, also der Parteivereinbarung, nicht dagegen der Norm des § 433 I BGB. Diese beschreibt allein den Inhalt eines Käuferanspruchs und legt mithin fest, daß ein Vertrag, der einer Partei einen solchen Anspruch einräumt (und der anderen Partei den in § 433 II bezeichneten), ein Kaufvertrag ist, für den, soweit nicht durch andere Vereinbarungen wirksam abbedungen, das Kaufvertragsrecht der §§ 434 ff. und somit v.a. die dort geregelten Sekundärrechte infolge von Störungen der Vertragsabwicklung gelten.⁷ So verhält es sich generell im Vertragsrecht.⁸ Die primären vertraglichen Ansprüche entstammen allein dem Vertrag. Das übrige Vertragsrecht gilt ergänzend, soweit es nicht abbedungen worden ist.⁹ Dies zu erläutern, ist für das

6 Jeder Anspruch ist ein zu erfüllender (vgl. § 241 I BGB). Die Begrifflichkeit wird jedoch als Abgrenzungsmerkmal des unmittelbar aus dem Kaufvertrag entstehenden Käuferanspruchs zu dem Nacherfüllungsanspruch verwandt.

7 *Müller-Laube*, S. 50 (»Der Vertrag ist – kraft seiner Funktion als Instrument, autonome Akte mit rechtsverbindlicher Wirkung zu setzen – Gegenstand rechtlicher Bewertung, die allgemeine Rechtsordnung fungiert als Korrelat, indem sie im Gesetz (...) die Maßstäbe für die Beurteilung des Einzelvertrages festlegt.«) sowie S. 51 (»Im besonderen Schuldrecht bedient sich das Gesetz des Vertragstyps als Mittel zur dogmatischen Ordnung. Die Normen – einer Leitidee untergeordnet – erscheinen hier in Komplexen, zugeschnitten auf bestimmte Lebensverhältnisse, deren spezifische Interessenkonflikte einer rechtlichen Wertung unterworfen werden.«)

8 Vgl. *Müller-Laube*, S. 49 ff.

9 Vgl. *Esser/Schmidt*, SchR I/1, § 12, S. 211 (»reservehalber von Gesetzes wegen vorgehaltenes Programm«); *Oechsler*, SchR-BT, § 1, S. 17, Rdn. 21ff.; insbesondere aber *Oechsler*, SchR-BT, § 1, S. 6ff., Rdn. 6ff. auch zu der – vorliegend nicht relevanten – dogmatischen Frage, ob die Normen des Vertragsrechts vertraglicher oder außervertraglicher Natur sind.

Folgende von Bedeutung, weil sich zahlreiche vermeintliche Konflikte¹⁰ allein durch Rückbesinnung auf die Tatsache lösen lassen, daß die Parteien im Rahmen des Vertragsschlusses ihren zu diesem Zeitpunkt bestehenden korrespondierenden Willen in gegenseitige Verpflichtungen gegossen haben, die das Gesetz – einmal als wirksam akzeptiert – auch im folgenden zu berücksichtigen hat. Dies muß auch dann gelten, wenn sich das Schuldverhältnis anders als erwartet entwickelt oder der Wille der einen oder der anderen Partei zu einem späteren Zeitpunkt von dem damals geäußerten Willen abweicht.¹¹

B. Die Bestandteile des Erfüllungsanspruchs

Der Erfüllungsanspruch des Käufers besteht aus den Anspruchsbestandteilen der Eigentumsverschaffung an der geschuldeten Sache (Übergabe und Verschaffung des Eigentums, § 433 I 1) sowie der sach- und rechtsmangelfreien Verschaffung (vgl. § 433 I 2).

I. Übereignung, § 433 I 1

Die geschuldete Form der Übereignung der geschuldeten Sache ist, wie § 433 I 1 zu entnehmen ist, grds. diejenige des § 929 S. 1, also Einigung und Übergabe. Doch auch andere Formen der Übereignung (vgl. §§ 929 ff.) können vereinbart werden. Der Vertrag bleibt ein Kaufvertrag. Gleiches gilt für den Kauf von Grundstücken, deren Übereignung sich nach §§ 873, 925 vollzieht.

Bei den Primärnormen des Vertragsrechts handelt es sich nicht um Tatbestände, welche verlangen, daß ihr Wortlaut erfüllt sein müßte. Die Verträge des geschriebenen Vertragsrechts in §§ 433 ff. sind sog. Normstrukturtypen¹² in Abgrenzung zu Tatbeständen. Es kommt nicht darauf an, daß alle dort aufgezählten Merkmale vorliegen, sondern lediglich darauf, daß bei wertender Betrachtung der Hauptleistungspflichten des geschlossenen Vertrages eine Zuordnung zum Vertragstypus anhand

10 Z.B. die Probleme der Nachlieferung beim Stückkauf (vgl. S. 71 ff.), der Reichweite des Zurückweisungsrechts des Käufers (vgl. S. 143) oder der Vorwirkungen des Gewährleistungsrechts in das Allgemeine Leistungsstörungsrechts hinein (vgl. S. 145).

11 Hierbei ist die Frage, ob das Vertragsrecht deshalb gilt, weil es die Parteien bei Vertragsschluß (hypothetisch) gewollt haben (vgl. *Sandrock*, Ergänzende Vertragsauslegung, S. 44), oder ob es gesetzlicher Natur ist (vgl. *Canaris*, JZ 1965, 475 ff. hinsichtlich der Schutzpflichten; *Oechsler*, SchR-BT, § 1, S. 12: Haftung aus Vertrag, »weil (...) normiert ist, bis zu welchem Grad das Vertrauen (...) in das Leistungsversprechen (...) schutzwürdig ist.«), ohne Belang, da es für die Parteien durch vertragliche Disposition gestaltbar ist und somit – mit Ausnahme von indisponiblen Regelungen – nicht im Widerspruch zu dem bei Vertragsschluß beiderseitig Gewollten stehen kann.

12 *Oechsler*, SchR-BT, § 1, S. 12 f.; vgl. *Larenz*, SchR II/1, § 38, S. 4 (»Regelungsmuster«).

von dessen prägenden Merkmalen möglich ist.¹³ Beim Kaufvertrag sind dies die Pflicht des Verkäufers, die Rechtsinhaberschaft am Kaufgegenstand zu verschaffen, sowie die Pflicht des Käufers, hierfür ein Entgelt zu entrichten.¹⁴

Um die Übersichtlichkeit zu wahren, wird sich die Darstellung auf den Kauf beweglicher Sachen mit der Pflicht zur Übereignung nach § 929 S. 1 beschränken.

II. Geschuldete Sache, § 433 I 1

Die Frage, welche Sache die geschuldete Sache (§ 433 I 1: »die Sache«) des Erfüllungsanspruchs ist, ist je nach Art des Kaufvertrags unterschiedlich zu beantworten. Zu unterscheiden ist hier zwischen dem sog. Stück- und dem sog. Gattungskauf.

1. Stückkauf

Ein Stück- (auch Spezies-) kauf ist ein Kaufvertrag, der eine Stückschuld begründet. Bei einer Stückschuld ist der Anspruchsgegenstand so genau bestimmt, daß dem Schuldner für die Erfüllung seiner Leistungspflicht keine Auswahlmöglichkeit bleibt.¹⁵ Es gibt nur *eine* geschuldete Sache. Daß sie geschuldet ist, steht aufgrund der vertraglichen Festlegung nicht zur Disposition. Auch das Vorliegen eines Sachmangels vermag hieran nichts zu ändern, obwohl dieser Umstand die Erfüllung hindert (vgl. § 433 I 2). Die Anspruchsbestandteile *Sache* und *sachmangelfrei* stehen innerhalb des Erfüllungsanspruchs ohne inhaltliche Überschneidungen *nebeneinander*.

2. Gattungskauf

Der Gattungskauf ist ein Kaufvertrag, der darauf gerichtet ist, hinsichtlich der Kaufsache eine Gattungsschuld zu begründen. Merkmal der Gattungsschuld ist die fehlende Bestimmtheit des Anspruchsgegenstandes bei Vertragsschluß, während seine Merkmale (natürliche, technische, wirtschaftliche Eigenschaften, Menge, Gewicht)

13 Oechsler, SchR-BT, § 1, S. 12 ff., Rdn. 15ff.; Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 122 ff.; vgl. auch Larenz, SchR II/1, § 38, S. 4: »Der Ausdruck Typus meint, im Gegensatz zum »Begriff« oder zu einer »Klasse« von Gegenständen, ein Merkmals Ganzes, dessen einzelne »Züge« in gewissem Grade ersetzbar oder verschieden stark ausgeprägt sein können, sich indessen stets zu einem Sinn Ganzen zusammenfügen.«

14 Oechsler, SchR-BT, § 1, S. 13, Rdn. 15.

15 Vgl. RGZ 70, 423 (426); MüKo/Emmerich, § 243, Rdn. 9; Staudinger/Schiemann, § 243, Rdn. 12.

festgelegt sind.¹⁶ Geschuldet ist im Gattungskauf die Übereignung *irgendeiner* Sache, welche die vertraglich vereinbarten¹⁷ Eigenschaften aufweist.

Die geschuldete Sache steht bis zur Konkretisierung i.S.d. § 243 nicht fest. Durch die Parteivereinbarung über die Beschaffenheit wird nur eine Gattung von Sachen gebildet, die über die vereinbarte Beschaffenheit verfügen. Die Gattung muß nicht einmal aus vertretbaren Gegenständen gebildet werden.¹⁸ Voraussetzung ist allein die ausdrückliche oder konkludente Beschreibung nach Gattungsmerkmalen. Die Gattungsbestimmung dient keinem Selbstzweck. Entscheidend für die Parteien sind die Definition des Anspruchsgegenstandes einerseits und die Reichweite der Beschaffungspflicht des Schuldners andererseits. Erfüllungstauglich sind unter den Sachen der Gattung alle diejenigen, die i.S.d. § 243 I als ergänzendem Vertragsrecht von mindestens¹⁹ mittlerer Art und Güte sind²⁰. Anders als dies bei der Stückschuld überhaupt möglich wäre, tritt mit dem Erfordernis aus § 243 I noch eine relative Qualitätskomponente hinzu, also eine geschuldete Qualität gemessen an derjenigen der anderen gattungszugehörigen Sachen. *Die* nach dem Vertrag geschuldete Sache ist unter all diesen erfüllungstauglichen wiederum allein diejenige, zu deren Leistung der Schuldner gem. § 243 II alles seinerseits Erforderliche getan hat²¹, auf die er das Schuldverhältnis somit konkretisiert bzw. konzentriert hat.

Diese Abgrenzung zwischen *nur* erfüllungstauglichen und *der einen* geschuldeten Sache muß auch dann gelten, wenn nur eine einzige Sache den Beschaffenheitsanforderungen des Gattungsvertrags entspricht.²² Sie ist zunächst nicht die geschuldete, sondern nur die einzige erfüllungstaugliche Sache. Erst wenn zu ihrer Leistung das seitens des Schuldners Erforderliche getan ist, wird sie zur geschuldeten Sache des Kaufvertrags, vergleichbar der Konkretisierungswirkung bei Vorhandensein

16 Vgl. *Gernhuber*, Schuldverhältnis, § 10 I a, S. 213; *Staudinger/Schiemann*, § 243, Rdn. 6; *MüKo/Emmerich*, § 243, Rdn. 5.

17 Dies wird wie bei der geschuldeten Beschaffenheit der Sache im Stückkauf häufig konkludent geschehen.

18 Vgl. *MüKo/Emmerich*, § 243, Rdn. 6; *Palandt/Heinrichs*, § 243, Rdn. 2.

19 In aller Regel wird er eine Sache von höherer Qualität liefern dürfen, vgl. *Staudinger/Schiemann*, § 243, Rdn. 25; *MüKo/Emmerich*, § 243, Rdn. 22.

20 Dieses Erfordernis setzt voraus, daß die durch Vereinbarung erschaffene Gattung qualitativ voneinander abweichende Sachen enthält, vgl. *Gillig*, Nichterfüllung und Sachmängelgewährleistung, S. 64 f.; *MüKo/Emmerich*, § 243, Rdn. 19.

21 Dies bestimmt sich nach dem jeweiligen Leistungsort. Vgl. *Palandt/Heinrichs*, § 243, Rdn. 5; *MüKo/Emmerich*, § 243, Rdn. 26 ff.

22 Auch in diesem Fall liegt kein Stückkauf vor. Nicht der Vertrag bestimmt, daß nur eine einzige Sache zur Erfüllung in Betracht kommt, sondern die die vertragliche Beschaffungspflicht insoweit beschränkende Wirklichkeit. Diese Beschränkung ist aber u.U. nur vorübergehender Natur, so daß zu einem späteren Zeitpunkt das tatsächliche Leistungshindernis wegfallen und sich die Schuld mithin auch auf andere Sachen erstrecken könnte. A.A. aber *MüKo/Emmerich*, § 243, Rdn. 6; *Gernhuber*, Schuldverhältnis, § 10 I a, S. 213. Zutreffend dagegen *Riemenschneider*, Die Stellung des Gattungsschuldners und Gattungsgläubigers, S. 3.

einer Gattung.²³ Büßt die zunächst erfüllungstaugliche Sache die Qualifikation der mindestens mittleren Art und Güte aus der vertraglich vereinbarten Gattung allerdings vor der erforderlichen Leistung i.S.d. § 243 II ein, indem sie in ihrer Beschaffenheit vom Vertrag abweicht, ist auch sie nicht mehr erfüllungstauglich und kann durch die Leistung i.S.d. § 243 II nicht mehr zur geschuldeten Sache werden.

Aus dem Gattungskauf resultiert im Anschluß an die Konkretisierung eine konkretisierte Gattungsschuld, wenn nicht die Erfüllung zugleich durch die zur Konkretisierung führende Leistung herbeigeführt wird und in der Folge überhaupt keine Schuld mehr besteht (vgl. § 362). Ist aber noch nicht erfüllt worden, und liegt somit eine konkretisierte Gattungsschuld vor, so beschränkt sich das Schuldverhältnis gem. § 243 II auf *diese* Sache. Jedoch soll dies uneingeschränkt nur *zugunsten* des Schuldners gelten, namentlich in der Form, daß er frei von seiner Leistungspflicht wird, sobald ihm die Leistung hinsichtlich *dieser* Sache unmöglich geworden ist (vgl. § 275), obwohl er zunächst unbegrenzt Leistung von erfüllungstauglichen Sachen aus der vertraglich erschaffenen Gattung schuldete. Möchte er dagegen den Anspruch mit einer anderen Sache erfüllen, so soll ihm dies nach allg. Ansicht²⁴ – anders als dem Stückschuldner – unter mehr oder weniger weitgehenden Einschränkungen gestattet sein. Damit entspricht die konkretisierte Gattungsschuld weder der Natur einer Stückschuld noch derjenigen einer reinen Leistungsgefahrtragungsregel, da bei der Beschränkung der schuldnerischen Entscheidung zur weiteren Leistung aus der Gattung dem Gläubiger in unterschiedlichem Umfang schutzwürdige Interessen am Erhalt *ebendieser* einer Sache zugebilligt werden.²⁵

Geschuldet ist ab Konkretisierung zugunsten des Schuldners allein die konkretisierte Gattungssache. Darüber hinaus gilt zu seiner (mehr oder weniger freien) Wahl das zur Gattungsschuld vor der Konkretisierung Gesagte: Jede erfüllungstaugliche Sache kann durch die i.S.d. § 243 II erforderliche Leistung zur geschuldeten Sache werden.

23 Im Hinblick auf eine fortbestehende Leistungspflicht aus der Gattung spielt die Konkretisierung in dieser Konstellation keine Rolle, da eine solche mangels Möglichkeit (keine Gattung) entfällt. Die Konsequenz besteht allein in Folgendem: Wird die nach Maßgabe des § 243 II geleistete Sache vor dem sachmangelrelevanten Zeitpunkt sachmangelhaft, bleibt sie die geschuldete. Weicht sie von der vereinbarten Beschaffenheit ab, noch bevor die Voraussetzungen des § 243 II erfüllt sind, ist sie weder geschuldet noch erfüllungstauglich.

24 Die Rspr. bejaht die Bindung des Schuldners an die Konkretisierung grds., begründet Ausnahmen jedoch nach §§ 157, 242, vgl. RGZ 91, 110 (112); BGH NJW 1982, 873. In der Lit. grds. Gebundenheit des Schuldners mit Rücksicht auf ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers an der betreffenden Sache bejahend: Planck/Siber, § 243, 5b; Gernhuber, Schuldverhältnis, § 10 III 2, S. 228 ff.; MüKo/Emmerich, § 243, Rdn. 34 f.; grds. Recht des Schuldners, die Konkretisierung rückgängig zu machen: Medicus, JuS 1966, 297 (303 ff.); Larenz, SchR I, § 11 I, S. 153/154; Fikentscher/Heinemann, SchR, § 28 III, S. 135, Rdn. 249.

25 Vgl. Nachweise in: FN 24.

3. Stück- und Gattungskauf im neuen Schuldrecht

Beide Kaufvertragstypen gibt es entgegen einer verbreiteten Ansicht²⁶ auch heute noch unter Geltung des neuen Schuldrechts. Die Qualifikation ist allein eine Frage des jeweiligen Vertrags, nicht dagegen des Gesetzes. Würde das Gesetz den Stückkauf wirklich nicht mehr kennen, so bestünde eine Regelungslücke für eine Vielzahl – wenn auch heute nicht mehr die Mehrzahl – von Kaufverträgen. Dies ist nicht der Fall. Würde das Gesetz – wie diese Ansicht wohl eher verstanden sein will – die Eigenart des Kaufvertrags, ein Stückkauf zu sein, ignorieren und ihn bereits auf primärer Ebene behandeln wie den Gattungsvertrag²⁷, so griffe es modifizierend und dabei sogar pflichtenerweiternd in die vertragliche Vereinbarung ein, was gerade nicht der Funktion des Vertragsrechts als Ergänzung der vertraglichen Vereinbarung entspricht.

Daß das Gesetz heute nicht mehr zwischen Stück- und Gattungskauf unterscheidet, könnte allenfalls unter dem Aspekt erwogen werden, daß im neuen Kaufrecht mit dem Nachbesserungsanspruch des § 439 I, 1. Alt. nunmehr ein Nacherfüllungsanspruch eingeführt worden ist, der auch im Fall des Stückkaufs entsteht, für welchen im alten Kaufrecht kein Nacherfüllungsanspruch vorgesehen war. Doch hierin eine Angleichung zwischen den Vertragstypen zu sehen, wäre schon deshalb nicht korrekt, weil ein Nachbesserungsanspruch in den §§ 433 ff. a.F. genausowenig für den Gattungskauf vorgesehen war und nun auch für diesen eingeführt worden ist.

Das neue Kaufrecht behandelt Stück- und Gattungskauf – genau wie früher – unter Berücksichtigung der Besonderheit unterschiedlich, daß den Gattungsverkäufer eine weitergehende Beschaffungspflicht trifft als den Stückverkäufer, der nur die *eine* vertraglich bestimmte Sache beschaffen muß. Der Stückverkäufer konnte deshalb früher keine Herstellung der Sachmangelfreiheit durch fortgesetzte Beschaffung, also Nachlieferung gem. § 480 I a.F., verlangen und kann es auch heute nicht. Der Gattungskauf ist dem Stückkauf somit nach wie vor um *eine* Nacherfüllungsvariante voraus.

26 Vgl. statt vieler *Schroeter*, AcP 207, 28 (49 ff.) (»Rechtsbegriffe«); *Scheuren-Brandes*, ZGS 2005, S. 296; so anklingend auch in BT-Drs. 14/6040, S. 230 (»(...) Unterscheidung zwischen Stückkauf und Gattungskauf verzichtbar.«)

27 Einfach gesagt: durch Begründung eines Nachlieferungsanspruchs infolge Lieferung der geschuldeten aber mangelhaften Sache.

III. Sachmangelfreiheit, § 433 I 2

1. Inhalt der Sachmangelfreiheit und Verhältnis zum Geschuldetsein der Sache

Die Sachmangelfreiheit des § 433 I 2 ist inhaltsgleich²⁸ mit der Sachmangelfreiheit des § 434 I²⁹ und bezeichnet somit inhaltlich die vertragsentsprechende Beschaffenheit³⁰ der geschuldeten Sache.³¹

§ 433 I 2 bezieht sich mithin wie § 434 I nur auf die Frage, ob die *geschuldete* (richtige) Sache in vertragsgemäßem Zustand ist. Erst die *richtige* Sache muß überhaupt auf ihre Beschaffenheit untersucht werden, während die Erfüllung ansonsten bereits daran scheitert, daß nicht die *verkaufte* Sache übereignet wird.³²

Die Sachmangelfreiheit steht als Anspruchsbestandteil im Stückkauf *neben* demjenigen Anspruchsbestandteil der verkauften Sache. Im Gattungskauf sind die Erfüllungstauglichkeit (Gattungszugehörigkeit der Sache sowie ihre mindestens mittlere Art und Güte innerhalb der Gattung) und die Sachmangelfreiheit inhaltsgleich. Die Voraussetzungen der Sachmangelfreiheit sind damit bereits in den Voraussetzungen für die Konkretisierung enthalten. Aus diesem Grund ist die sachmangelhafte Sache im Gattungskauf für gewöhnlich schon nicht die geschuldete, sondern eine *andere* Sache. Die Frage der Gattungszugehörigkeit bemißt sich allerdings am Maßstab des § 434 I.

Nur ausnahmsweise gibt es auch im Gattungskauf die geschuldete, aber sachmangelhafte Sache. Dies nur dann, wenn es bereits kraft Konkretisierung eine geschuldete Sache gibt und diese vor der Erfüllung sachmangelhaft wird, also von der vertraglichen Beschaffenheit abweicht. Dies ist möglich, da ab dem Zeitpunkt der Konkretisierung *zugunsten* des Schuldners eine Stückschuld vorliegt und es sich somit *zugunsten* des Schuldners um die geschuldete Sache handelt, ohne daß das Vorliegen der zuvor für die Erfüllungstauglichkeit bestehenden Voraussetzungen hierfür noch relevant wäre.³³ Zumeist aber wird die konkretisierte Sache nicht im nachhi-

28 Mit Ausnahme der zeitlichen Dimension, vgl. S. 34 ff.

29 So auch *Canaris*, Karlsruher Forum 2002, S. 56/57.

30 Vgl. zum Beschaffenheitsbegriff des § 434 in Abgrenzung zum alten Recht statt vieler *Bamberger/Roth/Faust*, § 434, Rdn. 19 ff. Der Reformgesetzgeber verzichtet dagegen ausdrücklich auf eine Definition der Beschaffenheit, vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 213.

31 Mit der Formulierung »frei von Sachmängeln« wird die vertragsgemäße Beschaffenheit negativ umschrieben. Die Kaufvereinbarung ist deshalb nicht konkret negativ auf das Nichtvorhandensein bestimmter Sachmängel gerichtet, die der Sache tatsächlich anhaften, sondern positiv auf die gewünschte Beschaffenheit (vgl. hierzu schon *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf, S. 50 zum alten Recht).

32 Der Reformgesetzgeber bestätigt dies seinerseits durch § 434 III, 1.Alt.: »Dem Sachmangel *steht es gleich*, wenn der Verkäufer eine *andere* Sache (...) liefert.«

33 Von Bedeutung ist jedoch aufgrund der zeitlichen Bestimmung des § 434 (»bei Gefahrübergang«) tatsächlich nur die Konstellation, in welcher der Sachmangel zwischen Konkretisierung und dem sachmangelrelevanten Zeitpunkt auftritt, was in Fällen der Holschuld denkbar ist. Hier kann das Erforderliche des § 243 II hinter den Voraussetzungen des § 446 zurückbleiben. (Nach h.M. genügen die Bereitstellung und Aufforderung zur Abholung (§ 295) oder

nein sachmangelhaft, sondern sie bleibt entweder auch im nachhinein im vertragsgemäßen Zustand, so daß mit ihrer Übereignung erfüllt wird, oder sie war noch nie geschuldet, da die Konkretisierung auf sie an ihrer bereits zuvor nichtvertragsgemäßen Beschaffenheit scheiterte.

Da im Gattungskauf die Schlechtleistung somit grds. in der Lieferung einer nicht geschuldeten Sache besteht, weil die Fälle der konkretisierten Gattungsschuld mit nachträglichem Sachmangel so selten sind, daß sie – soweit ersichtlich – nicht einmal Erwähnung finden – ist die Vorschrift des § 433 I 2 allein im Stückkauf von Bedeutung und eben auch allein hierfür eingeführt worden.³⁴

2. Gewährleistungs- und Erfüllungstheorie vor dem Jahr 2002

a) Stückkauf

Das Erfordernis der Sachmangelfreiheit erscheint in § 433 I 2 n.F., in Kraft getreten am 1.1.2002³⁵, erstmalig in § 433 I. Ob die Sachmangelfreiheit auch unter Geltung des § 433 I a.F. bis zum 31.12.2001 innerhalb des Stückkaufs zur Leistungspflicht des Verkäufers wurde, war zwischen den Vertretern der sog. Gewährleistungs-³⁶ und der sog. Erfüllungs- bzw. Nichterfüllungstheorie³⁷ umstritten.

Diese Theorien bemühten sich in unterschiedlicher Weise darum, das Gewährleistungsrecht der §§ 459 ff. a.F. zu erklären. Im Fall des Stückkaufs entstanden bei mangelhafter Lieferung (damals noch *Fehler*: § 459 I a.F.³⁸) alternativ der Wandlungs- und Minderungsanspruch (vgl. § 462 a.F.), bei Fehlen einer zugesicherten

das Verstreichenlassen der Abnahmefrist (§ 296), vgl. RGZ 57, 402 (404); *Gernhuber*, Schuldverhältnis, § 10 III 5, S. 238/239; *MüKo/Emmerich*, § 243, Rdn. 31; *Staudinger/Schiemann*, § 243, Rdn. 37; a.A. (grds. Lieferung verlangend): *von Caemmerer*, JZ 1951, 740 (744); *Huber*, FS Ballerstedt, S. 327 ff.)

34 Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 208.

35 Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (BGBl. I S. 3138) ist am 1.1.2002 in Kraft getreten und brachte unter vielen Neuerungen auch diese neue Version des § 433.

36 *Larenz*, SchR II/1, § 41 II, S. 66ff.; *Soergel/Ballerstedt* (10. Auflage), vor § 459, Rdn. 15; *Oertmann*, Die Geschäftsgrundlage, S. 71 ff.; *Siß*, Gewährleistung für Sachmängel, S. 129 f., 211; *Jakobs*, Leistungsstörungenrecht, S. 142 ff.

37 *Flume*, Eigenschaftsirrtrum und Kauf, S. 33 ff.; *von Caemmerer*, FS Wolff, S. 18; *Enneccerus-Lehmann*, Schuldverhältnisse, § 108 I, S. 430 ff.; *Graue*, Die mangelfreie Lieferung beim Kauf beweglicher Sachen, S. 287 ff.; *Gillig*, Nichterfüllung und Sachmängelgewährleistung, S. 43 ff.; *Huber*, AcP 177, 281 (293); *Herberger*, Sachmängelhaftung, S. 60 ff.

38 Zum Streit um den Fehlerbegriff im alten Recht vgl. Darstellung bei *Soergel/Huber*, vor § 459, Rdn. 20 ff. Auf die Darstellung des Zusammenhangs zwischen den Streitigkeiten um den Fehlerbegriff und Gewährleistungs- und Erfüllungstheorie wird aus Gründen der Übersichtlichkeit verzichtet. *Soergel/Huber*, vor § 459, Rdn. 170 gibt zu bedenken, daß zumindest die Anhänger des subjektiven Fehlerbegriffs zugleich Anhänger der Erfüllungstheorie sein müßten, widerlegt dies aber umgehend unter Hinweis auf *Larenz*, SchR II/1, § 41 I, S. 37 ff.

Eigenschaft der Sache (§ 459 II a.F.) zudem alternativ ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (vgl. § 463 a.F.).

Ein Nachbesserungsanspruch, also ein Anspruch auf Herstellung der Sachmangelfreiheit an der verkauften Sache durch den Verkäufer, war allerdings – anders als der Nachlieferungsanspruch im Gattungskauf (§ 480 I a.F.) – nicht in §§ 459 ff. a.F. geregelt. Der Grund lag darin, daß der Gesetzgeber dem Verkäufer lediglich die Beschaffungs-, (im Gegensatz zum Werkunternehmer) aber keine Herstellungspflichten auferlegen wollte.³⁹

Das Fehlen eines Nachbesserungsanspruchs wurde in Bezug auf die Frage einer Leistungspflicht hinsichtlich der Sachmangelfreiheit in § 433 I a.F. unterschiedlich bewertet.⁴⁰ Die Gewährleistungstheorie ging davon aus, daß der Stückverkäufer sich nicht zu der Sachmangelfreiheit verpflichtete, sondern daß ihn für Mängel oder das Fehlen zugesicherter Eigenschaften der verkauften Sache die Gewährleistungspflichten als eine Form des Ausgleichs treffen sollten⁴¹, da der Käufer seine Leistung in Erwartung der Übereignung der gekauften Sache in mangelfreiem Zustand versprochen habe.⁴² Der Erfüllungsanspruch des § 433 I a.F. enthielt nach dieser Ansicht nicht die Sachmangelfreiheit. Der Verkäufer sollte mit der Übereignung der verkauften Sache, ungeachtet ihres Zustandes, erfüllen können. Die §§ 459 ff. a.F. sollten demnach kein Nichterfüllungsrecht sein, sondern eine neben der Leistungspflicht des Verkäufers stehende und sich von dieser unterscheidende originäre Rechtsfolge des Kaufvertragsschlusses. Diese sollte bereits mit Vertragsschluß ab Vorliegen eines Mangels eingreifen. Der Zeitpunkt des Gefahrübergangs in § 459 I und II a.F. sollte den Fehler bzw. das Fehlen zugesicherter Eigenschaften lediglich in zeitlicher Hinsicht definieren⁴³ und somit keine Bedeutung für das Eingreifen der §§ 459 ff. a.F. haben. Der Verkäufer sollte zwar dazu berechtigt sein, behebbare Mängel bis zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs zu beseitigen, um der Gewährleistungspflicht zu entgehen, und die Käuferrechte der §§ 459 ff. a.F. sollten deshalb bis zu diesem Zeitpunkt ausgesetzt sein. Vor Gefahrübergang sollten sie jedoch geltend gemacht werden können, sobald ein unbehebbarer Mangel vorlag.⁴⁴

Die Erfüllungstheorie⁴⁵ dagegen leitete aus § 433 I a.F. eine Leistungspflicht des Verkäufers zur Übereignung der verkauften Sache in sachmangelfreiem Zustand ab.

39 Vgl. Motive II, S. 227.

40 Rechtsmangelfreiheit war dagegen eindeutig nach § 434 a.F. geschuldet.

41 Vgl. *Larenz*, SchR II/1, § 41 II, S. 69; *Soergel/Ballerstedt* (10. Auflage), vor § 459, Rdn. 15; *Süß*, Gewährleistung für Sachmängel, S. 52 (»(...) verpflichtet sein, Rechtsnachteile zu tragen oder dem Käufer Rechtsvorteile zu geben, die den Nachteil der Sachmängel ausgleichen.«); *ders.*, S. 55 ff., stellt die Ausgleichsfunktion der Gewährleistungsrechte auch bildlich dar.

42 *Süß*, Gewährleistung für Sachmängel, S. 53.

43 *Larenz*, SchR II/1, § 41, S. 45.

44 *Larenz*, SchR II/1, § 41, S. 45.

45 *Graue*, Die mangelfreie Lieferung beim Kauf beweglicher Sachen, S. 287 ff.; *Herberger*, Sachmängelhaftung, S. 74 ff.; *BGB-RGRK/Mezger*, § 459, Rdn. 3; *Gillig*, Nichterfüllung und Sachmängelgewährleistung, S. 43 ff.; *Erman/Weitnauer* (8. Auflage), vor § 459, Rdn. 35; *Huber*, AcP 177, 281 (293); abweichend dagegen innerhalb der Erfüllungstheorie *Flume*, Eigenschaftsirrhum und Kauf, S. 41 (Nichterfüllung des Kaufvertrags, nicht Nichterfüllung

Dieser Leistungspflicht ließ der überwiegende Teil der Vertreter dieser Ansicht⁴⁶ jedoch keinen Erfüllungsanspruch des Käufers korrespondieren.⁴⁷ Dennoch sollte aufgrund der Leistungspflicht nur durch Übereignung der Sache in sachmangelfreiem Zustand erfüllt werden können. Die §§ 459 ff. a.F. sollten demnach ein Nichterfüllungsrecht für die Sachmangelfreiheit sein,⁴⁸ obwohl der Käufer die Erfüllung zu keinem Zeitpunkt sollte verlangen dürfen und obwohl sich §§ 459 ff. a.F. wesentlich von den sekundären Reaktionen des Allgemeinen Leistungsstörungenrechts auf eine Nichterfüllung unterschieden.

Auch die Erfüllungstheorie ging davon aus, daß die §§ 459 ff. a.F. ab dem Vorliegen eines unbehebaren Mangels eingriffen.⁴⁹ Der »Gefahrübergang« bestimme allein über das Ob, nicht dagegen über das Wann der Haftung.⁵⁰ Ebenso sollte es dem Verkäufer bei behebbaren Mängeln auch nach dieser Ansicht gestattet sein, die Nachbesserung vor dem Gefahrübergang vorzunehmen. Allerdings konnte dies in Anbetracht einer Leistungspflicht zur Übereignung der mangelfreien Sache allenfalls mittelbar der Abwendung der §§ 459 ff. -a.F., unmittelbar dem Zwecke der Erfüllung dienen. Der Begriff des Nachbesserungsrechts des Verkäufers ist deshalb aus dieser Sicht eigentlich verfehlt. Es müßte sich um die vom Käufer nicht einforderbare Nachbesserungspflicht des Verkäufers handeln.⁵¹ Eine Mindermeinung⁵² in-

einer Erfüllungspflicht) sowie *Raape*, AcP 150, 482 ff. (»fehlende Verschaffungspflicht«); *Enneccerus-Lehmann*, Schuldverhältnisse, § 108 I, S. 430 ff.

- 46 Generell einen Erfüllungsanspruch ablehnend: *Soergel/Huber*, vor § 459, Rdn. 237; *Enneccerus-Lehmann*, Schuldverhältnisse, § 108 I, S. 431; *Larenz*, SchR II/1, § 41 II, S. 67; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht (6. Auflage 1997), S. 108; *MüKo/Westermann* (3. Auflage), § 459, Rdn. 3; *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf, S. 39; *Herberger*, Sachmängelhaftung, S. 75 ff.; *Graue*, Die mangelfreie Lieferung beim Kauf beweglicher Sachen, S. 288 f.; *Gillig*, Nichterfüllung und Sachmängelgewährleistung, S. 86 ff.
- 47 Vgl. *Graue*, Die mangelfreie Lieferung beim Kauf beweglicher Sachen, S. 288 f.; *Herberger*, Sachmängelhaftung, S. 60 ff.; *Gillig*, Nichterfüllung und Sachmängelgewährleistung, S. 43 ff.; *Huber*, AcP 177, 281 (293); *Soergel/Huber*, vor § 459, Rdn. 174; a.A. *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf, S. 41, nach welchem der Kaufvertrag, nicht eine Leistungspflicht, nicht erfüllt wird.
- 48 Vgl. *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf, S. 41.
- 49 Vgl. *Soergel/Huber*, vor § 459, Rdn. 186; *Raape*, AcP 105, 481 (486).
- 50 *Raape*, AcP 105, 481 (486) im Gegensatz zur Rspr., die davon ausging, daß die Rechte der §§ 459 ff. a.F. erst mit Gefahrübergang entstanden, vgl. RGZ 53, 70 (73); BGHZ 34, 32 (34).
- 51 So auch *Herberger*, Sachmängelhaftung, S. 114; *Erman*, JZ 1960, 41 (42). Anders sieht dies z.B. *Gillig*, Nichterfüllung und Sachmängelgewährleistung, S. 87, welcher die Nachbesserungspflicht als nicht in der Pflicht zur Übereignung einer sachmangelfreien Sache enthalten betrachtet, da den Verkäufer kein Herstellungsanspruch treffe. Es muß jedoch als widersprüchlich betrachtet werden, die Übereignung einer mangelfreien Sache als Leistungspflicht zu betrachten und zugleich eine Herstellungsspflicht zu verneinen, wenn die Sache behebbare mangelhaft ist. Die Annahme einer Nachbesserungspflicht ist zwingend, wenn – wie *Gillig*, S. 88 selbst bekundet – der Verkäufer eben doch erfüllt, wenn er die Nachbesserung zuvor vornimmt und die Nachbesserung von dem Rechtsgrund Kaufvertrag gedeckt ist. Die Frage, ob der Käufer bei einem entsprechenden Erfüllungsanspruch die Nachbesserung isoliert verlangen dürfte, muß dagegen verneint werden, ist aber eine hiervon verschiedene. Die rechtli-

nerhalb der Erfüllungstheorie nahm darüber hinaus sogar einen Nachbesserungsanspruch des Käufers aus § 433 I a.F. bis zum Gefahrübergang an. Einen Nachbesserungsanspruch des Käufers nach Gefahrübergang gab es jedoch bereits nach dem Wortlaut bzw. Schweigen der §§ 459 ff. a.F. eindeutig nicht.⁵³

Ein Nachbesserungsrecht des Verkäufers nach Gefahrübergang konnte sich dagegen für beide Ansichten und auch die Rspr.⁵⁴ – die sich allerdings mit einer Stellungnahme zu den Theorien zurückhielt – aus § 242 ergeben.

Die Gewährleistungstheorie vermochte mit dem Nichtvorhandensein einer Leistungspflicht zu erklären, daß die §§ 459 ff. a.F. im Fall eines behebbaren Mangels (§ 459 I a.F.) keinen Nachbesserungsanspruch vorsahen⁵⁵ und der Kaufvertrag im Fall von unbehebaren Mängeln nicht gem. § 306 a.F. nichtig war, sondern auch hier das kaufvertragliche Gewährleistungsrecht galt. Als Argument gegen eine Leistungspflicht bzgl. der Mangelfreiheit brachte sie zudem als *denklogisch* vor, man könne nicht versprechen, daß eine Sache anders sei, als sie tatsächlich ist.⁵⁶ Dieses Argument wurde durch die Erfüllungstheorie überzeugend widerlegt. Sie wandte ein, daß Gegenstand auch des Speziesvertrages nicht ein raumzeitlich bestimmtes Etwas, sondern der Gegenstand in seiner vorgestellten Beschaffenheit sei⁵⁷ bzw. ein durch die Vereinbarung geschaffener Idealgegenstand aus den der vereinbarten Sache zugeordneten Eigenschaften und der bestimmten Sache als solcher auf rein gedanklicher Ebene.⁵⁸ Es bestehen damit keine logischen Bedenken, eine verbindliche Vereinbarung über bestimmte Eigenschaften einer Sache zu treffen, auch wenn es diese Sache tatsächlich nicht geben mag.

Schwierigkeiten hatte die Gewährleistungstheorie auch damit, zu erklären, weshalb die Verschaffung der fehlerhaften Sache mit der Entstehung von Gewährleistungsrechten überhaupt nachteilige Rechtsfolgen für den Verkäufer nach sich zog, wenn er doch mit seiner Leistung erfüllte. Nach ihrer Erklärung sollten den Verkäufer diese Folgen nicht aufgrund einer vertraglich begründeten Leistungspflicht treffen, sondern wegen einer ihn davon unabhängig treffenden Gewährleistungspflicht, im Falle von § 459 II a.F. (Fehlen zugesicherter Eigenschaft) aus vertraglicher Übernahme, im Falle von § 459 I a.F. (Fehler) sogar aus Gesetz⁵⁹. Die allein durch

che Teilbarkeit der Leistungspflicht ohne korrespondierenden Erfüllungsanspruch ist allenfalls für die Frage der Teilerfüllbarkeit relevant, die hier nicht in Rede steht.

52 Brox, Die Einrede des nichterfüllten Vertrags, S. 85; Korintenberg, Abschied von der Gewährleistung, S. 45; Erman, JZ 1960, 41 (42/43); Erman/Weitnauer (8. Auflage), vor § 459, Rdn. 17; Peters, JZ 78, 92 (94 ff.) (sogar noch im Zeitraum nach Gefahrübergang).

53 A.A. aber Peters, JZ 1978, 92 ff.

54 RG JW 1907, 299 (300); BGH WM 1971, 1382 (1383); Soergel/Huber, § 462, Rdn. 73; Soergel/Ballerstedt (10. Auflage), § 462, Rdn. 6.

55 Larenz, SchR II/1, § 41 II e, S. 67.

56 Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 436 ff.; Knöpfle, JZ 1978, 121.

57 Flume, Eigenschaftsirrtum und Kauf, S.13ff.

58 Gillig, Nichterfüllung und Sachmängelgewährleistung, S. 43 ff., 45.

59 Vgl. Oertmann, S. 71 ff.; Süß, Gewährleistung für Sachmängel, S. 129 f., 211; Larenz, SchR II/1, § 41 II, S. 69; Soergel/Ballerstedt (10. Auflage), vor § 459, Rdn. 15; a.A. nur Jakobs,

das Gesetz auferlegte und deshalb vertragsrechtlich problematische Gewähr im Fall des § 459 I a.F. wurde dadurch gerechtfertigt, daß die Fehlerfreiheit eine Art Geschäftsgrundlage des Kaufvertrags sei.⁶⁰

Die Erfüllungstheorie andererseits vermochte das Nichtvorhandensein eines Nachbesserungsanspruchs als Erfüllungsanspruch hinsichtlich der Sachmangelfreiheit in den §§ 459 ff. a.F. nur dadurch zu rechtfertigen, daß das Kaufvertragsrecht dieser Leistungspflicht keinen Erfüllungsanspruch korrespondieren ließ. Dieser Verzicht auf naturale Erfüllung stellt aber zumindest im deutschen Schuldrecht einen Fremdkörper dar. Daß § 306 a.F. dagegen bei unbehebbar Mängeln nicht eintrat, erscheint tatsächlich kein überzeugendes Gegenargument der Gewährleistungstheorie zu sein, da die §§ 459 ff. a.F. ohnehin keinen Anspruch auf Mängelbeseitigung gaben und eine Ungleichbehandlung von behebbaren und unbehebbar Mängeln in den sonstigen Rechtsfolgen nicht zu rechtfertigen gewesen wäre. Insoweit konnten auch die §§ 459 ff. a.F. als spezielleres Recht dem § 306 a.F. vorgehen, zumal diese Regelung – wie an ihrer wenig spektakulären Abschaffung zugunsten des § 311 a I zu sehen war⁶¹ – nicht zwingend die einzige Folge anfänglicher objektiver Unmöglichkeit sein mußte.

Zusammenfassend betrachtet, vermochten beide Theorien die Rechtslage nicht stimmig zu klären. Während die Gewährleistungstheorie nicht rechtfertigen konnte, weshalb das Gesetz einer vertraglichen Vereinbarung einerseits die Verbindlichkeit versagen, ihr andererseits einen Ausgleich folgen lassen sollte, unterließ die Erfüllungstheorie den Versuch zu erklären, weshalb in der Lieferung der *behebbar* mangelhaften Sache überhaupt eine feststehende Nichterfüllung liegen sollte, welche nun auch noch die Erfüllungspflicht, der ohnehin schon kein Erfüllungsanspruch korrespondieren sollte, hinsichtlich der Sachmangelfreiheit enden ließ. (Dies allein kann die Folgerung aus den §§ 459 ff. a.F. als Nichterfüllungsrecht sein.)

Die Schlechtleistung macht den behebbaren nicht zu einem unbehebbar Mangel. Vielmehr muß der Grund für die Endgültigkeit der Nichterfüllung im Gesetz selbst gelegen haben, welches – unter den Prämissen der Erfüllungstheorie – so zu verstehen war, daß es nur *einen* Erfüllungsversuch zuließ⁶² und somit das Nichterfüllungsrecht selbst herbeiführte. Denn neben den §§ 459 ff. a.F. konnte eine Leistungspflicht zur Mängelbeseitigung, auch ohne einen entsprechenden Anspruch, nicht bestehen, da sie im Widerspruch zu den Käuferansprüchen – und somit anderen Leistungspflichten des Verkäufers – auf Wandlung oder Minderung gestanden hätte.

Leistungsstörungenrecht, S. 130 ff., welcher auch die Gewährleistungspflicht für Fehler i.S.d. § 459 I a.F. dem Vertrag entnehmen will.

60 So *Oertmann*, S. 71 ff. (»Fehlen der Geschäftsgrundlage«); *Süß*, Gewährleistung für Sachmängel, S. 129 f., 211 (»virtueller Vorbehalt«); *Larenz*, SchR II/1, § 41 II, S. 69 (»Enttäuschung der Erwartungen«); *Soergel/Ballerstedt* (10. Auflage), vor § 459, Rdn. 15 (kein »subjektives Äquivalent«).

61 Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 164 f.

62 So auch *Gillig*, Nichterfüllung und Sachmängelgewährleistung, S. 119.

Der Grund für die §§ 459 ff. a.F. muß in der rechtspolitischen Entscheidung gelegen haben, den Verkäufer nicht zu einer Reparatur zwingen zu wollen, den Käufer aber nicht die Nachteile tragen zu lassen, sondern ihm einen Ausgleich für seine aus dieser gesetzgeberischen Entscheidung erwachsenden Nachteile zu verschaffen, und letztlich wohl auch darin, den Zeitraum der Vertragsabwicklung möglichst kurz zu halten. Lieferte der Stückverkäufer mangelhaft, so griffen §§ 459 ff. a.F. ein – und somit dem Römischen Recht entlehnte Vorschriften, die ihrem Ursprung nach auf die Lieferung unbehebbar mangelhafter Kaufsachen zugeschnitten waren.⁶³ Alle Sachmängel wurden somit durch die §§ 459 ff. a.F. als unbehebbar behandelt, so daß die in der Schlechtleistung durch §§ 459 ff. a.F. verfolgte Endgültigkeit der Nichterfüllung der Leistungspflicht auf den Gesetzgeber selbst zurückging. Dieser hatte mit den §§ 459 ff. a.F. die Unmöglichkeit sachmangelfreier Leistung – so nicht schon ein unbehebbarer Mangel vorlag – ab Schlechtleistung fingiert und ein spezielles Unmöglichkeitsrecht eintreten lassen.⁶⁴

b) Exkurs: Gattungskauf

Der historische Gesetzgeber hatte den Gattungskauf mit § 480 a.F. einerseits dem Gewährleistungsrecht des Stückkaufs in §§ 459 ff. a.F. unterstellt, andererseits, seine Natur als Gattungsschuld begründender Vertrag berücksichtigend, den ursprünglichen Erfüllungs- durch einen Nachlieferungsanspruch zur Wahl des Käufers fortgesetzt (vgl. § 480 I a.F.).

Wurde »mangelhaft« aus der »mangelfreien« Gattung geliefert, wurde also eine nicht der vertraglichen Beschaffenheit entsprechende Sache geliefert, obwohl vertragsgemäße Sachen existierten, waren sich beide Theorien darüber einig, daß eine Leistungspflicht bestand,⁶⁵ die ihren Niederschlag innerhalb des Gewährleistungsrechts in § 480 I a.F. gefunden hatte. Hieran konnte auch kein Zweifel bestehen. Denn im Gattungskauf bestimmt sich bereits das Geschuldetsein der Sache danach, ob diese zu dem Zeitpunkt, da alles zu ihrer Leistung Erforderliche durch den Schuldner getan wird (§ 243 II), innerhalb der nach Beschaffenheitsmerkmalen durch die Parteien erschaffenen Gattung von mittlerer Art und Güte (§ 243 I) ist. Sachmangelfreiheit ist also mit den Anforderungen des § 243 I (1. mittlerer Art und Güte 2. aus der Gattung) identisch. Da die »sachmangelhafte« Sache vor Konkretisierung somit nicht die geschuldete sein konnte, mußte bereits deshalb nachgeliefert

63 Vgl. *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, S. 268 f., Rdn. 38 ff. Wandlung und Minderung waren die sog. ädilischen Rechtsbehelfe des Vieh- und Sklavenkäufers auf dem Markt, wenn Vieh oder Sklave Krankheiten, Gebrechen und (Sklaven) bestimmte Charakterfehler aufwiesen. Diese Mängel waren für gewöhnlich unbehebbar. Vgl. auch *Medicus*, SchR II (10. Auflage), § 74, S. 19, Rdn. 41.

64 Ähnlich *Kohler*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, S. 71-73, welcher allerdings Teilunmöglichkeit annimmt.

65 Vgl. *Ballerstedt*, FS Nipperdey, S. 261 (277); *Eneccerus-Lehmann*, § 113 I, S. 457 f.; *Larenz*, SchR II/1, § 41 III, S. 77 f.

werden, weil nur mit der *verkauften* Sache erfüllt werden konnte, was keine der beiden Ansichten in Zweifel ziehen konnte.

Während aus dem Nichtvorhandensein eines Nachbesserungsanspruchs sowohl auf die nicht bestehende als auch auf eine dennoch bestehende Leistungspflicht bzgl. der Mangelfreiheit geschlossen werden konnte, ließ das Vorhandensein eines Nachlieferungsanspruchs allein den Schluß auf eine diesbezügliche Leistungspflicht und einen hiermit korrespondierenden Erfüllungsanspruch zu.⁶⁶

Im Gattungskauf konnte sich eine dem Stückkauf vergleichbare Fragestellung hinsichtlich einer Verkäuferpflicht zur Herstellung der Sachmangelfreiheit folglich nur ergeben, wenn die gesamte Gattung mangelhaft war⁶⁷ und somit zwar eine Übereignung frei von Sachmängeln nicht durch fortgesetzte Beschaffung, wohl aber durch Reparatur oder sonstige Substanzveränderung einer Sache in Betracht gekommen wäre. Daß es die Figur der »mangelhaften« Gattung überhaupt geben kann, ist unter Hinweis auf die Vertragsfreiheit zu verneinen. Die Parteien sind in der Gattungsbildung unabhängig von objektiv, also nach der Verkehrsanschauung, bestehenden Gattungen.⁶⁸ Im Gattungskauf ist jede Vereinbarung eine Vereinbarung bzgl. der Beschaffenheit und somit an der Gattungsbildung beteiligt (vgl. S. 6 ff.), so daß die Leistungspflicht entfallen muß (§ 275), wenn es keine der Vereinbarung im Ganzen entsprechende Sache gibt. Die gegenteilige Annahme, die Möglichkeit einerseits Gattungsmerkmale, andererseits Eigenschaften festzulegen und somit eine mangelhafte Gattung zu begründen, findet sich jedoch in der Rspr. des BGH⁶⁹ sowie

66 Dies gilt uneingeschränkt, obwohl seine Rechtsnatur als ursprünglicher Erfüllungsanspruch im alten Recht auch bestritten wurde – mit der Folgefrage, ob die Vorschriften des Allgemeinen Leistungsstörungenrechts, insbesondere § 326 a.F., auf den Nachlieferungsanspruch angewandt werden konnten (verneint nur durch die MM: *Esser/Weyers*, SchR II, Tbd. 1, § 5 IV, S. 55 f.; *Kirchhof*, NJW 1970, 2052 (2053); *Köhler*, JuS 1979, 496 (499)). Einen Anspruch solchen Inhalts kann es nur dann geben, wenn ein derartiger Erfüllungsanspruch bereits unmittelbar aus dem Vertrag entstanden ist.

67 So auch *Soergel/Huber*, vor § 459, Rdn. 156.

68 Zur Möglichkeit freier vertraglicher Gattungsbildung vgl. *Gernhuber*, Schuldverhältnis, § 10 I, S. 214/215; *Staudinger/Schiemann*, § 243, Rdn. 8; *MüKo/Emmerich*, § 243, Rdn. 6.

69 Vgl. vor allem BGH NJW 1975, 2011 (»Wellstegträger«): »Die Möglichkeit für die Vertragsparteien, auf diesem Wege die Grenze zwischen Schlecht- und Falschlieferung selbst festzulegen, findet jedoch (...) ihre Schranke an der jeweiligen (...) Verkehrsauffassung. Diese ist maßgebend dafür, ob im Einzelfall die vertragliche Vereinbarung einer bestimmten Beschaffenheit der zu liefernden Sache sich bereits als Festlegung eines besonderen Gattungsmerkmals erweist, oder ob die Parteien nicht vielmehr lediglich bestimmt haben, mit welchen besonderen Eigenschaften diese aus einer vorgegebenen Gattung zu leistende Ware ausgestattet sein soll.«; aber bspw. auch BGHZ 50, 200 ff. (»M.-Contact«); BGH NJW 1984, 1955 (Warmwasser-/Kaltwasserrohre«): »(...) insoweit maßgeblichen Verkehrsauffassung der betreffenden Handelsbranche (...)«; BGH NJW 1989, 218 (»Glykolwein«): »Die Vertragspartner haben es danach weitgehend in der Hand (...) eng begrenzte Warengattungen festzulegen.«

in der Lit.⁷⁰ zum alten Recht. Da dies allgemein anerkannt war, müssen sich Gewährleistungs- und Erfüllungstheorie zu der Frage einer Verkäuferpflicht hinsichtlich der Sachmangelfreiheit wie beim Stückkauf verhalten haben.⁷¹ Mangelfreie Lieferung mußte somit auch in diesen Fällen entweder Verkäuferpflicht ohne Käuferanspruch gewesen sein (Erfüllungstheorie) oder dem Käufer die Gewährleistungsrechte lediglich als Ausgleich eröffnet haben (Gewährleistungstheorie).

Kaum oder überhaupt nicht diskutiert wurde dagegen die Konstellation der mangelhaften Sache, auf die das Schuldverhältnis bereits vor Mangleintritt konkretisiert worden war.⁷² Diese Situation mußten wohl beide Ansichten zumindest *zugunsten* des Schuldners nach den Regeln des Stückkaufs beurteilen. Wollte der Schuldner dagegen nachliefern, so mußte er hierzu – aber auch nur dann – berechtigt gewesen sein, wenn sich der Gläubiger unter seinen Rechten aus § 480 I a.F. für den Nachlieferungsanspruch entschieden hatte.

3. § 433 I 2 als Ergänzung der §§ 433 I, 434 a.F. zu einem »vollwertigen« Erfüllungsanspruch

Mit der im Rahmen der Schuldrechtsreform eingeführten Vorschrift des § 433 I 2 erweiterte der Gesetzgeber den Erfüllungsanspruch des Käufers über den vormaligen § 434 a.F., der den Erfüllungsanspruch des Käufers auf die *Rechtsmangelfreiheit* erstreckte, sowie den Anspruch des Gattungskäufers auf Sachmangelfreiheit durch fortgesetzte Beschaffung (§§ 433 I a.F., 480 I a.F.) hinaus auf einen »vollwertigen« Erfüllungsanspruch des Käufers. Da der Gattungskauf der Vorschrift des § 433 I 2 zumindest⁷³ hinsichtlich der fortgesetzten Beschaffungspflicht nicht bedurft hätte, markiert sie allein die Erweiterung des Käuferanspruchs auf Substanzveränderungen an der Sache. Die Beschränkungen des Erfüllungsanspruchs durch das Kaufvertragsrecht sind aufgehoben.

§ 433 I 2 ist dabei nicht so zu verstehen, als gäbe er dem Käufer das Recht, das eine (Beschaffung einer anderen Sache) oder das andere (Reparatur) nach seiner Wahl zu verlangen.⁷⁴ Verlangen kann er allein die Übereignung der verkauften Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln als Gesamtleistung. Die Vorschrift erweitert also den Umfang des Erfüllungsanspruchs im Verhältnis zu § 433 I a.F. Das Vertragsrecht beschränkt den Käuferanspruch nicht mehr dort, wo seine Erfüllung eine Reparatur oder sonstige Substanzveränderung erforderte. Alle Anstrengungen des

70 Vgl. nur Soergel/Huber, vor § 459, Rdn. 156; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht (6. Auflage 1997), S. 210 ff., Rdn. 534 ff.

71 So ebenfalls Soergel/Huber, vor § 459, Rdn. 156.

72 Zum neuen Schuldrecht vgl. dagegen Faust, ZGS 2004, 252 (256ff.).

73 Der Anspruch auf Substanzveränderung ergibt sich zwar bereits aus § 433 I 1 (verkaufte Sache). Da sie aber unter den §§ 433 ff. a.F. nicht geschuldet war (vgl. § 480 I a.F. und Fehlen eines Nachbesserungsanspruchs), dient § 433 I 2 auch dieser Klarstellung.

74 Im Gegensatz zum Nacherfüllungsanspruchs des § 439 I.

Schuldners, die Sache frei von Sachmängeln zu übereignen, sind deshalb heute bis zu den Grenzen des § 275 gefordert. Dies gilt nun auch für den Gattungskauf, für den der Sachmangelfreiheitsanspruch sich unter den §§ 433 ff. a.F. – genau wie im Stückkauf – in seinem Beschaffungsanspruch erschöpfte.⁷⁵

§ 433 I 2 besagt hiermit, daß die vereinbarte Beschaffenheit *in vollem Umfang* zur Verpflichtung des Verkäufers und zum Anspruch des Käufers führt, ohne daß das Vertragsrecht beschränkend eingreift.

4. Zeitliche Dimension der Sachmangelfreiheit

Die Sachmangelfreiheit des Erfüllungsanspruchs hat anders als diejenige des Gewährleistungsrechts keine zeitliche Dimension (§ 434 I 1: »bei Gefahrübergang«). Nur mit Übereignung der geschuldeten und sachmangelfreien Sache als unteilbare Gesamtleistung kann der Erfüllungsanspruch erfüllt werden (vgl. S. 42 ff.). Es ist dagegen nicht nur geschuldet, die Sache sachmangelfrei zum »Gefahrübergang« zu bringen, also die geschuldete Art der tatsächlichen Sachverschaffung i.S.d. §§ 446, 447 vorzunehmen.⁷⁶ Dies kann bereits aus den Regelungen über die Verschlechterungsgefahr in §§ 446, 447 gefolgert werden. Wäre Sachmangelfreiheit ab diesem Moment nicht mehr geschuldet, so wäre auch keine Leistungs- und folglich keine Gegenleistungsgefahr hinsichtlich der Verschlechterung zu verteilen. Ein anderer Schluß ist auch nicht aus dem Begriff »verschaffen« in § 433 I 2 zu ziehen. Hiermit ist die Art der geschuldeten Verschaffung, im Sachkauf also die Übereignung gemeint, was sich bereits darin zeigt, daß eine allein tatsächliche Verschaffung frei von *Rechtsmängeln* nicht in Betracht kommt. Ein Rechtsmangel kann erst mit Übereignung an den Käufer vorliegen (s. sogleich). Der Verschaffungsbegriff des § 433 I 2 kann insofern aber nicht gespalten sein.

IV. Rechtsmangelfreiheit, § 433 I 2

Der Verkäufer hat die Sache auch frei von Rechtsmängeln zu verschaffen (§ 433 I 2). Gem. § 435 S. 1⁷⁷ ist die Sache frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug

75 Vgl. § 480 I a.F. im Gegensatz zu § 439 I.

76 Zwar bestehen im Hinblick auf im Anschluß an die tatsächliche Verschaffung (vgl. §§ 446, 447) auftretende Sachmängel auch aus § 433 I keine Erfüllungspflichten des Verkäufers mehr. Dies liegt allerdings nicht in der Sachmangeldefinition des § 433 I 2, sondern in der Fernwirkung des § 434 auf den Erfüllungsanspruch aus § 433 I begründet, vgl. S. 144 ff.

77 § 435 S. 2 betrifft den hier nicht behandelten Grundstückskauf.

auf sie keine oder nur die im Vertrag übernommenen⁷⁸ Rechte gegen den Käufer geltend machen können. Im Kaufvertrag auftretende Rechtsmängel sind üblicherweise sowohl dingliche Rechte, wie z.B. Dienstbarkeiten⁷⁹ und Nutzungsbeschränkungen⁸⁰ als auch obligatorische Rechte wie z.B. Miet- und Pachtverhältnisse⁸¹ sowie bestimmte öffentliche Rechte wie z.B. Veräußerungspflichten an die Gemeinde⁸².

Geschuldet ist damit genau genommen nicht die Rechtsmangelfreiheit der Sache, sondern die Mangelfreiheit des Eigentumsrechts des Käufers an der Sache. Dies bedeutet das Ausbleiben von Belastungen des Eigentums und somit potentieller Beeinträchtigungen in der Eigentumsausübung durch den Käufer. Die zeitliche Dimension des Rechtsmangels – vergleichbar dem Gefahrübergang in § 434 – ist dann auch (ungeschrieben) der Erwerbszeitpunkt, also der Moment der Übereignung.⁸³ Vor der Erlangung des Eigentums durch den Käufer kann sein (noch nicht erlangtes) Eigentum noch nicht belastet sein. Eine Belastung des vormaligen Verkäufereigentums führt auch nicht zwingend mit der Übereignung zu einem Rechtsmangel, da es dem Käufer durchaus möglich ist, gutgläubig lastenfrei zu erwerben bzw. da eine vorherige Entfernung der Belastung durch den Verkäufer in Betracht kommt. Doch auch wenn beides nicht der Fall ist, ist lediglich die Verschaffung frei von Rechtsmängeln unmöglich (§ 275). Vor Übereignung liegt auch in diesem Fall kein Rechtsmangel vor.

Die Abgrenzung zwischen Sach- und Rechtsmängeln kann schließlich aufgrund des auch heute nicht nur auf physische Merkmale beschränkten Beschaffenheitsbegriffs⁸⁴ Schwierigkeiten bereiten. Sie spielt jedoch nunmehr eine weit geringere Rolle als in den §§ 433 ff. a.F., denn die Nichterfüllung der Rechtsverschaffungspflicht aus §§ 433 I a.F., 434 a.F. des Kaufrechts richtete sich gem. § 440 I a.F. (als Rechtsgrundverweisung) nach den Regeln des Allgemeinen Leistungsstörungsrechts (§§ 320 – 327 a.F.) unter zusätzlicher Berücksichtigung der § 440 II-IV a.F. Heute schuldet der Verkäufer die Sach- *und* Rechtsmangelfreiheit nach § 433 I 2. Vor allem aber nimmt auch § 437 keine Unterscheidung zwischen Sach- und Rechtsmangel vor.

78 Womit genauer gesagt nur eine *Schuldübernahme* (§§ 414-416) gemeint sein kann. Rechte Dritter können aber auch aufgrund des Vertrags zu dulden sein (vgl. MüKo/*Westermann*, § 435, Rdn. 5).

79 Vgl. BGH NJW 2000, 803.

80 Vgl. OLG Düsseldorf WuM 1998, 45 (46).

81 Vgl. BGH NJW 1991, 2700.

82 Vgl. BGH NJW 1983, 275.

83 Vgl. BGHZ 113, 106 (113); Palandt/*Weidenkaff*, § 435, Rdn. 7. Eine Ausnahme stellt auch nicht die fehlgeschlagene Übereignung durch den Verkäufer dar, weil die ausbleibende Eigentumsverschaffung kein Rechtsmangel ist, vgl. S. 36 ff.

84 Vgl. Palandt/*Weidenkaff*, § 434, Rdn. 11; Bamberger/*Roth/Faust*, § 434, Rdn. 19 ff. Der Gesetzgeber verweigert allerdings eine Definition des Beschaffenheitsbegriffs, vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 213.

Sache
sachmangelfrei
Übereignung
rechtsmangelfrei

Abb. 1: Anspruchsbestandteile des Erfüllungsanspruchs

2. Teil: Schlechtleistung auf den Erfüllungsanspruch

Die Schlechtleistung – in dem Sinne verstanden, wie der Begriff im folgenden verwandt wird – ist die maßgebliche⁸⁵ Voraussetzung für den Eintritt des Gewährleistungsrechts und somit auch für den Übergang auf den Nacherfüllungsanspruch. Um zu verstehen, was an dieser Stelle geschieht und warum es geschieht, muß deshalb im Anschluß an den Erfüllungsanspruch die Schlechtleistung untersucht werden.

A. Gewährleistungsrechtlicher Mangel (§§ 434, 435)

Die Leistung des Verkäufers auf den Erfüllungsanspruch des Käufers ist als Schlechtleistung zu qualifizieren, wenn die Voraussetzungen eines Sach- und / oder eines Rechtsmangels i.S.d. §§ 434, 435 vorliegen. Sie werden im folgenden als »gewährleistungsrechtliche⁸⁶ Mängel« bezeichnet, da sie inhaltlich teilweise über den Mangelbegriff des § 433 I 2 hinausgehen.

I. Sachmangel

1. »Echter« Sachmangel, § 434 I

Der Sachmangel definiert sich inhaltlich aus einem Rückschluß aus dem Begriff der Sachmangelfreiheit des § 434 I. Er ist die Nichtübereinstimmung der tatsächlichen Beschaffenheit der *verkauften* Sache mit der vereinbarten Beschaffenheit.⁸⁷ Dies ist der »echte« Sachmangel, den auch § 433 I 2 meint, wenn er Verschaffung frei von Sachmängeln verlangt. Einen Sachmangel kann nur die *verkaufte* Sache, also die geschuldete Sache im Stückkauf oder die Gattungssache aufweisen, auf die das Schuldverhältnis bereits konkretisiert worden ist.

85 Jedoch nicht die einzige, vgl. S. 139 ff.

86 Der Begriff Gewährleistungsrecht soll ungeachtet der folgenden Untersuchungsergebnisse wie allgemein üblich auch hier für das Mangelfolgerecht des Kaufvertrags (§§ 437 ff.) verwandt werden.

87 Dies muß »bei Gefahrübergang« gegeben sein (§ 434 I 1), vgl. hierzu S. 34 ff.

2. Subjektiver Sachmangelbegriff

Gem. § 434 I 1 ist die Sache bei Vorliegen der vereinbarten Beschaffenheit frei von Sachmängeln. Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist die Sache gem. § 434 I 2 Nr. 1 frei von Mängeln, wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet, sonst gem. Nr. 2, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

Durchgesetzt hat sich in dieser Regelung der sog. subjektive *Fehler*-⁸⁸, heute: Mangelbegriff.⁸⁹ Es obliegt den Parteien, die Soll-Beschaffenheit der Kaufsache festzulegen. Dabei entspringt nicht nur die vereinbarte Beschaffenheit des § 434 I 1 als Schuldnerpflicht dem Vertrag, sondern dies gilt ebenso für die Eignung zur vorausgesetzten Verwendung sowie die Eignung zur gewöhnlichen Verwendung und die übliche und zu erwartende Beschaffenheit. Es handelt sich auch bei diesen Regelungen nicht um objektive Aspekte des Sachmangelbegriffs, sondern lediglich um Konkretisierungen der §§ 133, 157.⁹⁰

3. Negative Beschaffenheitsabweichung?

Die Abweichung der tatsächlichen von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit muß dabei nicht »negativ« in dem Sinne sein, daß die Sache mit der tatsächlich gegebenen Beschaffenheit weniger wert ist oder in sonstiger Hinsicht von der allgemeinen Verkehrsauffassung als »negative Abweichung« empfunden wird.⁹¹ Meist wird dies zwar der Fall sein, namentlich, wenn es um Beschädigungen geht. Unter Geltung des subjektiven Sachmangelbegriffs, der sich in § 434 manifestiert hat⁹², muß als sachmangelfrei jedoch *allein* das Vorliegen der von den Parteien gewollten Beschaffenheit gelten. Unter der Herrschaft eines solchen Sachmangelbegriffs muß aber jede Abweichung einen Sachmangel darstellen, weil objektive Maßstäbe für die Feststellung einer Abweichung vom Gewollten nicht angelegt werden dürfen.⁹³

88 RGZ 135, 340 (342); BGHZ 16, 54 (55); *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf, S. 109 ff.

89 Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 212.

90 So auch *Canaris*, *Karlsruher Forum* 2002, S. 57; *Gillig*, *Nichterfüllung und Sachmängelgewährleistung*, S. 57 ff. bereits zum alten Recht. A.A. aber z.B. *MüKo/Westermann*, § 434, Rdn. 18/19.

91 A.A. aber z.B. *Oetker/Maultzsch*, § 2, S. 38, Rdn. 50; *Staudinger/Matusche-Beckmann*, § 434, Rdn. 33. Zumeist findet diese Frage allerdings keinerlei Erwähnung. Zu dem aus dieser Frage folgenden Problem der Behandlung des sog. höherwertigen aliud vgl. S. 146 ff.

92 Vgl. in dieser Absolutheit ganz richtig *Canaris*, *Karlsruher Forum* 2002, S. 56 ff.

93 Vgl. *Lorenz*, *NJW* 2006, 1925, welcher ebenfalls (allerdings zur Begründung einer grds. anzunehmenden Erheblichkeit des Mangels in §§ 281 I 3, 323 V 2) darauf abstellt, daß es nicht um feste Wertverhältnisse gehen kann und sich der Gläubiger nicht rechtfertigen muß, eine unerwünschte Leistung nicht haben zu wollen, eben auch aus höchst individuellen Gründen.

