

## Die klassische Entscheidung

### Der Haakjöringsköd-Fall<sup>1</sup>

(RGZ 99, 147–149)

Von Wiss. Ass. Albrecht Cordes, M. A., Freiburg i. Br.

#### I. Problemstellung und Sachverhalt

Es gibt nicht viele norwegische Wörter, die Eingang in die deutsche Rechtsgeschichte gefunden haben, doch „Haakjöringsköd“ gehört sicher zu ihnen. Es heißt auf deutsch „Haifischfleisch“. Daß die Kaufvertrags- (und späteren Prozeß-)parteien dies nicht wußten, sondern übereinstimmend meinten, es bedeute „Walfischfleisch“, war der Auslöser für eine klassisch gewordene Reichsgerichtsentscheidung, denn geliefert wurde dann, wie es der Wortbedeutung, nicht jedoch dem Parteiwillen entsprach, Haifischfleisch.

Für den heutigen Studenten, vor allem für Anfangssemester, ist das Urteil aus dem Jahre 1920 aus zwei Gründen lehrreich: Zum einen stellt das Reichsgericht klar, daß für die Auslegung der Willenserklärungen allein der wirkliche Wille der Parteien entscheidend ist, wenn er sich nur deckt; die Tatsache, daß die gewählten Erklärungszeichen mißverständlich oder gar objektiv falsch sind, spielt dann keine Rolle mehr. Daher wurde hier das „Walfischfleisch“ zum Vertragsinhalt. Zum anderen entscheidet sich das Reichsgericht im Rahmen des § 459 Abs. 1 für den subjektiven Fehlerbegriff. „Der gelieferten Ware fehlte die Eigenschaft, Walfischfleisch zu sein“<sup>2</sup>, urteilt es und bejaht deshalb einen Sachmangel i. S. d. § 459 Abs. 1 — unabhängig von der Frage, ob das gelieferte Haifischfleisch von guter Qualität war.

Das Reichsgericht faßt den Sachverhalt folgendermaßen zusammen:

„Am 18. November 1916 verkaufte der Beklagte dem Kläger etwa 214 Faß Haakjöringsköd per Dampfer Jessica à 4,30 M per Kilo cif<sup>3</sup> Hamburg netto Kasse gegen Konnossement und Police. Ende November zahlte der Kläger dem Beklagten gegen Aushändigung der Dokumente den in den vorläufigen Fakturen berechneten Kaufpreis. Beim Eintreffen in Hamburg wurde die Ware von der Zentral-Einkaufsgesellschaft m. b. H. in Berlin beschlagnahmt und demnächst auch übernommen. Der Kläger machte geltend, die Ware sei ihm als Walfischfleisch verkauft worden, während sie Haifischfleisch sei. Als Walfischfleisch würde sie der Beschlagnahme nicht unterlegen haben. Der Beklagte, der vertragswidrige Ware geliefert habe, müsse ihm deshalb den Unterschied zwischen dem Kaufpreis und dem von der Zentral-Einkaufsgesellschaft gezahlten, erheblich niedrigeren Übernahmepreis erstatten. Er klagte auf Zahlung von 47 515,90 M. Das Landgericht erklärte den Klaganspruch für dem Grunde nach gerechtfertigt. Es stellte fest, daß beide Teile beim Vertragschluß angenommen hätten, Haakjöringsköd sei Walfischfleisch, und folgerte daraus, daß der Kläger, weil der Beklagte Haifischfleisch geliefert habe, den gezahlten Kaufpreis abzüglich des von der Zentral-Einkaufsgesellschaft empfangenen Übernahmepreises zurückfordern könne. Das

Oberlandesgericht wies die Berufung des Beklagten zurück, führte jedoch aus, daß der Klaganspruch seine Rechtfertigung nicht in den §§ 459, 467 BGB, sondern in den §§ 434, 440, 325, 327 das. finde. Die Revision hatte keinen Erfolg.“

Aus dem Zusammenhang der Begründung ergibt sich zudem, daß die Jessica sich zur Zeit des Vertragsschlusses noch auf hoher See befand und daß der Kaufvertrag sich auf ganz konkrete, auf der Jessica verladene Fässer bezog, die eben „Haakjöringsköd“ enthielten; dies ist für die Abgrenzung zwischen Stück- und Gattungsschuld von Bedeutung. Der klagende Käufer obsiegte in allen drei Instanzen.

#### II. Historischer Hintergrund

Erst der zeitgeschichtliche und der verwaltungsrechtliche Hintergrund machen verständlich, warum der Unterschied zwischen den beiden Fleischsorten so bedeutsam war. Der Vertrag wurde im November 1916 geschlossen, der dritte Winter des 1. Weltkriegs stand bevor. Während man im Deutschen Reich im Sommer 1914 noch allgemein einen raschen, strahlenden Sieg erwartet hatte, war mittlerweile längst Ernüchterung eingetreten. Der Kriegsalltag war zu verwalten, die Versorgungslage verschlechterte sich von Jahr zu Jahr. Obwohl der schlimmste Hunger — im Winter 1917/18 — noch bevorstand, finden sich schon im Reichsgesetzblatt (RGBl.) des Jahres 1916 die zahlreichen Mangelwaren und die Versuche, sie gerecht zu verteilen. Gegenüber dem Gesetzesband von 1914 auf den dreifachen Umfang angeschwollen, steht es ganz im Zeichen der Kriegswirtschaft<sup>4</sup>. Selbstverständlich unterlag alles, was Belange der Rüstungsindustrie betraf, vor allem Importförderung und Exportbeschränkung aller ein-

<sup>1</sup> Mein herzlicher Dank gilt Herrn Dr. *Karlheinz Muscheler* für eine Reihe von wertvollen Anregungen und Frau *Heike Hetterich* für ihre Geduld bei der Anfertigung des Manuskripts.

<sup>2</sup> RGZ 99, 148.

<sup>3</sup> Cif ist eine häufig verwendete Klausel beim Überseekauf, nach der der Verkäufer cost, insurance and freight, also die Verladungs-, Versicherungs- und Frachtkosten zu tragen hat. Gegenbegriff: fob; hier liefert der Verkäufer die Ware nur „free on board“.

