

- bb) **Deliktische Ansprüche** des K aus § 823 I scheitern daran, dass auf Seiten des K kein Recht i.S.d. § 823 I verletzt worden ist:
- Eine **Eigentumsverletzung** scheitert daran, dass K noch kein Eigentümer war.
 - Ein **Anwartschaftsrecht** ist zwar als "sonstiges Recht" i.S.d. § 823 I anerkannt, war aber auf Seiten des K noch nicht entstanden, weil sich V und K nicht bedingt geeinigt hatten und die Sache dem K auch noch nicht übergeben worden war.

Zwischenergebnis: K hat zwar infolge der nach wie vor bestehenden Zahlungspflicht einen Schaden erlitten, aber keinen haftungsbegründenden Tatbestand, auf den er einen eigenen Ersatzanspruch gegen F stützen könnte.

- c) **Die Verlagerung des Schadens auf K müsste aus Sicht des Schädigers F zufällig sein.** Die Drittschadensliquidation beruht auf dem Gedanken, dass der Schädiger durch das Auseinanderfallen von haftungsbegründendem und haftungsausfüllendem Tatbestand nicht begünstigt werden soll. Der Schädiger muss bei einer schuldhaften Pflichtverletzung ohnehin damit rechnen, den dadurch angerichteten Schaden ersetzen zu müssen, so dass sich das Haftungsrisiko des Schädigers nicht vergrößert. Der Umstand, dass sein Auftraggeber V durch die Vereinbarung eines Versandkaufs und die damit verbundene Gefahrtragungsregel des § 447 keinen Schaden erleiden würde, beruhte aus Sicht des F auf Zufall. Hätten V und K eine Bringschuld vereinbart, so wäre der Kaufpreisanspruch des V gemäß § 326 I erloschen, so dass V durch den Untergang des Fernsehers einen eigenen Schaden erlitten hätte.

Gesamtergebnis: Die Voraussetzungen der Drittschadensliquidation liegen vor, so dass V aus einer vertraglichen Nebenpflicht gemäß § 242 verpflichtet ist, den Schaden des K bei F geltend zu machen. Dabei kann K den V zugleich i.S.d. §§ 362 II, 185 I ermächtigen, Leistung an sich selbst zu verlangen und dann gegen die Kaufpreisforderung des K aus § 433 II mit seinem Herausgabeanspruch aus § 285 I aufrechnen und dadurch letztlich die Kaufpreisforderung zum Erlöschen bringen.

§ 4 Der Mangelbegriff im Kaufrecht

I. Der Sachmangel des § 434

1) § 434 I 1: Die Sache weicht von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit ab.

- a) **Die Sache hat gemäß § 434 I einen Sachmangel, wenn sie bei Gefahrübergang nicht die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit hat.** Beschaffenheitsmerkmale sind neben den physischen Eigenschaften auch tatsächliche, wirtschaftliche und rechtliche Bezüge der Sache zur Umwelt, soweit sie ihren Grund im tatsächlichen Zustand der Sache haben, ihr auf Dauer anhaften und dieser Umstand nach der Verkehrsanschauung Einfluss auf den Wert der Sache hat (Roth, NJW 2004, 330; Berger JZ 2004, 256). Dabei ist die Sache auch dann mangelhaft, wenn sich der Mangel bei der Übergabe noch nicht zeigt, aber der Grund dafür schon in der Sache angelegt ist (BGH NJW 2006, 434, 2250).

Durch das Abstellen auf die vereinbarte Beschaffenheit gilt zunächst einmal der **subjektive Fehlerbegriff**: Die Sache ist mangelhaft, wenn sie aus der Sicht des Käufers negativ von dem Zustand abweicht, den die Parteien bei Abschluss des Kaufvertrags ausdrücklich oder konkludent vereinbart haben. Hat also der Verkäufer die Kaufsache während der Vertragsverhandlungen konkret beschrieben (und nicht nur werbehaft angepriesen!), dann wird diese

Beschreibung durch eine Beschaffenheitsvereinbarung zum Vertragsbestandteil: Weicht die Sache davon ab, ist sie mangelhaft. Aufgrund der Privatautonomie können also primär die Parteien darüber entscheiden, wann die Kaufsache einen Mangel hat. Dies gilt unabhängig davon, ob man objektiv betrachtet von einem Mangel sprechen kann (Roth, NJW 2004, 330 mwN).

