

# hofmann

Der sichere Weg zum Examen!

## Skript Schuldrecht AT

Autor: RA Frank Hofmann

© Repetitorium Hofmann | Alte Gießerei 1 | 79098 Freiburg | 6. Auflage | Stand: September 2022

---

**[www.repetitorium-hofmann.de](http://www.repetitorium-hofmann.de)**

## Inhaltsverzeichnis

Inhalt	Seite
<b>Lerneinheit 1:</b> Überblick über das Leistungsstörungenrecht, Abgrenzung von Schadensersatz statt und Schadensersatz neben der Leistung, Vertrauensschaden, Schadensersatz statt der ganzen Leistung (§ 281 I 2, 3 BGB), Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 280 I BGB	4
<b>Lerneinheit 2:</b> Voraussetzungen der culpa in contrahendo (§§ 311 II, 241 II, 280 I BGB), Verhältnis der c.i.c. zu Anfechtung und Gewährleistung, Sonderfälle: Abbruch von Vertragsverhandlungen, Vertreterereignhaftung (§ 311 III BGB), Verzug (§§ 280 I, II, 286 BGB)	13
<b>Lerneinheit 3:</b> Arten von Unmöglichkeit (anfänglich/nachträglich, objektiv/subjektiv), Gattungsschuld und Konkretisierung, Bring-, Hol- und Schickschuld, wirtschaftliche Unmöglichkeit (§ 275 II BGB), persönliches Leistungshindernis (§ 275 III BGB), Schadensersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit (§§ 280 I, III, 283 BGB), Schadensersatz bei anfänglicher Unmöglichkeit (§ 311a II BGB), Schicksal der Gegenleistung (§ 326 BGB)	20
<b>Lerneinheit 4:</b> Schadensersatz nach §§ 280 I, III, 281 BGB (Schlechtleistung und verzögerte Leistung), Sonderprobleme: Haftung für Nutzungsausfallschäden, Bezugspunkt für das Vertretenmüssen bei §§ 280 I, III, 281 BGB, Teilleistungen und Teilschlechtleistungen im allgemeinen Schuldrecht	30
<b>Lerneinheit 5:</b> Schadensersatz statt der Leistung wegen Nebenpflichtverletzungen (§§ 280 I, III, 282, 241 II BGB), Aufwendungsersatz (§ 284 BGB), Rücktritt (§§ 346 ff. BGB), Sonderprobleme: Entbehrlichkeit der Frist bei § 323 II und § 475d BGB, Erfüllung nach Fristablauf	37
<b>Lerneinheit 6:</b> Gläubigerverzug (§§ 293 ff. BGB), Erfüllung und Erfüllungssurrogate (§§ 362 ff. BGB), Abgrenzung Annahme an Erfüllungs Statt und erfüllungshalber (§ 364 I, II, BGB), Aufrechnung (§§ 387 ff. BGB), Abtretung von Forderungen (§ 398 BGB), Schuldnerschutz nach §§ 404 ff. BGB	47
<b>Lerneinheit 7:</b> Dritte in Schuldverhältnissen: Abgrenzung Erfüllungsgehilfe (§ 278 BGB) zu Verrichtungsgehilfe (§ 831 BGB), Exkulpation des Geschäftsherrn nach § 831 I 2 BGB, Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 ff. BGB), Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, Drittschadensliquidation	56
<b>Lerneinheit 8:</b> Gesamtschuldner (§§ 421 ff. BGB), gestörte Gesamtschuld, Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB), Kündigung von Dauerschuldverhältnissen (§ 314 BGB), Zurückbehaltungsrechte (§§ 320, 273 BGB), Widerruf nach Verbraucherschutzvorschriften (§§ 312b, 312c, 312g, 495, 355 BGB)	67

Die Lerneinheiten entsprechen dem Hofmann-Lernplan, der in 120 Lerneinheiten den gesamten Stoff für die erste Staatsprüfung enthält und den Sie kostenlos auf der Website des Repetitoriums Hofmann abrufen können.

**[www.repetitorium-hofmann.de/lernplan](http://www.repetitorium-hofmann.de/lernplan)**

**Lerneinheit 1:** Überblick über das Leistungsstörungenrecht, Abgrenzung von Schadensersatz statt und Schadensersatz neben der Leistung, Vertrauensschaden, Schadensersatz statt der Leistung (§ 281 I 2, 3 BGB), Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 280 I BGB

## A. Einführung

Ähnlich wie das BGB als Ganzes ist auch das Schuldrecht zweigeteilt: In einen Allgemeinen Teil (§§ 241 ff. BGB), der „vor die Klammer gezogene“ Regeln enthält, die im ganzen Schuldrecht gelten, und in einen besonderen Teil (§§ 433 ff. BGB), der die einzelnen Schuldverhältnisse enthält (z.B. Kauf, Miete, Leihe).

Dabei gelten die Regeln des Allgemeinen Teils für jedes Schuldverhältnis aus dem BT.

*Bsp.: Wird bei einem **Kaufvertrag** die Leistung unmöglich (die verkaufte, aber noch nicht übergebene Yacht brennt ab), so regeln §§ 275, 326 I, V BGB, dass der Käufer vom Vertrag zurücktreten kann und den Kaufpreis nicht zahlen muss.*

*Die gleichen Regeln gelten aber z.B. auch, wenn eine Leistung nach **Werkvertrag** unmöglich wird (z.B. ein Konzert kann nicht stattfinden, weil der Sänger heiser ist). Auch hier greifen §§ 275, 326 I, V BGB – der Preis für die Karte muss nicht gezahlt werden (bzw. kann nach § 326 IV BGB zurückgefordert werden).*

**Tipp:** Eine häufige Herausforderung besteht dabei in der Klausur darin, einen Einklang zwischen den Regeln des BT und des AT herbeizuführen.

*Bsp.: V hat an K einen Gebrauchtwagen verkauft und dabei fahrlässig übersehen, dass es sich um einen Unfallwagen handelt. Nach den Regeln des Schuldrecht AT würde er wegen Verschulden bei Vertragsschluss (§§ 311 II, 241 II, 280 I BGB) haften, da er den Wagen genauer hätte prüfen müssen. Allerdings enthalten die Vorschriften über den Kaufvertrag das Recht der Gewährleistung bei Mängeln der Sache (§§ 434 ff. BGB). Es stellt sich daher die Frage, nach welchen Normen der Fall abzuwickeln ist (die h.M. räumt hier grundsätzlich dem Recht der Gewährleistung den Vorzug ein).*

Die klausurwichtigsten Gebiete des Schuldrecht AT sind dabei das Recht der sog. „Leistungsstörungen“ (Unmöglichkeit der Leistung, Verzug sowie sonstige Fälle der Schlechtleistung). Auf diese Vorschriften des AT wird auch aus dem BT heraus ständig verwiesen (vgl. z.B. §§ 437, 634 BGB).

Weitere klausurwichtige Gebiete des Schuldrecht AT sind die Erfüllung und ihre Surrogate (§§ 362 ff. BGB) sowie das Thema „Dritte in Schuldverhältnissen“.

**Tipp:** Ebenfalls im Schuldrecht AT geregelt sind seit der Schuldrechtsreform vom 1.1.2022 die Vorschriften über „Verbraucherverträge über digitale Produkte“ (§§ 327 ff. BGB). Hintergrund ist, dass es sich nicht um einen eigenständigen Vertragstyp handelt, sondern die Vorschriften auf viele verschiedene Vertragstypen des BGB anwendbar sind (z.B. Kauf-, Miet- und Werkverträge über digitale Produkte). Der klausurhäufigste Fall dürfte aber die Prüfung der Vorschriften in-

nerhalb des Kaufrechts sein. Da zudem das Verhältnis der §§ 327 ff. BGB zu den Vorschriften der §§ 475a ff. BGB zum Verbrauchsgüterkauf über Waren mit digitalen Elementen nicht einfach ist, werden die §§ 327 ff. BGB dort erklärt (vgl. Hofmann-Skript Schuldrecht BT 1 – Vertragliche Schuldverhältnisse, Lerneinheit 1 und 2).

**Wichtig:** Von enormer Bedeutung für das allgemeine Leistungsstörungenrecht ist allerdings die durch die Schuldrechtsreform zum 1.1.2022 neu eingeführte Vorschrift des **§ 475d BGB**. Sie modifiziert das Fristsetzungserfordernis (z.B. nach §§ 281, 323 BGB) in allen Fällen, in denen ein Verbrauchsgüterkaufvertrag vorliegt, was in der Klausur sehr häufig der Fall sein dürfte.

## B. Leistungsstörungen

### I. Überblick

Leistungsstörungen können bei einem Schuldverhältnis in verschiedener Weise auftreten:

- Der Schuldner kann gar nicht leisten (**Unmöglichkeit**).

*Bsp.: A verkauft dem B seine Yacht am Bodensee. Ohne dass er es weiß, ist die Yacht jedoch bereits am Tag zuvor bei einem Sturm untergegangen.*

- Der Schuldner leistet zu spät (**Verzug**).

*Bsp.: Modelieferant M hat dem Kleidungsgeschäft K die Lieferung einer Kollektion von modischen Schals zum 1. Oktober versprochen. Die Lieferung erfolgt jedoch erst im April des nächsten Jahres, als es draußen schon wieder warm wird.*

- Die Leistung des Schuldners ist nicht vertragsgemäß.

Fälle der nicht vertragsgemäßen Leistung sind zum einen Mängel an der Sache selbst (**Gewährleistung**).

*Bsp.: A liefert dem B ein von diesem gekauftes Klavier. Es funktionieren jedoch vier Tasten nicht.*

Zum anderen Fällen hierunter auch die Fälle der **Verletzung einer Nebenpflicht** (vgl. § 241 II BGB).

*Bsp.: Als A das Klavier anliefern will, stößt er beim Zurücksetzen mit seinem Lkw gegen den Gartenzaun des B. Es entsteht Sachschaden in Höhe von 300 Euro.*

Durch die Schuldrechtsreform von 2002 hat der Gesetzgeber viele Ungereimtheiten des alten Leistungsstörungenrechts beseitigt und eine Zentralnorm geschaffen, über die im Prinzip alle Fälle des Schadensersatzes für Leistungsstörungen laufen, nämlich **§ 280 I BGB**.

Nach § 280 I BGB muss der Schuldner den Schaden ersetzen, der durch eine Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis entsteht. Grundsätzlich sind darunter alle oben angeführten Formen der Leistungsstörung (Unmöglichkeit,

Verzug, Gewährleistung und die Verletzung von Nebenpflichten) gleichermaßen zu verstehen.

Voraussetzungen für einen Anspruch aus § 280 I BGB sind.

- Es muss ein **Schuldverhältnis** bestehen.
- Der Schuldner muss eine ihm aus diesem Schuldverhältnis zukommende **Pflicht verletzt** haben.
- Der Schuldner muss die Pflichtverletzung **zu vertreten** haben (=Verschulden), § 280 I S. 2 BGB.
- Es muss ein **Schaden** entstanden sein.

Was der Schuldner zu vertreten hat, ergibt sich aus § 276 BGB. Danach hat der Schuldner grundsätzlich Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn nichts anderes zwischen den Parteien vereinbart worden ist.

Dabei bringt die negative Formulierung des § 280 I S. 2 BGB („Dies gilt *nicht*, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung *nicht* zu vertreten hat.“) zum Ausdruck, dass ein Verschulden des Schuldners grundsätzlich im Prozess vermutet wird. Der Schuldner muss diese Vermutung selbst widerlegen; ihn trifft die Beweislast, dass er doch „nicht schuld“ ist.

Je nach Art der Pflichtverletzung und des Schadens ist es jedoch erforderlich, *neben* dem § 280 I BGB noch weitere Normen hinzuzuziehen.

So kann z.B. Schadensersatz *statt* der Leistung (also nicht: neben der Leistung) gem. § 280 III BGB nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 281 ff. BGB gefordert werden.

Für Verzögerungsschäden gelten die Sondervoraussetzungen der §§ 280 II, 286 BGB.

Für Aufwendungsersatz gilt der § 284 BGB.

Für einen Sonderfall der Unmöglichkeit gilt § 280 I BGB gar nicht, sondern § 311a II BGB.

Auch wird § 280 I BGB durch spezielle Vertragstypen teilweise modifiziert (so z.B. im kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht, vgl. §§ 434 ff. BGB) bzw. bei anderen Vertragstypen teilweise ganz ausgeschlossen (so z.B. im mietrechtlichen Gewährleistungsrecht).

Bereits dieser kurze Überblick machen deutlich, dass es bei § 280 I BGB besonders wichtig ist, nach der Art des entstandenen Schadens zu differenzieren (dazu gleich unten).

**Tipp:** In der Klausur sollten Sie sich immer zuerst fragen, welche Art von Schadensersatz der Anspruchsteller will. Erst dann sollten sie sich entscheiden, ob

§ 280 I BGB im Fall allein Anwendung findet oder in Kombination mit anderen Rechtsnormen (oder beides parallel!).

## II. Schadensarten des BGB

Es ist zunächst zu unterscheiden zwischen:

- Schadensersatz *neben* der Leistung

und

- Schadensersatz *statt* der Leistung

### 1. Schadensersatz *neben* der Leistung

§ 280 I BGB meint mit Schaden zunächst den Schadensersatz *neben* der Leistung. Im Grundsatz lässt § 280 I BGB somit den Erfüllungsanspruch aus dem Vertrag (sog. Primäranspruch) unberührt und tritt als sog. *Sekundäranspruch* dazu.

*Bsp.: A liefert dem B ein Klavier an und beschädigt dabei den Gartenzaun (s.o.).*

**Merke:** Ein Schadensersatz neben der Leistung liegt in der Regel dann vor, wenn der Schaden, wie im obigen Beispielfall, nicht die Leistung selbst betrifft, sondern an **anderen Rechtsgütern** eintritt (so wie in obigem Fall der Gartenzaun).

Ein Sonderfall des Schadensersatzes neben der Leistung ist der Verzögerungs- oder Verzugsschaden gem. § 280 II, 286 BGB. Auch er lässt den Erfüllungsanspruch grundsätzlich unberührt und tritt selbständig daneben.

*Bsp.: A schuldet dem B 3.000 Euro. Ab Mahnung (vgl. § 286 BGB) ist der A dem B zur Zahlung von Verzugszinsen verpflichtet, § 288 I S. 1 BGB*

### 2. Schadensersatz *statt* der Leistung

Der Schadensersatz *statt* der Leistung kann im Gegensatz zum Schadensersatz *neben* der Leistung nicht zusätzlich zur Erfüllung verlangt werden, sondern nur an deren Stelle.

*Bsp.: Die Musikgruppe M hat dem Veranstalter V ein Konzert versprochen. Nun tritt die Gruppe zum Konzert nicht an, obwohl längst Karten verkauft wurden. Sie schuldet dem V daher Schadensersatz **statt** der Leistung.*

**Merke:** Anders als beim Schadensersatz neben der Leistung betrifft der Schadensersatz *statt* der Leistung also in der Regel den Ausfall bzw. Minderwert der Leistung **selbst**. Die Abgrenzung ist allerdings in vielen Einzelfällen umstritten (siehe dazu weiter unten).

Für die Klausur am besten bewährt hat sich dabei die Abgrenzungsformel, dass alle diejenigen Schäden unter Schadensersatz *statt* der Leistung fallen, die durch eine **hypothetische Nacherfüllung** (d.h. zum Beispiel Reparatur oder Neulieferung) beseitigt werden könnten. Man muss sich hierfür allerdings das Wort „hypothetisch“ gedanklich dick unterstreichen, denn es fallen auch Fälle darunter, in denen eine solche hypothetische Nacherfüllung in der Realität gar nicht möglich ist.

*Bsp.: V hat an K einen Unfallwagen verkauft. Als K das herausbekommt, verlangt er von V Schadensersatz. Es handelt sich um einen Schadensersatz **statt** der Leistung, da der Mangel durch eine hypothetische Nacherfüllung beseitigt werden könnte. Dass tatsächlich niemand aus einem Unfallwagen einen unfallfreien Wagen machen kann und auch die Lieferung eines ähnlichen Gebrauchtwagens kaum einen Sinn macht, spielt hierfür keine Rolle.*

Es ist das sog. „positive Interesse“ zu ersetzen, d.h. der Gläubiger ist so zu stellen, wie wenn der Schuldner ordnungsgemäß erfüllt hätte (sog. **Erfüllungsschaden**).

*Bsp.: A kauft von B sehr günstig eine Yacht, die am Bodensee vertäut liegt. Dabei hat der A vor, die Yacht teurer weiterzuverkaufen. Den Kaufpreis zahlt der A schon bei Vertragsschluss.*

*B möchte noch einige persönliche Sachen aus der Yacht herausräumen sowie diese noch ausgiebig säubern. Daher wird vereinbart, dass der B dem A die Yacht in 3 Wochen übergibt. Als B jedoch in der Folge die Yacht entgegen der getroffenen Vereinbarung dem A nicht übergibt, setzt ihm der A hierfür eine Frist.*

*Nach Ablauf der Frist kann der A von B Schadensersatz statt der Leistung nach den §§ 280 I, III, 281 I BGB verlangen. Darunter fallen sowohl der schon gezahlte Kaufpreis als auch ein möglicherweise entgangener Gewinn aus einer teureren Weiterveräußerung der Yacht.*

**Merke:** Im Gegensatz zum Erfüllungsschaden steht der **Vertrauensschaden** (sog. „negatives Interesse“). Bei ihm ist der Gläubiger so zu stellen, als ob er von dem fraglichen Rechtsgeschäft nie etwas gehört hätte. Ein Beispiel für eine Schadensersatznorm, bei der der Gläubiger nur den Vertrauensschaden ersetzt bekommt, ist § 122 BGB.

*Bsp.: Zum negativen Interesse gehören z.B. die Anfahrtskosten, weil diese nicht angefallen wären, wenn der Geschädigte von dem Geschäft nie etwas gehört hätte.*

*Nicht zum negativen Interesse gehört dagegen der entgangene Gewinn. Denn wenn der Geschädigte von dem Geschäft nichts gehört hätte, hätte er auch den Gewinn nicht gemacht.*

§ 280 III BGB verweist für die Fälle des Schadensersatzes *statt* der Leistung auf die §§ 281-283 BGB.

Es sind dies die Fälle der



- schuldhaften Nichtleistung trotz Fristsetzung (§ 281 BGB),
- Unzumutbarkeit der Leistung (§ 282 BGB),
- (nachträglichen) Unmöglichkeit der Leistung (§ 283 BGB).

**Aufbauhinweis:** In den Fällen des Schadensersatzes statt der Leistung ist als Anspruchsgrundlage zunächst der § 280 I BGB zu zitieren, dann die Verweisungsnorm des § 280 III BGB und dann die jeweils passende Norm aus den §§ 281 ff. BGB. Also z.B. **§§ 280 I, III, 281 I BGB**.

Bei der Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen bietet es sich an, zunächst die Voraussetzungen des § 280 I BGB durchzuprüfen (Schuldverhältnis, Pflichtverletzung, Schaden, Vertretenmüssen; s.o.), danach die speziellen Voraussetzungen der jeweiligen Vorschrift aus den §§ 281 ff. BGB.

### 3. Schadensersatz statt der *ganzen* Leistung

Vom Begriff des Schadensersatzes *statt* der Leistung ist wiederum der Begriff des Schadensersatzes statt der **ganzen** Leistung zu differenzieren.

Ist der Schuldner mit seiner Leistung nicht komplett ausgefallen, sondern hat immerhin eine wenn auch mangelhafte Leistung oder eine Teilleistung erbracht, so kann der Gläubiger zunächst nur insoweit Schadensersatz verlangen, als die Leistung auch mangelhaft war (Schadensersatz *statt* der Leistung).

*Bsp.: Im obigen Fall der Musikgruppe M fällt nur ein einziges Konzert einer ganzen Tournee aus.*

Schadensersatz statt der **ganzen** Leistung bedeutet demgegenüber die komplette Rückabwicklung des ganzen Vertrages und Schadensersatz auch für die Teile, die an und für sich ordnungsgemäß geliefert worden sind. Einen solchen Schadensersatz statt der **ganzen** Leistung kann der Gläubiger nur verlangen, wenn er an den Teilleistungen kein Interesse mehr hat bzw. der Fehler nicht unerheblich war, § 281 I S. 2, 3 BGB.

Außerdem hat er dann die schon erhaltenen Teilleistungen bzw. die mangelhafte Leistung nach Rücktrittsgrundsätzen zurückzugeben (§ 281 V BGB). Diese Einschränkung gilt auch bei Teilunmöglichkeit, vgl. §§ 283 S. 2, 311a II S. 3 BGB.

*Bsp.: V und K sind Gemäldesammler. V verkauft dem K den Zyklus „Die vier Jahreszeiten“ eines berühmten flämischen Malers aus dem 18. Jahrhundert. Er erkennt dabei jedoch fahrlässigerweise, dass er das Gemälde „Sommer“ bereits zwei Monate zuvor an den X verkauft hatte. Gem. § 281 I S. 2 braucht der K die übrigen drei Gemälde nicht abzunehmen und kann stattdessen Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen, da er an einem unvollständigen Satz kaum ein Interesse haben dürfte.*

### III. Aufwendungsersatz (§ 284 BGB)

Alternativ zum Schadensersatz kann der Gläubiger nach § 284 BGB auch Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er in Erwartung der Leistung getätigt hat.

Nach h.M. zählen Aufwendungen jedoch daneben auch zum Schaden i.S.v. §§ 280 ff. BGB, wenn sie in der Erwartung getätigt wurden, dass sich die Aufwendungen im Hinblick auf die aus den mit der vertraglichen Leistung zu erzielenden Gewinn rentieren werden (sog. Rentabilitätsvermutung).

**Merke:** Im Gegensatz zum Schaden, der ein *unfreiwilliges* Vermögensopfer bezeichnet, versteht man unter Aufwendungen *freiwillige* Vermögensopfer.

#### **IV. Schadensersatz neben der Leistung (§ 280 I BGB)**

- vgl. auch Aufbauschema Nr. 1 (Anhang) -

§ 280 I BGB gibt dem Gläubiger unabhängig von seinem Erfüllungsanspruch einen Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung. Voraussetzung hierfür ist, dass der Schuldner eine ihm obliegende Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt.

Dies können Nebenpflichtverletzungen sein, Verletzungen der Pflichten aus einem vorvertraglichen Vertrauensverhältnis, aber auch die aus der Verletzung einer Hauptpflicht resultierenden Mangelfolgeschäden.

##### **1. Nebenpflichtverletzungen (§§ 280 I, 241 II BGB)**

Die Pflicht des Schuldners besteht nicht allein darin, die geschuldete Leistung rechtzeitig zu erbringen, § 241 I BGB.

Wie § 241 II BGB zeigt, trifft den Schuldner daneben auch die Pflicht, Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Gläubigers zu nehmen.

Bei der Prüfung einer Nebenpflichtverletzung gem. §§ 280 I, 241 II BGB in der Klausur ist nach dem oben schon kennen gelernten Aufbauschema vorzugehen:

##### **a) Schuldverhältnis**

Das Schuldverhältnis kann sich aus Vertrag oder aus Gesetz (z.B. Geschäftsführung ohne Auftrag) ergeben. Regelfall ist allerdings ein zwischen den Parteien geschlossener Vertrag, der an dieser Stelle möglicherweise inzident auf seine Wirksamkeit zu prüfen ist.

##### **b) Pflichtverletzung**

§ 241 II BGB behandelt die sog. nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten. Hierunter fallen vor allem zwei Fallgruppen:

- Schutzpflichtverletzungen: Die Parteien sind dazu verpflichtet, sich bei Abwicklung des Vertrages so zu verhalten, dass die Rechtsgüter der jeweils anderen Partei (Eigentum, Gesundheit etc.) nicht geschädigt werden.

*Bsp.: Bei der Anlieferung eines Klaviers beschädigt der A mit seinem Lkw beim Zurücksetzen den Gartenzaun des B. Dies stellt eine Pflichtverletzung nach § 241 II BGB.*

- Verletzung der Aufklärungspflicht: Jede Partei trifft die Pflicht, die anderer Partei über die wesentlichen Umstände des Geschäfts aufzuklären.

Diese Pflicht ergibt sich entweder aus Gesetz (z.B. § 666 BGB) oder aber aus Treu und Glauben (§ 242 BGB).

*Bsp.: A verkauft dem B einen Gebrauchtwagen und verschweigt ihm dabei, dass es sich um einen Unfallwagen handelt.*

### c) Schaden

Damit ein Schadensersatzanspruch nach §§ 280 I, 241 II BGB entsteht, muss logischerweise überhaupt ein Schaden entstanden sein. Der Schadensumfang richtet sich insoweit nach §§ 249 ff. BGB.

Der Schaden muss aber auch gerade durch die Pflichtverletzung entstanden sein. Dieses Erfordernis bezeichnet man auch als *haftungsausfüllende* Kausalität.

### d) Vertretenmüssen

Für das Vertretenmüssen gelten im Rahmen des § 280 I BGB die §§ 276 ff. BGB. Der Schuldner hat also, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, § 276 I S. 1 BGB.

**Legaldefinition:** Nach § 276 II BGB handelt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.

Nach § 280 I S. 2 muss der *Schuldner* beweisen, dass ihn kein Verschulden an der Pflichtverletzung trifft. § 280 I S. 2 BGB bewirkt also eine Beweislastumkehr.

### e) Mitverschulden und Verjährung

Häufig wirkt bei Schadensersatzansprüchen ein Mitverschulden des Geschädigten mit. Dieses Mitverschulden führt dann zu einer Kürzung des Anspruchs auf Schadensersatz um den jeweiligen Mitverschuldens-Anteil, § 254 I BGB.

**Merke:** Da das Mitverschulden nicht zu einem Entfallen des Anspruchs, sondern lediglich zu einer Kürzung führt, ist es erst bei der Berechnung des Schadensumfanges in der Rechtsfolge zu berücksichtigen.

**Zur Terminologie:** Man spricht bei dem Gebot nach § 254 BGB, den Schaden möglichst gering zu halten, auch von einer sog. „*Obliegenheit*“. In Abgrenzung zur Pflicht ist eine Obliegenheit definiert als ein Gebot, das durch das Recht nicht erzwungen werden kann, dessen Einhaltung aber im eigenen Interesse des dadurch belasteten liegt, da ihm sonst Rechtsnachteile drohen.

Der Anspruch auf Schadensersatz nach § 280 I BGB verjährt in der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB, also nach drei Jahren. Die Frist beginnt grundsätzlich mit dem Ende des Jahres zu laufen, in dem der Anspruch entstanden ist, § 199 I BGB.

*Bsp.: Im obigen Fall der Anlieferung des Klaviers wird der Gartenzaun am 3.5.2017 beschädigt. Die Verjährungsfrist beginnt gem. § 199 I BGB erst am 31.12.2017 zu laufen und endet somit am 31.12.2020 (drei Jahre später).*

**Lerneinheit 2:** Voraussetzungen der culpa in contrahendo (§§ 311 II, 241 II, 280 I BGB), Verhältnis der c.i.c. zu Anfechtung und Gewährleistung, Sonderfälle: Abbruch von Vertragsverhandlungen, Vertreterereignhaftung (§ 311 III BGB), Verzug (§§ 280 I, II, 286 BGB)

## 2. Vorvertragliches Vertrauensverhältnis (§§ 280 I, 311 II, 241 II BGB)

### a) Allgemeines

- vgl. auch Aufbauschema Nr. 11 (Anhang) -

Normalerweise ist für einen Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB erforderlich, dass ein Schuldverhältnis bereits besteht – meistens ein Vertrag, aus dem sich dann Nebenpflichten nach § 241 II BGB ergeben.

Die Parteien können jedoch auch schon vor dem eigentlichen Vertragsschluss verpflichtet sein, auf die Interessen der Partei in besonderer Weise Rücksicht zu nehmen.

*Bsp.: A lädt den B zu sich nach Hause ein, um mit ihm über den Verkauf seines Pkw zu verhandeln. Dabei vergisst er aber, vorher seinen Hund wegzusperren, der auf fremde Leute bissig reagiert. Prompt beißt der Hund des A den B in die Wade. Zum Abschluss eines Kaufvertrages über den Pkw kommt es nicht mehr.*

Die einzelnen Fälle der Verletzung von vorvertraglichem Vertrauen, die auch als „culpa in contrahendo“ (lateinisch für: „Verschulden bei Vertragsschluss“) bezeichnet werden, sind im § 311 II BGB ausdrücklich geregelt.

Danach kann ein Schuldverhältnis nach §§ 280 I, 241 II BGB bereits entstehen durch:

- die Aufnahme von Vertragsverhandlungen (Nr. 1)
- die Anbahnung eines Vertrages, wobei der eine Teil dem anderen die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechtsgüter gibt (Nr. 2)
- ähnliche geschäftliche Kontakte (Nr. 3).

**Tipp:** Die Abgrenzung zwischen den verschiedenen Alternativen des § 311 II BGB ist nicht immer einfach, ist in der Klausur jedoch auch nicht so dramatisch, da es letztlich nicht darauf ankommt, welche der Alternativen gegeben ist (die Rechtsfolgen sind immer dieselben). Dennoch sollte immer zwischen den Alternativen abgegrenzt und sich letztlich für eine Alternative entschieden werden.

### b) Anwendbarkeit

Ein besonderes Problem bei §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB ist darüber hinaus die Anwendbarkeit des Anspruchs neben anderen Anspruchsgrundlagen.

Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich insoweit zum einen zum kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht, zum anderen zur Anfechtung.

### aa) Verhältnis zum Gewährleistungsrecht

Die Anwendung der §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB scheidet nach h.M. grundsätzlich aus, soweit der Anwendungsbereich des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechtes reicht (§§ 434 ff. BGB).

Bezieht sich ein Verschulden daher auf einen Fehler der Kaufsache, so sind §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB daher unanwendbar.

*Bsp.: A verkauft dem B einen Gebrauchtwagen, bei dem die Bremsleitung mangelhaft ist. Dies hatte der A fahrlässigerweise nicht bemerkt.*

Der Grund hierfür liegt darin, dass andernfalls die kürzere Verjährungsfrist des § 438 BGB (zwei Jahre ab Übergabe) umgangen werden könnte, da für den Anspruch aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB die normale Verjährungsfrist des § 195 BGB (drei Jahre) gilt.

Zudem gilt im Mängelrecht der Vorrang der Nacherfüllung. Nach §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB könnte aber u. U. sofort Vertragsaufhebung verlangt werden.

Ausnahmsweise werden die §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB auch neben dem kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht angewandt, wenn der Verkäufer vorsätzlich (=arglistig) gehandelt hat. Der Verkäufer ist dann nicht als schutzwürdig zu erachten.

**Merke:** Der Arglistige ist nicht schutzwürdig! Dieses Prinzip verwirklicht sich an den verschiedensten Stellen des BGB (z.B. §§ 123, 438 III, 818 IV, 819 I BGB). Dabei bedeutet „Arglist“ nichts anderes als „Vorsatz“ (inklusive dem sog. „bedingten Vorsatz“, d.h. es reicht aus, wenn z.B. ein Verkäufer Dinge „ins Blaue hinein verspricht“).

### bb) Verhältnis zur Anfechtung

Ein Konkurrenzverhältnis besteht auch zwischen §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB und den Regeln der Anfechtung, insbesondere zu § 123 BGB.

Über §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB kann der Geschädigte nämlich nicht nur bei Arglist, sondern auch schon bei Fahrlässigkeit des Verkäufers Rückabwicklung des Vertrages verlangen, § 249 I BGB.

**Merke:** Bei dem Anspruch aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB kann der „Schaden“ auch im Abschluss des Vertrages selbst bestehen. Dies gilt dann, wenn der Geschädigte den Vertrag ohne die Pflichtverletzung (z.B. die falsche Beratung) den Vertrag so nicht abgeschlossen hätte (*negatives Interesse*: der Käufer muss so gestellt werden, als ob er von der ganzen Sache nichts gehört hätte).

In diesem Fall kann als Rechtsfolge Aufhebung des Vertrages verlangt werden!

Im Übrigen ist die Verjährungsfrist bei dem Anspruch aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB mit drei Jahren wesentlich länger als die Anfechtungsfrist gem. § 124 BGB (ein Jahr).

Es ist aber zu berücksichtigen, dass §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB einerseits und die Anfechtung nach § 123 BGB verschiedene Rechtsgüter schützen. §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB schützen das Vermögen und setzen daher einen Schaden voraus, § 123 BGB schützt dagegen in erster Linie die Willensentschließungs- und Betätigungsfreiheit des Getäuschten.

Auch zu § 119 BGB tritt der Anspruch aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB in Konkurrenz, wenn der entsprechende Irrtum über die Sache schuldhaft herbeigeführt wurde. Nach § 122 II BGB ist nämlich der Anspruch des Geschädigten ausgeschlossen, wenn er den Mangel kannte oder kennen musste; bei dem Anspruch aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB erlaubt § 254 I BGB (Mitverschulden) dagegen eine flexible Lösung.

Die h.M. lässt insoweit beide Anspruchsgrundlagen nebeneinander zu.

**Aufbautipp:** Die Anwendbarkeit des Anspruchs aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB sollte nur dann geprüft werden, wenn sie tatsächlich problematisch ist, also ein Konkurrenzverhältnis zum Kaufrecht oder zur Anfechtung besteht.

In diesem Fall sollte sie als erster Prüfungspunkt noch vor dem Punkt „Schuldverhältnis“ eingefügt werden.

### **c) Sonderfall: Abbruch von Vertragsverhandlungen**

Grundsätzlich sind die Verhandlungspartner bis zum endgültigen Abschluss eines Vertrages in der Entscheidung frei, den Vertrag nun doch nicht schließen zu wollen.

Ausnahmsweise wird im Abbruch von Vertragsverhandlungen jedoch eine Pflichtverletzung i.S.v. §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB gesehen, wenn eine Partei die Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund abbricht, nachdem sie zunächst in zurechenbarer Weise das Vertrauen erweckt hat, der Vertrag werde zu Stande kommen.

*Bsp.: A hat dem B, der mit wertvollen Oldtimern handelt, in Aussicht gestellt, einen bestimmten „Buckel-Volvo“ aus den Fünfziger-Jahren zu kaufen, wenn B ihm diesen vorher zu einem Cabrio umbaut. B baut daraufhin den Volvo unter Einsatz hoher Kosten um. Danach will A ohne jeden ersichtlichen Grund von dem Volvo nichts mehr wissen.*

### **d) Sonderfall: Vertretereigenhaftung (§ 311 III BGB)**

Häufig bedient sich eine Partei im Rahmen des geschäftlichen Kontakts vor einem möglichen Vertragsabschluss eines Vertreters.

*Bsp.: A besitzt einen Gebrauchtwagenhandel. Die Verkaufsgespräche führt der Verkäufer V, der bei dem A angestellt ist.*

Wenn ein solcher Vertreter sich eine Beratungspflichtverletzung zu schulden kommen lässt, haftet hierfür grundsätzlich nur der Vertretene, da er ja Partei des geschäftlichen Kontakts ist.

Anders aber, wenn der Vertreter entweder ein besonderes eigenes wirtschaftliches Interesse am Abschluss des Vertrages hat oder aber besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch genommen hat. In diesem Fall haftet gem. § 311 III BGB auch der Vertreter selbst aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB (sog. **Vertreter-eigenhaftung**).

*Bsp.: A haftet für den Kredit seiner A-GmbH bei der B-Bank als Bürge (§ 765 BGB). Verhandelt er nun als Vertreter der A-GmbH mit der B-Bank über eine Verlängerung des Kredits, so hat er ein eigenes Interesse am Abschluss des Vertrags.*

### **3. Verzug (§§ 280 I, II, 286 BGB)**

- vgl. auch Aufbauschema Nr. 7 (Anhang) -

Leistet der Schuldner verspätet, so kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen der §§ 280 II, 286 BGB Ersatz des hieraus entstehenden Schadens verlangen (sog. **Schuldnerverzug**).

*Bsp.: A hat bei B ein Fahrrad gekauft und versprochen, den Kaufpreis von 300 Euro am nächsten Tag vorbeizubringen. Trotz Mahnung des A hat der B auch nach drei Wochen immer noch nicht gezahlt, ohne das hierfür Gründe ersichtlich sind.*

Voraussetzungen des Verzuges sind:

- Die noch mögliche (sonst: Unmöglichkeit) Leistung wird nicht erbracht
- Fälligkeit der Leistung
- Mahnung (kann ausnahmsweise entbehrlich sein)
- Vertretenmüssen

#### **a) Nichtleistung**

Der Schuldner muss eine Leistung nicht erbringen, obwohl ihm dies noch möglich ist.

An dieser Stelle erfolgt im Klausuraufbau auch die Abgrenzung zur Unmöglichkeit: Wenn dem Schuldner die Leistung unmöglich ist, braucht er gem. § 275 I BGB nicht mehr zu leisten. Ein Verzug ist dann ausgeschlossen.

Zu beachten ist aber, dass allein Geldknappheit nie zur Unmöglichkeit einer Zahlungsverpflichtung führen kann, da Geld nach h.M. eine Gattungsschuld ist („Geld hat man zu haben“).

#### **b) Fälligkeit**



Die Leistung muss fällig sein.

Dabei ist nach § 271 I BGB, sofern nichts anderes vereinbart ist, eine Leistung sofort fällig, d.h. mit Abschluss des Vertrages.

An dieser Stelle sind in der Klausur auch etwaige Einreden zu prüfen. So ist etwa ein Anspruch dann nicht fällig, wenn er verjährt ist oder ihm die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) entgegensteht.

Auch die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes nach § 273 BGB kann die Fälligkeit hindern. Hier muss sich der Schuldner jedoch erst auf das Zurückbehaltungsrecht berufen, um die Verbindung der beiden Ansprüche miteinander (sog. Konnexität) herzustellen.

### **c) Mahnung**

Die Mahnung ist eine einseitige empfangsbedürftige und formlose geschäftsähnliche Handlung (keine Willenserklärung!), mit der der Gläubiger den Schuldner zur Leistung auffordert.

Es ist nicht erforderlich, dass der Gläubiger das Wort Mahnung verwendet.

*Bsp.: A fordert den B, der hohe Schulden bei ihm hat, auf: „Nun zahl doch endlich!“. Dies gilt als Mahnung i.S.v. § 286 BGB.*

In bestimmten Fällen ist eine Mahnung jedoch nicht erforderlich.

### **d) Entbehrlichkeit der Mahnung (§ 286 II BGB)**

In § 286 II BGB sind die Fälle aufgelistet, in denen eine Mahnung für den Verzugseintritt ausnahmsweise entbehrlich ist.

Dies ist zum einen der Fall, wenn ein Leistungszeitpunkt nach dem Kalender bestimmt wurde, § 286 II Nr. 1 BGB. In diesem Fall weiß der Schuldner von vornherein, welche Frist ihm zur Leistung verbleibt. Eine Mahnung ist daher nicht erforderlich.

*Bsp.: Dem A ist zum 31. 3. 2018 seine Wohnung gekündigt worden. Mit Ablauf des Tages ist er mit der Rückgabe der Wohnung in Verzug.*

§ 286 II Nr. 2 BGB erweitert diese Ausnahme noch, indem er auch die bloße Bestimmbarkeit des Leistungszeitraums nach dem Kalender genügen lässt. Dabei muss der Zeitraum angemessen sein.

*Bsp.: A bestellt bei dem B eine wertvolle Geige und vereinbart, dass er diese „binnen zwei Wochen nach Lieferung“ zahlen werde. Die Lieferung erfolgt am 5. 8. 2018. Hier kann A mithilfe des Kalenders die Zahlungsfrist bestimmen: Es ist der 19. 8. 2018.*

Nach § 286 II Nr. 3 BGB bedarf es einer Mahnung auch dann nicht, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert („Ich zahle Ihnen kei-

nen Cent, und wenn Sie sich auf den Kopf stellen.“). In Fällen, in denen der Schuldner ohnehin definitiv nicht zahlt, wäre es sinnlos, ihm auch noch eine Mahnung zu schicken.

Da Schuldner jedoch häufig etwas unlustig sind, wenn es um die Zahlung geht, sind an die Ernsthaftigkeit der Leistungsverweigerung tendenziell hohe Anforderungen zu stellen.

§ 286 II Nr. 4 BGB erklärt darüber hinaus die Mahnung in weiteren Fällen für entbehrlich, in denen dies aus besonderen Gründen gerechtfertigt erscheint.

Ein Beispiel hierfür ist die sog. „Selbstmahnung“ des Schuldners.

*Bsp.: Monteur M soll bei dem A die Heizung reparieren, ist aber in der letzten Woche nicht gekommen, obwohl dies locker so verabredet war. Auf Nachfrage des A erklärt er: Bis Freitag nächster Woche komme ich bestimmt. Eine Mahnung ist nach Ablauf des Freitags entbehrlich.*

Auch fallen hierunter die Fälle, in denen es dem Schuldner erkennbar war, dass es ersichtlich auf sofortige Leistung ankommt.

*Bsp.: A ruft morgens bei dem Handwerker H an; er habe einen Wasserrohrbruch, in seiner Wohnung stehe knietief das Wasser. H sagt zu, „zu kommen“, kommt aber erst drei Tage später.*

### **e) Automatischer Verzugsseintritt bei Geldforderungen (§ 286 III BGB)**

Der Schuldner einer Geldforderung kommt (spätestens) in Verzug, wenn er innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Erhalt einer Rechnung nicht zahlt.

Ist der Schuldner ein Verbraucher i.S.v. § 13 BGB, so muss er über diesen Umstand gesondert belehrt werden, § 286 III, 2. HS BGB.

**Beachte:** In diesem Zusammenhang ist auch § 271a BGB zu sehen, nach dem die Fälligkeit einer Geldleistung nicht unbillig weit nach dem Erhalt der Gegenleistung hinausgeschoben werden kann.

### **f) Vertretenmüssen**

Gem. § 286 IV BGB tritt der Schuldnerverzug nur ein, wenn der Schuldner die Verspätung der Leistung zu vertreten hat.

Dabei wird zunächst ein Verschulden des Schuldners vermutet. Für die Entkräftung dieser Vermutung trägt der Schuldner selbst die Beweislast; er muss beweisen, dass er an der Verspätung keine Schuld hat.

### **g) Rechtsfolge**

Der Gläubiger kann nach §§ 280 II, 286 BGB den Schaden ersetzt verlangen, der ihm durch die Verzögerung entstanden ist (sog. **Verzögerungsschaden**). Es handelt sich um einen Schadensersatz *neben* der Leistung, der völlig selbständig neben dem Primäranspruch tritt.

*Bsp.: A hat dem B einen Neuwagen zwei Monate später geliefert als verabredet. B musste sich in der Zwischenzeit einen Mietwagen nehmen, wodurch Kosten entstanden sind.*

Zum Verzugsschaden gehören auch die Rechtsverfolgungskosten (RA-Gebühren, Gerichtskosten u.ä.), nicht jedoch die sogenannten Erstmahnkosten, d.h. diejenigen Kosten, die durch die erste Mahnung entstehen. Dies liegt daran, dass durch die erste Mahnung der Verzug ja überhaupt erst entsteht.

Schuldet der Schuldner eine Geldleistung, so ist diese ab Verzugseintritt gem. § 288 I S. 2 BGB mit einem Zinssatz von 5 % über dem Basiszinssatz zu verzinsen (unter Nicht-Verbrauchern sogar 9 %, vgl. § 288 II BGB).

**Beachte:** Für die Geltendmachung der 9% nach § 288 II BGB muss es sich um eine *Entgeltforderung* (=Primärleistung) handeln, d.h. Sekundäransprüche wie z.B. auf Schadensersatz kommen nicht in Betracht!

Die Geltendmachung eines höheren Schadens gem. § 288 III, IV BGB ist nicht ausgeschlossen (etwa, wenn der Gläubiger ständig Bankkredit in Anspruch nimmt).

**Lerneinheit 3:** Arten von Unmöglichkeit (anfänglich und nachträglich, objektiv und subjektiv), Gattungsschuld und Konkretisierung, Bring-, Hol- und Schickschuld, wirtschaftliche Unmöglichkeit (§ 275 II BGB), persönliches Leistungshindernis (§ 275 III BGB), Schadensersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit (§§ 280 I, III, 283 BGB), Schadensersatz bei anfänglicher Unmöglichkeit (§ 311a II BGB), Schicksal der Gegenleistung (§ 326 BGB)

## V. Schadensersatz statt der Leistung

Beim Schadensersatz *statt* der Leistung tritt der Schadensersatzanspruch an die Stelle des ursprünglichen Erfüllungsanspruches.

Die einzelnen Fälle des Schadensersatzes statt der Leistung sind in den §§ 281 bis 283 BGB geregelt, worauf § 280 III BGB verweist.

**Tipp:** Nach § 280 III BGB ist Schadensersatz statt der Leistung „nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen“ der §§ 281 ff. BGB zu verlangen. Für die Klausur heißt dies, dass zunächst einmal die Voraussetzungen des § 280 I BGB zu prüfen sind, dann erst die zusätzlichen Voraussetzungen des jeweiligen Tatbestandes aus §§ 281-283 BGB.

Als Anspruchsgrundlage ist immer § 280 I BGB dazu zu zitieren, also z.B.: „**§§ 280 I, III, 283 S. 1 BGB**“.

### 1. Unmöglichkeit der Leistung

Ein Grund für Schadensersatz statt der Leistung kann sein, dass die ursprünglich geschuldete Leistung unmöglich geworden ist, §§ 280 I, III, 283 S. 1 BGB.

*Bsp.: A verkauft dem B seine Yacht am Bodensee. Bevor es zur Übergabe kommen kann, geht die Yacht bei einem rauschenden Bordfest unter.*

Unter Unmöglichkeit ist zu verstehen, dass die betreffende Leistung endgültig nicht mehr erbracht werden kann. Kann die Leistung dagegen nur vorübergehend nicht erbracht werden, liegt nur Verzug vor (s.o.).

#### a) Arten der Unmöglichkeit

Man unterscheidet zunächst

- *objektive*

und

- *subjektive*

Unmöglichkeit.

Objektiv unmöglich ist die Leistung, wenn sie jedermann unmöglich ist.

*Bsp.: A verkauft dem B einen Pkw, der ohne dass er es weiß bei einem Unfall wenige Stunden zuvor einen Totalschaden erlitten hat.*

Subjektive Unmöglichkeit liegt dagegen dann vor, wenn die Leistung nur vom Schuldner nicht erbracht werden kann, ein anderer dagegen dies sehr wohl könnte.

*Bsp.: Wie oben, nur hatte der Pkw keinen Unfall, sondern wurde gestohlen. In diesem Fall kann nur A die Leistung nicht erbringen; ein Dritter (der Dieb) könnte dies sehr wohl.*

Die Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit spielt in der Klausurpraxis allerdings nur eine geringe praktische Rolle, da beide Varianten in § 275 I BGB miteinander gleichgestellt werden.

Daneben sind zu unterscheiden die

- *anfängliche*

von der

- *nachträglichen*

Unmöglichkeit.

Anfänglich ist eine Unmöglichkeit der Leistung, die schon bei Vertragsschluss vorlag.

*Bsp.: A verkauft B seine Yacht, die ohne dass er es weiß bereits am Tag zuvor untergegangen ist.*

Hier bestand die Unmöglichkeit der Leistung (Übergabe und Übereignung der Yacht) bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

§ 311a I BGB stellt klar, dass auch ein solcher Vertrag über eine anfänglich-objektiv unmögliche Leistung grundsätzlich wirksam ist. Nur der Leistungsanspruch wandelt sich in einen Schadensersatzanspruch.

Nachträgliche Unmöglichkeit liegt dagegen vor, wenn die Unmöglichkeit erst nach Vertragsschluss eingetreten ist.

*Bsp.: Wie oben, nur geht die Yacht erst einen Tag nach Vertragsschluss vor der Übergabe unter.*

**Wichtig:** Die Unterscheidung zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit ist sehr bedeutsam, da in beiden Fällen für den Schadensersatz **verschiedene Anspruchsgrundlagen** gegeben sind.

Für die **nachträgliche** Unmöglichkeit gelten die **§§ 280 I, III, 283 S. 1 BGB**.

Bei der **anfänglichen** Unmöglichkeit ist die Anspruchsgrundlage dagegen **§ 311a II S. 1 BGB**.

**Tipp:** In der Klausur ist häufig zunächst der primäre Erfüllungsanspruch zu prüfen und beim Punkt „Anspruch untergegangen“ festzustellen, dass die Leistungspflicht wegen Unmöglichkeit nach § 275 I BGB erloschen ist. Danach ist dann der Schadensersatzanspruch zu prüfen.

## b) Unmöglichkeit bei Gattungsschulden

Ist eine Leistung nicht individuell, sondern nur der Gattung nach bestimmt, so spricht das Gesetz von sog. **Gattungsschulden**, § 243 I BGB.

*Bsp.: A schuldet dem B 10 Sack Mehl. Es sind nicht bestimmte Säcke geschuldet, sondern nur irgendwelche Säcke mit Mehl mittlerer Art und Güte.*

Wird dagegen ein ganz bestimmter Gegenstand geschuldet, so spricht man von **Stückschuld**.

*Bsp.: A verkauft dem B eine ganz bestimmte Bleistiftskizze von Oskar Kokoschka.*

Dies ist insbesondere im Rahmen der Unmöglichkeit eine wichtige Unterscheidung: Während bei der Stückschuld die Unmöglichkeit bereits mit Untergang des einen Leistungsgegenstandes eintritt, kann bei der Gattungsschuld erst von Unmöglichkeit gesprochen werden, wenn die gesamte Gattung (z.B. Mehl) untergeht, also praktisch nie.

Wie groß dabei die Gattung sein soll, ist durch Auslegung des Vertrages gem. §§ 133, 157 BGB zu ermitteln.

*Bsp.: Weinhändler W verkauft dem A 20 Flaschen Spätlese „aus seinem Keller“. Kurz bevor es zur Übergabe kommt, wird der Weinkeller bei einer Überschwemmung vernichtet.*

*Der Vereinbarung ist konkludent zu entnehmen, dass sich die Lieferungsschuld des W auf seinen eigenen Weinkeller beschränken sollte (sog. **Vorratsschuld**). W hatte nicht vor, im Falle des Verlustes Wein anderswo zukaufen zu müssen. Mit der Zerstörung des Weines ist ihm die Leistung somit gem. § 275 I BGB unmöglich geworden.*

## c) Konkretisierung

Auch eine Gattungsschuld muss sich irgendwann einmal auf ein konkretes Stück beschränken. Es wäre unerträglich, wenn der Schuldner auch im Nachhinein immer noch zur Nachlieferung eines weiteren Stückes verpflichtet wäre.

Deshalb sieht § 243 II BGB die sogenannte **Konkretisierung** der Gattungsschuld vor. Hat der Schuldner seinerseits das zur Leistung erforderliche getan, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf den von ihm konkret ausgewählten Gegenstand. Die Gattungsschuld wandelt sich sozusagen in eine Stückschuld.

Zu fragen ist dabei immer, wann der Schuldner das seinerseits zur Leistung erforderliche getan hat. Hierbei ist zu differenzieren zwischen der **Holschuld**, der **Schickschuld** und der **Bringschuld**.

- Bei der **Holschuld** muss der Schuldner die Ware nur aussondern und bereitstellen sowie den Gläubiger benachrichtigen. Der Gläubiger hat die Ware selber abzuholen. Sowohl der *Leistungsort* (d.h. der Ort, an dem der Schuldner die Leistungshandlungen vorzunehmen hat) als auch der *Erfolgsort* (der Ort, an dem der Leistungserfolg, d.h. die Erfüllung i.S.v. § 362 BGB eintritt) liegen beim Schuldner.

Die Holschuld ist der gesetzliche Regelfall gem. § 269 I BGB und liegt somit immer dann vor, wenn die Parteien nicht etwas anderes vereinbaren.

- Bei der **Schickschuld** muss der Schuldner die Ware einer zum Transport geeigneten und bestimmten Person übergeben. Der Leistungsort liegt beim Schuldner, der Erfolgsort dagegen beim Gläubiger.

- Bei der **Bringschuld** muss der Schuldner dem Gläubiger die Ware bringen und anbieten (in einer Weise, die den Annahmeverzug gem. §§ 293 ff. BGB begründen würde). Hier liegen sowohl der Leistungsort als auch der Erfolgsort beim Gläubiger.

Die genaue Bestimmung dessen, was der Schuldner tun muss, ist deswegen so wichtig, weil in diesem Moment Konkretisierung gem. § 243 II BGB eintritt und sich die Verpflichtung zur Leistung auf diese konkrete Sache beschränkt.

*Bsp.: A schuldet B zehn Säcke Mehl. Am Abend vor der Abholung durch B sucht A zehn Säcke aus seinem Vorrat aus und stellt diese etwas abgesondert für den B bereit, den er darüber per Email benachrichtigt. 20 Minuten später schlägt der Blitz in das Lager ein; bei einem kleinen Brand, der sich rasch löschen lässt, verbrennen exakt diese zehn Säcke Mehl.*

*A wird von seiner Leistungspflicht nach § 275 I BGB frei. Da eine Holschuld vorlag, trat die Konkretisierung dadurch ein, dass er die Säcke ausgesucht und bereitgestellt hat. Das Schuldverhältnis beschränkte sich damit auf diese konkreten zehn Säcke. Dass der A noch von seinen anderen Säcken liefern könnte, ist insoweit ohne Belang.*

*Anders wäre es, wenn A und B vereinbart hätten, dass ihm A die Säcke schickt (Schickschuld) bzw. vorbeibringt (Bringschuld). In diesem Fall hätte der A durch die Aussonderung noch nicht alles Notwendige getan. Es wäre keine Konkretisierung eingetreten, und er müsste erneut leisten.*

#### **d) Gründe für die Unmöglichkeit**

Hauptfall der Unmöglichkeit ist, dass der Leistungsgegenstand physisch untergeht.

*Bsp.: A verkauft dem B eine Yacht; diese geht vor der Übergabe unter.*

Daneben gibt es aber auch Fälle, in denen die Leistungshandlung sehr wohl noch vorgenommen werden kann, aber der damit verfolgte Leistungszweck nicht mehr erreicht werden kann (sog. *Zweckerreichung*).

*Bsp.: A verschluckt bei einem Empfang eine Fischgräte und erleidet einen Erstickungsanfall. Die umstehenden Gäste rufen sofort den Notarzt, bevor dieser eintrifft, kann A jedoch glücklicherweise wieder atmen.*

Ebenso tritt Unmöglichkeit ein, wenn der Gegenstand, an dem die Leistung vorgenommen werden soll, untergeht (sog. *Zweckfortfall*).

*Bsp.: Eine Yacht in Seenot ruft die Küstenwacht. Bevor ein Boot sie erreichen kann, geht die Yacht unter.*

Kritisch sind insoweit immer die Fälle der bloßen *Zweckstörung* und damit des Verhältnisses der Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) zu den Vorschriften über die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB).

*Bsp.: A hat bei B für seinen Fußball-Fanclub einen Bus bestellt, um zu einem bestimmten Fußballspiel nach München zu fahren. Das Spiel wird jedoch abgesagt. Zwar ist es dem B nicht unmöglich, den Fanclub des A nach München zu fahren, der Zweck der Reise ist durch den Ausfall des Fußballspiels jedoch empfindlich gestört.*

Nach h.M. werden solche Fälle über § 313 BGB (Störung der Geschäftsgrundlage) abgewickelt. Eine Anwendung des § 275 I BGB wird nur dann bejaht, wenn ausdrücklich der Zweck zum Inhalt des Rechtsgeschäftes gemacht wird.

### **e) Wirtschaftliche Unmöglichkeit**

Nach § 275 II BGB liegt Unmöglichkeit auch dann vor, wenn die Leistung zwar theoretisch noch erbracht werden kann, jedoch von dem Schuldner Aufwendungen erfordert, die wirtschaftlich in keinem Verhältnis zum Wert der Leistung stehen.

*Bsp.: Im obigen Fall der untergegangenen Yacht erhält der A die Information, dass man die Yacht noch heben und wieder restaurieren könnte. Dies würde ca. 30.000.000 Euro kosten. Die Yacht selbst war 1.000.000 Euro wert.*

### **f) Persönliches Leistungshindernis**

Ein Fall der Unmöglichkeit liegt nach § 275 III BGB auch dann vor, wenn der Schuldner die Leistung persönlich zu erbringen hat, diese ihm aber aus bestimmten Gründen nicht zugemutet werden kann.

*Bsp.: Die Sängerin S sagt einen Auftritt ab, weil ihr Kind schwer erkrankt ist.*

**Beachte:** § 275 II BGB und § 275 III BGB sind als bloße **Einreden** ausgestaltet. D.h. der Schuldner *kann* die Leistung verweigern, *muss* dies aber nicht.



So wird im obigen Beispiel die Sängerin vielleicht gerade auftreten wollen, um dem Kind nicht den Eindruck zu vermitteln, seine Krankheit beeinträchtigt die Lebensplanung seiner Eltern.

### **g) Schadensersatz wegen nachträglicher Unmöglichkeit (§§ 280 I, III, 283 S. 1 BGB)**

- vgl. auch Aufbauschema Nr. 3 (Anhang) -

Gem. §§ 280 I, III, 283 S. 1 BGB hat der Gläubiger Anspruch auf Schadensersatz wegen nachträglicher Unmöglichkeit, wenn

- die Leistungspflicht nach § 275 I-III BGB erloschen ist, der Schuldner also nicht mehr zu leisten braucht
- der Schuldner dies nach § 280 I S. 2 BGB zu vertreten hat

**Beachte:** Neben dem Anspruch aus §§ 280 I, III, 283 S. 1 BGB hat der Gläubiger häufig noch einen Anspruch aus **§ 285 BGB** (vgl. auch Aufbauschema Nr. 6 im Anhang). Danach kann der Gläubiger das, was der Schuldner als Ersatz für den untergegangenen Gegenstand erlangt hat (sog. „stellvertretendes commodum“, z.B. einen Kaufpreis oder eine Versicherungssumme), von diesem herausverlangen. Dies gilt selbst dann, wenn der Kaufpreis oder die Versicherungssumme höher liegt als der Wert der Sache!

Der Anspruch aus § 285 BGB setzt darüber hinaus kein Verschulden des Schuldners voraus!

*Bsp.: A verkauft dem B seine Yacht, diese geht jedoch vor Übergabe ohne sein Verschulden unter. Die Yacht war mit 1.300.000 Euro versichert, obwohl sie eigentlich nur noch 700.000 Euro wert war. B kann in diesem Fall nach § 285 BGB von A die volle Versicherungssumme herausverlangen! (Er bleibt in diesem Fall allerdings zur Zahlung des vereinbarten Kaufpreises verpflichtet, § 326 III BGB.)*

### **h) Schicksal der Gegenleistung bei der Unmöglichkeit**

Wird bei einem gegenseitigen Vertrag die dem einen Teil obliegende Leistung unmöglich, stellt sich die Frage, ob die andere Seite dann ihrerseits noch zur Gegenleistung verpflichtet ist.

