

JURISTISCHES EXAMINATORIUM

HÖCHSTRICHTERLICHE RECHTSPRECHUNG ZUM BGB

Kursbegleitendes Skript
(vollständige Fassung)
Stand: 2.10.2015

Diese Unterlagen sind für Teilnehmer des universitären Examenskurses bestimmt.

Inhalt

INHALT	2
A. ALLGEMEINER TEIL DES BÜRGERLICHEN GESETZBUCHS	5
I. Vertragsschluss	5
1. Bedingtes Verkaufsangebot in Internetauktion bei Anfechtbarkeit	5
BGH, Urt. v. 8.1.2014 – VIII ZR 63/13, NJW 2014, 1292 (Vorzeitige Beendigung einer Ebay-Auktion) ..	5
2. Abschluss des Kaufvertrags mit Füllen des Tanks	7
BGH, Urt. v. 4.5.2011 – VIII ZR 171/10, NJW 2011, 2871	7
3. Einvernehmliche Verwendung eines Standardformulars durch Verbraucher	13
BGH, Urt. v. 17.2.2010 - VIII ZR 67/09, BGHZ 184, 259 = NJW 2010, 1131	13
II. Geschäftsfähigkeit	18
4. Erwerb einer Eigentumswohnung durch Minderjährigen im Wege der Schenkung	18
BGH, Urt. v. 30.9.2010 – V ZB 206/10, NJW 2010, 3643	18
III. Anfechtung	21
5. Täuschung des Vermieters durch Unterlassen (Verkauf der Marke Thor Steinar)	21
BGH, Urt. v. 11.8.2010 - XII ZR 192/08, NJW 2010, 3362	21
6. Unwirksamkeit eines im Voraus vereinbarten Ausschlusses des Anfechtungsrecht – <i>Heros II</i>	24
BGH, Beschl. v. 21.09.2011 – IV ZR 38/09, NJW 2012, 296	24
IV. Stellvertretung	33
7. Haftung des falsus procurator bei Nichtexistenz des Vertretenen	33
BGH, Urt. v. 12.11.2008 - VIII ZR 170/07, BGHZ 178, 307 = NJW 2009, 215	33
B. ALLGEMEINES SCHULDRECHT	36
I. Allgemeines Schadensrecht	36
8. Umfang des deliktischen Schadensersatzanspruchs bei Täuschung durch einen Dritten	36
BGH, Urt. v. 18.01.2011 – VI ZR 325/09, BGHZ 188, 78 = NJW 2011, 1962	36
9. Vorteilsausgleichung in der werkvertraglichen Leistungskette	39
BGH, Urt. v. 28.6.2007 - VII ZR 81/06, BGHZ 173, 83 = NJW 2007, 2695 – <i>Fenstermontage</i>	39
II. Unmöglichkeit der Leistung	44
10. Vertragliche Übernahme des Risikos der Unmöglichkeit einer Lebensberatung, die sich auf magische Kräfte gelegter Karten gründet	44
BGH, Urt. v. 13.1.2011 – III ZR 87/10, NJW 2011, 756 – <i>Kartenlegerin</i>	44

III. Schuldnerverzug	48
11. Ersatzfähigkeit der Mehrkosten eines Deckungskaufs	48
BGH, Urt. v. 3.7.2013 – VIII ZR 169/12, NJW (Biodiesel)	48
12. Kein Verzugseintritt durch bloßes Übersenden einer Rechnung	50
BGH, Urt. v. 25.10.2007 - III ZR 91/07, BGHZ 174, 77 = NJW 2008, 50 - <i>Nachsendeauftrag</i>	50
IV. Rücktritt vom Vertrag	54
13. Fristsetzung zur Nacherfüllung durch unmissverständliche Aufforderung zum Austausch der Ware	54
BGH, Urteil vom 18.3.2015 – VIII ZR 176/14, NJW 2015, 2564 (Krankes Turnierpferd – „Kissing Spines“)	54
14. Rücktritt vom Vertrag trotz fortbestehenden Gläubigerinteresses an der Leistung wegen fehlender Teilbarkeit der Gläubigerleistung (Eigentumswohnung gegen Werkleistungen)	55
BGH, Urt. v. 16.10.2009 - V ZR 203/08, NJW 2010, 146	55
15. Anwendbarkeit von § 346 Abs. 2 S. 2 BGB über den Wertersatz auch im Fall des Rücktritts wegen Zahlungsverzugs des Schuldners	58
BGH, Urt. v. 19.11.2008 - VIII ZR 311/07, BGHZ 178, 355 = NJW 2009, 1068 - <i>Pferd gegen Fahrstunden</i>	58
V. Störung der Geschäftsgrundlage	63
16. Anpassungsanspruch bei beiderseitigem Eigenschaftsirrtum	63
BGH, Urt. v. 30.09.2011 – V ZR 17/11, NJW 2012, 373 (vorgesehen zur Veröffentlichung in BGHZ)...	63
VI. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Drittschadensliquidation	72
17. Keine Schutzwirkung der Vertragsverhältnisse zwischen den Banken zugunsten des dritten Bankkunden, aber Drittschadensliquidation	72
BGH, Urt. v. 6.5.2008 - XI ZR 56/07, BGHZ 176, 281 = NJW 2008, 2245 – <i>Geldwäsche</i>	72
18. Schutzbedürftigkeit des Dritten trotz anderweitigen Anspruchs (Bautenstandsbericht)	75
BGH, Urt. v. 25.9.2008 - VII ZR 35/07, NJW 2009, 217	75
VII. Gesamtschuldnerausgleich	78
19. Auswirkung der Verjährung des Gläubigeranspruchs gegen den anderen Gesamtschuldner auf den Ausgleichsanspruch	78
BGH, Urt. v. 18.6.2009 - VII ZR 167/08, BGHZ 181, 310 = NJW 2010, 60	78
C. BESONDERES SCHULDRECHT	82
I. Kaufrecht	82
20. Ersatz von Aus- und Einbaukosten: Umfang des verschuldensunabhängigen Nacherfüllungsanspruchs gegen den Verkäufer mangelhafter Ware	82
EuGH, Urt. v. 14.6.2011 – verb. Rs. C-65/09 und C-87/09, NJW 2011, 2269 – <i>Weber und Putz</i>	82
21. Anspruch auf Ersatz von Aus- und Einbaukosten im B2B-Bereich	86
Urt. v. 2.4.2014 - VIII ZR 46/13, BGHZ 200, 337 = NJW 2014, 2183 – <i>Aluminium-Profilleisten</i>	86

22. Nutzungsersatz nach Rücktritt vom Kaufvertrag	86
BGH, Urt. v. 16.9.2009 – VIII ZR 243/08, BGHZ 182, 241 = NJW 2010, 148.....	86
23. Nacherfüllungsverlangen des Käufers muss seine Bereitschaft umfassen, dem Verkäufer die Überprüfung der erhobenen Mängelrügen zu ermöglichen	90
BGH, Urt. v. 10.3.2010 – VIII ZR 310/08, NJW 2010, 1448.....	90
24. Bestimmung des Erfüllungsortes bei Nacherfüllungsansprüchen.....	92
BGH, Urt. v. 13.04.2011 – VIII ZR 220/10, BGHZ 189, 196 = NJW 2011, 2278 – <i>Faltanhänger</i>	92
25. Unverhältnismäßige Mängelbeseitigungskosten nach Grundstückskauf	100
BGH, Urt. v. 4.4.2014 – V ZR 275/12, BGHZ 200, 350 = NJW 2015, 468 („echter Hausschwamm“)...	100
II. Dienstvertragsrecht.....	102
26. Vorrang der Nacherfüllung bei Vorliegen eines ärztlichen Behandlungsfehlers	102
OLG Jena, Urt. v. 29.6.2012 – 4 U 549/11, NJW 2012, 2357	102
III. Werkvertragsrecht	107
27. Verlängerung der Gewährschaftshaftung des Werkunternehmers, dessen Subunternehmer Mängel seiner Leistung arglistig verschweigt	107
BGH, Urt. v. 11.10.2007 - VII ZR 99/06, BGHZ 174, 32	107
IV. Geschäftsführung ohne Auftrag.....	110
28. Vornahme nicht geschuldeter Schönheitsreparaturen durch Mieter ist keine Geschäftsführung für den Vermieter	110
BGH, Urt. v. 27.5.2009 – VIII ZR 302/07, BGHZ 181, 188 = NJW 2009, 2590	110

A. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs

I. Vertragsschluss

1. Bedingtes Verkaufsangebot in Internetauktion bei Anfechtbarkeit

BGH, Urt. v. 8.1.2014 – VIII ZR 63/13, NJW 2014, 1292 (Vorzeitige Beendigung einer Ebay-Auktion)

Siehe außerdem die Grundsatzentscheidung des BGH, Urt. BGH, Urt. v. 8. 6. 2011 – VIII ZR 305/10NJW 2011, [2643](#) (Diebstahl der angebotenen Fotokamera während der Laufzeit) sowie die Urt. v. 23.09.2015 - VIII ZR 284/14 (unseriöser Käufer und angebliche Zerstörung der angebotenen Heizung) und v. 12.11.2014 – VIII ZR 42/14, NJW 2015, 548 (Verkauf des angebotenen Passats an Dritten außerhalb von Ebay).

a. Leitsätze

Der Erklärungsinhalt eines im Rahmen einer Internetauktion abgegebenen Verkaufsangebots ist unter Berücksichtigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmens zu bestimmen, das auf seiner Internetplattform das Forum für die Auktion bietet. Kommt nach diesen Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Falle der Rücknahme des Angebots ein Kaufvertrag mit dem zu dieser Zeit Höchstbietenden nicht zu Stande, sofern der Anbietende gesetzlich dazu berechtigt war, sein Angebot zurückzuziehen, ist dies aus der Sicht der an der Internetauktion teilnehmenden Bieter dahin zu verstehen, dass das Angebot des Verkäufers unter dem Vorbehalt einer berechtigten Angebotsrücknahme steht (Bestätigung von BGH, NJW 2011, 2643).

