

gentumsvorbehalt aus⁶⁹, wobei freilich die Bezeichnung „sachenrechtlich“ dogmatisch gesehen etwas unklar bleibt.

V. Zusammenfassung und Ergebnis

1. Der BGH konstatiert zu Recht in ständiger Rechtsprechung, dass der Kfz-Brief kein Traditionspapier ist. Der Eigentumserwerb richtet sich nach § 952 BGB analog.

2. Der private Erwerber eines Neuwagens vom autorisierten Vertragshändler muss sich nach ständiger Rechtsprechung des BGH über das Eigentum bzw. die Verfügungsbefugnis des Verkäufers regelmäßig keine Gewissheit durch

Vorlage des Fahrzeugbriefs verschaffen. Beim Gebrauchtwagenkauf sind grundsätzlich weitere Nachforschungen veranlasst, wenn der Fahrzeugbrief nicht vorgelegt wird. Vorlage oder Fehlen des Fahrzeugbriefs erzeugen einen positiven bzw. negativen Rechtsschein im Hinblick auf die Eigentumslage bzw. Verfügungsberechtigung.

3. Behält der Veräußerer den Fahrzeugbrief bei der Fahrzeugübergabe zurück, vermutet der BGH die Vereinbarung eines konkludenten Eigentumsvorbehalts, welche nur im Ausnahmefall widerlegt werden kann.

⁶⁹ OLG Oldenburg, DAR 2005, 90.

Die Rechte des Käufers bei Teillieferungen, teilweiser Mangelhaftigkeit und „unerheblichen“ Sachmängeln*

Von Prof. Dr. Stephan Lorenz, München

I. Die Ausgangslage

Das seit dem 1. 1. 2002 geltende Kaufrecht hat die Rechtsposition des Käufers im Falle der Lieferung einer mangelhaften Sache in vielfacher Hinsicht grundsätzlich, d.h. nicht nur im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern verbessert. Gleichzeitig wurde aber auch die Bindung an den Vertrag im Falle der Mangelhaftigkeit der Kaufsache verstärkt. Eine dieser Stärkungen der Käuferposition besteht darin, dass er nunmehr auch im Falle eines unerheblichen Sachmangels nicht rechtlos gestellt ist. Während unter dem früher geltenden Gewährleistungsrecht nach § 459 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. eine „unerhebliche Minderung des Wertes oder Tauglichkeit“ bereits das Vorliegen eines Sachmangels und damit jedweden Rechtsbehelf des Käufers ausschloss, findet sich in § 434 BGB, der nunmehr definiert, wann die Kaufsache frei von Sachmängeln ist, eine solche Einschränkung nicht mehr. Auch unerhebliche Sachmängel begründen somit Gewährleistungsrechte des Käufers.

II. Die Vertragserhaltung

Ein weiteres Charakteristikum des reformierten Kaufrechts besteht darin, dass es den Grundsatz der Vertragserhaltung stärker betont als das frühere Recht. Als Grundsatz der Vertragserhaltung kann man es bezeichnen, wenn das Gesetz bei der Auswahl der Rechtsbehelfe, die es dem Gläubiger im Falle einer Vertragsverletzung zugesteht, diejenigen Rechtsbehelfe, die zur (vollständigen) Auflösung des Vertrages und damit gegebenenfalls zur vollständigen Rückabwicklung bereits ausgetauschter Leistungen führen, gleichsam als „ultima ratio“ besonderen Tatbestandsvoraussetzungen unterwirft.

1. Vorrang der Nacherfüllung

Wichtigster Ausdruck dieses letztlich auf „pacta sunt servanda“ zurückgehenden Grundsatzes ist zweifellos der Nacherfüllungsanspruch und sein Vorrang vor den anderen Rechtsbehelfen des Käufers: Da sowohl Rücktritt als auch Minderung und Schadensersatz statt der Leistung im Falle eines i.S.v. § 439 BGB behebbaren Sachmangels grundsätz-

lich den fruchtlosen Ablauf einer Nacherfüllungsfrist voraussetzen¹, ergibt sich für den Käufer die Obliegenheit, dem Verkäufer die Möglichkeit zu geben, sich den Kaufpreis (vollständig) zu verdienen. Diese gemeinhin als „Recht zur zweiten Andienung“ bezeichnete Rechtsposition des Verkäufers verwehrt es dem Käufer, einen Sachmangel zum Anlass zu nehmen, sich vom Kaufvertrag aus sachfremden Kriterien zu lösen.²

2. Interessefortfall als Voraussetzung für Rücktritt und Schadensersatz „statt der ganzen Leistung“ bei Teilleistungen

Bedeutender Ausdruck des Grundsatzes der Vertragserhaltung ist es auch, dass das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Falle der Teilerfüllung den Vertragsvollzug hindernde Rechtsbehelfe wie Rücktritt oder Schadensersatz statt Leistung grundsätzlich nur soweit reichen lässt, wie die Leistungsstörung selbst reicht. Sedes materiae sind § 323 Abs. 5 S. 1 BGB und § 281 Abs. 1 S. 2 BGB. Hat der Schuldner lediglich eine Teilleistung erbracht³, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 323 Abs. 1 BGB, d.h. grundsätzlich nach erfolgloser Nachfristsetzung, insoweit vom Vertrag zurücktreten, als die Leistung ausgeblieben ist.⁴ Für einen

* Zugleich Anmerkung zu BGH v. 8.5.2007 – VIII ZR 19/05 = DAR 2007, 516 (in diesem Heft).

