

Methodik ZR

Examensklausur

Prof. Dr. Christoph Weber und Wiss. Mitarbeiter Stephan Gräf

Eine halb so schlimme Täuschung

Christoph Weber: Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht an der Universität Würzburg.
Stephan Gräf: Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand an diesem Lehrstuhl.

Aufbau kautelarjuristischer Klausuren – Anfechtung bei Täuschung durch »Dritte« (§ 123 II 1 BGB) – »Festhalten am Gewollten« (§ 242 BGB) bei Irrtums- und Arglistanfechtung – Formbedürftigkeit von Nebenabreden – Konkurrenz zwischen Anfechtungsrecht und kaufrechtlichem Gewährleistungsrecht bzw. culpa in contrahendo – Deliktsrecht

SACHVERHALT

V betreibt seit vielen Jahren einen gewerblichen Immobilienhandel und möchte ein in seinem Eigentum stehendes Grundstück im Außenbereich von Würzburg verkaufen.

Mit der Suche nach einem Käufer beauftragt er den Makler M, mit dem er schon seit längerem zusammenarbeitet und der sich stets als zuverlässig erwiesen hat. Er betraut M auch mit der Durchführung von Besichtigungen und den Vertragsverhandlungen. Auf ein Zeitungsinserat hin meldet sich K als Kaufinteressent.

Im Rahmen eines Besichtigungstermins erklärt M gegenüber K, das Grundstück sei vor kurzem zwar auf 200.000 Euro geschätzt worden. Jedoch habe sich der Wert seitdem massiv erhöht, da es sich nunmehr um Bauland handele; der Gemeinderat habe gerade erst einen entsprechenden Bebauungsplan beschlossen. Deshalb sei ein Verkauf unter 300.000€ nicht zu machen. K ist unter diesen Umständen mit dem Preis von 300.000€ einverstanden. Er hätte, wie er gegenüber M erklärt, das Grundstück aber auch dann erworben, wenn es sich nicht um Bauland gehandelt hätte, da er das Grundstück vor allem als Geldanlage erwerben wolle, dann aber freilich nur für 200.000 Euro.

Kurz darauf schließen K und V einen formwirksamen Kaufvertrag über das Grundstück zum Preis von 300.000€. In der notariellen Urkunde wird die Bauland-eigenschaft des Grundstücks nicht erwähnt. Nach Zahlung des Kaufpreises und Eintragung des K im Grundbuch er-

fährt dieser, dass für das Grundstück tatsächlich zu keinem Zeitpunkt ein Bebauungsplan vorlag, sodass eine Bebauung unzulässig ist. M hatte dies von Anfang an gewusst; durch die falschen Angaben hatte er seine Maklerprovision aufbessern wollen. Von K zur Rede gestellt erklärt V wahrheitsgemäß, von den Versprechungen des M nichts gewusst zu haben und damit auch nicht einverstanden zu sein. An dem erhöhten Kaufpreis wolle er allerdings nun festhalten, obwohl er einräumt, dass er das Grundstück ursprünglich auch für 200.000€ verkauft hätte.

Da K den Grundstückskauf inzwischen bereut, fragt er seinen Rechtsanwalt, ob er von V irgendwie den Kaufpreis zurückbekommen könne.

Frage: Was wird ihm der Rechtsanwalt antworten? Welches Vorgehen wird er ihm ggf. empfehlen?

HINWEISE ZUM PRÜFUNGS-AUFBAU

Es handelt sich um eine sog. »kautelarjuristische« Aufgabenstellung, d.h. der Klausurbearbeiter soll aus der Sicht eines Rechtsanwalts oder Notars für einen Mandanten eine Rechtsberatung vornehmen und ihm ggf. eine bestimmte Gestaltung (z.B. die Ausübung bestimmter Gestaltungsrechte) empfehlen. Mit dem üblichen Klausuraufbau (Prüfung in Betracht kommender Ansprüche, der Eigentumslage, o.ä.) lässt sich eine solche Aufgabenstellung nicht lösen. Stattdessen bietet sich folgender Prüfungsaufbau an¹:

¹ Der folgende Aufbau orientiert sich an dem Vorschlag von *Teichmann/Körber/Schaub*, JuS 2011, 723 (724). Ausführlicher *Teichmann/Mattheus/Kainer*, Zivilrechtliche Anwaltsfälle in Studium und Examen, 2007.

1. Identifizierung der Ziele des Mandanten

a) Sachziele

Häufig bringt der Mandant seine Ziele im Klausursachverhalt nur laienhaft bzw. nur im Hinblick auf den gewünschten wirtschaftlichen Erfolg zum Ausdruck. Diese Ziele sollten dann in der Klausur zunächst kurz (!) in unjuristischer Sprache festgehalten werden.

b) Rechtsziele

Anschließend sind die Sachziele in juristische Kategorien zu »übersetzen«.

2. Prüfung der rechtlichen Ausgangslage (= Rechtslage ohne Gestaltung)

Im nächsten Schritt ist die Rechtslage zu prüfen, wie sie sich derzeit ohne weitere Gestaltung darstellt. Dieser Prüfungsschritt entspricht dem ansonsten üblichen Klausuraufbau (Prüfung von Ansprüchen, der Eigentumslage, o.ä.).

3. Feststellung des Gestaltungsbedarfs

Anschließend sind die Ziele des Mandanten und die rechtliche Ausgangslage miteinander zu vergleichen. Entspricht die Rechtslage bereits dem Mandantenziel, bedarf es keiner Gestaltung mehr. Ist dies nicht der Fall (dies dürfte in Klausuren die Regel sein), ist fortzufahren.

4. Mögliche Gestaltungsmittel

Es ist nun zu prüfen, welche Gestaltungsmittel in Betracht kommen (z.B. Ausübung von Gestaltungsrechten). Die einzelnen Gestaltungsmöglichkeiten sind nacheinander nach folgenden Kriterien zu prüfen:

a) Geeignetheit der Gestaltung

Es ist zunächst die Rechtsfolge des jeweiligen Gestaltungsmittels zu prüfen. Wenn die Rechtsfolge mit dem Mandantenziel übereinstimmt, ist die Gestaltung geeignet. Möglich ist auch, dass die Gestaltung nur teilweise das Mandantenziel erfüllt oder dem Mandanten anderweitige

Nachteile bringt (Bsp.: Die Irrtumsanfechtung führt dem Mandantenziel entsprechend zur Beseitigung des Vertrags, aber nur auf Kosten einer Schadensersatzpflicht nach § 122 BGB); dann ist gleichwohl weiter zu prüfen, da diese Gestaltung für den Mandanten immer noch die beste Lösung darstellt, wenn sich keine bessere Alternative findet.

b) Voraussetzungen des Gestaltung

Anschließend ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Gestaltung vorliegen (z.B. Voraussetzungen der Anfechtung).

Hier liegt in der Regel der Schwerpunkt der Klausur. Häufig ist dabei Kreativität gefragt. Sprechen Sie deshalb nicht nur die Gestaltungsmöglichkeit an, die letztlich zum Ziel führt, sondern auch solche, die nicht geeignet sind oder deren Voraussetzungen nicht vorliegen; dadurch lassen sich zusätzliche Punkte einsammeln. Hinsichtlich der Reihenfolge empfiehlt es sich, zunächst die untauglichen Gestaltungsmöglichkeiten (kurz) anzusprechen und abzulehnen und erst zum Schluss auf die zielführende Gestaltung einzugehen (Spannungsbogen!).

5. Gestaltungsvorschlag

Gibt es mehrere zielführende Gestaltungsmöglichkeiten, sind zum Schluss die jeweiligen Vor- und Nachteile zu vergleichen und dem Mandanten die für ihn vorteilhafteste Gestaltung zu empfehlen.

LÖSUNGSVORSCHLAG

A. Ziele des Mandanten

Das *wirtschaftliche* Ziel des K ist es, von V den Kaufpreis »zurück zu bekommen«. Aus *juristischer* Sicht geht es ihm also um einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises.

B. Rechtliche Ausgangslage (Rechtslage ohne Gestaltung)

Fraglich ist, ob dem K bereits ohne Gestaltung ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises zusteht.

I. Rückzahlungsanspruch aus Bereicherungsrecht

Ein Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB auf Kaufpreiszahlung scheidet aus, da ein wirksamer Kaufvertrag vorliegt. Die notarielle Form (§§ 311b I 1, 128 BGB) wurde eingehalten. Der Vertrag ist auch nicht etwa nach § 138 II (Wucher) oder § 138 I BGB (Sittenwidrigkeit in der Fallgruppe des wucherähnlichen Geschäfts) nichtig, da es an dem dafür erforderlichen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung fehlt².

