

## Fall 1: Geige in der Hand (Vertretenmüssen: Haftungsverschärfung)

S geht bei „Grün“ über die Straße. Völlig unerwartet taucht ein Motorrad auf. Der (unbekannte) Fahrer ignoriert das Ampelzeichen und rast über die Kreuzung. Das Motorrad streift den S, der glücklicherweise unverletzt bleibt. Allerdings wird bei dem Unfall die Geige des G (Wert: 25.000 EUR) zerstört, die S bei sich trug. Ansprüche des G gegen S?

### **Anspruch des G gegen S auf Schadensersatz für die Geige aus § 823 Abs. 1 BGB?**

#### I. Haftungsbegründender Tatbestand

1. Rechtsgutsverletzung: Verletzung des Eigentums des G
2. Menschliche Handlung: Überqueren der Straße mit Geige in der Hand
3. Kausalität: Hätte S die Straße nicht mit der Geige überquert, wäre das Instrument nicht zerstört worden.
4. Rechtswidrigkeit: indiziert
5. Kein Verschulden des S.

II. Ergebnis: Ein Anspruch des G gegen S auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB scheidet aus.

### **1. Variante: Leihe**

G hatte die Geige dem S geliehen, die Leihfrist war abgelaufen.

#### **I. Anspruch des G gegen S auf Rückgabe der Geige aus § 604 Abs. 1 BGB?**

Der Anspruch auf Rückgabe ist entstanden aufgrund des Leihvertrags und war auch fällig. Der Anspruch ist jedoch untergegangen wegen Unmöglichkeit der Rückgabe, § 275 Abs. 1 BGB. Damit besteht kein Anspruch auf Rückgabe.

#### **II. Anspruch des G gegen S auf Schadensersatz für die Geige aus § 280 I, III, 283 BGB?**

1. Schuldverhältnis: Leihvertrag.
2. Pflichtverletzung: Nichtrückgabe des Instruments.
3. Vertretenmüssen: wird zwar vermutet, § 280 I 2 BGB, allerdings kann S sich vorliegend exkulpieren: die Geige wurde aufgrund des verkehrswidrigen Verhaltens des Motorradfahrers zerstört. Ihm ist kein Verstoß gegen die Sorgfaltspflichten (§ 276 I 1 BGB) anzulasten.
4. Rechtsfolge: Ein Anspruch des G gegen S aus § 280 I BGB scheidet aus.

#### **III. Anspruch des G gegen S auf Herausgabe des stellvertretenden commodum, § 285 BGB?**

1. Schuldverhältnis: Leihvertrag
2. Unmöglichkeit der Leistung (hier: Rückgabe der Geige): ja, § 275 Abs. 1 BGB (siehe oben).
3. Ersatz oder Ersatzanspruch für die unmöglich gewordene Geige erlangt? S hat theoretisch einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den unbekanntes Motorradfahrer aus § 823 Abs. 1, § 823 Abs. 2 i.V.m. §§ 1, 37 StVO, § 7 Abs. 1 StVG und § 18 StVG. Er ist aber wirtschaftlich

wertlos. Soweit S die Violine versichert hatte, bestünde aufgrund des Unfalls ein entsprechender Anspruch auf Auszahlung der Versicherungssumme.

4. Der Anspruch entsteht verschuldensunabhängig.

Ergebnis: G kann von S Abtretung des (wirtschaftlich allerdings wertlosen) Anspruchs auf Schadensersatz gegen den Motorradfahrer verlangen. Soweit S einen Anspruch gegen seine Instrumentenversicherung hat, kann G alternativ Abtretung dieses Anspruchs verlangen.

#### **IV. Anspruch des G gegen S auf Schadensersatz für die Geige aus § 823 Abs. 1 BGB?**

Mangels Verschuldens des S besteht kein Anspruch (siehe Grundfall).

### **2. Variante: Verspätete Geige**

Wie Variante 1. Allerdings hatte S den mit G vereinbarten Rückgabetermin vergessen und daher versäumt. Erst auf eine Erinnerungsmail des G hin war S aufgebrochen.

#### **I. Anspruch des G gegen S auf Rückgabe der Geige aus § 604 Abs. 1 BGB?**

wie oben Variante 1

#### **II. Anspruch des G gegen S auf Schadensersatz für die Geige aus § 280 Abs. 1, 3, 283 BGB?**

1. Schuldverhältnis: Leihvertrag.

2. Pflichtverletzung: Nichtrückgabe des Instruments.

3. Vertretenmüssen: Wegen des Verzugs des S (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB: schuldhaftes Nichtleisten trotz Fälligkeit, Möglichkeit und Mahnung) haftet dieser verschuldensunabhängig auf Schadensersatz, § 287 S. 2 BGB. Die Ausnahmeregelung in § 287 S. 2 BGB a. E. greift nicht ein.

4. Rechtsfolge: Ein Anspruch des G gegen S aus § 280 Abs. 1 BGB besteht.

### **3. Variante: Verkaufte Geige**

S hatte G die wertvolle Geige verkauft (§ 433 BGB), sie war aber noch nicht übergeben worden.<sup>1</sup>

#### **I. Anspruch auf Ersatzlieferung, §§ 433, 434, 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB?**

1. Kaufvertragsschluss, § 433 BGB

2. Mangelhaftigkeit der zerstörten Geige, § 434 BGB

3. Grundsätzlich besteht der Anspruch auf Nacherfüllung verschuldensunabhängig.

Umstritten ist allerdings, ob Pflicht zur Neulieferung auch beim Stückkauf besteht.

---

<sup>1</sup> Es ist denkbar, dass G gemäß §§ 929, 930 BGB zu diesem Zeitpunkt bereits Eigentümer der Geige war. Die in § 929 S. 1 BGB vorausgesetzte Übergabe der zu übereignenden Sache kann nämlich durch die Vereinbarung eines sog. Besitzkonstituts ersetzt werden: zwischen dem Veräußerer (hier S) und dem Erwerber (hier G) wird ein Rechtsverhältnis, z. B. ein Leihvertrag, vereinbart, durch welches der Erwerber (G) (bloß) mittelbarer Besitzer wird, während der Erwerber (S) im unmittelbaren Besitz der Sache bleibt. Näher dazu im GK BGB III Sachenrecht.

e.A.: Es besteht im Fall des Stückkaufs von vornherein kein Anspruch auf Neulieferung<sup>2</sup> oder er ist jedenfalls wegen Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) ausgeschlossen.<sup>3</sup> a.A. Der Anspruch auf Neulieferung besteht nur bei vertretbaren Sachen i.S. des § 91 BGB (Sachen gleicher Art, die sich nicht durch individualisierende Merkmale abheben, also objektiv austauschbar sind), nicht aber bei unvertretbaren Sachen.<sup>4</sup>

BGH: Neuerfüllung ist möglich, wenn Austauschbarkeit mit gleichartiger und gleichwertiger, mangelfreier Sache möglich ist und nicht nach dem Vertrag eine Beschränkung der Verbindlichkeit auf die konkret verkaufte Sache als gewollt und interessengerecht angesehen werden kann.<sup>5</sup>

Subsumtion: Es handelt sich bei der Geige um einen Stückkauf. Solche Instrumente sind ab einem bestimmten Wert auch keine vertretbaren Sachen. Zudem ist angesichts des Kaufpreises davon auszugehen, dass G die Geige besonders und individuell nach ihren Klangeigenschaften und ihren spieltechnischen Charakteristika ausgesucht hatte. Somit scheidet nach allen Ansichten eine Neuerfüllung durch S aus. Einer Streitentscheidung bedarf es damit nicht.

### **II. Schadensersatz aus §§ 280 Abs. 1, 3, 283 BGB?**

Möglicherweise ist G ein Schaden, etwa in Form entgangenen Gewinns oder der Differenz zwischen (niedrigem) Kaufpreis und (höherem) Marktwert der Geige entstanden. Der Anspruch Es fehlt allerdings am Vertretenmüssen des S, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB.

### **III. Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB?**

Voraussetzung wäre zunächst, dass ein absolut geschütztes Rechtsgut des G verletzt wurde, was erfordern würde, dass G zum Zeitpunkt des Unfalls bereits Eigentümer der Violine war. Zudem fehlt es am Verschulden des S.

### **Fall 2: Cello im Kofferraum (Vertretenmüssen: Haftungsprivilegierung)**

S verursacht mit seinem Pkw aufgrund leichter Unachtsamkeit einen Unfall. Dabei wird nicht nur der Wagen des S, sondern auch das von S im Kofferraum transportierte Cello (Wert: 45.000 EUR) des G zerstört. Ansprüche des G gegen S wegen des Cellos?

### **Anspruch des G gegen S auf Schadensersatz für das Cello aus § 823 I BGB?**

#### **I. Haftungs begründender Tatbestand**

1. Rechtsgutsverletzung: Verletzung des Eigentums des G
2. Menschliche Handlung: Verursachung des Unfalls
3. Kausalität: ohne Unfall keine Zerstörung des Cellos
4. Rechtswidrigkeit: indiziert
5. Verschulden: Fahrlässigkeit

---

<sup>2</sup> Z. B. Ackermann, JZ 2002, 378, 379.

<sup>3</sup> Z. B. Bamberger/Roth/Faust, § 439 Rn. 27 ff.

<sup>4</sup> Z. B. Gsell, JuS 2007, 97, 102.

<sup>5</sup> BGH, Urteil vom 7.6.2006 - VIII ZR 209/05, NJW 2006, 2839.

II. Haftungsausfüllender Tatbestand: §§ 249, 251 I BGB: Wertersatz in Höhe von 45.000 EUR.

### **1. Variante: Miete**

S hatte das Cello von G gemietet, die Mietzeit war abgelaufen.

#### ***I. Anspruch des G gegen S auf Rückgabe der Geige aus § 546 I BGB?***

Der Anspruch auf Rückgabe des Cellos ist entstanden aufgrund des Abschlusses des Mietvertrages, § 535 BGB, und war auch fällig, da die Mietzeit abgelaufen war. Der Anspruch ist jedoch untergegangen wegen Unmöglichkeit der Rückgabe, § 275 I BGB. Damit besteht kein Anspruch aus § 546 I BGB.

#### ***II. Anspruch des G gegen S auf Schadensersatz für das Cello aus §§ 280 I, III, 283 BGB?***

1. Schuldverhältnis: Mietvertrag, § 535 BGB
2. Pflichtverletzung: Infolge der Verletzung einer Schutzpflicht iSd § 241 Abs. 2 BGB kann S seiner Rückgabepflicht aus § 546 Abs. 1 BGB nicht nachkommen.
3. Vertretenmüssen: vermutet, § 280 Abs. 1 S.2 BGB
4. Rechtsfolge: Anspruch des G gegen S auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB.

#### ***III. Anspruch des G gegen S auf Herausgabe des stellvertretenden commodum, § 285 BGB?***

Wie oben Fall 1 Variante 1, nur dass anstelle eines Leihvertrags der Mietvertrag das Schuldverhältnis zwischen G und S begründet.

#### ***IV. Anspruch des G gegen S auf Schadensersatz für das Cello aus § 823 Abs. 1 BGB?***

Der Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB ist aufgrund fahrlässiger, rechtswidriger Verletzung des Eigentums des G durch S gegeben. Zwischen dem Anspruch aus Vertrag und aus Delikt besteht Anspruchsnormenkonkurrenz: beide Ansprüche können nebeneinander zur Begründung der Schadensersatzpflicht herangezogen werden, allerdings nur einmal Schadensersatz verlangt werden.

Der Anspruch des G gegen S auf Schadensersatz besteht daher sowohl aus Vertrag (§ 280 Abs. 1 BGB) als auch aus Delikt (§ 823 Abs. 1 BGB).

### **2. Variante (gescheiterte Rückgabe)**

Wie Variante 1 (Miete). S war gerade dabei, G das Cello nach Ablauf der Mietzeit zurückzubringen. Ein erster Versuch der Rückgabe war gescheitert, weil G an dem vereinbarten Rückgabetermin nicht zu Hause war.

#### ***I. Anspruch des G gegen S auf Rückgabe der Geige aus § 546 Abs. 1 BGB?***

Wie oben Fall 2, Variante 1, I.

#### ***II. Anspruch des G gegen S auf Schadensersatz für das Cello aus §§ 280 Abs. 1, 3, 283 BGB?***

1. Schuldverhältnis: Mietvertrag, § 535 BGB
2. Pflichtverletzung: Infolge der Verletzung einer Schutzpflicht i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB kann S seiner Rückgabepflicht aus § 546 Abs. 1 BGB nicht nachkommen.

### 3. Vertretenmüssen:

Grundsätzlich hat der Schuldner S Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, § 276 Abs. 1 S. 1 BGB. Jedoch könnte hier ausnahmsweise ein geringerer Verschuldensmaßstab gem. § 300 Abs. 1 BGB gelten, wenn sich G im Annahmeverzug, § 293 BGB, befand.

- a. Das hierzu erforderliche tatsächliche Angebot, §§ 293, 294 BGB, und
- b. die Nichtannahme, § 293 BGB, liegen in dem ersten Versuch der Rückgabe vor.
- c. Da hierfür ein Termin vereinbart wurde, kommt zudem die Ausnahmeregelung des § 299 BGB nicht in Betracht.
- d. Folglich befand sich G zum Zeitpunkt der Zerstörung des Cellos im Annahmeverzug, § 293 BGB.
- e. Folge ist, dass S gem. § 300 Abs. 1 BGB nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, nicht aber leichte Fahrlässigkeit zu vertreten; mithin kann sich S exkulpieren.

4. Ergebnis: Kein Anspruch des G gegen S auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB mangels Vertretenmüssens, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB.

### **III. Anspruch des G gegen S auf Herausgabe des stellvertretenden commodum, § 285 BGB?**

Wie oben Fall 1 Variante 1, nur dass anstelle eines Leihvertrags der Mietvertrag das Schuldverhältnis zwischen G und S begründet.

### **IV. Anspruch des G gegen S auf Schadensersatz für das Cello aus § 823 Abs. 1 BGB?**

Auch der deliktische Anspruch scheidet am fehlenden Verschulden des S. Die Haftungsprivilegierung gemäß § 300 Abs. 1 BGB erstreckt sich auf die deliktische Haftung: es fehlt am im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB zu prüfenden Verschulden des S in Form von grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz.

### **3. Variante (vergesslicher Virtuose)**

S hatte dem G, einem vergesslichen Virtuosen, das Instrument zu einem wichtigen Konzert nachgefahren, zu dem dieser, ohne seinen Irrtum zu bemerken, aufgebrochen war.

#### **I. Anspruch des G gegen S auf Schadensersatz für das Cello aus §§ 280 Abs. 1, 677 BGB?**

1. Schuldverhältnis: Geschäftsführung ohne Auftrag, § 677 BGB?
  - a. Geschäftsbesorgung: Nachfahren des Instruments zum Konzert.
  - b. Fremdgeschäftsführungswille: Es handelt sich um ein objektiv fremdes Geschäft, nämlich eines des G. Damit wird der Fremdgeschäftsführungswille des S vermutet.
  - c. Ohne Auftrag: G hatte seine Vergesslichkeit noch nicht einmal bemerkt, geschweige denn den S beauftragt.
2. Pflichtverletzung: Zerstörung des Cellos durch den Unfall liegt nicht im „Interesse des Geschäftsherrn [hier G] mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen“ (§ 677 BGB).

### 3. Vertretenmüssen:

Grundsätzlich hat der Geschäftsführer, hier S, gem. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB Vorsatz und jede Fahrlässigkeit zu vertreten. Jedoch könnte hier ausnahmsweise ein geringerer Verschuldensmaßstab gem. § 680 BGB gelten, wenn die Geschäftsführung die Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr bezweckte. Erforderlich ist die hohe Wahrscheinlichkeit eines unmittelbar bevorstehenden Schadenseintritts an der Person oder dem Vermögen des Geschäftsherrn.<sup>6</sup>

Ohne sein eigenes Cello hätte G nicht oder im Falle einer kurzfristigen Ersatzbeschaffung doch nicht wie beabsichtigt und geschuldet (Dienstvertrag mit dem Konzertveranstalter) spielen können. Damit stand der Eintritt eines Vermögensschadens (entgangener Gewinn, ggf. Haftungsschaden gegenüber dem Veranstalter) des Geschäftsherrn G mit hoher Wahrscheinlichkeit unmittelbar bevor. S handelte hier auch in der Absicht, diesen Vermögensschaden abzuwenden (Notgeschäftsführer). Mithin liegen die Voraussetzungen des § 680 BGB vor.

Daher ist die Haftung des S ausnahmsweise nur auf Fälle des Vorsatzes und der groben Fahrlässigkeit beschränkt. Der leicht fahrlässig handelnde S hat die Pflichtverletzung mithin nicht zu vertreten.

4. Rechtsfolge: Kein Anspruch des G gegen S auf Schadensersatz für das zerstörte Cello aus §§ 280 Abs. 1, 677 BGB.

## **II. Anspruch des G gegen S aus § 823 Abs. 1 BGB?**

Das Haftungsprivileg erstreckt sich nicht nur auf den Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB, sondern auch auf § 823 Abs. 1 BGB (Ausstrahlungswirkung).

### **4. Variante (Verwahrung)**

S hatte das Cello für G unentgeltlich verwahrt und war gerade dabei, es G zurückzubringen.

#### **I. Anspruch des G gegen S auf Schadensersatz für das Cello aus §§ 280 Abs. 1, 3, 283 BGB?**

1. Schuldverhältnis: Verwahrungsvertrag, § 688 BGB

2. Pflichtverletzung: Infolge der Zerstörung des Cellos kann S dieses dem G nicht mehr zurückgeben.

3. Vertretenmüssen:

S haftet als unentgeltlicher Verwahrer nur für diejenige Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, § 690 BGB. Bei der eigenüblichen Sorgfalt (*diligentia quam in suis*) gilt abweichend von § 276 kein objektiver, sondern ein subjektiver, auf die Veranlagung und das übliche Verhalten des Handelnden abstellender Maßstab.<sup>7</sup>

Vorliegend zerstört S auch sein eigenes Auto und gefährdet sich selbst. Dies entfaltet im Hinblick auf die Frage der gewohnheitsmäßigen Sorgfalt zumindest Indizwirkung dahingehend, dass S bei dem Unfall offenbar diejenige Sorgfalt walten ließ, die er auch in

---

<sup>6</sup> Seiler, in: MüKoBGB, 6. Auflage 2012, § 680, Rn. 2; Gehrlein, in: BeckOK BGB, 40. Edition 2016, § 680, Rn. 1.

<sup>7</sup> Unberath, in: BeckOK BGB, 40. Edition 2011, § 277, Rn. 8.

eigenen Angelegenheiten walten lässt.<sup>8</sup> S hat den Unfall auch nicht grob fahrlässig oder gar vorsätzlich herbeigeführt, § 277 BGB. Damit hat S die Zerstörung des Cellos nicht zu vertreten.

4. Rechtsfolge: Kein Anspruch des G gegen S auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1, 3283 BGB.

***II. Anspruch des G gegen S auf Schadensersatz für das Cello aus § 823 Abs. 1 BGB?***

Die Haftungsprivilegierung (§ 690 BGB) erstreckt sich auch auf die konkurrierende Deliktshaftung (§ 823 Abs. 1 BGB).

---

<sup>8</sup> Bei der Bestimmung des anzuwendenden Sorgfaltsmaßstabs ist insoweit aber nicht nur auf die in Rede stehende Autofahrt abzustellen, sondern auf das sich aus einer Vielzahl von Autofahrten ergebende Fahrverhalten.

### Fall 3: Defekte Festplatte (Verjährung und Quasi-Verjährung kaufrechtlicher Gewährleistungsrechte)

S verkauft dem G am 1.10.2014 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 10.10.2016 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.

#### Lösungshinweise

##### ***I. Anspruch auf Nacherfüllung aus §§ 433, 434, 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB***

G und S haben einen Kaufvertrag (§ 433 BGB) über das Notebook geschlossen. Es wies bei Gefahrübergang (§ 446 S. 1 BGB) am 1.10.2014 einen Sachmangel auf (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB: negative Abweichung von der üblichen Beschaffenheit). Nach der Ausübung seines Wahlrechts ist daher der Nacherfüllungsanspruch des G gem. § 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB entstanden. Allerdings verjährt dieser Anspruch gem. § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB in zwei Jahren beginnend mit der Ablieferung der Sache, § 438 Abs. 2 BGB – hier also am 1.10.2016. Da sich S auf die Einrede der Verjährung berufen hat (Auslegung der Weigerungserklärung des S nach §§ 133, 157 BGB), besteht der Anspruch zwar, ist aber nicht durchsetzbar.

##### ***II. Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises aus §§ 346 Abs. 1, 433, 434, 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB***

Grundsätzlich steht dem G nach Ausbleiben der geschuldeten Nacherfüllung zudem ein Rücktrittsrecht gem. § 323 Abs. 1 Alt. 1 BGB zu. Mit der Rücktrittserklärung gem. § 349 BGB ist der Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises auch entstanden. Der Rücktritt ist jedoch gem. § 218 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam, da der Nacherfüllungsanspruch zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung am 10.10.2016 bereits verjährt ist (s.o.) und S sich auf die Verjährung beruft (§§ 133, 157 BGB). Es besteht daher kein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises.



#### Fall 4: Defekte Spülmaschine (Ersatz von Aus- und Einbaukosten, richtlinienkonforme Auslegung)

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 anliefert, 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.

#### Lösungsskizze

##### ***I. Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises, § 346 Abs. 1 BGB***

Fraglich ist, ob Frau *Putz* von Medianess Electronics Rückerstattung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Übergabe der mangelhaften Spülmaschine verlangen kann. Als Anspruchsgrundlage kommt § 346 Abs. 1 BGB in Betracht.

Voraussetzung ist, dass Frau *Putz* wirksam den Rücktritt erklärt hat.

1. Gegenseitiger Vertrag: Kaufvertrag über die Spülmaschine i. S. d. § 346 Abs. 1 BGB
2. Rücktrittserklärung, § 349 BGB (+)
3. Rücktrittsgrund, § 323 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB
  - a. Nicht- bzw. Teilerfüllung der Nacherfüllung

Voraussetzung: Bestehen des Nacherfüllungsanspruchs im geltend gemachten Umfang.

Vorliegend verlangt Frau *Putz* nicht nur Lieferung einer neuen Spülmaschine, sondern zudem Ausbau der mangelhaften und Einbau der Ersatzmaschine.

Fraglich ist, ob der Nacherfüllungsanspruch in diesem Umfang besteht. AGL: §§ 433, 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 437 Nr. 1, 439 BGB

- (1) Kaufvertrag (+)
- (2) Mangel der Spülmaschine i. S. d. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB
- (3) Nacherfüllungsanspruch besteht.

(4) Fraglich ist allerdings die Reichweite des Anspruchs:

(a) Ansichten

Erste Ansicht: Weder die Ausbau- noch die Einbaukosten sind zu ersetzen.

Zweite Ansicht: Nur der Ausbau ist geschuldet.

Dritte Ansicht: Der Anspruch auf Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 1 BGB erfasst sowohl den Aus- als auch den Einbau bzw. die Übernahme der entsprechenden Kosten.

(b) Subsumtion

Der von Frau Putz geltend gemachte Anspruch auf Nacherfüllung besteht nur, wenn man der zweiten oder dritten Ansicht folgt. Es bedarf daher der Streitentscheidung.

(c) Diskussion

Der Wortlaut von § 439 Abs. 1 BGB ist nicht eindeutig.

In systematischer Hinsicht lässt sich für die erstgenannte Ansicht anführen, dass aus dem Kaufvertrag selbst keine Pflicht zum Ein- und Ausbau folgt. Es erscheint daher fraglich, ob sie nachträglich aufgrund von § 439 Abs. 1 BGB entstehen kann. Die Gewährung eines über die bloße Neulieferung hinausgehenden Anspruchs läuft auf Gewährung eines verschuldensunabhängigen Anspruchs auf Ersatz reiner Vermögensschäden hinaus (Äquivalenz- statt Integritätsinteresse).

Die Vertreter der zweiten Ansicht verweisen auf §§ 439 Abs. 4, 346 ff. BGB. Spiegelbildlich zum Anspruch des Verkäufers auf Rückgabe der mangelhaften Sache könne der Käufer Rücknahme der Sache verlangen.

Dafür, dass die Vertreter der dritten Ansicht Recht haben, sprechen möglicherweise die Vorgaben der im Unionsrecht wurzelnden Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf.

Da die Auslegung von § 439 Abs. 1 BGB kein eindeutiges Ergebnis zutage führt, ist höherrangiges Unionsrecht als Interpretationshilfe heranzuziehen. Die nationale Vorschrift bedarf der Auslegung von § 439 Abs. 1 BGB im Lichte von Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 VerbrGüterKRL<sup>9</sup>:

---

<sup>9</sup> Art. 3 Abs. 2 und 3 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. L 171, S. 12) lautet:

„(2) Bei Vertragswidrigkeit hat der Verbraucher entweder Anspruch auf die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung nach Maßgabe des Absatzes 3 oder auf angemessene Minderung des Kaufpreises oder auf Vertragsauflösung in Bezug auf das betreffende Verbrauchsgut nach Maßgabe der Absätze 5 und 6.

- Wortlaut: Der in der Richtlinie verwendete Begriff „Ersatzlieferung“ bzw. noch deutlicher die englische, französische und spanische Fassung „replacement“, „remplacement“ bzw. „sustitución“ deuten auf ein weites Verständnis der Nacherfüllungspflicht des Verkäufers hin.
- Telos der Richtlinie bzw. der Vorschrift:
  - Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus.
  - Der Verkäufer kann beim letztverantwortlichen Hersteller Ersatz seines Haftungsschadens im Wege des Regresses verlangen. Dadurch kommt es zu einer Internalisierung der Schadenskosten beim diesem.

(e) Ergebnis zu (4):

Die Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 1 BGB schließt den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der Ersatzsache mit ein.<sup>10</sup>

- b. Frau Putz steht der Rücktrittsgrund des § 323 Abs. 1 Alt. 1 BGB zu.
  - c. Frau Putz hat auch kein Interesse an der teilweisen Erbringung der Leistung durch M, § 323 Abs. 5 S. 1 BGB.
  - d. Eine Fristsetzung ist hier wegen Verweigerung der Nacherfüllung iFd Aus- und des Einbaus gemäß § 323 Abs. 2 BGB entbehrlich.
4. Ergebnis
- Frau Putz ist wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten. Sie hat den Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises aus § 346 Abs. 1 BGB.

