

TIM KASPER

Das Erfolgsrisiko des Verkäufers

Studien zum Privatrecht

68

Mohr Siebeck

Studien zum Privatrecht

Band 68



Tim Kasper

Das Erfolgsrisiko des Verkäufers

Zur Risikoverteilung beim Sachkauf
bei Lieferung mangelhafter Ware
unter besonderer Berücksichtigung
der Verteilung der Leistungsgefahr
im Rahmen der Nacherfüllung

Mohr Siebeck

Tim Kasper, geboren 1983, Studium der Rechtswissenschaften in Düsseldorf und Kapstadt; 2009 Erste Prüfung; wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Gewerblichen Rechtsschutz der Universität Düsseldorf; Referendariat im Bezirk des OLG Düsseldorf; 2014 Zweite Staatsprüfung; 2016 Promotion; derzeit rheinischer Notar-assessor.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT.

D 61

e-ISBN PDF 978-3-16-155137-6

ISBN 978-3-16-155058-4

ISSN 1867-4275 (Studien zum Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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

Das Buch wurde von epline in Neuffen gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Das vorliegende Werk stimmt im Wesentlichen mit der Dissertation überein, aufgrund derer ich nach Disputation am 21. September 2016 an der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf promoviert wurde. Literatur und Rechtsprechung wurden bis zum 25. August 2015 (Tag der Einreichung der Dissertation) berücksichtigt. Soweit die Arbeit der Projektgruppe „Gewährleistung und Garantie“ seitdem vorangeschritten ist, gehe ich hierauf gesondert im Nachwort ein. Voraus schicken möchte ich der Lektüre folgendes:

Wer wie ich seine rechtswissenschaftliche Ausbildung nach dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes begonnen hat, dem begegnen das „alte“ Schuldrecht, insbesondere dessen Allgemeiner Teil und das Kaufrecht, in weiten Teilen wie eine vergangene, fremde Rechtsordnung. Von diesem Standpunkt aus muss vieles, was älteren Juristengenerationen selbstverständlich erscheinen mag, zunächst mühsam erschlossen werden. Deshalb habe ich die Entstehungs- und Auslegungsgeschichte der im Mittelpunkt der Betrachtung stehenden schuldrechtlichen Regelungen und Regelungszusammenhänge in einer Ausführlichkeit und Tiefe untersucht und dargestellt, die dem noch zum „alten“ Schuldrecht ausgebildeten Juristen mitunter übertrieben oder sogar überflüssig vorkommen mag. Es darf allerdings bezweifelt werden, dass jeder, der das „alte“ Schuldrecht noch selbst gelernt und praktiziert hat, sich über das „Woher“ und „Warum“ der hier relevanten Regelungen und Regelungszusammenhänge wirklich im Klaren ist. Die Vorstellung, dass das Schuldrecht einer umfassenden „Modernisierung“ bedürfe, beruhte immerhin auch darauf, dass manches, was den Verfassern des Bürgerlichen Gesetzbuchs noch selbstverständlich gewesen war, nach dem Inkrafttreten des Gesetzes mehr und mehr in Vergessenheit geriet und am Ende des vorigen Jahrhunderts gerade nicht mehr (richtig) verstanden wurde.¹ Für den jüngeren Zivilrechtlicher ist eine umfangreiche und vertiefte Untersuchung des alten Schuldrechts auf jeden Fall ein Gewinn. Denn soweit der Reformgesetzgeber darum bemüht war, alte Streitfragen endlich eindeutig zu beantworten, setzt sich in vielen Zusammenhängen heute alter Streit fort.² Insoweit sind aktuelle Diskussionen nicht ohne Kenntnis

¹ Man denke nur an den Begriff der Unmöglichkeit der Leistung, die Abhängigkeit der Leistungsbefreiung des Schuldners von der Zufälligkeit der Unmöglichkeit und den Zusammenhang zwischen Unmöglichkeit und Verzug.

² Das liegt entweder daran, dass Neuregelungen unzureichend gefasst sind oder dass diejenigen, die schon vor der Reform anderer Ansicht waren, immer noch meinen, die besseren Argumente auf ihrer Seite zu haben.

der alten Rechtslage zu verstehen. Grundlagenkenntnis braucht es aber auch zur Bewältigung neuen Streitstoffs, den es zunächst einmal überhaupt zu erkennen gilt. Ihn liefern „echte“ Neuregelungen, mit denen der Gesetzgeber die Ziele einer „Modernisierung“ des Gesetzes – im Sinne der Kodifizierung bestimmter dogmatischer (Weiter-)Entwicklungen des Schuldrechts sowie der Anpassung seiner gesetzlichen Regelung an Veränderungen der Rechtspraxis – und der Umsetzung europarechtlicher Vorgaben vor allem zum Zwecke des Verbraucherschutzes angestrebt hat.

In Anbetracht dieser verschiedenen Zielrichtungen hilft es allerdings nicht immer weiter und ist mitunter sogar hinderlich, die „modernisierten“ Regelungen konsequent vom Standpunkt des „alten“ Schuldrechts aus erklären zu wollen. So sehr dies auch zu bedauern sein mag, hat die Reform nämlich gerade vor dem Hintergrund europäischer Vorgaben zum Verbraucherschutz beim Kauf auch Neuerungen gebracht, die sich in die hergebrachte Dogmatik gerade nicht bruchlos einfügen wollen.³ Auch soweit der Reformgesetzgeber aus eigenem Gestaltungswillen tiefgreifende Neuregelungen geschaffen hat, etwa durch die Bestimmung, dass der Verkäufer stets auch die Freiheit (und Beseitigung) von Sachmängeln als Leistung schuldet, und die konsequente Integration der „Mängelrechte“ des Käufers in das allgemeine Leistungsstörungenrecht, erfordert die Beantwortung vieler Fragen einen „Aufbruch zu neuem Denken“⁴, der demjenigen, der nicht vom alten Schuldrecht⁵ geprägt wurde, möglicherweise leichter fällt.⁶ Gerade aus der *Abgrenzung* zum alten Schuldrecht lassen sich hierfür Argumente ableiten. Wer dagegen im „alten Denken“ verharret, wird manche Veränderungen übersehen.

So erfordert es die Erweiterung der Verkäuferleistung und die Verknüpfung des Kaufrechts mit dem allgemeinen Schuldrecht, das hergebrachte Verständnis auch solcher gesetzlicher Regelungen des Kaufrechts, die von der Reform zumindest „äußerlich“ unberührt geblieben sind, zu hinterfragen. Hierzu gehört insbesondere die Verteilung der Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung des zur Erfüllung eingesetzten Stücks beim Sachkauf nach Maßgabe von § 446. Denn für eine Regelung, nach welcher der Verkäufer vor der eigentlichen Erfüllung ab einem bestimmten Stadium der Vertragsabwicklung, namentlich von

³ Man denke nur an die Diskussion über die Voraussetzungen, unter denen beim Kauf Ersatzlieferung verlangt werden kann, sowie über die Reichweite der Ersatzlieferungspflicht des Verkäufers, falls der Käufer die mangelhafte Sache eingebaut hat, und die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH, die den BGH das Mittel der „europarechtskonformen Rechtsfortbildung“ des § 439 Abs. 3 ergreifen ließ.

⁴ So der Untertitel des Aufsatzes von BITTER ZIP 2007, 1881 ff. zum „Nachlieferungsanspruch beim Stück-, Vorrats- und Gattungskauf in Sachmängelfällen sowie beim Untergang der Sache“.

⁵ Insbesondere vom Recht der Sachmängel beim Kauf als echter Sondermaterie gegenüber dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht und der unterschiedlichen Behandlung von Stück- und Gattungsschuld im Rahmen des Kaufrechts.

⁶ Wenn dagegen mehr als zehn Jahre nach der Reform verbreitet immer noch vom Gewährleistungsrecht die Rede ist, erschwert dies von vorneherein den Blick darauf, dass es beim Vorliegen eines Sachmangels beim Kauf im Wesentlichen um einen Fall der Nichterfüllung geht (was wiederum durch den Zentralbegriff der Pflichtverletzung im reformierten Leistungsstörungenrecht verschleiert wird).

der Übergabe der verkauften Sache an, so behandelt wird, als habe er die ihm obliegende Leistung bereits erfüllt und die Gegenleistung deshalb endgültig verdient, kann es nicht ohne Auswirkungen bleiben, dass die dem Verkäufer obliegende Leistung sich seit der Reform nicht mehr in der Übergabe (und Übereignung) eines bestimmten Stücks erschöpft, sondern nunmehr auch die Herstellung einer bestimmten Sachqualität einschließt.

