

Zustandekommen des Kaufvertrags

Für das Zustandekommen des Kaufvertrags ist, wie bei allen Verträgen, eine Einigung der Parteien über die wesentlichen Vertragsbestandteile erforderlich und es dürfen keine Nichtigkeitsgründe eingreifen.

- Einigung über Hauptleistungspflichten: Die Parteien müssen sich darüber einigen, dass ein **Kaufgegenstand** gegen **Zahlung eines Kaufpreises** übertragen werden soll.
- Unmittelbar betrifft **§ 433** nur den **Kauf von Sachen**.
Sachen i.S.d. Gesetzes sind körperliche Gegenstände. Unter Sachen sind sowohl bewegliche Sachen als auch Grundstücke zu verstehen. Tiere, § 90 a, werden, soweit keine Sondervorschriften eingreifen, wie Sachen behandelt.
- Gem. **§ 453 I** finden die Vorschriften über den Kauf von Sachen auf den **Kauf von Rechten** und sonstigen Gegenständen entsprechende Anwendung.
- Nach **§ 480** finden auf den **Tausch** die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung.
- Gem. **§ 650** finden auf einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat, die Vorschriften über den Kauf Anwendung (**Werklieferungsvertrag**).
- Der **Kaufpreis**: Die Kaufpreiszahlung muss grds. in **bar** erfolgen, d.h. durch Übereignung von Geldscheinen und -stücken.

Die Vereinbarung oder Gestattung bargeldloser Zahlung ist in der Praxis weitestgehend üblich. Eine Gestattung liegt insbes. in der Angabe der Kontonummer auf der Rechnung oder Annahme der Bank-, Geld- oder Kreditkarte. Erfüllung tritt erst mit der Gutschrift auf dem Konto des Verkäufers ein.

Regelungen der Preisgefahr in § 446

Die Preisgefahr geht über, wenn

- dem Käufer die **Kaufsache übergeben worden ist** und dann bei ihm die Unmöglichkeit eintritt, **§ 446 S. 1** (Grund: Er hat dann die tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache), oder
- der Käufer bei Eintritt der Unmöglichkeit in **Annahmeverzug ist, § 446 S. 3**, der Käufer also die angebotene, in vertragsgemäßem Zustand befindliche Sache nicht annimmt (vergleichbare Regelung in § 326 II 1).

Aufbauschema für den Übergang der Preisgefahr nach § 447

I. Voraussetzung

1. § 447 muss anwendbar sein. **Die Vorschrift gilt beim Verbrauchsgüterkauf** nur sehr eingeschränkt, vgl. 475 II, III 2.
2. Versendung an einen **anderen Ort** als den **Erfüllungsort**: Erfüllungsort ist der Ort der Vornahme der Leistungshandlung. Dies ist bei fehlender abweichender Vereinbarung der Wohnsitz oder die Niederlassung des Schuldners (§ 269), also des Verkäufers. Nach h.A. ist § 447 anwendbar, wenn ein innerörtlicher Transport erfolgt.
3. Die Versendung muss „**auf Verlangen des Käufers**“ erfolgen.
4. Auslieferung der Sache durch den Verkäufer an die **Transportperson**.
5. § 447 erfasst nur den **zufälligen** (also von keiner Partei zu vertretenden) Untergang, da die Vorschrift die Vergütungsgefahr regelt.
6. Außerdem muss sich nach h.M. eine typische Transportgefahr realisieren.

II. Rechtsfolge: Mit der Auslieferung der Sache

- geht die **Preisgefahr** auf den Käufer über;
- tritt gem. § 243 II **beim Gattungskauf Konkretisierung** ein, da der Verkäufer das seinerseits Erforderliche getan hat.

Lieferung einer anderen Sache (aliud) oder einer zu geringen Menge, § 434 III

- Die Vorschrift gilt unstreitig für den **Gattungskauf** und nach h.M. auch für den **Stückkauf**.
- Eine Minderlieferung liegt nur vor, wenn der Verkäufer mit der Lieferung der zu geringen Menge **seine ganze Leistungsverpflichtung erfüllen wollte**, ansonsten gilt § 266 und damit Nichterfüllungsrecht.
- Liefert der Verkäufer **zu viel** oder etwas **besseres**, so ist zu differenzieren:
 - Erkennt der Käufer das Versehen des Verkäufers, so liegt schon vom Empfängerhorizont (§§ 133, 157) des Käufers keine Erfüllung vor, da keine Tilgungsbestimmung gegeben ist.
 - Erkennt der Käufer das Versehen nicht, so liegt aus seiner Sicht eine Erfüllung des Kaufvertrags vor. Der Verkäufer hat jedoch die Möglichkeit, die Tilgungsbestimmung gem. § 119 I anzufechten und dann die Sache gem. § 812 I 1 Alt. 1 zurückzufordern.Der Rückforderung steht auch nicht § 241 a entgegen, da es sich um keine „unbestellte Sache“ i.S.d. Vorschrift handelt.

Gefahrübergang

- **Maßgeblicher Zeitpunkt** für das Vorliegen eines Mangels ist der **Gefahrübergang**, § 434 I 1.
- Zeitpunkt des Gefahrübergangs bestimmt sich gem. §§ 446, 447. Beweispflichtig für den Mangel ist der Käufer. Umkehr der Beweislast bei Haltbarkeitsgarantie, § 443 II, und beim Verbrauchsgüterkauf, § 477 (☞ 75 f.).
⚠ § 447 II ist beim Verbrauchsgüterkauf nicht anwendbar, § 475 III 2.
- Bis zum Gefahrübergang ist bei Mängeln der verkauften Sache das Leistungsstörungsrecht des allgemeinen Schuldrechts anwendbar.

