

**GRUNKURS BÜRGERLICHES RECHT IIa**  
**ALLGEMEINES UND VERTRAGLICHES SCHULDRECHT**

Kursbegleitendes  
Skript

Stand: Juli 2025

Diese Unterlagen sind für Teilnehmer des Grundkurses bestimmt.

## **Inhaltsverzeichnis**

<b>A. GRUNDBEGRIFFE UND GRUNDFRAGEN.....</b>	<b>8</b>
<b>I. DAS SCHULDVERHÄLTNIS .....</b>	<b>8</b>
1.    Rechtsgeschäftliche (vertragliche) Schuldverhältnisse (vgl. § 311 I).....	8
2.    Gesetzliche Schuldverhältnisse .....	8
<b>II. EINSEITIGE, ZWEISEITIGE, GEGENSEITIGE VERTRÄGE.....</b>	<b>8</b>
1.    Einseitig verpflichtende Verträge .....	8
2.    Zweiseitig verpflichtende Verträge .....	8
<b>III. DIE PARTEIEN DES SCHULDVERHÄLTNISSSES .....</b>	<b>9</b>
<b>IV. PFLICHTEN AUS DEM SCHULDVERHÄLTNIS.....</b>	<b>9</b>
1.    Leistungspflichten v. Schutzpflichten: .....	10
2.    Haupt- v. Nebenleistungspflichten .....	10
3.    Die nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten (Schutzpflichten) .....	11
4.    Praktische Bedeutung der Unterscheidung .....	11
5.    Leistungs- und Erfolgsort (§§ 269 f. BGB) .....	12
6.    Leistungszeit (§ 271 BGB).....	13
<b>V. GEFAHRTRAGUNGSREGELN.....</b>	<b>14</b>
1.    Überblick: Bedeutung der Gefahrtragungsregeln .....	14
2.    Drei Arten von Gefahr.....	14
<b>B. ERFÜLLUNG UND WEITERE GRÜNDE FÜR DAS ERLÖSCHEN DES SCHULDVERHÄLTNISSSES.....</b>	<b>15</b>
<b>I. ERFÜLLUNG (§ 362 BGB) .....</b>	<b>15</b>
1.    Einführung.....	15
2.    Rechtsnatur.....	15
3.    Prüfungsschema § 362 BGB.....	15
4.    Hinweis für Klausuren.....	16
<b>II. LEISTUNG AN ERFÜLLUNGS STATT UND ERFÜLLUNGSHALBER .....</b>	<b>17</b>
1.    Leistung an Erfüllungs Statt (§ 364 BGB).....	17
2.    Leistung erfüllungshalber .....	17

<b>III. AUFRECHNUNG (§§ 387 FF. BGB) .....</b>	<b>17</b>
1. Aufrechnung im Überblick .....	17
2. Funktionen der Aufrechnung .....	17
3. Terminologie .....	18
4. Prüfungsschema .....	18
5. Hinweis für Klausuren .....	20
<b>IV. HINTERLEGUNG (§§ 372 FF. BGB) .....</b>	<b>21</b>
<b>V. ERLASSVERTRAG (§ 397 I BGB) .....</b>	<b>21</b>
1. Allgemeines .....	21
2. Voraussetzung .....	21
3. Sog. Erlassfalle .....	22
<b>VI. NEGATIVES SCHULDANERKENNTNIS, § 397 II BGB .....</b>	<b>22</b>
<b>C. RECHT DER LEISTUNGSSTÖRUNGEN .....</b>	<b>22</b>
<b>I. EINFÜHRUNG .....</b>	<b>22</b>
1. Drei Fragen im Zusammenhang mit Leistungsstörungen, insb. Unmöglichkeit .....	22
2. Sekundäransprüche, insbesondere die Arten von Schadensersatz im Überblick .....	23
3. Arten von Pflichtverletzungen im Überblick .....	24
<b>II. UNMÖGLICHKEIT: DAS SCHICKSAL DES PRIMÄRANSPRUCHS .....</b>	<b>25</b>
1. Systematisierung der verschiedenen Fälle von Unmöglichkeit .....	25
2. Rechtsfolgen der verschiedenen Arten der Unmöglichkeit od. Leistungsschwerung .....	27
3. Insbesondere: Rechtsfolgen der anfänglichen Unmöglichkeit .....	29
4. Insbesondere: Unmöglichkeit bei der Gattungsschuld .....	30
5. Störung der Geschäftsgrundlage .....	31
<b>III. SEKUNDÄRANSPRÜCHE .....</b>	<b>35</b>
1. Vertretenmüssen als Grundvoraussetzung für den Anspruch auf Schadens- und Aufwendungsersatz ..	35
2. Überblick: Arten von Sekundäransprüchen wegen Pflichtverletzung .....	47
3. Schadensersatz - Die Auswahl der richtigen Anspruchsgrundlage .....	48
4. Einzelne Schadensersatzansprüche (§§ 280 ff., 311a BGB), einschließlich Verzugschadensersatz und sonstiger Rechtsfolgen des Verzugs .....	54
5. Anspruch auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen, § 284 BGB .....	60

6. Anspruch auf Herausgabe des Ersatzes oder eines etwaigen Ersatzanspruchs („stellvertretendes commodum“, Surrogat)..... 62

#### **IV. KONSEQUENZEN DER LEISTUNGSSTÖRUNG FÜR DEN ANSPRUCH AUF DIE GEGENLEISTUNG ..... 64**

1. Wegfall der Gegenleistungspflicht, Ausnahmen (§ 326 BGB)..... 64
2. Rücktritt (§§ 323, 326 V BGB) ..... 69
3. Rechtsfolgen des Rücktritts (§§ 346 ff. BGB)..... 74
4. Kündigung von Dauerschuldverhältnissen (§ 314 BGB) ..... 76

#### **D. ERWEITERUNGEN DER (QUASI-)VERTRAGLICHEN HAFTUNG ..... 76**

##### **I. EINFÜHRUNG: UNZULÄNGLICHKEITEN DER DELIKTISCHEN HAFTUNG (§§ 823 II, 831 BGB) ..... 76**

1. § 823 I BGB: Keine Haftung bei reinen Vermögensschäden ..... 77
2. Deliktische Haftung für den Verrichtungsgehilfen (§ 831 BGB) im Vergleich zu § 278 BGB insbesondere..... 77

##### **II. VERTRAGLICHE SCHUTZPFLICHTEN (§ 241 II BGB): ERWEITERUNG DES VERTRAGLICHEN PFLICHTENPROGRAMMS..... 80**

##### **III. CULPA IN CONTRAHENDO (C.I.C.) UND CULPA POST CONTRACTUM FINITUM: ERWEITERUNG DES ZEITLICHEN ANWENDUNGSBEREICHES DES QUASI-VERTRAGLICHEN HAFTUNGSREGIMES ..... 80**

1. Culpa in contrahendo (c.i.c.): Begriff und Anspruchsgrundlage ..... 80
2. Fallgruppen..... 80
3. Voraussetzungen..... 82
4. Culpa post contractum finitum ..... 82

##### **IV. GEFÄLLIGKEITSVERHÄLTNIS MIT RECHTSGESCHÄFTSÄHNLICHEM CHARAKTER: ERWEITERUNG DER VERTRAGLICHEN HAFTUNGSREGIMES AUF BLOßE GEFÄLLIGKEITSVERHÄLTNISSE ..... 83**

##### **V. SACHWALTERHAFTUNG (§ 311 III BGB): ERWEITERUNG DES KREISES DER FÜR EINE HAFTUNG IN BETRACHT KOMMENDEN SCHULDNER..... 83**

##### **VI. VERTRAG MIT SCHUTZWIRKUNG ZUGUNSTEN DRITTER (VMSCHZD): ERWEITERUNG DES GESCHÜTZTEN PERSONENKREISES..... 84**

1. Begriff ..... 84
2. Abgrenzung vom echten Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 I BGB) ..... 84
3. Herleitung ..... 84

4.	Tatbestandsvoraussetzungen des VmSchzD im Überblick.....	85
5.	Die Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelnen.....	85
6.	Gutachter- und Expertenhaftung insbesondere.....	87

## **VII. DRITTSCHADENSLIQUIDATION (DSL): ERWEITERUNG DES KREISES DER ZU ERSETZENDEN SCHÄDEN ..... 88**

1.	Begriff.....	88
2.	Fallgruppen.....	88
3.	Voraussetzungen der Drittschadensliquidation .....	89
4.	Rechtsfolge.....	90

## **E. SCHULDVERHÄLTNISSE MIT MEHREREN BETEILIGTEN ..... 91**

### **I. VERTRAG ZUGUNSTEN DRITTER (§§ 328 FF. BGB)..... 91**

1.	Regelungszweck und Abgrenzungen.....	91
2.	Zu unterscheidende Vertragsverhältnisse, Begrifflichkeiten .....	91
3.	Prüfungsschema.....	92
4.	Einwendungen des Schuldners .....	92
5.	Formulierungsvorschlag (Klausur).....	93

### **II. ABTRETUNG VON FORDERUNGEN (§§ 398 FF. BGB)..... 93**

1.	Regelungszweck.....	93
2.	Begrifflichkeiten.....	93
3.	Verfügungscharakter .....	94
4.	Abtretungsvertrag als Voraussetzung für die Übertragung der Forderung.....	94
5.	Rechtsfolge.....	95
6.	Schuldnerschutz.....	95
7.	Übertragung von Rechten.....	95

### **III. GESAMTSCHULDNERSCHAFT ..... 95**

1.	Begriff und Überblick.....	95
2.	Abgrenzung zur Teilschuldnerschaft (§ 420 BGB) .....	96
3.	Die Begründung einer Gesamtschuld .....	96
4.	Wirkung der Erfüllung.....	97
5.	<i>Gestörte Gesamtschuld (Hinweis für spätere Semester)</i> .....	101

### **IV. GESAMTGLÄUBIGERSCHAFT..... 101**

<b>F. KAUFRECHT .....</b>	<b>102</b>
<b>I. ANWENDBARE VORSCHRIFTEN AUF KAUFVERTRÄGE IM ÜBERBLICK...</b>	<b>102</b>
<b>II. DIE VERTRAGSTYPISCHEN PFLICHTEN BEIM KAUFVERTRAG .....</b>	<b>102</b>
<b>III. DER KAUFRECHTLICHE MANGELBEGRIFF .....</b>	<b>102</b>
1. Der Begriff des Sachmangels .....	102
2. Der Begriff des Rechtsmangels .....	105
<b>IV. DIE RECHTE DES KÄUFERS IM FALL DER MANGELHAFTIGKEIT IM ÜBERBLICK .....</b>	<b>105</b>
<b>V. GEWÄHRLEISTUNGSAUSSCHLUSS.....</b>	<b>105</b>
1. Vertraglicher Ausschluss.....	105
2. Gesetzlicher Gewährleistungsausschluss.....	106
<b>VI. DIE EINZELNEN GEWÄHRLEISTUNGSRECHTE .....</b>	<b>106</b>
1. Nacherfüllung.....	106
2. Rücktritt, § 440 BGB.....	107
3. Minderung, § 441 BGB .....	108
4. Schadensersatz.....	110
5. Ersatz vergeblicher Aufwendungen.....	111
<b>VII. GEFahrTRAGUNG BEIM KAUFVERTRAG.....</b>	<b>112</b>
1. Allgemeine v. spezielle kaufrechtliche Gefahrtragsregeln: .....	112
2. Zusammenfassende Tabelle: Verträge beim Kauf die Vergütungsgefahr? .....	112
<b>VIII. VERJÄHRUNG BZW. AUSSCHLUSS DER GEWÄHRLEISTUNGSRECHTE DURCH ZEITABLAUF .....</b>	<b>113</b>
1. Überblick .....	113
2. Anwendungsbereich .....	113
3. Ansprüche versus Gestaltungsrechte .....	114
4. Verjährungsfrist der Ansprüche auf Nacherfüllung, auf Schadensersatz und auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen.....	114
5. Arglist.....	115
6. Beginn der Verjährungsfrist .....	115
7. Rücktritt und Minderung: Quasi-Verjährung .....	115
8. Sonderbestimmungen für die Verjährung bei einem Verbrauchsgüterkauf.....	116

9.	Zusammenfassende Tabelle: Verjährung der Gewährleistungsansprüche des Käufers.....	118
----	--	-----

## **IX. VERBRAUCHSGÜTERKAUF ..... 120**

1.	Überblick .....	120
2.	Entstehungsgeschichte.....	120
3.	Anwendungsbereich .....	121
4.	§ 475 I-VI BGB (Spezialregelungen zu § 271, 447, 439, 442 BGB) .....	122
5.	§ 475d BGB (Sonderbestimmungen für Rücktritt und Schadensersatz).....	124
6.	§ 475e BGB (Sonderbestimmungen für die Verjährung) .....	124
7.	§ 476 I – IV BGB (Vereinbarungen, die von den gesetzlichen Regelungen abweichen) .....	125
8.	§ 479 BGB (Garantien).....	128

## **X. RÜCKGRIFF DES VERKÄUFERS ..... 128**

1.	Überblick .....	128
2.	Selbständiger Regressanspruch (unabhängig von Vertretenmüssen des vorgelagerten Kettenglieds) 128	
3.	Unselbständiger Regressanspruch (unabhängig von Fristsetzung gegenüber dem vorgelagerten Kettenglied) .....	129
4.	Verjährung von Rückgriffsansprüchen: Ablaufhemmung.....	129
5.	Erweiterter Anwendungsbereich der Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf.....	129

## **A. Grundbegriffe und Grundfragen**

### **I. Das Schuldverhältnis**

**Schuldverhältnis** = eine zwischen mindestens zwei bestimmten Personen bestehende rechtliche Sonderverbindung, durch die Ansprüche begründet werden (*Manzel*, in Jauernig, § 241 Rz. 1).

#### **1. Rechtsgeschäftliche (vertragliche) Schuldverhältnisse (vgl. § 311 I)**

- z. B.
- § 433 (*Kauf*)
  - § 535 (*Miete*)
  - § 598 (*Leihe*)
  - § 630a (*Behandlungsvertrag*)
  - *Leasingvertrag* (*keine spezielle gesetzliche Regelung*)

#### **2. Gesetzliche Schuldverhältnisse**

- z. B.
- § 311 II (*Vertragsverhandlungen*)
  - § 677 (*Geschäftsführung ohne Auftrag*) → GK BGB IIb

### **II. Einseitige, zweiseitige, gegenseitige Verträge<sup>1</sup>**

#### **1. Einseitig verpflichtende Verträge**

... erzeugen Hauptleistungspflichten nur für eine Vertragspartei.

- Bsp.:
- § 518 (*Schenkung*)
  - § 765 (*Bürgschaft*)

#### **2. Zweiseitig verpflichtende Verträge**

... erzeugen Pflichten für beide Vertragsparteien. Unterscheide:

##### **a. Gegenseitige (synallagmatische; vollkommen zweiseitige) Verträge**

Sie erzeugen für beide Vertragsparteien Hauptleistungspflichten, die dergestalt miteinander verbunden sind, dass die eine das Entgelt für die andere ist. Mit anderen Worten: jede (Haupt-)Leistung wird um der anderen willen geschuldet („do ut des“).

- Bsp.:
- § 433 (*Kauf*)
  - § 488 (*entgeltliches Darlehen*)

---

<sup>1</sup> Stadler, in Jauernig, § 311 Rz. 12.



- § 535 (Miete)
- § 611 (DienstV)
- § 631 (WerkV)

**b. Unvollkommen zweiseitige Verträge**

Sie lassen zwar ebenfalls für beide Vertragsparteien Pflichten entstehen. Diese Pflichten stehen aber nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis. Einer der beiden Parteien obliegt die vertragstypische Hauptleistungspflicht (z. B. zeitlich befristete Überlassung des Leihgegenstands zum Gebrauch), die der anderen Partei obliegende Pflicht (Nebenpflicht) ist hierfür nicht das Entgelt (sondern z. B. die Pflicht zur Erhaltung des Leihgegenstands sowie Pflicht zu seiner Rückgabe nach Ablauf der Leihfrist).

*Bsp.: Leihe*

*Weitere Beispiele*

- unentgeltliche Verwahrung (§ 688) mit der Pflicht zur Rückgabe;
- unentgeltlicher Auftrag (§ 662) mit der Pflicht des Auftraggebers zum Verwendungsersatz
- unverzinsliches Darlehen (§ 488) mit der Pflicht zur Rückzahlung der Darlehenssumme bei Fälligkeit.

**Unterscheide** zwischen einseitigen und **zweiseitigen Rechtsgeschäften** einerseits und einseitig und **zweiseitig verpflichtenden Verträgen** andererseits. Die erstgenannte Unterscheidung bezieht sich auf die Anzahl der erforderlichen Willenserklärungen (eine bzw. zwei), die zweitgenannte auf die Frage, ob nur eine Partei oder ob beide Parteien eine rechtliche Verpflichtung übernehmen.

*Bsp.: Die Bürgschaft ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, weil sie einen Vertragsschluss und damit zwei Willenserklärungen erfordert, sie verpflichtet aber nur eine Partei, nämlich den Bürgen, weshalb es sich um einen einseitig verpflichtenden Vertrag handelt.*

**III. Die Parteien des Schuldverhältnisses**

Je nach betrachteter Pflicht können beide Parteien sowohl Schuldner als auch Gläubiger sein.

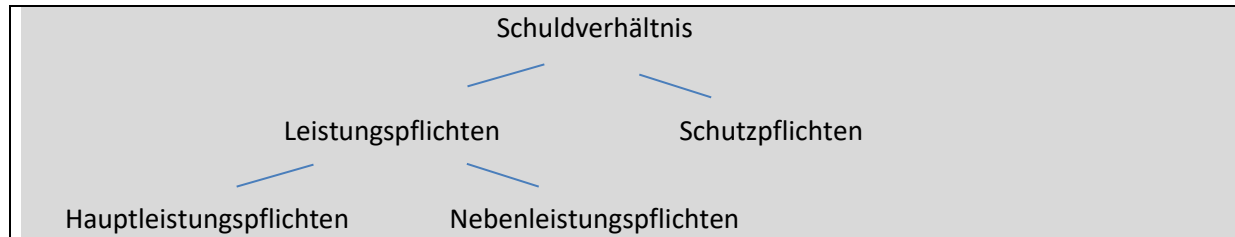
*Bsp.: Der Käufer ist im Hinblick auf den Kaufpreis Schuldner, im Hinblick auf die Pflicht zur Übergabe und Übereignung der Kaufsache Gläubiger. Betreffend die Pflicht zur Übergabe und Übereignung der Kaufsache (§ 433 I) verhält es sich genau umgekehrt.*

In vielen Fällen stehen sich aufgrund entsprechenden Vertragsschlusses eine Sachleistungs- und eine Geldleistungspflicht gegenüber (anders etwa beim Tausch oder beim Gelddarlehen). Hier kann man dann dergestalt präzisieren, dass man z. B. vom Sachleistungsschuldner und Sachleistungsgläubiger spricht.

*Bsp.: Beim Mietvertrag ist der Mieter Sachleistungsgläubiger und zugleich Entgeltschuldner, der Vermieter Sachleistungsschuldner und Entgeltgläubiger.*

**IV. Pflichten aus dem Schuldverhältnis**

(Looschelders, SchR AT § 1 Rn. 10 ff.)



## 1. Leistungspflichten v. Schutzpflichten:

Leistungspflichten (§ 241 I BGB): Ziel ist Veränderung der Vermögenslage des Gläubigers, Sicherung seines Erfüllungsinteresses.

*Bsp.: Zahlung des Kaufpreises oder Erstellung eines Werks.*

Schutzpflichten (§ 241 II BGB): Ziel ist Schutz des Gläubigers vor einer Verschlechterung seiner Vermögenslage  
Synonym: **nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten**.

*Bsp.: Pflicht, einen Kunden davor zu schützen, dass er im Laden auf einem herumliegenden Salatblatt ausrutscht.*

## 2. Haupt- v. Nebenleistungspflichten

### a. Die Hauptpflichten

- bestimmen Schuldvertragstyp (z. B. Kauf),
- bedürfen regelmäßig der ausdrücklichen Vereinbarung und
- gehören dann auch zu den *essentialia negotii*, sind also Teil des erforderlichen Geschäftswillens.<sup>2</sup>

Bei gegenseitigen Verträgen (→ unten) stehen sie im Gegenseitigkeitsverhältnis.

*Bsp.: § 433 (Kauf):*

- *Pflicht des Käufers, den Kaufpreis zu bezahlen.*
- *Pflicht des Verkäufers, dem Käufer den Besitz und das Eigentum am Kaufgegenstand zu verschaffen.*

### b. Die (leistungsbezogenen) Nebenpflichten

- dienen der Vorbereitung, Unterstützung, Sicherung, Durchführung oder vollständigen Erfüllung der Hauptleistungspflichten und
- haben ohne sie keine eigene Bedeutung.

---

<sup>2</sup> Wichtige Ausnahme in § 632 BGB: Vergütungsanspruch des Werkunternehmers bedarf keiner ausdrücklichen Vereinbarung, die Vergütung gehört dennoch zu den Hauptpflichten des Bestellers, die auch im Gegenseitigkeitsverhältnis steht.

(1) Gesetzlich angeordnete leistungsbezogene Nebenpflichten:

- § 433 II (*Pflicht des Käufers zur Abnahme der Kaufsache*)
- § 618 (*Pflicht des Arbeitgebers zu Schutzmaßnahmen*)
- § 666 (*Rechenschafts- und Auskunftspflicht des Beauftragten*)

(2) Weitere Nebenpflichten folgen aus § 242 BGB.

*Bsp.: Konkurrenzverbot zulasten des Verkäufers eines Unternehmens.*

(3) Außerdem können leistungsbezogene Nebenpflichten aus besonderer vertraglicher Vereinbarung resultieren.

*Bsp.: Pflicht des Verkäufers zur Verpackung und zum Versand der verkauften Ware.*

### **3. Die nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten (Schutzpflichten)**

Sie dienen den Erhaltungs-(Integritäts-)interessen des jeweils anderen. Gemäß der Vorschrift § 241 II hat sich jede Partei so zu verhalten, dass die Rechte, Rechtsgüter und (rechtlich geschützten) Interessen (einschließlich des Vermögens als solchem!) nicht verletzt werden.

*Bsp.:*

- *Pflicht des Käufers, den zur Abholung mitgeführten bissigen Hund so an der Leine zu führen, dass der Verkäufer nicht verletzt wird.*
- *Pflicht des Verkäufers, über die Unfalleigenschaft eines Kfz aufzuklären.*

### **4. Praktische Bedeutung der Unterscheidung**

#### **c. Leistungs- v. Schutzpflichten**

**Eigenständig einklagbar** sind nur leistungsbezogene Pflichten, nicht Schutzpflichten. Werden diese verletzt, besteht die einzige Sanktion in der Verpflichtung zum Schadensersatz.

Allerdings werden auch die leistungsbezogenen Nebenpflichten häufig durch einen Schadensersatzanspruch sanktioniert.

*Bsp.: Beschädigung der vom Verkäufer schlecht verpackten Ware.*

#### **d. Haupt- und Nebenleistungspflichten**

Von geringerer Bedeutung ist die Unterscheidung zwischen den Haupt- und den Nebenleistungspflichten:

Die **Einrede des nicht erfüllten Vertrages aus § 320 BGB** besteht nur bezüglich Leistungspflichten, die im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen (siehe sogleich unten). Das sind alle Hauptleistungspflichten.

Maßgeblich für die Abgrenzung zwischen Haupt- und Nebenleistungspflichten ist der von den Parteien geäußerte Wille (Auslegung).

*Bsp.: Kaufvertrag mit Entrümpelungsunternehmen.*

Ggf. kann Gläubiger sich aber auch bei Nichterfüllung einer leistungsbezogenen Nebenpflicht auf § 273 berufen.

## **5. Leistungs- und Erfolgsort (§§ 269 f. BGB)**

Leistungsort und Leistungszeit (→ unten 6) sind wichtige Modalitäten der Erfüllung. Nur wer am rechten Ort und zur rechten Zeit leistet, kommt nicht in Verzug (→ C III 4).

### **e. Definitionen**

Leistungsort = Ort, an dem Schuldner die letzte geschuldete Erfüllungshandlung vornehmen muss.

(Manchmal bezeichnet das Gesetz den Leistungsort auch als Erfüllungsort, z. B. in § 447 BGB, § 644 II BGB.)

Erfolgsort = Ort, an dem der Leistungserfolg eintritt.

Holschuld = Leistungs- und Erfolgsort sind Wohnsitz des Schuldners (gesetzlicher Regelfall).

Bringschuld = Leistungs- und Erfolgsort sind Wohnsitz des Gläubigers.

Schickschuld = Leistungsort ist Wohnsitz des Schuldners, Erfolgsort ist Wohnsitz des Gläubigers.

### **f. Bestimmung des Leistungsortes (Wortlaut § 269 I BGB!)**

(1) Vertragliche Bestimmung oder

*Bsp. aus OLG Karlsruhe, Urt. v. 18.10.1984 - 4 U 85/83, NJW-RR 1986, 351: „In den „Studienbedingungen“ [des gebuchten Kurses] heißt es dazu, daß „der Unterricht ... verbindlich an dem im Einschreibungsantrag gewählten Ort durchgeführt (wird)“.*

(2) Umstände, insbesondere Natur des Schuldverhältnisses oder

*Bsp.: Kauf von Heizöl: Geschuldet ist Lieferung („Bringschuld“) und Einfüllung in Tank, der sich auf dem Grundstück des Gläubigers befindet. (Letztere Pflicht ist eine leistungsbezogene Nebenpflicht.)*

(3) Wohnsitz des Schuldners

Für Gewerbetreibende gilt: Ort ihrer Niederlassung tritt an Stelle ihres Wohnsitzes, 269 II BGB.

Vorrangig sind besondere gesetzliche Vorgaben wie z. B. § 36 I 1 VVG (Wohnort des Versicherungsnehmers ist Leistungsort für Zahlung seiner Versicherungsprämie).

### **g. Rechtsfolgen**

Die Vornahme der geschuldeten Leistungshandlung am richtigen Leistungsort verhindert Schuldnerverzug (→ unten C III 4 a) gemäß § 286 BGB.

Gattungsschulden: Verwandlung in Stückschuld (→ Konkretisierung, unten C II 4).

**h. „Qualifizierte Schickschulden“**

(1) Geldschuld (§ 270 BGB): Der Schuldner muss nach § 270 Abs. 1 das Geld dem Gläubiger „übermitteln“. Übermitteln meint den tatsächlichen Empfang des Geldes. Da aber die allgemeinen Regeln über den Leistungsort gem. § 270 Abs. 4 BGB unberührt bleiben, ist Leistungsort, wie bei der Schickschuld, der Wohnsitz des Schuldners.<sup>3</sup> Damit genügt es, dass der Schuldner das seinerseits Erforderliche getan hat, also bei hinreichender Kontendeckung den Überweisungsauftrag erteilt hat.

(2) Rücksendung nach Ausübung Verbraucherschützender Widerrufsrechte (§ 355 III BGB): Leistungsort bleibt Wohnsitz des Schuldners. Der Unternehmer trägt daher Gefahr des zufälligen Untergangs oder zufälliger Verschlechterung.<sup>4</sup>

**6. Leistungszeit (§ 271 BGB)**

**a. Definitionen**

Fälligkeit = Zeitpunkt, von dem an der Gläubiger **berechtigt** ist, die Leistung zu **fordern** (§ 271 I Hs. 2 Alt. 1 BGB).

Erfüllbarkeit = Zeitpunkt, von dem an der Schuldner die Leistung **bewirken** kann (§ 271 I Hs. 2 Alt. 2 BGB).

**b. Bestimmung der Leistungszeit (Fälligkeit und Erfüllbarkeit)**

(1) Vertragliche Vereinbarung (Beachte: Grenzen in § 271a BGB) oder

(2) Umstände oder

(3) sofortige Fälligkeit und Erfüllbarkeit („im Zweifel“)

(4) Ausnahme: Leistungszeit ergibt sich aus spezialgesetzlichen Regelungen, z. B.

- Verbrauchsgüterkauf (§ 475 I BGB) → unten F IX
- Verbraucherverträge über digitale Produkte (§ 327b II BGB) → GK BGB IIc
- Darlehensvertrag (§ 488 III S. 2) → GK BGB IIc

**c. Fixgeschäfte**

(1) Relatives Fixgeschäft: Pünktlichkeit ist für Gläubiger erkennbar so wichtig, dass man ihm das Recht zugesteht, sich vom Vertrag zu lösen, wenn die Leistung unpünktlich erbracht wird (→ unten C IV, § 323 II Nr. 2 BGB).

*Bsp.: Just-in-time-Produktion eines Herstellers, der auf pünktliche Anlieferung von Komponenten angewiesen ist.*

(2) **Absolutes Fixgeschäft** Pünktlichkeit der Leistung ist objektiv so wichtig, dass spätere Leistungshandlung keine Erfüllung mehr bedeutet, weil der vom Gläubiger angestrebte Zweck jetzt nicht mehr erreicht werden kann. (→ unten C I Unmöglichkeit).

---

<sup>3</sup> Looschelders, Schuldrecht AT, 22. Aufl. 2024, § 12 Rn. 19.

<sup>4</sup> MüKoBGB/Fritsche, 9. Aufl. 2022, BGB § 355 Rn. 66.

*Bsp.: Hochzeitstorte; Taxi zum Flughafen.*

## V. Gefahrtragungsregeln

### 1. Überblick: Bedeutung der Gefahrtragungsregeln

Gefahr = Last (ungünstige Rechtslage), einen durch zufälligen Untergang (zufällige Verschlechterung) einer Sache eingetretenen Nachteil endgültig tragen zu müssen.

Gefahrtragungsregeln =bürden der einen oder anderen Partei das **Zufallsrisiko** (Risiko des zufälligen Untergangs der Sachleistung) auf.

### 2. Drei Arten von Gefahr

#### a. Sachgefahr

Frage: Wer trägt das Risiko des zufälligen Untergangs einer Sache?

Antwort: Grundsätzlich der Eigentümer („*casum sentit dominus*“).

#### b. Leistungsgefahr

Relevant nur bei Schuldverhältnissen (in Zeit bis vollständiger Erfüllung der Sachleistungspflicht):

Frage: Muss Sachleistungsschuldner trotz Untergangs der Sache nochmals leisten?

A (bei Stückschulden): Nein (vgl. § 275 I BGB)<sup>5</sup> → unten C II 2 c

#### c. Gegenleistungsgefahr (Vergütungs-, Preisgefahr)

Relevant nur in zweiseitigen Schuldverhältnissen (in der Zeit zwischen Vertragsschluss und vollständiger Erfüllung):

Frage: Muss Sachleistungsgläubiger trotz Ausbleibens der Sachleistung die Gegenleistung erbringen muss („den Preis zahlen muss“).

Antwort: In der Regel nein (§ 326 I 1 BGB). Ausnahmen finden sich etwa in § 326 II BGB und bei Kaufverträgen: §§ 446, 447 BGB (→ unten C IV 1 bzw. F VII).

#### d. Zusammenfassende Tabelle: Verteilung der Gefahr in zweiseitigen Schuldverhältnissen (Normalfall)

	Leistungsgefahr...	Gegenleistungsgefahr...
--	--------------------	-------------------------

<sup>5</sup> Weitere Regelungen in §§ 270 I, 300 II BGB.

...trägt Sachleistungsschuldner (z. B. Verkäufer):	d. h. er muss noch- mals leisten	<b><i>d.h. er erhält keine Gegenleistung (§ 326 I 1 BGB)</i></b>
... trägt Sachleistungsgläubiger (z. B. Käufer):	<b><i>d.h. er bekommt nichts (§ 275 I BGB)</i></b>	d. h. er muss zahlen, obwohl er die Sachleistung nicht erhält.

## **B. Erfüllung und weitere Gründe für das Erlöschen des Schuldverhältnisses**

### **I. Erfüllung (§ 362 BGB)**

(Looschelders, SchR AT § 17 Rn. 1 ff.)

#### **1. Einführung**

Rechtsfolge der Erfüllung: Erlöschen des Schuldverhältnisses

Schuldverhältnis im Sinne der Vorschrift = nicht ganzes Schuldverhältnis (z.B. Schenkung, Kaufvertrag – Schuldverhältnis im weiteren Sinne), sondern lediglich einzelner Anspruch (Schuldverhältnis i.e.S.), der bewirkt wird.

*Bsp. 1: Mit der Zahlung des Kaufpreises aus dem Kaufvertrag erlischt der Anspruch aus § 433 II, der zugrundeliegende Kaufvertrag bleibt wirksam. Solange nicht erfüllt wurde, bleibt auch der Anspruch des Käufers auf Übergabe und Übereignung der Kaufsache aus § 433 I bestehen.*

*Bsp. 2: Mit Zahlung der Miete erlischt der Anspruch auf den vereinbarten Mietzins, § 535 II, nicht der Mietvertrag.*

#### **2. Rechtsnatur**

Vertragstheorie: Früher wurde teilweise ein Erfüllungsvertrag gefordert. Für diese Ansicht spricht der Minderjährigenschutz, da bei Zugrundelegung dieser Annahme die §§ 104 ff. BGB und damit § 107 BGB Anwendung finden. Sowohl Annahme als auch Leistung einer Sache zur Erfüllung sind für einen Minderjährigen rechtlich nachteilig, da damit die Forderung entfällt. Allerdings steht dem der Wortlaut entgegen („bewirkt“), der kaum Raum für die Annahme eines Vertrages lässt. Außerdem gehen weitere gesetzl. Regelungen von einer einseitigen Tilgungsbestimmung aus, vgl. §§ 366 I, 367 II BGB.

Heute herrschend ist die Theorie der realen Leistungsbewirkung: Erfüllung bedarf keiner Einigung und tritt als Folge der Leistung ein. Der Minderjährigenschutz wird über die Figur der Empfangszuständigkeit gewährleistet. Danach kann der beschränkt geschäftsfähige Minderjährige durch Übergabe und Übereignung zum Beispiel wirksam Eigentum an einem Kaufgegenstand erwerben (§ 107 BGB). Den etwaigen Anspruch auf die Leistung (§ 433 I BGB) verliert er dadurch jedoch nur unter der Voraussetzung der Zustimmung seiner gesetzlichen Vertreter oder bei Leistung an die gesetzlichen Vertreter. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, fehlt es an der wirksamen Erfüllung i.S.v. § 362 BGB.

#### **3. Prüfungsschema § 362 BGB**

„Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung [vom Schuldner oder einer dritten Person] an den Gläubiger bewirkt wird.“

**Erfüllung gemäß § 362 BGB**

1. Was: Geschuldete Leistung
2. An wen: an den Gläubiger
3. Bewirken: Herbeiführen des Leistungserfolgs

Rechtsfolge: Erlöschen des bewirkten Anspruchs (rechtsvernichtende Einwendung, vom Richter *ex officio* zu beachten)

Zu den Voraussetzungen im Einzelnen:

- Was: Geschuldete Leistung

Der Schuldner hat das Geschuldete zu leisten (z. B.: exakten Kaufpreis; vereinbartes Fahrzeug).

Ausn.: der Gläubiger kann auch eine andere als die geschuldete Leistung als Erfüllung annehmen, sog. Leistungsannahme an Erfüllung statt, § 364 I (→ unten II 1).

*Bsp.: Obsthändler nimmt Äpfel statt der vereinbarten Birnen an.*

- An wen: an den Gläubiger

Ausn.: (befreiende) Leistung an einen Nichtberechtigten, z. B. §§ 407 ff. (→ unten E II 6); 566c; 567b; 793 I 2; § 807; § 808 BGB

- Bewirken

Bewirken bedeutet Herbeiführen des Leistungserfolgs. Die bloße Vornahme der Leistungshandlung genügt nicht (→ oben IV 5).

*Bsp.: Das vom Verkäufer an den Käufer gesandte Buch geht auf dem Postweg verloren. Hier tritt keine Erfüllung ein. Allerdings entfällt der Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer regelmäßig gemäß § 275 I BGB wegen Unmöglichkeit. Jener trägt die Sachleistungsgefahr. Handelt es sich nicht um einen Verbrauchsgüterkauf (§ 474 IV!), behält der Verkäufer sogar den Anspruch auf die Gegenleistung, § 447 BGB. Der Käufer trägt also zudem die Gegenleistungsgefahr, er muss den Kaufpreis entrichten.*

Kommt es ohne eine Leistungshandlung zum Leistungserfolg, erlischt der Anspruch auf die Leistung nicht nach § 362, sondern nach § 275 wegen Unmöglichkeit (→ unten C II 1).

*Bsp. 1: Wenn der Arzt eintrifft, nachdem Patient den verschluckten Knopf gerade wieder ausgespuckt hat, erlischt der Anspruch des Patienten aus dem Behandlungsvertrag nicht nach § 362 BGB, er geht vielmehr unter gemäß § 275 I BGB, weil die vom Arzt geschuldete Leistungshandlung nicht mehr den damit bezweckten Erfolg zu erreichen vermag (Unmöglichkeit iFd Zweckerreichung).*

*Bsp. 2: Haus, das Maler anstreichen sollte, brennt ab (Unmöglichkeit iFd Zweckfortfalls).*

#### **4. Hinweis für Klausuren**

Im Gutachtenaufbau begegnet Ihnen die Erfüllung als rechtsvernichtende Einwendung (d. h. sie von Amts wegen zu beachten). In der Regel stellen Sie in einem ersten Schritt fest, dass ein wirksamer Anspruch besteht, z. B. aufgrund Abschlusses eines wirksamen Kaufvertrags. In einem zweiten Schritt



ist – soweit Anhaltspunkte im Sachverhalt das rechtfertigen – zu prüfen, ob der Anspruch durch Erfüllung nach § 362 I erloschen ist. Formulierungsbeispiel: „*Der Anspruch des G gegen S auf Zahlung des Kaufpreises ist jedoch möglicherweise nach § 362 I erloschen. Das ist der Fall, wenn S seine Leistungspflicht wirksam erfüllt hat. Das setzt grundsätzlich voraus, dass S (1) die geschuldete Leistung (2) an G (3) bewirkt hat.*“

## **II. Leistung an Erfüllungs Statt und erfüllungshalber**

### **1. Leistung an Erfüllungs Statt (§ 364 BGB)**

Leistung an Erfüllungs Statt ist eine alternative Form der Erfüllung:

Voraussetzung: Schuldner erbringt im Einvernehmen mit Gläubiger anstelle der an sich geschuldeten Leistung eine andere Leistung.

H. M.: Abschluss eines Erfüllungsvertrags erforderlich.

Rechtsfolge: Erlöschen des Anspruchs des Gläubigers gegen Schuldner.

*Bsp.: Verkäufer erklärt Käufer von 2 kg Äpfeln, dass er doch keine Äpfel mehr auf Lager habe, weshalb er stattdessen eine gleiche Menge Birnen übergeben und übereignen könne. K erklärt sich einverstanden.*

*Bsp.: Käufer des Neuwagens einigt sich mit Verkäufer dahingehend, dass er für einen Teil des Kaufpreises seinen bisherigen Pkw in Zahlung gibt.*

### **2. Leistung erfüllungshalber**

Unter einer Leistung „erfüllungshalber“ (im Gesetz nicht eigens geregelt) versteht man den Fall, dass Schuldner dem Gläubiger einen anderen als den ursprünglichen Gegenstand (z.B. einen Scheck oder die Forderung gegen einen Dritten) übergibt bzw. abtritt, diese aber – anders als bei der Leistung an Erfüllungs Statt – das Schuldverhältnis noch nicht zum Erlöschen bringt, sondern lediglich vorläufig „suspendiert“, bis der Gläubiger versucht hat, sich aus dem ersatzweise hingegebenen Gegenstand bzw. der Forderung zu befriedigen. Misslingt dies, besteht der ursprüngliche Anspruch weiterhin fort.

## **III. Aufrechnung (§§ 387 ff. BGB)**

(Looschelders, SchR AT § 18 Rn. 1 ff.)

### **1. Aufrechnung im Überblick**

Rechtsnatur: Gestaltungsrecht.

Voraussetzung: Einseitige Aufrechnungserklärung

Rechtsfolge: Aufhebung eines bestehenden Rechts (Verfügung).

### **2. Funktionen der Aufrechnung**

Tilgungsfunktion: Vereinfachte Abwicklung, macht Austausch von Leistungen zum Zwecke der Erfüllung (→ oben B I) entbehrlich.

Erfüllungsfunktion: Entbehrlichkeit der klageweisen Durchsetzung einer Forderung in der Höhe, in der eine Aufrechnungslage besteht. Zudem: Im Fall der Insolvenz des Schuldners ist Aufrechnung wirksames Mittel gegen Ausfall der eigenen Forderung.

### **3. Terminologie**

Die aufrechnende Partei erklärt die Aufrechnung gegenüber dem Aufrechnungsgegner. Dessen Forderung heißt Hauptforderung (Passivforderung), gegen die ersterer mit der eigenen Forderung, der Gegenforderung (Aktivforderung)<sup>6</sup> aufrechnet.

*Bsp.: V schuldet K aus Darlehen 10.000 €. Nachdem V dem K ein Auto zum Preis von 8.000 € verkauft hat, erklärt V die Aufrechnung in Höhe von 8.000 €. Die Schuld des V gemäß § 488 I 2 2. HS BGB ist teilweise erloschen. Es verbleibt eine Schuld in Höhe von 2.000 €.*

*Aufrechnende Partei     V*

*Aufrechnungsgegner     K*

*Hauptforderung             Anspruch des K gegen V auf Rückzahlung des Darlehens*

*Gegenforderung          Anspruch des V gegen K auf Kaufpreiszahlung*

### **4. Prüfungsschema**

#### **Voraussetzungen der Aufrechnung, §§ 387 ff. BGB**

1. Aufrechnungslage, §§ 387, 390 BGB:

- a. Gegenseitigkeit
- b. Gleichartigkeit
- c. Fälligkeit und Einredefreiheit der Gegenforderung

2. Kein Ausschluss der Aufrechnung, §§ 392 ff. BGB

3. Aufrechnungserklärung, § 388 BGB

**Rechtsfolge:** Erlöschen der Forderungen, soweit sie sich decken, § 389, Rückwirkung.

Zu den Voraussetzungen im Einzelnen:

#### **(1) Aufrechnungslage, § 387 BGB**

- Gegenseitigkeit der Forderungen  
Zwei Personen schulden einander Leistungen: Hauptforderung und Gegenforderung.

- Gleichartigkeit der Forderungen

Die Forderung muss dem Gegenstand nach gleichartig sein. Daher kommen in der Praxis fast nur Geldschulden für eine Aufrechnung in Betracht.

*Bsp. 1: Hauptforderung in Höhe von 1.000 EUR, Gegenforderung in Höhe von 500 EUR.*

*Bsp. 2: Schuldet K dem in Würzburg wohnhaften Engländer V 50 GBP für eine Taschenuhr, V dem K 100 EUR für die Miete eines Fahrrads, ist Aufrechnung wegen Ungleichartigkeit grundsätzlich nicht möglich. Allerdings steht K im Regelfall gemäß § 244 I BGB die Befugnis zu, statt 50 GBP den entsprechenden Euro-Betrag zu leisten (zum tagesaktuellen Wechselkurs, § 244 II BGB).*

---

<sup>6</sup> Achtung: Die Formulierung in § 393 BGB legt das leider nicht gerade nahe: Die Forderung, „gegen“ die aufgerechnet werden soll, ist die Hauptforderung (diejenige aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung).

Theoretisch kommt auch die Aufrechnung bei gleichartigen Gattungsschulden in Betracht.

*Gegenbsp.: A schuldet B 100 kg Äpfel, B dem A 100 kg Birnen: Mangels Gleichartigkeit ist die Aufrechnung nicht möglich.*

- Vollwirksamkeit und Einredefreiheit der Gegenforderung, § 390 BGB

Die Forderung, mit der aufgerechnet wird (Gegenforderung), muss fällig (→ oben A IV 6), § 387 BGB, und frei von Einreden (z. B. §§ 273, 320 BGB) sein, § 390 BGB.

*Bsp.: Der Werkunternehmer W möchte mit seinem Werklohn iHv 5.000 EUR aufrechnen gegen die Forderung des Bestellers B, dem W aus einem Darlehen noch 10.000 EUR schuldet. Hat W seine Werkleistung noch nicht erbracht, steht B gegen den Werklohnanspruch des W die Einrede des § 320 BGB zu, sodass die Werklohnforderung zur Aufrechnung nicht in Betracht kommt.*

Eine wichtige Sonderregel enthält allerdings § 215 BGB (kommentieren!): Auch wenn zwischenzeitlich Verjährung eingetreten ist, kann dennoch mit der Forderung aufgerechnet werden, wenn die Forderung zum Zeitpunkt des Bestehens der Aufrechnungslage nicht verjährt war. MaW: Auch wer es versäumt, rechtzeitig vor Eintritt der Verjährung einen Anspruch einzuklagen oder anderweitig die Verjährung zu hemmen, kann seinen Anspruch dennoch im Wege der Aufrechnung durchsetzen, selbst wenn sich der Schuldner auf die Einrede der Verjährung beruft. Voraussetzung ist, dass Aufrechnungslage früher bestand und zu diesem Zeitpunkt noch keine Verjährung eingetreten war.

### **Fall 0: Keilerei in der Mietwohnung**

*Bei einem Streit zwischen Vermieter V und Mieter M kommt es zu einer Handgreiflichkeit, bei der M den V gegen die Glastür der dem V gehörenden, von M gemieteten Wohnung stößt. Diese geht zu Bruch, V verletzt sich am Arm. Sofort kündigt V das Mietverhältnis und M zieht bereits am darauffolgenden Tag aus. Sieben Monate später rechnet V gegen die Forderung des M auf Rückzahlung der Mietkaution mit seinem Anspruch auf Schmerzensgeld und Ersatz von Arztkosten sowie mit seinem Anspruch auf Schadensersatz wegen der beschädigten Glastür (§ 548 BGB!) auf.*

- Erfüllbarkeit der Hauptforderung

Die (Passiv-)Forderung, gegen die aufgerechnet wird, muss nicht klagbar und fällig, aber erfüllbar<sup>7</sup> iSd § 271 I sein.

*Bsp.: Auch die Aufrechnung gegen eine gestundete Forderung ist möglich.*

## **(2) Kein Ausschluss der Aufrechnung**

Die Aufrechnung kann ausgeschlossen sein...

---

<sup>7</sup> Erfüllbarkeit (→ oben A IV 6) liegt ab dem Zeitpunkt vor, ab dem der Schuldner leisten darf und der Gläubiger die Leistung annehmen muss, will er nicht in Annahmeverzug (→ §§ 293 ff. BGB, siehe unten) geraten. Solange noch keine Fälligkeit eingetreten ist, darf der Schuldner die erfüllbare Leistung erbringen, muss es aber noch nicht.

- aufgrund vertraglicher Vereinbarung (in den Grenzen des § 309 Nr. 3 → AGB-Kontrolle, GK BGB I) oder
- durch gesetzliches Verbot, §§ 392 ff., insbes. § 393 BGB (unerlaubte Handlung). Der Gesetzgeber will nämlich „Selbstjustiz“ z. B. gegenüber einem insolventen Schuldner verhindern.

*Bsp.: Der Schuldner S des G ist verarmt und kann diesem den Darlehensbetrag iHv 50.000 EUR nicht zurückzahlen. G demoliert mit einem großen Hammer das Auto des S. Das Auto, das ursprünglich einen Wert iHv 10.000 EUR hatte, ist vollkommen wertlos. Als S Schadensersatz verlangt, erklärt G die „Aufrechnung“.*

*Die Forderung des S gegen G aus § 823 I BGB ist nicht erloschen: Zwar besteht eine Aufrechnungslage, weil sich zwei gleichartige Geldforderungen gegenüberstehen, die Forderung des G auch einredefrei und fällig ist und G auch die Aufrechnung erklärt hat. Allerdings greift der Ausschlussgrund des § 393 BGB. Gegen eine Forderung aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung kann G nicht aufrechnen.*

### (3) Aufrechnungserklärung, § 388 S. 1 BGB

Die Aufrechnung bedarf der Erklärung gegenüber dem anderen Teil, § 388 S. 1 BGB. Die Aufrechnungserklärung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, auf die die §§ 104 ff. BGB Anwendung finden. Die Erklärung der Aufrechnung ist unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird, § 388 S. 2 BGB.

