

hofmann

Der sichere Weg zum Examen!

Skript Schuldrecht BT1

Autor: RA Frank Hofmann

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

www.repetitorium-hofmann.de

Inhaltsverzeichnis

Inhalt	Seite
Lerneinheit 1: Kaufvertrag (§ 433 BGB): kaufrechtliche Gewährleistung (§§ 434 ff. BGB), Begriff des Sachmangels (§ 434 BGB) und des Rechtsmangels (§ 435 BGB), Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 ff. BGB), Beweislastumkehr nach § 477 BGB, Nacherfüllung (§§ 437, 439 BGB, Sonderprobleme: Selbstvornahme der Nacherfüllung durch den Käufer, Kosten von Ein- und Ausbau der Kaufsache nach § 439 III BGB)	4
Lerneinheit 2: Gewährleistung beim Kauf: Rücktritt, Minderung (§ 437 Nr. 2 BGB), Schadens- und Aufwendungsersatz (§ 437 Nr. 3 BGB), Gefahrübergang beim Kauf (§§ 446, 447 BGB), Kaufvertrag über Waren mit digitalen Elementen (§§ 475b ff. BGB), Vertrag über digitale Produkte (§§ 327 ff. BGB), Verkäuferregress (§§ 445a ff., 478, 327t f. BGB), Vorkaufsrecht (§ 463 BGB)	22
Lerneinheit 3: Darlehen und andere Finanzierungshilfen (§ 488 ff. BGB), Sondervorschriften für den Verbraucher-Darlehensvertrag (§§ 491 ff.), verbundenes Geschäft (§§ 358, 359 BGB), Einwendungsdurchgriff, Schenkung (§§ 516 ff. BGB)	37
Lerneinheit 4: Mietvertrag (§ 535 BGB), Rechte und Pflichten des Mieters, Gewährleistung für die Mietsache (§§ 536 ff. BGB), Vermieterpfandrecht (§§ 562 ff. BGB), Kauf bricht nicht Miete (§ 566 BGB), Kündigung des Mietverhältnisses, Eigenbedarf nach § 573 II Nr. 2 BGB, mietähnliche Verträge: Pacht (§ 581 BGB), Leasing, Franchising, Besonderheiten des Finanzierungsleasing, insbesondere Auswirkungen von Mängeln der Kaufsache auf den Leasingvertrag durch Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB)	42
Lerneinheit 5: Dienstvertrag (§ 611 BGB), Abgrenzung zum Werkvertrag (Zeit- und Erfolgsbestimmtheit), Arbeitsvertrag, Aufbauschema Kündigungsschutzklage, AGG, Behandlungsvertrag (§§ 630a ff. BGB), vgl. auch Lektionen Zivilrechtliche Nebengebiete, Arbeitsrecht, Lektion 1 und 2	59
Lerneinheit 6: Typen des Werkvertrags (§ 631 BGB), Werklieferungsvertrag (§ 650 I BGB), Verbrauchervertrag über die Herstellung digitaler Produkte (§ 650 II-IV BGB), Bauvertrag (§ 650a BGB), Verbraucherbauvertrag (§ 650i BGB), Bauträgervertrag (§ 650u BGB), Gewährleistung (§§ 633 ff. BGB), Pflichten des Bestellers, Abnahme (§ 640 BGB), Gefahrtragung (§§ 644 f. BGB), Sphärentheorie, Werkunternehmerpfandrecht (§ 647 BGB, Sonderproblem: gutgläubiger Erwerb), Reiserecht (§§ 651a ff. BGB), Gewährleistung für Reisemängel (§ 651i ff. BGB), Maklervertrag (§ 652 BGB), Auftrag (§§ 662 ff. BGB)	69
Lerneinheit 7: Bürgschaft (§§ 765 ff. BGB), Abgrenzung zu Schuldbeitritt und Garantie, Form (§§ 766 BGB, 350 HGB) Einreden des Bürgen (§§ 768 ff. BGB), Verhältnis zum Hauptschuldner (§§ 774, 670 BGB), Wettlauf der Sicherungsgeber, Globalbürgschaft, Sittenwidrigkeit von Ehegattenbürgschaften, Bürgschaft und Verbraucherschutz, Schuldversprechen und Schuldanerkennnis (§§ 780, 781 BGB)	84

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

Lerneinheit 1: Kaufvertrag (§ 433 BGB): kaufrechtliche Gewährleistung (§§ 434 ff. BGB), Begriff des Sachmangels (§ 434 BGB) und des Rechtsmangels (§ 435 BGB), Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 ff. BGB), Beweislastumkehr nach § 477 BGB, Nacherfüllung (§§ 437, 439 BGB, Sonderprobleme: Selbstvornahme der Nacherfüllung durch den Käufer, Kosten von Ein- und Ausbau der Kaufsache nach § 439 III BGB)

A. Einführung

Der besondere Teil des Schuldrechts befasst sich mit konkreten Typen von Schuldverhältnissen (Kaufvertrag, Mietvertrag, Werkvertrag usw.). Anders als der allgemeine Teil des Schuldrechts, dessen „vor die Klammer gezogene“ Regelungen für jedes Schuldverhältnis gelten, gelten die Vorschriften des BT jeweils nur für den jeweiligen Typ von Schuldverhältnis.

Man unterscheidet insoweit zwischen **vertraglichen** Schuldverhältnissen, die durch Rechtsgeschäft zwischen den Parteien zustande kommen, und **gesetzlichen** Schuldverhältnissen, die unabhängig von einer vertraglichen Abrede entstehen.

*Bsp.: Beim **Kaufvertrag** (§ 433 BGB) handelt es sich um ein **vertragliches** Schuldverhältnis, weil es durch den übereinstimmenden Parteiwillen (=zwei übereinstimmende Willenserklärungen) zustande kommt.*

*Gegenbeispiel: A fährt mit seinem Pkw auf den des B auf. Bei dem hier entstandenen Anspruch des B gegen den A aus **Delikt** (§ 823 BGB) handelt es sich um ein **gesetzliches** Schuldverhältnis, weil es ohne eine vertragliche Abrede zwischen den Parteien zustande kommt.*

Das folgende Skript befasst sich mit den *vertraglichen* Schuldverhältnissen des Schuldrecht BT (ein weiteres kostenloses Skript zu den gesetzlichen Schuldverhältnissen finden Sie unter <https://www.repetitorium-hofmann.de>).

Grundprinzip des Schuldrechts ist der Vorrang der Vorschriften des BT vor dem AT. Grundsätzlich ist daher bei jedem Schuldverhältnis in der Klausur immer erst zu prüfen, ob die Vorschriften des BT eine Regelung zu dem jeweiligen Problem enthalten, da diese dann den Normen des AT vorgehen.

*Bsp.: Der Schenker einer Sache haftet nur für Vorsatz und **grobe** Fahrlässigkeit (§ 521 BGB). Diese Vorschrift des BT verdrängt die allgemeine Norm des § 276 I 1 BGB aus dem Schuldrecht AT, wonach der Schuldner Vorsatz und **jede** Fahrlässigkeit zu vertreten hat.*

Andererseits verweisen Vorschriften des BT häufig auf Normen aus dem AT zurück.

Bsp.: § 437 Nr. 2, 3 BGB verweist für die kaufrechtliche Gewährleistung auf allgemeine Vorschriften des Rücktritts- (§§ 323, 326 V BGB) und Schadensersatzrechts (§§ 280, 281, 283, 311a BGB); § 634 Nr. 3, 4 BGB tun dasselbe für die werkvertragliche Gewährleistung.

Beachte: Trotz der Verschiedenheit der Vorschriften für die vertraglichen Schuldverhältnisse im Einzelnen tauchen bestimmte typische Probleme bei vielen Schuldverhältnissen ähnlich auf.

Bsp.: Inwieweit sind Gewährleistungsrechte (Kauf, Miete, Werkvertrag, Reisevertrag) abschließend?

In welchen Fällen können neben ihnen noch andere Anspruchsgrundlagen (z.B. §§ 280 I, 311 II, 241 II; 812 I 1 BGB i.V.m. Anfechtung) geltend gemacht werden?

Wann schlagen kurze Verjährungen des Vertragsrechts (z.B. §§ 438, 548, 606, 634a BGB) auch auf andere Ansprüche – etwa solche nach Deliktsrecht – durch?

Bei Zeitknappheit kann es daher Sinn machen, wenigstens *einen* Vertragstyp mit all seinen Problemen ganz genau zu lernen (hierzu bietet sich vor allem das klausurhäufige Kaufrecht an), und bei anderen, vergleichbaren Vertragstypen in der Klausur dann aufmerksam zu ermitteln, wo diese genau gleich laufen und wo Unterschiede bestehen.

Bsp.: Kauf- und Mietvertrag haben ein von den Begriffen her ähnliches Gewährleistungsrecht. Signifikante Unterschiede sind aber z.B., dass beim Kauf der Verkäufer bei anfänglich unbehebbar Mängeln nur bei Vertretenmüssen auf Schadensersatz haftet (§§ 437 Nr. 3, 311a II 2 BGB), bei der Miete den Vermieter dagegen insoweit eine Garantiehaftung trifft (vgl. § 536a I, 1. Alt. BGB). Weiterer Unterschied z.B.: Beim Kauf muss die Minderung erklärt werden (§ 441 I 1 BGB), bei der Miete tritt die Minderung (§ 536 BGB) von selbst ein.

Die im besonderen Teil des Schuldrechts geregelten Vertragstypen sind im Übrigen nicht abschließend. Die Parteien können jederzeit Vertragsformen mischen bzw. ganz eigene Vertragstypen entwickeln.

Bsp.: Restaurant-Bewirtungsvertrag, Hubschrauber-Rundflugvertrag.

Tipp1: Auf diejenigen nicht geregelten Vertragstypen, die im Rechtsverkehr (und in den Klausuren) häufiger vorkommen – z.B. Leasing – ist in der Vorbereitung besonderer Bedacht zu legen. Denn anders als bei geregelten Vertragstypen, bei denen man auch in dem Fall, dass man sie nicht gelernt hat, sich noch einiges aus dem Gesetz herleiten kann (z.B. Reisevertragsrecht), ist dies bei den nicht-geregelten Vertragstypen nicht möglich.

Tipp2: Im Besonderen Teil des Schuldrechts spielen Verbraucherschutznormen eine besondere Rolle (vgl. z.B. **§§ 474 ff., 491 ff. BGB**). Es kann daher nichts schaden, sich vorab noch einmal die wichtigsten Definitionen des Verbraucherrechts in Erinnerung zu rufen und die entsprechenden Vorschriften nachzuschlagen.

Die wichtigsten Begriffe des Verbraucherrechts sind:

- Die Definition des Verbrauchervertrages (vgl. **§ 310 III BGB**)

- Der Begriff des Verbrauchers (§ 13 BGB) und des Unternehmers (§ 14 BGB)
- Die Zahlung eines **Preises** durch den Verbraucher (vgl. § 312 I BGB, der Begriff des „Preises“ ist mit der Schuldrechtsreform zum 1.1.2022 an die Stelle des Begriffs „Entgelt“ getreten)

Beachte: Der Preis, den der Verbraucher zu zahlen hat, kann auch in der Preisgabe von persönlichen Daten bestehen (vgl. etwa § 327 III BGB)

- Der Begriff der **Ware** (§ 241a I BGB)

Beachte: Der Begriff der „Ware“ ist mit der Schuldrechtsreform zum 1.1.2022 an die Stelle der „beweglichen Sache“ beim Verbrauchsgüterkauf getreten (vgl. § 474 I BGB). Der einzige praktische Unterschied besteht darin, dass „Waren“ nur solche beweglichen Sachen sind, die nicht aufgrund einer Zwangsvollstreckung oder gerichtlicher Maßnahmen erworben wurden.

- Der Begriff des **Verbrauchsgüterkaufs** (vgl. § 474 I BGB)

Zur Terminologie: Der Begriff „Verbrauchsgüter“ entstammt ursprünglich der *Betriebswirtschaftslehre* und meint dort Güter, die bei ihrer Benutzung verbraucht werden. So gesehen passt der Begriff eigentlich nicht richtig, denn der Gesetzgeber meint in § 474 I BGB damit einen Kaufvertrag über eine Ware, bei dem der Verkäufer Unternehmer und der Käufer ein Verbraucher ist.

B. Kaufvertrag

Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, die Sache zu übergeben und dem Käufer Eigentum daran zu verschaffen, vgl. § 433 I S. 1 BGB.

Der Käufer ist verpflichtet, die Sache abzunehmen und den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen, § 433 II BGB.

Gegenstand des Kaufvertrages ist i.d.R. eine Sache (=körperlicher Gegenstand, vgl. § 90 BGB). Es kann aber auch ein Recht, z.B. eine Forderung, verkauft werden (§ 453 I BGB). Auch eine Sachgesamtheit, wie z.B. ein Unternehmen, kann nach § 433 BGB als Ganzes verkauft werden.

Merke: Den Käufer trifft nach dem Wortlaut des § 433 II BGB nicht nur die Pflicht, den Kaufpreis zu zahlen, sondern auch, die Ware *abzunehmen*. Er gerät daher, wenn er die Ware nicht annimmt, nicht nur in Gläubigerverzug (§§ 293 ff. BGB), sondern darüber hinaus mit seiner Abnahmepflicht auch in *Schuldnerverzug* gem. §§ 280 II, 286 BGB!

Tipp: Gegenstand eines Kaufvertrages kann auch ein Tier sein (vgl. § 90a BGB). Solche Klausuren sind nicht selten, da Tierkäufe auch in der Praxis problemföhlrig sind. Zudem werfen Tiere besondere Herausforderungen der Auslegung der Gewährleistung auf (vgl. z.B. BGH VIII ZR 240/18 zur Frage, ob ein zweieinhalb-

jähriges Pferd „neu“ oder „gebraucht“ ist; BGH VIII ZR 69/18 zur Frage, ob es bei ausgeheilter Verletzung analog zum Unfallwagen ein „Unfallpferd“ gebe).

I. Gewährleistungsrechte beim Kauf

Nach § 433 I S. 2 BGB hat der Verkäufer dem Käufer die Sache frei von Mängeln zu verschaffen.

Daraus folgt, dass die Nichterfüllung dieser Pflicht durch den Verkäufer eine Pflichtverletzung darstellt und Gewährleistungsansprüche des Käufers nach sich zieht.

1. Anzuwendendes Gewährleistungsrecht

Mit der Schuldrechtsreform zum 1.1.2022 hat der Gesetzgeber das Gewährleistungsrecht für Verbraucherverträge über Kaufsachen mit digitalen Elementen neu geregelt.

Wichtig: Die folgende Differenzierung spielt also in aller Regel nur für Verbraucherverträge eine Rolle! Für Verträge zwischen Unternehmen oder zwischen Privatleuten bleibt es bei den „klassischen“ Gewährleistungsregeln, auch dann, wenn es um „digitale Elemente“ geht.

Seitdem sind für die Frage der anzuwendenden Gewährleistungsregeln insgesamt **vier Fälle** zu unterscheiden:

1. Kaufvertrag über Sachen ohne digitale Elemente (es gelten §§ 434, 474 ff. BGB ohne Sonderregelungen)

Bsp.: Fahrrad, Grundstück, Reitpferd, Forderung

2. Kaufvertrag über „Waren mit digitalen Elementen“

Definition: Ein solcher Kaufvertrag liegt vor, wenn in der Ware digitale Produkte enthalten oder so mit ihr verbunden sind, dass die Ware ihre Funktion ohne dieses digitale Produkt nicht erfüllen kann (vgl. **§§ 475b I, 327a III BGB**).

Bsp.: Smartphone, Spielekonsole, Smart-TV, Notebook, W-Lan-Router, Smartwatch

Merke: Das digitale Element muss mit der Ware so verbunden sein, dass diese ihre Funktion ohne das digitale Element **nicht** erfüllen kann!

In diesem Fall gelten die Gewährleistungsregeln der **§§ 475b ff. BGB**.

3. Kaufvertrag über eine Ware, die zwar digitale Produkte enthält, ihre Funktion aber auch ohne dieses digitale Produkt erfüllen kann (vgl. **§ 475a II BGB**).

Bsp.: Thermomixer mit App-Anbindung, Eigentumswohnung mit SmartHome-Funktion, Segelyacht mit Bordcomputer; wohl z.B. auch die „Schummel-

Software" aus dem „Diesel-Skandal“, wenn man den Fall nach neuem Recht subsumieren wollte.

In diesem Fall gilt für das digitale Element (und nur für dieses!) das Gewährleistungsrecht der **§§ 475a II, 327a ff. BGB**. für Verträge über digitale Produkte.

Zur Terminologie: Eine prägnante gesetzliche Bezeichnung für diesen Vertragstyp gibt es noch nicht. Es bietet sich aber an, hier vom Fehlen einer „qualifizierten Verbindung“ zwischen Ware und digitalem Produkt zu sprechen.

4. Soweit nur digitale Inhalte verkauft werden, gelten für die Gewährleistung ausschließlich die **§§ 327a ff. BGB** (vgl. den Verweis in **§ 453 I 2, 3 BGB**, dies gilt auch dann, wenn die Ware auf einem körperlichen Datenträger verkauft wird, vgl. **§§ 475a I, 327 V BGB**).

Bsp.: Software, E-Book, App, digitales Spiel, Film auf DVD

Merke: Diese vier Fälle führen also zur Anwendung von insgesamt **drei** verschiedenen Gewährleistungs-Systemen, nämlich:

1. Die „normalen“ Regeln der **§§ 434 ff., 474, 475, 476 und 477 BGB**: diese finden Anwendung auf Sachen ohne digitale Elemente oder bei Kaufsachen, die zwar ein digitales Element aufweisen, das aber in keiner qualifizierten Verbindung mit der sonstigen Kaufsache steht – *Bsp.: der Thermomixer mit der App-Verbindung* – auf diese sonstige Sache (vgl. §§ 475a II 1, 327a II 2 BGB, also im Beispiel auf den *Thermomixer*).

2. Die Gewährleistungsregeln für den Kaufvertrag über eine „Ware mit digitalen Elementen“ (§ 475b I BGB), also solche, bei denen eine qualifizierte Verbindung besteht und die Sache ohne das digitale Element nicht funktionieren (*Bsp.: Smartphone, Spielekonsole*): hier finden auf die gesamte Sache die Gewährleistungsregeln der **§§ 475b bis 475e BGB** Anwendung (teilweise wird hier auch auf § 434 BGB verwiesen, vgl. etwa § 475b III Nr. 1 BGB).

3. Die allgemeinen Gewährleistungsregeln für Verbraucherverträge über digitale Produkte der **§§ 327c bis 327j BGB**. Sie finden Anwendung beim Kauf rein digitaler Produkte (vgl. §§ 453 I 2, 3, 475a I BGB) – *Bsp.: E-Book, App* – sowie beim Kauf einer Sache mit digitalen Elementen, bei denen aber keine qualifizierte Verbindung besteht, auf das digitale Produkt (vgl. § 475a II BGB) – *Bsp.: im obigen Fall des Thermomixers mit App, wenn die App nicht funktioniert*.

Tipp: Die auf den Vertrag anzuwendenden Normen herauszufinden, ist danach zwar nicht einfach. Die angesprochenen Gewährleistungsvorschriften unterscheiden sich dann aber gar nicht so stark voneinander. Verschaffen Sie sich einen Überblick, indem Sie die Vorschriften einfach einmal lesen. Sie werden sehen, dass die verschiedenen Gewährleistungssysteme sich in den wesentlichen Elementen, etwa der Definition eines Mangels und der Beschreibung der Rechte des Käufers, ziemlich ähnlich sind. Die folgende Beschreibung orientiert sich an den Mangel-Vorschriften des „normalen Kaufrechts“, auf die Besonderheiten der Gewährleistung beim Kauf einer Ware mit digitalen Elementen sowie des Verbrauchervertrags über digitale Produkte wird weiter unten kurz eingegangen.

2. Mangel (§ 434 BGB)

Rechte des Käufers entstehen immer dann, wenn die gelieferte Sache mangelhaft ist. Wann eine Sache mangelhaft ist, ergibt sich aus § 434 f. BGB. Dabei ist zwischen *Sachmängeln* (§ 434 BGB) und *Rechtsmängeln* (§ 435 BGB) zu unterscheiden.

a) Sachmangel

Nach der Neufassung des § 434 BGB durch die Schuldrechtsreform zum 1.1.2022 ist die Sache frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang den **subjektiven Anforderungen (Abs. 2)**, den **objektiven Anforderungen (Abs. 3)** und den **Montageanforderungen (Abs. 4)** entspricht.

Beachte: Die Anforderungen der Abs. 2 bis 4 gelten kumulativ, d.h. die Kaufsache muss allen drei Anforderungen entsprechen.

Zu den **subjektiven Anforderungen** zählen nach § 434 II BGB die vereinbarte Beschaffenheit, die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung und das vereinbarte Zubehör sowie Montageanleitungen o.ä. Zur Beschaffenheit zählen insbesondere Art, Menge, Qualität und Funktionalität sowie sonstige Merkmale, für die die Parteien Anforderungen vereinbart haben.

Bsp.: Zugesicherte Unfallfreiheit eines Pkw, Größe einer Wohnung, Eigenschaft eines Bildes, von einem bestimmten Maler zu stammen.

Unter den **objektiven Anforderungen** nach § 434 III BGB versteht man, sofern nicht wirksam etwas anderes vereinbart wurde, die Eignung für die gewöhnliche Verwendung und eine Beschaffenheit der Sache, wie sie üblich ist und der Käufer sie erwarten durfte.

Bsp.: Vermietungsfähigkeit einer Wohnung nach öffentlichem Recht, keine Standzeit über 12 Monate bei einem Neuwagen, Unterbleiben regelmäßiger Programmabstürze bei Software (vgl. dann § 327e III BGB).

Den **Montageanforderungen** nach § 434 IV BGB entspricht die Kaufsache – wenn eine Montage durchzuführen ist – dann, wenn die Montage entweder sachgemäß erfolgte oder aber eine unsachgemäße Montage weder auf den Verkäufer noch auf die Anleitung zurückzuführen ist.

Wichtig: Zwar können die Parteien von § 434 BGB abweichende Vereinbarungen treffen (also z.B. vereinbaren, dass eine Sache von den objektiven Anforderungen abweichen darf, etwa ein Auto als *Bastlerfahrzeug* verkaufen, oder den schlechten Gesundheitszustand eines Tieres berücksichtigen). Bei Verbrauchsgüterkaufverträgen geht dies nach **§ 476 I 2 BGB** aber nur, wenn der Verbraucher von der Abweichung eigens in Kenntnis gesetzt und diese ausdrücklich und gesondert vereinbart wird (dies dürfte, auch wenn sich die Vorschrift zur Form nicht äußert, in der Regel eine gesonderte Vereinbarung zwischen den Parteien mindestens in Textform erforderlich machen).

Zur Terminologie: Der Begriff „*eigens*“ in **§ 476 I 2 BGB** ist der deutschen Rechtsgeschäftslehre bisher fremd, er entspricht der deutschen Fassung der Warenkauf-Richtlinie. Die englische und französische Fassung der Warenkauf-Richtlinie verwenden an dieser Stelle die Wörter „*specifically*“ bzw. „*spécifiquement*“, was man jeweils mit „besonders“ übersetzen könnte. Gemeint ist also wohl, die entsprechende Information besonders herausstellen zu müssen. Die Abweichung in einer Produktbeschreibung zu „verstecken“, dürfte dagegen nicht genügen (vgl. hierzu RegE-Warenkauf, S. 44).

Einen Sachmangel stellt es nach **§ 434 V BGB** auch dar, wenn der Verkäufer statt der eigentlich geschuldeten Sache eine andere liefert (sog. „**aliud-Lieferung**“, *aliud* lateinisch für: eine andere Sache).

Bsp.: A bestellt bei B 10 Ballen Sendai-Seide. B liefert aber stattdessen Kawamatta-Seide. Obwohl es sich eigentlich auch um eine andere Sache handelt und man auch auf die Idee kommen könnte, dass damit schon überhaupt keine Erfüllung i.S.v. §§ 433 I S. 1, 362 I BGB vorliegt, unterstellt § 434 V BGB auch die Lieferung einer anderen Sache dem Sachmängelgewährleistungsrecht.

Beachte: Seit der Schuldrechtsreform zum 1.1.2022 enthält § 434 BGB dagegen keine Sondervorschrift für die „Zuwenig-Lieferung“ mehr. Diese wird nun in § 434 II und III BGB ausdrücklich als Sachmangel erwähnt („Menge“). Alternativ kann der Käufer die Teilleistung nach § 266 BGB ablehnen und gerät dadurch nach § 294 BGB auch nicht in Annahmeverzug. Nicht ersichtlich ist aus dem Wortlaut von § 434 II, III BGB, ob auch die „Zuviel-Lieferung“ künftig als Sachmangel gelten soll (dagegen etwa Weidenkaff, in: Grüneberg, BGB, 81. Auflage 2022, § 434 Rdnr. 10).

Wichtig: Ein Sachmangel liegt – in Abgrenzung zum Rechtsmangel nach § 435 BGB – auch dann vor, wenn die Kaufsache eine Eigenschaft aufweist, die aus *rechtlichen* Gründen dazu führt, dass sie nicht mehr in der vereinbarten oder gewöhnlichen Art und Weise benutzt werden kann.

So war es z.B. im sog. „**Dieselskandal**“, wo die Verwendung der Abschalteneinrichtung in der Software zu der zumindest latenten Gefahr einer drohenden Betriebsuntersagung des Pkw nach § 5 FZV i.V.m. Art. 5 II VO 715/2007/EG (Typengenehmigungs-Verordnung der EU) führte (vgl. im Einzelnen BGH, Beschl. v. 8.1.2019 – VIII ZR 225/17, BeckRS 2019, 2206; anders dagegen für das sog. „Thermofenster“ von Daimler, vgl. hierzu BGH NJW 2021, 921; da es sich bei der Diesel-Software um ein digitales Element handelt, das aber wohl in keiner qualifizierten Verbindung zum Pkw steht, dürfte nach neuem Recht in vergleichbaren Fällen §§ 475a II, 327a ff. BGB anwendbar sein).

b) Gefahrübergang

Der Sachmangel muss zum Zeitpunkt des sog. *Gefahrübergangs* vorliegen, vgl. § 434 I S. 1 BGB. Die Gefahr – d.h. das Risiko, im Falle eines zufälligen Untergangs der Kaufsache den Kaufpreis trotzdem erbringen zu müssen – geht gem. § 446 BGB im Normalfall durch die Übergabe der Sache auf den Käufer über.

Ausnahmen hierzu bilden § 447 BGB (Gefahrübergang beim Versandkauf) und § 326 II, 2. Alt. BGB (Gefahrübergang bei Annahmeverzug).

Hintergrund der Regelung ist, dass sich die Sache ab Gefahrübergang regelmäßig im Einflussbereich des Käufers befindet. Treten erst jetzt Mängel auf, so soll der Verkäufer dafür nicht mehr einstehen müssen.

Beachte: Eine Sonderregel gilt insoweit für den Verbrauchsgüterkauf gem. §§ 474 ff. BGB, d.h. einen Kaufvertrag über eine Ware, bei dem auf Verkäuferseite ein Unternehmer i.S.d. § 14 BGB und auf Käuferseite ein Verbraucher (vgl. § 13 BGB) auftritt.

Taucht bei einem solchen Vertrag ein Sachmangel innerhalb eines Jahres nach Gefahrübergang auf, so wird gem. **§ 477 BGB** vermutet, dass dieser Sachmangel schon bei Gefahrübergang vorgelegen hat.

Auch gelten gem. § 475 II BGB die Regeln über den Gefahrübergang beim Versandkauf (§ 447 BGB) grundsätzlich nicht für den Verbrauchsgüterkauf. Auch insoweit soll der Verbraucher geschützt werden, die Gefahr soll auch bei Versendung erst mit der tatsächlichen Übergabe auf ihn übergehen.

Beachte: § 475 II BGB ist vom Gesetzgeber sehr missverständlich formuliert worden. Die „Maßgabe“, mit der § 447 BGB angeblich beim Verbrauchsgüterkauf „gelten“ soll, ist in Wahrheit eine extrem seltene Rückausnahme, nämlich dass der Käufer selbst den Spediteur oder Frachtführer beauftragt hat. Außerdem darf ihm der Unternehmer die Transportperson vorher auch nicht benannt haben. Dieser Fall kommt aber praktisch kaum vor.

In allen anderen Fällen aber – in der Klausur faktisch die meisten Fälle - gilt § 447 BGB beim Verbrauchsgüterkauf gerade *nicht*. Praktisch ist § 475 II BGB also etwa so zu lesen: „§ 447 Absatz 1 findet beim Verbrauchsgüterkauf keine Anwendung. Etwas anderes gilt ausnahmsweise nur dann, wenn der Käufer den Spediteur, Frachtführer oder die sonst zur Ausführung der Versendung bestimmte Person mit der Ausführung selbst beauftragt hat und der Unternehmer ihm die Person auch nicht vorher benannt hat.“

c) Rechtsmangel (§ 435 BGB)

aa) Allgemeines

Nach § 435 BGB sind Rechtsmängel dem Sachmangel gleichgestellt, also genau so zu behandeln wie Sachmängel.

Bsp.: A verkauft dem B ein Grundstück mit Haus. Dabei verschweigt er ihm, dass er das Haus kurz zuvor vermietet hat. Ein Rechtsmangel liegt vor, da B mit der Eigentumsübertragung gem. § 566 BGB in die Vermieterpflichten eintritt.

Beachte: Umstritten ist, ob auch die totale Nichtverschaffung des Eigentums ein Rechtsmangel i.S.v. § 435 BGB ist, oder ob in diesem Fall schlicht eine Nichtleistung nach § 433 I S. 1 BGB vorliegt.

In den meisten Fällen wird dies allerdings keinen Unterschied machen, da man in beiden Fällen zu den Leistungsstörungen-Normen des allgemeinen Schuldrechts kommt (im einen Fall direkt, im anderen Fall über den „Umweg“ des § 437 Nr. 2, 3 BGB). Unterschiede ergeben sich nur in der Verjährung:

Bsp.: V verkauft an K ein Fahrrad, das dem E gehört. Acht Jahre nach dem Kauf erfährt K davon (keine Ersitzung nach § 937 II BGB!). Nach elf Jahren verlangt nun der E von K das Fahrrad gem. § 985 BGB zurück (keine Verjährung, vgl. § 197 I Nr. 2 BGB). K will von V Schadensersatz.

Löst man den Fall über § 433 BGB, so sind Ansprüche des K gegen V aus § 311a II BGB nach §§ 195, 199 BGB verjährt. Anders, wenn man in der fehlenden Eigentumsverschaffung einen Rechtsmangel nach § 435 BGB sieht: Dann gilt § 438 I Nr. 1 a) BGB mit der Folge, dass die Regress-Ansprüche des K gegen den V noch nicht verjährt sind.

Vor diesem Hintergrund würde einiges dafür sprechen, in der fehlenden Eigentumsverschaffung einen Rechtsmangel i.S.v. § 435 BGB zu sehen, um K nicht in diese sog. „Regress-Falle“ laufen zu lassen.

Die überwiegende Meinung wendet trotzdem § 433 I S. 1 BGB direkt an. Dem ist zuzugeben, dass dies rein dogmatisch wohl tatsächlich mehr Sinn macht: Denn von einem „Mangel“ kann man eigentlich nur dort sprechen, wo wenigstens *irgendetwas* übertragen wurde.

bb) Sonderproblem: Haftung für die Bonität bei Forderungen

Problematisch ist, ob der Verkäufer einer Forderung neben deren *rechtlichem* Bestand (sog. Verität) auch für die wirtschaftliche Einbringlichkeit, d.h. die Zahlungsfähigkeit des Schuldners (sog. Bonität) haftet.

Bsp.: V verkauft an den K Forderungen, die er gegen die X-GmbH besitzt. Wenig später geht die X-GmbH pleite. K will von V Schadensersatz. Aufgrund der schlechten Vermögenslage, in der sich die X-GmbH nachweislich schon zum Zeitpunkt der Abtretung der Forderungen befunden hätte, seien die Forderungen mangelbehaftet gewesen.

Nach einer Meinung haftet der Verkäufer einer Forderung, wenn zwischen den Parteien nichts anderes vereinbart ist, auch für die Einbringlichkeit der Forderung. Dies wird damit begründet, dass § 453 I BGB umfassend auf die Vorschriften über den Kauf von Sachen, d.h. auch auf § 434 BGB verweise. Zur von den Parteien vorausgesetzten Verwendung i.S.d. § 434 II BGB der Forderung gehöre aber deren Einziehung.

Die überwiegende Meinung verneint jedoch eine Haftung des Verkäufers der Forderung auch für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners, soweit der Verkäufer eine solche Haftung nicht ausdrücklich übernimmt. Ein Recht könne schon denknotwendig keinen „Sachmangel“ haben.

Auch ergebe sich aus § 453 III BGB, in dem der Gesetzgeber für einen Sonderfall bei einem Rechtskauf auf die Sachmangelvorschriften verweise, dass diese je-

denfalls nicht allgemein für den Rechtskauf gelten könnten. Die Verweisung in § 453 III BGB wäre ansonsten überflüssig.

Tipp: Soweit Sie sich noch erinnern, sollten die Worte *Veritätshaftung* und *Boni-tätshaftung* in der Klausur in diesem Zusammenhang fallen.

Wichtig: Weiterhin ist umstritten, ob der Verkäufer im Falle von Rechtsmängeln i.S.d. § 435 BGB eine *konkludente Garantief Haftung* bezüglich der Freiheit von Rechtsmängeln übernimmt.

Der Auffassung einer konkludenten Garantief Haftung liegt dabei der Gedanke zu-grunde, dass der Käufer Rechtsmängel anders als Sachmängel in der Regel nicht oder nur schwer feststellen kann, den Verkäufer also insoweit eine besondere Verantwortung trifft.

Die Meinung, wonach für das Nichtvorliegen von Rechtsmängeln eine konkluden-te Garantief Haftung i.S.v. § 276 I S. 1, 2. Alt. BGB übernommen wird, ist aber abzulehnen, da sie nicht der Intention des Gesetzgebers entspricht. Dieser wollte die Voraussetzungen für die Haftung wegen Sach- und Rechtsmängel gerade an-gleichen, da er Abgrenzungsstreitigkeiten zwischen Sach- und Rechtsmängel ent-schärfen wollte. Im Übrigen findet eine konkludente Garantief Haftung für Rechts-mängel auch im Gesetzeswortlaut keine Stütze.

d) Rechte des Käufers wegen Mängeln, § 437 BGB

Die Rechte des Käufers sind im Einzelnen in § 437 BGB aufgelistet.

Dabei kann der Käufer im Falle eines Mangels grundsätzlich nach § 437 BGB vier verschiedene Rechte geltend machen:

1. Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB
2. Rücktritt gem. §§ 437 Nr. 2, 440, 323, 326 V BGB
3. Minderung gem. §§ 437 Nr. 2, 441 BGB
4. Schadensersatz gem. §§ 437 Nr. 3, 280 ff., 311a BGB

Merke: § 437 BGB ist nicht selbst Anspruchsnorm, sondern wird zu der Norm, die die unmittelbare Rechtsfolge hergibt (also z.B. § 439 BGB oder § 280 I BGB), nur dazuzitiert. Es handelt sich um eine reine Katalognorm, sozusagen um einen „erlaubten Spickzettel“ für die Käuferrechte in der Klausur.

aa) Recht auf Nacherfüllung (§§ 437 Nr. 1, 439 BGB)

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

(1) Allgemeines

Der Käufer kann nach seiner Wahl bei mangelhafter Lieferung entweder Nachbesserung oder Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen, § 439 I BGB.

Beachte: Der Käufer kann auch dann grundsätzlich noch Nachlieferung verlangen, wenn er zuvor schon einmal erfolglos Nachbesserung verlangt hat. Denn anders als etwa die Wahl zwischen Rücktritt und Minderung ist die Nacherfüllung nach § 439 BGB gerade kein endgültiges Gestaltungsrecht, bei dem sich der Käufer festlegen soll (vgl. im Einzelnen BGH JuS 2019, 487).

Dabei ist das Recht auf Nacherfüllung nach der gesetzlichen Systematik gegenüber den anderen Gewährleistungsrechten *vorrangig*. Dies ergibt sich daraus, dass der Käufer nach den anderen Alternativen des § 437 BGB nicht sofort zurücktreten bzw. Schadensersatz verlangen kann, sondern grundsätzlich erst eine Frist zur Nacherfüllung setzen muss (für den Rücktritt: §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB; für Schadensersatz: §§ 437 Nr. 3, 281 I BGB).

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**.

Keine Frist ist weiterhin erforderlich, wenn die Nacherfüllung ohnehin nicht möglich ist (vgl. für den Rücktritt § 326 V BGB bzw. für Schadensersatz §§ 283, 311a II BGB; bei Verbraucherverträgen: **§ 475d I BGB**).

Bsp.: A verkauft B einen Gebrauchtwagen. Nach einigen Wochen stellt sich heraus, dass es sich um einen Unfallwagen handelt, was der A dem B verschwiegen hat. In diesem Fall würde eine Nacherfüllung wenig Sinn machen, da aus einem Unfallwagen durch keine noch so gute Reparatur ein unfallfreier Wagen hergestellt werden kann. B kann daher ohne Setzung einer Frist zur Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 2, 323 I, 326 V BGB sofort vom Vertrag zurücktreten bzw. gem. §§ 437 Nr. 3, 311a II BGB Schadensersatz verlangen.

Der Verkäufer kann allerdings nach § 439 IV BGB die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung verweigern, wenn diese mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist.

Beachte: Ob die gewählte Art der Nacherfüllung unverhältnismäßig ist, bemisst sich nach § 439 IV S. 2 BGB. Zu unterscheiden ist danach die sog. **relative** Unverhältnismäßigkeit, die die Auswahl des Käufers zwischen Nachbesserung und Nachlieferung betrifft, von der sog. **absoluten** Unverhältnismäßigkeit, die im Falle ihres Vorliegens dem Verkäufer das Recht gibt, die Nacherfüllung generell zu verweigern (§ 439 IV S. 3, 2. HS BGB).

Für beide Arten der Unverhältnismäßigkeit werden in Rechtsprechung und Literatur Prozentzahlen gehandelt, allerdings sind die Anforderungen für die relative Unverhältnismäßigkeit wesentlich geringer als bei der absoluten Unverhältnismäßigkeit. In beiden Fällen ist die zumutbare Grenze für den Verkäufer auch davon abhängig, ob er den Mangel zu vertreten hat.

Wichtig: Zwar kann der Verkäufer, wenn er zum Zweck der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache nachliefert, vom Käufer die Rückgewähr der mangelhaften

Sache verlangen. Wenn es sich um einen Verbrauchervertrag handelt, schuldet der Käufer allerdings keinen Nutzungsersatz, vgl. **§§ 439 VI, 475 III 1 BGB**.

(2) Sonderprobleme

Tipp: Der Kenntnis der folgenden Sonderprobleme bedarf es erst für die Fortgeschrittenenklausur oder im Examen. Falls Sie sich also zunächst nur einen Überblick über den Besonderen Teil des Schuldrechts verschaffen möchten, können Sie diese vorerst überschlagen.

(a) Selbstvornahme der Reparatur durch den Käufer

Umstritten ist, ob der Käufer im Fall der Selbstvornahme der Reparatur des Kaufgegenstandes, ohne dem Verkäufer eine Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben, irgendwelche Ansprüche gegen den Verkäufer hat.

Bsp.: K hat von Gebrauchtwagenhändler V einen Pkw gekauft, mit dem er wenige Wochen später auf der Autobahn mit einer Panne liegen bleibt. Aus Enttäuschung über den V gibt er diesem keine Gelegenheit zur Nacherfüllung, sondern beauftragt gleich die Reparaturwerkstätte R mit der Reparatur.

Tipp: Bei den Fällen der Selbstvornahme einer Reparatur des Kaufgegenstandes durch den Käufer müssen Sie sozusagen zwischen dem „braven“ Käufer, der erst eine Frist zur Nacherfüllung i.S.v. §§ 323 I, 281 I BGB setzt, und dem „eigenmächtigen“ Käufer unterscheiden, der dem Verkäufer erst gar keine Gelegenheit zur Nacherfüllung gibt.

