

„AUGEN AUF! KAUF IST KAUF“

Seminararbeit im Rahmen des Seminars
für Deutsche Rechtsgeschichte
zum Thema

„Deutsche Rechtssprichwörter – verstaubt oder aktueller denn je?“
bei

Professor Dr. Karlheinz Muscheler
(WS 2008/2009)

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung.....	1
B. Zeitliche Einordnung.....	1
I. Früh-, Hoch- und Spätmittelalter.....	1
II. Zusammenfassung.....	2
C. Darstellung des Aussagegehaltes.....	2
I. Betrachtung des Aussagegehalts.....	3
1. Untersuchungs- und Rügeobliegenheit.....	3
2. Hinweis auf Rechtsfolgen.....	3
II. Zusammenfassung.....	4
D. Historische Genese des Vertrags- und Sachmängelrechts.....	4
I. Mittelalterliche Rechtsbücher (Sachsen- und Schwabenspiegel).....	6
II. Beeinflussung durch römisches Recht.....	6
1. Das Vertragsrecht der römischen Antike.....	7
2. Entwicklung und Bedeutung von „Obligation“ und „Haftung“.....	8
3. Kaufvertrag und vertragliche Haftung – „emptio venditio“.....	8
a) „Stipulatio“.....	9
b) „Bona fides“.....	9
c) Zusammenfassung.....	9
4. Die Haftung für zugesicherte Eigenschaften.....	10
a) Sachmängelhaftung und Zusicherung.....	10
b) Sachmängelhaftung nach den Ädilenedikten.....	10
c) Zusammenfassung.....	11
III. Frühmittelalterliches Germanenrecht und Beeinflussung durch das römische Recht..	12
1. Das Recht der germanischen Volksstämme („leges barbarorum“).....	12
2. Unterschied zum römischen Recht.....	13
3. Zusammenfassung.....	14
IV. Rezeption und „Usus modernus“.....	15
1. Rezeption.....	15
2. Usus modernus.....	15
E. Das Sachmängelrecht im Recht der Neuzeit bis zur Einführung des BGB.....	16
I. Kodifikationen.....	16
1. Codex Maximilianus Bavaricus civilis und ALR.....	17
2. Code civil.....	18
II. Reichsgründung und BGB.....	19

1. Rechtsvereinheitlichung.....	19
2. Zusammenfassung.....	20
F. Europarecht und Schuldrechtsmodernisierung	21
I. Einfluss des Europarechts.....	21
1. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (RiL 1999/44/EG)	21
2. Die Umsetzung der Richtlinie in deutsches Recht	22
II. Untersuchungsobliegenheiten im neuen Schuldrecht?	23
1. Unvereinbarkeit hinsichtlich der Art des Mangels	23
2. Unvereinbarkeit hinsichtlich der Art der Sache.....	23
III. Zusammenfassung und Ergebnis	24

Literaturverzeichnis

Aubin, Herrmann/ Zorn, Wolfgang	Handbuch der deutschen Wirtschafts- und Sozialgeschichte, Band I, Stuttgart 1971
Bautier, Robert-Henri u. a. (Hrsg.)	Lexikon des Mittelalters, 5. Band, Stuttgart 1999 Zitiert als: Bearb. in: Lexikon des Mittelalters, Bnd. 5
Bautier, Robert-Henri u. a. (Hrsg.)	Lexikon des Mittelalters, 3. Band, Stuttgart 1999 Zitiert als: Bearb. in: Lexikon des Mittelalters, Bnd. 3
Becker, Hans-Jürgen	Das Rheinische Recht und seine Bedeutung für die Rechtsentwicklung im 19. Jahrhundert, JuS 1985, S. 338-345
Coing, Helmut	Europäisches Privatrecht, Band I, München 1985 Zitiert als: Coing, Europäisches Privatrecht, S.
Conrad, Hermann	Deutsche Rechtsgeschichte, Band II, Karlsruhe 1966 Zitiert als: Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte, S.
Dahn, Felix/ Bluntschli, Johann Kaspar [Hrsg.]	Deutsches Privatrecht, 3. Auflage, München 1864 Zitiert als: Dahn/Bluntschli, Deutsches Privatrecht, S.
Dauner-Lieb, Barbara/ Heidel, Thomas/ Ring, Gerhard	Das neue Schuldrecht, Heidelberg 2002
Derschka, Harald Rainer	Der Schwabenspiegel übertragen in heutiges Deutsch mit Illustrationen aus alten Handschriften, München 2002 Zitiert als: Derschka, Der Schwabenspiegel, Art., S.
Eisenhardt, Ulrich	Deutsche Rechtsgeschichte, 4. Auflage, München 2004

Erlar, Adalbert/ Kaufmann, Ekkehard (Hrsg.)	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band II, Berlin 1978 Zitiert als: Erlar/Kaufmann-Bearb., HRG, S.
Erlar, Adalbert/ Kaufmann, Ekkehard (Hrsg.)	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band III, Berlin 1984 Zitiert als: Erlar/Kaufmann-Bearb., HRG Bnd. III, S.
Heusler, Andreas	Institutionen des Deutschen Privatrechts, Leipzig 1885
Hillebrand, Julius Hubert	Deutsche Rechtssprichwörter, Zürich 1858
Hoffmann, Jan	Verbrauchsgüterkaufrechtsrichtlinie und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, ZRP 2001, S. 347 ff. Zitiert als: Hoffmann, ZRP 2001, S.
Honsell, Heinrich	Römisches Recht, 6. Auflage, Zürich 2006
Kaser, Max/ Knütel, Rolf	Römisches Privatrecht, 18. Auflage, München 2005
Klempt, Walter-Jürgen	Die Grundlagen der Sachmängelhaftung des Verkäufers im Vernunftsrecht und Usus modernus, Stuttgart 1967 Zitiert als: Klempt, Die Grundlagen der Sachmängelhaftung, S.
Kroeschell, Karl/ Cordes, Albrecht Nehlsen-von Stryk, Karin	Deutsche Rechtsgeschichte Band 2: 1250-1650, 9. Auflage, Köln 2008
Landau, Peter	Die Lex Baiuvariorum, in: Bayerische Akademie der Wissenschaften, Sitzungs- berichte Jahrgang 2004, Heft 3, Mün- chen 2004
Liebs, Detlef	Lateinische Rechtsregeln und Rechts- sprichwörter, 6. Auflage, München 1998
Liebs, Detlef	Römisches Recht, 6. Auflage, Göttingen 2004

Lorenz, Stephan	Sachmangel und Beweislastumkehr im Verbrauchsgüterkauf - Zur Reichweite der Vermutungsregelung in § 476 BGB, NJW 2004, S. 3020 ff. Zitiert als: Lorenz, NJW 2004, S.
Mugdan, Benno	Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band II, Berlin 1899 Zitiert als: Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB, Bnd II, S.
Olsen, Dietmar	Das kaufrechtliche Sachmängelgewährleistungsrecht des Code civil in der Rechtsprechung deutscher Gerichte im 19. Jahrhundert, Frankfurt a. M. 1997 Zitiert als: Olsen, Das kaufrechtliche Sachmängelgewährleistungsrecht des Code civil, S.
Palandt, Otto	Kommentar zum BGB, 67. Auflage, München 2008 Zitiert als: Palandt-Bearbeiter, BGB, §.. Rn.
Pfeifer, Wolfgang	Etymologisches Wörterbuch des Deutschen, Berlin 2004
Planitz, Hans/ Eckhardt, Karl August	Deutsche Rechtsgeschichte, 4. Auflage, Köln 1981
Rebmann, Kurt/ Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.)	Münchener Kommentar zum BGB, Band 3, §§ 433-606, 3. Auflage, München 1995 Zitiert als: MüKo-Bearbeiter, BGB, §.. Rn.
Roth, Wulf-Henning	Europäischer Verbraucherschutz, JZ 2001, S. 475 ff. Zitiert als: Roth, JZ 2001, S.
Schmidt-Wiegand, Ruth/ Schewe, Ulrike	Deutsche Rechtsregeln und Rechts-sprichwörter - Ein Lexikon, München 1996 Zitiert als: Schmidt-Wiegand/Schewe, Deutsche Rechtsregeln und Rechts-sprichwörter, S.
Schulte-Nölke, Hans	Die schwere Geburt des Bürgerlichen Gesetzbuchs, NJW 1996, S. 1705 ff. Zitiert als: Schulte-Nölke, NJW 1996, S.

