

Wir fechten a... treten zurück!

Wir fechten a... treten zurück!

Ein inhaltlicher Rückblick auf die Korrektur eines Probeexamensdurchgangs im Zivilrecht

Bei der Korrektur der zweiten Zivilrechtsklausur des schriftlichen Probeexamens, deren Rückgabe und Besprechung mittlerweile etwas mehr als zwei Monate zurückliegt, hatten Studierende einen Sachverhalt im Schuldrecht zu lösen. Als Schwerpunkte der Klausur sind durch die Ersteller der Lösungsskizze die Themen: Beschaffenheitsvereinbarung, Wertersatz im Rahmen des Rücktritts und Genehmigungsfiktion nach HGB verortet worden. Bei der Korrektur der Klausuren hat sich gezeigt, dass bei einem Großteil der Arbeiten andere Schwerpunkte gesetzt wurden – mit wenig erfreulichen Folgen. Viele Bearbeiterinnen und Bearbeiter prüften die eigenen Schwerpunkte: Anfechtung und bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nach §§ 812ff. BGB.

Der Beitrag umreißt und vereinfacht den damaligen Sachverhalt und nimmt die Klausurergebnisse zum Anlass, das Verhältnis von Anfechtung und Sachmängelgewährleistungsrechten etwas näher zu beleuchten.

A. Die Klausuraufgabe (vereinfacht)

Der Kaufmann K kauft im professionellen Internetshop des V für die Pflege der Grünanlagen seines Dachdeckerhandelsgewerbes einen Sitzrasenmäher (Modell T-1000). Während des Bestellvorgangs bekommt er, wie wir es aus Internetshops kennen, eine bebilderte Einblendung mit der Überschrift „Kunden, die den T-1000 gekauft haben, haben sich auch für folgende Artikel interessiert“ auf dem Bildschirm angezeigt. Einer der angezeigten Artikel ist der Sitzrasenmäheranhänger vom Typ A-750. Einige Tage später bestellt K über den gleichen Internetshop des V den A-750 für 500 Euro. In die freie Eingabemaske kurz vor Absenden der Bestellung trägt er ein:

„Zu meinem T-1000 ordere ich ergänzend den A-750 hinzu. Danke!“

Beide Geräte werden separat nach jeweils einigen Tagen bei K angeliefert, in der Zwischenzeit ist

Schnee gefallen. Nachdem der Schnee viel später wieder aufgetaut ist und das erste Mal Rasen gemäht werden soll, stellt sich heraus, dass beide Geräte bauartbedingt nicht kompatibel sind: Der Anhänger passt nicht richtig an den Mäher. K ist erbost und verlangt unter Abgabe aller denkbaren Erklärungen von V sein Geld zurück. V wendet wahrheitsgemäß ein, dass in keiner der Produktbeschreibungen von einer Kompatibilität beider Produkte die Rede gewesen ist – für den T-1000 gäbe es keine Anhänger.

B. Was geprüft worden ist

Die Mehrzahl der Bearbeiterinnen und Bearbeiter hat sich dafür entschieden, eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB zu prüfen und K zugesprochen, sich über die Eigenschaft der Kompatibilität von Rasenmäher und Anhänger geirrt zu haben. Da die abgegebenen Erklärungen zumindest auch eine Anfechtungserklärung gem. § 143 Abs. 1 BGB enthielten, sei der Vertrag wirksam angefochten und müsse nach Bereicherungsrecht rückabgewickelt werden. Wenige erinnerten sich noch an das Erfordernis einer Kausalität zwischen Irrtum und Abgabe der rechtsgeschäftlich relevanten Willenserklärung. Trotz leichter Unsicherheit hinsichtlich der Frage des Nichtbestehens des Rechtsgrundes i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB oder des späteren Wegfall des Rechtsgrundes i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. BGB war man sich im Ergebnis einig: Den Kaufpreis gibt es nach § 812 BGB zurück!

C. Was zu prüfen war

Welche Rechte ein Käufer im Falle einer Sachmangelhaftigkeit der Kaufsache geltend machen kann, bemisst sich nach der zentralen Verweisungsnorm des § 437 BGB und der jeweils zugehörigen Verweiszivielvorschriften.¹ Eine der Verweisungen, nämlich § 437 Nr. 2 BGB, ermöglicht bei dem zusätzlichen Vorliegen der spezifischen Voraussetzungen den

¹ Westermann in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 4, 7. Aufl. 2016, § 437 Rn. 1.

Rücktritt. Das resultierende Rückgewährschuldverhältnis ist geeignetes Mittel, die Rückzahlung des Kaufpreises herbeizuführen. Schon in der eigenen, gedanklichen Vorprüfung war die Anfechtung auszuschließen: Bis auf wenige, hier nicht einschlägige Ausnahmen, gehen die Gewährleistungsrechte der Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtum vor.