### ***I. Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises, § 346 Abs. 1 BGB***

### ***II. Anspruch auf Schadensersatz wegen mangelhafter Lieferung***

AGL: §§ 433, 434 I 2 Nr. 2, 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 Alt. 2 BGB.

---

(3) Zunächst kann der Verbraucher vom Verkäufer die unentgeltliche Nachbesserung des Verbrauchsgutes oder eine unentgeltliche Ersatzlieferung verlangen, sofern dies nicht unmöglich oder unverhältnismäßig ist. Eine Abhilfe gilt als unverhältnismäßig, wenn sie dem Verkäufer Kosten verursachen würde, die

- angesichts des Werts, den das Verbrauchsgut ohne die Vertragswidrigkeit hätte,
- unter Berücksichtigung der Bedeutung der Vertragswidrigkeit und
- nach Erwägung der Frage, ob auf die alternative Abhilfemöglichkeit ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher zurückgegriffen werden könnte, verglichen mit der alternativen Abhilfemöglichkeit unzumutbar wären.

Die Nachbesserung oder die Ersatzlieferung muss innerhalb einer angemessenen Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen, wobei die Art des Verbrauchsgutes sowie der Zweck, für den der Verbraucher das Verbrauchsgut benötigte, zu berücksichtigen sind.“

<sup>10</sup> So auch der EuGH, Urt. v. 14.6.2011 – verb. Rs. C-65/09 und C-87/09, NJW 2011, 2269 – Weber und Putz. In der Folge hat sich auch der BGH dieser Auslegung angeschlossen: BGH, Urt. v. 21. 12. 2011 – VIII ZR 70/08, NJW 2012, 1073 (betreffend die Ausbaurkosten; die Einbaukosten waren nicht Gegenstand des Revisionsverfahrens).

Der Anspruch auf Schadensersatz besteht trotz Rücktritts vom Kaufvertrag, § 325 BGB.

Zwar liegt eine Pflichtverletzung aus dem Kaufvertrag in Form der mangelhaften Lieferung vor, der Verkäufer kann sich aber exkulpieren, § 280 I 2 BGB. Weder hat er selbst schuldhaft iSv § 276 I 1 BGB gehandelt (keine Untersuchungspflicht gegenüber dem Käufer) noch wird ihm das Verschulden des Herstellers über § 278 BGB zugerechnet (ganz h. M.).

### ***III. Anspruch auf Schadensersatz wegen unterlassener Nacherfüllung***

AGL: §§ 433, 434 I 2 Nr. 2, 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 Alt. 1.

Nach zutreffender Ansicht genügt es, wenn der Verkäufer die unterbliebene Nacherfüllung zu vertreten hat (→ Problem der doppelten Pflichtverletzung, siehe Fall Dachschaden, Skriptum GK BGB IIa). Vorliegend verweigert Verkäufer die vollständige Nacherfüllung vorsätzlich. Umfang des Anspruchs auf Nacherfüllung: Ersatz der Kosten für eine neue Spülmaschine und Ersatz der Ausbau- und Einbaukosten, § 251 I BGB.

## Fall 5: BMW 316 i (Nutzungersatz nach Rücktritt)<sup>11</sup>

*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 Nutzungersatz“.*

### Lösungsskizze

Anspruch des Beklagten gegen die Klägerin auf Nutzungersatz für den Wagen gemäß § 346 I BGB?

#### 1. Abgrenzung Nutzungersatz (§ 346 I) – Wertersatz (§ 346 II)

Hier: § 346 I, da Kl. den Wagen durch das Ingebrauchnehmen nicht verschlechtert hat i. S. d. § 346 II Nr. 2 (arg. e Nr. 3).

Hinweis: Die Abgrenzung hat praktisch wohl kaum Bedeutung, da man den Wertersatz (Abs. 2) genauso wie den Nutzungersatz (Abs. 1) nach folgender Formel berechnet würde: Der (hier wegen der Mängel zu mindernde) Kaufpreis wird durch die voraussichtliche Restnutzungsdauer dividiert und mit der tatsächlichen Nutzungszeit multipliziert (*Schulze, HK-BGB, 2012, § 346 Rn. 15.*)

#### 2. Voraussetzung: Rücktritt von gegenseitigem Vertrag

a. Kaufvertrag (+)

b. wirksamer Rücktritt?

(1) Rücktrittserklärung, § 349 BGB (+)

(2) Rücktrittsrecht, §§ 433, 434, 437 Nr. 2, 323 I Alt. 2 BGB?

(a) Kaufvertrag (+), s. o.

(b) Mangel i. S. d. § 343 I 2 Nr. 2 BGB (+), Unfallwagen, nicht zugelassene Teile

(c) erfolglose Nachfristsetzung (+)

3. Zwischenergebnis: Rücktritt wirksam, Anspruch auf Nutzungersatz besteht grundsätzlich.

4. Kein Ausschluss des Anspruchs auf Nutzungersatz, § 474 V 1 BGB n. F. (= Abs. 2 a. F) analog.

Arg. des BGH:

- Unterschiedliche Behandlung ist sachlich gerechtfertigt, da auch Verkäufer Nutzungersatz zu leisten hat (insbesondere ersparte Schuldzinsen, BGH, Urt. v.

---

<sup>11</sup> Fall nach BGH, Urteil vom 16. 9. 2009 - VIII ZR 243/08, BGHZ 182, 241 = NJW 2010, 148.

6.3.1998 - V ZR 244–96, NJW 1998, 2354<sup>12</sup> im Hinblick auf die Herausgabepflicht des Bereicherungsschuldners gemäß § 818 I, II BGB, siehe schon oben).

- Kein Bedürfnis für richtlinienkonforme Auslegung, da RiLi über Verbrauchsgüterkauf in Erwägungsgrund 15 die Möglichkeit erwähnt, dass man der Benutzung der Ware gerade im Zusammenhang mit der Regelung der Vertragsauflösung Rechnung trägt.

#### 5. Umfang des Nutzungersatzanspruchs: §§ 99, 100 BGB

Maßgeblich ist das Verhältnis zwischen dem in Kilometern bemessenen tatsächlichen Gebrauch und der voraussichtlichen Gesamtleistung des herauszugebenden Kfz. Danach bestimmt sich der herauszugebende Anteil des Kaufpreises. Die Formel lautet  $\text{Bruttokaufpreis} \times \text{gefahrte Kilometer} : \text{erwartbare Gesamtleistung}$  (näher *Gaier*, in *MüKoBGB*, § 346 Rz. 27).

---

<sup>12</sup> Leitsatz: „Hat der Bereicherungsschuldner das erlangte Geld zur Tilgung von Schulden verwandt, hat er die dadurch ersparten Zinszahlungen entsprechend § 818 I, II BGB als Vorteile aus dem Gebrauch des Geldes an den Bereicherungsgläubiger herauszugeben.“ Sachverhalt: Rückabwicklung eines wegen Verstoßes gegen § 311b I 1 BGB nichtigen Grundstücksgeschäfts nach zwei Jahren. Verwendung des bezahlten Kaufpreises in Höhe von 1.500.000 DM durch den Verkäufer zur Tilgung eigener Schulden.

## Fall 6: Wem gehört die Forderung? (Erweiterter Eigentumsvorbehalt und Globalzession)

V betreibt einen Handel mit Baumaschinen. Diese bezieht er unter anderem vom Hersteller H und veräußert sie an Bauunternehmen. Um sich nicht selbst um die Einziehung von Forderungen kümmern zu müssen und um Liquiditätsengpässe zu vermeiden, hat V mit der Factor-Bank F folgende Vereinbarung geschlossen:

1. F erwirbt sämtliche dem V zustehenden Forderungen mit dem Tag ihrer Entstehung. V tritt hierfür bereits jetzt sämtliche Forderungen, die ihm gegen Abnehmer entstehen, an F ab (§ 398). F bezahlt dafür 90 % des Nennbetrags der Forderung.
2. Kann F eine Forderung nicht einziehen, ist V verpflichtet, den dafür von F gezahlten Betrag auf Verlangen an F zurückzuerstatten. Mit der Rückerstattung geht die Forderung automatisch wieder auf V über (§ 398).

Im Dezember erwirbt V von H fünf Bagger unter verlängertem Eigentumsvorbehalt.<sup>13</sup> Die fünf Bagger veräußert er am folgenden 03.01. zum marktüblichen Preis an den Bauunternehmer B. Der Kaufpreis ist am 25.01. fällig. Am 04.01. überweist F nach Vorlage des Kaufvertrags 90% des Kaufpreises an V. Am 12.01. muss V Insolvenz anmelden. Sowohl F als auch H melden sich am 25.01. bei B und verlangen Bezahlung der Forderung. B möchte wissen, an wen er zahlen muss.

### **Abw. 1**

B, der von sämtlichen Vorgängen nichts mitbekommen hat, zahlt am 25.01. den Kaufpreis an V. Als er tags darauf von den Geschehnissen erfährt, fürchtet B, nun nochmals vom Forderungsinhaber in Anspruch genommen zu werden. Ist seine Befürchtung berechtigt?

### **Abw. 2**

Als B am 25.01. vom Forderungsinhaber in Anspruch genommen wird, erklärt er die Aufrechnung mit einer bestehenden und bereits seit längerem fälligen Forderung in Höhe des Kaufpreises, die er aus einem früheren Geschäft gegen V hat.

---

<sup>13</sup> Verlängerter Eigentumsvorbehalt: Der Veräußerer behält sich bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung das Eigentum vor. Er ermächtigt den Käufer aber zur Weiterveräußerung der Ware. Gleichzeitig lässt er sich die Kaufpreisforderung aus der Weiterveräußerung abtreten und ermächtigt seinen Vertragspartner zur Einziehung dieser Forderung.

## Lösung

### Grundfall

#### **A. Anspruch des F gegen B auf Zahlung des Kaufpreises aus Kaufvertrag, § 433 II, in Verbindung mit § 398**

Möglicherweise kann F von B Zahlung des Kaufpreises aus Kaufvertrag gem. § 433 II in Verbindung mit § 398 verlangen. Voraussetzungen hierfür sind, dass die Forderung in der Person des V entstanden ist und dass F aufgrund wirksamer Abtretung nun Forderungsinhaber ist.

#### **I. Entstehen der Forderung**

V und B haben einen Kaufvertrag über die fünf Bagger geschlossen. Anhaltspunkte für rechtshindernde Einwendungen gibt es nicht. Die Forderung ist mithin entstanden.

#### **II. Forderungsinhaber**

F kann nur dann aus abgetretenem Recht gegen B vorgehen, wenn sie zum Zeitpunkt der Geltendmachung der Forderung auch Forderungsinhaberin ist. Zwei Dinge sind hier problematisch. Möglicherweise kollidiert die Abtretung an die F mit einer weiteren Abtretung der Forderung an H. Fraglich ist dann, ob nun F oder H Forderungsinhaber ist. Des Weiteren stellt sich die Frage, ob die Abtretung an F überhaupt wirksam ist.

#### **1. Abtretung**

Zunächst ist also zu prüfen, an welche Personen V die Forderung gegen B abgetreten hat und wer nun Forderungsinhaber ist. Die Abtretung wird allein durch Vertrag zwischen dem Zedenten (V) und dem Zessionar (F bzw. H) vorgenommen.<sup>14</sup> Ein Publizitätsakt ist nicht erforderlich.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Zur Vertiefung: Die Abtretung einer Forderung ist eine Verfügung. Insofern ist sie der in §§ 929ff. bzw. §§ 873, 925 geregelten Übertragung des Eigentums an Sachen (§ 90) vergleichbar. Dass sie dennoch im 2. Buch (Schuldverhältnisse) geregelt ist liegt an der sachlichen Nähe der beiden Komplexe Entstehung und Übertragung von Forderungen. Weitere Verfügungen über Forderungen sind der Erlass (§ 397 I) oder die Einräumung eines Pfandrechts an einer Forderung (§§ 1279ff.).

<sup>15</sup> Zur Vertiefung: Andere Rechtsordnungen wie etwa die französische verlangen einen Publikationsakt. So ist die Abtretung (cession de créance) gemäß Art. 1690 Code civil Dritten (nicht dem Schuldner selbst) gegenüber



a. Zunächst stellt sich die Frage, ob eine Abtretung der Forderung an F vorliegt. V und F haben laut Sachverhalt vereinbart, dass alle Forderungen, die V gegen Abnehmer erhält, mit ihrer Entstehung an die F abgetreten werden. Ein dinglicher Vertrag gem. § 398 liegt also vor.<sup>16</sup>

b. Möglicherweise hat V die Forderung gegen B aber auch an H abgetreten. Auch hierfür ist eine entsprechende Vereinbarung erforderlich. Im Rahmen des verlängerten Eigentumsvorbehalts haben V und H vertraglich die Abtretung der Kaufpreisforderung an H vereinbart, § 398.

c. Es liegen also zwei Abtretungen vor, eine an F und eine an H. Es stellt sie somit die Frage, wer (ungeachtet einer eventuellen Unwirksamkeit der Abtretungen) nun Forderungsinhaber ist. Nach ganz h.M. gilt das sog. **Prioritätsprinzip**. Die Abtretung hat nämlich zur Folge, dass die Forderung auf den Zessionar übergeht (§ 398 S. 2), der Zedent also nicht mehr Inhaber ist, folglich auch nicht mehr wirksam über sie verfügen kann.<sup>17</sup> Ergänzend kann der Rechtsgedanke des § 185 II 2 BGB herangezogen werden.<sup>18</sup> Dies bedeutet, dass nur die zeitlich frühere Abtretung wirksam ist. Hiernach wäre also F Forderungsinhaberin geworden.

## 2. Wirksamkeit der Abtretung

---

grundsätzlich nur wirksam, wenn sie dem Schuldner entweder durch Gerichtsvollzieher zugestellt wurde oder der Schuldner eine entsprechende notarielle Urkunde unterzeichnet hat, die belegt, dass er von der Übertragung der Forderung Kenntnis genommen hat. Vgl. auch § 1280 BGB: Erfordernis einer (formlosen) Anzeige an den Schuldner als Wirksamkeitsvoraussetzung einer Forderungsverpfändung.

<sup>16</sup> Für die Abtretung gelten im Verhältnis zum zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäft (etwa Kauf, Schenkung, Geschäftsbesorgung, Sicherungsabrede) zwar ebenfalls das Trennungs- und sogar das Abstraktionsprinzip. Häufig ist die Abtretung aber stillschweigend im Grundgeschäft enthalten (Palandt-Grüneberg, BGB, § 398 Rz. 3 m. w. N.).

<sup>17</sup> Looschelders, SchR AT Rz. 1110.

<sup>18</sup> Eine Mindermeinung vertritt die Ansicht, dass die Forderung im Konflikt zwischen Globalzessionar und Eigentumsvorbehaltsverkäufer dem letzteren zustehe (*Neubeck* NJW 1959, 581). Zur Begründung wird auf ihre größere Nähe zu der abgetretenen Forderung (die an die Stelle der Vorbehaltsware tritt, daher auch „Surrogationstheorie“) verwiesen. Ein weiterer in der Literatur vertretener Vorschlag („Teilungsprinzip“) geht dahin, die Kundenforderungen auf die kreditgewährende Bank und auf die Warenlieferanten aufzuteilen, sei es nach Wertquoten (*Franke* JuS 1978, 373), sei es nach den jeweiligen Kreditsummen (*Beuthien* BB 1971, 375). Zu diesen Ansichten *Staudinger-Sack*, 2003, § 138 Rz. 340 und *Staudinger-Beckmann*, 2004, § 449 Rz. 142.

Unter Umständen ist die Abtretung an F aber gar nicht wirksam. Ein gesetzliches Verbot, welches zur Unwirksamkeit gem. § 134 BGB führen würde, ist nicht ersichtlich. Fraglich ist aber, ob eine antizipierte globale<sup>19</sup> Abtretung überhaupt möglich ist und – wenn ja – ob die vorliegende Abrede sittenwidrig ist.

#### a. Zulässigkeit einer antizipierten Globalzession

Um dem bei dinglichen Rechtsgeschäften erforderlichen Bestimmtheitsgrundsatz gerecht zu werden, können nur solche Forderungen abgetreten werden, die bestimmt oder bestimmbar sind.<sup>20</sup> Auch zukünftige Forderungen können abgetreten werden, sofern diese bestimmbar sind.<sup>21</sup> Dieses Erfordernis ist nur dann erfüllt, wenn für jede Forderung bei ihrer Entstehung klar ist, wer Forderungsinhaber ist. Bei einer Globalzession ist dies der Fall. Es ist bei jeder entstehenden Forderung eindeutig, dass diese mit Entstehung auf den Zessionar übergeht.<sup>22</sup> Grundsätzlich ist eine antizipierte Globalzession daher zulässig.

#### b. Sittenwidrigkeit bei Kollision mit verlängertem Eigentumsvorbehalt

Fraglich ist aber, ob eine antizipierte Globalzession dann sittenwidrig ist, wenn sie zwangsläufig mit einem verlängerten Eigentumsvorbehalt kollidiert. Für diese Problematik hat sich zunächst eine Rechtsprechung für Fälle der kreditsichernden antizipierten Globalzession<sup>23</sup> entwickelt. Nach dem Prioritätsprinzip (s. o.) ist grundsätzlich die zeitlich frühere Globalzession vorrangig gegenüber einer späteren Zession im Rahmen eines verlängerten Eigentumsvorbehalts. Dies hat für den Unternehmer die Konsequenz, dass er keine Waren unter verlängertem Eigentumsvorbehalt erwerben kann oder im Einzelfall mit dem Zessionar (dem Kreditgeber) über eine Befreiung von der Globalzession verhandeln muss. Er wird hierdurch übermäßig in seinem Handlungsspielraum beschränkt (Argument der **Schuldner-Knebelung**). Meist wird der Unternehmer, um überhaupt an Waren zu kommen, gegenüber

---

<sup>19</sup> Unter einer Globalabtretung versteht man die Abtretung sämtlicher Forderungen, die bei einer Person entstehen.

<sup>20</sup> Unzulässig wäre etwa: „Abtretung einer der Forderungen gegen X“ oder „Abtretung von Forderungen gegen Abnehmer in Höhe von 60.000 €“; zulässig: „Abtretung der Forderung gegen X vom ... aus dem Vertrag ...“ Grund für das Bestimmtheitsersfordernis: Dem Rechtsverkehr muss klar sein, wer Inhaber einer Forderung ist.

<sup>21</sup> Die grundsätzliche Möglichkeit der Abtretung künftiger Forderungen ist etwa in § 566b gesetzlich anerkannt.

<sup>22</sup> Die Frage, ob gleichwohl der Zedent für eine juristische Sekunde Forderungsinhaber wird, oder ob es zum Direkterwerb der Forderung kommt, wird von der h. M. differenziert beantwortet. Palandt-Grüneberg, § 398 Rz. 12. Ausf. Müko-Roth, BGB, 2008, § 398 Rz. 84ff.

<sup>23</sup> Darunter ist folgendes zu verstehen: Ein Kreditinstitut gewährt einem Unternehmer ein Darlehen und lässt sich zur Sicherheit alle künftig beim Unternehmer entstehenden Forderungen abtreten.

seinen Lieferanten die Globalzession gar nicht offen legen und deswegen diesem gegenüber einen Vertragsbruch begehen (**Vertragsbruchargument**). Eine kreditsichernde antizipierte Globalzession ist deswegen **objektiv** sittenwidrig.<sup>24</sup> Die gem. § 138 ebenfalls erforderlichen **subjektiven** Momente sind darin zu sehen, dass der Bank die Kollision mit den branchenüblichen verlängerten Eigentumsvorbehalten nicht entgehen kann.<sup>25</sup>

Fraglich ist nun, ob diese Grundsätze auf Factoring-Verträge übertragen werden können. Möglicherweise ist die Abtretung im Rahmen des Factoringvertrages mit F von der dem V von H erteilten Einziehungsermächtigung gedeckt. Es ist zu unterscheiden:<sup>26</sup>

(1) Das **echte Factoring**, bei dem der Factor das Risiko der Erfüllung der Forderung und damit der Zahlungsfähigkeit des Schuldners trägt, wird gemeinhin als zulässig angesehen.<sup>27</sup>

(2) Beim **unechten Factoring** trägt dagegen der Unternehmer das Zahlungsrisiko des Käufers. Kann der Factor die Forderung nicht realisieren, muss ihm der Unternehmer das gezahlte Geld zurückerstatten. Die vorliegend zu beurteilende Konstellation fällt unter diese Kategorie: Gemäß Ziffer 2 der Factoring-Vereinbarung hat F im Fall der Nichteinziehbarkeit einen Anspruch auf Rückzahlung des zuvor für die Forderung bezahlten Kaufpreises. Damit nähert sich die zwischen V und F geschlossene Vereinbarung einem Kreditgeschäft an. Die Zulässigkeit des unechten Factorings ist umstritten. Der BGH sieht das unechte Factoring als nicht mehr von der Einziehungsermächtigung des Vorbehaltslieferanten gedeckt an.<sup>28</sup>

(a) Argumente des BGH

Neben dem schon im Hinblick auf die kreditsichernde Globalzession zum Tragen kommenden Vertragsbruchargument (s. o.) stützt sich der BGH vor allem auf folgende Überlegung: Beim unechten Factoring muss der Vorbehaltsverkäufer mit einem weiteren Gläubiger rechnen, der bei Insolvenz des Vorbehaltskäufers am Insolvenzverfahren mit einem Rückforderungsanspruch teilnimmt, welcher mit den Insolvenzforderungen der Vorbehaltsverkäufer kollidiert und die Konkursquote verkürzt.

---

<sup>24</sup> Die Praxis hilft sich im Fall der kreditsichernden Globalzession durch sog. dingliche Teilverzichtsklauseln, in denen einem Eigentumsvorbehalt der Vorrang eingeräumt wird. Vgl. folgenden Formulierungsvorschlag von Müko-Roth, BGB, 2008, § 398 Rz. 151: „Eine Forderung, die später Gegenstand eines verlängerten Eigentumsvorbehalts eines Lieferanten ist, soll mit dem Zeitpunkt an die Bank abgetreten sein, in dem sie nicht mehr durch den verlängerten Eigentumsvorbehalt erfasst wird.“

<sup>25</sup> Müko-Roth, BGB, 2008, § 398 Rz. 149.

<sup>26</sup> Zum Folgenden Müko-Roth, BGB, 2008, § 398 Rz. 168ff.

<sup>27</sup> Palandt-Grüneberg, BGB, § 398 Rz. 36 m.w.N.

<sup>28</sup> BGHZ 82, 50 = NJW 1982, 164.

(b) Kritik an der Rechtsprechung des BGH

Diese Rechtsprechung ist zu Recht auf Kritik gestoßen.<sup>29</sup> Sofern die Forderung beim Drittschuldner (hier B) eingezogen werden kann, steht der Vorbehaltsverkäufer (hier H) ebenso wie beim echten Factoring (wo dem Zedenten – V – der Kaufpreis für die verkaufte Forderung in jedem Fall verbleibt) und damit gleich, wie wenn der Unternehmer (hier V) selbst die Forderung eingezogen hätte. Im einen wie im anderen Fall verfügt er über Geld aus dem Weiterverkauf der unter Eigentumsvorbehalt bezogenen Ware. Der Unterschied liegt allein darin, dass er das Geld im einen Falle vom Abnehmer (hier B) erhält, im anderen Fall vom Factor. Für den Vorbehaltslieferanten (hier H) mag sich die zweite Alternative sogar insofern vorteilhaft darstellen, als der Zedent (hier V) im Fall des Factoring früher zu Geld aus dem Weiterverkauf der unter EBV gelieferten Ware (Bagger) kommt, daher den Vorbehaltsverkäufer (H) früher befriedigen kann.<sup>30</sup>

Zu einem Nachteil wird das Factoring-Geschäft des Vorbehaltskäufers (V) für den Vorbehaltsverkäufer, wenn ersterer (V) – wie im vorliegenden Fall – insolvent wird, bevor die Forderung bei seinem Abnehmer (B) realisiert wurde. Der verlängerte Eigentumsvorbehalt, genauer: die (vermeintliche) Vorausabtretung der zu erwartenden Kaufpreisforderung des Vorbehaltskäufers (V) gegen seine Abnehmer (B) an den Vorbehaltslieferanten (H) schützt letzteren nicht. Er hat im Verhältnis zu dem konkurrierenden Factor das Nachsehen.

In diesem Fall realisiert sich das typische Risiko des Vorbehaltsverkäufers (H), dass sein Vertragspartner (V) den Erlös aus dem Forderungsverkauf (Factoring) nicht unverzüglich an ihn weiterreicht, sondern zweckentfremdet einsetzt. Dieses Verwendungsrisiko besteht aber in ähnlicher Weise, wenn der Vorbehaltskäufer (V) den von seinen eigenen Abnehmern (B) geschuldeten Kaufpreis selbst einzieht.

Schließlich kann auch das Argument der Verkleinerung der Insolvenzmasse nicht überzeugen. Zu beachten ist nämlich, dass die Insolvenzmasse zuvor durch die Zahlung des Factors überhaupt erst vergrößert wurde und zwar genau um den Wert, den der Anspruch des Factors gegen die Insolvenzmasse ausmacht.

---

<sup>29</sup> Vgl. zur Diskussion Fischinger, JA 2005, 651, 654f.

<sup>30</sup> Die Tatsache, dass V von F lediglich 90 des Nennbetrages der Kaufpreisforderung erhält, ist aus Sicht des H deshalb regelmäßig unschädlich, weil man davon ausgehen kann, dass V die unter Eigentumsvorbehalt erworbene Ware selbst mit Gewinn verkauft. Damit verbleibt dem V auch unter Abzug der Factoring-Gebühren ausreichend Geld, um den Kaufpreisanspruch des H zu befriedigen.

Eine zusätzliche Besonderheit des vorliegenden Falles liegt darin, dass V und F für den Fall der Nichteinziehbarkeit der Forderung eine dingliche Rückübertragungsklausel vereinbart haben. Damit gelangt die Forderung in dem Moment wieder in das Vermögen des Unternehmers (V) zurück, in dem er den Kaufpreis an den Factor (F) zurückerstatten muss. Durch diese Regelung steht der Vorbehaltsverkäufer in jedem Fall so, als ob das Factoring gar nicht stattgefunden hätte. Kann der Factor die Forderung realisieren, bleibt der hierfür gezahlte Kaufpreis beim Unternehmer V. Lässt sich die Forderung nicht realisieren, muss V zwar den Kaufpreis zurückerstatten, hat dafür aber wieder die Forderung inne, die dann gem. § 185 II 1 Var. 2 auf den Vorbehaltsverkäufer H übergeht. Damit stünde H als Vorbehaltsverkäufer durch das zwischen V und F erfolgte Factoring selbst im hypothetischen Fall der Zahlungsunfähigkeit des Drittschuldners B nicht schlechter als ohne Factoring.