¹ Es besteht Einigkeit darüber, dass es im Falle eines Verbrauchsgüterkaufs aus Gründen der Richtlinienkonformität zwar eines Nacherfüllungsverlangens seitens des Verbrauchers und des fruchtlosen Ablaufs einer Nacherfüllungsfrist, nicht aber der Setzung einer solchen Frist durch den Verbraucher bedarf, s. dazu nur S. Lorenz DAR 2006, 611, 617 m.w.N.

² Zu den Einzelheiten des Rechts zur zweiten Andienung und den Folgen einer Vereitelung der Nacherfüllung durch den Käufer s. nur S. Lorenz DAR 2006, 611, 616.

³ Was selbstverständlich Teilbarkeit der Leistung voraussetzt.

⁴ Dies gilt unabhängig davon, ob dem Gläubiger bei der Annahme bewusst war, dass es sich um eine Teilleistung handelte. Nimmt der Gläubiger eine Teilleistung in Kenntnis der Unvollständigkeit an, so führt dies auch ohne Erklärung eines Rücktrittsvorbehalts als solches noch nicht zum Wegfall des Rechts zum Gesamtrücktritt bzw. eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung. Der Vertrag teilt sich also nicht schon durch die vorbehaltlose Annahme einer Teilleistung endgültig in einen erfüllten und einen unerfüllten Teil, sondern es gelten lediglich die Einschränkungen der §§ 281 Abs. 1 S.2, 323 Abs. 5 S. 1 BGB, s. Soergel/Gsell, BGB, 13. Aufl. 2005, § 323 Rn. 181; Bamberger/Roth/Grothe, BGB, 2. Aufl. 2007, § 323 Rn. 42 jeweils m.w.N.; a.A. MünchKomm/Ernst, BGB, 5. Aufl. 2007, § 323 Rn. 205, der einen entsprechenden Vorbehalt verlangt.

Gesamtrücktritt auch bezüglich der bereits erhaltenen Teilleistung setzt § 323 Abs. 5 S. 1 BGB aber voraus, dass der Gläubiger wegen des Ausbleibens der Teilleistung kein Interesse an der bereits erhaltenen Teilleistung hat. Ein solcher Interessefortfall liegt nur dann vor, wenn die erbrachte Leistung gerade wegen der teilweisen Nichterbringung für den Gläubiger zwecklos ist, was sich nach objektiven Kriterien bestimmt. Das setzt den Gläubiger unter Rechtfertigungszwang: Um vom ganzen Vertrag loszukommen, muss er darlegen und beweisen, dass er mit der bereits erhaltenen Teilleistung nichts anfangen kann. Hat etwa der Käufer eines Neuwagens diesen mit Navigationsgerät bestellt, so kann er, wenn dieses nicht mitgeliefert ist, nach fruchtlosem Ablauf einer Nachfrist selbstverständlich insoweit, d.h. in Bezug auf das Navigationsgerät vom Vertrag zurücktreten bzw. den Kaufpreis mindern⁵ oder – sofern zusätzlich Vertretenmüssen (§ 276 BGB) seitens des Verkäufers vorliegt – nach §§ 280 Abs. 1, 3 i.V.m. § 281 BGB Schadensersatz statt der Leistung in Bezug auf das Navigationsgerät (etwa in Form der Mehrkosten einer Ersatzbeschaffung) verlangen. Will er sich jedoch vom Kaufvertrag insgesamt lösen, muss er nach § 323 Abs. 5 S. 1 BGB Interessefortfall darlegen und beweisen. Ein solcher liegt etwa dann nicht vor, wenn ein vergleichbares Navigationsgerät ohne weiteres anderweitig zu beschaffen ist. Um diese Schwelle für den Gesamtrücktritt nicht durch den sog. „großen Schadensersatz“ zu umgehen, setzt § 281 Abs. 1 S. 2 BGB für diesen eine identische Schwelle: Schadensersatz „statt der ganzen Leistung“, d.h. Ersatz des Wertes eines Fahrzeuges mit Navigationsgerät gegen Rückgabe des Fahrzeuges kann der Käufer ebenfalls nur unter der Voraussetzung des von ihm darzulegenden und zu beweisenden Interessefortfalls verlangen. Beide Regelungen setzen freilich voraus, dass der Schuldner eine Teilleistung „erbracht“ hat. Da er zu einer solchen gem. § 266 BGB im Regelfall gerade nicht berechtigt ist, kann der Gläubiger die Annahme der Teilleistung verweigern und bezüglich der gesamten Leistung nach § 323 BGB bzw. § 280 Abs. 1, 2 i.V.m. § 281 BGB vorgehen, d.h. nach fruchtlosem Fristablauf vom (gesamten) Vertrag zurücktreten und/oder⁶ Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen, ohne Interessefortfall darlegen zu müssen.⁷ Anders ist dies im Fall teilweiser Unmöglichkeit, wenn also etwa im obigen Beispiel das verkaufte Navigationsgerät gar nicht mehr lieferbar ist (und auch nicht durch ein anderes Modell ersetzbar ist). Die vom Schuldner angebotene Restleistung ist dann keine Teilleistung i.S.v. § 266 BGB, sondern wegen der teilweisen Befreiung von der Leistungspflicht nach § 275 Abs. 1 BGB die gesamte noch geschuldete Leistung. Der Käufer ist nach § 326 Abs. 1 S. 1 Halbs. 2 BGB insoweit von der Zahlungspflicht befreit und kann vom Vertrag im Übrigen nach § 326 Abs. 5 i.V.m. § 323 Abs. 5 S. 1 BGB wiederum nur zurücktreten, wenn Interessefortfall vorliegt. Für den Schadensersatz statt der ganzen Leistung gilt über die Verweisungen in § 311a Abs. 2 S. 2 BGB (für den Fall anfänglicher Unmöglichkeit) bzw. in § 283 S. 2 BGB (für den Fall nachträglicher Unmöglichkeit) wiederum die oben genannte Einschränkung des § 281 Abs. 1 S. 2 BGB.