Ausschluss der Leistungspflicht nach §§ 439 IV, 275 II, 275 III

- Der **Schuldner** kann die **Leistung verweigern**, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem **groben Missverhältnis** zum Leistungsinteresse des Gläubigers steht, §§ 439 IV, 275 II.
- Nach §§ 439 III, 275 III kann der Schuldner die Leistung verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung der der Leistung entgegenstehenden Hindernisse mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers **nicht zugemutet werden kann**.
- Die Rechtsbehelfe sind als **Einreden** ausgestaltet und müssen daher vom Verkäufer (konkludent) erhoben werden. Umstritten ist, ob der Erfüllungsanspruch nach Erhebung der Einrede als einredebehafteter Anspruch bestehen bleibt oder ob er erlischt. Dies ist im Ergebnis bedeutungslos, da das Gesetz die Fälle des § 275 I–III gleich behandelt, vgl. § 275 IV.

Rechtsfolgen der Unmöglichkeit der Nacherfüllung

Die **Art der Nacherfüllung**, die unmöglich ist, **wird nicht geschuldet**, § 275 I. Bei § 275 II–III hat der Schuldner lediglich ein **Leistungsverweigerungsrecht**.

Liegen die Voraussetzungen des § 275 I–III bzgl. des **Nacherfüllungsanspruchs** vor, so geht der **Gegenleistungsanspruch** nicht automatisch unter, § 326 I 2. Er erlischt erst, wenn der Käufer

- gem. §§ 437 Nr. 2, 323, 326 V zurücktritt, nach §§ 437 Nr. 2, 441 mindert oder
- gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 283 bzw. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 Schadensersatz statt der Leistung oder Aufwendungsersatz (§ 284) verlangt.

Leistungsverweigerungsrecht des Verkäufers bei unverhältnismäßig hohen Kosten, § 439 IV

Nach § 439 IV kann der Verkäufer die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung unbeschadet der § 275 II u. III verweigern, wenn sie nur mit **unverhältnismäßig hohen Kosten möglich** ist. § 439 IV ist kein Ausschlussgrund, sondern nur ein **Leistungsverweigerungsrecht des Verkäufers**, sodass der Verkäufer sich auf die Voraussetzungen berufen muss.

Verweigern kann der Verkäufer „**die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung**“, d.h., das Verweigerungsrecht des Verkäufers bezieht sich nur auf die vom Käufer begehrte Art der Nacherfüllung (Nachbesserung oder Ersatzlieferung). Die Nacherfüllung kann er insgesamt verweigern, wenn beide Arten mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden sind.

- Für die Beurteilung der Frage, ob die gewählte Art der **Nacherfüllung** mit **unverhältnismäßigen Kosten** verbunden ist, sind insbes. der Wert (nicht Kaufpreis) der Sache im mangelfreien Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden kann, § 439 IV 2.
- Dies gilt nicht nur, wenn die vom Verkäufer gewählte Art der Nacherfüllung im Vergleich zu der anderen Art der Nacherfüllung unverhältnismäßige Kosten verursacht (S. 2 Alt. 3, sog. **relative Unverhältnismäßigkeit**), sondern auch dann, wenn die vom Käufer gewählte und die einzig mögliche Art der Nacherfüllung für sich allein schon unverhältnismäßige Kosten verursacht (sog. **absolute Unverhältnismäßigkeit**), wobei Bezugspunkte der Prüfung in diesem Fall der Wert der Sache im mangelfreien Zustand (S. 2 Alt. 1) und die Bedeutung des Mangels (S. 2 Alt. 2) sind. Der Ausschluss der verlangten Nacherfüllung gem. § 439 IV ist eine Einrede des Verkäufers, d.h., er muss sich auf sie berufen.

Rechtsfolgen der Nacherfüllung (Fortsetzung)

treffen, sodass auf die allgemeine Vorschrift zurückgegriffen werden kann. Danach sind in erster Linie die von den Parteien getroffenen Vereinbarungen entscheidend. Fehlen vertragliche Vereinbarungen, ist auf die jeweiligen Umstände, insbes. die Natur des Schuldverhältnisses, abzustellen. Insbes. bei großen Gegenständen, die der Käufer nicht selbst transportieren kann, kann sich aus den Umständen ergeben, dass der Ort der Nacherfüllung der Belegenheitsort der Sache ist.

■ **Kosten der Nacherfüllung, § 439 II**

Gem. § 439 II hat der Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbes. Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen.

■ **Rechtsfolgen bei Nachlieferung**

- Gem. § 439 V kann der Verkäufer vom Käufer Rückgewähr der mangelhaften Sache nach den Rücktrittsvorschriften verlangen.
- Zweifelhaft ist, ob der Käufer, der die mangelhafte Sache genutzt hat, im Fall ihrer Rückgabe dem Verkäufer **Nutzungsersatz** zu leisten hat. Nach § 439 V kann der Verkäufer im Fall der Neulieferung zum Zweck der Nacherfüllung vom Käufer Rückgewähr der mangelhaften Sache „nach Maßgabe der §§ 346–348“ verlangen.

Für den Verbrauchsgüterkauf hat der Gesetzgeber in § 475 III 1 geregelt, dass Nutzungen nicht herauszugeben der durch ihren Wert zu ersetzen sind. Da der Gesetzgeber sich für eine Regelung nur im Anwendungsbereich des Verbrauchsgüterkaufs entschieden hat, stellt er damit gleichzeitig klar, dass bei anderen Kaufverträgen Wertersatz für gezogene Nutzungen zu leisten ist.

Anwendungsbereich

§ 439 III gilt für alle Kaufverträge (nicht nur für Verbrauchsgüterkaufe) und unabhängig von der Art der Nach-
erfüllung (also bei Nachbesserung und Nachlieferung).