b. Tatbestand

Der Bekl. bot Ende Dezember 2011 über die Internetplattform eBay einen Kraftfahrzeugmotor zum Verkauf an. Am 4.1.2012 beendete der Bekl. sein Angebot und strich die bis dahin vorliegenden Gebote. Zu diesem Zeitpunkt war der Kl. Höchstbietender mit einem Betrag von 1509 Euro. Als Grund für die Beendigung des Angebots gab der Bekl. gegenüber dem Kl. vorprozessual an, er habe außerhalb der Internetauktion ein besseres Angebot für den Motor erhalten. Im Rechtsstreit begründete er die Angebotsrücknahme damit, der Motor habe seine Zulassung im Straßenverkehr verloren; dies habe er bei der Freischaltung des Angebots bei eBay noch nicht gewusst. Die Versteigerung des Motors erfolgte auf der Grundlage der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von eBay. Dort heißt es (auszugsweise):

§ 10 Nr. 1 S. 5. Bei Ablauf der Auktion oder bei vorzeitiger Beendigung des Angebots kommt zwischen Anbieter und Höchstbietendem ein Vertrag über den Erwerb des Artikels zu Stande, es sei denn der Anbieter war gesetzlich dazu berechtigt, das Angebot zurückzunehmen und die vorliegenden Gebote zu streichen.

§ 10 Nr. 7. Bieter dürfen ein Gebot nur dann zurücknehmen, wenn sie dazu gesetzlich berechtigt sind. Weitere Informationen.

In den „Weiteren Informationen“ wird auf Folgendes hingewiesen:

„Nach den Vorschriften des BGB können Sie sich von einer verbindlichen Willenserklärung [...] lösen, wenn ein so genannter Anfechtungsgrund vorliegt. Ein Anfechtungsgrund liegt vor, wenn Sie sich bei der Abgabe einer Willenserklärung in einem relevanten Irrtum befanden [...]. Sofern ein Anfech-

tungsgrund vorliegt, der Sie dazu berechtigt, sich von Ihrem Angebot zu lösen, können Sie dies durch das vorzeitige Beenden des Angebots und Streichung bereits vorhandener Gebote technisch umsetzen. Sie sollten auf jeden Fall den Grund für die vorzeitige Beendigung des Angebots dem Höchstbietenden gegenüber zusätzlich gesondert in Form einer Anfechtungserklärung geltend machen. Die Anfechtung muss dabei unverzüglich gegenüber dem Höchstbietenden erklärt werden. Geben Sie hierbei den Grund für die vorzeitige Beendigung an.“

Mit seiner Klage nimmt der Kl. den Bekl. auf Zahlung von 3500 Euro nebst Zinsen in Anspruch. Er behauptet, der vom Bekl. angebotene Motor habe einen Marktwert von 5009 Euro; für diesen Preis hätte er den Motor verkaufen können. Durch die Angebotsrücknahme sei ihm ein entsprechender Schaden entstanden.

c. Aus den Gründen

Tz. 20 Der Senat hat im Urteil vom 8.6.2011 (BGH VIII ZR 305/11, BeckRS 2013, 02807), bei dem inhaltlich gleichlautende Bestimmungen zu beurteilen waren, ausgeführt, dass auf der Grundlage dieser Regelungen kein Kaufvertrag zu Stande kommt, sofern der Anbietende gesetzlich dazu berechtigt war, sein Angebot zurückzuziehen. Denn auf Grund der genannten Bestimmungen ist das Angebot des Verkäufers aus der Sicht der an der Auktion teilnehmenden Bieter (§§ 133, 157 BGB) dahin zu verstehen, dass es unter dem Vorbehalt einer berechtigten Angebotsrücknahme steht. Ein solcher Vorbehalt, der die Bindungswirkung des Verkaufsangebots einschränkt, verstößt nicht gegen Grundsätze über die Bindungswirkung von Angeboten (§§ 145, 148 BGB), sondern ist zulässig. Denn gem. § 145 BGB kann der Antragende die Bindungswirkung seines Angebots ausschließen; ebenso kann er sie einschränken, indem er sich den Widerruf vorbehält (Senat, NJW 2011, 2643 Rn. 17).

d. Gutachten

I. Anspruch des Kl. gegen den Bekl. auf Zahlung von 3.500 EUR aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB

1. Schuldverhältnis?

Abschluss eines wirksamen Kaufvertrags durch Angebot und Annahme?

In Betracht kommen Einstellen des Motors auf der Plattform durch Bekl. und Abgabe des höchsten Gebots durch Kl. als Angebot und Annahme.

a. Grundsätzlich ist Einstellen ein rechtsverbindliches Angebot *ad incertas personas*, keine bloße *invitatio ad offerendum*¹ (siehe ausdrücklich § 10 Nr. 1 *eBay*-AGB: „Stellt ein Anbieter [sic!] auf der *eBay*-Website einen Artikel im Angebotsformat Auktion ein, gibt er ein verbindliches Angebot zum Abschluss eines Vertrags über diesen Artikel ab.“). Anders § 156 BGB, der bei Internet-Auktionen à la *Ebay* nicht gilt (vertraglich ausgeschlossen).

Vertragspartner und Preis sind jedenfalls im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eindeutig bestimmbar. Damit liegen die *essentialia negotii* vor.

¹ BGH, MMR 2005, 37 m. Anm. *Spindler*

Als Besonderheit zu beachten ist, dass der Verkäufer stellt bei Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont ein Angebot zum Abschluss eines auflösend bedingten Kaufvertrags abgibt: Der Kaufvertrag ist nur solange wirksam, bis ein höhere Angebot eingeht.

b. Fraglich ist, ob der Bekl. sein Angebot wirksam zurückgenommen hat.

- Durch die Beendigung des Angebots und das Streichen der Gebote hat der Bekl. die Rücknahme erklärt.

- Berechtigte Rücknahme? Laut Ebay-Bedingungen, die den Empfängerhorizont determinieren: ja, wenn Anfechtungsgrund (§ 119 II BGB) vorlag und die Anfechtung fristgemäß (§ 121 BGB) erklärt wird. Hier im Hinblick auf Irrtum über Zulassung (nicht wegen anderweitigen Verkaufs) zu bejahen.

c. Damit fehlt es bereits an einem wirksamen Angebot.

2. Ergebnis: Dem Kl. steht gegen den Bekl. kein Anspruch auf SE aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB zu.

II. Anspruch des Kl. gegen den Bekl. auf Ersatz des Vertrauensschadens aus § 122 BGB?

e. Literatur

Wagner/Zenger, BGH: Beendigungsmöglichkeit von eBay-Auktionen seitens des Verkäufers ausgeweitet, MMR-Aktuell 2014, 356354 (Anm. zum Ur. v. 8.1.2014)

Kulke, Anmerkung zum Ur. v. 8.1.2014 – VIII ZR 63/13, NJW 2014, 1293

Oechsler, Der vorzeitige Abbruch einer Internetauktion und die Ersteigerung unterhalb des Marktwerts der Sache, NJW 2015, 665.

Jerger, Vorzeitige Beendigung einer ebay-Auktion – risikolos möglich oder mögliches Risiko?, GWR 2015, 114

2. Abschluss des Kaufvertrags mit Füllen des Tanks

BGH, Ur. v. 4.5.2011 – VIII ZR 171/10, NJW 2011, 2871

a. Leitsätze

1. Ein Kunde, der an einer Selbstbedienungstankstelle Kraftstoff in seinen Tank füllt, schließt bereits zu diesem Zeitpunkt mit dem Tankstellenbetreiber beziehungsweise unter dessen Vermittlung mit dem Mineralölunternehmen einen Kaufvertrag über die entnommene Menge Kraftstoff.

2. Entrichtet der Kunde einer Selbstbedienungstankstelle den Kaufpreis für den getankten Kraftstoff nicht, so gerät er mit dem Verlassen des Tankstellengeländes in Verzug, ohne dass es hierzu einer Mahnung bedarf.

b. Tatbestand

Die Kl., Betreiberin einer Selbstbedienungstankstelle, nimmt den Bekl. auf Erstattung von Kosten in Anspruch, die sie aufgewendet hat, um nach einem unbezahlten Tankvorgang die Identität des Bekl. zu ermitteln. Der Bekl. tankte am 7. 3. 2008 an der von der Kl. betriebenen Selbstbedienungstankstelle Dieselkraftstoff zum Preis von 10,01 Euro. [...] Der Bekl. bezahlte an der Kasse lediglich einen Schokoriegel und zwei Vignetten zu einem Gesamtpreis von 25,30 Euro. Die Kl. schaltete, nachdem sie bemerkt hatte, dass der Kraftstoff nicht bezahlt worden war, ein Detektivbüro zur Ermittlung des dafür verantwortlichen Tankkunden ein. Hierfür sind ihr Kosten in Höhe von 137 Euro

entstanden. Mit der Beitreibung des Kaufpreises und der Detektivkosten beauftragte sie einen Rechtsanwalt. Dafür sind Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 39 Euro angefallen. Die Kl. begehrt die Erstattung dieser Kosten sowie eine Auslagenpauschale von 25 Euro.