<sup>4</sup> Beispiele finden sich, wenn man die RGBl. der Jahre 1915–18 an beliebigen Stellen aufschlägt. Aber auch die klassischen Kernbereiche des Rechts wurden zunehmend vom Krieg beeinflusst. Zum Strafrecht *Naucke*, *Rechtshistorisches Journal* 9 (1990), 330–342. Für das Zivilrecht könnte man u. a. auf die Verlängerungen von Zahlungsfristen für vom Krieg Betroffene, die erheblichen Vereinfachungen im Prozeßrecht und vieles anderes hinweisen. Siehe auch unten Fn. 8.

schlägigen Rohstoffe und Produkte, einer strengen Aufsicht. Aber vor allem die Versorgung der Bevölkerung mit Kleidung und Nahrungsmitteln wurde in zahllosen Verordnungen und Ausführungsbestimmungen bis ins letzte Detail geregelt.

Die Vorschriften, die unseren Fall betreffen, sind ein typisches Beispiel für die Kompetenzverlagerungen und die zunehmende Regelungsdichte. Bereits am 4. August 1914, unmittelbar nach den Kriegserklärungen, hatte der Reichstag den Bundesrat zu allen „zur Abhilfe wirtschaftlicher Schädigungen“ notwendigen Maßnahmen ermächtigt und ihm damit in der Wirtschaftspolitik freie Hand gegeben<sup>5</sup>. Aufgrund dieses Gesetzes statuierte der Bundesrat dann durch eine Verordnung vom 17. Januar 1916 die Pflicht, importierte Salzheringe an die Zentral-Einkaufsgesellschaft mbH in Berlin zu liefern<sup>6</sup>. Am 4. April ermächtigte der Bundesrat dann in einer Art Unter-Bevollmächtigung den Reichskanzler, diese Bestimmung auszuweiten, womit die Normsetzungskompetenz in die Hände der Exekutive gelangt war. Der Reichskanzler machte hiervon am folgenden Tage Gebrauch; die Lieferungspflicht galt nun für alle Salz- und Klippfische<sup>7</sup> sowie für Fischrogen, zugleich ergingen Ausführungsbestimmungen, nach denen die Einkaufsgesellschaft mit Zugang ihrer Übernahmeerklärung automatisch Eigentum erlangte und zudem einseitig den Übernahmepreis festsetzte<sup>8</sup>. Ende September wurde diese Regelung dann auf alle Fische außer Frischfisch ausgedehnt<sup>9</sup>; am 13. November schließlich, fünf Tage vor Abschluß des umstrittenen Vertrags über das „Haakjöringsköd“, wurde auch frischer Fisch noch diesen Maßnahmen unterworfen<sup>10</sup>.

Von diesem Moment an gab es also für freien Fischimport keinen Spielraum mehr. Um so interessanter und gewinnträchtiger mußte der Handel mit Waren sein, die nicht von diesem engmaschigen Netz von Vorschriften erfaßt wurden. Für Fleisch bestand zwar eine noch strengere Reglementierung; der Verbrauch von Fleisch wurde ab Oktober 1916 durch Fleischkarten beschränkt<sup>11</sup>. Doch Wale, die ja bekanntlich keine Fische, sondern Säugetiere sind<sup>12</sup>, waren in den entscheidenden Katalogen nicht aufgeführt<sup>13</sup>. Mit dem exotisch anmutenden Produkt Walffleisch hatten die Parteien daher eines der wenigen Nahrungsmittel ins Auge gefaßt, für das es noch einen freien Markt gab. Daß der Einkaufspreis stolze 4,30 RM pro Kilo betrug und daß der Übernahmepreis, den die Einkaufsgesellschaft dann zahlte, erheblich niedriger lag als der Kaufpreis, verwundert vor diesem Hintergrund nicht<sup>14</sup>. Unter den Bedingungen der Kriegswirtschaft wurde also der biologische Unterschied zwischen Haien und Walen auch zu einem juristisch höchst bedeutsamen Kriterium.

### III. Die Feststellung des Vertragsinhalts — *falsa demonstratio non nocet*

#### 1. Formlos gültige Verträge

Zwei Personen schließen einen Vertrag, in dem sie den Kaufgegenstand mit dem norwegischen Wort für Haifischfleisch bezeichnen, doch zustande kommt ein Vertrag über Walffleisch. Den Laien oder den juristischen Anfänger mag dies noch verwundern, doch schon im ersten Semester lernt man überzeugende Gründe für dieses Ergebnis kennen. Es ergibt sich aus dem Prinzip der Privatautonomie; die Rechtssubjekte sind Herren ihrer eigenen Interessen, und wenn sie mit einem bestimmten Ausdruck übereinstimmend etwas Bestimmtes meinen, gibt es keinen Anlaß für Dritte, sie auf einen anderen Inhalt festzulegen — auch dann nicht, wenn dieser andere Inhalt dem gewählten Ausdruck besser entspricht. Auch der Wortlaut des § 133 spricht für dieses Ergebnis. Statt am „buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften“, soll der „wirkliche Wille“ des Erklärenden entscheidend sein. Genau auf diese Weise ging das Reichsgericht ja bei der Auslegung der Vereinbarung über „Haakjöringsköd“ vor.