Davon abgesehen, dass die Veränderung ihrer systematischen Rahmenbedingungen die Auslegung der tatbestandlichen Voraussetzungen der zentralen kaufrechtlichen Gefahrtragungsnorm entscheidend beeinflusst, auch wenn die Reform ihren Wortlaut weitgehend unverändert gelassen hat, darf nicht übersehen werden, dass das Thema der Zuweisung der Nachteile infolge des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung des zur Erfüllung eingesetzten Stücks durch die Erweiterung der Verkäuferleistung und die konsequente Normierung der Nacherfüllungspflicht eine neue, zusätzliche Facette erhalten hat, die das Gesetz überhaupt nicht gesondert regelt: Soweit Verschlechterung und Untergang zu Lasten des Verkäufers gehen, haben sie nämlich nicht mehr ausschließlich eine Verringerung oder den Ausschluss der Kaufpreisschuld des Käufers zur Folge (Preisgefahr), *ipso iure* oder vermittelt durch die Mängelrechte, sondern vorrangig eine Erhöhung des Aufwandes zur Erfüllung der Leistungspflicht des Verkäufers. Diese (Neu-)Verteilung der Leistungsgefahr erschließt sich jedoch nur indirekt aus den Vorschriften über die Nacherfüllung und aus deren Zusammenspiel mit den hergebrachten (ausdrücklichen) (Preis-)Gefahrtragungsregeln einerseits sowie andererseits den gesetzlichen Regelungen der „klassischen“ Mängelrechte (Minderung und Rücktritt, vormals Wandelung), die ihrerseits auch die Preisgefahr indirekt verteilen.

Um neue Regelungsthemen beschreiben und Lösungsvorschläge entwickeln zu können, muss das Alte bekannt sein. Hierzu wollte ich aber nicht bei einer Gegenüberstellung von altem und neuem Schuldrecht stehen bleiben. Denn das alte Schuldrecht in seiner kodifizierten Form ist ohne seine historischen Hintergründe kaum zu verstehen. Hinzu kommt, dass manche „Brüche“ zwischen dem alten und neuen Schuldrecht sich auch als Stufen einer kontinuierlichen Entwicklung begreifen lassen, wenn man den Blick weiter in die Vergangenheit richtet. Mir ist hierbei bewusst geworden, welchen Wert rechtshistorische Forschung hat und wo ich als Zivilrechtler an die Grenzen eigenen Könnens stoße. Bei der Darstellung rechtshistorischer Entwicklungen habe ich mich deshalb hauptsächlich auf Sekundärliteratur gestützt.

Herrn Professor Dr. Busche danke ich außer für die Erstellung des Erstgutachtens vor allem für die Freiheit, die er mir zum Anfertigen meiner Dissertation gelassen hat, solange ich an seinem Lehrstuhl beschäftigt war. Herrn Professor Dr. Loo-schelders danke ich für die freundliche Übernahme des Zweitgutachtens.

Besonderer Dank gilt Herrn RiOLG Michael Liepin. Als ich auf die Existenz und Aufgabe der Projektgruppe „Gewährleistung und Garantie“ aufmerksam

wurde, war meine Arbeit bereits weit vorangeschritten. Deshalb war ich froh, mit Herrn Liepin beim Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen einen hilfsbereiten, engagierten und interessierten Gesprächspartner zu haben. Der Austausch über die Arbeit der Projektgruppe hat meine Dissertation sehr bereichert und vor allem dabei geholfen, einen Schlusspunkt zu setzen.

Der Studienstiftung des Deutschen Volkes gilt mein Dank für die Förderung, die sie mir auch während meines Promotionsstudiums hat zuteilwerden lassen. Dem Freundeskreis der Düsseldorfer Juristischen Fakultät e.V. danke ich für die Zuerkennung seines Promotionspreises. Schließlich danke ich dem Verlag Mohr Siebeck für die Aufnahme dieses Werks in die Schriftenreihe „Studien zum Privatrecht“ und dem Förderungsfonds Wissenschaft der VG Wort für die Gewährung einer großzügigen Druckkostenzuschusses.

Bei vielen weiteren Menschen, vor allem aus dem Familien- und Freundeskreis, möchte ich mich herzlich dafür bedanken, dass sie mich beim Erarbeiten meiner Dissertation persönlich begleitet und unterstützt haben und viel Nachsicht mit mir hatten. Dies soll jedoch privaten Worten vorbehalten bleiben.

Düsseldorf, im Frühjahr 2017

Tim Kasper

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	1
1. Allgemeines zur Gefahrtragung	2
2. <i>Casum sentit dominus/res perit domino</i>	3
3. Gefahrtragung im Schuldverhältnis	8
B. Die Verteilung der Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung beim Kauf	27
I. Historischer Hintergrund: <i>periculum est emptoris</i>	32
1. Inhalt, Bedeutung und Reichweite der <i>periculum emptoris</i> -Regel	33
2. Die <i>periculum est emptoris</i> -Regel im gemeinen Recht	65
3. Kritik an der <i>periculum est emptoris</i> -Regel in der Theorie des Vernunftrechts	70
4. Zum Problem der Anwendung der gemeinrechtlichen <i>periculum est emptoris</i> -Regel beim Gattungskauf	94
5. Die Abkehr von der <i>periculum est emptoris</i> -Regel durch die moderne Gesetzgebung	106
II. Gefahrtragung beim Kauf nach dem BGB von 1900	110
1. Die Entscheidung für das gefahrtragungsrechtliche Traditionsprinzip	112
2. „Gewährleistung kraft Gefahrtragung“ im Zeitraum zwischen Vertragsschluss und Übergang der Preisgefahr	206
3. Literaturansichten zur <i>ratio legis</i> des § 446 Abs. 1 S. 1 a. F.	247
4. Diskussion der Auswirkungen von Sachmängeln auf die Gefahr- verteilung beim Kauf unter dem BGB von 1900	298
5. Zwischenergebnis zu den Auswirkungen von Sachmängeln auf die Gefahrverteilung beim Kauf nach dem BGB von 1900	421

III. Veränderungen der Gefahrtragung beim Kauf durch die Schuldrechtsreform 2002	425
1. <i>Erweiterung der Anforderungen an den Gefahrübergang infolge der Erweiterung des Leistungsbegriffs</i>	425
2. <i>Nacherfüllungspflicht und Leistungsgefahr („Nacherfüllungsgefahr“)</i> ...	444
3. <i>Zäsur-Momente für die Feststellung der Mangelhaftigkeit und die Befreiung des Verkäufers von dem Risiko nicht mangelbedingter Zufallsverschlechterungen</i>	453
4. <i>Folgerungen und Thesen</i>	471
5. <i>Sachliche Veränderungen des Rücktrittsfolgenrechts im Zuge der Schuldrechtsreform</i>	473
6. <i>Ersatzlieferungsgefahr</i>	524
7. <i>Nachbesserungsgefahr</i>	578
8. <i>Zuweisung der mit der Nachbesserung als solcher verbundenen Risiken</i>	629
9. <i>Abwendung des Übergangs jeglicher Gefahr durch Zurückweisung mangelhafter Ware</i>	665
C. Schluss	675
Anhänge	681
Nachwort	695
Literatur	697
Sachregister	721