Bei ersterem hat es sich zumeist mit einem Anspruch aus §§ 280 I, III, 281 I BGB, dessen Voraussetzungen ja dann wegen der erfolgten Fristsetzung nach § 281 I BGB vorliegen. Die Versuchung ist groß, auch in diesem Fall den gelerten Streitstand der Selbstvornahme im Kaufrecht zu bringen. Dort gehört er aber nicht hin. Er ist nur bei demjenigen Käufer zu erörtern, der von vornherein **keine** Frist setzt.

Für den Fall der „eigenmächtigen“ Selbstvornahme *ohne* Fristsetzung gilt dagegen in der Klausur: Im Ergebnis ist ein Anspruch des Käufers zu **verneinen**, da er das Recht des Verkäufers zur „zweiten Andienung“ verletzt. Es sind hier jedoch vorher eine ganze Menge Anspruchsgrundlagen „abzuklappern“, die in den mittlerweile klassischen Entscheidungen des BGH zur Selbstvornahme ebenfalls zum großen Teil geprüft wurden.

Zu nennen sind hier:

- §§ 441 I, IV BGB (aber: Minderung setzt wie Rücktritt eine Fristsetzung voraus)
- § 439 II BGB (aber: Nacherfüllung meint nur die durch den *Verkäufer* selbst durchgeführte Reparatur der Sache)
- § 280 I, III, 281 I BGB (aber: für den Korrektor herausarbeiten, warum Fristsetzung nach § 281 II BGB bzw. bei Verbraucherverträgen Gelegenheit zur Nacherfüllung i.S.v. § 475d I BGB nicht entbehrlich gewesen ist)

- §§ 280 I, III, 283 BGB (aber: Zwar ist die Nacherfüllung durch die eigenmächtige Reparatur nachträglich unmöglich geworden, aber das hat nicht der Verkäufer zu vertreten)

- **§ 326 II S. 2 BGB analog** (aber: Zwar erspart der Verkäufer tatsächlich die Aufwendungen für die Nacherfüllung, aber eine Anwendung des § 326 II S. 2 BGB würde zu einer Umgehung abschließender Wertungen des Kaufrechts führen – nämlich dem Vorrang der Nacherfüllung)

Tipp: In der Regel sollten Sie bei § 326 II S. 2 BGB analog den größten Diskussionschwerpunkt setzen, zumal dieser tatsächlich von einer Mindermeinung in der Literatur vertreten wird.

- §§ 684, 812 BGB (aber: dito, Umgehung kaufrechtlicher Wertungen)

- § 812 I S. 1, 2. Alt. BGB (aber: wiederum Umgehung des Vorrangs der Nacherfüllung)

In obigem Fall hätte der K also keinen Anspruch auf Ersatz der Reparaturkosten.

(b) Nachlieferungsanspruch bei Stückschulden

Umstritten ist, ob die Nacherfüllung in Form der *Nachlieferung* auch dann in Betracht kommt, wenn es sich um eine **Stückschuld** handelt.

Bsp.: K hat von V einen Pkw gekauft, der sich als Unfallwagen herausstellt. Nacherfüllung durch Nachbesserung kommt hier von vornherein nicht in Betracht: Auch eine noch so gute Reparatur kann aus einem Unfallwagen keinen unfallfreien Wagen machen. Zu fragen ist aber, ob eine Nacherfüllung möglicherweise in Form der Nachlieferung in Frage kommt, indem der V dem K nochmal einen ähnlichen Gebrauchtwagen besorgt.

Nach einer Auffassung ist die Nacherfüllung in Form der Nachlieferung beim Stückkauf (im Gegensatz zur Gattungsschuld) von vornherein ausgeschlossen. Zur Begründung wird vorgetragen, dass sich die Leistungspflicht des Verkäufers beim Stückkauf nur auf die verkaufte Sache beziehe und somit jede andere Sache von vornherein untauglich sei, den vertraglich geschuldeten Zustand herbeizuführen.

Nach überwiegender Meinung jedoch ist eine Nacherfüllung durch Nachlieferung auch bei der Stückschuld grundsätzlich möglich. Der Wortlaut der Bestimmung des § 439 I BGB, wonach es weder hinsichtlich der Nachbesserung noch der Ersatzlieferung darauf ankomme, ob ein Stückkauf oder ein Gattungskauf vorliege, enthalte keinen Anhaltspunkt für die Annahme, dass ein Anspruch des Käufers auf Ersatzlieferung nur bei einem Gattungskauf, nicht bei einem Stückkauf bestehe. Insbesondere nimmt die Norm auch nicht auf die Abgrenzung zwischen Stück- und Gattungsschuld Bezug.

Nach Meinung des BGH ist die Frage, ob eine Ersatzlieferung in Betracht kommt, nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen der Vertragsparteien bei Vertragsschluss zu beurteilen (sog. *hypothetischer Parteiwillen*, §§ 133, 157 BGB).

Möglich sei die Ersatzlieferung nach der Vorstellung der Parteien dann, wenn die Kaufsache im Falle ihrer Mangelhaftigkeit durch eine gleichartige und gleichwertige ersetzt werden kann.

Speziell für gebrauchte Sachen ist der BGH hier allerdings skeptisch: Angesichts des naturgemäß unterschiedlichen Erhaltungszustandes gebrauchter Sachen und der damit verbundenen Schwierigkeit, eine in jeder Hinsicht gleichwertige Ersatzsache zu beschaffen, wäre häufiger Streit über die Gleichwertigkeit der angebotenen oder zu beschaffenden Ersatzsache absehbar, wenn auch bei gebrauchten Sachen regelmäßig Anspruch auf eine Ersatzlieferung bestünde. Dies liefe den Interessen beider Kaufvertragsparteien zuwider.

Im obigen Fall bestünde daher keine Möglichkeit der Nacherfüllung durch Nachlieferung, weswegen der K sofort vom Vertrag zurücktreten kann und dem V gem. §§ 437 Nr. 2, 326 V BGB auch keine Frist setzen muss.

Beachte: Der angeführte Streitstand spielte auch im sog. „**Dieselskandal**“ eine Rolle. So ist nach der Rspr. des BGH hierzu der Nachlieferungsanspruch des Käufers eines Pkws mit illegaler Software nicht allein deswegen ausgeschlossen, weil es inzwischen nur noch das Nachfolgemodell gibt, da dieses in der Regel im Großen und Ganzen mit dem Vorgängermodell gleichwertig sei (vgl. BGH, Beschl. v. 8.1.2019 – VIII ZR 225/17, BeckRS 2019, 2206). Die Entscheidung zwischen Nachrüstung und Neulieferung wird damit allein zu einer Frage der Verhältnismäßigkeit i.S.v. § 439 IV BGB sowie der technischen Möglichkeit einer zureichenden Nachrüstung und der Bewertung entsprechender Software-Updates.

Allerdings kann der Käufer auch nicht sofort zurücktreten. Zwar war das Verhalten des Herstellers *arglistig*, und Arglist macht nach § 323 II Nr. 3 bzw. § 475d BGB die Einräumung einer Frist zur Nacherfüllung grundsätzlich entbehrlich. Die Arglist des Herstellers ist dem Verkäufer aber regelmäßig nicht zuzurechnen (weder nach § 278 BGB noch nach § 166 BGB analog, schon gar nicht § 31 BGB analog, der nur für die Zurechnung der Arglist des *Vorstandes* auf den *Hersteller* gilt).

Zwar könnte auch das erschütterte Vertrauen in den Hersteller an sich als ein besonderer Umstand eine Fristsetzung unzumutbar machen, wenn es etwa um ein von diesem zur Verfügung gestelltes Software-Update geht. Der BGH geht aber nicht hiervon aus, da die Hersteller durch das Öffentlichmachen ihres Betruges ihre ursprüngliche unternehmerische Entscheidung zur Täuschung ersetzt hätten (vgl. etwa BGH NJW 2021, 1814, Rdnr. 17; BGH BeckRS 2021, 31895).

(c) Aus- und Einbau der Kaufsache als Kosten der Nacherfüllung

Eigentlich gehören der Ein- und Ausbau der Kaufsache, in Abgrenzung etwa zum Werkvertrag, gerade **nicht** zu den Verkäuferpflichten. Andererseits würde es das Recht des Käufers auf eine für ihn nicht mit zusätzlichen Kosten verbundene Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes beeinträchtigen, wenn er in obigem Fall die Ein- und Ausbaukosten selbst tragen müsste.

§ 439 III BGB verpflichtet daher den Verkäufer dazu, die Aufwendungen des Käufers für den Ein- und Ausbau der mangelhaften Kaufsache zu tragen.

Bsp.: K hat im Baumarkt V Parkettstäbe gekauft und diese bei sich zu Hause selbst verlegt. Nach einigen Monaten löst sich die obere Buchenholzschicht von der darunter liegenden Holzlamellenschicht, was auf einen – weder für K noch für V erkennbaren – Konstruktionsfehler der Parkettstäbe zurückzuführen ist. V schuldet dem K nach § 439 III BGB nicht nur Nachlieferung der Parkettstäbe, sondern auch die Kosten für den Ausbau der alten, defekten Parkettstäbe bei dem K zu Hause sowie der Verlegung des neuen Parketts.

Zu beachten ist dabei folgendes:

- Der Anspruch auf Aufwendungsersatz für den Ein- und Ausbau gilt unabhängig davon, ob der Käufer ein Verbraucher oder Unternehmer ist.
- Er richtet sich nicht auf den Ein- oder Ausbau durch den Verkäufer selbst, sondern auf die **Kosten** des Ein- und Ausbaus!

Der Käufer K in obigem Fall könnte also von V nicht Ausbau der alten und Einbau der neuen Parkettstäbe verlangen, sondern nur die Aufwendungen, die er (K) selbst dafür tragen musste, also z.B. Handwerkerkosten. Umgekehrt kann V die Sache auch nicht einfach erledigen, indem er dem K „seine“ Handwerker vom Baumarkt schickt.

Beachte: Der Käufer muss also den Verkäufer, von dem er ohnehin enttäuscht ist, nicht „an seine Sachen“ heranlassen. Dies ist freilich ärgerlich für den Verkäufer, der die entsprechenden Handwerksleistungen oft wohl billiger organisieren könnte. Da Ein- und Ausbau nach der Lösung des Gesetzgebers nicht zu den Pflichten des Verkäufers gehören, muss ihm der Käufer diesbezüglich natürlich auch keine Frist setzen (als Verbraucher hat er sogar Anspruch auf einen Vorschuss, vgl. **§ 475 IV BGB**).

- Der Verkäufer kann die ihm durch Aufwendungsersatz für Ein- und Ausbau entstandenen Kosten an seinen Lieferanten „durchreichen“, vgl. **§ 445a I BGB**.
- Das Recht des Käufers, die Aufwendungen für den Ein- und Ausbau zu verlangen, darf nach § 309 Nr. 8 b cc BGB auch in AGBs nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden.

Auch der Lieferant kann sich seiner Verpflichtung in der „Kette“, die Aufwendungen für den Ein- und Ausbau zu tragen, nur beschränkt entziehen (§ 478 II BGB spricht von einem „gleichwertigen Ausgleich“).

- Neben dem Anspruch aus § 439 III BGB bestehen unter Umständen auch Ansprüche wegen Ein- und Ausbau aus §§ 280 ff. BGB, da diese Kosten auch einen Schaden darstellen können (Voraussetzung: Vertretenmüssen).

Tipp: Spannend würde ein solcher Anspruch in der Klausur vor allem dann, wenn sich der Anspruch aus § 439 III BGB aus irgendeinem Grund nicht realisieren lässt (so z.B. bei Unverhältnismäßigkeit der Kosten i.S.v. § 439 IV BGB, Einbau entgegen dem Verwendungszweck oder alle Fälle, in denen es gar nicht mehr um Nacherfüllung geht, sondern der ursprüngliche Kaufvertrag bereits rückabgewickelt wird).

Wichtig: Die Vorschrift des § 439 III BGB ändert nichts an der sachenrechtlichen Eigentumslage bei Ein- und Ausbau. In der Klausur wird durch den Einbau häufig ein Dritter Eigentümer der Sache werden, z.B. der Eigentümer des Hauses bzw. Grundstücks, vgl. § 94 BGB. Dies gilt es, im Auge zu behalten (z.B. bei Beschädigungen durch den Ausbau etc.).

(d) Kosten der Abholung und Anlieferung bei der Nacherfüllung

Problematisch ist, ob die Nacherfüllung im Falle der Nachlieferung auch die **Abholung** der alten (mängelbehafteten) Kaufsache beim Käufer sowie die **Anlieferung** der neuen Sache umfasst.

Bsp.: K hat bei Musikalienhändler V ein Klavier für 3.200 Euro gekauft und dieses unter größten Mühen in den fünften Stock transportiert, wo seine Wohnung liegt. In der Folge zeigen sich an dem Klavier zahlreiche, zum Teil irreparable Mängel, weswegen K von V Nachlieferung eines neuen Klavieres verlangt. K hat keine Lust, dem V das Klavier zurückzubringen und das neue abzuholen, weswegen er beides von V verlangt.

Zwar ordnet § 439 II BGB an, dass der Verkäufer die Kosten der Nacherfüllung zu tragen hat, sagt aber nichts über den Ort aus, an dem die Nacherfüllung zu erfolgen hat. Auch die mit der Schuldrechtsreform vom 1.1.2022 neu eingefügte Vorschrift des **§ 439 VI 2 BGB** sagt nur, dass der Verkäufer die Sache überhaupt und „auf seine Kosten“ zurückzunehmen hat, nicht aber wo er dies zu tun hat.

Teilweise wird hierzu vertreten, dass der Erfüllungsort insoweit der Sitz des Verkäufers sei. Dies wird damit begründet, dass der Nacherfüllungsanspruch letztlich der modifizierte Erfüllungsanspruch des § 433 I BGB sei, bei dem der Leistungs-ort – sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben – auch gem. § 269 I BGB beim Verkäufer läge.

Dem wird aber entgegengehalten, dass dies dem Sinn und Zweck des § 439 BGB zuwiderlaufe, wonach der Käufer durch sein Nacherfüllungsverlangen nicht unzumutbar belastet werden sollte. Hierfür spreche auch die Vorschrift des **§ 475 V BGB**, wonach die Ersatzlieferung ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen müsse.

Die h.M. macht die Frage des Erfüllungsortes letztlich abhängig von den Umständen des Einzelfalls. In diesem Sinne hat auch der EuGH (Urt. v. 23.5.2019, Az. C-52/18) entschieden, dass die Verpflichtung des Käufers zur Rücksendung im *Einzelfall* zu verneinen sein kann, wenn es sich um eine *sehr sperrige Ware* handelt, bei der Abbau und Verpackung mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden sind (im konkreten Fall handelte es sich um ein 5x6 Meter großes Partyzelt). Dann reicht es aus, wenn der Käufer dem Verkäufer die Ware für einen Nachbesserungsversuch am Ort des Käufers „bereitsstellt“. Bei kleineren Sachen sei dem Käufer die Lästigkeit der Rücksendung dagegen zuzumuten.

Dies dürfte auch in obigem Fall des Klavieres anzunehmen sein, da die Versendung zu V mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden ist.

Merke: Hiervon zu trennen ist die Frage der Versandkosten, die nach § 439 II, VI 2 BGB so oder so der Verkäufer trägt.

(e) Verjährung bei Nacherfüllung

Ein neben der Klausur auch in der Praxis wichtiges Problem ist, wie sich die vom Verkäufer vorgenommene Nacherfüllung auf die Verjährung auswirkt.

Bsp.: K hat kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist seinen Pkw wegen Mängeln bei Verkäufer V in Reparatur gegeben und fragt nun besorgt, ob V auch dann noch zur Nacherfüllung verpflichtet ist, wenn die Mängelfeststellung über die Frist des § 438 BGB hinausreicht. Auch möchte er wissen, ob ein Anspruch auf erneute Nacherfüllung besteht, wenn nach der Reparatur mit dem Pkw „wieder was ist“.

Die h.M. nimmt an, dass jedenfalls für die Dauer der Durchführung der Nacherfüllung die Verjährung gemäß § 203 S. 1 BGB gehemmt ist. Streitig ist jedoch, ob die Nacherfüllung auch zu einem Neubeginn der Verjährung führt.

Beachte: Für den Verbraucherkauf einer Ware mit digitalen Elementen - allerdings leider auch nur hierfür - hat der Gesetzgeber im Rahmen der Schuldrechtsreform zum 1.1.2022 das Problem des Mangels „kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist“ inzwischen in **§ 475e III BGB** geregelt (vgl. auch § 327j IV BGB).

Nach einer Meinung ist in der Annahme des Gegenstandes zur Nacherfüllung zugleich ein Anerkenntnis i.S.d. § 212 I Nr. 1 BGB des Verkäufers bezüglich des Nacherfüllungsanspruches zu sehen, so dass die Verjährung von neuem zu laufen beginnt. Beruhe die „Nacherfüllung“ nur auf Kulanz, so müsse der Verkäufer dies klarstellen.

Teilweise wird auch vertreten, jede Ersatzlieferung oder Rückgabe einer nachgebesserten Sache sei eine „Ablieferung“ i.S.d. § 438 II, 2. Alt. BGB und führe daher zum Neubeginn der Verjährung. Die Rechtsprechung ist hier aber skeptischer und verlangt eine Prüfung aller Umstände des Einzelfalls dahin, ob mit der Nacherfüllung wirklich auch ein Neubeginn der Verjährung gewollt ist.

Ob sich der Neubeginn der Verjährung auf den ganzen Gegenstand oder aber nur auf den festgestellten Mangel bezieht, ist abhängig vom Einzelfall. In der Regel wird insoweit aber ein Interesse des Verkäufers anzuerkennen sein, die Verjährung nur bezogen auf den konkreten Mangel zu unterbrechen und bezogen auf den restlichen Gegenstand weiterlaufen zu lassen.

(f) Nacherfüllung bei Untergang auf dem Transport

Umstritten ist, ob der Käufer in dem Fall, dass die Sache auf dem Transport untergeht und § 447 BGB im Fall des Verbrauchsgüterkaufs wegen § 475 II BGB grundsätzlich *nicht* anwendbar ist, deswegen auch einen Nachlieferungsanspruch gem. § 439 I 2. Alt. BGB analog hat (nicht direkt, weil der für die Mängelhaftung notwendige Gefahrübergang noch nicht stattgefunden hat).

Die h.M. lehnt dies ab: Der Käufer sei in diesem Fall auf § 326 I BGB beschränkt. Denn der Nacherfüllungsanspruch sei der (modifizierte) ursprüngliche Erfüllungsanspruch, dieser sei mit der Zerstörung der Sache gem. § 275 I BGB aber gerade untergegangen. Zudem befassen sich §§ 447, 475 II BGB ausschließlich mit der *Preis-*, nicht dagegen mit der *Leistungsgefahr* (vgl. hierzu Hofmann-Skript Schuldrecht AT).

(g) Reichweite der Vermutung des § 477 BGB

Zeigt sich bei einem Verbrauchsgüterkauf innerhalb eines Jahres seit Gefahrübergang ein Mangel, so bestimmt § 477 BGB eine Beweislastumkehr zu Gunsten des Käufers (bei Tieren: ein halbes Jahr, vgl. § 477 I 2 BGB).

Es wird nach § 477 I BGB vermutet, der Mangel habe schon zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen, es sei denn, dies ist nach Art der Sache oder des Mangels ausgeschlossen.

Seit der Schuldrechtsreform vom 1.1.2022 ist durch die neue Formulierung der Vorschrift auch klargestellt, dass die Norm auch dann Anwendung findet, wenn unklar ist, ob ein bestimmter Folgemangel auf einen Grundmangel zurückzuführen ist oder nicht.

Bsp.: K kauft von Gebrauchtwagenhändler V einen Landrover für private Zwecke. Vier Monate später bleibt K auf der Autobahn liegen, weil der Turbolader des Pkw einen Totalschaden hat. Nach einem Sachverständigengutachten lässt sich nicht sicher sagen, ob der Defekt des Turboladers (= "Folgemangel") auf einen Fremdkörper (= "Grundmangel") darin zurückzuführen ist oder aber infolge normalen Verschleißes eingetreten ist.

Zwar kann hier der Folgemangel auf gar keinen Fall schon zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen haben (mit defektem Turbolader wäre der Pkw gar nicht gefahren). Die Formulierung des § 477 BGB n.F. („zeigt sich... ein abweichender Zustand der Ware, so wird vermutet, dass die Ware bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war“) macht aber klar, dass auch dieser Fall erfasst sein soll.

Tipp: Dies war bis zur Schuldrechtsreform vom 1.1.2022 umstritten (zur Geschichte des Streits vgl. Weidenkaff, in: Grüneberg, BGB, 81. Auflage 2022, § 477 Rdnr. 8). In diesem Punkt hat die Reform also zu einer erfreulichen Klarstellung geführt.

Lerneinheit 2: Gewährleistung beim Kauf: Rücktritt, Minderung (§§ 437 Nr. 2 BGB), Schadens- und Aufwendungsersatz (§ 437 Nr. 3 BGB), Gefahrübergang beim Kauf (§§ 446, 447 BGB), Kaufvertrag über Waren mit digitalen Elementen (§§ 475b ff. BGB), Vertrag über digitale Produkte (§§ 327 ff. BGB), Verkäuferegress (§§ 445a ff., 478, 327t f. BGB), Vorkaufsrecht (§ 463 BGB)

bb) Rücktritt (§§ 437 Nr. 2, 440, 323, 326 V, 346 ff. BGB)

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

Ist eine Nacherfüllung innerhalb der gesetzten Frist nicht vorgenommen worden, fehlgeschlagen (vgl. hierzu § 440 S. 2 BGB) oder unmöglich, so kann der Käufer gem. **§§ 437 Nr. 2, 323, 346 ff. BGB** vom Vertrag zurücktreten.

Wichtig: Da in der Klausur meistens gefragt ist, was der Käufer verlangen kann, ist nicht ein abstraktes „Recht auf Rücktritt“ (oder gar – schlimmer Fehler – ein „Anspruch auf Rücktritt“ zu prüfen), sondern der Anspruch des Käufers auf *Rückzahlung des Kaufpreises*. Daher ist es ganz wichtig, bei der Paragraphen-Kette **immer** den § 346 I BGB dazuzuzitieren, denn diese Norm gibt *die begehrte Rechtsfolge* her (Rückgewähr des gezahlten Kaufpreises)!

Dabei ist § 326 V BGB nur dann dazu zu zitieren, wenn eine Behebung des Mangels unmöglich ist. In diesem Fall entfällt nämlich nach § 326 V BGB die Pflicht zur Setzung einer Nacherfüllungs-Frist.

Ist die Rücktrittserklärung nach § 349 BGB noch nicht erfolgt (kann auch konkludent erfolgen, indem der Käufer erklärt, er wolle „sein Geld zurück“ o. ä.), so ist insoweit beim Prüfungspunkt Rücktrittserklärung darauf hinzuweisen, dass diese vom Käufer noch vorgenommen werden müsste.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass eine Fristsetzung gem. § 323 I BGB in folgenden Fällen entbehrlich ist:

- in den Fällen des § 323 II Nr. 1-3 BGB (z.B. endgültige und ernsthafte Verweigerung der Nacherfüllung)
- bei Unmöglichkeit der Nacherfüllung (§ 326 V BGB)
- Nacherfüllung ist zwar möglich, aber in beiden Varianten für den Verkäufer mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden (§§ 439 IV S. 1, 3, 440 S. 1 BGB)
- wenn eine Nachbesserung auch nach zwei Versuchen immer noch nicht gelungen ist (§ 440 S. 1, 2 BGB). In diesem Fall ist das Vertrauen in die Fähigkeiten des Verkäufers zur Nachbesserung zu Recht erschüttert.

Wichtig: Im Fall des Verbrauchsgüterkaufs tritt für die Frage der Entbehrlichkeit der Fristsetzung an die Stelle von § 323 II BGB die Vorschrift des **§ 475d I BGB**.

Der Mangel, wegen dem der Rücktritt erklärt wird, darf außerdem auch nicht unerheblich sein, vgl. **§ 323 V S. 2 BGB**. Dabei geht der BGH von Erheblichkeit aus, wenn die Reparaturkosten 5% des Wertes der Sache übersteigen.

Bsp.: A bestellt sich beim Autohändler B einen neuen Jaguar mit diversen Extras für insgesamt 75.000 Euro. Als der Jaguar ausgeliefert wird, stellt der A fest, dass der Wagen ohne den bestellten zweiten Zigarrenanzünder im Fond (Aufpreis: 199.- Euro) geliefert wurde. Ansonsten entspricht der Jaguar aber seinen Wünschen. Auch wenn sich der zweite Zigarrenanzünder nicht mehr nachrüsten lässt, hat der A wegen § 323 V S. 2 BGB kein Rücktrittsrecht.

Wichtig: Der Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrages gegen den Hersteller wird im sog. „**Dieselskandal**“ nicht auf Gewährleistung gestützt, da mit dem Hersteller in der Regel gar kein Kaufvertrag vorliegt, sondern auf **§§ 826, 31 (analog) BGB**. Hierbei sind allerdings die gezogenen Nutzungsvorteile anzurechnen (nach § 287 ZPO zu schätzen), was den Anspruch für Vielfahrer weniger interessant macht.

Außerdem ist die Verjährung zu beachten: da der sog. „Dieselskandal“ im Herbst 2015 bekannt wurde, verjähren Ansprüche gem. §§ 195, 199 BGB regelmäßig zum 31.12.2018 (vgl. allerdings BGH VI ZR 1118/20, NJW 2021, 3250: keine „Pflicht zum Medienkonsum“ hinsichtlich Dieselskandal, sowie zur Musterfeststellungsklage § 204 I Nr. 1a BGB; im Übrigen kommen über die regelmäßige Verjährung hinaus noch Ansprüche aus § 852 BGB in Betracht).

cc) Minderung (§§ 437 Nr. 2, 441 BGB)

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

Anstelle des Rücktritts kann der Käufer auch den Kaufpreis im Nachhinein mindern, § 441 I S. 1 BGB. Dabei ist der Kaufpreis in dem Verhältnis herabzusetzen, in dem der Wert der Sache mit dem Mangel zum eigentlich zu Grunde gelegten Wert der Kaufsache steht.

Beachte: Anders als der Rücktritt ist die Minderung nicht durch die Unerheblichkeit des Mangels ausgeschlossen, vgl. § 441 I S. 2 BGB.

So kann A im obigen Beispiel des vergessenen zweiten Zigarrenanzünder zwar nicht zurücktreten, wohl aber den Kaufpreis mindern.

Wichtig: Hat der Käufer wegen eines Mangels die Minderung erklärt, kann er nach h.M. trotz § 325 BGB nicht mehr zum Schadensersatz statt der *ganzen* Leistung nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB wechseln. Dem liegt die Erwägung zu Grunde, dass § 437 Nr. 2 BGB 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 davon loskäme, dass er Minderung gewählt hat (lesenswert: BGH BeckRS 2018, 8601).

dd) Schadens- oder Aufwendungsersatz (§§ 437 Nr. 3, 280 ff., 311a BGB)

Unter den Voraussetzungen des § 437 Nr. 3 BGB kann der Käufer einen Schaden, der ihm aus der Mangelhaftigkeit der Kaufsache entsteht, vom Verkäufer ersetzt verlangen.

Dabei setzt ein Schadensersatzanspruch neben der Mangelhaftigkeit der Sache in allen Varianten darüber hinaus ein *Verschulden* des Verkäufers voraus.

Merke: In der **Klausur** kommt es an dieser Stelle in erster Linie darauf an herauszufinden, welche der zahlreichen im § 437 Nr. 3 BGB aufgelisteten Schadensersatznormen auf den konkreten Fall Anwendung finden. Es handelt sich bei § 437 BGB um eine *Rechtsgrundverweisung*, d.h. die Voraussetzungen der entsprechenden Schadensersatznorm sind *zusätzlich* zu prüfen!

Im Einzelnen kommen folgende Ansprüche in Betracht:

(1) Ersatz des Mangelschadens (§§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB)

- vgl. auch Aufbauschema Nr. 6 (Anhang) -

Unter den Voraussetzungen der §§ 280 I, III, 281 BGB kann der Käufer Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn ihm der Verkäufer eine mangelhafte Sache liefert.

Ersetzt wird dabei über §§ 280 I, III, 281 I BGB der sog. *Mangelschaden*, d.h. der Schaden an der Sache selbst.

Merke: Im Gegensatz zum sog. **Mangelschaden**, der nach §§ 280 I, III, 281 I BGB ersetzt wird, steht der **Mangelfolgeschaden**, der nur nach §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB ersetzt wird (s.u., vgl. zur Abgrenzung Schadensersatz *statt* der Leistung von Schadensersatz *neben* der Leistung im Übrigen auch Hofmann-Skript, Schuldrecht AT).

Dabei kann Schadensersatz statt der *ganzen* Leistung (also: komplette Rückabwicklung des Vertrages *und* Schadensersatz) gem. **§ 281 I S. 3 BGB** nur gefordert werden, wenn der Mangel **nicht unerheblich** ist.

Weiterhin bedarf es auch bei § 281 BGB grundsätzlich einer **Fristsetzung** (innerhalb der der Verkäufer dann Nacherfüllung leisten kann). Die Setzung einer Frist ist allerdings auch hier entbehrlich, wenn

- die Nacherfüllung *unmöglich* ist (dann Schadensersatz über **§ 283 S. 1 BGB** bzw. bei anfänglicher Unmöglichkeit über **§ 311a II BGB**, die beide keine Fristsetzung vorsehen)

- vgl. auch Aufbauschema Nr. 4 und 5 (Anhang) -

- der Schuldner die Leistung (d.h. hier die Nacherfüllung) endgültig und ernsthaft verweigert, **§ 281 II, 1. Alt. BGB**

- sonstige besondere Umstände vorliegen, **§ 281 II, 2. Alt. BGB**

Bsp.: Bestellung von 50 Flaschen Champagner für eine Hochzeit. Hier macht eine Fristsetzung zur Nacherfüllung keinen Sinn, da die Hochzeit dann schon vorbei sein wird.

Merke: Bei Verbraucherverträgen tritt auch hier an die Stelle der Fristsetzung die Gewährung der Gelegenheit zur Nacherfüllung, vgl. **§ 475d I Nr. 1, II BGB**. Auch diese ist in den Nr. 2 bis Nr. 5 aufgelisteten Fällen der Vorschrift, z.B. Verweigerung der Nacherfüllung, entbehrlich.

Wichtig: Anders als im Werkvertragsrecht können im Kaufrecht nach wie vor auch die sog. „fiktiven Mängelbeseitigungskosten“ als Schaden geltend gemacht werden. Hierunter versteht man den Betrag, den die Mängelbeseitigung gekostet hätte, auch wenn der Käufer gar nicht vorhat, den Mangel zu beseitigen (vgl. BGH V ZR 33/19, JuS 2021, 793 für das Kaufrecht gegen BGH VII ZR 46/17 JuS 2018, 907 für das Werkvertragsrecht).

Die unterschiedliche Behandlung erklärt sich daraus, dass im Werkvertragsrecht speziell bei neu zu errichtenden Bauwerken häufig sehr hohe fiktive Mängelbeseitigungskosten für solche Mängel entstehen, mit denen der Besteller im Grunde „leben kann“. Dies führt dort zu einer Überkompensation, im Kaufrecht besteht dieses Problem dagegen typischerweise nicht. Bei der Abgrenzung ist zu bedenken, dass beim Wohnungs- oder Hauskauf über einen Bauträgervertrag nach § 650u I BGB hinsichtlich des zu errichtenden Bauwerkes ebenfalls Werkvertragsrecht Anwendung findet.

Beachte auch: Nicht zum fiktiven Schadensersatz zählt die Umsatzsteuer, die hypothetisch angefallen wäre. Zwar findet § 249 II 2 BGB keine direkte Anwendung, da es sich nicht um die Beschädigung einer Sache handelt, die Norm ist aber dem Rechtsgedanken nach anzuwenden.

(2) Ersatz des Mangelfolgeschadens (§§ 437 Nr. 3, 280 I BGB)

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

Unter Mangelfolgeschaden ist derjenige Schaden zu verstehen, der dem Käufer infolge der Mangelhaftigkeit an **anderen** Rechtsgütern entsteht.

Bsp.: A kauft für seine Fabrik einen Druckkessel von H. Der Druckkessel hat einen Riss und explodiert. Dabei werden weitere Maschinen aus der Fabrik des A zerstört. Der Schaden an dem explodierten Kessel selbst ist Mangelschaden, der Schaden an den anderen Maschinen dagegen ein Mangelfolgeschaden.

Im Gegensatz zum **Mangelschaden**, der nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I BGB ersetzt wird, wird der **Mangelfolgeschaden** nur nach den §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB ersetzt (also **ohne** § 281 BGB).

Dies hat zur Folge, dass es *keiner* Fristsetzung bedarf. Diese würde ja im Übrigen auch keinen Sinn machen: So würde im Beispiel mit dem Druckkessel auch eine Neulieferung eines Kessels den Schaden an den übrigen Maschinen nicht wieder rückgängig machen.

Merke: Der Ersatz des Mangelfolgeschadens gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB kann selbständig neben einem Anspruch auf Ersatz des Mangelschadens nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I BGB, aber auch neben allen anderen Ansprüchen des § 437 BGB stehen.

(3) Ersatz vergeblicher Aufwendungen

Anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung kann der Käufer auch Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen, vgl. §§ 437 Nr. 3, 284 BGB.

Bsp.: Maklerkosten bei erheblichen Mängeln einer gekauften Wohnung.

3. Ausschluss der Gewährleistung

a) Allgemeines

Kannte der Käufer den Mangel bei Vertragsschluss, so sind seine Gewährleistungsrechte ausgeschlossen, § 442 I S. 1 BGB.

Dasselbe gilt grundsätzlich, wenn der Käufer den Mangel nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte. Allerdings macht § 442 I S. 2 BGB für den Fall eine Ausnahme, dass der Verkäufer den Mangel entweder arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat.

Wichtig: Allerdings gilt § 442 BGB seit der Schuldrechtsreform vom 1.1.2022 nicht mehr bei Verbraucherverträgen (vgl. **§ 475 III 2 BGB**). Hier schließt also nicht einmal mehr die positive Kenntnis des Käufers von einem Mangel die Haftung aus, soweit hierfür nicht dem Erfordernis einer eigens gesonderten Abrede nach **§ 476 I 2 BGB** genügt wird!

Die Gewährleistung kann grundsätzlich auch durch Vereinbarung ausgeschlossen werden. § 444 BGB beschränkt die Wirksamkeit solcher Vereinbarungen nur, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit übernommen hat.

Beachte: Nach h.M. gilt ein *pauschaler* Gewährleistungsausschluss auch nicht, soweit die Parteien – ausdrücklich oder konkludent – eine *bestimmte* Beschaffenheit vereinbart haben. Die Auslegung ergibt dann regelmäßig, dass sich der pauschale Ausschluss gerade nicht auf diese eine bestimmte Eigenschaft beziehen soll.

Ausnahmen gelten insoweit auch insbesondere für den *Verbrauchsgüterkauf* (§§ 474 ff. BGB), also den Kaufvertrag zwischen Verbraucher und Unternehmer. Von den Gewährleistungsvorschriften kann gem. § 476 I BGB nicht zu Lasten des Verbrauchers abgewichen werden. Lediglich in Bezug auf Schadensersatzansprüche sind andere Vereinbarungen möglich, vgl. § 476 III BGB.

Daneben kann gem. § 476 II BGB bei gebrauchten Sachen die Verjährung gegenüber § 438 BGB auf ein Jahr reduziert werden.

Im Übrigen gelten daneben natürlich noch die Beschränkungen der §§ 307-309 BGB, wenn die Gewährleistung im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) abgedungen wird. Zu beachten sind insoweit insbesondere § 309 Nr. 7, 8 b) BGB.

b) Sonderfall: Agenturvertragsmodell

Beim Gebrauchtwagenverkauf können die §§ 474 ff. BGB nicht ohne weiteres dadurch ausgehebelt werden, dass als Verkäufer ein offiziell Nicht-Unternehmer fungiert, der das Auto in Zahlung gegeben hat, und der Autohändler insoweit lediglich als dessen Vertreter auftritt (sog. *Agenturvertragsmodell*).

Bsp.: A gibt seinen alten Pkw bei dem Autohändler V in Zahlung. Sie vereinbaren, dass der V den Pkw im Namen des A (=als dessen Vertreter i.S.v. § 164 BGB bzw. dessen „Agent“) an einen Interessenten verkaufen wird. V verkauft dann tatsächlich den Pkw im Namen des A an den K und vereinbart dabei einen Ausschluss der Gewährleistung.

Als wenig später an dem Pkw ein Mangel auftritt und K von V Reparatur verlangt, verweist dieser auf den Gewährleistungsausschluss. Als K dessen Unwirksamkeit nach § 476 BGB geltend machen will, entgegnet ihm der V, dass es sich überhaupt nicht um einen Verbrauchsgüterkauf handele: Offizieller Verkäufer sei schließlich der A, der auch als solcher im Kaufvertrag stehe. Er selbst (V) habe nur als Vertreter des A gehandelt.

Hier besteht die Gefahr der Umgehung der §§ 474 ff. BGB (vgl. auch **§ 476 IV BGB**: Umgehungsverbot). Ein Verbrauchsgüterkauf wird daher von der h.M. nur dann ausgeschlossen, wenn der Inzahlunggebende (hier: A) nicht nur rechtlich, sondern auch *wirtschaftlich* als Verkäufer anzusehen ist. Dies ist nur dann der Fall, wenn er sich vom Autohändler **nicht** einen Mindesterloß für den Pkw hat versprechen lassen. Denn nur dann trägt er auch wirklich das Risiko des Verkaufs.

*Hätte sich der A also in obigem Beispiel – wie sehr üblich – von dem V einen Mindesterloß für seinen Altwagen versprechen lassen (z.B. 3.000 Euro), verbunden mit der Abrede, dass ein etwaiger Mindererloß zu Lasten des V fällt, wären die Regelungen des Verbrauchsgüterkaufs (§§ 474 ff. BGB) **anzuwenden**: Denn wirtschaftlich wäre dann der V als Verkäufer anzusehen, da er auch das wirtschaftliche Risiko trägt.*

Vom Agenturvertragsmodell zu unterscheiden ist bei der Inzahlungnahme eines Gebrauchtwagens das Modell, bei dem der Autohändler von vornherein Eigentümer des in Zahlung gegebenen Pkw wird (sog. *Eigentumsmodell*). Die rechtliche Konstruktion ist insoweit ebenfalls umstritten. Nach h.M. handelt es sich um eine Hingabe an Erfüllungs Statt (§ 364 I BGB, vgl. hierzu auch Hofmann-Skript Schuldrecht AT), nach anderer Meinung um einen gemischten Kauf-Tausch-Vertrag.

Konsequenzen hat dies für die Frage, ob der Autohändler im Fall von Mängeln des in Zahlung genommenen Pkw isoliert von der Inzahlungnahme loskommt. Nimmt man eine Abrede an Erfüllungs Statt i.S.d. § 364 I BGB an, wäre dies möglich (vgl. §§ 365, 434, 437 Nr. 2, 3 BGB). Beim Kauf-Tausch-Modell, das ei-

nen einheitlichen Vertrag darstellt, kommt dagegen nur eine Rückabwicklung des gesamten Vertrages in Betracht.

Letzteres läge eher im Interesse des Kunden, wenn er seinen Altwagen für einen guten Preis in Zahlung geben konnte. Er hat dann kein Interesse an einer isolierten Rückabwicklung der Inzahlungnahme, da er dann den (möglicherweise überhöht angesetzten) Wert seines Altwagens in bar nachzahlen müsste. Die h.M. nimmt allerdings trotzdem eine Abrede an Erfüllungs Statt an.