II. Rückzahlungsanspruch aus § 326 I 1, IV BGB

Auch hat K keinen Anspruch auf Zahlung zumindest des Differenzbetrags von 100.000 Euro (Wert des Grundstücks bei Vorliegen der Baulandeigenschaft abzüglich des Werts des Grundstücks ohne diese Eigenschaft). Ein solcher Anspruch könnte sich aus § 326 I 1, IV BGB ergeben. § 326 I 2 BGB schließt dies hier aber gerade aus, da es sich um einen Fall der sog. »qualitativen Unmöglichkeit« handelt (die Herstellung der Baulandeigenschaft ist dem Verkäufer V unmöglich).

C. Feststellung des Gestaltungsbedarfs

K kann sein Ziel (Kaufpreiszahlung) damit ohne Rechtsgestaltung nicht erreichen. Fraglich ist, welche Gestaltungsmöglichkeiten ihm zur Verfügung stehen.

² Da hier schon die Voraussetzungen des § 138 BGB nicht vorliegen, kommt es auf das Konkurrenzverhältnis zwischen § 123 I Alt. 1 und § 138 BGB nicht an, also auf die Frage, ob § 138 von § 123 I Alt. 1 BGB verdrängt wird, wenn – wie hier – die Sittenwidrigkeit nicht in dem Inhalt des Vertrags, sondern in der Art seines Zustandekommens liegt; vgl. zum Meinungsstand *Staudinger/Sack/Fischinger*, Neubearb. 2011, § 138 Rn. 176 ff. m. w. N.

D. Mögliche Gestaltungsmittel des K

I. Rücktritt vom Kaufvertrag (§§ 434, 437 Nr. 2, 326 V, 323 BGB)

In Betracht kommt ein Rücktritt vom gesamten Kaufvertrag nach §§ 434, 437 Nr. 2, 326 V, 323 BGB.

1. Geeignetheit des Gestaltungsmittels

Diese Gestaltung wäre zur Verwirklichung des Ziels des K geeignet, denn bei einem wirksamen Rücktritt vom ganzen Vertrag hätte er einen Anspruch auf Rückzahlung des gesamten Kaufpreises aus § 346 I BGB (Zug um Zug gegen Rückübertragung des Grundstücks, §§ 348, 320 I, 322 I BGB).

2. Voraussetzungen des Gestaltungsmittels

Der Rücktritt setzt zunächst einen Sachmangel i. S. d. § 434 BGB voraus. In Betracht kommt hier allein ein Sachmangel im Sinne des subjektiven Sachmangelbegriffs nach § 434 I 1 BGB. Dazu müsste eine sog. Beschaffenheitsvereinbarung zwischen V und K vorliegen.

a) Beschaffenheit

Es müsste sich bei der bauplanungsrechtlichen Bebaubarkeit des Grundstücks zunächst um eine »Beschaffenheit« handeln. Nach h.M. umfasst der Beschaffenheitsbegriff nicht nur die physische Beschaffenheit der Sache, sondern auch tatsächliche, rechtliche oder wirtschaftliche Umweltbeziehungen, die in irgendeiner Weise mit der tatsächlichen Situation der Sache zusammenhängen. Zu den relevanten rechtlichen Umweltbeziehungen gehört auch die bauplanungsrechtliche Bebaubarkeit eines Grundstücks³.

b) Wirksame Vereinbarung der Beschaffenheit

Diese Beschaffenheit müsste auch zwischen K und V »vereinbart« worden sein. In der Erklärung des M, er könne die

³ Vgl. etwa BGH NJW 1992, 1384 (1385); *Faust*, in: BeckOK-BGB (Stand: 1. 3. 2011), § 434 Rn. 22.

Bebaubarkeit zusichern, liegt eine entsprechende Zusicherung, die K konkludent angenommen hat.

Hier handelt M erkennbar nicht für sich selbst, sondern für V, der ihn beauftragt hat.

aa) Form (§ 311b I 1 BGB)

Fraglich ist, ob die Formvorgabe für den Grundstückskaufvertrag (§ 311b I 1 BGB) auch die Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I 1 BGB umfasst.

Teilweise treffen Formvorschrift selbst Regelungen hinsichtlich des Umfangs des Formzwangs. Einige Vorschriften regeln etwa, dass nur eine Willenserklärung eines Vertrages der Form unterliegt (vgl. insb. §§ 518 I 1, 766 S. 1, 780 f., § 1154 I 1 BGB). Ist dies wie bei § 311b I 1 BGB nicht der Fall, erstreckt sich der Formzwang auf den Vertrag im Ganzen. Er erfasst damit alle Vereinbarungen, die nach dem Willen der Parteien zum Vertragsinhalt gehören und eine eigenständige Rechtswirkung erzeugen⁴. Dies sind nicht nur die *essentialia negotii*, sondern auch Nebenabreden wie Bedingungen (§ 158 BGB), Befristungen (§ 163 BGB) oder Beschaffenheitsvereinbarungen (§§ 434 I 1, 633 II 1 BGB)⁵.

Die Vereinbarung erfolgte hier nur mündlich, sodass die Vereinbarung an sich formunwirksam ist (§ 125 S. 1 BGB). Jedoch wurde der Formmangel durch den Vollzug des Kaufvertrags mit Eintragung des K in das Grundbuch nach § 311b I 2 BGB geheilt.

bb) Wirksame Vertretung des V durch M

V war selbst an der Beschaffenheitsvereinbarung nicht beteiligt, könnte aber von M nach § 164 I 1 BGB vertreten worden sein.

(1) Eigene Willenserklärung des M

M hat die Erklärung über die Beschaffenheit als eine eigene Willenserklärung abgegeben.

(2) In fremdem Namen (Offenkundigkeitsprinzip)

M hat die Erklärung über die Beschaffenheit des Grundstücks zwar nicht ausdrücklich im Namen des V abgegeben. Nach § 164 I 2 BGB kann sich die Fremdbezogenheit der Erklärung aber auch aus den Umständen ergeben.

(3) Mit Vertretungsmacht

Fraglich ist jedoch, ob M mit Vertretungsmacht handelte.

Er hatte zwar den »Auftrag«, Kaufinteressenten zu suchen und Vertragsverhandlungen mit diesen zu führen. Daraus kann aber keine Bevollmächtigung (§ 167 BGB) zum Abschluss der vorliegenden Beschaffenheitsvereinbarung abgeleitet werden. Auch die Voraussetzungen einer Vertretungsmacht kraft Rechtscheins liegen nicht vor: Eine Duldungsvollmacht scheidet aus, da V keine Kenntnis von der Erklärung des M hatte. Eine Anscheinsvollmacht scheidet aus, da M dem V als zuverlässig bekannt war und V daher kein Sorgfaltpflichtverstoß vorzuwerfen ist.

M handelte damit hinsichtlich der Beschaffenheitsvereinbarung als vollmachtloser Vertreter.

Indem V erklärte, mit dem Alleingang des M nicht einverstanden zu sein, hat er die Genehmigung der Beschaffenheitsvereinbarung nach § 177 I BGB verweigert (Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB analog). Die Beschaffenheitsvereinbarung ist damit endgültig unwirksam.

3. Ergebnis

Da kein Sachmangel vorliegt, scheidet ein Rücktritt aus.

II. Minderung des Kaufpreises

Denkbar ist weiterhin eine Minderung des Kaufpreises durch K nach §§ 434, 437 Nr. 2, 441 BGB. Dieses Gestaltungsmittel wäre zur Erreichung des Mandantenziels nur teilweise geeignet, da K nach § 441 IV 1 BGB den Kaufpreis nur in Höhe des Mehrbetrags zurückfordern könnte. Jedenfalls fehlt es an den Voraussetzungen der Minderung, da diese ein bestehendes Rücktrittsrecht voraussetzt.

III. Anfechtung des Kaufvertrags

In Betracht kommt eine Anfechtung des Kaufvertrags mit *ex tunc*-Wirkung gem. § 142 I BGB.

⁴ Ausgenommen sind daher Abreden, deren Inhalt sich ohnehin bereits aus dem Gesetz ergibt, sowie bloße Erläuterungen; vgl. dazu *Einsele*, in: MünchKomm-BGB, 6. Aufl. (2012), § 125 Rn. 32.

⁵ *H. P. Westermann*, in: MünchKomm-BGB, 6. Aufl. (2012), § 434 Rn. 16.

1. Geeignetheit des Gestaltungsmittels

Im Falle einer erfolgreichen Anfechtung hätte K möglicherweise einen bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Kaufpreistrückzahlung, da der Rechtsgrund für die Leistung des K an V (Kaufpreiszahlung) entfielen.