Die Beschaffenheitsvereinbarung kann auch konkludent erfolgen. Dafür genügt eine Beschreibung der Kaufsache durch die Vertragsparteien.

Beispiel: Wird ein Pkw als Neuwagen verkauft, liegt darin die konkludente Zusicherung, dass der Wagen „fabrikneu“ ist (BGH NJW 2005, 1423). Dabei hat der Wagen einen Mangel iSd § 434 I 1, wenn er mehr als ein Jahr lang auf dem Hof des Händlers gestanden hat. Dies gilt auch dann, wenn er unverändert in dieser Form weitergebaut wird und die Standzeit die Tauglichkeit des Fahrzeugs zum vertragsgemäßen Gebrauch nicht beeinträchtigt (BGH NJW 2006, 2694). Er hat daher keinen Sachmangel iSd § 434 I 2, wohl aber einen Mangel iSd § 434 I 1, weil er von der konkludent vereinbarten Beschaffenheit abweicht (so auch Roth, NJW 2004, 330).

Auf der anderen Seite hat der als fabrikneu verkaufte Wagen keinen Mangel, weil er zuvor kurzfristig auf den Verkäufer zugelassen war (BGH NJW 2005, 1422).

b) Wenn man primär auf die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit abstellt, kann eine Sache aber auch dann mangelfrei sein, wenn sie zwar der vertraglichen Vereinbarung entspricht, aber hinter dem üblichen Qualitätsstandard zurückbleibt. Dies ist insbesondere beim Verkauf gebrauchter Sachen von Bedeutung, wo die Parteien darüber entscheiden können, in welchem Zustand sich die Sache befinden soll (Westermann, NJW 2002, 241, 243).

c) Der subjektive Fehlerbegriff gilt auch, wenn der Verkäufer dem Käufer ein **Muster** oder eine **Probe** vorlegt: Weicht die Kaufsache davon ab, hat sie einen Sachmangel.

2) § 434 I 2 Nr. 1: Die Kaufsache eignet sich nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung.

Gerade bei den alltäglichen Geschäften wird über die Beschaffenheit der Kaufsache oftmals nicht gesprochen, sondern wenn überhaupt darüber, „was die Sache können soll“. **Die Sache ist daher gemäß § 434 I 2 Nr. 1 auch dann mangelhaft, wenn sie sich nicht für den vertraglich vereinbarten Zweck eignet.** § 434 I 2 Nr. 1 ist also ein **Auffangtatbestand** für alle die Fälle, in denen die Beschaffenheit der Sache nicht vertraglich verbindlich festgelegt wurde oder eine derartige Vereinbarung vom Käufer nicht bewiesen werden kann. Der Verwendungszweck muss aber – notfalls konkludent – vertraglich vereinbart worden sein. Die bloße einseitige Erwartung des Käufers, die Sache in einer bestimmten Art und Weise verwenden zu können, begründet keinen Mangel, sondern ist das typische Risiko des Käufers.

3) § 434 I 2 Nr. 2: Die Kaufsache weicht von der Normalbeschaffenheit ab.

Haben die Parteien weder ausdrücklich noch konkludent über die Beschaffenheit bzw. den Verwendungszweck gesprochen, so ist die Sache mangelhaft, wenn sie von der **Normalbeschaffenheit** abweicht, also nicht so ist, wie es der Käufer erwarten durfte (OLG Düsseldorf, NJW 2006, 2858). Hier gilt der **Erwartungshorizont eines Durchschnittsdritten**, den wir von § 3 ProdHaftG her kennen. Dieser Erwartungshorizont wird u.a. durch den allgemeinen Zustand der Sache, das Alter und nicht zuletzt auch durch den vereinbarten Kaufpreis bestimmt. **Dabei können Sie die Frage nach einem Sachmangel mit folgenden Kriterien beantworten:**

a) Die Beschaffenheit der Kaufsache wird zum einen durch ihre **physischen Merkmale** bestimmt, die der Kaufsache unmittelbar anhaften. **Jeder Qualitätsmangel ist ein Sachmangel.**

