

BGB

Schuldrecht BT 1

Vertragliche

Schuldverhältnisse

Autor: RA Frank Hofmann

Schuldrecht BT1 (Vertragliche Schuldverhältnisse)

A. 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!

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.

Dabei kann der Käufer im Falle eines Mangels 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

1. 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

Ein Mangel ist die Abweichung der Ist-Beschaffenheit einer Sache von der vertraglich vereinbarten Soll-Beschaffenheit.

Ob ein Sachmangel i. S. v. § 434 BGB vorliegt, entscheidet sich in erster Linie nach der Parteivereinbarung (vgl. § 434 I S. 1 BGB).

Nur wenn insoweit keine besonderen Vereinbarungen getroffen wurden, wird auf die gewöhnliche Beschaffenheit abgestellt, die eine Sache haben muss, um sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung zu eignen (§ 434 I S. 2 Nr. 1 bzw. 2 BGB).

Bsp.: K kauft im Geschäft des V einen Laptop und erkundigt sich ausdrücklich, ob es möglich ist, im Nachhinein noch einen zweiten DVD-Brenner einzubauen. V bejaht dies zu Unrecht. Auch wenn dies mit Sicherheit keine gewöhnliche Eigenschaft eines Laptops ist, liegt ein Sachmangel vor, da insoweit die Parteivereinbarung i. S. v. § 434 I S. 1 Nr. 1 BGB vorrangig ist.

Zur Beschaffenheit i. S. v. § 433 I S. 2 Nr. 2 BGB, die der Käufer regelmäßig erwarten darf, gehören auch solche Eigenschaften, die vom Verkäufer oder Hersteller in der Werbung besonders angepriesen werden (§ 433 I S. 3 BGB). Dies hat seinen Grund darin, dass die öffentlichen Werbeaussagen beim Käufer eine Erwartungshaltung schaffen, die sein Kaufverhalten beeinflusst (allerdings kann der Verkäufer für den Fall, dass es sich um eine Herstellerwerbung handelt, bei diesem nach § 478 BGB erleichtert Rückgriff nehmen).

Als Sachmangel ist es auch anzusehen, wenn die Sache vom Verkäufer oder seinem Erfüllungsgehilfen unsachgemäß montiert wird oder die Montageanleitung fehlerhaft ist, vgl. **§ 434 II BGB**. Man spricht hier sinnigerweise von der sog. *IKEA-Klausel*.

b) Aliud und Zuwenig-Lieferung

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

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 III BGB auch die Lieferung einer anderen Sache dem Sachmängelgewährleistungsrecht.

Gleiches gilt nach § 434 III BGB für die Zuwenig-Lieferung.

Bsp.: A bestellt bei B 50 Säcke Zement. B liefert aber nur 25 Säcke.

B kann in diesem Fall die Gewährleistungsrechte nach §§ 434 III, 437 BGB geltend machen. Daneben könnte er aber auch nach § 266 BGB die Teillieferung zurückweisen und Lieferung von 50 Säcken verlangen. Er würde mit den 25 Sack

Zement nicht in Annahmeverzug geraten, da die Leistung nicht so bewirkt wurde, wie sie geschuldet ist, § 294 BGB.

In diesem Fall bliebe der ursprüngliche Anspruch aus § 433 I S. 1 BGB erhalten. Gewährleistungsrechte bestünden nicht, da noch kein Gefahrübergang i. S. v. § 434 I S. 1 BGB eingetreten ist.

c) 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, 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 des ersten halben Jahres nach Gefahrübergang auf, so wird gem. **§ 476 BGB** vermutet, dass dieser Sachmangel schon bei Gefahrübergang vorgelegen hat.

Auch gelten gem. § 474 II BGB die Regeln über den Gefahrübergang beim Versandkauf (§ 447 BGB) 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.

d) Rechtsmangel (§ 435 BGB)

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.

e) Rechte des Käufers wegen Mängeln, § 437 BGB

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

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)

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

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).