Aus der Korrektur: Bei der korrekten Niederschrift der Anspruchsgrundlage bestand erhebliche Unsicherheit. Anspruchsgrundlage für die Rückabwicklung bei erfolgtem Rücktritt ist § 346 Abs. 1 BGB, hiernach besteht das Rückgewährschuldverhältnis, welches zur jeweiligen Herausgabe verpflichtet. Ein Obersatz, der § 346 Abs. 1 BGB nicht enthielt, war unvollständig und damit fehlerhaft.

I. Kaufvertrag

Zuerst konnten von den Bearbeiterinnen und Bearbeitern einige „leichte“ Punkte eingestrichen werden, indem das Bestehen und Zustandekommen eines wirksamen Kaufvertrages ordentlich geprüft wurde. Der Vertragsschluss über das Internet stellt in der heutigen Klausurlösung keine Besonderheit dar, sodass ordentliche Definition und Subsumtion der erforderlichen Willenserklärungen erwartet werden konnten.

Aus der Korrektur: Oft wurde nur das Bestehen eines Schuldverhältnisses zwischen den Parteien untersucht. Die Prüfung irgendeines Schuldverhältnisses ist an dieser Stelle zu ungenau. Um unter Verwendung der Verweisungsnorm des § 437 Nr. 2 BGB im Obersatz und einer nachfolgenden Prüfung einer Sachmangelhaftigkeit bei Gefahrübergang nach den §§ 434ff. BGB zu einem Rückgewährschuldverhältnis zu kommen, braucht es einen Kaufvertrag², nicht irgendeinen Vertrag.

² Oder i.S.d. § 480 BGB einen Tauschvertrag, auf den die Vorschriften des Kaufes Anwendung finden, dieser kam aber bei dem gestellten Sachverhalt nicht Betracht.

II. Mangel bei Gefahrübergang

In der Klausurbearbeitung war sodann der Sachmangel bei Gefahrübergang zu thematisieren. Es hätte sich gelohnt, die Vorschrift des § 434 BGB während der Klausur aufgeschlagen zu haben. Hier heißt es am Anfang von Absatz 1, S. 2: Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist die Sache frei von Sachmängeln, [...]. Maßstab für das Vorliegen eines Sachmangels ist deswegen zuerst die Vereinbarung der Beschaffenheit der Kaufsache im Kaufvertrag.³ Dies führt zur vorrangigen Anwendung des subjektiven Fehlerbegriffs⁴ und so zu einer gestuften Prüfungsreihenfolge bei der rechtlichen Aufarbeitung von Sachmängeln.⁵

Erst mangels Beschaffenheitsvereinbarung kommt es auf den vertraglich vorausgesetzten Verwendungszweck der Kaufsache an, sonst auf die gewöhnliche Verwendung unter Berücksichtigung üblicher Beschaffenheit der Kaufsache unter Einbeziehung berechtigter Käufererwartungen, die letztlich auch durch öffentliche Äußerungen Dritter hervorgerufen werden können.⁶ Ist danach die Kaufsache als solche mangelfrei, kann sich ein Sachmangel aus unsachgemäßer Montage oder mangelhafter Montageanleitung ergeben.⁷

Aus der Korrektur: Viele Bearbeitungen untersuchten sogleich eine Nichteignung der Kaufsache für die gewöhnliche Verwendung. Eine Sachmangelprüfung, die einzig auf die gewöhnliche Verwendung abstellt, ist unvollständig. Sauber und strukturiert hätte geprüft werden müssen, dass ein Sachmangel grundsätzlich in der Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit liegt. Sodann hätte die Ist-Beschaffenheit festgestellt werden müssen,

³ BT-Drs. 14/6040, S. 212; Berger in: Jauernig Kommentar zum BGB, 16. Auflage 2015, § 434 Rn. 2.

⁴ Saenger in: Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 9. Auflage 2017, § 434 Rn. 7f.; Grigoleit/Herresthal, Die Beschaffenheitsvereinbarung und ihre Typisierung in § 434 I BGB, JZ 2003, 233 (234ff.); BT-Drs. 16/6040, S. 212.

⁵ Berger in: Jauernig Kommentar zum BGB, (Fn. 3), § 434 Rn. 2.

⁶ Berger in: Jauernig Kommentar zum BGB, (Fn. 3), § 434 Rn. 2; Saenger in: Schulze (Fn. 4), § 433 Rn. 12.

⁷ Westermann in: MüKo BGB (Fn.1), § 437 Rn. 38.

um dann darzustellen, wie die Soll-Beschaffenheit im konkreten Fall ausgestaltet worden sein könnte: Zuerst durch Beschaffenheitsvereinbarung, dann durch Verwendungszweckvereinbarung, letztlich durch das gewöhnlicherweise Erwartbare, zuallerletzt noch modifiziert durch öffentliche Äußerungen. Sonst würde die Textpassage „Zu meinem T-1000 ordere ich ergänzend den A-750 hinzu. Danke!“ keinen ordentlichen Eingang in die Prüfung finden.