Braucht man bei diesem klaren Ergebnis überhaupt noch das Rechtssprichwort *falsa demonstratio non nocet*<sup>15</sup> — „Falschbezeichnung schadet nicht“? In praktisch allen Lehrbüchern zum allgemeinen Teil des BGB wird unser Fall als Schulbeispiel für die *falsa demonstratio* genannt<sup>16</sup>. Die Erklärung für diese scheinbare Überflüssigkeit ergibt sich aus der Interpretation, die § 133 für empfangsbedürftige Willenserklärungen erfährt und die weit über seinen Wortlaut hinausgeht — um nicht zu sagen: ihn in sein Gegenteil verkehrt. Nicht der wirkliche Wille, sondern das, was der Empfänger verstand oder objektiv verstehen mußte, ist normalerweise Anknüpfungspunkt für die Auslegung von Willenserklärungen. Die Auslegung erfolgt also im Interesse des Vertrauensschutzes aus dem objektivierten Empfängerhorizont. Daß trotz des Wortlauts von § 133 nur dieses Ergebnis in den Zusammenhang der Rechtsgeschäftslehre paßt<sup>17</sup>, ergibt sich schon aus der Existenz der Anfechtungsmöglichkeit wegen Irrtums nach §§ 119, 120. Wenn es wirklich nur auf den (inneren) Willen ankäme, wäre dafür kein Bedarf; selbst bei Irrtümern bei der Wahl des Erklärungszeichens wäre ja das wirklich Gemeinte auch erklärt. Wenn beispielsweise K für 450,— DM von V kaufen will, aber versehentlich die Ziffern vertauscht und „540,— DM“ schreibt, hätte er dann doch nur 450,— DM angeboten. Dies trifft nicht zu. Wenn V den Irrtum des K nicht erkannte und auch nicht erkennen konnte, ergibt die Auslegung (trotz § 133), daß K „540,— DM“ erklärt hat. Als nächster Prüfungspunkt in einer Klausur (Auslegung vor Anfechtung!) ergäbe sich, daß K einem Erklärungsirrtum, § 119 Abs. 1 1. Fall, erlegen ist und deshalb seine Willenserklärung anfechten kann. Damit ist zugleich gesagt, daß der Satz *falsa demonstratio non nocet* in dieser Allgemeinheit nicht zutrifft: Dem K schadet die „Falschbezeichnung“ seines wirk-

<sup>5</sup> § 3 des Gesetzes über die Ermächtigung... vom 4. August 1914; RGBl. 1914, 327 f; also ein frühes Beispiel für ein Ermächtigungsgesetz. Lediglich einen Informationsanspruch und das Recht der Aufhebung jener Maßnahmen ex nunc hatte sich der Reichstag vorbehalten.

<sup>6</sup> RGBl. 1916, 45.

<sup>7</sup> Darunter versteht man gesalzenen, getrockneten Dorsch.

<sup>8</sup> RGBl. 1916, 234 bzw. 237 u. 238—240. Damit war auch für diesen Wirtschaftsbereich das BGB weitgehend außer Kraft gesetzt.

<sup>9</sup> Ebda., 1135.

<sup>10</sup> Ebda., 1265—1267. Vielleicht kam es dem Reichsgericht daher bei der Schilderung des Sachverhalts auf das genaue Datum des Vertrages an. Es ging damals freilich nicht um frischen, sondern in Fässern verladenen, also wohl gesalzenen Fisch.

<sup>11</sup> Verordnung und Ausführungsbestimmungen vom 21. August 1916, RGBl. 941—948.

<sup>12</sup> Dies übersieht *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 329.

<sup>13</sup> Nur Rinder, Schafe, Schweine, Hühner und Wild waren erfaßt, ebda. 941. Unter den Futter- und Düngemitteln wurde auch „Walffischmehl“ angeführt, ebda. 70, doch das Walffleisch selbst nicht.

<sup>14</sup> Es ist ja eigentlich befremdlich, daß die Parteien zur Bezeichnung der Ware ein so ausgefallenes ausländisches Wort benutzten. Doch vor dem geschilderten Hintergrund ist es durchaus erklärbar: es sieht wie ein Versuch aus, den Gegenstand des Kaufes vor den Behörden zu verheimlichen.

<sup>15</sup> Dieser Satz hatte ursprünglich einen sehr viel engeren Anwendungsbereich. Er bezog sich nur auf absichtlich falsche Zusätze bei der testamentarischen Aussetzung eines Vermächtnisses für eine Person, insbesondere die Ehefrau des Erblassers. Wenn es im Testament beispielsweise hieß: „Ich vermache meiner Frau dieses und jenes Landgut, das sie mir als Mitgift mit in die Ehe gebracht hat.“, so war dieses Vermächtnis auch wirksam, wenn der Ehemann das Landgut auf andere Weise erworben hatte. *Falsa demonstratio non nocet* gehört also eigentlich in den Rahmen der *favor uxoris* im Erbrecht, also der Auslegung von Testamenten zugunsten der Ehefrau. Vgl. dazu und zur Ausweitung des Anwendungsbereichs im 19. Jahrhundert Wieling, ZRG. RA 87 (1970), 197—246, oder kürzer ders., JZ 1983, 761.

<sup>16</sup> *Larenz* § 19 II a; *Medicus* Rdn. 327; *Rüthers* Rdn. 243; *Brox* Rdn. 131; *Köhler* § 16 IV 3; *Pawlowski* Rdn. 432.

<sup>17</sup> Als Lernhilfe sei deshalb empfohlen, sich bei § 133 statt „der wirkliche Wille“ die Formulierung „der wirklich erklärte Wille“ zu merken.

lich gemeinten Angebots sehr wohl; ihm droht jetzt die Schadensersatzpflicht aus § 122.

Für die oben gestellte Frage, ob denn diese Regel überhaupt nötig ist, bleiben daher nur die Fälle, in denen der Empfänger die Willenserklärung trotz der objektiven Falschbezeichnung richtig verstanden hat bzw. richtig verstehen mußte. Die Antwort lautet „ja“, wenn man von der Auslegung aus dem objektivierten Empfängerhorizont als Regelfall ausgeht<sup>18</sup>. Das Wort von der *falsa demonstratio* weist dann auf den umgekehrten Fall hin, bei dem es nicht auf den objektiv erklärten Willen ankommt: Wenn der Empfänger die Erklärung so verstanden hat, wie sie gemeint war, benötigt er keinen Vertrauensschutz. Dann kommt es auf die falsche Bezeichnung nicht an. „Keine sonderlich aufregende Erkenntnis“ findet *Wieling* das<sup>19</sup>. Man mag darüber streiten — immerhin bringt es eine wichtige Regel für die Auslegung von Willenserklärungen zum Ausdruck, und das ist sicherlich nicht ganz trivial. Immerhin hatte sich noch das OLG Hamburg in der Vorinstanz auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt, „daß, was verkauft gewesen, nämlich Haakjöringsköd, auch geliefert worden sei“, also der objektiven Auslegung den Vorrang gegeben<sup>20</sup>. Zu den Konsequenzen, die sich aus diesem Standpunkt ergeben, äußert sich das Reichsgericht im letzten Absatz seiner Entscheidung. Daher soll auch hier (unten bei V.) in einem Exkurs diese Frage behandelt werden.