Beispiele:

- 1) Der verkaufte **Neuwagen** hat eine Standzeit von mehr als 12 Monaten vor der Erstzulassung (BGH NJW 2006, 2694), weist Lackschäden auf oder ist bereits benutzt worden (BGH NJW 2004, 160). Der verkaufte **Gebrauchtwagen** ist ein Unfallfahrzeug (BGH NJW 1983, 2242), weist schwere Rostschäden auf, hat einen Motor- oder Getriebeschaden. Die Gesamtfahrleistung übertrifft erheblich den angezeigten km- Stand (BGH NJW 1975, 1693). Andererseits ist normaler Verschleiß kein Mangel (BGH NJW 2006, 434; 2004, 2299). Der Verkäufer ist daher auch nicht verpflichtet, den Käufer auf natürliche Verschleißerscheinungen hinzuweisen, deren Eintritt selbstverständlich ist (Andreae, NJW 2007, 3457). Der Verkäufer haftet jedoch für die Mängel, deren Eintritt er durch eigenübliche Sorgfalt, insbesondere Wartung und Inspektion, hätte verhindern können (OLG Düsseldorf, DAR 2007, 211, 212).
 - 2) Das verkaufte **Bild** ist kein Original, sondern eine nahezu wertlose Kopie und kann daher nicht den Kunstgenuss eines Originals vermitteln (Wertenbruch NJW 2004, 1977).
 - 3) Bei verkaufter **Software** liegt ein Fehler vor, wenn der Programmablauf ganz oder zumindest im Hinblick auf erhebliche Funktionen gestört ist (BGHZ 102, 135). Die verkaufte **Hardware** ist fehlerhaft, wenn Teile des Geräts nicht funktionieren, aber auch, wenn die Speicherkapazität für eine zugleich verkaufte Software nicht genügt (OLG Köln NJW 1991, 2156).
- b) Auch der bloße **Verdacht**, die Kaufsache könnte mangelhaft sein, ist bereits ein Fehler, wenn sich dieser Verdacht nicht widerlegen lässt und wenn bereits dieser Verdacht den Gebrauch der Sache beeinträchtigt und der Verdacht durch dem Käufer zumutbare Maßnahmen nicht auszuräumen ist (LG Bonn NJW 2004, 26).
- c) Auch wenn die Kaufsache an sich körperlich in Ordnung ist, hat sie einen Fehler, wenn der Käufer die Sache aufgrund gesetzlicher Bestimmungen nicht wie geplant benutzen kann. Diese **Nutzungsbeschränkung** wirkt sich wie ein Qualitätsmangel aus.

Beispiele:

- 1) Das verkaufte Baugrundstück darf aufgrund von Baubeschränkungen nicht oder nur eingeschränkt bebaut werden (BGHZ 67, 134; 96, 385; 98, 100; 117, 159 m.w.N.).
 - 2) Das verkaufte Wochenendhaus ist ohne Baugenehmigung errichtet worden, so dass der Käufer das Gebäude nicht oder nur eingeschränkt nutzen darf (BGH WM 1985, 230, 231; NJW 1987, 2511).
- d) Über die körperlichen Eigenschaften hinaus zählen auch die **tatsächlichen** oder **rechtlichen, wirtschaftlichen** oder **sozialen Beziehungen der Sache zu ihrer Umwelt** zur Beschaffenheit der Sache.
- Beispiel:** Das Nachbargrundstück darf entgegen der Zusage des Verkäufers bebaut werden, so dass das Bauvorhaben des Nachbarn dem Käufer die Aussicht nimmt. Hier ist die Lage des verkauften Grundstücks ein wertbildendes Merkmal, das in der verkauften Sache selbst begründet ist: Das verkaufte Grundstück sollte neben einem unbebaubaren Grundstück liegen.
- 4) **§ 434 I 3: Die Kaufsache weicht von öffentlichen Äußerungen des Verkäufers oder des Herstellers ab.**