3. Erheblichkeit „der Pflichtverletzung“ als Voraussetzung für Rücktritt und Schadensersatz „statt der ganzen Leistung“ bei mangelhaften Leistungen

Wäre der Gesetzgeber bei dem bisher Dargelegten stehen geblieben, müsste sich der Käufer im Falle eines Sachmangels für Rücktritt und Schadensersatz statt der „ganzen“ Leistung stets besonders rechtfertigen, warum er mit der mangelhaften Sache nichts anzufangen weiß. In vielen Fällen dürfte es ihm schwerfallen, nachzuweisen, dass wegen eines Sachmangels sein Interesse am Vertrag tatsächlich vollständig fortgefallen ist. Der Gesetzgeber hat deshalb, um den in seinen berechtigten Qualitätserwartungen enttäuschten Käufer

(oder Besteller einer Werkleistung) zu schützen, diesen sowohl in sachlicher Hinsicht als auch in Bezug auf die Darlegungs- und Beweislast privilegiert. Voraussetzung für Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung ist nicht Interessefortfall, sondern die Wesentlichkeit „der Pflichtverletzung“: Ist diese – was der Verkäufer zu beweisen hat – unwesentlich, so ist gem. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB der Rücktritt, nach § 281 Abs. 1 S. 3 Schadensersatz „statt der ganzen Leistung“ ausgeschlossen. Weiter möglich bleiben Minderung (s. § 441 Abs. 1 S. 2 BGB) sowie der „kleine“ Schadensersatz, d.h. der Ersatz des Minderwerts des Kaufgegenstandes. Über die Verweisungen in § 283 S. 2 bzw. § 311a Abs. 2 S. 2 BGB gilt dies auch bei unbeheblichen Mängeln.⁸ Hierin liegt ein unbedeutender Unterschied zum früheren Recht: Während § 459 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. bei unerheblichen Mängeln jedweden Gewährleistungsanspruch des Käufers ausschloss, lässt das geltende Recht Minderung und „kleinen“ Schadensersatz ohne weiteres zu, stellt den Käufer also keineswegs rechtlos. Vermieden werden soll im Interesse der Vertragserhaltung lediglich ein im Verhältnis zur Pflichtverletzung unangemessener, den Vertragsvollzug in Frage stellender Rechtsbehelf. Dies liegt ganz auf der Linie anderer Rechtsordnungen, insbesondere auch derjenigen des UN-Kaufrechts (CISG), welches Vertragsauflösung ebenfalls nur im Falle einer „wesentlichen Vertragsverletzung“ zulässt (s. dazu Art. 25, 49 Abs. 1 lit. a CISG). In diesem Zusammenhang stellen sich drei praktisch bedeutsame Fragen: Wann findet § 323 Abs. 5 S. 2 BGB mit seiner wesentlich niedrigeren Eingriffsschwelle Anwendung (a), was ist „Pflichtverletzung“ i.S.v. §§ 323 Abs. 5 S. 2, 281 Abs. 2 S. 3 BGB (b) und wann ist diese „unerheblich“ (c).