An anderer Stelle geht *Wieling* noch einen Schritt weiter und nimmt die Fälle der übereinstimmenden Falschbezeichnung, insbesondere den Haakjöringsköd-Fall aus dem Anwendungsbereich der *falsa-demonstratio*-Regel heraus, da hier schon die Umstände zu dem Ergebnis führten, daß das Gemeinte auch erklärt sei; für solche Selbstverständlichkeiten erübrige sich ein Rechtsspruchwort<sup>21</sup>. Danach blieben nur noch die Fälle übrig, in denen der Empfänger unabhängig vom Erklärenden dem gleichen Irrtum unterliegt oder aber den Irrtum bemerkt und das wirkliche Gewollte erkennt. Doch das geht zu weit. Abgesehen davon, daß das Reichsgericht über Vorverhandlungen, auf die *Wieling* zwecks Auslegung Bezug nimmt, nichts berichtet und daß das Urteil durch die Verweisung auf die Entscheidung RGZ 61, 265 sehr wohl die *falsa-demonstratio*-Regel zur Lösung heranzieht<sup>22</sup>, ist vor allem *Wielings* Vorstellung von der Funktion eines Rechtsspruchworts zu widersprechen. Daß dem fortgeschrittenen Juristen gewisse Umstände selbstverständlich sind, spricht nicht dagegen, sie in einem eingängigen Merksatz zu kondensieren. Im Gegenteil — gerade dem Anfänger ist durchaus zu empfehlen, gewisse Orientierungspflöcke in den für ihn noch unbekanntem Sumpf des Zivilrechts einzuschlagen, indem er sich Regeln wie „Auslegung vor Anfechtung“, „*do ut des*“ oder eben auch „*falsa demonstratio non nocet*“ aneignet. In diesem Sinne hat der alte Reichsgerichtsfall mit dem einprägsamen Gegenstand „Haakjöringsköd“ auch heute noch eine pädagogische Aufgabe zu erfüllen.

## 2. Exkurs: Notariell beurkundete Verträge

In einem anderen, wichtigeren Punkt ist *Wieling* jedoch zuzustimmen. *Falsa demonstratio non nocet* ist ein mögliches Ergebnis, zu dem man aufgrund der Anwendung allgemeiner Prinzipien, also von Rechtssätzen, kommt<sup>23</sup>. Das Zitieren dieses Satzes ist deshalb kein Ersatz für eine Argumentation, die zu diesem Ergebnis führt. *Falsa demonstratio* ist ein Rechtsspruchwort, kein Rechtssatz<sup>24</sup>. Dieser Umstand wird wichtig bei dem Streit über die Falschbezeichnung bei notariellen Verträgen. Soll, wenn nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien die Grundstücke mit den Flurstück-Nrn. 30, 31 und 32 verkauft werden sollen, aber aufgrund eines Fehlers in dem notariellen Vertrag nur Nr. 31 und Nr. 32 erwähnt sind, auch das Grundstück Nr. 30 verkauft sein<sup>25</sup>? Soll

eine notarielle Verpflichtung eines Gesamtschuldners A, eine Grundschuld allein zu bedienen, bis sie erloschen ist, wirksam sein, obwohl durch das Zeugnis des Notars feststeht, daß die Vereinbarung sich nur auf eine bestimmte Zeit beziehen sollte (nämlich solange der andere Gesamtschuldner B Unterhaltsansprüche gegen A hat)<sup>26</sup>? In diesen Konflikten zwischen Parteiautonomie und Rechtssicherheit hat sich der BGH (unter Aufhebung des jeweiligen Urteils der zweiten Instanz) für die Verwirklichung des Parteiwillens entschieden. Für den Fall der Falschbezeichnung der Parzellen entspricht das der ganz herrschenden Meinung, allein *Wieling* will — mit beachtlichen Gründen — die Rechtssicherheit höher stellen. Der zweite Fall ist in der Literatur noch nicht kommentiert worden. Für die Lösung ist es wichtig, zwei Fragen genau auseinanderzuhalten: 1. Liegen zwei übereinstimmende Willenserklärungen vor? 2. Sind diese Willenserklärungen formwirksam abgegeben worden? Nur für die 1. Frage hilft der *falsa-demonstratio*-Satz weiter: Obwohl sie objektiv etwas anderes erklärt haben, wußte doch jeder, was der andere meinte. Die tatsächlich gemeinten Willenserklärungen sind daher abgegeben worden; sie decken sich auch. Für die 2. Frage ist damit aber noch nichts gewonnen. Ob eine Formpflicht nach § 313 besteht und ob ihr genügt ist, wenn nicht der ganze Inhalt des Vertrags beurkundet ist, ist anhand der verschiedenen Formzwecke zu beurteilen; die herrschende Meinung fragt vor allem danach, ob der nicht beurkundete Teil in dem beurkundeten Teil *angedeutet* ist, daher „Andeutungstheorie“<sup>27</sup>. Die oben genannte BGH-Entscheidung von 1987 erweist sich schon deshalb als richtig, weil für diesen Vertrag keine Formpflicht bestand. Über all das sagt das Rechtsspruchwort von der *falsa demonstratio* nichts aus, denn erstens bezieht es sich auf die Auslegung, nicht aber auf die Formpflicht von Willenserklärungen, und zweitens ist es eben kein Rechtssatz, sondern nur ein Rechtsspruchwort.

## IV. Der Fehlerbegriff des Reichsgerichts

Welche Folgen soll es nun haben, daß der Verkäufer Walfleisch schuldete, aber Haifischfleisch lieferte? Etwas umständlich, aber präziser gestellt muß die Frage lauten: Welche Folgen soll es haben, daß der Verkäufer nach dem Kaufvertrag die Übereignung von 214 konkret bestimmten, mit Walfleisch gefüllten Fässern schuldete, diese Schuld aber

<sup>18</sup> Ein logischer Vorrang der objektivierten Auslegung i. S. eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses ist kaum zu begründen. Es handelt sich vielmehr um eine wertende Betrachtung, wann das Vertrauen des Adressaten schützenswert ist. „Regelfall“ ist daher nur von der Häufigkeit der Fälle, also sozusagen statistisch gemeint.

<sup>19</sup> JZ 1983, 761.