Wir hatten oben gesehen, dass die Sache mangelhaft ist, wenn sie nicht der berechtigten Verbrauchererwartung entspricht. Diese Verbrauchererwartung wird aber auch durch die Art und Weise beeinflusst, in der der Hersteller dieses Produkt bewirbt. Dabei müssen wir wie folgt unterscheiden:

- a) Hat der Verkäufer im Verkaufsgespräch auf die Werbung Bezug genommen und dadurch die Ware entsprechend beschrieben, so liegt darin bereits eine Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 434 I 1. Weicht die Kaufsache davon ab, ist sie mangelhaft.
- b) Ist bei den Vertragsverhandlungen nicht über die Werbeaussage gesprochen worden, so gilt **§ 434 I 3: Die Sache hat einen Sachmangel, wenn sie nicht die Eigenschaften aufweist, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Herstellers insbesondere in der Werbung oder der sonstigen Produktbeschreibung erwarten durfte.** Dabei kommt es gemäß den §§ 434 I 3 BGB 4 I, II ProdHaftG nicht nur auf die Aussagen des Herstellers,

sondern auch auf die des Importeurs oder des Quasiherstellers an, der nach außen hin die Verantwortung für das Produkt übernimmt. Der Verkäufer haftet also für Aussagen Dritter und dies auch dann, wenn man während der Vertragsverhandlungen über diese Aussagen gar nicht gesprochen hat.

Lesen Sie zum Sachmangelbegriff des § 434 I 3 auch die Klausuren: „Der Marathon- Mercedes“ sowie „Die fehlerhafte Bedienungsanleitung“.

Zum Mangelbegriff gemäß § 434 I 3 bei falschen Herstellerangaben über den Spritverbrauch und CO- 2-Emissionen aufgrund der Verordnung über Verbraucherinformationen zum Kraftstoffverbrauch (Pkw-EnVKV) Schmidt, NJW 2005, 329.

AL - Klausurtyp: Auch durch § 434 I 3 wird der Hersteller oder Vorlieferant aber nicht zum Erfüllungsgehilfen des Verkäufers. Dies ist wichtig bei der Frage nach Schadensersatz, den der Verkäufer nur gemäß § 280 I 1 schuldet, wenn er oder sein Erfüllungsgehilfe (§ 278!) schuldhaft eine Pflicht verletzt hat.

Der Verkäufer haftet für die Aussagen des Herstellers nur in 3 Fällen nicht, wobei der Verkäufer jeweils die Beweislast für die ihn entlastenden Umstände trägt:

- wenn er die Äußerungen weder kannte noch kennen konnte, wobei bereits leichte Fahrlässigkeit schadet: Dabei ist aber der Verkäufer verpflichtet, einschlägige und für ihn ohne weiteres zugängliche Werbemaßnahmen im Fernsehen oder Radio sowie in der Tagespresse und entsprechenden Fachpublikationen zu verfolgen.
- wenn die Äußerung zur Zeit des Vertragsschlusses in gleichwertiger Weise berichtigt war (dazu Alexander, WM 2006, 2311).
- wenn diese Werbeaussagen die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnten. Dies wird wohl zumindest bei den Werbeaussagen gelten, die im Käufer absurde Phantasien wecken.

5) Der Montagefehler als Sachmangel

AL - Klausurtyp: Achten Sie auf das Verhältnis von § 434 I und § 434 II: Sind einzelne Bestandteile der zu montierenden Sache mangelhaft, gilt § 434 I. Dies gilt auch, wenn der Vorlieferant, der Verkäufer oder einer seiner Mitarbeiter die Kaufsache vor Gefahrübergang (!) fehlerhaft montiert hat. Für § 434 II bleiben daher nur 2 Fallgruppen übrig:

a) **Im Fall des § 434 II 1 hat der Verkäufer im Kaufvertrag die Pflicht zur Montage der Kaufsache übernommen.** Die Kaufsache ist jetzt in 2 Fällen mangelhaft:

- wenn der Verkäufer zunächst eine mangelfreie Sache liefert, die Sache aber durch fehlerhafte Montage des Verkäufers oder seines Erfüllungsgehilfen beschädigt wird.
- Die Sache hat auch einen Sachmangel, wenn die Montage an sich mangelhaft ist, selbst wenn die Kaufsache selbst noch nicht beschädigt wurde. Auch hier gelten die Regeln über den Sachmangel, ohne dass man darüber nachdenken muss, ob es sich angesichts der Montageverpflichtung um einen reinen Kaufvertrag oder eher um einen gemischten Vertrag handelt.

