

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 19

Rechtsnatur, Aufgabe und  
Funktion der Sachmängelhaftung  
nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch

Von

Dr. Klaus Herberger



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

**KLAUS HERBERGER**

**Rechtsnatur, Aufgabe und Funktion der  
Sachmängelhaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch**

**Schriften zum Bürgerlichen Recht**

**Band 19**

**Rechtsnatur, Aufgabe und  
Funktion der Sachmängelhaftung  
nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch**

**Von**

**Dr. Klaus Herberger**



**DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN**

Alle Rechte vorbehalten  
© 1974 Duncker & Humblot, Berlin 41  
Gedruckt 1974 bei Buchdruckerei Richard Schröter, Berlin 61  
Printed in Germany  
ISBN 3 428 03224 1

## Vorwort

Die Regelung der Sachmängelhaftung ist seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches Gegenstand der verschiedensten Kontroversen. Viele Streitpunkte sind nach wie vor ungeklärt. Neue Fragen treten hinzu, etwa, wie sich die Haftung bei Verkauf von Gesellschaftsanteilen darstellt, wenn bestimmte Bilanzangaben unrichtig sind oder die Erträge des Unternehmens hinter den Erwartungen des Käufers zurückbleiben.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung ist ständig bemüht, die bestehenden Zweifelsfragen auszuräumen. So hat der Bundesgerichtshof erst vor Jahresfrist eine Grundsatzentscheidung über das Verhältnis der Sachmängelhaftung zur Haftung aus culpa in contrahendo gefällt (BGH vom 16. März 1973; BGH 60, 319 ff.). Daß dennoch eine Vielzahl von Fragen offen ist, liegt daran, daß eine dogmatische Basis, ein einheitliches Grundverständnis der Gewährungsleistungsregelung fehlt. Daraus erklärt sich auch das Verhältnis der Sachmängelhaftung zu den allgemeinen Normen, wie es von der überwiegenden Literatur und von der Rechtsprechung gesehen wird.

Die vorliegende Arbeit unternimmt nun den Versuch, die Sachmängelhaftung als ein einheitliches Rechtsinstitut darzustellen, das der Beseitigung einer Leistungsstörung dient, die darin besteht, daß der Gläubiger eine fehlerhafte Sache geliefert erhält. Der zentrale Gedanke, der der Untersuchung zugrunde liegt, ist dabei, daß die Parteien eine Vereinbarung über die Eigenschaften der Sache treffen. Die Sachmängelhaftung greift ein, weil die Sache in ihren Eigenschaften nicht der Vereinbarung entspricht.

Der Ansatzpunkt ist nicht neu. Schon Flume vertrat in seiner berühmten Monographie „Eigenschaftsirrtum und Kauf“ von 1948, daß eine solche Eigenschaftsvereinbarung möglich ist. Die Folgerungen, die wir aus dieser Grundthese ziehen, unterscheiden sich jedoch ganz erheblich von denen Flumes. Nach unserer Ansicht entsteht durch eine derartige Vereinbarung eine entsprechende Verpflichtung zu mangelfreier Leistung. Die Sachmängelhaftung ist damit eine sekundäre Ausgleichsregelung, die den Fall der mangelhaften Leistung abschließend regelt, so daß die allgemeinen Normen weder vor noch nach Gefahrübergang Anwendung finden. Zwischen dem Eigenschaftsirrtum

und der Sachmängelhaftung besteht kein Konkurrenzverhältnis. § 119 II ist keine Nichterfüllungsregelung, wie das Flume mit seiner Lehre vom geschäftlichen Eigenschaftsirrtum vertritt, sondern ein echter Fall des Erklärungsirrtums. Soweit die Sachmängelhaftung eingreift — das ist der Fall, wenn die Sache nicht die vereinbarten Eigenschaften besitzt —, fehlt es schon am Tatbestand eines Erklärungsirrtums. Der Käufer hat den Verkäufer in dem Umfang verpflichtet, in dem er ihn verpflichten wollte.