4. Verjährung

Die Rechte aus § 437 Nr. 1 und 3 BGB unterliegen der Verjährung des § 438 BGB. Danach verjähren Gewährleistungsansprüche regelmäßig in **zwei** Jahren (anders z.B. bei Bauleistungen), und damit schneller als nach der Regelverjährungsfrist des § 195 BGB (**drei** Jahre).

Merke: Die Verjährung beginnt mit Ablieferung der Sache, § 438 II BGB. Die Vorschrift des § 199 I BGB wird insoweit verdrängt.

Für den Rücktritt nach § 437 Nr. 2 BGB gelten die Verjährungsregeln des § 438 I BGB nicht unmittelbar. Dies liegt daran, dass der Rücktritt (wie die Minderung) kein Anspruch, sondern ein *Gestaltungsrecht* ist. Ein Recht als solches kann jedoch nicht verjähren. Daher erklären §§ 438 IV, V, 218 BGB den Rücktritt bzw. das Recht auf Minderung für ausgeschlossen, soweit auch der Nacherfüllungsanspruch verjährt ist.

5. Garantie

Neben den Gewährleistungsrechten aus §§ 434 ff. BGB ist häufig noch eine Garantie des Verkäufers bzw. des Herstellers gegeben.

Für diese enthalten §§ 443, 479 BGB Spezialvorschriften. Grundsätzlich unterliegen Garantieerklärungen jedoch der Privatautonomie. Sie werden vom Verkäufer freiwillig gegeben, so dass er selbst Gegenstand, Inhalt und Reichweite bestimmen kann.

Merke: Neben einer Garantieerklärung i.S.v. § 443 BGB gelten aber immer noch die normalen Gewährleistungsrechte, die durch die Garantie nicht ausgeschlossen werden, vgl. **§ 443 I BGB** („... unbeschadet der gesetzlichen Ansprüche“).

Besondere Bedeutung hat die *Haltbarkeitsgarantie* gem. § 443 II BGB. Danach wird vermutet, dass ein während der Geltungsdauer auftretender Sachmangel die Rechte aus der Garantie begründet.

II. Gefahrtragung beim Kauf

Gem. § 446 BGB trägt die Gefahr des zufälligen Untergangs der Kaufsache ab der Übergabe der Käufer. Dies ist darin begründet, dass ab dem Moment der

Übergabe die Sache sich in der Einflussosphäre des Käufers befindet, dieser also die beste Möglichkeit hat, darauf aufzupassen.

Abweichend davon bestimmt § 447 BGB für den Versendungskauf (d.h. *Schickschuld*), dass der Käufer die Gefahr schon ab der Übergabe der Sache durch den Verkäufer an eine zum Transport geeignete Person übernimmt. Da die Versendung bei der Schickschuld auf Verlangen des Käufers erfolgt, soll dieser auch das Risiko einer zufälligen Beschädigung der Sache auf dem Transport tragen.

Nach h.M. gilt § 447 BGB sogar dann, wenn sich der Verkäufer zum Transport eigener Leute bedient, jedoch nicht, wenn diese die Beschädigung oder den Untergang der Sache selbst verschulden. In diesem Fall könnte ein Ausgleich über die Drittschadensliquidation nämlich an den Grundsätzen zur privilegierten Arbeitnehmerhaftung scheitern (vgl. hierzu **Skript Schuldrecht AT** zur Drittschadensliquidation).

Das Verschulden der Transportperson wird in diesem Fall nach § 278 BGB zugerechnet.

§ 447 BGB gilt nach h.M. entgegen seinem Wortlaut auch bei der Versendung innerhalb eines Ortes oder einer Stadt.

Beachte: Für den Verbrauchsgüterkauf ist der Gefahrübergang nach § 447 BGB nach § 475 II BGB grundsätzlich ausgeschlossen (zur schwer verständlichen Formulierung der Norm siehe oben beim Punkt „Gefahrübergang“). Das Risiko des Verlustes der Ware auf dem Transport soll hier nicht der Verbraucher, sondern der Unternehmer tragen.

III. Eigentumsvorbehalt (§ 449 BGB)

Vor allem dann, wenn der Käufer einer Ware den Kaufpreis nicht sofort aufbringen kann, sondern gerne in Raten abbezahlen möchte, wird zwischen den Parteien häufig ein sog. *Eigentumsvorbehalt* gem. **§ 449 BGB** vereinbart.

Bsp.: A verkauft an B einen Gebrauchtwagen zum Preis von 10.000 Euro. Da B den Kaufpreis nicht sofort aufbringen kann, vereinbaren sie eine Ratenzahlung von 1.000 Euro im Monat. Dazu wird ein Eigentumsvorbehalt (§ 449 BGB) vereinbart, d.h. dem B wird zwar der Pkw schon übergeben, A bleibt aber bis zur Zahlung der letzten Rate vorerst Eigentümer. Zahlt B regelmäßig seine Raten, so wird er mit Zahlung der letzten Rate Eigentümer des Pkw.

Der Käufer bekommt die Sache zwar schon übergeben, der Verkäufer behält jedoch das Eigentum an der Ware bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung. Sachenrechtlich gesehen steht dabei die Einigung i.S.v. § 929 S. 1 BGB unter der aufschiebenden Bedingung (§ 158 BGB) vollständiger Kaufpreiszahlung (es entsteht ein sog. „Anwartschaftsrecht“ beim Käufer).

Zahlt der Vorbehaltskäufer seine Raten nicht regelmäßig, so kann der Verkäufer nach § 449 II BGB vom Kaufvertrag zurücktreten. Handelt es sich allerdings um einen Verbraucherkaufvertrag, so stellen §§ 506 III, 508 S. 1, 498 S. 1 BGB hierfür zusätzliche Voraussetzungen auf.

Tipp: An den Eigentumsvorbehalt in seinen verschiedenen Formen (verlängerter Eigentumsvorbehalt, Verarbeitungsklausel etc.) sowie an das Anwartschaftsrecht knüpft sich eine Vielzahl sachenrechtlicher Probleme, vgl. hierzu **Hofmann-Skript Sachenrecht 1, Bewegliche Sachen, Lerneinheit 3** auf www.repetitorium-hofmann.de.

IV. Kaufverträge über Waren mit digitalen Elementen und Verträge über digitale Produkte

1. Kaufvertrag über Waren mit digitalen Elementen (§§ 475b ff. BGB)

Durch die mit der Schuldrechtsreform zum 1.1.2022 eingeführten Vorschriften der **§§ 475b ff. BGB** wird die neue Kategorie eines Kaufvertrags über „Waren mit digitalen Elementen“ eingeführt.

Definition: Eine „Ware mit digitalen Elementen“ liegt dann vor, wenn die Sache in der Weise digitale Produkte enthält oder mit ihnen verbunden ist, dass sie ihre Funktion ohne diese digitalen Produkte nicht erfüllen kann (vgl. **§ 327a III 1 BGB**).

Bsp. (s.o.): Smartphone, Spielekonsole, Smart-TV, Notebook, W-Lan-Router, Smartwatch

Für diesen Vertragstyp definiert das Gesetz in **§ 475b II bis VI BGB** die Anforderungen an eine mangelfreie Ware.

Tipp: Lesen Sie sich die Vorschrift einmal komplett durch und vergleichen Sie mit der Mangelvorschrift für „normale Sachen“, **§ 434 II bis IV BGB**. Sie werden feststellen, dass hinsichtlich der Definition des Mangels kaum Unterschiede bestehen. In der Klausur ist daher hauptsächlich die Herausforderung, die richtigen Gewährleistungsnormen zur Anwendung herauszufinden. Ein besonderes Lernwissen darüber hinaus zu § 475b II ff. BGB ist dagegen an sich nicht erforderlich.

Ein wesentlicher interessanter Unterschied ergibt sich allerdings im Hinblick auf die Pflicht des Verkäufers zur **Aktualisierung** von Software (vgl. **§ 475b III Nr. 2 und IV Nr. 2 BGB**; gleiches gilt nach **§ 475c BGB** für dauerhaft bereitzustellende Daten, z.B. bei Server- oder Cloud-Anbindung). Diese fiel vor der Schuldrechtsreform nicht unter das Mängelrecht, da sie erst nach Gefahrübergang zu erfolgen hatte. Bemerkenswert unklar ist allerdings die Regelung zur Dauer der Aktualisierungspflicht, denn nach § 475b IV Nr. 2 BGB soll hierfür die „Verbrauchererwartung“ ausschlaggebend sein.

Beachte: Unter die Aktualisierungspflicht fallen nur funktionserhaltende Aktualisierungen, also keine „upgrades“.

Für den Bereitstellungszeitraum trifft **§ 475e BGB** für die Verjährung die Sonderregelung einer Ablaufhemmung über den Bereitstellungszeitraum hinaus. Auch die Mängelvermutung ist für digitale Elemente besonders großzügig geregelt: nach **§ 477 II BGB** gilt die Beweislastumkehr zugunsten des Verbrauchers für **zwei** Jahre.

2. Verträge über digitale Produkte (§§ 327 ff. BGB)

Tipp: Der Gesetzgeber hat den Vertrag über digitale Produkte im Schuldrecht AT geregelt, da es sich sozusagen um „vor die Klammer gezogenene“ Vorschriften für alle möglichen Verträge über digitale Produkte handelt (also auch Schenkungen, Miete, Werkvertrag etc.). Der in der Klausur überragend wichtigste Zusammenhang dürfte allerdings mit dem Kaufrecht bestehen (vor allem wegen der Verweisungen in **§ 475a I, II** und **§ 453 I 2, 3 BGB**, siehe oben). Deswegen ist es sinnvoll, den Vertragstyp im Zusammenhang mit dem Kaufrecht zu lernen.

Der Vertrag über digitale Produkte ist ein Verbrauchervertrag, der die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen durch einen Unternehmer gegen Zahlung eines Preises zum Gegenstand hat (vgl. **§ 327 I BGB**).

Digitale Inhalte sind Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden (vgl. **§ 327 II 1 BGB**).

Bsp.: Apps, Videodateien, Audiodateien, digitale Spiele, E-Books, Computerprogramme

Digitale Dienstleistungen sind solche, die dem Verbraucher die Erstellung, Verarbeitung, Speicherung, den Zugang oder die gemeinsame Verwendung von Daten mit anderen Personen ermöglichen (vgl. **§ 327 II 2 BGB**).

Bsp.: Soziale Medien (Facebook, Instagram etc.), Videostreaming, Cloud-Dienste, Remote-Office-Software (Zoom o.ä.)

Beachte: Als Preis, den der Verbraucher zu zahlen hat, kann auch die Bereitstellung personenbezogener Daten angenommen werden (vgl. **§ 327 III BGB**).

Anwendbar sind die Vorschriften auch dann, wenn die Daten auf einem körperlichen Datenträger bereitgestellt werden (vgl. **§ 327 V BGB**). Bei sog. „Paketverträgen“, d.h. der Kombination digitaler Produkte mit anderen Leistungen, finden die **§§ 327 ff. BGB** auf das digitale Produkt Anwendung (vgl. **§ 327a I BGB**).

Wichtig: Die zentrale Abgrenzung für die im Kaufrecht anzuwendenden Normen findet sich in **§§ 327a II, III BGB** (dazu schon oben). Danach gilt: für den Kaufvertrag über eine „Ware mit digitalem Element“ – also einem solchen, ohne das die Kaufsache nicht funktioniert – gelten nach **§ 327a III BGB** ausschließlich die **§§ 475b ff. BGB**. Dort dagegen, wo es an einer solchen „qualifizierten Verbindung“ fehlt und die Ware auch ohne das digitale Produkt funktioniert, finden über **§§ 327a II, 475a BGB** die Vorschriften der **§§ 327a ff. BGB** Anwendung (siehe oben).

Bsp.: eine Spielkonsole funktioniert nicht ohne das digitale Element, d.h. anwendbar sind die §§ 475b ff. BGB; der Thermomixer mit App funktioniert zur Not auch ohne App, anwendbar sind daher für Mängel der App die §§ 327a ff. BGB.

Auch die Vorschriften des Vertrags über digitale Produkte enthalten in den **§§ 327e ff. BGB** ein eigenes Gewährleistungsrecht.

Tip: Lesen Sie sich auch hier die Vorschriften durch und vergleichen Sie sie mit den Mängelvorschriften über „normale Sachen“ (§§ 434 ff. BGB) und den „Waren mit digitalen Elementen“ (§§ 475b ff. BGB). Sie werden erneut feststellen, dass die Unterschiede gar nicht so groß sind. Wie schon oben gesagt, die hauptsächlichste Herausforderung besteht in der Ermittlung des „richtigen“ Gewährleistungsrechts. Im Ergebnis unterscheiden sich die Vorschriften dann nicht so stark.

Interessant sind die folgenden Unterschiede zum „normalen“ Gewährleistungsrecht:

- Bei der Nacherfüllung hat nicht der Verbraucher, sondern der Unternehmer das Wahlrecht, wie er nacherfüllt (vgl. §§ 327i, I BGB).
- An die Stelle der klassischen Instrumente wie Rücktritt oder Kündigung tritt bei Verträgen über digitale Produkte einheitlich die sog. „Vertragsbeendigung“ (vgl. §§ 327m, 327o BGB).
- Änderungen des Produkts im Nachhinein durch den Unternehmer sind in den Grenzen des § 327r BGB möglich.

Beachte: Die Vorschriften des Vertrags über digitale Produkte verstehen sich als allgemeine Vorschriften, daher auch die Verortung durch den Gesetzgeber im allgemeinen Teil des Schuldrechts. In der Klausur werden die Vorschriften hauptsächlich in kaufrechtlichem Zusammenhang zu prüfen sein (wegen §§ 475a, 453 I 2, 3 BGB). Denkbar ist aber auch die Anwendung in anderen Vertragstypen, z.B. der Miete eines digitalen Produkts, oder im Werkvertragsrecht bei individueller Fertigung. Der Gesetzgeber hat hierfür einiges Sondervorschriften erlassen (vgl. §§ 516a, 548a, 578b, 620 IV, 650 II-IV BGB). Wirklich Bedeutendes ist dort allerdings nicht geregelt, es reicht daher eine kurze Lektüre der Vorschriften.

V. Verkäuferregress (§§ 445a ff., 478, 327t f. BGB)

Wegen der Vorschriften über die Gewährleistung befindet sich der Verkäufer einer Sache häufig in einer Art Zwickmühle. Es kann sein, dass er aufgrund der §§ 434, 474 ff. BGB dem Käufer auf Gewährleistung haftet, selbst aber keine entsprechenden Rechte gegenüber *seinem* Lieferanten geltend machen kann.

Bsp.: Der Baumarkt V verkauft Bohrmaschinen, die er von seinem Lieferanten L geliefert bekommt. Er verkauft eine solche Maschine an den Endkunden K, der nach kurzer Zeit Gewährleistung geltend macht. Zwar lässt sich nicht mit Sicherheit sagen, ob die Bohrmaschine von Anfang an mangelhaft war, für den K spricht aber die Vermutung des § 477 BGB, so dass der V die Bohrmaschine zurücknehmen muss.

Will der V nun seinerseits die Bohrmaschine seinem Lieferanten L zurückgeben, so würde die Vermutung des § 477 BGB nun plötzlich *nicht* gelten: Denn sowohl V als auch L sind Unternehmer, so dass die §§ 474 ff. BGB keine Anwendung finden. Dies wird als ungerecht empfunden, da der L für den Mangel als Hersteller eigentlich verantwortlich ist, ja sogar den V als Verkäufer nutzt, um noch mehr

von seinen Bohrmaschinen abzusetzen. Dann muss der L aber auch die Nachteile der Verbrauchergewährleistung tragen.

Wichtig: Diesen Zweck verfolgen die Vorschriften über den Unternehmerregress (§§ 445a-c, 478 BGB, für digitale Produkte: §§ 327t, 327u, 445c BGB). Sie leiten die Verantwortlichkeit des Verkäufers für die Gewährleistung quasi an den Lieferanten weiter, der die mangelhafte Sache hergestellt bzw. geliefert hat. Dem Verkäufer sollen daraus, dass er in der Lieferkette als Letzter dem Käufer gegenübersteht, keine Nachteile entstehen. Daher muss der Lieferant z.B. auch Verbraucherschutzvorschriften gegen sich gelten lassen, obwohl weder er selbst noch sein Abnehmer (hier: der Baumarkt V) ein Verbraucher ist.

So findet z.B. in obigem Fall § 478 I BGB Anwendung mit dem Ergebnis, dass der Verkäufer die Vermutung des § 477 BGB auch gegenüber dem Lieferanten geltend machen kann.

Tipp: Verschaffen Sie sich von den Vorschriften des Unternehmerregresses erst einmal einen Eindruck, in dem sie die §§ 445a-c, 478 BGB komplett durchlesen (die Vorschriften zu digitalen Produkten in §§ 327t, 327u, 445c BGB entsprechen dem komplett). Versuchen Sie dabei, den oben skizzierten Grundgedanken des Gesetzgebers nachzuvollziehen: Den Verkäufer soll aufgrund der von ihm gegebenen Gewährleistung kein Nachteil entstehen, sondern er soll diese in jedem Fall an den Lieferanten weiterreichen können.

Im Einzelnen gilt:

- Der Verkäufer muss dem Lieferanten keine Frist zur Nacherfüllung mehr setzen, sondern kann sofort Rückzahlung des Kaufpreises verlangen, § 445a II BGB (Argument: Er hätte ja auch nichts von einer Nachbesserung durch den Lieferanten, der Endkäufer hat die Ware ja schon zurückgehen lassen).
- Der Verkäufer kann gem. § 445a I BGB (eigene Anspruchsgrundlage!) vom Lieferanten Ersatz aller Aufwendungen verlangen, die er im Rahmen der Nacherfüllung gegenüber dem Käufer zu tragen hatte (Argument: Der Lieferant hätte sie auch bei Direktverkauf zu tragen gehabt). Dies betrifft auch die Ein- und Ausbaurkosten, § 445a I BGB verweist insoweit auf § 439 III BGB.
- Der Verkäufer kann sich, auch wenn er Unternehmer ist, gegenüber seinem Lieferanten auf die Mängelvermutung des § 477 BGB berufen, vgl. § 478 I BGB (Arg.: auch der Kunde konnte sich ihm, d.h. dem Verkäufer gegenüber, darauf berufen).
- Die Regressansprüche des Unternehmers gegen den Lieferanten verjähren frühestens erst zwei Monate nach dem Zeitpunkt, in dem der Unternehmer die Ansprüche des Verbrauchers erfüllt hat (§ 445b II BGB).

Bsp.: L liefert wieder Bohrmaschinen an den Baumarkt des V zum Weiterverkauf an die Endkunden. Nach eineinhalb Jahren Liegezeit erwirbt K die Bohrmaschine X. Nach einem weiteren Jahr macht K Mängel der Bohrmaschine geltend, die schließlich zur Rückabwicklung des Kaufes führen. Gem. § 438 BGB (Verjährungsfrist: zwei Jahre) wären Regressansprüche des V gegen L nunmehr ver-

jährt. Um diese „Regress-Falle“ für den V zu vermeiden, verlängert § 445b II BGB die Verjährung auf zwei Monate nach dem Zeitpunkt, in dem der Unternehmer V die Ansprüche des Verbrauchers K erfüllt hat.

- Die mit der Schuldrechtsreform zum 1.1.2022 eingefügten Vorschriften über den Regress bei digitalen Produkten (**§§ 327t, 327u, 445c BGB**) entsprechen vollständig dem klassischen Unternehmerregress.

Allerdings unterscheiden sie sich geringfügig in der Terminologie: statt vom Lieferanten ist vom „Vertriebspartner“ die Rede (vgl. § 327u I BGB), und statt von der Lieferkette von der „Vertriebskette“ (vgl. § 327u VI BGB).

Allerdings unterliegt der Unternehmer-Regress nach § 445a, 478 BGB auch einigen Einschränkungen:

- Das Mängelrecht des Käufers muss tatsächlich bestehen. Es reicht nach h.M. nicht aus, wenn der Verkäufer die Sache nur aus Kulanz zurücknimmt.

- Nach h.M. gelten die §§ 445a, 478 BGB nicht, wenn der Verkäufer das verkaufte Produkt erst selbst aus Einzelteilen zusammenbaut, die ihm von den Lieferanten geliefert werden (Arg.: Wortlaut „die Sache“, zudem habe der Lieferant keine Kontrolle über den Fertigungsprozess).

- Nach § 445a IV BGB bleibt die Vorschrift des § 377 HGB unberührt, die Rügeobliegenheit unter Kaufleuten also erhalten. Da Lieferant und Unternehmer praktisch immer Kaufleute sein werden, beschränkt sich der Anwendungsbereich der §§ 445a, 478 BGB damit faktisch auf *versteckte* Mängel.

- Der Regress nach §§ 445a, 478 BGB beschränkt sich seinem Wortlaut nach auf *neue* Sachen. Eine analoge Anwendung auch auf gebrauchte Sachen ist nach ganz h.M. abzulehnen.

- Der Lieferant kann die Bedingungen des Verkäuferregresses behutsam anpassen, soweit dem Verkäufer ein „gleichwertiger Ausgleich“ eingeräumt wird (vgl. § 478 II BGB).

VI. Vorkaufsrecht

Der zukünftige Verkäufer eines Gegenstandes kann einer bestimmten Person ein Vorkaufsrecht einräumen.

Dadurch erhält diese Person das Recht, den Gegenstand, bevor ein Dritter ihn erwirbt, bevorzugt kaufen zu dürfen (vgl. **§ 463 BGB**).

Bsp.: B hat lange Zeit eine Boutique in der Innenstadt von Hamburg betrieben, möchte aber nun ihr Leben ändern und nach Südafrika auswandern. Sie verkauft die Boutique an ihre beste Freundin F. Da sie sich ihrer Zukunft in Südafrika aber noch nicht ganz sicher ist, möchte sie für den Fall, dass F die Boutique an jemand Drittes verkaufen sollte, selbst die Boutique (wieder) kaufen können. F und B vereinbaren daher ein Vorkaufsrecht der B für die Boutique.

Sobald der Verpflichtete – im Beispiel die F – einen Kaufvertrag mit einem Dritten schließt (sog. „Vorkaufsfall“), kann der zum Vorkauf Berechtigte zu den Konditionen des Dritten in den Kaufvertrag einsteigen (vgl. **§ 464 BGB**).

Die Frist dafür beträgt bei Grundstücken zwei Monate, ansonsten eine Woche (vgl. **§ 469 I BGB**). Die Frist beginnt dabei erst zu laufen, wenn dem Vorkaufsberechtigten der Abschluss des Kaufvertrages mit dem Dritten mitgeteilt wurde.

Bsp.: F verkauft die Boutique für 850.000 Euro an die X. Nach der Mitteilung des Vertragsschlusses hat B zwei Monate Zeit, durch Ausübung des Vorkaufsrechts selbst als Käuferin die Boutique zu dem vereinbarten Preis zu erwerben (dabei bedarf die Erklärung nicht einmal der notariellen Form, vgl. § 464 I 2 BGB).

Die Regelungen des schuldrechtlichen Vorkaufsrechts nach §§ 463 ff. BGB sind – wie sonst auch grundsätzlich alle Vorschriften des Schuldrechts – dispositiv und können von den Parteien verändert werden.

So wird insbesondere häufig ein *preislimitiertes* Vorkaufsrecht vereinbart.

Bsp.: In obigem Fall vereinbaren B und F, dass die Boutique im Vorkaufsfall für die B nicht mehr als 650.000 Euro kosten soll, unabhängig davon, welche Summe F im Kaufvertrag mit einem Dritten vereinbart.

Beachte: Neben dem *schuldrechtlichen* Vorkaufsrecht der §§ 463 ff. BGB gibt es auch noch ein *dingliches* Vorkaufsrecht nach **§§ 1094 ff. BGB**.

Die wesentlichen Unterschiede zwischen dem dinglichen Vorkaufsrecht nach §§ 1094 ff. BGB und dem schuldrechtlichen Vorkaufsrecht sind:

- Das dingliche Vorkaufsrecht kann **nur** für Grundstücke, nicht für bewegliche Sachen bestellt werden.
- Es wird nach den Regeln der **§§ 873 ff. BGB** bestellt (Einigung, Eintragung, Einigsein, Berechtigung, vgl. i.E. Hofmann-Skript Sachenrecht 3 - Immobiliarsachenrecht).
- Das dingliche Vorkaufsrecht wirkt – wie alle dinglichen Rechte, und anders als das nur relative schuldrechtliche Vorkaufsrecht – absolut und gegenüber jedermann. Praktisch wirkt das dingliche Vorkaufsrecht dabei gegenüber Dritten nach **§§ 1098 II, 883 II BGB** wie eine Vormerkung.

So könnte etwa in obigem Fall, wenn F die Boutique schon an jemand Drittes veräußert hat, die B nach §§ 1098 II, 888 BGB von diesem die Zustimmung zu dessen Löschung im Grundbuch verlangen.

Tipp: Der Klausurersteller kann also jedes Problem, das sich bei der Vormerkung stellt, auch in ein dingliches Vorkaufsrecht einbauen!

- Aufgrund des sachenrechtlichen Typenzwangs sind die Regelungen des dinglichen Vorkaufsrechts **nicht dispositiv** und können daher – anders als beim rein

schuldrechtlichen Vorkaufsrecht nach § 463 ff. BGB – auch nicht verändert werden.

Wichtig: Dies betrifft insbesondere die praxishäufige Vereinbarung eines Preislimits (s.o.). Im schuldrechtlichen Rahmen können die Parteien zwar von § 464 II BGB abweichen. Im sachenrechtlichen Zusammenhang werden §§ 1098 I, 464 II BGB aber zwingendes Recht. Der Verkauf kommt daher zwingend zu den Bedingungen zustande, zu denen der Dritte kauft, also auch zu dem mit ihm vereinbarten Preis.

Die Vereinbarung eines dinglichen und zugleich preislimitierten Vorkaufsrechts ist daher nicht möglich (soweit dies versehentlich doch einmal passieren sollte, wird allerdings die Umdeutung in ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht nach § 463 BGB diskutiert, das durch eine Vormerkung i.S.d. § 883 BGB gesichert ist).

Zur Praxis: In der vertraglichen Praxis spricht nichts dagegen, einfach zwei Vorkaufsrechte parallel zu vereinbaren: ein schuldrechtliches mit Preislimit, um den vereinbarten Preis gegen den Verpflichteten durchzusetzen, und ein dingliches ohne Preislimit, das dafür aber über §§ 1098 II, 883 ff. BGB absolut gegenüber jedem Dritten schützt.

Ein weiteres Problem des Vorkaufsrechts in der Praxis ist, dass sehr oft versucht wird, es mit anderen rechtlichen Gestaltungen zu umgehen.

Dabei soll wirtschaftlich ein Dritter zum Eigentümer gemacht werden, ohne den Vorkaufsfall auszulösen, oder doch zumindest dem Vorkaufsberechtigten die Ausübung seines Rechts erschwert werden.

Bsp.: F verkauft die Boutique nicht, sondern tauscht sie gegen ein anderes Grundstück; F verpachtet die Boutique gegen Zahlung einer einmaligen Pachtsumme für 60 Jahre; F gründet mit ihrer Freundin X eine Boutique-GbR und bringt die Boutique ein, anschließend scheidet sie aus der Gesellschaft aus; F vermietet die Boutique zunächst auf 15 Jahre an eine GmbH der X und veräußert erst dann an die X persönlich (§§ 566, 578 I, II BGB).

Tipp: In der Klausur ist dann regelmäßig zu untersuchen, wie „nah“ die Konstruktion der Umgehung noch am Vorkaufsfall ist und daher trotzdem dessen Regeln zu unterstellen.

Zur Praxis: In der Praxis ist von großer Bedeutung das gesetzliche Vorkaufsrecht des Mieters bei dem Verkauf einer Eigentumswohnung, vgl. § 577 BGB.

Lerneinheit 3: Darlehen und andere Finanzierungshilfen (§ 488 ff. BGB), Sondervorschriften für den Verbraucher-Darlehensvertrag (§§ 491 ff.), verbundenes Geschäft (§§ 358, 359 BGB), Einwendungsdurchgriff, Schenkung (§§ 516 ff. BGB)

C. Darlehen und andere Finanzierungshilfen (§§ 488 ff. BGB)

I. Allgemeines

Durch den Darlehensvertrag verpflichtet sich der Darlehensgeber, den vereinbarten Geldbetrag an den Darlehensnehmer auszuzahlen; der Darlehensnehmer verpflichtet sich, den vereinbarten Zins zu zahlen sowie das Darlehen nach Ablauf der Vertragslaufzeit zurückzuzahlen, vgl. **§ 488 I S. 1, 2 BGB**.

Dabei fällt auch das unverzinsliche Darlehen unter §§ 488 ff. BGB, wohingegen das seltene *Sachdarlehen* in § 607 ff. BGB geregelt ist.

Wichtig: In Klausuren taucht gelegentlich das wucherische Darlehen auf, das gem. § 138 I BGB nichtig ist. Eine Sittenwidrigkeit des Darlehens ist dann anzunehmen, wenn der vereinbarte Zins den marktüblichen Zins entweder *relativ* um 100 % oder *absolut* um 12 % übersteigt.

Allein die Vermögenslosigkeit des Darlehensnehmers macht hingegen einen Darlehensvertrag noch nicht nichtig. Es gilt insoweit die Vertragsfreiheit, vor Härten schützt der Pfändungsschutz der ZPO.

Beachte: Vor dem Abschluss eines Verbraucherkreditvertrages ist allerdings zwingend eine Kreditwürdigkeitsprüfung vorzunehmen, vgl. §§ 505a ff. BGB.

Angesichts der gegenwärtigen Phase niedriger Zinsen ist umstritten, ob ein Darlehen auch einen *negativen* Zinssatz haben kann. Hier ist schon zu fragen, ob es sich überhaupt um einen „Zins“ im Rechtssinne handelt. Kritisch wird dabei vor allem die Einführung eines Negativzinses über Banken-AGB in Altverträge gesehen, da dies zumindest dem bisherigen Leitbild des Darlehens i.S.v. § 307 II Nr. 1 BGB widerspricht.

II. Sonderfall: Verbraucherdarlehensvertrag (§§ 491 ff. BGB)

Die Hauptbedeutung des Darlehensvertrages liegt in der Klausur im **Verbraucherdarlehen** gem. **§§ 491 ff. BGB** sowie in den rechtlichen Problemen, die sich aus der Verbindung eines Verbraucherkreditvertrages mit einer Kreditgewährung ergeben (sog. *verbundenes Geschäft*, vgl. §§ 358, 359 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.

Zur Praxis: Die Widerrufsfrist beginnt erst mit Zurverfügungstellung der Pflichtangaben nach § 492 BGB, lediglich für Immobilienkredite hat der Gesetzgeber in

2016 in § 356b II 4 BGB eine absolute Obergrenze des Widerrufsrechts von einem Jahr und 14 Tagen eingeführt (vorher als sog. „Widerrufsjoker“ bekannt; zu unterscheiden vom „Kündigungsjoker“ nach § 494 VI BGB, wenn nicht ausreichend über das Kündigungsrecht belehrt wurde). Die Anforderungen, die der EuGH an die Pflichtangaben stellt, sind extrem hoch, so dass in vielen Fällen noch nach Jahren ein Widerrufsrecht besteht (vgl. etwa zuletzt EuGH, Urt. v. 9.9.2021, C-33/20, C-155/20, C-187/20, EuZW 2021, 959, BeckRS 2021, 25389).

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

Beachte: Soweit es an einer „wirtschaftlichen Einheit“ fehlt, hat der Gesetzgeber mit § 360 BGB einen Auffangtatbestand über sog. „zusammenhängende Verträge“ geschaffen, der ergänzend zu prüfen ist.

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 Zugangs des Widerrufs (*Beachte: Unterschied zu § 355 I S. 5 BGB*) 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.

Der Darlehensgeber hat in diesem Fall einen Anspruch gegen den Verkäufer auf Rückzahlung der bereits ausgezahlten Darlehensvaluta. Ob dieser Anspruch auf §§ 812 ff. BGB oder auf eine analoge Anwendung des § 358 IV S. 5 BGB zu stützen ist, ist streitig.

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 (Einrede).

Umstritten ist, ob der Verbraucher im Falle des Einwendungsdurchgriffs nach § 359 BGB auch Rückzahlung der bereits geleisteten Raten vom Darlehensgeber verlangen kann. Hier ist zwischen zwei Fällen zu differenzieren:

- Ist der finanzierte Kaufvertrag von Anfang an nichtig gewesen (z.B. wegen § 138 BGB) oder mit *ex-tunc*-Wirkung angefochten, so steht dem Verbraucher gegen den Darlehensgeber ein Bereicherungsanspruch gem. **§ 813 I S. 1 BGB** zu, da dem Darlehensvertrag *von Anfang an* die Einrede des § 359 BGB entgegenstand.
- Beruht der Einwendungsdurchgriff dagegen auf *Mängelrechten* des Käufers (Rücktritt, Minderung oder Schadensersatz), so ist die Annahme eines Anspruchs aus § 813 I S. 1 BGB problematisch, da diese Vorschrift ein Bestehen der Einrede bereits zum Zeitpunkt der Leistung voraussetzt. Dies ist bei den Mängelrechten jedoch eigentlich nicht der Fall, da diese erst *nachträglich* entstehen.

Von einer Teilmeinung wird allerdings auch für diesen Fall „konstruiert“, dass der Einwendungsdurchgriff nach § 359 BGB von Anfang an bestanden habe. Dies wird damit begründet, dass die Mangelhaftigkeit der Kaufsache einen **Wegfall der Geschäftsgrundlage** gem. § 313 BGB des Darlehensvertrages begründe.

III. Rechtsfolgen der Nichtigkeit eines Darlehensvertrages

Die Nichtigkeit des Darlehensvertrages bewirkt nicht, dass der Darlehensnehmer die Kreditsumme behalten darf. Er muss diese – nach h.M. allerdings erst nach Ablauf der in Aussicht genommenen Vertragslaufzeit – gem. § 812 I S. 1, 1. Alt. BGB zurückzahlen.

Auch kann er sich hinsichtlich der Darlehenssumme nicht auf § 818 III BGB berufen, da er ja immer wusste, dass er die Summe irgendwann würde zurückerstat-ten müssen.

Allerdings hat der Darlehensgeber keinen Anspruch auf die vereinbarten Zinsen, sondern nur auf die marktüblichen („Nutzungen“ i.S.d. § 818 I BGB). Ist das Darlehen wegen § 138 I BGB nichtig, dann hat der Kreditgeber wegen § 817 S. 2 BGB gar keinen Zinsanspruch.

IV. Sonstige Finanzierungshilfen

Nach § 506 I BGB finden die Vorschriften über das Verbraucherdarlehen und über das verbundene Geschäft (§§ 358, 359 BGB) auch auf sonstige Finanzierungshilfen Anwendung.

Klausurrelevant sind insoweit insbesondere das **Finanzierungsleasing** sowie der **Kauf unter Eigentumsvorbehalt**.

Beachte: Die Vorschriften über das Verbraucherdarlehen finden auch auf den „**Existenzgründer**“ Anwendung (vgl. **§ 513 BGB**). Dies heißt allerdings im Umkehrschluss, dass das BGB auch den Existenzgründer ansonsten schon als Unternehmer ansieht, da die Vorschrift des § 513 BGB sonst überflüssig wäre. Eine Rückausnahme gilt außerdem für Darlehen über 75.000 Euro sowie für *crowd-*

fundings-Projekte (dies ist mit dem Verweis auf die EU-Richtlinie über „Schwarmfinanzierungsdienstleister“ am Ende der Vorschrift gemeint).

D. Schenkung (§§ 516 ff. BGB)

Eine Zuwendung, durch die jemand einen anderen aus seinem Vermögen bereichert, ist Schenkung, wenn beide Teile darüber einig sind, dass die Zuwendung *unentgeltlich* erfolgen soll (**§ 516 I BGB**).

Voraussetzungen einer wirksamen Schenkung sind:

- Zuwendung eines Gegenstandes
- Unentgeltlichkeit
- Einhaltung der Form des § 518 I BGB

Dabei setzt der Begriff der **Zuwendung** zweierlei voraus: Eine *Entreicherung des Schenkers* und eine *Bereicherung* des Beschenkten. Der Schenkungsgegenstand muss nicht unmittelbar vom Schenker stammen; eine mittelbare Schenkung reicht aus.

Bsp.: Vater V schenkt seiner Tochter T das Buch „Harry Potter und der Stein der Weisen“, indem er es für sie beim Buchhändler bezahlt.

Beachte: Die unentgeltliche Stellung einer Sicherheit ist nicht als Schenkung zu behandeln, weder gegenüber dem Sicherungsnehmer noch gegenüber dem Hauptschuldner.

Unentgeltlichkeit einer Zuwendung liegt vor, wenn *keine Gegenleistung* (im weitesten Sinne) zu erbringen ist. Bei einer zusätzlichen Zuwendung, die neben dem Entgelt für eine bereits erbrachte Leistung gewährt wird, ist auszulegen; Gratifikationen, Weihnachtsgeld etc. sind danach i.d.R. noch als Lohn anzusehen. Umgekehrt sind dingliche Belastungen eines geschenkten Gegenstandes keine Gegenleistung.

Bsp.: Die A schenkt ihren Töchtern im Wege der vorweggenommenen Erbfolge ein Hausgrundstück, räumt sich aber selbst zugleich einen lebenslangen Nießbrauch (§§ 1030 ff. BGB) an dem Grundstück ein. Der Nießbrauch hindert die Unentgeltlichkeit der Schenkung nicht!

Unentgeltlich ist auch eine Schenkung unter einer Auflage (§§ 525 ff. BGB), die der Bedachte aus dem Wert der Zuwendung zu erbringen hat.

Bsp.: B schenkt ihre alte Villa der Stadt mit der Auflage, den Erlös aus der Vermietung „den Tieren“ zu Gute kommen zu lassen.

Gestalten die Parteien die „Schenkungen“ so aus, dass ein Teil des Vertrages als unentgeltlich zu betrachten ist, zum Teil die Leistung jedoch *auch* entgeltlich erbracht wird, so liegt eine sog. **gemischte Schenkung** vor.

Bsp.: T tritt nach dem Studium ihre erste Arbeitsstelle in Stuttgart an und möchte sich nun eine kleine Wohnung kaufen. Zufälligerweise hat ihr Vater V dort einige Jahre zuvor als Geldanlage eine Eigentumswohnung erworben. Da er sehr stolz auf den Studienabschluss seiner Tochter ist, vereinbart er mit ihr, dass sie von dem eigentlichen Marktwert in Höhe von 170.000 Euro nur 50.000 Euro zahlen müsse. Den Rest „schenke“ er ihr zum Examen.

Bei der Lösung ist zunächst zu beachten, dass eine Schenkung nicht allein deswegen vorliegt, weil ein Gegenstand weit unter Marktwert verkauft wird.

Enthält ein Vertrag sowohl entgeltliche als auch unentgeltliche Elemente, so wurde früher nach der sog. **Kombinationsmethode** der Vertrag in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil aufgespalten. Dies führt jedoch zu Problemen, wenn im Falle einer einheitlichen Leistung (wie z.B. einer Eigentumswohnung) sich die Leistung des einen Teils nicht aufspalten lässt.

Nach der herrschenden **Zweckwürdigungstheorie** ist daher danach zu entscheiden, welcher der beiden Vertragsteile überwiegt. Nur wenn der schenkungsrechtliche Teil überwiegt, ist eine Anwendung der schenkungsrechtlichen Vorschriften möglich (also z.B. ein Widerruf wegen groben Undanks gem. §§ 530 f. BGB).

Bsp.: Im obigen Fall betreibt die T nach der Schenkung auf Veranlassung ihres neuen Stuttgarter Freundes, eines Anwalts, ohne sachlichen Grund die Bestellung eines Betreuers für ihren Vater und erzählt zudem im Freundes- und Verwandtenkreis herum, dieser sei geisteskrank geworden. V kann in diesem Fall die Schenkung nach § 530 BGB widerrufen, wobei die Wohnung in diesem Fall nur Zug um Zug gegen die 50.000 Euro herausgegeben werden muss.

