

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
Literaturverzeichnis	100
Stichwortverzeichnis	103

§ 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 BGB¹ 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 unterscheidet 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.

¹ Ausführlich dazu *Stamm*, JZ 2015, 920 ff.

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.²

² 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.³ Als Rechtsgrundlagen benannt werden hingegen aus dem allgemeinen Schuldrecht das Zurückbehaltungsrecht⁴ sowie das Verbot der Teilleistung gemäß § 266 BGB.⁵ 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.

³ *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.

⁴ 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.

⁵ 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.