

Schriften zum Bürgerlichen Recht

---

Band 558

# Das Zurückweisungsrecht und die Mängelrede

Die Verteidigungsrechte des Käufers vor und nach  
der Annahme einer mangelhaften Kaufsache

Von

Jürgen Stamm



Duncker & Humblot · Berlin

JÜRGEN STAMM

Das Zurückweisungsrecht und die Mängelrede

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 558

# Das Zurückweisungsrecht und die Mängelreede

Die Verteidigungsrechte des Käufers vor und nach  
der Annahme einer mangelhaften Kaufsache

Von

Jürgen Stamm



Duncker & Humblot · Berlin

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  
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf  
Druck: CPI books GmbH, Leck  
Printed in Germany

ISSN 0720-7387  
ISBN 978-3-428-18803-1 (Print)  
ISBN 978-3-428-58803-9 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

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

# Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung .....	11
----------------------	----

## *Erster Teil*

### **Das Zurückweisungsrecht als begriffliche Negation des Annahmeverzugs – Die Verteidigungsrechte des Käufers vor der Annahme einer mangelhaften Kaufsache**

	12
§ 2 Problemstellung .....	12
§ 3 Versuch einer begrifflichen Annäherung .....	12
§ 4 Die maßgeblichen Pflichten im Kaufrecht .....	14
I. Die Pflicht des Käufers zur Abnahme .....	14
II. Die Pflicht des Verkäufers zur mangelfreien Übereignung .....	14
§ 5 Fehlende Anspruchsqualität von § 433 Abs. 1 S. 2 BGB als bloße Leistungsmodalität .....	15
I. Anspruch auf Nacherfüllung erst nach Gefahrübergang .....	15
II. Kein Wahlrecht des Verkäufers aus § 433 Abs. 1 S. 2 BGB vor Gefahrübergang .....	16
III. Schnittstelle von allgemeinem Leistungsstörungenrecht und besonderem Gewährleistungsrecht .....	16
IV. Unterscheidung zwischen Nichtleistung und erbrachter Schlechtleistung ...	17
V. § 433 Abs. 1 S. 2 BGB als flankierende Leistungsmodalität zu § 433 Abs. 1 S. 1 BGB .....	17
VI. Parallele zum Schuldnerverzug (erst) nach Verletzung von § 271 BGB ....	18
VII. § 433 Abs. 1 S. 2 BGB als verzichtbare Norm .....	18
VIII. Anspruchsziel aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB in Bezug auf die (mögliche) mangelfreie Kaufsache .....	18
1. Versagung eines Anspruchs auf Mangelbeseitigung oder Ersatzlieferung vor Gefahrübergang .....	19
2. Anspruch (allein) auf Übereignung der Kaufsache im aktuellen Zustand	19
IX. Schutz des Käufers im Wege der Leistungsstörung der Nichtleistung .....	20
X. Abnahmepflicht (nur) bezüglich der mangelfreien Leistung .....	21
§ 6 Verwerfungen bei Annahme einer Anspruchsqualität von § 433 Abs. 1 S. 2 BGB	21
I. Unklares Konkurrenzverhältnis zu § 433 Abs. 1 S. 1 BGB .....	22