(c) Zwischenergebnis: Jedenfalls wenn beim unechten Factoring wie vorliegend eine dingliche Rückübertragungsklausel vorgesehen ist, ist dieses nicht sittenwidrig und somit wirksam.

**c. Zwischenergebnis:** Die Abtretung an F ist wirksam, F ist somit **Forderungsinhaber**.

### **III. Ergebnis**

F kann daher von B Zahlung des Kaufpreises für die fünf Bagger aus Kaufvertrag, § 433 II, in Verbindung mit § 398 verlangen.

**A. Anspruch des H gegen B auf Zahlung des Kaufpreises aus Kaufvertrag, § 433 II, in Verbindung mit § 398**

Da – wie soeben geprüft – die Abtretung der Forderung an F vor der Abtretung an H stattfand, war nur die erste Abtretung wirksam, also die an F. B ist deshalb nicht Forderungsinhaber und hat keine Ansprüche gegen B.

### **Abwandlung 1**

Fraglich ist, ob F (der Forderungsinhaber, vgl. Grundfall) einen Anspruch gegen B auf Zahlung des Kaufpreises für die Bagger hat. Dieser Anspruch ergibt sich möglicherweise aus § 433 II i.V.m. § 398.

1. Durch den Vertragsschluss zwischen V und B ist der Anspruch entstanden. F ist durch Abtretung Forderungsinhaber geworden.

2. Unter Umständen ist der Anspruch aber gem. § 362 I durch Erfüllung erloschen. Dies setzt voraus, dass die Leistung an den Gläubiger erbracht wurde. B hat aber nicht an den jetzigen Gläubiger F, sondern an den früheren Gläubiger V geleistet. Erfüllung gem. § 362 I liegt also nicht vor. Für Erfüllung gem. § 362 II i.V.m. § 185 fehlt es an der Einziehungsermächtigung. Die hatte V nur bezüglich der Forderung des H. Zu prüfen ist aber, ob F als Zessionar die Leistung an den Zedenten V gegen sich gelten lassen muss. Gem. § 407 I Var. 1 muss der Zessionar eine Leistung, die der Schuldner an den Zedenten erbringt, grundsätzlich gegen sich gelten lassen. Anders wäre es nur dann, wenn der Schuldner bei der Leistung von der Abtretung Kenntnis hatte, § 407 I a.E. Laut Sachverhalt hatte B gerade keine Kenntnis von der Abtretung.<sup>31</sup> Zessionar F muss die Leistung, die B an V erbracht hat, gegen sich als Erfüllung gelten lassen. Der Anspruch ist daher gem. §§ 362 I, 407 I Var. 1 erloschen.

3. Ergebnis: F hat keinen Anspruch gegen B auf Zahlung des Kaufpreises für die Bagger. B's Befürchtung ist nicht berechtigt.

---

<sup>31</sup> Schädlich ist hier nur Kenntnis. Fahrlässige Unkenntnis, auch wenn sie grob fahrlässig ist, schadet nicht.

## Abwandlung 2

Wieder stellt sich die Frage, ob F von B Zahlung des Kaufpreises für die fünf Bagger aus §§ 433 II, 398 verlangen kann.

1. Durch den Vertragsschluss zwischen V und B ist der Anspruch entstanden. F ist durch Abtretung nun Forderungsinhaber.

2. Möglicherweise ist der Anspruch aber gem. § 389 durch **Aufrechnung** erloschen. Aufrechnung erfordert eine Aufrechnungslage und eine Aufrechnungserklärung.

a. Eine Aufrechnungslage liegt unter folgenden Voraussetzungen vor:

(1) Gleichartigkeit: Forderung und Gegenforderung müssen gleichartig sein, was bei zwei Geldforderungen immer der Fall ist.

(2) Gegenseitigkeit: Es muss sich um Forderungen zwischen den gleichen Parteien handeln. Dies ist vorliegend problematisch. B rechnet die Forderung, die er gegen V hat, mit einer Forderung auf, die F gegen ihn hat. Gegenseitigkeit liegt damit nicht vor. Möglicherweise ist die Gegenseitigkeit hier aber ausnahmsweise entbehrlich. Gem. § 406 kann der Schuldner eine ihm gegen den Zedenten zustehende Forderung auch dem Zessionar gegenüber aufrechnen. Dies ist nur dann nicht möglich, wenn der Schuldner beim Erwerb seiner Forderung Kenntnis von der Abtretung hatte oder die Forderung erst nach Erlangung der Kenntnis und später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist. Beides liegt hier nicht vor. Obwohl die Gegenseitigkeit also fehlt, steht dies einer Aufrechnung hier ausnahmsweise wegen § 406 nicht im Wege.

(3) Die Gegenforderung, mit der aufgerechnet wird, muss vollwirksam und fällig sein. Das ist laut Sachverhalt der Fall.

(4) Die Hauptforderung, gegen die aufgerechnet wird, muss erfüllbar sein. Der Kaufpreisanspruch gegen B war spätestens mit Fälligkeit am 25.01.2009 auch erfüllbar.

(5) Zwischenergebnis: Eine Aufrechnungslage ist damit gegeben.

b. Eine Aufrechnungserklärung des B gegenüber F liegt ebenfalls vor.

c. Somit ist der Anspruch des F gegen B gem. § 389 durch Aufrechnung erloschen.

3. Ergebnis: F hat keinen Anspruch gegen B auf Zahlung des Kaufpreises für die fünf Bagger aus §§ 433 II, 398.



## Fall 7: Baumängel (Gesamtschuld)<sup>32</sup>

*Bauherr H beauftragt den Architekten A mit der Erstellung eines Bauplanes für ein 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. Unmittelbar nach Fertigstellung zeigten sich verschiedene Mängel am Bauwerk. Da A die Baustelle nur selten besucht hat, ist ihm dieser Fehler nicht rechtzeitig aufgefallen.*

1. Welche Ansprüche hat H gegen A und B?
2. Hat A, wenn er von H in Anspruch genommen wird, Ausgleichsansprüche gegen B?

### Lösungsskizze

#### Frage 1: Welche Ansprüche hat H gegen A und B?

##### I. Anspruch des H gegen A auf Nacherfüllung aus §§ 631, 633, 634 Nr. 1, 635 BGB

Problematisch ist, ob mit dem Architekten ein Dienstvertrag (§ 611) oder ein Werkvertrag (§ 631) geschlossen wurde. Letzterer liegt vor, wenn ein bestimmter Erfolg geschuldet wird. Vorliegend wird letztlich die Entstehung eines mangelfreien Bauwerks bezweckt, sodass es sich beim Architektenvertrag regelmäßig um einen Werkvertrag handelt (vgl. BGHZ 31, 224). Die vom Architekten geschuldete Leistung besteht allerdings in dem durch die Planung im Bauwerk verkörperten geistigen Werk sowie der örtlichen Bauaufsicht, jedoch nicht im Bauwerk selbst als körperlicher Sache.

Die Bauaufsicht muss während der Bauarbeiten erbracht werden und kann nicht nachgeholt werden (**absolutes Fixgeschäft**); die Nacherfüllung ist also objektiv unmöglich, § 275 I Alt. 2.

##### II. Anspruch des H gegen A auf Schadensersatz aus §§ 631, 633, 634 Nr. 4, 280 I, III, 283 BGB

1. Anwendbarkeit der Mängelgewährleistungsrechte: Es liegt ein Werkvertrag (§ 631) und ein Sachmangel bei Gefahrübergang vor. Ausschlussgründe sind nicht ersichtlich (§§ 633 II 1, 644 I 1, 646).
2. Wie oben (I) gezeigt liegt eine Pflichtverletzung in Form der nachträglichen Unmöglichkeit vor.

---

<sup>32</sup> Fall ist angelehnt an BGHZ 43, 227.

3. Vertretenmüssen wird vermutet, § 280 I 2. Hier handelte A ohnehin fahrlässig, § 276 II (Bezugspunkt: Herbeiführen der zur Unmöglichkeit führenden Umstände).

4. Rechtsfolge: H hat gegen A einen Anspruch auf Schadensersatz.

### **III. Anspruch des H gegen B auf Nacherfüllung aus §§ 631, 633, 634 Nr. 1, 635 BGB**

1. Anwendbarkeit der Mängelgewährleistungsrechte: H und B haben einen Werkvertrag (§ 631) geschlossen. Die Baumängel stellen einen Sachmangel i.S.d. § 633 II 2 Nr. 2 dar, der auch vor Gefahrübergang (§ 644 I 1) vorlag. Zudem ist kein wirksamer Ausschluss gegeben.

2. Rechtsfolge: H hat gegen B einen verschuldensunabhängigen Nacherfüllungsanspruch. Der Bauherr B kann daher nach seiner Wahl verlangen, dass B den Mangel beseitigt oder ein neues Werk herstellt, § 635 I.

### **Frage 2: Hat A, wenn er von H in Anspruch genommen wird, Ausgleichsansprüche gegen B?**

#### **I. Anspruch des A gegen B aus § 426 I 1 BGB**

Möglicherweise hat A gegen B einen Ausgleichsanspruch aus § 426 I 1. Hierzu müssten A und B gegenüber H gesamtschuldnerisch haften, § 421 S. 1. Vorliegend ist eine Gesamtschuld aus Vertrag oder Gesetz nicht ersichtlich. Zu prüfen ist, ob sich eine solche hier aus allgemeinen Kriterien ergibt.

#### 1. Vorliegen der Voraussetzungen des § 421 BGB und der Gleichstufigkeit

Fraglich ist, ob und unter welchen Gesichtspunkten A und B eine Leistung in der Weise schulden, dass jeder von ihnen die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Bauherr H aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist (vgl. § 421 S. 1). Weiterhin ist zu fragen, ob die Voraussetzung der Gleichstufigkeit der Verpflichtungen von A und B gegeben ist.

#### a. Gesamtschuldnerschaft hinsichtlich der Errichtung eines Bauwerks

A schuldet einen gegenständlichen Erfolg nur insoweit, als es um die Planung des Werkes geht; hinsichtlich Oberleitung und örtlicher Bauaufsicht hat er hingegen durch zahlreiche ihm obliegende Einzelleistungen dafür zu sorgen, dass das Bauwerk plangerecht und frei von Mängeln entsteht und zur Vollendung kommt (vgl. BGHZ 31, 224, 227). Demgegenüber schuldet B die mangelfreie Herstellung des Werkes.

Dadurch dass der eine - Architekt oder Bauunternehmer - die von ihm geschuldete Leistung bewirkt, erfüllt er also nicht die Verbindlichkeiten des anderen. Architekt und Bauunternehmer sind deshalb, soweit es sich um die Errichtung des Einfamilienhauses handelt, keine Gesamtschuldner.

### b. Gesamtschuldnerschaft aus Haftung wegen desselben Mangels

Vorliegend ergeben sich jedoch wegen desselben Mangels sowohl gegen A als auch gegen B Ansprüche für H (s.o.). Zwar unterscheiden sich die Ansprüche rechtstechnisch und auch inhaltlich, sind sie doch auf unterschiedliche Ziele gerichtet, nämlich einmal auf Schadensersatz und im zweiten Fall auf Nacherfüllung. In der Sache sind beide Ansprüche aber auf das gleiche Ergebnis gerichtet und daher aus Sicht des Gläubigers und im Hinblick auf ihre Wirkungen austauschbar: Sowohl die Nachbesserung durch den Bauunternehmer als auch der Geldersatz für die für die Nachbesserung erforderlichen Aufwendungen versetzen den Bauherrn in die Lage, am Ende über ein mangelfreies Haus zu verfügen. Gleichstufigkeit der beiden Ansprüche ist mithin zu bejahen.

Mithin liegen die Voraussetzungen des § 421 vor; A und B haften gesamtschuldnerisch.

### 2. Rechtsfolge:

A kann von B nach § 426 I 1 Ausgleichszahlung verlangen. Die Höhe richtet sich nach dem Grad des Verschuldens von A und B, vgl. § 426 I 1 Hs. 2 i.V.m. § 254. Grundsätzlich gilt Folgendes: „Ist der Baumangel auf einen Ausführungsfehler des Unternehmers zurückzuführen, den der Architekt im Rahmen seiner Bauaufsicht lediglich nicht erkannt hat, so ist davon auszugehen, dass den Unternehmer grundsätzlich die alleinige Haftung trifft. Bei Baumängeln kann der Unternehmer dem Architekten im Einzelfall nicht entgegenhalten, dass dieser ihn nicht genügend beaufsichtigt habe. Eine Ausnahme davon kann bei groben Überwachungspflichtverletzungen in Betracht kommen.“ (so z. B. OLG Koblenz, OLG Koblenz, Urteil vom 25. 6. 2007 - 12 U 1435/05, NJOZ 2007, 3995). Für diese Lösung spricht insbesondere folgender Gedanke: zwischen Bauunternehmer und Architekt besteht keine vertragliche Verpflichtung zur Bauaufsicht. Diese übernimmt der Architekt – gegen Bezahlung – alleine im Interesse des Bauherrn. Auch dieser ist dem Bauunternehmer gegenüber nicht zur Bauaufsicht verpflichtet. A. A. *Kniffka*, BauR 2005, 274, 277: grundsätzlich hälftige Verantwortlichkeit von Überwacher und Bauunternehmer.

## Fall 8: Wohngemeinschaft (Gesamtschuld: Innenausgleich)

Grundfall: 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?

Abwandlung 1: C kehrt aus dem Urlaub nicht zurück und bleibt spurlos verschwunden. Anspruch des D gegen A und B?

Abwandlung 2: Die Großmutter G des A hatte D gegenüber formwirksam eine Bürgschaft für die Mietzahlungen des A erteilt. Nachdem A nicht zahlt, fragt D, ob er sich auch an G halten kann.

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). A, B und C verweisen auf § 548 Abs. 1 BGB.

### Lösungshinweise

Grundfall:

1. Gemäß § 426 I 1 BGB kann D von A, B und C jeweils 300 EUR verlangen als Ausgleichsbetrag. Beachte: A, B und C sind nur gegenüber V, nicht außerdem gegenüber D Gesamtschuldner des Ausgleichsanspruchs.
2. Derselbe Ausgleichsanspruch gegen A, B und C in Höhe von 300 EUR steht D auch aus §§ 535 II i.V.m § 426 II 1 BGB zu. Die Voraussetzungen sind erfüllt:
  - a. V hat einen Anspruch gegen A, B und C auf Mietzahlung gemäß § 535 II BGB.
  - b. Die Voraussetzungen für den Übergang des entsprechenden Anspruchs bestehen:
    - (1) A, B, C und D sind betreffend die Mietzahlungen an V Gesamtschuldner, § 421 BGB.
    - (2) A, B und C sind D gegenüber ausgleichspflichtig gemäß § 426 I 1 BGB (s. o.).
    - (3) D hat den Mietanspruch der V vollständig befriedigt.

Abwandlung 1.

1. D kann aus § 426 I 1 BGB von A und B jeweils 400 EUR (nicht 450 EUR) verlangen. D muss nämlich ebenfalls ein Drittel des Ausfalls von C tragen, für das A und B nicht alleine haften.
2. D seinen Ausgleichsanspruch in Höhe von 400 EUR auch auf §§ 535 II i.V.m § 426 II 1 BGB stützen.

Abwandlung 2

Ja, D kann gegen die Bürgin G vorgehen. Ihm steht ein entsprechender Anspruch zu aus §§ 765 i.V.m. 426 II, 412, 401 BGB.

Abwandlung 3:

1. D kann von A, B und C Ausgleich aus § 426 I 1 BGB verlangen.
2. Der Ausgleichsanspruch des D gegen A, B und C aus §§ 535 II i.V.m. 426 II 1 BGB besteht zwar, er ist aber nicht durchsetzbar, weil die drei Gesamtschuldner A, B und C sich D gegenüber wirksam auf die Einrede der Verjährung berufen haben.

Beachte: Nach herrschender Meinung stehen die beiden Ausgleichsmechanismen § 426 I und II in der Weise unabhängig nebeneinander, dass es A, B und C verwehrt ist geltend zu machen, D hätte sich gegenüber D mit Erfolg auf Verjährung berufen können (so BGH, Teilurteil vom 25. 11. 2009 - IV ZR 70/05, NJW 2010, 435, str.).

## Fall 39: Scheibenkleister (AGB)

### Grundfall

E möchte seinen Pkw in der automatischen Autowaschanlage des W reinigen lassen. Er wirft die verlangten Münzen in den vorgesehenen Automaten und fährt den Wagen wie vorge-schrieben in die Anlage. Während des Waschvorgangs erfasst eine Waschbürste einen Scheibenwischer am Wagen des E und reißt ihn ab. Grund war eine unzureichende Wartung der Waschanlage durch den Angestellten A des W. A hatte leicht fahrlässig gehandelt.

Ansprüche des E gegen W?

### Abwandlung

An der Einfahrt zur Waschanlage hängt ein gut lesbares Schild, auf dem es heißt: „Haftung für Lackschäden sowie für eine Beschädigung der außen an der Karosserie angebrachten Teile (z. B. Antennen, Spiegel und Scheibenwischer) nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit“. E hatte auf das Schild nicht geachtet.

## Lösung

*[Konkludente Willenserklärungen, Angebot und Annahme, AGB: Einbeziehung durch Aushang, Wirksamkeit eines formularmäßigen Haftungsausschlusses, Verstoß gegen Kardinalpflichten]*

### I. Anspruch des E gegen W auf Schadensersatz für den abgerissenen Scheibenwischer aus § 280 I BGB

#### **Schadensersatzanspruch aus § 280 I:**

#### **Anspruchsvoraussetzungen, § 280 I 1**

1. Schuldverhältnis
2. Pflichtverletzung
3. Schaden
4. Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden

#### **Einwendung**

5. Fehlendes Verschulden, § 280 I 2

1. Erste Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch aus § 280 I ist das Vorliegen eines Schuldverhältnisses. Vorliegend könnten E und W einen Werkvertrag gem. § 631 I geschlossen haben.

- a. Zustandekommen: Das Angebot des W liegt im Aufstellen der automatischen Waschanlage. Dieses Angebot hat E durch das Einwerfen des gewünschten Betrages angenommen. Es ist also ein Vertrag zustande gekommen.
- b. Gegenstand des Vertrags ist die Reinigung des Autos in der Waschanlage. Geschuldet ist also nicht nur eine Tätigkeit, sondern ein Erfolg. Somit liegt ein Werkvertrag gem. § 631 I vor.

2. Sodann müsste W eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt haben (Pflichtverletzung). „Pflicht“ i.S.d. § 280 I 1 kann auch eine Nebenpflicht gem. § 241 II sein. Gemäß § 241 II ist W verpflichtet, den Wagen des E nicht zu beschädigen (Erfolgsverhinderungspflicht). Tatsächlich kam es jedoch zu einer Beschädigung des Wagens in der Waschanlage. Damit liegt eine Pflichtverletzung vor.

3. Dem E ist dadurch ein Schaden in Höhe der Kosten der Reparatur des Scheibenwischers entstanden.

4. Dieser Schaden ist auf die Pflichtverletzung zurückzuführen (Kausalität).

5. W haftet nicht, wenn er darlegen und beweisen kann, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat, § 280 I 2 (Beweislastumkehr). W selbst war nicht für die Wartung der Waschanlage zuständig. Ein eigenes Verschulden des W liegt damit nicht vor. In Betracht kommt aber eine Zurechnung des Verschuldens seines Angestellten A gem. § 278. Laut Sachverhalt wurde die Waschanlage „unzureichend gewartet“. Eine unzureichende Wartung entspricht nicht der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und ist fahrlässig, vgl. § 276 II. Das Personal hat somit schuldhaft gehandelt. W hat sich seines Angestellten gerade für die Wartung der Waschanlage bedient. Er war somit Erfüllungsgehilfen gem. § 278. W muss daher für das Verschulden des A gem. § 278 einstehen.

6. Ergebnis: E hat gegen W einen Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 280 I BGB.

## **II. Anspruch des E gegen W auf Schadensersatz für den abgerissenen Scheibenwischer aus § 823 I BGB**

### **Schadensersatzanspruch aus § 823 I:**

**1. Verletzung** eines der genannten **Rechtsgüter** (beim Anspruchsteller):

Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum oder ein sonstiges absolutes Recht,

z. B. allgemeines Persönlichkeitsrecht oder eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb

**2. Verletzungshandlung** (des Anspruchsgegners): Tun oder Unterlassen

**3. Kausalität** zwischen Verletzungshandlung (1) und Rechtsgutsverletzung (2)

**4. Rechtswidrigkeit**

## **5. Verschulden (des Anspruchsgegners)**

### **6. Rechtsfolge: Schadensersatz**

- a. Schaden
- b. Kausalität zwischen Rechtsgutsverletzung (1) und Schaden
- c. Umfang des zu ersetzenden Schadens: §§ 249ff. BGB und §§ 842ff. BGB

1. Der Scheibenwischer des E wurde beschädigt und somit sein Eigentum verletzt.
2. Dies ist adäquat kausal zurückzuführen auf das Unterlassen der ordentlichen Wartung der Waschanlage.
3. Allerdings trifft W kein Verschulden. Er hat die Verantwortung für die Wartung der Waschanlage auf seine Angestellten übertragen.
4. Ergebnis: E hat somit keinen Schadensersatzanspruch aus § 823 I gegen W.

### **III. Anspruch des E gegen W auf Schadensersatz für den abgerissenen Scheibenwischer aus § 831 I BGB**

1. Voraussetzung des § 831 I ist eine unerlaubte rechtswidrige Handlung eines Verrichtungsgehilfen. Der Angestellte A hat es unterlassen, die Waschanlage in der erforderlichen Weise zu warten, obwohl ihm für die Waschanlage die Verkehrssicherungspflicht von W übertragen worden war. A hat damit auch rechtswidrig gehandelt. Der Angestellte war zudem gegenüber W weisungsabhängig und damit Verrichtungsgehilfe. Eine unerlaubte rechtswidrige Handlung eines Verrichtungsgehilfen liegt somit vor.

2. Möglicherweise kann sich W aber gem. § 831 I 2 exkulpiert, wenn er nachweist, dass er das Personal sorgsam ausgewählt und überwacht hat. Hierfür gibt es im Sachverhalt aber keine Anhaltspunkte. Eine Exkulpation ist dem W deshalb nicht möglich.

3. Ergebnis: E hat gegen W einen Schadensersatzanspruch aus § 831 I 1.

### **IV. Gesamtergebnis**

A hat gegen W einen Schadensersatzanspruch aus § 280 I 1 und aus § 831 I 1.

### **Abwandlung**

I. Fraglich ist hier, ob eine Haftung des W aus § 280 I aufgrund fehlenden Vertretenmüssens ausscheidet. Möglicherweise hat der auf dem ausgehängten Schild vermerkte Haftungsausschluss eine Modifikation des Haftungsmaßstabes zur Folge. Konsequenz wäre, dass W nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, nicht aber leichte Fahrlässigkeit zu vertreten hätte.



In Betracht kommt eine Prüfung des Haftungsausschlusses nach den Vorschriften über die Einbeziehung und Wirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

### Prüfschema für Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

1. Vorliegen von AGB, § 305 I?
  - a. Vertragsbedingungen
  - b. für eine Vielzahl von Verträgen
  - c. vorformuliert
  - d. vom Verwender gestellt
2. Anwendbarkeit der §§ 305 ff.
  - a. Unanwendbarkeit gem. § 310 IV?
  - b. Teilweise Unanwendbarkeit gem. § 310 I, II?
  - c. Modifizierte Anwendbarkeit gem. § 310 III?
3. AGB Bestandteil des Vertrags geworden (Einbeziehungskontrolle)?
  - a. § 305 II
  - b. überraschende und mehrdeutige Klauseln, § 305c
4. Inhaltskontrolle
  - a. Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit, § 309
  - b. Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit, § 308
  - c. Generalklausel, § 307 I, II

1. Zu prüfen ist zunächst, ob es sich bei dem „Haftungsausschluss“ um AGB i. S. d. § 305 I BGB handelt. Vorliegend handelt es sich
  - a. um eine **Vertragsbedingung**, die
  - b. **vorformuliert** ist und
  - c. für eine **Vielzahl von Verträgen** gelten soll
  - d. und die W als **Verwender** seinen Kunden bei Vertragsabschluss **stellt**. Eine Verhandlung über den Haftungsausschluss ist mit dem Automaten nicht möglich.

e. Dass die Klausel nicht in eine Vertragsurkunde aufgenommen ist, sondern auf einem Schild angebracht ist, spielt keine Rolle (vgl. § 305 I 2 BGB).

Es handelt sich somit gem. § 305 I um AGB.

2. Der **sachliche Anwendungsbereich** ist gegeben. Die Tatbestände des § 310 BGB greifen nicht ein.

3. Fraglich ist weiterhin, ob die Klausel **wirksam einbezogen** wurde (§ 305 II BGB).

a. Zwar hat W bei Vertragsschluss nicht **ausdrücklich** auf die Klausel hingewiesen. Es genügt aber gemäß § 305 II Nr. 1 auch ein deutlich sichtbarer Aushang am Ort des Vertragsschlusses, wenn ein ausdrücklicher Hinweis nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist. Das ist hier der Fall (Automat).

b. W hat dem A auch die **Möglichkeit** gegeben, in **zumutbarer** Weise vom Inhalt der AGB **Kenntnis** zu nehmen (§ 305 II BGB). Das Schild war gut **lesbar** und der Inhalt für einen Durchschnittskunden **verständlich**.

c. Durch Bezahlen, spätestens aber mit Einfahren in die Waschanlage hat W konkludent sein **Einverständnis** mit der Geltung der AGB erklärt. Dass er das Schild tatsächlich gar nicht zur Kenntnis genommen hat, ist unerheblich. Hier erscheint eine verobjektivierende Betrachtungsweise angemessen. Es genügt daher, dass der Aushang gut sichtbar war und eine Kenntnisnahme unter zumutbaren Bedingungen möglich war.

d. Die Klausel wurde somit wirksam einbezogen.

