

Buch 2

Recht der Schuldverhältnisse

Abschnitt 8

Einzelne Schuldverhältnisse

Titel 1

Kauf, Tausch

Untertitel 1

Allgemeine Vorschriften

§ 435 Rechtsmangel

Die Sache ist frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug auf die Sache keine oder nur die im Kaufvertrag übernommenen Rechte gegen den Käufer geltend machen können. Einem Rechtsmangel steht es gleich, wenn im Grundbuch ein Recht eingetragen ist, das nicht besteht.

ÜBERSICHT

A. Rechtsmängelhaftung nach § 435	
Satz 1 – Rechte Dritter	1–231
I. Allgemeine Grundlagen	1–25
1. Weitgehende Übernahme der Rechtsmängelhaftung nach § 434 aF, § 440 aF durch das SMG 2002	1–3
2. Anwendungsbereich des § 435	4
3. Einfluss der Warenkauf-Richtlinie – Grundlagen	5–11
a) Keine Vorgaben der außer Kraft getretenen Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie für die Rechtsmängelhaftung	5, 6
b) Sonderstellung des Rechtsmangels nach Art 9 im Verhältnis zur Vertragsgemäßheit gem Art 5 bis Art 8 der Warenkauf-Richtlinie	7–11
4. Anwendbarkeit der §§ 436, 442 und Wegfall des § 437 aF	12–16
5. Anwendungsbereich und praktische Bedeutung des § 435 – Überblick	17–19
6. Die Rechtsfolgen eines Rechtsmangels – Verzahnung des § 435 mit allgemeinem Leistungsstörungsrecht	20–25
a) Anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit der Mangelbeseitigung	20–22
b) Ablösungsverweigerung des Dritten als Rechtsinhaber	23, 24
c) Nichtvorliegen einer Teilleistung iSd §§ 323 Abs 5 Satz 1, 281 Abs 1 Satz 2 bei Bestehen eines Rechtsmangels	25
II. Bestimmung des Rechtsmangels und Abgrenzung zum Sachmangel	26–49
1. Objektive Bestimmung des Rechtsmangels	26, 27
2. Überschneidungsbereiche bei der Sach- und Rechtsmängelhaftung – Abgrenzungsproblematik im Überblick	28, 29
3. Wesentliche Unterschiede zwischen Rechtsmängel- und Sachmängelhaftung – insbes Gefahrübergang und Beweislastumkehr (§ 477)	30–35
4. Ursache-Folge-Verhältnis als Abgrenzungskriterium – Grundsatz	36–38
5. Nutzungs- und Verwendungsbeschränkungen als bloße Folge eines Rechtsmangels – Einzelfälle	39–42
6. Vorrang der Sachmängelhaftung bei Verstoß der Beschaffenheit gegen Öffentliches Recht – insbes unzulässige Abschalteinrichtungen (Dieselskandal) und gesundheitsgefährdende Lebensmittel	43, 44
7. Die Anwendung des Sachmängelrechts auf den umstrittenen Diesel-Heizöl-Fall des BGH	45, 46
8. Allgemeine gesetzliche Eigentumsbeschränkungen (insbes Baubeschränkungen) – Überblick	47–49
III. Privatrechtliche Rechte Dritter	50–76
1. Beschränkte dingliche Rechte – insbes Dienstbarkeiten	50–52
2. Vormerkungen bezüglich noch einzutragender beschränkt dinglicher Rechte	53
3. Private Rechte Dritter auf gesetzlicher Grundlage – insbes Notweg- und Überbaurente	54–57
4. Fehlendes Eigentum – kein Rechtsmangel	58
5. Relativ unwirksame Übereignung bei Auflassungsvormerkung, dinglichem Vorkaufsrecht und Verfügungsverboten	59–61
6. Fehlendes Sondereigentum nach WEG beim Kauf einer Eigentumswohnung	62, 63
7. Umlageverpflichtung beim Kauf einer Eigentumswohnung	64, 65
8. Eigene Rechte des Verkäufers – insbes Eigentümerdienstbarkeiten	66
9. Belastung der Kaufsache mit eigenen dinglichen Rechten des Käufers	67–73
10. Untergang des Rechts des Dritten durch gutgläubigen Erwerb aufseiten des Käufers	74
11. Rechtsmängelhaftung auch bei fehlendem Vertretenmüssen aufseiten	

des Verkäufers – insbes Fehler des Grundbuchamts	75, 76	5. Falsche Angaben des Verkäufers zu Miet- oder Pachteinnahmen im Kaufvertrag	133, 134
IV. Allgemeine gesetzliche Eigentumsbeschränkungen – Grundsätze und Einzelfälle	77–97	6. Falsche Angaben des Verkäufers über Möglichkeiten der Erhöhung der Miete/Pacht	135
1. Konkreter Inhalt des Eigentums nach GG Art 14, § 903 und Verschaffungspflicht des Verkäufers gem § 433 Abs 1	77, 78	7. Dem Grundstückskäufer nicht bekannte vertragliche Nebenpflichten des Vermieters bzw Verpächters	136, 137
2. Beschränkungen durch Nachbarrecht und öffentliches Baurecht – Grundlagen	79–83	8. Zurückbehaltungsrechte und sonstige Besitzrechte Dritter hinsichtlich der Kaufsache	138
3. Überbau auf Grundlage einer bestehenden Dienstbarkeit	84–89	9. Unberechtigte Herausgabeverweigerung des unmittelbaren Besitzers beim Verkauf durch Verkäufer als mittelbaren Besitzer	139
a) Grundsatz der uneingeschränkten Rechtsmängelhaftung	84–86	10. Obligatorische Ansprüche Dritter gegen den Käufer ohne konkreten Bezug zur Kaufsache – schuldrechtliches Vorkaufsrecht und Doppelverkauf	140–143
b) Rechtsmängelhaftung bei gesetzlichem Bestandsschutz bezüglich erfolgter Baumaßnahmen	87–89	VII. Anfechtbarkeit des Verkaufs der Sache nach AnfG oder InsO	144–147
4. Nachbarrechtliche Abwehransprüche Dritter aus §§ 907, 1004 gegen den Käufer	90	1. Kaufvertrag als anfechtbare Rechtshandlung nach AnfG	144
5. Voraussetzungen der Sachmängelhaftung des Verkäufers bei allgemeinen gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen	91–97	2. Insolvenzanfechtung nach InsO	145
a) Beschaffenheitsvereinbarungen und übliche Beschaffenheit – insbes bei gesetzlichen Baubeschränkungen	91–94	3. Rechtsmängelhaftung des Verkäufers – Ausschluss bei Kenntnis oder grober Fahrlässigkeit des Käufers	146, 147
b) Einschränkung der Nutzung des Kaufgrundstücks durch Bauwerke auf Nachbargrundstücken	95–97	VIII. Individuelle öffentlich-rechtliche Belastungen des verkauften Eigentums	148–217
V. Immaterialgüterrechte Dritter	98–120	1. Grundsätze	148, 149
1. Gewerbliche Schutzrechte – insbes Patent, Gebrauchsmuster, Marke und Design (Geschmacksmuster)	98–100	2. Unmöglichkeit der Beseitigung öffentlich-rechtlicher Beschränkungen	150, 151
2. Verkauf mit Lizenz des Schutzrechtinhabers – kein Rechtsmangel	101, 102	3. Öffentlich-rechtliche Beschränkungen der Bebaubarkeit	152–175
3. Rechtsmängelhaftung bei vorläufigem Patentschutz	103–108	a) Grundsätzlicher Ausschluss eines Rechtsmangels	152–155
4. Gewerbliche Schutzrechte Dritter an künftigen Erzeugnissen der Kaufsache	109, 110	b) Baubeschränkung durch vom Eigentümer bewilligte öffentlich-rechtliche Baulasten („Dienstbarkeiten“)	156–161
a) Nichtvorliegen eines Rechtsmangels als Grundsatz – Voraussetzungen eines Sachmangels	109	c) Verkauf eines Hausgrundstücks mit baurechtswidrigem Gebäude	162–169
b) Beschränkung des gewerblichen Schutzrechts auf das Herstellungsverfahren bei Einsatz der Kaufsache – Rechtsmangel	110	aa) Formelle Baurechtswidrigkeit bei Bestehen einer nachträglichen Genehmigungsfähigkeit	162–164
5. Ausländische gewerbliche Schutzrechte	111	bb) Fehlende Genehmigungsmöglichkeit wegen materieller Baurechtswidrigkeit	165–169
6. Urheberrechte und Persönlichkeitsrechte Dritter	112–120	d) Verkauf von „Bauerwartungsland“ – übereinstimmende Annahme einer künftigen Bebaubarkeit	170–173
a) Grundsätze	112–114	e) Verwendungsbeschränkungen wegen Denkmalschutz	174, 175
b) Bücher, Software, Bild- und Tonträger sowie sonstige digitale Datenträger	115–118	4. Verkauf eines Erbbaurechts bei Unbebaubarkeit des Grundstücks	176–182
c) Eigenständige Schutzrechtsverletzung durch Käufer nach Lieferung der Kaufsache – kaufvertragliche Beschaffenheitsvereinbarungen	119, 120	a) Bestellung eines Erbbaurechts an nicht bebaubarem Grundstück	176–178
VI. Obligatorische Rechte Dritter in Bezug auf die Kaufsache	121–143	b) Eintritt der Unbebaubarkeit nach Vertragsschluss und vor Grundbucheintragung	179
1. Grundlagen	121	c) Eintritt der Unbebaubarkeit des Grundstücks nach Entstehung des Erbbaurechts durch Grundbucheintragung	180, 181
2. Auf den Käufer übergehende Miet- und Pachtverhältnisse – Kauf bricht nicht Miete (§ 566 Abs 1)	122, 123	d) Gewährleistungshaftung beim Weiterverkauf eines wirksam bestellten Erbbaurechts	182
3. Längere Dauer des vom Käufer übernommenen Miet- oder Pachtverhältnisses	124–129	5. Öffentlich-rechtliche Befugnis zur Eigentums- oder Besitzentziehung – Enteignungsmaßnahmen	183
4. Vertragliche Verlängerungsoption des Mieters/Pächters des Kaufgrundstücks	130–132		