II.	Wahlrecht des Käufers vor Gefahrübergang? .....	23
III.	Ersetzungsbefugnis oder Recht zum Teilrücktritt des Käufers? .....	24
IV.	Wahlrecht des Verkäufers vor Gefahrübergang? .....	24
V.	Die Vorverlagerung von Rechten im Lichte von § 323 Abs. 4 BGB .....	25
VI.	Erschwerte Klagbarkeit und Vollstreckbarkeit eines Anspruchs aus § 433 Abs. 1 S. 2 BGB .....	25
VII.	Zwischenergebnis .....	27
§ 7	Die Gegenleistung und ihre Zurückweisung .....	27
§ 8	Auf der Suche nach einer Definition des Zurückweisungsrechts .....	28
I.	Weder Zurückweisung noch Recht des Gläubigers .....	28
II.	Pflichtwidrigkeit des Schuldners .....	29
III.	Synonym des fehlenden Annahmeverzugs .....	29
§ 9	Die Rechtsgrundlagen des Zurückweisungsrechts .....	30
I.	§ 294 BGB als Ausdruck eines allgemeinen Zurückweisungsrechts .....	30
II.	Das Fehlen einer Erheblichkeitsschwelle .....	31
III.	Die Bündelung sämtlicher Leistungsmodalitäten mittels § 294 BGB .....	31
IV.	Schuldnerseitige Formulierung von § 294 BGB .....	32
V.	Gläubigerseitige Formulierung von § 294 BGB als Zurückweisungsrecht .....	32
VI.	Zug-um-Zug-Einrede als vom Gläubiger zu beachtende Leistungsmodalität .....	32
VII.	Konkretisierung des Zurückweisungsrechts bei ungewisser Leistungszeit mittels § 299 BGB .....	33
§ 10	Verhältnis des Zurückweisungsrechts zum Schuldnerverzug .....	34
§ 11	Zurückweisungsrecht und Erfüllungslehre als Kehrseite derselben Medaille .....	34
§ 12	Das Verbot von Teilleistungen als Grundlage eines Zurückweisungsrechts? .....	35
I.	§ 266 BGB als Leistungsmodalität .....	35
II.	Gemeinsame ratio legis mit § 433 Abs. 1 S. 2 BGB .....	35
III.	Bindeglied in Form der Mankolieferung gemäß § 434 Abs. 2 S. 2, 2. Fall, Abs. 3 S. 2, 1. Fall BGB .....	36
IV.	Formulierung aus der Schuldnerperspektive und Reformvorschlag .....	36
V.	§ 294 BGB als gemeinsamer Bezugspunkt .....	37
VI.	Verwerfung einer qualitativen Minderleistung analog § 266 BGB .....	37
VII.	Versagung einer Gläubigerdisposition (auch) bei teilbarer Sachleistung .....	38
VIII.	Versagung einer Gläubigerdisposition (auch) in Bezug auf die Gegenleistung .....	39
IX.	Konkurrenzverhältnis von § 266 BGB und § 433 Abs. 1 S. 2 BGB .....	40
X.	Verhältnis zur erbrachten Teilleistung und §§ 323 Abs. 5 S. 1, 281 Abs. 1 S. 2 BGB .....	40
§ 13	Verhältnis des Zurückweisungsrechts zu einem Zurückbehaltungsrecht .....	41
I.	Fehlen eines Hauptanspruchs beim Zurückweisungsrecht .....	41
II.	Zurückweisung der Kaufsache versus Zurückbehaltung des Kaufpreises .....	42