c. Aus den Gründen

- Tz. 11 „Der Kl. steht der geltend gemachte Anspruch aus §§ 280 I, II, 286I, II Nr. 4 BGB zu, so dass offen bleiben kann, ob die Annahme des BerGer., der geltend gemachte Anspruch bestehe auch aus § 280I BGB, zutreffend ist.“
- Tz. 12 „Der Bekl. war mit der Bezahlung des am 7. 3. 2008 getankten Kraftstoffs in Verzug geraten, als er das Tankstellengelände verließ, ohne den Kraftstoff zu bezahlen.“
- Tz. 13 „Ein Kunde, der an einer Selbstbedienungstankstelle Kraftstoff in seinen Tank füllt, schließt bereits zu diesem Zeitpunkt mit dem Tankstellenbetreiber [...] einen Kaufvertrag über die entnommene Menge Kraftstoff [...]“
- Tz. 14 „Entgegen der Ansicht der Revision [...] findet der Kaufvertragsschluss in diesem Fall nicht erst an der Kasse statt. Die insoweit von der Revision aufgezeigte **Parallele zum Einkauf in Selbstbedienungsläden** [...] trägt nicht, denn es besteht in beiden Fällen eine unterschiedliche Interessenlage, die auch zu einer anderen rechtlichen Bewertung führt.“
- Tz. 15 „In einem Selbstbedienungsladen kann die vom Kunden aus dem Regal entnommene Ware problemlos **wieder zurückgelegt** und anschließend an einen anderen Kunden verkauft werden. Nach der Verkehrsanschauung führt deshalb allein die Entnahme der Ware aus dem Regal noch nicht zu den Bindungswirkungen eines Kaufvertrags.“
- Tz. 16 „An der Selbstbedienungstankstelle wird durch das Einfüllen des Kraftstoffs in den Tank hingegen ein praktisch unumkehrbarer Zustand geschaffen, so dass es dem Interesse beider Parteien entspricht, dass bereits zu diesem Zeitpunkt ein Kaufvertrag zu Stande kommt. Der Tankstellenbetreiber hat bei Abschluss des Tankvorgangs durch das Überlassen des Kraftstoffs bereits die Hauptpflicht des Verkäufers jedenfalls zur Besitzverschaffung (§ 433 I 1 BGB) erfüllt und wird hierzu ohne eine vertragliche Bindung regelmäßig nicht bereit sein. Ebenso hat aber auch der redliche Kunde ein Interesse daran, den Kraftstoff auf Grund eines – mit dem Einfüllen des Kraftstoffs in den Tank – geschlossenen Vertrags zu erlangen und ihn behalten zu dürfen, ohne dass dies davon abhängt, ob der Tankstellenbetreiber anschließend bereit ist, mit ihm einen Kaufvertrag abzuschließen [...]. Aus der Sicht eines objektiven Betrachters in der Lage des jeweiligen Erklärungsgegners ist damit zum Zeitpunkt der Entnahme des Kraftstoffs durch den Kunden ein Kaufvertrag zu Stande gekommen, ohne dass es hierzu weiterer Willenserklärungen – etwa an der Kasse – bedarf.“
- Tz. 17 „Mit Abschluss des Kaufvertrags durch den Tankvorgang war der Kaufpreis **fällig** (§ 271 I BGB).“
- Tz. 18 „Zutreffend ist auch die Beurteilung des BerGer., dass der Bekl. zur Zeit der Beauftragung des Detektivbüros mit der Kaufpreiszahlung bereits in Verzug geraten war. Einer **Mahnung** bedurfte es hierzu entgegen der Auffassung der Revision nicht (§ 286 I, II Nr. 4 BGB).“
- Tz. 19 „Die Mahnung hat das Ziel, den Schuldner aufzufordern, die geschuldete Leistung zu erbringen. Sie ist gem. § 286 II Nr. 4 BGB entbehrlich, wenn aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der sofortige Verzugseintritt gerechtfertigt ist. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Vorschrift unter anderem Fälle erfassen, in denen ein die Mah-

nung verhinderndes Verhalten des Schuldners vorliegt (BT-Dr 14/6040, S. 146). Um einen derartigen Fall handelt es sich hier.“

- Tz. 20 „Beim Tanken an einer Selbstbedienungstankstelle handelt es sich um ein anonymes Massengeschäft. Deshalb ist dem Tankstellenbetreiber eine Mahnung des Kunden, sobald dieser das Tankstellengelände verlassen hat, ohne erheblichen Aufwand nicht mehr möglich, da die Personalien des Kunden und dessen Anschrift dem Tankstellenbetreiber in aller Regel unbekannt sind. Damit ist auf Seiten des Tankstellenbetreibers ein gewichtiges Interesse gegeben, dass der Verzug ohne Mahnung eintritt [...]. Dem steht auf Seiten des Schuldners, der durch das Wegfahren diese Situation herbeigeführt hat, kein schutzwürdiges Interesse entgegen. Es ist für den Kunden vielmehr offensichtlich, dass er unverzüglich nach dem Tanken den Kaufpreis zu entrichten hat. Denn durch die Entnahme des Kraftstoffs hat er, ohne sich seinem Vertragspartner vorzustellen, mit diesem einen Kaufvertrag geschlossen und die danach vom Verkäufer geschuldete Leistung zumindest zu einem wesentlichen Teil bereits erhalten. Zu einer derartigen Vorleistung ist der Verkäufer, was dem redlichen Kunden auch erkennbar ist, nur bereit, wenn der Kunde unverzüglich den Kaufpreis entrichtet. Eine gesonderte Zahlungsaufforderung ist in dieser Situation weder erforderlich noch üblich.“
- Tz. 24 „Der Geschädigte kann im Wege des Schadensersatzes solche Aufwendungen ersetzt verlangen, die zur Wahrung und Durchsetzung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig waren [...]“
- Tz. 25 „Die Kosten [für den beauftragten Detektiv] halten sich auch im Rahmen der Angemessenheit.“
- Tz. 26 „Entgegen der Ansicht der Revision ist dafür nicht primär auf das Verhältnis der Ermittlungskosten zur Höhe des Kaufpreises abzustellen, sondern darauf, ob die Aufwendungen sich im Rahmen dessen halten, was ein verständiger Mensch in gleicher Lage aufgewandt hätte.“

d. Gutachten

I. Anspruch der Kl. gegen die Bekl. auf Ersatz der Detektiv- und Rechtsanwaltskosten aus §§ 280 I, II, 286 BGB

1. Schuldverhältnis?

Kaufvertragsschluss über den Kraftstoff durch Angebot und Annahme

Optionen:

- Option 1: Aufstellen der Zapfsäule als bloße invitatio ad offerendum. Angebot geht vom Bekl. aus, der seinen Tank füllt. Annahme durch Kl. an der Kasse.
- Option 2 (BGH): Aufstellen der Zapfsäule als Angebot der Kl. ad incertas personas, § 145 BGB, mit Verzicht auf Zugang der Annahmeerklärung, § 151 S. 1 BGB und Tanken als Annahme durch Bekl.

Diskussion:

- Angebot umfasst die essentialia negotii auch im Fall von Option 2: Literpreis wird angezeigt, Menge soll vom Bekl. bestimmt werden, § 315 BGB.
- Angst vor Überforderung/Schadensersatzansprüchen wegen Nichterfüllung muss Kl. Selbst bei Option 2 nicht haben. Entscheidend ist dabei allerdings nicht, dass Käufer maximal nur den Tankinhalt tanken können (so aber *Sauter*, JuS 900, 901 re. Sp. oben). Entscheidend ist

vielmehr eine Auslegung des Angebots aus Sicht eines objektiven Empfängers: Abgabe nur in haushaltsüblichen Mengen, jedenfalls nicht mehr als Vorrat der Tankstelle.

- Schutz vor insolventen oder zahlungsunwilligen Kunden ist eher bei Option 1 gegeben, lässt sich bei Option 2 aber dadurch bewerkstelligen, dass man Angebot entsprechend eng auslegt oder ein implizites Widerrufsrecht (Abstellen des Tankhahns) hineininterpretiert.
- Vertragsschluss erst an der Kasse (Option 1) erscheint hier nicht interessengerecht: Kunde hätte Benzin rechtsgrundlos erworben, wenn Tankstelleninhaber den Vertragsschluss an der Kasse verweigert. Anders als im SB-Laden (Vertragsschluss erst an der Kasse), kann die erlangte Ware (Kraftstoff) nicht zurückgegeben werden. Das spricht für Option 2.
- Hilfsweise: Entscheidet man sich für Option 1, so hätte Tankstelleninhaber bei Kunden, die nicht zur Kasse kommen oder dort den Tankvorgang verschweigen, zwar keinen vertraglichen, aber einen quasi-vertraglichen Anspruch aus c.i.c. (§ 280 I, 241 II, 311 II).

Ergebnis: Ein Vertrag ist an der Zapfsäule zustande gekommen (Option 2), Schuldverhältnis (+).

2. Pflichtverletzung: Nicht (rechtzeitige) Zahlung (+).

3. Vertretenmüssen, § 280 I 2 (+), vermutet.

4. Weitere Voraussetzungen?

a. Schadensart: neben der Leistung, da Zahlung noch möglich.

→ In Betracht kommen sowohl § 280 I als auch §§ 280 I, II, 286 BGB.

b. Art der Pflichtverletzung: Verletzung einer Aufklärungspflicht (Angabe an der Kasse, dass getankt wurde) als Nebenpflichtverletzung iSd § 241 II BGB oder nichtrechtzeitige Leistung (Bezahlung)?