4. Möglicherweise führt eine **Inhaltskontrolle** zur Unwirksamkeit der Klausel.

a. Die Vorschriften §§ 309, 308, 307 I und II sind zu prüfen, da die Klausel von der gesetzlichen Regelung in §§ 280, 241 II, 278, 276, insbesondere der Haftung auch für leichte Fahrlässigkeit abweicht.

b. Das Klauselverbot des § 309 Nr. 7b ist nicht einschlägig, da W die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit nicht ausgeschlossen hat.

c. In Betracht kommt eine Unwirksamkeit wegen Verstoßes gegen die Generalklausel des § 307 I, II. Der Schutz vor Beschädigung eines Pkw gehört beim heutigen Stand der Technik zu den wesentlichen Pflichten eines Autowaschvertrags (sog. Kardinalpflichten). Damit verstößt der Haftungsausschluss gegen § 307 II Nr. 2 BGB und ist unwirksam. Eine Modifikation des generellen Haftungsmaßstabes in § 276 scheidet damit aus.

Hinweis: In der Klausur ist es an dieser Stelle wichtig zu argumentieren. Da W nur die Haftung für „außen an der Karosserie angebrachte Teile“ ausschließt, die jeder Kunde vor dem Beginnen des Waschvorgangs entfernen kann, können Sie hier auch vertreten, dass die Klausel wirksam ist. Siehe etwa OLG Bamberg, NJW 1984, 929 mit weiteren Argumenten.

5. Erg.: W haftet dem A trotz der ausgehängten Klausel auf Schadensersatz aus § 280 I BGB.

B. Hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs aus § 831 I 1 ist schon problematisch, ob dieser durch die Klausel überhaupt ausgeschlossen wird. Dies ist durch Auslegung zu bestimmen, wobei Zweifel gem. § 305c II zu Lasten des Verwenders (hier W) gehen. Die Rechtsprechung differenziert anhand der äußeren Gestaltung und des Kontextes der Klausel. Da W hier pauschal jegliche Haftung ausschließt, ist davon auch die deliktische Haftung gem. § 823 I erfasst. Je nachdem, wie man sich oben entscheidet, ist die Klausel aber auch hier unwirksam.

## Fall 40: Französischer Neuwagen (AGB)

K entschließt sich zum Kauf eines neuen Renaults im Autohaus des V. Da V die eigenen Vertragsformulare ausgegangen sind, verwendet er ausnahmsweise ein vorgedrucktes Formular des Verbandes Deutscher Automobilhändler, das er eigens für den Vertrag mit K in einem Schreibwarengeschäft besorgt hat. Auf dem Formular sind auch umfangreiche Geschäftsbedingungen abgedruckt, deren § 4 lautet: "Der Verkäufer haftet für Mängel der Kaufsache nur unter der Bedingung, dass der Käufer vergeblich eine gerichtliche Geltendmachung seiner Ansprüche aus der Herstellergarantie versucht hat."

Als K drei Tage nach dem Kauf feststellt, dass der Bordcomputer seines Wagens nicht richtig funktioniert, verlangt er von V Reparatur. Dieser weigert sich mit Hinweis auf die AGB. K erklärt, er habe keine Lust, den Produzenten R vor einem französischen Gericht zu verklagen. Daraufhin erklärt V, K müsse zumindest außergerichtlich versuchen, direkt von R Hilfe zu erlangen. Erst wenn dieser Versuch gescheitert sei, werde er, V, den Wagen reparieren. K, der des Französischen nicht mächtig ist, lehnt auch das ab. Er verlangt sofort Reparatur durch V. Zu Recht?

### Lösung

*[AGB: Einbeziehungskontrolle: Voraussetzung der mehrmaligen Verwendung, Inhaltskontrolle und Rechtsfolge der Unwirksamkeit gemäß §§ 307 – 309 BGB: keine geltungserhaltende Reduktion].*

#### **Prüfschema für Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)**

1. Vorliegen von AGB, § 305 I?
  - a. Vertragsbedingungen
  - b. für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert
  - c. vom Verwender gestellt
2. Anwendbarkeit der §§ 305 ff.
  - a. Unanwendbarkeit gem. § 310 IV?
  - b. Teilweise Unanwendbarkeit gem. § 310 I, II?
  - c. Modifizierte Anwendbarkeit gem. § 310 III?
3. AGB Bestandteil des Vertrags geworden (Einbeziehungskontrolle)?
  - a. § 305 II
  - b. überraschende und mehrdeutige Klauseln, § 305c

#### 4. Inhaltskontrolle

- a. Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit, § 309
- b. Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit, § 308
- c. Generalklausel, § 307 I, II

Zu prüfen ist, ob K gegen V ein **Anspruch auf Reparatur der Bordcomputers aus §§ 437 Nr. 1, 439 I 1. Alt. BGB zusteht.**

1. Die gesetzlichen Voraussetzungen sind erfüllt: K und V haben einen **Kaufvertrag** abgeschlossen. Der Kaufgegenstand, das Auto, weist bei Gefahrübergang (hier: Übergabe, § 446 I BGB) einen **Sachmangel** i. S. d. § 434 I Nr. 2 BGB auf: das Auto eignet sich nicht zu gewöhnlicher Verwendung.

2. Möglicherweise ist der Anspruch aber aufgrund der AGB-Klausel ausgeschlossen.

a. Zu prüfen ist zunächst, ob es sich bei der Klausel um eine Allgemeine Geschäftsbedingung gemäß der Definition in § 305 Abs. 1 S. 1 BGB handelt. Dies ist der Fall, wenn die Klausel für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert worden ist. Diese Voraussetzung ist hier gegeben, da die Klausel Teil eines von einem Interessenverband aufgesetzten Formulars ist, das im Rechtsverkehr mehrmals verwendet werden soll. Dass es von dritter Seite ausgearbeitet wurde, spielt für die Eigenschaft als AGB gerade keine Rolle.

Möglicherweise ergibt sich aber etwas anderes daraus, dass V selbst das Formular nur einmal verwendet hat. Allerdings kommt es für die Einordnung als AGB nicht darauf an, wie oft der einzelne Verwender das Formular benutzt. Entscheidend ist vielmehr, ob derjenige, der das Formular erstellt hat (hier der Interessenverband), eine mehrmalige Verwendung der Klauseln vorgesehen hat. Das ist hier der Fall, da es sich um ein Standardformular handelt, das in größerer Zahl verkauft wird.<sup>33</sup>

Damit ist der Anwendungsbereich der §§ 305ff. BGB eröffnet.

b. Die Tatbestände des § 310 BGB greifen nicht ein.

c. Die Geschäftsbedingungen sind in den Vertrag wirksam einbezogen worden, § 305 Abs. 2 BGB. Zwar ist laut Sachverhalt nicht davon auszugehen, dass auf der Vorderseite

---

<sup>33</sup> Bereits die Absicht einer mindestens dreimaligen Verwendung genügt (z. B. BGH NJW 1998, 2286).

des Vertrages auf die rückseitig abgedruckten AGB hingewiesen wurde. Beim Kauf so wertvoller Güter wie eines Neuwagens geht jedoch der Durchschnittskunde auch ohne besonderen Hinweis davon aus, dass der Verkäufer den Vertrag nicht ohne Einbeziehung besonderer Vertragsbedingungen abschließen möchte.<sup>34</sup>

d. Fraglich ist jedoch, ob die Klausel einer Inhaltskontrolle anhand der §§ 307ff. standhält.

Vorliegend scheidet die Wirksamkeit der AGB-Bestimmung an § 309 Nr. 8 b aa 2. Alt. BGB. Das Kfz fällt unter den Begriff einer neu hergestellten Sache. Der Verwender V hat gegen ihn gerichtete Gewährleistungsansprüche von der Bedingung einer vorherigen gerichtlichen Inanspruchnahme eines Dritten, nämlich des Herstellers R, abhängig gemacht.

e. Es stellt sich die Frage, welche Rechtsfolge eintritt. Gemäß § 309 ist die Klausel als unwirksam anzusehen bei gleichzeitiger Gültigkeit des Vertrags im Übrigen (§ 306 I BGB, der § 139 BGB verdrängt). In Betracht kommen zwei Möglichkeiten:

- Zum einen könnte man eine geltungserhaltende Reduktion in Erwägung ziehen. Danach wäre der Inhalt der Klausel auf das rechtlich zulässige zu beschränken. In diese Richtung geht der Vorschlag von V, der den K zwar von der Obliegenheit freistellen möchte, notfalls gerichtlich gegen R vorzugehen, dafür aber verlangt, dass sich K zunächst außergerichtlich mit R in Verbindung setzt. Hätten die AGB eine solche Klausel enthalten, so hätte kein Verstoß gegen § 309 Nr. 8 a bb BGB vorgelegen. Für diese Lösung könnte der Wortlaut von § 306 II BGB sprechen, der die Möglichkeit einer teilweisen Nichtigkeit einer Klausel („soweit“) nahe legt.
  - Diese Lösung ist aber abzulehnen: Aus Sinn und Zweck der Vorschriften §§ 307 - 309 BGB folgt, dass ein Verstoß gegen ein Klauselverbot die Gesamtnichtigkeit der Bestimmung zur Folge haben muss. Andernfalls könnten die Verwender von AGB risikolos auch unwirksame Bestimmungen in ihre Formularverträge aufnehmen und hoffen, dass sich der (meist rechtsunkundige) andere Vertragsteil nicht auf einen Prozess einlassen wird.
3. **Erg.:** Damit tritt an die Stelle der unwirksamen Klausel das dispositive Gesetzesrecht, nämlich der oben bereits bejahte Anspruch aus §§ 437 Nr. 1, 439 I 1. Alt. BGB (vgl. § 306 II BGB). K kann somit von V Reparatur des Bordcomputers verlangen, ohne dass es auf weitere Voraussetzungen seinerseits ankäme.

---

<sup>34</sup> Hier könnte man ohne weiteres auch zum gegenteiligen Ergebnis kommen und schon die wirksame Einbeziehung verneinen. Die überwiegende Rechtsprechung verlangt nämlich, dass auf der Vorderseite des Vertrages ein Hinweis auf die AGB auf der Rückseite enthalten ist (Nachweise bei Palandt-Heinrichs, § 305 Rz. 29). Um alle Probleme des Falles auszuschöpfen und um keine Punkte zu verschenken, empfiehlt sich in diesem Fall ein „Hilfsgutachten“. Man prüft also wie in einer Art „Variante“ weiter und unterstellt die wirksame Einbeziehung der AGB.



## Fall 37: Verunglückte Opernsängerin<sup>35</sup> (Reiner Vermögensschaden)

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 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.

### Lösungsskizze

#### I. Ansprüche der O gegen F auf Schadensersatz

1. Anspruch aus § 7 StVG (Gefährdungshaftung des Halters)
  - a) Haftungsbegründender Tatbestand
    - a. F ist Halter des Kfz (+), soweit er das Taxi auf eigene Rechnung gebraucht und tatsächliche Herrschaftsgewalt ausübt
    - b. Verletzungserfolg (+), da Personenschaden und Sachschaden
    - c. Bei Betrieb des Kfz (+), da sich F im öffentlichen Straßenverkehr bewegte
    - d. Verwirklichung der betriebsspezifischen Gefahr des Fahrzeugs (+)
    - e. Kein Ausschluss aufgrund höherer Gewalt, § 7 II StVG (+)
  - b) Haftungsausfüllender Tatbestand: Umfang des Schadensersatzes
    - a. Nach § 11 StVG: Behandlungskosten, Verdienstaufschlag sowie „Schmerzensgeld“ nach §§ 253 II BGB, 11 StVG (siehe noch unten § 823 I BGB)
    - b. Nach § 7 StVG iVm § 249 II 1 BGB mangels Spezialregelung: Kosten für den Rock
  - c) Ergebnis: Anspruch auf Ersatz sämtlicher geltend gemachter Vermögensschaden sowie des Nichtvermögensschadens („Schmerzensgeld“) aus § 7 StVG (+)
2. Anspruch aus § 18 StVG (Haftung des Fahrers für vermutetes Verschulden)
  - a) Haftungsbegründender Tatbestand

---

<sup>35</sup> Siehe schon Skriptum GK BGB I.



- a. F war Fahrzeugführer (+)
  - b. Voraussetzungen des § 7 StVG (+), s.o.
  - c. Verschulden (+), da F fahrlässig handelte scheidet eine Exkulpation
- b) Haftungsausfüllender Tatbestand: Schaden wie bei § 7 StVG (+)
- c) Ergebnis: § 18 StVG (+)

Anmerkung: § 18 StVG hat bei Personenidentität von Halter und Fahrer keine eigenständige Bedeutung, da der Halter nach § 7 StVG verschuldensunabhängig haftet.

3. Anspruch aus § 823 I BGB (Verschuldenshaftung)

- a) Haftungsbegründender Tatbestand
- a. Rechtsgutverletzung (+), Körper, Gesundheit und Eigentum am Rock
  - b. Verletzungshandlung (+)
  - c. Haftungsbegründende Kausalität (+)
  - d. Rechtswidrigkeit (+)
  - e. Verschulden (+), da fahrlässig
- b) Haftungsausfüllender Tatbestand
- a. Vermögensschaden (+):
    - i. Behandlungskosten, zurückzuführen auf Körperverletzung
    - ii. Verdienstausschlag, § 252, ebenfalls zurückzuführen auf Körperverletzung
    - iii. Kosten für Rock, § 249 II 1, zurückzuführen auf Beschädigung des Eigentums der O
  - b. Nichtvermögensschaden „Schmerzensgeld“ (+), hier ausnahmsweise ersatzfähig gemäß, da Verletzung des Körpers und der Gesundheit, § 253 II BGB
- c) Ergebnis: § 823 I BGB gewährt vollen Schadensersatz (+)

4. § 823 II BGB iVm § 229 StGB

- a) Verletzung eines Schutzgesetzes (+), § 229 StGB (fahrlässige Körperverletzung)
- Anmerkung: § 229 StGB wäre hier in vollem Umfang inzident zu prüfen. Im Falle des § 823 II 1 BGB ist ein zusätzliches Verschulden nicht zu prüfen, da die Ersatzpflicht allein an die Verletzung eines Schutzgesetzes geknüpft ist. Anders nur im Falle des § 823 II 2 BGB (dazu sogleich).
- b) Schaden (+), s.o.
- c) Haftungsausfüllende Kausalität nur (+), wenn geltend gemachter Schaden auch vom Schutzzweck des verletzten Schutzgesetzes erfasst wird.
- aa) Behandlungskosten und Verdienstausschlag (+)
  - bb) Kosten für den Rock (-), da § 229 StGB nur vor Verletzungen des Körpers, nicht aber das Eigentum schützt.

Anmerkung: Die fahrlässige Sachbeschädigung ist mit Ausnahme von § 306d StGB gerade nicht strafbar.

cc) Entschädigung für Nichtvermögensschaden (+), § 253 II BGB

d) Ergebnis: § 823 II BGB iVm § 229 StGB (+)

5. § 823 II BGB iVm § 1 II StVO (Verschuldenshaftung)

a) Verletzung eines Schutzgesetzes (+), § 1 II StVO als Schutzgesetz anerkannt

b) Verschulden iSv § 823 II 2 BGB (+), da fahrlässig.

Anmerkung: Hier war zusätzlich ein Verschulden des F zu prüfen, da ein Verstoß gegen § 1 II StVO auch ohne Verschulden möglich ist, vgl. § 823 II 2 BGB.

c) Schaden (+), alle Schadenspositionen ersetzbar, auch die Kosten des Rocks

d) Ergebnis: § 823 II BGB iVm § 1 II StVO (+)

## II. Ansprüche der M gegen F

1. §§ 7, 18 StVG (-)

Nur „Verletzte“ iSv § 7 StVG sind anspruchsberechtigt, M selbst wurde aber nicht verletzt.

2. § 823 I BGB (-)

Zwar hat M einen Vermögensschaden erlitten, indem es eine hohe Prämie für eine Ersatzsängerin zahlen musste. Diese Schadensposition ist indes nur ersatzfähig, wenn sie kausal auf die Verletzung eines Rechtsguts iSv § 823 I BGB zurückzuführen ist.

a) Vorliegend wurde aber kein absolutes Recht der M verletzt. Ein Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb scheitert jedenfalls an der fehlenden Betriebsbezogenheit, da F nicht gezielt M schaden wollte.

b) Das Vermögen ist als solches aber kein Rechtsgut iSv § 823 I BGB

c) Ergebnis: § 823 I BGB mangels Rechtsgutverletzung (-)

Merke: Kein Ersatz reiner Vermögensschäden (= Vermögensschaden, der nicht auf eine primäre Rechtsgutverletzung iSv § 823 I BGB zurückzuführen ist!)

3. § 823 II BGB iVm § 229 StGB und § 1 II StVO (-), da M nicht in den Schutzbereich der Schutzgesetze fällt.

4. § 826 BGB (-), der bei einer – hier nicht vorliegenden – vorsätzlichen und sittenwidrigen Schädigung auch reine Vermögensschäden ersetzen würde.

5. § 845 BGB (-), da M zwar Dritter ist, die verletzte O ihm aber jedenfalls nicht kraft Gesetz, sondern vertraglich verpflichtet war.

### Lösungsskizze zur Abwandlung

1. Fraglich ist das Bestehen eines Anspruchs des Mainfrankentheaters gegen den Taxifahrer auf Schadensersatz aus §§ 280 I, 241 II BGB.

Die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch sind gegeben:

- a) M und F sind durch ein Schuldverhältnis, hier einen Werkvertrag, miteinander verbunden.
- b) F hat die ihm aus dem Vertrag obliegende Pflicht, auf die Vermögensinteressen des Opernhauses Rücksicht zu nehmen (Schutzpflicht gemäß § 241 II) verletzt.
- c) Vertretenmüssen liegt hier vor in Form von Fahrlässigkeit, §§ 280 I 2, 276 I 1 BGB.

Damit besteht in der Abwandlung ein Anspruch des M gegen F auf Schadensersatz aus §§ 280 I, 241 II BGB. Dieser umfasst gemäß §§ 249 I, 252 BGB den entgangenen Gewinn (zurückgegebene Opernkarten) und die aus dem Engagement der Ersatzsängerin (Deckungsgeschäft) erwachsenden Mehrkosten.

2. Ein daneben zu prüfender deliktischer Schadensersatzanspruch insbes. aus § 823 I BGB scheidet hingegen auch in dieser Variante mangels Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts des Mainfrankentheaters aus.

## B. Erweiterungen der (quasi-)vertraglichen Haftung

### Fall 38: Lose Stufe (VmSchzD, § 278 BGB, § 831 BGB)

#### Grundfall

Hauseigentümer E beauftragt den Handwerker H, sein Treppenhaus auszubessern. H setzt dafür den schon lange fehlerfrei bei ihm arbeitenden Facharbeiter F ein. H erteilt 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. Ansprüche des E?

#### Abwandlung

Nicht E, sondern sein elfjähriger Sohn S stürzt auf der Treppe und verletzt sich. Welche Ansprüche hat er gegen E?

### Lösung

*(Haftung für Verrichtungs- und Erfüllungsgehilfen, VmSchzD)*

#### Grundfall

#### A. Ansprüche gegen F

##### I. Vertragliche Ansprüche

Solche sind nicht erkennbar, weil jedenfalls F nicht Vertragspartner von E ist.

##### II. Außervertragliche Ansprüche:

##### 1. §§ 823 I BGB?

###### **a. Haftungsbegründender Tatbestand:**

(1) Rechtsgutsverletzung?

Verletzt wurde E an seinem Eigentum (Hose) und Körper.

(2) Handlung des F?

Hier kommt ein pflichtwidriges Unterlassen in Betracht. Die erforderliche Handlungspflicht des F ergibt sich aus der Gefährdung, die von der lockeren Stufe für die Treppenbenutzer ausgeht. Er war insoweit garantenpflichtig aus vorangegangenem Tun.

(3) Haftungsbegründende Kausalität

Die haftungsbegründende Kausalität ist zu bejahen: Das Unterlassen des F war kausal für den Sturz und die daraus resultierende Körperverletzung des E.

###### **b. Rechtswidrigkeit?**

Die Rechtswidrigkeit folgt hier nicht aus der Rechtsgutsverletzung, da diese durch ein

Unterlassen verursacht wurde. Allerdings ist sie aufgrund des festgestellten Verstoßes des F gegen die ihm obliegende Handlungspflicht zu bejahen. Hier ist auch kein Rechtfertigungsgrund ersichtlich. Rechtswidrigkeit ist somit gegeben.

**c. Verschulden?**

Fahrlässigkeit i. S. d. § 276 I BGB ist bei F gegeben.

**d. Haftungsausfüllender Tatbestand: Umfang des Schadensersatzes**

Neben dem Schadensersatz für die Eigentumsverletzung und für die Heilungskosten kann E nach § 253 II BGB auch ein angemessenes Schmerzensgeld verlangt werden.

**2. §§ 823 II BGB i.V.m. § 229 StGB?**

Da F gegenüber E auch eine fahrlässige Körperverletzung i. S. d. § 229 StGB begangen hat und Strafgesetze grundsätzlich Schutzgesetze i. S. d. § 823 II BGB sind, schuldet F dem E auch aus §§ 823 II, 253 II BGB Ersatz der Heilungskosten und Schmerzensgeld, allerdings keinen Schadensersatz für die Hose, weil der Schutzbereich der fahrlässigen Körperverletzung nicht so weit reicht.

**B. Ansprüche gegen H**

**I. Vertraglicher Anspruch: § 280 I BGB i.V.m. Werkvertrag (§ 631 I BGB)?**

**1. Schuldverhältnis**

Ein Schuldverhältnis zwischen E und H liegt in dem Werkvertrag über die Treppenreparatur.

**2. Pflichtverletzung?**

**a. Verletzte Pflicht:**

Fraglich ist, ob H eine ihm obliegende Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt hat. Vorliegend oblag es H, die Baustelle ordnungsgemäß zu sichern bzw. abzusperren, § 241 II BGB. Konkret hätte die Stufe provisorisch befestigt werden oder als lose gekennzeichnet werden müssen. Diese nichtleistungsbezogene Nebenpflicht (Schutzpflicht) wurde verletzt.

**b. Zurechnung der Pflichtverletzung:**

H selbst hat diese vertragliche Nebenpflicht nicht verletzt. Bei der in Rede stehenden Nebenpflicht handelt es sich um eine verhaltens- und nicht um eine erfolgsbezogene Pflicht. Daher bedarf es nicht nur einer Zurechnung des Verschuldens, sondern bereits der Pflichtverletzung des F gemäß § 278 BGB.

(1) Ein Schuldverhältnis zwischen H und E besteht (s. o.).

(2) Weiterhin müsste F Erfüllungsgehilfe des H gewesen sein. Dafür ist erforderlich und ausreichend, dass F vom Schuldner H zur Erfüllung einer diesem obliegenden werkvertraglichen Verbindlichkeit gegenüber E herangezogen wurde. Das ist hier der Fall.

(3) Da F auch nicht nur "bei Gelegenheit", sondern „in Ausführung“ der Erfüllung die Pflichtverletzung begangen hat, wird diese H wie eine eigene zugerechnet.

**3. Rechtswidrigkeit der Pflichtverletzung ist zu bejahen (s.o.).**

**4. Vertretenmüssen des H?**

Über § 278 BGB hat H das Verschulden (Fahrlässigkeit, s.o.) seines Erfüllungsgehilfen F wie eigenes Verschulden zu vertreten.

**5. Rechtsfolge: Anspruch auf Schadensersatz.**

Durch Pflichtverletzung müsste E kausal ein Schaden entstanden sein. Das ist hier der Fall, weil H aufgrund der unterlassenen Absicherung der Baustelle E's Körper und Eigentum verletzt hat.

**6. Ergebnis**

E hat gegen H aus § 280 I BGB einen Anspruch sowohl auf Schadensersatz wegen der Beschädigung der Hose und Ersatz der Heilungskosten als auch auf Schmerzensgeld, § 253 II BGB.

**II. Außervertragliche Ansprüche**

**1. §§ 823 I BGB?**

Hier kommt allenfalls ein Organisationsverschulden des H in Betracht. Dafür fehlt aber ein entsprechender Anhaltspunkt im Sachverhalt.

**2. §§ 823 II BGB i.V.m. § 229 StGB?**

Für eine vorwerfbare strafbare Handlung des H fehlt ebenfalls jeder Anhaltspunkt.

**3. § 831 I BGB?**

Möglicherweise besteht ein Anspruch des E gegen H auf Schadensersatz aus § 831 BGB.

***a. War F Verrichtungsgehilfe des H?***

Zu prüfen ist zunächst, ob F Verrichtungsgehilfe des H ist. Verrichtungsgehilfe ist derjenige, dem vom Geschäftsherrn in dessen Interesse eine Tätigkeit übertragen worden ist und der von den Weisungen des Geschäftsherrn abhängig ist. Vorliegend ist F als Angestellter des H dessen Weisungen unterworfen. Er wird zudem im Interesse des H tätig. Damit ist F Verrichtungsgehilfe des H ist.

***b. Tatbestandsmäßige und rechtswidrige unerlaubte Handlung des Verrichtungsgehilfen?***

Eine Tatbestandsmäßige und rechtswidrige unerlaubte Handlung des Verrichtungsgehilfen ist zu bejahen, F hat nämlich wie oben ausgeführt den Tatbestand der §§ 823 I und 823 II BGB erfüllt.

***c. In Ausübung der Verrichtung?***

Diese Handlung erfolgte auch in Ausführung der Verrichtung, da das Unterlassen der Sicherung der Baustelle in unmittelbarem Zusammenhang mit seiner Gehilfentätigkeit für H stand, nämlich dem Ausbessern der Treppe. Diese Tätigkeit umfasste die Aufgabe, Gefährdungen anderer durch die Baustelle zu vermeiden.

**d. Exkulpation, § 831 I 2 BGB?**

Die Haftung des H ist ausgeschlossen, wenn H sich exkulpieren kann. Laut Sachverhalt trifft H weder bei der Auswahl noch bei der Anleitung oder Überwachung irgendein Verschulden, weil er seinen diesbezüglichen Verpflichtungen stets sorgfältig nachgekommen war und F als Facharbeiter auch für die vorgesehene Arbeit geeignet war. Damit sind die Voraussetzungen für eine Exkulpation aus § 831 I 2 BGB erfüllt. Die Vermutung schuldhaften Verhaltens des Geschäftsherrn H ist damit widerlegt.