a) Anwendbarkeit von § 323 Abs. 5 S. 2 BGB (Verhältnis zu § 434 Abs. 3 BGB)

Nach § 434 Abs. 3 BGB steht die Mankolieferung einer mangelhaften Leistung gleich. Lässt man diese Gleichstellung nicht nur für die §§ 433 ff BGB, also etwa für die Frage der Verjährung, sondern auch ganz allgemein gelten, bleibt für die restriktiveren Regelungen der §§ 323 Abs. 5 S. 1, 281 Abs. 1 S. 2 BGB kaum noch Raum: Jede Zuweniglieferung wäre eine „nicht vertragsgerechte Leistung“ mit der Folge, dass ein Gesamtrücktritt bereits bei Erheblichkeit und nicht erst bei Interessefortfall möglich wäre. Exemplifiziert am obigen Beispiel: Wird das bestellte Navigationsgerät nicht mitgeliefert, ist nach § 434 Abs. 3 BGB von einem Sachmangel auszugehen. Lässt man dieses auch im Rahmen von § 323 Abs. 5 BGB gelten, kann der Käufer vom Gesamtvertrag ohne weiteres zurücktreten, weil es sicherlich nicht „unerheblich“ ist, wenn das Kfz ohne das Navigationsgerät ausgeliefert wird. Auf Interessefortfall, der eben nicht ohne weiteres gegeben ist – käme es nicht an. Da dies wohl nicht dem vom Gesetzgeber verfolgten Ziel der Vertragserhaltung dient, ist die herrschende, aber keinesfalls unbestrittene Meinung der Ansicht, dass die Gleichstellung von Mankolieferung und Sachmangel nicht in das allgemeine Leistungsstörungsrecht übertragen werden kann. Die Teilleistung bleibt insoweit Teilleistung, (Gesamt)Rücktritt und Schadensersatz statt der ganzen Leistung setzen Interessefortfall und nicht lediglich

⁵ Zu den Konsequenzen der Gleichstellung von Zuweniglieferung („Mankolieferung“) und Sachmangel durch § 434 Abs. 3 BGB s. sogleich unter II.3.a).

⁶ § 325 BGB lässt die Kombination von Rücktritt und Schadensersatz ausdrücklich zu.

⁷ S. nur S. Lorenz NJW 2003, 3079, 3098; Bamberger/Roth-Grothe a.a.O. § 323 Rn. 42; Palandt/Grüneberg, BGB, 66. Aufl. 2007, § 323 Rn. 24 m. w.N.

⁸ Zum System der Gewährleistungshaftung und seiner Ableitung aus dem Verspätungs- und Unmöglichkeitensrecht s. nur S. Lorenz DAR 2006, 611, 612 ff m.w.N.

Erheblichkeit voraus.⁹ Ausgehend von dieser Überlegung ist im Sonderfall einer teilweisen Mangelhaftigkeit richtigerweise zweistufig vorzugehen: Zunächst ist in Bezug auf einen Teilrücktritt zu prüfen, ob der Mangel eines abgrenzbaren Teils der Gesamtsache „nicht unerheblich“ i.S.v. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ist. Ist Erheblichkeit zu bejahen, steht fest, dass insoweit ein Rücktrittsrecht besteht. Will der Käufer aber vom gesamten Vertrag zurücktreten, ist in einem zweiten Schritt nach § 323 Abs. 5 S. 1 BGB weiter zu prüfen, ob wegen des Teilrücktritts das Interesse an der Gesamtsache fortgefallen ist. Im Beispielsfall bedeutet dies: Funktioniert das mitgelieferte Navigationsgerät gar nicht,¹⁰ so kann (bei Vorliegen der übrigen Rücktrittsvoraussetzungen) insoweit zurückgetreten werden, weil es sich nicht um eine unerhebliche Pflichtverletzung handelt.¹¹ Vom Gesamtvertrag kann der Käufer nur zurücktreten, wenn wegen des Teilrücktritts Interessefortfall am Gesamtvertrag vorliegt.¹² Nur so lassen sich Wertungswidersprüche vermeiden, denn es kann in Bezug auf das verfolgte Ziel der Vertragserhaltung nicht darauf ankommen, ob das Navigationsgerät nicht mitgeliefert wurde oder aber mitgeliefert wurde, aber nicht funktioniert.¹³

b) Was ist „Pflichtverletzung“ i.S.v. §§ 323 Abs. 5 S. 2, 281 Abs. 1 S. 3 BGB?

