

Schuldrecht AT – 2. Teilband

5. Teil: Umwandlung und Inhaltsänderung des Schuldverhältnisses

§ 26 Der vertraglich vorbehaltene Rücktritt: §§ 346 – 361

I. Das Wesen des Rücktritts

Der Rücktritt ist ein **Gestaltungsrecht**: Durch die Rücktrittserklärung macht eine Partei einen wirksam zustande gekommenen Vertrag aufgrund einer vertraglich vorbehaltenen oder gesetzlich eingeräumten Befugnis rückgängig. Das ursprünglich bestehende vertragliche Schuldverhältnis fällt dadurch aber nicht weg, sondern wandelt sich in ein **Rückgewährschuldverhältnis** um: Die durch den Vertrag begründeten Erfüllungspflichten erlöschen, bereits erbrachte Leistungen sind gemäß den §§ 346, 347 zurückzugewähren. Da der Rechtsgrund für die bereits erbrachten Leistungen nicht wegfällt, sind die §§ 812 ff. im Zuge der Rückabwicklung nicht anwendbar.

Durch diese Wirkung unterscheidet sich der Rücktritt von anderen Gestaltungsrechten:

- Durch eine **Anfechtung** gemäß den §§ 119 ff. wird das Rechtsgeschäft gemäß § 142 I mit rückwirkender Kraft beseitigt. Die Rückabwicklung bereits ausgetauschter Leistungen erfolgt nicht gemäß den §§ 346 ff., sondern gemäß den §§ 812 ff..
- Eine **Kündigung** beendet ein Dauerschuldverhältnis mit Wirkung für die Zukunft, wirkt aber nicht zurück. Bereits erbrachte Leistungen müssen nicht zurückgewährt werden. Die §§ 346 ff. gelten also nicht.

II. Die Voraussetzungen des vertraglich vorbehaltenen Rücktritts

1) Der Rücktrittsgrund

Der Rücktrittsvorbehalt ist die vertraglich getroffene Vereinbarung, dass die eine oder die andere Vertragspartei zurücktreten darf. Aufgrund der ihnen zustehenden Vertragsfreiheit können die Parteien vereinbaren, dass der Rücktritt nur aus einem bestimmten Grund oder nur innerhalb einer bestimmten Frist erklärt werden darf. Fehlt eine derartige Vereinbarung, so kann ein Rücktritt auch nach langer Zeit noch erklärt werden, weil das Rücktrittsrecht nicht verjährt. Das Rücktrittsrecht kann aber durch Verwirkung gemäß § 242 oder durch **Fristsetzung gemäß § 350** verlorengehen.

Hat sich eine Partei ihr Rücktrittsrecht durch Verwendung von **AGB** vorbehalten, so ist ein Rücktrittsvorbehalt nur in den Grenzen von § 308 Nr. 3 zulässig: Der Rücktrittsgrund muss im Vertrag ausdrücklich genannt und sachlich berechtigt sein.

2) Die Rücktrittserklärung

Der Rücktritt ist ein Gestaltungsrecht, das durch Rücktrittserklärung wirksam ausgeübt werden muss. **Die Rücktrittserklärung ist eine formfrei mögliche, einseitige Gestaltungserklärung, die mit Zugang beim Rücktrittsgegner wirksam wird.** Der Rücktritt ist als Gestaltungserklärung unwiderruflich und bedingungsfeindlich. Zulässig sind nur Potestativbedingungen, deren Eintritt allein vom Verhalten des Rücktrittsgegners abhängt (BGHZ 97, 264, 267).

Sind bei einem Vertrag auf der einen oder auf der anderen Seite mehrere Personen beteiligt, so kann das Rücktrittsrecht gemäß § 351 nur von allen Rücktrittsberechtigten gemeinsam und gegen alle Rücktrittsgegner ausgeübt werden. Erlischt das Rücktrittsrecht für einen der Beteiligten, so erlischt es auch für die anderen.

III. Die Rechtsfolgen des Rücktritts

Durch die Rücktrittserklärung des Rücktrittsberechtigten wird das bisherige Schuldverhältnis beendet und in ein Rückgewährschuldverhältnis verwandelt. Das Schuldverhältnis fällt nicht weg, sondern ändert seine Zielsetzung: Es ist jetzt nicht mehr auf Erfüllung des Vertrags, sondern auf dessen Rückabwicklung gerichtet. Dies hat folgende Konsequenzen:

1) Vertragliche Erfüllungsansprüche erlöschen.

- a) **Hat einer der Beteiligten den Vertrag noch nicht vollständig erfüllt, so wird er von seiner Erfüllungspflicht frei.**

Beispiel: Ist der Verkäufer beim Eigentumsvorbehaltskauf aufgrund des Zahlungsverzugs des Käufers gemäß § 323 I wirksam vom Vertrag zurückgetreten, so muss der Käufer die ausstehenden Kaufpreisraten nicht mehr bezahlen.

- b) Für den Erfüllungsanspruch bestellte **akzessorische Sicherheiten erlöschen** ebenfalls. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Sicherheiten auch für etwaige Rückgewähransprüche bestellt werden sollten.

2) Bereits erbrachte Leistungen müssen rückabgewickelt werden.

- a) **Jede Partei ist gemäß § 346 I verpflichtet, die bereits erhaltenen Leistungen zurückzuübertragen.** Der Rücktritt lässt aber nur eine schuldrechtliche Verpflichtung entstehen, die auf die dingliche Rechtslage keinen Einfluss hat: Das Eigentum fällt daher nicht automatisch zurück, sondern muss gemäß den §§ 929 ff. bzw. 873, 925 zurückübertragen werden; Forderungen müssen gemäß § 398 rückabgetreten werden; Besitz muss gemäß den §§ 854 ff. zurück übertragen werden.
- b) Wollen die Beteiligten durch den Rücktritt auch die dingliche Rechtslage beeinflussen, so müssen sie die Verfügung unter die auflösende Bedingung des Rücktritts stellen. Bei der Eigentumsübertragung an Grundstücken ist dies nach § 925 II nicht möglich, doch kann der durch Ausübung des Rücktrittsrechts bedingte Rückgewähranspruch durch eine Vormerkung gesichert werden.
- c) **Der Rücktritt verpflichtet gemäß § 346 I nur zur Rückgabe, nicht zur Rücknahme der Sache.** Dennoch ist jeder der Beteiligten verpflichtet, die Sache zurückzunehmen, wenn der andere daran ein schutzwürdiges Interesse hat. Die Kosten der Rückgewähr (z.B. Transportkosten, Ausbaurkosten) trägt grundsätzlich der jeweilige Rückgewährschuldner (str.), doch ist dabei zu beachten, wo der Erfüllungsort der Rückgabe ist: **Erfüllungsort ist dort, wo sich die Sache nach der vertraglichen Vereinbarung befindet** (BGHZ 87, 104, 109; OLG Karlsruhe MDR 2013, 898; aA Stöber NJW 2006, 2661).