Umstritten ist, welche Anspruchsgrundlage in diesem Fall einschlägig ist⁶. Die h.M. befürwortet eine Anwendung des § 812 I 1 Alt. 1 BGB (*condictio indebiti*) unter Verweis auf die Rückwirkung nach § 142 I BGB⁷. Vereinzelt Stimmen stellen auf den Zeitpunkt der Anfechtungserklärung ab und sprechen sich für § 812 I 2 Alt. 1 BGB (*condictio ob causam finitam*) aus⁸. Den Vorzug verdient die h.M. Maßgeblich für die Rechtsgrundlosigkeit i.R.d. § 812 I BGB ist allein die Rechtsfolge der Anfechtung, die in § 142 I BGB eine klare Regelung erfahren hat.

Die Voraussetzungen des § 814 Alt. 1 i.V.m. § 142 II BGB liegen hier nicht vor, da K zum Zeitpunkt seiner Leistung (Kaufpreiszahlung) noch keine Kenntnis von den die Anfechtung begründenden Tatsachen (Fehlen der Baulandeigenschaft) hatte.

Hinweis: Der Meinungsstreit um die einschlägige Anspruchsgrundlage hätte daher auch offen bleiben können, da hier beide Ansichten zum gleichen Ergebnis kommen. Auf den Streit kommt es allenfalls dann an, wenn die Voraussetzungen des § 814 Alt. 1 BGB i.V.m. § 142 II BGB erfüllt sind. § 814 BGB ist nach h.M. nämlich nur auf § 812 I 1 Alt. 1 BGB anwendbar, nicht aber auf § 812 I 2 Alt. 1 BGB⁹ (vgl. Wortlaut des § 814 Alt. 1 BGB: »[...] wenn der Leistende nicht gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war«). Doch selbst wenn die Voraussetzungen des § 814 Alt. 1 BGB i.V.m. § 142 II BGB vorliegen, wird man häufig über beide Anspruchsgrundlagen zum selben Ergebnis kommen, da derjenige, der in Kenntnis der Anfechtbarkeit leistet, mit der Leistung regelmäßig das anfechtbare Rechtsgeschäft konkludent nach § 144 BGB bestätigt. Eine Kondizierung scheidet dann schon mangels Rechtsgrundlosigkeit der Leistung aus, ohne dass es auf § 814 Alt. 1 i.V.m. § 142 II BGB ankommt¹⁰.

Dem Mandantenziel könnte insofern durch Anfechtung entsprochen werden. Allerdings besteht das Risiko

einer Schadensersatzpflicht des K nach § 122 BGB (Ersatz des Vertrauensschadens des V), wenn die Anfechtung nicht (auch) auf § 123 I BGB, sondern nur auf § 119 BGB gestützt werden kann.

2. Voraussetzungen des Gestaltungsmittels

Fraglich ist, ob die Voraussetzungen für eine Anfechtung des Kaufvertrags durch K vorliegen.

a) Anwendbarkeit der §§ 119 ff. BGB

Fraglich ist, ob hier das Anfechtungsrecht (§§ 119 ff. BGB) überhaupt anwendbar ist, da eine Konkurrenz zum kaufrechtlichen Sachmängelgewährleistungsrecht (§§ 434 ff. BGB) besteht. Dies ist für die hier in Betracht kommenden Anfechtungsgründe (§ 119 II und § 123 I Alt. 1 BGB) getrennt zu beantworten.

aa) Eigenschaftsirrturn (§ 119 II BGB)

Fraglich ist, ob § 119 II BGB von den §§ 434 ff. BGB verdrängt wird.

(1) Grundsätzliche Verdrängung des § 119 II BGB

Nach zutreffender h.M.¹¹ scheidet eine Anfechtung wegen Eigenschaftsirrturns (§ 119 II BGB) aus, wenn gleichzeitig wegen des Fehlens der betroffenen Eigenschaft der Kaufsache Mängelrechte nach §§ 434 ff. BGB in Betracht kommen. Bei Zulassung einer Anfechtung würde man nämlich folgende in §§ 434 ff. BGB enthaltenen Wertungen umgehen:

- Zum einen hat der Verkäufer nach §§ 437 Nr. 1, 439 BGB das Recht, den Mangel durch Nacherfüllung zu beseitigen (»Recht zur zweiten Andienung«). Dies wird dadurch abgesichert, dass der Käufer sich grundsätzlich erst dann vom Vertrag lösen kann, wenn er zuvor erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat (Grundsatz des *Vorrangs der Nacherfüllung*, §§ 281 I 1, 323 I BGB). Den Vorrang der Nacherfüllung umginge man, wenn der Käufer sich durch Anfechtung sofort vom Vertrag lösen könnte.
- Zudem ist die Ausübung der kaufrechtlichen Mängelrechte in zeitlicher Hinsicht durch die *Verjährung* nach

⁶ Siehe zu diesem Streit *Wandt*, Gesetzl. Schuldverhältnisse, 5. Aufl. (2012), § 10 Rn. 24, 31.

⁷ Vgl. etwa *Medicus*, BGB AT, 10. Aufl. (2010), Rn. 726; *Staudinger/S. Lorenz*, Neubearb. 2007, § 812 Rn. 88 m. w. N.

⁸ Vgl. etwa *Palandt/Sprau*, 72. Aufl. (2013), § 812 Rn. 26.

⁹ Siehe etwa *Schwab*, in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl. (2009), § 814 Rn. 3 m. w. N.

¹⁰ *Staudinger/S. Lorenz*, Neubearb. 2007, § 812 Rn. 88 m. w. N.

¹¹ Vgl. etwa *Köhler*, BGB AT, 37. Aufl. (2013), § 7 Rn. 33; *H. P. Westermann*, in: MünchKomm-BGB, 6. Aufl. (2012), § 437 Rn. 53 m. w. N.

§ 438 BGB¹² beschränkt: Die Verjährungsfrist beginnt nach § 438 II BGB bereits mit der Übergabe bzw. Ablieferung der Kaufsache. Demgegenüber könnte sich der Käufer durch Anfechtung noch zu einem späteren Zeitpunkt vom Vertrag lösen, da die Anfechtungsfrist des § 121 I 1 BGB zwar recht kurz bemessen sein kann (»unverzüglich«), aber erst mit Kenntnis vom Anfechtungsgrund beginnt.

- Nach § 442 I 2 BGB ist zudem die *Haftung für Sachmängel bei grob fahrlässiger Unkenntnis des Käufers vom Mangel beschränkt*. In diesem Fall haftet der Verkäufer nur, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie abgegeben hat. Eine Anfechtung ist demgegenüber auch in solchen Fällen möglich, da es auf ein Verschulden des Anfechtungsberechtigten nicht ankommt.

(2) Verdrängung des § 119 II BGB auch bei Fehlen eines Sachmangels im konkreten Einzelfall?

Hier besteht allerdings die Besonderheit, dass mangels wirksamer Beschaffenheitsvereinbarung (siehe oben) gerade kein Sachmangel vorliegt und damit gerade keine Mängelrechte zu Gunsten des K bestehen.

Ob § 119 II BGB auch in einem solchen Fall von den §§ 434 ff. BGB verdrängt wird, ist umstritten: Der BGH hat dies in zwei älteren Entscheidungen¹³ (Rechtslage vor der Schuldrechtsmodernisierung) verneint. Er hat dort jeweils das Vorliegen eines Sachmangels abgelehnt und als Folge dessen die Anfechtung nach § 119 II BGB zugelassen. Er hält das kaufrechtliche Sachmängelgewährleistungsrecht also offenbar nur dann für abschließend, wenn tatsächlich ein Sachmangel vorliegt¹⁴. Hingegen geht die h.Lit. geht auch hier vom Vorrang des Mängelgewährleistungsrechts aus. § 119 II BGB sei schon dann ausgeschlossen, wenn es um eine Eigenschaft gehe, die zumindest »potentiell« einen Sachmangel darstellen kann. Dies soll dann der Fall

¹² Es handelt sich um eine Sonderregelung, die im Kaufrecht dem allgemeinen Verjährungsrecht vorgeht. Dabei ist § 438 BGB v.a. in zwei Punkten strenger als das allgemeine Verjährungsrecht: Die Verjährungsfrist beträgt nach § 438 I Nr. 2 BGB in der Regel nur zwei Jahre (allgemeine Regelverjährung nach § 195 BGB: drei Jahre) und beginnt nach § 438 II BGB schon mit der Übergabe der Sache (allgemeines Verjährungsrecht, § 199 I Nr. 2 BGB: Beginn erst mit Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der den Anspruch begründenden Umstände).