Nach **§ 326 I BGB** braucht auch die andere Seite in diesem Fall grundsätzlich ihre Leistung nicht mehr zu erbringen.

*Bsp.: A verkauft dem B seine Yacht, diese geht aber vor Übergabe ohne ein Verschulden des A unter. A wird von seiner Pflicht zur Übereignung der Yacht (§ 433 I S. 1 BGB) nach § 275 I BGB frei, da ihm die Übereignung durch den Untergang der Yacht unmöglich geworden ist („Anspruch weggefallen“). B hingegen wird von seiner Pflicht zur Kaufpreiszahlung (§ 433 II BGB) nach **§ 326 I BGB** frei.*

**Wichtig:** An dieser Stelle ist es in der Klausur besonders wichtig, klar zwischen der unmöglich gewordenen Hauptleistung und der Gegenleistung zu differenzieren.

ren (häufiger Klausurfehler!). Nur die Hauptleistungspflicht des Schuldners (im Beispiel: Lieferung der Yacht durch A) wird unmöglich! Die Gegenleistungspflicht (Kaufpreiszahlung) wäre an sich noch möglich, die Pflicht zur Kaufpreiszahlung entfällt jedoch nach § 326 I BGB.

Für diese Differenzierung haben sich die Begriffe *Leistungsgefahr* und *Preisgefahr* eingebürgert.

Der Begriff der **Leistungsgefahr** umschreibt das Risiko des *Schuldners*, die Leistung noch einmal erbringen zu müssen. Bei einer Stückschuld trägt der Gläubiger die Leistungsgefahr, da der Schuldner nach § 275 I BGB mit dem Untergang der Sache von seiner Leistungspflicht frei wird.

Bei der Gattungsschuld hängt die Leistungsgefahr dagegen davon ab, ob bereits Konkretisierung gem. § 243 II BGB eingetreten ist (s.o.). Ist dies nicht der Fall und die Leistung aus der Gattung nach wie vor möglich, so muss der Schuldner die Leistung noch mal erbringen; mithin trägt der Schuldner die Leistungsgefahr.

Dagegen bestimmt die sog. **Preisgefahr**, ob der Gläubiger den Kaufpreis trotz Unmöglichkeit der Hauptleistung erbringen muss; er also zahlen muss, obwohl er nichts bekommt. Insoweit bestimmt § 326 I BGB, dass der Gläubiger im Fall der Unmöglichkeit der Hauptleistung grundsätzlich *keine* Gegenleistung mehr erbringen muss.

Zu der grundsätzlichen Regelung des § 326 I BGB bestehen jedoch viele Ausnahmen:

- Hat der Gläubiger den Umstand, auf dem die Unmöglichkeit beruht, selbst zu verantworten, so bleibt er weiterhin zur Gegenleistung verpflichtet, § 326 II S. 1, 1. Alt. BGB.

*Bsp.: A engagiert für 6.500 Euro den versierten Bergführer B für eine Expedition auf den Mount-Everest, die in drei Wochen beginnen soll. Der Vertrag wird in der Wohnung des A unterzeichnet. Als B die Wohnung des A verlässt, rutscht er so unglücklich auf der von dem A unzureichend gesicherten (Verschulden i.S.v. § 276 BGB!) Treppe des Hauses aus, dass er die nächsten 3 Monate im Krankenhaus verbringt und den A nicht begleiten kann. A bleibt trotzdem zur Zahlung des Bergführerlohnes verpflichtet.*

- Gleiches gilt, wenn die Unmöglichkeit zu einem Zeitpunkt eintritt, zu dem sich der Gläubiger im Verzug der Annahme (§§ 293 ff. BGB) befindet, § 326 II S. 1, 2. Alt. BGB.

*Bsp.: A verkauft wieder einmal an den B eine Yacht. Es wird vereinbart, dass B die Yacht in den nächsten drei Wochen übernimmt. Trotz mehrmaliger Aufforderung zur vereinbarungsgemäßen Übernahme der Yacht ist die Yacht nach drei Monaten immer noch im Besitz des A, als sie nach einem Unwetter untergeht. B muss in diesem Fall den Kaufpreis trotzdem zahlen.*

- Beim Kaufvertrag geht die Preisgefahr in dem Moment auf den Käufer über, in dem ihm die Sache übergeben wird (**§ 446 BGB**), und zwar unabhängig davon,

ob er in diesem Moment schon Eigentümer wird (was häufig aufgrund eines Eigentumsvorbehaltes noch nicht der Fall sein wird).

Dies hat seinen Grund darin, dass für den Untergang einer Sache meist ein Umstand aus der Sphäre desjenigen verantwortlich ist, der die Sache in Besitz hat.

*Bsp.: B kauft von A unter Eigentumsvorbehalt einen Pkw. Geht der Pkw nach der Übergabe an B unter, so bleibt er zur Kaufpreiszahlung verpflichtet, und zwar trotz des Umstandes, dass der A aufgrund des Eigentumsvorbehaltes (§ 449 BGB) seine Pflicht zur Übereignung des Pkw (vgl. § 433 I S. 1 BGB: geschuldet sind Übergabe **und** Übereignung i.S.v. § 929 S. 1 BGB) noch nicht erfüllt hat.*

- Versendet der Verkäufer die Sache auf Verlangen des Käufers an einen anderen Ort (also: Schickschuld), so trägt die Gefahr des Untergangs ab dem Moment der Übergabe der Sache an die Transportperson der Käufer (**§ 447 BGB**). Gemeint ist damit die **Preisgefahr**, d.h. die Gefahr trotz Untergang zahlen zu müssen.

Der Gesetzgeber sieht in der Bereitschaft des Verkäufers, die Sache entgegen des Holschuld-Prinzips (§ 269 I BGB) an den Käufer zu versenden, ein Entgegenkommen des Verkäufers. Er soll daher nicht auch noch die Gefahr des zufälligen Untergangs der Sache auf dem Transportweg tragen müssen.

*Bsp.: Kunsthändler A aus München verkauft an den Kunsthändler B aus Stuttgart ein wertvolles Gemälde, das dieser bereits früher in der Galerie des A besichtigt hat. Auf Bitten des B erklärt sich der A bereit, dem B das Gemälde zu schicken. Auf dem Transport wird das Bild durch einen unglücklichen Zufall vernichtet. Aufgrund der Gefahrtragungsregel des § 447 BGB kann der A von dem B trotzdem Zahlung des Kaufpreises verlangen.*

**Beachte:** Im Anwendungsbereich des § 447 BGB ist nach ganz h.M. auch der Rücktritt des Käufers vom Vertrag ausgeschlossen. Ein Rücktritt in diesem Fall wäre eine Umgehung des § 447 BGB und ein Wertungswiderspruch zu der vom Gesetz eigentlich vorgesehenen Aufrechterhaltung des Kaufpreisanspruchs des Verkäufers. Dass § 447 BGB nicht in § 323 VI BGB erwähnt ist, ist als reines Redaktionsversehen des Gesetzgebers zu werten.

Zu beachten ist weiterhin, dass § 447 I BGB grundsätzlich **nicht** bei **Verbrauchsgüterkäufen** gilt, § 475 II BGB. Soweit also der Käufer ein Verbraucher i.S.d. § 13 BGB und der Verkäufer ein Unternehmer i.S.d. § 14 BGB ist, trägt der Unternehmer die Preisgefahr bis zur Übergabe der Kaufsache weiter.

**Hinweis:** Im Zusammenhang mit § 447 BGB tauchen in der Klausur häufig Probleme der *Drittschadensliquidation* auf, die dort im Zusammenhang erörtert werden.

## **i) Schadensersatz statt der Leistung bei anfänglicher Unmöglichkeit (§ 311a II BGB)**

### **aa) Allgemeines**

- vgl. auch Aufbauschema Nr. 2 (Anhang) -

§ 311a II BGB greift im Fall der sogenannten *anfänglichen* Unmöglichkeit ein, d.h. wenn die Leistung schon bei Vertragsschluss unmöglich ist.

*Bsp.: Der Künstleragent K ist etwas hochstaplerisch veranlagt und spiegelt dem Journalisten J glaubwürdig vor, er habe enge Verbindungen zu Beyoncé. Er könne ihm ein Interview mit ihr verschaffen. In Wahrheit hat K keinerlei Verbindung zu Beyoncé. J dagegen glaubt dem K. Beide schließen einen „Vermittlungsvertrag“ über das in Aussicht genommene Interview; J zahlt dem K 2.500 Euro. Da dem K die versprochene Leistung von Anfang an unmöglich war, ist er dem J gem. § 311a II BGB zum Schadensersatz verpflichtet.*

**Wichtig:** Auch wenn die Anspruchsvoraussetzungen fast dieselben sind, ist in der Klausur doch immer genau zwischen *anfänglicher* und *nachträglicher* Unmöglichkeit zu differenzieren, da in beiden Fällen unterschiedliche Anspruchsgrundlagen greifen. Im Fall der anfänglichen Unmöglichkeit **§ 311a II BGB**, bei der nachträglichen Unmöglichkeit dagegen **§§ 280 I, III, 283 S. 1 BGB**.

Der Gesetzgeber sieht den Grund für diese nicht ganz überzeugende Unterscheidung darin, dass es bei der anfänglichen Unmöglichkeit nicht wie bei den §§ 280 ff. BGB um die Pflichtverletzung im Rahmen eines (schon) bestehenden Schuldverhältnisses geht, sondern um eine vorwerfbare Sorglosigkeit bereits bei der Abgabe des Leistungsversprechens.

Dementsprechend stellt § 311a I BGB zunächst auch erst einmal klar, dass der Vertrag trotz der anfänglichen Unmöglichkeit wirksam ist. Nur das Leistungsversprechen selbst muss nach § 275 I BGB nicht erfüllt werden.

Hat der Schuldner allerdings gewusst, dass er zur Leistung nicht im Stande ist, oder ist ihm insoweit zumindest Fahrlässigkeit vorwerfbar (vgl. § 311a II S. 2 BGB), so ist er gem. § 311a II BGB zum Schadensersatz verpflichtet.

Dabei stellt § 311a II S. 2 BGB ähnlich wie § 280 I S. 2 BGB eine Beweislastumkehr dar, d.h. der Schuldner muss selbst beweisen, dass ihn hinsichtlich seiner mangelnden Kenntnis von der Unmöglichkeit bei Vertragsschluss kein Verschulden trifft.

### **bb) Sonderproblem: Haftung nach § 122 I BGB analog bei anfänglicher Unmöglichkeit**

Teilweise wird vertreten, dass der Gläubiger dann, wenn der Schuldner die anfängliche Unmöglichkeit weder kannte noch kennen musste (und ein Anspruch aus § 311a II BGB damit gemäß Absatz 2 Satz 2 ausfällt), einen Anspruch gegen den Schuldner aus § 122 I BGB analog auf Ersatz seines Vertrauensschadens hat.

**Wiederholung:** Beim Vertrauensschaden (=negatives Interesse) ist der Geschädigte so zu stellen, als ob er von dem fraglichen Geschäft nie etwas gehört hätte. Zu ersetzen sind also z.B. vergebliche Fahrtkosten (die hätte er nicht ge-

habt), nicht aber z.B. ein entgangener Gewinn (den hätte er nicht gemacht, wenn er von dem Geschäft nie gehört hätte).

Dagegen lässt sich aber mit der h.M. einwenden, dass der Gesetzgeber Aufwendungen, die im Vertrauen auf das Geschäft gemacht wurden, schon in § 284 BGB berücksichtigt hat (auf den § 311a II S. 1 BGB auch verweist). Danach sollen nach dem Willen des Gesetzgebers auch solche Aufwendungen nur unter den Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung – also Vertretenmüssen – ersetzt werden. Die Anwendung von § 122 I BGB analog liefe auf eine Garantihaftung hinaus, die der Gesetzgeber gerade nicht wollte.

**Lerneinheit 4:** Schadensersatz nach §§ 280 I, III, 281 BGB (verzögerte Leistung und Schlechtleistung), Sonderprobleme: Haftung für Nutzungsausfallschäden, Bezugspunkt für das Vertretenmüssen bei §§ 280 I, III, 281 BGB, Teilleistungen und Teilschlechtleistungen im allgemeinen Schuldrecht

## 2. Verzögerung der Leistung (§§ 280 I, III, 281 I BGB)

### a) Allgemeines

- vgl. auch Aufbauschema Nr. 4 (Anhang) -

Der Gläubiger kann Schadensersatz statt der Leistung auch dann fordern, wenn der Schuldner nicht rechtzeitig leistet und damit seine Pflichten aus dem Schuldverhältnis verletzt. Erforderlich ist in diesem Fall jedoch gem. § 281 I BGB eine Fristsetzung.

**Hintergrund:** Aus dem Erfordernis der Fristsetzung ergibt sich zugleich die Abgrenzung zu den Fällen der Unmöglichkeit: Eine Fristsetzung wie bei § 281 I BGB macht natürlich nur dort Sinn, wo die Leistung prinzipiell noch möglich ist. Daraus folgt, dass § 281 I BGB in Fällen der Unmöglichkeit keine Anwendung finden kann!

*Bsp.: A betreibt ein Modegeschäft in der Freiburger Innenstadt. Bei seinem Lieferanten B bestellt er Anfang September Saisonware für den Winter. B ist jedoch etwas schlampig und liefert nicht. Auch eine von dem A gesetzte Frist bleibt erfolglos, so dass sich der A nun anderweitig teuer eindecken muss. Nach §§ 280 I, III, 281 S. 1 BGB kann er von B für seine Mehrkosten Schadensersatz verlangen.*

**Wichtig:** Im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs muss der Käufer nicht ausdrücklich eine Frist setzen, sondern dem Verkäufer nur Gelegenheit zur Nacherfüllung geben, vgl. **§ 475d I Nr. 1 BGB** (die Vorschrift steht zwar „eingekleimt“ zwischen den Vorschriften über den Kaufvertrag über digitale Produkte, gilt nach der Gesetzesbegründung aber für alle Verbrauchsgüterkaufverträge).

Die dem Schuldner gesetzte Frist muss angemessen lang sein. Ist die Frist zu kurz, so ist die Fristsetzung nicht unwirksam (!), sondern setzt lediglich eine angemessene Frist in Gang.

*Bsp.: Im obigen Beispiel ruft A den B Ende September an und verlangt verärgert „Lieferung der vereinbarten Ware innerhalb der nächsten 6 Stunden“. Ohne Setzung einer weiteren Frist kauft der A die Winterware, als der B Ende Oktober immer noch nicht geliefert hat, bei einem anderen Lieferanten und möchte von B nach §§ 280 I, III, 281 S. 1 BGB Schadensersatz. Sein Verlangen ist erfolgreich, da die Frist, die er dem B gesetzt hat, zwar unangemessen kurz war, dies jedoch nur zur Folge hat, dass stattdessen eine angemessene Frist in Lauf gesetzt wird. Wie lange im vorliegenden Fall „angemessen“ ist, braucht nicht entschieden zu werden; es ist aber jedenfalls davon auszugehen, dass Ende Oktober eine angemessene Zeitspanne verstrichen ist.*

**Beachte:** Nach der Rechtsprechung des BGH ist das Erfordernis einer Fristsetzung sogar auch schon dann erfüllt, wenn der Gläubiger dem Schuldner *keine bestimmte Frist setzt* (!), sondern ihn lediglich durch Worte wie „in angemessener Zeit“, „umgehend“ oder „so schnell wie möglich“ unmissverständlich zur Leistung auffordert. Damit werde dem Schuldner klar, dass er die Leistung nicht zu einem beliebigen Zeitpunkt erbringen könne, sondern dass ihm hierfür eine zeitliche Grenze gesetzt sei, die aufgrund der Umstände des Einzelfalls bestimmbar sei.

Nach § 281 II BGB kann eine Fristsetzung jedoch auch völlig entbehrlich sein. Dies ist z.B. der Fall, wenn der Schuldner die Leistung endgültig und ernsthaft verweigert. Dabei sind an die Ernsthaftigkeit der Leistungsverweigerung hohe Anforderungen zu stellen, da Schuldner häufig etwas unlustig sind, wenn es darum geht, die geschuldete Leistung zu erbringen.

*Bsp.: Als im obigen Beispiel der A bei B anruft, sagt ihm der B: „Nun drängeln Sie mich nicht, sonst kriegen Sie gar nichts.“ Keine endgültige und ernsthafte Leistungsverweigerung.*

**Beachte:** Im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs tritt an die Stelle von § 281 II BGB die Vorschrift des **§ 475d I Nr. 2-5 BGB** (vgl. § 475d II BGB).

### **b) Sonderproblem: Ersatz von Nutzungsausfallschäden**

Umstritten ist, nach welcher Norm der Verkäufer für den durch einen Mangel hervorgerufenen **Nutzungsausfallschaden** haftet.

*Bsp.: V hat an K eine Bierzapfanlage verkauft. Aufgrund eines von dem V verschuldeten Mangels läuft die Anlage nicht richtig, so dass K bei einem von ihm veranstalteten „public event“ nur die halbe Menge Bier verkaufen kann. K will von V seinen Schaden ersetzt haben.*

Nach einer Meinung handelt es sich insoweit um einen Schadensersatz statt der Leistung (§§ 280 I, III, 281 BGB). Problematisch an dieser Auffassung ist aber, dass vom Schadensersatz statt der Leistung nur derjenige Schaden erfasst sein soll, der zum Nacherfüllungsprogramm des Verkäufers gehört (Schlagwort: „hypothetische Nacherfüllung“). Auch durch eine noch so gute Nacherfüllung würde aber der Nutzungsausfallschaden nicht beseitigt.

**Zur Erinnerung:** Diese Abgrenzung hat sich als diejenige herausgestellt, die in der Klausur auch in Zweifelsfällen die beste Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt und Schadensersatz neben der Leistung liefert: Schadensersatz statt der Leistung ist alles, was durch eine bestmögliche **hypothetische Nacherfüllung** des Schuldners beseitigt werden könnte. Besondere Betonung verdient hier das Wort „hypothetisch“, da auch Fälle der Unmöglichkeit (§§ 311a II, 283 S. 1 BGB) unter die Fälle des Schadensersatzes statt der Leistung subsumiert werden.

Folgt man der h.M., wonach es sich beim Nutzungsausfallschaden um einen Schadensersatz *neben* der Leistung handelt, so stellt sich die weitere Frage, ob man neben den Voraussetzungen der §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB noch *zusätzlich*

die Voraussetzungen des § 286 I BGB (d.h. insbesondere: eine *Mahnung*) fordern will.

Dies wird von einigen mit dem Argument gefordert, ansonsten würde der Schlechtleistende schlechter stehen als der Nichtleistende, der auf verzögerungsbedingtem Nutzungsausfall gem. §§ 280 I, II, 286 BGB auch grundsätzlich erst ab Mahnung hafte.

Dies übersieht aber, dass der Schlechtleistende letztlich für die Gläubigersphäre viel gefährlicher ist als der Nichtleistende, denn er will sich mit seiner Schlechtleistung, die unter Umständen die Gläubigersphäre noch weiter gefährdet (wie in obigem Fall) die Gegenleistung verdienen. Dementsprechend hat der Gesetzgeber § 286 I BGB in § 437 Nr. 3 BGB auch nicht erwähnt, was nach überwiegender Meinung dazu führt, dass für die Schadensersatz-Haftung auf den mangelbedingten Nutzungsausfall die Voraussetzungen der §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB ausreichen.

*In obigem Fall muss also der V dem K seinen Nutzungsausfall nach §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB ersetzen. Einer zusätzlichen Mahnung durch K bedarf es **nicht**.*

**Wichtig:** Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass der Verkäufer mit der *Nacherfüllung* in Verzug gerät.

*Bsp. (Abwandlung): In obigem Fall hätte der Verkäufer den Mangel der Zapfanlage nicht erkennen können (was einen Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB mangels Vertretenmüssen ausschließt). Allerdings kommt er dem Verlangen des K auf Nacherfüllung (Reparatur bzw. Nachlieferung einer neuen Zapfanlage) schuldhaft nicht nach, was bei dem K weiteren Schaden in Form von entgangenem Gewinn auslöst.*

In diesem Fall haftet V nach h.M. aus §§ 280 I, II 286 BGB wegen Verzug mit der Nacherfüllung (§ 439 BGB). Denn der Gesetzgeber wollte mit der Nicht-Erwähnung von § 286 BGB in § 437 Nr. 3 BGB nicht die Fälle des schuldhaften Verzugs mit der *Nacherfüllung* ausschließen. Dies ergibt sich schon aus der Kontrollerrwägung, dass der V ja ansonsten völlig straflos die Nacherfüllung herauszögern könnte, ohne auf den daraus angerichteten Schaden zu haften.

**Beachte:** Anders fällt die Abgrenzung zwischen §§ 280 I, III, 281 BGB und § 280 I BGB nach h.M. allerdings dann aus, wenn der Nutzungsausfallschaden *nach* einem aufgrund eines Mangels der Sache *vollzogenen* Rücktritt erfolgt. Denn der Schaden wäre eben dann bei ordnungsgemäßer Nacherfüllung nicht entstanden.

*Bsp.: In obigem Fall kauft der K die Bierzapfanlage am 1.7. des Jahres. Am 10.7. stellt sich der Mangel heraus; K setzt dem V daraufhin bis zum 25.7. eine Frist zur Nacherfüllung. Nach fruchtlosem Fristablauf tritt der K am 1.8. vom Vertrag zurück. Bis er eine neue Bierzapfanlage bei einem anderen Verkäufer bestellt hat, muss er sich für einen Event am **3.8.** mit einer für 250 Euro gemieteten Bierzapfanlage behelfen. Sein Schaden ist insoweit Schadensersatz **statt** der Leistung, da er bei ordnungsgemäßer Nacherfüllung durch V am 3.8. bereits wie-*



*der eine funktionierende Zapfanlage zur Verfügung gehabt hätte und nicht anderweitig hätte eine mieten müssen.*

### **3. Schlechtleistung (§§ 280 I, III, 281 I BGB)**

#### **a) Allgemeines**

*- vgl. auch Aufbauschema Nr. 4 (Anhang) -*

Auch der Fall der Schlechtleistung, also dass der Schuldner die Leistung nicht so erbringt wie geschuldet, wird von §§ 280 I, III, 281 I BGB geregelt.

Dabei wird die Lieferung einer mangelhaften Sache genauso erfasst wie die Zuweniglieferung oder die Lieferung einer anderen Sache als der geschuldeten (sog. *aliud*).

§§ 280 I, III, 281 I BGB gelten dabei zumeist über eine Verweisung aus dem kaufrechtlichen oder werkvertraglichen Gewährleistungsrecht (vgl. §§ 437 Nr. 3, 634 Nr. 4 BGB).

*Bsp.: Anlässlich eines großen Hauskonzerts bestellt der A bei B 80 Flaschen Sekt. Es werden aber nur 40 Flaschen geliefert. A muss sich teurer anderswo einkaufen. Er hat insoweit einen Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 I, III, 281 I BGB gegen den B (vgl. zu diesem Fall auch noch weiter unten).*

#### **b) Sonderproblem: Bezugspunkt für das Vertretenmüssen bei §§ 280 I, III, 281 BGB**

Umstritten ist, *welche Pflichtverletzung* bei einem Anspruch aus §§ 280 I, III, 281 BGB **Anknüpfungspunkt für das Vertretenmüssen** des Schuldners ist.

In Betracht kommen insoweit der *ursprüngliche Mangel* der Sache **oder** die Nichtvornahme (bzw. nicht pflichtgemäße Vornahme) der *Nacherfüllung*.

*Bsp.: V verkauft K einen Geländewagen, bei dem der Turbolader defekt ist. Der Mangel wäre für V nicht erkennbar gewesen. Wenige Monate nach dem Kauf bleibt der Geländewagen infolge des Defekts auf der Autobahn liegen. Der Turbolader ist nunmehr total funktionsuntüchtig, der Mangel erkannt. V verweigert trotzdem die Reparatur (=Nacherfüllung).*

Theoretisch könnte man nun sogar **vier** Meinungen für den Bezugspunkt des Vertretenmüssens von V bilden:

(1) Bezugspunkt ist **nur** der *ursprüngliche Mangel*.

*In diesem Fall würde V nichts schulden: Den ursprünglichen Mangel hätte er nicht entdecken können.*

(2) Bezugspunkt ist **nur** die nicht oder nicht wie geschuldet vorgenommene *Nacherfüllung*.

*In diesem Fall würde V haften: Spätestens in dem Moment, als K den Mangel des Turboladers bei ihm rügte, muss ihm klar geworden sein, dass der Pkw mangelbehaftet war. Die Verweigerung der Nacherfüllung ist daher schuldhaft i.S.v. § 276 BGB (hier sogar Vorsatz, Fahrlässigkeit hätte aber auch gereicht).*

(3) Bezugspunkt für das Vertretenmüssen ist (alternativ) **entweder** der ursprüngliche Mangel **oder** die nicht/nicht pflichtgemäß vorgenommene Nacherfüllung.

*Auch in diesem Fall würde V haften: Man würde in diesem Fall auf die vorsätzlich nicht vorgenommene Nacherfüllung abstellen.*

(4) Bezugspunkt für das Vertretenmüssen ist (kumulativ) **sowohl** der ursprüngliche Mangel **als auch** die nicht/nicht ordnungsgemäß vorgenommene Nacherfüllung.

*Nach dieser Theorie haftet V nicht: Er hat zwar nicht Nichtvornahme der Nacherfüllung, aber eben nicht den ursprünglichen Mangel zu vertreten.*

Bei der Entscheidung zwischen diesen Theorien kann man zunächst die erste „Theorie“ als letztlich nicht vertretbar aussortieren: Würde man in der Tat *nur* auf den ursprünglichen Mangel abstellen, so könnte der Schuldner in allen Fällen, wo er diesen nicht zu vertreten hat, völlig ohne Konsequenzen die Nacherfüllung verweigern. Da er den ursprünglichen Mangel nicht zu vertreten hat, würde er nicht gem. §§ 280 I, III, 281 BGB haften. Demgemäß wird diese „Theorie“ soweit ersichtlich auch nicht vertreten.

Weiterhin kann man auch die vierte Theorie („Sowohl-als-auch“) rasch entkräften: Das Recht zur zweiten Andienung soll dem Schuldner eine „zweite Chance zur Leistung“ geben. Es ist aber nicht ersichtlich, warum aus Sicht des Gläubigers nun auch noch ein zweites Verschulden erforderlich sein soll, um an den Schadensersatz statt der Leistung zu kommen.

Stark vertreten werden denn auch nur die beiden verbliebenen Theorien.

**Beachte:** Die beiden „übrig gebliebenen“ Theorien (2) und (3) werden in der Klausur häufig zum selben Ergebnis kommen, da der Schuldner in den meisten Fällen jedenfalls die Nichtvornahme der Nacherfüllung zu vertreten hat. In diesen Fällen sollten Sie die Entscheidung zwischen diesen beiden letzten Theorien auch dahinstehen lassen und bestenfalls eine leichte Präferenz in die eine oder andere Richtung erkennen lassen („für die Auffassung (3) spräche... kann jedoch letztlich dahingestellt bleiben, denn...“).

Dabei spricht für die Theorie (3) („Entweder-Oder“), dass sie diejenigen Fälle besser in den Griff kriegt, in denen der Schuldner den ursprünglichen Mangel – unter Umständen sogar arglistig – zu vertreten hat, aber aus irgendwelchen Gründen nicht die Nichtvornahme der Nacherfüllung.

*Bsp.: V hat an K einen Pkw verkauft und ihm arglistig einen Mangel verschwiegen. Nachdem er sich auf das Nacherfüllungs-Verlangen des K eingelassen hat, fällt er einen Tag vor Ablauf der Nacherfüllungsfrist unverschuldet in Geisteskrankheit (bzw. es brennt ihm die Werkstatt ab usw.).*

In diesem Fall würde V nach Theorie (2) nicht haften. Dies wäre ein unbilliges Ergebnis, was für Theorie (3) spricht.

*Ein weiteres Beispiel ist die Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung nach § 439 III BGB, z.B. wenn eine Reparatur mit ganz unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden ist. Auch in diesem Fall kann es sein, dass der Verkäufer den ursprünglichen Mangel zu vertreten hat, nicht aber die Nichtvornahme der Nacherfüllung, da diese unverhältnismäßige Aufwendungen erfordern würde.*

### **c) Sonderproblem: Teilleistungen und Teilschlechtleistungen im allgemeinen Schuldrecht**

Umstritten ist, wie die Teilleistung oder Teilschlechtleistung im Kaufrecht (vgl. hierzu auch Hofmann-Skript Schuldrecht BT 1 - Vertragliche Schuldverhältnisse) nach allgemeinem Schuldrecht einzuordnen ist.

