

# Informationsdefizite bei der Ausübung kaufrechtlicher Gewährleistungsrechte – Regelungslücke im reformierten Schuldrecht des vereinten Deutschlands?

*Sebastian Mock*

## A. Ausgangspunkt

Die Reform des Schuldrechts des Bürgerlichen Gesetzbuches aus dem Jahr 2002 stellt mit Abstand eine der umfangreichsten Umgestaltungen des Zweiten Buches des BGB seit seiner Schaffung dar.<sup>1</sup> Dabei stand die Reform bzw. die vollumfängliche Neugestaltung der kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte im Mittelpunkt, zumal durch die Verpflichtung zur Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie<sup>2</sup> – jedenfalls für die Fälle des Verbrauchsgüterkaufs – eine Beibehaltung des bis dahin geltenden Kaufrechts nicht möglich war. Inhaltlich haben dabei die Rechte des Käufers bei Lieferung einer mangelhaften Sache durch den Verkäufer im Hinblick auf die Einführung des Nacherfüllungsanspruchs des § 439 BGB eine deutliche Erweiterung bzw. Modifizierung erfahren, womit von der im deutschen (normierten) Kaufrecht bestehenden Beschränkung der Rechte auf Wandelung und Minderung abgewichen wurde. Der Käufer hat nunmehr nach § 437 BGB neben den schon nach altem Recht bestehenden Möglichkeiten der Wandelung (Rücktritt – § 437 Nr. 2 BGB) und der Minderung (§ 437 Nr. 2 BGB) auch das Recht auf Nacherfüllung (§ 437 Nr. 1 BGB) und auch auf Aufwendungs- bzw. Schadenersatz (§ 437 Nr. 3 BGB), wobei letzteres bereits im Rahmen der Grundsätze der positiven Forderungsverletzung trotz

<sup>1</sup> So ausdrücklich GesBegr SMG, BT-Drucks. 14/6040, S. 1 („Das Schuldrecht des BGB ist auf den Gebieten des Verjährungsrechts, des allgemeinen Leistungsstörungsrechts sowie des Kauf- und Werkvertragsrechts in seinen Grundzügen auf dem Stand des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs stehen geblieben. In dessen nunmehr über einhundertjährigen Geschichte sind zahlreiche und zum Teil gravierende Mängel zutage getreten.“).

<sup>2</sup> Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. L 171 vom 7.7.1999, S. 12ff.

fehlender Normierung anerkannt war.<sup>3</sup> Grundsätzlich bestehen diese Rechte kumulativ, so dass sie nebeneinander anwendbar sind, der Käufer insofern bei der Geltendmachung nicht auf eines der Rechte beschränkt ist. Eine Alternativität besteht nur zwischen der Nachlieferung und der Nachbesserung (§ 439 Abs. 1 BGB), dem Rücktritt und der Minderung (§ 437 Nr. 2 BGB) und dem Schadenersatz und dem Aufwendungsersatz (§ 437 Nr. 3 BGB). Trotz dieser Vielfalt an Rechten besteht beim Käufer typischerweise immer nur ein individuelles Interesse an einem bestimmten oder ggf. mehreren Mängelgewährleistungsrechten. Da diese unterschiedlichen Rechte aber an teilweise verschiedene Voraussetzungen bzw. Ausschlussgründe anknüpfen, stellt sich insofern die Frage, inwiefern der Käufer bei der Rechtsausübung das Risiko tragen muss, dass einzelne Mängelgewährleistungsrechte aufgrund fehlender Tatbestandsvoraussetzungen oder vorliegender Ausschlussgründe nicht bestehen.

## **B. Informationsrisiken im Mängelgewährleistungsrecht**

Bei der Betrachtung dieser (tatsächlichen) Risiken bei der Geltendmachung von Mängelgewährleistungsrechten muss zunächst zwischen der Unsicherheit hinsichtlich des tatsächlichen Vorliegens der einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen (siehe B.I.) und den Folgen und den Risiken der Ausübung (siehe B.II.) unterschieden werden.

### ***B.I. Unsicherheiten hinsichtlich des tatsächlichen Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen***

Bei den allgemeinen Tatbestandsvoraussetzungen können tatsächliche Unsicherheiten und damit entsprechende Risiken letztlich vollumfänglich auftreten. Dies gilt sowohl für das generelle Vorliegen eines Mangels (siehe B.I.2.), das Bestehen besonderer (siehe B.I.1.) und schließlich für das Bestehen allgemeiner Ausschlussgründe (siehe B.I.3.).

<sup>3</sup> Zur Anwendung dieser Grundsätze im alten Schuldrecht vgl. nur *Otto*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2009, § 280 Rn. A 2.

### *B.I.1. Vorliegen eines Mangelverdachts*

Die §§ 434ff. BGB gehen in ihrer Systematik grundsätzlich von dem Vorliegen eines Mangels aus bzw. enthalten keine spezifischen Vorschriften, inwiefern mit den Unsicherheiten hinsichtlich des Vorliegens eines Mangels in Form eines Mangelverdachts umzugehen ist.

#### *B.I.1.a) Bestehen eines Mangels*

Dies gilt zunächst für die Frage, ob überhaupt ein Mangel selbst vorliegt. Insbesondere komplexe und hochwertige Produkte zeichnen sich in der Regel dadurch aus, dass eine gewöhnliche Verwendung (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB) nur sehr schwierig zu bestimmen ist. Dies gilt etwa für nahezu alle Arten von technischen Geräten bzw. Maschinen. Zwar können allgemeine Leistungsmerkmale ohne weiteres überprüft oder gemessen werden, allerdings folgt daraus nicht zugleich, dass damit auch den Voraussetzungen der gewöhnlichen Verwendung entsprochen wird.

*Beispiel 1: K kauft von V eine bestimmte Anzahl Kühe. Vor der Übergabe erfährt der K, dass die Kühe aus einer Region stammen, in der derzeit eine verheerende Kuhseuche vorliegt. Bei der Übergabe der Kühe kann eine Ansteckung der Kühe mit der Seuche aber nicht festgestellt werden.*

*Beispiel 2: K kauft ein fabrikneues Fahrzeug von V. Kurz nach der Übergabe stellt K ein seltsames Geräusch fest, das er aber nicht zuordnen kann. Seine Werkstatt teilt ihm mit, dass nur eine intensive Untersuchung den Ursprung des Geräusches aufklären kann.*

*Beispiel 3: A kauft im Elektronikgeschäft des V einen hochauflösenden Flachbildschirm für 5.000 Euro. Zuhause angekommen ist er von der Bildqualität etwas enttäuscht, weiß aber nicht, ob diese auf einen Mangel des Fernsehers zurückzuführen ist oder es sich lediglich um ein der Qualität des Fernsehers entsprechendes Bild handelt.*

Die Unsicherheiten hinsichtlich des tatsächlichen Vorliegens eines Mangels liegen in diesen Fällen auf der Hand. Für den Käufer ist es bei komplexen und hochwertigen Produkten in der Regel ohne fremde Hilfe unmöglich, die Mangelhaftigkeit der Kaufsache selbst festzustellen. Dies kann der Käufer meist nur dann, wenn er einen externen Gutachter ein-

schaltet, für den dann allerdings umfangreiche Kosten entstehen können. Auch bei Vorliegen einer Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB) ist nicht in jedem Fall sichergestellt, dass das Vorliegen eines Mangels ohne weiteres bestimmt werden kann, da die Beschaffenheitsvereinbarung hinsichtlich des Mangels nicht zwingend eindeutig ist.

*Beispiel 4: K kauft von V ein Pferd, bei dem es sich ausdrücklich um ein Reitpferd handeln soll. Bei dem Pferd besteht allerdings ein Abweichen von der physiologischen Norm und eine entsprechend geringe Wahrscheinlichkeit der Entwicklung künftiger klinischer Symptome, die eine Verwendung als Reitpferd ausschließen.<sup>4</sup>*

Die Vornahme einer Beschaffenheitsvereinbarung zwischen Käufer und Verkäufer kann in diesem Fall für die Frage der Bestimmung des tatsächlichen Vorliegens eines Sachmangels nicht ohne weiteres weiterhelfen, da auch in diesem Fall der Käufer nur unter Einschaltung eines externen Fachmannes hinreichend bestimmen kann, inwieweit tatsächlich ein Sachmangel vorliegt.

Eine Sonderkonstellation stellen in diesem Zusammenhang die Fälle dar, in denen der Verdacht der Mangelhaftigkeit besteht, dieser aber in keiner Weise hinreichend aufgeklärt werden kann, da die dahingehenden technischen Möglichkeiten beschränkt sind.

*Beispiel 5: K kauft von V ein Haus, dessen Bausubstanz einen Schwammbefall hatte, der aber bereits fachmännisch beseitigt wurde. Allerdings kann nicht mit absoluter Sicherheit ausgeschlossen werden, dass es aufgrund der alten Schwammbefalls erneut zu einem Schwammbefall kommen wird, was bei einem derartigen Schwammbefall durchaus vorkommen kann.<sup>5</sup>*

Für den Käufer stellt sich die Kaufsache in diesen Fällen trotz des fehlenden tatsächlichen Nachweises eines Mangels faktisch als mangelhaft

<sup>4</sup> Vgl. dazu BGH, Urt. v. 7.2.2007 – VIII ZR 266/06, NJW 2007, 1351, der insofern kein Abweichen von der vertraglich vorausgesetzten Verwendung (Reitpferd) angenommen hat.

<sup>5</sup> Vgl. dazu etwa die zugrunde liegenden Sachverhalte in RG v. 11.7.1914 – V 67/14, RGZ 85, 252; BGH v. 20.6.1968 – III ZR 32/66, BB 1968, 1355 = WM 1968, 1220; BGH v. 10.7.1987 – V ZR 152/86, NJW-RR 1987, 1415 = WM 1987, 1285; BGH v. 7.2.2003 – V ZR 25/02, NZM 2003, 409 = WM 2003, 1676; vgl. insofern zum alten Kaufrecht ausführlich *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 486f.

dar, da die Kaufsache jedenfalls vom Wirtschaftsverkehr nicht mehr als mangelfrei angesehen und somit mit einem merkantilen Minderwert versehen wird.