Im dogmatischen Ausgangspunkt und in den einzelnen Schlußfolgerungen erhält die Untersuchung eine zusätzliche Bestätigung durch das „Einheitliche Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen“ von 1964, das inzwischen am 16. April 1974 für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten ist. Die für die Sachmängelhaftung nach deutschem Recht gefundenen Lösungen entsprechen weitgehend diesem internationalen Kaufgesetz, das in seinen wesentlichen Grundzügen in der Abhandlung berücksichtigt wird. Das sollte ein weiterer Anlaß für einen Teil der Literatur sein, die bezogenen Positionen neu zu überdenken.

Die Arbeit wurde im Wintersemester 1972/73 von der juristischen Fakultät der Ruprecht-Karl-Universität Heidelberg als Dissertation angenommen. Sie wurde im wesentlichen Ende 1972 abgeschlossen, doch sind Rechtsprechung und Literatur bis Januar 1974 nachträglich noch berücksichtigt worden.

Ich danke Herrn Professor Dr. Hermann Weitnauer, der die Abhandlung betreut hat, und Herrn Professor Dr. Wolfgang Hefermehl als zweitem Berichterstatter für ihre liebenswürdige Unterstützung und ihre wertvollen Anregungen. Danken möchte ich auch Herrn Ministerialrat a. D. Dr. J. Broermann für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe zum Bürgerlichen Recht.

Heidelberg, im Mai 1974

*Klaus Herberger*

# Inhaltsverzeichnis

<b>I. Einführung in den Problemkreis und Zielsetzung</b> .....	15
<b>II. Das Verständnis der Gewährleistungsregelung nach herrschender Lehre</b> .....	20
1. Kurzer Überblick über die Entwicklung der herrschenden Lehre	20
2. Die Definition der Gewährleistung und die Unterscheidung echte- unechte Gewährleistung .....	22
3. Der Rechtsgrund der Gewährleistung beim Spezieskauf .....	24
4. Ursache des bisherigen Verständnisses der Gewährleistungs- regelung .....	30
<b>III. Kritik an der herrschenden Lehre</b> .....	32
1. Grundsätzliche Kritik .....	32
a) Die Einheitlichkeit der Sachmängelvorschriften .....	32
b) Die Einheitlichkeit des Haftungsgrundes .....	35
c) Die Einheitlichkeit der Erfüllungswirkung .....	39
2. Spezielle Kritik .....	40
a) Kritik an den Ansichten, die den Rechtsgrund der Gewähr- leistung außerhalb des Vertrages suchen .....	40
aa) Argument aus § 633 I .....	40
bb) Argument aus § 459 II .....	41
cc) Argument aus § 463 .....	41
b) Kritik an den Ansichten im einzelnen .....	43
3. Kritik an der Grundlage der h. L., der Lehre Zitelmanns .....	46
a) Die Ansicht der Motive .....	46
b) Die der h. L. widersprechenden älteren Ansichten .....	47
c) Die Ansicht der Rechtsprechung .....	48
d) Die herrschende Lehre und der subjektive Fehlerbegriff ....	54
e) Die Widerlegung Zitelmanns .....	56
<b>IV. Rechtsnatur der Gewährleistung nach geltendem Recht</b> .....	60
1. Die Vereinbarung von Eigenschaften .....	60
a) Die Vereinbarung von Eigenschaften zum gewöhnlichen Ge- brauch .....	61