Staudinger von, Julius [Hrsg.]	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Band, 9. Aufl., Berlin 1928 Zitiert als: Staudinger-Bearbeiter, BGB, 9. Aufl., §.. Rn.
Staudinger von, Julius [Hrsg.]	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, §§ 241-853, Neubearbeitung 2004 Zitiert als: Staudinger-Bearbeiter, BGB, §.. Rn.
Staudinger von, Julius [Hrsg.]	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 1, §§ 134- 163, Neubearbeitung 2003 Zitiert als: Staudinger-Bearbeiter, BGB, §.. Rn.
Staudinger von, Julius [Hrsg.]	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 1, §§164-240, Neubearbeitung 2004 Zitiert als: Staudinger-Bearbeiter, BGB, §.. Rn.
Wermke, Matthias/ Kunkel, Razum/ Kathrin, Scholze-Stubenrecht	Der Duden, Herkunftswörterbuch, 4. Auflage, Mannheim u. A. 2006
Wesel, Uwe	Geschichte des Rechts, 3. Auflage, München 2006
Wesenberg, Gerhard/ Wesener, Gunter [Bearb.]	Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung, 4. Auflage, Wien 1985 Zitiert als: Wesenberg-Wesener, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, S.
Wieacker, Franz	Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, Göttingen 1952 Zitiert als: Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S.

A. Einleitung

Die vorliegende Arbeit soll den Rechtssatz „Augen auf! Kauf ist Kauf!“ auf Herkunft, Entwicklung, Sinngehalt und Verbreitung in verschiedenen Kodifikationen untersuchen. Insoweit gilt es zunächst eine kurze zeitliche Einordnung vorzunehmen, um anschließend den Aussagegehalt und die dahinter stehenden Prinzipien herauszuarbeiten. Zuletzt soll die geschichtliche Entwicklung dieser Prinzipien nachgezeichnet und die Aktualität des Aussagegehalts im heutigen Zivilrecht geklärt werden.

B. Zeitliche Einordnung

I. Früh-, Hoch- und Spätmittelalter

Eine exakte zeitliche Einordnung des vorliegenden Sprichworts in einen genau abgegrenzten Zeitraum fällt schwer. Die einschlägige Literatur beschränkt sich insoweit darauf, es in die Zeit des Mittelalters einzuordnen.¹ Bedenkt man, dass sich die Epoche des Mittelalters in Früh-, Hoch- und Spätmittelalter unterteilen lässt, also einen Zeitraum von mehr als 700 Jahren umfasst, ist diese Einordnung sehr unbestimmt.

Bei einer genaueren zeitlichen Zuordnung des Sprichworts wird man dessen Herkunft wohl auf die Zeit des Hoch- bis Spätmittelalters einzugrenzen haben. Zwar ist der Kauf i. S. eines „Umsatzgeschäftes Ware gegen Geld“ schon in frühmittelalterlichen Quellen wie z. B. der Lex Baiuvariorum² erwähnt. Trotzdem sprechen zahlreiche Gesichtspunkte für die Einordnung in die Zeit des Hoch- bis Spätmittelalters. So muss gesehen werden, dass im Frühmittelalter der Waren- und Geldaustausch noch nicht sehr weit entwickelt war.³ Man darf daher davon ausgehen, dass den mit einem Vertragsschluss einhergehenden Rechtsfolgen in der frühmittelalterlichen Gesellschaft noch keine derart große Bedeutung beigemessen werden konnte, als dass diese sich bereits in einem Rechtsspruchwort manifestiert haben könnten.

¹ Kroeschell/Cordes/Nehlsen-von Stryk, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 89.

² Scherner in: Lexikon des Mittelalters, S. 1079; vgl. Lex Baiuvariorum, Titel XVI. 9.

³ Aubin/Zorn, Handbuch der deutschen Wirtschafts- und Sozialgeschichte, S. 207 ff.

Denn eine solche Manifestierung ist in der Regel Ausdruck bereits bestehender „gesellschaftlicher Traditionen“⁴, die sich dann in Sprichwörtern niederschlagen. Gewohnheiten bei der Handhabung von Rechtsproblemen können sich aber erst mit ihrem ständig wiederkehrenden Auftreten herausbilden. Insoweit spricht insbesondere die wachsende Anzahl von Stadtneugründungen und der damit einhergehende Anstieg⁵ von Stadtmärkten im 11. und 12. Jahrhundert für eine starke Zunahme von Kaufverträgen. Weiterhin war auf den Märkten der *Kauf vor Augen* der Regelfall.⁶ Der Umstand, dass kaufrechtliche Bestimmungen in den Stadtrechten gehäuft auftreten, spiegelt eben diesen gesellschaftlichen und marktwirtschaftlichen Wandel⁷ im Hoch- und Spätmittelalter wieder, so dass dieses Moment ebenfalls für eine Zuordnung des Ausspruchs in diese Epoche spricht.⁸

II. Zusammenfassung

Die gesellschaftliche und sozialpolitische Entwicklung sprechen für eine zeitliche Einordnung des Sprichworts in die Epoche des Hoch- bis Spätmittelalters. Die wachsende Bedeutung des Handels wird zudem anhand der aus dieser Zeit stammenden Stadtrechte deutlich, da offensichtlich ein Bedürfnis bestand, entsprechende gesetzliche Regelungen niederzuschreiben.

C. Darstellung des Aussagegehaltes

Nachdem die zeitliche Herkunft des Sprichworts dem Hoch- bis Spätmittelalter zugeordnet wurde, können nunmehr sein Aussagegehalt und die dahinter stehenden, zu dieser Zeit geltenden Rechtsgrundsätze dargestellt werden.

⁴ Dahn/Bluntschli, Deutsches Privatrecht, S. 11.

⁵ Wesel, Geschichte des Rechts, S. 298.

⁶ Schmidt-Wiegand/Schewe, Deutsche Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, S. 192.

⁷ Aubin/Zorn, Handbuch der deutschen Wirtschafts- und Sozialgeschichte, S. 207 ff.

⁸ Scherner in: Lexikon des Mittelalters, S. 1082; zu den div. Stadtrechten vgl. Schmidt-Wiegand/Schewe, Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, S. 192.

I. Betrachtung des Aussagegehalts

Liest oder hört man das vorbezeichnete Sprichwort, so fällt zunächst auf, dass der Ausspruch „Augen auf! Kauf ist Kauf!“ als Imperativ formuliert ist und den Käufer zu besonderer Aufmerksamkeit auffordert („Augen auf!“). Darüber hinaus lässt sich der Betonung „Kauf ist Kauf!“ ein Hinweis auf die Verbindlichkeit des Kaufgeschäftes entnehmen. Auch dem juristischen Laien wird verdeutlicht, dass er nach Zahlung des Kaufpreises und Erhalt der Ware sein Geld, aus welchen Motiven auch immer, (grundsätzlich) nicht zurückverlangen kann.

1. Untersuchungs- und Rügeobliegenheit

Wie bereits ausgeführt, wird der Käufer einer Sache dazu angehalten, vor Tätigung eines jeden Kaufs besondere Aufmerksamkeit walten zu lassen. Insoweit stellt der Ausspruch klar, dass den Käufer eine *Untersuchungs- und Rügeobliegenheit*⁹ bezüglich des zu erwerbenden Gegenstandes trifft. Er soll sich darüber im Klaren sein, ob er die Kaufsache tatsächlich in dem Zustand und zu dem Preis, zu dem sie ihm angeboten wird, erwerben möchte. Der Käufer soll also überprüfen, ob die *Ware mangelbehaftet* ist, bevor er sie kauft. Ein Sachmangel war, vergleichbar zur heutigen Regelung im BGB, gegeben, wenn der Kaufsache *vereinbarte* Eigenschaften fehlten oder die Sache erhebliche Fehler aufwies.¹⁰

2. Hinweis auf Rechtsfolgen

Der Hinweis auf die oben angesprochene Verbindlichkeit des Geschäfts beinhaltet weiterhin Hinweise auf bestimmte *Rechtsfolgen* für den Fall, dass der Käufer mangelhafte Ware erwirbt, weil er den vorgenannten Obliegenheiten nicht nachgekommen ist: Der Ausspruch „Kauf ist Kauf!“ impliziert, dass eine nachträgliche Minderung des Kaufpreises oder gar die Rückabwicklung eines vollzogenen Kaufs nicht möglich ist. Hieraus ergibt sich zugleich, dass der Ausspruch „Augen auf! Kauf ist Kauf!“ und die dahinter stehenden Rechtsgrundsätze zunächst nur für den im Mittelalter üblichen Barkauf Geltung

⁹ Klempt, Die Grundlagen der Sachmängelhaftung, S. 60.

¹⁰ Klempt, Die Grundlagen der Sachmängelhaftung, S. 51; Planitz/Eckhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 221.

beanspruchen konnten.¹¹ Denn nur bei diesem war es dem Käufer überhaupt möglich, die Ware „unter die Lupe zu nehmen“. Insoweit liegt auch der Schluss nahe, dass sich die Regelung nur auf erkennbare Mängel bezog.