3) Die Verpflichtung zum Wert- bzw. Schadensersatz

Der Rücktrittsberechtigte kann auch dann zurücktreten, wenn er die Sache – schuldlos oder schuldhaft – beschädigt, zerstört, verarbeitet oder veräußert hat.

- a) **Aber: Der Rücktrittsberechtigte muss gemäß § 346 II 1 Nr. 2 Wertersatz in Geld leisten, wenn er die empfangene Sache veräußert, belastet, verbraucht oder umgestaltet hat.** Etwas anderes gilt für das gesetzliche Rücktrittsrecht gemäß § 346 III Nr. 1 nur, wenn sich der zum Rücktritt berechtigende Mangel erst während der Verarbeitung oder Umgestaltung gezeigt hat.
- b) **Vor allem aber muss der Rücktrittsberechtigte gemäß § 346 II 1 Nr. 3 Wertersatz in Geld leisten, wenn er die erhaltene Sache – schuldlos oder schuldhaft – beschädigt oder zerstört hat.** Ist im Vertrag eine Gegenleistung (z.B. Kaufpreis) bestimmt, so muss der Rücktrittsschuldner gemäß § 346 II a.E. die Gegenleistung erbringen, anstatt den objektiven Wert der Sache zu ersetzen.

Eine Ausnahme macht § 346 III Nr. 3 – allerdings nur für das gesetzliche Rücktrittsrecht: Der wegen einer Pflichtverletzung zum Rücktritt Berechtigte muss keinen Wertersatz leisten, wenn er seine eigenübliche Sorgfalt beachtet hat. Der Rücktritt erfolgt hier deshalb, weil der andere seine Pflichten nicht vollständig und ordnungsgemäß erfüllt hat. Wer aber nicht ordnungsgemäß leistet, darf nicht darauf vertrauen, dass die Gefahr des Untergangs endgültig auf den anderen übergegangen ist.

- c) **Außerhalb des § 346 II, III verzichtet das Gesetz auf eine eigene Schadensersatzregelung und wendet über § 346 IV die allgemeinen Regeln des Leistungsstörungenrechts, also die §§ 280 - 283 an.** Diese gelten aber nur, wenn der Schuldner eine Pflicht aus einem Schuldverhältnis verletzt und wenn er diesen Umstand zu vertreten hat. Daraus ergibt sich folgende Systematik:

- aa) **Vertragliches Rücktrittsrecht: Haftung gemäß § 280 I bis zum Ablauf der Rücktrittsfrist**

Beim vertraglichen Rücktrittsrecht muss jede Vertragspartei mit dem Rücktritt der Gegenseite rechnen und daher die Sache im Interesse des anderen pfleglich behandeln, bis das Rücktrittsrecht erloschen ist. Wird die Sache schuldhaft beschädigt, so kann der Rücktrittsberechtigte Schadensersatz gemäß § 280 I verlangen.

- bb) **Gesetzliches Rücktrittsrecht: Haftung gemäß § 280 I ab Kenntnis des Rücktrittsgrundes**

Bei einem gesetzlichen Rücktrittsrecht dürfen die Parteien bis zur Kenntnis der Pflichtverletzung (= des Rücktrittsgrundes) davon ausgehen, dass sie die Sache behalten dürfen und daher keinem Rechenschaft schulden. Eine Pflicht zur sorgsameren Behandlung entsteht also erst, wenn die Partei weiß oder wissen muss, dass die Rücktrittsvoraussetzungen vorliegen, spätestens also, wenn der Rücktritt erklärt wird. Wer die zurückzugebende Sache ab diesem Zeitpunkt schuldhaft beschädigt, muss gemäß § 280 I den Schaden ersetzen. Dabei darf aber der Rücktrittsberechtigte die Sache auch nach Kenntnis des Rücktrittsgrundes weiterhin benutzen, weil die finanzielle Situation es oftmals nicht zulässt, eine Ersatzsache vor der Rückabwicklung anzuschaffen.

Der Rücktrittsberechtigte haftet auch nach Kenntnis des Rücktrittsgrundes in entsprechender Anwendung des § 346 III Nr. 3 nur für die eigenübliche Sorgfalt, weil er im Gegensatz zum vertraglich vereinbarten Rücktritt durch die Pflichtverletzung des anderen gegen seinen Willen in eine schwierige Situation gerät (Palandt-Grüneberg § 346 Rz. 13 b m.w.N.).

cc) **Verzögerte Rückgewähr: §§ 280 I, III, 281 / 280 I, II, 286**

Kommt der Schuldner seiner Pflicht zur Rückgabe nicht nach, so kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen der §§ 280 I, III, 281 Schadensersatz verlangen oder unter den Voraussetzungen des Verzuges gemäß den §§ 280 I, II, 286 den Ersatz des Verzögerungsschadens fordern.

dd) **Zufällige Beschädigung: Wertersatz in Geld: § 346 II**

(1)Übrig bleiben die Fälle, in denen der Schuldner die Sache unverschuldet nicht zurückgeben kann. Hier ist der Schuldner lediglich zum Wertersatz verpflichtet, denn:

Gemäß § 346 II 1 Nr. 3 muss der Rücktrittsschuldner Wertersatz in Geld leisten, wenn sich die Sache verschlechtert hat oder untergegangen ist. Daher trägt jeder Rückgewährschuldner das Risiko, die erhaltene Sache nicht zurückgeben zu können.