**e. Ergebnis:**

E hat gegen H keinen Anspruch aus § 831 I BGB.

**C. Haftung als Gesamtschuldner**

F und H haften E als Gesamtschuldner. Das folgt aus dem Rechtsgedanken des § 840 I BGB.

**Lösung Abwandlung**

**D. Ansprüche S gegen H**

**I. Anspruch des S gegen H auf Schadensersatz aus §§ 631, 280 I BGB in Verbindung mit den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter**

**1. Schuldverhältnis**

Als Schuldverhältnis kommt der zwischen E und H geschlossene Werkvertrag in Betracht. Zwar ist S im Verhältnis zu diesem Vertrag Dritter. Er könnte jedoch gemäß den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (VmSchzD) in den Schutzbereich des zwischen E und H abgeschlossenen Werkvertrags einbezogen worden sein.

**a. Herleitung des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter**

Rechtsprechung und Literatur haben diese Rechtsfigur ursprünglich in Analogie zum gesetzlich geregelten Fall des Vertrages zugunsten Dritter gem. § 328 BGB entwickelt. Dabei hat sich insbesondere die Rechtsprechung auf eine ergänzende Auslegung des Vertrags, der möglicherweise Drittschutz entfaltet, gestützt (§§ 133, 157 BGB). Mittlerweile ist der VmSchzD gewohnheitsrechtlich anerkannt. Auch aus der im Kontext der Schuldrechtsreform des Jahres 2002 ins BGB eingefügten Vorschrift § 311 III 1 BGB folgt, dass Dritte grundsätzlich in ein Schuldverhältnis einbezogen sein können.

Hierbei sind grundsätzlich strenge Anforderungen an die Voraussetzungen des Anspruchs zu stellen, da die Einbeziehung Dritter den Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse durchbricht und sich der Schädiger zusätzlichen Gläubigern ausgesetzt sieht. Danach gilt, dass S nur dann in den Werkvertrag zwischen E und H miteinbezogen ist, wenn er in ausreichendem Näheverhältnis zur Leistung des H stand (b), der Vertragsgläubiger E Interesse an der Einbeziehung des S in den Schutzbereich des Vertrags hat (sog. Gläubigerinteresse) (c), beides für den Vertragsschuldner H erkennbar war (c) und S schließlich schutzbedürftig ist (d).

**b. Leistungsnähe des S**

Zunächst ist zu prüfen, ob S mit der Leistung des H bestimmungsgemäß in Berührung kam und daher ähnlichen Risiken ausgesetzt war wie der Vertragspartner E des H. Als Sohn des Hauseigentümers E kommt S mit der zu reparierenden Stufe alltäglich in Berührung und ist auf die ordnungsgemäße Benutzbarkeit angewiesen. S kommt daher mit der geschuldeten Leistung bestimmungsgemäß in Berührung.

**c. Einbeziehungsinteresse des E**

Der Gläubiger E müsste ein berechtigtes Interesse an der Einbeziehung des S in den Vertrag haben. Vorliegend besteht zwischen E und S sogar die von der Rechtsprechung früher geforderte Schutz- und Fürsorgepflicht des Gläubigers E für den Dritten S. Sie folgt aus der elterlichen Fürsorge (§ 1626 I BGB). E hat somit ein berechtigtes Interesse an der Einbeziehung des S in den Werkvertrag.

**d. Erkennbarkeit der Einbeziehung für den Schuldner**

H war auch im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bewusst, dass die Verletzung der Pflicht, lose Stufen zu kennzeichnen, nicht nur für seinen Auftraggeber E, sondern auch für dessen Familienangehörige, für die E fürsorgepflichtig ist, eine erhebliche Gefahr darstellen würde. Es ist nicht erforderlich, dass H die genaue Zahl oder die Identität der Angehörigen des E kannte. Damit ist das Erfordernis, wonach für H sowohl die Leistungsnähe des S als auch das Einbeziehungsinteresses des E bekannt sein musste, erfüllt.

**e. Schutzbedürftigkeit des Dritten**

Schließlich ist nach der Schutzbedürftigkeit des S zu fragen. An ihr würde er fehlen, wenn S einen eigenen vertraglichen Anspruch, etwa gegen E, geltend machen könnte. Solcher Anspruch ist hier nicht erkennbar. S ist somit als Vertragsdritter schutzbedürftig.

**f. Zwischenergebnis**

S ist in den Schutzbereich des zwischen E und H abgeschlossenen Werkvertrags miteinbezogen. Ihm steht ein Anspruch gegen H auf Schadensersatz nach §§ 280 I, 241 II, 278 BGB i.V.m. den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter zu, wenn H entsprechende Schutzpflicht verletzt hat.

**2. Pflichtverletzung**

Vorliegend oblag es H, die Baustelle ordnungsgemäß zu sichern bzw. abzusperren, § 241 II BGB. Konkret hätte die Stufe provisorisch befestigt werden oder als lose gekennzeichnet werden müssen. Diese nichtleistungsbezogene Nebenpflicht (Schutzpflicht) wurde verletzt.

**a. Zurechnung der Pflichtverletzung**

H kann die Pflichtverletzung des F zugerechnet werden (s. o. Grundfall)

**b. Rechtswidrigkeit der Pflichtverletzung zu bejahen (s. o. Grundfall).**

**3. Vertretenmüssen des H?**

Über § 278 BGB hat H das Verschulden (Fahrlässigkeit, s. o. Grundfall) seines Erfüllungsgehilfen F wie eigenes Verschulden zu vertreten.



#### **4. Ergebnis**

S hat gegen H aus § 280 I BGB in Verbindung mit den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritten (VmSchzD) einen Anspruch sowohl auf Schadensersatz wegen der Beschädigung der Hose und Ersatz der Heilungskosten als auch auf Schmerzensgeld, § 253 II BGB.

#### **II. Außervertragliche Ansprüche**

##### **1. §§ 823 I BGB?**

Hier kommt allenfalls die Verletzung einer Organisationspflicht des H in Betracht. Dafür fehlt aber ein entsprechender Anhaltspunkt im Sachverhalt.

##### **2. §§ 823 II BGB i.V.m. § 229 StGB?**

Für eine vorwerfbare strafbare Handlung des H fehlt ebenfalls jeder Anhaltspunkt.

##### **3. § 831 I BGB?**

Möglicherweise besteht ein Anspruch des S gegen H auf Schadensersatz aus § 831 BGB. H kann sich vorliegend nach § 831 I 2 BGB exkulpieren (s.o.). Daher besteht kein Anspruch des S gegen H nach § 831 I BGB.

#### **E. Haftung als Gesamtschuldner**

F und H haften E als Gesamtschuldner. Das folgt aus dem Rechtsgedanken des § 840 I BGB.

### Fall 39: Bananenschale (Culpa in contrahendo, §§ 278, 831)

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 Bananenfall BGH NJW 1962, 31 und NJW 1976, 712)

#### Lösung

*(c.i.c. und Haftung für Verrichtungs- und Erfüllungsgehilfen)*

#### F. Ansprüche F gegen A

##### I. Vertragliche Ansprüche

Vertragliche Ansprüche der F gegen A auf Ersatz der Heilungskosten scheiden aus, da zwischen F und A kein Vertrag zustande gekommen ist.

##### II. Deliktische Ansprüche

F könnte jedoch gegen A einen Anspruch auf Ersatz der Heilbehandlungskosten sowie auf Zahlung von Schmerzensgeld aus unerlaubter Handlung gem. § 823 I bzw. § 823 II BGB haben.

##### 1. Anspruch aus § 823 I BGB

Hierzu müssten die Voraussetzungen des § 823 I BGB vorliegen.

##### **a. Haftungsbegründender Tatbestand**

###### (1) Rechtsgutsverletzung

Indem sich F das Bein brach, wurde sie am Körper verletzt.

###### (2) Handlung des A

Dies müsste durch eine Handlung des A geschehen sein. Da A vorliegend gerade nicht handelte, kommt lediglich ein Unterlassen als Anknüpfungspunkt für eine Haftung des A in Betracht. Ein Unterlassen ist jedoch nur dann rechtserheblich, wenn denjenigen, der die Handlung gerade nicht vornahm, eine Pflicht zum Handeln trifft. Als Angestellter des Kaufhauses erfüllt A die Funktion eines Überwachungsgaranten. A hat die Pflicht, alle notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um Gefahrenquellen in seinem Verantwortungsbereich zu beseitigen und damit eine Schädigung anderer zu vermeiden. Die erforderliche Handlungspflicht des A ergibt sich also aus seiner Verkehrssicherungspflicht, konkret aus der am Eingang liegenden Bananenschale, die eine erhebliche Rutschgefahr schafft, zu beseitigen. Insofern ist das Unterlassen des A rechtserheblich und als Handlung i. S. d. § 823 I BGB anzusehen.

###### (3) Haftungsbegründende Kausalität

Die haftungsbegründende Kausalität ist zu bejahen, weil F nicht gestürzt wäre,

wenn A die Bananenschale beseitigt hätte.

**b. Rechtswidrigkeit**

Die Rechtswidrigkeit folgt hier nicht aus der Rechtsgutsverletzung, da sie durch ein Unterlassen verursacht wurde. Allerdings ist sie aufgrund des bereits festgestellten Verstoßes des A gegen die ihm obliegende Handlungspflicht zu bejahen. Hier ist auch kein Rechtfertigungsgrund ersichtlich. Rechtswidrigkeit ist somit gegeben.

**c. Verschulden**

Indem A die erkennbare Gefahr durch die herumliegende Bananenschale nicht beseitigte, handelte er objektiv sorgfaltswidrig i.S.v. § 276 II BGB und mithin fahrlässig.

**d. Haftungsausfüllender Tatbestand, § 249 ff BGB**

Aufgrund der Verletzung an Körper und Gesundheit sind F Heilbehandlungskosten entstanden. Sie sind gemäß § 249 II BGB von A zu ersetzen. Außerdem hat F einen Anspruch auf Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes gemäß § 253 II BGB.

**2. Anspruch aus § 823 II BGB**

Da A gegenüber F auch eine fahrlässige Körperverletzung i. S. d. § 229 StGB begangen hat und Strafgesetze grundsätzlich Schutzgesetze i. S. d. § 823 II BGB sind, schuldet A der F auch aus §§ 823 II i.V.m. § 229 StGB Ersatz der Heilungskosten (§ 249 II BGB) und Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes (§ 253 II BGB).

**G. Ansprüche F gegen X**

**I. Vertragliche Ansprüche**

Vertragliche Ansprüche kommen mangels eines zwischen F und X geschlossenen Vertrages nicht in Betracht.

**II. Quasivertragliche Ansprüche**

Möglicherweise ergeben sich jedoch quasivertragliche Ansprüche der F auf Ersatz der Heilungskosten und Zahlung eines Schmerzensgeldes gegen X, indem dieser seine vorvertraglichen Schutzpflichten verletzt hat, §§ 280 I, 311 II Nr. 2, 241 II, 278 S. 1 BGB.

**1. Schuldverhältnis i. S. d. § 311 II BGB**

Ein Anspruch aus § 280 I BGB setzt zunächst das Bestehen eines Schuldverhältnisses zwischen F und X voraus. Vorliegend ist ein Schuldverhältnis i.S.v. § 311 II BGB (vorvertragliches Schuldverhältnis) zu prüfen. In Betracht kommt ein Schuldverhältnis gem. § 311 II Nr. 2 BGB. Erforderlich hierzu ist, dass F im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem X eine Möglichkeit zur Einwirkung auf ihre Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt haben muss, § 311 II Nr. 2 Alt. 1 BGB, oder ihm diese zumindest anvertraut haben muss, § 311 II Nr. 2 Alt. 2 BGB. F betrat das Kaufhaus des X, um sich eine neue Bluse zu kaufen. Insofern lag seitens F eine feste Kaufabsicht vor. Im Hinblick auf die in Aussicht genommene rechtsgeschäftliche Beziehung in Form eines Kaufvertrags gem. § 433 BGB vertraute F dem X sowohl Rechtsgüter wie "Körper",

"Gesundheit" und "Freiheit" an und gewährte diesem auch aufgrund der räumlichen Nähe die Möglichkeit eines Eingriffs. Mithin ist ein Schuldverhältnis i. S. d. § 311 II Nr. 2 BGB entstanden.

## **2. Pflichtverletzung, § 280 I 1 BGB**

Weiterhin müsste X eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt haben, § 280 I 1 BGB.

### **a. Schutzpflichtverletzung, § 241 II BGB**

Im Fall der c.i.c. kommt eine der in § 241 II Schutzpflichten in Betracht. Vorliegend oblag es X seine Räumlichkeit frei von Gefahren zu halten, die zu einer Verletzung seiner Kunden führen könnten. Konkret hätte die Bananenschale, die eine erhebliche Rutschgefahr darstellt, beseitigt werden müssen. Diese nichtleistungsbezogene Nebenpflicht (Schutzpflicht) wurde verletzt.

### **b. Durch X?**

Problematisch ist, dass X die Rechtsgutverletzung nicht selbst begangen hat. Vielmehr gründet sich die Schutzpflichtverletzung auf dem Verhalten des Angestellten A, der grds. für die Beseitigung solcher Gefahren zuständig ist und es vorliegend unterlassen hatte, die Bananenschale aufzuräumen. Bei der Verletzung verhaltensbezogener Schutzpflichten bedarf es nicht nur der Zurechnung des Verschuldens des A, vielmehr muss außerdem die Pflichtverletzung des A gem. § 278 S. 1 BGB zugerechnet werden.

#### (1) Schuldverhältnis

Ein Schuldverhältnis zwischen F und X liegt vor (s. o.).

#### (2) Erfüllungsgehilfe

Erfüllungsgehilfe ist, wer mit Wissen und Wollen des Schuldners in dessen Pflichtenkreis zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit tätig wird. Als Angestellter des X wird A hier von diesem bewusst zur Erfüllung seiner Schutzpflichten im Zusammenhang mit dem Risiko von Schädigungen von Kaufhausbesuchern beschäftigt. Damit handelt A als Erfüllungsgehilfe.

#### (3) In Ausführung der Erfüllung

Zudem müsste A die Schutzpflicht in Ausführung der Erfüllung verletzt haben. Da er nicht nur bei Gelegenheit, sondern im Rahmen seiner Tätigkeit als Angestellter die Bananenschale nicht beseitigte, wird diese X zugerechnet.

### **c. Keine Widerlegung des vermuteten Vertretenmüssens**

Wie oben ausgeführt hat A bezüglich der Bananenschale auch fahrlässig gehandelt. Gem. § 278 S. 1 BGB muss sich X das Verschulden seines Erfüllungsgehilfen A wie eigenes Verschulden zurechnen lassen. Damit hat X die Pflichtverletzung auch zu vertreten.

## **3. Haftungsausfüllender Tatbestand**

Durch die Pflichtverletzung ist F kausal ein Schaden entstanden, weil sie aufgrund der unterlassenen Beseitigung der Bananenschale an Gesundheit und Körper verletzt wurde

und ihr dadurch auch Heilbehandlungskosten entstanden sind.

#### **4. Ergebnis**

F hat gegen X einen Anspruch auf Ersatz der Behandlungskosten, § 249 II BGB und auf Zahlung von Schmerzensgeld, § 253 II, aufgrund der Verletzung von vorvertraglichen Schutzpflichten, §§ 280 I, 311 II Nr. 2, 241 II, § 278 BGB.

### **III. Deliktische Ansprüche**

F könnte weiterhin Ansprüche gegen X aus unerlaubter Handlung haben.

#### **1. Anspruch aus § 823 I BGB**

Hier kommt allenfalls ein Organisationsverschulden des X, genauer: eine Organisationspflichtverletzung in Betracht. Dafür fehlt aber ein entsprechender Anhaltspunkt im Sachverhalt.

#### **2. Anspruch aus § 823 II BGB**

Für eine vorwerfbare strafbare Handlung des X fehlt ebenso jeder Anhaltspunkt.

#### **3. Anspruch aus § 831 I BGB**

Möglicherweise hat F gegen X einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 831 I BGB. Dies ist dann der Fall, wenn sich X in vorwerfbarer Weise eines Verrichtungsgehilfen bedient hat, der in Ausübung seiner Verrichtung der F widerrechtlich Schaden zugefügt hat, § 831 I 1, 2 BGB.

##### ***a. A als Verrichtungsgehilfe***

A müsste als Verrichtungsgehilfe des X tätig gewesen sein. Verrichtungsgehilfe ist derjenige, dem vom Geschäftsherrn in dessen Interesse eine Tätigkeit übertragen worden ist und der von den Weisungen des Geschäftsherrn abhängig ist. Vorliegend ist A als Angestellter des X seinen Weisungen unterworfen. Er wird zudem im Interesse des X tätig. Damit ist A Verrichtungsgehilfe des X.

##### ***b. Tatbestandsmäßige und rechtswidrige unerlaubte Handlung des Verrichtungsgehilfen***

Eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige unerlaubte Handlung des Verrichtungsgehilfen ist zu bejahen, A hat nämlich, wie oben ausgeführt, den Tatbestand des § 823 I und des § 823 II BGB erfüllt.

##### ***c. In Ausübung der Verrichtung***

Diese Handlung erfolgte auch in Ausführung der Verrichtung, da das Unterlassen der Beseitigung der Bananenschale vor dem Eingang des Kaufhauses in unmittelbarem Zusammenhang mit seiner Tätigkeit als Angestellter des X stand. Als solcher ist er verpflichtet, Gefährdungen anderer, insbesondere durch Gefahrenquellen vorliegender Art, zu vermeiden.

##### ***d. Exkulpation, § 831 I 2 BGB***

Womöglich ist dem X im Hinblick auf den Einsatz des Angestellten A als Verrichtungsgehilfen gar kein Vorwurf zu machen. Seine Haftung ist ausgeschlossen, wenn er sich

exkulpiert werden kann, § 831 I 2 BGB. Laut Sachverhalt hatte A die ihm übertragenen Arbeiten stets zuverlässig ausgeführt. Ein Auswahlverschulden des X kommt somit nicht in Betracht. Auch ist das Verhalten des A ausreichend dahingehend kontrolliert worden, ob er seine Aufgaben ordentlich erfüllt. Damit sind die Voraussetzungen für eine Exkulpation erfüllt. Die Vermutung schuldhaften Verhaltens des X ist damit widerlegt.

***e. Ergebnis***

F hat gegen X keinen Anspruch auf Schadensersatz nach § 831 I BGB.

**H. Ergebnis: Haftung als Gesamtschuldner**

X und A haften der F gegenüber als Gesamtschuldner, § 840 I BGB.

## Fall 40: Autobesichtigung (c.i.c., reiner Vermögensschaden)

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?

### Lösung

*(Haftung für reine Vermögensschäden im vorvertraglichen Schuldverhältnis)*

#### I. Vertragliche Ansprüche des K gegen V

Vertragliche Ansprüche des K gegen V auf Ersatz der entstandenen Fahrtkosten scheiden aus, da zwischen V und K kein Vertrag zustande gekommen ist.

#### J. Quasivertragliche Ansprüche des K gegen V

In Betracht kommen quasivertragliche Ansprüche des K gegen V. So könnte K einen Anspruch auf Ersatz der 40 € Fahrtkosten wegen Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht haben. Zu prüfen ist ein Anspruch aus §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 BGB (culpa in contrahendo).

##### I. Schuldverhältnis i. S. d. § 311 II BGB

Ein Anspruch aus § 280 I BGB setzt zunächst das Bestehen eines Schuldverhältnisses zwischen K und V voraus. Vorliegend ist ein Schuldverhältnis i.S.v. § 311 II BGB (vorvertragliches Schuldverhältnis) zu prüfen. Das Gesetz nennt drei Varianten:

- beiderseitige Vertragsverhandlungen (Nr. 1),
- die Anbahnung eines Vertrages durch eine Partei (Nr. 2) und
- sonstige geschäftliche Kontakte (Nr. 3).

Die genaue Abgrenzung zwischen den drei Varianten ist umstritten, im Ergebnis aber auch wenig bedeutsam. In Betracht kommt hier die Variante der Vertragsverhandlungen i.S.v. § 311 II Nr. 1 BGB. Vertragsverhandlungen beginnen mit der Maßnahme eines Vertragspartners, die den anderen zum Abschluss des Vertrags veranlassen soll. Erforderlich ist dabei, dass bereits eine Kommunikation zwischen den Parteien stattfindet. Vorliegend haben K und V bereits konkret über das Kaufobjekt gesprochen und einen Termin zur Besichtigung des von V im Internet annoncierten Wagens vereinbart. Damit sind K und V in Vertragsverhandlungen i. S. d. § 311 II Nr. 1 BGB eingetreten. Ein vorvertragliches Schuldverhältnis, das den Parteien die Möglichkeit zur Einwirkung auf die Rechtsgüter und Interessen des jeweils anderen Teils ermöglicht, bestand folglich.

##### II. Pflichtverletzung, § 241 II BGB

Weiterhin stellt sich die Frage, ob V eine Pflicht aus diesem Schuldverhältnis verletzt hat. In

Betracht kommt im Fall der c.i.c. eine der in § 241 II BGB genannten Schutzpflichten. Zu denken ist neben den allgemeinen Verkehrssicherungspflichten, vor allem an Aufklärungs- und Informationspflichten sowie die Pflicht zu loyalen Verhalten gegenüber dem anderen Teil. Vorliegend hat V noch vor dem Besichtigungstermin den Wagen an einen Dritten verkauft und übereignet. Damit ist die geplante Besichtigung des Wagens sinnlos geworden. Unter diesen Umständen oblag V die Pflicht, den K rechtzeitig von dem Geschäft mit D zu informieren, um ihn von der vergeblichen Fahrt nach Bamberg abzuhalten. Gegen diese Verhaltenspflicht hat V vorliegend verstoßen. Eine Pflichtverletzung i. S. d. § 241 II BGB ist somit zu bejahen.

### **III. Vertretenmüssen, § 280 I 2 BGB**

Von einem Vertretenmüssen des V ist auszugehen. Mangels Angaben im Sachverhalt, die V entschuldigen würden, greift hier die in § 280 I 2 BGB angeordnete widerlegliche Vermutung des Verschuldens.

### **IV. Rechtsfolge: Schadensersatz, § 249 BGB**

K kann von V den ihm entstandenen Schaden ersetzt verlangen. K ist dabei so zu stellen, wie er ohne das schädigende Verhalten des anderen Teils gestanden hätte, § 249 I BGB. Hätte V den K rechtzeitig über den Verkauf des Autos an D informiert, wäre K am Samstag nicht nach Bamberg gefahren und hätte nicht 40 € für die vergebliche Bahnfahrt ausgegeben.

### **V. Ergebnis**

V hat einen Anspruch gegen D auf Ersatz der 40 € nach §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 BGB.

## **K. Deliktische Ansprüche des K gegen V**

### **I. Anspruch aus § 823 I BGB**

Ein Anspruch des K gegen V auf Ersatz der 40€ nach § 823 I BGB scheidet aus. Vorliegend fehlt es bereits an der Voraussetzung der Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts wie etwa des Eigentums des K. Die Ausgaben des K für die Bahnfahrt zum Besichtigungstermin in Bamberg sind ein freiwilliges Vermögensopfer. Solche reinen Vermögensschäden sind von § 823 I BGB nicht umfasst.

### **II. Anspruch aus § 826 BGB**

Mangels Schädigungsvorsatzes des V scheidet auch ein Anspruch des K gegen V aus § 826 BGB aus.

### **III. Ergebnis**

Ein Anspruch des K gegen V aus unerlaubter Handlung besteht nicht.



### Fall 40a: Steuersparmodell<sup>36</sup> (c.i.c., Täuschungsanfechtung):

*Die Eheleute E erwarben 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 den 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.*

#### **Lösungshinweise**

##### **I. Anspruch der E gegen V auf Rückzahlung des Kaufpreises aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB**

In Betracht kommt ein Anspruch der E gegen V auf Rückzahlung des Kaufpreises aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB nach erfolgreicher Anfechtung.

1. V hat den Kaufpreis erlangt.
2. E haben den Kaufpreis geleistet.
3. Ohne Rechtsgrund? Geht man von arglistiger Täuschung (Angaben des C „ins Blaue“ genügen) durch C aus und ist die Jahresfrist des § 124 BGB noch nicht abgelaufen, können E den Rechtsgrund des Kaufvertrags (§§ 433, 311b I BGB, § 4 Abs. 3 WEG) durch Anfechtungserklärung gegenüber V (§ 143 I, II BGB) gestützt auf § 123 I Alt. 1 BGB nachträglich entfallen lassen, § 142 BGB. C ist kein Dritter im Sinne des § 123 II BGB.

Ein Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Eigentumswohnung selbst im Sinne von § 119 II BGB liegt hingegen nicht vor, sondern lediglich eine Fehlvorstellung betreffend steuerliche Vergünstigungen als Folge des Kaufs. Eine Anfechtung gemäß § 119 II BGB scheidet damit aus. Sie wäre wegen der kurzen Verjährungsfrist (§ 121 I BGB: unverzüglich) und wegen der Pflicht zum Vertrauensschadensersatz (§ 122 I BGB) ohnehin ungünstiger für E.

E könnten gemäß § 812 I 1 Alt. 1 BGB von V Rückzahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Rückgewähr der Wohnung (Besitz und Eigentum) verlangen.

##### **II. Anspruch der E gegen V auf Schadensersatz gemäß §§ 280 I, 311 II Nr. 1, 241 II, 278 BGB**

Möglicherweise haben E gegen V einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 280 I, 311 II Nr. 1, 241 II, 278 BGB.

1. Anwendbarkeit des Schadensersatzanspruchs neben der Anfechtung?

BGH: ja, weil andere rechtstechnische Konstruktion (Nichtigkeit versus Verpflichtung der anderen Partei zur Rückgängigmachung) und andere Voraussetzungen (Vermögensschaden erforderlich für Anspruch auf Schadensersatz)

---

<sup>36</sup> Sachverhalt und Lösung nach BGH, Urteil v. 26.9.1997 - V ZR 29/96, NJW 1998, 302

A.A.: nein, weil die engen Voraussetzungen der Arglistanfechtung (keine Anfechtbarkeit gemäß § 123 I Alt. 1 bei bloß fahrlässiger Falschauskunft, kurze Ausschlussfrist von nur einem Jahr ab Entdeckung der Täuschung) dadurch ausgehöhlt werden. Lösungen:

- a. (Grigoleit) Vollständige Verdrängung der c.i.c., Erweiterung des Anwendungsbereichs der Arglistanfechtung auf fahrlässige Falschinformation (führt zu ähnlichen Ergebnissen wie h. M.) oder
- b. (Medicus) Beschränkung der Rechtsfolgen des Anspruchs aus c.i.c. auf Ersatz des erlittenen Vermögensschadens in Geld (statt Vertragsaufhebung).