Die vereinbarte Beschaffenheit ist der einzig geschuldete Zustand der Sache. Es ist zwar nicht anzunehmen, daß es den Parteien immer um genau *einen* konkreten Zustand geht, weil durchaus bestimmte Spektren von Qualitäten vereinbart werden können, die in der ausdrücklichen Benennung allein ihre Untergrenze finden sollen.⁹⁴ Allerdings handelt es sich in solchen Fällen bei dem vermeintlich besseren Zustand nicht um eine positive, sondern überhaupt nicht um eine Abweichung. Ist der bessere Zustand dagegen nicht als ein möglicher in der Vereinbarung enthalten, weicht die Beschaffenheit von der vereinbarten ab. Es liegt ein Mangel i.S.d. § 434 I vor.

Ohnehin stellt sich die Frage, wie eine »positive Abweichung« ermittelt werden sollte. Der Vertrag selbst verrät nichts über die subjektive Bewertung bestimmter Abweichungen durch die Parteien, sondern einzig und allein über das konkret Gewollte und dessen Gegenwert, also das von den Parteien vertraglich geschaffene Äquivalenzverhältnis. Auch die spätere Haltung der Parteien (der Gläubiger macht Gewährleistungsrechte geltend oder nicht) ist zur Beantwortung dieser Frage nicht zweckdienlich. Erheblich wäre auch hier nur der übereinstimmende Parteiwille im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Dieser Wille wird jedoch auch durch Auslegung nicht zu ermitteln sein, da die Parteien sogar bei vertraglicher Regelung bestimmter Leistungsstörungen kaum den Fall der im konkreten Fall aufgetretenen Abweichung mitvereinbart haben werden.

Gegen eine »positive Abweichung« als Sachmangel spricht auch nicht das Argument, daß das Gewährleistungsrecht zwar für die Minderlieferung (§ 434 III, 2.Alt.) nicht aber für die *Mehrlieferung* eröffnet ist. Die Mehrlieferung ist nicht deshalb ausgenommen, weil sie »besser« wäre als die tatsächlich vereinbarte Leistung, sondern weil sie die geschuldete Leistung enthält und deshalb den Erfüllungsanspruch erfüllt. Dies trifft auf die Lieferung einer Sache mit wertvollere Beschaffenheit gerade nicht zu. Während die Mehrlieferung in einem ihrer (quantitativen!) Teile vollständig kongruent zu dem Erfüllungsanspruch ist, ist die Übereignung der wertvolleren Sache eine andere als die geschuldete Leistung.

Erst auf der Ebene des Sekundärrechts und dort im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung (§§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 bzw. 283) sowie der Minderung (§§ 437 Nr. 2, 323 I (bzw. i.V.m. § 326 V), 441) werden objektive Kriterien für die absolute bzw. verhältnismäßige Wertminderung gegenüber dem vertraglich Vereinbarten herangezogen. Daß und wie die Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit den Wert der Leistung absolut oder relativ mindert, bestimmt nun ihr Verkehrswert. Diese Bewertung »von außen« erfolgt jedoch nicht zur Feststellung der Erfüllungstauglichkeit einer Leistung, welche allein dem Vertrags obliegt, sondern zur Bemessung der jeweiligen Ansprüche nach dem feststehenden Scheitern der Primärebene.

Es kann dem Käufer dann auch nicht vorgehalten werden, er dürfe sich nicht zur Wehr setzen, weil er etwas Besseres bekommen habe.

94 Vergleichbar mit dem Verständnis von § 243 I als Erfordernis einer *mindestens* mittleren Art und Güte.

4. Dem Sachmangel gleichgestellte Erfüllungshindernisse, §§ 434 II, III

Neben dem »echten« Sachmangel des § 434 I finden sich in § 434 II und III Gleichstellungen anderer der Leistung möglicherweise innewohnender Erfüllungshindernisse mit dem Sachmangel.

a) Montagemangel und mangelhafte Montageanleitung, § 434 II

Übernimmt der Verkäufer vertraglich die Montage und wird sie durch den Verkäufer oder dessen Erfüllungsgehilfen (§ 278) unsachgemäß durchgeführt, soll dies einem Mangel der Sache gleichstehen (*»Ein Sachmangel ist auch dann gegeben, wenn (...)«*, § 434 II, S. 1).

Die Sachmangelgleichstellung erfolgt in diesem Fall, weil zusätzlich zur Über-eignung der Sache auch ihre Montage vereinbart worden ist. Hiermit soll die »mangelhafte« Montage ebenfalls dem Kaufgewährleistungsrecht unterstellt werden.⁹⁵ Deshalb ist es auch nicht erforderlich, daß die Montage die Beschaffenheit der Sache berührt. Eine Fallgruppe ist deshalb z.B. die falsche Anbringung ohne Beschädigung der Sache.

Einem Sachmangel soll es gem. § 434 II, S. 2 auch gleichstehen (*»Ein Sachmangel liegt (...) ferner vor, wenn (...)«*), wenn beim Kauf einer zur Montage bestimmten Sache die Montageanleitung mangelhaft ist, es sei denn, die Sache ist fehlerfrei montiert worden. In einem Kaufvertrag über eine zur Montage bestimmte Sache wird gerade vorausgesetzt, daß der Käufer die Montage vornehmen muß, um die Sache in der im Vertrag vorausgesetzten Weise gebrauchen zu können. Den Verkäufer trifft aus einem solchen Kaufvertrag heraus deshalb die Verpflichtung, den Käufer hierzu mittels Lieferung einer geeigneten Montageanleitung in die Lage zu versetzen.

§ 434 II, S. 2 ist dabei v.a. auf den Fall zugeschnitten, daß der Käufer durch die unsachgemäße Montage entweder die Sache beschädigt oder, ohne ihre Substanz zu verletzen, falsch montiert.⁹⁶ Beides läßt sich nicht unter § 434 I subsumieren. »Bei Gefahrübergang« lag die Beschädigung der Sache noch nicht vor. Ihr korrekt montierter Zustand war dagegen nie geschuldet. Diese hier aber geradezu vertragstypischen Nachteile soll der Käufer jedoch dann nicht tragen, wenn die mitgelieferte Montageanleitung mangelhaft ist. Deshalb wird gem. § 434 II, S. 2 die *durch den*

95 Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 215.

96 Vgl. Art. 2 Abs. 5 S. 2 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter), auf den auch die Gesetzesbegründung Bezug nimmt, vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 216.

Käufer aufgrund⁹⁷ der mangelhaften Montageanleitung falsch montierte Sache entgegen § 434 I als sachmangelhaft betrachtet (»(...)liegt bei einer (...) Sache vor (...)«), § 434 II, S. 1).

Nach dem Wortlaut des § 434 II, S. 2 erfaßt die Gleichstellung zudem die *nicht* montierte Sache.⁹⁸ Dies wäre jedoch einerseits nicht erforderlich, da die Anleitung selbst und somit auch die Sache dann ohnehin i.S.d. § 434 I mangelhaft ist.⁹⁹ Sollte der Mangel zudem kraft dieser Gleichstellung im »Nichtmontiertsein« der Sache bestehen, müßte andererseits der (durch den Käufer wählbare) Nachbesserungsanspruch des § 439 I, 1. Alt. die Montage durch den Verkäufer beinhalten. Diese ist aber aus dem Vertrag heraus gerade nicht geschuldet und somit allenfalls in den Fällen zu rechtfertigen, in denen die mangelhafte Montageanleitung bereits eine *Falschmontage* durch den Käufer nach sich gezogen hat. Subsumiert man die mangelhafte Montageanleitung in den Fällen der »Nichtmontage« dagegen unter § 434 I, so besteht der entscheidende Unterschied darin, daß der Sachmangel schlicht in der fehlenden Eignung der Montageanleitung liegt. Dies führt zu der richtigen Rechtsfolge eines allein auf sie gerichteten Nacherfüllungsanspruchs.

b) Falschlieferung, § 434 III, 1. Alt.

Gem. § 434 III, 1. Alt. steht es einem Sachmangel gleich, wenn der Verkäufer eine andere Sache liefert. Unter *andere Sache* könnte jede Sache verstanden werden, die nicht die *verkaufte* Sache ist. Damit fiel vor allem die Lieferung der »mangelhaften« Sache im Gattungskauf vollständig unter die Vorschrift des § 434 III, 1. Alt. Wie bereits dargelegt, handelt es sich bei der »sachmangelhaften« Sache im Rahmen des Gattungskaufs stets um eine andere als die geschuldete Sache.

Merkwürdig erscheint jedoch, daß die Schlechtleistung im Gattungskauf als dem Hauptanwendungsfall des heutigen Kaufrechts erst über eine solche versteckte Vorschrift in das Gewährleistungsrecht einbezogen werden sollte. So war es durch den Gesetzgeber auch nicht vorgesehen; vielmehr lag der Grund für die Einführung der Vorschrift darin, die im alten Schuldrecht von Rspr. und Lit. im Gattungskauf vorgenommene Abgrenzung zwischen der Schlecht- (*peius*) und der Falschlieferung (*aliud*) zu beenden.

97 Voraussetzung ist die Kausalität zwischen mangelhafter Montageanleitung und falscher Montage, vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 216. Sie muß jedoch nicht durch den Käufer bewiesen werden (§ 434 II, S. 2).

98 In dieser Weise bejahend: BT-Drs. 14/6040, S. 216; Palandt/*Weidenkaff*, § 434, Rdn. 51; ebenso Bamberger/*Roth/Faust*, § 434, Rdn. 100.

99 Anderes gilt auch nicht für die in der Gesetzesbegründung (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 216) angeführte Rückgriffsmöglichkeit des Letztverkäufers.

aa) Die Abgrenzung zwischen *peius* und *aliud* unter Geltung der §§ 459 ff. a.F.

Die Vorschrift des § 480 a.F. bezog den Gattungskauf in das Gewährleistungsrecht ein und gab dem Gattungskäufer die Rechte aus § 462 a.F. Somit stellte bereits § 480 I a.F. die nicht geschuldete Sache im Gattungskauf der sachmangelhaften *verkauften* Sache gleich, ohne daß dies allerdings kenntlich gemacht worden wäre (§ 480 I a.F.: »mangelhaften Sache«).

Zumindest der Wortlaut des § 480 a.F. ließ mithin eine Abgrenzung zwischen einer Schlecht- und einer Falschlieferung im Gattungskauf zu. Grund für die Vornahme einer solchen Abgrenzung war die damalige Rechtslage: Das Gewährleistungsrecht gab dem Käufer einer Gattungssache mit § 480 a.F. im Falle ihrer »Sachmangelhaftigkeit« das Recht, zu wählen, ob er eine andere Sache verlangen, die erhaltene Sache behalten und den Kaufpreis mindern oder sich sogar durch die Wandlung von dem Vertrag lösen wollte. Die Einbeziehung in das Gewährleistungsrecht unter Beibehaltung des fortbestehenden Erfüllungsanspruchs in Form des Nachlieferungsanspruchs erweiterte somit einerseits die Rechte des Gattungskäufers gegenüber dem Allgemeinen Leistungsstörungsrecht. Im Geltungsbereich der §§ 325 ff. a.F. hätte der Käufer zunächst *nur* die Erfüllung verlangen können.¹⁰⁰ Andererseits erlitt der Käufer immer dann einen eklatanten Nachteil gegenüber dem Allgemeinen Leistungsstörungsrecht, wenn er Mängelrechte (zumeist aufgrund fehlender vorheriger Kenntnis) erst nach Ablauf von sechs Monaten geltend machte. Dann nämlich waren seine Gewährleistungsrechte inklusive seines Nachlieferungsanspruchs allesamt verjährt (§§ 480 I 2, 477 I a.F.). Ein Rückgriff auf §§ 325 ff. a.F. kam nicht in Betracht.

Dieses Ergebnis wurde allerdings dann als für den Käufer nicht hinnehmbar empfunden, wenn es sich um eine extreme Abweichung der Sache vom Vertrag handelte, ein sog. nichtgenehmigungsfähiges *aliud*. Genau wie die Falschlieferung im Stückkauf sollten auch solche Extremabweichungen im Gattungskauf allein dem Allgemeinen Leistungsstörungsrecht mit seiner langen Verjährung unterworfen sein.¹⁰¹

100 Eine Minderung wäre überhaupt nicht, ein etwaiger Schadensersatzanspruch (damals noch:) wegen Nichterfüllung bzw. der Rücktritt gem. § 326 I 2, 1. bzw. 2. Alt. a.F. erst mit Ablauf einer diesbezüglich gesetzten Frist (damals noch:) mit Ablehnungsandrohung in Betracht gekommen.

101 BGH JZ 1967, 321; WM 1985, 1361 (1363); BGH NJW 1989, 218 (219) (»Glykolwein«). In der Literatur gingen die Ansichten über die Behandlung der Falschlieferung auseinander. Eine Ansicht ging von einer Gleichstellung mit der Schlechtleistung aus (vgl. z.B. Soergel/Huber, vor § 459, Rdn. 125). Weitere Ansichten wollten dagegen Extremabweichungen ausnehmen (vgl. z.B. Staudinger/Honsell, § 480, Rdn. 4.). Wiederum andere Ansichten unterschieden zwischen dem bürgerlichrechtlichen und dem beiderseitigen Handelskauf (vgl. z.B. MüKo/Westermann (3. Auflage), § 459, Rdn. 22 ff.). Schließlich wurde vertreten, daß sowohl im Kaufvertrag des BGB als auch im HGB die Falschlieferung generell nach §§ 320 ff. a.F. zu beurteilen sei (vgl. z.B. Knöpfle, JZ 1979, S. 11 ff.).

Ein aliud (Falschlieferung) sollte im Fall der Nichtzugehörigkeit zu der Gattung vorliegen¹⁰², während bei Nichtzugehörigkeit nur zu der vereinbarten *Art oder Qualität* innerhalb der richtigen Gattung ein dem Gewährleistungsrecht in jedem Fall unterfallendes peius (Schlechtlieferung) gegeben sein sollte¹⁰³. Hatte man es mit einem aliud zu tun, war sodann in einem weiteren Schritt zu ermitteln, ob es als – am Maßstab des § 378 a.F. HGB¹⁰⁴ gemessen – nicht genehmigungsfähig angesehen werden konnte.

bb) Die Einführung von § 434 III, 1. Alt. zur Unterbindung der Abgrenzungspraxis

Die Gesetzesbegründung zu § 434 III, 1. Alt. stellt zu Recht darauf ab, daß diese Abgrenzungspraxis zwangsläufig zu unvorhersehbaren Ergebnissen führen mußte.¹⁰⁵ Wellstegträger mit einer Länge von 32 cm und solche mit einer Länge von 40 cm sollten z.B. zwar verschiedenen Arten, aber dennoch derselben Gattung *Wellstegträger* angehören.¹⁰⁶ Ein aliud sollte dagegen vorliegen, wenn von gattungsbildenden Beschaffenheiten abgewichen wurde, wenn z.B. Winter- statt Sommerweizen¹⁰⁷ oder glykolversetzter Tafelwein statt Auslesewein¹⁰⁸ geliefert wurde. Diese Unsicherheit wurde durch § 434 III, 1. Alt. beseitigt.

Nach Ansicht des Reformgesetzgebers¹⁰⁹ besteht materiellrechtlich durchaus die soeben dargestellte Unterscheidung zwischen Falsch- und Schlechtlieferung im Gattungskauf. Mit § 434 III, 1. Alt. sollte allein eine Gleichbehandlung im Rahmen der Rechtsfolge erreicht werden.¹¹⁰ Indirekt geht somit aus der Gesetzesbegründung hervor, daß *nur* die Ausgrenzung des nichtgenehmigungsfähigen aliud unterbunden und nicht etwa jede »mangelhafte« Lieferung im Gattungskauf unter § 434 III, 1. Alt. subsumiert werden sollte.¹¹¹

102 RGZ 103, 77 ff. (»Sommer- / Winterweizen«); BGH NJW 1968, 640 (»Sommer- / Winterweizen«); BGH NJW 1969, 787 (»Auslands- / Inlandsschrott«); BGH NJW 1968, 640 (»Sommer- / Winterweizen«); BGH WM 1989, 380 ff. (»Glykolwein«).

103 BGH NJW 1975, 2011 (»Wellstegträger«).

104 § 378 a.F. HGB betraf allerdings *direkt* nur die Reichweite der Rügeobliegenheit des § 377 a.F. HGB. Handelte es sich um eine genehmigungsfähige Falschlieferung, so mußte der Käufer sie rügen, um nicht seiner Rechte verlustig zu gehen (§ 377 II a.F.).

105 Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 216.

106 BGH NJW 1975, 2011 (»Wellstegträger«).

107 BGH NJW 1968, 640 (»Sommer- / Winterweizen«).

108 BGH WM 1989, 380 ff. (»Glykolwein«). Auslösendes Element war nicht das Glykol, sondern die Eigenschaft als Tafelwein, welcher deshalb nicht aus der Gattung »Auslese« stammte.

109 Dieser gibt zu bedenken, daß die Frage nach der *richtigen* Abgrenzung wohl nicht zu beantworten sei (BT-Drs. 14/6040, S. 87). Einen Unterschied bejahend auch Bamberger/Roth/Faust, § 434, Rdn. 105.

110 Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 216.

111 So z.B. auch Bamberger/Roth/Faust, § 434, Rdn. 105ff.

Tatsächlich aber erfaßt § 434 III, 1. Alt. jede »mangelhafte« Lieferung im Gattungskauf, weil es eine Schlechtlieferung (*peius*), vergleichbar mit derjenigen im Stückkauf nicht geben kann. Die Unterscheidung zwischen Schlecht- und Falschlieferung war und ist im Gattungskauf materiell unhaltbar. Sie stellt das Recht der Parteien zur freien Gattungsbildung in Abrede. So wurde von der überkommenen Ansicht davon ausgegangen, daß die Parteien sich mit ihrer Vereinbarung lediglich eine von der Verkehrsauffassung anerkannte Gattung aussuchen dürfen.¹¹² Die übrigen Beschaffenheitsvereinbarungen sollten lediglich unterschiedliche »Arten« oder »Qualitäten« innerhalb dieser ausgewählten Gattung festlegen.¹¹³ Mit *Esser/Weyers*¹¹⁴ ist zu erwidern, daß eine Vereinbarung gerade nicht in gattungsdefinierende und beschaffenheitsbestimmende Vereinbarungen gespalten werden kann. Die Gattung wird durch die Parteien gänzlich frei nach ihren Vorstellungen erschaffen, indem sie durch ihre Vereinbarungen die Beschaffenheit aller erfüllungstauglichen Gegenstände festlegen.¹¹⁵ Gattungen sind also gerade keine nach der Verkehrsauffassung objektiv außerhalb des Vertrags bestehenden Gruppierungen von Sachen. Die Verkehrsauffassung darf lediglich zur ergänzenden Auslegung der gattungsbildenden Vereinbarungen herangezogen werden.¹¹⁶

Für die Annahme von »mangelhaften Gattungen« oder von »mangelhaften Sachen aus mangelfreien Gattungen« besteht auch keine Notwendigkeit. Grds. denkbare *widersprüchliche* Vereinbarungen über Bezeichnungen (Marke) und Beschreibungen (Material und Form) von Sachen sind – wie alle vertraglichen Vereinbarungen – nach ihrem wahren Sinn auszulegen. Bleibt der wahre Sinn widersprüchlich (Es soll eine Sache einer bestimmten Marke geliefert werden, allerdings mit einer Beschaffenheit, die solche Sachen nicht zu haben pflegen, wobei keine der beiden

112 BGH NJW 1975, 2011 (»Wellstegträger«); WM 1984, 1059 (1060) (»Warmwasser- / Kaltwasserrohre«); WM 1978, 725 (726) (»Kühlschränke«).

113 BGH NJW 1975, 2011 (»Wellstegträger«) mwN: »Diese (*die Verkehrsauffassung*) ist maßgebend dafür, ob im Einzelfall die vertragliche Vereinbarung einer bestimmten Beschaffenheit der zu liefernden Sache sich bereits als Festlegung eines besonderen Gattungsmerkmals erweist, oder ob die Parteien nicht vielmehr lediglich bestimmt haben, mit welchen besonderen Eigenschaften die aus einer vorgegebenen Gattung zu leistende Ware ausgestattet sein soll.« Vgl. auch BGH NJW 1984, 1955 (»vorgegebene Gattung«); BGH WM 1984, 1059 (1060) (»Warmwasser- / Kaltwasserrohre«); BGH WM 1978, 725 (726) (»Kühlschränke«).

114 *Esser/Weyers*, SchR II, Tbd. 1, § 5 IV, S. 57: »Wer eine solche Feststellung trifft, ermittelt unzulässig ohne Vermittlung des Parteiwillens direkt aus der Verkehrssitte, wie die Gattung zu definieren sei, und konstatiert dann, daß das, was er als Gattung ermittelt hat, dem Parteiwillen nicht entspricht.«; a.A. z.B. *Soergel/Huber*, vor § 459, Rdn. 27, FN 31, welcher diese Ansicht für nicht mit dem subjektiven Fehlerbegriff vereinbar hält und dabei verkennen dürfte, daß nur sie sowohl den subjektiven Fehlerbegriff als auch den subjektiven Gattungsbegriff berücksichtigt.

115 BGH NJW 1986, 659 (660); *Gernhuber*, Schuldverhältnis, § 10 I 2, S. 214/215; *Esser/Weyers*, SchR II, Tbd. 1, § 5, S. 56: »Der Grundsatz der Parteiautonomie gibt den Parteien die Herrschaft über den Schuldinhalt bis in alle Einzelheiten.«; *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 118 (121).

116 Vgl. auch *Staudinger/Schiemann*, § 243, Rdn. 8; *Gernhuber*, Schuldverhältnis, § 10 I a, 215.

Abreden als gänzlich unbedeutend ausgelegt werden kann.), so ist nach der Vereinbarung eine Sache geschuldet, die es nicht gibt. Die Lieferung einer solchen Sache ist objektiv unmöglich (§ 275 I).

Ergibt sich aus einem Gattungsvertrag ausnahmsweise, daß sich die Parteien auf eine bestimmte Beschaffenheit geeinigt haben, welche die zudem benannten Sachen (z.B.: Marke) gar nicht aufweisen, muß diese Bezeichnung, wenn sie nach dem Verständnis beider Parteien *nur irriger* Oberbegriff für die vorgestellte Beschaffenheit ist, eben zurückstehen und als für die Festlegung ausnahmsweise unbedeutend ausgelegt werden.

Die Abgrenzung zwischen aliud und peius im Gattungskauf – mag sie auch zur sachgerechten Behandlung bestimmter Fälle durch das Allgemeine Leistungsstörungenrecht vorgenommen worden sein – war deshalb noch nie durch das Gesetz gedeckt. Ihr Sinn und Zweck war allein, den Parteien die Hoheit über die Gattungsbildung zu entziehen, wodurch die Rspr. frei darüber entscheiden konnte, welche Lieferungen dem Gewährleistungsrecht unterstehen sollten und welche nicht.

Der Reformgesetzgeber zog seine Konsequenzen durch die Einführung des § 434 III, 1. Alt.¹¹⁷ Ohne daß dies beabsichtigt gewesen wäre, läßt diese Vorschrift allerdings nur offenbar werden, wie § 480 a.F. schon immer zu verstehen war. Innerhalb des Gattungskaufs wird die falsche der mangelhaften Sache gleichgestellt. Die »mangelhafte« Lieferung im Gattungskauf unterfällt insgesamt § 434 III, 1. Alt. Auch wenn die meisten dieser Falschlieferungen der Lieferung einer mangelhaften Sache im Stückkauf *faktisch* ähnlich sein werden, weil auch hier Nacherfüllung im Wege der Nachbesserung in Betracht kommt, bleibt es bei der aus dem Vertrag resultierenden *rechtlichen* Einordnung als Falschlieferung.

cc) Die Reichweite des § 434 III, 1. Alt.

Schließlich muß die Frage geklärt werden, wie weit die Gleichstellung der Falschlieferung mit der Lieferung einer mangelhaften Sache geht. Erfäßt sie auch Falschlieferungen im Stückkauf und sog. *Extremabweichungen* im Gattungskauf, also bspw. auch die Lieferung einer Teekanne bei Kauf eines Kfz?

Beides ist zu bejahen, und zwar aufgrund des unmißverständlichen Wortlauts und des gesetzgeberischen Willens, in diesem Punkt aus Gründen der Rechtssicherheit keine Abgrenzungen zuzulassen. Für den Stückkauf wäre diese Regelung sicher nicht nötig gewesen, da sich diesbezüglich auch nach dem alten Schuldrecht rechtlich keine Probleme ergaben. Es stand fest, daß es sich nicht um die mangelhafte *verkaufte* Sache handelte, und §§ 459 ff. a.F. enthielten keine dem § 480 I a.F. entsprechende Gleichstellungsvorschrift für diesen Fall. Es blieb somit bei der Anwendung des Allgemeinen Leistungsstörungenrechts.

117 Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 216.

Zwar ist eine Gleichstellung der falschen mit der mangelhaften Sache im Rahmen eines Stückkaufs ein Fremdkörper im Gewährleistungsrecht, weil die Erfüllung nicht an der von der Vereinbarung abweichenden Beschaffenheit scheitert. Jedoch ist ihre Einbeziehung nicht schon deshalb systemwidrig. Sie ist vielmehr zu bejahen.¹¹⁸ Zum einen wird auch die Minderlieferung als teilerfüllungstaugliche Leistung dem Gewährleistungsrecht unterstellt, obwohl ihr Erfüllungshindernis ebenfalls gerade nicht in einer Abweichung von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit besteht. Zum anderen beinhaltet das Gewährleistungsrecht eine Fülle von Funktionen neben der Bereitstellung des Nacherfüllungsanspruchs (vgl. S. 146 ff.), die auf die Fälle der Falschlieferung im Stückkauf ebenso passen wie auf die Lieferung der mangelhaften *verkauften* Sache. Immerhin ist es z.B. möglich, daß beiden Parteien aufgrund der tatsächlichen Ähnlichkeit zwischen *verkaufter* und gelieferter Sache die Falschlieferung zunächst verborgen bleibt, auch wenn rechtlich von vornherein feststeht, daß eine Erfüllung mit dieser Sache nicht in Betracht kommt. Fest steht deshalb aber auch, daß als Nacherfüllungsanspruch allein die Nachlieferung in Betracht kommt, da eine Nachbesserung die Leistung nicht zu der geschuldeten zu ergänzen vermag.

Ebenfalls sind alle Extremabweichungen von § 434 III, 1. Alt. umfaßt.¹¹⁹ Hierunter werden Falschlieferungen im Rahmen des Gattungskaufs verstanden, die ganz offensichtlich nicht der geschuldeten Leistung entsprechen. Denkbar sind sie aber auch im Stückkauf, wenn die andere Sache überhaupt keine Ähnlichkeiten mit der geschuldeten aufweist. Geliefert wird z.B. ein Elefant anstelle eines Kühlschranks. Auch hierfür ist das Gewährleistungsrecht einschlägig. Es ist die Aussage der Gesetzesbegründung zu beachten, wonach Voraussetzung für die Gleichstellung erkennbar der Zusammenhang zwischen Leistung und Verpflichtung ist und es sich nicht um eine Teilleistung oder eine Leistung auf Grund einer anderen Verbindlichkeit handeln darf.¹²⁰ Zusätzlich ist die Annahme der Sache durch den Käufer als Erfüllung erforderlich.¹²¹ Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist eine Einbeziehung auch dieser Fälle in das Gewährleistungsrecht nicht weniger gerechtfertigt als die Einbeziehung der gemeinen Mangelhaftigkeits-Fälle, die ebenfalls diesen Kriterien genügen müssen.

118 So auch Bamberger/Roth/Faust, § 434, Rdn. 107; Lorenz, JuS 2003, 36 (38); Tiedtke/Schmitt, JZ 2004, 1092 (1093 f.); Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 2, S. 80f., Rdn. 159; Musielak, NJW 2003, 89 (90 ff.); a.A.: Canaris, Schuldrechtsmodernisierung, S. XXIII; Oechsler, SchR-BT, § 2, S. 76/77, Rdn. 114.

119 So auch Bamberger/Roth/Faust, § 434, Rdn. 108; Tiedtke/Schmitt, JZ 2004, 1092 (1093 ff.); Lorenz, Jus 2003, 36 (37); Musielak, NJW 2003, 89 (90 ff.); Canaris, Karlsruher Forum 2002, S. 66 ff.

120 BT-Drs. 14/6040, S. 216. Dies wird in Fällen der Extremabweichung kaum jemals vorkommen. Hierauf abstellend auch Lorenz, Jus 2003, 36 (37); Canaris, Karlsruher Forum 2002, S. 66 ff.; Tiedtke/Schmitt, JZ 2004, 1092 (1095 ff.).

121 Zum Gewährleistungsrechtseintritt vgl. ausführlich S. 139 ff.

c) Minderlieferung, § 434 III, 2. Alt.

Gem. § 434 III, 2. Alt. steht es einem Sachmangel gleich, wenn der Verkäufer eine zu geringe Menge liefert. Wie sich bereits aus dem Wort *Menge* schließen läßt, ist mit der sog. Minder- (oder auch: Manko-) lieferung eine Zuweniglieferung von gleichartigen Sachen gemeint. Hierbei handelt es sich eigentlich um eine teilerfüllungstaugliche Leistung,¹²² denn wie noch zu zeigen sein wird, ist diese Leistung – anders als die Lieferung einer mangelhaften oder *anderen* Sache – kongruent mit einem (rechtlich teilbaren, weil nur quantitativen) Teil des Erfüllungsanspruchs (vgl. S. 42 ff.). Das Erfüllungshindernis besteht einzig darin, daß ihr ein gleichartiger anderer Teil zur Gesamtleistung fehlt. Da die Sache aber nicht in ihrer Beschaffenheit von der vereinbarten Beschaffenheit abweicht, ist die Minderlieferung dogmatisch wesentlich weiter von dem »echten« Sachmangel entfernt als die ebenfalls dem Sachmangel gleichgestellte Falschlieferung im Gattungskauf. Sie ist im Gewährleistungsrecht mithin ein Fremdkörper, vergleichbar der Gleichstellung der Falschlieferung im Stückkauf mit dem Sachmangel.

Die Gleichstellung einer solchen Leistung mit einem Sachmangel erfolgt nur dann, wenn die Leistung erkennbar als vollständige Leistung erbracht (verdeckte Teilleistung)¹²³ und – wie noch zu zeigen sein wird – auch als solche durch den Gläubiger angenommen wird. Wird sie dagegen als Teilleistung (offene Teilleistung) erbracht, führt sie – sofern der Käufer sie nicht zurückweist – zur Teilerfüllung. Bei Zurückweisung besteht der Erfüllungsanspruch unberührt von der Leistung fort. Da die Minderlieferung als rechtlich abtrennbarer Teil der geschuldeten Leistung geschuldet ist, kann der Gläubiger sie nicht als *nichtgeschuldete*, sondern lediglich als Teilleistung zurückweisen, zu welcher der Schuldner gem. § 266 nicht berechtigt ist.

Dem Gläubiger soll mit der Gleichstellung der verdeckten Minderlieferung mit einem Sachmangel nach der Gesetzesbegründung die Möglichkeit gegeben werden, die vollständige Neulieferung im Rahmen eines Nachlieferungsanspruchs gem. § 439 I, 2. Alt. zu verlangen, da es vorkommen kann, daß der Gläubiger an der bloßen Ergänzung der bereits erbrachten Teilleistung kein Interesse hat (Bsp.: Fliesen aus unterschiedlichen Partien mit voneinander abweichender Färbung).¹²⁴ Der ursprüngliche Erfüllungsanspruch könnte dem Gläubiger insoweit nicht weiterhelfen, da er bereits teilweise erfüllt worden ist und bzgl. einer vollständigen anderen Leistung folglich auch im Gattungskauf keinen Anspruch mehr geben kann. Bei einer offenen Teilleistung ist der Gläubiger dagegen nicht in dieser Weise schutzwürdig. Er hätte sie gem. § 266 zurückweisen können.

Gleiches gilt auch für die Lage des Schuldners. Auch er erfährt Schutz durch die Gleichstellung der Minderlieferung mit dem Sachmangel, wenn er eine verdeckte

122 Dabei ist § 266 zu beachten.

123 Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 216.

124 BT-Drs. 14/6040, S. 216. Die Verjährungsunterschiede zwischen Allgemeinem Leistungsstörungsrecht und Gewährleistungsrecht finden Beachtung, werden jedoch in Kauf genommen.

Teilleistung erbringt. Mit Eintritt in das Gewährleistungsrecht ist er ohne eine Anforderung des Gläubigers keinen aktuellen Erfüllungsansprüchen mehr ausgesetzt (vgl. S. 94 ff.). Bei der offenen Teilleistung trifft ihn auch der verbliebene Teil des Erfüllungsanspruchs ohne Einschränkungen wie zuvor.

5. Zeitliche Dimension des gewährleistungsrechtlichen Sachmangels

Der gewährleistungsrechtliche Sachmangelbegriff des § 434 I unterscheidet sich insofern von demjenigen des § 433 I 2, als er eine zeitliche Komponente aufweist. § 434 I 1 setzt voraus, daß die von der Vereinbarung abweichende Beschaffenheit der Sache *bei Gefahrübergang* vorliegt. Bezug nimmt § 434 I 1 mit dem Gefahrübergang auf die Vorschriften der §§ 446, 447.¹²⁵ Bei dem (Gegenleistungs-)Gefahrübergang handelt es sich um die in §§ 446, 447 angeordnete Rechtsfolge. Entgegen dem Wortlaut von § 434 I 1 ist aber gerade diese Rechtsfolge der §§ 446, 447 nicht der zeitliche Anknüpfungspunkt des gewährleistungsrechtlichen Sachmangels.

Zeitlicher Anknüpfungspunkt ist allein der Moment, in welchem die durch den Verkäufer zur Erfüllung geleistete Sache (je nach Vereinbarung) in der von §§ 446, 447 umschriebenen Weise übergeben oder versandt wird. Im Rahmen des echten Sachmangelbegriffs des § 434 I (Verschaffung der *geschuldeten*, aber mangelhaften Sache) spielt diese Beschränkung auf die *Voraussetzungen* der §§ 446, 447 keine Rolle, weil die *verkaufte* Sache verschafft wird und die Rechtsfolge der §§ 446, 447 ebenfalls eintritt.

Den Gegenleistungsgefahrübergang vorauszusetzen ist aber nicht Sinn und Zweck dieser zeitlichen Dimension des § 434 I. Relevant ist allein die Übergabe oder Versendung der (ob geschuldet oder nicht) *geleisteten* Sache. Dieser Zeitpunkt tatsächlicher Sachverschaffung entscheidet über das Entstehenmüssen des Verkäufers für den Sachmangel als Schuldner der Sachmangelfreiheit.

Rein begrifflich kann ein Mangel der Sache als Abweichung der tatsächlichen von der vertraglichen Beschaffenheit zu jeder Zeit zwischen Vertragsschluß und Erfüllung eintreten. Da der Erfüllungsanspruch rechtlich nicht teilbar ist (vgl. S. 42 ff.), bedeutete dies eigentlich, daß der Verkäufer dafür sorgen müßte, daß Sachmangelfreiheit *erst* aber auch *noch* bei Abschluß der Leistung vorliegt, auch wenn tatsächliche und Rechtsverschaffung z.B. bei einem Eigentumsvorbehaltskauf auseinanderfallen. Denn diesen Fall setzt § 433 I 2 mit seiner einheitlichen Verschaffung nicht voraus.

§ 434 I 1 regelt jedoch hiervon abweichend, daß der Verkäufer *bereits* mit seiner Erfüllungspflicht für Sachmängel entstehen muß, die bei tatsächlicher Verschaffung vorliegen, dafür aber *nicht mehr* für solche Sachmängel, die erst entstehen, nachdem

125 Vgl. Palandt/*Weidenkaff*, § 434, Rdn. 8.

er die Sache auf die geschuldete Art tatsächlich an den Käufer verschafft hat. Nur hinsichtlich des Sachmangels, der im Moment der tatsächlichen Sachverschaffung vorliegt, soll den Verkäufer in der Zeit nach der tatsächlichen Sachverschaffung noch die Pflicht zur Herstellung der Sachmangelfreiheit treffen, sei es im Rahmen des Erfüllungsanspruchs, oder im Rahmen des Nacherfüllungsanspruchs.¹²⁶

Zugleich ist der Zeitpunkt der tatsächlichen Verschaffung auch der *früheste* denkbare Zeitpunkt des Gewährleistungsrechtseintritts. Der in der Folge entstehenden Nacherfüllungsanspruch setzt das Vorliegen eines *bestimmten* Sachmangels voraus, weil der Nachbesserungsanspruch auf ihn Bezug nimmt. Der Nacherfüllungsanspruch ist also nicht mehr nur abstrakt auf sachmangelfreie Verschaffung gerichtet. Vor Gefahrübergang und damit tatsächlicher Sachverschaffung ist aber weder gewiß, ob der Verkäufer die Sache überhaupt verschaffen wird, noch, ob sie in diesem Fall mangelhaft sein wird.

Wie für den Sachmangel der *geschuldeten* Sache (Stückkauf) gilt der Verantwortlichkeitszeitpunkt »bei Gefahrübergang« auch für die Falschlieferung des § 434 III, 1. Alt., obwohl er hier nicht genannt ist und obwohl die Rechtsfolge der §§ 446, 447 (Gegenleistungsgefahrübergang) mangels Verschaffung der *verkauften* Sache nicht eintreten kann. Dies ändert jedoch nichts an der Relevanz des Zeitpunkts für die Mangelfeststellung: Falschlieferung. Der zeitlichen Voraussetzung »bei Gefahrübergang« wird Genüge getan, wenn die Gegenleistungsgefahr übergegangen *wäre*, falls anstelle der nichtgeschuldeten die *verkaufte* Sache auf gleiche Weise tatsächlich verschafft worden wäre (sog. potentieller Gefahrübergang).¹²⁷

Bei der Falschlieferung im Rahmen des Gattungskaufs ähnelt die tatsächliche – anders als die rechtliche – Situation derjenigen der Verschaffung der mangelhaften geschuldeten Sache. Die Beurteilung, ob die *verkaufte* oder eine *andere* Sache verschafft wurde, richtet sich im Gattungskauf – wie die Sachmangelfeststellung an der geschuldeten Sache des Stückkaufs – nach dem Nichtvorliegen der geschuldeten Beschaffenheit der verschafften Sache i.S.d. § 434 I als fehlende Voraussetzung für die Konkretisierung (§ 243). Auch für die Beurteilung als Falschlieferung innerhalb des Gattungskaufs muß der relevante Zeitpunkt derjenigen der tatsächlichen Sachverschaffung und somit »bei Gefahrübergang« sein. Die Falschlieferung kann *frühestens* mit der Sachverschaffung durch den Verkäufer festgestellt werden, da zuvor nicht feststeht, ob der Verkäufer überhaupt leisten wird und wenn doch, welche Sache der Verkäufer verschaffen und in welchem Zustand diese sich bis dahin befinden wird. Zudem muß für den etwaigen Zeitraum *zwischen* der tatsächlichen Sachverschaffung und der Rechtsverschaffung dieselbe Wertung wie für § 434 I gelten. Für die nach diesem Zeitpunkt eintretende Abweichung von der vertraglichen Be-

126 Denn der in § 434 I genannte Gefahrübergang ist nicht der Auslöser des Gewährleistungsrechts (vgl. S. 144 ff.), so daß das Fortbestehen des Erfüllungsanspruchs denkbar ist. Die zeitliche Bestimmung des § 434 I 1 muß aber ebenso auf den Erfüllungsanspruch durchschlagen.

127 Vgl. zum alten Recht: Soergel/Huber, § 459, Rdn. 83; heute: Bamberger/Roth/Faust, § 434, Rdn. 35.

schaffenheit an der gelieferten Sache soll der Verkäufer nicht mehr als Schuldner der Sachmangelfreiheit eintreten müssen.

Selbst die Falschlieferung im Stückkauf richtet sich nach dem Zeitpunkt tatsächlicher Sachverschaffung. Zwar bestimmt sich die Mangelhaftigkeit in diesem Fall nicht nach der Beschaffenheit, sondern allein dadurch, daß die verschaffte Sache nicht mit der vertraglich individualisierten identisch ist. Doch steht erst mit der tatsächlichen Verschaffung fest, daß der Verkäufer diese *andere* Sache tatsächlich zur Erfüllung des Anspruchs verschafft.

Schließlich ist auch bei der Minderlieferung das Merkmal »bei Gefahrübergang« vorausgesetzt und muß deshalb in § 434 III, 2. Alt. hineingelesen werden. Bei der Minderlieferung geht es zwar wie bei der Falschlieferung im Stückkauf nicht um eine abweichende Beschaffenheit; doch auch hier muß der Zeitpunkt der tatsächlichen Sachverschaffung über die Gleichstellung mit dem Sachmangel (§ 434 III, 2. Alt.) entscheiden. Ob die Sache bei Vertragsschluß *noch* unvollständig war oder es erst später beim Käufer wird, kann nicht von Bedeutung sein. Auch hier kommt es auf den Moment der tatsächlichen Verschaffung durch den Verkäufer an.

II. Rechtsmangel

Der gewährleistungsrechtliche Rechtsmangel(freiheits)begriff des § 433 I 2 wurde aus der Rechtsmangel(freiheits)definition des § 435 S. 1 heraus als das Nichtvorhandensein von Belastungen des Käufereigentums ermittelt. Belastungen sind Rechte, welche Dritte in Bezug auf die Sache geltend machen können, ohne daß dies Bestandteil des Kaufvertrags geworden wäre. Fraglich ist allein, ob in diesen Rechten auch das Eigentum Dritter enthalten ist. Ein aufgrund von § 935 fehlgeschlagener gutgläubiger Erwerb (§§ 929 S. 1, 932 I 1) würde dann einen Rechtsmangel der Sache darstellen.

Die Rechtsmangelfreiheit des § 433 I 2 jedenfalls enthält *nicht* die Pflicht zur Eigentumsübertragung an der Sache, da diese sich bereits aus § 433 I 1 ergibt und gem. § 433 I 2 (»verschaffen«) nur *zudem* frei von Rechtsmängeln erfolgen soll. Der Käufer dürfte, wenn es sich bei dem Eigentum Dritter um einen Rechtsmangel handelte, gem. § 433 I eine Übereignung frei von deren Fehlschlagen verlangen. Die Nichterlangung des Eigentums durch den Käufer kann aufgrund des Verhältnisses der Sätze 1 und 2 des § 433 I zueinander somit keinen Rechtsmangel i.S.d. § 433 I 2 darstellen.¹²⁸

Allein die Tatsache, daß die Übereignungspflicht aus § 433 I 1 und nicht aus § 433 I 2 stammt, wäre aber noch kein Argument, auch eine *Gleichstellung* der fehlgeschlagenen Übereignung mit einem Rechtsmangel durch § 435 S. 1 zum Zwecke

128 Vgl. schon *Knöpfle*, NJW 1991, 889 f. zu § 434 a.F.

der Eröffnung des Gewährleistungsrechts zu verneinen.¹²⁹ Schließlich stellt auch die Vorschrift des § 434 dem Sachmangel andere von der »echten« Sachmangelhaftigkeit (vgl. § 433 I 2) verschiedene Erfüllungshindernisse gleich. Gegen die Annahme einer Gleichstellung der fehlgeschlagenen Übereignung mit einem Rechtsmangel in § 435 S. 1 spricht aber bereits, daß § 434 die Gleichstellungen mehr (III) oder weniger (II) ausdrücklich benennt; für die Möglichkeit einer intendierten Gleichstellung wiederum, daß es zunächst vorgesehen war, die »mangelhafte« (also schlechte in Abgrenzung zur falschen) Sache im Gattungskauf unter § 434 I zu fassen, womit der Gesetzgeber den heute wohl relevantesten Fall einer solchen Gleichstellung unbeannt lassen wollte.

Für eine Gleichstellung mit dem Rechtsmangel spricht dagegen, daß allein die Verjährungsregel des § 438 I Nr. 1 a)¹³⁰ der Konstellation gerecht wird, in welcher der Käufer das Eigentum nicht erlangt und durch den wahren Eigentümer nach § 985 auf Herausgabe in Anspruch genommen wird. Der Anspruch aus § 985 verjährt ebenfalls erst in 30 Jahren (§ 197 I 1)¹³¹, der Erfüllungsanspruch des § 433 I dagegen kenntnisabhängig in 3 Jahren gem. §§ 195, 199 I.

Die Gesetzesbegründung äußert sich nicht zu dieser Frage. Mit der Aussage, man habe mit § 438 I Nr. 1 a) einen Verjährungsgleichlauf mit § 197 Abs. 1 Nr. 1 RE schaffen wollen, nach dem Herausgabeansprüche aus Eigentum und anderen dinglichen Rechten erst in 30 Jahren verjähren,¹³² ist noch nichts gewonnen; es wird lediglich § 197 zitiert. Dies aber könnte ebensogut allein den Herausgabeansprüchen aus »anderen dinglichen Rechten« gelten. Hierfür könnte sprechen, daß allein sie in § 438 I Nr. 1 a) benannt sind, während § 197 das Eigentum *neben* den dinglichen Rechten *gesondert* nennt. Dann aber wäre zu unterstellen, daß Vindikationsansprüche Dritter in Bezug auf ihre Verjährung durch den Gesetzgeber überhaupt nicht bedacht worden wären. Die Beantwortung der Frage anhand von § 438 ist daher nicht möglich.

Aus diesem Grund soll untersucht werden, ob eine Einbeziehung in das Gewährleistungsrecht überhaupt sinnvoll wäre. Hierfür ist in erster Linie der Inhalt des dann aufgrund der ausbleibenden Übereignung entstehenden Nacherfüllungsanspruchs zu betrachten. Der *Nachlieferungsanspruch* könnte im Fall des Gattungskaufs¹³³ darauf

129 So aber Bamberger/Roth/Faust, § 435, Rdn. 15; MüKo/Westermann, § 435, Rdn. 7; Palandt/Weidenkaff, § 435, Rdn. 8.; Emmerich, SchR-BT, § 4, S. 34, Rdn. 35; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, S. 155, Rdn. 392; Staudinger/Matusche-Beckmann, § 435, Rdn. 11; Oetker/Maultzsch, § 2, S. 51/52, Rdn. 85; fehlgeschlagene Eigentumsverschaffung als Rechtsmangel i.S.d. § 435 bejahend dagegen: Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum Neuen Schuldrecht, § 7, S. 308, Rdn. 571; Medicus, SchR BT, § 74, S. 18, Rdn. 53; Canaris, JZ 2003, 831 (832/833) (»Gebot der Konsequenz«); Scheuren-Brandes, ZGS 2005, S. 295 ff. aufgrund des Wortlautes von § 435 und des im Kaufrecht implementierten Verschaffungsprinzips, das aber wohl eher auf einen starken Verschaffungsanspruch hindeuten dürfte, welcher weiterhin aus § 433 I geschuldet ist (vgl. FN 140).

130 In 30 Jahren ab dem Zeitpunkt der Ablieferung (§ 438 II, 2. HS).

131 Allerdings bereits ab Anspruchsentstehung, vgl. § 200 S. 1.

132 Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 227.

133 ... und nur hier. A.A.: Canaris, JZ 2003, 831 ff.; Scheuren-Brandes, ZGS 2005, 295 ff.

gerichtet sein, eine andere Sache zu liefern, die nicht im Eigentum eines Dritten steht.¹³⁴ Dem stünde aber die Konkretisierung des Schuldverhältnisses auf die zunächst übergebene Sache entgegen. Die Konkretisierung setzt nach § 243 nicht das Eigentum des Verkäufers voraus und steht somit einem Nachlieferungsanspruch desjenigen Käufers entgegen, der lediglich kein Eigentum an der ansonsten mangelfreien Sache erworben hat. Einzig, wenn die Gattungssache zusätzlich »sachmangelhaft« wäre, bestünde mangels Konkretisierung (allerdings *nur* aufgrund dieses »Sachmangels«) ein Nachlieferungsanspruch.

In allen anderen Fällen könnte der Käufer die Übereignung der erlangten Sache allenfalls im Wege der Nachbesserung (§ 439 I, 1. Alt.) verlangen. Begrifflich ist dies zwar möglich, nicht aber unter Berücksichtigung des Gesamtsystems der §§ 434 ff. Dies wird im Zusammenhang des Verhältnisses von Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch ausführlicher zu zeigen sein. Dort wird deutlich werden, daß der Anspruch auf Eigentumsverschaffung nur § 433 I 1 entstammen kann, unabhängig davon, ob die ausbleibende Übereignung das einzige Erfüllungshindernis darstellt oder das Gewährleistungsrecht aufgrund von zusätzlichen Mängeln eröffnet ist und dem Käufer somit bereits der Nacherfüllungsanspruch zusteht.

Nur das folgende sei bereits in Kürze erläutert: Der hier diskutierte Fall soll als »verdeckte« Nichtübereignung bezeichnet und ihm soll die »offene« Nichtübereignung gegenübergestellt werden, bei welcher der Verkäufer gerade nicht erfüllen, sondern offiziell das Eigentum zurückhalten möchte, also vor allem die reine Übergabe beim Eigentumsvorbehaltskauf.

Diesen Fall »offener« Nichtübereignung gibt es in zwei Varianten. In der ersten Variante ist die Sache sachmangelfrei. Ihre Übergabe zieht folglich keine Rechtswirkungen auf den Erfüllungsanspruch nach sich. § 433 I besteht als Käuferanspruch von dieser Leistung unberührt fort. Ist die gelieferte die geschuldete Sache, muß sie noch übereignet werden, um § 433 I zu erfüllen. Ansonsten richtete sich der gesamte Erfüllungsanspruch auf Übereignung der – von der gelieferten verschiedenen – geschuldeten Sache.

In der zweiten Variante ist die übergebene Sache sachmangelhaft. Weist der Käufer sie nicht zurück, wird das Gewährleistungsrecht ausgelöst. Es besteht dann bzgl. des Sachmangels ein Nacherfüllungsanspruch.¹³⁵ *Daneben* liegt ein Rechtsmangel der Nichtübereignung deshalb nicht vor, weil es noch nicht zum potentiellen Eigentumserwerb (»offen«) gekommen und somit auch der rechtsmangelrelevante Zeitpunkt noch nicht eingetreten ist. Die Übereignung kann nicht aus § 439 I, 1. Alt verlangt werden, weil dieser ein *Mangelbeseitigungsanspruch* ist.

Ein weiteres, weniger formales Argument tritt hinzu: Der Eintritt des Schuldverhältnisses in das Gewährleistungsrecht hat zur Voraussetzung, daß der Verkäufer

134 Vor allem wird hier jedoch der Stückkauf diskutiert (vgl. *Canaris*, JZ 2003, 831 ff.). Denn in dieser Konstellation wird es häufiger vorkommen, daß Eigentum eines Dritten an der Kaufsache besteht.

135 Es sei an dieser Stelle zunächst von einem Stückkauf auszugehen.

erkennbar mit der Leistung erfüllen will. Dies kann nicht nur für die Falsch- und die Minderlieferung gelten. Denn die Leistung mit Sach- oder Rechtsmangel ist eine andere als die geschuldete und eine gesetzliche Reaktion hierauf deshalb nur unter besonderen zusätzlichen Voraussetzungen denkbar (vgl. S. 136 ff.). Nicht geschuldete Leistungen des Schuldners an den Gläubiger lassen den Anspruch grds. unberührt. Ist die Nichtübereignung dann aber wie in dieser Konstellation offiziell erklärt, so kann sie kein im Rahmen des Gewährleistungsrechts aufgegriffener Mangel sein.

Da in diesen Fällen das fehlende Käufereigentum keinen Rechtsmangel darstellt, besteht der Anspruch auf Übereignung aus § 433 I 1 in modifizierter Form¹³⁶ neben dem Nacherfüllungsanspruch fort (vgl. S. 78 ff.). Dies zeigen vor allem die kleinen sekundären Rechte der Minderung¹³⁷ und des kleinen Schadensersatzes statt der Leistung.¹³⁸ Sie setzen – gleich ihren Parallelregelungen für Teilleistungen im Allgemeinen Leistungsstörungenrecht – eine erfolgte Teilerfüllung des Erfüllungsanspruch bzw. einen Teilerfüllungsanspruch voraus. Daß es sich dabei um den Anspruch auf Übereignung der nachzubessernden Sache handelt, wird klar, wenn man sich verdeutlicht, daß die kleinen Rechte hier gerade das endgültige Behaltendürfen der Sache gegenüber dem Verkäufer voraussetzen. Das Behaltendürfen des aus einer Leistung Erlangten verlangt nach einem Rechtsgrund, den allein der Kaufvertrag als Schuldverhältnis i.w.S. nicht zu geben vermag. Vielmehr kommt ausschließlich der (erfüllte oder noch zu erfüllende) Anspruch auf Übereignung in Betracht. Wird dieser Anspruch zwischenzeitlich unmöglich, so kann der Käufer folglich nur noch die großen Rechte statt der Leistung geltend machen. Der durch die kleinen Rechte vorausgesetzte Anspruch ist entfallen.

Das hier Geschilderte muß jedoch gleichermaßen für die »offene« wie für die »verdeckte« Nichtübereignung gelten. Der »verdeckte« Fall unterscheidet sich nicht in einer Weise von dem »offenen«, welche es rechtfertigen würde, das gesamte System zu verkehren. Hiermit wäre – bis auf die angemessene Verjährung – ohnehin nichts gewonnen. Der Übereignungsanspruch bestünde doppelt.

Nähme man dagegen an, der Übereignungsanspruch wäre im Fall der »verdeckten« Nichtübereignung *nur* im Nachbesserungsanspruch enthalten, so könnte der Käufer die Sache gegenüber dem Verkäufer (nicht natürlich dem Dritten gegenüber) behalten und die kleinen Rechte ergänzend geltend machen.¹³⁹ Dieses Ergebnis würde allerdings weder dem Verhältnis der Minderung (§ 441) zum Teilrücktritt (§ 323 V 1) bzw. des kleinen Schadensersatzes im Gewährleistungsrecht (§ 281 I 3) zu demjenigen bei Teilleistung im Allgemeinen Leistungsstörungenrecht (§ 281 I 2) ge-

136 Dieser Anspruch muß modifiziert sein, weil § 433 I 1 erstens nicht von § 433 I 2 rechtlich teilbar ist und es zweitens nach Eintritt in das Gewährleistungsrecht wegen Falschlieferung (außer im Stückkauf) offensichtlich auch einen Übereignungsanspruch hinsichtlich der nichtgeschuldeten Sache gibt.

137 §§ 437 Nr. 2, 323 I, V 2, 441.

138 §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 und 3.

139 Dies alles läßt *Canaris*, JZ 2003, 831 (832/833) m.E. unberücksichtigt, wenn er den Anspruch auf Übereignung im Rahmen des Gewährleistungsrechts dem Nachbesserungsanspruch entnehmen will.

recht. Noch deckte es sich mit dem in §§ 433 ff. implementierten Verschaffungsprinzip¹⁴⁰, welches die Übereignung zu der den Kaufvertrag prägenden Verkäuferpflicht macht. Entfällt sie, muß hiernach der gesamte Erfüllungsanspruch entfallen.

Die fehlgeschlagene Übereignung ist mithin nicht in § 435 S. 1 enthalten.¹⁴¹ Allein die Verjährungsvorschrift des § 438 I Nr. 1 a) ist analog auf den Erfüllungsanspruch anzuwenden.¹⁴²

III. Folgerung aus dem weiten gewährleistungsrechtlichen Mangelbegriff

Während sich der Rechtsmangelbegriff des § 435 mit demjenigen des § 433 I 2 deckt, geht der Sachmangelbegriff des § 434 in seiner Reichweite weit über denjenigen des § 433 I 2 hinaus. Insbesondere erfaßt er mit § 434 III auch Erfüllungshindernisse, die im Nichtvorliegen der Voraussetzung *die Sache* des § 433 I 1 bestehen (»andere als die *verkaufte* Sache« oder »*verkaufte* Sache in zu geringer Menge«). Zusammen mit den weiteren Gleichstellungen in § 434 II führt dies dazu, daß auch Erfüllungshindernisse außerhalb der »echten« Sach- und Rechtsmängel des § 433 I 2 die auf den Erfüllungsanspruch erbrachte Leistung als Schlechtleistung qualifizieren und das Gewährleistungsrecht eröffnen. Das kaufvertragliche Gewährleistungsrecht greift somit alle nicht erfüllungstauglichen Leistungen auf, die zumindest in der Verschaffung einer Sache bestehen. Auf diese Erkenntnis wird im Rahmen der Untersuchung der dem Gewährleistungsrecht zugrunde liegenden Wertungen zurückzukommen sein (vgl. S. 146 ff.).

B. Schlechtleistung als nicht erfüllungstaugliche Leistung

Die Schlechtleistung ist eine bestimmte Art von nicht erfüllungstauglicher Leistung. Sie wird zum Zwecke der Erfüllung, also *durch* den Schuldner *auf* den Erfüllungsanspruch erbracht,¹⁴³ vermag aber mangels *vollständiger* Übereinstimmung mit dem Inhalt des Anspruchs nicht zu erfüllen. Die Abweichungen vom Anspruchsinhalt können auch als Erfüllungshindernisse bezeichnet werden, weil die Erfüllung eine

140 Vgl. zu der hiermit eingeschlagenen Abwendung vom Eviktionsprinzip des Römischen Rechts (Haftung für Besitzverlust des Käufers) hin zum Verschaffungsprinzip des § 433 I (Haftung für Nichtverschaffung des Eigentums): *Medicus*, SchR BT, § 73, S. 8, Rdn. 21.

141 So im Ergebnis auch BGH NJW 2007, 3777 (3779): »Bleibt der Vollzug des Kaufvertrags stecken, so führt das nicht zu einem Rechtsmangel, sondern dazu, daß der Verkäufer seine Pflicht zur Übereignung der verkauften Sache nach § 433 I 1 BGB nicht erfüllt hat (vgl. RG, JW 1931, 2626 (2628)).«

142 Offen gelassen durch BGH NJW 2007, 3777 (3779).

143 Zum rechtsgeschäftsähnlichen Charakter der Schlechtleistungserbringung vgl. S. 139 ff.

dem Anspruch kongruente Leistung erfordert und somit an der jeweiligen Abweichung des Leistungs- vom Anspruchsinhalt scheitern muß.

Ohne ein Gewährleistungsrecht wäre jede nicht erfüllungstaugliche Leistung ein rechtliches *nullum*. Wie jede andere *tatsächliche* Handlung kann zwar auch ihre *Leistungshandlung* im Einzelfall Rechte und Rechtsgüter anderer verletzen, mithin innerhalb des Vertrags eine Nebenpflichtverletzung (§§ 280 I, 241 II) darstellen, außerhalb des Vertrags deliktische Ansprüche (§§ 823 ff.) begründen. Die Leistung als solche wäre jedoch ohne rechtliche Bedeutung. Insbesondere berührte ihre Erbringung nicht den Anspruch, zu dessen Erfüllung sie erbracht wird, und das Erlangte könnte (vgl. aber § 814) durch den Leistenden als rechtsgrundlos über das Bereicherungsrecht (§ 812 I 1, 1.Alt.) herausverlangt werden. Zudem treffen den Gläubiger hinsichtlich einer nicht geschuldeten Leistung grds. weder Abnahmepflichten wie diejenige aus § 433 II noch Abnahmeobliegenheiten. Hierin besteht das sog. Zurückweisungsrecht des Gläubigers.

Die Schlechtleistung ist eine *besondere Form* der nicht erfüllungstauglichen Leistung. Ihre Erfüllungshindernisse entsprechen dem gewährleistungsrechtlichen Sach (§ 434) bzw. Rechtsmangelbegriff (§ 435 S. 1) und können deshalb den Eintritt des Gewährleistungsrechts auslösen. Man kann sagen: Die Schlechtleistung ist eine nicht erfüllungstaugliche Leistung von *gewährleistungsrechtlicher Relevanz* und allein deshalb kein rechtliches *nullum*, weil das Gesetz mit dem Gewährleistungsrecht eine spezielle Reaktion für sie bereithält.

Der Einschätzung, daß es sich bei der Schlechtleistung um eine schlichte nicht erfüllungstaugliche Leistung handelt, könnten Einwände entgegenstehen.

Zunächst mag die Bezeichnung als Schlechtleistung mißverständlich sein. Sie vermittelt den Eindruck, als handele es sich um die zwar richtige, aber qualitativ vom Erfüllungsanspruch abweichende Leistung. Leistungen können aber ebensowenig wie Ansprüche überhaupt Qualitäten aufweisen. Die geschuldete Qualität der zu übereignenden Sache ist wie die Sache selbst lediglich ein Teil des Anspruchsinhaltes, so wie die tatsächliche Qualität der gelieferten Sache lediglich ein Teil des Leistungsinhalts ist. Die Verschaffung der mangelhaften Sache ist damit keine »schlechte« Leistung, ebensowenig *die* nicht vertragsgemäße (vgl. aber den Wortlaut von § 323 I 1, 2.Alt.)¹⁴⁴ bzw. *die* nicht wie geschuldet erbrachte (vgl. aber § 281 I 1, 2.Alt.) *Leistung*¹⁴⁵.

Leistungen sind nur in zwei Kategorien zu unterteilen: Enthalten sie den Gesamthalt¹⁴⁶ des Erfüllungsanspruchs, sind sie *geschuldet* (erfüllungstauglich), ansonsten sind sie es nicht (nicht erfüllungstauglich). Die Einordnung richtet sich allein nach der Übereinstimmung von erbrachter Leistung und Erfüllungsanspruch. Wird also »schlechtgeleistet«, wird der Leistungspflicht nicht auf schlechte Art und Weise,

144 Vgl. aber so auch statt vieler Staudinger/Otto, § 326, Rdn. B 43.

145 Das Gesetz selbst drückt sich hier leider äußerst unglücklich aus.

146 Enthalten sie – wie die Minderlieferung (§ 434 III, 2. Alt.) – einen rechtlich abtrennbaren Teil des Erfüllungsanspruchs, so sind sie teilerfüllungstauglich und somit auch im Ganzen geschuldet. Gem. § 266 ist der Schuldner jedoch nicht zur Teilleistung berechtigt.

sondern wegen Mangels i.S.d. §§ 434, 435 überhaupt nicht nachgekommen. Der gegenteilige Eindruck, es handele sich um eine zwar erfüllende aber enttäuschende Leistung, dürfte noch immer den Nachwirkungen der Gewährleistungstheorie zuzuschreiben sein. Hier wurden Anspruchsinhalt und Güte der Sache voneinander getrennt betrachtet. Die Beurteilung als Schlechtleistung stand *neben* der Frage nach der Erfüllungstauglichkeit der Leistung.

Auch aus tatsächlicher Sicht könnte es befremdlich wirken, von einer nicht erfüllungstauglichen, also im Verhältnis zum Anspruch gänzlich bedeutungslosen Leistung zu sprechen, da die Schlechtleistung für gewöhnlich große Ähnlichkeit mit dem Inhalt des Erfüllungsanspruchs aufweist. Z.B. wird die zuvor im Geschäft ausgewählte Kommode angeliefert, welche lediglich Beschädigungen aufweist. Oder es wird (wie bestellt) ein Kfz (Neuwagen) geliefert, nur in einer anderen als der gewünschten Farbe. Die Einschätzung, es handele sich dabei um die in Teilen abweichende, hinter der geschuldeten zurückbleibende, aber doch *richtige* Leistung drängt sich förmlich auf und ist vielfach anzutreffen.¹⁴⁷ Doch ist wiederum zu unterscheiden zwischen der Übereinstimmung der verkauften mit der gelieferten *Sache* einerseits und der geschuldeten im Verhältnis zur erbrachten *Leistung* andererseits. Graduelle Abstufungen sind bei der Beantwortung der Frage nach dem Geschuldetsein einer Leistung anders als in ihrer *tatsächlichen* Beurteilung *rechtlich* nicht durchführbar.

Die augenscheinliche Verwirrung über die Begrifflichkeit und die tatsächliche Ähnlichkeit zwischen Schlechtleistung und Erfüllungsanspruch führen zu zwei weit verbreiteten, sich jedoch widersprechenden Ansichten über die Schlechtleistung. Zum einen soll sie eine (qualitative) Teilleistung sein, zum anderen den Erfüllungsanspruch verletzen.

Erfüllungsanspruch	§ 434 I	§ 434 III, 1. Alt.	§ 434 III, 2. Alt.	§ 435 S.1
Sache	Sache	Nicht geschuldete Sache	Sache	Sache
sachmangelfrei	sachmangelhaft		sachmangelfrei	sachmangelfrei
Übereignung	Übereignung	Übereignung	Übereignung	Übereignung
rechtsmangelfrei	rechtsmangelfrei	rechtsmangelfrei	rechtsmangelfrei	rechtsmangelhaft

Abb. 2: Die Schlechtleistung

147 Vgl. Staudinger/Otto, § 326, Rdn. B 43.

C. *Teilleistung durch Schlechtleistung?*

Die Schlechtleistung wird auch als qualitative Teilleistung bezeichnet.¹⁴⁸ Dem ist im folgenden nachzugehen. Dabei kann die Begrifflichkeit in zweierlei Hinsicht verstanden werden. Zum einen könnte es sich bei der Schlechtleistung um eine *erfüllungstaugliche* Leistung handeln. Zum anderen könnte sie eine rein faktische *Teilleistung* sein, die zwar keine Erfüllungswirkung entfaltet, allerdings durch Vornahme weiterer Teilleistungen zu der erfüllungstauglichen Gesamtleistung ergänzt werden könnte, so daß mit der Vornahme des letzten Leistungsteils Gesamterfüllung eintreten würde.

Zunächst ist zu prüfen, ob es sich bei der Schlechtleistung um eine teilerfüllungstaugliche Leistung handelt. Hierfür ist festzustellen, welche Leistungen einen Anspruch teilweise zu erfüllen vermögen. Nur bei teilbaren Leistungen i.S.d. §§ 420 ff. kommt eine Teilerfüllung in Betracht.¹⁴⁹ Die rechtliche Teilbarkeit setzt voraus, daß die Leistung ohne inhaltliche Wesens- und Wertveränderung, insbesondere ohne Wertminderung in mehreren gleichartigen Teilen erbracht werden kann, die Teile also mit dem Ganzen wesensgleich sind und ihrem Werte nach dem Ganzen verhältnismäßig entsprechen.¹⁵⁰

Eindeutig zu bejahen ist die rechtliche Teilbarkeit des Erfüllungsanspruchs deshalb bzgl. Quantitäten. Voraussetzung ist allein, daß die *verkaufte* Sache in dieser Weise teilbar ist. Bei der Minderlieferung des § 434 III, 2. Alt. handelt es sich um eine Teilleistung, die mit der gemessen am Erfüllungsanspruch noch ausstehenden Restleistung *gleichartig* ist. Die Gleichartigkeit ergibt sich daraus, daß die Minderlieferung und die noch ausbleibende Lieferung jeweils alle Bestandteile des Erfüllungsanspruchs enthalten (Sache, Übereignung, rechtsmangelfreies Eigentum). Sie sind damit jede für sich mit einem gleichartigen Teil des Erfüllungsanspruchs kongruent. Diese Teile sind mit dem Ganzen wesensgleich und entsprechen seinem Wert verhältnismäßig. Handelt es sich also bei der *verkauften* Sache z.B. um acht Kisten Wein und werden hiervon vier geliefert, so wird der halbe Gegenstand frei von Mängeln verschafft. In der Folge steht noch einmal eine gleichartige Leistung aus, namentlich die Verschaffung weiterer vier mangelfreier Kisten. Diese Teilung ist in jedem Mengenverhältnis möglich. Gleichartigkeit bedeutet nicht, daß die Teile gleich groß oder von gleichem Wert sein müssen, sondern daß jede für sich das Gesamtcharakteristikum des Anspruchs enthalten muß.

148 Vgl. Lorenz, NJW 2006, 1925 in Abgrenzung zu quantitativen Teilleistungen, angelehnt an die Normen der §§ 281 I 2 und 3 sowie 323 V, 1 und 2.

149 Vgl. Staudinger/Bittner, § 266, Rdn. 5.

150 Vgl. MüKo/Bydlinski, § 420, Rdn. 4.

	Sache	
	Sachmangelfrei	
	Übereignung	
	Rechtsmangelfrei	

Abb. 3: Gleichartige Anspruchsbestandteile des Erfüllungsanspruchs

Eine Leistung, die von dem Anspruchsinhalt hinsichtlich der Bestandteile *sachmangelfrei*, *rechtsmangelfrei* oder sogar *Sache* abweicht, ist dagegen kein im Verhältnis zu etwaigen noch ausstehenden Leistungen gleichartiger Teil der Leistung, weil in der erbrachten Leistung nicht alle Anspruchbestandteile enthalten sind, was sie wesensmäßig von den etwaigen weiteren Teilleistungen unterscheiden muß. Dies bedeutet für den Erfüllungsanspruch des Käufers, daß allein Minderlieferungen teil-erfüllungstauglich sind.