Ist im Vertrag eine Gegenleistung (z.B. Kaufpreis) bestimmt, so muss der Rücktrittsschuldner gemäß § 346 II 2 die Gegenleistung erbringen, anstatt den objektiven Wert der Sache zu ersetzen.

(2)**§ 346 III 1 Nr. 3 schützt aber den kraft Gesetzes zum Rücktritt Berechtigten:** Hat dieser seine eigenübliche Sorgfalt eingehalten, bleibt ihm der Wertersatzanspruch des § 346 II 1 Nr. 3 erspart. Wie wir oben bereits gesehen haben, wird dies damit begründet, dass der andere eine Pflicht verletzt hat und daher nicht auf einen endgültigen Gefahrübergang vertrauen durfte.

(3)**Eine Ausnahme zu dieser Ausnahme des § 346 III 1 Nr. 3 gilt gemäß § 357 VII Nr. 2 für das Widerrufsrecht beim Verbrauchsgüterkauf:** Abweichend von § 346 III Nr. 3 muss der Verbraucher die durch bestimmungsgemäße Benutzung entstandene Wertminderung ersetzen, wenn er darauf in der **Form des Art. 246 a § 1 II Nr. 1 EGBGB** hingewiesen wurde. Grund: Hier tritt der Verbraucher nicht wegen einer von der Gegenseite zu vertretenden Pflichtverletzung, sondern aufgrund eines gesetzlichen Widerrufsrechts zurück.

Soweit der Unternehmer einen Anspruch auf Wertersatz hat, ist für die Berechnung nicht die vertraglich vereinbarte Gegenleistung, sondern der objektive Wert der Sache maßgeblich, soweit dieser Wert die vereinbarte Gegenleistung nicht übersteigt (BGH NJW 2012, 3428). Der Unternehmer hat also nach erfolgtem Widerruf keinen Anspruch auf den mit dem Verkauf der Sache angestrebten Gewinn.

Die Beweislast trägt der Unternehmer: Er muss die eingetretene Verschlechterung, die übermäßige Nutzung der Sache und die ordnungsgemäße Belehrung beweisen.

Diese Pflicht zum Wertersatz entfällt aber in zwei Fällen:

- gemäß **§ 357 VII Nr. 1**, wenn die Wertminderung ausschließlich auf die Überprüfung der Sache zurückzuführen ist (z.B. Probefahrt; Befüllen eines Wasserbetts, BGGH NJW 2011, 56) oder

- gemäß § 357 VII Nr. 2, wenn der Verkäufer den Verbraucher nicht über sein Widerrufsrecht belehrt hat. Argument: Dann hat der eben doch eine Pflicht verletzt, so dass der Verbraucher nach der o.g. Wertung gemäß § 346 III 1 Nr. 3 den Wertverlust nicht ersetzen muss.

Zu den denkbaren Konstellationen der Schadensersatzpflicht im Rahmen des Rücktritts lesen Sie bitte die sehr ausführliche Klausur: „Return to sender.“

4) Nutzungen / Gebrauchsvorteile

Jede Partei muss der anderen Partei gemäß § 346 I die gezogenen Nutzungen und Gebrauchsvorteile gemäß § 100 unter Einschluss der durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch entstandenen Abnutzung herausgeben. Ist eine Herausgabe von Nutzungen in Natur nicht möglich (z.B. gefahrene Kilometer beim Pkw), so muss der Schuldner gemäß § 346 II Nr. 1 Wertersatz in Geld leisten.

a) **⚠- Klausurtipp:** Das Gesetz unterscheidet dabei nicht zwischen dem gesetzlichen und dem vertraglichen Rücktrittsrecht und auch nicht zwischen der Haftung des Rücktrittsberechtigten und dem Rücktrittsgegner.

Folge: Wer infolge einer Leistungsstörung kraft Gesetzes zum Rücktritt berechtigt ist (z.B. der Käufer bei einem Mangel der Kaufsache) haftet gemäß § 346 I, II: Er muss also die gezogenen Nutzungen auch dann herausgeben bzw. wertmäßig vergüten, wenn ihn diese Nutzungen nicht bereichern! So muss der Käufer eines Pkw, der wegen eines Sachmangels nach einem Jahr gemäß den §§ 437 Nr. 2, 323 I vom Kaufvertrag zurücktritt, die Gebrauchsvorteile ersetzen.

Dies gilt auch für den Fall eines Verbrauchsgüterkaufs, weil § 474 V 1 dem nicht entgegensteht. Nach § 474 V 1 ist die Verpflichtung zum Nutzungsersatz nur dann ausgeschlossen, wenn der Käufer im Zuge der Nacherfüllung eine andere Sache im Austausch gegen die bereits benutzte Sache erhält. In diesem Fall wird der Vertrag aber erfüllt und nicht rückabgewickelt (BGH NJW 2010, 148).

b) Bei der Berechnung der Gebrauchsvorteile entscheidet die konkrete Benutzung durch den Rücktrittsberechtigten im Verhältnis zur Gesamtnutzungsdauer. Die durch die Benutzung verursachte Wertminderung wird zwar berücksichtigt, aber nur in dem Maße, in dem der Schuldner auch Gebrauchsvorteile erlangt hat. Eine Wertminderung, die nicht auf dem Gebrauch beruht, bleibt außen vor!

Beispiel: Die Wertminderung, die das mangelhafte Fahrzeug allein durch die Zulassung zum Straßenverkehr erlitten hat wird ebenso wenig berücksichtigt wie die Wertminderung durch einen Modellwechsel oder durch einen allgemeinen Preisverfall (z.B. bei Computern).