Voraussetzungen

- Sache eingebaut oder angebracht
 - 👉 Einbau von Fenstern in ein Haus, Befestigung von Fassadenteilen, Montage von Leuchten
- Gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck
(-), wenn Kaufsache durch Einbau entgegen ihrer funktionellen Bestimmung verwendet wird
- Kein Ausschluss wegen Kenntnis oder Kennenmüssen, § 439 III 2 i.V.m. § 442 I

Rechtsfolgen

- Kein Wahlrecht des Verkäufers zwischen Selbstvornahme und Aufwendungsersatz
- Kein „echtes“ Selbstvornahmerecht des Käufers, da kein Aufwendungsersatz für Mangelbeseitigung selbst
- Keine Verpflichtung des Verkäufers zur Selbstvornahme (str.)
- Ersatz der erforderlichen Aufwendungen
- Vorschusspflicht u. beschränktes Leistungsverweigerungsrecht des Verkäufers bei Verbrauchsgüterkauf, § 475 VI u. IV

Fristsetzung

Der Käufer muss dem Verkäufer eine **angemessene Frist zur Nacherfüllung** setzen. Dies ist eine **Aufforderung zur Nacherfüllung unter Hinzusetzen einer Frist**. Nach h.M. reicht dabei die Aufforderung zur unverzüglichen Leistung aus. Der Käufer muss keinen Zeitpunkt oder Zeitraum angeben, bis zu dessen Ablauf die Nacherfüllung vorgenommen werden muss. Die Angemessenheit der Frist bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls, wobei die Interessen beider Parteien zu berücksichtigen sind. Eine zu kurz bemessene Nachfrist setzt eine angemessene Frist in Gang.

Entbehrlichkeit der Fristsetzung

Die **Fristsetzung** ist **entbehrlich**, wenn

- der Schuldner die **Leistung ernsthaft** und **endgültig verweigert**, § 323 II Nr. 1;
- der Schuldner die Leistung zu einem im Vertrag **bestimmten Termin** oder innerhalb einer bestimmten Frist nicht bewirkt und der Gläubiger den Fortbestand seines Leistungsinteresses an die Rechtzeitigkeit der Leistung gebunden hat, § 323 II Nr. 2 (relatives Fixgeschäft);

Die Einhaltung der Leistungszeit muss nach dem Parteiwillen derart wesentlich sein, „dass mit der zeitgerechten Leistung das Geschäft stehen und fallen soll“. Klauseln wie „fix“, „genau“, „spätestens“ deuten auf einen solchen Willen hin.

- **besondere Umstände** vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen, § 323 II Nr. 3;
- die **Nacherfüllung unmöglich** ist, § 326 V;
- der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung gem. § 439 IV zu Recht **verweigert**, § 440 S. 1 Alt. 1;

Rechtsfolgen des Rücktritts

Die Rechtsfolgen des Rücktritts ergeben sich aus **§§ 346 f.** Der Rücktritt führt zu einer Umwandlung des Kaufvertrags in ein **Rückgewährschuldverhältnis**.

- Der Rücktritt führt zum **Erlöschen** der noch **nicht erfüllten vertraglichen Primärpflichten** und ist daher ein rechtsvernichtender Einwand gegen den Leistungsanspruch.
- Soweit die Leistungen bereits erbracht sind, begründet der Rücktritt die **Pflicht zur Rückgewähr**, § 346. Die empfangenen Leistungen sind in Natur zurückzugewähren sowie die gezogenen Nutzungen herauszugeben, § 346 I.
- Ein Anspruch auf **Wertersatz** ist gem. § 346 II 2 Nr. 1–3 in **drei Fällen** gegeben:
 - **Nr. 1**, wenn die Rückgewähr oder die Herausgabe nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen ist. Hinsichtlich des Nachlieferungsanspruchs war lange Zeit hochstreitig, ob der Käufer Nutzungersatz für die Nutzung der mangelhaften Sache gem. §§ 439 V, 346 leisten muss. Beim Verbrauchsgüterkauf ist jedenfalls kein Nutzungersatz zu leisten (§ 475 III 1). Beim Rücktritt ist hingegen auch beim Verbrauchsgüterkauf Nutzungersatz zu leisten, denn § 474 II 1 betrifft nur den Nachlieferungsanspruch.
 - **Nr. 2** begründet eine Wertersatzpflicht, soweit der Schuldner den empfangenen Gegenstand verbraucht, veräußert, belastet, verarbeitet oder umgestaltet hat.
 - Nach **Nr. 3** muss Wertersatz geleistet werden, wenn der empfangene Gegenstand sich verschlechtert hat oder untergegangen ist; es bleibt jedoch die durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstandene Verschlechterung außer Betracht (sog. Zulassungsschaden).

Mangelbeseitigung durch den Käufer

Str. ist, ob der Käufer einen Ersatzanspruch gegen den Verkäufer hat, wenn er den Mangel, ohne dem Verkäufer eine Frist zu setzen bzw. ohne den Fristablauf abzuwarten, selbst beseitigt. In Betracht kommen folgende Anspruchsgrundlagen:

- Ein Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer aus **§§ 437 Nr. 3, 280 I u. III, 283**.

Selbst wenn man Unmöglichkeit annimmt (str.), besteht kein Anspruch, da der Käufer die Unmöglichkeit selbst herbeigeführt hat. Der Verkäufer kann sich entlasten.

- Ein Anspruch aus **§§ 437 Nr. 3, 280 I u. III, 281** scheidet ebenfalls aus.

Geht man von einer nachträglichen Unmöglichkeit der Mangelbeseitigung aus, ist § 283 lex specialis. Selbst wenn man mit der Gegenansicht keine Unmöglichkeit annimmt, scheitert der Anspruch an der fehlenden Fristsetzung.

- Der Käufer kann auch nicht den Kaufpreis nach **§§ 346, 326 V, 323 I, 437 Nr. 2** herausverlangen.

Es fehlt an der Fristsetzung. Fraglich ist, ob diese nicht ausnahmsweise entbehrlich ist, da die Mangelbeseitigung unmöglich ist. Mit der Durchführung der Selbstvornahme durch den Käufer kann der Verkäufer seiner Pflicht zur Mangelbeseitigung nicht mehr nachkommen, da kein behebbarer Mangel mehr vorhanden ist. Gem. § 323 VI ist der Rücktritt jedoch ausgeschlossen, wenn der Gläubiger für den Umstand, welcher ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist.