b) **Im Fall des § 434 II 2 soll der Käufer die Sache selbst montieren.** Jetzt liegt ein Sachmangel vor, wenn die Montageanleitung fehlerhaft ist (selbst in Materialien des Gesetzgebers als „Ikea- Klausel“ bezeichnet!). Der Käufer hat aber keine Ansprüche, wenn er die Sache trotz der fehlerhaften Anleitung bedingt durch eigene Sachkenntnis fachgerecht zusammengesetzt hat, weil sich dann ja der Mangel nicht beim Käufer ausgewirkt hat.

AL - Klausurtyp: Ist die Montageanleitung fehlerhaft, so kann auch der Einzelhändler bei seinem Lieferanten Regress nehmen, also gemäß den §§ 437 Nr. 1, 439 I Nacherfüllung durch Lieferung einer sachgemäßen Montageanleitung verlangen oder nach erfolgloser Nachfristsetzung gemäß den §§ 437 Nr. 2, 323 I zurücktreten. Dies ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn er die Sache von enttäuschten Kunden im Wege des Rücktritts zurückerhalten hat oder wenn er selbst seine noch nicht verkauften Sachen zurückgeben will.

- c) Auch eine **fehlerhafte Betriebsanleitung** stellt einen Sachmangel dar, wenn der Käufer die Sache entsprechend der Betriebsanleitung benutzt und dadurch die Kaufsache beschädigt wird. Zwar war die Kaufsache an sich bei Gefahrübergang mangelfrei, doch lag der Sachmangel in der fehlerhaften Betriebsanleitung und war daher im Keim bereits angelegt.

6) Der erweiterte Fehlerbegriff des § 434 III

- a) **Einem Sachmangel steht es gemäß § 434 III gleich, wenn der Verkäufer eine andere Sache oder eine zu geringe Menge liefert.** Dies gilt aber nur, wenn der Verkäufer mit dieser Sache den Vertrag erfüllen wollte, also nicht bei einer reinen Verwechslung (ausführlich dazu unten § 5 I 3).
- b) Bei einer **Zuwenig-Lieferung** hat der Verkäufer durch eine Teillieferung noch nicht vollständig erfüllt. Der Käufer kann hier nur Lieferung der fehlenden Menge verlangen. Etwas anderes gilt nur, wenn bei der Nachlieferung nicht gewährleistet ist, dass die Gesamtmenge einheitlich ist (z.B. bei zu befürchtenden Farbabweichungen). Hier kann der Käufer Nacherfüllung durch komplette Neulieferung der Gesamtmenge fordern.

7) Die Beweislast

Gemäß § 363 muss der Verkäufer bis zur Annahme durch den Käufer die Mangelfreiheit beweisen, dass also der Käufer die Sache annehmen müsste. Nach Gefahrübergang gemäß den §§ 446, 447, 474 II muss der Käufer den Mangel beweisen, um seine Rechte geltend zu machen. Für Garantiefälle gibt es in § 443 II eine besondere Beweislastregel.

AL - Klausurtyp: Beachten Sie die Beweislastumkehr des § 476 beim Verbrauchsgüterkauf, die sich gemäß § 478 III auch auf den Rückgriff in der Lieferkette erstreckt (dazu ausführlich unten § 8 IV).

II. Der Rechtsmangel gemäß § 435

Fall: Der audiophile A verkauft an den Käufer K eine erlesene High End- Stereoanlage zum Preis von 40.000 Euro. Kurz vor der geplanten Übereignung erfährt K, dass A dem Vermieter V noch 6 Monatsmieten schuldet und dass V bisher nur aus Gutmütigkeit auf eine Räumungsklage verzichtet habe. V macht gegenüber K geltend, er habe an der Stereoanlage ein Vermieterpfandrecht i.S.d. § 562 I; da es sich um den einzigen wirklich wertvollen Vermögensbestandteil des A handle, sei er auch nicht bereit, darauf zu verzichten. Was kann K von A verlangen?