6. Behördliche Beschlagnahmen und sonstige Nutzungsverbote wegen gesetzwidriger Beschaffenheit des Kaufgegenstands	184–190
a) Grundsätze	184
b) Einzelne öffentlich-rechtliche Nutzungsbeschränkungen	185–187
c) Beschlagnahme wegen Verstoßes des verkauften Treibstoffs gegen das Mineralölsteuergesetz – Vermischung des verkauften Dieseldieselkraftstoffs mit Heizöl	188–190
7. Nutzungsbeschränkung bei Hausgrundstücken wegen öffentlich-rechtlicher Wohnungsbauauforderung	191, 192
8. Öffentlich-rechtliche Nutzungsbeschränkungen beim Verkauf von landwirtschaftlichen Grundstücken	193
9. Nutzungsverbote sowie Störerhaftung des Grundstückskäufers wegen vorhandener Altlasten	194, 195
10. Beschlagnahme des Kaufgegenstands auf Grundlage der StPO	196–203
a) Beschlagnahme zum Zwecke der Beweissicherung nach StPO § 94	196–200
b) Sachmangel wegen hinzutretender Beschaffenheitsabweichung (insbes Beschädigung der Kaufsache)	201
c) Beschlagnahme nach StPO § 111b, StGB §§ 73 ff zum Zwecke der Einziehung oder Unbrauchbarmachung	202, 203
11. Diebstahlsverdacht – Fahndungsausschreibung im Schengener Informationssystem (SIS)	204–208
a) Grundsatz – Vorliegen eines Rechtsmangels	204, 205
b) Maßgeblicher Zeitpunkt von SIS-Fahndungsausschreibung und Entstehung des Eintragungsgrundes (Verdachtssachverhalts)	206–208
12. Öffentlich-rechtliche Vorkaufrechte – insbes nach BauGB §§ 24, 25	209, 210
13. Notwendigkeit einer Teilungsgenehmigung beim Grundstückskauf	211–214
14. Nichteintritt erwarteter Steuervorteile beim Grundstückskauf – insbes Abschreibungsmöglichkeiten und Grunderwerbsteuerbefreiung	215–217
IX. Maßgeblicher Zeitpunkt für Freiheit des Kaufgegenstands von Rechten Dritter	218–225
1. Zeitpunkt des Eigentumserwerbs – Grundsatz	218–221
2. Vom Käufer zu vertretende Belastungen der Kaufsache nach Abschluss des Kaufvertrags	222
3. Zeitpunkt der vom Verkäufer geschuldeten Lastenfreiheit beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt	223–225
X. Beweislastverteilung – streitige Rechte Dritter	226–231
1. Beweislast nach Annahme der Kaufsache durch Käufer – Beweislastregel des § 363	226, 227
2. Wirkung der Streitverkündung und Nebenintervention sowie Rechtskraftwirkung nach ZPO § 325 Abs 1 beim Kauf einer streitbefangenen Sache	228
3. Beweislast vor Annahme der Kaufsache	229
4. Beweislastverteilung bei streitigen Grundstücksrechten – Buchberechtigungen	230, 231
B. Rechtsmängelhaftung nach § 435 Satz 2 für nicht bestehende Rechte bei Vorliegen einer Grundbucheintragung (Buchberechtigung)	232–243
I. Zweck und Funktion des § 435 Satz 2	232–234
1. Vermeidung einer faktischen Verfügungsbeschränkung und der Gefahr eines gutgläubigen Erwerbs	232
2. Unerheblichkeit des tatsächlichen Bestehens des Grundbuchsrechts – Beweiserleichterung	233, 234
II. Keine Anwendung des § 435 Satz 2 auf Bucheigentum eines Dritten – Beschränkung auf Scheinbelastungen („Scheinrechte“)	235
III. Nacherfüllung durch Grundbuchberichtigung – Ermächtigung des Verkäufers	236–242
1. Die von § 435 Satz 2 erfassten Buchrechte – insbes Vormerkungen	236–238
2. Kein Wegfall der Rechtsmängelhaftung des Verkäufers bei Bestehen eigener Löschungsansprüche des Käufers	239, 240
3. Ermächtigung des Verkäufers zur Geltendmachung des Grundbuchberichtigungsanspruchs (§ 894) – Prozessstandschaft	241, 242
IV. Maßgeblicher Zeitpunkt für den Beseitigungsanspruch des Käufers bei Buchberechtigungen Dritter	243
C. Vertraglicher Ausschluss der Rechtsmängelhaftung des Verkäufers	244–256
I. Allgemeine Grundlagen	244–246
II. Vereinbarungen bezüglich der Übernahme einer rechtlichen Belastung durch den Käufer	247
III. Auslegung von kaufvertraglichen Gewährleistungsausschlüssen	248–256
1. Übergang mit „Rechten und Lasten“ – Abgrenzung zu „Belastungen“	248–251
2. Vereinbarung „frei von Lasten“	252, 253
3. Keine Erstreckung des Gewährleistungsausschlusses auf fehlendes Eigentum	254–256