b) Die Vereinbarung von Eigenschaften zu einem bestimmten Gebrauch .....	62
c) Die Zusicherung von Eigenschaften .....	65
d) Gegenüberstellung der Haftungsgruppen (Exkurs: Unternehmenskauf) .....	65
e) Die Sachmängelhaftung als dispositives Recht und das Verständnis des § 460 .....	73
2. Die Gewährleistung und die Leistungspflicht .....	74
a) Das Fehlen einer Herstellungspflicht bzw. eines Mängelbeseitigungsanspruchs beim Spezieskauf .....	75
b) Das Fehlen einer gesetzlichen Norm, die den Leistungsanspruch festlegt .....	77
c) Das Argument aus § 306 .....	83
d) Zusammenfassung .....	87
<b>V. Aufgabe und Funktion der Gewährleistung — dargestellt am Beispiel des Kaufs .....</b>	<b>88</b>
1. Die Elemente der Schuld: Identität und Eigenschaft .....	88
2. Die Sachmängelhaftung beim Gattungskauf .....	95
a) Der Nachlieferungsanspruch .....	95
b) Die Sachmängelhaftung .....	97
aa) Die Konkretisierung und ihre Bedeutung im Verhältnis des Nachlieferungsanspruchs zum Gewährleistungsanspruch .....	98
bb) Die Konkretisierung und die Verjährung .....	106
cc) Die Konkretisierung durch Geltendmachung eines Sachmängelanspruchs .....	108
dd) Vergleich Gattungskauf — Spezieskauf .....	109
c) Zusammenfassung .....	110
3. Die Begriffe Erfüllungspflicht, Leistungspflicht, Gewährleistungspflicht .....	111
a) Die Erfüllungspflicht .....	111
b) Die Gewährleistung als Regelung sekundärer Ausgleichsrechte .....	115
4. Inhalt und Durchführung der einzelnen Sachmängelansprüche ..	116
a) Wandlung und Minderung .....	116
b) Schadensersatz wegen Nichterfüllung .....	124
aa) Anwendungsbereich .....	124
α) Schadensersatz beim Spezieskauf .....	124
1. Infolge Zusicherung (§ 463 S. 1) .....	124
2. Infolge arglistigen Verschweigens von Fehlern (§ 463 S. 2) .....	127
3. § 463 als Gewährleistungsanspruch .....	129

4. Haftungsinhalt und Anspruchskonkurrenz: Mangel- folgeschaden — positive Vertragsverletzung — culpa in contrahendo .....	131
β) Schadensersatz beim Gattungskauf .....	141
bb) Umfang des Anspruchs .....	142
cc) Durchführung des Anspruchs .....	146
5. Beweislastfragen .....	150
<b>VI. Verhältnis der Gewährleistung zu den allgemeinen Normen .....</b>	<b>153</b>
1. Grundsätzliche Überlegungen .....	153
2. Verzug und Einrede des nichterfüllten Vertrages (§ 320, 326) ....	155
a) Spezieskauf .....	156
b) Gattungskauf .....	162
3. Unmöglichkeit (§§ 275 ff., 323 ff.) .....	162
4. Zusammenfassung .....	168
5. Die Anfechtung gemäß § 119 II .....	169
a) Die Ansichten zur Konkurrenzfrage .....	169
b) Grundsätzliche Stellungnahme zu den Ansichten .....	170
c) Die Rechtsnatur des Eigenschaftsirrturns .....	172
aa) Das Verständnis des § 119 II nach der h. L. und nach der Lehre Flumes .....	172
bb) Kritik an der Lehre Flumes .....	173
cc) Kritik an der herrschenden Lehre .....	175
dd) Darstellung der eigenen Ansicht über die Rechtsnatur des Eigenschaftsirrturns .....	184
d) Darstellung der eigenen Ansicht über das Konkurrenzver- hältnis der §§ 459 ff. zu § 119 II .....	190
<b>VII. Die Sachmängelhaftung nach dem Einheitlichen Kaufgesetz .....</b>	<b>195</b>
1. Der Geltungsbereich des EKG .....	196
2. Die Rechte des Käufers bei Vorliegen eines Sachmangels nach der Regelung des EKG .....	197
a) Die vertraglichen Pflichten des Verkäufers .....	197
b) Die Sanktionen im Falle vertragswidriger Lieferung .....	199
aa) Keine Regelung der Unmöglichkeit .....	200
bb) Das Sanktionssystem des EKG .....	202
cc) Die Sanktionen im Falle mangelhafter Leistung .....	208
α) Die Untersuchungs- und Rügepflicht .....	208
β) Der Gefahrübergang als Voraussetzung der Rechte des Käufers .....	210
γ) Die einzelnen Rechte des Käufers .....	212
1. Der Erfüllungsanspruch .....	212
2. Die Aufhebung des Vertrages .....	216