Die Schenkung ist **formbedürftig**, das Schenkungsversprechen (nicht dessen Annahme!) bedarf nach **§ 518 I BGB** der notariellen Beurkundung

Der Mangel der Form wird aber durch Bewirkung der Leistung *geheilt*, **§ 518 II BGB**.

Bsp.: A schenkt dem B ein selbstgemaltes Bild und übereignet es ihm sogleich (§ 929 S. 1 BGB). Der Formmangel des Schenkungsversprechens (keine notarielle Beurkundung nach § 518 I BGB) wird durch die Bewirkung der Leistung (=Übereignung des Bildes gem. § 929 S. 1 BGB) nach § 518 II geheilt.

Dabei wird für die sog. **Handschenkung** (mündlicher Schenkungsvertrag und Übereignung fallen in einem Akt zusammen) diskutiert, ob dies einen Unterfall des § 518 II BGB oder eine eigenständige Ausnahme vom Formerfordernis des § 518 I BGB darstellt.

Für das *Schenkungsversprechen von Todes wegen* gem. **§ 2301 BGB** gelten die erbrechtlichen Formvorschriften. Hier tritt eine Heilung nur dann ein, wenn die Zuwendung noch zu Lebzeiten erfolgt (§ 2301 II BGB)

Lerneinheit 4: Mietvertrag (§ 535 BGB), Rechte und Pflichten des Mieters, Gewährleistung für die Mietsache (§§ 536 ff. BGB), Vermieterpfandrecht (§§ 562 ff. BGB), Kauf bricht nicht Miete (§ 566 BGB), Kündigung des Mietverhältnisses, Eigenbedarf nach § 573 II Nr. 2 BGB, mietähnliche Verträge: Pacht (§ 581 BGB), Leasing, Franchising, Besonderheiten des Finanzierungsleasing, insbesondere Auswirkungen von Mängeln der Kaufsache auf den Leasingvertrag durch Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB)

E. Mietvertrag (§§ 535 ff. BGB)

I. Allgemeines

Der Mietvertrag ist gerichtet auf die Überlassung einer Sache zum Gebrauch auf Zeit gegen Zahlung einer Miete (vgl. **§ 535 BGB**).

Dabei kann Gegenstand des Mietvertrages eine Wohnung, aber auch jede andere körperliche Sache i.S.v. § 90 BGB sein (z.B. Geschäftsräume, Grundstücke, Pkw, Fahrrad, DVD etc.).

Dabei ist der Mietvertrag grundsätzlich formfrei gültig.

Merke: Auch bei Mietverträgen über Wohnraum, gewerbliche Räume oder ein Grundstück führt § 550 BGB *nicht* zur Ungültigkeit des Vertrages, wenn die Schriftform nicht eingehalten wird. Der Vertrag gilt in diesem Fall lediglich als für unbestimmte Zeit geschlossen, vgl. §§ 550, 578 I, II BGB.

Wichtig: Um sich in der Klausur im Mietrecht zurechtzufinden, machen Sie sich zuerst die Systematik des Mietrechts klar. In den §§ 535-548 BGB finden sie zunächst Vorschriften, die für alle Mietverträge gelten. Dann folgen in den §§ 549-577a BGB Vorschriften, die nur für Wohnraummiete gelten. Diese wiederum werden in § 578 BGB für Grundstücke (Abs. 1) und für Räume, die keine Wohnräume sind (Abs. 2), teilweise für anwendbar erklärt (und zwar insbesondere die klausurrelevanten Vorschriften über das Vermieterpfandrecht (§§ 562 ff. BGB) und über „Kauf bricht nicht Miete“ (§ 566 BGB)).

II. Gewährleistung bei Mietverhältnissen

Zu den Pflichten des Vermieters gehört gem. § 535 BGB die Überlassung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch sowie die Erhaltung der Mietsache.

Der Mieter kann daher, wenn die Mietsache bei Überlassung an einem Mangel leidet oder ein solcher später auftritt, verschiedene Rechte geltend machen.

1. Minderung (§ 536 BGB)

- vgl. auch Aufbauschema Nr. 8 (Anhang) -

Für die Zeit der Gebrauchsbeeinträchtigung tritt gem. **§ 536 I S. 1 BGB** *automatisch* eine Minderung der Miete bzw. bei entsprechend massiven Mängeln eine komplette Befreiung von der Pflicht zur Mietzahlung ein.

Beachte: Anders als im Kaufrecht (vgl. dort § 441 BGB) ist beim Mietverhältnis *keine ausdrückliche Minderungserklärung* notwendig! Die Mietminderung tritt vielmehr **automatisch** ein. Allerdings muss der Mieter dem Vermieter den Mangel anzeigen (vgl. § 536c II S. 2 Nr. 1 BGB).

Bsp.: In der Wohnung des Mieters M fällt im Dezember komplett die Heizung aus. M muss in diesem Fall seinem Vermieter V den Mangel nur anzeigen (§ 536c I S. 1 BGB). Die Miete ist dann für die Dauer des Mangels automatisch gemindert. M kann die entsprechende Summe einfach von der Januarrente abziehen.

Eine bereits zuviel gezahlte Miete kann der Mieter in diesem Fall nach § 812 I S. 1, 1. Alt BGB (h.M., a. M.: § 536 I S. 1 BGB *direkt*) zurückverlangen.

Nach h.M. ist für die Berechnung der Minderung die *Bruttomiete*, d.h. inklusive Nebenkosten, zu Grunde zu legen.

Wichtig: Die Beschränkungen durch die sog. „**Corona-Pandemie**“ für Verträge insbesondere der Gewerbemiete sind nach h.M. nicht als Mangel der Mietsache zu sehen, sondern nach den Regeln über die Störung der Geschäftsgrundlage (**§ 313 BGB**) zu lösen (vgl. BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, juris mwN). Zwar können auch öffentlich-rechtliche Beschränkungen einen Mangel der Mietsache i.S.d. § 536 BGB darstellen (vgl. etwa BGH NJW 2011, 3151 – *Rauchverbot in Gaststätten*), sie müssen dann aber mit Lage oder Zustand der Mietsache selbst in Zusammenhang stehen, was bei der Pandemie nicht der Fall ist.

Auch ist – unabhängig von der sowieso schon umstrittenen Frage des Vorrangs der §§ 536 ff. BGB gegenüber dem allgemeinen Schuldrecht – die Überlassung der Räume durch die Pandemie nicht im Sinne der §§ 275, 326 BGB unmöglich geworden. Zudem sieht der Gesetzgeber in Art. 240 §§ 1 ff. EGBGB (Habersack Nr. 21) lediglich die Möglichkeit einer *Stundung* bzw. Kündigung vor, was im Umkehrschluss aber gegen ein automatisches und vollständiges *Entfallen* der Pflicht zur Mietzahlung spricht. Schließlich ordnet der nachträglich vom Gesetzgeber eingefügte **Art. 240 § 7 EGBGB** an, dass eine Veränderung der Geschäftsgrundlage jedenfalls bei erheblichen Nutzungsbeschränkungen infolge der Covid19-Pandemie vermutet wird (ohne sich freilich zur daraus folgenden Risikoverteilung zu äußern).

Die h.M. neigt daher zur Anwendung von § 313 BGB, wobei für den Umfang der Störung der Geschäftsgrundlage und die daraus resultierende mögliche Reduktion der Mietzahlungen jeweils die Umstände des Einzelfalles maßgeblich sein sollen (vgl. etwa BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, juris mwN gegen OLG Dresden, Urt. v. 24.2.2021 – 5 U 1782/20, BeckRS 2021, 2461, das bei totalem Geschäftsausfall pauschal eine Kürzung von 50% angenommen hatte, vgl. etwa auch OLG Hamm, Urt. v. 24.9.2021 – 30 U 114/21, BeckRS 2021, 30476, das in diesem Punkt die Linie des BGH vorwegnimmt).

2. Anspruch auf Beseitigung des Mangels (§ 535 I S. 2 BGB)

Daneben kann der Mieter vom Vermieter direkt aus § 535 I S. 2 BGB Beseitigung des Mangels verlangen.

Da es sich insoweit um den ursprünglichen Erfüllungsanspruch handelt (!), kann er bis zur Beseitigung des Mangels auch nach **§ 320 BGB** die Zahlung der Miete verweigern.

Beachte: Nach h.M. ist die Berechtigung zur Zurückhaltung der Miete jedoch auf das ungefähr dreifache der geschätzten Reparaturkosten zu beschränken. Bei ganz geringfügigen Mängeln darf die Miete nicht zurückgehalten werden, vgl. § 320 II BGB.

3. Schadensersatz (§ 536a I BGB)

- vgl. auch Aufbauschema Nr. 9 (Anhang) -

Nach dieser Vorschrift kann der Mieter bei Vorliegen eines Mangels in drei Fällen Schadensersatz verlangen:

- der Mangel hat schon bei Überlassung der Mietsache vorgelegen (§ 536a I, 1. Alt. BGB, *kein* Verschulden erforderlich, da insoweit **Garantieverantwortung**)
- der Mangel ist später aufgetreten und der Vermieter hat dies zu vertreten (§ 536a I, 2. Alt. BGB, d.h. *hier* ist Verschulden *erforderlich*)
- der Vermieter kommt mit der Beseitigung des Mangels in Verzug (§ 536a I, 3. Alt. BGB, d.h. hier sind zusätzlich die Voraussetzungen von §§ 280 II, 286 BGB, insbesondere i.d.R. eine Mahnung durch den Mieter, zu prüfen)

Erfasst wird der gesamte Schaden, d.h. sowohl der Schadensersatz *neben* der Leistung als auch der Schadensersatz *statt* der Leistung (Mangel- und Mangelfolgeschäden). Kündigt der Mieter daneben wegen des Mangels nach § 543, so ist zusätzlich auch Schadensersatz für die restliche Mietzeit zu zahlen.

4. Selbstvornahme (§ 536a II BGB)

Ist der Vermieter mit der Beseitigung der Mängel in Verzug, so kann der Mieter darüber hinaus den Mangel entweder selbst – oder etwa durch von ihm beauftragte Handwerker (vgl. § 257 BGB) – beseitigen lassen und Ersatz seiner Aufwendungen verlangen.

Bsp.: Lässt V im obigen Beispiel die Heizung nicht reparieren, obwohl ihn M dazu aufgefordert hat, so kann M selbst einen Heizungsmonteur beauftragen und von V die Zahlung der Rechnung verlangen, §§ 536a II, 257 BGB.

Liegen die Voraussetzungen der Selbstvornahme nicht vor, so kann der Mieter ausnahmsweise doch Ersatz seiner Aufwendungen nach §§ 539 I, 683, 670 BGB verlangen, wobei diese Vorschriften eng auszulegen sind.

5. Kündigung (§ 543 BGB)

- vgl. auch Aufbauschema Nr. 10 (Anhang) -

Nach § 543 BGB kann der Mieter bei Nichtgewährung des vertragsmäßigen Gebrauchs (vgl. § 543 II S. 1 Nr. 1 BGB), wozu auch die Mängelfreiheit der Mietsache gehört (!), fristlos kündigen.

Voraussetzung hierfür ist allerdings grundsätzlich ein Abhilfeverlangen des Mieters sowie die Setzung einer entsprechenden Frist. Ist eine Beseitigung des Mangels allerdings unmöglich, bedarf es einer Fristsetzung nicht.

Bsp.: M hat als Oppositioneller unter dem iranischen Mullah-Regime viele Jahre im Gefängnis gesessen, bevor er in Deutschland Asyl bekommen hat. Im Erdgeschoss des Hauses, in dem er mit seiner Familie zur Miete wohnt, richtet die N-Partei ihr Büro ein, die eine Ausweisung aller „Asylanten“ aus Deutschland propagiert. M hat ein Kündigungsrecht nach § 543 BGB selbst dann, wenn das Büro der N ansonsten zivil- und öffentlich-rechtlich nicht zu beanstanden ist.

6. Verhältnis der §§ 536 ff. BGB zum allgemeinen Schuldrecht

Für die Zeit *nach* Überlassung der Mietsache an den Mieter ist nach ganz h.M. die Anwendung des allgemeinen Schuldrechts ausgeschlossen, da §§ 536 ff. BGB insoweit eine **abschließende Sonderregelung** darstellen.

Wichtig: Eine Ausnahme ist hier nur für den Fall zu machen, dass der Untergang der Mietsache eintritt und dies auf ein Verschulden des *Mieters* zurückzuführen ist. In diesem Fall ist nach h.M. § 326 II BGB anwendbar, d.h. der Vermieter behält seinen Anspruch auf die Miete.

Bsp.: A mietet von der Autovermietung V einen Pkw und fährt diesen durch eigenes Verschulden zu Schrott. Nach § 326 II BGB bleibt er für die Dauer des vereinbarten Mietverhältnisses zur Entrichtung der Pkw-Miete verpflichtet.

Umstritten ist, inwieweit §§ 280 ff. BGB **vor** der Übergabe der Mietsache, also im Zeitraum *zwischen Vertragsschluss und Übergabe der Mietsache* Anwendung finden können.

Dies gilt insbesondere für den Fall der **anfänglichen Unmöglichkeit** der Verschaffung der Mietsache.

Bsp.: A hat an den B eine Wohnung vermietet. Ohne dass A es wusste, hat jedoch in dem Keller des Hauses zuvor eine Explosion stattgefunden, die das Haus so schwer beschädigt hat, dass es abgerissen werden muss.

Würde man auf diesen Fall **§ 311a II BGB** anwenden, so würde A nur auf Schadensersatz haften, wenn er eine Unkenntnis von der Explosion zu vertreten hätte. Dies würde jedoch dem Gedanken der *Garantiehftung* des **§ 536a I, 1. Alt. BGB** widersprechen, wonach der Vermieter für Mängel der Mietsache, die schon bei Vertragsschluss vorhanden sind, *verschuldensunabhängig* einstehen soll. Nach h.M. wird daher auch im Fall der anfänglichen Unmöglichkeit § 311a II BGB durch die §§ 536 ff. BGB verdrängt.

Dabei ist die Abgrenzung zwischen (Teil-)Unmöglichkeit, die „nur“ einen Schadensersatzanspruch auslöst, und „Mangel“ – bei dem zusätzlich gem. § 535 I S. 2 BGB Wiederherstellung der Mietsache verlangt werden kann! – nach h.M. nach den Wertungen der §§ 275 II, 313 BGB vorzunehmen (wirtschaftliche Zumutbarkeit für den Vermieter, der BGH spricht insoweit von einer „zumutbaren Opfergrenze“).

Bsp.: In einem Wohnhaus ist der Fahrstuhl nicht mehr benutzbar, weil er aufgrund seines Alters extrem fehleranfällig geworden ist. Eine Instandsetzung würde 90.000 Euro kosten. Hier ist aufgrund der Höhe der Kosten bei einer Wiederherstellung die zumutbare Opfergrenze überschritten.

Die Geltendmachung von Ansprüchen aus Verschulden bei Vertragsschluss (§§ 280 I, 311 II, 241 II BGB; *culpa in contrahendo*) sowie die Anfechtung des Mietvertrages wird nach h.M. für ausgeschlossen gehalten, wenn die Mietsache bereits an den Mieter übergeben worden ist.

§§ 536 ff. BGB würden auch insoweit abschließende Spezialregelungen darstellen, die ansonsten umgangen werden könnten. Eine Ausnahme ist davon nur zu machen, wenn der Vermieter arglistig (=vorsätzlich) einen Mangel verschwiegen hat, da der arglistig Täuschende nicht auch noch durch die §§ 536 ff. BGB privilegiert werden soll.

Dagegen wird die Anfechtung des Mietvertrages wegen eines Mangels bzw. die Geltendmachung von Ansprüchen aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB für die Zeit **vor** Überlassung der Mietsache an den Mieter von der h.M. für zulässig gehalten.

III. Sonstige Rechte des Mieters

1. Allgemeines

Der Mieter hat einen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen, die er auf die Mietsache gemacht hat, nach den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag (vgl. Verweisung in § 539 I BGB).

Auch kann er eine Einrichtung, mit der er die Mietsache versehen hat, nach Ablauf der Mietzeit wieder wegnehmen (§ 539 II BGB). Dabei besteht das Wegnahmerecht unabhängig davon, ob gem. § 946 BGB die betreffende Einrichtung in das Eigentum des Vermieters übergegangen ist (was jedoch im Regelfall zu verneinen sein wird, da es sich bei von Mietern in Wohnungen eingebrachte Sachen i.d.R. um Scheinbestandteile i.S.v. § 95 II BGB handelt).

Zu beachten ist jedoch, dass der Vermieter bei Wohnraum das Recht hat, die Wegnahme mit einer Entschädigungszahlung abzuwenden, § 552 BGB.

Bsp.: M hat die von ihm angemietete Wohnung mit einer Badezimmereinrichtung (neue Badewanne, Waschbecken etc.) versehen. Lässt sich eine anderweitige Vereinbarung nicht treffen, so kann er diese nach § 539 II BGB nach Ablauf der Mietzeit wieder wegnehmen. Der Vermieter V kann dies durch Zahlung einer angemessenen Entschädigung nach § 552 BGB abwenden.

Bei Schäden durch Mängel von Wohnungen sind die Angehörigen des Mieters, die mit in der Wohnung wohnen, nach den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in den Mietvertrag mit einbezogen.

Bei Störungen durch Mitmieter im selben Haus kommen dagegen keine Ansprüche aus Vertrag in Betracht, da der Mietvertrag insoweit weder Vertrag zugunsten Dritter (§§ 328 ff. BGB) noch Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist. Abwehransprüche kommen daher nur nach §§ 823 I, 1004; 823 II i.V.m. § 858, 862 BGB in Betracht.

Stirbt der Mieter, so tritt mit dem Tod der Ehegatte bzw. Lebenspartner i.S.v. § 1 LPartG in das Mietverhältnis ein, es sei denn er erklärt, dass er das Mietverhältnis nicht fortsetzen möchte (§ 563 I, III BGB). Ähnliches gilt für Kinder (§ 563 II BGB). Bedingung ist jeweils, dass auch tatsächlich ein gemeinsamer Haushalt geführt wurde. Auch der Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft kann auf diese Weise das Mietverhältnis übernehmen (§ 563 II S. 3 BGB).

Beachte: Wenn das Gesetz wie in § 563 I BGB von „Lebenspartner“ spricht, meint es immer den gleichgeschlechtlichen Partner innerhalb einer förmlichen Lebenspartnerschaft nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz (vgl. Habersack Nr. 43). Dies ist nicht zu verwechseln mit der verschieden- oder gleichgeschlechtlichen Partnerschaft innerhalb einer *nichtehelichen Lebensgemeinschaft*. Mit Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe durch die Neufassung des § 1353 I BGB im Jahr 2017 dürfte die eingetragene Lebenspartnerschaft allerdings zunehmend durch jene verdrängt werden und damit in der Praxis wie auch in der Klausur an Bedeutung verlieren.

2. Mitbenutzung und Untervermietung

a) Angehörige des Mieters

Grundsätzlich ist der Mieter gem. **§ 540 BGB** nicht berechtigt, die Sache während der Mietzeit Dritten zu überlassen.

Entsteht jedoch bei Wohnraum für den Mieter *während* des Mietverhältnisses ein berechtigtes Interesse, einen Dritten mit in die Wohnung aufzunehmen, so kann er hierzu vom Vermieter gem. §§ 540, 553 BGB die Erlaubnis verlangen. Diese kann der Vermieter nur aus wichtigem Grund verweigern, er kann jedoch unter Umständen wegen der erhöhten Abnutzung eine erhöhte Miete verlangen (vgl. 553 I S. 2, II BGB).

Dabei gilt § 553 BGB nicht für den Ehegatten des Mieters; diesen darf er wegen Art. 6 I GG immer aufnehmen, ohne um Erlaubnis zu fragen. Dagegen ist § 553 nach wie vor anwendbar auf den nichtehelichen Lebensgefährten des Mieters; hier muss bei Aufnahme in die Wohnung vorher der Vermieter gefragt werden (man beachte die Divergenz zu § 563 II S. 3 BGB!).

Einen Anspruch darauf, aus einem laufenden Mietverhältnis vorzeitig entlassen zu werden, hat der Mieter auch dann nicht, wenn er einen oder sogar mehrere geeignete Nachmieter stellt (verbreitetes Gerücht unter Studierenden).

b) Untervermietung an Touristen

Ein neues Problem stellt die vom Vermieter nicht genehmigte Untervermietung an Reisende über entsprechende Portale im Internet („airbnb“) dar.

Holt der Mieter hierfür nicht die Zustimmung des Vermieters ein, so handelt es sich um eine unberechtigte Untervermietung i.S.v. § 540 BGB. § 553 BGB kommt schon deswegen nicht in Betracht, weil der Mieter auch hier vorab die Erlaubnis des Vermieters einholen müsste. Der Vermieter hat daher einen Anspruch auf Unterlassung (§ 541 BGB) und kann, wenn der Mieter sein Verhalten fortsetzt, diesem nach Abmahnung kündigen (§ 543 BGB).

Fraglich ist, ob dem Vermieter auch ein Anspruch auf Ersatz der durch die Untervermietung entstandenen Mehreinnahmen zusteht. Der BGH hat dies bisher abgelehnt. Das Mietrecht sei insoweit abschließend und kenne keinen solchen Anspruch. Der Fall ist auch insoweit klausurtechnisch interessant, als er die Gelegenheit zur Prüfung zahlreicher Anspruchsgrundlagen liefert:

- §§ 535, 280 I BGB (aber: kein Schaden des Mieters, es sei denn, die Touristen beschädigen die Wohnung)

- §§ 987, 990 BGB (aber: schon kein EBV, so lange der Mietvertrag zugunsten des Mieters besteht; die Rechtsfigur des „Nicht-so-Berechtigten“, der sein Besitzrecht nur überschreitet, ist gerade abzulehnen, vgl. hierzu im Einzelnen Hofmann-Skript Sachenrecht 2, EBV)

Beachte: Eine andere Lage ergibt sich aber, wenn der Mietvertrag schon wirksam gekündigt oder aber sogar wegen arglistiger Täuschung angefochten wurde. Dann dürften Ansprüche aus EBV regelmäßig zu bejahen sein.

- §§ 687 II, 681 S. 2, 667 BGB (aber: fraglich, ob es sich bei der „Untervermietung“ um ein Geschäft handelt, das dem Vermieter zusteht; schon dem Wort nach kann logisch eigentlich nur ein Mieter „untervermieten“; der Vermieter hätte es im Übrigen schon wegen des bestehenden Mietvertrages mit dem Mieter nicht gekonnt)

- § 816 BGB (direkt nicht, da die Vermietung keine „Verfügung“ im Sinne der Vorschrift ist; wenn, dann *analog*, aber wenig überzeugend, da die Vermietung gerade keinen dinglichen, sondern schuldrechtlichen Charakter hat)

- § 812 I S. 1, 2. Alt. BGB (Eingriffskondiktion: dann müsste es sich bei der Untervermietung um einen Eingriff in den Zuweisungsgehalt des Vermieterrechts handeln, dies ist insbesondere dann zweifelhaft, wenn auch dem Vermieter die Zweckentfremdung öffentlich-rechtlich nicht gestattet wäre; außerdem: da das Mietrecht einen solchen Anspruch nicht kennt, wäre zu diskutieren, ob es insoweit nicht abschließend ist)

Wichtig: Der Untermietvertrag mit den Touristen ist grundsätzlich auch dann wirksam, wenn der Vermieter die Untervermietung nicht gestattet. Anderes kann sich aber aus einer Zweckentfremdungssatzung ergeben, die Verbotsgesetz i.S.v. § 134 BGB sein kann. Für das Verhalten der Touristen haftet der Mieter im Übr-

gen nach § 278 BGB (sog. „Bewahrungsgehilfen“, also so wie sonstige Gäste des Mieters auch).

IV. Pflichten des Mieters

Wichtigste Pflicht des Mieters ist die Zahlung der Miete gem. § 535 II BGB.

Ist die Miete unangemessen hoch, ist die Vereinbarung über den Mietzins nach §§ 134, 138 BGB nichtig; ansonsten bleibt der Vertrag jedoch gem. § 139 BGB gültig.

Mieterhöhungen während des Mietverhältnisses unterliegen bei Wohnraum den Beschränkungen der §§ 558 ff. BGB. Dabei spielt für die Bestimmung der ortsüblichen Vergleichsmiete insbesondere der örtliche Mietspiegel eine Rolle. Bei der Wohnungsmiete können auch Staffelmieten vorgesehen werden, insoweit gelten die Vorschriften des § 557a BGB.

Beachte: Im Jahr 2015 hat der Gesetzgeber darüber hinaus Beschränkungen auch bei der Miethöhe für Neuvermietungen eingeführt (**§§ 556d ff. BGB**; sog. „Mietpreisbremse“). Die Gebiete, in denen diese gilt, müssen durch Verordnung festgelegt werden. Zu beachten ist, dass §§ 814, 817 S. 2 BGB nicht gelten; der Mieter kann sich also zunächst auf eine höhere Miete zum Schein einlassen und deren Zahlung später verweigern (vgl. § 556g I 4 BGB). Seit 2019 hat der Mieter darüber hinaus einen Auskunftsanspruch, wenn der Vermieter unter Berufung auf die Vormiete von den Mietgrenzen der Verordnung nach oben abweichen will, vgl. §§ 556g Ia, II BGB.

Bei Wohnungsmietverträgen wird darüber hinaus häufig vereinbart, dass entgegen § 535 I S. 2 BGB der Mieter die *Schönheitsreparaturen* in der Wohnung durchzuführen hat. Hierin liegt nach h.M. kein Verstoß gegen § 307 BGB, da die Miethöhe auch danach kalkuliert wird und die Überwälzung auf den Mieter inzwischen Verkehrssitte ist.

Zieht der Mieter aus, ohne die vertraglich vereinbarten Schönheitsreparaturen vorzunehmen (z.B. Streichen der Wohnung), so gilt dies als ernsthafte und endgültige Verweigerung der Schönheitsreparatur i.S.v. § 281 II BGB.

Bsp.: Mieter M hat zum 31.3.2018 seine Wohnung gekündigt und zieht aus, ohne die Wohnung zu streichen. Da dies als ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung i.S.d. § 281 II BGB gilt, braucht der Vermieter V dem M keine Frist zur Nacherfüllung zu setzen, sondern kann sofort einen Malermeister mit dem Streichen der Wohnung beauftragen und die Kosten mit der Kautions des M verrechnen.

Für die Nebenkosten bei der Wohnraummiete enthalten §§ 556 ff. BGB besondere – allerdings selten klausurrelevante – Vorschriften.

Der Mieter ist weiterhin zur Anzeige von Mängeln der Wohnung verpflichtet; andernfalls verliert er seine Gewährleistungsrechte (vgl. § 536c BGB).

Bei Beschädigungen der Mietsache haftet der Mieter aus § 280 I BGB sowie aus Delikt (§§ 823 ff. BGB). Dabei schlägt die kurze Verjährungsfrist des § 548 I S. 1

BGB auch auf den Deliktsanspruch durch, da sie ansonsten praktisch leer laufen würde.

Nach Beendigung des Mietverhältnisses hat der Mieter die Sache gem. § 546 I BGB zurückzugeben. Der Anspruch aus § 546 I BGB hat als vertraglicher Anspruch in der Klausur Vorrang vor § 985 BGB. Bei verspäteter Rückgabe entstehen Ansprüche aus §§ 546a I, 571 BGB.

V. Vermieterpfandrecht (§§ 562 ff. BGB)

Der Vermieter hat für seine Forderungen aus dem Mietverhältnis ein Pfandrecht an den in die Wohnung eingebrachten Sachen des Mieters, sog. **Vermieterpfandrecht (§ 562 I BGB)**.

Ein Vermieterpfandrecht entsteht unter folgenden Voraussetzungen:

- gültiger Miet-(oder: Pacht-)Vertrag
- eingebrachte Sache, d.h. die Sache wurde mit Willen des Mieters nicht nur vorübergehend in den Mietraum gebracht
- Eigentum des Mieters an der Sache
- keine Unpfändbarkeit der Sache (vgl. §§ 562 I S. 2 BGB, 811 ZPO)

Als Rechtsfolge entsteht ein **Pfandrecht** des Vermieters gem. §§ 1257, 1204 ff. BGB an den eingebrachten Sachen für seine Forderungen (vgl. im einzelnen § 562 II BGB).

Wichtig: Im Gegensatz zum Werkunternehmerpfandrecht gem. § 647 BGB kann das Vermieterpfandrecht *unstreitig* nicht gutgläubig erworben werden, da es sich um ein bloßes *Einbringungs*pfandrecht handelt und die Einbringung einer Sache keinen zureichenden Rechtsschein darstellt. Nach h.M. ist aber die Entstehung eines Vermieterpfandrechts i.S.v. § 562 I BGB an einem **Anwartschaftsrecht** des Mieters möglich, da dieses gegenüber dem Eigentum ein *wesensgleiches Minus* darstellt.

Bsp.: Mieter M ist mit den Mietzahlungen bei Vermieter V in Rückstand. Als M ausziehen möchte, nimmt V dessen teuren Digitalfernseher im Wege des Selbsthilferechts (vgl. § 562b BGB) in Besitz. M wendet ein, dass er den Fernseher unter Eigentumsvorbehalt gekauft habe und die Raten noch nicht abbezahlt seien, es sich mithin nicht um „seine“ Sache handle. Das Pfandrecht des V entsteht in diesem Fall jedoch an dem Anwartschaftsrecht, das M als Vorbehaltskäufer an dem Fernseher besitzt. Zu bedenken ist allerdings zum einen eine mögliche Unpfändbarkeit nach §§ 562 I S. 2, 811 I Nr. 1 ZPO, wenn der M keinen anderen Fernseher besitzt (§ 811a ZPO ist beim Vermieterpfandrecht unanwendbar), zum anderen mögliche Einwendungen des Vorbehaltsverkäufers im Wege der Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO.

Merke: Die Unpfändbarkeitsklausel des § 562 I S. 2 BGB ist in der Praxis die entscheidende Achillesverse des Vermieterpfandrechts, da über § 811 ZPO prak-

tisch die gesamte Einrichtung eines Durchschnittshaushaltes unpfändbar ist. Seine Bedeutung erlangt das Vermieterpfandrecht daher insbesondere bei der gewerblichen Grundstücksmitte, bei dem es über § 578 I BGB auch anwendbar ist. Hier ergeben sich insbesondere im *Sachenrecht* Probleme bei der Kollision des Vermieterpfandrechts mit anderen Sicherungsrechten an dem betreffenden Gegenstand.

VI. Kauf bricht nicht Miete (§ 566 BGB)

Veräußert der Vermieter den vermieteten Wohnraum während der Mietzeit an einen Dritten, so tritt dieser anstelle des bisherigen Vermieters in den Mietvertrag ein, vgl. **§ 566 I BGB**.

Der Mieter ist also davor geschützt, sein Mietrecht durch einen Verkauf der Wohnung zu verlieren.

Beachte: Der Erwerber tritt auch dann in das Mietverhältnis ein, wenn die Wohnung verschenkt wird. Der gesetzliche Titel des § 566 BGB („Kauf bricht nicht Miete“) ist also streng genommen falsch formuliert; es müsste eigentlich heißen: „Veräußerung bricht nicht Miete“. Denn entscheidend für den Eintritt der Rechtsfolgen des § 566 BGB ist nicht der *schuldrechtliche* (Kauf-, Tausch- oder Schenkungs-)Vertrag, sondern das *dingliche* Veräußerungsgeschäft gem. §§ 873, 925 BGB.

Wichtig: Vor dem Eintritt der Rechtsfolgen des § 566 BGB schützt den Erwerber auch sein guter Glaube nicht. Denn §§ 892, 893 BGB betreffen nur im Grundbuch *eintragungsfähige* Rechte, ein Mietrecht kann aber nicht in das Grundbuch eingetragen werden.

Deshalb bleibt nach h.M. auch eine zugunsten des Erwerbers eingetragene Vormerkung gem. §§ 883, 888 BGB selbst dann wirkungslos, wenn der Verkäufer das Grundstück oder die Wohnung *nach* Abschluss des Kaufvertrages vermietet (!). § 883 II BGB schützt den Erwerber nur vor *Verfügungen* des Veräußerers, die Vermietung stellt aber keine dingliche Verfügung, sondern lediglich einen schuldrechtlichen Vertrag dar.

§ 566 BGB gilt über § 578 I, II BGB auch bei der Vermietung von Grundstücken oder gewerblichen Räumen.

VII. Beendigung des Mietverhältnisses

Ein Mietverhältnis kann enden durch:

- Zeitablauf (§ 542 II BGB)
- Kündigung einer der Parteien (§ 542 I BGB)
- durch Aufhebungsvertrag (§§ 311 I, 241 I BGB)

Der **Mieter** kann bei Wohnraum das Mietverhältnis jederzeit schriftlich (vgl. § 568 I BGB) in den Fristen des § 573c I S. 1 BGB kündigen. Daneben tritt das

Recht zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund gem. §§ 543, 569 BGB (z.B. wegen Gesundheitsgefährdung).

Die Möglichkeit, den Mieter über die Vereinbarung einer bestimmten Festmietzeit an die Mietwohnung zu binden (gerade bei Studentenwohnungen ein beliebter Schachzug der Vermieter!), sind durch § 575 I BGB stark eingeschränkt worden.

Der **Vermieter** kann bei Wohnraum das Mietverhältnis nur dann ordentlich kündigen, wenn er hieran ein *berechtigtes Interesse* hat, vgl. **§ 573 II BGB**. Hierzu zählt insbesondere der *Eigenbedarf* (§ 573 II Nr. 2 BGB).

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

Eigenbedarf i.S.v. § 573 II Nr. 2 BGB liegt vor bei konkretem Wohnbedarf des Vermieters oder einer seiner Angehörigen. Hierbei reichen *vernünftige und nachvollziehbare* Gründe aus. Bei der Nachprüfung des Eigenbedarfs darf daher – so der BGH – die individuelle Lebensplanung des Vermieters nicht durch den Vernunftsmaßstab des erkennenden Gerichts ersetzt werden. Wichtige Einschränkungen der Eigenbedarfskündigung ergeben sich allerdings bei der Umwandlung von Wohnraum in Eigentumswohnungen (vgl. § 577a I BGB).

Auch bei einem von vornherein befristeten Mietverhältnis über Wohnraum gem. § 575 I BGB ist ein berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses erforderlich; andernfalls kann der Mieter Fortsetzung des Mietverhältnisses verlangen, **§ 575 III S. 2 BGB**.

Auch im Falle der Eigenbedarfskündigung darf die Kündigung unter Abwägung aller Umstände keine besondere Härte für den Mieter darstellen, § 574 BGB. Der Mieter kann in diesem Fall Widerspruch gegen die Kündigung einlegen.

Bsp.: Die Mieterin M erhält von ihrem Vermieter V eine Eigenbedarfskündigung. M ist jedoch im siebten Monat schwanger.

Beachte: Bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe des Mietrechts („berechtigtes Interesse“, „besondere Härte“ etc.) sind immer auch die Grundrechte der beteiligten Parteien zu berücksichtigen (sog. *mittelbare Drittwirkung*, die durchaus auch einmal in einer Zivilrechtsklausur auftauchen kann. Dabei ist zu beachten, dass nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht nur die Rechtsposition des Vermieters, sondern auch des Mieters (!) nach Art. 14 I GG geschützt ist, da auch das Mietrecht an einer Wohnung nach BVerfG als „Eigentum“ im Sinne des Grundgesetzes anzusehen ist.

Neben die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung tritt für den Vermieter die Möglichkeit der *außerordentlichen Kündigung* aus wichtigem Grund gem. §§ 543, 569 II, III BGB. Kündigungsgründe sind hiernach insbesondere:

- nachhaltige Störung des Hausfriedens (vgl. § 569 II BGB, hier ist i.d.R. gem. § 543 III S. 1 eine Abmahnung erforderlich)
- der Mieter ist mit zwei Monatsmieten oder mehr in Verzug (vgl. §§ 543 II Nr. 3, 569 III Nr. 2, 3 BGB)

Kündigt der Vermieter dem Mieter *außerordentlich*, so hat er auch Anspruch auf den sog. **Kündigungsschaden**, d.h. grundsätzlich den Mietzins bis zur nächsten ordentlichen Kündigung, die der Mieter hätte aussprechen können.

Bei anderen Sachen als Wohnungen (Grundstücke, Gewerberäume, bewegliche Sachen) gelten die Kündigungsfristen des **§ 580a BGB**. Daneben besteht auch hier das Recht zur außerordentlichen Kündigung gem. § 543 BGB.

Der Aushöhlung der Mieterrechte durch Einschaltung eines Zwischenmieters tritt **§ 565 BGB** entgegen.

Bsp.: Die Immobilienfirma X vermietet Wohnungen an die Immobilienfirma Y, die sie weiter an Privatmieter vermietet. Will Y einem der Mieter kündigen, ist sie durch die strengen Anforderungen des deutschen Mietrechts an eine Kündigung des Vermieters daran weitgehend gehindert. Anders aber scheinbar, wenn stattdessen die X der Y die betreffende Wohnung kündigt. In diesem Fall wird der Y die Weiterüberlassung der Wohnung an den Mieter „leider“ unmöglich; der Mieter kann faktisch aus der Wohnung gedrängt werden. Dem schiebt § 565 I BGB einen Riegel vor, indem in diesem Fall X in die Pflichten aus dem Mietvertrag mit dem Mieter eintritt.

VIII. Mietähnliche Verträge

1. Pacht

Durch den Pachtvertrag gem. **§ 581 I BGB** wird der Verpächter verpflichtet, dem Pächter den Pachtgegenstand zum Gebrauch und zur Fruchtziehung zu überlassen. Der Pächter ist zur Entrichtung der vereinbarten Pacht verpflichtet.

Da auf den Pachtvertrag die Vorschriften über den Mietvertrag entsprechende Anwendung finden (§ 581 II BGB), ist die Abgrenzung zwischen beiden Vertragstypen in der Klausur i.d.R. von geringer Relevanz.

Unterschiede zwischen Mietvertrag und Pachtvertrag sind:

- Gegenstand der Pacht muss nicht eine Sache, sondern kann auch ein Recht sein (vgl. § 581 I S. 1 BGB: „Gegenstand“)
- der Pächter ist auch zur Fruchtziehung berechtigt
- der Pächter hat (abweichend von § 535 I S. 2 BGB) das **Inventar** der Pachtsache selbst instandzuhalten (§ 582 I BGB)
- die Kündigungsfristen sind in § 584 BGB abweichend von der Miete geregelt

Werden Räume „nutzungsg geeignet“ überlassen, so ist i.d.R. ein Pachtvertrag und kein Mietverhältnis anzunehmen.

Bsp.: A verpachtet dem B eine Gaststätte. Es gelten (neben den Vorschriften des Mietrechts über § 581 II BGB) die §§ 582 ff. BGB.

2. Leasing

a) Allgemeines

Beim Leasingvertrag verpflichtet sich der Leasinggeber, dem Leasingnehmer die Leasing Sache zum Gebrauch zu überlassen. Im Gegenzug verpflichtet sich der Leasingnehmer, die vereinbarten Leasingraten zu zahlen.

Durch Leasing verschaffen sich gewerbliche Unternehmen ihr Anlagevermögen (Fahrzeuge, Computer, Maschinen, medizinische Geräte etc.) nicht mehr durch Erwerb des Eigentums, sondern lassen sich diese Gegenstände von einer Leasinggesellschaft zum Gebrauch übertragen und zahlen dafür ähnlich wie bei einem Mietvertrag monatliche Leasingraten.

Aber auch Privatpersonen gehen immer häufiger dazu über, von ihnen gewünschte Konsumgegenstände nicht zu kaufen, sondern zu leasen (z.B. Pkw-Leasing).

Wirtschaftlich ist Leasing gegenüber dem Kauf eines Gegenstandes dabei in zweierlei Hinsicht interessant: Zum einen durch die Schonung der eigenen Liquidität, da nicht sofort der volle Kaufpreis erbracht werden muss.

Zum anderen können Leasingraten, die für betriebsnotwendige Sachen bzw. für den beruflichen Erwerb notwendige Gegenstände (z.B. den Pkw bei Freiberuflern) aufgewendet werden, steuerlich anders als normale Erwerbskosten grundsätzlich voll als Betriebskosten abgesetzt werden.

