

# Der Fehler beim Kauf

von

**Prof. Dr. Robert Knöpfle**

B47 867

Juristische Gesamtbibliothek  
der Technischen Hochschule  
Darmstadt



C. H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG  
MÜNCHEN 1989

# Inhaltsverzeichnis

|   |    |
|---|----|
| <i>A. Allgemeines</i> . . . . .   | 1  |
| I. Die Entwicklung zu der heute herrschenden Auffassung . . . . .   | 1  |
| II. Die Definition des Fehlers als Abweichung der Istbeschaffenheit von der Sollbeschaffenheit und der Grund der Sachmängelhaftung . . . . .  | 2  |
| <i>B. Der subjektive Fehlerbegriff</i> . . . . .  | 11 |
| I. Die verschiedenen Versionen des subjektiven Fehlerbegriffes und ihre „friedliche Koexistenz“ . . . . .   | 11 |
| II. Die Abweichung der Sache von dem, „als was“ sie verkauft wurde . . . . .  | 17 |
| III. Der subjektive Fehlerbegriff in der Version, daß es auf eine Beschaffenheitsvereinbarung der Parteien ankommt (erste Version) . . . . .  | 20 |
| 1. Allgemeines . . . . .  | 20 |
| 2. Die Ausprägung des subjektiven Fehlerbegriffes, die auf die „vertraglich vorausgesetzte Beschaffenheit“ oder auf den „nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch“ abstellt . . . . . | 24 |
| 3. Die Beschaffenheitsvereinbarung . . . . .  | 32 |
| 4. Der subjektive Fehlerbegriff beim Gattungskauf . . . . .   | 37 |
| 5. Trifft der rein subjektive Fehlerbegriff zu? . . . . .   | 38 |
| a) Allgemeines . . . . .  | 38 |
| b) Das Argument, es müsse notwendigerweise durch den Vertrag festgelegt sein, wann ein Fehler vorliegt . . . . .  | 41 |
| c) Die Annahme, die Vorstellung von der Sache sei beim Kauf Teil der Erklärung . . . . .  | 52 |
| aa) Allgemeines . . . . .   | 52 |
| bb) Das Fehlen einer logischen oder rechtlichen Notwendigkeit, daß die Vorstellung von der Beschaffenheit Teil der Erklärung ist . . . . .  | 55 |
| cc) Das Fehlen eines Willens des Käufers, seine Vorstellung von der Beschaffenheit der Sache zum Inhalt seiner Erklärung zu machen . . . . .  | 61 |
| dd) Das Fehlen einer Äußerung des Willens, die Vorstellung von der Beschaffenheit der Sache zum Inhalt der Erklärung zu machen . . . . .  | 62 |
| ee) Der Inhalt der Erklärung des Verkäufers, wenn er seine Erklärung zuerst abgibt . . . . .  | 64 |
| ff) Die Möglichkeit eines Dissenses zwischen den Erklärungen der beiden Parteien . . . . .  | 65 |
| gg) Das Fehlen einer Eignung der Vorstellung von der Sache als allgemeine Grundlage für die Mängelhaftung . . . . .   | 65 |
| hh) Die Untragbarkeit eines entsprechend der Parteivorstellung wechselnden Vertragsinhaltes in der Praxis . . . . .   | 68 |
| ii) Der Fall, daß der Verkäufer den Fehler bei Abschluß des Vertrages kannte . . . . .  | 69 |
| kk) Die Unvereinbarkeit mit § 460 S. 1 BGB . . . . .  | 69 |
| ll) Ergebnis . . . . .  | 70 |

