

Privatdozent Dr. Volker Rieble, Freiburg/Mannheim

Die Zurückweisung der mangelhaften Lieferung nach § 464 BGB



Der Käufer braucht eine als mangelhaft erkannte Sache nicht als Erfüllung anzunehmen, darf sie vielmehr zurückweisen. Das Zurückweisungsrecht des Käufers verdient als eigenständiger Gewährleistungs-Rechtsbehelf auch eine eigenständige Erörterung, die bislang fehlt. Der Beitrag beleuchtet diesen Rechtsbehelf und stellt die Zusammenhänge zwischen Annahme, Zurückweisung und Vorbehaltslast im System der kaufrechtlichen Gewährleistung dar, die zu einer Korrektur der Vorbehaltslast des § 464 BGB führen.

I. Das Annahmeverweigerungsrecht des § 464 BGB

§ 464 BGB erlegt dem Käufer eine Rügebelastung auf: Hat er erkannt, daß die Sache mangelhaft ist, so muß er einen Mängelvorbehalt äußern, und zwar „bei der Annahme“. Andernfalls wird ihm ein Verzicht auf die Sachgewährleistungsrechte unterstellt¹. Auf den ersten Blick regelt § 464 BGB zwei mögliche Zustände: Entweder unterläßt der Käufer den Vorbehalt; dann gilt die Sache als mangelfrei und der Käufer hat keine weiteren Rechte. Oder der Käufer erhebt den Vorbehalt und behält seine Gewährleistungsrechte. Wie die Eingangsworte – „Nimmt der Käufer die mangelhafte Sache an“ – deutlich machen, hat der Käufer aber eine weitere, die dritte Möglichkeit: Er kann die „Annahme“ verweigern. Das sonst entweder allgemein formulierte oder aus dem Wandelungsrecht abgeleitete Annahmeverweigerungs- oder Zurückweisungsrecht des Käufers gegenüber einer mangelhaften Kaufsache² folgt damit schon aus § 464 BGB. Dieses Zurückweisungsrecht hat bislang wenig Aufmerksamkeit erfahren. Meist wird es nur als technische Einschränkung der Abnahmepflicht des Käufers aus § 433 Abs. 2 BGB gesehen³. Dogmatisch kann das Zurückweisungsrecht den Rechtsverlust erhellen: Nimmt man § 464 BGB beim Wort, so ist der Verlust der Gewährleistungsrechte Konsequenz nicht primär des unterbliebenen Mängelvorbehalts, sondern der unterbliebenen Zurückweisung. Mit der Annahme der als mangelhaft erkannten Kaufsache verzichtet der Käufer auf sein Zurückweisungsrecht; § 464 BGB erstreckt diesen Verzicht auf die Sachmängelrechte.

Sieht man das Zurückweisungsrecht des Käufers als *eigenständigen Rechtsbehelf*, verdient es auch eine eigene Betrachtung.

¹ Überwiegende Meinung, etwa *Soergel/Huber*, 12. Aufl. (1991) § 464 Rn. 1 mit Nachweisen. Modernere Auffassungen sehen den Käufer im Interesse einer kostensparenden schnellen Auseinandersetzung über Mängel für verpflichtet an, den Verkäufer zu informieren: *Köhler*, Zur Funktion und Reichweite der gesetzlichen Gewährleistungsausschlüsse, JZ 1989, 761 ff.; mit Blick auf die ökonomische Analyse auch *Lehmann*, Die Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers in BGB und HGB, WM 1980, 1162 ff. Das wiederum sorgte systemgerecht für einen gewissen Gleichklang mit der Rügeobliegenheit des HGB, vgl. aber *Soergel/Huber* § 464 Rn. 5.

² *BGH* vom 11. 12. 1956 – VIII ZR 61/56 = BB 1957, 92 und *RG* vom 22. 11. 1902 – V 277/02 = *RGZ* 53, 70, 73 mit der Einschränkung, der Mangel dürfe nicht so geringfügig sein, daß die Wandelung ausgeschlossen ist; *RG* vom 11. 5. 1906 – II 459/05 = *RGZ* 63, 297 f. für einzelne mangelhafte Lieferungen eines Sukzessiv-Bierlieferungsvertrages; *Walter*, Kaufrecht (1987) § 7 III, S. 317 f.; *Soergel/Huber* (Fn. 1) § 433 Rn. 261 und Vor § 459 Rn. 233; *Flume*, Eigenschaftsirrtrum und Kauf (1975) S. 38 in Fn. 13. In den Motiven (II 318) wurde eine Regelung des Zurückweisungsrechts (wie in § 346 ADHGB) als überflüssig angesehen, weil es schon aus anderen allgemeinen Vorschriften folge; unter diesen ist auch § 386 E I, also § 464 genannt.

³ Erwa *Soergel/Huber* (Fn. 1) § 433 Rn. 261. Erstmals nimmt sich jetzt *Ernst*, Die Zurückweisung der Ware, NJW 1997, 896 ff., des Themas an. Der Beitrag konnte nur noch in den Fußnoten berücksichtigt werden.

Seine Voraussetzung – Vorliegen eines Sachmangels – ist klar. Unklar ist aber, wie und vor allem bis zu welchem Zeitpunkt der Käufer sein Zurückweisungsrecht ausüben kann. Unproblematisch ist nur der Fall, daß der Käufer von vornherein jede körperliche Entgegennahme der Leistung verweigert. Nur wird er in aller Regel zu diesem Zeitpunkt vom Mangel der Kaufsache noch gar nichts wissen. Waren sind häufig verpackt, so daß ihre Mangelhaftigkeit erst nach dem Auspacken erkannt wird, oft auch erst bei bestimmungsgemäßer Nutzung. Das zeigt folgender Beispielfall:

A bestellt einen Computer per Versandkatalog. Als der Fahrer des Paketdienstes bei ihm eintrifft, nimmt er das Paket entgegen. Als der Paketbote weggefahren ist, stellt er schon beim Auspacken fest, daß das Gehäuse seitlich eingedrückt ist.