3. Die Herabsetzung des Kaufpreises .....	217
4. Der Anspruch auf Schadensersatz .....	217
5. Der Verlust bzw. der Ausschluß der Rechte .....	219
6. Die Gefahrtragung bei Untergang der übergebenen, mangelhaften Sache .....	220
7. Konkurrenzen .....	223
<b>VIII. Schlußbetrachtung .....</b>	<b>224</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>225</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a. A., A. A.	= anderer Ansicht
a.a.O.	= am angegebenen Ort
Abh.	= Abhandlung
Abs.	= Absatz
AcP	= Archiv für die zivilistische Praxis (Band und Seite)
a. E.	= am Ende
ALR	= Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
Anh.	= Anhang
Anm.	= Anmerkung
Art.	= Artikel
AT	= Allgemeiner Teil
Aufl.	= Auflage
BB	= Der Betriebsberater (Jahr und Seite)
Bd.	= Band
Bem.	= Bemerkung
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	= Bundesgesetzblatt, I = Teil I, II = Teil II
BGH	= Bundesgerichtshof und amtliche Entscheidungssammlung in Zivilsachen (Band und Seite)
BRD	= Bundesrepublik Deutschland
bzw.	= beziehungsweise
c. i. c.	= culpa in contrahendo
DB	= Der Betrieb (Jahr und Seite)
d. h.	= das heißt
Diss.	= Dissertation
DJ	= Deutsche Justiz (Jahr und Seite)
DJZ	= Deutsche Juristenzeitung (Jahr und Spalte)
DR	= Deutsches Recht (Jahr und Seite)
ebd.	= ebenda
Einl.	= Einleitung
EKG	= Einheitliches Gesetz für den internationalen Kauf beweglicher Sachen von 1964
ff.	= folgende
FN	= Fußnote
Gruch. Beitr.	= Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot (Band und Seite)

h. A.	= herrschende Ansicht
HEZ	= Höchstrichterliche Entscheidungen in Zivilsachen (Band und Seite)
HGB	= Handelsgesetzbuch
h. L.	= herrschende Lehre
HRR	= Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jahr und Nummer)
i. S. d.	= im Sinne des
i. V. m.	= in Verbindung mit
JBl	= Juristische Blätter (Österreich; Jahr und Seite)
Jh. Jb.	= Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen Römischen Rechts und Deutschen Privatrechts (Band und Seite)
JR	= Juristische Rundschau (Jahr und Seite)
Jus	= Juristische Schulung (Jahr und Seite)
JW	= Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
JZ	= Juristen-Zeitung (Jahr und Seite)
Kap.	= Kapitel
KG	= Kammergericht
LB	= Lehrbuch
LG	= Landgericht
LM	= Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen; Herausgeber Lindenmaier und Möhring (§ des Gesetzes und Nummer der Entscheidung)
LZ	= Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
Mot.	= Motive zum BGB
m. w. N.	= mit weiteren Nachweisen
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
Nr.	= Nummer
OLG	= Oberlandesgericht
OLGE	= Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen (Jahr und Seite)
Prot.	= Protokolle zum BGB
pVV	= positive Vertragsverletzung
RabelsZ	= Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Ernst Rabel (Jahr und Seite)
Rdz, RZ	= Randziffer
Recht	= Das Recht (Jahr und Seite bzw. Nummer der Entscheidung)
RG	= Reichsgericht und amtliche Entscheidungssammlung in Zivilsachen (Band und Seite)
RGRK	= Kommentar der Reichsgerichtsräte und Bundesrichter zum Bürgerlichen Gesetzbuch
— — HBG	= Kommentar der Reichsgerichtsräte und Bundesrichter zum Handelsgesetzbuch

