

ZivilR Fallbearbeitung

Maximilian H. von Ameln*

Von Assistenzhunden und Hunden im Wolfspelz

Eine Fallbearbeitung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene

Die der Fallbearbeitung zugrunde liegenden Klausur verbindet Fragestellungen des Allgemeinen Teils des BGB mit solchen des Schuldrechts und des Sachenrechts. Schwerpunkt-mäßig behandelt sie Probleme im Zusammenhang mit dem Verkauf von Tieren, AGB sowie der arglistigen Täuschung in Konstellationen mit einer Stellvertretung.

SACHVERHALT

K ist Assistenzhundetrainer im Ruhestand. Es hat ihm schon immer Freude bereitet, mit Hunden zu arbeiten und gleichzeitig Menschen helfen zu können. Aufgrund seiner sozialen Ader möchte er seiner mittellosen Nachbarin, die von Geburt an blind ist, helfen. Deshalb ersteigert er am 1. Januar 2020 vom professionellen Hundezüchter V auf einer öffentlich zugänglichen Versteigerung den fünf Jahre alten Hund H zum Preis von 2000 €. K hatte die Entwicklung des Hundes bereits über einen längeren Zeitraum verfolgt und sich gerade für diesen Hund entschieden, weil dieser einen ganz besonders aufgeweckten und agilen Eindruck machte. V, der wusste, weshalb sich K gerade für diesen Hund entschieden hat, wünschte ihm im Vorfeld viel Glück für die Versteigerung.

Es wurde zuvor kein Versuch unternommen, den Hund entsprechend auszubilden; er ist bereits seit einigen Jahren von der Mutter getrennt und geschlechtsreif. Zwei Generationen an Hundewelpen können sich glücklich schätzen, ihn als Vater zu haben.

In den von V im Auktionskatalog abgedruckten Auktionsbedingungen, die K zu Kenntnis genommen hat, heißt es unter anderem:

»Die Rechte des Käufers wegen eines Mangels verjähren drei Monate nach dem Gefahrübergang. Dies gilt nicht für die Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verkäufers oder einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung seines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen beruhen, sowie für die Haftung für sonstige Schäden, die auf einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Verkäufers oder auf einer vorsätzlichen

oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung seines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen beruhen.«

Im Anschluss an die noch am gleichen Tag erfolgte Übergabe des Hundes merkt K, dass sich der Hund auffällig widersetzt, als er den Versuch unternimmt, ihm ein Hundegeschirr anzulegen. Auch andere Verhaltensauffälligkeiten zeigen sich. Infolge einer tierärztlichen Untersuchung erfährt K, dass der Hund bereits im Zeitpunkt der Auktion eine Knochen-erkrankung hatte, die sich auf seine Bewegungsfähigkeit auswirkt. Die unheilbare Erkrankung – die dem V unbekannt war – macht es für K unmöglich, den Hund zum Assistenzhund auszubilden. Am 1. Juni 2020 erklärt K deshalb gegenüber V den Rücktritt und fordert die Rückabwicklung des Kaufvertrags.

Frustriert von den jüngsten Erfahrungen entscheidet sich K am 15. Juni 2020, seine Zuneigung gegenüber Hunden auf anderem Wege zum Ausdruck zu bringen. So sucht er den Kunsthändler X, der sich auf Abbildungen von Vierbeinern spezialisiert hat und sich eines fabelhaften Rufs erfreut, auf. In dessen Schaufenster wird ein Ölgemälde zum Preis von 5000 € beworben. Daneben befindet sich ein Schild mit Informationen über das Gemälde: So soll es 1738 vom bekannten belgischen Maler M gemalt worden sein.

K ist sowohl vom Motiv als auch von der Herkunft des Gemäldes beeindruckt und beschließt, es zu kaufen. Statt des vielbeschäftigten X trifft er allerdings auf dessen Neffen S. S ist Student der Kunstgeschichte, kurz vor dem Bachelor-Abschluss, der das Geschäft des X zu einem späteren Zeitpunkt einmal übernehmen soll. S weiß zufällig aus einem Fachjournal, dass dieses Werk des M seit Jahren verschollen ist, sodass er sofort erkennt, dass es sich nur um eine Fälschung handeln kann. Dennoch hat er keine Skrupel, das Gemälde ohne jede Äußerung hierzu an K zu veräußern, der bar bezahlt. X freut sich, als er am Abend von dem Verkauf erfährt. Zu Zweifeln an der Echtheit des Gemäldes hat er keinen Anlass gehabt. Auch S lässt ihn ahnungslos zurück.

K hängt das Bild nach dem Kauf in seinen Flur und erfreut sich daran. Am 12. Januar 2021 bietet sich dem K eine Gelegenheit, mit dem Gemälde vor einem befreundeten Kunstkennner anzugeben. Auch dieser hatte den Artikel in der Fachzeitung gelesen, inspiziert das Werk genauer und erklärt K nun, dass es sich um eine gut gemachte Fälschung handle, die allerdings höchstens 50 € wert sei. Nun, wo K sich das Gemälde ganz genau ansieht, fällt diesem außerdem auf, dass es sich nicht um die Abbildung eines Hundes, sondern um die eines Wolfes handelt. Noch am selben Tag stürmt er in das Geschäft des X und erläutert dem verwunderten X die

* Der Autor studiert seit dem Wintersemester 2018/2019 Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und ist juristischer Mitarbeiter einer internationalen Anwaltssozietät. Die Klausur wurde in der Übung für Fortgeschrittene im Bürgerlichen Recht an der Georg-August-Universität Göttingen von Prof. Dr. Olaf Deinert im Wintersemester 2020/21 gestellt.

neugewonnenen Erkenntnisse und erklärt, dass er maßlos enttäuscht sei, der Vertrag sei damit hinfällig. X erwidert, dass er die 5.000 € restlos für eine Luxus-Kreuzfahrt ausgegeben hat: Das Geschäft sei – was zutrifft – in letzter Zeit nicht gut gelaufen und er hätte sich die Reise andernfalls niemals leisten können.

Aufgabenstellung

Kann K von V die Rückzahlung der 2.000 € verlangen?

Kann K von X die Rückzahlung der 5.000 € verlangen? Nehmen Sie an, dass K Sie mit der Wahrnehmung seiner rechtlichen Interessen betraut: Mit welchem Inhalt ist seine Erklärung gegenüber X auszulegen, sodass sie für ihn am vorteilhaftesten ist?

Bearbeitungshinweis

Vorschriften außerhalb des BGB finden keine Berücksichtigung.

Beziehen Sie im Rahmen Ihres Gutachtens zu allen durch den Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen Stellung, notfalls in einem Hilfsgutachten.