<sup>20</sup> Nach RGZ 99, 148. Daß das OLG dieser Ansicht ist, ergibt sich auch aus dem Zusammenhang des letzten Absatzes der Entscheidung, s. u. V.

<sup>21</sup> JUP 1979, 525.

<sup>22</sup> RGZ 99, 148. Anders *Wieling*, AcP 172 (1972), 298, Fn. 4.

<sup>23</sup> Auf die überzeugende und lesenswerte Begründung hierfür bei *Wieling*, JUP 1979, 526 f., sei verwiesen.

<sup>24</sup> Dies ist eine Falle, die manche solcher populären Merksätze enthalten. Ein weiteres Beispiel sei genannt: Daß eine bestimmte Frage so und so zu lösen sei, „da das Anwartschaftsrecht im Vergleich zum Vollrecht ein *wesensgleiches Minus* darstelle“, ist ein Scheinargument: Einen solchen Rechtssatz gibt es nicht. Nur umgekehrt kann eine juristische Prüfung und Interessenabwägung dazu führen, daß man den Inhaber einer Anwartschaft schon wie den Vollrechtsinhaber behandelt, so daß der zitierte Satz das Ergebnis, nicht aber die Voraussetzung einer juristischen Prüfung ist.

<sup>25</sup> So der Sachverhalt einer BGH-Entscheidung von 1983, BGHZ 87, 150 = JZ 1983, 759. Das oben, Fn. 19, genannte Zitat von *Wieling*, JZ 1983, 761 ist eine kritische Besprechung dieser Entscheidung, zustimmend hingegen der unmittelbar anschließende Beitrag von *Ludwig*.

<sup>26</sup> BGH NJW-RR 1987, 1284.

<sup>27</sup> *Medicus*, Allgemeiner Teil Rdn. 328–330.

mit Fässern voller Haifischfleisch erfüllen wollte? Die konkrete Bestimmung der geschuldeten Fässer zwingt zu dem Schluß, daß eine Stückschuld vereinbart war. Vier verschiedene Lösungswege sind denkbar: Anfechtung des Vertrags nach § 119 Abs. 2 durch den Käufer, Nichtigkeit des Vertrags wegen anfänglicher Unmöglichkeit i. S. d. § 306, Fehlen der (subjektiven) Geschäftsgrundlage, Wandelung durch den Käufer nach §§ 462, 459; fünftens wäre schließlich möglich, dem Käufer alle diese Wege zu versagen und es bei der erfolgten Vertragsabwicklung zu belassen. Die ersten vier Wege stehen aber nicht gleichberechtigt nebeneinander, sondern wegen ihrer jeweiligen Rechtsfolgen in einer bestimmten systematischen Stufenfolge. Als erstes ist die Lösung über § 306 zu diskutieren, denn nach ihr hätte nie ein wirksamer Vertrag, aus dem sich Folgeansprüche ergeben könnten, bestanden. Danach sind die Regeln über die Sachmängelgewährleistung zu untersuchen, denn sie gehen als speziellere Normen der Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtrums nach § 119 Abs. 2 vor. Die Prüfung schließlich, ob die Geschäftsgrundlage fehlt, ist gegenüber allen geschriebenen Normen subsidiär.

### 1. Anfängliche Unmöglichkeit?

Die Lösung über § 306 ist ein Vorschlag von *Medicus*<sup>28</sup>. Sie umgeht einerseits die viel gescholtene kurze Verjährung des § 477, vermeidet andererseits die Schadensersatzpflicht des Käufers aus § 122, wenn dieser erst anfechten muß, um den Vertrag zu beseitigen. Die pointierte Formulierung: „Das einzig erfüllungstaugliche Walfischfleisch kann aus diesem Dampfer eben nicht geliefert werden“ erscheint auf den ersten Blick bestechend plausibel. Ob etwas erfüllungstauglich ist, soll sich analog zu § 378 HGB aus der Genehmigungsfähigkeit ergeben, und die lag hier sicher nicht vor, da nur Haifischfleisch von der Beschlagnahme bedroht war. *Medicus* will also diese Lösung, die beim Gattungskauf für die Abgrenzung „Erfüllungs- oder Gewährleistungsanspruch?“ eine beachtliche Anhängerschaft hat, auch auf den Stückkauf übertragen. Hier ergibt sich daraus aber eine andere Konsequenz! Während der Gläubiger beim Gattungskauf einen Erfüllungsanspruch behält, solange die Gattung nur noch existiert, § 279, kommt es hier über § 306 zur Nichtigkeit und Rückabwicklung über §§ 812 ff. Von der Interessenlage des Käufers her sind die Ergebnisse also nicht vergleichbar. Auch daß der Verkäufer aus seiner — verschuldensunabhängigen! — Sachmängelhaftung gerade dann entlassen werden soll, wenn die Beschaffenheit der gelieferten Sache besonders weit von der vertragsgemäßen Beschaffenheit abweicht, ist kaum überzeugend<sup>29</sup>. Aus einem etwas anderen Blickwinkel, nämlich aus Sicht des § 306, kritisiert auch *Arp*<sup>30</sup> die Lösung von *Medicus*: Diese Vorschrift soll Verträge erfassen, die keinen tauglichen Gegenstand haben, sondern von vornherein sinn- und zwecklos sind. Doch dieses Urteil ist hier nicht gerechtfertigt, da der vorgesehene Warenaustausch durchaus sinnvoll war. Lediglich aufgrund von Verkäuferinteressen war die Schuld hier auf jene 214 Fässer konkretisiert worden. Da sie zum Zeitpunkt des Kaufvertragschlusses noch im Eigentum des Verkäufers bzw. dessen Lieferanten standen, ist die Ursache der Leistungstörung in der Sphäre des Verkäufers angesiedelt. Diesen Gesichtspunkten wird die Lösung über § 306 nicht gerecht. Die besseren Gründe sprechen daher für die Annahme eines wirksamen Vertragschlusses.