Ausnahmen bestehen insoweit nur, wenn die Nacherfüllung ohnehin nicht möglich ist (vgl. für den Rücktritt § 326 V BGB bzw. für Schadensersatz §§ 283, 311a II 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.

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

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 III 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: Der Mangel, wegen dem der Rücktritt erklärt wird, darf auch nicht unerheblich sein, vgl. **§ 323 V S. 2 BGB**.

Bsp.: A bestellt sich beim Autohändler B einen neuen Jaguar mit diversen Extras für insgesamt 75.000 €. Als der Jaguar ausgeliefert wird, stellt der A fest, dass der Wagen ohne den bestellten zweiten Zigarrenanzünder im Fond (Aufpreis: 199.- €) 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.

cc) Minderung (§§ 437 Nr. 2, 441 BGB)

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 Zigarrenanzünders zwar nicht zurücktreten, wohl aber den Kaufpreis mindern.

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)

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.).

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)
- 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.

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

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.

2. Ausschluss der Gewährleistung

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.

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.

Ausnahmen gelten insoweit aber insbesondere für den *Verbrauchsgüterkauf* (§§ 474 ff. BGB), also den Kaufvertrag zwischen Verbraucher und Unternehmer. Von den Gewährleistungsvorschriften kann gem. § 475 I BGB nicht zu Lasten des Verbrauchers abgewichen werden. Lediglich in Bezug auf Schadensersatzansprüche sind andere Vereinbarungen möglich, vgl. § 475 III BGB.

Daneben kann gem. § 475 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) abbedungen wird. Zu beachten sind insoweit insbesondere § 309 Nr. 7, 8 b) BGB.

3. 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.

4. Garantie

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

Für diese enthalten §§ 443, 477 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 gilt für alle während der Garantiezeit auftretenden Mängel die Vermutung, dass diese schon bei Gefahrübergang vorhanden waren. Die Beweislast wird also auf den Verkäufer überwält.

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 Einflussphäre 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 § 474 II BGB ausgeschlossen. 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 €. Da B den Kaufpreis nicht sofort aufbringen kann, vereinbaren sie eine Ratenzahlung von 1.000 € 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.

Danach bekommt der Käufer 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.

Dabei ist die Rechtsposition des Käufers durch die aufschiebende Bedingung hinreichend gesichert: Zahlt er nur regelmäßig seine Raten, so wird er mit Zahlung der letzten Rate und damit Bedingungseintritt zwingend Eigentümer. Der Verkäufer kann dies nicht mehr verhindern. Man spricht daher von der Rechtsposition des Vorbehaltskäufers als einem **Anwartschaftsrecht**.

Umgekehrt ist auch der Verkäufer gut gesichert: So ist er z. B. im Falle einer Insolvenz des Käufers nach wie vor Eigentümer des Fahrzeuges und kann dieses aus der Insolvenzmasse herausverlangen (vgl. §§ 47, 107 InsO, Schönfelder Nr. 110).

Zahlt der Vorbehaltskäufer seine Raten *nicht* regelmäßig, so kann der Verkäufer nach § 449 II BGB vom Kaufvertrag zurücktreten. Handelt es sich allerdings um einen Verbraucherkaufertrag, so stellen §§ 503 II S. 1, 498 I BGB hierfür zusätzliche Voraussetzungen auf.

Neben dem hier skizzierten *einfachen* Eigentumsvorbehalt i. S. v. § 449 BGB gibt es darüber hinaus weitere Spezialformen des Eigentumsvorbehalts:

Beim **verlängerten Eigentumsvorbehalt** ermächtigt der Vorbehaltsverkäufer den Vorbehaltskäufer zur Weiterveräußerung der Ware im ordnungsgemäßen Geschäftsgang. Im Gegenzug tritt der Vorbehaltskäufer seine aus dem Weiterverkauf resultierenden Kundenforderungen im Voraus zur Sicherheit an den Vorbehaltsverkäufer ab (§ 398 BGB, sog. Sicherungszession). Der Vorbehaltskäufer bleibt aber zum Einzug der Forderungen bei seinen Kunden ermächtigt (§ 185 BGB), die Sicherungszession wird somit nicht offengelegt.