#### *B.I.1.b) Umfang des Mangels*

Neben der Frage des Vorliegens eines Mangels kann eine Unsicherheit auch hinsichtlich des Umfangs des Mangels vorliegen. Der Umfang des Mangels ist dabei vor allem für die Frage des Ausschlusses des Rücktritts wegen Unerheblichkeit der Pflichtverletzung bzw. des Mangels (§ 323 Abs. 5 Satz 2 BGB) von Bedeutung (siehe dazu ausführlich unten B.I.2.b). Darüber hinaus kann der Umfang des Mangels aber auch einen Ausschluss der Nacherfüllungsansprüche (§ 439 Abs. 1 BGB) wegen unverhältnismäßig hoher Kosten (§ 439 Abs. 3 BGB bzw. § 275 Abs. 2, 3 BGB) begründen (siehe dazu ausführlich unten B.I.2.a)(2)).

#### *B.I.1.c) Zwischenergebnis*

Das Vorliegen eines Mangels stellt im System der kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte die Grundvoraussetzung für das Bestehen entsprechender Rechte dar. Dabei spielt sowohl das Vorliegen eines Mangels als auch dessen Umfang eine erhebliche Rolle für die Geltendmachung der kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte. Auch wenn der Käufer nach Gefahrübergang grundsätzlich uneingeschränkter Zugang zu der Kaufsache hat, folgt daraus nicht zwingend, dass er uneingeschränkt die Mangelhaftigkeit der Kaufsache oder deren Umfang ermitteln kann. Dies ist für ihn oft nur unter Hinzuziehung eines externen Gutachters möglich.

#### *B.I.2. Vorliegen besonderer Ausschlussgründe*

Neben dem Vorliegen eines Mangels kann auch das Bestehen möglicher Ausschlussgründe von einzelnen Mängelgewährleistungsrechten mit Unsicherheiten behaftet sein. Dabei muss allerdings zwischen den einzelnen kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechten unterschieden werden.

*B.I.2.a) Nacherfüllung*

Für die Nacherfüllung kommt dabei neben der Unmöglichkeit (siehe B.I.2.a)(i)) vor allem der Einwand der Unverhältnismäßigkeit (siehe B.I.2.a)(ii)) in Betracht.

*(i) Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB)*

Der Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs aufgrund einer entsprechenden Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) ist für den Käufer in der Regel nur mit großen Schwierigkeiten zu ermitteln. Dies gilt sowohl für die Nacherfüllung im Wege der Nachlieferung als auch der Nachbesserung, da das Bestehen dieser Ausschlussgründe ausschließlich in der Sphäre des Verkäufers begründet ist. Dies gilt dabei sowohl für die subjektive als auch die objektive Unmöglichkeit. Bei der subjektiven Unmöglichkeit hat der Käufer in der Regel nicht die Möglichkeit zu ermitteln, inwieweit die entsprechende Kaufsache beim Verkäufer oder sogar bei einem leistungsbereiten Dritten<sup>6</sup> noch verfügbar ist. Aber auch die Feststellung einer objektiven Unmöglichkeit kann für den Käufer mit umfangreichen Schwierigkeiten verbunden sein. Dies gilt vor allem bei Massenprodukten, die aufgrund der Entwicklung einer neuen Modellreihe nicht mehr hergestellt werden. Der Käufer verfügt – jedenfalls bei einem Verkauf an einen Endverbraucher – in der Regel nicht über einen Zugang zum Vertriebsnetz des Herstellers des entsprechenden Produktes, so dass er die tatsächliche Verfügbarkeit auch nicht selbst überprüfen kann. Diese Frage hat durch die Rechtsprechung des BGH zum so genannten eingeschränkten Stückschuldbegriff<sup>7</sup> im Rahmen von § 439 Abs. 1 BGB noch weiter an Bedeutung gewonnen, da sie sich somit letztlich für alle Produkte des modernen Massenverkehrs stellt und nicht auf eigentliche Stückschulden im Sinne von § 243 Abs. 2 BGB beschränkt ist.

*Beispiel 6: K kauft im Technikmarkt des V einen neuen Fernseher. V weist den K beim Kauf nicht darauf hin, dass es sich bei dem*

<sup>6</sup> Vgl. zum Erfordernis des Fehlens eines leistungsbereiten Dritten für die Annahme der subjektiven Unmöglichkeit vgl. *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 275 Rn. 52; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 67. Aufl. 2010, § 275 Rn. 23; *Unberath*, in: Bamberger/Roth, 2. Aufl. 2007, § 275 Rn. 42ff.

<sup>7</sup> BGH, Urt. v. 7.6.2006 – VIII ZR 209/05, BGHZ 168, 64 = NJW 2006, 2839; vgl. dazu ausführlich *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 439 Rn. 11 m.w.Nachw.

*Fernseher um ein Modell handelt, das nicht mehr hergestellt wird. Später stellt sich der Fernseher als mangelhaft heraus, da die Bildröhre defekt ist.*

Aber auch bei der Nacherfüllung im Wege der Nachbesserung kann es für den Käufer unmöglich sein, zu ermitteln, ob die Kaufsache überhaupt nachgebessert werden kann.

*Beispiel 7: K kauft von V einen Fernseher, dessen Bildqualität sich aufgrund eines massiven Grünstiches als mangelhaft herausstellt.*

Vor allem bei komplexen und hochwertigen Produkten wird der Käufer in der Regel nur mit Hilfe des Verkäufers oder eines Dritten hinreichend ermitteln können, ob eine Nachbesserung für die Kaufsache überhaupt in Betracht kommt. Diese Problematik verschärft sich für den Käufer in den Fällen, in denen er nicht an einer vollständigen, sondern lediglich an einer teilweisen Reparatur der Kaufsache ein Interesse hat.<sup>8</sup>

#### *(ii) Unverhältnismäßigkeit*

Die fehlende Informationsmöglichkeit setzt sich in noch größerem Umfang im Rahmen der möglichen Ausschlussgründe wegen relativer Unverhältnismäßigkeit (§ 439 Abs. 3 Satz 2 BGB) bzw. absoluter Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung (§ 439 Abs. 3 Satz 3 BGB) und der Leistungsverweigerungsrechte wegen grob unverhältnismäßigem Aufwand und persönlich zu erbringender Leistungen (§§ 275 Abs. 2, 3 i.V.m. 439 Abs. 3 Satz 1 BGB) fort.

Da eine relative Unverhältnismäßigkeit (§ 439 Abs. 3 Satz 2 BGB) in der Regel bereits anzunehmen ist, wenn die für den Verkäufer entstehenden und nicht üblicherweise anfallenden Kosten<sup>9</sup> der gewählten

<sup>8</sup> Zum fehlenden Ausschluss des Nachbesserungsanspruchs bei Unmöglichkeit einer vollständigen Mangelbeseitigung vgl. nur *Faust*, in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl. 2007, § 439 Rdn. 37; *Westermann* (Fn. 7), § 439 Rn. 19.

<sup>9</sup> Zur dahingehenden Relevanz der Verhältnisse des Verkäufers vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 232; *Gruber*, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001, S. 187, 196; *Grunewald*, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 439 Rn. 10; a.A. aber *Jacobs*, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, S. 385; *Bitter/Meidt*, ZIP 2001, 2114, 2122; *Faust* (Fn. 8), § 439 Rn. 45; wohl auch *Westermann* (Fn. 7), § 439 Rn. 24.

Nacherfüllungsart die der anderen um mehr als 10%<sup>10</sup> übersteigen, muss der Käufer bei der Wahl zwischen beiden Nacherfüllungsarten letztlich detaillierte Berechnungsgrundlagen des Verkäufers berücksichtigen, zu denen er in der Regel aber keinen Zugang haben wird. Aber selbst wenn man insofern nicht von einer allgemeinen Prozentgrenze ausgeht,<sup>11</sup> bleiben die Kosten der beiden Nacherfüllungsarten für den Verkäufer und damit ein Umstand in der alleinigen Sphäre des Verkäufers das maßgebliche Kriterium für einen möglichen Ausschluss der Nacherfüllung.

*Beispiel 8: K erwirbt bei V eine hochwertige Kaffeemaschine zum Preis von 400 €, die sich aufgrund eines defekten Heizaggregats als mangelhaft herausstellt. Während die Einbau eines funktionierenden Heizaggregats insgesamt 80 € kosten würde, beläuft sich der Preis einer Neulieferung auf nur 50 €.*

Da insofern letztlich nur Schätzungen für den Käufer in Betracht kommen, besteht aufgrund der geringen 10%-Schwelle ein erhebliches Risiko für den Käufer, fälschlicherweise von einem Bestehen bzw. einem Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs auszugehen, zumal sich die insofern relevanten Werte auf der Seite der Verkäufers<sup>12</sup> kurzfristig ändern können.

In etwas geringem Maße gilt dies auch für die absolute Unverhältnismäßigkeit (§ 439 Abs. 3 Satz 3 BGB), da die Kosten für die Reparatur oder Neubeschaffung der (Ersatz)Kaufsache abzüglich des Wertes der zurückerhaltenen mangelhaften Sache nicht mehr als 100% des Wertes der Sache in mangelfreiem Zustand betragen dürfen, soweit der Verkäu-

<sup>10</sup> Von einer 10%-Schwelle ausgehend *Bitter/Meidt*, ZIP 2001, 2114, 2122; *Grunewald* (Fn. 9), § 439 Rn. 10f.; *Haas*, in: Das neue Schuldrecht, 2002, Kapitel 5 Rn. 161; *Huber*, NJW 2002, 1004, 1008; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, 8. Aufl. 2009, Rn. 446; *D.Schmidt*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 4. Aufl. 2009, § 439 Rn. 30; *Tiedtke/Schmitt*, DStR 2004, 2060, 2063; *Wenzel*, DB 2003, 1887, 1892; a.A. aber und von einer 20%-Schwelle ausgehend LG Ellwangen v. 13.12.2002 – 3 O 219/02, NJW 2003, 517, 517f.; *Kirsten*, ZGS 2005, 66, 73; *Skamel*, DAR 2004, 565, 569; wohl auch *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, 67. Aufl. 2010, § 439 Rn. 16; sogar von einer 25%-Schwelle ausgehend *von Westphalen*, in: Henssler/von Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, 2. Auflage 2003, § 439 Rn. 27; schließlich von einer 30%-Prozentklausel ausgehend wohl *Westermann* (Fn. 7), § 439 Rn. 24.