Variante 1: Nach Anschluß des PC muß A feststellen, daß „nichts funktioniert“, das Gerät sich wegen eines fehlerhaften Netzteils gar nicht einschalten läßt.

Variante 2: Nach einigen Tagen bemerkt A beim Betrieb des PC, daß die Festplatte sich nach längerer Zeit überhitzt und dann den Dienst verweigert.

Variante 3: Nach einigen Wochen muß A feststellen, daß das mitgelieferte Textverarbeitungsprogramm gelegentlich mit der Meldung „allgemeine Schutzverletzung“ unter Datenverlust abstürzt.

In diesen Fällen fragt es sich: Kann A die Leistung noch gemäß § 464 BGB zurückweisen? Behält er seinen Erfüllungsanspruch? Muß er einen Mängelvorbehalt äußern, um seine Gewährleistungsansprüche zu behalten?

II. Rechtsfolgen der Zurückweisung der Leistung

Was kann sich der Käufer von der Zurückweisung der vermeintlich mangelhaften Sache versprechen – insbesondere im Vergleich zur Annahme der Leistung unter Mängelvorbehalt? Zur Beantwortung dieser Frage sind Stück- und Gattungskauf zu unterscheiden?

1. Stückkauf

Da dem Spezieskäufer unabhängig von Erfüllungs- oder Gewährschaftstheorie weder ein Primäranspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache noch ein Gewährleistungsanspruch auf Mangelbeseitigung (Nachbesserung) zusteht⁴, spielt der Übergang vom Erfüllungs- in den Gewährleistungszeitraum hier keine große Rolle⁵. Insbesondere kann sich der Käufer mit der Annahmeverweigerung nicht die Möglichkeit verschaffen, für die Lieferung einer mangelfreien Sache nach § 326 BGB eine Frist unter Ablehnungsandrohung zu setzen mit der Folge, daß er den Mangelschaden als Schadensersatz wegen Nichterfüllung liquidieren könnte.

Für seine Kaufpreisschuld macht es kaum einen Unterschied, ob der Käufer die Zahlung mit Blick auf das Zurückbehaltungsrecht des § 320 BGB verweigert oder ob er sich auf die in § 478 BGB vorausgesetzte allgemeine Mängelreede stützt⁶. § 478 BGB mutet ihm zusätzlich nur zu, vor Ablauf der Verjährung eine Mängelanzeige abzusenden. Immerhin ist die Annahmeverweigerung ein wirtschaftliches Druckmittel, mit der der Käufer den Verkäufer dazu bewegen kann, von

⁴ *Flume* (Fn. 2) S. 35 ff.; *Tiedtke*, Leistungsstörung und Gewährleistung, NJW 1995, 3081, 3082; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, 5. Aufl. (1992) S. 100 f., 172; a. A. in engen Grenzen *Köhler*, Zur Nachbesserung beim Kauf, JZ 1984, 393 ff.

⁵ Siehe auch *Flume* (Fn. 2) S. 37 f.

⁶ *BGH* vom 18. 1. 1991 – V ZR 11/90 = JZ 1992, 156 = NJW 1991, 1048.

seinem Nachbesserungsrecht vor Gefahrübergang Gebrauch zu machen⁷.

Mit der Zurückweisung der Kaufsache meidet der Käufer schließlich den Übergang der Sachgefahr nach § 446 BGB. Überdies schließt er mit Blick auf die Wandelung seine „Haftung“ für die Rückgewähr der empfangenen Sache und damit das Restrisiko aus, daß der Untergang der Sache nach §§ 467 S. 1, 351 BGB vom Ausschluß der Wandelung führt⁸. Zugleich entgeht er Ersatzansprüchen aus §§ 467 S. 1, 347 S. 1, 989 BGB, die aber nur drohen, wenn man den wandelungsberechtigten Käufer nicht durch eine Bereicherungshaftung in Doppelanalogie zu § 327 S. 2 BGB privilegiert⁹. Das Risiko einer – wegen Mangelfreiheit – unberechtigten Zurückweisung liegt darin, daß der Käufer verschuldensunabhängig in Annahmeverzug gerät. Ist dem Käufer ein verschuldeter Irrtum über die Mangelhaftigkeit unterlaufen, kann er zugleich mit der Abnahmepflicht aus § 433 Abs. 2 BGB in Schuldnerverzug geraten.

2. Gattungskauf

Bedeutender ist die Annahmeverweigerung für den Gattungskauf, für den § 464 BGB kraft der Verweisung in § 480 Abs. 1 S. 2 BGB „entsprechend“ gilt. Denn beim Gattungskauf führt die Annahme der mangelhaften Lieferung zwar nicht zur Konkretisierung der Gattungsschuld¹⁰, wohl aber wird der fortbestehende Erfüllungsanspruch als Nachlieferungsanspruch dem Gewährleistungsrecht unterstellt, was die Rechtsposition des Käufers verschlechtert – weshalb *Reinicke/Tiedtke* ihm die Ablehnung „bei“ Lieferung empfehlen¹¹. Für die Gattungsschuld ist umstritten, zu welchem Zeitpunkt diese Umwandlung des Erfüllungs- in den Nachlieferungsanspruch erfolgt – was also „Abnahme“ ist. Hierfür kommen an sich zwei Zeitpunkte in Betracht: Man kann zuerst auf die körperliche Übergabe der Lieferung, also die Ablieferung, abstellen. Demgegenüber schiebt eine Meinung die Abnahme hinaus auf den Zeitpunkt, zu dem der Käufer die Ware als im Großen und Ganzen vertragsgemäß billigt¹², so daß die Erfüllung zunächst in der Schwebe bleibt.