Dies ist zwar für den Verkäufer hart, lässt sich aber wie folgt rechtfertigen:

- Bei einem vertraglich vorbehaltenen Rücktritt hat er sich auf dieses Risiko eingelassen.
- Bei einem gesetzlichen Rücktrittsrecht (z.B. wegen Schlechtleistung oder Verzögerung) hat er durch seine Pflichtverletzung den Rücktrittsgrund gesetzt.

c) Übrig bleiben Fälle des Missbrauchs: Nicht zuletzt vor dem Hintergrund einer durch § 438 I Nr. 3 erheblich verlängerten Verjährungsfrist von 2 Jahren könnte der Käufer versucht sein, die mangelhafte Kaufsache möglichst lange zu benutzen und sie dann kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist gegen eine neue Sache umzutauschen. Diesem Missbrauch kann man auf zwei Arten begegnen:

- aa) Zum einen muss der Käufer die Gebrauchsvorteile und die dadurch erzielte Abnutzung vergüten, so dass dieses Verhalten oftmals kein Geschäft sein wird. Etwas anderes gilt jedoch beim Verbrauchsgüterkauf: Gemäß § 474 V 1 muss der Käufer für die bis dato erfolgte Benutzung der mangelhaften Sache keinen Nutzungsersatz leisten, wenn er im Zuge der Nacherfüllung eine andere Kaufsache erhält.
- bb) Zum anderen ist der Käufer nach Kenntnis des Mangels verpflichtet, auf die Interessen des Verkäufers am Erhalt der Sache Rücksicht zu nehmen. Verstößt er gegen diese Pflicht, so haftet er – wie oben bereits dargestellt – gemäß den §§ 346 IV, 280 I auf Schadensersatz.
- d) Tritt nicht der Käufer, sondern der Verkäufer zurück, so kann er den Wertverlust, der nicht durch Nutzungsersatz ausgeglichen wird, in Form von Schadensersatz gemäß den §§ 280 I, III, 281 ersetzt verlangen.
- e) **Der Nutzungsersatzanspruch wird durch § 347 I erweitert:** Zieht der Schuldner Nutzungen nicht, die er nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft hätte ziehen müssen, so muss er dem Gläubiger deren Wert ersetzen. Der Schuldner verletzt also durch das Nichtbenutzen seine eigenen Interessen (= Verschulden gegen sich selbst = Obliegenheitsverletzung). Etwas anderes gilt gemäß § 347 I 2 für den Rücktrittsberechtigten bei einem gesetzlichen Rücktrittsrecht: Er haftet nur, wenn er durch die Nichtbenutzung gegen seine eigenübliche Sorgfalt verstößt.
- f) Hat der Rücktrittsschuldner Geld bekommen, so ist er – gerade bei kleineren Beträgen – nicht zu einer generellen Verzinsung verpflichtet. Er muss also über § 346 I nur die tatsächlich erhaltenen Zinsen herausgeben. Bei größeren Beträgen käme in Betracht, gemäß § 347 I die erzielbaren Zinsen zu verlangen, wenn er dadurch, dass er das Geld nicht zinsbringend anlegt, sondern in der Schublade verwahrt, gegen die Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft verstößt.

5) **Verwendungsersatz: § 347 II**

Gibt der Schuldner die Sache zurück, leistet er Wertersatz in Geld oder ist seine Wertersatzpflicht in Geld gemäß § 346 III ausgeschlossen, so kann er Ersatz für die notwendigen Verwendungen erlangen, die er auf die Sache gemacht hat. **Anspruchsgrundlage ist allein § 347 II 1.**

- a) **Ersetzt werden zunächst nur die notwendigen Verwendungen**, also alle Maßnahmen, die ein wirtschaftlich vernünftig denkender Eigentümer getroffen hätte, um die Sache im Bestand zu erhalten. Dazu zählen auch laufende Erhaltungsmaßnahmen. Dies ist auch kein Wertungswiderspruch zu § 994 I 2, da ja der Rücktrittsschuldner die Nutzungen nicht behalten (so aber die Ausgangslage bei § 994 I 2), sondern gemäß § 346 I, II herausgeben bzw. vergüten muss.
- b) Auch der Ersatz nützlicher – also nicht unbedingt notwendiger – aber wertsteigernder Verwendungen ist nicht ausgeschlossen. **Nützliche Verwendungen müssen gemäß § 347 II 2 ersetzt werden, wenn sie die Gegenseite bereichern.** Sollte dies im Einzelfall zu Problemen führen, lassen sich sachgerechte Ergebnisse über den Einwand der aufgedrängten Bereicherung lösen.

AL-Klausurtyp: Sonstige Aufwendungen werden nicht über § 347 II ersetzt, aber – unter den Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs – über § 284. § 284 ersetzt dem Gläubiger alle freiwilligen Aufwendungen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Sache gemacht hat. Darunter fallen zum einen Vertragskosten und Fahrtkosten, aber auch sonstige Anschaffungen und Investitionen in die Sache, die sich für den Gläubiger als nutzlos erweisen, wenn er die Sache nicht bzw. nicht mangelfrei erhält und daher zurückgibt (OLG Stuttgart, ZGS 2004, 434, Lorenz, NJW 2004, 26, 28). Dies soll auch unabhängig davon gelten, ob sich die Aufwendungen bei Erhalt einer mangelfreien Sache und späterer Benutzung jemals amortisiert hätten. Ersetzt werden nur die Aufwendungen nicht, die der Gläubiger billigerweise nicht hätte machen dürfen oder die sich auch bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung als nutzlos erwiesen hätten.

6) Gemäß § 325 schließen sich bei einem Rücktritt von einem gegenseitigen Vertrag Rücktritt und Schadensersatz nicht aus.

Beispiele:

- 1) Ist dem Verkäufer durch den Zahlungsverzug des EV-Käufers bereits ein Schaden entstanden, so kann er diesen Schaden (z.B. Anwaltskosten, Verzugszinsen) als Verzögerungsschaden gemäß den §§ 280 I, II, 286 auch nach erfolgtem Rücktritt geltend machen.
- 2) Ist der Käufer mit dem Wagen aufgrund eines ihm vom Verkäufer arglistig verschwiegenen Sachmangels verunglückt, so kann er den ihm entstandenen Schaden auch dann noch gemäß den §§ 437 Nr. 3, 280 I ersetzt verlangen, wenn der Verkäufer zurückgetreten ist.
- 3) Auch Ersatzansprüche aus vorvertraglicher Pflichtverletzung gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I bleiben nach erfolgtem Rücktritt vom Vertrag erhalten.