¹³ BGH NJW 1979, 160 (Irrtum über das Alter eines Gebrauchtwagens); NJW 1981, 224 (Irrtum über das Alter eines Mähdeschers).

¹⁴ Vgl. Rechtsprechungsanalyse bei G. Müller, in: Festschr. f. U. Huber, 2006, S. 449 ff. (458 f., 468); Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 8. Aufl. (2009), Rn. 800.

sein, wenn eine wirksame Beschaffenheitsvereinbarung der Parteien über diese Eigenschaft eine Sachmängelhaftung auslösen würde¹⁵. Ansonsten käme es nämlich zu einem Wertungswiderspruch: Wenn dem Käufer die Anfechtung nach § 119 II BGB schon bei Vorliegen einer wirksamen zweiseitigen Beschaffenheitsvereinbarung verwehrt werde, dann dürfe er nicht besser stehen, wenn er es versäumt habe, eine wirksame Beschaffenheitsvereinbarung herbeizuführen.

Die zweite Ansicht verdient den Vorzug. Zwar spielt hier die gesetzgeberische Wertung des Vorrangs der Nacherfüllung keine Rolle (eine Fristsetzung ist sinnlos, wenn kein Anspruch auf Nacherfüllung besteht). Jedoch hat der Gesetzgeber hinsichtlich der zeitlichen Grenzen der Haftung in § 438 BGB eine abschließende Regelung getroffen, die auch bei Fehlen eines Sachmangels (Fehlen oder Unwirksamkeit einer Beschaffenheitsvereinbarung) gelten muss: Ließe man nämlich die Anfechtung zu, könnte sich der Käufer unter Umständen noch bis zu zehn Jahre nach dem Kaufvertragsschluss (vgl. § 121 II BGB) durch Anfechtung vom Vertrag lösen, während ein Käufer, der umsichtig war und für eine wirksame Beschaffenheitsvereinbarung gesorgt hat, schon zwei (§ 438 I Nr. 3 BGB) bzw. fünf (§ 438 I Nr. 2 BGB) Jahre nach der Übergabe bzw. Ablieferung (vgl. § 438 II BGB) an den Vertrag gebunden wäre.

Eine Anfechtung wegen Eigenschaftsirrturns ist hier wegen des Vorrangs der §§ 434 ff. BGB ausgeschlossen.

bb) Arglistige Täuschung (§ 123 I Alt. 1 BGB)

Nach allgemeiner Ansicht wird das Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung vom kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht nicht verdrängt¹⁶. Dies ist zutreffend, da die oben genannten Wertungen der §§ 434 ff. BGB, die einer Anfechtbarkeit nach § 119 II BGB im Wege stehen, mit der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung durch den Verkäufer gerade nicht kollidieren:

- Der kaufrechtliche Grundsatz des *Vorrangs der Nacherfüllung*, findet in Fällen der arglistigen Täuschung nach h.M. keine Anwendung. Es ist dem Käufer hier nämlich nicht zumutbar, sich im Rahmen der Nacherfüllung ein zweites Mal auf den Verkäufer einlassen zu müssen¹⁷. Daher ist eine erfolglose Fristsetzung zur

¹⁵ G. Müller (o. Fußn. 14), S. 468; ebenso: Palandt/Ellenberger, 72. Aufl. (2013), § 119 Rn. 28; im Grundsatz auch Staudinger/Singer, Neubearb. 2011, § 119 Rn. 85; H. P. Westermann, in: MünchKommBGB, 6. Aufl. (2012), § 437 Rn. 53.

¹⁶ Statt vieler Staudinger/Singer, Neubearb. 2011, § 123 Rn. 100 m. w. N.

Nacherfüllung entbehrlich, sowohl i.R.d. Schadensersatzrechts nach § 281 II Alt. 2 BGB als auch i.R.d. Rücktrittsrechts nach § 323 II Nr. 3 BGB (arglistige Täuschung als »besonderer Umstand«)¹⁸. Der Käufer kann sich im Falle der arglistigen Täuschung somit auch nach den Wertungen des kaufrechtlichen Sachmängelgewährleistungsrechts sofort vom Vertrag lösen; eine Umgehungsgefahr durch Anfechtung besteht hier nicht.

- Die Unterschiede im Hinblick auf die zeitliche Geltendmachung von Mängelrechten und Anfechtungsrecht sind bei der arglistigen Täuschung zumindest abgemildert: Bei einer arglistigen Täuschung¹⁹ durch den Verkäufer gilt nach § 438 III 1 BGB für den Beginn der Verjährung gerade nicht die strenge Sonderregelung des § 438 II BGB. Es greift hinsichtlich des Verjährungsbeginns vielmehr das allgemeine Verjährungsrecht, das – wie der Beginn der Anfechtungsfrist (§ 124 II 1 BGB) – eine subjektive Komponente beinhaltet (§ 199 I Nr. 2 BGB)²⁰.
- Der Haftungsausschluss des § 442 I 2 BGB steht der Anfechtung nach § 123 I Alt. 1 BGB nicht im Wege, da das Verschulden des Käufers dessen Gewährleistungsrechte im Fall des arglistigen Verschweigens gerade unberührt lässt (§ 442 I 2 Alt. 2 BGB).

cc) Zwischenergebnis

Damit kommt zwar keine Anfechtung wegen Eigenschaftsirrturns (§ 119 II BGB), aber eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123 I Alt. 1 BGB) in Betracht.

b) Voraussetzungen der Täuschungsanfechtung

aa) Anfechtungsgrund

Es müssten zunächst die Voraussetzungen des § 123 I Alt. 1 BGB vorliegen.

¹⁷ Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 8. Aufl. (2009), Rn. 803.

¹⁸ BGH NJW 2007, 835 (836f.).

¹⁹ Nach dem Wortlaut des § 438 III 1 BGB ist zwar nur das arglistige Verschweigen eines Mangels erfasst. Die Vorschrift ist nach ganz h.M. aber analog auf das arglistige *Vorspiegeln* einer nicht vorhandenen Eigenschaft anzuwenden; vgl. Nachweise bei H. P. Westermann, in: MünchKomm-BGB, 6. Aufl. (2012), § 438 Rn. 29.

²⁰ Das Verjährungsrecht ist allerdings noch insofern strenger, als die Frist bereits mit positiver Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis vom Sachmangel beginnt (§ 199 I Nr. 2 BGB), während die Anfechtungsfrist ausschließlich bei positiver Kenntnis von der Täuschung beginnt (§ 124 II 1 BGB).

(1) Täuschung über eine Tatsachen

M hat K über die Baulandeigenschaft des Grundstücks getäuscht.

(2) Kausalität

Die Täuschung müsste bei K einen Irrtum erregt haben, der seinerseits kausal für die Abgabe seiner Willenserklärung gewesen sein müsste. Zwar hätte K auch dann eine auf den Kauf des Grundstücks gerichtete Willenserklärung abgegeben, wenn er von der fehlenden Baulandeigenschaft gewusst hätte (es ging ihm vorwiegend um den Erwerb zur Geldanlage). Kausalität ist aber nicht nur dann gegeben, wenn der Getäuschte die Willenserklärung *überhaupt nicht* abgegeben hätte, sondern auch dann, wenn er sie *mit einem anderen Inhalt* abgegeben hätte²¹. K hätte das Grundstück bei fehlender Baulandeigenschaft nur zum Preis von 200.000€ gekauft. Kausalität liegt damit vor.

(3) Arglist

Arglist erfordert zumindest bedingten Vorsatz des Täuschenden hinsichtlich der Unrichtigkeit seiner Erklärung sowie hinsichtlich der Veranlassung des Getäuschten zur Abgabe seiner Willenserklärung. M handelte arglistig, da er von der fehlenden Baulandeigenschaft wusste und es ihm im Hinblick auf die erhöhte Provisionssumme gerade darauf ankam, K zum Kauf des Grundstücks zu einem höheren Preis zu bewegen.

(4) Anfechtungsausschluss nach § 123 II 1 BGB

Die Anfechtung könnte aber nach § 123 II 1 BGB ausgeschlossen sein, da nicht der Vertragspartner V (derjenige, demgegenüber die Willenserklärung des K abzugeben war, sog. »Erklärungsgegner«) selbst, sondern M die arglistige Täuschung verübt hat. Es kommt darauf an, ob V sich die Täuschung des M zurechnen lassen muss.