<sup>11</sup> So etwa *Faust* (Fn. 8), § 439 Rn. 49; *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, BGB Neubearbeitung 2004, § 439 Rn. 40ff.; tendenziell auch *Westermann* (Fn. 7), § 439 Rn. 24.

<sup>12</sup> Zur Maßgeblichkeit der Kosten für den Verkäufer siehe Nachweise in Fn. 9.

fer den Mangel nicht zu vertreten hat.<sup>13</sup> Soweit ein solches Verschulden vorliegt, sind dem Verkäufer allerdings Nacherfüllungskosten von bis zu 130% zuzumuten.<sup>14</sup> Schließlich gilt diese Problematik auch bei den allgemeinen Ausschlussgründen der praktischen bzw. persönlichen Unmöglichkeit (§§ 275 Abs. 2, 3 i.V.m. 439 Abs. 3 Satz 1 BGB).

### *B.I.2.b) Rücktritt und Minderung*

Für die Ausübung der kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte des Rücktritts und des Kaufs (§ 437 Nr. 2 BGB) setzen sich zunächst wieder die im Rahmen des Nacherfüllungsanspruchs bestehenden Risiken<sup>15</sup> hinsichtlich des möglichen Ausschlusses der Ansprüche fort, da jedenfalls für den Fall des Vorliegens eines nicht behebbaren Mangels die (erfolgreiche) Nacherfüllung Voraussetzung des Rücktritts und der Minderung ist (§§ 437 Nr. 2, 323 BGB). Hinzu kommt aber jedenfalls für den Rücktritt die Frage nach der Unerheblichkeit der Mangelhaftigkeit bzw. Pflichtverletzung (§ 323 Abs. 5 Satz 2 BGB). Eine solche ist nur dann anzunehmen, wenn der Nacherfüllungsaufwand einen bestimmten prozentualen Anteil am Kaufpreis entspricht, ohne dass sich auch in diesem Zusammenhang<sup>16</sup> starre Schwellenwerte ermitteln lassen.<sup>17</sup> Somit bleibt auch hier für den

<sup>13</sup> *Grunewald* (Fn. 9), § 439 Rn. 15; *Huber*, NJW 2002, 1004, 1008; *Reinicke/Tiedtke* (Fn. 10), Rn. 449; ähnlich *Kirsten*, ZGS 2005, 66, 73 (120%); insofern von einer 150%-Schwelle ausgehend *Bitter/Meidt*, ZIP 2001, 2114, 2122; *Heinrichs*, ZGS 2003, 258; auf den Minderungsbetrag abstellend *Ackermann*, JZ 2002, 378, 382ff.; offen lassend *Faust* (Fn. 8), § 439 Rn. 52.

<sup>14</sup> *Grunewald* (Fn. 9), § 439 Rn. 15; *Huber*, NJW 2002, 1004, 1008; *Reinicke/Tiedtke* (Fn. 10), Rn. 450.

<sup>15</sup> Siehe oben B.I.2.a).

<sup>16</sup> Zur Bildung entsprechender Erheblichkeitsschwellen im Rahmen der relativen und absoluten Unverhältnismäßigkeit bei § 439 Abs. 3 BGB siehe oben B.I.2.a)(2).

<sup>17</sup> *Reinicke/Tiedtke* (Fn. 10), Rn. 488; ebenso *Medicus*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 4. Aufl. 2010, § 323 Rn. 37f.; *Westermann*, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 323 Rn. 27; eine Unerheblichkeit bei bereits 10% annehmend *Gröschler*, NJW 2005, 1601, 1604; *Grüneberg* (Fn. 6), § 323 Rn. 32; für 15% hingegen *Müller/Matthes*, AcP 204 (2004), 732, 748; eine Unerheblichkeit jedenfalls bei Nacherfüllungskosten in Höhe von 2 bis 3% des Kaufpreises *Grothe*, in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl. 2007, § 323 Rn. 39. In diesem Zusammenhang auf die Regelung des § 651e BGB abstellend und somit eine Erheblichkeit bei einer möglichen Minderung von 20 bis 50% ausgehend *Ernst* (Fn. 6), § 323 Rn. 243. Schließlich darauf abstellend, ob der Käufer bei Kenntnis der Mangelhaftigkeit die Kaufsache zu einem niedrigerem Preis oder nicht gekauft hätte OLG Brandenburg v. 21.2.2007 – 4 U 121/06, NJW-RR 2007, 928, 929.

Käufer das Risiko der Ermittlung der tatsächlichen Erheblichkeit der Mangelhaftigkeit der Kaufsache.<sup>18</sup>

*Beispiel 9: Wie in Beispiel 3 erwirbt K einen hochauflösenden Flachbildschirm, bei dem er eine Beeinträchtigung der Bildqualität annimmt.*

Selbst wenn der Käufer insofern sicher sein kann, dass ein Mangel der Kaufsache vorliegt, bleibt für ihn die Unsicherheit, ob es sich dabei um einen erheblichen Mangel handelt oder ob die Nacherfüllungskosten für den Verkäufer nur sehr gering sind. Auch in diesem Zusammenhang ergibt sich daher ein Informationsdefizit für den Käufer bei der Ausübung seiner kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte.

#### *B.I.2.c) Schadenersatz und Aufwendungsersatzanspruch*

Bei den kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechten des Schadenersatzes statt der Leistung oder des Aufwendungsersatzes setzen sich die im Rahmen der Nacherfüllung<sup>19</sup> und teilweise auch im Rahmen des Rücktritts<sup>20</sup> (beim großen Schadenersatz) bestehenden Risiken für den Käufer fort, da die erfolglose Fristsetzung zur Nacherfüllung insofern wieder – bei behebbaren Mängeln – Tatbestandsvoraussetzung ist. Soweit es sich allerdings um einen Anspruch wegen anfänglicher oder nachträglicher Unmöglichkeit (§ 311a BGB bzw. §§ 280 Abs. 1 und 3, 283 BGB) oder Schadenersatz neben der Leistung – bei einer Stückschuld – handelt, bestehen diese Risiken nicht bzw. können die für den Käufer zur Ausübung dieser Rechte erforderlichen Tatbestandsvoraussetzungen ohne weiteres durch ihn selbst ermittelt werden. Handelt es sich hingegen nicht um eine Stückschuld stellt sich auch in diesem Zusammenhang die gleiche Problematik wie beim Nacherfüllungsanspruch.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Siehe dazu schon oben B.I.1.b).

<sup>19</sup> Siehe oben B.I.2.a).

<sup>20</sup> Siehe oben B.I.2.b).

<sup>21</sup> Siehe oben B.II.2.a).

### *B.I.2.d) Zwischenergebnis*

Die besonderen Ausschlussgründe für die kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte sehen keine besondere Regelung dahingehend vor, wie die jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen zu ermitteln sind bzw. inwiefern die zugrunde liegenden Informationen der jeweils anderen Partei gegenüber offengelegt werden müssen. Insofern wird auch in diesem Zusammenhang daran angeknüpft, ob die relevanten Tatbestandsmerkmale objektiv vorliegen. Dabei ist aber zu beachten, dass jedenfalls hinsichtlich des Vorliegens der Ausschlussgründe des § 439 BGB bzw. § 275 BGB ein Informationsdefizit zu Lasten des Käufers besteht.

### *B.I.3. Vorliegen sonstiger Ausschlussgründe*

Hinsichtlich der sonstigen Ausschlussgründe für die kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte ergeben sich keine weiteren Informationsdefizite hinsichtlich des tatsächlichen Bestehens der entsprechenden Voraussetzungen. So ist etwa bei dem Ausschluss der Rechte aufgrund der Kenntnis von der Mangelhaftigkeit auf den Kenntnisstand des Käufers (grob fahrlässige Unkenntnis) abzustellen (§ 442 Satz 1 BGB), die anhand der Umstände des Zustandekommens und der Abwicklung des Kaufvertrages für beide Parteien des Kaufvertrages bestimmbar sind bzw. sich für keine der beiden Seiten insofern ein Informationsvorsprung ergibt. Dies gilt ebenso für das Bestehen der Einrede der Verjährung. Die Gewissheit über ein tatsächliches Vorliegen einer Mangelhaftigkeit der Kaufsache ist für die Verjährungshemmung aufgrund dahingehender Verhandlungen irrelevant (§ 203 BGB).

## ***B.II. Auswirkungen der Informationsrisiken***

Für die Bestimmung der Auswirkungen der Informationsdefizite im Zusammenhang mit den kaufrechtlichen Gewährleistungsrechten muss wieder zwischen der Frage nach dem Vorliegen eines Mangelverdachts (siehe B.II.1.) und der Frage nach der Ausübung der kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte (siehe B.II.2.) unterschieden werden.

### *B.II.1. Unsicherheiten hinsichtlich des Bestehens der Mangelhaftigkeit*

Das tatsächliche Bestehen der Mangelhaftigkeit der Kaufsache ist für den Käufer von grundlegender Bedeutung, da ohne eine Mangelhaftigkeit sämtliche Gewährleistungsrechte konsequenterweise nicht bestehen (§ 437 BGB).

#### *B.II.1.a) Zutreffende Beurteilung der Mangelhaftigkeit*

Soweit der Käufer zutreffend von der Mangelhaftigkeit der Kaufsache ausgeht, ergeben sich keine weiteren Probleme. Der Käufer kann dann die Mängelgewährleistungsrechte geltend machen. Für den umgekehrten Fall des Fehlens einer Mangelhaftigkeit scheiden Gewährleistungsrechte dann entsprechend aus, werden vom Käufer aber auch nicht geltend gemacht.