Sache
sachmangelfrei
Übereignung
rechtsmangelfrei

Abb. 4: Ungleichartige Anspruchsbestandteile des Erfüllungsanspruchs

Dennoch könnte die Schlechtleistung eine *nicht erfüllungstaugliche* Teilleistung auf den Erfüllungsanspruch darstellen. Dies setzt voraus, daß sie nach ihrem vertraglichen Zweck zusammen mit anderen Leistungen als Gesamtheit geschuldet ist.¹⁵¹ Zwar vermag eine solche Teilleistung auch ohne Berufung des Käufers auf § 266 nicht teilzuerfüllen und läßt den Erfüllungsanspruch damit gänzlich unberührt fortbestehen. Mit Vornahme der letzten Teilleistung tritt jedoch insgesamt Erfüllung ein, für welche die zunächst erbrachte Leistung mitursächlich ist.

Eine solche Teilleistung liegt dann vor, wenn der geschuldete Gesamterfolg in mehrere Teile aufgespalten werden kann. Für den Erfüllungsanspruch des Sachkäufers gibt es jedenfalls zwei Möglichkeiten, solche Teilleistungen zu erbringen; zum einen die soeben genannten Minderlieferungen als *quantitative* Teilleis-

151 Vgl. Bamberger/Roth/Unberath, § 266, Rdn. 3.

tungen, die zugleich teilerfüllungstauglich sind; zum anderen eine Teilung der Übereignung in die Übergabe und die dingliche Einigung (vgl. § 929 S. 1). Die Übergabe ist im Verhältnis zu der Einigung keine gleichartige Leistung und mithin auch nicht teilerfüllungstauglich. Dennoch kann die Übereignung faktisch in zwei Schritten erbracht werden, deren letzter die Erfüllung im Ganzen herbeiführt.

Fraglich ist, ob auch Schlechtleistungen Teilleistungen darstellen. Zu untersuchen ist zunächst der eindeutige Fall: die dem Sachmangel gleichgestellte Falschlieferung (§ 434 III, 1. Alt.). Hier wird eine andere als die geschuldete Sache verschafft, woran sich auch dadurch nichts ändert, daß diese durch Substanzveränderungen in die *verkaufte* Sache umgewandelt werden könnte.¹⁵² Die Verschaffung einer anderen als der *verkauften* Sache ist nicht Teil des Erfüllungsanspruchs.¹⁵³ Ist die *verkaufte* Sache durch den Vertrag nur der Gattung nach bestimmt, also nicht individualisiert, kann mit der Verschaffung einer nur »potentiell geschuldeten« Sache nicht teilleistet werden, weil die Anspruchsbestandteile *Sache* und *sachmangelfrei* im Erfüllungsanspruch nicht nebeneinander bestehen, sondern ineinander verwoben sind, die Verschaffung dieser Sache somit keinem Anspruchsbestandteil entspricht.

Anders könnte dies bei der Verschaffung der *verkauften* sachmangelhaften Sache, also im Stückkauf, zu beurteilen sein. Denn hier steht die Identität der *verkauften* Sache bereits fest. Ist diese nicht im vertragsgemäßen Zustand, so ist der Verkäufer zu ihrer Reparatur oder sonstigen Veränderung verpflichtet. Nur auf diesem Wege kann er die verkaufte Sache frei von Sachmängeln verschaffen. Eine andere Möglichkeit zur Erfüllung besteht – im Gegensatz zur Falschlieferung – nach dem Vertrag nicht.

Ob es sich bei der Verschaffung der mangelhaften Sache deshalb um eine Teilleistung handelt, hängt vom Inhalt des Erfüllungsanspruchs ab. § 433 I 2 verlangt die Verschaffung der Sache frei von Sachmängeln. Dies kann in zweierlei Hinsicht gedeutet werden: Entweder der Verkäufer schuldet Verschaffung der *verkauften* Sache und ihre Sachmangelfreiheit kumulativ oder aber ihre Verschaffung in sachmangelfreiem Zustand. Im ersten Fall handelte es sich sowohl bei der Verschaffung der Sache als auch bei der Herstellung der noch nicht bestehenden Sachmangelfreiheit um Teilleistungen. Im zweiten Fall gäbe es nur genau *eine* geschuldete Leistung, für welche die Mangelbeseitigung an der Sache allenfalls die erforderliche Vorbereitungshandlung darstellen könnte. Die Verschaffung der mangelhaften Sache wäre dann gleich der Falschlieferung keine Teilleistung, sondern eine völlig andere Leistung.¹⁵⁴

In diesem Sinne ist § 433 I 2 jedoch nicht zu verstehen. Der Erfüllungsanspruch des Käufers ist ein erfolgsbezogener Anspruch. Sein Ziel ist es, daß der Käufer eine

152 Daß das Gewährleistungsrecht in diesen Fällen einen Nachbesserungsanspruch gewährt, ist im Verhältnis zum *ursprünglichen* Erfüllungsanspruch nicht von Belang.

153 Vgl. *Gernhuber*, Erfüllung und ihre Surrogate, § 8, 1, S. 149: »Teilleistungen sind nur Akte, die überhaupt als Leistung zu begreifen sind; Akte, mit denen der Schuldner Leistungsvorbereitung treibt, und Akte, mit denen er zusammenfügt, was später eine einheitliche Leistung sein soll, sind der Problematik der Teilleistungen von vornherein entrückt.«

154 A.A. zum alten Recht: *Gillig*, Nichterfüllung und Sachmängelgewährleistung, S. 86 ff.

sachmangelfreie Sache zu Eigentum erhält. Daß es ihm dabei angenehmer ist, wenn dieser Zustand bereits dann besteht, wenn er sie erhält, ist für die Beurteilung nicht entscheidend. Das Interesse an der Rechtzeitigkeit wird im allgemeinen allein durch die Verzugsfolgen geschützt. Geschuldet sind die Übereignung der Sache und ihre Mangelfreiheit. Die Verschaffung der sachmangelhaften Sache ist mithin eine Teilleistung. Ebenso verhält es sich mit der Verschaffung der Sache, wenn ein Rechtsmangel gegeben ist. Auch hierin liegt eine Teilleistung. Der restliche Teil besteht in der Beseitigung des Rechtsmangels.

Der Einschätzung, es handele sich bei der Schlecht- um eine Teilleistung, ist also in Fällen von Mängeln i.S.d. §§ 434 I, III, 2. Alt., 435 beizupflichten. Mit den Falschlieferungen scheidet jedoch eine große Gruppe von Fällen aus, so daß die Aussage in ihrer Allgemeinheit unzutreffend ist.

D. *Schlechtleistung als Verletzung des Erfüllungsanspruchs?*

Nach allgemeiner Ansicht¹⁵⁵ handelt es sich bei der Schlechtleistung um eine Verletzung des Erfüllungsanspruchs. In dieser Leistungspflichtverletzung stecke – so wird ausgeführt und offensichtlich auch durch den Gesetzgeber angenommen (vgl. nur § 281) – der Anknüpfungspunkt des Gewährleistungsrechts an das Allgemeine Leistungsstörungsrecht.¹⁵⁶ Dieses Verständnis kann nicht geteilt werden.¹⁵⁷ Es ist weder vereinbar mit dem erfolgsbezogenen Begriff der Leistungspflichtverletzung noch mit dem heutigen Gewährleistungsrecht als Schlechtleistungsfolge.

I. *Schlechtleistung als Leistungspflichtverletzung?*

Um den Erfüllungsanspruch zu verletzen, müßte die Schlechtleistung eine Leistungspflichtverletzung i.S.d. § 280 I, 241 I darstellen.

155 Vgl. BGH NJW 2005, 2848 (2849) (»die in der Lieferung des mangelhaften Fahrzeugs liegende Pflichtverletzung«); Lorenz, NJW 2002, 2497 (2500); ders., FS Huber, S. 423 (432); Ernst, FS Huber, S. 165 (186); MüKo/Westermann, § 434, Rdn. 1; § 437, Rdn. 27; Mankowski, JuS 2006, 481 (486); Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, S. 203 ff., Rdn. 537 ff.; Jaensch, Jura 2005, 649 (652); Bamberger/Roth/Faust, § 437, Rdn. 73.

156 Vgl. Huber, Gutachten I, S. 647 (702): »Nur von diesem Ausgangspunkt aus ist es möglich, das Sachmängelrecht mit dem Allgemeinen Leistungsstörungsrecht in Einklang zu bringen.«

157 Schur, JA 2006, 223 ff., 228 deutet dies zumindest an, indem er die Schlechtleistung nur dann als Haftungsgrund bezogen auf die Leistungspflicht anerkennt, wenn diese einmal selbst – anders als im Kaufvertrag – den Schutz von Rechtsgütern des Gläubigers zum Inhalt hat.

1. Erfolgsbezogener Pflichtverletzungsbegriff

Die Gesetzesbegründung führt aus, als Haftungsgrund in den §§ 280 ff. die von *Ulrich Huber* seinem Gutachten¹⁵⁸ zugrundegelegte »Nichterfüllung« – wenn auch unter dem Namen der Pflichtverletzung¹⁵⁹ – übernommen zu haben und definiert die Leistungspflichtverletzung infolgedessen als das Zurückbleiben des Schuldners hinter dem Pflichtenprogramm des Schuldverhältnisses.¹⁶⁰ Nach Gesetzesbegründung¹⁶¹ und allgemeiner Auffassung¹⁶² ist der Pflichtverletzungsbegriff damit ein *erfolgsbezogener*.

Erfolgsbezogen bedeutet, daß die Leistungspflichtverletzung allein im Ausbleiben des Leistungserfolgs besteht, nicht in der Herbeiführung der hierfür ursächlichen Gründe, was dem verhaltensbezogenen Pflichtverletzungsbegriff entspräche.¹⁶³ Die Ursachen für dieses Ausbleiben spielen für den erfolgsbezogenen Pflichtverletzungsbegriff erst im Rahmen des Vertretenmüssens eine Rolle. Die Bezeichnung der Nichterfüllung als Pflichtverletzung mag zwar nicht besonders gelungen sein, da im Fall der nachträglichen¹⁶⁴ Unmöglichkeit eine verletzungsfähige (zumindest naturale) Pflicht zur Leistung nicht mehr besteht. Diese Begrifflichkeit ist jedoch hinzunehmen.¹⁶⁵

Die einzig in Frage kommende erfolgsbezogene Verletzung des Erfüllungsanspruchs besteht also im Ausbleiben der geschuldeten Leistung.¹⁶⁶ Dies ist allein in zwei Varianten denkbar: endgültig und vorläufig¹⁶⁷. Gesetzliche Entsprechung finden das endgültige und das vorläufige Ausbleiben der Leistung in den Tatbeständen der §§ 280 I, III, 281 bzw. 283 und §§ 280 I, II, 286. Keine spezielle gesetzliche Entsprechung findet sich allein für die vorläufige Nichterfüllung, die (noch) nicht die Verzugsvoraussetzungen erfüllt. Sie aber vermag aufgrund eines Rückschlusses aus § 280 II keine Rechtsfolgen aus §§ 280 I, 241 I als einer »allgemeinen Regel«

158 *Huber*, Gutachten I, S. 647 ff. (699 ff.).

159 Zur Kritik *Hubers* am Oberbegriff der Pflichtverletzung vgl. ZIP 2000, 2273 (2276 ff.).

160 Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 134. Zustimmend *Lorenz*, Karlsruher Forum 2005, S. 38; MüKo/*Ernst*, § 280, Rdn. 12.

161 BT-Drs. 14/6040, S. 135/136.

162 *Lorenz*, JuS 2007, 213 f.; MüKo/*Ernst*, § 280, Rdn. 12.

163 So aber *Harke*, ZGS 2006, 9 (10). *Schapp*, JZ 2001, S. 583 (585 ff.) kritisiert lediglich die Nichtumsetzung des verhaltensbezogenen Leistungsbegriffs in §§ 280 ff. (damals noch im Gesetzesentwurf).

164 Die Nichterfüllung wegen anfänglicher Unmöglichkeit ist dagegen aus dem Pflichtverletzungsbegriff ausgenommen worden, vgl. § 311 a II.

165 So auch MüKo/*Ernst*, § 280, Rdn. 12.

166 Bereits zum alten Recht: *Gillig*, Nichterfüllung und Sachmängelgewährleistung, S. 94: »Strebt das Schuldverhältnis zur Erfüllung und findet es darin sein ungestörtes Ende, so stellt die Nichterfüllung – als Verneinung der Erfüllung – die alleinige (inhaltliche) Störungsform dar.«

167 *Gillig*, S. 35 nimmt den Verzug jedoch aus, da dieser gewöhnlich nicht auf den Leistungserfolg durchschlage, »wenngleich auch hier das positive Interesse des Gläubigers betroffen ist«. Wie hier als Nichterfüllung betrachtet, da das positive Interesse betroffen ist, durch *Canaris*, JZ 2001, 499 (512).

nach sich zu ziehen. Von dem erfolgsbezogenen Pflichtverletzungsbegriff ist sie aber erfaßt.

Da der erfolgsbezogene Begriff der Pflichtverletzung als Leistungspflichtverletzung allein die endgültige und vorläufige Nichterfüllung erfassen kann, ist die Schlechtleistung zumindest keine *eigenständige Kategorie* der Leistungspflichtverletzung. Folglich kann sie nur dann als Verletzung des Erfüllungsanspruchs angesehen werden, wenn sie die (endgültige oder vorläufige) Nichterfüllung verkörpert.

2. Schlechtleistung keine Verkörperung von (vorläufiger oder endgültiger) Nichterfüllung

Eine Verkörperung der Nichterfüllung ist in der Schlechtleistung aber nicht zu sehen. Die Schlechtleistung ist – trotz der ggf. bestehenden tatsächlichen Ähnlichkeit mit dem Inhalt des Erfüllungsanspruchs – eine im Ganzen nicht erfüllungstaugliche und deshalb *andere* Leistung. Sie verkörpert damit weder das endgültige noch das vorläufige Ausbleiben der *geschuldeten* Leistung.¹⁶⁸ Es ist undenkbar, daß die Handlungspflicht des Erfüllungsanspruchs durch ein nicht erfüllungsgeeignetes anderes Tun verletzt wird. Die Handlungspflicht kann nur durch das Unterlassen der richtigen Leistung verletzt werden; der Schlechtleistung als solcher kommt neben dieser Nichterfüllung keine Relevanz für die Pflichtverletzung zu.

Diese Erkenntnis ist in der Diskussion bislang nicht angekommen. Teilweise wird die Schlechtleistung aber zumindest dann aus der Pflichtverletzungsqualifikation ausgenommen, wenn im Zeitpunkt ihrer Erbringung ein bereits unbehebbarer Mangel vorliegt (z.B. irreparable Beschädigung des Gemäldes nach Vertragsschluß).¹⁶⁹ Diesem Ansatz liegt die zutreffende Einsicht zugrunde, daß die Pflichtverletzung in der beschriebenen Konstellation bereits in der endgültigen Nichterfüllung liegt, welche mit dem unbehebbareren Mangel und der daraus folgenden Unmöglichkeit der Leistung eingetreten ist. Auf die anschließende Schlechtleistung kommt es hingegen nicht mehr an; in ihr liegt keine erneute Verkörperung dieser Nichterfüllung.

Dieser Schluß ist nicht auf Einzelkonstellationen zu beschränken, auch wenn hier *besonders* deutlich wurde, daß die Verletzung des Erfüllungsanspruchs und die Schlechtleistung in ihrem Vorliegen voneinander unabhängig sind. So aber verhält es sich generell. Die Schlechtleistung hat keinen Einfluß auf die Pflichtverletzung der Nichterfüllung.

Es bleibt damit festzuhalten, daß die denkbaren Leistungspflichtverletzungen des Erfüllungsanspruchs in Form der endgültigen oder vorläufigen Nichterfüllung unabhängig von der Schlechtleistung eintreten bzw. fortbestehen.¹⁷⁰ Die Pflichtverlet-

168 Ähnlich – jedenfalls über das Verhältnis zur Verzögerung: *Canaris*, ZIP 2003, S. 321 (323).

169 So z.B.: *Erman/Grunewald*, § 437, Rdn. 12; *Bamberger/Roth/Faust*, § 437, Rdn. 114.

170 Auch § 281 I 1, 2. Alt setzt nicht die »Pflichtverletzung Schlechtleistung« voraus, vgl. S. 55 ff.

zung des Erfüllungsanspruchs liegt damit *einzig* im Unterlassen der geschuldeten Leistung.

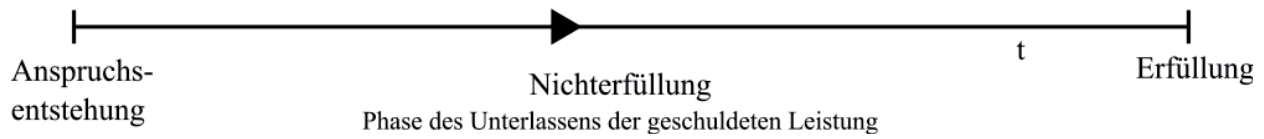


Abb. 5: Erfüllungsanspruch zwischen Entstehung und Erfüllung

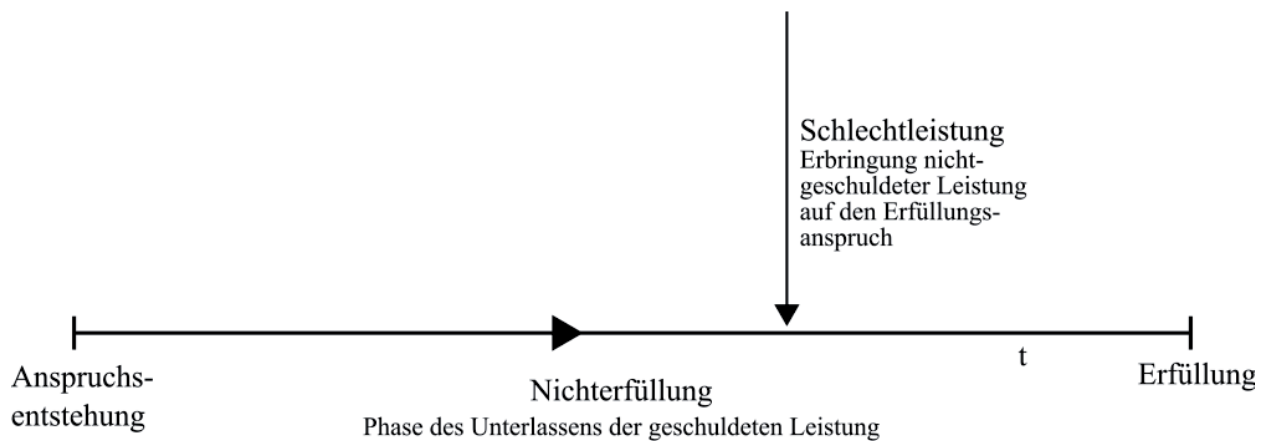


Abb. 6: Schlechtleistung auf den Erfüllungsanspruch

3. Nichterfüllung einer Unterlassungspflicht aus § 433 I?

Damit verbleiben noch zwei Möglichkeiten einer Einordnung der Schlechtleistung unter den erfolgsbezogenen Pflichtverletzungsbegriff. Entweder § 433 I enthält eine selbständige Unterlassungspflicht der Schlechtleistung, oder § 433 I 2 enthält eine (»relative«) Leistungszeit.

a) Selbständige Unterlassungspflicht

Die Schlechtleistung könnte nur dann eine Nichterfüllung des Erfüllungsanspruchs bedeuten, wenn den Verkäufer gem. § 433 I neben der Pflicht, die Sache mangelfrei zu verschaffen, eine selbständige Unterlassungspflicht von Schlechtleistungen träfe.¹⁷¹ Der Leistungserfolg wird jedoch *allein* durch ein positives Tun herbeigeführt.

171 So bereits *Zitelmann*, FS Krüger, S. 265 (278), auf der Suche nach einem Haftungsgrund für aus der «Schlechterfüllung» entstehende Schäden. (»Es kann ja allerdings nicht der mindeste Zweifel darüber obwalten, daß ein Handeln nur dann verantwortlich zu machen vermag,

Vor allem besteht keine Unterlassungspflicht, *die Leistung nicht schlecht* zu erbringen.

Freilich begegnet man häufig der Aussage, daß die verletzte Pflicht diejenige aus § 433 I 2 sei.¹⁷² In § 433 I 2 wird damit die Pflicht zur Unterlassung der Schlechtleistung verortet. Wer schlecht leistet – so scheint es – verletzt damit durch Unterlassen seine Pflicht, gut zu leisten.

Auf den ersten Blick erscheint dies einleuchtend. Doch enthält die Vorschrift des § 433 I 2 – wie auch § 433 I 1, gegen den die Schlechtleistung verstoßen müßte, wenn sie in einer Falsch- oder Minderlieferung bestünde – insgesamt kein Verbot, *andere* Leistungen zu erbringen. § 433 I 2 ist als Teil des Erfüllungsanspruchs eine reine Leistungsbeschreibung, aus der nur gefolgert werden kann, daß die Mangelfreiheit Teil des Erfüllungsanspruchs ist.

Zudem ist das »Schlechtsein« der Leistung nicht kausal für die Nichterfüllung. *Schlecht* ist kein Attribut der erbrachten und zugleich geschuldeten Leistung, welches mit dem Ergebnis der Erfüllung hinweggedacht werden könnte. In *schlecht* liegt allein die Aussage, daß die erbrachte Leistung aufgrund von Mängeln i.S.d. §§ 434 bzw. 435 nicht dem Erfüllungsanspruch entspricht und die Leistung deshalb *insgesamt* nicht geschuldet ist. Aus diesem Grund kann man *schlecht* nicht hinwegdenken. *Schlecht* bezeichnet das Nichtgeschuldetsein der Leistung und damit die Untauglichkeit des Erfüllungsversuchs. Allein auf tatsächlicher Ebene kann isoliert ein Mangel hinweggedacht werden, nicht aber als Bestandteil einer rechtlich unteilbaren Leistung. Die Schlechtleistung kann nur im Ganzen hinweggedacht werden. Dies würde jedoch nichts ändern: Der Erfüllungsanspruch bliebe nichterfüllt.

b) Unselbständige Unterlassungspflicht

In Betracht kommt also allenfalls die Verletzung einer *unselbständigen* Unterlassungspflicht durch die Schlechtleistung als Kehrseite des auf ein positives Tun gerichteten Erfüllungsanspruchs. Hiermit sind allerdings nur Leistungstreuepflichten gemeint, die den Schuldner verpflichten, die Vereitelung der Leistung zu unterlassen. Die Verletzung einer Leistungstreuepflicht ist nach dem erfolgsbezogenen Pflichtverletzungsbegriff aber keine Verletzung des Erfüllungsanspruchs, sondern lediglich eine Nebenpflichtverletzung. Das Gewährleistungsrecht als Schlechtleistungsfolge ist jedoch auf das Erfüllungsinteresse zugeschnitten. Seine Auslösung durch die Verletzung von Nebenpflichten kommt deshalb nicht in Betracht.

Abgesehen davon dürfte eine Leistungstreuepflichtverletzung durch Schlechtleistung kaum jemals vorkommen. Zudem ist das Gewährleistungsrecht nach seiner Ausgestaltung (Nacherfüllungsanspruch als Primäranspruch) grds. auf diejenigen

wenn eine Norm da ist, die das Nichthandeln gebietet (...).«) Die Verantwortlichkeit des Schuldners bei »Schlechterfüllung« sei aber jedenfalls gerecht und zweckmäßig.

172 Vgl. z.B. *Emmerich*, SchR-BT, § 4 I, S. 18, Rdn. 1; *Lorenz*, NJW 2002, 2497 (2505).

Fälle zugeschnitten, in denen die Erbringung der geschuldeten Leistung nach wie vor möglich, also gerade nicht durch die Schlechtleistung vereitelt worden ist. Auch insofern kommt es als Folge der Verletzung von Leistungstreuepflichten nicht in Frage.

c) Das Mißverständnis: Schlechtleistung als Unterlassen der geschuldeten Leistung

Das Mißverständnis, welches der Gleichsetzung der Schlechtleistung mit der Nichterfüllung zugrunde liegt, dürfte sich aus der tatsächlichen Sicht auf die Schlechtleistung ergeben. Sie wird – soweit sie dem Anspruchsinhalt zumindest ähnelt – prinzipiell als die richtige Leistung betrachtet, die aufgrund des Vorliegens von Mängeln i.S.d. §§ 434, 435 hinter der Leistungspflicht zurückbleibt. Einerseits führt dies dazu, daß zumindest (positiv) schon ein Teil der Leistung erbracht zu sein scheint. Andererseits kann mit der Verschaffung einer mangelhaften Sache (negativ) nicht erfüllt werden, so daß in dieser Leistung *zugleich* die Nichterfüllung und mit ihr eine Leistungspflichtverletzung zu liegen scheint.

Zum einen gibt es aber insgesamt nur *eine* einheitliche Nichterfüllung dieses erfolgsbezogenen Erfüllungsanspruchs, die in einem Unterlassen besteht und nicht in jeder nicht erfüllungstauglichen Leistung erneut ihre Verkörperung finden kann. Zum anderen entsteht ein solcher Eindruck *ausschließlich* in Fällen der tatsächlichen Ähnlichkeit zwischen Schlechtleistung und Erfüllungsanspruch. In den Fällen, in welchen die tatsächliche Situation mit der rechtlichen »Alles-oder-nichts-Bewertung« der Leistung in Bezug auf ihre Erfüllungstauglichkeit übereinstimmt (Lieferung eines Elefanten statt eines Kühlschranks), läge der Gedanke fern, es handle sich um *die* den Erfüllungsanspruch verletzende Nichterfüllung.

Der mögliche Einwand, in solchen Fällen weise der Käufer die Leistung regelmäßig zurück, so daß das Gewährleistungsrecht ohnehin nicht eintrete, ist verfehlt. Die Qualifikation der Schlechtleistung als Leistungspflichtverletzung durch den Verkäufer kann sich nicht an der Reaktion des Käufers bemessen.

4. Verzug aufgrund »relativer« Leistungszeit in § 433 I 2?

Die Schlechtleistung könnte aber wenigstens eine Verkörperung der Leistungsverzögerung sein. Allerdings besteht auch die vorläufige Nichterfüllung in einem *Unterlassen*, namentlich der rechtzeitigen Erbringung der geschuldeten Leistung. Zudem liegt eine Schlechtleistung auch vor, wenn sie vor Fälligkeit erbracht wird. Zwar kann die Schlechtleistung in Einzelfällen Ursache der Verzögerung der geschuldeten Leistung sein; aber auch dies ist nicht die Regel und verletzte zudem nur Leistungstreuepflichten.

Die Schlechtleistung könnte nur dann den Erfüllungsanspruch als Verzögerung verletzen, wenn dieser in § 433 I 2 neben der »absoluten« (also der vereinbarten) Leistungszeit über eine »relative« Leistungszeit verfügte. Immerhin ist es möglich,

§ 433 I 2 so zu verstehen, daß die Sache bei Verschaffung frei von Mängeln sein soll. Wird also die Schlechtleistung erbracht, so läge der Verstoß bei einem solchen Verständnis in der fehlenden Mangelfreiheit im Moment der Verschaffung, unabhängig davon, ob die Leistung im Ganzen bereits geschuldet war. Argument dafür könnte sein, daß der Käufer lieber für längere Zeit überhaupt keine Leistung erhält als zu früh eine »schlechte«.

Allerdings wurde eine zeitliche Komponente des § 433 I 2 bereits an anderer Stelle abgelehnt (vgl. S. 19). Zudem wäre eine solche »relative« Leistungszeit für den Käufer nicht mehr oder weniger von Interesse, als es im allgemeinen wünschenswert für Gläubiger ist, daß die Erfüllung gleich beim ersten Versuch bewirkt wird. Dennoch ergibt sich daraus generell keine ergänzende Leistungspflicht. Außerdem beträfe dieser zeitliche Aspekt aufgrund der Ausgestaltung des § 433 I 1 und 2 lediglich die »echten« Mängel (§§ 434 I, 435), nicht auch die gleichgestellten Sachmängel (§ 434 II, III). Nur in der Schlechtleistung, welche die Verschaffung der *richtigen* Sache beinhaltet, läge dann eine Leistungsverzögerung. Für die Falsch- und Minderlieferung gälte dies – trotz vergleichbarer Interessenlage – nicht.

Insgesamt steht die Schlechtleistung in keinem bzw. einem nur mittelbaren Zusammenhang mit der Leistungsverzögerung. Da der Schuldner oftmals glauben wird, mit der Schlechtleistung erfüllt zu haben, wird er nicht auf die Idee kommen, die geschuldete Leistung zu erbringen. Damit wird diese sich zumindest verzögern. Dann aber ist nicht seine Schlechtleistung, sondern seine Unkenntnis von der fortbestehenden Leistungspflicht kausal für die Verzögerung. Die Schlechtleistung verkörpert damit auch nicht die vorläufige Nichterfüllung.

5. Der »Definitionstrick« der Gesetzesbegründung

Die Gesetzesbegründung bedient sich eines Tricks bei der Definition der Leistungspflichtverletzung. Hiernach soll es gleichgültig sein, ob die Leistung ganz oder teilweise auf Dauer ausbleibt oder in zeitlicher oder qualitativer Hinsicht Defizite aufweist. Mit dem Zusatz »oder in zeitlicher oder qualitativer Hinsicht Defizite aufweist« soll die Schlechtleistung unauffällig in den Kreis der Leistungspflichtverletzungen aufgenommen werden, indem sie neben den Verzug gestellt wird. Es handelt sich um eine Täuschung.

Zwar gibt es *die* Leistung mit zeitlichen Defiziten tatsächlich. Denn mit der Leistungszeit verhält es sich anders als mit anderen Anspruchsbestandteilen. Ihre Einhaltung ist (mit Ausnahme des absoluten Fixgeschäftes) keine Erfüllungsvoraussetzung. In dieser verzögerten Leistung liegt aber keine Verletzung des Erfüllungsanspruchs, sondern ganz im Gegenteil seine Erfüllung. Ein eventuell inzwischen eingetretener Verzug wird *durch sie* beendet.

Die Leistung mit qualitativen Defiziten gibt es überhaupt nicht. Eine solche Leistung ist nicht erfüllungstauglich und somit eine *andere* als *die* geschuldete Leistung.

Sie erfüllt den Erfüllungsanspruch nicht, *verkörpert* aber auch nicht seine endgültige oder vorläufige Nichterfüllung.

Die Rechtfertigung könnte darin bestehen, daß der Begriff der Pflichtverletzung ohnehin als erfolgsbezogen nicht dem alltäglichen Sprachgebrauch entspricht und er deshalb offen ist für jegliche Definition, die man ihm begeben möchte. Der Haftungsgrund soll schließlich nicht am Wortlaut der Pflichtverletzung gemessen, also durch ihn nicht beschrieben, sondern allenfalls bezeichnet werden.¹⁷³

Dann aber müßte die Schlechtleistung als Haftungsgrund zumindest eine Haftungsfolge nach sich ziehen. Die einzige Folge (mit Ausnahme der nicht generell eintretenden Folge von schuldhaften Nebenpflichtverletzungen durch die Schlechtleistung nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, 241 II) ist aber der Eintritt des Gewährleistungsrechts und damit des Nacherfüllungsanspruchs. Die Primärebene bleibt erhalten und dies sogar noch »hartnäckiger« als zuvor. Denn jegliche am Erfüllungsanspruch begonnene Sekundärrechtsentstehung muß am Nacherfüllungsanspruch erneut aktiviert werden (sog. Erfordernis doppelter Fristsetzung¹⁷⁴ / Mahnung). Was es mit dem Eintritt des Gewährleistungsrechts auf sich hat, wird im folgenden noch zu untersuchen sein. Eine »Haftung für Schlechtleistung« ist er jedenfalls nicht.

6. Gegenargument: § 281 I 1, 2. Alt.?

Gegen die hier angeführten Erwägungen könnte eingewandt werden, daß zumindest *eine* der Pflichtverletzungen in § 281 I 1, 2. Alt. in der Erbringung der fälligen Leistung »nicht wie geschuldet«, d.h. der Schlechtleistung liegt.¹⁷⁵ In § 281 I 3 findet diese Annahme ihre Bestätigung. Die Leistung »nicht wie geschuldet« wird hier als Pflichtverletzung bezeichnet. Dieses Verständnis ist – unbeschadet der offensichtlich gegenteiligen Überzeugung des Gesetzgebers – unzutreffend. Es gibt sowohl in § 281 I 1, 1. Alt. als auch in § 281 I 1, 2. Alt. nur jeweils *eine* Pflichtverletzung: die feststehende Nichterfüllung des Erfüllungs- bzw. des Nacherfüllungsanspruchs.

Nach dem System des § 437 ist der Nacherfüllungsanspruch der Erfüllungsanspruch des parallel zum Allgemeinen Leistungsstörungenrecht ausgestalteten Gewährleistungsrechts (vgl. S. 65 ff.). Deshalb müssen die Rechte der §§ 281, 283 im Gewährleistungsrecht über die Einbeziehung durch § 437 Nr. 3 für den Nacherfüllungsanspruch genauso »funktionieren« wie für den Erfüllungsanspruch.¹⁷⁶ Die unterschiedliche Formulierung des § 281 I 1, 1. Alt. im Verhältnis zu § 281 I 1, 2. Alt. (»fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet«) steht dem nicht entgegen.

173 Insbesondere aus diesem Grund – scheint es – wurde der Haftungsgrund des § 280 I entgegen dem Vorschlag *Hubers* nicht als Nichterfüllung bezeichnet. Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 134/135.

174 Vgl. *Lorenz*, FS Huber, S. 423 (429).

175 Auf das hieraus resultierende Problem des Bezugspunktes des Vertretenmüssens in § 281 I 1, 2. Alt. ist an anderer Stelle einzugehen, vgl. S. 105 f.

176 Die folgenden Ausführungen gelten ebenso für das Verhältnis von § 323 I, 1. Alt. und 2. Alt. (über § 437 Nr. 2) zueinander.

Zunächst ist der Blick der 1. Alt., dem Standardfall für die Nichterfüllung *trotz Möglichkeit* von Ansprüchen aus sowohl vertraglichen als auch gesetzlichen Schuldverhältnissen zuzuwenden.

a) Pflichtverletzung in § 281 I 1, 1. Alt.

Die einheitliche und damit einzige Pflichtverletzung des § 281 I 1, 1. Alt. ist die kraft einer gesetzlichen Wertung feststehende¹⁷⁷ und zudem vom Schuldner zu vertretende Nichterfüllung des Erfüllungsanspruchs.

Ein *wirkliches* Feststehen der Nichterfüllung ist allein im Fall der Nichterfüllung *wegen Unmöglichkeit* (vgl. § 283) gegeben. Ist die Leistung unmöglich i.S.d. § 275 I oder aber durch den Schuldner gem. § 275 II bzw. III verweigert, steht aufgrund der entfallenen Pflicht zur naturalen Leistung fest, daß der Anspruch nicht erfüllt werden wird.¹⁷⁸ Die Pflichtverletzung in Form feststehender Nichterfüllung ist gegeben. Das Erfüllungsinteresse des Gläubigers ist verletzt. Auch der hieraus resultierende sog. Nichterfüllungsschaden besteht darin, daß die Leistung *überhaupt nicht mehr* erbracht werden wird.

Solange die Leistung möglich ist, steht die Nichterfüllung nicht fest. Doch auch der Gläubiger der noch *möglichen* Leistung soll nicht unzumutbar lange auf diese warten oder sie einklagen müssen. Im Fall der Nichterfüllung *trotz Möglichkeit* trifft das Gesetz deshalb mit § 281 I 1, 1. Alt. eine entsprechende Wertung. Die Nichterfüllung gilt *zugunsten* des Gläubigers als feststehend. Diese Gleichstellung der Nichterfüllung *trotz Möglichkeit* mit der Nichterfüllung *wegen Unmöglichkeit* läßt es zu, daß der Gläubiger den (ebenfalls nur wertungsmäßig eingetretenen) Nichterfüllungsschaden ersetzt verlangen kann (vgl. § 281 IV). Da die Gleichstellung jedoch nur zu seinen Gunsten geschieht, darf er auch weiterhin Erfüllung verlangen¹⁷⁹.

Der Gläubiger muß dem Schuldner gem. § 281 I 1, 1. Alt. nach Fälligkeit eine angemessene Frist zur Leistung setzen, und diese Frist muß erfolglos ablaufen. Diese Tatbestandsvoraussetzungen führen zu der Gleichstellung mit der Nichterfüllung *wegen Unmöglichkeit* in der Rechtsfolge, weil mit Fristablauf ein Indiz für die fehlende Leistungsbereitschaft des Schuldners gegeben ist.¹⁸⁰ Hierfür muß der An-

177 Vgl. Gillig, Nichterfüllung und Sachmängelgewährleistung, passim (insb. S. 94 ff.) bereits zum alten Recht.

178 So auch Gillig, Nichterfüllung und Sachmängelgewährleistung, S. 94 ff. zu § 326 a.F. Auch die Unmöglichkeit der Leistung ist kein Störungstatbestand, sondern Ursache der endgültigen Nichterfüllung (S. 95).

179 Die Endgültigkeit stand dagegen in § 326 I 2, 1. Alt. a.F. nach Ablauf der Frist wirklich fest, da der Erfüllungsanspruch ab diesem Zeitpunkt ausgeschlossen war. Der Gläubiger hatte nicht die Wahl.

180 In den Fällen der Entbehrlichkeit der Frist (vgl. § 281 II) wird die Gleichstellung nicht erst durch Fristablauf, sondern bereits durch das schlichte Eintreten der Entbehrlichkeitsvoraussetzungen vorgenommen.

spruch jedoch bei Fristsetzung fällig gewesen sein. Der erfolglose Fristablauf kann die Wertung der Nichterfüllung als feststehend nur dann zulassen, wenn die Frist nicht vor der Leistungspflichtigkeit (Fälligkeit) des Schuldners zu laufen begonnen hat. Denn aus einer *vorfälligen* Nichterfüllung läßt sich kein Schluß auf eine auch in Zukunft ausbleibende Leistung aufgrund fehlender Leistungsbereitschaft des Schuldners ziehen. Deshalb ist die Nichtleistung auf einen fälligen Anspruch zwar eine der Voraussetzungen der Pflichtverletzung der Nichterfüllung, nicht aber *eine von zwei* Pflichtverletzungen des § 281 I 1, 1. Alt. Die feststehende Nichterfüllung ist die einzige Pflichtverletzung des § 281 I 1, 1. Alt.

b) Pflichtverletzung in § 281 I 1, 2. Alt.

Genauso wie mit § 281 I 1, 1. Alt. für den Erfüllungsanspruch verhält es sich mit § 281 I 1, 2. Alt. für den Nacherfüllungsanspruch. Es gibt nur *eine* Pflichtverletzung in Form der feststehenden Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs.¹⁸¹

Der Wortlaut des § 281 I 1, 2. Alt. erweckt zwar den Eindruck, die Schlechtleistung stelle eine Leistungspflichtverletzung dar: »Soweit der Schuldner die fällige Leistung (...) nicht wie geschuldet erbringt, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 I Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur (...) Nacherfüllung bestimmt hat.« Scheinbar kann der Gläubiger also *aufgrund der Schlechtleistung als Pflichtverletzung* Schadensersatz *statt* der Leistung verlangen, wenn der Schuldner nicht vor Ablauf einer Nachfrist zur Nacherfüllung leistet.

Tatsächlich ist jedoch der Wortlaut des § 281 I 1, 2. Alt. mißverständlich. Die einzige Pflichtverletzung ist die feststehende Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs, während sich der Übergang vom Erfüllungsanspruch zum Nacherfüllungsanspruch verletzungsneutral gestaltet. Das Erfüllungsinteresse wird durch das in Alt. 2 vorausgesetzte Hinzutreten der Schlechtleistung zu der Nichterfüllung ab Fälligkeit nicht verletzt.¹⁸² Dies erkennt man daran, *daß* der Nacherfüllungsanspruch den fälligen Erfüllungsanspruch fortsetzt (vgl. S. 65 ff.), ebenso wie der Erfüllungsanspruch bei schlichter Untätigkeit des Schuldners unangetastet fortbesteht.

Die »Leistung nicht wie geschuldet auf einen fälligen Anspruch« enthält lediglich die Voraussetzungen eines fälligen Nacherfüllungsanspruchs. Die Schlechtleistung ist Entstehungsvoraussetzung für den Nacherfüllungsanspruch. Die vorherige Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs ist Voraussetzung dafür, daß auch der Nacherfüllungsanspruch sofort mit seiner Geltendmachung nicht nur erfüllbar sondern auch fällig wird (vgl. S. 77/94 ff.). Spätestens mit der Fristsetzung zur Nacherfüllung und damit dem spätest denkbaren Zeitpunkt für die Geltendmachung liegt also der erfüllbare und fällige Nacherfüllungsanspruch vor. Die schuldnerische Nacherfüll-

181 Vgl. *Schur*, JA 2006, 223 (226); *Staudinger/Otto*, § 280, Rdn. D 11.

182 So aber BT-Drs. 14/6040, S. 138 (Schlechtleistung i.S.d. § 281 – in Abgrenzung zu § 282 – als »Verletzung des Leistungsinteresses«).

lungspflichtigkeit ist damit spätestens in diesem Zeitpunkt gegeben. Der Fristablauf läßt deshalb auch hier eine Gleichstellung der Nicht-Nacherfüllung *trotz Möglichkeit* mit der Nicht-Nacherfüllung *wegen Unmöglichkeit* zu. Bis zum Ablauf der Frist liegt aber wie in der 1. Alt. keine Pflichtverletzung vor. Die sodann gegebene Pflichtverletzung ist die feststehende Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs und damit allein *seine* Verletzung.¹⁸³ Der Anspruch aus § 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 ist somit der Schadensersatz statt der Nacherfüllung.

Die 2. Alt. wiederholt damit lediglich die 1. Alt. gesondert für den Nacherfüllungsanspruch. Deshalb wäre sie eigentlich nicht erforderlich gewesen. § 437 Nr. 3 bezieht § 281 in das Gewährleistungsrecht ein, so daß § 281 I 1, 1. Alt. ohne die 2. Alt. unproblematisch auf den Nacherfüllungsanspruch anwendbar gewesen wäre. Die Einführung der 2. Alt. dient allein der Klarstellung, daß es für die Gleichstellung der vorläufigen mit der feststehenden Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs einer eigenen erfolglos abgelaufenen *Frist für den Nacherfüllungsanspruch* bedarf, selbst wenn bereits zuvor eine *Frist für den Erfüllungsanspruch* lief oder sogar schon abgelaufen ist.

Dies ist deutlich zu machen, weil Erfüllungsanspruch und Nacherfüllungsanspruch nicht eindeutig als verschiedene Ansprüche voneinander zu trennen sind. Der Nacherfüllungsanspruch ist eine andere Ausgestaltung des Erfüllungsanspruchs, die von vornherein in diesem enthalten ist (vgl. S. 77 ff.). Von daher ist es sinnvoll, mit der 2. Alt. klarzustellen, daß eine Frist für die Erfüllung des fälligen Erfüllungsanspruchs nicht an dem inzwischen durch die Schlechtleistung aus dem Erfüllungsanspruch heraus zu Tage getretenen Nacherfüllungsanspruch fortgesetzt wird; ebenso, daß der Fristablauf hinsichtlich des Erfüllungsanspruchs nicht dazu führt, daß bereits der Nacherfüllungsanspruch als endgültig nichterfüllt gilt.

Der Grund für dieses sog. Erfordernis doppelter Fristsetzung ist darin zu suchen, daß die durch den Fristablauf begründete Wertung der Nichterfüllung des Erfüllungsanspruchs als feststehend i.S.d. Alt. 1 zunächst einmal durch die Schlechtleistung aufgehoben wird. Die Leistungsbereitschaft des Schuldners ist – anders als der Fristablauf zuvor indiziert hatte – gegeben. Die fortdauernde Nichterfüllung liegt nun in einem von der fehlenden Leistungsbereitschaft verschiedenen Problem (dem Mangel der Sache) begründet. Erst wenn wiederum eine Wertung (durch Fristablauf für den Nacherfüllungsanspruch) besteht, daß der Schuldner hinsichtlich der Nacherfüllung nicht leistungsbereit ist, gilt auch der Nacherfüllungsanspruch als feststehend nichterfüllt *zugunsten* des Gläubigers.¹⁸⁴

183 Es kommt deshalb gerade nicht zu einem Bruch zwischen dem Inhalt von §§ 437 Nr. 3, 283 und § 437 Nr. 3, 281. So aber *Hirsch*, Jura 2002, 289 (296).

184 Auch hier bereitet die eine Ausnahme darstellende Entbehrlichkeit der Frist zur Nacherfüllung (§§ 281 II, 440, S.1) keine dogmatischen Schwierigkeiten (a.A. *Hirsch*, Jura 2002, 289 (293)). Hiernach gilt der Nacherfüllungsanspruch zwar bereits im Moment der Schlechtleistung als endgültig nichterfüllt. Diese Wertung bezieht sich jedoch nicht auf die Schlechtleistung, sondern wiederum auf die den Entbehrlichkeitsvoraussetzungen zugrunde liegenden Umstände. A.A. *Lorenz*, FS Huber, S. 423 (429, 433/434).

Daß die Funktion des § 281 I 1, 2. Alt. gegenüber der 1. Alt. tatsächlich nur im Aufzeigen einer »rechtliche Trennung« der Nichterfüllung des fälligen Erfüllungsanspruchs und der Nichterfüllung des aus dem fälligen Erfüllungsanspruch entstehenden fälligen Nacherfüllungsanspruchs besteht, kann an folgendem gezeigt werden: Die 2. Alt. ist nur dann auf den Nacherfüllungsanspruch anwendbar, wenn die fällige Leistung »nicht wie geschuldet«, also eine Schlechtleistung bei Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs, erbracht wurde.

Die 2. Alt. ist folglich dann *nicht* auf den Nacherfüllungsanspruch anwendbar, wenn die Schlechtleistung *vor* Fälligkeit erbracht worden ist. In diesen Fällen ist also für den Nacherfüllungsanspruch nach §§ 437 Nr. 3, 281 I 1, 1. Alt. vorzugehen, sobald er fällig ist (»fällige Leistung nicht erbracht«). In dieser Konstellation kann es gerade nicht zu dem genannten Mißverständnis einer Fortsetzung der gem. § 281 I 1, 1. Alt. für den Erfüllungsanspruch gesetzten Frist am Nacherfüllungsanspruch kommen. Denn § 281 I 1, 1. Alt. kann vor Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs noch nicht durch Fristsetzung »aktiviert« worden sein.

7. Zwischenergebnis

Wie bisher dargestellt, ist die Schlechtleistung nie unter den Leistungspflichtverletzungsbegriff des § 280 I, II, III zu subsumieren. Sie stellt somit keine Verletzung des Erfüllungsanspruchs dar.

II. Gewährleistungsrecht keine Haftung für Schlechtleistung

1. Heutiges Gewährleistungsrecht als »Fast«-Erfüllungsrecht

Die Annahme, bei der Schlechtleistung handele es sich um eine Verletzung des Erfüllungsanspruchs, soll nun noch von der Rechtsfolge her widerlegt werden. Die einzige generelle Folge von Schlechtleistungen ist der Eintritt des Gewährleistungsrechts. Wäre die Schlechtleistung also eine Verletzung des Erfüllungsanspruchs, müßte das Gewährleistungsrecht Folge dieser Verletzung sein.

Daß dies nicht der Fall ist, ergibt sich bereits daraus, daß mit dem Nacherfüllungsanspruch weiterhin ein Primäranspruch auf die zunächst aus dem Erfüllungsanspruch geschuldete naturale Leistung gegeben ist. Es findet somit kein Übergang auf die Sekundärebene statt. Bestand der Erfüllungsanspruch im Zeitpunkt der Schlechtleistung, so besteht nun ein Nacherfüllungsanspruch. Bestand er nicht mehr, so war die Sekundärebene bereits im Allgemeinen Leistungsstörungenrecht eröffnet und ist nicht Folge der Schlechtleistung (vgl. S. 124 ff.). Mit Entstehung des Nacherfüllungsanspruchs rückt die Sekundärebene für den Käufer sogar in noch weitere Ferne, denn sie erfordert die Verletzung der *Nacherfüllungspflicht* (vgl. S. 98 ff.), selbst dann, wenn bereits der Erfüllungsanspruch durch Nichterfüllung verletzt worden war.

Anders als eine Pflichtverletzungsfolge stellt das Gewährleistungsrecht zudem den schlechtleistenden Verkäufer besser, als es der Erfüllungsanspruch und das Allgemeine Leistungsstörungsrecht mit dem schlicht untätigen Verkäufer tun. Insbesondere muß sich der Käufer darum kümmern, daß er den Nacherfüllungsanspruch geltend macht und die Sekundärrechtsentstehung wegen (vorläufiger oder endgültiger) Nichterfüllung auch dann durch Fristsetzung oder Mahnung vorantreibt, wenn dies bereits im Hinblick auf den Erfüllungsanspruch geschehen ist. Zudem ist der Nacherfüllungsanspruch im Verhältnis zum Erfüllungsanspruch im Hinblick auf die Zumutbarkeit für den Verkäufer (§ 439 III) und in der Regelverjährung beschränkt (§ 438 I Nr. 3, II).

Das heutige Gewährleistungsrecht ist nicht eine Pflichtverletzungsfolge, sondern die Neuregelung der Parteiinteressen aufgrund eines nicht erfüllungstauglichen, aber einvernehmlichen Leistungstransfers. Die erbrachte Leistung ist dabei immerhin potentiell erfüllungstauglich. So ist das Gewährleistungsrecht nicht Folge der Nicht-, sondern der »Fast«-Erfüllung. Als solche führt es – wie noch zu zeigen sein wird – zu der Nutzung der einmal erbrachten Leistung zum Zweck der Erfüllung, dem pauschalen Schutz des Schuldners vor der (beidseitigen) Unkenntnis von der trotz Leistung ausgebliebenen Erfüllung sowie (in Grenzen) zur Bewahrung des einmal einvernehmlich eingetretenen Rechtszustandes (vgl. S. 146 ff.). Eine Leistungspflichtverletzung zieht solche Folgen nicht nach sich.

Die einzige Pflichtverletzungsfolge innerhalb des Gewährleistungsrechts ist der Schadensersatzanspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 I. Er ist jedoch ein Fremdkörper im Gewährleistungsrecht als einziges Recht, das nicht der Nacherfüllungsanspruch *ist* bzw. aus dessen Nichterfüllung folgt. Die Pflichtverletzung ist hier tatsächlich die Schlechtleistung, allerdings lediglich als Verletzung einer Nebenpflicht i.S.d. § 241 II (vgl. S. 109 ff.). Die ihm zugrundeliegende Nebenpflichtverletzung vermag das Gewährleistungsrecht aber nicht auszulösen. Kommt es zu einer Pflichtverletzung durch die Schlechtleistung, ohne daß das Gewährleistungsrecht eintritt, z.B. aufgrund der Zurückweisung durch den Käufer, ergibt sich der Anspruch aus § 280 I allein.

Die hier beschriebene Privilegierung des schlechtleistenden Schuldners besteht gegenüber dem sowohl nichterfüllenden als auch nicht-schlechtleistenden Schuldner. Der Fehler bei der Einordnung des Gewährleistungsrechts als Haftung liegt regelmäßig in einem falschen Bezugsgegenstand begründet. Selbstverständlich darf der schlechtleistende nicht mit dem richtig leistenden (erfüllenden) Schuldner verglichen werden, den gerade keine Erfüllungspflichten oder Nichterfüllungsrechte mehr treffen, sondern mit dem gleichermaßen nichterfüllenden, aber *zudem* auch nicht-schlechtleistenden Schuldner. Dieser letztere steht mit der vollen Erfüllungspflicht schlechter, als er im Gewährleistungsrecht stünde. Das Gewährleistungsrecht qualifiziert und privilegiert den schlechtleistenden Schuldner demnach i.S.e. »besser als nichts«.

2. Altes Gewährleistungsrecht der §§ 459 ff. a.F. als Schlechtleistungsfolge?

Die Schlechtleistung als Nichterfüllung und das Gewährleistungsrecht als ihre Folge entsprechen der *Sicht der Erfüllungstheorie* auf das alte Gewährleistungsrecht der §§ 459 ff. a.F. Auch dort konnte die Nichterfüllung nicht in der Schlechtleistung verkörpert sein. Allerdings führte die Schlechtleistung im Kauf grds. zu der feststehenden Nichterfüllung des Erfüllungsanspruchs. Bei genauerer Betrachtung war dies jedoch nicht zwangsläufige Folge der Schlechtleistung, sondern ihrer speziellen gesetzlichen Behandlung.

Gem. § 462 a.F. bekam der Stückkäufer im Anschluß an die Schlechtleistung unmittelbar Ansprüche auf Wandlung und Minderung. Gem. § 463 a.F. konnte er im Falle des Fehlens zugesicherter Eigenschaften zur Zeit des Vertragsschlusses oder arglistigen Verschweigens eines Mangels sogar Schadensersatz *wegen Nichterfüllung* verlangen. Dies ungeachtet der Frage, ob dem Verkäufer die Beseitigung des Mangels oder die Herstellung der zugesicherten Eigenschaft vielleicht sogar möglich war. Es gab keinen Nachbesserungsanspruch.

Im Gattungskauf stand dem Käufer zwar der Nachlieferungsanspruch (§ 480 I a.F.) zur Verfügung, dessen Nichterfüllung im Fall der Geltendmachung durch den Käufer nach ganz allgemeiner Ansicht¹⁸⁵ die Folgen des Allgemeinen Leistungsstörungenrechts nach sich zog. Die Wertung der Nichterfüllung als feststehend (jedenfalls *zugunsten* des Käufers) bestand aber bereits unmittelbar mit der Schlechtleistung in dem Wahlrecht des § 480 I, II a.F. zwischen Nachlieferungsanspruch und den Rechten aus § 462 a.F. und § 480 II a.F.

All diese Käuferrechte wurden durch die Erfüllungstheorie als spezielles Nichterfüllungsrecht betrachtet. Die sich hieraus ergebende Sicht auf die Schlechtleistung als zumindest ursächlich für die feststehende Nichterfüllung war für das damalige Recht nachvollziehbar, ist aber heute angesichts des starken kaufvertraglichen Nacherfüllungsanspruchs (vgl. S. 65 ff.) nicht mehr haltbar.

185 Vgl. statt vieler Soergel/Huber, § 480, Rdn. 30 mwN.

3. Teil: Die Schlechtleistung ohne kaufvertragliches Gewährleistungsrecht

Nach richtigem Verständnis handelte es sich bei der Schlechtleistung ohne ein Gewährleistungsrecht um ein rechtliches *nullum* im Verhältnis zum Erfüllungsanspruch. Dabei ist unleugbar, daß die Schlechtleistung im Kaufvertrag eine besondere Art der erfüllungsuntauglichen Leistung darstellt. Auch das Gesetz geht mit dem Nachbesserungsanspruch davon aus, daß entweder die geleistete Sache die *verkaufte* Sache ist oder zumindest in diese umgewandelt werden kann. Diesem *tatsächlichen* Umstand wird mit dem Gewährleistungsrecht Rechnung getragen.

Verfügte das Kaufrecht nicht über ein Gewährleistungsrecht, gäbe es dort schon begrifflich keine Schlechtleistungen. Ohne Gewährleistungsrecht wären die Mängel der §§ 434, 435 Erfüllungshindernisse wie jedes andere. Ohne Nacherfüllungsanspruch entstünde mit der nicht erfüllungstauglichen Leistung auch keinerlei Zäsur im Schuldverhältnis. Der Erfüllungsanspruch »verwandelte« sich nicht. Die Folgen würden sich aus dem Erfüllungsanspruch und dem Allgemeinen Leistungsstörungenrecht ergeben. Der Käufer könnte nicht nur die Schlechtleistung mangels Übereinstimmung mit seinem Erfüllungsanspruch zurückweisen; auch wenn er sie annähme, bestünde der Erfüllungsanspruch von der nicht geschuldeten Leistung unberührt fort. Das Erlangte wäre rechtsgrundlos i.S.d. § 812 I 1, 1. Alt. geleistet worden und könnte demzufolge grds. kondiziert werden. Das Fortbestehen des nichterfüllten ursprünglichen Erfüllungsanspruchs wäre auch hier keine Pflichtverletzungsfolge der nicht erfüllungstauglichen Leistung, sondern »neutrale« Folge der noch nicht eingetretenen Erfüllung. Ohne Gewährleistungsrecht würde die Leistung also trotz tatsächlicher Ähnlichkeit mit der geschuldeten Leistung keinerlei rechtliche Relevanz aufweisen.

Eine »rechtliche« Ähnlichkeit als Spiegelbild zu der tatsächlichen Ähnlichkeit gibt es nicht. Die Leistung erfüllte somit den Erfüllungsanspruch nicht mehr oder weniger als jede andere als Erfüllung vorgenommene, aber nicht erfüllungstaugliche Leistung. Daß es im Kaufvertrag eines Gewährleistungsrechts und insbesondere eines Nacherfüllungsanspruchs bedarf, liegt gerade darin begründet, daß die Schlechtleistung den Erfüllungsanspruch trotz tatsächlicher Ähnlichkeit ansonsten nicht berührte, was den tatsächlichen Umständen nicht gerecht werden würde. Nur das Gewährleistungsrecht fängt die Schlechtleistung als potentiell erfüllungstauglich auf und paßt die Rechtslage den neuen Parteiinteressen an. Nach seiner Konzeption, insbesondere derjenigen des Nacherfüllungsanspruchs – die noch zu erläutern sein wird – wird die Schlechtleistung als eine Art von Teilleistung auf eine (nunmehr) teilbare Leistung behandelt. Die Auswirkungen und Gründe hierfür werden im folgenden darzulegen sein.

4. Teil: Das Gewährleistungsrecht der §§ 434 ff. als Folge der Schlechtleistung

Ohne ein Gewährleistungsrecht zöge die Schlechtleistung auf den Erfüllungsanspruch – wie soeben dargestellt – keine Rechtsfolgen nach sich. Eine Zäsur im Schuldverhältnis träte mit der Schlechtleistung nicht ein. Vielmehr bestünde der Erfüllungsanspruch fort, und die Rechtslage änderte sich – wie gewöhnlich im Allgemeinen Schuldrecht – nur durch Erfüllung oder rechtlich relevante Formen der Nichterfüllung – kurz: das pflichtverletzende *Leistungsunterlassen*.

Weil das Schuldverhältnis ohne das Gewährleistungsrecht der §§ 434 ff. unberührt von der Schlechtleistung fortbestünde, ist das Gewährleistungsrecht als Reaktion sui generis auf die ansonsten rechtlich irrelevante Schlechtleistung zu verstehen. Das Gewährleistungsrecht ist insbesondere keine spezielle Folge einer in der Schlechtleistung verkörperten Leistungspflichtverletzung. Der Eintritt des Gewährleistungsrechts bedeutet keinen Übergang auf die Sekundärebene.

Vielmehr bringt der Gewährleistungsrechtseintritt zunächst nur eine Modifikation des durch die Schlechtleistung unberührt gebliebenen Erfüllungsanspruchs mit sich. Diese Modifikation tritt »verletzungsneutral« ein. Sie bewirkt, daß die Schlechtleistung die Teilerfüllung des (modifizierten) Erfüllungsanspruchs herbeiführt (vgl. S. 78 ff.). Das Gewährleistungsrecht verfügt zudem über Sekundärrechte. Sie treten jedoch nicht aufgrund der Schlechtleistung, sondern nur aufgrund der Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs ein (vgl. S. 98 ff.).

A. Der Gewährleistungsrechtseintritt

Der Gewährleistungsrechtseintritt erfolgt durch die Schlechtleistung des Schuldners (vgl. § 437: »Ist die Sache mangelhaft ...«) und die Annahme des Geleisteten als Erfüllung (vgl. § 363) durch den Gläubiger (ungeschrieben, vgl. hierzu S. 138 ff.).

Gem. § 437 »kann der Käufer«, wenn die Sache mangelhaft ist sowie »die Voraussetzungen der folgenden Vorschriften vorliegen und soweit nicht ein anderes bestimmt ist«, die hier genannten Ansprüche (Nacherfüllung, Schadensersatz) geltend oder von den hier genannten Rechten (Rücktritt, Minderung) Gebrauch machen. Zunächst klingt § 437 wie eine reine Verweisungsnorm.¹⁸⁶ Dieser Vorschrift kommen aber mehrere sehr unterschiedliche Funktionen zu.

186 In diese Richtung auch *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum Neuen Schuldrecht, § 5, S. 267, Rdn. 499 (»Merktzettel-funktion«).

I. § 437 Nr. 1

Gemäß § 437 Nr. 1 kann der Käufer »nach § 439 Nacherfüllung verlangen«. Es fällt auf, daß § 439 I, der als einziger Absatz des § 439 den Nacherfüllungsanspruch nennt und beschreibt, keine Voraussetzungen aufweist. § 439 I nennt allein eine Rechtsfolge.¹⁸⁷ Ohne Voraussetzungen kann § 439 I allerdings keine Anspruchsgrundlage sein. Die Anspruchsgrundlage des Nacherfüllungsanspruchs liegt deshalb in § 437 Nr. 1 i.V.m. § 439 I.

Der Nacherfüllungsanspruch ist *ein Teil* (zu dem Anspruchsrest vgl. S. 77 ff.) des modifizierten Erfüllungsanspruchs. In § 437 Nr. 1, 439 I ist somit zugleich die Modifikationsnorm für den ursprünglichen Erfüllungsanspruch zu finden. Der Nacherfüllungsanspruch ist mit Vorliegen der Voraussetzungen des § 437 aus dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch herausgetreten. Dieser steht dem Käufer nun nicht mehr in seiner Ausgangsform zur Verfügung und kann auch durch den Verkäufer nicht mehr erfüllt werden.

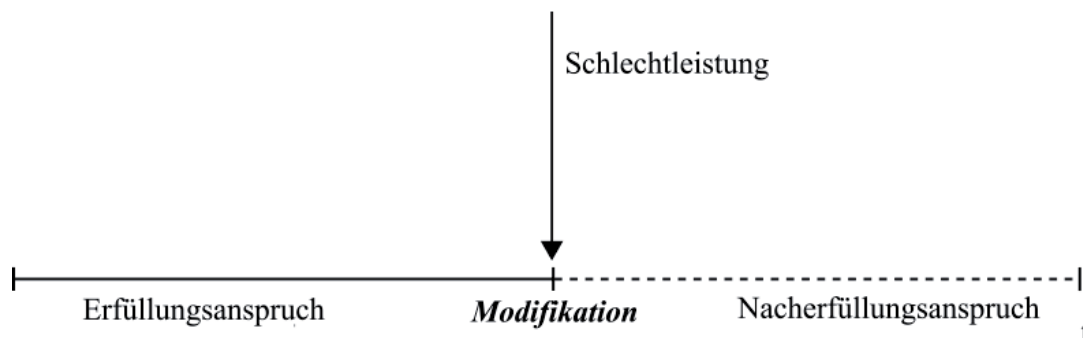


Abb. 7: Die Modifikation des Erfüllungsanspruchs

II. § 437 Nr. 2 (§§ 440, 323, 326 V, 441)

Nach § 437 Nr. 2 kann der Käufer (im Fall der Schlechtleistung) bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 440, 323, 326 V zurücktreten oder nach § 441 mindern, wenn nicht ein anderes bestimmt ist. All diese Rechte (mit Ausnahme des nur ergänzenden § 440) verfügen im Gegensatz zu § 439 I sowohl über einen Tatbestand als auch über eine Rechtsfolge. Mit §§ 323, 326 V sind die Rücktrittsrechte aus dem Allgemeinen Leistungsstörungsrecht in Bezug genommen. § 437 Nr. 2 ist jedoch nicht bloß als ein Hinweis auf ihre Anwendbarkeit zu verstehen. Diese wäre – gerade weil die §§ 323, 326 V Teil des Allgemeinen Leistungsstörungsrechts sind und es sich bei dem Nacherfüllungsanspruch um eine andere Form des Erfüllungsanspruchs handelt – ohnehin nicht zweifelhaft.

187 So auch BT-Drs. 14/6040, S. 138 (»Konkretisierung dessen, was der Käufer, dem eine mangelhafte Sache geliefert worden ist, von dem Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung verlangen kann«).

Vielmehr bezieht die Vorschrift des § 437 Nr. 2 die Rücktrittsrechte in das Gewährleistungsrecht ein. Diese Einbeziehung kommt ihrer wörtlichen Wiederholung innerhalb des Gewährleistungsrechts – herausgelöst aus ihrem Kontext im Allgemeinen Leistungsstörungenrecht – gleich.¹⁸⁸ Die Anwendbarkeit des Allgemeinen Leistungsstörungenrechts wird somit hinsichtlich der §§ 323, 326 V für den Nacherfüllungsanspruch durch § 437 Nr. 2 positiv ausgeschlossen; sie gelten auf diese Weise nur noch nach den »Spielregeln« des Gewährleistungsrechts. Als Beispiel für diese »Spielregeln« ist sogleich der (zu § 323 II) ergänzend aufgeführte § 440 mit weiteren Fällen der Fristsetzungsentbehrlichkeit zu nennen. Weitere Beispiele sind die Verjährung nach § 438 (IV 1) und der Ausschluß der Käuferrechte nach § 442 I.

Neben §§ 323, 326 V verweist § 437 Nr. 2 auf die in § 441 genannte Minderung. Da diese ohnehin ein »originäres« Gewährleistungsrecht ist, dient *ihre* Nennung allein der Klarstellung, daß auch sie im Zusammenhang mit dem Rücktritt berücksichtigt wird, dessen Voraussetzungen sie im wesentlichen teilt, weil die Minderung in ihrer heutigen Erscheinungsform als Gestaltungsrecht eine Art Teilrücktritt (vgl. § 323 V 1) darstellt.

III. § 437 Nr. 3 (§§ 440, 280, 281, 283, 311 a, 284)

Nach § 437 Nr. 3 kann der Käufer (im Fall der Schlechtleistung) bei Vorliegen der Voraussetzungen von §§ 440, 280, 281, 311 a Schadensersatz oder von § 284 Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen. Es verhält sich jedenfalls bei der Nennung von §§ 281, 283, 311 a II und 284 genauso wie bei § 437 Nr. 2 und den Rücktrittsrechten. Auch die hier aufgezählten Anspruchsgrundlagen werden durch § 437 Nr. 3 in das Gewährleistungsrecht *einbezogen* und somit dem Allgemeinen Leistungsstörungenrecht hinsichtlich des Nacherfüllungsanspruchs *entzogen*. Sie stehen damit ebenfalls im Gewährleistungsrecht. Die Verweisung auf § 440 dient auch hier der Ergänzung der Anspruchsgrundlagen um weitere Entbehrlichkeitsgründe hinsichtlich der Fristsetzung des § 281 I 1.

Die Verweisung auf § 280 allerdings ist in einem doppelten Sinn zu verstehen. Zum einen ist hiermit – auch nach Aussage der Gesetzesbegründung¹⁸⁹ – die Anspruchsgrundlage für den Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 I, II, 286 infolge des Verzugs für den Nacherfüllungsanspruch in das Gewährleistungsrecht einbezogen worden, obwohl § 286 anders als §§ 281, 283, 284 nicht in § 437 Nr. 3 genannt worden ist.

Zum anderen soll es auch einen Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 I geben. Dies verwundert. Es kann sich nach dem bereits zu § 280 I Gesagten nur um einen Anspruch aus §§ 280 I, 241 II handeln. Eine eigenständige Leistungspflichtverletzung

188 Auf die speziellen Eingangsalternativen in §§ 281 I 1, 323 I wird noch einzugehen sein (vgl. S. 100 ff.) bzw. ist hinsichtlich § 281 I 1 bereits eingegangen worden, vgl. S. 53ff.

189 Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 225. Sog. Betriebsausfallschäden sollen allerdings nach § 280 I ersetzt werden (vgl. hierzu S. 115 ff.).

aus §§ 280 I, 241 I, die nicht den sog. zusätzlichen Voraussetzungen des § 280 II bzw. III unterfällt, ist mit Ausnahme der im übrigen rechtsfolgenlosen schlichten Nichterfüllung ab Fälligkeit nicht denkbar.¹⁹⁰

Aber auch der grds. denkbare Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, 241 II aufgrund der Verletzung sog. Integritätsinteressen kann innerhalb des Gewährleistungsrechts nicht *entstehen*, da – dies wird noch auszuführen sein – mit dem Nacherfüllungsanspruch nur ein Teil des modifizierten Erfüllungsanspruchs in das Gewährleistungsrecht übergeht, während der Rest des Schuldverhältnisses im Anwendungsbereich des Allgemeinen Leistungsstörungenrechts verbleibt. Sind aber keine Pflichten i.S.d. § 241 II dem Gewährleistungsrecht unterworfen, können sie in seinem Anwendungsbereich auch nicht verletzt werden.

Die Verweisung des § 437 Nr. 3 auf §§ 280 I, 241 II ist folglich keine Einbeziehung der *Anspruchsgrundlage* der §§ 280 I, 241 II aus dem Allgemeinen Leistungsstörungen- in das Gewährleistungsrecht, sondern muß die Einbeziehung eines bereits *entstandenen Anspruchs* auf Schadensersatz aufgrund einer Integritätsinteressenverletzung sein. Der einzige Zweck der Einbeziehung eines bereits entstandenen Anspruchs und damit seiner nachträglichen Unterwerfung unter das Gewährleistungsrecht kann die Gleichbehandlung (Verjährung, Ausschluß) mit den anderen Rechten aus dem Gewährleistungsrecht sein.