Der verlängerte Eigentumsvorbehalt wird häufig mit einer sog. *Verarbeitungsklausel* verbunden. Danach bleibt der Vorbehaltsverkäufer auch im Falle einer Verarbeitung (§ 950 BGB) der gelieferten Ware Eigentümer an dem neu hergestellten Produkt, und zwar mit einem Anteil, der dem Wert der von ihm gelieferten Ausgangsstoffe entspricht.

Bsp.: V verkauft an den Textilienunternehmer K Stoffe, wobei zwischen beiden ein verlängerter Eigentumsvorbehalt mit Verarbeitungsklausel vereinbart wird. Verarbeitet K nun die Stoffe zu Jacken, so erwirbt er aufgrund der Verarbeitungsklausel entgegen § 950 BGB nicht das Alleineigentum an den Jacken, vielmehr behält V einen Eigentumsanteil in Höhe des Wertes der von ihm gelieferten Stoffe. Da es sich um einen verlängerten Eigentumsvorbehalt handelt, ist dem K der Weiterverkauf der Jacken an die Kunden gem. § 185 BGB gestattet. Im Gegenzug tritt der K alle aus dem Jackenverkauf stammenden Forderungen gegen seine Kunden im Voraus gem. § 398 BGB an den V ab. Zum Einzug der Forderungen gegenüber seinen Kunden bleibt aber nach wie vor er selbst ermächtigt (§ 185 BGB).

Dabei ist umstritten, inwieweit § 950 BGB überhaupt vertraglich durch eine Verarbeitungsklausel abbedungen werden kann, da es sich eigentlich um zwingendes Sachenrecht handelt. Nach h. M. ist § 950 BGB tatsächlich abdingbar, allerdings kann durch eine Verarbeitungsklausel bestimmt werden, wer als „Hersteller“ im Sinne des § 950 BGB anzusehen ist (im Falle der Verarbeitungsklausel der Vorbehaltsverkäufer).

Beim **erweiterten Eigentumsvorbehalt** erwirbt dagegen der Vorbehaltskäufer nicht schon dann Eigentum an der Kaufsache, wenn er die Kaufpreisforderung nach § 433 II BGB komplett getilgt hat, sondern erst dann, wenn sämtliche Forderungen aus der Geschäftsbeziehung zum Vorbehaltsverkäufer getilgt sind. Insofern spricht man auch von einem sog. *Kontokorrentvorbehalt*. Der erweiterte Eigentumsvorbehalt ist grundsätzlich zulässig und insbesondere unter Kaufleuten auch üblich. Im Einzelfall kann er wegen Übersicherung jedoch gegen § 138 I BGB bzw. § 307 BGB verstoßen.

Beim **Konzernvorbehalt** wird das Eigentum an der Ware so lange vorenthalten, bis sämtliche Forderungen nicht nur des Vorbehaltsverkäufers, sondern auch von allen mit diesem verbundenen Unternehmen (sog. *Konzern*) bezahlt sind. Ein Konzernvorbehalt ist gem. § 449 III BGB unzulässig, da der Vorbehaltskäufer in diesem Fall nicht mehr übersehen kann, wann er Eigentum an der Sache erwirbt.

IV. Verbrauchsgüterkauf

Von einem *Verbrauchsgüterkauf* spricht man, wenn bei einem Kaufvertrag auf Verkäuferseite ein Unternehmer i. S. v. § 14 BGB und auf Käuferseite ein Verbraucher (§ 13 BGB) auftritt, vgl. § 474 I BGB.