III. Gewährleistungs- und Rücktrittsausschlussgründe

In fast jeder Klausurbearbeitung können Ausschlussgründe eine Rolle spielen. Einerseits ist hier an die §§ 442, 445 BGB zu denken, andererseits ist dieses regelmäßig die Stelle, an der eine AGB-Prüfung in Klausuren erfolgen kann. Der entsprechende vorformulierte Ausschluss der Gewährleistung kann nicht nur nach den § 305ff. BGB, insbesondere § 309 Nrn. 7 und 8 BGB unwirksam sein, auch §§ 444, 475 BGB sind zu bedenken. Spezifikum für den Rücktritt sind § 323 Abs. 5 S. 2 BGB oder § 323 Abs. 6 BGB. Keinesfalls ist die Aufzählung abschließend – im Klausursachverhalt musste zum Beispiel an § 377 HGB gedacht werden. Wer eine ordentliche Lösung abliefern wollte, prüfte deswegen erstens das Vorliegen eines Geschäfts, zweitens die Kaufmannseigenschaft der Beteiligten und drittens die Betriebsbezogenheit des Handelsgeschäfts um sich viertens dem Vorliegen der unverzüglichen Anzeige i.S.d. § 377 HGB zu widmen.

Nicht umsonst gab der Sachverhalt an, dass es sich eigentlich um einen Dachdecker handelt, dieser aber damit gerade die Grünanlagen seines Handelsgewerbes pflegen wollte. Die Voraussetzung der Betriebsbezogenheit ließ sich direkt aus § 343 HGB ablesen. Eine Definition wie: Handelsgeschäfte sind die zum Betrieb des Handelsgewerbes des Kaufmannes gehörenden Geschäfte, d.h. alle, die dem Interesse des Gewerbes, der Erhaltung seiner Substanz und

Erzielung von Gewinn dienen sollen,⁸ lag nahe und brachte Aussicht auf Positivbewertung.

Aus der Korrektur: Die Prüfung des § 377 HGB erfolgte häufig ungenau. Am auffälligsten ist der unpräzise Umgang mit der ersten Voraussetzung des § 377 HGB gewesen, dem beiderseitigen Handelskauf i.S.d. §§ 343, 344 HGB. Wenig ordentliche oder fehlende Definitionen der einfachen und teilweise legaldefinierten Begrifflichkeiten ließen viele Bearbeitungen unsorgfältig erscheinen.

IV. Frist

Auch muss eine verstrichene Frist zur Nacherfüllung gesetzt worden sein. Zuallermeist wird diese in der Klausur entweder lange verstrichen sein oder ein Entbehrlichkeitsgrund wird den Bearbeiterinnen und Bearbeitern zur Seite gestellt. Oft, aber längst nicht immer, einschlägig ist die sog. ernsthafte und endgültige Verweigerung der Nacherfüllung gem. § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Hierbei wäre ein Klausursachverhalt darauf zu untersuchen gewesen, ob der potentielle Nacherfüllungsschuldner das Bestehen der Pflicht hartnäckig verneint und keinerlei Bereitschaft zur Nacherfüllung oder zur Verhandlung über evtl. Nacherfüllungspflichten zeigt.⁹ Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Faustformel des „letzten Wortes in Sachen Nacherfüllung“¹⁰ nicht in jedes Verhalten interpretiert werden kann. Äußerungen der Beteiligten bleiben Einzelfallauslegung und –würdigung vorbehalten.¹¹ Gerade wegen der strengen Anforderungen an die Finalität der Verweigerung¹² dürfen andere Entbehrlichkeitsgründe für die Klausur nicht aus dem Blick verloren werden. Hierbei ist insbesondere auf die Wesentlichkeit der

⁸ BGH NJW 1960, 1853; Hopt in: Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 38. Aufl. 2018, § 343 Rn. 3.

⁹ BGH NJW-RR 2014, 1512.

¹⁰ Ernst in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 7. Aufl. 2016, § 323 Rn. 101.

¹¹ BGH NJW 1981, 1263; 1981, 679; 1986, 661; 1987, 251; NJW-RR 1992, 1226 (1228); NJW 1996, 1814; NJW-RR 1997, 51; 1993, 882 (883).

¹² BGH NJW-RR 1995, 1357.

termin- und fristgerechten Leistung hinzuweisen,¹³ bei Fixgeschäften im Handelskauf, den sog. Fixhandelskäufen,¹⁴ darf an § 376 Abs. 1 HGB gedacht werden.¹⁵ Nicht abschließend sei auf die Unmöglichkeit der Nacherfüllung i.S.d. § 326 Abs. 5 BGB und die Unzumutbarkeit wegen Interessenfortfalls i.S.d. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB hingewiesen.¹⁶

Aus der Korrektur: Allzu großzügig ist mit der Verweigerung der Nacherfüllung i.S.d. § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB umgegangen worden, dieses ist zwar nicht völlig fernliegend. Näher lag indes die Unmöglichkeit der Nacherfüllung: Nicht nur gibt es kein passendes Modell für den T-1000, auch scheidet ein Umbau des gekauften Hängers aus. Der deswegen einschlägige § 326 Abs. 5 BGB ist leider selten gesehen worden.