Eine Gleichbehandlung mit den Mängelrechten ist aber nur dann sinnvoll, wenn die Verletzung des Integritätsinteresses durch die Schlechtleistungshandlung herbeigeführt worden ist (sog. Mangelfolgeschaden). Der hieraus resultierende Schadensersatzanspruch wird, je nachdem, ob das Gewährleistungsrecht tatsächlich eintritt, nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, 241 II, sonst nach §§ 280 I, 241 II ersetzt (vgl. S. 109 ff.).

IV. Zwischenergebnis

Aus dem Gesagten folgt: Das Eingreifen von § 437 *ist* der Gewährleistungsrechtseintritt. Alle denkbaren Gewährleistungsrechte des Käufers gehen aus § 437 hervor. Teils sind sie in ihm begründet (§ 437 Nr. 1, § 439 I), teils werden sie durch ihn in das Gewährleistungsrecht einbezogen (§§ 323, 281 usw.), teils verweist er auf sie (§ 441). Greift § 437 ein, ist das Gewährleistungsrecht eingetreten. Die Folgen bestehen darin, daß der Käufer von diesem Zeitpunkt an weder den Erfüllungsanspruch in seiner ursprünglichen Form (vgl. S. 65 ff.) geltend machen kann noch die bereits aufgrund seiner Nichterfüllung entstandenen Rechte aus dem Allgemeinen Leistungsstörungenrecht fortbestehen; es sei denn, es ist ihm aus diesen Nichterfüllungsrechten bereits ein fälliger und durchsetzbarer Sekundäranspruch entstanden.

190 Ganz anders sieht dies die Gesetzesbegründung, vgl. zur Behandlung des sog. Betriebsausfallschadens: BT-Drs. 14/6040, S. 225.

V. Gewährleistungsrechtliche Besonderheiten

Durch die Vorschrift des § 437 erhalten sowohl der Nacherfüllungsanspruch als auch seine Sekundärrechte und sogar der Fremdkörper des Anspruchs auf Ersatz des Mangelfolgeschadens ihren Standort im Gewährleistungsrecht. Unter dessen »Herrschaft« weisen diese Rechte gewisse Besonderheiten gegenüber dem Allgemeinen Leistungsstörungsrecht auf. Einzig hieraus ergibt sich eine Notwendigkeit des gesonderten Gewährleistungsrechts. Ohne weiteres hätte der Nacherfüllungsanspruch ansonsten im Allgemeinen Teil des Schuldrechts etabliert werden können.

Mit § 438 erhalten die sog. Mängelrechte des § 437 eigene grds. verkürzte (§ 438 I Nr. 3), ihren Lauf kenntnisunabhängig beginnende (§ 438 II) Verjährungsfristen. Die Vorschrift des § 440 S. 1 erweitert die Fristsetzungsentbehrlichkeitsgründe der §§ 281 II, 323 II. Zudem sind die Rechte (auch der Nacherfüllungsanspruch!¹⁹¹) bei Mangelkenntnis des Käufers im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (§ 442 I 1) sowie bei grob fahrlässiger Unkenntnis von dem Mangel ausgeschlossen, es sei denn der Verkäufer hat diesen arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen (§ 442 I 2).

Daneben halten § 439 I und III Besonderheiten speziell für den Nacherfüllungsanspruch bereit. § 439 I gesteht dem Käufer ein Wahlrecht zwischen den Nacherfüllungsalternativen zu. Dies ist nicht »nacherfüllungsspezifisch«, ergibt sich also nicht bereits aus der Natur des Nacherfüllungsanspruchs, da der Schuldner einer erfolgsbezogenen Leistung wie dem kaufrechtlichen (inzwischen modifizierten) Erfüllungsanspruch unter mehreren Leistungshandlungen grds. selber wählen darf.¹⁹²

Zudem erhält der Verkäufer gem. § 439 III 1 zusätzliche Leistungsverweigerungsrechte neben § 275 II und III. Darunter ist nur die relative Unzumutbarkeit aus den Besonderheiten des Nacherfüllungsanspruchs als Korrektiv zu dem Käuferwahlrecht erklärbar. Das Leistungsverweigerungsrecht besteht jedoch hinsichtlich beider Alternativen (vgl. § 439 III 3).

VI. Verhältnis des Gewährleistungsrechts zum Allgemeinen Leistungsstörungsrecht

Aus der Verortung des Nacherfüllungsanspruchs im Gewährleistungsrecht und der Einbeziehung der Rechte des Allgemeinen Leistungsstörungsrechts durch § 437 folgen zwei Schlüsse. Einerseits hat eine Annäherung an das Allgemeine Leistungsstörungsrecht insofern stattgefunden, als das Gewährleistungsrecht ebenfalls primär nach Erfüllung strebt und durch die Einbeziehung dieselben Hürden vor dem Über-

191 Eine Ausnahme gilt für die Beseitigung im Grundbuch eingetragener Rechte, § 442 II.

192 Vgl. hierzu auch den werkvertraglichen Nacherfüllungsanspruch aus §§ 634 Nr. 1, 635 I, bei welchem die Wahl zwischen den Nacherfüllungsalternativen dem Werkunternehmer, also dem Schuldner, obliegt.

gang auf die Sekundärebene errichtet wie das Allgemeine Leistungsstörungenrecht. Inhaltlich sind die einbezogenen Rechte gleich.

Andererseits zeigt sich gerade in der parallelen Ausgestaltung die völlige Undurchlässigkeit des Gewährleistungsrechts zu dem Allgemeinen Leistungsstörungenrecht. Der Nacherfüllungsanspruch ist im Gewährleistungsrecht eingeschlossen, welches sich nicht mehr allzu sehr vom Allgemeinen Leistungsstörungenrecht unterscheiden mag, aber eben doch in der genannten Weise anders ist.

Die Behauptung, es gäbe heute kein eigenständiges Gewährleistungsrecht mehr¹⁹³, ist deshalb nicht haltbar. Sie orientiert sich allein an dem erstgenannten Aspekt und kann wiederum nur aus einem Vergleich mit den §§ 459 ff. a.F. und nicht aus der Gegenüberstellung von *heutigem* Gewährleistungsrecht und *heutigem* Allgemeinen Leistungsstörungenrecht resultieren.

B. Primäranspruch Nacherfüllungsanspruch

Der Nacherfüllungsanspruch (§§ 437 Nr. 1, 439 I) ist der Primäranspruch des Kaufgewährleistungsrechts.¹⁹⁴ Er entstammt dem Erfüllungsanspruch des § 433 I, in welchem er von Anfang an, also ab Vertragsschluß enthalten ist. Voraussetzung für sein »Heraustreten« aus dem Erfüllungsanspruch als ein selbständiger Anspruch ist daher das Bestehen des Erfüllungsanspruchs im Zeitpunkt der Schlechtleistung. Der Erfüllungsanspruch besteht grds. dann, wenn er weder erfüllt worden (§ 362 I) oder wegen Unmöglichkeit entfallen ist (§ 275)¹⁹⁵ noch der Käufer wirksam Schadensersatz statt der Leistung gem. § 281 IV verlangt oder gem. § 349 wirksam den Rücktritt vom Vertrag erklärt hat.

I. Entstehung des Nacherfüllungsanspruchs als pauschalierte Rechtsfolge

Der Eintritt in das Gewährleistungsrecht ist eine Umgestaltung des Schuldverhältnisses aufgrund rechtsgeschäftsähnlichen Zusammenwirkens der Kaufvertragsparteien (vgl. S. 136 ff.). Diese Gestaltung ist es auch, die den Nacherfüllungsanspruch aus dem Erfüllungsanspruch hervorbringt.

Die Entstehung des Nacherfüllungsanspruchs muß dabei – schon aufgrund des Rechtssicherheitsbedürfnisses im Hinblick auf Rechtsgestaltungen – immer gleich ablaufen. Entstehung und Inhalt des Nacherfüllungsanspruchs richten sich deshalb allein danach, welchen Inhalts der ursprüngliche Erfüllungsanspruch ist und ob die

193 So aber *Ernst*, FS Huber, S. 165 (186); Palandt/*Heinrichs*, vor § 275, Rdn. 13.

194 So auch *Ehmann/Sutschet*, JZ 2004, 62; *Canaris*, Karlsruher Forum 2002, S. 43; *Huber*, NJW 2002, 1004 (1005); *Petersen*, Jura 2002, 461; *Bamberger/Roth/Faust*, § 439, Rdn. 6.

195 Zu der Sonderkonstellation der Unmöglichkeit bereits im Vorfeld der Schlechtleistung vgl. S. 126 ff.

Voraussetzungen für den Gewährleistungsrechtseintritt vorliegen. Der Nacherfüllungsanspruch ist somit Folge einer lediglich pauschalierten Wertung des Schlechtleistungsaustauschs zwischen den Parteien und ihrer hieraus folgenden geänderten Interessen (vgl. S. 146 ff.) ohne Ansehung der sonstigen Umstände des Einzelfalls.

Eine ergänzende Berücksichtigung solcher Umstände verbietet sich auch dann, wenn das Ergebnis dieser abstrakten Gestaltung als unbillig empfunden wird (bspw. wenn der Mangel in einer »positiven« Abweichung von der vertraglichen Beschaffenheit besteht; oder wenn der Schuldner von dem Mangel weiß; wenn die gelieferte Sache wegen eines unbehebaren Mangels überhaupt nicht mehr für die Erfüllung des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs durch Nachbesserung taugt; oder wenn der Käufer bestimmte Investitionen auf die mangelhafte Sache nicht ersetzt verlangen kann).

Neben den ansonsten bestehenden Gefahren für die Rechtssicherheit muß dies insbesondere gelten, weil bestimmte Unbilligkeiten nur auf den ersten Blick bestehen. Ein Ausgleich erfolgt in Wirklichkeit an anderer Stelle (vgl. S. 72 ff.). Teilweise sind vermeintliche Unbilligkeiten sogar systemimmanent, also gerade auf eine der Wertung zugrundeliegende Abwägungsentscheidung zurückzuführen (vgl. S. 72 ff.). Außerhalb dieses Wertungssystems liegende Gerechtigkeitserwägungen des Rechtsanwenders dürfen dann nicht zu vermeintlich korrigierenden Eingriffen führen.

Die für den Nacherfüllungsanspruch entscheidende pauschalierte Wertung des Gesetzes kann den Vorschriften der §§ 434 ff. im Vergleich sowie im Zusammenspiel mit den Vorschriften des Allgemeinen Leistungsstörungsrechts entnommen werden, was im folgenden zu unternehmen ist.

II. Nacherfüllungsinhalt

Der Nacherfüllungsanspruch besteht gem. § 439 I in den Alternativen der Nachbesserung gem. § 439 I, 1. Alt. und der Nachlieferung gem. § 439 I, 2. Alt. Beide Alternativen dienen der Herbeiführung des aus dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch geschuldeten Leistungserfolgs.

1. Nachbesserung

Die Nachbesserung wird in § 439 I, 1. Alt. als Beseitigung *des* Mangels bezeichnet. Ihr konkreter Inhalt steht damit erst im Zeitpunkt der Schlechtleistung fest. Zunächst ist der Nachbesserungsanspruch im Erfüllungsanspruch lediglich abstrakt vorhanden. In seiner Erscheinungsform in § 439 I, 1. Alt. ist er dagegen konkret auf die zu den relevanten Zeitpunkten der Schlechtleistung vorliegenden Mängel gerichtet (Sachmängel bei Gefahrübergang, Rechtsmängel bei Eigentumsübertragung). Mit der Nachbesserungsalternative paßt sich der Erfüllungsanspruch der Schlechtleis-

tung mit ihren konkreten Erfüllungshindernissen an. Wie dies geschieht, wird im folgenden zu erörtern sein (vgl. S. 78 ff.).

Der im Wege der Nachbesserung zu beseitigende Mangel muß i.S.d. §§ 434, 435 verstanden werden. Die Mangelbeseitigung liegt nicht nur in der Beseitigung von Mängeln i.S.d. § 433 I 2, also nicht allein in der Reparatur oder sonstigen Veränderung der *geschuldeten* Sache zur Herbeiführung ihres vertragsgemäßen Zustands (Sachmangel) oder in der Beseitigung von Rechten Dritter (Rechtsmangel). Die Nachbesserung ist diejenige Leistungshandlung, welche zusammen mit der jeweils erbrachten Schlechtleistung den aus dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch geschuldeten Leistungserfolg herbeiführt. Dies bedeutet, daß eine Nachbesserung auch darin bestehen kann, daß eine *andere* Sache durch Substanzveränderung in die geschuldete Sache umgewandelt (Gattungskauf) oder daß die in zu geringer Menge gelieferte Sache durch Lieferung der geschuldeten Restmenge vervollständigt und somit auch in diesem Fall der Rest des geschuldeten Leistungserfolgs herbeigeführt wird. Dem weiten Mangelbegriff des § 434 (vgl. insbesondere § 434 III) korrespondiert ein weiter Nachbesserungsanspruch.

Der Nachbesserungsanspruch ist der einheitliche Anspruch auf Beseitigung *aller* bestehenden Mängel. Wird ein einziger dieser Mängel nicht beseitigt, so bleibt auch der Nachbesserungsanspruch nicht erfüllt, da nicht die Beseitigung von Mängeln, sondern die *Mangelfreiheit* als Erfolg geschuldet ist, welcher nur durch die Beseitigung *aller* Mängel zu erreichen ist.

Lediglich in zwei Fällen entsteht der Nachbesserungsanspruch nicht. Im ersten Fall ist der Mangel an der gelieferten Sache bereits bei der Schlechtleistung unbehebbar. Dann kann aus dem Erfüllungsanspruch infolge der Schlechtleistung kein Nachbesserungsanspruch heraustreten. (Wird der Mangel dagegen erst nach der Schlechtleistung unbehebbar, so entfällt der Nachbesserungsanspruch erst nach seinem Heraustreten aus dem Erfüllungsanspruch gem. § 275 I zu dem betreffenden Zeitpunkt.)

Im zweiten Fall ist ein Nachbesserungsanspruch, der die konkrete Schlechtleistung ergänzt, nicht nur unmöglich, sondern schon strukturell nicht denkbar. Diesen Fall gibt es ein einziges Mal. Es handelt sich um die Schlechtleistung, welche in der Falschlieferung (§ 434 III, 1. Alt.) im Stückkauf liegt. Selbst wenn die nicht geschuldete Sache die vereinbarte Beschaffenheit der geschuldeten Sache aufweisen sollte, könnte durch ihre Verschaffung nicht erfüllt werden. Infolgedessen kommt auch ein Nachbesserungsanspruch niemals in Betracht. Die Nachbesserung führte den Leistungserfolg des Erfüllungsanspruchs nicht herbei. Es entsteht der Nacherfüllungsanspruch allein in der Nachlieferungsalternative.

2. Nachlieferung

Gem. § 439 I, 2. Alt. kann der Käufer auch die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. Da sie die Alternative zur Nachbesserung innerhalb des Nacherfüllungs-

anspruchs darstellt, ist die Nachlieferung in ihrem Leistungsumfang gegenüber dem Erfüllungsanspruch beschränkt. Nicht umfaßt ist damit die bereits im Wege der Schlechtleistung gelieferte Sache; also ihre erneute Lieferung nach »Mangelbeseitigung«, also Umwandlung in die geschuldete Sache.¹⁹⁶ Auf sie bezieht sich der Nachbesserungsanspruch. Vollständig enthalten ist der Erfüllungsanspruch im Nachlieferungsanspruch nur bei der Falschlieferung im Stückkauf. Der Nachlieferungsanspruch ist hier notwendig identisch mit dem Erfüllungsanspruch, vgl. S. 90 ff.

Die Nachlieferung beinhaltet anstelle der bloßen Ergänzung der Schlechtleistung durch eine weitere Leistungshandlung die Vornahme der geschuldeten Gesamtleistung. Der Käufer soll hieraus jedoch kein Mehr gegenüber dem ursprünglich geschuldeten Leistungserfolg erlangen. Zu beachten ist nämlich, daß der Käufer bei Nachlieferung gem. §§ 439 IV, 346 I im Gegenzug die Rückgewähr des aus der Schlechtleistung erlangten Besitzes und Eigentums an der Sache schuldet. Die Sache ist erst mit Nachlieferung und nicht ohnehin zurückzugewähren. Für das Behalten dürfen durch den Käufer besteht ein Rechtsgrund (vgl. 78 ff.), der *erst* durch die Erfüllung des Nachlieferungsanspruchs entfällt (vgl. § 439 IV). Insofern ist auch im Rahmen der Nachlieferung hinsichtlich des *Leistungsumfangs* nur die Beseitigung des Mangels durch Neulieferung, also kein »mehr« gegenüber dem Nachbesserungsanspruch geschuldet.

Ist im Zeitpunkt der Schlechtleistung die Lieferung einer der – nach dem Vertrag vorgestellten – anderen erfüllungstauglichen Sachen nicht möglich, so tritt der Nachlieferungsanspruch trotz Schlechtleistung und Gewährleistungsrechtseintritt nicht aus dem Erfüllungsanspruch heraus. Eine erst später eintretende Unmöglichkeit läßt den Nachlieferungsanspruch nach § 275 I entfallen.

Wie der Nachbesserungsanspruch kann auch der Nachlieferungsanspruch strukturell nur dann aus dem Erfüllungsanspruch heraustreten, wenn er den aus dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch geschuldeten Leistungserfolg auch herbeizuführen vermag. Dies ist nicht der Fall, wenn die Schlechtleistung darin besteht, daß die *geschuldete* Sache in mangelhaftem Zustand verschafft wurde. Wie bei der Falschlieferung im Stückkauf ist dies keine Frage der Unmöglichkeit der Leistung (§ 275), sondern eine Frage des Anspruchsinhalts.¹⁹⁷ Der uneingeschränkte Wortlaut des § 439 I provoziert allerdings verbreitet die Frage nach einem solchen Anspruch auf eine Nachlieferung im Stückkauf.

Diese Frage ist zu verneinen. Eine solche Erweiterung des Erfüllungs- durch den Nacherfüllungsanspruch könnte nur dann angenommen werden, wenn es sich entweder bei dem Nacherfüllungsanspruch um »objektives« Recht handeln würde, welches sich auch in Widerspruch zu dem (vertraglichen) Parteiwillen setzen könnte; oder wenn der (hypothetische) Parteiwille (zumindest bei bestimmten Kaufverträgen) infolge der Schlechtleistung auf einen inhaltlich von dem Erfüllungsanspruch abweichenden Nacherfüllungsanspruch gerichtet wäre.

196 Vgl. zu der Herauslösung der «schlechtgeleisteten» Sache aus dem Nachlieferungsanspruch S. 89 ff.

197 A.A. Huber/Faust/Huber, S. 321 ff., Rdn. 17 ff.

Der ersten Auffassung muß folgen, wer in §§ 437 Nr. 1, 439 I im Stückkauf einen Anspruch auf Nachlieferung von *vertretbaren* Sachen (§ 91) sieht.¹⁹⁸ Diese Ansicht bestätigt durch das Ausweichen auf eine »objektive Gattung«, daß es im Stückkauf weder für den Erfüllungs- noch für den Nacherfüllungsanspruch eine vertragliche Gattung gibt, aus der geleistet werden könnte, weil die Parteien sich vertraglich auf eine *bestimmte* Sache festgelegt haben. Die Parteien sollen mit dem Nachlieferungsanspruch also *primär* etwas schulden und verlangen können, was nicht Vertragsgegenstand geworden ist. Dieses Verständnis ist für das Vertragsrecht unhaltbar. Auch mit einem Ausweichen auf den Nacherfüllungsanspruch als vermeintliches Sekundärrecht infolge einer in der Schlechtleistung liegenden Leistungsstörung wäre dieser Einwand nicht zu entkräften.¹⁹⁹ Das Sekundärrecht orientiert sich gleichfalls allein an den aus dem Vertrag resultierenden Primäransprüchen. Entweder es werden Nichterfüllungsschäden ersetzt und somit das positive Interesse an der ausbleibenden Leistung oder es wird ein Recht gegeben, von dem Vertrag Abstand zu nehmen und somit in letzter Konsequenz die Störung des vertraglichen Äquivalenzverhältnisses zu beseitigen.²⁰⁰ Die Einführung *neuer* Leistungsinhalte, die sich nicht an dem vertraglich Gewollten orientieren, ist auch dem Sekundärrecht fremd.

Ein Anspruch auf Nachlieferung im Stückkauf könnte sich allenfalls aus der typisierten unterschiedlichen Interessenlage der Stückkaufvertragsparteien *vor* bzw. *gänzlich ohne* und *nach* Schlechtleistung und somit aus dem hypothetischen Parteiwillen²⁰¹ bei Vorliegen der Voraussetzungen des Gewährleistungsrechtseintritts ergeben, dem das Vertragsrecht mit § 439 I, 2. Alt. gerecht werden sollte. Für den Stückkauf gibt es aber gerade keine typisierte Rechtslage, welche die Auswechslung des Schuldgegenstandes in *irgendeiner* Situation zulassen würde. Bestimmend für den Stückkauf ist gerade die Festlegung auf eine *bestimmte* Sache.

Sollte der (hypothetische) Parteiwille im Fall des immer wieder aufgegriffenen Gebrauchtwagenkaufs²⁰² tatsächlich in dieser Weise abweichen, so ist zunächst zu konstatieren, daß es sich dann bei diesem typischen Gebrauchtwagenkauf nicht um einen Stückkauf handeln kann. Sollten die Parteien nach ihrem hypothetischen Willen im Rahmen des Nacherfüllungsanspruchs ein anderes subjektiv vergleichbares KFZ verlangen bzw. verschaffen können, kann dies nur darin begründet liegen, daß

198 In dieser Weise: LG Ellwangen NJW 2003, 517; OLG Braunschweig, NJW 2003, 1053 f.; Pammler, NJW 2003, 1992 ff.

199 So aber Jauernig/Berger, § 439, Rdn. 10.

200 Bei dem Rücktritt besteht dies zwar lediglich darin, daß weder Leistung noch Gegenleistung geschuldet sind. Bei Teilrücktritt (vgl. § 323 V 1) und Minderung (§ 441) als Minus zum Rücktritt von der ganzen Leistung wird jedoch ersichtlich, daß es um die Herstellung des vertraglichen Äquivalenzverhältnisses geht.

201 So BGH NJW 2006, 2839 (2841): »Möglich ist die Ersatzlieferung nach der Vorstellung der Parteien dann, wenn die Kaufsache im Falle ihrer Mangelhaftigkeit durch eine gleichartige und gleichwertige ersetzt werden kann.«; Canaris, JZ 2003, 831 (834/835); Palandt/Weidenkaff, § 439, Rdn. 15 mwN.

202 Vgl. nur BGH NJW 2006, 2839 ff.

sie bereits vertraglich eine besondere Form des Gattungskaufs vereinbart haben.²⁰³ Danach soll aus dem Erfüllungsanspruch aus der anhand der Beschaffenheit der ausgewählten Sache vereinbarten Gattung heraus zunächst ausschließlich diese *bestimmte* Sache geschuldet sein. Sobald diese aber unbehebbar mangelhaft wird, soll die normale (Vorrats-)Gattungsschuld unter *Ausschluß dieser Sache* eintreten. Ob die typische Interessenlage zumindest bei einem Gebrauchtwagenkauf vom gewerblichen Verkäufer derart beschaffen ist, kann deshalb für die Frage nach der Nachlieferung beim Stückkauf dahinstehen, weil es sich bei einem solchen Vertrag nicht um einen Stückkauf handelt; gleiches gilt für die Frage, weshalb die Umwandlung in eine »normale Gattungsschuld« nur bei Eintritt eines unbehebbareren Mangels, nicht auch bei Untergang der Sache eintreten sollte.²⁰⁴

Selbst eine solche vertragliche »Ersetzungsvereinbarung« in einem solchen speziellen Gattungskauf erfolgte nicht isoliert für den Nacherfüllungsanspruch, sondern nur für Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch gleichermaßen.²⁰⁵ Das eventuelle Eintreten eines unbehebbareren Mangels geschieht unabhängig von der Schlechtleistung, so daß die Möglichkeit einer Ersetzung der Sache sowohl im Erfüllungs- als auch im Nacherfüllungsanspruch enthalten wäre. Zwar gibt es – wie noch zu zeigen sein wird – durch das Gewährleistungsrecht berücksichtigte typisierbare unterschiedliche Interessenlagen im Wirkungsbereich von Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch. Diese bestehen aber allenfalls im Hinblick auf das Behaltendürfen der Schlechtleistung und nicht in einem Anspruch auf Neulieferung, der noch nicht einmal im Erfüllungsanspruch enthalten ist.

Auch Gegenargumente der Art, der Gesetzgeber habe die Unterschiede zwischen Stück- und Gattungskauf abschaffen wollen,²⁰⁶ stehen dem nicht entgegen. Dies besagt zwar auch die Gesetzesbegründung.²⁰⁷ Der Gesetzgeber setzt die Abschaffung der Unterschiede zwischen den Kaufverträgen jedoch nur insofern um, als er den Nacherfüllungs- als Nachbesserungs- oder Nachlieferungsanspruch ausgestaltet und somit in beiden Kaufvertragstypen jeweils *den* Primäranspruch zur Verfügung stellt, der den jeweiligen Leistungserfolg herbeizuführen vermag: im Stückkauf den Nachbesserungs-, im Gattungskauf sowohl den Nachbesserungs- als auch den Nachlieferungsanspruch. Beide Kaufverträge gleichen sich nun darin, daß die Erfüllung des Käuferanspruchs sowohl *vor* bzw. *ohne* als auch *nach* Schlechtleistung geschuldet

203 So auch *Lorenz*, NJW 2005, 1889 (1894/1895), FN 63 (i.d.R. ein beschränkter Gattungskauf).

204 So aber *Canaris*, JZ 2003, 1156 mit der m.E. wenig überzeugenden Begründung einer unterschiedlichen Interessenlage aufgrund Wegfalls der Gegenleistungspflicht gem. § 326 I 1. Beide Parteien können doch auch hier weiterhin an einem Leistungsaustausch interessiert sein. So auch *Faust*, ZGS 2004, 252 (254).

205 Diese Ansicht können allein diejenigen nicht teilen, für welche das Gewährleistungsrecht spätestens im Moment der Unbehebbarkeit des Mangels automatisch eintritt.

206 Vgl. *Scheuren-Brandes*, ZGS 2005, 295 (296) über die Vorschrift des § 439 I unter Hinweis auf BT-Drs. 14/6040, S. 230: »Gleichzeitig bindet er das Haftungssystem des Verkäufers für Sachmängel in das allgemeine Leistungsstörungenrecht ein, gleicht Rechtsmängel- und Sachmängelhaftung einander an und macht die Unterscheidung zwischen Stückkauf und Gattungskauf verzichtbar.«

207 Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 94/230.

ist. Welchen Umfang der Nacherfüllungsanspruch in der Folge aufweist, überläßt das Vertragsrecht aber dem Erfüllungsanspruch und somit der vertraglichen Ausgestaltung, wo eine solche Entscheidung am besten aufgehoben ist. Die Aussage, es gäbe heute keine Unterscheidung mehr zwischen Stück- und Gattungskauf, verkennt dagegen die Bedeutung des Vertragsrechts und der Vertragsautonomie. Die *Parteien* bestimmen über eine Beschränkung auf einen bestimmten Gegenstand. Das Gesetz hat diese Entscheidung zu akzeptieren.

Im Gegensatz zu den §§ 459 ff. a.F. besteht auch im Stückkauf ein Erfüllungsanspruch auf Verschaffung der mangelfreien Sache sowohl ohne als auch vor und nach Schlechtleistung. Nur insofern wurde eine Angleichung der Vertragstypen vorgenommen. Allenfalls gibt der Gesetzgeber mit dem undifferenzierten Wortlaut des § 439 I zu verstehen, daß Kaufverträge nach seiner Auffassung der heutigen Rechtswirklichkeit zumeist Gattungskaufverträge sein werden, während der historische Gesetzgeber diesen Kaufvertragstyp in §§ 459 ff. a.F. quasi als Ausnahmererscheinung lediglich als Annex zu den üblichen Stückkaufverträgen mitgeregelt hatte (vgl. § 480 a.F.).

Wohl falsch verstanden wird zuweilen auch die Gesetzesbegründung mit der Aussage, bei der Lieferung eines Qualifikationsaliud sei Nachlieferung denkbar.²⁰⁸ Hierbei ging es trotz mißverständlicher Verortung der Aussage nicht etwa um ein Qualifikationsaliud im Rahmen des Stückkaufs²⁰⁹, sondern um die Falschlieferung im Gattungskauf als Lieferung von außerhalb der richtigen Gattung. Daß in diesem Fall eine Nachlieferung denkbar ist, ergibt sich aus dem Gattungsschuldcharakter des Vertrags. Dagegen ist ein Qualifikationsaliud im Stückkauf nicht denkbar. Entweder die Sache ist die geschuldete oder nicht. Einer anderen Gattung kann sie schon deshalb nicht entstammen, weil durch den Vertrag keine Gattung gebildet wurde.

Schließlich ist die Nachlieferung beim Stückkauf nicht einmal aus dem Wortlaut des § 439 I, 2. Alt. heraus geschuldet. Zwar enthält § 439 I keine Einschränkung, die eine Nachlieferung beim Stückkauf ausschließt.²¹⁰ Die Anspruchsgrundlage des Nacherfüllungsanspruchs liegt aber in §§ 437 Nr. 1, 439 I. Gem. § 437 kann der Käufer nur Nacherfüllung nach § 439 verlangen, »soweit nicht ein anderes bestimmt ist«. Für den Nacherfüllungsanspruch *bestimmt* aber der Erfüllungsanspruch selbst ein anderes, namentlich die Beschränkung des Schuldgegenstandes auf die Übereignung der *bestimmten* Sache, so daß auch der Nacherfüllungsanspruch nur insoweit besteht, als er *diesen* Leistungserfolg herbeizuführen vermag. Einen Nachlieferungsanspruch im Stückkauf gibt es damit – genau wie einen Nachbesserungsanspruch bei Falschlieferung im Stückkauf – bereits strukturell nicht.²¹¹ Ein Nachlieferungsan-

208 Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 216.

209 So aber z.B. kritisch *Huber*, NJW 2002, 1004 (1006).

210 Auch hierauf gestützt: *Scheuren-Brandes*, ZGS 2005, 295 (296).

211 So im Ergebnis auch *Huber*, FS Schlechtriem, S. 521 (523/524), FN 9; *Lorenz*, JZ 2001, 742 (743), FN 12; *Faust*, ZGS 2004, 252 (253 ff.); *Ackermann*, JZ 2003, 1154 (1155); *Huber*,

spruch ist bei Lieferung einer erfüllungstauglichen Sache nur dann gegeben, wenn auch nach dem Inhalt des Erfüllungsanspruchs noch weitere Sachen erfüllungstauglich sind. Unter der Voraussetzung beidseitigen Einverständnisses kann natürlich auch trotz (aber nicht aus) Stückkaufvertrag nachgeliefert werden.

Im Fall der jedenfalls zugunsten des Verkäufers als Stückschuld geltenden konkretisierten Gattungsschuld verhält es sich ein wenig anders. Der Verkäufer kann trotz Konkretisierung nachliefern, soweit ihm die Lieferung einer anderen Sache im Anschluß an die Konkretisierung auch hinsichtlich des Erfüllungsanspruchs gestattet wäre. Voraussetzung hierfür ist aber – aufgrund der freien Entscheidung des Käufers für oder gegen die Nacherfüllung (vgl. S. 94 ff.) und seines Wahlrechts zwischen den Nacherfüllungsalternativen (vgl. § 439 I) – daß der Käufer die Nachlieferung wählt. Ohne das Nachlieferungsangebot in Fällen der zulässigen Entkonkretisierung angenommen zu haben, kann der Käufer allerdings auch keine Sekundärrechte wegen ausgebliebener Nacherfüllung geltend machen.²¹²

3. Umfang des Nacherfüllungsanspruchs

Erst mit der auf die Schlechtleistung folgenden Nacherfüllung wird der ursprüngliche Erfüllungsanspruch erfüllt. Die Besonderheit gegenüber einem sofort erfolgreichen Erfüllungsversuch liegt darin, daß zwischen der zur Erfüllung erbrachten und als solche angenommenen Schlechtleistung und der tatsächlichen Erfüllung im Wege der Nacherfüllung eine zeitliche Lücke entsteht.

In diesem Zeitraum kann – insbesondere aufgrund Vertrauens des Käufers in die Erfüllungstauglichkeit der Sache – allerhand passieren. Die Sache kann an einen Ort verbracht werden, der weit entfernt vom Leistungsort des Erfüllungsanspruchs liegt. Sie kann eingebaut oder beschädigt werden, oder der Käufer macht umfangreiche Aufwendungen auf sie, indem er sie z.B. umbaut. Dies alles führt zu der Frage, ob der Nacherfüllungsanspruch neben der Entfernung des Mangels bzw. der Neulieferung noch weitere Leistungen umfaßt.

Muß der Käufer dem Verkäufer die Sache zur Nachbesserung bringen oder sich die Nachlieferung holen, wenn es sich nach dem Vertrag um eine Holschuld handelt? Muß der Verkäufer die eingebaute Sache zur Nachbesserung aus- und einbauen, zur Nachlieferung ausbauen und eine neue einbauen, obwohl er aus dem Vertrag keinen Einbau, geschweige denn einen Ausbau schuldet? Muß er die Sache in einen mangelfreien Zustand versetzen, auch wenn zwischenzeitlich neue Beschädigungen hinzugekommen sind? Muß er neue Beschädigungen zumindest mitentfernen, wenn nur auf diese Weise der ursprüngliche Mangel beseitigt werden kann? Muß der Verkäufer schließlich im Fall der Nachlieferung nun nutzlose Aufwendungen des Käu-

NJW 2002, 1004 (1006); Huber/Faust/Huber, S. 321 ff., Rdn. 17 ff.; Ackermann, JZ 2002, 378 (379 ff.).

212 Ähnlich Faust, ZGS 2004, 252 (256-258).

fers (vgl. § 439 IV) auf die von ihm zurückzugewährende Sache ersetzen oder womöglich sogar in Natur an der neuen Sache vornehmen?²¹³

Dem Wortlaut des Gesetzes ist hierzu nichts Ausdrückliches zu entnehmen. Es ergibt sich jedoch aus dem Kontext der Regelungen der §§ 437 ff. eine bestimmte Verteilung von Risiken der vom Verkäufer erbrachten und vom Käufer angenommenen Schlechtleistung zwischen den Parteien.

Der Käufer trägt die Nachteile, die sich daraus ergeben, daß er zunächst in Unkenntnis hinsichtlich der mangelnden Erfüllungstauglichkeit der Schlechtleistung war. Dies zeigt sich auf der Sekundärebene daran, daß der Käufer den Verkäufer auch hinsichtlich des Nacherfüllungsanspruchs grds. mahnen muß, um den Verzug in Gang zu setzen und somit den Ersatz von Schäden verlangen zu können, welche sich aus der nach der Schlechtleistung eintretenden Verzögerung mit der Nacherfüllung ergeben (vgl. S. 111 ff.).²¹⁴ Zudem ist der Nacherfüllungsanspruch vor der Geltendmachung und somit vor der Kenntnis des Käufers noch nicht einmal erfüllbar (vgl. S. 94 ff.). Somit fehlt es ohne die Geltendmachung neben der im Einzelfall auch entbehrlichen Mahnung jedenfalls *immer* zumindest an *einer* elementaren Verzugsvoraussetzung. Aus dem Erfordernis der Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs für den Verzug, ungeachtet der Kenntnis oder Unkenntnis des Käufers von der fortdauernden Nichterfüllung, können sich Schutzlücken hinsichtlich der Ersatzfähigkeit von Verzögerungsschäden ergeben. Das Gewährleistungsrecht wälzt somit die Risiken der beiderseitigen Unkenntnis von dem Fehlschlagen des Erfüllungsversuchs auf der Sekundärebene auf den Käufer ab. Diese Wertung muß dann bereits auf der Primärebene gelten, da die Sekundärebene sich an der Primärebene bemißt und keine neuen eigenen Wertungen in das Schuldverhältnis einzuführen vermag.

Hat der Käufer erst einmal die Nacherfüllung verlangt, muß der Verkäufer auf der anderen Seite alles daran setzen, den ursprünglich geschuldeten Leistungserfolg nun herbeizuführen. Dies zeigt sich insbesondere in der Vorschrift des § 439 II, der dem Verkäufer die Nacherfüllungskosten auferlegt. § 439 II ist im Grunde eine überflüssige Regelung, weil den Schuldner *immer* die Kosten der Erfüllung treffen. Insbesondere könnte dies kein *unmittelbares* Argument für den Belegenheitsort der mangelhaften Sache als Leistungsort der Nacherfüllung sein. Je nach vereinbartem Leistungsort bemißt sich auch der Umfang der Schuldnerpflicht anders und damit auch das Maß der Kosten, die der Schuldner hinsichtlich ihrer Befolgung zu tragen hat. § 439 II bringt jedoch in der Nennung dieses Grundsatzes zum Ausdruck, daß die Nacherfüllung (anders als die Erfüllung) nun *allein* »Sache des Verkäufers« ist und

213 Beispiele nach Bamberger/Roth/*Faust*, § 439, Rdn. 14 ff.

214 Kein Schaden ergibt sich dagegen aus dem Erfordernis doppelter Fristsetzung für die Rechte aus §§ 281 I und 323 I wegen Nichterfüllung trotz Möglichkeit. Der Käufer könnte es allenfalls als Nachteil empfinden, die geschuldete Leistung zu erhalten, obwohl er inzwischen lieber das Interesse ersetzt bekommen oder sich vom Vertrag lösen würde. Dies aber wäre eine vertragsfremde Erwägung. Es ist gerade nicht als Schaden anzuerkennen, daß dem Käufer der Übergang auf die Sekundärebene erschwert wird.

zwar insofern, als auch vertraglich vereinbarte, den Käufer hinsichtlich einer Mitwirkung in den Erfüllungsvorgang einbindende Leistungsmodalitäten wie die Vereinbarung einer Holschuld nun gegenstandlos geworden sind.

Im Ausgleich zu der Risikotragung durch den Käufer hinsichtlich der Unkenntnis von der Schlechtleistung, kann der Verkäufer für die Nacherfüllung – anders als noch im Erfüllungsanspruch – keinerlei auch vertraglich vereinbarte Mitwirkung des Käufers mehr erwarten. *Allein hieraus* ergibt sich sodann, daß der Leistungsort des Nacherfüllungsanspruchs der Belegenheitsort der Sache ist.²¹⁵ Zunächst mußte der Käufer nach dem Vertrag eventuell die Sache beim Verkäufer abholen (Holschuld). Damit hat er (ist es zu der Schlechtleistung gekommen) bereits an dem Erfüllungsversuch wie vereinbart mitgewirkt. Seine Mitwirkung war zwar insofern erfolglos, als dieser scheiterte. Der Käufer hat aber – im Gegensatz zu dem Verkäufer – bereits all seine erforderliche Mitwirkung zur Erfüllung seines eigenen Anspruchs erbracht. Da im Hinblick auf den Nacherfüllungsanspruch der Verkäufer nun allein zuständig ist, ergibt sich, daß dieser nun *alles* daran setzen muß, um die Erfüllung herbeizuführen. Insofern ändert sich auch die Bestimmung über den Leistungsort zu seinen Ungunsten.

Eingeschränkt wird die Verkäuferpflicht allein durch das den § 275 ergänzende Verweigerungsrecht aus § 439 III. Zudem darf der Käufer dem Verkäufer selbstverständlich keine Steine in den Weg legen; dem steht bereits § 242 entgegen.

Der Käufer muß sich jedoch nicht mehr kümmern. Hatte er seine Sache beschädigt oder ist sie in anderer Weise beschädigt worden, so muß der Verkäufer die neue Beschädigung zwar grds. nicht beseitigen.²¹⁶ Anderes gilt aber, wenn die Beseitigung der einzige Weg ist, die Nachbesserung, also Beseitigung des bei Gefahrübergang vorliegenden Sachmangels, vorzunehmen. Für den sog. »Weiterfresserschaden« stellt sich die Frage nach einer erweiterten Beseitigungspflicht dagegen schon gar nicht. Auch die Folgen des »weiterfressenden« Mangels sind identisch mit dem ursprünglich die Erfüllung hindernden, jetzt lediglich vergrößerten Mangel und insoweit selbstverständlich aus dem Nachbesserungsanspruch heraus zu entfernen.²¹⁷

War die Sache eingebaut, so muß der Verkäufer sie zwecks Nachbesserung ausbauen. Er muß in den Grenzen von §§ 275, 439 III tun, was zur Herbeiführung des Leistungserfolgs erforderlich ist und darf sich nicht darauf berufen, der Gläubiger habe ihm dies erschwert oder verweigere seine Mithilfe. Allerdings endet seine Verpflichtung dort, wo er die Nacherfüllung vorgenommen hat. Den Wiedereinbau

215 So im Ergebnis auch *Lorenz*, ZGS 2004, 408; *Bamberger/Roth/Faust*, § 439, Rdn. 13; *Huber*, NJW 2002, 1004 (1006).

216 Daran ändert auch nichts, daß der Käufer bei Nachlieferung und Rückgewähr für diesen Mangel gem. § 346 III 1 Nr. 3 keinen Wertersatz leisten müßte, vgl. *Bamberger/Roth/Faust*, § 439, Rdn. 16.

217 Der sog. »Weiterfresser«-Rspr. (BGHZ 67, 359 ff. (»Schwimmerschalter«), BGHZ 86, 256 ff. (»Gaszug«)) neben ihrer Rechtfertigung aus Verjährungsgesichtspunkten eine dogmatische Bedeutung zuzuerkennen und eine Abgrenzung nach unterschiedlichen Stoffen der Sache vorzunehmen, wäre – ungeachtet einer künftig zu erwartenden Rspr. unter Geltung des neuen Schuldrechts – verfehlt.

schuldet der Verkäufer nicht.²¹⁸ Er dient nicht der Nacherfüllung, und die aus dem Neueinbau entstehenden Kosten zählen wiederum zu den Risiken der Unkenntnis von der fehlenden Erfüllungstauglichkeit der Schlechtleistung, welche der Käufer grds. zu tragen hat.

Auch die Ausbaupflicht soll nicht dazu dienen, ihn von diesem Nachteil zu befreien. Den Ausbau schuldet der Verkäufer allein deshalb, weil dieser für die Vornahme der Nacherfüllung in Form der Nachbesserung erforderlich ist. Dies zeigt sich an der vergleichbaren Fallgestaltung, in welcher der Käufer Nachlieferung verlangt. Bei einem Nachlieferungsverlangen schuldet der Verkäufer nicht einmal den Ausbau.²¹⁹ Die Nachlieferung kann er ohne Ausbau vornehmen, und die Pflicht zur Rückgewähr trifft gem. §§ 439 IV, 346 I allein den Käufer.²²⁰ Schließlich kann auch die Frage verneint werden, ob der Verkäufer dem Käufer bei Nachlieferung die Aufwendungen ersetzen müsse, die der Käufer auf die zunächst gelieferte mangelhafte Sache gemacht hat oder ob er die vorgenommenen Veränderungen gar selbst an der neuen mangelfreien Sache vornehmen muß. Doch auch solche Investitionen auf die mangelhafte Sache zählen zu dem Unkenntnisrisiko, das der Käufer zu tragen hat. Ein Ausweg kann allenfalls der Verzicht auf die Nacherfüllung sein.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß der Verkäufer nach Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs *alles*, aber auch *nur das* tun muß, um die Nacherfüllung zu erbringen und somit die Erfüllung des Erfüllungsanspruchs herbeizuführen (Nacherfüllung am Belegenheitsort, Ausbau für Nachbesserung, Entfernung anderer Beschädigungen oder Veränderungen, die zur Nachbesserung erforderlich sind). Den Käufer treffen dagegen alle Risiken, die sich daraus ergeben, daß er nicht bereits im Moment der Schlechtleistung Nacherfüllung verlangt hat (eigener Wiedereinbau, kein Ersatz von Investitionen auf die an den Verkäufer rückgewährte Sache im Fall der Neulieferung). Der Nacherfüllungsanspruch ist insbesondere nicht auf die Herstellung desjenigen Zustands gerichtet, der bestünde, wenn der Verkäufer im Zeitpunkt der Schlechtleistung bereits erfüllt hätte.²²¹

Die vorliegend dargestellte Risikoverteilung scheint maßgeblich zulasten des Käufers zu gehen. *Eine Partei* muß aber jedenfalls mit diesen Risiken belastet werden, und es ist sinnvoll, diejenige zu belasten, welche die mangelhafte Sache in ihrer Sphäre hat und beobachten kann. Nachteile, welche den Käufer bis zur Nacherfüllung aus der Unkenntnis der Schlechtleistung treffen, muß er deshalb grds. selbst tragen. Dem ist auch nicht entgegenzuhalten, daß die Schlechtleistung der Sphäre des Verkäufers entstammt. Daß er hiermit noch nicht erfüllt hat, ist allein der Grund dafür, daß er nun »vollen Einsatz« zur Erfüllung bringen muß.

218 A.A. OLG Karlsruhe ZGS 2004, 432 (433); Bamberger/Roth/Faust, § 439, Rdn. 18.

219 A.A. zum alten Recht BGHZ 87, 104 (109) (»Dachziegel«); zum heutigen Recht: Lorenz, ZGS 2004, 408 (410 f.).

220 A.A. Lorenz, ZGS 2004, 408 (410) unter Hinweis auf die »Dachziegel«-Rspr. (BGHZ 87, 104 (109)) im alten »Wandlungsrecht«; Bamberger/Roth/Faust, § 437, Rdn. 45.

221 So auch Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, S. 170 ff., Rdn. 439 ff.; a.A. Bamberger/Roth/Faust, § 439, Rdn. 18.

Dies ist auch nicht mit der Begründung unbillig, der Verkäufer habe doch seiner Pflicht zuwider eine Schlechtleistung erbracht, anstatt zu erfüllen. Für die erlittenen Nachteile des Käufers ist die Schlechtleistung *als untauglicher Erfüllungsversuch* gar nicht ursächlich. Ursächlich ist die Unkenntnis des Käufers von der Erfüllungsuntauglichkeit, also allenfalls das durch die Schlechtleistung erweckte Vertrauen in die Erfüllungstauglichkeit der Leistung, die den Gläubiger dazu bringt, in letztlich selbstschädigender Weise sinnlose Investitionen zu tätigen.

Diese Erweckung von Vertrauen stellt auch eine Nebenpflichtverletzung durch den Verkäufer dar (§§ 280 I, 241 II), und die eingetretenen Vermögensnachteile sind deshalb ersatzfähig, wenn der Verkäufer diese Nebenpflichtverletzung zu vertreten hat.²²² Dies setzt aber Kenntnis der fehlenden Erfüllungstauglichkeit voraus. Ohne Kenntnis liegt zwar aufgrund des erfolgsbezogenen Pflichtverletzungsbegriffs ebenfalls eine Nebenpflichtverletzung vor; sie führt jedoch nicht zu einem Schadensersatzanspruch des Käufers.

Ein unangemessenes Ungleichgewicht in diese Risikoverteilung bringt einzig § 439 IV mit seiner Rückgewährpflicht hinsichtlich der Gebrauchsvorteile der zurückzugewährenden Sache (§§ 346-348).²²³ Die Nutzungen sind dem Käufer – muß er bereits die Risiken der Unkenntnis tragen – dann wenigstens als einziger Vorteil (längere Nutzungsdauer insgesamt), den er aus der »Lücke« zwischen Schlechtleistung und Nachlieferung erlangt, zu belassen. § 439 IV müßte folglich so ausgestaltet werden, daß *allein* die Rückgewähr der Sache geschuldet ist.

4. Wahlrecht

Der Käufer darf in den Grenzen von § 439 III zwischen Nachbesserung und Nachlieferung wählen, wenn er sich dafür entschieden hat, seinen Nacherfüllungsanspruch geltend zu machen. Ein Wahlrecht des Gläubigers bzgl. der Nacherfüllungsart ergibt sich nicht zwingend aus dem Erfüllungsanspruch und dem Sinn und Zweck des Gewährleistungsrechts, wie sich insbesondere an dem Nacherfüllungsanspruch des Werkbestellers gem. §§ 634 Nr. 1, 635 I zeigt. Der Gesetzgeber wollte insbesondere Artikel 3 Abs. 3 Satz 1 und die Begründungserwägung Nr. 10, 1. HS der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie umsetzen.²²⁴ Das Wahlrecht des Käufers wurde sodann auf das gesamte Kaufrecht erstreckt. Die Nacherfüllungsalternativen stehen sich in einem Verhältnis elektiver Konkurrenz gegenüber.²²⁵ Bis zu der Nacherfüllung

222 Vgl. Huber/Faust/Huber, S. 350, Rdn. 101; zum alten Recht Soergel/Huber, § 463 Anh, Rdn. 24.

223 Die Vorschrift des § 439 IV kann nicht anders verstanden werden. So auch BGH NJW 2006, 3200 (3201) (Vorlagebeschuß); a.A. OLG Nürnberg NJW 2005, 3000 ff.

224 Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 231.

225 Vgl. Bamberger/Roth/Faust, § 439, Rdn. 9.

durch den Verkäufer besteht ein *ius variandi*.²²⁶ Der Käufer darf es sich also zwischenzeitlich anders überlegen.

Faktisch wird das Wahlrecht des Käufers allerdings durch § 439 IV eingeschränkt, der durch seine Verweisung auf die §§ 346 – 348 einen Anspruch des Verkäufers auf Ersatz der Gebrauchsvorteile (§ 100) an der zunächst erlangten mangelhaften Sache begründet. Der Nutzungsersatzanspruch sollte jedoch ohnehin – wie soeben dargelegt – *de lege ferenda* abgeschafft werden.

5. Fälligkeit des Nacherfüllungsanspruchs

Die Fälligkeit des Nacherfüllungsanspruchs tritt *frühestens* mit Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs ein.²²⁷ Der Nacherfüllungsanspruch wird in diesem Zeitpunkt trotz Fortsetzung des Erfüllungsanspruchs deshalb nicht »automatisch« fällig (»frühestens«), weil er vor der Geltendmachung durch den Käufer verhalten, also nicht erfüllbar ist (vgl. S. 94 ff.). Der Verkäufer ist aber nicht zu einer Leistung verpflichtet, mit der er nicht erfüllen kann. Der Nacherfüllungsanspruch ist also erst dann fällig, wenn kumulativ der Erfüllungsanspruch fällig ist *und* der Käufer den Nacherfüllungsanspruch geltend gemacht hat.

III. Verhältnis des Nacherfüllungsanspruchs zum Erfüllungsanspruch

Der Nacherfüllungsanspruch ist ein Teil des durch den Gewährleistungsrechtseintritt – genauer gesagt durch § 437 Nr. 1 – modifizierten Erfüllungsanspruchs des Käufers. Der Nacherfüllungsanspruch ist von vornherein als eine mögliche zukünftige Form des Erfüllungsanspruchs in diesem enthalten und darauf gerichtet, unter Zuhilfenahme der bereits erbrachten Schlechtleistung den ursprünglich geschuldeten Leistungserfolg herbeizuführen und damit letztendlich den ursprünglichen Erfüllungsanspruch selbst zu erfüllen. Gerade weil es sich um den modifizierten und somit nur um eine andere Form des Erfüllungsanspruchs handelt, verschwindet dieser nicht etwa bei Eintritt des Gewährleistungsrechts. Es handelt sich *nicht* um eine spezielle Form des Anspruchsuntergangs.

Die Modifikation des Erfüllungsanspruchs tritt ein, weil die Schlechtleistung i.S.d. §§ 434, 435 der geschuldeten Leistung *tatsächlich* ähnlich und sie somit zumindest potentiell erfüllungstauglich ist. Nicht nur durch die Verschaffung der mangelfreien geschuldeten Sache in *derselben* Leistungshandlung, sondern auch durch Ergänzung des bereits Geleisteten mittels einer weiteren Leistungshandlung (Nachbesserung) ist der ursprüngliche Leistungserfolg herbeiführbar. Die Entstehung des

226 Vgl. Bamberger/Roth/Faust, § 439, Rdn. 10.

227 Vgl. auch Bamberger/Roth/Faust, § 439, Rdn. 11.

Nachbesserungsanspruchs bedeutet somit eine Art »Fixierung« des Erfüllungsanspruchs auf die erbrachte Schlecht- und damit auf eine aus dem Erfüllungsanspruch nicht geschuldete Leistung.

Der Nachlieferungsanspruch muß neben dem Nachbesserungsanspruch bestehen, um die inhaltliche Reichweite des Erfüllungsanspruchs fortzusetzen. Ist der Erfüllungsanspruch nicht (allein) auf die gelieferte Sache gerichtet (Gattungskauf), so muß der Nachlieferungsanspruch – gerichtet auf Erbringung der gesamten ursprünglich geschuldeten Leistung unter Rückgewähr des aus der Schlechtleistung Erlangten – neben dem Nachbesserungsanspruch bestehen. Die »Fixierung« des Erfüllungsanspruchs auf die Schlechtleistung soll nicht dazu führen, den Käufer in seinem Erfüllungsanspruch zu beschränken.

Die eigentliche Modifikation besteht aber in der Herauslösung des Nachbesserungsanspruchs aus dem Erfüllungsanspruch. Der Nachlieferungsanspruch unterscheidet sich nur insofern von dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch, als er zu der Nachbesserung in einem Alternativverhältnis steht, was die bereits gelieferte Sache aus seinem Anspruchsinhalt ausnimmt.

IV. Die Modifikation des Erfüllungsanspruchs

Die Modifikation des Erfüllungsanspruchs erfolgt in der juristischen Sekunde, bevor § 437 Nr. 1 anordnet, daß der Käufer Nacherfüllung gem. § 439 I verlangen kann. Sie ist also bedingt durch den Gewährleistungsrechtseintritt. Dieser setzt eine Schlechtleistung des Verkäufers voraus sowie die Annahme als Erfüllung durch den Käufer (vgl. S. 136 ff.).

Worin die Modifikation besteht, ist einem Vergleich von § 433 I mit § 439 I zu entnehmen. Ein *reiner* Nachlieferungsanspruch wäre keine Modifikation, sondern eine Wiederholung zwecks Einbeziehung des Erfüllungsanspruchs in das Gewährleistungsrecht.

Eine Modifikation besteht aber, wenn – wie in § 439 I – Mangelbeseitigung *oder* Lieferung einer mangelfreien Sache geschuldet ist. Auf Mangelbeseitigung war der Erfüllungsanspruch bis zu diesem Zeitpunkt allenfalls mittelbar gerichtet. War die Sache mangelhaft, so war es erforderlich, sie zu reparieren, um den geschuldeten Leistungserfolg der Übereignung einer mangelfreien Sache herbeiführen zu können. Isoliert verlangen konnte der Käufer die Mangelbeseitigung aus dem Erfüllungsanspruch heraus nicht.

Nun aber ist der Anspruch auf Mangelbeseitigung ein unmittelbar verlangbarer und klagbarer Anspruch. Der Nachbesserungsanspruch ist durch die Modifikation aus dem Erfüllungsanspruch herausgelöst und neben den Anspruch auf Nachlieferung einer anderen erfüllungstauglichen Sache gestellt worden. Was besagt dies über den Erfüllungsanspruch? Worin seine Modifikation auch bestehen mag, so kann er doch durch den Nacherfüllungsanspruch in Form der Nachbesserung *oder* Nachlieferung nicht gänzlich ersetzt worden sein. Ansonsten fehlte es an einem Anspruch hinsichtlich der bereits im Rahmen der Schlechtleistung gelieferten Sache.

Ist diese Sache also im Zuge der Schlechtleistung noch nicht übereignet worden, so könnte der Käufer die Übereignung auch nicht verlangen. Ist sie dagegen bereits übereignet worden, so wäre dies rechtsgrundlos geschehen. Der Erfüllungsanspruch war auf diese Leistung nicht gerichtet und ist durch sie auch nicht (teil-) erfüllt worden. Einen Rechtsgrund könnte der Käufer damit seinem Verkäufer nicht entgegenhalten.²²⁸

Ohne einen Anspruch auf die Schlechtleistung wäre es aber sinnlos, einen Nachbesserungsanspruch zu gewähren, da dieser allein den Leistungserfolg sicher nicht herbeiführen kann. Der Käufer hätte nichts von einem reinen Nachbesserungsanspruch.

Also muß infolge der Modifikation ein Anspruch auf die Schlechtleistung bestehen.²²⁹ Dieser Anspruch *zusammen* mit dem Nachbesserungsanspruch und dem alternativ gewährten Anspruch auf Nachlieferung, der alle erfüllungstauglichen Sachen mit Ausnahme der »schlechtgeleisteten« enthält, bilden den ursprünglichen Erfüllungsanspruch in neuer Form. Diese neue Form des Erfüllungsanspruchs »sieht« und »nutzt« die Schlechtleistung. Der ursprüngliche Erfüllungsanspruch ist damit aber noch immer vorhanden. Nacherfüllungs- und »Schlechtleistungsanspruch« sind auf seine Erfüllung gerichtet.

1. Die Modifikation des Erfüllungsanspruchs im Stückkauf

Zunächst soll diese Modifikation für den Stückkauf dargestellt werden, um die zusätzliche Komplikation der Entstehung des Nachlieferungsanspruchs erst einmal auszunehmen.

Die Schlechtleistung im Stückkauf besteht darin, daß eine geschuldete, aber mangelhafte Sache verschafft wird.²³⁰ Bei Gewährleistungsrechtseintritt vollzieht sich die Modifikation des Erfüllungsanspruchs durch die Teilung des Anspruchs in einer Art, in welcher er zuvor *nicht* teilbar war.

Zur Veranschaulichung der Anspruchsteilung an sich sei zuvor kurz die Minderlieferung im Stückkauf (also bei Kauf einer bestimmten Menge von vertraglich individualisierten Sachen) dargestellt. Wird ein Teil der geschuldeten Menge geliefert, so wird dies (erbringt der Verkäufer die Leistung zur Erfüllung des gesamten Anspruchs und nimmt der Käufer sie als solche an) einem Mangel gleichgestellt (§ 434 III, 2. Alt.). Aufgrund dieser Gleichstellung und damit Einbeziehung in das Gewährleistungsrecht kommt es zunächst nicht zur Teilerfüllung des Erfüllungsanspruchs, obwohl der Käufer die Lieferung nicht gem. § 266 zurückgewiesen hat. Der Erfül-

228 Dieser könnte bei Kenntnis allenfalls aufgrund von § 814 an der Kondiktion gehindert sein.

229 Als Konzentration bezeichnet von *Thier*, AcP 203, 399 (417).

230 Auf den zweiten Fall der Schlechtleistung im Stückkauf – die Falschlieferung – wird an anderer Stelle zurückzukommen sein, vgl. S. 92.

lungsanspruch wird stattdessen modifiziert. Ein Nachbesserungsanspruch gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I auf Restlieferung entsteht.

Was also muß passiert sein? Auch im Rahmen des Gewährleistungsrechts ist durch die an sich bereits teilerfüllungstaugliche Teilleistung eine Teilerfüllung eingetreten. Anders aber als bei sonstigen teilerfüllungstauglichen Leistungen ist der Anspruch nicht *durch* die Teilerfüllung in zwei Teile (den erfüllten Teil und den Restanspruch) zerfallen, sondern bereits in der juristischen Sekunde *zuvor* als Modifikation durch § 437 Nr. 1. Im Ausnahmefall der Minderlieferung zerfällt der Erfüllungsanspruch dabei in zwei ohnehin rechtlich teilbare (quantitative) Teile des Anspruchs. Für die Begründung eines *Restlieferungsanspruchs* hätte es der Einbeziehung in das Gewährleistungsrecht also nicht bedurft. Anderes gilt im Gattungskauf für die Begründung eines *Neulieferungsanspruchs* trotz Teilerfüllungstauglichkeit.²³¹

Infolge des Zerfallens des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs entsteht ein Anspruch auf Übereignung der bereits gelieferten Menge, der entweder im selben Moment erfüllt wird und somit einen Rechtsgrund für den Käufer zum Behaltendürfen darstellt oder der zunächst unerfüllt auf Übereignung der bislang nur übergebenen (Besitzverschaffung) Warenmenge zielt. Daneben entsteht der Nachbesserungsanspruch auf Restlieferung. Bei der Restlieferung handelt es sich um die Nachbesserung i.S.d. § 439 I, 1. Alt., weil die Nachbesserung zusammen mit der Schlechtleistung den aus dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch geschuldeten Leistungserfolg herbeiführen muß.

Bei der Schlechtleistung in Form der Lieferung der mangelhaften geschuldeten Sache wird deutlich, weshalb die Modifikation zur Teilung des Erfüllungsanspruchs *vor* einer Teilerfüllung mit der Schlechtleistung führen muß. Anders als die Minderlieferung ist *diese* Schlechtleistung hinsichtlich des Erfüllungsanspruchs nicht teilerfüllungstauglich. Es handelt sich zwar bei Lieferung der geschuldeten mangelhaften Sache sowie der Nachbesserung an ihr um zwei aus dem Erfüllungsanspruch geschuldete Leistungen, da dieser erfolgsbezogen ist und beide Leistungshandlungen jeweils einen Teil des geschuldeten Leistungserfolgs herbeiführen. Allerdings entsprechen diese Leistungen nicht zwei gleichartigen, sondern zwei ungleichartigen und somit rechtlich nicht teilbaren Anspruchsbestandteilen (vgl. S. 42 ff.). Demnach bedarf es einer Modifikation des Erfüllungsanspruchs, um zuvor in diese zwei ungleichartigen Anspruchsbestandteile zu zerfallen und somit eine Teilerfüllung mittels der Schlechtleistung zu ermöglichen. Die Modifikation vollzieht sich also, indem der Erfüllungsanspruch auf die Schlechtleistung »fixiert« und sodann geteilt wird.

Nicht *irgendeine*, sondern *diese konkrete* Schlechtleistung ist geschuldet. Erst anhand des Leistungsinhalts ist die Differenz zu dem Erfüllungsanspruch ersichtlich und somit erst mit Schlechtleistung auch der Inhalt des Nachbesserungsanspruchs, welche Mängel also auf seiner Grundlage zu beseitigen sind.

Dabei bleibt das Verhältnis zwischen »Schlechtleistungs«- und Nachbesserungsanspruch dynamisch. Wird z.B. zunächst eine sachmangelhafte Sache nur überge-

231 Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 216.

ben, entsteht der »Schlechtleistungsanspruch« hinsichtlich ihrer (rechtsmangelfreien) Übereignung und zugleich der Nachbesserungsanspruch auf Beseitigung des Sachmangels. Wird nun übereignet, ist das Eigentum aber mit dem Recht eines Dritten belastet, wird der »Schlechtleistungsanspruch« erneut modifiziert, indem der zuvor noch in ihm liegende Anspruch auf rechtsmangelfreie Übereignung sich in einen Anspruch auf Übereignung der Sache mit dem *konkret* gegebenen Rechtsmangel wandelt, während der Anspruch auf Beseitigung dieses *konkreten* Rechtsmangels in den Nachbesserungsanspruch *neben* den Anspruch auf Beseitigung des Sachmangels tritt. Sollte dieser inzwischen durch Sachmangelbeseitigung erfüllt worden sein, entsteht er mit der rechtsmangelhaften Übereignung von neuem – aus der erneuten Modifikation des »Schlechtleistungsanspruchs« heraus, gerichtet auf Beseitigung dieses Rechtsmangels.

Käme es nicht zu der beschriebenen Modifikation des Erfüllungsanspruchs, würde erst die letzte der beiden Leistungen (entweder Übereignung der »schlechtgeleiteten« Sache oder Nachbesserung) Gesamterfüllungswirkung herbeiführen. Eine Teilerfüllung durch Übereignung der mangelhaften Sache oder die Mangelbeseitigung könnte weder herbeigeführt noch verlangt werden. Der Verkäufer könnte die Sache kondizieren und müßte dies sogar tun, um sodann im Anschluß an die Mangelbeseitigung durch ihre Verschaffung in mangelfreiem Zustand erfüllen zu können.

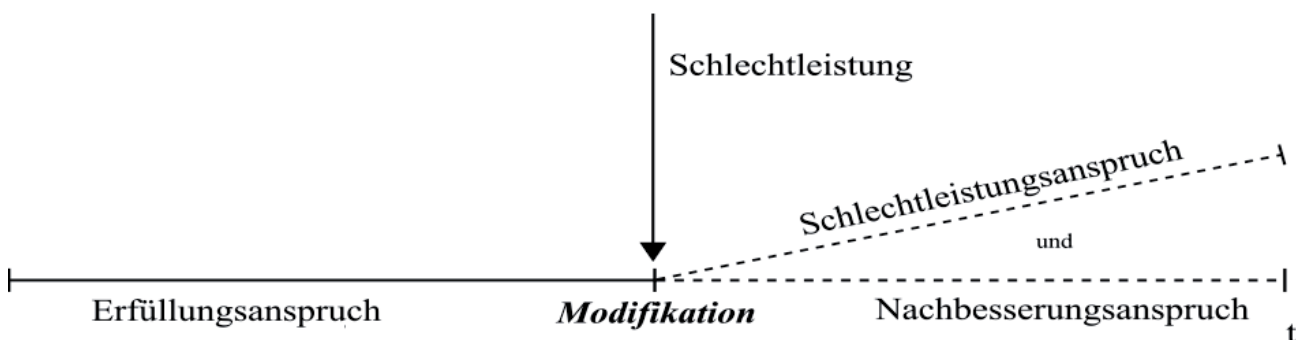


Abb. 8: Modifizierter Erfüllungsanspruch im Stückkauf

a) Die Fixierung des Erfüllungsanspruchs auf die Schlechtleistung

Das soeben Beschriebene ist die bereits so bezeichnete Fixierung des Erfüllungsanspruchs auf die Schlechtleistung. Dabei ist der Begriff der Fixierung streng abzugrenzen von dem Begriff der Konkretisierung. Während die Konkretisierung i.S.d. § 243 eine Verengung des Schuldverhältnisses auf eine von mehreren nach dem Anspruch *erfüllungstauglichen Sachen* darstellt, ist unter der hier so bezeichneten Fi-

xierung die inhaltliche Modifikation des Anspruchs auf eine *nichtgeschuldete Leistung* zu verstehen.

Eine solche Fixierung ist sogar in der Modifikation des Erfüllungsanspruchs im Falle der Minderlieferung zu sehen. Zwar bestand der Anspruch von vornherein als zusammengesetzter Anspruch aus je einem Anspruch auf einen Teil der Gesamtsache, doch sind erst mit der Modifikation der »Schlechtleistungsanspruch«, speziell gerichtet auf *diese* gelieferten Sachen, und der Nachbesserungsanspruch auf den bestimmten nicht gelieferten Rest entstanden.

b) Standort des »Schlechtleistungsanspruchs«

Wo aber befindet sich dieser »Schlechtleistungsanspruch«, der weder dem Inhalt von § 433 I noch demjenigen des § 439 I entspricht? Er ist ungeschrieben, so daß für ihn mehrere Standorte in Betracht kommen. Zunächst wäre daran zu denken, daß er im Nachbesserungsanspruch mitgedacht werden muß und somit in den Nacherfüllungsanspruch gehört. (Dem *Nachlieferungsanspruch* kann er – auch im Gattungskauf – nicht angehören, weil dieser notwendigerweise auch mit *ihm* konkurrieren muß.) Die andere Möglichkeit ist sein Verbleiben im Allgemeinen Leistungsstörungsrecht, dort also, wo zunächst der gesamte Erfüllungsanspruch seinen Standort hatte.

Der Nachbesserungsanspruch scheidet als Standort bereits aufgrund des eindeutigen Wortlautes aus, welcher allein die Beseitigung des Mangels verlangt. Bestätigt wird das Wortlautargument, wenn man die kleinen Rechte wegen Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs betrachtet, also die Minderung und den kleinen Schadensersatz statt der Leistung (§§ 437 Nr. 2, 323 I, V 2, §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 3). Diese setzen genau wie der Teilrücktritt und der kleine Schadensersatz statt der Leistung im Allgemeinen Leistungsstörungsrecht (§ 323 I, V 1, §§ 280 I, III, 281 I 2) eine Teilerfüllung voraus.

Diese muß aber im Gewährleistungsrecht gerade in der Schlechtleistung liegen, weil die kleinen Rechte wegen Nichterfüllung ihrem Sinn nach voraussetzen, daß der Käufer das aus der Schlechtleistung Erlangte behält. Wäre der »Schlechtleistungsanspruch« aber im Nachbesserungsanspruch enthalten und bliebe der Nacherfüllungsanspruch nichterfüllt, so würden die kleinen Rechte wegen Nichterfüllung trotz Wegfalls von Anspruch und Rechtsgrund hinsichtlich der Schlechtleistung voraussetzen, daß der ursprüngliche Erfüllungsanspruch in dieser Hinsicht teilerfüllt wäre. Allein aus der Systematik heraus kann der »Schlechtleistungsanspruch« also nicht in dem Nachbesserungsanspruch inbegriffen sein.