#### *B.II.1.b) Unzutreffende Beurteilung der Mangelhaftigkeit*

Geht der Käufer aber fälschlicherweise von einer Mangelfreiheit aus und unterlässt es entsprechende Mängelgewährleistungsrechte auch tatsächlich geltend zu machen, kann er daraus keine weiteren Rechte oder etwa eine entsprechende Verlängerung der Verjährung (§ 438 BGB) ableiten. Eine Ausnahme besteht insofern auch nicht für den Fall der arglistigen Täuschung des Käufers hinsichtlich der Mangelfreiheit der Kaufsache bei Abschluss des Kaufvertrages<sup>22</sup>, da diese Fallgruppe insofern neben einer entsprechenden Mängelerforschung auch eine entsprechende Kenntnis von der Mangelhaftigkeit und einen Vorsatz beim Verkäufer voraussetzt, was bei einer bloßen unzutreffenden Beurteilung der Mangelhaftigkeit durch den Käufer in der Regel nicht der Fall sein wird.<sup>23</sup>

Soweit der Käufer allerdings unzutreffend von der Mangelhaftigkeit der Kaufsache ausgeht, ergibt sich für ihn ein weitgehendes Kostenrisiko. Dies gilt zunächst für etwaige Investitionen oder Verfügungen, die er im Hinblick auf die von ihm angenommene Mangelhaftigkeit tätigt. Ein Ersatz dieser Aufwendungen nach § 284 BGB scheidet aus, da eine Mangelhaftigkeit bzw. eine Pflichtverletzung des Verkäufers gerade nicht

<sup>22</sup> Vgl. zu dieser Fallgruppe *Gröschler*, NJW 2005, 1601ff.

<sup>23</sup> Vgl. dazu ausführlich *Gröschler*, ebenda.

vorliegt.<sup>24</sup> Darüber hinaus muss der Verkäufer im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung nicht nur die eigenen, sondern auch die Kosten der Gegenseite tragen (§§ 91, 92 ZPO). Eine entsprechende (kaufrechtsspezifische) Erleichterung für den Käufer aufgrund der begründeten Annahme einer Mangelhaftigkeit der Kaufsache besteht grundsätzlich nicht.

#### *B.II.1.c) Bestehen eines Mangelverdachts*

Soweit der Käufer lediglich einen Mangelverdacht hat, stellt sich für ihn das Problem der hinreichenden Mängelerforschung, da eine Geltendmachung nicht bestehender Mängelgewährleistungsrechte eine entsprechende Kostentragungslast für den Käufer begründet.<sup>25</sup> Diesem Risiko kann der Käufer zwar durch eine umfangreiche Ermittlung der Mangelhaftigkeit der Kaufsache nachgehen, allerdings trägt er die dafür anfallenden Kosten – meist in Form von Gutachterkosten – zunächst selbst.

#### *B.II.2. „Fehlerhafte“ Ausübung der kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte*

Die Ermittlung der Auswirkungen dieser Risiken bei der Ausübung der kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte ist hingegen deutlich schwieriger zu bestimmen, da in diesem Zusammenhang in der Regel mehrere Rechte nebeneinander bestehen.

##### *B.II.2.a) Nacherfüllung*

Dies gilt zunächst für das Recht auf Nacherfüllung, bei dem ein Wahlrecht des Käufers zwischen Nachlieferung und Nachbesserung besteht, das durch Abgabe einer empfangsbedürftigen Willenserklärung mit der konkreten Bezeichnung des Mangels<sup>26</sup> und einer hinreichend Betonung ausgeübt wird, dass der Käufer dem Verkäufer eine letzte Frist zur vertragsgemäßen Lieferung setzen will.<sup>27</sup> Bei diesem Wahlrecht handelt es sich nach der herrschenden Meinung um einen Fall der elektiven Kon-

<sup>24</sup> Zum fehlenden Bestehen von Aufwendungsersatzansprüchen siehe unten C.III.2.a).

<sup>25</sup> Siehe oben B.II.1.b).

<sup>26</sup> *Matusche-Beckmann* (Fn. 11), § 439 Rn. 8; *Weidenkaff* (Fn. 10), § 439 Rn. 6; *Westermann* (Fn. 7), § 439 Rn. 4.

<sup>27</sup> OLG Köln v. 1.9.2003 – 19 U 80/03, OLGR Köln 2003, 319.

kurrenz und nicht um eine Wahlschuld im Sinne der §§ 262ff. BGB.<sup>28</sup> Der Käufer hat im Rahmen des Nacherfüllungsanspruchs des § 439 Abs. 1 BGB mehrere voneinander verschiedene Ansprüche für die Rechtsausübung zur Auswahl. Gegen die Annahme einer Wahlschuld (§§ 262ff. BGB) spricht vor allem die damit verbundene Bindung des Käufers bei der Ausübung des Wahlrechts, da die entsprechende Form der Nacherfüllung dann als von Anfang an geschuldet gelten würde und eine die andere Nacherfüllungsvariante bei einem Fehlschlagen bzw. einem Ausschluss der Nacherfüllung konsequenterweise ins Leere gehen würde. Außerdem würde sich anderenfalls – jedenfalls für den Verbrauchsgüterkauf – die Frage nach der Vereinbarkeit mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie stellen.<sup>29</sup> Schließlich kann der Schutzbedürftigkeit des Verkäufers durch die Annahme einer Einrede nach § 242 BGB wegen widersprüchlichen Verhaltens Rechnung getragen werden, wenn der Käufer seine Wahlrechtsausübung ändert, obwohl die zuvor gesetzte Frist noch nicht abgelaufen ist.<sup>30</sup>

Damit können sich Unsicherheiten des Käufers hinsichtlich des Bestehens möglicher Ausschlussgründe für den Nachlieferungs- oder den Nachbesserungsanspruch auf dessen Nacherfüllungsanspruch nicht in Form eines Rechtsverlusts auswirken. Denn wenn der Käufer schon nach Ausübung des Wahlrechts diese Wahl ohne weiteres abändern kann, muss diese erst recht dann gelten, wenn sich der Käufer bei seiner Wahlrechtsausübung (zunächst) auf eine ausgeschlossene Nacherfüllungsvariante festgelegt hat. Dem Käufer bleibt also die jeweils andere Nacherfüllungsvariante erhalten, soweit diese nicht ebenfalls ausgeschlossen ist. Auch wenn kein unmittelbarer Rechtsverlust für den Käufer besteht, läuft dieser dennoch Gefahr, vom Verkäufer lediglich die Nacherfüllungsart angeboten zu bekommen, die für den Verkäufer kostengünstiger ist, ohne dass die andere Nacherfüllungsvariante entsprechend ausgeschlossen ist.

<sup>28</sup> *Bachmann*, Die elektive Konkurrenz, 2010, S. 171ff.; *Faust* (Fn. 8), § 439 Rn. 9; *Matusche-Beckmann* (Fn. 11), § 439 Rn. 7; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 2007, S. 81; *Reinicke/Tiedtke* (Fn. 10), Rn. 413; *Schroeter*, NJW 2006, 1761, 1761f.;, BB 2003, 589, 591; im Ergebnis ebenso *Westermann* (Fn. 7), § 439 Rn. 4f.; a.A. und von einer Anwendbarkeit der §§ 262ff. BGB ausgehend *Büdenbender*, AcP 205 (2005), 386ff.; *ders.*, in: Anwaltkommentar zum BGB, 2005, § 439 Rn. 1; *Grunewald* (Fn. 9), § 439 Rn. 9; offen lassend *Krüger*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 262 Rn. 13.

<sup>29</sup> So vor allem *Schürholz*, Die Nacherfüllung im neuen Kaufrecht, 2005, S. 58ff.; *Spickhoff*, BB 2003, 589, 592.

<sup>30</sup> *Reinicke/Tiedtke* (Fn. 10), Rn. 413; *Westermann* (Fn. 7), § 439 Rn. 5.

*B.II.2.b) Rücktritt und Minderung*

Für die Wahl zwischen den Gestaltungsrechten in Form des Rücktritts und der Minderung (§ 437 Nr. 2 BGB)<sup>31</sup> kann sich das Risiko des tatsächlichen Bestehens der entsprechenden Voraussetzungen – neben dem allgemeinen Risiko des Bestehens eines Mangels überhaupt<sup>32</sup> – zusätzlich nur hinsichtlich des Ausschlusses des Rücktritts wegen Unerheblichkeit des Mangels bzw. der Pflichtverletzung (§ 323 Abs. 5 Satz 2 BGB) nachteilig auf den Käufer auswirken. Denn die Ausübung von Gestaltungsrechten ist grundsätzlich verbindlich und kann später nicht widerrufen oder abgeändert werden<sup>33</sup>. Soweit sich der Kaufvertrag aufgrund eines Rücktritts in einen Rückgewährschuldverhältnis gewandelt hat, kann eine Minderung nicht mehr erklärt werden. Ebensowenig kann grundsätzlich nach einer Minderung noch ein Rücktritt erklärt werden. Dies ergibt sich im Gegensatz zum umgekehrten Fall aber nicht aufgrund der vorherigen Umgestaltung des Schuldverhältnisses, sondern vielmehr aus dem Umstand, dass nach einer (vollumfänglichen) Minderung kein Rücktrittsgrund in Form einer (erheblichen) Pflichtverletzung bzw. Mangelhaftigkeit im Rahmen des Schuldverhältnisses mehr besteht bzw. diese durch die Minderung und die damit erfolgte Teilrückzahlung des Kaufpreises ausgeglichen wurde. Da sich die Folgen der Minderung direkt aus § 441 Abs. 3 BGB ergeben, kann insofern in der Regel auch dahinstehen, ob ein Rücktritt nach einer Teilminderung noch möglich ist.

*Beispiel 11: K kauft einen Fernseher bei V, dessen Fernbedienung nicht funktioniert. Da der K davon ausgeht, dass es sich nur um einen nicht erheblichen Mangel handelt, mindert er entsprechend den Kaufpreis. Tatsächlich handelte es sich um einen erheblichen Mangel, da die Fernbedienung aus sehr hochwertigem Material gefertigt war.*

Daher kann sich für den Käufer das Risiko des tatsächlichen Bestehens der Rücktrittsvoraussetzungen dahingehend verwirklichen, dass er aufgrund der (falschen) Annahme der fehlenden Erheblichkeit des Mangels von einem Rücktritt Abstand nimmt und insofern nur die Minderung

<sup>31</sup> Vgl. zur Rechtsnatur von Rücktritt und Minderung als Gestaltungsrechte nur *Faust* (Fn. 8), § 437 Rn. 43; § 441 Rn. 5.

<sup>32</sup> Siehe oben B.II.1.