V. Rücktrittserklärung

Die Rücktrittserklärung i.S.d. § 349 BGB ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die grundsätzlich formfrei, sogar konkludent, erfolgen kann. Wirksamkeit und Zugang der Erklärung richten sich nach den §§ 130ff. BGB.¹⁷ Nennenswerte Probleme ergaben sich in der Klausur nicht, die abgegebene Erklärung konnte nach laien günstiger Auslegung auch als Rücktrittserklärung aufgefasst werden.

VI. Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen des Rücktritts erschöpfen sich nicht in der Entstehung des Rückgewährschuldverhältnisses.¹⁸ Selbstverständlich ist bei der Frage nach der Möglichkeit der Rückabwicklung zuerst auf die Pflichten aus § 346 Abs. 1 BGB einzugehen – die

¹³ Ernst in: MüKo BGB (Fn. 10), § 323 Rn. 111; Riehm, Irrungen und Wirrungen zur Fristsetzung und ihrer Entbehrlichkeit, NJW 2014, 2065.

¹⁴ Ernst in: MüKo BGB (Fn.10), § 323 Rn. 112.

¹⁵ Koch in: Oetker/Koch, Handelsgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, § 376 Rn. 28; Hellgardt/Stark, Zivilrecht: Schuldrecht und Sachenrecht – Kamera auf Abwegen, JuS 2016, 1002 (1003f.).

¹⁶ Ernst in: MüKo BGB (Fn. 10), § 323 Rn. 125.

¹⁷ Yves Döll, Rückgewährstörungen beim Rücktritt, (Diss 2011), S. 43.

¹⁸ Ahrens in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, 12. Aufl. 2017; § 119 Rn. 1f.

empfangenen Leistungen sind zurück zu gewähren und die gezogenen Nutzungen herauszugeben. Die Pflicht zum Wertersatz schließt sich nicht nur in der Vorschrift selbst, sondern auch denklogisch an. Wenig beachtet wurde § 346 Abs. 3 S. 2 BGB, überschüssige Bereicherung ist herauszugeben – auch ohne den § 812 BGB zu bemühen.

Bemerkenswert häufig wurde von denjenigen Bearbeiterinnen und Bearbeitern, die einen Rücktritt bejaht haben, im Anschluss § 812 BGB geprüft, um weitere Bereicherung herausverlangen zu können. Nicht nur existiert die Vorschrift des § 346 Abs. 3 S. 2 BGB; auch wurde bei den Prüfungen verkannt, dass nach ganz herrschender Auffassung „nur“ ein Wandel des Kaufvertrages zum Rückgewährschuldverhältnis vorliegt. Unreflektiert in der Prüfung der Rechtsgrundlosigkeit zu notieren, der Kaufvertrag sei durch den Rücktritt entfallen, war (und ist) falsch!

Richtigerweise kommt also eine Anfechtung in der Klausurlösung nicht vor! Das liegt daran, dass die Anwendbarkeit der Sachmangelgewährleistungsrechte, als Teil des besonderen Schuldrechts, die Möglichkeit der Anfechtung wegen Eigenschaftsirrums über Eigenschaften, die zugleich einen Sachmangel begründen können oder zusicherungsfähig sind, verdrängt.¹⁹ Gleich dem Käufer soll selbst der Verkäufer nicht anfechten können, wenn dadurch Gewährleistungspflichten unterlaufen würden.²⁰

D. Zur Spezialität der Mängelgewährleistung

Um zu verstehen, warum die spezielleren Regeln des Gewährleistungsrechts denen der Anfechtung vorgehen sollen, kann man bspw. auf die Zielrichtung von Anfechtung und Mängelgewährleistung abstellen.

I. Anfechtung

Die Anfechtung steht im Zeichen der Beseitigung

¹⁹ BGH NJW 1979, 160 (Mercedes Fall); BGHZ 60, 319 (Seegrundstück Fall), Schur, Eigenschaftsirrtrum und Neuregelung des Kaufrechts, AcP 2004, 883 (883ff.).