Es bedarf keines Vertrages, die einseitige Erklärung des Aufrechnenden genügt („Gestaltungsrecht“, vgl. Anfechtung, Rücktritt).

### (4) Rechtsfolge, § 389 BGB

Rückwirkendes („in dem Zeitpunkt“) Erlöschen der Forderungen in der Höhe, in der sie sich gegenüberstanden. Ex-tunc-Wirkung: Verzug entfällt rückwirkend.

#### *Fall 1: Selbstjustiz (Konversatoriumsfall)*

*Auch Wochen nach Übergabe und Übereignung der mangelfreien Kaufsache weigert K sich hartnäckig, seiner Pflicht aus § 433 II BGB nachzukommen. Daraufhin entschließt sich der körperlich überlegene V „das Recht selbst in die Hand zu nehmen“. Er verprügelt K, dem infolgedessen Behandlungskosten i.H.v. 500 Euro entstehen. Als K von V aus diesem Grund Schadensersatz aus § 823 I BGB verlangt, erklärt V mit einem breiten Grinsen die Aufrechnung mit seiner Kaufpreisforderung i.H.v. 500 Euro gegen K. Hat K gegen V einen Anspruch aus § 823 I BGB?*

## **5. Hinweis für Klausuren**

Hinsichtlich des Aufbaus gilt das oben zu I (Erfüllung) Gesagte entsprechend. Formulierungsbeispiel: „Zu prüfen ist weiterhin, ob der Anspruch des G gegen S nach § 389 BGB erloschen ist. Das ist der Fall, wenn V mit seiner [Forderung] gegen K [in Höhe von Euro] wirksam aufgerechnet hat. Es ist daher zu prüfen, ob (1) eine Aufrechnungslage bestand, ob (2) die Aufrechnung nicht ausnahmsweise ausgeschlossen ist und ob (3) S die Aufrechnung erklärt hat.“

#### **IV. Hinterlegung (§§ 372 ff. BGB)**

(Looschelders, SchR AT § 19 Rn. 1 ff.)

Will der Schuldner erfüllen, insbesondere um die Gegenleistung zu verdienen, ist er an der Vornahme der Erfüllungshandlung aber aus Gründen gehindert, auf die er keinen Einfluss hat (z. B. → Annahmeverzug des Gläubigers, §§ 293 ff.), so eröffnet ihm die Hinterlegung bei der dazu bestimmten öffentlichen Stelle (in Bayern: das Amtsgericht) die Möglichkeit, sich von seiner Verbindlichkeit zu befreien (§ 378) oder die Gefahr (→ Gegenleistungsgefahr) auf den Gläubiger übergehen zu lassen (§ 379 II).

Die Voraussetzungen (1. Hinterlegungsfähigkeit des Leistungsgegenstands: Geld, Wertpapiere, Kostbarkeiten sowie 2. Hinterlegungsgründe, v. a. Annahmeverzug des Gläubigers → unten §§ 293 ff. BGB), Varianten (mit oder ohne Rücknahmerecht, § 376) und Wirkungen (iFd § 378 BGB: Befreiung des Schuldners von der Leistungspflicht) sind in den §§ 372 ff. geregelt.

#### **V. Erlassvertrag (§ 397 I BGB)**

(Looschelders, SchR AT § 19 Rn. 7 ff.)

##### **1. Allgemeines**

Der Erlass ist die Möglichkeit, durch Vertrag eine einzelne Forderung oder einen einzelnen schuldrechtlichen Anspruch (= Schuldverhältnis im engeren Sinne) erlöschen zu lassen (Verfügungsvertrag), § 397 I BGB. Der Erlass lässt also das zugrundeliegende Schuldverhältnis (z. B. den Kaufvertrag) in seiner Wirksamkeit unberührt (→ oben I Erlöschen der Forderungen nach § 362).

Unterschiede Das Schuldverhältnis als solches (Schuldverhältnis im weiteren Sinne, z. B. der Kaufvertrag) erlischt durch Abschluss eines **Aufhebungsvertrags**.

##### **2. Voraussetzung**

###### **Voraussetzungen des Erlasses, § 397 BGB:**

- (1) Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner
- (2) gerichtet auf Erlass ...
- (3) ... einer bestehenden Forderung.

**Rechtsfolge:** Erlöschen des entsprechenden Anspruchs *ex nunc*.

Im Einzelnen:

(1) Die Annahme des Angebots auf Erlass erfolgt häufig konkludent. Sie muss nicht zugehen, § 151 BGB.

(2) Die Willenserklärung des Gläubigers kann konkludent erfolgen, muss aber ausreichend deutlich auf Erlass der Schuld gerichtet sein.

*Bsp. 1: Beahlt ein Vermieter die Mietkaution zurück, obwohl er Mängel erkannt hat, erklärt er das Angebot auf Erlass der Schuld des Mieters.*

*Bsp. 2: Erklärt ein vollkaskoversicherter Eigentümer eines Kfz gegenüber dem Unfallverursacher, dieser brauche sich um nichts mehr zu kümmern, liegt darin kein Angebot auf Erlass der Forderung auf Schadensersatz.*

(3) Die zu erlassende Forderung muss bestehen und muss bestimmbar sein. Es schadet nicht, wenn sie bedingt oder befristet ist (§§ 158 ff. BGB).

Möglichkeit ist auch die Vereinbarung des Erlasses einer künftigen Forderung. Diese kommt dann gar nicht erst zum Entstehen.

### **3. Sog. Erlassfalle**

Übersendet der Schuldner dem Gläubiger einen Scheck über einen Teilbetrag zusammen mit einem Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrags über die restliche Forderung, so liegt im Einlösen des Schecks unter Umständen die Annahmeerklärung betreffend den Erlassvertrag (§ 151: Annahmeerklärung ist nicht empfangsbedürftig). Das gilt jedoch nicht, wenn ein krasses Missverhältnis zwischen der unstreitigen Forderung einerseits und dem angebotenen Teilbetrag andererseits besteht (Auslegung des Verhaltens aus Sicht eines objektiven Empfängers, §§ 133, 157 BGB).

**Praxistipp:** Vor Einlösung des Schecks Ablehnung des Erlassangebots und stattdessen Verrechnung mit bestehender Forderung erklären (so der vom OLG Koblenz, Urt. v. 21. 11. 2002 - 5 U 1035/02, NJW 2003, 758, entschiedene Sachverhalt).

## **VI. Negatives Schuldanerkennnis, § 397 II BGB**

Wenn die Parteien (oder eine Partei) gar nicht damit rechnet, dass eine Schuld besteht (andernfalls: Erlassvertrag), können sie aus Gründen der Klarstellung dennoch einen negativen Anerkennungsvertrag schließen, z. B. im Rahmen von Abrechnungen. Die Rechtsfolge ist dieselbe wie beim Erlassvertrag.

## **C. Recht der Leistungsstörungen**

### **I. Einführung**

#### **1. Drei Fragen im Zusammenhang mit Leistungsstörungen, insb. Unmöglichkeit**

*Fall 2: Gestohlener Polo*

*Student V verkauft seinen sieben Jahre alten Polo für 3.000 EUR an seinen Kommilitonen K, der den Wagen am folgenden Tag bei V abholen und anschließend seinem Bruder B für 3.500 EUR weiterveräußern will. Dazu kommt es jedoch nicht. Ein unbekannter Dieb stiehlt den Wagen noch am Abend vor der Wohnung des V. Rechtslage?*

a. Besteht noch der **Anspruch auf die Primärleistung** (ursprünglicher Leistungsanspruch)?

*Ist Verkäufer noch zur Lieferung verpflichtet?*

→ dazu insbes. §§ 311a I und 275 I BGB

**b. Bestehen Sekundäransprüche?**

*Hat der Käufer K, der den Wagen gewinnbringend weiterverkaufen wollte, gegen den Verkäufer einen Anspruch auf Schadensersatz oder gar auf Abtretung einer etwaigen (hohen) Versicherungssumme?*

→ dazu insbes. §§ 280 ff. BGB (hier §§ 280 I, III, 283 sowie 284 und 285 BGB)

**c. Besteht noch ein Anspruch auf die Gegenleistung?**

*Muss der Käufer den gestohlenen Polo bezahlen?*

→ dazu insbes. §§ 323 ff. BGB (hier § 326 I BGB)

Beachte: Diese Frage stellt sich nur bei gegenseitigen (synallagmatischen) Verträgen, → oben).

**2. Sekundäransprüche, insbesondere die Arten von Schadensersatz im Überblick**

(Looschelders, SchR AT § 24 Rn. 17)

*Fall 3: Hochzeitsphotograph*

*B hat den Photographen P beauftragt, an ihrer Hochzeit Photos von ihr und ihrem Bräutigam sowie von den Gästen zu machen.*

*Da P nicht wie vereinbart zum Beginn des Traugottesdienstes erscheint und auch über sein Handy nicht erreichbar ist, bittet B einen Gast, per Taxi zum Atelier des P zu fahren, wo P auch gefunden wird.*

*P stößt mit Beginn des Sektempfangs zur Hochzeitsgesellschaft und beginnt mit dem Photographieren. Als er dabei, ohne nach hinten zu schauen, einige Schritte zurücktritt, stößt er mit einem Gast zusammen, der gerade ein Glas Kirschensaft in der Hand hält. Der Inhalt ergießt sich auf das weiße Hochzeitskleid der B.*

*Als P etwas später die Hochzeitsgäste zu einem Gruppenfoto zusammenruft, fordert er den Gast G, für alle Anwesenden deutlich hörbar, mit den Worten: „Die dicke Nudel da ganz nach hinten! Und zwar schnell!“ auf, sich in die hinterste Reihe zu stellen. B ist empört und fordert P auf, die Hochzeitsgesellschaft umgehend zu verlassen.*

*B möchte am folgenden Wochenende wenigstens einige Hochzeitsbilder von sich und ihrem Ehemann aufnehmen lassen. Sie vereinbart einen Termin beim Fotografen F und lässt sich zu diesem Zweck bei ihrem Friseur noch einmal die originale Hochzeitsfrisur stecken.*

*Ansprüche des B?*

**a. Schadensersatz neben der Leistung**

(1) einfacher Schadensersatz (§ 280 I BGB)

*Bsp.: - Maler stößt beim Streichen eine Vase um.*



- *Vergiftetes Pferdefutter (Kaufsache) lässt Tiere verenden (sog. Mangelfolgeschäden).*
- *Reinigungskosten für das Kleid*
- *Verpflichtung zur Zahlung von Schmerzensgeld nach Beleidigung des Vertragspartners*

(2) Verzögerungsschaden (§§ 280 I, II, 286 BGB)

- Bsp.:*
- *Verzögerte Auslieferung des verkauften Kfz verursacht beim Kunden Kosten für die Miete eines Ersatzfahrzeugs.*
  - *Taxikosten für Suche nach P*

b. Schadensersatz statt der Leistung (§ 280 I, III BGB)

- Bsp.:*
- *Käufer K des gestohlenen Polos verlangt Ersatz des entgangenen Gewinns aus verpatztem Weiterverkauf an seinen Bruder B.*
  - *Käufer K des gestohlenen Polos erstet einen vergleichbaren Polo bei einem dritten Verkäufer, muss hierfür allerdings einen höheren Preis bezahlen (Deckungskauf: Ersatz der Mehrkosten).*
  - *Kosten für zweite Frisur sowie Aufpreis für Fotografen F.*

**3. Arten von Pflichtverletzungen im Überblick**

(Looschelders, SchR AT § 22 Rn. 1 ff.)

a. Nichterfüllung einer Leistungspflicht (leistungsbezogene Haupt- oder Nebenpflicht)

(1) Nichtleistung wegen Unmöglichkeit (§§ 275, 311a I und §§ 280 I, III, 283 BGB)

*Siehe Beispielsfall 2 (gestohlener Polo)*

*Siehe auch den Beispielsfall 3, in dem der Hochzeitsphotograph die kirchliche Trauung (endgültig) verpasst hat.*

(2) Nichtleistung nach Fristsetzung (§§ 280 I, III, 281 I 1 1. Alt. BGB)

*Bsp.: Der bestellte Neuwagen wird auch nach Aufforderung des K, bis spätestens Ende der folgenden Woche zu liefern, von V weder übergeben noch übereignet.*

*Siehe auch den Beispielsfall Hochzeitsphotograph, der zum vereinbarten und erkennbar wichtigen Termin (§ 281 II Alt. 2 BGB!) nicht erscheint.*

b. Schlechtleistung (§§ 280 I, III, 281 I 1 2. Alt. BGB)

*Bsp.: Das gekaufte Pferdefutter ist vergiftet.*

*Bsp.: Das verkaufte Auto hält die vom Verkäufer angegebenen Abgaswerte nicht ein.*

*Bsp.: Hochzeitsphotograph - Abwandlung: Die Photographien des P sind unscharf.*

c. Verspätete Leistungserbringung (Schuldnerverzug)

= schuldhafte Nichtleistung trotz Fälligkeit und Mahnung (§§ 280 I, II, 286 BGB)

*Bsp.: Der verkaufte Wagen wird auch nach erneuter Aufforderung durch K von V nicht geliefert.*



*Bsp.: Hochzeitsphotograph: P erscheint nicht wie vereinbart in der Kirche (Fall des § 286 II Nr. 1 BGB) und muss von einem Gast im Taxi gesucht werden.*

d. Schutzpflichtverletzung

= Verletzung einer nichtleistungsbezogenen Nebenpflicht), §§ 280 I, 241 II bzw. §§ 280 I, III, 282, 241 II BGB

*Bsp.: Lehrling beschädigt bei Malerarbeiten die Ming-Vase des Bestellers.*

*Bsp.: Hund des K beißt Verkäufer V beim Besuch des K im Laden des V.*

*Bsp.: Photograph P beschmutzt das Kleid der B und beleidigt Gast G der B.*

**Voraussetzungen des Anspruchs aus § 280 I BGB (Grundtatbestand)**

1. Schuldverhältnis (vertragliche und gesetzliche, z. B. § 311 II, III BGB, GoA)
2. Pflichtverletzung (Schlechtleistung oder Schutzpflichtverletzung)
3. (Vermutetes) Vertretenmüssen des Schuldners (§ 280 I 2 BGB)

**Rechtsfolge:** Ersatz des durch Pflichtverletzung verursachten Schadens. Daneben bleibt Erfüllungsanspruch bestehen.

**II. Unmöglichkeit: Das Schicksal des Primäranspruchs**

**1. Systematisierung der verschiedenen Fälle von Unmöglichkeit**

(Looschelders, SchR AT § 21 Rn. 8 ff.)

a. Anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit

*Bsp.: Verkauftes Pferd ist tot. Im ersten Fall tritt der Tod vor, im zweiten nach Vertragsschluss ein.*

b. Teilweise und vollständige Unmöglichkeit

*Bsp.: Ein Teil der geschuldeten Ware ist nach Lagerbrand noch vorhanden.*

c. Vorübergehende und endgültige Unmöglichkeit

*Bsp.: Zunächst nur krankheitsbedingte Abwesenheit des engagierten Schauspielers während der ersten Aufführungswoche, der seiner Krankheit schließlich erliegt.*

d. Objektive und subjektive Unmöglichkeit (Unvermögen)

(1) Arten der objektiven Unmöglichkeit: Leistungserbringung ist jedermann unmöglich (geworden).

(a) Naturgesetzliche Unmöglichkeit

*Bsp.: Das verkaufte Gemälde verbrennt.*

*Bsp.: Silberminen im Kosovo kommen wegen des Bürgerkriegs zum Erliegen.*

*(b) Rechtliche Unmöglichkeit*

*Bsp.: Verkauf einer dem Käufer bereits gehörenden Sache.*

*Bsp.: UN-Embargo verhindert Import von Waren aus dem Kosovo.*

*(a) Unmöglichkeit wegen Zeitablaufs („absolutes Fixgeschäft“)*

*Bsp.: Sängerin verpasst Flugzeug auf dem Weg zum Liederabend.*

*Bsp.: Paukenschlag in Generalpause.*

*Bsp.: Photograph verpasst kirchliche Trauung*

*(d) „Zweckstörung I“ = Gegenstand, an dem Leistung zu erbringen ist (Leistungssubstrat), geht unter.*

*Bsp.: Das zu streichende Haus ist abgebrannt.*

*Bsp.: Kuh verendet, bevor der gerufene Tierarzt eintrifft.*

*(e) „Zweckstörung II“ = Leistungshandlung kann erbracht werden, **Leistungserfolg** ist unmöglich geworden.*

*Bsp.: Patient gesundet vor Eintreffen des Arztes.*

*(2) Arten der subjektiven Unmöglichkeit: Leistungserbringung ist dem Schuldner unmöglich (geworden).*

*(a) Tatsächliches oder naturgesetzliches Unvermögen*

*Bsp.: Krankheit des verpflichteten Handwerkers.*

*(b) Rechtliches Unvermögen*

*Bsp.: Verkauf einer fremden, dem Eigentümer gestohlenen Sache (§ 935 I BGB → GK BGB III Sachenrecht), wenn der Eigentümer nicht bereit ist, die erforderliche Genehmigung i.S.d. § 185 I BGB zu erteilen.*

**e. Fälle der (bloßen) Leistungerschwerung**

Leistungserbringung ist nicht unmöglich, aber sehr aufwändig (geworden).

**(1) Faktische Unmöglichkeit (§ 275 II BGB „unverhältnismäßiger Aufwand“)**

*Bsp.: Ring auf dem Meeresboden.*

*Bsp.: Münzsammlung unter Hochhaus.*

*Bsp.: Verkauf einer einem Dritten abhandengekommenen Sache, wenn dieser zwar bereit ist, zur Veräußerung zu ermächtigen, der dafür verlangte Preis im Verhältnis zur vertraglichen Gegenleistung die Obergrenze aber übersteigt. Die Ausnahmeregel § 275 II BGB ist eng auszulegen.*

**(2) Zur Abgrenzung: Wirtschaftliche Unmöglichkeit: Sie ist in § 313 BGB („Störung der Geschäftsgrundlage“ geregelt (→ sogleich unten 5 sowie Fall 5 Ölkrise).**

*Bsp.: Langfristiger Liefervertrag und unvorhergesehener Anstieg d. Beschaffungskosten von Öl.*

*Im erstgenannten Fall (1) stehen Aufwand für den Schuldner und Interesse des Gläubigers in keinem Verhältnis (mehr), im zweiten Fall (2) stehen Aufwand und Gegenleistung nicht (mehr) in einem vernünftigen Verhältnis (→ unten 5).*

(3) Unzumutbarkeit der persönlichen Leistungserbringung (§ 275 III BGB)

*Bsp.: Arbeitnehmer wird zum (verkürzten) zweimonatigen türkischen Wehrdienst einberufen.<sup>8</sup>*

*Bsp.: Sängerin möchte am Bett ihres schwerkranken Kindes bleiben.*

*Bsp.: In der Stadt des Auftritts droht Todesgefahr durch Seuche.<sup>9</sup>*

## **2. Rechtsfolgen der verschiedenen Arten der Unmöglichkeit od. Leistungserschwerung**

### **a. § 275 I BGB: Echte Unmöglichkeit: Einwendung**

Die Vorschrift erfasst sämtliche Arten der Unmöglichkeit: objektive und subjektive, anfängliche und nachträgliche, rechtliche und tatsächliche (→ Beispiele oben 1).

Rechtsfolge: § 275 I BGB. Die Primärleistungspflicht entfällt *ipso iure* (Einwendung). Der Richter beachtet die Einwendung von sich aus (*ex officio*), der Schuldner muss sich nicht darauf berufen (so aber bei der Einrede, z. B. Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners nach Eintritt der Verjährung oder im Fall des § 275 II BGB (→ sogleich unten b)).

Bei teilweiser Unmöglichkeit besteht Pflicht zur Erbringung der möglichen Teilleistung (Wortlaut § 275 I BGB: „soweit“).

### **b. § 275 II BGB: „Faktische Unmöglichkeit“: Einredekonstruktion!**

Faktische Unmöglichkeit = „Erbringung der Leistung ist zwar nicht schlechthin für jedermann unmöglich, aber doch so erheblich erschwert, dass kein vernünftiger Mensch ohne besonderen Anlass auch nur auf die Idee käme, den Versuch einer Leistungserbringung zu wagen.“ (Emmerich)

*Fall 4: „Eichenlaub“ (RGZ 57, 116 - Konversatoriumsfall)*

*Die Mühle, die allein das verkaufte Baumwollsaatenmehl der Marke „Eichenlaub“ herstellte, war mit allen Vorräten abgebrannt. Der Schuldner hätte nun versuchen können, sich Teilmengen zu besorgen, die vor dem Brand an andere Stellen ausgeliefert worden waren, allerdings zu wesentlich höheren Kosten. Zu diesem Ausweichen auf andere Märkte sah das RG den Schuldner nicht verpflichtet.*

Bedeutung von § 275 II BGB: Abgrenzung zu den Fällen, in denen doch geleistet werden muss.

Vorgehensweise für erforderliche Abwägung, ob der Schuldner noch leisten muss: Es sind in eine Abwägung mindestens zwei, ggf. drei weitere Elemente einzustellen:

Entscheidende Bezugsgrößen sind:

(1) Aufwand für Schuldner

---

<sup>8</sup> BAG, NJW 1983, 2782 (Drohen von Wehrstrafen bis hin zur Todesstrafe, Entzug des Passes).

<sup>9</sup> Vgl. den vom Tribunal civil de la Seine, mit Urteil vom 17. April 1869, DP 1869.5.221, entschiedenen Sachverhalt.

(2) Leistungsinteresse des Gläubigers (die beiden Größen sind in Verhältnis zu setzen)

Hierbei sind auch ideelle Interessen des Gläubigers zu berücksichtigen (optischer Eindruck eines Bauwerks, Theateraufführung).

Der Gläubiger kann sich am Aufwand des Schuldners beteiligen und damit seinen Anspruch auf die Leistung aufrechterhalten.

Daneben können eine Rolle spielen:

(3) „Inhalt des Schuldverhältnisses“: Zu berücksichtigen ist die dem Schuldner versprochene Gegenleistung: Wenn die Schwierigkeiten der Leistungserbringung vorhersehbar sind, so wird das im Lohn regelmäßig berücksichtigt sein, z. B. Bergungsvertrag.

(4) Treu und Glauben

(5) Evtl. Vertretenmüssen des Schuldners

Beachte noch einmal den **Unterschied zwischen § 275 II BGB und § 313 BGB** (→ sogleich unten 5). Bei § 275 II ergibt sich die faktische Unmöglichkeit aus dem Verhältnis zwischen Leistungsaufwand und Leistungsinteresse (→ Interessen des **Gläubigers** stehen als zentrale Bezugsgröße im Vordergrund). Bei § 313 wird hingegen zwischen dem Leistungsaufwand des Schuldners und dem Wert der Gegenleistung des Gläubigers verglichen (→ Interessen des **Schuldners** stehen im Vordergrund der Betrachtung).

*Fall 5: Ölkrise*

*Das verkaufte Benzin wird für den Verkäufer in der Beschaffung wegen einer kurzfristigen erheblichen Steigerung des Rohölpreises unerwartet teurer.*

*Hier liegt allein ein Missverhältnis zwischen dem Leistungsaufwand für V und dem Wert der versprochenen **Gegenleistung** des K vor, also ein Fall des § 313 BGB. Denn: In diesem Fall ist zugleich mit dem **Leistungsaufwand** des Schuldners (V) auch das **Leistungsinteresse** des Gläubigers (K) gestiegen, weil der höhere Wert der verkauften Sache diesem in vollem Umfang zugutekommt (zum Beispiel im Fall des Weiterverkaufs und weil er sich das Benzin sonst evtl. teurer anderswo besorgen müsste). Damit bleibt das Verhältnis von (erhöhtem) Leistungsaufwand zu (gleichfalls erhöhtem) Leistungsinteresse gleich, so dass insofern kein Missverhältnis entsteht. § 275 II ist damit schon tatbestandlich nicht einschlägig.*

**Konkurrenzverhältnis von § 275 II und § 313 I BGB:** In den Fällen, in denen ein grobes Missverhältnis i.S.v. § 275 II vorliegt, wird regelmäßig auch der Tatbestand von § 313 erfüllt sein. Man wird daher annehmen müssen, dass erstere Vorschrift einen **Spezialfall** regelt, so dass die Anwendung von § 313 BGB in diesen Fällen gesperrt ist. Eine Anpassung des Entgelts nach oben kann der Schuldner in Fällen wie dem Ring auf dem Meeresboden damit regelmäßig nicht verlangen (**a. A.:** Schuldner hat ein **Wahlrecht**, Anpassung nach § 313 I BGB zu verlangen oder Einrede des § 275 II BGB geltend zu machen.). Möglich ist allenfalls, dass die Parteien einen entsprechend geänderten Vertrag neu abschließen.

**c. § 275 III: Unzumutbarkeit der persönlichen Leistungserbringung: Einredekonstruktion!**

*Siehe schon die Beispiele oben. Siehe außerdem:*

*Bsp.: Angestellter Arzt verweigert aus religiösen Gründen die Vornahme einer Abtreibung.*

*Bsp.: Arbeitnehmer wird auf dem Weg zur Arbeitsstelle von widrigen Wetterverhältnissen oder Smogalarm behindert.*

*Bsp.: Arbeitnehmer drohen am Arbeitsplatz Gesundheitsgefahren aufgrund Nichtbeachtung von § 618 (Pflicht des Arbeitgebers zu Schutzmaßnahmen)*

Beachte: In der Abwägung spielt die versprochene Gegenleistung keine Rolle.

### **3. Insbesondere: Rechtsfolgen der anfänglichen Unmöglichkeit**

#### **a. Wirksamkeit des Vertrages bei anfänglicher Unmöglichkeit?**

§ 311a BGB: Auch bei anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung (siehe oben / 1) ist der Vertrag **wirksam**. Möglicherweise bestehen **vertragliche** Schadensersatzansprüche (dazu unten).

#### **Fall 6: Kartenlegerin**

*Die Parteien streiten um die Zahlung einer Vergütung für Lebensberatung in Verbindung mit Kartenlegen. Die Kl. ist als Selbstständige mit Gewerbeanmeldung tätig und bietet Lebensberatung („Life-Coaching“) insbesondere durch Kartenlegen an. In einer durch Beziehungsprobleme ausgelösten Lebenskrise stieß der Bekl. im September 2007 im Internet auf die Kl. In der Folgezeit legte die Kl. dem Bekl. am Telefon in vielen Fällen zu verschiedenen – privaten und beruflichen – Lebensfragen die Karten und erteilte Ratschläge. Hierfür zahlte der Bekl. im Jahr 2008 mehr als 35 000 Euro. Für im Januar 2009 erbrachte Leistungen verlangt die Kl. mit ihrer Klage Zahlung von 6.723,50 Euro.*

#### **b. Befreiung des Schuldners von der Pflicht, die Primärleistung zu erbringen**

... richtet sich nach § 275 BGB sowie ggf. nach § 313 BGB (siehe zu beiden Vorschriften sogleich).

#### **Anspruchsprüfung in der Klausur**

##### **1. Anspruch entstanden?**

a. Liegen die **Tatbestandsmerkmale** des Anspruchs vor?

b. Stehen **rechtshindernde Einwendungen** entgegen?

Bsp.: §§ 104 ff.; § 117 I; § 118; § 125; § 134; § 138; § 142 I; § 986 BGB

##### **2. Anspruch untergegangen? (rechtsvernichtende Einwendungen)**

Bsp.: §§ 362 (Erfüllung); § 387 (Aufrechnung); **§ 275 I**

##### **3. Anspruch durchsetzbar? (Einreden)**

Bsp.: §§ 214 I (Verjährung), §§ 275 II, III

#### **4. Insbesondere: Unmöglichkeit bei der Gattungsschuld**

Grundsätzlich gilt bei der sog. marktbezogenen Gattungsschuld: Den Schuldner trifft eine Beschaffungspflicht, d. h. er muss Ersatz liefern, selbst wenn der Vorrat, aus dem er zu leisten gedachte, untergegangen ist. Vgl. § 279 a. F.<sup>10</sup> („Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt.“) sowie – weniger deutlich – § 276 I BGB n. F. („Beschaffungspflicht“).

Unmöglichkeit tritt dagegen auch bei der Gattungsschuld in folgenden Fällen ein:

(1) Untergang der gesamten Gattung

Gattung ist auf dem Markt nicht mehr verfügbar (das ist praktisch selten der Fall!)

(2) Vereinbarung einer beschränkten Gattungsschuld

Parteien haben vereinbart, dass die geschuldete Leistung nur aus einem bestimmten Teil der Gattung zu erbringen ist (**beschränkte Gattungsschuld** bzw. **Vorratsschuld**) und dieser Teil der Gattung ist nicht mehr verfügbar. Eine solche Vorratsschuld ist häufig bei Käufen direkt vom **Erzeuger** (z. B. Landwirten) anzunehmen, nicht dagegen bei Händlern, die ihre Vorräte üblicherweise auf dem Markt auffüllen.

Im Einzelfall ist durch **Auslegung** des zugrundeliegenden Vertrags zu ermitteln, ob eine beschränkte Gattungsschuld oder eine **Beschaffungsschuld** vorliegt bzw. wie weit die Beschaffungspflicht des Schuldners reicht.

*Fall 7: Weinhändler*

*Hotelier K bestellt beim Weinhändler V 400 Flaschen Bernkasteler Dompfaff, Jahrgang 1990. Bevor V liefert, zerstört ein Brand seinen gesamten Vorrat. K meint, V könne sich den Wein bei*

---

<sup>10</sup> a. F. = alte Fassung der Vorschrift (hier: Fassung bis 31.12.2001, d. h. vor Inkrafttreten der großen Schuldrechtsreform). Die Abkürzung n. F. steht für „neue Fassung“, bezieht sich also auf das aktuelle Recht.

*anderen Händlern besorgen, V will nicht mehr liefern, da solcher Erwerb die Veräußerung an K zu einem Verlustgeschäft machen würde.*

*Abw.: K hatte den Wein bei V ausdrücklich für seine Hochzeit zum 1.4. bestellt. Infolge eines Versehens kam der Wein bei V erst zum Versand, als der Hochzeitstermin vorüber war. K will nicht mehr abnehmen.*

### (3) Untergang der Sache nach Konkretisierung

Die **Konkretisierung** wandelt die Gattungsschuld in eine **Stückschuld** um. Damit geht die Leistungsgefahr auf den Erwerber über, das heißt der Schuldner wird im Fall des Untergangs der ausgesonderten Stücke von seiner Leistungspflicht frei und muss keinen Ersatz mehr beschaffen.

Voraussetzungen der Konkretisierung? Der Schuldner muss gemäß § 243 II das „seinerseits Erforderliche“ getan haben. Was das ist, hängt von der Art der Schuld ab:

#### *(a) Holschuld*

Bei der **Holschuld** (dem Regelfall, vgl. § 269 BGB) ist der Schuldner lediglich verpflichtet, die Ware auszusondern, für den Gläubiger bereitzustellen und den Gläubiger zur Abholung aufzufordern.

#### *(b) Bringschuld*

Bei der **Bringschuld** ist der Schuldner verpflichtet, das Stück auszusondern, es zum Wohn- bzw. Geschäftssitz des Gläubigers zu bringen und es diesem anzubieten.

#### *(c) Schickschuld*

Bei der **Schickschuld** ist lediglich erforderlich, dass der Schuldner das Stück aussondert und ordentlich verpackt und adressiert an die Transportperson übergibt.

#### *Fall 8: Tonbandfall:*

*K hatte nach Katalog beim Radiohändler V ein Tonbandgerät bestellt. Es sollte dem K ins Haus gebracht werden. Als ein Angestellter des V mit dem Gerät zu K unterwegs war, wurde er von einem kleinen Jungen gerammt. Das Gerät ging in Trümmer. V will Bezahlung, K ein Gerät.*

*Abw. 1: K hatte im Laden des V ein dort befindliches, nicht mehr hergestelltes Restmodell gekauft.*

*Abw. 2: K hatte nach Katalog bestellt. V teilte dem K später per Telefon mit, das Gerät sei angekommen und liege zur Abholung bereit. Bevor K es abholen kann, stößt ein Kunde des V das Gerät versehentlich vom Tisch. Rechtslage?*

*Abw. 3: K bestellt das Gerät bei einem Händler in Münster nach Katalog. Auf Bitten des K sollte V das Gerät nach Eintreffen dem Spediteur S zur Weiterleitung mitgeben. S wurde unterwegs schuldlos in einen Verkehrsunfall verwickelt. Das Gerät wurde zerstört. Der Unfallverursacher beging Fahrerflucht und konnte nicht ermittelt werden. V verlangt von K Zahlung.*

Umstritten ist, ob der Schuldner nach der Konkretisierung noch mit einem Ersatzgegenstand erfüllen darf, um sich die Gegenleistung zu verdienen. Die herrschende Meinung in der Literatur bejaht das mit dem Argument, dass die Konkretisierung ausschließlich dem Schuldner zugutekommen soll (Gefahrübergang!), ihm aber nicht nachteilig sein darf.

## **5. Störung der Geschäftsgrundlage**

(Looschelders, SchR AT § 37 Rn. 1 ff.)



**Voraussetzungen des Anspruchs aus § 313**

1. Schwerwiegende Veränderungen von Umständen, die Vertragsgrundlage waren  
(tatsächliches Element)
2. Kein oder anderslautender Vertragsschluss bei Kenntnis der Parteien  
(hypothetisches Element)
3. Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag  
(normatives Element)

**Rechtsfolge:** Anspruch auf Zustimmung zur Vertragsanpassung. Subsidiär: Rücktritt bzw. Kündigung.

**a. Voraussetzungen**

(1) Tatsächliches Element: Umstände, die Vertragsgrundlage (nicht Vertragsinhalt, z. B. Bedingung vereinbart) waren, müssen sich schwerwiegend verändert haben.

„Geschäftsgrundlage sind die bei Vertragsschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien oder die dem Geschäftspartner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf dieser Vorstellung aufbaut.“  
(Ständige Rspr., z. B. BGH, Urt. v. 1.2.2012 – VIII ZR 307/10, NJW 2012, 1718, Rn. 26 m. w. N.)

**aa. subjektive und objektive Geschäftsgrundlage**

- Subj. Geschäftsgrundlage (diese betont die o. g. Definition des BGH): (Gemeinsamer) Motivirrtum, § 313 II BGB

U.: (1) übereinstimmende Vorstellungen beider Parteien; (2) vom Geschäftspartner erkannte und hingenommene Vorstellungen nur einer Vertragspartei.

*Bsp.: Duveneck-Fall: Sowohl V als auch K gehen bei Verkauf des Gemäldes – irrtümlich – davon aus, es handle sich um ein Werk des hoch gehandelten Wilhelm Leibl.*

- Obj. Geschäftsgrundlage: Umstände und Verhältnisse, deren Vorhandensein oder Fortdauer nach dem Vertrag sinngemäß vorausgesetzt ist. Häufig machen sich die Parteien diesbezüglich gar keine Gedanken.

*Bsp.: Fall 5: Ölkrise; Deutsche Wiedervereinigung; Covid-Pandemie (Konversatoriumsfall)*

*Fall 9: Ölpreis (BGH JZ 1978, 235)*

*Die Stadt A hatte im Jahre 1972 mit B einen Vertrag über die Lieferung von Heizöl für 1973 zum Festpreis abgeschlossen. Im Gefolge des Nahost-Krieges stieg der Einkaufspreis pro Tonne im Laufe des Jahres 1973 von 100 DM bis zuletzt auf 600 DM. B verlangte deshalb eine Abänderung des Vertrages mit der Maßgabe, dass er nur noch zu Tagespreisen zu liefern brauche. A weigerte sich. Als B die Lieferung endgültig einstellte, deckte sich A anderweitig mit Heizöl ein und verlangt von B Schadensersatz (s. auch JR 1979, 60 m. Anm. Hommelhoff; Braun, JuS 1979, 692).*



Die U. zwischen subj. und obj. Geschäftsgrundlage sind fließend: Haben die Parteien sich keine Gedanken gemacht, wird doch der hypothetische Parteiwille rekonstruiert.

bb. Anfänglich vorhandene oder zukünftig eintretende Umstände

Geschäftsgrundlage kann Umstände betreffen, die – zumindest nach den Vorstellungen der Parteien – bei Vertragsschluss bereits vorliegen (z. B. Fall 10: Bestechungsskandal; Urheberschaft eines Kunstwerks) oder die erst in der Zukunft eintreten müssen (Fall 11: Zweckstörung: Marika Röck; Aufstellung eines Bebauungsplans).

*Fall 10: Bestechungsskandal (BGH NJW 1976, 565)*

*Die Stuttgarter Kickers "kauften" 1971 vom VfB Stuttgart den Spieler W für 40.000 €. Noch ehe W zum Einsatz kommen konnte, wurde er vom DFB wegen Verwicklung in den Bundesliga-Bestechungsskandal lebenslang gesperrt. Die Kickers verlangten deshalb vom VfB ihre 40.000 € zurück (vgl. dazu auch Dörner, JuS 1977, 225; Medicus, BR, Rz. 165b; BGH NJW 1980, 470; Wertenbruch, NJW 1993, 179).*

*Fall 11: Zweckstörung (Marika Röck - OLG Bremen NJW 1953, 1393)*

*V vermietet dem M einen Saal in Bremen, damit er dort ein Gastspiel mit Marika Röck durchführt. Als M.R. erkrankt, muss das Gastspiel ausfallen. M weigert sich, den vereinbarten Mietpreis zu zahlen.*

cc. Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage

Die Geschäftsgrundlage kann von Anfang an gefehlt haben (Fall 10: Bestechungsskandal) oder erst nach Vertragsschluss weggefallen sein (Fall 5: Ölkrise), vgl. die U. zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit.

dd. Kleine und große Geschäftsgrundlage

- Kleine Geschäftsgrundlage: Änderung von Umständen, die nur den Vertrag betreffen.

*Bsp.: Übereinstimmende Fehlvorstellung über Größe des verkauften Grundstücks (BGH, Urt. v. 30.1.2004 - V ZR 92/03, NJW-RR 2004, 735)*

*Beispielsfall 12: Karnevalszug*

*M mietet sich bei V einen Fensterplatz, um den Rosenmontagszug anzusehen. 2 Tage davor wird der Plan für den Zug überraschend geändert, so dass er jetzt nicht mehr am Haus des V vorbeiführt. M weigert sich, den Mietpreis zu zahlen.*

*Originalfall: Krönungszugfall (Edward VII, 1902), Krell v. Henry [1903], 2 K. B. 740*

- Große Geschäftsgrundlage: Änderung der grundlegenden politischen, wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen des Vertrags durch Umstände wie Revolution, Krieg, Hyperinflation oder Naturkatastrophen.

*Beispielsfall 13: Bohrhämmer (BGH MDR 1953, 282; NJW 1970, 1313)*

*K bestellte bei V im Jahre 1948 600 Bohrhämmer, veraltete Modelle, die in der Westzone nicht mehr verwandt wurden. Sie waren, was V auch wusste, für den Weiterverkauf in die Ostzone bestimmt. Als infolge der Berliner Blockade eine Auslieferung in die Ostzone nicht mehr möglich ist, weigert sich K, die Bohrhämmer abzunehmen.*

Hinweis: Bei Wegfall der großen Geschäftsgrundlage bedarf es häufig eines spezialgesetzlichen Eingreifens des Gesetzgebers und/oder öffentlicher Hilfen (z. B. Covid-Pandemie, Leistungsverweigerungsrecht zugunsten von Verbrauchern gemäß Art. 240 EGBGB, zwischenzeitlich aufgehoben).

(2) Parteien hätten Vertrag bei Kenntnis so nicht oder überhaupt nicht abgeschlossen.

(3) Festhalten am Vertrag mit unverändertem Inhalt ist einer Partei unzumutbar. Das setzt insbesondere voraus, dass

aa. die Veränderung nicht voraussehbar war (sonst idR Risikogeschäft),

*Bsp.: BREXIT war nach Ankündigung des Referendums vorhersehbar.*

bb. das Risiko nicht der einen Partei zuzuordnen ist und

*Bsp.: Beim Kauf von Bauerwartungsland trägt idR Käufer das (erkennbare) Risiko künftiger Bebaubarkeit des Grundstücks. (BGH, Urt. v. 1.6.1979 - V ZR 80/77, NJW 1979, 1818)*

cc. dass die Partei, die Anpassung verlangt, die Veränderung nicht verschuldet hat.

*Bsp.: Kein Anspruch des geschiedenen Ehemanns auf Anpassung der Unterhaltsverpflichtung gegenüber Kindern, wenn Anspruchsteller selbst die Änderung der Umstände (hier: durch Antrag auf Feststellung der Nichtehelichkeit der einverständlich durch Insemination gezeugten Kinder) herbeigeführt hat (BGH, Urt. v. 3.5.1995 - XII ZR 29/94, NJW 1995, 2028).*

## **b. Fallgruppen**

(1) **Äquivalenzstörungen i.w.S.** (Ungleichgewicht v. Leistung u. Gegenleistung)

aa. Äquivalenzstörung i.e.S. (Wertverlust der Geldleistung)

### **Fall 14: Hyperinflation**

*A hatte dem B 1920 ein Darlehen von 100.000 RM gegeben. 1923 legte B dem A kaltlächelnd 100.000 RM – den Gegenwert einer Zigarette – auf den Tisch.*

bb. Leistungerschwernis (Höherer Aufwand für Sachleistungsschuldner)

*Bsp.: Ölpreisanstieg 1973 (→ oben Fall 9).*

Beachte noch einmal den **Unterschied zu § 275 II BGB**: Während sich dort die Unerschwinglichkeit am Verhältnis zwischen Leistungsaufwand und Leistungsinteresse orientiert (daher im Beispielfall 9 Ölpreisanstieg unanwendbar), ist hier (bei § 313 BGB) auf das Missverhältnis zwischen Leistungsaufwand und Wert der Gegenleistung abzustellen.

(2) **Zweckstörung** (Gläubiger der Sachleistung kann die – noch mögliche Leistung – nicht mehr zweckentsprechend verwenden, → oben Fall 11 Marika Röck)

(3) **Beiderseitiger Motivirrtum** (geregelt in § 313 Abs. 2 BGB)

*Bsp.: Transfer-Vertrag über bestechlichen Spieler (→ oben Fall 10)*

**c. Rechtsfolge**

(1) Grundsätzlich besteht **Anspruch auf Zustimmung zur Anpassung des Vertrages**

Es kommt nicht zu einer automatischen Anpassung des Vertrages („ipso iure“).

Es ergeht Leistungsurteil, gerichtet auf Abgabe einer Willenserklärung; Vollstreckung gemäß § 894 ZPO: Fiktion der Abgabe einer Zustimmung zur Vertragsanpassung.

(2) Subsidiär: **Rücktritts- bzw. (bei Dauerschuldverhältnissen:) Kündigungsrecht.**

Vor Gericht werden Rücktritt oder Kündigung als prozessuale Einrede gegenüber Leistungsanspruch des Anspruchstellers geltend gemacht.

**d. Die Störung der Geschäftsgrundlage in der Klausur: Aufbau- und Formulierungsvorschläge**

Die primäre Rechtsfolge von § 313 BGB ist das Bestehen eines Anspruchs auf Zustimmung zur Anpassung des Vertrags. Eine mögliche Formulierung könnte lauten: „*Fraglich ist, ob Mieter M von Vermieter V gemäß § 313 BGB verlangen kann, dass dieser sein Einverständnis mit einer Reduktion der Miete erklärt. Der Anspruch des M gegen V auf Zustimmung zur Vertragsanpassung setzt voraus, dass die Voraussetzungen des § 313 Abs. 1 BGB erfüllt sind. Zunächst ist zu prüfen, ob sich Umstände, die die Grundlage des zwischen V und M geschlossenen Mietvertrags bilden, im Nachhinein schwerwiegend geändert haben. [...]*“

Nur subsidiär steht dem von der Störung der Geschäftsgrundlage betroffenen Vertragspartner ein Rücktritts- oder Kündigungsrecht zur Seite. In diesem Fall kommt man im juristischen Gutachten erst im Zusammenhang mit dem Prüfungspunkt „Anspruch erloschen“ auf § 313 BGB zu sprechen, z. B. so: „*Es stellt sich die Frage, ob V von M aus § 535 Abs. 2 BGB Zahlung von Miete in Höhe von 5.000 EUR für die Monate Januar bis Mai verlangen kann.*

*I. Der Anspruch ist aufgrund Abschlusses eines wirksamen Mietvertrags zunächst entstanden. [Je nach Sachverhalt bedarf es hier weiterer Ausführungen.]*

*II. Möglicherweise ist der Anspruch aber aufgrund wirksamen Rücktritts des M vom Mietvertrag gemäß § 313 I, III 1 BGB erloschen. Es gilt daher zu prüfen, ob M ein Rücktrittsrecht zusteht (1) und ob er von seinem Recht zum Rücktritt durch die gemäß § 349 BGB erforderliche Erklärung Gebrauch gemacht hat (2).*

*1. Ein Rücktrittsgrund zugunsten des M folgt möglicherweise aus § 313 I, III 1 BGB, dessen Voraussetzungen erfüllt sein müssten. Zunächst gilt es zu erörtern, ob die Voraussetzungen des § 313 I BGB erfüllt sind (a), bevor in einem weiteren Schritt die zusätzliche Voraussetzung der Unzumutbarkeit einer bloßen Anpassung des Mietvertrags gemäß § 313 III 1 zu prüfen ist (a). [...]“*

**III. Sekundäransprüche**

**1. Vertretenmüssen als Grundvoraussetzung für den Anspruch auf Schadens- und Aufwendungsersatz**

(Looschelders, § 23 Rn. 1 ff.)

Grundvoraussetzung für Schadensersatz- oder Aufwendungsersatzanspruch: Verantwortlichkeit des Schuldners für Pflichtverletzung.

Oberbegriff für Verantwortlichkeit: *Vertretenmüssen*

Vertretenmüssen umfasst

- eigenes Verschulden:
  - Vorsatz oder
  - Fahrlässigkeit
- gleichgestellte Fälle der Verantwortlichkeit: Haftung für Zufall (→ unten)
- Zurechnung fremden Verschuldens

**a. § 276 I 1 Hs. 1 BGB**

Grundregel in § 276 I 1 Hs. 1 BGB: Haftung des Schuldners für eigenes Verschulden.

Die Vorschrift § 276 BGB ist *keine* Anspruchsgrundlage, sondern füllt das Merkmal des Vertretenmüssens des § 280 I 2 BGB aus.

Zu beachten sind außerdem die §§ 827, 828 BGB. Sie bestimmen die Fähigkeit, für ein Handeln verantwortlich zu sein (→ näher im GK BGB IIb). Diese Regeln finden über die Verweisung des § 276 I 2 BGB auch außerhalb des deliktischen Rahmens, z. B. iRv § 280 I BGB Anwendung.

**(1) Vorsatz**

Vorsätzliches Handeln setzt das Wissen und das Wollen des objektiven Tatbestandes voraus. Es genügt für die Bejahung des Wissenselementes, dass der Schuldner die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes für möglich hält. Für das Wollenselement genügt grundsätzlich ein *dolus eventualis*.

**(2) Fahrlässigkeit**

Fahrlässigkeit wird in § 276 II BGB als das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt definiert. Es kann wiederum zwischen Wissens- und Wollenselement unterschieden werden: Für den Schuldner muss die drohende Verwirklichung des Tatbestandes erkennbar und vermeidbar gewesen sein. Maßgeblich sind nach dem *objektivierten Fahrlässigkeitsmaßstab* die Fähigkeiten eines *durchschnittlichen Angehörigen des Verkehrskreises*, dem auch der Schuldner angehört. Neben der Unterscheidung der Verkehrskreise wird auch zwischen Altersgruppen unterschieden, da im Verkehr unterschiedliche Verhaltensanforderungen bestehen.