Kann offen bleiben. In Fällen, in denen die Verletzung der Nebenpflicht zur Folge hat, dass der Schuldner seine Hauptleistung nicht, nicht rechtzeitig oder schlecht erfüllt, greifen die zusätzlich in Abs. 2 und 3 von § 280 BGB normierten Voraussetzungen ebenso ein wie wenn die Hauptpflicht selbst verletzt worden wäre (sog. leistungsbezogene Nebenpflicht).² Vorliegend diene die hier als verletzt in Betracht kommende Aufklärungspflicht nur der erleichterten und sofortigen Durchsetzung des Zahlungsanspruchs.

c. Zwischenergebnis: Die Voraussetzungen §§ 280 I, II, 286 BGB müssen erfüllt sein, damit der Gl. ein Schadensersatzanspruch zusteht.

5. Verzugsvoraussetzungen

a. Nichtleistung trotz Möglichkeit

b. Nichtleistung trotz Fälligkeit

Fälligkeit des Kaufpreisanspruchs der Kl. sofort, § 271 I BGB.

c. Nichtleistung trotz Durchsetzbarkeit

Keine Einrede aus § 320 I BGB, da Kl. dem Bekl. jedenfalls Besitz (siehe sogleich zur Eigentumslage) an dem Kraftstoff verschafft hatte, ihre Leistungspflicht also im Wesentlichen erfüllt hatte.

² Faust, JuS 2011, 929, 930. Bei nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten (§ 241 II) ist hingegen allein § 280 I BGB anwendbar. Beispiele sind das Umstoßen einer in der Tankstelle zum Verkauf ausgestellten Sektflasche durch den bekl. Kunden.

Exkurs:

Das bloße Bestehen der Einrede hätte der Annahme von Verzug bereits entgegengestanden. Arg.: Dem Schuldner, der überhaupt nicht leisten müsste, kann daraus, dass er nicht rechtzeitig leistet, kein Vorwurf gemacht werden.³

Speziell im Fall des § 320 BGB gilt: Der Gläubiger muss, um das Bestehen der Einrede auszuschließen, die Leistung in Annahmeverzug begründender Weise anbieten. Arg.: Der Schuldner (hier: Bekl.) kann die bloße Leistungsbereitschaft des Gläubigers (hier: Kl.) nicht erkennen.⁴

Vorliegend hat Kl. den Kraftstoff zwar nur übergeben, nicht aber übereignet und auch kein Übereignungsangebot gemacht. Dennoch ist hier schon von „Bewirken“ iSd § 320 I BGB auszugehen. Arg.: Die Druckfunktion des § 320 BGB (zugunsten des kl. Tankstelleninhabers) ist vorliegend hinfällig.

Außerdem: § 320 II BGB: Treu und Glauben.

d. Mahnung

Hier entbehrlich gemäß § 286 II Nr. 4 BGB, da Bekl. sich einer Mahnung entzogen hat.

Darüber hinaus: Angesichts der Vorleistung des Tankstellenbetreibers, der eine sofortige Bezahlung erwarten darf, ist eine verzugsbegründende Mahnung nicht erforderlich. Man könnte hier also auch § 286 II Nr. 2 BGB anwenden. Auslegung ergibt, dass sich der Tankkunde zur unverzüglichen Zahlung nach dem Tanken verpflichtet.

Schließlich ist sogar an § 286 II Nr. 3 BGB zu denken.

6. Rechtsfolge: Schadensersatz

Grundsätzlich sind §§ 249ff. BGB einschlägig: Anspruch auf Ersatz aller Aufwendungen, die zur Wahrung und Durchsetzung der Rechte der Kl. erforderlich und zweckmäßig waren. Das sind vorliegend alle geltend gemachten Rechtsverfolgungskosten (Detektiv und Rechtsanwalt) inkl. einer Pauschale für ihre Auslagen (Porto, Telefon etc.).

a. Mitverschulden wegen unterlassener Nachfrage durch Kassierer, §§ 254 I, II 2, 278 BGB?

- Kassierer ist Erfüllungsgehilfe der Kl., § 278 BGB.
- Mitverschulden des Erfüllungsgehilfen wird auch hinsichtlich *Schadensentstehung*, nicht nur - *minderung* berücksichtigt⁵
- Grundsätzlich ist es vorwerfbar, dass angestellter Kassierer nicht nach Tankvorgang gefragt hat.
- Aber: es wäre treuwidrig i.S.v. § 242 BGB, wenn Bekl. sich der Kl. gegenüber darauf berufen würde, ihr Vertrauen in seine Redlichkeit sei sorgfaltswidrig gewesen.⁶

b. Unverhältnismäßigkeit der Ermittlungskosten?

- Kein Verstoß gegen Schikaneverbot, § 226 BGB. Kl. hat ein schützenswertes Interesse an der Durchsetzung ihrer Forderung.
- Unverhältnismäßigkeit der Ermittlungskosten i.w.S., § 242 BGB?

³ MüKoBGB-Ernst, § 286 Rz. 23. Freilich muss sich der Schuldner im nachfolgenden Prozess darauf berufen.

⁴ Ebenda, Rz. 23.

⁵ Die Vorschrift § 254 II 2 BGB wird richtigerweise wie ein dritter Absatz gelesen. Er bezieht sich auch auf den ersten Absatz (Mitverschulden bei der Schadensentstehung).

⁶ Sauter, JuS 2011, 900, 903 li. Sp. oben.

- Geeignetheit (+)
- Erforderlichkeit (+), da kein milderes Mittel erkennbar, insbesondere ist eine Auswertung des Videomaterials in Eigenleistung angesichts des damit verbundenen Aufwandes nicht zumutbar.
- Verhältnismäßigkeit i.e.S.? Aufwendungen bewegen sich im Rahmen dessen, was ein „verständiger Mensch in der gleichen Lage“ getan hätte. Auch Bagatellforderungen verdienen eine Durchsetzung. Vorsatz ist häufig schwer nachzuweisen.

7. Ergebnis zu I: Die Kl. hat gegen den Bekl. einen Anspruch auf Erstattung der geltend gemachten Kosten aus §§ 280 I, II, 286 BGB.

II. Anspruch der Kl. gegen den Bekl. aus § 823 I BGB

1. Eigentumsverletzung?

a. Rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb durch Kl. an dem Kraftstoff gemäß § 929 S. 1 BGB?

- Übergabe (+)
- Berechtigung der Kl. (+)
- Einigung (-), da Kl. entweder konkludent unter Eigentumsvorbehalt geliefert hat (§ 449 BGB) oder Einigung erst an der Kasse im Moment des Bezahlens – hier nicht erfolgt – zustande kommt (§ 320 I BGB!).
- Zwischenergebnis: Ein rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb scheidet aus, mithin kommt eine Verletzung des Eigentumsrechts der Kl. durch Wegfahren ohne Bezahlen in Betracht.

b. Gesetzlicher Eigentumserwerb gemäß § 947 II, 948 BGB?

Voraussetzung:

Anwendbarkeit bei gleichartigen Sachen umstritten, da Realteilung möglich.

Darüber hinaus: Tankfüllung des Bekl. müsste als Hauptsache anzusehen sein (deutliches quantitatives Übergewicht). Dabei ist auf das Endergebnis des Tankfüllens, nicht auf den einzelnen Tropfen abzustellen.⁷

Vorliegend ist – bei lebensnaher Betrachtung angesichts der geringen Menge getankten Kraftstoffs und kurz vor der österreichischen Grenze mit notorisch niedrigeren Kraftstoffpreisen – anzunehmen, dass Bekl. nur noch wenig Kraftstoff im Tank hatte, sich vielmehr mit einer geringen Füllung noch „über die Grenze retten wollte.“

c. Der bloße Erwerb von Miteigentum durch den Bekl. gemäß §§ 947 I, 948 BGB ändert nichts am Tatbestand der Eigentumsverletzung i.S.d. § 823 I BGB.

d. Verletzungshandlung (Wegfahren ohne Bezahlen), Kausalität, Rechtswidrigkeit, Fahrlässigkeit (+)

e. Rechtsfolge: Neben den Anspruch auf Schadensersatz wegen der Rechtsgutsverletzung selbst (hier: Geldersatz, § 251 I BGB) tritt ein Anspruch auf Ersatz der Folgekosten in Form von Rechtsgutsverletzung (hier: Ermittlungskosten). Sie wurden ebenfalls adäquat kausal durch die Eigentumsverletzung verursacht.

III. §§ 823 II BGB i.V.m. § 263 I StGB (-)

⁷ Faust, aaO.

Betrugsvorsatz (§ 15 StGB) ist nicht nachweisbar.

IV. §§ 823 II BGB i.V.m. § 246 I StGB (-)

Es fehlt wiederum am erforderlichen Vorsatz, eine Unterschlagung hinsichtlich des Miteigentumsanteils der Kl. zu begehen.

V. § 826 BGB (-), dito.

e. Merke

Echte Fälle sind dogmatisch die schwierigsten.

f. Entscheidungsbesprechungen

Florian Faust, JuS 2011, 929 (Anmerkung)

Daniela Sauter, JuS 2011, 900 (Fallbearbeitung)

3. Einvernehmliche Verwendung eines Standardformulars durch Verbraucher

BGH, Urt. v. 17.2.2010 - VIII ZR 67/09, BGHZ 184, 259 = NJW 2010, 1131

a. Leitsätze

1. Ein Stellen von Vertragsbedingungen liegt nicht vor, wenn die Einbeziehung vorformulierter Vertragsbedingungen in einen Vertrag auf einer freien Entscheidung desjenigen beruht, der vom anderen Vertragsteil mit dem Verwendungsvorschlag konfrontiert wird. Dazu ist es erforderlich, dass er in der Auswahl der in Betracht kommenden Vertragstexte frei ist und insbesondere Gelegenheit erhält, alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlungen einzubringen.