II. Zusammenfassung

Im Ergebnis lassen sich *drei* Kernaussagen des Sprichworts festhalten: 1. Der Kauf stellt ein verbindliches Rechtsgeschäft dar, der zur Erfüllung verpflichtet und dazu führt, dass das jeweils Geleistete nicht mehr zurück verlangt werden kann. 2. Den Käufer trifft eine Untersuchungs- und Rügeobliegenheit im Hinblick auf etwaige Sachmängel. 3. Kommt der Käufer dieser Obliegenheit nicht nach, so muss er sich auch dann an dem Geschäft festhalten lassen, wenn er den bzw. die Mängel nach Abschluss des Kaufes entdeckt. Das Sprichwort erfasst damit hinsichtlich des damals üblichen Barkaufs Kernaussagen über Grundsätze der Rechtsgeschäftslehre im Allgemeinen und der Sachmängelhaftung im Besonderen.¹²

D. Historische Genese des Vertrags- und Sachmängelrechts

Die dem Sprichwort zugrunde liegenden Aussagen finden sich in kodifizierter Form auch in diversen Statuten mittelalterlicher deutscher Städte, die die Sachmängelhaftung des Verkäufers besonders regelten. Insoweit ist zu beachten, dass es im Mittelalter mangels einheitlichen deutschen Staatsgebietes auch kein einheitlich geregeltes deutsches Privatrecht gab. Es handelte sich also insoweit um „Gewohnheitsrecht“, welches sich ohne staatliche Gesetzgebungsorgane¹³ herausgebildet hat. Dementsprechend existierte eine Vielzahl unterschiedlicher und selbständiger Regelungen von Stadt- und Landrechten, die voneinander unabhängige Rechtsgebiete mit eigenständigen „Rechtsgenossenschaften“¹⁴ darstellten. Umso auffälliger erscheint es, dass die verschiedenen Rechtsquellen ähnliche Regelungsgehalte aufweisen. So finden sich beispielsweise in den Statuten Ham-

¹¹ Kroeschell/Cordes/Nehlsen-von Stryk, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 89; Liebs, Römisches Recht, S. 277.

¹² Liebs, Römisches Recht, S. 277.

¹³ Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 183.

¹⁴ Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts, S. 13.

burgs, Lübecks, Breslaus und Wiens jeweils vergleichbare Regelungen darüber, ob und welche Rechte beim Erwerb mangelbehafteter Ware bestehen.¹⁵ In einem Statut der Stadt Hamburg¹⁶ heißt es:

„Wann ein Mann Korn, Holtz, [...] besehen und gekauft hat, auch darauf in seine Behausung und Gewehr bracht, das muß er ohne alle Exception gelten und bezahlen [...].“

Eine ähnliche Regelung findet sich im Lübecker Stadtrecht:

„Kauft iemand, es sey was es sey, was es vor Gut wolle, wann er dasselb zuvorn zur Genüge besehen, da es kann besehen werden, solches muß er bezahlen: Können aber die Gebrechen mit menschlichen Sinnen nicht begriffen und gleichwohl hernachmals die Waaren untüchtig befunden werden, soll man die Bezahlung davor zu thun nicht schuldig sein.“¹⁷

Insoweit ist auch festzustellen, dass das mittelalterliche deutsche Recht Mängelrechte, wenn überhaupt, nur sehr eingeschränkt gewähren wollte.¹⁸ Soweit der Käufer die Möglichkeit hatte, die Ware vor dem Kauf zu begutachten, zu „besehen“, sollte dies im Regelfall ausreichen, um ihn bezüglich später entdeckter Mängel an dem Kauf festzuhalten. Dem dürfte nicht zuletzt der Gedanke zugrunde gelegen haben, dass sich der Käufer schließlich durch Annahme der Ware in ihrem jeweiligen Zustand mit diesem Zustand einverstanden erklärt hat.¹⁹ Ein nachträgliches Rügen von Mängeln wurde grundsätzlich nicht gebilligt, wobei teilweise die Gewährung von Mängelrechten davon abhängig gemacht wurde, ob es sich um erkennbare oder verdeckte Mängel (wie z. B. Tierkrankheiten beim Viehkauf) handelte.²⁰ Allerdings ergibt sich aus dem Hamburger Statut (s. o.), dass allein die Möglichkeit der „Besehung“ ausreichen sollte, um die Sachmän-

¹⁵ Schmidt-Wiegand/Schewe, Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, S. 192.

¹⁶ Hamburger Statut, Titel II, Lit. 8, Art. 17; hierzu: Hillebrand, Deutsche Rechtssprichwörter, S. 170; Klempt, Die Grundlagen der Sachmängelhaftung, S. 51.

¹⁷ Klempt, Die Grundlagen der Sachmängelhaftung, S. 51.

¹⁸ Dahn/Bluntschli, Deutsches Privatrecht, S. 335; vgl. auch den Wortlaut der Hamburger und Lübecker Statuten.

¹⁹ Planitz/Eckhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 221.

²⁰ siehe Lübecker Stadtrecht, Tit. III., Lit. 6, Art. 15.

gelhaftung auszuschließen. Ob der Mangel erkennbar war, spielte nach diesem Statut also keine Rolle. Die Grundtendenz des mittelalterlichen Kauf- und Sachmängelrechts entsprach denn auch dieser Regelung und ging von einer weitreichenden Haftungsprivilegierung des Verkäufers aus, deren Entwicklung und Beeinflussung im Folgenden nachgezeichnet werden soll.

I. Mittelalterliche Rechtsbücher (Sachsen- und Schwabenspiegel)

Der Umstand, dass sich die aufgezeigten regionalen Regelungen inhaltlich stark ähnelten, lässt zunächst an eine überregionale Beeinflussung der Rechtsentwicklung durch mittelalterliche Rechtsbücher wie dem Sachsen- oder Schwabenspiegel denken. Aufgrund der Schriftform sowie der Übertragung der Regelungsgehalte in die niederdeutsche Sprache verbreiteten sich diese Textsammlungen in einem sehr weiträumigen Bereich und erreichten beinahe schon den Status eines Gesetzbuches.²¹ Im Hinblick auf die Entwicklung des Kauf- und Mängelrechts dürften sie jedoch eine eher untergeordnete Rolle gespielt haben, da sowohl der Sachsen-, als auch der Schwabenspiegel nur marginal kaufrechtliche Regelungen beinhalteten.²² So fanden sich u.a. Regelungen zu Rechtsfolgen bei Nichterfüllung des Kaufvertrags:

*„Und hat er mit einem anderen einen Kaufvertrag geschlossen und hat noch nicht bezahlt und es ist noch keine Veränderung daran vorgenommen, soll man jedem sein Gut zurückgeben“.*²³

Konkrete Regelungen über die Rechte des Käufers bei Auftreten von *Sachmängeln* sucht man dagegen vergebens.

II. Beeinflussung durch römisches Recht

Eine entscheidende Rolle für die Entwicklung des deutschen Kauf- und Mängelrechts könnte darüber hinaus das römische Recht ge-

²¹ Wesel, Geschichte des Rechts, S. 323.

²² Wesel, Geschichte des Rechts, S. 324.

²³ Derschka, Der Schwabenspiegel, Art. 200, S. 133.

spielt haben. Wie bereits ausgeführt, stellt das vorbenannte Sprichwort u. a. auf die *Verbindlichkeit des Kaufvertrages* ab, die ein Zurückfordern des Geleisteten ungeachtet einer etwaigen *Schlechterfüllung* grundsätzlich ausschließt. Dementsprechend hat der Frage nach der Entwicklung des Sachmängelrechts im Besonderen die Frage nach der Entwicklung und Bedeutung des Vertragsrechts im Allgemeinen vorauszugehen. Denn letztlich ist es die *durch den Vertrag* begründete Verbindlichkeit, welche überhaupt erst zu dem Gedanken einer Haftung des Verkäufers für mangelbehaftete Ware zu führen vermag.²⁴ Es stellt sich also auch die Frage nach der Bedeutung des römischen Vertragsrechts für die weitere Entwicklung des Sachmängelrechts.

Nach der Zeit der Völkerwanderungen, in der germanische und slawische Volksstämme in die bis dato durch die römische Hochkultur dominierten westlichen Gebiete Europas vorgestoßen sind, ist es zumindest teilweise zu einem Kultur- und Rechtsaustausch gekommen.²⁵ In der Folge werden damit auch die jeweiligen Rechtsvorstellungen der germanischen Volksstämme beeinflusst worden sein, so dass das antike römische Vertragsrecht bei der Entwicklung hin zu den mittelalterlichen Regelungen eine gewichtige Rolle gespielt haben dürfte.

1. Das Vertragsrecht der römischen Antike

Wie bereits ausgeführt, beruht der Aussagegehalt des Sprichworts nicht zuletzt auf der Überlegung, dass sich die Vertragsparteien bezüglich des Kaufgegenstandes *geeinigt haben*. Die Verbindlichkeit des Rechtsgeschäfts beruhte mithin bereits nach mittelalterlichen Vorstellungen auf dem gefundenen *Konsens*. Dem antiken römischen Vertragsrecht lag dagegen nicht seit jeher der Gedanke eines *allgemeinen* Vertragsbegriffs im Sinne eines Konsenses zugrunde. Dieser Konsens zwischen den Vertragsparteien war lediglich *ein* notwendiges Element, dem je nach Vertragsart noch weitere Elemente hinzutreten mussten, um einen klagbaren Anspruch begründen zu kön-

²⁴ Klempt, Die Grundlagen der Sachmängelhaftung, S. 64.