**(3) Grobe Fahrlässigkeit**

Sie liegt nach h. M. vor, wenn der Schuldner außer Acht lässt, was im konkreten Fall jedem hätte einleuchten müssen. Neben objektiven Verhaltensanforderungen sind hier auch subjektive Umstände zu beachten.

**b. Verschärfungen und Milderungen des Haftungsmaßstabs**

**(1) Haftungsmaßstäbe**

Vorsatz	Wissen und das Wollen des objektiven Tatbestandes
Grobe Fahrlässigkeit	Außerachtlassen dessen, was im konkreten Fall jedem hätte einleuchten müssen <sup>11</sup>
Fahrlässigkeit	Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt

<sup>11</sup> Der Gesetzgeber definiert in § 45 Abs. 2 Nr. 3 die grobe Fahrlässigkeit als „Verletzung der erforderlichen Sorgfalt in besonders schwerem Maße“.

Leichte Fahrlässigkeit	Geringfügiges Außerachtlassen der verkehrserforderlichen Sorgfalt <sup>12</sup>
------------------------	---

Einfacher Zufall      Leistungsstörung ist weder vom Schuldner noch vom Gläubiger zu vertreten.

*Bsp.: Dieb stiehlt das vom Verkäufer ausreichend gesicherte Gemälde vor der Übergabe an den Käufer.*

Höhere Gewalt      Schuldner ist auch bei äußerster, nach den Umständen vernünftigerweise zu erwartender Sorgfalt an Erfüllung einer bestimmten Pflicht gehindert.<sup>13</sup>

*Bsp.: Blitzschlag zerstört verkauftes Gemälde.*

## (2) Modifikationen des Haftungsmaßstabs

Normalmaß:	§ 276 I 1 Hs. 1 BGB: Haftung für jede Art von Fahrlässigkeit und für Vorsatz
------------	--

Milderung:	Haftung erst im Falle grober Fahrlässigkeit oder gar des Vorsatzes
------------	--

Verschärfung:	Haftung auch für Zufall oder gar für höhere Gewalt
---------------	--

### c. Vertragliche Modifikationen des Haftungsmaßstabs

#### (1) Grundsatz: Vertragliche Modifikationen möglich

Abweichungen von § 276 I 1 Hs. 1 BGB sind möglich. Die vertraglich vereinbarte Haftungsmodifikation kann zu Verschärfung der Haftung oder zu einer Absenkung des Haftungsmaßstabs führen.

Die Haftungsmodifikation kann ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart werden oder sich aus den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung nach §§ 133, 157, 242 BGB ergeben.

#### Fall 15: Benzinverbrauch des Neuwagens

*V und K schließen einen Kaufvertrag über einen Neuwagen. Bei Vertragsschluss **sichert** Verkäufer V dem K den geringen Benzinverbrauch des Neuwagens gemäß den Herstellerangaben zu und gibt eine Geld-zurück-Garantie. Es stellt sich jedoch ein sehr hoher Benzinverbrauch heraus, der nicht mit den Angaben des Herstellers übereinstimmt.*

*Bei Vertragsschluss wurde die Eigenschaft des geringen Benzinverbrauchs in den Kaufvertrag miteinbezogen. Danach möchte V für den Bestand der Eigenschaft des geringen Benzinverbrauchs und alle Folgen ihres Fehlens **verschuldensunabhängig** eintreten (Übernahme einer Beschaffenheitsgarantie nach § 443 I BGB). Die Beschaffenheitsgarantie nach § 443 I BGB geht weiter als die gesetzliche Sachmängelhaftung des Kaufrechts.*

#### Fall 16: Gefälligkeitsfahrt

<sup>12</sup> Ausblick: Leichte Fahrlässigkeit spielt auch im Arbeitsrecht, genauer bei der Ausgestaltung des sog. innerbetrieblichen Schadensausgleichs eine Rolle: Handelt der Arbeitnehmer leicht fahrlässig, haftet er dem ArbG gegenüber nicht.

<sup>13</sup> Höhere Gewalt schließt die Haftung des Schuldners in der Regel aus.

*Auf Bitten des G willigt S ein, seinen Freund G mit seinem, des S, Auto zu einem wichtigen Termin zu fahren. Auf der Autofahrt verursacht S leicht fahrlässig einen Unfall. Zwar entsteht mangels Rechtsbindungswillens des S kein vertraglicher Anspruch des G gegen S auf Beförderung. Führt S die Beförderung hingegen durch, kommt ein Anspruch auf Schadensersatz in Betracht, falls S eine Schutzpflicht aus § 241 II verletzt. Fraglich ist, ob bei unentgeltlicher Beförderung eines Insassen von einem **konkludenten Haftungsausschluss** für den Fall leichter Fahrlässigkeit des Fahrzeugführers (hier S) ausgegangen werden kann. Besteht für den Fahrzeugführer eine Haftpflichtversicherung, so ist nicht von einem konkludenten Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit auszugehen, weil nicht anzunehmen ist, dass die Beteiligten die Versicherung von der Eintrittspflicht freistellen wollten. S haftet für die Kosten der Behandlung des G und weiterer Folgeschäden.<sup>14</sup>*

## *(2) Grenzen der Haftungsmodifikation*

### *(a) Haftungsmilderung*

Allgemeine Grenze in § 276 III BGB: Haftung für Vorsatz kann nicht im Voraus erlassen werden.

Aber: Möglich ist Ausschluss der Haftung für vorsätzliche Schädigungen durch einen Erfüllungsgehilfen (→ unten f), § 278 S. 2 BGB.

### *(b) Haftungsverschärfung*

Eine individualvertragliche Haftungsschärfung ist im Rahmen der §§ 138, 242 BGB grundsätzlich möglich.

## *(3) Haftungsmodifikationen in AGB*

Besonderheiten gelten bei der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (→ GK BGB I):

- Eine Haftungsverschärfung zulasten des Vertragspartners des Verwenders verstößt gegen § 307 II Nr. 1 BGB und ist damit unwirksam.
- Haftungsfreizeichnungen in AGB zugunsten des Verwenders sind nur eingeschränkt wirksam:
  - Nach § 309 Nr. 7 lit. b) BGB kann eine Haftung für grobes Verschulden, d.h. *Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit*, weder für Schuldner noch für Erfüllungsgehilfen ausgeschlossen werden.
  - Nach § 309 Nr. 7 lit. a) BGB ist bei Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit ein Haftungsausschluss selbst für *leichte Fahrlässigkeit* nicht möglich.

## **d. Gesetzliche Haftungserleichterungen in einzelnen Vertragsarten**

Abweichungen von dem Grundsatz, wonach der Schuldner eine Pflichtverletzung bei jeder Form von Fahrlässigkeit zu vertreten hat, sind teilweise gesetzlich für besondere Vertragsarten angeordnet. In der Regel geht es um eine Haftungsprivilegierung (Haftungserleichterungen) bei unentgeltlicher Leistung.

### *(1) Beschränkung der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit*

---

<sup>14</sup> Siehe dazu auch: OLG Hamm: Haftungsbeschränkung bei Gefälligkeitsfahrt, NZV 2008, 204.



Der Schuldner haftet nicht, wenn seine Pflichtverletzung lediglich auf leicht fahrlässiges Handeln zurückzuführen ist.

- Schenkung, § 521

- Leihe, § 599

*Fall 17: Nächtliches Leuchten*

*V und der Musiker E vereinbaren, dass E das Auto des V für die Fahrt zu einem Auftritt unentgeltlich nutzen darf. Noch bevor es dazu kommt, lässt V das Licht des Wagens über Nacht leicht fahrlässig brennen, wobei sich die Autobatterie entleert. Am darauffolgenden Tag kann E das Auto nicht mehr (rechtzeitig) nutzen und verpasst folglich seinen Konzertauftritt.*

*E schuldet keinen Schadensersatz aus §§ 280 I, III, 283 BGB. Als Verleiher kommt ihm die Haftungsprivilegierung des § 599 zugute: E hat die Nichtleistung nicht zu vertreten.*

*Fall 18: Nächtliches Leuchten – Abwandlung 1*

*Zwar gibt ein hilfsbereiter Nachbar rechtzeitig Starthilfe, allerdings vergisst V bei der Übergabe des Autos leicht fahrlässig, den E auf einen Defekt der Bremsen hinzuweisen. E erleidet einen Unfall und verletzt sich leicht am Fuß. E verlangt Ersatz der Behandlungskosten.*

*Die Haftungsbeschränkung des § 599 gilt für das vertragliche Erfüllungsinteresse des Entleihers. Ob die Haftungsprivilegierung auch Ansprüche wegen Verletzung sonstiger Rechtsgüter erfasst (hier: Mangelfolgeschaden in Form der Behandlungskosten), ist umstritten.*

*Nach hM erstreckt sich die Haftungsbeschränkung des § 599 auch auf Ansprüche gegen den Verleiher wegen Verletzung sonstiger Rechtsgüter, wenn die Schutzpflichtverletzung in engem Zusammenhang mit dem Vertragsgegenstand erfolgt ist. In solchen Fällen ist § 599 hinsichtlich der Verletzung von Schutzpflichten zu berücksichtigen.<sup>15</sup> Ein solch enger Zusammenhang kann vorliegend bejaht werden, weil die Bremse ein wesentliches Element des Leistungsgegenstandes (hier: des Autos) ist. Es greift damit zugunsten des V die Haftungsprivilegierung des § 599. V schuldet E keinen Schadensersatz aus § 280 I.*

*Noch stärker umstritten ist, ob die Haftungsbeschränkung nach § 599 darüber hinaus auch bei Schutzpflichtverletzungen des Verleihers greift. Eine Ansicht in der Lit. verneint das und beschränkt die Vorschrift auf Verletzungen des vertraglichen Erfüllungsinteresses des Entleihers. Arg: ein etwaiges Entgelt, das den Unterschied markieren würde, wird als Gegenleistung für die vertragliche Leistungspflicht, nicht für die Einhaltung von Schutzpflichten geschuldet. Gegenargument: Ohne Entgelt kann Schuldner auch die Verletzung von Schutzpflichten nicht versichern.*

*Auch haftet V nicht nach § 600 (Haftungsbeschränkung des § 600 gilt nicht für Mangelfolgeschäden; jedenfalls: V hat den Defekt der Bremsen nicht arglistig verschwiegen).*

*Fall 19: Nächtliches Leuchten – Abwandlung 2*

*Um für seinen nächsten Auftritt zu üben, leiht E sich die Geige des V aus. E verursacht leicht fahrlässig einen Autounfall, bei dem auch die Geige des V beschädigt wird.*

*E haftet auf Schadensersatz, die Haftungsprivilegierung des § 599 gilt nur zugunsten des Verleihers, nicht zugunsten des Entleihers.*

---

<sup>15</sup> HK-BGB/Alexander Scheuch/Ina Ebert, 9. Aufl. 2017, BGB § 599 Rn. 2.

*(2) Beschränkung der Haftung auf die eigenübliche Sorgfalt (diligentia quam in suis)*

Der Schuldner haftet im Fall einer Pflichtverletzung nur auf Schadensersatz, wenn er sich weniger sorgfältig als in eigenen Angelegenheiten verhalten hat.

- Verwahrer, § 690: Wurde ein unentgeltlicher Verwahrungsvertrag geschlossen, haftet der Verwahrer nach § 690 nur für die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

*Fall 20: Bücherkisten im feuchten Keller*

*V erklärt sich bereit, während eines längeren Auslandsaufenthalts seines Freundes E mehrere dem E gehörende Bücherkisten zu verwahren. V lagert die Bücherkisten in seinem (feuchten) Keller, wo die Bücher stockfleckig werden. V macht geltend, dass man ihm keinen Vorwurf machen könne, weil er seine eigenen Bücher – was zutrifft – auch nicht anders behandle und im selben Keller lagert.*

*Trotz Verletzung einer Pflicht aus dem Verwahrungsvertrag zwischen V und E (Lagerung der Bücher des E an ungeeignetem Ort) haftet V seinem Freund E nicht auf Schadensersatz. Er kann sich auf fehlendes Vertretenmüssen berufen (§ 280 I 2 BGB). Zwar hat V sich fahrlässig verhalten, er hat dabei aber keine geringere Sorgfalt an den Tag gelegt als in eigenen Angelegenheiten. Die Grenze der groben Fahrlässigkeit ist auch nicht überschritten.*

Die Vorschrift § 277 konkretisiert den Maßstab der eigenüblichen Sorgfalt. Abzustellen ist auf die individuellen Eigenarten und Fähigkeiten des Schuldners.

Den Maßstab der eigenüblichen Sorgfalt findet man auch in besonderen Näheverhältnissen, wie z. B. zwischen Gesellschaftern, § 708; zwischen Ehegatten, § 1359; und zwischen Eltern und Kindern, § 1664.

Siehe außerdem § 346 III 1 Nr. 3 (Wertersatzpflicht des Rücktrittsberechtigten im Rahmen eines gesetzlichen Rücktrittsrechts).

**e. Gesetzliche Haftungsverschärfungen, insbesondere verschuldensunabhängige Haftung**

*(1) Gesetzliche Haftungsverschärfungen*

- Schuldnerverzug, § 287 BGB (→ sogleich unten e)

*Bsp.: Vergisst der Verkäufer S den vereinbarten Liefertermin und erleidet dann mit der Kaufsache im Lieferwagen einen drittverschuldeten Unfall, haftet er dem Käufer G auf Schadensersatz für Beschädigungen der Kaufsache aus §§ 280 I, III, 281 I 1 Alt. 2 BGB: S hat die Beschädigung gemäß § 287 BGB zu vertreten, auch wenn ihn kein Verschulden trifft.*

- Garantiehaftung des Mieters nach § 536a I BGB für von Anfang an vorliegende Mängel der Mietsache (näher → GK BGB IIc).

*Bsp.: Verbrennen in der gemieteten Altbauwohnung wertvolle alte Bücher, nachdem ein dem Vermieter unbekanntes, hinter einer Wand befindliches Rauchrohr Feuer einen Brand ausgelöst hat, so haftet der Vermieter dem Mieter auf Schadensersatz aus §§ 280 I BGB, weil Vermieter gemäß § 536a I Alt. 1. BGB anfängliche Mängel der Mietsache zu vertreten haben. Auf die Frage ihres Verschuldens (Fahrlässigkeit oder Vorsatz) kommt es nicht an.*

- Deliktische Rückgabepflicht gemäß § 848 BGB: Haftungsverschärfung zulasten des Schädigers, der aufgrund einer unerlaubten Handlung zur Rückgabe einer Sache verpflichtet ist (näher → GK BGB IIb).

*(2) Weitere Fälle*



Aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses kommt nach § 276 I 1 BGB eine Haftungsschärfung durch die Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos in Betracht.

(a) Übernahme einer Garantie

Zu unterscheiden ist die Übernahme einer Garantie von dem Abschluss eines eigenständigen Garantievertrages. Eine Garantieübernahme liegt vor, wenn z.B. der Verkäufer einer Sache das Vorhandensein einer Eigenschaft oder eine entsprechende Beschaffenheit der Sache zusichert und damit zu verstehen gibt, dass er verschuldensunabhängig für Schäden eintreten will, die sich aus dem Fehlen der Eigenschaft oder der Beschaffenheit ergeben. Abzugrenzen ist die Übernahme einer Garantie im Kaufrecht auch von der Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 I 1 BGB, welche nur eine verschuldensabhängige Haftung zur Folge hat.

Die Übernahme einer Garantie kann stillschweigend erfolgen. Es müssen konkrete Anhaltspunkte bestehen, damit eine Garantieübernahme angenommen werden kann. Dies ist häufig nur durch Auslegung nach §§ 133, 157 BGB analog zu ermitteln. Der Wille des Schuldners für ein Fehlen der zugesicherten Eigenschaft oder Beschaffenheit verschuldensunabhängig und unbedingt eintreten zu wollen, muss festgestellt werden.

(b) Übernahme eines Beschaffungsrisikos

Wichtigster Fall der Übernahme des Beschaffungsrisikos ist die marktbezogene Gattungsschuld (→ oben II 4).

(c) Geldschulden

Für Geldschulden besteht eine verschuldensunabhängige Einstandspflicht („Geld muss man haben.“).

*Bsp.: Der Schuldner, der die (Sach-)Leistung aufgrund mangelnder finanzieller Mittel nicht erbringen kann, z. B. die für die Herstellung des versprochenen Werks erforderlichen Materialien nicht kaufen kann, kann sich nicht mit der Begründung entlasten, die Bank habe ihm den benötigten Kredit nicht gewährt.*

Begründet wird dies u.a. damit, dass ein Schuldner, der eine Leistung verspricht, eine Garantie dafür übernimmt, dass er über die erforderlichen Mittel zur Leistung verfügt oder sie sich jedenfalls beschaffen kann.

**f. Insbesondere: Haftungserleichterung im Fall des Gläubigerverzugs (Annahmeverzugs)**

Eine gesetzliche Haftungsmilderung sieht § 300 BGB vor. Voraussetzung ist das Vorliegen des Gläubigerverzugs (synonym: Annahmeverzug).

(1) Überblick

Eine Leistungsstörung kann auch daraus resultieren, dass der Gläubiger (der Sachleistung) eine erforderliche Mitwirkungshandlung (zu denken ist insbesondere an die Annahme der Leistung) unterlässt. Man spricht dann von Gläubigerverzug.

Die Voraussetzungen des Gläubigerverzugs ergeben sich aus den §§ 293 – 299 BGB, die Rechtsfolgen aus §§ 300 – 304 BGB.

*Einführendes Beispiel: G hat bei dem Konditor S eine individualisierte Hochzeitstorte bestellt. Pünktlich zum vereinbarten Termin kurz vor Beginn des Fests erscheint S mit der Torte bei G, die allerdings nicht zuhause ist. Auf der Rückfahrt in seinem Auto verursacht S leicht fahrlässig einen Unfall, bei dem die gut verpackte Torte zusammenstürzt. S verlangt Bezahlung der vereinbarten Vergütung in Höhe von 300 EUR. G weigert sich. Ihr ist es allerdings gelungen, in der Konditorei des D für 400 EUR rechtzeitig ausreichend Kuchen und Torten für das Fest zu beschaffen. Sie möchte von S Ersatz der Mehrkosten in Höhe von 100 EUR.*

**Voraussetzungen des Gläubigerverzugs im Überblick, §§ 293 ff. BGB**

- (a) Möglichkeit der Leistung
- (b) Erfüllbarkeit der Leistung
- (c) Ordnungsgemäßes Angebot des Schuldners
- (d) Nichtannahme der Leistung durch den Gläubiger

**Wichtigste Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs:**

- Haftungserleichterung: Der Schuldner hat nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, nicht aber leichte Fahrlässigkeit zu vertreten, § 300 BGB.
- Die Gegenleistungspflicht des Gläubigers bleibt grundsätzlich bestehen, § 326 II Alt. 2 BGB.
- Anspruch des Schuldners auf Ersatz von Mehraufwendungen, § 304 BGB.

Kurzformel (nach Looschelders): „Nichtannahme trotz Erfüllbarkeit der (möglichen) Leistung und ordnungsgemäßen Angebots“.

**(2) Die Voraussetzungen im Einzelnen**

**(a) Möglichkeit der Leistung**

Ist dem Schuldner die Leistung nach § 275 BGB gar nicht möglich, kann der Gläubiger auch nicht in Annahmeverzug geraten. Das gilt gemäß § 297 BGB auch für den Fall der bloß vorübergehenden Unmöglichkeit.

*Bsp. 1 (nach Larenz, Schuldrecht I, § 25 Ic): Der Nachhilfeschüler G erscheint zum vereinbarten Termin nicht im Hause seiner Nachhilfelehrerin S. Diese ist allerdings erkrankt und konnte daher ohnehin nicht unterrichten. Wegen § 297 BGB befindet G sich nicht im Gläubigerverzug. S hat daher auch keinen Anspruch auf Bezahlung gemäß § 615 BGB. Die Stunde muss vielmehr nachgeholt werden.*

**(b) Erfüllbarkeit der Leistung**

Ist die Leistung noch nicht erfüllbar, kann der Gläubiger mit der Annahme nicht in Verzug geraten. Grundsätzlich kann der Schuldner sofort leisten (§ 271 I BGB). Selbst wenn eine Leistungszeit bestimmt ist, darf der Schuldner im Zweifel (das heißt, wenn sich aus der vertraglichen Vereinbarung nichts anderes ergibt) auch vorher leisten.

*Bsp.: Der von G bestellte Umzugsunternehmer S, der auf den 2.5. bestellt ist, jedoch bereits am 28.4. die Möbel in die neue und erst für den Monat Mai gemietete Wohnung fahren möchte, kann G vor dem 2.5. nicht in Annahmeverzug versetzen.*

**(c) Ordnungsgemäßes Angebot**

- Tatsächliches Angebot, § 294 BGB. Der Schuldner muss die Leistung am rechten Ort, zur rechten Zeit und in der richtigen Weise anbieten. Die Voraussetzungen im Einzelnen hängen von der Qualifikation der Schuld als Bring- oder Schickschuld ab (→ oben II 4)

*Bsp.: Ist Bringschuld vereinbart, kommt der Gläubiger nicht in Verzug, wenn der Schuldner die Kaufsache lediglich aussondert, verpackt und in seinem Geschäft zur Abholung bereitstellt.*

- Wörtliches Angebot, § 295 BGB, genügt ausnahmsweise,
  - wenn Gläubiger erklärt hat, er werde nicht annehmen (§ 295 S. 1 Alt. 1 BGB)

*Bsp. (nach BGH NJW 2001, 287): Die GmbH G widerruft wirksam die Bestellung des Geschäftsführers S (damit endet nicht automatisch auch der Arbeitsvertrag!) und setzt an seiner Stelle X als neuen Geschäftsführer ein. Hier mag S sein Arbeitsentgelt sogar dann verlangen können, wenn er der Gesellschaft seine Dienste nicht noch einmal besonders anbietet.*

oder

- der Gläubiger im Fall der Holschuld sich nicht zum Schuldner begibt (§ 295 S. 1 Alt. 2 BGB)

*Bsp. (oben): Der Nachhilfeschüler muss sich am rechten Tag zur rechten Uhrzeit in das Haus der Nachhilfelehrerin begeben.*

- Angebot ist ausnahmsweise überflüssig, § 296 BGB, insbesondere, wenn

- der Gläubiger eine kalendermäßig bestimmte Mitwirkungshandlung nicht vornimmt.

*Bsp.: Gl. erscheint beim Friseur nicht am vereinbarten Tag.*

(d) Nichtannahme der Leistung durch den Gläubiger

Weitere Voraussetzung ist, dass der Gläubiger die Leistung nicht angenommen oder die notwendige Mitwirkungshandlung nicht vorgenommen hat. Annahmeverzug liegt auch schon dann vor, wenn der Gläubiger die Zug-um-Zug zu erbringende Gegenleistung nicht anbietet, § 298 BGB.

Fehlt eine Bestimmung der Leistungszeit oder darf der Schuldner die Leistung vor einer bestimmten Zeit erbringen, kommt der Gläubiger nach § 299 durch eine vorübergehende Annahmeverhinderung nicht in Verzug, es sei denn, ihm wäre die Leistung rechtzeitig vorher angekündigt worden.

(e) Vertretenmüssen des Gläubigers ist keine Voraussetzung

Unerheblich für den Gläubigerverzug ist, ob der Gläubiger diesen zu vertreten hat oder nicht. Dies bedeutet, dass der Gläubigerverzug auch eintritt, wenn der Gläubiger durch Krankheit o. ä. an der Annahme der Leistung verhindert ist.

*Fall 21: Wein im Straßengraben (siehe auch noch die Abwandlungen unten)*

*K, Liebhaber besonderer Weine, bestellt am 2.5. beim Randersackerer Winzer V zwölf Flaschen Silvaner der Lage: „Ewig Leben“ zum Schnäppchenpreis. Es wird vereinbart, dass V dem K die Flaschen in dessen Wohnung in Veitshöchheim liefert. Am 7.1.2009 versucht V, die Weinflaschen an K auszuliefern, K ist an diesem Tag jedoch beruflich verreist. V hinterlässt dem K einen Zettel, in dem er die Lieferung für den 12.5. um 12 Uhr ankündigt. K sieht den Zettel, vergisst den Termin jedoch und ist daher am 12.5. wiederum nicht zu Hause. V fährt unverrichteter Dinge wieder zurück. Hierbei verursacht er leicht fahrlässig einen Unfall. Die Weinflaschen gehen zu Bruch. Ansprüche des K gegen V?*

(4) Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs

(a) Primärleistungsanspruch des Gläubigers: Im Gläubigerverzug bleibt die Leistungspflicht des Schuldners bestehen. Der Verzug des Gläubigers stellt grundsätzlich auch noch keinen Rücktrittsgrund zugunsten des Schuldners dar. In Betracht kommen für den Schuldner aber u. U. die Hinterlegung des Leistungsgegenstandes (§ 372 BGB → oben B IV).

(b) Sekundäransprüche des Gläubigers: Während des Verzuges haftet der Schuldner nach § 300 I BGB nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Dies gilt nur für den Untergang und die Verschlechterung des Leistungsgegenstandes, aber nicht für die Verletzung von Schutzpflichten nach § 241 II BGB.

(c) Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung, § 326 II 1 Alt. 2 BGB: Der Schuldner behält im Fall der Unmöglichkeit, die er nicht zu vertreten hat, den Anspruch auf die Gegenleistung (z. B. den Kaufpreis), wenn die Unmöglichkeit zu einem Zeitpunkt eintritt, in dem sich der Gläubiger im Annahmeverzug befindet.

Weitere Rechtsfolgen:

Bei Gattungsschulden nach § 243 I BGB endet das Beschaffungsrisiko des Schuldners mit Eintritt des Gläubigerverzuges, § 300 II BGB. Wird die Sache nach Eintritt des Gläubigerverzuges zerstört, ist der Schuldner von der Leistungspflicht nach § 275 I BGB befreit (kommt nur sehr selten vor).

Die Vorschriften §§ 301 und 302 BGB betreffen die Frage der Verzinsung von Geldschulden durch den Schuldner (Verzinsungspflicht entfällt während des Verzugs) und die Pflicht des Schuldners zum Nutzungsersatz.

Die Vorschrift § 304 BGB gewährt dem Schuldner gegen den Gläubiger im Annahmeverzug einen Anspruch auf Ersatz von Mehraufwendungen, z. B. der Kosten einer zusätzlichen Anfahrt oder die Kühlung der von ihm für den Gläubiger verwahrten und nicht abgenommenen Lebensmittel.

### **Pflichten und Obliegenheiten**

Das Unterlassen der Abnahme oder der erforderlichen Mitwirkungshandlung bedeutet in aller Regel allein den Verstoß gegen eine **Obliegenheit** des Gläubigers (wichtige Ausnahme: Pflicht des Käufers und des Bestellers zur Abnahme der Kaufsache bzw. des Werks gemäß §§ 433 II bzw. 640 I BGB: Hier bildet die Abnahme zugleich eine Rechtspflicht **und** eine Obliegenheit). Obliegenheitsverletzungen begründen – anders als echte **Pflichtverletzungen** – keinen Anspruch auf Schadensersatz der anderen Partei. Vielmehr begründet die Obliegenheitsverletzung sonstige rechtliche Nachteile bzw. den Verlust einer Rechtsposition.

Weitere Beispiele für Obliegenheitsverletzung sind

- der Verstoß gegen die Obliegenheit, den eingetretenen Schaden gering zu halten oder zu mindern. Rechtsfolge im Falle des Verstoßes: geminderter Schadensersatzanspruch des Gläubigers (§ 254 BGB → GK BGB IIb).
- die Obliegenheit des Kaufmanns, die gelieferte Kaufsache auf Mängel zu untersuchen. Rechtsfolge im Falle der Verletzung: Verlust der Mangelgewährleistungsrechte (§ 377 HGB → Vorlesung Handels- und Gesellschaftsrecht).

### **g. Haftung für Verschulden von Hilfspersonen (§ 278 BGB)**

Die wichtige Vorschrift § 278 BGB ordnet an, dass der Schuldner nicht nur für eigenes Verschulden einzustehen hat, sondern sich auch das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen und gesetzlichen Vertreter zurechnen lassen muss.

Abweichend vom Wortlaut wird das gesamte Verhalten der Erfüllungsgehilfen und gesetzlichen Vertreter, nicht nur das *Verschulden* als solches zugerechnet. Daraus folgt, dass auch die *Pflichtverletzung* des Schuldners auf einem Handeln eines Erfüllungsgehilfen oder gesetzlichen Vertreters basieren kann.

*Bsp.: Die Medizinisch-technologische Assistentin E des Radiologen S vergisst es, die Tätowierung des Patienten G während der Kernspinuntersuchung zu kühlen. G erleidet Verbrennungen. S haftet dem G für die erlittenen Verbrennungen gemäß § 280 I BGB. Dem S werden*

*sowohl die Pflichtverletzung (Unterlassen der gebotenen Kühlung) als auch die entsprechende Fahrlässigkeit seiner Assistentin (das Außerachtlassen der erforderlichen Sorgfalt) gemäß § 278 BGB analog bzw. direkt zugerechnet.*

Begründet wird strenge Einstandspflicht damit, dass sich der Schuldner die Vorteile der Arbeitsteilung zu Nutze macht und nicht besserstellen soll, als wenn er die Pflichten selbst erfüllt hätte.

## **(2) Voraussetzungen der Zurechnung gemäß § 278 BGB**

- (a) Schuldverhältnis
- (b) Erfüllungsgehilfe
- (c) Pflichtverletzung des Erfüllungsgehilfen *in Erfüllung* der ihm übertragenen Verbindlichkeit
  - Leistungs- oder Schutzpflichten des Schuldners
  - Tätigwerden der Hilfsperson *nicht nur bei Gelegenheit* der Leistung

**Rechtsfolge:** Schuldner hat Verschulden des Erfüllungsgehilfen wie eigenes Verschulden zu vertreten.

### (3) Zu den Voraussetzungen im Einzelnen

(a) Voraussetzungen für das Zurechnen des Verhaltens der Hilfsperson ist nach § 278 S. 1 BGB das Vorliegen eines Schuldverhältnisses und das Handeln einer Hilfsperson in Erfüllung einer Verbindlichkeit des Schuldners.

Das Schuldverhältnis muss im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses bestanden haben. Die Vorschrift § 278 BGB findet auch im Rahmen vorvertraglicher Schuldverhältnisse nach §§ 311 II, 241 II BGB Anwendung.

#### **(b) Erfüllungsgehilfe ist, wer**

- nach den tatsächlichen Umständen des Falls
- mit dem Willen des Schuldners
- bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Verbindlichkeit
- als dessen Hilfsperson
- tätig wird.<sup>16</sup>

Aus welchem Grunde der Erfüllungsgehilfe sich veranlasst sieht, tätig zu werden, ist unerheblich. Auch kommt es nicht darauf an, ob er weiß, dass er eine Verbindlichkeit des Geschäftsherrn erfüllt.

Auch ein Freiberufler oder selbständiger Unternehmer kommen als Erfüllungsgehilfen in Betracht. Anders als der Verrichtungsgehilfe (§ 831 BGB → GK BGB IIb) ist die Weisungsgebundenheit der Hilfsperson keine Voraussetzung für die Zurechnung.

*Bsp. (nach BGH, NJW 2001, 358): Die Sparkasse S haftet gegenüber ihrem späteren Kunden G für unrichtige Erklärungen des selbständigen Finanzierungsvermittlers E, den die Sparkasse damit beauftragt hatte, Kunden für die Gewährung von Baudarlehen anzuwerben. Vertragliche Haftung aus §§ 280 I, 278 BGB (+), deliktische Haftung der Sparkasse aus § 831 BGB (-).*

<sup>16</sup> Ständige Rechtsprechung, siehe nur BGHZ 13, 111, 113 (Leitsatz).

*Bsp.: Der Generalunternehmer S haftet gegenüber dem Bauherrn G für das Verschulden (und die Pflichtverletzungen) des von ihm eingeschalteten Subunternehmers E. Vertragliche Haftung aus §§ 280 I, 278 BGB (+), deliktische Haftung des S aus § 831 BGB (-).*

Gesetzlicher Vertreter i. S. d. § 278 BGB sind alle Personen, die aufgrund gesetzlicher Vorschriften mit Wirkung für andere rechtsgeschäftlich handeln können, z. B.:

- Eltern, §§ 1626 ff.; Vormund, §§ 1773 ff.; Pfleger, § 1809 i.V.m.<sup>17</sup> 1813 BGB; Betreuer, § 1823 BGB
- Personen, die kraft ihres Amtes Rechtsgeschäfte für einen anderen tätigen können, wie Testamentsvollstrecker und Insolvenzverwalter.

Abgrenzung: Das Handeln der Organe einer juristischen Person (z. B. Geschäftsführer, AG-Vorstand) wird dieser (z. B. GmbH, AG) gemäß §§ 31, 89 BGB zugerechnet.

(c) Abzugrenzen ist das Handeln in Erfüllung der Verbindlichkeit von einem Handeln *bei Gelegenheit der Erfüllung*. Ein Handeln bei Gelegenheit der Erfüllung liegt vor, wenn die Schädigung keinen spezifischen Zusammenhang mit den Aufgaben der Hilfsperson hat. In diesen Fällen wird eine Einstandspflicht des Schuldners nach § 278 verneint.

*Bsp.: Malergeselle nutzt in einem vom Malermeister unbeobachteten Moment die Gelegenheit, ein in der Wohnung liegendes Portemonnaie zu entwenden: Keine Haftung des Meisters und Schuldners gemäß §§ 280 I, 278 BGB gegenüber Besteller der Werkleistung.*

Nach h. M. gilt der Hersteller nicht als Erfüllungsgehilfe des Verkäufers. Dieses Ergebnis begründet die h. M. mit dem Hinweis darauf, dass die Herstellung der Sache nicht zu dem Pflichtenkreis des V gegenüber dem Käufer gehört. Ich bin anderer Ansicht.

### (3) Rechtsfolge

Rechtsfolge der Einstandspflicht ist, dass der Schuldner das Verschulden der Hilfsperson genauso zu vertreten hat, wie eigenes Verschulden. Die Modifikationen des § 276 I 1 BGB finden Anwendung. Konkret bedeutet dies, dass z.B. bei Vereinbarung einer Haftung des Schuldners nur für grobe Fahrlässigkeit dieser auch nicht für leicht fahrlässiges Handeln der Hilfsperson haftet.

Bei der Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabes ist nach der h. M. auf den für den Schuldner maßgeblichen Standard abzustellen.

*Bsp.: Lässt der Meister S seinen Auszubildenden E das Kfz des G reparieren, hat S dem G gemäß §§ 280 I, 278 BGB Schadensersatz zu leisten, falls dem E ein Fehler unterläuft, der einem Kfz-Meister nicht unterlaufen wäre. Auf den geringeren Kenntnisstand des Auszubildenden kann S sich nicht berufen.*

---

<sup>17</sup> i.V.m. = in Verbindung mit.

**h. Überblick in Tabellenform: Vertretenmüssen**

	<i>milde Haftung</i>		<i>strenge Haftung</i>	
	←		→	
	Verschuldensabhängige Haftung		Verschuldensunabhängige Haftung	
Vertretenmüssen (§ 280 I 2) des Schuldners im Fall ...	Haftung nur für grobe Fahrlässig- keit und Vorsatz	Haftung für jede Form von Fahr- lässigkeit (Normalfall)	Haftung auch für einfachen Zufall	Haftung selbst bei höherer Gewalt
... höherer Gewalt <sup>18</sup>				
... einfachen Zu- falls <sup>19</sup>				
... leichter Fahrläs- sigkeit				
... grober Fahrläs- sigkeit				
... Vorsatzes				
<i>Beispiele</i>	<i>§ 599 (Haftung des Verleihers); § 300 (Haftung des Schuldners im Annahmever- zug des Gläubi- gers)</i>	<i>§ 276 I 1 (Nor- malfall der ver- traglichen Haf- tung)</i>	<i>§ 701 I (Haftung des Gastwirts für eingebrachte Sa- chen)</i>	<i>Nur bei entspre- chender vertragli- cher Vereinbarung („Garantiehaf- tung“)</i>

**2. Überblick: Arten von Sekundäransprüchen wegen Pflichtverletzung**

<sup>18</sup> Höhere Gewalt = der Schuldner ist auch bei äußerster, nach den Umständen vernünftigerweise zu erwartender Sorgfalt an der Erfüllung einer bestimmten Pflicht gehindert. Erwähnt in § 7 II StVG (Halterhaftung), § 676c (Zahlungsdienstverträge), § 701 III (Gastwirthaftung), § 426 HGB (Haftung des Frachtführers).

<sup>19</sup> Zufall = weder vom Schuldner noch vom Gläubiger verschuldete Leistungsstörung.



- a. Schadensersatz (§§ 280 – 283, 286, 311a BGB)  
→ sogleich unten 3 und 4.
- b. Aufwendungsersatz (§ 284 BGB), z. B. Ersatz der Kosten für die Zulassung eines mangelhaften Kfz.  
→ unten 5
- c. Anspruch auf Surrogat (§ 285 BGB), z. B. Anspruch auf Abtretung einer Versicherungsprämie.  
→ unten 6

### **3. Schadensersatz - Die Auswahl der richtigen Anspruchsgrundlage**

#### **a. Unterscheidung nach Art der Pflichtverletzung?**

- Bei Unmöglichkeit kommt als ALG nur §§ 280 I, III, 283 BGB in Betracht. (Da der Anspruch auf die Primärleistung gemäß § 275 I BGB ausgeschlossen ist, kann es sich nur um Schadensersatz statt, nicht neben der Leistung handeln.)
- Bei Schutzpflichtverletzungen ist meistens § 280 I BGB, manchmal aber auch § 282 BGB (Unzumutbarkeit) einschlägig.
- Nichtleistung nach Fristsetzung: Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens (§§ 280 I, II, 286 BGB) und/oder Schadensersatz statt der Leistung (§§ 280 I, III, 281 I 1. Alt. BGB)
- Schlechtleistung: § 280 I BGB (vgl. Rizinuskörner-Fall in Bezug auf tote Pferde, nicht aber in Bezug auf das mangelhafte Futter) oder § 281 I 2. Alt. BGB (Unfallwagen; mangelhaftes Futter)

#### **b. Unterscheidung nach Art des verletzten Rechtsguts?**

**Faustregel:** Wenn bestehende Rechtsgüter verletzt werden, ist meistens § 280 I einschlägig.

**Beachte:** In manchen Verträgen (z. B. Bewachungsverträgen, Dachreparatur) ist gerade der Schutz der vorhandenen Rechtsgüter geschuldet. Dieser Schutz fällt also unter das Äquivalenz- (= Leistungs-)interesse. Trotzdem tritt der Anspruch wegen des Verlusts oder der Beschädigung der vorhandenen Rechtsgüter unter § 280 I BGB. Daneben besteht u. U. noch ein Anspruch auf die Leistungshandlung (soweit noch möglich).

#### **c. Unterscheidung nach Art des begehrten Schadensersatzes!**

(1) § 280 III BGB: Schadensersatz statt der Leistung

→ nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 281 (erfolgloser Ablauf einer Nachfrist!), 282 oder 283 BGB

→ umfasst denjenigen Schaden, der dadurch entstanden ist, dass das **Naturalleistungsinteresse** des Gläubigers **endgültig** nicht mehr vom Schuldner befriedigt wird.

*Frage:* Kann der Schadensposten durch Lieferung innerhalb der Nachfrist noch abgewendet werden?

*Bsp.: Entgangener Gewinn aus Weiterverkauf der nicht oder mangelhaft gelieferten Sache*

*Bsp.: Entgangener Gewinn als Folge der Verwendung des (mangelhaften) Leistungsgegenstandes (z. B. Maschine zur Produktion von zu verkaufenden Waren)*

*Bsp.: Zusätzliche Kosten eines Deckungskaufs (nicht gelieferte Rohstoffe müssen auf dem Markt teurer eingekauft werden)*

*Bsp.: Wertersatz, wenn trotz Reparatur der mangelhaften Sache ein Minderwert verbleibt (die von V als mangelfrei verkaufte, bei Übergabe aber beschädigte Violine von Stradivari kann*



*nach Reparatur zwar wieder bespielt werden, hat aber an Wert verloren). Geschuldet ist Differenz zwischen dem Marktwert des eigentlich geschuldeten Leistungsgegenstandes und dem tatsächlichen Wert der (mangelhaften) Leistung.*

*Bsp.: Aufwendungen, die im Vertrauen auf die Leistung gemacht wurden (z. B. Anmietung eines Lagerhauses in Erwartung der Lieferung als Mindestschaden nach der Rentabilitätsvermutung → unten. Hier ist aber auch § 284 BGB anwendbar.)*

**Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung (§ 280 I, III BGB)**

- 1) Bestehen eines Schuldverhältnisses
  - 2) Pflichtverletzung (alternativ):
    - a) Nichtleistung
    - b) Schlechtleistung
    - c) Schutzpflichtverletzung
    - d) Nachträgliche Unmöglichkeit
  - 3) (Vermutetes) Vertretenmüssen
  - 4) **Besondere Voraussetzungen der §§ 281, 282 oder 283 BGB** (s. folgender Kasten)
- Rechtsfolge:** Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses (Umfang → sogleich unten); Entfallen des Primärleistungsanspruchs.

**zu 4) Besondere Voraussetzungen für Anspruch auf SE statt der Leistung**

- (1) bei bloßer **Nichtleistung** und **Slechtleistung** (§ 281 I 1 Alt. 1 und 2 BGB)
  - Wirksamkeit (*kein* Fall des § 275 BGB),
  - Fälligkeit (vgl. § 271 BGB) und
  - Durchsetzbarkeit des Anspruchs (insbes. *kein* Fall der §§ 214 I, 320, 986 BGB) sowie
  - Ablauf einer vom Gl. gesetzten angemessenen **Frist**,  
evtl. entbehrlich gem. § 281 II BGB
- (2) bei **Schutzpflichtverletzung** (§ 282 BGB)
  - Unzumutbarkeit für Gläubiger  
(regelmäßig ist vorherige Abmahnung Voraussetzung)
- (3) bei **nachträglicher Unmöglichkeit** (§ 283 BGB)
  - keine besonderen Voraussetzungen (Fristsetzung wäre sinnlos)

(2) § 280 II BGB: Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung

... wird neben der Leistung geschuldet,

... kann nur unter der zusätzlichen Voraussetzung des § 286 BGB verlangt werden,

... umfasst diejenigen Schadensposten, die dadurch entstehen, dass das Naturalleistungsinteresse des Gläubigers zwar vollständig, aber **verspätet** befriedigt wird.

Anders gesagt: Es geht um den Ersatz des Interesses des Gläubigers daran, zum geplanten Zeitpunkt über die Leistung verfügen und diese insbesondere zur Gewinnerzielung einsetzen zu können („Leistungsinteresse in zeitlicher Hinsicht“).

*Frage:* Kann der Schadensposten auch durch Leistung innerhalb der Nachfrist nicht vermieden werden?

*Bsp.: Entgangene Nutzungsmöglichkeiten während des Verzugs (Mietwagen oder gemäß § 251 BGB Wertersatz für abstrakten Nutzungsausfall)*

*Bsp.: Kosten eines Überbrückungskredits während des Verzugs des Schuldners mit einer Geldzahlung.*

*Bsp.: Mahnkosten (ab zweiter Mahnung, außer in den Fällen des § 286 II, III BGB) und sonstige Rechtsverfolgungskosten (Rechtsanwaltsgebühren, Inkassokosten, Gerichtskosten)*

*Bsp.: Entgangener Gewinn: Sinken des Wiederverkaufspreises während des Lieferverzugs*

## **Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens (§§ 280 I, II, 286 BGB)**

1. Schuldverhältnis
2. Pflichtverletzung: Schuldnerverzug, § 286 BGB (zu den Einzelheiten, → Kasten unten)
3. (Vermutetes) Vertretenmüssen, § 280 I 2 BGB
  - Keine weitergehenden Anforderungen als § 286 IV BGB (Verweis nach oben genügt)
  - Bezugspunkt: Zeitpunkt des Verzugseintritts (str.)
4. Schaden und haftungsausfüllende Kausalität

**Rechtsfolge:** Ersatz des durch Pflichtverletzung verursachten (Verzögerungs-)Schadens. Daneben bleibt der Erfüllungsanspruch grundsätzlich bestehen.

*Zu den Voraussetzungen des Schuldnerverzugs im Einzelnen:*

**Voraussetzungen des Schuldnerverzugs (§ 286 BGB)**

- a. Nichtleistung trotz [...]
  - aa. Wirksamkeit (insbesondere *kein* Fall des § 275 BGB),
  - bb. Fälligkeit (vgl. § 271 BGB) und
  - cc. Einredefreiheit des Leistungsanspruchs (insbes. *kein* Fall der §§ 214 I, 320, 986 BGB)
- b. Mahnung (= Aufforderung des Gl. an Sch., die Leistung zu erbringen), wenn (-), [...]  
Entbehrlichkeit der Mahnung (§ 286 II, III BGB)
  - Vertragliche Zeitbestimmung (II Nr. 1)
  - Vorausgehendes Ereignis erlaubt Zeitbestimmung (II Nr. 2)
  - Ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung (II Nr. 3) oder
  - Besondere Umstände (II Nr. 4)
  - bei Geldschulden: § 286 III BGB
- c. Vertretenmüssen, § 286 IV BGB

**Rechtsfolge:** Eintritt des Schuldnerverzugs, d. h.

- a. Ersatz des evtl. Verzögerungsschadens (§§ 280 I, II BGB, → Kasten oben)
- b. Verschärfte Haftung des Schuldners gemäß § 287 BGB
- c. Pflicht des Schuldners zur Zahlung von Verzugszinsen gem. § 288 BGB

(3) § 280 I: Allgemeiner Schadensersatz

... umfasst alle sonstigen Schäden, die aus einer Pflichtverletzung des Schuldners resultieren.

*Frage:* Hätte der Schaden auch durch Leistung innerhalb der Nachfrist nicht vermieden werden können und ist der Schaden auch nicht ausschließlich durch Verzögerung der Leistung entstanden?

*Bsp.: Maler stößt beim Streichen wertvolle Vase um.*

*Bsp.: Pferde sterben an mit Rizinuskörnern vergiftetem Futter (Mangelfolgeschaden)*

*Bsp.: Handwerker soll Heizung wieder zum Laufen bringen. Ihm unterläuft ein Fehler, die Heizung explodiert. Hier ist als Leistungsinteresse das Interesse daran zu definieren, dass die Heizung wärmt.*

**Voraussetzungen des Anspruchs aus § 280 I BGB**

1. Schuldverhältnis (vertraglich und gesetzlich, z. B. § 311 II, III BGB)
2. Pflichtverletzung (Schlechtleistung oder Schutzpflichtverletzung)
3. (Vermutetes) Vertretenmüssen des Schuldners (§ 280 I 2 BGB)

**Rechtsfolge:** Ersatz des durch Pflichtverletzung verursachten Schadens. Daneben bleibt Erfüllungsanspruch bestehen.

**d. Unterscheidung zwischen Leistungs- und Integritätsinteresse**

... hat Bedeutung zur Abgrenzung zwischen den AGLen § 280 I einerseits und §§ 280 I, II, 286 BGB andererseits.

1. Unterscheidung zwischen Leistungs- und Integritätsinteresse

(1) Leistungsinteresse (gegenständliches und zeitbezogenes) – „positives Interesse“

Definition: Interesse des Gläubigers, die spezifischen Vorteile aus der Leistung zu ziehen, d.h. den Leistungsgegenstand wie geschuldet zu erhalten und die planmäßigen Erträge durch dessen Verwendung bzw. Verwertung zu erwirtschaften (Schutz der spezifischen Leistungserwartung)

(2) Integritätsinteresse – „negatives Interesse“

Definition: Abstraktes (meist unbewusstes) Interesse des Gläubigers an der Erhaltung des Zustandes, der ohne die geschuldete Leistung bzw. ohne den Vertragsschluss bestehen würde.