### 2. Wandelung nach §§ 459 Abs. 1, 462?

Somit stellt sich die Frage, ob der Käufer nach § 462 wandeln kann. Dazu müßte hier ein Fehler i. S. d. § 459 Abs. 1 vorliegen, denn für die Annahme einer Zusicherung (§ 459 Abs. 2) reichen die Indizien nicht aus<sup>31</sup>. Das Reichsgericht

bejaht dies mit der eingangs zitierten, etwas lakonisch klingenden Bemerkung: „der gelieferten Ware fehlte die Eigenschaft, Walfischfleisch zu sein, (und das) war ... so wesentlich, daß ihr Fehlen einen Sachmangel i. S. d. § 459 Abs. 1 darstellte.“ An der Terminologie dieser Begründung fällt auf, daß das Reichsgericht den zentralen Begriff des § 459 Abs. 1, „Fehler“, vermeidet und statt dessen (in Auseinandersetzung mit der Vorinstanz, die die Anfechtung zulassen wollte) die Kriterien des § 119 Abs. 2, „wesentlich“ und „Eigenschaft“ heranzieht. Dies soll also die Geburtsstunde des subjektiven Fehlerbegriffs sein? Sicherlich — nur nach ihm liegt hier ein Fehler vor, denn vom Standpunkt des objektiven Fehlerbegriffs muß die Frage lauten (und verneint werden), ob die gelieferte Ware im Vergleich zum Standard der Gattung „Haifischfleisch“ von minderer Qualität war. Doch von den üblichen Elementen der Definition für die subjektiven Fehlerbegriffe, etwa: „jede Abweichung der tatsächlichen (Ist-)Beschaffenheit von der geschuldeten (Soll-)Beschaffenheit zum Nachteil des Käufers“, fehlt in RGZ 99, 147 ff jede Spur. Das ist um so bemerkenswerter, als der gleiche Senat des Reichsgerichts weniger als ein halbes Jahr zuvor einen anderen bekannten Schulfall zum Fehler beim Spezieskauf noch ganz im Sinne des objektiven Fehlerbegriffs entschieden hatte. Dort heißt es: „Unter Fehler i. S. d. § 459 ist ein Abweichen von der normalen Beschaffenheit zu verstehen ...“ und weiter sehr prägnant: „Verfehlt wäre es, eine Orchestergeige als eine fehlerhafte Sologeige zu kennzeichnen“<sup>32</sup>. Mit dieser Begründung wurde das Wandelungsbegehren des klagenden Käufers abgewiesen. (Dazu, daß ihm auch die Anfechtung nach § 119 Abs. 2 verwehrt wurde, sogleich.) Was hätte also näher gelegen, als hier nun zu urteilen: „Verfehlt wäre es, Haifischfleisch als fehlerhaftes Walfischfleisch zu kennzeichnen“? Die beiden Entscheidungen sind nicht miteinander vereinbar, ohne daß dies in dem späteren Urteil ausgesprochen wurde; ob eine bewußte Abweichung vorliegt, muß offenbleiben. Der Hintergrund für diese gegensätzlichen Entscheidungen liegt, so darf spekuliert werden, in Billigkeitserwägungen, die nur am Rande angedeutet sind. Beim Haifischfleisch-Fall war dem Käufer jegliche Möglichkeit genommen, die Ware, die sich ja noch auf hoher See befand, näher anzusehen; beim Geigenfall hingegen hatte der Käufer vergeblich vom Verkäufer eine Gewähr dafür verlangt, daß die Geigen den verlangten Preis auch wert wären, und dann trotzdem sozusagen sehenden Auges den Kaufvertrag geschlossen<sup>33</sup>.

Trotz dieser Unzulänglichkeiten in der Begründung hat sich der subjektive Fehlerbegriff des Haakjöringsköd-Falls inzwischen weitgehend durchgesetzt. Vor allem *Knöpfle* kämpft noch dagegen an<sup>34</sup>, indem er auch § 459 Abs. 2 in die Auseinandersetzung einbezieht. Dort soll die Haftung für alle Beschaffenheitsangaben des Verkäufers geregelt sein, also alles Vertragsspezifische. Auch unser Fall wäre nach § 459 Abs. 2 zu entscheiden: Der Klage ist stattzugeben, wenn eine verbindliche Beschaffenheitsangabe vorliegt. Das ist nach dem mitgeteilten Sachverhalt offen. Als Fehler i. S. d. § 459 Abs. 1

<sup>28</sup> Bürgerliches Recht Rdn. 333/4.

<sup>29</sup> Ähnlich *Flume*, Eigenschaftsirrtrum und Kauf (2. Aufl. 1975), 114.

<sup>30</sup> Anfängliche Unmöglichkeit (1988), 172 f.

<sup>31</sup> Ganz fern lag dieser Weg anscheinend nicht, denn das Reichsgericht formuliert auf S. 148: „Wenn diese Eigenschaft auch vielleicht nicht ... zugesichert (war) ...“ Auch nach *Knöpfles* weitem Verständnis des § 459 Abs. 2 (er soll alle Beschaffenheitsangaben erfassen, Nachweise s. Fn. 34) läge hier eine Zusicherung vor.

<sup>32</sup> 2. Senat, Urteil vom 13. Januar 1920, RGZ 97, 351, 352.

<sup>33</sup> RGZ 97, 352 a. E.

<sup>34</sup> JZ 1978, 121 u. 1979, 11; AcP 180 (1980), 462 und vor allem: Der Fehler beim Kauf (1989), 349; zum Haakjöringsköd-Fall ebda. 345 f.