Einen Sonderweg geht *Huber*: Die Gewährleistungsphase soll wegen § 459 BGB mit „fiktivem“ Gefahrübergang eintreten¹³. Im Fall der § 446 BGB deckt sich das mit der Ablieferung. Problematisch ist aber der Versendungskauf, weil § 447 BGB den Gefahrübergang schon bei Absendung der Ware auslöst. Damit büßt der Käufer sein Zurückweisungsrecht praktisch ein, weil er nicht erkennen kann, ob die Ware bei Absendung mangelhaft ist¹⁴. Doch setzt der Übergang der Preisgefahr nach § 447 voraus, daß die Ware (bis dahin) mangelfrei ist. Sonst fehlt es bereits an der Konkretisierung nach

§ 243 Abs. 2 BGB. Liegt aber die Leistungsgefahr noch beim Verkäufer, kann der Käufer nicht die Preisgefahr tragen¹⁵. § 447 nimmt dem Verkäufer gerade nur das Transportrisiko im übrigen erfüllungstauglicher, insbesondere mangelfreier Ware ab.

Das Zurückweisungsrecht des Käufers wird beim Gattungskauf nur dann praktisch, wenn er sein *Erfüllungsinteresse* durchsetzen will. Möchte der Käufer nur den Kaufpreis nicht zahlen, sind die Unterschiede – wie beim Stückkauf – gering. Für den Lieferanspruch bedeutet die Zurückweisung der mangelhaften Leistung dagegen: Der Käufer behält seinen ursprünglichen Lieferanspruch aus § 433 Abs. 1 BGB; er ist nicht auf den Nachlieferungsanspruch mit seiner kurzen Verjährung beschränkt.

Entscheidender Vorteil ist, daß dem Gattungskäufer durch die Zurücküberweisung mangelhafter Gattungsware die Möglichkeiten des § 326 BGB erhalten bleiben¹⁶. Die h.M. will dem Käufer dieses Recht zwar ohnehin auch in der Gewährleistungsphase geben – weil der Nachlieferungsanspruch eben der ursprüngliche Erfüllungsanspruch sei, auf den § 326 BGB als allgemeine Leistungsstörungsregel Anwendung finde¹⁷. Freilich wird dabei zu Unrecht die Rechtsnatur des Nachlieferungsanspruchs in den Vordergrund gestellt, wie der Vergleich zum Werkvertrag zeigt: Dort ist der Nachbesserungsanspruch ebenfalls modifizierter Erfüllungsanspruch. Auf ihn findet § 326 BGB aber gerade keine Anwendung, sondern die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung nach § 364 Abs. 1 BGB, die nur zu Wandelung oder Minderung, aber nicht zu Schadensersatz oder Rücktritt führt.

Entscheidend kommt es für das Kaufrecht darauf an, ob § 326 mit seinen Rechtsfolgen in das Gewährleistungsrecht paßt. Genau das ist nicht der Fall: Der Nachlieferungsanspruch hängt vom Mangel ab. Das verschuldet irrtümliche (§ 285 BGB) und deshalb verzugsbegründende Beharren des Verkäufers darauf, daß gar kein Mangel vorliege, er also nicht zur Nachlieferung verpflichtet sei, würde so über § 326 BGB mit einem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung sowie einem Rücktrittsrecht gehandelt. Diese Sanktion des Mängelbestreitens ist dem Gewährleistungsrecht fremd. §§ 463, 480 BGB beschränken die Schadensersatzpflicht insoweit gezielt auf den Fall des erkannten und gleichwohl arglistig verschwiegenen Mangels¹⁸. Die fahrlässige Verkennung der Mangelhaftigkeit soll gerade keine Schadensersatzpflicht des Verkäufers begründen. Überdies würde so die kurze Verjährung für den Streit um den Mangel unterlaufen: Zwar könnte man die kurze Verjährung auf den Schadensersatzanspruch übertragen (und ggf. § 479 BGB anwenden). Ist aber der Käufer zurückgetreten, könnte um die Frage der Rücktrittsberechtigung und damit um den Mangel womöglich noch nach Ablauf der Verjährung gestritten werden. Eben aus diesem Grund gibt das Gewährleistungsrecht keinen Rücktritt, sondern an seiner Stelle den kurz verjährenden Anspruch auf Wandelung. Für die Rechtsfolgen des § 326 BGB ist erst wieder Platz, wenn die Frage der Mangelhaftig-

⁷ Wiederum anders *Köhler* (Fn. 4), der gegen die ganz h.M. dem Verkäufer auch nach Gefahrübergang ein Nachbesserungsrecht einräumen will.

⁸ Zum Streit um die Haftung des Käufers für die empfangene Sache eingehend *Staudinger/Kaiser*, 12. Aufl. (1978 ff.) § 351 Rn. 11 ff. mit zahlreichen Nachweisen; siehe auch *Ernst* (Fn. 3) NJW 1997, 899.

⁹ Dazu *Staudinger/Kaiser* (Fn. 8) § 347 Rn. 14 ff.

¹⁰ Streitig, im einzelnen *Soergel/Huber* (Fn. 1) § 480 Rn. 12; *Reinicke/Tiedtke* (Fn. 4) S. 183 f.; anders *Köhler*, Grundfälle zum Gewährleistungsrecht bei Kauf, Miete und Werkvertrag, JuS 1979, 496 ff., 499: Konkretisierung bereits mit Annahme der mangelhaften Ware; vgl. auch § 214 E I und Mot II 2.

¹¹ (Fn. 4) S. 184.

¹² *Reinicke/Tiedtke* (Fn. 4) S. 183; *Esser/Weyers*, Schuldrecht II, 6. Auflage (1984) § 5 IV 2b, S. 50; hiergegen ausdrücklich *Soergel/Huber* (Fn. 1) § 480 Rn. 13 ff.

¹³ *Soergel/Huber* (Fn. 1) § 480 Rn. 13.

¹⁴ Das sieht *Huber* selbst, verteidigt das aber in Rn. 14 mit dem nicht begründeten Argument, beim Gattungskauf komme es für die Anwendbarkeit des Sachmängelrechts ebensowenig wie beim Stückkauf auf die Abnahme an.

¹⁵ Die Regeln über die Preisgefahr setzen als Ausnahmen von § 323 BGB gerade voraus, daß die Leistungsgefahr übergegangen und Unmöglichkeit eingetreten ist.

¹⁶ Ähnlich *Esser/Weyers* (Fn. 12) § 5 IV 2b, S. 50.

