

Berliner Juristische Abhandlungen

Band 2

Gefahrtragung und Haftung beim gesetzlichen Rücktritt

Von

Dr. jur. Eberhard Glaß



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

EBERHARD GLASS

Gefahrtragung und Haftung beim gesetzlichen Rücktritt

Berliner juristische Abhandlungen

unter Mitwirkung von

Karl August Bettermann, Arwed Blomeyer, Gustav Boehmer, Martin Drath,
Erich Genzmer, Ernst Heinitz, Heinrich Herrfahrt, Ernst E. Hirsch, Hermann
Jahrreiß, Wolfgang Kunkel, Richard Lange, Walter Meder, Erich Molitor,
Dietrich Oehler, Leo Raape, Ludwig Schnorr von Carolsfeld, Hans Schumann,
Erwin Seidl, Theodor Süß, Wilhelm Wengler, Franz Wieacker, Hans Julius
Wolff (Freiburg i. Br.).

Herausgegeben von

Ulrich von Lübtow

Band 2

Gefahrtragung und Haftung beim gesetzlichen Rücktritt

Von

Dr. jur. Eberhard Glaß



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1959 Duncker & Humblot, Berlin
Gedruckt 1959 bei Hans Winter Buchdruckerei, Berlin SW 61
Printed in Germany

Inhalt

	Seite
Einleitung	7
§ 1 Rücktrittsprobleme und ihre bisherigen Lösungen	9
I. Das Gesetz	9
1. Der Aufbau der Rücktrittsvorschriften	9
2. Die Regelung im einzelnen	10
II. Rechtsprechung und Schrifttum	11
1. Das Rückgewährschuldverhältnis	11
2. Gefahrtragung und Haftung	13
1. Kapitel: Die Wandlung	18
§ 2 Untergang und Verschlechterung der Sache	19
I. Die Gefahrtragung	19
1. Sachverlust beim Wandlungsberechtigten	19
a) Einengende Auslegung des § 350 nach der Entstehungs- geschichte	20
b) Einengung des § 350 durch Anwendung des § 323	21
2. Sachuntergang beim Rücktrittsgegner	30
II. Ausnahmen von der Gefahrtragung (§§ 347, 351)	34
1. Das Problem	34
2. Der Verschuldensbegriff in §§ 347, 351	38
3. Differenzierung der Rechtsfolgen des § 347	41
a) Sachverlust beim Wandlungsberechtigten	41
b) Sachverlust beim Gegner des Wandlungsberechtigten ..	47
4. Die Unachtsamkeit im Sinne der §§ 347, 351	53
§ 3 Sonstige Unmöglichkeit der Rückgewähr	58
I. Abhandenkommen der Sache	58
II. Beschlagnahme und Vollstreckung	58
1. Beschlagnahme	59
2. Vollstreckung in die Sache	59
a) Vollstreckung beim Wandlungsberechtigten	59
b) Vollstreckung beim Gegner des Gewährleistungs- berechtigten	70
III. Veräußerung	72
1. Veräußerung durch den Wandlungsberechtigten	72
2. Veräußerung durch den Gegner des Wandlungsberechtigten	81
2. Kapitel: Der Rücktritt wegen Nichterfüllung	83
§ 4 Die Anwendbarkeit der Rücktrittsvorschriften	86
I. Das Problem	86
II. Die Entstehungsgeschichte des § 327, 2	88
III. Die Rechtsprechung zu § 327, 2	93
IV. Die Anwendung der Rücktrittsvorschriften auf den Rücktrittsberechtigten	98
1. Die Gefahrtragung	98
2. Ausnahmen von der Gefahrtragung	101

V. Anwendung der Rücktrittsvorschriften auf den Rücktrittsgegner	109
3. Kapitel: Der Rücktritt wegen Rechtsmangels	117
§ 5 <i>Verlust der unversehrten Sache oder ihres Wertes an den Eigentümer. (Befriedigung des Eigentümerinteresses)</i>	119
I. Herausgabe der Sache	119
1. Erzwungene Herausgabe	119
2. Freiwillige Herausgabe	123
3. Herausgabe der Sache durch einen Nachmann. (Zugleich: Rückgabeunmöglichkeit infolge Veräußerung)	131
II. Abfindung des Eigentümers	135
§ 6 <i>Veränderungen der Sache oder ihres Wertes</i>	137
I. Untergang, Verschlechterung, Wertminderung der Sache	137
1. Zufälliger Untergang	137
a) Der Grundsatz	137
b) Die Rechtslage bei Genehmigung einer Veräußerung durch den Eigentümer	148
2. Verschuldeter Untergang	150
II. Umgestaltung der Sache	151