Schrifttum: Flume, *Eigenschaftsirrtum und Kauf*, 1948; Loos, *Mängelhaftung für schuldrechtliche Verpflichtungen des Gesellschaftsunternehmens beim Verkauf von Aktien oder GmbH-Anteilen*, MDR 1962, 172; Schlosser, *Anmerkung zum BGH-Urteil vom 16.10.1968*, JZ 1969, 337; Michaelis, *Rechtsmängelhaftung bei Belastung des Kaufgegenstands mit Rechten Dritter*, NJW 1970, 2391; Sellner, *Haftung des Grundstücksverkäufers für planungsrechtliche Baubeschränkungen*, MDR 1971, 169; U Huber, *Mängelhaftung beim Kauf von Gesellschaftsanteilen*, ZGR 1972, 395; Malzer, *Über die Verpflichtung zur Verschaffung des verkauften Gegenstands frei von Patentrechten Dritter*, GRUR 1973, 620; Hommelhoff, *Die Sachmängelhaftung beim Unternehmenskauf*, 1975; J F Baur, *Die Gewährleistungshaftung des Unternehmensverkäufers*, BB 1979, 381; Koller, *Die Risikozurech-*

nung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, 1979; Sachse, Das Spannungsverhältnis zwischen Baulastenverzeichnis und Grundbuch, NJW 1979, 195; Grunewald, Die Grenzziehung zwischen Rechts- und Sachmängelhaftung beim Kauf, 1980; Canaris, Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf, ZGR 1982, 395; Hadding, Sicherungsrechte beim Unternehmenskauf, ZGR 1982, 476; Hiddemann, Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf aus der Sicht der Rechtsprechung, ZGR 1982, 435; Landsberg, Rechts- oder Sachmängelhaftung des Verkäufers bei versagten Steuerbegünstigungen?, JuS 1982, 335; Koller, Öffentlich-rechtliche Nutzungsbeschränkungen und Eingriffsbefugnisse als Rechtsmängel – BGH NJW 1983, 275, JuS 1984, 106; Vollkommer/Teske, Anmerkung zum BGH-Urteil vom 22.02.1984, JZ 1984, 844; Walter, Kaufrecht, 1987; A Reuter, Altlast und Grundstückskauf, BB 1988, 497; Kohler, Erbbaurecht und verwaltungsrechtliche Baubeschränkung, JR 1989, 317; Zahrt, Anmerkung zum Urteil des OLG Hamm vom 12.09.1990, BB 1991, Beilage Nr 18, 21; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II, 4. Auflage 1992; Altmeppen, Disponibilität des Rechtscheins, 1993; Voss, Rechtsmängelhaftung bei der Überlassung von Software, CR 1994, 449; Ernst, Rechtsmängelhaftung, 1995; Weirich, Grundstücksrecht, 2. Auflage 1996; U Huber, Leistungsstörungen, Band I, 1999; Brüggemeier, Zur Reform des deutschen Kaufrechts, JZ 2000, 529; Ernst/Gsell, Kaufrechtsrichtlinie und BGB, ZIP 2000, 1410; Schlechtriem, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht, 3. Auflage 2000; Bartsch, Das neue Schuldrecht – Auswirkungen auf das EDV-Vertragsrecht, CR 2001, 649; Fritzsche, Anmerkung zum BGH-Urteil vom 24.10.2000, WuB IV A. § 434 BGB 1.01, 561; Arnold, Die vorübergehende Unmöglichkeit nach der Schuldrechtsreform, JZ 2002, 866; Eidenmüller, Rechtskauf und Unternehmenskauf, ZGS 2002, 290; Goldmann/Redecke, Gewährleistung bei Softwarelizenzverträgen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, MMR 2002, 3; P Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002; U Huber, Die Praxis des Unternehmenskaufs im System des Kaufrechts, AcP 202 (2002), 179; S Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002; S Lorenz, Rücktritt, Minderung und Schadensersatz wegen Sachmängeln im neuen Kaufrecht: Was hat der Verkäufer zu vertreten?, NJW 2002, 2497; Canaris, Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf, JZ 2003, 831; Meier, Nutzungsherausgabe und Verjährung beim Verkauf gestohlener Sachen: Nacherfüllung oder Rechtsmangel?, JR 2003, 353; Wertenbruch, Gewährleistung beim Unternehmenskauf, in: Dauner-Lieb/Konzen/Karsten Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, 493; Wertenbruch, Gefahrtragung beim Versandkauf nach neuem Schuldrecht, JuS 2003, 625; Wertenbruch, Gewährleistungsrechte des Käufers bei polizeilicher Beschlagnahme der Kaufsache, ZGS 2004, 367; Möller, Das Patent als Rechtsmangel der Kaufsache – Vom objektiven zum subjektiven Rechtsmangelbegriff, GRUR 2005, 468; Scheuren-Brandes, Fehlendes Eigentum des Verkäufers – Rechtsmangel oder Unmöglichkeit?, ZGS 2005, 295; Pahlow, Der Rechtsmangel beim Sachkauf, JuS 2006, 289; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 8. Auflage 2009; Müller, Zu den Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Rügeobliegenheit i.S.d. § 377 HGB, WM 2011, 1249; Lorenz, Das Kaufrecht und die damit verbundenen Dienstverträge im Common European Sales Law, AcP 2012, 702; Zimmermann, Die Sachmängelgewährleistung beim Rechtskauf, AcP 2013, 652; Maultzsch, Der Entwurf über eine EU-Richtlinie über den Online Warenhandel und andere Waren des Fernabsatzes, JZ 2016, 236; Heese, Anmerkung zum BGH-Urteil vom 18.01.2017, JZ 2017, 529; Petersen, Rechtsmängel, Jura 2014, 1030; Jerger/Bühler, Rechte des Käufers eines beschlagnahmten Fahrzeugs, NJW 2017, 1639; Wais AcP 217, 337; Gutzeit, Abgasmanipulierte Dieselfahrzeuge: Kauf- und deliktsrechtliche Folgen, JuS 2019, 649; van Lück, Kaufrechtliche Ansprüche des Käufers im Diesel-Abgasskandal, VuR 2019, 8; Ball, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Autokauf und Autoleasing, DAR 2020, 482; Harke, Warum nur 1:1? – Zum Regierungsentwurf für die Umsetzung der Warenkauf-Richtlinie, GPR 2021, 129.

A. Rechtsmängelhaftung nach § 435 Satz 1 – Rechte Dritter

I. Allgemeine Grundlagen

- 1 **1. Weitgehende Übernahme der Rechtsmängelhaftung nach § 434 aE, § 440 aF durch das SMG 2002.** Sowohl der seit Inkrafttreten des BGB zum 1.1.1900 geltende Tatbestand des Rechtsmangels als auch seine Rechtsfolgen sind – anders als die ursprüngliche Sachmängelgewährleistung – durch das SMG 2002 nur wenig verändert worden. Die römisch-rechtlichen **ädilischen Rechtsbehelfe** in Form von Wandelung und Minderung nach § 459 aE, § 462 aE galten nur für die Gewährleistungshaftung des Verkäufers bei Vorliegen eines Sachmangels iSd § 459 aF¹. Schon nach dem bis zum 31.12.2001 geltenden Kaufrecht war der Verkäufer im Falle des Rechtsmangels zur **Nacherfüllung**, also zur Beseitigung des Rechtsmangels, verpflichtet (§ 434 aE, § 440 aF)². Hierfür konnte der Käufer dem Verkäufer gem § 326 Abs 1 Satz 1 aE, als Vorläufer der §§ **281, 323**, eine Frist setzen. Der Gesetzgeber des **SMG 2002** hatte nicht die Absicht, insoweit eine wesentliche inhaltliche Veränderung der Rechtslage vorzunehmen³. Ein **weitgehender Gleichlauf**, aber nicht eine völlige Gleichstellung von Verkäuferhaftung für Sachmängel und Rechtsmängel sollte vielmehr durch eine an der bis dato schon bestehenden Rechtsmängelhaftung orientierte **Änderung der Rechtsfolgen** der Sachmängelhaftung erfolgen⁴.
- 2 Bezweckt wurde damit vom Gesetzgeber des SMG 2002 auch eine Verringerung, jedoch nicht eine Beseitigung der **praktischen Bedeutung der Abgrenzung** zwischen beiden Mangelarten⁵. Bis zum Inkrafttreten des SMG 2002 war die bei Vorliegen eines Rechtsmangels eingreifende

1 Vgl. dazu § 437 Rz 20 ff.

2 RG JW 1908, 35; RGZ 80, 247, 250; RGZ 117, 335, 336; RGZ 149, 195, 197; BGHZ 5, 337, 340; BGH WM 1972, 556, 557; BGH WM 1984, 214, 215; BGH WM 1984, 936, 938; BGH WM 1987, 1371; BGH NJW 1991, 2700; BGH NJW-RR 1992, 91, 92; BGH NJW-RR 1992, 201, 202; BGH NJW 1992,

905 f; BGH ZIP 1997, 2158, 2159; vgl. dazu auch U Huber, Leistungsstörungen I, 1999, S 543 ff.