²⁰ RGZ 135, 339 (Ruisdael Fall).

der Willensklärung bzw. des angefochtenen Rechtsgeschäfts; sie dient dem Schutz der Privatautonomie durch die Gewährung der Möglichkeit, irrtümlich abgegebene Willenserklärungen zu beseitigen.²¹ Diese sollen bei erfolgreicher Anfechtung *ex tunc* nichtig werden – ein Festhalten am Rechtsgeschäft, bzw. ein Recht der zweiten Andienung kommt deswegen nicht in Betracht.²²

Aufgrund der Allgemeinheit der Anfechtungsregeln sind diverse Spezialvorschriften zu beachten, nämlich dann, wenn der gesetzgeberische Wille durch Anwendung der einfachen Anfechtungsvorschriften unterlaufen würde. Beispielsweise ist zu bedenken, dass im Erbrecht eine weitgehende Beachtlichkeit von Motivirrtümern sondernormiert wird.²³ Ähnliche Spezialität gilt bspw. für die Anfechtung der Eheschließung im Familienrecht.²⁴ Nach herrschender Meinung sind auch geschäftsähnliche Handlungen oder Erklärungen ohne Erklärungsbewusstsein (analog) anfechtbar,²⁵ nach dem Grundsatz der Doppelwirkung auch nichtige Rechtsgeschäfte.

II. Mängelgewährleistung

Die Mängelgewährleistung steht im Zeichen des Rechts der zweiten Andienung. Die Nacherfüllung ist im System des Gewährleistungsrechts der primäre Anspruch des Käufers.²⁶ Dies kommt darin zum Ausdruck, dass Rücktritt, Minderung und Schadensersatz statt der Leistung grundsätzlich erst nach dem erfolglosen Ablauf einer Frist zur Nacherfüllung zur Verfügung stehen. Das Recht der sog. zweiten Andienung ist für das Sachmängelgewährleistungsrecht prägend.²⁷ Der gesetzgeberische Wille lässt sich gut in der Bundestagsdrucksache zur Schuldrechtsmodernisierung nachlesen:

[Das Kaufrecht] regelt den Anspruch des Käufers auf Nacherfüllung. Ist ihm eine Kaufsache geliefert

worden, die fehlerhaft ist, so steht ihm – unabhängig davon, ob ein Stück- oder Gattungskauf oder ein Sach- oder Rechtsmangel vorliegt – ein Anspruch auf Nacherfüllung zu. Der Käufer kann wählen, ob er die Nacherfüllung in der Form der Beseitigung des Mangels durch den Verkäufer oder in Form der Lieferung einer mangelfreien Sache verlangt. Ist die Nacherfüllung dem Verkäufer nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich, so kann er sie verweigern; in diesem Falle kann der Käufer nur die sonstigen Ansprüche geltend machen, die ihm im Falle einer Pflichtverletzung zustehen. Macht der Käufer wegen des Fehlers der gelieferten Kaufsache einen Schadensersatzanspruch geltend oder will er deshalb vom Verträge zurücktreten, so kann der Verkäufer diese Rechte dadurch abwenden, dass er seinerseits nacherfüllt.²⁸

Nur ausnahmsweise soll es nicht verpflichtend sein, diese Möglichkeit einzuräumen und eine Frist verstreichen zu lassen.²⁹ Wer sich dieses vor Augen hält, muss einsehen, dass eine gleichzeitige Möglichkeit der Eigenschaftsirrtumsanfechtung den o.g. Sinn des Kaufrechts unterläuft.³⁰ Der Nacherfüllungsanspruch dient Interessen des Käufers und des Verkäufers. Ziel des Gesetzgebers und des Rechtsanwenders ist, ein Unterlaufen des Anwendungsbereichs zu verhindern.³¹

Der Nacherfüllungsanspruch stärkt den Grundsatz des Vorrangs des Primäranspruchs auf Erfüllung vor den sekundären Rechtsbehelfen wie Vertragsauflösung und Schadensersatz. Er fördert im Interesse des Verkäufers den Grundsatz *pacta sunt servanda*: Dadurch, dass dem Verkäufer grundsätzlich eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt werden muss, hat er eine zweite Chance, sich den vollen Kaufpreis zu verdienen. Außerdem wird er in die Lage versetzt, eigene Feststellungen dahingehend zu treffen, ob die verkaufte Sache einen Mangel aufweist, auf welcher Ursache dieser beruht und ob er bereits im Zeitpunkt

²¹ BGHZ 88, 246.

²² Yves Döll, Rückgewährstörungen beim Rücktritt (Diss 2011), S. 53.

²³ Vgl. §§ 1949, 1954f. 1956, 2078ff. BGB.

²⁴ Vgl. § 1314 Abs. 2 BGB.

²⁵ BGHZ 91, 324; 106, 163.

²⁶ Westermann, Das neue Kaufrecht, NJW 2002, 241 (248f.).

²⁷ Westermann in: MüKo BGB (Fn. 1), § 437 Rn. 2; Huber, Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht, NJW 2002, 1004 (1005).

²⁸ BT-Drs. 14/6040, S. 94f.

²⁹ BT-Drs. 14/6040, S. 189f.

³⁰ BT-Drs. 14/6040, S. 210.