§ 27 Das gesetzliche Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen: §§ 323, 324

Vorbemerkung

Bevor wir ins Detail gehen, möchte ich Ihnen zunächst einmal einen Überblick über das Rücktrittsrecht verschaffen. Es ist in den §§ 323 – 326 geregelt und gibt dem Gläubiger ein Rücktrittsrecht in all den Fällen, in denen der Schuldner eine – wie auch immer geartete – Pflicht aus einem gegenseitigen Vertrag verletzt. Wir müssen dabei wie folgt unterscheiden:

- 1) **Wird dem Schuldner eines gegenseitigen Vertrages die Leistung unmöglich, so wird der Gläubiger von seiner Verpflichtung zur Gegenleistung gemäß § 326 I automatisch frei.** Ein Rücktritt nach erfolgter Fristsetzung wäre bei unmöglicher Leistung ja auch unsinnig.
- 2) **Ansonsten ist § 323 die zentrale Rücktrittsvorschrift für Schlechtleistung und Verzögerung, ergänzt durch § 324 für die Verletzung von nicht leistungsbezogenen Pflichten.** Die Rechtsfolgen des Rücktritts bestimmen sich nach den §§ 346 ff., die nur vereinzelt Sonderregeln für das gesetzliche Rücktrittsrecht enthalten (z.B. §§ 346 III Nr. 3; 347 I 2).
- 3) **Achten Sie dabei auf folgende Besonderheiten:**
 - a) **Der Gläubiger kann auch dann zurücktreten, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat** (z.B. bei unverschuldeter Verzögerung).
 - b) **Der Gläubiger kann gemäß § 325 zurücktreten und dennoch Schadensersatz verlangen.**
 - c) **Aus diesem Grund sind auch die Voraussetzungen von Schadensersatz und Rücktritt aufeinander abgestimmt worden:** Verzögerung / Schlechtleistung: §§ 281 / 323
Verletzung nicht leistungsbezogener Pflichten: §§ 282 / 324

Eine Ausnahme gilt nur für das relative Fixgeschäft: Hier kann der Gläubiger gemäß § 323 II Nr. 2 ohne Fristsetzung zurücktreten. Schadensersatz kann er aber gemäß den §§ 280 I, III, 281 I nur nach erfolgter Fristsetzung verlangen (Ausnahme: § 281 II). Eine weitergehende Haftung des Schuldners soll nur unter zusätzlichen Voraussetzungen erfolgen.

I. Der Rücktritt wegen einer Nicht- oder Schlechtleistung gemäß § 323

Leistet der Schuldner nicht oder schlecht, so kann der Gläubiger ihm gemäß § 323 I eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung setzen und nach Ablauf der Frist vom Vertrag zurücktreten. Sehen wir uns zunächst einmal an, wie man § 323 prüft:

1) Das -Prüfungsschema zu § 323

a) Gegenseitiger Vertrag

- b) **Pflichtverletzung des Schuldners:** Der Schuldner hat einen fälligen und einredefreien (beachte: § 214 I) Anspruch zum vertraglich vereinbarten Zeitpunkt entweder
 - aa) **nicht erfüllt** (= Verzögerung; in Fällen des § 275 I, II gilt § 326 V!) oder
 - bb) **schlecht erfüllt.** Die Nacherfüllung muss aber im Hinblick auf die erforderliche Nachfristsetzung noch möglich sein; sonst gilt § 326 V!

- c) Der Gläubiger hat dem Schuldner eine **angemessene Nachfrist** gesetzt.
(entbehrlich in den Fällen der §§ 323 II, 440, 636)
- d) Die Nachfrist ist erfolglos verstrichen.
- e) **Das Rücktrittsrecht ist nicht ausgeschlossen:**
aa) gemäß § 323 V 2, weil die Pflichtverletzung unwesentlich war
bb) gemäß § 323 VI, weil der Gläubiger überwiegend mitverantwortlich oder im Annahmeverzug war.
- f) Der Gläubiger hat den Rücktritt gemäß § 349 **erklärt** (= Gestaltungsrecht!)

2) Details zu § 323 I

- a) **§ 323 I gilt nur bei gegenseitigen Verträgen**, ohne dass jedoch die verletzte Pflicht im Synallagma stehen muss. Für Verträge wie z.B. Auftrag oder Leihe, die keine gegenseitigen Verträge sind, gilt § 323 nicht.
- b) **§ 323 regelt nur bestimmte Pflichtverletzungen, nämlich die Schlechtleistung und die Verzögerung.** § 323 gilt also nicht in den Fällen, in denen die Leistungspflicht gemäß § 275 entfällt, weil § 323 eine Fristsetzung voraussetzt, die ja bei einem Wegfall der Leistungspflicht überflüssig ist. Diese Fälle regelt vielmehr § 326.
- c) **Der Rücktritt nach § 323 setzt nicht voraus, dass sich der Schuldner in Verzug befindet:** Zwar wird man wie auch bei § 281 in der Fristsetzung eine konkludente Mahnung sehen können, doch setzt der Verzug ein (wenn auch gemäß § 286 IV vermutetes) Verschulden voraus. Wie wir oben aber bereits gesehen haben, ist das Rücktrittsrecht **verschuldensunabhängig**.

Folge: Der Gläubiger kann zurücktreten, wenn

- der Schuldner einen fälligen und einredefreien Anspruch zum vertraglich vereinbarten Zeitpunkt nicht erfüllt und wenn
 - eine vom Gläubiger gesetzte angemessene Nachfrist erfolglos verstrichen ist.
- d) **§ 323 I gilt auch bei einer Schlechtleistung:** Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß erbracht, so kann der Gläubiger nach erfolgloser Nachfristsetzung gemäß § 323 I zurücktreten. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Schuldner eine Haupt- oder Nebenpflicht verletzt oder ob der Schuldner die Schlechtleistung verschuldet hat oder nicht.
- e) **§ 323 I setzt zwar eine Fristsetzung, aber keine Ablehnungsandrohung voraus**, wobei wir die Begründung bereits von § 281 her kennen: Der Gläubiger muss also im Rahmen der Fristsetzung nicht darauf hinweisen, wie er nach Ablauf der Frist reagieren wird. Da der Erfüllungsanspruch auch nicht bereits nach Fristablauf, sondern gemäß § 349 erst durch die Rücktrittserklärung des Gläubigers erlischt, hat der Gläubiger nach erfolglosem Ablauf der Frist folgende Möglichkeiten:
- aa) Der Gläubiger kann auch nach erfolgloser Fristsetzung an seinem Erfüllungsanspruch festhalten und notfalls auf Erfüllung klagen.
 - bb) Der Gläubiger kann aber auch gemäß § 323 I zurücktreten und zusätzlich gemäß den §§ 280 I, III; 281 I Ersatz des Schadens verlangen, der ihm durch die Nichtleistung entstanden ist.