¹⁷ RG vom 18. 12. 1928 – II 239/28 = RGZ 123, 212, 215; *Reinicke/Tiedtke* (Fn. 4) S. 183; *Soergel/Huber* (Fn. 1) § 480 Rn. 30 f.; *Staudinger/Honsell* (Fn. 8) § 480 Rn. 10; a. A. *Kirchhof*, Der Übergang vom Nachlieferungs- und Nachbesserungsanspruch zu Rücktritt bzw. Wandelung beim Kauf, NJW 1970, 2052 ff.; *Köhler* (Fn. 10) S. 496; *Esser/Weyers* (Fn. 12).

¹⁸ Siehe Mot. II 229, wonach aus § 463 BGB folgt, „daß der Erwerber im Falle bloßer Fehlerhaftigkeit ... ohne Mitunterlaufen eines dolus des Veräußerers ... auf die adilitischen Rechtsmittel beschränkt ist“.

keit außer Streit steht, wenn also der Verkäufer dem Nachlieferungsverlangen des Käufers nach § 480 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 465 BGB zugestimmt hat.

III. Die Annahme des § 464 BGB

1. Der einheitliche Annahme-/Abnahmebegriff der h.M.

Die Frage, zu welchem Zeitpunkt der Käufer die Leistung zurückweisen, also die Annahme verweigern darf, setzt eine Klärung des Annahmebegriffes voraus. Was Annahme i. S. v. § 464 BGB ist, wird bislang nur für die Vorbehaltlast des Käufers diskutiert. Insofern (!) will die allgemeine Meinung den maßgeblichen Zeitpunkt für das Kaufrecht¹⁹, aber auch im allgemeinen Schuldrecht für den Vorbehalt der Vertragsstrafe nach § 341 Abs. 3 BGB²⁰ wie für die Beweislastumkehr des § 363 BGB²¹, am Abnahmebegriff des Werkvertrags ausrichten: Es kommt also nicht, wie man mit Blick auf die in § 433 BGB genannte „Abnahme“ zunächst meinen könnte, auf die körperliche Entgegennahme des Kaufgegenstandes an. Vielmehr liegt die Annahme der Leistung darin, daß der Käufer sie „als Erfüllung“ akzeptiert, also die Leistung „als im wesentlichen ordnungsgemäß gelten lassen will“²². Der Unterschied zur werkvertraglichen Abnahme liegt darin, daß diese Annahme, obschon es auf den Willen des Gläubigers ankommt, keine Willenserklärung, sondern Realakt sein soll²³. Dabei ist zu beachten, daß die Beweislastregel des § 363 BGB über den Wortlaut hinaus auch die Mangelhaftigkeit der Sache umfaßt²⁴.

Der Gläubiger kann die Leistung – wie beim Werkvertrag – als ordnungsgemäß nur gelten lassen, wenn er sie geprüft hat. Die Übernahme verpackter Ware ist nach dieser allgemeinen Meinung keine Annahme, löst nicht die Beweislastumkehr des § 363 BGB und eben auch nicht die Vorbehaltlast des § 464 BGB aus. Vielmehr soll dem Käufer Gelegenheit gegeben werden, zu prüfen, was in der Verpackung steckt und ob sich der Inhalt als vollständig und mangelfrei erweist. Was auf den ersten Blick vorteilhaft scheint – der Käufer erhält Gelegenheit zur Prüfung der Sache –, ist bezogen auf § 464 BGB in Wahrheit nachteilig. Durch das Hinausschieben des Abnahmezeitpunkts wird dem Käufer zwar die Untersuchungsmöglichkeit eingeräumt. Doch jeder Fehler, den er in dieser Zeit bemerkt, geht zu seinen Lasten. Rechtsfolge ist die Vorbehaltlast des § 464 BGB und damit der drohende Verlust von Gewährleistungsrechten. Gälte der frühestmögliche Abnahmezeitpunkt, also die körperliche Entgegennahme der Kaufsache, die Erlangung unmittelbaren Besitzes, so käme der Käufer gar nicht in die Verlegenheit, Mängel zu erkennen, die er dann rügen müßte. Ist die Annahme einmal erfolgt, hat sich die Vorbehalt- oder Rügelast erledigt²⁵. Mängel, die der Käufer jetzt noch entdeckt, muß er lediglich innerhalb der kurzen Verjährung geltend machen. Vorteilhaft ist dieses Hinausschieben dagegen

im Rahmen von § 363 BGB: Entdeckt der Gläubiger die Unvollständigkeit der Leistung vor ihrer Billigung, kehrt sich die Beweislast nicht um; es muß also nach wie vor der Schuldner beweisen, daß er mangelfrei erfüllt hat.

Freilich führt diese allgemeine Meinung nicht zu einer formalisierten Abnahme der Kaufsache, wie wir sie aus dem Werkvertragsrecht kennen. Nur selten wird der Käufer deutlich machen, daß er die Kaufsache geprüft und für mangelfrei befunden hat²⁶. Auch bei § 363 BGB sind eindeutige Annahmefälle – wie das Nachzählen von Bargeld²⁷ – selten. Es geht vor allem um die „konkludente Abnahme“, die dem Gläubiger/Käufer aus seinem „gesamten Verhalten“ unterstellt wird²⁸. Hierher zählt die nach einer „gewissen Zeit“ der Nutzung erfolgende Weiterveräußerung oder Zahlung des Kaufpreises, und, je länger diese Zeit der Nutzung währt, auch das bloße Schweigen²⁹.

Um im Ausgangsfall zu bleiben: Da sich für die verschiedenen Mängel des einheitlichen Kaufgegenstandes – eingedrücktes Gehäuse, fehlerhaftes Netzteil, defekte Festplatte oder fehlerhaftes Programm – keine unterschiedlichen Abnahmezeitpunkte definieren lassen, müßte festgestellt werden, zu welchem Zeitpunkt nach der körperlichen Entgegennahme – Auspacken, erste Inbetriebnahme, mehrtägiger oder mehrwöchiger Probetrieb – die Annahme als Erfüllung vorliegt, mit der Folge, daß zu diesem Zeitpunkt die Obliegenheit zur Mängelrüge und die Umkehr der Beweislast eintreten.