2. Sind Vertragsbedingungen bei einvernehmlicher Verwendung eines bestimmten Formulartextes nicht im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB gestellt, finden die §§ 305 ff. BGB auf die Vertragsbeziehung keine Anwendung.

b. Tatbestand

(1) Die Beklagte verkaufte im Mai 2007 einen gebrauchten Pkw Volvo V 40, den sie zwei Jahre zuvor selbst von einem Gebrauchtwagenhändler erworben hatte, zu einem Preis von 4.600 € an den Kläger. Als Vertragsformular wurde ein Vordruck der V. Versicherung verwendet, der als "Kaufvertrag Gebrauchtwagen - nur für den Verkauf zwischen Privatpersonen" gekennzeichnet ist und [nach Absprache der beiden Parteien] von der Beklagten zur Verfügung gestellt wurde. In diesem Formular findet sich folgende Klausel:

"Der Käufer hat das Fahrzeug überprüft und Probe gefahren. Die Rechte des Käufers bei Mängeln sind ausgeschlossen, es sei denn, der Verkäufer hat einen Mangel arglistig verschwiegen und/oder der Verkäufer hat eine Garantie für die Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes abgegeben, die den Mangel betrifft."

(2) Ferner ist in dem Vertragsformular folgendes angekreuzt:

"Der Verkäufer erklärt, dass nach seiner Kenntnis das Fahrzeug in dem Zeitraum, in dem es sein Eigentum war, sowie in davor liegenden Zeiten unfallfrei ... ist."

(3) Mit der Behauptung, das Fahrzeug habe vor Übergabe an ihn einen erheblichen Unfallschaden gehabt [im Folgenden zugunsten des Kl. unterstellt], beansprucht der Kläger eine Minderung des von

ihm gezahlten Kaufpreises um 1.000 € sowie die Erstattung seiner vorgerichtlichen Anwaltskosten.
[...]

c. Aus den Entscheidungsgründen

- Tz. 9: Ausschluss der Mängelhaftung im verwendeten Standardvertrag würde einer Überprüfung am Maßstab des § 309 Nr. 7 BGB nicht standhalten [Haftungsausschluss auch bei Verletzung des Lebens und des Körpers sowie bei grober Fahrlässigkeit]. Aber: Beklagte Verkäuferin hat die vorformulierten Vertragsbedingungen nicht gestellt.
- Tz. 10: „Für die Frage, ob die Beklagte dem Kläger mit der Zurverfügungstellung des Vertragsformulars Allgemeine Geschäftsbedingungen gestellt hat und damit Verwender ist, kommt es nicht entscheidend darauf an, wer die Geschäftsbedingungen entworfen hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen auch dann vor, wenn sie **von einem Dritten für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind, selbst wenn die Vertragspartei, die die Klauseln stellt, sie nur in einem einzigen Vertrag verwenden will** [...]. Sind die Bedingungen wie hier von einem Dritten formuliert, ist für die Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB maßgebend, ob eine der Vertragsparteien sich die Bedingungen **als von ihr gestellt zurechnen** lassen muss [...].“
- Tz. 11: „Zur Beantwortung der Frage, ob eine solche Zurechnung stattfinden kann, hat das Berufungsgericht **keine für den Kläger sprechende Vermutungswirkung aus dem Umstand hergeleitet, dass die Beklagte das verwendete Vertragsformular eingebracht hat**. Es hat für eine Zurechnung vielmehr mit Recht darauf abgestellt, **auf wessen Initiative der verwendete Formularvertrag in die Verhandlungen der Parteien eingebracht worden ist und wer seine Verwendung zum Vertragsschluss verlangt hat**. [Anders als beim hier nicht gegebenen Vertrag zwischen Unternehmer und Verbraucher in § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB geregelt] gibt es bei Verträgen zwischen Verbrauchern keine gesetzliche Vermutung dafür, dass die Geschäftsbedingungen von einer der Parteien gestellt worden sind und welche der Parteien sie gestellt hat. Dies beurteilt sich vielmehr nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls [...].“
- Tz. 12: Wirtschaftliche oder sonstige **Überlegenheit eines Vertragspartners ist nicht Voraussetzung für das „Stellen“** von Vertragsbedingungen. „Als wesentliches Charakteristikum von Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat der Gesetzgeber vielmehr die **Einseitigkeit ihrer Auferlegung** und den Umstand gesehen, dass der andere Vertragsteil, der mit einer solchen Regelung konfrontiert wird, **auf ihre Ausgestaltung gewöhnlich keinen Einfluss nehmen kann** (BT-Drs. 7/3919, S. 15 f.). Dagegen hat der Gesetzgeber der Frage, worauf dies beruht, ersichtlich keine Bedeutung beigemessen.“
- Tz. 13f: Begünstigung der einen Partei hat keine für sich allein entscheidende Bedeutung, str.:
- a. A. (OLG Düsseldorf, Müko-Basedow): Im Zweifel kommt die Rolle des Verwenders „unabhängig von der Herkunft des Vertragsformulars der Partei zu, auf deren Veranlassung die für sie günstige Einbeziehung der vorformulierten Regelungen in den Vertrag zurückgeht.“
- BGH: Man kann nicht aus dem Inhalt der AGB alleine auf Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht schließen. Hierzu bedürfte es weiterer Indizien.
- Im Fall des Gebrauchtwagenverkaufs ist eine eindeutige Bevorzugung einer Vertragspartei durch vorformulierte Vertragsbedingungen (z. B. ADAC-Vertrag) selten der Fall sein. ADAC-Mitglieder treten sowohl als Käufer als auch als Verkäufer von Gebrauchtwagen auf. Bei Mietverträgen liegt der Fall möglicherweise anders. Hier ließe sich durchaus argumentieren, dass aus der Verwendung eines (vermieter-

freundlichen) Mustermietvertrages des Haus- und Grundbesitzervereins prima facie auf die Verwendereigenschaft des Vermieters geschlossen werden kann.

- Tz. 15: Falsch ist die Literaturansicht, „wonach bei Vertragsmustern, die für eine Vielzahl von (Kauf-)Verträgen konzipiert und auf dem Markt erhältlich sind, ein Einbeziehungsvorschlag auch dann, wenn er nicht von beiden Vertragspartnern, sondern nur von der einen Seite ausgehe, nicht selten inhaltlich dem übereinstimmenden Willen beider Seiten entspreche, so dass es weder sinnvoll noch geboten sei, einer Partei die Verantwortung für diesen Mustervertrag zuzuweisen.“
- Tz. 16: Unterstellte „**Ausgewogenheit**“ der vertraglichen Regelung, nämlich keine Haftung für der Verkäuferin unbekannte Mängel, ist ebenfalls irrelevant. Hieraus ist für Frage nach der Verwendereigenschaft nichts gewonnen.
- Tz. 18: Keine einseitige Ausnutzung der Vertragsgestaltungsfreiheit einer Vertragspartei (als Voraussetzung für ihre Verwendereigenschaft) wenn Einbeziehung der Klauseln „sich als das Ergebnis einer freien Entscheidung desjenigen darstellt, der vom anderen Vertragsteil mit dem Verwendungsvorschlag konfrontiert wird.“ Erforderlich ist, dass der andere Vertragsteil „in der Auswahl der in Betracht kommenden Vertragstexte frei ist und insbesondere Gelegenheit erhält, alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlungen einzubringen [...]“
- Tz. 20: Hier Einigung der Parteien am Telefon darüber, wer welches Vertragsformular mitbringt. Beklagte hatte den schließlich verwendeten Text nicht verlangt. „[D]en Parteien [ging es] es weniger um die Durchsetzung eines bestimmten Vertragstextes als um die Benutzung eines rechtlich einwandfreien Vertragsmusters [...]“,
- Tz. 21: Unerheblich, ob man in solchen Fällen davon ausgeht, dass keine Partei Verwender i. S. d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB ist oder ob man annimmt, dass beiden Parteien die Verwendereigenschaft zukommt. Auch in letzterem Fall scheidet die AGB-Kontrolle aus an §§ 305f. BGB, „weil diese Bestimmungen - wie es bereits im Wortlaut des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB ihren Ausdruck gefunden hat - darauf abzielen, die Rechtsbeziehungen zwischen einem Verwender und einer anderen Vertragspartei, nicht aber zwischen zwei Verwendern zu regeln.“ (str.).

Alternativ zu erwägen ist eine AGB-Kontrolle des Standardvertrages, bei dem die gegen § 309 Nr. 7 BGB verstoßende Klausel - entgegen der h. M. - **geltungserhaltend reduziert** wird. Die Beklagte hätte vorliegend die Haftung für die ihr unbekannte Unfalleigenschaft nämlich wirksam ausschließen können. Dazu Müko-Basedow, 5. Auflage, § 306 Rz. 13ff.

- Tz. 24: Kein Verbrauchsgüterkauf, da beide Parteien Verbraucher.
- Tz. 25: Der Wirksamkeit des Haftungsausschlusses steht § 444 BGB steht nicht entgegen. „Das Berufungsgericht hat vielmehr [zu] Recht angenommen, dass in der abgegebenen Erklärung zur Unfallfreiheit lediglich eine Wissensmitteilung der Beklagten, nicht aber eine Beschaffensvereinbarung zumindest für die Zeit vor ihrer Besitzzeit gelegen habe.“

Möglicherweise greift § 444 BGB, wenn man im Hinblick auf das Wissen der Verkäuferin, dass Erstverkäufer seinerzeit ausdrücklich keine Zusicherung hinsichtlich Unfallfreiheit des Wagens abgegeben hat, bedingten Vorsatz annimmt. Alternativ kommt eine analoge Anwendung von § 444 BGB in Betracht, weil Zweitverkäuferin den Zweitkäufer über diesen Umstand nicht aufgeklärt hat.

d. Mögliche Einbettung in Gutachten

Anspruch des Käufers gegen Verkäuferin auf Zahlung von 1.000 € aus §§ 433, 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 437 Nr. 2, 441 Abs. 4 BGB (Minderung)?

