

# Prof. Dr. Christian Rumpf

**Gutachten für das AG Biberach**

**Az.: 10 C 572/17**

**30.7.2018**

**(Schmuckkauf)**

Das Amtsgericht Biberach hat den Gutachter gem. Beweisbeschluss vom 22.2.2018 und Beschluss v. 18.6.2018 gebeten, zu folgenden Fragen Stellung zu nehmen:

1. Ob und unter welchen Voraussetzungen steht der Klägerin gegen die Beklagte nach materiellem türkischem Recht ein Anspruch auf den Restkaufpreis von 650,00 €, Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz, sowie Mahn- und Auskunftskosten und vorgerichtliche Anwaltskosten zu?
2. Ob und unter welchen Voraussetzungen steht der Beklagten nach materiellem türkischen Recht ein Anfechtungsrecht wegen vermeintlicher Nichtwertigkeit der verkauften Ohringe zu bzw. wegen arglistiger Täuschung/Betrug und/oder ob und unter welchen Voraussetzungen kann der Kaufvertrag wegen Sittenwidrigkeit/Wucher u.a. (vgl. § 138 BGB) nach materiellem türkischem Recht unwirksam sein?
3. Wie und unter welchen Voraussetzungen könnte sich die Beklagte ansonsten nach materiellem türkischen Recht vom Vertrag lösen (Widerrufsrecht, Rücktrittsrecht, ...)?
4. Ob und unter welchen Voraussetzungen hat die Beklagte gegen die Klägerin einen Anspruch auf Rückzahlung einer Anzahlung zzgl. 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz seit dem 09.08.2016 (Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses)?

## Inhalt

A.	Vorbemerkung .....	- 4 -
B.	Sachverhalt.....	- 4 -
C.	Internationales Privatrecht.....	- 5 -
D.	Türkisches Materielles Recht.....	- 5 -
I.	Rechtsquellen.....	- 5 -
II.	Zustandekommen des Kaufvertrages.....	- 6 -
1.	Allgemein.....	- 6 -
2.	Vertragspflichten.....	- 6 -
a)	Kaufgegenstand.....	- 6 -
b)	Eigentumsvorbehalt.....	- 6 -
c)	Kaufpreis.....	- 6 -
d)	Zug um Zug.....	- 7 -
III.	Gewährleistung.....	- 7 -
1.	Allgemein.....	- 7 -
2.	Begriff des Mangels.....	- 8 -
a)	Definition allgemein.....	- 8 -
b)	Zusicherung einer Eigenschaft.....	- 8 -
c)	Sonstige Abweichungen.....	- 9 -
d)	Erheblichkeit.....	- 10 -
3.	Rechtsfolgen bei Vorliegen eines Mangels.....	- 10 -
4.	Pflichten des Käufers.....	- 11 -
5.	Gewährleistungsrechte des Verbrauchers.....	- 11 -
a)	Grundsätze.....	- 11 -
b)	Mangel.....	- 11 -
c)	Zusicherung.....	- 12 -
d)	Pflichten des Verbrauchers.....	- 12 -
e)	Wahlrecht.....	- 12 -
f)	Abwicklungsfrist.....	- 13 -
g)	Wandelung.....	- 13 -
h)	Kosten der Rückabwicklung beim Verbraucher.....	- 13 -
i)	Schadensersatzpflicht.....	- 13 -
j)	Mehrere Gegenstände.....	- 13 -
6.	Der Garantieschein und seine Bedeutung.....	- 14 -
IV.	Anfechtung.....	- 14 -
1.	Allgemein.....	- 14 -
2.	Anfechtung wegen Irrtums.....	- 14 -
3.	Anfechtung wegen arglistiger Täuschung.....	- 15 -
4.	Anfechtung wegen Drohung.....	- 16 -
5.	Anfechtung wegen Wucher.....	- 16 -
6.	Anfechtungserklärung.....	- 18 -
7.	Ausschlussfrist ( <i>bak düşürücü süre</i> ).....	- 18 -
8.	Rechtsfolgen der Anfechtung.....	- 18 -
V.	Schadensersatz bei Rücktritt oder Anfechtung.....	- 19 -
VI.	Verzug.....	- 20 -
1.	Allgemein.....	- 20 -
2.	Schuldnerverzug.....	- 20 -
3.	Gläubigerverzug.....	- 21 -
4.	Verzugsschaden.....	- 22 -
a)	Verzugszinsen.....	- 22 -
b)	Sonstiger Verzugsschaden.....	- 23 -
5.	Mehrere Gegenstände.....	- 23 -
E.	Anwendung auf den Fall/Zusammenfassung.....	- 23 -

## Stellungnahme

### A. Vorbemerkung

#### Abkürzungen:

E. (Esas – Rechtssache); GrZS (Großer Zivilsenat des Kassationshofs); IBD (Istanbul Barosu Dergisi – Zeitschrift der Rechtsanwaltskammer Istanbul); K. (Karar – Entscheidung); MÜHF-HAD (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi – Zeitschrift der JurFak der Marmara-Universität); OGB (Obligationengesetzbuch); mwN (mit weiteren Nachweisen); RG (Resmî Gazete – Amtsblatt); RVOMG (Rechtsverordnung mit Gesetzeskraft); VerbrSchG (türk. Verbraucherschutzgesetz); ZS (Zivilsenat des Kassationshofs).

#### Literatur:

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Schuldrecht Allgemeiner Teil), 16. Aufl., Ankara 2014; Ertaş, Şeref: Eşya Hukuku (Sachenrecht), 8. Aufl., Ankara 2008; Kocabaş, Gediz: Aşırı Yararlanmanın Şartları ve Aşırı Yararlanmaya Bağlanan Hukuki Sonuçlar (Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Wuchers), MÜHF-HAD 20 (2014) 2, S. 105 ff.; Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Schuldrecht Allgemeiner Teil I), 13. Aufl., İstanbul 2015; Reisoglu, Sefa: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler (Schuldrecht AT), İstanbul 2000; Rumpf, Christian: Einführung in das türkische Recht, 2. Aufl. München 2016; Şimsek, Mehmet: Yargı Organlarıncı Hükmedilen Vekâlet Ücretinin Aidiyeti Sorunu (Das Problem, wem das Anwaltshonorar zusteht, dessen Erstattung Gerichte anordnen), Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi (Zeitschrift des Konfliktgerichtshofs) 6 (2015), S. 535 ff.; Tekinay, Selahattin S./Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Schuldrecht Allgemeiner Teil), 7. Aufl., İstanbul 1993; Uygur, Turgut: Borçlar Kanunu (Obligationengesetzbuch [Kommentar]), 3. Aufl., Ankara 2013; Yavuz, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri – Özel Hükümler (Lehrbuch Schuldrecht – Besonderer Teil), 10. Aufl., İstanbul 2012; Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre: Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri (Schuldrecht – Besondere Schuldverhältnisse), 13. Aufl., Ankara 2013.

Die Kompetenz des Gutachters ergibt sich aus der jahrzehntelangen intensiven wissenschaftlichen wie auch praktischen Beschäftigung mit dem türkischen Recht. Er hat dazu seit 1987 Lehraufträge insbesondere an der Universität Bamberg, die ihm im Jahre 2004 den Titel eines Honorarprofessors verliehen hat, aber auch an anderen Universitäten (München, Passau) zum türkischen Recht wahrgenommen. Er hat zum türkischen Recht promoviert.

Dieses Gutachten wird ausschließlich auf der Grundlage von Rechtsprechung und Literatur erstattet, wie sie sich in der Türkei vorfindet. Die Nachverfolgung türkischer Zitate zum schweizerischen Recht wurde nicht für erforderlich erachtet, da hieraus keine zusätzlichen Erkenntnisse zu ziehen sind, die für die Praxis des türkischen Rechts im vorliegenden Fall Bedeutung haben könnten. Soweit die hier zitierten Entscheidungen des Kassationshofs keine Fundstellenangabe enthalten, wurden sie der kostenpflichtigen Datenbank des Kazancı-Verlages oder des Legal-Verlages entnommen.

### B. Sachverhalt

Die Klägerin ist eine in Istanbul ansässige Aktiengesellschaft nach türkischem Recht, die in A... unter dem Namen „P... J...“ ein Ladengeschäft betreibt.

Hier hat die Beklagte am 09.08.2016 in der Türkei Schmuck zu einem vereinbarten Gesamtkaufpreis von 900,00 € erworben. Die Beklagte leistete vor Ort eine Anzahlung von 250,00 € und erteilte bzgl. des Restkaufpreises von 650,00 € eine Einzugsermächtigung. Am 05.09.2016 sollte eine Rate von 160,00 €, am 05.10.2016 eine Rate von 160,00 €, am 05.11.2016 eine Rate von 160,00 € und am 05.12.2016 eine Rate von 170,00 € an die Klägerin bezahlt werden.

Die Kaufgegenstände – ein paar Gold Ohringe und ein Paar Brilliant Ohringe – wurden der Beklagten am 10.08.2016 vor Ort übergeben. Die zum 05.09.2016 fällige Teilzahlung von 160,00 € konnte nicht realisiert werden. Mehrere Mahnungen und Telefonate seitens der Klägerin konnten die Beklagte nicht zur Zahlung bewegen. Die Prozessbevollmächtigte der Klägerin unterbreitete der Beklagten mit Schreiben vom 13.10.2016 ein Vergleichsangebot, das die Beklagte jedoch nicht annahm. Weitere Vergleichsangebote der Klägervorteilerin scheiterten. Mit Schreiben des Prozessbevollmächtigten der Beklagten vom 28.10.2016 wurde der Vertrag vom 09.08.2016 angefochten, weil die verkauften Ohringe allenfalls einen Wert in Höhe von ca. 40,00 € hätten und der behauptete Wert von 900,00 € bei weitem nicht erreicht würde. Er forderte die Rückzahlung des geleisteten Vorschusses und bot die Ohringe zur Abholung, ggf. auch – bei Kostenübernahme durch die Klägerin – zur Rücksendung an.

Auf Widerspruch gegen den durch die Klägerin erlassenen Mahnbescheid v. 18.5.2017 wurde das Verfahren an das AG Biberach abgegeben und die Klage am 28.7.2017 begründet. In der Begründung und im Weiteren geht die Klägerin von der Anwendbarkeit türkischen Rechts aus. Es habe lediglich Verhandlungen über den Kaufpreis gegeben, bei der Wertbestimmung seien ggf. die Gepflogenheiten vor Ort zugrunde zu legen.

Am 17.8.2017 beantragte die Beklagte kostenpflichtige Klageabweisung und erhob am 5.12.2017 Widerklage auf Rückzahlung des Vorschusses. Sie begründete dies damit, dass sie durch eine Verkäuferin der Klägerin über den Tisch gezogen worden sei, sie ausdrücklich darauf hingewiesen habe, dass sie sich solchen Schmuck eigentlich gar nicht leisten könne. Bei einem Test in Deutschland habe sich dann herausgestellt, dass es sich nicht um Goldohrringe, sondern um billigen vergoldeten Modeschmuck handle. Neben der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder Wucher macht die Beklagte auch Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB geltend.

Ein am 18.1.2018 geschlossener Vergleich wurde durch die Klägerin am 2.2.2018 widerrufen.

Das Gutachten beruht auf den Ausführungen des Gerichts v. 22.2.2018 sowie auf den Parteivorbringen und stehen unter dem Vorbehalt der Beweisführung.

### **C. Internationales Privatrecht**

Fragen des internationalen Privatrechts sind hier nicht zu erörtern, da das Gericht für die Fragestellung zutreffend die Prämisse der Anwendbarkeit türkischen Rechts gesetzt hat.