Da sowohl § 323 BGB als auch § 281 BGB ausschließlich Leistungspflichten und nicht die Verletzung von Schutzpflichten i.S.v. § 241 Abs. 2 BGB bzw. vorvertraglicher Pflichten gem. § 311 Abs. 2 BGB (culpa in contrahendo) betreffen, kann „Pflichtverletzung“ i.S.v. §§ 323 Abs. 5 S. 2, 281 Abs. 1 S. 3 BGB nur der Sachmangel selbst sein. Das entsprach offenbar auch der Intention des Gesetzgebers.¹⁴ Auch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie spricht in diesem Zusammenhang in ihrem Art. 3 Abs. 6 von „geringfügiger Vertragswidrigkeit“ und nimmt damit eindeutig auf den Sachmangel selbst Bezug. Der BGH ist demgegenüber der Ansicht, dass „Pflichtverletzung“ i.S.v. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB auch eine vorvertragliche Pflicht sein kann und gewährt deshalb ein Rücktrittsrecht bei einem an sich unerheblichen Sachmangel u.a. dann, wenn über dessen Vorliegen arglistig täuscht wurde. Das Gesetz knüpfe nämlich, so der BGH, über das Merkmal der Pflichtwidrigkeit nicht an die Unerheblichkeit des Mangels, sondern an ein Verhalten des Schuldners an.¹⁵ Er beruft sich dabei weiter auf die Rechtsprechung zu § 459 Abs. 1 S. 2 BGB a.F., in deren Rahmen in der Tat anerkannt war, dass im Falle einer arglistigen Täuschung keine „Unerheblichkeit“ des Sachmangels vorlag. Dies ist freilich, wie in der Literatur zutreffend betont wird, auf das neue Recht nicht zu übertragen: Unter dem alten Recht ging es nämlich darum, dem Käufer überhaupt Gewährleistungsansprüche zu geben. Insoweit war es in der Tat nicht einzusehen, ihn gegenüber einem arglistig Täuschenden Verkäufer nur deshalb rechtlos zu stellen, weil der Mangel objektiv geringfügig war. Im neuen Recht geht es hingegen nicht darum, dem Käufer überhaupt Rechte zu geben, denn Nacherfüllung (§ 439 BGB), Minderung (§ 441 BGB) und „kleiner“ Schadensersatz sind ja – wie dargelegt – auch bei einem unerheblichen Mangel stets gegeben. Es geht also „nur“ um die Frage, ob dem Käufer in einem solchen Fall durch das Gewährleistungsrecht die Vertragslösung gestattet sein soll. Insoweit spielt die Verkäuferarglist keine Rolle, denn es geht bei dem gewährleistungsrechtlichen Grundsatz der Vertragserhaltung nicht um eine Sanktion für Verkäuferverhalten, sondern um die Frage, ob ein berechtigtes Käuferinteresse an der Vertragsaufhebung besteht.¹⁶ § 323 Abs. 5 S. 2 und § 281 Abs. 1 S. 3 BGB schützen eben weder die Entscheidungsfreiheit des Käufers noch handelt es sich um Sanktionsnormen gegen den Verkäufer. Dieser Schutz wird durch die verbliebene und von den §§ 434 ff BGB nicht verdrängte Möglichkeit der Täuschungsanfechtung nach § 123 BGB und Ansprüche aus culpa in contrahendo (§§ 311a Abs. 2, 3, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1

BGB) gewährleistet.¹⁷ Richtigerweise ist als „Pflichtverletzung“ i.S.v. § 323 Abs. 5 S. 2, 281 Abs. 2 S. 3 BGB daher allein der Sach- oder Rechtsmangel selbst anzusehen.¹⁸

c) Wann ist die Pflichtverletzung „unerheblich“?

Bleibt die in der vorliegend zu besprechenden Entscheidung maßgebliche Frage, wann die Pflichtverletzung, d.h. hier der Sachmangel „unerheblich“ ist. Ganz zweifellos ist dabei primär auf den Parteiwillen abzustellen, d.h. es kommt auf die Vertragswesentlichkeit an. Ebenso wie das UN-Kaufrecht eine vertragliche Definition der „Wesentlichkeit“ einer Vertragsverletzung als Voraussetzung einer Vertragsauflösung nach Art. 25, 49 Abs. 1 lit. a CISG zulässt und es (nicht nur aus Käufersicht) ratsam ist, eine solche Definition zutreffen¹⁹, so definieren die Parteien primär nicht nur den Fehlerbegriff, sondern auch die Erheblichkeit eines Mangels. Damit ist der in der Literatur vorherrschenden Ansicht zweifellos Recht zu geben, wenn sie auf dem Standpunkt steht, dass eine Mangel zumindest i.d.R. dann nicht unerheblich ist, wenn die betreffende Beschaffenheit Gegenstand einer Garantie war.²⁰ Darin liegt kein Widerspruch zum hier abgelehnten Einfluss einer arglistigen Täuschung über einen Sachmangel, denn die Relevanz der Garantieübernahme sanktioniert nicht Verkäuferverhalten, sondern stellt das primär nach dem Parteiwillen zu beurteilende Kriterium der Vertragswesentlichkeit in den Vordergrund: Was Gegenstand einer Beschaffenheitsgarantie ist, ist nach dem Parteiwillen zumindest im Regelfall gerade nicht unerheblich. Gleiches gilt für Eigenschaften der Kaufsache, die lediglich Gegenstand einer individuellen Beschaffenheitsvereinbarung waren: Auch unterhalb einer Garantie, welche – wie nach früherem Recht im Rahmen der Eigenschaftszusicherung nach § 459 Abs. 2 BGB a.F. – über eine bloße Beschaffenheitsvereinbarung hinausgehend den Willen voraussetzt, für alle Folgen des Fehlens der Beschaffenheit einzustehen zu wollen²¹, ist zumindest im Regelfall nach dem Vertragsinhalt dasjenige nicht