2. Prüfungsschema

<b>SE <i>neben</i> der Leistung (zwei Möglichkeiten):</b>		<b>SE <i>statt</i> der Leistung:</b>
<b>Integritätsinteresse</b>	<b>Leistungsinteresse</b>	
<b>§ 280 I BGB</b>  <b>Integritätsinteresse betroffen</b>	<b>§ 280 II BGB</b>  <b>Leistungsinteresse betroffen</b>  (vorübergehend entgangenen Vorteile aus der planmäßigen Verwendung des Leistungsgegenstandes, z. B. Auto, überplanmäßige Aufwendungen, die der Gläubiger zur Erlangung der Naturalleistung tätigen muss, z. B. Rechtsverfolgungskosten)	<b>→ § 280 III BGB</b>  <b>weitere Unterscheidung nach Art der Pflichtverletzung:</b>  - Nichtleistung nach Fristsetzung (§ 281 I 1 1. Alt. BGB) - Schlechtleistung (§ 281 I 1 2. Alt. BGB) - Schutzpflichtverletzung (§ 282 BGB) - Unmöglichkeit (§ 283 BGB)

3. Zur Erläuterung: Hochzeitsphotographenfall (oben Fall 3)

**Grundfall:**

- (1) schüttet Wein über Brautkleid → § 280 I BGB und
- (2) beleidigt außerdem Gast (Braut wirft ihn raus) → §§ 280 I, III, 282 BGB
- (3) Photograph kommt nicht, wird mit Taxi gesucht → §§ 280 I, II, 286 BGB

**(4) Abwandlung**

Die Suche bleibt erfolglos. Der Photograph P taucht gar nicht auf, Fotos werden am folgenden Wochenende mit erneuerter Frisur nachgemacht.

- §§ 280 I, III, 283 BGB („Absolutes Fixgeschäft“ bezüglich der Aufnahmen von der Hochzeitsgesellschaft, Problem: SE? immaterieller Schaden!)

- §§ 280 I, III, 281 I 1 Alt. 1 BGB bezüglich der Photographien des Brautpaares. Mahnung ist nach Abwägung der Interessen nicht erforderlich, § 281 II 2. Alt. BGB).

Beachte: Der bereits eingetretene Verzugsschaden bleibt – nach richtiger Ansicht – neben SE statt der Leistung bestehen!

#### **4. Einzelne Schadensersatzansprüche (§§ 280 ff., 311a BGB), einschließlich Verzugs- schadensersatz und sonstiger Rechtsfolgen des Verzugs**

##### **a. Anspruch auf Verzugsschadensersatz (§§ 280 I, II, 286 BGB)**

Merksatz: „Verzug ist Nichtleistung trotz Möglichkeit, Fälligkeit, Einredefreiheit und Mahnung.“

(1) Möglichkeit (a), Fälligkeit (b) und Einredefreiheit (c) des Anspruchs, im Einzelnen:

(a) Der Schuldner kann nur in Verzug kommen, wenn der Anspruch überhaupt noch besteht und nicht wegen Unmöglichkeit (§ 275) untergegangen ist.

(b) Dasselbe gilt, solange der Schuldner den Anspruch mangels Fälligkeit noch gar nicht fordern kann („nach Eintritt der Fälligkeit“, § 286 I). Die Fälligkeit richtet sich nach § 271. Sie ist im Zweifel sofort gegeben.

(c) Solange der Schuldner eine Einrede gegen den Anspruch erheben kann, kommt er ebenfalls nicht in Verzug. Mit anderen Worten: der Anspruch muss einredefrei sein. Ist er hingegen verjährt oder steht dem Schuldner die Einrede der Nichterfüllung der Gegenleistung (§ 320) zu, kommt der Schuldner nicht in Verzug. Nach h. M. gilt dies unabhängig davon, ob der Schuldner sich auf die Einrede explizit beruft oder nicht.

Beachte: Die materiellen Voraussetzungen des Verzugs ähneln stark denjenigen der Aufrechnung (→ oben B III).

##### **(2) Mahnung**

Die Mahnung, durch die der Schuldner regelmäßig in Verzug gesetzt wird, ist eine geschäftsähnliche Handlung, da die Rechtsfolgen unabhängig vom Willen des Erklärenden eintreten. Die Regeln über Willenserklärungen (Geschäftsfähigkeit, Stellvertretung etc. → GK BGB I) sind auf geschäftsähnliche Handlungen aber analog anwendbar.

Der Mahnung stehen insbesondere die Klageerhebung und die Zustellung des Mahnbescheids gleich, § 286 I 2.

Die Mahnung ist entbehrlich in den Fällen des § 286 II. Die Vorschrift § 286 II Nr. 4 umfasst insbesondere

- den Fall der „Selbstmahnung“ (Ankündigung der Leistung zu einem bestimmten Termin),
- den Fall, dass der Schuldner sich der Mahnung entzieht, etwa durch Wegzug ohne Angabe der neuen Adresse (dann ist eine Mahnung gar nicht möglich), und
- den Fall, dass sich aus dem Vertragsinhalt (§§ 133, 157) die besondere Dringlichkeit der Leistung ergibt, z. B. Reparaturauftrag betreffend eine wichtige Produktionsanlage oder eine Heizung mitten im Winter.

##### **(3) Vertretenmüssen, § 286 IV**

Abs. 4 der Vorschrift § 286 entspricht § 280 I 2. Einer erneuten Anordnung bedurfte es im Hinblick auf die Rechtsfolgen der §§ 287 f. Darüber hinaus konkretisiert die Bestimmung § 286 IV den im Hinblick auf eine eventuelle Exkulpation des Schuldners relevanten Zeitpunkt (→ Beispiel unten).

(4) Weitere Rechtsfolgen des Verzugs sind

- der Anspruch auf Verzugszinsen nach § 288 (5 Punkte über dem Basiszinssatz, Stand 1.1.2024: 3,62 %, ein höherer Verzugsschaden kann nachgewiesen werden) und
- die erweiterte Haftung des Schuldners gemäß § 287 (Haftung bei jeder Form von Fahrlässigkeit unabhängig von etwaigen Haftungserleichterungen [→ oben: Vertretenmüssen] und im Grundsatz sogar für Zufall).

**Fall 21a: Nachlässiger Möbelhändler (Vertretenmüssen im Verzug)**

*K bestellt beim Möbelhändler V ein individuell konfiguriertes Sofa des Herstellers H und leistet die von V verlangte Anzahlung. Als Liefertermin wird zwischen V und K der 27.7. vereinbart. Das von Hersteller H korrekt produzierte Sofa trifft pünktlich zum 27.7. bei V ein. Dieser jedoch leistet aus Nachlässigkeit nicht am vereinbarten Termin. Zwei Tage später wird das Sofa von einem unbekannten Dieb und seinen Helfern aus dem sorgfältig verschlossenen Möbellager des V gestohlen und ist nicht mehr auffindbar. Empört über diese Nachricht kauft K ein vergleichbares Sofa bei einem Konkurrenten des V und verlangt Ersatz der Mehrkosten. V beruft sich auf fehlendes Verschulden.*

**Fall 23: Gerümpel in der geerbten Wohnung (Verzugsschadensersatz)**

*E hat von ihrer Tante eine Wohnung im Zentrum Münchens geerbt, die allerdings voll mit zahlreichen alten Möbeln, Bildern und sonstigem Gerümpel steht. E vermietet die Wohnung ab dem 1.6. unmöbliert für monatlich 800 EUR an den Würzburger Studenten V. E und V vereinbaren eine Mietdauer von drei Monaten, da V, wie er E gegenüber offenlegt, die Wohnung nur für sein dreimonatiges Praktikum in einer auf Kartellrecht spezialisierten Münchener Kanzlei nutzen möchte. Zudem wird in zulässiger Weise vereinbart, dass der Gesamtbetrag in Höhe von 2.400 EUR bereits mit Beginn der Mietzeit fällig sein soll.*

*K, der sich auf Haushaltsauflösungen spezialisiert hat, kauft E den gesamten Hausstand für 10.000 EUR ab. E weist K darauf hin, dass die Wohnung ab dem 1.6. an V vermietet sei. Daher vereinbaren E und K, dass K die Gegenstände am 31.5. in der Wohnung abholt. Doch K verschwitzt den Abholtermin. Wegen des für K „reservierten“ Gerümpels in der Wohnung kann V am 1.6. nicht einziehen. K kommt erst am 15.6. und entrümpelt die Wohnung, so dass V am gleichen Tag noch einziehen kann.*

*Was kann E von V und K verlangen?*

Zur Wiederholung (Annahmeverzug: Haftungsmilderung) und als Ausblick (Annahmeverzug: Anspruch auf die Gegenleistung):

**Abwandlung**

*In der Nacht vom 1. auf den 2.6. kommt es zu einem Wohnungsbrand, bei dem sämtliches Inventar verbrennt oder durch Löschwassereinwirkung unbrauchbar wird. Den Brand hat E leicht*

*fahrlässig bei ihrem letzten Gang durch die vermietete Wohnung verursacht, weil sie mit ihrer Handtasche an einen Schalterknopf des alten Herdes gestoßen war und dadurch ein Kochfeld angeschaltet hatte. K macht zutreffend geltend, dass er nach Abzug seiner Aufwendungen (Abtransport, Entsorgung von Sperrmüll etc.) durch Verkauf der gebrauchten Möbel und einiger in der Wohnung befindlicher Kunstgegenstände 5.000 EUR Gewinn gemacht hätte.*

*Was kann K von E verlangen und hat E im Gegenzug weiterhin gegen K einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung in Höhe von 10.000 EUR?*

**b. Anspruch auf Schadensersatz wegen Nicht- oder Schlechtleistung (§§ 280 I, III, 281 I BGB)**

**(1) Voraussetzungen**

**(a) Nichtleistung und Schlechtleistung (§ 281 I 1 Alt. 1 und 2 BGB)**

- Nichtleistung: schlichtes Ausbleiben der Leistung, Verzug ist nicht erforderlich
- Schlechtleistung: jede Abweichung von der Leistungspflicht
- Wirksamkeit, Fälligkeit und Durchsetzbarkeit:  
Die Leistungspflicht muss wirksam (kein Fall des § 275 BGB, sonst sind §§ 311a oder 283 einschlägig), fällig (→ § 271 BGB) und durchsetzbar (keine Einrede des § 320, keine Verjährungseinrede) sein; andernfalls fehlt es an einer Pflichtverletzung durch die Nichterfüllung.

**(b) Ablauf einer vom Gl. gesetzten, angemessenen Frist**

- Ablauf einer vom Gl. gesetzten angemessenen Frist:
  - Fristsetzung: (1) Aufforderung zur Bewirkung der (klar bezeichneten) Leistung (2) innerhalb bestimmter Frist<sup>20</sup>, z. B. „Lieferung spätestens in sieben Tagen“, mindestens Forderung nach „umgehender Leistung“
  - Eine zu kurz bemessene Nachfrist ist nicht wirkungslos, sondern setzt eine angemessene Frist in Lauf<sup>21</sup>
- Ggf.: Entbehrlichkeit der Fristsetzung gemäß Abs. 2: engere Voraussetzungen als bei § 286 II BGB.

**(2) Großer v. kleiner Schadensersatz (§ 281 I 3 BGB)**

Frage stellt sich nur im Falle von Teilleistungen oder mangelhafter Leistung, nicht bei vollständiger Nichtleistung.

Klausur: Die Frage wird im Rahmen der Rechtsfolge (Umfang des Schadensersatzes) thematisiert.

---

<sup>20</sup> BGH (Versäumnisurt. v. 12.8.2009 - VIII ZR 254/08, NJW 2009, 3153): „Für eine Fristsetzung gem. § 281 Abs. 1 BGB genügt es, wenn der Gläubiger durch das Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung oder vergleichbare Formulierungen deutlich macht, dass dem Schuldner für die Erfüllung nur ein begrenzter (bestimmbarer) Zeitraum zur Verfügung steht; der Angabe eines bestimmten Zeitraums oder eines bestimmten (End-)Termins bedarf es nicht.“ (Leitsatz).

<sup>21</sup> So (obiter) BGH, Urt. 15.3.1996 - V ZR 316/94, NJW 1996, 1814 (mit Verweis auf amtl. Begründung).



- „Kleiner Schadensersatz“ = Schadensersatz nur für die nichterbrachte Teilleistung oder für die mangelhafte Leistung (synonym: Schlechtleistung). Er kann stets verlangt werden.

- „Großer Schadensersatz“ = Schadensersatz statt der ganzen Leistung, § 281 I 2 und 3 BGB

Voraussetzung für die Möglichkeit, großen Schadensersatz zu verlangen, ist, dass

- das Interesse des Gl. an der Teilleistung entfallen ist (Teilleistungen) bzw.
- die Pflichtverletzung des Sch. nicht unerheblich ist (mangelhafte Leistung).

Beachte: Die unterschiedliche Formulierung bringt die Verteilung der Beweislast zum Ausdruck: Im ersten Fall (Teilleistung) obliegt es dem Gläubiger, den Interessenfortfall zu beweisen, im Fall der mangelhaften Leistung wird dieser vermutet, der Schuldner muss ggf. das Gegenteil vortragen und beweisen.

(3) Erlöschen des Erfüllungsanspruchs (§ 281 Abs. 4 BGB)

- Nach Ablauf der Nachfrist (oder bei Entbehrlichkeit): Wahlrecht des Gl.: Erfüllung oder Schadensersatz

- Verlangen nach Schadensersatz statt Leistung: Erlöschen des Erfüllungsanspruchs, § 281 Abs. 4 BGB

- Zweck: Schutz des Schuldners (muss Leistung nicht mehr bereithalten)
- „Verlangen“ = einseitige, empfangsbedürftige WE
- Rechtsfolge: Erlöschen d. Erfüllungsanspruch → rechtliche Unmöglichkeit d. Herstellung iSd § 251 BGB → Anspruch d. Gl. auf Wertersatz

### **Fall 22a: Edle Tropfen zum Geburtstag (Probeklausur)**

*Der wohlhabende K möchte seinen 50ten Geburtstag mit 300 Gästen in großem Rahmen begehen. Zu diesem Anlass möchte er einen ganz besonderen Wein ausschenken. Auf der Homepage des Weinbauern W wird er fündig. W bietet K am Telefon 100 Flaschen seines weltberühmten Rotweins „Chateau W“ (Jahrgang 1974) zum Preis von 100 EUR pro Flasche an. Zugleich erklärt er, dass er seine Haftung auf Fälle von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit beschränken müsse. K erklärt sich sowohl mit dem Preis als auch mit der Haftungsbeschränkung einverstanden.*

*Der Marktwert des Weins, von dem bei Händlern nur noch einzelne Flaschen zu erhalten sind, beträgt 150 EUR pro Flasche. W verfügt zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch über einen Vorrat von 120 Flaschen des genannten Jahrgangs. Wenige Tage bevor K zur Abholung des Weins auf das Weingut des W fahren möchte, zerbricht ein altes Weinregal. Mit ihm gehen 80 der insgesamt 120 Flaschen des genannten Weins, die W dort gelagert hatte, zu Bruch. W hatte das Risiko, das den wertvollen Flaschen durch die Lagerung in dem historischen Regal drohte, leicht fahrlässig übersehen.*

*1. K fragt, ob er von W Lieferung von 100 Flaschen des gekauften Weins verlangen kann. Er gibt zu bedenken, dass W durchaus in der Lage wäre, die fehlenden 60 Flaschen bei einzelnen Händlern nachzukaufen.*

2. Weiterhin möchte er wissen, ob er gegen W wenigstens einen Anspruch auf Schadensersatz wegen der fehlenden 60 Weinflaschen hat. Von seiner Anwältin A beraten beruft W sich auf „fehlendes Vertretenmüssen.“

**Abwandlung (nicht Teil der Probeklausur):**

Als W dem K am Telefon von dem Unglück berichtet und ihn zur Abholung der verbliebenen 40 Flaschen auffordert, weigert sich K. Er erklärt, er könne mit einer Teilleistung nichts anfangen. Für seinen Geburtstag benötige er unbedingt 100 Flaschen desselben Weins, damit alle Gäste denselben Wein genießen können und Wein in dasselbe Glas nachgeschenkt werden kann. Notfalls werde er versuchen, sich auf einem anderen Weingut entsprechend einzudecken.

Kann W von K Bezahlung der 100 oder wenigstens der 40 verbliebenen Flaschen verlangen?

**c. Anspruch auf Schadensersatz wegen Unmöglichkeit (§§ 280 I, III, 283 BGB)**

**(1) Voraussetzungen**

**(2) Differenz- v. Surrogationstheorie (Ausblick auf höhere Semester)**

Dem Gläubiger steht nach hM (unter Umständen mit Einschränkungen, bspw. wenn eine Leistung bereits erbracht wurde) ein Wahlrecht zu:

- Surrogationstheorie: Der Gläubiger, der seine Leistung noch nicht vollständig erbracht hat, kann sich entscheiden, seine eigene Leistung noch zu erbringen und den vollen Wert der Gegenleistung zu liquidieren.
- Demgegenüber bedeutet Differenztheorie, dass sich der Gläubiger auch darauf beschränken kann, die Differenz der Vermögenswerte von Leistung und Gegenleistung (zuzüglich etwaiger Folgekosten) zu verlangen. Damit tritt an die Stelle der beiderseitig erloschenen Erfüllungsansprüche eine einseitige Geldforderung des ersatzberechtigten Gläubigers.

*Bsp.: A und B vereinbaren einen Tausch: Das E-Bike des A (Wert 2.000) gegen das Moped des B (Wert: 1.500 EUR). Das E-Bike fällt dem A aufgrund leichter Fahrlässigkeit vor der Übergabe in den Main und kann nicht mehr geborgen werden. Hier geht es um die Frage, ob B zwischen den beiden Varianten: Anspruch gegen A auf Zahlung von 500 EUR (Differenztheorie) oder Anspruch auf Zahlung von 2.000 EUR Zug-um-Zug gegen Übergabe des Mopeds (Surrogationstheorie) wählen kann. Überzeugend ist die Ansicht, wonach B, wenn er zurücktritt, nach der Differenztheorie abrechnen kann (§ 325 BGB: eine Kombination von Rücktritt und Schadensersatz ist möglich!), andernfalls (er beschränkt sich auf sein Schadensersatzverlangen) nach der Surrogationstheorie Schadensersatz erhält. Das Beispiel zeigt, dass die Bedeutung des früheren Streits um die Berechnungsmethode seit 2002 erheblich an Bedeutung verloren, da der Gläubiger gemäß § 325 BGB auch nach seinem Rücktritt noch Schadensersatz verlangt werden kann, er die Rechtsfolgen beider Rechtsbehelfe also kombinieren kann.*

**d. Anspruch auf Schadensersatz wegen anfänglicher Unmöglichkeit (§ 311a II BGB)**

**(1) Grundsatz**

Grundsätzlich besteht ein Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz statt der Leistung (positives Interesse) oder Aufwendungsersatz, außer

- der Schuldner hatte keine Kenntnis von der Unmöglichkeit, und
- er hat diese Unkenntnis auch nicht zu vertreten.

**Voraussetzungen des Anspruchs aus § 311a II BGB**

1. Vertrag
2. Pflichtverletzung in Form des anfänglichen (= bei Vertragsschluss bestehenden) Leistungshindernisses iSd § 275 I - III
3. (Vermutete) Kenntnis des Leistungshindernisses durch Schuldner; andernfalls: vermutetes Vertretenmüssen der Unkenntnis

**Rechtsfolge:** Ersatz des durch Pflichtverletzung verursachten Schadens oder Aufwendungsersatz gemäß § 284 BGB.

(2) Zum Verhältnis zwischen Pflichtverletzung und Vertretenmüssen

Die Regelung ist dogmatisch ein wenig überraschend: Das Vertretenmüssen des Schuldners (fehlende Kenntnis von der Unmöglichkeit) ist – anders als im Fall des § 280 I 1 („die Pflichtverletzung zu vertreten hat“) – entkoppelt von der Pflichtverletzung (Nichtleistung wegen Unmöglichkeit): Es besteht keine Kausalbeziehung zwischen Vertretenmüssen und Pflichtverletzung:

Vergleiche

§ 311a II BGB	§§ 280 I, III, 283 BGB
Vertretenmüssen (Schuldner kennt Unmöglichkeit oder hätte davon wissen müssen)	Vertretenmüssen (z. B. Schuldner hat wertvollen Vertragsgegenstand unverschlossen aufbewahrt.)
-	↓
Pflichtverletzung i.F.d. anfänglichen Unmöglichkeit	Pflichtverletzung i.F.d. nachträglichen Unmöglichkeit
↓	↓
Schaden	Schaden

Letztlich hat der Gesetzgeber in § 311a II eine Garantiehafung angeordnet: Wer eine Leistung verspricht, garantiert, sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auch erbringen zu können. Da die Rechtsfolge (positives Interesse) dieselbe ist wie im Fall der nachträglichen Unmöglichkeit, bedarf es in der Praxis kaum einer Differenzierung zwischen den beiden Konstellationen. Zwar muss streng genommen hinsichtlich des Bezugspunkts des Vertretenmüssens des Schuldners unterschieden werden. Insofern trifft aber den Schuldner die Darlegungs- und Beweislast.

(3) Vertretenmüssen

Problematisch ist, wie viel Zeit zwischen der Vergewisserung des Schuldners über die Möglichkeit der Leistung einerseits und dem Vertragsschluss andererseits vergehen darf. Dies hängt vom Einzelfall, insbesondere dem Wert des Leistungsgegenstands, dessen Bedeutung für Gläubiger, dem Risiko eines Untergangs, den Indizien, die für bereits eingetretenen Verlust sprechen etc. ab.

*Bsp.: Wenn im Pferdestall eine tödliche Epidemie ausgebrochen ist, muss der Käufer des wertvollen Turnierpferds sich unmittelbar vor dem Verkauf beim Stallmeister nach dem Ergehen des Pferdes erkundigen.*

*Gegenbeispiel: Wer ein Gemälde verkaufen möchte, das seit Jahren an der Wohnzimmerwand hängt, hat auch während einer Reise kaum Anlass, sich vor Abschluss eines Kaufvertrags über den Verbleib des Bildes zu vergewissern. Er muss nicht damit rechnen, dass das Haus zwischenzeitlich abgebrannt oder ein Einbrecher die Wohnung ausgeräumt hat.*

*Fall 22: Orientteppich in der Garage (Konversatoriumsfall)*

*V schließt mit K in Hamburg einen Kaufvertrag über einen gebrauchten Orientteppich. Dieser lag, wie von A überprüft, zwei Tage zuvor zusammengerollt in seiner Garage in Würzburg. Wie sich später herausstellt, war der Teppich allerdings zwischenzeitlich – samt Garage – durch ein Feuer zerstört worden, das von der von V fehlerhaft installierten Elektronik verursacht wurde, wovon V allerdings keine Kenntnis hatte. Für einen vergleichbaren Teppich muss er bei einem anderen Verkäufer einen um 100,- € höheren Preis bezahlen.*

*Abwandlung:*

*Der Teppich wird nicht durch einen Blitzschlag, sondern durch ein bereits als möglich angekündigtes Hochwasser, in dessen Einzugsgebiet auch die Garage des V liegt, zerstört.*

## **5. Anspruch auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen, § 284 BGB**

(Looschelders, SchR AT § 30 Rn. 1 ff.)

*Fall 24: Renovierte Gaststätte*

*Pächter P renoviert die von V gepachtete Gaststätte für 10.000 €. Kurz vor Eröffnung verweigert V die Überlassung des Lokals. Dem von P geltend gemachten Anspruch auf Ersatz der Renovierungskosten widersetzt sich V mit dem Argument, diese Investition hätte P auch dann getätigt, wenn ihm die Gaststätte überlassen worden wäre.*

*Fall 25: Wahlwerbung*

*Die P-Partei mietet bei der Stadt S einen Festsaal, um dort bei freiem Eintritt eine Vortragsveranstaltung durchzuführen. Als der Bürgermeister kurz vor Veranstaltungsbeginn die Überlassung der Halle verweigert, fordert P von S Ersatz der Kosten für Werbung.*

**Voraussetzungen des Anspruchs auf Aufwendungsersatz (§ 284):**

1. Bestehen eines Anspruchs auf SE statt der Leistung (§§ 280 III; 311a II)
2. Ersatzfähige Aufwendungen: Aufwendungen, die der Gläubiger
  - a. im Vertrauen auf Erhalt der Leistung gemacht hat und
  - b. die er billigerweise machen durfte.
3. Kein Ausschluss: Anspruch ist ausgeschlossen, wenn verfolgter Zweck auch bei ordnungsgemäßer Leistung des Schuldners nicht erreicht worden wäre.

**Rechtsfolge:** Verpflichtung des Schuldners zum Ersatz der Aufwendungen des Gläubigers

**a. Vergebliche Aufwendungen zu kommerziellen Zwecken**

... sind als sog. Mindestschaden auch von §§ 280 I, III, 281- 283 BGB erfasst („Rentabilitätsvermutung“<sup>22</sup>):

*Bsp.: Renovierungsarbeiten in Mietwohnung, die nicht zur Verfügung gestellt wird*

*Bsp.: Finanzierungskosten bei der Bank*

*Bsp.: Gutachterkosten zur Feststellung des Mangels*

*Bsp.: Vertragskosten wie Notariatsgebühren, Maklergebühren, Fracht, Zölle.*

*Gegenbeispiel: Verhandlungskosten. Deren Grundlage ist das Vertrauen in die Möglichkeit, einen wirk-samen Vertrag abschließen zu können, nicht aber Vertrauen in Leistungserbringung.*

**b. Vergebliche Aufwendungen zu immateriellen Zwecken:**

*Bsp.: Anmietung eines Saales für eine politische Veranstaltung.*

*Bsp.: Reisekosten zu abgesehenem Konzert in anderer Stadt (vgl. Fall „Oscar-Preisverleihung“ bei Looschelders, SchR AT, **Rz. 1307**)*

**c. Konkurrenz zum Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung**

Der Gläubiger muss sich entscheiden („Statt ...“). Die beiden Ansprüche stehen in einem Verhältnis der Alternativität. (Im Gesetz unterstreichen!). Der Gläubiger kann also nicht sowohl entgangenen Gewinn (= Einnahmen minus Ausgaben, letztere einschließlich der von ihm zu tätigenen Aufwen-dungen) aus §§ 280 I, III, 281-283 BGB als auch Ersatz eben dieser Aufwendungen aus § 284 BGB ver-langen.

---

<sup>22</sup> Die Vermutung kann iRd §§ 280 I, III, 281-283 vom Schuldner widerlegt werden, siehe die Rechtsprechungs-nachweise bei BeckOK BGB/Lorenz, 70. Ed. 1.5.2024, § 281 Rn. 52.

**Fall 24 (Renovierte Gaststätte) - Abwandlung**

Wie oben, allerdings war der Pachtvertrag für die Dauer eines Jahres geschlossen worden und gelingt es P zu beweisen, dass er genauso wie seine Vorgänger von einem monatlichen Umsatz von 20.000 € ausgehen konnte und zugleich mit monatlichen Kosten in Höhe von 10.000 € aus-gehen konnte.

P hat einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 280 I, III, 281 I 1 Alt. 1 BGB. Fraglich ist die Höhe: P hätte einen Gewinn in Höhe von 110.000 € gemacht ( $12 \times 20.000 - 12 \times 10.000 - 10.000$  €). Da er 10.000 € an Renovierungskosten schon aufgewendet hat, stehen ihm noch 120.000 € an Schadensersatz zu, sodass er letzten Endes ebenfalls einen Gewinn von 110.000 € erzielt. Lediglich alternativ, nicht zusätzlich kann er (weitere) 10.000 € aus § 284 BGB verlan-gen. Könnte er beides kombinieren, stünde er mit insgesamt 120.000 € Gewinn besser als er stünde, wenn ihm die Gaststätte wie vereinbart überlassen worden wäre.

**6. Anspruch auf Herausgabe des Ersatzes oder eines etwaigen Ersatzanspruchs („stellvertretendes commodum“, Surrogat)**

(Looschelders, SchR AT § 31 Rn. 1 ff.)

... ist der Vermögensvorteil, der wirtschaftlich an die Stelle des an sich geschuldeten Leistungsgegenstandes tritt.

**Voraussetzungen des Anspruchs auf Herausgabe des Ersatzes (§ 285 BGB):**

1. (Vertragliches oder gesetzliches) Schuldverhältnis, gerichtet auf Leistung eines Gegenstandes (= Sachen und/oder Rechte)
2. (Anfängliches oder nachträgliches) Leistungshindernis iSd § 275 I – III BGB
3. Erlangung eines Ersatzes od. Ersatzanspruchs
4. Kausalzusammenhang zwischen Leistungshindernis u. Ersatzerlangung („infolge“)
- (5. Identität zwischen geschuldetem und ersetzttem Gegenstand)

**Rechtsfolge:** Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe des Ersatzes bzw. Abtretung.

**a. Zu den Voraussetzungen im Einzelnen:**

(0) Der Anspruch besteht unabhängig von einem Vertretenmüssen des Schuldners.

(1) Vertragliches oder gesetzliches Schuldverhältnis:

- Vertragliche Ansprüche,

- Ansprüche aus §§ 346 ff. BGB (→ unten IV 3)

- Ansprüche aus GoA, aus unerlaubter Handlung und aus verschärfter Bereicherungshaftung nach §§ 818 IV, 819 BGB (→ GK BGB IIb)

(2) Leistungshindernis (im Fall der §§ 275 II-III BGB nur, wenn sich Schuldner darauf beruft)

(3) Ersatz oder Ersatzanspruch (→ Bsp. unten)

(4) „infolge“: adäquate Kausalität zwischen Umstand, der zur Befreiung des Schuldners von der Leistungspflicht nach § 275 I-III BGB geführt hat und Erlangung des stellvertretenden commodums durch Schuldner.

*Gegenbeispiel: „mildtätiges Geschenk eines Dritten aus Anlass des Unglücks“<sup>23</sup>*

Klausur: In unproblematischen Fällen (commodum ex re, s. u.) bietet es sich an, die Prüfungspunkte 3 und 4 zusammen zu prüfen.

(5) Identität zwischen geschuldetem und ersetzen Gegenstand: Schuldner muss Ersatz gerade für denjenigen Gegenstand erlangt haben, den er geschuldet hat und dessen Leistung nach § 275 I- III BGB ausgeschlossen ist.

*Bsp.: Verkäufer erhält Versicherungssumme für beschädigtes oder zerstörtes Fahrzeug ausgezahlt.*

*Gegenbsp.: Schuldner erlangt Ersatz für Material (Seide), aus dem der geschuldete Gegenstand (Bluse) erst hergestellt werden sollte.*

#### **b. Zur Rechtsfolgen**

(a) Die Abtretung richtet sich nach den §§ 398 ff. BGB (→ unten E).

(b) Der Anspruch besteht neben dem Anspruch auf SE statt der Leistung. Macht der Gläubiger beide Ansprüche gelten, greift die in § 285 Abs. 2 BGB angeordnete anteilige Minderung.

(c) Macht der Gläubiger den Anspruch aus § 285 BGB geltend, muss er weiterhin die Gegenleistung erbringen (§ 326 Abs. 3 S. 1 BGB, notieren!).

Unterscheide zwei Varianten des Anspruchs aus § 285 BGB:

#### **c. Das commodum ex re („für die Sache“)**

*Bsp.: Versicherungssumme (bspw. im Fall des Bestehens einer Vollkaskoversicherung für das verkaufte und zerstörte Auto)*

*Bsp.: SE-Anspruch gegen dritten Verletzter (Vandale, der verkauftes Auto zerstört)*

#### **d. Das commodum ex negotiatione („aus Verhandlung“)**

*Bsp.: Veräußerungserlös bei anderweitiger Verfügung*

Die h. M. nimmt hier eine wirtschaftliche Betrachtungsweise vor und gewährt dem Gläubiger einen Anspruch auf Herausgabe des vom Verkäufer erzielten Veräußerungserlöses. Streng genommen müsste man zwischen der zur Unmöglichkeit führenden Verfügung (idR § 929 S. 1) und dem schuldrechtlichen Anspruch auf Veräußerungserlös (z. B. § 433 II) unterscheiden (Trennungsprinzip!).

---

<sup>23</sup> MüKoBGB/Emmerich, 9. Aufl. 2022, BGB § 285 Rn. 21 m. w. N. Begr.: Solche Geschenke sollen nach ihrer Zweckbestimmung schwerlich im Ergebnis dem Gläubiger zugutekommen.



*Bsp.: V verkauft Kfz (Wert: 9.000 EUR) zunächst an K1 (KP 8000), dann an K2 (KP 10.000 EUR), dem er das Auto auch sofort übereignet. Anspruch des K1 gegen V auf Abtretung von dessen KP-Anspruchs gegen K2 Zug-um-Zug gegen Bezahlung von 8.000 EUR?*

**e. Konkurrenz zum Anspruch auf SE statt der Leistung**

Beide Ansprüche können nebeneinander geltend gemacht werden, allerdings ist die Leistung aus § 285 auf den SE-Anspruch anzurechnen (§ 285 II).

**Konversatoriumsfall: Unmöglicher Jaguar**

*V verkauft K einen wertvollen Jaguar (Baujahr 1959) zum Preis von 90.000 €. Der Marktwert beträgt 100.000 €. Kurz vor der vereinbarten Übergabe wird der Wagen von einem unbekannten Dieb gestohlen. Er ist nicht wieder auffindbar. V hatte vergessen, den Wagen ordnungsgemäß abzuschließen. V hatte den Wagen versichert. Er erhält von seiner Versicherung die vereinbarte Versicherungssumme in Höhe von 60.000 € ausgezahlt. K ärgert sich auch deshalb, weil er für den Oldtimer eigens eine Garage angemietet hatte. Bis zu dem Termin, an dem der Mietvertrag gekündigt werden kann, fallen drei Monatsmieten à 100 € an.*

*Wie ist die Rechtslage?*

**Abwandlung**

*D hört kurz vor der Übergabe des Wagens von dem Geschäft des V mit K. Er gönnt seinem Rivalen K den schönen Wagen nicht. Daher bietet D dem V 120.000 € für den Jaguar. V ist einverstanden. Er schließt einen weiteren Kaufvertrag über den Wagen und übergibt und übereignet ihn sogleich an D. Dieser ist unter keinen Umständen bereit, den Wagen zurückzugeben.*

*Kann K von V Herausgabe des Kaufpreises in Höhe von 120.000 € verlangen?*

**IV. Konsequenzen der Leistungsstörung für den Anspruch auf die Gegenleistung**

**1. Wegfall der Gegenleistungspflicht, Ausnahmen (§ 326 BGB)**

(Looschelders, SchR AT § 35 Rn. 2 ff.)

**a. Grundsatz des § 326 I 1 Hs. 1 BGB**

Dass eine Leistungsstörung in der Pflicht des einen auch unmittelbare Auswirkungen auf die Leistungspflicht des anderen haben kann, zeigt § 326 BGB. Dieser ist das dogmatische Gegenstück zu § 275 BGB und bewirkt, dass bei einem Ausschluss der (Sach-)Leistungspflicht nach § 275 I-III BGB im Grundsatz gem. § 326 I 1 Hs. 1 BGB auch die Gegenleistungspflicht kraft Gesetzes entfällt. In der Regel trägt damit der Schuldner der (Sach-)Leistungspflicht die Gegenleistungs- oder Preisgefahr: Wenn er wegen § 275 I-III nicht erfüllen kann, erhält er infolge § 326 I 1 Hs. 1 auch keine Gegenleistung.

Wie sich aus der systematischen Stellung des § 326 im „Titel 2. Gegenseitiger Vertrag“ ergibt, gilt dies nur bei gegenseitigen Verträgen und wie aus dem Wortlaut des § 326 I 1 Hs. 1 ersichtlich wird, wiederum nur für die Gegenleistungspflicht, also jene, die mit der Leistungspflicht in einem Gegenseitigkeitsverhältnis (sog. Synallagma) steht.

Hintergrund dieser Vorschrift ist das Wesen des Synallagmas. Wenn die Leistungspflichten in einem „do ut des“-Verhältnis (lat. Ich gebe, damit du gibst) stehen, soll bei Unmöglichkeit der einen Pflicht die andere nicht einfach weiter fortbestehen: Keine Gegenleistung ohne Leistung.

Klausurhinweise:

(1) Die Vorschrift § 326 I 1 Hs. 1 ist im Rahmen der Prüfung des Anspruchs des Schuldners der unmöglich gewordenen (Sach-)Leistungspflicht auf die Gegenleistung anzusprechen. Ist z.B. die Pflicht des Verkäufers aus § 433 I 1 wegen § 275 I-III ausgeschlossen, schützt § 326 I 1 Hs. 1 den Käufer vor einer Inanspruchnahme aus § 433 II.

(2) Experten differenzieren schon in der Formulierung der Hypothese (vulgo: „Obersatz“) danach, ob ein Fall der anfänglichen oder nachträglichen Unmöglichkeit i.S.v. § 275 I vorliegt. Im ersten Fall ist § 326 I 1 Hs. 1 eine **rechtshindernde**, im zweiten eine **rechtsvernichtende Einwendung**.

Formulierungsvorschläge:

„Möglicherweise ist der Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer auf Kaufpreiszahlung aus § 433 II wegen § 326 I 1 Hs. 1 bereits **nicht wirksam entstanden** (rechtshindernde Einwendung).“

„Möglicherweise ist der Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer auf Kaufpreiszahlung aus § 433 II wegen § 326 I 1 Hs. 1 **erloschen** (rechtsvernichtende Einwendung).“

**b. Teilleistung, § 326 I 1 Hs. 2 BGB**

Bei teilweiser Unmöglichkeit entfällt der Anspruch auf die Gegenleistung anteilig, § 326 I 1 Hs. 2 BGB. Für die Berechnung verweist der Gesetzgeber auf die Regelung über die Berechnung des geminderten Kaufpreises, § 441 III BGB (→ unten F VI 3).

*Bsp.: Der Weinbauer S verkauft dem Weinhändler G seine letzten zehn Kisten „Würzburger Stein-Harfe Riesling Trockenbeerenauslese Jahrgang 2012“ zum Preis von 10.000 EUR. Der Marktwert des Weins beträgt 12.000 EUR. Beim Einladen der Flaschen gehen S fünf Kisten zu Bruch. G schuldet S nur noch 5.000 (nicht: 6.000) EUR für die übrig gebliebenen fünf Kisten, §§ 326 I 1 Hs. 2, 441 III BGB.*

**c. Ausnahmen vom Grundsatz „Keine Gegenleistung ohne Leistung“**

Die Anwendung des Grundsatzes „Keine Gegenleistung ohne Leistung“ aus § 326 I 1 Hs. 1 BGB passt in bestimmten Konstellationen unter Wertungsgesichtspunkten nicht, weshalb hierzu einige Ausnahmen existieren. Diese bewirken allesamt einen Übergang der Gegenleistungs- oder Preisgefahr auf den Gläubiger der (Sach-)Leistungspflicht, mit der Folge, dass der Anspruch des Schuldners der (Sach-)Leistungspflicht auf die Gegenleistung trotz Ausschlusses seiner Leistungspflicht nach § 275 I-III bestehen bleibt. Der Gläubiger der (Sach-)Leistungspflicht ist in diesem Fall also zur Erbringung der Gegenleistung (z. B. Kaufpreiszahlung nach § 433 II BGB) verpflichtet, obwohl er die (Sach-)Leistung vom Schuldner wegen § 275 I-III nicht erhält. Die Darlegungs- und Beweislast trägt der Schuldner der Sachleistungspflicht.

(1) Ausnahme des § 326 I 2 BGB

Wie § 326 I 2 BGB ausdrücklich anordnet ist die Regel des S. 1 nicht anwendbar, wenn die **Nacherfüllung** (→ unten Kaufrecht) wegen § 275 I-III BGB ausgeschlossen ist. Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist es, das Wahlrecht des Gläubigers der (Sach-)Leistungspflicht (= des Käufers) zwischen Rücktritt und Minderung aufrechtzuerhalten. So kann beispielsweise der Käufer zwischen § 437 Nr. 2 Alt. 1 BGB (Rücktritt) und § 437 Nr. 2 Alt. 2 BGB (Minderung) frei wählen. Wenn einzig die Pflicht zur Nacherfüllung (§ 439 I BGB) als modifizierte Pflicht aus § 433 I 2 BGB unmöglich wird, die Pflicht aus § 433 I 1 BGB (Übereignung und Übergabe) aber möglich bleibt, würde die Anwendbarkeit des § 326 I 1 Hs. 1 BGB stets eine Minderung kraft Gesetzes bedeuten. Dem Käufer wäre damit sein ius variandi genommen. Dies soll § 326 I 2 BGB verhindern. Stattdessen kann der Gläubiger der (Sach-)Leistungspflicht (= der Käufer) in diesem Fall nach § 326 V vom Vertrag zurücktreten (→ unten Teil C IV 2 a).

(2) Ausnahme des § 326 II 1 Alt. 1 BGB („Alleinige oder weit überwiegende Verantwortlichkeit“)

Trotz Ausschlusses der Leistungspflicht nach § 275 I-III BGB bleibt der Anspruch auf die Gegenleistung nach § 326 II 1 Alt. 1 BGB erhalten, wenn der Gläubiger (der Leistungspflicht, z. B. Käufer) für den das Leistungshindernis nach § 275 I-III BGB begründenden Umstand allein oder weit überwiegend verantwortlich ist. Der Gläubiger der Gegenleistung muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt, § 326 II 2 BGB.

*Bsp. 1: Käufer K hat den Wagen nach einer Probefahrt unverschlossen beim Verkäufer V zurückgelassen, wo er dann vor Übergabe gestohlen wird: K bleibt zur Zahlung des unmöglich gewordenen Wagens verpflichtet.*

**Fall 26 (nach Bühnenoberschiedsgericht Hamburg, NJW 1995, 903)**

*Das Opernhaus G der Stadt B hatte die Sängerin S für acht Aufführungen der Oper „Die wunder-same Schustersfrau“ von Udo Zimmermann engagiert. Während einer Probe erlitt S einen schweren Unfall, als sie von dem oberen Ende der steilen, zum Bühnenhaus führenden, nicht ausreichend gesicherten (§ 618 II) Treppe abstürzte. Die Verletzungen machten einen längeren Krankenhausaufenthalt der S erforderlich. Sie war längere Zeit arbeitsunfähig krank und konnte bei den geplanten Aufführungen nicht singen. S kann von G Zahlung der vereinbarten Gage verlangen.*

**Vertiefungs- und Wiederholungshinweis:** Der Gläubiger hat **keine vertragliche Pflicht**, die Leistung nicht unmöglich zu machen. Es handelt sich vielmehr um eine **Obliegenheit** (→ oben), deren Verletzung für den Gläubiger den Nachteil mit sich bringt, dass der Gläubiger die Gegenleistung in dem in § 326 II B BGB bestimmten Umfang erbringen muss, ohne die Leistung zu erhalten.

*Bsp.: K kauft bei V eine Kristallvase. V packt sie für K ein. Dabei stößt K aus Unvorsichtigkeit die Vase um. V kann nicht mehr liefern. Doch K hat die Unvorsichtigkeit zu vertreten. Er schuldet dennoch Bezahlung aus § 326 II 1 BGB.*

Zur Erinnerung: Anders als Pflichten sind Obliegenheiten nicht einklagbar und bescheren dem anderen Teil auch keinen Anspruch auf Schadensersatz. Ihre Verletzung wird nur indirekt sanktioniert, nämlich in einem Rechtsverlust für den Verletzer. Anders

Weitere Beispiele (neben § 326 II BGB):

- rechtzeitiges Annehmen der Leistung (bei Annahmeverzug kommt es u. a. zu einer Haftungsmilderung für Schuldner gemäß § 300 I BGB)

- Obliegenheit, den Schaden zu vermindern, § 254 BGB (sonst Kürzung des SE-Anspruchs)
- Versicherungsverträge: bei verspäteter Anzeige kein Ersatz.

(3) Ausnahme des § 326 II 1 Alt. 2 BGB („Annahmeverzug“)

Der Anspruch auf die Gegenleistung bleibt nach § 326 II 1 Alt. 2 BGB ebenfalls unberührt, wenn der Ausschluss der Leistungspflicht nach § 275 I-III BGB zu einem Zeitpunkt eintritt, in dem sich der Gläubiger der (Sach-)Leistungspflicht im Annahmeverzug befindet (§§ 293 ff. BGB) und der Schuldner der (Sach-)Leistungspflicht den zur Unmöglichkeit führenden Umstand nicht zu vertreten hat. Näher zu den Voraussetzungen des Annahmeverzugs → oben C I e („Vertretenmüssen“).

**Fall 27: Wein im Straßengraben – Variante von Fall 21**

*K, Liebhaber besonderer Weine, bestellt am 2.5. beim Randersackerer Winzer V zwölf Flaschen Silvaner der Lage: „Ewig Leben“ zum Schnäppchenpreis. Es wird vereinbart, dass V dem K die Flaschen in dessen Wohnung in Veitshöchheim liefert. Am 7.5.2009 versucht V, die Weinflaschen an K auszuliefern, K ist an diesem Tag jedoch beruflich verreist. V hinterlässt K einen Zettel, in dem er die Lieferung für den 12.5. um 12 Uhr ankündigt. K sieht den Zettel, vergisst den Termin jedoch und ist daher am 12.5. wiederum nicht zu Hause. V fährt unverrichteter Dinge wieder zurück. Hierbei verursacht er leicht fahrlässig einen Unfall. Die Weinflaschen gehen zu Bruch.*

*Ansprüche des K gegen V? (→ oben Fall 21)*

*Kann V von K Zahlung des Kaufpreises verlangen?*

**Variante des Grundfalls 21 Wein im Straßengraben**

*Auf der Rückfahrt von seinem zweiten vergeblichen Lieferversuch am 12.5. trifft V seinen Stammkunden X, der für eine Feierlichkeit mit seiner Schwiegerfamilie passenden Wein sucht. X zeigt sich sogleich interessiert an den für K vorgesehenen zwölf Flaschen Wein und nimmt sie mit nach Hause. Die zwölf Flaschen werden im Kreise der Verwandtschaft des X noch am selben Abend geleert. K der sich inzwischen anderweitig günstiger eindecken konnte, meint, da V „seine Flaschen“ dem X geliefert habe, müsse er nun keine Flaschen mehr abnehmen und auch den Kaufpreis nicht bezahlen. V besteht auf Kaufpreiszahlung und Abnahme von zwölf anderen Flaschen Silvaner Randersackerer Ewig Leben aus seinem Vorrat.*

*Kann V von K Kaufpreiszahlung und Abnahme verlangen?*

*Zusatzfrage: Kann V außerdem Ersatz der durch den vergeblichen Lieferversuch am 12.5. entstandenen Kosten von K verlangen?*

(4) Ausnahme des § 326 III 1 BGB („Surrogat nach § 285 BGB“)

Der Anspruch auf die Gegenleistung bleibt nach § 326 III 1 BGB bestehen, wenn der Gläubiger der (Sach-)Leistungspflicht statt des geschuldeten Gegenstands das Surrogat nach § 285 BGB

herausverlangt. In diesem Fall ist die Wertung des § 326 I 1 Hs. 1 BGB nicht gerechtfertigt, da eine Störung des Synallagmas infolge des Ersatzes über § 285 BGB nicht (mehr) vorliegt.

*Bsp.: Entscheidet sich der Käufer des gestohlenen Pkw dafür, vom Verkäufer die Abtretung von dessen Anspruch gegen die Vollkaskoversicherung zu verlangen, muss K im Gegenzug den vereinbarten Kaufpreis bezahlen.*

Die Pflicht zur Gegenleistung reduziert sich allerdings verhältnismäßig, wenn der Wert des stellvertretenden commodums unter dem Wert der eigentlichen (gemäß § 275 I – III unmöglich o. ä. gewordenen) Vertragsgegenstand zurückbleibt.