<sup>33</sup> So genanntes Dogma von der Unwiderruflichkeit der Umgestaltung des Rechtsverhältnisses. Vgl. dazu *Grothe* (Fn. 17), § 346 Rn. 6; *Westermann* (Fn. 7), § 437 Rn. 50 mit jeweils weiteren Nachweisen.

erklärt. Dieses Risiko kann auch nicht bei einer späteren Aufklärung des Käufers über die bestehende Erheblichkeit des Mangels ausgeglichen werden, da eine Minderung nach einem Rücktritt ausgeschlossen ist. Der Käufer verfügt dann zwar entsprechend über einen hohen Rückforderungsanspruch aufgrund der Minderung (§ 441 Abs. 4 BGB), kann sich aber nicht mehr vom Vertrag lösen.

#### *B.II.2.c) Schadenersatz statt und neben der Leistung und Ersatz vergeblicher Aufwendungen*

Für die Gewährleistungsrechte in Form des Schadenersatzes statt und neben der Leistung und des Ersatzes vergeblicher Aufwendungen kann sich das Risiko des tatsächlichen Bestehens der Rücktrittsvoraussetzungen nur teilweise auswirken. Dabei ist es zunächst für die erneut zunächst verbindliche, nicht aber die anderen Rechte ausschließende Wahlentscheidung<sup>34</sup> zwischen Schadenersatz statt und neben der Leistung und dem Ersatz vergeblicher Aufwendungen ohne Bedeutung, da alle drei Ansprüche unterschiedliche Schutzrichtungen haben (können) und insofern unterschiedliche Vermögenseinbußen des Käufers ausgleichen sollen.<sup>35</sup> Ein Risiko kann sich für den Käufer insofern nur hinsichtlich einer gegebenenfalls notwendigen Nachfristsetzung für die Nacherfüllung bei behebbaren Mängeln verwirklichen.<sup>36</sup>

#### *B.II.2.d) Kumulation der Gewährleistungsrechte*

Bei einer möglichen kumulierten Geltendmachung der kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte kann sich das Risiko des tatsächlichen Bestehens der entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen letztlich nicht verwirklichen. Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass der Nacherfüllungsanspruch aus § 439 Abs. 1 BGB neben allen anderen kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechten steht und dass die Gestaltungsrechte aus § 437 Nr. 2 BGB in Form des Rücktritts und der Minderung auch neben einem Anspruch auf Schadenersatz statt oder neben der Leistung

<sup>34</sup> Insofern besteht jedenfalls zwischen dem Schadenersatz statt der Leistung und dem Aufwendungsersatzanspruch eine elektive Konkurrenz. Vgl. dazu *Bachmann* (Fn. 28), S. 306ff.; *Weidenkaff* (Fn. 10), § 437 Rn. 43a.

<sup>35</sup> Zu den verschiedenen Arten von Pflichtverletzungen, die für den Schadenersatzanspruch in Betracht kommen vgl. nur *Faust* (Fn. 8), § 437 Rn. 49, 51ff.; *Westermann* (Fn. 7), § 437 Rn. 21ff.

<sup>36</sup> Vgl. dazu oben B.II.2.a).

und Ersatz vergeblicher Aufwendungen geltend gemacht werden können (§ 325 BGB).<sup>37</sup>

### ***B.III. Zwischenergebnis***

Das geltende Kaufrecht verlangt vom Käufer bei der Ausübung seiner Gewährleistungsrechte zunächst die Feststellung des tatsächlichen Bestehens eines Mangels und nimmt insofern keinerlei Unterscheidung nach der Art oder Komplexität der Kaufsache vor. Das Risiko des tatsächlichen Bestehens eines Mangels bei der Geltendmachung der kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte besteht dabei für den Käufer. Die Mängelerforschungskosten sind zunächst einseitig vom Käufer zu tragen. Diese Informationsrisikoverteilung setzt sich auch bei der Ausübung der einzelnen kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte fort. Hier besteht für den Käufer das Risiko zunächst in der Auswahl der „falschen“ – also aufgrund bestehender Ausschlussgründe nicht zur Verfügung stehenden – Nacherfüllungsart. Auch wenn der Käufer dadurch nicht in der Geltendmachung der jeweils anderen Nacherfüllungsvariante beschränkt wird, ergibt sich für ihn in jedem Fall ein Verlust in Form einer entsprechend verspäteten Nacherfüllung. Dieser Nachteil setzt sich für den Verkäufer entsprechend fort, wenn eine Nachfristsetzung zur Nacherfüllung vorgenommen wurde, da diese dann entsprechend unwirksam ist. Im Hinblick auf die Auswahl zwischen verschiedenen Gestaltungsrechten wirkt sich das Informationsdefizit sogar dahingehend aus, dass die Ausübung des jeweils anderen Gestaltungsrechts ausgeschlossen ist.

## **C. Verteilung von Informationsrisiken im System der kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte**

Das Bestehen allgemeiner Risiken bei der Ausübung von Rechten ist der Zivilrechtsordnung nicht grundsätzlich unbekannt und stellt insofern auch nicht per se ein Rechtsproblem dar. Daher soll in einem ersten Schritt zunächst untersucht werden, inwiefern eine entsprechende andersartige Verteilung der Informationsrisiken überhaupt notwendig ist (siehe C.I.). Sodann soll untersucht werden, inwiefern die allgemeinen

<sup>37</sup> Insofern gilt freilich die logische Einschränkung, dass ein Schadenersatz statt der Leistung nicht neben einer Minderung geltend gemacht werden kann. Zum Verhältnis der Rechtsbehelfe des § 437 BGB untereinander vgl. ausführlich *Bachmann* (Fn. 28), S. 170ff.; siehe auch *Faust* (Fn. 8), § 437 Rn. 169ff.; *Grunerwald* (Fn. 9), § 437 Rn. 45ff.

zivilrechtlichen Instrumente eine hinreichende Verteilung der dargestellten Informationsrisiken sicherstellen können (siehe C.II.), bevor konkrete Lösungsansätze diskutiert werden sollen (siehe C.III.).

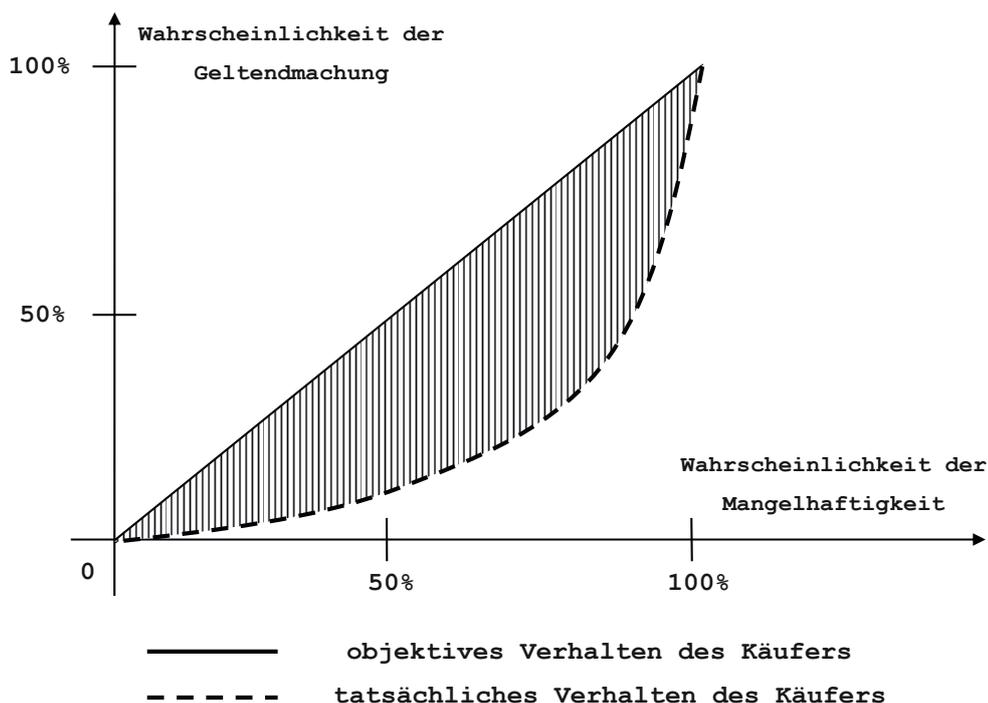
### ***C.I. Notwendigkeit eines Korrektivs?***

Eine Korrektur der Verteilung der Informationsrisiken im Zusammenhang mit der Ausübung der kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte gerät zunächst in einen Konflikt mit dem Grundsatz der eigenverantwortlichen Informationsbeschaffung zur Rechtsausübung.<sup>38</sup> Grundsätzlich obliegt es jeder Partei selbst, die für sie notwendigen Informationen selbst zu beschaffen, womit zugleich das Risiko der unzutreffenden Ausübung der eigenen Rechte verbunden ist. Dem Käufer steht es bei Abschluss des Kaufvertrages frei, eine entsprechende eigene Überprüfung der Kaufsache durchzuführen oder aber eine solche vom Verkäufer vor Abschluss des Kaufvertrages zu verlangen. Ebenso ist es grundsätzlich der Sphäre des Käufers zuzurechnen, dass er sich im Rahmen des Kaufvertrages für eine Kaufsache entschieden hat, bei der eine Überprüfbarkeit der Mangelhaftigkeit bzw. des Ausschlusses möglicher kaufrechtlicher Gewährleistungsrechte aufgrund einer entsprechenden Komplexität oder gegebenenfalls Seltenheit sehr aufwendig ist. Für die Notwendigkeit einer entsprechenden Erweiterung der Rechte des Käufers spricht aber vor allem der mit den kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechten bezweckte Schutz des Käufers bei einer Mangelhaftigkeit der Kaufsache. Die bestehenden Regelungen der §§ 434ff. BGB bilden dabei die bestehenden Unsicherheiten und Informationsrisiken nicht hinreichend ab, da dem Käufer insbesondere bei komplexen und hochwertigen Produkten neben einer Einschätzung der Mangelhaftigkeit als solcher vor allem ein Zugang zu den für die Ausübung der Mängelgewährleistungsrechte notwendigen Kalkulationsgrundlagen des Verkäufers nicht möglich ist. Diese fehlende Kompensation der bei den kaufrechtlichen Gewährleistungsrechten bestehenden Informationsdefizite begründet letztlich ein Hindernis bei deren Geltendmachung, die den Verkäufer einseitig bevorteilt. Denn während der Verkäufer nur im Fall einer erfolgreichen Geltendmachung der Gewährleistungsrechte mit den Kosten für die Erfüllung der entsprechenden Ansprüche und den Kosten für die Geltendmachung belastet wird, trägt der Käufer diese Kosten immer bei einer erfolglosen Geltendmachung. Das Informationsdefizit hinsichtlich

<sup>38</sup> Zur Informationsasymmetrie im Vertragsrecht allgemein *Fleischer* (Fn. 5), S. 416ff.

des Bestands der kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte geht daher einseitig zu Lasten des Käufers und begründet einen entsprechenden Vorteil für den Verkäufer, da die kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte weniger häufig geltend gemacht werden. Diese Problematik besteht dabei nicht nur bei der Frage nach dem tatsächlichen Vorliegen eines Mangels, sondern auch bei der „falschen“ Auswahl der kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte, da sich der Käufer aufgrund des Informationsdefizits dann entsprechend auf die weniger umfangreichen Mängelgewährleistungsrechte beschränkt. Dies gilt vor allem für die Frage der Unerheblichkeit der Mangelhaftigkeit und den damit verbundenen Ausschluss des Rücktritts für den Käufer.

