

# Gefahrtragung und Haftungsprivileg nach § 346 BGB

*Heinrich Honsell Zürich/Salzburg*

## I. Gesetzliches Rücktrittsrecht und zufälliger Untergang

### 1. Ein Fall

Jemand verkauft einen Gebrauchtwagen, der zwar seinen Preis wert, aber 30'000 km mehr gefahren worden ist als der Kilometerzähler ausweist. Durch Fahrlässigkeit des Käufers, der ein unachtsamer Fahrer ist, kommt es zu einem Unfall. Am Wagen entsteht Totalschaden.

Kann der Käufer trotzdem zurücktreten und den ganzen Kaufpreis zurückverlangen? Seit der Einführung des § 346 Abs. 3. S. 1 Nr. 3 BGB durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (SMG) ist diese Frage zu bejahen.

### 2. § 350 BGB a.F Kritik und „Reform“

Zuvor bestand zwar ebenfalls eine fehlerhafte, aber weniger krasse gesetzliche Regelung. Nach § 350 BGB a.F. konnte der Rücktrittsberechtigte (in praxi meist der Käufer einer mangelhaften Sache, § 467 BGB a.F.), zurücktreten und den vollen Kaufpreis zurückfordern, obwohl er die Sache nicht zurückgeben konnte, weil sie bei ihm ohne sein Verschulden untergegangen war. Nur wenn er den Untergang verschuldet hatte, war der Rücktritt nach § 351 BGB a.F. ausgeschlossen. vCaemmerer<sup>1</sup> hat die alte Regelung mit folgenden Worten kritisiert: „Die Vorschriften des BGB über die Durchführung des Rücktritts sind gesetzestechisch so missglückt und in zentralen Fragen auch rechtspolitisch so fragwürdig und umstritten, dass ein für Theorie und Praxis kaum noch durchdringliches Dickicht von Streitfragen entstanden ist“. Mit diesem Zitat wird in der Regierungsbegründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz<sup>2</sup> die Notwendigkeit einer Reform begründet. Diese ist indes misslungen und der Gesetzgeber des SMG hat eine noch missglücktere und fragwürdigere Regelung getroffen. Entgegen dem in § 346 Abs. 2 BGB mit dem Wertersatz gesetzten Anschein hat er dem Veräußerer nicht nur die Gefahr des zufälligen Untergangs bis zur Rückabwicklung auferlegt, sondern dem Erwerber auch noch das Haftungsprivileg der eigenüblichen Sorgfalt eingeräumt. Eine – wie zu zeigen ist – unsinnige und singuläre Regelung.

---

<sup>1</sup> FS Larenz (1953) 625.

<sup>2</sup> BT-Drucks. 14/6040 S. 186 (= Canaris 773).

Obwohl ich die alte und neue Regelung schon früher kritisiert habe,<sup>3</sup> greife ich das Thema noch einmal auf, weil die seitherige Diskussion an den zentralen Argumenten vorbeigeht und eine gewisse Verwirrung erkennen lässt. Ich widme diesen Beitrag Eduard Picker, der von einer „babylonischen Lage beim Turmbau der neuen Schuldrechtsdogmatik“ gesprochen und zu Recht beklagt hat, dass sich „die Schuldrechtsmodernisierer die Zeit für eine gute Dogmatik nicht [haben] nehmen wollen“<sup>4</sup>.

### 3. Die Neuregelung des § 346 BGB

§ 346 Abs. 2 BGB bestimmt, dass grundsätzlich Wertersatz zu leisten ist, wenn die Rückgewähr nicht möglich ist. Dieser Ansatz ist an sich richtig und konstruktiv sowohl dem Ausschluss des Rücktrittsrechts im alten § 351 BGB als auch der im Bereicherungsrecht herrschenden Saldotheorie mit ihrem von Amtswegen zu beachtenden Zurückbehaltungsrecht vorzuziehen.<sup>5</sup> Der Wertersatz gewährleistet, dass das Risiko des zufälligen Untergangs beim Käufer bleibt und nicht vom Verkäufer zu tragen ist. Dies besagt auch § 346 Abs. 2 S.1 Nr. 3 Hs 1, wonach in den Fällen des Untergangs oder der Verschlechterung Wertersatz zu leisten ist. Der Vorschrift wird aber Bedeutung und Anwendungsgebiet durch Abs. 3 S 1 Nr. 3 sogleich wieder genommen. Das dort normierte Haftungsprivileg der *diligentia quam in suis* für den Rücktrittsberechtigten (dazu unten III) bedeutet nicht nur, dass er für einfache Fahrlässigkeit nicht haftet, sondern auch, dass er die Gefahr des zufälligen Untergangs nicht trägt.

Als Anwendungsbereich (Wertersatz bei Verschlechterung und Untergang) von § 346 Abs. 2 S.1 Nr. 3 BGB bleibt – sieht man vom vertraglich vorbehaltenen Rücktritt einmal ab – praktisch nichts übrig: Für den Rücktritt vor Vollzug des Vertrages ist § 346 nicht einschlägig. Für den Rücktritt des vorleistenden Verkäufers (Unternehmers) wegen Zahlungsverzug oder sonstiger Schlechterfüllung ist die Regelung nicht relevant; denn hier hat der Rücktritt eigenständige Bedeutung nur, wenn es darum geht, vom insolventen Käufer wenigstens die Sache zurückzubekommen. Ist die Sache

---

<sup>3</sup> HONSELL MDR 1970, 717 ff.; Gefahrtragung und Schadensersatz bei arglistiger Täuschung, ders., Bereicherungsanspruch Schadensersatz bei arglistiger Täuschung, NJW 1973, 350 ff.; ders., Der defekte Mähdrescher - BGHZ 78, 216, JuS 1982, 810 ff.; ders. Die EU-RL über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung ins BGB, JZ 2001, 278 ff., ders. Schuldrechtsmodernisierung in Deutschland FS Druey (2002) 177 ff.; ders., Mortuus redhibetur, FS Schwerdtner (2003) 575 ff.

<sup>4</sup> PICKER, Schuldrechtsreform und Privatautonomie, JZ 2003, 103, 1037, 1048.