2. Ein Schuldverhältnis iSd § 280 I BGB liegt in der Aufnahme von Vertragsverhandlungen, § 311 II Nr. 1 BGB

3. Die Pflichtverletzung liegt in der objektiv unrichtigen Auskunft des C über die Rentabilität des Kaufvertragsschlusses. Auf die Frage, ob C eine vertragliche Zusicherung gemacht hat, kommt es nicht an.

4. C hat mindestens fahrlässig gehandelt, § 276 I 1 BGB. Nahe liegt auch die Annahme, C habe die Angaben "ins Blaue hinein" gemacht und damit bedingt vorsätzlich gehandelt.

5. V muss sich sowohl die Pflichtverletzung als auch das Verschulden seines Erfüllungsgehilfen C gemäß § 278 BGB zurechnen lassen.

6. Rechtsfolge: E haben einen Anspruch gegen V auf Schadensersatz. Der Schaden liegt hier in dem Abschluss eines für E wirtschaftlich ungünstigen Vertrags (Beeinträchtigung in Vermögensdispositionen, weil Leistung für Zwecke der E objektiv nicht voll brauchbar, unabhängig von der Frage, ob die ETW ihr Geld wert ist). Er ist auch kausal auf die Pflichtverletzung zurückzuführen (haftungsausfüllende Kausalität). V muss die E gemäß § 249 I BGB so stellen wie sie stünden, wenn das zum Schadensersatz verpflichtende Verhalten (hier: die unrichtige Auskunft des C) nicht eingetreten wäre (Naturalherstellung).

Vorliegend haben E einen Vertrauensschaden erlitten: Sie hätten den Kaufvertrag über die Wohnung nicht oder jedenfalls so nicht abgeschlossen, wenn C sie richtig über die finanziellen Folgen aufgeklärt hätte (maW: wenn E nicht auf die Richtigkeit der Angaben des C vertraut hätten). Damit besteht **ein Anspruch auf Zustimmung zur Vertragsaufhebung** zuzüglich Ersatz sinnlos aufgewendeter Vertragskosten (Maklergebühren, Kreditgebühren, Notarkosten, Steuern).<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> BGH, Urt. v. 12.10.1993, NJW 1994, 663: „Wird jemand durch unrichtige Angaben seines späteren Vertragspartners zum Abschluß eines Vertrages veranlaßt, den er in Kenntnis des Sachverhalts in dieser Form nicht abgeschlossen hätte, kann ihm gegen den anderen Teil ein Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo zustehen. Aufgrund eines solchen Anspruchs auf Ersatz des Vertrauensschadens kann der Geschädigte nicht nur Rückgängigmachung des Vertrages verlangen; der Anspruch kann vielmehr auch auf Ersatz der durch die Handlung des anderen Teils verursachten Mehraufwendungen gerichtet sein, ohne daß es in jedem Fall darauf ankommt, ob dessen Leistung dem verlangten Preis objektiv entsprochen hat.“ Siehe auch Feldmann/Löwisch, in: Staudinger BGB, 2012, § 311, Rn. 161 (Rückgängigmachung des Vertrages und zusätzlich Ersatz eines Vertrauensschadens, etwa von vergeblichen Aufwendungen, § 249 I BGB); Emmerich, in: MüKo BGB, 7. Auflage 2016, § 311 Rn. 196.

Zwar kommt ein Mitverschulden der E in Betracht, die den Angaben des C möglicherweise nicht ungeprüft hätten vertrauen dürfen. Allerdings kann sich der Schädiger bei einem Schadensersatzanspruch wegen Erteilung einer unrichtigen Auskunft in aller Regel nicht mit dem Einwand entlasten, die Geschädigten (E) hätten sich auf die Richtigkeit seiner Angaben nicht verlassen dürfen. Dies widerspräche dem Grundsatz von Treu und Glauben, § 242 BGB, der in der Regelung in § 254 BGB lediglich eine besondere Ausprägung erhalten hat (BGH, a.a.O.).

Nicht verlangen können E von V, dass dieser sie so stellt wie sie stünden, wenn die Auskunft des C zuträfe (Schadensersatz in Höhe von 2.100 EUR/Jahr). Diese Form des Schadensersatzes entspräche dem Ersatz des Erfüllungsinteresses (positives Interesse). Das Erfüllungsinteresse wäre nur geschuldet, wenn die Pflichtverletzung nicht in der Falschauskunft, sondern in der mangelhaften Erfüllung des Kaufvertrags läge.

### ***III. Anspruch der E gegen C auf Schadensersatz aus §§ §§ 280 I, 311 III, 241 II BGB (Sachwalterhaftung)***

Der Sachverhalt enthält keine Angaben dahingehend, dass C in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch genommen (z. B. aufgrund seiner besonderen Qualifikation als Steuerberater). Damit scheidet ein Anspruch der E gegen C auf Schadensersatz aus §§ 280 I, 311 III, 241 II BGB (Sachwalterhaftung, siehe Fall 41) aus.

## Fall 41: Unfallwagen aus dem Autohaus (Sachwalterhaftung)

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.

### Lösung

*(Sachwalterhaftung)*

#### L. Ansprüche des K gegen D

##### I. Ansprüche aus Vertrag

D verkaufte den Wagen im Namen des V an K. Gemäß § 164 I 1 BGB kam der Vertrag zwischen V und K zustande. Folglich liegt kein Vertrag zwischen K und D vor, so dass K aus dem Kaufvertrag auch keine vertraglichen Ansprüche gegen D auf Ersatz der entstandenen Kosten im Zusammenhang mit der Finanzierung und der Zulassung des Autos hat.

##### II. Anspruch aus §§ 280 I, 311 III, 241 II BGB (Sachwalterhaftung)

###### 1. D als Sachwalter im Verhältnis zu K

Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 II BGB kann aber auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Nach § 311 III BGB entsteht ein solches Schuldverhältnis insbesondere dann, wenn der Dritte, der nicht Vertragspartei werden soll, in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt (a) und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst (b).

###### **a. Inanspruchnahme besonderen Vertrauens**

Zu klären ist zunächst, ob D besonderes Vertrauen in Anspruch genommen hat. Diese Frage ist vorliegend zu bejahen. Hinzuweise ist zunächst auf den Umstand, dass D Kfz-Händler ist, damit also von Berufs wegen besondere Erfahrung mit gebrauchten Fahrzeugen hat. Hinzu kommt, dass D außerdem über eine eigene Werkstatt verfügt. Damit suggeriert er Kaufinteressenten, er könne die von ihm angebotenen Wagen selbst auf etwaige Mängel untersuchen. Vorliegend hat D den K außerdem noch eingehend beraten. Bedenkt man schließlich, dass K mit dem eigentlichen Verkäufer V gar nicht in Berührung kam, Vertrauen also überhaupt nur gegenüber dem Vermittler des Kaufvertrags (D) entstehen konnte, gelangt man zu dem Ergebnis, dass D hier gegenüber K besonderes Vertrauen in Anspruch nahm.

###### **b. Einfluss auf den Vertragsschluss**

Laut Sachverhalt hätte K den Wagen nicht gekauft, wenn er gewusst hätte, dass es

sich um einen Unfallwagen handelt. Das Verschweigen der Unfallwageneigenschaft durch D hatte daher erhebliche Auswirkungen auf den Abschluss des Kaufvertrags.

### **c. Zwischenergebnis**

D ist damit Sachwalter i. S. d. § 311 III BGB. Folglich haftet D als Sachwalter für eine mögliche Pflichtverletzung.

## **2. Pflichtverletzung**

D unterließ es, den K vor Vertragsschluss auf die Unfälleigenschaft des Kraftfahrzeugs hinzuweisen, wodurch er eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzte.

## **3. Vertretenmüssen**

Da D mindestens fahrlässig gehandelt hat, hat er diese Pflichtverletzung auch zu vertreten (siehe § 276 BGB). Somit hat K einen Anspruch auf Schadensersatz gegen D aus §§ 280 I, 311 III, 241 II BGB.

## **4. Rechtsfolge**

Nach § 249 I BGB hat D den K so zu stellen, wie dieser ohne die Pflichtverletzung des D gestanden hätte. Hätte D den K über die Unfälleigenschaft informiert, hätte er keinen Kaufvertrag mit V geschlossen. Somit wären K keine Kosten für die Finanzierung und die Zulassung des Unfallwagens in Höhe von 150 EUR entstanden.

## **III. Anspruch aus § 823 I BGB**

Ein Anspruch des K gegen D auf Ersatz der 150 EUR nach § 823 I BGB scheidet aus. Vorliegend fehlt es bereits an der Voraussetzung der Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts wie etwa des Eigentums des K. Die Ausgaben des K für das Auto (Finanzierung, Zulassung) sind ein freiwilliges Vermögensopfer. Solche reinen Vermögensschäden sind von § 823 I BGB nicht umfasst.

## **IV. Anspruch aus § 826 BGB**

Mangels Schädigungsvorsatzes des D scheidet auch ein Anspruch des K gegen D aus § 826 BGB aus.

## **V. Ergebnis**

Ein Anspruch des K gegen D auf Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung besteht nicht. Weiterhin scheiden vertragliche Ansprüche des K gegen D aus. K hat aber einen quasivertraglichen Anspruch auf Ersatz der 150 EUR gegen D, da dieser als Sachwalter für seine Pflichtverletzung haftet.

## **M. Ansprüche des K gegen V**

### **I. Anspruch aus §§ 280 I, 278 BGB**

K könnte gegen V einen Anspruch auf Schadensersatz haben, wenn dieser die Pflichtverletzung seines Erfüllungsgehilfen zu vertreten hat, § 278 S. 1 BGB. Erfüllungsgehilfe ist die Person, derer sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient.

Zu den Verbindlichkeiten gehören die Haupt- und Nebenleistungspflichten des Schuldners. Die Aufklärung des K über die Unfalleigenschaft des Kfz fällt darunter. V bediente sich zur Erfüllung dieser Aufklärungspflicht des D. Dieser verletzte diese Pflicht schuldhaft, da er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht ließ und K nicht über die Unfalleigenschaft aufklärte. Somit hat V die Pflichtverletzung des D zu vertreten und K einen Anspruch gegen V auf Ersatz des ihm entstandenen Schadens in Höhe von 150 EUR.

## **II. Anspruch aus § 823 I BGB**

K hat keinen Anspruch gegen V aus § 823 I BGB, da schon keine Rechtsgutsverletzung vorlag (s.o.) und V auch nicht widerrechtlich handelte.

## **III. Anspruch aus § 831 BGB**

D müsste Verrichtungsgehilfe des V gewesen sein. Ein Merkmal des Verrichtungsgehilfen ist dessen Abhängigkeit vom Geschäftsherrn. Hierunter versteht man ein persönliches Über- und Unterordnungsverhältnis oder die Eingliederung des Verrichtungsgehilfen in die Organisation des Geschäftsherrn. D ist wohl schon nicht weisungsgebunden und damit auch kein Verrichtungsgehilfe des V. Zudem hat D auch kein Rechtsgut i. S. d. § 823 I BGB verletzt (s.o.) und auch nicht den Tatbestand des § 826 BGB erfüllt.

## **IV. Ergebnis**

K hat einen Anspruch auf Schadensersatz i. H. v. 150 EUR gegen V aus §§ 280 I, 278 BGB.

## Fall 42: Rauchrohröffnung (VmSchzD)

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.

### Lösung

*(VmSchzD, Haftungsverschärfung)*

#### **N. Schadensersatzanspruch des D gegen S wegen der Registrierkasse aus § 536a BGB i. V. m. der Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter**

##### **I. Vertragliche Ansprüche**

Mangels unmittelbarer vertraglicher Beziehungen zwischen D und S scheidet ein vertraglicher Schadensersatzanspruch grundsätzlich aus.

##### **II. Quasivertragliche Ansprüche**

Denkbar ist aber, dass D einen Anspruch aus § 536a BGB gegen S auf die Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter stützen kann.

##### **1. Herleitung**

Rechtsprechung und Literatur haben diese Rechtsfigur ursprünglich in Analogie zum gesetzlich geregelten Fall des Vertrages zugunsten Dritter gem. § 328 BGB entwickelt. Sie ist mittlerweile gewohnheitsrechtlich anerkannt. Auch aus der neu eingefügten Vorschrift § 311 III 1 BGB folgt, dass Dritte grundsätzlich in ein Schuldverhältnis einbezogen sein können. Hierbei sind grundsätzlich strenge Anforderungen an die Voraussetzungen des Anspruchs zu stellen, da die Einbeziehung Dritter den Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse durchbricht und sich der Schädiger zusätzlichen Gläubigern ausgesetzt sieht. Die Voraussetzungen sind im Einzelnen:

##### **a. Leistungsnähe**

Zu fordern ist, dass der Dritte bestimmungsgemäß mit der Leistung des Schuldners S in Berührung kommt und aus diesem Grund in gleicher Weise mit den damit verbundenen Risiken in Berührung kommt. Ziel des Mietvertrages war die Einrichtung eines Schallplattenladens. Daher hat G die Schallplatten des D bestimmungsgemäß in die von S vermieteten Räume eingebracht. Sie waren damit etwaigen von den Räumlichkeiten ausgehenden Risiken im selben Maße ausgesetzt wie die Sachen des G selbst.

##### **b. Einbeziehungsinteresse**

Ein berechtigtes Interesse des Gläubigers am Schutz des Dritten ist zu bejahen. Der

Mieter ist nämlich hinsichtlich der ihm nicht gehörenden Gegenstände obhutspflichtig.

**c. Erkennbarkeit**

Der Vermieter von Geschäftsräumen muss bei dem Umfang, den im Geschäftsleben Sicherungsübereignung und Eigentumsvorbehalt angenommen haben, stets damit rechnen, dass die vom Mieter eingebrachten Sachen nicht diesem, sondern einem Dritten gehören. Damit war es für S erkennbar, dass ein etwaiger Mangel der Mietsache Schäden nicht nur am Eigentum des G, sondern auch des D entstehen konnte.

**d. Schutzbedürftigkeit**

D ist auch schutzbedürftig, da ihm kein eigener gleichwertiger Vertragsanspruch gegen seinen Vertragspartner G oder eine sonstige Person zusteht.

**e. Zwischenergebnis**

Die Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung liegen vor. Damit kann D von S wegen der zerstörten Registrierkasse unter denselben Voraussetzungen Schadensersatz verlangen wie dessen Vertragspartner G.

**2. Haftung**

S haftet als Vermieter aufgrund der Vorschrift § 536a I Var. 1 BGB verschuldensunabhängig für den auf den anfänglichen Mangel der Mietsache, nämlich den auf das Rauchrohr zurückzuführenden Brand der Kasse. Die Voraussetzungen für eine Schadensersatzpflicht des S aus § 536a I Var. 1 BGB sind erfüllt. Sie besteht auch dem D gegenüber, der in den Schutzbereich des Mietvertrages einbezogen ist.

**3. Ergebnis**

Dem D steht gegen S ein Schadensersatzanspruch aus § 536a I Var. 1 BGB i. V. m. der Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zu.

**III. Deliktische Ansprüche: Schadensersatzanspruch des D gegen S wegen der Registrierkasse aus § 823 I BGB**

Ein Schadensersatzanspruch des D gegen S aus § 823 I BGB scheidet aus, da S kein Verschulden trifft.



### Fall 43: Morscher Dachboden (Expertenhaftung)

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 spart S sich aufgrund der großen Sommerhitze 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 werden sich K und 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 2 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.

### Lösung

*(VmSchzD, Haftung des Gutachters für reine Vermögensschäden)*

Zu prüfen ist ein Anspruch des K gegen S auf Schadensersatz in Höhe von 20.000 €.

#### **O. Vertragliche Ansprüche**

##### **I. Schuldverhältnis**

Ein Schuldverhältnis besteht in der Form des Werkvertrages über die Erstellung eines Gutachtens nur zwischen V und S. Insbesondere hat V hier weder erkennbar als Stellvertreter des K gehandelt, so dass auch gemäß § 164 I BGB kein Werkvertrag zwischen K und S zustande gekommen ist.

K könnte aber über die Grundsätze des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte in den Schutzbereich des Werkvertrages einbezogen sein. Ein Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte gewährt dem Dritten (hier K) zwar keinen Anspruch auf die Leistung. Er kann von dem Versprechenden (hier S) bei bestimmten Leistungsstörungen jedoch Schadensersatz fordern.<sup>38</sup>

Diese Rechtsprechung beruht auf einer maßgeblich durch das Prinzip von Treu und

---

<sup>38</sup> Medicus/Lorenz, Schuldrecht I AT, Rn. 817

Glauben (§ 242 BGB) geprägten ergänzenden Vertragsauslegung (§ 157 BGB). Ihr liegt zu Grunde, dass der Vertragsschuldner die Leistung nach dem Vertrag so zu erbringen hat, dass bestimmbare Dritte nicht geschädigt werden.

Fraglich ist, ob K vorliegend in der Weise in den Schutzbereich des zwischen V und S geschlossenen Gutachtenvertrags einbezogen ist.

## **II. Voraussetzungen für die Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich eines Gutachtenvertrags**

Grundsätzliche Voraussetzungen eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte sind die Leistungsnähe des Dritten, ein besonderes Interesse des Gläubigers an dem Schutz des Dritten, die Erkennbarkeit dieses Interesses für den Schuldner und die Schutzbedürftigkeit des Dritten. Diese Voraussetzungen passen in der Fallgruppe der sog. Gutachterhaftung nicht. Anders als bei den klassischen Fällen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter geht es hier nicht um einen Körperschaden oder die Verletzung eines anderen absolut geschützten Rechtsguts, sondern um die Verletzung bloßer Vermögensinteressen. Insbesondere sind auch die Interessen von Gläubiger und Dritten (Käufer) häufig gegenläufig, das Kriterium des Einbeziehungsinteresses erweist sich damit als problematisch. Die Rechtsprechung hat daher für die Fallgruppe der Gutachterhaftung eigene Kriterien entwickelt. Die Haftung des Gutachters gegenüber dem Dritten greift ein, wenn eine Person, die über besondere, vom Staat anerkannte Sachkunde verfügt, auftragsgemäß ein Gutachten abgibt, dass erkennbar zum Gebrauch gegenüber Dritten bestimmt ist und deshalb in der Regel nach dem Willen des Bestellers mit einer entsprechenden Beweiskraft ausgestattet sein soll.<sup>39</sup>

S verfügte als vereidigter und öffentlich bestellter Gutachter über vom Staat anerkannte Sachkunde und gab ein Gutachten ab, bei dem er mindestens damit rechnen musste, dass es auch gegenüber potentiellen Käufern verwendet wird. Damit liegen die Voraussetzungen einer Einbeziehung des Vertragsdritten K in den Schutzbereich des Werkvertrags vor.

## **III. Pflichtverletzung**

S hat ein nicht wahrheitsgemäßes Gutachten verfasst. Zwar handelt es sich bei dieser Leistungsstörung im Verhältnis zum Auftraggeber V um die Verletzung einer Hauptleistungspflicht (§ 633 II 2 Nr. 1 BGB). Im Verhältnis zum Dritten (K) ist das Verhalten des S jedoch als Verletzung der allgemeinen Pflicht des S, auf die Vermögensinteressen des in den Schutzbereich des Vertrags einbezogenen Dritten zu achten, zu qualifizieren. Damit liegt auch gegenüber K eine relevante Pflichtverletzung vor.

## **IV. Vertretenmüssen**

S hat laut Sachverhalt fahrlässig gehandelt. Er hat die Pflichtverletzung daher auch zu vertreten (§ 276 I 1 HS 1 BGB).

---

<sup>39</sup> BGH NJW 2004, 3035, 3036; BGH, NJW-RR 1989, 696

#### **V. Rechtsfolge: Schadensersatz gemäß § 249 ff. BGB**

K kostet der Austausch der Dachbalken 20.000 €. Hätte S ein wahrheitsgemäßes Gutachten verfasst, so hätte K das Haus zu einem entsprechend niedrigeren Kaufpreis gekauft. Der K gemäß § 251 I BGB zu ersetzende Schaden beträgt daher 20.000 €.

Fraglich ist, ob K sich das Verhalten des V, nämlich die Täuschung des S über den Zustand der Dachbalken, anspruchsmindernd entgegenhalten lassen muss, § 334 BGB analog. So gilt grundsätzlich, dass der geschützte Dritte, der seine Rechte aus den Vertragsbeziehungen der unmittelbaren Vertragspartner V und S herleitet, keine weitergehenden Rechte haben kann als der unmittelbare Vertragspartner V des Schädigers S. Daher ist muss sich der geschädigte Dritte (hier: K) ein Mitverschulden des Vertragspartners (hier: V) seines Schädigers (hier: S) nach § 254 BGB grundsätzlich auch dann entgegenhalten lassen, wenn dieser Vertragspartner (wie hier V) nicht der gesetzliche Vertreter oder Erfüllungsgehilfe des Dritten (hier: K) i.S. des § 278 BGB ist. In den Fällen der sog. Gutachterhaftung gilt aufgrund der besonderen Natur des Vertrags in der Regel aber etwas Anderes: es entspricht nämlich dem offenkundigen Interesse des Kaufinteressenten, dass sein Vertrauen in die Richtigkeit des Gutachtens gerade in den Fällen rechtlich geschützt wird, in denen der Verkäufer die Mängel des Kaufgegenstands in unredlicher Weise zu verschleiern sucht. Aus diesem Grund ist im Wege der Auslegung des Vertrags zwischen V und S dieser dahingehend zu interpretieren, dass die Anwendbarkeit von § 334 BGB analog abbedungen wurde.<sup>40</sup> Das Verhalten des V führt daher nicht zu einer Reduktion oder gar einem Ausschluss des Anspruchs des K gegen S.

#### **VI. Ergebnis**

K hat gegen S Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 633, 280 I BGB in Verbindung mit den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in Höhe von 20.000 €.

### **B. Ansprüche aus unerlaubter Handlung**

#### **I. Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 BGB**

Ein Anspruch aus § 823 I BGB scheidet mangels Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts aus.

#### **II. Anspruch auf Schadensersatz aus § 826 BGB**

Auch ein Anspruch aus § 826 BGB kommt vorliegend nicht in Betracht, weil S den K nicht vorsätzlich geschädigt hat.

---

<sup>40</sup> BGH, Urt. v. 10.11.1994 - III ZR 50/94, NJW 2995, 394, 394 f.

## Fall 44: Nachlässiger Geselle (Drittschadensliquidation – Obhutsfälle)<sup>41</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?

Zusatzfrage: War G zur Abtretung seiner Ansprüche gegen S wegen Beschädigung des Autos verpflichtet?

### A. Ansprüche des D gegen G

#### I. Anspruch des D gegen G aus § 280 Abs. 1 BGB

1. Schuldverhältnis: D und G schlossen einen Mietvertrag, § 535 BGB.

2. Pflichtverletzung: Die Pflichtverletzung liegt hier in der Beschädigung der Mietsache.

*(Anmerkung: Im Falle einer vollständigen Zerstörung läge die Pflichtverletzung in der Unmöglichkeit der Rückgabe nach §§ 546 Abs. 1, 275 Abs. 1 BGB. Die weiteren Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches ergäben sich dann aus §§ 280 Abs. 1, 3, 283 BGB)*

3. Vertretenmüssen, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB

a. Eigenes Verschulden: G selbst hat weder vorsätzlich noch fahrlässig gehandelt, § 276 Abs. 1 S. 1 BGB.

b. Zurechnung des Verschuldens des A gem. § 278 BGB: A wurde nicht in Erfüllung der dem G im Rahmen des Mietvertrages obliegenden Pflichten tätig und ist demnach nicht Erfüllungsgehilfe des G. Insbesondere ist G gegenüber D nämlich nicht zur Reparatur eines von ihm nicht verursachten Defekts des Maseratis verpflichtet (arg. e § 535 Abs. 1 S. 2 BGB). Eine Zurechnung über § 278 BGB scheidet folglich aus.

4. Ergebnis: D hat keinen Anspruch gegen G.

#### II. Anspruch des D gegen G aus § 831 Abs. 1 BGB

Eine deliktische Haftung des G nach § 831 scheidet schon deshalb aus, weil A mangels Abhängigkeit von den Weisungen des G kein Verrichtungsgehilfe des G ist.

### A. Ansprüche des D gegen A

#### I. Anspruch des D gegen A aus § 280 Abs. 1 BGB

In Ermangelung eines Schuldverhältnisses zwischen D und A scheiden vertragliche Ansprüche des D gegen A aus.

---

<sup>41</sup> Angelehnt an BGH, Urt. v. 29.1.1969 - I ZR 18/67 - Vertragsgarage, NJW 1969, 789.

## **II. Anspruch des D gegen A aus § 823 Abs. 1 BGB**

### 1. Haftungsbe gründender Tatbestand

A beschädigte den Maserati des D durch eine adäquat kausale Handlung und verletzte somit das Rechtsgut Eigentum i.S.d. § 823 I BGB.

Die Rechtswidrigkeit wird nach der Lehre vom Erfolgsunrecht indiziert.

Außerdem handelte A auch fahrlässig i.S.d. § 276 Abs. 2 BGB, sodass Verschulden vorliegt.

### 2. Haftungsausfüllender Tatbestand und Rechtsfolge

Mithin hat A dem D den daraus kausal entstehenden Schaden nach den §§ 249 ff. BGB zu ersetzen. (Anmerkung: Der wirtschaftliche Wert dieses Anspruchs hängt u. a. von der Solvenz des A ab.)

## **A. Ansprüche des D gegen S**

### **I. Anspruch des D gegen S aus abgetretenem Recht gemäß § 280 Abs. 1 BGB**

Möglicherweise hat D gegen S einen Schadensersatzanspruch infolge der Abtretung aller mit der Beschädigung in Verbindung stehenden Gewährleistungsansprüche des G.

Hierzu müsste G dem D einen Schadensersatzanspruch wirksam abgetreten haben.