Der Verkäufer schuldet dem Käufer nicht nur gemäß § 433 I die Übertragung des verkauften Rechts an sich, sondern das übertragene Recht muss gemäß § 435 auch frei von allen Rechten Dritter sein, die den Käufer daran hindern könnten, das erworbene Recht ungestört auszuüben. Ist das übertragene Recht zunächst nicht frei von derartigen Rechten Dritter, so hat der Käufer einen klagbaren Erfüllungsanspruch gegen den Verkäufer auf Beseitigung dieser Rechte: Wie wir oben bereits gesehen haben, gehört die Beseitigung störender Rechte zur Erfüllung des Kaufvertrags.

1) Die Kaufsache muss gemäß § 435 frei von Rechten Dritter sein.

a) Der Erfüllungsanspruch des Käufers gemäß § 435

Der erworbene Gegenstand muss frei von allen Rechten sein, die Dritte gegen den Käufer geltend machen könnten, damit der Käufer die Möglichkeit hat, das erworbene Recht ungestört ausüben zu können. Bestehen störende Rechte Dritter, hat der Käufer einen klagbaren Erfüllungsanspruch gegen den Verkäufer darauf, dass der Verkäufer diese Rechte des Dritten beseitigt.

b) Die belastenden Rechte Dritter

aa) Dingliche Rechte

Unter § 435 fallen zunächst alle dinglichen Rechte Dritter, die die Nutzungsmöglichkeit der Kaufsache beeinträchtigen, wenn der Rechtsinhaber sie geltend macht, wie z.B. der Nießbrauch, die Dienstbarkeiten, Grundpfandrechte, das Vermieterpfandrecht, Veräußerungsverbote sowie durch eine Vormerkung gesicherte Rechtspositionen Dritter.

bb) Schuldrechtliche Rechte

Auch rein schuldrechtliche Rechte Dritter aus Miete oder Pacht belasten das Eigentum, weil der Erwerber gemäß § 566 in den Miet- bzw. Pachtvertrag nachrückt und das Nutzungsrecht des Mieters bzw. Pächters daher gegen sich gelten lassen muss (BGH WM 1987, 1371). Dies gilt auch, wenn der Käufer von dem bestehenden Mietvertrag wusste, wenn die Mietzeit länger dauert als mit dem Verkäufer vereinbart wurde (BGH NJW 1981, 2700).

c) Rechtsmängel - Sachmängel

Wie wir oben gesehen haben, hat der Gesetzgeber Rechtsmängel und Sachmängel gleichgestellt: Die Rechte des Käufers bei Mängeln ergeben sich einheitlich aus § 437. Dennoch sollte man zumindest im Hinblick auf die Terminologie die Unterscheidung kennen:

aa) **Es handelt sich um einen *Rechtsmangel*, wenn die Beeinträchtigung der Nutzungsmöglichkeit nicht aus der Beschaffenheit der Kaufsache selbst, sondern aus dem Recht einer anderen Person folgt** (BGH BB 1991, 298, 299; BGHZ 67, 134, 137).

bb) **Im Gegensatz dazu handelt es sich um einen *Sachmangel*, wenn die Nutzungsmöglichkeit durch die Beschaffenheit der Kaufsache selbst beeinträchtigt wird und dadurch die Sache zum Nachteil des Käufers von der Sollbeschaffenheit abweicht** (BGH NJW -RR- 1987, 457).

Beispiele:

- 1) Hat der Käufer ein Grundstück gekauft, so stellt eine **Baubeschränkung** oder eine bauordnungsrechtliche **Nutzungseinschränkung** einen Sachmangel des Grundstücks dar, denn die Baubeschränkung knüpft an die Beschaffenheit und Lage des Grundstücks an.
- 2) Steht das verkaufte Haus unter **Denkmalschutz**, so liegt kein Rechtsmangel, sondern ein Sachmangel vor: Die dadurch bedingte Einschränkung des Eigentums ergibt sich aus der örtlichen Lage und der körperlichen Beschaffenheit des Hauses (OLG Saarbrücken NJW -RR- 1996, 692).