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
1. <i>Allgemeines zur Gefahrtragung</i>	2
2. <i>Casum sentit dominus/res perit domino</i>	3
3. <i>Gefahrtragung im Schuldverhältnis</i>	8
a) Leistungsgefahr	11
i) Definition der Leistungsgefahr	11
ii) Regelung der Befreiung des Schuldners	13
iii) Sach(leistungs)gefahr	15
b) Gegenleistungsgefahr, insbesondere Preisgefahr	18
i) Definition der Gegenleistungsgefahr	18
ii) Rückabwicklungsgefahr	19
c) Regelungstechnik der Risikoverteilung, insb. zum „Übergang“ der Gefahr	21
d) Grundsatz der Schuldnergefahrtragung im Austauschvertrag als Verwirklichung des synallagmatischen Prinzips	22
i) Ausnahmsweise Gefahrübergang mit Eintritt des Annahmeverzugs.	23
ii) Im Allgemeinen reicht Vornahme der notwendigen Leistungshandlungen für Gefahrübergang nicht aus; Schuldner trägt Erfolgsrisiko	23
iii) Austausch von Leistungen aufgrund des Austauschs von Leistungsversprechen	24
B. Die Verteilung der Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung beim Kauf	27
I. Historischer Hintergrund: <i>periculum est emptoris</i>	32
1. <i>Inhalt, Bedeutung und Reichweite der periculum emptoris-Regel</i>	33
a) Das „Kaufleitbild“ des römischen Rechts	34
i) Kauf als realer Austausch „Ware gegen Geld“	34
ii) Kauf als Konsensualvertrag (<i>emptio venditio</i>)	37
b) Bedeutung und Reichweite der Käufergefahrtragung	40
i) Gefahrtragung des Käufers erst mit Kaufperfektion	41

ii)	Beschränkung der Käufergefahrtragung auf das <i>periculum vis maioris</i> durch die objektive <i>custodia</i> -Haftung des Verkäufers (<i>custodia venditoris</i>)	43
iii)	Ausnahmen	44
c)	Die <i>ratio</i> der <i>periculum emptoris</i> -Regel	47
i)	Historische Erklärungsversuche, Theorie von der „Barkauf-Nachwirkung“	50
ii)	„Entäußerungstheorie“ und Begründung der <i>periculum emptoris</i> -Regel mit dem Prinzip <i>casum sentit dominus</i>	52
iii)	„Theorie von der wechselseitigen Unabhängigkeit der Obligationen bei gegenseitigen Verträgen“	57
iv)	„Theorie der fingierten Erfüllung“	58
v)	„Verschuldenstheorie“	60
vi)	„Marktkauf-These“	62
vii)	Zwischenergebnis	64
2.	<i>Die periculum est emptoris-Regel im gemeinen Recht</i>	65
3.	<i>Kritik an der periculum est emptoris-Regel in der Theorie des Vernunftrechts</i>	70
a)	Maxime: <i>Res perit domino</i>	70
b)	Das synallagmatische Gefahrtragungsprinzip	72
i)	Entwicklung der Innominatrealkontrakte im römischen Recht	75
1)	Vorläufer im klassischen römischen Recht	76
2)	Nachklassische Entwicklungen	78
ii)	Vertragslehren der Kanonisten	80
iii)	Auseinandersetzung mit der Gefahrtragung bei den Innominalkontrakten in der Legistik	81
iv)	Theoretische Begründung der Gefahrtragung des Schuldners bei den Innominatkontrakten durch Donellus	84
v)	Vernunftrechtliche Theorien zu Rücktrittsrecht und Gefahrtragung beim Austauschvertrag	85
vi)	Einfluss des vernunftrechtlichen Synallagma-Denkens auf das positive Recht	91
4.	<i>Zum Problem der Anwendung der gemeinrechtlichen periculum est emptoris-Regel beim Gattungskauf</i>	94
a)	Anerkennung des Gattungskaufs: Subordination des Gattungskaufs unter das Recht der <i>emptio venditio</i> durch die mittelalterliche Rechtswissenschaft	96
b)	Theorie und Praxis des gemeinen Rechts zur Gefahrtragung beim Gattungskauf	97
c)	Gefahrtragung beim Gattungskauf im jüngeren gemeinen Recht: Kontroverse zwischen der Ausscheidungs- und Lieferungstheorie	101
i)	Thöls Ausscheidungstheorie	101
ii)	v. Jherings Lieferungstheorie	102

d) Auswirkungen der Annahme mangelhafter Ware auf die Gefahrverteilung nach v. Jherings Lieferungstheorie?	104
5. <i>Die Abkehr von der periculum est emptoris-Regel durch die moderne Gesetzgebung</i>	106
II. Gefahrtragung beim Kauf nach dem BGB von 1900	110
1. <i>Die Entscheidung für das gefahrtragungsrechtliche Traditionsprinzip</i>	112
a) Die Entscheidung für die Grundregel der Schuldnergefahrtragung beim Austauschvertrag (synallagmatisches Gefahrtragungsprinzip)	112
b) Verpflichtung des Verkäufers zur Übergabe und Übereignung der verkauften Sache	116
i) Übergang vom Eviktions- zum Eigentumsverschaffungsprinzip	116
ii) Beibehaltung der Leistungspflicht zur Übergabe der verkauften Sache auch nach Übergang zum Rechtsverschaffungsprinzip	121
c) Die Beratung über die Gefahrtragung beim Kauf	122
i) Erste Kommission	123
1) Vorlage v. Kübels (Nr. 7, 1876)	124
(a) Begründung	124
(b) Zusammenfassung	132
2) Vorlage Nr. 32 zum Teilentwurf Obligationenrecht und Erster Entwurf	133
(a) Begründung	135
(b) Zusammenfassung	140
ii) Vorkommission des Reichsjustizamtes und Zweite Kommission	142
1) Begründung	142
2) Zusammenfassung	145
iii) Topoi der Gefahrverteilung nach dem BGB von 1900	146
1) Unmaßgeblichkeit der Eigentumslage als solcher	146
2) Maßgeblichkeit der Erfüllung der Leistungspflichten des Verkäufers: Eigentumsverschaffung und Übergabe	147
(a) Beim Grundstückskauf sei aufgrund des regelmäßigen Parteiwillens ausnahmsweise die Eigentumsübertragung ausreichend	148
(b) In jedem Fall müsse aus Billigkeitsgründen die Übergabe ausreichen	148
(c) Prinzipiell kommt es aber auf die Erfüllung der jeweiligen Leistungspflicht an	149
3) Übergabe-Prinzip als Kompromisslösung zwischen <i>periculum est emptoris</i> und <i>casum sentit dominus</i>	151
4) Rechtfertigung der kaufspezifischen Kompromisslösung im allgemeinen System der Gefahrverteilung beim gegenseitigen Vertrag	152
(a) Wirtschaftliche Betrachtungsweise	152

(b) Billigkeitserwägungen	153
(c) Regelmäßiger Parteiwille	153
(i) Maßgeblichkeit des typischen Parteiwillens für den Inhalt abstrakt-genereller dispositiver Regeln oder für die Abweichung hiervon?	154
(ii) Bedeutung der Gefahrtragungsregeln zur Begrenzung des privatautonomen Leistungsversprechens	156
(d) Ordnungsvorstellungen des Gesetzgebers, insbesondere Praktikabilitätserwägungen	158
5) Zwischenergebnis	160
d) Voraussetzung für die Realisierung der Preisgefahr beim Verkäufer: Keine Verpflichtung zur sachmangelfreien Leistung bzw. Mangelbeseitigung im Falle zufälliger Verschlechterung	162
i) Beim Stückkauf: Belastung des Käufers mit der Leistungsgefahr ab Vertragsschluss	163
1) Beweggründe der Verfasser des BGB von 1900 unklar	163
2) Ablehnung einer Nachbesserungspflicht als Folge der vertragsanfänglichen Belastung des Käufers mit der Leistungsgefahr?	166
3) Vertragsanfängliche Belastung des Käufers mit der Leistungsgefahr als Folge des Fehlens einer Nachbesserungspflicht des Verkäufers?	168
4) Zwischenergebnis	172
ii) Beim Gattungskauf: Anknüpfung des Übergangs der Leistungsgefahr an den Übergang der Preisgefahr	172
1) Dogmatisch zwingend: Übergang der Leistungsgefahr <i>spätestens</i> zur Zeit des Übergangs der Preisgefahr	173
2) Regelungsabsicht des historischen Gesetzgebers: Gemeinsamer Übergang von Leistungs- und Preisgefahr	174
(a) Anknüpfung nicht an die gesetzlichen Anordnungen des Übergangs der Preisgefahr, sondern an die tatbestandlichen Voraussetzungen derselben	175
(b) Zum Nebeneinander der Anordnung des Gefahrübergangs bei Annahmeverzug und der allgemeinen Regelung der Konkretisierung bei der Gattungsschuld	178
(c) Zwischenergebnis	182
(d) Bewertung dieser Regelung	182
3) Insbesondere zur Transmutation der Gattungs- zur Stückschuld als theoretische Grundlage des Übergangs der Leistungsgefahr	186
(a) Verwandlung zur Stückschuld als Voraussetzung der Unmöglichkeit der Leistung bei Untergang eines speziellen Stücks	187