*Bsp. („Unmöglicher Jaguar“): 90.000 EUR Kaufpreis für den später gemäß § 275 I BGB unmöglich gewordenen Jaguar (Wert: 100.000 EUR), Versicherungssumme: 60.000 EUR: In diesem Fall kann K von V aus § 285 BGB Herausgabe der Versicherungssumme verlangen. Die Gegenleistungspflicht des K reduziert sich gemäß § 326 III 2 BGB um 40 % von 90.000 auf 54.000 EUR, weil K von V statt eines Gegenwertes in Höhe von 100.000 nur 60.000 EUR erhält. (In Betracht kommt dann Aufrechnung, § 387 BGB, sodass V effektiv nur 6.000 EUR an K bezahlen muss.)*

#### (5) Ausnahmen aus dem besonderen Schuldrecht

Daneben enthält das besondere Schuldrecht spezielle Regelungen, die den Grundsatz des § 326 I 1 Hs. 1 BGB durchbrechen. Wichtige Vorschriften finden sich im Kaufrecht mit den §§ 446, 447 BGB (→ unten F VII) sowie im Dienst- und im Werkvertragsrecht mit den § 615 bzw. § 644 BGB (→ GK BGB IIc).

#### **Beispielsfall 28: Knopf im Ohr im Hals (Konversatoriumsfall)**

*Der zweieinhalbjährigen T gelingt es beim Spielen, den an ihrem Teddybären angebrachten Knopf abzureißen. T nimmt den Knopf in den Mund nimmt und verschluckt sich. Die hilflosen Eltern rufen den Notarzt A. In dem Moment, in dem A zur Tür hereintritt, spuckt T den Knopf wieder aus. A fährt unverrichteter Dinge von dannen.*

*Anspruch des A auf Vergütung?*

#### **d. Anspruch auf Rückgewähr einer schon erbrachten Gegenleistung, § 326 IV BGB**

Soweit der Gläubiger der (Sach-)Leistungspflicht die Gegenleistung schon erbracht hat, obwohl er hierzu wegen § 326 I 1 Hs. 1 BGB nicht verpflichtet war, hilft § 326 IV BGB. Dieser stellt eine eigene Anspruchsgrundlage bereit, die eine Rückabwicklung nach den §§ 346 ff. BGB vorsieht (sog. Rechtsfolgenverweisung, → Kasten). Zu §§ 346 ff. BGB → sogleich unten.

#### **Unterscheide: Rechtsfolgen- v. Rechtsgrundverweisung**

(1) Rechtsfolgenverweisung: Norm A verweist lediglich auf die Rechtsfolge der Norm B. Deren Rechtsfolgen treten ein, auch wenn nur die tatbestandlichen Voraussetzungen der verweisenden Norm A vorliegen. Der Tatbestand der in Bezug genommenen Norm B muss nicht erfüllt sein.

*Bsp.: Verweis von § 281 V auf §§ 346 ff. BGB*

(2) Rechtsgrundverweisung: Norm A verweist sowohl auf den Tatbestand als auch auf die Rechtsfolge von Norm B. Deren Rechtsfolge tritt nur ein, wenn auch die tatbestandlichen Voraussetzungen der in Bezug genommenen Norm erfüllt sind.

*Bsp. 1: Verweis von § 254 II 2 BGB auf § 278 BGB*

*Bsp. 2: Verweis von § 437 BGB auf Rechte des Käufers bei Mängeln der Kaufsache*

Vertiefung für Experten: Für den Fall, dass die Gegenleistungspflicht wegen § 326 I 1 Hs. 1 BGB bereits von Anfang an (ex tunc) nicht bestanden hat, wäre auch eine Rückabwicklung nach § 812 I 1 Alt. 1 BGB (sog. *condictio indebiti*), die Leistung auf eine Nichtschuld → GK BGB IIb) denkbar (str.). Dennoch erscheint es wohl vorzugswürdig, § 326 IV BGB als abschließende Spezialregelung zu verstehen. Es mag zunächst überraschen, dass eine Vorschrift aus dem „Schuldrecht AT“ eine Regelung aus dem „Schuldrecht BT“ im Wege der Spezialität verdrängen soll. Letztlich ist die „Leistung auf eine Nichtschuld infolge Unmöglichkeit“ jedoch ein Sonderfall der „Leistung auf eine Nichtschuld“. Durch den Verweis auf die §§ 346 ff. BGB macht der Gesetzgeber deutlich, dass dieser Spezialfall nach Rücktritts- und nicht nach Bereicherungsrecht gelöst werden soll. Diese Wertung darf durch die Anwendbarkeit der §§ 812 ff. BGB nicht unterlaufen werden.

## **2. Rücktritt (§§ 323, 326 V BGB)**

(Looschelders, SchR AT § 35 Rn. 25 ff.)

In den Fällen des § 326 I 1 Hs. 1 BGB entfällt die Gegenleistungspflicht von Gesetzes wegen. Daneben kann eine Leistungsstörung auch mittelbar, nämlich nach Ausübung eines Gestaltungsrechts, zum Entfallen der Gegenleistungspflicht führen. Leistet der Schuldner der (Sach-)Leistungspflicht nicht oder nicht vertragsgemäß, ist stets die Möglichkeit des Rücktritts in Betracht zu ziehen. Mit Ausübung des Rücktrittsrechts entfällt der Anspruch auf die Gegenleistung ex nunc, also vom Zeitpunkt der Gestaltungserklärung an. Der Rücktritt ist eine rechtsvernichtende Einwendung.

*Formulierungsbeispiel: „Möglicherweise ist der wirksam entstandene Anspruch des K gegen V auf Übergabe und Übereignung der Kaufsache (§ 433 I) aber aufgrund wirksamen Rücktritts des V untergegangen, §§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 323.“*

Vergleichbar mit anderen Gestaltungsrechten (z. B. Anfechtung, Minderung) setzt auch der Rücktritt einen „Dreiklang“ voraus: Rücktrittsgrund (auch: Rücktrittsrecht), Rücktrittserklärung (§ 349 BGB) und das Fehlen von Ausschlussgründen (§ 323 VI BGB).

*Formulierungsbeispiel (Fortsetzung): „Wirksamer Rücktritt setzt dreierlei voraus: (1) das Recht des K zum Rücktritt, (2) eine Rücktrittserklärung gem. § 349 sowie (3) sowie das Fehlen von Ausschlussgründen.“*

Rücktrittsrechte enthalten die §§ 323, 324 und 326 V BGB. Während es in den Fällen der §§ 323, 326 V um die Verletzung von leistungsbezogenen Pflichten durch den Schuldner geht, betrifft § 324 BGB den Fall der Verletzung einer nichtleistungsbezogenen Nebenpflicht aus § 241 II BGB (sog. Schutzpflichten).

### Klausurhinweise:

*(1) Anders als der Anspruch auf Schadensersatz setzt der Rücktritt kein Vertretenmüssen voraus.*

*(2) Der Rücktritt ist überdies kein Anspruch, sondern ein Gestaltungsrecht. Es gibt also keinen „Anspruch auf Rücktritt“, sondern nur ein „Rücktrittsrecht“; erst nach (!) wirksamem Rücktritt besteht auch ein „Anspruch auf Rückgewähr gem. § 346 I BGB“.*



Ausblick: Wichtig ist diese Unterscheidung auch für die Verjährung: Gem. § 194 I BGB können nur Ansprüche verjähren, nicht aber Gestaltungsrechte. Der Rücktritt wird nach § 218 I BGB lediglich „unwirksam“, wenn der zugrundeliegende Anspruch verjährt ist und die Verjährungseinrede erhoben wird. Im Ergebnis läuft das auf eine Quasi-Verjährung des Rücktritts hinaus. Näher → unten F VIII (Kaufrecht).

**a. Rücktritt nach § 326 V BGB (Unmöglichkeit)**

Nach § 326 V BGB kann der Gläubiger ohne Fristsetzung vom Vertrag zurücktreten, wenn der Schuldner der (Sach-)Leistung diese wegen § 275 I-III BGB nicht erbringen muss.

Die Regelung überrascht auf den ersten Blick, weil die synallagmatische Gegenleistungspflicht in der Regel wegen § 326 I 1 Hs. 1 BGB (→ oben 1) ohnehin kraft Gesetzes entfällt. Es ist jedoch zu bedenken, dass der Gläubiger nicht immer weiß, aus welchem Grund (Unmöglichkeit?) die Leistung des Schuldners ausbleibt. In solchen Fällen gewährt die Ausübung des Rücktrittsrechts (gemäß § 323 I 1 Alt. 1 BGB) Rechtssicherheit.

Darüber hinaus hat das Rücktrittsrecht nach § 326 V BGB in folgenden Fällen eine eigenständige Bedeutung:

**(1) Befreiung von der verbleibenden Gegenleistung bei Teilunmöglichkeit**

Wenn sich die Unmöglichkeit auf einen Teil der Leistung beschränkt, entfällt die Gegenleistungspflicht nach § 326 I 1 Hs. 1 BGB nur für diesen Teil der Leistung. Für den Teil der Leistung, der nicht von der Unmöglichkeit betroffen ist, bestehen sowohl die Leistungspflicht als auch die Gegenleistungspflicht grundsätzlich weiter (vgl. auch den Verweis des § 326 I 1 Hs. 2 auf § 441 III BGB). Will der Gläubiger die Gegenleistungspflicht auch für den nicht von der Unmöglichkeit betroffenen Teil der Leistung beseitigen, hilft nur ein Rücktritt nach § 326 V BGB, vgl. die Geltendmachung von „großem Schadensersatz“ (→ oben III 4 b). Die Voraussetzungen von § 323 V sind zu beachten (→ unten b).

**(2) Befreiung von der nicht synallagmatischen Leistungspflicht**

Da gem. § 326 I 1 Hs. 1 BGB nur die synallagmatische Gegenleistungspflicht erlischt, muss der Gläubiger nach § 326 V zurücktreten, wenn er sich von einer vertraglichen Pflicht befreien möchte, die nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis steht, z. B. der Rücksichtnahmepflicht gemäß § 241 II BGB.<sup>24</sup>

**(3) Befreiung von der synallagmatischen Gegenleistungspflicht bei § 326 I 2 BGB**

Ist die **Nacherfüllung** (→ unten F VI 1, Kaufrecht) wegen § 275 I-III BGB ausgeschlossen, bleibt der Anspruch auf die Gegenleistung abweichend von § 326 I 1 Hs. 1 BGB bestehen, § 326 I 2 BGB. Auch hier bleibt dem Gläubiger der (Sach-)Leistung (= Schuldner der Gegenleistungspflicht) einzig der Rücktritt nach § 326 V BGB.

**Voraussetzungen des Rücktrittsrechts aus § 326 V BGB**

1. Gegenseitiger Vertrag, §§ 326 V Hs. 2, 323 I BGB
2. Ausschluss der Leistungspflicht des Schuldners infolge § 275 I-III BGB
3. Entbehrlichkeit der Fristsetzung, § 326 V Hs. 2 BGB

<sup>24</sup> BeckOGK/Herresthal, 1.4.2022, BGB § 326 Rn. 328.



4. Keine Unerheblichkeit nach §§ 326 V Hs. 2, 323 V 2 BGB (bei Schlechtleistung) bzw. kein Interesse an der Teilleistung, §§ 326 V Hs. 2, 323 V 1 BGB (bei Teilleistung)

5. Kein Ausschluss nach §§ 326 V Hs. 2, 323 VI BGB

Hinweis: Aus dem Verweis von § 326 V Hs. 2 auf § 323 BGB wird deutlich, dass das Rücktrittsrecht aus § 326 V BGB grundsätzlich auch den Anforderungen des § 323 BGB genügen muss. Eine Ausnahme gilt für das Fristsetzungserfordernis. Im Fall der Unmöglichkeit ist Fristsetzung aber auch sinnlos.

### **b. Rücktritt nach § 323 BGB**

Leistet der Schuldner trotz Fälligkeit (und in Abgrenzung zu § 326 V BGB trotz Möglichkeit) nicht oder nicht vertragsgemäß, so kann der Gläubiger nach erfolglosem Ablauf einer zur Leistung oder zur Nacherfüllung gesetzten Frist vom Vertrag zurücktreten.

#### **Voraussetzungen des Rücktrittsrechts nach § 323 BGB**

1. Gegenseitiger Vertrag
2. Nichtleistung oder Schlechtleistung trotz fälliger und einredefreier Leistungspflicht
3. Erfolgreiche Fristsetzung oder Entbehrlichkeit nach § 323 II BGB
4. Bei Teilleistung § 323 V 1 BGB, bei Schlechtleistung § 323 V 2 BGB
5. Kein Ausschluss nach § 323 VI BGB

Zu den Voraussetzungen im Einzelnen:

(1) Anders als §§ 280 ff. BGB gelten §§ 323 ff. nur für vertragliche Schuldverhältnisse, genauer: gegenseitige Verträge. (Für andere Fälle macht Rücktritt keinen Sinn, weil es dem Gläubiger um die Befreiung von der eigenen Gegenleistungspflicht geht.)

(2) Die Vorschrift § 323 I Alt. 1 BGB erfasst die „Nichtleistung“, der Wortlaut des § 323 I Alt. 2 BGB „nicht vertragsgemäß“ meint hingegen die „Schlechtleistung“. Insofern besteht Übereinstimmung mit § 281 I 1 BGB.

*Bsp.: Hochzeitsphotograph: P erscheint trotz dringender Aufforderung (= Fristsetzung) nicht zur Hochzeit. Ps Photographien sind unscharf. P ist auch nach Aufforderung (= Fristsetzung) nicht bereit, den Autofokus einzuschalten.*

(3) Die Fristsetzung ist in den Fällen des § 323 II Nr. 1-3 BGB entbehrlich (lesen!). Beachte: Anders als nach § 281 II kommt gemäß § 323 II Nr. 2 BGB auch bei Überschreiten eines gesetzten Termins ein Rücktritt in Betracht (Voraussetzung: relatives Fixgeschäft: Gläubiger macht deutlich, dass für ihn der Vertrag mit der Pünktlichkeit der Leistung „steht und fällt“), im Normalfall aber nicht Schadensersatz statt der Leistung.

Nach Abs. III tritt an die Stelle der Fristsetzung die Abmahnung, wenn nach der Art der Pflichtverletzung eine Fristsetzung nicht in Betracht kommt. Dies gilt insbesondere für Pflichten, die in einem Unterlassen bestehen. Dasselbe gilt nach § 281 III BGB.

Abs. IV enthält eine Ausnahme vom Erfordernis der Fälligkeit aus § 323 IV BGB. Grundsätzlich muss die Leistungspflicht wirksam, fällig und einredefrei sein. Ausnahmsweise erlaubt § 323 IV BGB aber einen Rücktritt vor Fälligkeit, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden. Die Vorschrift § 281 BGB kennt keine entsprechende Bestimmung.

(4) Eine besondere Hürde gilt nach V sowohl für die Teilleistung als auch für die Schlechtleistung. Wegen einer **teilweisen Nichtleistung** darf nur zurückgetreten werden, wenn der Gläubiger an der Teilleistung kein Interesse hat, **§ 323 V 1 BGB** (Beweislast beim Gläubiger, z. B. Käufer). Bei einer **Slechtleistung** kann der Gläubiger hingegen nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist, **§ 323 V 2 BGB** (Beweislast trägt Schuldner, z. B. Verkäufer). Auch insofern besteht Parallelität zu § 281 I 2 bzw. 3 BGB.

(5) Die Regelung in Abs. VI schließt das Rücktrittsrecht des Gläubigers aus, wenn der Gläubiger für den zum Rücktritt berechtigenden Umstand allein oder überwiegend verantwortlich ist oder der vom Schuldner nicht zu vertretene Umstand während des Gläubigerverzugs (→ §§ 293 ff. BGB) eintritt. Siehe die vergleichbare Regelung in § 326 II 1 BGB. Entsprechend ist gemäß § 280 I 2 BGB der Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz ausgeschlossen, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

**c. Zusammenfassende Tabelle: Rechtsfolgen der Bestimmung einer Leistungszeit**

	Rechtsfolge bei unpünktlicher Lieferung und (vermutetem) Vertretenmüssen		
	Verzugseintritt (§ 286 BGB)	Rücktrittsrecht (§§ 323, 326 V BGB)	Schadensersatz statt der Leistung (§§ 280 I, III, 281 bzw. 283)
<b>Einfache Fristsetzung</b> (Termin gesetzt)	ja, § 286 II Nr. 1	Nein	nein
<b>relatives Fixgeschäft</b> (Gl. macht im Vertrag deutlich, dass für ihn der Vertrag mit der Pünktlichkeit steht oder fällt.) → aufgrund Parteivereinbarung → insofern subjektive Komponente	Idem	ja, § 323 II Nr. 2, Fristsetzung ist nicht erforderlich	nein  <i>Beachte: man kann individualvertraglich die Fristsetzung für entbehrlich erklären (arg. e contr. aus § 309 Nr. 4)</i>
<b>besondere Umstände</b> (z. B. Just-in-time-Geschäft) → obj. Komponente	Idem	Idem	ja, § 281 II 2. Alt., Fristsetzung ist nicht mehr erforderlich
<b>abs. Fixgeschäft</b> (→ Unmöglichkeit) → obj. Komponente	idem, aber selten. Bsp. (Fall 3): Aufwendungen für Suche nach verspätetem Hochzeitsphotographen sind Verzögerungsschaden. → Anspruch bleibt neben SE statt der Leistung bestehen, auch wenn später endg. Unmöglichkeit feststeht (str.).	§ 326 I und V 2. HS (automatische Befreiung von Gegenleistungspflicht bzw. Rücktritt ohne Fristsetzung möglich)	ja, §§ 280 I, III, 283: Fristsetzung nicht erforderlich

**d. Rücktritt nach § 324 BGB**

Im Fall der Schutzpflichtverletzung kommt Rücktritt in Betracht, wenn dem Gläubiger ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zumutbar ist. Die Regelung erinnert stark an § 282 BGB. Wie dort wird man vom Gläubiger häufig eine vorherige, erfolglos gebliebene Abmahnung verlangen müssen. Vertretenmüssen ist wie stets beim Rücktritt (und anders als beim Anspruch auf Schadensersatz, § 280 I 2 BGB) keine Voraussetzung, spielt bei der Beurteilung der Frage, ob das Festhalten am Vertrag noch zumutbar ist oder nicht, aber eine Rolle.

**3. Rechtsfolgen des Rücktritts (§§ 346 ff. BGB)**

(Looschelders, SchR AT § 40 Rn. 10 ff.)

Nach § 346 I BGB sind im Falle des Rücktritts die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und die gezogenen Nutzungen (vgl. § 100 BGB) herauszugeben. Wie sich bereits aus dem Wortlaut ergibt, regelt § 346 I BGB die Rechtsfolgen des Rücktritts nicht abschließend, sondern nur die Konstellation, dass die Leistungen bereits erbracht wurden (vgl. „empfangenen Leistungen“).

Wenn die Leistungen hingegen noch nicht erbracht wurden, bewirkt der Rücktritt einzig das Erlöschen der Leistungspflichten (sog. rechtsvernichtende Einwendung, s. o.). Schließlich gibt es in diesem Fall weder empfangene Leistungen noch Nutzungen, die zurückgewährt bzw. herausgegeben werden könnten. Diese Rechtsfolge ist im BGB zwar nicht ausdrücklich geregelt, wird jedoch von § 346 I BGB implizit vorausgesetzt, der insoweit ein „mehr“ regelt.

Soweit die Leistungen aber ausgetauscht wurden, gestaltet der Rücktritt das ursprüngliche Schuldverhältnis in ein Rückgewährschuldverhältnis um, § 346 I BGB. Dies ist ein bedeutender Unterschied zur Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht (§§ 812 ff. BGB → GK BGB IIb). Während dort ein neues gesetzliches Schuldverhältnis entsteht, wird durch den Rücktritt das alte lediglich modifiziert.

**a. Rückgewähr der empfangenen Leistungen, § 346 I BGB**

Sind die empfangenen Leistungen noch vorhanden, sind sie in Natur zurückzugewähren, § 346 I BGB.

**b. Herausgabe der gezogenen Nutzungen, § 346 I BGB**

Entsprechendes gilt für die gezogenen Nutzungen. Sind diese noch vorhanden, sind sie nach § 346 I BGB herauszugeben. Unter Nutzungen sind

- Früchte i.S.v. § 99 BGB (Sach- und Rechtsfrüchte), z. B. Eier eines Huhns, Ernte eines Obstbaums, die auf eine Aktie entfallende Dividende und

- Gebrauchsvorteile i.S.v. § 100 BGB, z. B. die tatsächliche Nutzung eines Pkw oder einer Wohnung, die aus einer Geldanlage resultierenden Zinsen

zu verstehen.

*Kommentieren Sie sich §§ 99 und 100 BGB neben dem Wörtchen „Nutzungen“ in § 346 I BGB!*

Keine Form der Nutzung sind der Verbrauch (Verspeisen etc.) oder die Veräußerung der Sache. Hier greift:

**c. Verpflichtung zum Wertersatz, § 346 II BGB**

Ist die Rückgewähr der empfangenen Leistungen oder gezogenen Nutzungen wegen § 346 II 1 Nr. 1-3 BGB (lesen!) nicht oder nur unter verschlechterten Bedingungen möglich (vgl. die Formulierung „so- weit“ in § 346 II BGB), tritt an die Stelle der Rückgewährpflicht ein Anspruch auf Wertersatz, § 346 II 1 BGB (vgl. die entsprechende Regelung in § 818 II BGB → GK BGB IIb).

Bei der Berechnung des Wertersatzes ist nach § 346 II 2 Hs. 1 BGB die Gegenleistung zugrunde zu legen, wobei für die Berechnung als solche § 441 III BGB entsprechend maßgeblich ist (→ unten F VI 3 Kaufrecht).

Die Wertersatzpflicht entfällt in den Fällen des § 346 III 1 Nr. 1-3 BGB, etwa wenn der Gläubiger (der Rückgewährspflicht) den Untergang der Sache zu vertreten hat (§ 346 III 1 Nr. 2 Alt. 1 BGB).

**d. Herausgabe der nicht gezogenen Nutzungen, § 347 I BGB**

Soweit der Schuldner Nutzungen entgegen den Regeln der ordnungsgemäßen Wirtschaft nicht zieht, obwohl es ihm möglich gewesen wäre, ist er dem Gläubiger nach § 347 I BGB zum Wertersatz ver- pflichtet.

Für den Berechtigten bei einem gesetzlichen Rücktrittrecht greift eine Haftungsprivilegierung, § 347 I 2 BGB: Nur Haftung für die eigenübliche Sorgfalt, „Verschulden gegen sich selbst“, siehe auch § 277 BGB und unten „Vertre- tenmüssen“).

**e. Ersatz der Verwendungen, § 347 II BGB**

Wenn der Schuldner der Rückgewährpflicht aus § 346 I BGB auf die empfangene Sache Verwendungen gemacht hat, kann er notwendige Verwendungen nach § 347 II 1 BGB ersetzt verlangen. Verwendun- gen sind freiwillige Vermögensopfer (Aufwendungen), die einer Sache zugutekommen. Sie sind not- wendig, wenn sie zum Erhalt oder zur ordnungsgemäßen Bewirtschaftung der Sache erforderlich sind. Andere Aufwendungen als notwendige Verwendungen sind hingegen nur nach § 347 II 2 BGB ersetz- bar.

*Bsp.: Nach dem wirksamen Rücktritt vom Kaufvertrag über ein Pferd samt Ausrüstung kann der Käufer K vom Verkäufer V Ersatz der Kosten für das Füttern des Pferdes und die tierärztliche Be- handlung (notwendige Aufwendungen, II 1). Hat hingegen der kleinwüchsige K außerdem den zum Pferd gehörenden Sattel auf seine Größe angepasst, ist V nicht bereichert (II 2). Hie- für schuldet V dem K keinen Ersatz geschuldet.*

Vertiefungshinweis: Im → GK BGB III Sachenrecht im Zusammenhang mit dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis werden Sie hinsichtlich des Wertersatzes zwischen drei Kategorien von Verwendungen differenzieren:

- notwendige (= objektiv erforderliche) Verwendungen (§ 994),
- nützliche (wertsteigernde, aber nicht erforderlichen) Verwendungen (§ 996) und
- sonstige (nicht einmal wertsteigernde) Verwendungen.

**Fall 29: Schneckensalat (Konversatoriumsfall)**

*Der Kläger W betreibt ein französisches Gourmet-Restaurant. Der Bekl. G (Dr. Ing.) hatte für sich und seine Gattin am 4. 10. 2008 einen Tisch reservieren lassen. Er bestellte Speisen und*

*Getränke im Gesamtwert von 152 €. Während des Essens entdeckten die Eheleute im Salat, der der Ehefrau des Bekl. gereicht wurde, eine Schnecke. Der Bekl. verließ daraufhin mit seiner Gattin das Lokal, ohne zu bezahlen. Der Kl. begehrt Zahlung von 142 € (152 € Rechnungsbetrag abzüglich eines Abschlags von 10 € für den Salat).*

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

(siehe dazu Looschelders, SchR AT § 39 Rn. 3 ff.)

##### **a. Begriff des Dauerschuldverhältnisses**

Dauerschuldverhältnisse sind nicht auf einmaligen Leistungsaustausch (Bsp.: normaler Kaufvertrag, Werkvertrag etc.), sondern auf Leistung über einen längeren Zeitraum angelegt:

- Verträge über eine dauernde Leistung.  
*Bsp.: Miete (§ 535 BGB), Pacht (§ 581 BGB), Darlehen (§ 488 BGB), Arbeitsvertrag (§ 611 BGB), außerdem die Gesellschaft (z. B. BGB-Gesellschaft, § 705 BGB).*
- Verträge über wiederkehrende Leistungen  
*Bsp.: Rahmenvertrag zwischen einem Gastwirt und einer Brauerei über die Lieferung von Bier*

##### **b. Auflösung von Dauerschuldverhältnissen**

(1) Ex-nunc-Wirkung der Kündigung: Die Auflösung von Dauerschuldverhältnissen ist regelmäßig nur für die Zukunft („ex nunc“) möglich. An die Stelle des Rücktritts tritt daher (neben Sonderregelungen etwa über die ordentliche Kündigung von Mietverträgen, → GK BGB IIc) die Kündigung aus wichtigem Grund. Sie ist in § 314 BGB geregelt.

(2) Wichtiger Grund: Kündigungsgrund ist die Unzumutbarkeit der Fortführung des Vertrags für den kündigenden Vertragspartner. Häufig wird man eine vorherige erfolglose Abmahnung voraussetzen (§ 314 II BGB betreffend Pflichtverletzungen).

(3) Form und Frist: Die Ausübung des Gestaltungsrechts Kündigung erfolgt durch Erklärung (empfangsbedürftige Willenserklärung) innerhalb einer angemessenen Frist ab Kenntnis von dem Kündigungsgrund.

## **D. Erweiterungen der (quasi-)vertraglichen Haftung**

### **I. Einführung: Unzulänglichkeiten der deliktischen Haftung (§§ 823 II, 831 BGB)<sup>25</sup>**

Die Beschränkung der Schadensersatzpflicht wegen unerlaubter Handlung gemäß § 823 I BGB auf Fälle der Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter bringt Haftungslücken mit sich (1). In Fällen der Drittbeteiligung kommt die Exkulpationsmöglichkeit in § 831 BGB hinzu (2). Diese Unzulänglichkeiten sind der entscheidende Grund, weshalb sich im deutschen Haftungsrecht Rechtsinstitute wie die culpa in contrahendo oder der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter entwickelt haben.

---

<sup>25</sup> Einzelheiten des deliktischen Haftungsregimes sind Gegenstand des Grundkurses BGB IIb und werden daher an dieser Stelle nicht behandelt.

Häufig überschätzt wird die Bedeutung der Beweislastregel in § 280 I 2 BGB. Unterschiedliche Verjährungsfristen für die vertragliche und die deliktische Haftung spielen seit der Schuldrechtsreform im Jahr 2002 keine entscheidende Rolle mehr.

## **1. § 823 I BGB: Keine Haftung bei reinen Vermögensschäden**

Gemäß § 823 I BGB haftet der Schädiger nur bei Verletzung eines der aufgezählten absolut geschützten Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum. Keine Haftung für *reine* Vermögensschäden.

*Fall 30: Verunglückte Opernsängerin*

*Taxifahrer F lässt sich durch ein auffälliges Werbeplakat am Straßenrand ablenken und fährt die Opernsängerin O an. O erleidet einen schmerzhaften Bruch des Unterschenkels und muss operiert werden. Sie kann vier Wochen nicht auftreten. Ihr Rock ist zudem zerrissen. O hatte sich auf dem Weg zur Generalprobe von Verdis Macbeth im Würzburger Mainfrankentheater (M) befunden. Das Theater engagiert gegen Zahlung einer hohen Prämie eine Ersatzsängerin, die bereit ist, kurzfristig einzuspringen. Welche Ansprüche haben O und M gegen F?*

*Abwandlung:*

*Der Unfall ereignete sich, als F, der von M beauftragt worden war, die O vom Bahnhof zur Probe zu fahren, dabei war, die Sängerin abzuholen.*

## **2. Deliktische Haftung für den Verrichtungsgehilfen (§ 831 BGB) im Vergleich zu § 278 BGB insbesondere**

(Looschelders, SchR AT § 23 Rn. 43 ff.)

### **c. Verhältnis von § 831 BGB zu anderen Vorschriften**

Der Anspruch aus § 831 BGB steht in Konkurrenz zum Anspruch aus §§ 280 I, 278 BGB, da der Dritte sowohl Erfüllungs- als auch Verrichtungsgehilfe sein kann.

Daneben anwendbar bleiben außerdem Schadensersatzansprüche wegen Organisationsverschuldens des Geschäftsherrn (§ 823 I BGB).



**d. Voraussetzungen der Haftung nach § 831 BGB**

**(I) Haftungsbegründender Tatbestand**

**(1) Verrichtungsgehilfe**

Verrichtungsgehilfe ist derjenige, dem vom Geschäftsherrn in dessen Interesse eine Tätigkeit übertragen worden ist und der von den Weisungen des Geschäftsherrn abhängig ist.

**(2) Tatbestandsmäßige und rechtswidrige unerlaubte Handlung des Verrichtungsgehilfen**

**(3) In Ausübung der Verrichtung**

**(4) Keine Exkulpation des Geschäftsherrn nach § 831 I 2 BGB**

**(II) Haftungsausfüllender Tatbestand**

Pflicht zum Schadensersatz nach §§ 249 ff. BGB

**e. Zu den Voraussetzungen im Einzelnen**

**(1) Verrichtungsgehilfe**

Verrichtungsgehilfe ist derjenige, dem vom Geschäftsherrn in dessen Interesse eine Tätigkeit übertragen worden ist und der von den Weisungen des Geschäftsherrn abhängig ist.

**(2) Tatbestandsmäßige und rechtswidrige unerlaubte Handlung des Verrichtungsgehilfen**

Hier ist zu prüfen, ob der Verrichtungsgehilfe selbst einen Deliktstatbestand wie z.B. § 823 I BGB verwirklicht hat. Nicht erforderlich ist allerdings ein Verschulden des Verrichtungsgehilfen (Wortlaut!).

Aufbauhinweis: Um hier eine unübersichtliche Inzidentprüfung zu vermeiden, empfiehlt es sich, - soweit gefragt - zuerst die deliktische Haftung des Verrichtungsgehilfen (§§ 823 I, II, 826 BGB) zu prüfen. Im Anschluss kann dann im Rahmen der Prüfung des § 831 BGB auf die obigen Ausführungen verwiesen werden (vgl. zur Vorgehensweise sogleich unten *Fall Lose Stufe*).

**(3) In Ausübung der Verrichtung**

Der Verrichtungsgehilfe muss „in Ausübung der Verrichtung“ gehandelt haben, zu der er vom Geschäftsherrn bestimmt worden ist. Abzugrenzen von einer unerlaubten Handlung, die er nur „bei Gelegenheit der Verrichtung“ verwirklicht. Das ist der Fall, wenn zwischen der übertragenen Aufgabe und der Schädigung kein innerer und äußerer Zusammenhang besteht (h.M.).

*Beispiele:*

- Unfall eines angestellten Taxifahrers (+)
- Diebstahl durch Malerlehrling (-)

- *ABER: Diebstahl des Mitarbeiters eines Sicherheitsdienstes (+)*

(4) Keine Exkulpation nach § 831 I 2 BGB

Verschulden des Geschäftsherrn sowie die Kausalität des Verschuldens für unerlaubte Handlung des Verrichtungsgehilfen werden vermutet. Der Geschäftsherr kann sich indes exkulpieren, wenn er darlegt und ggf. beweist, dass er bei Auswahl und Überwachung des Verrichtungsgehilfen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet hat oder der Schaden auch bei sorgfaltsgemäßer Auswahl und Überwachung eingetreten wäre.

**f. Unterschiede zwischen § 278 BGB und § 831 BGB**

§ 278 BGB	§ 831 BGB
Anwendung nur im Rahmen von Schuldverhältnissen, insbesondere Verträgen, aber auch GoA oder c.i.c.	Anwendung unabhängig vom Bestehen eines Schuldverhältnisses
Bloße Zurechnungsnorm (Vertretenmüssen). AGL ist vielmehr § 280 I BGB.	Eigene Anspruchsgrundlage
Terminologie: Dritter ist „Erfüllungsgehilfe“. Weisungsabhängigkeit vom Geschäftsherrn ist keine Voraussetzung.	Dritter ist „Verrichtungsgehilfe“. Voraussetzung ist die Weisungsabhängigkeit vom Geschäftsherrn.
Geschäftsherr haftet für Drittverschulden (dasjenige des Erfüllungsgehilfen). Die Vorschrift hat eine verschuldensunabhängige Garantiehaftung des Geschäftsherrn zur Folge.	Geschäftsherr haftet für eigenes (vermutetes) Auswahl-/Instruktions-/Überwachungs-Verschulden. Auf Verschulden des Verrichtungsgehilfen kommt es hingegen nicht an (Wortlaut!).
Der Geschäftsherr kann sich auch nicht exkulpieren.	Der Geschäftsherr kann die gesetzliche Vermutung seines Verschuldens widerlegen und sich exkulpieren (§ 831 I 2 BGB).

**Fall 31: Lose Stufe (Konversatoriumsfall)**

*Hauseigentümer E beauftragt den Handwerker H, sein Treppenhaus auszubessern. H setzt dafür den schon lange fehlerfrei bei ihm arbeitenden Facharbeiter F ein. H erteilte ihm die erforderlichen Instruktionen und vergewisserte sich regelmäßig über deren Einhaltung. Dabei hatte H nie Grund zu einer Beanstandung. Eines Tages vergisst F allerdings vor seiner Mittagspause, eine ausgebaute Stufe vorübergehend zu befestigen oder als lose zu kennzeichnen. Als E die Treppe hinunterläuft, gerät die lose Stufe ins Rutschen. Dadurch kommt E zu Fall und bricht sich den Knöchel. Außerdem zerreißt er seine Hose.*

## **II. Vertragliche Schutzpflichten (§ 241 II BGB): Erweiterung des vertraglichen Pflichtenprogramms**

Regelung § 241 II BGB: Klarstellung, dass den Beteiligten eines Schuldverhältnisses (insbes. Vertrag) **Schutz-, Fürsorge- und Obhutspflichten** hinsichtlich der Person und des Vermögens des jeweils anderen Teils obliegen.

Daher: Verpflichtung beider Parteien nach Treu und Glauben, Schädigungen des anderen Teils zu vermeiden, die sich aus ihren besonderen Einwirkungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit der Sonderverbindung (insbes. der Durchführung des Vertrags) ergeben können.

Häufig: Überschneidung der Schutzpflichten iSv § 241 II BGB mit den sog. Verkehrssicherungspflichten aus § 823 I BGB.

Anspruchsnormenkonkurrenz: Nebeneinander etwaiger Schadensersatzansprüche aus Sonderverbindung (§ 280 I BGB) und aus Delikt (z. B. § 823 I BGB).

*Bsp. 1: Beschädigung eines Pkw während des Betriebs einer Autowaschanlage.*

*Bsp. 2 (Verschulden der Hilfsperson): Der stets zuverlässige und besonders vorsichtige Geselle des Malermeisters U stößt beim Streichen der Wohnung des B eine wertvolle Vase um.*

*Bsp. 3 (reiner Vermögensschaden): Interviewäußerungen von Dr. Breuer, dem damaligen Vorstandsvorsitzenden der Deutschen Bank, bei der Kirch und seine Gesellschaften Darlehen aufgenommen hatten, betreffend die (fehlende) Kreditwürdigkeit von Kirch und seinen Gesellschaften: Verletzung der aus dem Darlehensvertrag zwischen der Deutschen Bank AG und der (Kirch gehörenden) PrintBeteiligungs GmbH folgenden Pflicht, die Kreditwürdigkeit der Darlehensnehmerin nicht zu gefährden.*

## **III. Culpa in contrahendo (c.i.c.) und culpa post contractum finitum: Erweiterung des zeitlichen Anwendungsbereichs des quasi-vertraglichen Haftungsregimes**

(Looschelders, SchR AT § 8 Rn. 1 ff.)

### **1. Culpa in contrahendo (c.i.c.): Begriff und Anspruchsgrundlage**

Ausdehnung der der quasivertraglichen Haftung auf die Zeit vor dem Vertragsschluss

Anwendbarkeit der c.i.c. auch im Fall der Unwirksamkeit des vermeintlich wirksam geschlossenen Vertrags.

Anspruchsgrundlage: § 280 I.

Erforderliches Schuldverhältnis folgt aus § 311 II BGB (vorvertragliches Schuldverhältnis). Als verletzte Pflicht kommt eine Schutzpflicht iSv. § 241 II BGB in Betracht.

Gesamte AGL: §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB.

### **2. Fallgruppen**

In der Entscheidungspraxis haben drei Fallgruppen Bedeutung erlangt:

#### **a. Körperverletzungen in fremden Ladenlokalen**

Fälle der Haftung für Drittverschulden (eines Angestellten) ohne Beschränkung des § 831 I BGB.

Beispiele:

- Umstürzende Linoleumrolle
- Ausrutschen auf nicht weggeräumtem Gegenstand (Gemüseblatt o. ä.). Dazu:

**Fall 32: Bananenschale (Konversatoriumsfall)**

*F geht in das Kaufhaus des X, um sich eine Bluse zu kaufen. Kurz hinter dem Eingang gleitet sie auf einer Bananenschale aus, die dort schon längere Zeit lag, und bricht sich ein Bein. Sie verlangt von X Ersatz der Heilungskosten und Schmerzensgeld. Dieser sagt, der stets zuverlässige Angestellte A hatte auf die Beseitigung solcher Dinge zu achten. (Angelehnt an Bananenfalle BGH NJW 1962, 31 und NJW 1976, 712.)*

**b. Treuwidriges Verhalten während der Dauer von Vertragsverhandlungen**

Ersatz reiner Vermögensschäden in Form von Aufwendungsersatz.

*Bsp.: Verstoß gegen Pflicht, den Partner vor einem Irrtum über den (Fort-)Bestand einer geäußerten, tatsächlich aber nicht (mehr) vorhandenen endgültigen Abschlussbereitschaft zu bestimmten Bedingungen zu bewahren, etwa wenn der Kaufgegenstand schon anderweitig verkauft und veräußert wurde.*

**Fall 33: Autobesichtigung**

*V aus Bamberg bietet im Internet einen Gebrauchtwagen an. Am Mittwoch meldet sich K aus Würzburg bei V und erkundigt sich nach dem Wagen. Die beiden vereinbaren einen Besichtigungstermin für Samstagvormittag. Am Donnerstag verkauft und veräußert V das Auto an D. Als K am Samstagmorgen bei V eintrifft, erklärt dieser, er habe es leider versäumt, K über sein Geschäft mit D zu informieren. Kann K von V die 40 EUR ersetzt verlangen, die er für die Bahnfahrt von Würzburg nach Bamberg ausgegeben hat?*

**c. Arglistige Täuschung**

Haftung desjenigen, der den Verhandlungspartner durch vorsätzlich oder fahrlässig falsche oder unvollständige Angaben oder durch eine schuldhaft unterbliebene Aufklärung zum Abschluss eines Vertrages veranlasst, den der andere bei ordnungsgemäßer Aufklärung nicht oder nicht so abgeschlossen hätte.

Hier kommt neben dem Schadensersatzanspruch aus c.i.c., der – ausnahmsweise – auch den Anspruch auf Vertragsaufhebung zum Gegenstand haben kann, auch eine Anfechtung gemäß § 123 I Alt. 1 BGB in Betracht. Dabei sind auch die unterschiedlichen Fristen (Anfechtung nur innerhalb der Jahresfrist des § 124 BGB; Verjährung des SE-Anspruchs innerhalb der dreijährigen Regelfrist gemäß § 195 BGB) zu beachten.

**Fall 34: Steuersparmodell (nach BGH, Urteil v. 26.9.1997 - V ZR 29/96, NJW 1998, 302):**

*Das Ehepaar E erwarb von V eine Eigentumswohnung zum Preis von 78.000 EUR. Den Kaufpreis finanzierten sie vollständig über ein Bankdarlehen. C, über den V die von ihm gebauten Wohnungen vermarktete, erklärte gegenüber dem Eheleuten E, der Kauf sei für sie ohne jede finanzielle Belastung, da die Kosten durch Mieteinnahmen und Steuervorteile gedeckt würden. Tatsächlich hatten die praktisch einkommenslosen Eheleute, die ohnehin kaum Steuern zahlen, jedoch jährliche Unkosten von 2.100 EUR. E fragen den Rechtsanwalt R nach ihren Rechten.*

### **3. Voraussetzungen**

Die Vorschrift § 311 II BGB nennt drei Fälle, in denen eine Sonderverbindung mit Pflichten gemäß § 241 II BGB entsteht. Das Verhältnis, in dem die drei Varianten stehen, ist umstritten. Für die Falllösung ist diese Frage im Ergebnis aber auch unerheblich.

#### **a. Aufnahme von Vertragsverhandlungen (Nr. 1)**

Parteien haben bereits kommuniziert, keine bloß einseitige Kontaktaufnahme (siehe den Beispielsfall Autobesichtigung oben).

#### **b. Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut (Nr. 2)**

Diese Variante ist zeitlich der Nr. 1 vorgelagert (str.). Es genügt auch eine Form der einseitigen Kontaktaufnahme.

*Beispiele:*

- *Betreten eines Ladenlokals mit (vager) Kaufabsicht (+)*
- *Betreten ausschließlich zum Schutz vor Regen oder Kälte (str., weil sich Kaufentschluss auch erst ergeben kann)*
- *Betreten eines Ladens als Durchgang (-)*
- *Betreten eines Ladens mit Diebstahlsabsicht (-).*

#### **c. Ähnliche geschäftliche Kontakte (Nr. 3)**

Nr. 3 ist ein Auffangtatbestand für sonstige ähnliche geschäftliche Kontakte wie z. B. ein reines Gefälligkeitsverhältnis mit Schutzpflichten.

### **4. Culpa post contractum finitum**

Auch nach Vertragsdurchführung sind die Parteien in gewissem Umfang verpflichtet, insbesondere die Vermögensinteressen ihres ehemaligen Vertragspartners zu achten. Im Fall der Verletzung der entsprechenden Schutzpflichten gemäß § 241 II BGB ist Schadensersatz gemäß § 280 I BGB zu leisten.

*Beispiele:*

- *Pflicht der Bank, nach Auskunftserteilung die (unrichtige) Information zu berichtigen*
- *Verschwiegenheitspflicht des Unternehmensberaters oder der Bank*
- *Untersuchungs- und Beratungspflicht des Architekten nach Abschluss des Architektenwerks*

Außer den nachvertraglichen Schutzpflichten gibt es auch nachvertragliche Leistungspflichten:

*Bsp. für eine nachvertragliche Hauptleistungspflicht: Wettbewerbsverbot nach Unternehmensveräußerung*

*Beispiele für nachvertragliche leistungsbezogene Nebenpflichten:*

- *Verschwiegenheitsverpflichtung des Dienstverpflichteten nach Beendigung des Dienstverhältnisses,*
- *Pflicht zur Wiedereinstellung des Arbeitnehmers nach Wegfall bestimmter Kündigungsgründe*

**IV. Gefälligkeitsverhältnis mit rechtsgeschäftsähnlichem Charakter: Erweiterung der vertraglichen Haftungsregimes auf bloße Gefälligkeitsverhältnisse**

Liegt mangels Rechtsbindungswillens ein Gefälligkeitsverhältnis vor, so kann nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht<sup>26</sup> - die Rspr. hat sich noch nicht eindeutig positioniert<sup>27</sup> - unter bestimmten Umständen die Vorschrift § 311 II Nr. 3 BGB („ähnliche geschäftliche Kontakte“) Anwendung auf das Gefälligkeitsverhältnis<sup>28</sup> finden. Folge ist eine vertragsähnliche Haftung des Gefälligen wegen Verletzung einer Pflicht nach § 241 II BGB, außerdem die Anwendbarkeit von § 278 BGB.

Als Argumente für diese Ansicht lassen sich anführen, dass zwischen dem Begünstigten und dem Leistenden durch die tatsächliche Vornahme der (vertraglich nicht geschuldeten!) Gefälligkeit bestimmte Rücksichtnahme- und Sorgfaltspflichten entstehen, die zu beachten sind. Immerhin können auch einem Gefälligen Gegenstände von erheblichem Wert anvertraut werden, die eine besonders sorgfältige Behandlung erfordern. Ein angemessener Schutz des Integritätsinteresses der Beteiligten kann in einer solchen Konstellation über einen vertragsähnlichen Haftungsanspruch mit den entsprechenden Vorteilen für den Anspruchsteller (siehe oben) sichergestellt werden.

**Fall 35: Verunglückter Ehemann und Lastzug<sup>29</sup>**

*Die Eheleute E und F betreiben gemeinsam eine kleine Spedition. Als ihr Lastzug an einem Montag Ende Oktober bereits beladen ist, verunglückt E tödlich beim Zusammenkuppeln von Motorwagen und Anhänger. F wendet sich an den befreundeten S, ebenfalls Inhaber einer Spedition, und bittet ihn um Hilfe, da er ihr noch einen Gefallen schulde. Der ausstehende Transport sei dringend. S erklärt, er habe selbst viel zu tun, werde aber sehen, was er machen könne. Schließlich willigt er wegen seiner persönlichen Verbundenheit zu F und wegen des noch ausstehenden Gefallens ein, ihr in dieser Situation zu helfen. Er schickt den angestellten, bislang immer äußerst vorsichtig arbeitenden Kraftfahrer K, der den Transport unentgeltlich mit dem Lastzug der F ausführt. Auf der Rückfahrt verursacht K grob fahrlässig einen Unfall. F verlangt von S Ersatz der Reparaturkosten und Ersatz des entgangenen Gewinns während der sechswöchigen Stilllegung des Lastzuges zu Reparaturzwecken.*

*Welche Ansprüche hat F gegen S? Ansprüche aus § 823 II BGB sowie dem StVG sind nicht zu prüfen. Es ist zu unterstellen, dass F nun alleinige Inhaberin der Spedition ist.*

**V. Sachwalterhaftung (§ 311 III BGB): Erweiterung des Kreises der für eine Haftung in Betracht kommenden Schuldner<sup>30</sup>**

(Looschelders, SchR AT § 9 Rn. 19)

Bestimmte Dritte, die in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nehmen und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflussen, haften ebenfalls nach vertraglichen Grundsätzen. Damit kann ihnen gegenüber Schadensersatz für **reine Vermögensschäden** geltend gemacht werden. Es handelt sich um Fälle, in denen der Dritte, meist der Vertreter eines Vertragspartners, durch seine besondere **Sachkunde** (z. B. als Kfz-Händler, insbesondere mit eigener Werkstatt, oder als Architekt) oder seine **berufliche Stellung** (z.B. als Rechtsanwalt oder Steuerberater), ein **besonderes Vertrauen** gerade in seine Person in Anspruch nimmt, das über das gewöhnliche Verhandlungstrauen hinausgeht, und damit den **Vertragsschluss erheblich beeinflusst**.