GLIEDERUNG

- A. Frage 1: Rückgabe der 2.000 €
- I. Anspruch des K gegen V aus §§ 437 II, 323, 326 V, 346 I BGB
 1. Kaufvertrag
 2. Sachmangel
 - a) Soll-Beschaffenheit
 - b) Ist-Beschaffenheit
 - c) Zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs
 3. Frist erfolglos oder entbehrlich
 4. Rücktrittserklärung
 5. Verjährung
 - a) Allgemeine Anwendbarkeit
 - b) Anwendbarkeit in AGB
 - aa) Eröffnung der AGB-Kontrolle
 - bb) Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit
 - cc) Generalklausel zur Inhaltskontrolle
 - dd) Rechtsfolge
 6. Kein Ausschluss
 7. Ergebnis
 - II. Anfechtung des Gebots
 - III. Wegfall der Geschäftsgrundlage
- B. Frage 2: Rückzahlung der 5.000 €
- I. Anspruch des K gegen X auf §§ 437 II, 323, 346 I BGB
 1. Kaufvertrag
 2. Sachmangel
 - a) Soll-Beschaffenheit
 - b) Abweichung der Ist-Beschaffenheit
 - c) Im Zeitpunkt des Gefahrübergangs
 3. Frist erfolglos oder entbehrlich

4. Rücktrittserklärung
 5. Kein Ausschluss
 6. Ergebnis
- II. Anspruch aus §§ 812 ff. BGB
1. Etwas erlangt
 2. Durch Leistung
 3. Ohne rechtlichen Grund
 - a) Anfechtung wegen arglistiger Täuschung
 - aa) Anwendbarkeit
 - bb) Anfechtungsgrund
 - cc) Anfechtungserklärung
 - dd) Anfechtungsfrist
 - ee) Kein Ausschluss
 - ff) Zwischenergebnis
 - b) Anfechtung wegen eines Inhaltsirrtums
 - aa) Anwendbarkeit
 - bb) Anfechtungsgrund
 - cc) Anfechtungserklärung
 - dd) Anfechtungsfrist
 - ee) Kein Ausschluss
 - c) Zwischenergebnis
 - d) Anfechtung wegen eines Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft
 - aa) Anwendbarkeit
 - bb) Anfechtungsgrund
 4. Umfang des Anspruchs
 5. Zwischenergebnis
- III. Anspruch aus §§ 989, 990 BGB
1. Eigentümer-Besitzer-Verhältnis
 - a) Eigentümer
 - b) Besitzer
 - c) Kein Recht zum Besitz
 2. Unmöglichkeit der Herausgabe
 3. Unredlichkeit
 4. Schaden
 5. Verschulden
 6. Zwischenergebnis
- IV. Ergebnis und vorzugswürdige Auslegung
- C. Gesamtergebnis

GUTACHTEN

A. Frage 1: Rückgabe der 2.000 €

I. Anspruch des K gegen V aus §§ 437 II, 323, 326 V, 346 I BGB

K könnte gegen V einen Anspruch auf Rückzahlung der 2.000 € aus §§ 437 II, 323, 326 V, 346 I BGB haben, sofern er wirksam zurückgetreten und ein Rückgewährungsschuldverhältnis entstanden ist.

1. Kaufvertrag

Dafür müsste ein Schuldverhältnis, genauer ein Kaufvertrag i.S.v. § 433 BGB, bestanden haben.

Der Hund sollte bei einer öffentlichen Versteigerung des V veräußert werden. Der K ersteigerte den Hund, der Kaufvertrag entstand nach § 156 S. 1 BGB mit dem Zuschlag. Der

Hund ist nach § 90a S. 3 BGB wie eine Sache zu behandeln und stellt die Kaufsache dar.

Ein Kaufvertrag wurde also geschlossen.

2. Sachmangel

Die Kaufsache müsste darüber hinaus mangelhaft gewesen sein.

Dies ist der Fall, wenn die Ist-Beschaffenheit der Sache beim Gefahrübergang von der Soll-Beschaffenheit abgewichen ist, § 434 I 1 BGB.

a) Soll-Beschaffenheit

Die Soll-Beschaffenheit kann sich primär aus Parteivereinbarung ergeben, § 434 I 1 BGB. Sekundär ist die vom Vertrag vorausgesetzte Verwendung nach § 434 I 2 Nr. 1 BGB maßgeblich und hilfsweise ist auf die Brauchbarkeit für die gewöhnliche Verwendung nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB abzustellen.

Eine explizite Beschaffenheitsvereinbarung wurde nicht getroffen; ebenso ist ein Verwendungszweck nicht vertraglich bestimmt. Die Kenntnis des Motivs des K begründet keine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung.¹ Die Soll-Beschaffenheit ergibt sich daher aus der gewöhnlichen Verwendung und der damit einhergehenden Beschaffenheit, die ein Käufer nach Art der Sache erwarten kann. Es ist also zu ermitteln, welche Erwartungen an den Kauf des Hundes zu stellen sind. Zu beachten ist auch, dass bei einem fünfjährigen Hund wohl nicht von einer »neuen« Sache gesprochen werden kann. Bei einem fünfjährigen Hund wäre es daher wohl zu erwarten, dass vor einer Auktion ein Tierarztbesuch durchgeführt wird. Möglicherweise kann der Hund seine Funktion als Zuchttier noch erfüllen, andere Funktionen, etwa als Assistenzhund, sind hingegen eingeschränkt, was jedoch regelmäßig nicht zu erwarten sein dürfte. Außerdem dienen Hunde im Allgemeinen auch der Funktion als Haustier. Folgen, etwa dass der Hund so eingeschränkt ist, dass er etwa nicht mehr »Gassi« gehen könnte, sind bei einer unheilbaren Knochenerkrankung nicht auszuschließen. Auch sind mit Tierärztkosten weit über dem regelmäßig erwartbaren Maß zu rechnen.

Es ist mithin allgemein zu erwarten, dass ein Hund an keinen, ggf. seine Funktion einschränkenden, Krankheiten leidet.² Die Freiheit von Knochenerkrankungen war mithin Teil der Soll-Beschaffenheit.

b) Ist-Beschaffenheit

Die bestehende Knochenerkrankung ist mithin ein Abweichen der Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit.

Die Sache ist folglich mangelhaft.

c) Zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs

Der Mangel müsste gem. § 434 I 1 BGB schon im Zeitpunkt des Gefahrübergangs bestanden haben. Die Gefahr geht nach § 446 S. 1 BGB regelmäßig mit der Übergabe über.

Die Krankheit bestand nach Aussage des Tierarztes schon im Zeitpunkt der Auktion, also vor der Übergabe und damit bei Gefahrübergang i.S.v. § 434 I 1 BGB.

3. Frist erfolglos oder entbehrlich

Grundsätzlich hätte K weiter nach §§ 323 I, II, 440 BGB eine Frist setzen müssen, wenn diese nicht entbehrlich wäre. Vorliegend kommt eine Unmöglichkeit der Nacherfüllung gem. § 275 I BGB in Betracht, sodass K nach § 326 V BGB keine Frist zur Nacherfüllung setzen müsste.

