

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 581

Rechtsgeschäftsdogma bei Kenntnis des Mangels bei Vertragsschluss

Untersuchung einer rechtsgeschäftsdogmatischen Rechtfertigung
der an Kenntnis bei Vertragsschluss anknüpfenden
Ausschlusstatbestände im Gewährleistungsrecht
anhand der §§ 442 Abs. 1 S. 1, 536b S. 1 BGB

Von

Waldemar Huber



Duncker & Humblot · Berlin

WALDEMAR HUBER

Rechtsgeschäftsdogma bei Kenntnis des Mangels
bei Vertragsschluss

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 581

Rechtsgeschäftsdogma bei Kenntnis des Mangels bei Vertragsschluss

Untersuchung einer rechtsgeschäftsdogmatischen Rechtfertigung
der an Kenntnis bei Vertragsschluss anknüpfenden
Ausschlusstatbestände im Gewährleistungsrecht
anhand der §§ 442 Abs. 1 S. 1, 536b S. 1 BGB

Von

Waldemar Huber



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Ruhr-Universität Bochum hat diese Arbeit
im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 978-3-428-19193-2 (Print)
ISBN 978-3-428-59193-0 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meiner Familie
und meinen Lehrerinnen und Lehrern*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Jahr 2023 von der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung wurden bis Juni 2023 berücksichtigt.

Meinem akademischen Lehrer und Doktorvater Herrn Professor Dr. Arndt Kiehnle gilt mein besonderer Dank für sein Vertrauen in meine Fähigkeiten, seine kontinuierliche Unterstützung, die stets zeitnahen und konstruktiven fachlichen Rückmeldungen sowie den menschlich stets überaus angenehmen Umgang miteinander. Auch für die seinerseits mir eingeräumten Freiheiten und die über den Abschluss des Promotionsverfahrens hinausgehende Förderung bin ich sehr dankbar. Diese Doktorarbeit ist während meiner Zeit als Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum von Professor Dr. Arndt Kiehnle entstanden. Die Tätigkeit an seinem Lehrstuhl war persönlich wie fachlich eine große Bereicherung. Herrn Professor Dr. Jacob Jousen danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und dafür, dass er mir während des Studiums die Möglichkeit geboten hat, als Studentische Hilfskraft Teil seines Lehrstuhlteams zu sein.

Ebenso haben viele großartige Menschen, die mich auf meinem Dissertationsweg begleitet haben, zum erfolgreichen Abschluss dieser Arbeit beigetragen, indem sie mit mir über wissenschaftliche Ideen und Thesen diskutierten und mit einem offenen Ohr und einem guten Kaffee zur Seite standen. Ihnen allen bin ich hierfür sehr dankbar. Ausdrücklicher Dank gebührt dabei Nils Althoff, Konrad Dabrowski, Marcel Djurein, Hermann Eske, Jennifer Grafe, Leonie Huber, Anna-Katharina Klus, Jörg Müller, Claire Vander Stichelen, Julia Maria Vollmer und Madlen Wolter.

Auf meinem langen Weg zur Dissertation war ich nie allein. Gesonderter Dank gebührt daher meinen Lehrerinnen und Lehrern aus Schule, Studium und Privatem. So haben mich meine Eltern, Marina und Vladimir Huber, und meine Ehefrau, Leonie Huber, in jeder Phase unterstützt. Ich danke ganz besonders meiner Ehefrau für ihre Zeit, ihre Geduld, ihre ermutigenden Worte und ihr Vertrauen in mich.

Meiner Familie und meinen Lehrerinnen und Lehrern widme ich daher diese Arbeit.