⁹ S. nur Palandt/Grüneberg a.a.O. § 323 Rn. 24; Palandt/Weidenkaff a.a.O. § 434 Rn. 22; S. Lorenz NJW 2003, 3097 ff; Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht (2002) Rn. 219 f, 519; zur Gegenansicht s. Bamberger/Roth-Faust a.a.O. § 434 Rn. 114 ff m.w.N.

¹⁰ S. OLG Köln NJW 2007, 1694 f.

¹¹ Eine unerhebliche Pflichtverletzung wäre denkbar, wenn das Navigationsgerät nur bestimmte unbedeutende Fehlfunktionen aufweist.

¹² Was in OLG Köln NJW 2007, 1694 f fälschlicherweise nicht geprüft wurde.

¹³ So bereits Canaris ZRP 2001, 329, 334; ebenso S. Lorenz NJW 2003, 3097, 3099 sowie zuletzt Heiderhoff/Skamel JZ 2006, 383 ff m.w.N.

¹⁴ Die Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucks. 14/6040 spricht durchgängig von der Erheblichkeit des Mangels, s. etwa S. 217: „In Übereinstimmung mit dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht soll der Rücktritt ausgeschlossen werden, wenn ein Mangel unerheblich ist ...“; S. 231: „Die jetzt beschlossene Formulierung schließt bei einem geringfügigen Mangel nur den Anspruch auf Vertragsauflösung aus.“

¹⁵ BGHZ 167, 19 = NJW 2006, 1960.

¹⁶ S. dazu zutreffend OLG Bamberg DAR 2006, 456: „Im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung ... kommt es nicht auf einen Verstoß gegen Verhaltenspflichten und dessen Erheblichkeit, sondern auf die objektive Störung, also das konkrete Mängelbild an“; ebenso (wortgleich) OLG Nürnberg NJW 2005, 2019, 2020 = DAR 2005, 450 und OLG Düsseldorf NJW 2005, 2235, 2236 = DAR 2005, 623: „Es kommt hierbei nicht auf einen Verstoß gegen Verhaltenspflichten und dessen „Erheblichkeit“ an, sondern auf die objektive Störung, also auf den Mangel!“

¹⁷ Die in BGHZ 167, 19 offenbar nach § 124 BGB verfristet war. Zu den weiteren möglichen Folgen arglistigen Verhaltens des Verkäufers etwa im Zusammenhang mit der Entbehrllichkeit einer Fristsetzung (§ 440 BGB), grobfahrlässiger Mangelunkenntnis (§ 442 Abs. 1 S. 2 BGB) der Unwirksamkeit eines Gewährleistungsausschlusses (§ 444 BGB) oder der Verjährung (§ 438 Abs. 3 BGB) s. S. Lorenz NJW 2006, 1925, 1926 m.w.N. Speziell zur Entbehrllichkeit der Nachfristsetzung s. BGH NJW 2007, 835 und NJW 2007, 1534.

¹⁸ So auch die wohl h.M. in der Literatur, s. dazu eingehend S. Lorenz NJW 2006, 1925 ff m.w.N.; ebenso etwa Bamberger/Roth-Faust a.a.O. § 437 Rn. 27; H. Roth JZ 2006, 1026 ff.

¹⁹ BGHZ 132, 290, 298.

²⁰ So auch BT-Drucks. 14/6040 S. 223; Bamberger/Roth-Faust a.a.O. § 437 Rn. 26 m.w.N.

²¹ BGH NJW 2007, 1346 Rn. 20 ff. = DAR 2007, 265.