*Bsp.: Für ein bestimmtes Fest hat der K bei V 150 Flaschen eines bestimmten Weines geordert. V liefert aber nur 100 Flaschen. K will vor diesem Hintergrund auch die 100 Flaschen des V zurückweisen und sich anderswo (teurer) eindecken, da er seinen Gästen einheitlich denselben Wein anbieten will.*

Ginge man hier zunächst stur von der Terminologie des **§ 434 II 2, III 2 BGB** aus („Menge“), so ist die Wenigerlieferung des Verkäufers als Sachmangel zu betrachten mit der Folge, dass der Käufer Schadensersatz statt der *ganzen* Leistung (d.h. Schadensersatz für *alle* Weinflaschen) dann verlangen kann, wenn der Mangel erheblich ist (vgl. § 281 I S. 3 BGB; gleiches gilt, wenn der Käufer vom ganzen Vertrag zurücktreten will, gem. § 323 V S. 2 BGB).

**Beachte:** Der Fall läuft genau gleich, wenn dem V die Lieferung weiterer fünfzig Flaschen unmöglich ist: Denn in den maßgeblichen Unmöglichkeit-Vorschriften wird auf § 281 I S. 3 BGB verwiesen (vgl. §§ 283 S. 2, 311a II S. 3 BGB).

*Im obigen Fall hätte dies zur Folge, dass für die Frage, ob der K sich komplett neu eindecken darf, allein auf die Zahl der Flaschen abzustellen ist und zu fragen ist, ob es sich um eine „nicht unerhebliche“ Abweichung i.S.v. § 281 I S. 3 BGB handelt. Bei 100 gelieferten gegenüber 150 geschuldeten Flaschen wäre das wohl zu bejahen.*

Die h.M. hält dem jedoch entgegen, dass diese eng an § 434 II 2, III 2 BGB orientierte Auslegung den Gesetzeszweck verfehle. Denn der Gesetzgeber habe in den §§ 281 I S. 2, 323 V S. 1 BGB eigene Regeln dafür aufgestellt, wie im Fall der Teilleistung zu verfahren sei: Danach sei für die Frage, ob Schadensersatz wegen der *ganzen* Leistung gefordert bzw. vom *ganzen* Vertrag zurückgetreten werden könne entscheidend, ob das Interesse des Gläubigers an der Leistung im Ganzen weggefallen sei.

**Wichtig:** Dies macht in vielen Fällen einen Unterschied! Wird wie oben nur die Erheblichkeit i.S.v. §§ 281 I S. 3, 323 V S. 2 BGB geprüft, so kommt es nur auf die schlichte Zahl der Minderlieferung an. Stellt man dagegen mit §§ 281 I S. 2, 323 V S. 1 BGB auf einen *Interessewegfall* des Gläubigers ab, so wird die Abwä-

gung für den Einzelfall gerechter: Es müssen dann Gründe vorliegen, warum der Gläubiger auch mit dem gelieferten Teil der Ware (also z.B. den 100 Flaschen Wein) nichts anfangen kann.

**Definition:** Maßgeblich für den Interessewegfall sind die individuellen Verhältnisse des Gläubigers, die allerdings einer objektiven Betrachtung unterzogen werden.

Für die h.M. spricht weiterhin, dass §§ 281 I S. 2, 323 V S. 1 BGB ansonsten weitgehend leerlaufen, da Kauf- und Werkvertrag (für den in § 633 II S. 3 BGB ebenfalls die Minderlieferung mit der Schlechtleistung gleichgestellt ist) die häufigsten Anwendungsfälle des Interessewegfalls ausmachen.

Das gleiche Problem entsteht genauso bei der Teilschlechtleistung.

*Bsp.: U soll an den B eine Computeranlage mit Server, Endgeräten und Individualsoftware für dessen Betrieb liefern. Es stellt sich heraus, dass Teile der Software nicht richtig funktionieren. Server und Endgeräte funktionieren dagegen tadellos.*

Auch hier stellt sich die Frage, ob B vom ganzen Vertrag zurücktreten bzw. Schadensersatz wegen der *ganzen* Leistung fordern kann (d.h. auch wegen der Server und der Endgeräte). Die h.M. würde den Fall über §§ 281 I S. 2, 323 V S. 1 BGB danach entscheiden, ob das Interesse des B auch an den funktionierenden Teilen der Computeranlage weggefallen ist.

**Lerneinheit 5:** Schadensersatz statt der Leistung wegen Nebenpflichtverletzungen (§§ 280 I, III, 282, 241 II BGB), Aufwendungsersatz (§ 284 BGB), Rücktritt (§§ 346 ff. BGB), Sonderprobleme: Entbehrlichkeit der Frist bei § 323 II und § 475d BGB, Erfüllung nach Fristablauf

#### 4. Nebenpflichtverletzung (§§ 280 I, III, 282, 241 II BGB)

Normalerweise kann wegen der Verletzung einer Nebenpflicht **nur** der hierdurch entstandene Schaden ersetzt verlangt werden, nicht jedoch Schadensersatz *statt* der Leistung.

*Bsp.: A liefert dem B das von ihm bestellte Klavier und beschädigt dabei mit seinem Lkw beim Zurücksetzen den Zaun des B. B kann nun Schadensersatz wegen des Zaunes verlangen, keinesfalls aber unter Ablehnung der Lieferung des Klaviers Schadensersatz statt der Leistung.*

Ein Schadensersatz *statt* der Leistung wegen der bloßen Verletzung einer Nebenpflicht kommt daher nur in krassen Ausnahmefällen in Betracht, wenn ihm die Leistung durch den Schuldner **unzumutbar** ist (vgl. § 282 BGB).

*Bsp.: Vermieter V versucht seinen Mieter M, der im selben Haus eine Wohnung unter ihm wohnt, aufgrund einer heftigen Meinungsverschiedenheit zu ermorden. M ist aufgrund des Gewichts der Nebenpflichtverletzung eine Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht mehr zumutbar. Er kann sich eine andere Wohnung nehmen und – soweit diese teurer ist – von dem V diesbezüglich gem. §§ 280 I, III, 282 BGB Schadensersatz verlangen.*

**Beachte:** Einen Sonderfall zu § 282 BGB stellt die Vorschrift des § 628 II BGB dar. Danach haftet im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsvertrages derjenige, der die Kündigung des anderen Teils selbst durch vertragswidriges Verhalten veranlasst, auf den daraus entstehenden Schaden.

#### 5. Aufwendungsersatz (§ 284 BGB)

##### a) Allgemeines

- vgl. auch Aufbauschema Nr. 5 (Anhang) -

Anstelle des Anspruches auf Schadensersatz statt der Leistung kann der Gläubiger auch Ersatz derjenigen Aufwendungen verlangen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat, § 284 BGB.

Solche Schäden sind vom Schadensersatz statt der Leistung regelmäßig nicht erfasst, da der Gläubiger dort so gestellt wird, als habe der Schuldner ordnungsgemäß erfüllt. Dann hätte der Schuldner die Aufwendung aber genauso getätigt.

*Bsp.: A kauft von dem B eine alte Yacht. Er lässt auf seine Kosten wie von Anfang an geplant eine teure Generalüberholung vornehmen. Wenig später zeigt sich, dass die Yacht stark mangelhaft und nicht mehr segelfähig ist. In der Folge erklärt A seinen Rücktritt vom Kaufvertrag.*

*Die Kosten für die Generalüberholung fallen nicht unter den Schaden, der durch die Schlechtleistung entstanden ist. Denn das Geld für die Generalüberholung hätte der A sowieso ausgegeben (auch dann, wenn die Yacht ansonsten in gutem Zustand gewesen wäre).*

*A kann aber Aufwendungsersatz nach § 284 BGB verlangen.*

**Wichtig:** Nach h.M. zählen Aufwendungen jedoch daneben auch zum Schaden i.S.v. §§ 280 ff. BGB, wenn sie in der Erwartung getätigt wurden, dass sich die Aufwendungen im Hinblick auf die aus den mit der vertraglichen Leistung zu erzielenden Gewinn rentieren werden (sog. **Rentabilitätsvermutung**).

*So im obigen Beispiel, wenn A die Yacht sehr günstig erworben hat, aber glaubt, eine Yacht dieser Preisklasse nur generalüberholt zu einem guten Preis wieder loszubekommen.*

**Merke:** Im Gegensatz zum Schaden, der ein *unfreiwilliges* Vermögensopfer bezeichnet, versteht man unter Aufwendungen *freiwillige* Vermögensopfer.

## **b) Sonderprobleme**

Umstritten ist insbesondere, ob § 284 BGB auch auf *kommerzielle* Verträge Anwendung finden kann.

*Bsp.: Studentin S hat mit dem Sprachlerninstitut I einen Vertrag über einen viermonatigen Sprachkurs in Ägypten gebucht. Als das Institut geschlossen wird und der Sprachkurs daher ausfallen muss, macht S verschiedene Aufwendungen geltend, u.a. Kosten für die Untervermietung des Zimmers in ihrer WG.*

Nach einer Meinung ist § 284 BGB auf kommerzielle Verträge unanwendbar, da insoweit die Rentabilitätsvermutung vorgehe. Eine andere Auffassung lässt wiederum die Rentabilitätsvermutung nach Einführung des § 284 BGB durch die Schuldrechtsreform ganz entfallen, da diese hiermit überflüssig geworden sei.

Nach h.M. hat der Gläubiger schließlich ein Wahlrecht, ob er sich auf die Rentabilitätsvermutung oder auf § 284 BGB beruft. Begründet wird dies damit, dass nach dem Willen des Gesetzgebers § 284 BGB den Gläubiger auch für diese Fälle besser stellen wolle. Eine Einschränkung auf nichtkommerzielle Verträge sei der Vorschrift nicht zu entnehmen.

**Beachte:** § 284 BGB ist insofern besser für den Gläubiger als ein Schadensersatz nach der Rentabilitätsvermutung, als bei der Rentabilitätsvermutung nur für unmittelbar kommerzielle Zwecke widerleglich vermutet wird, dass sich die Aufwendungen rentiert hätten. Die Vermutung ist widerlegt, wenn der Gläubiger mit dem Vertrag keine *erwerbswirtschaftlichen*, sondern lediglich ideelle, konsumtive, spekulative oder marktstrategische Zielsetzungen verfolgt hat.

Diese Einschränkung besteht bei § 284 BGB nicht: Hier ist jede Aufwendung ersatzfähig, die der Gläubiger billigerweise machen durfte.

*So dürfte der S im obigen Fall im Einzelnen recht schwer fallen, die „Rentabilität“ nach der Rentabilitätsvermutung darzulegen. Denn die Aufwendungen beruhen auf weiteren Verträgen, die sie mit anderen Vertragspartnern geschlossen hat. Der BGH hat in einem ähnlich gelagerten Fall die Unmittelbarkeit der Aufwendungen und damit die Anwendung der Rentabilitätsvermutung verneint. § 284 BGB befreit die S von diesen Problemen. Nach dieser Norm sind ihre Aufwendungen ohne weiteres ersatzfähig, da sie diese angesichts des geplanten Ägypten-Aufenthaltes billigerweise machen durfte.*

**Tipp:** In der Klausur empfiehlt es sich, zunächst die Ersatzfähigkeit der Aufwendungen im Rahmen eines Schadensersatzanspruches (z.B. §§ 280 I, III, 281 BGB) zu prüfen, dort beim Prüfungspunkt „Schaden“ auf die Rentabilitätsvermutung und zu problematisieren, ob diese seit Einführung des § 284 BGB überhaupt noch gelten soll. Dies lässt sich aber gut mit dem Argument bejahen, dass § 284 BGB den Gläubiger ja nicht schlechter, sondern besser stellen will. Es ist daher der h.M. zu folgen, die insoweit ein Wahlrecht bejaht. Ein Schadensersatzanspruch für vergebliche (kommerzielle) Aufwendungen kann also nach wie vor angenommen werden. Im Rahmen der anschließenden Prüfung des § 284 BGB kann dann bezüglich des Meinungsstreites nach oben verwiesen werden.

Weitere Probleme rund um § 284 BGB sind:

- die Frage, ob sich das Wort „oder“ in § 437 Nr. 3 BGB für Fälle des § 284 BGB nur auf Schadensersatz statt der Leistung oder auch auf die Fälle des Schadensersatzes neben der Leistung bezieht (h.M.: nur auf Schadensersatz *statt* der Leistung, da auch der Wortlaut des § 284 BGB Aufwendungsersatz nur anstelle von Schadensersatz statt der Leistung vorsieht)

*Bsp.: V liefert an K eine Maschine für dessen Fabrik, die infolge eines Mangels explodiert. Dabei gehen die Fensterscheiben in der Fabrik des K zu Bruch. Bei den kaputten Fenstern handelt es sich um einen Schadensersatz **neben** der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB. Insoweit kann K vergebliche Aufwendungen (etwa in der Woche zuvor gekaufte Fensterputzmittel, das er nun infolge Fabrikstilllegung nicht mehr brauchen kann) nicht nach § 284 BGB, sondern nur nach §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB i.V.m. der Rentabilitätsvermutung ersetzt verlangen. Umgekehrt schließt die Geltendmachung eines solchen Schadens aber auch die Geltendmachung anderer Aufwendungen nicht aus. Das Wort „oder“ bezieht sich auch insoweit nicht auf den Schadensersatz neben der Leistung.*

- ob im Falle des Rücktritts § 347 II BGB den § 284 BGB als Spezialregelung ausschließt (h.M.: nein, denn wenn § 325 BGB Rücktritt und Schadensersatz nebeneinander für möglich erklärt, muss dies auch für den Aufwendungsersatz gelten, der gem. § 284 BGB an die Stelle des Schadensersatzes statt der Leistung tritt)

**Beachte:** Durch die Formulierung „anstelle“ in § 284 BGB macht der Gesetzgeber aber klar, dass für einen Anspruch aus § 284 BGB alle Voraussetzungen gegeben sein müssen, die bei einem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (z.B. §§ 280 I, III, 281 BGB) zu prüfen sind (also z.B. Pflichtverletzung, Vertretenmüssen, evtl. Fristsetzung). In der Klausur kann man hier aber in der Regel nach oben verweisen, da man einen Schadensersatzanspruch zuvor in der Regel bereits geprüft haben wird.

- ob der Anspruch aus § 284 BGB auch für Aufwendungen gilt, die schon vor dem Vertragsschluss getätigt wurden

*Bsp.: Im obigen Fall hat die Studentin S ihr Zimmer bereits vermietet, bevor sie den Vertrag mit dem Sprachinstitut endgültig abgeschlossen hatte, aber schon im Vertrauen darauf, den Sprachkurs buchen zu wollen.*

Die h.M. lehnt hier die Anwendung des § 284 BGB ab. Im Rahmen von § 284 BGB sei nur rechtlich gesichertes Vertrauen schutzwürdig. Vor Vertragsschluss könne der zukünftige Schuldner den Vertragsschluss jederzeit noch ablehnen.

Allerdings fallen die Vertragskosten selbst (z.B. Maklergebühren) nach h.M. unter § 284 BGB.

**Merke:** Umsonst gezahlte Maklergebühren stellen in der Klausur einen Hauptanwendungsfall von § 284 BGB dar.

## VI. Rücktritt (§ 346 I BGB)

### 1. Allgemeines

Bei einer Leistungsstörung kann der Gläubiger häufig neben der Geltendmachung von Schadensersatz auch vom Vertrag gem. §§ 323 ff. BGB zurücktreten.

**Merke: §§ 320 ff. BGB** befassen sich mit den sogenannten **gegenseitigen** Verträgen, d.h. solchen Verträgen, bei denen Leistung und Gegenleistung in einem untrennbaren Verhältnis stehen (lateinisch: *do ut des* = "Ich gebe, damit Du gibst"). Beispiel hierfür sind der Kaufvertrag sowie überhaupt alle entgeltlichen Verträge. Man spricht auch von **synallagmatischen** Verträgen.

§ 325 BGB stellt dabei klar, dass Schadensersatz auch neben einem Rücktritt gefordert werden kann.

Ein Rücktritt kann dabei erfolgen wegen:

- einer Nicht-/Schlechtleistung gem. **§ 323 BGB** (vgl. *Aufbauschema Nr. 8 im Anhang*)
- Verletzung einer Pflicht nach § 241 II BGB gem. **§ 324 BGB** (selten!) (vgl. *Aufbauschema Nr. 9 im Anhang*)
- Unmöglichkeit der Hauptleistung, **§ 326 V BGB** (vgl. *Aufbauschema Nr. 10 im Anhang*)

**Tipp:** Im Klausuraufbau taucht der Rücktritt an zwei verschiedenen Stellen auf. Zum einen beim Primäranspruch, der durch einen wirksamen Rücktritt entfällt, unter der Rubrik „Anspruch weggefallen“.



Häufiger aber noch ist die Fallfrage bereits so formuliert, dass eine der Parteien bereits die von ihr erbrachte Leistung zurückfordert. In diesem Falle ist – ausgehend von der Anspruchsgrundlage auf Rückgewähr, § 346 I BGB (bzw. bei Wertersatz § 346 II BGB) – inzident die Wirksamkeit des Rücktritts zu prüfen.

## 2. Voraussetzungen des Rücktritts

Der Rücktritt hat folgende Voraussetzungen:

- Rücktrittserklärung (§ 349 BGB)
- Rücktrittsgrund
- Kein Ausschluss (nur zu prüfen, wenn problematisch, z.B. § 218 BGB)

Beim Rücktrittsgrund ist zu unterscheiden zwischen dem *vertraglichen* und dem *gesetzlichen* Rücktrittsrecht.

*Bsp.: A verkauft an B einen Gebrauchtwagen. Beide vereinbaren, dass B den Wagen bei Nichtgefallen innerhalb von vier Wochen zurückgeben kann. Beide haben damit ein vertragliches Rücktrittsrecht vereinbart.*

*Gegenbeispiel: A und B haben kein Rücktrittsrecht vereinbart. Nach einigen Wochen zeigt sich jedoch, dass es sich offenbar um einen Unfallwagen handelt, was der A verschwiegen hat. B tritt daraufhin gem. §§ 434, 437 Nr. 2, 323 I, 326 V BGB vom Kaufvertrag zurück. Er macht insoweit ein gesetzliches Rücktrittsrecht geltend.*

Durch den Rücktritt wandelt sich das Schuldverhältnis in ein sog. **Rückgewährschuldverhältnis** um. Die empfangenen Leistungen sind gem. § 346 I BGB (Anspruchsgrundlage!) zurückzugewähren.

Die Rückabwicklung des Vertrages hat Zug um Zug zu erfolgen, §§ 348, 320 BGB.

**Merke:** Die Rechtsfolgen des Rücktritts ergeben sich ausschließlich aus den §§ 346 ff. BGB. Bereicherungsrecht (§§ 812 ff. BGB) ist **nicht** anzuwenden (häufiger Klausurfehler!).

Ist die Rückgewähr ausgeschlossen, so ist in den Fällen des § 346 II BGB Wertersatz zu leisten.

*Bsp.: Im obigen Beispiel des vertraglichen Rücktritts ist B mit dem Pkw im Norwegen-Urlaub gewesen und ist insgesamt 4.000 km gefahren. Er schuldet hierfür dem A gem. § 346 II S. 1 Nr. 1 BGB Nutzungersatz.*

**Wichtig:** Nutzungersatz wird aber dann nicht geschuldet, wenn im Rahmen einer Nacherfüllung beim Verbrauchsgüterkauf auf die alte Sache das Rücktrittsrecht entsprechende Anwendung findet, vgl. §§ 475 III 1, 439 VI, 346 BGB sowie Hofmann-Skript Schuldrecht BT 1.

Die Wertersatzpflicht nach § 346 II BGB ist streng von der Pflicht zum Schadensersatz nach § 346 IV i.V.m. §§ 280 ff. BGB zu unterscheiden. Letztere greift nach h.M. nur dann, wenn die zurückzugebende Sache *nach* Erklärung des Rücktritts beschädigt wird.

Die schärfere Haftung rechtfertigt sich dann dadurch, dass der Rückgewährschuldner in diesem Fall aufgrund der Rücktrittserklärung wusste, dass er die Sache demnächst zurückgeben muss. Er hätte deshalb besonders gut darauf aufpassen müssen (zum Verhältnis zu § 346 III Nr. 3 BGB siehe weiter unten).

*Bsp.: Im obigen Fall des Gebrauchtwagenkaufs mit Rücktrittsrecht hat der B dem A den Rücktritt bereits erklärt. Bevor er den Pkw zurückgibt, fährt aber noch mal eine Rally damit.*

In bestimmten Fällen ist die Pflicht zum Wertersatz ausgeschlossen (vgl. § 346 III BGB).

Zu erwähnen ist hier insbesondere der klausurrelevante Fall des § 346 III S. 1 Nr. 3 BGB. Danach entfällt die Pflicht zum Wertersatz für Verschlechterungen, die im Falle des gesetzlichen Rücktrittsrechts beim Rückgewährschuldner entstehen, obwohl dieser die sog. eigenübliche Sorgfalt angewendet hat.

Dabei ist unter eigenüblicher Sorgfalt in der Regel zu verstehen, dass der Rücktrittsberechtigte jedenfalls nicht grob fahrlässig gehandelt hat, vgl. **§ 277 BGB**. Leichte Fahrlässigkeit ist ihm also erlaubt und zieht keinen Wertersatzanspruch der anderen Seite nach sich!

*Bsp.: A verkauft dem B ein gebrauchtes Cabrio. Wenige Wochen später lässt er an einem bewölkten Tag das Verdeck offen, wobei er dies auch schon bei seinen bisherigen Cabrios so praktiziert hat. Beim anschließenden Wolkenbruch wird das Fahrzeug schwer beschädigt. Als der B in die Reparaturwerkstatt fährt, wird dort festgestellt, dass es sich bei dem Cabrio um einen Unfallwagen handelt. Daraufhin lässt B das Cabrio nicht mehr reparieren, sondern tritt gem. §§ 434, 437 Nr. 2, 323, 326 V, 346 ff. BGB vom Kaufvertrag zurück. Grundsätzlich würde er dem B für die Schäden an dem Cabrio gem. § 346 II S. 1 Nr. 3 BGB auf Wertersatz haften, dies scheidet jedoch gem. § 346 III S. 1 Nr. 3 BGB aus, da der B zwar leicht fahrlässig handelte, jedoch die „eigenübliche Sorgfalt“ beachtet hat.*

Die auf den ersten Blick nicht leicht verständliche Regelung des § 346 III S. 1 Nr. 3 BGB hat folgenden Grund: In den Fällen des gesetzlichen, also vorher nicht ausdrücklich vertraglich vereinbarten Rücktrittsrechtes, glaubt der Erwerber der Sache in der Regel, diese werde nun für immer ihm gehören. Eine mögliche Rückabwicklung zieht er in der Regel zumindest so lange nicht in Betracht, als er von einem Mangel der Kaufsache nichts weiß. Da der Erwerber somit von dauerhaftem eigenen Eigentum ausgeht, erlaubt ihm § 346 III S. 1 Nr. 3 BGB, mit der Sache eben genau so „schlampig“ umzugehen wie sonst mit seinen eigenen Sachen (eigenübliche Sorgfalt i.S.v. § 277 BGB).

**Beachte:** Ob die Privilegierung des § 346 III S. 1 Nr. 3 BGB auch noch in dem Moment gilt, in dem der Käufer den Mangel bereits entdeckt, aber den Rücktritt noch nicht erklärt hat, ist streitig. Immerhin kann er ab diesem Moment mit ei-

nem Rücktritt rechnen, weswegen eine Mindermeinung den Anspruch bereits ab diesem Zeitpunkt auf §§ 346 IV, 280 BGB stützt. Nach h.M. gilt die Privilegierung allerdings bis zur Erklärung des Rücktritts fort. Dies gilt insbesondere, weil der Gesetzgeber in Kenntnis des Problems auch im Rahmen der Schuldrechtsreform den § 346 III S. 1 Nr. 3 BGB nicht geändert hat.

Ebenfalls streitig ist, ob sich in dem Fall, in dem der Verkäufer sich das Eigentum an der Kaufsache vorbehalten hat, die Privilegierung des § 346 III S. 1 Nr. 3 BGB auch auf den konkurrierenden Deliktsanspruch (§ 823 I BGB – Eigentumsschädigung!) erstreckt. Dafür spricht, dass die gesetzgeberische Wertung des § 346 III S. 1 Nr. 3 BGB ansonsten im Falle des Eigentumsvorbehalts faktisch leer liefe.

### 3. Sonderprobleme

#### a) Fristsetzungserfordernis in § 323 I BGB

Erfolgt der Rücktritt über §§ 323, 346 BGB, so bedarf es hierfür nach dem Wortlaut des § 323 I BGB der Setzung einer angemessenen Frist. Die hierbei auftauchenden Probleme entsprechen im Wesentlichen den bei § 281 I BGB erörterten: Auch im Fall des § 323 BGB ist die Frist unter bestimmten Umständen entbehrlich (vgl. hierzu im Einzelnen **§ 323 II BGB**). Zu beachten ist auch, dass es im Fall der Unmöglichkeit der Leistung selbstverständlich keiner Fristsetzung bedarf (vgl. **§ 326 V BGB**).

**Tipp:** Notieren Sie sich, soweit dies ihre Prüfungsordnung erlaubt, die Vorschrift des § 326 V BGB neben den § 323 II BGB. Rein denksystematisch handelt es sich dabei nämlich um einen weiteren Fall der Entbehrlichkeit der Fristsetzung beim Rücktritt (sozusagen die „Nr. 4“ des § 323 II BGB, die der Gesetzgeber nur an eine andere Stelle im Gesetz versetzt hat).

Zu beachten ist weiterhin, dass es der ausdrücklichen Setzung einer Frist - entgegen dem Wortlaut - letztlich nicht bedarf. Hierbei sind zwei Fälle zu unterscheiden:

- Für den Verbrauchsgüterkauf ergibt sich dieses Ergebnis seit der Schuldrechtsreform vom 1.1.2022 schon aus **§ 475d I Nr. 1 BGB**. Danach ist es ausreichend, dass der Verbraucher (=Käufer) den Unternehmer über den Mangel *unterrichtet*, und dieser ihn nicht innerhalb einer angemessenen Frist behebt.
- Außerhalb des Anwendungsbereichs des Verbrauchsgüterkaufs und der zugrunde liegenden EU-Richtlinie besteht dogmatisch keine Einigkeit:

Teilweise wird vertreten, dass auch sonst (also z.B. bei einem Kaufvertrag zwischen zwei Unternehmern oder zwischen zwei Privaten) ein bloßer Ablauf der Frist ausreicht, § 323 I BGB insoweit also einheitlich auszulegen ist. Dafür könnte sprechen, dass der Gesetzgeber sich bei der Umsetzung des europäischen Verbraucherschutzrechts in das BGB eigentlich um eine sog. „große Lösung“ bemüht hat, d.h. Unterschiede zwischen Verbrauchern und Unternehmern in der Rechtsstruktur nur dort machen wollte, wo Europarecht oder Verbraucherschutzvorgaben dies zwingend vorgeben.

Nach h.M. spricht gegen eine solche erweiternde Auslegung des § 323 I BGB auch außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs aber der klare Gesetzeswortlaut: Eine Auslegung gegen den klaren Gesetzeswortlaut (lat.: „*contra legem*“) sei nicht möglich; eine Korrektur könne nur durch den Gesetzgeber erfolgen.

**Beachte:** Das Problem der Auslegung des § 323 BGB hat sich durch die neue Rechtsprechung des BGH entschärft, wonach es der Setzung einer *bestimmten* Frist gar nicht bedarf, sondern es für eine wirksame Fristsetzung bereits ausreichen soll, den Schuldner mit Worten wie „in angemessener Zeit“, „umgehend“ oder „so schnell wie möglich“ zur Leistung aufzufordern. Die fragliche Entscheidung des BGH erging zwar zum Merkmal der Fristsetzung in § 281 BGB, sie lässt sich aber ohne weiteres auf § 323 BGB übertragen.

### **b) Erfüllung nach Fristablauf, aber vor endgültigem Rücktritt bzw. Schadensersatzverlangen**

Umstritten ist, ob der Käufer die ihm nach Ablauf der Frist angebotene Leistung noch annehmen muss, soweit er noch nicht den Rücktritt erklärt oder Schadensersatz verlangt hat.

*Bsp.: V schuldet dem K 50 Sack Mehl. K setzt dem V eine Frist bis zum 31.3. zur Lieferung. Die Frist läuft ab, ohne dass etwas passiert. V liefert erst am 7.4. das Mehl. Muss K die Lieferung nun noch annehmen?*

Einigkeit besteht hier zunächst nur darin, dass der K jedenfalls dann nicht mehr annehmen muss, wenn er bereits seinen Rücktritt erklärt hat (in diesem Fall wandelt sich das Schuldverhältnis in ein Rückgewährschuldverhältnis, so dass gar kein erfüllbarer Leistungsanspruch mehr besteht). Gleiches gilt, wenn der K bereits Schadensersatz verlangt haben sollte, was nach § 281 IV BGB den Leistungsanspruch ebenfalls ausschließt.

**Tipp:** Deswegen kann es sich in der Praxis empfehlen, bereits die Fristsetzung mit der Ankündigung zu verbinden, nach erfolglosem Ablauf der Frist Schadensersatz zu verlangen. Damit wird mit Ablauf der Frist automatisch das Schadensersatzverlangen nach § 281 IV BGB ausgelöst, so dass sich das Problem der verspäteten Nachlieferung nach Fristablauf gar nicht mehr stellen kann. Die in dem Schadensersatzverlangen nach erfolglosem Fristablauf liegende aufschiebende Bedingung ist trotz einseitiger rechtsgeschäftsähnlicher Handlung zulässig, da ihre Erfüllung allein in der Hand des Erklärungsempfängers liegt (sog. „Potestativbedingung“).