#### **1. Anspruch des G gegen S auf Schadensersatz gemäß § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. den Grundsätzen der Drittschadensliquidation**

In einem ersten Schritt gilt es zu prüfen, ob dem G ursprünglich ein abtretbarer Schadensersatzanspruch gegen S zustand. Vorliegend kommt ein Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB in Betracht.

a. Schuldverhältnis: G und S schlossen einen Werkvertrag, § 631 BGB.

b. Pflichtverletzung: Durch die Beschädigung des Maserati wurde eine vertragliche Nebenpflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB verletzt. Hiernach obliegt dem Schuldner die Rücksichtnahme auf die Integrität der Rechtsgüter und Interessen des Gläubigers.

c. Vertretenmüssen, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB

(1) Eigenes Verschulden: S selbst hat weder vorsätzlich noch fahrlässig gehandelt, § 276 Abs. 1 S. 1 BGB.

(2) Zurechnung des Verschuldens des A gem. § 278 BGB:

(a) Vorliegend wurde A als Angestellter des S mit dessen Willen bei der Erfüllung der ihm aus dem Werkvertrag mit G (§ 631 BGB) obliegenden Verbindlichkeiten, mithin nicht nur der Reparatur des Maserati, sondern auch dessen pflegliche Behandlung, tätig. A ist demnach Erfüllungsgehilfe des S.

(b) A handelte fahrlässig i.S.d. § 276 Abs. 2 BGB (s.o.).

(c) A verletzte die Schutzpflicht auch nicht nur „bei Gelegenheit“ der Reparatur, sondern bei Erfüllung der von ihm übernommenen Pflicht.

(d) Das Verschulden des A wird dem S gemäß § 278 BGB ohne Exkulpationsmöglichkeit zugerechnet, sodass S die Pflichtverletzung auch zu vertreten hat.

d. Rechtsfolge: Ersatz des daraus entstehenden Schadens

(1) Eigener Schaden des G

Fraglich ist, ob dem G durch die Beschädigung des Maserati ein Schaden entstanden ist. Gemäß § 535 Abs. 1 S. 2 BGB obliegt es dem D als Vermieter, während der Mietzeit die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten. Dieser hat somit die Kosten zu tragen, die anfallen, um die von A verursachte Beschädigung des von G gemieteten Maseratis zu reparieren.

Mithin steht G nach der Differenzhypothese nicht schlechter, als er ohne das schadensersatzbegründende Ereignis stünde, § 249 Abs. 1 BGB. Ein eigener Schaden des G liegt daher nicht vor.

**(2) Liquidation des Drittschadens**

Möglicherweise steht dem G jedoch das Recht zu, auch den Schaden des Dritten D, der diesem an seinem Eigentum entstanden ist und zu dessen Reparatur er gemäß § 535 Abs. 1 S. 2 BGB verpflichtet ist, nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation ersetzt zu verlangen. In Betracht kommt insoweit die gewohnheitsrechtlich anerkannte Fallgruppe der sog. **Obhutsfälle**. Es gilt, unter die Voraussetzungen der Drittschadensliquidation zu subsumieren:

aa. Hier hat der Gläubiger G zwar dem Grunde nach einen Ersatzanspruch gegen S aus § 280 Abs. 1 BGB, jedoch keinen eigenen Schaden.

bb. Mit dem D ist ferner ein Dritter Geschädigter; D hat jedoch gegen den in Rede stehenden Anspruchsgegner S keinen eigenen vertraglichen Anspruch. Insbesondere ist D nicht in den Schutzbereich des Vertrags zwischen G und S einbezogen, so dass ihm kein eigener vertraglicher Anspruch gegen S zusteht. Gegen die Einbeziehung spricht vorliegend das fehlende Interesse des G an der Einbeziehung des D. Auch erscheint die Erkennbarkeit für S fraglich (anderes Ergebnis gut vertretbar).

cc. Der Schaden ist aufgrund der mietrechtlichen Bestimmungen auch zufällig vom Anspruchsberechtigten G auf den Dritten D verlagert.

dd. Zuletzt müsste es unangemessen erscheinen, wenn der Schuldner bzw. Schädiger S hieraus einen Vorteil ziehen könnte. Im Allgemeinen muss ein Werkunternehmer damit rechnen, dass von ihm oder von seinen Erfüllungsgehilfen schuldhaft verursachte Schäden zu ersetzen sind. Dabei dürfen die dinglichen Verhältnisse des Leistungssubstrats sowie die schuldrechtlichen Verhältnisse des Bestellers, die dem Werkunternehmer ohnehin meist verborgen bleiben, keine Rolle spielen. Es erschiene unbillig, den Schuldner S von einer Ersatzpflicht für den von seinem Erfüllungsgehilfen schuldhaft verursachten Schaden nur deshalb zu befreien, weil der zu reparierende Maserati vom Besteller G nur gemietet wurde. Wäre G selbst Eigentümer, träfe den S ebenfalls eine Ersatzpflicht.

(3) Ergebnis: G hat gegen S einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB und kann den Schaden des D über die Grundsätze der Drittschadensliquidation ersetzt verlangen.

## 2. Abtretung des Schadensersatzanspruches an D gemäß § 398 BGB

Ausweislich des Sachverhaltes hat G dem D alle mit der Beschädigung in Verbindung stehenden Gewährleistungsansprüche gegen S abgetreten. Folglich wurde auch der bezeichnete Schadensersatzanspruch des G gegen S aus § 280 Abs. 1 BGB dem D mittels Abtretung gemäß § 398 BGB wirksam übertragen.

3. Ergebnis: D hat gegen S einen Anspruch auf Schadensersatz aus abgetretenem Recht gemäß § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. den Grundsätzen der Drittschadensliquidation.

## II. Anspruch des D gegen S aus § 831 Abs. 1 BGB

### 1. Tatbestandsmäßige, rechtswidrige unerlaubte Handlung eines Verrichtungsgehilfen

a. Verrichtungsgehilfe: A wird mit Wissen und Willen des S in dessen Interesse tätig und ist als Angestellter den Weisungen seines Geschäftsherrn unterworfen. Mithin ist A Verrichtungsgehilfe des S.

b. Tatbestandsmäßige, rechtswidrige unerlaubte Handlung: A verletzte tatbestandsmäßig und rechtswidrig das Eigentum des D (s.o.). Auf ein Verschulden des A kommt es insoweit nicht an.

c. In Ausführung der Verrichtung: Die Beschädigung des Maserati erfolgte auch gerade in Ausführung der Verrichtung und nicht nur „bei Gelegenheit“.

### 2. Keine Exkulpation des S nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB

Ein Verschulden des Geschäftsherrn wird nach der Konstruktion des § 831 Abs. 1 BGB vermutet. S kann sich jedoch gemäß § 831 Abs. 1 S. 2 BGB exkulpieren, sofern er bei der Auswahl und Überwachung des Verrichtungsgehilfen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt

beachtet hat. Laut Sachverhalt führte A seine Arbeiten sonst stets gewissenhaft aus. Ein Auswahl- oder Überwachungsverschulden des S kann somit widerlegt werden.

3. Ergebnis: D hat gegen S keinen Anspruch aus § 831 Abs. 1 BGB.

**Zusatzfrage:**

Fraglich ist, ob D gegen G einen Anspruch auf Abtretung des Ersatzanspruchs (stellvertretendes commodum) aus § 285 Abs. 1 BGB Zustand. Zu prüfen ist, ob die die Voraussetzungen des § 285 Abs. 1 BGB vorliegen.

1. G war D gegenüber zur Leistung eines Gegenstandes verpflichtet, nämlich zur Rückgabe des Wagens aus § 546 BGB.

2. Leistungshindernis i.S.d. § 275 Abs. 1, 2, 3 BGB: Teilweise (vgl. § 275 Abs. 1 BGB: „soweit“) objektive Unmöglichkeit der Rückgabe der Mietsache (§ 546 Abs. 1 BGB) in mangelfreiem Zustand, § 275 Abs. 1 Alt. 2 BGB.

3. Erlangung eines Ersatzes oder Ersatzanspruches: Anspruch des G gegen S auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB in Höhe des Drittschadens des D (s.o.)

4. Kausalzusammenhang zwischen Leistungshindernis und Ersatzerlangung: G hat seinen Ersatzanspruch gegen S gerade wegen der Beschädigung, die zur teilweisen Unmöglichkeit der Rückgabe der Mietsache führt, erlangt.

Ergebnis: G war D gegenüber zur Abtretung des Ersatzanspruchs verpflichtet, § 285 Abs. 1 BGB.



## Fall 45: Versandungskauf (obligatorische Gefahrentlastung, DSL)

Käufer D und Verkäufer G vereinbaren Versandungskauf (§ 447 BGB<sup>42</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.

### Lösungshinweise:

#### *I. Ansprüche des G gegen S*

Die Voraussetzungen der Drittschadensliquidation (Fallgruppe der obligatorischen Gefahrentlastung) liegen vor:

##### 1. G hat einen Anspruch, aber keinen Schaden:

Wegen der schuldhaften Zerstörung der Ware hat der Verkäufer G gegen S dem Grund nach einen vertraglichen Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB. Da G mangels Übergabe (§ 929 S. 1) immer noch Eigentümer der Ware ist, steht ihm außerdem ein deliktischer Schadensersatzanspruch gegen S zu. Allerdings hat er keinen Schaden, da im Innenverhältnis zwischen G und D das Risiko des Untergangs bzw. der Beschädigung der Kaufsache im Moment der Übergabe der Kaufsache an die Transportperson auf den Käufer D übergegangen ist, § 447 BGB.

##### 1. D hat einen Schaden, aber keinen Anspruch:

Der Schaden des D liegt darin, dass er wegen § 447 BGB die Ware bezahlen muss, obwohl er sie nicht erhält bzw. sie ihm beschädigt übergeben wird. Einen eigenen Schadensersatzanspruch gegen S steht ihm nicht zu, weil er weder einen Vertrag mit S geschlossen hat und mithin kein Schuldverhältnis zwischen ihm und S besteht (§ 280 BGB) noch er als Eigentümer eine Rechtsgutsverletzung i.S.d. § 823 I geltend machen kann.

##### 2. Zufällige Schadensverlagerung:

Aus Sicht des S handelt es sich um eine zufällige Verlagerung des Schadens von G auf D. Sie hat ihren Ursprung allein in der Gefahrtragungsregel des § 447 Abs. 1 BGB.

##### 3. Keine unbillige Entlastung des S:

Es erschiene unbillig, wenn S, der die Ware schuldhaft zerstört hat, aufgrund einer Regelung, die allein das Innenverhältnis zwischen Käufer und Verkäufer betrifft, von der Haftung freibleibe und D ohne Schadensersatz dastünde.

---

<sup>42</sup> Die Anwendbarkeit der Vorschrift ist regelmäßig gesperrt im Fall des Verbrauchsgüterkaufs, § 474 Abs. 4 BGB. Damit muss es sich bei D und G in Bezug auf den Kaufvertrag entweder um zwei Unternehmer oder zwei Verbraucher handeln.

4. Rechtsfolge: G steht gegenüber S der Anspruch zu, den dem D entstandenen Schaden zu liquidieren.

#### *II. Ansprüche des D gegen G*

1. Wenn die Ware untergegangen ist, ist G gegenüber D von der primären Pflicht zur Leistung gemäß § 433 Abs. 1 BGB befreit, § 275 Abs. 1 BGB.

2. Mangels Vertretenmüssen des G, der sich das Verschulden der Transportperson S auch nicht gemäß § 278 BGB zurechnen lassen muss – es bestand ja keine Bringschuld – scheidet auch ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB aus.

3. G steht allerdings der verschuldensunabhängige Sekundäranspruch aus § 285 BGB zu: Er kann von D verlangen, dass dieser ihm den Anspruch abtritt, den er gegenüber S aufgrund des Ereignisses erlangt hat, auf das die Unmöglichkeit der Leistung zurückzuführen ist.

#### *III. Ansprüche des D gegen S*

Erst nach erfolgter Abtretung kann D unmittelbar gegen S vorgehen. S schuldet D dann den Betrag, den G bei S aufgrund des Instituts der Drittschadensliquidation verlangen kann.

### Fall 46: Badfliesen (Werkvertrag, Gewährleistungsrechte)

B möchte in seinem Badezimmer neue Fliesen verlegen lassen und beauftragt den Fliesenleger U damit. B und U vereinbaren ein Honorar von 2000 € dafür. U kauft die Fliesen beim Händler H für einen Preis von 1000 €. H hat die Fliesen wiederum vom Hersteller P erworben. Nach dem Verlegen der Fliesen durch U stellt B fest, dass sich Blasen im Fugenmörtel bilden und teilweise Material an den Fliesenkanten abgeplatzt ist, was auf eine fehlerhafte Oberflächenbeschaffenheit der Fliesen zurückzuführen ist. Die Blasenbildung und die Kantenabplatzungen ließen sich nur durch das Auswechseln der Fliesen beheben. Die Kosten hierfür betragen 3000 €.

Welche Rechte hat B im Verhältnis zum Fliesenleger U?

Fortsetzung:

U, dem von H im Rahmen seines Anspruchs auf Nacherfüllung mangelfreie Fliesen zur Verfügung gestellt wurde, will wissen, ob er außerdem Anspruch auf Ersatz der zusätzlichen Kosten hat, die ihm durch den Ausbau der mangelhaften (Kosten: ca. 3.000 €) und den Einbau der mangelfreien Fliesen entstehen.

### Lösung Grundfall

#### **A. Anspruch auf Nacherfüllung aus §§ 631, 633 II Nr. 2, 634 Nr. 1, 633 I, II, 635 BGB**

B könnte gegen U einen Anspruch auf Nacherfüllung aus §§ 631, 633 II Nr. 2, 634 Nr. 1, 633 I, II, 635 BGB haben.

- I. B und U haben einen wirksamen Werkvertrag i.S.d. § 631 BGB über das Verlegen der Fliesen als Werk gegen eine Vergütung von 2000 € geschlossen.
- II. Der Nacherfüllungsanspruch setzt nach § 635 Nr. 1 BGB voraus, dass das Werk – hier also die verlegten Fliesen – mangelhaft i.S.d. § 633 BGB ist. Anhaltspunkte für einen Rechtsmangel bestehen nicht. Mangels ausdrücklicher Beschaffenheitsvereinbarung oder Vereinbarung über die vertraglich vorausgesetzte Verwendung zwischen B und U kommt hier nur ein Sachmangel gemäß § 633 I Nr. 2 BGB in Betracht. Demnach ist das Werk frei von Sachmängeln, wenn es sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann. Zwar eignen sich die Fliesen für ihre Verwendung als Bodenbelag, allerdings sind die Blasenbildung im Fugenmörtel sowie die Materialabplatzungen eine für Fliesen gleichen Art unübliche Beschaffenheit. Darüber hinaus durfte B auch Fliesen ohne diese Beeinträchtigungen erwarten. Somit liegt ein Sachmangel gemäß § 633 I Nr. 2 BGB vor.
- III. Der Anspruch besteht verschuldensunabhängig.
- IV. B kann von U Nacherfüllung gemäß §§ 631, 634 II Nr. 2, 634 Nr. 1, 633 I, II, 635 BGB verlangen. Da sich die Mängel nur durch ein Auswechseln der Fliesen

beheben lassen, hat B einen Anspruch auf den Ausbau der alten Fliesen und das Verlegen der neuen Fliesen.

**B. Recht zur Selbstvornahme und Anspruch auf Aufwendungsersatz aus §§ 631, 634 Nr. 2, 637 BGB**

Alternativ könnte B gemäß §§ 631, 633 II Nr. 2, 634 Nr. 2, 637 BGB das Recht haben, den Mangel selbst zu beseitigen und von U den Ersatz der dazu erforderlichen Aufwendungen zu verlangen.

- I. Ein Mangel im Sinne von § 633 II Nr. 2 BGB liegt vor (s. o.).
- II. Verschulden ist keine Voraussetzung für das Bestehen des Anspruchs.<sup>43</sup>
- III. Grundsätzlich setzt der Anspruch nach § 637 I BGB den erfolglosen Ablauf einer von B zur Nacherfüllung bestimmten angemessenen Frist voraus. Vorliegend greift auch keiner der Ausnahmetatbestände:
  - a. § 323 II BGB (Erfüllungsverweigerung, Wegfall des Leistungsinteresses des Bestellers, Vorliegen besonderer Umstände);
  - b. Fehlschlagen der Nacherfüllung;
  - c. Unzumutbarkeit der Nacherfüllung für den Besteller.
- IV. Ergebnis: B kann von U Ersatz der für die Selbstvornahme erforderlichen Aufwendungen erst verlangen, wenn er den Ablauf einer dem U gesetzten angemessenen Frist abgewartet hat.

**C. Rücktrittsrecht gemäß §§ 631, 634 Nr. 3 Alt. 1, 636, 323 und 326 V BGB**

Möglicherweise steht B auch ein Rücktrittsrecht zu.

- I. Dann müsste ein Rücktrittsgrund gemäß §§ 631, 634 Nr. 3 Alt. 1, 323 BGB vorliegen.
  - a. Ein gegenseitiger Vertrag i.S.v. § 323 I BGB ist der Werkvertrag zwischen B und U.
  - b. Da das von U erbrachte Werk einen Sachmangel gemäß § 633 I Nr. 2 BGB aufweist, liegt eine vertragsgemäße Leistung des U vor. Mithin besteht zugunsten des B ein Rücktrittsgrund nach §§ 634 Nr. 3 Alt. 1, 323 I 1 Alt. 2 BGB.
  - c. Das Rücktrittsrecht setzt nach § 323 I BGB die erfolglose Fristsetzung durch B voraus.
  - d. Ferner dürften keine Ausschlussgründe nach § 323 V, VI BGB vorliegen. Diese sind nicht ersichtlich, insbesondere sind die Kantenabplatzungen und die Blasen keine unerheblichen Pflichtverletzungen und B ist nicht für diese verantwortlich.

---

<sup>43</sup> Anders ist die Rechtslage im Kaufrecht.

- II. Ergebnis: Soweit B dem U erfolglos eine Frist gesetzt hat, kann er zurücktreten. Er müsste hierzu den Rücktritt nach § 349 BGB gegenüber U erklären. Die Rechtsfolgen des Rücktritts würden sich nach den §§ 346 ff. BGB richten.

#### **D. Recht auf Minderung der Vergütung, §§ 631, 634 Nr. 3 Alt. 2, 638 BGB**

Möglicherweise kann B alternativ zum Rücktritt ein Minderungsrecht ausüben.

- I. Die Voraussetzungen des Rücktritts müssten vorliegen, insbesondere die von B dem U zu setzende Frist erfolglos abgelaufen sein, s. o.
- II. Außerdem müsste B nach § 638 I 1 BGB gegenüber U die Minderung erklären.
- III. Rechtsfolge der Minderung: Nach § 638 III BGB ist die Vergütung in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert des Werkes in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde: Wirklicher Wert des Werks (im mangelhaften Zustand) x vereinbarter Werklohn / Wert des Werks im mangelfreien Zustand. Für den Fall, dass B den Werklohn bereits bezahlt hat, könnte er nach § 638 IV BGB von U die zu viel gezahlte Vergütung zurückverlangen.

#### **E. Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung, §§ 631, 634 Nr. 4 Alt. 1, 636, 280 I, III, 281 I 1 Alt. 2 BGB**

Schließlich ist auch an einen Anspruch des B gegen U auf Schadensersatz statt der Leistung zu denken, der auf die Kosten des Entfernens der Fliesen und des Verlegens neuer Fliesen gerichtet ist.

- I. Der Werkvertrag zwischen B und U verkörpert ein Schuldverhältnis i.S.v. § 280 I 1 BGB.
- II. Als Pflichtverletzung kommt das mangelhafte Fliesenverlegen in Betracht.
- III. Zwar wird das Vertretenmüssen des U nach § 280 I 2 BGB vermutet, möglich ist aber eine Exkulpation des U:
  1. Vorliegend kann U gegenüber B zunächst auf das Verschulden des Herstellers verweisen.
    - i. Eine Prüfungspflicht obliegt dem U im Verhältnis zu B nicht. Etwas anderes folgt auch nicht aus § 377 HGB, Die Vorschrift betrifft das Verhältnis allein zum Verkäufer der Fliesen.
    - ii. Auch ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen, dass U den Fehler während des Verlegens hätte bemerken können.
  - Eigenes Verschulden des U ist damit zu verneinen.

2. Auch muss U sich nach ganz herrschender Meinung das Verschulden des Herstellers nicht gemäß § 278 BGB zurechnen lassen.<sup>44</sup> Es handelt
- IV. Auf das Fehlen der gemäß § 281 I BGB grundsätzlich erforderlichen Fristsetzung und ihres Ablaufs kommt es damit gar nicht mehr an.

Ein Schadensersatzanspruch des B gegen U scheidet nach h. M. aus (a. A. im Hinblick auf § 278 BGB gut vertretbar).

## Fortsetzung

### A. Ansprüche des U gegen H

#### I. Anspruch auf Nacherfüllung, §§ 433 I, 434 I Nr. 2, 437 Nr. 1, 439 BGB

1. Ein Kaufvertrag wurde zwischen U und H geschlossen, § 433 BGB.
2. Auch wiesen die Fliesen bei Gefahrübergang einen Mangel iSd § 434 I Nr. 2 BGB.
3. Ein etwaiges Vertretenmüssen des H ist keine Anspruchsvoraussetzung.
4. Ein Ausschluss der Gewährleistungsrechte des U ist nicht ersichtlich, insbesondere lässt sich dem Sachverhalt kein Verstoß gegen die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit gemäß § 377 HGB entnehmen.
5. Zwischenergebnis: Ein Nacherfüllungsanspruch des U gegen H besteht. Nachbesserung (Reparatur) scheidet vorliegend aus (§ 275 I BGB), in Betracht kommt nur Neulieferung.

Fraglich ist der Umfang des Neulieferungsanspruchs.

- a. Unstreitig ist von der Nacherfüllungspflicht die Lieferung mangelfreier Fliesen umfasst.
- b. Fraglich ist, ob der gewährleistungspflichtige Werkunternehmer U von H darüber hinaus auch den Aus- und den Einbau der Fliesen bzw. die dafür anfallenden Kosten in Höhe von 3000 Euro ersetzt verlangen kann.

Zwar hat der EuGH in seinem Urteil vom 16.06.2011 in Sachen Weber und Putz<sup>45</sup> entschieden, dass der Ausbau der mangelhaften und der Einbau der Ersatzsache von dem Anspruch auf Nacherfüllung wie er in der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf definiert ist umfasst sind (weites Verständnis der

---

<sup>44</sup> BGH, Urt. v. 9.2.1978 - VII ZR 84/77 – Heizungsventil, NJW 1978, 1157: „Das [Tätigkeit des Erfüllungsgehilfen als eine vom Schuldner gewollte oder gebilligte Mitwirkung bei der Vertragserfüllung als Voraussetzung für die Anwendung von § 278 BGB] ist aber bei *der Lieferung* von Gegenständen, die der Unternehmer bei der Herstellung des Werks verwendet, nicht der Fall. Diese Lieferung erfolgt nämlich im Rahmen des zwischen dem Unternehmer und seinem Lieferanten geschlossenen Kaufvertrages. Sie ist damit gerade nicht in den werkvertraglichen Pflichtenkreis des Unternehmers gegenüber dem Besteller einbezogen. Insoweit besteht kein wesentlicher Unterschied gegenüber den Fällen, in denen eine Kaufsache vom Käufer weiterverkauft wird.“ A. A. z. B. Grundmann, MüKoBGB, 2016, § 278 Rn. 34.

<sup>45</sup> Näher *Bien*, Haftung für reine Vermögensschäden in der Absatzkette - Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 16. Juni 2011, verb. Rs. C-65/09 und C-87/09 - Weber und Putz, ZEuP 2012, 644 ff.

Nacherfüllung aufgrund des hohen Verbraucherschutzes). Diese Vorgabe hat der BGH in seinem Urteil vom 21.12.2011<sup>46</sup> umgesetzt.

B2B-Geschäfte werden jedoch nicht von der Richtlinie erfasst. Die richtlinienkonforme Auslegung à la Weber und Putz gilt nur im Rahmen von B2C-Verträgen im Sinne der §§ 474 I BGB, nicht im Verhältnis von Unternehmern zueinander (enges Verständnis der Nacherfüllung; "gespaltene Auslegung des § 439 BGB").<sup>47</sup> Ein solcher Fall liegt hier durch Kaufvertrag zwischen den Unternehmern i.S.d. § 14 BGB U und H vor.

c. Erg.: Der Nacherfüllungsanspruch umfasst somit nicht die Ein- und Ausbaurkosten.

6. Ergebnis: U kann von H lediglich Lieferung mangelfreier Fliesen verlangen, §§ 433 I, 434 I Nr. 2, 437 Nr. 1, 439 BGB

## II. Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung, §§ 433 I, 434 I Nr. 2, 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 Alt. 2 BGB

1. Der Kaufvertrag zwischen U u. H verkörpert ein Schuldverhältnis i.S.v. § 280 I 1 BGB.
2. Als Pflichtverletzung kommt die Lieferung der mangelhaften Fliesen durch H in Betracht.

Zwar wird das Vertretenmüssen des H nach § 280 I 2 BGB vermutet, möglich ist aber eine Exkulpation des H. Vorliegend kann H gegenüber U zunächst auf das Verschulden des Herstellers P verweisen. Dem Sachverhalt ist nicht zu entnehmen, dass H als Zwischenhändler den Sachmangel hätte bemerken können. Eigenes Verschulden des H ist zu verneinen. Auch muss H sich nach ganz herrschender Meinung das Verschulden des Herstellers P nicht gemäß § 278 BGB zurechnen lassen (siehe Grundfall).

3. Erg.: Ein Schadensersatzanspruch des U gegen H gemäß §§ 433 I, 434 I Nr. 2, 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 Alt. 2 BGB besteht nach ganz h. M. nicht (a. A. im Hinblick auf § 278 BGB vertretbar).

## B. Ansprüche des U gegen P

### I. Vertraglicher Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 280 I, III, 281 I 1 Alt. 2 BGB

Ein Anspruch des U gegen P auf Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 280 I, III, 281 I 1 Alt. 2 BGB scheidet mangels Schuldverhältnisses zwischen U und P aus.

### II. Deliktischer Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 I BGB

U könnte gegen P einen Schadensersatzanspruch aus § 823 I BGB haben.

<sup>46</sup> BGH, Urt. v. 21.12.2011, VIII ZR 70/08, NJW 2012, 1073.