Essen, im April 2024

Waldemar Huber

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	17
I. Einführung in das Thema	17
II. Festlegen des Untersuchungsgegenstandes	17
III. Festlegen der Methodik	17
IV. Anfängliche Hypothesen	18
B. Mögliche Konzepte der Ausschlussstatbestände, die an die Kenntnis des Mangels bei Vertragsschluss anknüpfen	19
I. Darstellung der bisherigen Konzepte	19
1. Verzichtserklärung	19
2. Beschaffenheitsvereinbarung	19
3. Mutmaßlicher Parteiwille als Vorbild einer typisierenden Lösung	20
4. Risikoübernahme	20
5. Fehlende Schutzbedürftigkeit respektive -würdigkeit	21
6. Ausfluss des Verbots des venire contra factum proprium	21
7. Kosten- und Risikominderung im beiderseitigen Interesse	22
8. Beschleunigung des Geschäfts- und Rechtsverkehrs	22
II. Systematisierung und Destillation bisheriger Konzepte	22
1. Rechtsgeschäftsdogmatisches Konzept	23
2. Rechtsökonomisches Konzept	24
3. Konzept der Treuwidrigkeit	25
C. Rechtsgeschäftsdogmatischer Ansatz: Aussage und Herleitung	26
I. Relevanz des Rechtsgeschäftsdogmas	26
II. Schuldrecht und Rechtsgeschäftslehre – Bedeutung des Parteiwillens im Schuldrecht	27
1. Willentheorie: Wahrer Wille	27
2. Erklärungstheorie: Verständnis des objektiven Empfängers	29
3. Entwicklungen dieses Streits bei Schaffung des BGB	30
III. Situationen im Rahmen des § 442 Abs. 1 S. 1 BGB	33
1. Situation der umfassenden Kenntnis beider Parteien	34
2. Situation der beiderseitigen Kenntnis des Mangels, aber jeweils fehlender Kenntnis von der Kenntnis des Vertragspartners	35
a) Redlich handelnde Gegenseite – bessere Eigenschaft als bekannt	35
b) Vereinbarte Eigenschaft entspricht der eigenen Kenntnis	36

c) Vergleich zur falsa demonstratio non nocet	36
d) Keine Einigung über Sollbeschaffenheit – Dissens	38
e) Ergebnis: Kein eindeutiges Auslegungsergebnis	38
3. Situation der beiderseitigen Kenntnis des Mangels, aber der Käufer weiß, dass der Verkäufer nichts von der Kenntnis des Käufers weiß	39
4. Situation der beiderseitigen Kenntnis des Mangels, aber der Käufer weiß nicht, dass der Verkäufer nichts von der Kenntnis des Käufers weiß	40
5. Situation der einseitigen Kenntnis des Mangels seitens des Käufers ohne dessen Kenntnis von der Unkenntnis des Verkäufers	40
6. Situation der einseitigen Kenntnis des Mangels seitens des Käufers und des- sen Kenntnis von der Unkenntnis des Verkäufers	41
7. Ergebnis der Auslegung bei Hinwegdenken der Ausschlusstatbestände	43
IV. Rechtstechnik des rechtsgeschäftsdogmatischen Konzeptes	43
1. Bloße Klarstellung oder Vermutung	43
2. Vermutung eines Verzichts, Erlasses oder einer Beschaffenheitsvereinbarung	46
a) Verzicht respektive Erlassvertrag	47
b) Beschaffenheitsvereinbarung	50
c) Zwischenergebnis	52
V. Schlussfolgerungen für die zu untersuchenden Ausschlusstatbestände	53
D. Auswirkungen des rechtsgeschäftsdogmatischen Ansatzes bei der Auslegung der Ausschlusstatbestände wegen Kenntnis des Mangels bei Vertragsschluss	54
I. Der Ausschluss nach § 442 Abs. 1 S. 1 BGB	54
1. Interessenlage der Kaufvertragsparteien	54
a) Interesse des Verkäufers	54
b) Interesse des Käufers	57
2. Voraussetzungen des § 442 Abs. 1 S. 1 BGB	58
a) Wissenselement im Rahmen des § 442 Abs. 1 S. 1 BGB: Kenntnis	58
aa) Fehlen einer Definition der Kenntnis im BGB	58
bb) Kenntnis und rechtsgeschäftsdogmatisches Konzept	60
cc) Abgrenzung von anderen kognitiven Merkmalen: Verdacht, Vermu- tung und Zweifel	61
(1) Vermutung und Verdacht	61
(2) Zweifel	62
(3) Notwendigkeit einer Differenzierung zwischen unterschiedlichen Graden der Vermutung, des Verdachts oder des Zweifels?	62
(4) Für Kenntnis notwendiges Maß an Gewissheit	63
(a) Wortlaut	63
(b) Historie und Systematik	64
(aa) Zweifel, Vermutung und Verdacht	65
(bb) Zweifel am Mangel	66