Dabei ist zwischen verschiedenen Arten des Leasing zu unterscheiden:

- Beim sog. **Operating-Leasing** verpflichtet sich der Leasinggeber i.d.R. nicht nur zur Gebrauchsüberlassung des Leasinggutes, sondern auch zur Instandhaltung der geleasten Sache. Zudem wird häufig vereinbart, dass der Leasingnehmer die Sache gegen ein neueres Modell austauschen kann, sobald infolge der technischen Entwicklung die überlassene Sache veraltet ist. Der Leasingnehmer hat ein kurzfristiges Kündigungsrecht.

Dabei dient das Operating-Leasing in erster Linie der Absatzförderung des Leasinggebers.

Rechtlich wird das Operating-Leasing als reiner Mietvertrag i.S.v. § 535 BGB eingeordnet. Da es somit keine Besonderheiten gegenüber dem normalen Mietvertrag aufweist, ist seine Klausurrelevanz als eher gering einzustufen.

- Anders dagegen beim sog. **Finanzierungs-Leasing** (auf das sich allein die folgenden Ausführungen beziehen).

Hier steht die Finanzierungsfunktion im Vordergrund. Der Erwerber eines Gegenstandes kann diese nicht aus eigenen Mitteln finanzieren und schaltet daher eine Leasinggesellschaft ein.

Diese erwirbt für ihn den begehrten Gegenstand durch Kaufvertrag mit dem Händler oder Hersteller. Zugleich schließt sie mit dem „Erwerber“

(=Leasingnehmer) einen Leasingvertrag ab. Dieser bekommt auf diese Weise den Gegenstand zur Verfügung gestellt und muss dafür die vereinbarten Leasingraten bezahlen.

Häufig werden dabei zusätzliche Vereinbarungen getroffen. So etwa, dass die Sache nach Ablauf der Leasingdauer von dem Leasingnehmer gegen Zahlung einer Schlussrate vom Leasinggeber käuflich erworben werden kann. Die einzelnen Modalitäten hängen dabei oft stark von steuerlichen Gegebenheiten ab.

Häufig wird auch vereinbart, dass der Verkäufer die Sache direkt an den Leasingnehmer liefert. Zu beachten ist aber, dass auch in diesem Fall die rechtlichen Beziehungen nur zwischen Leasingnehmer und Leasinggeber einerseits (Leasingvertrag) und Leasinggeber und Verkäufer andererseits eintreten.

b) Rechtliche Besonderheiten des Finanzierungs-Leasings

Grundsätzlich sind auf das Finanzierungs-Leasing aufgrund der Ähnlichkeit mit dem Mietvertrag die §§ 535 ff. BGB entsprechend anzuwenden.

Beachte: Dies spielt auch bei der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB insofern eine Rolle, als der Mietvertrag grundsätzlich das Leitbild i.S.v. § 307 II Nr. 1 BGB für den Leasingvertrag ist.

Im Hinblick auf die *Finanzierungsfunktion* des Finanzierungs-Leasings ergeben sich jedoch einige Besonderheiten.

So trägt der Leasingnehmer entgegen §§ 536, 536a BGB das **Risiko des Untergangs** der geleasteten Sache. Ein Verstoß gegen § 307 II Nr. 1 BGB liegt hierin nicht, da der Mietvertrag nur mit Einschränkungen Leitbild für die Inhaltskontrolle sein. Im Hinblick auf die Finanzierungsfunktion scheint es gerechtfertigt, den Leasingnehmer hinsichtlich der Gefahrtragung wie einen Käufer zu behandeln. Dieser hätte aber auch ab Übergabe der Sache gem. § 446 BGB die Gefahr des zufälligen Untergangs zu tragen.

Der Leasingnehmer hat die Leasingraten also auch dann in voller Höhe weiter zu zahlen, wenn der Leasinggegenstand infolge eines Zufalls beschädigt wird oder untergeht.

Bsp.: Arzt A hat für seine Praxis eine neue Computer-Anlage angeschafft. Zur Finanzierung hat er die Leasinggesellschaft L eingeschaltet. Zwei Wochen nach Installation der Anlage kommt es durch einen in der Praxis ohne Verschulden des A ausgelösten Brand zur Vernichtung der Anlage. Obwohl L die Computeranlage im Rahmen des Leasingvertrages somit nicht mehr zur Verfügung stellen kann, muss der A weiter die Leasingraten zahlen.

Wichtig: Für den vom Leasingnehmer selbst verschuldeten Untergang der Sache gilt sowieso § 326 II BGB, wonach der Anspruch des Schuldners der unmöglichen Leistung (Leasinggeber) auf die Gegenleistung (Leasingraten) erhalten bleibt.

Da die Weiterzahlung der Raten trotz Untergangs der geleasteten Sache für den Leasingnehmer eine große wirtschaftliche Härte darstellen kann, ist der Leasing-

nehmer i.d.R. vertraglich verpflichtet, das Leasinggut entsprechend zu versichern.

Eine Ausnahme vom Grundsatz der Weiterzahlungspflicht wird nur im Bereich des Kfz-Leasings gemacht. Hier muss dem Leasingnehmer nach der Rechtsprechung des BGH im Falle des Verlustes oder der erheblichen Beschädigung ein Kündigungsrecht verbleiben. Allerdings hat der Leasingnehmer in diesem Fall eine Ausgleichszahlung zu leisten.

Abweichend von **§ 535 I S. 2 BGB** hat der Leasingnehmer die Sache auch *selbst instandzuhalten*. Da die Leasinggesellschaft nur zur Finanzierung zwischengeschaltet wurde, widerspräche es auch insoweit ihrer Rolle, sie für die Erhaltung des Leasinggutes verantwortlich zu machen.

Der klausurwichtigste Unterschied zum Mietvertrag ist jedoch, dass der Leasinggeber im Verhältnis zum Leasingnehmer *sämtliche Gewährleistungsrechte (§§ 536 ff. BGB) ausschließen kann*. Dies ist nach h.M. mit §§ 305, 307, 309 Nr. 8b BGB vereinbar und daher wirksam, wenn der Leasinggeber im Gegenzug *sämtliche Gewährleistungsrechte aus **seinem** Kaufvertrag mit dem Verkäufer der Sache an den Leasingnehmer abtritt*.

Auch hier rechtfertigt sich die Freistellung der Leasinggesellschaft aus ihrer Finanzierungsrolle: Sie hat an dem Gegenstand selbst im Grunde genommen kein Interesse (und auch kein darauf bezogenes technisches Know-how, dass z.B. zu einer Reparatur befähigen würde).

Ihre Rolle ist eher mit der einer Bank zu vergleichen, die für den Kauf einer bestimmten Maschine Kredit gibt und sich dafür die Maschine zur Sicherheit übereignen lässt.

Dies rechtfertigt es, die Leasinggesellschaft von einer Gewährleistung für den Gegenstand freizustellen.

Auch ist der Leasingnehmer ausreichend geschützt, da er ja im Falle der Mangelhaftigkeit der Leasingsache die Mängelrechte selbst beim Verkäufer geltend machen kann. Dies ist auch gerechtfertigt, da er sich den Verkäufer ja zuvor selber ausgesucht hat.

Merke: Der Leasingnehmer kann also die Rechte des Leasinggebers aus dessen Kaufvertrag mit dem Verkäufer ausüben, die ihm der Leasinggeber zuvor abgetreten hat (z.B. Anspruch auf Nacherfüllung, Minderung, Rücktritt).

Fraglich ist allerdings, was mit dem Leasingvertrag passiert, wenn die Kaufsache so mangelhaft ist, dass dies zu einem Rücktritt des Leasingnehmers vom Kaufvertrag führt (z.B. der Mangel nicht behebbar ist oder der Versuch der Nachbesserung mehrmals fehlschlägt).

In diesem Fall hängt der Leasingvertrag zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer gewissermaßen „in der Luft“, da die Leasing-Sache zurückgegeben wurde und somit vom Leasinggeber auch dem Leasingnehmer nicht mehr zur Verfügung gestellt werden kann.

Da aufgrund der Rückabwicklung des Kaufvertrages auch der Leasinggeber seinen Kaufpreis zurückerhält, wäre es unbillig, den Leasingnehmer trotzdem seine Raten weiterzahlen zu lassen.

Nach h.M. entfällt daher mit Rücktritt des Leasingnehmers vom Kaufvertrag auch für den Leasingvertrag die Geschäftsgrundlage, **§ 313 BGB**. Der Leasingnehmer kann somit den Leasingvertrag nach §§ 313 III S. 2 i.V.m. § 543 BGB aus wichtigem Grund *kündigen*.

Bsp.: Zahnarzt Z least über die Leasinggesellschaft L einen neuen Zahnarztstuhl, den die Spezialfirma V hergestellt hat. Der Stuhl ist jedoch mangelhaft; mehrere Reparaturversuche haben keinen Erfolg. Darauf tritt Z – dem im Leasingvertrag sämtliche Gewährleistungsansprüche gegen den V abgetreten wurden – vom Kaufvertrag zurück. Dies hat zur Folge, dass auch die Geschäftsgrundlage für den Leasingvertrag mit der L entfällt. Z kann den Leasingvertrag gem. §§ 313 III S. 2, 543 BGB kündigen und muss keine Leasingraten zahlen.

Die bisher gezahlten Leasingraten sind dem Leasingnehmer nach h.M. zurückzuerstatten (Rechtsgrundlage streitig). Der Leasingnehmer seinerseits hat dem Leasinggeber die aus dem Gegenstand gezogenen Nutzungen zu ersetzen.

Ausnahmsweise ist eine Pflicht des Leasinggebers selbst zur Gewährleistung nur in zwei Fällen anzunehmen:

- Ist der Leasingnehmer ein Verbraucher i.S.v. § 13 BGB, so gelten gem. § 506 BGB die Vorschriften über das *verbundene Geschäft* gem. §§ 358, 359 BGB. Dies bedeutet, dass der Verbraucher dem Leasinggeber die Mangelhaftigkeit der Sache im Wege des Einwendungsdurchgriffs gem. § 359 BGB unmittelbar entgegenhalten kann, wenn der Leasinggeber (wie häufig) mit dem Unternehmen des Verkäufers eine wirtschaftliche Einheit bildet.
- Sind die Ansprüche des Leasingnehmers gegen den Verkäufer aus tatsächlichen Gründen nicht durchsetzbar – etwa wegen einer *Insolvenz* des Verkäufers –, so trägt der Leasinggeber auch bei an sich wirksamer Freizeichnung das Risiko der Mangelhaftigkeit der Sache. Der Leasingnehmer würde ansonsten in dieser Situation rechtlos gestellt.

Aus der Finanzierungsfunktion des Leasinggebers ergibt sich auch, dass dieser die Haftung für den Verkäufer als seinen Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) im Hinblick auf die Verschaffungspflicht – auch in AGB – komplett ausschließen kann.

Für den Fall, dass der Leasingnehmer in Zahlungsverzug gerät, sind die Rechtsfolgen im Allgemeinen ebenfalls abweichend vom Mietrecht geregelt. Dies rechtfertigt sich daraus, dass der Leasingvertrag abweichend vom Mietvertrag auf volle Amortisation der Erwerbskosten des Gegenstandes durch die Leasingraten gerichtet ist.

Ein weiteres Risiko für den Leasinggeber besteht darin, dass ihn gem. § 377 HGB im Verhältnis zum Verkäufer die Obliegenheit trifft, offensichtliche Mängel des Leasinggutes rechtzeitig zu rügen. Dies gilt selbst dann, wenn der Leasingnehmer ein Nicht-Kaufmann ist.

Aus diesem Grund und auch deshalb, weil die Leasinggesellschaft den Kaufpreis auszahlt, ohne zu wissen, ob der Verkäufer auch wirklich geliefert hat, ist im Leasingvertrag normalerweise vereinbart, dass der Leasingnehmer dem Lieferanten des Gegenstandes eine **Übernahmebestätigung** ausstellt. Diese wird vom Verkäufer an den Leasinggeber weitergeleitet, worauf dieser den Kaufpreis auszahlt.

Die Ausstellung einer falschen Übernahmebestätigung macht den Leasingnehmer gegenüber dem Leasinggeber nach § 280 I BGB schadensersatzpflichtig.

3. Franchising

Franchise-Verträge haben zum Inhalt, dass der Franchise-Nehmer ein Produkt oder eine Dienstleistung des Franchise-Gebers unter Verwendung von dessen Warenzeichen und Vertriebssystem vermarktet.

Der Franchise-Nehmer ist dabei nicht etwa Arbeitnehmer, sondern behält seine Selbständigkeit. Er erhält lediglich die gesamte Marketing-Konzeption einschließlich des Know-hows und der zum Vertrieb notwendigen Ausstattung. Hierfür zahlt er dem Franchise-Geber ein bestimmtes Entgelt, z.B. in Form einer Umsatzbeteiligung.

Der Franchise-Geber schließt eine Vielzahl derartiger Verträge und schafft sich hierdurch ein flächendeckendes Absatzsystem mit einheitlichem Markenzeichen und Konzept, jedoch relativ selbständigen Vertragspartnern.

Bsp.: Juristische Repetitorien, die Hotelkette „Interconti“

Lerneinheit 5: Dienstvertrag (§ 611 BGB), Abgrenzung zum Werkvertrag (Zeit- und Erfolgsbestimmtheit), Arbeitsvertrag, Aufbauschema Kündigungsschutzklage, AGG, Behandlungsvertrag (§§ 630a ff. BGB), vgl. auch Lerneinheiten Zivilrechtliche Nebengebiete, Arbeitsrecht, Lerneinheit 1 und 2

F. Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB)

I. Allgemeines

Der **Dienstvertrag** hat gem. § 611 BGB die Verpflichtung des Dienstverpflichteten zu einer bestimmten Tätigkeit gegen Vergütung durch den Dienstberechtigten zum Inhalt.

Bsp.: Die Sekretärin S ist bei dem Unternehmer U angestellt, um dessen Telefonate anzunehmen, Papiere zu ordnen, Post zu erledigen und den Terminkalender zu führen.

Dabei unterscheidet sich der Dienstvertrag vom **Werkvertrag** (§§ 631 ff. BGB) dadurch, dass beim Werkvertrag nicht die Tätigkeit als solche, sondern ein bestimmter *Erfolg* geschuldet ist. Beim Dienstvertrag verpflichtet sich die eine Partei, ihre fachliche Kompetenz im Rahmen der Dienstleistung einzusetzen, ohne dass jedoch ein konkreter Erfolg geschuldet ist. Die Dienstleistung liegt lediglich in der *Bemühung* um einen bestimmten Erfolg.

Bsp.: So sind z.B. die Dienste eines Arztes oder Rechtsanwaltes i.d.R. nicht erfolgsbestimmt und somit als Dienstvertrag gem. §§ 611 BGB (häufig i.V.m. entgeltlicher Geschäftsbesorgung gem. § 675 BGB) anzusehen. Ausnahme dagegen, wenn z.B. nur ein bestimmtes Gutachten anzufertigen ist.

Der **Arbeitsvertrag** ist ein Unterfall des Dienstvertrages. Seine primäre Bedeutung ergibt sich daraus, dass bestimmte Normen des BGB – vgl. z.B. §§ 612a, 613a, 619a BGB –, vor allem aber das gesamte Arbeitsrecht nur auf den Arbeitsvertrag Anwendung finden.

Definition: Das BGB definiert den Arbeitnehmer in **§ 611a I 1 BGB** als „zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit“ verpflichtet. Diese etwas pessimistisch klingende Definition ist eher weit auszulegen, da der Gesetzgeber mit Einführung der Norm durch das Arbeitnehmer-Überlassungsgesetz im Jahr 2017 dem Missbrauch von Dienst- und Werkverträgen entgegenwirken wollte (erfasst werden u.U. insbesondere auch sog. „Scheinselbständige“).

Bsp.: Der Paketzusteller ist Arbeitnehmer, selbst wenn er „scheinbar“ selbständig seinen Laster auf Stunden- oder Zustellungsquotenbasis fährt. Ein Steuerberater dagegen ist z.B. gegenüber seinem Mandanten grundsätzlich kein Arbeitnehmer, da er zwar an dessen Weisungen gebunden ist, im Übrigen aber seine Arbeit selbst frei gestaltet.

Wichtig: Liegt ein Arbeitsvertrag vor, ändert sich in der Klausur die Anspruchsgrundlage für Dienstleistung und Lohn. Sie ergibt sich dann nicht mehr aus § 611

I BGB, sondern aus § 611a I 1 BGB für die Arbeitsleistung bzw. aus § 611a II BGB für den Lohn.

Tipp: Das Dienstvertragsrecht des BGB hat in Klausuren keine eigenständige Bedeutung, sondern ist letztlich dem Rechtsgebiet Arbeitsrecht zuzuordnen. Die Vorschriften der §§ 611 ff. BGB werden insoweit durch umfangreiche arbeitsrechtliche Vorschriften sowie die dazu ergangene Rechtsprechung überlagert. Es empfiehlt sich daher, das Dienstvertragsrecht im Zusammenhang mit dem Arbeitsrecht zu lernen.

Um hier einen Einstieg zu liefern, soll im Folgenden wenigstens schon einmal kurz das Prüfungsschema einer Kündigungsschutzklage vorgestellt werden, des häufigsten Klausurfalles im Arbeitsrecht (II.). Weiterhin wird ein kurzer Überblick über das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) gegeben (III.). Dieses entfaltet seine Wirksamkeit zwar im gesamten Zivilrecht, in der Klausur taucht es jedoch am häufigsten in einem arbeitsrechtlichen Zusammenhang auf.

Ein Sonderfall des Dienstvertrages ist der Behandlungsvertrag, der die Erbringung einer medizinischen Dienstleistung regelt (§§ 630a ff. BGB). Da insbesondere die Arzthaftung immer wieder Gegenstand von Klausuren ist, werden auch insoweit die einschlägigen Vorschriften kurz vorgestellt (IV.).

II. Prüfungsschema Kündigungsschutzklage

1. Die Kündigung muss gem. § 623 BGB **schriftlich** erfolgen.
2. Vor der Kündigung muss der **Betriebsrat** angehört werden, § 102 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG, dtv Sammlung Arbeitsrecht Nr. 81, gesprochen: „BetterVauGe“). Dies gilt natürlich nur, wenn in dem betreffenden Betrieb ein Betriebsrat existiert.
3. Es darf kein *besonderer Kündigungsschutz* vorliegen (insbesondere für Betriebsräte, Frauen im Mutterschutz oder Schwerbehinderte, vgl. §§ 15 Kündigungsschutzgesetz (KSchG, Habersack Nr. 84), 103 BetrVG, 9 MuSchG, 85 ff. SGB IX)
4. Vom **Arbeitnehmer** zu beachten: Die Kündigungsschutzklage muss innerhalb von 3 Wochen erhoben werden (§§ 4, 7, 13 KSchG)
5. Es ist weiterhin zu unterscheiden zwischen der *außerordentlichen* und der *ordentlichen* Kündigung:
 - a) Bei der **außerordentlichen** Kündigung bedarf es gem. **§ 626 I BGB** eines *wichtigen Grundes*.

Bsp.: Arbeitnehmer A ist im Betrieb bei einem Diebstahl erwischt worden.

An das Vorliegen eines wichtigen Grundes sind hohe Anforderungen zu stellen. In der Regel ist darüber hinaus eine vorherige Abmahnung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber erforderlich.

Bsp.: Arbeitnehmer A kommt in seinem Betrieb mehrmals zu spät. Hier darf der Arbeitgeber nicht sofort nach § 626 BGB kündigen, sondern muss erst eine Abmahnung aussprechen.

Die außerordentliche Kündigung darf gem. § 626 II BGB nur innerhalb einer Frist von zwei Wochen nach Erlangung der Kenntnis von den zur Kündigung berechtigenden Tatsachen ausgesprochen werden.

Reichen die vom Arbeitgeber vorgetragene Gründe für eine außerordentliche Kündigung nicht aus, so kann diese nach § 140 BGB möglicherweise noch in eine ordentliche Kündigung (s. u.) *umgedeutet* werden.

b) Für die Prüfung der Wirksamkeit einer **ordentlichen** Kündigung ist weiter danach zu differenzieren, ob zugunsten des Arbeitnehmers das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) Anwendung findet oder nicht.

Das KSchG findet unter folgenden drei Voraussetzungen Anwendung:

- Der Betrieb hat in der Regel mehr als 10 Beschäftigte (vgl. im einzelnen § 23 I S. 2, 3 KSchG).
- Der Arbeitnehmer ist mindestens seit 6 Monaten im Betrieb beschäftigt (§ 1 I KSchG).
- Der Arbeitnehmer hat die Klagefrist von 3 Wochen eingehalten (§§ 4, 13 I S. 2, III KSchG, s. o.)

Im Falle der Anwendbarkeit des KSchG ist die Kündigung nur wirksam, wenn sie sozial gerechtfertigt ist, § 1 KSchG. Hierfür stellt § 1 KSchG sowie die dazu ergangene arbeitsgerichtliche Rechtsprechung strenge Voraussetzungen auf.

Findet das KSchG dagegen *keine* Anwendung (z.B., weil der Betrieb regelmäßig unter 10 Beschäftigte hat), so ist die Kündigung eines Arbeitnehmers grundsätzlich jederzeit innerhalb der Fristen des § 622 BGB möglich.

III. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

1. Allgemeines

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vom 17.8.2006 dient der Umsetzung von insgesamt vier EU-Richtlinien zum Schutz vor Diskriminierung.

Ziel des AGG ist es, eine „Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen“ (§ 1 AGG).

Hierfür enthält es Regelungen sowohl für den allgemeinen Zivilrechtsverkehr (§§ 19-21 AGG) als auch speziell für den Bereich des Arbeitsrechts (§§ 6-18, 24 AGG).

Beachte: Klausurgeeignet ist das AGG insbesondere aufgrund seines weitgefassenen Anwendungsbereiches (für den Bereich der Massengeschäfte das gesamte Zivilrecht!) sowie aufgrund der zahlreichen Auslegungsschwierigkeiten, die sich mit diesem Gesetz ergeben.

Das AGG ist im Hinblick auf sein an sich wünschenswertes Ziel eines diskriminierungsfreien Arbeits- und Zivilrechtsverkehrs durchaus als ambitioniert zu bezeichnen. Dies führt nicht nur zu teilweise recht weitreichenden Eingriffen in die Alltags- und Lebenswelt, die einen mit dem Gesetz befassten Klausurersteller dazu reizen könnte, solche in einen Klausurfall einzubauen (insbesondere im Bereich des Arbeitsrechts; einige Beispiele dazu unten), sondern auch dazu, dass einige zivilrechtliche Klassiker zukünftig nicht mehr über das BGB, sondern über das AGG zu lösen sind (z.B. die unerlaubte Frage eines Chefs nach einer Schwangerschaft einer Bewerberin).

In verfassungsrechtlicher Hinsicht ist das AGG interessant durch seine Regelungen in grundrechtsrelevanten Bereichen (Art. 12 I, 4 I, II, 3 II, III GG), die eine verfassungskonforme Auslegung im Wege der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten erforderlich machen können. Das AGG könnte also auch Gegenstand einer öffentlich-rechtlichen Klausur sein, etwa einer Verfassungsbeschwerde gegen ein arbeitsgerichtliches Urteil.

2. Regelungen des AGG zum allgemeinen Zivilrechtsverkehr

a) Anwendungsbereich

Gem. § 19 I AGG ist bei der Begründung, Durchführung oder Beendigung eines zivilrechtlichen Schuldverhältnisses eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität verboten.

Merke: Diskriminierung aus anderen Gründen fällt nicht unter das AGG (z.B. Diskriminierung wegen Rauchens).

Wichtig: Dies gilt (neben privatrechtlichen Versicherungen) **nur** bei sog. **Massengeschäften**, d.h. nur bei solchen, die typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (vgl. i. E. § 19 I Nr. 1 AGG).

Bsp.: Kauf eines Gegenstandes in einem Kaufhaus

Gegenbeispiel: Kauf eines Hauses

Bei *Mietverträgen* liegt nach § 19 V AGG ein Massengeschäft erst dann vor, wenn der Vermieter mehr als 50 Wohnungen vermietet (im Regelfall also nicht).

Nach § 20 I AGG kann eine Ungleichbehandlung aber in Sonderfällen erlaubt sein, wenn dies zur Vermeidung von Gefahren, der Verhütung von Schäden, oder anderen, vergleichbar zwingenden Fällen dient (vgl. i. E. § 20 AGG).

Bsp.: An einer Achterbahn ist ein Schild angebracht, wonach es verboten ist, dass Personen über 80 Jahre einsteigen.

Wichtig ist, sich zu vergegenwärtigen, dass gem. § 3 II AGG nicht nur unmittelbare, sondern auch mittelbare Benachteiligungen erfasst werden. Dies führt zu einem potenziell unüberschaubar weiten Anwendungsbereich des AGG.

Bsp: Ist es ein Verstoß gegen § 19 AGG, wenn in einem Bekleidungsgeschäft nur Waren für Männer (Frauen) angeboten werden, oder aber für eines der Geschlechter bei ansonsten ähnlicher Verarbeitung signifikant teurer sind? Ist es ein Verstoß gegen § 19 AGG, wenn ein Kiosk pornographische Magazine nur für Männer, nicht dagegen für Frauen anbietet? Zwar würde es in diesen Fällen wohl etwas weit gehen, einen Verstoß gegen das AGG anzunehmen; diskutabel wäre es allerdings.

b) Rechtsfolgen

Nach **§ 21 I AGG** kann der Benachteiligte Beseitigung der Beeinträchtigung und für die Zukunft Unterlassung verlangen.

Hinweis: Der Unterlassungsanspruch aus § 21 I AGG entspricht in seiner Struktur exakt § 1004 BGB und ist genauso zu prüfen.

Weiterhin hat nach **§ 21 II AGG** das Opfer einer Benachteiligung Anspruch auf Ersatz seines materiellen Schadens. Der Anspruch ist auf das sog. *negative Interesse* gerichtet. Ein Anspruch besteht nicht, wenn die andere Seite die Benachteiligung nicht zu vertreten hat, § 21 II S. 2 AGG.

Die Beweislast beim Verschulden entspricht also exakt § 280 I S. 2 BGB.

Auch wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der Benachteiligte eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen, **§ 21 II S. 3 AGG** („Schmerzensgeld“ wie bei § 253 II BGB).

Wichtig: Trotz der Benachteiligung besteht **kein Anspruch auf Abschluss des Vertrages**, der infolge der Diskriminierung nicht zustande gekommen ist!

Ansprüche nach § 21 sind binnen einer kurzen Frist von 2 Monaten geltend zu machen (§ 21 V S. 1 AGG).

In *prozessualer Hinsicht* ist zu beachten:

Die **Beweislast** für eine unerlaubte Benachteiligung ist in **§ 22 AGG** geregelt. Danach muss der Geschädigte zunächst die Benachteiligung beweisen sowie Indizien vortragen, die vermuten lassen, dass die Benachteiligung auf einem der in § 1 AGG aufgezählten, unzulässigen Gründe beruht. Sodann muss der *Beklagte* beweisen, dass *kein* Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot vorliegt.

Weiter ist zu beachten, dass für Verfahren wegen Verstößen gegen das AGG nach § 15a I S. 1 Nr. 4 EGZPO zwingend ein Schlichtungsverfahren nach den landes-

rechtlichen Schlichtungsgesetzen vorgesehen ist, bevor eine Klage erhoben werden kann.

3. Regelungen des AGG im Bereich Arbeitsrecht

a) Allgemeiner Schutz vor Benachteiligungen

Nach **§ 7 I AGG** ist es verboten, Beschäftigte aus Gründen der in § 1 AGG angeführten Merkmale der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu benachteiligen.

Bsp.: Der schwäbische Mittelständler M ist streng pietistisch. Er lässt daher jedem Mitarbeiter, der der gleichen Glaubensrichtung angehört, eine persönliche Weihnachtszuwendung in Höhe von 250.- Euro zukommen.

Wichtig: Nach § 6 I S. 2 AGG sind als Beschäftigte in diesem Sinne auch **Bewerberinnen** und **Bewerber** um eine Stelle anzusehen!

Bsp.: Der 39jährige Assessor T, der sich erstmals um eine Stelle als Rechtsanwalt bewirbt, bekommt im Bewerbungsgespräch zu hören, er sei für die Stelle „doch schon recht alt“.

Beachte: Ansprüche können aber ausgeschlossen sein, wenn es sich um bloße „Scheinbewerbungen“ mit dem Ziel handelt, Ansprüche nach dem AGG zu erhalten (sog. „AGG-Hopping“). Dem Anspruch aus § 15 AGG steht dann die Einrede unzulässiger Rechtsausübung nach § 242 BGB entgegen (vgl. i.E. z.B. BAG NZA 2017, 310 mit klausurmäßigem Aufbau).

Das Verbot der Benachteiligung richtet sich nicht nur gegen den Arbeitgeber, sondern auch gegen die Kollegen sowie Dritte, die mit dem Arbeitnehmer regelmäßig in Berührung kommen.

Bsp.: Mitarbeiterin M wird wegen ihres ansprechenden Äußeren regelmäßig sowohl von Kollegen, als auch vom Pförtner P des Unternehmens U, wo sie im Auftrag ihres Arbeitgebers häufig Sachen abzuholen hat, zum Gegenstand anzüglicher Bemerkungen gemacht. In beiden (!) Fällen liegt ein Verstoß gegen das AGG vor.

Wichtig: Auch im Fall der Benachteiligung durch Kollegen oder Dritte richtet sich der Unterlassungsanspruch als solcher jedoch gegen den Arbeitgeber! Dieser hat durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass entsprechende Benachteiligungen künftig unterbleiben.

§§ 8-10 AGG regeln dabei, wann in bestimmten Fällen eine Benachteiligung ausnahmsweise zulässig ist.

Solche Gründe können zum einen in der Art der auszuübenden Tätigkeit liegen (**§ 8 AGG**).

Bsp.: Am Stadttheater ist für eine Inszenierung des Othello die Rolle des Mohren zu besetzen. Da hierfür ein geeigneter farbiger Schauspieler zur Verfügung steht, muss der Schauspieler S zurückstehen, der die Rolle auch gern gespielt hätte.

§ 9 AGG macht eine Ausnahme vom Verbot der Benachteiligung für Religionsgemeinschaften für Behandlungen wegen der Religion. Dies betrifft sowohl die Religion als solche als Einstellungsvoraussetzung, als auch ein im Hinblick auf die Verhaltensgrundsätze der jeweiligen Religion loyales Verhalten der Mitarbeiter.

Beachte: Allerdings ist § 9 AGG im Hinblick auf die neue Rspr. des EuGH (vgl. etwa Urt. v. 17.4.2018 – C 414/16, Urt. v. 11.9.2018 – C 68/17) einschränkend auszulegen. Es ist sehr kritisch zu prüfen, ob etwa bei Bewerbungen die Zugehörigkeit zu einer Religion im Hinblick auf eine konkrete Stelle wirklich erforderlich ist oder ein Verstoß gegen Grundsätze der Religion eine Benachteiligung rechtfertigt.

Bsp. (siehe obige EuGH-Fälle): Ablehnung einer konfessionslosen Bewerberin auf eine Referentenstelle für ein Anti-Rassismus-Forschungsprojekt der evangelischen Kirche; Kündigung eines geschiedenen Chefarztes wegen Wiederheirat in einem von der katholischen Kirche getragenen Krankenhaus.

§ 10 AGG macht weitere Ausnahmen vom Verbot der Benachteiligung für das Kriterium des Alters, soweit diese sachgerecht sind.

Bsp.: P ist Pilot der Lufthansa und darf ab 65 nicht mehr fliegen, sondern nur noch Dienst am Boden verrichten.

Beachte: Auch der Klassiker der *unzulässigen Fragen* bei der Einstellung ist künftig vom AGG erfasst (**§§ 7 I, 2 I Nr. 1 AGG**). Für die Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft ist dazu § 3 I S. 2 AGG zu beachten.

b) Benachteiligungsverbot im Bereich des Kündigungsschutzes

Nach **§ 2 IV AGG** gelten für Kündigungen *ausschließlich* die Bestimmungen des allgemeinen und besonderen Kündigungsschutzes, d.h. auf die Kündigung nach **KSchG** sowie nach **§ 626 BGB** ist das AGG **nicht** anwendbar!

Ob dies auch für den Fall einer ordentlichen Kündigung gilt, die nicht unter das KSchG fällt (z.B. bei Kleinbetrieben i.S.d. § 23 I S. 2-4 KSchG), ist umstritten. Hier ist zu beachten, dass auch eine solche Kündigung in jedem Fall an §§ 138, 242 BGB zu messen ist.

Weiterhin ist umstritten, ob die Bereichsausnahme des § 2 IV AGG nur für die Wirksamkeit der Kündigung gilt, oder auch bezüglich etwaiger Schadensersatzansprüche wegen Benachteiligung gem. § 15 AGG.

c) Rechtsfolgen einer Benachteiligung im Bereich des Arbeitsrechts

§ 15 I S. 1 AGG schreibt einen Anspruch auf Ersatz des materiellen Schadens vor, wenn gegenüber einem Beschäftigten gegen das Benachteiligungsverbot

verstoßen wurde. Dies gilt nicht, wenn der Arbeitgeber die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat (§ 15 I S. 2 AGG).

Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann gem. **§ 15 II AGG** eine angemessene Entschädigung in Geld verlangt werden. Dabei darf die Entschädigung gem. § 15 II S. 2 AGG bei einer Nichteinstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen, wenn der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre.

Die Ansprüche sind gem. § 15 IV AGG binnen einer Frist von 2 Monaten geltend zu machen. Für die anschließende Klage gilt eine Frist von 3 Monaten (§ 61b I ArbGG n. F.).

Wichtig: Nach **§ 15 VI AGG** begründet ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot dagegen **keinen** Einstellungsanspruch eines unterlegenen Bewerbers oder einen entsprechenden Anspruch auf beruflichen Aufstieg bei Postenkonkurrenz im Betrieb!

IV. Behandlungsvertrag (§§ 630a ff. BGB)

Der Behandlungsvertrag regelt die Erbringung medizinischer Dienstleistungen.

Durch den Behandlungsvertrag wird der Behandelnde verpflichtet, die dem Patienten zugesagte medizinische Behandlung zu erbringen (§ 630a I BGB).

Der Behandelnde muss also kein Arzt, sondern kann ebenso z.B. Heilpraktiker, Hebamme, Physiotherapeut, Krankengymnastin o.ä. sein.

Beachte: „Behandelnder“ ist derjenige, der mit dem Patienten den Vertrag schließt, also nicht zwingend die Person, die ihn später behandelt. Dies wird relevant, wenn der Vertragsschluss z.B. mit einem Krankenhaus oder einer größeren Arztpraxis erfolgt. Der behandelnde Arzt ist dann Erfüllungsgehilfe i.S.v. § 278 BGB.

Wichtig: Der Behandelnde schuldet nur die medizinische Behandlung, nicht auch deren Erfolg. Es handelt sich somit um einen Dienst-, nicht um einen Werkvertrag. Solange die §§ 630a ff. BGB keine speziellere Regelung treffen, findet daher das Dienstvertragsrecht Anwendung (vgl. § 630b BGB). Nur ganz ausnahmsweise kann eine medizinische Behandlung auch einmal Werkvertragscharakter haben, wenn ein konkreter Erfolg geschuldet ist.

Bsp.: Medizinisches Gutachten, Anfertigung eines Zahnimplantats (nicht aber dessen Einsetzung), kosmetische Schönheits-OP (str.)

Nach § 630c BGB schuldet der Behandelnde dem Patienten umfassende Information über Diagnose und Therapiemöglichkeiten.

Weiterhin ist vor jedem Eingriff eine Einwilligung des Patienten i.S.d. § 630d BGB erforderlich. Hierfür bedarf es zuvor einer umfassenden Aufklärung über mögliche Folgen (vgl. im Einzelnen § 630e BGB). Eine Ausnahme hiervon gilt nur bei

unaufschiebbaren Maßnahmen, wenn eine Einwilligung nicht rechtzeitig eingeholt werden kann (§ 630d I 4 BGB).

Bsp.: Nach einem Verkehrsunfall wird die P bewusstlos in ein Krankenhaus eingeliefert.

Bei mutmaßlichen Einwilligungen ist insoweit insbesondere auch eine Patientenverfügung nach § 1901a BGB zu beachten (vgl. § 630d I 2 BGB).

Wichtig: Zwar macht eine unterlassene oder unzureichende Aufklärung die medizinische Maßnahme pflichtwidrig. Der Behandelnde kann aber einwenden, dass der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in den Eingriff eingewilligt hätte (§ 630h II 2 BGB, sog. „hypothetische Einwilligung“). Der Aufklärungsmangel ist dann nämlich nicht mehr kausal für den Schaden.

Beachte: Bisher ungeklärt ist, ob es sich bei §§ 630d, 630e BGB neben ihrer zivilrechtlichen Bedeutung auch um einen **strafrechtlichen** Rechtfertigungsgrund handelt, der in seinem Anwendungsbereich die Voraussetzungen der allgemeinen (ungeschriebenen) rechtfertigenden Einwilligung verdrängt.

Hat der Behandelnde sich dem Patienten gegenüber einer Aufklärungs- oder Behandlungspflichtverletzung schuldig gemacht, so haftet er diesem nach § 280 I BGB.

§ 630h BGB enthält insoweit Sonderregeln für die Beweislast. Danach trägt der Behandelnde insbesondere dann die Beweislast dafür, dass sich ein Behandlungsfehler nicht ausgewirkt hat, wenn es sich um einen *groben Behandlungsfehler* handelt (§ 630h V BGB).

Bsp.: Nach einer Operation hinterlässt der Arzt A einen Tupfer im Bauchraum des Patienten P.

Zum Aufbau: Im Rahmen des Anspruchs aus § 280 I BGB betrifft die Beweislastumkehr des § 630h V BGB die *Kausalität* zwischen Pflichtverletzung und Schaden. Für den Prüfungspunkt *Verschulden* gilt dagegen § 280 I 2 BGB.

Weiterhin trifft den Behandelnden auch eine verschärfte Haftung im Hinblick auf die von ihm vorzunehmende Dokumentation: hat er eine bestimmte Maßnahme nicht in den Patientenakten aufgezeichnet, so wird vermutet, dass diese nicht stattgefunden hat (vgl. § 630h III i.V.m. §§ 630f, 630g BGB).

Schließlich trifft den Behandelnden sogar die Pflicht, den Patienten von sich aus auf von ihm erkannte Behandlungsfehler hinzuweisen, wenn dies zur Abwendung gesundheitlicher Gefahren erforderlich ist (§ 630c II 2 BGB).

Bsp.: Arzt A hat dem Patienten P wegen einer Entzündung Cortison-Augentropfen verschrieben. Einen Tag später erkennt er aus der Patienten-Akte, dass der P wegen erhöhten Augeninnendrucks eigentlich gar keine Cortison-Tropfen nehmen darf. Hier trifft A die Pflicht, den P sofort auf diesen Umstand hinzuweisen.

Beachte: Weist ein Arzt seinen Patienten auf einen Behandlungsfehler hin, so darf die hierdurch erlangte Information über die Fehlbehandlung in einem späteren Strafverfahren nicht zu Lasten des Arztes verwendet werden (§ 630c II 3 BGB). Es handelt sich dabei um eine Konsequenz des sog. *nemo-tenetur*-Grundsatzes, wonach sich niemand selbst belasten muss. Zu bedenken ist allerdings, dass ein solches Beweisverwertungsverbot nach deutschem Recht grundsätzlich keine Fernwirkung auf weitere Beweismittel erlangt, die aufgrund der Information erlangt werden.

Wichtig: Neben Ansprüchen aus §§ 630a ff., 280 I BGB kommen in der Klausur häufig gegen den Behandelnden noch Ansprüche aus Deliktsrecht (§§ 823 ff. BGB) in Betracht. Da die Grundsätze der Arzthaftung – Kausalitätsvermutung für grobe Behandlungsfehler, Verschuldensvermutung, Schmerzensgeld auch für immaterielle Schäden (vgl. i. E. Hofmann-Skript Schuldrecht BT 2, abrufbar unter www.repetitorium-hofmann.de) – hier jedoch relativ ähnlich sind, werden beide Ansprüche selten zu ungleichen Ergebnissen führen.