blieben danach nur die Fälle von minderer Qualität innerhalb einer Gattung übrig. Diese Lösung kann den Vorteil großer begrifflicher Klarheit für sich in Anspruch nehmen. Zudem wird so dem § 459 Abs. 2 auf der Tatbestandsseite wieder ein eigenes Profil gegeben, denn nach der herrschenden Meinung liegt im Falle der fehlenden zugesicherten Eigenschaft zumeist auch ein Fehler i. S. d. § 459 Abs. 1 vor. Daß dies zu einer erheblichen Ausweitung der Schadensersatzpflicht nach § 463 führt, nimmt *Knöpfle* in Kauf<sup>35</sup>, hinzuzufügen ist, daß die Anwendungsfälle des § 476 sowie des § 11 Nr. 11 AGBG infolgedessen ebenfalls beträchtlich zunehmen würden. Doch diese Ausdehnung der Verkäuferpflichten gerade für die Fälle, in denen keine Garantie für eine bestimmte Beschaffenheit übernommen werden soll, erscheint kaum billig. Daß von den Anforderungen an eine Zusicherung nicht viel übrig bleibt und daß weiterhin die zweite, subjektive Variante des § 459 Abs. 1, Minderung der „Tauglichkeit zu dem ... nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch“ leerläuft<sup>36</sup>, kommt hinzu. Schließlich ist noch *Medicus'* Argument anzuführen, daß der Rekurs auf Gattungen im Bereich des Stückkaufs sachfremd ist, denn der Kaufvertrag gibt hier gerade keine Anhaltspunkte für die Bestimmung der einschlägigen Gattung<sup>37</sup>. So sprechen die besseren Gründe letztlich für den subjektiven Fehlerbegriff der herrschenden Meinung. Von ihrem Standpunkt aus ist nun noch gem. § 459 Abs. 1 S. 2 die Frage zu prüfen und zu verneinen, ob lediglich eine unerhebliche Minderung vorlag. Die Abwicklung erfolgt dann über §§ 462, 467, 346. Danach erhält der Käufer seinen Kaufpreis zurück. Von der Pflicht zur Rückgewähr des Fleisches, deren Erfüllung ihm unmöglich geworden ist, wird der Käufer nach §§ 350, 351 frei, da er die Beschlagnahme nicht zu vertreten hatte. Lediglich den von der Einkaufsgesellschaft erhaltenen Übernahmepreis muß der Käufer dem Verkäufer herausgeben; Rechtsgrundlage hierfür ist § 281.

### 3. Fehlen der Geschäftsgrundlage und Anfechtung

Der Weg zur Anfechtung nach § 119 Abs. 2 ist allenfalls für die Vertreter des objektiven Fehlerbegriffs gangbar; von *Knöpfles* Standpunkt aus müßte, wie gesagt, zuvor noch eine verbindliche Beschaffenheitsangabe verneint werden. Der Eigenschaftsirrtum läge darin, daß der Käufer sich vorstellt, die geschuldeten Fässer enthielten Walfleisch. Daß das Reichsgericht nicht nur in RGZ 99, 148, sondern auch schon zuvor in RGZ 97, 351 (Geigenfall), wo noch der objektive Fehlerbegriff angewandt wird, die Anfechtung nach § 119 Abs. 2 ablehnt, ist inkonsequent. Begründet wird es hier mit Konkurrenz Gesichtspunkten: dieser Weg sei neben den Gewährleistungsansprüchen überhaupt versagt. Doch in den folgenden beiden Absätzen lehnt das Reichsgericht die Existenz dieser Gewährleistungsansprüche ab und spricht so dem Käufer letztlich keines der in Anspruch genommenen Rechte zu. Der Hintergrund hierfür könnte sein, daß sich die Revisionsbegründung im Geigenfall nur noch auf den Weg über § 459 gestützt hatte. Richtig wäre es hingegen gewesen, von diesem Ergebnis aus (kein Fehler, keine Zusicherung) die Sperrwirkung der §§ 459 ff abzulehnen und die Prüfung des § 119 Abs. 2 zuzulassen.

Für den beiderseitigen Irrtum ergibt sich dabei die Streitfrage, ob demjenigen, dem das Geschäft nachteilig sein mag, die Anfechtung — mit der Schadensersatzfolge nach § 122 — aufgebürdet wird, obwohl sein Vertragspartner dem gleichen Irrtum erlegen war, oder ob sich eine gerechtere Lösung über die Regeln des Fehlens der Geschäftsgrundlage finden läßt<sup>38</sup>. *Medicus'* Argument, derjenige, dem Anfechtung und Rückabwicklung günstig sind, möge auch den Vertrauensschaden des Partners tragen, läßt sich kaum von der Hand weisen. Denn dieser vertraut ja genauso auf die Gültigkeit des Vertrages, als

wenn er sich nicht geirrt hätte. Derjenige, der sich zu seinem Nachteil irrt, hat eben die eigenen Angelegenheiten nicht sorgfältig genug behandelt<sup>39</sup>.

Aus diesem Ergebnis folgt rückblickend noch ein weiteres Argument dafür, dem Verkäufer hier letztlich den Schaden zuzuweisen, und damit auch ein Argument für den subjektiven Fehlerbegriff: Es lag hier kein Irrtum vor, von dem die beiden Parteien gleich weit entfernt waren, weil etwa die Sache offen auf dem Tisch lag oder sich in den Händen eines unbeteiligten Dritten befand. Vielmehr war die Dampferladung im Eigentum des Verkäufers bzw. seines Lieferanten; an ihm hätte es daher viel eher gelegen, den Irrtum zu bemerken und aufzuklären. Die Lösung über §§ 459 ff scheint daher sachgerechter als die Anfechtung nach § 119 Abs. 2.

Das Reichsgericht entscheidet sich also an beiden Schaltstellen des Falles, bei der Auslegung des Vertragsinhalts und bei der Bestimmung des Fehlerbegriffs, für einen subjektiven, die besonderen Umstände des Falles berücksichtigenden Lösungsweg und steht damit im Einklang mit der heute noch herrschenden und auch zutreffenden Meinung. Abschließend sei noch ein Blick auf die Lösung geworfen, zu der man vom Standpunkt des Oberlandesgerichts aus (Kaufgegenstand: Haifischfleisch) kommen mußte.

### V. Wie wäre es, wenn Haifischfleisch geschuldet wäre? (Die Lösung des Falls nach objektiver Auslegung)

Im letzten Absatz der veröffentlichten Gründe setzt sich das Reichsgericht in einem *obiter dictum*<sup>40</sup> noch mit einer anderen interessanten Frage auseinander: Wie wäre der Fall zu entscheiden, wenn man mit dem OLG Hamburg rein objektiv auslegt und so dazu kommt, daß Haifischfleisch geschuldet sei<sup>41</sup>? Zunächst ist dann an eine Anfechtung durch den Käufer zu denken. Als Anfechtungsgrund liegt eigentlich ein Inhaltsirrtum, § 119 Abs. 1 I. Fall nahe, da der Käufer sich nicht vorstellte, daß das von ihm verwendete Wort Haakjöringsköd aufgrund objektiver Auslegung zu dem Ergebnis Haifischfleisch führen würde, denn er dachte ja, es bedeute Walfleisch. OLG und Reichsgericht scheinen hingegen an eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 „wegen Irrtums über verkehrswesentliche Eigenschaften der verkauften Spezies“<sup>42</sup> zu denken. Das erscheint nur sinnvoll, wenn man unterstellt, der Käufer sei der irrigen Annahme gewesen, Haifischfleisch unterliege nicht der Beschlagnahme. Die Anfechtung würde zur Rückabwicklung nach § 812, 818 Abs. 1 führen. Hier war sie aber anscheinend wegen Versäumung der Frist des § 121 ausgeschlossen<sup>43</sup>. In RGZ 99, 147 ff findet sich daher das folgende nicht. Die bereicherungsrechtliche Abwicklung würde folgendermaßen aussehen: Der Käufer erhielte den Kaufpreis zurück, der Verkäufer das Surrogat, daß der Käufer für das beschlagnahmte Fleisch erhalten hat, also den Über-