(cc) Differenzierung zwischen Überzeugung und Kenntnis . . .	68
(c) Telos	69
(d) Ergebnis der Auslegung	71
dd) Abgrenzung zum Verdachtsmangel	73
(1) Unechter Verdachtsmangel – Unfallwagen	78
(2) Echter Verdachtsmangel – Salmonellenbefall	80
(3) Konsequenz für die Anwendbarkeit des § 442 Abs. 1 S. 1 BGB	82
ee) Abgrenzung zum Vorsatz	84
(1) Wortlaut, Historie, Systematik	84
(2) Telos: Rechtsgeschäftsdogmatischer Ansatz	87
(3) Zwischenergebnis: Kenntnis umfasst nicht die billigende Inkaufnahme	88
(4) Entsprechende Anwendung des § 442 Abs. 1 S. 1 BGB	88
(a) Vergleichbare Interessenlage	88
(b) Planwidrige Regelungslücke	89
(5) Ergebnis	90
b) Anknüpfungspunkt für die Kenntnis: Sach- oder Rechtsmangel	90
aa) Mangelbegriff im Sinne des § 442 Abs. 1 S. 1 BGB in Bezug auf Sachmängel gemäß § 434 BGB	90
(1) Genügt bloße Kenntnis der Istbeschaffenheit?	91
(2) Wortlaut, Historie und Systematik	92
(3) Rechtsgeschäftsdogmatisches Konzept	95
(4) Zwischenergebnis	97
(5) Analogie zu § 442 Abs. 1 S. 1 BGB im Falle der Kenntnis der Istbeschaffenheit	97
bb) Mangelbegriff im Sinne des § 442 Abs. 1 S. 1 BGB in Bezug auf Rechtsmängel gemäß § 435 BGB	98
(1) Wortlaut, Historie und Systematik	100
(2) Rechtsgeschäftsdogmatischer Ansatz	100
cc) Differenzierung zwischen Umfang und rechtlicher Tragweite des Rechtsmangels	101
(1) Wortlaut, Historie, Systematik	102
(2) Rechtsgeschäftsdogmatisches Konzept	103
(3) Stellungnahme	105
dd) Notwendige Reichweite der Kenntnis	107
(1) Notwendigkeit der Kenntnis der Gewährleistungsrechte	107
(a) Wortlaut, Historie und Systematik	108
(b) Rechtsgeschäftsdogmatisches Konzept	111
(c) Stellungnahme	112