- Auch eine Rückforderung eines Teils des Kaufpreises unter dem Gesichtspunkt der Minderung, **§§ 346, 441 IV, 437 Nr. 2**, scheidet mangels Fristsetzung aus.

- Ein Anspruch aus **§ 439 II** ist nicht gegeben, da diese Regelung nur den Fall betrifft, dass der Verkäufer die Nacherfüllung vornimmt. Ferner greift **§ 439 III** nicht, weil der Aufwendungsersatz nicht die Mangelbeseitigung selbst erfasst.

Die **Gewährleistung** (Nacherfüllung, Rücktritt, Minderung, Schadens- oder Aufwendungsersatz) kann ausgeschlossen sein

- durch **Rechtsgeschäft** oder
- kraft **Gesetzes**.

Rechtsgeschäftlicher Gewährleistungsausschluss

Die Gewährleistung kann durch **Individualvertrag**, durch **AGB** oder durch einseitigen **Verzicht** ausgeschlossen werden.

Gewährleistungsausschluss durch Individualvertrag

- Die Parteien können, wie sich aus **§ 444** ergibt, vereinbaren, dass dem Käufer die gesetzlichen Gewährleistungsrechte überhaupt nicht oder nur unter Einschränkungen zustehen sollen. Der Verkäufer kann sich jedoch auf die Vereinbarung nicht berufen, wenn er den **Mangel arglistig verschwiegen** hat (§ 43) oder eine **Garantie** für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat. Daneben gelten noch die allgemeinen Einschränkungen der §§ 134, 138, 242.
- Liegt ein **Verbrauchsgüterkauf** vor, verkauft also ein Unternehmer eine bewegliche Sache an einen Verbraucher, so ist vor Mitteilung des Mangels auch durch Individualvereinbarung nur eine Beschränkung des Schadensersatzanspruchs möglich, **§ 476 III**.

Gewährleistungsausschluss durch AGB

Ist die Gewährleistung durch AGB, die Vertragsbestandteil geworden sind, ausgeschlossen, so ist eine Inhaltskontrolle vorzunehmen, §§ 307–309.

- △ Zuerst ist § 309, dann § 308, dann § 307 zu prüfen. Im Kaufrecht sind insbes. **§ 309 Nr. 7 und Nr. 8** sowie **§ 307** von Bedeutung.

Gewährleistungsausschluss gem. §§ 442, 445

Die Gewährleistung ist gem. § 442 ausgeschlossen, wenn der Käufer bei Vertragsschluss den Mangel **kennt**. Bei **grob fahrlässiger Unkenntnis (§ 442)** sowie beim Verkauf einer Sache in einer **öffentlichen Versteigerung als Pfand (§ 445)** kann der Käufer Rechte wegen des Mangels nur geltend machen, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen (§ 43) oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat.

⚠ Gem. § 475 III 2 findet § 445 beim **Verbrauchsgüterkauf** keine Anwendung.

⚠ Zudem muss der Verkauf in einer **öffentlichen Versteigerung** aufgrund eines **wirksamen Pfandrechts** und unter der Bezeichnung als Pfand erfolgt sein. Die Regelung greift daher weder beim Selbsthilfeverkauf nach §§ 383, 373 HGB noch beim freihändigen Verkauf gem. § 1221.

Haftungsausschluss gem. § 377 HGB

Kommt der Käufer bei einem **beiderseitigen Handelskauf** seiner Untersuchungs- und Rügepflicht nicht nach, verliert er seine Gewährleistungsansprüche.

- Die **Rügepflicht** entsteht mit **Ablieferung der Ware**. Dem Käufer oder einem von ihm benannten Dritten muss die Sache so zugänglich gemacht worden sein, dass er sie auf ihre Beschaffenheit prüfen konnte.
- Der Käufer muss die Ware **unverzüglich nach der Ablieferung**, soweit dies im ordnungsgemäßen Geschäftsgang tunlich ist, **untersuchen** und eventuelle Mängel dem Verkäufer **unverzüglich anzeigen**. Haften der Sache **nicht erkennbare (versteckte) Mängel** an, so muss der Käufer unverzüglich nach der späteren Entdeckung des Mangels dem Verkäufer diesen anzeigen.
- Verletzt der Käufer die Untersuchungs- und Rügepflicht, so gilt die Ware als **genehmigt**.
- Dies gilt nicht bei Arglist des Verkäufers, § 377 V HGB.

Haftungsausschluss gem. § 242

Der Gewährleistungsanspruch kann gem. § 242 ausgeschlossen sein, wenn der Käufer vertragsuntreu ist.

👉 Der Käufer erklärt ungerechtfertigt die Anfechtung.

Gesetzliche Verjährungsfristen (Fortsetzung)

Änderung der Verjährungsfrist durch Neubeginn oder Hemmung (Fortsetzung)

- Die **Hemmung** der Verjährungsfrist bewirkt gem. § 209, dass die Frist angehalten wird, bis der Hemmungsgrund entfallen ist. Zur Hemmung der Verjährung führen insbes. die **Rechtsverfolgungsmaßnahmen** des § 204.
 - ⚠ Fraglich ist, welche Auswirkungen die **Nachbesserung** auf die Verjährung hat. Ein Reparaturversuch kann als **Anerkenntnis** „in anderer Weise“ zu werten sein mit der Folge des Neubeginns der Verjährung (§ 212 I Nr. 1). Andererseits kann die Reparatur nur als **Verhandlung** i.S.v. § 203 anzusehen sein, sodass die Verjährung gehemmt ist. Entscheidend sind nach h.M. die Umstände des Einzelfalls, wobei das Anerkenntnis nicht der Regelfall ist.