<sup>5</sup> So grundsätzlich auch Canaris FS Lorenz (1991) 20 ff.; LARENZ/CANARIS Schuldrecht II/2 321, 325 (teleologische Reduktion des § 818 Abs. 3 BGB); BOCKHOLDT, AcP 206 (2006) 770 ff., 776 ff.; ebenso (zum öst. Recht) schon HONSELL in Schwimann Komm. ABGB (1. Aufl.) § 1437 Rn 23, 25; MADER (3. Aufl. 2006). Der Wertersatz nach § 818 Ab.- 2 muss also Vorrang haben vor der störenden Entreicherung nach § 818 Abs. 3; dies folgt auch aus den unzulässig verallgemeinerten dogmengeschichtlichen Grundlagen des § 818 Abs. 3 BGB: Das Haftungsprivileg (in quantum locupletior factus est – um wieviel er bereichert ist) stammt aus den prätorischen Bereicherungsklagen; Beispiele waren der Verbrauch durch Minderjährige oder bei Schenkung. Es liegt auf der Hand dass es in diesen Fällen einen Schutzgrund gibt, der bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge fehlt; näher HONSELL FS SchulIn (2002) 25 ff mwNw; FLUME FS Niedermeyer (1953) 103, 116 ff., 124 ff.

untergegangen macht der Rücktritt keinen Sinn. Der Verkäufer kann nur noch versuchen, den Entgelt- oder Schadensersatzanspruch durchzusetzen.

Da der Wertersatz entfällt, wenn im Falle eines gesetzlichen Rücktrittsrechts die Verschlechterung oder der Untergang beim Berechtigten ohne grobe Fahrlässigkeit (§ 277 BGB) eingetreten ist, geht zufälliger oder durch den Käufer fahrlässig herbeigeführter Untergang (usw.) zu Lasten des Verkäufers. Die Normierung des Wertersatzes für die Fälle der Verschlechterung und des Untergangs in Abs. 2 S.1 Nr. 3 HS 1 BGB ist also irreführend; denn diese Anordnung wird durch Abs. 3 S.1 Nr. 3 BGB für den praktisch allein interessierenden gesetzlichen Rücktritt des Käufers (Bestellers) wieder kassiert.

Etlliche Autoren begrüßen die Neuregelung des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB, oder reden sogar ihrer Erstreckung auf das Bereicherungsrecht das Wort<sup>6</sup>: So behauptet Heinrichs im Palandt, der Gesetzgeber habe sich „nach gründlicher Abwägung (BT Drucks 14/6040 1912 ff.; Abschlussbericht 179 ff.) dafür entschieden, dass beim gesetzlichen Rücktritt der Rücktrittsgegner (Verkäufer/Unternehmer) die Gefahr des zufälligen Untergangs tragen soll.“<sup>7</sup> H. Roth nennt die Regelung „insgesamt überzeugend“;<sup>8</sup> S. Lorenz hält sie für „grundsätzlich gelungen“.<sup>9</sup> Der Gesetzgeber habe – so kann man lesen<sup>10</sup> – der Jahrzehnte langen Kritik an §§ 350, 351 BGB a.F. Rechnung getragen.

#### 4. Die amtliche Begründung

Die von Heinrichs als gründliche Abwägung gelobte Begründung ist widersprüchlich, oberflächlich und nicht überzeugend. Sie legt zunächst die Vermutung nahe, dass

---

<sup>6</sup> SINGER, Selbstbestimmung, Vertrauensschutz und faktisches Synallagma, FS Medicus (2009) 487 ff.; ROTH, Rücktrittsrecht und Leistungskondition, FS Canaris (2007) 1131 ff.; HEINRICHS, Schadensersatzansprüche wegen Pflichtverletzung gegen den nach § 346 BGB zur Rückgewähr verpflichteten Schuldner 159 ff.; THIER, Rücktrittsrecht und Bereicherungshaftung, FS Heldrich (2005) 439 ff.; GRUNEWALD, Saldotheorie und neues Rücktrittsrecht, FS Hadding (2004) 33 ff. S. LORENZ, in Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.) Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Bereicherungsrechts (2001) 329 ff.; HELLWEGE, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem (2004) 153 ff.; WAGNER FS Huber 591, 622; BOCKHOLDT, Die Übertragbarkeit rücktrittsrechtlicher Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, AcP 206 (2006) 770 ff.; KOMOSSA, Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung unter Berücksichtigung des neuen Rücktrittsfolgenrechtes (2007) 396 ff. u. passim; FEST, Der Einfluss der rücktrittsrechtlichen Wertung auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nichtiger Verträge (2006) 76 ff. u. passim; dagegen aber ERNST, Sachmängelhaftung und Gefahrtragung, FS Huber (2006) 165 ff.; 233 f.; MÜLLER-TECKHOFF, Gefahrtragung beim Vertrag (2009) 301 ff.; vgl. auch Fn 57.

<sup>7</sup> In Palandt (68. Aufl. 2009; gleichlautend GRÜNEBERG 69. Aufl. 2010) § 346 Rn 13a; s. auch die positive Bewertung durch HEINRICHS in FS E. Schmidt (2005) 159, 185, auch im Rücktrittsrecht sei Vieles einfacher und besser geworden. Diese Einschätzung ist nicht nachvollziehbar.

<sup>8</sup> FS Canaris (2007) 1131, 1147.

<sup>9</sup> Karlsruher Forum 2002, 95 f.

<sup>10</sup> S. statt aller Palandt/HEINRICHS<sup>68</sup> (GRÜNEBERG<sup>69</sup> Einf 3 vor § 346: „Die Regelung, dass das RücktrR bei verschuldeter Unmöglichkeit der Rückgabe (§ 351 aF) u ähnl Tatbestände (§§ 352, 353 aF) ausgeschl ist, hat das SMG aufgehoben, ebenso den früher allg als rechtspolit verfehlt angesehenen § 350 aF, wonach der zufäll Untergang der zurückzugewährden Sache das RücktrR nicht ausschloss, die auf den Käufer (Besteller) übergegangene Gefahr also an den Verkäufer (Untern) zurückfiel. Die Vorschr der §§ 350-353 aF werden in § 346 II u III dch ein Modell der Rückabwicklg dem Werte nach ersetzt. Nur für das gesetzl RücktrR behält § 346 III Nr 3 den Grds bei, dass der RücktrGegner die Gefahr des zufälligen Untergangs trägt“. In Wahrheit ging es der Kritik an § 350 aF nur um die unrichtige Regelung im Leistungsstörungenrecht, der vertraglich vorbehaltenen Rücktritt spielte damals wie heute eine völlig untergeordnete Rolle. Man sollte also wenigstens zugeben, dass sich die „Reform“ auf den vertraglich vorbehaltenen Rücktritt beschränkt hat.