Die Nachbesserung bei einer unheilbaren Krankheit ist nicht möglich. Fraglich ist aber, ob sich K mit einer Nachlieferung abfinden müsste.

Eine Nachlieferung ist auch bei Tieren grundsätzlich möglich.³ Zu beachten ist indessen weiter, dass es sich um eine Stückschuld handelt. Auch hier ist eine Nachlieferung zwar grundsätzlich denkbar.⁴ Dementgegen steht jedoch, dass der K, mit seiner langjährigen Erfahrung in der Einschätzung von Hunden, genau den gekauften Hund über einen langen Zeitraum beobachtet und gerade wegen seines besonderen Wesens ausgewählt hat. Der positive Gesamteindruck dieses speziellen Tieres war ausschlaggebend für die Kaufentscheidung des K. Er hat diesen explizit anderen Hunden vorgezogen. Einen Hund mit exakt denselben Eigenschaften zu finden, ist dem V daher – zumindest subjektiv – unmöglich. Die Nachlieferung eines beliebigen anderen Hundes entspricht deshalb nicht den Interessen der Parteien bei Vertragsschluss.

Dementsprechend entfällt der Anspruch auf Nachbesserung nach § 275 I BGB, sodass K nach § 326 V BGB keine Frist zur Nachbesserung setzen muss. Die Fristsetzung ist im Ergebnis entbehrlich.

4. Rücktrittserklärung

K hat seinen Rücktritt nach § 349 BGB erklärt.

5. Verjährung

Fraglich ist jedoch, ob seine Gewährleistungsansprüche verjährt sind.

¹ Vgl. dazu BGH NJW 2016, 2874 (2875) m.w.N.; MüKoBGB/Westermann, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 4, 8. Auflage (2019), § 434 Rn. 16.

² Vgl. BGH NJW 2020, 389 (389); 2018, 150 (152) m.w.N.

³ OLG Köln NJW-RR 2018, 436 (436); Wertenbruch, Die Besonderheiten des Tierkaufs bei der Sachmängelgewährleistung, NJW 2012, 2065 (2065f.).

⁴ BGH NJW 2006, 2839 (2840) m.w.N.; OLG Schleswig NJW-RR 2005, 1579 (1581).

Bei Anwendung der von V eingeführten Auktionsbedingungen verjährt die Rücktrittsmöglichkeit des K nach drei Monaten, da weder den V noch einen seiner Erfüllungsgehilfen auch nur leichte Fahrlässigkeit trifft. Es steht daher die Frage im Raum, ob die Auktionsbedingungen Anwendung finden.

a) Allgemeine Anwendbarkeit

K ist im Ruhestand und kauft den Hund aus Nächstenliebe. Er kauft den Hund daher weder aus gewerblichen noch selbstständigen beruflichen Zwecken und ist somit Verbraucher i.S.d. § 13 BGB. V ist ein Auktionator i.S.d. § 34b GewO und damit ein Unternehmer i.S.d. § 14 BGB. Dies eröffnet damit grundsätzlich die Verbrauchsgüterkaufvorschriften der §§ 474 ff. BGB. Eine Ausnahme könnte gelten, wenn es sich bei der Versteigerung um eine öffentliche i.S.d. § 474 II 2 BGB handelt. Diese ist in § 383 III BGB legaldefiniert.

Die Versteigerung war öffentlich zugänglich.

Fraglich ist weiterhin, ob der Hund als gebraucht anzusehen ist.

Eine Ansicht stellt dabei darauf ab, dass der größte Einschnitt im Leben eines Tieres ohnehin die Geburt sei, mit der Folge, dass alle Tiere ab Geburt gebraucht seien.⁵ Eine andere Ansicht sieht nur in noch jungen Tieren neue Sachen.⁶ Eine dritte Meinung stellt darauf ab, ob das Tier bereits seiner bestimmungsgemäßen Verwendung zugeführt worden ist, also etwa zur Deckung genutzt oder zu einem bestimmten Zweck ausgebildet wurde. Da sich der Gebrauchszustand einer Sache nicht nach dem Inhalt der bestimmungsgemäßen Verwendung richten kann und das Risiko jeglicher Verwendung kompensiert werden soll, kommt es im Rahmen der Anwendung dieser Ansicht nur darauf an, ob das Tier überhaupt eine bestimmungsgemäße Verwendung hatte und dieser zugeführt wurde.⁷ Kürzlich entwickelte der BGH seine Rechtsprechung weiter und nimmt nunmehr eine vermittelnde Position ein, in der sowohl die Zuführung zu einer bestimmungsgemäßen Verwendung als auch Risikofaktoren eines voranschreitenden Alters berücksichtigt werden.⁸

Der Hund ist mit einem Alter von fünf Jahren jedenfalls kein Jungtier mehr und wurde in der Vergangenheit auch bestimmungsgemäß zur Deckung verwendet. Dass er jetzt als Assistenzhund dienen soll, steht dem nicht entgegen. Daher kommen im Ergebnis alle Ansichten zu dem Schluss, dass

der Hund eine »gebrauchte« Sache ist, sodass ein Streitentscheid dahinstehen kann.

Damit handelt es sich bei dem Hund um eine gebrauchte Sache, die im Rahmen einer öffentlichen Versteigerung nach § 474 II BGB versteigert wurde. Der Ausschluss einer kürzeren Frist als einem Jahr nach § 476 II BGB greift damit nicht ein.

Ferner hat der V den Mangel auch weder arglistig verschwiegen noch eine Garantie übernommen, sodass § 444 BGB keine Anwendung findet.

b) Anwendbarkeit in AGB

aa) Eröffnung der AGB-Kontrolle

Die AGB-Kontrolle ist nach § 310 IV 1 BGB grundsätzlich eröffnet.

Bei den »Auktionsbedingungen« müsste es sich um Auktionsbedingungen i.S.d. § 305 I BGB handeln. Die Auktionsbedingungen sind von V einseitig vorformulierte Vertragsbedingungen. Diese gelten beim Verbrauchergeschäft (s.o.) gem. § 310 III 1 BGB als vom Unternehmer gestellt und müssen gem. § 310 III 2 BGB nur einmalig verwendet werden. Es handelt sich bei den Auktionsbedingungen mithin um AGB i.S.d. § 305 I BGB.

Diese müssten nach § 305 II BGB wirksam in den Vertrag einbezogen worden sein. Die AGB waren ausdrücklich im Katalog abgedruckt und wurden von K zur Kenntnis genommen, wobei er sich mit Abgabe eines Gebotes konkludent mit deren Geltung einverstanden erklärt hat.⁹ Die AGB wurden daher nach § 305 II BGB wirksam einbezogen.