Handelt es sich bei M um einen »Dritten« i.S.d. § 123 II 1 BGB, muss sich V dessen Täuschung nur dann zurechnen lassen, wenn er bösgläubig war, also Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von der Täuschung hatte (»kannte oder kennen musste«). Laut Sachverhalt wusste V nichts von der Täuschungserklärung des M. Hinweise für eine grob fahrlässige Unkenntnis sind nicht ersichtlich.

Damit ist die Täuschung dem V nur dann zurechenbar, wenn M *nicht* »Dritter« i.S.d. § 123 II 1 BGB ist. Das

²¹ Palandt/Ellenberger, 72. Aufl. (2013), § 123 Rn. 24.

Verhalten eines »Nichtdritten« muss sich der Erklärungsgegner stets (also auch bei Gutgläubigkeit) zurechnen lassen. Der Begriff des »Dritten« ist im Gesetz nicht definiert und daher auslegungsbedürftig. Je weiter der Begriff ausgelegt wird, umso stärker wird das Anfechtungsrecht begrenzt.

Unstrittig ist heute, dass »Dritter« nicht jede vom Erklärungsempfänger verschiedene Person ist²². Dies würde das Anfechtungsrecht zu stark einschränken. In der Lit. werden daher verschiedene Kriterien vorgeschlagen, wie der Begriff des »Dritten« zu begrenzen sei: Häufig findet sich die Formulierung, Dritter sei nicht, wer auf Seiten (bzw. »im Lager«) des Erklärungsempfängers steht und maßgeblich am Zustandekommen des Geschäfts mitwirkt²³. Zur Konkretisierung wird dabei teilweise auf die Kriterien des § 278 BGB abgestellt²⁴; Dritter ist danach nicht, wer mit Wissen und Wollen des Erklärungsempfängers in den Verhandlungen tätig geworden ist. Der BGH begrenzt den Begriff des »Dritten« etwas stärker (Konsequenz: Erweiterung der Anfechtbarkeit): Nichtdritter sei eine Person schon dann, wenn ihr »Verhalten dem Erklärungsempfänger wegen besonders enger Beziehungen zwischen beiden oder wegen sonstiger besonderer Umstände billigerweise zugerechnet werden muss«²⁵.

Die verschiedenen Ansätze kommen hier zum gleichen Ergebnis: M ist nicht »Dritter«, selbst wenn man das weitere Verständnis dieses Begriff zugrunde legt. Makler werden dann als »Dritte« angesehen, wenn sie neutral für beide Parteien arbeiten (sie stehen dann nicht im »Lager« des Erklärungsempfängers) oder sich ihre Beauftragung auf reine Maklerdienste (Zuführung von Vertragsinteressenten) beschränkt (keine Verhandlungstätigkeit mit Wissen und Wollen des Erklärungsempfängers, vgl. § 278 BGB). Anders ist dies, wenn der Makler zur Durchführung von Vertragsverhandlungen für den Erklärungsempfänger berechtigt ist²⁶. So liegt der Fall hier: M wurde von V gerade – über die reine Maklertätigkeit (Durchführung von Besichtigungsterminen) hinaus – mit der Durchführung von Vertragsverhandlungen beauftragt, also mit Wissen und Wollen des V (§ 278 BGB) tätig. Der Umstand, dass V schon seit längerem mit M zusammenarbeitet, spricht ebenfalls dafür, dass dieser »im Lager« des V steht. Dass M die konkrete Beschaffenheitsvereinbarung ohne Wissen

und Wollen des V bzw. ohne Vertretungsmacht geschlossen hat, ändert daran nichts²⁷.

Die Täuschung durch M ist dem V damit zuzurechnen. Die Anfechtung ist nicht nach § 123 II 1 BGB ausgeschlossen.

bb) Anfechtungsfrist

Nach § 124 I BGB muss K die Anfechtung binnen Jahresfrist erklären. Diese begann nach § 124 II 1 BGB mit dem Zeitpunkt, an dem K Kenntnis von der fehlenden Bauland-eigenschaft erhielt.

cc) Anfechtungserklärung

Die Anfechtung erfolgt nach § 143 I BGB durch Anfechtungserklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner. Dies ist hier nach § 143 II BGB V als Vertragspartner.

c) Einrede nach § 242 BGB (»Festhalten am Gewollten«)

Nach § 142 I BGB führt die Anfechtung zwar grundsätzlich zur Nichtigkeit des »Rechtsgeschäfts«, also des Kaufvertrags im Ganzen. Es ist allerdings zu berücksichtigen, dass K den Kaufvertrag bei hypothetischer Kenntnis von der fehlenden Baulandeigenschaft zu einem geringeren Preis (200.000 €) abgeschlossen hätte. Fraglich ist, ob der Kaufvertrag zumindest mit diesem geringeren Kaufpreis aufrechtzuerhalten ist.

aa) Festhalten am Gewollten bei der Irrtumsanfechtung

Im Rahmen der Irrtumsanfechtung wird ganz überwiegend angenommen, der Irrende müsse sich an dem Gewollten²⁸ festhalten lassen. Die Wirkung des Anfechtungsrechts dür-

²⁷ Nach *Staudinger/Singer*, Neubearb. 2011, § 123 Rn. 50, soll das Abstellen auf § 278 BGB dazu führen, dass ein Vertreter ohne Vertretungsmacht automatisch »Dritter« ist. Dies gilt aber nur in Fällen, in denen die täuschende Person *überhaupt* ohne den Willen des Anfechtungsgegners tätig geworden ist, nicht jedoch, wenn – wie hier – ein Auftrag des Anfechtungsgegners vorlag (hier: Suche von Kaufinteressenten und Durchführung von Vertragsverhandlungen) und dieser lediglich hinsichtlich des *konkreten Gegenstands* der täuschenden Erklärung überschritten wird.

²⁸ *Markus Müller* (JuS 2005, 18f.) weist zu Recht darauf hin, dass die Formel »Festhalten am Gewollten« eigentlich nur in Fällen des § 119 I BGB (Irrtum im Rahmen der Erklärung) passt. Im Fall des Motivirrtums nach § 119 II BGB (Fehler im Rahmen der Willensbildung) müsste darauf abgestellt werden, was der Anfechtende ohne den Irrtum »gewollt hätte«. Ebenso muss die Formulierung lauten, wenn – wie hier – die Anfechtung nach § 123 I Alt. 1 BGB auf einen täuschungsbedingten Fehler bei der Willensbildung gestützt wird.

²² Vgl. etwa *Medicus/Petersen*, BR, 24. Aufl. (2013), Rn. 149.

²³ Vgl. etwa *Köhler*, BGB AT, 37. Aufl. (2013), § 7 Rn. 45; *Rüthers/Stadler*, BGB AT, 17. Aufl. (2011), § 25 Rn. 81.

²⁴ Siehe etwa BGH NJW 1967, 1026 (1027).

²⁵ Siehe etwa BGH NJW 1996, 1051.

²⁶ Vgl. *Armbrüster*, in: *MünchKomm-BGB*, 6. Aufl. (2012), § 123 Rn. 67.

fe nämlich nicht so weit gehen, dass sie ein allgemeines »Reuerecht« begründe²⁹. Dogmatisch wird diese Wertung überwiegend durch Heranziehung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) umgesetzt³⁰. Dem ist sowohl hinsichtlich der Wertung als auch hinsichtlich der dogmatischen Umsetzung zuzustimmen: Der Irrende darf durch das Anfechtungsrecht grundsätzlich nicht besser gestellt werden, als er ohne den Irrtum stehen würde. Berufte sich der Anfechtende auf die Gesamtnichtigkeit des Vertrags, liegt darin ein Rechtsmissbrauch³¹, dem V die Einrede des § 242 BGB entgegenhalten kann.

bb) Festhalten am Gewollten auch bei der Täuschungsanfechtung?

Fraglich ist, ob dies über die Fälle des § 119 BGB hinaus auch für die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gilt, ob sich also auch der täuschungsbedingt Irrende an dem irrtumsfrei Gewollten festhalten lassen muss.

Nach Ansicht des BGH ist es einem arglistig Täuschenden nicht von vornherein verwehrt, sich auf die Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu berufen. So soll eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung treuwidrig i. S. d. § 242 BGB sein, wenn die rechtliche Stellung des Getäuschten durch die arglistige Täuschung nicht beeinträchtigt worden ist³². Einen Anwendungsfall dieser BGH-Rechtsprechung erkennt das OLG Nürnberg in der vorliegenden Konstellation: Der Getäuschte müsse sich den Einwand des § 242 BGB entgegenhalten lassen, wenn seine Willenserklärung mit dem tatsächlich gewollten Inhalt

aufrechterhalten und dadurch die Beeinträchtigung seiner rechtlichen Stellung beseitigt werden kann. Zudem stehe auch dem arglistig Getäuschten (wie dem nach § 119 BGB Irrenden) ein »Reuerecht« nicht zu³³.