<sup>26</sup> Nachweise bei MüKoBGB/Bachmann, 8. Aufl. 2019, BGB § 241 Rn. 177 u. a. auf Bork BGB AT Rn. 682; Brox/Walker SchuldR AT § 2 Rn. 30; Medicus/Petersen BürgerlR Rn. 368; Schwerdtner NJW 1971, 1673, 1675.

<sup>27</sup> Siehe BGH, Urt. v. 4. 8. 2010 - XII ZR 118/08, NJW 2010, 3087, Rn. 15.

<sup>28</sup> Die Terminologie ist uneinheitlich. Canaris, JZ 2001, 499, 520, spricht von „Gefälligkeitsverhältnissen mit rechtsgeschäftsähnlichem Charakter ohne primäre Leistungspflicht“.

<sup>29</sup> Sachverhalt angelehnt an BGH, Urt. v. 22.6.1956 - I ZR 198/54, BGHZ 21, 102 = NJW 1956, 1313.

<sup>30</sup> In der Vorlesung nur im Überblick behandelt.

Voraussetzungen für die Sonderverbindung Sachwalterhaftung

1. Inanspruchnahme besonderen Vertrauens
  2. Einflussnahme auf den Vertragsschluss oder den Inhalt des Vertrags
- Rechtsfolge: Bestehen eines Schuldverhältnisses iSd § 280 I (mit der Möglichkeit des Anspruchs auf SE im Falle der Pflichtverletzung durch den Sachwalter)

Klausur: Im rechtswissenschaftlichen Gutachten prüft man diese Voraussetzungen zweckmäßigerweise im Rahmen des Tatbestandsmerkmals „Schuldverhältnis“ im Rahmen von § 280 I.

**Fall 36: Unfallwagen aus dem Autohaus**

*V, der sich bei dem Kfz-Händler D, der über eine eigene Reparaturwerkstatt verfügt, ein neues Auto kaufen möchte, bittet diesen, sein altes Fahrzeug in seinem, des V, Namen und für seine Rechnung zu verkaufen und zu übereignen. D verkauft den Wagen im Namen des V an K nach eingehender Beratung über die technischen Eigenschaften des Wagens. Dabei vergisst D es allerdings, auf die ihm von V mitgeteilte Unfalleigenschaft des Kraftfahrzeugs hinzuweisen. Hätte V den K auf die Unfalleigenschaft hingewiesen, hätte dieser von dem Kauf Abstand genommen. Nachdem K den Kaufvertrag mit V per Anfechtung vernichtet und das Auto an V zurückgegeben hat, möchte er wissen, von wem er Ersatz der ihm entstandenen Kosten im Zusammenhang mit der Finanzierung und der Zulassung des Autos, insgesamt 150 EUR, verlangen kann.*

**VI. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (VmSchzD): Erweiterung des geschützten Personenkreises**

(Looschelders, SchR AT § 9 Rn. 1 ff.)

**1. Begriff**

Greifen die Grundsätze über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, so kann ein Dritter aus einem Vertrag (oder einer sonstigen Sonderverbindung wie etwa einem vorvertraglichen Schuldverhältnis i.S.v. § 311 II BGB) in der Weise berechtigt sein, dass ihm gegenüber zwar **keine Leistungspflicht**, wohl aber **Schutzpflichten** i.S.v. § 241 II BGB bestehen.

**2. Abgrenzung vom echten Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 I BGB)**

Beim echten Vertrag zugunsten Dritter (→ sogleich unten E I) erwirbt der Dritte unmittelbar einen eigenen vertraglichen **Leistungsanspruch** gegen den Versprechenden. Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bezieht den Dritten hingegen nur in den **Schutzbereich** des Vertrags ein. Der Dritte hat **keinen Erfüllungsanspruch** gegen den Schuldner. Er kann lediglich **Schadensersatz** im Fall der Verletzung einer **Schutzpflicht** gemäß § 241 II verlangen.

**3. Herleitung**

Die Herleitung ist umstritten, spielt praktisch aber auch nur eine geringe Rolle. In einer Klausur empfehlen sich wenige Worte zu diesem Thema (siehe Fall 37 Rauchrohröffnungsfall): Die Existenz der Figur des VmSchzD ist zwischenzeitlich allgemein anerkannt. Mögliche Ansätze für seine Herleitung sind:

- ergänzende Vertragsauslegung
- § 242



- Gewohnheitsrecht
- Gesetzliche Anerkennung durch § 311 III 1 BGB. Allerdings spricht das Regelbeispiel in § 311 III 2 BGB nur den Fall der *Haftung* eines Vertragsdritten an. Der Streit spielt praktisch auch deshalb keine Rolle, weil sich die Voraussetzungen der Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich dem Gesetz ohnehin nicht entnehmen lassen.

#### **4. Tatbestandsvoraussetzungen des VmSchzD im Überblick**

##### **Voraussetzungen dafür, dass ein Schuldverhältnis Schutzwirkung zugunsten Dritter entfaltet**

1. Vorliegen eines Schuldverhältnisses
2. Leistungsnähe (des Dritten)
3. Einbeziehungsinteresse (des Gläubigers)
4. Erkennbarkeit (für den Schuldner)
5. Schutzbedürftigkeit (des Dritten)

**Rechtsfolge:** Einbeziehung des Dritten in den zwischen Schuldner und Gläubiger geschlossenen Vertrag oder die zwischen ihnen bestehende vertragsähnliche Sonderverbindung

Klausur: Im Gutachten prüft man die Voraussetzungen zweckmäßigerweise im Rahmen des Tatbestandsmerkmals „Schuldverhältnis“ innerhalb der Prüfung von § 280 I, etwa so: „Fraglich ist, ob zwischen D und S ein Schuldverhältnis besteht. Einen Vertrag haben D und S nicht abgeschlossen. Möglicherweise ist D aber in den Schutzbereich eines zwischen S und G abgeschlossenen [Kauf-, Werk-, Miet-etc.] -vertrags einbezogen. Es gilt daher im Folgenden, das Vorliegen der Voraussetzungen eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zu prüfen...“

#### **5. Die Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelnen**

##### **a. Leistungsnähe des Dritten**

Der Dritte muss bestimmungsgemäß mit der Hauptleistung in Berührung kommen und hierdurch den Gefahren einer Schutzpflichtverletzung ebenso ausgesetzt sein wie der Gläubiger selbst (BGH NJW 1985, 489, 490).

*Bsp.: Nicht nur der Mieter (G) selbst, sondern auch seine Familienangehörigen D kommen bestimmungsgemäß mit den Gefahren der von V (S) vermieteten Mietwohnung in Kontakt.*

##### **b. Einbeziehungsinteresse des Gläubigers**

Der Gläubiger des Vertrags (oder der Sonderverbindung) muss ein besonderes Interesse am Schutz des Dritten haben. Das früher von der Rechtsprechung verwendete Kriterium, wonach der Gläubiger für „Wohl und Wehe“ des Dritten verantwortlich sein musste (vorliegend in Fällen eines personenrechtlichen Fürsorgeverhältnisses), ist zwischenzeitlich aufgegeben. In den Gutachterfällen (siehe so gleich unten) bezieht die Rechtsprechung den Dritten sogar dann in den Schutzbereich des Gutachtervertrags ein, wenn die **Interessenlage** von Gläubiger und Drittem **gegenläufig** ist.

*Bsp.: Die Mieterin (G) hat ein besonderes Interesse daran, dass ihr Ehemann und ihre Kinder (D) in den Schutzbereich des mit S geschlossenen Mietvertrags einbezogen sind, vgl. §§ 1353 I, 1626 I BGB.*

**c. Erkennbarkeit**

Die Voraussetzungen Leistungsnähe und Einbeziehungsinteresse müssen für den Schuldner bei Vertragsschluss (im weiten Sinne) **erkennbar** gewesen sein. Hier sind keine zu hohen Anforderungen zu stellen. So müssen dem Schuldner etwa weder Name noch Zahl der Dritten im Voraus bekannt gewesen sein.

*Bsp.: Der Vermieter (S) weiß oder kann jedenfalls wissen, dass auch etwaige Familienangehörige des Mieters (G) bestimmungsgemäß mit den von der vermieteten Wohnung ausgehenden Gefahren in Berührung kommen und dass der Mieter ein besonderes Interesse daran, dass sie in den Schutzbereich des Mietvertrags einbezogen sind.*

**d. Schutzbedürftigkeit des Dritten**

Der Dritte ist dann nicht schutzbedürftig, wenn ihm **eigene vertragliche Ansprüche** zustehen (Subsidiarität des VmSchzD).

*Hauptbeispiel: Untermieter (D) ist auf seine eigenen Schadenersatzansprüche gegen den Hauptmieter (G) verwiesen. Er kann nicht aus dem Hauptmietvertrag gegen den Vertragspartner seines Vermieters (S) vorgehen. (Der Hauptmieter hingegen kann Regress beim Vermieter S nehmen.)*

Im Übrigen ist die Bedeutung dieser Voraussetzung wenig geklärt.

**Fall: Abwandlung zum Fall „Lose Stufe“**

*Nicht E, sondern sein elfjähriger Sohn S stürzt auf der Treppe und verletzt sich. Welche Ansprüche hat er gegen E?*

**e. Rechtsfolge**

Dem Dritten steht ein eigener Schadensersatzanspruch (AGL: § 280 I) zu. Dieser richtet sich in seinem Umfang und seinen Voraussetzungen nach dem Vertrag, dem die Drittschutzwirkung beigemessen wird:

- Haftungsbeschränkungen wie Ausschluss der Haftung wegen leichter Fahrlässigkeit, summenmäßige Haftungsbeschränkungen oder kurze Verjährungsfristen muss der Dritte sich entgegenhalten lassen, § 334 analog. Dasselbe gilt nach h. M. auch für ein etwaiges Mitverschulden des Vertragsgläubigers.  
Nach zutreffender, aber bestrittener Ansicht strahlen Beschränkungen der vertraglichen Haftung auch auf parallel bestehende deliktische Schadensersatzansprüche aus.
- Auf Haftungserweiterungen (insbesondere die verschuldensunabhängige Haftung des Vermieters für anfängliche Mängel der Mietsache gemäß § 536a I Alt. 1) kann der Dritte sich ebenfalls berufen (zweifelhaft).

**Fall 37: Rauchrohröffnung**

*S vermietet dem G ein Ladenlokal. Bei einem Brand des Geschäfts wird unter anderem eine historische Registrierkasse zerstört, die G bei D gemietet hatte. Ursache des Brandes war eine*

*alte, nicht verschlossene, etwa 30 cm unterhalb der Decke befindliche Rauchrohröffnung in einem durch den Laden führenden Kamin. Aus der Öffnung entweichende heiße Rauchgase hatten die Decke des Ladens in Brand gesetzt. D fragt nach seinen Ansprüchen gegen S wegen der Registrierkasse. S gibt zutreffend zu bedenken, dass die Rauchrohröffnung durch eine Mauer verdeckt wurde und daher für ihn genauso wenig zu erkennen war wie für G.*

## **6. Gutachter- und Expertenhaftung insbesondere**

(Lit.: Medicus/Lorenz, SchR I Rn. 820; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, SchR I Rn. 742 ff; Looschelders, SchR AT § 9 Rn. 23 f.)

### **a. Begriff**

Eine Sonderform des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist die Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich von Gutachterverträgen. Als Schuldner kommen in Betracht: Sachverständige, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Notare, Steuerberater, Architekten.

### **b. Besonderheiten**

Im Vergleich zur herkömmlichen Situation des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gelten bei der Fallgruppe der Experten- und Gutachterhaftung folgende Besonderheiten:

- Bei der Sonderverbindung Experten- und Gutachterhaftung geht es regelmäßig um Schadensersatz für **reine Vermögensschäden**, weniger um Körper- oder Eigentumsverletzungen.
- Es gelten **besondere Voraussetzungen** für die Einbeziehung in den Schutzbereich (siehe sogleich). Insbesondere ist kein Interesse des Gläubigers (Auftraggeber des Gutachters) an der Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich erforderlich. Die Interessen des Gläubigers und des Dritten können sogar gegenläufig sein, was nicht selten der Fall ist.
- In Betracht kommt ein Schadensersatzanspruch auch bei Verletzung einer **leistungsbezogenen Vertragspflicht**.
- **Haftungsbeschränkungen** (einschließlich eines Mitverschuldens des Vertragsgläubigers) im Verhältnis zum Auftraggeber muss der Dritte sich vom Gutachter nicht entgegenhalten lassen.

### **c. Tatbestandsvoraussetzungen**

Voraussetzungen für die Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich ist, dass der in Anspruch genommene Vertragspartner

1. eine Person ist, die über besondere, vom Staat anerkannte Sachkunde verfügt und
  2. auftragsgemäß
  3. ein Gutachten oder Testat abgibt,
- das erkennbar zum Gebrauch gegenüber dem Dritten bestimmt ist,
  - und deshalb in der Regel nach dem Willen des Bestellers mit einer entsprechenden Beweiskraft ausgestattet sein soll.

*Beachte: Im Gutachten treten diese Voraussetzungen an die Stelle der klassischen Tatbestandsmerkmale des VmSchzD.*

**Fall 38: Morsche Dachbalken**

*V möchte K sein Einfamilienhaus verkaufen. Bei einem Besichtigungstermin ist K zwar an einem Kauf des Hauses interessiert, möchte aber, da er sich mit Immobilien nicht auskennt, zunächst ein Gutachten eines Sachverständigen einholen. V willigt ein, selbst den Gutachter zu bestellen und zu bezahlen.*

*V beauftragt den öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen S, ein Gutachten über den Zustand des Hauses zu erstellen. Bei der Besichtigung des Hauses an einem heißen Sommertag spart S sich aufgrund der großen Hitze die genaue Prüfung der Dachbalken und verlässt sich auf seinen ersten Eindruck und die Aussage des V, dass die Dachbalken vor kurzem erst geprüft und nicht beanstandet worden seien. In Wirklichkeit wurden die Dachbalken seit 15 Jahren nicht mehr genau untersucht und sind morsch. In dem Gutachten macht S nicht deutlich, dass er die Dachbalken nicht selbst geprüft hat und bescheinigt V eine einwandfreie Immobilie.*

*Aufgrund des von S erstellten Gutachtens wird sich K mit V schnell über den Kaufpreis einig. Wie bei Verträgen dieser Art üblich, schließen V und K die Haftung des V für alle Sachmängel wirksam aus. Das Haus wird sodann wirksam an K verkauft und übereignet. Bei dem zwei Monate später erfolgenden Ausbau des Dachbodens des Hauses fallen den Handwerkern die maroden Dachbalken auf. Der Austausch kostet K 20.000 €. Wegen des vereinbarten Haftungsausschlusses fordert K von S Schadensersatz in Höhe von 20.000 €. K macht nachvollziehbar geltend, dass er das Haus zu einem entsprechend niedrigeren Kaufpreis gekauft hätte.*

**VII. Drittschadensliquidation (DSL): Erweiterung des Kreises der zu ersetzenden Schäden<sup>31</sup>**

(Looschelders, SchR AT § 46 Rn. 8 ff.)

**1. Begriff**

Die Rechtsfigur der Drittschadensliquidation erlaubt es dem Gläubiger in bestimmten Fällen, den zufällig nicht ihm, sondern einem Dritten entstandenen Schaden vom Schuldner ersetzt zu verlangen. Die Anwendbarkeit der Drittschadensliquidation (DSL) in den einschlägigen Fallgruppen (s. u.) ist gewohnheitsrechtlich anerkannt. Wie der VmSchzD ist auch die DSL **keine Anspruchsgrundlage**. Es handelt sich vielmehr um eine besondere Form der Schadensberechnung.

**2. Fallgruppen**

**a. Fallgruppe der Obhutsfälle (Haftung für Drittverschulden)**

**Fall 39: Nachlässiger Geselle<sup>32</sup>**

*G mietet von D dessen Maserati für eine Italien-Reise. Aufgrund eines Defekts gibt G den gemieteten Wagen in der Kfz-Werkstatt des S zur Reparatur. Hierbei beschädigt der ansonsten sehr gewissenhaft arbeitende Angestellte des S, der Geselle A, aus Nachlässigkeit den Maserati. G erklärt daraufhin, dass er dem D selbstverständlich alle mit der Beschädigung in Verbindung stehenden Gewährleistungsansprüche abtrete. Kann D Schadensersatz wegen der Beschädigung des Maserati verlangen?*

<sup>31</sup> In der Vorlesung nur im Überblick behandelt.

<sup>32</sup> Angelehnt an BGH, Urt. v. 29.1.1969 - I ZR 18/67 - Vertragsgarage, NJW 1969, 789.

*Zusatzfrage: War G zur Abtretung seiner Ansprüche gegen S wegen Beschädigung des Autos verpflichtet?*

*Vertragskette: Mietvertrag – Werkvertrag – Arbeitsvertrag (D – G – S – ErfG)*

**b. Fallgruppe der obligatorischen Gefahrentlastung (Haftung für reine Vermögensschäden)**

**Fall 40: Versendungskauf**

Käufer D und Verkäufer G vereinbaren Versendungskauf (§ 447<sup>33</sup>), die von D beauftragte Transportperson S ist kein Unternehmer (sonst greift § 421 HGB) und zerstört (oder beschädigt) die Kaufsache schuldhaft vor Ablieferung an den Käufer D.

*Vertragskette: Kaufvertrag mit Versendungspflicht – Werkvertrag (D – G – S)*

**Fall 41: Vertragsstern**

Der Handwerker D baut Materialien in das Haus des Bauherrn G ein. Der ebenfalls von G beauftragte Handwerker S zerstört die von D eingebauten Bauteile vor der Abnahme durch den Bauherrn (G).

**c. Mittelbare Stellvertretung<sup>34</sup> (Haftung für Drittverschulden und Haftung für reine Vermögensschäden)**

*Bsp. 1: D beauftragt den G, bei S ein Kunstwerk im eigenen Namen auf seine Rechnung zu kaufen. Der ansonsten stets zuverlässige Angestellte A des S (§ 831 I 2!) zerstört das Kunstwerk, bevor es D übereignet wurde.*

*Bsp. 2: wie oben, allerdings täuscht der Verkäufer S den G bei den Vertragsverhandlungen über den Urheber des Kunstwerks. G macht geltend, D hätte das Kunstwerk, seine Echtheit vorausgesetzt, mit einem Gewinn von 1.000 EUR weiterverkaufen können.*

*Vertragskette: Auftrag – Kaufvertrag (D – G – S [– A])*

**d. Weitere Fälle**

Die genannten Fallgruppen beschreiben den Anwendungsbereich der Drittschadensliquidation nicht abschließend. Bei vergleichbarer Interessenlage kommt die Anwendbarkeit Drittschadensliquidation auch in anderen Fällen in Betracht.

**3. Voraussetzungen der Drittschadensliquidation**

Es muss eine der anerkannten Fallgruppen vorliegen (s. o.). Sie sind gekennzeichnet durch folgende Voraussetzungen:

---

<sup>33</sup> Die Anwendbarkeit der Vorschrift ist regelmäßig gesperrt im Fall des Verbrauchsgüterkaufs, § 474 IV. Damit muss es sich bei D und G in Bezug auf den Kaufvertrag entweder um zwei Unternehmer oder zwei Verbraucher handeln.

<sup>34</sup> Mittelbare Stellvertretung = Stellvertreter handelt nicht im fremden, sondern im eigenen Namen, wenngleich für Rechnung eines Dritten. Im Innenverhältnis ist der Stellvertreter regelmäßig zur Übergabe und Übereignung der im Außenverhältnis erworbenen Sachen verpflichtet. Im Außenverhältnis gilt aber, dass die Wirkung der Rechtsgeschäfte nur den mittelbaren Stellvertreter (S) trifft, während der Geschäftsherr bzw. Auftraggeber (D) die wirtschaftlichen Risiken des Geschäftes trägt.

**Voraussetzungen dafür, dass Gläubiger Ersatz für den von einem Dritten erlittenen Schaden verlangen kann:**

1. Gläubiger hat einen Ersatzanspruch (z. B. aus § 280 I BGB), aber keinen Schaden.
2. Ein Dritter ist Geschädigter, hat aber keinen Anspruch.
3. Der Schaden ist zufällig vom Gläubiger auf den Dritten verlagert.
4. Es schiene unangemessen, wenn Schädiger (Schuldner) aus diesem Umstand Vorteil ziehen könnte.

**4. Rechtsfolge**

Der Gläubiger kann Ersatz des dem Dritten entstandenen Schadens verlangen. In der Regel steht dem Dritten gegen den Gläubiger ein Anspruch auf Abtretung dieses Schadensersatzanspruchs zu. AGL ist häufig § 285 (*angelehnt an* (BGH, Urt. v. 30. 9.1969 – VI ZR 254/67 – *Kupferfolien*, NJW 1970, 38; OLG Hamburg, Urt. v. 24.1.1974 – 6 U 92/73 – *Spundwand*, MDR 1974, 668; LG München II, Urt. v. 11.1.1989 – 3 O 3588/88 – *Stahlbetonträger*, BauR 1990, 508) (Herausgabe des Ersatzanspruchs). In anderen Fällen gelangt man zu demselben Ergebnis im Wege der ergänzenden Auslegung des Vertrags zwischen dem Gläubiger und dem Dritten. Anders als beim VmSchzD kann der Dritte erst nach erfolgter Abtretung selbst Schadensersatz von dem Schuldner verlangen.

Der Schuldner kann dem Dritten Einwendungen sowohl aus seinem Verhältnis mit dem eigentlichen Gläubiger (etwa Haftungsprivilegierungen oder dessen Mitverschulden nach § 254) als auch ein etwaiges Mitverschulden des Dritten selbst entgegenhalten.

Klausurhinweise:

1. Die Voraussetzungen des Vorliegens der Drittschadensliquidation werden im Rahmen des haftungsausfüllenden Tatbestandes (Bestimmung des zu ersetzenden Schadens) geprüft.
2. Häufig wird der Aufgabensteller vorgeben, dass der (zur Drittschadensliquidation berechnigte) Gläubiger seine Ansprüche gegen den Schuldner an den Dritten (freiwillig) abgetreten hat. Dann erübrigt sich die Prüfung eines Abtretungsanspruchs des D gegen G (aus § 285, ggf. analog, oder aus ergänzender Vertragsauslegung). Im Übrigen kommt es zu einem verschachtelten Prüfungsaufbau. Geprüft wird ein Anspruch des D gegen S, etwa so: „Möglicherweise hat D gegen S einen Anspruch auf Schadensersatz aus abgetretenem Recht. Zunächst ist zu prüfen, ob dem G gegen S ein abtretbarer Anspruch zusteht...“ In diesem Kontext ist auf die Möglichkeit des G einzugehen, bei S den Drittschaden des D zu liquidieren.

## **E. Schuldverhältnisse mit mehreren Beteiligten**

### **I. Vertrag zugunsten Dritter (§§ 328 ff. BGB)**

(Looschelders, SchR AT § 51 Rn. 1 ff.)

#### **1. Regelungszweck und Abgrenzungen**

Vertragliche Leistungspflichten<sup>35</sup> treffen grundsätzlich nur die Parteien des Vertrages. In manchen Fällen besteht jedoch das Bedürfnis, einem unbeteiligten Dritten einen unmittelbaren Leistungsanspruch zu verschaffen.

Die Abgrenzung zur Stellvertretung ist nicht immer einfach.

*Bsp.: Die Eltern E rufen für ihr minderjähriges Kind einen Arzt. Abzugrenzen ist danach, ob E im eigenen oder im fremden Namen aufgetreten sind. In diesem Fall spricht man von Stellvertretung, im erstgenannten Fall kommt ein Vertragsschluss zugunsten eines Dritten in Betracht:*

##### **a. Echter Vertrag zugunsten Dritter**

Hier erhält ein Dritter gem. § 328 I BGB durch einen schuldrechtlichen Verpflichtungsvertrag zwischen Gläubiger und Schuldner einen *eigenen* Anspruch auf die Leistung des Schuldners.

*Bsp.: E schließt mit dem Versicherer V eine Lebensversicherung ab, die seine Ehefrau D im Fall seines, des E, Todes, finanziell absichern soll (vgl. § 159 VVG).*

*Bsp. 2: Der in Spanien ansässige S lässt seiner Mutter Dorothea (D) durch den Blumenversanddienst Fioreuropea einen Strauß Pfingstrosen in die Höchberger Wohnung senden.*

*Bsp. 3: Die Eltern E legen auf den Namen ihres Kindes K ein Sparkonto an.*

##### **b. Unechter Vertrag zugunsten Dritter**

Von einem unechten Vertrag zugunsten Dritter spricht man demgegenüber, wenn nach der Parteivereinbarung allein der Gläubiger des Vertrags zur Forderung der Leistung berechtigt sein soll, der Schuldner allerdings gemäß § 185 BGB ermächtigt ist, mit schuldbefreiender Wirkung im Sinne des § 362 II BGB an den Dritten zu leisten.

*Bsp.: Händler H bestellt zwölf Paletten Ziegel beim Produzenten P. Zugleich weist H den P an, direkt auf die Baustelle seines, des H, Kunden K zu liefern.*

Die Abgrenzung erfolgt vorrangig nach der Parteivereinbarung. Wenn die Parteien keine besonderen Vereinbarungen getroffen haben, ist der mutmaßliche Wille durch Auslegung zu ermitteln. Dabei ist in erster Linie auf die Auslegungsregeln der §§ 329, 330 BGB zurückzugreifen.

#### **2. Zu unterscheidende Vertragsverhältnisse, Begrifflichkeiten**

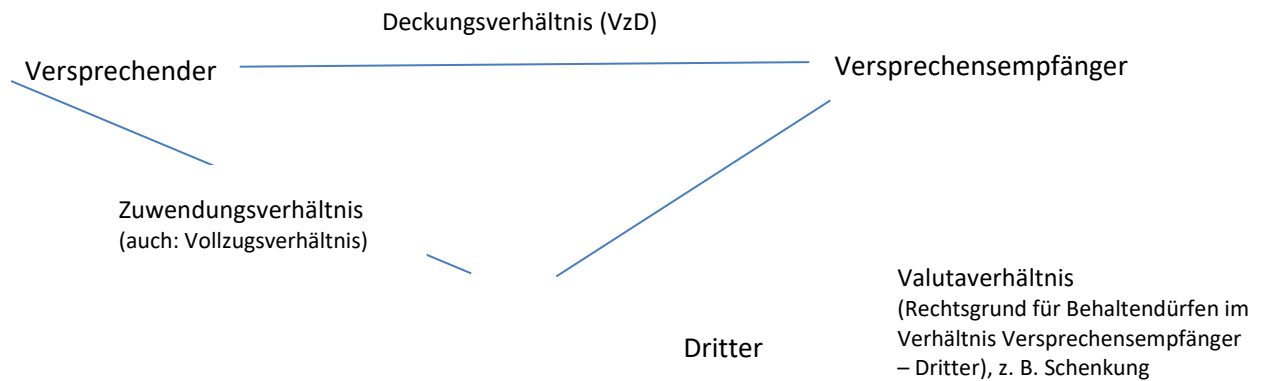
Versprechensempfänger und Versprechender schließen das sog. *Deckungsgeschäft*. Aus diesem (echten) Vertrag zugunsten eines Dritten (VzD) ergibt sich der Anspruch des *Dritten*. Das Geschäft zwischen Versprechensempfänger und Drittem wird als *Valutaverhältnis* bezeichnet. Insofern kommt

---

<sup>35</sup> Der oben behandelte VmSchzD begründet gegenüber Vertragsdritten allein Schutzpflichten (nichtleistungsbezogene Nebenpflichten).



häufig ein Schenkungsvertrag (§ 516 BGB) in Betracht, siehe die Beispiele oben (*Lebensversicherung, Tulpenstrauß, Sparkonto* etc.).



### 3. Prüfungsschema

#### **(Echter) Vertrag zugunsten Dritter i.S.d. § 328 BGB**

##### **Voraussetzungen:**

1. Wirksamer Vertrag zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger
2. Vereinbarung der Leistung an einen Dritten als Leistungsempfänger mit eigenem Forderungsrecht des Dritten (dabei auch Abgrenzung zum unechten Vertrag zugunsten Dritter)

##### **Rechtsfolgen:**

1. Aus Sicht des Dritten: eigenes Forderungsrecht (eigener Anspruch) gegen den Versprechenden
2. Aus Sicht des Versprechensempfängers: Grundsätzlich Anspruch (nur) auf Leistung an den Dritten, § 335 BGB
3. Aus Sicht des Versprechenden: Schuldbefreiende Wirkung hat nur Leistung an den Dritten

### 4. Einwendungen des Schuldners

Nach § 334 BGB stehen Einwendungen aus dem Deckungsverhältnis dem Versprechenden auch gegenüber dem Dritten zu (sog. Einwendungsdurchgriff). Damit steht der Versprechende nicht schlechter, als wenn er an den Versprechensempfänger selbst leisten müsste.

Als Einwendungen des Versprechenden kommen in Betracht:

- rechtshindernde Einwendungen wie Nichtigkeit gemäß § 105 I BGB (fehlende Geschäftsfähigkeit), § 125 BGB (Formmangel), § 134 BGB (Gesetzesverstoß), § 138 BGB (Sittenwidrigkeit),
- rechtsvernichtende Einwendungen wie Anfechtung, Minderung und Rücktritt oder
- Einreden wie § 214 BGB (Verjährung), § 275 II und III BGB (wirtschaftliche Unmöglichkeit, Unzumutbarkeit der persönlichen Leistungserbringung), §§ 273, 320 BGB (Nichterfüllung der Gegenleistungspflicht)

- Haftungsbeschränkungen.

*Bsp.: Ficht der Versprechende den mit dem Versprechensempfänger geschlossenen Vertrag zugunsten des Dritten wirksam an (§ 142 II BGB), so verliert der Dritte den Anspruch gegen den Versprechensempfänger.*

**Fall 39a: Laptop für die Tochter (§ 328 BGB)**

*M kauft für ihre Tochter T einen neuen Laptop für den Start ihres Jurastudiums in Würzburg. Da das Modell erst ab nächster Woche wieder im Lagerbestand des Händlers H verfügbar ist, vereinbaren M und H, dass T den Laptop abholen soll, immerhin sei sie mittlerweile alt genug, um sich um ihre Angelegenheiten selbst zu kümmern. Als T eine Woche später den Laptop abholen möchte, weigert sich H, ihn herauszugeben, weil M den Kaufpreis noch nicht gezahlt hat. T erwidert, das gehe sie nichts an, da H den Vertrag mit ihrer Mutter M geschlossen habe, und besteht auf der Übergabe und der Übereignung des Laptops. Zu Recht?*

**5. Formulierungsvorschlag (Klausur)**

*„Es stellt sich die Frage, ob D von F Übergabe und Übereignung eines Pfingstrosenstraußes aus § 433 I 1 i.V.m. § 328 BGB verlangen kann. Das setzt voraus, dass S und F einen wirksamen Kaufvertrag zugunsten der D geschlossen haben. Es ist daher in einem ersten Schritt zu prüfen, ob zwischen S und F ein wirksamer Kaufvertrag (Deckungsverhältnis) geschlossen wurde. Sodann gilt es zu untersuchen, ob dieser Vertrag die Voraussetzungen eines echten Vertrags zugunsten der Dritten D erfüllt (§ 328 I BGB). Ausdrücklich haben S und F dies nicht vereinbart. Möglicherweise sind ihre Erklärungen aber dahin auszulegen, dass D ein eigenes Forderungsrecht gegen F zustehen soll. [...]*

*Durchsetzbarkeit des Anspruchs?*

*Möglicherweise kann F sich gegenüber dem Anspruch der D auf Übergabe und Übereignung der Tulpen auf die Einrede des nichterfüllten Vertrags berufen kann, §§ 320 i. V. m. § 334 BGB.“*

**II. Abtretung von Forderungen (§§ 398 ff. BGB)**

(Looschelders, SchR AT § 52 Rn. 4 ff.)

**1. Regelungszweck**

Forderungen haben einen Vermögenswert. Sie kommen daher

- als Gegenstand von Kaufverträgen (Factoring), die zu erfüllen sind (Trennungsprinzip, s. u.!),
- als Zahlungsmittel (Abtretung → an Erfüllung Statt oder erfüllungshalber, siehe oben) und
- zur Sicherung von Krediten (z. B. im Zusammenhang mit der Lieferung von Waren unter Eigentumsvorbehalt → Vorlesung Kreditsicherungsrecht)

in Betracht.

Möglich ist Übertragung der Forderung vom bisherigen Inhaber auf neuen Gläubiger durch zweiseitiges Rechtsgeschäft (Vertrag), sog. Abtretung.

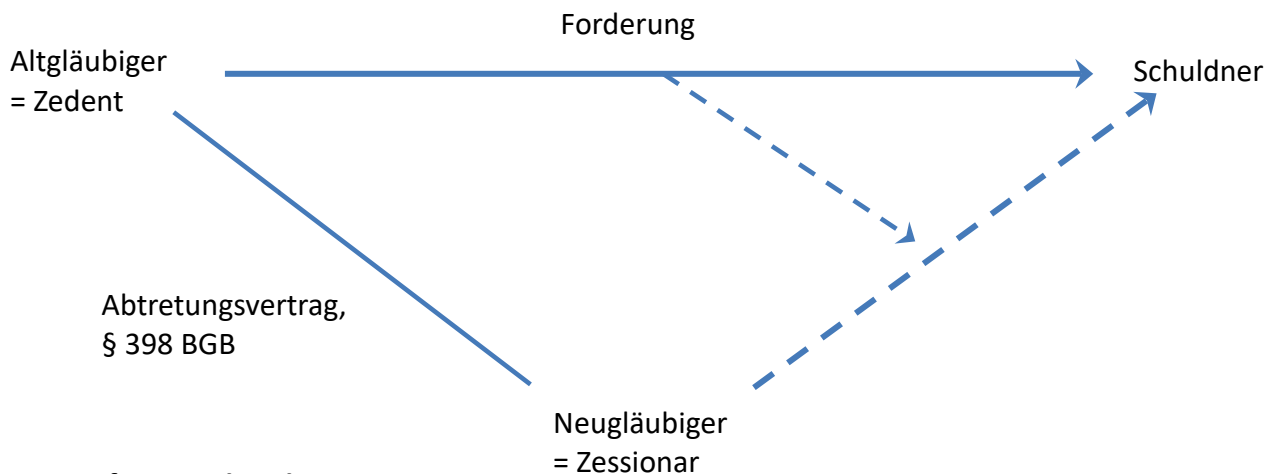
**2. Begrifflichkeiten**

Die Abtretung erfolgt nach § 398 S. 1 BGB durch Vertrag zwischen altem und neuem Gläubiger:

Durch die Abtretung wird

- der *neue Gläubiger (Zessionar)* Inhaber der Forderung, während
- der *Altgläubiger (Zedent)* seine Forderung gegen den – unveränderten – *Schuldner* verliert.

Der Neugläubiger tritt also an die Stelle des Altgläubigers (§ 398 S. 2 BGB).



### **3. Verfügungscharakter**

Abtretung einer Forderung → unmittelbare Übertragung eines Rechts.

Abtretung ist genauso Verfügung wie Übertragung des Eigentums an einer Sache (§§ 929 S. 1; 873, 925 BGB).

Trennung zwischen Verfügungsgeschäft und zugrundeliegendem Verpflichtungsgeschäft, häufig einem Forderungskauf (§ 453 BGB) zu unterscheiden.

Anwendbarkeit von Trennungs- und Abstraktionsprinzip:

- Unwirksamkeit des Kausalgeschäfts (z.B. des Forderungskaufs) berührt nicht die Wirksamkeit der Abtretung der veräußerten Forderung.
- Abtretung wirksam, Kausalgeschäft unwirksam: Bereicherungsanspruch des Altgläubiger gegen Neugläubiger, § 812 I 1 Alt. 1 BGB (→ Grundkurs BGB IIb).

### **4. Abtretungsvertrag als Voraussetzung für die Übertragung der Forderung**

Vertraglicher Charakter der Abtretung gem. § 398 S. 1 BGB:

- Alt- und Neugläubiger müssen sich darüber einig sein, dass die Forderung übergehen soll.
- Gegenstand der angestrebten Rechtsänderung (also die zu übertragende Forderung) muss anhand der Einigung bestimmt sein.
- Mitwirkung des Schuldners: nicht erforderlich, nicht einmal seine Information.

Vertiefungshinweise (für höhere Semester):

Die Abtretung ist grundsätzlich formlos möglich. Eine Ausnahme gilt für mit einer Hypothek gesicherte Forderungen, § 1154 BGB.

Die Nichtigkeit der Forderungsabtretung, insbesondere von Globalzessionen (= Übertragung sämtlicher bestehender und zukünftiger Ansprüche des Zedenten an den Zessionar), gemäß § 138 BGB kann sich aus der Kollision mit einem verlängerten Eigentumsvorbehalt ergeben. Weitere mögliche Nichtigkeitsgründe gemäß § 138 BGB sind die Übersicherung und die Knebelung.

## **5. Rechtsfolge**

Rechtsfolgen der wirksamen Abtretung einer Forderung:

- Übergang der Forderung auf Zessionar, § 398 S. 2 BGB.
- Entstehung eines Schuldverhältnisses i.S.d. §§ 241, 280 ff. BGB zwischen Zessionar und Schuldner.
- Altgläubiger: Keine Möglichkeit mehr, über die abgetretene Forderung zu verfügen, insbesondere sie noch einmal abzutreten, da ihm Inhaberschaft fehlt. Bei mehreren Abtretungen gilt das Prioritätsprinzip.

Vertiefungshinweis (für höhere Semester):

Der gutgläubige Erwerb einer Forderung von einem Nichtberechtigten ist ausgeschlossen (anders bei beweglichen und unbeweglichen Sachen, § 932 und § 892 BGB, → Grundkurs BGB III Sachenrecht).

## **6. Schuldnerschutz**

- § 404 BGB: Erhalt aller Einwendungen gegenüber dem Neugläubiger, z. B. Anfechtungsrecht oder Verjährung (siehe die parallele Regelung oben § 334 BGB);
- § 406 BGB: Erhalt der Aufrechnungsmöglichkeit;
- § 407 BGB: Möglichkeit der befreienden Leistung an Altgläubiger bis zu dem Zeitpunkt, in dem der Schuldner von der Abtretung positive Kenntnis erlangt. Unter diesen Umständen ist die Leistung an Altgläubiger dem Neugläubiger gegenüber wirksam. Letzterer kann das Geleistete allerdings gemäß § 816 II BGB vom Zedenten herausverlangen (→ GK BGB IIb).

## **7. Übertragung von Rechten**

(Looschelders, SchR AT § 52 Rn. 4 ff.)

Die Vorschriften §§ 398 ff. gelten nicht nur für die Abtretung von Forderungen, sondern gemäß § 413 BGB auch für die Abtretung anderer Rechte, etwa gewerblicher Schutzrechte (Patente, Markenrechte etc.). Für die Übertragung von Sachenrechten greifen Spezialvorschriften (§§ 873, 925, 929 BGB → Grundkurs BGB III Sachenrecht).

## **III. Gesamtschuldnerschaft**

(Looschelders, SchR AT § 54 Rn. 18)

### **1. Begriff und Überblick**

Der Begriff des Gesamtschuldners ist in § 421 S. 1 BGB legaldefiniert:

"Schulden mehrere eine Leistung in der Weise, dass jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist (Gesamtschuldner), so kann der Gläubiger die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zum Teil fordern."

Gesamtschuldner ist also derjenige, der zu einer Leistung verpflichtet ist, die mehrere Personen derart schulden, dass der Gläubiger die **gesamte Leistung von jedem einmalig** fordern kann (Außenverhältnis). Dies ist für den Gläubiger die vorteilhafteste Form der Schuldnermehrheit. Er kann sich den zahlungskräftigsten Schuldner aussuchen und dadurch das Risiko eines insolvenzbedingten Zahlungsausfalls minimieren.

Im Innenverhältnis der Gesamtschuldner findet ein Ausgleich insbesondere nach Maßgabe des § 426 BGB statt (→ unten 3 b).

## **2. Abgrenzung zur Teilschuldnerschaft (§ 420 BGB)**

Abzugrenzen ist die Gesamtschuld von der praktisch nur selten vorkommenden Teilschuldnerschaft (§ 420 BGB): Hier haftet jeder Schuldner nur in Höhe seines Anteils.

*Bsp.: A, B, C und D haben gemeinsam ein Grundstück gekauft und lassen vom Bauunternehmer U ein Mehrfamilienhaus erstellen, in dem jeder von ihnen eine Eigentumswohnung beziehen möchte. Hier ist für U erkennbar, dass jeder Bauherr nur in Höhe seines Anteils haften möchte und nicht bereit ist, im Außenverhältnis die gesamten Baukosten zu tragen. Es besteht eine sog. Teilschuld.<sup>36</sup>*

Gemäß § 427 BGB entsteht auch bei Teilbarkeit der Leistung (z. B. Pflicht zur Geldzahlung) „im Zweifel“ eine Gesamtschuld, keine Teilschuld.

## **3. Die Begründung einer Gesamtschuld**

Die Gesamtschuld kann auf verschiedene Weise entstehen:

### **a. Gesamtschuld aufgrund Vertrags (§ 427 BGB)**

*Bsp.: Drei Studenten A, B, C, die gemeinsam aus Lohr für das Jurastudium nach Würzburg ziehen, mieten kurz vor Beginn des ersten Semesters gemeinsam bei V eine Wohnung. Ihrem Vermieter M kaufen sie die in der Wohnung schon eingebaute Küche ab. Zur Finanzierung der teuren Küche leihen sie sich Geld von dem wohlhabenden Kommilitonen K. Als es Streit mit der Vermieterin über die Höhe der Nebenkosten gibt, suchen sie gemeinsam die Kanzlei von Rechtsanwalt R auf und beauftragen ihn mit der Vertretung ihrer Interessen. A, B und C schulden als Gesamtschuldner die Miete, den Kaufpreis, Rückzahlung des Darlehens an K und das Anwaltshonorar.*

### **b. Gesamtschuld aufgrund gesetzlicher Anordnung, insbesondere**

- § 769 BGB: gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Bürgen gegenüber dem Gläubiger der gesicherten Forderung
- § 840 I BGB: gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Schädiger, z. B. § 830 BGB (→ GK BGB IIb Außervertragliches Schuldrecht)
- § 1357 I BGB: gesamtschuldnerische Verpflichtung beider Ehegatten im Fall des Abschlusses von Geschäften zur Deckung des täglichen Lebensbedarfs

---

<sup>36</sup> Siehe BGH, Urt. v. 29.9.1959 - VIII ZR 105/58, NJW 1959, 2160.

**c. Gesamtschuld aufgrund der allgemeinen Regelung in § 421 BGB:**

Die h. M. geht davon aus, dass über die Fälle des § 427 BGB (a) und der gesetzlichen Anordnung (b) eine Gesamtschuld auch dann entsteht, wenn die allgemeinen Voraussetzungen des § 421 BGB erfüllt sind. Die Vorschrift bildet dann einen eigenen Entstehungsgrund für eine Gesamtschuld.

**Allgemeine Voraussetzungen des Entstehens einer Gesamtschuld**

(1) Anspruch des Gläubigers auf Erbringung der ganzen Leistung gegen mehrere Schuldner (vgl. § 421 BGB)

(2) Gleichstufigkeit der Verpflichtungen (zusätzliches Kriterium)

**Rechtsfolge:** Gläubiger kann von jedem Schuldner die Leistung fordern.

Zu den Voraussetzungen im Einzelnen:

(1) Es muss ein Anspruch gegen mehrere Schuldner bestehen; die Schuldner müssen jeweils zur Erfüllung der ganzen Leistung verpflichtet sein; die Leistungen müssen auf dasselbe Leistungsinteresse gerichtet sind und inhaltlich sehr eng verwandt sein.

(2) Die h. M. verlangt das Vorliegen einer im Gesetzestext nicht genannten zusätzlichen (einschränkenden) Voraussetzung, der sog. „Gleichstufigkeit“ der Forderungen. Damit ist gemeint, dass im Außenverhältnis (= gegenüber dem Gläubiger) klar ist, dass ein Schuldner primär, ein anderer nur subsidiär haften soll, weshalb im Innenverhältnis (= zwischen den Schuldnern) ein etwaiger Ausgleichsanspruch nur einseitig besteht.

*Bsp. 1: Keine Gleichstufigkeit und damit keine Gesamtschuld besteht zwischen Schuldner und Bürgen, weil primär der Schuldner und nur subsidiär der Bürge haftet, dieser im Falle seiner Inanspruchnahme im Innenverhältnis auch vollständig Regress beim Schuldner nehmen kann. Umgekehrt gilt das nicht.*

*Bsp. 2: Die Leistungspflichten der Vollkaskoversicherung V und des Unfallverursachers D gegenüber dem Eigentümer E des zerstörten Pkw stehen ebenfalls nicht auf der gleichen Stufe: Leistet die Versicherung, steht ihr ein Regressanspruch gegen den Unfallverursacher D zu, nicht umgekehrt.*

(3) Die Anwendung dieser Kriterien ist schwierig, die Praxis behilft sich mit der Bildung von Fallgruppen. Praktisch bedeutsam ist Fallgruppe der Baumängel, die von verschiedenen Beteiligten (verschiedene Unternehmer, Architekt) verursacht wurden:

**Fall 42: Baumängel (Konversatoriumsfall, angelehnt an BGHZ 43, 227):**

*Bauherr H beauftragt den Architekten A mit der Erstellung des Bauplanes für ein mehrstöckiges Einfamilienhaus. Nachdem A einen entsprechenden Plan entworfen hat, beauftragt H das Bauunternehmen B mit den Bauarbeiten. A soll dabei die Bauarbeiten des B überwachen und betreuen. Nach Fertigstellung und Einzug des H zeigen sich alsbald verschiedene Mängel am Bauwerk. Da A die Baustelle nur selten besucht hat, ist ihm dieser Fehler nicht rechtzeitig aufgefallen. Welche Ansprüche hat H gegen B und A?*

*A möchte außerdem wissen, ob er, falls er von H in Anspruch genommen werden kann, Ausgleichsansprüche gegen B hat.*

**4. Wirkung der Erfüllung**

**a. Im Außenverhältnis**

Die §§ 422 – 425 BGB regeln die Wirkungen der Gesamtschuld im Verhältnis zum Gläubiger (Außenverhältnis). Die gesondert aufgezählten Tatbestände §§ 422 – 424 BGB haben Gesamtwirkung (Wirkung gegenüber sämtlichen Schuldnern), alle übrigen nur Einzelwirkung (Regelfall des § 425 I BGB).

- (1) Gesamtwirkung:
- Die Erfüllung hat gemäß § 422 I 1 BGB schuldbefreiende Wirkung auch für die übrigen Schuldner.
  - Gläubigerverzug entlastet alle Schuldner, § 424 BGB.

**Fall 42a: Gemeinsam verkaufte Fahrrad**

*Den Zwillingen A und B gehört ein Rennrad. Dieses verkaufen sie C. Als A das Fahrrad dem C zum vereinbarten Termin am vereinbarten Ort, nämlich am 30.6. um 12 Uhr vor der Mensa übergeben möchte, winkt dieser mit Hinweis darauf, dass er mit seinem eigenen alten Fahrrad gekommen sei und nicht beide Fahrräder gleichzeitig fahren könne, ab. A und C verabreden sich daher auf den kommenden Montag, 7.7. Am 1.7. ist B mit dem Rennrad unterwegs. Aufgrund einer kleinen Unachtsamkeit – er lässt das Rad für Augenblicke ohne Aufsicht – wird das Fahrrad von dem unbekannten Dieb D gestohlen und ist nicht mehr auffindbar.*

- (2) Einzelwirkung:
- Beispiele sind in § 425 II BGB aufgezählt: Kündigung, Verzug, Verschulden, Unmöglichkeit der Leistung in der Person eines Gesamtschuldners etc.