²⁵ Wesel, Geschichte des Rechts, S. 282.

nen.²⁶ Das antike Vertragsrecht fußte auf einer Kategorisierung in *bestimmte Vertragstypen* und *-formen*²⁷, ohne dass dahinter eine allgemeine Vertragsdogmatik gestanden hätte.²⁸

2. Entwicklung und Bedeutung von „Obligation“ und „Haftung“

Die Überlegung, dass sich aus einer zwischen zwei Personen getroffenen *Vereinbarung* für beide Parteien *Verbindlichkeiten* ergeben, hat seinen Ursprung in der deliktischen Haftung,²⁹ wobei „Haftung“ im wörtlichen Sinne zu verstehen war.³⁰ Der deliktisch Handelnde konnte im wahrsten Sinne des Wortes „verhaftet“ und festgesetzt werden, wenn er nicht in der Lage war, den von ihm verursachten Schaden auszugleichen. Eben aus dieser „Schuldhaft“ ging letztlich auch die schuldrechtliche „Obligation“ hervor.³¹ Insoweit wird die Entwicklung von einer tatsächlichen und persönlichen zu einer rechtlichen, auf Leistung gerichteten Haftung auch durch die Bedeutung des Wortes „obligare“ verdeutlicht: Übersetzt bedeutet „obligare“ „binden, knüpfen“.³² Durch die dem Schuldner bzw. Dritten gegebene Möglichkeit, die „Verhaftung“ durch den Gläubiger mittels Zahlung einer „Ablösesumme“ zu verhindern, entwickelte sich die eigentlich nur als subsidiär angesehene *Möglichkeit* einer Zahlung in eine selbständige und unmittelbare Rechtspflicht.

3. Kaufvertrag und vertragliche Haftung – „emptio venditio“

Die oben dargestellte Entwicklung wirkte sich mit Zunahme des Handelsverkehrs im Ergebnis auch auf das Vertragsrecht aus. Ab der Zeit um 200 v. Chr. veränderte sich bei den Römern das Rechtsverständnis dahin, dass jedwede Art von Kaufabreden zwischen den Parteien zu einem verbindlichen Kaufvertrag führen sollte.³³ Diese Vereinfachung des Vertragsschlusses wirkte sich wiederum auf die mit dem Vertrag begründeten Verpflichtungen hinsichtlich Leistung und Ge-

²⁶ Coing, Europäisches Privatrecht, S. 398.

²⁷ Coing, a. a. O.

²⁸ Staudinger-Bork, BGB, vor § 145 Rn. 9.

²⁹ Wesel, Geschichte des Rechts, S. 185.

³⁰ Liebs, Römisches Recht, S. 228, 229.

³¹ Liebs, a. a. O.

³² Etymologisches Wörterbuch des Deutschen, S. 941; Duden, Das Herkunftswörterbuch, S. 567.

³³ Liebs, Römisches Recht, S. 248.

genleistung aus. Insbesondere die Frage, ob die *erbrachte Leistung* auch der *geschuldeten Leistung* entsprach, spielte damit eine immer größere Rolle. Insoweit erlangten das Institut der Stipulation und der Gedanke der „Bona fides“ für die Entwicklung der vertraglichen Verpflichtungen eine besondere Bedeutung:

a) „Stipulatio“

Die Stipulation als „Zusicherung“ etwas Bestimmtes *in einer bestimmten Art und Weise* (z. B. *sachmangelfrei*) zu leisten, wirkte schuldbe gründend und stellte einen selbständigen und klagbaren Schuldgrund dar.³⁴ Der Versprechensempfänger durfte sich auf das Versprochene verlassen und konnte daraus Ansprüche und Rechte ableiten und gerichtlich geltend machen.

b) „Bona fides“

Die Möglichkeit, einer Vereinbarung Rechtswirkungen zuzusprechen, resultierte aber noch aus einem zusätzlichen, gesellschaftlich-moralisch begründeten Moment: der sog. „bona fides“. Die „fides“ als „Erwartung normgerechten Verhaltens“³⁵ wurde als „selbständiges sittliches Moment verstanden, welche Grundlage jeder Rechtsordnung sein sollte.“³⁶ Teilweise wird vertreten, dass eben diese gesellschaftliche Erwartungshaltung es überhaupt ermöglichte, die sittlich-moralische in eine rechtliche Institution zu wandeln, aus der wiederum Rechte und Ansprüche abgeleitet werden konnten.³⁷ Bezogen auf das Sachmängelrecht bedeutet dies, dass die Entwicklung der Verkäuferhaftung nicht zuletzt darauf gründet, dass der Verkäufer die *Erwartung normgerechten Verhaltens* enttäuscht, wenn er mangelbehaftete Ware veräußert.

c) Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Entwicklung zur vertraglichen „Haftung“ nach römischem Recht ihren Ursprung im deliktischen Haftungsrecht hatte. Die „Obligation“ gegenüber einer

³⁴ Liebs, Römisches Recht, S. 240.

³⁵ Staudinger-Looschelders, BGB, § 242 Rn. 8.

³⁶ Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht, § 33 Rn. 11 f.

³⁷ Staudinger-Looschelders, BGB, a. a. O.

Partei sollte nicht nur kraft Gesetzes, sondern auch privatautonom durch einfaches Versprechen begründet werden können. Die darüber hinaus bereits bestehende gesellschaftliche Erwartungshaltung, dass Versprechen einzuhalten sind, dürfte insoweit jedenfalls als Katalysator für die Verfestigung dieses Konstrukts in der Gesellschaft und damit als Grundlage für die weitere Entwicklung des Sachmängelrechts gewirkt haben.

4. Die Haftung für zugesicherte Eigenschaften

a) Sachmängelhaftung und Zusicherung

Betrachtet man die Sachmängelhaftung des antiken römischen Rechts, so muss man differenzieren zwischen der Haftung für *Zusicherungen* und der *gesetzlichen* Sachmängelhaftung. Die gesetzliche Sachmängelhaftung des Verkäufers war auch nach römischem Recht zunächst nur in geringem Umfang ausgestaltet. Ursprünglich wurde für Sachmängel überhaupt nicht gehaftet: Die Sache wurde so gekauft, wie sie war. Wurden später Mängel festgestellt, konnte der Käufer diese gegenüber dem Verkäufer nicht mehr geltend machen.³⁸ Insoweit galt also bereits in der Antike der Ausspruch „Caveat emptor!“ – „Der Käufer sei auf der Hut!“.³⁹ Ungeachtet dessen, hatte der Käufer sehr wohl die Möglichkeit, sich die Mangelfreiheit der Ware zusichern zu lassen. Gehaftet wurde demnach also nicht schon für den Mangel als solchen, sondern für die Zusicherungen, die bezüglich der Kaufsache abgegeben wurden („dicta et promissa“).

b) Sachmängelhaftung nach den Ädilenedikten

Die Zunahme des Handels und des Warenaustausches auf Märkten wirkte sich im Ergebnis auch auf die Sachmängelhaftung aus: Mit dem sog. „Jumentenedikt“, welches Regelungen zum Sklaven- und Viehkauf enthielt, wurden Verkäufer erstmals gesetzlich *verpflichtet*, für die Mangelfreiheit der angebotenen Ware einzustehen. Wörtlich übersetzt⁴⁰ enthielt das Edikt folgende Regelung:

³⁸ Honsell, Römisches Recht, S. 137.

³⁹ Liebs, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, S. 43.

⁴⁰ Wesel, Geschichte des Rechts, S. 222.

„Die Ädilen sagen: Wer Vieh verkauft, soll öffentlich wahre Auskunft darüber geben, welche Krankheit und Fehler es hat, und soll es den Käufern so übergeben, wie es zum Zwecke des Verkaufs in der besten Weise hergerichtet und aufgeputzt war. Wenn das nicht geschieht, werden wir eine Klage [...] erheben, wegen Krankheit oder Fehler eine Klage auf Rückgängigmachung des Kaufs in sechs Monaten oder innerhalb eines Jahres eine Minderungsklage.“

Beim Sklaven- und Viehkauf bedurfte es also keiner besonderen Parteivereinbarung mehr, um die Haftung des Verkäufers für Sachmängel herbeizuführen. Dabei war es unerheblich, ob dem Verkäufer etwaige Mängel bekannt waren oder nicht. Es handelte sich also um eine *verschuldensunabhängige* Garantiehafung des Verkäufers.⁴¹ Zu beachten ist aber, dass diese „Garantiehafung“ ausschließlich für *verdeckte*, nicht erkennbare Fehler galt. Soweit es sich also um einen für den Käufer durch Überprüfung der Ware erkennbaren Fehler handelte, galt das Edikt nicht.⁴²

Diese anfangs nur für den Sklaven- und Viehkauf geregelte Sachmängelhaftung des Verkäufers wurde unter Justinian schließlich auf den Kauf aller Sachen ausgedehnt.⁴³ Seitdem bestand damit nach römischem Recht eine Aufklärungs- und Informationspflicht des Verkäufers bezüglich der Mangelfreiheit der Kaufsache im Hinblick auf *nicht sichtbare* Fehler. Verstieß er hiergegen oder zeigte sich dieser zunächst nicht erkennbare Fehler zu einem späteren Zeitpunkt, so hatte der Käufer die genannten Rechte auf Rückabwicklung des Geschäfts oder Minderung.

c) Zusammenfassung

Es lässt sich festhalten, dass eine Sachmängelhaftung auch im römischen Recht ursprünglich nicht vorgesehen war, soweit der Verkäufer bezüglich der Warenbeschaffenheit keine Zusicherungen gegeben hatte. Das später eingeführte Ädilenedikt verbesserte insoweit die Position des Käufers erheblich, da er jedenfalls für verdeckte Mängel

⁴¹ Honsell, Römisches Recht, S. 139.