2. Konsequenz für das Annahmeverweigerungsrecht

Bei diesem Annahmebegriff bleibt wenig Raum für das korrespondierende Recht des Käufers, die mangelhafte oder unvollständige Leistung zurückzuweisen. Wie soll der Gläubiger jetzt, nachdem die Kaufsache bereits „gewisse Zeit“ bei ihm ist, deren Annahme noch verweigern können? Die ursprüngliche Verbindung zwischen Annahme der Leistung nebst korrespondierender Vorbehaltlast und dem Recht zur Annahmeverweigerung wird getrennt, weil die Annahmeverweigerung nach wie vor körperlich verstanden wird³⁰. Im Beispielfall hätte der Käufer den Computer deshalb an der Haustür zurückweisen müssen.

Diese Trennung von körperlicher Annahme nebst Zurückweisungsrecht einerseits und der Annahme als Erfüllung mit der Obliegenheit zum Mängelvorbehalt andererseits ist für den Käufer nachteilig. Denn er büßt für jeden nach der Entgegennahme bemerkten Mangel das Recht ein, die Leistung zurückzuweisen und muß gleichwohl bis zum unklaren Zeitpunkt der unterstellten Billigung ein Auge darauf haben, daß er inzwischen erkannte Mängel auch geltend macht. Dabei muß er nicht nur darauf achten, mit seiner Mängelrüge nicht

²⁶ Vgl. auch den Fall *OLG Köln* vom 28. 2. 1992 – 19 U 221/91 = NJW 1992, 1462; Käufer bestätigt, daß das Computersystem „prospektmäßig“ funktioniere.

²⁷ *BGH* vom 26. 10. 1983 – IV a ZR 80/82 = JZ 1984, 197 = NJW 1984, 721 unter IV.

²⁸ Dazu mit Nachweisen *Gernhuber* (Fn. 21) § 6.3 S. 134 f.

²⁹ Zu den Anforderungen an das „gesamte Verhalten“ des Gläubigers *Gernhuber* (Fn. 21) § 6.3, S. 134 f.; in der Schwammigkeit bezeichnend *Staudinger/Kaduk*, 12. Aufl. (1994) § 363 Rn. 11. Vgl. für die konkludente Abnahme im Werkvertragsrecht *OLG Düsseldorf* vom 6. 1. 1994 – 5 U 83/92 = NJW 1995, 142 (LS) = NZV 1994, 433 für eine Kfz-Reparatur: Abnahme durch Fahrleistung von 50 km; *BGH* vom 20. 9. 1984 – VII ZR 377/83 = JZ 1985, 351 = NJW 1985, 731 für die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme eines Bauwerks und insbesondere die kraft sechstägiger Nutzung fingierte Abnahme nach § 12 Nr. 5 II VOB/B; *Ingenstau/Korbi-on*, VOB Kom., 12. Aufl. (1993) § 12 VOB/B Rn. 112 ff. Siehe auch *OLG München* vom 24. 1. 1990 – 27 U 901/88 = NJW 1991, 2158 für ein EDV-Programm und den Verjährungsbeginn nach § 638.

³⁰ Insbesondere *Reinicke/Tiedtke* (Fn. 4) S. 184; anders *Ernst* (Fn. 3) NJW 1997, 899 f., der die Zurückweisung der Ware auch nach Inbesitznahme, ja nach ihrer Übereignung für möglich hält – innerhalb der „kurzen Überlegungsfrist“.

¹⁹ Statt aller *Soergel/Huber* (Fn. 1) § 464 Rn. 9, § 459 Rn. 102; *Palandt/Heinrichs*, 56. Auflage (1997), § 464 Rn. 6 und schon *RG* vom 30. 6. 1906 – II 139/06 = *RGZ* 64, 236, 240. Widerspruch – soweit ersichtlich – nur von *Raisch*, Zum Einfluß des Weiterverkaufs mangelhafter Waren auf die Gewährleistungsansprüche des Käufers, FS Duden (1977) S. 399 ff., 402.

²⁰ Näher *Staudinger/Rieble* (Fn. 8) § 341 Rn. 20 und § 340 Rn. 37.

²¹ Näher *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Auflage (1994), § 6, S. 130 ff.; *Staudinger/Olzen* (Fn. 8) § 363 Rn. 11 ff.

²² Wie Fn. 19, sowie *Ernst* (Fn. 3) NJW 1997, 896 f.

²³ Zum Streit deren Anfechtbarkeit *Gernhuber* (Fn. 21) § 6.2, S. 134; *Staudinger/Olzen* (Fn. 8) § 363 Rn. 12 und schon *Planck/Siber*, 4. Aufl. (1914) § 363 Anm. 1.

²⁴ *RG* vom 30. 4. 1904 – V 448/03 = *RGZ* 57, 399 für die Wandelungsklage; vom 10. 12. 1924 – I 564/24 = *RGZ* 109, 295 für den Rechtsmangel einer Zahlungssperre über Wertpapiere; *BGH* vom 13. 2. 1985 – II ZR 154/84 = NJW 1985, 2328 für die Annahme der mangelhaften Mietsache durch den Mieter; *Palandt/Heinrichs* (Fn. 19) § 363 Rn. 3.

²⁵ Siehe nur *BGH* vom 24. 6. 1958 – VIII ZR 95/57 = NJW 1958, 1724.

zu spät zu kommen, denn nach der Rechtsprechung genügt auch der verfrühte Mängelvorbehalt nicht³¹. Der Vorbehalt muß genau in der juristischen Sekunde der Annahme als Erfüllung entweder geäußert sein oder doch zumindest fortwirken. Dieser Nachteil ist dogmatisch nicht gerechtfertigt, weil der Rechtsverlust Kehrseite des nicht ausgeübten Zurückweisungsrechts ist.