(b)	Bindung an Erfüllung mit konkretem Stück im Interesse des Gläubigers als Folge des Gefahrübergangs auf den Gläubiger (Ausgleich für Gefahrrentlastung des Schuldners)	188
(i)	Versendungskauf	188
(ii)	Annahmeverzug	188
(c)	Beschränkung des Schuldverhältnisses mit Blick auf die Gefahrtragung und Haftung ohne Verwandlung der Gattungsin eine Stückschuld	189
(i)	Annahmeverzug	189
(ii)	Versendungskauf	191
(iii)	v. Kübels Vorentwurf: „Fixierung der Obligation“ aus Zweckmäßigkeitserwägungen nur bei der Schickschuld, Gefahrübergang bei Annahmeverzug ohne Konkretisierung	192
(iv)	Umdeutung der „Fixierung“ in ein allgemein notwendiges Korrelat und schließlich in eine notwendige Voraussetzung des Gefahrübergangs bei der Gattungsschuld	194
(v)	Späte Einsicht	196
(d)	Folgerungen für die Regelungstechnik des Übergangs der Leistungsgefahr: Keine „Verwandlung“ der Gattungszur Stückschuld	197
(i)	Unmöglichkeit ohne vorherige Verwandlung zur Stückschuld	197
(ii)	Vorzugswürdig: Einrede-Lösung	200
(e)	Zwischenergebnis: Beschränkung der Gattungsschuld auf bestimmte Sache nur in Ansehung der Gefahrtragung und Haftung	201
4)	Folgerungen	203
(a)	Maßgebliche Wertungskriterien für den Gefahr(en)übergang	203
(b)	Dogmatik der Primärpflichtmodifikation	205
2.	„Gewährleistung kraft Gefahrtragung“ im Zeitraum zwischen Vertragsschluss und Übergang der Preisgefahr	206
a)	Regelungsbedürftigkeit der vom Gläubiger zu vertretenden Unmöglichkeit infolge der Verschiebung des Gefahrübergangs vom Vertragsschluss zur Übergabe	207
b)	Erweiterung der Gewährleistungspflicht des Verkäufers bis zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs durch Erfassung nachträglicher Zufallsverschlechterungen der verkauften Sache als Sachmangel	209
i)	Für nachträgliche Zufallsverschlechterungen wurde im Rahmen der Gewährleistung ausschließlich die Preisgefahrtragung des Verkäufers ausgeformt	213
ii)	Nichterfüllungshaftung wie nach gemeinem Recht auf die Sachbeschaffenheit bei Vertragsschluss bezogen	215
c)	Auseinandersetzung der frühen Literatur mit der Bezugnahme des § 459 Abs. 1 S. 1 a. F. auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs	216

d) Unterschiedliche Risiken	219
i) Vertragsanfängliche Sachmängel	219
ii) Nachträgliche Sachmängel	220
e) Insbesondere zum Gattungskauf	221
i) Zur Statthaftigkeit der Anwendung der ädilizischen Rechtsbehelfe auf den Gattungskauf im Allgemeinen	221
1) „Kompromisslösung“ des § 480 Abs. 1 S. 1 a. F.	222
(a) Regelungsvorschlag des Redaktors v. Kübel	222
(b) Beratungen der Ersten Kommission	223
(c) Beratungen der Vorkommission des Reichsjustizamts und der Zweiten Kommission	224
(d) Regelung im BGB von 1900	226
2) Transmutation zur Stückschuld als Grundlage der Anwendung der ädilizischen Rechtsbehelfe beim Gattungskauf	227
3) Rechtsnatur des Ersatzlieferungsanspruchs	228
ii) Zur Bedeutung des Zeitpunkts des Gefahrübergangs als Prüfzeitpunkt für die Sachmängelfreiheit beim Gattungskauf	230
iii) Zum Verhältnis des Fehlerbegriffs zum Gattungsbegriff sowie der mangelhaften Leistung zur Nichterfüllung	232
1) Von der Bildung von Gattungen nach der Verkehrsanschauung zum „partei-autonomen“ Gattungsbegriff	232
2) Vom objektiven zum subjektiven Fehlerbegriff	233
3) Zum Verhältnis der Gattungsvereinbarung zur Beschaffenheitsvereinbarung	234
(a) Verschiedene Qualitätsstufen innerhalb einer Gattung: grundsätzliches Erfordernis der Einhaltung des mittleren Qualitätsstandards	235
(b) Mangelhaftigkeit, Vertragswidrigkeit und Erfüllungsuntauglichkeit der Ware trotz Einhaltung des mittleren Qualitätsstandards der vereinbarten Gattung.	236
(c) Unterscheidung von <i>aliud</i> - und <i>peius</i> -Lieferung	239
iv) Beschränkung der Sachmängelhaftung und Gefahrtragung des Verkäufers durch Anwendbarkeit der ädilizischen Gewährleistung auch beim Gattungskauf	240
1) Bei der Gattungsschuld stehen Sachmängel dem Übergang sowohl der Leistungs- als auch der Preisgefahr eigentlich entgegen	240
2) Begründung der Nichterfüllungshaftung und der Gewährleistungspflicht des Verkäufers erst im Zeitpunkt des (hypothetischen) Gefahrübergangs	242
3) Entlastung des Verkäufers von der Leistungsgefahr und Beschränkung seiner Preisgefahrtragung durch Anwendung der ädilizischen Gefahrleistungsrechte beim Gattungskauf	243
4) Zwischenergebnis	245
f) Folgerungen	246

3. <i>Literaturansichten zur ratio legis des § 446 Abs. 1 S. 1 a. F.</i>	247
a) Überblick über das Meinungsspektrum	248
b) Rechtfertigung mit dem synallagmatischen Prinzip („Austauschgedanke“) 253	
i) „Wirtschaftliche Erfüllung“ oder Befriedigung des typischen Käuferinteresses mit Übergabe	254
ii) Erfüllungstheorien zum Verhältnis von § 446 Abs. 1 S. 1 a. F. zu § 323 Abs. 1 a. F.	256
1) Heck'sche Erfüllungstheorie: § 446 Abs. 1 S. 1 a. F. als Durchführung des § 323 Abs. 1 a. F.	257
2) Filios: Abweichung des § 446 a. F. von § 323 Abs. 1 a. F. (nur) in Ansehung der Eigentumsverschaffungspflicht	260
3) Erfüllungshandlungstheorien (Oertmann, Schilcher)	261
iii) Stellungnahme	264
c) Rechtfertigung mit dem Prinzip <i>casum sentit dominus</i>	269
i) Käufer als „Vermögensherr“ der übergebenen Sache vom Zufall betroffen?	269
ii) Stellungnahme	272
d) Zwischenergebnis: Schlussfolgerungen aus einem Vergleich mit der Rechtfertigung der römisch-rechtlichen Käufergefahrtragung	275
i) Parallele zwischen der Rechtfertigung des <i>periculum emptoris</i> mit der quasi-dinglichen Wirkung der <i>emptio venditio</i> und der Rechtfertigung des § 446 (a. F.) als Ausdruck von <i>casum sentit dominus</i>	275
ii) Parallele zwischen der Rechtfertigung des <i>periculum emptoris</i> mit der quasi-dinglichen Wirkung der <i>emptio venditio</i> und der erfüllungstheoretischen Begründung des § 446 (a. F.)	276
iii) Schlussfolgerung: Bei gleichbleibendem Inhalt der Verkäuferleistung hat sich der Anknüpfungspunkt, nicht aber die Rechtfertigung des Gefahrübergangs verändert	277
iv) Schlussfolgerung: Die Vermögensverschiebung allein vermag den Gefahrübergang nicht zu rechtfertigen, wenn die Sachübertragung nicht mehr die Hauptsache der Verkäuferleistung ausmacht	278
e) Rechtfertigung mit der Möglichkeit der Gefahrenabwehr	280
i) Beherrschbare Gefahren (abwendbare Schadensereignisse)	281
1) § 446 (a. F.) hätte neben § 324 Abs. 1 a. F. einen eigenständigen Regelungsbereich	282
2) Die Begründung der Schadenszuweisung mit der versäumten Möglichkeit der Schadensvermeidung schliesse „Zufall“ auch nicht in jedem Fall aus	283
3) Mit der Möglichkeit der Schadensprävention allein ist eine Obliegenheit des Käufers zum optimalen Schutz der Ware aber nicht überzeugend zu begründen	283
ii) Unbeherrschbare Gefahren (nicht abwendbare Schadensereignisse)	284