### **D. Türkisches Materielles Recht**

#### **I. Rechtsquellen**

Wie in der Schweiz und anders als in Deutschland oder Frankreich ist das Schuldrecht nicht Bestandteil eines umfassenden Zivilgesetzbuches. Es ist in erster Linie im Obligationengesetz (*Borçlar Kanunu*) geregelt, das seinerzeit sowohl in der Schweiz als auch in der Türkei zwar als „fünftes Buch“ des Zivilgesetzbuches in Kraft gesetzt wurde, sich jedoch als eigenes Gesetz präsentiert.<sup>1</sup> Das neue OGB<sup>2</sup> ist am 1.7.2012 in Kraft getreten.

---

<sup>1</sup> Die Schweizer sprechen daher von OR=Obligationenrecht.

Allgemeine Bestimmungen des ZGB zur Auslegung von Rechtsvorschriften und Treu und Glauben (Art. 1 ff. ZGB) gelten als Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze auch für andere Rechtsbereiche.

Schuldrechtliche Regelungen gibt es auch in anderen Gesetzen. Für das Kaufrecht (und im vorliegenden Fall) ist im Alltag das Verbraucherschutzgesetz zu beachten.<sup>3</sup> Auf weitere privatrechtlich geprägte Gesetze wird es im vorliegenden Fall nicht ankommen.

## **II. Zustandekommen des Kaufvertrages<sup>4</sup>**

### **1. Allgemein**

Das türkische Kaufrecht (Kaufvertrag – *satış sözleşmesi, satım*) folgt im Wesentlichen dem Schweizer Recht, das wiederum einige Unterschiede zum deutschen Recht aufweist.

Der Kaufvertrag zielt auf die Verschaffung von Eigentum an Sachen oder Rechten ab. Dies ist zunächst einmal „alles, was nicht unbeweglich ist“ (Art. 207 Abs. 1 OGB iVm Art. 762 ZGB) und Grundstücke.

Die Parteien oder deren Vertreter müssen sich über den Vertragsinhalt, insbesondere über die zu begründenden Pflichten einigen. Die Einigung kommt durch Angebot und Annahme zustande (Art. 1 Abs. 1 OGB)<sup>5</sup>, die von der jeweiligen Partei ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden (Art. 1 Abs. 2 OGB). Sind die Willenserklärungen nicht kongruent (Angebot und Annahme), kann das gegenseitige Schuldverhältnis nicht zustande kommen. Willensmängel wie Irrtum, Geisteskrankheit, Arglist, Drohung verhindern entweder bereits die Entstehung des Schuldverhältnisses (Nichtigkeit) oder führen zu seiner rückwirkenden Anfechtbarkeit.

Im vorliegenden Fall ist ein Kaufvertrag zustande gekommen, das ist auch unstrittig. Streit besteht um die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten der Parteien.

### **2. Vertragspflichten**

#### **a) Kaufgegenstand**

Der Verkäufer ist zur Verschaffung des Eigentums an der Kaufsache verpflichtet. Die Verschaffung des Eigentums erfolgt durch Übergabe, die nach türkischem und Schweizer Verständnis keiner dinglichen Verträge bedarf, sondern einen Realakt darstellt. Verhindert werden kann die Übergabe nur durch einen Eigentumsvorbehalt, der allerdings nach türkischem Recht strengen Formen unterliegt.<sup>6</sup>

#### **b) Eigentumsvorbehalt**

Entgegen früherer Praxis von Unternehmen wie der Klägerin enthält der Kaufvertrag aus guten Gründen, die hier nicht zu erörtern sind, keinen Eigentumsvorbehalt mehr. Somit ist davon auszugehen, dass das Eigentum auf die Beklagte übergegangen, im Hinblick auf den Kaufpreis eine gewöhnliche Ratenzahlungsvereinbarung getroffen worden ist.

#### **c) Kaufpreis**

Gemäß Art. 232 OGB<sup>7</sup> ist der Käufer zur Annahme des Gegenstands nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet; ebenso ist er zur Zahlung des vereinbarten Kaufpreises verpflichtet. Die Annahme hat sofort

---

<sup>2</sup> Gesetz Nr. 6098 v. 11.1.2011, RG Nr. 27836 v. 4.2.2011.

<sup>3</sup> Gesetz Nr. 6502 v. 7.11.2013, RG Nr. 28835 v. 28.11.2013), in Kraft seit 28.5.2014.

<sup>4</sup> Eren S. 227 ff.; Yavuz S. 23 ff.

<sup>5</sup> Rumpf, Einführung § 14 Rdn. 7.

<sup>6</sup> Rumpf, Einführung § 15 Rdn 279 ff.; Damar, RIW 2014, 728 ff.

<sup>7</sup> Wortlaut in der Übersetzung des Gutachters:

zu erfolgen. Die Pflichten sind grundsätzlich Zug um Zug zu erfüllen, wenn nicht andere Modalitäten vereinbart sind. Verweigert der Käufer die Annahme, bleibt er zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet. Eine Annahme kann der Käufer verweigern, wenn die Sache mangelhaft ist oder nicht die vertraglich vereinbarten Eigenschaften hat. Die Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung als solche wird davon nicht berührt, doch stehen dem Käufer dann aber Ansprüche wegen Nichterfüllung oder Schlechterfüllung zu.

#### **d) Zug um Zug**

Das türkische Kaufrecht kennt keine „Vorleistungspflicht“, geht also von der Erfüllung „Zug um Zug“ aus. Abweichende Vereinbarungen sind denkbar. Gerade bei Teppich- oder Schmuckverkäufen wie hier ist es z.B. üblich, zur Absicherung des Geschäfts einen Vorschuss und die Restzahlung bei Lieferung oder zu einem anderen bestimmten Zeitpunkt zu verlangen.

Im vorliegenden Fall wurden die Kaufgegenstände übergeben, wobei die Behauptung im Raume steht, dass ein Ohr링paar ein Geschenk gewesen sei. Es fehlt die Zahlung des Restkaufpreises, um die es im vorliegenden Verfahren geht.

### **III. Gewährleistung**

#### **1. Allgemein**

Ist die Kaufsache übergeben, kommen Gewährleistungsansprüche, daneben oder alternativ u.U. Ansprüche wegen Willensmängeln in Betracht.

Gewährleistungsfragen treten auf, wenn die Erfüllung bewirkt ist und es darum geht, wer für die sich dann herausstellenden Mängel einer Sache haften soll.

Wie im deutschen Recht wird zwischen verschiedenen Arten von Mängeln unterschieden. Art. 219 OGB spricht von materiellen, Rechts- und wirtschaftlichen Mängeln.

Die Sachmängelhaftung ist für Kauf- und Werkvertrag getrennt geregelt, auch wenn naturgemäß Parallelen erkennbar sind. Für den *Verbraucher* gelten zum Teil wichtige Abweichungen.

Der Verkäufer ist zur Übertragung des Vertragsgegenstandes verpflichtet, der den Vorgaben des Vertrages entsprechend keine Mängel an der Substanz und an seinem Gebrauchswert aufweisen darf. Stellt der Käufer Mängel an Substanz oder Gebrauchswert (Fehler) fest, kann er vor Erfüllung bzw. Gefahrübergang die Annahme der Erfüllung verweigern. Nach Gefahrübergang kommt dann gegenüber dem Verkäufer die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen aufgrund der Art. 219 ff. OGB in Frage.

Zunächst einmal kommt eine Haftung des Verkäufers überhaupt nur dann in Betracht, soweit der Käufer die Mängel bei Abnahme der Sache nicht kennt; Kenntnis wiederum schadet nichts, wenn der Verkäufer das Nichtvorliegen des Mangels ausdrücklich zugesichert hat (Art. 222 OGB).

Der Mangel, bekannt oder nicht, muss bei Gefahrübergang vorliegen (Art. 208 OGB).<sup>8</sup>

Die Rechte des Käufers hängen davon ab, ob die Sache nicht der üblichen Beschaffenheit entspricht oder der Sache eine Eigenschaft fehlt, die vom Verkäufer ausdrücklich zugesichert wurde (zugesicherte Eigenschaft). Die Rechte des Käufers bestehen je nach Umständen in Wandelung, Minderung, Nachlieferung, Nachbesserung oder Schadensersatz. Im Einzelfall kann Schadensersatz auch neben der

---

(1) Der Käufer ist verpflichtet, den Kaufpreis in der vereinbarten Art und Weise zu bezahlen und die ihm angebotene Sache anzunehmen.

(2) Gilt Sitten und Gebräuchen oder dem Verträge gemäß nichts anderes, hat die Annahme sofort zu erfolgen.

<sup>8</sup> Uygur S. 1269

Ausübung eines der anderen Rechte zu gewähren sein. Verschulden des Verkäufers ist nicht Voraussetzung (Art. 219 Abs. 2 OGB).<sup>9</sup>

Gemäß Art. 223 Abs. 2 OGB trifft den Käufer eine *Prüfungspflicht*. Es handelt sich hierbei um eine Nebenpflicht, deren Versäumnis lediglich zur Folge hat, dass die Mängelfreiheit im Zeitpunkt der Übergabe vermutet wird, diese Vermutung jedoch durch Beweisantritt widerlegt werden kann.

## 2. Begriff des Mangels

### a) Definition allgemein

Für das türkische Recht gilt die Legaldefinition des Art. 219 OGB (in der Übersetzung des Gutachters):

*„Der Verkäufer haftet dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch dafür, dass die Sache keine körperlichen, rechtlichen oder wirtschaftlichen Mängel aufweist, die im Hinblick auf ihre Eigenschaft oder eine ihre Eigenschaft beeinflussende Beschaffenheit ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem durch den Käufer vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern.*

*Der Verkäufer haftet auch dann, wenn er selbst keine Kenntnis von dem Mangel hat.“*

Beim materiellen Mangel handelt es sich um einen Fehler, der sich aus der Natur des Gegenstandes ergibt, d. h., die Kaufsache weist nicht die übliche oder vereinbarte Beschaffenheit auf. Gemeint ist damit eine Veränderung der Substanz wie eine Beschädigung oder Flecken.<sup>10</sup>

Interessant ist, dass das Gesetz eigentlich nur die nicht vorhandene Eigenschaft als Mangel ansieht, die Beschaffenheit also solche nur eine komplementäre Funktion hat. Die Eigenschaft ist das, was die Sache zu ihrem vertragsgemäßen Gebrauch ausmacht.

**Beispiel:** A kauft einen wunderschönen Teppich, 2x3 m, Typ Bergama. Hier spielt etwa die Knotenzahl erst dann eine Rolle, wenn der Verkäufer die Knotenzahl zum Verkaufsthema macht und damit z.B. den Wert des Teppichs erklärt und aufgrund dessen auch eine besonders lange Haltbarkeit verspricht. So wird eine Beschaffenheit zur Eigenschaft des Kaufgegenstandes.<sup>11</sup> Gleiches gilt auch, wenn der Verkäufer behauptet, das verkaufte Schmuckstück bestehe aus Gold und bei den Steinen handle es sich um Brillanten, in Wirklichkeit aber besteht das Schmuckstück aus einem anderen Material mit einem Goldüberzug und bei dem Stein handelt es um billigeres Material, wie zum Beispiel Glas.

### b) Zusicherung einer Eigenschaft

Die *zugesicherte Eigenschaft* ergibt sich nach diesem Beispiel also nicht von selbst aus der Natur des Gegenstandes, sondern aus einer Eigenschaft des Gegenstandes, die ihm der Verkäufer durch einseitige Wissenserklärung, die nicht im Vertrag selbst enthalten sein muss, gegenüber dem Käufer zugeschrieben hat.<sup>12</sup> Diese kann sich auf die Beschaffenheit des Gegenstandes beziehen, aber auch auf rechtliche, wirtschaftliche und tatsächliche Umstände<sup>13</sup>, die den Gegenstand begleiten und für seinen vertragsgemäßen Gebrauch von Bedeutung sind; dabei kann die Abgrenzung gegenüber dem

---

<sup>9</sup> Uygur S. 1265, 1269

<sup>10</sup> Yavuz S. 69. Es gibt auch den Rechtsmangel (aaO. S. 71), der hier jedoch keine Rolle spielt.

<sup>11</sup> Beispiel so ähnlich bei Uygur S. 1267.

<sup>12</sup> Uygur S. 1266.

<sup>13</sup> Yavuz S. 76.



Garantievertrag mitunter schwierig sein. Die Erklärung muss ernst gemeint sein<sup>14</sup>, es muss also auch ein entsprechender Rechtsbindungswille vorliegen.

Das ist hier wohl für die Angabe der Fall, es handle sich um Gold. Es entstehen hier zwei Probleme:

- (1) Der Rechtsbindungswille müsste sich – vom Beklagten zu beweisen – aus den mündlichen Äußerungen der Klägerin ergeben. Der Beweis wird schwierig, wenn keine Dokumentation (z.B. Garantieschein mit klaren Angaben zur Beschaffenheit; konkrete Beschaffenheitsangaben im Kaufvertrag) vorhanden ist.
- (2) Die Zuschreibung eines bestimmten Wertes ist zudem nicht mit dem „wirtschaftlichen Wert“ im Sinne des Gesetzes zu verwechseln. Der wirtschaftliche Wert bestimmt sich nach der dem Vertragszweck entsprechenden Brauchbarkeit.<sup>15</sup> Der Diesel-Skandal kann hier gut als Beispiel erhalten: Wenn der Verkäufer einen durchschnittlichen CO<sub>2</sub>-Ausstoß von 200 Gramm verspricht, aber bei durchschnittlicher Fahrweise 300 Gramm ausgestoßen werden, ist für den Käufer ein wirtschaftlicher Mangel wohl noch nicht gegeben, wird aber ein Verbrauch von durchschnittlich 6 Liter pro Kilometer versprochen und bewegt er sich dann tatsächlich bei 10 Liter, liegt ein wirtschaftlicher Mangel vor, der entsprechende Gewährleistungsansprüche auslöst. Im vorliegenden Fall hat der Verkäufer – wenn (1) gegeben ist – einen Wert „zugesichert“, der eigentlich nicht messbar ist, weil er ganz einfach von Angebot und Nachfrage abhängt. Zu argumentieren wäre hier allenfalls mit Treu und Glauben (Art. 2 ZGB): Wenn der Verkäufer sich schon so weit hinauslehnt, den Wert konkret beziffert und vorbehaltlos eine Zusicherungserklärung abgibt, wird er sich daran halten müssen. Die Entscheidung aber, ob das Gericht diesen Weg wählt, kann ihm der Gutachter jedenfalls nicht aufgrund einschlägiger türkischer Literatur und Rechtsprechung abnehmen.

Im Übrigen ist das Gericht darauf hinzuweisen, dass ihm gemäß Art. 1 Abs. 2 ZGB<sup>16</sup> erlaubt ist, eine entsprechende rechtliche Würdigung vorzunehmen, wenn sich aus dem Gesetz selbst keine Klarheit ergibt.

Fehler und Fehlen der zugesicherten Eigenschaft haben gemeinsam, dass sie eine dem Käufer ungünstige Abweichung der tatsächlichen Beschaffenheit des Kaufgegenstandes (Ist-Beschaffenheit) von derjenigen Beschaffenheit darstellen, die sich die Parteien bei Vertragsschluss vorgestellt haben (Soll-Beschaffenheit). In beiden Fällen geht es um eine vertraglich vereinbarte Beschaffenheit. Es fehlen also Merkmale, die für die vertragsgemäße Zweckbestimmung der Sache Bedeutung haben.

### **c) Sonstige Abweichungen**

Eine Mengenabweichung stellt zunächst einmal nur eine Schlechterfüllung dar.<sup>17</sup> Zum Mangel wird sie erst, wenn etwa das Gewicht oder die Masse zur vertragsgemäßen Beschaffenheit dazugehört. Wenn ein Teppich eine bestimmte Knotenzahl pro Zentimeter aufweisen muss, diese Zahl aber verfehlt, kann dies ein materieller Mangel sein.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> Uygur S. 1266

<sup>15</sup> Uygur S. 1268.

<sup>16</sup> Art. 1 ZGB in der Übersetzung des Gutachters:

*(1) Das Gesetz ist auf alle Rechtsfragen anwendbar, für die es nach Wortlaut und Wesen eine Bestimmung enthält.*

*(2) Enthält das Gesetz keine anwendbare Vorschrift, entscheidet das Gericht nach Gewohnheitsrecht, ist auch solches nicht feststellbar, nach den Regeln, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.*

*(3) Das Gericht berücksichtigt bei seiner Entscheidung auch Lehre und Rechtsprechung.*

<sup>17</sup> Yavuz S. 70.

<sup>18</sup> Yavuz S. 70.

Kein Mangel ist auch die Abweichung in der Weise, dass nicht der geschuldete Gegenstand, sondern lediglich ein ähnlicher Gegenstand geliefert wird (*aliud*). Das stellt eine Nichterfüllung dar, es bleibt also der Erfüllungsanspruch erhalten.<sup>19</sup>

#### d) Erheblichkeit

Art. 219 OGB verlangt die *Erheblichkeit* des Mangels<sup>20</sup>, Art. 8 VerbrSchG (dazu unten) schweigt dazu. Trotzdem gilt auch bei Anwendung von Art. 8 VerbrSchG, dass jedenfalls unerhebliche Mängel nicht unbedingt bzw. nicht alle Gewährleistungsansprüche auslösen.<sup>21</sup> So kann bei einem geringen Mangel die Wandelung ausgeschlossen sein.<sup>22</sup>

Selbst wenn die Qualität nicht beeinträchtigt ist, kann die Abweichung von Art oder Gattung einen erheblichen Fehler darstellen. So erkennt der Kassationshof etwa bei einem Kraftfahrzeug leichte Farbfehler im Lack als Mangel an, prüft dann aber die zweckgemäße Brauchbarkeit, versagt dem Verbraucher ein Rücktrittsrecht und verweist ihn auf eine angemessene Minderung.<sup>23</sup> Die Bestimmung erfolgt einzelfallbezogen, hier hat das Gericht einen breiten Beurteilungsspielraum. Eine beispielhafte Auflistung ist in Literatur und Rechtsprechung, soweit sie mir vorliegt, nicht zu finden (siehe aber auch unten zu Art. 8 VerbrSchG).

### 3. Rechtsfolgen bei Vorliegen eines Mangels

Liegt ein Sachmangel vor oder fehlt eine zugesicherte Eigenschaft, hat der Käufer Gewährleistungsrechte, die er zum Teil wahlweise ausüben kann. Der Verkäufer darf der Ausübung des Wahlrechts zuvorkommen, indem er eine neue Sache gleicher Art und Güte liefert (*Nachlieferungsrecht*, Art. 227 Abs. 2 OGB). Das wird bei individualisiertem Schmuck eher nicht möglich sein.

Bei *Ausübung des Wandelungsrechts* (Art. 227 Abs. 1 Zif. 1 OGB) kann der Käufer die Rückgängigmachung des Kaufvertrages verlangen (Art. 229 OGB<sup>24</sup>). Auch Schadensersatzansprüche stehen ihm dann zu, sofern der Verkäufer nicht beweist, dass ihn am Mangel kein Verschulden trifft. Mit der Erklärung wird der Kaufvertrag rückwirkend beendet und es entsteht ein Rückabwicklungsverhältnis.

Alternativ steht dem Käufer ein *Minderungsrecht* zu (Art. 227 Abs. 1 Zif. 2 OGB). Hier behält er die Kaufsache und reduziert den Kaufpreis. In diese Richtung hat auch der zwischen den Parteien abgeschlossene Vergleich gezielt. Das Minderungsrecht hat jedoch dort ein Ende, wo es keinen Sinn mehr macht. Erreicht der Minderungsbetrag den Kaufpreis, kommt anstelle der Minderung die Wandelung in Frage (Art. 227 Abs. 1 Zif. 3 OGB).

---

<sup>19</sup> Yavuz S. 70.

<sup>20</sup> Yavuz S. 70. Der türkische Begriff wurde erstmals von Atamer verwendet. Bisherige Literatur spricht von ‚önemli ayıp‘.

<sup>21</sup> Vgl. z.B. Atamer, IBD 88 (Sonder-Nr. 1, 2014), S. 19 ff. (26 f.). In diesem Beitrag geht es um eine Bewertung des neuen Verbraucherschutzgesetzes im Vergleich zur Verbraucherschutz-Richtlinie der EU.

<sup>22</sup> Atamer aaO. S. 46.

<sup>23</sup> 13. ZS, 18.4.2013, E. 2013/8695, K. 2013/10214.

<sup>24</sup> Wortlaut in der Übersetzung des Gutachters:

(1) Der wandelnde Käufer ist verpflichtet, den Kaufgegenstand zusammen mit den Nutzungen hieraus an den Verkäufer zurückzugeben. Der Verkäufer darf demgegenüber vom Käufer verlangen, dass er 1. den gezahlten Kaufpreis mit Zinsen zurückzahlt, 2. wie bei der Entwehrung [Befreiung aus dem Besitz Dritter] die Gerichtskosten und die Verwendungen auf den Kaufgegenstand übernimmt und 3. den durch die mangelhafte Sache entstandenen direkten Schaden bezahlt.

(2) Der Verkäufer ist auch zum Ersatz des weiteren Schadens verpflichtet, soweit er nicht beweist, dass ihn kein Verschulden trifft.

#### 4. Pflichten des Käufers

Der Käufer kann seine Gewährleistungsrechte nur geltend machen, wenn er seine eigenen Nebenpflichten erfüllt. Die Zahlung des Kaufpreises ist jedoch nicht Bedingung für die Geltendmachung.

Zu diesen Nebenpflichten gehört die Untersuchungs- und Anzeigepflicht (Art. 223 Abs. 1 OGB)<sup>25</sup>. Dies wird allerdings praktisch nur noch für Kaufleute angenommen, nachdem diese Pflichten für Verbraucher nur noch mit Einschränkungen gelten (dazu unten). Für den Kaufmann gilt dann aber wieder ohnehin Art. 23 c HGB, der dem Kaufmann für Untersuchung und Rüge eine feste Frist von acht Tagen einräumt.

Für die Abwicklung muss der Käufer dann den Gegenstand zur Abholung bereitstellen.

#### 5. Gewährleistungsrechte des Verbrauchers

##### a) Grundsätze

Die Gewährleistungsrechte des Verbrauchers finden sich in Art. 8 ff. VerbrSchG.<sup>26</sup>

Ausgelöst werden die Rechte durch die mangelhafte Ware (*ayphl mal*). Das Gesetz weicht in der Qualifikation solcher „Ware“ terminologisch vom OGB ab, indem es die mangelhafte Ware als „vertragswidrig“ qualifiziert und dann auch von ungehöriger Erfüllung spricht.

##### b) Mangel

Da in Art. 8 VerbrSchG Gewährleistung und Schlechterfüllung verschmolzen werden, war es auch notwendig, den Mangel-Begriff zu erweitern. Art. 8 Abs. 2 VerbrSchG sieht einen „Mangel“ als gegeben an, wenn der Kaufgegenstand nicht mit werblichen Aussagen übereinstimmt. Sogar die fehlende Übereinstimmung mit Angaben in Betriebsanleitungen und Produktbeschreibungen kann zu einem „Mangel“ und damit zur „Vertragswidrigkeit“ führen. Ganz allgemein ist mangelhaft, was in materieller, rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht<sup>27</sup> dem Gebrauchszweck oder den berechtigten Erwartungen des Verbrauchers nicht entspricht. Zur Erheblichkeit schweigt die Vorschrift. Diese Bestimmung bietet den Gerichten weite Auslegungsmöglichkeiten.

Dem Verkäufer wird allerdings geholfen, wenn er beweist, dass der Kaufentschluss des Käufers mit der werblichen Aussage nichts zu tun hat oder der Verkäufer für diese Aussage nicht verantwortlich ist (Art. 9 Abs. 2 VerbrSchG<sup>28</sup>).

---

<sup>25</sup> In der Übersetzung des Gutachters:

(1) Der Käufer hat den übergebenen Kaufgegenstand je nach den Umständen unverzüglich zu untersuchen und, wenn er einen durch den Verkäufer zu vertretenden Mangel feststellt, diesen innerhalb angemessener Frist mitzuteilen.

(2) Versäumt der Käufer die Untersuchung und die Mängelanzeige, gilt die Sache als abgenommen. ...

<sup>26</sup> Art. 8 VerbrSchG a.F. befasst sich mit dem Haustürgeschäft. Das spielt hier jedoch keine Rolle.

Die heutige Vorschrift in der Übersetzung des Gutachters:

(1) Entspricht die mangelhafte Ware im Zeitpunkt der Übergabe an den Verbraucher nicht dem durch die Parteien vereinbarten Muster oder Modell oder weist es nicht die objektiv erforderlichen Eigenschaften auf, handelt es sich um vertragswidrige Ware.

(2) Es gelten auch solche Waren als mangelhaft, eine oder mehrere der auf der Verpackung, in der Beschreibung und Gebrauchsanweisung, auf der Webseite und in den Anzeigen beschriebenen Eigenschaften nicht aufweisen, gegen die durch den Verkäufer bekannt gegebenen oder in der technischen Beschreibung enthaltenen Merkmale nicht haben, den Gebrauchszweck gleichartiger Waren nicht erfüllen, deren materiellen, rechtlichen oder wirtschaftlichen Mängel den durch den gewöhnlichen Verbraucher erwartbaren Nutzen mindern oder aufheben.

(3) Als vertragswidrige Erfüllung gilt, wenn die vertragsgegenständliche Ware nicht innerhalb der vertraglich vereinbarten Frist übergeben oder durch den Verkäufer oder unter seiner Verantwortung montiert wird. Ist die Montage durch den Verbraucher vorgesehen und erfolgt aufgrund fehlerhafter Montageanleitung eine fehlerhafte Montage, so gilt dies als vertragswidrige Erfüllung.

<sup>27</sup> Yavuz S. 76.

<sup>28</sup> Art. 9 VerbrSchG In der Übersetzung des Gutachters:

### c) Zusicherung

Prinzipiell gilt hier dasselbe wie beim allgemeinen Kaufrecht. Allerdings wird das, was im allgemeinen Kaufrecht durch die Zusicherung erfasst wird, hier bereits durch Art. 8 Abs. 2 VerbrSchG erfasst, wonach bereits werbliche Aussagen und Produktbeschreibungen den Verkäufer wie eine Zusicherung binden. Allerdings greift hier auch wieder das oben genannte Korrektiv der Erheblichkeit.

Da wir es hier allerdings mit einer Zusicherung eines abstrakten und objektiv nicht wirklich bestimmbar Wertes zu tun haben, gilt oben Gesagtes.

### d) Pflichten des Verbrauchers

Den Verbraucher trifft in Abweichung vom OGB auch keine Untersuchungs- und Rügepflicht innerhalb angemessener Zeit. Art. 10 Abs. 1 VerbrSchG gibt ihm sechs Monate Zeit, den Mangel anzuzeigen. Das Gesetz vermutet das Bestehen des Mangels im Zeitpunkt der Übergabe. Der Verkäufer kann diese Vermutung durch den Gegenbeweis widerlegen. Der Käufer wird mit seiner Rüge ausgeschlossen, wenn er den Mangel bei Abschluss des Vertrages kannte oder kennen musste (Art. 10 Abs. 2 VerbrSchG). Der Verkäufer kann den Käufer von der Mängelrüge ausschließen, wenn er die Ware bei Verkauf entsprechend unter genauer Beschreibung des Mangels kennzeichnet (Art. 10 Abs. 3 VerbrSchG).

### e) Wahlrecht

Hat der Käufer den Mangel rechtzeitig angezeigt und kann sich der Verkäufer nicht exkulpieren, hat der Käufer ein Wahlrecht („Rechte zur Auswahl“, *seçimlik hakları*) (Art. 11 VerbrSchG):

- Der Verbraucher kann vom Vertrag zurücktreten (wandeln), wenn er gleichzeitig die Rückgabe der Ware anbietet. Zusätzlich hat er einen Schadensersatzanspruch auf das positive Interesse (s.o.).
- Der Verbraucher kann die Ware behalten, aber Minderung verlangen.
- Der Verbraucher kann kostenlose Nachbesserung verlangen; dieses Recht kann auch gegenüber dem Hersteller und dem Importeur ausgeübt werden.
- Der Verbraucher kann, wenn es möglich ist (z. B. beim Gattungskauf), den Umtausch in eine mangelfreie Ware gleicher Art und Güter verlangen; dieses Recht kann auch gegenüber dem Hersteller und dem Importeur ausgeübt werden.

Dem Verkäufer steht kein Nachlieferungs- oder Nachbesserungsrecht zu. Allerdings kann der Verkäufer den Umtausch oder die Nachbesserung verweigern und den Käufer auf Rücktritt oder Minderung verweisen, wenn ihm Nachbesserung oder Umtausch unzumutbar sind. Die Zumutbarkeit bemisst sich nach der Schwere des Mangels und dem Aufwand. Die Zumutbarkeit ist beidseitig zu prüfen, nämlich im Hinblick auf den Aufwand für den Verkäufer und darauf, was für den Verbraucher die leichteste Variante ist (Art. 11 Abs. 3 VerbrSchG).

Zu beachten ist, dass der Käufer den Mangel, will er Gewährleistungsrechte geltend machen, „rechtzeitig“ anzeigen muss.

---

(1) Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Verbraucher die Ware vertragsgemäß zu übergeben.

(2) Der Verkäufer haftet nicht für eine Information, wenn er beweist, dass sie auf nicht von ihm autorisierte Weise im Wege der Werbung bekannt gemacht wurde und nicht erwartet werden kann, dass er hiervon Kenntnis erlangt hat oder dass im Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages die Information bereits korrigiert war oder die Entscheidung zum Abschluss des Kaufvertrages nicht im Zusammenhang mit einer solchen Information gestanden hat.

#### **f) Abwicklungsfrist**

Die Gewährleistungsrechte des Verbrauchers sind bei beweglichen Sachen innerhalb von dreißig Tagen, bei unbeweglichen Gütern innerhalb von sechzig Tagen umzusetzen (Art. 11 Abs. 4 VerbrSchG). Einzelheiten ergeben sich aus einer Verordnung (VO), die auch eine Reparaturfrist von zehn Tagen, für bestimmte in der VO aufgeführte Produkte von 20 Tagen enthält.

#### **g) Wandelung**

Bei Ausübung des Wandelungsrechts (Art. 227 Abs. 1 Zif. 1 OGB) kann der Käufer die Rückgängigmachung des Kaufvertrages verlangen (Art. 229 OGB). Er muss dann das Gewährte und die Nutzungen zurückgeben; ggf. muss er dem Verkäufer eine Nutzungsentschädigung bezahlen. Der Verkäufer dagegen muss den Kaufpreis nebst Zinsen zurückbezahlen sowie einen durch den Käufer erlittenen Schaden ersetzen (dazu unten V).

#### **h) Kosten der Rückabwicklung beim Verbraucher**

Die *Kosten der Rückabwicklung* trägt die zur Umsetzung der Gewährleistungsrechte verpflichtete Seite, also Verkäufer, Hersteller oder Importeur (Art. 11 Abs. 6 VerbrSchG). Dazu, ob auch Anwaltskosten dazugehören, schweigen Rechtsprechung und Literatur. Da aber das türkische Anwaltsgebührenrecht anders strukturiert ist als das deutsche und insbesondere auch keine erstattungsfähige vorgerichtliche Anwaltstätigkeit kennt, muss davon ausgegangen werden, dass solche Kosten nicht ersatzfähig sind.

#### **i) Schadensersatzpflicht**

Prinzipiell ergibt sich die Schadensersatzpflicht aus Art. 227 Abs. 2 OGB. Diese Bestimmung bezieht sich auf den Schaden unabhängig davon, welches Gewährleistungsrecht der Käufer geltend macht. Es stellt sich also als eigenständiges Gewährleistungsrecht dar, das neben den übrigen Fällen steht.

Für den Fall der Wandelung präzisiert und erweitert allerdings Art. 229 Abs. 1 OGB das Schadensersatzrecht. Soweit der Schadensersatzanspruch sich auf den direkten Mangelschaden bezieht, ist Verschulden nicht erforderlich und auch eine Exkulpation nicht möglich. Da die Bestimmung etwas weitergeht und auch den über den Mangelschaden hinausgehenden indirekten Schaden, also den Mangelfolgeschaden umfasst,<sup>29</sup> zu dem insbesondere auch ein entgangener Gewinn gehört<sup>30</sup>, gesteht das Gesetz dem Verkäufer insoweit eine Exkulpationsmöglichkeit zu. Allerdings ist das positive Interesse nur zu ersetzen, wenn der Vertrag bestehen bleibt. Andernfalls, also bei Rücktritt, ist das negative Interesse zu ersetzen (dazu unten).

Der Umfang der Schadensersatzpflicht geht also im konkreten Fall dahin, dass der Beklagte zunächst einmal vergebliche Aufwendungen ersetzt verlangen kann, wie etwa den Transport nach Deutschland.

#### **j) Mehrere Gegenstände**

Gewährleistungsrechte sind zwar grundsätzlich nicht teilbar und erfassen den Kaufgegenstand insgesamt. Sind jedoch mehrere Stücke verkauft worden, können die Gewährleistungsrechte jeweils einzeln ausgeübt werden (Art. 230 Abs. 1 OGB), die Wandelung ist zwingend auf das mangelhafte Stück zu beschränken.<sup>31</sup> Ein anderes Stück wird durch die Wandelung nur erfasst, wenn die Trennung den Parteien unzumutbar ist (Beispiel: Kaffeeservice)<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Zevkliler/Gökyayla S. 128.

<sup>30</sup> Zevkliler/Gökyayla S. 128 mwN.

<sup>31</sup> Zevkliler/Gökyayla S. 129.

<sup>32</sup> Zevkliler/Gökyayla S. 128.

## 6. Der Garantieschein und seine Bedeutung

Neben den vorstehenden Gewährleistungsrechten schreibt Art. 56 VerbrSchG die Ausstellung eines *Garantiescheins* durch den Hersteller bzw. den Importeur vor. Wir brauchen hier nicht auf Einzelheiten einzugehen. Der Garantieschein hat ohnehin nicht die Funktion, die Fehlerhaftigkeit zu „garantieren“, sondern dem Verbraucher ein Dokument in die Hand zu geben, das ihm die Geltendmachung seiner Gewährleistungsrechte an dem konkreten Produkt innerhalb der gesetzlichen Frist, welche zwei Jahre beträgt, erleichtert. Es gibt zwar noch die „freiwillige Garantie“ (Art. 57 VerbrSchG), mit welcher der Verkäufer dem Käufer über das Gesetz hinausgehende Rechte einräumen kann, doch liegt eine solche Garantie hier nicht vor.

Somit bleibt die Beklagte darauf verwiesen zu beweisen, dass die Klägerseite mündlich einen Wert zugesichert hat, dies für die Kaufentscheidung zur Voraussetzung gemacht worden war. Schließlich muss das Gericht sich Gedanken dazu machen, ob ein Wert, wenn ja in welchem Umfang, überhaupt zugesichert werden kann, um dann ggf. als Mangel bezeichnet werden zu können. Kann dagegen die Beklagte beweisen, dass goldene Ohringe verkauft wurden, sie aber nur vergoldeten Modeschmuck erhalten hat, so stehen ihr wegen eines erheblichen Mangels jedenfalls Rücktritts- oder Minderungsrecht zu.

## IV. Anfechtung

### 1. Allgemein

Die Anfechtung eines Vertrages kommt in Frage, wenn das Zustandekommen bestimmte Mängel aufweist, die im Zusammenhang mit der Abgabe von Willenserklärungen zu suchen sind. Ein Willensmangel kann verschiedene Ursachen haben. Die häufigste Ursache ist der Irrtum, gelegentlich erzeugt durch arglistige Täuschung. Eine weitere Ursache kann die Drohung sein.

Die Anfechtung unterscheidet sich von der Nichtigkeit dadurch, dass zunächst einmal ein wirksamer Vertrag zustande kommt, der dann aber durch die (einseitige) Anfechtungserklärung vernichtet wird. Es entsteht also lediglich ein Anfechtungsrecht. Die Ausübung ist durch verschiedene Umstände wie Treu und Glauben oder eine Verjährungsfrist begrenzt. Sie kann auch nicht bedingt ausgeübt, die einmal abgegebene Anfechtungserklärung kann nicht zurückgenommen werden. Die Vernichtung erfolgt rückwirkend, bis zur Anfechtungserklärung bzw. zum Ablauf der Verjährungsfrist steht der anfechtbare Vertrag unter einer auflösenden Bedingung, ist also in der Retrospektive „schwebend unwirksam“.

### 2. Anfechtung wegen Irrtums<sup>33</sup>

Das Gesetz unterscheidet zwischen einem „wesentlichen Irrtum“ (Art. 30 ff. OGB) und dem *Motivirrtum* (Art. 32 OGB). Denkbar sind auch weitere Differenzierungen. Aus Art. 31 OGB lassen sich fünf „wesentliche“ Irrtumsarten herleiten.

- (1) Der *Irrtum über die Art des geschlossenen Vertrages* spielt dann eine Rolle, wenn sich eine Partei über wesentliche Charaktermerkmale eines Vertragstyps irrt und sich dadurch nicht erwünschte Rechtsfolgen ergeben.
- (2) Der *Irrtum über den Inhalt der eigenen Erklärung* ist auch dem BGB vertraut, die Erklärung weicht vom tatsächlichen Willen ab.
- (3) Der *Irrtum über den Umfang der eigenen Leistung oder der Gegenleistung* kann auch als Inhaltsirrtum bezeichnet werden. Allerdings reichen geringfügige Abweichungen des Tatsächlichen vom

---

<sup>33</sup> Eren S. 307 ff.

Gedachten für die Anfechtbarkeit nicht aus. Kein Irrtum in diesem Sinne ist der reine Rechenfehler, sofern sich die Parteien prinzipiell über Inhalt und Umfang von Leistung und Gegenleistung einig gewesen sind.

- (4) Der *Irrtum über grundlegende Bedingungen des Vertrages* weist große Ähnlichkeit mit den vorigen Typen auf. Standardanwendungsfall ist der *Irrtum über wesentliche Eigenschaften* der Sache. Unwesentlich ist, für welche Verwendung die Sache bestimmt war (unbeachtlicher Motivirrtum, Art. 32 OGB).
- (5) Auch der *Übermittlungsfehler* durch ein technisches Gerät oder einen Boten berechtigt zur Anfechtung (Art. 33 iVm 31 OGB). Auf das Verschulden des Boten kommt es dabei nicht an.

Der Irrtum muss für den Vertragsschluss *wesentlich* sein. Der Anfechtende muss also beweisen, dass er den Vertrag ohne den Irrtum nicht geschlossen hätte. Zudem gilt der Grundsatz „Treu und Glauben“: auch wenn es für den Anfechtenden maßgeblich sein könnte, führt nicht jeder beliebige Irrtum zum Anfechtungsrecht (Art. 34 OGB). Der Kassationshof unterscheidet hier zwischen „objektivem“ und „subjektivem“ Irrtum. D. h., auch für den objektiven Betrachter muss der Irrtum als solcher nachvollziehbar und erkennbar sein.

Wer den Irrtum selbst verschuldet, muss der anderen Partei für deren *Schaden* aufkommen, es sei denn, diese Partei hat den Irrtum rechtzeitig erkannt (Art. 35 Abs. 1 OGB). Der Schaden wird durch das Gericht „gegebenenfalls“ nach billigem Ermessen festgesetzt (Art. 35 Abs. 2 OGB).

Der reine *Motivirrtum* ist unbeachtlich (Art. 32 OGB), es sei denn, das Motiv gehört zur Geschäftsgrundlage des Vertrages und der Vertragspartner weiß das auch.

Der Grundsatz, dass ein Irrtum in vorstehendem Sinne subjektiv und objektiv wesentlich sein muss, gilt für alle Irrtumsvarianten, auch die folgende.

### 3. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung

Bei der arglistigen Täuschung erzeugt der Vertragspartner bei seinem Gegenüber aktiv einen Irrtum durch eine *Täuschungshandlung*, die in einem positiven Tun bestehen muss. *Täuschung durch Unterlassen* kommt nur in Betracht, wenn den Täuschenden eine Aufklärungspflicht über Umstände trifft, die für das Zustandekommen oder die Abwicklung des Vertrages von Bedeutung sind. Dazu gehört nach der Rechtsprechung des Kassationshofs aber nicht die Aufklärung über Marktbedingungen, insbesondere über das Preis-Leistungs-Verhältnis, es sei denn, grundlegende wertbildende Faktoren wurden bewusst verschwiegen.<sup>34</sup> Wenn also der Marktwert tatsächlich für die Kaufentscheidung maßgeblich ist, kann durch eine „Täuschungshandlung“ ein Irrtum über wesentliche Umstände erzeugt worden sein. Gleiches gilt, wenn behauptet wird, dass ein Ohrring aus „Gold“ besteht, obwohl er aus einem billigeren Material besteht, das nur vergoldet worden ist.

Ferner ist ein *Täuschungsvorsatz* erforderlich. Dieser liegt vor, wenn der Täuschende wissentlich und willentlich den Partner zur Abgabe der Vertragserklärung bestimmt, die er ohne Täuschung nicht abgegeben hätte. Der arglistig Handelnde muss den Irrtum nicht positiv kennen, es genügt, wenn er damit rechnet (*Eventualvorsatz*). Und schließlich muss zwischen Täuschungshandlung und Vertragsschluss ein *Kausalzusammenhang* bestehen.

Wird die arglistige Täuschung *durch einen Dritten* vorgenommen, so ist eine Anfechtung nur dann möglich, wenn der andere Vertragspartner von dieser Täuschung Kenntnis hat (Art. 36 Abs. 2 OGB). Denkbar ist allerdings, dass die Voraussetzungen für eine Anfechtung gemäß Art. 32 OGB vorliegen. Ferner besteht gegen den Dritten unter Umständen ein Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung (Art. 49 ff. OGB). Auch ein Anspruch aus *culpa in contrahendo* kommt in Betracht.

---

<sup>34</sup> Kassationshof, 19. ZS, 16.09.2005, E. 2004/11558, K. 2005/8689.

Vertreter, Erfüllungs- oder Verrichtungsgehilfe sind nicht Dritte in diesem Sinne; deren Arglist wird dem Vertragspartner auch ohne dessen Kenntnis zugerechnet (Art. 116 OGB).<sup>35</sup>

Zu ersetzen ist das negative Interesse. Das negative Interesse besteht aus den Kosten, die nicht angefallen wären, hätten die Parteien den Vertrag erst gar nicht abgeschlossen.<sup>36</sup>

Der Schadensersatzanspruch entfällt nicht dadurch, dass der Anfechtungsberechtigte vorher auf die Anfechtung verzichtet.

#### 4. Anfechtung wegen Drohung

Diese Variante (Drohung: *ikrah, korkutma*; Art. 37 OGB) braucht hier nicht erörtert zu werden.

#### 5. Anfechtung wegen Wucher

*Wucher* ist das auffällige Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung (Art. 28 OGB<sup>37</sup>), das durch einen Vertrag begründet wird, dessen Abschluss von dem einen Teil durch Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns des andern Teils herbeigeführt worden ist. Die Vorschrift soll verhindern, dass ein Vertragspartner seine Stärke zulasten des anderen Vertragspartners böswillig ausnutzt. Es handelt sich hier um einen Sonderfall von „Sittenwidrigkeit“. Die Voraussetzungen, unter denen Wucher angenommen werden kann, sind also auch von den bestimmten *subjektiven* Umständen auf der Seite des benachteiligten Vertragspartners abhängig (subjektives Element)<sup>38</sup>. Zu diesen subjektiven Umständen zählt etwa, wenn die betroffene Partei „alt, einsam und hilflos“ ist<sup>39</sup>. Aber auch juristische Personen, darunter selbst große Banken, die im Zuge der Bankenkrise 2000/2001 in Abhängigkeit von privaten Großanlegern geraten waren, wurden in Einzelfällen vom Kassationshof als Wucheropfer anerkannt und durften übertriebene Zinszusagen rückgängig machen.<sup>40</sup> Auch in Streitigkeiten zwischen Kaufleuten bzw. Handelsgesellschaften kommt es hin und wieder zur Anwendung von Art. 28 OGB.<sup>41</sup>

Ferner muss feststellbar sein, dass der Betroffene infolge dieser Schwächen in eine Zwangslage geraten ist, die dann vom Vertragspartner ausgenutzt worden ist.<sup>42</sup> Die wirtschaftliche Zwangslage wird nur in Ausnahmefällen als Notlage im Sinne des Wuchertatbestandes verstanden.<sup>43</sup>

Essenz des *subjektiven Elements* ist, dass infolge der Zwangslage die freie Willensbildung des Betroffenen beeinträchtigt war.<sup>44</sup>

---

<sup>35</sup> Oğuzman/Öz S. 112; Eren S. 401.

<sup>36</sup> Kassationshof, GrZS, 29.9.2010, E. 2010/14-386, K. 2010/427; 15.12.2010, E. 2010/13-618, K. 2010/668

<sup>37</sup> Die Bestimmung lautet in der Übersetzung des Gutachters:

*(1) Besteht zwischen den gegenseitigen Leistungen in einem Vertrag ein offenkundiges Missverhältnis und beruht dieses auf der Ausnutzung einer Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit des Geschädigten, kann der Geschädigte je nach Sachlage dem anderen gegenüber erklären, dass er nicht an den Vertrag gebunden sei und die Rückgewähr der Leistung oder aber unter Aufrechterhaltung des Vertrages die Beseitigung des Missverhältnisses verlangen.*

*(2) Der Geschädigte kann dieses Recht innerhalb von fünf Jahren nach Erlangung der Einsicht in den eigenen Leichtsinn oder der Unerfahrenheit bzw. seit dem Ende der Notlage ausüben.*

<sup>38</sup> Kassationshof, 11. ZS, 11.2.2002, E. 2001/8836, K. 2002/1066.

<sup>39</sup> Kassationshof, 1. ZS, 28.2.1974, E. 1973/1924, K. 1974/1255; 18.9.1987, E. 1986/10165, K. 1987/9251.

<sup>40</sup> Kassationshof, GrZS, 23.6.2004, E. 2004/19-346, K. 2004/374.

<sup>41</sup> Kassationshof, 19. ZS., 12.12.2017, E. 2016/11830, K. 2017/7904: Verkauf von Petersiliensamen.

<sup>42</sup> Kassationshof, 1. ZS, 24.11.1976, E. 1976/10536, K. 1976/11572.

<sup>43</sup> Kassationshof, 14. ZS, 24.4.2002, E. 2002/1503, K. 2002/3131; 1. ZS, 7.3.1985, E. 1984/11624, K. 1985/31021; 1. ZS, 6.5.1980, E. 1980/4135, K. 1980/6218; 1. ZS, 22.3.1978, E. 1978/2699, K. 1978/3106; GrZS, 12.2.1969, E. 1968/1-420, K. 1969/101.

<sup>44</sup> Kassationshof, GrZS, 30.9.1972, E. 1972/229, K. 1972/765.



*Leichtsinn* liegt vor, wenn im konkreten Fall im Hinblick auf den Abschluss des Vertrages und dessen Konsequenzen keine Sorgfalt aufgewendet und unüberlegt gehandelt wird. Die mentale Befindlichkeit stellt zwar noch keine Geschäftsunfähigkeit dar – das hierfür erforderliche Urteilsvermögen ist noch vorhanden –, führt aber in einer konkreten Situation, die durchaus auch durch die Verkaufsmethoden der anderen Seite herbeigeführt werden kann, zu einem temporären Ausfall vorhersehenden Denkvermögens. Um zu solchen Ergebnissen zu kommen, muss das Gericht die Persönlichkeit des Geschädigten, seinen Gesundheitszustand, seine soziale Stellung, seine wirtschaftliche Situation oder seine psychische Befindlichkeit in Rechnung stellen.<sup>45</sup>

Bei der „*Unerfahrenheit*“ geht es um fehlende Beweglichkeit und Erfahrung im Geschäftsverkehr, etwa bei jüngeren Personen, denen es im konkreten Einzelfall an der erforderlichen Lebenserfahrung fehlt, um die Konsequenzen des eigenen Tuns vorausschauend überblicken zu können. Auch die völlige Ahnungslosigkeit bezüglich des konkreten Geschäftsgegenstandes spielt auf Seiten des Bewucherten eine Rolle. Kennt jemand aber die Geschäftssituation aus früheren Erfahrungen heraus, so kann nicht mehr von „*Unerfahrenheit*“ gesprochen werden.

Zur *objektiven* Seite wiederum gehört das *offensichtliche und auffällige Missverhältnis*. Der Rechtsprechung zufolge besteht das objektive Element bereits ohne Zweifel, wenn der Kaufpreis den tatsächlichen Wert der Leistung um das *Zweifache* übersteigt.<sup>46</sup> Absolute Maßstäbe gibt es allerdings nicht.

Und schließlich kommt noch auf Seiten des Vertragspartners ein *subjektives* Element hinzu. Derjenige, der die oben beschriebene Lage ausnutzt, muss dies vorsätzlich tun. Ein völlig außer Kontrolle geratenes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung begründet bereits eine widerlegbare Vermutung (*karine*), dass der Nutznießer auf die Ausnutzung der oben beschriebenen Zwangslage abgezielt hat.<sup>47</sup>

Um den Sachverhalt unter den Wuchertatbestand subsumieren zu können, müssen alle vorgenannten Bedingungen auf subjektiver und objektiver Seite gegeben sein.

**Beispiel:** A verkauft B Petersiliensamen zu 47 TL pro Sack. Später fordert A das Fünffache und stellt entsprechend eine ergänzende Rechnung. Das Gericht ließ über den Marktpreis ein Gutachten anfertigen und sprach die Differenz zu einem großen Teil zu. Der Kassationshof erhält das Urteil aufrecht, obwohl das Ausgangsgericht offenbar nicht geprüft hat, ob der Verkäufer in einer Notlage war oder unter besonderem Druck stand.<sup>48</sup> Dieser Mangel wurde im insoweit richtigen Minderheitsvotum gerügt.

Während der 19. Zivilsenat des Kassationshofs im soeben genannten Beispiel (gegen ein Minderheitsvotum) locker über die Voraussetzungen des Art. 28 Abs. 1 OGB hinweggegangen ist, urteilt der 11. Zivilsenat präziser.<sup>49</sup> Er prüft konkret, ob die Lebenserfahrung der Beteiligten ausreicht, um den Wert von Anteilen an einer OHG, in welcher Grundstücke enthalten sind, beurteilen zu können. Wird vom Verkäufer die Unerfahrenheit ausgenutzt, liegt „*Wucher*“ vor. Ähnlich urteilt auch der 1. Zivilsenat, der eine Prüfung der subjektiven Seite beim Geschädigten mit Blick auf Alter, soziales Umfeld, Bildung, Wirtschaftskraft und Psyche verlangt. Diese müsse die andere Seite kennen und ausnutzen.<sup>50</sup>

In letzterem Fall hatte der Beklagte eine Immobilie, welche 25.000 TL wert war, angeblich für 2.000 TL an den Käufer verkauft, der sich erfolgreich damit verteidigte, er habe dafür 8.000 TL

---

<sup>45</sup> Kassationshof, 1. ZS, 26.6.2003, E. 2003/7026, K. 2003/7698.

<sup>46</sup> Kassationshof, 1. ZS, 22.3.1978, E. 1978/2699, K. 1978/3106.

<sup>47</sup> Kocabaş S. 111.

<sup>48</sup> Kassationshof, 19. ZS., 12.12.2017, E. 2016/11830, K. 2017/7904.

<sup>49</sup> Kassationshof, 11. ZS., 14.6.2017, E. 2015/14872, K. 2017/3714.

<sup>50</sup> Kassationshof, 1. ZS., 9.5.2016, E. 106/4269, K. 2016/5762.

bezahlt. Der Kläger behauptete, der Beklagte habe gewusst, dass er krank gewesen sei, zudem habe es Streitigkeiten gegeben, andernfalls hätte er sich darauf nicht eingelassen. Die Vorinstanz hatte Wucher angenommen. Der Kassationshof hat dann aber festgestellt, dass die Parteien offen und einige Zeit über den Preis verhandelt hätten. Es bestünden keine Anhaltspunkte für Leichtsinns oder Unerfahrenheit. Auch eine Notlage nahm er offenbar nicht an und hob das erstinstanzliche Urteil auf.

Die überwiegende Rechtsprechung, soweit sie eine Prüfung der subjektiven Seite tatsächlich verlangt, lässt das bloße Missverhältnis nicht reichen. Für den hiesigen Fall interessant dürfte vor allem die Beschreibung der Verhandlungssituation durch den 1. Zivilsenat sein.

## 6. Anfechtungserklärung

Die Anfechtungserklärung muss erkennen lassen, auf welche *tatsächlichen Gründe* die Anfechtung gestützt wird. Andernfalls ist sie unwirksam. Eine Teilanfechtung ist möglich, soweit das Rechtsgeschäft selbst teilbar ist.

Die Anfechtung ist *formfrei*, und zwar unabhängig davon, ob das angefochtene Geschäft selbst der Form bedarf. Es genügt, wenn der Anfechtende die Rückgabe seiner Leistung verlangt oder die Erbringung der eigenen Leistung verweigert und dadurch zum Ausdruck bringt, dass er den Vertrag vernichten will.

Die Anfechtungserklärung ist unwiderruflich mit der Folge, dass eine Wiederbelebung des Vertrages nur mit Zustimmung des Anfechtungsgegners möglich ist. Der Vertreter des Anfechtenden ist zur Abgabe der Anfechtungserklärung nur berechtigt, wenn er Vertretungsmacht auch für die Anfechtung besitzt.

## 7. Ausschlussfrist (*hak düşürücü süre*)

Die Anfechtung ist innerhalb eines Jahres zu erklären (Art. 39 OGB). Das gilt für alle Irrtumsarten. Diese Ausschlussfrist ist vom Gericht von Amts wegen zu beachten. Maßgeblich für den Fristlauf ist die Kenntnis vom Anfechtungsgrund. Die Anfechtungserklärung muss vor Ablauf der Ausschlussfrist dem Antragsgegner zugegangen sein. Bei arglistiger Täuschung und Drohung bleibt dem Anfechtungsberechtigten das Anfechtungsrecht als Einwendung gegen Forderungen des Anfechtungsgegners auch nach Fristablauf erhalten. Zudem bleiben, so ausdrücklich Art. 39 Abs. 2 OGB, bei Täuschung durch Arglist oder Drohung auch bei Versäumung der Ausschlussfrist eventuelle Schadensersatzansprüche erhalten. Hier gilt dann ggf. die zweijährige Verjährungsfrist für unerlaubte Handlungen ab Kenntnis. Auch beim Wucher gilt die einjährige Erklärungsfrist, die Ansprüche selbst können dann gemäß Art. 28 Abs. 2 OGB innerhalb von fünf Jahren nach Einsicht in die eigene Unerfahrenheit bzw. Ende der Notlage geltend gemacht werden. In allen Fällen gilt, soweit nicht vorher die ab Kenntnis laufende kürzere Verjährungsfrist abgelaufen ist, die maximale Verjährungsfrist von zehn Jahren ab Vertragsschluss.

## 8. Rechtsfolgen der Anfechtung

Die Rechtsfolgen der Anfechtung sind umstritten. Der herrschenden Anfechtungstheorie zufolge ist der Vertrag von Beginn an für beide Seiten wirksam, kann jedoch durch Anfechtung rückwirkend vernichtet werden. Für die Rückabwicklung können zwei verschiedene Anspruchsgrundlagen zur Verfügung stehen, und zwar aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 77 ff. OGB) sowie aus dem Rückgewähranspruch des wahren Eigentümers gegen den Besitzer (Art. 683 ZGB).

Die Rückabwicklung nach einer Anfechtung erfolgt bei Kaufverträgen prinzipiell dadurch, dass der Käufer dem Verkäufer den Kaufgegenstand zurückzugeben hat und dafür den Kaufpreis erstattet erhält. Hilfsweise hat der *gutgläubige* Besitzer Wertersatz zu leisten und kann seinerseits Verwendungsersatz verlangen (Art. 993 ff. ZGB). Hilfsweise hat der *bösgläubige* Besitzer Erträge, die er aus der Sache erzielt

hat, an den Eigentümer herauszugeben, auch wenn er sie schuldhaft nicht erzielt hat. Gegenrechnen darf der bösgläubige Besitzer seine angemessenen Verwendungen auf die Sache.

## V. Schadensersatz bei Rücktritt oder Anfechtung

Der Geschädigte ist so zu stellen, als hätte er den Vertrag nicht abgeschlossen. Der Schaden entspricht dem Verlust, den der Geschädigte an seinem Vermögen infolge des Abschlusses und dann Scheiterns des Vertrages erleiden musste.<sup>51</sup>

Zudem gilt auch das Prinzip der ausgleichenden Gerechtigkeit, welches es erfordert, auch Inflations- und Kursverluste als „negatives Interesse“ anzuerkennen.<sup>52</sup>

Der Große Zivilsenat des Kassationshofs hat versucht, die möglichen Gegenstände eines „negativen Interesses“ wie folgt aufzulisten<sup>53</sup>:

- Vertragskosten wie Gebühren, Porto, Notar etc.
- Kosten, die bei der Erfüllung des Vertrages entstehen, sowohl im Hinblick auf die eigene Leistung als auch im Hinblick auf den Empfang der Gegenleistung
- Verlust des Vertragsgegenstandes im Zuge der Vertragserfüllung
- Versäumnis einer Abschlussgelegenheit infolge des Abschlusses des dann gescheiterten Vertrages
- Mehrkosten durch Abschluss eines Ersatzvertrages
- Unmöglichkeit, einen mit dem gescheiterten Vertrag verbundenen Vertrag zu erfüllen (klassischer Subunternehmerfall)
- Prozesskosten.

Die Erstattung von vorgerichtlichen Anwaltskosten als Schaden ist der türkischen Praxis nicht vertraut. Nach türkischem Verständnis ist die Führung eines Prozesses immer schädlich. Selbst der obsiegende Teil erlangt die gesetzlichen Anwaltskosten nicht erstattet, die verbleiben immer beim obsiegenden Anwalt (ausdrücklich so Art. 164 Abs. 5 türk. Rechtsanwaltsgesetz<sup>54</sup>). Wer also einen Anwalt bestellt und bezahlt, bleibt auf diesen Kosten sitzen.<sup>55</sup> In einer Situation, in welcher der Geschädigte gegnerische Anwaltskosten zu tragen hat, kann u.U. – wobei dem Gutachter schwerfällt, sich einen entsprechenden Fall vorzustellen – die dem gegnerischen Anwalt zu erstattende Anwaltsgebühr zum Schaden zählen.<sup>56</sup>

---

<sup>51</sup> Kassationshof, GrZS, 14.1.2015, E. 2014/3-8, K. 2015/10.

<sup>52</sup> Kassationshof, GrZS, 14.1.2015, E. 2014/3-8, K. 2015/10.

<sup>53</sup> Kassationshof, GrZS, 29.9.2010, E. 2010/14-386, K. 2010/427; 15.12.2010, E. 2010/13-618, K. 2010/668; 14.1.2015, E. 2014/3-8, K. 2015/10

<sup>54</sup> Art. 164 des Rechtsanwaltsgesetzes beschäftigt sich mit Entstehung und Umfang von Honoraransprüchen aus dem Verhältnis zwischen Anwalt und Mandant. Abs. 5 lautet dann wörtlich: „Das am Ende eines Gerichtsverfahrens aufgrund der Anwaltsgebührentabelle zu erstattende Anwaltshonorar steht dem Anwalt zu. Dieses Honorar darf wegen einer Schuld des Auftraggebers weder aufgerechnet noch verrechnet noch gepfändet werden.“ Es gibt wohl eine Diskussion darum, wie der Konflikt mit Art. 330 türk. ZPO zu lösen ist, wonach die unterliegende „Partei“ der obsiegenden „Partei“ die Anwaltsgebühren zu erstatten hat. Der Konflikt könnte nach dem Prinzip *lex specialis* gegen *lex generalis* gelöst werden. Der Gutachter würde hier zwei sich ergänzende Vorschriften sehen: Die ZPO stellt die Regel der Erstattungspflicht auf, das Rechtsanwaltsgesetz bestimmt, wohin die Erstattung zu gehen hat (ausführlich: Şimşek S. 543 ff.)

<sup>55</sup> Kassationshof, 4. ZS., 6.6.2016, E. 2015/7667, K. 2016/7452: Die Anwaltskosten, soweit nicht in der Kostenentscheidung zugesprochen, werden nicht im Rahmen eines materiellen Schadensersatzes aus unerlaubter Handlung berücksichtigt.

<sup>56</sup> Kassationshof, 4. ZS., 7.4.2015, E. 2014/7266, K. 2015/4291; 14.12.2017, E. 2017/4317, K. 2017/8311 (Datenbank des Türkischen Anwaltskammerverbandes kararTek – [www.karartek.com.tr](http://www.karartek.com.tr)).

Der tiefere Grund liegt möglicherweise darin, dass vor türkischen Gerichten kein Anwaltszwang herrscht. Wenden wir dies auf den Fall an, dass die Beklagte obsiegt, also der Vertrag aufgrund Rücktritts oder wirksamer Anfechtung rückabgewickelt wird, so hätte die Klägerseite die damit verbundenen Kosten nach deutschem Prozessrecht ohnehin zu erstatten. Nach türkischem Recht dagegen müsste die Beklagte den eigenen Anwalt bezahlen, die Erstattung der Gegenseite flösse ebenfalls in die Taschen des eigenen Anwalts, und zwar von Rechts wegen. Diese gesetzliche Bestimmung verhindert naturgemäß die Geltendmachung als „negatives Interesse“, weil andernfalls die verlierende Seite doppelt belastet würde.

## VI. Verzug

### 1. Allgemein

Wie im deutschen Recht wird auch im türkischen Recht zwischen Schuldnerverzug (Art. 117 ff. OGB) und Gläubigerverzug (Annahmeverzug, Art. 106 OGB) unterschieden.<sup>57</sup> Dabei geht es um den Verzug bei der Erfüllung von Vertragspflichten.

Im vorliegenden Fall haben wir verschiedene Verzugskonstellationen.

Im Hinblick auf den laufenden Vertrag ist der Beklagte mit der Restkaufpreiszahlung in Verzug.

Ist die Wandelung wirksam, kommen im Hinblick auf die nicht zurückgenommenen Schmuckstücke Gläubigerverzug und auf die Rückzahlung der Vorschussleistung auf den Kaufpreis Schuldnerverzug in Betracht.

### 2. Schuldnerverzug

Der Schuldner kommt nur in Verzug, wenn dem Gläubiger ein *fälliger Anspruch* zusteht. Die *Fälligkeit* bestimmt sich nach der Vereinbarung oder den Umständen, hilfsweise nach dem Gesetz; im Gesetz finden sich auch Maßstäbe für die Berechnung des genauen Fälligkeitszeitpunktes (Art. 90 f. OGB). Auch wenn in Art. 90 Abs. 1 OGB der Grundsatz festgehalten ist, dass die Fälligkeit mit Entstehung des Anspruchs eintritt, ordnet Art. 117 OGB an, dass Verzug erst eintritt, wenn der Gläubiger eine *Mahnung* ausgesprochen hat. Im *Geschäftsverkehr*, wo Art. 18 Abs. 3 HGB für Mahnungen unter Kaufleuten strenge Formen vorschreibt, wird daher die Mahnung über einen Notar zugestellt, um den Verzug auszulösen.

Ist der Rechtsgrund für die Forderung ein gesetzliches Schuldverhältnis wie unerlaubte Handlung oder ungerechtfertigte Bereicherung, tritt Verzug eigentlich bereits mit Entstehung des Anspruchs ein (Art. 117 Abs. 2 OGB). Noch unter der Geltung des alten OGB (Art. 101 Abs. 2 a.F.) galt, dass auch bei Forderungen aus gesetzlichen Schuldverhältnissen eine Mahnung erfolgen musste, um den Verzug auszulösen.<sup>58</sup> Zu beachten ist allerdings im vorliegenden Fall, dass ein Rückabwicklungsverhältnis nach Wandelung durch den Kassationshof nicht als Bereicherungsverhältnis, also nicht als gesetzliches Schuldverhältnis angesehen wird, sondern als vertragliches Annex-Rechtsverhältnis zum Vertrag. Damit bleibt dann also das Mahnungs-Erfordernis nach Art. 117 Abs. 1 OGB bestehen.<sup>59</sup>

Der Verzugschaden ist gemäß Art. 118 OGB zu ersetzen, sofern der Schuldner nicht beweist, dass ihn kein Verschulden trifft. Verzug indiziert erst einmal das Verschulden, es besteht jedoch eine Exkulpationsmöglichkeit. Selbst bei höherer Gewalt ist zunächst einmal der Schuldner schadensersatzpflichtig (Art. 119 OGB). Allerdings gilt auch hier die Exkulpationsmöglichkeit oder der Beweis, dass der Schaden auch ohne das Ereignis eingetreten wäre. Wer nach Art. 118 ZGB

---

<sup>57</sup> Rumpf, Einführung § 14 Rdn. 144 ff.

<sup>58</sup> Vgl. auch Kassationshof, 3. ZS, Urt. v. 17.2.2012, E. 2012/22328, K. 25870, in IBD 88/2, S. 470 f.

<sup>59</sup> Dennoch bleiben im Übrigen die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung analog anwendbar.

schadensersatzpflichtig ist, hat das positive Interesse zu ersetzen.<sup>60</sup> Das gilt allerdings nur, wenn der Vertrag nicht durch Rücktritt oder Anfechtung zerstört wird.<sup>61</sup>

Bei Geldforderungen wird der Verzugschaden regelmäßig durch den *Verzugszins* (Art. 120 OGB) abgedeckt. Ist ein solcher nicht vereinbart, gelten gesetzliche Bestimmungen zur Berechnung. Genügt der Zins nicht zum Schadensausgleich, kann der darüber hinausgehende Schaden ersetzt verlangt werden (Art. 122 OGB), falls der Schuldner nicht beweist, dass ihn keinerlei Verschulden trifft.

Zu beachten ist, dass die Verzugsregeln im besonderen Vertragsrecht auch abweichend geregelt sein können. So gelten etwa im Kaufrecht besondere Regeln zum Käuferverzug. Die Grundregel ist, dass der Kaufpreis erst mit Übergabe der Sache fällig wird („erst die Ware, dann das Geld“, allerdings im Sinne von Zug um Zug, Art. 234 Abs. 1 OGB). Ist aber etwa vereinbart, dass die Sache erst mit der Zahlung oder nach Zahlung des Kaufpreises übergeben werden soll und gerät der Käufer mit der Zahlung in Verzug, kann und muss dann auch unverzüglich der Verkäufer den Rücktritt erklären (Art. 235 Abs. 1 und 2 OGB). Hat der Verkäufer bereits geleistet (Kaufgegenstand übergeben), entfällt das Rücktrittsrecht, wenn er es sich nicht zuvor vertraglich vorbehalten hat (Art. 235 Abs. 3 OGB).

Im vorliegenden Fall gilt also:

Die Beklagte ist mit der Kaufpreiszahlung in Verzug, wenn der Verkäufer die Zahlung angemahnt hat oder aber ein bestimmter Zahlungstermin vereinbart worden ist. Liegt keine der beiden Varianten vor, ist der einschlägige Zeitpunkt für die Berechnung von Verzugszinsen die Klageerhebung.

Hat die Beklagte wirksam gewandelt oder angefochten, ist sie selbst nur dann in Verzug, wenn die Klägerin die Schmuckstücke herausverlangt hat. Die Klägerin hat die Herausgabe nicht verlangt, also ist die Beklagte auch nicht in Verzug.

In Bezug auf die Rückzahlungsverpflichtung der Klägerin ist diese in Verzug, wenn die Beklagte die Vorschussleistung herausverlangt hat und die entsprechende Erklärung als Mahnung zu erkennen und der Klägerin zugegangen ist. Ist die Klägerin nicht in Verzug gesetzt worden, kann die Beklagte Zinsen auf die Rückzahlung erst ab Widerklageerhebung verlangen.<sup>62</sup> Auch bei Rücktritt bzw. Anfechtung wird also die Zinsverpflichtung behandelt, als gebe es Verzug, ungeachtet des Umstandes, dass der Vertrag rückwirkend vernichtet wird.

### 3. Gläubigerverzug

Der Gläubiger kommt in Verzug<sup>63</sup>, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt (*Annahmeverzug*) (Art. 106 OGB). Voraussetzung ist, dass die Leistung auch ausdrücklich angeboten wurde.<sup>64</sup> Der Gläubiger wiederum muss das Angebot zu Unrecht ausgeschlagen oder jedenfalls nicht angenommen haben.<sup>65</sup> Der Begriff „zu Unrecht“ beschreibt eine rechtliche Einwendung, jedoch nicht irgendwelche Entschuldigungsgründe, die den Gläubiger tatsächlich an der Annahme hindern.<sup>66</sup>

Der Gläubigerverzug entsteht erst gar nicht, wenn bzw. solange die angebotene Leistung aus Gründen, die nicht vom Gläubiger zu vertreten sind, nicht erbracht werden kann (Unmöglichkeit). Der Gläubigerverzug endet, wenn der Gläubiger aufrechnen kann, der Schuldner die Sache infolge Gläubigerverzugs hinterlegt

---

<sup>60</sup> Kassationshof, 23. ZS., 14.12.2017, E. 2017/2494, K. 2017/3743.