Insofern ergibt sich für den Verkäufer eine in folgender Graphik dargestellte „Rente“, die sich aus dem Abweichen der tatsächlichen Geltendmachung der Mangelhaftigkeit durch den Käufer von der objektiven Wahrscheinlichkeit der Geltendmachung ergibt.



Insofern ist es notwendig, einen angemessenen Ausgleich zwischen der Fremd- und der Eigenverantwortlichkeit für die Informationsbeschaffung von Käufer von Verkäufer zu erreichen und die nach den oben genannten Ausführungen bestehende einseitige Verteilung des Informationsrisikos aufzulösen.

## ***C.II. Auflösung der Informationsrisiken durch allgemeine zivilrechtliche Instrumente***

Sofern man also insofern von einer Notwendigkeit der Auflösung der dargestellten Informationsrisiken ausgeht, stellt sich zunächst die Frage nach der Anwendbarkeit allgemeiner zivilrechtlicher Instrumente. In Betracht kommen dabei neben den Grundsätzen der Beweislastverteilung (siehe C.II.1.), der Rechtsirrtum (siehe C.II.2.) und ein entsprechender Schaden- bzw. Aufwendungsersatzanspruch (siehe C.III.2.).

### *C.II.1. Beweislastverteilung*

Als allgemeines zivilrechtliches Korrektiv für das dargestellte Informationsdefizit kommt zunächst die allgemeine Beweislastverteilung in Betracht. Die allgemeinen zivilrechtlichen und auch im Kaufrecht anwendbaren Beweisregeln können die dargestellte Problematik des Informationsdefizits allerdings nicht hinreichend bewältigen. Dies ergibt sich zum einen aus dem Umstand, dass den Käufer bei der Ausübung der kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte die Beweislast für das Bestehen der Mangelhaftigkeit der Kaufsache trifft.<sup>39</sup> Auch wenn dies entsprechend für die Ausschlussgründe bei den einzelnen Gewährleistungsrechten zu Lasten des Verkäufers gilt,<sup>40</sup> besteht vorliegend gerade kein Zusammenhang zwischen der Beweisbarkeit bzw. Beweislast und der Verteilung des Informationsrisikos für die Geltendmachung der kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte. Denn die Verteilung der Beweislast ermöglicht dem Käufer nicht hinreichend, das Bestehen oder den Umfang seiner kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte zu bestimmen.<sup>41</sup> Liegt keine abschließende Sicherheit über das Bestehen der Mangelhaftigkeit der Kaufsache oder des Vorliegens entsprechender Ausschlussgründe für die einzelnen Gewährleistungsrechte beim Käufer vor, kann dieser auch nicht seine Rechte entsprechend ausüben bzw. dahingehende Dispositionen vornehmen. Insofern kann auch die Beweislastumkehr des § 476 BGB beim Verbrauchsgüterkauf in diesem Zusammenhang nicht weiterhelfen, zumal sich diese Regelung ohnehin nur auf den Zeitpunkt des Vorliegens der Mangelhaftigkeit und nicht auf die Mangelhaftigkeit als solche bezieht.<sup>42</sup> Das

<sup>39</sup> Vgl. dazu *Faust* (Fn. 8), § 434 Rn. 118; *Matusche-Beckmann* (Fn. 11), § 434 Rn. 34; *Westermann* (Fn. 7), § 434 Rn. 48.

<sup>40</sup> Vgl. dazu nur *Faust* (Fn. 8), § 439 Rn. 58.

<sup>41</sup> Im Ergebnis ebenso *Grunewald*, FS Konzen, 2006, S. 131, 136f.

<sup>42</sup> BGH v. 2.6.2004 – VIII ZR 329/03, BGHZ 159, 215 = NJW 2004, 2299.

Beweisrecht bzw. die Beweislastproblematik kann daher zur Lösung des Problems der dargestellten Informationsrisiken keinen Beitrag leisten.<sup>43</sup>

### C.II.2. *Rechtsirrtum*

Als weiteres Korrektiv für die dargestellten Informationsrisiken kommen die Grundsätze des Rechtsirrtums – also des Irrtums über die rechtlichen Konsequenzen der inhaltlich so gewollten Erklärung – und insofern eine mögliche Anfechtung einer entsprechenden Willenserklärung in Betracht. Diese Grundsätze können dabei freilich nur im Rahmen der „fehlerhaften“ Ausübung der kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte durch den Käufer herangezogen werden, da diese alle die Abgabe einer entsprechend (anfechtbaren) Willenserklärung voraussetzen<sup>44</sup> und insofern jedenfalls eine Fehlvorstellung des Käufers hinsichtlich des Bestehens dieser Rechte bzw. des Nichtbestehens der entsprechenden Ausschlussstatbestände vorliegt.

Der dabei zunächst in Betracht kommende Irrtum über die Rechtslage in Form der Unkenntnis von einer einschlägigen Rechtsnorm kann vorliegend – unabhängig von der ohnehin nicht bestehenden Anfechtungsmöglichkeit<sup>45</sup> – allerdings nicht zur Anwendung kommen, da der Käufer bei einem Mangelverdacht oder einer Unsicherheit hinsichtlich anderen Voraussetzungen der kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte lediglich über eine Tatsachenfrage irrt. Aber auch für der Fall, dass die Rechtsfolgen zum Inhalt der Erklärung gemacht werden sollen, ohne dass dies aber nicht hinreichend zum Ausdruck kommt,<sup>46</sup> ist der Rechtsirrtum nicht einschlägig, da der Käufer in der Regel die Rechtsfolgen nicht dahingehend zum Inhalt seiner Erklärung machen wird, sodass eine Zuordnung zu einem bestimmten Gewährleistungsrecht zweifelhaft ist. Letztlich ist die unzutreffende Annahme des fehlenden Vorliegens der Ausschlussstatbestände bei der Ausübung der kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte ein Irrtum über bloße Tatsachen, der allerdings keinen Inhaltsirrtum nach § 119 Abs. 1 alt. 1 BGB<sup>47</sup> darstellt und insofern auch nicht zur Anfechtung berechtigt.

<sup>43</sup> Ebenso für den Mangelverdacht *Faust*, FS Picker, 2010, S. 185, 187f.

<sup>44</sup> Siehe oben B.II.2 und die Nachweise in den FnB.II.2

<sup>45</sup> Vgl. BGH v. 29.11.1996 – BLw 16/96, BGHZ 134, 152, 155f. = NJW 1997, 653; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 8. Aufl. 1997, § 36 Rn. 75ff.; *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl. 2006, Rn. 831.

<sup>46</sup> Vgl. dazu *Bork* (Fn. 44), Rn. 831, 838.

<sup>47</sup> *Bork* (Fn. 44), Rn. 831; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts – Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 23 4 d) mit jeweils weiteren Nachweisen.

### C.II.3. Zwischenergebnis

Die dargestellten zivilrechtlichen Instrumente können die beim Mangelverdacht und der Ausübung kaufrechtlicher Mängelgewährleistungsrechte auftretenden Informationsrisiken für den Käufer nicht hinreichend auflösen bzw. die dargestellte Problematik erfassen.

## C.III. Lösungsansätze

Die Lösung dieser Problematik ist daher vielmehr in einer Fortentwicklung der kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte des Käufers selbst zu suchen.

### C.III.1. (Keine) Erweiterung des Mangelbegriffs

Dabei stellt sich zunächst die Frage nach einer entsprechenden Erweiterung des Mangelbegriffs.<sup>48</sup> Unter der Geltung des alten Kaufrechts war bereits anerkannt, dass auch ein so genannter Mangelverdacht bereits einen Mangel begründen kann.<sup>49</sup> Die Rechtsprechung ist dabei aber nur zu den Fällen eines Seuchenverdachts bei Lebensmitteln bzw. der Vermutung eines wiederkehrenden Schwammbefalls eines Hauses nach der Beseitigung des Schwamms ergangen und hat darüber hinaus keine allgemeine Anerkennung gefunden.<sup>50</sup> Da die Rechtsprechung insofern auf

<sup>48</sup> So vor allem LG Bonn v. 30.10.2003 – 10 O 27/03, NJW 2004, 78, ohne dies allerdings hinreichend zu differenzieren; jedenfalls in diese Richtung tendierend *Faust* (Fn. 8), § 434 Rn. 71; *Matusche-Beckmann* (Fn. 11), § 434 Rn. 176f.; *Müggenborg*, NJW 2005, 2810ff.; dagegen aber *Grunewald* (Fn. 41), S. 131, 134ff., die eine Lösung über Aufklärungspflichten anstrebt. Dabei geht es allen Autoren allerdings nur um die Frage der Übertragbarkeit der bisherigen Rechtsprechung, so dass eine entsprechende Beschränkung auf diese Fallgruppen gegeben ist.