Für den Verbrauchsgüterkaufvertrag gelten folgende Besonderheiten:

- der Gefahrübergang beim Versandkauf tritt nicht schon mit Übergabe an die Transportperson ein (§§ 474 II, 447 BGB)
- von den Gewährleistungsvorschriften der §§ 434 ff. BGB kann nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden, § 475 I BGB (Ausnahmen gelten insoweit nur für die Schadensersatzvorschriften gem. § 475 III BGB)
- die Verjährung kann nicht unter zwei Jahre erleichtert werden, bei gebrauchten Sachen nicht unter ein Jahr, § 475 II BGB
- bei Mängeln, die innerhalb des ersten halben Jahres nach Übergabe der Sache auftreten, wird vermutet, dass diese bereits bei Gefahrübergang vorhanden waren, § 476 BGB
- bei der Formulierung einer Garantieerklärung ist § 477 BGB zu beachten
- für den Rückgriff des Verkäufers, der eine mangelhafte Sache zurücknehmen musste, gegen seinen Lieferanten gelten nach §§ 478, 479 BGB erleichterte Bedingungen

Wichtig: Ob ein Kaufvertrag einen Verbrauchsgüterkauf darstellt, ist in der Klausur nur zu prüfen, wenn eine der oben stehenden Sonderregeln Anwendung finden könnte!

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

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, dass 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.

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 Verbraucherkaufvertrages 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.

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.

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. 2, 2. HS 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. 3 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. 3 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.

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 zurückerstatten 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.

Sonstige Finanzierungshilfen

Nach § 499 I BGB finden die Vorschriften über das Verbraucherdarlehen und über das verbundene Geschäft (§§ 358, 359 BGB) auch auf sonstige Finanzierungshilfen Anwendung.

Klausurrelevant ist insoweit insbesondere das **Finanzierungsleasing** (§§ 499 II, 500 BGB, dazu s. u.).

C. 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 € nur 50.000 € 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 € 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 seinen I-Pod und übereignet ihn 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 I-Pods 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)

D. 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)

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.

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)

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

- der Mangel hat schon bei Überlassung der Mietsache vorgelegen (§ 536 I, 1. Alt. BGB, *kein* Verschulden erforderlich, da insoweit **Garantiehaftung**)
- der Mangel ist später aufgetreten und der Vermieter hat dies zu vertreten (§ 536 I, 2. Alt. BGB, d. h. *hier* ist Verschulden *erforderlich*)
- der Vermieter kommt mit der Beseitigung des Mangels in Verzug (§ 536 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)

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.: Familie F mit zwei minderjährigen Töchtern wohnt im ersten Geschoss eines Wohnhauses im allgemeinen Wohngebiet. In das Erdgeschoss zieht ein ordnungsbehördlich genehmigter Sex-Shop ein. F hat in diesem Fall ein Kündigungsrecht nach § 543 BGB, und zwar selbst dann, wenn der Vermieter den Sex-Shop zivil- und öffentlich-rechtlich zu dulden hat. Eines Abhilfeverlangens bedarf es wegen der Unmöglichkeit der Beseitigung des Shops nicht.

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 die Explosion verschuldet 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* eintreten 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 € 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, früher: *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

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). Auch der Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft kann auf diese Weise das Mietverhältnis übernehmen (§ 563 II S. 4 BGB).

Achtung: Wenn das Gesetz wie in § 563 I S. 2 von *Lebenspartner* spricht, meint es immer den gleichgeschlechtlichen Partner innerhalb einer förmlichen Lebenspartnerschaft i. S. d. Lebenspartnerschaftsgesetzes (LPartG, Schönfelder Nr. 43). Dies ist nicht zu verwechseln mit der (verschiedengeschlechtlichen) Partnerschaft innerhalb einer *nichtehelichen Lebensgemeinschaft*!

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. 4 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).

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. Bei der Wohnungsmiete ist eine Miete als unangemessen hoch zu betrachten, wenn sie die ortsübliche Vergleichsmiete um mehr als 20 % übersteigt.

Ab dieser Höhe liegt auch eine Ordnungswidrigkeit des Vermieters nach § 5 WiStraG (Schönfelder Nr. 88) vor. Ab 50 % Überschreitung der ortsüblichen Vergleichsmiete liegt eine Straftat nach § 291 StGB (Wucher) vor.

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.

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 31.3.2005 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 praktisch 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. § 929 S. 1 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).