Der Anspruch aus § 823 I BGB wird aber wichtig, wenn entweder ein Behandlungsvertrag gänzlich fehlt – z.B. bei bewusstlosem oder geisteskrankem Patient – oder aber der Anspruch sich (direkt) gegen eine Person richten soll, die den Behandlungsvertrag selbst nicht abgeschlossen hat.

Bsp.: Im Krankenhaus der K-GmbH (=Behandelnder i.S.v. § 630a BGB) unterläuft dem Arzt A am Patienten P ein Kunstfehler. A persönlich haftet nicht aus Vertrag, wohl aber aus Delikt nach § 823 I BGB.

Lerneinheit 6: Typen des Werkvertrags (§ 631 BGB), Werklieferungsvertrag (§ 650 I BGB), Verbrauchervertrag über die Herstellung digitaler Produkte (§ 650 II-IV BGB), Bauvertrag (§ 650a BGB), Verbraucherbauvertrag (§ 650i BGB), Bauträgervertrag (§ 650u BGB), Gewährleistung (§§ 633 ff. BGB), Pflichten des Bestellers, Abnahme (§ 640 BGB), Gefahrtragung (§§ 644 f. BGB), Sphärentheorie, Werkunternehmerpfandrecht (§ 647 BGB, Sonderproblem: gutgläubiger Erwerb), Reiserecht (§§ 651a ff. BGB), Gewährleistung für Reisemängel (§ 651i ff. BGB), Maklervertrag (§ 652 BGB), Auftrag (§§ 662 ff. BGB)

G. Werkvertrag (§§ 631 ff. BGB)

I. Allgemeines

1. Werk- und Werklieferungsvertrag

Tip: Durch die Reform des Bauvertragsrechts zum 1.1.2018 sind die Vorschriften über den Werkvertrag etwas unübersichtlich geworden. Verschaffen Sie sich daher zunächst – etwa auch unter Zuhilfenahme des Inhaltsverzeichnisses – einen systematischen Überblick über die verschiedenen Typen von Werkverträgen (Werkvertrag, Werklieferungsvertrag, Bauvertrag, Verbraucherbauvertrag, Bauträgervertrag etc.).

Durch den **Werkvertrag** wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet, § 631 BGB. Gegenstand des Werkvertrages kann dabei jeder durch eine Tätigkeit herbeizuführende Erfolg sein.

Bsp.: Gutachten, Taxifahrt, Theateraufführung, Erstellung eines individuellen Softwareprogramms (vgl. auch § 650 II BGB). In der Praxis sind 90 % der Werkvertragsfälle vor den Obergerichten allerdings Bausachen. Auf sie findet häufig neben den §§ 631 ff. BGB sowie den Spezialvorschriften der §§ 650a ff. BGB die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) Anwendung, deren Klausurrelevanz jedoch gering ist.

Hat der Vertrag die Lieferung vom Unternehmer selbst herzustellender Sachen zum Gegenstand, so findet gem. **§ 650 I S. 1 BGB** ausschließlich *Kaufrecht* Anwendung (sog. „**Werklieferungsvertrag**“).

Bsp.: A bestellt beim Schneider S einen Maßanzug. Obwohl der Schneider (auch) eine Werkleistung erbringt, findet gem. § 650 I S. 1 BGB ausschließlich Kaufrecht Anwendung. Da es sich um eine nicht vertretbare Sache handelt (der Anzug passt nur dem A), finden aber gem. § 650 I S. 3 BGB ausnahmsweise die Vorschriften über die Mitwirkung des Gläubigers aus dem Werkvertragsrecht Anwendung.

Beachte: Die Vorschrift über den Werklieferungsvertrag findet ihrem Wortlaut nach nur auf bewegliche Sachen Anwendung. Für Bauträgerverträge erklärt aber § 650u I 3 BGB teilweise Kaufrecht anwendbar (s.u.).

Neu: Durch die Schuldrechtsreform zum 1.1.2022 wurden in **§ 650 II-IV BGB** Vorschriften zum „Verbrauchervertrag über digitale Dienstleistungen“ eingeführt. Ist danach der Werkvertrag ein Verbrauchervertrag und hat die Herstellung digitaler Inhalte oder eine erfolgsbestimmte digitale Dienstleistung zum Gegenstand, so treten an die Stelle der Gewährleistung nach §§ 634 ff. die Vorschriften über den „Vertrag über digitale Produkte“ (**§§ 327a ff. BGB**). Das gleiche gilt bei einem sonstigen Werk, das ein digitales Produkt enthält oder mit einem digitalen Produkt verbunden wird, für dieses digitale Element (vgl. § 650 IV BGB).

2. Bauverträge

Das Werkvertragsrecht enthält in **§§ 650a ff. BGB** Spezialregelungen für den **Bauvertrag**.

Dabei sind unter einem Bauvertrag nicht nur solche Verträge zu verstehen, die die Herstellung eines neuen Gebäudes betreffen, sondern auch Umbau- und Instandhaltungsarbeiten (vgl. i.E. § 650a I, II BGB).

Auch auf den Bauvertrag finden zunächst die §§ 631 ff. BGB Anwendung. Daneben finden sich im Wesentlichen Vorschriften über Änderungen des Bauplans auf Anordnung des Bauherren (§§ 650b, c BGB), über die Sicherung des Bauunternehmers (§§ 650e, f BGB) sowie die Abnahme (§ 650g BGB).

Die Vorschriften über den „**Verbraucherbauvertrag**“ (§§ 650i ff. BGB) enthalten vor allem Informationspflichten und ein Widerrufsrecht des Verbrauchers außer in Fällen der notariellen Beurkundung (§ 650l BGB).

Beachte: Auf Umbaumaßnahmen finden die Vorschriften über den Verbrauchervertrag seinem Wortlaut nach nur Anwendung, wenn diese „erheblich“ sind, also mit dem Bau eines neuen Gebäudes vergleichbar sind (z.B. nicht bloße Renovierungsarbeiten; also enger als bei § 650a BGB).

Der **Architekten-** und **Ingenieurvertrag** hat in §§ 650p ff. BGB eine eigene Regelung erfahren. Bemerkenswert ist, dass die Regelung über den Gesamtschuldnerausgleich zwischen Architekten und Bauunternehmer eine gewisse Präferenz dahin erkennen lässt, der Besteller müsse zuerst den Bauunternehmer in Anspruch nehmen (vgl. i.E. § 650t BGB).

Unter einem **Bauträgervertrag**, der in §§ 650u f. BGB geregelt ist, versteht man einen Vertrag, der eine doppelte Verpflichtung des Unternehmers beinhaltet: ein Gebäude zu errichten und dazu das Eigentum an dem dazugehörigen Grundstück zu verschaffen.

Die wenig überraschende Lösung des Gesetzgebers ist hier, dass auf den Bau das Werkvertragsrecht, auf die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück dagegen Kaufrecht Anwendung findet (vgl. i.E. § 650u BGB).

Hintergrund: Die Lösung des Bauträgervertrags – Bau nach Werk-, Grundstück nach Kaufrecht – wurde zunächst vor einigen Jahrzehnten von der Rechtsprechung entwickelt, als sich Kauf- und Werkvertragsrecht in ihren Rechtsfolgen noch stark unterschieden. Der BGH hat dies dann beibehalten, obwohl dies im

Hinblick auf die Annäherung von Kauf- und Werkvertragsrecht vor allem hinsichtlich der Gewährleistung (vgl. § 437 und § 634 BGB) inzwischen keineswegs mehr zwingend erscheint. Der Gesetzgeber hat dies nun durch Reform des Bauvertrags in 2018 kodifiziert.

II. Gewährleistung

Nach § 633 I BGB ist der Unternehmer verpflichtet, das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.

Ist das Werk trotzdem mangelhaft, so kann der Besteller die sich aus **§ 634 BGB** ergebenden Rechte geltend machen:

- Recht auf Nacherfüllung (§§ 634 Nr. 1, 635 BGB)

(vgl. auch Aufbauschema Nr. 12 im Anhang)

- Selbstvornahme und Aufwendungsersatz (§§ 634 Nr. 2, 637 BGB)

(vgl. auch Aufbauschema Nr. 13 im Anhang)

- Rücktritt vom Vertrag (§§ 634 Nr. 3, 323, 326 V BGB)

(vgl. auch Aufbauschema Nr. 14 im Anhang)

- Minderung der Vergütung (§§ 634 Nr. 3, 638 BGB)

(vgl. auch Aufbauschema Nr. 15 im Anhang)

- Schadensersatz (bzw. Aufwendungsersatz; §§ 634 Nr. 4, 280, 281, 283, 311a, 284 BGB)

(vgl. auch Aufbauschema Nr. 16-18 im Anhang)

Dabei schließen sich diese Rechte nicht gegenseitig aus; insbesondere kann neben einem Rücktritt auch Schadensersatz verlangt werden (vgl. **§ 325 BGB**). Lediglich Rücktritt und Minderung stehen in einem Alternativverhältnis.

Beachte: Im Unterschied zum Kaufrecht (§ 439 BGB) kann beim Werkvertrag im Rahmen der Nacherfüllung nach **§ 635 BGB** der *Unternehmer* wählen, ob er den Mangel beseitigen oder ein neues Werk errichten will. Dies liegt daran, dass der Unternehmer i.d.R. dem Produktionsprozess näher steht und daher die Frage, welche der beiden Alternativen vernünftiger ist, besser beurteilen kann.

Wichtig: Nach der neuen Rechtsprechung des BGH (7. Senat) können über Schadensersatz die Mängelbeseitigungskosten nur verlangt werden, wenn der Mangel auch tatsächlich beseitigt wird. Es besteht kein Anspruch auf sog. *fiktive Mängelbeseitigungskosten*, wenn der Besteller den Mangel gar nicht reparieren möchte. In diesem Fall ist als Schaden nur die Differenz zwischen dem Wert der Sache in mangelbehaftetem und mangelfreiem Zustand zu zahlen (vgl. i.E. BGH VII ZR 46/17 – Jus 2018, 907; anders der 5. Senat des BGH für das Kaufrecht,

dort werden die fiktiven Mängelbeseitigungskosten nach wie vor ersetzt, vgl. BGH V ZR 33/19 – JuS 2021, 793; es bestand insoweit auch keine Divergenz, die eine Anrufung des großen Senats nach § 132 II GVG notwendig gemacht hätte: anders als im Kaufrecht würden sich im Werkvertragsrecht häufig extrem hohe fiktive Mängelbeseitigungskosten für Schäden ergeben, mit denen der Besteller im Grunde „leben könne“, dies führe dort zu einer Überkompensation).

Auch bei den Gewährleistungsansprüchen des Werkvertragsrechts stellt sich (wie im Kaufrecht) die Frage, inwieweit diese die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts (insbesondere zur Anfechtung sowie zur Haftung nach §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB) verdrängen. Dies wird insofern relevant, als in beiden Fällen unterschiedliche *Verjährungsfristen* gelten. Die Mängelansprüche beim Werkvertrag verjähren nämlich gem. **§ 634a BGB** regelmäßig in zwei Jahren (bei Bauwerken in fünf Jahren) ab **Abnahme** des Werkes. Dagegen kommt es bei Anfechtung und §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB für die relevanten Fristen auf die **Kenntnis** von der Mangelhaftigkeit des Werkes an (vgl. §§ 121, 124, 195, 199 BGB). Diese kann wesentlich später liegen.

Grundsätzlich ist nach h.M. auch beim Gewährleistungsrecht des Werkvertrages davon auszugehen, dass dieses eine abschließende Spezialregelung darstellt, da ansonsten z.B. die Verjährungsfristen des § 634a BGB unterlaufen werden könnten. Ausnahmen sind aber auch hier wie im Kaufrecht insbesondere denkbar, wenn der Unternehmer arglistig gehandelt hat, da er in diesem Fall nicht schutzwürdig ist.

Merke: Dagegen schlagen die Verjährungsregeln des § 634a BGB nach h.M. **nicht** auf einen konkurrierenden Deliktsanspruch (§§ 823 ff. BGB) durch. Dies liegt daran, dass §§ 633 ff. BGB und Deliktsrecht zwar häufig, aber nicht regelmäßig miteinander konkurrieren.

*Bsp.: Handwerker H hat dem A ein Hochbett installiert. Dieses bricht wegen Mängeln in der Konstruktion nach 6 Jahren zusammen. Dabei verletzt sich der A schwer. Zwar kann A keine Ansprüche aus §§ 634 Nr. 4, 280 I BGB geltend machen, da diese nach § 634a I Nr. 1 BGB verjährt sind. Er kann jedoch nach wie vor deliktsrechtliche Ansprüche aus §§ 823 I, 823 II BGB i.V.m. § 229 StGB geltend machen. Diese verjähren gem. §§ 195, 199 BGB erst ab **Kenntnis** (u. U. erst nach 30 Jahren!). Auch schlägt die kurze Verjährung des § 634a BGB nach h.M. nicht auf den Anspruch aus § 823 BGB durch (anders als z.B. im Mietrecht).*

Beachte: Wegen der verlängerten Verjährung für Bauwerke (vgl. § 634a I Nr. 2 BGB: *fünf* Jahre) ist es wichtig, den Begriff des **Bauwerkes** zu wissen: Dieser ist nicht auf die Neuherstellung von Bauwerken beschränkt. Umfasst sind vielmehr auch An- und Einbauten, wenn sie für die Konstruktion, den Bestand, die Erhaltung oder Benutzbarkeit des Gebäudes von wesentlicher Bedeutung sind und mit ihm fest verbunden werden.

Bsp.: Dachreparatur, Spezialfußbodenbelag, Teppichverlegung, aber z.B. nicht Instandhaltungsarbeiten an einer Häuserfassade oder die Anbringung eines Reklameschildes

Neben der Geltendmachung seiner Gewährleistungsrechte kann der Besteller auch einfach die Abnahme eines mängelbehafteten Werkes ablehnen. Dies hat nach **§ 641 I BGB** zur Folge, dass der Vergütungsanspruch des Unternehmers nicht fällig wird. Hat der Besteller das Werk bereits abgenommen, so räumt ihm § 641 III BGB im Falle von Mängeln ein Recht zur (teilweisen) Zurückbehaltung des Werklohnes ein. Eines Rückgriffs auf **§ 320 BGB** bedarf es damit *nicht*.

Wichtig: Ob der Besteller die Gewährleistungsrechte nach §§ 634 ff. BGB auch schon vor **vor** Abnahme des Werkes geltend machen kann, ist umstritten. Der BGH fordert hierfür – neben der in der Regel sowieso schon erforderlichen Setzung einer Frist zur ordnungsgemäßen Herstellung des Werkes, die erfolglos abläuft – weiter eine *Erklärung* des Bestellers, dass er die weitere Erfüllung des Werkvertrages ablehnt. Dies macht auch Sinn, da der Unternehmer Klarheit haben muss, ob er weiter erfüllen soll, oder ab jetzt den Gewährleistungsrechten ausgesetzt ist.

Der Mangelbegriff des Werkvertragsrechts entspricht im Großen und Ganzen dem des Kaufrechts. Auch hier sind die Lieferung eines anderen Gegenstandes (lateinisch: *aliud*) und die Zuwenig-Lieferung gem. § 633 II S. 3 BGB mit in den Begriff des Sachmangels einbezogen. Rechtsmängel sind des Sachmängeln gleichgestellt, § 633 I, III BGB.

Hat der Besteller dem Unternehmer zur Beseitigung des Mangels erfolglos eine Frist gesetzt und beseitigt den Mangel dann selber (§§ 634 Nr. 2, 637 BGB), so ist zu beachten, dass er für die hierdurch entstehenden Kosten gem. **§ 637 III BGB** einen *Vorschuss* verlangen kann. Zu den Kosten im Sinne der Vorschrift gehören dabei auch eigene Arbeitsleistungen sowie Arbeiten von Angehörigen. Ihr Wert ist nach § 287 ZPO zu schätzen. Musste der Besteller andere Handwerker beauftragen, so kann er vom Unternehmer Zahlung der Rechnungen nach § 257 BGB verlangen.

Beachte: Bei Mängeln von Bauwerken besteht der Anspruch auf einen Vorschuss auch gegen den Architekten i.S.v. § 650p BGB. Zwar kann der Anspruch in diesem Fall nicht auf §§ 634 Nr. 2, 637 BGB gestützt werden, weil der Vorschuss der Nachbesserung dient und diese bezogen auf die Planung des Architekten nicht mehr geleistet werden kann, sobald sich der Mangel im Bauwerk realisiert hat. Man stützt den Anspruch in diesem Fall aber auf §§ 634 Nr. 4, 280 I BGB (vgl. hierzu BGH VII ZR 46/17, JuS 2018, 907).

III. Pflichten des Bestellers

Der Besteller schuldet die vereinbarte Vergütung, die mit der Abnahme (**§ 640 BGB**) bzw. Vollendung gem. § 646 BGB des Werkes fällig wird, § 641 BGB. Der Abnahme steht es nach § 640 II BGB gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt und hierfür auch nicht einen Mangel angibt. Gleiches gilt für den Bauvertrag nach Zustandsfeststellung und Schlussrechnung (vgl. § 650g IV BGB).

Dabei ist unter Abnahme nach h.M. die körperliche Hinnahme des Werkes sowie die Billigung als im Wesentlichen vertragsgemäße Leistung zu verstehen. Die vorbehaltlose Annahme des Werkes in Kenntnis eines Mangels schließt nach

§ 640 III BGB die Geltendmachung von Mängelrechten (Ausnahme: Schadensersatz nach § 634 Nr. 4 BGB) aus.

Die *Mitwirkung* des Bestellers ist grundsätzlich nur eine Obliegenheit.

Definition: Unter Obliegenheit ist ein Verhaltensgebot zu verstehen, das zwar rechtlich nicht verpflichtend ist, dessen Einhaltung aber im eigenen Interesse des dadurch Belasteten liegt, weil sonst Rechtsnachteile drohen.

Bsp.: Schadensminderungspflicht im Rahmen von § 254 BGB

Bei Großprojekten wird daher eine Mitwirkung des Gläubigers häufig extra vertraglich als Pflicht i.S.v. § 280 I BGB vereinbart.

Bsp.: Ein Konsortium aus mehreren Baugesellschaften schließt mit der Großstadt B einen Vertrag über die Errichtung eines Flughafens. In diesem Fall sollten die notwendigen Mitwirkungshandlungen der B auch einklagbar sein.

Unterlässt der Besteller die notwendige Mitwirkung, so hat der Unternehmer über § 304 BGB hinaus einen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung, **§ 642 BGB**. Daneben kann der Unternehmer den Vertrag nach **§ 643 BGB** kündigen.

IV. Gefahrtragung

Die Leistungsgefahr trägt bis zur Abnahme der Unternehmer, d.h. er muss im Zweifel auf seine Kosten das Werk noch einmal errichten (§ 644 I S. 1 BGB).

Ausnahmen hiervon bestehen nur in folgenden Fällen:

- Unmöglichkeit der Werkerstellung (vgl. § 275 BGB)
- Der Besteller befindet sich im Annahmeverzug, § 644 I S. 2 BGB.
- Die Sache ist auf Verlangen des Bestellers versendet worden und geht auf dem Transport unter, § 644 II BGB.

Der Vergütungsanspruch bleibt erhalten, wenn der Besteller den Untergang des Werkes zu vertreten hat, § 326 II BGB.

Ein *Teilvergütungsanspruch* nach § 645 BGB entsteht, wenn das Werk infolge der Mangelhaftigkeit des vom Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer Anweisung des Bestellers untergeht, ohne dass ein Verschulden des Unternehmers festzustellen ist.

Umstritten ist, ob § 645 BGB generell entsprechend anzuwenden ist auf Leistungshindernisse, die aus der „Sphäre“ des Bestellers stammen (sog. **Sphärentheorie**). Dies wird von der h.M. mit dem Argument abgelehnt, dass der Besteller ja schließlich auch nach § 644 I S. 3 BGB das Risiko des zufälligen Untergangs des Stoffes in der Unternehmersphäre zu tragen hat. Sie fordert daher, dass der Untergang oder die Verschlechterung zumindest auf ein *willentliches Verhalten* des Bestellers zurückzuführen sein muss.

Bsp.: A hat sich bei der Fluggesellschaft F ein Ticket für eine Flugreise nach Indien gekauft. Nach dem Beförderungsvertrag hat A entsprechend der indischen Einreisevorschriften bestimmte Impfungen an sich vorzunehmen. A kommt dem nicht nach und kann daher nicht mitfliegen. Die F kann die von ihr bereits geleistete Arbeit entsprechend § 645 BGB vergütet bekommen.

Gegenbeispiel: A lässt sein Haus renovieren. Für die Neudeckung des Daches beauftragt er den Dachdecker D. Als dieser das Dach zur Hälfte gedeckt hat, brennt das Haus des A ab. Der Brand wurde durch die Unachtsamkeit eines anderen Handwerkers verursacht, der an anderer Stelle auf der Baustelle arbeitete. In diesem Fall ist § 645 BGB nicht analog anzuwenden.

V. Werkunternehmerpfandrecht (§ 647 BGB)

Der Unternehmer hat für die Forderungen aus dem Werkvertrag ein Pfandrecht an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten Sachen des Bestellers, soweit sie sich in seinem Besitz befinden (sog. **Werkunternehmerpfandrecht**, vgl. § 647 BGB).

Bsp.: A bringt sein defektes Auto zur Reparatur in die Werkstatt des B. Kann A hinterher die Reparaturrechnung nicht zahlen, ist B durch ein Pfandrecht an dem Pkw des A gesichert.

Das Werkunternehmerpfandrecht ist ein *gesetzliches* Pfandrecht, auf das gem. **§ 1257 BGB** die Vorschriften über ein rechtsgeschäftliches Pfandrecht (§§ 1204 ff. BGB) entsprechend Anwendung finden.

Voraussetzungen für die Entstehung eines Unternehmerpfandrechts sind:

- Zwischen den Parteien muss ein Werkvertrag geschlossen worden sein.
- Die Sache muss in **Besitz** des Unternehmers sein.
- Es muss sich um eine **Sache des Bestellers** handeln.

Der Besteller muss also selbst Eigentümer der Sache sein, damit ein Pfandrecht ohne weiteres entstehen kann.

Umstritten sind dagegen die Fälle, in denen der Besteller eine Sache in Reparatur gibt, obwohl er selbst nicht Eigentümer der Sache ist.

Bsp.: Im obigen Beispiel ist A nicht selbst Eigentümer des Pkw, da er den Pkw in Raten abbezahlt und der Wagen somit aufgrund eines Eigentumsvorbehalts noch dem Händler H gehört.

Da der Händler mit der Reparatur des Pkw sicher einverstanden ist, könnte man zunächst an eine Genehmigung nach § 185 BGB denken, die den Pfandrechtserwerb nach § 647 BGB *ex-tunc* (§ 184 I BGB) wirksam machen würde. Dem steht aber entgegen, dass § 185 BGB nur für *rechtsgeschäftliche* Verfügungen gilt, bei § 647 BGB der Erwerb des Pfandrechts jedoch durch *Gesetz* erfolgt.

Weiter kommt ein **gutgläubiger Erwerb** des Unternehmerpfandrechts in Betracht. Dies wird von der h.M. jedoch mit dem Argument abgelehnt, dass **§ 1257 BGB**, der die Vorschriften über das rechtsgeschäftliche Pfandrecht (und damit auch die Gutgläubensvorschrift des § 1207 BGB) für anwendbar erklärt, von einem kraft Gesetz bereits *entstandenen* Pfandrecht spricht, im vorliegenden Fall jedoch ein Pfandrecht überhaupt erst *entstehen* soll. Im Übrigen sei die Annahme eines gutgläubigen Erwerbs bei § 647 BGB systemwidrig, da ein gutgläubiger Erwerb immer ein „Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäftes“ voraussetze und ein gutgläubiger Erwerb im Rahmen eines Rechtserwerbes durch Gesetz daher ausscheide.

Folgt man dieser h.M., so ist im obigen Beispiel der B aber im Falle einer Insolvenz des A gegenüber einem Herausgabeverlangen des Eigentümers H nach § 985 BGB immerhin noch durch §§ 994, 1000 BGB gesichert. Seine Reparaturleistungen auf den Pkw stellen i.d.R. Verwendungen i.S.v. §§ 994 ff. BGB auf die Sache dar.

Wichtig: Kein Problem entsteht für B, wenn er – wie Reparaturwerkstätten dies häufig tun – sich in seinen AGB ein *vertragliches* Pfandrecht von A hat zusichern lassen. In diesem Fall erwirbt er gutgläubig ein *rechtsgeschäftliches* Pfandrecht an dem Pkw gem. §§ 1207, 932 ff. BGB. Die Vereinbarung eines solchen vertraglichen Pfandrechts durch AGB wird zwar im Hinblick auf § 307 BGB nicht ganz unkritisch gesehen, da sie neben § 647 BGB ja nur den alleinigen Zweck haben kann, im Falle der Nichtberechtigung des Bestellers trotzdem zu einem Pfandrecht zu gelangen. Von der h.M. wird die Klausel jedoch nach wie vor als zulässig erachtet.

Beachte: Daneben kann der Unternehmer auch ein Pfandrecht nach § 647 BGB an einem *Anwartschaftsrecht* des Bestellers an der Sache (wie z.B. beim Vorbestaltkäufer) erwerben. Dies nützt ihm nur gerade im Fall der Insolvenz des Bestellers nichts, da in diesem Fall i.d.R. auch der Vorbestaltverkäufer vom Kaufvertrag zurücktritt und das Anwartschaftsrecht damit hinfällig wird.

H. Reisevertragsrecht (§§ 651a ff. BGB)

I. Allgemeines

Das Reiserecht regelt das Recht der sog. „Pauschalreise“. Hierunter versteht man eine Gesamtheit von mindestens *zwei* verschiedenen Arten von Reiseleistungen (vgl. **§ 651a II BGB**).

Bsp.: A bucht für 4.600 Euro eine Südafrika-Reise inklusive Flug, Unterbringung in Hotels und Lodges sowie Safari in verschiedene Nationalparks.

Als Reiseleistungen werden in **§ 651a III BGB** aufgezählt Beförderung, Beherbergung, Vermietung von Kfz und Motorrädern sowie sonstige „touristische Leistungen“ (für eine Rückausnahme bei unbedeutenden touristischen Leistungen vgl. § 651a IV BGB, weitere Ausnahmen § 651a V BGB).

Eine Pauschalreise liegt auch dann vor, wenn der Reisende die umfassten Reiseleistungen nach seinem Wunsch zusammenstellt (vgl. § 651a II 2 BGB).

Wichtig: Nicht anwendbar ist das Pauschalreiserecht auf die Buchung nur **einer** Einzelleistung (*nur*: Flug, Busreise, Hotelübernachtung etc.). Zwar waren nach der Rspr. zum alten Reiserecht im Einzelfall das Reiserecht auch auf Einzelleistungen *analog* anwendbar (z.B. Hotel- und Ferienhausverträge). Der Gesetzgeber hat allerdings bei der Reform des Reiserechts im Jahr 2018 in voller Kenntnis dieser Rspr. solche Leistungen nicht in das neue Reiserecht aufgenommen, was zukünftig eher gegen eine Analogie spricht.

Tipp: Von geringer Klausurbedeutung, allerdings von überragender Bedeutung in der Praxis ist die **EU-Fluggastrechteverordnung** (VO (EG) 261/2004, vgl. Grüneberg, BGB, Einf v § 631 Rdnr. 30 ff.). Danach hat der Flugreisende in bestimmten Fällen Anspruch auf eine Entschädigungspauschale gegen das ausführende Luftfahrtunternehmen (vgl. Art. 7 der VO). Dies schließt die Geltendmachung eines weiteren Schadens gegen den Reiseveranstalter nicht aus (z.B. Hotel- oder Mietwagenkosten, Verdienstausschlag). Da die Entschädigung gerne durch entsprechende Legal-Tech-Anbieter im Internet geltend gemacht wird, schließt der zum 1.10.2021 neu eingeführte **§ 308 Nr. 9 BGB** ein Abtretungsverbot in den AGBs der Fluggesellschaften grundsätzlich aus.

Als Reiseveranstalter ist auch anzusehen ein Reisevermittler, der ein Bündel von mindestens zwei Reiseleistungen zusammenfasst (vgl. **§ 651b I 2, 3 BGB**) sowie insbesondere auch der Fall des *Online-Buchungsverfahrens*, bei dem ergänzend zu einer Reiseleistung weitere Leistungen angeboten werden (**§ 651c BGB**).

Bsp.: Auf der Website des U kann man sich seine Reise selbst zusammenstellen durch Buchung des Flugs bei X, des Hotels bei Y, des zu mietenden Pkws bei Z usw. und zahlt dann alles zusammen (sog. „click-through-Buchung“)

Beachte: In diesem Fall bestehen neben der Haftung des Reiseveranstalters nach § 651c BGB nach wie vor die Vertragsbeziehungen des Reisenden mit den einzelnen Unternehmen X, Y und Z. Tritt dagegen nur der Reiseveranstalter als einziger Vertragspartner auf, so ist zu diskutieren, ob es sich bei den Verträgen der nachfolgenden Leistungserbringer mit dem Reiseveranstalter um Verträge zu Gunsten Dritter, d.h. des Reisenden, handelt (§ 328 BGB).

Anders ist der Fall zu sehen, in dem ein Unternehmen nur an **ein** anderes Unternehmen vermittelt, das seinerseits eine Pauschalreise oder verbundene Reiseleistungen anbietet (sog. Reisevermittler, vgl. §§ 651v, 651w BGB).

Bsp.: Preisvergleichsportale für Reisen mit Buchungsmöglichkeit

Bei **Rücktritt** vor Antritt der Reise kann der Reiseveranstalter eine angemessene Entschädigung verlangen (§ 651h I 3 BGB). Dies gilt nicht, wenn am Bestimmungsort außergewöhnliche Umstände auftreten, die die Durchführung der Pauschalreise oder die Beförderung von Personen an den Bestimmungsort erheblich beeinträchtigen (§ 651h III BGB).

Wichtig: Einen solchen Umstand, der den Anspruch des Reiseveranstalters nach § 651h III BGB vollständig entfallen lässt, stellte grundsätzlich auch die sog. „**Corona-Pandemie**“ ab März 2020 dar (vgl. hierzu etwa OLG Hamm, Urt. v. 30.8.2021 – 22 U 33/21, BeckRS 2021, 24178, für die Absage einer Klassenfahrt; entscheidend sind danach die Umstände des Einzelfalls). Eine – rechtspolitisch allerdings umstrittene – „Gutschein-Lösung“ sieht insoweit Art. 240 § 6 EG-BGB vor. Beschränkungen wegen Covid19 am Reiseort können auch einen Reismangel i.S.d. § 651i BGB darstellen (vgl. Retzlaff, in: Grüneberg, BGB, 81. Aufl. 2022, § 651i Rdnr. 13 mwN).

II. Reisemängelgewährleistung

Der Reiseveranstalter hat dem Reisenden die Pauschalreise frei von Reisemängeln zu verschaffen (**§ 651i I BGB**).

Das Vorliegen eines Reismangels richtet sich zunächst nach den Vereinbarungen zwischen Reisendem und Veranstalter, daneben nach dem Zweck der Reise bzw. der gewöhnlichen Beschaffenheit (**§ 651i II BGB**).

Dabei sind echte Mängel abzugrenzen von den üblichen und erkennbaren Übertreibungen in der touristischen Vermarktung sowie dem allgemeinen Lebensrisiko des konkreten Erlebniswertes einer Reise.

Bsp.: Teil der obigen Südafrika-Reise ist ein Whale-Watching am Kap der guten Hoffnung. Allerdings besitzen die Wale an diesem Tag die Frechheit, nur außerhalb der Sichtweite der Touristen aufzutauchen.

Ist die Reise mangelhaft, so hat der Reisende nach **§§ 651i III BGB** die folgenden Rechte:

- Er kann ein Abhilfeverlangen an die Reiseleitung stellen (**§ 651k I BGB**).
- Er kann nach einem erfolglosen Abhilfeverlangen und Setzung einer entsprechenden Frist selbst Abhilfe schaffen und hat insoweit einen *Aufwendungsersatzanspruch* (**§ 651k II BGB**).

Bsp.: A hat beim Reiseveranstalter R eine Pauschalreise nach Sri Lanka gebucht. Das Hotel ist mitten im Umbau begriffen, der Lärmpegel ist unerträglich. A bittet die Reiseleitung vor Ort um ein Zimmer in einem anderen Hotel; dies wird verweigert. A bucht daraufhin selbst ein anderes Hotel und kann die dadurch entstandenen Kosten dem R nach § 651k II BGB in Rechnung stellen.

Dabei ist die Setzung einer Frist zur Abhilfe entbehrlich, wenn die Abhilfe durch den Reiseveranstalter verweigert wird oder die sofortige Selbstabhilfe durch ein besonderes Interesse des Reisenden gerechtfertigt ist (§ 651k II 2 BGB). Eines Abhilfeverlangens bedarf es dann nicht, wenn die Abhilfe unmöglich oder mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist und der Reiseveranstalter deswegen die Abhilfe verweigern darf (§ 651k I 2, II 1 BGB).

- Ist die Abhilfe i.S.d. § 651k I 2 BGB unmöglich oder unverhältnismäßig, so hat der Reiseveranstalter dem Reisenden eine angemessene Ersatzleistung anzubieten (vgl. i.E. **§ 651k III BGB**).

Bsp.: Auf einer geführten China-Rundreise ist der Weiterflug nach Hongkong wegen Sperrung des dortigen Flughafens nicht möglich. Stattdessen wird Macao (gegenüber von Hongkong) ins Programm genommen.

Soweit aufgrund außergewöhnlicher Umstände zusätzliche Beherbergungskosten entstehen, hat diese grundsätzlich der Reiseveranstalter zu tragen (vgl. i.E. § 651k IV, V BGB).

- Bei einem *erheblichen* Reisemangel kann der Reisende nach **§ 651I BGB** den Reisevertrag kündigen. Der Reiseveranstalter muss den Reisenden dann auf seine Kosten zurückbefördern und verliert den Anspruch auf den Reisepreis, soweit die Reise noch nicht erbracht ist.

Einer Kündigung der Reise muss in der Regel ein Abhilfeverlangen vorausgehen, es sei denn, der Mangel ist ohnehin nicht behebbar (§ 651I I 2 BGB).

Wichtig: In jedem Fall hat der Reisende dem Veranstalter den Mangel unverzüglich anzuzeigen (§ 651o BGB). Tut er dies schuldhaft nicht und kann infolge dessen der Reiseunternehmer keine Abhilfe schaffen, so kann er nach § 651o II BGB seiner Ansprüche auf Minderung und Schadensersatz verlustig gehen.

- Nach **§ 651m BGB** tritt weiterhin eine *automatische* Minderung des Reisepreises ein (!). Ein gesondertes Minderungsverlangen ist hierfür nicht erforderlich. Ein überzahlter Betrag kann nach §§ 651m II, 346 BGB zurückverlangt werden.

- Der Reisende kann unabhängig von Minderung oder Kündigung nach **§ 651n I BGB** Schadensersatz oder nach **§ 284 BGB** Ersatz seiner vergeblichen Aufwendungen verlangen (vgl. § 651i III Nr. 7 BGB!).

Die Verpflichtung des Reiseveranstalters zum Schadensersatz ist grundsätzlich verschuldensunabhängig. Allerdings präzisiert § 651n I drei Fälle, in denen der Reiseveranstalter den Schaden nicht zu vertreten hat (z.B. Schuld des Reisenden oder eines Dritten, für den der Veranstalter nichts kann; unvermeidbare, außergewöhnliche Umstände).

Merke: Das Reiserecht differenziert, anders als sonst im Schuldrecht, nicht zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung.

- Nach **§ 651n II BGB** kann der Reisende bei erheblichen Mängeln oder Vereitelung der Reise auch für die nutzlos aufgewendete Urlaubszeit eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen.

- Eine eigene Anspruchsgrundlage für Buchungsfehler findet sich in **§ 651x BGB**

Die Gewährleistungsregeln nach §§ 651i ff. BGB bilden eine abschließende Spezialregelung und gehen, so die Gesetzesbegründung, insoweit den Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts vor.

Das allgemeine Schuldrecht wird daher nach h.M. selbst im Fall der **anfänglichen Unmöglichkeit** verdrängt, da der Reiseveranstalter auch in diesem Fall für

den Nichterfolg der Reise nach den §§ 651i ff. BGB (d.h. auch ohne Verschulden wie bei § 311a II BGB) einzustehen habe.

Die Ansprüche des Reisenden wegen Mängeln verjähren innerhalb von zwei Jahren (§ 651j BGB). Von den Vorschriften des Reiserechts darf nicht zu Lasten des Reisenden abgewichen werden, § 651y BGB.

Tipp: Denken Sie in der Klausur daran, dass neben Ansprüchen aus §§ 651i ff. BGB häufig auch Ansprüche aus Deliktsrecht (§§ 823 ff. BGB) in Frage kommen.

I. Maklervertrag (§§ 652 ff. BGB)

Ein Maklervertrag liegt vor, wenn eine Vergütung für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss oder die Vermittlung eines Vertrages versprochen wird.

Bsp.: Wohnungsmakler, Kreditvermittlung (Spezialvorschriften in §§ 655a ff. BGB), Partnerschaftsvermittlung

Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, ein dem Vertragsschluss entsprechendes Angebot anzunehmen. Umgekehrt ist der Makler nach der Fassung des § 652 BGB auch nicht zum Tätigwerden verpflichtet.

Da dies den Bedürfnissen der Praxis häufig nicht entspricht, wird oft in AGB ein Alleinauftrag unter Ausschluss des Rechts zum maklerfreien Abschluss und zum Ausgleich dafür eine Tätigkeitspflicht des Maklers vereinbart.

Voraussetzungen für einen Anspruch auf den **Maklerlohn** (=Provision):

a) **Maklervertrag:** Er kann auch konkludent geschlossen werden, eine Vergütung gilt dann als stillschweigend vereinbart (§ 653 BGB).

Ausnahmsweise ist der Maklervertrag formbedürftig nach § 311b BGB, wenn dem Makler gleichzeitig die unwiderrufliche Vollmacht zum Erwerb eines Grundstücks eingeräumt wird oder die Vertragsbedingungen faktisch einer Erwerbspflicht nahe kommen, weil für den Fall der Nichtannahme eines geeigneten Interessenten eine Vertragsstrafe vorgesehen ist.

b) **Vertragsschluss mit dem Dritten:** Der Vertrag muss infolge des Nachweises durch den Makler wirksam zustande gekommen sein.

Wichtig: Der Makler trägt nur das Risiko des Vertragsschlusses, nicht auch der späteren Vertragsdurchführung. Entfällt der Vertrag nachträglich, z.B. aufgrund Rücktritts wegen Sachmängeln (§§ 437 Nr. 2, 346 BGB), so lässt dies den Provisionsanspruch grundsätzlich unberührt. Wirkt sich der rechtliche Mangel dagegen auf den Vertragsschluss aus, so entfällt auch der Provisionsanspruch des Maklers.

Bsp.: Formunwirksamkeit (§ 125 BGB), rechtliches Verbot (§ 134 BGB), Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB), Anfechtung (§§ 119 ff., 142 BGB, ex-tunc-Wirkung!), aufschiebende Bedingung (§ 158 I BGB), Erfordernis einer behördlichen Genehmigung, anfängliche Unmöglichkeit (§ 311a, str.)

Nach h.M. entfällt der Provisionsanspruch im Übrigen auch dann, wenn der vermittelte Vertrag zwar erst im Nachhinein rückgängig gemacht wird (z.B. durch Rücktritt oder Kündigung), aber wegen eines Grundes, der auch eine Auflösung *ex-tunc* möglich gemacht hätte.