⁴² Honsell, Römisches Recht, S. 139.

⁴³ Wesel, Geschichte des Rechts, S. 223.

wie Krankheiten nicht mehr das Risiko zu tragen hatte und den Kauf ggf. rückabwickeln konnte. Im Hinblick auf erkennbare Mängel blieb es jedoch bei der Untersuchungs- und Rügeobliegenheit des Käufers. Nur im Falle der arglistigen Täuschung des Verkäufers konnten dann etwaige Ansprüche geltend gemacht werden. Insoweit galt: „Emtor curiosus esse debet“ – „Der Käufer muss neugierig sein“.⁴⁴

III. Frühmittelalterliches Germanenrecht und Beeinflussung durch das römische Recht

Im Hinblick auf den oben angesprochenen Kulturaustausch, der nach der Zeit der Völkerwanderung zwischen der römischen Hochkultur und den germanischen Volksstämmen stattgefunden hat, soll nunmehr nachgezeichnet werden, ob und welchen Einfluss das römische Rechtsverständnis auf das Recht der Germanenstämme und damit auch auf die weitere Entwicklung des deutschen Rechts genommen hat. Insbesondere die unter dem römischen Kaiser Justinian I. durchgeführte Novellierung und Neukodifikation des bis dato geltenden römischen Rechts im Corpus Iuris Civilis (CIC) wirft die Frage auf, ob und inwieweit die vorgenannten Grundsätze in das deutsche bzw. germanische Rechtssystem schlicht übernommen oder ob vergleichbare Grundsätze parallel bzw. unabhängig vom römischen Recht entwickelt wurden, ohne dass es einer besonderen Adaption bedurfte.

1. Das Recht der germanischen Volksstämme („leges barbarorum“)

Wie bereits angesprochen⁴⁵ beinhaltete die um 740 n. Chr. im Frühmittelalter entstandene „Lex Baiuvariorum“ eigene Stellungnahmen zu Leistungsstörungen bei Kauf- und Tauschgeschäften.⁴⁶ Unter anderem fanden sich dort Regelungen über Rechte des Käufers von Unfreien, Pferden und Vieh, wenn dieser nach dem Kauf Mängel an der Kaufsache entdeckte. In der Literatur wird bezüglich der Entwicklung des Sachmängelrechts insbesondere auf das Lex Baiuvariorum

⁴⁴ Liebs, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, S. 72.

⁴⁵ Siehe S. 1.

⁴⁶ Ertler/Kaufmann-Scherner, HRG, S. 678.

verwiesen, da dieses im Gegensatz zu den übrigen germanischen Partikularrechten zahlreiche Vorschriften privatrechtlichen Inhalts und u. a. unter Tit. XVI differenzierte Regelungen zum Sachmängelrecht enthalte.⁴⁷ Danach wurde dem Käufer beim Sklaven- und Tierkauf das Recht zuerkannt, innerhalb von drei Tagen das Kaufgeschäft rückgängig machen zu können, wenn der Verkäufer Mängel verheimlicht hatte.⁴⁸

2. Unterschied zum römischen Recht

Soweit auch in der rechtsgeschichtlichen Literatur umstritten sein mag, inwieweit diese Regelung auf den Einfluss des römischen Rechts zurückzuführen ist,⁴⁹ fällt jedenfalls auf, dass bereits hier die Voraussetzungen für die Geltendmachung von Mängelrechten abweichend von den Regelungen der Ädilenedikte geregelt wurden:

Zunächst haftete der Verkäufer nach der Lex Baiuvariorum *nicht* verschuldensunabhängig. Denn das Recht zum Rücktritt vom Vertrag wird nach der Lex Baiuvariorum nur für solche Fehler gewährt, die dem Verkäufer *bekannt* waren und verschwiegen wurden. Schwor der Verkäufer, er habe bei Vornahme des Geschäftes nichts von den später aufgetretenen Mängeln gewusst, so konnte der Käufer sich nicht mehr von dem Vertrag lösen.⁵⁰ Eine solche Exculpationsmöglichkeit sah das römische Recht nicht vor.

Ein weiterer Unterschied besteht in den gewählten Fristenregelungen. Nach der Lex Baiuvariorum konnte der Käufer sein Rücktrittsrecht nur innerhalb von drei Tagen geltend machen, es sei denn, der Verkäufer (nicht etwa der Mangel) war innerhalb dieser Frist nicht aufzufinden. Demgegenüber gewährten die Ädilen dem Käufer eine Frist von sechs Monaten, innerhalb derer er von seinen Rechten Gebrauch machen konnte.

⁴⁷ Erler/Kaufmann-Scherner, HRG, S. 678; Schott in: Lexikon des Mittelalters, S. 1803; Landau, Die Lex Baiuvariorum, S. 27.

⁴⁸ Siehe Landau, a. a. O.

⁴⁹ Hierzu: Landau, Die Lex Baiuvariorum, S. 29.

⁵⁰ Hierzu: Landau, Die Lex Baiuvariorum, S. 28.

3. Zusammenfassung

Im Hinblick auf die Bedeutung des römischen Vertragsrechts im Allgemeinen und des Kauf- und Sachmängelrechts im Besonderen stellt sich ein uneinheitliches Bild dar:

Einerseits weisen die Regelungen der Lex Baiuvariorum beachtliche Übereinstimmungen bei der Ausgestaltung der Mängelrechte auf. Ob nun ein im römischen Recht geschulter Redaktor eine Neuregelung geschaffen und dabei auf die Systematik des römischen Rechts zurückgegriffen hat oder ob lediglich aus der Spätantike herrührende und erhalten gebliebene Rechtsgewohnheiten den Anstoß für deren Kodifikation im Rahmen der Lex Baiuvariorum gegeben haben,⁵¹ sei insoweit dahingestellt. Andererseits weichen die frühmittelalterlichen germanischen Regelungen zur Verkäuferhaftung erheblich von den Regelungen des antiken römischen Rechts ab (s. o.). Während durch die Ädilenedikte eine verschuldensunabhängige Garantiehafung des Verkäufers für verborgene Mängel mit großzügigen Fristenregelungen begründet wurde, sahen die germanischen Rechte schon in ihren Anfängen auch bei verdeckten Mängeln eine nur sehr eingeschränkte Verkäuferhaftung mit sehr kurzen Fristläufen vor und boten dem Verkäufer zudem die Möglichkeit sich zu exculpieren und so seiner Haftung zu entgehen.

Auffallend ist, dass diese verkäuferfreundlichen Regelungen auch in der weiteren geschichtlichen Entwicklung beibehalten wurden. Insofern lässt sich sagen, dass selbst wenn das spätere deutsche Recht erheblich durch das antike römische Recht beeinflusst wurde, der Ausgestaltung der Verkäuferhaftung eine eigenständige und von dem römischen Recht unabhängige Note verliehen worden ist, die sich bis in die bereits aufgezeigten spätmittelalterlichen Regelungen fortsetzte.

⁵¹ So Landau in: Die Lex Baiuvariorum, S. 29.

IV. Rezeption und „Usus modernus“

1. Rezeption

Mit der „Wiederbelebung des römischen Rechts“⁵² an den Universitäten in der Zeit vom 12. Jahrhundert an wuchs der Einfluss des römischen Rechts auf die europäischen Rechtsordnungen wieder an.⁵³ Durch die Gründung von Rechtsfakultäten wurden die Voraussetzungen für eine Übernahme römischrechtlicher Regelungen in die bestehenden Rechtssysteme geschaffen. Denn die in Methodik und Systematik des Corpus Iuris Civilis wissenschaftlich geschulten Absolventen wendeten in der Praxis das römische Recht an, soweit sich den jeweiligen Particularrechten keine Regelungen entnehmen ließen.⁵⁴ Allerdings war aufgrund der bereits bestehenden Regelungen zur Sachmängelhaftung in diesem Bereich eigentlich kein Raum, um die Haftungsregelungen des römischen Rechts zu implementieren, da man insoweit dem römischen Recht nur subsidiäre Geltung zubilligte.⁵⁵ Dementsprechend war der steigende Einfluss des römischen Rechts in den Anfängen der Rezeption noch nicht geeignet, die spezielleren Regelungen der Stadt-, Land- und Gewohnheitsrechte vollständig zu verdrängen. Insoweit setzte sich der Grundsatz der Haftungsprivilegierung des Verkäufers bis in die frühe Neuzeit (ab Ende des 15. Jh.) fort. Es blieb also dabei, dass grds. der Käufer das Risiko zu tragen hatte, ggf. eine mangelbehaftete Sache zu erwerben.