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 „nutzungsgeeignet“ 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

Beim Leasingvertrag verpflichtet sich der Leasinggeber, dem Leasingnehmer die Leasingssache 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 geleasteten 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.

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 geleaste 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 geleaste Sache für den Leasingnehmer eine große wirtschaftliche Härte darstellen kann, ist der Leasingnehmer 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 Leasinggeber *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 Leasing Sache 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. § 500 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“

E. Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB)

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.

Tip: Das Dienstvertragsrecht des BGB hat in Klausuren keine eigenständige Bedeutung, sondern ist 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.

Exkurs: 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, Schönfelder 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 beim Stehlen 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.

F. Werkvertrag (§§ 631 ff. BGB)

I. Allgemeines

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. In der Praxis sind 90 % der Werkvertragsfälle vor den Obergerichten allerdings Bausachen. Auf sie findet häufig neben den §§ 631 ff. BGB die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) Anwendung, deren Klausurrelevanz jedoch gering ist.

Hat der Vertrag die Lieferung vom Besteller selbst herzustellender Sachen zum Gegenstand, so findet gem. **§ 651 S. 1 BGB** ausschließlich Kaufrecht Anwendung.

Bsp.: A bestellt beim Schneider S einen Maßanzug. Obwohl der Schneider (auch) eine Werkleistung erbringt, findet gem. § 651 S. 1 BGB ausschließlich Kaufrecht Anwendung. Da es sich um eine nicht vertretbare Sache handelt (der Anzug passt nur dem A), finden aber gem. § 651 S. 3 BGB ausnahmsweise die Vorschriften über die Mitwirkung des Gläubigers aus dem Werkvertragsrecht Anwendung.

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)
- Selbstvornahme und Aufwendungsersatz (§§ 634 Nr. 2, 637 BGB)
- Rücktritt vom Vertrag (§§ 634 Nr. 3, 323, 326 V BGB)
- Minderung der Vergütung (§§ 634 Nr. 3, 638 BGB)
- Schadensersatz (bzw. Aufwendungsersatz; §§ 634 Nr. 4, 280, 281, 283, 311a, 284 BGB)

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.

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 die Regelungen des allgemeinen Schuldrechts darüber hinaus generell **vor** Abnahme des Werkes Anwendung finden, ist umstritten. Dagegen spricht allerdings, dass seit der Schuldrechtsreform das allgemeine Schuldrecht über § 634 BGB sowieso bereits sehr weitgehend in das Gewährleistungsrecht beim Werkvertrag einbezogen worden ist. Einziger Unterschied ist daher, ob sich der Unternehmer auf die Unverhältnismäßigkeit der Kosten einer Nacherfüllung gem. § 635 III BGB auch schon vor Abnahme berufen darf, was aber durchaus sinnvoll wäre.

Der Fehlerbegriff 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.

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 gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist, § 640 I S. 3 BGB, oder wenn er die Abnahme von vornherein grundlos verweigert.

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 II BGB die Geltendmachung von Mängelrechten (Ausnahme: Schadensersatz) aus.

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

Definition: Unter Obliegenheit ist ein Verhaltensgebot zu verstehen, dass 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 Vorbehaltskäufer) erwerben. Dies nützt ihm nur gerade im Fall der Insolvenz des Bestellers nichts, da in diesem Fall i. d. R. auch der Vorbehaltsverkäufer vom Kaufvertrag zurücktritt und das Anwartschaftsrecht damit hinfällig wird.

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

I. Allgemeines

Inhalt des Reisevertrages ist die Erbringung einer Gesamtheit von Reiseleistungen (Reise) gegen Zahlung des vereinbarten Reisepreises, vgl. **§ 651a I BGB**.

Vertragsparteien sind der Reiseveranstalter und der Reisende.