- f) Die dem Schuldner gesetzte Frist muss **angemessen** sein. Die Beurteilung, welche Frist angemessen ist, orientiert sich am Einzelfall und an der beiderseitigen Interessenlage (OLG Karlsruhe NJW -RR- 2012, 504). Daraus folgt:
- aa) Die Frist muss einerseits so lang bemessen sein, dass der Schuldner die Chance hat, etwas fertig zu stellen, was bereits nahezu vollendet ist.
 - bb) Auf der anderen Seite muss der Gläubiger dem Schuldner nicht so viel Zeit geben, dass der Schuldner jetzt erst anfangen kann, die geschuldete Leistung zu erbringen, wenn dies längere Zeit in Anspruch nehmen würde (BGH NJW 1995, 323; 1985, 323).
 - cc) Wird ein Geldbetrag geschuldet, so darf die gesetzte Nachfrist kurz sein, weil finanzielle Schwierigkeiten den Schuldner nicht entlasten können: Geld hat man zu haben (BGH NJW 1985, 2640).
 - dd) Um dem Gläubiger das Risiko abzunehmen, sich in der Einschätzung der Angemessenheit zu irren, ist eine zu kurz bemessene Frist nicht wirkungslos, sondern setzt eine angemessen lange Frist in Gang (BGH NJW 1985, 2640). Die zu kurz bemessene Frist ist nur dann wirkungslos, wenn der Gläubiger unmissverständlich erklärt, er werde die Leistung nach Ablauf der zu kurz bemessenen Frist auch für den Fall nicht mehr annehmen, dass sie in einer objektiv angemessenen Frist erfolgen würde.
- g) **Die an sich gemäß § 323 I erforderliche Fristsetzung ist gemäß § 323 II in folgenden Fällen entbehrlich:**
- aa) **§ 323 II Nr. 1: Der Schuldner hat die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert** (vgl. auch § 281 II Nr. 1). Verbleiben an der Erfüllungsbereitschaft Zweifel, so muss der Gläubiger diese Zweifel durch eine Fristsetzung zerstreuen (BGH NJW 2013, 1074; 2011, 2872). Die Verweigerung der Leistung muss als letztes Wort des Schuldners aufzufassen sein. Das bloße Bestreiten des Mangels oder die Verwendung von inhaltlich unzulässigen Gewährleistungsausschlüssen genügt für eine derartige Erfüllungsverweigerung nicht. Der Erfüllungsverweigerung steht es gleich, wenn der Schuldner die Leistung für einen Zeitpunkt ankündigt, der erst nach dem Ablauf einer angemessenen Frist liegen würde.
 - bb) **§ 323 II Nr. 2:** Der Schuldner hat bei einem **relativen Fixgeschäft** nicht zur vereinbarten Zeit geleistet. Hier muss sich aber entweder aus der ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarung oder aus den äußeren Umständen zweifelsfrei ergeben, dass der Vertrag mit Einhaltung dieses Termins stehen oder fallen sollte.
 - cc) **§ 323 II Nr. 3:** Es liegen **besondere Gründe** vor, **die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen einen sofortigen Rücktritt erfordern** (vgl. auch § 281 II). Diese Regelung soll als **Auffangtatbestand** dienen: Ist der Gläubiger infolge der Verzögerung nicht mehr an Erfüllung interessiert, so kann er vom Vertrag zurücktreten (BGH NJW 2012, 3714).
Um aber die Regel der Fristsetzung gemäß § 323 I nicht durch eine allzu weite Auslegung des § 323 II Nr. 3 auszuhöhlen, müssen an den Interessewegfall hohe Anforderungen gestellt werden: Anerkannt ist der Interessewegfall z.B. bei der Bestellung von Saisonware oder wenn sich durch die Verzögerung das Absatzrisiko der bestellten Ware aus sonstigen Gründen unzumutbar erhöht. Dabei muss aber die Verzögerung kausal für den Interessewegfall sein: Ist der Gläubiger aus sonstigen Gründen nicht mehr an der Durchführung des Vertrags interessiert, kann er nur unter Fristsetzung zurücktreten.

Der Gläubiger kann gemäß § 323 II Nr. 3 auch ohne Nachfrist zurücktreten, wenn der Schuldner arglistig handelt (BGH NJW 2010, 2503; 2007, 835), sicher feststeht, dass der Schuldner auch innerhalb einer angemessenen Nachfrist nicht leisten würde (BGH NJW 2012, 3714) oder der Gläubiger das Vertrauen in den Schuldner verloren hat, wie z.B. bei Lieferung eines sog. „Montagsautos“ (BGH NJW 2013, 1523).

Auf der anderen Seite ist es für § 323 II Nr. 3 nicht erforderlich, dass der Schuldner den Interessewegfall vorhersehen konnte.

h) Gemäß § 323 IV kann der Gläubiger bereits vor Fälligkeit der Leistung zurücktreten, wenn offensichtlich ist, dass der Schuldner bei Fälligkeit nicht leisten wird. Schulfall ist die Erfüllungsverweigerung des Schuldners vor Fälligkeit. Hier soll der Gläubiger durch § 323 IV die Möglichkeit haben, sich frühzeitig vom Vertrag lösen zu können, um sich anderweitig eindecken zu können, ohne auf die Fälligkeit warten zu müssen. Andererseits ist § 323 IV nach Eintritt der Fälligkeit nicht mehr anwendbar; jetzt gilt § 323 I, II (BGH NJW 2012, 3714).

i) Ist nur ein Teil der Leistung verzögert, so kann der Gläubiger regelmäßig auch nur bezüglich der verzögerten Leistung zurücktreten, muss also die Teil-Leistung als Teil-Erfüllung akzeptieren. Vom gesamten Vertrag kann er gemäß § 323 V 1 nur zurücktreten, wenn der Gläubiger nachweist, dass er an der Teilerfüllung kein Interesse hat.

j) § 323 V 1 regelt den Fall der teilweisen Nichterfüllung, § 323 V 2 regelt den Fall der Schlechterfüllung: Der Gläubiger kann gemäß § 323 V 2 nach erfolgloser Nachfristsetzung zurücktreten, wenn der Schuldner schlecht leistet und anschließend nicht nachleistet. Dies gilt jedoch nicht, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.