**b. Im Innenverhältnis**

Im Innenverhältnis besteht ein Ausgleichsanspruch desjenigen Gesamtschuldners, der den Anspruch des Gläubigers (teilweise oder vollständig) befriedigt. Es ist zwischen zwei verschiedenen Ausgleichsmechanismen zu unterscheiden:

- (1) Ausgleichsanspruch gemäß § 426 I BGB

Die Gesamtschuldner sind im Verhältnis zueinander (Innenverhältnis) im Zweifel zu **gleichen Anteilen** verpflichtet, § 426 I 1 BGB. Das Gesetz ordnet zwar als Regel den Ausgleich nach Kopfteilen an (= jeder gleich viel). In der Praxis greift aber häufig ein anderweitiger Verteilungsschlüssel ein. Er kann sich aus Vereinbarung, Gesetz oder sonstigen Umständen (z. B. unterschiedliche Verschuldensbeiträge der mehreren Schädiger) ergeben.

*Bsp.: Für die gesamtschuldnerische Haftung der Kartellanten gegenüber ihren geschädigten Abnehmern ordnet § 33d I 1 GWB an, die Haftung der Gesamtschuldner im Innenverhältnis „von den Umständen“ abhängen, „insbesondere davon, in welchem Maß sie den Schaden verursacht haben.“ Zu berücksichtigen sind etwa der von den verschiedenen Kartellbeteiligten erzielte Umsatz, ihr jeweiliger Marktanteil und ihre Rolle in dem Kartell (Anführer und Organisator des Kartells; bloßer Mitläufer; Kartellant, der andere zum Mitmachen gezwungen hat).*

Kann von einem Gesamtschuldner der auf ihn entfallende Beitrag nicht erlangt werden, so ist der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung verpflichteten Schuldnern zu tragen.

**Fall 43: Wohngemeinschaft**



*A, B, C und D mieten gemeinsam von V eine Wohnung für 1200 €. Den Mietzins zahlen sie immer bar zu je 300 €. Als A, B und C einmal verreist sind und V deswegen in der Wohnung nur auf D trifft, verlangt V von D den gesamten Mietpreis. Welche Ansprüche hat D gegen A, B und C, wenn er zahlt?*

**Beispielsfall 43 Wohngemeinschaft - Abwandlung 1**

*C kehrt aus dem Urlaub nicht zurück und bleibt spurlos verschwunden. Anspruch des D gegen A und B?*

(2) Forderungsübergang gemäß § 426 II BGB

Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldner Ausgleich verlangen kann, führt dies **außerdem** zu einem **gesetzlichen Forderungsübergang** (cessio legis, § 412 BGB) der Gläubigeransprüche auf den zahlenden Schuldner, § 426 II 1 BGB.

**Voraussetzungen für Ausgleichsanspruch aufgr gesetzlichen Forderungsübergangs gem. § 426 II 1**

1. Gesamtschuldverhältnis zwischen Anspruchsteller und Anspruchsgegner
2. Ausgleichspflicht des Anspruchsgegners gegenüber dem Anspruchsteller, § 426 I 1 BGB
3. Befriedigung des Gläubigers durch Anspruchsteller

**Rechtsfolge:** (Anteiliger<sup>37</sup>) Ausgleichsanspruch des Anspruchstellers gegen Anspruchsgegner aus übergegangenem Recht, einschließlich etwaiger Nebenrechte, §§ 412, 401 BGB.

Der Forderungsübergang hat den Vorteil, dass akzessorische Sicherungsrechte (→ Vorlesung Kreditsicherungsrecht) wie z.B. die Bürgschaft (§ 765 BGB), das Pfandrecht (§ 1204 BGB) oder die Hypothek (§ 1113 BGB) von Gesetzes wegen auch auf den Gesamtschuldner übergehen und damit seinen Anspruch besichern (§§ 401, 412 BGB). Auf der anderen Seite können die übrigen Gesamtschuldner dem ausgleichsberechtigten Gesamtschuldner aber auch diejenigen Einreden entgegenhalten, die ihnen im Verhältnis zum Gläubiger zustanden (§§ 404, 412 BGB).

**Beispielsfall 43 Wohngemeinschaft - Abwandlung 2:**

*Die Großmutter G des A hatte V gegenüber formwirksam eine Bürgschaft für die Mietzahlungen des A erteilt. Nachdem A nicht zahlt, fragt D, ob er sich auch an G halten kann.*

(3) Verhältnis der beiden Ansprüche zueinander

Die beiden Ansprüche können nebeneinander geltend gemacht werden.

Insbesondere schlagen Einwendung gegen den gemäß § 426 II BGB übergebenen Anspruch nicht auf den Ausgleichsanspruch gemäß § 426 I BGB durch.<sup>38</sup>

*Beispielsfall Wohngemeinschaft - Abwandlung 3: D begleicht acht Monate nach dem Auszug der WG aus der Wohnung des V die für erforderliche Reparaturen der Wohnung angefallenen Handwerkerrechnungen (1500 EUR) und wendet sich sofort anschließend an A, B und C. Diese verweisen auf § 548 I BGB.*

<sup>37</sup> Siehe sogleich unten c.

<sup>38</sup> St. Rspr. seit RGZ 69, 422, 426f.; a.A. Stamm, NJW 2004, 811.

In umgekehrter Richtung besteht aber eine gewisse Abhängigkeit des einen von anderen Ausgleichsmechanismus:

- Da der Forderungsübergang gemäß § 426 II BGB den Ausgleichsanspruch gemäß § 426 I BGB lediglich verstärken soll, ist der Umfang des Übergangs nach allgemeiner Meinung auf die Höhe des Ausgleichsanspruchs nach Abs. I gedeckelt.<sup>39</sup>  
*Bsp.: Im o.g. Fallbeispiel Wohngemeinschaft (Grundfall und Abwandlung 1) kann D auch aus abgetretenem Recht (§ 426 II BGB) von A, B und C jeweils nur 300 EUR bzw. 400 EUR, nicht aber 1200 EUR (= Höhe des Anspruchs der V gegen die einzelnen Gesamtschuldner) verlangen.*
- Der gemäß § 426 II BGB übergegangene Anspruch kann nicht isoliert von dem Anspruch aus § 426 I BGB abgetreten werden. Ersterer folgt dem zweitgenannten Anspruch vielmehr automatisch nach.  
*Bsp.: Tritt D im Fallbeispiel Wohngemeinschaft (Abwandlung 2) ihren Anspruch aus § 426 I BGB an Z gemäß § 398 BGB ab, erwirbt Z automatisch auch den auf A gemäß § 426 II BGB übergangenen Anspruch. Damit kann Z nicht nur gegen A vorgehen, sondern auch gegen G.*

Nicht selten sind die Gesamtschuldner (im Fall der Wohngemeinschaft etwa als BGB-Gesellschafter, § 705 BGB) auch vertraglich miteinander verbunden. In diesem Fall kann zu den beiden gesetzlichen Ansprüchen auf Innenausgleich noch ein vertraglicher Ausgleichsanspruch (hier: §§ 713, 670 BGB) hinzutreten.

(4) Verjährung der Ausgleichsansprüche:

(a) Der Anspruch aus § 426 I 1 BGB unterliegt der dreijährigen Regelverjährung (§ 195 BGB). Die Frist beginnt am Ende des Jahres, in dem der Anspruch fällig wird, zu laufen (§ 199 BGB). Nach der (von Teilen der Literatur kritisierten) Rspr. des BGH tritt die Fälligkeit des Ausgleichsanspruchs bereits dann ein, wenn die Gesamtschuld begründet wird (= der Anspruch gegen die Gesamtschuldner entsteht), nicht erst in dem Zeitpunkt, in dem der ausgleichsberechtigte Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt hat.<sup>40</sup>

(b) Legalzession nach § 426 II BGB: Der ausgleichsberechtigte Gesamtschuldner muss als neuer Gläubiger die etwaige Verjährung des übergangenen Anspruchs des (bisherigen) Gläubigers gegen den zum Ausgleich im Innenverhältnis verpflichteten anderen Gesamtschuldner gegen sich gelten lassen. Die Verjährungsfrist ist unabhängig von der Verjährung des Anspruchs aus § 426 I 1 BGB.

(5) Klausurhinweis:

In einer Klausur sollten die beiden Ausgleichsansprüche § 426 I 1 BGB und derjenige aus übergegangenen Recht gemäß § 426 II 1 BGB getrennt voneinander geprüft werden. Z. B.:

*„I. Anspruch des D gegen A auf anteiligen Ausgleich aus § 426 I 1 BGB*

*[...]*

*II. Anspruch des D gegen A auf anteiligen Ausgleich aus §§ 535 i.V.m. 426 II 1 BGB*

<sup>39</sup> BGH, Urteil vom 6.10.2009 - VI ZR 24/09, NJW-RR 2010, 831, 832 (Rn. 10); Staudinger/Looschelders, BGB (2012), § 426 Rn. 139.

<sup>40</sup> BGH, Versäumnisurt. v. 18.6.2009 - VII ZR 167/08, NJW 2010, 60.

*Möglicherweise hat D außerdem einen Anspruch gegen A aus übergegangenem Recht. Dies setzt zunächst voraus, dass [...]“*

#### **5. Gestörte Gesamtschuld (Hinweis für spätere Semester)**

(Looschelders, SchR AT § 54 Rn. 18)

Ein besonders examensrelevantes Problem stellt die sog. **gestörte Gesamtschuld** dar. Eine solche liegt dann vor, wenn einer der Gesamtschuldner mit dem Gläubiger wirksam eine Haftungsbeschränkung (z. B. Haftung nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit; verkürzte Verjährungsfrist) vereinbart hat oder sich solche Haftungsbeschränkung aus gesetzlicher Anordnung ergibt (z. B. 708, 1359, 1664 BGB: Haftung nur für eigenübliche Sorgfalt; §§ 104, 105 SGB VII: Haftungsprivilegierung des Arbeitgebers bzw. Arbeitnehmers). Die nur relativ wirkende Haftungsbeschränkung hat Auswirkungen auf den Ausgleichsanspruch der Gesamtschuldner untereinander, möglicherweise aber auch schon auf die Höhe des Anspruchs des Gläubigers im Außenverhältnis:

##### ***Beispielsfall 44: Ungestüme Joggerin, verantwortungsloser Vater***

*V geht mit seinem kleinen Sohn S in den Stadtpark. Dort kommt es zwischen S, der auf einem Fahrrad mit Stützrädern unterwegs ist, und der grob unachtsamen Joggerin J zu einem Zusammenstoß. Da V die Stützräder leicht fahrlässig unsachgemäß montiert hatte, stürzt S und verletzt sich. S hat einen Schadensersatzanspruch gegen J aus § 823 I BGB. Von V kann S nur deshalb keinen Ersatz verlangen, weil der auch ansonsten eher unvorsichtige Vater durch § 1664 I BGB privilegiert wird.*

Wegen der Haftungsprivilegierung eines Schädigers haftet dieser dem Geschädigten eigentlich nicht. Damit entstände im Verhältnis zwischen dem privilegierten und den übrigen Schädigern eigentlich keine Gesamtschuld, sodass der nicht Privilegierte (hier J) voll in Anspruch genommen werden und keinen Regress verlangen könnte. Dieses Ergebnis wird teilweise dadurch korrigiert, dass eine Gesamtschuld fingiert wird: Der eigentlich von der Haftung verschonte Schädiger (hier: V) kann dann trotz seiner Privilegierung zum Regress im Innenverhältnis zum anderen Schädiger (hier: J) verpflichtet sein. Eine dritte Variante geht zu Lasten des Geschädigten (hier: S), der vom nicht privilegierten Schädiger (J) von vornherein nur einen dessen Verursachungsbeitrag entsprechenden Betrag verlangen können soll.

#### **IV. Gesamtgläubigerschaft**

(Looschelders, SchR AT § 54 Rn. 7)

Die Gesamtgläubigerschaft ist dadurch gekennzeichnet, dass jeder Gläubiger die ganze Leistung fordern kann, der Schuldner die Leistung aber nur einmal bewirken muss. Jeder Gläubiger hat ein selbstständiges Forderungsrecht, dem Schuldner steht jedoch nach § 428 BGB frei, an welchen Gläubiger er leistet. Befriedigt der Schuldner einen Gläubiger, so erlöschen auch die Forderungen der anderen Gläubiger (§§ 429 III, 422 I BGB). Die anderen Gläubiger haben allerdings nach § 430 BGB einen Ausgleichsanspruch gegen den Empfänger der Leistung nach Maßgabe der jeweiligen Anteile. Die Höhe der Anteile richtet sich in erster Linie nach den Parteivereinbarungen. Fehlt eine solche Vereinbarung, so steht jedem der Gesamtgläubiger nach § 430 BGB der gleiche Anteil zu.

*Bsp.: RGZ 117, 5: Ausgleichsanspruch der Mitbürgen gegen einen anderen Bürgen.*

*Bsp.: Rückgabeanspruch mehrerer Vermieter gegen den Mieter (§ 546 BGB).*

## **F. Kaufrecht**

### ***Fall 44a zur Einführung: Dienstwagen für den Rechtsanwalt***

*Rechtsanwalt K hat seine Gerichtstermine lange Zeit per Fahrrad oder per Bahn wahrgenommen. Nachdem sich Knieprobleme einstellen, kauft er bei Autohändler V einen gebrauchten BMW, mit dem er zukünftig für seine Mandanten mobil sein möchte.*

## **I. Anwendbare Vorschriften auf Kaufverträge im Überblick**

Zu unterscheiden ist zwischen drei Arten von Vorschriften betreffend Kaufverträge:

- Handelskaufrecht (Kaufverträge unter Beteiligung mindestens eines Kaufmanns, insbesondere § 377 HGB, → Vorlesung Handels- und Gesellschaftsrecht)
- Verbrauchsgüterkaufrecht (Kaufverträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern, Besonderheiten in §§ 474 - 479 BGB → unten VII)
- Allgemeines Kaufrecht (§§ 433 – 453 BGB).

## **II. Die vertragstypischen Pflichten beim Kaufvertrag**

§ 433 bestimmt die grundlegenden (Haupt-)Pflichten der Parteien eines Kaufvertrages.

- Abs. 1: Der Verkäufer einer Sache ist gegenüber dem Käufer zur **Übergabe** und **Eigentumsverschaffung** verpflichtet. Inhalt der Vertragspflicht ist die Lieferung einer sach- und rechtsman-gelfreien Sache (so genannte Erfüllungstheorie).
- Abs. 2: Der Käufer muss den **Kaufpreis** bezahlen.<sup>41</sup>  
Pflicht zur **Abnahme** der Kaufsache gemäß § 433 II BGB:
  - in der Regel keine im Synallagma stehende Hauptpflicht (daher: kein § 320 BGB), sondern
  - nur eine (leistungsbezogene) Nebenpflicht. Sie ist aber selbständig klagbar. In Betracht kommt ein Anspruch des Verkäufers auf Verzugsschadensersatz, z. B., weil er ein Lagerhaus länger als eigentlich vorgesehen mieten muss.

## **III. Der kaufrechtliche Mangelbegriff**

(Looschelders, SchR BT, 18. Aufl. 2023, § 3 Rn. 1 ff.)

Begrifflich ist zwischen dem Sach- und dem Rechtsmangel zu unterscheiden. Die Rechtsfolgen sind jedoch identisch.

### **1. Der Begriff des Sachmangels**

Gemäß § 434 I ist die Sache frei von Mängeln, wenn sie bei Gefahrübergang

- den subjektiven Anforderungen (a)

---

<sup>41</sup> Die ebenfalls in § 433 I erwähnte Pflicht zur Abnahme der Kaufsache ist in der Regel keine im Synallagma stehende Hauptpflicht, sondern nur eine Nebenpflicht. Wird sie nicht erfüllt, kann der Verkäufer deshalb nicht die Einrede des nicht erfüllten Vertrages aus § 320 erheben.

- den objektiven Anforderungen (b) und
- den Montageanforderungen (c)

entspricht. Seit der jüngsten Schuldrechtsreform im Jahr 2022 müssen für die Sachmangelfreiheit alle drei Voraussetzungen kumulativ vorliegen.

#### **a. Subjektive Anforderungen**

Die subjektiven Anforderungen sind in § 434 II 1 normiert. Demnach entspricht die Sache den subjektiven Anforderungen, wenn sie

- die vereinbarte Beschaffenheit hat,

*Bsp. 1: Zusicherung der Eigenschaft „Neuwagen“*

*Bsp. 2: Zusicherung des Baujahrs bei einem Gebrauchtwagen*

- sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet und

*Bsp.: K sucht ein Gebäude, in dem er größere Warenvorräte lagern kann. Das ihm zu diesem Zweck von V verkaufte Wohnhaus eignet sich mangels Tragkraft des Bodens jedoch nicht als Lagerhaus.*

- mit dem vereinbarten Zubehör und den vereinbarten Anleitungen, einschließlich Montage- und Installationsanleitungen, übergeben wird.

Alle drei Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Fehlt nur eine Voraussetzung, liegt ein Sachmangel vor.

Konkretisierung des Begriffs der Beschaffenheit in § 434 II 2 BGB. Dazu zählen beispielsweise

- Art,
- Menge,
- Qualität,
- Funktionalität,
- Kompatibilität,
- Interoperabilität und
- sonstige Merkmale.

„Sonstige Merkmale“: Keine abschließende Liste der Merkmale in § 434 II 2 BGB.

#### **b. Negative Beschaffenheitsvereinbarungen insbesondere**

- sind zulässig,
- können konkludent vereinbart werden,
- senken objektive Anforderungen herab.

*Bsp.: Autohändler V und Anwalt K vereinbaren, dass die Klimaanlage des gebrauchten BMW defekt ist. Der Defekt der Klimaanlage ist in diesem Fall kein Sachmangel iSd § 434 BGB.*

- Verbrauchsgüterkauf: Wirksamkeit nur unter zusätzlichen Voraussetzungen → § 476 I 2 BGB.

Wegen der grundsätzlichen Möglichkeit, **negative Beschaffenheitsvereinbarungen** zu treffen, bleibt es auch nach der Reform des Mangelbegriffs von 2022 faktisch beim Vorrang des subjektiven vor dem objektiven Fehlerbegriff. In diesem Fall ist nämlich die Variante „Soweit nicht wirksam etwas anderes vereinbart wurde...“ in § 434 III BGB. Zu beachten sind allerdings die erhöhten Anforderungen für negative Beschaffenheitsvereinbarungen im Fall des **Verbrauchsgüterkaufs**, § 476 I 2 BGB (→ unten).

## 1. Objektive Anforderungen

Sofern nicht wirksam etwas anderes vereinbart wurde,

*Bsp.: Defektes Instrument für Beuys' Installation „Infiltration homogen für Konzertflügel“.*

entspricht die Sache gemäß § 434 III BGB den objektiven Anforderungen, wenn

- sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet (Nr. 1)

*Beispiel: K sucht ein Gebäude, in dem er größere Warenvorräte lagern kann. Ohne V über seine Absichten in Kenntnis zu setzen, kauft er V ein leerstehendes Wohnhaus ab, das sich aber mangels Tragkraft des Bodens nicht als Lagerhaus eignet: Kein Mangel iSd § 434 III Nr. 1 BGB.*

- sie eine üblicherweise zu erwartende Beschaffenheit aufweist (Nr. 2),

*Beispiel: Anders als ein Kleinwagen muss sich ein „Geländewagen“ als Fahrzeug abseits ausgebauter Straßen eignen.*

- sie der Beschaffenheit einer Probe entspricht, die der Verkäufer dem Käufer vor Vertragsschluss gegebenenfalls zur Verfügung gestellt hat (Nr. 3) und
- sie mit dem üblichen Zubehör wie beispielsweise der Verpackung und der Montage- oder Installationsanleitung übergeben wird (Nr. 4).

Werbeaussagen bezüglich der Beschaffenheit der Sache muss sich der Verkäufer unter den Voraussetzungen des § 434 III Nr. 2 lit. b BGB zurechnen lassen.

*Bsp.: Wirbt der Hersteller BMW mit einem bestimmten (niedrigen) Verbrauch des von K bei V gekauften Modells, stehen K gegen V (!) die Mängelrechte gemäß § 437 BGB zu, wenn der Wagen tatsächlich mehr verbraucht.*

## 2. Montageanforderungen

Außerdem gelten Sachen als mangelfrei, wenn die Montage sachgemäß durchgeführt wurde (§ 434 IV Nr. 1) oder im Falle einer unsachgemäßen Montage diese weder auf den Verkäufer noch auf die von ihm übergebene Anleitung zurückzuführen ist (§ 434 IV Nr. 2).

Dem Sachmangel gleichgestellt werden gemäß § 434 V BGB die Fälle, in denen der Verkäufer eine andere als die vereinbarte Sache liefert (sog. Aliud).

*Bsp.: Statt des von K bestellten Porsche Panamera liefert V einen Boxster.*

## **2. Der Begriff des Rechtsmangels**

Der Begriff des Rechtsmangels ist in § 435 BGB definiert. Als Rechtsmangel gelten danach:

- Rechte, die Dritte in Bezug auf die Kaufsache geltend machen können,  
*Bsp.: Herausgabeanspruch des Eigentümers aus § 985 BGB.*
- sog. Buchrechte, d. h. im Grundbuch eingetragene Rechte, die aber tatsächlich nicht bestehen (§ 435 S. 2).

*Beispiel: Laut Grundbuch lastet auf dem verkauften Grundstück eine in Wirklichkeit nicht (mehr) bestehende Hypothek (§ 1113 BGB → Grundkurs IV Kreditsicherungsrecht).*

Es ist möglich, im Kaufvertrag die Übernahme von Rechten Dritter durch den Käufer zu vereinbaren. In diesem Falle liegt kein Rechtsmangel vor, § 435 S. 1 BGB a. E.

*Bsp. (sehr praxisrelevant): Die Parteien eines Grundstückskaufvertrags vereinbaren, dass die auf dem Grundstück zugunsten der Bank B lastende Hypothek auf den Kaufpreis angerechnet wird. Der Käufer „übernimmt“ damit nicht nur die dingliche Sicherheit (Hypothek), sondern in der Regel auch die persönliche Schuld gegenüber B (siehe §§ 414 bis 416 BGB).*

Auch unerhebliche Beeinträchtigungen gelten als Rechtsmangel. Allerdings wird bei ihnen – genauso wie beim Sachmangel – ein Rücktrittsrecht ausgeschlossen, §§ 437 Nr. 2, 440, 323 V 2.

## **IV. Die Rechte des Käufers im Fall der Mangelhaftigkeit im Überblick**

Bei Mangelhaftigkeit der Sache im Sinne des § 434 BGB: Gewährleistungsrechte des Käufers gegen Verkäufer:

- Anspruch auf Nacherfüllung,
- Rücktritt vom Vertrag<sup>42</sup>,
- Minderung des Kaufpreises,
- Anspruch auf Schadensersatz,
- Anspruch auf den Ersatz vergeblicher Aufwendungen.

## **V. Gewährleistungsausschluss**

(Looschelders, SchR BT, 18. Aufl. 2023, § 5 Rn. 1 ff.)

Ausschluss der Gewährleistungsrechte möglich sowohl aufgrund Vertrags (a) als durch Gesetz (2).

### **1. Vertraglicher Ausschluss**

Ein **vertraglicher Ausschluss** ist grundsätzlich möglich.

*Bsp.: „Der Verkauf erfolgt unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung.“*

Grenzen:

---

<sup>42</sup> Terminologie vor der Schuldrechtsreform 2002: „Wandelung“.



- Verbrauchsgüterkauf, unten → § 476 BGB (kein Haftungsausschluss möglich, nur negative Beschaffenheitsvereinbarung → oben und unten)
- Allgemein: § 444 BGB. Unwirksamkeit des Ausschlusses<sup>43</sup>
- bei arglistigem Verschweigen des Mangels (oder Vortäuschen der Mangelfreiheit) und  
*Bsp.: Gebrauchtwagenverkauf: Verschweigen der Unfallwageneigenschaft oder Verstellen des km-Zählers.*
- bei Übernahme einer Garantie für die Beschaffenheit der Sache.  
Garantie = Vertragliche Vereinbarung, durch die der Garant die Gewähr für das Vorliegen einer bestimmten Eigenschaft übernimmt. Im speziellen Fall der **Haltbarkeitsgarantie (§ 443 BGB)** übernimmt der Garant für eine bestimmte Dauer die Gewähr für das Vorliegen der Eigenschaft.<sup>44</sup>  
*Bsp.: „Zehn Jahre Garantie gegen Durchrostung“*

## 2. Gesetzlicher Gewährleistungsausschluss

Die Gewährleistung kann auch aufgrund **gesetzlicher Anordnung** ausgeschlossen sein, § 442 BGB. Danach stehen dem Käufer keine Gewährleistungsrechte zu, wenn er

- bei Vertragsschluss den Mangel kennt oder
- bei Vertragsschluss den Mangel grob fahrlässig nicht bemerkt, außer V hat den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen.

Eine Ausnahme gilt für im Grundbuch eingetragenen Rechte: Diese muss Verkäufer auch dann beseitigen, wenn der Käufer sie kennt. Den Parteien bleibt es aber unbenommen, im Kaufvertrag eine abweichende Regelung über die Übernahme von im Grundbuch eingetragenen Rechten zu vereinbaren (siehe oben 2 b). § 442 II ist dispositiv.

Zudem ist zu beachten, dass seit dem 1.1.2022 die Vorschrift des § 442 BGB gemäß § 475 III 2 Var. 1 BGB nicht mehr auf Verbrauchsgüterkäufe Anwendung findet. Die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers hinsichtlich eines Mangels ist nicht ausreichend für den Ausschluss der Mängelhaftung im Falle eines Verbrauchsgüterkaufs. Vielmehr muss der Verbraucher eigens in Kenntnis gesetzt werden und die Abweichung muss ausdrücklich und gesondert im Vertrag vereinbart werden (§ 476 I 2 BGB).

## VI. Die einzelnen Gewährleistungsrechte

(Looschelders, SchR BT, 18. Aufl. 2023, § 4 Rn. 1 ff.)

### 1. Nacherfüllung

Grundsätzlich steht dem Käufer ein Anspruch auf Nacherfüllung zu. Weitergehende Ansprüche (Rücktritt, Minderung, Schadensersatz) kann er erst nach Fristsetzung geltend machen.

§ 439 I BGB unterscheidet zwei Formen der Nacherfüllung: **Nachbesserung** und **Neulieferung**. Nachbesserung bedeutet Beseitigung des Mangels, Neulieferung bedeutet Lieferung einer mangelfreien Sache. Grundsätzlich kann der Käufer bei Mangelhaftigkeit zwischen diesen beiden Ansprüchen **wählen**.

---

<sup>43</sup> Die Wirksamkeit des übrigen Vertrags wird nicht berührt.

<sup>44</sup> Jauernig/Berger, BGB, 2004, § 443 Rz. 2.

Unter den Voraussetzungen des § 439 IV BGB kann das Wahlrecht des Käufers auf eine der beiden Formen der Nacherfüllung **beschränkt** sein. In Zusammenhang mit der Nacherfüllung anfallende Aufwendung hat der Verkäufer zu tragen (§ 439 II BGB).

Hat der Käufer die mangelhafte Sache gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache eingebaut oder angebracht, bevor der Mangel offenbart wurde, so ist der Verkäufer zum Ersatz der **Aus- und Wiedereinbaukosten** im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet, § 439 III BGB. Dies gilt jedoch nur, wenn der Käufer den Mangel im Zeitpunkt des Einbaus oder des Anbringens weder kannte noch hätte erkennen können. Zudem hat der Käufer gemäß § 439 V BGB dem Verkäufer die Sache zum Zwecke der Nacherfüllung zur Verfügung zu stellen.

Der Käufer muss auf Verlangen des Verkäufers die mangelhafte Sache im Austausch gegen die Lieferung einer neuen Sache zurückgeben, § 439 VI 1 BGB. Der Verkäufer hingegen hat die ersetzte Sache auf seine Kosten zurückzunehmen, § 439 VI 2 BGB.

### **Prüfungsschema Anspruch auf Nacherfüllung wegen Sachmangels**

1. Wirksamer Kaufvertrag
2. Sachmangel bei Gefahrübergang
  - a. Sachmangel iSd § 434 BGB
  - b. Gefahrübergang gemäß §§ 446, 447 BGB (beachte: § 475 II BGB)
3. Kein wirksamer Ausschluss der Gewährleistung
  - a. Vertraglicher Ausschluss (allg. Grenze: § 444 BGB; Verbrauchsgüterkauf: 476 I 1 BGB)
  - b. Gesetzlicher Ausschluss (§ 442 BGB)
4. Rechtsfolgen:
  - a. Anspruch auf Nachbesserung oder Neulieferung (grds.: Wahlrecht des Käufers), § 439 I
  - b. Ggf.: Anspruch auf Erstattung von Transportkosten etc., § 439 II BGB
  - c. Ggf.: Anspruch auf Ersatz von Aus- und Einbaukosten, § 439 III

## **2. Rücktritt, § 440 BGB**

### **a. Voraussetzungen**

Voraussetzungen gemäß § 323 BGB (allgemeines Leistungsstörungenrecht):

- Grundsätzlich: Erfolgreicher Ablauf einer vom Käufer gesetzten angemessenen Frist erforderlich.  
➔ Letzte Chance für Verkäufer zur Nacherfüllung (sog. „Recht zur zweiten Andienung“).
- Entbehrlichkeit der Fristsetzung
  - § 323 II BGB (→ oben C IV 2)
  - § 440 BGB: weitere Fälle (gelten nur für Rücktritt vom Kaufvertrag):
    - Verkäufer verweigert Nacherfüllung,

- Fehlschlagen der Nacherfüllung (Fehlschlagen liegt idR vor, wenn die Nachbesserung zweimal erfolglos war) oder
- Nacherfüllung ist für Käufer unzumutbar.

Achtung: Bei einem **Verbrauchsgüterkauf** richtet sich Entbehrlichkeit der Fristsetzung im Falle eines Rücktritts nach der lex specialis § 475d. Die §§ 323 II, 440 BGB werden hierdurch vollständig verdrängt.

**b. Rechtsfolgen**

- Entfallen der Pflicht zur Kaufpreiszahlung
- Ggf.: Anspruch des Käufers auf Rückzahlung des geleisteten Kaufpreises gemäß §§ 437 Nr. 2, 346 BGB (→ allgemeines Leistungsstörungenrecht).
- 

**Prüfungsschema Rücktritt wegen Sachmangels**

1. Wirksamer Kaufvertrag
2. Sachmangel bei Gefahrübergang
  - a. Sachmangel iSd § 434 BGB
  - b. Gefahrübergang gemäß §§ 446, 447 BGB (beachte: § 475 II BGB)
3. Kein wirksamer Ausschluss der Gewährleistung
  - a. Vertraglicher Ausschluss (allg. Grenze: § 444 BGB; Verbrauchsgüterkauf: 476 I 1 BGB)
  - b. Gesetzlicher Ausschluss (§ 442 BGB)
4. Allgemeine Rücktrittsvoraussetzungen
  - a. Bei Nicht- oder Schlechtleistung: § 323 BGB
    - (1) Fristsetzungserfordernis, ggf. Entbehrlichkeit gemäß §§ 323 II oder 440 BGB
    - (2) Bei Teilleistung oder Schlechtleistung: § 323 V BGB (Interessenfortfall bzw. keine Unerheblichkeit)
  - b. Bei Unmöglichkeit: §§ 326 V, 323 BGB (kein Fristsetzungserfordernis)
5. Rechtsfolgen:
  - a. Entfall der beiderseitigen Leistungspflichten der Parteien
  - b. Ggf.: Anspruch auf Rückerstattung Kaufpreis oder Rückgabe und Rückübergabe der (mangelhaften) Kaufsache aus §§ 437 Nr. 2, 346 f. BGB

**3. Minderung, § 441 BGB**

### a. Voraussetzungen

Die Minderung des Kaufpreises erfordert eine einfache Erklärung gegenüber dem Verkäufer. Sie setzt – wie der Rücktritt gemäß §§ 439, 323 BGB – die erfolglose Fristsetzung voraus (vgl. den Wortlaut: „statt zurückzutreten“). Wiederum hat der Verkäufer also zunächst Gelegenheit zur Nacherfüllung.

### b. Berechnung der Minderung

Bestimmung des geminderten Kaufpreises gemäß § 441 II BGB: Herabsetzung des Preises in dem Verhältnis, in dem der Wert der mangelfreien zum Wert der mangelhaften Sache steht. Die Preis-Wert-Relation bleibt damit erhalten.

**Formel: Kaufpreis x Wert der mangelhaften Sache / Wert der Kaufsache im mangelfreien Zustand = geminderter Kaufpreis**

*Bsp.: Kaufpreis: 100 EUR; Wert der Sache im mangelhaften Zustand 90 EUR; Wert der Sache im mangelfreien Zustand: 150 EUR.*

*$100 \times 90 / 150 = 60$  EUR beträgt der geminderte Kaufpreis.*

### c. Rechtsfolgen

- Reduzierte Kaufpreiszahlungspflicht des Käufers
- Ggf.: Anspruch des Käufers auf Rückzahlung des zu viel geleisteten Kaufpreises gemäß §§ 437 Nr. 2, 441 III, 346 BGB (→ allgemeines Leistungsstörungenrecht).

**Prüfungsschema Minderung wegen Sachmangels**

1. Wirksamer Kaufvertrag
2. Sachmangel bei Gefahrübergang
  - a. Sachmangel iSd § 434 BGB
  - b. Gefahrübergang gemäß §§ 446, 447 BGB (beachte: § 475 II BGB)
3. Kein wirksamer Ausschluss der Gewährleistung
  - a. Vertraglicher Ausschluss (allg. Grenze: § 444 BGB; Verbrauchsgüterkauf: 476 I 1 BGB)
  - b. Gesetzlicher Ausschluss (§ 442 BGB)
4. Allgemeine Rücktrittsvoraussetzungen
  - a. Bei Nicht- oder Schlechtleistung: § 323 BGB
    - (1) Fristsetzungserfordernis, ggf. Entbehrlichkeit gemäß §§ 323 II oder 440 BGB
    - (2) Bei Teilleistung oder Schlechtleistung: § 323 V BGB (Interessenfortfall bzw. keine Unerheblichkeit)
  - b. Bei Unmöglichkeit: §§ 326 V, 323 BGB (kein Fristsetzungserfordernis)
5. Rechtsfolgen:
  - a. Reduzierung der Kaufpreiszahlungspflicht, Formel in § 441 III
  - b. Ggf.: Anspr. auf Rückerstattung d. zu viel bezahlten KP aus §§ 437 Nr. 2, 441 III, 346 f. BGB

**4. Schadensersatz**

Auch der Anspruch auf Schadensersatz bestimmt sich wie der Rücktritt nach den allgemeinen Regeln. Anspruchsgrundlagen bilden §§ 440 iVm 280, 281, 283 und 311a BGB. Je nach Art der Pflichtverletzung kann der Schadensersatz das Integritätsinteresse oder sogar das positive Interesse („Schadensersatz statt Leistung“) umfassen. Häufig bildet ein erfolgloser Ablauf einer vom Käufer gesetzten Frist Voraussetzung.

*Bsp. (LG Frankenthal, Urt. v. 20.6.2022 - 9 O 3/21): Wer eine Alarmanlage verkauft und installiert, haftet nicht automatisch für die Folgen eines Einbruchs. Der Verkäufer hat lediglich eine mangelfreie, funktionstüchtige Anlage zu liefern und diese je nach Vereinbarung ordnungsgemäß zu installieren. Wenn er diese Pflichten ordnungsgemäß erfüllt, muss er nicht für die Schäden aus einem dennoch erfolgreich durchgeführten Einbruch einstehen. Davon abgesehen gilt: Selbst eine frühere Meldung hätte den Erfolg des Einbruchs nicht vereitelt, so das LG. Denn die Täter hätten sich trotz des erkennbaren Auslösens der Alarmanlage (Fotos mit Blitzlicht) nicht von der Tat abbringen lassen. Auch wenn die Polizei zwei Minuten früher am Tatort gewesen wäre, hätte sie die Täter, die nur wenige Minuten für den Einbruchsdiebstahl benötigten, dort nicht mehr angetroffen. MaW: Es fehlt schon an der Pflichtverletzung. Überdies wäre das Vertretenmüssen zweifelhaft, wenn der Defekt der Anlage von einem dritten Hersteller verursacht wurde. Jedenfalls wäre die Kausalität zwischen dem eingetretenen Schaden und der Pflichtverletzung (Lieferung einer mangelfreien Alarmanlage) zu verneinen.*

Es besteht die Möglichkeit für den Käufer, den kaufvertraglichen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach den §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 BGB auch anhand **fiktiver Mängelbeseitigungskosten** zu bemessen (fiktiv - es spielt keine Rolle, ob der Mangel von K tatsächlich behoben wird oder nicht). Arg.: Der Käufer soll nicht gezwungen werden, in Vorleistung zu gehen. Das ist im Werkvertragsrecht anders, wo dem Besteller ein Anspruch gegen den Unternehmer auf Vorschuss zur Ersatzvornahme gemäß § 637 Abs. 3 BGB zusteht. Dort besteht keine Möglichkeit zur Abrechnung auf Basis fiktiver Mängelbeseitigungskosten.

*Bsp. (BGH, Beschl. v. 25.1.2022, VIII ZR 337/20): K kaufte bei Autohändler V einen Neuwagen. Der gelieferte Wagen wies nicht die Ausstattungsmerkmale auf, die in der Vereinbarung aufgeführt waren (Tempomat und Mittelarmlehne). Dem geltend gemachten Anspruch auf Nacherfüllung wurde nicht entsprochen. K kann Zahlung von Schadensersatz in Höhe der voraussichtlichen Kosten der Nachrüstung von V verlangen.*

**Fall 44a: Dienstwagen für den Rechtsanwalt – Fortsetzung (Unfallwagen – Gewährleistungsrechte)**

*Einige Monate nach Abschluss des Kaufvertrags, Bezahlung des Kaufpreises in Höhe von 30.000 EUR sowie Übergabe und Übereignung des gebrauchten BMW von Autohändler V an Rechtsanwalt K muss der Wagen in der Werkstatt des W repariert werden. Dabei stellt sich heraus, dass das Kfz vor einigen Jahren einen schweren Auffahrunfall hatte. Zwar wurde der Schaden fachmännisch repariert, es verbleibt aber ein nicht unerheblicher merkantiler Minderwert: Statt 25.000 EUR ist der Wagen nur 20.000 EUR wert. V gibt zutreffend zu bedenken, dass er von der Unfalleigenschaft, die ihm der Vorbesitzer verschwiegen hatte, nichts wusste und diese bei der von ihm durchgeführten „Sichtprüfung“ auch nicht entdecken konnte. Rechte des K im Verhältnis zu V?*

**5. Ersatz vergeblicher Aufwendungen**

Ebenfalls nach den allgemeinen Regeln, nämlich nach §§ 284 und 311a, bestimmt sich der bei Vorliegen einer Pflichtverletzung gegebene Anspruch auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen.

**Fall 45: Dachschaden (Konversatoriumsfall)**

*Privatdozentin K aus München erhält zum Wintersemester einen Ruf an die Universität Würzburg. Noch im Juli schließt sie mit V einen notariell beurkundeten Kaufvertrag über ein Hausgrundstück in der Zellerau. In dem Kaufvertrag heißt es „K erwirbt Grundstück und Haus so, wie sie es besichtigt hat.“ Als Kaufpreis werden 300.000 € vereinbart. V hatte K verschwiegen, dass das Dach des Hauses undicht und dringend renovierungsbedürftig ist.*

*Während der vorlesungsfreien Zeit im Sommer bewohnt K zunächst das Dachgeschoss des Hauses und lässt in den übrigen Stockwerken den stark abgenutzten Parkettboden abschleifen und neu versiegeln (5.000 EUR). Die Farbe der im Übrigen gepflegten Wände ändert sie von weiß auf hellgrün (2.000 EUR). Nach einem heftigen Sommergewitter muss K feststellen, dass Regenwasser in das Dachgeschoss eindringt und ihren PC im Wert von 1.000 EUR zerstört hat.*

*Die Reparatur des Daches würde 35.000 EUR kosten. Es ist davon auszugehen, dass das Haus im mangelfreien Zustand einen Marktwert von 240.000 EUR hätte. Aufgrund des Mangels beträgt der objektive Wert jedoch nur 200.000 EUR.*

*Frage 1: Welche Ansprüche kann K gegenüber V schon jetzt geltend machen?*

*Frage 2: Welches weitere Vorgehen ist K zu raten?*

*Nicht einzugehen ist auf die Anfechtung und den Anspruch auf Vertragsaufhebung aus c.i.c.*

## VII. Gefahrtragung beim Kaufvertrag

**Gefahrtragung** = Antwort auf Frage, was gilt, wenn geschuldete Sache untergeht oder beschädigt wird.

### 1. Allgemeine v. spezielle kaufrechtliche Gefahrtragungsregeln:

Bezüglich der **Sachgefahr (Leistungsgefahr)** gelten die allgemeinen Regeln (→ oben A V).

Während gemäß § 326 I 1 BGB die **Gegenleistungsgefahr** (→ oben) grundsätzlich erst übergeht, wenn der Sachleistungsschuldner vollständig erfüllt hat, verlegen die §§ 446 S. 1, 3 und 447 I BGB den Übergang der Vergütungsgefahr (Preis- oder Gegenleistungsgefahr) auf einen **früheren Zeitpunkt** vor:

- Zeitpunkt der Übergabe der Kaufsache (§ 446 S. 1 BGB) oder
- Zeitpunkt des Eintritts des Annahmeverzugs (§ 446 S. 3 BGB, siehe aber schon § 326 II 1 Alt. 2 BGB) oder
- (im Fall des Versandkaufs) Zeitpunkt der Übergabe an eine Transportperson (§ 447 BGB). Zur Ausnahme im Fall des Verbrauchsgüterkaufs gemäß § 475 II BGB → unten IX 4 b.

### 2. Zusammenfassende Tabelle: Verträge beim Kauf die Vergütungsgefahr?

Wer trägt Vergütungsgefahr (→ oben Gefahrtragung)? Käufer (K) oder Verkäufer (V)?

K= Käufer muss bezahlen, obwohl er keine Ware erhält.

V= Verkäufer hat keinen Anspruch auf den Kaufpreis.

	<b>Einschlägige Regeln:</b> <b>§§ 326 I 1, 446, 447</b>
Kaufvertrag ohne Übergabe	V  (Für Spezialisten: Das gilt nach deutschem Recht unabhängig von der Frage, ob V noch oder K bereits Eigentum erlangt hat, z. B. gemäß § 930 BGB. Daher spielt es auch keine Rolle, ob ein Eigentumsvorbehalt vereinbart wurde oder nicht.)
Kaufvertrag mit Übergabe	K
Kaufvertrag mit Übergabe an Transportperson	K



	(Ausn.: Verbrauchsgüterkauf, § 475 II <sup>45</sup> )
Für Spezialisten: Kaufvertrag ohne Übergabe, aber mit Mahnung	V <sup>46</sup>

## VIII. Verjährung und Ausschluss der Gewährleistungsrechte durch Zeitablauf

(Looschelders, SchR BT, 18. Aufl. 2023, § 6 Rn. 1 ff.)

### 1. Überblick

Die Vorschrift § 438 BGB **verkürzt** die Verjährungsfrist der Mangelgewährleistungsansprüchen nach § 437 BGB gegenüber § 195 BGB und modifiziert den **Beginn** der Verjährungsfrist gegenüber § 199 BGB. Ziel: Beschleunigte Abwicklung, Verhinderung von Beweisschwierigkeiten.

### 2. Anwendungsbereich

(a) Voraussetzung für die Anwendung von § 438 BGB ist, dass Käufer die Kaufsache annimmt gemäß § 363 BGB. Weist er die Sache zurück, gelten §§ 195, 199 BGB bezüglich seines Erfüllungsanspruchs.

(b) **Erfasst** sind alle Ansprüche, die tatbestandlich an das Vorliegen eines Mangels anknüpfen, insbesondere:

- Anspruch auf Nacherfüllung (§ 437 Nr. 1 BGB)
- Anspruch auf Schadensersatz (§ 437 Nr. 3 BGB)
- Anspruch auf Aufwendungsersatz (§ 437 Nr. 3 BGB)
- Anspruch auf Vorschuss gemäß § 475 IV BGB

Auch Ansprüche auf Schadensersatz wegen sog. **Mangelfolgeschäden** unterfallen § 438 BGB (str.)

*Bsp.: Schadensersatz für tote Pferde nach Lieferung von vergiftetem Pferdefutter.*

Für Rücktritt und Minderung greift gemäß § 438 III eine Quasi-Verjährung (→ sogleich unten 6).

(c) **Nicht anwendbar** ist § 438 BGB auf Ansprüche, die nicht im Zusammenhang mit einem Mangel der Kaufsache stehen:

- Verletzung von nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten iSd § 241 II BGB  
*Bsp.: Bissiger Hund des Verkäufers: Regelverjährung gemäß §§ 195, 199 BGB*
- Verletzung von Pflichten bei Vertragsverhandlungen (§ 311 II BGB) ohne Mangelbezug  
*Bsp.: Verkäufer unterlässt es, den Käufer, dem er im Rahmen einer laufenden Geschäftsverbindung Wellpappe einer bestimmten Qualität zur Weiterverarbeitung liefert, diesen auf die*

<sup>45</sup> Ausnahme: Der Verbraucher-Käufer hat den Spediteur, den Frachtführer oder die sonst zur Ausführung der Versendung bestimmte Person oder Anstalt mit der Ausführung beauftragt und der Unternehmer-Verkäufer hat dem Käufer diese Person oder Anstalt nicht zuvor benannt, § 475 II BGB a. E.

<sup>46</sup> Gemäß § 287 S. 2 BGB haftet der Schuldner im Verzug selbst bei zufälligem Untergang auf Schadensersatz (§§ 280 I, III, 283 BGB), es sei denn, der Untergang wäre auch bei rechtzeitiger Lieferung eingetreten.

*geänderte, wenngleich nicht mangelhafte, Beschaffenheit der Ware hinzuweisen.<sup>47</sup> Hier greift die Regelverjährung gemäß §§ 195, 199 BGB.*

*Gegenbeispiel: Verkäufer eines gebrauchten Kfz klärt Käufer nicht darüber auf, dass der Kilometerzähler defekt ist und die angezeigte Laufleistung nicht der tatsächlich höheren entspricht: Verjährung richtet sich nach § 438 I Nr. 3 BGB.*

- Ansprüche aus Delikt, selbst wenn die unerlaubte Handlung aus einem Sachmangel resultiert, sog. Weiterfresser-Rechtsprechung (→ GK BGB IIb Außervertragliches Schuldrecht)

*Bsp.: Schwimmerschalter-Fall: Verkauf einer vom Verkäufer hergestellten Reinigungsanlage, in der ein sog. Schwimmerschalter eingebaut war, der bei einem Funktionsfehler der Anlage den Stromkreis sofort unterbrechen sollte. Da der Schwimmerschalter wegen eines Fabrikationsfehlers nicht ordnungsgemäß arbeitete, entstand beim Käufer ein Brand: Anspruch des Käufers aus § 823 I BGB für die die Reinigungsanlage selbst (ohne Schwimmerschalter) und für Schäden an seinen sonstigen Betriebsgütern.*

### **3. Ansprüche versus Gestaltungsrechte**

Zu unterscheiden ist zwischen zwei Arten von Gewährleistungsrechten des Käufers:

- Ansprüche auf Nacherfüllung und Schadensersatz bzw. Ersatz vergeblicher Aufwendungen (4)
- Recht, vom Vertrag zurückzutreten bzw. den Kaufpreis zu mindern (unten 7).