|  |     |
|--|-----|
| d) Die Rechtfertigung des rein subjektiven Fehlerbegriffes durch die von den Parteien intendierte Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung . . . . .  | 70  |
| e) Das Fehlen einer Beschaffenheitsvereinbarung in der Praxis . . . . .  | 79  |
| f) Die Unmöglichkeit, durch eine Vereinbarung in allen Punkten, in denen ein Fehler vorliegen kann, festzulegen, wann ein solcher gegeben ist . . . . .  | 82  |
| g) Die Problematik der Annahme konkludenter oder stillschweigender Vereinbarungen im Bereich divergierender Interessen . . . . .   | 84  |
| h) Das Fehlen einer Relevanz der Vereinbarung, wenn die der Vereinbarung entsprechende Beschaffenheit hinter der normalen Beschaffenheit einer Sache der Gattung, der die Kaufsache angehört, zurückbleibt . . . . . | 85  |
| i) Die Annahme einer stillschweigend geschlossenen allgemeinen Beschaffenheitsvereinbarung, nach der die Sache „in Ordnung“ ist und die Mängelhaftung besteht, wenn sie es nicht ist . . . . .                       | 85  |
| aa) Allgemeines . . . . .  | 85  |
| bb) Der Umstand, daß es beim Gattungskauf praktisch keine allgemeine Beschaffenheitsvereinbarung gibt . . . . .  | 90  |
| cc) Das Fehlen der Begründung eines wirklich subjektiven Fehlerbegriffes durch eine allgemeine Beschaffenheitsvereinbarung . . . . .   | 91  |
| dd) Die Unmöglichkeit, eine allgemeine Beschaffenheitsvereinbarung zu schließen, nach der sich bestimmen läßt, wann eine gebrauchte Sache oder eine ganze Gattung einen Fehler aufweist . . . . .                    | 93  |
| ee) Die Unmöglichkeit, durch eine allgemeine Beschaffenheitsvereinbarung in anderen zweifelhaften Fällen festzulegen, wann ein Fehler vorliegt . . . . .   | 95  |
| ff) Das Fehlen einer allgemeinen Beschaffenheitsvereinbarung im Normalfall eines Kaufes . . . . .  | 95  |
| α) Der Umstand, daß die Parteien gewöhnlich nicht wissen, daß es allgemeine Beschaffenheitsvereinbarung gibt . . . . .   | 95  |
| β) Der Umstand, daß die Mehrheit der Autoren nicht annimmt, daß es neben der Zusicherung eine Beschaffenheitsvereinbarung gibt . . . . .   | 96  |
| γ) Anwendung der für den Vertragsschluß gültigen Regeln . . . . .  | 96  |
| gg) Das Fehlen einer allgemeinen Beschaffenheitsvereinbarung bei formbedürftigen Verträgen und bei Verträgen, nach denen Nebenabreden zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform bedürfen . . . . .                        | 105 |
| hh) Die Möglichkeit einer Anfechtung des Abschlusses der allgemeinen Beschaffenheitsvereinbarung durch den Verkäufer . . . . .   | 106 |
| ii) Die Fälle, in denen der Abschluß einer allgemeinen Beschaffenheitsvereinbarung von dem Verkäufer abgelehnt wurde . . . . .   | 107 |
| kk) Die Fälle, in denen eine Beschaffenheitsvereinbarung über die normale Beschaffenheit einer Sache einer allgemeineren Gattung als der, welcher die Kaufsache tatsächlich angehört, vorliegt . . . . .             | 108 |
| ll) Das Fehlen einer Berücksichtigung der Notwendigkeit einer allgemeinen Beschaffenheitsvereinbarung bei der Prüfung, ob die Klage schlüssig ist . . . . .  | 108 |
| mm) Der Umstand, daß, wer zum Verkauf oder Kauf einer Sache bevollmächtigt ist, nicht immer auch zum Abschluß einer allgemeinen Beschaffenheitsvereinbarung bevollmächtigt ist . . . . .                             | 109 |
| nn) Ergebnis . . . . .   | 110 |