III.	Ausschlussverhältnis von Zurückweisungs- und Zurückbehaltungsrecht . . .	42
IV.	Verbleibende Gemeinsamkeiten . . . . .	42
V.	Fehlen eines Gegenanspruchs auf Herbeiführung der Mangelfreiheit . . . . .	43
VI.	Einrede aus § 320 BGB gegenüber dem Zahlungsanspruch . . . . .	43
VII.	§ 274 Abs. 2 BGB als Brücke vom Zurückbehaltungsrecht zum Annahmeverzug . . . . .	44
VIII.	Annahmeverzug als Voraussetzung zur Durchbrechung von § 320 BGB . . .	44
IX.	Bestätigende Regel des § 298 BGB . . . . .	45
X.	Unnötiger Umweg über das Zivilprozess- und Vollstreckungsrecht . . . . .	45
XI.	Auflösung des Paradoxons einer Zurückbehaltung der Abnahme . . . . .	45
XII.	Rückschlüsse für die Anforderungen an § 323 Abs. 1 BGB und § 281 Abs. 1 S. 1 BGB . . . . .	46
XIII.	Zurückweisungs- und Zurückbehaltungsrecht im Zuge von § 266 BGB . . .	47
§ 14	„Unmöglichkeit“ der mangelfreien Leistung . . . . .	48
I.	§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB als untauglicher Bezugspunkt einer Unmöglichkeit . . . . .	48
II.	Unterschied zur Unmöglichkeit des Nacherfüllungsanspruchs . . . . .	49
III.	Irrelevanz der Unterscheidung zwischen Stück- und Gattungsschuld . . . . .	49
IV.	Verpflichtung zur Abnahme der mangelhaften Kaufsache . . . . .	49
V.	Verfehlt Analogie einer „qualitativen Teilunmöglichkeit“ zur quantitativen Teilunmöglichkeit . . . . .	50
VI.	Rückschlüsse aus § 326 Abs. 1 S. 2 BGB . . . . .	51
VII.	Annahmeverzug versus Unmöglichkeit . . . . .	52
VIII.	Parallele zum Verstoß gegen die Leistungszeit . . . . .	52
IX.	Antizipiertes Rücktrittsrecht aus § 323 Abs. 4 BGB . . . . .	53
X.	Zurückweisungsrecht kraft Rücktritts . . . . .	54
XI.	Antizipierter Schadensersatzanspruch analog § 323 Abs. 4 BGB . . . . .	55
XII.	Antizipation von Minderungsrecht und kleinem Schadensersatz . . . . .	55
XIII.	Schutz des antizipierten Wahlrechts des Käufers . . . . .	56
XIV.	Umkehr der Darlegungs- und Beweislast zulasten des Käufers . . . . .	56
XV.	Zurückweisung als konkludenter Rücktritt . . . . .	57
XVI.	Erhalt des Wahlrechts bei Annahme der Kaufsache . . . . .	58
XVII.	Ausschluss des antizipierten Rücktrittsrechts gemäß § 323 Abs. 5 BGB? . .	59
	1. Kein Fall des Wegfalls des Leistungsinteresses . . . . .	59
	2. Rückschlüsse aus § 323 Abs. 5 S. 1 BGB . . . . .	59
	3. Wortlaut und Systematik von § 323 Abs. 5 S. 2 BGB im Verhältnis zu § 323 Abs. 4 BGB . . . . .	60
	4. Die gesetzgeberischen Motive . . . . .	61
	5. Rückschlüsse aus der Verweisung in § 326 Abs. 5 BGB . . . . .	61
	6. Abweichende Interessenlage vor Gefahrübergang . . . . .	62
	7. Vertrauensschutz durch Abnahme der Kaufsache . . . . .	62

8. Die erhöhte Eingriffsintensität des Rücktritts nach Gefahrübergang . . . .	63
9. Rückschlüsse aus den Vorschriften zum Verkäuferregress . . . . .	64
10. Drohender Leerlauf von § 433 Abs. 1 S. 2 BGB . . . . .	64
11. Frage der richtlinienkonformen Gesetzesauslegung . . . . .	65
12. Rechtssicherheit des Zurückweisungsrechts für den Käufer . . . . .	65
13. Rückschluss für den antizipierten Anspruch auf Schadensersatz . . . . .	66
XVIII. Ergebnis zur „Unmöglichkeit“ der mangelfreien Leistung . . . . .	67
§ 15 Spezialität des Gewährleistungsrechts bereits ab Vertragsschluss . . . . .	67

*Zweiter Teil*

**Das Phantom der Mängelreede – Die Verteidigungsrechte des Käufers  
gegenüber dem Kaufpreisanspruch nach Annahme  
einer mangelhaften Kaufsache**