Vielmehr wird *ausschließlich* der Nachbesserungsanspruch aus dem Erfüllungsanspruch herausgelöst und als Primäranspruch in das Gewährleistungsrecht eingeführt. (Im Gattungskauf gilt dies auch für den *Nachlieferungsanspruch*.) Nicht nur der übrige (inzwischen modifizierte) Erfüllungsanspruch verbleibt dabei im Allgemeinen Leistungsstörungsrecht, sondern auch der gesamte übrige Inhalt des auf dem Kaufvertrag beruhenden Schuldverhältnisses. Dies beginnt bei dem Verkäufers-

spruch gem. § 433 II und erstreckt sich auf alle Nebenpflichten beider Parteien, auch diejenigen des Verkäufers.

Daß nicht alle Rechte des Käufers in das Gewährleistungsrecht übergehen, geht eindeutig auch daraus hervor, daß das Gewährleistungsrecht nicht auf die Rechte der §§ 282, 324 wegen Nebenpflichtverletzungen verweist. Es wird noch an anderer Stelle ausführlicher darzustellen sein, daß und inwieweit der Schadensersatzanspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, 241 II insoweit eine Besonderheit darstellt (vgl. S. 109 ff.).

Es ist also keinesfalls zwingend, daß der Käuferanspruch insgesamt in das Gewährleistungsrecht übergeht. Auch der »Schlechtleistungsanspruch« kann bedenkenlos im Allgemeinen Leistungsstörungsrecht verortet werden. Der Standort des »Schlechtleistungsanspruchs« im Allgemeinen Leistungsstörungsrecht zeigt sich daran, daß die Sekundärebene sich mit den kleinen Rechten wegen Nichterfüllung als das Sekundärrecht *allein* aufgrund der ausbleibenden *Nacherfüllung* und somit allein für Mangelschäden zeigt. Sogar für die großen Rechte im Gewährleistungsrecht gilt dasselbe. Sie sind zwar Rechte statt der *ganzen* Leistung (also statt dem gesamten Erfüllungsanspruch), allerdings ebenfalls *nur* aufgrund des Mangelschadens und der damit einhergehenden Unzumutbarkeit (beachte aber: §§ 281 I 3, 323 V 2 »nicht unerheblich«) einer solchen Teilerfüllung für den Käufer. Es gibt also im Gewährleistungsrecht keine sekundären Rechte des Käufers wegen Nichterfüllung des »Schlechtleistungsanspruchs«.

c) Zwischenergebnis

Die Modifikation des Erfüllungsanspruchs bei Schlechtleistung bringt einen Anspruch hervor, welcher auf die Vollendung ebendieser Schlechtleistung gerichtet ist, die in der Übereignung besteht. Dieser »Schlechtleistungsanspruch« hat seinen Standort im Allgemeinen Leistungsstörungsrecht. Wird bereits im Rahmen der Schlechtleistung übereignet, ist der »Schlechtleistungsanspruch« erfüllt und lediglich Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Sache durch den Käufer. Daneben entsteht ein Anspruch auf Beseitigung von Sach- und Rechtsmängeln im Gewährleistungsrecht. Entfällt dieser, treten die Sekundärrechte des § 437 Nr. 2, 3 zunächst nur an *seiner* Stelle, und der »Schlechtleistungsanspruch« bleibt bestehen. Erst wenn der Käufer infolge der ausbleibenden *Nacherfüllung* (berechtigt: §§ 281 I 3, 323 V 2) auf die Gesamtleistung verzichtet, entfällt auch der Anspruch auf Vollendung der Schlechtleistung im Wege der Übereignung.

d) Schlußfolgerung: Fehlende Übereignung kein Rechtsmangel i.S.d. § 435

Aus Inhalt und Standort des »Schlechtleistungsanspruchs« muß auch ein Schluß für die Frage nach der fehlgeschlagenen Übereignung als Rechtsmangel i.S.d. § 435 gezogen werden.

In die soeben aufgezeigte Systematik paßt es nicht, das »verdeckte« Fehlschlagen der Übereignung dem Mangelbegriff zu unterstellen und den Anspruch auf Übereignung somit in den Nachbesserungsanspruch zu integrieren. Die Übereignung der Sache ist auch dann allein Gegenstand des »Schlechtleistungsanspruchs«, wenn sie nur »verdeckt« fehlgeschlagen ist. Der Nachbesserungsanspruch verlangt immer nach einem Anknüpfungspunkt für die Mangelbeseitigung in der Schlechtleistung. Diese muß deshalb für einerseits Sach- und andererseits Rechtsmängel sowohl in der Besitz- als auch in der Eigentumsverschaffung an der geschuldeten Sache bestehen.

Zudem steht die Einbeziehung der »verdeckten« Nichtübereignung in den Nachbesserungsanspruch denselben Bedenken entgegen, die bereits gegen die *generelle* Verortung des »Schlechtleistungsanspruchs« im Nachbesserungsanspruch vorgebracht worden sind. Würde der Nachbesserungsanspruch aufgrund weiterer Mängel nicht erfüllt, so entfielen auch der durch die kleinen Nichterfüllungsrechte vorausgesetzte Anspruch auf Übereignung der mangelhaften Sache.

Es könnte allenfalls eingewandt werden, daß sich der »Schlechtleistungsanspruch« in dieser Konstellation auf die Besitzverschaffung beschränkt und auch nur die Erfüllung dieses Besitzverschaffungsanspruchs durch Minderung und kleinen Schadensersatz vorausgesetzt wird, während die Übereignung aus dem Nachbesserungsanspruch geschuldet ist. Ein solches Abweichen von der Systematik für die Fälle »verdeckter« Nichtübereignung erfüllte allerdings überhaupt keinen Zweck – mit Ausnahme der Anwendbarkeit der im Zusammenhang mit der fehlenden Offenkundigkeit der Nichtübereignung wohl sinnvollerer Verjährungsregel des § 438 I Nr. 1a. Mit der Systematik ist es aber wesentlich verträglicher, diese Verjährungsregel analog im Allgemeinen Leistungsstörungenrecht anzuwenden als die ausbleibende Übereignung in den Nachbesserungsanspruch zu zwingen.²³²

Daraus folgt, daß für die »verdeckte« ausbleibende Übereignung die Verjährungsfrist des § 438 I Nr. 1 a analog gilt, ungeachtet der Frage, ob der Übereignungsanspruch mangels Eintritts in das Gewährleistungsrecht weiterhin aus § 433 I 1 oder – weil es sich zudem um eine das Gewährleistungsrecht auslösende Schlechtleistung handelte – aus dem »Schlechtleistungsanspruch« geschuldet ist.

232 Vgl. hierzu bereits S. 36 ff.

e) Verhältnis von Nachbesserungs- und »Schlechtleistungsanspruch« zueinander

Der »Schlechtleistungsanspruch« ergänzt nach dem Gesagten die Nacherfüllungsalternative der Nachbesserung. Das Verhältnis dieser Ansprüche zueinander ist insofern von Bedeutung, als es die Folgen des Wegfalls des einen Anspruchs für den anderen anbelangt.

Was geschieht also, wenn der Nachbesserungsanspruch unmöglich wird und mithin die diesbezügliche Leistungspflicht entfällt bzw. wenn sich der Käufer nach Fristablauf gegen den – im Stückkauf allein bestehenden – Nachbesserungsanspruch entscheidet? Dies ist der Regelfall des einzelnen Entfallens, und die Frage wird mithin durch § 437 Nr. 2 und 3 beantwortet. Der Käufer kann es bei der in der Schlechtleistung liegenden Teilerfüllung belassen bzw. diese weiterhin verlangen und zudem ergänzend Schadensersatz geltend machen oder in Höhe des Mangelunwerts der Leistung seine eigene Gegenleistungspflicht mindern. Er kann jedoch auch – sofern der Mangel nicht unerheblich ist, vgl. §§ 281 I 3, 323 V 2 – auf die Schlechtleistung verzichten, da ihm das Behaltenmüssen und insbesondere eine verbleibende Gegenleistungspflicht dann nicht zumutbar sind und die großen Nichterfüllungsrechte der § 437 Nr. 2 und 3 geltend machen.

Entfällt dagegen der »Schlechtleistungsanspruch«, so ergibt sich von selbst, daß der Nachbesserungsanspruch nicht fortbestehen kann. Zwar ist der Nachbesserungsanspruch in zeitlicher Hinsicht selbständig, kann also sowohl vor als auch nach dem »Schlechtleistungsanspruch« als ein Teil des modifizierten Erfüllungsanspruchs erfüllt werden. Allerdings kann er nach Wegfall des »Schlechtleistungsanspruchs« in anderer Weise als durch Erfüllung nicht allein bestehen, da ein Anspruch auf Mangelbeseitigung an einer Sache, die dem Käufer nicht zusteht, schlicht sinnlos wäre und auch nicht aus dem Erfüllungsanspruch geschuldet ist. Der Nachbesserungsanspruch ist also davon abhängig, daß der »Schlechtleistungsanspruch« in erfüllter oder nicht erfüllter Form vorhanden ist. Anderenfalls entsteht er nicht oder entfällt ex nunc, selbst wenn er bereits erfüllt sein sollte. Der Käufer muß dann nichts herausgeben. Mit der Mängelbeseitigung an einer ihm nicht zustehenden Sache hat er schon überhaupt nichts i.S.d. §§ 812 ff. erlangt.

f) Geltendmachung des »Schlechtleistungsanspruchs« und Folgen seiner Nichterfüllung im Stückkauf

Der »Schlechtleistungsanspruch« steht dem Käufer ab Modifikation des Erfüllungsanspruchs gleichzeitig mit dem Nachbesserungsanspruch zu. Er kann also – soweit noch nicht geschehen – hieraus Übereignung der übergebenen Sache verlangen. Ist der »Schlechtleistungsanspruch« unmöglich, verbleibt nach dem soeben zu dem Verhältnis der Ansprüche zueinander Gesagten auch nicht der Nachbesserungsanspruch. Der modifizierte Erfüllungsanspruch ist damit insgesamt unmöglich gewor-

den. Die Rechte des Käufers richten sich deshalb nach §§ 280, I, III, 283 bzw. §§ 323 I, 326 V, also nach dem Allgemeinen Leistungsstörungsrecht. Denn die Unmöglichkeit ist nicht Unmöglichkeit des Nacherfüllungs-, sondern des vollständigen Erfüllungsanspruchs. Da der Nacherfüllungsanspruch auch hiermit bereits strukturell nicht gegeben ist, gibt das Gewährleistungsrecht dem Käufer keinerlei Rechte mehr.

Steht die Nichterfüllung des »Schlechtleistungsanspruchs« dagegen nur wertungsmäßig fest, liegt also ein erfolgloser Fristablauf im Falle noch möglicher Leistung vor, so hat der Gläubiger die Möglichkeit, auch weiterhin Erfüllung des »Schlechtleistungsanspruchs« und – nach Wahl – zusätzlich des Nachbesserungsanspruchs zu verlangen oder aber vom gesamten Erfüllungsanspruch gem. § 323 I zurückzutreten bzw. Schadensersatz statt der ganzen Leistung gem. §§ 280 I, III, 281 zu verlangen.

Kleine Rechte kommen seitens des Allgemeinen Leistungsstörungsrechts nicht in Betracht. Der Nachbesserungsanspruch kann nicht selbständig bestehen und in der Nachbesserung somit nicht die in §§ 281 I 1, 323 V 1 vorausgesetzte Teilerfüllung liegen.

2. Die Modifikation des Erfüllungsanspruchs im Gattungskauf

Ein wenig komplizierter verhält es sich mit der Modifikation des Erfüllungsanspruchs im Gattungskauf. Mit Schlechtleistung und Nachbesserung ist der Anspruchsumfang nicht abgedeckt, sondern mit einem Mal gerade aufgrund der Mangelhaftigkeit ohne eine Konkretisierung auf die geleistete Sache verengt worden.

a) Der Nachlieferungsanspruch als Ergänzung der Nachbesserungskonstruktion hin zum Erfüllungsanspruch

Einer Verengung des Erfüllungsumfangs steht die Alternative der Nachlieferung entgegen. Der Käufer kann wahlweise die Übereignung der geleisteten Sache verlangen bzw. diese behalten und eventuell zudem die Nachbesserung *oder* die Verschaffung einer anderen für die Erfüllung in Betracht kommenden Sache verlangen. Nur auf diese Weise findet sich auch der Erfüllungsanspruch des Gattungskaufs unbeschränkt in der Nacherfüllungskonstruktion wieder.

Der Erfüllungsanspruch wird also zunächst in einen Anspruch auf die gelieferte Sache und einen alternativen Anspruch auf Übereignung einer der übrigen erfüllungstauglichen Sachen gespalten. Der zweite Anspruch wird nun unverändert als Nachlieferungsanspruch in die Primärebene des Gewährleistungsrechts eingesetzt und somit zu einer der beiden Alternativen des Nacherfüllungsanspruchs.

Daß auch die Nachlieferung nur der Herbeiführung der Mangelfreiheit dient, zeigt sich daran, daß Minderung und kleiner Schadensersatz nicht nur als Rechte statt der Nachbesserung, sondern als Rechte statt der Nacherfüllung insgesamt dienen. Rück-

tritt und Schadensersatz statt der *ganzen* Leistung sind dagegen Rechte statt des gesamten modifizierten Erfüllungsanspruchs.

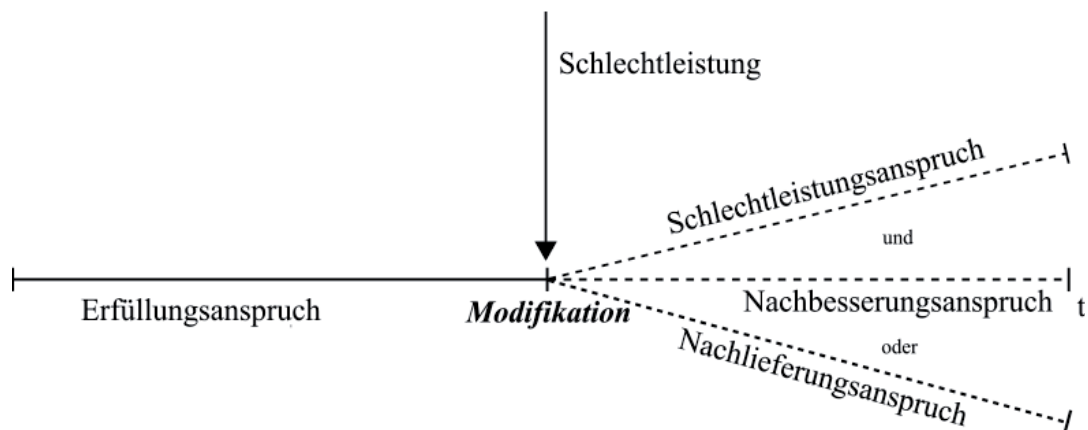


Abb. 9: Modifizierter Erfüllungsanspruch im Gattungskauf

b) Besonderheit der Modifikation im Gattungskauf

Neben der gerade genannten Besonderheit einer Aufspaltung des Erfüllungsanspruchs, die zu der Entstehung des Nachlieferungsanspruchs führt und darin begründet liegt, daß für den Erfüllungsanspruch des Gattungskaufs zugleich mehrere Sachen erfüllungstauglich sind, entsteht auch hier ein »Schlechtleistungsanspruch«, der auf die Übereignung der gelieferten Sache gerichtet ist. Daneben entsteht wiederum der Nachbesserungsanspruch.

Die Besonderheit der Modifikation liegt im Gattungskauf darin, daß es einen auf die Übereignung der *gelieferten* Sache gerichteten Teil des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs, anders als bei der Schlechtleistung im Stückkauf, gar nicht gibt. Die »mangelhafte« Sache im Gattungskauf ist – mit Ausnahme der Fälle vorheriger Konkretisierung – eine *andere* und somit aus dem Erfüllungsanspruch heraus nicht geschuldete Sache. Folglich entspricht die Schlechtleistung im Gattungskauf, anders als im Stückkauf, auch keinem (nicht einmal ungleichartigen) Teil des Erfüllungsanspruchs. Dies gilt folglich auch für den sich inhaltlich an der Schlechtleistung bemessenden Nachbesserungsanspruch.

Die Fixierung auf die Schlechtleistung geht also vorliegend weiter als eine reine Teilung des Erfüllungsanspruchs in ungleichartige Anspruchsbestandteile. Der Erfüllungsanspruch muß überhaupt erst zu einem Anspruch auf die Übereignung *dieser* Sache werden. Nur so kann der Nachbesserungsanspruch diesen Teilleistungserfolg durch »Mangelbeseitigung« zu dem insgesamt geschuldeten Leistungserfolg des Erfüllungsanspruchs ergänzen. Erst im Anschluß an *diese* zusätzliche inhaltliche Modifikation kann der Erfüllungsanspruch in die zwei Teile der Schlechtleistung und der Nachbesserung zerfallen.

Dieser Teil der Modifikation folgt der Gleichstellung der Falschliefereung (§ 434 III) mit der Lieferung der geschuldeten aber mangelhaften Sache (§ 434 I). Indem die Merkmale (abweichende Beschaffenheit) der Falschliefereung zu Mängeln werden, wird die nicht geschuldete Sache zur geschuldeten aber mangelhaften Sache.

Auch im Gattungskauf geht der aus der Modifikation heraus entstandene Nacherfüllungsanspruch (hier: Nachbesserung oder Nachlieferung) in das Gewährleistungsrecht als sein Primäranspruch ein. Der »Schlechtleistungsanspruch« sowie alle anderen Rechte von Käufer und Verkäufer aus dem Schuldverhältnis verbleiben dagegen im Allgemeinen Leistungsstörungenrecht.

c) Rechtsgrund für Schlechtleistung auch bei Falschliefereung?

Nach dieser Darstellung der Modifikation fixiert sich der Erfüllungsanspruch also auch bei der Falschliefereung auf die gelieferte und somit auf eine nicht geschuldete Sache. Der »Schlechtleistungsanspruch« ist mithin Rechtsgrund für den Käufer, diese Sache behalten zu dürfen. Die Frage nach einem solchen Rechtsgrund der Falschliefereung stellt sich in den Konstellationen, in denen der Verkäufer ein Interesse daran hat, die gelieferte Sache zurückzuerlangen. Dies kann alle möglichen Gründe haben. Üblicherweise ist der Grund, daß die gelieferte Sache wertvoller war, als es die tatsächlich geschuldete ist (sog. höherwertiges aliud).

Als Lösung für diese Fälle werden verschiedene Möglichkeiten diskutiert. So wird unter anderem erwogen, daß der Verkäufer die gelieferte, nicht geschuldete Leistung kondizieren kann, da ein Rechtsgrund zum Behaltendürfen fehle.²³³ Ein Rechtsgrund ist allerdings – wie dargelegt – gegeben.²³⁴ Dies nicht allein mit der Begründung, daß die Schlechtleistung schließlich auf den Kaufvertrag erbracht und als seine Erfüllung angenommen worden ist.

Der Rechtsgrund liegt in der durch das Gewährleistungsrecht herbeigeführten Rechtsfolge dieses Leistungsaustauschs: der Modifikation des Erfüllungsanspruchs und dem hieraus entstehenden »Schlechtleistungsanspruch«. Sieht das Gewährleistungsrecht in dieser Leistung Erfüllungspotential, so wird die geleistete Sache wie die geschuldete behandelt, bis sich herausstellt, daß die Erfüllung auf anderem Wege, namentlich durch die Nachlieferung einer anderen Sache, erfolgt. Hiermit erst entfällt der Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Schlechtleistung (vgl. §§ 439 IV, 346 I). Sie ist nicht mehr Teilerfüllung des Erfüllungsanspruchs, da seine Gesamterfüllung nun anderweitig eingetreten ist.

Eine generelle Kondiktionsmöglichkeit des Verkäufers liefe diesem System zuwider. Insbesondere hätte es der Verkäufer in der Hand, dem Käufer die einzige bis-

233 Vgl. *Oetker/Maultzsch*, § 2, S. 82, Rdn. 165; *Lorenz*, JuS 2003, 36 (39); *Lettl*, JuS 2002, 866 (869).

234 So auch *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung, S. XXIII; *Musielak*, NJW 2003, 89 (90); *Bamberger/Roth/Faust*, § 437, Rdn. 204.

herige Erfüllungschance oder bei unbehebbarem Mangel immerhin ein Minus zu der ursprünglich geschuldeten Leistung zu entziehen.

Zudem ist die *tatsächliche* Vergleichbarkeit mit dem Stückkauf in den meisten Fällen des Gattungskaufs zu bedenken. Die Sache ist aus demselben Grund nicht geschuldet, aus welchem die geschuldete Sache im Stückkauf mangelhaft ist. Der Käufer hat jedesmal dasselbe Interesse daran, die Schlechtleistung für sich nutzbar zu machen oder das Erlangte schlicht zu behalten. Hier den »Schlechtleistungsanspruch« abzusprechen, würde bedeuten, eine auf tatsächlicher Ebene vergleichbare Situation rechtlich völlig anders zu behandeln.

Aber auch dann, wenn die Falschlieferung einmal nicht auf tatsächlicher Ebene mit der Schlechtleistung im Stückkauf vergleichbar ist, weil es sich um die Lieferung einer der geschuldeten völlig unähnlichen Sache handelt, kann dies keine andere Behandlung finden, weil die Fälle der Falschlieferung aufgrund der sie versammelnden Gleichstellungsregel des § 434 III, 1. Alt. und somit *alle* Fälle der Schlechtleistung im Gattungskauf notwendigerweise wie diejenigen des Stückkaufs zu behandeln sind.

Mit der Schlechtleistung und ihrer Annahme durch den Käufer wurde mit dem »Schlechtleistungsanspruch« ein Rechtsgrund zum Behaltendürfen der Sache geschaffen. Folglich bleibt dem Verkäufer, der die falsche Sache (sei sie höherwertig oder nicht) *aus Versehen* geleistet hat, einzig die Möglichkeit, seine mitursächliche Tilgungsbestimmung anzufechten (§ 119 I) und somit diesen Rechtsgrund *ex tunc* zu beseitigen (vgl. S. 143 ff.). Der bösgläubige Verkäufer dagegen verdient keinen Schutz und würde ihn überdies auch nicht durch das Bereicherungsrecht erhalten (vgl. § 814).

d) Minderlieferung im Gattungskauf

Die Minderlieferung im Stückkauf führt zu keiner bedeutenden Modifikation des Erfüllungsanspruchs. Der Erfüllungsanspruch zerfällt lediglich in zwei gleichartige Teile, den Anspruch auf Übereignung des gelieferten Teils (»Schlechtleistungsanspruch«) und den Anspruch auf Übereignung des Restes (Nachbesserungsanspruch).

Hiermit kann es jedoch im Gattungskauf nicht getan sein. Neben der bereits geleisteten Menge an Sachen und ihrer spezifischen Ergänzung (z.B. aus derselben Fliesenpartie²³⁵, wenn die Gattung aus mehreren, jeweils aber nur in sich geschuldeten Parteien besteht) oder der Ergänzung durch die *bestimmte* Menge *irgendwelcher* erfüllungstauglicher Sachen aus der Gattung, muß noch ein Anspruch auf Lieferung der gesamten Menge aus der Gattung *ohne* die bereits gelieferten Sachen als Nach-

235 Die Farbpartien von Fliesen dienen auch der Gesetzesbegründung als Beispiel, um das Erfordernis eines Nachlieferungsanspruchs bei Minderlieferung und somit die Aufnahme dieses Fremdkörpers in das Gewährleistungsrecht zu rechtfertigen, vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 216.

lieferungsanspruch bestehen. Dies war der von der Gesetzesbegründung angeführte Sinn und Zweck der Einbeziehung der Minderlieferung in das Gewährleistungsrecht.

Zum Vergleich kann man sich vor Augen führen, welche Folgen die (wie hier) nicht nach § 266 zurückgewiesene Minderlieferung im Allgemeinen Leistungsstörungenrecht zeitigen würde. Es käme zu einer Teilerfüllung des Erfüllungsanspruchs infolge der Konkretisierung des gelieferten Sachteils gem. § 243. Dem Käufer bliebe darum nur ein Anspruch auf Restlieferung. Käme diese nicht in Betracht, weil z.B. Fliesen aus der betreffenden Partie nicht mehr zu haben sind, entschiede sich die Frage nach den Rechtsfolgen aus §§ 283, 281 I 2 bzw. 326 V, 323 V 1. Die großen Rechte wegen Nichterfüllung könnte der Käufer bei fehlendem Interesse an der Teilleistung geltend machen, sonst nur kleinen Schadensersatz verlangen oder nur insoweit vom Vertrag zurücktreten. Einen Erfüllungsanspruch auf die vollständige, von dem bereits geleisteten ganz verschiedene Leistung hätte der Käufer aufgrund der Teilerfüllung nicht.

Dank Einbeziehung in das Gewährleistungsrecht hingegen wird nur der »Schlechtleistungsanspruch« erfüllt. Dem Nachlieferungsanspruch steht dies nicht entgegen. Wird nachgeliefert, entfällt der »Schlechtleistungsanspruch«. Die Minderlieferung muß herausgegeben werden (§§ 439 IV, 346 I).

e) Falschlieferung im Stückkauf

Der einzige Fall, in welchem ein Anspruch auf die Schlechtleistung bereits strukturell nicht entstehen kann, ist derjenige der Falschlieferung im Stückkauf. Die Übergabe der nicht geschuldeten Sache vermag den Erfüllungsanspruch auch durch Nachbesserung nicht zu erfüllen. Die Beschaffenheit mag die geschuldete sein. Die Identität der geschuldeten Sache ist aber nur ihr vorbehalten und kann nicht durch Nachbesserung nachträglich an einer anderen Sache hergestellt werden.

Wie die Entstehung eines Nachlieferungsanspruchs im Stückkauf scheitert auch die Entstehung des »Schlechtleistungsanspruchs« in diesem Fall am Vertragsinhalt. Aus diesem Grund kann es auch keinen Nachbesserungsanspruch hinsichtlich der nicht geschuldeten Sache geben. Er ist von dem Bestehen des »Schlechtleistungsanspruchs« abhängig. Der Käufer kann lediglich Nachlieferung verlangen. Der Nachlieferungsanspruch stimmt dabei vollständig mit seinem ursprünglichen Erfüllungsanspruch überein.

Da nach dem Gesagten allein an dieser Stelle tatsächlich der Rechtsgrund für die Schlechtleistung fehlt, kann der Verkäufer die Sache gem. § 812 I 1, 1. Alt. konditionieren, wenn er hinsichtlich der Falschlieferung nicht bösgläubig war (vgl. § 814). Der Käufer kann die Sache jedoch gem. § 273 I bis zur Nachlieferung zurückhalten. Auch auf Sekundärebene stehen dem Käufer allein die großen Rechte aus dem Allgemeinen Leistungsstörungenrecht wegen Nichterfüllung des gesamten Erfüllungsanspruchs zur Verfügung.

Dann aber können in diesem Fall auch all die Vorschriften nicht »gegen« den Käufer gelten, die voraussetzen, daß er immerhin das Geleistete behalten darf. So

kann ihm § 442 I seinen Nachlieferungsanspruch als Mängelrecht nicht abschneiden. Da der Käufer noch gar nichts bekommen hat, trägt er im Verhältnis zu der ordnungsgemäßen erfüllenden Leistung mehr als nur den Nachteil der Mangelhaftigkeit. Der Nachlieferungsanspruch ist sein gesamter Erfüllungsanspruch. Er hat mit der Schlechtleistung bislang *nichts* erhalten.

Aus demselben Grund kann § 439 III dem Verkäufer keinen neben § 275 zusätzlichen Befreiungsgrund von seiner Leistungspflicht zugute kommen lassen. Der Käufer hat überhaupt nichts bekommen, weshalb die Nachlieferung hier nicht nur Beseitigung des Mangels durch Neulieferung ist. Der Nachlieferungsanspruch verkörpert den gesamten Erfüllungsanspruch des Käufers. Eine Privilegierung, wie sie in § 439 III als Leistungsbefreiung wegen *absoluter*²³⁶ Unzumutbarkeit der Nacherfüllung besteht, steht dem Verkäufer deshalb gegenüber dem Allgemeinen Leistungsstörungsrecht nicht zu. Der Käufer hatte nichts von der Schlechtleistung.

Schließlich fragt sich, ob § 438 gelten kann, wenn dem Käufer bei Kondiktion durch den Verkäufer nichts bleibt oder ob zumindest die Regelverjährung gelten sollte. Die Verjährung des § 438 gilt. Der Verkäufer darf aber dann nur noch kondizieren, wenn er zugleich die Nachlieferung anbietet, sich also nicht auf die Verjährung beruft. Der Unterschied zu der Zeit vor Verjährung besteht darin, daß er das Eigentum an der Sache bei Wegfall seiner Leistungspflicht wegen Unmöglichkeit (§ 275) – anders als zuvor (vgl. § 273 I) – nicht mehr zurückverlangen kann.

Andere Schlechtleistungsfolgen treten jedoch ein. So beginnt der Verzug mit der Nachlieferung erst dann (wieder) zu laufen, wenn der Käufer den Verkäufer diesbezüglich gemahnt bzw. (bei Entbehrlichkeit der Mahnung) jedenfalls den Nachlieferungsanspruch geltend gemacht hat. Er muß also zumindest wissen, daß die Sache nicht die geschuldete ist. Von der *ganzen* Leistung, also auch dem Nachlieferungsanspruch, kann auch *dieser* Käufer erst dann Abstand nehmen, wenn sein Verkäufer nach Ablauf einer (erneuten) Frist für den Nachlieferungsanspruch nicht leistet.

f) Geltendmachung des »Schlechtleistungsanspruchs« und Folgen seiner Nichterfüllung im Gattungskauf

Der Käufer kann auch im Gattungskauf die Vollendung der Schlechtleistung, mithin die Übereignung der gelieferten Sache, verlangen. Anders als zwischen Nachbesserung und Nachlieferung muß er sich nicht entscheiden. Werden Schlechtleistung und Nachlieferung kumulativ erbracht, liegt zwar ein »zu viel« im Verhältnis zu dem tat-

236 Hauptsächlich betreffen § 439 III und sein Vorbild aus der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (Art. 3 III 1) die verhältnismäßige Unzumutbarkeit, also die Unzumutbarkeit der einen im Verhältnis zu der anderen Nacherfüllungsalternative, welche hier nicht in Betracht kommt, weil der Käufer nur den Nachlieferungsanspruch hat. Die Vorschrift des § 439 III als zusätzlicher absoluter Unzumutbarkeitsgrund ist unter dem Gesichtspunkt der Richtlinienkonformität jedenfalls problematisch (Bamberger/Roth/*Faust*, § 439, Rdn. 40/41).

sächlich geschuldeten Leistungserfolg vor. Allerdings wird dies durch § 439 IV wieder aufgehoben. Der Käufer hat das Eigentum an der zunächst erlangten Sache zurückzugewähren.

aa) Kumulative Geltendmachung von »Schlechtleistungs-« und Nachlieferungsanspruch?

Das kumulative Verlangendürfen einer Schlechtleistungsvollendung durch Übereignung und einer Nachlieferung ist ein durchaus berechtigtes Anliegen des Käufers und in sich nicht widersprüchlich (anders selbstverständlich, wenn er zudem auch noch Nachbesserung verlangte).

Der »Schlechtleistungsanspruch« dient nicht nur der Nachbesserung, sondern auch dem Behaltendürfen der gelieferten Sache, falls es nicht zu einer Nachlieferung kommen sollte. Immerhin ist es denkbar, daß der Käufer zwar Nachlieferung begehrt, zur Not als Minus jedoch lieber die erlangte Sache behalten möchte, als die großen Rechte des Allgemeinen Leistungsstörungsrechts wegen Nichterfüllung des gesamten ursprünglichen Erfüllungsanspruchs geltend zu machen. Diese aber kommen als einzige Käuferrechte in Betracht, wenn der Verkäufer die Übereignung der gelieferten Sache nicht mehr leisten kann und zudem auch den Nachlieferungsanspruch nicht erfüllt.

Beispielsweise kauft der K bei einem Autohändler V einen seltenen Wagen, von welchem dieser behauptet, noch drei weitere Modelle vorrätig zu haben, erhält aber entgegen der Vereinbarung zunächst nur den Wagen, nicht den Fahrzeugbrief übergeben – mit der Bemerkung, V wolle doch lieber warten, bis K gezahlt habe. Kurz darauf entdeckt K eine tiefe Schramme in der Vordertür. Am liebsten möchte er einen anderen Wagen, zweifelt allerdings langsam daran, daß V über andere Wagen verfügt oder sie beschaffen kann. Zudem hat er bereits gehört, daß sich ein anderer Kunde für den an ihn gelieferten Wagen interessiert und befürchtet nun, daß V den Wagen an diesen Dritten übereignen wird.

Hieraus wird deutlich, daß der Wunsch, die gelieferte Sache übereignet zu bekommen, auch im Zusammenhang mit dem Nachlieferungsbegehren durchaus berechtigt sein kann, weil er nicht im Widerspruch zu dem Nachlieferungsbegehren, sondern nur zu der Nachlieferungswirkung stünde. Dies ist der Fall, wenn die Möglichkeit der eigentlich favorisierten Nachlieferung in Zweifel steht und – sollten sich die Zweifel bewahrheiten – zumindest auf die bereits gelieferte Sache zurückgegriffen werden soll.

Der »Schlechtleistungsanspruch« kann also auch neben dem Nachlieferungsanspruch geltend gemacht werden. Liefert der Verkäufer allerdings zuvor nach, wird das Schlechtleistungsbegehren mit dem Wegfall des »Schlechtleistungsanspruchs« gem. § 439 IV gegenstandslos. Die Schlechtleistung muß nun auch nicht mehr der Sicherung des Käufers dienen.

bb) Folgen der Nichterfüllung des »Schlechtleistungsanspruchs« bei Bestehen des Nachlieferungsanspruchs

Was aber geschieht, wenn der »Schlechtleistungsanspruch« nichterfüllt bleibt? Diese Frage wurde bereits für den Stückkauf beantwortet. Die Nichterfüllungsrechte ergaben sich dort aus dem Allgemeinen Leistungsstörungsrecht, weil es um die Gesamt-Nichterfüllung des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs ging. Dies ist im Gattungskauf ebenso zu beurteilen, wenn die Nichterfüllung des gesamten Nacherfüllungsanspruchs feststeht.

Für den Gattungskauf stellt sich aber die Frage, ob und wann der Käufer aufgrund der nicht vollendeten Schlechtleistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen bzw. wegen Nichterfüllung vom Vertrag zurücktreten kann, wenn auch der Nachlieferungsanspruch in Betracht kommt.

Diese Entscheidung ist nach der Art der Nichterfüllung zu fällen. Ist dem Verkäufer die Übereignung der gelieferten Sache unmöglich (§ 275), so muß sich der Käufer auf die Nachlieferungsalternative verweisen lassen. Diese Situation ist vergleichbar mit derjenigen, in welcher der Nachbesserungsanspruch unmöglich wird. Auch hier darf der Käufer nicht sofort auf die Sekundärebene übergehen, da die Nichterfüllung des modifizierten Erfüllungsanspruchs gerade aufgrund der noch möglichen Nachlieferung nicht feststeht und sein Wahlrecht aus § 439 I zwischen den Nacherfüllungsalternativen im Wegfall seiner »Wunschalternative« seine Grenze findet.

Anders ist dies zu beurteilen, wenn der Verkäufer die »schlechtgeleistete« Sache trotz Möglichkeit nicht übereignet. Hiermit könnte er das Wahlrecht des Käufers untergraben, indem er ihn ohne Not – also außerhalb von §§ 439 III, 275 – auf die Nachlieferungsalternative verwies. In diesem Fall steht die Nichterfüllung zwar auch nach Fristablauf wegen des Nachlieferungsanspruchs eigentlich nicht fest; das Wahlrecht des Käufers aus § 439 I wiegt allerdings schwerer. Übereignet der Verkäufer trotz Möglichkeit nicht, kann der Käufer wegen einer Erstreckung der Wertung als feststehende Nichterfüllung der §§ 281 I, 323 I auf den gesamten Erfüllungsanspruch wegen Nichterfüllung des Erfüllungsanspruchs gegen den Verkäufer vorgehen.

Dies steht auch im Einklang mit der Bejahung der Möglichkeit gleichzeitiger Geltendmachung von »Schlechtleistungs-« und Nachlieferungsanspruch. Um diesem Begehren Nachdruck zu verleihen, kann der Käufer eine Frist zur Erfüllung des »Schlechtleistungsanspruchs« setzen, die dem Verkäufer noch die Möglichkeit gibt, entweder die gelieferte Sache zu übereignen oder nachzuliefern (womit der »Schlechtleistungsanspruch« noch vor Fristablauf entfiel), ansonsten entweder weiterhin Erfüllung oder aber großen Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten – dies sogar dann, wenn ihm aus § 437 Nr. 2 und 3 wegen Unerheblichkeit des Mangels nur die kleinen Rechte zugestanden hätten.

3. Zwischenergebnis

Der modifizierte Erfüllungsanspruch besteht aus mehreren Ansprüchen; zum einen aus dem Anspruch auf die Schlechtleistung, welcher seinen Standort dort hat, wo zuvor der gesamte ursprüngliche Erfüllungsanspruch zu verorten war; zum anderen aus dem Nachbesserungs- und alternativ dem Nachlieferungsanspruch auf der Primärebene des Gewährleistungsrechts.

Aus der Art der Modifikation des Erfüllungsanspruchs folgt im wesentlichen, daß der Käufer das aus der Schlechtleistung Erlangte behalten darf. Aufgrund des in dem »Schlechtleistungsanspruch« liegenden Rechtsgrundes ist dies nicht auf ein besonderes Konkurrenzverhältnis zu dem Bereicherungsrecht zurückzuführen, sondern auf das Fehlen der Voraussetzung *ohne Rechtsgrund*. Eine Kondiktion ist nur außerhalb des Gewährleistungsrechts denkbar und erfordert somit den vorherigen »Gewährleistungsrechtsaustritt« *ex tunc* (vgl. S. 143 ff.).

Die einzige rechtsgrundlose Schlechtleistung ist die *aliud*-Lieferung im Stückkauf. Hier kann der Verkäufer die Sache gem. § 812 I 1, 1. Alt. herausverlangen.²³⁷

V. Nacherfüllungsanspruch als verhaltener Anspruch

Fraglich ist schließlich, ob der Verkäufer auch gegen den Willen des Käufers nacherfüllen kann und dieser somit verpflichtet ist, eine ihm durch den Verkäufer angebotene Nacherfüllung, sei es Nachbesserung oder Nachlieferung, anzunehmen und zudem – im Fall der Nachlieferung – die zunächst erlangte Sache zurückzugewähren (§§ 439 IV, 346 I).

Aus dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch trifft den Käufer eine Pflicht zur Abnahme der Kaufsache (§ 433 II) sowie eine Obliegenheit, die Erfüllung seines Anspruchs auch zu ermöglichen (vgl. §§ 293 ff.). Verhielte es sich so auch mit dem Nacherfüllungsanspruch, müßte der Käufer aufgrund seiner Abnahmepflicht eine Nachlieferung in Empfang nehmen und geriete in Annahmeverzug, wenn er die jeweils angebotene Form der Nacherfüllung ablehnte.

Dies gilt jedoch nur dann, wenn der Nacherfüllungsanspruch *erfüllbar* ist. Kann der Verkäufer dagegen mit seiner Leistung nicht erfüllen, muß der Käufer an ihr auch nicht mitwirken und handelt damit weder Pflichten noch Obliegenheiten zuwider. Die Frage nach der Erfüllbarkeit ist ungewöhnlich. In der Regel sind Ansprüche sofort erfüllbar (§ 271 I); dies gilt auch für den ursprünglichen Erfüllungsanspruch. Die Frage nach einer Pflicht des Käufers, die Nacherfüllung anzunehmen, ist also zugleich eine Frage danach, ob sich die Erfüllbarkeit des Erfüllungsanspruchs – gleich der Fälligkeit – an dem Nacherfüllungsanspruch fortsetzt.

237 So im Ergebnis auch *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung, S. XXIII, wenn auch unter Hinweis auf die »gewissen dogmatischen Schwierigkeiten« einer Erklärung.

Dies kann zumeist bereits im Hinblick auf das Käuferwahlrecht aus § 439 I verneint werden. Der Nacherfüllungsanspruch besteht, anders als der Erfüllungsanspruch, in Alternativen, unter denen der Käufer wählen kann. Bis zu der Käuferwahl kann der Verkäufer deshalb nicht nacherfüllen. Der Nacherfüllungsanspruch ist somit zunächst verhalten. Verhalten bedeutet, daß der Schuldner nicht von sich aus leisten, der Gläubiger die Leistung aber jederzeit verlangen darf.²³⁸ Der Anspruch wird also erst mit Geltendmachung durch den Gläubiger erfüllbar.

1. Generelles Erfordernis der Geltendmachung

Fraglich ist aber, ob der Nacherfüllungsanspruch nur deshalb und somit auch nur dann verhalten ist, wenn ein Wahlrecht besteht, was nicht der Fall ist, wenn eine der Nacherfüllungsalternativen unmöglich ist oder sogar strukturell nicht in Betracht kommt (Nachlieferung beim Stückkauf, Nachbesserung bei Falschlieferung im Stückkauf).

Das Gesetz gibt hierzu keine ausdrückliche Auskunft. Dem Kaufgewährleistungsrecht liegt aber – wie noch zu zeigen sein wird – eine Tendenz zugrunde, den einmal erfolgten (rechtsgeschäftsähnlichen) (Schlecht-)Leistungstransfer als einen beidseitig herbeigeführten Rechtszustand zu bewahren.²³⁹ Dies ist insbesondere dem Nachbesserungsanspruch sowie den kleinen Sekundärrechten wegen Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs zu entnehmen. Obwohl die Leistung ursprünglich nicht geschuldet war, wird durch das Gesetz befördert, daß sie quasi als ein Minus im Verhältnis zur geschuldeten Leistung beim Käufer verbleibt. Der Käufer soll die Sache behalten dürfen. Hin und wieder *muß* er es sogar, namentlich dann, wenn ihm einerseits kein Nachlieferungsanspruch zur Verfügung steht, andererseits der Mangel unerheblich ist, so daß ihm nach Maßgabe der §§ 437, 281 I 3, 323 V 2 selbst bei Übergang auf die Sekundärebene Schadensersatz statt der *ganzen* Leistung und das Rücktrittsrecht nicht zur Verfügung stehen, er also auf Geltendmachung des kleinen Schadensersatzes und Ausübung seines Minderungsrechts beschränkt ist. Da es sich bei diesem Behaltendürfen bzw. –müssen nicht um eine Sanktionierung des Verkäufers für die Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs handeln kann, gilt dieses Behaltendürfen ebenso für die Primärebene.

Dieser Einschätzung steht nicht die Pflicht zur Rückgewähr der zunächst gelieferten Sache aus §§ 439 IV, 346 I entgegen. Sie dient allein dem Zweck, dem Käufer im Falle der verlangten und erbrachten Nachlieferung nichts zu belassen, was über den ursprünglich geschuldeten Leistungserfolg hinausgeht. Diese Vorschrift zielt nicht darauf, dem Verkäufer zu ermöglichen, das Geleistete durch Nachlieferung »auszulösen«.

238 Vgl. *Langheineken*, Der verhaltene Anspruch, passim, auf welchen die Entdeckung der Figur des verhaltenen Anspruchs zurückzuführen ist; vgl. auch *Palandt/Heinrichs*, § 271, Rdn. 1.

239 Vgl. *Maultzsch*, ZGS 2003, 411 (414 ff.) sowie S. 150 ff.

Der Nacherfüllungsanspruch ist mithin auch dann verhalten, wenn er nur in einer Alternative besteht, der Käufer ihn aber nicht geltend macht. Er ist damit *generell* verhalten.²⁴⁰

Dieses Recht des Käufers, sich auch gegen die Nacherfüllung zu entscheiden, schadet dem Verkäufer nicht, sein Interesse liegt v.a. darin, den Kaufpreis zu erhalten. Dieser Verpflichtung zur Zahlung aus § 433 II kann der Käufer aber gerade nicht seinen verhaltenen, sondern nur seinen geltend gemachten und damit erfüllbaren Nacherfüllungsanspruch gem. § 320 I entgegenhalten. Der Verkäufer erhält also auch im Nacherfüllungsstadium die unbeschränkte Möglichkeit, sich seine Gegenleistung zu verdienen. Zwar kann dem Verkäufer – wie § 433 II zeigt – auch daran gelegen sein, die Kaufsache loszuwerden.²⁴¹ Dieser Umstand ist bei der Bewertung jedoch weniger zu berücksichtigen als noch im Rahmen des Erfüllungsanspruchs. Immerhin hat der Käufer die gelieferte Sache bereits im Rahmen der Schlechtleistung abgenommen.

Damit handelt es sich im Widerspruch zu der verbreiteten Bezeichnung des Nacherfüllungsanspruchs als »Recht zur zweiten Andienung«²⁴² bei dem Nacherfüllungsanspruch nicht um ein Recht des Verkäufers.²⁴³

Auch die Vorschriften der §§ 437 Nr. 2, 323 I und Nr. 3, 280 I, III, 281 mit ihrem Fristsetzungserfordernis für den Nacherfüllungsanspruch bewirken lediglich, daß der Käufer grds. nicht auf die sekundären Nichterfüllungsrechte übergehen kann, solange er nicht eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat und diese erfolglos abgelaufen ist. Dieses Fristsetzungserfordernis schützt jedoch nicht ein Interesse des Verkäufers an der Vornahme der Nacherfüllung, sondern allein sein Interesse daran, nicht auf die Gegenleistung verzichten oder gar Schadensersatz wegen Nichterfüllung leisten zu müssen. Ein darüber hinausgehendes Interesse des Verkäufers an der Vornahme der Nacherfüllung wird kaum einmal vorliegen und findet auch keine Berücksichtigung im Gesetz.

Die (pauschalierte) Wertung, die der Verhaltung des Nacherfüllungsanspruchs zugrunde liegt, besagt, daß der Käufer das aus der Schlechtleistung Erlangte behalten soll. Der Verkäufer dagegen soll durch die Verhaltung vor Nachteilen geschützt werden. Die Sekundärrechte des Käufers wegen Nichterfüllung *trotz* Möglichkeit setzen u.a. einen fälligen und erfüllbaren Anspruch voraus. Im Fall des Nacherfüllungsanspruchs muß der Käufer seinen Verkäufer also zunächst durch die Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs über die Nichterfüllung aufgrund Mangelhaftigkeit und sein Nacherfüllungsbegehren in Kenntnis setzen, bevor diesem hieraus Nachteile in Form von Sekundärrechten entstehen können.

240 So im Ergebnis auch *Lorenz*, FS Huber, 423 (429); *Bamberger/Roth/Faust*, § 439, Rdn. 11.

241 Hieraus will *Schroeter*, AcP 207, 28 (33 f.) sogar das sog. Recht zur zweiten Andienung des Verkäufers ableiten.

242 Vgl. insbesondere *Schroeter*, AcP 207, 28 (33 f.).

243 So aber z.B. *Bitter/Meidt*, ZIP 2001, 2114 (2116), auch wenn offenbar nur der sog. Vorrang der Nacherfüllung vor den Sekundärrechten gemeint ist.

Dies ist auch sachgerecht, die Nichterfüllung eines Anspruch, von dessen Fortbestehen der Schuldner nichts weiß, kann zumindest nicht als wertungsmäßig feststehend gedeutet werden (§ 281) und sollte ihn auch nicht in Form des sich am Nacherfüllungsanspruch fortsetzenden Verzugs schadensersatzpflichtig machen. Eine solche Fortsetzung des Verzugs am Nacherfüllungsanspruch widerspräche insbesondere der schulnerschützenden Funktion der Verzugsvorschriften (vgl. S. 114 ff.).

Der Nacherfüllungsanspruch ist nach dem Gesagten mit seiner Entstehung zunächst inaktiv. Mit Eintritt des Gewährleistungsrechts ist also erst einmal Ruhe in das Vertragsverhältnis eingekehrt, was die Leistungspflicht des Schuldners betrifft. Erst wenn der Gläubiger den Mangel entdeckt und seinen Nacherfüllungsanspruch geltend macht, erwacht das offene Schuldverhältnis wieder zum Leben.

2. Folgen der Geltendmachung

Die bereits vorliegende Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs tritt sofort an dem Nacherfüllungsanspruch ein, sobald er zudem *erfüllbar* ist. (Darf der Verkäufer zunächst nicht leisten, kann er hierzu auch nicht verpflichtet sein.) Der Käufer kann demnach im Anschluß an die Geltendmachung sofort mahnen, um den Verkäufer in Verzug zu setzen, und für die Rechte aus §§ 437 Nr. 2, 323 I sowie §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 sofort eine Frist in Gang setzen.

3. Geltendmachungs-Obliegenheit?

Fraglich ist zuletzt, ob der Käufer Nachteile dadurch erleiden kann, daß er eine vom Verkäufer angebotene Nacherfüllung ablehnt. Diese Frage kann nicht pauschal beantwortet werden. Keinesfalls muß sich der Käufer sein Wahlrecht nehmen lassen, weil er zu befürchten hat, bei einer abgelehnten Nacherfüllungsalternative hinsichtlich des Mangels rechtlos gestellt zu sein. Allerdings kann sich eine Obliegenheit aus § 242 ergeben, auf ein Nacherfüllungsangebot des Verkäufers hin zu überlegen, ob die Nacherfüllung hinsichtlich des in Bezug genommenen Mangels erwünscht ist und ihm nach angemessener Überlegungszeit die Entscheidung – auch für eine der beiden Nacherfüllungsalternativen – mitzuteilen. Bei unzumutbarem Hinhalten des Verkäufers ist eine Verwirkung sowohl des Nacherfüllungsanspruchs als auch des Ersatzes von – nun ursächlich durch die Ablehnung des Nacherfüllungsangebots – eintretenden Mangelfolgeschäden in Betracht zu ziehen.

VI. Zusammenfassung

Der Nacherfüllungsanspruch als der in Mangelbeseitigungsalternativen bestehende Primäranspruch des Gewährleistungsrechts und der auf der Primärebene des Allge-

meinen Leistungsstörungenrecht bestehende »Schlechtleistungsanspruch« bilden zusammen den infolge des Gewährleistungsrechtseintritts modifizierten Erfüllungsanspruch. Durch den »Schlechtleistungsanspruch« wird der Käufer dazu berechtigt, die im Rahmen der Schlechtleistung gelieferte Sache zu behalten oder ihre Übereignung zu verlangen.

Der Nacherfüllungsanspruch ergänzt diesen Anspruch auf das Erlangte um den die Erfüllung des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs herbeiführenden Leistungserfolg. Er ist allein ein Recht des Käufers. Dieser kann ihn sowohl geltend machen als auch auf ihn verzichten, ist jedoch generell auf der Primärebene dazu verpflichtet, den vollen Kaufpreis zu zahlen. Will er auf die Sekundärebene übergehen, muß er zunächst den Nacherfüllungsanspruch geltend machen.

C. *Besonderes Leistungsstörungenrecht des Nacherfüllungsanspruchs*

Die Sekundärebene des Nacherfüllungsanspruchs ist in § 437 Nr. 2 und 3 geregelt. Hierfür werden sowohl die Vorschriften über den Rücktritt im Allgemeinen Leistungsstörungenrecht (§§ 323 I bzw. 323 I, 326 V) in das Gewährleistungsrecht einbezogen (vgl. § 437 Nr. 2) als auch die Vorschriften über den Schadensersatz statt der Leistung (§§ 280 I, III, 281 bzw. 283) und den Verzug (§§ 280 I, II, 286) (vgl. § 437 Nr. 3). Daneben verweist § 437 Nr. 2 auf die Minderung als ein originär gewährleistungsrechtliches Käuferrecht. Das sich hieraus ergebende System von Käuferrechten als Reaktion auf die Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs wird vorliegend als ein Besonderes Leistungsstörungenrecht²⁴⁴ bezeichnet, weil es parallel und zugleich in sich abgeschlossen zum Allgemeinen Leistungsstörungenrecht verläuft. Für den Nacherfüllungsanspruch als Primäranspruch stellt das Kaufgewährleistungsrecht eine Sekundärebene bereit, die in ihren Voraussetzungen der Sekundärebene des Allgemeinen Leistungsstörungenrechts gleicht. Die einbezogenen Rechte stehen jedoch unter dem »Regime« des Gewährleistungsrechts.

Bis auf den Fremdkörper des Schadensersatzanspruches aus §§ 437 Nr. 3, 280 I enthält das Gewährleistungsrecht des § 437 Nr. 2 und 3 keinerlei unmittelbare Rechtsfolgen der Schlechtleistung.

I. Rücktritt und Minderung (§§ 437 Nr. 2, 441, 323 I, 440)

Rücktritt und Minderung sind die Sekundärrechte des Nacherfüllungsanspruchs, die kein Vertretenmüssen des Verkäufers hinsichtlich seiner Nichterfüllung verlangen.

244 So bereits Palandt/Heinrichs, vor § 275, Rdn. 13.

1. Rücktritt

Der Käufer kann gem. §§ 437 Nr. 2, 323 I, 2. Alt. von dem Vertrag zurücktreten, wenn der Verkäufer die fällige Leistung nicht vertragsgemäß erbringt und eine dem Verkäufer durch den Käufer gesetzte Frist zur Nacherfüllung erfolglos abgelaufen ist.

Der Wortlaut des § 323 I, 2. Alt. gleicht dem Tatbestand der §§ 280 I, III, 281 I 1, 2. Alt. und beschreibt genau wie dieser nicht die Kumulation zweier Pflichtverletzungen (der Schlechtleistung und der ausbleibenden Nacherfüllung), sondern meint auch hier allein die feststehende Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs (vgl. S. 54 ff.). Die Rücktrittsvoraussetzungen von §§ 437 Nr. 2, 323 I, 2. Alt. entsprechen also der Pflichtverletzung der §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1, 2. Alt.²⁴⁵

Insbesondere gilt deshalb auch hier das sog. Erfordernis doppelter Fristsetzung. Dies bedeutet, daß eine Frist gesondert für den Nacherfüllungsanspruch gesetzt werden und erfolglos ablaufen muß, selbst wenn bereits eine Frist für den Erfüllungsanspruch in Gang gesetzt worden oder abgelaufen ist. Die Notwendigkeit zur Fristsetzung auch für den Nacherfüllungsanspruch ergibt sich wie in § 281 I 1, 2. Alt. auch in § 323 I, 2. Alt. daraus, daß sich die in § 281 I 1 bzw. § 323 I geregelte, nur wertungsmäßig zugunsten des Gläubigers feststehende Nichterfüllung des an sich möglichen Erfüllungsanspruchs nicht an dem Nacherfüllungsanspruch fortsetzen kann. Diese Wertung, welche bei der fortdauernden Nichterfüllung des Erfüllungsanspruchs ab Fristablauf vorgenommen wird (vgl. S. 53 ff.), kann dann nicht mehr aufrechterhalten werden, wenn der Schuldner schlechtleistet. Zwar konnte er hiermit nicht erfüllen, hat aber zumindest seine Leistungsbereitschaft signalisiert. Um nun wieder zu einer Wertung feststehender Nichterfüllung zu gelangen, muß sich seine fehlende Leistungsbereitschaft an einer erfolglos abgelaufenen Frist für den Nacherfüllungsanspruch zeigen. Zu beachten ist dabei, daß die Vorschrift des § 440 die §§ 323 II und 281 II um weitere »nacherfüllungsspezifische« Fristentbehrlichkeitsgründe erweitert. Die Nichtnacherfüllung wird also tendenziell schneller angenommen als die Nichterfüllung des Erfüllungsanspruchs.

Die Eingangsalternativen von §§ 323 I, 2. Alt. sowie 281 I 1, 2. Alt. dienen somit allein der Verdeutlichung dieses Erfordernisses eines eigenen Fristablaufs für den Nacherfüllungsanspruch. Weil es sich bei dem Nacherfüllungsanspruch um einen Primäranspruch handelt und § 437 Nr. 2 und 3 zudem auf §§ 323, 281 verweisen, wäre eine eigene Alternative für den Nacherfüllungsanspruch – von dieser Klarstellungsfunktion abgesehen – unnötig gewesen. Auch die §§ 323 I, 1. Alt. bzw. 281 I 1, 1. Alt. hätten mit demselben Ergebnis Anwendung finden können.

Anders als der Schadensersatz statt der Leistung erfordert der Rücktritt nur die feststehende Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs. Es handelt sich zwar um dieselbe Pflichtverletzung; die Qualifikation der feststehenden Nichterfüllung als

245 Allerdings enthält § 323 II Nr. 2 als zusätzlichen Grund für eine Fristsetzungsentbehrlichkeit die Nichteinhaltung der Leistungszeit beim relativen Fixgeschäft.

Pflichtverletzung interessiert allerdings im Zusammenhang mit dem Rücktritt nicht. Auch bei einem hieran anknüpfenden Vertretenmüssen ist das Rücktrittsrecht nicht Ausdruck eines Vorwurfs gegenüber dem Verkäufer, sondern nur die neutrale Möglichkeit des Käufers, von dem Vertrag Abstand zu nehmen.

Der Rücktritt ist (im Verhältnis zu der sogleich zu erläuternden Minderung) genau wie auch der Schadensersatz statt der *ganzen* Leistung ein großes Sekundärrecht des Besonderen Leistungsstörungsrechts. Daneben kommen kleine Rechte in Betracht, weil der Nacherfüllungsanspruch nur ein Teil des modifizierten Erfüllungsanspruchs ist und seine Nichterfüllung darum nur eine teilweise Nichterfüllung. Die großen Rechte, welche dagegen Rechte statt des *ganzen* (modifizierten) Erfüllungsanspruchs sind, können deshalb nur unter gesteigerten Voraussetzungen geltend gemacht werden. Für den Rücktritt (vom *ganzen* Vertrag) setzt § 323 V 2 voraus, daß der Mangel²⁴⁶ nicht unerheblich ist (§ 323 V 2).

Der Rücktritt vom ganzen Vertrag aufgrund der ausbleibenden Nacherfüllung ist dennoch der Grundsatz des Gewährleistungsrechts. Da § 323 V 2 voraussetzt, daß der Mangel lediglich nicht unerheblich sein darf, ist der Rücktritt grds. möglich.²⁴⁷ Die Einordnung als »nicht unerheblich« wird die wenigsten Mängel betreffen, und der Verkäufer trägt zudem die Beweislast für das Vorliegen dieser Unerheblichkeit. Genau andersherum verhält es sich für Teilleistungen im Allgemeinen Leistungsstörungsrecht, wo der Gläubiger sein fehlendes Interesse beweisen muß (vgl. § 323 V 1).

Die Wertung als feststehende Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs wird also grds. zugunsten des Käufers erweitert auf die Wertung als feststehende Nichterfüllung des gesamten modifizierten Erfüllungsanspruchs. Hintergrund ist die grds. Unzumutbarkeit des Behaltenmüssens einer mangelhaften Sache (und zudem der Aufrechterhaltung der – im Verhältnis zu der Schlechtleistung – synallagmatischen Gegenleistungspflicht) im Gegensatz zu dem Behaltenmüssen einer als solche erbrachten und nicht zurückgewiesenen (vgl. § 266) mengenmäßigen Teilleistung.

In der Folge des Rücktritts entfällt mit dem Vertrag der gesamte modifizierte Erfüllungsanspruch des Käufers, also Nacherfüllungs- und »Schlechtleistungsanspruch«, so daß der Käufer seinen gesamten Kaufpreis herausverlangen kann, aber auch das aus der Schlechtleistung Erlangte (Besitz und Eigentum an der Sache) herausgeben muß (vgl. § 346 I).

2. Minderung

Das Minderungsrecht gem. §§ 437 Nr. 2, 441 setzt das Rücktrittsrecht mit Ausnahme der Voraussetzung des § 323 V 2 (nicht unerheblicher Mangel) voraus (vgl. § 441 I 1 und 2). Die Nichtgeltung von § 323 V 2 versteht sich allerdings bereits von selbst, da es sich bei der Minderung um den gewährleistungsrechtlich speziell gere-

246 Der Gesetzgeber nennt ihn an dieser Stelle Pflichtverletzung.

247 So auch *Lorenz*, NJW 2006, 1925.

gelten Teilrücktritt handelt. Diese rechtliche Qualifizierung der Minderung (sowie die damit einhergehende Rechtsnatur der (heutigen) kaufrechtlichen Minderung als Gestaltungsrecht) gehen daraus hervor, daß der Käufer bei Vorliegen der Voraussetzungen des *Rücktrittsrechts* den Kaufpreis gem. § 441 I 1 *durch Erklärung* gegenüber dem Verkäufer *mindert*. Der Kaufpreisanspruch des Verkäufers wird hierdurch verkürzt, und dies gem. § 441 III 1 im Verhältnis zu dem sog. Mangelunwert der Sache.

Das Minderungsrecht verdrängt den an sich über die Verweisung auf § 323 in das Gewährleistungsrecht miteinbezogenen Teilrücktritt offenbar deshalb, um deutlich zu machen, daß der Käufer sich in diesem Fall überhaupt von nur *einem Teil* der Leistung lossagen kann. Zudem enthält § 441 III erläuternde Zusätze über die Minderungsquote. Die Berechnung des Wertes der *quantitativen* Teilleistung im Verhältnis zur vollständigen Leistung und der damit einhergehenden verhältnismäßigen Verminderung des Kaufpreisanspruchs bedarf im Gegensatz hierzu keiner Erläuterung.

Bei der Minderung handelt es sich um eines der kleinen Rechte wegen Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs. Im Rahmen der Minderung wird nämlich nicht der gesamte modifizierte Erfüllungsanspruch beseitigt, sondern lediglich von der Nacherfüllung »zurückgetreten«. Der »Schlechtleistungsanspruch« bleibt (offen oder erfüllt als Rechtsgrund) bestehen. Der Käufer behält folglich die aus der Schlechtleistung erlangte Sache.

Es läge nahe, anzunehmen, daß es sich bei den kleinen Rechten wie der Minderung, aber auch dem kleinen Schadensersatz, ausschließlich um Rechte aufgrund der Nichterfüllung des *Nachbesserungsanspruchs* handelt. So verhält es sich aber nicht. Die Nichterfüllung des *Nachlieferungsanspruchs* bedeutet im Verhältnis zu dem gesamten (modifizierten) Erfüllungsanspruch ebenfalls lediglich das Ausbleiben der Mangelbeseitigung. Wird die Nachlieferung vorgenommen, wird zugleich der »Schlechtleistungsanspruch« beseitigt (vgl. §§ 439 IV, 346 I). Wird der *Nachlieferungsanspruch* nichterfüllt, so verbleibt dem Käufer die Schlechtleistung. Dies bestätigen auch die Vorschriften der §§ 441, 323 I, 2. Alt. sowie §§ 280 I, III, 281 I 1, 2. Alt. Voraussetzung für Minderung und Schadensersatz ist die Nichterfüllung des *Nacherfüllungsanspruchs*. Nur wenn der Mangel nicht unerheblich ist (§§ 323 V 2, 281 I 3), *dürfen* die großen Rechte überhaupt geltend gemacht werden. Eine Unterscheidung zwischen Nichterfüllung des *Nachbesserungs-* und des *Nachlieferungsanspruchs* wird dagegen nicht vorgenommen.²⁴⁸

Liegen die Voraussetzungen vor, sowohl zu mindern *als auch* zurückzutreten, so kann der Käufer wählen, ob er das aus der Schlechtleistung Erlangte behalten oder

248 Allein im Ausnahmefall der Falschlieferung beim Stückkauf ist Folge der Nichterfüllung des *Nachlieferungsanspruchs* automatisch und *ausschließlich* das Vorliegen der großen Rechte. Dies liegt darin begründet, daß der Käufer keinen »Schlechtleistungsanspruch« erhält, und der *Nachlieferungsanspruch* mithin den gesamten modifizierten Erfüllungsanspruch umfasst (vgl. S. 92 ff.).

sich gänzlich vom Vertrag trennen möchte. Hat er nur das Minderungsrecht, bleibt er auf der Schlechtleistung sitzen und muß sie bezahlen.

II. Rücktritt und Minderung wegen Unmöglichkeit (§§ 437 Nr. 2, 323 I, 326 V)

Die Voraussetzungen für Rücktritt und Minderung im Fall der Unmöglichkeit des Nacherfüllungsanspruchs ergeben sich aus §§ 437 Nr. 2, 323 I, 2. Alt., 326 V bzw. §§ 437 Nr. 2, 441 I 1, 323 I, 2. Alt., 326 V. Voraussetzung ist allein, daß beide Alternativen der Nacherfüllung gem. § 275 I – III unmöglich geworden sind oder nur *eine* Nacherfüllungsalternative unmöglich geworden ist, während die andere bereits strukturell nicht besteht (Nachlieferung beim Stückkauf) oder nach § 439 III²⁴⁹ verweigert wurde. In diesem Fall kann der Käufer vom gesamten Vertrag zurücktreten, wenn der unbehebbarer Mangel nicht unerheblich ist (vgl. § 323 V 2). Ansonsten kann er lediglich mindern.

Vorliegend soll zunächst nur die Konstellation angesprochen sein, in welcher der Nacherfüllungsanspruch unmöglich wurde, als er bereits als Primäranspruch des Gewährleistungsrechts bestanden hatte. Auf die Folgen des Eintritts der »Unmöglichkeit der Mangelfreiheit« vor Gewährleistungseintritt soll an anderer Stelle gesondert eingegangen werden (vgl. S. 124 ff.).

III. Schadensersatz statt der Leistung (§§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281)

Im Gegensatz zu Rücktritt und Minderung handelt es sich bei dem Schadensersatz statt der Leistung als großes (statt der *ganzen* Leistung, § 281 I 3) und kleines Recht (statt der Leistung) um einen vom Vertretenmüssen des Verkäufers abhängigen Anspruch, vgl. § 280 I 2.

1. Kleiner Anspruch und großer Anspruch

Das Verhältnis von großem Schadensersatz statt der *ganzen* Leistung (§§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1, 1. Alt., I 3) zu kleinem Schadensersatz statt der Leistung (§§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1, 1. Alt.) gleicht dem Verhältnis zwischen Rücktritt und Minderung. Der Anspruch auf großen Schadensersatz ist Schadensersatz wegen Nichterfüllung des gesamten (modifizierten) Erfüllungsanspruchs, während der klei-

249 Ist eine Alternative verweigert worden, die andere unmöglich, so gehen die Vorschriften über den Rücktritt und den Schadensersatz wegen Unmöglichkeit den Rechten der Nichterfüllung trotz Möglichkeit i.V.m. § 440 vor. § 440 S. 1 greift nur dann ein, wenn beide Nacherfüllungsalternativen nach § 439 III verweigert worden sind.

ne Schadensersatz den Schaden allein aus der Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs ersetzt.

Der Käufer kann grds. zwischen großem und kleinem Schadensersatz wählen. Voraussetzung für den Anspruch auf großen Schadensersatz ist allein, daß der Mangel nicht unerheblich ist (vgl. § 281 I 3). Liegt die Voraussetzung des § 281 I 3 nicht vor, ist der Käufer auf die Geltendmachung des kleinen Schadensersatzanspruches beschränkt.

Macht der Käufer den großen Schadensersatz geltend, so muß er Eigentum und Besitz an der Sache gem. §§ 281 V, 346 I zurückgewähren. Wählt er den kleinen Schadensersatz, behält er die Sache, weil sein »Schlechtleistungsanspruch« (offen oder erfüllt als Rechtsgrund) unangetastet bleibt.

2. Pflichtverletzung und Bezugspunkt des Vertretenmüssens

Die Pflichtverletzung der §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1, 2. Alt. ist eine Leistungspflichtverletzung und besteht in der zugunsten des Käufers feststehenden Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs sowie grds. auch des gesamten (modifizierten) Erfüllungsanspruchs (vgl. aber § 281 I 3). Somit entspricht die Pflichtverletzung den Voraussetzungen von Minderungs- und Rücktrittsrecht.

Allerdings ist eine zusätzliche Voraussetzung des Schadensersatzanspruches das Vertretenmüssen dieser Pflichtverletzung. Umstritten ist deren sog. Bezugspunkt in §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1, 2. Alt. Nimmt man nämlich an, daß § 281 I 1, 2. Alt. zwei Pflichtverletzungen – die Schlechtleistung und die Nicht-Nacherfüllung innerhalb der Frist – voraussetzt, so stellt sich die Frage, ob sich das Vertretenmüssen nur auf das eine, nur auf das andere, auf beides oder lediglich auf eines (gleichgültig auf welches) von beiden beziehen muß.²⁵⁰ Dieser Streit kann auf Grundlage der hier vertretenen Ansicht nicht entschieden werden, da vorliegend nur von einer einzigen Pflichtverletzung (der feststehenden Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs trotz Möglichkeit) ausgegangen wird, womit sich die Frage nach dem Bezugspunkt erübrigt. Die einzige Pflichtverletzung ist die Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs. Diese muß der Verkäufer zu vertreten haben.