|  |     |
|--|-----|
| k) Der Hinweis auf Einzelfälle, in denen eine Vereinbarung vorliegt, zur Begründung des rein subjektiven Fehlerbegriffes . . . . .   | 112 |
| l) Die Unvereinbarkeit des rein subjektiven Fehlerbegriffes mit der Möglichkeit, die Mängelhaftung auszuschließen . . . . .  | 114 |
| m) Ergebnis . . . . .  | 114 |
| 6. Exkurs: Die Annahme, es folge aus dem rein subjektiven Fehlerbegriff, daß beim Gattungskauf im Falle der Lieferung eines aliud Gewährleistungsrecht anzuwenden ist . . . . .                  | 120 |
| 7. Trifft der subjektiv-objektive Fehlerbegriff zu? . . . . .  | 130 |
| a) Allgemeines . . . . .   | 130 |
| b) Gibt es eine Lücke zwischen dem Fehler im Sinne des objektiven Fehlerbegriffes und der Zusicherung, die durch den Fehler im Sinne des subjektiven Fehlerbegriffes zu füllen ist? . . . . .    | 132 |
| aa) Der Inhalt der Zusicherung . . . . .   | 132 |
| α) Die Notwendigkeit einer verbindlichen Angabe . . . . .  | 132 |
| β) Die Notwendigkeit eines Vertrages . . . . .   | 134 |
| γ) Ist ein Wille des Verkäufers, sich zum Schadensersatz zu verpflichten, notwendig? . . . . .   | 136 |
| αα) Die verbale Erklärung der h. M., der Wille sei notwendig . . . . .   | 136 |
| ββ) Die Divergenz zwischen der verbalen Erklärung der h. M. und den Regeln für die Behandlung von Mängelfolgeschäden . . . . .   | 138 |
| γγ) Die Divergenz zwischen der verbalen Erklärung der h. M. und der Beurteilung praktischer Fälle . . . . .  | 139 |
| δδ) Die Gründe, aus denen ein Wille, sich zum Schadensersatz zu verpflichten, nicht für notwendig zu erachten ist . . . . .  | 145 |
| 1. Der Wortsinn des Terminus „Zusicherung“ . . . . .   | 145 |
| 2. Die Überflüssigkeit des Willens neben der Regelung der §§ 463 S. 1, 480 Abs. 2 . . . . .  | 145 |
| 3. Die Divergenz zwischen der Notwendigkeit des Willens und der Regelung des § 463 S. 1, nach welcher die Eigenschaft zur Zeit des Kaufes gefehlt haben muß . . . . .                            | 146 |
| 4. Die Frage der Berechtigung des Schadensersatzanspruches . . . . .   | 147 |
| 5. Die Bedeutung des Umstandes, daß die Haftung für das Fehlen zugesicherter Eigenschaften zu einer Ausweitung der Mängelhaftung auf Fälle, in denen sonst nicht gehaftet wurde, führt . . . . . | 155 |
| 6. Der Schluß aus § 11 Nr. 11 AGBG . . . . .   | 156 |
| 7. Der Schluß aus dem Kauf auf Probe . . . . .   | 156 |
| 8. Das Fehlen des Willens und einer stillschweigenden oder konkludenten Erklärung des Willens im Regelfall . . . . .   | 156 |
| 9. Das Fehlen einer Möglichkeit, den Willen festzustellen, wenn die Angabe konkludent oder stillschweigend gemacht wurde . . . . .   | 161 |
| 10. Ergebnis . . . . .   | 162 |
| bb) Schlußfolgerung für das Verhältnis zwischen der Beschaffenheitsvereinbarung und der Zusicherung und für den Fehlerbegriff . . . . .  | 163 |
| c) Die Unzuträglichkeiten eines Nebeneinanders von „einfacher“ Beschaffenheitsvereinbarung und Zusicherung . . . . .   | 169 |

