

# Inhaltsübersicht

|   |         |
|---|---------|
| A. Einleitung .....   | 1       |
| 1. Allgemeines zur Gefahrtragung .....  | 2       |
| 2. <i>Casum sentit dominus/res perit domino</i> .....   | 3       |
| 3. Gefahrtragung im Schuldverhältnis .....  | 8       |
| <br>B. Die Verteilung der Gefahr des zufälligen Untergangs<br>und der zufälligen Verschlechterung beim Kauf .....         | <br>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<br>des Vernunftrechts .....                          | 70      |
| 4. Zum Problem der Anwendung der gemeinrechtlichen<br><i>periculum est emptoris</i> -Regel beim Gattungskauf .....        | 94      |
| 5. Die Abkehr von der <i>periculum est emptoris</i> -Regel<br>durch die moderne Gesetzgebung .....                        | 106     |
| <br>II. Gefahrtragung beim Kauf nach dem BGB von 1900 .....   | <br>110 |
| 1. Die Entscheidung für das gefahrtragungsrechtliche Traditionsprinzip ....   | 112     |
| 2. „Gewährleistung kraft Gefahrtragung“ im Zeitraum<br>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-<br>verteilung beim Kauf unter dem BGB von 1900 .....       | 298     |
| 5. Zwischenergebnis zu den Auswirkungen von Sachmängeln<br>auf die Gefahrverteilung beim Kauf nach dem BGB von 1900 ..... | 421     |

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

# Inhaltsverzeichnis

|  |        |
|--|--------|
| A. Einleitung .....  | 1      |
| 1. Allgemeines zur Gefahrtragung .....   | 2      |
| 2. <i>Casum sentit dominus/res perit domino</i> .....  | 3      |
| 3. Gefahrtragung im Schuldverhältnis .....   | 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“<br>der Gefahr .....   | 21     |
| d) Grundsatz der Schuldnergefahrtragung im Austauschvertrag als<br>Verwirklichung des synallagmatischen Prinzips .....                         | 22     |
| i) Ausnahmsweise Gefahrübergang mit Eintritt des Annahmeverzugs. ...   | 23     |
| ii) Im Allgemeinen reicht Vornahme der notwendigen<br>Leistungshandlungen für Gefahrübergang nicht aus;<br>Schuldner trägt Erfolgsrisiko ..... | 23     |
| iii) Austausch von Leistungen aufgrund des Austauschs von<br>Leistungsversprechen .....  | 24     |
| <br>B. Die Verteilung der Gefahr des zufälligen Untergangs<br>und der zufälligen Verschlechterung beim Kauf .....                              | <br>27 |
| <br>I. Historischer Hintergrund: <i>periculum est emptoris</i> .....   | <br>32 |
| 1. Inhalt, Bedeutung und Reichweite der <i>periculum emptoris</i> -Regel .....   | 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. 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  |
| 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. Zum Problem der Anwendung der gemeinrechtlichen <i>periculum est emptoris</i> -Regel beim Gattungskauf  | 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<br>Gefahrverteilung nach v. Jherings Lieferungstheorie? .....                           | 104 |
| 5. <i>Die Abkehr von der periculum est emptoris-Regel<br/>    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<br>Austauschvertrag (synallagmatisches Gefahrtragungsprinzip) .....    | 112 |
| b) Verpflichtung des Verkäufers zur Übergabe und Übereignung<br>der verkauften Sache .....  | 116 |
| i) Übergang vom Eviktions- zum Eigentumsverschaffungsprinzip .....  | 116 |
| ii) Beibehaltung der Leistungspflicht zur Übergabe der verkauften<br>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<br>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<br>Verkäufers: Eigentumsverschaffung und Übergabe .....                            | 147 |