(2) Umfang der Kenntnis des Mangels – Eigenständigkeit eines Mangels	113
(a) Herrschende Meinung: Keine Eigenständigkeit des Folgemangels bei Vorhersehbarkeit	114
(b) Auslegung: Wortlaut, Systematik und Historie	116
(c) Rechtsgeschäftsdogmatisches Konzept	117
(d) Stellungnahme	119
c) Zeitlicher Anknüpfungspunkt	121
aa) Fallkonstellationen	122
(1) Kenntnis des Mangels nach Abgabe, aber vor Zugang der Willenserklärung beim Verkäufer	122
(2) Kenntnis nach Zugang des Antrages des Käufers, aber vor dessen Annahme durch den Verkäufer	122
(3) Kenntnis nach Abschluss, aber vor Wirksamkeit des Vertrages	123
bb) Lösung der herrschenden Meinung	124
cc) Überprüfung der jeweiligen Argumente und eigener Lösungsvorschlag	125
(1) Wortlaut, Historie, Systematik	125
(2) Telos	128
(a) Zeitraum zwischen Abgabe und Zugang, § 130 Abs. 1 BGB	128
(b) Zeitraum ab Zugang der Willenserklärung des Käufers	133
dd) Ergebnis: Kenntnis bei Abgabe entscheidend	134
3. Rechtsfolge des § 442 Abs. 1 S. 1 BGB	135
a) Zeitliche Reichweite der Rechtsfolge des § 442 Abs. 1 S. 1 BGB	135
aa) Wortlaut, Systematik, Historie	136
(1) Verhältnis des § 433 Abs. 1 S. 2 zu § 437 BGB	136
(2) Wortlaut	138
(3) Systematik	140
(4) Historie	143
bb) Rechtsgeschäftsdogma – Verhinderung des Problems	143
b) Personelle Reichweite des § 442 Abs. 1 S. 1 BGB bei mehreren Käufern	144
aa) Wissenszurechnung gemäß § 166 BGB	144
bb) Voneinander unabhängige Käufer – Wissenszurechnung nicht möglich: Gesamtwirkung oder Einzelwirkung der Kenntnis	145
(1) Nacherfüllung	149
(2) Rücktritt und Minderung	150
(3) Schadensersatz	152
(a) Schadensersatzanspruch statt der Leistung gerichtet auf Mangelbeseitigung	152
(b) Schadensersatzanspruch: Ausgleich von Integritäts- oder Vermögensinteressen	155

- (4) Zwischenergebnis: Grundsätzlich keine Gesamtwirkung der Kenntnis eines Mitgläubigers von dem Mangel 156
- (5) Umfang der Gewährleistungsrechte: Erhaltung der Einheit oder doch Quotierung? 156
- (6) Ergebnis 159
- c) Sachliche Reichweite des § 442 Abs. 1 S. 1 BGB 159
 - aa) Reichweite des § 442 Abs. 1 S. 1 BGB bei zusammenhängenden Mängeln respektive nicht umfänglicher Mangelkenntnis 159
 - bb) Ausschluss vorvertraglicher Ansprüche des Käufers 160
 - cc) Verhältnis zu deliktischen Ansprüchen 162
 - (1) Integritätsinteresse des Käufers – Mangelfolgeschäden 163
 - (2) Substanzschäden an der Sache selbst – Weiterfresserschäden 164
- II. Ausschluss analog §§ 442 Abs. 1 S. 1, 536b S. 1 BGB im Werkvertragsrecht? 166
 - 1. Entsprechende Sachverhaltskonstellationen im Werkvertragsrecht? 166
 - 2. Planwidrige Regelungslücke? 167
- III. Der Ausschluss nach § 536b S. 1 BGB im Vergleich zu § 442 Abs. 1 S. 1 BGB 170
 - 1. Interessenlage der Parteien 170
 - 2. Voraussetzungen des § 536b S. 1 BGB 170
 - a) Differenzierung zwischen punktuellm Leistungsaustausch und Dauer-schuldverhältnis? 171
 - b) Wissenselement im Rahmen des § 536b S. 1 BGB: Kenntnis 171
 - aa) Abgrenzung zwischen der Einigung im Sinne der §§ 133, 157 BGB und dem § 536b S. 1 BGB 172
 - bb) Dolus eventualis als Kenntnis im Sinne des § 536b S. 1 BGB? 173
 - cc) Kenntnis des Verdachtsmangels im Mietvertragsrecht 174
 - dd) Zwischenfazit zu den Unterschieden bei der Kenntnis 176
 - c) Unterschiede beim Anknüpfungspunkt: Mangel 176
 - aa) Mangel der Definition des „Mangels“ im Mietvertragsrecht 176
 - bb) Von § 536b S. 1 BGB erfasste Mängel 177
 - (1) Unerheblicher Mangel im Sinne des § 536 Abs. 1 S. 3 BGB 177
 - (2) Fehlende zugesicherte Eigenschaft im Sinne des § 536 Abs. 2 BGB 179
 - (a) Wortlaut, Historie, Systematik 180
 - (b) Rechtsgeschäftsdogmatische Perspektive 181
 - (3) Anwendbarkeit des § 536b S. 1 BGB auf Rechtsmängel? 182
 - cc) Reichweite der Kenntnis: Kenntnis des Istzustandes? Kenntnis der Mangelursache? 183
 - (1) Kenntnis der Istbeschaffenheit oder Kenntnis der negativen Abweichung? 184
 - (2) Kenntnis der Mangelursache und/oder der tatsächlichen Umstände? 188
 - (a) Wortlaut, Historie, Systematik 188