der Gesetzgeber nicht gesehen hat, dass das Haftungsprivileg automatisch auch die Freistellung von der Zufallsgefahr umfasst. Denn es heißt dort im Allgemeinen Teil<sup>11</sup>: „Nicht überzeugend ist auch, dass nach der Regelung des § 350 BGB die mit Übergabe der Sache auf den Käufer übergegangene Gefahr des zufälligen Untergangs im Falle des Rücktritts auf den Verkäufer zurückspringt“. Man fragt sich, weshalb der Gesetzgeber eine von ihm selbst als nicht überzeugend bezeichnete Regelung noch verschärft hat, statt sie abzuschaffen. Widersprüchlich sind auch die Ausführungen in den Einzelbegründungen zu § 346 des Entwurfs,<sup>12</sup> wo es heißt: „Den vielen Kritikern ist zuzugeben, ... dass das Zurückspringen der Gefahr vom Käufer (Besteller) auf den Verkäufer (Unternehmer) in der Mehrzahl der Fälle nicht überzeugt.“ Die große Mehrzahl der Fälle, ja praktisch der allein relevante Anwendungsbereich bildet aber das gesetzliche Rücktrittsrecht des Käufers (Bestellers) und hierzu heißt es im selben Kontext sogleich: "Sachgerecht ist das Rückspringen der Gefahr zum Verkäufer (Werkunternehmer) nur dann, wenn der Käufer (Besteller) auf Grund eines gesetzlichen Rücktrittsrechts vom Vertrag zurücktritt. Der Rücktritt erfolgt hier deshalb, weil der Verkäufer (Werkunternehmer) seine Pflichten nicht vollständig erfüllt hat. Wer nicht ordnungsgemäß geleistet hat, darf nicht darauf vertrauen, dass der Gefahrübergang auf den anderen Teil endgültig ist. ... Das Dilemma von zwei schuldlosen Beteiligten einem den Verlust auferlegen zu müssen (Flessner NJW 1972 1777, 1780), muss hier, wie es auch der h.M. im geltenden Recht entspricht, zugunsten des Rücktrittsberechtigten gelöst werden."

## 5. Kritik und Gegenargumente

Diese Passage zeigt, dass der Gesetzgeber die eingehende Diskussion ignoriert hat, welche die Judikatur des BGH<sup>13</sup> zu §§ 350 ff. BGB a.F. ausgelöst hatte,<sup>14</sup> und dass er auch die Kritik an der geplanten Regelung nicht zur Kenntnis genommen hat.<sup>15</sup> Es geht nicht um Vertrauen und nicht um Gefahrzuteilung zwischen "schuldlos Beteiligten", sondern allein um die Frage, ob eine nicht kausale Pflichtverletzung geeignet sein kann, die nach dem allgemeinen Satz *res perit domino* (*casum sentit dominus*)<sup>16</sup>

<sup>11</sup> Regierungs-Begründung BT-Drucks. 14/6040 = Canaris, Schuldrechtsmodernisierung (2002) 581..

<sup>12</sup> Regierungs-Begründung BT-Drucks. 14/6040 S. 196 (= Canaris 782).

<sup>13</sup> S. namentlich BGHZ 53, 144; BGHZ 57, 137.

<sup>14</sup> Außer der zustimmenden Meinung von FLESSNER sind ohne Anspruch auf Vollständigkeit nur einige kritische Stimmen zu nennen: v. CAEMMERER FS Larenz (1973) 621 ff.; 625; FLUME NJW 1970, 1161; HONSELL MDR 1970, 717; ders. NJW 1973, 350; Rengier AcP 177 (1977) 438 f.; tlw. krit. auch U. HUBER JuS 1972, 439; LIEB JZ 1972, 442; LARENZ/CANARIS Schuldrecht II/2 (1994) 329.

<sup>15</sup> Vgl. HONSELL JZ 2001, 278, 280; J. HAGER, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform (2001) 429 ff.

<sup>16</sup> Die Regel ist nur der Sache nach klassisch; in den Digesten findet sich lediglich *casus a nullo praestantur* (D. 50, 17, 23).

übergegangene Gefahr – wie es zugleich falsch und komisch<sup>17</sup> heißt – "zurückspringen" zu lassen. Es ist einmal mehr ein Beispiel für die schleichende Aushöhlung der Dogmatik durch das Allzweckmittel des Vertrauensprinzips. Inhalt und Tragweite des Vertrauensgedankens sind sachgerecht bei § 242 BGB zu verorten und können dort die Zivilrechtsdogmatik ergänzen oder korrigieren.<sup>18</sup> Die Frage einer sachgerechten Gefahrtragung indes hat mit Vertrauen nichts zu tun. Es geht nicht darum, worauf die Parteien vertrauen dürfen und auch nicht um eine Rechtspflicht des Verkäufers (Bestellers), sondern nur um sachgerechte Gefahrtragung. Daran ändern auch der Abschied von der Gewährleistung und die Integration des Gewährleistungsrechts in die Nicht- bzw. Schlechterfüllung nichts. Auch wenn der Verkäufer (usw.) zur Lieferung einer mangelfreien Sache verpflichtet ist, trägt er nicht das Risiko des Untergangs beim Käufer, wenn und weil die Schlechterfüllung nicht kausal war für den Untergang.

Weiter ist es ein dem *venire contra factum proprium* verwandter Fall widersprüchlichen Verhaltens, wenn der Käufer den (ganzen) Kaufpreis zurückfordert, obwohl er die Sache nicht mehr zurückgeben kann, die in seinem Herrschaftsbereich untergegangen ist. Dafür genügt ein faktisches Synallagma. Es handelt sich um ein grundlegendes Gerechtigkeitspostulat, das auch bei unwirksamem Leistungsaustausch Geltung beansprucht.<sup>19</sup> Weiter verkennt die h.M., die Gefahrübergang nur bei wirksamen Vertrag annimmt,<sup>20</sup> dass der Aspekt des Herrschaftsbereiches bzw. der eigenen Sphäre nur auf das Faktum der räumlichen Lage abstellt. Auch in § 446 BGB finden sich keine anhaltspunkte für das Erfordernis eines wirksamen Kaufvertrags. Ist wie im Fall des BGH<sup>21</sup> der Unternehmenskauf wegen Formmangels nichtig, so geht die Gefahr (entgegen der h.L.) schon deswegen auf den Käufer über, weil auf Grund des Abstraktionsprinzips der Eigentumsübergang nicht von einer gültigen causa abhängt. Ist der Käufer aber sachenrechtlich Eigentümer geworden, so trägt er schon nach

---

<sup>17</sup> Komisch, weil eine Gefahr nicht springt, falsch, weil die Gefahr in diesen Fällen gar nicht erst übergeht.

<sup>18</sup> Den Konnex zu Treu und Glauben zeigt auch die Etymologie: Das *Hendiadyoin*. Treu und Glauben ist zu verstehen i.S.v. Vertrauen. Die römische *fides* (Treue/Glauben/Vertrauen) war von griechischen Ideen beeinflusst, wie schon die Wortverwandtschaft mit *pistis* zeigt.

<sup>19</sup> Zum faktischen Synallagma s. etwa v. CAEMMERER FS Rabel (1954) 333 ff.; ders. FS Larenz (1973) 621 ff.; LESER, Von der Saldotheorie zum faktischen Synallagma (1956); HONSELL MDR 1970, 717 ff.