3. Annahme und Untersuchungs- und Rügepflicht nach HGB

Das Hinausschieben der Rügeobliegenheit des Käufers konkretisiert mittelbar die Entscheidung des BGB, dem nichtkaufmännischen Käufer (genauer: dem Käufer außerhalb des beiderseitigen Handelskaufes) keine Untersuchungs- und Anzeigepflicht aufzuerlegen³²: Der Sachkäufer wird zwar nicht angehalten, die Kaufsache zu untersuchen, ihm wird aber die tatsächliche Untersuchungsmöglichkeit der Kaufsache aufgedrängt – für „gewisse Zeit“. Für sämtliche Mängel, die er in dieser Nutzungszeit feststellt, bedeutet § 464 BGB dann doch eine Anzeigepflicht, die sich schärfer auswirken kann als die kaufmännische Untersuchungs- und Rügeobliegenheit des § 377 HGB. Denn § 377 HGB grenzt die Möglichkeit zur Mangelerkennung zeitlich stark ein: Nur diejenigen Mängel der Sache, die bei einer Untersuchung unverzüglich nach Ablieferung festgestellt werden können, muß der Kaufmann rügen. Ablieferung heißt wie in § 477 BGB, daß die Sache dem Käufer zugänglich gemacht wird, so daß er sie untersuchen kann³³. Danach erkannte Mängel werden nicht erfaßt. Nun wäre es systemwidrig, den kaufmännischen Käufer besser zu stellen, als den nichtkaufmännischen. Schon das RG hat klar gesagt, daß § 464 BGB neben § 377 HGB anwendbar bleibt³⁴. Den Handelskäufer trifft damit eine zweistufige Rügeobliegenheit. Allerdings war das RG damals – trotz des einheitlichen Annahmegriffes – davon ausgegangen, daß die Annahme i. S. v. § 464 BGB zeitlich vor der Untersuchung nach § 377 HGB liegt, weil es auf die körperliche Hinnahme der Ware und die *dabei* geäußerte Billigung der Leistung als im wesentlichen vertragsgemäß ankam³⁵. So mußte der Käufer zuerst die bei der körperlichen Annahme bemerkten offenkundigen Mängel rügen und nach der anschließenden Untersuchung die weiteren, nunmehr entdeckten Mängel rügen. Die moderne Version des Annahmegriffes kehrt mit ihrer „ungewissen Zeit“ diese Reihenfolge um: Erst soll der Kaufmann nach § 377 HGB untersuchen und rügen; nachträgliche Zufallsfunde sind nach § 464 BGB zu melden – wiederum bis zu dem ungewissen Zeitpunkt der Annahme als Erfüllung.

Diese disharmonische Zweistufigkeit will *Huber* verhindern, indem er für den beiderseitigen Handelskauf den Zeitpunkt der BGB-Annahme vorverlegt, nämlich auf den Rügezeitpunkt des § 377 HGB. Annahme als Erfüllung soll darin liegen, daß der Käufer die Ware nach Ablauf der Untersuchungsfrist nicht unverzüglich rügt³⁶. Zugleich aber verneint *Huber* das korrespondierende Recht auch des kaufmännischen Käufers zur Zurückweisung der Ware: Die Mängelrüge

dürfe nicht Zurückweisung der Ware sein, weil sonst das Sachmängelgewährleistungsrecht systemwidrig nur griffe, soweit der Mangel bei der Untersuchung nicht erkennbar war³⁷.

4. Annahme, Gefahrübergang und Beweislast

Der Annahmegriff der h. M. verträgt sich nicht mit dem Gefahrübergang nach § 446 BGB, der unabhängig von jeder Billigung bei Übergabe erfolgt: Mängel, für die der Verkäufer einstehen muß, müssen bei Gefahrübergang vorliegen (§ 459 BGB). Die Gefahr, daß die Kaufsache nach Gefahrübergang verschlechtert und damit mangelhaft wird, liegt mit gutem Grund beim Käufer. Wer nun die Annahme i. S. v. § 363 BGB und damit die Beweislastumkehr auch für die Mängelfreiheit verschiebt, gelangt zu einer merkwürdigen Inkongruenz für den Übergangszeitraum zwischen körperlicher Übergabe und Annahme als Erfüllung: Die Gefahr nachträglicher Verschlechterung der Kaufsache liegt zwar beim Käufer; die dieser Gefahr zugeordnete Beweislast bleibt aber beim Verkäufer; er muß beweisen, daß die Kaufsache bei Gefahrübergang mangelfrei war und erst danach verschlechtert wurde. Um im Beispiel zu bleiben: Beruht der völlige Ausfall des Computers möglicherweise darauf, daß der Käufer das Paket in seiner Wohnung fallen ließ, so müßte das der Verkäufer beweisen – obwohl es sich um ein Ereignis handelt, das dem Risikobereich allein des Käufers zuzuordnen ist.

5. Annahme und Verjährungsbeginn nach § 477 BGB

Der Zeitpunkt „Annahme als Erfüllung“ vertritt sich schließlich nicht mit dem Verjährungsbeginn des § 477 BGB, der mit Ablieferung beweglicher Sachen und Übergabe von Grundstücken dasselbe meint: Der Käufer soll den unmittelbaren Besitz erhalten, um die Kaufsache auf Fehler untersuchen zu können³⁸. Das heißt: Die kurze Verjährung beginnt zu laufen, bevor es zu einer Annahme „als Erfüllung“ gekommen ist. Je länger die „ungewisse Zeit“ der Nutzung dauert, an deren Ende von einer Annahme als Erfüllung ausgegangen werden kann, desto kürzer bleibt die Restlaufzeit der kurzen Verjährung – innerhalb derer der Käufer nachträglich erkannte Mängel ohne sofortige Rügeobliegenheit geltend machen kann (und muß, § 478 BGB). Dieses Auseinanderfallen von Verjährungsbeginn und Erfüllungszeitpunkt wird vor allem bei EDV-Anlagen bemängelt, weil der Käufer dort besonders lange braucht, bis er Mängel feststellen kann. Dem versucht eine Sonderrechtsprechung³⁹ abzuwehren, die den Verjährungsbeginn hinausschiebt. Einmal wird die letzte, auch wenig bedeutende Teilleistung einschließlich Nebenleistungen abgewartet – vom ausstehenden deutschsprachigen Handbuch bis zur Einweisung⁴⁰. Zum anderen verlangt die Rechtsprechung zum Teil einen „ungestörten Probelauf“, der zusammen mit der Eingabe von Daten mehrere Wochen dauern

³¹ *Soergel/Huber* (Fn. 1) § 480 Rn. 13 a.