Die Klauseln sind keine überraschenden Klauseln nach § 305c I BGB und es wurde keine Individualabrede nach § 305b BGB getroffen. Die AGB beurteilen sich damit in den Grenzen des § 307 III BGB nach den §§ 308-309 BGB, bzw. nach § 307 I, II BGB.

bb) Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit

Es kommt ein Verstoß gegen den § 309 Nr. 7 lit. a) und b) BGB in Betracht. Dabei darf die Haftung für Schäden an Körper und Gesundheit bei fahrlässigen Handlungen nicht beschränkt werden. Ebenso darf die Haftung für sonstige Schäden bei grober Fahrlässigkeit nicht beschränkt werden. Allerdings wird die Haftung, respektive deren Verjährung, nur für alle anderen Fälle durch die AGB beschränkt. Durch die entsprechende Formulierung bzw. die Ausnahme in den AGB des V wurde den Schranken des § 309 Nr. 7 lit. a) und b) BGB genügt.

Weiterhin kommt jedoch ein Verstoß gegen § 309 Nr. 8 lit. b) ff) BGB in Betracht. Danach dürfen Gewährleistungs-

⁵ BGH NJW 2007, 674 (676) m.w.N.; OLG Schleswig NJW-RR 2005, 1579 (1581); *Brückner/Böhme*, Neues Kaufrecht – Wann ist ein Tier gebraucht?, MDR 2002, 1406 (1406f).

⁶ BGH NJW 2007, 674 (676); 1990, 915 (916); BGH NJW-RR 1986, 52 (53); *Wertenbruch*, Die Besonderheiten des Tierkaufs bei der Sachmängelgewährleistung, NJW 2012, 2065 (2069).

⁷ BGH NJW 2007, 674 (676); OLG Schleswig Urt. v. 13.12.2005 – 3 U 42/05; LG Aschaffenburg NJW 1990, 915 (916); MüKoBGB/S. *Lorenz* (Fn. 1), § 474 Rn. 20.

⁸ BGH NJW 2020, 759 (759).

⁹ Zur konkludenten Annahme von AGB *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 43. Auflage (2019), § 4 Rn. 35 ff.

ansprüche aus einem Kaufvertrag über eine neu hergestellte Sache gegen den Verwender in anderen Fällen des Mangels als denen des § 438 I Nr. 2 BGB nicht unter ein Jahr verkürzt werden. Wie bereits festgestellt ist der Hund jedoch keine neue Sache, sodass auch § 309 Nr. 8 lit. b) ff) BGB nicht einschlägig ist.

cc) Generalklausel zur Inhaltskontrolle

Schließlich könnte die Klausel gegen § 307 I 1 BGB, den Aufangtatbestand der Inhaltskontrolle, verstoßen. Danach sind Klauseln dann unwirksam, wenn sie den Vertragspartner entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Das ist der Fall, wenn der Verwender seine eigenen Interessen missbräuchlich durchsetzen möchte, ohne dem Vertragspartner einen angemessenen Ausgleich zuzubilligen.¹⁰ § 307 II BGB nennt zwei typische Fallgruppen für eine derartige Benachteiligung.

Nach § 307 II Nr. 1 BGB ist eine Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn die Abweichung von gesetzlichen Regelungen mit deren Grundgedanken nicht vereinbar ist. Abgewichen wurde vom Recht der Verjährung aus den §§ 194 ff. BGB und deren spezialgesetzlicher Konkretisierung im Gewährleistungsrecht aus § 438 BGB. Ziel dieser Regelung ist es, dem Käufer einer Sache einen angemessenen Zeitraum zur Begutachtung und Erprobung der Sache auf Mängel hin einzuräumen, binnen dessen er sich zeigende Mängel geltend machen kann. Eine Klausel ist dementsprechend nicht mit dem Grundgedanken der Regelung vereinbar, sofern dieser Zeitraum derart verkürzt wird, dass es dem Käufer nicht mehr möglich ist, die Sache angemessen zu untersuchen und im Gebrauch auf Mängel hin zu testen.¹¹

Grundsätzlich könnte argumentiert werden, dass drei Monate ausreichen müssten, um Kaufsachen auf Mängel zu untersuchen. Zu beachten ist hier jedoch, dass der V nicht etwa einfach gestaltete Alltagsprodukte verkauft, sondern unternehmerischer Hundezüchter ist und mit lebenden Tieren handelt. Ein typischer Mangel im Handel mit Tieren sind insbesondere diverse Arten von Erkrankungen. Diese können zunächst nicht von jedem Laien diagnostiziert werden, sondern müssen regelmäßig durch einen Tierarzt entdeckt werden. Eine möglichst genaue Diagnose, also nicht nur über das Bestehen irgendeiner Krankheit, sondern auch über ihre Art, ist dabei für die Willensbildung des Käufers unerlässlich. Nur so kann dieser beurteilen, ob eine Nachbesserung, sprich eine Behandlung, möglich, eine Nachlieferung erforderlich oder eine völlig andere Rechtsausübung geboten ist. Dafür sind nicht nur entsprechende (Fach-)Ärzte knapp, sondern es muss auch immer ein entsprechender Termin verfügbar sein. Darüber hinaus kann sich dann auch noch die Untersuchung selbst über einen längeren Zeitraum strecken. In einem Zeitraum von drei Monaten nicht nur den diagnostischen Aufwand zu bewältigen, sondern diesen ferner auch noch geltend zu

machen, dürfte sich in einem beträchtlichen Anteil der Fälle als problematisch oder gar unmöglich erweisen. Beachtet man dazu, dass keinerlei Härtefallregelungen o.Ä. vorgesehen und AGB nach § 305c II BGB zu Lasten des Verwenders und damit deren Unwirksamkeit auszulegen sind, so kann man nur feststellen, dass die Klausel mit dem Grundgedanken der Verjährung von Mängelrechten nicht vereinbar ist. Mangels eines ersichtlichen Ausgleichs für diese Benachteiligung liegt eine missbräuchliche Durchsetzung der eigenen Interessen des Verwenders vor. Der Vertragspartner wird folglich entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.¹²

Darüber könnte durch die Klausel nach § 307 II Nr. 2 BGB der Vertragszweck gefährdet sein, wodurch auch eine unangemessene Benachteiligung gegeben sein könnte.

Den obigen Ausführungen folgend kann die Ausübung von Mängelrechten in einzelnen Fällen unmöglich oder nicht durchsetzbar werden. Zumindest für leichte und gewöhnliche Fahrlässigkeit sieht die Klausel keine Ausnahme vor, soweit die Mängel nicht zu Schäden an Leib oder Leben führen. Die verschuldensunabhängigen Gewährleistungsrechte würden damit ins Leere laufen. Die Hauptleistungspflicht des Verkäufers zur Lieferung einer mangelfreien Sache aus § 433 I 2 BGB würde mithin faktisch in einigen Fällen ausgehöhlt.¹³

Im Ergebnis ist somit die vertragsgemäße Erfüllung einer Hauptleistungspflicht gefährdet. Mangels angemessenen Ausgleichs liegt auch eine unangemessene Benachteiligung nach § 307 I, II Nr. 2 BGB vor.

dd) Rechtsfolge

Die Klausel ist damit im Ergebnis gem. § 307 I, II Nr. 1, 2 BGB unwirksam.