Wichtig: Eine *Reise* liegt nur vor, wenn objektiv mindestens zwei nahezu gleichwertige Leistungsteile versprochen wurden (sog. Leistungsbündel; Regelfall: **Pauschalreisen**). Wird nur eine Einzelleistung versprochen (z. B. Busfahrt, Übernachtung im Hotel), so sind §§ 651a ff. BGB *nicht* anwendbar (Ausnahme: Ferienhausverträge). Anwendbar sind §§ 651a ff. BGB dagegen, wenn der Kunde im Reisebüro sich seine Reise selbst aus verschiedenen einzeln angebotenen Leistungen individuell zusammenstellt.

Reiseveranstalter ist, wer Reiseleistungen als eigene anbietet, nicht dagegen, wer sie als fremde vermittelt (z. B. Reisebüro). Entscheidend ist dabei der äußere Anschein (§ 651a II BGB). Auf Gewerbsmäßigkeit der Tätigkeit kommt es nicht an.

II. Reisemängelgewährleistung

Der Reiseveranstalter haftet dafür, dass die Reise nicht mit Fehlern behaftet ist, **§ 651c I BGB**. Dabei sind echte Fehler abzugrenzen von den bloßen „Unannehmlichkeiten des Massentourismus“.

Weiterhin muss die Reise auch die zugesicherten Eigenschaften haben. Der Begriff der Zusicherung ist dabei weit auszulegen, da der Reisende sich mangels Ortskenntnis insoweit auf die Angaben des Reiseveranstalters verlassen muss. Hierunter fallen z. B. auch Prospektangaben. Keine Eigenschaftszusicherung sind allerdings erkennbare Übertreibungen und bloß allgemeine reklamehafte Anpreisungen.

Bsp.: A bucht aufgrund eines Reiseprospekts, der Zypern als die „Insel der Sonne und des Lächelns“ empfiehlt, eine zweiwöchige Reise nach Zypern. Während seines Urlaubes regnet es zwei Wochen am Stück. Kein Reisemangel nach § 651c I BGB, da es sich bei dem Begriff „Insel der Sonne“ lediglich um eine reklamehafte Anpreisung handelt.

Ist die Reise mangelhaft, so hat der Reisende nach **§§ 651c ff. BGB** die folgenden Rechte:

- Er kann ein Abhilfeverlangen an die Reiseleitung stellen (**§ 651c II BGB**).
- Er kann nach einem erfolglosen Abhilfeverlangen (und Setzung einer entsprechenden Frist) selbst Abhilfe schaffen und hat insoweit einen *Aufwendungsersatzanspruch* (**§ 651c III 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 § 651c III 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 (§ 651 III S. 2 BGB). Das Abhilfeverlangen selbst ist entbehrlich, wenn eine Abhilfe unmöglich oder der Mangel der Reiseleitung bekannt ist.

- Nach **§ 651d BGB** tritt weiterhin eine *automatische* Minderung des Reisepreises ein (!). Ein gesondertes Minderungsverlangen ist hierfür nicht erforderlich.
- Bei einem *erheblichen* Reisemangel kann der Reisende nach **§ 651e BGB** den Reisevertrag kündigen. Der Reiseveranstalter muss den Reisenden dann auf seine Kosten zurückbefördern und verliert den Anspruch auf den Reisepreis.

Für bereits erbrachte oder noch zu erbringende Reiseleistungen kann der Reiseveranstalter eine Entschädigung verlangen, allerdings nicht, soweit diese Leistungen für den Reisenden infolge der Aufhebung kein Interesse mehr haben (§§ 651e III, IV BGB).

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

Wird die Reise durch **höhere Gewalt** beeinträchtigt, so kann sie nicht nach § 651e BGB gekündigt werden. In diesem Fall verdrängt **§ 651j BGB** als abschließende Spezialvorschrift den § 651e BGB (vgl. § 651j I BGB: „...allein nach dieser Vorschrift“).

Bsp.: A hat einen Tauchkurs auf einer Pazifikinsel gebucht. Nach seiner Ankunft bricht dort ein Bürgerkrieg aus. A kann die Reise nicht nach § 651e BGB kündigen; die Rechtsfolgen bemessen sich allein nach § 651j BGB.