Rechtsgeschäftliche Abänderung der gesetzlichen Verjährungsfrist

- Die **Verlängerung** der Verjährungsfrist ist durch Vereinbarung der Parteien bis zu einer maximalen Frist von 30 Jahren möglich, § 202 II.
- **Verkürzung** der Verjährungsfrist:
 - Durch **Individualvereinbarung** kann die Verjährungsfrist grds. verkürzt werden. Eine solche Vereinbarung ist jedoch unwirksam, wenn der Verkäufer den Mangel kennt, **§ 202 I**.
 - In den **AGB** ist eine Verkürzung auf ein Jahr beim Verkauf neuer Sachen zulässig, **§ 309 Nr. 8 b) ff)**.
 - Beim **Verbrauchsgüterkauf** darf die Verjährungsfrist durch Individualvereinbarung oder AGB für alle Ansprüche außer Schadensersatzansprüche (§ 475 III) beim Kauf neuer Sachen nur auf zwei Jahre, bei gebrauchten Sachen nur auf ein Jahr verkürzt werden, **§ 476 II**.

Voraussetzungen eines Verbrauchsgüterkaufs, § 474

- Käufer ist **Verbraucher**, § 13
- Verkäufer ist **Unternehmer**, § 14
- Kaufgegenstand ist eine **bewegliche Sache**
- Keine **öffentliche Versteigerung** einer **gebrauchten Sache**, § 474 I 2
⚠ Internet-Online-Auktionen sind keine Versteigerungen.
- §§ 474 ff. finden **keine Anwendung** bei Kaufverträgen
 - **zwischen Verbrauchern** untereinander,
 - **zwischen Unternehmern** untereinander,
 - zwischen Verbrauchern auf Verkäuferseite und **Unternehmern auf Käuferseite**,
 - über **unbewegliche Sachen**, also bei Grundstückskaufverträgen oder beim Kauf von Wohnungen.

Verbraucher

- Natürliche Person
 - auch GbR (die nur aus natürlichen Personen besteht)
 - nicht OHG, KG (da diese kaufmännischen Zweck verfolgen)
 - nicht e.V. oder GmbH (da juristische Personen)

Voraussetzungen eines Verbrauchsgüterkaufs, § 474 (Fortsetzung)

Abgrenzungsprobleme Verbraucher/Unternehmer

- **Existenzgründer** sind nach h.M. Unternehmer (arg. ex. § 513).
- „**Dual-Use**“: Dient eine Anschaffung/Veräußerung sowohl privaten als auch beruflichen Zwecken (👉 gemischt genutzter Pkw), kommt es auf den **Schwerpunkt der Nutzung** an, vgl. § 13.
- Bei **Vorspiegelung der Unternehmereigenschaft** durch einen Verbraucher muss dieser sich wie ein Unternehmer behandeln lassen, § 242.

Bewegliche Sache

Es muss sich um eine **bewegliche Sache** handeln.

- Damit liegt kein Verbrauchsgüterkauf vor bei Grundstückskaufverträgen oder Kauf von Fernwärme, Wasser, Gas. Ob die Kaufsache **neu** oder **gebraucht** ist, ist nur bei §§ 475 II, 476 relevant.
- Wegen des Verweises auf das Kaufrecht in **§§ 650, 480** gelten die Vorschriften des Verbrauchsgüterkaufs auch bei Werklieferungs- und Tauschverträgen zugunsten des Verbrauchers.

Rechtsfolgen des Verbrauchsgüterkaufs

- Für den Fall eines Verbrauchsgüterkaufs hat der Käufer gemäß § 475 III 1 bei einer Nacherfüllung durch **Ersatzlieferung** abweichend zu §§ 439 IV, 346 f. gezogene **Nutzungen nicht herauszugeben oder deren Wert zu ersetzen**.
- Gemäß § 475 III 2 sind die **§§ 445** (Haftungsbegrenzung bei öffentlichen Versteigerungen) und **447 II** (Gefahrübergang beim Versandungskauf) nicht anwendbar.
- Der Verbrauchsgüterkauf hat auf die **Gewährleistungsrechte des Käufers** folgende Auswirkungen:
 - Gem. § 475 I kann vor Mitteilung des Mangels nicht von den §§ 433–435, 437, 439–443 zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden.
 - Die Gewährleistungsvorschriften finden auch bei Umgehungsgestaltungen Anwendung, § 475 I 2.
 - 👉 Bei den sog. Agenturgeschäften im Gebrauchtwagenhandel hat der Verbraucher daher Gewährleistungsansprüche ggü. dem Kfz-Händler, auch wenn dieser nur als Vermittler des Voreigentümers aufgetreten ist. Dies gilt allerdings nur, wenn der Händler tatsächlich die Chancen und Risiken des Geschäfts trägt.
 - Die **Verjährung** kann auch durch Individualvereinbarung bei neuen Sachen **nicht auf weniger als zwei Jahre** und bei gebrauchten Sachen auf **weniger als ein Jahr verkürzt** werden, **§ 475 II**.
 - Beweislastumkehr nach § 477
 - Es bestehen Sonderbestimmungen für Garantien, § 479.

Beweislastumkehr nach § 477

■ Vorliegen eines Sachmangels

- Die Beweislastumkehr greift nicht für Rechtsmängel ein. Gemeint sind negative Beschaffenheitsabweichungen i.S.d. § 434, die – unterstellt sie hätten im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen – einen Sachmangel begründet hätten.
- Problematisch ist die Behandlung von Sachmängeln, die in ihrer konkreten Gestalt bei Gefahrübergang nicht vorgelegen haben können, aber deren Ursache in einem **Grundmangel** bestehen könnte. Nach h.Lit. und EuGH wird auch ein „Grundmangel“ vermutet; ausreichend sei der Beweis der gegenwärtigen Mangelhaftigkeit, um die Vermutungswirkung auszulösen. Dieser Ansicht hat sich auch der BGH angeschlossen.

■ Sich zeigen = Erkennbarkeit des Mangels innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang

- Maßgeblich ist nur die Erkennbarkeit des Mangels; auf eine Anzeige des Mangels oder die Geltendmachung von Gewährleistungsrechten kommt es nicht an.
- Bei Ersatzlieferung beginnt die Frist nach h.M. neu, ebenso bei Nachbesserung hinsichtlich des konkret beseitigten Mangels.