	69
§ 16 Problemstellung . . . . .	69
§ 17 Ausgangskonstellation . . . . .	69
§ 18 Das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage für die Mängelreede . . . . .	71
§ 19 Abgrenzung vom Zurückweisungsrecht vor Abnahme der Kaufsache . . . . .	72
§ 20 Mängelreede versus Ausdifferenzierung von Mängelrechten und Mängelansprü- chen . . . . .	72
§ 21 Mängelreede aus dem Nacherfüllungsanspruch . . . . .	73
I.    Einrede aus § 320 BGB erst nach Ausübung des Wahlrechts . . . . .	73
1. Erfüllbarkeit des Gegenanspruchs als ungeschriebenes Tatbestands- merkmal . . . . .	74
2. Unzumutbarer Schwebezustand für den Verkäufer . . . . .	75
3. Bedenkzeit für den Käufer nur um den Preis des Schuldnerverzugs . . . .	76
4. Auswirkungen einer späteren Ausübung des Wahlrechts . . . . .	76
5. Verbleibender insolvenzrechtlicher Schutz des Käufers bei vorzeitiger Entrichtung des Kaufpreises . . . . .	77
II.   Geltendmachung der Mängelreede . . . . .	78
1. Zur Rügeobliegenheit bei § 320 BGB . . . . .	78
a) Parallele zur Rügeobliegenheit bei unangemessener Fristsetzung . . .	79
b) Rügeobliegenheit in Abhängigkeit vom Kenntnisstand der Parteien . .	80
2. Ausübung des Wahlrechts mittels empfangsbedürftiger Willenserklärung	81
III.  Prozessuale Einbettung des Wahlrechts und der Mängelreede . . . . .	82
§ 22 Mängelreede aus § 437 Nr. 2 und Nr. 3 BGB . . . . .	83
I.    Ausübung des Wahlrechts aus § 439 Abs. 1 BGB vor oder bei Fristsetzung	83
II.   Ausübung der Ersetzungsbefugnis durch empfangsbedürftige Willenserklä- rung . . . . .	84

III.	Bedenkzeit für den Käufer nur um den Preis des Schuldnerverzugs .....	85
§ 23	Unmöglichkeit der Nacherfüllung .....	86
I.	Ausschluss der Mängelreede aus § 439 Abs. 1 BGB .....	86
II.	Schwebezustand hinsichtlich der Mängelreewendungen .....	86
III.	Mängelreede aus § 326 Abs. 1 S. 2 BGB? .....	87
1.	Unterscheidung der Schlechtleistung von der quantitativen Teilunmög- lichkeit .....	87
2.	Systematische Verknüpfung mit § 437 Nr. 2, 3 BGB .....	88
3.	Deklaratorischer Regelungsgehalt von § 326 Abs. 1 S. 2 BGB .....	88
§ 24	Rücktritts- und Minderungseinde bei Verjährung .....	89
I.	Spezialgesetzliche Normierung in § 438 Abs. 4 und Abs. 5 BGB .....	89
II.	Vertrauensschutz des Käufers parallel zu § 215 BGB .....	89
III.	Ausnahmecharakter der Mängelreede .....	90
IV.	Wahlrecht zwischen Rücktritts- und Minderungsreede .....	90
V.	Unmöglichkeit der Nacherfüllung .....	91
§ 25	Rückschlüsse aus der Mängelreede des Bürgen .....	91
§ 26	Mängelreede im Werkvertragsrecht .....	92
I.	Rügeobliegenheit für den Unternehmer versus Wahlrecht des Bestellers ...	92
II.	Parallelität der Normen .....	92
§ 27	Die Mängelreede als überkommenes historisches Relikt .....	93
§ 28	Schluss .....	95
I.	Resümee zum Zurückweisungsrecht .....	95
II.	Resümee zum Phantom der Mängelreede .....	98
III.	Gesamtergebnis .....	98
<b>Literaturverzeichnis</b>	.....	<b>100</b>
<b>Stichwortverzeichnis</b>	.....	<b>103</b>