- Kaufvertrag (+)
- Sachmangel (+), hier: Unfalleigenschaft unterstellt
- Wirksamer Haftungsausschluss durch entsprechende Klausel im Standardvertrag?
 - Kein Verbrauchsgüterkauf, da V kein Unternehmer i. S. d. § 14 BGB.
 - § 444 BGB (-), da keine Zusicherung hinsichtlich Unfalleigenschaft übernommen und Mangel auch nicht arglistig verschwiegen.
 - AGB-Kontrolle

Prüfungsschema für 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

Fraglich, ob Verkäuferin „Verwenderin“ der Vertragsbedingungen des Standardvertrages ist.

- Keine Vermutung gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB, da V keine Unternehmerin.
- Vorliegen eines Ungleichgewichts zwischen V und K ist keine Voraussetzung.

- Umstand, dass AGB von Drittem formuliert und von V möglicherweise nur einmal eingesetzt werden sollte, schadet nicht.
- Begünstigung der V ist unerheblich, str.
- Bewertung des Inhalts der Klausel als „angemessen“ entbindet nicht von der Prüfung, wer einseitig gestellt hat, str.
- Umstand, dass V das Formular mitgebracht hat spielt keine Rolle, wenn K in Entscheidungsprozess mit einbezogen. Dann wird kein bestimmter Vertragstext durchgesetzt.
- Selbst wenn man davon ausgeht, dass in diesem Fall beide Parteien Verwender sind, so greift AGB-Kontrolle nicht, die Verwendung gegenüber „anderer Vertragspartei“ stellt, § 305 Abs. 1 S. 1 BGB.
- Ergebnis: Keine Unwirksamkeit der Klausel, AGB-Recht nicht anwendbar.
- Ergebnis: Haftungsausschluss ist wirksam, ein Anspruch auf Erstattung von 1000 EUR besteht nicht.
- Eventuell besteht trotz bzw. gerade wegen des Haftungsausschlusses Anspruch des K gegen V auf Abtretung etwaiger Gewährleistungsansprüche gegen Erstverkäufer (AGL K gegen V: ergänzende Vertragsauslegung bzw. § 285 BGB analog). V hat gegen Erstverkäufer möglicherweise einen Anspruch auf Ersatz des dem K entstandenen Schadens (Drittchadensliquidation). Außerdem ist Anspruch des K gegen Erstverkäufer aus § 826 BGB zu prüfen. In beiden Fällen ist Arglist des Erstverkäufers Voraussetzung. In Betracht kommt außerdem ein Anspruch K gegen V aus § 812 Abs. 1 BGB nach erfolgter Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, § 123 Abs. 1 BGB. Er wäre nicht auf Minderung, sondern auf Rückzahlung des gesamten Kaufpreises gerichtet.

e. Merke

Der BGH hat im B2B- und B2C⁸-Bereich den AGB-Begriff in der letzten Zeit tendenziell immer weiter ausgedehnt. Stichworte sind: handschriftliches Einfügen von „AGB im Kopf“; vorauseilender Gehorsam der anderen Vertragspartei, die die üblichen AGB des Verwenders selbst in ihr Angebot inkorporiert; bankinterne Anweisungen an nachgeordnete Geschäftsstellen mit dem Ziel, der AGB-Kontrolle zu entgehen; strenge Anforderungen an das Aushandeln (siehe die Zusammenfassung bei *Thomas Pfeiffer*, LMK 2010, 304510).

In der vorliegenden Entscheidung rudert er für den C2C-Bereich⁹ zurück: Ein Stellen von Vertragsbedingungen i. S. d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB liegt nicht vor, wenn der andere Vertragsteil die Möglichkeit hatte, eigene „alternative Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlungen einzubringen.“

Praktischer Hinweis zum Ausschluss der Gewährleistung beim Gebrauchtwagenverkauf: Der ADAC schlägt für Privatverkäufe folgende Formulierung vor: *„Das Kraftfahrzeug wird unter Ausschluss der Sachmängelhaftung verkauft. Dieser Ausschluss gilt nicht für Schadensersatzansprüche aus Sachmängelhaftung, die auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Verletzung von Pflichten des Verkäufers beruhen sowie bei der schuldhaften Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit.“*

⁸ Business to Business bzw. Business to Consumer.

⁹ Consumer to Consumer.

f. Entscheidungsbesprechungen

Thomas Pfeiffer, LMK 2010, 304510

Stephan Lorenz, DAR 2010, 314-318

Friedrich Graf von Westphalen, ZIP 2010, 1110-1115

II. Geschäftsfähigkeit

4. Erwerb einer Eigentumswohnung durch Minderjährigen im Wege der Schenkung

BGH, Urt. v. 30.9.2010 – V ZB 206/10, NJW 2010, 3643

a. Leitsatz

Der (schenkweise) Erwerb einer Eigentumswohnung ist nicht lediglich rechtlich vorteilhaft und bedarf deshalb der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters nach § 107 BGB. Auf den Inhalt der Gemeinschaftsordnung, das Bestehen eines Verwaltervertrags oder eines Mietvertrags über die Eigentumswohnung kommt es nicht an.

b. Tatbestand

(1) Mit notarieller Erklärung [...] teilte die Beteiligte zu 1 [V – Veräußererin] ihr Grundstück in Wohnungseigentum auf. Hierbei entstanden zwei Eigentumswohnungen, eine kleine mit einem Miteigentumsanteil von $\frac{280}{1000}$ und eine große mit einem Miteigentumsanteil von $\frac{720}{1000}$. Die große Wohnung übertrug sie dem Vater [vermutlich Sohn der V, Verf.] der Beteiligten zu 2. Mit notariellem Vertrag vom 16. März 2010 schenkte sie die kleine Wohnung der Beteiligten zu 2 [Minderjährige – M, vermutlich Enkelin der V, Verf.] im Wege der vorweggenommenen Erbfolge und unter Anrechnung auf ihren künftigen Pflichtteil und ließ sie ihr auf. In dem Schenkungsvertrag behielt sie sich ein lebenslanges Nießbrauchrecht an der Eigentumswohnung und den Rücktritt unter anderem für den Fall einer Veräußerung der Wohnung ohne ihre schriftliche Zustimmung und für den Fall einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten zu 2 vor. Der sich hieraus ergebende Rückkaufanspruch soll durch eine Vormerkung gesichert werden.

(2) Das Grundbuchamt hat den Vollzug des Vertrags mit Zwischenverfügungen vom 31. März 2010 und vom 15. April 2010 von der Genehmigung eines zu bestellenden Ergänzungspflegers und des Familiengerichts abhängig gemacht. Die Beschwerde der Antragstellerinnen hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Dagegen wenden sich diese mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde. Sie wollen erreichen, dass der Schenkungsvertrag ohne die verlangten Genehmigungen vollzogen wird.

c. Aus den Entscheidungsgründen

Tz. 6. Ausdrückliche **Aufgabe der „Gesamtbetrachtungslehre“** (s. noch BGH, Beschl. v. 9.7.1980 – V ZB 16/79, BGHZ 78, 28, 35). Offen gelassen noch in BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170, 175, Tz. 11).

Tz. 11: Der BGH folgt der Minderheitenmeinung: „Der **Erwerb einer Eigentumswohnung ist für einen Minderjährigen stets nicht lediglich rechtlich vorteilhaft**. Es kommt weder auf die Ausgestaltung der Teilungserklärung [etwaige Verschärfungen der Gemeinschaftsordnung] noch darauf an, ob bei Vollzug des Erwerbs ein Verwaltervertrag besteht [in den der Minderjährige eintritt] oder ob die Eigentumswohnung vermietet ist.“

Tz. 13: „Der Erwerb einer Eigentumswohnung ist für den Minderjährigen jedenfalls deshalb nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, weil er mit dem Erwerb der Eigentumswohnung nicht nur einen

Vermögensgegenstand erwirbt, sondern Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft wird. [...] Denn als Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft wäre der Minderjährige nach **§ 16 Abs. 2 WEG** nicht nur verpflichtet, sich entsprechend seinem Anteil an den Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums [z. B. öffentliche Lasten des Grundstücks] zu beteiligen. Er hätte vielmehr anteilig auch die Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, sonstigen Verwaltung und eines gemeinschaftlichen Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums zu tragen. Diese Kosten können ein je nach dem Alter und dem Zustand des Gebäudes, in dem sich die Eigentumswohnung befindet, ganz erhebliches Ausmaß annehmen. Hinzu kommt, dass der Minderjährige als Wohnungseigentümer nach **§ 16 Abs. 2 WEG** verpflichtet wäre, sich durch Sonderumlagen an Wohngeldausfällen [Ausfall der Beiträge der Wohnungseigentümer zur Kosten- und Lastenpflicht, Verf.] zu beteiligen.“

Tz. 14: „cc) Hinzu kommt, dass der Minderjährige als Wohnungseigentümer nach **§ 10 Abs. 8 Satz 1 Halbsatz 1 WEG** infolge des Erwerbs der Eigentumswohnung kraft Gesetzes den Gläubigern der Wohnungseigentümergeinschaft für Verbindlichkeiten haftet, die während seiner Zugehörigkeit zur Gemeinschaft entstehen oder während dieses Zeitraums fällig werden. Die Haftung ist zwar der Höhe nach auf einen Betrag begrenzt, der seinem Anteil am Gemeinschaftseigentum entspricht. In diesem Umfang haftet der Minderjährige aber, worauf das Berufungsgericht mit Recht abgestellt hat, nicht nur mit der ihm geschenkten Eigentumswohnung, sondern auch mit seinem übrigen Vermögen [...]“

Tz. 17: **Vorbehalt des Nießbrauchs** [= Erlaubnis, die Nutzungen der Sache zu ziehen, § 1030 BGB, z. B. Wohnung zu bewohnen] durch V sowie **durch Vormerkung gesichertes Rücktrittsrecht** der V machen Erwerb der Eigentumswohnung für M nicht rechtlich nachteilig.