■ Kein Ausschluss der Vermutung

- Unvereinbarkeit mit der Art der Sache
 - Vermutung gilt auch für gebrauchte Sachen und Tiere.
 - Vermutung gilt nicht für verderbliche Sachen.

Beweislastumkehr nach § 477 (Fortsetzung)

- Unvereinbarkeit mit der Art des Mangels
 - Vermutung gilt auch für Tierkrankheiten, es sei denn, eine bestimmte Inkubationszeit lässt Vermutung nicht zu.
 - Vermutung gilt auch für Mängel, die typischerweise jederzeit entstehen können, nicht aber für auffällige äußere Beschädigungen.
- **Keine Widerlegung der Vermutung durch den Verkäufer**

Anspruch auf Aufwendungsersatz, § 445 a I

- Anspruch aus § 445 a I gilt nur für **neu hergestellte** Sachen, da es für gebrauchte Sachen i.d.R. keine geschlossenen Vertriebswege gibt.
 - Kaufsache muss sowohl im **Verhältnis** zwischen **Lieferanten** und **Letztverkäufer** als auch im Verhältnis zwischen **Letztverkäufer** und **Endkunden** mangelhaft sein. Dazu muss sie bei Gefahrübergang auf den Käufer bzgl. desselben Fehlers einen Mangel aufweisen.
 - **Umfang des Ersatzes**
Nach § 445 a I ist nur der Aufwand ersatzfähig, den der (Letzt-)Verkäufer gem.
 - § 439 II (Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten) und
 - § 439 III (Aus- und Wiedereinbaukosten bzw. Kosten des Anbringens) und
 - § 475 IV (Aufwendungskosten in beschränkter Höhe) und
 - § 475 VI (Vorschussverpflichtung gegenüber Verbrauchern)zu tragen hatte, also **im Rahmen der Nacherfüllung** gegenüber dem Endkunden angefallen ist.
- ⚠ Während die Ansprüche aus § 439 II und § 439 III stets in Betracht kommen, kann dem Letztverkäufer ein Aufwand nach § 475 IV u. VI **nur** entstehen, wenn er mit dem Endkunden einen **Verbrauchsgüterkaufvertrag** abgeschlossen hat.

Entbehrlichkeit der Fristsetzung, § 445 a II

- Anders als § 445 a I statuiert § 445 a II **keine eigenständige Anspruchsgrundlage**, sondern eine Modifikation des Gewährleistungsrechts (sog. unselbstständiger Regress). Nach § 445 a II bedarf es für die Geltendmachung der Gewährleistungsrechte des Letztverkäufers gegen seinen Lieferanten aus § 437 Nr. 2 u. 3 einer sonst grds. nach den §§ 323 I, 441 I oder § 281 I erforderlichen Fristsetzung für Rücktritt, Minderung und Schadensersatz statt der Leistung nicht.
- § 445 a II gilt ebenso wie der Anspruch aus § 445 a I nur für den Verkauf **neu hergestellter Sachen**. Erforderlich ist außerdem, dass Letztverkäufer die Sache zurücknehmen musste oder Käufer den Kaufpreis gemindert hat. **Rücknahme oder Minderung** muss **Folge der Mangelhaftigkeit** sein und nicht aus Kulanz, aufgrund eines vereinbarten Rücktrittsrechts oder eines Widerrufsrechts nach § 355 erfolgen.
- Regress in der **unternehmerischen Lieferkette, § 445 a III**, wenn die Schuldner Unternehmer i.S.d. § 14 sind.
- **§ 445 b** statuiert **spezielle Verjährungsregelungen** für die Regressansprüche aus § 445 a
- Sonderbestimmungen für den Regress des Unternehmers enthält **§ 478**
- ⚠ § 478 gilt nur für den Fall, das Verbrauchsgüterkauf (§ 474 I) zwischen Letztverkäufer (Unternehmer) und Letztkäufer (Verbraucher) vorliegt

Inhalt des Werkvertrags

Die Parteien müssen sich darüber einigen, dass der Unternehmer zur **Herstellung** des versprochenen **Werkes** verpflichtet ist, **§ 631**.

Erforderlich ist die Einigung über Art und Umfang der Leistung. Die Parteien können sich auch über die **Höhe der Vergütung** einigen. Diese gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist, **§ 632**.

Gegenstand des Werkvertrags kann **jeder Erfolg** sein, z.B.

- die Herstellung einer **unbeweglichen Sache**,

Ist die Lieferung einer herzustellenden oder zu erzeugenden **beweglichen** Sache Vertragsgegenstand, liegt ein Werklieferungsvertrag vor, **§ 650**, und das Kaufrecht findet Anwendung.

- **Reparaturarbeiten** an beweglichen und unbeweglichen Sachen,

§ 650 findet nur Anwendung bei herzustellenden oder zu erzeugenden beweglichen Sachen.

- eine **geistige Tätigkeit**,

z.B. Erstellung eines Gutachtens, Baupläne eines Architekten

- **unkörperliche Arbeitserfolge**,

z.B. Durchführung einer Veranstaltung (Theater, Konzert), Beförderung von Personen oder Sachen

- **Erstellung von Individualsoftware**.

Wird Software für die individuellen Bedürfnisse des Kunden entwickelt oder Standardsoftware umfangreich an individuelle Bedürfnisse angepasst, ist das **Werkvertragsrecht** einschlägig. Beim Kauf von Standardsoftware ist hingegen das **Kaufrecht** (§§ 453, 433 ff.) anwendbar. Teilweise wird auf der Grundlage, dass der BGH zum alten Schuldrecht Software als Sache angesehen hat, bei der Erstellung von Individualsoftware ein Werklieferungsvertrag, § 650, angenommen.