|  |     |
|--|-----|
| aa) Allgemeines . . . . .  | 169 |
| bb) Die Systemwidrigkeiten, zu denen die Annahme führt, es gebe neben der Zusicherung eine Beschaffenheitsvereinbarung . . . . .   | 181 |
| α) Das Gesamtsystem des § 459 BGB . . . . .  | 181 |
| β) Die Regelung des § 459 Abs. 1 zweite Voraussetzung und des § 460 S. 2 BGB . . . . .   | 182 |
| γ) Der Ausschluß der Mängelhaftung in dem Vertrag . . . . .  | 187 |
| δ) Ergebnis . . . . .  | 188 |
| d) Die rechtliche Behandlung der Beschaffenheitsvereinbarung, die nötig ist, wenn man annimmt, daß es eine solche neben der Zusicherung gibt . . . . .   | 189 |
| e) Ergebnis . . . . .  | 193 |
| 8. Die Erfassung der Artabweichung, der Individualabweichung und der Umstandsabweichung . . . . .  | 193 |
| 9. Die Annahme einer Beschaffenheitsvereinbarung statt eines Haftungsausschlusses . . . . .  | 201 |
| 10. Ergebnis . . . . .   | 205 |
| IV. Der subjektive Fehlerbegriff in der Version, daß es auf das ankommt, was die Parteien übereinstimmend vorausgesetzt haben (zweite Version) . . . .   | 209 |
| 1. Allgemeines . . . . .   | 209 |
| 2. Der unzutreffende Wortsinn des Kriteriums „übereinstimmend vorausgesetzt“ . . . . .   | 214 |
| 3. Die Möglichkeit, den subjektiven Fehlerbegriff in der zweiten und daneben in der ersten Version zu vertreten . . . . .  | 215 |
| 4. Ist es berechtigt, auf das abzustellen, was die Parteien übereinstimmend vorausgesetzt haben? . . . . .   | 216 |
| a) Die Parteien haben eine bestimmte Beschaffenheit oder Zweckeignung der Sache übereinstimmend angenommen . . . . .   | 216 |
| aa) Der Verkäufer hat keine Angabe über die Kaufsache gemacht . .  | 216 |
| bb) Der Verkäufer hat eine Angabe über die Kaufsache gemacht . .   | 221 |
| cc) Ergebnis . . . . .   | 224 |
| dd) Bestätigung des Ergebnisses durch § 459 Abs. 2 BGB . . . . .   | 224 |
| ee) Der Gedanke des Fehlens der Geschäftsgrundlage . . . . .   | 225 |
| ff) Der Hinweis auf das Kriterium des § 459 Abs. 1 BGB: „Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch“ . .  | 228 |
| gg) Der Umstand, daß die Minderung keine adäquate Rechtsfolge des Umstandes ist, daß die Sache nicht dem entspricht, was die Parteien übereinstimmend vorausgesetzt haben . . . . .                                    | 231 |
| hh) Der Umstand, daß das Kriterium „übereinstimmend vorausgesetzte Beschaffenheit“ auch Eigenschaften umfaßt, auf die der Käufer keinen Wert legt . . . . .  | 232 |
| ii) Der Fall, daß der Verkäufer gegenüber dem Käufer zum Ausdruck gebracht hat, daß er nicht sicher weiß, ob die Sache die übereinstimmend angenommene Beschaffenheit oder Zweckeignung aufweist . . . . .             | 234 |
| kk) Die Fälle, in denen die Parteien übereinstimmend vorausgesetzt haben, daß die Kaufsache die normale Beschaffenheit einer Sache einer allgemeineren Gattung als der, welcher sie tatsächlich angehört hat . . . . . | 235 |
| ll) Ergebnis . . . . .   | 235 |
| b) Die Parteien haben nicht eine bestimmte Beschaffenheit oder Zweckeignung der Sache übereinstimmend angenommen . . . . .   | 235 |