<sup>20</sup> So ohne Begründung etwa BGHZ 138, 195, 206=NJW 1998, 2360 dort war bei einem Unternehmensverkauf unterverbrieft worden. Der BGH nahm an, dass mangels wirksamen Kaufvertrages trotz der Übergabe die Gefahr nicht übergegangen sei. Dieser Fall ist atypisch. Auch hier stehen aber die späteren Veränderungen in keinem Zusammenhang mit dem Formfehler. Es ist nicht überzeugend, wenn auf diesen nach Art eines Reurechts zurückgegriffen werden kann, wenn sich der Kaufgegenstand verschlechtert hat oder untergegangen ist. Wie der BGH aber die h.L., etwa MünchKomm/WESTERMANN § 446 Rn 5; CANARIS FS Lorenz (1991) 19, 59 f.; RENGIER AcP 177 (1977) 418, 440 f.; WEITNAUER NJW 1970, 637, 638; LINKE, Die Rückabwicklung gescheiterter gegenseitiger Verträge (2007) 95 f. mNw.

<sup>21</sup> BGHZ 138, 195, vgl. die vorige Fußnote.

allg. Grundsätzen (*casum sentit dominus*<sup>22</sup>) die Gefahr. Wird der Kauf nach bereicherungsrechtlichen Regeln rückabgewickelt, so sorgt entweder das Zurückbehaltungsrecht der Saldotheorie oder der Wertersatz auf Grund einer teleologischen Reduktion des § 818 Abs. 3 und des Vorrangs von § 818 Abs. 2 für eine sachgerechte Lösung.<sup>23</sup>

Canaris<sup>24</sup> hat gegen den Gefahrübergang auch bei Unwirksamkeit des Vertrages eingewandt, dass ein Rekurs auf die normative Kraft des Faktischen oder die längst überholte Lehre vom faktischen Vertrag unzulässig sei und die Lehre vom faktischen Synallagma deshalb ihre Begründung nicht in sich selbst trage. Dies überzeugt nicht, denn es geht nicht um die normative Kraft des Faktischen, sondern nur darum, dass die Gefahrzuweisung nach Risikosphären nicht darauf abstellt, ob der Vertrag rechtlich gültig ist oder nicht, weil ansonsten ein nicht relevanter Umstand (Gültigkeit/Ungültigkeit des Vertrages) *criterium decisivum* würde und der Käufer *per occasionem juris* eine ihm nicht zustehende Entlastung erhielte, wenn man ihm nach Untergang der Sache die Berufung auf einen nicht mehr relevanten Rücktrittsgrund gestatten würde. Es fehlt an einem inneren Zusammenhang zwischen der Vertragsnichtigkeit und dem beim Käufer liegenden Zufallsrisiko.<sup>25</sup> Richtig ist nur, dass das geltende Recht (damals § 350 BGB a.F. heute § 346 BGB) dieser Lösung der Gefahrtragung entgegensteht. Doch ist gerade die Richtigkeit dieser Vorschriften unser Thema. Zwar ist es – wie das Beispiel der Leihe oder Miete zeigt – nicht irrelevant, aufgrund welcher *causa* der Rückgabepflichtige die Sache besitzt. Mieter und Entleiher tragen keine Gefahr. Zielt indes die *causa* auf Eigentumserwerb, so kommt es nicht darauf an, ob dieser rechtlich wirksam begründet ist oder nicht. Es genügt, wenn man die Sache als (vermeintlicher) Eigentümer in der eigenen Sphäre und damit auf eigenes Risiko innehat.<sup>26</sup> Im übrigen spielt dieser Aspekt im deutschen Recht idR keine Rolle, weil wegen des Abstraktionsprinzips das Eigentum auch bei nichtigem Vertrag übergeht.<sup>27</sup>

Das von den Verteidigern des § 350 a.F. BGB (und der Neuregelung) verwendete weitere Argument, der Rücktrittsberechtigte müsse wegen der Symmetrie von Risiko

---

<sup>22</sup> S oben Fn 16.

<sup>23</sup> Vgl. oben Fn 5.

<sup>24</sup> FS Lorenz (1991) 19, 59 f.

<sup>25</sup> Näher HONSELL MDR 1970, 717 und NJW 1972,3, 350, f.; dort auch zu der nicht gerechtfertigten Schlechterstellung des arglistig Täuschenden durch BGHZ 53, 144 und 57, 137.

<sup>26</sup> In dieselbe Richtung geht FLUMES Argument der „vermögensmäßigen Entscheidung“, NJW 1970, 1171.

<sup>27</sup> Vgl. oben bei Fn 22.

und Nutzen (*periculum eius esse debet, cuius est commodum*<sup>28</sup>) die Gefahr nicht tragen, weil ihm auch die Nutzungen nicht zustünden,<sup>29</sup> liegt ebenfalls neben der Sache. Der Gleichlauf von Risiko und Nutzen ist allerdings ein alter Topos, der auch § 446 BGB zugrunde liegt. Er gilt *de facto* auch bei der Rückabwicklung, denn zunächst hat ja der Rücktrittsberechtigte die Nutzungen. Dass er sie nachher ersetzen muss, ergibt sich erst aus der für beide Vertragsseiten geltenden Rechtsfolgenanordnung, dass alles so zurückzugewähren ist, wie wenn der Vertrag nicht durchgeführt worden wäre (*restitutio in integrum*). Im übrigen ist die Berufung auf den Nutzungersatz des Käufers (zur Begründung dafür, dass er die Gefahr nicht tragen soll), auch deswegen verfehlt, weil es widersprüchlich ist, wenn er zwar die Sache selbst nicht ersetzen muss, wohl aber die Nutzungen; denn der Sachwert ist nichts anderes als die Summe der Nutzungen. Ein weiterer Aspekt ist der, dass mit dem Nutzungersatz durch den Käufer die Verzinsung des Entgelts durch den Verkäufer korrespondiert. Er muss den zurückzuzahlenden Kaufpreis verzinsen. Schon gar nicht kann er sich auf Entreicherung durch schuldlosen Verlust berufen und erst recht nicht die Rückzahlung des Kaufpreises verweigern und gleichzeitig die Sache zurückverlangen.