unerheblich, was Gegenstand einer vertraglichen Beschaffenheitsvereinbarung war.²² Damit ist es ausgeschlossen, für die Frage der Unerheblichkeit ausschließlich objektive Kriterien gelten zu lassen²³. Auch kann nicht ausschließlich auf ökonomische Kriterien abgestellt werden. Der BGH lässt in seiner jüngeren Rechtsprechung – wie bereits früher²⁴ – die Frage offen, ob für die Erheblichkeit eines (behebaren) Mangels im Sinne dieser Bestimmung stets auf die Kosten der Mangelbeseitigung abzustellen ist, ob diese in Relation mit dem Kaufpreis oder mit dem Wert der Sache zu setzen sind und bei welchem Prozentsatz die Grenze zur Erheblichkeit zu ziehen ist.²⁵ Richtigerweise wird man nicht allein von festen Wertverhältnissen ausgehen können, sondern auch individuell-funktionelle und bloß ästhetische Beeinträchtigung in Betracht zu ziehen haben. Denn wenn hinter § 323 Abs. 5 S. 2 und § 281 Abs. 1 S. 3 BGB die ratio steht, dass sich ein Käufer grundsätzlich nicht zu rechtfertigen hat, warum er eine mangelhafte Kaufsache nicht behalten will, muss der Rücktrittsausschluss die Ausnahme bleiben, d.h. der Käufer darf, ohne dies begründen zu müssen und aus höchst individuellen Gründen auf dem Leistungsversprechen beharren und muss sich eine vertragswidrige Leistung grundsätzlich nicht gefallen lassen²⁶. Es geht also nur darum, Fälle auszuschneiden, in welchen „das Leistungsinteresse des Gläubigers im Grunde nicht gestört ist“²⁷, und nicht (wie etwa im UN-Kaufrecht) allein um die Frage, ob die Beeinträchtigung des Leistungsinteresses auch durch die Minderung wertmäßig hinreichend ausgeglichen werden kann.²⁸ Dieses Leistungsinteresse kann nämlich mit dem Wertinteresse nicht pauschal gleichgestellt werden. Man stelle sich etwa vor, der Käufer bekommt anstelle des geschuldeten roten Autos ein blaues geliefert: Der objektive Wert der Leistung ist durch die unterschiedliche Farbe nicht affektiert, dennoch kann der Mangel nicht als unerheblich bezeichnet, wenn dem Käufer ein blaues Auto schlicht nicht gefällt. Im Rahmen eines Handelskaufs wird man angesichts der Absetzbarkeit und Austauschbarkeit auch minderwertiger Waren einen strengeren Maßstab anlegen können. Aus diesem Grund setzt auch etwa das UN-Kaufrecht in Art. 25, 49 Abs. 1 lit. a CISG der Vertragsauflösung eine äußerst hohe, § 323 Abs. 5 S. 2 BGB noch übersteigende Schwelle, die sich aber nicht ohne weiteres auf § 323 Abs. 5 S. 2 BGB übertragen lässt²⁹. Im vorliegend zu besprechenden Fall geht es nunmehr um den Benzinverbrauch eines Neuwagens. Der Senat orientiert sich insoweit an seiner bisherigen Rechtsprechung zu § 459 Abs. 1 S. 2 BGB und zieht die Grenze im Anschluss an BGHZ 138, 94 bei einer Abweichung von den Herstellerangaben von 10 %. Die Orientierung an der Rechtsprechung zu § 459 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. dürfte durchaus dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, es sollte in diesem Zusammenhang aber dennoch auf die unterschiedliche Zwecksetzung beider Normen geachtet werden: Da § 459 Abs. 2 S. 1 BGB a.F. dem Grundsatz „*minima non curat praetor*“ folgend jedweden Gewährleistungsanspruch ausschloss, dienen die §§ 323 Abs. 5 S. 2, 281 Abs. 1 S. 3 BGB dem Grundsatz der Vertragserhaltung, verfolgen also eine unterschiedliche Zwecksetzung. Dies steht einer – vom BGH auch gar nicht intendiert – „blinden“ Übertragung der Rspr. zu § 459 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. entgegen. Immer dort, wo diese maßgeblich davon geprägt war, den Käufer nicht vollständig rechtlos zu stellen, ist eine Übertragung auf das „neue“ Recht zumindest nicht ohne weiteres angebracht. Ob es hingegen richtig ist, wie teilweise in Rechtsprechung und Literatur gefordert, unter dem neuen Recht generell einen deutlich strengeren Maßstab anzulegen als unter § 459 Abs. 1 S. 2 BGB³⁰, darf bezweifelt werden. Insbesondere bei behebbaren Sachmängeln würde dies nämlich mittelbar den Nacherfüllungsanspruch des Käufers entwerten: Nach der bewussten Entscheidung sowohl des nationalen Gesetzgebers als auch des Richtliniengebers der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sollte ein Nacherfüllungsanspruch gerade auch bei unerheblichen Mängeln bestehen. Setzt man nun den Maßstab

der „Erheblichkeit“ eines Sachmangels als Rücktrittsvoraussetzung und als Voraussetzung für den Schadensersatz statt der Leistung merklich herauf, fehlt dem Käufer jedes Druckmittel, seinen Nacherfüllungsanspruch durchzusetzen. Denn der Verkäufer, der bei unerheblichen Mängeln die Nacherfüllung grundlos verweigert, riskiert nicht mehr die Rückabwicklung des Vertrages, sondern allenfalls Minderung. Er wird weit weniger gewillt sein, Reklamationen effektiv und zeitnah nachzugehen. Grundsätzlich ist es deshalb zu begrüßen, dass der BGH auch im Rahmen von §§ 323 Abs. 5 S. 2, 281 Abs. 1 S. 3 BGB bei den unter § 459 Abs. 1 S. 2 BGB a. F. entwickelten Maßstäben bleibt. Die Einschränkung der §§ 323 Abs. 5 S. 2, 281 Abs. 1 S. 3 BGB wird damit – wie auch der vorliegende Fall zeigt – keineswegs „weitgehend funktionslos“³¹. Die Regelungen bleiben vielmehr, was sie nach der Vorstellung des Gesetzgebers sein sollten: Eng auszulegende Ausnahmenvorschriften.