|  |     |
|--|-----|
| aa) Der Verkäufer wußte, daß seine Angabe unrichtig ist, oder er hatte Zweifel an ihrer Richtigkeit . . . . .  | 236 |
| bb) Der Käufer hatte Zweifel an der Richtigkeit der Angabe des Verkäufers . . . . .  | 236 |
| cc) Ergebnis . . . . .   | 237 |
| c) Das Fehlen eines Spielraumes für die Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles . . . . .   | 237 |
| d) Die mangelnde Vereinbarkeit eines Abstellens auf eine übereinstimmende Vorstellung mit der zweiten Voraussetzung des § 459 Abs. 1 BGB . . . . .   | 238 |
| e) Die Schwierigkeiten des Beweises der übereinstimmenden Vorstellung . . . . .  | 239 |
| f) Die zweite Version des subjektiven Fehlerbegriffes und die Einschränkung der Mängelhaftung . . . . .  | 239 |
| 5. Das Fehlen einer Präzisierung, wann eine bestimmte Beschaffenheit oder Zweckeignung übereinstimmend vorausgesetzt ist, in Literatur und Rechtsprechung . . . . .                                      | 240 |
| 6. Die Erfassung der Artabweichung, der Individualabweichung und der Umstandsabweichung . . . . .  | 246 |
| 7. Der Fall einer übereinstimmenden Annahme der Parteien, das verkaufte Grundstück sei bebaubar . . . . .  | 248 |
| 8. Ergänzende Bemerkungen zu dem rein subjektiven Fehlerbegriff . . . . .  | 252 |
| a) Allgemeines . . . . .   | 252 |
| b) Der Umstand, daß es beim Gattungskauf einen rein subjektiven Fehlerbegriff nicht geben kann . . . . .   | 253 |
| c) Das Fehlen der Begründung eines wirklich subjektiven Fehlerbegriffes durch die übereinstimmende Voraussetzung, die Sache sei „in Ordnung“ . . . . .   | 253 |
| d) Der Umstand, daß die Parteien nicht immer voraussetzen, die Sache sei „in Ordnung“ . . . . .  | 254 |
| e) Die übereinstimmende Voraussetzung, die Kaufsache sei zu dem gewöhnlichen Gebrauch tauglich . . . . .   | 255 |
| f) Die Unmöglichkeit, aufgrund einer allgemeinen Vorstellung zu bestimmen, ob eine gebrauchte Sache einen Fehler aufweist . . . . .  | 255 |
| g) Die Unmöglichkeit, aufgrund einer allgemeinen Vorstellung zu bestimmen, ob eine ganze Gattung einen Fehler aufweist . . . . .   | 257 |
| h) Die Unvereinbarkeit des rein subjektiven Fehlerbegriffes mit § 460 S. 1 BGB . . . . .   | 257 |
| i) Der Umstand, daß die Praxis nicht davon ausgeht, daß zur Schlüssigkeit der Klage die Behauptung gehört, die Parteien hätten übereinstimmend vorausgesetzt, die Sache sei „in Ordnung“ . . . . .       | 258 |
| k) Der Hinweis auf Einzelfälle, in denen die Parteien eine bestimmte Beschaffenheit oder Zweckeignung übereinstimmend vorausgesetzt haben, zur Begründung des rein subjektiven Fehlerbegriffes . . . . . | 258 |
| l) Zusammenfassung . . . . .   | 260 |
| 9. Ergebnis . . . . .  | 260 |
| V. Das Fehlen einer Berücksichtigung des subjektiven Fehlerbegriffes bei der Beurteilung, ob eine Zusicherung vorliegt . . . . .   | 262 |