3 Begr. Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 217 f.

4 Begr. Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 217 f.

5 Begr. Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 217 f; vgl. zur Abgrenzung Rz 26 ff.

Regelung des § 440 aF als **Rechtsgrundverweisung** auf die §§ 320 ff aF des allgemeinen Leistungsstörungenrechts anzusehen mit der Folge, dass im Falle der **Behibarkeit des Rechtsmangels** dem Käufer eine **Nachfrist** gem § 326 Abs 1 Satz 1 aF gesetzt werden musste, um ein Recht auf Rücktritt vom Kaufvertrag oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu erlangen⁶. Im Falle des fruchtlosen Verstreichens der Frist konnte der Käufer gem § 326 Abs 1 Satz 1 aF Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Kaufvertrag zurücktreten. Klassische Fälle waren insoweit die Belastung eines verkauften Grundstücks mit einem **Grundpfandrecht**⁷ und das Bestehen eines durch den Kauf aufgrund des Prinzips „Kauf bricht nicht Miete“ nicht berührten **Pachtverhältnisses**⁸.

Im Falle des Vorliegens eines **Rechtsmangels** konnte der Verkäufer schon nach dem bis zum 31.12.2001 geltenden Kaufrecht das **wahlweise bestehende Recht** des Käufers auf Rücktritt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung⁹ durch eine **Nacherfüllung**, also eine umfassende und nachhaltige Beseitigung des Rechtsmangels abwenden. Dem Verkäufer stand damit bei Bestehen eines Rechtsmangels bereits vor Inkrafttreten des SMG 2002 faktisch ein Recht auf **zweite Andienung** zu. Im Rahmen des SMG 2002 wurde dieses **Grundprinzip der Nacherfüllung** auf die Sachmängelgewährleistung erstreckt und darüber hinaus in Bezug auf die Rechtsfolgen der Mängelhaftung des Verkäufers ein weitgehend, aber nicht völlig **übereinstimmendes Modell** geschaffen. Wesentliche Unterschiede bestehen allerdings nach wie vor – auch unter Berücksichtigung der **Warenkauf-Richtlinie**¹⁰ – bei der **Verjährung** der Gewährleistungsrechte des Käufers im Mangelfall: Bei Rechtsmängeln in Gestalt von **dinglichen Rechten** iSd § 438 Abs 1 Nr 1 lit a und lit b beträgt die Verjährungsfrist idR 30 Jahre¹¹, während bei der Sachmängelhaftung die **Regelverjährung** gem § 438 Abs 1 Nr 3 zwei Jahre und die Sonderverjährung bei **Bauwerken sowie Baustoffen** nach § 438 Abs 1 Nr 2 lit a und lit b fünf Jahre beträgt¹². Insoweit wurde aber zumindest die unangemessen kurze sechsmonatige Sachmängel-Verjährungsfrist des § 477 Abs 1 Satz 1 aF wesentlich verlängert. **Maßgeblicher Zeitpunkt** für die Rechtsmängelhaftung ist grundsätzlich – anders als bei Sachmängeln – nicht der **Gefahrübergang** iSd §§ 446, 447, sondern der **Eigentumserwerb**¹³. Die zum 1.1.2022 umgesetzte **Warenkauf-Richtlinie** erfordert wegen der auf den Rechtsmangel zugeschnittenen **Sonderregelung des Art 9** dieser Richtlinie keinen Wegfall der auf der Natur des Rechtsmangels beruhenden Besonderheiten der Rechtsmängelgewährleistung gegenüber der Sachmängelhaftung¹⁴. Die von Art 16 der Warenreparatur-Richtlinie angeordneten Änderungen der Warenkauf-Richtlinie beziehen sich weder auf Art 9 Warenkauf-Richtlinie noch in sonstiger Weise auf die Rechtsmängelhaftung.

2. **Anwendungsbereich des § 435.** Die Regelung des § 435 gilt – ebenso wie die zentrale kaufrechtliche Grundnorm des § 433 – unmittelbar nur für den Kauf von **Sachen** iSd § 90. Nach § 453 Abs 1 findet § 435 auf den **Kauf von Rechten** und gem § 452 auf den **Schiffskauf** entsprechende Anwendung. Für den **Tierkauf** gilt § 435 gem § 90a Satz 3 ebenfalls nur entsprechend. Durch § 433 Abs 1 Satz 2 wird klargestellt, dass der Verkäufer dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen hat. Der Verkäufer erfüllt demnach beim Verkauf einer Sache seine **kaufvertraglichen Pflichten** nicht, wenn er dem Käufer das Eigentum an der Sache **nicht lastenfrei**, sondern mit einem Rechtsmangel in Gestalt des Rechts eines Dritten verschafft. Erhält der Käufer das Eigentum an der Kaufsache nur belastet mit dem **Recht eines Dritten**, das dieser gegen den Käufer geltend machen kann, so liegt **keine Teilerfüllung** im rechtstechnischen Sinne, sondern eine **Nichterfüllung in Form einer mangelhaften Leistung** vor¹⁵.

3. **Einfluss der Warenkauf-Richtlinie – Grundlagen.** – a) **Keine Vorgaben der außer Kraft getretenen Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie für die Rechtsmängelhaftung.** Die durch die Warenkauf-Richtlinie ersetzte Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie definierte keine Vorgaben für die Rechtsmängelhaftung des Verkäufers nach **nationalem Recht**¹⁶. Dies folgte insbes aus den **Vermutungstatbeständen des Art 2 Abs 2** der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, die sich

6 BGHZ 5, 337, 340; BGH WM 1972, 556, 557; BGH WM 1984, 214, 215; BGH WM 1984, 936, 938; BGH WM 1987, 1371; BGH NJW 1991, 2700; BGH NJW-RR 1992, 91, 92; BGH NJW-RR 1992, 201, 202; BGH NJW 1992, 905 f; BGH ZIP 1997, 2158, 2159; vgl dazu U Huber, Leistungsstörungen I, 1999, S 543 ff.

7 BGH WM 1984, 936, 938.

8 BGH WM 1987, 1371.

9 Auf Grundlage des alten Kaufrechts schloss – anders als nunmehr § 325 – der Rücktritt des Käufers vom Kaufvertrag nach hM den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus, vgl dazu

BGH NJW 1995, 449, 450; BGH NJW 1982, 1279, 1280; BeckOGK/Herresthal § 325 Rz 12 ff.

10 Vgl zu den Einzelheiten der Vereinbarkeit der Unterschiede zwischen beiden Mangelarten mit der Warenkauf-Richtlinie unten Rz 7 ff.

11 Vgl zu den Einzelheiten § 438 Rz 47 ff.

12 Vgl zu den Einzelheiten § 438 Rz 106 ff.

13 Vgl zu den Einzelheiten unten Rz 31 und Rz 217 ff.

14 Vgl zu dazu unten Rz 7 ff.

15 Vgl Rz 25.

16 Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 80; so auch Brüggemeier JZ 2000, 529, 530.

eindeutig nur auf **Sachmängel** bezogen. So war nach Art 2 Abs 2 lit a der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie die Vertragsgemäßheit der Verbrauchsgüter zu vermuten, wenn sie mit der vom Verkäufer gegebenen Beschreibung übereinstimmen und die Eigenschaften des Gutes besaßen, das der Verkäufer dem Verbraucher als Probe oder Muster vorgelegt hat. Die **amtliche Begründung zum SMG 2002** hebt hervor, dass es künftig beim Rechtsmangel im Gegensatz zum Sachmangel nicht auf Vereinbarungen über einen **Verwendungszweck** ankomme¹⁷. Daher stelle ein Recht, das ein **Dritter** hinsichtlich der Sache gegen den Käufer geltend machen kann, auch dann einen Rechtsmangel dar, wenn es den Käufer bei der von ihm **konkret beabsichtigten Verwendung** der Sache nicht beeinträchtigen könne¹⁸. Daher sei der Begriff des Rechtsmangels objektiv zu verstehen¹⁹.