*Bsp.: K kauft von V unter Vermittlung des M ein Hausgrundstück. Nach ein paar Monaten stellt sich heraus, dass das Haus unter Holzbock und Trockenfäule leidet und V hiervon gewusst hat. K tritt nunmehr vom Vertrag mit V zurück (§§ 437 Nr. 2, 323, 346 BGB). Zwar führt der Rücktritt nur zur Umwandlung des Vertrags in ein Rückgewährschuldverhältnis im Nachhinein und lässt den Vertragsschluss als solchen unberührt. Da der K aber auch mit *ex-tunc*-Wirkung hätte anfechten können (§§ 142, 123 I BGB), entfällt ausnahmsweise auch der Anspruch des Maklers auf die Provision.*

c) **Wirtschaftliche Unabhängigkeit:** Der Makler darf mit dem Dritten, mit dem der Vertrag zustande kommt, nicht wirtschaftlich verflochten sein

Bsp.: Makler M ist an einer Immobiliengesellschaft, für die er selbst Wohnungen vermittelt, als Gesellschafter beteiligt. Ein Anspruch auf die Maklerprovision entsteht in diesem Fall nicht, eine bereits gezahlte Provision kann nach § 812 I S. 1, 1. Alt. BGB zurückgefordert werden.

Wichtig: Zwar kann im Prinzip zwischen den Parteien frei vereinbart werden, wer den Maklerlohn zahlt. Dies gilt allerdings nicht für die Miete über Wohnraum. Hier gilt seit 2015 zwingend das „Bestellerprinzip“, d.h. wer den Makler beauftragt, zahlt ihn auch (vgl. § 2 Ia WoVermG). Für den Kauf von Wohnungen oder Einfamilienhäusern gilt, sofern der Käufer ein Verbraucher ist, seit dem 23.12.2020 der sog. „Halbteilungsgrundsatz“, d.h. Verkäufer und Käufer tragen die Maklerprovision zwingend je zur Hälfte (vgl. i.E. **§§ 656c ff. BGB**).

Durch einen Ehevermittlungsvertrag (**§ 656 BGB**) werden keine Ansprüche begründet. Die Rückforderung bereits gezahlter Beiträge ist allerdings ausgeschlossen (§ 656 I S. 2 BGB). § 656 BGB ist nach h.M. auch auf Partnerschaftsvermittlungen entsprechend anwendbar.

Beachte: Nicht anwendbar ist § 656 BGB allerdings auf „**Online-Partnerbörsen**“ (vgl. BGH Urte. v. 17.6.2021 – III ZR 125/19, NJW-RR 2021, 1141 Rdnr. 18 f., es handelt sich vielmehr um einen Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstleistungselementen, vgl. hierzu Niebling, NJOZ 2021, 1).

Da es sich bei kostenpflichtigem „Online-Dating“ jedoch in der Regel um Verbraucherverträge handelt, wird hier oft ein **Widerruf** nach §§ 312c, 356 BGB in Betracht kommen. Außerdem treffen den Unternehmer umfassende Informationspflichten (Art. 246a EGBGB). Die Voraussetzungen für ein Erlöschen des Widerrufsrechts nach § 356 IV, V BGB durch Erbringung der Dienstleistung sind zudem sehr hoch, was ein generelles Problem bei der „Online“-Erbringung von „Maklerleistungen“ darstellt (etwa auch bei der Immobilienvermittlung).

Hinzu kommt, dass der Verbraucher nach § 357 VIII BGB für die bis zum Widerruf erhaltenen Inhalte Wertersatz nur unter den engen Beschränkungen dieser

Vorschrift zu leisten hat. Nach der Rechtsprechung des EuGH (NJW 2020, 3771, Rdnr. 26 ff.) ist der Wertersatz bei Online-Partnerbörsen grundsätzlich *zeitanteilig* zu berechnen (d.h. „spezielle“ Leistungen zum Beginn der Vertragslaufzeit wie etwa „Persönlichkeitsgutachten“ o.ä. bleiben außer Betracht und können ausnahmsweise nur dann einbezogen werden, wenn ihr Preis getrennt ausgewiesen wird, vgl. hierzu auch instruktiv BGH, Urt. v. 6.5.2021 – III ZR 169/20, JuS 2021, 881).

Zur Terminologie: Bei § 656 BGB spricht man von einer sog. „**Naturalobligation**“, d.h. einer Forderung, die zwar freiwillig erfüllbar, aber nicht einklagbar ist (ähnlich z.B. für Spiel und Wette § 762 BGB).

J. Auftrag (§§ 662 ff. BGB)

I. Allgemeines

Durch den Auftrag (§ 662 BGB) verpflichtet sich jemand (Beauftragter), ein Geschäft für einen anderen (Auftraggeber) zu besorgen.

Definition: Unter Geschäft ist jedes rechtsgeschäftliche oder tatsächliche Tätigwerden zu verstehen.

Da der Auftrag zu den *unentgeltlichen* Geschäften gehört, stellt bei ihm immer der Rechtsbindungswille und die Abgrenzung zur reinen Gefälligkeit ein besonderes Problem dar.

Bsp.: A hat sein Auto in der Werkstatt und bittet daher den B, ihn zur Geburtstagsfeier eines Freundes mit dem Auto mitzunehmen. Ob eine rechtliche Bindung des B im Wege eines Auftrages (§ 662 BGB) gewollt ist, ist anhand der Parteivereinbarung auszulegen, wird aber im vorliegenden Fall wohl eher zu verneinen sein.

Gegenbeispiel: F verbürgt sich für eine Schuld seines Freundes S unentgeltlich in Höhe von 30.000 Euro. Allein aus der Höhe der Summe ergibt sich hier, dass wohl nicht bloß eine unverbindliche Gefälligkeit gewollt ist.

II. Pflichten des Beauftragten

Der Beauftragte hat das ihm übertragene Geschäft sorgfältig auszuführen (§ 662 BGB), Weisungen des Auftraggebers zu beachten (§ 665 BGB), ihm gegenüber Auskunft und Rechenschaft abzulegen (§ 666 BGB) und ihm alles, was er zur Ausführung des Auftrages erhalten und nicht verbraucht hat sowie das, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat, herauszugeben (§ 667 BGB).

In der Regel hat er den Auftrag persönlich auszuführen, wobei er sich eines Gehilfen bedienen darf (§ 664 BGB).

III. Aufwendungsersatz

Der Auftrag erfolgt unentgeltlich. Der Auftraggeber hat dem Beauftragten jedoch die Aufwendungen zu ersetzen, die dieser zum Zweck der Ausführung des Auftrags macht und den Umständen nach für erforderlich halten darf (§ 670 BGB).

Bsp.: Zahlt F im obigen Fall auf die Bürgschaft, so kann er von S grundsätzlich nach § 670 BGB Ersatz des gezahlten Betrages (=erforderliche Aufwendung) verlangen.

Er kann auch Ersatz für **Schäden** fordern, die er in Ausführung des Auftrags erleidet, sofern sie auf einer dem Auftrag eigentümlich anhaftenden Gefahr beruhen (die Begründung hierfür ist umstritten, teilweise wird § 670 BGB analog angewandt, teilweise auf den Rechtsgedanken des § 110 HGB verwiesen).

Ein Ausgleich für die aufgewandte *Arbeitskraft* erfolgt nicht, da der Auftrag ja gerade unentgeltlich sein soll.

Der Beauftragte kann für seine Aufwendungen einen *Vorschuss* verlangen, § 669 BGB.

K. Geschäftsbesorgung (§ 675 I BGB)

Unter Geschäftsbesorgung i.S.d. § 675 I BGB ist (enger als beim Auftrag!) jede **selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art** für einen anderen zu verstehen, die in der Wahrnehmung von dessen Vermögensinteressen besteht.

Bsp.: Anwälte, Wirtschaftsprüfer, Treuhänder, Kreditkartenunternehmen, Handelsvertreter i.S.v. § 84 HGB

Ein in Klausuren häufiger Unterfall des Geschäftsbesorgungsvertrages ist der **Gi-rovertrag** mit einer Bank. Er ist Zahlungsdienstevertrag i.S.v. §§ 675f, 675c ff. BGB. Der einzelne Überweisungsauftrag ist Zahlungsauftrag gem. § 675f IV S. 2 BGB und zugleich Weisung gemäß §§ 675c I, 665 BGB.

Wichtig: Der fehlerhafte Überweisungsauftrag spielt insbesondere im Bereicherungsrecht eine Rolle (§§ 812 ff. BGB). Er ist dort eine der Fallgruppen des „Bereicherungsausgleichs im Dreipersonenverhältnis“.

Nach **§ 675 II BGB** haftet man nicht für einen Rat oder eine Empfehlung, sofern sie außerhalb eines Vertrages mit Beratungspflichten erteilt werden und keine unerlaubte Handlung vorliegt.

Bsp.: A fragt seinen Freund B, wie er denn wohl am besten sein Geld anlegen solle. B rät ihm zu Aktien der Firma XY. Kaum hat A die Aktien gekauft, fallen diese um über 20%. Keine Haftung des B, da zwischen A und B kein Beratungsvertrag und der Tipp des B auch keine unerlaubte Handlung darstellt.

Lerneinheit 7: Bürgschaft (§§ 765 ff. BGB), Abgrenzung zu Schuldbeitritt und Garantie, Form (§§ 766 BGB, 350 HGB) Einreden des Bürgen (§§ 768 ff. BGB), Verhältnis zum Hauptschuldner (§§ 774, 670 BGB), Wettlauf der Sicherungsgeber, Globalbürgschaft, Sittenwidrigkeit von Ehegattenbürgschaften, Bürgschaft und Verbraucherschutz, Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis (§§ 780, 781 BGB)

L. Bürgschaft (§§ 765 ff. BGB)

I. Allgemeines

Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen (§ 765 I BGB).

Bsp.: S möchte sich bei der G-Bank für ein geschäftliches Projekt 50.000 € leihen. Die G-Bank fordert von S Sicherheiten. Daraufhin verbürgt sich der B gegenüber der G-Bank für die Schuld des S. Die G-Bank erklärt sich daraufhin bereit, dem S das Darlehen in der gewünschten Höhe zu gewähren.

Beachte: Die Bürgschaft ist von Garantie und Schuldbeitritt abzugrenzen. Beim **Garantievertrag** wird eine völlig selbständige Verpflichtung zum Einstehen für die Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners übernommen. Er ist daher nur anzunehmen, wenn der Garant unabhängig vom rechtlichen Bestand der Hauptforderung haften will. Beim **Schuldbeitritt** (vertraglich vereinbarte Gesamtschuld i.S.v. §§ 421 ff. BGB) erhält der Gläubiger dagegen einen zusätzlichen Schuldner der Hauptschuld, wobei Akzessorietät im Gegensatz zur Bürgschaft (vgl. dort § 767 BGB) nur bei *Entstehung* der Gesamtschuld gegeben ist (§ 425 BGB; Ausnahme: Gesamtwirkende Umstände gem. §§ 422-424 BGB).

In **Klausuren** stellt sich häufig die Frage, ob eine nach § 766 BGB formunwirksame Bürgschaft in einen (formlos möglichen!) Schuldbeitritt umgedeutet werden kann. Aufgrund des Schutzzwecks des § 766 BGB wird dies regelmäßig jedoch nicht in Betracht kommen. Ist fraglich, ob mit einer Vereinbarung ein Schuldbeitritt oder eine Bürgschaft gewollt ist, so wird im Zweifel eher eine Bürgschaft gewollt sein. Eine Auslegung als Schuldbeitritt kommt aber vor allem dann in Betracht, wenn der Sicherer ein *eigenes wirtschaftliches oder rechtliches Interesse* an der Tilgung der Forderung hat.

Bsp.: A hat den Bauunternehmer B mit der Erstellung eines Hauses beauftragt. Da B seinen Arbeitern die Löhne schuldig bleibt, drohen diese auf der Baustelle in Anwesenheit des A damit, die Arbeit demnächst einzustellen. A verpflichtet sich darauf „per Handschlag“, für die Lohnforderungen der Arbeiter gegenüber B einzustehen. Als Bürgschaft wäre das Versprechen des A unwirksam, da formnichtig gem. §§ 766, 125 S. 1 BGB. Es könnte aber eventuell als Beitritt zur Schuld des B ausgelegt werden (wodurch eine Gesamtschuld zwischen A und B i.S.v. §§ 421 ff. BGB entstünde). Hierfür spräche, dass der A ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Fortführung der Arbeiten hat.

Wichtig: Die Frage der Abgrenzung der Bürgschaft zu Garantie und Schuldbeitritt sollte in der Klausur nur aufgeworfen werden, wenn dies wirklich problematisch ist. Haben die Parteien eindeutig und in der Form des § 766 BGB eine Bürgschaft gewollt, so ist dies nicht weiter zu problematisieren.

Voraussetzungen für die Entstehung einer wirksamen Bürgschaft nach **§ 765 I BGB** sind:

- Einigung zwischen Gläubiger und Bürge (geht auch zwischen Bürge und Hauptschuldner als Vertrag zugunsten Dritter i.S.v. § 328 ff. BGB)
- Schriftform der Bürgschaftserklärung (§ 766 BGB)
- Bestand der Forderung (§ 767; sog. *Akzessorietät* der Bürgschaft)

(vgl. im Einzelnen sowie zu den denkbaren Einreden des Bürgschaftsschuldners auch Aufbauschema Nr. 19 im Anhang)

II. Einigung

Die Einigung findet in der Regel zwischen Gläubiger und Bürge statt. Dem liegt im Verhältnis zwischen Bürge und Hauptschuldner meistens entweder ein Auftrag (§ 662 BGB) oder eine entgeltliche Geschäftsbesorgung (§§ 675, 631 BGB) zugrunde.

Eine Anfechtung der Einigung nach § 119 II BGB oder eine Berufung auf eine Störung der Geschäftsgrundlage wegen Fehlen oder späterem Wegfall der Kreditwürdigkeit des Hauptschuldners ist nicht möglich, da dieses Risiko mit der Bürgschaft ja gerade übernommen werden soll.

III. Form

Der Bürge haftet für die Bürgschaftsforderung mit seinem gesamten Vermögen. Die Bürgschaftserklärung des Bürgen bedarf als besonders risikoreiches Geschäft zu ihrer Wirksamkeit gem. **§ 766 BGB** der *Schriftform*.

Dabei genügt eine Bürgschaft per Fax der Form des § 766 BGB nicht.

Zu beachten ist, dass nur die Bürgschaftserklärung der Form des § 766 BGB bedarf, nicht die Annahme durch den Gläubiger (die Bürgschaft ist ein Vertrag)! Die Annahme durch den Gläubiger ist formfrei möglich und wird häufig nach § 151 BGB dem Bürgen gar nicht ausdrücklich erklärt werden.

Bei einer *Blankobürgschaft* bedarf nach Rechtsprechung des BGH die Bevollmächtigung zur Ausfüllung der Bürgschaftsurkunde entgegen § 167 II BGB der Form des § 766 BGB, um dem Bürgen das Risiko der Bürgschaft zu verdeutlichen.

Kann jedoch der Gläubiger anhand der Bürgschaftsurkunde nicht mehr erkennen, dass die Unterschrift des Bürgen blanko gegeben worden war, so haftet der Bürge nach § 172 II BGB analog (Rechtsscheinhaftung).

Der Schriftform bedarf es nicht, wenn der Bürge ein Kaufmann i.S.d. HGB ist und die Übernahme der Bürgschaft für ihn ein Handelsgeschäft darstellt (§ 350 HGB). Das Gesetz geht davon aus, dass ein Kaufmann die mit einer Bürgschaft verbundenen Risiken besser überblickt.

Hierbei ist jedoch zu beachten, dass der Geschäftsführer einer GmbH, der sich für seine Gesellschaft verbürgt (praxishäufiger Fall einer Bürgschaft), als solcher kein Kaufmann i.S.d. HGB ist. Er ist „bloß“ Angestellter seiner GmbH. Auch das Halten eines Gesellschaftsanteils ist keine gewerbliche Tätigkeit i.S.v. § 1 HGB. Im Extremfall ist daher selbst der Geschäftsführer-Alleingesellschafter einer GmbH nicht als Kaufmann i.S.d. HGB anzusehen (!).

Der Mangel der Form des § 766 BGB wird durch die Zahlung des Bürgen geheilt, vgl. § 766 S. 3 BGB.

Beachte: Nach Erlöschen oder Beendigung der Bürgschaft kann vom Gläubiger auch die Rückgabe der Bürgschaftsurkunde verlangt werden, dies kann unter Umständen auch als Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB geltend gemacht werden.

IV. Akzessorietät

Die Bürgschaft ist *in Bestand und Umfang* von der Hauptschuld abhängig, **§ 767 BGB** (sog. **Akzessorietät** der Bürgschaft). Besteht die Hauptschuld nicht, so besteht auch die Bürgschaftsschuld nicht.

Wird die Hauptforderung abgetreten, so geht gem. **§ 401 BGB** auch die Bürgschaft mit über (wo die Hauptschuld ist, ist auch die Bürgschaft)

Andererseits werden gem. § 767 I S. 2 BGB auch Ersatzforderungen des Gläubigers, z.B. wegen Verzuges oder Schadensersatzforderungen nach § 280 I BGB, gesichert. Eine rechtsgeschäftlich vom Gläubiger mit dem Hauptschuldner vereinbarte Erweiterung der Hauptschuld ist dagegen dem Bürgen gegenüber unwirksam (§ 767 I S. 3 BGB).

Auch durch eine Insolvenz des Hauptschuldners wird die Haftung des Bürgen nicht berührt (vgl. § 254 II InsO, Habersack Nr. 110).

Inwieweit im Falle der Unwirksamkeit oder des Wegfalls der Hauptschuld an die Stelle der ursprünglich zu sichernden Forderung tretende Bereicherungsansprüche durch die Bürgschaft gesichert werden sollen, ist im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln.

V. Einreden des Bürgen

Neben den Einreden aus dem Bürgschaftsvertrag selbst (dazu s. u.) kann der Bürge gegen seine Inanspruchnahme insbesondere folgende Einreden geltend machen:

1. Nach **§ 768 I BGB** kann der Bürge die *dem Hauptschuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden* geltend machen, und zwar auch dann, wenn der

Hauptschuldner auf die Einrede verzichtet hat (§ 768 II BGB) oder bereits rechtskräftig verurteilt wurde.

Beachte: Hat der Bürge gezahlt, obwohl ihm eine Einrede nach § 768 I BGB zu-stand, so kann er den Betrag nach **§ 813 BGB** zurückfordern (h.M., zur Argu-mentation vgl. instruktiv BGH BeckRS 2017, 134133).

Zum Aufbau: Rechtshindernde und rechtsvernichtende Einwendungen des Hauptschuldners sind bereits über § 767 BGB (=Akzessorietät!) zu berücksichti-gen. Für § 768 I BGB verbleibt daher nur ein kleiner Anwendungsspielraum (z.B. für Zurückbehaltungsrechte des Hauptschuldners, die Einrede der Verjährung oder insbesondere Einwendungen aus einem Sicherungsvertrag des Gläubigers mit dem Hauptschuldner, der diesen zur Stellung von Bürgen verpflichtet).

2. Aus **§ 770 I BGB** hat der Bürge die Einrede der *Anfechtbarkeit der Haupt-schuld*. Die Vorschrift wird auf *andere Gestaltungsrechte* (z.B. Rücktritt gem. § 346 I BGB) analog angewandt, da diese nur vom Hauptschuldner selbst gel-tend gemacht werden können.

Anders als bei § 768 II BGB erlischt hier aber die Einrede, wenn der Haupt-schuldner auf das Gestaltungsrecht wirksam verzichtet.

3. Nach **§ 770 II BGB** hat der Bürge die *Einrede der Aufrechnungsmöglichkeit des Gläubigers* mit einer Forderung des Hauptschuldners. Entgegen dem Wort-laut der Vorschrift muss auch der Hauptschuldner aufrechnen können, da der Bürge keine weitergehenden Rechte als der Hauptschuldner besitzen soll.

Eine entsprechende Anwendung der Vorschrift auf den Fall, dass (etwa wegen § 393 BGB) **nur** der *Hauptschuldner* aufrechnen kann, wird von der h.M. abge-lehnt, da das Leistungsverweigerungsrecht nur dazu führen soll, dass der Gläubi-ger eine einfachere Möglichkeit der Befriedigung nutzt, die ihm aber in diesem Fall nicht gegeben ist.

Bsp.: S schuldet dem G 4.000 Euro, wofür sich der B verbürgt hat. Aus Wut dar-über, dass der S nicht zahlt, zerkratzt ihm der G seinen Pkw, indem er einen Schlüssel einmal rund um den Wagen über den Lack zieht. G kann in diesem Fall wegen § 393 BGB (keine Aufrechnung gegen Forderungen aus unerlaubter Hand-lung!) nicht mit seiner Forderung gegen die Forderung des S aus §§ 823 I, II BGB i.V.m. § 303 StGB, 826 BGB gegen ihn aufrechnen. Also kann auch B gegen seine Inanspruchnahme nicht die Einrede aus § 770 II BGB vorbringen.

4. **§ 771 BGB** gibt dem Bürgen die *Einrede der Vorausklage*, d.h. der Gläubiger muss erst die Vollstreckung beim Hauptschuldner versucht haben. **§ 773 BGB** nennt jedoch Ausnahmen, insbesondere den Verzicht des Bürgen im Falle der **selbstschuldnerischen Bürgschaft** (§ 773 I Nr. 1 BGB).

Die selbstschuldnerische Bürgschaft, d.h. der Verzicht auf die Einrede der Vo-rausklage, ist heute die übliche Form der Bürgschaft und ist auch innerhalb von AGB nach §§ 305c, 307 BGB zulässig.

Die Einrede der Vorausklage besteht im Übrigen auch dann nicht, wenn die Bürgschaft für den Bürgen ein Handelsgeschäft i.S.d. HGB darstellt (§ 349 HGB).

VI. Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner

Das Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner ist je nach Bestehen einer Vereinbarung entweder ein *Auftrag* (§ 662 BGB), eine *entgeltliche Geschäftsbesorgung* (§ 675 BGB) oder eine *Geschäftsführung ohne Auftrag* (§§ 677, 683 BGB).

Bei Befriedigung des Gläubigers kann der Bürge Aufwendungsersatz nach § 670 BGB (unter Umständen i.V.m. § 683 BGB) verlangen. Außerdem geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner mit allen akzessorischen Nebenrechten (§§ 412, 401 BGB, z.B. eine für die Forderung bestellte Hypothek oder eine weitere Bürgschaft) auf den Bürgen über, vgl. **§ 774 I BGB**.

Tipp: Hat in der Klausur der Bürge die Verbindlichkeit bereits getilgt und ist nach den Rückgriffsansprüchen des Bürgen gegen den Hauptschuldner gefragt, so sind also **zwei** verschiedene Anspruchsgrundlagen nacheinander zu prüfen: Zum einen **§ 670 BGB** (evtl. i.V.m. § 683 BGB), zum anderen die ursprüngliche Hauptschuld (also z.B. § 488 I S. 2 BGB), die nach **§ 774 I BGB** auf den Bürgen übergegangen ist!

Dabei ist *Anspruchsgrundlage* nicht § 774 I BGB allein, sondern *in Verbindung mit dem Anspruch aus der übergebenen Forderung* (also z.B.: Anspruch des B gegen S auf Zahlung von 4.000 Euro aus **§§ 488 I S. 2 BGB, 774 I BGB**).

VII. Verhältnis mehrerer Sicherer untereinander

Hat neben dem Bürgen noch eine weitere Person Sicherheiten für die Hauptschuld gestellt, so stellt sich die Frage, wer im Innenverhältnis der Sicherungsgeber untereinander letztlich die Inanspruchnahme tragen muss.

Bsp.: S hat 50.000 Euro Schulden bei der G-Bank. Hierfür verbürgt sich der B gem. § 765 I BGB; der E stellt zur Sicherheit eine Hypothek (§§ 873 I, 1113 BGB). Nachdem der S seine Schulden nicht zahlen kann, nimmt die G-Bank den B allein in Anspruch. Kann B von E im Innenverhältnis verlangen, dass er sich an den von B an die Bank zu zahlenden 50.000 Euro beteiligt?

Bei der Lösung dieser Frage ist danach zu differenzieren, welcher Art die Sicherheit war, die der andere Sicherungsgeber gestellt hat:

1. Bei mehreren Bürgschaften gilt der Grundsatz der **§§ 769, 774 II BGB**, wonach Mitbürgen einander als *Gesamtschuldner* (§§ 421 ff. BGB) haften.
2. Gegenüber dem **Schuldbeitretenden** ist im Innenverhältnis der Bürge allein verpflichtet, es sei denn, auch der Hauptschuldner hätte bei Zahlung einen Rückgriffsanspruch gegen den Beitretenden gehabt. Ein Forderungsübergang nach § 401 BGB findet nicht statt; der Schuldbeitritt ist kein Sicherungsrecht i.S.d. § 401 BGB.
3. Das Verhältnis der Bürgschaft zu den **dinglichen Sicherheiten** (Hypothek, Grundschuld) ist umstritten.

Eine scheinbar paradoxe Gesetzeslage ergibt sich zunächst im Falle der Konkurrenz von Bürgschaft und Hypothek. Würde man hier streng nach dem BGB vorgehen, so würde derjenige der Sicherungsgeber, der *zuerst* zahlt, gem. §§ 774 I, 412, 401 BGB (im Falle der Bürgschaft) bzw. §§ 1143 I S. 1, 412, 401 BGB (im Falle der Hypothek) die Forderung zusammen mit dem jeweils anderen akzessorischen Sicherungsrecht erwerben.

Es könnte also derjenige der Sicherungsgeber, der zuerst zahlt, beim jeweils anderen vollen Rückgriff nehmen (sog. *Wettlauf der Sicherungsgeber*).

Um dieses sinnwidrige Ergebnis zu vermeiden, werden verschiedene Meinungen vertreten:

- Nach einer Auffassung ist die Bürgschaft gegenüber den dinglichen Sicherungsmitteln wie der Hypothek als vorrangig zu betrachten. Dies ergäbe sich neben § 776 BGB (s.u.) daraus, dass der Bürge persönlich und mit seinem gesamten Vermögen hafte, wohingegen bei der Hypothek die Haftung auf das Grundstück begrenzt sei. Das Argument ist jedoch nur begrenzt tragfähig, da in der Praxis ein Grundstück häufig das wesentliche Vermögen des Grundstückseigentümers darstellt und sich umgekehrt ja auch die Bürgschaft betragsmäßig begrenzen lässt.

- Die h.M. wendet daher auf das Verhältnis der Sicherungsgeber untereinander die Vorschriften über den Ausgleich unter Gesamtschuldnern (**§ 426 I BGB**) entsprechend an. Dabei ist wiederum umstritten, ob die Sicherungsgeber nach Kopfteilen oder entsprechend der Höhe der von ihnen gestellten Sicherheiten haften.

Im obigen Beispielsfall hätte der B gegen den E somit einen Ausgleichsanspruch aus § 426 I BGB in Höhe von 25.000 Euro. In dieser Höhe könnte er gegen den E auch aus der nach §§ 774 I, 412, 401 BGB auf ihn mit übergegangenen Hypothek vorgehen (Anspruchsnorm: § 1147 BGB), in Höhe des darüber hinaus gehenden Betrages stünde einer Inanspruchnahme des E aus der Bürgschaft die Einrede unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) entgegen.

Beachte: Etwas anders stellt sich die Rechtslage bei der Grundsuld dar. Da diese gerade *nicht* zu den akzessorischen Sicherungsrechten gehört (vgl. § 1192 I BGB), also auch nicht automatisch nach §§ 774 I, 412, 401 BGB auf den zahlenden Bürgen übergeht, verbleibt die Grundsuld zunächst beim Gläubiger. Da sie dort jedoch nach der Zahlung durch den Bürgen – mit der der Gläubiger jegliches Sicherungsinteresse verloren hat – funktionslos ist, hat der Bürge gegen den Gläubiger einen Anspruch auf Übertragung der Grundsuld, der von der h.M. aus **§ 401 BGB analog** hergeleitet wird. Erst nachdem ihm die Grundsuld vom Gläubiger übertragen wurde, kann er gegen den anderen Sicherungsgeber auch aus der Grundsuld (nach: §§ 1147, 1192 I BGB) vorgehen.

VIII. Aufgabe einer Sicherheit

Der Bürge wird gem. **§ 776 BGB** von der Verpflichtung zur Zahlung **frei**, wenn der Gläubiger auf eine für die Hauptforderung bestellte *Sicherheit verzichtet*, die im Falle der Befriedigung gemäß §§ 774 I, 412, 401 BGB auf den Bürgen übergegangen wäre.

Die Vorschrift ist entsprechend auf die Grundschuld anzuwenden, da sie zwar nicht nach § 401 BGB auf den Bürgen übergeht (keine Akzessorietät der Grundschuld!), er aber im Falle der Befriedigung vom Gläubiger ihre Abtretung fordern könnte.

IX. Kündigung der Bürgschaft

Ist die Bürgschaft zeitlich und betragsmäßig unbegrenzt, so kann sie vom Bürgen nach Ablauf einer angemessenen Zeitspanne (h.M.: mindestens drei Monate, denen nochmals drei Monate Kündigungsfrist nachlaufen) gekündigt werden.

Dies hat zur Folge, dass der Bürge für neu begründete Verbindlichkeiten des Schuldners nicht mehr haftet, sondern nur noch für die zur Zeit der Kündigung bestehende Hauptschuld.

X. Formularmäßige Globalbürgschaft

Die Ausdehnung einer Bürgschaft in AGB auf *alle gegenwärtigen und künftigen* Verbindlichkeiten des Hauptschuldners (sog. *Globalbürgschaft*) verstößt nach der Rspr. des BGH gegen **§ 307 I, II Nr. 1 BGB**.

Wesentlicher gesetzlicher Grundgedanke, mit dem eine solche Ausdehnung nicht zu vereinbaren ist, ist **§ 767 I S. 3 BGB**, der vorschreibt, dass die Verbindlichkeit des Bürgen durch Geschäfte des Hauptschuldners eben gerade nicht erweitert werden darf.

Wichtig: Das in diesem Zusammenhang gebrauchte Schlagwort, dass auch in der Klausur unbedingt gebracht werden sollte, lautet: *Verbot der Fremddisposition*, d.h. ein „Fremder“ (der Hauptschuldner) soll nicht indirekt (durch Erweiterung der Bürgschaftsschuld) über das Vermögen des Bürgen „disponieren“ dürfen.

Ausnahme: Der Bürge, der auf die Erweiterung oder Nicht-Erweiterung des Kredits *selber Einfluss nehmen* kann.

Bsp.: G ist mittelständischer Unternehmer und hat sich als Geschäftsführer und Alleingesellschafter für den Kredit seiner G-GmbH bei der B-Bank verbürgt. Die AGB der B sehen eine Ausdehnung der Haftung des Bürgen auf alle zukünftigen, der Höhe nach noch unbestimmten Kredite der G-GmbH vor.

In diesem Fall findet keine „Fremddisposition“ statt, da der Bürge es ja selber in der Hand hat, ob er den Kredit der Hauptschuldnerin („seiner“ GmbH) erweitert. In diesem Fall ist die Globalbürgschaft in AGB also ausnahmsweise zulässig.

Wird die Bürgschaft auf einen bestimmten Tilgungskredit gegeben, so ist eine formularmäßige Ausdehnung auf alle gegenwärtigen und zukünftigen Verbindlichkeiten daneben auch „überraschend“ i.S.v. **§ 305c BGB**. Anders bei der Kontokorrentbürgschaft, d.h. der Bürgschaft für ein laufendes Konto des Hauptschuldners (hier nur Verstoß gegen § 307 I BGB).

Rechtsfolge des Verstoßes der Globalbürgschaft gegen **§§ 305c, 307 BGB** ist eine Reduktion der Bürgschaftsschuld auf den sog. *Anlasskredit* bzw. bei der Kontokorrentbürgschaft auf den Kreditstand bei Eingehung der Bürgschaft.

Merke: Die Bürgschaft wird **nicht** als Ganzes unwirksam! Dies liegt daran, dass die Bürgschaft als solche ja individualvertraglich i.S.d. §§ 305 I S. 3, 305b BGB ausverhandelt wurde und somit nicht der Unwirksamkeit gem. **§ 306 BGB** unterfallen kann.

Die Rechtsprechung des BGH zur Unwirksamkeit formularmäßiger Globalbürgschaften gilt entsprechend *auch für Schuldbeitritte*.

Wichtig: Die gesamte Rechtsprechung des BGH zur Unzulässigkeit von Globalbürgschaften betrifft nur die **in AGB („formularmäßig“)** abgegebene Bürgschaft. In *Individualvereinbarungen* ist eine Bürgschaft für künftige, der Höhe nach unbestimmte Forderungen nach wie vor möglich!

Die Beschränkungen für formularmäßige Globalbürgschaften gelten jedoch auch gegenüber Unternehmern, da gegenüber diesen gem. § 310 I BGB zwar die Formelverbote der §§ 308, 309 BGB, nicht aber der § 307 BGB ausgeschlossen ist.

XI. Sittenwidrigkeit von Bürgschaften nach § 138 I BGB

Der Bürgschaftsvertrag kann gem. **§ 138 I BGB** nichtig sein, wenn dieser den Bürgen finanziell krass überfordert.

Dabei ist eine **krasse finanzielle Überforderung** des Bürgen nach h.M. dann anzunehmen, wenn dieser voraussichtlich nicht einmal in der Lage ist, im Sicherungsfall die *Zinslast* der Hauptschuld aus seinem pfändbaren Einkommen zu tragen.

Allerdings kann allein die Tatsache, dass eine übernommene Bürgschaftspflicht die finanzielle Leistungsfähigkeit des Bürgen weit übersteigt, noch nicht zur Unwirksamkeit der Bürgschaft führen. Die Vertragsfreiheit erlaubt es jedem, auch risikoreiche Geschäfte abzuschließen.

Für die Annahme einer Nichtigkeit der Bürgschaft nach § 138 I BGB müssen daher *weitere, die Sittenwidrigkeit begründende Umstände* hinzutreten.

Diese können insbesondere in einer **Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit** des Bürgen gesehen werden.

Eine solche Beeinträchtigung liegt z.B. vor, wenn die Bürgschaft gegenüber einer geschäftlich unerfahrenen Person systematisch verharmlost wird („Hier noch eine kleine Unterschrift, keine Angst, ist nur für die Akten“).

Hauptfall der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Bürgen ist jedoch, wenn der Schuldner veranlasst wird, **Familienangehörige** für sich bürgen zu lassen.

Bsp.: Die G-Bank gibt dem S für sein Unternehmen einen Kredit in Höhe von 2.000.000 Euro, nachdem sich der vermögenslose Sohn B des S, der noch studiert und vom Vater monatlich 500 Euro erhält, für die Schuld verbürgt hat. Der G-Bank sind diese Umstände bekannt. Trotzdem nimmt sie später den Sohn des S aus der Bürgschaft in Anspruch.

Dabei greift **§ 138 I BGB** grundsätzlich immer dann, wenn der Gläubiger das Vorliegen einer besonderen *emotionalen Verbundenheit* zwischen dem Schuldner und dem Bürgen ausnutzt. Dies ist nicht nur bei Kindern, sondern auch bei Ehegatten, Verlobten, nichtehelichen Lebenspartnern, Eltern oder Geschwistern der Fall.

Auszuschließen sind hier lediglich die Fälle, in denen der Angehörige ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Auszahlung des Darlehens hat, also z.B. Mitgesellschafter im Unternehmen des Angehörigen ist.

Ein weiterer Fall der möglichen Sittenwidrigkeit einer Bürgschaft nach § 138 I BGB ist daneben die sog. „*Arbeitnehmerbürgschaft*“, bei der der Arbeitnehmer für sein Unternehmen bürgt. Hier wird sozusagen die Angst um den Arbeitsplatz ausgenutzt. Die Sittenwidrigkeit ergibt sich aber nicht allein aus dem Arbeitsverhältnis, sondern es sind auch hier daneben die finanzielle Überforderung des Arbeitnehmers zu fordern und die sonstigen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen.

Erforderlich ist darüber hinaus auf Seiten des Gläubigers auch noch, dass er subjektiv die Umstände kennt, die die Sittenwidrigkeit begründen, oder sich vor der Erkenntnis bewusst verschließt.

Wichtig: Die Ehegattenbürgschaft oder die Bürgschaft eines vermögenslosen Angehörigen kann aus Sicht einer Bank ausnahmsweise gerechtfertigt sein, wenn sie nur dazu dient, Vermögensverschiebungen auf den Ehegatten bzw. Angehörigen zu vermeiden. Da Schuldner kurz vor der Insolvenz dazu neigen, Vermögen auf Angehörige zu überschreiben, um es dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen, besteht insoweit ein legitimes Sicherheitsinteresse der Bank. Der Haftungszweck (Vermeidung von Vermögensverlagerungen) muss in diesem Fall aber im Bürgschaftsvertrag ausdrücklich benannt sein.

So lange keine Vermögensverschiebungen auf den Angehörigen stattfinden, ist ein Vorgehen aus der Bürgschaft in diesem Fall gem. § 242 BGB unzulässig. Besteht die Gefahr einer Vermögensverlagerung nicht mehr (z.B., weil der Ehegatte inzwischen vom Schuldner geschieden ist), so ist die Geschäftsgrundlage für die Bürgschaft entfallen und der bürgende (Ex-)Ehegatte kann gem. § 313 III S. 2 BGB die Bürgschaft kündigen.

Bsp.: Unternehmer U hat die vermögenslose F geheiratet. Als U für sein Geschäft von der G-Bank ein Darlehen in Höhe von 1.000.000 Euro benötigt, lässt diese die F als Bürgin mitunterschreiben. Dabei enthält der Bürgschaftsvertrag eine Klausel, wonach die Bürgschaft nur der Vermeidung von Vermögensverlagerungen auf die F dient. Fünf Jahre später ist U pleite, wohingegen die inzwischen von ihm getrennt lebende F mittlerweile ein mittleres Einkommen erzielt. Vermögensverschiebungen zwischen U und F haben nicht stattgefunden. F kann in diesem Fall einer Inanspruchnahme aus der Bürgschaft gem. § 765 I BGB durch die

G-Bank die Einrede unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) entgegenhalten. Lässt sie sich endgültig von U scheiden, so kann sie die Bürgschaft gem. § 313 III S. 2 BGB kündigen.

Beachte: Die gesamte Rechtsprechung des BGH zur Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften gilt auch entsprechend für den **Schuldbeitritt**. Nehmen Ehemann und Ehefrau gemeinsam ein Darlehen auf, ist danach zu differenzieren, ob der nicht am Darlehenszweck beteiligte Partner ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Darlehensgewährung hat. Allein die Bezeichnung als „Mitarlehensnehmer“ oder „Mitschuldner“ führt nicht automatisch zu einer gleichverpflichtenden Mithaftung.

XII. Bürgschaft und Verbraucherschutzvorschriften

Nach h.M. hat der Bürge, auch wenn er Verbraucher ist, kein Widerrufsrecht nach den Verbraucherschutzvorschriften der §§ 312b ff. BGB.

Bsp.: U ist Geschäftsmann und hat für seine U-GmbH einen Kredit bei der Bank B. Für diesen Kredit soll sich seine Ehefrau E verbürgen. U sucht die E gemeinsam mit einem Bankmitarbeiter bei sich zu Hause auf. Die E leistet zunächst die geforderte Unterschrift unter die Bürgschaftsurkunde. Wenig später reut sie dies jedoch, und sie möchte die Bürgschaft widerrufen.

Für ein Widerrufsrecht gem. §§ 312b I, 312g I, 355 I BGB – Widerrufsrecht bei von Verbrauchern außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen – müsste es sich bei dem von E und B geschlossenen Bürgschaftsvertrag um einen Verbrauchervertrag i.S.v. §§ 310 III, 312 I BGB handeln.

Tipp: Die Legaldefinition des Verbrauchervertrages – nämlich ein Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher – findet sich sehr versteckt im Einleitungssatz zu § 310 III BGB, ist aber in vielen Fällen von Bedeutung.