- Der Reisende kann nach **§ 651f I BGB** Schadensersatz verlangen, soweit der Reiseveranstalter den Reisemangel zu vertreten hat. Erforderlich ist darüber hinaus nach h. M. im Regelfall ein Abhilfeverlangen mit Fristsetzung.

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

Die Gewährleistungsregeln nach §§ 651c ff. BGB bilden eine abschließende Spezialregelung und gehen insoweit den Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts vor. Diese finden nach h. M. selbst im Fall der **anfänglichen Unmöglichkeit** keine Anwendung, da der Reiseveranstalter auch in diesem Fall für den Nichterfolg der Reise nach den §§ 651c ff. BGB (d. h. auch ohne Verschulden wie bei § 311a II BGB) einzustehen habe.

III. Sonstige Vorschriften

Der Reisende muss seine Ansprüche nach §§ 651c ff. BGB **innerhalb eines Monats** beim Reiseveranstalter geltend machen (§ 651g I BGB); die Ansprüche verjähren innerhalb von zwei Jahren (§ 651g II BGB).

Der Reisende kann gem. **§ 651i BGB** von der Reise *zurücktreten*, solange er die Reise noch nicht angetreten hat. Der Reiseveranstalter verliert hierdurch den Anspruch auf den Reisepreis, hat aber Anspruch auf Zahlung einer **Entschädigung**. Diese kann auch pauschaliert als Prozentsatz in gestaffelter Form je nach Zeitspanne bis zum Reiseantritt vereinbart werden (vgl. § 651i II, III BGB). Bei Leistungshindernissen in der Person des Reisenden *vor* Antritt der Reise schließt § 651i BGB die Anwendung der Unmöglichkeitsvorschriften nach h. M. aus.

Wird die Reise durch **höhere Gewalt** beeinträchtigt, so kann sie von beiden Seiten nach § 651j BGB gekündigt werden. Von „höherer Gewalt“ spricht man bei Umständen, die weder in der Sphäre des Veranstalters noch de Reisenden liegen.

Bsp.: Terroranschläge, die Tsunami-Katastrophe in Südostasien, Flugzeugentführung

Die Kosten der Rückbeförderung sind in diesem Fall von beiden Teilen je zur Hälfte zu tragen, im übrigen verweist § 651j II BGB weitgehend auf die Kündigungsvorschrift des § 651e BGB.

Wird eine gebuchte, aber noch nicht angetretene Reise wegen höherer Gewalt storniert, so fallen die Stornokosten nicht unter die nach § 651j II S. 3 vom Reisenden zu tragenden Mehrkosten.

Von den Vorschriften des Reiserechts darf nicht zu Lasten des Reisenden abgewichen werden, § 651m BGB (Ausnahme: Verjährung gem. § 651g II BGB).

H. 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.

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.

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.

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 €. 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 **Girovertrag** mit einer Bank. Der Girovertrag ist in den §§ 676f ff. BGB geregelt. Vorschriften für den einzelnen Überweisungsauftrag finden sich in §§ 676a ff. BGB.

Wichtig: Der Widerruf einer Überweisung (vgl. § 676a IV BGB) 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.

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 Entstehen 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. Hierbei ist allerdings der Schutzzweck des § 766 BGB zu berücksichtigen. Wegen des hohen Risikos wird im Zweifel eine Bürgschaft gewollt sein. Ein Schuldbeitritt kann dagegen i. d. R. nur dann angenommen werden, 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 verbürgt sich darauf „per Handschlag“ für die Lohnforderungen der Arbeiter gegenüber B. Als Bürgschaft ist das Versprechen des A unwirksam, da formnichtig gem. §§ 766, 125 S. 1 BGB. Es kann aber in einen Beitritt zur Schuld des B umgedeutet werden (wodurch eine Gesamtschuld zwischen A und B i. S. v. §§ 421 ff. BGB entsteht), da der A hier 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)

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, 351 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.

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, Schönfelder 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: Rechtshindernde und rechtsvernichtende Einwendungen des Hauptschuldners sind bereits über § 767 BGB (=Akzessorietät!) zu berücksichtigen. Für § 768 I BGB verbleibt daher nur ein kleiner Anwendungsspielraum (z. B. für Zurückbehaltungsrechte des Hauptschuldners oder die Einrede der Verjährung).