Gegen eine Pflicht zur Annahme der Leistung auch in den Fällen, in denen der Gläubiger noch nicht zurückgetreten ist oder Schadensersatz verlangt hat, spricht aber, dass dies auf eine Einschränkung eben dieses Wahlrechtes des Gläubigers nach Fristablauf hinauslaufen würde. Wäre der Gläubiger auch nach Ablauf der Frist zur Annahme der verspäteten Nacherfüllung gezwungen, so könnte ab diesem Zeitpunkt eben nicht mehr nach seiner Wahl zurücktreten oder Schadensersatz verlangen.

Dem Schuldner die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist zu verweigern, erscheint im Übrigen auch nicht unbillig. Denn er hat selbst zuerst nicht ord-

nungsgemäß geleistet **und** dann auch noch die Nacherfüllungsfrist verstreichen lassen.

**Tipp:** Dieses Ergebnis wird häufig in den schlagwortartigen Satz gefasst, der Schuldner habe „kein Recht zur dritten Andienung“.

**Beachte:** Davon zu unterscheiden ist das Problem, ob der Gläubiger nach Fristablauf an eine einmal getroffene Wahl zwischen Rücktritt, Schadensersatz oder aber weiterem Erfüllungsverlangen gebunden ist.

*Bsp.: V hat an K einen mangelbehafteten Pkw verkauft. Nachdem der K dem V erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung bis zum 30.6. gesetzt hat, verlangt K auch nach Ablauf dieser Frist durch ein Schreiben vom 2.7. weiter Nacherfüllung und setzt eine erneute Frist bis zum 31.7.*

*Innerhalb dieser Frist entscheidet er sich aber um, lässt den Pkw doch in einer anderen Werkstatt reparieren und fordert nun unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB von V die Reparaturkosten. V macht geltend, K habe sich durch sein erneutes Erfüllungsverlangen vom 2.7. gebunden und hätte erst nach Ablauf der zweiten Frist den Wagen anderweitig reparieren lassen dürfen.*

Auch hier sind zunächst die Fälle auszuscheiden, in denen der K nach Ablauf der Frist den Rücktritt erklärt oder Schadensersatz verlangt hat. In beiden Fällen ist seine Entscheidung endgültig. Beim Rücktritt ergibt sich das schon daraus, dass sich mit dem Rücktritt das Schuldverhältnis in ein Rückgewährschuldverhältnis verwandelt; Nacherfüllungsansprüche sind danach endgültig ausgeschlossen (dagegen kann Schadensersatz nach wie vor neben dem Rücktritt geltend gemacht werden, vgl. § 325 BGB).

Auch das Schadensersatzverlangen nach Fristablauf ist nach dem Gesetz (§ 281 IV BGB) als endgültig zu verstehen; auch hier ist der Nacherfüllungsanspruch des Gläubigers also endgültig ausgeschlossen.

Problematisch ist somit wiederum nur der umgekehrte Fall (wie oben): Darf der Gläubiger von einem nach Ablauf der Nacherfüllungsfrist erklärten weiteren Nacherfüllungsverlangen auf Rücktritt oder Schadensersatzverlangen „switchen“?

Man könnte hier die Meinung vertreten, der K sei auf sein erneutes Nacherfüllungsverlangen ähnlich festgelegt wie auf Rücktritt und Schadensersatz. Die Anhänger dieser Auffassung verweisen insoweit auf die Ähnlichkeit der Situation mit der Wahlschuld, bei der der Gläubiger durch eine einmal getroffene Wahl auch gem. § 263 II BGB endgültig gebunden sei.

**Tipp:** Die Vorschriften über die Wahlschuld sind extrem klausur selten. Halten Sie sich daher mit diesem Rechtsinstitut nicht länger auf, seine einzige bedeutende Rolle spielt es derzeit im Rahmen des gerade erörterten Meinungsstreits. Beispiele für eine Wahlschuld wären z.B.: ein Kino-Gutschein, oder: das Abonnement eines Gemüsekorbs bei einem Gemüsehändler mit der Abrede, dass der Gläubiger jeden Donnerstag beim Gemüsehändler anruft und sagt, welches Gemüse er haben will.

Die überwiegende Meinung verneint allerdings eine Bindung des Gläubigers an sein erneutes Erfüllungsverlangen. Die Rechte, die der Gläubiger habe (Nacherfüllung, Rücktritt, Schadensersatz) seien so wesensverschieden, dass man die Vorschriften über die Wahlschuld hier nicht entsprechend anwenden könne.

**Zur Terminologie:** Der BGH spricht insoweit von „elektiver Konkurrenz“ (in Abgrenzung zur Wahlschuld). Wenn Ihnen dieses Wort in der Klausur noch einfällt, ist es schön, wenn nicht, macht es auch nichts, solange die Argumente richtig dargestellt werden.

Auch zeige das Fehlen einer dem § 281 IV BGB entsprechenden Vorschrift für das erneute Nacherfüllungsverlangen, dass der Gesetzgeber gerade nicht gewollt habe, dass man auf die weiter geforderte Nacherfüllung festgelegt sei. Schließlich sei der Wechsel des Gläubigers vom Nacherfüllungs- auf das Schadensersatzverlangen für den Schuldner auch nicht unbillig: Dieser habe schließlich die Nacherfüllung innerhalb der Frist selbst versäumt und kein Recht zur „dritten Andienung“.

**Zum Aufbau:** Der Einbau des Streits um die Festlegung auf ein erneutes Erfüllungsverlangen nach Fristablauf in die Klausur bereitet häufig Schwierigkeiten. Ein zwingender Aufbau hat sich hier noch nicht durchgesetzt. Es bietet sich aber an, den Streit damit einzuleiten, dass man *nach* Prüfung der sonstigen Anspruchsvoraussetzungen des Schadensersatzverlangens gem. §§ 280 I, III, 281 BGB (bzw. Rückzahlung aus §§ 346, 323 BGB) die Frage aufwirft, ob der Gläubiger gemäß **§ 281 IV BGB analog** an seine Wahl gebunden ist, um das Problem dann dort zu diskutieren.

**Auch wichtig:** Anders der BGH (BeckRS 2018, 8601) dagegen in dem Fall, dass der Käufer wegen eines Mangels nach Fristablauf die Minderung erklärt hat. Er kann dann nach h.M. trotz § 325 BGB nicht mehr zum Schadensersatz statt der *ganzen* Leistung nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB wechseln. Denn § 437 Nr. 2 BGB würde die Minderung und den Rücktritt (also die Rückabwicklung) in ein *Alternativverhältnis* setzt. Dies würde umgangen, wenn der Käufer auf dem Umweg über den Schadensersatz doch noch wieder von seiner Wahl davon loskäme (dagegen darf der Käufer zwischen beiden Arten der Nacherfüllung i.S.v. § 439 BGB – Nachbesserung und Nachlieferung – switchen, vgl. BGH JuS 2019, 487 sowie Hofmann-Skript Schuldrecht BT 1 zum Kaufrecht).

**Lerneinheit 6:** Gläubigerverzug (§§ 293 ff. BGB), Erfüllung und Erfüllungssurrogate (§§ 362 ff. BGB), Abgrenzung Annahme an Erfüllungs Statt und erfüllungshalber (§ 364 I, II, BGB), Aufrechnung (§§ 387 ff. BGB), Abtretung von Forderungen (§ 398 BGB), Schuldnerschutz nach §§ 404 ff. BGB

## C. Gläubigerverzug

### I. Allgemeines

- vgl. auch Aufbauschema Nr. 12 (Anhang) -

Nicht nur der Schuldner einer Leistung kann sich in Verzug befinden, auch der Gläubiger kann mit der Annahme der Leistung in Verzug geraten.

Hierfür reicht es aus, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt (vgl. § 293 BGB).

*Bsp.: A hat dem B sein Saxophon verkauft. Beide haben vereinbart, dass der A am Sonntag um 15 Uhr vorbeikommt und dem B das Saxophon bringt. Als der A am Sonntag pünktlich um 15 Uhr erscheint, ist B wider Erwarten nicht da.*

Voraussetzungen des Annahmeverzuges (§§ 293 ff. BGB):

- Erfüllbarkeit des Anspruchs (im Zweifel sofort, vgl. § 271 BGB)
- Angebot der Leistung (§§ 294 ff. BGB)
- Nichtannahme durch den Gläubiger
- Möglichkeit der Leistung zum Zeitpunkt des Angebots (§ 297 BGB)

**Wichtig:** Anders als der Schuldnerverzug setzt der Gläubigerverzug kein Verschulden voraus. § 299 BGB schafft insoweit nur eine gewisse Abmilderung für den Gläubiger, als ein Annahmeverzug bei der „unerwarteten“ Leistung nicht eintritt.

### II. Angebot

Nach § 294 BGB ist ein tatsächliches Angebot erforderlich. Der Schuldner muss dem Gläubiger die Ware in der geschuldeten Weise anbieten (am rechten Ort, zur rechten Zeit, in rechter Weise).

Hierfür spielt auch eine Rolle, ob eine Bring-, Schick- oder Holschuld vereinbart wurde (s.o.).

Nach §§ 295, 296 BGB kann ein wörtliches Angebot genügen bzw. ganz entbehrlich sein.

### III. Abgrenzung zur Unmöglichkeit

Kann der Schuldner zum Zeitpunkt seines Angebotes gar nicht leisten, scheidet ein Gläubigerverzug aus, § 297 BGB. Unmöglichkeit und Gläubigerverzug schließen sich somit gegenseitig aus.

*Bsp.: A verkauft dem B seine Yacht. Es wird vereinbart, dass B die Yacht in nächster Zeit abholt. Als sich B jedoch nicht mehr meldet, fordert der A am 5. 5. 2018 den B telefonisch zur Abholung der Yacht auf (wörtliches Angebot gem. § 295 BGB). Ohne dass A es weiß, ist die Yacht bereits einen Tag zuvor untergegangen. B gerät wegen § 297 BGB nicht in Annahmeverzug.*

#### IV. Gläubigerverzug und Schuldnerverzug

Im Gläubigerverzug gem. §§ 293 ff. BGB kann häufig zugleich ein Schuldnerverzug nach §§ 280 II, 286 BGB gesehen werden, weil der Gläubiger häufig zugleich aus dem Schuldverhältnis die Pflicht hat (insoweit als *Schuldner!*), die Sache anzunehmen (vgl. z.B. § 433 II BGB – geschuldet sind Kaufpreiszahlung *und* Annahme der Sache!).

Dies kann vor allem dann bedeutsam werden, wenn der andere Teil aufgrund der Nichtannahme der Leistung vom Vertrag loskommen möchte.

*Bsp.: A verkauft dem B seine Yacht. B holt die Yacht jedoch trotz mehrfacher Aufforderung nicht ab. Nach Ablauf einer dem B gesetzten, angemessenen Frist kann A gem. § 323 I BGB vom Vertrag zurücktreten und die Yacht anderweitig verkaufen, da B seiner Pflicht aus § 433 II BGB zur Abnahme der Yacht nicht nachgekommen ist.*

#### V. Rechtsfolgen

Nach **§ 304 BGB** kann der Schuldner die durch den Annahmeverzug begründeten Mehrkosten verlangen, also z.B. Aufbewahrungskosten für die Sache oder Transportkosten für einen erfolglosen Lieferungsversuch.

*So kann A im obigen Beispiel mit dem Verkauf des Saxophons von dem B Ersatz seiner umsonst aufgewendeten Anfahrtskosten verlangen.*

Seine eigentliche Bedeutung findet der Annahmeverzug des Gläubigers jedoch erst in den dadurch für den Schuldner eintretenden Haftungserleichterungen.

So hat der Schuldner während dem Gläubigerverzug nur noch Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten, **§ 300 I BGB**.

*Bsp.: Im Saxophonbeispiel erleidet der A auf dem Heimweg infolge leichter Fahrlässigkeit einen Verkehrsunfall, durch den das Saxophon zerstört wird. B hat wegen § 300 I BGB keine Schadensersatzansprüche gegen den A.*

*Insbesondere behält der A gem. § 326 II S. 1, 2. Alt. BGB auch seinen Anspruch auf die volle Gegenleistung!*

Dagegen ist die praktische Bedeutung des § 300 II BGB nur gering. Er regelt den Übergang der Leistungsgefahr auf den Gläubiger, wenn dieser wegen einer Gattungsschuld in Annahmeverzug ist. Da der Schuldner beim Annahmeverzug



durch sein Angebot i.S.v. § 293 BGB jedoch in der Regel schon alles getan hat, was zur Erfüllung erforderlich ist, ist Konkretisierung hier praktisch immer schon nach § 243 II BGB eingetreten.

## D. Erfüllung und Erfüllungssurrogate

### I. Erfüllung

Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Schuldner an den Gläubiger die geschuldete Leistung bewirkt (vgl. **§ 362 I BGB**).

Wird an einen Dritten geleistet, so muss der wahre Gläubiger die Leistung genehmigen, §§ 362 II, 185 BGB.

**Merke:** Die Erfüllung wird (genauso wie alle Erfüllungssurrogate) im Anspruchsaufbau unter dem Prüfungspunkt „Anspruch weggefallen“ geprüft.

Probleme entstehen insoweit, wenn der Gläubiger minderjährig ist. Die Erfüllung i.S.v. § 362 I BGB ist für ihn insofern nachteilig, als er dadurch ja seine ursprüngliche Forderung verliert.

Ihm fehlt daher die sog. *Empfangszuständigkeit*. Die Leistung an einen Minderjährigen ist somit nur dann als Erfüllung anzuerkennen, wenn der gesetzliche Vertreter zustimmt oder an diesen geleistet wird.

**Beachte:** Ob die Zahlung über im Internet über mobile Zahlungssysteme als Erfüllung i.S.v. § 362 BGB oder als Zahlung an Erfüllungs Statt i.S.v. § 364 zu sehen ist, ist umstritten (offengelassen in BGH NJW 2018, 537 – *Paypal*). Jedenfalls aber gilt das Verbot der Gebührenerhebung nach § 270a BGB nicht für *Paypal* und vergleichbare Zahlungsdienstleister, soweit diese weitere Dienstleistungen wie z.B. eine Bonitätsprüfung mit der Zahlung verbinden (so BGH JuS 2021, 787; zur Differenzierung der Zahlungsdienste im NFC-Verfahren vgl. etwa Grüneberg, BGB, § 675f Rdnr. 61 f. mwN).

### II. Erfüllungssurrogate

#### 1. Annahme an Erfüllungs Statt und erfüllungshalber

Nimmt der Gläubiger statt der geschuldeten Leistung eine andere Leistung an, so handelt es sich um eine Annahme **an Erfüllungs Statt**, die nach **§ 364 I BGB** ebenfalls zu einem Erlöschen des Schuldverhältnisses führt.

*Bsp.: B schuldet dem A 500 €. B hat kein Geld und bietet dem A stattdessen einen goldenen Schmuckring an. A ist damit einverstanden. Die Forderung erlischt.*

Bei der Annahme **erfüllungshalber** (**§ 364 II BGB**) dagegen führt die Leistung des anderen Gegenstandes nicht sofort zum Erlöschen des Schuldverhältnisses. Hier behält sich der Gläubiger erst einmal vor, ob er aus dem ihm gegebenen

Gegenstand adäquate Befriedigung ziehen kann. Ist dies nicht der Fall, lebt das ursprüngliche Schuldverhältnis wieder auf.

*Bsp.: Wieder schuldet B dem A 500 Euro. Diesmal stellt der B dem A einen Scheck in Höhe von 500 Euro aus. Die Annahme erfolgt nur erfüllungshalber, d.h. wenn die Bank den Scheck des B nicht einlöst, lebt die ursprüngliche Geldschuld – die für die Zwischenzeit nur gestundet ist (sog. „Stundungseinrede“) – wieder auf.*

Die Abgrenzung zwischen einer Leistung *an Erfüllungs Statt* und der Leistung *erfüllungshalber* ist häufig nicht ganz einfach. Als Faustregel kann folgendes gelten: Leistet der Schuldner statt des ursprünglich Geschuldeten einen reellen werthaltigen Gegenstand (z.B. Perlenkette, ein Gemälde), so wird in der Regel ein Erlöschen des Schuldverhältnisses (d.h. Annahme *an Erfüllungs Statt*, § 364 I BGB) gewollt sein, da sich der Gläubiger auf die Werthaltigkeit der Sache verlassen kann.

Wird dagegen mit möglicherweise „dubiosen“ Papieren erfüllt (Scheck, Wechsel, Schuldversprechen o.ä.), so wird sich der Gläubiger in der Regel für den Fall, dass sich das „Papier“ nicht zu Geld machen lässt, die Hintertür offen halten wollen, Befriedigung wieder aus der ursprünglichen Schuld zu suchen.

Die Auslegungsregel des § 364 II BGB bestätigt diese Abgrenzung („weitere Verbindlichkeit“ i.S.d. § 364 II BGB ist z.B. ein Scheck).

**Wichtig:** Klassischer Klausurfall der Annahme an Erfüllungs Statt ist die Inzahlungnahme eines Gebrauchtwagens. Eine Mindermeinung in der Literatur allerdings lehnt eine Anwendung des § 364 I BGB auf die Inzahlungnahme ab und nimmt einen gemischten Kauf-Tausch-Vertrag an. Der Händler könne sonst bei später festgestellten Mängeln des Wagens gem. §§ 365, 434, 437 Nr. 2 BGB isoliert von der Inzahlungnahme zurücktreten, was für den Kunden nachteilhaft sei. Aufgrund der Regelungen des neuen Schuldrechts zum Verbrauchsgüterkauf nimmt der Händler heutzutage jedoch Gebrauchtwagen kaum mehr zu Eigentum in Zahlung, sondern vereinbart stattdessen, dass er den alten Pkw im Auftrag des Kunden verkauft (sog. Agenturvertragsmodell).

## 2. Aufrechnung

- vgl. auch Aufbauschema Nr. 13 (Anhang) -

Bei der **Aufrechnung** stehen sich zwei gleichartige Leistungspflichten (i.d.R. gegenseitige Geldforderungen von zwei Menschen) gegenüber, die dadurch beseitigt werden, dass sie miteinander verrechnet werden.

Die Verrechnung erfolgt allerdings nicht von selbst, sondern muss von einer Seite erklärt werden (sog. **Aufrechnungserklärung**).

*Bsp.: A schuldet dem B 1.200 Euro. B schuldet aber auch dem A aus einem anderen Kredit 500 Euro. Als B von dem A Zahlung fordert, erklärt dieser in Höhe von 500 Euro die Aufrechnung. Dies bewirkt, dass in der entsprechenden Höhe*

das Schuldverhältnis erlischt, §§ 387, 389 BGB. A schuldet dem B somit nur noch den Rest, also 700 Euro.

Die Aufrechnung ist in den §§ 387 ff. BGB geregelt.

Voraussetzungen der Aufrechnung sind:

**a) Aufrechnungslage**, d.h.

- Gegenseitigkeit der Forderungen (A schuldet B etwas und B schuldet A etwas)
- Gleichartigkeit der Forderungen (i.d.R. beides Geldforderungen, aber z.B. keine Aufrechnung 100 Euro gegen 10 Sack Mehl)
- Erfüllbarkeit der Hauptforderung
- Fälligkeit der Gegenforderung

**b) Kein Ausschluss** der Aufrechnung (§§ 393, 394 BGB)

**c) Aufrechnungserklärung** (§ 388 S. 1 BGB)

**Zur Terminologie:** Mit **Hauptforderung** bezeichnet man die Forderung, gegen die aufgerechnet werden soll, **Gegenforderung** ist diejenige Forderung, die der Aufrechnende selbst „in der Hand hat“.

**Beachte:** Wie alle Erfüllungssurrogate führt die wirksame Aufrechnung gem. §§ 387, 389 BGB dazu, dass der Anspruch wegfällt (Prüfungspunkt „Anspruch weggefallen“). Ob eine zur Aufrechnung geeignete Gegenforderung besteht, ist in der Klausur jedoch häufig noch nicht so klar, sondern muss dann an dieser Stelle inzident geprüft werden. Die Existenz der Gegenforderung ist dabei unter dem Prüfungspunkt „fällige Gegenforderung“ zu problematisieren. Dies ist aufbau-technisch wesentlich eleganter, als die Gegenforderung getrennt zu prüfen (wenn diese denn nach der Fallfrage überhaupt zu prüfen ist).

Nach § 388 S. 2 BGB kann die Aufrechnung nicht mit einer Bedingung versehen werden, sie ist „bedingungsfeindlich“.

**Merke:** § 388 S. 2 BGB ist insoweit Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens, wonach einseitige Rechtsgeschäfte (also z.B. auch Kündigung, Widerruf eines Vertrages) grundsätzlich bedingungsfeindlich sind. Der Empfänger einer solchen Erklärung soll über die Rechtslage nicht im Unklaren gelassen werden.

*Bsp.: Der Vermieter V kündigt seinem Mieter M mit den Worten: Betrachten Sie sich als zum darauffolgenden Ersten gekündigt, sobald es noch einmal Beschwerden über sie gibt. M ist sich nun völlig unklar, ob und wenn ja ab welchem Zeitpunkt er sich als gekündigt zu betrachten hat.*

Ausnahmen vom Grundsatz der Bedingungsfeindlichkeit gibt es nur bei Bedingungen, deren Erfüllung selbst in der Macht des Erklärungsempfängers liegt (sog.

Potestativbedingungen). In diesem Fall entsteht für den Empfänger keine Unklarheit, da er ja selbst entscheiden kann, ob er die Bedingung erfüllt.

*Bsp.: Kündigung einer Wohnung unter der Bedingung, dass nicht zum nächsten Ersten mindestens 500 Euro auf die aufgelaufenen Mietschulden gezahlt sind.*

Nach **§ 393 BGB** ist die Aufrechnung gegen eine Forderung aus unerlaubter Handlung unzulässig. Der Gläubiger der Gegenforderung soll sich auf diese Weise nicht von lästigen Forderungen durch von ihm begangene Delikte befreien können.

*Bsp.: B schuldet dem A 10.000 Euro. A hat B schon mehrmals zur Zahlung aufgefordert. Da B jedoch eine Eidesstattliche Versicherung abgegeben hat, vermutet A, dass er sein Geld wohl so oder so nie wieder sehen wird und ist entsprechend wütend auf B. Er zerkratzt daher den Pkw des B und rechnet sodann gegen die Schadensersatzforderung des B mit seiner eigenen Forderung auf. Wegen § 393 BGB ist die Aufrechnung nicht wirksam.*

## **E. Abtretung von Forderungen (§ 398 BGB)**

### **I. Voraussetzungen**

- vgl. auch Aufbauschema Nr. 14 (Anhang) -

Forderungen aus Schuldverhältnissen können auf eine andere Person übertragen werden, sog. Abtretung (**§ 398 BGB**).

*Bsp.: B hat gegen den A eine Forderung aus einem Kaufvertrag auf Kaufpreiszahlung gem. § 433 II BGB in Höhe von 400 Euro. Diese Forderung tritt er nach § 398 BGB an den C ab. Künftig kann C statt dem B die 400 € von A verlangen, da er durch die Abtretung Inhaber der Forderung geworden ist.*

Für eine Abtretung nach § 398 BGB sind grundsätzlich erforderlich:

- **Einigung** über den Übergang der Forderung
- **kein Ausschluss** (vgl. § 399 BGB, für Abtretungsausschluss in AGBs beachte § 308 Nr. 9 BGB)
- **Berechtigung** des Zedenten

Eine besondere Form ist i.d.R. nicht erforderlich (Ausnahme: § 1154 BGB für die hypothekenbesicherte Forderung).

**Merke:** Die Person, die eine Forderung abtritt, nennt man den **Zedenten**, die Person, die die Forderung erwirbt, den **Zessionar**. Merksatz: Der Zedent zediert die Forderung.

**Wichtig:** Bei der Abtretung einer Forderung handelt es sich um ein *dingliches* Rechtsgeschäft, dem ein schuldrechtlicher Kausalvertrag (von lateinisch *causa* = Grund) zugrunde liegen muss (z.B. Kaufvertrag).

*Bsp.: A verkauft dem B eine Forderung gegen den X. Als Kaufpreis werden 800 € vereinbart. Hier ist streng zu unterscheiden zwischen dem schuldrechtlichen Kaufvertrag über die Forderung (Forderung gegen X gegen 800 Euro, § 433 BGB), und dem dinglichen Erfüllungsgeschäft, nämlich der tatsächlichen Abtretung der Forderung von A an B gem. § 398 BGB.*

Streng genommen stehen die §§ 398 ff. BGB im Schuldrecht also falsch und würden eigentlich ins Sachenrecht gehören, da es sich bei der Abtretung einer Forderung um eine dingliche **Verfügung** handelt.

**Beachte:** Anders als bei den sonstigen dinglichen Rechtsgeschäften gibt es bei der Forderungsabtretung jedoch *keinen gutgläubigen Erwerb*. Dies erklärt sich daraus, dass bei Forderungen anders als bei beweglichen Sachen (Besitz) und bei Grundstücken (Grundbuch) kein Rechtsscheinsträger vorhanden ist, auf den der Erwerber vertrauen könnte. Letztlich vertraut er nur auf das, was ihm der Zedent erzählt.

Ausnahmsweise ist ein gutgläubiger Forderungserwerb nach § 405 BGB möglich, wenn eine Urkunde über die Forderung ausgestellt wurde.

*Anmerkung: Eine weitere Ausnahme bildet der gutgläubiger Forderungserwerb aufgrund eines Erbscheins, §§ 2366, 2367 BGB. Dagegen wird bei § 1138 BGB eine Forderung nicht gutgläubig erworben, sondern eine Forderung nur kurzzeitig fingiert, um einen gutgläubigen Erwerb der Hypothek zu ermöglichen. Der Erwerber erwirbt eine sog. „forderungsentkleidete“ Hypothek.*

Häufig werden Forderungen auch zur Sicherung eines Kredits vorübergehend auf Dritte übertragen (sog. **Sicherungszession**).

*Bsp.: Mittelständler M nimmt bei der Bank B ständig Kredit in Anspruch. Zur Sicherheit tritt er der Bank B im Voraus alle Kundenforderungen ab. Falls der M nun insolvent wird und seinen Kredit nicht mehr abzahlen kann, kann die Bank B die Kundenforderungen verwerten und ist so gesichert.*

Bei der Sicherungszession ist insbesondere problematisch, dass häufig mehrere Sicherungsgeber sich gleichzeitig zur Sicherheit Kundenforderungen abtreten lassen wollen (zu diesem Problem vgl. die Ausführungen beim verlängerten Eigentumsvorbehalt im Hofmann-Skript Sachenrecht 1 – Bewegliche Sachen).

Mit der Abtretung der Forderung gehen gem. **§ 401 BGB** alle für die Forderung bestellten, akzessorischen Sicherheiten automatisch mit über (z.B. Hypotheken, Bürgschaften, gilt *analog* auch für die Vormerkung gem. § 883 BGB).

*Bsp.: A tritt dem B eine Forderung gegen den X ab. Diese Forderung hatte er sich zuvor durch eine Bürgschaft (§ 765 BGB) des Z absichern lassen. Mit dem Übergang der Forderung haftet gem. § 401 BGB der Z als Bürge nunmehr dem B.*

## II. Schuldnerschutz

Bei der Abtretung einer Forderung ist der Schuldner ganz besonders gefährdet. Er läuft zum einen Gefahr, Einreden gegen seinen bisherigen Gläubiger (z.B. aus einer Stundungseinrede) dem neuen Gläubiger nicht mehr entgegensetzen zu können, zum anderen könnte es passieren, dass er in Unkenntnis der Abtretung noch an den bisherigen Gläubiger (sog. *Altgläubiger*) zahlt und diese Zahlung dann dem neuen Gläubiger (sog. *Neugläubiger*) gegenüber nicht wirksam ist.

Aus diesem Grund hat das Gesetz in den **§§ 404 ff. BGB** detaillierte Vorschriften zum Schutz des Schuldners geschaffen.

Nach **§ 404 BGB** kann der Schuldner diejenigen Einwendungen, die ihm gegen den Altgläubiger zustanden, auch dem Neugläubiger entgegenhalten.

*Bsp.: B hatte dem A seine Schuld in Höhe von 500 Euro für ein halbes Jahr gestundet. Tritt B nun die Forderung an C ab, so kann der A diese Stundungseinrede auch dem C entgegenhalten.*

Nach **§ 406 BGB** kann der Schuldner eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung unter den angeführten Bedingungen auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen. § 406 BGB durchbricht insoweit den Grundsatz der Gegenseitigkeit bei der Aufrechnung.

*Bsp.: B tritt eine Forderung in Höhe von 1.200 Euro gegen den A an den C ab. Zugleich hatte der A jedoch zuvor schon eine Forderung in Höhe von 1.200 Euro gegen den B. Diese kann A nun auch gegenüber dem C aufrechnen. Dies trifft C zwar hart, da er gar nicht Schuldner der Forderung ist, § 406 BGB will jedoch sicherstellen, dass dem Schuldner seine Aufrechnungsmöglichkeit durch die Forderungsabtretung nicht genommen wird. C muss sich seinerseits wieder an B halten, da die abgetretene Forderung nicht gehalten hat, was sie versprochen hat (§§ 433, 435 BGB).*

Gemäß **§ 407 BGB** muss der Neugläubiger auch eine Rechtshandlung, die der Schuldner gegenüber dem Altgläubiger vornimmt, dann gegen sich gelten lassen, wenn der Schuldner noch nichts von der Abtretung wusste. Hauptfall dürfte insoweit die Zahlung an den Altgläubiger sein.