(b) Rechtsgeschäftsdogmatische Perspektive	189
(3) Anforderungen an die Kenntnis eines Rechtsmangels	191
(4) Analogie zu § 536b S. 1 BGB für zukünftige respektive latente Mängel	192
dd) Kenntnis des Umfangs und der Tragweite des Mangels	195
d) Unterschiede beim relevanten Zeitpunkt	198
aa) Mangel oder Modernisierungsbedürftigkeit der Mietsache – Moderni- sierungs-/Instandhaltungspflicht des Vermieters?	198
(1) Rechtsentwicklung nicht abgeschlossen	199
(a) Drohende konkrete Gesundheitsgefahr	200
(b) Mindeststandard als übliche Beschaffenheit	201
(c) Größere bauliche Veränderung oder Sanierung der Mietsache	202
(2) Bewertung des „Modernisierungsmangels“	202
(a) Neuvermietung	206
(b) Bestandmietverhältnisse	207
(c) Alternativer Lösungsvorschlag	209
(3) Zwischenergebnis	210
bb) § 536b S. 1 BGB im laufenden Mietverhältnis: Vertragsänderung, Vertragsverlängerung und Verwirkung	210
cc) Spätere Fertigstellung der Mietsache	211
e) Zwischenfazit zu den Unterschieden auf Tatbestandsebene	212
3. Rechtsfolge des § 536b S. 1 BGB	212
a) Sachliche Reichweite	212
aa) (Kein) Ausschluss des „Erfüllungsanspruchs“?	212
(1) Planwidrige Regelungslücke: Wortlaut, Historie und Systematik	214
(2) Vergleichbare Interessenlage: Rechtsgeschäftsdogmatischer An- satz im Mietvertragsrecht?	216
(a) Vergleichsgruppe: Gewährleistungsrechte aus §§ 536, 536a BGB	217
(b) Vergleichsgruppe: Rechtsfolge des § 442 Abs. 1 S. 1 BGB ...	221
(3) Zwischenergebnis	226
bb) Ausschluss des Schadensersatzanspruchs	226
cc) Ausschluss des Kündigungsrechts	227
b) Zeitliche Reichweite: Verhältnis zum Allgemeinen Teil des Schuldrechts	228
aa) Verhältnis zum allgemeinen Schuldrecht	228
bb) Verhältnis zur Anfechtung	229
c) Personelle Reichweite des § 536b S. 1 BGB	229

E. Gegenüberstellung anderer Erklärungsversuche 231

 I. Konkurrierende Erklärungsversuche 231

 1. Widersprüchliches Verhalten 231

 a) Situation des schützenswerten Vertrauens in vorheriges Verhalten 232

 b) Unlösbarer Widerspruch zu vorhergehendem Verhalten 232

 c) Widersprüchlichkeit im Rechtlichen – Ausschlussatbestand kraft eigenständiger normativer Wirkung 233