2. Aus **§ 770 I BGB** hat der Bürge die Einrede der *Anfechtbarkeit der Hauptschuld*. Die Vorschrift wird auf *andere Gestaltungsrechte* (z. B. Rücktritt gem. § 346 I BGB) analog angewandt, da diese nur vom Hauptschuldner selbst geltend gemacht werden können.

Anders als bei § 768 II BGB erlischt hier aber die Einrede, wenn der Hauptschuldner 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 Wortlaut 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. abgelehnt, da das Leistungsverweigerungsrecht nur dazu führen soll, dass der Gläubiger eine einfachere Möglichkeit der Befriedigung nutzt, die ihm aber in diesem Fall nicht gegeben ist.

Bsp.: S schuldet dem G 4.000 €, wofür sich der B verbürgt hat. Aus Wut darüber, 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 Handlung!) 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 Vorausklage, 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, 351 BGB).

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 € 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 € 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 € 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 €. 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 Grundschuld 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 Grundschuld 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 Grundschuld, der von der h. M. aus **§ 401 BGB analog** hergeleitet wird. Erst nachdem ihm die Grundschuld vom Gläubiger übertragen wurde, kann er gegen den anderen Sicherungsgeber auch aus der Grundschuld (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. Formulärmäßige 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 Bürgschaftsverpflichtung 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 €, nachdem sich der vermögenslose Sohn B des S, der noch studiert und vom Vater monatlich 500 € 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.

Erforderlich ist darüber hinaus auf Seiten des Gläubigers aber auch noch, dass er subjektiv die Umstände kennt, die die Sittenwidrigkeit begründen, oder sich vor der Erkenntnis bewusst verschließt.

Beachte: 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 völlig mittellose T aus Thailand geheiratet. Als U für sein Geschäft von der G-Bank ein Darlehen in Höhe von 1.000.000 € benötigt, lässt diese die T als Bürgin mitunterschreiben. Dabei enthält der Bürgschaftsvertrag eine Klausel, wonach die Bürgschaft nur der Vermeidung von Vermögensverlagerungen auf die T dient. Fünf Jahre später ist U pleite, wohingegen die inzwischen von ihm getrennt lebende T mittlerweile eine bescheidene Karriere als Sängerin aufgebaut hat und ein mittleres Einkommen erzielt. Vermögensverschiebungen zwischen U und T haben nicht stattgefunden. T 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.

Wichtig: 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

Ein Haustürwiderrufsrecht gem. §§ 312, 355 I BGB kam bei Bürgschaften nach der früher h. M. nur in Betracht, wenn sie in einer sog. **doppelten Haustürsituation** abgeschlossen wurden, d. h. nicht nur der Bürgschaftsvertrag, sondern auch die zugrunde liegende Hauptschuld musste ein Haustürgeschäft i. S. d. § 312 BGB darstellen. Hiervon ist der BGH jedoch inzwischen abgerückt: Danach kommt es nur noch darauf an, ob das Sicherungsgeschäft *selbst* ein Haustürgeschäft darstellt. Ist dies der Fall, so ist es unschädlich, wenn es sich bei der zu sichernden Verbindlichkeit um einen gewerblichen Kredit handelt.

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).

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. voraussetzen bei den üblichen Kredit- und Kontokorrentbürgschaften; § 777 BGB ist in diesem Fall unanwendbar.

2. **Selbtschuldnerische 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 bestehen. 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 dürfte.

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 anstrengenden 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: Schuldanerkennnis 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 Schuldanerkennnis gesprochen.

Im Wesentlichen sind *drei* Grundtypen zu unterscheiden:

- Das **abstrakte Schuldanerkennnis** (§§ 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 Schuldanerkennnis 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 Schuldanerkennnis**, 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, sondern lediglich eine Umkehr der Beweislast.

Bsp.: Unfallschuldanerkenntnis