<sup>35</sup> Der Fehler beim Kauf, 198.

<sup>36</sup> Schon in der oben zitierten objektiven Fehlerdefinition in RGZ 97, 352 wird dieser Teil des Gesetzeswortlauts unterschlagen.

<sup>37</sup> Bürgerliches Recht Rdn. 330.

<sup>38</sup> Die letztere Meinung vertritt *Larenz*, Allgemeiner Teil § 20 III; über § 119 Abs. 2 will u. a. *Medicus*, Bürgerliches Recht Rdn. 162, die Lösung suchen.

<sup>39</sup> Bis auf diese Schadensersatzpflicht des Anfechtenden kann das Ergebnis kaum unterschiedlich sein. Auch beim Fehlen der Geschäftsgrundlage wird man die ausgetauschte Leistung rückabwickeln müssen.

<sup>40</sup> So bezeichnet man Passagen in der Urteilsbegründung, die nicht entscheidungserheblich sind, sondern nur „nebenbei“ eingefügt werden.

<sup>41</sup> S. o. bei Fn. 20.

<sup>42</sup> RGZ 99, 148.

<sup>43</sup> RGZ 99, 148: „... hätte anfechten können“. Bekanntlich genügt zur Erklärung der Anfechtung die Rückforderung der erbrachten Leistung.

nahmepreis der Einkaufsgesellschaft<sup>44</sup>. Das wäre also das gleiche Ergebnis wie bei der Wandelung, doch aus zwei Richtungen droht dem Käufer hier Gefahr. Zum einen macht er sich als Anfechtender schadensersatzpflichtig nach § 122 — hier könnte man ihm jedoch helfen, indem man den Eintritt eines Vertrauensschadens verneint: Das Haifischfleisch wäre wohl in jedem Fall beschlagnahmt worden, auch wenn der Käufer den anfechtbaren Vertrag nicht abgeschlossen hätte. Zum anderen könnte es sein, daß der Verkäufer im Rahmen des § 818 Abs. 3 seine Gegenleistung mit dem Kaufpreis verrechnen darf. Dies ist das Verfahren, daß die Saldotheorie<sup>45</sup> vorsieht. Daß das Reichsgericht die Saldotheorie im Jahre 1920 vielleicht noch nicht angewendet hätte, mag dabei einmal unberücksichtigt bleiben. Es käme dann auf das Bewertungsproblem an: Wie hoch ist der Posten, den der Verkäufer für das gelieferte Haifischfleisch ansetzen darf? Da die Berücksichtigung eines Schwarzmarktpreises wegen § 134 ausgeschlossen ist — § 817 trägt diese Wartung auch ins Bereicherungsrecht hinein —, kann man wiederum nur von dem Übernahmepreis der Einkaufsgesellschaft ausgehen. Es bleibt also dabei: Auch nach Anfechtungs- und Bereicherungsrecht steht dem Käufer der eingeklagte Anspruch zu.

Bei verfristeter Anfechtung bleiben 2 Lösungsmöglichkeiten. Das OLG hat die Gefahr der Beschlagnahme des Haifischfleisches als Rechtsmangel i. S. d. § 434 angesehen und daher den Verkäufer nach §§ 440, 325, 327, 346 antragsgemäß

verurteilt. Das Reichsgericht deutete demgegenüber an, daß es eher der Revisionsbegründung des Verkäufers zuneigt, die von anfänglicher Unmöglichkeit ausgeht<sup>46</sup>, da die Ware von vornherein der Beschlagnahme unterlag, so daß der Vertrag auch ohne Anfechtung nichtig und nach §§ 812 ff rückabzuwickeln wäre — was hier wie gesagt ausnahmsweise zum gleichen Ergebnis führen würde wie die Rückgewähr nach §§ 325, 346. Die letztere Ansicht entspricht heutiger Anschauung: Öffentlich-rechtliche Beschränkungen aus Gründen des Gemeinwohls gelten nicht als Rechtsmängel. Obwohl die Einkaufsgesellschaft privatrechtlich, nämlich als GmbH organisiert war, hatte sie doch mit dem zwangsweisen Ankauf von Lebensmitteln eine wichtige staatliche Aufgabe zu erfüllen, und daß die bestmögliche „Volksversorgung“ mit Lebensmitteln im Interesse des Gemeinwohls lag<sup>47</sup>, war in den Kriegs- und Hungerjahren 1916—1918 selbstverständlich.

<sup>44</sup> Vgl. *Jauernig/Schlechtriem*, § 818 Anm. 4. Da ein Surrogat vorhanden ist, braucht man den Wertersatzanspruch nach § 818 Abs. 2 nicht heranzuziehen, ebda. Anm. 5 a.

<sup>45</sup> Sie entspricht ständiger Rechtsprechung, z. B. BGHZ 72, 254. Kritik u. a. bei MünchKomm./*Lieb*, § 818 Rdn. 88 ff.

<sup>46</sup> Diese Anwendung des § 306 ist nicht zu verwechseln mit der Lösung, die *Medicus* (oben IV 1) vorschlägt, daß nämlich Walfleisch geschuldet war, das statt dessen gelieferte Haifischfleisch aber nicht analog § 378 HGB genehmigungsfähig ist.

<sup>47</sup> RGZ 99, 149 unter Berufung auf RGZ „69“ (richtig: 96), 107.