- Bei einem **Werkvertrag** wird **ein Erfolg** geschuldet.
- Eine besondere Form des Werkvertrags ist in **§ 650** geregelt. Hat der Vertrag die Lieferung einer herzustellenden oder zu erzeugenden **beweglichen Sache** zum Gegenstand, so findet das Kaufrecht Anwendung. Ergänzend gilt das Werkvertragsrecht, sofern es sich um eine nicht vertretbare bewegliche Sache handelt.
- Bei einem **Dienstvertrag**, **§ 611**, wird kein Erfolg, sondern nur die **vertragsgemäße Bemühung** um den Erfolg geschuldet.
- Bei einem **Garantievertrag** wird auch ein Erfolg geschuldet, jedoch braucht im Unterschied zum Werkunternehmer der Garant keine Tätigkeit zu entfalten und kein Werk herzustellen.
- Beim **Kaufvertrag**, **§ 433**, wird zwar mit der Lieferung der Sache auch ein Erfolg geschuldet. Im Gegensatz zum Werkvertrag ist aber die Herstellung des Gegenstands nicht Vertragsinhalt.
- Der **Auftrag**, **§ 662**, unterscheidet sich vom Werkvertrag durch die Unentgeltlichkeit der Leistung.
- Beim **Geschäftsbesorgungsvertrag**, **§ 675**, geht es um entgeltliche Dienst- oder Werkleistungen, die in der selbstständigen Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen bestehen.
- Seit dem 01.01.2018 enthalten die §§ 650 a ff. besondere Werkverträge:
 - Bauvertrag, §§ 650 a–650 h
 - Verbraucherbauvertrag, §§ 650 i–650 n
 - Architektenvertrag und Ingenieurvertrag, §§ 650 p–650 t
 - Bauträgervertrag, §§ 650 u–650 v

Vergütung

- Besteller muss die **vereinbarte Vergütung** zahlen. Haben die Parteien einen Werkvertrag abgeschlossen und keine Einigung über die Vergütung erzielt, so ergibt sich aus § 632, dass die Vergütung als stillschweigend vereinbart gilt.
- Nach **§ 632 III** ist ein **Kostenanschlag** im Zweifel **nicht zu vergüten**.
Haben die Parteien eine abweichende Individualvereinbarung getroffen, greift § 632 III nicht ein. Nach h.M. kann eine abweichende Vereinbarung in **AGB** nicht getroffen werden.
- Der Unternehmer kann von dem Besteller für eine vertragsgemäß erbrachte Leistung eine **Abschlagszahlung, § 632 a**, verlangen.
- **Dingliche Sicherung des Vergütungsanspruchs:**
 - Der Unternehmer hat an den beweglichen Sachen des Bestellers, die aufgrund des Werkvertrags in seinen Besitz gelangt sind, gem. **§ 647** ein **gesetzliches Pfandrecht**, auf das gem. § 1257 die Vorschriften über das rechtsgeschäftlich erworbene Pfandrecht entsprechend anzuwenden sind.
Gehört die Sache nicht dem Besteller, kann nach h.M. das gesetzliche Pfandrecht nicht gutgläubig erworben werden, weil § 1257 ein bereits entstandenes Pfandrecht voraussetzt. Allerdings ist nach h.M. die (gutgläubige) Begründung eines rechtsgeschäftlichen Pfandrechts durch AGB zulässig.
 - Hat der Unternehmer ein Bauwerk oder Teile eines Bauwerks erstellt, so kann er für seine vertraglichen Forderungen die Einräumung einer **Sicherungshypothek** an dem Grundstück des Bestellers verlangen, **§ 650 e**.
Die Bestellung der Sicherungshypothek kann nach h.M. nicht verlangt werden, solange das Werk mangelhaft ist.
- Nach **§ 650 f** kann der Bauunternehmer **im erweiterten Umfang Sicherheitsleistungen** verlangen.

Abnahmepflicht des Bestellers, §§ 640, 646

- Nach § 640 ist der Besteller verpflichtet, das **vertragsgemäß hergestellte Werk abzunehmen**, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werks die Abnahme ausgeschlossen ist. **Abnahme** bedeutet grds. die körperliche Hinnahme des Werks verbunden mit der Anerkennung als vertragsgemäße Leistung.
- Der Abnahme steht es gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist, **§ 640 II (Abnahmefiktion)**. Ist der Besteller Verbraucher, sind die zusätzlichen Voraussetzungen gemäß § 640 II 2 zu beachten.
- Die Abnahme gem. § 640 wird durch die **Vollendung** nach **§ 646** ersetzt, wenn nach der Beschaffenheit des Werks die Abnahme ausgeschlossen ist.
 - 👉 Etwa bei einer Theateraufführung oder einem Rockkonzert
- **Rechtsfolgen der Abnahme:**
 - Der **Anspruch auf die Vergütung wird fällig**, § 641. Die Vergütung ist ab dem Zeitpunkt der Abnahme (-fiktion) zu verzinsen, § 641 IV.
 - Der allgemeine **Erfüllungsanspruch erlischt**; er konkretisiert und beschränkt sich auf die Mängelbeseitigung. Bei Mängeln im Zeitpunkt der Abnahme greifen die Mängelrechte aus § 634.
 - Nimmt der Besteller trotz **Kenntnis des Mangels** die Sache vorbehaltlos entgegen, so stehen ihm die in § 634 Nr. 1–3 bezeichneten Gewährleistungsrechte nicht zu.
- Die **Verjährung der Mängelansprüche** beginnt mit der Abnahme, **§ 634 a II**.
- Die **Beweislast wird umgekehrt**. Nach der Abnahme muss der Besteller beweisen, dass das hergestellte Werk mangelhaft ist. Nach § 644 I geht die Preisgefahr auf den Besteller über.

Prüfungsschema für den Nacherfüllungsanspruch, §§ 634 Nr. 1, 635

A. Voraussetzungen

I. Wirksamer **Werkvertrag**

II. Das Werk muss **bei Gefahrübergang** mit einem **Sach- oder Rechtsmangel, § 633**, behaftet sein.

Abweichend vom Kaufrecht, § 434 I 1, ist der für die Mangelfreiheit maßgebliche Zeitpunkt nicht im Gesetzestext festgelegt. Maßgeblicher Zeitpunkt ist jedoch auch im Werkvertragsrecht der Gefahrübergang, d.h. in der Regel die Abnahme, § 640.