³² *OLG Düsseldorf* vom 8. 11. 1995 – 9 U 70/95 = *NWJ-RR* 1996, 693.
³³ *Etwa Jakobs/Schubert*, *Recht der Schuldverhältnisse*, Band 2 (1980) § 464 D II 3, S. 169.

³⁴ *BGH* vom 30. 1. 1985 – VIII ZR 238/83 = *BGHZ* 93, 338, 345 ff.; *Baumbach/Hopt*, HGB, 29. Auflage (1995) § 377 Rn. 20.

³⁵ *RG* vom 30. 6. 1906 – II 139/06 = *RGZ* 64, 236: Im konkreten Fall ging es um per Schiff gelieferte Weißblechabfälle, die verrostet waren. Das *RG* hat den Zeitpunkt der Annahme in der Abladung des Bleches gesehen. Dagegen erfolgte die unverzügliche Untersuchung des Bleches erst am Folgetag. Weil der Käufer schon bei Abladung den offenkundigen Rost bemerkt haben mußte, kam seine Rüge um einen Tag zu spät.

³⁶ *RGZ* 64, 240.

³⁷ *Soergel/Huber* (Fn. 1) § 464 Rn. 5, § 495 Rn. 102.

³⁸ *BGH* vom 24. 11. 1995 – V ZR 234/94 = *NWJ* 1996, 586 = *BB* 1996, 239 für die Übergabe von Grundstücken und vom 30. 1. 1985 – VIII ZR 238/83 = *BGHZ* 93, 338, 345 ff. für die Ablieferung beweglicher Sachen. Der *BGH* weist in der ersten Entscheidung mit Recht auf die Parallele zu § 558 II BGB hin.

³⁹ Vgl. die Hervorhebung bei *Palandt/Putzo* (Fn. 19) § 477 Rn. 12 unter (2).

⁴⁰ Für das fehlende Handbuch: *BGH* vom 4. 11. 1992 – VIII ZR 165/91 = *NJW* 1993, 461 = *CR* 1993, 203 mit Nachweisen; *OLG Hamm* vom 27. 7. 1994 – 31 U 57/94 = *CR* 1995, 20; *OLG Düsseldorf* vom 5. 7. 1991 – 22 U 48/91 = *NJW-RR* 1992, 951; siehe aber auch das Gegenbeispiel *OLG Köln* vom 20. 1. 1995 – 19 U 115/93 = *NJW-RR* 1996, 44; für die fehlende Einweisung *OLG Bremen* vom 20. 3. 1990 – 3 U 33/89 = *NJW-RR* 1992, 951; *OLG Köln* vom 31. 3. 1995 – 19 U 248/94 = *CR* 1995, 605 = *NJW-RR* 1995, 1457; vgl. auch *OLG Celle* vom 21. 2. 1996 – 13 U 255/95 = *CR* 1996, 538.

kann⁴¹. Damit wird systemwidrig nicht bloß die Möglichkeit einer Mängelprüfung durch den Käufer, sondern wie bei der werkvertraglichen Verjährung (§ 638 Abs. 1 S. 2 BGB) deren *Ergebnis* vorausgesetzt. Hervorzuheben ist deshalb eine Entscheidung des *LG Gießen*, die gegen diese Strömung Widerstand leistet und mit Recht betont, daß die Schwierigkeit, Mängel zu erkennen, jedem technischen Gerät eignet, ohne daß dies zu einer verjährungsrechtlichen Sonderbehandlung führen dürfe⁴².

6. Symmetrie von Annahme, Annahmeverweigerung und Mängelvorbehalt

Das Recht zur Zurückweisung der Kaufsache und die Obliegenheit zum Mängelvorbehalt sind durch § 464 BGB an ein und denselben Zeitpunkt geknüpft. Der Käufer muß sich Gewährleistungsrechte vorbehalten, *weil* er die als mangelhaft erkannte Sache „als Erfüllung“ angenommen und nicht zurückgewiesen hat. Dementsprechend muß der Annahmepunkt mit Blick auf die Rügeobliegenheit und die Möglichkeit der Zurückweisung einheitlich bestimmt werden. Vom Käufer darf der Mängelvorbehalt genau und nur zu dem Zeitpunkt erwartet werden, zu dem er die erkannt mangelhafte Sache auch zurückweisen kann. Man kann diese Symmetrie auf zwei Wegen herstellen: Entweder liegt die Annahme einheitlich im Zeitpunkt der Ablieferung, also der körperlichen Entgegennahme. Oder sie wird bis zur „Billigung als Erfüllung“ hinausgeschoben. Das aber setzt voraus, daß bis zu diesem Zeitpunkt die Erfüllung in der Schwebe bleibt – nur dann besteht die Möglichkeit, sie durch Zurückweisung zu hindern⁴³.

Das Kaufrecht spricht klar für den ersten Zeitpunkt. Außerhalb von § 464 BGB stellt es durchweg auf die Abnahme und Ablieferung im Sinne der körperlichen Entgegennahme ab. Daß der moderne Annahmegriff nicht stimmt, zeigt der merkwürdige Rat, den man dem Käufer mit Blick auf § 464 BGB geben muß: Er sollte bei Ablieferung an der Haustüre oder im Laden des Verkäufers – ohne die verpackte Ware zu kennen – sagen: „Ich nehme die Leistung als Erfüllung an.“ So minimiert er die Gefahr des Gewährleistungsausschlusses kraft unterlassenen Vorbehalts: Von irgendwelchen Mängeln kann er noch nichts wissen.