250 Alternative Bezugspunkte: *Braun*, ZGS 2004, 423, 425 f; *Jaensch*, Jura 2005, 649 (652); *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, S. 204, Rdn. 538 ff; *Tiedtke/Schmitt*, BB 2005, 615, 622 f; *MüKo/Ernst*, § 281 Rdn. 47; offen gelassen von BGH NJW 2005, 2852 (2853); Schlechtleistung als Bezugspunkt: *Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland/Haas*, Kap. 5, S. 217, Rdn. 224; *Huber/Faust/Huber*, S. 354, 358, Rdn. 111, 125; Nicht-Nacherfüllung bei Fristablauf als Bezugspunkt: *Lorenz*, FS Huber, S. 423 (426 ff.); *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum Neuen Schuldrecht, § 5, S. 288, Rdn. 535; *Schur*, ZGS 2002, 243 (247); *Bamberger/Roth/Faust*, § 437, Rdn. 73, 140; offen gelassen, ob *allein* das Unterlassen der Nacherfüllung Bezugspunkt des Vertretenmüssens ist, durch: BGH NJW 2005, 2852 (2853).

Mit der mißverständlichen gesonderten Eingangsalternative des § 281 I 1, 2. Alt. aus Richtung des Gewährleistungsrechts wird lediglich – wie bereits dargestellt – die doppelte Fristsetzung sichergestellt.

3. Schaden

Schadensersatzansprüche setzen neben einer Pflichtverletzung und ihrem Vertretenmüssen durch den Schuldner zudem notwendig einen Schaden voraus. Bei dem hier in Rede stehenden Schadensersatz statt der Leistung liegt der Schaden zwangsläufig in der Nichterfüllung.

Der Schaden aus der Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs wird auch als *Mangelschaden* bezeichnet.²⁵¹ Er ist lediglich Teil-Nichterfüllungsschaden, während der (vollständige) Nichterfüllungsschaden in der Nichterfüllung des gesamten (modifizierten) Erfüllungsanspruchs liegt.

a) Abgrenzung zwischen Mangelschaden und Mangelfolgeschaden

Der Schadensersatz gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 (bzw. 283) ersetzt den Mangelschaden, der Schadensersatz gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, 241 II dagegen den *Mangelfolgeschaden*. Der Mangelschaden liegt in der feststehenden Mangelhaftigkeit der Kaufsache und betrifft mithin das positive, also das Erfüllungsinteresse.²⁵² Die Mangelhaftigkeit steht fest, wenn der Nacherfüllungsanspruch feststehend nichterfüllt wird. Ein Mangelfolgeschaden ist dagegen der Schaden, welcher an *anderen* Rechten, Rechtsgütern und Interessen des Käufers infolge der Schlechtleistungshandlung als Nebenpflichtverletzung eintritt.²⁵³ Dieser ist innerhalb des Allgemeinen Leistungsstörungenrechts unter den Voraussetzungen der §§ 280 I, 241 II ersatzfähig, nach Eintritt des Gewährleistungsrechts jedoch nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, 241 II (vgl. S. 109 ff.).

Die passende Anspruchsgrundlage kann nur anhand der Frage nach der Pflichtverletzung und dem hieraus resultierenden Schaden, dagegen nicht anhand der Frage ermittelt werden, ob eine Fristsetzung im jeweiligen Fall sinnvoll wäre.²⁵⁴ § 281 verlangt nicht deshalb den Ablauf einer Frist, um dem Verkäufer eine »Abwendungsbefugnis«²⁵⁵ für seine Haftung hinsichtlich einer bereits begangenen Pflichtverletzung

251 Vgl. auch BT-Drs. 14/6040, S. 226, wonach auch der *große* Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs Ersatz des Mangelschadens sein soll.

252 Vgl. bereits zur früheren Rechtslage: BGHZ 77, 215 (218); BGHZ 86, 256 (258).

253 Vgl. bereits zur früheren Rechtslage: BGHZ 77, 215 (218).

254 Gerade noch als »Testfrage« (so *Lorenz*, *Karlsruher Forum* 2005, S. 42) möglich, geht diese Erwägung jedoch nicht der Differenzierung nach dem verletzten Rechtsgut vor (a.A.: *ders.*, *Karlsruher Forum* 2005, S. 42 f.).

255 Vgl. *Schubel*, *Examenswissen zum neuen Schuldrecht*, S. 163 (185 ff.).

einzuräumen. Die ausbleibende Nacherfüllung bei Fristablauf ist vielmehr *identisch* mit der Pflichtverletzung des § 281.²⁵⁶

In den Fällen, in denen die Nacherfüllung innerhalb der Frist zufällig den Eintritt eines Mangelfolgeschadens verhindert hätte, ergibt sich aus diesem Grund seine Ersatzfähigkeit dennoch ausschließlich aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, 241 II. Die Pflichtverletzung bleibt eine Verletzung von Integritätsinteressen, weil sie nicht in der ausbleibenden Nacherfüllung bis zum Fristablauf liegt, sondern nur zufällig (wenn die Frist kurz vor Schadenseintritt endete) hätte durch die Nacherfüllung verhindert werden können.²⁵⁷ Deshalb ist auch bei gleichzeitigem Vorliegen eines (zu vertretenden) Mangelfolgeschadens und einer (zu vertretenden) feststehenden Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs der Mangelfolgeschaden nicht in dem Nichterfüllungsschaden i.S.d. § 281 enthalten, mithin auch nicht aus §§ 437 Nr. 3, 281 zu ersetzen.²⁵⁸

b) Nachlieferung beim Stückkauf als Schadensersatz statt der Leistung?

Schließlich fragt sich, ob der Käufer im Rahmen des Schadensersatzes statt der *ganzen* Leistung (§§ 437, 281 bzw. 283) nur Geld oder im Rahmen der Naturalrestitution gem. § 249 I auch die Übereignung einer anderen als der geschuldeten Sache verlangen kann.²⁵⁹ Hiermit liefe es auf einen Nachlieferungsanspruch des Käufers auch im Stückkauf zumindest im Fall der durch den Verkäufer zu vertretenden Nichterfüllung hinaus.

Eine Ersetzung der vertraglich festgelegten Sache im Wege der Naturalrestitution kommt allerdings nicht in Betracht. Als der Sekundärebene des modifizierten Erfüllungsanspruchs zugehöriges Recht kann der Schadensersatz statt der Leistung die vertraglich festgelegte Leistung nicht durch etwas ersetzen, was niemals geschuldet war. Ersetzt wird allein das Erfüllungsinteresse des Käufers in Geld.²⁶⁰ Die Parteien

256 Ab Vorliegen von Fristsetzungsentbehrlichkeitsgründen steht die Nichterfüllung ebenfalls (zugunsten des Käufers) fest.

257 Vgl. auch *Gillig*, Nichterfüllung und Sachmängelgewährleistung, S. 414 f., zum alten Recht: »Der Verletzungstatbestand im Rahmen der Schadensersatznormen wegen Nichterfüllung ist nur die Nichterfüllung, sonst nichts. (...) Der sog. Mangelfolgeschaden ist demgegenüber kein mittelbar auf der Nichterfüllung beruhender, sondern ist, wenn überhaupt, nur mehr oder weniger zufällig mit diesem verbunden. Er ist Primärschaden, wenngleich derselbe Sorgfaltpflichtverstoß ursächlich gewesen sein mag.«

258 A.A. *Lorenz*, NJW 2002, 2497 (2504).

259 Grds. befürwortend z.B. *Lange*, Schadensersatz, § 5, S. 220 ff.; *Pieper*, JuS 1962, 409 ff.; (eher) ablehnend dagegen: *Huber*, Leistungsstörungen II, § 55, S. 681 f.

260 Vgl. insbesondere *Knütel*, AcP 202, 555 (571 ff.) zur Natur des Nichterfüllungsschadens sowie *Ehmann/Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht, S. 112: »Der Gläubiger muß so gestellt werden, wie er bei vertragsgemäßer Erfüllung gestanden hätte (positives Interesse). Dazu gehört der Ersatz des Schadens, der im Wert des nicht erhaltenen Leistungsgegenstands selbst

haben durch den Vertrag den Anspruchsgegenstand festgelegt und hierdurch zugleich beschränkt. Der in der Nichterfüllung liegende Schaden besteht somit allein in der Nichterfüllung des auf diese Sache gerichteten Erfüllungsanspruchs und somit für den Käufer darin, die *konkrete* Sache nicht erhalten zu haben. Dieser Schaden kann durch die Übereignung einer anderen Sache sowenig ersetzt werden wie mit ihr hätte erfüllt werden können.

Vom Standpunkt des Verkäufers würde ein Recht zur Nachlieferung einer nicht geschuldeten Sache bedeuten, daß er – infolge seiner eigenen zu vertretenden Leistungspflichtverletzung – entscheiden dürfte, mit einer nicht erfüllungstauglichen Sache zu erfüllen. Vom Standpunkt des Käufers würde die Berechtigung, eine andere als die geschuldete Sache zu verlangen, bedeuten, daß der Schadensersatz statt der Leistung insofern Strafcharakter hätte, als der Käufer vom Verkäufer eine vertraglich nicht geschuldete Leistung verlangen darf. Beides ist abzulehnen. Anders liegt es wiederum nur, wenn sich die Parteien auf die »Nachlieferung« einigen. Hierin aber liegt eine Vertragsänderung.

IV. Schadensersatz statt der Leistung wegen Unmöglichkeit (§§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 283)

Die Voraussetzungen für den kleinen und den großen Schadensersatz statt der Leistung bei Unmöglichkeit der Nacherfüllung finden sich in §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 283. Wiederum muß die ausbleibende Nacherfüllung feststehen und dies darin begründet liegen, daß entweder beide Nacherfüllungsalternativen unmöglich sind (§ 275 I-III) oder zumindest eine von beiden unmöglich, die andere strukturell nicht existent oder berechtigt verweigert (§ 439 III) worden ist (vgl. S. 102).

Die Nichterfüllung des gesamten modifizierten Erfüllungsanspruchs steht unter der Voraussetzung des § 281 I 3 zugunsten des Käufers fest. Er kann in diesem Fall wählen, ob er den Schadensersatz statt der *ganzen* Leistung verlangt oder den kleinen Schadensersatz wählt und die Sache behält. Natürlich kann er sich auch damit begnügen, vom Vertrag zurückzutreten oder zu mindern. Hat der Käufer sich zunächst für den Rücktritt entschieden, steht ihm die Geltendmachung des Schadensersatzes statt der *ganzen* Leistung aber nach wie vor offen (vgl. § 325).

V. Abgrenzung zum Rücktritt bzw. zum Schadensersatz statt der Leistung wegen Nichterfüllung des »Schlechtleistungsanspruchs«

Bereits an anderer Stelle wurde erörtert, welche Rechte dem Käufer bei Nichterfüllung des im modifizierten Erfüllungsanspruch neben dem Nacherfüllungsanspruch

steckt (z.B. Wert der Kaufsache) und darüber hinaus auch der entgangene Gewinn, den der Gläubiger durch Weiterveräußerung hätte erzielen können.«

bestehenden »Schlechtleistungsanspruchs« zustehen (vgl. S. 85 f./93 f.). Es sind dies allein die großen Rechte (Rücktritt und Schadensersatz statt der *ganzen* Leistung wegen Nichterfüllung trotz Möglichkeit oder wegen Unmöglichkeit) des modifizierten Erfüllungsanspruchs. Es handelt sich jedoch nicht um die großen Rechte aus § 437 Nr. 2 und 3. Die Nichterfüllung ist nicht die (zugunsten des Käufers wertungsmäßig der gänzlichen Nichterfüllung gleichgestellte) Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs, sondern die Nichterfüllung des *gesamten* modifizierten Erfüllungsanspruchs aufgrund Nichtübereignung der »schlechtgeleisteten« Sache.

Die Nichterfüllungsrechte dürfen in diesem Fall *immer* dann geltend gemacht werden, wenn in der ausbleibenden Schlechtleistung tatsächlich die Nichterfüllung des modifizierten Erfüllungsanspruchs liegt (wenn also nur Schlechtleistung zzgl. Nachbesserung zur Erfüllung in Betracht kommt) und dürfen es trotz bestehenden Nachlieferungsanspruchs *immer aber auch nur* dann, wenn der Verkäufer die Schlechtleistung *trotz Möglichkeit* nicht vollendet (vgl. §§ 323 I, 281 I 1), also die Übereignung der im Rahmen der Schlechtleistung gelieferten Sache unterläßt, obwohl sie ihm möglich wäre. An dieser Stelle konkurrieren Allgemeines Leistungsstörungsrecht und Gewährleistungsrecht um den systemübergreifenden modifizierten Erfüllungsanspruch.

VI. Aufwendungsersatzanspruch statt der Leistung (§§ 437 Nr. 3, 284)

Der Käufer kann schließlich gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 284 anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung, mithin im Fall der zu vertretenden feststehenden Nichterfüllung, Aufwendungsersatz verlangen.

Aufwendungen i.S.d. § 284 sind vom Gläubiger im Hinblick auf den Erhalt der (ausbleibenden) Leistung erbrachte Vermögensopfer.²⁶¹ Die gem. §§ 437 Nr. 3, 284 zu ersetzenden Aufwendungen sind also diejenigen, die der Käufer im Vertrauen auf die schließlich doch eintretende Erfüllung des (modifizierten) Erfüllungsanspruchs durch den Verkäufer macht. Dieser Bezugspunkt des Vertrauens ergibt sich daraus, daß der Aufwendungsersatz anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung wegen Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs verlangt werden kann. Daher müssen sich beide Ansprüche auf das Ausbleiben *derselben* Leistung beziehen, des Nacherfüllungsanspruchs und damit grds. (§ 281 I 3) auch des (modifizierten) Erfüllungsanspruchs im ganzen.

Der Käufer kann demnach bei Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs die Sache behalten und Aufwendungsersatz in der Höhe der allein auf den Erhalt der Nacherfüllung gemachten Aufwendungen verlangen. Gilt die Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs zugunsten des Käufers auch als Nichterfüllung des gesamten (modifizierten) Erfüllungsanspruchs (§ 281 I 3), so kann der Käufer wahlweise

261 Palandt/Heinrichs, § 284, Rdn. 5.

auch seine gesamten Aufwendungen auf den Erhalt dieser gesamten Leistung ersetzt verlangen, muß die Sache jedoch im Gegenzug zurückgewähren (vgl. §§ 281 V, 346 I).

Aufwendungsersatz außerhalb von § 437 Nr. 3 gem. §§ 280 I, III, 284 kann der Käufer nur dann verlangen, wenn die Erfüllung an der Vollendung der Schlechtleistung scheitert. Es gilt das zu dem Konkurrenzverhältnis zwischen Allgemeinem Leistungsstörungenrecht und dem Gewährleistungsrecht in diesem Punkt Gesagte (vgl. S. 106 ff.), denn das Bestehen eines Anspruchs aus § 284 richtet sich nach dem Bestehen des Anspruchs aus § 281 bzw. 283. Daraus folgt: Besteht auch der Nachlieferungsanspruch, kann der Käufer nur Aufwendungsersatz nach §§ 280 I, III, 284 verlangen, wenn der Verkäufer die Sache *trotz Möglichkeit* (schuldhaft) nicht übereignet. Besteht nur ein Nachbesserungsanspruch, so kann der Käufer ohne weiteres Aufwendungsersatz wegen Nichterfüllung des »Schlechtleistungsanspruchs« verlangen.

Nicht unter die Aufwendungen i.S.d. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 284 fallen, was man zumindest dem Wortlaut nach vermuten könnte, diejenigen Aufwendungen, welche durch den Käufer im Vertrauen darauf auf die mangelhafte Sache gemacht werden, mit der Schlechtleistung bereits die geschuldete Leistung erhalten zu haben.²⁶² Bei solchen Aufwendungen handelt es sich gerade nicht um die von § 284 gemeinten Aufwendungen »auf den Vertrag«, welche – unterfallen sie nur der Rentabilitätsvermutung²⁶³ – auch als Schadensersatz statt der Leistung ersetzt werden könnten. Hier handelt es sich vielmehr um Aufwendungen auf die »schlechtgeleistete« Sache, welche nicht nur durch die Nichterfüllung, sondern sogar durch die *Erfüllung* im Wege der Nacherfüllung nutzlos werden können (vgl. S. 72 ff.).²⁶⁴

Auch derjenige Käufer, der Aufwendungen auf die »schlechtgeleistete« Sache im Vertrauen auf ihre Erfüllungstauglichkeit gemacht hat, die später aufgrund der Geltendmachung bzw. Ausübung großer Rechte nutzlos werden, steht aber nicht schutzlos. Es verhält sich wie im Fall des Nutzloswerdens der Aufwendungen auf diese Sache *durch die Nacherfüllung* und somit *aufgrund der Erfüllung*. Schäden, welche in nutzlos gewordenen Aufwendungen auf die »schlechtgeleistete« Sache bestehen, sind gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, 241 II ersatzfähig (vgl. S. 109 ff.). Voraussetzung ist aber, daß der Verkäufer das Vertrauen in die Erfüllungstauglichkeit der Sache bei dem Käufer zuvor in schuldhafter Weise erweckt hat.

262 A.A. BGH NJW 2005, 2848 (2849).

263 Vgl. nur Palandt/Heinrichs, § 281, Rdn. 23/24.

264 Die Rspr., welche die Aufwendungen zur Ingebrauchnahme der mangelhaften Sache im Fall der Wandlung als Vertragskosten (BGHZ 87, 104 (107/108) »Dachziegel«) und somit als Aufwendungen im Vertrauen auf die Erfüllung ersetzte, wäre jedenfalls heute nicht mehr haltbar. Es spiegelt sich hierin nicht das Vertrauen auf den Eintritt der Erfüllung, sondern das Vertrauen in die Schlechtleistung *als* Erfüllung wider.

VII. Ersatz des Mangelfolgeschadens (§§ 437 Nr. 3, 280 I, 241 II)

Bei dem Schadensersatzanspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 I handelt es sich, wie bereits erwähnt, um einen Fremdkörper im Gewährleistungsrecht. Dieser Anspruch ist zum einen offensichtlich nicht auf die Erfüllung des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs gerichtet; zum anderen handelt es sich auch nicht um ein Recht wegen Nichterfüllung oder zumindest vorläufiger Nichterfüllung (Verzug) des Nacherfüllungsanspruchs.

Der Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens ist der einzige, welcher Folge der Schlechtleistung als solcher ist. Der Anspruch entsteht, wenn der Verkäufer durch die Schlechtleistung Integritätsinteressen, also Rechte, Rechtsgüter oder Interessen des Käufers verletzt, für welche er diesem aus dem Vertrag Rücksicht schuldet (§ 241 II), und dies auch zu vertreten hat. Die Schlechtleistung kann zwar keine Leistungspflichten verletzen, weil keine Leistungspflicht aus dem Kaufvertrag auf die Unterlassung von Schlechtleistungen gerichtet ist (vgl. S. 45 ff.), wohl aber kann sie eine Nebenpflichtverletzung darstellen.

Eine solche Verletzung beruht nicht auf der Schlechtleistung in ihrer Eigenschaft als nicht erfüllungstauglicher Leistung, sondern in der Schlechtleistung als einem *Sorgfaltspflichtverstoß* des Verkäufers²⁶⁵, der im Zusammenhang mit dem Mangel steht.

In Betracht kommen unterschiedliche Kategorien dieser Nebenpflichtverletzung durch die Schlechtleistung. In der ersten Fallgruppe verletzt die Schlechtleistungshandlung den Käufer unmittelbar. Dies kommt nur dann in Betracht, wenn der Mangel gefährlich für Rechtsgüter und Interessen des Käufers ist und diese Gefahr sich unmittelbar ohne dessen Zutun verwirklicht. Die Gefährlichkeit von Mängeln ist aber nicht selbstverständlich. Auch wenn die gelieferte Sache z.B. nicht die vereinbarte Farbe hat, liegt darin ein Mangel, der aber sicherlich nicht gefährlich ist. Anders liegt es, wenn (*Beispiel 1*) der als zahm gekaufte Hund bissig ist und dem Käufer bei der Übergabe eine Bißwunde zufügt. In diesem Fall wird der Mangelfolgeschaden unmittelbar durch die Schlechtleistungshandlung als solche herbeigeführt. Hat der Verkäufer dies zu vertreten (§§ 280 I 2, 276), so schuldet er dem Käufer Ersatz des Mangelfolgeschadens.

Teilweise aber muß der Käufer trotz Gefährlichkeit des Mangels selbst eine Handlung vornehmen, damit sich die Gefahr verwirklicht. Hier kann als *Beispiel 2* der Fall der Lieferung vergifteten Pferdefutters gelten.²⁶⁶ Die Gefahr des Mangels verwirklicht sich erst dann, wenn der Käufer das Futter an die Tiere verfüttert. Es reicht also nicht, daß die Schlechtleistung auf einem gefährlichen Mangel der Sache beruht, sondern der Verkäufer muß mit ihr auch das Vertrauen des Käufers in die Ungefährlichkeit der Sache erwecken. Diese Pflichtverletzung der Vertrauenserweckung ist (aufgrund des erfolgsbezogenen Pflichtverletzungsbegriffs) immer dann

265 So auch *Schur*, ZGS 2002, 243 (244).

266 Beispiel nach *Canaris*, ZIP 2003, 321 (324).

gegeben, wenn der Käufer darauf vertraut. Dies darf er im Fall der Schlechtleistung auch, denn es liegt nur dann überhaupt eine Schlechtleistung vor, wenn die nicht erfüllungstaugliche nicht als »offene« aliud-Leistung erbracht wird, so daß der Käufer auf die Erfüllungstauglichkeit und über diesen Umweg (erst hierauf kommt es an!) auch auf die Ungefährlichkeit der Sache vertrauen kann. Natürlich hat man sich über ungiftiges Pferdefutter als Kaufgegenstand geeinigt. Auch diese Pflichtverletzung muß der Verkäufer aber zu vertreten haben, um ersatzpflichtig zu werden.

Schließlich kommen die Fälle (*Beispiel 3*) in Betracht, in denen das Integritätsinteresse des Käufers nur mittelbar durch den Mangel betroffen ist. Es sind dies die Fälle, in denen der Käufer sich durch Aufwendungen aus seinem Vermögen auf die mangelhafte Sache (Einbau, Umbau usw.) selbst schädigt, weil diese Aufwendungen bei späterer Ausübung seiner Mängelrechte nach Kenntnis von dem Mangel – sei es Nachbesserung oder Nachlieferung (vgl. S. 72 ff.), sei es die Ausübung großer Rechte (vgl. S. 107 ff.) – für ihn nutzlos werden. Auch diese Schäden sind Vertrauensschäden, weil auch hier der Käufer (diesmal unmittelbar!) auf die Erfüllungstauglichkeit der Schlechtleistung vertraut. Vertraut er auf die Erfüllungstauglichkeit ist (wiederum aufgrund des erfolgsbezogenen Pflichtverletzungsbegriffs) die Nebenpflichtverletzung der die Rechtsgüter und Interessen (§ 241 II) und damit auch das Vermögen des Käufers gefährdenden Vertrauenserweckung gegeben. Die hierauf beruhenden, durch Ausübung von Mängelrechten nutzlosen, Aufwendungen sind der dem Käufer hieraus entstehende Mangelfolgeschaden.²⁶⁷ Dem widerspricht nicht, daß der Käufer auch auf seine Mängelrechte verzichten könnte. Diese dürfen nicht dadurch faktisch vereitelt werden, daß er auf die Erfüllungstauglichkeit vertraut hat. Natürlich gilt auch dies wieder nur, wenn der Verkäufer die Vertrauenserweckung zu vertreten hatte. Ansonsten ist der Mangelfolgeschaden nicht ersatzfähig. Nun muß der Käufer tatsächlich überlegen, ob er mit der Ausübung bestimmter Mängelrechte schlechter steht als ohne sie.

In all diesen Fällen liegen eine Nebenpflichtverletzung und ein Mangelfolgeschaden vor. Der Mangelfolgeschaden ist aber nur dann ersatzfähig, wenn der Verkäufer die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Das Vertretenmüssen ist jedenfalls dann gegeben, wenn der Verkäufer die Schlechtleistung auf den Erfüllungsanspruch vorgenommen hat, obwohl er den Mangel kannte bzw. fahrlässig nicht kannte.

In der hieraus folgenden fehlenden Ersatzfähigkeit der angesprochenen Schäden im Fall beidseitiger Unkenntnis der Parteien von dem Mangel und der hieraus resultierenden Erfüllungs-*untauglichkeit* der Schlechtleistung bestätigt sich die bereits angesprochene Annahme über die dem Gewährleistungsrecht zugrunde liegende Wertung. Der Käufer trägt grds. die Nachteile beidseitiger Unkenntnis vom Mangel. Gehen beide Parteien in *Beispiel 3* von der bereits eingetretenen Erfüllung aus, trägt der Käufer die Gefahren, die sich daraus ergeben, daß er den Mangel erst später feststellt (vgl. S. 72 ff.). Doch auch in den *Beispielen 1 und 2*, in welchen der Mangel-

267 Die Ersatzfähigkeit in *Beispiel 3* bemißt sich nicht nach der Rentabilität der Aufwendungen, weil es sich bei dem Anspruch auf Ersatz von Mangelfolgeschäden um einen auf das negative Interesse gerichteten Anspruch handelt.

folgeschaden unmittelbar oder mittelbar aus dem Mangel selbst (nicht wie in *Beispiel 3* aus dem Vertrauen auf die Mangelfreiheit als Vertrauen auf die Erfüllungs-tauglichkeit) entsteht, muß der Käufer die sich hieraus ergebenden Gefahren für seine Integritätsinteressen tragen, wenn der Verkäufer dies nicht zu vertreten hat. Hierin setzt sich natürlich nur fort, daß der Nacherfüllungsanspruch allein Mangelbesei-tigung, nicht Mangelfolgenbeseitigung beinhaltet. Diese wird allein zur Sache des Schadensersatzes und somit von einem Vertretenmüssen des Verkäufers abhängig, obwohl der Mangel immerhin seiner Sphäre entstammt.

Der Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens entsteht (wie bereits ange-sprochen, vgl. S. 62 f.) nicht im Gewährleistungsrecht, sondern außerhalb, selbst wenn er erst nach dem Eintritt in das Gewährleistungsrecht überhaupt entstehen soll-te. Dies liegt darin begründet, daß die Pflicht des Verkäufers zur Rücksicht auf Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Käufers nicht aus dem Gewährleistungsrecht geschuldet ist, sondern im Allgemeinen Leistungsstörungenrecht verbleibt. Die Pri-märebene des Gewährleistungsrechts enthält allein den Nacherfüllungsanspruch.

Somit ist der Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens ein Anspruch gem. §§ 280 I, 241 II. Dieser Anspruch wird allerdings in das Gewährleistungsrecht ein-bezogen, wird also als *entstandener* Anspruch nachträglich dem Gewährleistungs-recht unterworfen, wenn dieses eingetreten sein sollte. Dies muß nicht der Fall sein. Der Käufer in *Beispiel 1* könnte seinem Verkäufer den Hund umgehend zurückge-ben und die Annahme verweigern. Der Anspruch auf Ersatz seiner Behandlungskos-ten ergibt sich dann (ohne Gewährleistungsrecht) aus §§ 280 I, 241 II.

Wie daran zu sehen ist, handelt es sich bei dem Mangelfolgeschaden nicht um eine besondere Schadensart, sondern um einen Schaden an Rechten, Rechtsgütern oder Interessen (§ 241 II) des Käufers, der im Zusammenhang mit einer Schlecht-leistung entstanden ist und somit eine Nähe zu dem Gewährleistungsrecht aufweist, die es rechtfertigt, ihn den anderen Käuferrechten im Zusammenhang mit der Schlechtleistung zuzuordnen.

Wie bereits dargestellt, sind Mangelfolgeschäden streng von der Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs zu trennen und werden daher auch nicht aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 bzw. 283 mitersetzt. Die zufällige Abwendung ihres Eintritts durch eine Leistung innerhalb der Frist ist hierfür kein Argument. Sie sind keine Mangelschäden, weil sie das Erfüllungsinteresse unberührt lassen (vgl. S. 104 f.).

VIII. Ersatz des Verzögerungsschadens (§§ 437 Nr. 3, 280 I, II, 286)

Der Schaden, welcher dem Käufer aus der Verzögerung der Nacherfüllung entsteht, ist gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, II, 286 ersatzfähig. Auch diese Anspruchsgrundlage für Schadensersatz wird (ungeachtet der fehlenden Nennung von § 286 in § 437 Nr. 3) durch die Verweisung des § 437 Nr. 3 auf § 280 in das Gewährleistungsrecht einbe-

zogen.²⁶⁸ Alles andere wäre nicht zu rechtfertigen. Alle Rechte im Zusammenhang mit dem Nacherfüllungsanspruch befinden sich ansonsten im Gewährleistungsrecht. Mit §§ 437 Nr. 3, 280 I ist sogar ein Anspruch enthalten, der nur im Zusammenhang mit der Schlechtleistung steht und überhaupt nichts mit dem Nacherfüllungsanspruch zu tun hat.

Im Bereich des Verzugs ergibt sich die eigentliche Schutzlücke des Gewährleistungsrechts für den Käufer. Durch die Modifikation des Erfüllungsanspruchs und die Verhaltung des hieraus hervorgehenden Nacherfüllungsanspruchs, ist dieser zunächst nicht fällig und erfüllbar. Dies hat zur Folge, daß sogar bei Mahnungsentbehrlichkeit gem. § 286 II der Verzug mit der Nacherfüllung nicht ohne Kenntnis des Käufers von dem Mangel und daraus folgend der fehlenden Erfüllungstauglichkeit eintreten kann. Der Käufer muß den Nacherfüllungsanspruch jedenfalls geltend machen, damit er überhaupt fällig und erfüllbar ist. Grds. muß er den Verkäufer zudem mahnen (vgl. § 286 I 1).

Nicht anders verhält es sich, wenn der Verzug bereits für den Erfüllungsanspruch in Gang gesetzt war. Hier vermag auch die Zufallhaftung des § 287 S. 2 dem Käufer nicht zu helfen. Die Schlechtleistung ist bereits kein neu hinzutretendes Leistungshindernis, welches dem Verkäufer nur grds. nicht vorwerfbar wäre (vgl. § 287 S. 2).²⁶⁹ Der Verzug endet mit dem Eintritt in das Gewährleistungsrecht, ohne daß mit diesem ein haftungsbegründendes Ereignis verbunden wäre.

Daß deshalb an dieser Stelle eine Schutzlücke auftritt, innerhalb welcher ein sicherlich nicht selten eintretender, sich vielleicht auch rasch vergrößernder Schaden nicht ersatzfähig ist, findet auch in der Gesetzesbegründung Beachtung. Diesem Nachteil soll mit einem Ausweichen auf § 280 I begegnet werden.²⁷⁰

1. Ersatzfähigkeit des sog. Betriebs- oder Nutzungsausfallschadens

Das Problem der eben aufgezeigten Schutzlücke soll nach der Gesetzesbegründung für den hier stellvertretend angeführten Fall des Betriebs- oder Nutzungsausfallschadens in folgender Weise gelöst werden:

»Das²⁷¹ entfaltet insoweit keine Wirkung, als die Pflichtverletzung im Sinne des § 280 Abs. 1 Satz 1 RE darin liegt, daß der Verkäufer entgegen seiner vertraglichen Verpflichtung aus § 433 Abs. 1 Satz 2 RE eine mangelhafte Sache geliefert hat. Eine Anwendung des § 286 RE ist insoweit in § 280 Abs. 1 RE nicht vorgesehen. Liefert der Verkäufer also beispielsweise schuldhaft eine mangelhafte Maschine und verzögert sich deswegen deren Inbetriebnahme, so ist der

268 So auch BT-Drs. 14/6040, S. 225; Palandt/*Weidenkaff*, § 439, Rdn. 22a.

269 A.A. *Lorenz*, FS Huber, S. 423 (426).

270 BT-Drs. 14/6040, S. 225

271 Gemeint ist die Einbeziehung von §§ 280 I, II, 286 durch § 437 Nr. 3 in das Gewährleistungsrecht.

Betriebsausfallschaden unabhängig von den weiteren Voraussetzungen des Verzugs unmittelbar nach § 280 Abs. 1 RE zu ersetzen.«²⁷²

Hieran anknüpfend entzündete sich eine Kontroverse, ob dies tatsächlich der Rechtslage entspricht.²⁷³ Die Befürworter benennen das Fallbeispiel bereits suggestiv als das Stillstehen des Betriebes »aufgrund einer Schlechtleistung«²⁷⁴ bzw. als einen »mangelbedingten« Nutzungsausfallschaden²⁷⁵. Ob der Schaden allerdings tatsächlich oder wenigstens u.a. auf die Schlechtleistung zurückzuführen ist oder nur in der Verzögerung der geschuldeten und noch nicht erbrachten Leistung liegt, wird hier noch die zu klärende Frage sein.

Zudem darf nicht unbeachtet bleiben, daß es sich bei dieser Fallkonstellation nur um eine von vielen möglichen handelt, in denen sich generell die Frage stellt, wann für einen im Zusammenhang mit der Schlechtleistung eintretenden Schaden die Voraussetzungen des Verzugs mit der Nacherfüllung vorliegen müssen.

In Betracht kommen bereits im Zusammenhang mit dem Begriff des Betriebsausfallschadens die folgenden Fallkonstellationen:

Fall 1: K kauft eine Maschine für seinen Betrieb. Diese wird geliefert, funktioniert aber nicht. Bis der Mangel entdeckt, der Nacherfüllungsanspruch geltend gemacht und umgehend gemahnt wird, vergeht eine Woche, ohne daß etwas produziert wird. Der K möchte Ersatz für den ihm in dieser Zeit entgangenen Umsatz.

Bei diesem *Fall 1* muß es sich um den Fall der Gesetzesbegründung handeln, denn zusätzliche Vertrauensschäden sind dort nicht aufgeführt worden.

Fall 2: Im Vertrauen auf die Funktionstüchtigkeit der gekauften, tatsächlich aber nicht funktionstüchtigen Maschine entsorgt K seine alte, noch funktionstüchtige Maschine und erleidet einen Produktionsausfall. Erst eine Woche später bemerkt er den Mangel, macht den Nacherfüllungsanspruch geltend und mahnt den V.

Fall 3: Die Maschine hat einen Defekt, durch welchen in der Zeit vor seiner Entdeckung Produktionsmaterial des K beschädigt wird.

Die Frage nach der Anspruchsgrundlage für den Ersatz des jeweiligen Schadens ergibt sich aus der Abgrenzung zwischen nur unter der Voraussetzung des Verzugs ersatzfähigen Schäden und (sonstigen) aus der Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs und Nebenpflichtverletzungen resultierenden Schäden. Diese Abgrenzung folgt den Regeln über die Abgrenzung von Pflichtverletzungen und Schäden inner-

272 BT-Drs. 14/6040, S. 225

273 Zustimmend: *Lorenz/Riehm*, § 5, S. 293/294 Rdn. 546/547; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, S. 199, Rdn. 522; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland/Haas, Kap. 5, S. 222, Rdn. 246; *Emmerich*, Das Recht der Leistungsstörungen, § 17, S. 262, Rdn. 5; *MüKo/Ernst*, § 280, Rdn. 55 ff.; ablehnend dagegen: *Huber/Faust/Faust*, S. 155, Rdn. 223; *Fliegner*, JR 2002, 314 (322); *Schur*, ZGS 2002, 243 (244); *Petersen*, Jura 2002, 461 (462f.); *Wilmowsky*, JuS 2002, Beilage Heft 1/2002, S. 20: Das verletzte Interesse besteht nicht unabhängig vom Kaufvertrag, sondern wurde durch den Kaufvertrag geschaffen.

274 Vgl. *Canaris*, ZIP 2003, 321 (326).

275 Vgl. *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, S. 199, Rdn. 521.

halb des Allgemeinen Leistungsstörungsrechts. Diese ist anhand der jeweiligen Pflichtverletzung und des jeweils betroffenen Rechtsgutes hier wie dort möglich.²⁷⁶

2. Abgrenzung von Verzögerungsschaden zu Mangel- und Mangelfolgeschaden

Die vorliegende Abgrenzung muß nur deshalb vorgenommen werden, weil die Ersatzfähigkeit von Verzögerungsschäden ausschließlich dann gegeben ist, wenn sich der Schuldner mit der Leistung im Verzug befunden hat. Hieraus ergibt sich der soeben dargestellte Streit über die Ersatzfähigkeit des Betriebsausfallschadens ausschließlich nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, II, 286, für den die grds. Voraussetzung der vorherigen Mahnung oder auch nur Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs oftmals nicht vorliegen wird.

Die Verzugsvorschriften mit dem Mahnungserfordernis als grds. Voraussetzung für die Ersatzfähigkeit von Verzögerungsschäden dienen dem Schuldnerschutz. Der Schuldner soll (außer in den Fällen der Mahnungsentbehrlichkeit) an die Fälligkeit der Leistung erinnert werden.²⁷⁷ Immerhin kann es (wird die Leistungszeit nicht kalendarisch bestimmt) zu Unsicherheiten bzgl. der Dringlichkeit der Erfüllung kommen.²⁷⁸ Ohne an die Fälligkeit erinnert worden zu sein, soll der Schuldner also Schäden, welche aus der nicht rechtzeitig erfolgten Leistung entstehen, nicht ersetzen müssen. Bei den Fällen der Schlechtleistung kommt hinzu, daß der Verkäufer im Vorfeld der Geltendmachung nicht einmal nacherfüllen *darf* und insofern noch nicht einmal selbst verzögert. Ist die Verzögerung also der Grund für den Schaden, ist dies hier von noch größerer Bedeutung als im Allgemeinen Leistungsstörungsrecht. Es besteht zunächst (auch in Fällen kalendarischer Leistungszeitbestimmung) nicht einmal die Fälligkeit des Nacherfüllungsanspruchs.

Soll nun ermittelt werden, welche Schäden hinsichtlich ihrer Ersatzfähigkeit kumulativ die Geltendmachung und zudem grds. eine Mahnung voraussetzen, so muß der Verzögerungsschaden zu *beiden* Seiten (dem Mangel- und dem Mangelfolgeschaden) abgegrenzt werden. Die Besonderheit des Verzögerungsschadens liegt gerade darin, daß er sowohl das positive als auch das negative Interesse des Gläubigers betreffen kann.²⁷⁹ Dabei wird das positive Interesse des Gläubigers *immer* durch die nicht rechtzeitige Leistung tangiert. Denn das positive Interesse ist sowohl auf die Erbringung der geschuldeten Leistung als auch auf die Rechtzeitigkeit dieser Leistungserbringung gerichtet. (Die Rechtzeitigkeit hat an sich noch keinen Vermögenswert. Es kann aus der Verzögerung allerdings z.B. ein Schaden in Form entgan-

276 So auch Palandt/*Weidenkaff*, § 437, Rdn. 38/39; a.A. dagegen: *Lorenz*, Karlsruher Forum 2005, S. 42 f.; *ders.*, NJW 2004, 26 (27) (»im Zeitablauf dynamisch«); MüKo/*Ernst*, § 280, Rdn. 67.

277 Vgl. *Canaris*, ZIP 2003, 321 (322); *Huber*, Leistungsstörungsrecht I, § 17, S. 412; *Fliegner*, JR 2002, 314 (322).

278 *Canaris*, ZIP 2003, 321 (322).

279 So auch *Fliegner*, JR 2002, 314 (322).

genen Gewinns entstehen.) Aber auch das negative Interesse an der Rechtzeitigkeit der Leistung *kann* im Einzelfall betroffen sein. Zu nennen ist das Beispiel von *Medicus*²⁸⁰, in welchem der Dachdecker mit seiner Leistung in Verzug gerät und ein Regenfall Boden und Wände in der Wohnung des Gläubigers beschädigt.

Das positive Interesse wird allerdings neben dem Verzug auch durch die Nichterfüllung beeinträchtigt, das negative Interesse zudem durch Nebenpflichtverletzungen. Wann also bei Verletzungen von sowohl positivem als auch negativem Interesse die Verzugsvoraussetzungen für die Ersatzfähigkeit vorliegen müssen, ist durch Abgrenzung zu ermitteln.

a) Abgrenzung Mangelschaden zu Verzögerungsschaden

Dabei fällt die Abgrenzung zwischen Nichterfüllung (des Nacherfüllungsanspruchs) und Verzug (mit dem Nacherfüllungsanspruch) nicht schwer. Hier stehen sowohl die Pflichtverletzungen als auch die Beeinträchtigungen des positiven Interesses *nebeneinander* und ergänzen sich. Die Pflichtverletzung und der Schaden der Nichterfüllung (§§ 281, 283) liegen in der *feststehenden* Nichterfüllung des Anspruchs, die Pflichtverletzung und der Schaden des Verzugs in seiner *vorläufigen* Nichterfüllung.²⁸¹ Die jeweilige Pflichtverletzung *ist* der Schaden am positiven Interesse, und keine andere Pflichtverletzung vermag diesen Schaden deshalb herbeizuführen.

Nichterfüllung und Verzug stehen nebeneinander. Dies liegt darin begründet, daß der Verzug in dem Verstreichenlassen der Leistungszeit besteht. Besonderheit der Leistungszeit ist es, daß sie *neben* dem und damit außerhalb des Erfüllungsanspruchs steht, denn auch ohne sie – also auch nach ihrem Ablauf – bleibt der Anspruch unverändert bestehen und kann bzw. muß unverändert erfüllt werden.²⁸² Zusammen aber bilden Anspruch und Leistungszeit das positive Interesse des Gläubigers an der rechtzeitigen Leistung. Das positive Interesse wird deshalb sowohl durch Nichterfüllung als auch durch Verzug beeinträchtigt.

Die feststehende Nichterfüllung bezieht sich mithin auf die Nichterfüllung des zeitunabhängigen Anspruchs, während der Verzug *neben* der (zeitunabhängigen) Leistung die Nichteinhaltung der Leistungszeit betrifft. Aus diesem Grund kann auch der Verzugschaden (so wenig wie der Mangelfolgeschaden) nicht in den Nichterfüllungsschaden des § 281 integriert werden. Der Schadensersatz statt der

280 *Medicus*, Bürgerliches Recht (18. Auflage), Rdn. 312; auch zitiert durch *Canaris*, ZIP 2003, 321 (325) sowie *Fliegner*, JR 2002, 314 (323).

281 In dieser Weise abgrenzend auch *Huber*, Leistungsstörungenrecht II, § 30, S. 6/7.

282 Möchten die Parteien dies nicht, so müssen sie ein sog. absolutes Fixgeschäft vereinbaren, die Leistungszeit also zu einem Teil des Anspruchs erheben. Ihr Verstreichen läßt die Leistungspflicht in der Folge gem. § 275 I entfallen.

Leistung ist Schadensersatz statt der endgültig ausbleibenden, nicht statt der pünktlichen »ordnungsgemäßen« Leistung.²⁸³

Anderes gilt nicht schon deshalb, weil § 281 mit dem Fristablauf eine Verspätung voraussetzt. Die Nichterfüllung trotz Möglichkeit braucht ein Indiz für die ausbleibende Erfüllung. Hierfür bietet sich nur ein gewisser Zeitablauf. Dies steht jedoch in keinem Zusammenhang mit dem Verzug, zumal sich die Verzögerung auch nicht nach der vertraglichen Leistungszeit bemißt, sondern an dem Zeitpunkt der Fristsetzung.

Insofern kommt es also weder in der Pflichtverletzung noch in dem hervorgerufenen Schaden zu Überschneidungen zwischen Nichterfüllung und Verzug. Eine Abgrenzung zu Nebenpflichtverletzungen kommt ebenfalls nicht in Betracht, da der Schaden allein im positiven Interesse liegt, welches durch Nebenpflichtverletzungen überhaupt nicht beeinträchtigt werden kann.

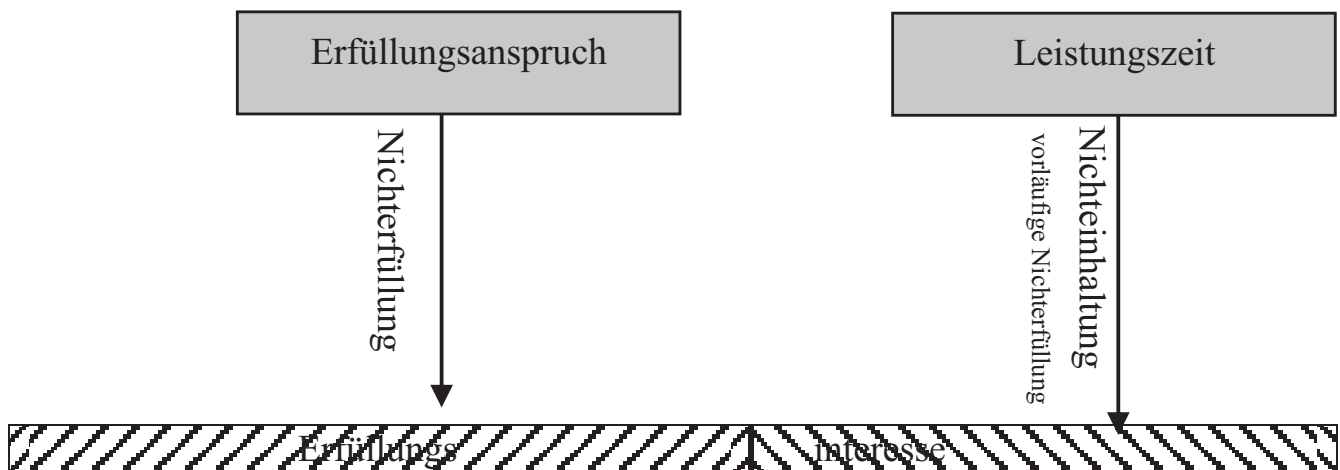


Abb. 10: Mangelschaden und Verzögerungsschaden

283 A.A. aber *Lorenz*, NJW 2002, 2497 (2504); *Lorenz/Riehm*, § 5, S. 291, Rdn. 542. Wie hier dagegen: *Giesen*, FS Huber, S. 263 ff.

b) Abgrenzung Mangelfolgeschaden zu Verzögerungsschaden

Die Abgrenzung zwischen einem Mangelfolgeschaden aus einfacher Nebenpflichtverletzung und einem aus der Verzögerung der Nacherfüllung entstehenden Schaden am *negativen* Interesse fällt dagegen schwerer, weil beide Pflichtverletzungen (mit-)ursächlich für denselben Schaden sein können.

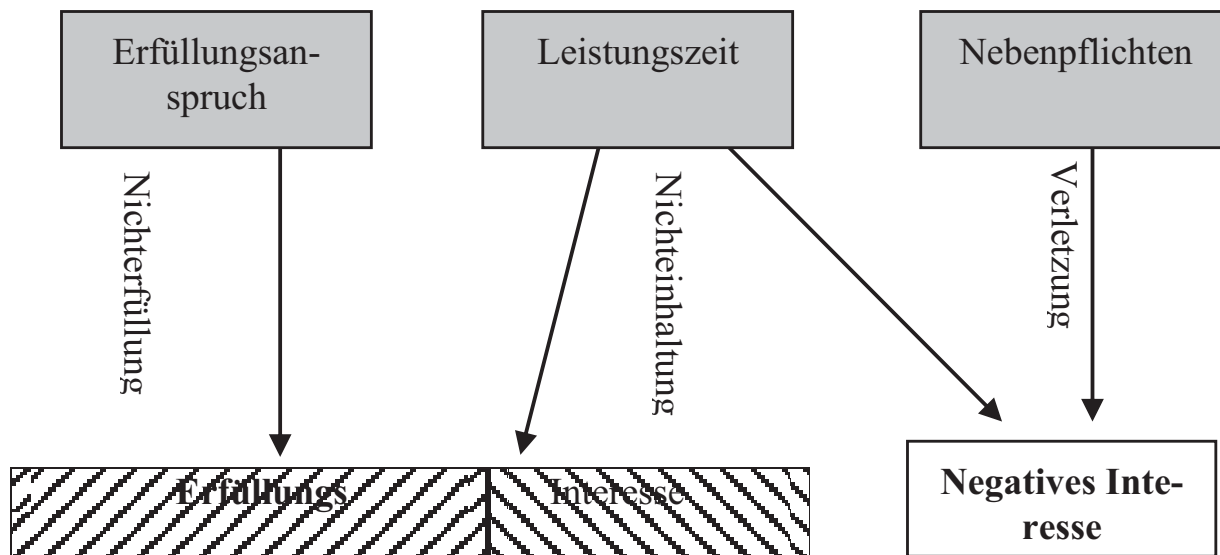


Abb. 11: Mangelfolgeschaden und Verzögerungsschaden

Hätte der Verkäufer in *Fall 3* am nächsten Tag eine andere Maschine vorbeigebracht, wäre ab diesem Moment kein Produktionsmaterial mehr beschädigt worden. (Hierzu war er natürlich vor Geltendmachung eines Nachlieferungsanspruchs nicht verpflichtet. Es ist aber vorliegend nur die Frage zu klären, ob der Schaden durch die Verzögerung der Nacherfüllung – wer auch immer für sie verantwortlich war – eingetreten ist.)

Kann nun aber nicht festgestellt werden, woraus der Schaden entstanden ist, kann auch nicht abgegrenzt, sondern muß entschieden werden, nach welchen Regeln er ersatzfähig sein soll. Zu befürworten ist die Differenzierung von *Canaris*²⁸⁴ danach, ob das negative Interesse *allein* durch die Verzögerung der Leistung oder zudem noch durch eine weitere Pflichtverletzung hervorgerufen wird. Tritt noch eine andere Pflichtverletzung hinzu, soll sich der Schutz des Schuldners durch die qualifizierten Verzugsvoraussetzungen des § 286 nicht auch auf diese weitere Pflichtverletzung erstrecken (und der »verletzendere« Schuldner somit belohnt werden). Im zweiten Fall wird der Schaden also bereits nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, 241 II ersetzt.

284 *Canaris*, ZIP 2003, 321 (323/324).

Hiermit kommt *Canaris* in den gewährleistungsrechtlichen Fällen i.d.R. *nicht* zu der Notwendigkeit des Vorliegens der Verzugsvoraussetzungen bei Beeinträchtigung des *negativen* Interesses. Für den Eintritt eines Schadens am negativen Interesse wird i.d.R. auch und sogar in erster Linie die Schlechtleistung als Nebenpflichtverletzung ursächlich sein. Die rechtzeitige Nacherfüllung hätte zumeist das negative Interesse vor dem hierdurch verursachten Schadenseintritt *nur geschützt*, indem sie ihn verhindert hätte. Eine Konstellation, in welcher *allein* die verzögerte Nacherfüllung für die Beeinträchtigung des *negativen* Interesses ursächlich wird, ist dagegen so gut wie nicht denkbar.

Der Käufer wird z.B. die mangelhafte Sache kaum einmal kostenintensiv einbauen, anderweitig in sie investieren, sie trotz ihrer Gefährlichkeit in Kontakt mit seinen anderen Rechtsgütern kommen lassen, *nur* weil der Verkäufer immer noch nicht nacherfüllt hat, sondern v.a. deshalb, weil bei dem Käufer durch die Schlechtleistung das Vertrauen in die Erfüllungstauglichkeit (und damit i.d.R. auch Ungefährlichkeit der Sache) geweckt wurde. Besteht dieses Vertrauen beim Käufer nicht und liegt somit auch keine Nebenpflichtverletzung in der Schlechtleistung, wird er selbst sich gerade nicht in dieser Hinsicht schädigen. (Sollte er es doch tun, so würde dies in erheblichem Maße im Rahmen von § 254 zu berücksichtigen sein.)

Wenn der Integritätsschaden direkt durch die Schlechtleistung eintritt (Hundebiß-Bsp.), ist erst recht *nur* diese Schlechtleistung als eine gefährliche Handlung kausal für den Schaden. Weder verkörpert die Schlechtleistung die Verzögerung der richtigen Leistung (vgl. S. 47 ff.) noch kann im Zeitpunkt der unmittelbaren Schädigung durch die Schlechtleistung überhaupt von einer mitursächlichen Verzögerung der Nacherfüllung die Rede sein.

Den »Dachdeckerfall«, in welchem die Verzögerung der Leistung selbst das Integritätsinteresse des Gläubigers schädigt, wird es für den Nacherfüllungsanspruch deshalb kaum einmal geben können, *weil* der Verkäufer mit der Schlechtleistung tätig geworden ist. Jedenfalls beim Sachkauf besteht die Schlechtleistung immer zumindest in der Übergabe einer Sache. Daß es im Anschluß an diese Leistung zu demselben Schaden am negativen Interesse kommen sollte wie ohne den Erfüllungsversuch, ist fast nicht denkbar. Sollte ein solcher Fall jedoch gefunden werden, so wäre hier ausnahmsweise die Verzögerung der Nacherfüllung *allein* ursächlich. Das Vorliegen von §§ 437 Nr. 3, 280 I, II, 286 (und somit Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs und grds. Mahnung) wäre Voraussetzung für die Ersatzfähigkeit des Schadens.

c) Schlußfolgerungen für den Betriebsausfallschaden

aa) Betriebsausfallschaden als Beeinträchtigung des positiven Rechtzeitigkeitsinteresses

Der Nichterfüllungsschaden (der Schaden aus der feststehenden Nichterfüllung) überschneidet sich *nie* mit dem Verzögerungsschaden – auch nicht das positive Inte-

resse betreffend. Die jeweilige Leistungspflichtverletzung und der jeweilige Schaden überschneiden sich nicht. Verzug und Nichterfüllung stehen nebeneinander und betreffen das positive Interesse an der Rechtzeitigkeit bzw. das positive Interesse an der Erbringung der (zeitunabhängigen) Leistung als solcher.

In den Fällen, in welchen das positive Interesse an der Rechtzeitigkeit der Leistung betroffen ist, ist deshalb *allein* die Verzögerung der Nacherfüllung die Verletzung des und der Schaden am positiven Interesse. Die Schlechtleistung berührt das positive Interesse dagegen weder als Nichterfüllungsart noch in anderer Hinsicht. Ein Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 I kommt neben dem Verzug deshalb nicht in Betracht.

Immer dann also, wenn die Verzögerung der Leistung das *positive* Interesse berührt, setzt die Ersatzfähigkeit des Schadens das Vorliegen der Verzugsvoraussetzungen bei Schadenseintritt voraus. Hieraus folgt für den Betriebsausfallschaden aus dem Beispiel der Gesetzesbegründung (*Fall 1*):

Es ist allein das *positive* Interesse des Käufers an der rechtzeitigen Leistung betroffen.²⁸⁵ Daß hier zudem eine Schlechtleistung vorliegt, spielt deshalb keine Rolle. Es wird nicht ersichtlich, inwiefern der Schaden hier in etwas anderem als dem Interesse an der (rechtzeitigen) Leistung liegen soll.²⁸⁶ Ein *Betriebsausfall* kann dem Begriff nach eigentlich nicht beklagt werden, weil nach der Schlechtleistung genauso wenig produziert wird wie zuvor. Es gibt in dieser Konstellation (in welcher die Maschine gerade nur herumsteht und nichts tut, im Vertrauen auf ihr Funktionieren keine anderen Geräte abgeschafft wurden und sie auch keine anderen Rechtsgüter des Käufers beeinträchtigt) keine Nebenpflichtverletzung und keinen hieraus entstehenden Integritätsschaden. Die Schlechtleistung gleicht hier hinsichtlich des eingetretenen Schadens am positiven Interesse dem völligen Untätigbleiben des Verkäufers. Dieser Standardfall des Nutzungsausfallschadens ist deshalb gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, II, 286 nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des Verzugs und somit frühestens ab dem Zeitpunkt ersatzfähig, in welchem der Käufer den Nacherfüllungsanspruch geltend macht. Daß er anders als in den Untätigkeitsfällen schutzlos steht, weil er die Schlechtleistung eher für eine Erfüllung halten darf als das Untätigbleiben, spielt keine Rolle. Dem Verkäufer geht es grds. genauso. Das Gesetz hat jedoch entschieden, daß der Käufer die hieraus entstehenden Nachteile tragen soll.

Insbesondere kommt eine Schließung dieser Lücke nicht durch eine Umgehung derart in Betracht, daß der Schaden der fehlenden Ersatzfähigkeit des positiven Interesses im Zeitraum vor Eintritt des Verzugs zugleich als Beeinträchtigung des negativen Interesses durch Vertrauenserweckung im Wege der Schlechtleistung und somit auch als gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, 241 II ersatzfähig angenommen wird.

285 A.A. *Canaris*, ZIP 2003, 321 (326), welcher offenbar genau diesen Schaden für einen Mangelgeschaden hält, denn sein »Pizzaofenfall« ist gleich gelagert.

286 Huber/*Faust*/*Faust*, S. 155, Rdn. 223 spricht den entscheidenden Punkt an: »Der Betriebsausfallschaden beruht nicht darauf, daß der Verkäufer eine mangelhafte Sache geliefert hat, sondern darauf, daß er eine mangelfreie Sache nicht geliefert hat.«

Einem solchen Vorgehen steht gerade der Schuldnerschutz der §§ 280 I, II, 286 entgegen. Der Verkäufer wird nicht wegen der Verzögerung der Leistung schadensersatzpflichtig, wenn er (außer in den Fällen des § 286 II) nicht gemahnt wurde. Der Nacherfüllungsanspruch muß außerdem geltend gemacht werden, um fällig und erfüllbar zu sein (vgl. S. 94 ff.), so daß der Verkäufer auch bei Mahnungsentbehrlichkeit nie von selbst in Verzug mit der Nacherfüllung gerät. Hat der Käufer aber die Geltendmachung und Mahnung versäumt, so kann er auch keinen Schadensersatz verlangen.

bb) Betriebsausfallschaden als Mangelfolgeschaden

Anders verhält es sich bei den Mangelfolgeschäden. Diese können sowohl auf einer Nebenpflichtverletzung als auch auf der Nichtverhinderung des hierdurch ausgelösten Schadens durch eine frühzeitige Nacherfüllung beruhen. Es kommen hier als Ursachen für den Eintritt eines Integritätsschadens i.d.R. nur eine Nebenpflichtverletzung (»Hundebiß«) oder (kumulativ) Nebenpflichtverletzung *und* Verzögerung der Nacherfüllung in Betracht, denn ohne die weitere Nebenpflichtverletzung hätte wohl auch der Verzug keinen Schaden verursacht.

In den (um Nebenpflichtverletzungen und Integritätsschäden erweiterten) *Fällen 2 und 3* träfe die Aussage der Gesetzesbegründung also zu. Die richtige Anspruchsgrundlage entstammt den §§ 437 Nr. 3, 280 I – allerdings i.V.m. § 241 II. Es handelt sich um in der Schlechtleistung liegende Nebenpflichtverletzungen in Form der Erweckung (unberechtigten) Vertrauens in die Erfüllungstauglichkeit der Leistung. In *Fall 2* hatte dieses Vertrauen dazu geführt, daß der Käufer sich der Möglichkeit begeben hatte, auf andere Weise weiter zu produzieren. In *Fall 3* beinhaltete das Vertrauen in die Erfüllungstauglichkeit wiederum das Vertrauen in die Ungefährlichkeit der Sache. Hat der Verkäufer dies auch zu vertreten, ergibt sich der Anspruch des Käufers aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, 241 II.

d) Zwischenergebnis

Die Schutzlücke für den Käufer durch nicht ersatzfähige Verzögerungsschäden entsteht also, hat der Verkäufer die Schlechtleistung als Nebenpflichtverletzung zu vertreten, i.d.R. nur bei der das positive Interesse beeinträchtigenden Verzögerung der Nacherfüllung. Für einen Anspruch auf Ersatz der Integritätsschäden genügt grds. das Vertretenmüssen des Verkäufers hinsichtlich des durch die Schlechtleistung bei dem Käufer herbeigeführten Schadens oder erweckten die Selbstschädigung begründenden Vertrauens (§§ 437 Nr. 3, 280 I, 241 II). Einen Nachteil erleidet der Käufer in diesen Fällen nur noch dann, wenn der Verkäufer die in der Schlechtleistung liegende Nebenpflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

IX. Mangelhafte Nacherfüllung

Schließlich stellt sich die Frage nach den Folgen mangelhafter Nacherfüllung im Gegensatz zu dem völligen Untätigbleiben angesichts des Nacherfüllungsanspruchs. In Betracht kommen die Fallgruppen der Nachlieferung einer erneut nicht geschuldeten Sache (Gattungskauf) oder die Nachbesserung an der »schlechtgeleisteten« Sache, bei welcher der Mangel nicht entfernt oder gar vergrößert oder zwar entfernt wird, dabei aber eine erneute Beschädigung eintritt.

In all diesen Fällen wird die »mangelhafte« Nacherfüllung, die wiederum eine nicht erfüllungstaugliche Leistung auf den Nacherfüllungsanspruch ist, so behandelt wie die ursprüngliche Schlechtleistung.

1. Nacherfüllungsanspruch und »mangelhafte« Nachlieferung

Im Fall der Nachlieferung einer nichtgeschuldeten Sache kann der Käufer diese als nicht erfüllungstauglich zurückweisen. An seinen Rechten ändert sich damit nichts. Nimmt er sie dagegen an, muß er die zunächst aus der ursprünglichen Schlechtleistung erlangte Sache zurückgewähren. §§ 439 IV, 346 I sind hier – trotz ausbleibender Erfüllung – analog anzuwenden. Der Käufer soll nicht mehr als den geschuldeten Leistungserfolg, in diesem Fall nicht zweimal eine potentiell erfüllungstaugliche, weil nachbesserbare Sache erhalten. An die Stelle des weggefallenen (§§ 439 IV, 346 I analog) »Schlechtleistungsanspruchs« tritt nun der »Schlechtleistungsanspruch« auf die nachgelieferte Sache. Daneben tritt wiederum der Nachbesserungsanspruch hinsichtlich der nachgelieferten Sache alternativ zu dem neuen Nachlieferungsanspruch.

Der (modifizierte) Erfüllungsanspruch wird also durch die »mangelhafte«, aber angenommene Nachlieferung wiederum modifiziert. Der neue »Schlechtleistungsanspruch« bezieht sich nun auf die nachgelieferte Sache. Der neue Nachlieferungsanspruch enthält nun auch die im Rahmen der ursprünglichen Schlechtleistung gelieferte Sache, soweit diese in die geschuldete Beschaffenheit versetzbar und damit grds. erfüllungstauglich ist. Allein die nun dem neuen »Schlechtleistungsanspruch« obliegende Sache ist ausgenommen. Die Verjährung beginnt für den Nacherfüllungsanspruch von neuem zu laufen.²⁸⁷

2. Nacherfüllungsanspruch und »mangelhafte« Nachbesserung

Die Fälle »mangelhafter« und damit erfolgloser Nachbesserung sind alle gleichermaßen zu beurteilen. Es liegt auch im Anschluß an diese Leistung Nichterfüllung

287 So auch Bamberger/Roth/Faust, § 439, Rdn. 64.

des Nacherfüllungsanspruchs vor. Sowohl bei Nichtbeseitigung als auch bei zusätzlicher Vergrößerung des Mangels und letztlich sogar bei Beseitigung des Mangels unter Neubeschädigung ist der Nachbesserungsanspruch als Anspruch auf Herstellung der *Mangelfreiheit* an der Sache nicht erfüllt worden.

Je nachdem, welche Mängel in der Folge zu verzeichnen sind, ändert sich allerdings der dynamische Inhalt des Nachbesserungsanspruchs. Jeder nun vorliegende Mangel ist im Rahmen des Nachbesserungsanspruchs zu beseitigen, während der »Schlechtleistungsanspruch« sich auf die Übereignung der Sache in ihrem gegenwärtigen Zustand richtet. Dabei sind neue, durch den Verkäufer eingetretene Abweichungen von der vertragsgemäßen Beschaffenheit der Sache nichtsdestoweniger Mängel, nur weil sie nicht bereits »bei Gefahrübergang« vorgelegen haben.

Sinn und Zweck der Mangelfeststellung durch den Zeitpunkt »bei Gefahrübergang« in § 434 ist es, den Verkäufer für eine Beschaffenheitsabweichung nur dann mit seiner Erfüllungspflicht einstehen zu lassen, wenn sie bei der tatsächlichen Sachleistung vorlag. Für den weiteren Erfüllungszeitraum, der sich aus der noch nicht vorgenommenen Übereignung ergibt, soll er dagegen nicht als Schuldner der Sachmangelfreiheit einstehen, sondern wie ein Dritter, welcher allerdings ebenfalls mit dem Käufer in einem vertraglichen Verhältnis steht für das Rechtsgut des Anwartschaftsrechts, also aus Delikt und §§ 280 I, 241 II. In der (fehlgeschlagenen) Nachbesserungshandlung bzw. der Rückgabe der Sache im Anschluß an die bei dem Verkäufer vorgenommene Nachbesserung handelt es sich aber (wie das Erfordernis des § 434 I: »bei Gefahrübergang« fordert) wiederum um die Sachleistung des Verkäufers an den Käufer. Die im Zeitpunkt des Abschlusses der Nachbesserungshandlung (beim Käufer) oder der Rückgabe fortbestehende²⁸⁸, vergrößerte oder neue Beschaffenheitsabweichung ist wiederum ein Mangel, auf dessen Beseitigung der fortbestehende Nachbesserungsanspruch gerichtet ist.

Auch im Fall erfolgloser Nachbesserung muß die Verjährung für den Nacherfüllungsanspruch wie bei der »mangelhaften« Nachlieferung von neuem zu laufen beginnen,²⁸⁹ weil die Situation mit derjenigen der ursprünglichen Schlechtleistung vergleichbar ist. Es herrscht zunächst grds. Mangelunkennntnis. Eine fortlaufende Verjährungsfrist wäre hiermit nicht vereinbar.

3. Fehlschlagen der Nacherfüllung, § 440 S. 1, 2. Alt.

Das Fehlschlagen der Nacherfüllung führt dazu, daß der Käufer nun ohne eine Fristsetzung (§ 440 S. 1, 2. Alt.) auf die Sekundärebene übergehen kann und somit einen

288 Mit Ausnahme derjenigen Abweichungen, die bei dem Käufer eingetreten waren und zu deren Beseitigung der Verkäufer nicht verpflichtet war.

289 So auch Bamberger/Roth/*Faust*, § 439, Rdn. 64.

gegenüber §§ 281 II, 323 II zusätzlichen Entbehrlichkeitsgrund für die Fristsetzung erhält.²⁹⁰

Inbesondere geht aus § 440 S. 1 hervor, daß das Fehlschlagen (anders als die Unmöglichkeit, § 275, oder berechtigte Verweigerung einer Nacherfüllungsalternative durch den Verkäufer, § 439 III) dazu führt, daß der Käufer nicht zuvor die andere Art der Nacherfüllung verlangen muß.²⁹¹

Das Fehlschlagen der Nacherfüllung wird im Fall der Nachbesserung widerleglich nach dem zweiten erfolglosen Versuch vermutet (§ 440 S. 2). Für die Nachlieferung ist umstritten, ob das Fehlschlagen bereits dann anzunehmen ist, wenn auch die (erste) Nachlieferung »mangelhaft« ist,²⁹² oder nur dann, wenn zu befürchten ist, daß es die zweite Nachlieferung wieder sein wird.²⁹³

X. Zusammenfassung

Nach dem Gesagten besteht das Gewährleistungsrecht neben dem Nacherfüllungsanspruch (§§ 437 Nr. 2 und 3) vor allem in Sekundärrechten wegen Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs. Diese Rechte können entweder nur statt des Nacherfüllungsanspruchs geltend gemacht bzw. ausgeübt werden (Minderung, kleiner Schadensersatz) oder wahlweise (bei nicht ausnahmsweise bestehender Unerheblichkeit des Mangels) statt des gesamten (modifizierten) Erfüllungsanspruchs (Rücktritt, großer Schadensersatz). Dabei kann der Käufer zwischen all diesen Rechte wählen, wenn der Verkäufer die Nichterfüllung zu vertreten hat. Ansonsten ist er auf Minderung und Rücktritt verwiesen.

Der Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens beruht auf §§ 437 Nr. 3, 280 I, II, 286. Er ist abzugrenzen von dem Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, 241 II. Ist das Integritätsinteresse betroffen, so hat der Käufer i.d.R einen Schadensersatzanspruch gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, 241 II.

Voraussetzung für alle »Möglichkeits-Nichterfüllungsrechte« der §§ 437 Nr. 2, 3 ist die Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs. Zudem sind weitere Voraussetzungen erforderlich. Für den Schadensersatz statt der Leistung und den Rücktritt ist (eventuell erneut) eine Frist zur Leistung zu setzen und deren erfolgloser Ablauf abzuwarten. Für den Eintritt des Verzugs ist grds. eine Mahnung erforderlich.

Hiermit verkörpert das Gewährleistungsrecht heute nicht mehr den schnellen Übergang auf die Sekundärebene. Es verzögert ihn sogar. Die Schlechtleistung wird

290 Daneben gibt § 440 S. 1 einen weiteren Entbehrlichkeitsgrund, wenn dem Käufer die ihm zustehende Art der Nacherfüllung unzumutbar ist.

291 So auch *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum Neuen Schuldrecht, § 5, S. 275, FN. 127 (§ 440 S. 1: »dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung«).