| (a) Beim Grundstückskauf sei aufgrund des regelmäßigen<br>Parteiwillens ausnahmsweise die Eigentumsübertragung<br>ausreichend .....           | 148 |
| (b) In jedem Fall müsse aus Billigkeitsgründen die Übergabe<br>ausreichen .....   | 148 |
| (c) Prinzipiell kommt es aber auf die Erfüllung der jeweiligen<br>Leistungspflicht an .....   | 149 |
| 3) Übergabe-Prinzip als Kompromisslösung zwischen <i>periculum est<br/>                    emptoris</i> und <i>casum sentit dominus</i> ..... | 151 |
| 4) Rechtfertigung der kaufspezifischen Kompromisslösung<br>im allgemeinen System der Gefahrverteilung beim<br>gegenseitigen Vertrag .....     | 152 |
| (a) Wirtschaftliche Betrachtungsweise .....   | 152 |

|   |     |
|---|-----|
| (b) Billigkeitserwägungen .....   | 153 |
| (c) Regelmäßiger Parteiwille .....  | 153 |
| (i) Maßgeblichkeit des typischen Parteiwillens für den<br>Inhalt abstrakt-genereller dispositiver Regeln oder<br>für die Abweichung hiervon? .....  | 154 |
| (ii) Bedeutung der Gefahrtragungsregeln zur Begrenzung<br>des privatautonomen Leistungsversprechens .....   | 156 |
| (d) Ordnungsvorstellungen des Gesetzgebers, insbesondere<br>Praktikabilitätsabwägungen .....  | 158 |
| 5) Zwischenergebnis .....   | 160 |
| d) Voraussetzung für die Realisierung der Preisgefahr beim Verkäufer:<br>Keine Verpflichtung zur sachmangelfreien Leistung bzw.<br>Mangelbeseitigung im Falle zufälliger Verschlechterung ..... | 162 |
| i) Beim Stückkauf: Belastung des Käufers mit der Leistungsgefahr<br>ab Vertragsschluss .....  | 163 |
| 1) Beweggründe der Verfasser des BGB von 1900 unklar .....  | 163 |
| 2) Ablehnung einer Nachbesserungspflicht als Folge der<br>vertragsanfänglichen Belastung des Käufers mit der<br>Leistungsgefahr? .....  | 166 |
| 3) Vertragsanfängliche Belastung des Käufers mit der<br>Leistungsgefahr als Folge des Fehlens einer<br>Nachbesserungspflicht des Verkäufers? .....  | 168 |
| 4) Zwischenergebnis .....   | 172 |
| ii) Beim Gattungskauf: Anknüpfung des Übergangs der Leistungsgefahr<br>an den Übergang der Preisgefahr .....  | 172 |
| 1) Dogmatisch zwingend: Übergang der Leistungsgefahr <i>spätestens</i><br>zur Zeit des Übergangs der Preisgefahr .....  | 173 |
| 2) Regelungsabsicht des historischen Gesetzgebers: Gemeinsamer<br>Übergang von Leistungs- und Preisgefahr .....   | 174 |
| (a) Anknüpfung nicht an die gesetzlichen Anordnungen des<br>Übergangs der Preisgefahr, sondern an die tatbestandlichen<br>Voraussetzungen derselben .....                                       | 175 |
| (b) Zum Nebeneinander der Anordnung des Gefahrübergangs bei<br>Annahmeverzug und der allgemeinen Regelung der<br>Konkretisierung bei der Gattungsschuld .....                                   | 178 |
| (c) Zwischenergebnis .....  | 182 |
| (d) Bewertung dieser Regelung .....   | 182 |
| 3) Insbesondere zur Transmutation der Gattungs- zur Stückschuld<br>als theoretische Grundlage des Übergangs der Leistungsgefahr ....  | 186 |
| (a) Verwandlung zur Stückschuld als Voraussetzung der<br>Unmöglichkeit der Leistung bei Untergang eines<br>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 Gattungs- in 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 Leistungsfahr: Keine „Verwandlung“ der Gattungs- zur 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<br>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<br>und der Zweiten Kommission .....  | 224 |
| (d) Regelung im BGB von 1900 .....   | 226 |