iii) Legitimation für die Zuweisung beherrschbarer Gefahren ohne Rücksicht auf den notwendigen Aufwand und für die Zuweisung unbeherrschbarer Gefahren?	285
1) Risikosphären nach dem Beherrschbarkeitsprinzip und ergänzenden Kriterien	287
(a) Prinzip der abstrakten Beherrschbarkeit	287
(b) Prinzip der Absorbierbarkeit	288
(c) Prinzip der arbeitsteiligen Veranlassung	289
2) Anwendung dieser Prinzipien auf den Kaufvertrag	290
3) Stellungnahme	291
(a) Überhöhung rechtsökonomischer Erwägungen im Kernbereich der Privatautonomie	292
(b) Begrenzter Erklärungswert des Prinzips der Absorbierbarkeit und des Prinzips der arbeitsteiligen Veranlassung	293
(i) Versicherbarkeit richtet sich nach der Risikozuweisung, nicht umgekehrt; außerdem ist nicht jeder Zufallsschaden ein Versicherungsfall	293
(ii) Prinzip der arbeitsteiligen Veranlassung im Widerspruch zu dem Zweck des gegenseitigen Vertrages?	295
(c) Widersprüche im Zusammenspiel der verschiedenen Kriterien	296
f) Zwischenergebnis	296
4. <i>Diskussion der Auswirkungen von Sachmängeln auf die Gefahrverteilung beim Kauf unter dem BGB von 1900</i>	298
a) Mangelfreiheit als Voraussetzung der Gefahrtragung des Käufers gem. § 446 Abs. 1 S. 1 a. F.?	299
i) Die Gefahr gehe bei Vorliegen von Sachmängeln trotz Übergabe nicht über	301
1) Wie beim Gattungskauf verdiene auch beim Stückkauf nur der vertragstreue Verkäufer den Gefahrübergang	301
2) Kein Gefahrübergang bei Vorliegen von Sachmängeln, die den Vertragszweck vereiteln und die „Rückabwicklungsreife“ des Vertrages begründen	302
3) Stellungnahme	304
ii) Die Gefahr gehe auch bei Vorliegen von Sachmängeln mit der Übergabe über, könne aber auf den Verkäufer zurückspringen	306
1) Strikte Trennung zwischen Gewährleistung und Gefahrtragung, „Zurückspringen“ der Gefahr als gewährleistungsrechtlicher Reflex	306
2) Gefahrtragung zunächst „in der Schwebe“, Wandelung beende die Schwebelage zulasten des Verkäufers	307
3) Stellungnahme	308
iii) Die Gefahr gehe mit der Übergabe grundsätzlich ohne Rücksicht auf das Vorliegen von Sachmängeln endgültig über	309
1) Gefahrtragung des Käufers auch im Rahmen der Wandelung	309

2) Ausgleich der Gefahrtragung des Verkäufers bei der Wandelung über das Bereicherungsrecht („Lehre von der vermögensmäßigen Entscheidung“)	311
3) Stellungnahme	312
iv) Zwischenergebnis: Auswirkungen von Sachmängeln auf den erfüllungstheoretisch begründeten Gefahrübergang beim Stückkauf unter dem BGB von 1900	312
b) Zu der Möglichkeit, bei Vorliegen eines Sachmangels den Gefahrübergang durch Annahmeverweigerung zu verhindern	315
i) Unterscheide: Befugnis zur Annahmeverweigerung und rechtmäßige Zurückweisung	316
ii) Rechtmäßigkeit der Annahmeverweigerung bei Begründetheit von Rechtsbehelfen, deren Geltendmachung nach der Annahme ohnehin die Sachrückgabe zur Folge hätte	316
iii) Abwehr des Gefahrübergangs durch Zurückweisung der mangelhaften Waren auch noch nach körperlicher Entgegennahme derselben?	318
1) Zeitpunkt der körperlichen Entgegennahme maßgeblich für Zurückweisung, Mängelvorbehalt und Gefahrübergang	319
2) Zurückweisung ausnahmsweise auch nach körperlicher Entgegennahme noch zulässig	319
3) Vermeidung des Gefahrübergangs trotz körperlicher Entgegennahme nur bei Annahme „aus Kulanz“ zwecks Nachbesserung	321
iv) Folgerungen: Bei Vorliegen von Sachmängeln erforderte der Gefahrübergang über die Übergabe hinaus auch den (konkludenten) Verzicht des Käufers auf die sofortige Zurückweisung der Ware	321
1) Jedenfalls Gefahrübergang bei Übergabe mangelfreier Ware	321
2) Keinesfalls Gefahrübergang bei Verweigerung der körperlichen Entgegennahme mangelhafter Ware	322
3) Geringe praktische Relevanz des Aufschubs des Gefahrübergangs	323
4) In theoretischer Hinsicht ein weiterer Beleg für die „indirekte Wirkung“ von Sachmängeln auf die Gefahrverteilung beim Stückkauf unter dem BGB von 1900	323
5) Wirksam zurückgewiesene Ware steht außerhalb des Synallagmas	324
c) Zum „Zurückspringen“ der Gefahr bei der Wandelung	326
i) Unterschiedliche Voraussetzungen für die Rückabwicklung des Vertrages bei Wandelung und Rücktritt wegen Nichterfüllung	326
1) Römisch-rechtlicher Ursprung	328
(a) Strukturelle und inhaltliche Gestaltung der <i>actio redhibitoria</i> geprägt von klarer Rollenverteilung	330
(b) Abgehen vom Vertrag und Rückabwicklung des Leistungsaustauschs als untypische Reaktion auf eine Vertragsstörung im römischen Recht	331

(c) Konkurrenzverhältnis zwischen der ädilizischen Sachmängelgewährleistung und der Haftung des Verkäufers im Rahmen der <i>actio empti</i>	332
2) Kanonistischer und naturrechtlicher Einfluss: Rücktritt zur Befreiung von der Bindung an das eigene Leistungsversprechen . . .	334
3) Rücktrittsfeindliche Grundhaltung des gemeinen Rechts, bei den Pandektisten „Rücktritt“ nur als Mittel der Schadensausgleichung . .	335
4) Ausformung des Rücktritts im ADHGB: Vertragsaufhebender Rücktritt zur Wiedererlangung der Dispositionsfreiheit	337
5) Entwicklung des gesetzlichen Rücktrittsrechts wegen Nichterfüllung in den Beratungen der Verfasser des BGB von 1900: Rücktritt als selbstständiger Rechtsbehelf zur Rückabwicklung des Leistungsaustauschs	340
(a) Zeitlicher Ablauf der Beratungen	341
(b) Entscheidung für ein selbstständiges Rücktrittsrecht	343
(c) Auseinandersetzung mit der Reichweite der (Gestaltungs-)Wirkung des Rücktritts und der Rechtsnatur der Rückgewähransprüche	347
(d) Gesetzliches Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung und Wandelung	351
ii) Einheitliche gesetzliche Regelung der Rückabwicklung	353
1) Systematik des Wandlungs- und Rücktrittsfolgenrechts im BGB von 1900	354
2) Vereinheitlichung der Folgen der Ausübung des gesetzlichen und des vertraglichen Rücktrittsrechts und der Wandelung in den Beratungen der Ersten BGB-Kommission	355
(a) Bildung einer selbstständigen Kategorie „Vorbehaltenes Rücktrittsrecht“	355
(b) Beratung der Folgen der Wandelung	357
(c) Beratung über die Folgen der Ausübung des gesetzlichen Rücktrittsrechts	358
(d) Gesamtdebatte über das Rücktrittsrecht im Allgemeinen	359
(e) Streichung der „Einheitsformel“ durch die Zweite Kommission	361
3) Zwischenergebnis	361
4) <i>Mortuus redhibetur</i>	363
(a) Fiktion der Redhibition als Voraussetzung der <i>actio redhibitoria</i>	363
(b) Zweck: effektiver Käuferschutz	364
(c) Anwendungsbereich der Fiktion: Beschränkung auf mangelbedingten Untergang?	367
(d) Folgen des vom Käufer <i>verschuldeten</i> Untergangs der mangelhaften Kaufsache	369
5) Gefahrverteilung bei der Wandelung	370
(a) Beratungen der Gesetzesverfasser	371
(i) Vorentwurf v. Kübel	372