2. Usus modernus

An dieser Risikoverteilung änderte sich im Wesentlichen auch nichts während der Anfang des 17. Jahrhunderts⁵⁶ einsetzenden Epoche des Usus modernus. Allerdings bildeten sich bereits in dieser Zeit abweichend von den in den mittelalterlichen Ortsrechten noch deutlich erkennbaren Tendenzen zur Haftungsmilderung⁵⁷ in Wissenschaft und Praxis ein Trend dahingehend heraus, die Verkäuferhaftung je-

⁵² Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 83.

⁵³ Eisenhardt, a. a. O.

⁵⁴ Coing, Europäisches Privatrecht, S. 12 f.

⁵⁵ Wesenberg/Wesener, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, S. 131.

⁵⁶ Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 111 ff.

⁵⁷ Wesenberg-Wesener, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, S. 131.

denfalls bei *verborgenen Mängeln* zu verschärfen.⁵⁸ Die Rechtfertigung dieser Haftung wurde letztlich darin gesehen, dass zwischen den ausgetauschten Leistungen ein Gleichgewicht bestehen müsse, welches beim Verkauf mangelbehafteter Ware gerade nicht gegeben sei.⁵⁹ Der Umstand, dass man auch in der Rechtspraxis zunehmend davon abrückte, die eigentlich vorrangigen Gewohnheits- und Particularrechte anstelle des römischen Rechts anzuwenden,⁶⁰ dürfte die Entwicklung zu einer schärferen Verkäuferhaftung für Sachmängel ebenfalls begünstigt haben. Der in den Anfängen der Rezeption noch beachtete Subsidiaritätsgrundsatz des römischen Rechts verlor also in der Rechtspraxis an Bedeutung. Im Kern ging es stets um die Frage, welcher Partei man das Risiko eines Mangels aufbürden sollte, also nach dem „ob“ der Haftung. Erst im Anschluss daran stellte sich die Frage, worauf der Verkäufer haftet, also nach dem „wie“ der Haftung (Schadensersatz, Nacherfüllung, Rückabwicklung). Die Überlegung, dass der Verkäufer vertragsgemäße, sprich fehlerfreie Ware schuldet, führte jedoch nicht dazu, den Käufer aus seiner Untersuchungs- und Rügepflicht zu entlassen. Trotz der angesprochenen Tendenzen einer Risikoverlagerung von Käufer auf Verkäufer blieb es also auch in dieser Epoche weiterhin bei dem Grundsatz, dass für erkennbare Mängel nicht gehaftet wurde.⁶¹

E. Das Sachmängelrecht im Recht der Neuzeit bis zur Einführung des BGB

I. Kodifikationen

Die politische Entwicklung in Deutschland von der Mitte des 18. bis hin zum Anfang des 19. Jahrhunderts verstärkte das Streben, ein einheitliches, deutsches Zivilrecht zu schaffen, was sich letztlich auch in den Kodifikationen Bayerns, Preußens, Badens und Österreichs widerspiegelte.⁶² Bezogen auf die Schaffung eines einheitlichen Sach-

⁵⁸ Klempt, Die Grundlagen der Sachmängelhaftung, S. 65.

⁵⁹ Wesenberg-Wesener, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, S. 133.

⁶⁰ Erler/Kaufmann-Söllner, HRG Bnd. III, S. 1974; Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 105.

⁶¹ Klempt, Die Grundlagen der Sachmängelhaftung, S. 60.

⁶² Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 360.

mängelrechts verdeutlichen die vorangegangenen Ausführungen, dass sich im Zuge der Rezeption bis in die Neuzeit hinein bereits Tendenzen einer Risikoverlagerung bezüglich *verborgener* Mängel der Kaufsache entwickelten. Diese Entwicklung setzte sich mit den Mitte des 18. Jahrhunderts einsetzenden Kodifikationen, im Sinne von „Gesamtgesetzgebungen, die umfassende Regelungen ganzer Lebensbereiche und Rechtsbeziehungen“⁶³ enthielten, fort. Exemplarisch können hier der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis von 1756 und das Allgemeine Preußische Landrecht von 1794 (ALR) genannt werden.

1. Codex Maximilianeus Bavaricus civilis und ALR

Sowohl im Codex Maximilianeus Bavaricus civilis als auch im ALR wird die Haftung des Verkäufers für den Verkauf mangelhafter Ware ausdrücklich reglementiert, wobei sich diese auch weiterhin auf die verdeckten Mängel beschränkte. Insoweit nahm der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis, der grundsätzlich an der Subsidiarität des gemeinen Rechts festhielt,⁶⁴ zur Herbeiführung dieser Rechtsfolgen explizit Bezug auf die Regelungen der Ädilen-Edikte.⁶⁵

Dagegen beinhaltete das ALR bereits einen ausdrücklich mit „Gewährleistung“ überschriebenen Abschnitt. Dort⁶⁶ findet man die Bestimmung, nach welcher der Verkäufer dafür haftet, dass die Kaufsache den gewöhnlich vorausgesetzten sowie den ausdrücklich vereinbarten Eigenschaften entspricht. Tut sie dies nicht, soll der Käufer nach den ALR §§ 329, 81 nicht mehr an seine Willenserklärung gebunden sein und sein Geld zurückfordern dürfen.⁶⁷

⁶³ Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 205.

⁶⁴ Wesenberg-Wesener, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, S. 159.

⁶⁵ Klempt, Die Grundlagen der Sachmängelhaftung, S. 72.

⁶⁶ ALR, Teil 1, Titel 5, § 319 (=ALR, I 5, § 319).

⁶⁷ ALR, I 5, § 329 verweist auf ALR, I 4, §§ 81, 82, womit die dort geregelten Rechtsfolgen bezüglich der Wirksamkeit von Willenserklärungen im Falle eines Irrtums aufgeführt sind.

Zugleich wurde dieses Recht wieder ausgeschlossen, wenn es sich um erkennbare Fehler handelte:

„Ist also der Fehler in die Augen fallend, und der Empfänger hat die Sache, ohne denselben ausdrücklich zu rügen, übernommen, so kann er weder vom Verträge zurücktreten, noch Vergütung fordern“, ALR, I 5 § 330.

2. Code civil

Einfluss⁶⁸ auf die deutsche Rechtsentwicklung hatte ferner die mit der Eroberung des Rheinlands 1795⁶⁹ erfolgte Ausweitung des Einflussbereichs Napoleons: Mit der Einführung des französischen Rechts fanden auch die im französischen Zivilrecht geltenden Regelungen zur Sachmängelhaftung des Code civil ihren Einzug in das deutsche Recht, wobei sich dieser Einfluss im gesamten europäischen Rechtsraum bemerkbar gemacht haben dürfte, berücksichtigt man, dass der Code civil das am häufigsten rezipierte Gesetzbuch im europäischen Raum darstellt.⁷⁰ Im Bereich des Sachmängelrechts brachte dieser Einfluss im Hinblick auf die *bereits bestehenden Regelungen* keine erheblichen Neuerungen mit sich: Vielmehr sahen auch die französischen Regelungen⁷¹ zum Sachmängelrecht entsprechend der bereits dargestellten Entwicklung eine Sachmängelhaftung nur für verborgene Mängel vor.⁷² Insoweit führte also die Einführung des Code civil zwar zu einer Rechtsvereinheitlichung indem die zuvor geltenden Particularrechte abgelöst wurden, brachte aber *im Hinblick auf die Gestaltung des Sachmängelrechts* keine fundamentalen Änderungen mit sich.

⁶⁸ Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 398.

⁶⁹ Becker, JuS 1985, S. 338, 339.

⁷⁰ Wesenberg-Wesener, Neuere Deutsche Privatrechtsgeschichte, S. 163.

⁷¹ Im Code civil geregelt in den Art. 1625 bis 1649; hierzu: Olsen, Das kaufrechtliche Sachmängelrecht des Code civil, S. 31 ff.

⁷² Olsen, Das kaufrechtliche Sachmängelrecht des Code civil, S. 32.