| 2) Transmutation zur Stückschuld als Grundlage der Anwendung<br>der ädilizischen Rechtsbehelfe beim Gattungskauf .....   | 227 |
| 3) Rechtsnatur des Ersatzlieferungsanspruchs .....   | 228 |
| ii) Zur Bedeutung des Zeitpunkts des Gefahrübergangs als Prüfzeitpunkt<br>für die Sachmängelfreiheit beim Gattungskauf .....   | 230 |
| iii) Zum Verhältnis des Fehlerbegriffs zum Gattungsbegriff sowie<br>der mangelhaften Leistung zur Nichterfüllung .....   | 232 |
| 1) Von der Bildung von Gattungen nach der Verkehrsanschauung<br>zum „parteiautonomen“ Gattungsbegriff .....  | 232 |
| 2) Vom objektiven zum subjektiven Fehlerbegriff .....  | 233 |
| 3) Zum Verhältnis der Gattungsvereinbarung zur<br>Beschaffenheitsvereinbarung .....  | 234 |
| (a) Verschiedene Qualitätsstufen innerhalb einer Gattung:<br>grundsätzliches Erfordernis der Einhaltung des mittleren<br>Qualitätsstandards .....                                    | 235 |
| (b) Mangelhaftigkeit, Vertragswidrigkeit und<br>Erfüllungsuntauglichkeit der Ware trotz Einhaltung des<br>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<br>Verkäufers durch Anwendbarkeit der ädilizischen Gewährleistung<br>auch beim Gattungskauf .....                       | 240 |
| 1) Bei der Gattungsschuld stehen Sachmängel dem Übergang sowohl<br>der Leistungs- als auch der Preisgefahr eigentlich entgegen .....   | 240 |
| 2) Begründung der Nichterfüllungshaftung und der<br>Gewährleistungspflicht des Verkäufers erst im Zeitpunkt<br>des (hypothetischen) Gefahrübergangs .....                            | 242 |
| 3) Entlastung des Verkäufers von der Leistungsgefahr<br>und Beschränkung seiner Preisgefahrtragung durch Anwendung<br>der ädilizischen Gefahrleistungsrechte beim Gattungskauf ..... | 243 |
| 4) Zwischenergebnis .....  | 245 |
| f) Folgerungen .....   | 246 |



|  |     |
|--|-----|
| 3. Literaturansichten zur <i>ratio legis</i> des § 446 Abs. 1 S. 1 a. F. ....  | 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<br>Sachmängelgewährleistung und der Haftung des Verkäufers<br>im Rahmen der <i>actio empti</i> . . . . .  | 332 |
| 2) Kanonistischer und naturrechtlicher Einfluss: Rücktritt zur<br>Befreiung von der Bindung an das eigene Leistungsversprechen . . .   | 334 |
| 3) Rücktrittsfeindliche Grundhaltung des gemeinen Rechts, bei den<br>Pandektisten „Rücktritt“ nur als Mittel der Schadensausgleichung . .  | 335 |
| 4) Ausformung des Rücktritts im ADHGB: Vertragsaufhebender<br>Rücktritt zur Wiedererlangung der Dispositionsfreiheit . . . . .   | 337 |
| 5) Entwicklung des gesetzlichen Rücktrittsrechts wegen<br>Nichterfüllung in den Beratungen der Verfasser des BGB von 1900:<br>Rücktritt als selbstständiger Rechtsbehelf zur Rückabwicklung des<br>Leistungsaustauschs . . . . . | 340 |
| (a) Zeitlicher Ablauf der Beratungen . . . . .   | 341 |
| (b) Entscheidung für ein selbstständiges Rücktrittsrecht . . . . .   | 343 |
| (c) Auseinandersetzung mit der Reichweite der<br>(Gestaltungs-)Wirkung des Rücktritts und der Rechtsnatur der<br>Rückgewähransprüche . . . . .   | 347 |
| (d) Gesetzliches Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung und<br>Wandelung . . . . .   | 351 |
| ii) Einheitliche gesetzliche Regelung der Rückabwicklung . . . . .   | 353 |
| 1) Systematik des Wandlungs- und Rücktrittsfolgenrechts<br>im BGB von 1900 . . . . .   | 354 |
| 2) Vereinheitlichung der Folgen der Ausübung des gesetzlichen und<br>des vertraglichen Rücktrittsrechts und der Wandelung in den<br>Beratungen der Ersten BGB-Kommission . . . . .   | 355 |
| (a) Bildung einer selbstständigen Kategorie „Vorbehaltenes<br>Rücktrittsrecht“ . . . . .   | 355 |