- 6 Eine **Begrenzung des Rechtsmangelbegriffs** nach Maßgabe des Verwendungszwecks wurde vom Gesetzgeber des SMG 2002 abgelehnt, weil sich die **Tauglichkeit einer Sache** nur im Verhältnis zu einem Verwendungszweck bestimmen lasse²⁰. Das **Ziel der Rechtsverschaffung** beziehe sich demgegenüber umfassend darauf, den Käufer – wie § 903 für den Eigentümer definiere – in die Lage zu versetzen, nach Belieben mit der Sache zu verfahren²¹. Der Käufer müsse sich darauf verlassen können, dass **Rechte Dritter** auch dann nicht entgegenstehen, wenn er die Kaufsache später in anderer Weise verwenden will als zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags vorgesehen²².
- 7 b) **Sonderstellung des Rechtsmangels nach Art 9 im Verhältnis zur Vertragsgemäßheit gem Art 5 bis Art 8 der Warenkauf-Richtlinie.** Nach Art 9 der Warenkauf-Richtlinie müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass der Verbraucher in dem Fall, in dem eine Beschränkung, die sich aus einer **Verletzung von Rechten Dritter** ergibt, die **Nutzung der Waren** im Sinne der Art 6 und Art 7 verhindert oder einschränkt, einen **Anspruch auf die Abhilfen bei Vertragswidrigkeit gem Art 13** hat. Dies soll nach Art 9 Halbsatz 2 nicht gelten, wenn im nationalen Recht die **Nichtigkeit oder Auflösung des Kaufvertrags** für solche Fälle vorgesehen ist. Gem **Erwägungsgrund Nr 35 Satz 1** der Warenkauf-Richtlinie soll die Vertragsmäßigkeit der Ware die **Abwesenheit von Sachmängeln und Rechtsmängeln** umfassen. Beschränkungen, die sich aus einer Verletzung von Rechten Dritter ergeben, insbes von Rechten des geistigen Eigentums, könnten die **vertragsgemäße Nutzung von Waren** verhindern oder einschränken (Erwägungsgrund Nr 35 Satz 2). Die Mitgliedstaaten sollen nach Erwägungsgrund Nr 35 Satz 3 sicherstellen, dass der Verbraucher in einem derartigen Fall einen Anspruch auf in der Warenkauf-Richtlinie für Fälle von Vertragswidrigkeit **vorgesehene Abhilfen** hat, sofern das nationale Recht in solchen Fällen nicht die Nichtigkeit oder die Auflösung des Vertrags vorsieht.
- 8 Aus Art 9 Warenkauf-Richtlinie und des darauf bezogenen **Erwägungsgrundes Nr 35** ist zwar abzuleiten, dass der Verbraucher bei Vorliegen eines Rechtsmangels, der die Nutzung der Ware verhindert oder einschränkt, **grundsätzlich dieselben Rechtsbehelfe** wie im Falle des Bestehens eines Sachmangels haben muss. Dies bedeutet aber nicht, dass sämtliche Vorgaben dieser Richtlinie hinsichtlich der **Vertragsmäßigkeit** von Waren in gleicher Weise auch für die Rechtsmängelhaftung gelten²³. Bestätigt wird die unionsrechtliche Sonderstellung des Rechtsmangels durch **Art 5 der Warenkauf-Richtlinie**, nach dem die Art 6 bis Art 8 hinsichtlich der Anforderungen an die „Vertragsmäßigkeit von Waren“ nur „unbeschadet des Art 9“ Anwendung finden²⁴. Für die Frage, welcher **Zeitpunkt** für das Bestehen eines gewährleistungspflichtigen Rechtsmangels entscheidend ist, kann daher nach deutschem Recht nach wie vor grundsätzlich auf den Zeitpunkt der nach § 433 Abs 1 Satz 1 geschuldeten **Verschaffung des Eigentums** an der Ware abgestellt werden²⁵.
- 9 In den Fällen, in denen eine **vertragswidrige Beschaffenheit** der Ware zu einer **behördlichen Beschlagnahme** oder einer sonstigen rechtlichen Beeinträchtigung führt, liegt **kein (zusätzlicher) Rechtsmangel**, sondern vielmehr ein Sachmangel vor, sofern zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs die Beschaffenheitsabweichung iSd § 434 bereits gegeben war²⁶. Entsteht die Beschaffenheitsabweichung von Grund auf erst **nach dem Gefahrübergang iSd § 434 Abs 1 iVm §§ 446, 447**, so unterliegt der Verkäufer von vornherein nicht der Sachmängelgewährleis-

17 Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 218.

18 Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 218.

19 Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 218.

20 Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 218.

21 Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 218.

22 Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 218.

23 MünchKomm/Maultzsch Rz 3; vgl dazu auch Maultzsch JZ 2016, 236, 240; aA Staud/Matusche-Beckmann Rz 9; BeckOK/Faust Rz 4; Harke GPR 2021, 129, 131.

24 Vgl zur Frage der Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen Sach- und Rechtsmangel im konkreten Einzelfall Rz 30 ff.

25 MünchKomm/Maultzsch Rz 3; aA BeckOK/Faust Rz 4; Staud/Matusche-Beckmann Rz 9 (bei Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs); vgl zu den Einzelheiten des für den Rechtsmangel relevanten Zeitpunkts Rz 217 ff.

26 Vgl dazu unten Rz 184 ff.

tung. Eine **nachfolgende Beschlagnahme** führt hier wegen des generellen Vorrangs der Sachmängelhaftung bei Beschaffenheitsabweichungen und gerade darauf beruhenden rechtlichen Beschränkungen nicht zu einem zusätzlichen oder vorrangigen Rechtsmangel²⁷. Die **vollständige gewährleistungsrechtliche Entlastung** des Verkäufers beruht hier nicht auf einer Vorverlagerung des für die Rechtsmängelhaftung grundsätzlich maßgeblichen Zeitpunkts des Eigentumsübergangs auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs, sondern vielmehr auf der generellen **Verdrängung der Rechtsmängelhaftung** bei Vorliegen einer Beschaffenheitsabweichung iSd § 434 und einer dadurch verursachten **nachfolgenden rechtlichen Beschränkung**²⁸.

Dass der Verbraucher gem Art 9 der Warenkauf-Richtlinie und **Erwägungsgrundes Nr 35** 10 bei Vorliegen eines Rechtsmangels grundsätzlich dieselben Rechtsbehelfe haben muss wie im Falle eines Sachmangels, führt unionsrechtlich nicht zu dem Erfordernis, auch die **Verjährung der Käuferrechte** übereinstimmend zu regeln. Die Verjährung der Rechtsmängelhaftung wird insbes bei **privatrechtlichen Rechten** Dritter als Rechtsmangel iSd § 435 entscheidend von der **Natur dieses Drittrechts** nach nationalem Recht beeinflusst. Aufgrund der Sonderregelung des **Art 9 Warenkauf-Richtlinie** kann auch diesen Besonderheiten des nationalen Rechts hinreichend Rechnung getragen werden. Eine **Übereinstimmung** zwischen Sach- und Rechtsmängelhaftung bei der Verjährung besteht daher – in Übereinstimmung mit der Warenkauf-Richtlinie – nur hinsichtlich der **zweijährigen Regelverjährung nach § 438 Abs 1 Nr 3**.