B. **Kein Ausschluss oder Einschränkung** der Nacherfüllung (§§ 275 I–III, 635 III) oder der Gewährleistung (z.B. §§ 639, 640 III), 90

C. **Rechtsfolge**

Gem. § 635 kann der **Unternehmer** nach seiner Wahl den **Mangel beseitigen** oder ein **neues Werk herstellen**. Zudem hat er die erforderlichen Aufwendungen zu tragen, § 635 II. Bei Neuerstellung kann der Unternehmer das mangelhafte Werk gem. § 635 IV nach den Rücktrittsvorschriften (§§ 346 ff.) zurückverlangen.

D. Die **Verjährung** des Nacherfüllungsanspruchs richtet sich nach **§ 634 a**, 91.

Prüfungsschema für den Rücktritt des Bestellers, §§ 634 Nr. 3, 636


A. Voraussetzungen des Rücktrittsrechts

I. Wirksamer **Werkvertrag**

II. Werk muss **bei Gefahrübergang** mit einem **Sach- oder Rechtsmangel, § 633**, behaftet sein.

III. **Erfolgreicher Ablauf** einer dem Unternehmer gesetzten angemessenen **Frist** zur Nacherfüllung (§ 323 I) oder Entbehrlichkeit der Frist, §§ 636, 635 III, 323 II, 326 V. Auch hier kann als **Indiz** für den **Fehlschlag** nach § 636 die Regelung des § 440 S. 2 genommen werden.

B. Kein **Ausschluss** des Rücktrittsrechts

Zum einen kann das **Rücktrittsrecht** nach § 323 V 2 (unerheblicher Mangel) oder § 323 VI (zumindest weit überwiegende Verantwortlichkeit oder Annahmeverzug des Gläubigers), zum anderen die **Gewährleistung** insgesamt (z.B. nach § 640 III,  90) ausgeschlossen sein.

C. Die **Erklärung** des Rücktritts, **§ 349**, 25

D. Die **Rechtsfolgen** des Rücktritts, **§§ 346, 347**, 26 f.

E. Die **Unwirksamkeit** des Rücktritts gem. **§§ 634 a IV, 218**

Minderung durch den Besteller

- Liegen die **Voraussetzungen des Rücktritts** vor, so kann der Besteller wahlweise auch **mindern, § 638**. Ein Unterschied zum Rücktritt besteht darin, dass die Minderung **bei einem unerheblichen Mangel nicht ausgeschlossen** ist, § 638 I 2. Die Minderung ist ein einseitiges Gestaltungsrecht und wird durch Erklärung ausgeübt, § 638 I 1.
- Die Berechnung der Minderung ergibt sich aus § 638 III.
- Hat der Besteller mehr als die geminderte Vergütung gezahlt, so ist ihm der Mehrbetrag nach den Rücktrittsvorschriften zu erstatten, § 638 IV.

Ausschluss durch Vertrag

- Erfolgt der Gewährleistungsausschluss durch **Individualvereinbarung**, so kann der Unternehmer sich nicht darauf berufen, wenn er den **Mangel arglistig verschwiegen** hat oder eine **Garantie** für die **Beschaffenheit des Werkes** übernommen hat, **§ 639** (= § 444 im Kaufrecht).
- Bei einem Haftungsausschluss oder einer Haftungsbeschränkung durch **AGB** ist eine **Inhaltskontrolle gem. §§ 309–307** vorzunehmen. Wie im Kaufrecht sind insbes. § 309 Nr. 7 a) und b), § 309 Nr. 8 b) und § 307 relevant (☞ 46).

Ausschluss kraft Gesetzes

- Nach **§ 640 III** stehen dem Besteller die in § 634 Nr. 1–3 bezeichneten Rechte nicht zu, wenn er den **Mangel bei Abnahme kennt** und er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme nicht vorbehalten hat.
- **Nicht erwähnt** sind in **§ 640 III** die Rechte des Bestellers aus § 634 Nr. 4, also die Rechte, **Schadensersatz oder Aufwendungsersatz** zu verlangen. Daraus ergibt sich, dass der Besteller weiterhin Schadensersatz und Aufwendungsersatz verlangen kann, selbst wenn er den Mangel bei Abnahme kennt und sich die Rechte nicht vorbehalten hat.

Gem. § 650 finden auf einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender **beweglicher Sachen** zum Gegenstand hat, die Vorschriften über den Kauf Anwendung (Werklieferungsvertrag).

Handelt es sich dabei um eine **nicht vertretbare Sache**, so gelten **ergänzend** die Vorschriften des Werkvertragsrechts, **§§ 642, 643, 645, 649 u. 650**. Obwohl das Gewährleistungsrecht des Kaufrechts und des Werkvertragsrechts weitestgehend dadurch übereinstimmen, dass auf die allgemeinen Regeln verwiesen wird, bestehen folgende Unterschiede:

- Beim Kaufvertrag gelten die Regeln über den Verbrauchsgüterkauf, §§ 474 f.
- Im Kaufrecht hat bei der Nacherfüllung der Käufer das Wahlrecht, § 439, während beim Werkvertrag der Unternehmer wählen kann, §§ 634 Nr. 1, 635.
- Beim Werkvertrag hat der Besteller ein Selbstvornahmerecht, § 637 I.
- Die Verjährung der Mängelansprüche beim Werkvertrag ist in § 634 a geregelt und beträgt, wenn keine Ausnahme eingreift, drei Jahre. Im Kaufrecht richtet sich die Verjährung nach § 438 und beträgt, wenn keine Ausnahme eingreift, zwei Jahre.
- Die Gewährleistungsrechte gelten beim Kaufvertrag ab Übergabe und im Werkvertragsrecht ab Abnahme.
- Im Werkvertragsrecht besteht eine Vorleistungspflicht des Unternehmers, denn der Werklohn wird erst mit Abnahme fällig, § 641 I.