| (b) Beratung der Folgen der Wandelung . . . . .  | 357 |
| (c) Beratung über die Folgen der Ausübung des gesetzlichen<br>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:<br>Beschränkung auf mangelbedingten Untergang? . . . . .  | 367 |
| (d) Folgen des vom Käufer <i>verschuldeten</i> Untergangs der<br>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<br>Rücktritt und Wandelung in der rechtswissenschaftlichen Literatur<br>zum BGB von 1900 ..... | 381 |
| 1) Korrektur- und Umgehungsversuche der Regelung der<br>§§ 350, 351 a. F. ....   | 384 |
| (a) Ausdehnung des Verschuldensbegriffs im Rahmen<br>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<br>und rechtspolitische Angemessenheit der Gefahrbelastung<br>des Verkäufers bei der Wandelung .....          | 396 |
| (a) Historische Gründe für vermeintliche Wertungswidersprüche ...  | 396 |
| (b) Gefahrtragung des mangelhaft leistenden Verkäufers im<br>Rahmen der Wandelung dogmatisch konsequent .....  | 398 |
| (i) Kein Widerspruch zum Prinzip der Schuldnergefahrtragung<br>im Austauschvertrag .....   | 398 |
| (ii) Kein Widerspruch zur Zuweisung der Sachgefahr nach<br>dem Satz <i>casum sentit dominus</i> .....  | 399 |
| (iii) Zuweisung der Sachgefahr (Wertgefahr) zum<br>Verkäufer hängt insbesondere nicht von Verschulden<br>des Verkäufers ab .....                                   | 401 |
| (c) Unter dem ökonomischen Aspekt rechtfertigt das<br>„Näher-dran-Sein“ des Käufers allenfalls eine<br>Beweislastumkehr .....                                      | 403 |
| (d) Widerspruch zu „pragmatischen Erfordernissen einer<br>vernünftigen Gefahrtragungsordnung“ allein rechtfertigt keine<br>Gefahrbelastung des Käufers .....       | 403 |
| iv) Zwischenergebnis zur Gefahrtragung des Verkäufers<br>im Rahmen der Wandelung .....   | 403 |
| 1) Ausfall der Leistung und Isolation der gelieferten mangelhaften<br>Sache von der vertraglichen Gefahrverteilung infolge<br>nachträglicher Zurückweisung .....   | 404 |
| 2) Risiko des Ausschlusses der Wandelung bei Verschulden<br>von Sachuntergang und -verschlechterung infolge der Annahme<br>der mangelhaften Sache .....            | 404 |

|   |     |
|---|-----|
| 3) Fortdauernde Gefahrtragung des mangelhaft leistenden Verkäufers,<br>jedoch ausschließlich nach Maßgabe des Gewährleistungsrechts . . .   | 405 |
| v) Folgerungen . . . . .  | 407 |
| 1) Begrenzung der vom Verkäufer zu tragenden Gefahr durch<br>„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.<br>vom Käufer einzuhaltenden Sorgfalt . . . . .  | 412 |
| 2) „Wesentliche Gleichheit der in Betracht kommenden Verhältnisse“<br>mit Blick auf die Rückabwicklung der mangelhaften Leistung<br>bei Wandelung und Ersatzlieferung? . . . . .  | 413 |
| (a) Ausscheiden der zuerst gelieferten Sache aus dem<br>Leistungsaustausch<br>und Ablösung von der vertraglichen Risikoverteilung . . . . .   | 414 |
| (b) Aufrechterhaltung der Ersatzlieferungspflicht trotz zufälliger<br>Beschädigung oder Zerstörung der zuerst gelieferten Sache<br>als Voraussetzung effektiver Sachmängelhaftung<br>(§§ 480 Abs. 1 S. 2, 467 S. 1, 350 a. F.) . . . . .          | 416 |
| (c) Ausschluss des Ersatzlieferungsanspruchs bei Verschulden des<br>Käufers (§§ 480 Abs. 1 S. 2, 467 S. 1, 351 a. F.) . . . . .   | 417 |
| (d) Zwischenergebnis: Isolation der mangelhaften Sache von der<br>vertraglichen Risikoverteilung bei der Ersatzlieferung ohne<br>Auswirkungen auf die Preisgefahr und mit allenfalls indirekten<br>Auswirkungen auf die Leistungsgefahr . . . . . | 419 |