Arg.: M steht nach Wahrnehmung des Nießbrauchsrechts bzw. nach Ausübung des Rücktrittsrechts durch V nicht schlechter als sie ohne den Erwerb stünde.

Vertiefung:

1. Der (abdingbare) Anspruch des Nießbrauchers auf **Aufwendungs- oder Verwendungsersatz** für Verwendungen, zu denen der Nießbraucher nicht verpflichtet war, gemäß § 1049, 677ff. privilegiert den Eigentümer, der nicht nach §§ 994 BGB verpflichtet ist.
2. Der BGH, Urt. 24.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170, 177, hat entschieden, dass die Belastung mit einem Nießbrauch den Grundstückserwerb jedenfalls dann nicht rechtlich nachteilig macht, wenn der Nießbraucher auch die Kosten außergewöhnlicher Ausbesserungen und Erneuerungen sowie die außergewöhnlichen Grundstückslasten zu tragen hat.
3. Die vertragliche Vereinbarung eines **Rücktrittsrechts** betrifft ohnehin zunächst nur die schuldrechtliche Ebene des Geschäfts (Trennungsprinzip). Zu erwägen ist jedoch bereits eine Genehmigungspflichtigkeit des (schuldrechtlichen) Schenkungsvertrags wegen der aus § 346 Abs. 2 bis 4 eventuell resultierenden Pflichten (Wert- oder Schadensersatz). Nimmt man dies an, so greift die Ausnahmeklausel in §§ 181 a. E. bzw. 1795 Abs. 1 Nr. 1 a. E. BGB schon tatbestandlich nicht ein. Einer teleologischen Reduktion der Ausnahmeklausel bedarf es dann nicht mehr.

Tz. 16: Erfordernis der Genehmigung gemäß § 107 BGB. Hier ist „ein Elternteil mit der Beteiligten zu 1 in gerader Linie verwandt und das Rechtsgeschäft ist nicht lediglich rechtlich vorteilhaft [...] und deshalb beide Elternteile [...] nach § 1629 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB an der Vertretung gehindert. Das macht die **Bestellung eines Ergänzungspflegers nach § 1909 BGB** [i. V. m. § 1915 S. 1 BGB] **erforderlich**.“

Tz. 17: **Nicht erforderlich ist die Genehmigung des Familiengerichts** gemäß § 1643 Abs. 1 BGB. Nach ganz h.M. erfasst die Norm § 1821 Abs. 1 BGB den Fall, dass über das Vermögen des Minderjährigen verfügt wird, nicht aber den hier einschlägigen Fall, dass der Minderjährige ein Recht erwirbt.

Aus denselben Gründen dürfte auch die Anwendung von § 1822 Nr. 1 BGB ausscheiden. Der Schutzzweck der Vorschrift ist nicht berührt, wenn der Erwerb der Eigentumswohnung lediglich auf den künftigen Pflichtteil angerechnet wird.

Im Hinblick auf Nießbrauch und Rücktrittsrecht gilt nichts anderes. Sie sind bloßer Teil des Erwerbsvorgangs, der als solcher bereits nicht unter das Genehmigungserfordernis des § 1643 Abs. 1 BGB fällt.

d. Mögliche Einbettung in Gutachten

Fraglich ist, ob M wirksam Eigentum an der Wohnung erworben hat, §§ 925, 873 BGB?

- Eintragung ins Grundbuch (+, hier unterstellt)
- Wirksamkeit der Auflassungserklärung zwischen V und den Eltern der M, die stellvertretend erklärt haben?
- Vertretungsmacht der Eltern? Grundsätzlich §§ 1626 Abs. 1, 1629 Abs. 1 BGB (+)
- Hier möglicherweise Ausschluss der Vertretungsmacht, § 1629 Abs. 2 BGB.
- Möglicher Ausschlussgrund, § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB (Verwandtschaft in gerader Linie, § 1589 I BGB).
- Möglicherweise greift Ausnahmeklausel: bloße Erfüllung einer Verbindlichkeit (vgl. § 181 a.E. BGB) hier: Schenkung ist isoliert betrachtet rechtlich vorteilhaft für M.
- Problem: Wie verhindert man, dass Schutzzweck des § 107 BGB unterlaufen wird? Erwerb der Eigentumswohnung ist möglicherweise rechtlich nachteilig.

- frühere Lösung des BGH: Gesamtbetrachtung des schuldrechtlichen und des dinglichen Geschäfts.

- heute ganz h.M.: Teleologische Reduktion des letzten Halbsatzes von § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB, wenn Erwerb bei isolierter Betrachtung genehmigungspflichtig gemäß § 107 BGB wäre.

- Ergebnis: Es bedarf der Bestellung eines Ergänzungspflegers gemäß §§ 1909, 1915 S. 1 BGB.

- Nicht erforderlich ist Genehmigung durch das Familiengericht (§§ 1821 Abs. 1 Nr. 1 und 2), da Norm den Fall des **Rechtserwerbs** ihrem Sinn und (Schutz-)Zweck nach nicht umfasst.¹⁰ Entsprechendes dürfte für § 1822 Nr. 1 BGB gelten, da M ihren Pflichtteil nicht verliert, sondern teilweise vorab erhält.

e. Mögliche Varianten des Falls

- Grundschild: keine persönliche Haftung des Erwerbers, § 1191 Abs. 1 BGB, kein rechtlicher Nachteil → nicht genehmigungsbedürftig.
- Reallast [= wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstück, § 1105 Abs. 1 BGB]: Haftung des Erwerbers mit seinem gesamten Vermögen, § 1108 BGB, → genehmigungsbedürftig.

¹⁰ Wagenitz, in MÜKoBGB, 7. Auflage 2012, § 1822 Rn. 22.

f. Merke

1. Es lohnt sich nicht, alle Fallkonstellationen im Hinblick auf § 107 BGB auswendig zu lernen. Fast (jedes) Rechtsgeschäft bringt irgendeinen rechtlichen Nachteil mit sich. Nach überzeugender Ansicht bedarf also einer **Wertungsentscheidung**. Herrschend ist die auf *Stürner* zurückgehende **wirtschaftliche Betrachtungsweise**: Im Rahmen der **Abwägung** zu berücksichtigen sind **Umfang** und **Wahrscheinlichkeit** des Eintritts eines Nachteils. Nicht unter § 107 fallen Rechtsnachteile, die **typischerweise** ein ganz geringes Gefährdungspotential haben.
2. Die vom Studium des § 181 BGB (Insichgeschäft) bekannte teleologische Reduktion der Ausnahmeklausel „es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht“, lässt sich auf § 1795 Abs. 1 BGB übertragen. An dieser Stelle lassen sich die im Rahmen von § 107 BGB vorzunehmenden Wertungen in das Gutachten einbauen.

g. Entscheidungsbesprechungen

Stephan Lorenz, LMK 2010, 311636

Dieter Medicus, JZ 2011, 159-160

h. Allgemeine Literatur zum Thema

Nicola Preuß, Das für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhafte Geschäft, JuS 2006, 305 - 309

III. Anfechtung

5. Täuschung des Vermieters durch Unterlassen (Verkauf der Marke Thor Steinar)

BGH, Urt. v. 11.8.2010 - XII ZR 192/08, NJW 2010, 3362

a. Leitsatz

Der Mieter ist verpflichtet, den Vermieter vor Abschluss eines Gewerberaummietvertrages über außergewöhnliche Umstände aufzuklären, mit denen der Vermieter nicht rechnen kann und die offensichtlich für diesen von erheblicher Bedeutung sind.

b. Tatbestand

(1) Die Klägerin verlangt von dem Beklagten aus abgetretenem Recht Räumung und Herausgabe eines Ladengeschäfts.

(2) Mit Vertrag vom 1. Juni 2007 vermietete die C. Immobilien GmbH und Co. KG (i. F.: Vermieterin), vertreten durch die Klägerin, an den Beklagten in dem von Friedensreich Hundertwasser entworfenen Geschäftshaus in M. ein Ladengeschäft zum Verkauf von Textilien und Sortimenten im Outdoorbereich. Bestandteil des Vertrages war eine als Anlage 5 beigefügte Sortimentsliste vom 23. Mai 2007, die allgemeine Angaben zu dem beabsichtigten Bekleidungsangebot enthält, ohne eine Marke zu nennen. Der Beklagte beabsichtigte, in den Mieträumen nahezu ausschließlich Waren der Marke "Thor Steinar" zu verkaufen, die von der M. GmbH, deren Geschäftsführer der Beklagte war, vertrieben wird. Diese Marke wird in der Öffentlichkeit in einen ausschließlichen Bezug zur rechtsradikalen Szene gesetzt.

(3) Nachdem die Klägerin von dem beabsichtigten Angebot der Marke "Thor Steinar" erfahren hatte, versuchte sie, den Beklagten zu einem Verzicht auf die Eröffnung des Ladens oder auf den Vertrieb des Warensortiments der Marke "Thor Steinar" zu bewegen.