<sup>49</sup> Vgl. Nachweis in Fn. 5 (alle für den Fall eines Verdachts des Schwammbefalls eines Hauses nach Entfernung des Schwamms); ähnlich für eine Altlastenproblematik BGH v. 20.10.2000 – V ZR 285/99, NJW 2001, 64 = ZIP 2000, 2257; so auch schon OLG München v. 21.4.1994 – 32 U 2088/94, NJW 1995, 2566; vgl. auch BGH v. 16.4.1969 – VIII ZR 176/66, BGHZ 52, 51 = NJW 1969, 1171 (Verdacht eines Salmonellenbefalls); ebenso BGH v. 14.6.1972 – VIII ZR 75/71, NJW 1972, 1462; im Ergebnis ebenso BGH v. 23.11.1988 – VIII ZR 247/87, NJW 1989, 218 = JR 1989, 460 (Glykol-Weinfall); ebenso im Rahmen des UN-Kaufrechts BGH v. 2.3.2005 – VIII ZR 67/04, NJW-RR 2005, 1218 = WM 2005, 1806; vgl. dazu insgesamt auch *Huber*, in: Soergel, BGB, 12. Aufl. 1991, § 459 Rn. 64; kritisch zu dieser Entwicklung *Grunewald*, in: Ermann, BGB, 10. Aufl. 2000, § 459 Rn. 2, 13; ebenso vor einer Überdehnung des Mangelbegriffs warnend *Fleischer* (Fn. 5), S. 487.

<sup>50</sup> Kritisch dazu vor allem *Grunewald*, in: Ermann, BGB, 10. Aufl. 2000, § 459 Rn. 2, 13.

die aufgrund des Mangelverdachts bestehende geringere Wertschätzung der Kaufsache abgestellt hat, könnte man diese Grundsätze auch auf den heutigen Mangelbegriff des § 434 BGB übertragen. In Betracht käme insofern entweder eine Verletzung einer möglicherweise bestehenden Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder aber ein Abstellen auf die fehlende bzw. eingeschränkte Eignung zur gewöhnlichen Verwendung und der üblichen Beschaffenheit (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB).<sup>51</sup> Die Übertragung dieser Rechtsprechung auf das neue kaufrechtliche Mängelgewährleistungsrecht würde auch hinsichtlich des – jedenfalls für den Verbrauchsgüterkauf – zu berücksichtigenden europarechtlichen Hintergrunds in Form der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie keinen Schwierigkeiten begegnen, da Art. 2 Abs. 2 lit. c) und d) Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ebenfalls dahingehend ausgelegt werden könnte.

Gegen eine entsprechende Erweiterung der Mangelbegriffs im Rahmen des § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB spricht aber, dass damit eine jedenfalls im Grundsatz uneingeschränkte Anwendbarkeit der kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte verbunden wäre, die für die Lösung der Problematik des Mangelverdachts nicht notwendig ist und damit über die Interessenlage der Beteiligten hinausgeht. Denn letztlich geht es in diesem Zusammenhang nur um die Frage des Kostentragungsriskos für die Mängelerforschung. Soweit die Mängelerforschung zu einer Mangelhaftigkeit geführt hat, finden die kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte ohnehin vollumfänglich Anwendung. Anderenfalls würden die kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechte auch schon bei einer fehlenden Mangelhaftigkeit der Kaufsache zur Anwendung kommen.

Auch wenn somit eine Erweiterung des Mangelbegriffs nicht angezeigt ist, muss eine Ausnahme aber für den Fall der fehlenden Möglichkeit der Beseitigung des Mangelverdachts gemacht werden.<sup>52</sup> Soweit die Mängelerforschung keine endgültige Sicherheit über die Mangelhaftigkeit oder die Mangelfreiheit der Kaufsache bringen kann, muss bereits der Mangelverdacht ausreichen, um die Mängelgewährleistungsrechte zur Anwendung kommen zu lassen. Dies entspricht – jedenfalls teilweise<sup>53</sup> – auch der bisherigen Rechtsprechung zum Mangelverdacht, da insofern auf die fehlende Aufklärbarkeit der Mangelhaftigkeit abgestellt wurde.

<sup>51</sup> Ebenso *Faust*, (Fn. 43), S. 188ff.

<sup>52</sup> A.A. aber *Grunewald* (Fn. 41), S. 131, 139f., die auch für diesen Fall eine Aufklärungspflicht annehmen will. Zur Aufklärungspflicht siehe unten C.III.3.

<sup>53</sup> Vgl. dazu die Nachweise in Fn. 49 zu den so genannten Schwammbefallfällen.

*Dies bedeutet insofern, dass im Beispiel 5 trotz der Unsicherheit hinsichtlich eines tatsächlichen Bestehens der Mangelhaftigkeit des Hauses von einer Mangelhaftigkeit auszugehen ist, da eine Mängelerforschung insofern ausgeschlossen ist bzw. nicht zu einer vollständigen Beseitigung des Mangelverdachts führen kann.*

*Diese Grundsätze können hingegen bei Beispiel 4 hinsichtlich des Reitpferdes nicht zu einer Mangelhaftigkeit aufgrund eines Mangelverdachts führen, da dahingehende physische Veränderungen bei einem Reitpferd immanent sind und insofern nicht über das übliche Maß einer negativen Veränderung von Tieren hinausgehen. Zwar kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich der physische Zustand des Reitpferds entsprechend negativ entwickelt, allerdings herrscht im Zeitpunkt des Gefahrübergangs Klarheit darüber, dass diese Beeinträchtigung (noch) nicht vorliegt.*

### *C.III.2. Pflicht zur Mängelerforschung und Begründung eines Schaden- bzw. Aufwendungsersatzanspruches?*

Da es jedenfalls bei Vorliegen eines Mangelverdachts letztlich um den Ersatz der Mängelerforschungskosten des Käufers durch den Verkäufer geht, kommt insofern die Begründung eines entsprechenden Aufwendungsersatz- (siehe C.III.2.a)) oder eines Schadenersatzanspruches (siehe C.III.2.b)) in Betracht. Der Ansatz einer entsprechenden Aufklärungspflicht (siehe C.III.2.c)) ist hingegen abzulehnen.

#### *C.III.2.a) Aufwendungsersatzanspruch*

Ein Aufwendungsersatzanspruch des Käufers (§§ 437 Nr. 3, 284 BGB) scheidet allerdings gleich aus mehreren Gründen aus. Zunächst handelt es sich bei den Kosten für die Mängelerforschung nicht um Aufwendungen, die der Käufer im Vertrauen auf die Leistung der Kaufsache durch den Verkäufer gemacht hat. Denn die Kosten für die Mängelerforschung werden durch den Käufer erst aufgebracht, nachdem der Verkäufer dem Käufer die möglicherweise mangelhafte Sache übergeben hat. Der Käufer macht diese Aufwendungen also nicht im Vertrauen auf die ordnungsgemäße Leistung durch den Verkäufer, sondern lediglich zur Ermittlung der ordnungsgemäßen Erfüllung der Leistungsverpflichtung durch den Verkäufer und verfügt insofern schon nicht mehr über einen entsprechenden Vertrauenstatbestand. Schließlich würde ein entsprechender Anspruch

aus §§ 437 Nr. 3, 284 BGB schon dann entfallen, wenn sich der Mangelverdacht eben nicht erhärtet und eine für (alle) kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte erforderliche Mangelhaftigkeit der Kaufsache gerade nicht vorliegt. Ein Aufwendungsersatzanspruch hinsichtlich der Kosten für die Mängelerforschung scheidet daher aus.

### *C.III.2.b) Schadenersatzanspruch*

Darüber hinaus kommt ein Schadenersatzanspruch des Käufers gegen den Verkäufer auf Ersatz der Mängelerforschungskosten in Betracht. Dabei stellt sich zunächst die Frage, ob es sich dabei um einen Schadenersatzanspruch statt (§§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB) oder einen Schadenersatzanspruch neben der Leistung (§ 280 Abs. 1 BGB) handelt. Da es bei einem möglichen Ersatz der Mängelerforschungskosten nicht um die Frage der ursprünglich mangelhaften oder mangelfreien Leistung geht<sup>54</sup>, muss es sich konsequenterweise um einen Schadenersatzanspruch neben der Leistung (§ 280 Abs. 1 BGB) handeln. Die Pflichtverletzung des Verkäufers ist nicht die (fehlende) Mangelhaftigkeit der Kaufsache, sondern konsequenterweise die fehlende Beseitigung des Mangelverdachts als Nebenpflicht des Kaufvertrages. Dies gilt auch für den Fall, dass sich tatsächlich eine Mangelhaftigkeit der Kaufsache ergibt, der Mangelverdacht also tatsächlich begründet ist. Zwar kann der Käufer in diesem Fall einen Schadenersatz statt der Leistung geltend machen (§§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 281 BGB), allerdings stellen die Mängelerforschungskosten keine von diesem Schadenersatzanspruch gedeckte Schadensposition dar, da diese lediglich durch den Mangelverdacht und nicht durch die Mangelhaftigkeit als solcher verursacht wurde.

Dabei kann eine solche Nebenpflicht zur Aufklärung des Mangelverdachts aber nur in den Fällen angenommen werden, bei denen ein hinreichender Anhaltspunkt für das mögliche Bestehen einer Mangelhaftigkeit gegeben ist. Denn anderenfalls würde sich die Problematik des Informationsdefizits des Käufers hinsichtlich des tatsächlichen Vorliegens der Mangelhaftigkeit ins Gegenteil verkehrt werden, da der Käufer immer eine vollständige Überprüfung der Kaufsache – auf Kosten des Verkäufers – von diesem verlangen könnte. Derartige hinreichende Anhaltspunkte für das mögliche Bestehen einer Mangelhaftigkeit müssen schon dann als gegeben angesehen werden, wenn ein objektiver Dritter die Kaufsache in

<sup>54</sup> Siehe zu fehlender Mangelhaftigkeit des Leistens einer Kaufsache mit einem Mangelverdacht C.III.1.

ihrem bei Gefahrübergang bestehenden Zustand aufgrund des Mangelverdachts nicht erwerben würde, es sei denn, dass dieser Mangelverdacht schon bei Abschluss des Kaufvertrages vorgelegen hat.