Erstere sind echte **Ansprüche**, die der Verjährung unterliegen. Bei den letzteren handelt es sich um so genannte **Gestaltungsrechte**, die der Verjährung nicht unterliegen. Über die Verweisung in § 438 IV und V auf § 218 wird jedoch verhindert, dass der Käufer unbegrenzt lange zurücktreten bzw. mindern kann (siehe sogleich unten).

### **4. Verjährungsfrist der Ansprüche auf Nacherfüllung, auf Schadensersatz und auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen**

Die Vorschrift § 438 sieht drei verschiedene Fristen für die Verjährung von kaufrechtlichen Gewährleistungsrechten vor:

- § 438 I Nr. 3: Grundsätzlich gilt eine zweijährige Verjährungsfrist.
- § 438 I Nr. 1: 30 Jahre

Eine dreißigjährige Verjährungsfrist gilt für Ansprüche wegen Mängeln, die darin bestehen, dass die verkaufte Sache von einem Dritten herausverlangt werden kann (Eviktionsfälle) oder dass ein in sonstiger Weise belastendes Recht ins Grundbuch eingetragen ist (Bsp.: Hypothek).

---

<sup>47</sup> BGH, Urt. v. 31.5.1989 - VIII ZR 140/88, NJW 1989, 2532. Das Beispiel zitiert BeckOGK/Arnold, § 438 BGB Rn. 23.

Vertiefungshinweis (für höhere Semester):

Damit wird ein Gleichlauf mit der Verjährung in 197 I Nr. 2 BGB erreicht, wonach Herausgabeansprüche aus Eigentum u. andere Rechten erst in 30 Jahren verjähren. Der Käufer hat durch den Gleichlauf die Möglichkeit, sich so lange an den Verkäufer zu halten, wie er Ansprüchen eines Dritten (Eigentümers) ausgesetzt ist.

- § 438 I Nr. 2 BGB: fünf Jahre

Eine fünfjährige Gewährleistungsfrist gilt für mangelhafte Bauwerke sowie für Sachen, die entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise für ein Bauwerk verwendet worden sind und dessen Mangelhaftigkeit verursacht haben. Hierunter fallen zum Beispiel eingebaute mangelhafte Dachziegel oder Fenster.

## **5. Arglist**

Hat der Verkäufer den Sachmangel arglistig verschwiegen, gelten für den Käufer günstigere Verjährungsregeln. An die Stelle der oben erläuterten Verjährungsregeln tritt gemäß § 438 III 1 BGB die dreijährige regelmäßige Verjährungsfrist des § 195 BGB.

Um zu verhindern, dass es bei Bauwerken und eingebauten Bauteilen (§ 438 I Nr. 2) zu einer Verkürzung der Verjährungsfrist kommt, ordnet § 438 III 2 BGB an, dass die Verjährung frühestens nach Ablauf der fünfjährigen Verjährungsfrist des §§ 438 I Nr. 2 BGB eintritt.

*Bsp.: Übergabe des erworbenen Hausgrundstücks am 5.5.2021 – Auftreten des ursprünglichen und vom Verkäufer arglistig verschwiegenen Mangels am 10.10.2022: - Beginn der dreijährigen Regelverjährung am 31.12.2022 (§§ 195, 199 BGB) – Ende der Regelverjährung am 31.12.2025 – Ende der (hier maßgeblichen) Verjährungsfrist gemäß § 438 I Nr. 2 lit. a BGB am 5.5.2026.*

Eine weitere Verlängerung der 30-jährigen Verjährungsfrist des § 438 I Nr. 1 für Rechtsmängel ist auch bei arglistigem Verschweigen nicht vorgesehen.

## **6. Beginn der Verjährungsfrist**

§ 438 II:

- Grundstücke: Übergabe;
- sonstige Kaufsachen: Ablieferung der Sache (vgl. § 377 I HGB).

Auch bei der Holschuld beginnt die Verjährung erst, wenn Käufer tatsächlich abgeholt hat, nicht bereits, wenn Ware bereitgestellt wurde (BGH, NJW 1995, 3381 – *Lastzug*).

## **7. Rücktritt und Minderung: Quasi-Verjährung**

Die Vorschrift § 438 BGB verweist in ihren Absätzen IV (Rücktritt) und V (Minderung) auf die Regelung in § 218 BGB. Danach verjähren die Gestaltungsrechte Rücktritt und Minderung zwar nicht, ihre Ausübung ist aber unter Umständen ausgeschlossen („unwirksam“):

### **Voraussetzungen für die Unwirksamkeit der Geltendmachung von Gestaltungsrechten**

1. Der Leistungsanspruch oder der Nacherfüllungsanspruch sind verjährt und
2. der Verkäufer beruft sich darauf.

Rechtsfolge: Unwirksamkeit (= Ausschluss) der Ausübung der Gestaltungsrechte Rücktritt und Minderung

**a. Die Voraussetzungen im Einzelnen**

Die erstgenannte Voraussetzung hat zur Folge, dass ein **Gleichklang** zwischen der Verjährungsfrist der Ansprüche auf Erfüllung bzw. Nacherfüllung einerseits und dem Zeitpunkt, nach dem der Verkäufer sich auf die Unwirksamkeit der Ausübung der Gestaltungsrechte Rücktritt und Minderung berufen kann, entsteht.

Die zweite Voraussetzung hat zur Folge, dass der **Einredecharakter** des Fristablaufs erhalten bleibt.<sup>48</sup>

*Beispiel: Bevor der Verkäufer das verkaufte Auto geliefert hat, besteht der Leistungsanspruch noch. Er verjährt in der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren, § 195 BGB. Ist dieser Zeitraum abgelaufen, so kann sich der Verkäufer auch gegenüber dem Rücktritt oder der Minderung auf Unwirksamkeit berufen. Hat der Verkäufer dagegen ein mangelhaftes Auto geliefert, so steht dem Käufer kein Leistungsanspruch mehr zu. Dafür hat er einen Anspruch auf Nachbesserung gemäß § 439 BGB. Dieser verjährt gemäß § 438 I Nr. 3 BGB in zwei Jahren. Genauso lange kann der Käufer auch zurücktreten oder mindern, ohne Gefahr zu laufen, dass der Verkäufer sich auf die Unwirksamkeit des Rücktritts bzw. der Minderung beruft.*

**Fall 46: Defekte Festplatte**

*S verkauft dem G am 1.10.2024 ein Notebook, das er dem G auch sogleich aushändigt. Bei der ersten Inbetriebnahme des Notebooks bemerkt G seltsame Geräusche, die er zutreffend auf eine Beschädigung der Festplatte zurückführt. G stört sich jedoch nicht weiter an den Geräuschen. Am 10.10.2026 tritt schließlich der endgültige Defekt der Festplatte ein. G verlangt noch am selben Tag von S den Einbau einer neuen Festplatte, hilfsweise Rückzahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Rückgabe des Notebooks. S erklärt dem G, aus einem so lange zurückliegenden Vertrag könnten ihm keine Pflichten mehr erwachsen. Er verweigert sowohl die Nacherfüllung als auch die Rückzahlung des Kaufpreises.*

**b. Arglist**

Über die §§ 438 IV und V, 218, 438 III BGB hat arglistiges Verschweigen eines Mangels durch den Verkäufer mittelbar auch Auswirkungen auf den Ausschluss der Gestaltungsrechte Rücktritt und Minderung: Bei arglistigem Verhalten des Verkäufers verlängert sich nicht nur die Verjährung der Gewährleistungsrechte (Nacherfüllung, Schadensersatz und Ersatz vergeblicher Aufwendungen). Auch das Rücktritts- bzw. Minderungsrecht des Käufers ist entsprechend später ausgeschlossen.

**8. Sonderbestimmungen für die Verjährung bei einem Verbrauchsgüterkauf**

Die Vorschrift § 475e enthält Sonderbestimmungen für die Verjährung im Falle eines Verbrauchsgüterkaufs (→ sogleich unten VII). Die Vorschrift § 475e I-IV sieht Ablaufhemmungen vor, um sicherzustellen, dass der

---

<sup>48</sup> Nach *Grothe*, in: *MüKoBGB*, 7. Auflage 2015, § 218, Rn. 6, handelt es sich hierbei nicht um eine Einrede, sondern um ein „Gestaltungsrecht sui generis“.

Verbrauchsgüterkäufer ausreichend Zeit hat, seine Mangelansprüche geltend zu machen, auch wenn sich der Mangel erst gegen Ende der Verjährungsfrist erstmalig zeigt.

9. Zusammenfassende Tabelle: Verjährung der Gewährleistungsansprüche des Käufers

Fall- gruppe	Verletzung einer leistungsbezogenen Pflicht				Verletzung ei- ner nicht leis- tungsbezoge- nen (Schutz-) Pflicht (Pflicht iSd § 241 II)
	Hauptpflichtverletzung		Nebenpflichtverletzung,		
	Mangelschaden	Mangelfolge- schaden	die zur Verlet- zung <i>bereits vorhandener Rechtsgüter führt</i>	die die Mangel- haftigkeit <i>der Kaufsache selbst verur- sacht</i>	
Beispiel	Schlechter Wein  (Mehrkosten für Deckungs- kauf)	Rhizinus-Kör- ner im Pfer- defutter (Ersatz für tote Pferde)	Superbenzin- Fall (Tankwart füllt Superben- zin in Dieselmotor) (Ersatz für Mo- torschaden)	Fehlerhafte Ver- sandverpackung (Ersatz für Schä- den an der Kaufsache)	Bissiger Hund des Verkäufers  (Behandlungs- kosten, Schmerzens- geld)
AGL	§§ 437 Nr. 3 iVm 440, 280 I, III, 281 I 1 1. Alt.	§§ 437 Nr. 3 iVm 440, 280 I	§ 280 I	§§ 437 Nr. 3 (analog) iVm 440, 280 I, III, 281 I 1 1. Alt.	§§ 280 I
Verjäh- rung	Gewährleis- tungsfrist	Gewährleis- tungsfrist	regelmäßige Verjährungs- frist	Gewährleis- tungsfrist	regelmäßige Verjährungs- frist
Dauer	idR: zwei Jahre (§§ 438 I Nr. 3, 437 Nr. 3)	idR: zwei Jahre (§§ 438 I Nr. 3, 437 Nr. 3)	3 Jahre (§ 195)	idR: zwei Jahre (§§ 438 I Nr. 3, 437 Nr. 3 [ana- log])	3 Jahre (§ 195)

Beginn der Ver- jährung	§ 438 II	§ 438 II	§ 199	§ 438 II (strittig)	§ 199



## **IX. Verbrauchsgüterkauf**

(Looschelders, SchR BT, 18. Aufl. 2023, § 14 Rn. 1 ff.)

### **1. Überblick**

Für Kaufverträge, bei denen ein Unternehmer (§ 14 BGB) einem Verbraucher (§ 13 BGB) eine Ware (§ 241a I BGB) verkauft (= Verbrauchsgüterkauf iSd § 474 I 1 BGB), gelten gemäß § 474 II 1 BGB neben den allgemeinen Regeln der §§ 433 ff. BGB einige Sondervorschriften:

- § 474: Anwendungsbereich
- § 475: Anwendbare Vorschriften
- § 475d: Sonderbestimmungen für Rücktritt und Schadensersatz
- § 475e: Sonderbestimmungen für Verjährung
- § 476: Abweichende Vereinbarungen
- § 477: Beweislastumkehr
- § 478: Sonderbestimmungen für den Rückgriff des Unternehmers
- § 479: Sonderbestimmungen für Garantien

Nicht Teil des Grundkurses BGB IIa sind folgende Bestimmungen (Kaufvertrag über digitale Produkte):

- § 475a: Verbrauchsgüterkaufvertrag über digitale Produkte
- §§ 475b, 475c: Sachmangel einer Ware mit digitalen Elementen

### **Fall 47: Defekte Spülmaschine, Aus- und Einbaukosten**

*Frau Putz und Medianess Electronics schlossen über das Internet einen Kaufvertrag über eine neue Spülmaschine zum Preis von 367 Euro zuzüglich Nachnahmekosten von 9,52 Euro. Die Parteien vereinbarten eine Lieferung bis vor die Haustür von Frau Putz. Die Lieferung der Spülmaschine und die Kaufpreiszahlung erfolgten vereinbarungsgemäß. Nachdem Frau Putz die Spülmaschine bei sich in der Wohnung hatte montieren lassen, stellte sich heraus, dass die Maschine einen nicht beseitigbaren Mangel aufwies, der nicht durch die Montage entstanden sein konnte. Die Parteien einigten sich daher auf den Austausch der Spülmaschine. In diesem Rahmen verlangte Frau Putz von Medianess Electronics, dass sie nicht nur die neue Spülmaschine anliefern, sondern auch die mangelhafte Maschine ausbaut und die Ersatzmaschine einbaut, oder dass sie die Aus- und Einbaukosten trägt, was Medianess Electronics ablehnte. Da Medianess Electronics auf die Aufforderung, die Frau Putz an sie gerichtet hatte, nicht reagierte, trat Letztere vom Kaufvertrag zurück. Frau Putz erhob gegen Medianess Electronics beim AG Schorndorf Klage auf Rückerstattung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Übergabe der mangelhaften Spülmaschine.*

### **2. Entstehungsgeschichte**

Der Untertitel „Verbrauchsgüterkauf“ existiert seit Inkrafttreten der großen Schuldrechtsreform am 1.1.2002. Damals galt es, die Vorgaben der europäischen Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie (1999) ins deutsche Privatrecht zu übersetzen. Der deutsche Gesetzgeber hatte sich damals entschieden, auch das allgemeine Kaufrecht (und

darüberhinausgehend sogar das → allgemeine Leistungsstörungenrecht) weitgehend an das europäische Verbrauchsgüterkaufrecht anzupassen. Daher beschränken sich die §§ 474 ff. BGB auf einzelne ergänzende Bestimmungen, die dem speziellen Bedürfnis nach Schutz von Verbraucher-Käufern Rechnung tragen.

Eine wesentliche Umgestaltung des Verbrauchsgüterkaufrechts ist am 1.1.2022 in Kraft getreten. Hintergrund war die Umsetzung der europäischen Warenkauf-Richtlinie aus dem Jahr 2019, die die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie ersetzt hat. Parallel dazu hat der deutsche Gesetzgeber die Digitale-Inhalte-Richtlinie nicht nur durch Einfügung eines neuen Titels über → digitale Produkte (§§ 327–327u, näher: GK BGB IIc), sondern auch speziell in Bezug auf das Kaufrecht in den §§ 445c und 475a BGB umgesetzt.

### **3. Anwendungsbereich**

#### **a. Sachlicher Anwendungsbereich, § 474 I 1**

- Positiv:
  - Kaufverträge (einschließlich unselbständiger Nebenpflichten wie Montage)
  - Werklieferungsverträge, § 651 I 1
  - Gemischter Vertrag aus Kaufvertrag über bewegliche Sache und Dienstleistung des Unternehmers (z. B. Vertrag über Fernunterricht, bei dem Unterrichtsmaterialien und Betreuung geschuldet sind<sup>49</sup>), § 474 I 2
- Negativ (Einschränkungen des Anwendungsbereichs):
  - Nur Kaufverträge über bewegliche Sachen (keine Immobilien, keine nichtgegenständlichen Güter wie Aktien oder Elektrizität, Gas, Wasser, § 90), § 474 I 1 i.V.m. § 241a I
  - Keine Anwendung auf gebrauchte Waren, die in einer öffentlich zugänglichen Versteigerung (§ 312g II Nr. 10) verkauft werden, wenn dem Verbraucher klare und umfassende Informationen darüber, dass die Vorschriften dieses Untertitels nicht gelten, leicht verfügbar gemacht wurden, § 474 II 2.

#### **b. Persönlicher Anwendungsbereich, § 474 I 1<sup>50</sup>**

- Situation des *Business-to-Consumer* („B2C“):
  - Verkäufer ist Unternehmer iSd § 14,
  - Käufer ist Verbraucher iSd § 13.
- Nicht:
  - Verkauf durch Verbraucher an Unternehmer („C2B“) oder
  - Kaufvertrag Unternehmer mit Unternehmer („B2B“) oder
  - Kaufvertrag zwischen zwei Verbrauchern.

**Unternehmer (§ 14)** = jede natürliche oder juristische Person (Bsp. GmbH, AG) oder rechtsfähige Personengesellschaft (Bsp. Außen-GbR, OHG, KG), die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt, § 14.

**Verbraucher (§ 13)** = jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können, § 13 BGB.

<sup>49</sup> Beispiel aus der Regierungsbegründung, BT-Drucks 17/12637, 60 f.

<sup>50</sup> Zum Ganzen *Lorenz*, in: *MüKo-BGB*, 7. Auflage 2016, § 474 Rn. 18.

*Beispiel: Kauft ein Arbeitnehmer (= abhängig beschäftigt, also nicht selbständig) bei einem Händler einen Computer, den er auch für seine Arbeit verwendet, handelt es sich dennoch um einen Verbrauchsgüterkauf, weil der Arbeitnehmer unter § 13 BGB fällt.*

Vertiefende Hinweise:

- Die bisher umstrittene Problematik der *dual use*-Fälle (Rechtsgeschäft zu privaten und beruflichen Zwecken) wurde nach überwiegender Ansicht<sup>51</sup> durch die Neufassung des § 13 entschärft.
- Ein weiteres Problem zeigt sich, wenn der Verbraucher vorgibt, gewerblich zu handeln. Strittig ist in diesem Fall, ob der Wille des Käufers, insgeheim privat zu handeln (subjektiv) oder die Perspektive des Verkäufers (objektiv) für die Beurteilung der Verbrauchereigenschaft maßgeblich ist.<sup>52</sup>

#### **4. § 475 I-VI BGB (Spezialregelungen zu § 271, 447, 439, 442 BGB)**

Die I-III enthalten jeweils Spezialvorschriften zu § 271 I (Leistungszeitpunkt), § 447 I (Gefahrübergang beim Versendungskauf) und § 439 VI (Herausgabe von Nutzungen oder Wertersatz bei Rückgewähr der mangelhaften Sache und Neulieferung). Die Absätze IV – VI enthalten weitere Regelungen zum Anspruch des Verbrauchers auf Vorschuss, zum Zeitpunkt der Nacherfüllung und zur Rückabwicklung des Kaufvertrags.

##### **a. Fälligkeit, § 475 I**

Modifikation des Zeitpunkts der Leistungspflichten aus § 433: Grundsätzlich sind diese Leistungen nach § 271 I von Käufer und Verkäufer **sofort** zu bewirken, soweit kein anderer Zeitpunkt bestimmt ist oder sich aus den Umständen ergibt. Da § 475 I 1 in Umsetzung der vollharmonisierenden Verbraucherrechte-RL (VRRRL) nur eine **unverzügliche** Leistung fordert, müssen beide Parteien ihre Pflichten nur „ohne schuldhaftes Zögern“ (Legaldefinition von „unverzüglich“ in § 121 I 1 BGB) erbringen, wobei § 475 I 2 eine 30tägige Höchstfrist für die Leistung des Unternehmers vorsieht. Hier wird der Verbraucher-Käufer also (etwas) schlechter gestellt als nach allgemeinem Schuldrecht.

##### **b. Gefahrübergang beim Versendungskauf, § 475 II BGB**

Abweichend vom Grundsatz der § 447 I BGB geht die Preisgefahr auf den Verbraucherkäufer erst über, wenn er den Besitz der Sache erlangt hat. Damit gilt also nicht § 447 I BGB, sondern § 446 S. 1 BGB: Übergang der Preisgefahr erst mit Übergabe der Kaufsache (Käufer muss entgegen § 326 I 1 BGB den vereinbarten Kaufpreis bezahlen).

Ausnahmsweise ist § 447 I BGB aber auch im Fall des Verbrauchsgüterkaufs anwendbar, wenn

- der **Käufer** die Transportperson mit der Ausführung **beauftragt** hat und
- der Unternehmer dem Käufer diese Person **nicht** zuvor benannt hat.

MaW: Der Käufer muss die Transportperson selbstständig und unbeeinflusst ausgewählt und beauftragt haben, § 475 II BGB.

---

<sup>51</sup> Statt aller *Looschelders*, Schuldrecht BT, 11. Aufl. 2016, Rn. 258; zur teilweisen richtlinienwidrigen Umsetzung aber *Meier*, JuS 2014, 777.

<sup>52</sup> Siehe hierzu vertiefend BGH NJW 2015, 1045; prägnante Darstellung bei *Looschelders*, Schuldrecht BT, 11. Aufl. 2016, Rn. 259 m.w.N.

**Fall 45a: Beschädigung während des Transports**

*Klara bestellt im Laden des V eine Stereoanlage des Typs M 34 von Hersteller H. Vereinbart wird Versand in die neue Ferienwohnung der K. V übergibt die Stereoanlage Spediteur S, der sie auf dem Transport zu K beschädigt. Kann K von V Lieferung einer neuen Stereoanlage verlangen? Es müsste ein Mangel im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorliegen. Dieser Zeitpunkt bestimmt sich grundsätzlich nach § 446 BGB. In diesem Zeitpunkt war die Anlage beschädigt. Fraglich ist, ob der Zeitpunkt auf den Zeitpunkt der Übergabe an S vorverlegt wird. In diesem Moment war die Anlage noch mangelfrei. Die Vorschrift § 447 BGB ist gemäß § 474 II BGB auf den zwischen einer Verbraucherin und einem Unternehmer geschlossenen Kaufvertrag aber nicht anwendbar. Es bleibt damit bei der Regel des § 446 BGB, weshalb vom Vorliegen eines Mangels bei Gefahrübergang auszugehen ist. Damit steht K das Recht zu, von V Neulieferung zu verlangen, §§ 433, 434, 437 Nr. 1, 439 BGB.*

*Wenn V die Nacherfüllung verweigert, schuldet K kein Geld.*

**c. Nutzungsersatz im Fall der Neulieferung, § 475 III 1**

Der dritte Fall betrifft die Neulieferung im Rahmen der Nacherfüllung. Hier muss der Verbraucherkäufer nach Rückgewähr einer mangelhaften Sache gem. § 439 VI wegen § 475 III 1 die Nutzungen nicht herausgeben oder hierfür Wertersatz leisten.<sup>53</sup> Jenseits von Verbrauchsgüterkäufen ist der Käufer hierzu aber nach §§ 439 VI, 346 I, II, 347 verpflichtet. Auch besteht im Fall des Rücktritts durch den Verbraucherkäufer weiterhin die Pflicht zum in § 346 I angeordneten Nutzungsersatz.<sup>54</sup>

**Fall 48: BMW 316 i (Nutzungsersatz nach Rücktritt)**

*Der Verbraucher K kaufte von dem Kraftfahrzeughändler H einen gebrauchten Pkw BMW 316 i mit einer Laufleistung von 174.500 km für 4.100 Euro. Die Übergabe fand sogleich statt. Es stellte sich heraus, dass das Fahrzeug einen Unfallschaden (Rahmenschaden) erlitten hatte und mit nicht zugelassenen Teilen (Reifen, Felgen und Auspuff) versehen war. Nachdem K dem Verkäufer H vergeblich eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hatte, erklärte er den Rücktritt vom Kaufvertrag. Er war mit dem Fahrzeug 36.000 km gefahren. H erklärt die Aufrechnung mit „seinem Anspruch auf Nutzungsersatz“.*

**d. Nicht anwendbare Vorschriften, § 475 III 2**

Seit dem 1.1.2022 findet die Vorschrift des § 442 gemäß § 475 III 2 auf Verbrauchsgüterkäufe keine Anwendung mehr. Die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers hinsichtlich eines Mangels ist im Falle eines Verbrauchsgüterkaufs nicht ausreichend für den Ausschluss der Mängelhaftung.

---

<sup>53</sup> So schon der EuGH, Urt. v. 17. 4. 2008 - C-404/06 Quelle AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, NJW 2008, 1433, aus Anlass einer Vorlagefrage des BGH auf der Grundlage der alten Rechtslage unter Hinweis auf die von der Richtlinie intendierte Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung.

<sup>54</sup> BGH, Urteil vom 16. 9. 2009 - VIII ZR 243/08, BGHZ 182, 241 = NJW 2010, 148 (unter Verweis auf Erwägungsgrund 15 der RiLi sowie den - reichlich theoretischen - Gegenanspruch des Käufers auf Herausgabe von Zinsen, die der Verkäufer aus dem Kaufpreis erlangt hat).

*Bsp.: Student K kauft bei Kfz-Händler V einen gebrauchten VW Jetta. Weist V K nicht explizit auf die (deutlich sichtbaren!) Mängel der Kaufsache, nämlich Hagelschäden auf dem Dach des Wagens, hin und lässt sich das Einverständnis des K mit dieser negativen Beschaffenheit explizit bestätigen<sup>55</sup> stehen dem Verbraucherkäufer K die in § 437 BGB genannten Rechte auch dann zu, wenn er die Mängel kannte oder hätte erkennen müssen. Der Ausschlussgrund des § 442 BGB greift nicht ein, § 475 III 2 BGB.*

Des Weiteren werden auch die §§ 445 und 447 II für nicht anwendbar erklärt.

#### **e. Anspruch des Verbrauchers auf Vorschuss, § 475 IV**

Der Verbraucher kann von dem Unternehmer nach § 475 IV Vorschuss für Aufwendungen verlangen, die ihm im Rahmen der Nacherfüllung gemäß § 439 II, III entstehen und die vom Unternehmer zu tragen sind.

Telos: Die Vorschrift soll verhindern, dass der Verkäufer in Vorleistung treten muss und aufgrund der damit verbundenen Kosten darauf verzichtet, seinen Nacherfüllungsanspruch geltend zu machen.<sup>56</sup>

##### **(1) Zeitpunkt der Nacherfüllung, § 475 V**

Gemäß § 475 V hat der Unternehmer die Nacherfüllung innerhalb einer angemessenen Frist ab dem Zeitpunkt der Mitteilung über den Mangel und „ohne erhebliche Unannehmlichkeiten“ für den Verbraucher durchzuführen. Hierbei ist die Art der Ware sowie der Zweck, für den der Verbraucher die Ware benötigt, zu berücksichtigen.

##### **(2) Spezialregelung zur Rückabwicklung des Kaufvertrags, § 475 VI**

Tritt der Verbraucher von dem Vertrag zurück oder macht er einen Anspruch auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung wegen eines Mangels der Ware geltend, so ist § 346 mit der Maßgabe anzuwenden, dass der Unternehmer die Kosten der Rückgabe der Ware trägt, § 475 VI 1.

Zudem wird von der Vorschrift des § 348 dahingehend abgewichen, dass der Nachweis des Verbrauchers über die Rücksendung der Rückgewähr der Ware gleichsteht, § 475 VI 2.

#### **5. § 475d BGB (Sonderbestimmungen für Rücktritt und Schadensersatz)**

Der im Rahmen der Schuldrechtsreform 2022 neu eingeführte § 475d regelt in Abs. 1 Nr. 1-5 die Fälle des Verbrauchsgüterkaufs, in denen eine Fristsetzung für den Rücktritt entbehrlich ist. Die Aufzählung in Nr. 1-5 ist abschließend, sodass die §§ 323 II, 440 verdrängt werden und somit keine Anwendung finden.<sup>57</sup>

Gemäß II gilt Entsprechendes für die Fristsetzung nach § 281 I bei einem Anspruch auf Schadensersatz.

#### **6. § 475e BGB (Sonderbestimmungen für die Verjährung)**

---

<sup>55</sup> Art. 7 V Warenkauf-Richtlinie ordnet an, dass der Käufer „eigens darüber in Kenntnis gesetzt [worden sein muss], dass ein bestimmtes Merkmal der Waren“ von den objektiven Anforderungen abweicht. Zudem muss der Käufer „ausdrücklich und gesondert zugestimmt“ haben.

<sup>56</sup> Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 47. Aufl. 2023, § 7 Rn. 7.

<sup>57</sup> Faust, in BeckOK-BGB, 68. Ed., Stand: 01.11.2023, § 475d Rn. 2.

Für die Verjährung von Mangelansprüchen enthält § 475e ergänzende Regelungen zu § 438. Während sich I und II nur auf Verbraucherverträge über Waren mit digitalen Elementen im Falle der dauerhaften Bereitstellung beziehen, finden die III und IV auf alle Verbrauchsgüterkäufe Anwendung.

Bei einem Mangel an einem dauerhaft bereitgestellten digitalen Element verjähren die Mangelansprüche gemäß § 475e I nicht vor Ablauf von zwölf Monaten nach dem Ende des Bereitstellungszeitraums. Gleiches gilt nach II bei einer Verletzung der Aktualisierungspflicht. Auch hier verjähren die Ansprüche nicht vor Ablauf von zwölf Monaten nach dem Ende des Zeitraums der Aktualisierungspflicht.

III enthält eine Ablaufhemmung, für den Fall, dass sich ein Mangel innerhalb der Verjährungsfrist zeigt. In diesem Fall verjährt der Anspruch nicht vor dem Ablauf von vier Monaten nach dem Zeitpunkt, in dem sich der Mangel erstmals gezeigt hat. Die Regelung ist insbesondere dann relevant, wenn sich der Mangel erst gegen Ende der Verjährungsfrist zeigt. Denn auch in diesem Fall hat der Verbrauchsgüterkäufer noch vier Monate Zeit, seine Rechte geltend zu machen.

Übergibt der Verbrauchsgüterkäufer zur Nacherfüllung oder zur Erfüllung von Ansprüchen aus einer Garantie die Ware dem Unternehmer oder auf Veranlassung des Unternehmers einem Dritten, so tritt die Verjährung nicht vor dem Ablauf von zwei Monaten nach dem Zeitpunkt ein, in dem die nachgebesserte oder ersetzte Ware dem Verbraucher übergeben wurde (§ 475e IV). Somit hat der Verbrauchsgüterkäufer auch nach der Reparatur noch ausreichend Zeit, um zu überprüfen, ob der Mangel tatsächlich behoben wurde.

## **7. § 476 I – IV BGB (Vereinbarungen, die von den gesetzlichen Regelungen abweichen)**

### **a. § 476 I 1 BGB (Haftungsausschlüsse)**

Die Vorschrift § 476 I 1 formt eine Schranke für Haftungsausschlüsse, die zulasten des Verbrauchers wirken. Hiernach kann sich der Unternehmer nicht auf eine Vereinbarung berufen, die von den §§ 433 bis 435, 437, 439 bis 441 und 443 sowie von den §§ 474 bis 479 nachteilig abweicht. Zu beachten ist, dass dies nur für haftungsverkürzende Vereinbarungen gilt, die **vor Mitteilung des Mangels** geschlossen wurden, § 476 I 1. Nach diesem Zeitpunkt steht es dem Verbraucher frei, bei Kenntnis der Sachlage seine Rechte vertraglich einzuschränken.

Hinweis: Der Haftungsausschluss wird bei einem Verstoß gegen § 476 I 1 nicht nichtig, der Verkäufer kann sich darauf nur „nicht berufen“. Dies soll verhindern, dass der Verkäufer bei nichtiger Haftungsbeschränkung über §§ 134, 139 den gesamten Vertrag zu Fall bringt und sich so sämtlichen Gewährleistungsrechten entzieht.

### **b. § 476 I 2 BGB (Negative Beschaffenheitsvereinbarung)**

Eine Möglichkeit einen faktischen Haftungsausschluss zu bewirken, ist die Vereinbarung einer niedrigen Qualität. Um sicherzustellen, dass der Verbraucher hiervon in Kenntnis gesetzt wurde und nicht von der negativen Beschaffenheitsvereinbarung überrascht wird, kann von den objektiven Anforderungen vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer nur unter den Voraussetzungen des § 476 I 2 BGB abgewichen werden. Hierzu muss gemäß § 476 I 2 Nr. 1 der Verbraucher vor Abgabe seiner Willenserklärung eigens davon in Kenntnis gesetzt werden, dass ein bestimmtes Merkmal der Ware von den objektiven Anforderungen abweicht. Zudem muss die Abweichung im Vertrag ausdrücklich und gesondert vereinbart werden (§ 476 I 2 Nr. 2). Dies bedeutet, dass eine konkludente Vereinbarung nicht ausreicht und die Abweichung im Vertrag extra hervorgehoben werden muss.



*Bsp. (aus der Zeit vor der Reform 2022): Verkauf eines Pkw zum Preis von 4.900 EUR durch einen professionellen Autohändler (nicht Schrotthändler) an einen Matrosen als „Bastlerfahrzeug, ohne Garantie, unfallfrei, Laufleistung 60.000 km“: Unzulässige Umgehung des Verbots des Gewährleistungsausschlusses.<sup>58</sup> Zudem befand sich die Angabe „Bastlerauto“ neben weiteren Angaben im Vertragsformular und wurde nicht gesondert vereinbart, sodass die Abweichung nach § 476 I 2 unwirksam ist.*

**c. § 476 II BGB (Verjährungserleichterungen insbesondere)**

Die vertragliche Verkürzung der Verjährungsfrist ist grundsätzlich zulässig (§ 202 I e contrario, in § 476 I 1 ist § 438 auch nicht erwähnt), für den Verbrauchsgüterkauf gelten aber Grenzen, § 476 II 1:

- grundsätzlich mindestens zwei Jahre,
- bei gebrauchten Sachen mindestens ein Jahr ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn

*Bsp.: Schließt der Autohändler beim Verkauf eines gebrauchten Pkw die Gewährleistung insgesamt aus, so stehen dem Verbraucherkäufer zwei Jahre lang (§ 438) die Gewährleistungsrechte gemäß § 437 zu.*

Zudem ist zu beachten, dass gemäß § 476 II 2 eine Erleichterung der Verjährung vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer nur wirksam ist, wenn der Verbraucher vor Abgabe seiner Willenserklärung von der Verkürzung der Verjährungsfrist eigens in Kenntnis gesetzt wurde (Nr. 1) und die Verkürzung der Verjährungsfrist im Vertrag ausdrücklich und gesondert vereinbart wurde (Nr. 2).

**(b) § 476 III BGB (Ausschluss von Schadensersatzansprüchen)**

Die RiLi macht keine Vorgaben betreffend den Schadensersatz. Ein dahingehender Haftungsausschluss ist zulässig, solange er sich innerhalb der allgemeinen Grenzen (etwa § 444 oder §§ 307 ff.) hält, § 476 III.

**(c) § 476 IV BGB (Umgebungsgeschäfte)**

Abgerundet wird der Schutz aus § 476 durch ein Umgebungsverbot in § 476 IV. Danach sollen auch Gestaltungen unterbunden werden, die objektiv darauf abzielen, die Vorschrift zulasten des Verbrauchers zu umgehen. Diskutiert wird insbesondere, inwiefern **Agentur- und Strohmangengeschäfte** unter das Umgebungsverbot fallen. Grundsätzlich gelten diese nicht als Umgehung iSd § 476 IV:

- Unternehmer tritt nicht im eigenen Namen, sondern als Vertreter (§ 164 I) eines verkaufenden Verbrauchers (§ 13) auf, um mit dem anderen Verbraucher einen Vertrag zu schließen (sog. Agenturgeschäft).<sup>59</sup>

*Bsp.: Autohändler nimmt alten Pkw seines Kunden „in Zahlung“ im Rahmen des Verkaufs eines Neuwagens, veräußert den gebrauchten Pkw allerdings im Namen des Kunden.*

- Einschaltung eines mittelbaren Stellvertreters mit Verbrauchereigenschaft, der selbst Vertragspartner wird, im Innenverhältnis dem Unternehmer aber verpflichtet ist (sog. Strohmangengeschäft).

<sup>58</sup> OLG Oldenburg, Beschluss v. 22.09.2003 – 20030922 Aktenzeichen 9 W 30/03, BeckRS 2003, 14500.

<sup>59</sup> BGH, NJW 2005, 1039; zur ganzen Problematik Looschelders, Schuldrecht BT, 11. Aufl. 2016, Rn. 267 f.



Ein Umgehungsgeschäft iSd § 476 IV liegt nur vor, wenn der Unternehmer bei wirtschaftlicher Betrachtung als Vertragspartner des Verbrauchers einzustufen ist (Kriterium: Unternehmer trägt wirtschaftliche Risiko des Geschäfts).<sup>60</sup>

**d. § 477 BGB (Beweislastumkehr)**

Praktisch besonders bedeutsam ist die Beweislastumkehr in § 477. Diese Spezialvorschrift privilegiert den Verbrauchsgüterkäufer, der nach der allgemeinen Regel des § 363 BGB ab der Annahme als Erfüllung eigentlich beweisen müsste, dass die Ware bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelhaft war (und nicht etwa durch unsachgemäßen Gebrauch beschädigt wurde). Zeigt sich aber innerhalb eines Jahres seit Gefahrübergang ein von den Anforderungen nach § 434 oder § 475b abweichender Zustand der Ware (dies allein muss Verbraucherkäufer beweisen), wird nach § 477 I 1 zugunsten des Verbrauchers vermutet, dass die Ware bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war.

Beim Kauf eines lebenden **Tieres** gilt die Vermutung nur für einen Zeitraum von sechs Monaten seit Gefahrübergang, § 477 I 2.

**(1) Reichweite der Vermutungsregel**

Die Vermutung betrifft nicht nur den Zeitpunkt des Vorliegens des Mangels, sondern schließt ggf. auch das Bestehen eines latenten Grundmangels mit ein.

*Bsp.: Käufer rügt innerhalb von sechs Monaten einen Motorschaden bei einem Fahrzeug, das nach Übergabe erwiesenerweise noch einige Zeit gefahren ist. Hier wird das Vorliegen eines latenten Grundmangels (z. B. Materialfehlers) bei Gefahrübergang vermutet.<sup>61</sup>*

**(2) Unvereinbarkeit mit der Vermutung**

Die Vermutung greift nicht, wenn die Vermutung mit der Art der Ware oder des mangelhaften Zustands unvereinbar ist.

*Bsp. für das Eingreifen des Ausschlussgrundes „Art der Ware“: Verderbliche Waren wie viele Speisen.*

*Bsp. für das Eingreifen des Ausschlussgrundes „Art des mangelhaften Zustands“: Erkrankung eines Tiers im Fall kurzer Inkubationszeit (→ Ansteckung muss nach Gefahrübergang erfolgt sein).*

*Weiteres Beispiel: Erheblicher Karoserieschaden oder ähnliche äußerliche Beschädigung, die auch dem fachlich nicht versierten Käufer bei Übergabe hätte auffallen müssen.*

**(3) Gebrauchtwaren insbesondere**

Grundsätzlich gilt § 477 I auch bei gebrauchten Waren. Man wird aber nach Art und Alter der Ware sowie dem Mangel unterscheiden müssen. Daher greift § 477 I beim Gebrauchtwagenkauf insbesondere bei regelmäßigen Verschleißerscheinungen („Art des mangelhaften Zustands“) vielfach nicht ein.

---

<sup>60</sup> Zum Ganzen mit Beispielen *Looschelders*, Schuldrecht BT, 11. Aufl. 2016, Rn. 267 f. m.w.N.

<sup>61</sup> So jetzt auch der BGH, Urte. v. 12.10.2016 – VII ZR 103/15, noch unveröffentlicht, in Reaktion auf *EuGH*, Urteil v. 4.6.2015, Rs. 497/13 (Faber/Autobedrijf Hazet Ochten BV), NJW 2015, 2237

## **8. § 479 BGB (Garantien)**

Im Fall eines Verbrauchsgüterkaufs tritt neben die allgemeine Vorschrift des § 443 die Sonderregel des § 479, die besondere Regeln betreffend den Inhalt einer Garantieerklärung aufstellt. Sanktion der Nichteinhaltung der dort gemachten Vorgaben ist (selbstverständlich) nicht die Unwirksamkeit der Garantieverpflichtung, § 479 IV.

Möglich ist aber eine Unterlassungsklage seitens Verbraucherschutzverbände (§ 2 I 1, II 1 Nr. 1 lit. c iVm § 3 I 1 Nr. 1 UKlaG) und das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs des Verbrauchers aus §§ 280 I, 311 II, 241 II, möglicherweise sogar gerichtet auf Aufhebung des Vertrags, wenn die fehlerhafte Unterrichtung ursächlich für den Abschluss des Vertrags war.

## **X. Rückgriff des Verkäufers**

(Looschelders, SchR BT, 18. Aufl. 2023, § 9 Rn. 1 ff.)

Die Vorschrift des § 445a regelt den Regress des Verkäufers gegen den Lieferanten, wenn der Käufer bei einer **neu hergestellten**, aber mangelhaften Sache dem Verkäufer gegenüber die Rechte aus § 437 geltend macht. Der Regress gemäß §§ 445a ff. BGB ist in verschiedener Hinsicht erleichtert gegenüber den allgemeinen Regeln:

- Verzicht auf Erfordernis des Vertretenmüssens in § 445a Abs. 1 BGB (b);
- Verzicht auf Erfordernis der Fristsetzung in § 445a Abs. 2 BGB (c);
- Ablaufhemmung verhindert vorzeitige Verjährung in § 445b BGB (d);
- Beweislastumkehr zugunsten Verbraucher-Käufers gemäß § 477 BGB gilt auch zugunsten des Unternehmer-Verkäufers in § 478 BGB (e).

Der Gesetzgeber geht davon aus, dass sich jeder Verkäufer in der Lieferkette an seinen jeweiligen Vertragspartner wenden muss. Ein die Kette überspringender, direkter Durchgriff bis zum Hersteller ist nicht vorgesehen.<sup>62</sup>

*Bsp.: Der Einzelhändler, der seinem Abnehmer gegenüber zur Nacherfüllung verpflichtet ist, kann sich an den Großhändler halten, von dem er die Sache bezogen hat. Diesem wiederum stehen Regressansprüche gegen den Importeur zu, der sich seinerseits – Anwendung deutschen Rechts unterstellt – beim Hersteller schadlos halten kann, z. B.*

*Abnehmer – Einzelhändler – Großhändler – Importeur – Hersteller*

### **1. Überblick**

- § 445a I: eigenständige Anspruchsgrundlage auf Aufwendungsersatz
- § 445a II: Entbehrlichkeit der Fristsetzung für Rechte aus § 437 im B2B-Verhältnis
- § 445a III: Erweiterung des Anwendungsbereichs der I und II auf alle B2B-Geschäfte in der Lieferkette
- § 445a IV: Verweis auf die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit aus § 377 HGB
- § 445b: Verjährungshemmung
- § 478 I-III: Sonderbestimmungen beim Verbrauchsgüterkauf

### **2. Selbständiger Regressanspruch (unabhängig von Vertretenmüssen des vorgelagerten Kettenglieds)**

---

<sup>62</sup> Anders die Figur der „Action directe dans les chaînes de contrats“ im französischen Recht oder die deliktische Produzentenhaftung.

Muss der Unternehmer infolge des Mangels gegenüber dem Käufer nacherfüllen (§§ 437 Nr. 1, 439 BGB), hat er die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Kosten zu tragen, § 439 II BGB. **Soweit** der Mangel aber bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs auf den Unternehmer vorhanden war, gestattet **§ 445a I BGB** einen Regress beim Lieferanten, indem er ihm einen **eigenständigen** Anspruch auf Ersatz dieser Aufwendungen bereitstellt (**selbständiger Regress**). Während der Unternehmer diese Kosten sonst nach dem allgemeinen Kaufrecht nur über den Schadensersatzanspruch (Vertretenmüssen!) erhalten könnte, ist die Privilegierung aus § 445a I BGB **nicht** an ein **Verschulden** des Lieferanten geknüpft.

### **3. Unselbständiger Regressanspruch (unabhängig von Fristsetzung gegenüber dem vorgelagerten Kettenglied)**

Wenn der Unternehmer die Kaufsache infolge eines mangelbedingten Rücktritts zurücknehmen musste oder der Käufer den Kaufpreis gemindert hat (§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 323 oder 326 V iVm § 346 I bzw. § 437 Nr. 2 Alt. 2, 441 I, IV), beschleunigt § 445a II den Zugriff des Unternehmers auf seine Gewährleistungsrechte aus § 437 gegen den Lieferanten. Anders als I enthält **§ 445a II** aber **keine** eigenständige Anspruchsgrundlage. Stattdessen normiert er die Entbehrlichkeit der Fristsetzung für die jeweiligen Rechte des Unternehmers aus § 437 BGB (**unselbständiger Regress**). Der Lieferant erhält in diesem Fall also kein Recht zur zweiten Andienung. Vielmehr kann der Unternehmer sofort vom Vertrag zurücktreten, mindern oder Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann, ohne den Umweg über die Nacherfüllung gehen zu müssen.

### **4. Verjährung von Rückgriffsansprüchen: Ablaufhemmung**

Bei der Verjährung der Regressansprüche ist zwischen den jeweiligen Anspruchsgrundlagen zu unterscheiden. Macht der Verkäufer seine Gewährleistungsrechte aus §§ 437 iVm 445a II BGB (Fristsetzung entbehrlich) gegenüber dem Lieferanten geltend, richtet sich die Verjährung nach § 438. Wie sich aus seinem Wortlaut ergibt, gilt § 438 BGB indes nicht für Regressansprüche aus § 445a I BGB. Für diese eigenständige Anspruchsgrundlage existiert die Vorschrift des § 445b I BGB, die eine Verjährungsfrist von zwei Jahren ab Ablieferung der Sache **an den Unternehmer** bestimmt.

Abs. II enthält eine Ablaufhemmung für die Ansprüche aus §§ 437 und 445a I, wonach die Ansprüche frühestens zwei Monate nach dem Zeitpunkt verjähren, in dem der Verkäufer die Ansprüche des Käufers erfüllt hat. Es ist vor diesem Hintergrund unerheblich, ob sich die Verjährung nach § 445b I oder § 438 BGB richtet. Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist es, den Unternehmer vor einer Regressfalle zu bewahren. Da seine Ansprüche gegenüber dem Lieferanten regelmäßig in zwei Jahren ab Ablieferung der Sache **an ihn** verjähren (§ 438 I Nr. 3, II Alt. 2 für Ansprüche aus § 437 und § 445b I für den Regressanspruch aus § 445a I), ist er Ansprüchen des Käufers regelmäßig länger ausgesetzt, weil deren Verjährung erst mit der Lieferung an den Käufer zu laufen beginnt.

Abs. III stellt klar, dass die I und II nicht nur für das Verhältnis zwischen Unternehmer und Lieferant, sondern für alle B2B-Regressverhältnisse in der Lieferkette gelten.

### **5. Erweiterter Anwendungsbereich der Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf**

Der Regressanspruch aus § 445a I BGB setzt voraus, dass der Mangel bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs auf den Unternehmer vorhanden war. Dies gilt ebenso für § 445a II BGB. Zwar ist dies anders als bei § 445a I BGB nicht ausdrücklich dem Wortlaut zu entnehmen, es folgt jedoch aus dem Verweis auf die Rechte aus § 437 BGB, die allesamt einen Sachmangel im Zeitpunkt des Gefahrübergangs auf den Käufer, also hier den Unternehmer, voraussetzen.

Im Falle eines Verbrauchsgüterkaufs wird der Verbraucher meist nicht nachweisen können, dass der Sachmangel bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorlag, sodass zu seinen Gunsten in § 477 BGB die Beweislastumkehr normiert ist. Der Verkäufer selbst könnte sich als Unternehmer hingegen grundsätzlich nicht gegenüber seinem Lieferanten auf die Beweislastumkehr stützen, sodass er erheblichen Beweisschwierigkeiten ausgesetzt wäre. Aus diesem Grund erklärt § 478 I BGB für den Fall, dass der letzte Vertrag in der Lieferkette ein → Verbrauchsgüterkauf (§ 474 BGB) ist, die Beweislastumkehr aus § 477 auch zugunsten des Unternehmers für anwendbar, wobei die **Frist von einem Jahr erst** mit dem Gefahrübergang auf den **Verbraucher** (nicht Unternehmer!) beginnt, um die Zeit zwischen Erwerb vom Lieferanten und Veräußerung der Sache an den Verbraucher angemessen zu berücksichtigen.