Der Vertrag bliebe im Übrigen gem. § 306 I BGB wirksam, wobei anstelle der unwirksamen Klausel die gesetzlichen Verjährungsbestimmungen treten. Diese beträgt nach § 438 I Nr. 3 zwei Jahre.

Der dem Rücktrittsrecht zugrundeliegende Nacherfüllungsanspruch ist folglich noch nicht verjährt, sodass Ks Rücktritt nicht gem. § 218 I BGB unwirksam ist.

6. Kein Ausschluss

Der Rücktritt dürfte schließlich auch nicht ausgeschlossen sein.

K hat an der Teilleistung, also dem unheilbar kranken Hund, indessen berechtigterweise kein Interesse und die Krankheit ist auch nicht unerheblich i.S.d. § 323 V BGB. Letztlich hatte K trotz seiner Beobachtung auch keine Kenntnis vom Mangel nach § 442 BGB.

¹⁰ BGH NJW 2016, 2800 (2801); 2016, 1230 (1232); 2013, 856 (858); 2012, 1431 (1431) mwN.

¹¹ Vgl. nur BT-Drucks. 14/6040 S. 159.

¹² Anders hingegen BGH NJW 2020, 759 (765) Rn. 56 ff.

¹³ Anders hingegen BGH NJW 2020, 759 (765) Rn. 61 ff.

Ein Ausschlussstatbestand ist daher nicht einschlägig.

7. Ergebnis

K ist wirksam vom Vertrag zurückgetreten; der Kaufvertrag hat sich in ein Rückgewährschuldverhältnis gewandelt. K hat einen Anspruch auf Rückzahlung der 2.000 € aus §§ 437 II, 323, 326 V, 346 I BGB.

II. Anfechtung des Gebots

Ferner könnte man seine Rücktrittserklärung gem. §§ 133, 157 BGB in der Laiensphäre als Anfechtung auslegen.

Allerdings verdrängt das Gewährleistungsrecht hier als *lex specialis* das allgemeinere Recht zur Anfechtung wegen des Mangels.¹⁴ Diese ist mithin durch die Eröffnung der Gewährleistungsrechte ausgeschlossen.

III. Wegfall der Geschäftsgrundlage

Auch eine Störung der Geschäftsgrundlage i.S.d § 313 BGB, die sich aufgrund der gemeinsamen Vorstellungen über die Verwendung des Hundes anzubieten scheint, ist gegenüber dem eröffneten Gewährleistungsrecht ebenfalls subsidiär.¹⁵

B. Frage 2: Rückzahlung der 5.000 €

I. Anspruch des K gegen X aus §§ 437 II, 323, 346 I BGB

1. Kaufvertrag

Dafür müsste ein Kaufvertrag zwischen X und K geschlossen worden sein. X war indes zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht anwesend. Allerdings könnte ihn der S als Stellvertreter nach § 164 I 1 BGB wirksam vertreten haben.

Bei einem Kaufvertrag über ein Kunstwerk handelt es sich nicht um ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft, bei dem eine Stellvertretung unmöglich ist.¹⁶ X kannte den K und sein Kaufinteresse nicht, sodass er dem S keine entsprechende Willenserklärung aufgeben konnte, weshalb S kein Bote des X war. S hat mithin eine eigene Willenserklärung abgegeben. Aus dem Umstand, dass K für das Bild den X »aufsucht«, sich wohl also in seine Geschäftsräume begibt, ergibt sich auch, dass X Vertragspartner werden soll, sodass das Prinzip der Offenkundigkeit gewahrt bleibt. Auch gilt der S nach dem Rechtsscheingedanken des § 56 HGB als ermächtigt, Geschäfte zum Betrieb des Kunsthandels abzuschließen. Er hat den X also wirksam vertreten.

Ein Kaufvertrag zwischen K und X kam damit zustande.

2. Sachmangel

Ferner müsste die Sache mangelhaft sein (s.o.).

a) Soll-Beschaffenheit

K hat die Auszeichnung im Schaufenster der Galerie, dass das Bild im Jahre 1738 von M gemalt wurde, zur Kenntnis genommen und darauf seine Kaufentscheidung gestützt. Diese wurde nicht revidiert und mindestens konkludent beim Vertragsabschluss einbezogen.¹⁷ Die öffentliche Äußerung des X als Verkäufer stellt insoweit eine Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I 1 BGB dar.

b) Abweichung der Ist-Beschaffenheit

Da das Bild weder vom M noch aus dem Jahre 1738 stammt, weicht die Ist- von der Soll-Beschaffenheit ab.

c) Im Zeitpunkt des Gefahrübergangs

Das Bild stammte evident auch schon bei Übergabe nicht vom M aus dem Jahr 1738, sodass der Mangel nach § 434 I 1 BGB schon bei Gefahrübergang bestand.

3. Frist erfolglos oder entbehrlich

K müsste eine Frist setzen oder diese müsste entbehrlich sein (s.o.). Das Bild ist seit längerem verschollen, sodass eine Nachlieferung des Originals – eine Nachbesserung ist bei einem geschuldeten Original nicht möglich¹⁸ – dem X mindestens subjektiv unmöglich nach § 275 I BGB ist. Eine Fristsetzung ist daher nach § 326 V BGB entbehrlich.

4. Rücktrittserklärung

K müsste den Rücktritt nach § 349 BGB erklärt haben. Die abgegebene Erklärung des K ist dabei nach den §§ 133, 157 BGB in der Laiensphäre auszulegen. Sie könnte sich daher auch auf einen Rücktritt beziehen. Damit hätte der K den Rücktritt erklärt.

Alternativ könnte der K den Rücktritt auch erneut explizit erklären.

5. Kein Ausschluss

Ein Ausschlussstatbestand nach §§ 323 V, VI, 442 BGB ist schließlich nicht einschlägig, insbesondere ist die Unechtheit des Bildes aufgrund des hohen Wertunterschiedes nicht unerheblich.¹⁹

¹⁴ BGH NJW 2009, 1266 (1269); MüKoBGB/*Armbrüster*, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 8. Auflage (2019), § 119 Rn. 29.

¹⁵ BGH NJW 1986, 2824 (2824); 1973, 1234 (1234) m.w.N.; MüKoBGB/*Finkenauer*, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 3, 8. Auflage (2019), § 313 Rn. 167.

¹⁶ Zu den Voraussetzungen der Stellvertretung: *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 44. Auflage (2020), § 24; zur Zulässigkeit insb. Rn. 1.