Das wichtigste Gegenargument, das von der h.M. nicht hinreichend berücksichtigt wird, bleibt die Kausalität. So evident es ist, dass der Untergang der Sache, der auf einem das Rücktrittsrecht auslösenden Mangel beruht, den Rücktritt nicht ausschließt, so selbstverständlich ist es für ein unverbildetes Rechtsgefühl, dass der Rücktritt ausgeschlossen ist (oder Wertersatz zu leisten ist), wenn der Untergang mit dem Mangel nichts zu tun hat, sondern auf einem Zufall beruht, der allgemein in die Sphäre des Eigentümers fällt und der auch die mangelfreie Sache betroffen hätte. Ich habe die Frage einmal in einem Grundkurs zum BGB zur Abstimmung gestellt. Sie wurde bei wenigen Enthaltungen nahezu einstimmig bejaht. Offenbar geht der klare Blick auf die richtige Lösung erst im Laufe der juristischen Ausbildung verloren. Den Kausalzusammenhang beachtet auch die alte römische Regel des *casus mixtus* beim Schuldnerverzug, die in § 287 S. 2 BGB in § 920 ABGB und Art. 103 Abs. 2 OR fortlebt.<sup>30</sup> Ist die Sache während des Schuldnerverzugs durch Zufall untergegangen,

---

<sup>28</sup> Vgl. Inst. 3,23,3 wo freilich die gleichermaßen gültige Umkehrung zitiert ist: *nam et commodum eius esse debet, cuius periculum est*.

<sup>29</sup> So CANARIS FS Lorenz (1991) 19 ff., 28; Staudinger/KAISER § 346 Rn 177; KAISER, DIE Rückabwicklung gegenseitiger Verträge (2000) 264 f., 351 f.; HEROLD, Das Rückabwicklungsschuldverhältnis aufgrund vertraglichen oder gesetzlichen Rücktritts (2001) 77 ff., 81 f.; KASTRISSIOS; Schadenszurechnung bei Rückabwicklungsstörungen (2004) 134 f.; S. LORENZ in: Schulze/Schulte-Nölke, Die Schuldrechtsreform (2001) 329 ff.; LINKE, Die Rückabwicklung gescheiterter gegenseitiger Verträge (2007).

<sup>30</sup> *Casus mixtus* nennt man den Fall, weil zwar nicht der Untergang verschuldet ist, wohl aber der Verzug.

so haftet der Schuldner gleichwohl, denn er hat zwar nicht den Untergang verschuldet, wohl aber den Verzug, ohne den die Sache nicht untergegangen wäre. Aus dieser Kausalitätserwägung folgt auch, dass der Schuldner nicht haftete, wenn die Sache bei rechtzeitiger Lieferung auch beim Gläubiger untergegangen wäre. Hat der Verkäufer – ein Beispiel aus den Digesten<sup>31</sup> – das verkaufte Haus nicht rechtzeitig übergeben und wird es durch ein Erdbeben zerstört, so haftet er nicht, denn es wäre in jedem Falle zerstört worden, also auch bei rechtzeitiger Übergabe. Der Verkäufer darf sich also nach geltendem Recht darauf berufen, dass die Sache auch ohne Verzug untergegangen wäre. Hingegen schneidet im bei mangelhafter Lieferung § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB das Argument ab, dass auch eine mangelfreie Sache beim Käufer untergegangen wäre. Das ist ein Wertungswiderspruch, denn stets geht es um die Frage, ob die Leistungsstörung (Verzug oder mangelhafte Lieferung) für den Untergang der Sache kausal war. Der für beide Fälle korrekte Obersatz lautet: Für Leistungsstörungen haftet der Schuldner im Fall des Untergangs einer Sache nicht mehr, wenn diese auch bei ordnungsgemäßer (nämlich rechtzeitiger oder mangelfreier) Leistung untergegangen wäre. Schließlich ist es hier auch irrelevant, wenn der Zufall die Sache auch beim Verkäufer betroffen hätte (wenn z.B. das mangelhafte Haus durch Erdbeben zerstört wurde), denn es kommt für die Gefahrtragung nur auf das faktische Haben an. Bis zur Rückabwicklung trägt der Käufer die Gefahr, danach der Verkäufer. Es ist eine schlichte Kausalitätserwägung: Da Eigentümer/Käufer das Risiko einer fehlerfreien Sache getragen hätte, kann für einen Fehler, der mit dem Untergang nichts zu tun hat, nichts anderes gelten. Das Kausalitätsargument ist überzeugender als die bloße Behauptung, es dürfe dem Verkäufer einer mangelhaften Sache nicht möglich sein, die Gefahr auf den Käufer übergehen zu lassen,<sup>32</sup> oder die Zuflucht zum Vertrauensprinzip mit dem Argument, der Verkäufer könne nicht darauf vertrauen, dass der Gefahrübergang endgültig sei<sup>33</sup>.

Eine isolierte und asymmetrische Besserstellung des Käufers ist nicht überzeugend und kann jedenfalls nicht mit einer nicht kausalen Leistungsstörung des Verkäufers begründet werden.

---

<sup>31</sup> Labeo-Ulpian Dig. 30, 47, 6, Item si fundus chasmate perierit, Labeo ait, utique aestimationem non deberi ... – Ebenso sagt Labeo, werde jedenfalls kein Wertersatz geschuldet, wenn das Haus durch ein Erdbeben zerstört worden ist ... dazu HONSELL Römisches Recht (7. Aufl. 2010) 118.

<sup>32</sup> So z.B. U. HUBER JZ 1987, 654; zustimmend J. HAGER in: ERNST/ZIMMERMANN, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform (2001) 440.

<sup>33</sup> So BT-Drucksache 14/6040, S. 196; Abschlussbericht S. 188, vgl. oben.



## II. Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung als Erkenntnisquellen eines informierten Gesetzgebers

Die Fehlerhaftigkeit der alten und neuen Regelung im BGB wird auch deutlich, wenn man Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung heranzieht. Hätte sich der Gesetzgeber hier informiert, hätte er schwerwiegende Fehlentscheidungen vermieden.

### 1. Rechtsgeschichte

§ 350 a.F. BGB beruhte auf einer falschen Verallgemeinerung des alten Satzes *mortuus redhibetur*<sup>34</sup>, wonach ein kranker Sklave auch dann noch zurückgegeben werden konnte, wenn er an der Krankheit beim Käufer gestorben war.<sup>35</sup> Dieser Satz ist ein dogmengeschichtliches Kuriosum aus dem aedilizischen Sachmängelrecht. Er geht auf eine Stelle aus dem Sabinus-Kommentar des Paulus zurück, die in den Digesten Justinians<sup>36</sup> überliefert ist. Dort heißt es: *post mortem autem hominis aedilicias actiones manent* - Aber auch nach dem Tode des Sklaven bleiben die aedilizischen Klagen bestehen. Für die Wandlung (*actio redhibitoria*, heute: Rücktritt) bedeutete dies, dass man auch den toten Sklaven zurückgeben konnte<sup>37</sup>. Wenn der Käufer den kranken Sklaven zurückgeben konnte, musste dies a fortiori auch dann gelten, wenn der Sklave so krank war, dass er an der Krankheit gestorben war. Überwiegend wird jedoch angenommen, dass der Grundsatz *mortuus redhibetur* allgemein gegolten habe und nicht nur, wenn der Sklave an der mangelbegründenden Krankheit gestorben war. Auch wenn die Quellenlage insoweit nicht eindeutig ist,<sup>38</sup> spricht doch mehr dafür, dass zufälliger Untergang nicht zu Lasten des Verkäufers ging. Da nur schwere Krankheiten unter das Edikt fielen (*morbus santicus*), liegt die Annahme nahe, dass in den Digestentexten, die sich zur Todesursache nicht äußern, als selbstverständlich unterstellt wird, dass der Sklave an der Krankheit gestorben ist, und nicht etwa an einer anderen Krankheit oder einem Unglück, das mit dem Mangel nichts zu tun hatte.<sup>39</sup> Der Fall der Rückgabe eines mangelhaften aber (quasi in überholender Kausalität) tödlich verunglückten Sklaven wäre atypisch und selten. Die