*In den Beispielen 1 und 2 ist von solchen hinreichenden Anhaltspunkten für das mögliche Bestehen einer Mangelhaftigkeit auszugehen, da sowohl die Herkunft der Kühe aus einer mit einer Kuhseuche belasteten Gegend als auch die ungewöhnliche Geräuschentwicklung bei dem gekauften Fahrzeug objektiv den Anschein erwecken, dass die Kaufsache mangelhaft ist.*

*Für Beispiel 3 bedeutet dies, dass nur dann von einem Mangelverdacht ausgegangen werden kann, wenn sich die qualitative Beeinträchtigung des Fernsehbildes nicht nur für den Käufer, sondern auch für einen objektiven Dritten darstellt. Insofern kommt es für einen entsprechenden Mängelerforschungsanspruch des K gegenüber dem V bzw. für einen entsprechenden Schadenersatzanspruch darauf an, dass auch andere Laien von einer qualitativen Beeinträchtigung des Fernsehbildes ausgehen, ohne dass es darauf ankommt, dass diese sich auch tatsächlich als Mangel herausstellt.*

Verweigert der Verkäufer in einem solchen Fall eine abschließende Untersuchung der tatsächlichen Mängelfreiheit der Kaufsache bzw. eine anderweitige Beseitigung des Mangelverdachts, kann der Käufer dies selbst bewerkstelligen und die entsprechenden Kosten vom Verkäufer ersetzt verlangen. Dabei ist dem Verkäufer – in Fortführung des Gedanken des Primats der Nacherfüllung<sup>55</sup> – vom Käufer die Möglichkeit einer eigenständigen Untersuchung in Form einer entsprechenden Aufforderung mit Fristsetzung einzuräumen. Nur auf diese Weise kann ein angemessener Interessenausgleich dahingehend erreicht werden, dass der Käufer abschließende Gewissheit über die Mangelhaftigkeit der Kaufsache oder deren Fehlen bei Gefahrenübergang erlangt, ohne dem Verkäufer dahingehend ein übermäßiges Kostenrisiko aufzubürden. Soweit der Käufer bei Vorliegen eines hinreichenden Anhaltspunktes für das mögliche Bestehen einer Mangelhaftigkeit eine Mängelerforschung in die Wege leitet, kann er dabei allerdings nur solche Untersuchungen durchführen lassen, die vor dem Hintergrund des Wertes der Kaufsache und der Schwere des Mangelverdachts angemessen bzw. verhältnismäßig sind. Wird dieser Rahmen

<sup>55</sup> Siehe dazu oben B.II.2.a). Ebenso *Faust*, (Fn. 43), S. 198f.

durch die Mängelerforschung nicht eingehalten, reduziert sich der Schadenersatzanspruch des Käufers entsprechend aufgrund der Verletzung der eigenen Schadenminderungspflicht (§ 254 BGB).

### *C.III.2.c) Aufklärungspflicht des Verkäufers*

Der teilweise<sup>56</sup> entwickelte Ansatz einer Aufklärungspflicht des Verkäufers kann die Problematik des Mangelverdachts nicht abschließend regeln, da er letztlich voraussetzt, dass der Verkäufer tatsächlich von der Mangelhaftigkeit Kenntnis hat bzw. einen entscheidenden Beitrag zur Mängelerforschung leisten kann. Dies wird nur dann der Fall sein, wenn es sich bei der Kaufsache um ein Serienprodukt handelt oder der Verkäufer nicht mehr nur einen Verdacht hinsichtlich der Mangelhaftigkeit, sondern vielmehr faktische Gewissheit hat. Letzterer Fall ist aber weniger ein Problem des Mangelverdachts, als vielmehr ein Problem der Aufklärungspflichten des Verkäufers.<sup>57</sup>

### *C.III.3. Begründung mängelgewährleistungsrechtlicher Aufklärungspflichten*

Für die Problematik der „fehlerhaften“ Ausübung der kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte kann die Begründung einer Pflicht zur Mängelerforschung und der damit korrespondierende Schadenersatzanspruch kein Lösungsansatz darstellen, da es sich insofern um ein Informationsdefizit des Käufers aufgrund des alleinigen Ursprungs der notwendigen Informationen in der Sphäre des Verkäufers handelt.<sup>58</sup> Allerdings wird man in Anlehnung dieser (Neben)Pflicht des Verkäufers eine Aufklärungspflicht des Verkäufers hinsichtlich des Bestehens möglicher Ausschlussgründe der entsprechend vom Käufer geltend gemachten Gewährleistungsansprüche annehmen müssen, da sich nur auf diese Weise das dahingehende Informationsdefizit ausgleichen lässt. Eine solche Aufklärungspflicht kann aber nur dann angenommen werden, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen für die jeweiligen Ausschlussgründe tatsächlich ausschließlich in der Sphäre des Verkäufers begründet sind.

<sup>56</sup> So vor allem *Grunewald* (Fn. 41), S. 131, 139f.

<sup>57</sup> Vgl. dazu ausführlich *Gröschler*, NJW 2005, 1601ff.

<sup>58</sup> Siehe oben B.II.2.

*In Beispiel 6 kann der Käufer ohne eine umfassende Analyse des Vertriebsnetzes des Herstellers des Fernsehers und der Bezugsquellen des V nicht feststellen, ob ein Nachlieferungsanspruch tatsächlich gegeben oder wegen § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen ist. Insofern kann der Käufer eine Auswahl seiner Mängelgewährleistungsrechte nur dann hinreichend vornehmen, wenn er diese Informationen von V erhält. Die Tatsache, dass der V den K bei Abschluss des Kaufvertrages nicht auf den Umstand hingewiesen hat, dass es sich um ein Modell handelt, das nicht mehr hergestellt wird, begründet keine (Aufklärungs-)Pflichtverletzung des V.*

*Dies gilt ebenso für Beispiel 7, da der K ohne entsprechende (externe) Hilfe nicht ermitteln kann, ob es sich um einen behebbaren Mangel handelt. Dies ist für den Käufer insbesondere dann relevant, wenn ein Anspruch auf Nachlieferung aufgrund von § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen ist und der Käufer ein Interesse an einer weiteren Nutzung der Kaufsache hat.*

*Auch in Beispiel 8 verhält es sich so, dass eine Entscheidung zwischen der Nachlieferung und der Nachbesserung für den Käufer nur dann möglich ist, wenn er die Kostengrundlage des Verkäufers einsehen kann.*

*Schließlich trifft dies auch für Beispiel 9 zu. Der K kann zwar insofern von einer Mangelhaftigkeit der Kaufsache ausgehen, kann allerdings ohne (externe) Hilfe nicht hinreichend einschätzen, ob die für einen Rücktritt erforderliche Erheblichkeit des Mangels vorliegt.*

Eine entsprechende Verletzung der Aufklärungspflicht des Verkäufers kann aber nur dann angenommen werden, wenn der Verkäufer dem Käufer gegenüber unrichtige oder unvollständige Angaben macht. Zudem wird eine (Neben-)Pflichtverletzung dann anzunehmen sein, wenn der Verkäufer einen unangemessenen langen Zeitraum für die Unterrichtung des Käufers über das fehlende Bestehen des jeweiligen Mängelgewährleistungsrechts benötigt. Dies muss in jedem Fall bereits dann angenommen werden, wenn die (angemessene) Nachfristsetzung des Käufers zur Vornahme der entsprechenden Nacherfüllung abgelaufen ist, da dann insofern ein Vertrauenstatbestand auf der Seite des Käufers auf den Bestand des mit der (erfolglosen) Nachfristsetzung verbundenen Mängelgewährleistungsrecht gegeben ist. Eine entsprechende Verletzung dieser

Aufklärungs(neben)pflcht des Verkäufers begründet dann entsprechend einen Schadenersatzanspruch des Käufers, bei dem es sich konsequenterweise auch um einen Anspruch auf Schadenersatz neben der Leistung handelt (§ 280 BGB). Dabei muss allerdings beachtet werden, dass für den Käufer bei einer unrichtigen, unvollständigen oder verspäteten Aufklärung über das Vorliegen der entsprechenden Ausschlussgründe durch den Verkäufer oftmals nur Beeinträchtigungen entstehen, die nicht im Rahmen eines Schadenersatzes ausgeglichen werden können. Soweit aber typischerweise Deckungsgeschäfte vorgenommen oder unterlassen werden, kommt ein Ersatz der entsprechenden Schadenspositionen in Betracht.

## D. Ausblick

Die Modernisierung des Kaufrechts war eines der zentralen Anliegen des Gesetzgebers im Rahmen der Schuldrechtsreform von 2002. Dabei stand vor allem die Erweiterung der Rechte des Käufers bzw. deren Anpassung an die bereits zuvor bestehende Vertragspraxis in Form des Nacherfüllungsanspruchs im Vordergrund. Ein zentrales Problem des Kaufrechts in Form des Informationsdefizits des Käufers wurde durch den Gesetzgeber dabei allerdings nicht hinreichend gelöst und stellt sich in zweierlei Hinsicht. Dabei geht es zum einen um die Behandlung des Mangelverdachts, der immer dann vorliegt, wenn der Käufer ohne eine umfangreiche (externe) Untersuchung nicht feststellen kann, ob die Kaufsache tatsächlich mangelfrei oder doch mangelhaft ist. Zum anderen geht es um die Frage, inwiefern der Käufer vor einer „falschen“ Ausübung seiner Mängelgewährleistungsrechte aufgrund einer unzureichenden Informationsstandes hinsichtlich möglicher Ausschlussgründe des Verkäufers geschützt werden kann. Diese strukturelle Benachteiligung des Käufers kann dabei bei Vorliegen eines Mangelverdachts durch die Annahme einer entsprechenden Mängelerforschungspflicht des Verkäufers und eines korrespondierenden Schadenersatzanspruches ausgeglichen werden, wenn hinreichender Anhaltspunkte für das mögliche Bestehen einer Mangelhaftigkeit bei Gefahrübergang vorliegen. Der „falschen“ Ausübung der Mängelgewährleistungsrechte durch den Käufer kann durch die Annahme einer Aufklärungspflicht des Verkäufers begegnet werden, soweit die Voraussetzungen für das Bestehen der Ausschlussgründe ausschließlich in seiner Sphäre begründet sind.