Auch der Nutzungsbegriff des Art 9 der Warenkauf-Richtlinie steht einer nationalen Differenzierung bei den Voraussetzungen der Rechts- und Sachmängelhaftung sowie der Verjährung der Rechte des Käufers nicht entgegen. Denn unter einer **Nutzung iSd Art 9 Warenkauf-Richtlinie** ist zum einen nicht nur eine konkrete beabsichtigte aktuelle Nutzung, sondern auch eine **künftige potentielle Nutzung** zu verstehen. Zudem stellt auch der **Weiterverkauf der Ware** eine Nutzung der Ware dar. Das Bestehen von Rechten Dritter an der Ware führt regelmäßig dazu, dass nur ein **geringerer Weiterverkaufspreis** erzielt werden kann. Aus diesem Grund kann jeder Rechtsmangel die Nutzung der Ware iSd Art 9 der Warenkauf-Richtlinie verhindern oder einschränken. Dies zwingt aber auch unionsrechtlich nicht dazu, den eigentlich vorliegenden Rechtsmangel als Sachmangel einzuordnen oder in vollem Umfang gewährleistungsrechtlich wie einen Sachmangel zu behandeln. Art 16 der Warenreparatur-Richtlinie führt auch insoweit nicht zu einer Veränderung. 11

4. **Anwendbarkeit der §§ 436, 442 und Wegfall des § 437 aF**. Die Vorschrift des § 435 wird 12 auf Grundlage des SMG 2002 ergänzt und modifiziert durch die §§ 436, 442. Gegenstand des § 436 Abs 1 ist eine Spezialregelung für **Erschließungsbeiträge** und sonstige **Anliegerbeiträge** beim **Grundstückskauf**. Insoweit ist – bei Fehlen einer besonderen Vereinbarung im Grundstückskaufvertrag – in Bezug auf die Haftung des Verkäufers in zeitlicher Hinsicht entscheidend, ob die **betreffende Maßnahme** bis zum Tage des Abschlusses des Kaufvertrags **bautechnisch begonnen** worden ist²⁹. Es gilt also hier nicht der allgemeine Grundsatz der Rechtsmängelhaftung, nach dem der Verkäufer bis zum **Eigentumserwerb des Käufers** noch für die Entstehung eines derartigen Mangels haftet³⁰.

Die mit § 436 aF weitgehend übereinstimmende Vorschrift des § 436 Abs 2 statuiert einen 13 gesetzlichen **Haftungsausschluss** für andere **öffentliche Abgaben und Lasten**³¹. Nach § 442 Abs 2 muss der Verkäufer ein im **Grundbuch** eingetragenes Recht auch dann beseitigen, wenn der Käufer es kennt³². Diese Regelung ist auch in dem Fall anwendbar, in dem das eingetragene Recht in Wirklichkeit gar nicht besteht und daher ein **bloßes Buchrecht** vorliegt³³.

Im Falle des **Kaufs eines Rechts** haftet der Verkäufer nicht nur dafür, dass das Recht frei von 14 Rechten Dritter ist. Eine Haftung greift vielmehr auch dann Platz, wenn das verkaufte Recht überhaupt nicht besteht. Dies wird als **Veritätshaftung** bezeichnet. Nach § 306 aF war ein Kaufvertrag im Falle der **objektiven Unmöglichkeit der Leistung** des Verkäufers nichtig. § 437 aF durchbrach diesen Grundsatz zu Lasten des Verkäufers beim Rechtskauf durch Anordnung der **Veritätshaftung**. Aufgrund der im Rahmen des SMG 2002 erfolgten Einfügung des § 311a Abs 1, nach dem ein Vertrag auch im Falle eines **anfänglichen Leistungshindernisses iSd § 275** wirksam ist, und der gleichzeitigen **Aufhebung des § 306 aF** wurde die Sondervorschrift des § 437 Abs 1 aF über die **Veritätshaftung** des Verkäufers beim Verkauf von Rechten entbehrlich³⁴.

27 Vgl dazu unten Rz 31, 184 ff.

28 Vgl dazu unten Rz 184 ff.

29 Vgl zu den Einzelheiten § 436 Rz 16 ff.

30 Vgl zu Einzelheiten unten Rz 217 ff.

31 Vgl zu den Einzelheiten § 436 Rz 43 ff.

32 Vgl zu den Einzelheiten § 442 Rz 164 ff.

33 Vgl dazu unten Rz 231 ff.

34 Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 202.

- 15 Die Haftung des Verkäufers für ein von Anfang an nicht bestehendes Recht richtet sich nach § 311a Abs 2 iVm §§ 453 Abs 1, 433 Abs 1. Ist das verkaufte Recht existent, besteht es aber nicht im kaufvertraglich **vereinbarten Umfang**, so greift die Rechtsmängelhaftung nach §§ 453 Abs 1 und Abs 3, 435 ein³⁵. Für den **Erbschaftskauf** gilt die Sonderregel des § 2376 Abs 1. Nach dieser Vorschrift beschränkt sich die Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel darauf, dass ihm das **Erbrecht zusteht**, dass es nicht durch das Recht eines Nacherben oder durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers beschränkt ist, dass nicht Vermächtnisse, Auflagen, Pflichtteilslasten, Ausgleichspflichten oder Teilungsanordnungen bestehen und dass nicht eine **unbeschränkte Haftung** gegenüber den Nachlassgläubigern oder einzelnen von ihnen eingetreten ist.
- 16 Bei der Veräußerung **gepfändeter Sachen** im Rahmen einer öffentlichen Versteigerung (ZPO § 814) oder im Wege einer anderen vollstreckungsrechtlich zulässigen Verwertungsart (ZPO § 825) ist jede Haftung für Rechtsmängel ausgeschlossen (ZPO § 806)³⁶. Dieser Grundsatz findet auch bei der **Zwangsversteigerung von Grundstücken** (ZVG § 56 Satz 3) Anwendung³⁷. Entsprechendes gilt gem AO § 283 bei der **Vollstreckung und Verwertung durch Finanzbehörden**. Mit der **Warenkauf-Richtlinie** sind die auf den Erwerb im Rahmen von Vollstreckungsmaßnahmen bezogenen Haftungsprivilegierungen vereinbar, weil diese Richtlinie gem **Art 3 Abs 4 lit b** nicht für Waren gilt, die „aufgrund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden“. Beim **privaten Pfandverkauf** im Wege einer **öffentlichen Versteigerung** wird die Rechtsmängelhaftung durch § 445 begrenzt³⁸. Auf **Verbrauchsgüterkäufe** ist § 445 allerdings gem § 475 Abs 3 Satz 2 Var 2 nicht anwendbar, so dass auch hier im Ergebnis die Konformität mit der Warenkauf-Richtlinie zu bejahen ist³⁹.
- 17 **5. Anwendungsbereich und praktische Bedeutung des § 435 – Überblick.** Zum klassischen Anwendungsbereich des § 435 gehören die Dritten zustehenden **privaten Rechte**, die auch gegenüber dem Käufer als neuem Eigentümer wirken⁴⁰. Praktische Bedeutung haben insoweit vor allem dingliche Belastungen eines Grundstücks in Gestalt von **Grundpfandrechten, Reallasten und Dienstbarkeiten** beim Grundstückskauf. Das Gleiche gilt für **schuldrechtliche Berechtigungen**, soweit sie dem Käufer gegenüber wirksam sind. Eine derartige Wirkung haben insbes die **Vermietung** und die **Verpachtung** aufgrund des Prinzips „Kauf bricht nicht Miete“ (§§ 566 Abs 1, 581 Abs 2). Die Regelung des § 442 Abs 2 führt in Bezug auf im **Grundbuch eingetragene Rechte Dritter** zu einer Verschärfung der Haftung des Verkäufers im Vergleich zur bis zum Inkrafttreten des SMG 2002 geltenden Rechtslage⁴¹. Denn nunmehr müssen sämtliche Rechte Dritter auch dann beseitigt werden, wenn der Käufer sie bei Abschluss des Kaufvertrags kennt (§ 442 Abs 2)⁴². Eine derartige **Kenntnis von Grundbuchrechten** ist regelmäßig deshalb gegeben, weil der **Notar** vor der Beurkundung eine Grundbuchauskunft einholt und dem Käufer daher vor Vertragsschluss ein Grundbuchauszug vorliegt. Die Regelung des § 442 Abs 1 Satz 1, nach der die Gewährleistungsrechte des Käufers ausgeschlossen sind, wenn er den Mangel kennt, gelangt also bei eingetragenen Grundbuchrechten grundsätzlich nicht zur Anwendung.
- 18 Neben den privaten Rechten Dritter spielen in der Praxis auch **Eigentumsbeschränkungen auf öffentlich-rechtlicher Grundlage** eine bedeutende Rolle⁴³. Im Grundsatz ist unbestritten, dass auch **öffentlich-rechtliche Belastungen** die Rechtsmängelhaftung nach § 435 auslösen können⁴⁴. Das SMG 2002 hat insoweit nicht zu einer Änderung der Haftung des Verkäufers geführt⁴⁵. Öffentlich-rechtliche Beschränkungen des Eigentums führen allerdings nicht generell zu einem Rechtsmangel. So fallen öffentlich-rechtliche Beschränkungen der **Bebaubarkeit eines verkauften Grundstücks** nicht in den Anwendungsbereich des § 435⁴⁶. Eingreifen kann insoweit aber die **Sachmängelhaftung nach § 434**, sofern ein Grundstück **als Bauland verkauft** wird, aber nach öffentlichem Baurecht entweder gar nicht oder nicht wie im Kaufvertrag vereinbart bebaut werden kann⁴⁷.
- 19 Beim Kauf **beweglicher Sachen** hat die **behördliche Beschlagnahme** wegen Verdachts einer Straftat eine größere praktische Bedeutung⁴⁸. Klassischer Beispielfall ist insoweit der Verdacht, dass das verkaufte Kfz dem **Eigentümer gestohlen** wurde. Insoweit kann eine zur Anwen-