(ii) Erste Kommission und Erster Entwurf	372
(iii) Zweite Kommission und Zweiter Entwurf	377
(b) Rechtslage nach dem BGB von 1900	379
6) Zwischenergebnis	380
iii) Diskussion über die Sachgerechtigkeit der Gefahrverteilung bei Rücktritt und Wandelung in der rechtswissenschaftlichen Literatur zum BGB von 1900	381
1) Korrektur- und Umgehungsversuche der Regelung der §§ 350, 351 a. F.	384
(a) Ausdehnung des Verschuldensbegriffs im Rahmen von § 351 a. F.	385
(b) Einengung der Regelung des § 350 a. F.	389
(c) „Ausgleichslösungen“ außerhalb der §§ 350, 351 a. F.	390
2) Befürworter der gesetzlichen Regelung	392
(a) Rechtfertigung der Gefahrbelastung des Verkäufers	392
(b) Auslegung des Verschuldens-Begriffs in § 351 a. F.	394
3) Bundesgerichtshof	395
4) Evaluation des Streits über die Sachgerechtigkeit und rechtspolitische Angemessenheit der Gefahrbelastung des Verkäufers bei der Wandelung	396
(a) Historische Gründe für vermeintliche Wertungswidersprüche	396
(b) Gefahrtragung des mangelhaft leistenden Verkäufers im Rahmen der Wandelung dogmatisch konsequent	398
(i) Kein Widerspruch zum Prinzip der Schuldnergefahrtragung im Austauschvertrag	398
(ii) Kein Widerspruch zur Zuweisung der Sachgefahr nach dem Satz <i>casum sentit dominus</i>	399
(iii) Zuweisung der Sachgefahr (Wertgefahr) zum Verkäufer hängt insbesondere nicht von Verschulden des Verkäufers ab	401
(c) Unter dem ökonomischen Aspekt rechtfertigt das „Näher-dran-Sein“ des Käufers allenfalls eine Beweislastumkehr	403
(d) Widerspruch zu „pragmatischen Erfordernissen einer vernünftigen Gefahrtragungsordnung“ allein rechtfertigt keine Gefahrbelastung des Käufers	403
iv) Zwischenergebnis zur Gefahrtragung des Verkäufers im Rahmen der Wandelung	403
1) Ausfall der Leistung und Isolation der gelieferten mangelhaften Sache von der vertraglichen Gefahrverteilung infolge nachträglicher Zurückweisung	404
2) Risiko des Ausschlusses der Wandelung bei Verschulden von Sachuntergang und -verschlechterung infolge der Annahme der mangelhaften Sache	404

3) Fortdauernde Gefahrtragung des mangelhaft leistenden Verkäufers, jedoch ausschließlich nach Maßgabe des Gewährleistungsrechts . . .	405
v) Folgerungen	407
1) Begrenzung der vom Verkäufer zu tragenden Gefahr durch „Verschulden“ des Käufers	407
(a) Historische Auslegung nicht ergiebig	408
(b) Herleitung der Sorgfaltspflichten	410
(c) Leitgedanken zur Bestimmung des Inhalts der gem. § 351 a. F. vom Käufer einzuhaltenden Sorgfalt	412
2) „Wesentliche Gleichheit der in Betracht kommenden Verhältnisse“ mit Blick auf die Rückabwicklung der mangelhaften Leistung bei Wandelung und Ersatzlieferung?	413
(a) Ausscheiden der zuerst gelieferten Sache aus dem Leistungsaustausch und Ablösung von der vertraglichen Risikoverteilung	414
(b) Aufrechterhaltung der Ersatzlieferungspflicht trotz zufälliger Beschädigung oder Zerstörung der zuerst gelieferten Sache als Voraussetzung effektiver Sachmängelhaftung (§§ 480 Abs. 1 S. 2, 467 S. 1, 350 a. F.)	416
(c) Ausschluss des Ersatzlieferungsanspruchs bei Verschulden des Käufers (§§ 480 Abs. 1 S. 2, 467 S. 1, 351 a. F.)	417
(d) Zwischenergebnis: Isolation der mangelhaften Sache von der vertraglichen Risikoverteilung bei der Ersatzlieferung ohne Auswirkungen auf die Preisgefahr und mit allenfalls indirekten Auswirkungen auf die Leistungsgefahr	419
5. <i>Zwischenergebnis zu den Auswirkungen von Sachmängeln auf die Gefahrverteilung beim Kauf nach dem BGB von 1900</i>	421
III. Veränderungen der Gefahrtragung beim Kauf durch die Schuldrechtsreform 2002	425
1. <i>Erweiterung der Anforderungen an den Gefahrübergang infolge der Erweiterung des Leistungsbegriffs</i>	425
a) Keine Veränderung des „äußeren“ Regelungsgehalts: Gefahrübergang mit Übergabe	427
b) Veränderung des „inneren“ Regelungsgehalts: Gefahrübergang mit Übergabe der verkauften – d. h. der vertragsgemäß beschaffenen (§ 433 Abs. 1 S. 2) – Sache	428
c) Veränderung des Kaufleitbildes	429
i) Zum alten Kaufleitbild, §§ 433, 459 ff., 480 a. F.	431
1) Ausrichtung am Stückkauf: Verpflichtung zur Verschaffung von Eigentum und Besitz an bestimmtem Gegenstand und zur Gewährleistung bei Vorliegen von Sachmängeln	432

2) Gefahrübergang mit Übergabe, weil Sachverschaffung weitgehend abgeschlossen und geschuldete Leistung im Wesentlichen bewirkt . . .	432
3) Subordination des Gattungskaufs, bei dem die Sachqualität maßgeblich für die Bestimmung des zu verschaffenden Gegenstandes ist, unter dieses Modell	433
ii) Zum neuen Kaufleitbild, §§ 433 Abs. 1 S. 2, 434, 437 ff., 439 Abs. 1 . . .	434
1) Annäherung von Stück- und Gattungskauf sowie Annäherung des Kaufs an den Werkvertrag	435
2) Den klassischen Stückkauf als reines Abgabegeschäft sieht das Gesetz nicht mehr vor	437
3) Neuer gesetzlicher Regelfall ist ein Kaufvertrag, der zwischen den herkömmlichen Kategorien Stück- und Gattungskauf steht	437
4) Auch beim Stückkauf ist nunmehr die „Soll-Beschaffenheit“ (mit-)bestimmend für den Schuldgegenstand	440
(a) Unmöglichkeit der Gesamtleistung des Stückverkäufers bei Vorliegen eines unbeheblichen Mangels?	441
(b) Das Bestehen einer Erfüllungspflicht gem. § 433 Abs. 1 S. 2 bzw. § 439 Abs. 1 ist keine notwendige Anwendungsvoraussetzung des Sachmängelrechts	442
(c) Individualisierungsabrede berechtigt den Käufer dazu, das mangelhafte Stück zu fordern	443
5) Klassische Gewährleistung nur noch nachrangig, bei Unmöglichkeit oder Ausbleiben der Nacherfüllung	443
2. <i>Nacherfüllungspflicht und Leistungsgefahr („Nacherfüllungsgefahr“)</i> . . .	444
a) Legitimationsgrund für die Belastung des Verkäufers mit der Leistungsgefahr kraft Verpflichtung zur Nacherfüllung fraglich	445
b) Unterschiedliche Reichweite und Wirkung von Nachbesserung und Ersatzlieferung hinsichtlich den (weiteren) zufälligen Verschlechterung der mangelhaften Sache	446
i) Nachbesserung: „Beseitigung des Mangels“	447
ii) Ersatzlieferung: „Lieferung <i>einer</i> [anderen] mangelfreien Sache“	449
iii) Fragestellungen	451
3. <i>Zäsur-Momente für die Feststellung der Mangelhaftigkeit und die Befreiung des Verkäufers von dem Risiko nicht mangelbedingter Zufallsverschlechterungen</i>	453
a) Bedeutung des gem. §§ 446, 447 maßgeblichen Zeitpunkts für die Mängelrechte	454
i) Zeitpunkt der Leistungserbringung	454
ii) Zeitpunkt des <i>hypothetischen</i> Gefahrübergangs	455
iii) Mangelhaftigkeit der Leistung kann aber auch schon vor ihrer Erbringung feststehen	457
b) Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beschränkung der Leistungspflicht des Verkäufers auf die Beseitigung des Mangels (Nachbesserung)	458