*Bsp.: B verkauft dem C eine Forderung gegen A in Höhe von 1.200 Euro. Da B jedoch ein Schlawiner ist, ruft er kurz nach dem Verkauf der Forderung bei A an. Er wolle nun endlich das Geld kassieren. Vom Verkauf der Forderung erzählt er nichts. A zahlt brav die 1.200 Euro an den B. In diesem Fall muss C die Zahlung des A an B gegen sich gelten lassen, da A nichts von der Abtretung der Forderung wusste. Die Zahlung ist gem. §§ 362, 407 I BGB wirksam; C muss sich wiederum an B halten. Er hat – da B das Geld niemals hätte fordern und annehmen dürfen – insoweit Schadensersatzansprüche aus Verletzung von Sorgfaltspflichten **nach** Vertragsschluss, § 280 I BGB (lateinisch: culpa post contractum finitum) sowie aus § 816 II BGB.*

Aus diesem Grund setzt der Neugläubiger in der Praxis den Schuldner nach erfolgter Abtretung so schnell wie möglich mit einer sog. **Abtretungsanzeige** (vgl.

§ 409 BGB) von der Abtretung in Kenntnis und macht ihn damit „bösgläubig“. Damit ist eine Berufung auf § 407 BGB für den Schuldner ausgeschlossen.

Eine Abtretungsanzeige unterbleibt in der Praxis nur dann, wenn die Abtretung nach außen nicht offen gelegt werden soll und der Schuldner weiterhin an den Zedenten zahlen soll (so im Fall der Sicherungszession).

**§ 408 BGB** betrifft den in Klausuren weniger häufigen Fall der mehrfachen Abtretung einer Forderung.

Die Vorschriften über die Abtretung von Forderungen gelten auch für den gesetzlichen Forderungsübergang (**§ 412 BGB**, z.B. gesetzlicher Forderungsübergang auf den Bürgen gem. § 774 BGB) und für sonstige Rechte, die keine Forderung darstellen (**§ 413 BGB**, z.B. eine Kaufoption).

**Lerneinheit 7:** Dritte in Schuldverhältnissen: Abgrenzung Erfüllungsgehilfe (§ 278 BGB) zu Verrichtungsgehilfe (§ 831 BGB), Exkulpation des Geschäftsherrn nach § 831 I 2 BGB, Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 ff. BGB), Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, Drittschadensliquidation

## F. Dritte in Schuldverhältnissen

Zur Erfüllung der ihm aus einem Schuldverhältnis obliegenden Pflichten greift der Schuldner häufig auf Dritte zurück. Machen diese sich bei der Erfüllung dem Gläubiger gegenüber einer Pflichtverletzung schuldig, so ist zu klären, inwieweit der Schuldner für die von ihm eingesetzte Person haftet.

*Bsp.: Handwerker H vereinbart mit A, dessen Bad neu zu kacheln. Er schickt stattdessen seinen Gesellen G. G stützt sich beim Kacheln so ungeschickt ab, dass die Dusche in sich zusammenbricht. Haftet H für G?*

In Betracht kommt hier eine Zurechnung des Verschuldens der Hilfsperson auf den Schuldner entweder nach **§ 278 BGB** (sog. **Erfüllungsgehilfe**), oder nach **§ 831 BGB** (sog. **Verrichtungsgehilfe**).

Dabei gilt § 278 BGB nur innerhalb einer schuldrechtlichen Sonderverbindung (also i.d.R. im Rahmen eines schon bestehenden Vertrages zwischen Gläubiger und Schuldner). § 831 BGB ist dagegen deliktsrechtlicher Natur und gilt gegenüber jedermann, unabhängig vom Bestehen eines Vertrages.

## I. Erfüllungsgehilfe (§ 278 BGB)

### 1. Voraussetzungen

Dem § 278 BGB liegt der Gedanke zugrunde, dass der Schuldner für im Rahmen seiner Verbindlichkeit eingesetzte Hilfspersonen genau so haften soll wie für eigenes Verschulden.

Eine Haftung nach § 278 BGB hat folgende Voraussetzungen:

- bestehendes Schuldverhältnis (i.d.R. Vertrag)
- Hilfsperson ist Erfüllungsgehilfe (Definition s.u.)
- Hilfsperson handelt bei Erfüllung des Schuldverhältnisses (nicht nur „bei Gelegenheit“)
- Verschulden der Hilfsperson

### 2. Schuldverhältnis

Eine Haftung gem. § 278 BGB setzt zunächst einmal voraus, dass zwischen den Parteien bereits ein Schuldverhältnis besteht. Dies wird i.d.R. ein Vertrag sein, kann aber z.B. auch ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis gem. §§ 311 II, 241 II BGB sein.



*Bsp.: A geht in den Supermarkt des S-Konzerns und rutscht dort auf einer Bananenschale aus. Diese hatte der Angestellte B des Supermarkts fahrlässig dort liegen lassen. Zu einem Einkauf kommt es nicht mehr. In diesem Fall wird das Verschulden des B über § 278 BGB dem S-Konzern zugerechnet. Darauf, dass ein Vertrag nicht mehr abgeschlossen wurde, kommt es nicht an, da mit dem Betreten des Supermarktes in Kaufabsicht ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis gem. §§ 311 II, 241 II BGB zwischen A und dem S-Konzern entstanden ist. In diesem Rahmen wird das Verschulden des B über § 278 BGB zugerechnet.*

Keine Anwendung findet § 278 BGB dagegen im Rahmen deliktischer Ansprüche (§§ 823 ff. BGB; **häufiger Klausurfehler!**).

### 3. Erfüllungsgehilfe

**Definition:** Erfüllungsgehilfe i.S.v. § 278 BGB ist, wer mit Wissen und Wollen des Schuldners in dessen Pflichtenkreis tätig wird.

Erfüllungsgehilfen können also sowohl Angestellte des Schuldners sein, als auch selbständige Unternehmer, die der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten eingesetzt hat.

*Bsp.: A verkauft B ein Klavier. Mit der Lieferung beauftragt er das Transportunternehmen T, das wiederum seinen Fahrer F einsetzt. F beschädigt beim Zurücksetzen fahrlässig den Gartenzaun des B. Das Verschulden des F wird gem. § 278 BGB auf T und von T wieder gem. § 278 BGB auf A zugerechnet.*

### 4. Bei Erfüllung der Verbindlichkeit

Das schuldhafte Verhalten des Erfüllungsgehilfen muss gerade bei der Erfüllung der Verbindlichkeit passieren und in einem inneren Zusammenhang mit diesem stehen. Ein bloßes Verschulden „bei Gelegenheit“ der Erfüllung reicht nicht aus.

*Bsp.: Der Geselle G des A, der in der Wohnung des B eine Heizung repariert, stiehlt bei dieser Gelegenheit eine teure Standuhr. Das Verschulden des G wird dem A nicht nach § 278 BGB zugerechnet, da der Diebstahl nur bei Gelegenheit der Reparatur erfolgte.*

### 5. Verschulden

Schließlich muss dem Erfüllungsgehilfen ein Verschulden zur Last fallen. Gem. § 278 BGB hat der Schuldner Verschulden des Erfüllungsgehilfen „wie eigenes Verschulden“ zu vertreten, d.h. auch hinsichtlich des Verschuldensmaßstabes ist auf die Kenntnisse und Fähigkeiten des Schuldners *selbst* abzustellen.

*Bsp.: Geselle G macht bei der Installation einer Heizung einen Fehler. Aufgrund seiner Unerfahrenheit hätte er diesen nicht erkennen können (kein Verschulden), wohl aber sein Meister M. Eine Haftung des M über § 278 BGB ist zu bejahen, da es auf die Kenntnisse des M ankommt.*

## II. Verrichtungsgehilfe (§ 831 BGB)

**Merke:** § 831 BGB ist im Gegensatz zu § 278 BGB eigentlich keine Zurechnungsnorm, sondern eine *eigene Anspruchsgrundlage!*

## 1. Voraussetzungen

§ 831 BGB begründet eine Haftung des Geschäftsherrn für *vermutetes* Eigenverschulden bei der Auswahl und Überwachung des Verrichtungsgehilfen.

Voraussetzungen einer Haftung nach § 831 BGB sind:

- Hilfsperson ist Verrichtungsgehilfe (Definition s.u.)
- Hilfsperson begeht eine unerlaubte Handlung i.S.v. § 823 ff. BGB
- Handlung wird in Ausführung der Verrichtung begangen (nicht nur bei Gelegenheit)
- Geschäftsherr kann sich nicht exkulpieren

## 2. Verrichtungsgehilfe

**Definition:** Verrichtungsgehilfe ist, wer gegenüber dem Geschäftsherrn *weisungsgebunden* ist.

Weisungsgebundenheit heißt, dass der Geschäftsherr die Tätigkeit der Hilfsperson jederzeit beschränken oder untersagen kann.

Anders als bei § 278 BGB fallen unter diesen Begriff also *nicht* Freiberufler und Unternehmer, die der Geschäftsherr zur Erfüllung seiner Verpflichtungen einsetzt, da diese sich ihre Zeit selbst einteilen können.

## 3. Handeln in Ausführung der Verrichtung

Ähnlich wie beim Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) reicht es auch beim Verrichtungsgehilfen i.S.v. § 831 BGB nicht aus, wenn er lediglich bei Gelegenheit der Ausführung der Verrichtung handelt.

## 4. Exkulpation des Geschäftsherrn (§ 831 I S. 2 BGB)

§ 831 BGB stellt eine Haftung für ein vermutetes Auswahl- oder Überwachungsverschulden des Geschäftsherrn dar.

Der Geschäftsherr kann sich somit von einer Haftung befreien, wenn er nachweisen kann, dass er den Verrichtungsgehilfen ordnungsgemäß ausgewählt und beaufsichtigt hat, § 831 I S. 2 BGB (sog. **Exkulpationsbeweis**).

Hierbei ist zwischen zwei Varianten der Exkulpation zu unterscheiden:

Zum einen kann der Geschäftsherr nachweisen, dass er den Verrichtungsgehilfen ordnungsgemäß ausgewählt und überwacht hat, er folglich den Schaden nicht hätte verhindern können, § 831 I S. 2, 1. Alt. BGB.

Zum anderen reicht zur Exkulpation auch der Nachweis, dass der Verrichtungsgehilfe zwar nicht ordnungsgemäß überwacht wurde, der Schaden aber auch bei ordentlicher Beaufsichtigung entstanden wäre.

*Bsp.: Heizungsmonteur H beschäftigt den alkoholabhängigen G als Gesellen. G öffnet beim Kunden K die Heizungsrohre so ungeschickt, dass die Wohnung des K mit altem Heizöl überflutet wird. An dem betreffenden Tag war G jedoch ausnahmsweise stocknüchtern. Keine Haftung des H nach § 831 BGB, wenn er den Fehler des G nicht anderweitig hätte verhindern können.*

**Tipp:** Die Exkulpationsmöglichkeit des Geschäftsherrn macht § 831 BGB in der Klausur und in der Praxis zum „zahnlosen Tiger“. Dem Geschäftsherrn wird der Exkulpationsbeweis häufig gelingen. Hieraus begründen sich auch die Tendenzen der Rechtsprechung, die vertragliche Haftung für Dritte im Rechtsverkehr über Institute wie z.B. die Drittschadensliquidation zu erweitern. Die Achillesferse des Exkulpationsbeweises sollte auch dort bedacht werden, wo von der Literatur vorgeschlagen wird, den Anwendungsbereich des § 831 BGB im Wege der Analogie auszudehnen (so z.B. eine Mindermeinung für die Bösgläubigkeitszurechnung im Rahmen von §§ 989, 990 BGB). Geprüft werden muss er natürlich trotzdem!

**Beachte:** Eine weitere Alternative der Verschuldenszurechnung neben § 278 BGB und § 831 BGB stellt § 31 BGB dar. Danach haftet der Verein für ein Verschulden seiner Organe. Diese Vorschrift ist durch die Rechtsprechung im Wege der Analogie inzwischen auf alle Gesellschaftsformen ausgedehnt worden.

### III. Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 ff. BGB)

Die Parteien eines Vertrages können vereinbaren, dass die Leistung der einen Seite an einen Dritten bewirkt werden soll, sog. **Vertrag zugunsten Dritter**, §§ 328 ff. BGB.

Dabei ist zu unterscheiden zwischen dem sog. *echten* (=berechtigenden) Vertrag zugunsten Dritter und dem *unechten* (=ermächtigenden) Vertrag zugunsten Dritter. Beim *echten* Vertrag zugunsten Dritter erwirbt der Dritte ein eigenes Recht, die Leistung zu fordern. Beim *unechten* Vertrag zugunsten Dritter ist dies nicht der Fall. In diesem Fall erwirbt lediglich der Gläubiger (in §§ 328 ff. BGB als „Versprechensempfänger“ bezeichnet) das Recht, vom Schuldner (=„Versprechender“) die Leistung an den Dritten zu verlangen.

*Bsp.: A hat sich mit seiner Freundin F gestritten. Er bestellt beim Blumenservice B einen Strauß Blumen, die direkt an die F ausgeliefert werden sollen. Die Auslegung gem. § 328 II BGB ergibt, dass die F kein eigenes Forderungsrecht hinsichtlich des Blumenstraußes erwirbt. Es liegt somit ein unechter Vertrag zugunsten Dritter vor.*

*Gegenbeispiel: A hat bei der Versicherungsgesellschaft V eine Lebensversicherung abgeschlossen und als Bezugsberechtigte seine Ehefrau E benannt. Die Auslegung nach § 330 BGB ergibt, dass die E im Falle des Todes des A ein eigenes Forderungsrecht erwirbt. Dies ergibt schon einfache Logik: Wer sonst sollte nach*

dem Tod des A die Leistung an die E fordern? (Für Lebensversicherungsverträge gelten i.ü. die §§ 150 ff. VVG (Habersack Nr. 62), die die §§ 328 ff. BGB teilweise verdrängen).

Häufigster Klausurvariante des Vertrages zugunsten Dritter ist der Fall, indem jemand ein **Konto** zugunsten eines Dritten anlegt. Dabei ist immer zu fragen, ob und wann der Dritte ein eigenes Forderungsrecht erwerben soll.

*Bsp.: Der reiche Erbonkel O möchte seinem Patenkind P nach seinem Tod gerne etwas zukommen lassen. Er legt daher auf den Namen des P bei der B-Bank ein Konto an. Zu Lebzeiten behält er sich jedoch die Verfügungsbefugnis. Nach dem Tod des O streiten sich P und die Erben um das Geld auf dem Konto.*

In diesem Fall liegt ein echter Vertrag zugunsten Dritter (=P) i.S.v. §§ 328, 331 BGB vor. Versprechender ist die B-Bank, die sich dem Versprechensempfänger O gegenüber verpflichtet, nach dessen Tod die Summe auf dem Konto an den P (den „Dritten“) auszuzahlen.

**Exkurs:** Für die Lösung dieses Falles, der an sich dem Erbrecht zuzuordnen ist, ist folgendes zu beachten: Da O den P in der Regel entweder gar nicht oder nur mündlich von dem Konto informiert hat, ist für die Entscheidung des Streites entscheidend, ob die Zuwendung von O an P der Formvorschrift des **§ 2301 BGB** unterfällt, es sich mithin um ein Schenkungsversprechen von Todes wegen handelt (was Unwirksamkeit der Schenkung und damit Herausgabeansprüche der Erben zur Folge hätte).

Nach h.M. stellt § 331 BGB insoweit für den Vertrag zugunsten Dritter eine den § 2301 BGB verdrängende Spezialzuweisung dar. Die Schenkung von O an P war somit nicht formbedürftig und ist wirksam.

**Tipp:** Beeindrucken Sie ihren Korrektor, indem sie wie selbstverständlich die Terminologie des Vertrages zugunsten Dritter beherrschen. Das Rechtsverhältnis zwischen Versprechendem (=Schuldner) und Versprechensempfänger (=Gläubiger) nennt man *Deckungsverhältnis*, das Rechtsverhältnis zwischen Versprechensempfänger und Drittem dagegen *Valutaverhältnis*. Das Verhältnis zwischen Schuldner und Drittem hat keine feste Bezeichnung, es wird in der Literatur wahlweise als *Leistungs-, Vollzugs-* oder *Drittverhältnis* benannt. Der Dritte wird häufig auch als der *Begünstigte* bezeichnet.

Ein weiterer Fall des Vertrages zugunsten Dritter ist die sog. **Erfüllungsübernahme**. Hierbei verspricht jemand einem anderen, dessen Schulden bei einem Dritten zu bezahlen. Gem. § 329 BGB ist hier im Zweifel kein eigenes Forderungsrecht des Dritten (=Gläubiger des Versprechensempfängers) anzunehmen. Lediglich der Versprechensempfänger kann von dem Versprechenden fordern, an den Gläubiger zu leisten. Es handelt sich somit um einen unechten Vertrag zugunsten Dritter.

*Bsp.: A tut dem B einen Gefallen. Im Gegenzug verspricht der B, die Schulden des A bei dem C zu bezahlen (vgl. § 267 BGB). C erwirbt hierdurch im Zweifel kein eigenes Recht, von B Zahlung zu verlangen, § 329 BGB.*

**Merke:** Der Vertrag zugunsten Dritter i.S.v. § 328 BGB ist kein eigener Vertragstyp, sondern nur eine besondere Form des Leistungsversprechens (eben an einen Dritten), die sich mit jedem anderen Vertragstyp kombinieren lässt. So können sowohl Kauf-, Werk- und Mietverträge als auch z.B. Geldanlageverträge zugunsten eines Dritten abgeschlossen werden.

*Bsp.: So ist z.B. im obigen Fall der Kontovertrag des Erbonkels O mit der B-Bank ein Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.v. § 675 BGB mit Elementen der irregulären Verwahrung (§§ 700, 488 BGB), der lediglich als ein Vertrag zugunsten Dritter i.S.v. § 328 BGB ausgestaltet ist.*

## IV. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (VSZD)

### 1. Allgemeines

- vgl. auch Aufbauschema Nr. 15 (Anhang) -

Das Rechtsinstitut des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (VSZD) ist im Gesetz nicht geregelt (nach ganz h.M. auch *nicht* in § 311 III BGB, der die Vertretereigenhaftung regelt, s.o.). Der VSZD wurde von der Rechtsprechung entwickelt.

**Beachte:** Die Herleitung des VSZD ist umstritten. Nach h.M. handelt es sich um eine ergänzende Vertragsauslegung, nach anderer Auffassung um eine auf § 242 BGB beruhende richterliche Rechtsfortbildung. In der Klausur kann dies regelmäßig dahingestellt bleiben, zumal das Rechtsinstitut des VSZD inzwischen gewohnheitsrechtlich anerkannt sein dürfte.

Beim VSZD wird ein Dritter so in den Schutzbereich eines Vertrages mit einbezogen, dass er selbst vertragliche Ansprüche wegen der Verletzung von Obhuts- und Sorgfaltspflichten geltend machen kann.

*Bsp.: V geht in den Baumarkt B, um Baumaterialien zu besorgen. Da seine Frau gerade beschäftigt ist, nimmt er den 5jährigen Sohn S mit. Der Lagerarbeiter L des Baumarktes hat versehentlich ein Regal mit zuviel Ware befüllt. Während der V an der Kasse bezahlt, wird der S von herunterfallender Ware am Kopf getroffen und leicht verletzt.*

In diesem Fall ist S nicht selbst Kunde im Baumarkt, da er nichts kaufen will. Eigentlich kann er somit auch keine Ansprüche aus der Verletzung vertraglicher Nebenpflichten gegen den Baumarkt (§§ 280 I, 241 II, 278 BGB) geltend machen. Er hat gegen B nur deliktische Ansprüche aus § 831 BGB, die jedoch häufig wegen der Exkulpationsmöglichkeit nicht greifen (s.o.).

Aus diesem Grund hat die Rechtsprechung das Rechtsinstitut des VSZD entwickelt. Danach wird der S in den Schutzbereich des (Kauf-)Vertrages zwischen V und dem B mit einbezogen, als ob er selbst Kunde wäre. Er erhält damit die Vorteile eines vertraglichen Schadensersatzanspruches (z.B. Haftung für Erfüllungsgehilfen gem. § 278 BGB; Beweislastumkehr beim Verschulden, § 280 I S. 2 BGB).

**Merke:** Der Unterschied zum Vertrag zugunsten Dritter gem. § 328 BGB liegt darin, dass beim VSZD keine *Leistung* an einen Dritten bewirkt werden soll, sondern der Dritte nur vor *Nebenpflichtverletzungen* (i.d.R. Verletzung von Obhuts- und Sorgfaltspflichten) geschützt werden soll wie der Gläubiger.

Der VSZD hat folgende Voraussetzungen:

- Leistungsnähe des Dritten
- Gläubigernähe des Dritten
- Erkennbarkeit der Einbeziehung des Dritten für den Schuldner
- Schutzbedürftigkeit des Dritten

## 2. Leistungsnähe des Dritten

Der Dritte muss den Gefahren einer Schlechtleistung genauso ausgesetzt sein wie der Gläubiger selbst.

*Dies ist z.B. im obigen Fall in dem Baumarkt der Fall: Der S ist genauso wie der V den von herunterfallenden Gegenständen ausgehenden Gefahren ausgesetzt.*

## 3. Gläubigernähe des Dritten

Der Gläubiger muss ein Interesse am Schutz des Dritten haben, d.h. entweder für sein „Wohl und Wehe“ verantwortlich sein (wie z.B. in familien- oder arbeitsrechtlichen Beziehungen) oder aber die Leistung muss nach dem hypothetischen Parteiwillen zumindest *auch* dem Dritten zu Gute kommen.

*Bsp.: Letzteres ist z.B. der Fall, wenn im Rahmen eines Grundstückskaufvertrages die eine Seite ein Wertgutachten einholt, das bestimmungsgemäß auch der anderen Seite zur Grundlage einer Bewertung dienen soll. Der Vertrag zur Erstellung des Gutachtens ist dann ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.*

## 4. Erkennbarkeit der Drittbezogenheit

Der Kreis der Dritten, die in den vertraglichen Schutzbereich einbezogen sind, muss für den Schuldner erkennbar und eingrenzbar sein.

*Bsp.: So haftet z.B. derjenige, der einen Bus an ein Reiseunternehmen verkauft, nicht für jeden infolge eines Mangels auftretenden Schaden bei Reisegästen des Unternehmens (Rücktransportkosten nach einer Panne).*

## 5. Schutzbedürftigkeit des Dritten

Der Dritte muss schutzbedürftig sein. Dies ist vor allem dann nicht der Fall, wenn er eigene vertragliche Ansprüche gegen den Gläubiger oder einen Dritten hat.

*Bsp.: So bezieht z.B. ein Mietvertrag über eine Wohnung nicht auch den Untermieter in seinen Schutzbereich ein. Denn dieser hat aus seinem Mietvertrag eigene Ansprüche gegen den Hauptmieter.*

Rechtsfolge des VSZD ist, dass der Dritte hinsichtlich der Schadensersatzansprüche bezüglich einer Verletzung von Nebenpflichten genau so gestellt wird wie der Gläubiger. Das heißt aber auch, dass ihn alle etwaigen Beschränkungen einer Haftung genauso treffen wie den Gläubiger selbst (z.B. Mitverschulden des Gläubigers gem. § 254 BGB).

**Merke:** Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist **keine** eigene Anspruchsgrundlage. Er muss immer im Zusammenhang mit der Anspruchsgrundlage zitiert werden, die auch dem Gläubiger zustünde.

*Also im obigen Beispiel des Baumarktes z.B. „§§ 280 I, 241 II BGB i.V.m. dem Rechtsinstitut des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“.*

**Wichtig:** Als Schuldverhältnis muss beim VSZD nicht unbedingt ein Vertrag vorliegen, es reicht bereits die Verletzung vorvertraglicher Sorgfaltspflichten gem. §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB.

*So greift z.B. das Rechtsinstitut des VSZD im Baumarkt-Beispiel auch dann, wenn V schlussendlich gar nichts kauft.*

## V. Drittschadensliquidation (DSL)

- vgl. auch Aufbauschema Nr. 16 (Anhang) -

In bestimmten Fallkonstellationen tritt der Schaden nicht bei demjenigen auf, der eigentlich anspruchsberechtigt wäre, sondern stattdessen bei einem Dritten. In diesen Fällen führt die sog. Drittschadensliquidation (DSL) dazu, dass der Dritte seinen Schaden trotzdem geltend machen kann.

**Merke:** Anders als beim VSZD tritt der Anspruch des Dritten bei der DSL nicht *neben* den Anspruch des Gläubigers, sondern an dessen Stelle.

Die DSL findet vor allem in folgenden Fallkonstellationen Anwendung:

### 1. Versendungskauf

*Bsp.: K hat bei dem V ein Klavier bestellt. V versendet das Klavier auf Bitten des K an diesen.*

In diesen Fällen hat ein Verkäufer dem Käufer auf dessen Verlangen eine Ware versandt, die dann auf dem Transport durch das Verschulden eines Dritten untergeht.

Der Schadensersatzanspruch gegen den Dritten aus Delikt (§ 823 I BGB) stünde an sich dem Verkäufer zu, der ja zum Zeitpunkt des Transportes noch Eigentü-

mer der Ware ist (der Käufer wird gem. § 929 S. 1 BGB erst Eigentümer, wenn ihm die Sache tatsächlich übergeben wird).

Er hat jedoch keinen Schaden, da mit der Übergabe der Kaufsache an die Transportperson die Gefahr des Untergangs auf den Käufer übergeht, § 447 BGB. Der Verkäufer kann daher trotz Untergangs der Sache und Unmöglichkeit der Übergangung nach wie vor den Kaufpreis fordern.

Den Schaden hat somit der Käufer, da er den Kaufpreis zahlen muss, ohne die Ware zu bekommen. Allerdings hat er keinen Anspruch gegen den Dritten, da § 823 I BGB nur absolute Rechte wie das Eigentum schützt, dass dem Käufer zu dem Zeitpunkt aber eben noch nicht zustand.

Der Verkäufer hat somit einen Anspruch, aber keinen Schaden. Der Käufer dagegen hat einen Schaden, aber keinen Anspruch

Durch die DSL wird nun fiktiv der Schaden des Käufers „zum Anspruch des Verkäufers gezogen“. Dieser kann nun den Anspruch im Namen des Käufers bei dem Dritten geltend machen, ihn für diesen „liquidieren“ (daher der Name *Drittschadensliquidation*). Alternativ kann er dem Käufer den nun „kompletten“ Anspruch auch abtreten.

Hierauf hat der Käufer i.d.R. gem. § 285 BGB einen Anspruch, den er im Wege des Zurückbehaltungsrechtes (§ 273 BGB) auch dem Kaufpreisanspruch des Verkäufers entgegen halten kann.

*So in obigem Fall: K muss, wenn das Klavier auf dem Transport untergeht, wegen § 447 BGB zahlen, aber kann im Gegenzug (§§ 273, 285 BGB - Prüfungspunkt „Anspruch einredebehaftet“) Abtretung von Schadensersatzansprüchen des V gegen die Personen verlangen, die an dem Untergang schuld sind.*

**Wichtig:** Die früher in Klausuren sehr häufige Variante des Versandkaufs ist durch § 475 II BGB sowie § 421 HGB stark eingeschränkt worden. Nach § 475 II BGB gilt die Gefahrtragungsregel des § 447 BGB nämlich grundsätzlich nicht beim Verbrauchsgüterkauf, d.h. wenn der Kaufvertrag zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer geschlossen wird.

Wird dagegen über den Transport der Sache ein Transportvertrag nach dem HGB abgeschlossen, so gibt § 421 HGB dem Käufer einen eigenen Anspruch gegen den Transporteur. Er ist also nicht mehr schutzlos gestellt, so dass es eines Anspruches aus DSL eigentlich nicht mehr bedarf.

Auch ist zu berücksichtigen, dass der Verkäufer zwar grundsätzlich nicht für eine Fahrlässigkeit der Transportperson selbst haftet, da er bei der Schickschuld mit Übergabe der Sache an die Transportperson i.S.v. § 447 BGB alles zur Erfüllung notwendige getan hat und somit von seinen Verpflichtungen frei wird.

Nach h.M. ist hiervon jedoch eine Ausnahme zu machen, wenn der Verkäufer zum Transport der Sache eigene Leute einsetzt. Verschulden diese den Untergang der Sache, so hat der Verkäufer hierfür ausnahmsweise doch nach § 278 BGB einzustehen.



Dies hat den Grund, dass in dieser Konstellation die DSL zu häufig an den Grundsätzen der Arbeitnehmerhaftung scheitern würde, wonach Arbeitnehmer ihrem Arbeitgeber für leichte und mittlere Fahrlässigkeit nur eingeschränkt haften. Damit hätte der Verkäufer (=Arbeitgeber) nicht mal mehr einen Anspruch, der mit dem Schaden des Käufers im Wege der DSL zusammengezogen werden könnte.

*Hätte in obigem Fall V das Klavier durch eigene Leute transportieren lassen, die das Klavier durch leichte Fahrlässigkeit hätten untergehen lassen, müsste K nicht nur den Kaufpreis zahlen (§ 447 BGB), sondern würde nicht einmal einen Schadensersatzanspruch gegen die Arbeitnehmer des V abgetreten bekommen, da diese nicht haften (leichte Fahrlässigkeit ist von diesen nicht zu vertreten i.S.v. § 280 I 2 BGB). Dies würde K zu sehr belasten, zumal ihn die innerbetriebliche Haftungsprivilegierung bei V nichts angeht.*

## 2. Mittelbare Stellvertretung

In Fällen der mittelbaren Stellvertretung handelt der „Stellvertreter“ nicht in fremdem, sondern nach außen im eigenen Namen. Auch hier können Konstellationen auftreten, bei denen Anspruchsinhaber und Geschädigter auseinanderfallen.

