

Inhaltsübersicht

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

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
1. Allgemeines zur Gefahrtragung	2
2. Casum sentit dominus/res perit domino	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“ der Gefahr	21
d) Grundsatz der Schuldnergefahrttragung 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. 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 Käufergefahrttragung	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 Innominatealkontrakte 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 Innominatealkontrakten in der Legistik	81
iv) Theoretische Begründung der Gefahrtragung des Schuldners bei den Innominatealkontrakten 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 emporis-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 emporis</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 Annahmeeverzug 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 Gefahrentlastung 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 Gattungsschuld 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) Nickerfüllungshaftung 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 „parteiautonomen“ Gattungsbegriff	232
2) Vom objektiven zum subjektiven Fehlerbegriff	233
3) Zum Verhältnis der Gattungsvereinbarung zur Beschaffenheitsvereinbarung	234
(a) Verschiedene Qualitätsstufen innerhalb einer Gattung: grundätzliches Erfordernis der Einhaltung des mittleren Qualitätsstandards	235
(b) Mängelhaftigkeit, 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. 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 (Oermann, 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 schlässe „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) Römischi-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) Rücktrittefeindliche 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 Wandelungs- 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

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 unbehebbaren 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 Verschlechterungen 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 hypothetischen 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 „Anleitung“ 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. Folgerungen und Thesen	471
5. Sachliche Veränderungen des Rücktrittsfolgenrechts im Zuge der Schuldrechtsreform	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 Leistungsstörungsrecht 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 Sach eigenschaften	533
2) Bedeutung der Individualität der Kaufsache (Individualisierungsinteresse/-abrede), insbesondere im Verhältnis zur „Soll-Beschaffenheit“ derselben	536
(a) Beschaffheitsvereinbarung allein konstituierend für den Schuldgegenstand (Kaufsache), beim Stückkauf: Individualität als Beschaffheitsmerkmal?	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 Störungereignisses („bloße“ Verschlechterung oder vollständiger Untergang) noch von dessen rechtlicher Qualifikation (Sachmangel oder Unmöglichkeit) ab	560
3) Auch insoweit ist der (hypothetische) Parteiwillen 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“ 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) Richtlinievorgabe: 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</i> Nachbesserung nur bei haftungsrechtlichem Vertreten-müssen des Verkäufers als Sachmangel zu erfassen?	655
iii) Verursachung durch (Nach-)Erfüllungshandeln notwendig, aber auch ausreichend	656

1) Nachbesserungsspezifischer Risikozusammenhang	656
2) Insbesondere: Transportrisiken	659
iv) Nicht vom Verkäufer zu vertretende Beschädigungen <i>bei Gelegenheit</i> der Nachbesserung fallen dagegen dem Käufer zur Last	663
j) Zwischenergebnis	664
9. <i>Abwendung des Übergangs jeglicher Gefahr</i> <i>durch Zurückweisung mangelhafter Ware</i>	665
a) Bedeutung des Zurückweisungsrechts bei Anspruch auf Ersatzlieferung und sofortigem Rücktrittsrecht wegen Vorliegens eines erheblichen unbehebbaren Mangels	666
b) Vorliegen eines behebbaren erheblichen Sachmangels bei Ausscheiden der Ersatzlieferung	667
c) Vorliegen eines behebbaren unerheblichen Sachmangels bei Ausscheiden der Ersatzlieferung	671
d) Vorliegen eines unerheblichen unbehebbaren Mangels bei Ausscheiden 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> <i>(Auszug „Gefahrtragung während der Nacherfüllung“)</i>	686
 Nachwort	695
Literatur	697
Sachregister	723