## § 1 Einleitung

In der Zivilrechtsdogmatik zum kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht haben sich Rechtsfiguren zum Schutz des Käufers etabliert, die das Gesetz als solche nicht kennt. Zu ihnen zählt neben der elektiven Konkurrenz im Zuge der Auswahlentscheidung des Käufers gemäß § 437 BGB<sup>1</sup> in jüngerer Zeit das Zurückweisungsrecht des Käufers bei Angebot einer mangelhaften Kaufsache und zuletzt die vom BGH wiederbelebte Mängelrede. Die beiden jüngeren Rechtsfiguren sind Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Sie eint die Perspektive des Käufers, um dessen Schutz es geht, wenn ihm der Verkäufer eine mangelhafte Kaufsache anbietet. Die Rechtsfiguren unterscheiden hingegen der zeitliche Aspekt. Beim Zurückweisungsrecht geht es um die Rechte des Käufers vor der Annahme der mangelhaften Kaufsache. Die Mängelrede kennzeichnet hingegen die sich an die Annahme der mangelhaften Kaufsache anschließende Verteidigung des Käufers gegenüber dem Kaufpreisanspruch des Verkäufers. Aufgrund dieser zeitlichen Abfolge widmet sich der erste Teil der vorliegenden Untersuchung dem Zurückweisungsrecht, der zweite Teil der Mängelrede.

---

<sup>1</sup> Ausführlich dazu *Stamm*, JZ 2015, 920 ff.

*Erster Teil*

## **Das Zurückweisungsrecht als begriffliche Negation des Annahmeverzugs – Die Verteidigungsrechte des Käufers vor der Annahme einer mangelhaften Kaufsache**

### **§ 2 Problemstellung**

Das Zurückweisungsrecht ist für den Käufer von Bedeutung, wenn es um die Verweigerung der Annahme einer mangelhaften Kaufsache geht. Hier sind im Kaufrecht noch viele Fragen umstritten. Grundlegendes Anliegen des ersten Teils der vorliegenden Untersuchung ist es daher, die begrifflich verselbstständigte Rechtsfigur des Zurückweisungsrechts auf ihre Existenzberechtigung hin zu untersuchen. Die Untersuchung leitet zu der Frage über, welche Rechte dem Käufer vor der Annahme einer mangelhaften Kaufsache zustehen. Das Gewährleistungsrecht trifft hierzu keine Regelung, da es den Gefahrübergang, im Kern also die Annahme der Kaufsache, voraussetzt. Die Antwort ist daher im allgemeinen Schuldrecht zu suchen, womit die Untersuchung übergreifende Bedeutung gewinnt.

### **§ 3 Versuch einer begrifflichen Annäherung**

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt kein als solches ausgewiesenes Rechtsinstitut der Zurückweisung. Allerdings findet der Begriff durchaus Verwendung. Zu denken ist an die Zurückweisung eines einseitigen Rechtsgeschäfts gemäß §§ 111, 174 BGB, die Zurückweisung eines Vertrages zugunsten Dritter durch den begünstigten Dritten, § 333 BGB, sowie die Zurückweisung eines Rücktrittsrechts wegen fehlender Entrichtung eines vertraglich vereinbarten Reugeldes, § 353 BGB. An diesen Stellen taucht der Begriff der Zurückweisung im Gesetz auf, findet aber keine Verwendung im Sinne eines einheitlichen Rechtsinstituts. Der Begriff kennzeichnet heterogene Konstellationen der Rechtsverteidigung. Er betrifft Verträge und einseitige Rechtsgeschäfte bis hin zum Gestaltungsrecht des Rücktritts. In der für das Zurückweisungsrecht beanspruchten Konstellation der Gegenwehr des Käufers gegen die Lieferung einer mangelhaften Kaufsache tritt hingegen nicht einmal der Begriff der Zurückweisung gesetzlich in Erscheinung.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Im HGB findet sich in § 379 HGB der Begriff der Beanstandung, worauf *Ernst*, NJW 1997, 896 (897), hinweist. Die Vorschrift normiert jedoch lediglich eine Aufbewahrungs-

Der Gesetzgeber kennt indes das Rechtsinstitut der Zurückweisung. Dieses ist jedoch nicht im materiellen Recht, sondern im Verfahrensrecht angesiedelt. In der Zivilprozessordnung geht es gemäß § 296 ZPO um die gerichtliche Zurückweisung von Angriffs- und Verteidigungsmitteln der Parteien wegen Verspätung. In § 598 ZPO geht es um die Zurückweisung von Einwendungen im Urkundenprozess.