II. Reichsgründung und BGB

1. Rechtsvereinheitlichung

Die Herstellung eines einheitlichen deutschen Rechtssystems wurde bereits vor der 1871 erfolgten Reichsgründung angestrebt.⁷³ Schon in der Paulskirchenverfassung von 1849 war die Schaffung eines einheitlichen Zivilgesetzbuches als erklärtes Verfassungsziel aufgeführt.⁷⁴ Dennoch wurde dieses Ziel aufgrund der vielfachen politischen und territorialen Veränderungen im 19. Jahrhundert erst durch die nach dem Deutsch-Französischen Krieg erfolgte Gründung des Deutschen Reiches möglich. Denn erst jetzt gelang es nach Verabschiedung der Reichsjustizgesetze von 1877 (Gerichtsverfassungsgesetz, Strafprozessordnung und Zivilprozessordnung), die Zuständigkeiten des Reichstages auf das gesamte Zivilrecht auszuweiten und so die Grundlagen der Rechtsvereinheitlichung in Deutschland zu schaffen.⁷⁵ Mit dem am 1. Januar 1900 in Kraft getretenen BGB wurde die angestrebte Rechtseinheit in Deutschland letztlich verwirklicht. Und entsprechend der liberalen Grundgedanken,⁷⁶ auf denen das BGB fußte, verwundert es nicht, dass die nunmehr im besonderen Schuldrecht eingefassten Regelungen zum Kauf- und Sachmängelrecht mit denen der vorangegangenen Kodifikationen wie dem Code civil, ALR etc., weitestgehend übereinstimmten:⁷⁷ Bei der Schaffung des BGB floss der Grundgedanke eines uneingeschränkten Liberalismus ein.⁷⁸ Man ging also davon aus, dass sich im Wirtschafts- und Rechtsverkehr die Parteien einander auf Augenhöhe begegnen. Diese liberale Grundhaltung dürfte nicht zuletzt der fortschreitenden Industrialisierung und dem damit einhergehenden wirtschaftlichen Aufschwung geschuldet gewesen sein. Letzterer machte eine weitgehend unbeschränkte wirtschaftliche Handlungs-, respektive Vertragsfreiheit notwendig, welche möglichst wenig durch gesetzliche Einschränkungen

⁷³ Schulte-Nölke, NJW 1996, S. 1705; Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 403.

⁷⁴ Wesenberg-Wesener, Neuere Deutsche Privatrechtsgeschichte, S. 206.

⁷⁵ Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 397.

⁷⁶ Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 408; Wesel, Geschichte des Rechts, S. 468.

⁷⁷ Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB, Bnd. II, S. 123.

⁷⁸ Wesel, Geschichte des Rechts, S. 468.

gebremst werden sollte.⁷⁹ Dementsprechend lässt sich auch den Motiven zu den Regelungen der Sachmängelhaftung entnehmen, dass man von der Eigenverantwortlichkeit des am Rechtsverkehr Teilnehmenden ausging, mithin die Regel gelte, „dass jeder aufpassen soll“.⁸⁰ Insoweit war es nur konsequent, die Haftung des Verkäufers für Sachmängel ähnlich der Vorgängerregelungen des ALR, Code civil etc. zu gestalten und grds. auf verborgene Mängel zu beschränken. Technisch wurde diese Haftungsbeschränkung durch die Regelung des § 460 BGB 1900 in das BGB aufgenommen. Danach sollte die grundsätzlich nach § 459 Abs. 1 S. 1 BGB 1900 bestehende Gewährleistungspflicht nicht gelten, wenn der Käufer den Sachmangel kannte oder ihn grob fahrlässig nicht kannte. Diese grob fahrlässige Unkenntnis lag gerade dann vor, wenn der Käufer den Mangel ohne größere Anstrengungen hätte erkennen können.⁸¹ Nur soweit die Mangelfreiheit zugesichert oder arglistig verschwiegen wurde, sollte es auf die Erkennbarkeit des Mangels nicht mehr ankommen, vgl. § 460 S. 2 BGB 1900.

2. Zusammenfassung

Mit der Einführung des BGB war das Ziel eines einheitlichen Zivilrechts erreicht. Hinsichtlich des *gesetzlichen* Sachmängelrechts hat sich im Ergebnis eine „Mixtur“ der strengen ädilizischen Haftung und der privilegierten Haftung der Particularrechte durchgesetzt. Im Gegensatz zu der ädilizischen Haftung wurde im BGB keine *Garantiehaftung* für verborgene Mängel eingeführt.⁸² Darüber hinaus oblag es dem Käufer darzulegen und zu beweisen, dass der geltend gemachte Mangel bereits *bei* Gefahrübergang, also der Übergabe der Sache an ihn, vorhanden war.⁸³ Lediglich für den Viehkauf wurde zugunsten des Käufers eine Regelung geschaffen, die zu seinen Gunsten das Vorhandensein eines Mangels bei Gefahrübergang (widerlegbar) vermutete, soweit sich dieser innerhalb der hierfür bestimmten gesetzlichen Frist zeigte, vgl. §§ 481 ff. BGB 1900. Insoweit war vor dem Kauf also

⁷⁹ Schulte-Nölke, NJW 1996, S. 1708.

⁸⁰ Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB, Bnd. II, S. 125.

⁸¹ Staudinger-Kober, BGB, 9. Aufl., § 460 Rn. 3.

⁸² Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB, Bnd. II, S. 124.

⁸³ Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB, Bnd. II, S. 125.

weiterhin Achtsamkeit gefragt, da die Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen schon im Hinblick auf die Beweislastverteilung ein erhebliches Prozessrisiko für den Käufer mit sich brachte.

F. Europarecht und Schuldrechtsmodernisierung

I. Einfluss des Europarechts

War mit Gründung des Deutschen Reiches 1871 und mit der Schaffung des BGB das Ziel eines einheitlich geltenden Zivilrechts für Deutschland erreicht, so brachte es die Gründung der Europäischen Gemeinschaften (EG) mit sich, dass auch im intereuropäischen Bereich eine zunehmende Rechtsvereinheitlichung jedenfalls insoweit stattfand, als die europäischen Nationalstaaten Regelungskompetenzen an die EG bzw. EU abtraten und sich verpflichteten, EG-Richtlinien in nationales Recht umzusetzen, vgl. Art. 23 GG, Art. 10 EGV. Damit gewann das Europarecht entscheidenden Einfluss auf die nationale Gesetzgebung der Mitgliedsstaaten, insbesondere im Zivilrecht.

1. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (RiL 1999/44/EG)

Mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (deren Name eigentlich missverständlich ist, da es nicht um Verbrauchsgüter sondern um solche Güter geht, die von *Verbrauchern* erworben werden) beabsichtigte die EG „einen Beitrag zur Erreichung eines hohen Verbraucherschutzniveaus“ zu leisten.⁸⁴ Ein höherer Verbraucherschutz sollte „das Vertrauen der Verbraucher“ gegenüber dem europäischen Binnenmarkt stärken.⁸⁵ Anders ausgedrückt: Durch Stärkung seiner Rechte sollte der Verbraucher zum (intereuropäischen) Konsum ermutigt werden. Das oben angesprochene Vertrauen in den Binnenmarkt sollte dadurch geschaffen werden, dass den unternehmerisch tätigen Verkäufern eine umfassende Gewährleistungspflicht für die vertragsmäßige Beschaffenheit der angebotenen Ware auferlegt werden sollte. Der Verbraucher sollte also „sorglos“ einkaufen können, ohne sich über die Gefahr, eine mangelbehaftete Sache zu er-

⁸⁴ Präambel RiL 1999/44/EG, Abs. 1.; Art. 153 Abs. 1 EGV.

⁸⁵ Präambel RiL 1999/44/EG, Abs. 5.

werben, Gedanken zu machen. Dementsprechend wurde eine Vermutungsregelung geschaffen, wonach zugunsten des Verbrauchers anzunehmen sei, dass ein innerhalb von sechs Monaten nach Erhalt der Ware auftretender Mangel bereits zum Zeitpunkt der Lieferung vorhanden war, soweit nicht die Vermutung mit der Art des Mangels oder des Gutes unvereinbar ist.⁸⁶

2. Die Umsetzung der Richtlinie in deutsches Recht

Die Mitgliedsstaaten waren insoweit angehalten, diese Richtlinie in nationales Recht umsetzen. Den deutschen Gesetzgeber veranlasste dies im Ergebnis zu der „großen Schuldrechtsmodernisierung“.⁸⁷ Im Vergleich zu dem bis dahin geltenden deutschen Sachmängelrecht brachten die dort vorzunehmenden Änderungen eine wesentliche Stärkung der Käuferrechte mit sich, jedenfalls wenn der Käufer ein Verbraucher i. S. d. EG-Richtlinie war. Nach der Legaldefinition des im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung geschaffenen § 13 BGB sind dies alle natürlichen Personen, die Rechtsgeschäfte abschließen, welche weder ihrer gewerblichen noch selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.

Verbrauchern kommt nunmehr die Regelung der §§ 474, 476 BGB zu Gute, wenn sich innerhalb der ersten sechs Monate nach dem Kauf ein Mangel offenbart. Seit Einführung dieser Vorschriften obliegt es grundsätzlich dem *Verkäufer* nachzuweisen, dass ein in diesem Zeitraum auftretender Mangel erst *nach* Gefahrübergang entstanden und nicht von der Gewährleistung umfasst ist. Diese Beweislastumkehr sollte dem Käufer die Durchsetzung seiner Gewährleistungsansprüche erleichtern. Denn bis zur Einführung dieser Regelung musste er nachweisen, dass der von ihm geltend gemachte Mangel bereits bei Gefahrübergang vorhanden war, der Verkäufer also nicht ordnungsgemäß erfüllt hat.⁸⁸ Durch die Einführung des § 476 BGB muss ein Käufer, soweit er in den Anwendungsbereich des Verbraucherschutzes fällt, lediglich vortragen und ggf. beweisen, dass die Sache mangelbehaftet ist.