 d) Stellungnahme 234

 2. Makroebene: Verkehrswidriges Verhalten aus rechtsökonomischer Perspektive 237

 a) Transaktionskostenminderung als Ziel der Vertragsrechtsordnung 237

 b) Verhindern opportunistischen Verhaltens des Sachleistungsgläubigers ... 238

 c) Stellungnahme 239

 3. Schutzwürdigkeit des Sachleistungsschuldners – mangelnde Schutzbedürftigkeit des Sachleistungsgläubigers 245

 a) Gründe für die fehlende Schutzwürdigkeit 245

 b) Stellungnahme 246

 II. Kritikpunkte an der rechtsgeschäftsdogmatischen Erklärung der Ausschlussatbestände 248

 1. Wortlaut und Systematik 248

 2. Kein einseitiger Verzicht? 249

 3. Undogmatische Fiktion eines Willens? 250

 4. Keine Rechtsgeschäftsqualität? 253

 5. Keine Willenserklärung bei grob fahrlässiger Unkenntnis, §§ 442 Abs. 1 S. 2, 536b S. 2 BGB 255

 III. Schlussbemerkung 257

Literaturverzeichnis 259

Stichwortverzeichnis 274

A. Einleitung

I. Einführung in das Thema

Gewährleistung verdient nur derjenige*, der schutzwürdig ist. Schutzwürdig ist nur derjenige, der auf das Versprechen vertrauen durfte. Vertrauen darf derjenige nicht, der es besser respektive das Gegenteil des Versprochenen weiß. Derjenige, der das Gegenteil des Versprochenen weiß und trotzdem den Vertrag schließt, handelt widersprüchlich. Wer widersprüchlich handelt, ist nicht schutzbedürftig. Man könnte meinen, dass ungefähr so umständlich die Ausschlussatbestände wegen Kenntnis des Mangels bei Vertragsschluss, §§ 442 Abs. 1 S. 1, 536b S. 1 BGB, dogmatisch hergeleitet und begründet werden sollen.

Dagegen soll eine rechtsgeschäftliche Herleitung und Begründung, nach der die Gewährleistung demjenigen nicht geschuldet wird, der die Kauf- beziehungsweise Mietsache mit ihren Mängeln wollte, nicht überzeugen. Aber wird ein solch rechtsgeschäftsdogmatischer Begründungsansatz zu Recht abgelehnt? Welche Anforderungen sollten an die Tatbestandsmerkmale der §§ 442 Abs. 1 S. 1, 536b S. 1 BGB gestellt werden, damit ein entsprechender Wille angenommen werden kann? Zu welchen Konsequenzen auf der Rechtsfolgenseite zwingt diese gemeinsame ratio legis? Diesen Fragen soll im Rahmen dieser Arbeit nachgegangen werden.

II. Festlegen des Untersuchungsgegenstandes

Es erfolgt die Untersuchung der Ausschlussatbestände, §§ 442 Abs. 1 S. 1, 536b S. 1 BGB, wegen Kenntnis des Mangels bei Vertragsschluss im Gewährleistungsrecht. Zusätzlich wird kurz auf die möglicherweise vergleichbare Situation im Hinblick auf den Abschluss eines Werkvertrages eingegangen.

III. Festlegen der Methodik

Nach einem kurzen Überblick über die möglichen Erklärungskonzepte erfolgt die Herleitung des rechtsgeschäftsdogmatischen Konzeptes. Im Anschluss wird geprüft, wie die jeweiligen Tatbestandsmerkmale der Ausschlussatbestände vor dem Hin-

* Soweit zur Gewährleistung der besseren Lesbarkeit hier und im Folgenden Personen-, Berufs- oder Gruppenbezeichnungen in grammatisch männlicher Form verwendet werden, sind diese dennoch geschlechtsunabhängig zu verstehen.

tergrund des Rechtsgeschäftsdogmas auszulegen sind und welche Konsequenzen dieses auf Rechtsfolgenseite verlangt. Zum Schluss erfolgt eine Stellungnahme zu den sonstigen Erklärungsversuchen und dem Rechtsgeschäftsdogma.