Einleitung

Wenn ein Gesetzgeber als Folge nichtiger, aufgelöster oder sonst fehlgeschlagener Vertragsverhältnisse die Rückgewähr bereits erbrachter Leistungen anordnen will, steht er vor erheblichen Schwierigkeiten. Wenn schon die Leistungsgegenstände selbst noch unverändert vorhanden sind und ihrer Natur nach zurückgewährt werden können, geht es um die Herausgabe des Nutzens, den sie brachten, oder um den Ersatz für Verwendungen, die auf sie gemacht wurden. Oft genug aber sind die Gegenstände inzwischen in ihrer Substanz verändert, mehr oder minder verbraucht, verschlechtert, gänzlich untergegangen oder in andere Hände gelangt. Dann gilt es zu entscheiden, ob es dennoch im übrigen bei der beiderseitigen Pflicht zur Rückgewähr — so weit sie noch möglich ist — verbleiben soll und wer die hieraus entstehenden Nachteile zu tragen hat. Infolgedessen sind die Regeln über die Tragung der Gefahr oder die Haftung für derartige Veränderungen das Kernstück aller auf Wiederherstellung gerichteter Rechtsinstitute. Zu ihnen gehört auch der Rücktritt vom Verträge.

Gerade die Lehre vom Rücktritt ist nicht zu Unrecht eine „Art von Lieblingslehre“ des BGB genannt worden¹, und so kann es nicht wundernehmen, daß diese Materie als eine auffällige Neuschöpfung schon frühzeitig heftiger Kritik und dem Streit um die begriffliche Erfassung und systematische Einordnung ausgesetzt war. Indessen schienen diese Bemühungen bereits längere Zeit vor unseren Tagen abgeschlossen, und auch die Kritik, die an den Vorschriften über die Gefahrtragung beim Rücktritt von jeher geübt worden ist, war im wesentlichen in Resignation übergegangen. Um das Rücktrittsrecht war es bis vor kurzem recht still geworden.

Erst in neuester Zeit hat Schwenn² wieder den Versuch unternommen, der Kritik an der Regelung der Gefahrtragung doch noch zum Siege zu verhelfen, und R. Schmidt³ hat sich diesen Fragen, wenn auch mehr am Rande, gewidmet. Eine heftige Diskussion setzte aber im Anschluß an die Entscheidung in BGH 5, 337⁴ in den Fachzeitschriften

¹ Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1897, S. 129.

² Schwenn, Die Gefahrtragung beim Rücktritt, AcP 152, 138 ff.

³ R. Schmidt, Rechtsmängelhaftung und überholende Kausalität, AcP 152, 112 ff.

⁴ Unten S. 124 f. Die Entscheidung ist mehrfach abgedruckt, aber fast überall verkürzt, auch in der amtlichen Sammlung. Der vollständigste Abdruck ist in JZ 52, 527 ff. zu finden.

zwischen Boehmer⁵, Ernst Wolf⁶, Mezger⁷ und Werner⁸ ein. Dabei brachen alte Gegensätze wieder auf, neue, zum Teil radikale Vorschläge wurden gemacht, und es stellte sich anhand einiger durch die BGH-Entscheidung aufgeworfener Einzelfragen heraus, daß die ganze Materie nicht nur höchst aktuell, sondern auch im ganzen noch immer wenig geklärt ist. Dem Betrachter bietet sich ein geradezu verwirrendes Bild der Meinungen, und nur allzu berechtigt war die Bemerkung Boehmers am Schlusse seines letzten Aufsatzes⁹, er könne die Feder nicht ohne ein Gefühl der Beklommenheit aus der Hand legen¹⁰.

Nachdem die Diskussion in den Spalten der Fachzeitschriften zur Ruhe gekommen ist, haben manche der dabei vertretenen Ansichten ihren Einzug in die Neuauflagen der Lehrbücher und Kommentare gehalten, und der Unklarheiten und Widersprüche sind dabei eher noch mehr als weniger geworden. Es scheint daher an der Zeit, einmal das ganze Thema von Grund auf zu behandeln, dabei einerseits überkommene „herrschende Meinungen“ erneut auf ihre Berechtigung hin zu prüfen, zum anderen die neuen Vorschläge auf ihre juristisch-technische Brauchbarkeit, vor allem aber auf die Sachdienlichkeit ihrer Ergebnisse zu untersuchen.