*Bsp.: M ist ein Millionär und Bildersammler. Wenn er bei Auktionen mitbietet, möchte er nicht, dass bekannt wird, dass die Gebote von ihm stammen. Er schickt daher den K als Kommissionär zu den Auktionen, der dort die Bilder in eigenem Namen für den M erwirbt. Auf einer Auktion erwirbt K im Auftrag des M ein besonders wertvolles Werk aus der Zeit des Impressionismus. Der A, der auch um das Bild mitgeboten hat, jedoch den Zuschlag nicht bekommen hat, lauert dem K auf, als dieser das Auktionshaus verlässt, und zertritt aus Wut das Bild.*

*Hier hat der K als formaler Eigentümer des Bildes den Anspruch, aber keinen Schaden, da er nur für M erworben hat. M als Geschädigter dagegen hat keinen Anspruch gegen A, da § 823 I BGB voraussetzen würde, dass der M schon Eigentümer geworden ist (von einem antizipierten Besitzkonstitut gem. §§ 929, 930, 181 BGB, durch das der M schon „eine logische Sekunde“ nach der Ersteigerung des Bildes durch K Eigentum erwerben würde, soll hier nicht ausgegangen werden).*

## 3. Obhutsfälle

Schädigt jemand im Rahmen eines vertraglichen Verhältnisses, dass ihn zum sorgsamem Umgang mit den Sachen des Vertragspartners verpflichtet, zufällig die Sache eines Dritten, die der Vertragspartner gerade in Obhut hat, so liegt ebenfalls eine Drittschadens-Konstellation vor.

*Bsp.: Die A leiht sich von B einen Mantel und geht damit ins Restaurant R. Dort schüttet der ungeschickte Kellner K Suppe über den Mantel.*

*A hat den Anspruch (Schadensersatzanspruch aus dem Bewirtungsvertrag, §§ 280 I, 241 II BGB; R haftet für K gem. § 278 BGB), aber keinen Schaden, da der Mantel ja der B gehört.*

*B hat dagegen den Schaden, aber gegen R keinen Anspruch.*

Auch in dieser Konstellation werden Anspruch und Schaden zusammengezogen. A kann gegenüber R den Schaden des B „liquidieren“.

**Merke.** Zusammenfassend lässt sich also sagen, dass die DSL voraussetzt, dass einerseits der Anspruchsinhaber keinen Schaden, andererseits aber der Geschädigte keinen Anspruch hat und diese Schadensverlagerung zufällig eingetreten ist. In der Klausur sollte man jedoch trotzdem mit der Anwendung der DSL allein aufgrund dieser Voraussetzungen zurückhaltend sein und sich auf die von der Rechtsprechung anerkannten, angeführten Fälle beschränken.

**Lerneinheit 8:** Gesamtschuldner (§§ 421 ff. BGB), gestörte Gesamtschuld, Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB), Kündigung von Dauerschuldverhältnissen (§ 314 BGB), Zurückbehaltungsrechte (§§ 320, 273 BGB), Widerruf nach Verbraucherschutzvorschriften (§§ 312b, 312c, 312g, 495, 355 BGB)

## G. Gesamtschuldnerschaft (§§ 421 ff. BGB)

### I. Allgemeines

- vgl. auch Aufbauschema Nr. 17 (Anhang) -

Eine Gesamtschuld i.S.v. § 421 BGB ist gegeben, wenn mehrere Schuldner dieselbe Leistung schulden, der Gläubiger aber die Leistung insgesamt nur einmal verlangen darf.

*Bsp.: Für die Schulden des A bei dem G haben sich sowohl der B als auch der C als Bürge gem. § 765 BGB verbürgt. Kann der A nun nicht zahlen, so kann der G zwar sowohl B als auch C in Anspruch nehmen, insgesamt aber die Leistung natürlich nur einmal verlangen. B und C haften als Gesamtschuldner (für Mitbürgen vgl. § 769 BGB).*

Dabei kann die Gesamtschuld sowohl auf **Gesetz** als auch auf **Rechtsgeschäft** beruhen.

Die bekanntesten Beispiele für eine durch **Gesetz** angeordnete Gesamtschuld sind:

- Haben mehrere Personen nebeneinander einen Schaden aus unerlaubter Handlung (§ 823 BGB) verursacht, so haften dafür nach **§ 840 I BGB** alle als Gesamtschuldner.
- Die Gesellschafter einer OHG haften gem. **§ 128 HGB** akzessorisch für die Schulden der Gesellschaft. Dabei haften mehrere Gesellschafter *untereinander* als Gesamtschuldner (vgl. § 128 S. 1 HGB, dagegen *keine* Gesamtschuldnerschaft zwischen Gesellschaftern und *Gesellschaft*, da die Anwendung der §§ 422 ff. BGB gegenüber den Gesellschaftsgläubigern unbillig wäre).
- Miterben haften gem. **§ 2058 BGB** für die Nachlassverbindlichkeiten als Gesamtschuldner.

Beispiel für eine auf **Rechtsgeschäft** beruhende Gesamtschuldnerschaft ist der vertragliche Beitritt zu einer Schuld (sog. **Schuldbeitritt**, gesetzlich nicht geregelt), der als Sicherungsmittel verwendet wird.

*Bsp.: A hat Schulden bei G. G fordert Sicherheiten. Daher tritt B der Schuld des A bei. Durch den Schuldbeitritt entsteht eine Gesamtschuld nach §§ 421 ff. BGB.*

**Beachte:** Der wohl klausurhäufigste Fall der Gesamtschuld ist der Ausgleich zwischen mehreren Sicherungsgebern (z.B. Bürge und Grundschuldner), in dem im

Falle der Inanspruchnahme eines Sicherungsgebers nach h.M. zwischen den Sicherungsgebern ein Ausgleich nach § 426 BGB analog herbeizuführen ist. Die Anwendung des § 426 BGB ist in diesem Fall jedoch erst herzuleiten, nach einer Mindermeinung haftet der Bürge privilegiert.

Dabei ist eine Gesamtschuld i.S.v. §§ 421 ff. BGB nur dann anzunehmen, wenn zwischen den Verpflichtungen der Schuldner eine **Gleichstufigkeit** besteht, d.h. im Innenverhältnis der Schuldner zueinander nicht einer als Letztverantwortlicher gelten muss.

*Bsp.: Das Haus des E wird vom Brandstifter B in Brand gesteckt. Es haften ihm sowohl seine Feuerversicherung V als auch der B. Trotzdem liegt zwischen V und B keine Gesamtschuld i.S.v. § 421 ff. BGB vor. Der Haftungsgrund von V und B (Versicherungsvertrag bzw. Delikt) liegen nicht „auf gleicher Stufe“, vielmehr ist der B eindeutig als Letztverantwortlicher zu bezeichnen.*

Wichtigste Rechtsfolge der Gesamtschuld ist die Ausgleichspflicht der Schuldner untereinander nach **§ 426 I BGB**. Danach sind die Gesamtschuldner im Verhältnis zueinander zu gleichen Teilen verpflichtet, sofern nicht ein anderes bestimmt ist.

*Bsp.: A schuldet dem G 50.000 Euro, wofür sich bei dem G sowohl der B als auch der C selbstschuldnerisch verbürgen. Nun nimmt G den B in voller Höhe in Anspruch. B hat nun gem. §§ 769, 426 I BGB einen Ausgleichsanspruch in Höhe von 25.000 € gegen den C.*

Daneben geht mit Zahlung durch einen Gesamtschuldner an den Gläubiger auch dessen Forderung gegen die übrigen Gesamtschuldner auf den Zahlenden über, vgl. § 426 II BGB. Dies kann neben § 426 I BGB insbesondere dann Bedeutung haben, wenn für die Forderung noch akzessorische Sicherungen (Bürgschaft, Hypothek o.ä.) bestehen, die dann gem. §§ 412, 401 BGB auf den zahlenden Gesamtschuldner übergehen und dessen Rückgriffsanspruch auf die anderen Gesamtschuldner sichern (gesetzlicher Forderungsübergang; lateinisch: *cessio legis*).

Scheidet eine Gesamtschuld gem. §§ 421 ff. BGB mangels Gleichstufigkeit aus, so wird der Ausgleich zwischen den Schuldnern durch Anwendung des Zessionsregresses nach **§ 255 BGB** herbeigeführt.

*So ist im obigen Beispielfall der Brandstiftung die Versicherung dem E gem. § 255 BGB zur Zahlung nur gegen Abtretung von dessen deliktischen Ansprüchen (§§ 823 I BGB, 823 II i.V.m. § 306 StGB, 826 BGB) gegen den B verpflichtet.*

## II. Die gestörte Gesamtschuld

- vgl. auch Aufbauschema Nr. 18 (Anhang) -

Ein gestörtes Gesamtschuldverhältnis liegt immer dann vor, wenn einer der Gesamtschuldner wegen eines Haftungsausschlusses oder einer Haftungsbeschränkung gegenüber dem Gläubiger von der Haftung befreit ist.

Muss der andere Gesamtschuldner dann zahlen, so fragt sich, ob er bei dem privilegierten Gesamtschuldner nach § 426 I BGB Rückgriff nehmen darf, denn dadurch würde der Haftungsausschluss für den privilegierten Gesamtschuldner im Ergebnis umgangen.

*Bsp.: Vater V kauft für seinen Sohn S bei dem Hersteller H eine Gartenschaukel und baut diese im Garten des Einfamilienhauses des V auf. Als S auf der Schaukel spielt, bricht diese zusammen. S verletzt sich schwer und verlangt von H ein Schmerzensgeld (§ 253 II BGB). Im Nachhinein stellt sich heraus, dass das Zusammenbrechen der Schaukel sowohl auf einen Konstruktionsmangel hinsichtlich der Standsicherheit (Verantwortungsbereich des H) als auch auf einen Aufbaufehler durch V zurückzuführen ist. Beiden – V und H – ist insoweit nur leichte Fahrlässigkeit vorzuwerfen, sie tragen nach einem Sachverständigengutachten je zu 50 % Schuld an dem Unfall.*

In diesem Fall haften V und H eigentlich als Gesamtschuldner, da sie beide für den Schaden verantwortlich sind.

V haftet gegenüber seinem Sohn S jedoch gem. §§ 1664 I, 277 BGB nur für die eigenübliche Sorgfalt (lateinisch: *diligentia quam in suis*), also i.d.R. grobe Fahrlässigkeit. Da V nur leicht fahrlässig handelte, ist er somit eigentlich von jeglicher Haftung frei.

Dies trifft jedoch H wiederum sehr hart. Obwohl er nur zur Hälfte schuld an dem Unfall hat, müsste er den ganzen Schaden tragen.

Zur Lösung dieses Konfliktes gibt es im Prinzip drei Möglichkeiten:

(**Merksatz:** Jedes mal ist ein anderer der drei der Gelackmeierte)

- Der Anspruch des S gegenüber dem H wird um 50 % gekürzt (Lösung zu Lasten des S).

- S kann seinen Anspruch gegen den H voll geltend machen, H kann dafür nach § 426 I BGB zur Hälfte bei dem V Rückgriff nehmen (Lösung zu Lasten des V; die von § 1664 BGB zu seinen Gunsten vorgesehene Privilegierung wird unterlaufen).

**Paradoxes Ergebnis:** V steht sich schlechter, als wenn er an dem Unfall die Alleinschuld trüge (dann nämlich gar keine Haftung wegen § 1664 BGB)).

- S kann seinen Anspruch gegen den H voll geltend machen, H darf aber bei dem V keinen Rückgriff nehmen (Lösung zu Lasten des H: Nur weil der Mitschädiger zufällig Vater des Gläubigers ist, kann er keinen Rückgriff nehmen. Andererseits wird die familienrechtliche Wertung des § 1664 BGB so voll verwirklicht).

Der BGH wendet alle diese drei Lösungsmöglichkeiten an, je nachdem, worauf die Privilegierung des von der Haftung befreiten Schädigers (sog. Erstschädiger) beruht:

- Handelt es sich um eine **vertragliche** Haftungsmilderung, so berührt dies den Regress des Zweitschädigers nicht. Dies wird damit begründet, dass es keinen Vertrag zu Lasten Dritter geben dürfe.

- Liegt eine **gesetzliche** Haftungsmilderung aus dem **Familienrecht** (§§ 1359, 1664 BGB) vor, so haftet der Zweitschädiger voll. Ein Regress ist in diesem Fall ausgeschlossen. Gerechtfertigt wird dies damit, dass der Schutz vor der auch nur mittelbaren Belastung innerhalb der Familie mit gegenseitigen Ansprüchen das Interesse des Zweitschädigers am Rückgriff überwiegt.

- Liegt dagegen eine **gesetzliche** Haftungsprivilegierung außerhalb des Familienrechts vor (in Betracht kommen insoweit vor allem Haftungsprivilegien nach **Sozialversicherungsrecht**, vgl. z.B. §§ 104 ff. SGB VII zur Haftungsprivilegierung von Arbeitgebern und Kollegen bei Arbeitsunfällen (abgedruckt bei § 618 BGB im Habersack, daher klausurrelevant!)), so wird der Anspruch des Gläubigers um den Verschuldensanteil des privilegierten Schädigers gekürzt. Dies rechtfertigt der BGH für den hier vor allem interessierenden Fall des Schmerzensgeldes gem. § 253 II BGB damit, dass im Falle der *sozialversicherungsrechtlichen* Absicherung eines Arbeitnehmers durch die gesetzliche Unfallversicherung dieser in der Regel ausreichend geschützt sei. Für eine volle Schmerzensgeldhaftung des Zweitschädigers besteht daher kein rechtliches Bedürfnis.

**Tipp:** Die vom BGH für die gestörte Gesamtschuld entwickelten Lösungsmodelle sind inkonsequent und schwer zu merken. An dieser Stelle reicht es für eine „gute“ Klausur bereits, wenn Sie das Problem der gestörten Gesamtschuld erkennen, die drei Lösungsmöglichkeiten herausarbeiten („Jedes mal ist einer der Gelackmeierte“) und sich dann mit vernünftigen Argumenten für eine der drei Meinungen entscheiden. Dabei ist die anteilmäßige Kürzung der Ansprüche des Gläubigers eigentlich nie ganz falsch.

## H. Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB)

Im Rahmen einer vertraglichen Beziehung können Umstände eintreten, die zwar keine Leistungsstörung darstellen, die aber dennoch eine Anpassung des Vertrages an die neuen Verhältnisse erfordern, da die Parteien hiermit nicht gerechnet haben.

*Bsp.: A vermietet dem B auf fünf Jahre einen Bootsanlegersteg an einem See im Alpenvorland für dessen Segelboot. Einige Monate später wird das Segeln auf dem See behördlich verboten.*

In diesem Fall ist zwar die Erfüllung des Vertrages nicht unmöglich geworden (§ 275 BGB), da der Bootssteg nach wie vor vermietet werden kann. Die Erfüllung des Vertrages ist aber sinnlos, da der B auf dem See nicht mehr segeln kann. Hätten die Parteien diesen Umstand vorausgesehen, hätten sie den Vertrag so nicht geschlossen. Es liegt ein Fall der **Störung der Geschäftsgrundlage** vor, § 313 BGB.

Voraussetzungen der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) im Einzelnen:

- ein Umstand, der zur Grundlage des Vertrages geworden ist, muss sich nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben
- die Parteien hätten den Vertrag so nicht geschlossen, wenn sie die Veränderung vorausgesehen hätten

- mindestens einer Partei kann unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen und gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden (vgl. § 313 BGB)

Insbesondere der dritte Punkt ist wichtig zu berücksichtigen. So ist nicht jeder Fall der Unbrauchbarkeit der Leistung unter § 313 BGB zu subsumieren. Es ist vielmehr zu berücksichtigen, wer das vertragliche **Risiko** trägt.

Grundsätzlich trägt der Schuldner das Beschaffungs- und der Gläubiger das Verwendungsrisiko.

*Bsp.: Im obigen Fall verliert der B nach wenigen Monaten infolge einer groben Unsportlichkeit seinen Segelschein. Kein Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB, da dieses Risiko allein der B trägt. A hätte sich auch bei den Vertragsverhandlungen nicht auf eine Regelung für diesen Fall einlassen müssen.*

**Wichtig:** Einen Sonderfall der Störung der Geschäftsgrundlage stellt insoweit die sog. „**Corona-Krise**“ dar. Hier kommt es auf den Einzelfall und vor allem den Vertragstyp an. So hat der BGH im Fall der Gewerberaummieta die Anwendbarkeit von § 313 BGB grundsätzlich bejaht (BGH XII ZR 8/21, NJW 2022, 1370, abzustellen sei aber auf die Umstände des Einzelfalls, vgl. auch Art. 240 § 7 EGBGB und OLG Celle, 2 U 64/21, BeckRS 2021, 37280 für die coronabedingte Absage einer Hochzeitsfeier).

Im Fall der Rückzahlung von Mitgliedsbeiträgen für die coronabedingte Schließung eines Fitnessstudios hat der BGH indes die Anwendung von § 313 BGB ausdrücklich verneint. Da der Kunde die Anlage nicht habe nutzen können, seien die Vorschriften der §§ 275, 326 BGB zur Unmöglichkeit vorrangig (BGH XII ZR 64/21, NJW 2022, 2024, zum Verhältnis der WGG zur Unmöglichkeit siehe auch weiter unten).

Im Arbeitsrecht soll nach der Rechtsprechung des BAG die Schließung des Betriebes im Rahmen eines sog. „*lockdowns*“ nicht zu dem vom Arbeitgeber zu tragenden Betriebsrisiko i.S.d. § 615 S. 3 BGB gehören (vgl. BAG 5 AZR 211/21, NJW 2022, 560, dagegen soll die „*vorausseilende*“ Betriebsschließung aus eigener Initiative dem Betriebsrisiko i.S.d § 615 S. 3 BGB zuzurechnen sein).

Die Einschränkung der Risikoverteilung ist auch wichtig im Fall von Spekulationsgeschäften im weitesten Sinne.

*Bsp.: A hat mit dem B einen Heizöl-Belieferungsvertrag zu einem Festpreis für zwei Jahre geschlossen. Nun steigt der Heizölpreis überraschend stark an. A hat grundsätzlich kein Recht, sich auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage zu berufen. Der Bezug zu einem Festpreis über längere Zeitdauer beinhaltet für den Lieferanten das Risiko, im Fall steigender Preise Verluste zu machen.*

**Beachte:** Inwieweit dies allerdings auch für die seit dem Sommer 2022 bestehende Krise im Bereich der Energiekosten gilt, bleibt abzuwarten. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die Verteuerung nicht allein auf Spekulation, sondern auch

auf Maßnahmen staatlicher Wirtschaftslenkung beruhen (Sanktionen, Notfallplan Gas).

Eine Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB kann selbstverständlich auch da nicht vorliegen, wo das betreffende Risiko gerade Sinn des Geschäftes ist.

*Bsp.: B verbürgt sich gem. § 765 BGB für eine Schuld des S bei dem G. Nunmehr tritt überraschend eine eklatante Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des vorher durchaus wohlhabenden S ein. B hat kein Recht, sich auf eine Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) zu berufen. Das Risiko einer Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners soll durch die Bürgschaft ja gerade abgedeckt werden.*

**Tipp:** Insgesamt ist daher mit der Anwendung des Rechtsinstitutes der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) in der Klausur eher Zurückhaltung geboten.

Rechtsfolge des § 313 BGB ist zunächst ein Anspruch auf **Vertragsanpassung**. Erst wenn eine solche zur Behebung nicht ausreicht, hat der Benachteiligte auch ein **Rücktrittsrecht**.

**Merke:** Die Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB ist *subsidiär* zur Anfechtung (§§ 119 ff. BGB) und zur Unmöglichkeit (§ 275 BGB)!

Abgrenzungsfragen ergeben sich insbesondere zur Unmöglichkeit (§ 275 BGB).

Klassisch ist insoweit der sog. **Faschingszugfall**:

*Die Route für den Faschingszug in Köln führt direkt an der Wohnung des A vorbei. Der geschäftstüchtige A vermietet an zahlende Gäste, die den Zug sehen wollen, Plätze auf seinem Balkon für 20 Euro pro Person. Wegen des Golfkrieges fällt der Faschingszug jedoch aus.*

Nach h.M. kein Fall der Unmöglichkeit gem. § 275 BGB, da die Plätze auf dem Balkon ja weiter vermietet werden können. Der Fall ist dagegen nach § 313 BGB zu lösen, da die Geschäftsgrundlage für die Anmietung der Balkonplätze mit Ausfall des Zuges entfallen ist.

**Tipp:** Für Fälle mit Corona-Bezug dürfte wie folgt zu differenzieren sein: war die Leistung theoretisch nutzbar, machte praktisch aber keinen Sinn – wie z.B. Gewerberaummiete oder der für eine Hochzeit gemietete Saal – so ist eher § 313 BGB anzunehmen. Konnte die Leistung dagegen schon physisch nicht in Anspruch genommen werden – wie z.B. Fitnessstudio oder ein Konzertbesuch, wenn das Konzert abgesagt wurde –, so ist eher Unmöglichkeit i.S.d §§ 275, 326 BGB anzunehmen.

Einen Sonderfall der Störung der Geschäftsgrundlage stellt weiterhin eine erhebliche **Inflation** dar, also eine starke Minderung des Geldwertes.

**Hintergrund:** Tatsächlich wurde die Anpassung von Verträgen wegen Störung der Geschäftsgrundlage ursprünglich von der Rechtsprechung zur Zeit der Hyper-



inflation nach dem ersten Weltkrieg entwickelt (vgl. RGZ 100, 129 – „Dampfpreis-Fall“, hierzu Wesel, Geschichte des Rechts, Rdnr. 295).

Grundsätzlich trägt das Risiko einer Inflation allerdings der Gläubiger der Geldleistung.

Er kann sich insoweit aber durch sog. „**Wertsicherungsklauseln**“ absichern. Diese binden den zu zahlenden Betrag an einen dynamischen Index, wie z.B. den Verbraucherpreisindex des Statistischen Bundesamtes, oder an eine andere dynamische Bezugsgröße.

Dies kann besonders wichtig werden bei Verträgen mit Versorgungscharakter (wie z.B. private Rente o.ä.). Zu beachten ist hierbei auch das inzwischen allerdings weitgehend liberalisierte Preisklauselgesetz, das im Einzelfall Einschränkungen für Wertsicherungsklauseln vorsieht (vgl. Grüneberg, BGB, Anh. zu § 245 BGB).

*Bsp.: G und S vereinbaren, dass sich der von S dem G geschuldete Betrag aus einem Darlehen (§ 488 BGB) in Höhe von 50.000 Euro in jedem Jahr prozentual um den Betrag erhöht, der der Erhöhung des Verbraucherpreisindex in dem Jahr entspricht.*

*Unternehmer U lässt sich von seiner jungen Frau F scheiden. Um diese lebenslang gut versorgt zu wissen, wird im Scheidungsvergleich ein Unterhalt vereinbart, der jeweils dynamisch den doppelten Bezügen eines Vorsitzenden Richters am Oberlandesgericht entsprechen soll.*

## **I. Kündigung von Dauerschuldverhältnissen (§ 314 BGB)**

Nach § 314 BGB kann jedes Dauerschuldverhältnis jederzeit aus wichtigem Grund gekündigt werden.

Ein **Dauerschuldverhältnis** liegt vor, wenn im Rahmen einer Vertragsbeziehung regelmäßig wiederkehrende Leistungen zu erbringen sind und der Gesamtumfang der Leistung von der Vertragsdauer abhängt.

*Bsp. für Dauerschuldverhältnisse: Mietvertrag, Arbeitsvertrag, Gesellschaftsvertrag einer BGB-Gesellschaft, Bierlieferungsvertrag für eine Gaststätte.*

Demgegenüber spricht man von einem **Rahmenvertrag**, wenn für eine Mehrzahl von Einzelverträgen im Vorhinein Rahmenvereinbarungen getroffen werden, die für jede Einzelleistung gelten sollen. Zwischen Rahmenvertrag und Dauerschuldverhältnissen gibt es jedoch durchaus Überschneidungen.

*Bsp.: Die Mitgliedschaft bei einem Streaming-Dienstleister, bei dem auch einzelne Filme und Serien für einen bestimmten Betrag gekauft werden können.*

Abzugrenzen vom Dauerschuldverhältnis ist der sog. **Ratenlieferungsvertrag** (auch *Sukzessivlieferungsvertrag* genannt), bei dem von vornherein eine bestimmte Menge geschuldet ist und lediglich die Lieferung in Raten erfolgt.

*Bsp.: A schuldet B 30 Säcke Mehl. Sie vereinbaren, dass A drei Teillieferungen von jeweils 10 Säcken, zu erbringen jeweils am Monatsersten, liefern soll.*

Ein wichtiger Grund i.S.d. § 314 BGB ist gegeben, wenn Tatsachen vorliegen, die unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertrags für den Kündigenden unzumutbar machen.

*Bsp.: A hat einen Vertrag zur regelmäßigen Belieferung des Restaurants des R mit Speisen. R und A geraten privat über eine Frau in Streit und A versucht, den R mit einem Küchenmesser niederzustechen. In diesem Fall kann R den Belieferungsvertrag sofort kündigen.*

Häufig ist jedoch erforderlich, dass der Kündigung eine Abmahnung vorausgeht (§ 314 II S. 1 BGB).

*So im obigen Beispiel des Restaurantbelieferungsvertrages, wenn der A mehrmals schlechte Ware geliefert hat (hinsichtlich der einzelnen Lieferungen bestehen die normalen Leistungsstörungenrechte gem. §§ 280 ff. BGB).*

**Wichtig:** Der Gesetzgeber hat durch das sog. „Gesetz für faire Verbraucherverträge“ zum 1.3.2022 die Option zur automatischen Vertragsverlängerung in AGBs durch den neu formulierten **§ 309 Nr. 9 BGB** stark eingeschränkt. Danach darf eine Verlängerung nur noch auf unbestimmte Zeit erfolgen, wobei jederzeit ein monatliches Kündigungsrecht besteht. Seit dem 1.7.2022 muss zudem jede Website, über die ein Vertrag geschlossen wird, einen Kündigungsbutton in der in **§ 312k BGB** beschriebenen Form haben, andernfalls kann der Verbraucher jederzeit und ohne Einhaltung einer Frist kündigen (vgl. § 312k VI BGB).

## J. Zurückbehaltungsrechte

Nach § 273 I BGB kann der Schuldner – wenn sich aus dem Schuldverhältnis nicht ein anderes ergibt – die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird, sofern er aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat (sog. **Zurückbehaltungsrecht**).

*Bsp.: S und G sind Geschäftspartner im Gebrauchtwagenmarkt. S hat von G einen gebrauchten Mercedes gekauft und wartet noch auf die Übereignung. Indes hat G von S einen gebrauchten Saab erworben, die Übereignung steht ebenfalls noch aus. Fordert G nun des S auf, ihm den Saab zu übereignen, muss S dies nur tun, wenn ihm G gleichzeitig „Zug um Zug“ (vgl. § 274 BGB) den Mercedes übereignet.*

Ein besonders klausurhäufiger Fall eines Zurückbehaltungsrechtes ist die sog. **Einrede des nichterfüllten Vertrags (§ 320 BGB)**. Diese besagt, dass im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages die eine Seite solange nicht zu leisten braucht, bis auch die andere leistet (es sei denn, sie ist zur Vorleistung verpflichtet).

*Bsp.: A verkauft dem B einen Gebrauchtwagen. Er braucht ihm den Pkw nur zu übereignen, wenn er gleichzeitig („Zug um Zug“) den Kaufpreis bekommt.*

**Merke:** Anders als bei § 320 BGB muss sich der Schuldner beim Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB erst auf das Zurückbehaltungsrecht berufen und damit die Verbindung (sog. *Konnexität*) beider Ansprüche herstellen, damit die Einrede greift. Zu prüfen sind die Zurückbehaltungsrechte jeweils unter dem Punkt „Anspruch einredebehaftet“.

## K. Widerrufsrecht nach Verbraucherschutzvorschriften

### 1. Allgemeines

- vgl. auch Aufbauschema Nr. 19 (Anhang) -

Ist bei einem Vertragsverhältnis auf der einen Seite ein Verbraucher (§ 13 BGB) und auf der anderen Seite ein Unternehmer (§ 14 BGB) beteiligt, so steht dem Verbraucher in verschiedenen Fällen ein Widerrufsrecht zu.

*Bsp.: Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (§§ 312b, 312g BGB), Fernabsatzverträge (§§ 312c, 312g BGB), z.B. Katalogbestellungen oder Käufe über das Internet, Verbraucherdarlehen (§ 495 I BGB)*

In diesen Fällen geht das Gesetz davon aus, dass der Verbraucher besonders schutzbedürftig ist, da er sich entweder über den Vertragsgegenstand nicht ausreichend informieren kann oder aber sich wie beim Geschäft außerhalb von Geschäftsräumen in einer „Überrumpelungs-Situation“ befindet.

Der Verbraucher hat daher in diesen Fällen ein zweiwöchiges Widerrufsrecht nach **§ 355 BGB**, über das er gesondert belehrt werden muss.