Darüber hinaus müsste die E sich nach **§ 312 I BGB** als Verbraucherin aber auch zur „Zahlung eines Preises“ verpflichtet haben. Dies ist bei der Bürgschaft nicht der Fall (so auch schon der BGH, Urt. v. 22.9.2020, XI ZR 219/19, JuS 2020, 1209 zu § 312 I BGB a.F. bis zum 1.1.2022 („*entgeltliche Leistung*“)). Die Bürgschaft stellt insoweit auch keine Finanzdienstleistung im Sinne von § 312 V BGB dar.

Auf den früher relevanten Streit, ob es sich für einen etwaigen Widerruf nur bei der Bürgschaft um ein Verbrauchergeschäft handeln muss, oder ob auch schon die zu besichernde Hauptschuld auf einem Verbrauchervertrag beruhen muss (sog. „*doppelte Haustürsituation*“) kommt es damit nach der neuen Fassung des § 312 I BGB nicht mehr an.

In obigem Beispiel kann die E also nicht widerrufen. Es handelt sich schon nicht um einen Verbrauchervertrag i.S.d. §§ 310 III, 312 I BGB, auf den die Vorschriften über das Widerrufsrecht anzuwenden wären, weil die E sich durch den Bürgschaftsvertrag nicht zur „Zahlung eines Preises“ (vgl. § 312 I BGB) verpflichtet.

Beachte: Zumindest anzusprechen wäre dieser Punkt in der Klausur allerdings selbst dann, wenn die E als Bürgin zugleich Geschäftsführerin oder Gesellschafterin der U-GmbH wäre. Denn dies ändert an ihrer Verbrauchereigenschaft nichts. Die Rolle als Geschäftsführerin macht sie nicht zur Unternehmerin, da sie insofern nicht selbständig i.S.d. § 14 BGB ist, sondern „bloß“ Angestellte der GmbH. Auch das Halten eines Gesellschaftsanteils ist für sich genommen keine unternehmerische Tätigkeit. Selbst der Geschäftsführer-Alleingesellschafter einer GmbH ist daher grundsätzlich als Verbraucher anzusehen (so z.B. auch der Bürge in obigem Fall des BGH JuS 2020, 1209).

Auch die Vorschriften über den **Verbraucherkredit** (§§ 491 ff. BGB) finden nach h.M. auf die Bürgschaft *keine* Anwendung, da der Bürge vom Kreditgeber ja nichts empfängt (anders die h.M. dagegen für den *Schuldbeitritt*, hier sollen die §§ 491 ff. Anwendung finden können, wenn der Schuldbeitretende Verbraucher i.S.v. § 13 BGB ist, vgl. BGH XI ZR 650/20, BeckRS 2021, 32294, NJW 2022, 190).

XIII. Sonderformen der Bürgschaft

In der Praxis haben sich verschiedene Sonderformen der Bürgschaft durchgesetzt, wobei folgende Typen auch in Klausuren häufig auftauchen:

1. **Bürgschaft auf Zeit:** Verbürgt sich jemand auf eine bestimmte Zeit, so kann dies Verschiedenes bedeuten. Zum einen kann sie die Verpflichtung des Gläubigers meinen, den Bürgen innerhalb einer bestimmten Zeit in Anspruch zu nehmen, andernfalls er nicht mehr haftet (Fall des § 777 BGB). Zum anderen kann die Zeitbestimmung aber auch lediglich bedeuten, dass sich die Bürgschaft gegenständlich beschränkt auf Forderungen, die innerhalb einer bestimmten Zeit entstanden sind. Dieser Sinn ist i.d.R. vorauszusetzen bei den üblichen Kredit- und Kontokorrentbürgschaften; § 777 BGB ist in diesem Fall unanwendbar.
2. **Selbstschuldnerische Bürgschaft:** Selbstschuldnerisch verbürgt sich, wer auf die Einrede der Vorausklage verzichtet (§ 773 I Nr. 1 BGB).
3. **Bürgschaft „auf erstes Anfordern“:** Wer sich als Bürge zur Zahlung „auf erstes Anfordern“ verbürgt, verzichtet einstweilen auf **alle** ihm möglicherweise zustehenden Einwendungen und Einreden. Er **muss sofort zahlen**. Alle Argumente gegen die Hauptforderung bleiben einem Rückforderungsprozess vorbehalten (Anspruchsgrundlage dort: §§ 812 ff. BGB).

Merke: Obwohl dies für den Bürgen auf den ersten Blick schlecht ist, ist die Bürgschaft auf erstes Anfordern im wirtschaftlichen Verkehr heute weit verbreitet. Insbesondere dann, wenn Banken sich für einen ihrer Kunden verbürgen (sog. Bankbürgschaft), bestehen diese häufig darauf, die Bürgschaft „auf erstes Anfordern“ abzugeben. Dabei spielt für die Bank vor allem eine Rolle, dass sie im Bürgschaftsfall nicht nur gegenüber dem Gläubiger zur sofortigen Zahlung *verpflichtet* ist, sondern insbesondere, dass sie ihrem eigenen Kunden gegenüber dazu auch *berechtigt* ist.

Bei der normalen Bürgschaft hat nämlich der Bürge vor der Zahlung zu prüfen, ob möglicherweise Einwendungen des Hauptschuldners gegen die Forderung be-

stehen. Tut er dies nicht, macht er sich im Innenverhältnis zum Hauptschuldner schadensersatzpflichtig. Auch wäre in diesem Fall eine Belastung des Kontos ihres Kunden mit der Bürgschaftssumme nicht möglich, da sie die Zahlung als Aufwendung i.S.d. § 670 BGB nicht ohne weitere Prüfung für erforderlich halten durfte.

Demgegenüber braucht die Bank bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern die Berechtigung des Gläubigers, die Bürgschaftssumme abzurufen, nicht zu überprüfen (es sei denn, ein Missbrauch wäre offensichtlich). Sie kann die Summe sofort auszahlen und gegen Abtretung (§ 398 BGB) ihrer Ansprüche aus einem etwaigen Rückforderungsprozess das Konto ihres Kunden sofort belasten.

Bsp.: Unternehmer U braucht für ein Projekt eine Bankbürgschaft. Die Bank B gibt gegenüber dem Geschäftspartner G des U die Bürgschaft „auf erstes Anfordern“ ab. Ruft der G nun die Bürgschaftssumme ab, so braucht die B nicht erst zu prüfen, ob dem U gegenüber G möglicherweise Einwendungen zustehen und auch die B somit gem. § 768 I BGB berechtigt (und gegenüber U auch verpflichtet!) wäre, die Bürgschaftssumme zurückzuhalten. Sie kann vielmehr sofort zahlen, ohne in eine Prüfung der (möglicherweise komplizierten) Rechtsverhältnisse zwischen G und U einzusteigen. Des Weiteren tritt sie dem U ihre Ansprüche aus einem anzustrengenden Rückforderungsprozess (§§ 812 ff. BGB) ab und belastet sein Konto mit der abgerufenen Bürgschaftssumme (§§ 670, 675 BGB).

4. Nachbürgschaft: Der Nachbürge verbürgt sich für die Verpflichtung des Hauptbürgen. Zahlt er, dann gehen sowohl die Forderung gegen den Hauptschuldner als auch gegen den Bürgen auf ihn über.

5. Rückbürgschaft: Der Rückbürge verbürgt sich für den künftigen Rückgriffsanspruch des Hauptbürgen gegen den Hauptschuldner. Fällt der Rückgriff des Hauptbürgen gegen den Hauptschuldner aus, so kann der Hauptbürge den Rückbürgen in Anspruch nehmen.

Bsp.: Für ein geschäftliches Projekt braucht der Unternehmer U eine Bankbürgschaft. Seine Bank B verbürgt sich für ihn, verlangt aber für den Rückgriffsanspruch im Falle einer Inanspruchnahme aus der Bürgschaft von dem U Sicherheiten. Für den Rückgriffsanspruch der Bank verbürgt sich schließlich die Ehefrau F des U als Rückbürgin. Zahlt die B auf die Bürgschaft und ist der U insolvent, so kann sie sich an die F als Rückbürgin halten.

6. Ausfallbürgschaft: Verbürgt sich jemand als Ausfallbürge, so setzt seine Inanspruchnahme voraus, dass der Gläubiger trotz Zwangsvollstreckung beim Schuldner und infolge Versagens sonstiger Sicherheiten keine Befriedigung erlangen konnte. Im Gegensatz zur Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB) gehört der Ausfall des Schuldners bereits zum *anspruchs begründenden* Tatbestand.

M. Schuldversprechen, Schuldanerkennnis (§§ 780, 781 BGB)

Äußerungen eines Schuldners über Bestehen und Umfang seiner Verpflichtungen können vielerlei Bedeutung haben; die Bandbreite reicht von bloßer Beschwichtigung des Gläubigers über Verbesserung seiner Beweissituation oder Ausschluss von Einwendungen bis zum unbedingten, abstrakten Schuldanerkennnis.

Beachte: Schuldanerkenntnis und Schuldversprechen i.S.v. §§ 780, 781 BGB unterliegen denselben Regeln und lösen dieselben Rechtsfolgen aus. Eine Unterscheidung ist daher entbehrlich, zumal sie ohnehin von den meist nur zufällig gewählten Formulierungen der Parteien („ich verpflichte mich zu zahlen“, „ich erkenne an zu schulden“) abhinge. Im folgenden wird daher nur noch von Schuldanerkenntnis gesprochen.

Im Wesentlichen sind *drei* Grundtypen zu unterscheiden:

- Das **abstrakte Schuldanerkenntnis** (§§ 311, 781 BGB), das eine *neue* Schuld begründet. Es verbessert die Situation des Gläubigers insoweit, als dieser sich im Falle der Erfüllungsverweigerung allein auf das verbrieftete Schuldanerkenntnis stützen kann. Der Schuldner kann zwar Einwendungen aus dem zu Grunde liegenden Kausalgeschäft nach §§ 821, 812 II BGB entgegensetzen, ist für die entsprechenden Tatsachen nun aber selbst beweispflichtig (Umkehr der Beweislast).

Häufig unterwirft sich der Schuldner zudem der unmittelbaren Zwangsvollstreckung aus dem Anerkenntnis; dazu ist nach §§ 794 I Nr. 5 ZPO i.V.m. § 781 S. 2 BGB notarielle Beurkundung des Anerkenntnisses erforderlich.

- Das **deklaratorische Schuldanerkenntnis**, durch das der Streit der Parteien über Bestehen und Umfang eines Anspruchs unter Beibehaltung des Anspruchsgrundes beseitigt werden soll. Der Schuldner ist daher künftig mit allen Einwendungen und Einreden ausgeschlossen, die er *kannte oder mit denen er zumindest rechnete*.

Bei der Abgrenzung zum abstrakten Schuldanerkenntnis ist in erster Linie vom Wortlaut auszugehen: Ein selbständiger Verpflichtungswille i.S.v. § 781 BGB ist im Zweifel nicht anzunehmen, wenn in der schriftlichen Erklärung ein bestimmter Schuldgrund angegeben ist. Umgekehrt liegt ein wichtiges Indiz für einen solchen selbständigen Verpflichtungswillen vor, wenn der Schuldgrund in der Urkunde *nicht* angegeben ist.

Beachte: Auch das abstrakte Schuldanerkenntnis nach § 781 BGB kann *zugleich* bedeuten, dass der Schuldner *auch* mit Einwendungen und Einreden ausgeschlossen ist (=deklaratorische Wirkung).

- Beim bloßen **Tatsachenerkenntnis** hat der Schuldner keinen rechtsgeschäftlichen Bindungswillen. Es bewirkt daher keinen Einwendungsausschluss, sonder lediglich eine Umkehr der Beweislast.

Bsp.: Unfallschuldanerkenntnis

Anspruchsgrundlagen Schuldrecht BT 1

A. Kaufrecht

Schema Nr. 1: §§ 433, 434, 437 Nr. 1, 439 BGB (Nacherfüllung bei Sachmängeln)

- a) Kaufvertrag
- b) Sachmangel i.S.v. § 434 BGB
- c) Mangel lag bei *Gefahrübergang* vor [beachte: **§ 477 BGB!**]
- d) Keine Unverhältnismäßigkeit der gewählten Nacherfüllungsart (§ 439 IV BGB)
- e) Kein Gewährleistungsausschluss
 - Wichtig:** Ein vereinbarter Gewährleistungsausschluss kann insbesondere unwirksam sein wegen:
 - § 309 Nr. 7, 8 b) aa) BGB [**AGB-Recht**]
 - § 476 BGB [**Verbrauchsgüterkauf**]
 - § 444 BGB [**Arglist/Garantie**]
- f) Keine Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers vom Mangel (§ 442 BGB; Ausnahme: Verbraucher, vgl. § 475 III 2 BGB)
- g) Keine Verjährung (§ 438 BGB)
- h) Kein Verlust des Rückrechts gemäß § 377 HGB

RF: Nach der Wahl des Käufers Nacherfüllung entweder durch Nachbesserung (§ 439 I, 1. Alt. BGB) oder Nachlieferung (§ 439 I, 2. Alt. BGB), jeweils soweit möglich und i.S.v. § 439 IV BGB nicht unverhältnismäßig; Verkäufer trägt Kosten der Nacherfüllung (§ 439 II BGB)

Schema Nr. 2: §§ 434, 437 Nr. 2, 323 I (326 V), 346 BGB (Rücktritt vom Kaufvertrag wegen eines Sachmangels)

- a) Kaufvertrag
- b) Sachmangel i.S.v. § 434 BGB
- c) Mangel lag bei *Gefahrübergang* vor
- d) Fristsetzung i.S.v. § 323 I BGB (zu den Ausnahmen vgl. § 323 II BGB) bzw. bei Verbrauchern: **§ 475d I BGB** mit den entsprechenden Ausnahmen
- e) Keine nur *unerhebliche* Pflichtverletzung (§ 323 V S. 2 BGB, i.d.R. 5%)
- f) Keine alleinige oder überwiegende Verantwortlichkeit des Gläubigers (=Käufers) oder Annahmeverzug (§ 323 VI BGB)
- g) Kein wirksamer Gewährleistungsausschluss, keine Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis vom Mangel (§ 442 BGB, Ausnahme: Verbraucher gem. § 475 III 2 BGB), keine Verjährung (§§ 438, 218 BGB), kein Verlust des Rückrechts (§ 377 HGB) [vgl. oben Schema bei Nacherfüllung e)-h)]
- h) Bei Teilleistungen: Rücktritt vom gesamten Vertrag nur bei Interessewegfall (§ 323 V S. 1 BGB; h.M.)

RF: Rückgewähr des empfangenen Leistungen und gezogener Nutzungen (§ 346 I BGB; ansonsten: Wertersatz gem. § 346 II, III BGB)

Schema Nr. 3: §§ 434, 437 Nr. 2, 441 I, IV BGB (Minderung bei Sachmängeln)

- a) Kaufvertrag

- b) Sachmangel i.S.v. § 434 BGB
- c) Mangel lag bei *Gefahrübergang* vor
- d) Fristsetzung i.S.v. § 323 I BGB bzw. für Verbraucher § 475d I BGB
- e) Keine überwiegende Verantwortlichkeit des Gläubigers (=Käufers) oder Annahmeverzug (§ 323 VI BGB)
- f) Kein wirksamer Gewährleistungsausschluss, keine Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis vom Mangel (§ 442 BGB, für Verbraucher: § 475 III 2 BGB), keine Verjährung (§§ 438, 218 BGB), kein Verlust des Rügerechts (§ 377 HGB) [vgl. oben Schema Nacherfüllung e)-h)]

RF: Minderung des Kaufpreises gemäß § 441 III BGB; gegebenenfalls Erstattung des Mehrbetrags (§ 441 IV S. 1 BGB)

Schema Nr. 4: §§ 434, 437 Nr. 3, 311a II BGB (Schadensersatz bei anfänglich unbehebbar Mängeln)

- a) Kaufvertrag
- b) Sachmangel i.S.v. § 434 BGB
- c) Mangel lag bei *Gefahrübergang* vor
- d) Mangel war bei Vertragsschluss unbehebbar i.S.v. § 275 BGB
- e) Schuldner (=Verkäufer) hat Leistungshindernis zu vertreten (Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis der Unmöglichkeit, § 311a II S. 2 BGB)
[**Merke:** Das Vertretenmüssen wird vermutet]
- f) Kein wirksamer Gewährleistungsausschluss, keine Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis (§ 442 bzw. § 475 III 2), keine Verjährung (§ 438 BGB), kein Verlust des Rügerechts (§ 377 HGB) [vgl. oben Schema Nacherfüllung e)-h)]
- g) Schadensersatz statt der **ganzen** Leistung (=großer Schadensersatz) bekommt der Käufer nur, wenn die Pflichtverletzung des Verkäufers nicht unerheblich war (§§ 311a II S. 3, 281 I S. 3 BGB; bei Teilleistungen gilt § 281 S. 2 BGB)
- h) Mögliche Einrede: Rückgewähr der Gegenleistung (§§ 281 V, 346 ff.)

RF: Schadensersatz *statt* der Leistung

Schema Nr. 5: §§ 434, 437 Nr. 3, 280 I, III, 283 S. 1 BGB (Schadensersatz bei nachträglich unbehebbar Mängeln)

- a) Kaufvertrag
- b) Sachmangel i.S.v. § 434 BGB
- c) Mangel lag bei *Gefahrübergang* vor
- d) Mangel ist nach Vertragsschluss unbehebbar i.S.v. § 275 BGB geworden
- e) Der Verkäufer hat die nachträgliche Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung zu vertreten (§ 280 I S. 2 BGB)
- f) Kein wirksamer Gewährleistungsausschluss, keine Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis (§ 442 bzw. § 475 III 2), keine Verjährung (§ 438 BGB), kein Verlust des Rügerechts (§ 377 HGB) [vgl. oben Schema Nacherfüllung e)-h)]
- g) Schadensersatz statt der **ganzen** Leistung (=großer Schadensersatz) bekommt der Käufer nur, wenn die Pflichtverletzung des Verkäufers nicht unerheblich war (§§ 283 S. 2, 281 I S. 3 BGB; bei Teilleistungen gilt § 281 S. 2 BGB)

h) Mögliche Einrede: Rückgewähr der Gegenleistung (§§ 281 V, 346 ff.)

RF: Schadensersatz *statt* der Leistung

Schema Nr. 6: §§ 434, 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I BGB (Schadensersatz bei *behebaren* Mängeln)

- a) Kaufvertrag
- b) Sachmangel i.S.v. § 434 BGB
- c) Mangel lag bei *Gefahrübergang* vor
- d) Setzung einer Frist zur Nacherfüllung gem. § 281 I BGB (**oder**: Entbehrlichkeit, vgl. §§ 281 II, 440 BGB), bei Verbraucher: **§ 475d I BGB**
- e) Vertretenmüssen (§ 280 I S. 2 BGB) *entweder* des ursprünglichen Mangels *oder* der Nichtvornahme der Nacherfüllung (str.)
- f) Kein wirksamer Gewährleistungsausschluss, keine Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis (§ 442 bzw. § 475 III 2), keine Verjährung (§ 438 BGB), kein Verlust des Rügerechts (§ 377 HGB) [vgl. oben Schema Nacherfüllung e)-h)]
- g) Schadensersatz statt der **ganzen** Leistung (=großer Schadensersatz) bekommt der Käufer nur, wenn die Pflichtverletzung des Verkäufers nicht unerheblich war (§ 281 I S. 3 BGB; bei Teilleistungen gilt § 281 S. 2 BGB)
- h) Mögliche Einrede: Rückgewähr der Gegenleistung (§§ 281 V, 346 ff.)

RF: Schadensersatz *statt* der Leistung

Schema Nr. 7: §§ 434, 437 Nr. 3, 280 I BGB (Mangelfolgeschäden des Sachmangels)

- a) Kaufvertrag
- b) Sachmangel i.S.v. § 434 BGB (=Pflichtverletzung)
- c) Mangel lag bei *Gefahrübergang* vor [beachte: **§ 477 BGB!**]
- d) Vertretenmüssen (§ 280 I S. 2 BGB)
[**Wichtig**: Keine Fristsetzung erforderlich]
- e) Kein wirksamer Gewährleistungsausschluss, keine Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis (§ 442 bzw. § 475 III 2), keine Verjährung (§ 438 BGB), kein Verlust des Rügerechts (§ 377 HGB) [vgl. oben Schema Nacherfüllung e)-h)]

RF: Schadensersatz *neben* der Leistung

B. Mietrecht

Schema Nr. 8: § 536 BGB (Minderung wegen Mangel)

Beachte: Die Minderung gem. § 536 BGB ist in der Regel als *Einrede* gegen einen Anspruch auf Mietzahlung (§ 535 II BGB) unter dem Prüfungspunkt „Anspruch weggefallen“ zu prüfen. Auf den ersten Prüfungspunkt („Mietvertrag“) kann dann verzichtet werden, da dieser dann i.d.R. schon beim Punkt „Anspruch entstanden“ thematisiert wurde.

- a) Mietvertrag

- b) Sach- oder Rechtsmangel i.S.v. §§ 535 I 2, 536 I BGB
 - c) Kein *unerheblicher* Mangel (§ 536 I 3 BGB)
 - d) Rechtzeitige Mängelanzeige (§ 536c II S. 2 Nr. 1 BGB)
 - e) Bei anfänglichem Mangel:
Keine Kenntnis des Mieters vom Mangel (bei grobfahrl. Unkenntnis schadet nur Arglist des Vermieters, vgl. § 536b S. 1, 2 BGB; für Kenntnis bei Überlassung vgl. § 536b S. 3 BGB)
 - f) Kein (wirksamer) Gewährleistungsausschluss [**Beachte:** §§ 536 IV, 536d]
 - g) Keine Verjährung (§§ 195, 199; **nicht:** § 548 BGB)
- [**Wichtig:** *Erklärung* der Minderung ist nicht erforderlich; die Minderung tritt von selbst ein.]

RF: Mieter schuldet nur noch den geminderten Betrag; zuviel gezahlte Miete kann zurückgefordert werden (AGL str.: § 536 analog *oder* § 812 I 1, 1. Alt.)

Tipp: Soweit die allgemeinen Gewährleistungsansprüche im Mietrecht den Mangel einer *Wohnung* betreffen, ist immer noch § 549 I BGB dazu zu zitieren (vgl. zur Systematik des Mietrechts vorne im Skript).

Schema Nr. 9: § 536a BGB (Schadens- und Aufwendungsersatz bei Mängeln der Mietsache)

- a) Mietvertrag
- b) Sach- oder Rechtsmangel i.S.d. §§ 535 I 2, 536 I BGB
- c) Besondere Voraussetzungen des § 536a I BGB:
 - (1) Bei *anfänglichen* Mängeln (§ 536a I, 1. Alt.): Kein Vertretenmüssen erforderlich
 - (2) Bei *nachträglichen* Mängeln während der Mietzeit (§ 536a I, 2. Alt.): Vertretenmüssen erforderlich
 - (3) Bei Verzug des Vermieters mit der Mängelbeseitigung (§ 536a I, 3. Alt.): Vertretenmüssen für Verzug erforderlich
- d) Rechtzeitige Mängelanzeige (§ 536c II S. 2 Nr. 2 BGB)
- e) Bei anfänglichem Mangel:
Keine Kenntnis des Mieters vom Mangel (bei grobfahrl. Unkenntnis schadet nur Arglist des Vermieters, vgl. § 536b S. 1, 2 BGB; für Kenntnis bei Überlassung vgl. § 536b S. 3 BGB)
- f) Kein (wirksamer) Gewährleistungsausschluss [**Beachte:** §§ 536 IV, 536d]
- g) Keine Verjährung (§§ 195, 199; **nicht:** § 548 BGB)

RF: Schadensersatz für Mangel- **und** Mangelfolgeschäden (h.M.); bei Verzug des Vermieters mit der Mängelbeseitigung Aufwendungsersatz (§ 536a II Nr. 1 BGB)

Schema Nr. 10: § 543 BGB (Kündigung wegen Mängeln der Mietsache)

[**Beachte:** Auch die Kündigung nach § 543 BGB wird häufig *inzident* im Rahmen eines Anspruchs auf Mietzahlung (§ 535 II BGB) bzw. Rückgabe der Mietsache (§ 549 BGB) zu prüfen sein.]

- a) Mietvertrag
- b) Sach- oder Rechtsmangel i.S.d. § 535 I 2 BGB (=wichtiger Grund; **Arg.:** Nichtgewährung des vertraglich geschuldeten Gebrauchs); bei Wohn-

- räumen auch Gesundheitsgefährdung gem. § 569 I BGB
- c) Setzung einer Frist zur Abhilfe (§ 543 III 1 BGB)
- Ausnahmen:**
- (1) Frist verspricht offensichtlich keinen Erfolg (§ 543 III 2 Nr. 1 BGB)
 - (2) Sofortige Kündigung ist durch bes. Gründe gerechtfertigt (§ 543 III 2 Nr. 2 BGB)
- d) Rechtzeitige Mängelanzeige (§ 536c II S. 2 Nr. 3 BGB)
- e) Bei anfänglichem Mangel (vgl. §§ 543 IV 1, 536b BGB):
Keine Kenntnis des Mieters vom Mangel (bei grobfahrl. Unkenntnis schadet nur Arglist des Vermieters, vgl. § 536b S. 1, 2 BGB; für Kenntnis bei Überlassung vgl. § 536b S. 3 BGB)
- f) Kündigungserklärung (bei Wohnraum schriftlich: § 568 I BGB)
- f) **Beachte:** Ausschluss des Kündigungsrechts unzulässig gem. §§ 543 IV 1, 536d BGB (bei Wohnraum: § 569 V 1 BGB)

RF: Entfallen des Vermieteranspruchs auf Zahlung der Miete (§ 535 II BGB); Anspruch des Vermieters auf Rückgabe der Mietsache (§ 546 I BGB, gegebenenfalls i.V.m. § 549 I BGB)

Schema Nr. 11: Ordentliche Kündigung einer Wohnung wegen Eigenbedarf

[**Anspruchsgrundlage:** Räumung und Rückgabe der Wohnung gem. §§ 546 I, 549 I BGB]

- a) Mietvertrag
- b) Wirksame Kündigungserklärung gem. §§ 568 I BGB (schriftlich!)
- c) Einhaltung der Frist des § 573c I BGB (grds. bis zum dritten Werktag für den übernächsten Folgemonat)
- d) Berechtigtes Interesse an der Kündigung: Tatsächliches Vorliegen von Eigenbedarf des Vermieters i.S.d. § 573 II Nr. 2 BGB
- e) Angabe der Gründe im Kündigungsschreiben (§ 573 III 1 BGB)
- f) Kein wirksamer Widerspruch mit Verlängerungsverlangen (§ 574 BGB)

RF: Räumungsanspruch des Vermieters

C. Werkvertrag

Schema Nr. 12: Nacherfüllung beim Werkvertrag (§§ 634 Nr. 1, 635 BGB)

- a) Werkvertrag
- b) Sach- oder Rechtsmangel (§ 633 BGB)
- c) Mangel liegt zum Zeitpunkt der *Abnahme* (oder: Vollendung, § 646) vor
Ausnahmen(=früherer Zeitpunkt entscheidend):
 - (1) Nichtabnahme innerhalb Frist (§ 640 II BGB)
 - (2) Annahmeverzug des Bestellers (§ 644 I 2 BGB)
 - (3) Annahmeverweigerung wider Treu und Glauben (§ 242 BGB)
 - (4) Versendungswerk (§§ 644 II, 447 BGB)
- d) Keine Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung (§ 635 III BGB)
- e) Keine Kenntnis des Bestellers bei Abnahme (§ 640 III BGB)

- f) Kein *wirksamer* Gewährleistungsausschluss (**beachte:** §§ 639, 309 Nr. 7, 8 b BGB)
- g) Keine Verjährung (vgl. § 634a BGB)

RF: Anspruch auf Nacherfüllung nach Wahl des Unternehmers (!) durch Nachbesserung oder Nachlieferung; Übernahme der Kosten der Nacherfüllung durch den Unternehmer (§ 635 II BGB)

Schema Nr. 13: Aufwendungsersatz bei Selbstvornahme (§§ 634 Nr. 2, 637 BGB)

- a) Werkvertrag
- b) Sach- oder Rechtsmangel (§ 633 BGB)
- c) Mangel liegt zum Zeitpunkt der *Abnahme* (oder: Vollendung, § 646) vor
Ausnahmen(=früherer Zeitpunkt entscheidend):
 - (1) Nichtabnahme innerhalb Frist (§ 640 II BGB)
 - (2) Annahmeverzug des Bestellers (§ 644 I 2 BGB)
 - (3) Abnahmeverweigerung wider Treu und Glauben (§ 242 BGB)
 - (4) Versandungswerk (§§ 644 II, 447 BGB)
- d) Setzung einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung (§ 637 I BGB)
Ausnahme:
 - (1) Schuldner verweigert Leistung ernsthaft und endgültig (§ 323 II Nr. 1)
 - (2) Vereinbarung einer besonderen Frist (§ 323 II Nr. 2 BGB)
 - (3) Nacherfüllung ist fehlgeschlagen oder unzumutbar (§ 637 II BGB)
 - (4) Sonstige besondere Umstände (§ 323 II Nr. 3 BGB)
- e) Unternehmer verweigert nicht *zu Recht* die Nacherfüllung, d.h. insbesondere keine Unverhältnismäßigkeit i.S.d. § 635 III BGB
- f) Keine Kenntnis des Bestellers (§ 640 III BGB), kein *wirksamer* Gewährleistungsausschluss, keine Verjährung (§§ 634a IV, 218 BGB)

RF: Anspruch des Bestellers auf Ersatz der zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen

Schema Nr. 14: Rücktritt wg. Mängeln beim Werkvertrag (§§ 634 Nr. 3, 323, 346 I BGB)

- a) Werkvertrag
- b) Sach- oder Rechtsmangel (§ 633 BGB)
- c) Mangel liegt zum Zeitpunkt der *Abnahme* (oder: Vollendung, § 646) vor
Ausnahmen(=früherer Zeitpunkt entscheidend):
 - (1) Nichtabnahme innerhalb Frist (§ 640 II BGB)
 - (2) Annahmeverzug des Bestellers (§ 644 I 2 BGB)
 - (3) Abnahmeverweigerung wider Treu und Glauben (§ 242 BGB)
 - (4) Versandungswerk (§§ 644 II, 447 BGB)
- d) Fristsetzung i.S.v. § 323 I BGB (str., ob *Ablauf* einer angemessenen Frist genügt)
Ausnahmen:
 - (1) Schuldner verweigert Leistung ernsthaft und endgültig (§ 323 II Nr. 1)
 - (2) Vereinbarung einer besonderen Frist (§ 323 II Nr. 2 BGB)
 - (3) Nacherfüllung ist von vornherein unmöglich (§ 326 V BGB)
 - (4) Nacherfüllung ist unverhältnismäßig i.S.d. § 635 III BGB, fehlgeschlagen

- oder unzumutbar (§ 636 BGB)
- (5) Sonstige besondere Umstände (§ 323 II Nr. 3 BGB)
- e) Keine nur *unerhebliche* Pflichtverletzung (§ 323 V S. 2 BGB)
- f) Keine alleinige oder überwiegende Verantwortlichkeit des Gläubigers (=Bestellers) oder Annahmeverzug (§ 323 VI BGB)
- g) Keine Kenntnis des Bestellers (§ 640 III BGB), kein *wirksamer* Gewährleistungsausschluss, keine Verjährung (§§ 634a IV, 218 BGB)
- h) Bei Teilleistungen: Rücktritt vom gesamten Vertrag nur bei Interessewegfall (§ 323 V S. 1 BGB; h.M.)

RF: Rückgewähr des empfangenen Leistungen und gezogener Nutzungen (§ 346 I BGB; ansonsten: Wertersatz gem. § 346 II, III BGB)

Schema Nr. 15: Minderung wg. Mängeln beim Werkvertrag

- a) Werkvertrag
 - b) Sach- oder Rechtsmangel (§ 633 BGB)
 - c) Mangel liegt zum Zeitpunkt der *Abnahme* (oder: Vollendung, § 646) vor
Ausnahmen(=früherer Zeitpunkt entscheidend):
 - (1) Nichtabnahme innerhalb Frist (§ 640 II BGB)
 - (2) Annahmeverzug des Bestellers (§ 644 I 2 BGB)
 - (3) Abnahmeverweigerung wider Treu und Glauben (§ 242 BGB)
 - (4) Versendungswerk (§§ 644 II, 447 BGB)
 - d) Fristsetzung i.S.v. § 323 I BGB (str., ob *Ablauf* einer angemessenen Frist genügt)
Ausnahmen:
 - (1) Schuldner verweigert Leistung ernsthaft und endgültig (§ 323 II Nr. 1)
 - (2) Vereinbarung einer besonderen Frist (§ 323 II Nr. 2 BGB)
 - (3) Nacherfüllung ist von vornherein unmöglich (§ 326 V BGB)
 - (4) Nacherfüllung ist unverhältnismäßig i.S.d. § 635 III BGB, fehlgeschlagen oder unzumutbar (§ 636 BGB)
 - (5) Sonstige besondere Umstände (§ 323 II Nr. 3 BGB)
 - e) Erklärung der Minderung (§ 638 I 1 BGB)
 - f) Keine alleinige oder überwiegende Verantwortlichkeit des Gläubigers (=Bestellers) oder Annahmeverzug (§ 323 VI BGB)
 - g) Keine Kenntnis des Bestellers (§ 640 III BGB), kein *wirksamer* Gewährleistungsausschluss, keine Verjährung (§§ 634a V, 218 BGB)
- [**Beachte:** *Kein* Ausschluss bei unerheblichem Mangel, vgl. § 638 I 2 BGB]

RF: Minderung des Werklohns gem. § 638 III BGB; gegebenenfalls Anspruch auf (Teil-)Rückzahlung nach §§ 638 IV, 346 I BGB)

Schema Nr. 16: Schadensersatz bei *anfänglich* unbehebbar Mängeln (§§ 634 Nr. 4, 311a BGB)

- a) Werkvertrag
- b) Sach- oder Rechtsmangel (§ 633 BGB)
- c) Mangel liegt zum Zeitpunkt der *Abnahme* (oder: Vollendung, § 646) vor
Ausnahmen(=früherer Zeitpunkt entscheidend):
 - (1) Nichtabnahme innerhalb Frist (§ 640 II BGB)
 - (2) Annahmeverzug des Bestellers (§ 644 I 2 BGB)
 - (3) Abnahmeverweigerung wider Treu und Glauben (§ 242 BGB)

- (4) Versendungswerk (§§ 644 II, 447 BGB)
- d) Mangel war bei Vertragsschluss unbehebbar i.S.v. § 275 BGB
- e) Schuldner (=Unternehmer) hat Leistungshindernis zu vertreten (Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis der Unmöglichkeit, § 311a II S. 2 BGB)
[**Merke:** Das Vertretenmüssen wird vermutet]
- f) Keine Kenntnis des Bestellers (§ 640 III BGB), kein *wirksamer* Gewährleistungsausschluss, keine Verjährung (§§ 634a IV BGB)
- g) Schadensersatz statt der **ganzen** Leistung (=großer Schadensersatz) bekommt der Besteller nur, wenn die Pflichtverletzung des Unternehmers nicht unerheblich war (§§ 311a II S. 3, 281 I S. 3 BGB; bei Teilleistungen gilt § 281 S. 2 BGB)
- h) Mögliche Einrede: Rückgewähr der Gegenleistung (§§ 281 V, 346 ff.)

RF: Schadensersatz *statt* der Leistung

Schema Nr. 17: Schadensersatz bei *nachträglich* unbehebbaren Mängeln (**§§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 283 S. 1 BGB**)

- a) Werkvertrag
- b) Sach- oder Rechtsmangel (§ 633 BGB)
- c) Mangel liegt zum Zeitpunkt der *Abnahme* (oder: Vollendung, § 646) vor
Ausnahmen(=früherer Zeitpunkt entscheidend):
 - (1) Nichtabnahme innerhalb Frist (§ 640 II BGB)
 - (2) Annahmeverzug des Bestellers (§ 644 I 2 BGB)
 - (3) Annahmeverweigerung wider Treu und Glauben (§ 242 BGB)
 - (4) Versendungswerk (§§ 644 II, 447 BGB)
- d) Mangel ist *nach* Vertragsschluss unbehebbar i.S.v. § 275 BGB geworden
- e) Der Unternehmer hat die nachträgliche Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung zu vertreten (§ 280 I S. 2 BGB)
- f) Keine Kenntnis des Bestellers (§ 640 III BGB), kein *wirksamer* Gewährleistungsausschluss, keine Verjährung (§§ 634a IV BGB)
- g) Schadensersatz statt der **ganzen** Leistung (=großer Schadensersatz) bekommt der Besteller nur, wenn die Pflichtverletzung des Unternehmers nicht unerheblich war (§§ 283 S. 2, 281 I S. 3 BGB; bei Teilleistungen gilt § 281 S. 2 BGB)
- h) Mögliche Einrede: Rückgewähr der Gegenleistung (§§ 281 V, 346 ff.)

RF: Schadensersatz *statt* der Leistung

Schema Nr. 18: Schadensersatz bei *behebbar*en Mängeln (§§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I BGB**)**

- a) Werkvertrag
- b) Sach- oder Rechtsmangel (§ 633 BGB)
- c) Mangel liegt zum Zeitpunkt der *Abnahme* (oder: Vollendung, § 646) vor
Ausnahmen(=früherer Zeitpunkt entscheidend):
 - (1) Nichtabnahme innerhalb Frist (§ 640 II BGB)
 - (2) Annahmeverzug des Bestellers (§ 644 I 2 BGB)
 - (3) Annahmeverweigerung wider Treu und Glauben (§ 242 BGB)
 - (4) Versendungswerk (§§ 644 II, 447 BGB)
- d) Setzung einer Frist zur Nacherfüllung gem. § 281 I BGB [**oder:** Entbehrlichkeit, vgl. §§ 281 II, 636 BGB]

- e) Vertretenmüssen (§ 280 I S. 2 BGB) *entweder* des ursprünglichen Mangels *oder* der Nichtvornahme der Nacherfüllung (str.)
- f) Keine Kenntnis des Bestellers (§ 640 III BGB), kein *wirksamer* Gewährleistungsausschluss, keine Verjährung (§§ 634a IV BGB)
- g) Schadensersatz statt der **ganzen** Leistung (=großer Schadensersatz) bekommt der Besteller nur, wenn die Pflichtverletzung des Unternehmers nicht unerheblich war (§ 281 I S. 3 BGB; bei Teilleistungen gilt § 281 S. 2 BGB)
- h) Mögliche Einrede: Rückgewähr der Gegenleistung (§§ 281 V, 346 ff.)

RF: Schadensersatz *statt* der Leistung

D. Bürgschaft

Schema Nr. 19: Inanspruchnahme aus der Bürgschaft (§ 765 BGB)

- a) Einigung über Bürgschaft
- b) Schriftform gem. § 766 BGB (**Ausnahme:** § 350 HGB)
- c) Bestehen der zu sichernden Forderung (§ 767 BGB, vgl. auch § 765 II BGB)
- d) Keine Unwirksamkeit gem. § 138 oder §§ 305c, 307 I, II BGB [kann auch schon unter Punkt a) geprüft werden]
- e) *Einreden* des Bürgen:
 - (1) Einrede der Vorausklage (§ 771 S. 1; nicht bei Kaufleuten (§ 349 HGB) und bei selbstschuldnerischer Bürgschaft (§ 773 I Nr. 1 BGB))
 - (2) Einrede der Anfechtbarkeit der Hauptforderung (§ 770 I BGB)
 - (3) Einrede der Aufrechenbarkeit der Hauptforderung durch den Gläubiger (§ 770 II BGB)
 - (4) Sonstige Gestaltungsrechte bzgl. Hauptforderung (Rücktritt, Minderung o.ä.) gem. § 770 I BGB *analog*
 - (5) Aufgabe einer anderen Sicherheit (§ 776 BGB; führt zum Erlöschen der Bürgschaftsschuld)

RF: Zahlungsanspruch gegen den Bürgen (AGL: § 765 BGB); bei Zahlung Übergang der Hauptforderung auf den Bürgen (§ 774 BGB); evtl. Regressansprüche gegen andere Sicherungsgeber aus § 426 BGB *analog* (Problem des Ausgleichs der Sicherungsgeber)