IV. Anfängliche Hypothesen

Der vorliegenden Arbeit liegen folgende Ausgangshypothesen zugrunde:

Den an die Kenntnis des Mangels bei Vertragsschluss anknüpfenden Ausschlussstatbeständen aus dem Gewährleistungsrecht, §§ 442 Abs. 1 S. 1, 536b S. 1 BGB, liegt ein gemeinsamer Gedanke zugrunde, nach dem die Ausschlussstatbestände im Prinzip auf den Regelungen des Rechtsgeschäfts fußen.

Die Unterscheidungen in Bezug auf die Anforderungen an die Kenntnis des Mangels sind dogmatisch nicht überzeugend.

Wenn den Tatbeständen ein gemeinsames Konzept zugrunde liegt, müssen auch die Rechtsfolgen grundsätzlich die gleichen sein.

B. Mögliche Konzepte der Ausschlusstatbestände, die an die Kenntnis des Mangels bei Vertragsschluss anknüpfen

I. Darstellung der bisherigen Konzepte

Im Folgenden werden die bisher vertretenen Deutungsvorschläge der ratio legis der §§ 442 Abs. 1 S. 1, 536b S. 1 BGB genannt und in Bezug auf ihre Voraussetzungen umschrieben.

1. Verzichtserklärung

Teilweise wird vertreten, dass in den Ausschlusstatbeständen, die an die Kenntnis des Mangels bei Vertragsschluss anknüpfen, ein Verzicht des Käufers oder des Mieters auf die Gewährleistungsrechte zu sehen ist.¹ Dabei soll auf Seiten des Käufers, der von dem Mangel im Zeitpunkt des Vertragsschlusses weiß, eine stillschweigende Verzichtserklärung vorliegen. Eine tatsächliche Willenserklärung seitens des Käufers wird aber nicht gefordert, vielmehr wird ein Verzicht des Käufers „unwiderleglich vermutet“².

2. Beschaffenheitsvereinbarung

Andere meinen hingegen, dass den Ausschlusstatbeständen, die in §§ 442 Abs. 1 S. 1, 536b S. 1 BGB geregelt sind, der Gedanke zugrunde liegt, dass die Vertragsparteien eine dem bekannten Zustand entsprechende Beschaffenheitsvereinbarung treffen.³ Demzufolge liege keine negative Abweichung der Ist- von der Sollbe-

¹ Vgl. zu §§ 439, 460 BGB a.F., also den Vorgängervorschriften des § 442 BGB: BGH, Urt. v. 20.12.1978, VIII ZR 114/77, NJW 1979, 713, Rn. 7 (juris); *Kanzleiter*, DNotZ 1986, 747, 747 f., der zumindest im Falle der §§ 439, 460 S. 1 BGB a.F. von einem solchen Verzicht ausgeht; RGRK/*Mezger*, § 460 BGB Rn. 1 spricht sich für einen stillschweigenden Verzicht als ratio legis des § 460 BGB a.F. aus; für den Fall der beiderseitigen Kenntnis nahm bei § 460 BGB a.F. auch *Soergel/Huber*, § 460 BGB Rn. 3 (Stand: 12. Auflage) unter Verweis auf § 439 BGB a.F. einen entsprechenden Verzicht des Käufers an; vgl. zu § 536b S. 1 BGB *Schmidt-Futterer/Eisenschmid*, § 536b BGB Rn. 1 unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 20.12.1978, VIII ZR 114/77, NJW 1979, 713.

² BGH, Urt. v. 20.12.1978, VIII ZR 114/77, NJW 1979, 713, Rn. 7 (juris).

³ So geht *Soergel/Huber*, § 460 BGB Rn. 3 (Stand: 12. Auflage) zu § 460 BGB a.F. „(i)n aller Regel“ von einer Parteivereinbarung aus, aber ohne näher zwischen Verzicht und Be-