35 Vgl zu Einzelheiten § 453 Rz 11.

36 Vgl zu den Einzelheiten § 445 Rz 16 ff.

37 Vgl zu den Einzelheiten § 445 Rz 16 ff.

38 Vgl zu den Einzelheiten § 445 Rz 16 ff.

39 Vgl § 445 Rz 12 f.

40 Vgl dazu Rz 50 ff.

41 Vgl dazu § 442 Rz 4 und Rz 167 ff.

42 Vgl dazu § 442 Rz 167 ff.

43 Vgl dazu Rz 148 ff.

44 RGZ 96, 77, 80; RGZ 111, 86, 88; BGHZ 113, 106, 112 f; Erman/Grunewald Rz 11; BeckOGK/Gutzeit Rz 38; BeckOK/Faust Rz 15; MünchKomm/Maultzsch Rz 10; vgl zu den Einzelheiten Rz 148 ff.

45 Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 217.

46 Vgl Rz 148 ff.

47 Vgl Rz 152 ff.

48 Vgl Rz 195 ff.

dung des Rechtsmangelatbestands des § 435 führende erhebliche rechtliche Beeinträchtigung auch schon in der Ausschreibung des gekauften Fahrzeugs zur Fahndung im **Schengen Informationssystem (SIS)** gesehen werden⁴⁹. Für das Vorliegen eines Rechtsmangels kommt es in derartigen Fallkonstellationen auch auf die **Dauer der Beschränkung** an⁵⁰.

6. Die Rechtsfolgen eines Rechtsmangels – Verzahnung des § 435 mit allgemeinem Leistungsstörungenrecht. – a) **Anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit der Mangelbeseitigung.** Der Käufer kann bei Vorliegen eines Rechtsmangels zunächst gem §§ 437 Nr 1, 439 Abs 1 **Nacherfüllung** verlangen, dh, der Verkäufer muss den Mangel beseitigen⁵¹. Im Falle der **Unmöglichkeit** der Nacherfüllung greift die allgemeine Vorschrift des § 275 Abs 1 ein, so dass der Verkäufer von dieser primären Gewährleistungsverpflichtung befreit ist. Für das Bestehen einer Nacherfüllungspflicht kommt es nicht darauf an, ob der Verkäufer den Rechtsmangel **zu vertreten** hat⁵². Das gilt auch für den **Rücktritt und die Minderung** nach § 437 Nr 2. Nur für den Anspruch des Käufers auf **Schadensersatz** gem § 437 Nr 3 ist grundsätzlich ein Vertretenmüssen iSd § 276 Abs 1 Satz 1 des Verkäufers erforderlich, das auch auf einer **Garantie** beruhen kann⁵³.

Bei **privaten Rechten Dritter** setzt die dem Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung gem §§ 437 Nr 1, 439 Abs 1 obliegende Beseitigung des Rechtsmangels grundsätzlich einen **Verzicht des Dritten** als Inhaber des betreffenden Rechts voraus. Dafür wird der Dritte, wenn er grundsätzlich zu einer **Verhandlung über die Ablösung** bereit ist, vom Verkäufer idR eine Gegenleistung verlangen. Der Verkäufer muss also im Rahmen der Nacherfüllung versuchen, dem Dritten das die Kaufsache **belastende Recht „abzukaufen“**. Das Zustandekommen einer Ablösung des Rechts durch Verichtsvereinbarung wird häufig vom **Gegenleistungsangebot des Verkäufers** abhängen, so dass nicht vorschnell von einer Unmöglichkeit iSd § 275 Abs 1 oder einer Unverhältnismäßigkeit iSd § 275 Abs 2 ausgegangen werden darf.

Nach der auf dem SMG 2002 beruhenden Neufassung des § 275 Abs 1 spielt es für das **Nichtbestehen** der Beseitigungspflicht des Verkäufers keine Rolle, ob der **unbehebbarer Rechtsmangel** bereits vor Abschluss des Kaufvertrags vorlag oder erst anschließend entstanden ist. Im Falle eines **anfänglichen unbehebbarer Rechtsmangels** ist der Kaufvertrag gem § 311a Abs 1 gleichwohl wirksam. Daher ist auch die Frage der Abgrenzung zwischen **subjektiver und objektiver anfänglicher Unmöglichkeit** der Mangelbeseitigung für die Frage des Vorliegens eines wirksamen Kaufvertrags unerheblich. Der Anspruch des Käufers auf **Schadensersatz statt der Leistung** folgt bei **anfänglicher Unmöglichkeit** allerdings nicht aus §§ 437 Nr 3, 280 Abs 1 und Abs 3, 283. Denn der Verkäufer begeht wegen der von Anfang an nicht bestehenden Verpflichtung aus § 433 Abs 1 Satz 2 zur Erbringung einer mangelfreien Lieferung (§ 275 Abs 1) keine Pflichtverletzung iSd § 280 Abs 1. Haftungsgrundlage ist bei einem anfänglichen Leistungshindernis vielmehr § 311a Abs 2 Satz 1. Der Verkäufer kann sich aber nach § 311a Abs 2 Satz 2 exkulpieren, wenn er das Leistungshindernis bei Abschluss des Kaufvertrags nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat. Das Vertretenmüssen bezieht sich hier nicht auf das Leistungshindernis, sondern auf die Unkenntnis.

b) **Ablösungsverweigerung des Dritten als Rechtsinhaber.** Sofern bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 275 die auf Verkäuferseite angestrebte Ablösung des Rechts iSd § 435 vom Dritten **ernsthaft und endgültig verweigert** wird, muss der Käufer als Inhaber des Nacherfüllungsanspruchs dem Verkäufer gleichwohl grundsätzlich eine **angemessene Frist** für die Beseitigung des Rechtsmangels setzen. Die Regelungen der §§ 281 Abs 2 Alt 1, 323 Abs 2 Nr 1 über die Erfüllungsverweigerung sind hier nicht unmittelbar anwendbar, weil der Dritte nicht Partei des Kaufvertrags und zudem gegenüber dem Verkäufer idR jedenfalls nicht ohne Weiteres zur Aufgabe des Rechts verpflichtet ist. Die **sekundären Gewährleistungsrechte nach § 437 Nr 2 und Nr 3**, also Rücktritt, Minderung und Schadensersatz statt der Leistung, können hier grundsätzlich erst nach erfolglosem Ablauf der Frist geltend gemacht werden.