4. Praktische Folgen

Im Umkehrschluss ist der Entscheidung zu entnehmen, dass eine die 10 %-Grenze übersteigende Abweichung des Benzinverbrauchs von den Herstellerangaben nicht unerheblich ist und den Käufer zum Rücktritt berechtigt. Das kann aber nicht pauschal auf jedwede Fallkonstellation übertragen werden. Zunächst steht es einem Kfz-Verkäufer frei, im Rahmen des vorrangigen subjektiven Fehlerbegriffs durch eine abweichende Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB) oder aber durch ausdrückliche Distanzierung von Herstellerangaben eine Haftung für Abweichungen im Benzinverbrauch zu vermeiden. Distanziert er sich vor Abschluss des Kaufvertrages ausdrücklich von diesen, bleibt die Angabe nämlich im Rahmen der Haftung für Werbeangaben nach § 434 Abs. 1 S. 3 BGB außer Betracht, weil sie dann „die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte“. Das muss auch im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs möglich sein, weil es insoweit nicht um einen nach § 475 BGB unzulässigen Gewährleistungsausschluss, sondern um die vorgelagerte Frage des Vorliegens eines Sachmangels geht³². Aber auch auf der Käuferseite ist der Vorrang der Privatautonomie zu beachten: Legt der Käufer besonderen Wert auf eine Einhaltung der Herstellerangaben zum Benzinverbrauch, verbleibt ihm die Möglichkeit, diese im Rahmen einer ausdrücklichen Beschaffenheitsvereinbarung oder einer Garantie zum Vertragsinhalt zu machen. Gelingt ihm dies, ist eine Abweichung auch unterhalb der 10%-Marke nicht unerheblich.

²² S. etwa OLG Nürnberg NJW 2005, 2019 ff = DAR 2005, 450 (Modelljahr eines Kfz).

²³ So aber etwa daher Palandt-Grüneberg § 323 Rn. 32.

²⁴ BGH NJW 2005, 3490 = DAR 2005, 671 m. Anm. Diehl; zu den in der Literatur vorgeschlagenen Wertrelationen, die von 10 % bis 50 % schwanken s. nur die Nachweise bei Palandt-Grüneberg, BGB, 65. Aufl. 2006, § 323 Rn. 32.

²⁵ S. dazu etwa OLG Düsseldorf NJW-RR 2004, 1060: Unerheblichkeit bei Reparaturaufwand für Mängelbeseitigung unter 3 % des Kaufpreises.

²⁶ Unzutreffend daher Palandt-Grüneberg a.a.O. § 323 Rn. 32, der insoweit einen objektiven Maßstab anlegen will.

²⁷ So die Begründung des Regierungsentwurfs zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drucks. 14/6040 S. 187; ähnlich Soergel-Gsell a.a.O. § 323 Rn. 213 (geringfügige Beeinträchtigung des Leistungsinteresses).

²⁸ So aber gegen Soergel-Gsell (vorige Fn.) MünchKomm-Ernst a.a.O. § 323 Rn. 243.

²⁹ So aber MünchKomm-Ernst a.a.O. § 323 Rn. 243.

³⁰ So OLG Bamberg DAR 2006, 456, das sich aber insofern zu Unrecht auf OLG Düsseldorf NJW-RR 2004, 1060 und LG Kiel DAR 2005, 38 beruft, wo diese Frage ausdrücklich offengelassen wurde; LG Ravensburg NJW 2007, 2127, 2128 = DAR 2007, 525 (in diesem Heft); aus der Lit. MünchKomm-Ernst, 5. Aufl. 2007, § 323 Rn. 243. Speziell für den Fall des Benzinverbrauchs hingegen großzügiger Reinking NJW 2007, 2112, 2113, der für eine Absenkung der Toleranzgrenze auf 5 % plädiert.

³¹ So aber Bamberger/Roth-Grothe a.a.O. § 323 Rn. 39; dem folgend OLG Bamberg DAR 2006, 456, wonach die „Filterfunktion“ der Regelung „weitgehend leerlaufen“ würde.

³² S. dazu MünchKomm/S. Lorenz, BGB, 4. Aufl. 2004, § 475 Rn. 4.