¹⁷ Vgl. BGH NJW 2009, 2807 (2807); MüKoBGB/*Westermann* (Fn. 1), § 434 Rn. 16.

¹⁸ MüKoBGB/*Westermann* (Fn. 1), § 439 Rn. 12 m.w.N.

¹⁹ Zum Begriff der »Erheblichkeit«: MüKoBGB/*Ernst* (Fn. 15), § 323 Rn. 248.

6. Ergebnis

Bei entsprechender Auslegung der Erklärung hat K einen Anspruch auf Rückzahlung der 5.000 € gegen den X aus §§ 437 II, 323, 346 I BGB.

II. Anspruch aus §§ 812ff. BGB

Ferner könnte K gegen X dieser Anspruch auch aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB zustehen.

1. Etwas erlangt

Dafür müsste X etwas von K erlangt haben. Etwas ist dabei jeder vermögenswerte Vorteil,²⁰ also auch die 5.000 €.

2. Durch Leistung

Die 5.000 € wurden durch Zahlung zur Erfüllung nach § 362 BGB, also durch bewusste, zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens,²¹ mithin Leistung erlangt.

3. Ohne rechtlichen Grund

Die Leistung müsste ferner ohne rechtlichen Grund erlangt worden sein. Ursprünglich bestand ein rechtlicher Grund für die Zahlung in Form des Kaufvertrages. Dieser könnte jedoch im Nachhinein ex tunc durch eine Anfechtung nach § 142 I BGB entfallen sein.

a) Anfechtung wegen arglistiger Täuschung

aa) Anwendbarkeit

Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung konkurriert wegen ihres unterschiedlichen Schutzziels, der Willensfreiheit, nicht mit den Gewährleistungsrechten.²²

bb) Anfechtungsgrund

Möglicherweise kommt eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 I Alt. 1 BGB in Betracht. Eine Täuschung ist jede Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines Anderen mit dem Ziel der Irreführung über Tatsachen.²³ Sie ist arglistig, wenn sie zumindest bedingt vorsätzlich ist.²⁴

Zu beachten ist hier auch, dass X nicht selbst anwesend war, sondern das Geschäft durch S abgeschlossen wurde. S agierte als Vertreter des X und damit nicht als Dritter i.S.d. § 123 II BGB.²⁵ X muss sich außerdem das Wissen des S nach § 166 BGB zurechnen lassen.

Eine Täuschung muss dabei grundsätzlich durch aktives Tun, möglicherweise auch konkludent, erfolgen; eine Ausnahme über Offenbarungspflichten besteht nur, wenn der Vertragspartner sich Informationen auch bei der gebotenen Sorgfalt nicht selbst verschaffen kann.²⁶ Zu beachten ist dabei auch, dass das Vorstellungsbild des K darauf beruhte, dass im Schaufenster Künstler und Jahr des Bildes angegeben wurden. Von dieser Information im Schaufenster wusste der S auch. Wenn nicht hierin schon durch aktives Tun eine Täuschung angenommen wird, wären X und S nach Treu und Glauben zumindest darangehalten, den Irrtum aufzuklären. X und S Aufklärungspflicht, zumindest nach bestem Wissen, ließe sich im Zweifel also auch in dem durch ihr Verhalten treuwidrig geschaffenen Vorstellungsbild durch Ingerenz begründet sehen. S nutzte zumindest bewusst das falsch geschaffene Vorstellungsbild des K aus. S wusste um die Falschheit des Bildes, sodass er auch vorsätzlich, mithin arglistig handelte.

Ob die Täuschung dann in einem aktiven Tun oder Unterlassen bestand, kann aufgrund der identischen Rechtsfolge dahinstehen.²⁷

Die Täuschung war jedenfalls kausal für die Kaufentscheidung des K.

cc) Anfechtungserklärung

Die Erklärung von K könnte ebenfalls als Anfechtungserklärung nach § 143 I BGB ausgelegt werden, da er erklärt, dass er das Geschäft für nichtig halte (vgl. s.o.).

dd) Anfechtungsfrist

Die Frist bei der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung beträgt nach § 124 I BGB ein Jahr. Die Anfechtung ist mithin noch nicht verfristet.

²⁰ Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 43. Aufl. 2019, § 40 Rn. 2 m.w.N.

²¹ BGH NJW 1964, 399 (399); 1974, 1132 (1132); 1979, 157 (157) m.w.N.

²² BGH NJW 2009, 1266 (1268); MüKoBGB/Armbrüster (Fn. 14), § 123 Rn. 101.

²³ AG Kaiserslautern NJW-RR 1997, 1073 (1073) m.w.N.; MüKoBGB/Armbrüster (Fn. 14), § 123 Rn. 28 f.

²⁴ BGH NJW 2007, 3057 (3059); MüKoBGB/Armbrüster (Fn. 14), § 123

Rn. 18 m.w.N.

²⁵ Vgl. dazu MüKoBGB/Armbrüster (Fn. 14), § 123 Rn. 72 m.w.N.

²⁶ BGH NJW 1989, 763 (764); OLG Karlsruhe ZIP 2006, 557 (559); MüKoBGB/Armbrüster (Fn. 14), § 123 Rn. 35.

²⁷ MüKoBGB/Armbrüster (Fn. 14), § 123 Rn. 28.

ee) *Kein Ausschluss*

Die Anfechtung dürfte auch nicht durch Bestätigung nach § 144 I BGB oder nach Treu und Glauben nach § 242 BGB ausgeschlossen sein;²⁸ dies ist auch nicht der Fall.

ff) *Zwischenergebnis*

K kann seine Willenserklärung wegen arglistiger Täuschung anfechten.

b) *Anfechtung wegen eines Inhaltsirrtums*

Ferner könnte der K seine Willenserklärung möglicherweise wegen eines Inhaltsirrtums nach § 119 I Alt. 1 BGB anfechten.

aa) *Anwendbarkeit*

Die Anfechtung wegen eines Inhaltsirrtums nach § 119 I Alt. 1 BGB wird durch die Gewährleistungsrechte aufgrund des unterschiedlichen Schutzzwecks, dem Schutz der Willensfreiheit, nicht verdrängt.²⁹

bb) *Anfechtungsgrund*

K könnte auch einem Inhaltsirrtum i.S.d. § 119 I Alt. 1 BGB unterlegen sein. Dafür müssten, obwohl der Erklärende das korrekte Erklärungszeichen nutzt, das objektiv Erklärte und der innere Wille des Erklärenden auseinanderfallen; der Erklärungsinhalt und der Erklärungswille müssten also auseinanderfallen, weil die Erklärung im Rechtsverkehr einen anderen Sinn besitzt als der, den der Erklärende seiner Erklärung beigemessen hat.³⁰

Indem K dachte, es handele sich um ein Hundebild und den Kauf des Bildes erklärte, wobei es sich in Wirklichkeit um das Bild eines Wolfes handelte, erklärte er objektiv etwas anderes als er subjektiv wollte.