s.	= siehe
S.	= Seite
SchlHA	= Schleswig-Holsteinische Anzeigen (Jahr und Seite)
Seuff. Arch.	= Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Band und Nummer)
SJZ	= Süddeutsche Juristenzeitung (Jahr und Spalte)
Soergel Rtspr.	= Rechtsprechungssammlung, Herausgeber: Soergel
Sp.	= Spalte
u. a.	= unter anderem
u. ä.	= und ähnliches
u. U.	= unter Umständen
usw.	= und so weiter
vgl.	= vergleiche
Warn. Rtspr.	= Die Rechtsprechung des Reichsgerichts, Herausgeber: Warneyer (Jahr und Nummer)
WM	= Wertpapier-Mitteilungen (Jahr und Seite)
z. B.	== zum Beispiel
ZGR	= Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ab 1972; Jahr und Seite)
ZHR	= Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (Band und Seite)
zit.	= Zitierweise
ZPO	= Zivilprozeßordnung



## I. Einführung in den Problemkreis und Zielsetzung

Wer ein Rechtsgeschäft abschließt, das die Veräußerung, Gebrauchsüberlassung oder Herstellung einer Sache zum Inhalt hat, erwartet als Gläubiger, daß Leistungsgegenstand eine Sache ist, die in ihren Eigenschaften der Vereinbarung entspricht. Wird eine mangelhafte Sache geleistet, erhält der Gläubiger nicht, was ihm gebührt. Das Gesetz gibt ihm Gewährleistungsansprüche. Innerhalb des BGB finden sich verstreut für viele Vertragstypen Gewährleistungsregeln.

Beim Kaufvertrag: §§ 459 ff., bei kaufähnlichen Verträgen: § 493, beim Tausch: § 515, bei der Annahme an Erfüllungs Statt: § 365, bei der Miete §§ 537 ff., bei der Pacht: § 581 II, bei der Leihe: § 600, beim Werkvertrag: §§ 633 ff., Werklieferungsvertrag: § 651, bei der Aufhebung einer Gemeinschaft: § 757, bei der Schenkung: § 624 II, bei der Ausstattung: § 1624 II, beim Überbau: § 915 I 2, bei der Erbauseinandersetzung: § 2042 II, beim Vermächtnis: § 2183.

Gewährschaftsregelungen finden sich heute in allen Rechtsordnungen. Sie tragen dem Rechtsgedanken Rechnung, daß der Gläubiger Schutz verdient, wenn eine mangelhafte Sache geleistet wird. Insoweit kann man davon sprechen, daß die Gewährleistungsnormen dem Wortsinne entsprechend einer „ausgleichenden Gerechtigkeit“ dienen. Eine Aussage über den Rechtsgrund der Regelung ist damit noch nicht gemacht<sup>1</sup>. Alle Normen dienen der Verwirklichung der Gerechtigkeit. Das Gesetz geht dabei von bestimmten Grundprinzipien aus. Die einzelne Norm erhält ihr spezielles Gepräge gerade in der Wechselwirkung mit diesem gesetzlichen Gefüge. Wenn wir also nach dem *Rechtsgrund der Gewährleistung* fragen — die Klärung dieser Frage bildet den ersten Schwerpunkt des Themas — so fragen wir nach dem Grund der Gewährleistung im Rahmen der gegebenen gesetzlichen Regelung. Der Grund kann je nach dem gesetzlichen System verschieden sein. Die Beantwortung der Frage hängt davon ab, welche *Funktion* die Gewährleistung im System wahrnimmt. Ist sie Sanktion für nicht gehörige Erfüllung oder billiger Ausgleich, obwohl voll erfüllt wurde? Die Lö-