Die Erheblichkeit der Pflichtverletzung hängt von einer umfassenden Interessensabwägung ab (BGH NJW 2013, 1365). Zu berücksichtigen sind u.a. der für die Mangelbeseitigung **erforderliche Aufwand**, bei einem nicht behebbaren Mangel die **funktionelle Beeinträchtigung** (OLG Köln NJW -RR- 2011, 61), die **Schwere des Verschuldensvorwurfs**, wobei bei Arglist die Pflichtverletzung in der Regel erheblich ist (BGH NJW 2007, 835). Bei einer Mehrheit von Mängeln entscheidet die **Gesamtauswirkung**. Der Verstoß gegen eine Beschaffenheitsvereinbarung indiziert die Erheblichkeit der Pflichtverletzung (BGH NJW 2013, 1365). Auch der nicht auszuräumende **Verdacht** eines nicht erheblichen Mangels genügt (BGH NJW 2011, 1664).

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Erheblichkeit der Pflichtverletzung ist der Zeitpunkt der Rücktrittserklärung (BGH NJW 2011, 3708; 1664). Der Rücktritt ist also auch dann möglich, wenn sich erst nach der Rücktrittserklärung herausstellt, dass der Mangel mit geringem Aufwand zu beheben gewesen wäre.

k) Der Ausschluss des Rücktrittsrechts gemäß § 323 VI

aa) Der Rücktritt ist natürlich gemäß § 323 VI, 1. Alt. ausgeschlossen, wenn der Gläubiger für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist. Hier gilt das, was wir bei § 326 II gelernt haben: Beim erforderlichen Verschulden des Gläubigers muss eine Verantwortung erreicht sein, die über § 254 I einen Schadensersatzanspruch ausschließen würde. Dies wird bei einer Verantwortungsquote von zumindest 80 % der Fall sein (Palandt/Grüneberg § 323 Rz. 29).

Begründung: Im Gegensatz zum anspruchsmindernden Mitverschulden gibt es beim Rücktritt keine Abstufung: Entweder der Gläubiger darf zurücktreten oder nicht. Sie sehen also auch hier, dass Rücktritt und Schadensersatz nach den gleichen Maßstäben behandelt werden!

- bb) **Der Rücktritt ist gemäß § 323 VI, 2. Alt. auch dann ausgeschlossen, wenn der an sich zum Rücktritt berechtigte Umstand zu einer Zeit eintritt, wo der Gläubiger bereits im Annahmeverzug ist.**

Folge des § 323 VI: Wenn der Gläubiger nicht zurücktreten kann, muss er trotz der Pflichtverletzung des Schuldners die volle Gegenleistung erbringen.

3) -Trainingsfall zu § 323 I - Der Fallaufbau

Sehen wir uns zum Abschluss die Darstellungsweise des Rücktritts in Ihrer Klausur anhand eines typischen Examensfalles an.

Fall: Der Privatmann K kauft beim Verkäufer V einen gebrauchten Porsche Carrera, Bj. 2006, 3. Hand, zum Preis von 40.000 Euro. K lässt für 3.000 Euro ein Autoradio nebst Lautsprechern einbauen, was den Wert des Wagens um 1.500 Euro erhöht; zudem fährt er innerhalb von 3 Monaten mit dem Fahrzeug 6.000 km. Ohne Verschulden des K wird der Porsche vor seiner Tür durch unbekannte Dritte beschädigt, wobei die erforderliche Reparatur 4.000 Euro kosten würde.

Als K den Wagen zum Zwecke der Reparatur in eine Fachwerkstatt bringt, erfährt er, dass es sich ohnehin bereits um ein Unfallfahrzeug handelte. Ohne die Reparatur ausführen zu lassen, fordert er von V die Rückzahlung der 40.000 Euro nebst Zinsen sowie Ersatz für die durch den Radioeinbau bedingte Wertsteigerung in Höhe von 1.500 Euro Zug um Zug gegen Rückübereignung des Fahrzeugs. V wendet ein, er selbst habe den Wagen ebenfalls gebraucht gekauft und von dem Unfall nichts gewusst; ihm übrigen würde er den Wagen in diesem beschädigten Zustand ohnehin nicht zurücknehmen bzw. dem K zumindest den damit verbundenen Wertverlust von dessen Forderung abziehen wollen.

K könnte gegen V einen Anspruch auf Rückzahlung des gezahlten Kaufpreises gemäß den §§ 437 Nr. 1; 326 V, 323 I; 346 I haben.

- a) **K müsste wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten sein.**

aa) Damit sich der bisherige Kaufvertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis verwandeln kann, muss der Kaufvertrag zur Zeit der Rücktrittserklärung **wirksam** gewesen sein, d.h. der Kaufvertrag darf nicht nichtig und auch nicht wirksam (§§ 119 I; 123 I) angefochten worden sein. V und K haben sich wirksam über den Kauf des Porsches geeinigt.

bb) K müsste einen **Rücktrittsgrund** gehabt haben. Hier kommt ein Verstoß des V gegen die Pflicht aus § 433 I 2 in Betracht, die Kaufsache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu übergeben.

Der Porsche könnte einen **Sachmangel gemäß § 434 I Nr. 2** gehabt haben. Haben die Parteien über die Beschaffenheit der Kaufsache keine – ausdrückliche oder konkludente – gesonderte Vereinbarung getroffen, ist die Sache mangelhaft, wenn sie nicht die Beschaffenheit aufweist, die bei vergleichbaren Sachen üblich ist und die der Käufer daher auch von dieser Sache erwarten kann. K konnte ohne abweichende Vereinbarung – nicht zuletzt angesichts des hohen Kaufpreises und des geringen Alters des Wagens – erwarten, dass es sich um ein unfallfreies Fahrzeug handeln würde.