*Bsp.: A bestellt sich Waren über das Internet. Widerruft der A seine Willenserklärung innerhalb von zwei Wochen, treten für ihn keine Rechtsfolgen ein.*

Im Einzelnen:

Voraussetzung für das Entstehen eines verbraucherschützenden Widerrufsrechts ist zunächst, dass auf der einen Seite des Vertrags ein **Verbraucher** (§ 13 BGB) und auf der anderen Seite des Vertrages ein **Unternehmer** i.S.v. § 14 BGB steht. Dabei muss auch der konkrete Zweck des Rechtsgeschäftes mit einbezogen werden. Eine Partei ist auch dann Verbraucher i.S.v. § 13 BGB, wenn sie ansonsten beruflich gewerblich oder freiberuflich tätig ist, sie das Geschäft aber für private Zwecke getätigt hat.

**Beachte:** Nutzt eine Person den von ihr erworbenen Gegenstand sowohl beruflich als auch privat (sog. „dual-use“), so kommt es nach § 13 BGB darauf an, ob sie ihn „überwiegend“ privat nutzt.

Der Widerruf ist gegenüber dem Unternehmer zu erklären (§ 355 I 2 BGB). Er ist nicht formbedürftig.

Dabei beträgt die Widerrufsfrist für alle Verbraucherschützenden Regelungen die auf § 355 BGB verweisen, einheitlich zwei Wochen. Die Frist beginnt bei Fernabsatz und Verträgen außerhalb von Geschäftsräumen erst ab dem Zeitpunkt zu laufen, in dem der Unternehmer dem Verbraucher eine **ordnungsgemäße Belehrung** über dessen Widerrufsrecht zur Verfügung gestellt hat, § 356 III S. 1 BGB, Art. 246a § 1 II 1 Nr. 1 EGBGB. Die Beweislast für die Belehrung liegt beim Unternehmer (§ 361 III BGB). Spätestens nach zwölf Monaten und 14 Tagen erlischt das Widerrufsrecht (§ 356 III 2 BGB).

**Beachte:** Abweichend davon beginnt beim Verbraucherdarlehen die Widerrufsfrist nicht, bevor nicht die Angaben nach §§ 356b, 492 II BGB zur Verfügung gestellt wurden. Bei Immobilier-Verbraucherdarlehensverträgen erlischt die Frist zum Widerruf seit 2016 allerdings ebenfalls spätestens zwölf Monate und 14 Tage nach Vertragsschluss (§ 356b II 4 BGB). Vorher hatte in vielen Fällen die unzureichende Erfüllung des umfangreichen Belehrungskatalogs zu einem zeitlich nicht befristeten Widerrufsrecht geführt (sog. „Widerrufsjoker“).

Weiterhin muss dem Verbraucher ein **Widerrufsgrund** zustehen. Als solche kommen insbesondere in Betracht:

## **2. Widerrufsrecht bei Geschäften außerhalb von Geschäftsräumen, §§ 312b, 312g BGB**

Ein **außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag** ist dann anzunehmen, wenn der Vertrag nicht in den Geschäftsräumen (vgl. **§ 312b II BGB**) des Unternehmers geschlossen wurde.

*Bsp.: Vertragsschluss in Privaträumen, am Arbeitsplatz, in einem Restaurant, auf der Straße, bei Verkaufspartys.*

Ob der Vertragsschluss auf einem unbestellten oder vom Verbraucher zuvor bestellten Besuch des Unternehmers beruht, ist nicht entscheidend. Geschäftsraum im Sinne des § 312b II BGB kann allerdings auch ein saisonaler Verkaufsstand sein.

*Bsp.: Verkaufsbuden am Strand oder an einem Skiort, Messestände*

§ 312b I 1 Nr. 3 und 4 BGB erweitern den Schutz des Verbrauchers auch auf ein Ansprechen im öffentlichen Raum unter Mitnahme des Verbrauchers in die Geschäftsräume sowie auf Ausflugsfahrten („Kaffeefahrten“).

## **3. Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen (§§ 312c, 312g BGB)**

Unter einem Fernabsatzvertrag i.S.d. **§ 312c I BGB** versteht man einen Vertrag, bei dem Unternehmer und Verbraucher für den Vertragsschluss ausschließlich „Fernkommunikationsmittel“ verwenden.

Fernkommunikationsmittel sind alle Mittel, die zum Abschluss eines Vertrages eingesetzt werden können, ohne dass die Vertragsparteien gleichzeitig anwesend sein müssen (§ 312c II BGB).

*Bsp.: Brief, Katalog, Telefon, Email, SMS, Internet (vgl. auch die Liste von Beispielen in § 312c II BGB; Kuriosum: dort findet sich sogar eine Legaldefinition der SMS).*

Ein Fernabsatzvertrag liegt allerdings nicht vor, wenn die Bestellung nicht im Rahmen eines organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt (vgl. § 312c I BGB).

*Bsp.: Radsporthändler R und der radsportbegeisterte K kennen sich seit langem. K ist häufig persönlich im Laden und hält mit R ein Fachgespräch. Nun bestellt er über Email ein bestimmtes Ersatzteil für sein Fahrrad. Es liegt kein Fernabsatzvertrag i.S.d. § 312c BGB vor.*

Das Widerrufsrecht erlischt bei einer Dienstleistung auch dann, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers vollständig erfüllt ist, bevor der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausübt, § 356 IV BGB.

*Bsp.: Der kostenpflichtige Download von Programmen aus dem Internet.*

Weitere Ausnahmen vom Widerrufsrecht normiert § 312g II BGB.

Hervorzuheben ist etwa der Ausschluss des Widerrufs bei individuell hergestellter Ware (vgl. § 312g II Nr. 1 BGB).

*Bsp.: K bestellt sich bei V eine individuell zugeschnittene Einbauküche.*

**Beachte:** Der Ausschluss des Widerrufsrechts für Versteigerungen nach § 312g II 1 Nr. 10 BGB gilt nicht für „Versteigerungen“ bei eBay, da der Vertrag zwischen Anbieter und Ersteigerer bei eBay nach h.M. nicht wie bei einer Versteigerung durch Zuschlag i.S.v. § 156 BGB, sondern durch Angebot und Annahme des Höchstbietenden mit Zeitablauf zustande kommt (vgl. dazu Hofmann-Skript BGB AT, Lerneinheit 4).

#### **4. Widerrufsrecht bei Verbraucherdarlehensverträgen, § 495 BGB**

Ein Verbraucherdarlehensvertrag liegt vor, wenn ein Unternehmer einem Verbraucher entgeltlich, d.h. gegen Zinsen, Geld zur Verfügung stellt. Neben bestimmten Formvorschriften (§§ 492 ff. BGB) gilt auch hier wieder ein Widerrufsrecht zugunsten des Verbrauchers, §§ 495 I, 355 BGB.

Hat der Verbraucher zwei Verträge, d.h. einen Vertrag über die Lieferung einer Ware und einen weiteren Vertrag über die Finanzierung der Warenlieferung abgeschlossen, gelten die **§§ 358, 359 BGB**, wenn diese Verträge miteinander *verbunden* sind. Dies ist nach § 358 III BGB der Fall, wenn das Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung des anderen Vertrags dient und beide Verträge eine *wirtschaftliche Einheit* bilden.

Eine wirtschaftliche Einheit ist insbesondere anzunehmen, wenn Verkäufer und Darlehensgeber i.S.d. § 358 III S. 2 BGB miteinander zusammenarbeiten.

*Bsp.: A erwirbt im Elektronikmarkt M einen Digitalfernseher auf Kredit. Der Kredit wird von der B-Bank gestellt. Dabei bedient sich die M für die Kreditgewäh-*

rung routinemäßig Formularen der B-Bank und führt für diese die Bonitätsprüfung durch.

In diesem Fall ist der Verbraucher gem. **§ 358 I BGB** bei einem wirksamen Widerruf des Kaufvertrages auch nicht mehr an den Darlehensvertrag gebunden. Umgekehrt gilt im Falle des Widerrufs des Darlehensvertrages gem. **§ 358 II BGB**, dass der Verbraucher auch nicht mehr an den Kaufvertrag (oder Vertrag über die Erbringung einer sonstigen Dienstleistung) gebunden ist.

**Wichtig:** Hat der Darlehensgeber (also i.d.R. die Bank) zum Zeitpunkt des Widerrufs das Darlehen schon komplett an den Unternehmer ausgezahlt, so erfolgt die komplette Rückabwicklung sowohl des Darlehens als auch des verbundenen Vertrages mit dem Unternehmer (!) gem. **§ 358 IV S. 5 BGB** über den Darlehensgeber! Dies hat den Zweck, die Rückabwicklung für den Verbraucher zu erleichtern.

Im Übrigen kann der Verbraucher im Falle von Einwendungen aus dem verbundenen Vertrag gem. **§ 359 BGB** auch die Rückzahlung des Darlehens verweigern (sog. *Einwendungsdurchgriff*). § 359 BGB beinhaltet insoweit ein Leistungsverweigerungsrecht (zur umstrittenen Frage, inwieweit bei § 359 BGB auch Rückzahlung bereits gezahlter Raten verlangt werden kann, vgl. Hofmann-Skript Schuldrecht BT 1 – Vertragliche Schuldverhältnisse, bei §§ 488 ff. BGB).

Die Regeln des verbundenen Geschäfts erstrecken sich auch auf sog. zusammenhängende Verträge (§ 360 BGB).

*Bsp.: Darlehensvertrag und Restschuldversicherung.*

## 5. Widerrufsrecht bei anderen Finanzierungshilfen (§§ 506 ff. BGB)

Das Widerrufsrecht des Verbrauchers gilt nicht nur bei Kreditverträgen, sondern auch bei anderen Finanzierungshilfen, wie z.B. Teilzahlungs- (§ 507 f. BGB) oder Ratenzahlungsgeschäften (§ 510 BGB).

*Bsp.: Die vergünstigte Abgabe eines Handys oder Smartphones in Verbindung mit dem Abschluss eines Handyvertrags mit 24-monatiger Bindung ist eine sonstige Finanzierungshilfe i.S.v. § 506 I BGB (h.M.).*

## 6. Rechtsfolgen des Widerrufs

Der erfolgreiche Widerruf bewirkt, dass das Schuldverhältnis in ein Abwicklungsverhältnis umgewandelt wird. Die empfangene Leistungen sind spätestens nach 14 Tagen zurückzugewähren (§ 357 I BGB).

**Beachte:** Abweichend hiervon sieht § 357b I BGB für Verbraucherdarlehen und sonstige Finanzdienstleistungen eine Frist von 30 Tagen vor.

Die Versandkosten trägt der Unternehmer; sie sind dem Verbraucher gegebenenfalls zurückzuerstatten (§ 357 II BGB). Dagegen trägt der Verbraucher grundsätzlich die Rücksendekosten, wenn er hierüber ordnungsgemäß belehrt wurde (§ 357 V BGB).

Der Verbraucher hat für den Wertverlust der Ware Ersatz zu leisten, soweit dieser Wertverlust auf einem Umgang mit der Ware beruht, der über die Prüfung von deren Beschaffenheit, Eigenschaften und Funktionsweise hinausgeht (§ 357a I BGB).

*Bsp.: Nutzung von Wanderschuhen auf einer mehrtägigen Trecking-Tour*

Der Unternehmer trägt die Gefahr hinsichtlich der Rücksendung der Ware (§ 355 III 4 BGB).

Widerruft der Verbraucher einen Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen oder die Lieferung von Wasser, Gas, Strom, Fernwärme etc., so schuldet er dem Unternehmer Wertersatz für die Leistungen, die bis dahin erbracht wurden, wenn er hierüber belehrt wurde (§ 357a II BGB).

*Bsp.: A bucht bei der Partnerschafstapp P einen kostenpflichtigen account, widerruft diesen allerdings fristgemäß. Für die bis dahin offerierten Kontakte kann P unter Umständen angemessenen Wertersatz verlangen (bei Online-Partnerbörsen im Einzelnen sehr streitig, vgl. auch Hofmann-Skript Schuldrecht BT 1 zu § 656 BGB).*

## 7. Unverlangt zugesendete Ware

Durch die Lieferung nicht bestellter Sachen werden Ansprüche nicht begründet (§ 241a BGB). Die Ware braucht auch nicht zurückgesandt werden. Der Verbraucher kann mit ihr nach Belieben verfahren.

*Bsp.: Er darf die Sache behalten, nutzen, weiterverschenken, zerstören.*

<p><b>Beachte:</b> Nach h.M. schließt § 241a BGB auch gesetzliche Ansprüche gegen den Verbraucher – z.B. §§ 985, 823 ff., 812 BGB – aus. Der Verbraucher macht sich wegen dem Behalten oder Zerstören der Sache auch nicht strafbar.</p>
--

## Anhang: Aufbauschemata der wichtigsten Anspruchsgrundlagen des Schuldrecht AT

### Schema Nr. 1: § 280 I BGB

- a) Schuldverhältnis
- b) Pflichtverletzung
- c) Vertretenmüssen (§ 280 I 2 BGB)
- d) Schaden

RF: Schadensersatz *neben* der Leistung

**Anmerkung:** Häufig gelangen Sie zu § 280 I BGB – wie zu den anderen Schadensersatznormen der §§ 280 ff. BGB – über eine Verweisung aus dem Gewährleistungsrecht des BT (vgl. § 437 Nr. 3 bzw. § 634 Nr. 4 BGB). In diesem Fall haben Sie **zwei** verschiedene Aufbaumöglichkeiten mit jeweiligen Vor- und Nachteilen.

**Möglichkeit 1:** Sie prüfen die Anspruchsvoraussetzungen des jeweiligen Gewährleistungsrechts vorweg und *dann* erst die allgemeinen Voraussetzungen des § 280 I BGB, also z.B. beim Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB:

- a) Kaufvertrag
- b) Mangel (§ 434 f. BGB)
- c) zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs

*dann:*

- [d) Schuldverhältnis
- e) Pflichtverletzung]
- f) Vertretenmüssen
- g) Schaden

**Vorteil:** Übersichtlich.

**Nachteil:** Nicht ganz so elegant. Prüft man nach Kaufvertrag und Mangel noch die Punkte d und e (Schuldverhältnis und Pflichtverletzung), so prüft man doppelt, denn Schuldverhältnis *ist* ja der Kaufvertrag und Pflichtverletzung die Mangellieferung (vgl. § 433 I 2 BGB). Punkt d und e einfach wegzulassen, sieht aber systematisch auch nicht wirklich schön aus.

**Möglichkeit 2:** Sie prüfen die Voraussetzungen des jeweiligen Gewährleistungsrechts verschachtelt innerhalb der §§ 280 ff. BGB, also z.B. für den Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB:

- a) Schuldverhältnis (=Kaufvertrag)
- b) Pflichtverletzung
  - Bestehend aus dem Vorliegen eines Mangels bei Gefahrübergang
- c) Vertretenmüssen
- d) Schaden

**Vorteil:** Wesentlich eleganter, keine Prüfung überflüssiger Voraussetzungen



**Nachteil:** Schwieriger. Daher fehleranfälliger, insbesondere wenn sonstige verschachtelte Probleme hinzutreten (z.B. Abgrenzung Schadensersatz statt zu Schadensersatz neben der Leistung oder das Problem des Bezugspunkts des Vertretenmüssens).

**Beachte:** Obige zwei Aufbaumöglichkeiten haben Sie immer bei **allen** Leistungsstörungenansprüchen (§§ 280-283, 311a BGB), wenn Sie dort durch eine Verweisung aus dem Gewährleistungsrecht (vgl. § 437, 634 BGB) landen.

### **Schema Nr. 2: § 311a II BGB (Schadensersatz bei anfänglicher Unmöglichkeit)**

- a) Schuldverhältnis
- b) Unmöglichkeit der Leistung (§ 275 BGB)
- c) Leistungshindernis lag bereits bei Vertragsschluss vor  
(=*anfängliche* Unmöglichkeit)
- d) Vertretenmüssen (=Kennen oder Kennenmüssen des Leistungshindernisses)  
gem. § 311a II 2 BGB
- e) Bei Schadensersatz statt der *ganzen* Leistung:
  - bei Teilleistung Interessewegfall (§§ 311a II 3 iVm § 281 I 2 BGB)
  - bei Einzelleistung: Pflichtverletzung nicht unerheblich (§ 311a II 3 iVm § 281 I 3 BGB)

RF: Schadensersatz *statt* bzw. statt der *ganzen* Leistung oder Aufwendungsersatz gem. § 284 BGB (vgl. § 311a II 1 BGB)

### **Schema Nr. 3: §§ 280 I, III, 283 S. 1 BGB (Schadensersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit)**

- a) Schuldverhältnis
- b) Pflichtverletzung  
→ die dazu führt, dass *nachträgliche* Unmöglichkeit iSv § 275 BGB eintritt
- c) Vertretenmüssen (§ 280 I 2 BGB) der Umstände, die zur Unmöglichkeit geführt haben
- d) Schaden
- e) Bei Schadensersatz statt der *ganzen* Leistung:
  - bei Teilleistung Interessewegfall (§§ 283 S. 2 iVm § 281 I 2 BGB)
  - bei Einzelleistung: Pflichtverletzung nicht unerheblich (§ 283 S. 2 iVm § 281 I 3 BGB)

RF: Schadensersatz *statt* bzw. statt der *ganzen* Leistung

### **Schema Nr. 4 §§ 280 I, III, 281 BGB (Schlechtleistung)**

- a) Schuldverhältnis
- b) Pflichtverletzung
- c) Vertretenmüssen
- d) Schaden (=Voraussetzungen des § 280 I BGB)

- e) Fristsetzung: § 281 I bzw. bei Verbrauchsgüterkauf: § 475d BGB
- f) Bei Schadensersatz statt der *ganzen* Leistung:
  - bei Teilleistung: Interessewegfall (§ 281 I 2 BGB)
  - bei Einzelleistung: Pflichtverletzung nicht unerheblich (§ 281 I 3 BGB)

RF: Schadensersatz *statt* bzw. statt der *ganzen* Leistung

### Schema Nr. 5: § 284 BGB

- a) Schuldverhältnis
- b) Bestehen eines Schadensersatzanspruches statt der Leistung (vgl. Wortlaut des § 284 BGB: „*anstelle*“), also z.B. §§ 280 I, III, 281; 311a II BGB
- c) Gläubiger hat **Aufwendungen** gemacht  
(Aufwendung=freiwilliges Vermögensopfer)
- d) im Vertrauen auf die Leistung (d.h. nach h.M. *nach* Vertragsschluss)
- e) Billigkeit der Aufwendungen
- f) Kausalität, d.h. Aufwendungen wären nicht ohnehin erfolglos geblieben

RF: Aufwendungsersatz

### Schema Nr. 6: § 285 BGB

- a) Schuldverhältnis
- b) Unmöglichkeit der Leistung gem. § 275 BGB
- c) Schuldner erlangt infolge des Umstandes, der die Leistung unmöglich macht, etwas anderes (sog. „stellvertretendes commodum“).

**Beachte:** Kein Verschulden erforderlich!

RF: Herausgabepflicht bzgl. stellvertretendem commodum (beachte: Anrechnung gemäß § 285 II BGB)

### Schema Nr. 7: §§ 280 I, II, 286 BGB (Verzug)

- a) Schuldverhältnis
- b) Fälliger und einredefreier Anspruch
- c) Nichtleistung trotz Möglichkeit
- d) Mahnung bzw. Entbehrlichkeit nach § 286 II BGB
- e) Vertretenmüssen (§ 286 IV BGB)

RF: Ersatz des Verzögerungsschadens

**Tipp:** Auch beim Anspruch aus §§ 280 I, II, 286 BGB wäre es theoretisch möglich, getrennt *erst* die Voraussetzungen des § 280 I BGB und dann die des § 286 BGB zu prüfen. Da dies jedoch zu einem ganz und gar sperrigen Aufbau führen würde, wird davon abgeraten.

**Schema Nr. 8: §§ 346, 323 I BGB**

**Beachte (häufiger Fehler!):** Es gibt keinen „Anspruch *auf* Rücktritt“, sondern nur Ansprüche *aus* dem Rücktritt (die Rechtsfolgen der §§ 346 ff. BGB).

- a) Rücktrittsgrund:
  - aa) Gegenseitiger Vertrag
  - bb) Pflichtverletzung: Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß erbracht
  - cc) Frist gesetzt/abgelaufen oder entbehrlich (§§ 323 II, 475d BGB)
  - dd) § 323 V: Bei Teilleistung Interessewegfall (Satz 1) bzw. Pflichtverletzung erheblich (Satz 2)
  - ee) Kein Ausschluss (§ 323 VI BGB)

(**Merke:** Beim Rücktritt – anders als beim Schadensersatz – kein Verschulden zu prüfen!)

- b) Rücktrittserklärung (§ 349 BGB)

RF: Rückgewähr der empfangenen Leistungen (§ 346 I BGB) sowie Nutzungen bzw. Wertersatz gem. § 346 II BGB, soweit nicht ausgeschlossen (§ 346 III BGB)

**Tipp:** Auch zu den Ansprüchen aus Rücktritt gelangt man häufig über die „Einflugschneise“ des Gewährleistungsrechts (§§ 437 Nr. 2, 634 Nr. 3 BGB). Wie bei den Schadensersatzansprüchen (dazu oben bei Schema Nr. 1, § 280 I BGB) haben Sie die Wahl, ob Sie zunächst die Voraussetzungen des jeweiligen Gewährleistungsrechts – beim Kaufrecht z.B. „Kaufvertrag, Mangel, Gefahrübergang“ – zu prüfen und *dann* die Voraussetzungen von § 323 BGB, oder aber die Vorschriften über die Gewährleistung inzident in die Voraussetzungen des § 323 BGB „einzuflechten“ (in diesem Fall ist: der gegenseitige Vertrag der Kaufvertrag, die Pflichtverletzung der Mangel bei Gefahrübergang (vgl. § 433 I 2 BGB) usw.).

**Schema Nr. 9: §§ 346, 324 BGB**

- a) Rücktrittsgrund:
  - aa) Gegenseitiger Vertrag
  - bb) Nebenpflichtverletzung iSv § 241 II BGB
  - cc) Festhalten am Vertrag ist nicht mehr zumutbar

- b) Rücktrittserklärung

RF: Rückgewähr der empfangenen Leistungen (§ 346 I BGB) sowie Nutzungen bzw. Wertersatz gem. § 346 II BGB, soweit nicht ausgeschlossen (§ 346 III BGB)

**Schema Nr. 10: §§ 346, 326 V, 323 BGB**

- a) Rücktrittsgrund:
  - aa) Gegenseitiger Vertrag
  - bb) Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners gem. § 275 BGB
  - cc) § 323 V BGB: Bei Teilleistung Interessewegfall (Satz 1)

dd) Kein Ausschluss (§ 323 VI BGB)

(**Merke:** Keine Fristsetzung, vgl. § 326 V BGB)

RF: Rückgewähr der empfangenen Leistungen (§ 346 I BGB) sowie Nutzungen bzw. Wertersatz gem. § 346 II BGB, soweit nicht ausgeschlossen (§ 346 III BGB)

### **Schema Nr. 11: §§ 311 II, 241 II, 280 I BGB (culpa in contrahendo)**

[a) Anwendbarkeit (Problematisch insb. gegenüber Anfechtung und Gewährleistung)]

- b) Vorvertragliches Vertrauensverhältnis iSv § 311 II Nr. 1-3 BGB
- c) Pflichtverletzung
- d) Vertretenmüssen
- e) Schaden

RF: Schadensersatz (negatives Interesse!)

**Beachte:** Punkt a (die Anwendbarkeit) muss nur geprüft werden, wenn ein Abgrenzungsproblem der c.i.c. zu Anfechtung oder Gewährleistung im konkreten Fall besteht.

### **Schema Nr. 12: Gläubigerannahmeverzug (§§ 293 ff. BGB)**

**Anmerkung:** Der Gläubigerannahmeverzug kommt – abgesehen vom Fall des § 304 BGB – in der Klausur nicht als eigener Anspruch vor, sondern *modifiziert* in der Regel andere Ansprüche (Hauptbedeutung). D.h. die Voraussetzungen des Gläubigerannahmeverzugs sind dann an der entsprechenden Stelle inzident zu prüfen (d.h. zum Beispiel beim Verschulden, das gem. § 300 I BGB modifiziert wird).

- a) Erfüllbarer Anspruch (§ 293 BGB)
- b) Tatsächliches Angebot der Leistung (§ 294 BGB) „am rechten Ort, zur rechten Zeit und in rechter Weise“, oder Entbehrlichkeit (§ 295 f. BGB)
- c) Nichtannahme der Leistung
- d) Leistungsvermögen des Schuldners (§ 297 BGB)

RF: Modifikation des Verschuldens (§ 300 I BGB), Konkretisierung (§ 300 II BGB), Erhalt des Gegenleistungsanspruchs bei Untergang (§ 326 II BGB), Gefahrübergang im Kaufrecht (§ 446 S. 3 BGB)

### **Schema Nr. 13: Aufrechnung (§§ 387 ff. BGB)**

**Beachte:** Auch die Aufrechnung ist kein eigener Anspruch, sondern wird unter dem Punkt „Anspruch weggefallen“ als Erfüllungssurrogat geprüft.

- a) Gegenseitigkeit der Leistungen (Ausnahme: § 406 BGB)
- b) Gleichartigkeit der Leistungen

- c) Erfüllbarkeit der Hauptforderung
- d) Fälligkeit der Gegenforderung
- e) Kein Ausschluss (z.B. § 393 BGB)
- f) Aufrechnungserklärung

RF: Forderungen erlöschen gem. § 389 BGB

#### **Schema Nr. 14: Abtretung (§ 398 BGB)**

**Beachte:** Die Abtretung ist *dingliche* Verfügung über die Forderung!

- a) Einigung (§ 398 BGB)
- b) Kein Ausschluss (§ 399 BGB)
- c) Berechtigung  
(grds. kein gutgläubiger Forderungserwerb!)

RF: Forderung wirksam übertragen auf den Neugläubiger

#### **Schema Nr. 15: Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter**

- a) Leistungsnähe des Dritten
- b) Gläubigernähe des Dritten
- c) Erkennbarkeit für den Schuldner
- d) Schutzbedürftigkeit des Dritten

RF: Dritter ist in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen und hat eigene Sekundäransprüche (z.B. Schadensersatz gem. §§ 280 ff. BGB)

#### **Schema Nr. 16: Drittschadensliquidation (DSL)**

- a) Anspruchsinhaber hat Anspruch, aber keinen Schaden
- b) Geschädigter hat Schaden, aber keinen Anspruch (bzw. jedenfalls keinen „guten“ vertraglichen Anspruch)
- c) Zufällige Schadensverlagerung

RF: Der Schaden wird „zum Anspruch gezogen“. Der Anspruch ist somit „komplett“ und kann entweder vom Anspruchsinhaber für den Geschädigten geltend oder an diesen abgetreten werden. Auf letzteres hat der Geschädigte in der Regel einen Anspruch aus § 285 BGB (analog).

#### **Schema Nr. 17: Gesamtschuld gem. § 421 BGB**

*Entweder:*

Kraft Gesetzes angeordnet (z.B. §§ 840 I BGB, 128 HGB, 2058 BGB)

*Oder:*

- a) Schuldnermehrheit
- b) Jeder schuldet ganze Leistung
- c) Gläubiger kann Leistung insgesamt nur einmal verlangen
- d) Gleichstufigkeit der Schuld

RF: Tilgungswirkung gem. § 422 BGB (sowie §§ 423 f. BGB), Ausgleichsanspruch nach § 426 BGB

### Schema Nr. 18: Gestörte Gesamtschuld

- a) Schuldnermehrheit
- b) (Mindestens) einer der Schuldner haftet *voll* (sog. Drittschädiger)
- c) (Mindestens) ein Schuldner haftet nur *privilegiert* (aufgrund von Gesetz oder Vertrag)

RF: Streitig

Denkbar sind drei Möglichkeiten:

- (1) Beschränkung des Anspruchs des Gläubigers
- (2) Drittschädiger haftet voll, hat aber keinen Regress gegen den Privilegierten
- (3) Drittschädiger haftet voll und hat auch Regress gegen den Privilegierten gem. § 426 BGB

**Tipp:** Der BGH vertritt – je nach Art der Privilegierung – alle drei Lösungsmöglichkeiten. Soweit man sich daran nicht mehr erinnert, reicht es in der Klausur aber in der Regel auch, alle drei Möglichkeiten darzustellen und dann Möglichkeit (1) zu folgen, deren Ergebnisse eigentlich nie so ganz falsch sind.

### Schema Nr. 19: Verbraucherwiderrufsrecht

- a) Anwendbarkeit: Unternehmer- (§ 14 BGB) und Verbrauchereigenschaft (§ 13 BGB)
- b) Grundlage des Widerrufsrechts, insbesondere:
  - Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag (§ 312b,g BGB)
  - Fernabsatzverträge (§§ 312c, 312g BGB)
  - Verbraucherkredite (§ 495 I BGB)
- c) Frist: 14 Tage bei ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung (§ 355 II BGB), ansonsten grundsätzlich ein Jahr (§ 356 III 2 BGB)
- d) Form: Erklärung gegenüber Unternehmer, Rücksendung reicht nicht
- e) Kein Ausschluss (z.B. §§ 356 IV, V, 312g II BGB)

RF: § 357 BGB (Rückabwicklung innerhalb von 14 Tagen, evtl. Wertersatz gemäß § 357 V BGB), für verbundene Verträge: § 358 f. BGB