---

<sup>1</sup> Dies nimmt jedoch Raasch, S. 25, an, wenn er schreibt, daß die Gewährleistung ihre Rechtfertigung allein unter dem Gesichtspunkt einer höheren Gerechtigkeit erhält und darin auch ihre letzte rechtliche Begründung findet. Dagegen mit Recht Flume, S. 43 FN 36; von Blume, *Ih. Jb.* 55, 212; Soergel / Siebert / Ballerstedt, Bem. 10 vor § 459.



sung dieser Frage hat nicht nur dogmatische Bedeutung, an sie schließt sich die Lösung wichtiger anderer Fragen an.

Die Gewährleistungsregelung des BGB mit der Unterscheidung zwischen Sach- und Rechtsmangel geht auf das Römische Recht zurück. Dennoch kann bei dieser Untersuchung über Rechtsnatur, Aufgabe und Funktion der geltenden Sachmängelhaftung nicht das System des Römischen Rechts herangezogen werden. Eine lange Entwicklungszeit liegt zwischen beiden Rechtsbereichen. Die Regelung des BGB entspricht nicht mehr der des Römischen Rechts; das Römische Recht selbst hat im Bereich der Gewährleistung einen großen Wandel durchgemacht<sup>2</sup>. Das nachklassische und justinianische Recht entspricht in seiner Gewährleistungsregelung nicht mehr dem klassischen Römischen Recht<sup>3</sup>. Die Pflicht, das Eigentum an der Sache zu verschaffen, war dem römischen Juristen unbekannt. Nach § 433 I 1 ist sie heute geltendes Recht. Deshalb erscheint es nicht sinnvoll, die geltende Gewährleistungsregelung aus den Quellen, dem Römischen Recht zu erklären<sup>4</sup>. Es lassen sich zwar Entwicklungen verfolgen und bestimmte Regelungen auf entsprechende römisch-rechtliche zurückführen, doch unser heutiges gesetzliches Gefüge ist ein anderes. Eine Regelung ist aber nur im Zusammenhang mit dem gesetzlichen System verständlich. Eine davon losgelöste abstrakte Betrachtung muß fehlgehen. Es kann daher *Rabel*<sup>5</sup> nicht zugestimmt werden, wenn er das Wesen der Gewährleistung für nur historisch erklärbar hält. Mit Recht weist *von Blume*<sup>6</sup> darauf hin, daß man damit in der Erkenntnis des Rechtsgrundes der Gewährleistung keinen Schritt weitergekommen ist, weil immer noch die Frage bleibt, wie die Römer ihre Regelung rechtfertigten.

Es kann nicht in Frage gestellt werden, daß die römischen Quellen für das historische Verständnis der Gewährleistungsnormen Bedeutung haben; über das gegenwärtige System können sie jedoch keinen Aufschluß geben. Überzeugend wäre eine historische Erklärung des Wesens der Gewährleistung nur, wenn keine Veränderung des Rechts stattgefunden hätte. Aus diesem Grunde berücksichtigt die Darstellung die römischen Quellen nicht, sondern versucht von dem bestehenden Rechtssystem ausgehend, die Sachmängelhaftung, ihre Ursache und ihre Rechtsfolgen darzulegen.

<sup>2</sup> Vgl. *Flume*, S. 56 ff.; *Korintenberg*, Abschied, S. 71 ff.

<sup>3</sup> *Flume*, S. 56 ff.; *Krückmann*, *Gewährschaft*, S. 18 FN 8.

<sup>4</sup> Auf diesem historischen Weg kommt z. B. *Hayman*, S. 29, 30 zu dem Ergebnis, die Mängelhaftung beruhe einzig auf dem Irrtumsschutz; diese Ansicht wird heute kaum mehr vertreten.