³¹ Ebenda.

des Gefahrübergangs vorgelegen haben kann.³² Der Käufer wird an der eigenen rechtsgeschäftlichen Entscheidung festgehalten. Er kann damit einen Sachmangel nicht zum Anlass nehmen, sich von einem (unter Umständen aus ganz anderen Gründen bereuten) Vertrag zu lösen.³³ Der Nacherfüllungsanspruch für den Käufer ist bspw. unter der Hypothese gestiegener Marktpreise oder knapper Güter wirtschaftlich interessant. In allen anderen Konstellationen könnte er sich im Falle eines sofortigen Rücktritts jeden Vertragsgegenstand vorschnell anderweitig besorgen und gewönne überdies wieder volle Dispositionsfreiheit über sein Vermögen. Der Nacherfüllungsanspruch entspricht insoweit einer rechtspolitischen Forderung der Anbieterseite, die mit dem kontinentaleuropäischen Verständnis der Vertragsbindung einhergeht.³⁴ Auch weitere Begründungen für die Verdrängung sind denkbar, aber weniger plastisch: Beispielsweise wird einer Aushöhlung der kurzen Verjährungsfrist des § 438 BGB durch § 121 BGB entgegengewirkt.³⁵

Die obigen Ausführungen bedeuten nicht, dass keine Vorschrift des allgemeinen Schuldrechts auf besondere Schuldverhältnisse anwendbar ist. Im Gegenteil: Zahlreiche Normen des allgemeinen Schuldrechts sind bspw. auf den Kaufvertrag anwendbar, so die Regeln über Ort und Zeit der Leistungen,³⁶ die Beteiligung mehrerer am Schuldverhältnis,³⁷ auch die Bestimmungen über den Annahmeverzug und die daraus folgenden Haftungserleichterungen für den Verkäufer.³⁸ Dennoch bleibt es dabei: Ein Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 2 BGB wird bei Bezugsgleichheit der Eigenschaft vom spezielleren Kaufrecht nach den § 434ff. BGB verdrängt. Übrigens

(sogar) auch dann, wenn die Gewährleistungsrechte verjährt oder abbedungen sind.³⁹

III. Spezialitäten im Einzelnen

Abschließend gilt es, in wenigen Sätzen festzuhalten, ob die Gewährleistungsvorschriften einem bestimmten Recht vorgehen.

1. Spezialität gegenüber dem Eigenschaftsirrtum i.S.d. § 119 Abs. 2 BGB

Die Sachmangelgewährleistungsvorschriften verdrängen eine Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums nach § 119 Abs. 2 BGB für den Käufer. Für den Fall des Verkäufers ist dieses zumindest immer dann der Fall, wenn Gewährleistungspflichten unterlaufen würden. Dieses gilt auch, wenn bereits Gewährleistungsverjährung eingetreten ist.⁴⁰ Einzig problematisch ist der Fall, in dem eine irrtümlich angenommenen Eigenschaft i.S.d. § 119 Abs. 2 BGB vorliegt, die aber nicht auch Mangel i.S.d. Mängelgewährleistungsrechts ist.⁴¹

2. Spezialität gegenüber der Irrtümer i.S.d. § 119 Abs. 1 und der falschen Übermittlung nach § 120 BGB

Nach beinahe einhelliger, richtiger, Auffassung schließt die Anwendung der Sachmangelgewährleistung eine Anfechtung wegen Erklärungs-, Inhalts-, oder Übermittlungsirrtum nicht aus.⁴² Sinn und Zweck und Schutzbereich der Anfechtungsvorschriften sind in diesem Fall vom Sachmangelgewährleistungsrecht verschieden. Die o.g. Irrtümer schützen in erster Linie die Integrität der Erklärung im Zusammenhang mit der Willensäußerung.⁴³ Indes regeln die Sachmangelgewährleistungsvorschriften die Störung des Synallagmas wegen minderwertiger, belasteter oder fehlerhafter Erfüllung und enthalten insoweit keine

³² BGH NJW 2006, 1195 (1197).

³³ Lorenz, Nacherfüllungsanspruch und Obliegenheiten des Käufers: Zur Reichweite des „Rechts zur zweiten Andienung“, NJW 2006, 1175.

³⁴ Lorenz, (Fn. 33), NJW 2006, 1175 (1175f.).

³⁵ Beckmann in: Staudinger BGB, Buch 2. Neubearbeitung 2013, Vorbem. zu den §§ 433ff. Rn. 31.

³⁶ § 269 BGB; 271 BGB, soweit nicht speziellere Regelungen vorliegen, vgl. Krüger in: MüKo BGB (Fn. 10), § 269 Rn. 11 sowie § 271 Rn. 6.

³⁷ Vgl. Leeb, Die Drittbeteiligung im Schuldrecht, ZJS 2015, 552.

³⁸ Saenger in: Schulze (Fn. 4), § 433 Rn. 15.

³⁹ RGZ 135, 341; BGHZ 63, 376; Ahrens in: Prütting/Wegen/Weinreich, (Fn. 18), § 119 Rn. 5.