2) Die Rechtsmängelhaftung beim Kauf von Grundstücken: §§ 435, 436

a) **Der Verkäufer eines Grundstücks oder eines Rechts an einem Grundstück ist gemäß § 435, 2 verpflichtet, nicht bestehende, aber im Grundbuch eingetragene Rechte auf seine**

Kosten löschen zu lassen, wenn sie für den Fall des Bestehens das Recht des Käufers beeinträchtigen würden. Das Grundbuch gilt gemäß § 891 als richtig, so dass aus der Sicht des Käufers die Gefahr besteht, dass gutgläubige Dritte das im Grundbuch eingetragene Recht gemäß § 892 vom Nichtberechtigten erwerben und es dadurch entstehen lassen. Vor dieser Gefahr muss der Verkäufer den Käufer bewahren.

b) **Die Beseitigungspflicht des Verkäufers wird aber durch § 436 II begrenzt.** Öffentliche Abgaben und Lasten muss er nicht beseitigen, weil man davon ausgeht, dass diese dem Käufer bekannt sind. Im Übrigen ist der Verkäufer oftmals auch gar nicht in der Lage, derartige Lasten zu beseitigen.

Beispiele: Grundsteuer, Erschließungsbeiträge, Kanalanschlussgebühren, sonstige kommunale Abgaben.

§ 5 Die Rechte des Käufers bei mangelhafter Kaufsache

I. Das Recht auf Nacherfüllung: §§ 437 Nr. 1, 439 I

1) Der Vorrang der Nacherfüllung

Der Käufer kann bei Erhalt einer mangelhaften Sache nach seiner Wahl (anders als beim Werkvertrag!) Nacherfüllung durch Beseitigung des Mangels oder durch die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. Dieses Recht auf Nacherfüllung gilt für Rechtsmängel und Sachmängel und ist unabhängig davon, ob es sich um einen Stückkauf oder einen Gattungskauf handelt oder ob der Verkäufer den Mangel zu vertreten hat.

AL - Klausurtyp: Dieser Anspruch auf Nacherfüllung ist der primäre Anspruch des Käufers, den dieser geltend machen muss, bevor er zurücktreten, mindern oder Schadensersatz verlangen darf (BGH NJW 2006, 1195; 988; 2005, 1348). Der Verkäufer erhält damit kraft Gesetzes eine 2. Chance, den Kaufvertrag durch Nacherfüllung ordnungsgemäß zu erfüllen und dadurch dem Rücktritt, der Minderung oder dem Schadensersatzanspruch des Käufers zu entgehen.

2) Die Abgrenzung: § 433 I 2 / §§ 437 Nr. 1, 439

AL - Klausurtyp: Da es sich bei dem Anspruch auf Nacherfüllung um einen modifizierten Erfüllungsanspruch handelt, stellt sich die Frage, wann sich der ursprüngliche Erfüllungsanspruch des § 433 I 2 in den Nacherfüllungsanspruch der §§ 437 Nr. 1, 439 verwandelt. Diese Frage stellt sich aus 3 Gründen:

- Erstens verjährt der Anspruch auf Nacherfüllung der §§ 437 Nr. 2, 439 in der 2-Jahres-Frist des § 438 I Nr. 3, die gemäß § 438 II mit der Lieferung beginnt.
- Zweitens ist der Anspruch auf Nacherfüllung in den Fällen der §§ 442, 445 ausgeschlossen.
- Drittens kann sich der Verkäufer unter den im Verhältnis zu § 275 II erleichterten Bedingungen des § 439 III 3 weigern, den Mangel zu beseitigen.

Man wird auf den Zeitpunkt abstellen müssen, in dem bei Lieferung einer mangelfreien Ware die Preisgefahr auf den Käufer übergegangen wäre, also auf den Zeitpunkt der Übergabe der Kaufsache an den Käufer (§ 446, 1) oder an eine Transportperson (§ 447 I), weil auch das Gesetz in § 434 I 1 auf diesen Zeitpunkt abstellt. **Nach erfolgter Übergabe verwandelt sich also der Erfüllungsanspruch des § 433 I 2 in einen Nacherfüllungsanspruch gemäß den §§ 437 Nr. 1, 439** (so auch Oechsler, NJW 2004, 1826).