Auf die Frage, ob der Verkäufer den Mangel kannte oder hätte kennen können, kommt es nicht an.

cc) Dieser Sachmangel muss bereits zu dem **Zeitpunkt** vorhanden gewesen sein, als die **Preisgefahr auf den Käufer übergegangen** war. Die Preisgefahr geht beim Kauf regelmäßig gemäß § 446, 1 mit der Übergabe der Sache auf den Käufer über.

Exkurs: Beim Verkauf geht die Preisgefahr gemäß § 447 bereits mit Übergabe an die Transportperson über, beim Annahmeverzug gemäß § 326 II, wenn der Käufer die ihm ordnungsgemäß angebotene Kaufsache nicht annimmt.

- dd) Die an sich gemäß § 323 I erforderliche **Nachfristsetzung** zur Nacherfüllung war hier **gemäß § 326 V entbehrlich**, weil sich der Sachmangel ohnehin nicht beseitigen lässt.
- ee) Das Rücktrittsrecht des K darf **nicht ausgeschlossen** sein.
- (1) Ein gesetzlicher Ausschluss des Rücktrittsrechts gemäß den §§ 442, 445 kommt hier nicht in Betracht. Der Mangel war auch nicht derart geringfügig, dass der Rücktritt gemäß § 323 V 2 ausgeschlossen gewesen wäre.
- (2) Vertraglich können Gewährleistungsrechte zum einen durch Verwendung von AGB, zum anderen durch eine individuelle Vereinbarung ausgeschlossen sein. Beachten Sie dabei, dass es keine Konkludenz dahingehend gibt, dass beim Kauf eines Gebrauchtwagens Gewährleistungsrechte stets ausgeschlossen werden. Eine entsprechende Konkludenz besteht nur bei entsprechenden Indizien, wie z.B. beim Kauf zum Ausschlichten, an Bastler etc.. Denken Sie darüber hinaus an einen etwaigen Verstoß dieser Klausel gegen die §§ 475 I bzw. 309 Nr. 7 a, b!
- ff) **Das Rücktrittsrecht des K könnte erloschen sein.**
- (1) **§ 377 II HGB:** Bei einem beiderseitigen Handelskauf erlöschen die Gewährleistungsrechte des Käufers, wenn dieser die gelieferte Ware nicht unverzüglich auf etwaige Mängel hin untersucht und festgestellte Mängel nicht unverzüglich rügt. Da K den Wagen als Privatmann gekauft hat, findet § 377 II HGB keine Anwendung.
- (2) Auch die Tatsache, dass der Käufer die Kaufsache – möglicherweise schuldhaft – beschädigt hat, ändert unabhängig von der Höhe des Schadens nichts daran, dass der Käufer zurücktreten darf.
- (3) **§§ 438 IV 1, 218:** Der Rücktritt aufgrund eines Mangels ist unwirksam, wenn der Anspruch auf die Nacherfüllung verjährt ist und sich der Verkäufer auf diese Verjährung beruft. Da der in den §§ 437 Nr. 1; 439 geregelte Anspruch auf Nacherfüllung gemäß § 438 I Nr. 3 ohne abweichende Vereinbarung (beim Verkauf von gebrauchten Sachen auch gegenüber Privatleuten auf ein Jahr verkürzbar, § 475 II) erst nach Ablauf von 2 Jahren verjährt, ist der Rücktritt nicht ausgeschlossen.
- b) **Rechtsfolge:** Nach Zugang der Rücktrittserklärung verwandelt sich zwischen V und K geschlossene Kaufvertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis, das den Regeln der §§ 346 ff. folgt.
- aa) V ist gemäß **§ 346 I** verpflichtet, den Kaufpreis in Höhe von 40.000 Euro zurückzuzahlen und die erhaltenen Zinsen herauszugeben, wenn er das Geld zinsbringend angelegt hat. Zudem muss er die durch den Einbau der Stereoanlage auf den Pkw getroffene Verwendung gemäß **§ 347 II 2** bis zur Höhe der dadurch bedingten Wertsteigerung in Höhe von 1.500 Euro ersetzen, wenn V durch den Einbau der Stereoanlage bereichert ist.
- V kann aber die Rückzahlung des Kaufpreises sowie den Verwendungsersatz gemäß **§ 348** solange verweigern, bis ihm K den mangelhaften Wagen zurückübereignet.
- bb) Fraglich ist, inwieweit K für die Beschädigung der Kaufsache einstehen muss. Grundsätzlich muss der Rücktrittsschuldner gemäß § 346 II Nr. 3 Wertersatz in Geld leisten, wenn sich die zurückzugewährende Sache verschlechtert hat. Dies gilt aber bei einem gesetzlichen Rücktrittsrecht wie dem der §§ 437 Nr. 2; 323 I gemäß **§ 346 III Nr. 3** nur

dann, wenn er seine eigenübliche Sorgfalt verletzt hat. Liefert der Verkäufer eine mangelhafte Sache, so darf er nicht auf einen endgültigen Übergang der Gefahr auf den Käufer vertrauen. Da der Porsche ohne Verschulden des K beschädigt wurde, muss K keinen Wertersatz leisten.

Gesamtergebnis: K kann gemäß den §§ 437 Nr. 2, 326 V; 323, 346 I Rückzahlung des Kaufpreises nebst etwaigen Zinsen sowie gemäß § 347 II 2 Ersatz der Verwendungen verlangen, sofern diese den V bereichern, aber nur Zug um Zug gegen Rückübereignung des Pkw sowie abzüglich eines Wertersatzes für die gezogenen Nutzungen.

II. Der Rücktritt wegen Verletzung einer nicht leistungsbezogenen Pflicht gemäß § 324

Verletzt der Schuldner eine Pflicht, die an sich nichts mit der geschuldeten Leistung zu tun hat, so kann der Gläubiger vom Vertrag zurücktreten, wenn ihm angesichts der Pflichtverletzung eine Erfüllung des Vertrags nicht zugemutet werden kann (vgl. § 282). Der Rücktritt nach § 324 erfasst aber nur die Verletzung von Pflichten, die an sich nichts mit der geschuldeten Leistung zu tun haben, sondern als reine Neben- oder Schutzpflichten nur das Integritätsinteresse des Gläubigers schützen sollen.

AL-Klausurtyp: Im Gegensatz zur Schadensersatzpflicht des § 282 kann der Gläubiger auch dann zurücktreten, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat!