

**Prof. Dr. Christian Rumpf**

**Gutachten für das Landgericht Köln**

**Az.: 11 S 295/14**

**20.11.2019**

**(Schmuckkauf, Rückabwicklung, Intertemporales PR)**

Das Landgericht Köln hat den Gutachter gem. Beweisbeschluss vom 17.05.2019 gebeten, zu folgenden Fragen Stellung zu nehmen:

1. Sah das seinerzeit geltende türkische Recht für den vorliegenden Fall der Rückabwicklung des zwischen den Parteien am 15.11.2012 in den Geschäftsräumen der Klägerin geschlossenen Vertrages über den Ankauf eines Colliers mit Edelsteinen für 2.950 Euro (vergleiche die von der Beklagten mit Schriftsatz vom 05.02.2014 vorgelegte Kaufvertragsurkunde Bl. 42 der Akten und das von der Beklagten mit Schriftsatz vom 14.12.2012 vorgelegte Formular über Fluginfo Blatt 21 der Akten) infolge des der Klägerin am 06.12.2012 zugegangenen Schreibens der Beklagten vom 28.11.2012 (von der Beklagten mit Rückschein vorgelegt mit Schriftsatz vom 14.12.2012, Bl. 17 ff. der Akten) bzw. aufgrund der insoweit seitens der Klägerin geäußerten Zustimmung hinsichtlich der Beklagten zustehenden Kaufpreisrückzahlung eine Zug-um-Zugabwicklung oder eine Vorleistungspflicht der Klägerin als Verkäuferin vor?
2. Galten seinerzeit – wie von der Beklagten eingewandt – einschlägige türkische Verbraucherschutzbestimmungen, aus denen sich eine Vorleistungspflicht der Klägerin ergab?

## Inhalt

A.	Vorbemerkung.....	- 4 -
I.	Abkürzungen.....	- 4 -
II.	Literatur.....	- 4 -
III.	Kompetenz des Gutachters.....	- 4 -
IV.	Bearbeitungsgrundsätze.....	- 5 -
B.	Sachverhalt .....	- 5 -
C.	Internationales Privatrecht.....	- 6 -
D.	Intertemporales Privatrecht.....	- 6 -
E.	Türkisches Materielles Recht.....	- 7 -
I.	Rechtsquellen .....	- 7 -
II.	Zustandekommen des Kaufvertrages .....	- 7 -
1.	Allgemein .....	- 7 -
2.	Vertragspflichten .....	- 8 -
a)	Kaufgegenstand .....	- 8 -
b)	Kaufpreis .....	- 8 -
c)	Zug um Zug .....	- 8 -
III.	Rückabwicklung des Kaufvertrages.....	- 9 -
1.	Gewährleistungsrecht .....	- 9 -
2.	Pflichten des Käufers.....	- 9 -
3.	Gewährleistungsrechte des Verbrauchers .....	- 9 -
a)	Grundsätze .....	- 9 -
b)	Mangel.....	- 11 -
c)	Wandelung/Rücktritt/Widerruf .....	- 11 -
d)	Abwicklungsfrist.....	- 11 -
e)	Wandelung.....	- 11 -
f)	Kosten der Rückabwicklung beim Verbraucher .....	- 12 -
g)	Schadensersatzpflicht.....	- 12 -
IV.	Anfechtung.....	- 12 -
1.	Fragestellung .....	- 12 -
2.	Allgemein .....	- 12 -
3.	Anfechtungserklärung.....	- 12 -
4.	Rechtsfolgen der Anfechtung.....	- 12 -
V.	Abwicklung Zug um Zug? .....	- 13 -
F.	Anwendung auf den Fall/Zusammenfassung .....	- 15 -

## Stellungnahme

### A. Vorbemerkung

#### I. Abkürzungen

a.F. (alte Fassung); AT (Allgemeiner Teil); BT (Besonderer Teil); C. (Cilt – Band); E. (Esas – Rechtssache); GrZS (Großer Zivilsenat des Kassationshofs); MÜHF-HAD (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi – Zeitschrift der JurFak der Marmara-Universität); n.F. (neue Fassung); OGB (Obligationengesetzbuch); VerbrSchG (türk. Verbraucherschutzgesetz); VO (Verordnung); ZS (Zivilsenat); ZS (Zivilsenat des Kassationshofs).

#### II. Literatur

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler) (Schuldrecht Allgemeiner Teil), 22. Aufl., Istanbul 2017 (Eren AT)

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku – Özel Hükümler (Schuldrecht – Besonderer Teil), 6. Aufl., Ankara 2018 (Eren BT)

Ertaş, Şeref: Eşya Hukuku (Sachenrecht), 8. Aufl., Ankara 2008

Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler (Schuldrecht – Allgemeiner Teil), 22. Aufl., Ankara 2018

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), 17. Aufl., İstanbul 2019 (Oğuzman/Öz I)

Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Schuldrecht Allgemeiner Teil I), 14. Aufl., İstanbul 2018 (Oğuzman/Öz II)

Reisoğlu, Sefa: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler (Schuldrecht AT), İstanbul 2000

Rumpf, Christian: Einführung in das türkische Recht, 2. Aufl. München 2016

Tekinay, Selahattin S./Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Schuldrecht Allgemeiner Teil), 7. Aufl., İstanbul 1993

Uygur, Turgut: Borçlar Kanunu (Obligationengesetzbuch [Kommentar]), 2. Aufl., Ankara 2003

Uygur, Turgut: Borçlar Kanunu (Obligationengesetzbuch [Kommentar]), 3. Aufl., Ankara 2013

Yavuz, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri – Özel Hükümler (Lehrbuch Schuldrecht – Besonderer Teil), 10. Aufl., Istanbul 2012

Yavuz, Nihat: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi (Kommentar zum Verbraucherschutzgesetz), Ankara 2007.

Zevkliler, Aydın/Aydoğdu, Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku (Verbraucherschutzrecht), 3. Aufl., Ankara 2004.

Zevkliler, Aydın/Gökayla, K. Emre: Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri (Schuldrecht – Besondere Schuldverhältnisse), 13. Aufl., Ankara 2013.

#### III. Kompetenz des Gutachters

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.

#### **IV. Bearbeitungsgrundsätze**

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 den kostenpflichtigen Datenbanken des Kazanci-Verlages ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)), des Legal-Verlages ([www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)) oder der freien Plattform [www.hukukmedeniyeti.org](http://www.hukukmedeniyeti.org) entnommen.

#### **B. Sachverhalt**

Die Klägerin ist eine in I.../Türkei ansässige Aktiengesellschaft, die sich mit dem Vertrieb und Verkauf von Schmuck befasst. Die Beklagte befand sich auf einer Pauschalreise in der Türkei und erwarb in einem Geschäft der Klägerin am 15.11.2012 ein Collier mit Edelsteinen zu dem Preis von 2.950,00 Euro netto. Die Zahlung erfolgte in Höhe von 950,00 Euro durch EC Karte und in Höhe von 2.000,00 Euro durch Hingabe eines Wechsels auf eigene Order zum 10.01.2013.

Weiter unterzeichnete die Beklagte ein Formular für umsatzsteuerfreie Einkäufe in der Türkei zur Vorlage bei der Ausfuhr der Ware. In diesem Formular heißt es u.a.: „Ich bestätige, dass ich die Mehrwertsteuer der Waren, welche ich in der zollfreien Zone kaufte, zurückerstattet bekommen habe“.

Nach ihrer Rückkehr nach Deutschland erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 28.11.2012 der Klägerin gegenüber den Widerruf des Kaufvertrages. Die Klägerin teilte der Beklagten per E-Mail vom 30.11.2012 mit, dass sie den Kaufvertrag storniere. Ohne Anerkennung einer Rechtspflicht ließ sich die Klägerin auf das „Storno“ ein und forderte mit anwaltlichem Schreiben vom 03.01.2013 die Beklagte zur Rücksendung des Colliers auf und versprach die Erstattung der 950,00 Euro auf die Kreditkarte bei Eingang der Ware. Mit Schreiben vom 01.07.2013 wurde der Beklagten der entwertete Wechsel zugesandt und sie wurde zur Rücksendung des Schmuckes bis zum 16.07.2013 aufgefordert.

Dennoch schickte die Beklagte den Schmuck nicht zurück. Die Klägerin erhob nunmehr beim Amtsgericht Köln Klage auf Rückgabe des Schmucks Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreisvorschusses.

Mit Urteil des AG Köln (Az. 142 C 518/13) vom 14.04.2014 wurde die Beklagte verurteilt, das Collier an die Klägerin herauszugeben Zug um Zug gegen Überweisung von 950,00 Euro durch die Klägerin an die Beklagte. Ein Zurückbehaltungsrecht mit der Begründung, die Beklagte hätte ja noch die Mehrwertsteuer zu bekommen, lehnte das Gericht ab.

Die Beklagte leitete daraufhin das Berufungsverfahren ein, mit der Begründung, dass nach türkischem Recht gem. Gesetz Nr. 6502 vom 07.11.2013 (Verbraucherschutzgesetz), nach Artikel 11 Abs. 5 bei einem Rücktritt des Käufers der Kaufpreis an den Käufer sofort zu erstatten ist und somit der Verkäufer mit der Erstattung des Kaufpreises vorleistungspflichtig sei.

Die Klägerseite beantragt die Berufung zurückzuweisen, da besagtes Gesetz Artikel 11 Abs. 5 erst nach dem Abschluss des Kaufvertrages bekannt gemacht worden sei (weitere Begründungen Seite 82 ff.).

Nach der Berufungsverhandlung vom 19.05.2015 wurde beiderseits versucht, eine einvernehmliche Lösung zu finden.

Die Vergleichsverhandlungen scheiterten, da die Beklagte weiterhin auf einer Umsatzsteuerrückerstattung besteht, obwohl sie diese nicht bezahlt hat.

Ein weiterer Vergleichsvorschlag des Landgerichts vom 14.07.2015, wonach die Beklagte das Collier in der Kanzlei der Klägervertreter gegen Auszahlung des Kaufpreises abgeben könne, wurde nicht angenommen.

### **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. Intertemporales Privatrecht**

Die Berufungsklägerin (Beklagte) beruft sich u.a. auf Art. 11 Abs. 5 VerbrSchG (2013)<sup>1</sup>. Da die Beklagte ihren Widerruf bereits am 28.11.2012 erklärt hat, ist zu klären, ob diese Bestimmung bereits Anwendung findet oder aber das alte VerbrSchG<sup>2</sup> (1995).

Das VerbrSchG 2013 enthält eine Übergangsbestimmung, die wie folgt lautet (in der Übersetzung des Gutachters):

*Übergangartikel 1 – (1) Die im Zeitpunkt des Inkrafttretens<sup>3</sup> laufenden Gerichtsverfahren werden von den Gerichten, bei denen die Klage erhoben wurden, fortgeführt.*

*(2) Auf Verbrauchergeschäfte, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes getätigt worden sind, auf deren Bindungswirkung und Folgen ist grundsätzlich dasjenige Gesetz anzuwenden, zu dessen Zeiten das jeweilige Geschäft erfolgt ist. Allerdings gilt, dass:*

*a) Klauseln von seinerzeit wirksamen Verträgen, die gegen dieses Gesetz verstoßen, nicht anwendbar sind.*

*b) auf vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes zu laufen begonnene Ausschluss- und Verjährungsfristen, sofern sie noch nicht abgelaufen sind, die nach den Vorschriften dieses Gesetzes geltenden Ausschluss- und Verjährungsbestimmungen maßgeblich sind.*

*(3) bis zum Inkrafttreten der durch dieses Gesetz vorgesehenen Verordnungen diejenigen Verordnungen und Rechtsvorschriften fortgelten, welche aufgrund des durch dieses Gesetz aufgehobenen Gesetzes zum Schutz der Verbraucher erlassen worden waren, sofern sie nicht gegen dieses Gesetz verstoßen.*

Die Bestimmung ist unglücklich formuliert, weil sie letztendlich doch ganz einfach die Geltung der lex-posterior-Regel vorschreibt, auch wenn sie möglicherweise nur eine Meistbegünstigungsklausel stipulieren wollte.

---

<sup>1</sup> Gesetz Nr. 6502 v. 7.11.2013, RG Nr. 28835 v. 28.11.2013

<sup>2</sup> Gesetz Nr. 4077 v. 23. 2. 1995, RG Nr. 22221 v. 8.3.1995; geändert durch Gesetz Nr. 4822 v. 6.3.2003, RG Nr. 25048 v. 14.3.2003.

<sup>3</sup> 28.5.2014 (Art. 87).

Unproblematisch ist es, wenn es um bereits laufende Verfahren geht. Ist die Klage vor dem Inkrafttreten erhoben, also bei einem ordentlichen Zivilgericht, tritt mit Inkrafttreten des Gesetzes nicht die neue Zuständigkeit der Verbrauchengerichte ein.<sup>4</sup>

Prinzipiell gilt auch, dass auf das streitgegenständliche Kaufgeschäft sowie auf die Widerrufs/Rücktritts/Anfechtungserklärungen das VerbrSchG 1995 anwendbar ist, weil diese Umstände vor dem Inkrafttreten des VerbrSchG 2013 eingetreten sind<sup>5</sup>. Die Regelung ist allerdings so zu verstehen, dass nach Inkrafttreten des Gesetzes das Gericht solche Bestimmungen anzuwenden hat, welche einen weitergehenden verbraucherschützenden Charakter haben als das VerbrSchG 1995. In allgemeineren Fragen, etwa bei der rechtlichen Beurteilung des Vorliegens eines versteckten Mangels, ist auch nach dem 28.5.2014 dann das alte Recht zu beachten. Im hier zitierten Fall<sup>6</sup> ging es um versteckte Mängel und deren Verjährungsfristen – der Kassationshof ließ die im VerbrSchG 1995 enthaltenen Verweis auf das damals (vor 2012) geltende Vertragsrecht des OGB gelten.

Somit ist hier grundsätzlich von der Geltung des VerbrSchG 1995 auszugehen.

## **E. 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>7</sup> Das neue, hier anwendbare OGB<sup>8</sup> ist am 1.7.2012 in Kraft getreten.

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>9</sup> Auf weitere privatrechtlich geprägte Gesetze wird es im vorliegenden Fall nicht ankommen.

### **II. Zustandekommen des Kaufvertrages**

#### **1. Allgemein**

Das Zustandekommen des Vertrages, welches nach türkischem Recht ähnlichen Bedingungen wie nach deutschem Recht unterliegt, über den Kauf des Colliers ist zwischen den Parteien unstrittig.

---

<sup>4</sup> Kassationshof, 13. ZS, 13.11.2014, E. 2014/30305, K. 2014/35473.

<sup>5</sup> Kassationshof, 13. ZS, 24.5.2018, E. 2016/23577, K. 2018/6192.

<sup>6</sup> Kassationshof, 13. ZS, 24.5.2018, E. 2016/23577, K. 2018/6192.

<sup>7</sup> Die Schweizer sprechen daher von OR=Obligationenrecht.

<sup>8</sup> Gesetz Nr. 6098 v. 11.1.2011, RG Nr. 27836 v. 4.2.2011.

<sup>9</sup> Gesetz Nr. 6502 v. 7.11.2013, RG Nr. 28835 v. 28.11.2013), in Kraft seit 28.5.2014; a.F.: Gesetz Nr. 4077 v. 23. 2. 1995, RG Nr. 22221 v. 8. 3. 1995.

Bei nachstehenden Ausführungen, welche nur der grundsätzlichen Beschreibung des gesetzlichen und vertragsrechtlichen Rahmens dienen, wird nicht auf Besonderheiten zum Ratenkauf (der hier vorgelegen haben könnte) eingegangen.<sup>10</sup>

## **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>11</sup> Im vorliegenden Fall ist die Verschaffung des Eigentums wie auch die Bezahlung des Kaufpreisvorschusses sowie die später durch Vernichtung des Wechsels rückgängig gemachte Begebung eines Wechsels in Höhe des Restkaufpreises unstreitig.

### **b) Kaufpreis**

Gemäß Art. 232 OGB 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 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. Die Beklagte hatte den Kaufgegenstand angenommen und übergeben erhalten, war also ursprünglich zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet.

### **c) Zug um Zug**

Art. 97 OGB (in Kraft seit 1.7.2012 und hier anwendbar; die Bestimmung entspricht im Übrigen dem Art. 81 OGB a.F.):

*Die Partei, die aus einem Vertrag mit gegenseitigen Leistungspflichten die Leistung der anderen Partei verlangt, muss, wenn nach dem Inhalt und den Umständen des Vertrages sie nicht berechtigt ist, Vorleistung zu verlangen, ihre Leistung erbracht oder angeboten haben.*

Im Kaufrecht ergibt sich die Verpflichtung zur Zug-um-Zug-Leisten („gleichzeitige Leistung“ – *aym anda ifa*) aus Art. 207 Abs. 2 OGB n.F.

Aus Art. 97 OGB ergibt sich eindeutig, dass die Gegenleistung zu erbringen ist, wenn die Erbringung der Leistung angeboten worden ist. Der Kassationshof geht sogar so weit, dass mit dem Angebot bereits eine Leistungsfiktion entstehen kann, die zum Eigentumsübergang führt.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Dazu z.B. Zevkliler/Gökyayla S. 91.

<sup>11</sup> Rumpf, Einführung § 15 Rdn 279 ff.; Damar, RIW 2014, 728 ff.

<sup>12</sup> Kassationshof, 13. ZS, 18.2.1986, E. 1986/446, K. 1986/914, zit bei Uygur 2003 S. 3038 f.: Hier hatte es einen Eigentumsvorbehalt gegeben. Der sei mit dem Angebot der Zahlung der letzten Rate erloschen. Im Urteilspruch



Im vorliegenden Fall hat es eine Abwicklung Zug um Zug in der Weise gegeben, dass die Klägerin der Beklagten den Schmuck übergeben und dafür eine Anzahlung sowie einen Wechsel erhalten hat. Aus den Umständen ist nicht ersichtlich, ob der Wechsel zu Sicherungszwecken oder erfüllungshalber gegeben wurde.

### **III. Rückabwicklung des Kaufvertrages**

#### **1. Gewährleistungsrecht**

Liegt ein Sachmangel vor oder fehlt eine zugesicherte Eigenschaft, hat der Käufer Gewährleistungsrechte, die er zum Teil wahlweise ausüben kann. Hierauf braucht nicht im Einzelnen eingegangen zu werden.

Bei *Ausübung des Wandelungsrechts* (Art. 227 Abs. 1 Zif. 1 OGB) kann der Käufer die Rückgängigmachung des Kaufvertrages verlangen. Art. 229 OGB lautet 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.*

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.

#### **2. 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.

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

#### **3. Gewährleistungsrechte des Verbrauchers**

##### **a) Grundsätze**

Die Gewährleistungsrechte des Verbrauchers finden sich im hier anwendbaren Art. 4 VerbrSchG a.F.. Die Vorschrift lautet in der Übersetzung des Gutachters:

*Mangelhafte Waren*

---

sei dann das Eigentum am Traktor zugunsten des Klägers festzustellen und dieser zu verurteilen, die Zahlung zu leisten. Im konkreten Fall hatte der Kläger die Restzahlung bereits hinterlegt.

*Artikel 4 – Waren, die nicht mit den Eigenschaften oder Merkmalen übereinstimmen, die auf der Verpackung, der Etikettierung, den Informations- und Gebrauchsanweisungen oder in der Werbung oder einer anderweitigen Anpreisung enthalten oder vom Verkäufer mitgeteilt oder als Standard festgelegt worden sind, oder im Widerspruch zu den technischen Normen materielle, rechtliche oder wirtschaftliche Mängel enthalten oder im Hinblick auf den Gebrauchszweck, den Wert oder den vom Verbraucher erwarteten Nutzen mindern oder aufheben, gelten als mangelhafte Waren.*

*Der Verbraucher ist verpflichtet, den Mangel dem Verkäufer innerhalb von 30 Tagen nach der Übergabe anzuzeigen. In solchen Fällen hat der Verbraucher das Recht, den Rücktritt vom Vertrag zu erklären, den Umtausch gegen eine mangelfreie Ware, in einem dem Mangel entsprechenden Umfang Minderung oder Nachbesserung zu verlangen. Der Verkäufer ist verpflichtet, den vom Verbraucher gewählten Anspruch zu erfüllen. Unbeschadet dieses Wahlrechts hat der Verbraucher gegen den Hersteller/ Produzenten einen Anspruch auf Schadensersatz, wenn er wegen eines durch die Mangelhaftigkeit der Ware eingetretenen Todesfalls oder wegen der Verletzung einer Person oder wegen der Schäden an anderen Gütern des Verbrauchers einen Schaden erleidet.*

*Für die mangelhafte Ware und das Wahlrecht des Verbrauchers haften der Hersteller/Produzent, der Verkäufer, der Vertragshändler, der Handelsvertreter, der Importeur sowie der Kreditgeber i.S.d. Art. 10 Abs. 5 oder des Art. 10/B Abs. 9 gesamtschuldnerisch. Die Haftung des den Kredit zur Eigenheimfinanzierung gewährenden Instituts ist auf ein Jahr nach Übergabe und auf den Betrag des ausgekehrten Kredits beschränkt. Die Haftung besteht auch dann, wenn die die Kredite zur Eigenheimfinanzierung gewährenden Institute die Kredite übertragen. Diese Bestimmung ist nicht auf das Institut anwendbar, das solche Kredite übernimmt. Sind mehrere Personen wegen des durch den Mangel der Ware verursachten Schadens zu dessen Ersatz verpflichtet, so haften diese gesamtschuldnerisch. Die Haftung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Mangel nicht bekannt ist.*

*Die Rechte wegen der mangelhaften Ware gegenüber den für den Mangel Verantwortlichen verjähren zwei Jahre nach Übergabe der Ware an den Verbraucher, soweit keine längere Gewährleistung übernommen wurde; dies gilt auch dann, wenn der Mangel erst zu einem späteren Zeitpunkt aufgetreten ist. Diese Frist beträgt bei zu Wohn- und Urlaubszwecken bestimmten unbeweglichen Sachen fünf Jahre. Ansprüche aus jeglichen Schäden, die ihre Ursache in der mangelhaften Ware haben, verjähren nach drei Jahren. Diese Ansprüche gehen zehn Jahre nachdem die den Schaden verursachende Ware auf den Markt gebracht wurde unter. Jedoch darf sich der Verkäufer nicht zu Lasten des Verbrauchers auf die Verjährung berufen, wenn dieser den Mangel grob fahrlässig oder arglistig verschwiegen hat.*

*Mit Ausnahme der Vorschriften, die die Haftung für durch mangelhafte Waren verursachte Schäden betreffen, finden die oben genannten Vorschriften auf Waren, die in Kenntnis des Mangels erworben wurden, keine Anwendung.*

*Für den Verkauf bestimmte mangelhafte Waren oder deren Verpackungen müssen seitens des Herstellers oder Verkäufers mit einem für den Verbraucher leicht erkennbaren Etikett mit der Aufschrift „Mangelware“ versehen werden. Diese Pflicht entfällt in Ladengeschäften, die in einer für den Verbraucher leicht sichtbaren Weise ausschließlich mangelhafte Waren verkaufen oder einen ausgewiesenen Bereich wie ein Stockwerk oder eine Abteilung andauernd zum Verkauf mangelhafter Waren nutzen. Die Mangelhaftigkeit der Ware ist auf der dem Verbraucher ausgestellten Rechnung, der Quittung oder dem Kassenbeleg auszuweisen.*

*Unsichere Waren dürfen nicht, auch nicht mit dem entsprechenden Etikett „Mangelware“, in den Verkehr gebracht werden. Auf diese Produkte wird das Gesetz Nr. 4703 über die Erstellung und Anwendung technischer Vorschriften angewandt.*

*Diese Vorschriften finden Anwendung auf alle Verbrauchergeschäfte, die den Kauf von Waren zum Gegenstand haben.*

Ausgelöst werden die Rechte durch die mangelhafte Ware (*ayıplı mal*), nicht durch Anfechtung. Das Gesetz regelt keine Besonderheiten bezüglich der einzelnen Rechte des Verbrauchers, sondern setzt hier die Geltung der entsprechenden Regelungen im OGB voraus.

#### **b) Mangel**

Wir brauchen hier weder auf Einzelheiten der Mangel-Definition noch auf sonstige Rechte und Pflichten der Parteien (z.B. Rügepflicht des Käufers) einzugehen.

#### **c) Wandelung/Rücktritt/Widerruf**

Hat der Käufer den Mangel rechtzeitig angezeigt und kann sich der Verkäufer nicht exkulpieren, hat der Käufer ein Wahlrecht („Rechte zur Auswahl“, *seçimlik hakları*). Die Rechte finden sich in Art. 4 Abs. 2 VerbrSchG 1995.<sup>13</sup>

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.

Zu beachten ist, dass der Käufer den Mangel, will er Gewährleistungsrechte geltend machen, innerhalb von 30 Tagen (Art. 11 VerbrSchG 2013: „rechtzeitig“) anzeigen muss.

#### **d) Abwicklungsfrist**

Die Gewährleistungsrechte des Verbrauchers sind bei beweglichen Sachen innerhalb von dreißig Tagen, bei unbeweglichen Gütern innerhalb von sechzig Tagen umzusetzen. 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.

#### **e) 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).

---

<sup>13</sup> Vgl. Zevkliler/Aydoğdu S. 124 ff.

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

Das VerbrSchG 1995 enthielt keine eigens geregelte Kostentragungspflicht des Verkäufers für die Rückabwicklung, dies wurde durch Art. 11 Abs. 6 VerbrSchG 2013 eingeführt. 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.

#### **g) Schadensersatzpflicht**

Prinzipiell ergibt sich die Schadensersatzpflicht aus Art. 227 Abs. 2 OGB. Auf Einzelheiten braucht hier nicht eingegangen zu werden.

### **IV. Anfechtung**

#### **1. Fragestellung**

Hier ist nicht ganz klar, ob tatsächlich gewandelt oder aber angefochten wurde. Im Zweifel wird der Beklagten die für sie günstigere Alternative zuzuschreiben sein.

An dieser Stelle ist lediglich darzustellen, wie ein angefochtener Kaufvertrag ggf. rückabzuwickeln ist.

#### **2. Allgemein**

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 werden, 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“.

#### **3. Anfechtungserklärung**

Die Anfechtungserklärung ist formfrei und muss erkennen lassen, auf welche *tatsächlichen Gründe* die Anfechtung gestützt wird. Andernfalls ist sie unwirksam. 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. Das Widerrufsschreiben der Beklagten v. 28.11.2012 stützt sich sowohl auf das VerbrSchG (Rücktritt bei Haustürgeschäft, Art. 8 VerbrSchG a.F.) als auch auf das OGB (Anfechtung wegen Wuchers, Art. 28 OGB). Das Schreiben kann also sowohl als Widerruf als auch als Anfechtungserklärung ausgelegt werden, wobei Art.8 VerbrSchG a.F. als Rechtsgrundlage nur in Frage käme, ein unter diese Bestimmung fallendes Geschäft vorläge.

#### **4. 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.

Wir kommen jetzt letztendlich wieder auf die Frage zurück: Hat die Rückabwicklung, wie das Geschäft selbst, Zug um Zug zu erfolgen?

#### V. Abwicklung Zug um Zug?

Im vorliegenden Fall kann die Klägerin den Schmuck herausverlangen, und zwar entweder aufgrund eines Widerrufs oder einer Anfechtung. Dagegen steht ein bereicherungsrechtlicher Rückzahlungsanspruch der Beklagten.<sup>14</sup> Diese Konstellation spricht für zwei gegenseitig bestehende Ansprüche. Eine ähnliche Situation entsteht auch, wenn der Vertrag aus anderen Gründen beendet wurde, insbesondere z.B. wegen Verzuges (Art. 125 OGB n.F.; entspricht Art. 108 OGB a.F.), auch hier können Pflichten zur gegenseitigen Rückgewähr entstehen.<sup>15</sup>

Art. 229 OGB n.F. (s.o.; entspricht Art. 205 OGB a.F.)<sup>16</sup> ist grundsätzlich auf den Rücktritt wegen Mängeln anzuwenden, doch der Kassationshof hat ihn auch schon in Anfechtungsfällen angewandt.<sup>17</sup> Selbst wenn dies so nicht ginge (etwa weil mit der Anfechtung tatsächlich jegliches vertragliche Verhältnis entfällt, weil ein solches Verhältnis eigentlich Voraussetzung hierfür ist, dazu gleich), wäre jedenfalls Art. 97 OGB anwendbar. Hilfsweise wäre auch die analoge Anwendung möglich.

Die Vorschrift bestimmt, dass der Käufer die Rückgewähr des Kaufpreises verlangen kann, aber „demgegenüber“ das erlangte Gut und die Nutzungen an den Verkäufer herausgeben muss. Dies ist der Reflex des synallagmatischen Verhältnisses im Kaufvertrag in der Abwicklungssituation. Tatsächlich vertritt Eren<sup>18</sup> die Auffassung, dass mit dem Rücktritt eine „Novation“ (dönüşüm, yenileme) erfolgt. Der Vertrag verschwindet nicht, sondern ändert lediglich seinen Charakter. Das hat geradezu zwingend zur Konsequenz, dass auch bei der Rückabwicklung das Prinzip „Zug um Zug“ gilt.

Die Folge ist also, dass der Käufer die erworbene Ware zurückübertragen muss, während der Verkäufer erhaltene Zahlungen zurückgewähren muss. *„Überträgt der Käufer die Ware nicht freiwillig, muss der Verkäufer gegen den Käufer die Klage erheben. Das ist keine dingliche, sondern eine persönliche Klage.“*<sup>19</sup>

<sup>14</sup> Tekinay u.a. S. 967: umstritten (Rechtsgrund Bereicherungsrecht oder das durch Beendigung entstandene neue Rechtsverhältnis?). Was nun genau der Rechtsgrund für die Forderung ist, dürfte hier irrelevant sein (relevant ist es für die Verjährungsfrage).

<sup>15</sup> Tekinay u.a. S. 967.

<sup>16</sup> Umfassend siehe auch Yavuz, Cevdet S. 91 ff.

<sup>17</sup> Kassationshof, 13. ZS, 14.3.1986, E. 1986/888, K. 1986/1502, zit. bei Uygur 2003 S. 4755.

<sup>18</sup> Eren BT S. 137

<sup>19</sup> Eren BT aaO.

Eren präzisiert dann weiter: Derjenige, der vom anderen die Herausgabe oder Zahlung verlangt, muss erst einmal die Rückgewähr des selbst erlangten angeboten haben.<sup>20</sup>

Kommt es beim Kaufvertrag zur Rückabwicklung, muss der Verkäufer den gezahlten Betrag mit Zinsen zurückzahlen.<sup>21</sup> Ist die Leistung Käufers in Geld zu messen, kann Aufrechnung erfolgen.<sup>22</sup>

Und schließlich kommt Eren auf Art. 97 OGB zurück, den er hier für anwendbar hält.<sup>23</sup>

Soweit der Verkäufer die Herausgabe des Kaufgegenstandes verlangt, handelt es sich um eine Holschuld, d.h., der Käufer hat den Kaufgegenstand bereitzustellen, der Verkäufer hat ihn abzuholen.<sup>24</sup>

Im Fall einer Vereinbarung, mit welcher die Parteien einen Mietvertrag beendet und die gegenseitige Rückgewähr vereinbart hatten, hat der Kassationshof bestimmt, dass die Seite, die selbst nicht erfüllt, dies auch nicht von der Gegenseite verlangen kann.<sup>25</sup>

Der Kassationshof folgert aus der Situation des Rückgewährverhältnisses, dass, selbst wenn nur ein Klageantrag (etwa auf Rückzahlung des Kaufpreises) vorliegt, das Gericht auch die Rückgabe der Kaufsache anordnen muss.<sup>26</sup> In einem weiteren Urteil im Sinne dieser ständigen Rechtsprechung spricht der Kassationshof dem Käufer zudem ein Zurückbehaltungsrecht zu.<sup>27</sup> Dies begründet er wie folgt:

*„Es ist Aufgabe des Gerichts, aufgrund der in der Klageschrift bezeichneten Sachverhaltsumstände die richtige Rechtsvorschrift zu finden und anzuwenden. Bei der in Art. 205 OGB [Art. 229 OGB n.F.] enthaltenen Verpflichtung von Käufer und Verkäufer handelt es sich um eine Rückgewährverpflichtung, die gegenseitig und gleichzeitig zu erfüllen ist. Andernfalls hat die jeweils andere Seite gemäß Art. 81 OGB [Art. 97 OGB n.F.] die Einwendung der Nichtzahlung. Das Gericht hat daher in dem Fall, in dem die Forderung des Klägers auf Zahlung der richterlich festgestellten Schuld gegen den Beklagten zugesprochen worden ist und im Gegenzug die Rückgabe des Fahrzeugs durch den Kläger an den Beklagten angeordnet und nicht erfüllt worden ist, dem Beklagten bis zur Zahlung die Einwendung wegen Nichtzahlung zuzusprechen.“*

Dies passt sich in das allgemeine Rückabwicklungsgefüge in der Weise ein, dass der Käufer den Kaufgegenstand bereitstellen muss, aber dem abholenden Verkäufer erst dann herausgeben braucht, wenn der bezahlt hat. Ist die Ware nicht bereitgestellt, braucht er auch nicht zu bezahlen.

Der Gutachter kann aus eigener forensischer Praxis noch den Fall beitragen, in dem ein deutsches „Zug um Zug“-Urteil (Zahlung von Schadensersatz Zug um Zug gegen Herausgabe der Anteilsscheine) nach Vollstreckbarkeitserklärung in der Türkei in der Weise vollsteckt wurde, dass

---

<sup>20</sup> Eren BT S. 138.

<sup>21</sup> Eren BT S. 139.

<sup>22</sup> Eren BT S. 140.

<sup>23</sup> Eren BT S. 141.

<sup>24</sup> Uygur 2003 S. 4754f; 2013 S. 1310.

<sup>25</sup> Kassationshof, 4. ZS, 10.9.1966, E. 1966/6937, K. 1966/7947, zit. bei Uygur 2003 S. 3042 f.

<sup>26</sup> Kassationshof, 13. ZS, 4.7.1988, E. 1988/2396, K. 3651, zit. bei Uygur 2003 S. 4755; ders. 1.12.1987, E. 1987/5158, K. 1987/5947, zit. bei Uygur 2003 S. 4756 f. Bei Uygur werden weitere Rechtsprechungsbeispiele aufgeführt, mit demselben Ergebnis.

<sup>27</sup> Kassationshof, 13. ZS, 16.3.1983, E. 1983/211, K. 1983/1843, zit. bei Uygur 2003 S. 4758 f.

die Schuldnerin den Schadensersatz zu bezahlen hatte (ein Vollstreckungsverfahren war nicht erforderlich geworden, es gab lediglich ein „Urteil auf Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Urteils“) und dann die Schuldnerin bezüglich der Herausgabe der Anteilsscheine ein selbstständiges, erfolgreiches Vollstreckungsverfahren einleitete, in dem – da die Anteilsscheine verschwunden waren – ein Zahlungsbefehl auf Wertersatz erging.

Somit steht fest, dass das türkische Recht die Rückabwicklungsleistungen „Zug um Zug“ vorsieht und dass das entscheidende Gericht dies auch im Tenor zum Ausdruck bringen kann. Dazu bedarf es nicht einmal eines konkreten Herausgabe-Antrages.<sup>28</sup>

## **F. Anwendung auf den Fall/Zusammenfassung**

Das türkische Recht kennt auch für den Fall der Rückabwicklung die Abwicklung Zug um Zug.

Wer vom anderen Rückgewähr (Leistung im Rückabwicklungsverhältnis) verlangt, muss zunächst die eigene Leistung angeboten haben.

Wenn die Beklagte von der Klägerin Rückgewähr der Anzahlung verlangt, muss sie der Klägerin gegenüber erklärt haben, dass der Schmuck zur Abholung bereitliegt oder sich auf die Versendung des Schmucks (auf Kosten und Risiko der Verkäuferin) einlassen. Bis zur Zahlung hat sie ein Zurückbehaltungsrecht.

Wenn die Klägerin den Schmuck herausverlangt, muss sie Zahlung angeboten haben. Im vorliegenden Fall ist das geschehen, so dass die Beklagte den Schmuck zur Herausgabe bereitzulegen hat. Ist dies nachweislich geschehen (die Ware muss sichtbar sein), hat die die Klägerin die Zahlung zu leisten, wobei sie die Zahlung praktischerweise dann auslöst, wenn sie die bereitgelegte Ware gesehen hat. Noch praktischer ist, wenn die Klägerin bei der Beklagten vorspricht und das Geld dabei hat.

Für ein vollstreckungsfähiges Urteil bedeutet dies jedoch nur, dass eine Zug-um-Zug-Verurteilung erfolgt, wobei die beiden Leistungen vollstreckungsrechtlich ausreichend bestimmt sein müssen, und jede Partei für ihren Teil in die Vollstreckung gehen kann. Vollstreckt die Klägerin in den Schmuck, wird sie der Vollstreckungsbehörde nachweisen müssen, dass sie ihrerseits erfüllt hat, was etwa durch Hinterlegung bei der Vollstreckungsbehörde erfolgen kann.

Die Stellungnahme ergeht nach bestem Wissen und ohne Gewähr.

Prof. Dr. Christian Rumpf

---

<sup>28</sup> In der Praxis bleibt natürlich zu empfehlen, entsprechenden Antrag zu stellen.