<sup>34</sup> S. dazu die gleichnamigen Beiträge von v. CAEMMERER FS Larenz (1973) 621 ff.; LEDERLE (1983), MADER SZ 101 (1984) 206 ff. und URBASKI in: Junge Zivilrechtslehrer 2000 Rz 61 ff.; WAGNER FS Huber (2006) 591 ff., 593 f.

<sup>35</sup> S. HONSELL, *Mortuus redhibetur* FS Schwerdtner (2003) 575 ff.; s. schon. Gefahrtragung und Schadensersatz bei arglistiger Täuschung MDR 1970, 717; Von der ädilizischen Haftung zum modernen Sachmängelrecht, GS Kunkel (1984) 53 ff.; s. dazu auch die gleichnamigen Beiträge von v. CAEMMERER FS Larenz (1973), LEDERLE (1983), MADER SZ 101 (1984) 206 ff. und URBASKI in: Junge Zivilrechtslehrer (2000) Rz 61 ff.; KAISER, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach dem BGB (2000) 249 f.

<sup>36</sup> Dig. 21,1,47,1.

<sup>37</sup> Ulp. Dig. 21,1,38,3 *et si mortuum fuerit iumentum, pari modo redhiberi poterit, quemadmodum mancipium potest.*

<sup>38</sup> S. auch HONSELL GS Kunkel (1984) 53 ff., 61; WAGNER FS Huber (2006) 591 ff., 594..

<sup>39</sup> Vgl. HONSELL FS Schwerdtner aaO.; zur fehlenden Kausalität s. auch KEMMERIES, Das Rückgewährschuldverhältnis nach Rücktritt vom Vertrag (2005) 116, 175 f.

Krankheit wäre wohl auch schwieriger zu beweisen, wenn der Sklave bereits an einer anderen Ursache gestorben wäre.<sup>40</sup> Vor allem hätte die gegenteilige Lösung dem Prinzip widersprochen, dass eine Rückforderung voraussetzt, dass man seinerseits das Erhaltene zurückgeben kann. So sagt Ulpian<sup>41</sup> wenn auch in anderem Zusammenhang: *neque enim bonae fidei contractus hac patitur conventionem ut emptor rem amitteret et pretium venditor retineret* – Treu und Glauben dulden keine Vereinbarung, dass der Käufer die Sache verliert und der Verkäufer den Preis zurückhält; ähnlich argumentiert Labeo<sup>42</sup> im umgekehrten Fall: *bona fides non patitur, ut ... venditor tradere compelletur et re sua careret* – Treu und Glauben dulden es nicht, dass der Verkäufer zur Übergabe gezwungen wird und seine Sache entbehrt.

## 2. Rechtsvergleichung

Die falsche Lösung findet sich nur im deutschen Rechtskreis; denn Art. 207 OR<sup>43</sup> und das stark vom deutschen Recht beeinflusste österreichische Recht<sup>44</sup> haben die verfehlte Lösung des § 350 BGB a.F. übernommen. Die einfache und überzeugende Regelung, dass der Rücktritt bei Zufall und bei Verschulden des Rücktrittsberechtigten ausgeschlossen ist, findet sich im romanischen Rechtskreis im italienischen, französischen und spanischen Recht. Die Unidroit Principles und der Entwurf der Lando-Kommission verfolgen ebenfalls einen richtigen Ansatz, indem sie Wertersatz normieren, wenn dies „vernünftig“ oder „angemessen“ ist.<sup>45</sup> Das ist immer der Fall, wenn die Ursache der Rückgabeunmöglichkeit nicht in der Sphäre des Verkäufers liegt.

Nach code civil 1647 und codice civile 1492 trifft die Gefahr des zufälligen Untergangs den Käufer. Art. 1647 code civil lautet: *Si la chose qui avait des vices, a péri par suite de sa mauvaise qualité, la perte est pour le vendeur, qui sera tenu envers l'acheteur à la restitution du prix, et aux autres dédommagements expliqués dans les deux articles précédents. Mais la perte arrivée par cas fortuit sera pour le compte de l'acheteur.*

---

<sup>40</sup> Vgl. auch KUNKEL/HONSELL Römisches Recht (1987) 317 Fn 28.

<sup>41</sup> Dig. 19, 1, 11, 18.

<sup>42</sup> Dig. 19, 1, 50.

<sup>43</sup> Dazu etwa HONSELL OR BT (8. Aufl. 2006) 100 f.

<sup>44</sup> S. etwa REISCHAUER in Rummel Komm ABGB (3. Aufl. 2000) § 932 Rn 4 mNw.

<sup>45</sup> S. dazu BOELS, Der Rücktritt vom Vertrag trotz Rückgabeunmöglichkeit (2009) 157 ff.; ferner.; HEROLD, Das Rückabwicklungsschuldverhältnis (2001) 221 ff.; Auch Art. 82 geht von dem Grundsatz aus, dass der Käufer seine Rechte verliert, wenn er die Sache nicht zurückgeben kann. Die Ausnahme in Abs. 2 lit a CISG („wenn die Rückgabeunmöglichkeit nicht auf einer Handlung oder Unterlassung des Käufers beruht“) ist weniger glücklich formuliert.

Codice Civile Art. 1492 bestimmt: Nei casi indicati dall'articolo 1490 il compratore può domandare a sua scelta la risoluzione del contratto (1453 ss.) ovvero la riduzione del prezzo, salvo che, per determinati vizi, gli usi escludano la risoluzione.

La scelta è irrevocabile quando è fatta con la domanda giudiziale. Se la cosa consegnata è perita in conseguenza dei vizi, il compratore ha diritto alla risoluzione del contratto; se invece è perita per caso fortuito o per colpa del compratore, o se questi l'ha alienata o trasformata, egli non può domandare che la riduzione del prezzo.