|  |     |
|--|-----|
| C. Der objektive Fehlerbegriff . . . . .   | 265 |
| I. Allgemeines . . . . .   | 265 |
| 1. Die Anwendung des objektiven Fehlerbegriffes im Normalfall in der Praxis . . . . .  | 265 |
| 2. Der Anwendungsbereich des objektiven Fehlerbegriffes nach den verschiedenen Lehrmeinungen . . . . .   | 269 |
| II. Die Gründe für den rein objektiven Fehlerbegriff . . . . .   | 272 |
| III. Die mangelnde Brauchbarkeit des Kriteriums „Minderung der Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauch“ . . . . .  | 277 |
| IV. Die relevante Gattung . . . . .  | 279 |
| V. Die normale Beschaffenheit einer Sache der betreffenden Gattung . . . . .   | 288 |
| VI. Die Abweichung von der normalen Beschaffenheit zum Nachteil des Käufers . . . . .  | 292 |
| VII. Der Fehler bei einer gebrauchten Sache . . . . .  | 296 |
| VIII. Der Fehler bei einer individuell hergestellten Sache . . . . .   | 298 |
| IX. Der Fehler beim Gattungskauf . . . . .   | 299 |
| 1. Allgemeines . . . . .   | 299 |
| 2. Das Vorliegen eines Fehlers im Falle einer aliud-Lieferung . . . . .  | 299 |
| 3. Das Verhältnis zwischen der Verpflichtung, eine fehlerfreie Sache zu liefern, und der Verpflichtung, eine Sache von mittlerer Art und Güte zu liefern (§ 243 Abs. 1) . . . . .        | 301 |
| 4. Das Fehlen der Begründung einer neuen Gattung dadurch, daß die gelieferte Sache fehlerhaft ist . . . . .  | 303 |
| X. Der Fehler einer ganzen Gattung . . . . .   | 303 |
| XI. Der Fehler bei anderen Gegenständen als Sachen . . . . .   | 309 |
| XII. Die Kritik an dem objektiven Fehlerbegriff . . . . .  | 310 |
| 1. Die an dem objektiven Fehlerbegriff allgemein geübte Kritik . . . . .   | 310 |
| a) Die Kritik, die in der Begründung dafür liegt, daß der rein subjektive Fehlerbegriff gilt . . . . .   | 310 |
| b) Der Hinweis auf Fälle, in denen eine Beschaffenheitsvereinbarung oder übereinstimmende Voraussetzung vorliegt oder die Mängelhaftung ganz oder teilweise ausgeschlossen ist . . . . . | 310 |
| c) Das Argument, die Gattung lasse sich nicht oder nicht ohne Willkür bestimmen . . . . .  | 311 |
| d) Das Argument, es lasse sich nur die Grundkategorie bestimmen . . . . .  | 318 |
| e) Das Argument, der objektive Fehlerbegriff entspreche nicht der ratio legis . . . . .  | 322 |
| f) Das Argument, es gebe keine Sachen, die an sich fehlerhaft sind . . . . .   | 324 |
| g) Weitere Argumente . . . . .   | 330 |
| 2. Die Kritik an dem rein objektiven Fehlerbegriff . . . . .   | 331 |
| a) Allgemeines . . . . .   | 331 |
| b) Das Argument, der objektive Fehlerbegriff erfasse nicht die Art-, die Individual- und die Umstandsabweichung . . . . .  | 335 |
| c) Das Argument, im Falle einer Art-, Individual- oder Umstandsabweichung bleibe nur eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB . . . . .   | 337 |
| d) Das Argument zwischen Qualitäts- und Artabweichung könne nicht getrennt werden oder die Trennung zwischen beidem sei nicht ohne Willkür möglich . . . . .                             | 339 |

|   |            |
|---|------------|
| e) Das Argument, die vorausgesetzte Beschaffenheit sei wirtschaftlich entscheidend . . . . .                      | 343        |
| f) Das Argument, der objektive Fehlerbegriff führe zu einer Generalisierung des Prüfungsmaßstabes . . . . .       | 343        |
| g) Das Argument, der juristische Fehlerbegriff könne von dem allgemeinen Sprachgebrauch abweichen . . . . .       | 345        |
| 3. Ergebnis . . . . .   | 347        |
| XIII. Zusammenfassung . . . . .   | 349        |
| <i>D. Das Fehlen einer echten Alternative zwischen dem subjektiven und dem objektiven Fehlerbegriff . . . . .</i> | <i>351</i> |