Schon an der BGH-Rechtsprechung, die eine Anfechtung nur im Fall der Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Getäuschten zulässt, bestehen Zweifel. Das Festhalten an einem Vertrag mit einem arglistig Täuschenden ist dem Getäuschten nämlich regelmäßig – unabhängig von einem messbaren rechtlichen oder wirtschaftlichen Nachteil – nicht zumutbar. Insofern ist die Interessenlage ähnlich wie i. R. d. §§ 281 II Alt. 2, 323 II Nr. 3 BGB (arglistige Täuschung als »besondere Umstände«, die eine erfolglose Fristsetzung zur Nacherfüllung entbehrlich machen, sodass sich der Getäuschte sofort vom ganzen Vertrag lösen kann). Dort wird argumentiert, dass es dem Käufer unzumutbar ist, wenn er sich weiterhin auf den täuschenden Verkäufer einlassen müsste³⁴.

Jedenfalls lässt sich die BGH-Rechtsprechung nicht – wie es das OLG Nürnberg tut – auf die vorliegende Konstellation übertragen, da die Interessenlage dort (nach § 242 BGB soll die Anfechtung *insgesamt* ausscheiden) eine andere ist als hier (nach § 242 BGB *Beschränkung* der Anfechtung und Festhalten am Gewollten). Ließe man hier den Einwand nach § 242 BGB zu, käme es zu der kaum tragbaren Konsequenz, dass der arglistig Täuschende mit seinem Verhalten – zumindest zivilrechtlich – keinerlei Risiko einginge: Ist sein Verhandlungspartner im Rahmen von Vertragsverhandlungen auch ohne den täuschungsbedingten Irrtum schon abschlussbereit und sind die Bedingungen auch für ihn akzeptabel (hier: Verkauf des Grundstücks für 200.000 €), könnte er risikolos versuchen, durch arglistige Täuschung noch bessere Bedingungen für sich selbst zu erreichen (hier: Verkauf für 300.000 €). Wird die Täuschung entdeckt, droht ihm lediglich ein Verlust des täuschungsbedingten Vorteils; das (für ihn auch ohne diesen Vorteil akzeptable) Geschäft bliebe ihm erhalten. Das Risiko derart zu Gunsten eines arglistig Täuschenden zu verschieben, kann nicht Zweck des Grundsatzes von Treu und Glauben sein.

Auch das Argument, dem arglistig Getäuschten stehe kein Reuerecht zu, verfährt nicht. Dies zeigt ein Vergleich zum Rücktrittsrechts in Fällen nicht vertragsgemäßer Leistung: Ein Recht zum Rücktritt vom *ganzen* Vertrag besteht nach § 323 V 2 BGB nur dann, wenn die Pflichtverletzung nicht unerheblich ist. Der BGH sieht die Pflichtverletzung bei arglistigem Verhalten unter normativen Gesichtspunkten

²⁹ Dazu ausführlich *Lobinger*, AcP 195 (1995), 274 ff.

³⁰ *Busche*, in: MünchKomm-BGB, 6. Aufl. (2012), § 142 Rn. 16; *Staudinger/Roth*, Neubearb. 2010, § 142 Rn. 38; a. A. *Spieß*, JZ 1985, 593 ff. Statt den Einwand des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) heranzuziehen, wird in der Literatur vereinzelt eine Umdeutung (§ 140 BGB) erwogen. Dies ist jedoch – jedenfalls hier – abzulehnen: Zum einen steckt in der Erklärung des V, für 300.000 € verkaufen zu wollen, nicht als »Minus« die Erklärung, auch für 200.000 € verkaufen zu wollen (vgl. *Spieß*, JZ 1985, 593 [594 f.]). Zum anderen liegt kein wirksames Ersatzgeschäft vor; selbst wenn man die mündliche Erklärung des K, er hätte den Kaufvertrag bei fehlender Baulandeigenschaft auch für 200.000 € abgeschlossen, als Willenserklärung auffassen möchte, wäre diese Erklärung mangels Einhaltung der notariellen Form (§§ 311b I 1, 128 BGB) nach § 125 S. 1 BGB unwirksam (das Ersatzgeschäft wurde gerade nicht beurkundet).

³¹ Die Konstellation lässt sich entweder der Fallgruppe »missbräuchliches Ausnutzen einer formellen Rechtsposition« oder dem widersprüchlichen Verhalten (*venire contra factum proprium*) zuordnen; vgl. Überblick bei *Palandt/Grüneberg*, 72. Aufl. (2013), § 242 Rn. 38 ff.

³² BGH MDR 1977, 388; WM 1983, 1055; NJW 1992, 2346; NJW-RR 1998, 904 (906); zustimmend etwa *Armbrüster*, in: MünchKomm-BGB, 6. Aufl. (2012), § 123 Rn. 78.

³³ OLG Nürnberg MDR 1997, 1027 f.

³⁴ Siehe oben D. III. 2. a) bb).

ten als generell nicht unerheblich an, selbst wenn die Pflichtverletzung nach objektiven Gesichtspunkten geringfügig ist. Das Vertrauen des Verkäufers in den Fortbestand des Vertrags verdiene nämlich keinen Schutz, wenn dieser arglistig gehandelt habe³⁵. Der arglistig Getäuschte kann danach stets vom *ganzen* Vertrag zurücktreten; ihm wird gerade keine Teilaufrechterhaltung aufgezwungen. Diese Wertung lässt sich auf das Anfechtungsrecht übertragen; auch hier besteht kein schutzwürdiges Vertrauen der arglistig Täuschenden Partei in den Fortbestand des Vertrags³⁶.

Dem arglistig Täuschenden ist der Einwand nach § 242 BGB (Festhalten des Getäuschten am Gewollten) daher richtigerweise zu versagen³⁷ (a. A. sehr gut vertretbar).

cc) Festhalten am Gewollten bei Anfechtung wegen zugerechneter Täuschung (§ 123 II 1 BGB)?

Hier liegt allerdings die Besonderheit vor, dass nicht V selbst die Täuschung begangen hat, sondern ihm lediglich die Täuschung des M zugerechnet wird (§ 123 II 1 BGB). Jedenfalls dann, wenn die Zurechnung – wie hier – nicht auf der Bösgläubigkeit des Erklärungsgegners (hier V) beruht, sondern auf der Stellung des Täuschenden als »Nichtdritter«, ist es nicht interessengerecht, dem Erklärungsgegner (V) den Einwand aus § 242 BGB zu versagen. Hier ist es dem Anfechtenden nämlich zumutbar, das Vertragsverhältnis mit dem Erklärungsempfänger fortzusetzen, da die Täuschung nicht von diesem selbst oder mit dessen Kenntnis begangen wurde. Auch besteht nicht die oben angesprochene Gefahr, dass der Erklärungsgegner die mit einer Anwendung des § 242 BGB verbundene Risikolosigkeit ausnutzt, da er ja gerade gutgläubig bezüglich der Täuschung der Hilfsperson ist (a. A. vertretbar).

3. Ergebnis

K kann den Kaufvertrag nach § 142 I BGB wegen arglistiger Täuschung (§ 123 I Alt. 1, II 1 BGB) mit *ex-tunc*-Wirkung anfechten, ohne zum Ersatz des Vertrauensschadens nach § 122 BGB verpflichtet zu sein. V kann ihm jedoch die Einrede des Rechtsmissbrauchs nach § 242 BGB entgegenhalten, mit der Folge, dass K an den Kaufvertrag mit einem Kaufpreis von 200.000€ gebunden bleibt. K kann dann

³⁵ Siehe etwa BGH NJW 2006, 1960 (1961), str.

³⁶ Vgl. Moritz, in: jurisPK-BGB, 6. Aufl. (2012), § 123 Rn. 88, im Zusammenhang mit der Verwirkung nach § 242 BGB.

³⁷ So auch im Ergebnis Jauernig, BGB, 14. Aufl. (2011), § 142 Rn. 3.

von V nach § 812 I 1 Alt. 1 BGB nur den Differenzbetrag von 100.000€ herausverlangen.

Zu beachten ist aber, dass V die Einrede des § 242 BGB auch tatsächlich erheben muss, nach teilweise vertretener Ansicht sogar unverzüglich³⁸. Damit ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass K durch Anfechtung die vollständige Rückzahlung des Kaufpreises erreichen kann.

