

Inhaltsverzeichnis

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

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

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

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

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

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

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