Eingreifen können bei Vorliegen einer Erfüllungsverweigerung des Dritten aber die von einer Interessenabwägung abhängigen Auffangtatbestände der §§ 281 Abs 2 Alt 2, 323 Abs 2 Nr 3. Zum Zwecke der Vermeidung eines Rechtsstreits der Kaufvertragsparteien über das Bestehen einer tatsächlichen Ablösungsmöglichkeit und damit auch über die Frage der **Entbehrlichkeit einer Nachfristsetzung** ist es aufseiten des Käufers regelmäßig empfehlenswert, dem Verkäufer

49 Vgl dazu Rz 42, 203 ff.

50 Vgl Rz 203.

51 Vgl zu den Einzelheiten § 439 Rz 7, 26 ff.

52 Vgl MünchKomm/Maultzsch § 439 Rz 3; BeckOK/Faust § 439 Rz 7; BeckOGK/Höpfner § 439 Rz 12.

53 Vgl zur Garantie der Rechtsmangelfreiheit § 444 Rz 185.

sicherheitshalber eine Frist nach §§ 281 Abs 1 Satz 1, 323 Abs 1 zu setzen, sofern dies nicht ganz offensichtlich aussichtslos erscheint. Denn die **Beweislast** für die **Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung** trägt der Käufer⁵⁴. Bei Vorliegen eines **Gattungskaufs** kann ein bestehender Rechtsmangel im Rahmen der vom Verkäufer nach §§ 437 Nr 1, 439 Abs 1 geschuldeten Nacherfüllung nach Wahl des Käufers auch durch **Ersatzlieferung**, dh Leistung einer anderen, mangel-freien Sache aus derselben Gattung erfolgen⁵⁵. Ausgeschlossen ist dies aber dann, wenn sich das Recht des Dritten auf die **gesamte Gattung** bezieht. Für den Übergang auf die sekundären Gewährleistungsrechte des § 437 Nr 2 und Nr 3 durch **Fristsetzung** gelten die allgemeinen Regeln.

- 25 c) **Nichtvorliegen einer Teilleistung iSd §§ 323 Abs 5 Satz 1, 281 Abs 1 Satz 2 bei Bestehen eines Rechtsmangels.** Kommt der Verkäufer seiner Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums frei von Rechten Dritter nicht nach, weil ein Rechtsmangel gegeben ist, so liegt keine Teilleistung iSd §§ 323 Abs 5 Satz 1, 281 Abs 1 Satz 2 vor⁵⁶. Die Leistungspflicht des Verkäufers kann nämlich nicht in eine Pflicht zur **Eigentumsübertragung** und eine Pflicht zur **Bewirkung der Lastenfreiheit** aufgespalten werden⁵⁷. Auch eine vollständige Nichterfüllung ist nicht gegeben⁵⁸. Es handelt sich vielmehr um eine **nicht vertragsgemäße Bewirkung der Leistung iSd § 323 Abs 5 Satz 2** mit der Folge, dass der Käufer nicht zurücktreten kann, wenn die Pflichtverletzung als unerheblich einzustufen ist⁵⁹. Ein **unerheblicher Rechtsmangel** kann insoweit bspw dann zu bejahen sein, wenn eine Dienstbarkeit in Gestalt eines **Geh- und Fahrrechts (Wegerechts)** den Käufer deshalb nicht spürbar belastet, weil er den betreffenden Weg auch selbst in dieser Weise nutzt und die Inanspruchnahme durch den Dritten nur marginal ist.

II. Bestimmung des Rechtsmangels und Abgrenzung zum Sachmangel

- 26 1. **Objektive Bestimmung des Rechtsmangels.** Nach § 435 Satz 1 muss der Verkäufer grundsätzlich jedes in Bezug auf die Kaufsache bestehende **Recht eines Dritten** beseitigen, sofern es nicht durch den Kaufvertrag übernommen wurde. Das Recht des Dritten als Grundlage für einen Rechtsmangel ist demnach objektiv zu bestimmen⁶⁰. Der **Inhalt des konkreten Kaufvertrags** ist von Bedeutung für die Frage, ob der Käufer das Recht des Dritten übernommen hat mit der Folge, dass im Ergebnis ein Rechtsmangel iSd § 435 zu verneinen ist. Die Verpflichtung des Verkäufers zur Verschaffung lastenfrier Eigentums besteht nach §§ 433 Abs 1 Satz 2, 435 ohne besondere dahin gehende Vereinbarung der Kaufvertragsparteien, also bereits aufgrund des „nackten Kaufvertrages“⁶¹. Ob das Recht des Dritten die Verwendung der Kaufsache durch den Käufer beeinträchtigt, ist für das Vorliegen eines Rechtsmangels unerheblich⁶². Der Begriff des Rechtsmangels wird vielmehr durch § 435 – wie zuvor durch § 434 aF – objektiv ohne Rücksicht auf den Inhalt des konkreten Kaufvertrags definiert⁶³. Die **Begründung zum SMG 2002**⁶⁴ verweist darauf, dass der Begriff des Rechtsmangels iSd § 434 aF bislang ausschließlich objektiv verstanden worden sei und diese Lösung für das reformierte Kaufrecht beibehalten werde. Die **Warenkauf-Richtlinie** zwingt insoweit nicht zu einer anderen Beurteilung, weil **Art 9** dieser Richtlinie die Sonderstellung des Rechtsmangels hervorhebt und nicht vorschreibt, dass die Voraussetzungen des Rechtsmangels mit den Voraussetzungen der Vertragsmäßigkeit iSd der Art 5 bis Art 8 der Warenkauf-Richtlinie übereinstimmen müssen⁶⁵. Art 16 der Warenreparatur-Richtlinie führt auch insoweit nicht zu einer Veränderung.

- 27 Unproblematisch ist die rein objektive Beurteilung nach wie vor in den Fällen, in denen es um **private Rechte Dritter** geht. Denn jedes vom Käufer nicht übernommene Recht eines Dritten führt zu einer – insbes beim Weiterverkauf sichtbar werdenden – **Wertminderung** und damit zu einer Störung des Äquivalenzverhältnisses von Leistung und Gegenleistung. Dies gilt auch dann, wenn bei Vornahme eines Weiterverkaufs das Recht des Dritten die konkrete Verwendung der Kaufsache durch den Zweitkäufer voraussichtlich nicht beeinträchtigen wird. Denn

54 Vgl Soergel/Benicke/Hellwig § 281 Rz 363; MünchKomm/Ernst § 281 Rz 201; Staud/Schwarze § 281 Rz F 1; BeckOK/Lorenz § 281 Rz 79; Erman/Ulber § 281 Rz 87.

55 Vgl zu den Einzelheiten § 439 Rz 68 ff.

56 BGH NJW 2000, 1256 zu § 434 aF; Soergel/Gsell § 323 Rz 173; MünchKomm/Krüger § 266 Rz 7; MünchKomm/Ernst § 323 Rz 233; BeckOGK/Looschelders § 323 Rz 294.3; Staud/Schwarze § 323 Rz B 137.

57 BGH NJW 2000, 1256; BeckOGK/Looschelders § 323 Rz 294.3.

58 MünchKomm/Ernst § 323 Rz 234; BeckOGK/Looschelders § 323 Rz 294.3.

59 MünchKomm/Ernst § 323 Rz 250; BeckOGK/Looschelders § 323 Rz 310; BeckOK/H Schmidt § 323 Rz 47.

60 Vgl Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 218.

61 So die treffende Formulierung von Ernst, Rechtsmängelhaftung, 1995, S 141.

62 Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 218; Staud/Matusche-Beckmann Rz 12; Erman/Grune-wald Rz 4; MünchKomm/Maultzsch Rz 6; Beck-OGK/Gutzeit Rz 19; BeckOK/Faust Rz 8.

63 Krit dazu Möller GRUR 2005, 468, 469.

64 Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 218.

65 Vgl zu den Einzelheiten Rz 5 ff.