IV. Anspruch auf Zustimmung zur Vertragsaufhebung aus §§ 280 I, 311 II, 241 II i. V. m. § 249 I BGB (*culpa in contrahendo*)

K könnte gegen V einen Anspruch aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB (*culpa in contrahendo*, *c.i.c.*) zustehen, der darauf gerichtet ist, einer Aufhebung des täuschungsbedingt abgeschlossenen Vertrags zuzustimmen (Naturalrestitution nach § 249 I BGB).

1. Geeignetheit des Gestaltungsmittels

Steht K gegen V ein solcher Anspruch zu, kann er die Aufhebung des Kaufvertrags – nötigenfalls im Klagewege – durchsetzen. Dem K steht dann gegen V ein Anspruch aus § 812 I 2 Alt. 1 BGB (*condictio ob causam finitam*) auf Rückzahlung des Kaufpreises zu.

2. Voraussetzungen des Gestaltungsmittels

a) Anwendbarkeit der *culpa in contrahendo*

Umstritten ist, ob die *c.i.c.*, soweit sich der Anspruch auf Vertragsaufhebung richtet³⁹, neben § 123 I Alt. 1 BGB anwendbar ist⁴⁰.

Eine vereinzelt in der Lit. vertretene Ansicht geht von einer Sperrwirkung des Anfechtungsrechts aus und lehnt einen auf Vertragsaufhebung gerichteten *c.i.c.*-Anspruch ab, da man ansonsten die Wertungen des Anfechtungsrechts unterliefe: Zum einen wäre eine Loslösen vom Ver-

³⁸ Staudinger/Roth, Neubearb. 2010, § 142 Rn. 38.

³⁹ Die Anwendbarkeit der *c.i.c.* neben § 123 I BGB ist nur dann umstritten, wenn der Anspruch auf Vertragsaufhebung gerichtet werden soll, da dies im wirtschaftlichen Ergebnis der Anfechtung gleichkäme. Die Geltendmachung sonstiger *c.i.c.*-Ansprüche ist neben der Anfechtung hingegen unproblematisch möglich; vgl. Armbrüster, in: MünchKomm-BGB, 6. Aufl. (2012), § 123 Rn. 90f.

⁴⁰ Vgl. dazu Staudinger/Singer, Neubearb. 2011, § 123 Rn. 101.

trag schon bei bloß fahrlässiger Täuschung möglich, da für § 280 I BGB jede Verschuldensform i. S. d. § 276 BGB genügt, während eine Anfechtung nach § 123 I Alt. 1 BGB ein arglistiges Verhalten, also zumindest *dolus eventualis*, voraussetzt. Zum anderen wäre eine Loslösung vom Vertrag noch nach Ablauf der Anfechtungsfrist (§ 124 BGB) möglich; der c.i.c.-Anspruch werde demgegenüber zeitlich nur durch die Verjährung begrenzt (mindestens drei Jahre, § 195 BGB)⁴¹.

Die wohl h.Lit. sieht einen auf Vertragsaufhebung gerichteten c.i.c.-Anspruch zwar nicht als verdrängt an, modifiziert ihn aber, um die vorrangigen Wertungen des Anfechtungsrechts nicht zu umgehen (analoge Anwendung der §§ 121, 124 BGB auf den c.i.c.-Anspruch)⁴².

Der BGH lehnt eine Sperrwirkung des § 123 I Alt. 1 BGB ab und lässt einen auf Vertragsaufhebung gerichteten c.i.c.-Anspruch ohne Modifikationen zu⁴³. Die Schutzwirkung der c.i.c. (Schutz des *Vermögens* des Getäuschten) gehe nämlich über den Schutzzweck des § 123 I Alt. 1 BGB (Schutz nur der *Willensfreiheit* des Getäuschten) hinaus.

Der Streit kann hier offen bleiben, wenn entweder die Voraussetzung des c.i.c.-Anspruchs nicht vorliegen oder der c.i.c.-Anspruch dem K hier zumindest keine Vorteile gegenüber der Anfechtung bringt.

b) Voraussetzungen des §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB

aa) Vorvertragliches Schuldverhältnis

Ein Schuldverhältnis i. S. d. § 280 I 1 BGB zwischen V und K lag zum Zeitpunkt der Täuschung vor: M hat im Auftrag des V Vertragsverhandlungen i. S. d. § 311 II Nr. 2 BGB mit K geführt⁴⁴.

⁴¹ Siehe etwa *Brox/Walker*, BGB AT, 37. Aufl. (2013), Rn. 463.

⁴² Siehe etwa *Armbrüster*, in: MünchKomm-BGB, 6. Aufl. (2012), § 123 Rn. 91; *Rüthers/Stadler*, BGB AT, 17. Aufl. (2011), § 25 Rn. 93; *Staudinger/Singer*, Neubearb. 2011, § 123 Rn. 101, jeweils m. w. N.

⁴³ Siehe etwa BGH NJW-RR 2002, 308 (309f.); zustimmend etwa *Köhler*, BGB AT, 37. Aufl. (2013), § 7 Rn. 67. Der BGH macht zwar die Einschränkung, dass ein auf Vertragsaufhebung gerichtete c.i.c.-Anspruch einen Vermögensschaden voraussetzt. Dies ist aber als systemwidrig abzulehnen, da Schadensersatz *in natura* nach § 249 I BGB – darum geht es bei der Vertragsaufhebung – gerade auch bei Nichtvermögensschäden zu leisten ist; die Qualifikation als Vermögensschaden ist vielmehr eine besondere Voraussetzung zur Geltendmachung von Schadensersatzes *in Geld* nach § 253 I BGB; vgl. *Medicus*, BGB AT, 10. Aufl. (2010), Rn. 450.

⁴⁴ Nach BGH NJW 1985, 1178 (1780) können Hilfspersonen ein vorvertragliches Schuldverhältnis mit Wirkung für den Vertretenen begründen, wenn sie von diesem mit der Führung von Vertragsverhandlungen betraut sind. M war hier von V gerade mit der Durchführung von Besichtigungen und von Vertragsverhandlungen betraut.

bb) Pflichtverletzung

Eine Pflichtverletzung des M i. S. d. § 241 II BGB liegt in der Täuschung über die fehlende Baulandeigenschaft. Diese ist V nach § 278 BGB zuzurechnen, da M mit Wissen und Wollen des M in seinem Pflichtkreis tätig war (sog. *Erfüllungsgelhilfe*)⁴⁵.

cc) Vertretenmüssen

M handelte dabei vorsätzlich i. S. d. § 276 I 1 Alt. 1 BGB, da er Kenntnis von der fehlenden Baulandeigenschaft hatte. Dieses Verschulden ist dem V nach § 278 BGB zuzurechnen, sodass V die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Die Vermutung des § 280 I 2 BGB ist insofern widerlegt.

c) Rechtsfolgen

K ist nach § 249 I BGB so zu stellen, wie er zum Jetzt-Zeitpunkt stünde, wenn man die Pflichtverletzung wegdenkt (Naturalrestitution nach § 249 I BGB). Wäre K nicht getäuscht worden, hätte er zwar den Kaufvertrag über 300.000€ nicht geschlossen. Allerdings ist davon auszugehen, dass dann ein Kaufvertrag über 200.000€ zustande gekommen wäre, da M das Grundstück auch für 200.000€ gekauft hätte und V es auch zu diesem Preis verkaufen wollte. In diesem Fall ist die Naturalrestitution nicht auf Vertragsaufhebung gerichtet, sondern lediglich auf Anpassung des Vertrags⁴⁶. K kann von V also lediglich Zustimmung zu einem Änderungsvertrag verlangen, mit dem der Kaufpreis auf 200.000€ herabgesetzt wird. Ein anderes Ergebnis hätte auch den oben dargestellten Wer-

⁴⁵ Siehe oben D. III. 2. b) aa) (4).

⁴⁶ Zwar steht dem Getäuschten nach der Formulierung des BGH (NJW 2006, 3139 [3141]) kein Anspruch auf Anpassung des Vertrags zu. Dies ist aber nicht absolut zu verstehen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass ein Anspruch auf Vertragsanpassung nur dann ausscheiden soll, wenn dem Getäuschten nicht der Nachweis gelingt, dass die Parteien ohne die Täuschung nicht auf einen Vertrag mit niedrigerem Kaufpreis geeinigt hätten. Der BGH reagierte nämlich mit dieser Formulierung auf Stimmen in der Lit., die sich gerade gegen einen Verzicht auf einen derartigen Nachweis ausgesprochen hatten; nach Auffassung dieser Autoren verstoße ein solcher Verzicht gegen die Privatautonomie (dem Verkäufer werde u.U. ein von ihm nicht gewollter Vertrag aufgezwungen), die Regeln zur Beweislast in den §§ 249ff. BGB und käme im Ergebnis einem Minderungsrecht gleich, das im Gesetz nicht vorgesehen sei (§ 441 BGB ist mangels Sachmangels nicht anwendbar). Diese dogmatischen Einwände greifen aber nicht, wenn – wie hier – dem Käufer der Nachweis gelingt, dass der Verkäufer auch mit dem geringeren Kaufpreis einverstanden gewesen wäre. In diesem Fall ist eine Vertragsanpassung unter strikter Befolgung des § 249 I BGB (Naturalrestitution) möglich. Vgl. zu dieser Thematik eingehend *Kersting*, JZ 2008, 714 (715ff.) m. w. N.

tungen des Anfechtungsrechts (Festhalten am Gewollten nach § 242 BGB) widersprochen⁴⁷.