292 OLG Hamburg MDR 1974, 577 (578); *Erman/Grunewald*, § 440, Rdn. 4.

293 *Bamberger/Roth/Faust*, § 440, Rdn. 33; *Palandt/Weidenkaff*, § 440, Rdn. 7; *MüKo/Westermann*, § 440, Rdn. 12; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, S. 186, Rdn. 485.

durch § 437 nicht als Leistungsstörung, sondern als eine neue Hoffnung für die Erfüllung des Anspruchs begriffen. Hat sich der Verkäufer schon einmal bewegt, um einen Erfüllungsversuch zu unternehmen, so scheint die endgültige Erfüllung nun sogar wahrscheinlicher als zuvor. Diese Einschätzung steht im Gegensatz zu der Annahme, das erneute Fristsetzungserfordernis führe dazu, daß der Verkäufer eine Chance zur Erfüllung *trotz* Schlechtleistung erhält. Er erhält sie *aufgrund* der Schlechtleistung. Aus dieser Privilegierung ist auch die Beendigung des Verzugs durch die angenommene Schlechtleistung zu erklären.

Allein die Unmöglichkeitrechte der §§ 437 Nr. 2, 323 I, 326 V sowie §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 283 bedürfen in ihrer Entstehung weder der Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs noch einer Fristsetzung oder Mahnung. Die Erfüllung muß hier auch nicht abgewartet werden. Ihr Ausbleiben steht bereits fest.

D. *Exkurs: Unmöglichkeit des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs zwischen Allgemeinem Leistungsstörungsrecht und Gewährleistungsrecht*

Bereits angesprochen wurden die sekundären Folgen des Unmöglichwerdens des Nacherfüllungsanspruchs (vgl. S. 102/106). Dabei war jedoch bislang nur die Rede von den Fällen des Unmöglichwerdens, *nachdem* der Nacherfüllungsanspruch bereits aus dem Erfüllungsanspruch herausgetreten war.

I. Konstellation: Unmöglichkeit des Nacherfüllungsanspruchs im Erfüllungsanspruch

Wie aber verhält es sich, wenn der Nacherfüllungsanspruch *im* Erfüllungsanspruch mit diesem zusammen unmöglich wird, also in den Fällen, in welchen – ohne vorausgegangenen Gewährleistungsrechtseintritt – bereits die Erfüllung des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs unmöglich wird, weil eine sach- und rechtsmangelfreie Verschaffung der geschuldeten Sache generell bzw. nur dem Verkäufer nicht mehr möglich ist (§ 275 I)?

Offensichtlich ist dies im Stückkauf der Fall, wenn die einzig geschuldete Sache einen unbehebaren Sachmangel (die Herstellung der vertragsgemäßen Beschaffenheit kommt nicht in Betracht) oder Rechtsmangel (die Übertragung des Eigentums ist zwar möglich, allerdings nur in belasteter Form) aufweist. Eine Nachbesserung wäre dem Verkäufer im Fall ihrer Verschaffung unmöglich, die Nachlieferung dagegen von vornherein nicht geschuldet, die Nacherfüllung mithin insgesamt unmöglich. Dies ist die offensichtliche, jedoch nicht die einzige Fallgruppe.

Der Nacherfüllungsanspruch wird *immer* zugleich mit dem Erfüllungsanspruch unmöglich. Das Unmöglichwerden des Erfüllungsanspruchs bedeutet, daß bei jeglicher hypothetisch denkbaren Schlechtleistung weder die Nachbesserung noch die Nachlieferung erbracht werden kann. In dem soeben genannten Fall des Stückkaufs wäre auch bei einer *Falschlieferung* die Nacherfüllung unmöglich. Der Nachliefe-

rungsanspruch ist nämlich inhaltsgleich mit dem (unmöglichen) Erfüllungsanspruch (vgl. S. 90 ff.). Eine Nachbesserung käme in diesem Fall schon nach dem Vertrag (falsche Sache kann nicht geschuldete Sache werden) nicht in Betracht (vgl. S. 66 f.). Die Unmöglichkeit der Nacherfüllung liegt damit im Stückkauf auch dann vor, wenn es die mangelfreie geschuldete Sache zwar gibt, dem Verkäufer aber ihre Übereignung unmöglich ist, obwohl dies gerade keinen unbeheblichen Rechtsmangel darstellen würde (vgl. S. 84 ff.).

Im Gattungskauf wären bei unmöglichem Erfüllungsanspruch im Falle der Schlechtleistung (Falschlieferteilung) sowohl Nachlieferung als auch Nachbesserung unmöglich. Wenn es eine erfüllungstaugliche Sache gäbe, welche nachgeliefert werden könnte, bzw. zumindest eine potentiell (durch Veränderung) erfüllungstaugliche Sache, welche durch Nachbesserung zu der geschuldeten werden könnte, wäre auch der ursprüngliche Erfüllungsanspruch nicht unmöglich geworden.

In dem Unmöglichwerden des Erfüllungsanspruchs liegt somit *immer* zugleich das Unmöglichwerden des gesamten Nacherfüllungsanspruchs. Dieser nicht geläufige Ansatz einer Einbeziehung *aller* Unmöglichkeitsfälle in die vorliegende Problemstellung wird sogleich noch zu erläutern sein.

II. Problemstellung

Die Frage nach der Rechtsfolge des Unmöglichwerdens des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs (und damit des Nacherfüllungsanspruchs *außerhalb* des Gewährleistungsrechts) stellt sich, weil die zunächst naheliegende *einzig*e Rechtsfolge eines schlichten Entfallens des Erfüllungsanspruchs nach § 275 in den Fällen problematisch wäre, in welchen später dennoch eine Schlechtleistung erfolgt.

Für die Rechtsfolge der angenommenen Schlechtleistung käme es dann darauf an, ob die Unmöglichkeit vor oder nach dem Gewährleistungseintritt erstmals vorlag. Bei Unmöglichkeit eines einmal aus dem Erfüllungsanspruch herausgetretenen Nacherfüllungsanspruchs (§§ 437 Nr. 1, 439 I) verbleibt dem Käufer sein »Schlechtleistungsanspruch« und mit ihm einerseits die Möglichkeit, die Sache zu behalten, andererseits aber auch der Nachteil, sie behalten zu müssen und nur die kleinen Rechte geltend machen zu dürfen, falls der Mangel unerheblich ist (vgl. §§ 281 I 3, 323 V 2).

Bei dem Wegfall des Nacherfüllungsanspruchs *im* ursprünglichen Erfüllungsanspruch gem. § 275 dürfte der Verkäufer – wie immer – keine Schlechtleistung erbringen und der Käufer die Schlechtleistung nicht verlangen. Allerdings könnte es anders als sonst auch bei einem einvernehmlichen Austausch der Schlechtleistung nicht zu dem Gewährleistungseintritt kommen und bestünde somit auch kein Recht des Käufers, die Sache behalten oder Gewährleistungsrechte geltend machen zu können und dürfte er auch bei Unerheblichkeit des Mangels von den großen

Rechte des Allgemeinen Leistungsstörungsrechts Gebrauch machen.²⁹⁴ Der Anknüpfungspunkt des Gewährleistungsrechts an das Allgemeine Leistungsstörungsrecht ist der Erfüllungsanspruch. Seine Modifikation hin zu dem Nacherfüllungsanspruch als Primäranspruch des Gewährleistungsrechts ist die Voraussetzung des Gewährleistungsrechtseintritts.

Daß es sich so nicht verhalten kann, liegt auf der Hand. Die Entscheidung zwischen zwei sehr unterschiedlichen Rechtsfolgen von *Unmöglichkeit des Nacherfüllungsanspruchs nach Gewährleistungseintritt durch Schlechtleistung* und *Unmöglichkeit des Nacherfüllungsanspruchs außerhalb des Gewährleistungsrechts mit erst darauf folgender Schlechtleistung* hinge allein vom Zufall ab. Die jeweilige Situation nach Schlechtleistung ist aber absolut vergleichbar. Eine unterschiedliche Behandlung ist unter keinem Gesichtspunkt gerechtfertigt.

Wohl aus diesem Grund wird vertreten, daß Gewährleistungsrechte des Käufers auch schon vor bzw. ganz ohne die Schlechtleistung im Zeitpunkt des Auftretens eines unbehebaren Mangels (bzw. des Auftretens der Unbehebbarkeit eines zunächst behebbaren Mangels) und somit der Unmöglichkeit der mangelfreien Verschaffung und somit wiederum letztlich des Erfüllungsanspruchs bestehen. Hiermit umgeht man das Problem, daß es nach Wegfall des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs keinen Anknüpfungspunkt mehr für den Gewährleistungseintritt gibt. Dieses gilt bereits ab dem Zeitpunkt der Unmöglichkeit und somit jedenfalls auch noch nach einer hypothetisch hinzutretenden Schlechtleistung.

Nach einer Ansicht liegt der Grund für dieses unmittelbare Entstehen gewährleistungsrechtlicher Käuferrechte darin, daß die Mangelfreiheit nur ein Teil der geschuldeten Leistung sei. Der Verkäufer könne aber nach § 275 nur von seiner Leistungspflicht frei werden, *soweit* ihm die Leistungserbringung unmöglich geworden sei und somit vorliegend nur in Bezug auf § 433 I 2, mit der Folge, daß der Käufer die mangelhafte Sache verlangen und Gewährleistungsrechte geltend machen könne.²⁹⁵ Dem kann nicht gefolgt werden. Dem Verkäufer ist die Leistung *überhaupt nicht* möglich, weil die Leistungspflicht *insoweit* gerade nicht teilbar ist.²⁹⁶ Insoweit teilerfüllbar ist erst der modifizierte Erfüllungsanspruch. Die Modifikation folgt aber aus §§ 437 Nr. 1, 439 I und wird nicht durch eine Teilerfüllung herbeigeführt (vgl. S. 79 ff.), sondern (genau andersherum!) die Teilerfüllung erst durch sie ermöglicht.

Vielfach wird dennoch angenommen, der Käufer könne die unbehebbar mangelhafte Sache umgehend verlangen und die Gewährleistungsrechte geltend machen.²⁹⁷ Zumindest zugunsten des Käufers soll hier also das Gewährleistungsrecht mit Unmöglichkeit mangelfreier Verschaffung als eingetreten gelten. Begründet wird diese

294 Auch dem Verkäufer stünde der grds. in vollem Umfang gegebene Kaufpreiszahlungsanspruch anders als im Fall *nur* unmöglicher Nacherfüllung (vgl. § 326 I 2) nicht zu.

295 Vgl. *Hofmann/Pammler*, ZGS 2004, 91 (93 f.); *Bamberger/Roth/Faust*, § 433, Rdn. 42 unter Hinweis auf BT-Drs. 14/6040, S. 189, wo jedoch nur die unbehebbar mangelhaftigkeit nach Schlechtleistung angesprochen ist; *Erman/Grunewald*, § 437, Rdn. 12.

296 Vgl. z.B. *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, S. 160, Rdn. 407.

297 Vgl. *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum Neuen Schuldrecht, § 6, S. 305/306, Rdn. 568; *Oechsler*, SchR-BT, § 2, S. 76, Rdn. 113 aus dem »allgemeinen Rechtsgedanken« des § 323 IV.

Ansicht fast nie, so daß davon ausgegangen werden muß, daß sie in Anlehnung an das alte Gewährleistungsrecht vertreten wird. Da hier – zumindest im Stückkauf – die Mangelhaftigkeit kein Erfüllungshindernis (Gewährleistungstheorie) oder ein Erfüllungshindernis darstellte, dessen Beseitigung jedoch durch den Käufer nicht eingefordert werden konnte (Erfüllungstheorie), muß das Gewährleistungsrecht allein zuständig für unbehebbar Mängel gewesen sein. Man konnte deshalb durchaus vertreten, daß der Käufer nicht auf die Schlechtleistung warten mußte, bevor er die Rechte aus §§ 459 ff. a.F. geltend machen durfte. Er hatte schließlich keine anderen.

Die Annahme einer an die alte Rechtslage angelehnten Vorwirkung des *heutigen* Gewährleistungsrechts in das Allgemeine Leistungsstörungenrecht hinein ist aber nicht haltbar.²⁹⁸ Auch das Allgemeine Leistungsstörungenrecht ist heute mangelzuständig, weil es sich bei dem Mangel nun um ein echtes Erfüllungshindernis handelt. Die Verschaffung einer mangelfreien Sache kann verlangt werden (§ 433 I), und sowohl Allgemeines Leistungsstörungenrecht als auch Gewährleistungsrecht halten diesbezügliche Erfüllungsansprüche und Nichterfüllungsrechte bereit.

Insbesondere *Hofmann/Pammler* gehen jedoch mit der Begründung von einem sofortigen Bestehen von Gewährleistungsrechten aus, daß nur auf diesem Wege der Käufer die Sache behalten oder verlangen und die kleinen Rechte geltend machen könne.²⁹⁹ Diese Unterschiedlichkeit in den Rechtsfolgen könnte als Umstand der *heutigen* Rechtslage tatsächlich ein Argument sein. Allerdings muß man sich dann gerade fragen, woraus sich die Unterschiede zwischen Allgemeinem Leistungsstörungenrecht und Gewährleistungsrecht *heute* überhaupt noch rechtfertigen – wenn der (unbehebbar) Mangel eben auch Rechtsfolgen im Allgemeinen Leistungsstörungenrecht finden kann – und ob man der zugrundeliegenden Wertung mit einer solchen Lösung gerecht wird.

Nach der hier vertretenen Ansicht folgt die unterschiedliche Behandlung allein den unterschiedlichen Situationen der schlichten Unmöglichkeit mangelfreier Sachverschaffung und der Unmöglichkeit mangelfreier Sachverschaffung zzgl. einer (*zuvor* oder auch *im nachhinein*) erbrachten Schlechtleistung. Es leuchtet jedenfalls nicht ein, weshalb das Behaltendürfen der Sache durch den Käufer nur aufgrund der Unmöglichkeit des Erfüllungs- und damit auch des Nacherfüllungsanspruchs ein typisiertes Interesse der Vertragsparteien auch ohne Vorliegen der sonstigen Erfordernisse des Gewährleistungsrechtseintritts – also ohne einen auch nur *rein tatsächlichen* Leistungsaustausch – sein soll. Kurzum: Das *Behaltendürfen* ergibt sich im *heutigen* Gewährleistungsrecht erst aus dem *Bekommenhaben* (vgl. S. 146 ff.). Der Eintritt der »Mangelfreiheitsunmöglichkeit« ist dagegen kein Kriterium.

298 So auch: Palandt/*Weidenkaff*, § 437, Rdn. 50; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, S. 160, Rdn. 407; *Emmerich*, Das Recht der Leistungsstörungen, § 21, S. 322, Rdn. 11/12; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, S. 77/78, Rdn. 154.

299 Vgl. *Hofmann/Pammler*, ZGS 2004, 91 (93).

Gerade das Verlangendürfen als »Schlechtleistungsanspruch« vor Schlechtleistung wirft Probleme auf. Soll in diesem Fall z.B. der Käufer auf seine Rechte hinsichtlich eines Mangelfolgeschadens noch vor Erhalt der Sache verzichtet haben?

Vor allem: Was genau kann der Käufer im Gattungskauf verlangen? Irgendeine andere Sache? Oder wonach sollte sich deren Erfüllungstauglichkeit (für welchen Anspruch eigentlich?) bemessen? Nach größtmöglicher Beschaffenheitsnähe zu der geschuldeten Sache? Ein sich von selbst vollziehender Eintritt in das Gewährleistungsrecht sowie damit verbunden ein Anspruch auf (dann:) *irgendeine* Schlechtleistung sind also überhaupt nicht denkbar.

Daß die Probleme des Gattungskaufs überhaupt nicht bedacht werden, liegt darin begründet, daß alle Vertreter dieser Ansicht allein von einem unbehebbar Mangel i.S.d. § 433 I 2 bzw. § 434 I sprechen, also einem Mangel an der einzig geschuldeten Sache, an welcher die Nachbesserung nicht möglich ist (und die Nachlieferung nicht in Betracht kommt). Mängel i.S.d. § 434 III werden dagegen nicht bedacht. Dabei können auch sie feststehen, nämlich insofern, als eine erfüllungstaugliche Leistung überhaupt nicht, eine Falsch- und somit Schlechtleistung aber generell denkbar ist. Gleichgültig, welche Sache die Parteien hier einvernehmlich austauschen würden, würde diese Schlechtleistung bei Bestehen des Erfüllungsanspruchs wegen § 434 III, 1. Alt. in das Gewährleistungsrecht führen.

Zwischen diesen Konstellationen einen Unterschied zu behaupten (beim Stückkauf sofortige Anwendbarkeit des Gewährleistungsrechts, bei Gattungskauf aber nicht, weil noch nicht vorstellbar ist, wie die hypothetische Schlechtleistung aussehen könnte), bedeutete wiederum eine nach dem Vorbild des alten Rechts unterschiedliche Behandlung von Stück- und Gattungskauf, welche sich (anders als bei der Ablehnung einer Nachlieferung im Stückkauf) gerade *nicht* aus der Natur des Vertrags ergäbe. Richtig kann es nur sein, dem Käufer entweder in beiden Fällen der Unmöglichkeit des Erfüllungsanspruchs sofort Gewährleistungsrechte anzubieten oder überhaupt nicht. Die Verschaffung der geschuldeten mangelhaften Sache erfüllt nicht *mehr oder weniger* als eine Falschlieferung.

Der im folgenden darzustellende Ansatz der Behandlung des Unmöglichwerdens des Erfüllungsanspruchs außerhalb des Gewährleistungsrechts beruht auf der Ablehnung der ersten rigorosen Lösung des unwiederbringlichen Wegfalls des Erfüllungsanspruchs einerseits sowie der zweiten Lösung eines zumindest zugunsten des Käufers geltenden sofortigen Gewährleistungsrechtseintritts *nur* im Stückkauf andererseits.

III. Die Rechtsfolgen der Unmöglichkeit des Erfüllungsanspruchs mit bzw. ohne eine spätere Schlechtleistung

Im Vordergrund steht die Berücksichtigung des Gewährleistungsrechtseintritts als Folge des einvernehmlichen Schlechtleistungstransfers und die Einsicht, daß der Erfüllungsanspruch außerhalb des auf diese Weise betretenen Gewährleistungsrechts

aufgrund nicht gegebener Teilbarkeit *in dieser Hinsicht* keinen Anspruch auf Schlechtleistung zu geben vermag.

Die Rechtslage im Fall der Unmöglichkeit der Mangelfreiheit ist gespalten zwischen Allgemeinem Leistungsstörungsrecht und dem Gewährleistungsrecht. Welches Recht dem Käufer zusteht, entscheidet sich nach den gewöhnlichen Voraussetzungen des Gewährleistungsrechtseintritts (vgl. S. 135 ff.).

1. Allgemeines Leistungsstörungsrecht

In dem Zeitpunkt, in welchem feststeht, daß die geschuldete Sache nicht mangelfrei verschafft werden kann, weil es an der nicht möglichen Mangelfreiheit i.S.d. § 434 I-III und somit an der Nichtübereinstimmung jeglicher denkbarer Leistung mit § 433 I 2 oder § 433 I 1 scheitern wird (und somit letztlich in jedem Fall des Unmöglichwerdens des Erfüllungsanspruchs), entfällt der Erfüllungsanspruch gem. § 275 I. Der Erfüllungsanspruch ist (unmodifiziert) nicht teilbar in eine Schlechtleistung und eine Mangelbeseitigung. In der Folge entfällt grds.³⁰⁰ auch die Gegenleistungspflicht des Käufers gem. § 326 I 1.

Dem steht die Vorschrift des § 326 I 2 nicht entgegen. Zwar ist das hiermit stets einhergehende Unmöglichwerden des Nacherfüllungsanspruchs genaugenommen bereits jetzt (*im* Erfüllungsanspruch) gegeben (siehe sogleich), doch betrifft § 326 I 2 das Allgemeine Leistungsstörungsrecht nicht. Voraussetzung ist eine nicht vertragsgemäße Leistung. Hiermit bezeichnet § 326 I 2 die Situation der Unmöglichkeit des Nacherfüllungsanspruchs *nach* Eintritt in das Gewährleistungsrecht.³⁰¹ Eine Schlechtleistung ist aber (noch) nicht vorgenommen worden.

2. ... und Gewährleistungsrecht ...

Zugleich wird jedoch der Nacherfüllungsanspruch unmöglich. Dies ergibt sich daraus, daß der Nacherfüllungsanspruch ein Teil des Erfüllungsanspruchs ist und – wie bereits gezeigt worden ist – als solcher auch nicht über den Anspruchsumfang des Erfüllungsanspruchs hinausgeht. Gibt es also keine Möglichkeit mehr, den Erfüllungsanspruch zu erfüllen, ist auch der Nacherfüllungsanspruch unmöglich (vgl. soeben).

Die unmittelbare Rechtsfolge der Unmöglichkeit des Nacherfüllungsanspruchs ist eine Modifikation des Erfüllungsanspruchs ohne einen echten Eintritt in das Gewährleistungsrecht. Das Schuldverhältnis bleibt im Allgemeinen Leistungsstörungs-

300 Vgl. aber § 326 II.

301 Für eine Geltung auch vor Erbringung der Schlechtleistung: Bamberger/Roth/*Faust*, § 433, Rdn. 42; dagegen wie hier: *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, S. 78, Rdn. 154, FN 308.

recht, doch Gewährleistungsrechte beginnen zu entstehen. Sie stehen dem Käufer allerdings (noch) nicht zur Verfügung, sondern werden im Hinblick auf eine eventuell noch vorgenommene Schlechtleistung für den Käufer vorgehalten.

Folge dieser Modifikation des Erfüllungsanspruchs nur innerhalb dieses nun parallel bestehenden, aber inaktiven Gewährleistungsrechts ist die Herauslösung des »Schlechtleistungsanspruchs« aus dem Erfüllungsanspruch, so daß hier statt des gesamten ursprünglichen Erfüllungsanspruchs nur der Nacherfüllungsanspruch gem. § 275 I untergeht.

Infolge des Untergangs des Nacherfüllungsanspruchs entstehen umgehend die kleinen und grds. (vgl. §§ 281 I 3, 323 V 2) auch die großen Rechte wegen Unmöglichkeit. Diesen Gewährleistungsrechten des Käufers steht *hier* der unbeschränkte Kaufpreiszahlungsanspruch des Verkäufers gegenüber, welcher im Allgemeinen Leistungsstörungsrecht entfallen ist (§ 326 I 1). Es gilt für das Gewährleistungsrecht § 326 I 2, denn in seinem *Eintritt* ist es nun von der Schlechtleistung abhängig.

Das Ob und auch Was einer Schlechtleistung, auf welche hier ein Anspruch gegeben ist, ist zu diesem Zeitpunkt noch ungewiß; gewiß ist nur der Inhalt der großen Rechte. Sie gleichen abgesehen von den Besonderheiten des Gewährleistungsrechts den zugleich im Allgemeinen Leistungsstörungsrecht eingetretenen großen Rechten wegen Unmöglichkeit des Erfüllungsanspruchs. Das Gewährleistungsrecht wird also infolge der Unmöglichkeit des Nacherfüllungsanspruchs »inaktiv« zu der Rechtsfolge des *nur* unmöglichen Nacherfüllungsanspruchs nach Schlechtleistung entwickelt.

3. ... als zwei Seiten einer Medaille

Bereitgehalten wird dieses Blanko-Gewährleistungsrecht damit für einen möglicherweise noch erfolgenden Gewährleistungsrechtseintritt. Zwar gibt es längst keinen Erfüllungsanspruch mehr, auf welchen eine Schlechtleistung erbracht werden könnte; dies müssen die Vertragsparteien aber nicht wissen. Es kann ebenso zu einem einvernehmlichen Austausch einer Schlechtleistung mit der Vorstellung der Erfüllung kommen wie bei fortbestehendem Erfüllungsanspruch. Diese Konstellation kann aber keine andere rechtliche Behandlung erfahren.

Kommt es zu einem einvernehmlichen Leistungsaustausch, ist es nicht zu rechtfertigen, die Kaufvertragsparteien rechtlich anders zu stellen, als wenn die Unmöglichkeit erst den Nacherfüllungsanspruch im Gewährleistungsrecht getroffen hätte. Dabei gibt es nicht einmal die Voraussetzung, daß die Parteien tatsächlich keine Kenntnis von der Unmöglichkeit des Erfüllungsanspruchs haben dürfen. Einzige Voraussetzung muß sein, daß die Schlechtleistung auf den Erfüllungsanspruch erbracht wurde. Dies kommt selbstverständlich dann nicht mehr in Betracht, wenn der Käufer bereits Rechte des Allgemeinen Leistungsstörungsrechts wegen Unmöglichkeit des Erfüllungsanspruchs geltend gemacht hat (vgl. §§ 280 I, III, 283 bzw. §§ 323 I, 326 V).

Entscheidend dafür, ob der Erfüllungsanspruch also gänzlich verschwunden ist oder ob der Käufer berechtigt bzw. gleichsam gezwungen ist, die Schlechtleistung

zu behalten und die Gegenleistung zu erbringen, ist also die Frage, ob die gewöhnlichen Voraussetzungen des Gewährleistungsrechtseintritts vorliegen. Allein dies kann – wie auch bei Bestehen des Erfüllungsanspruchs – entscheiden, ob die »Spielregeln« des Allgemeinen Leistungsstörungsrechts oder des Gewährleistungsrechts gelten sollen.³⁰²

Die Unmöglichkeit der Mangelfreiheit ist dagegen kein Kriterium. Sie findet in beiden Systemen ihre Rechtsfolgen. Im Allgemeinen Leistungsstörungsrecht als Unmöglichkeit des Erfüllungs-, im Gewährleistungsrecht nur als Unmöglichkeit des Nacherfüllungsanspruchs. Es sind diese Rechtslagen (anders als unter den §§ 459 ff. a.F.) lediglich zwei Seiten einer Medaille. Diese wendet sich, wenn der Schlechtleistungsaustausch vollzogen wird.

Insbesondere ist es nicht einzusehen, weshalb der Verkäufer, der im Fall des bestehenden Erfüllungsanspruchs nicht schlechtleistet *darf* (vgl. auch das absolute Zurückweisungsrecht des Käufers, S. 140 ff.) mit dem Argument, er könne mit dieser Leistung nicht erfüllen, dann im Fall der Unmöglichkeit des Erfüllungsanspruchs plötzlich auf Geheiß des Käufers eine Schlechtleistung erbringen *muß*. Es verhält sich gerade nicht so, daß der Verkäufer dem Käufer anderenfalls mit der Nichterbringung einer Schlechtleistung seine Rechte aus § 437 vorenthalten könnte.³⁰³ Diese Rechte sind erst infolge einer Schlechtleistung überhaupt Käuferrechte. In der unterlassenen Schlechtleistung ist darum keine Umgehung, sondern schlicht ein anderer Tatbestand mit einer anderen Rechtsfolge zu sehen.

Der etwaige Nachteil für den Verkäufer, etwas nicht zurückzubekommen, was er nicht schuldet, soll genau wie bei bestehendem Erfüllungsanspruch nur dann eintreten können, wenn die Parteien die Leistung ausgetauscht haben, woran auch bei möglichen Wissensdefiziten immerhin *beide* Parteien beteiligt sind. Ohne diese Voraussetzung kann der Verkäufer nicht zu einer vertraglich nicht geschuldeten Leistung gezwungen werden.

302 Im Ergebnis ähnlich (wenn auch in Kürze) *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, S. 78 f., Rdn. 156 (»Heilung« des untergegangenen Gegenleistungsanspruchs durch Leistungstransfer, allerdings als Teilerfüllung von § 433 I 1 und Teilnichterfüllung von § 433 I 2 und somit des unmodifizierten Erfüllungsanspruchs); wohl ebenfalls in diese Richtung deutend: *Lorenz*, NJW 2002, 2497 f. sowie *ders.*, JZ 2001, 742 (743).

303 So aber *Oechsler*, SchR-BT, § 2, S. 75/76, Rdn. 112.



Abb. 12: Unmöglichkeit des Erfüllungsanspruchs

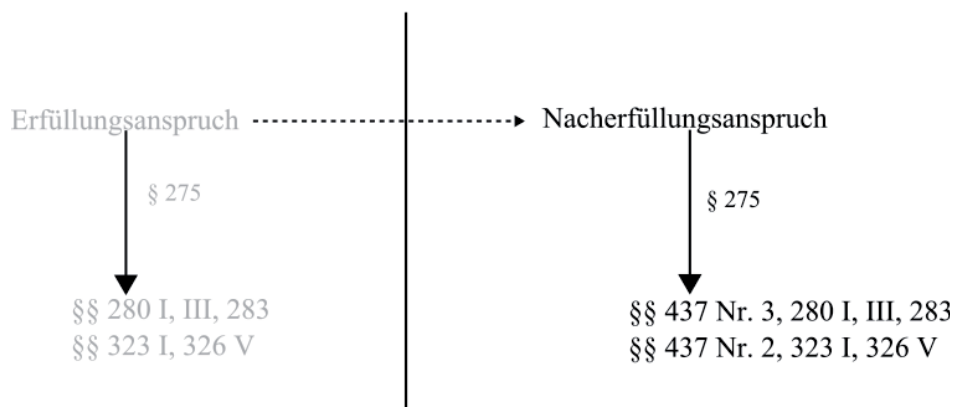


Abb. 13: Unmöglichkeit des Erfüllungsanspruch zzgl. Schlechtleistung

4. Das Argument aus §§ 437 Nr. 3, 311 a II

Die soeben dargestellte Theorie eines sich parallel zu der Reaktion des Allgemeinen Leistungsstörungsrechts entwickelnden inaktiven Gewährleistungsrechts findet ihre Bestätigung eindeutig in einer Vorschrift des Gewährleistungsrechts. Bislang war nur die Rede von der nachträglichen Unmöglichkeit der Mangelfreiheit. Im Gewährleistungsrecht gibt es aber ebenfalls einen Schadensersatzanspruch des Käufers wegen *anfänglicher* Unmöglichkeit des Nacherfüllungsanspruchs gem. §§ 437 Nr. 3, 311 a II. Dieser Schadensersatzanspruch kann aber nur dann entstehen, wenn der Nacherfüllungsanspruch anfänglich und damit bereits bei Vertragsschluß unmöglich gewesen ist. Selbst wenn der Kaufvertrag also sofort durch den Schlechtleistungsaustausch »vollzogen« worden wäre, würde der Erfüllungs- und damit der Nacherfüllungsanspruch bei Gewährleistungseintritt nicht bestehen.

Es gibt somit keine Gelegenheit für ein anfängliches Unmöglichwerden des Nacherfüllungsanspruchs im Anwendungsbereich des Gewährleistungsrechts, weil die anfängliche Unmöglichkeit das Unmöglichsein des Erfüllungs- und damit Nacherfüllungsanspruchs bereits im Moment des Vertragsschlusses voraussetzt. Dieser Schadensersatzanspruch muß bereits mit Vertragsschluß entstanden sein, somit also

ohne bzw. zumindest eine juristische Sekunde vor dem Gewährleistungsrechtseintritt.

Ein gewährleistungsrechtlicher Schadensersatzanspruch kann also auch dann entstehen, wenn das Schuldverhältnis das Gewährleistungsrecht noch gar nicht betreten hat. Hieraus wird deutlich, daß die sekundären Gewährleistungsrechte bereits mit Unmöglichkeit des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs inaktiv entstehen, um dem Käufer zur Verfügung zu stehen, falls es zu einem Schlechtleistungsaustausch kommen sollte.

Auch der Schadensersatz aufgrund anfänglicher Unmöglichkeit kann als kleiner Schadensersatzanspruch entstehen, weil gem. § 311 a II 3 die Vorschrift des § 281 I 3 entsprechende Anwendung findet. Auch hier entsteht also ein »Schlechtleistungsanspruch« – und dies trotz anfänglicher vollständiger Unmöglichkeit des Erfüllungsanspruchs. Sogar der anfänglich unmögliche und somit nie entstandene Erfüllungsanspruch entsteht in einer im Verhältnis zu dem Inhalt der vertraglichen Vereinbarung modifizierten Form innerhalb des Gewährleistungsrechts.

5. Konkurrenz auch bei Fortbestehen des Erfüllungsanspruchs?

Das Entstehen eines solchen Blanko-Gewährleistungsrechts ist dagegen bei Fortbestehen des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs nicht denkbar. Die sekundären Gewährleistungsrechte wegen Nichterfüllung trotz Möglichkeit entstehen erst dann, wenn eine Frist für den Nacherfüllungsanspruch erfolglos abgelaufen (sog. Erfordernis doppelter Fristsetzung) oder aber *für den* Nacherfüllungsanspruch entbehrlich ist. Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs trotz Möglichkeit setzt also das vorherige Heraustreten des Nacherfüllungsanspruchs aus dem Erfüllungsanspruch voraus. Die feststehende Nichterfüllung *allein* des Erfüllungsanspruchs i.S.d. § 281 I 1, 1. Alt. genügt hierfür nicht.

Somit zieht allein das *Unmöglichwerden* des Erfüllungsanspruchs die Gewährleistungsrechtsentstehung im Vorfeld des Gewährleistungsrechtseintritts nach sich.

6. Nacherfüllungsanspruch wegen zusätzlicher unnötiger Mangelhaftigkeit?

Fraglich ist schließlich, ob infolge der Unmöglichkeit des Erfüllungsanspruchs der »Schlechtleistungsanspruch« nun jegliche Leistung betrifft, welche erbracht wird. Denkbar ist z.B., daß das verkaufte Kfz (entgegen der Vereinbarung) ein Unfallwagen ist. Wird es nun dem Käufer übereignet, so hat er diesbezüglich einen Rechtsgrund zum Behaltendürfen, zudem aber keinen Nacherfüllungsanspruch, da dieser ja bereits mit dem Erfüllungsanspruch unmöglich geworden oder nie entstanden ist.

Was aber geschieht, wenn das Kfz zudem eine reparable Schramme an der rechten Seitentür aufweist? Einen Nacherfüllungsanspruch gibt es aus dem (modifizierten) Erfüllungsanspruch heraus nicht, da hiervon allein der »Schlechtleistungsan-

spruch« übrig geblieben ist. Dieser »Schlechtleistungsanspruch« ist auch nicht auf die beste aller denkbaren Schlechtleistungen gerichtet, sondern auf genau *diejenige*, welche erbracht wird. So wie sie ist, wird sie wie auch im Normalfall des Fortbestehens des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs vom »Schlechtleistungsanspruch« erfaßt. Der Rest ist Sache des Nacherfüllungsanspruchs, welcher lediglich in diesem Fall nicht zur Verfügung steht.

Dieses Ergebnis scheint nicht hinnehmbar. Es ist aufgrund der Unmöglichkeit bereits *nur* eine Schlechtleistung geschuldet. Die erbrachte Leistung ist aber noch »schlechter«, als sie aufgrund des unbeheblichen Mangels zwangsläufig sein müßte. In derselben Situation befindet sich der Käufer allerdings auch bei Wegfall des Nacherfüllungsanspruchs gem. § 275 wegen der Unbehebbarkeit eines von mehreren Mängeln. Wie schon an anderer Stelle angemerkt (vgl. S. 66 f.), zielt der Nachbesserungsanspruch nicht auf die Beseitigung einiger Mängel, sondern auf die Herstellung der *Mangelfreiheit* an der gelieferten Sache, was von vornherein aufgrund des zumindest einen unbeheblichen Mangels unmöglich war. Der Nachlieferungsanspruch besteht ebenfalls nicht in der Verschaffung einer weniger mangelhaften, sondern nur in der Verschaffung der *mangelfreien* Sache.

Die größtmögliche inhaltliche Nähe der Schlechtleistung zu der geschuldeten Leistung kann nicht verlangt werden. Der »Schlechtleistungsanspruch« erstreckt sich nur auf dasjenige, was geleistet wird. Die Nähe der Schlechtleistung zu der geschuldeten Leistung spielt nur eine Rolle für die Frage nach dem Bestehen großer sekundärer Käuferrechte. Je näher die Schlechtleistung der geschuldeten Leistung inhaltlich kommt, desto eher muß der Käufer das hieraus Erlangte behalten und bezahlen (§§ 281 I 3, 323 V 2).

Hierin liegt sogleich auch die Auflösung der vermeintlichen Unbilligkeit im genannten Fall: Ist die Schlechtleistung schlechter, als sie aufgrund der Unmöglichkeit des Erfüllungsanspruchs sein müßte, ist es fast undenkbar, daß die Mangelhaftigkeit noch als unerheblich zu qualifizieren ist. Der Käufer wird sich also auch gegen die Leistung und für die Geltendmachung großer Rechte entscheiden können (vgl. § 281 I 3, 323 V 2). Eine Teilnachbesserung oder Fast-Nachlieferung kann der Käufer dagegen in beiden Fällen der Unmöglichkeit des Nacherfüllungsanspruchs nicht verlangen.

IV. Zusammenfassung

Behandelt wurde das Problem des Wegfalls des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs gem. § 275 vor Eintritt in das Gewährleistungsrecht. Dieses Problem besteht darin, daß bei einem bloßen Wegfall des Erfüllungsanspruchs das Gewährleistungsrecht im Falle einer immer noch denkbaren Schlechtleistung mangels (zu modifizierendem) Erfüllungsanspruchs nicht eintreten könnte. Hieraus ergäbe sich ein extremer rechtlicher Unterschied zwischen dem Unmöglichwerden des Nacherfüllungsanspruchs erst im Gewährleistungsrecht und dem Unmöglichwerden des Nacherfüllungsanspruchs bereits *im* Erfüllungsanspruch im Falle anschließender Schlechtleistung.

Zur Lösung dieses Problems wird vertreten, daß das Gewährleistungsrecht dem Käufer bereits ab Unmöglichwerden des Nacherfüllungsanspruchs *im* Erfüllungsanspruch zur Verfügung stehen soll – ungeachtet der Frage, ob schon ein Schlechtleistungsaustausch stattgefunden hat oder der Verkäufer überhaupt gewillt ist, eine Schlechtleistung zu erbringen.

Dies ist nicht hinnehmbar, weil die einzige *heutige* Rechtfertigung für einen Übergang in das Gewährleistungsrecht gerade im Austausch der Schlechtleistung liegen kann. Mit der unbehebaren Mangelhaftigkeit kann dagegen heute auch das Allgemeine Leistungsstörungenrecht umgehen. Die Mangelhaftigkeit ist heute ein schlichtes Erfüllungshindernis.

Deshalb verhält es sich vielmehr so, daß allein das Ob und Wann eines Schlechtleistungsaustauschs darüber bestimmen, ob und wann das Gewährleistungsrecht eintritt. Da Anknüpfungspunkt des Gewährleistungsrechts an das Allgemeine Leistungsstörungenrecht der Erfüllungsanspruch ist, muß das Gewährleistungsrecht bereits zu dem Zeitpunkt des Unmöglichwerdens des Erfüllungsanspruchs entstehen, kann aber seinem Inhalt nach und darf seiner Eintrittsvoraussetzungen wegen (vgl. S. 135 ff.) dem Käufer nicht vor dem Schlechtleistungsaustausch zur Verfügung stehen.

Entfällt der ursprüngliche Erfüllungsanspruch gem. § 275, entfällt er zusammen mit dem Kaufpreiszahlungsanspruch des Verkäufers (§ 326 I 1). Daneben aber entwickelt sich das Gewährleistungsrecht für den Fall der im nachhinein noch eintretenden Voraussetzungen für den Gewährleistungsrechtseintritt. Wird eine Schlechtleistung erbracht, so gleicht die Rechtslage derjenigen, welche vorläge, wenn erst der bereits infolge des Gewährleistungsrechtseintritts aus dem Erfüllungsanspruch herausgetretene Nacherfüllungsanspruch gem. § 275 entfallen wäre.

E. Voraussetzungen des Gewährleistungsrechtseintritts

Nach dem bisher über den Gewährleistungsrechtseintritt und seine rechtlichen Folgen für das Schuldverhältnis zwischen Käufer und Verkäufer Gesagten ist zweierlei zwingend. Zum einen muß es zu einem tatsächlichen Schlechtleistungstransfer³⁰⁴ gekommen sein, weil die Regelung des § 437 voraussetzt, daß sich die mangelhafte Sache beim Käufer befindet (Nachbesserung, kleine Sekundärrechte des Nacherfüllungsanspruchs). Zum anderen muß hiermit zumindest etwas Rechtsgeschäftsähnliches zwischen den Parteien geschehen sein. Die einseitige Vornahme einer Leistungshandlung kann nicht allein Ursache für eine so grundlegende Umgestaltung des vertraglichen Schuldverhältnisses sein. Die Schlechtleistung muß im Einvernehmen der Parteien an den Käufer erbracht werden.

304 Zur Begrifflichkeit vgl. *Maultzsch*, ZGS 2003, 411 ff.

I. Rechtsgeschäftsähnlicher Schlechtleistungstransfer

Die Modifikation des Erfüllungsanspruchs und der Eintritt zumindest eines Teils des Schuldverhältnisses in das Gewährleistungsrecht müssen also auf eine Gestaltung des Schuldverhältnisses durch die Parteien zurückgeführt werden können. Diese Gestaltung liegt in der Schlechtleistung durch den Verkäufer und der Annahme durch den Käufer oder genauer gesagt: der Schlechtleistung und ihrer Annahme *auf* den Erfüllungsanspruch.

Die erste Voraussetzung ist daher, daß der Käufer sich nicht bereits vor der Schlechtleistung auf das Nichtvorhandensein des Erfüllungsanspruchs berufen hat, indem er Rechte wegen Nichterfüllung des Erfüllungsanspruchs geltend gemacht hat – sei es trotz Möglichkeit (vgl. § 323 I bzw. §§ 280 I, III, 281) oder wegen Unmöglichkeit (vgl. §§ 323 I, 326 V bzw. §§ 280 I, III, 283). Ob der Erfüllungsanspruch darüber hinaus bei der Schlechtleistung besteht oder nicht, spielt keine Rolle (vgl. S. 124 ff.).

1. Schlechtleistung mit Tilgungsbestimmung

Der Verkäufer muß eine Schlechtleistung vornehmen. Die Schlechtleistung ist – wie zu Anfang ausgeführt (vgl. S. 21 ff.) – eine nichtgeschuldete Leistung, die durch den Verkäufer *auf* den ursprünglichen Erfüllungsanspruch erbracht wird. Als eine Leistung *auf* den Erfüllungsanspruch enthält sie die (zumindest konkludente) Erklärung des Verkäufers, den Erfüllungsanspruch hiermit erfüllen zu wollen. Nur in eine solche Beziehung zu dem Erfüllungsanspruch gesetzt, wird aus einer an sich schlicht nicht geschuldeten Leistung eine Schlechtleistung. Die Qualifizierung als *schlecht* ergibt sich aus § 434 und somit aus einem Vergleich des Leistungsinhalts mit dem Inhalt des Erfüllungsanspruchs, während *nicht geschuldet* allein besagt, daß der Käufer generell über keinen entsprechenden Anspruch gegen den Verkäufer verfügt. Es bedarf also einer Lenkung der Leistung auf den Erfüllungsanspruch, um den Eintritt des Gewährleistungsrechts herbeizuführen.

Die Gesetzesbegründung benennt diese Voraussetzung ebenfalls, zumindest im Hinblick auf die Minder- und die Falschlieferung (vgl. § 434 III): »*Voraussetzung für die Gleichstellung von Falsch- und Zuweniglieferung mit Sachmängeln ist, daß der Verkäufer die Leistung als Erfüllung seiner Pflicht erbringt. Für den Käufer muß erkennbar dieser Zusammenhang zwischen Leistung und Verpflichtung bestehen, und es darf sich nicht um eine Teilleistung oder eine Leistung auf Grund einer anderen Verbindlichkeit handeln.*«³⁰⁵

Bei der hier umschriebenen Leistungslenkung handelt es sich um eine sog. *Tilgungsbestimmung*, eine einseitige empfangsbedürftige, auf die Erfüllung eines be-

305 BT-Drs. 14/6040, S. 216.

stimmten Anspruchs gerichtete Willenserklärung.³⁰⁶ Die Tilgungsbestimmung ist eine zumindest rechtsgeschäftsähnliche Handlung.³⁰⁷ Der Annahme des Erfordernisses einer Tilgungsbestimmung für Falsch- und Minderlieferungen durch die Gesetzesbegründung ist zuzustimmen.³⁰⁸ Sie ist allerdings zu erweitern auf diejenige Schlechtleistung, welche in der Verschaffung der zwar geschuldeten, aber mangelhaften Sache besteht (vgl. §§ 433 I 2, 434 I). Die benötigte Beziehung zwischen Schlechtleistung und Erfüllungsanspruch ergibt sich nicht bereits aus tatsächlichen Ähnlichkeiten zwischen Leistung und Anspruch (selbe Sache), sondern *von selbst*, also ohne eine zusätzliche Willenserklärung, nur aus der vollständigen inhaltlichen Kongruenz von Leistung und Anspruch sowie aus der Identität des Leistenden mit dem Schuldner und des Leistungsempfängers mit dem Gläubiger.

Mit diesem Argument ist auch der Kritik zu widersprechen, das Erfordernis einer Tilgungsbestimmung für die Schlechtleistung stünde im Widerspruch zu der herrschenden³⁰⁹ Erfüllungstheorie der realen Leistungsbewirkung.³¹⁰ Wie ihrer Eigenschaft als *Erfüllungstheorie* zu entnehmen ist, bestreiten ihre Vertreter weder die Existenz noch den Sinn von Tilgungsbestimmungen. Die Theorie besagt lediglich, daß eine durch den Schuldner erbrachte, *dem Anspruch entsprechende* Leistung zur Erfüllung keiner Tilgungsbestimmung bedarf.³¹¹ Dies bedeutet jedoch nicht, daß die h.M. Willenserklärungen im Zusammenhang mit der Leistungserbringung durch den Schuldner generell verneint. Im Gegenteil vermag eine durch sie anerkannte negative Tilgungsbestimmung³¹² sogar die Erfüllung durch reale Leistungsbewirkung zu verhindern. Auch andere lenkende Tilgungsbestimmungen sind von der h.M. anerkannt. Sie sieht sowohl die *Möglichkeit* der Lenkung einer Leistung durch Tilgungsbestimmung (vgl. auch § 366 I) als auch deren *Erforderlichkeit* in Einzelfällen (§§ 267, 268)³¹³.

Hieraus ist zu folgern, daß eine zumindest konkludente Tilgungsbestimmung nach der h.M. *generell* vorliegen wird. Schließlich kann nicht davon ausgegangen

306 Vgl. BGHZ 106, 163 (166); Staudinger/Olzen, § 366, Rdn. 27; MüKo/Wenzel, § 366, Rdn. 9.

307 Vgl. BGHZ 106, 163 (166); MüKo/Wenzel, § 366, Rdn. 9.

308 So auch Lorenz, JuS 2003, 36 (37); Tiedtke/Schmitt, JZ 2004, 1092 (1095 ff.); Bamberger/Roth/Faust, § 434, Rdn. 109; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, S. 142 ff., Rdn. 362 ff.; Staudinger/Matusche-Beckmann, § 434, Rdn. 114; MüKo/Westermann, § 434, Rdn. 39; a.A.: Musielak, NJW 2003, 89 f.

309 BGH NJW 1991, 1294 (1295); BGH NJW 1992, 2698 (2699); Larenz, SchR I, § 18, S. 238 ff.; Medicus, SchR I, § 23, S. 95, Rdn. 237; Staudinger/Olzen, vor § 362, Vorb. 14; MüKo/Wenzel, § 362, Rdn. 11 ff.; Palandt/Grüneberg, § 362, Rdn. 1. Für zahlreiche weitere Erfüllungstheorien sei auf die ausführliche Darstellung in Gernhuber, Erfüllung und ihre Surrogate, § 5, S. 103 ff. verwiesen.

310 So Musielak, NJW 2003, 89 (91); Wiese, AcP 202, 902 (919).

311 Die aus § 366 II abgeleitete Freiwilligkeit einer Tilgungsbestimmung wird von der h.M. gerade als Bestätigung ihrer Ansicht begriffen, vgl. MüKo/Wenzel, § 362, Rdn. 13.

312 BGH NJW 1972, 1750; BGH NJW 1991, 1294 (1295); MüKo/Wenzel, § 362, Rdn. 13.

313 BGHZ 46, 319 (325); BGH NJW 2003, 583/584; MüKo/Wenzel, § 362, Rdn. 13; Palandt/Heinrichs, § 267, Rdn. 3; Larenz, SchR I, § 18, S. 240.

werden, daß der Schuldner eine rechtsgeschäftliche Erklärung *nur* im Bewußtsein der Mehrdeutigkeit seiner Leistung abgibt, nicht aber dann, wenn er ebenso bewußt und erkennbar auf den aus seiner Sicht einzig in Betracht kommenden Anspruch leistet. Vielmehr lenkt er die Leistung auch im Fall realer Leistungsbewirkung – wenn auch unnötig – regelmäßig bewußt auf den Anspruch hin.

Für die Einordnung einer Leistung als Schlechtleistung ist die grds. vorliegende Tilgungsbestimmung – der erkennbare Erfüllungswillen – dagegen notwendig. Die Schlechtleistungskonstellation verhält sich entgegengesetzt zu derjenigen einer unbeabsichtigten realen Leistungsbewirkung. Bei der Schlechtleistung *will* der Schuldner leisten, *kann* aber nicht. Der für den Gewährleistungsrechtseintritt benötigte Zusammenhang zwischen Erfüllungsanspruch und Schlechtleistung ergibt sich somit *nie* von selbst ohne Tilgungsbestimmung des Verkäufers als einziges Verbindungsglied zwischen Anspruch und Leistung. Die Annahme einer erforderlichen Tilgungsbestimmung für die Schlechtleistung setzt sich deshalb auch nicht in Widerspruch zu der h.M. der realen Leistungsbewirkung.³¹⁴

Fraglich bleibt schließlich nur noch, wie diese Ansicht auf die sog. Extremabweichung im Rahmen der Falschlieferung anzuwenden ist (Elefant statt Kühlschranks). Es könnte daran gedacht werden, daß im Fall von Extremabweichungen schon gar keine Tilgungsbestimmung vorliegen kann, da der Schuldner Kenntnis von der fehlenden Erfüllungstauglichkeit hat und sein Ziel lediglich der Eintritt des Gewährleistungsrechts sein kann. Dem ist allerdings nur insoweit zuzustimmen, als eine Tilgungsbestimmung nicht ohne weiteres angenommen werden kann. Liegt der Erfüllungswille des Verkäufers jedoch erkennbar vor, so ist auch die Tilgungsbestimmung gegeben.³¹⁵ Dies ist jedoch unschädlich. Das Gewährleistungsrecht kann – wie sogleich zu erläutern sein wird – ohne die korrespondierende Annahme durch den Käufer nicht eintreten.

2. Annahme der Schlechtleistung als Erfüllung

a) Annahme als Erfüllung

Der Gewährleistungsrechtseintritt beeinträchtigt auch die Rechtsposition des Käufers. Er muß deshalb ebenfalls an dieser Gestaltung des Schuldverhältnisses mitwirken. Das bloße Vorliegen des erkennbaren Leistungswillens des Verkäufers ist nicht ausreichend.³¹⁶ Ebenso wie der Verkäufer bestimmen darf, ob er die Leistung auf

314 Auch wenn der Schuldner im Moment der Schlechtleistung in Form der Übergabe noch gar nicht *erfüllen* will, da er sich z.B. einseitig das Eigentum vorbehält, steht dies der Abgabe einer Tilgungsbestimmung bei Übergabe nicht entgegen, wenn es sich aus seiner Sicht bereits um die begonnene auf Erfüllung gerichtete Leistung handelt. Diese kann er bereits zur Tilgung bestimmen, sie also auf den Anspruch beziehen.

315 So auch Lorenz, JuS 2003, 36 (37); Tiedtke/Schmitt, JZ 2004, 1092 (1095).

316 A.A. z.B. Tiedtke/Schmitt, JZ 2004, 1092 (1096).

den Erfüllungsanspruch erbringt, darf der Käufer bestimmen, ob er sie als Erfüllung seines Anspruchs annehmen möchte. Erforderlich für den Gewährleistungsrechtseintritt ist damit über den durch die Schlechtleistung herbeigeführten Gefahrübergang des § 434 I hinaus auch die Annahme der erbrachten Leistung durch den Käufer.³¹⁷

Ansonsten könnte der Käufer den Gewährleistungsrechtseintritt nur verhindern, indem er die körperliche Entgegennahme verweigerte oder im Fall des § 447 – was schlicht nicht möglich sein wird – die Übergabe an die Transportperson.

Die erforderliche Annahme hat wie die Tilgungsbestimmung bei Vornahme der Schlechtleistung rechtsgeschäftsähnlichen Charakter.³¹⁸ In ihren Voraussetzungen bemißt sie sich nach der Beweislastregel des § 363.³¹⁹ Gem. § 363 trifft die Beweislast für die Nichterfüllung trotz Leistung den Käufer, wenn er die Leistung als Erfüllung angenommen hat. § 363 umfaßt auch die Beweislast für die ausbleibende Erfüllung im Fall der Schlechtleistung.³²⁰ Das sich hieraus ergebende Zusammenfallen des Gewährleistungsrechtseintritts und der Beweislastumkehr für die Nichterfüllung nach § 363 ist angesichts der bewußten Annahme durch den Käufer stimmig.

Im einen wie im anderen Fall geht es um Nachteile, die den Käufer erst dann treffen sollen, wenn er zumindest die Gelegenheit bekommen hat, die Leistung zurückzuweisen. Er soll gerade nicht sehenden Auges ohne sein Zutun in diese veränderte Lage gebracht werden, sondern nur, wenn er erklärt hat, daß die Leistung auch für ihn als Erfüllung in Betracht kommt.

Die Annahme als Erfüllung i.S.d. § 363 wird i.d.R. nicht ausdrücklich erklärt. Es genügt, daß das Verhalten des Käufers bei *und nach* Entgegennahme der Leistung erkennen läßt, daß er die Leistung als eine im wesentlichen ordnungsgemäße Erfüllung gelten lassen will.³²¹ Dies ist etwa der Fall bei längerem Schweigen³²², dem Gebrauch der Sache³²³ oder ihrer Weiterveräußerung³²⁴, nicht dagegen schon bei der einfachen körperlichen Entgegennahme.

317 A.A. Palandt/*Weidenkaff*, § 433, Rdn. 21; Erman/*Grunewald*, vor § 437, Rdn. 4; Huber/*Faust/Huber*, S. 331 f., Rdn. 45; Haas/*Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland/Haas*, Kap. 5, S. 199 f., Rdn. 145 ff.; *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum Neuen Schuldrecht, § 5, S. 266, Rdn. 497; *Lorenz*, FS Huber, 423 (428); *Canaris*, Karlsruher Forum 2002, S. 72 ff.; *MüKo/Westermann*, § 434, Rdn. 6.

318 Vgl. *Bamberger/Roth/Dennhardt*, § 363, Rdn. 4; a.A. Palandt/*Grüneberg*, § 363, Rdn. 2 (tatsächlicher Vorgang).

319 Vgl. *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, S. 158 f., Rdn. 399 ff.; *Bamberger/Roth/Faust*, § 437, Rdn. 6; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 2, S. 74 ff., Rdn. 146 ff.; *Maultzsch*, ZGS 2003, 411 (417).

320 Das Nichtgeschuldetsein wegen Mangelhaftigkeit ist von § 363 erfaßt, vgl. BGH NJW 1985, 2328 (2329); *Bamberger/Roth/Dennhardt*, § 363, Rdn. 3.

321 Vgl. BGH NJW 1958, 1724; Palandt/*Grüneberg*, § 363, Rdn. 2.

322 Vgl. OLG Köln NJW-RR 1995, 751.

323 Vgl. BGH NJW 1961, 115 (116).

324 Vgl. Palandt/*Grüneberg*, § 363, Rdn. 2.

b) Absolutes Zurückweisungsrecht

Spiegelbildlich zu der Möglichkeit des Käufers, die Annahme der Schlechtleistung als Erfüllung zu erklären, besteht die Möglichkeit, die Leistung zurückzuweisen. Als Kehrseite der Annahme kommt dies auch noch *nach* Gefahrübergang und körperlicher Entgegennahme in Betracht. Der Käufer darf die Leistung aber zuvor nicht angenommen haben. Obwohl die körperliche Entgegennahme nicht mit der Annahme gleichbedeutend ist, wird die Annahme i.d.R. recht kurz danach gegeben sein. Der Käufer muß deshalb aber nicht versuchen, den Verkäufer von der Leistung abzuhalten, um sie zurückweisen zu können.

Weil die Schlechtleistung aus dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch weder vollständig noch teilweise geschuldet ist, muß der Käufer sie niemals annehmen. Er muß sich für die Ablehnung auch nicht auf § 266 berufen.³²⁵ Weder trifft ihn eine Abnahmepflicht hinsichtlich der Schlechtleistung aus § 433 II noch verletzt er Obliegenheiten mit der Zurückweisung.³²⁶

3. Keine vorherige Kondiktion durch den Verkäufer

Da nicht grds. im Zeitpunkt der Schlechtleistung die Annahme der Schlechtleistung durch den Käufer (konkludent) erklärt wird und somit ein einvernehmlicher Schlechtleistungstransfer oftmals nicht sofort vorliegen wird, kann der Verkäufer bis zu dem Zeitpunkt der Annahme durch den Käufer das Erlangte kondizieren (§ 812 I 1, 1. Alt.). Schließlich ist das Gewährleistungsrecht noch nicht eingetreten, weshalb noch kein Rechtsgrund hinsichtlich der Schlechtleistung besteht.

II. Exkurs: Die Bedeutung des Gefahrübergangs in § 434 I

Gegen die Voraussetzung von Schlechtleistung und Annahme für den Gewährleistungseintritt könnte vorgebracht werden, daß die Voraussetzung »bei Gefahrübergang« in § 434 I keinen Zweck erfüllen würde, wenn nicht denjenigen, den Zeitpunkt für den Übergang in das Gewährleistungsrecht zu bezeichnen.

Dem ist zu widersprechen. Relevant ist dieser Zeitpunkt allein, um die Erfüllungspflicht des Verkäufers hinsichtlich der Sachmangelfreiheit zugleich auf den Zeitpunkt tatsächlicher Sachverschaffung *vorzuziehen* und *zu begrenzen*. Damit ist nicht gemeint, daß es sich bei § 434 I um den Leistungsgefahrübergang für die Sachmangelfreiheit handelt.³²⁷ Dies nämlich hätte zur Folge, daß der Verkäufer –

325 A.A. Lorenz, Karlsruher Forum 2005, S. 72; MüKo/Krüger, § 266, Rdn. 4.

326 Vgl. auch Canaris, Karlsruher Forum 2002, S. 74; Palandt/Weidenkaff, § 434, Rdn. 8a.

327 A.A. Ernst, FS Huber, S. 165 (210/211), solange der Verkäufer auch danach noch als Verkäufer handelt.

hätte er dies zu vertreten – auch für die Freiheit von nach dem Zeitpunkt eintretenden Sachmängeln mit seiner *Erfüllungspflicht* eintreten müßte. Dem ist aber nicht so. Für spätere durch ihn zu vertretende Beschaffenheitsabweichungen steht der Verkäufer wie ein Dritter ein, haftet also gem. § 823 I und aufgrund des bestehenden Vertragsverhältnisses zudem gem. §§ 280 I, 241 II.³²⁸

Schon der Wortlaut des § 434 ist insofern eindeutig. Der gewährleistungsrechtliche Sachmangel wird durch den Zeitpunkt »bei Gefahrübergang« definiert. Später eintretende Sachmangelhaftigkeit unterliegt mithin nicht mehr den Erfüllungspflichten des Verkäufers.

Dies muß in § 434 I geregelt sein, weil es so gerade nicht aus § 433 I 2 hervorgeht. § 433 I 2 verlangt die Verschaffung frei von Sach- und Rechtsmängeln als einheitlichen Erfolg und somit die Sachmangelfreiheit *noch nicht* bei vorheriger Übertragung, aber *bei Vornahme* der letzten Leistungshandlung.

Die Regelung des § 434 I führt jedoch mit dem Merkmal »bei Gefahrübergang« eine Fiktion ein, welche auch auf § 433 I 2 ausstrahlt, wenn und solange das Gewährleistungsrecht nicht eingetreten ist. Die Fiktion besteht in der Aufspaltung des Erfüllungsanspruchs in zwei nach dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch nicht rechtlich selbständige Leistungspflichten: die sachmangelfreie tatsächliche Verschaffung und die rechtsmangelfreie Übereignung. Folge ist, daß auch bei einem Vorbehaltskauf kein Erfüllungszeitraum entstehen kann, in welchem noch nach tatsächlicher Verschaffung die Erfüllung hindernde Sachmängel auftreten können, obwohl die Sache längst bei dem Käufer ist und ihm wie einem Eigentümer die Nutzungen gebühren und er die Lasten zu tragen hat (vgl. § 446 S. 2). Mit seiner Leistungspflicht hat die fehlende Aufrechterhaltung der Mangelfreiheit der sich bereits bei dem Käufer befindlichen Sache nichts zu tun. Hinsichtlich der Sachmangelfreiheit gilt der Erfüllungsanspruch also bereits als erfüllt bzw. gilt die Erfüllung allein durch solche Sachmängel als gehindert, die bei Gefahrübergang vorlagen. Allein für die Entfernung solcher Mängel steht der Verkäufer folglich auch noch nach tatsächlicher Verschaffung mit seiner Leistungspflicht ein.

III. Starre Grenze zwischen Allgemeinem Leistungsstörungenrecht und Gewährleistungsrecht

Die genannten Anforderungen an den Eintritt des Gewährleistungsrechts ließen sich aus den einschneidenden Wirkungen des Gewährleistungsrechts auf das Schuldverhältnis folgern. Es erfordert ein zumindest rechtsgeschäftsähnliches Einvernehmen der Parteien, um diese Gestaltungswirkung herbeizuführen. Hiermit beantwortet sich

328 So auch Bamberger/Roth/Faust, § 437, Rdn. 194; MüKo/Westermann, § 446, Rdn. 11.

die Frage, ob es Vorwirkungen des Gewährleistungsrechts in das Allgemeine Leistungsstörungsrecht hinein geben kann, quasi von selbst. Es gibt sie nicht.³²⁹

Der Gewährleistungseintritt stellt eine starre Grenze dar. Diese betrifft sowohl den Wegfall des Erfüllungsanspruchs wegen Unmöglichkeit (unbehebbarer Mangel) vor der Schlechtleistung (vgl. S. 124 ff.) als auch die Frage nach einem etwaigen Recht des Verkäufers auf Annahme der Schlechtleistung durch den Käufer, wenn diesem ohnehin (im Anwendungsbereich des Gewährleistungsrechts) allenfalls die Nachbesserung (z.B. bei behebbarem Mangel im Stückkauf) oder die kleinen Rechte (unerheblicher unbehebbarer Mangel) zur Verfügung stünden.³³⁰ Da in diesen Fällen entweder die Schlechtleistung (noch) nicht erfolgt ist oder zumindest nicht angenommen wurde, gilt allein das Allgemeine Leistungsstörungsrecht. Der Käufer kann Übereignung der mangelhaften Sache weder verlangen noch muß er sie annehmen.

Auch wenn bereits zu einem Zeitpunkt vor der Schlechtleistung feststehen sollte, daß der Verkäufer trotz Möglichkeit nicht mangelfrei leisten wird (vgl. § 323 IV), stehen dem Käufer keine Gewährleistungsrechte (§§ 437 Nr. 2, 323 I) zur Verfügung.³³¹ Vergleichbar mit den Fällen der Unmöglichkeit des Erfüllungsanspruchs muß dies bereits gelten, weil aus der bloßen Gewißheit der Nichterfüllung nicht hervorgeht, daß der Verkäufer *zudem* eine Schlechtleistung erbringen wird. Vielleicht leistet er gar nicht. Dann aber paßt auch das Gewährleistungsrecht seinem Inhalt nach nicht auf diese Konstellation; dem Käufer kann es ganz egal sein, aus welchem Grund der Verkäufer *überhaupt nicht* leistet. Der Mangel interessiert ihn nur dann, wenn er die mangelhafte Sache bekommen hat. Erst dann stehen ihm auch mit gutem Grund die Rechte aus § 437 zu.

Die Behauptung, eine Schlechtleistung sei nicht erforderlich, da der Verkäufer dem Käufer ansonsten die Rechte aus § 437 durch Nichterbringung dieser Schlechtleistung vorenthalten könne, spricht für eine Verwechslung von Ursache und Wirkung.³³² Die Rechte des § 437 entstehen erst, *weil* der Käufer die mangelhafte Sache erlangt hat. Auch die Einschränkungen der Verkäuferpflichten der § 439 III und § 442 I sind nur auf diesen Fall zugeschnitten, und ihre Geltung hat somit vor Eintritt in das Gewährleistungsrecht keine Berechtigung.

Die Frage schließlich nach einer Vorwirkung des Nachlieferungsanspruchs im Stückkauf erledigt sich auch unabhängig von dieser Grenze zwischen Allgemeinem Leistungsstörungs- und Gewährleistungsrecht.³³³ Eine Nachlieferung im Stückkauf kommt ohnehin nicht in Betracht (vgl. S. 67 ff.).

329 Vgl. Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland/Haas, Kap. 5, S. 199/200, Rdn. 146; *Emmerich*, Das Recht der Leistungsstörungen, S. 322, Rdn. 11; *Canaris*, Karlsruher Forum 2002, S. 72 ff.; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, S. 73 ff., Rdn. 142 ff.

330 So zutreffend *Lamprecht*, ZIP 2002, 1790 ff.; a.A. (die Abnahmepflicht hinsichtlich der mangelhaften Sache bejahend): *Jansen*, ZIP 2002, 877 (878 f.); *ders.*, ZIP 2002, 1794.

331 Vgl. *Oechsler*, SchR-BT, § 2, S. 75 ff., Rdn. 112.

332 Vgl. *Oechsler*, SchR-BT, § 2, S. 75 ff., Rdn. 112.

333 Frage aufgeworfen aber verneint (allerdings unter Bejahung der Nachlieferung aus § 439) durch *Fest*, ZGS 2005, 18 ff.

IV. Gewährleistungsrechtsaustritt?

Allerdings stellt sich die Frage, ob es nach dem Gewährleistungsrechtseintritt auch eine Möglichkeit gibt, bestimmte gewährleistungsrechtliche Rechtsfolgen wieder rückgängig zu machen. Für den Käufer ist dies grds. zu verneinen. Die Gewährleistungsrechte können zwar durchaus nachteilig für ihn sein; allerdings sind sie genau auf diesen Fall zugeschnitten, in welchem der Käufer die Schlechtleistung in Unkenntnis ihrer fehlenden Erfüllungstauglichkeit annimmt. Folglich ist ein Weg für ihn aus dem Gewährleistungsrecht heraus jedenfalls wegen Irrtums bei der Annahme (bspw. im Wege ihrer Anfechtung nach § 119) nicht möglich. Es bleibt dem Käufer lediglich, den Kaufvertrag anzufechten. Zu bedenken ist dabei aber die Konkurrenz von Gewährleistungsrecht und Vertragsanfechtung.³³⁴

Anders verhält es sich mit der Situation des Verkäufers. Zwar bleibt sein Primäranspruch auf Zahlung des Kaufpreises gem. § 433 II unverändert bestehen; jedoch trifft auch ihn ein etwaiger Nachteil, welchen das Gesetz allerdings *unberücksichtigt* läßt. Durch den Eintritt des Gewährleistungsrechts verliert er die Sache, welche er zuvor »schlechtgeleistet« hat. Verlieren bedeutet, daß der Käufer sie behalten darf und der Verkäufer die eventuell noch ausstehende Übereignung der mangelhaften Sache erbringen muß. Hierauf hatte sich der *ursprüngliche* Erfüllungsanspruch des Käufers nie erstreckt. Den Verkäufer trifft nun also eine Pflicht, welche er nicht vertraglich übernommen hat – aufgrund der Gestaltung des Schuldverhältnisses durch seine Schlechtleistung und die Annahme durch den Käufer. Dies kann der Verkäufer im Einzelfall als Nachteil empfinden, vor allem dann, wenn die geleistete Sache wertvoller ist als die geschuldete (sog. höherwertiges aliud).³³⁵

Anders als auf den Nachteil eines zu spät (nach Annahme) erkannten Mangels für den Käufer ist das Gewährleistungsrecht aber nicht darauf zugeschnitten, daß das Gewährleistungsrecht auch für den Verkäufer einen Nachteil darstellen könnte. Die »schlechtgeleistete« Sache bekommt er im Anwendungsbereich des Gewährleistungsrechts (wenn der Käufer dies nicht möchte) deshalb nie zurück. Ein Rückgewähranspruch des Verkäufers ergibt sich nur dann, wenn der Käufer die Nachlieferung wählt (§§ 439 IV, 346 I) oder von einem der großen Rechte Gebrauch macht (§§ 281 V, 346 I (283) / § 346 I). Hierzu ist der Käufer jedoch nicht verpflichtet. Er kann die Sache auch einfach behalten. Insbesondere hat der Verkäufer kein Recht dazu, von sich aus nachzuliefern und die Entstehung des Rückgewähranspruchs aus §§ 439 IV, 346 I auszulösen.³³⁶ Der Abnahmeanspruch aus § 433 II besteht im Anschluß an die Schlechtleistung gerade nicht mehr (vgl. S. 94 ff.). Auch durch An-

334 Vgl. Palandt/*Weidenkaff*, § 437, Rdn. 53; Bamberger/Roth/*Faust*, § 437, Rdn. 177 ff.

335 Eine zugleich eintretende Vertragsanpassung hinsichtlich der Gegenleistung an den »Schlechtleistungsanspruch« kommt – wie in allen anderen Schlechtleistungsfällen – auch in dieser Konstellation nicht in Betracht, vgl. auch Bamberger/Roth/*Faust*, § 434, Rdn. 110; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 2, S. 81, Rdn. 164.