In diesem Annahmegriff liegt gerade der Unterschied zum Werkvertragsrecht: Während dort der Übergang von der Herstellungs- in die Gewährleistungsphase, der Gefahrübergang nach § 644 Abs. 1 S. 1 BGB und die Fälligkeit der Vergütung (§ 641 BGB) einheitlich von der Abnahme als Billigung des Werkes abhängen, steht beim Kaufvertrag die Annahme im Sinne der bloß körperlichen Entgegennahme im Mittelpunkt. Während hier die bloße Möglichkeit genügt, die Kaufsache zu prüfen, wird dort der Erfolgsbezogenheit des Werkvertrags wegen das (positive) Ergebnis der Prüfung abgewartet. Will der Käufer sich ein vergleichbares Erprobungsrecht ausbedingen, so mag er das tun; die Rechtsordnung hält hierfür den Kauf auf Probe (§ 495 BGB) bereit⁴⁴.

Dem Werkbesteller ist das „In-der-Schwebe-halten“ der Erfüllung möglich, weil er die Abnahme verweigern kann. Doch wird dieses Recht durch § 640 Abs. 1 BGB kompensiert, der dem Unternehmer einen Anspruch auf Abnahme, also auf Billigung des mangelfreien Werkes gibt, mit dem er die Erfüllung durchsetzen kann⁴⁵. Im Kaufrecht fehlt ein solcher kompensatorischer Abnahmeanspruch. § 433 Abs. 2 BGB ist nur auf körperliche Abnahme, nicht auf Billigung gerichtet.

Deshalb ist der für das Kaufrecht maßgebliche Annahmepunkt die körperliche Entgegennahme der Ware. Nur zu diesem Moment kann der Käufer die als mangelhaft erkannte Ware zurückweisen und nur in dieser Sekunde muß er den Mängelvorbehalt des § 464 BGB äußern. Von dem übergreifend einheitlichen Annahmegriff für §§ 363, 341 Abs. 3, 464, 640 Abs. 2 BGB ist Abschied zu nehmen; vielmehr verlangt das Kaufrecht (wie das Werkvertragsrecht) einen vertragstypspezifischen Annahmegriff.

Für den Beispielsfall heißt das: Als A die verpackte Ware an der Haustüre entgegengenommen hat, ist Annahme eingetreten. Wegen der später erkannten Mängel kann er die Ware nicht mehr zurückweisen; ihm bleibt „nur“ der Nachlieferungsanspruch. Auf der anderen Seite muß er auch keinen Mängelvorbehalt mehr äußern, um seine Gewährleistungsansprüche zu erhalten.

IV. Ergebnis

1. Ist die Kaufsache mangelhaft, kommt dem Käufer als eigenständiger Rechtsbehelf das Zurückweisungsrecht aus § 464 BGB zu. Es ist untrennbar mit der Obliegenheit zum Mängelvorbehalt dieser Vorschrift verknüpft: Der Verlust der Gewährleistungsrechte ist gerechtfertigt, weil der Käufer mit der Annahme auf sein Zurückweisungsrecht verzichtet.

2. Die Annahmeverweigerung kann nach Kaufrecht grundsätzlich nur bei Ablieferung, also der körperlichen Entgegennahme der Leistung, erfolgen. Nur zu diesem Zeitpunkt läßt sich die Erfüllung noch verhindern. Daß die Erfüllung in der Schwebe bleibt, bis der Käufer die Leistung als Erfüllung billigt, kommt nicht in Betracht. Maßgeblicher Zeitpunkt für den Übergang der Erfüllungs- in die Gewährleistungsphase ist im Kaufrecht einheitlich die Ablieferung/Übergabe. Sie bewirkt den Gefahrübergang und löst die Untersuchungspflicht nach § 377 HGB ebenso wie den Lauf der kurzen Verjährung aus. Nur diese Abnahme kann auch der Verkäufer nach § 433 Abs. 2 BGB verlangen; er hat anders als der Werkunternehmer keinen Anspruch auf Billigung.

3. Dementsprechend trifft den Käufer nur in der Sekunde der körperlichen Entgegennahme die Obliegenheit, einen Mängelvorbehalt zu äußern, um dem Verlust der Gewährleistungsansprüche zu entgehen. Die Vorbehaltslast ist die Kehrseite seiner Entscheidung, die als mangelhaft erkannte Sache überhaupt anzunehmen.

4. Die Zurückweisung ist für den Gattungskauf bedeutend: Mit ihr verhindert der Käufer den Eintritt der Gewährleistungsphase, so daß er sein Ziel mangelfreier Lieferung mit dem originären Lieferungsanspruch und nicht mit dem Nachlieferungsanspruch verfolgen kann. So bleibt dem Käufer das Recht auf Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung nach § 326 BGB, das entgegen der herrschenden Meinung für den Nachlieferungsanspruch aus § 480 Abs. 1 S. 1 BGB aus gewährleistungsrechtlichen Gründen ausgeschlossen ist.

⁴¹ So *OLG Köln* vom 2. 4. 1993 – 19 U 202/92 = NJW-RR 1993, 1140 = CR 1993, 426; *LG Potsdam* vom 28. 3. 1994 – 14 O 1070/93 = CR 1995, 223 (LS). Offengelassen von *BGH* vom 4. 11. 1992 (aaO) – VIII ZR 165/91 = NJW 1993, 461 = CR 1993, 203 unter II 2 c aa.

⁴² Vom 3. 5. 1995 – 1 S 676/94 = CR 1995, 540 = NJW-RR 1996, 44.

⁴³ Vgl. dazu die Diskussion um den Erfüllungsvorbehalt des Gläubigers im Rahmen der Leistung auf vorläufig vollstreckbare Titel, *Staudinger/Olzen* (Fn. 8) § 362 Rn. 24 ff., 34 ff.; zur Leistung unter Vorbehalt auch *Gernhuber* (Fn. 21) § 5 V, S. 122 ff.

⁴⁴ Vgl. *Schildt*, Die Gefahrtragung beim Versandhandelskauf, JR 1995, 89 ff.; diesen Zusammenhang zu § 464 hat bereits *Raisch* (Fn. 19) S. 400 gesehen.

⁴⁵ Zur isolierten Abnahmeklage *BGH* vom 27. 2. 1996 – X ZR 3/94 = *BGHZ* 132, 96 = NJW 1996, 1749.