i) Zeitpunkt der „Verwandlung“ des Erfüllungsanspruchs zum Nacherfüllungsanspruch umstritten	458
ii) Zeitpunkt des hypothetischen Gefahrübergangs ungeeignet zur Bestimmung der Reichweite der Nachbesserungspflicht	459
1) Nichtannahme mangelhafter Ware („hypothetischer Annahmeverzug“)	461
2) Absenden mangelhafter Ware beim Versandungskauf	462
iii) Zwischenergebnis: Eigenständiger Zeitpunkt zur Bestimmung der Beschränkung der Leistungspflicht des Verkäufers	463
iv) Zeitpunkt der vorbehaltlosen Entgegennahme des mangelhaften Stücks	465
1) Käufer akzeptiert die mangelhafte Sache zumindest als „Anleistung“ des Verkäufers	466
2) Käufer übernimmt das „allgemeine Lebensrisiko“ in Bezug auf die mangelhafte Sache, die bis zur Erreichung der Erfüllungstauglichkeit aber noch Leistungsgegenstand ist	468
3) Abhängigkeit des Gefahr(en)übergangs davon, dass der Käufer die entgegengenommene Sache behält (d.h sie nicht nachträglich wirksam als Erfüllungsgegenstand zurückweist)	469
4. <i>Folgerungen und Thesen</i>	471
5. <i>Sachliche Veränderungen des Rücktrittsfolgenrechts im Zuge der Schuldrechtsreform</i>	473
a) Neuregelung der Gefahrtragung beim Rücktritt	475
i) Systematischer Grundsatz: Gefahrbelastung des Rücktrittsberechtigten (§§ 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Halbs. 1, Abs. 3 S. 1 Nr. 2)	476
ii) Systematische Ausnahme: Belastung des Rücktrittsgegner mit der Gefahr des Zufalls (§ 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3)	478
iii) Verweisung auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht und das Bereicherungsrecht	478
b) Begründung der Gefahrverteilung beim Rücktritt nach dem „Wertsatz-Modell“ durch den Reformgesetzgeber	478
c) Auseinandersetzung mit diesem Regelungskomplex und seiner Begründung	480
i) Verteilung der Leistungsgefahr im Rückgewährschuldverhältnis	481
ii) Kritik an der Systematik der Befreiungstatbestände	482
iii) Kritik an Form und Sachgehalt der Regelung des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3	483
1) Unsicherheit über den Inhalt des Sorgfaltsmaßstabs	484
2) Zweifelhafte Begründung des Sorgfaltsprivilegs	486
(a) Gefahr des Zufalls	486
(b) Gefahr der eigenüblichen Fahrlässigkeit	488
iv) Versuche zur Korrektur und Umgehung der Regelung des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3	489
1) Anwendung der Regelung nur bei Rücktritt wegen eines vom Verkäufer zu vertretenden Sachmangels?	494

2) Keine Anwendung der Regelung bei Kenntnis vom Vorliegen der Voraussetzungen des Rücktrittsrechts?	495
3) Korrektur der „überschießenden“ Gefahrbelastung des Verkäufers durch Rückgriff auf das Bereicherungsrecht?	497
(a) Gegen eine bereicherungsrechtliche Korrektur der Regelung des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3	500
(b) Stellungnahme	501
(i) Entscheidung des Käufers, sich an den Vertrag zu binden und der mit ihm verbundenen Gefahrtragungsordnung zu unterwerfen, steht unter der Bedingung der Mangelfreiheit	503
(ii) Unzulässige Auslegung <i>contra legem</i>	505
(iii) Bei Bereicherungsausgleich keine eigenständige Bedeutung des Rücktritts neben der Minderung	506
(iv) Bereicherungsausgleich vereitelt Zweck des Rücktritts: Gläubiger darf Schlechtleistung als Nichterfüllung behandeln und sich wegen Ausbleibens der Leistung von der Verpflichtung zur Gegenleistung befreien	507
v) Zwischenergebnis	509
d) Ausschlussgründe („Rücktrittssperren“)	510
i) Rücktrittsausschluss gem. §§ 326 Abs. 5, 323 Abs. 6 Alt. 1	511
ii) Rücktrittsausschluss gem. § 323 Abs. 5 S. 2	519
e) Zwischenergebnis	522
6. <i>Ersatzlieferungsgefahr</i>	524
a) Anwendungsbereich der Ersatzlieferungsgefahr, insbesondere zu der Frage der Ersatzlieferung beim Stückkauf	526
i) Problemstellung	526
ii) Das „Ob“ der Ersatzlieferung – zur Ersetzbarkeit/Austauschbarkeit des Leistungsgegenstandes	532
1) Beliebigkeit der Kaufsache aufgrund ihrer Sacheigenschaften	533
2) Bedeutung der Individualität der Kaufsache (Individualisierungsinteresse/-abrede), insbesondere im Verhältnis zur „Soll-Beschaffenheit“ derselben	536
(a) Beschaffenheitsvereinbarung allein konstituierend für den Schuldgegenstand (Kaufsache), beim Stückkauf: Individualität als Beschaffenheitsmerkmal?	537
(b) Soll-Beschaffenheit lediglich maßgeblich dafür, wie ein – ggf. anderweitig bestimmtes – konkretes Stück beschaffen sein muss, um sich als „die Kaufsache“ zu qualifizieren	538
(c) Bestimmung eines konkreten Leistungsgegenstandes durch separate Individualisierungsabrede	540
3) Zwischenergebnis	543
iii) Das „Wie“ der Ersatzlieferung – zur Bestimmung des zumutbaren Beschaffungsaufwandes	545

1) „Mehraufwand“ bis zur Grenze der §§ 439 Abs. 3, 275 Abs. 2 kraft Gesetzes	546
2) Begrenzung des Nacherfüllungsaufwandes allein durch den Vertrag	547
3) Stellungnahme	550
(a) Keine allgemeine Geltung des Prinzips der Zufallsbefreiung im reformierten Schuldrecht	551
(b) Ein gewisses Maß an Mehraufwand ist für die Nacherfüllung gesetzlich angeordnet	554
(c) Mehraufwand im Einzelfall mit Rücksicht auf die Frage des Vertretenmüssens und das Frustrationsrisiko zu bestimmen	555
4) Bereitschaft des Käufers zur Übernahme übermäßiger Nacherfüllungskosten schließt die Möglichkeit des Verkäufers zur Verweigerung der Ersatzlieferung aus	557
iv) Konsequenzen für die Behandlung des Untergangs der beim Vertragsschluss individualisierten Kaufsache vor dem <i>realen</i> Gefahrenübergang	559
1) Wertungswiderspruch bei unterschiedlicher Behandlung von Sachverschlechterung (Ersatzlieferung) und Sachuntergang (Leistungsbefreiung) zwischen Vertragsschluss und Lieferung?	559
2) Ersatzlieferung hängt weder von der Intensität des Störungsereignisses („bloße“ Verschlechterung oder vollständiger Untergang) noch von dessen rechtlicher Qualifikation (Sachmangel oder Unmöglichkeit) ab	560
3) Auch insoweit ist der (hypothetische) Parteiwille maßgebend	562
4) Es bedarf keiner Analogie zu § 439, insbesondere ist § 439 Abs. 3 auch im Falle des Untergangs des vorläufig individualisierten Stücks vor der Lieferung <i>direkt</i> anwendbar	565
v) Zwischenergebnis	566
b) Diskussion über Anwendung und Reichweite der Regelung des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 im Rahmen der Ersatzlieferung (§ 439 Abs. 4)	568
i) Kritik an der Zuweisung des Risikos nicht-mangelbedingter zufälliger sowie durch eigenübliche Sorgfalt des Käufers verursachter Schäden an der mangelhaften Sache zum Verkäufer	569
1) Unterschiedliche Zielsetzung von Rücktritt und Ersatzlieferung	569
2) Keine Risikobeschränkung zugunsten des Verkäufers durch die Ausschlussregelungen des Rücktrittsrechts	570
ii) Korrektur- und Umgehungsversuche	571
1) Übertragung der Kritik am Rücktrittsfolgenrecht auf die Ersatzlieferung	571
2) Eigenständige Kritik: Keine Anwendung des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 im Rahmen der Ersatzlieferung (außer beim Verbrauchsgüterkauf)	572
iii) Stellungnahme	572
c) Zwischenergebnis	577
7. <i>Nachbesserungsgefahr</i>	578