<sup>5</sup> *Rabel*, *Warenkauf II*, § 79, S. 132; ihm zustimmend *Graue*, S. 281 unter IV a und *Enneccerus / Lehmann*, 11. Aufl., S. 363, anders jedoch ab 12. Aufl.

<sup>6</sup> *Ih. Jb.* 55, 212; ebenso *Krahmer*, *Gegenseitige Verträge*, S. 110 ff.; *Flume*, S. 44; *Kohler LB II* 1, S. 73.

Die Gewährleistungsnormen sind seit der Kodifikation des BGB Gegenstand erheblicher Meinungsverschiedenheiten. Das hat seinen Grund darin, daß über ihr Wesen und ihre rechtliche Funktion keine Klarheit besteht<sup>7</sup>. Das Gesetz gibt keine Definition des Begriffs „Gewährleistung“. Er findet sich zwar an vielen Stellen des Gesetzes<sup>8</sup>, doch fehlt eine einheitliche Ausgangsregelung.

Der erste Entwurf des BGB sah zwar in den §§ 381 ff. allgemeine Regeln über die Gewährleistung für Sachmängel vor. Doch wurde zugunsten einer speziellen Regelung beim Kauf von einer allgemeinen Normierung Abstand genommen<sup>9</sup>. Die Kommission<sup>10</sup> begründete dies damit, daß „die Anschaulichkeit, die Verständlichkeit und die praktische Handhabung des Gesetzes gewinnen werde, wenn man die Rechtssätze vorerst auf den Kauf beschränke, auf dessen Gebiete die Hauptanwendungsfälle liegen“. Diesem Umstand nun ist es zuzuschreiben, daß das Gesetz die Gewährleistung nicht klar genug gegenüber den allgemeinen Vorschriften abgrenzt. Und daraus resultiert wiederum der Streit um das Wesen der Gewährleistung: Einerseits erkennt das Gesetz die Gewährleistung als eigenes Rechtsinstitut an, andererseits aber läßt es offen, welchen Platz sie innerhalb des Gesetzes einnimmt, welche Funktion sie ausübt<sup>11</sup>.

So ist es nicht verwunderlich, daß schon 1904 von *Schollmeyer*<sup>12</sup> der Versuch unternommen wurde, die Gewährleistungsnormen systematisch zu erfassen. Die Schrift Schollmeyers gab den Anstoß für eine unüberschaubare Zahl weiterer. Der Streit um die Rechtsnatur der Sachmängelhaftung hatte seinen Anfang genommen.

Ausgehend von der Abhandlung Schollmeyers wurde die Diskussion nicht über die Rechtsnatur der Sachmängelhaftung als solcher geführt, vielmehr versuchte man, eine Lösung jeweils für einen Vertragstyp, meist den Kauf, zu finden. Notwendige Folge einer solchen einseitigen Betrachtung der Gewährleistung mußte es sein, daß die Regelung in den einzelnen Vertragstypen unterschiedlich beurteilt und qualifiziert wurde. Gegenüber der großen Zahl von Schriften, die sich mit den Gewährleistungsnormen jeweils eines Vertragstyps befassen, gibt es wenige, die die Gewährleistungsnormen der verschiedenen Vertragstypen nebeneinander behandeln und damit an den Komplex der Sachmängelhaftung geschlossen herangehen. Unter den wenigen sind hierbei die

---

<sup>7</sup> Vgl. *Larenz* II, § 41 I, S. 33; vgl. auch *Kramer* JB1 72, 401 ff.

<sup>8</sup> Vgl. §§ 365, 459 ff., 537 ff., 633 ff., 757, 624 II, 2042 II, 2183.

<sup>9</sup> Vgl. 2. Entwurf §§ 397 ff.

<sup>10</sup> Prot. I, S. 653.

<sup>11</sup> Vgl. *Oertmann*, S. 116.

<sup>12</sup> Erfüllungspflicht und Gewährleistung, in *Ih. Jb.* 49, 93 ff.