| 5. <i>Zwischenergebnis zu den Auswirkungen von Sachmängeln<br/>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<br/>infolge der Erweiterung des Leistungsbegriffs</i> . . . . .   | 425 |
| a) Keine Veränderung des „äußeren“ Regelungsgehalts:<br>Gefahrübergang mit Übergabe . . . . .   | 427 |
| b) Veränderung des „inneren“ Regelungsgehalts: Gefahrübergang<br>mit Übergabe der verkauften – d. h. der vertragsgemäß beschaffenen<br>(§ 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<br>von Eigentum und Besitz an bestimmtem Gegenstand und zur<br>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 einer [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 Versendungskauf . . . . .   | 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 „Wertersatz-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 Leistungsumfangs 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 Leistungsumfangs 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 Verbraucherschutz-niveaus bei Nachbesserung und Ersatzlieferung .....  | 598 |
| (c) Ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher .....  | 600 |

|  |     |
|--|-----|
| (d) Exkurs: Zur Vereinbarkeit einer „Kostenbeteiligung“<br>des Käufers im Rahmen der Nacherfüllung mit dem<br>Richtliniengedöte der Unentgeltlichkeit der Herstellung<br>des vertragsgemäßen Zustandes ..... | 602 |
| iv) Zwischenergebnis zu den Richtlinienvorgaben für die Reichweite<br>der Nachbesserung .....  | 606 |
| c) Zwischenergebnis .....  | 606 |
| d) Fallgruppen der Erstreckung der Nachbesserung auf nach<br>der Entgegennahme der mangelhaften Sache an derselben auftretende<br>Verschlechterungen .....   | 606 |
| i) Intensivierung/Verschlimmerung des Ursprungsmangels .....   | 608 |
| 1) Reichweite der Ersatzlieferung und Wortlaut der<br>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<br>gelieferten Sache durch Nachbesserung (Beeinträchtigung des<br>Äquivalenzinteresses) .....   | 611 |
| 2) Weiterfresser-Schaden nur (bei Vertreten-müssen) im Wege des<br>Schadenersatzes neben der Leistung zu ersetzen<br>(Beeinträchtigung des Integritätsinteresses) .....                                      | 615 |
| 3) Stellungnahme .....   | 616 |
| (a) Vergleich zur Ersatzlieferung und Verweis auf den Wortlaut der<br>Verbrauchsgüterkaufrichtlinie helfen (auch hier) nicht weiter ...  | 616 |
| (b) Rechtsnatur des Nacherfüllungsanspruchs nach dem BGB<br>im Regelungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht<br>maßgebend .....   | 618 |
| (c) Wertende Bestimmung des Mangelunwerts .....  | 619 |
| (i) Stoffgleichheit als Kriterium zur Abgrenzung der beim<br>Verkäufer verbliebenen Leistung(sgefahr) von der vom<br>Käufer übernommenen Sachgefahr .....  | 620 |
| (ii) Leistungsbezogenes Integritätsinteresse .....   | 622 |
| (iii) Eigentumsübertragung hat Gefahrübergang nicht zur Folge,<br>wenn und soweit die Leistung mit und an der übereigneten<br>Sache noch nicht bewirkt ist .....   | 622 |
| (iv) Kein Widerspruch zur Erfassung des Weiterfresser-<br>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<br>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<br>Verbraucherschutzministerkonferenz und der Justizministerkonferenz ....   | 635 |
| d) Einheitliche Behandlung der „bloßen Beschädigung“ und der „völligen<br>Zerstörung“ der Kaufsache während der Nachbesserung? .....   | 637 |
| i) Zum Verständnis des Satzes, dass der Verkäufer während der<br>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<br>Nachbesserung im Vergleich zur Beschädigung? .....   | 640 |