Er unterlag folglich einem Inhaltsirrtum i.S.d. § 119 I Alt. 1 BGB.

cc) *Anfechtungserklärung*

Die Erklärung des K könnte auch als Anfechtungserklärung ausgelegt werden (s.o.).

dd) *Anfechtungsfrist*

Die Anfechtung bei einem Inhaltsirrtum hat nach § 121 BGB unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern zu erfolgen. K ist an dem Tag, als er seinen Irrtum entdeckt hat, zu X geeilt und hat mithin nicht schuldhaft gezögert.

ee) *Kein Ausschluss*

Auch bei diesem Anfechtungsgrund ist kein Ausschlussbestand einschlägig (vgl. o.).

c) *Zwischenergebnis*

K könnte seine Willenserklärung sowohl wegen arglistiger Täuschung als auch wegen eines Inhaltsirrtums anfechten.

d) *Anfechtung wegen eines Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft*

Ferner könnte der K möglicherweise wegen eines Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft nach § 119 II BGB anfechten.

aa) *Anwendbarkeit*

Die Anfechtung wegen eines Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft ist ausgeschlossen, soweit sie sich auf die dem Gewährleistungsrecht unterfallende Mangelfreiheit bezieht.³¹

bb) *Anfechtungsgrund*

Ein neben den Gewährleistungsrechten stehender – sich also nicht auf die Mangelfreiheit beziehender – Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft ist jedoch nicht mehr ersichtlich.

4. Umfang des Anspruchs

Grundsätzlich ist im Rahmen der Kondiktion das erlangte Etwas und seine Nutzungen bis zur Grenze der Entreicherung herauszugeben, vgl. §§ 812, 818 BGB. Dies wären die gezahlten 5.000 €. Die Entreicherung nach § 818 III BGB tritt dabei ein, wenn das Etwas nicht im Vermögen des Bereicherten verbleibt. Er müsste es daher für sog. Luxusauswendungen ausgegeben haben. Das sind solche Aufwendungen, die er andernfalls nicht hätte tätigen können und die nicht in anderer Form im Vermögen des Bereicherten verbleiben.³²

Dies trifft auf die Kreuzfahrt für 5.000 € zu.

Fraglich ist jedoch, ob die Haftungsverschärfung aus § 819 I BGB und damit eine Ausnahme einschlägig ist. Dies wäre der Fall, wenn X bei Empfang der Leistung, also bei Zahlung des Kaufpreises, Kenntnis vom Mangel des rechtlichen Grundes hat oder ihn später erfährt. Gemäß § 142 II BGB ist es dabei hinreichend, wenn der Anfechtungsgegner die Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts kennt.

²⁸ Zum Ausschluss der Anfechtung: *Brox/Walker* (Fn. 16), § 19 Rn. 14.

²⁹ *MüKoBGB/Armbrüster* (Fn. 14), § 119 Rn. 30.

³⁰ BAG NJW 2014, 3741 (3742); ausführlich: BGH NJW 2008, 2442 (2443) m.w.N.; *MüKoBGB/Armbrüster* (Fn. 14), § 119 Rn. 57.

³¹ BGH NJW 2009, 1266 (1269); *MüKoBGB/Armbrüster* (Fn. 14), § 119 Rn. 29.

³² BGH NJW 1951, 270 (270); KG NJW-RR 2018, 890 (893); *MüKoBGB/Schwab*, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 7, 8. Auflage (2019), § 818 Rn. 127, 185.

Auch hier ist zunächst zu beachten, dass X am Vertragsschluss nicht persönlich beteiligt war. Indessen gilt auch hier der Rechtsgedanke des § 166 I.³³ Für die Kenntnis der Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts kommt es daher nicht auf das Wissen des X, sondern des S an. S weiß zwar wohl nicht darum, dass sich K auf dem Bild einen Hund vorgestellt hat, weiß aber jedenfalls um die Unechtheit des Bildes und damit um die Täuschung des K.

Dem X ist insoweit die Kenntnis des S zuzurechnen und er haftet verschärft nach § 819 I BGB; er kann sich nicht auf § 818 III BGB berufen.

5. Zwischenergebnis

Bei entsprechender Auslegung der Erklärung hätte K seine Willenserklärung nach §§ 142, 123 I Alt. 1 BGB angefochten. Ihm stünde dann ein Anspruch auf Rückgewähr der 5.000 € aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB zu.

III. Anspruch aus §§ 989, 990

Schließlich könnte K gegen X einen Anspruch auf Rückgewähr der 5.000 € aus §§ 989, 990 BGB haben.

1. Eigentümer-Besitzer-Verhältnis

Dafür müsste ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis i.S.d. §§ 985, 986 BGB bestehen oder bei einem etwaigen Untergang bestanden haben.

a) Eigentümer

K war ursprünglich Eigentümer des Geldes. Er könnte jedoch infolge des Bar-Bezahlvorgangs das Eigentum nach § 929 I BGB verloren haben. Die Voraussetzungen des § 929 I BGB lagen laut Sachverhalt unstreitig vor. Fraglich ist jedoch, ob K, bei entsprechender Auslegung, auch die Willenserklärung zur dinglichen Einigung zum Eigentumsübergang angefochten hat. Grundsätzlich sind das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft isoliert voneinander zu betrachten und die Nichtigkeit des einen Geschäfts führt nicht direkt zur Nichtigkeit des Anderen, es gilt insoweit das Trennungs- und Abstraktionsprinzip.³⁴ Mit der Anfechtung der Willenserklärung zum Abschluss des Kaufvertrages hat K also zunächst nicht auch die Übereignung des Geldes angefochten und ex tunc nach § 142 I BGB nichtig werden lassen. Etwas anderes gilt nur im Falle der Fehleridentität. Fehleridentität liegt vor, wenn sowohl das schuldrechtliche als auch das sachenrechtliche Rechtsgeschäft mit demselben Mangel behaftet sind.³⁵ Im Falle der arglistigen Täuschung (s.o.) liegt Fehleridentität demnach vor, wenn die Täuschung nicht nur für den Abschluss des Kaufvertrages, sondern auch für die Übereignung Kausal war. Ohne die Täuschung hätte K

nicht nur das Bild nicht gekauft, sondern auch dem X kein Geld übereignet. Beide Rechtsgeschäfte litten damit am selben Mangel. Mit der Anfechtung des Kaufvertrages hätte K ausnahmsweise auch die für die dingliche Einigung erforderliche Willenserklärung angefochten. Die Übereignung würde damit nach § 142 I BGB ex tunc nichtig.

K wäre damit Eigentümer des Geldes geblieben.

b) Besitzer

X müsste Besitzer des Geldes gewesen sein. K hat das Bild bei S bezahlt. Dieser übte zunächst die Sachherrschaft i.S.d. § 854 I BGB aus. S hat die Gewalt über das Geld allerdings nur als Angestellter des X für den X in dessen Erwerbsgeschäft ausgeübt und war folglich nur Besitzdiener i.S.d. § 855 BGB.