<sup>47</sup> BGH, Urt. v. 17.10.2012, VIII ZR 226/11, NJW 2013, 220 – *Granulat*; dazu *Bien*, Mangelbedingte Haftung und Regressansprüche im Verhältnis zwischen Hersteller, Händler, Werkunternehmer und Besteller, BauR 2013, 341 ff.

Dazu müsste zunächst eine Rechtsgutsverletzung auf der Seite des U vorliegen.

Eine Eigentumsverletzung aufgrund der Lieferung der mangelhaften Fliesen scheidet aus. Allein die Lieferung einer mangelhaften Sache stellt keine Eigentumsverletzung dar. Der Erwerber U war nie Eigentümer mangelfreier Fliesen.<sup>48</sup>

Auch scheidet eine Rechtsgutsverletzung unter dem Gesichtspunkt des Eingriffs in den ausgeübten und eingerichteten Gewerbebetrieb aus. Die Vorschrift § 823 I BGB schützt nur vor unmittelbaren, betriebsbezogenen Eingriffe in Unternehmen. Ein derartiger Eingriff liegt vorliegend nicht vor.

Eine Rechtsgutsverletzung ist vorliegend zu verneinen. Die Kosten des Aus- und Einbaus der Fliesen sind damit für U ein reiner Vermögensschaden, der von § 823 I BGB nicht erfasst wird.

U kann gegen P keine Ansprüche aus § 823 I geltend machen.

---

<sup>48</sup> BGHZ 86, 256 [259] = NJW 1983, 819; BGHZ 39, 366 [367] = NJW 1963, 1827.



## Fall 47: Verkannte Meningitis<sup>49</sup> (Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler)

*Patientin P, die über starke und anhaltende Kopfschmerzen, Übelkeit und Erbrechen klagte, wurde von ihrem Hausarzt wegen Verdachts auf Meningitis (Hirnhautentzündung) ins Krankenhaus eingewiesen. Die in der Notaufnahme diensthabende Fachärztin A der Inneren Medizin entließ diese jedoch – ohne weitere, bei dieser Symptomatik angezeigte diagnostische Maßnahmen wie Lumbalpunktion oder eine Computertomographie des Schädels – mit der unrichtigen Diagnose „muskulär bedingter Kopfschmerz“ wieder nach Hause. Als P zwei Tage später in kritischem Zustand erneut ins Krankenhaus gebracht wurde, stellte Neurologe N eine Hirnblutung als Folge einer Meningitis fest. Trotz ordnungsgemäßer Behandlung im Anschluss blieb der linke Arm der P gelähmt. P führt dies auf die verspätete Behandlung zurück. Ein medizinisches Gutachten stellt fest, dass die Lähmung bei umgehender Behandlung mit einer Wahrscheinlichkeit von 60 % hätte verhindert werden können.*

*Hat P Ansprüche auf Schadensersatz gegen A und das Krankenhaus?*

### A. Anspruch der P gegen A auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB<sup>50</sup>?

#### I. Haftungs begründender Tatbestand

1. Rechtsgutsverletzung: Die Lähmung stellt eine Gesundheitsschädigung bzw. Körperverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB dar.

2. Menschliche Handlung: Die Handlung liegt hier im – aufgrund der beruflichen Übernahme von Schutzpflichten durch A – pflichtwidrigen Unterlassen der angezeigten diagnostischen Maßnahmen (Lumbalpunktion, CT) sowie im Stellen der falschen Diagnose (Kopfschmerz), die eine zügige Behandlung verhinderten.

#### 3. Haftungs begründende Kausalität

Fraglich ist, ob das Unterlassen der erforderlichen Untersuchungen bzw. Stellen der falschen Diagnose kausal für die Lähmung der P ist.

Grundsätzlich ist der Vollbeweis für das Vorliegen der haftungs begründenden Kausalität erforderlich. Demnach müsste die Fehldiagnose der A mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zur Lähmung der P geführt haben (vgl. § 286 ZPO). Dies ist hier aber nicht der Fall. Denn die Wahrscheinlichkeit, dass P bei korrekter Diagnose und schneller Behandlung nicht geschädigt worden wäre, beträgt nur 60 %, sodass unter allgemeinen schadensersatzrechtlichen Gesichtspunkten kein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB bestünde.

<sup>49</sup> Angelehnt an LG Stuttgart 15 O 543/93. Bearbeitet von Marco Bretzigheimer.

<sup>50</sup> Hinweise zur **Ersatzpflichtigkeit von Ärzten und Pflegepersonal** bei Förster, in: BeckOK Bamberger/Roth BGB, 41. Edition 2016, § 823 Rn. 885-892. – **Nichtbeamtete Ärzte** haften aus § 823 Abs. 1 BGB. In der stationären (d.h. nicht ambulanten) Krankenbehandlung öffentlicher Krankenhäuser arbeitende Ärzte haften hingegen als **Beamte** nach der Vorschrift des § 839 Abs. 1 BGB subsidiär, wenn nicht vom Krankenträger Ersatz erlangt werden kann (Verweisungsprivileg des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB). Art. 34 GG scheidet jedoch aus.

Im Rahmen der Arzthaftung besteht jedoch die Möglichkeit einer Beweislastumkehr hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität zugunsten des geschädigten Patienten. Diese wurde von der Rechtsprechung entwickelt und greift, wenn ein grober Behandlungsfehler vorliegt und dieser grundsätzlich geeignet ist, die eingetretene Verletzung herbeizuführen.<sup>51</sup> Ersteres ist nur zu bejahen, wenn der Fehler dem Arzt aus objektiver Sicht *schlechterdings nicht unterlaufen darf*.<sup>52</sup> *Ein wie hier vorliegender Befunderhebungsfehler ist demnach als „grob“ zu qualifizieren*, wenn der Arzt es unterlässt, medizinisch zweifelsfrei gebotene Befunde zu erheben.<sup>53</sup> Hier waren die genannten Maßnahmen (Lumbalpunktion, CT) angesichts der Symptome zweifelsfrei erforderlich, zumal P mit Verdacht auf Meningitis eingeliefert wurde.<sup>54</sup> Der Befunderhebungsfehler war hier laut Sachverständigengutachten auch grundsätzlich geeignet, die Lähmung mittelbar durch das Herausögern der Behandlung herbeizuführen.

Mithin wird das Vorliegen der haftungsbegründenden Kausalität vermutet (ggf. § 630h Abs. 5 S. 1 BGB analog). Dem Sachverhalt ist nicht zu entnehmen, dass A der Gegenbeweis gelungen wäre.

4. Rechtswidrigkeit: Die Rechtswidrigkeit wird durch die Tatbestandsmäßigkeit indiziert.

5. Verschulden: A handelte fahrlässig i.S.d. § 276 Abs. 2 BGB.

## II. Haftungsausfüllender Tatbestand und Rechtsfolge

P hat einen Anspruch gegen A auf Ersatz ihrer kausal durch die Lähmung des Arms entstehenden Schäden, insbesondere Ersatz der zusätzlich angefallenen Behandlungskosten, etwa erforderlicher Pflegemaßnahmen, Ersatz etwaigen Verdienstausfalls und Schmerzensgeld, § 253 Abs. 2 BGB. A kann sich auch nicht auf den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens berufen.

## B. Anspruch der P gegen den Träger des Krankenhauses K auf Schadensersatz aus §§ 630a, 280 Abs. 1, 278 BGB?

### I. Haftungsbegründender Tatbestand

---

<sup>51</sup> RGZ 171, 168, 171; BGH *NJW* 1998, 1780, 1781. Fraglich ist seit der Einführung des infolge dieser Rechtsprechung geschaffenen § 630h Abs. 5 BGB hier lediglich die **dogmatische Einordnung**: Mangels Behandlungsvertrag (§ 630a BGB) zwischen P und der Ärztin A selbst ist § 630h Abs. 5 BGB nicht direkt anwendbar. In Betracht kommt eine (insoweit doppelt) analoge Anwendung auf deliktische Ansprüche zu der im Lager des Vertragspartners (Krankenhausträger) stehenden Ärztin A oder die schlichte Anwendung der entwickelten und noch fortgeltenden Rechtsprechung.

<sup>52</sup> BGH *NJW* 1998, 1780, 1781.

<sup>53</sup> *Wagner*, in: MüKo BGB, 13. Auflage 2013, § 823 Rn. 853; nach OLG Brandenburg *VersR* 2002, 313, 314 „Befunde, die in medizinischen Standard-Lehrbüchern empfohlen und in Fettdruck hervorgehoben werden“. Beachte: In den Fällen des § 630h Abs. 5 S. 2 BGB genügt auch ein einfacher Befunderhebungsfehler.

<sup>54</sup> Ein bloßer **Diagnosefehler** ist vorliegend somit nicht einschlägig.

1. Schuldverhältnis: P und der Krankenhausträger schlossen einen Behandlungsvertrag (§ 630a BGB).<sup>55</sup>
2. Pflichtverletzung: Die Pflichtverletzung liegt hier in der Unterlassung einer ordnungsgemäßen Befunderhebung und der damit verbundenen verspäteten Behandlung.
3. Kausale Rechtsgutsverletzung<sup>56</sup>: Bei P ist mit der Lähmung eine Verletzung des Körper und der Gesundheit eingetreten. Ihr kommt hier die oben dargestellte Kausalitätsvermutung wegen eines groben Behandlungsfehlers (unmittelbar) aus § 630h Abs. 5 S. 1 BGB zugute.
4. Vertretenmüssen: Das Verschulden der A wird dem Krankenhausträger gemäß § 278 BGB zugerechnet<sup>57</sup>, sodass er die Pflichtverletzung auch zu vertreten hat, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB.

## II. Haftungsausfüllender Tatbestand und Rechtsfolge

P hat einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Träger des Krankenhauses aus §§ 630a, 280 Abs. 1, 278 BGB.

### C. Anspruch der P gegen den Träger des Krankenhauses auf Schadensersatz aus § 831 Abs. 1 BGB<sup>58</sup>?

#### I. Tatbestandsmäßige, rechtswidrige unerlaubte Handlung eines Verrichtungsgehilfen

1. Verrichtungsgehilfe: A wird mit Wissen und Willen des Krankenhausträgers in dessen Interesse tätig und ist den Weisungen seines Geschäftsherrn unterworfen. Mithin ist A Verrichtungsgehilfe.

---

<sup>55</sup> Vgl. *Katzenmeier*, in: BeckOK Bamberger/Roth BGB, 41. Edition 2016, § 630a Rn. 72-82 zu den möglichen Vertragspartnern des § 630a BGB bei den ausdifferenzierten Konstellationen der Krankenhausbehandlungen.

<sup>56</sup> Beachte: Der Gesetzgeber geht ausweislich der Begründung (BT-Drs. 17/10488, 30) und wie schon zuvor die Rechtsprechung (seit BGH, NJW 1987, 705, 706) davon aus, dass bei der vertraglichen Haftung des Behandelnden genauso wie bei der deliktischen Haftung nach § 823 Abs. 1 die Rechtsgutsverletzung zu dem – nach § 286 ZPO zu beweisenden – haftungsbegründenden Tatbestand gehört. Nicht anwendbar ist demgegenüber das niedrigere Beweismaß des § 287 ZPO, das allein im haftungsausfüllenden Tatbestand Anwendung findet. Der BGH (aaO) hatte die Gleichbehandlung von vertraglicher und deliktischer Haftung damit begründet, dass es sich um völlig übereinstimmende Verhaltenspflichten handle, daher „auch der Haftungsgrund in gleicher Weise abgegrenzt werden [müsse]“, eine „Differenzierung zu unhaltbaren Ergebnissen führen [würde].“

<sup>57</sup> Anmerkung: Für seine leitenden Krankenhausärzte haftet der Anstaltsträger im Wege der Organhaftung nach §§ 31, 89 BGB ohne Exkulpationsmöglichkeit. Für die nachgeordneten Ärzte und die nichtärztlichen Dienste gilt § 278 BGB. Näher *Katzenmeier*, in: BeckOK Bamberger/Roth BGB, 41. Edition 2016, § 630a Rn. 76.

<sup>58</sup> Hinweise zur **Ersatzpflichtigkeit von Krankenhausträgern** bei *Förster*, in: BeckOK Bamberger/Roth BGB, 41. Edition 2016, § 823 Rn. 893-898. – In den klassischen Fällen der „**totalen Krankenhausaufnahmeverträge**“ muss sich der Träger das Fehlverhalten der weisungsfrei arbeitenden Chefärzte ohne Exkulpationsmöglichkeit gemäß §§ 31, 89 BGB zurechnen lassen. Gegenüber den übrigen Ärzten und dem Pflegepersonal ist er hingegen Geschäftsherr und muss nach § 831 BGB einstehen. Dies gilt nicht in den Fällen der „**gespaltenen Krankenhausaufnahmeverträge**“, bei denen der Patient für die ärztliche Behandlung als solche einen separaten Vertrag mit dem (externen) Belegarzt abschließt, in deren Rahmen der Arzt dann nicht Verrichtungsgehilfe des Trägers ist.

2. Tatbestandsmäßige, rechtswidrige unerlaubte Handlung: A verletzte tatbestandsmäßig und rechtswidrig den Körper und die Gesundheit der P in Ausführung der Verrichtung (s.o.).

II. Keine Exkulpation des Krankenhausträgers nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB

Ein Verschulden des Krankenhausträgers wird vermutet. Er kann sich jedoch gemäß § 831 Abs. 1 S. 2 BGB exkulpieren, sofern er bei der Auswahl und Überwachung des Verrichtungsgehilfen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet hat.

Vorliegend sind (noch) keine Exkulpationsgründe durch den Krankenhausträger vorgebracht worden.

III. Rechtsfolge: P hat einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 831 Abs. 1 BGB.

### Fall 48: Schimmel ohne Ende (Miete, Minderung, Schadensersatz)<sup>59</sup>

M bewohnt eine von V gemietete und in deren Eigentum stehende Wohnung. Die Miete beträgt 450 EUR/Monat und wird von M jeweils am Monatsersten überwiesen. Am 13.01.2012 tritt an einer an das Bad angrenzenden Wohnzimmerwand Schimmel auf, der auf eine defekte Wasserleitung im Bad zurückzuführen ist. Nach Anzeige gegenüber V wird der Schaden durch Renovierung des Bads sowie Aufstellen von Trocknungsgeräten behoben. Am 20.02.2012 tritt Schimmel im Flur an einer Wand, am 21.02.2012 Schimmel in einer Wohnzimmernische unter dem Laminat auf. Beide Stellen grenzen an das Bad. Wieder werden durch V Trocknungsgeräte aufgestellt. Wegen der erforderlichen Neuverlegung des Laminats wohnt M zwischen dem 16. und dem 31. März 2012 im Hotel. Die dafür entstehenden Kosten in Höhe 800 EUR übernimmt ihre Hausratsversicherung.

Am 27.03.2012 tritt erneut Schimmel in einer Wohnzimmernische, die an das Bad grenzt, auf. M verlangt von V Beseitigung, die jedoch ausbleibt. Nach Wiedereinzug im April fordert M erneut am 13.04.2012 und am 30.04.2012, diesmal unter Androhung einer fristlosen Kündigung, V zur Beseitigung des Schimmels auf.

Als V nicht aktiv wird kündigt M das Mietverhältnis zunächst am 30.04.2012 ordentlich zum 31.07.2012 und, nachdem M eine neue Wohnung gefunden hat, am 18.5.2012 außerordentlich. Seit Juni 2012 überweist M dem V auch keine Miete mehr. Für die Wohnungssuche sind M Maklerkosten in Höhe von 1500 € entstanden. Da die neu angemietete Wohnung erst später frei wird, entstehen M zu den Umzugskosten in Höhe von 2000 € Kosten für die Lagerung der Möbel von 600 €. Darüber hinaus fallen zusätzliche Fahrtkosten für den Arbeitsweg von Ms provisorischer Unterkunft bei den Eltern zum Arbeitsplatz in Höhe von 500 € an.

Rechtslage?

#### Lösungsskizze

##### A. Ansprüche des V gegen M auf Bezahlung von Miete für die Monate Juni und Juli 2012?

1. Mietvertrag abgeschlossen.

2. Wirksam gekündigt?

a. Ordentliche Kündigung erst zum 31.7.2012.

b. Außerordentliche Kündigung gem. § 543 I BGB<sup>60</sup>?

Voraus.: Unzumutbarkeit eines weiteren Verbleibens in der Wohnung.

- Verbliebene Schimmel in der Wohnzimmernische allein nicht ausreichend für eine fristlose Kündigung.

---

<sup>59</sup> Angelehnt an AG Wiesbaden, Urteil vom 9.6.2015 - 91 C 3913/13 (84), BeckRS 2015, 11218.

<sup>60</sup>

- Hier ist jedoch zu berücksichtigen, dass sich die Arbeiten zur Beseitigung des Schimmels seit Ende Jan. 2012 hinzogen und die Wohnung im März 2012 gar nicht bewohnt werden konnte. Wenn dann noch am Ende der Renovierungsphase Schimmel vorhanden ist und dieser trotz dreimaliger Aufforderung (mit Androhung der fristlosen Kündigung) nicht beseitigt wurde, liegt eine erhebliche Missachtung der Interessen der Rechte der Beklagten vor. Risiko gesundheitlicher Probleme.

3. Erg.: Kein Anspruch auf Mietzahlung des V gegen M.

### **Ansprüche der M gegen V?**

#### ***I. Anspruch auf Rückzahlung der hälftigen Mietzahlung für den Monat März aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB?***

1. V hat Miete erlangt.
2. Durch Leistung der M.
3. Rechtsgrundlos?
  - a. Mietvertrag zwar geschlossen, daher Verpflichtung zur Zahlung.
  - b. Aber: Minderung in Höhe einer halben Monatsmiete? Tritt gemäß § 536 BGB automatisch ein (kein Gestaltungsrecht), da Wohnung während Renovierung des Bodens nicht benutzbar. (Keine Anrechnung des Hotelaufenthaltes, der von der Versicherung der M bezahlt wurde.)
4. Kein Ausschluss gemäß § 814 BGB, da dem SV nicht entnommen werden kann, dass M zum Zeitpunkt der Zahlung (Monatserster) bereits wusste, dass 100prozentige Minderung während zweiter Hälfte des Monats eintritt.
5. Erg.: M kann von V Rückzahlung von 225 EUR für die zweite Märzhälfte verlangen.

#### ***II. Anspruch auf Schadensersatz aus § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB?***

1. Mietvertrag
2. Anfänglicher Mangel (Schimmelbildung aufgrund defekter Leitungen im Bad)
3. Kein Verschuldenserfordernis
4. Umfang des Schadensersatzanspruchs (Kausalverhältnis zwischen Mangel und Aufwendungen):
  - a. Umzugskosten (2.000 EUR) +
  - b. Maklerkosten (1.500 EUR) +
  - c. Zusätzliche Fahrtkosten (500 EUR) +
  - d. Kosten für Einlagerung der Möbel (600 EUR) +
  - e. Hotelkosten (800 EUR)

– Vorteilsausgleichung? Wohl eher nicht, weil Versicherungsleistung von M mit ihren Versicherungsprämien erkaufte wurde. Die Leistungen aus der Versicherung sollen nicht dem Vermieter zugutekommen.

### Fall 49: Zweiradtausch (Minderung beim Tausch?)

BWL-Student Alfred (A) tauscht sein Fahrrad (Wert: 1000 EUR) gegen das Moped (Wert: 2000 EUR) des Biologiestudenten Oscar (O). Bei einer Probefahrt kurz nach Austausch der beiden Zweiräder bemerkt A, dass die Vorderradbremse des Mopeds nicht funktioniert und Hydraulikflüssigkeit ausläuft. Die Reparatur würde 500 € kosten. Es ist davon auszugehen, dass der Wert des Mopeds im selben Umfang gemindert ist. O weigert sich, den Mangel zu beheben. A fragt die Jurastudentin J um Rat. Er weist darauf hin, dass er unbedingt ein Zweirad benötigt, um in die Uni zu gelangen. Geld habe er keines, könne sich die Reparatur also auf keinen Fall leisten.

#### Lösungshinweise

Mangels Vertretenmüssens des A kommen nur verschuldensunabhängige Gewährleistungsrechte in Betracht, namentlich Rücktritt und Minderung.

##### **I. Rücktritt**

Zu prüfen ist, ob die Voraussetzungen des Rücktritts gegeben sind.

1. Der Tauschvertrag zwischen A und O ist ein gegenseitiger Vertrag i.S.d. § 323 I BGB.
2. Zudem müsste der Tauschgegenstand nach §§ 480, 437 Nr. 2 Alt. 2 BGB einen Mangel i.S.d. §§ 434, 435 BGB aufweisen. Aufgrund des Defekts der Vorderradbremse ist hier unproblematisch von einem Sachmangel nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB auszugehen.
3. Wegen dieses Sachmangels ist keine vertragsgemäße Leistung seitens des O gegeben. Somit besteht zugunsten des A ein Rücktrittsgrund nach §§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 323 I 1 Alt. 2 BGB.
4. Da O die Behebung des Mangels verweigert, ist die nach § 323 I BGB grundsätzlich erforderliche Fristsetzung gemäß § 440 S. 1 Var. 1 BGB entbehrlich.
5. Es bestehen keine Anhaltspunkte für Ausschlussgründe nach § 323 V, VI BGB.
6. Mithin sind die Voraussetzungen des Rücktritts gegeben.

Es fehlt allerdings noch die Ausübung des Rücktrittsrechts. Hierfür bedürfte es einer entsprechenden Erklärung des I, § 349 BGB. Rechtsfolge wäre die Rückabwicklung des Tausches, § 346 ff. BGB. O erhielte sein Moped Zug um Zug gegen das Fahrrad zurück.

##### **II. Minderung**

Möglicherweise kann A von O eine Ausgleichszahlung nach §§ 480, 437 Nr. 2 Alt. 2, 441, 440 S. 1 BGB verlangen. Grundlage für den Anspruch auf Ausgleichszahlung ist möglicherweise die Minderung aus §§ 441 I 1 i.V.m. 480 BGB.



Es stellt sich jedoch die Frage, ob im Fall eines Tauschvertrags Minderung überhaupt in Betracht kommt. Die kaufrechtliche Vorschrift geht von der Möglichkeit aus, den Geldbetrag anteilig zu reduzieren. Die Übertragung auf die Situation des Tausches ist aber dann problematisch, wenn es sich bei der Gegenleistung, die anteilig zu kürzen wäre, wie hier um einen unteilbaren Gegenstand handelt.<sup>61</sup>

Nach einer Minderheitenansicht scheidet die Minderung im Fall des Tausches aus.<sup>62</sup> Die ganz herrschende Gegenansicht gewährt dem zur Minderung berechtigten hingegen einen Anspruch auf Barzahlung der Minderungsdifferenz.<sup>63</sup>

Die Entscheidung des Streits, ob Minderung im Fall des Tauschs überhaupt möglich ist, kann offenbleiben, wenn dieser Rechtsbehelf für A ohnehin wirtschaftlich unsinnig wäre.

Hierfür gilt es zu klären, was vorliegend Rechtsfolge der Minderung wäre. Die Übertragung der kaufrechtlichen Regeln (§§ 441 III, IV BGB) auf den Tausch führt dazu, dass derjenige, der die mangelhafte Sache erhalten hat, der anderen Seite eine verringerte Gegenleistung geben muss (§ 441 IV BGB). Die Gegenleistung wird in dem Verhältnis gemindert, in dem der Wert der Tauschsache im hypothetischen fehlerfreien Zustand gegenüber dem tatsächlichen Zustand der mangelhaften Sache herabgesetzt ist (§ 441 III BGB). Vorliegend wäre das Moped im mangelfreien Zustand 2000 € wert. Der tatsächliche Wert beträgt aber nur 1500 €. Folglich hat sich der Wert des Mopeds um ein Viertel verringert. Entsprechend könnte A nach erfolgter Minderung den Wert seiner Gegenleistung – also der Übergabe und Übereignung des Fahrrads im Wert von 1000 € – gleichfalls um ein Viertel auf 750 € mindern. Dieses Ergebnis könnte nur in der Weise erreicht werden, dass man A gegenüber O einen Ausgleichsanspruch in Höhe von 250 € zugesteht.

### **III. Abschließende Empfehlung der Jurastudentin J**

Im Fall des Rücktritts erhalte A von O sein mangelfreies Fahrrad im Wert von 1000 € zurück. Unterstellt man, dass Minderung in Betracht kommt, könnte A zwar das Moped des O, das selbst im mangelhaften Zustand mehr wert ist als das fahrtüchtige Fahrrad des A, behalten. Er erhalte von O allerdings nur 250 € als Ausgleich und müsste gleichzeitig Reparaturkosten

---

<sup>61</sup> Gegenbeispiel: Die Gegenleistung lautet 100 kg. Kartoffeln.

<sup>62</sup> Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2002, Rn. 606, die auf die ersatzlose Streichung von § 473 BGB a. F. verweisen. Er lautete: „Sind neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreise Leistungen bedungen, die nicht vertretbare Sachen zum Gegenstande haben, so sind diese Leistungen in den Fällen der §§ 471, 472 nach dem Werte zur Zeit des Verkaufs in Geld zu veranschlagen. Die Herabsetzung der Gegenleistung des Käufers erfolgt an dem in Geld festgesetzten Preise; ist dieser geringer als der abzusetzende Betrag, so hat der Verkäufer den überschießenden Betrag dem Käufer zu vergüten.“

<sup>63</sup> Auf der Grundlage des früheren Rechts die Rechtsprechung in RGZ 73, 143, 152; 72, 299, 301; Staudinger/Mader/Schermeier, BGB, 2014, § 480 Rn. 17; Palandt/Putzo, § 480, Rn. 6; MüKoBGB/Westermann, BGB, § 480 Rn. 7; Erman/Grunewald, BGB, § 480 Rn. 6. Zum selben Ergebnis gelangt Medicus, Schuldrecht BT, Rn. 170, wenn er meint, dass derjenige, dessen Leistung mangelhaft war, den Wertverlust des anderen gemäß § 242 BGB verhältnismäßig in Geld ausgleichen muss.

in Höhe von 500 € aufwenden, um das Moped überhaupt nutzen zu können. Geht man davon aus, dass A die fehlenden 250 € nicht aufwenden kann, scheidet Minderung ohnehin aus. J wird A daher zum Rücktritt raten. Die Frage, ob Minderung beim Tausch in Betracht kommt, muss vorliegend also nicht geklärt werden.