⁴⁰ Ebenda.

⁴¹ Vertiefend: Tonikidis, Konkurrenzprobleme im Kaufgewährleistungsrecht, ZJS 2014, 273 (275f.).

⁴² Dörner in: Schulze (Fn. 4), § 119 Rn. 2; Westermann in: MüKo BGB (Fn. 1), § 437 Rn. 55.

⁴³ Mansel in: Jauernig (Fn. 3), § 119 Rn. 1f.

Sonderregel – sie sind deswegen uneingeschränkt anwendbar.⁴⁴

3. Spezialität gegenüber der Anfechtbarkeit nach § 123 BGB

Ähnliches gilt für die Anfechtbarkeit nach § 123 BGB, nicht nur wird die Willensentschließungs- und Willensausübungsfreiheit in Form der Entscheidungsfreiheit durch die Vorschrift geschützt,⁴⁵ auch sei auf die besondere Schutzbedürftigkeit des Getäuschten hingewiesen.⁴⁶ Hat der Verkäufer arglistig getäuscht oder gedroht, soll er nicht für sich beanspruchen können, nach dem, für ihn günstigeren, Mängelgewährleistungsrecht in Anspruch genommen werden zu müssen.⁴⁷

4. Spezialität gegenüber der Haftung aus culpa in contrahendo

Von einem Verkäufer kann eine vorvertragliche Mitteilung über solche Umstände erwartet werden, die nur ihm bekannt sind oder bekannt sein müssen und von denen er weiß oder wissen muss, dass sie für den Käufer von wesentlicher Bedeutung für den Vertragsabschluss sind.⁴⁸ Unterlässt er diese Mitteilung, verletzt er eine vorvertragliche Pflicht.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass diese vorvertragliche Pflichtverletzung auch stets als solche geltend gemacht werden kann. Nach herrschender Auffassung wird ein Anspruch aus Verletzung von vorvertraglichen Nebenpflichten durch die Sachmängelgewährleistungsvorschriften verdrängt, wenn sie sich auf den Mangel selbst beziehen,⁴⁹ sodass auch hier dem Verkäufer die Möglichkeit der Nachbesserung nicht

genommen wird.⁵⁰ Hierbei ist umstritten, ob die c.i.c. neben den kaufrechtlichen Gewährleistungsrechten zumindest aber dann anwendbar ist, wenn den geschuldeten Aufklärungspflichten vorsätzlich nicht nachgekommen wird; wer hier auf die gleiche Argumentation wie bei § 123 BGB verweist, verkennt die unterschiedlichen Schutzrichtungen von § 123 BGB und c.i.c. – letztere soll in erster Linie das Vermögen schützen, § 123 BGB indes die Willensentschließungsfreiheit. Die herrschende Meinung macht bei vorsätzlicher Pflichtverletzung von dem Vorrang der kaufrechtlichen Gewährleistung eine Ausnahme, ein Blick in die weiterführende Literatur und Rechtsprechung lohnt sich.⁵¹

Die c.i.c. ist also bei Bezugsgleichheit von unvorsätzlicher Pflichtverletzung und Mangelhaftigkeit nicht zu prüfen, *Oetker und Maultzsch* sprechen von teleologisch bedingter Subsidiarität als spezieller Form der Anspruchskonkurrenz.⁵²

5. Spezialität gegenüber der Störung der Geschäftsgrundlage i.S.d. § 313 BGB

Nach ganz herrschender Auffassung sind auch die Vorschriften über die Störung der Geschäftsgrundlage dann nicht anwendbar, wenn die zu untersuchende Störung einen Sachmangel begründet und damit auf diesen Fall Rechte aus §§ 437ff. BGB hergeleitet werden sollen.⁵³ Die Rechte aus der kaufrechtlichen Sachmängelgewährleistung sind ausdifferenzierter und spezieller, es verbleibt dort ein (kleiner) Anwendungsbereich für die Störung der Geschäftsgrundlage, wo die Störung nicht zugleich

44 Saenger in: Schulze (Fn. 4), § 437 Rn. 27.

45 Rehberg in: BeckOGK zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Stand: 01.03.2018, § 123 Rn. 5f.; Lorenz, Fünf Jahre „neues“ Schuldrecht im Spiegel der Rechtsprechung, NJW 2007, 1 (4).

46 Köster, Konkurrenzprobleme im neuen Kaufmängelrecht, JURA 2005, 145 (147).

47 Darleder, Sachmängel- und Arglisthaftung nach neuem Schuldrecht, NJW 2004, 969 (970); Westermann in: MüKo BGB (Fn. 1), § 437 Rn. 55.