⁸⁶ Art. 5 Abs. 3 RIL 1999/44/EG.

⁸⁷ Dauner-Lieb/Heidel/Ring, Das neue Schuldrecht, S. 1.

⁸⁸ MüKo-Westermann, BGB, § 459 Rn. 99.

II. Untersuchungsobliegenheiten im neuen Schuldrecht?

Im Hinblick auf diese Stärkung der Käuferrechte im Rahmen des Verbrauchsgüterkaufs stellt sich die Frage, ob der ursprüngliche Grundsatz „Augen auf! Kauf ist Kauf“ seine Bedeutung verloren hat. Dies könnte man insbesondere im Hinblick auf die Regelung des § 476 BGB zunächst annehmen. Allerdings enthält sowohl die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie als auch die Regelung des § 476 BGB eine Einschränkung hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit. Der Käufer muss in Fällen, in denen es „mit der Art der Sache oder des Mangels“ unvereinbar ist, zu vermuten, dass der Mangel bereits bei Gefahrübergang vorhanden war, diesen Beweis auch weiterhin führen. Die Vorschrift lässt also Ausnahmen zu, in denen die Beweislastumkehr nicht zur Anwendung kommen soll:

1. Unvereinbarkeit hinsichtlich der Art des Mangels

Handelt es sich bei den geltend gemachten Mängeln um solche, die dem Käufer hätten „ins Auge fallen“ müssen, so spricht dies dafür, dass die Art des Mangels die Anwendung des § 476 BGB verbietet. Denn bei offensichtlichen Fehlern ist nach der Verkehrssitte damit zu rechnen, dass der Käufer sie sofort bei Übergabe der Kaufsache auch beanstandet.⁸⁹ Insoweit wird an die Regelung des § 442 Abs. 1 BGB (§ 460 BGB a. F.) angeknüpft, wonach die Kenntnis bzw. die grob fahrlässige Unkenntnis dem Käufer die Geltendmachung von Mängelrechten verwehrt.

2. Unvereinbarkeit hinsichtlich der Art der Sache

Eine weitere Einschränkung erfährt die Vermutungsregelung des § 476 BGB, wenn schon die Art der Sache gegen die Anwendung der Vermutungsregelung spricht. Als Beispiel sind hier etwa leicht verderbliche Waren oder bereits gebrauchte Sachen zu nennen, wobei letztere nicht grundsätzlich vom Anwendungsbereich des § 476 BGB ausgeschlossen sein sollen.⁹⁰ Die Frage, wann die Anwendbarkeit des § 476 BGB ausgeschlossen ist, wird im Ergebnis also vom jewei-

⁸⁹ Staudinger-Matusche-Beckmann, BGB, § 476 Rn. 34.

⁹⁰ Palandt-Weidenkaff, BGB, § 476 Rn. 3.

ligen Einzelfall abhängen.⁹¹ Insoweit ist es damit aus Sicht des Verbrauchers auch nach den Regelungen des neuen Schuldrechts weiterhin ratsam, die Kaufsache nicht ungeprüft hinzunehmen.

III. Zusammenfassung und Ergebnis

Das seit dem 01.01.2002 geltende Recht hat die Stellung des Käufers, der als Verbraucher auftritt, im Vergleich zu den Regelungen von Mittelalter und Neuzeit wesentlich verbessert. Trotzdem besitzt der Ausspruch „Augen auf! Kauf ist Kauf!“ Aktualitätswert. Denn das neue Schuldrecht begünstigt zwar den Käufer im Rahmen seiner grundsätzlich bestehenden Darlegungs- und Beweislast, wenn Mängelrechte gerichtlich durchgesetzt werden sollen. Gleichzeitig wurde aber durch die Bestimmungen des Art. 5 Abs. 3 RiL 1999/44/EG bzw. des § 476 BGB a. E. ein Ausnahmekatalog geschaffen, der einzelfallabhängig greift und dem Verbraucher den Genuss der Beweislaste leichterung verwehrt.

Weiterhin muss gesehen werden, dass nach der Rechtsprechung des BGH § 476 BGB *keine* Vermutung für das *Bestehen eines Mangels* begründet.⁹² Bestreitet also der Verkäufer, dass die Kaufsache mangelhaft ist (indem er z. B. vorträgt, der geltend gemachte Mangel sei auf einen Bedienfehler des Käufers zurückzuführen), obliegt es dem Käufer den Nachweis zu erbringen, *dass* überhaupt ein Sachmangel vorliegt. Gerade bei technischen Geräten oder Kraftfahrzeugen, die ohne zusätzliche Garantieerklärung veräußert wurden, besteht damit auch weiterhin ein erhebliches Risiko für den Käufer, mangelbehaftete Ware zu erwerben, den Mangel aber nicht substantiiert darlegen und beweisen zu können. Insoweit hat die Rechtsprechung die Stellung des Verbrauchers wieder geschwächt,⁹³ da es diesem oftmals nicht möglich sein wird, den geltend gemachten Mangel zu beweisen. Darüber hinaus sprach bis vor kurzem noch ein weiterer Punkt für die Aktualität des Sprichworts: Das „Recht zur zweiten Andienung“ im Rahmen der Gewährleistung. Der Käufer ist nach dem Regelungskonzept der §§ 434, 437 BGB grds. verpflichtet, dem Verkäufer die

⁹¹ Staudinger-Matusche-Beckmann, BGB, § 476 Rn. 29.

⁹² BGH NJW 2004, 2299; a. A. Lorenz, NJW 2004, S. 3022.

⁹³ So auch Lorenz, NJW 2004, S. 3022.

Nacherfüllung zu ermöglichen, bevor er Gestaltungsrechte wie Rücktritt oder Minderung ausüben kann.⁹⁴ Im Rahmen dieses Gewährleistungskonzeptes hat der deutsche Gesetzgeber normiert, dass der Verbraucher zur Zahlung einer Ersatzleistung an den Verkäufer verpflichtet ist, wenn dieser vertragswidrige Ware im Rahmen der Nacherfüllung durch Neulieferung austauscht, vgl. §§ 434, 437, 439 Abs. 4 i. V. m. § 346 BGB.⁹⁵ Im Ergebnis führte dies dazu, dass ein Verbraucher tatsächlich gezwungen war, Nutzungsersatz zu leisten, wenn er vom Verkäufer die Lieferung einer mangelfreien Sache forderte. Im Hinblick auf die von der durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie beabsichtigten Stärkung der Verbraucherrechte stieß diese Regelung zum Teil auf erhebliche Bedenken ob ihrer europarechtlichen Vereinbarkeit.⁹⁶ Dass es sich tatsächlich um eine nicht richtlinienkonforme Regelung handelt, wurde nunmehr durch den EuGH bestätigt, nachdem der BGH ihm diese Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt hatte.⁹⁷ Trotz dieses korrigierenden Eingriffs durch die Rechtsprechung hinsichtlich des Nutzungsersatzes bleibt es dabei, dass eine *Lösung* vom Vertrag wegen eines Sachmangels grds. erst in Betracht kommt, wenn die Nacherfüllung verweigert oder ebenfalls mangelhaft erbracht und damit ein weiteres Festhalten am Vertrag unzumutbar wird. Ungeachtet der angestrebten Stärkung der Verbraucherrechte gilt allerdings auch nach aktuellem Recht, dass Mängelrechte grds. nicht geltend gemacht werden können, wenn der jeweilige Mangel bekannt war bzw. grob fahrlässig unbekannt geblieben ist, vgl. §§ 442, 362, 363 BGB. Auch wenn diese Regelung keine der handelsrechtlichen Prüfungsobliegenheit (vgl. §§ 346, 373 HGB) vergleichbare Pflicht konstituiert, so ist der Käufer, egal ob Verbraucher oder nicht, weiterhin gut beraten, beim Kauf auf erkennbare Mängel zu achten. Dementsprechend bleibt es also auch in Zukunft dabei: „Wer die Augen nicht aufthut, muß den Beutel aufthun“.⁹⁸

⁹⁴ Palandt-Weidenkaff, BGB, § 441, Rn. 7.

⁹⁵ Hierzu ausführlich: Staudinger-Matuschke-Beckmann, § 439 Rn. 56.

⁹⁶ Hoffmann, ZRP 2001, S. 349; Roth, JZ 2001, S. 489.

⁹⁷ EuGH, Urt. v. 17.04.2008, C-404/06 auf Vorlage von BGH v. 16.08.2006, VIII ZR 200/05.

⁹⁸ Hillebrand, Deutsche Rechtssprichwörter, S. 170.