| iii) Keine „Schlechterstellung“ des Käufers bei „bloßer Beschädigung“<br>im Vergleich zur „vollständigen“ Zerstörung“, weil Verschlechterung<br>und Untergang nicht in einem Stufenverhältnis stehen ..... | 641 |
| e) Rückgabe zu Nachbesserungszwecken als <i>actus contrarius</i> zur<br>Übergabe gem. § 446 S. 1 .....   | 643 |
| f) Ableitung aus § 439 Abs. 2 .....  | 644 |
| i) Unklare Bedeutung der Bezugnahme auf § 439 Abs. 2<br>in der Kommentarliteratur .....  | 644 |
| ii) Richtlinienvorgabe: Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes<br><i>ohne erhebliche Unannehmlichkeiten</i> für den Verbraucher .....   | 645 |
| g) Herleitung aus der Leistungspflicht zur sachmangelfreien Lieferung<br>bzw. zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes .....  | 647 |
| h) Ähnlichkeit mit Weiterfresser-Mangel – „quasi-mangelbedingter Schaden“  | 648 |
| i) kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Mangel(-unwert) und<br>späterem Schaden, Schaden beruhe nur auf Schutzpflichtverletzung . . .  | 649 |
| ii) wertungsmäßiger Unterschied zur Beschädigung <i>anderer</i> Gegenstände<br>des Käufers im Zuge der Nachbesserung .....   | 650 |
| iii) „Mangelfreier“ Teil der Kaufsache steht einer anderen Sache des<br>Käufers nicht gleich .....   | 650 |
| iv) Verkäufer steht der nachzubessernden Sache nicht wie beliebiger<br>Dritter gegenüber .....   | 651 |
| v) Zwischenergebnis .....  | 652 |
| i) Zusammenhang mit dem (Nach-)Erfüllungshandeln und<br>nachbesserungstypische Risiken .....   | 653 |
| i) Differenzierung geboten: Beschädigungen „bei Gelegenheit der<br>Nachbesserung“ vs. „Beschädigungen bei der Nachbesserung“<br>oder „durch die Nachbesserung“ .....                                       | 653 |
| ii) Beschädigung <i>durch Nachbesserung</i> nur bei haftungsrechtlichem<br>Vertreten-müssen des Verkäufers als Sachmangel zu erfassen? .....   | 655 |
| iii) Verursachung durch (Nach-)Erfüllungshandeln notwendig,<br>aber auch ausreichend .....   | 656 |

|  |     |
|--|-----|
| 1) Nachbesserungsspezifischer Risikozusammenhang .....   | 656 |
| 2) Insbesondere: Transportrisiken .....  | 659 |
| iv) Nicht vom Verkäufer zu vertretende Beschädigungen <i>bei Gelegenheit</i><br>der Nachbesserung fallen dagegen dem Käufer zur Last .....                                 | 663 |
| j) Zwischenergebnis .....  | 664 |
| 9. <i>Abwendung des Übergangs jeglicher Gefahr</i><br><i>durch Zurückweisung mangelhafter Ware</i> .....   | 665 |
| a) Bedeutung des Zurückweisungsrechts bei Anspruch auf Ersatzlieferung<br>und sofortigem Rücktrittsrecht wegen Vorliegens eines erheblichen<br>unbeheblichen Mangels ..... | 666 |
| b) Vorliegen eines behebbaren erheblichen Sachmangels bei Ausscheiden<br>der Ersatzlieferung .....   | 667 |
| c) Vorliegen eines behebbaren unerheblichen Sachmangels bei Ausscheiden<br>der Ersatzlieferung .....   | 671 |
| d) Vorliegen eines unerheblichen unbeheblichen Mangels bei Ausscheiden<br>der Ersatzlieferung .....  | 672 |
| e) Zwischenergebnis .....  | 674 |
| C. Schluss .....   | 675 |
| Anhänge .....  | 681 |
| 1. <i>Beschluss der 9. Verbraucherschutzministerkonferenz</i> .....  | 683 |
| 2. <i>Beschluss der 84. Justizministerkonferenz</i> .....  | 685 |
| 3. <i>Arbeitspapier der Projektgruppe „Gewährleistung und Garantie“</i><br><i>(Auszug „Gefahrtragung während der Nacherfüllung“)</i> .....                                 | 686 |
| Nachwort .....   | 695 |
| Literatur .....  | 697 |
| Sachregister .....   | 723 |