<sup>61</sup> Kassationshof, 23. ZS., 14.12.2017, E. 2017/2494, K. 2017/3743.

<sup>62</sup> Kassationshof, 19. ZS, 27.3.2008, E. 208/560, K. 2008/3086.

<sup>63</sup> Eren S. 1010 ff.

<sup>64</sup> Eren S. 1013

<sup>65</sup> Eren S. 1015

<sup>66</sup> Eren S. 1015 f.

hat (Art. 107 OGB), der Schuldner die Sache infolge Gläubigerverzugs mit richterlicher Zustimmung veräußert und das Erlangte hinterlegt oder an den Gläubiger ausgekehrt hat (Art. 108 OGB), oder aber wenn der Vertrag beendet wird.<sup>67</sup> Die dem Schuldner infolge des Gläubigerverzuges entstandenen Kosten hat der Gläubiger zu ersetzen. Wo hinterlegt wird, bestimmt das Gericht.

Die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs<sup>68</sup> bestehen in Veränderungen beim Gefahrübergang. So geht beim Kaufvertrag die Gefahr des Untergangs der Sache mit Verzug des Käufers auf den Käufer über (Art. 208 Abs. 2 OGB). Bei der Gattungsschuld geht die Gefahr – entgegen dem Wortlaut des Art. 208 Abs. 2 OGB – über, wenn der Käufer die Konkretisierung der Schuld verhindert; dass hierdurch auch der Schuldner in Verzug gerät, wird in diesem Fall nicht dem Schuldner, sondern dem Gläubiger zur Last gelegt. In sonstigen Fällen geht die Gefahr spätestens auf den Gläubiger über, wenn der Schuldner die Sache hinterlegt hat.

Eine weitere Folge ist, dass, wenn die Sache durch den Gläubiger nicht abgenommen wurde und hierdurch Annahmeverzug eingetreten ist, an die Sorgfaltspflichten des Schuldners geringere Anforderungen gestellt werden, soweit er zur weiteren Aufbewahrung verpflichtet ist; hier muss sich der in Verzug befindliche Gläubiger eine Mithaftung anrechnen lassen. Ist bei Zug-um-Zug-Leistung der Gläubiger der Geldschuld in Verzug, kann er nicht die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners einwenden. Wer als Gläubiger selbst in Verzug ist, kann den Schuldner nicht in Verzug setzen.

#### 4. Verzugsschaden

##### a) Verzugszinsen

Bei Geldforderungen kann im Falle des Verzuges zunächst einmal die Zahlung eines Verzugszinses verlangt werden.

Allgemein ist der Zins in Art. 88 OGB geregelt. Diese Bestimmung ist jedoch in ihrer Bedeutung auf den Grundsatz reduziert, dass Zinsen, zu deren Zahlung der Schuldner verpflichtet ist, jährlich berechnet werden, falls nichts anderes vereinbart oder üblich ist. Diese Regelung wird auch durch Art. 120 OGB aufgegriffen, die den vertragsrechtlichen Verzugszins regelt und ausdrücklich Bezug auf anderweitige geltende Bestimmungen nimmt. Maßgeblich ist im Übrigen das Zinsgesetz<sup>69</sup>.

Art. 1 Zinsgesetz regelt den *gesetzlichen Zins*. Das Gesetz sieht einen Satz von 12% pro Jahr vor, ermächtigt aber gleichzeitig den Ministerrat (seit 7.7.2018 den Präsidenten), den Zins in engen Grenzen zu erhöhen oder auf bis zu 10% herabzusetzen. Der Ministerrat hat ihn in 2005 auf 9% herabgesetzt, wo er seither geblieben ist (Stand 27.7.2018). Diese Bestimmung gilt nur, wenn es an vertraglichen Regelungen fehlt.

In Art. 2 Zinsgesetz wird der *Verzugszins* geregelt, in Art. 4a Zinsgesetz wird zwischen Zinsen in TL und in ausländischen Währungen unterschieden.

Es gilt ein Zinseszinsverbot (Art. 3 Zinsgesetz).

Die Berechnung der Verzugszinsen folgt den Besonderheiten der Währungsverhältnisse in der Türkei.

Im privaten Geschäftsverkehr ist der Verzugszins dem gesetzlichen Zins gleich, liegt also seit 2005 bei 9% p.a.

Auf die Zinssätze im kaufmännischen Geschäftsverkehr kommt es hier nicht an. Hierfür gelten andere Regeln, die hier nicht relevant sind.

---

<sup>67</sup> Eren S. 1016

<sup>68</sup> Eren S. 1016 ff.

<sup>69</sup> Gesetz Nr. 3095 v. 4.12.1984, RG Nr. 18610 v. 19.12.1984, zuletzt geändert durch RVOmG Nr. 700, RG Nr. 30471<sup>ter</sup> v. 7.7.2018.

## b) Sonstiger Verzugschaden

Art. 122 OGB erlaubt ausdrücklich die Liquidation eines Schadens, der über den Verzugszins hinausgeht. Die Vorschrift ist so formuliert, dass der zusätzliche Schaden auszugleichen ist, also die Differenz zwischen dem tatsächlichen Schaden und dem Verzug. Der Zinsgläubiger muss beweisen, dass er tatsächlich einen höheren Schaden erlitten hat.<sup>70</sup> Wie oben bereits in Bezug auf das negative Interesse dargelegt, gehören zu einem Schaden u.U. auch Rechtsverfolgungskosten. Das Gericht wird hier aber prüfen müssen, ob diese notwendig waren. Art. 122 Abs. 1 OGB stellt hier eine Verschuldensvermutung auf, die durch den Schuldner widerlegt werden kann.

## 5. Mehrere Gegenstände

Zu beachten ist, dass wir es im vorliegenden Fall mit zwei Ohring-Paaren zu tun haben, von denen ein Paar im Vertrag als „geschenkt“ bezeichnet wird. Das Gericht wird anhand des Sachverhalts prüfen müssen, ob es sich im Hinblick auf das Paar „goldene Ohringe“ tatsächlich um ein „Geschenk“ handelte. Zudem ist zu prüfen, ob die Anfechtungserklärung auch das Geschenk umfasst. Aus Sicht des Gutachters besteht hier kein Anlass, näher auf türkisches Schenkungsrecht einzugehen.

## E. Anwendung auf den Fall/Zusammenfassung

1. Der Restkaufpreis steht der Klägerin nur dann zu, wenn die Beklagte den Vertrag nicht durch Rücktritt oder Anfechtung wirksam vernichtet hat.

Nach türkischem Recht stehen der Klägerin bei Devisenforderungen 9% Verzugszinsen zu. Das setzt voraus, dass die Beklagte sich tatsächlich in Verzug befindet. Das wiederum setzt voraus, dass die Klägerin nach wie vor einen wirksamen Erfüllungsanspruch hat. Ist dieser prinzipiell gegeben, so setzt der Verzug eine entsprechende Mahnung der Klägerin voraus. Solche Mahnungen sind für die einzelnen Raten erteilt worden.

In Bezug auf Mahn- und Auskunftskosten sowie die vorgerichtlichen Anwaltskosten wird das Gericht die Gepflogenheiten in Deutschland mitberücksichtigen müssen. Wenn zum Beispiel in der Türkei Anwaltskosten eher nicht als Schaden eingestuft werden, es sei denn, es handelt sich um die gerichtlich angeordnete Erstattung von *gegnerischen* Anwaltskosten, schlägt in Deutschland der Gedanke der Erlangung effektiven Rechtsschutzes stärker zu Buche. Es wird im vorliegenden Fall dem anfragenden Gericht anheimgestellt, ob es im Sinne von Art. 1 ZGB<sup>71</sup> vorgeht. Denn die Rechtsverfolgung unterliegt in der Türkei doch anderen Regeln, die ja hier im Rahmen der ZPO und des deutschen Anwaltsrechts nicht anwendbar sind. Sind etwa nach deutschem Recht vorgerichtliche Anwaltskosten nicht erstattungsfähig, werden sie in der Regel auch nicht als Schadensersatz geltend zu machen sein. Sind sie erstattungsfähig, besteht kein Anlass, die Kosten noch einmal bei der Zumessung einer Entschädigung zu berücksichtigen.

2. Eine Anfechtung kommt schon deshalb in Betracht, weil die Beklagte einem Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Ohringe aufgesessen ist. Sie war davon ausgegangen, dass die Ohringe aus Gold sind, was aber – was eventuell im Prozess noch durch Sachverständigengutachten zu ermitteln ist – möglicherweise nicht der Fall war.

Zudem kann die Beklagte möglicherweise wegen arglistiger Täuschung anfechten. Die Täuschung liegt ggf. darin, dass die Klägerin – die Handlungen ihrer Verkäuferin vor Ort sind ihr zuzurechnen – die Beklagte über wesentliche Eigenschaften der Ohringe getäuscht hat. Dass

---

<sup>70</sup> Kassationshof, 15. ZS., 12.5.2016, E. 2016/1049, K. 2016/2737: Der Umstand allein, dass es eine höhere Inflation gibt oder am Markt höhere Zinsen gezahlt werden, enthebt den Gläubiger nicht von konkreter Beweisführung seines tatsächlich erlittenen Schadens.

<sup>71</sup> S.o. FN 16.

diese Handlung gleichzeitig auch den Tatbestand des Betruges erfüllen könnte, haben wir nicht eigens geprüft. In diesem Falle käme noch als Rechtsgrundlage unerlaubte Handlung (Art. 49 ff. OGB) in Betracht. Die Anspruchsgrundlage des Art. 26 OGB bietet indessen bereits entsprechende Schadensersatzansprüche.

Auch der Tatbestand des Wuchers (Schweizerdeutsch: Übervorteilung) könnte hier erfüllt sein, da der durch die Klägerin erzielte Kaufpreis ein Mehrfaches des tatsächliche Wertes beträgt, was evtl. noch durch ein Sachverständigengutachten zu verifizieren wäre. Inwieweit die übrigen, insbesondere subjektiven Merkmale auf Seiten der Beklagten vorliegen, wird das Gericht aufgrund der Beweislage beurteilen müssen. Da hier allerdings der objektive Sachverhalt, soweit erweislich, auch die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung rechtfertigt, kommt es auf die Anwendung des Art. 28 OGB möglicherweise nicht mehr an.

Zu beachten ist, dass die Anfechtungserklärung innerhalb eines Jahres nach Kenntnisnahme des Anfechtungsgrundes zu erfolgen hat. Für den Rücktritt gibt es eine solche Erklärungsfrist nicht.

Im Falle erfolgreicher Anfechtung oder wirksamen Rücktritts hat die Beklagte Anspruch auf Rückzahlung des Vorschusses. Da beide Varianten der Vertragsauflösung „ex tunc“ wirken, ist der Betrag seit Zahlung zu verzinsen. Es gilt das Zinsgesetz iVm Art. 88 OGB.

3. Ein Widerruf kommt beim gewöhnlichen Geschäft im Geschäftslokal des Verkäufers nicht in Betracht. Allerdings ist der Rücktritt möglich, etwa wenn die Ringe einen für den Vertragszweck wesentlichen Mangel aufweisen. Das dürfte der Fall sein, wenn die Ringe nicht wie vereinbart aus Gold bestehen, sondern aus billigem, vergoldetem Material. Der Vertrag ist dann rückabzuwickeln, das jeweils Gewährte Zug um Zug herauszugeben.
4. Mit Anfechtung oder Rücktritt ist die Anzahlung nebst Zinsen ab Verzugseintritt, spätestens ab Widerklage herauszugeben. Der Gutachter geht davon aus, dass Verzug mit Fristablauf nach dem Anfechtungsschreiben v. 28.10.2016 eingetreten ist.

Die Stellungnahme ergeht nach bestem Wissen.

Prof. Dr. Christian Rumpf