48 BGHZ 180, 205; BGH NJW 2007, 3057.

49 Weiler, Culpa in Contrahendo, Anfechtung und Kaufrecht – alte Konkurrenzfragen in neuem Licht, ZGS 2002, 249 (252f.).

50 BGHZ 180, 205; Westermann in: MüKo BGB, § 437 Rn. 57 m.w.N. 51 BGHZ 180, 205; (zum alten Schuldrecht mit vergleichbarer Erwägung: BGHZ 136, 102; BGHZ 60, 319); Häublein, Der Beschaffensbegriff und seine Bedeutung für das Verhältnis der Haftung aus culpa in contrahendo zum Kaufrecht, NJW 2003, 388; Lorenz, Arglist und Sachmangel – Zum Begriff der Pflichtverletzung in § 323 V 2 BGB, NJW 2006, 1925 (1927); ders. (Fn. 33), NJW 2007, 1 (4); a.A.: Roth, Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 24.03.2006 (V ZR 173/05, JZ 2006, 1024) – Zur Erheblichkeit der Pflichtverletzung bei arglistiger Täuschung über das Vorhandensein eines Mangels bei einem Wohnungsverkaufvertrag, JZ 2006, 1026.

52 Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl. 2013, S. 162.

53 Westermann in: MüKo BGB (Fn. 1), § 437 Rn. 56.

auch ein kaufrechtlicher Mangel ist oder es zu einer Positivabweichung für den Käufer kommt, die keinen Sachmangel, wohl aber Störung der Geschäftsgrundlage sein kann.⁵⁴

Damit ist zwar ein wichtiger Teil der Ansprüche dargestellt und der Erwartungshorizont der hier beispielhaft verwendeten Klausur geschildert, abschließend ist die Aufzählung aber nicht.⁵⁵

E. Zum Zeitpunkt des Eingreifens der Spezialität

Letztlich gilt es, den maßgeblichen Zeitpunkt für die Anwendung der Vorschriften des Sachmängelgewährleistungsrechts zu bestimmen; es werden zwei Auffassungen vertreten. Die Frage ist wichtig, um den Übergang vom Erfüllungs- auf Nacherfüllungsanspruch zu beantworten, auch für den Beginn der Verjährungsfrist für die Gewährleistungsansprüche kann sie Ausschlag geben.⁵⁶

Nach einer Auffassung sollen Gewährleistungsrechte ab dem Zeitpunkt zu prüfen sein, in dem die Schuld zur Erfüllung einer Verbindlichkeit angenommen wird.⁵⁷ Nach anderer Auffassung soll auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs abzustellen sein. Nicht nur die Gefahr des zufälligen Untergangs, sondern auch gleichzeitig die Anwendbarkeit der Mängelgewährleistungsvorschriften soll sich nach dem Gefahrübergangszeitpunkt richten.⁵⁸ Der in der Klausurbearbeitung allenfalls in tatsächlich problematischen Fällen zu erwartende Streit, wird anschaulich von *Beckmann* dargestellt.⁵⁹ Mit seinen Argumenten lässt sich die letztgenannte Ansicht nach hiesiger Auffassung besser vertreten, als ein Abstellen auf den Zeitpunkt der Erfüllungsannahme.

⁵⁴ *Beckmann* in: Staudinger BGB (Fn. 35), Vorbem. zu den §§ 433ff. Rn. 33.

⁵⁵ Vgl. überblicksweise: *Tonikidis*, Konkurrenzprobleme im Kaufgewährleistungsrecht, ZJS 2014, 273 (279ff.).

⁵⁶ *Westermann* in: MüKo BGB (Fn. 1), § 437 Rn. 6.

⁵⁷ *Faust* in: BeckOK BGB, 45. Edition, Stand 01.03.2018, § 437 Rn. 5 m.w.N.

⁵⁸ *Beckmann* in: Staudinger BGB (Fn. 35), Vorbem. zu den §§ 433ff. Rn. 20f.; *Westermann* in: MüKo BGB (Fn. 1), § 437 Rn. 6.

⁵⁹ *Beckmann* in: Staudinger BGB (Fn. 35), Vorbem. zu den §§ 433ff. Rn. 20ff.

F. Schluss

Die Sondervorschriften des kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechts lassen an einigen Stellen nicht zu, dass allgemeine Rechte mit gleicher Schutzrichtung zur Anwendung kommen. In der Klausurlösung muss man unbedingt eine gedankliche Vorprüfung anstellen, welche die oben dargestellte Spezialität berücksichtigt. Sonst kann es passieren, dass eine Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums durchgeprüft wird und ganze Sachverhalte nicht nach § 346 Abs. 1 BGB, sondern nach § 812 BGB gelöst werden – ein Ergebnis, das weder Korrekturassistentinnen und -assistenten, noch Prüflinge erfreuen wird. Deswegen sollte tunlichst in den „Was muss ich mich direkt nach der Sachverhaltslektüre fragen?“-Katalog die Frage nach dem Gefahrübergang aufgenommen werden. Ist er bereits gewesen, stellt das andere Weichen für die Klausur, als ein Gefahrübergang der noch aussteht.