Das spanische Recht unterscheidet ebenfalls zwischen mangelbedingtem Untergang und Zufall bzw. Verschulden des Käufers. Für den zuletzt genannten Fall normiert es statt des Wandlungsausschlusses Wertersatz:

Art. 1488 Código civil: Si la cosa vendida tenía algún vicio oculto al tiempo de la venta, y se pierde después por caso fortuito o por culpa del comprador, podrá éste reclamar del vendedor el precio que pagó, con la rebaja del valor que la cosa tenía al tiempo de perderse.

Si el vendedor obró de mala fe, deberá abonar al comprador los daños e intereses.

Diese Lösung beachtet das Fehlen eines Kausalzusammenhangs zwischen Mangel und zufälligem Untergang: Die Sache wäre auch in mangelfreiem Zustand im Risikobereich des Käufers untergegangen. Es fehlt daher ein innerer Grund, dem Verkäufer die Gefahr aufzuerlegen<sup>46</sup>.

Den mangelbedingten Minderwert kann der Käufer auch nach Untergang als Minderung geltend machen. Dann hat er bekommen, was ihm jenseits der Einstandspflicht für den eigenen Gefahrenkreis zusteht. Die Möglichkeit der Minderung wird im it. und span. Recht ausdrücklich erwähnt. Sie besteht auch in den anderen Rechten, denn die Minderung (§ 441 BGB) wird vom Sachuntergang nicht tangiert.

### **III. Das zusätzliche Haftungsprivileg der *diligentia quam in suis***

Der Gesetzgeber des SMG hat es nicht nur bei der verfehlten Gefahrtragung belassen, sondern mit der Begrenzung der Haftung des Rücktrittsberechtigten auf eigenübliche Sorgfalt (*diligentia quam in suis*) gleichsam noch eins draufgesetzt. Da die eigenübliche Sorgfalt nach § 277 BGB nur grobe Fahrlässigkeit ausschließt, bedeutet dies, dass die Kaufpreistrückforderung (ohne Wertersatz) zulässig bleibt, wenn der Rücktrittsberechtigte den Untergang der Sache fahrlässig herbeigeführt hat, sofern er nur auch sonst mit seinen Sachen fahrlässig umgeht. Das ist schon deshalb un-

---

<sup>46</sup> Näheres bei HONSELL MDR 1970, 719; ders. JZ 2001, 278, 281.

sinnig, weil dem Sorgfältigen das Privileg verwehrt wird. Die Regelung geht in der verkehrten Richtung noch weit über den alten § 350 BGB hinaus<sup>47</sup>. Anstatt dem Käufer sachgerecht das Risiko des zufälligen Untergangs in seiner eigenen Herrschaftssphäre aufzuerlegen, wird er nicht nur von der Gefahr entlastet, sondern erhält sogar noch eine durch nichts zu rechtfertigende Haftungsbefreiung.

Die Unsinnigkeit dieser Regelung zeigt sich schon an den albernen Beispielen, die dafür in der Literatur erfunden werden, wie z.B. der Fall des Käufers eines Gebrauchtwagens, der üblicherweise mit seinem Wagen ein Überlandrennen veranstaltet und dabei den Wagen zerstört<sup>48</sup> oder "wenn der Käufer den Wagen beim schneidig-raschen Hineinsetzen in die Garage, das seinen Gepflogenheiten entspricht, vor die Wand gefahren und schwer beschädigt hat."<sup>49</sup> Ist der Käufer hier wirklich schutzwürdig und ist es vorstellbar, dass solche Fälle Anlass für die Neuregelung waren?

Canaris, der Mitglied der Kommission ‚Leistungsstörungenrecht‘ war, berichtet, „dass es sich nicht um eine Panne, sondern um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers handelt.“<sup>50</sup> Das macht die Sache nicht besser. Fragt man, wie der Gesetzgeber auf eine solche Regelung gekommen ist, so gerät der alte § 1 d Abs. 2 Abzahlungsgesetz in den Blick<sup>51</sup>. Auch in § 357 Abs. 3 S. 3 BGB findet sich dieser unpassende Schutzgedanke.<sup>52</sup> Der nicht über das Widerrufsrecht belehrte Käufer haftet auch für fahrlässige Zerstörung oder Beschädigung nicht. Das ist nicht sachgerecht. Im Konsumentenschutzrecht sind wir allerdings, seit sich die EG des Themas angenommen hat, asymmetrische und ungerechte Regelungen zu Lasten des Unternehmers gewohnt. Überzeugend sind sie auch hier nicht. Im allgemeinen Schuldrecht sind sie vollends unverständlich.

Nicht berufen sollte man sich auf den alten Gedanken, dass nicht (deliktisch) haftet, wer als gutgläubiger Eigenbesitzer mit der vermeintlich eigenen Sache sorglos um-

---

<sup>47</sup> Kritisch HONSELL JZ 2001, 281; ders. FS Druey (2002) 177, 187 f.; ders. FS Schwerdtner (2003) 575 ff.; ebenso BERG, Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge im deutschen und spanischen Recht (2002) 146 f.; J. HAGER, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform (2001) 429 ff., 431 ff., 440 f.; WAGNER FS Huber 591, 622; DAE-KYUNG KIM, Die dogmatische Untersuchung der Privilegierung, der gesetzlich zum Rücktritt Berechtigten gemäß § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB (2007) 73 ff. u. passim; tlw. kritisch auch S. LORENZ in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts (2001) 345 f.; ders. Karlsruher Forum 2002, 95 f. der aber die Regelung grundsätzlich für „gelungen“ hält; D. KAISER, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB (2000); dies. JZ 2001, 1062 ff.; Staudinger/KAISER § 346 Rn 181, die (nur) die Regelung in § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB kritisiert („kaum nachvollziehbar“); Kohler JZ 2001, 325, 327. Ansonsten ist die Lit meist völlig unkritisch, s. etwa Gaier WM 2002, 1 ff; ders. MünchKomm BGB § 346 Rn 56; BROX/WALKER Allg. SchuldR (33. Aufl. 2009) § 18; ebenso überwiegend die in Fn 2 Genannten.

<sup>48</sup> Beispiel von DAUNER-LIEB.

<sup>49</sup> CANARIS Schuldrechtsmodernisierung (2002) XLI.

<sup>50</sup> Schuldrechtsmodernisierung (2002) XL s.

<sup>51</sup> S. CANARIS, Schuldrechtsmodernisierung (2002) XXXIX, XLII.