Die nachstehende Arbeit beschränkt sich auf die Fälle des gesetzlichen Rücktritts; nur sie haben praktische Bedeutung erlangt, und auch die die Diskussion auslösende Entscheidung betraf einen solchen Fall. Allerdings wird hier auch die Wandlung des Kaufvertrages als Fall des Rücktritts behandelt werden. Damit soll nicht in den Streit um die Rechtsnatur der Wandlung selbst eingegriffen werden; sie ist einbezogen, weil in fast allen hier interessierenden Fragen die Anwendung der Vorschriften über den Rücktritt vom Gesetz angeordnet ist.

⁵ Boehmer, JZ 52, 524 ff. und 588 f.; JZ 53, 392 ff.

⁶ Ernst Wolf, AcP 153, 97 ff.; NJW 53, 164 ff.; NJW 54, 708 ff.

⁷ Mezger, JZ 53, 67 ff.; NJW 53, 812 ff.

⁸ Werner, NJW 52, 930 f. (Urteilsbesprechung).

⁹ JZ 53, 396.

¹⁰ Merkwürdigerweise hatte der Streit einen unbemerkt gebliebenen Vorläufer vor fast 50 Jahren: Siegel, Wann ist der Rücktritt ausgeschlossen?, JW 1906, 802 f. gegen Sternberg, Wann ist der Rücktritt ausgeschlossen?, ebd. S. 623 ff.

§ 1. Rücktrittsprobleme und ihre bisherigen Lösungen

Zur Einführung sollen zunächst noch einmal die unseren Fragenkreis betreffenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Zusammenhang wiedergegeben werden. Sich daraus ergebende Probleme und der Stand der Meinungen in Schrifttum und Rechtsprechung werden anschließend in einer gedrängten Übersicht dargestellt werden.

I. Das Gesetz

1. Der Aufbau der Rücktrittsvorschriften

Die Verfasser des BGB haben ein einheitliches Rechtsgebilde mit möglichst einheitlichen Folgen für viele Anwendungsfälle schaffen wollen. Dies geschah derart, daß die Folgen des *vertraglich* vorbehaltenen Rücktritts in den §§ 346 ff. recht eingehend geregelt wurden. In den Fällen, in denen einer Vertragspartei *kraft Gesetzes* ein Rücktrittsrecht eingeräumt wurde, beschränkt sich das Gesetz darauf, den ganzen Komplex des vertraglichen Rücktrittsrechts für entsprechend anwendbar zu erklären. Das geschieht einmal in § 327 Satz 1 für den Fall des Rücktritts wegen zu vertretender Unmöglichkeit oder Verzuges, ferner in § 636 Abs. 1 Satz 2 für den Fall der verspäteten Leistung beim Werkvertrag, dann in § 467 Satz 1 1. Halbsatz für den Fall der Wandlung. Lediglich in § 467 Satz 1, 2. Halbsatz, ist für die Wandlung eine einzelne Abweichung angeordnet.

Dieses Verfahren ist oft genug gerügt worden. Schon Strohal¹¹ und nach ihm besonders Heck¹² haben dem Gesetzgeber den Vorwurf gemacht, er habe übersehen, daß die Interessen in den Fällen des vertraglichen und des gesetzlichen Rücktritts durchaus verschieden lägen. In der Tat ist diese Regelung nicht gerade glücklich, zumal die Fälle des vertraglichen Rücktrittsvorbehalts selten sind, während die des gesetzlichen Rücktritts in ihrer praktischen Bedeutung bei weitem überwiegen. Hinzu kommt, daß die Verfasser des BGB bei der Normierung der Folgen des vertraglich vorbehaltenen Rücktritts kein rechtes Vorbild in früheren Rechten vorfanden und sich teilweise von Gedanken und Vorstellungen aus der Wandlung, also einem gesetzlichen „Rücktritt“ leiten

¹¹ Strohal, Iher. Jhb. 33, 370 ff.

¹² Heck, S. 156. Ebenso Palandt-Danckelmann, Einführung 2 vor § 346.