336 Vgl. auch *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, S. 145, Rdn. 370; a.A.: *Lorenz*, JuS 2003, 36 (39).

nahmeverzug könnte diese Rechtsfolge nicht eintreten, weil der Käufer mit einer nicht aktuell geschuldeten, weil nicht verlangten Nachlieferung (verhaltener Anspruch) nicht in Annahmeverzug geraten kann (vgl. S. 94 ff.).

Auch kondizieren kann der Verkäufer im Anwendungsbereich des Gewährleistungsrechts nicht,³³⁷ da ein Rechtsgrund des Käufers zum Behaltendürfen der Sache besteht.³³⁸ Dieser Rechtsgrund ist der »Schlechtleistungsanspruch«. Er entsteht mit Ausnahme der Falschlieferung im Stückkauf *immer* und macht es dem Verkäufer unmöglich, die Sache gegen den Willen des Käufers zurückzuerhalten. Damit sollen dem Käufer keineswegs Vorteile gesichert werden, die er aus dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch nicht hätte verlangen dürfen. Es handelt sich allein um die Folge des Gewährleistungsrechtseintritts in *allen* Fällen; nicht nur dann, wenn diese auch dem Verkäufer genehm ist. Ausnahmen müssen hinter dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit zurückstehen. Zudem hat der Verkäufer mit der Tilgungsbestimmung gerade erklärt, diese Sache leisten zu wollen.

Aus der Gesamtkonzeption des Gewährleistungsrechts ist somit abzulesen, daß dem Verkäufer sein Zahlungsanspruch als einziges Interesse zugebilligt wird.

Folglich ist seine einzige Möglichkeit, die Sache wiederzuerlangen, der »Austritt« aus dem Gewährleistungsrecht. Dieser ist nachträglich nicht möglich und kommt deshalb nur durch rückwirkende Beseitigung des Gewährleistungsrechtseintritts *ex tunc* in Betracht – und somit nur im Wege der Anfechtung. Angefochten wird dabei die Tilgungsbestimmung, welche der Verkäufer notwendig abgegeben hat (vgl. soeben). Die Tilgungsbestimmung kann als rechtsgeschäftsähnliche Handlung angefochten werden.³³⁹

Die Anfechtung bewirkt den Wegfall der Willenserklärung (hier: der rechtsgeschäftsähnlichen Handlung) *ex tunc* (§ 142 I). Somit hat der Verkäufer zwar immer noch eine nicht geschuldete Leistung erbracht, aber nicht *auf* den Anspruch. In diesem Fall ändert die Anfechtung der Tilgungsbestimmung – anders als im Fall der

337 Der Grund liegt allerdings nicht in der Konkurrenz von Gewährleistungsrecht und Bereicherungsrecht. Vgl. aber *Lorenz*, JuS 2003, 36 (39); *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum Neuen Schuldrecht, § 7, S. 311 ff., Rdn. 574 ff.; *Lettl*, JuS 2002, 866 (869 f.); *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, S. 81 ff., Rdn. 163 ff.

338 So auch *Thier*, AcP 203, 399 (417); *Staudinger/Matusche-Beckmann*, § 437, Rdn. 53; *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung, S. XXIII f.; *Bamberger/Roth/Faust*, § 437, Rdn. 205; *Musielak*, NJW 2003, 89 (90); *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, S. 146, Rdn. 371 (allerdings eine Erfüllung durch Schlechtleistung annehmend); *Erman/Grunewald*, vor § 437, Rdn. 25; a.A. *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum Neuen Schuldrecht, § 5, S. 263, Rdn. 493; *Lorenz*, JuS 2003, 36 (39); *Lettl*, JuS 2002, 866 (869); *Oechsler*, SchR-BT, § 2, S. 74 f., Rdn. 110; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, S. 81 ff., Rdn. 163 ff. (Rechtsgrund für aliud-Leistung nur, wenn der Käufer eine Schuld erfüllt hätte).

339 BGHZ 106, 163 (166); *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung, S. XXIII f.; *Huber/Faust/Huber*, S. 367, Rdn. 157; *MüKo/Wenzel*, § 366, Rdn. 9; *Thier*, AcP 203, 399 (422); *Tiedtke/Schmitt*, JZ 2004, 1092 (1098); *Bamberger/Roth/Faust*, § 437, Rdn. 206; a.A. *Wiese*, AcP 206, 902, 913 ff.; allgemein zur Anfechtbarkeit rechtsgeschäftsähnlicher Handlungen: BGHZ 47, 352 (357); BGHZ 106, 163 (166); *Palandt/Ellenberger*, § 119, Rdn. 4.

Erfüllung – die bestehende Rechtslage, weil mit der Schlechtleistung keine Leistungsbewirkung eingetreten ist.

Der Gewährleistungseintritt ist abhängig von Schlechtleistung und Annahme. Eine Schlechtleistung liegt nun nicht mehr vor. Die noch bestehende einseitige Annahme einer unspezifischen nicht geschuldeten Leistung durch den Käufer vermag das Gewährleistungsrecht dagegen nicht eintreten zu lassen. Der Verkäufer kann das durch den Käufer aus der Leistung Erlangte in der Folge aufgrund Rechtsgrundlosigkeit gem. § 812 I 1, 1. Alt. kondizieren.

Voraussetzung der Anfechtung ist das Vorliegen eines Anfechtungsgrundes, in den meisten Fällen eines Irrtums (§ 119), allerdings auch der Täuschung oder Drohung (§ 123). Zudem muß der Verkäufer die jeweilige Anfechtungsfrist (vgl. §§ 121 I 1, 124) einhalten. Die kurzen Fristen sind auch angemessen. Insbesondere beginnen sie kenntnisabhängig. Daß sich der Verkäufer nach der Kenntnisnahme nicht noch Zeit lassen soll, zu überlegen, ob er wirklich anfechten will, ist nur billig. Ficht er nicht ohne schuldhaftes Zögern an, so werden für seinen später noch eintretenden Willen, die Sache zurückzuerlangen, andere Motive entscheidend sein. Diese sind jedoch unbeachtlich.

Zwar entgeht der Verkäufer mit der Anfechtung Gewährleistungsrechten des Käufers, so daß angenommen werden könnte, der Verkäufer dürfe nur dann anfechten, wenn der Käufer diese im Einzelfall nicht geltend machen wolle.³⁴⁰ Es verhält sich bei der Anfechtung der Tilgungsbestimmung jedoch anders als bei Anfechtung des Vertrags.³⁴¹ Der Verkäuferrittum betrifft in diesem Fall den Gewährleistungseintritt *unmittelbar* als solchen und nicht den Vertrag und damit nur *mittelbar* das Gewährleistungsrecht. Anders als bei der Vertragsanfechtung ist der Verkäufer mit Anfechtungsgrund deshalb generell schutzwürdiger als der Käufer und darf uneingeschränkt anfechten. Die Anfechtung der Tilgungsbestimmung umgeht das Gewährleistungsrecht nicht. Es handelt sich um eine unmittelbare Anfechtung des Gewährleistungseintritts.

Überdies wird mit der Anfechtung allein der »Schlechtleistungsanspruch« des Käufers und damit nur sein Recht zum Behaltendürfen der Sache und der Geltendmachung kleiner Rechte beseitigt. Den Käufer stellt die reine Anfechtung der Tilgungsbestimmung – bis auf das Verkäuferrecht, die Sache herausverlangen zu dürfen – aber *insgesamt* besser, als ihn das Gewährleistungsrecht stellt. Er darf weiterhin unbeschränkt (vgl. dagegen §§ 439 III, 442, 438) Erfüllung verlangen. Sollte der Verkäufer nicht leisten, so bleiben ihm Rücktritt und der große Schadensersatz des Allgemeinen Leistungsstörungenrechts.

340 So hinsichtlich der Anfechtbarkeit des *Kaufvertrags* z.B. BGH NJW 1988, 2597 (2598) (»Leibl«); MüKo/Westermann, § 437, Rdn. 56.

341 A.A. aber Tiedtke/Schmitt, JZ 2004, 1098; Staudinger/Matusche-Beckmann, § 437, Rdn. 53.

F. Dem Kaufgewährleistungsrecht zugrunde liegende Wertungen

Das Gewährleistungsrecht ist kein Sekundärrecht aufgrund einer Pflichtverletzung. Vielmehr modifiziert es das Schuldverhältnis, um den veränderten Interessen der Kaufvertragsparteien im Anschluß an die durch den Verkäufer erbrachte und den Käufer angenommene Schlechtleistung gerecht zu werden.

Die Frage nach den dieser Modifizierung des Schuldverhältnisses zugrunde liegenden Wertungen stellt sich aufgrund der in dieser Untersuchung bewiesenen Parallelität des Gewährleistungsrechts zu dem Allgemeinen Leistungsstörungenrecht. Einerseits funktioniert das Gewährleistungsrecht heute wie das Allgemeine Leistungsstörungenrecht. Der Nacherfüllungsanspruch ist der Primäranspruch des Gewährleistungsrechts. Als seine Sekundärrechte werden die Sekundärrechte des Allgemeinen Leistungsstörungenrechts in das Gewährleistungsrecht einbezogen. Andererseits ist das Gewährleistungsrecht zu dem Allgemeinen Leistungsstörungenrecht hin nach wie vor (vgl. §§ 459 ff. a.F.) abgeschlossen, obwohl auch dieses *vor* Gewährleistungsrechtseintritt mangelzuständig ist und dies theoretisch auch bleiben könnte.

Es stellt sich deshalb die Frage, wofür eine Sonderregelung überhaupt noch gebraucht wird. Der Mangel als (heute) schlichtes Erfüllungshindernis könnte ohne weitere Konsequenzen die Erfüllung hindern, mit der Folge, daß der Erfüllungsanspruch und dessen Sekundärrechte aus dem Allgemeinen Leistungsstörungenrecht zuständig für die trotz Schlechtleistung fortbestehende Nichterfüllung blieben. Da das Gesetz mit den §§ 434 ff. trotzdem ein spezielles Leistungsstörungenrecht für Schlechtleistungen vorsieht, müssen wertungsmäßige Besonderheiten zwischen der Behandlung der Schlechtleistung und derjenigen der völligen Untätigkeit des Verkäufers bestehen.

I. Rechtsbeständigkeit

*Maultzsch*³⁴² hebt zutreffend hervor, daß ein Grund für die Existenz des Kaufgewährleistungsrechts in heutiger Form in dem im Schuldrecht verankerten Rechtsbeständigkeitsprinzip liegt. Dieses erläutert *Maultzsch* am Beispiel der Heilungsvorschriften (§§ 311b I 2, 518 II, 766 S. 3). Mit den zur Heilung führenden Umständen seien Fakten geschaffen worden, deren Rückgängigmachung zu einer solchen Störung des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit führen würde, die selbst mit Blick auf die Schutzanliegen der jeweiligen Formvorschrift nicht gerechtfertigt wäre.³⁴³ Die Gründe, die das Recht zur präventiven Verweigerung (in diesem Fall: der Erbringung der aus dem zunächst unwirksamen Vertrag geschuldeten Leistung) trügen,

342 *Maultzsch*, ZGS 2003, 411 (414 ff.).

343 *Maultzsch*, ZGS 2003, 411 (415).

seien deshalb nach der Wertung des Gesetzes nicht stark genug, eine Rückabwicklung der bereits *erbrachten* Leistung zu rechtfertigen.³⁴⁴

So verhalte es sich auch mit der einvernehmlich vorgenommenen Schlechtleistung.³⁴⁵ Vor der Annahme durch den Käufer dürfe sie ohne weiteres zurückgewiesen werden. Danach müsse sich der Käufer in höherem Maße an dem mit seiner Mitwirkung eingetretenen Leistungstransfer festhalten lassen.³⁴⁶ Dies zeigt Maultzsch insbesondere am Beispiel der Regelung des § 439 III in ihrer Funktion als neben § 275 II tretender zusätzlicher *absoluter* Verweigerungsgrund für die Nacherfüllung auf.

Daß das, was einmal in beiderseitigem Einverständnis der Parteien bei dem Käufer aus der Leistung angelangt ist (Leistungstransfer), auch grds. dort verbleiben soll, ist an dieser Stelle tatsächlich besonders gut erkennbar; weiterhin aber auch daran, daß der Käufer seinen Nacherfüllungsanspruch, welcher die einmal erbrachte Leistung gerade wieder in Frage stellt, nicht verlangen *muß* und der Verkäufer die Nacherfüllung ohne ein solches Verlangen auch weder erbringen muß noch darf.

Hinzu tritt § 442 I. Trotz Mangelkenntnis bei Vertragsschluß hätte der Käufer die Schlechtleistung wegen fehlender Erfüllungstauglichkeit zurückweisen können. Nach Eintritt in das Gewährleistungsrecht entfallen aber sämtliche Mängelansprüche und damit sowohl der Nacherfüllungsanspruch als auch seine Nichterfüllungsrechte. Der Käufer bleibt also auf der Sache sitzen. Schließlich verkürzt § 438 I Nr. 3 die Regelverjährung (objektiver Beginn und 2 Jahre gegenüber 3 Jahren der Regelverjährung). Auch in den Fällen der Verjährung ist der Käufer auf das Behaltendürfen der »schlechtgeleisteten« Sache beschränkt.

Im Fall der Sekundärrechte darf sich der Käufer *immer* für das Behalten der Sache entscheiden und die kleinen Rechte geltend machen. In den Fällen der Unerheblichkeit des Mangels bleibt ihm nicht einmal etwas anderes übrig, als die Sache zu behalten (vgl. §§ 281 I 3, 323 V 2). In genau diesem Behaltenmüssen oder zumindest -können der Sache und dem Nichteinfordernkönnen weiterer primärer Leistungen liegt die Rechtsbeständigkeit der Schlechtleistung im Gewährleistungsrecht.³⁴⁷ Was diesen Effekt noch verstärkt, ist der weite Mangel- und damit Schlechtleistungsbegriff. Hierdurch ist fast jede auf den Erfüllungsanspruch erbrachte nicht erfüllungstaugliche Leistung rechtsbeständig.

Vergleicht man diese Rechtslage mit derjenigen des Allgemeinen Leistungsstörungenrechts, so wird der Unterschied deutlich. Die Schlechtleistung ist und bleibt im Verhältnis zu dem ursprünglichen, also unmodifizierten Erfüllungsanspruch ein *rechtliches nullum*. Auch nach ihrer Erbringung bestünde ohne die Modifikation des Erfüllungsanspruchs bei Eintritt des Gewährleistungsrechts kein »Schlechtleistungsanspruch«. Die Schlechtleistung bliebe damit eine rechtsgrundlose Leistung, könnte

344 Maultzsch, ZGS 2003, 411 (415).

345 Maultzsch, ZGS 2003, 411 (416).

346 Maultzsch, ZGS 2003, 411 (415).

347 So insgesamt auch Maultzsch, ZGS 2003, 411 (414 ff.).

vom Käufer problemlos auch nach seiner Annahme zurückgewiesen und vom Verkäufer herausverlangt werden.

Im Gewährleistungsrecht findet dagegen eine Fixierung auf das Geleistete statt, die den Käufer nicht daran hindert, weiterhin Erfüllung zu verlangen, ihm diese Entscheidung aber überläßt, während der Verkäufer seine Sache im Anwendungsbereich des Gewährleistungsrechts überhaupt nicht herausverlangen kann. Wird die gewünschte weitere Primärleistung nicht erbracht, so entscheidet sich auf sekundärer Ebene, ob der Käufer das aus der Leistung Erlangte behält. Immer darf er es, manchmal muß er es sogar.

II. Gestärkte Primärebene infolge der Schlechtleistung

Durch das Gewährleistungsrecht wird zudem die Primärebene gestärkt. Das Erfordernis doppelter Fristsetzung für Rücktritt und Schadensersatz (vgl. S. 99 ff./102 ff.) führt dazu, daß der Käufer ungeachtet der bereits am Erfüllungsanspruch begründeten (aber nicht geltend gemachten) Nichterfüllungsrechte (Rücktritt, Schadensersatz) auch für den Nacherfüllungsanspruch eine Frist setzen und ihren erfolglosen Ablauf abwarten muß, bevor er auf die Sekundärebene übergehen kann. Die Schlechtleistung zeugt von der fortbestehenden Leistungsbereitschaft des Verkäufers; die Annahme als Erfüllung durch den Käufer davon, daß er auch nach Ablauf einer für den Erfüllungsanspruch abgelaufenen Frist die Leistung nach wie vor begehrt hat.

Eine Abschwächung der Primärebene im Verhältnis zu dem Allgemeinen Leistungsstörungenrecht ist dagegen in der Regelung des § 439 III in seiner Eigenschaft als absolutes Verweigerungsrecht zu sehen. Allerdings dient diese Abschwächung dem soeben beschriebenen Rechtsbeständigkeitsprinzip, welches gerade auch dem Nachlieferungsanspruch entgegensteht.

III. Alleiniges Käuferrecht

Das Gewährleistungsrecht ist einzig Käuferrecht. Der Käufer kann entscheiden, die Sache zu behalten; zudem über das Ob, Wie und Wann der Nacherfüllung sowie zwischen den ihm entstehenden Nichterfüllungsrechten. Insbesondere durch die Modifikation des Erfüllungsanspruchs und damit die im Anschluß bestehende Teilerfüllungsmöglichkeit durch die Schlechtleistung erhält der Käufer eine Vielfalt von gewährleistungsrechtlichen Reaktionsmöglichkeiten bei Mangelhaftigkeit der Sache (Nachbesserung oder Nachlieferung, große oder kleine Nichterfüllungsrechte).

Der Verkäufer kann die »schlechtgeleistete« Sache nicht gegen den Willen des Käufers herausverlangen (vgl. S. 94 ff./143 ff.). Der Käufer kann von ihm volle Anstrengung bei der von ihm verlangten Nacherfüllung verlangen (vgl. aber wieder § 439 III).

Hiermit einhergehend trägt der Käufer allerdings auch die Risiken, welche sich daraus ergeben, daß er in Unkenntnis von der Schlechtleistung seine Rechte nicht

geltend macht und darum insbesondere im Hinblick auf die hieraus resultierende Verzögerung der Nacherfüllung nicht ersatzfähige Schäden entstehen (vgl. S. 111 ff.).

IV. Pauschalierter Verkäuferschutz

Zuletzt liegt dem Gewährleistungsrecht auch der Verkäuferschutz zugrunde. Gerade weil das Gewährleistungsrecht allein Käuferrecht ist, dem Käufer somit das Ob, Wann und Wie der Rechtsausübung obliegt, ist der Verkäufer spiegelbildlich hierzu vor Folgen seiner nichterkannten Nichterfüllung trotz Leistung geschützt. Erst wenn der Käufer den Nacherfüllungsanspruch geltend macht und dem Verkäufer somit auch zur Kenntnis bringt, daß er trotz Leistung noch nicht erfüllt hat, dies aber weiterhin tun soll, können dem Verkäufer Nachteile daraus entstehen, daß er untätig bleibt. Bis zur Geltendmachung von Rechten *darf* er dagegen nicht nur untätig bleiben; er *muß* es auch, weil ihm gerade kein *Recht* zu Leistung (*Recht* zur zweiten Andienung) zusteht.

Insbesondere Verzugsfolgen treffen den Verkäufer vor Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs nicht, auch wenn dem Käufer aus der noch erbrachten Nacherfüllung Schäden entstehen sollten. Dies gilt sogar dann, wenn der Verzug bereits hinsichtlich des Erfüllungsanspruchs eingetreten war. Durch Modifikation und Verhaltung endet er. Daneben dient auch die verkürzte Verjährung des § 438 dem Verkäuferschutz.

Pauschalierter Verkäuferschutz bedeutet, daß es für das Gesagte nicht darauf ankommt, ob der Käufer im Einzelfall wirklich keine Kenntnis davon hatte, daß er eine Schlechtleistung erbracht und somit nicht erfüllt hat. Nur wenn der Verkäufer die Schlechtleistung zu vertreten hat, so muß er für eventuell auftretende Schäden am Integritätsinteresse gem. §§ 280 I, 241 II eintreten.

5. Teil: Zusammenfassung in Thesen

Die Arbeit widmet sich der Frage nach Rechtsnatur und Entstehung des kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruchs sowie nach dem Verhältnis des heutigen Allgemeinen Leistungsstörungenrechts zu dem heutigen Kaufgewährleistungsrecht. Dabei war insbesondere der Übergang vom Erfüllungs- zum Nacherfüllungsanspruch zu untersuchen.

1. Teil: Erfüllungsanspruch im Sachkauf

Zunächst war der Inhalt des Erfüllungsanspruchs im Sachkauf herauszuarbeiten.

- Die Vorschrift des § 433 I 2 bestätigt die Erfüllungstheorie darin, daß es sich nicht nur bei Rechtsmängeln, sondern auch bei Sachmängeln generell um Erfüllungshindernisse handelt. Der Erfüllungsanspruch des Käufers erstreckt sich nunmehr auf die Sachmangelfreiheit und wird im Gewährleistungsrecht fortgesetzt.
- Der Mangelfreiheitsbegriff des § 433 I 2 entspricht demjenigen der §§ 434 I, 435 und bezeichnet die Sachmangelfreiheit der geschuldeten / verkauften Sache und die Rechtsmangelfreiheit des auf den Käufer zu übertragenden Eigentums.
- Die »sachmangelhafte« Sache im Gattungskauf ist bereits nicht die geschuldete Sache i.S.d. § 433 I 1, es sei denn, das Schuldverhältnis ist vor dem sachmangelrelevanten Zeitpunkt (vgl. § 434 I) bereits auf die Sache konkretisiert gewesen. Hieraus folgt, daß fast jede Schlechtleistung im Gattungskauf eine Falschlieferteilung i.S.d. § 434 III, 1. Alt. ist.
- Die Rechtsmangelfreiheit des § 433 I 2 umfaßt nicht die Übertragung des Eigentums an der geschuldeten Sache. Rechtsmangelfreiheit meint allein die Freiheit von Belastungen des auf den Käufer zu übertragenden Eigentums.
- Auch die Rechtsmangelfreiheit des § 435 S. 1 umfaßt nicht die Übertragung des Eigentums. Zwar wäre eine Gleichstellung anderer Erfüllungshindernisse mit dem Rechtsmangel (wie im Fall des § 434 II und III mit dem Sachmangel) grds. denkbar; sie würde sich aber nicht mit der Systematik des modifizierten Erfüllungsanspruchs und seiner Sekundärrechte vertragen.

2. Teil: Schlechtleistung auf den Erfüllungsanspruch

Anschließend galt es zu ermitteln, worum es sich bei der Schlechtleistung handelt.

- Eine Schlechtleistung ist eine Leistung auf den Erfüllungsanspruch, welche aufgrund von Erfüllungshindernissen nicht zu erfüllen vermag. Diese Erfüllungshindernisse begründen den Sach- bzw. Rechtsmangel nach (genauer: entgegen) §§ 434, 435.

- Der Sachmangelfreiheitsbegriff des § 434 ist weiter als derjenige des § 433 I 2, denn es werden die in § 434 II und III genannten Erfüllungshindernisse, insbesondere also die Falsch- und die Minderlieferung, mit dem Sachmangel gleichgestellt. Das Vorliegen dieser Erfüllungshindernisse bedeutet bereits das Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 433 I 1 (nicht § 433 I 2), da sie die Identität bzw. Menge und nicht die Beschaffenheit der Sache betreffen. Aufgrund dieses weiten Mangelbegriffs können Schlechtleistungen den gesamten § 433 I betreffen und dürfen nicht generell als ein »Verstoß gegen § 433 I 2« bezeichnet werden.
- Jede Abweichung von der vertragsgemäßen Beschaffenheit ist ein Sachmangel gemäß § 434 I. Der Sachmangelbegriff umfaßt somit nicht nur sog. negative Abweichungen.
- Die Gleichstellung des § 434 III, 1. Alt umfaßt uneingeschränkt alle Falschliefereien, d.h. auch im Stückkauf und auch bei Extremabweichungen.
- Die Schlechtleistung ist im Verhältnis zu dem Erfüllungsanspruch nicht erfüllungstauglich.
- Die Schlechtleistung ist im Verhältnis zu dem Erfüllungsanspruch keine Teilleistung bzw. nur eine nicht erfüllungstaugliche Teilleistung, da es an der Gleichartigkeit von erbrachter und noch ausstehender Leistung fehlt (mit Ausnahme der gleichgestellten Minderlieferung, § 434 III, 2. Alt.).
- Die Schlechtleistung ist keine Verletzung des Erfüllungsanspruchs. Das Gewährleistungsrecht ist keine Pflichtverletzungsfolge.

3. Teil: Die Schlechtleistung ohne kaufvertragliches Gewährleistungsrecht

Im dritten Teil wurde untersucht, wie das Gesetz ohne ein kaufvertragliches Gewährleistungsrecht auf die Schlechtleistung reagieren würde.

- Die Schlechtleistung wäre ohne das kaufvertragliche Gewährleistungsrecht ein rechtliches nullum. Das Kaufgewährleistungsrecht ist folglich eine Reaktion sui generis auf die weder erfüllungstaugliche noch leistungspflichtverletzende Schlechtleistung. Während das Allgemeine Leistungsstörungsrecht die Schlechtleistung ignoriert, erkennt das Gewährleistungsrecht ihre potentielle Erfüllungstauglichkeit.

4. Teil: Das Gewährleistungsrecht der §§ 434 ff. als Folge der Schlechtleistung

Infolge der Erkenntnis, daß es sich bei der Schlechtleistung um ein rechtliches nullum handeln würde, war zu untersuchen, wie das Gewährleistungsrecht auf die Schlechtleistung reagiert. Zunächst wurden die unmittelbaren Rechtsfolgen des Gewährleistungsrechtseintritts betrachtet. Anschließend waren die Folgen der Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs zu analysieren.

A. Der Gewährleistungsrechtseintritt

- Das Gewährleistungsrecht ist kein Sekundärrecht. Das Gewährleistungsrecht setzt die Primärebene mit dem Nacherfüllungsanspruch fort.
- Der Gewährleistungsrechtseintritt führt zur Modifikation des Erfüllungsanspruchs (§ 437 Nr. 1) sowie zur Einbeziehung der Sekundärrechte des Allgemeinen Leistungsstörungsrechts in das Gewährleistungsrecht (§ 437 Nr. 2, 3) als Sekundärrecht für den Nacherfüllungsanspruch.

B. Primäranspruch: Nacherfüllungsanspruch

- Die Modifikation führt dazu, daß der von Anfang an im Erfüllungsanspruch enthaltene Nacherfüllungsanspruch aus diesem heraustritt.
- Die Modifikation des Erfüllungsanspruchs besteht in der Fixierung auf die Schlechtleistung und der hieraus resultierenden Entstehung eines »Schlechtleistungsanspruchs«. Dieser »Schlechtleistungsanspruch« zielt auf Vollendung der Schlechtleistung (soweit also noch nicht geschehen: Übereignung) und verleiht dadurch einen Rechtsgrund bzgl. des aus der Schlechtleistung Erlangten. Daneben entstehen der Nachbesserungsanspruch gerichtet auf diejenige Leistung, die den Leistungserfolg unter Zuhilfenahme der geleisteten Sache herbeizuführen vermag, sowie der Nachlieferungsanspruch, der auf die Erbringung der ursprünglich geschuldeten Leistung gerichtet ist. Der modifizierte Erfüllungsanspruch besteht damit aus dem Nacherfüllungsanspruch und dem »Schlechtleistungsanspruch«.
- Der »Schlechtleistungsanspruch« entsteht ausnahmsweise dann nicht, wenn im Stückkauf eine Falschlieferung vorgenommen wird. Diese »schlechtgeleistete« Sache ist aus dem Erfüllungsanspruch nicht geschuldet. Der Nachlieferungsanspruch deckt sich hier mit dem modifizierten Erfüllungsanspruch. Der Verkäufer kann die Sache deshalb ausnahmsweise mangels Rechtsgrund kondizieren. Der Käufer kann die Vollendung der Schlechtleistung nicht verlangen.
- Die Modifikation des Erfüllungsanspruchs besteht in einer Umgestaltung des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs dahingehend, daß eine Teilerfüllung durch die konkrete Schlechtleistung ermöglicht wird. Der Nacherfüllungsanspruch ergänzt diese Teilerfüllung zu dem von Anfang an geschuldeten Leistungserfolg.
- Nachbesserungsanspruch und »Schlechtleistungsanspruch« ergänzen einander zu einer erfüllungstauglichen Leistung. Da der ursprüngliche Erfüllungsanspruch in dieser Weise geteilt worden ist, können sie einzeln erfüllt werden. Allerdings entfällt der Nachbesserungsanspruch bei Unmöglichkeit des »Schlechtleistungsanspruchs«. Umgekehrt bleibt der »Schlechtleistungsanspruch« auch dann bestehen, wenn die Nachbesserung unmöglich wird.
- Der Nachlieferungsanspruch besteht alternativ neben dem »Schlechtleistungs-« und dem Nachbesserungsanspruch. Wird der Nachlieferungsanspruch erfüllt, entfällt nicht nur der Nachbesserungsanspruch, sondern auch der »Schlechtleistungsanspruch« und damit der Rechtsgrund zum Behaltendürfen der Sache (vgl. §§ 439 IV, 346 I).

- Der »Schlechtleistungsanspruch« auf die noch ausstehende Übereignung der mangelhaften Sache kann auch neben dem Nachlieferungsanspruch geltend gemacht werden. So wird zumindest die Schlechtleistung gesichert, falls der Verkäufer nicht nachliefern sollte. Nicht das Begehren des Nachlieferungsanspruchs schließt das Verlangendürfen der Schlechtleistung aus, sondern erst die Nachlieferung selbst.
- Der »Schlechtleistungsanspruch« hat seinen Standort nicht im Gewährleistungsrecht, sondern im Allgemeinen Leistungsstörungsrecht.
- Die Nichterfüllungsrechte des »Schlechtleistungsanspruchs« sind daher diejenigen des Allgemeinen Leistungsstörungsrechts (§§ 323 I (326 V) sowie §§ 280 I, III, 281 bzw. 283). Aufgrund der hieraus entstehenden Konkurrenz zwischen den Sekundärrechten des Allgemeinen Leistungsstörungsrechts und denjenigen des Gewährleistungsrechts muß gelten:
 - Hat der Käufer nur den Nachbesserungsanspruch als Nacherfüllungsanspruch, stehen ihm allein die Sekundärrechte des Allgemeinen Leistungsstörungsrechts zu.
 - Hat der Käufer dagegen auch einen Nachlieferungsanspruch, muß er bei Nichterfüllung des »Schlechtleistungsanspruchs« (also der Übereignung der mangelhaften Sache) wegen Unmöglichkeit zunächst die Nachlieferungsalternative geltend machen, bevor er auf die Sekundärebene übergehen kann. Vollendet der Verkäufer die Schlechtleistung trotz Möglichkeit nicht, darf der Käufer wiederum die Sekundärrechte des Allgemeinen Leistungsstörungsrechts geltend machen.
- Der modifizierte Erfüllungsanspruch unterscheidet sich in der geschuldeten Leistungshandlung zum Teil von dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch, nicht aber im geschuldeten Leistungserfolg. Er kann nicht über den Umfang des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs hinausgehen. Daraus ergibt sich, daß der Nachbesserungsanspruch nur dann aus dem Erfüllungsanspruch heraustreten kann, wenn die »schlechtgeleistete« Sache strukturell eine erfüllungstaugliche Sache ist. Dies ist nur der Fall, wenn es sich nicht um eine Falschlieferung im Stückkauf handelt. Umgekehrt kann der Nachlieferungsanspruch nur dann entstehen, wenn überhaupt mit einer anderen als der »schlechtgeleisteten« Sache erfüllt werden kann. Dies ist bei einer Schlechtleistung in Form der Lieferung der mangelhaften aber geschuldeten Sache im Stückkauf nicht der Fall. Folglich gibt es keinen Anspruch auf Nachlieferung im Stückkauf.
- Der Nacherfüllungsanspruch umfaßt lediglich die Herbeiführung des ursprünglich geschuldeten Leistungserfolges. Dagegen umfaßt der Nacherfüllungsanspruch nicht die Beseitigung von Nachteilen, welche dem Käufer daraus entstehen, daß nicht bereits im Zeitpunkt der Schlechtleistung erfüllt worden ist. Diese Nachteile kann er allenfalls als Ersatz des Mangelfolgeschadens gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, 241 II verlangen. Dieser setzt jedoch Vertretenmüssen des Verkäu-

fers hinsichtlich der in der Schlechtleistung liegenden Nebenpflichtverletzung voraus.

- Der Nacherfüllungsanspruch ist verhalten, so daß er vor Geltendmachung durch den Käufer nicht erfüllbar und damit auch nicht fällig ist. Dies hat zur Folge, daß der Verkäufer seine Sache nicht infolge eigenmächtiger Nachlieferung gem. §§ 439 IV, 346 I herausverlangen kann. Andererseits drohen dem Verkäufer keine Sekundärrechte des Käufers wegen Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs, solange er keine Kenntnis von der fehlenden Erfüllungstauglichkeit der Schlechtleistung und dem fortdauernden Erfüllungswunsch des Käufers hat.

C. Besonderes Leistungsstörungenrecht des Nacherfüllungsanspruchs

- Der Nacherfüllungsanspruch ist ein Teil des modifizierten Erfüllungsanspruchs und zugleich der Primäranspruch des Gewährleistungsrechts. Die durch § 437 Nr. 2 und 3 einbezogenen Käuferrechte sind seine Sekundärebene. Das heutige Gewährleistungsrecht ist somit ein Besonderes Leistungsstörungenrecht.
- Die Sekundärrechte des Gewährleistungsrechts wirken für den Nacherfüllungsanspruch wie für den Erfüllungsanspruch. Entstehungsvoraussetzung ist allein die Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs. Die Schlechtleistung hat allenfalls deklaratorische Bedeutung in §§ 323 I, 2. Alt. und 281 I 1, 2. Alt. Die Schlechtleistung bewirkt verletzungneutral, daß der Nacherfüllungsanspruch überhaupt entsteht. Nur seine Nichterfüllung ist Voraussetzung des Rücktritts (§§ 437 Nr. 2, 323 I (326 V)) und Pflichtverletzung in §§ 280 I, III, 281 bzw. 283.
- Da die Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs die einzige Pflichtverletzung in §§ 280 I, III, 281 bzw. 283 ist, ist sie auch der einzige Bezugspunkt des Vertretenmüssens.
- Die kleinen Sekundärrechte der Minderung und des kleinen Schadensersatzes sind Rechte aufgrund der Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs. Die großen Sekundärrechte des Rücktritts und des Schadensersatzes statt der ganzen Leistung sind Rechte wegen Nichterfüllung des gesamten modifizierten Erfüllungsanspruchs. Diese Nichterfüllung wird wertungsmäßig (zugunsten des Käufers) bei Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs angenommen, sofern der Mangel nicht unerheblich ist (vgl. §§ 281 I 3, 323 V 2). Stehen dem Käufer die großen Rechte zu, so kann er zwischen großen und kleinen Rechten wählen.
- Der Schadensersatzanspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, 241 II ist ein Fremdkörper im Gewährleistungsrecht, weil er kein Recht wegen Nichterfüllung des Nacherfüllungsanspruchs, sondern aufgrund der Schlechtleistung als Nebenpflichtverletzung ist.
- Der Schadensersatzanspruch gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, 241 II ist der Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens. Ein Mangelfolgeschaden ist dann gegeben, wenn die Schlechtleistung als Nebenpflichtverletzung zu einer Beeinträchtigung von Integritätsinteressen des Käufers geführt hat. Da die Nebenpflichten des Verkäufers nicht im Gewährleistungsrecht zu verorten sind, entsteht der

Anspruch gem. §§ 280 I, 241 II außerhalb des Gewährleistungsrechts und wird als entstandener Anspruch durch § 437 Nr. 3 in das Gewährleistungsrecht einbezogen.

- Der Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens wegen Verzuges mit dem Nacherfüllungsanspruch findet sich in §§ 437 Nr. 3, 280 I, II, 286, obwohl § 437 Nr. 3 allein auf § 280 verweist. Der Verzug tritt nie von selbst ein (trotz ggf. Entbehrlichkeit der Mahnung), sondern setzt immer die Geltendmachung des verhaltenen Nacherfüllungsanspruchs durch den Käufer voraus. Hieraus können sich Schutzlücken für den Käufer ergeben. Haben beide Parteien keine Mangelkenntnis, so bleibt der Verkäufer hiervon unbeeinträchtigt, während die sich aus der Verzögerung der Mangelbeseitigung ergebenden Schäden des Käufers nicht ersatzfähig sind.
- Die Ersatzfähigkeit des sog. Betriebs- oder Nutzungsausfallschadens bemißt sich von Fall zu Fall nach den Voraussetzungen des Verzugs (§§ 437 Nr. 3, 280 I, II, 286) oder des Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens (§§ 437 Nr. 3, 280 I). Immer sind die Verzugsvoraussetzungen einzuhalten, wenn der Schaden das positive Rechtzeitigkeitsinteresse verletzt (Bsp.: Die defekte Maschine kann zunächst nicht eingesetzt werden). Für diesen Schaden ist die Verzögerung der Nacherfüllung tatsächlich und allein kausal und dieser somit nur gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, II, 286 ersatzfähig. Anders ist dies zu beurteilen, wenn das negative Interesse betroffen ist (Bsp.: Die defekte Maschine beschädigt Produktionsmaterial.). Dann liegt in der Schlechtleistung eine Nebenpflichtverletzung. Im Vertrauen auf die Erfüllungstauglichkeit und damit Ungefährlichkeit (weil etwas Ungefährliches gekauft wurde) hat der Käufer die Maschine eingesetzt. Daß eine frühzeitige Nacherfüllung den Schaden hätte verhindern können, spielt keine Rolle. Der Käufer kann diesen Schaden gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, 241 II ersetzt verlangen.

D. Exkurs: Unmöglichkeit des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs zwischen Allgemeinem Leistungsstörungenrecht und Gewährleistungsrecht

- Wird der Nacherfüllungsanspruch unmöglich, so entstehen für den Käufer die Unmöglichkeitsrechte aus § 437 Nr. 2 (Minderung und Rücktritt) sowie § 437 Nr. 3 (kleiner und großer Schadensersatzanspruch). Der Verkäufer behält seinen Anspruch auf den Kaufpreis (vgl. § 326 I 2).
- Wird der Erfüllungsanspruch dagegen im Vorfeld einer Schlechtleistung unmöglich, so entfällt er gem. § 275 und der Kaufpreiszahlungsanspruch des Verkäufers mit ihm (§ 326 I 1). Zugleich aber entwickelt sich – soweit der Käufer nicht zuvor Schadensersatz wegen Unmöglichkeit verlangt hat oder zurückgetreten ist – das Gewährleistungsrecht wegen Unmöglichkeit des Nacherfüllungsanspruchs und steht bis zu einer etwaigen Schlechtleistung inaktiv bereit. Folge einer durch den Verkäufer erbrachten und von dem Käufer angenommenen Schlechtleistung ist dann der Eintritt dieses bereits auf der Sekundärebene

befindlichen Gewährleistungsrechts. Gleichzeitig erhält der Verkäufer seinen Anspruch auf den Kaufpreis zurück (vgl. § 326 I 2). In der Folge stehen die Parteien so, als wäre der Nacherfüllungsanspruch erst im Anwendungsbereich des Gewährleistungsrechts entfallen. Dies ist sachgerecht, weil der einzige Grund für den Übergang von Allgemeinem Leistungsstörungenrecht in das Gewährleistungsrecht die einvernehmlich vorgenommene Schlechtleistung auf den Erfüllungsanspruch ist. Grds. mangelzuständig sind dagegen sowohl das Allgemeine Leistungsstörungen- als auch das Gewährleistungsrecht. Im ersteren ist der Mangel Erfüllungshindernis, im zweiten Gegenstand des Nacherfüllungsanspruchs.

E. Voraussetzungen des Gewährleistungsrechteintritts

Aus den bislang identifizierten Vorgängen an der Schnittstelle von Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch ließen sich folgende Voraussetzungen für den Gewährleistungsrechteintritt folgern:

- Die Voraussetzung des Gewährleistungsrechteintritts ist ein rechtsgeschäftsähnlicher Schlechtleistungstransfer durch beide Parteien und damit:
 - Schlechtleistung durch den Verkäufer mit Tilgungsbestimmung.
 - Annahme durch den Käufer nach Maßgabe des § 363.
 - Keine Kondiktion durch den Verkäufer vor Annahme durch den Käufer.
- Zwischen Allgemeinem Leistungsstörungenrecht und dem Gewährleistungsrecht verläuft eine starre Grenze. Vorwirkungen des Gewährleistungsrechts in das Allgemeine Leistungsstörungenrecht hinein kommen nicht in Betracht. Beide Systeme wissen auf Schlechtleistungen zu reagieren. Das Allgemeine Leistungsstörungenrecht ignoriert die Schlechtleistung als rechtliches nullum und verlangt in Form des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs weiterhin Erfüllung. Das Gewährleistungsrecht erkennt sie als potentiell erfüllungstauglich an und fixiert sich mit dem Nacherfüllungsanspruch auf sie.
- Insbesondere das Recht des Käufers, eine Schlechtleistung zurückzuweisen, wirkt absolut. Für den ursprünglichen Erfüllungsanspruch ist die Schlechtleistung nicht erfüllungstauglich. Erst die Modifikation, an deren Eintreten der Käufer durch Annahme mitwirkt, bewirkt eine Teilerfüllbarkeit durch die Schlechtleistung.
- Der Verkäufer kann die »schlechtgeleistete« Sache im Anwendungsbereich des Gewährleistungsrechts nicht herausverlangen. Es bleibt ihm allein der »Gewährleistungsrechtsaustritt«. Hierfür muß er seine Tilgungsbestimmung anfechten. Ist die Anfechtung wirksam, entfällt die Schlechtleistung und damit auch der Gewährleistungsrechteintritt rückwirkend. Damit entfällt auch der »Schlechtleistungsanspruch« und mit ihm der Rechtsgrund des Käufers zum Behaltendürfen der Sache. Der Verkäufer kann die Sache kondizieren. Die Anfechtung der Tilgungsbestimmung durch den Verkäufer unterliegt dabei nicht

der Voraussetzung, daß der Käufer keine Gewährleistungsrechte geltend machen möchte.

F. Dem Gewährleistungsrecht zugrunde liegende Wertungen

Die dem heutigen Gewährleistungsrecht zugrunde liegenden und seine Existenz rechtfertigenden Wertungen sind:

- Prinzip der Rechtsbeständigkeit: Eine einvernehmlich vorgenommene, wenn auch nicht erfüllungstaugliche Leistung soll grds. nicht rückabgewickelt werden. Dem sollen zumindest gewisse Hürden entgegenstehen.
- Stärkung der Primärebene: Die Schlechtleistung verletzt nicht den Erfüllungsanspruch, sondern signalisiert Leistungsbereitschaft. Um sich vom Vertrag lösen zu können, muß der Käufer eine Frist für die Vornahme der Nacherfüllung setzen, selbst wenn er bereits eine Frist zur Vornahme der Erfüllung gesetzt hatte (Erfordernis doppelter Fristsetzung).
- Alleiniges Käuferrecht: Das Gewährleistungsrecht gestattet es dem Käufer zu entscheiden, ob und welche Rechte er geltend macht. Er darf die geleistete Sache in jedem Fall behalten und ihre Übereignung verlangen. Seine Kaufpreiszahlungspflicht bleibt im Gegenzug vollständig bestehen.
- Pauschalierter Verkäuferschutz: Da das Schuldverhältnis bis zu einer Entscheidung des Käufers, welches seiner Rechte er geltend machen möchte, ruht, treffen den Verkäufer vor Mangelkenntnis auch keinerlei negative Folgen aus der Nichterfüllung des Erfüllungsanspruchs. Ein hieran begonnener Verzug endet. Der Verzug mit dem Nacherfüllungsanspruch erfordert die Geltendmachung und grds. eine Mahnung. Zudem ist der Verkäufer durch die gewährleistungsrechtlichen Sondervorschriften der §§ 439 III, 438, 442 geschützt, welche seine Nacherfüllungspflicht einschränken. Pauschalierter ist der Verkäuferschutz, weil es keine Rolle spielt, ob der Verkäufer tatsächlich keine Kenntnis von dem Mangel hatte. Anderes gilt allein für den Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens, welcher die Schlechtleistung als durch den Verkäufer zu vertretende Nebenpflichtverletzung voraussetzt.

Literaturverzeichnis

- Ackermann, Thomas**, Die Nacherfüllungspflicht des Stückkäufers, in: JZ 2002, S. 378-385.
- Erwiderung auf Canaris JZ 2003, 831, in: JZ 2003, S. 1154-1156.
- Ballerstedt, Kurt**, Zur Lehre vom Gattungskauf, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag, 21. Januar 1955, Hrsg.: Rolf Dietz, Alfred Hueck, Rudolf Reinhardt, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung: München und Berlin 1955, S. 261-282.
- Bamberger, Heinz-Georg / Roth, Herbert**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, §§ 1-610, 2. Auflage 2007, Verlag C.H. Beck: München.
- BGB-RGRK** (Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes), Kommentar, Band II, 2. Teil, §§ 414-610 (Anhang nach § 455: Abzahlungsgesetz), 12. Auflage 1978, Verlag Walter de Gruyter: Berlin, New York.
- Bitter, Georg / Meidt, Eva**, Nacherfüllungsrecht und Nacherfüllungspflicht des Verkäufers im neuen Schuldrecht, in: ZIP 2001, S. 2114-2124.
- Braun, Johann**, Zahlungsansprüche des Käufers bei Schlechtleistung des Verkäufers, in: ZGS 2004, S. 423-430.
- Brox, Hans**, Die Einrede des nichterfüllten Vertrages beim Kauf, Rechtswissenschaftliche Arbeiten aus dem Justizprüfungsamt Köln, Wissenschaftliche 6 Wochen-Hausarbeit aus der Kölner ersten juristischen Staatsprüfung im Februar 1948, Kölner Universitätsverlag Balduin Pick: Köln 1948.
- Caemmerer, Ernst von**, Anleiheschulden und Einlösungsmittel, in: JZ 1951, S. 740-745.
- Falschlieferung, in: Festschrift für Martin Wolff, Beiträge zum Zivilrecht und internationalen Privatrecht, Hrsg.: Ernst von Caemmerer, Walter Hallstein, F.A. Mann, Ludwig Raiser, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck): Tübingen 1952, S. 3-22.
- Canaris, Claus-Wilhelm**, Ansprüche wegen »positiver Vertragsverletzung« und »Schutzwirkung für Dritte« bei nichtigen Verträgen, Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen, in: JZ 1965, S. 475-482.
- Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, in: JZ 2001, S. 499-530.
 - Schuldrechtsmodernisierung 2002, zusammengestellt und eingeleitet von Dr. Dr. h.c. mult. Claus-Wilhelm Canaris, Verlag C.H. Beck: München 2002.
 - Begriff und Tatbestand des Verzögerungsschadens im neuen Leistungsstörungsrecht, in: ZIP 2003, S. 321-327.

- Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf, in: JZ 2003, S. 831-838.
- Schlußwort, in: JZ 2003, S. 1156-1157.
- Die Neuregelung des Leistungsstörungs- und des Kaufrechts – Grundstrukturen und Problemschwerpunkte –, in: Karlsruher Forum 2002, hrsg. von Egon Lorenz, Schriftenreihe der Zeitschrift Versicherungsrecht (VersR) Bd. 20 (2003), Verlag Versicherungswirtschaft: Karlsruhe.

Ehmann, Horst / Sutschet, Holger, Modernisiertes Schuldrecht, Lehrbuch der Grundsätze des neuen Rechts und seiner Besonderheiten, Verlag Franz Vahlen: München 2002.

- Schadensersatz wegen kaufrechtlicher Schlechtleistungen – Verschuldens- und/oder Garantiehafung?, in: JZ 2004, S. 62-72.

Emmerich, Volker, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Auflage 2005, Verlag C.H. Beck: München.

- BGB – Schuldrecht, Besonderer Teil, 11. Auflage 2006, C.F. Müller Verlag: Heidelberg.

Enneccerus, Ludwig / Lehmann, Heinrich, Recht der Schuldverhältnisse, Ein Lehrbuch, 15. Auflage 1958, Verlag: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck): Tübingen.

Erman, Walter, Zu den Rechten des Stückkäufers aus Mängeln der Sache, in: JZ 1960, S. 41-47.

- Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Abzahlungsgesetz, Haustürwiderrufsgesetz, AGB-Gesetz, Erbbaurechtsverordnung, Wohnungseigentumsgesetz, Schiffsrechtegesetz, Ehegesetz, Hausratsverordnung, Beurkundungsgesetz (teilkommentiert) in zwei Bänden, 1. Band, 8. Auflage 1989, Aschendorffsche Verlagsbuchhandlung: Münster 1989.
- Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit EGBGB, ErbbauVO, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG, Band I, 11. Auflage 2004, Aschendorff Rechtsverlag: Köln 2004.

Ernst, Wolfgang, Sachmängelhaftung und Gefahrtragung, Abgrenzungen und Wechselwirkungen in der Dynamik des Vertragsvollzugs, in: Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, hrsg. von Theodor Baums und Johannes Wertenbruch in Gemeinschaft mit Marcus Lutter und Karsten Schmidt, Verlag Mohr Siebeck: Tübingen 2006, S. 165-237.

Esser, Josef / Schmidt, Eike, Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 1, Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen, Ein Lehrbuch, 8. Auflage 1995, C.F. Müller Verlag: Heidelberg.

Faust, Florian, Grenzen des Anspruchs auf Ersatzlieferung bei der Gattungsschuld, in: ZGS 2004, S. 252-258.

Fest, Timo, Kann der Käufer Ersatzlieferung verlangen, wenn die geschuldete Leistung vor Übergabe untergeht?, in: ZGS 2005, S. 18-21.

Fikentscher, Wolfgang / Heinemann, Andreas, Schuldrecht, 10. Auflage 2006, Verlag De Gruyter Recht: Berlin.

- Flume, Werner**, Eigenschaftsirrtum und Kauf, Regensberg'sche Verlagsbuchhandlung: Regensburg, Münster 1948.
- Gernhuber, Joachim**, Das Schuldverhältnis, Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen, hrsg. von Joachim Gernhuber, Band 8, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck): Tübingen 1989.
- Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen, hrsg. von Joachim Gernhuber, Band 3, 2. Auflage 1994, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck): Tübingen.
- Giesen, Richard**, Verhältnis des Verzögerungsschadens zum Schaden statt der Leistung, in: Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, hrsg. von Theodor Baums und Johannes Wertenbruch in Gemeinschaft mit Marcus Lutter und Karsten Schmidt, Verlag Mohr Siebeck: Tübingen 2006, S. 263-289.
- Gillig, Franz-Peter**, Nichterfüllung und Sachmängelgewährleistung, Ein Beitrag zum System der Vertragshaftung, Diss. Universität Tübingen 1983, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck): Tübingen 1984.
- Graue, Eugen Dietrich**, Die mangelfreie Lieferung beim Kauf beweglicher Sachen, Verlagsgesellschaft »Recht und Wirtschaft«: Heidelberg 1964.
- Grigoleit, Hans Christoph / Herresthal, Carsten**, Grundlagen der Sachmängelhaftung im Kaufrecht, in: JZ 2003, S. 118-127.
- Haas, Lothar / Medicus, Dieter / Rolland, Walter / Schäfer, Carsten / Wendtland, Holger**, Das neue Schuldrecht, Verlag C.H. Beck: München 2002.
- Harke, Jan Dirk**, Schadensersatz und Nacherfüllung, in: ZGS 2006, S. 9-11.
- Herberger, Klaus**, Rechtsnatur, Aufgabe und Funktion der Sachmängelhaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Verlag Duncker & Humblot: Berlin 1974.
- Hirsch, Christoph**, Schadensersatz statt der Leistung, in: Jura 2002, S. 289-298.
- Hofmann, Christian / Pammler, Sebastian**, Die Rechte des Käufers vor Übergabe bei unbehebbarem Mangel des Kaufgegenstandes, in: ZGS 2004, S. 91-95.
- Huber, Peter**, Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht, in: NJW 2002, S. 1004-1008.
- Huber, Peter / Faust, Florian**, Schuldrechtsmodernisierung, Einführung in das neue Recht, Verlag C.H. Beck: München 2002.
- Huber, Ulrich**, Zur Konzentration beim Gattungskauf, in: Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag am 24. Dezember 1975, hrsg. von Werner Flume, Peter Raisch, Ernst Steindorff, Verlag Duncker & Humblot: Berlin 1975, S. 327-354.
- Zur Haftung des Verkäufers wegen positiver Vertragsverletzung, in: AcP 177 (1977), S. 281-348.
 - Leistungsstörungen, Empfiehlt sich die Einführung eines Leistungsstörungenrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetzes? Welche Änderungen im Gesetzestext und welche praktischen Auswirkungen im Schuldrecht würden sich dabei ergeben?, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des

Schuldrechts, Band I, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft: Köln 1981, S. 647-949.

- Leistungsstörungen, Band I, Die allgemeinen Grundlagen – Der Tatbestand des Schuldnerverzugs – Die vom Schuldner zu vertretenden Umstände, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen, hrsg. von Joachim Gernhuber, Band 9/1, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck): Tübingen 1999.
- Leistungsstörungen, Band II, Die Folgen des Schuldnerverzugs, Die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellung, hrsg. von Joachim Gernhuber, Band 9/2, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck): Tübingen 1999.
- Die Pflichtverletzung als Grundtatbestand der Leistungsstörung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, in: ZIP 2000, S. 2273-2284.
- Die Schadensersatzhaftung des Verkäufers wegen Nichterfüllung der Nacherfüllungspflicht und die Haftungsbegrenzung des § 275 Abs. 2 BGB neuer Fassung, in: Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, hrsg. von Ingeborg Schwenzer und Günter Hager, Verlag Mohr Siebeck: Tübingen 2003, S. 521-567.

Jaensch, Michael, Die Störung der Nacherfüllung im Kaufrecht, in: Jura 2005, S. 649-655.

Jakobs, Horst Heinrich, Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht, Zur Ordnung des Rechts der Leistungsstörungen im BGB und nach Einheitlichem Kaufrecht, Verlag Ferdinand Schöningh: Paderborn, München, Wien, Zürich 1985.

Jansen, Nils, Gewährleistung trotz Annahmeverzugs und Untergangs der Kaufsache?, in: ZIP 2002, S. 877-880.

Jansen, Nils, Nochmals: Gewährleistung trotz Annahmeverzugs und Untergangs der Kaufsache?, Replik zu *Lamprecht*, ZIP 2002, 1790, in: ZIP 2002, S. 1794.

Jauernig, Othmar, Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Kommentar, 12. Auflage 2007, Verlag C.H. Beck: München.

Kaser, Max / Knütel, Rolf, Römisches Privatrecht, 17. Auflage 2003, Verlag C.H. Beck: München.

Kirchhof, Roland, Der Übergang vom Nachlieferungs- und Nachbesserungsanspruch zu Rücktritt bzw. Wandlung beim Kauf, in: NJW 1970, S. 2052-2055.

Knöpfle, Robert, Zur Problematik des subjektiven Fehlerbegriffs im Kaufrecht, in: JZ 1978, S. 121-128.

- Subjektiver Fehlerbegriff und Gleichbehandlung von Schlechtlieferung und Falschlieferung beim Gattungskauf, JZ 1979, S. 11-16.
- Liegt ein Rechtsmangel vor, wenn der Verkäufer dem Käufer das Eigentum nicht verschafft?, in: NJW 1991, S. 889-890.

Knütel, Christian, Die Schwäche der »konkreten« und »abstrakten« Schadensberechnung und das positive Interesse bei der Nichterfüllung, in: AcP 202 (2002), S. 555-606.

- Köhler, Helmut**, Grundfälle zum Gewährleistungsrecht bei Kauf, Miete und Werkvertrag, in: JuS 1979, S. 496-500.
- Kohler, Josef**, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Vermögensrecht, Erster Teil: Schuldrecht, Carl Heymanns Verlag: Berlin 1906.
- Korintenberg, Werner**, Abschied von der Gewährleistung, Heft 1/2, Die rechtspolitische Großtat der ädilizischen Rechtsbehelfe vor 2000 Jahren und heute, Rechtswissenschaftliche Arbeiten aus dem Justizprüfungsamt Köln, Kölner Universitätsverlag Balduin Pick: Köln 1948.
- Lamprecht, Philipp**, Nochmals: Gewährleistung trotz Annahmeverzugs und Untergangs der Kaufsache?, Zum Abnahmeverweigerungsrecht des Käufers nach neuem Schuldrecht – zugleich Stellungnahme zu *Jansen*, ZIP 2002, 877, in: ZIP 2002, S. 1790-1793.
- Lange, Hermann / Schiemann, Gottfried**, Schadensersatz, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellung, hrsg. von Joachim Gernhuber, Band 1, 3. Auflage 2003, Verlag Mohr Siebeck: Tübingen.
- Langheineken, Paul**, Der verhaltene Anspruch, Sonderabdruck aus der Festgabe der Juristischen Fakultät der Universität Halle-Wittenberg für Wilhelm von Brünneck, Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses: Halle a.d.S. 1912.
- Larenz, Karl**, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil, 1. Halbband, 13. Auflage 1986, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung: München.
- Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 14. Auflage 1987, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung: München.
- Larenz, Karl / Canaris, Claus-Wilhelm**, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage 1995, Springer-Verlag: Berlin, Heidelberg, New York.
- Lettl, Tobias**, Die Falschlieferung durch den Verkäufer nach der Schuldrechtsreform, in: JuS 2002, S. 866-872.
- Lorenz, Stephan**, Schadensersatz wegen Pflichtverletzung – ein Beispiel für die Überhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform, in: JZ 2001, S. 742-745.
- Rücktritt, Minderung und Schadensersatz wegen Sachmängeln im neuen Kaufrecht: Was hat der Verkäufer zu vertreten?, in: NJW 2002, S. 2497-2505.
- Aliud, peius und indebitum im neuen Kaufrecht, in: JuS 2003, S. 36-40.
- Schadensersatz statt der Leistung, Rentabilitätsvermutung und Aufwendungsersatz im Gewährleistungsrecht, in: NJW 2004, S. 26-28.
- Nacherfüllungskosten und Schadensersatz nach »neuem« Schuldrecht – was bleibt vom »Dachziegel«-Fall?, in: ZGS 2004, S. 408-411.
- Schuldrechtsmodernisierung – Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002, in: Karlsruher Forum 2005, hrsg. von Egon Lorenz, Schriftenreihe der Zeitschrift Versicherungsrecht (VersR) Bd. 34 (2006), Verlag Versicherungswirtschaft: Karlsruhe.
- Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach, in: NJW 2005, S. 1889-1896.
- Einmal Vertretenmüssen – immer Vertretenmüssen? – Zum Verhältnis von Fristablauf und Vertretenmüssen beim Schadensersatz statt der Leistung, in: Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, hrsg. von Theodor

Baums und Johannes Wertenbruch in Gemeinschaft mit Marcus Lutter und Karsten Schmidt, Verlag Mohr Siebeck: Tübingen 2006, S. 423-435.

- Arglist und Sachmangel – Zum Begriff der Pflichtverletzung in § 323 V 2 BGB, in: NJW 2006, S. 1925-1927.
- Grundwissen-Zivilrecht: Was ist eine Pflichtverletzung (§ 280 I BGB)?, in: JuS 2007, S. 213-215.

Lorenz, Stephan / Riehm, Thomas, Lehrbuch zum Neuen Schuldrecht, Verlag C.H. Beck: München 2002.

Mankowski, Peter, Die Anspruchsgrundlage für den Ersatz von »Mangelfolgeschäden« (Integritätsschäden), in: JuS 2006, S. 481-487.

Maultzsch, Felix, Zum zeitlichen Anwendungsbereich der kauf- und werkvertraglichen Mängelrechte am Beispiel der §§ 439 Abs. 3, 635 Abs. 3 BGB, in: ZGS 2003, S. 411-418.

Medicus, Dieter, Die konkretisierte Gattungsschuld, in: JuS 1966, S. 297-306.

- Bürgerliches Recht, Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 18. Auflage 1999, Carl Heymanns Verlag: Köln, Berlin, Bonn, München 1999.
- Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 16. Auflage 2005, Verlag C.H. Beck: München.
- Schuldrecht II, Besonderer Teil, Ein Studienbuch, 10. Auflage 2000, Verlag C.H. Beck: München.
- Schuldrecht II, Besonderer Teil, Ein Studienbuch, 13. Auflage 2006, Verlag C.H. Beck: München.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Amtliche Ausgabe, Verlag von J. Guttentag: Berlin und Leipzig 1888.

Müller-Laube, Hans-Martin, Teilzahlungskredit und Umsatzgeschäft, Ein Beitrag zur Lehre vom atypischen Vertrag, Diss. Universität Würzburg 1972, Nomos Verlagsgesellschaft: Baden-Baden 1973.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Verlag C.H. Beck: München

- Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 5. Auflage 2007.
- Band 3, Schuldrecht, Besonderer Teil I, §§ 433-606, Finanzierungsleasing, Verbraucherkreditgesetz, Haustürwiderrufgesetz, Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht, Gesetz zur Regelung der Miethöhe, Heizkostenverordnung, 3. Auflage 1995.
- Band 3, Schuldrecht, Besonderer Teil I, §§ 433-610, Finanzierungsleasing, HeizkostenV, BetriebskostenV, CISG, 5. Auflage 2008, Verlag C.H. Beck: München 2008.

Musielak, Hans-Joachim, Die Falschlieferung beim Stückkauf nach dem neuen Schuldrecht, in: NJW 2003, S. 89-92.

- Oechsler, Jürgen**, Schuldrecht, Besonderer Teil, Vertragsrecht, Verlag Franz Vahlen: München 2003.
- Oertmann, Paul**, Die Geschäftsgrundlage, Ein neuer Rechtsbegriff, A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl: Leipzig, Erlangen 1921.
- Oetker, Hartmut / Maultzsch, Felix**, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Auflage 2007, Springer-Verlag: Berlin, Heidelberg.
- Palandt, Otto**, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz (Auszug), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), BGB-Informationspflichten-Verordnung, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsverordnung, Wohnungseigentumsgesetz, Hausratsverordnung, Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz (Artikel 1), 67. Auflage 2008, Verlag C.H. Beck: München.
- Pammler, Sebastian**, Zum Ersatzlieferungsanspruch beim Stückkauf, in: NJW 2003, S. 1992-1994.
- Peters, Frank**, Kein gesetzlicher Nachbesserungsanspruch des Käufers?, in: JZ 1978, S. 92-98.
- Petersen, Jens**, Die Nacherfüllung, in: Jura 2002, S. 461-464.
- Pieper, Helmut**, Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, in: JuS 1962, S. 409-417.
- Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz**, II. Band, 1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil), §§ 241-432, 4. Auflage 1914, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung: Berlin.
- Raape, Leo**, Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf, in: AcP 150 (1949), S. 481-506.
- Reinicke, Dietrich / Tiedtke, Klaus**, Kaufrecht – einschließlich Abzahlungsgeschäfte, AGB-Gesetz, Eigentumsvorbehalt, Factoring, finanzierte Kaufverträge, Haustürgeschäfte, Leasing, Pool-Vereinbarungen, Produzentenhaftung, Timesharing, UN-Kaufrecht und Verbraucherkreditgesetz, 6. Auflage 1997, Verlag Hermann Luchterhand: Neuwied, Kriftel, Berlin.
- Kaufrecht – einschließlich Abzahlungsgeschäfte, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Eigentumsvorbehalt, Factoring, Fernabsatzverträge und elektronischer Geschäftsverkehr, finanzierte Kaufverträge, Haustürgeschäfte, Leasing, Pool-Vereinbarungen, Produzentenhaftung, Teilzeit-Wohnrechteverträge (Timesharing), UN-Kaufrecht und Verbrauchsgüterkaufverträge, 7. Auflage 2004, Luchterhand Verlag: München.
- Riemenschneider, Hermann**, Die Stellung des Gattungsschuldners und Gattungsgläubigers nach der Lehre von der Schuldbeschränkung, Diss. Universität Göttingen 1936, Dissertations-Verlag G.H. Nolte: Düsseldorf 1936.
- Sandrock, Otto**, Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht, Methodologische Untersuchungen zur Rechtsquellenlehre im Schuldvertragsrecht, Wissenschaftliche Abhandlungen der Arbeits-

gemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Band 35, Westdeutscher Verlag: Köln und Opladen 1966.

Schapp, Jan, Empfiehlt sich die »Pflichtverletzung« als Generaltatbestand des Leistungsstörungenrechts?, in: JZ 2001, S. 583-589.

Scheuren-Brandes, Christoph M., Fehlendes Eigentum des Verkäufers – Rechtsmangel oder Unmöglichkeit? – Zugleich Anmerkung zu OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.9.2004 – 8 U 97/04, ZGS 2004, 477, in: ZGS 2005, S. 295-299.

Schroeter, Ulrich G., Das Recht zur zweiten Andienung im System des Schuldrechts, in: AcP 207 (2007), S. 28-63.

Schubel, Christian, Das neue Kaufrecht, in: Examenswissen zum neuen Schuldrecht, hrsg. von Martin Schwab und Carl-Heinz Witt, Schriftenreihe der Juristischen Schulung, Band 159, S. 163-276.

Schur, Wolfgang, Der Anspruch des Käufers auf Schadensersatz wegen eines Sachmangels, in: ZGS 2002, S. 243-248.

– Schadensersatz wegen Verzögerung der Nacherfüllung und Schlechtleistung im Kaufrecht, in: JA 2006, S. 223-228.

Soergel, Hans Theodor / Siebert, Wolfgang, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kohlhammer-Kommentar, Band 2, Schuldrecht I (§§ 241-610), 10. Auflage 1967, Verlag W. Kohlhammer: Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz.

Soergel, Hans Theodor, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 3, Schuldrecht II (§§ 433-515), AGB-Gesetz, AbzG, EAG, EKG, UN-KaufAbk, 12. Auflage 1991, Verlag W. Kohlhammer: Stuttgart, Berlin, Köln.

Staudinger, Julius von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen.

– Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zu §§ 241 ff., §§ 241-243 (Einleitung zum Schuldrecht, Treu und Glauben), Neubearbeitung 2005, Verlag Sellier – de Gruyter: Berlin.

– Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-314, Neubearbeitung 2001, Verlag Sellier - de Gruyter: Berlin.

– Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), Neubearbeitung 2004, Verlag Sellier – de Gruyter: Berlin.

– Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 315-326 (Leistungsstörungenrecht II), Neubearbeitung 2004, Verlag Sellier – de Gruyter: Berlin.

– Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 433-534, Dreizehnte Bearbeitung 1995, Verlag Sellier – de Gruyter: Berlin.

– Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 433-487; Leasing, (Kaufrecht und Leasingrecht), Neubearbeitung 2004, Verlag Sellier – de Gruyter: Berlin.

Süß, Theodor, Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel, Ein dogmatischer Beitrag zur Lehre von der Gewährleistung, A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl: Leipzig 1931.

- Thier, Andreas**, Aliud- und Minus-Lieferung im neuen Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, in: AcP 203 (2003), S. 399-428.
- Tiedtke, Klaus / Schmitt, Marco**, Die Falschlieferung durch den Verkäufer, in: JZ 2004, S. 1092-1100.
- Der Anwendungsbereich des kaufrechtlichen Schadensersatzes statt der Leistung nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 BGB, in: BB 2005, S. 615-624.
- Wieacker, Franz**, Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, 21. Januar 1965, hrsg. von Rolf Dietz und Heinz Hübner, Band I, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung: München und Berlin 1965, S. 783 – 813.
- Wiese, Volker**, Der Rückgewähranspruch des Verkäufers bei aliud- und sonstig mangelhaften Lieferungen, Ein Lösungsansatz jenseits des Bereicherungsrechts, in: AcP 206 (2006), S. 902-945.
- Wilmowsky, Peter von**, Pflichtverletzung im Schuldverhältnis – Die Anspruchs- und Rechtsgrundlagen des neuen Schuldrechts -, in: JuS 2002, Beilage zu Heft 1/2002, S. 1-31.
- Zitelmann, Ernst**, Irrtum und Rechtsgeschäft, Eine psychologisch-juristische Untersuchung, Verlag von Duncker & Humblot: Leipzig 1879.
- Zitelmann, Ernst**, Nichterfüllung und Schlechterfüllung, in: Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Paul Krüger zum Doktor-Jubiläum, Verlag Weidmannsche Buchhandlung: Berlin 1911, S. 265-281.