Allein dieser erste Versuch einer begrifflichen Annäherung an das Zurückweisungsrecht mahnt zur Vorsicht. Denn die genannten Vorschriften sind nicht tangiert, wenn im kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht von einem Zurückweisungsrecht des Käufers die Rede ist. Hier sucht man vergeblich nach einer Rechtsgrundlage sowie auch einer Definition.<sup>3</sup> Als Rechtsgrundlagen benannt werden hingegen aus dem allgemeinen Schuldrecht das Zurückbehaltungsrecht<sup>4</sup> sowie das Verbot der Teilleistung gemäß § 266 BGB.<sup>5</sup> Bevor darauf einzugehen ist, sind jedoch in einem ersten Schritt die speziellen kaufrechtlichen Grundlagen zu klären. Einen wertvollen Impuls dazu liefert das Werkvertragsrecht. Hier wird dem Besteller seit jeher empfohlen, bei (wesentlichen) Mängeln der Werkleistung deren Abnahme zu verweigern, ohne dass deshalb aber ein Zurückweisungsrecht des Bestellers diskutiert würde. Das mag damit zusammenhängen, dass § 640 Abs. 1 BGB ausdrücklich von der Verweigerung der Abnahme spricht. Sieht man die Abnahme insofern nicht als ein Spezifikum des Werkvertragsrechts an, sondern nimmt in den Blick, dass der Gesetzgeber die Abnahme gemäß § 433 Abs. 2, 2. Fall BGB auch für den Käufer normiert hat, kann hierin der Schlüssel zum Verständnis des Zurückweisungsrechts des Käufers liegen.

---

pflicht und das Recht zum Notverkauf. Der Begriff der Zurückweisung in § 386 HGB betrifft Preisgrenzen.

<sup>3</sup> *Ernst*, NJW 1997, 896 (897), definiert für das alte Schuldrecht zumindest den Begriff der Zurückweisung: „Die Zurückweisung ist die Weigerung des Käufers, die ihm angebotene Ware als Erfüllung anzunehmen.“ *Ernst* versteht die Zurückweisung also als Entscheidung des Käufers gegen die Annahme.

<sup>4</sup> BGH NJW, 2017, 1100 Rn. 28 ff.; *Weidenkaff*, in: Grüneberg, § 433, Rn. 47; *Ostendorf*, NJW 2017, 1100 (1103); *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 2, Rn. 137, 154; *Büdenbender*, in: NomosKommentar, § 437, Rn. 113; *Grunewald*, in: Erman, Vor § 437, Rn. 6; *Beckmann*, in: Staudinger, § 433, Rn. 132, 220; differenziert nach Art des Mangels *Westermann*, in: Münchener Kommentar, § 437, Rn. 18.

<sup>5</sup> Maßgeblich *Lorenz*, NJW 2013, 1341 (1343); *Lorenz*, in: BeckOK (Stand: 01.11.2021), § 266, Rn. 4; *Wu*, JuS 2020, 394 (396); *Faust*, in: BeckOK (Stand: 01.11.2021), § 433, Rn. 42 f.; *Krafka*, in: BeckOGK (Stand: 01.10.2022), § 266, Rn. 34; *Berger*, in: Jauernig, § 437 Rn. 29; *Krüger*, in: Münchener Kommentar, § 266, Rn. 4, der darauf verweist, dass die Zurückweisung der Schlechtleistung meist erst bei § 294 BGB diskutiert wird, und *Jud*, JuS 2004, 841 (843), die pauschal auf §§ 266, 294 BGB verweist; gegen die Anwendung von § 266 BGB stimmen *Bittner/Kolbe*, in: Staudinger, § 266, Rn. 14, und *Forster*, in: Soergel, § 266, Rn. 5.