X war damit Besitzer.

c) Kein Recht zum Besitz

Dieser hatte schließlich auch kein Recht zum Besitz i.S.d. § 986 BGB; insbesondere ist das Eigentum ex tunc entfallen (s.o.) und ein anderes Besitzrecht ist nicht ersichtlich.

2. Unmöglichkeit der Herausgabe

§ 989 BGB setzt ferner den Untergang oder eine anderweitige Verhinderung der Herausgabe voraus. Die von K bezahlten 5.000 € hat der X für eine Kreuzfahrt ausgegeben. Die genauen Scheine sind deshalb jedenfalls nicht mehr im Besitz des X. Möglicherweise ist es dem X jedoch möglich, im Zuge der sog. Geldwertvindikation irgendwelche Währungsträger im Wert von 5.000 € zurückzuzahlen.³⁶ Gegen die Herausgabe beliebiger Währungsträger im Wert 5.000 € spricht indessen, dass K dem X bestimmte Scheine und ggf. Münzen gegeben hat, die in sich nicht nur ein Geldwert, sondern auch eine bestimmte Sache sind. Eine andere Behandlung würde gegen die gesetzgeberische Wertung aus §§ 948, 951 BGB verstoßen und das sachenrechtliche Spezialitätsprinzip durchbrechen.³⁷ Eine Geldwertvindikation ist aus diesen Gründen abzulehnen. Der Herausgabeanspruch aus § 985 BGB umfasst nur die Herausgabe der konkret-individuellen Scheine und Münzen, nicht irgendwelcher. X hätte genau die zum Bezahlen genutzten Währungsträger zurückübereignen müssen.

Dies ist ihm jedoch unmöglich.

3. Unredlichkeit

Kraft § 990 I BGB findet der § 989 BGB nicht nur bei Rechtshängigkeit, sondern auch bei der Unredlichkeit des Besitzers Anwendung. Unredlich ist der Besitzer, der bei

³³ MüKoBGB/Schubert (Fn. 14), § 166 Rn. 86 m.w.N.

³⁴ MüKoBGB/Busche (Fn. 14), § 142 Rn. 15 m.w.N.; MüKoBGB/Oechsler, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 8, 8. Aufl. 2019, § 929 Rn. 5, 8 ff.

³⁵ BGH NJW 1960, 621 (622); MüKoBGB/Busche (Fn. 14), § 142 Rn. 15 m.w.N.

³⁶ Ausführlich zur Geldwertvindikation MüKoBGB/Baldus, § 985 Rn. 34.

³⁷ Vieweg/Werner, Sachenrecht, 8. Auflage (2018), § 7 Rn. 6; MüKoBGB/Baldus, § 985 Rn. 72.

Besitzerlangung grob fahrlässig verkennt oder später positiv erfährt kein Recht zum Besitz zu haben.³⁸

Auch hier ist zu beachten, dass X sich beim Vertragsschluss vertreten lassen hat und auch zunächst durch einen Besitzdiener den Besitz erlangt hat. Eine direkte Anwendbarkeit des § 166 BGB scheitert daran, dass die §§ 164 ff. BGB Willenserklärungen regeln und keine Realakte wie den Besitzerwerb.³⁹ Allerdings drängt sich mangels expliziter Regelung eine analoge Anwendung des § 166 BGB auf. Voraussetzung dafür ist mindestens eine dem rechtsgeschäftlichen Stellvertreter vergleichbare freie und selbstständige Stellung im Rechtsverkehr und der Besitzerwerb im Rahmen der übertragenen Tätigkeit.⁴⁰ Eine rechtsgeschäftliche Stellvertretung liegt ohnehin vor, sodass auch diese Voraussetzungen vorliegen. X muss sich daher die Bösgläubigkeit des S nach § 166 BGB analog zurechnen lassen.

4. Schaden

Zuletzt müsste dem K auch ein Schaden entstanden sein. In Betracht kommt der Verlust des Eigentums an den zum Bezahlen genutzten Scheinen. Zwar war der X nicht Eigentümer des Geldes, allerdings hatte die Kreuzfahrtgesellschaft von diesem Umstand keine Kenntnis. Indem X die Kreuzfahrt bezahlte, übereignete er die Scheine daher nach §§ 929 S. 1, 932 BGB. Dem steht gem. § 935 II BGB der § 935 I BGB nicht entgegen. K hat damit das Eigentum an Währungsträgern im Wert von 5.000 € an die gutgläubige Kreuzfahrtgesellschaft verloren.

Im Zuge der Naturalrestitution nach §§ 249, 251 BGB analog⁴¹ ist dem K dieser Betrag zu erstatten.

5. Verschulden

X hat das Geld vorsätzlich ausgegeben, sodass er die Unmöglichkeit der Herausgabe auch i.S.v. § 276 I 1 BGB verschuldet hat.

6. Zwischenergebnis

Bei entsprechender Auslegung der Erklärung hätte K seine Willenserklärung sowohl zum Verpflichtungs- als auch zum Verfügungsgeschäft nach §§ 142, 123 I Alt. 1 BGB angefochten. Ihm stünde dann ein Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 5.000 € aus §§ 989, 990 I BGB zu.

IV. Ergebnis und vorzugswürdige Auslegung

Dem K stünde – je nach Auslegung der Erklärung – ein Anspruch aus §§ 437 II, 323, 346 I BGB, in Folge der Anfechtung aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB oder aus §§ 989, 990 BGB zu. Im Ergebnis kommt es für den K nicht darauf an, wie seine Erklärung ausgelegt wird; ihm stehen in allen Alternativen 5.000 € zu.

Sollte sich K für eine Anfechtung entschließen, sollte er sich in jedem Falle auf die arglistige Täuschung berufen, sodass er nicht eventuellen Ansprüchen aus § 122 BGB ausgesetzt sein kann.

C. Gesamtergebnis

K hat einen Anspruch auf Rückzahlung der 2.000 € aus §§ 437 II, 323, 326 V, 346 I BGB gegen den V und dem K stünde – je nach Auslegung der Erklärung – ein Anspruch aus §§ 437 II, 323, 346 I BGB, aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB oder aus §§ 989, 990 BGB i.H.v. 5.000 € gegen den X zu.

³⁸ MüKoBGB/Raff, § 990 Rn. 4 m.w.N.

³⁹ Vieweg/Werner (Fn. 37), § 8 Rn. 13.

⁴⁰ BGH NJW 1960, 860 (861 f.); Vieweg/Werner (Fn. 37), § 8 Rn. 13 m.w.N.

⁴¹ Zur analogen Anwendbarkeit: MüKoBGB/Raff (Fn. 34), § 989 Rn. 22.