a) Dogmatische Begründung der Unterschiede zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung hinsichtlich des Leistungsumfanges und der Verteilung des Risikos der Verschlechterung der empfangenen mangelhaften Ware . . .	580
i) Argumente für einen einheitlichen Leistungsumfang	581
ii) Argumente für einen unterschiedlichen Leistungsumfang	582
iii) Stellungnahme	583
1) Nachbesserungsanspruch als Ausschnitt des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs (Konkretisierung)	584
(a) Keine, auch keine Teil-Erfüllung des Primäranspruchs bei Lieferung mangelhafter Ware	585
(b) Nachbesserung als „Restleistung“, die auf bereits angenommene Teilleistung aufbaut	586
(c) Beschränkung der Erfüllungspflicht im Rahmen der Nachbesserung (Primärpflichtmodifikation)	588
2) Rechtfertigung des unterschiedlichen Leistungsumfanges der beiden Nacherfüllungsvarianten mit autonomer Entscheidung des Käufers .	589
(a) Ob bei Lieferung mangelhafter Ware alternativ zur Nachbesserung eine Ersatzlieferung in Betracht kommt, ist nicht dem Zufall überlassen	590
(b) Auch wenn nur Nacherfüllung durch Nachbesserung in Betracht kommt, steht es dem Käufer frei, die Annahme zu verweigern . .	591
(c) Die ökonomischen Folgen einer „unklugen“ Ausübung seiner Wahlmöglichkeit(en) hat der Käufer zu tragen	591
iv) Zwischenergebnis zu den dogmatischen Erwägungen	592
b) Anpassung der Nachbesserung an die Ersatzlieferung wenigstens beim Verbrauchsgüterkauf aufgrund europarechtlicher Vorgaben für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes (durch Nacherfüllung)?	592
i) Anspruch auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes nicht als (Nach-)Erfüllungsanspruch konzipiert	593
ii) Besonderes Sekundärrecht mit inhaltlicher Tendenz zu einer verschuldensunabhängigen Verpflichtung zur Naturalrestitution	593
iii) Maximale Belastung des Verkäufers mit dem Risiko, Zufallsverschlechterungen des vertragswidrigen Verbrauchsguts durch Reparatur beseitigen zu müssen, als Gebot des Verbraucherschutzes? . .	595
1) Keine Vorgaben zur Rückabwicklung der vertragswidrigen Leistung bei Rücktritt und Ersatzlieferung	595
2) Vorgaben an die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes durch Nachbesserung	595
(a) Unentgeltlichkeit der Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes	596
(b) Gewährleistung eines einheitlich hohen Verbraucherschutzniveaus bei Nachbesserung und Ersatzlieferung	598
(c) Ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher	600

(d) Exkurs: Zur Vereinbarkeit einer „Kostenbeteiligung“ des Käufers im Rahmen der Nacherfüllung mit dem Richtliniengebot der Unentgeltlichkeit der Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes	602
iv) Zwischenergebnis zu den Richtlinienvorgaben für die Reichweite der Nachbesserung	606
c) Zwischenergebnis	606
d) Fallgruppen der Erstreckung der Nachbesserung auf nach der Entgegennahme der mangelhaften Sache an derselben auftretende Verschlechterungen	606
i) Intensivierung/Verschlimmerung des Ursprungsmangels	608
1) Reichweite der Ersatzlieferung und Wortlaut der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht maßgebend	608
2) Ob „Mangelidentität“ anzunehmen ist, ist stets eine Wertungsfrage	609
ii) Weiterfressender Mangel (auch: „additiv entstandener Mangel“)	610
1) Kompensation auch des Weiterfresser-Schadens an der gelieferten Sache durch Nachbesserung (Beeinträchtigung des Äquivalenzinteresses)	611
2) Weiterfresser-Schaden nur (bei Vertreten-müssen) im Wege des Schadenersatzes neben der Leistung zu ersetzen (Beeinträchtigung des Integritätsinteresses)	615
3) Stellungnahme	616
(a) Vergleich zur Ersatzlieferung und Verweis auf den Wortlaut der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie helfen (auch hier) nicht weiter	616
(b) Rechtsnatur des Nacherfüllungsanspruchs nach dem BGB im Regelungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht maßgebend	618
(c) Wertende Bestimmung des Mangelunwerts	619
(i) Stoffgleichheit als Kriterium zur Abgrenzung der beim Verkäufer verbliebenen Leistung(sgefahr) von der vom Käufer übernommenen Sachgefahr	620
(ii) Leistungsbezogenes Integritätsinteresse	622
(iii) Eigentumsübertragung hat Gefahrübergang nicht zur Folge, wenn und soweit die Leistung mit und an der übereigneten Sache noch nicht bewirkt ist	622
(iv) Kein Widerspruch zur Erfassung des Weiterfresser- Schadens (auch) über § 823 Abs. 1	624
4) Zwischenergebnis	624
iii) Mangelunabhängige Schäden an der gelieferten Sache	625
iv) Zwischenergebnis	628
8. Zuweisung der mit der Nachbesserung als solcher verbundenen Risiken	629
a) Einschlägige Rechtsprechung	630
i) OLG Saarbrücken, Urt. v. 23.07.2007 (1. Senat)	630

ii) OLG Saarbrücken, Urt. v. 18.04.2013 (4. Senat)	631
iii) „Dackel-Urteil“ des BGH	632
b) Der zweifelhafte Wille des Reformgesetzgebers	633
c) Gemeinsame Projektgruppe „Gewährleistung und Garantie“ der Verbraucherschutzministerkonferenz und der Justizministerkonferenz	635
d) Einheitliche Behandlung der „bloßen Beschädigung“ und der „völligen Zerstörung“ der Kaufsache während der Nachbesserung?	637
i) Zum Verständnis des Satzes, dass der Verkäufer während der Nachbesserung die Gefahr (des zufälligen Untergangs) trage	638
1) „Während der Nachbesserung“	638
2) „Gefahr“ (des zufälligen Untergangs)	639
ii) „Besserstellung“ des Käufers bei Untergang während der Nachbesserung im Vergleich zur Beschädigung?	640
iii) Keine „Schlechterstellung“ des Käufers bei „bloßer Beschädigung“ im Vergleich zur „vollständigen“ Zerstörung“, weil Verschlechterung und Untergang nicht in einem Stufenverhältnis stehen	641
e) Rückgabe zu Nachbesserungszwecken als <i>actus contrarius</i> zur Übergabe gem. § 446 S. 1	643
f) Ableitung aus § 439 Abs. 2	644
i) Unklare Bedeutung der Bezugnahme auf § 439 Abs. 2 in der Kommentarliteratur	644
ii) Richtlinienvorgabe: Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes <i>ohne erhebliche Unannehmlichkeiten</i> für den Verbraucher	645
g) Herleitung aus der Leistungspflicht zur sachmangelfreien Lieferung bzw. zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes	647
h) Ähnlichkeit mit Weiterfresser-Mangel – „quasi-mangelbedingter Schaden“	648
i) kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Mangel(-unwert) und späterem Schaden, Schaden beruhe nur auf Schutzpflichtverletzung	649
ii) wertungsmäßiger Unterschied zur Beschädigung <i>anderer</i> Gegenstände des Käufers im Zuge der Nachbesserung	650
iii) „Mangelfreier“ Teil der Kaufsache steht einer anderen Sache des Käufers nicht gleich	650
iv) Verkäufer steht der nachzubessernden Sache nicht wie beliebiger Dritter gegenüber	651
v) Zwischenergebnis	652
i) Zusammenhang mit dem (Nach-)Erfüllungshandeln und nachbesserungstypische Risiken	653
i) Differenzierung geboten: Beschädigungen „bei Gelegenheit der Nachbesserung“ vs. „Beschädigungen bei der Nachbesserung“ oder „durch die Nachbesserung“	653
ii) Beschädigung <i>durch Nachbesserung</i> nur bei haftungsrechtlichem Vertreten-müssen des Verkäufers als Sachmangel zu erfassen?	655
iii) Verursachung durch (Nach-)Erfüllungshandeln notwendig, aber auch ausreichend	656