<sup>52</sup> Danach findet § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB (nur dann) keine Anwendung, wenn der Verbraucher über sein Widerrufsrecht ordnungsgemäß belehrt worden ist oder hiervon anderweitig Kenntnis erlangt hat. E contrario gilt, wenn er nicht belehrt worden ist und das Widerrufsrecht auch sonst nicht kennt der Standard der eigenüblichen Sorgfalt.

geht, (qui quasi rem suam neglexit).<sup>53</sup> Er stammt aus dem römischen Recht und gilt z.B. auch im schweizerischen (Art. 938 ZGB), deutschen (§§ 987, 989 993 Abs. HS 2 BGB) oder österreichischen Recht (§ 329 ABGB<sup>54</sup>). Die Privilegierung bei Beschädigung einer vermeintlich eigenen Sache hat seit jeher eingeleuchtet. Der gutgläubige Eigenbesitzer, der die gestohlene Sache nicht erwerben kann und sie herausgeben muss, soll wenigstens vor den Nebenansprüchen (wegen Beschädigung oder Nutzung) verschont werden. Deshalb kann er die Nutzungen behalten und haftet nicht für Beschädigung usw. Er haftet überhaupt nicht und ist nicht etwa nur bei *diligentia quam in suis* befreit.

Die eigenübliche Sorgfalt steht in Widerspruch zur heute allgemein anerkannten Objektivierung des Verschuldens. Die *diligentia quam in suis rebus adhibere solet*<sup>55</sup> stammt aus dem römischen Recht. Obwohl nicht unbestritten, ist sie dort vertretbar, wo sie schon im alten BGB stand, nämlich bei der Haftung des unentgeltlichen Verwahrers (§ 690 BGB), des Gesellschafters (§ 708 BGB --+) der Ehegatten (§ 1359 BGB) und Lebenspartner (§ 4 LPartG) untereinander sowie der Eltern gegenüber Kindern (§ 1664 BGB) oder der Vorerben (§ 2131 BGB). Die einfache Überlegung, z.B. bei der Verwahrung, ist die, dass der unentgeltliche Verwahrer nicht haften soll, wenn er die ihm zur Verwahrung anvertrauten Wertpapiere bei seinen eigenen aufbewahrt, die er in einer Schreibtischschublade verwahrt und nicht in einem Safe. Hier kann man im Hinblick auf das Utilitätsprinzip (wonach der unentgeltlich fremdnützig Tätige weniger streng haftet) oder wegen des persönlichen Naheverhältnisses unter Angehörigen argumentieren, dass vom Vertragspartner kein höherer Sorgfaltsstandard gefordert werden soll, als er in eigenen Angelegenheiten beachtet.<sup>56</sup>

Die Privilegierung passt indes nicht für die Rückabwicklung unwirksamer oder anfechtbarer Verträge. In § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB geht es nicht um die Frage der Ersatzpflicht, sondern darum, ob jemand, der bei Rückabwicklung eines Vertrages das Erhaltene nicht mehr zurückgeben kann, gleichwohl seine Leistung soll zurückfordern dürfen.

Der Gesetzgeber sollte nichts anordnen, was dem Gedanken des *do ut des* und grundlegenden Gerechtigkeitsvorstellungen, wie dem Prinzip von Treu und Glauben

---

<sup>53</sup> Vgl. Ulp. D. 5, 3, 31, 3.

<sup>54</sup> Die Norm sagt ebenso anschaulich wie weitgehend: „Ein redlicher Besitzer kann schon allein aus dem Grund des redlichen Besitzes die Sache, die er besitzt, *ohne Verantwortung nach Belieben brauchen, verbrauchen, auch wohl vertilgen*“ (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>55</sup> Vgl. z.B. Dig. 10,2,25,16 (Miterbe); 17,2,72 (Gesellschafter); KUNKEL/HONSELL Röm. Recht (4. Aufl. 1987) § 110 2.

<sup>56</sup> Vgl. LARENZ Schuldrecht I (14. Aufl. 1987) 293; CANARIS, FS Lorenz (1991) 38 f. zuletzt WAGNER FS Huber (2006) 591, 610; nicht überzeugend die hiergegen gerichtete Kritik von LINKE aaO. 177 f.

widerspricht. Tut er es doch, so ist die Norm tunlichst einzuschränken und keinesfalls auf andere Ansprüche analog anzuwenden. Das verkennt eine verbreitete Meinung,<sup>57</sup> welche die misslungene Rücktrittsregelung analog auch im Bereicherungsrecht anwenden will. Auch wenn dies vom systematischen Standpunkt und der Prämisse der Widerspruchsfreiheit an sich richtig ist, muss doch der Satz *odiosa non sunt extendenda*<sup>58</sup> Vorrang haben. Die fehlerhafte Regelung ist also soweit wie möglich einzuschränken.

#### IV. Vorschlag de lege ferenda

De lege ferenda sollte der Gesetzgeber seine misslungene Reform des § 346 BGB korrigieren, das „Zurückspringen“ der Gefahr beseitigen und die Gefahr des zufälligen Untergangs (bzw. der Verschlechterung) beim Rücktrittsberechtigten (Käufer/Besteller) belassen. Nur wenn der Untergang eine Folge der Leistungsstörung ist, bleibt der Rücktritt ohne Wertersatz zulässig. Dies könnte durch einen Einschub in § 346 Abs. 2 S. 1 Nr 3 zum Ausdruck gebracht werden: „Statt der Rückgewähr oder der Herausgabe hat der Schuldner Wertersatz zu leisten, soweit ... 3. Der empfangene Gegenstand sich verschlechtert hat oder untergegangen ist, *es sei denn, der Untergang oder die Verschlechterung war eine Folge der Leistungsstörung*“.<sup>59</sup> Die sachgerechte Gefahrtragung und die Beseitigung des Haftungsprivilegs lässt sich einfach durch Streichung des § 346 Abs. 3. S. 1 Nr. 3 BGB erreichen.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> SINGER FS Medicus (2009) 487 ff.; ROTH FS Canaris (2007) 1131 ff.; THIER FS Heldrich (2005) 439 ff.; GRUNEWALD FS Hadting (2004) 33 ff. WAGNER FS Huber 591, 622; LINKE aaO. 60 ff., 172 ff. (zum Teil allerdings ohne § 346 Abs. 3 S. 1 Nr.3 BGB); vgl. auch Fn 6.

<sup>58</sup> Auch: *singularia non sunt extendenda* – Ausnahmevorschriften sind eng auszulegen; so z.B. Art. 14 *codice civile*; zu dieser (umstrittenen) auf Papinian zurückgehenden Regel (Dig. 40, 5, 23, 3 und Dig. 41, 2, 44, 1) s. KRAMER Methodenlehre der Rechtswissenschaft (3. Auf. 2010) 72 Fn 142; HONSELL Basler Komm ZGB (4. Auf. 2010) Rn 15.

<sup>59</sup> Der nachfolgende Halbsatz ist entsprechend anzupassen und könnte lauten: die durch bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstandene Verschlechterung bleibt außer Betracht.

<sup>60</sup> Zu streichen ist schließlich auch § 357 Abs. 3 S. 3 BGB, der auf § 346 Abs. 3. S. 1 Nr. 3 BGB verweist.