Mit Vollzug der Vertragsänderung⁴⁸ entsteht ein Rückzahlungsanspruch des M aus § 812 I 2 Alt. 1 BGB, allerdings nur in Höhe von 100.000 €.

Da demnach im vorliegenden Fall der c.i.c.-Anspruch dem K zumindest keine Vorteile gegenüber der Anfechtung bringt, kann im Ergebnis der oben angesprochene Streit um die Anwendbarkeit der c.i.c. neben der Täuschung offen bleiben.

Hinweis: Alternativ zu dem Anspruch auf Vertragsanpassung gewährt der BGH dem getäuschten Käufer die Möglichkeit, an dem für ihn nachteilhaften Vertrag festzuhalten⁴⁹, und vom Verkäufer den Differenzbetrag, um den er den Kaufgegenstand »zu teuer« erworben hat, als Vertrauensschaden in Geld zu fordern. Dahinter steht der Gedanke, dass eine auf die Vertragsanpassung folgende Rückabwicklung häufig auf praktische Probleme stößt und mit hohem Aufwand verbunden sein kann⁵⁰. Mit dem unmittelbaren Geldanspruch hat der BGH damit eine praxisgerechte Lösung geschaffen. Jedoch genügt diese praxisorientierte Rspr. nur teilweise den gesetzlichen Vorgaben des Schadensrechts (§§ 249 ff. BGB). Grundsätzlich ist nach § 249 I BGB Schadensersatz *in natura* zu leisten. Einen Schadensersatzanspruch in Geld gewährt das Gesetz nach § 251 BGB ausnahmsweise dann, wenn die Naturalrestitution unmöglich, zur Entschädigung nicht ausreichend oder nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist. Daher ist der Lösung des BGH nur dann zu folgen, wenn *im konkreten Fall* eine Vertragsanpassung und die teilweise Rückabwicklung des Vertrags mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden sind⁵¹. Im vorliegenden Fall sind derartige Umstände nicht ersichtlich.

IV. Deliktische Schadensersatzansprüche auf Zustimmung zur Vertragsaufhebung

1. Anwendbarkeit des Deliktsrechts

Wie bei der c.i.c. so ist auch die Anwendbarkeit deliktischer Ansprüche mit dem Ziel der Vertragsaufhebung

(§ 249 I BGB) neben § 123 I Alt. 1 BGB umstritten. Während die h.Lit. deliktische Schadensersatzansprüche für verdrängt hält, geht der BGH von einer Anwendbarkeit des Deliktsrechts aus⁵² (Argumentation jeweils wie bei der c.i.c., siehe oben).

Der Streit braucht aber wiederum nicht entschieden werden, wenn die Voraussetzungen einer deliktischen Haftung des V nicht vorliegen.

2. Deliktische Ansprüche des M gegen V

a) Anspruch aus § 823 I BGB

Ein Anspruch aus § 823 I BGB scheidet mangels Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts des M aus. Reine Vermögensschäden werden von § 823 I BGB nicht erfasst.

b) Anspruch aus § 823 II BGB i. V. m. § 263 I StGB

Zwar handelt es bei § 263 I StGB um ein Schutzgesetz i. S. d. § 823 II BGB. Jedoch hat V dagegen nicht verstoßen: Er selbst hat die Täuschungshandlung i. S. d. § 263 I StGB nicht ausgeführt. Ihm kann auch nicht die Täuschungshandlung des M als Mittäter nach § 25 II StGB zugerechnet werden; es fehlt bereits an einem gemeinsamen Tatplan (V wusste nichts von der Täuschungshandlung des M). Eine Teilnahme strafbarkeit (§§ 263 I, 26 oder 27 StGB) scheidet jedenfalls mangels Anstifter- bzw. Gehilfenvorsatzes aus.

c) Anspruch aus § 826 BGB

Ein Anspruch des M gegen V aus § 826 BGB scheidet schon mangels Schädigungshandlung des V aus.

d) Anspruch aus § 831 I BGB

Eine Haftung des V nach § 831 I BGB scheidet ebenfalls aus:

M hat zwar eine rechtswidrige unerlaubte Handlung begangen. Er hat sowohl den Tatbestand des § 823 II i. V. m. § 263 I StGB (Täuschung des M und kausaler Irrtum des K⁵³; kausale Vermögensverfügung des K durch Zahlung des Kaufpreises; Vermögensschaden in Höhe von 100.000 €; zwar keine Bereicherungsabsicht bzgl. des Provisionsanspruchs mangels Stoffgleichheit zwischen dem Schaden des K und der Provisionszahlung an M, aber Drittbereicherungsabsicht bzgl. der 100.000 € Wertdifferenz zu

⁴⁷ Siehe oben D. III. 2. c).

⁴⁸ Vgl. zur Vollstreckung die Fiktion des § 894 S. 1 ZPO.

⁴⁹ Dies kann etwa dann im Interesse des Getäuschten sein, wenn die Rückabwicklung der beiderseitigen Leistungen aus praktischen Gründen nur mit großen Schwierigkeiten verbunden ist; vgl. BGH NJW 1977, 1536 (1538).

⁵⁰ Vgl. BGH NJW 1977, 1536 (1538).

⁵¹ Vgl. Kersting, JZ 2008, 714 (719).

⁵² BGH NJW-RR 1998, 904 (906) m. w. N.

⁵³ Siehe oben D. III. 2. b) aa) (1) und (2).

Gunsten des V, da der Schaden des K mit dem Vorteil des V stoffgleich ist⁵⁴), als auch den Tatbestand des § 826 BGB rechtswidrig verwirklicht.

Jedoch war M mangels Weisungsabhängigkeit kein Verrichtungsgehilfe des V i. S. d. § 831 I 1 BGB.

3. Ergebnis

Mangels Vorliegens der Anspruchsvoraussetzungen kann der Streit um die Anwendbarkeit des Deliktsrechts offen bleiben. Im Übrigen wäre ein solcher Anspruch wie im Rahmen der c.i.c. nur auf Vertragsanpassung gerichtet, sodass wiederum nur ein Rückzahlungsanspruch aus § 812 I 2 Alt. 1 BGB in Höhe von 100.000€ in Betracht käme.

E. Gestaltungsvorschlag

Als Gestaltungsmittel stehen K die Anfechtung des Kaufvertrags und die Geltendmachung eines c.i.c.-Anspruchs

⁵⁴ Cramer/Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. (2010), § 263 Rn. 169.

auf Vertragsanpassung zur Verfügung. Beide Wege kommen grundsätzlich zum gleichen Ergebnis: K kann von V jeweils nur 100.000€ zurückfordern, bleibt aber an den Kauf des Grundstücks zu einem Preis von 200.000€ gebunden.

Gleichwohl bietet dem K die Anfechtung Vorteile: Es besteht nämlich zumindest die theoretische Chance, dass V die Einrede aus § 242 BGB nicht oder nicht rechtzeitig erhebt. In diesem Fall kommt es nach § 142 I BGB zur Gesamtnichtigkeit des Kaufvertrags, sodass K den gesamten Kaufpreis zurückfordern kann⁵⁵.

K ist darauf hinzuweisen, dass er die Anfechtung innerhalb der Frist des § 124 BGB gegenüber V (§ 143 II BGB) zu erklären hat.

⁵⁵ Weiterhin könnte man daran denken, dass die Anfechtung den Vorteil einer einfacheren prozessualen Geltendmachung bietet. Die Anfechtung setzt nämlich lediglich eine einseitige Erklärung des K voraus, während der c.i.c.-Anspruch auf Vertragsanpassung ggf. klageweise durchzusetzen ist. Allerdings genügt nach der Rspr. eine Klage unmittelbar auf die Leistung, die sich aus der Vertragsanpassung ergibt (hier: Rückzahlung des Differenzbetrags von 100.000€); vgl. BGH NJW 2012, 373 (376). Die Anfechtung bietet insofern keinen Vorteil.