(4) Am 27. Juli 2007, dem Tag der Eröffnung des Ladens, unterzeichnete der Beklagte auf Wunsch der Klägerin eine Erklärung zum Mietvertrag, in der er versicherte, dass von seinem Gewerbe keine verfassungsrechtlich relevanten Aktivitäten ausgingen und er auch keine rechts- oder linksextremistische Parteien oder Gruppierungen finanziell unterstütze und unterstützen werde. Diese Erklärung wurde auch von dem Vertreter der Klägerin unterzeichnet.

(5) Mit Schreiben vom 27. Juli 2007 kündigte die Vermieterin den Mietvertrag aus wichtigem Grund. Sie wiederholte die Kündigung mit Schreiben vom 2. August 2007 und erklärte darüber hinaus die Anfechtung des Mietvertrages wegen arglistiger Täuschung.

(6) Die Vermieterin hat ihre Ansprüche auf Räumung und Herausgabe des Mietobjekts an die Klägerin abgetreten.

c. Aus den Entscheidungsgründen

Tz. 19 Kein Recht der beklagten Mieterin auf Verbleib im Laden, da Mietvertrag wirksam angefochten.

Tz. 22 Zwar „ist grundsätzlich jeder Verhandlungspartner für sein rechtsgeschäftliches Handeln selbst **verantwortlich** und muss sich deshalb die für die eigene Willensentscheidung notwendigen Informationen auf eigene Kosten und eigenes Risiko selbst beschaffen.“

Tz. 23 „Allerdings besteht nach der Rechtsprechung eine **Rechtspflicht zur Aufklärung bei Vertragsverhandlungen** auch ohne Nachfrage dann, wenn der andere Teil nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicherweise die Mitteilung von Tatsachen erwarten durfte, die für die Willensbildung des anderen Teils offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung sind. [...] Davon wird insbesondere bei solchen Tatsachen ausgegangen, die den Vertragszweck vereiteln oder erheblich gefährden können [...] Eine Tatsache von ausschlaggebender Bedeutung kann auch dann vorliegen, wenn sie geeignet ist, dem Vertragspartner **erheblichen wirtschaftlichen Schaden** zuzufügen.“

Tz. 24f. „[Vermieter] muss [...] nicht nach Umständen forschen, für die er keinen Anhaltspunkt hat und die so außergewöhnlich sind, dass er mit ihnen nicht rechnen kann. Er ist deshalb auch nicht gehalten, Internetrecherchen zum Auffinden solcher etwaiger außergewöhnlicher Umstände durchzuführen.“ [...]

Tz. 25ff. „**Umstände des Einzelfalls**“ sind entscheidend. Hier:

- Hundertwasser-Haus als großes Geschäftshaus im Zentrum der Stadt Magdeburg; Touristenattraktion; Marke "Thor Steinar" „wird unstreitig in der öffentlichen Meinung ausschließlich der rechtsradikalen Szene zugeordnet.“
- Risiko, dass „Hundertwasserhaus in den Ruf gerät, Anziehungsort für rechtsradikale Käuferschichten zu sein und damit ein Ort, an dem - auch aufgrund von Demonstrationen - gewaltsame Auseinandersetzungen zu erwarten sind.“
- „mögliche rufschädigende Wirkung, ist geeignet, Kunden und Touristen fernzuhalten und damit andere Mieter im Anwesen zu einer Minderung oder Beendigung des Mietvertrages zu veranlassen und potentielle Mieter von dem Abschluss eines Mietvertrages abzuhalten.“
- Risiko für Vermieter, in der öffentlichen Meinung in die Nähe der rechtsradikalen Szene gestellt zu werden.

Daher hier: Verkauf von Waren der Marke „Thor Steinar“ ist außergewöhnlicher Umstand, der der Aufklärung bedarf.

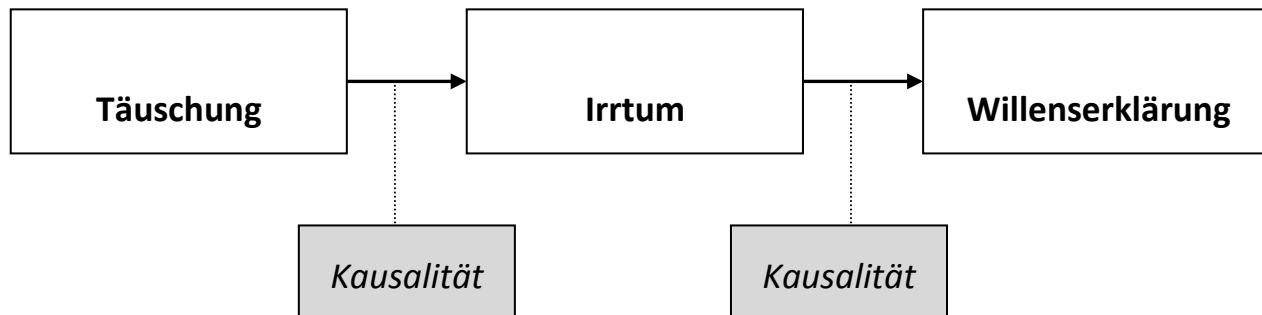
- Tz. 34 „[Auch] die **subjektiven Voraussetzungen** für eine arglistige Täuschung durch unterlassene Aufklärung [sind zu bejahen. Der Beklagte wusste], dass die Marke "Thor Steinar" in der öffentlichen Meinung rechtsradikalen Kreisen zugeordnet wird und dass zum Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages zumindest in Fußballstadien von W. ein Verbot für das Tragen von "Thor Steinar" bestand. Ihm war deshalb bewusst, dass der Verkauf von Waren dieser Marke in dem von Friedensreich Hundertwasser gestalteten großen Geschäftshaus geeignet war, erhebliche wirtschaftliche Nachteile für die Vermieterin zu verursachen. Daraus ergibt sich, dass er zumindest billigend in Kauf genommen hat, dass die Vermieterin den Mietvertrag nicht abgeschlossen hätte, wenn sie vor Vertragsschluss Kenntnis von dem beabsichtigten Verkauf der Marke "Thor Steinar" gehabt hätte.
- Tz. 35 **Kausalität** der Täuschung für Abschluss des Mietvertrages ist ebenfalls zu bejahen. Indizien: objektiv große Bedeutung des Umstands; Verhalten der Vermieterin nach Kenntniserlangung.
- Tz. 36f. Auch kein Ausschluss durch **konkludente Bestätigung**, § 144 BGB, am 27.7.2007. Von einer Bestätigung ist nur auszugehen, „wenn das Verhalten des Anfechtungsberechtigten eindeutig Ausdruck eines Bestätigungswillens ist und jede andere, den Umständen nach einigermaßen verständliche Deutung ausscheidet.“
- Tz. 38 Anfechtung wegen arglistiger Täuschung ist auch noch möglich, wenn Mietvertrag **bereits in Vollzug gesetzt** wurde
- [e. A.: nach in Vollzugsetzung nur noch Kündigung, keine Anfechtung;
 - e. A.: Anfechtung wegen arglistiger Täuschung ist möglich, jedoch nur mit ex nunc-Wirkung,
 - a. A.: idem, soweit Wohnraummiete betroffen, wo soziale Aspekte zu berücksichtigen sind.]

d. Mögliche Einbettung in Gutachten

Anspruch der Vermieterin gegen den Mieter auf Herausgabe des Ladenlokals aus § 985 BGB?

- Eigentum der Vermieterin (+), Besitz des Mieters (+).
- Recht des Mieters zum Besitz, § 986 BGB?
- Zunächst bestand Mietvertrag. Dieser ist möglicherweise rückwirkend durch wirksame Anfechtung erloschen, § 142 Abs. 1 BGB.
 - Zulässigkeit der Anfechtung des in Vollzug gesetzten Gewerbemietraumvertrages (+), str.
 - Anfechtungserklärung, § 143 Abs. 1 BGB (+)
 - Anfechtungsfrist, § 124 BGB (+)
 - Anfechtungsgrund, § 123 Abs. 1 BGB?
 - Täuschungshandlung. Hier: Unterlassen: Verletzung einer Aufklärungspflicht (+), Vertrieb der Marke Thor Steinar
 - Irrtum des Anfechtenden (+), Vorstellung des Vermieters, dass normale Marken vertrieben werden

- Kausalität zwischen Täuschungshandlung und Irrtum (+)
- Kausalität zwischen Irrtum und abgegebener Willenserklärung (+)



- Rechtswidrigkeit (ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal) (+), indiziert
- Arglist des Täuschenden (+), dolus eventualis, dass Vermieterin ohne Täuschung den Vertrag nicht oder nicht in dieser Form abgeschlossen hätte.
- Kein Ausschluss der Anfechtung durch Bestätigung des Mietvertrages, § 144 BGB
- Wirkung der Anfechtung: ex tunc, str.

Außerdem:

- Herausgabeanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Fall BGB, da Mieter durch Leistung der Vermieterin ohne Rechtsgrund Besitz an dem Ladenlokal erlangt hat, sowie
- Anspruch aus c.i.c. auf Schadensersatz. Naturalerfüllung: Herausgabe des Gewerberaums.

e. Merke

Mit der Annahme einer Aufklärungspflicht als Voraussetzung für eine Täuschung durch Unterlassen sollte man sehr zurückhaltend sein. Hierfür bedarf es ganz besonderer Umstände. Grundsätzlich ist jede Vertragspartei selbst verantwortlich, sich die für die eigene Willensentscheidung notwendigen Informationen auf eigene Kosten und eigenes Risiko selbst beschaffen.

6. Unwirksamkeit eines im Voraus vereinbarten Ausschlusses des Anfechtungsrecht – Heros II¹¹

BGH, Beschl. v. 21.09.2011 – IV ZR 38/09, NJW 2012, 296

a. Leitsatz

Ein im Voraus vereinbarter Ausschluss der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung ist mit dem von § 123 BGB bezweckten Schutz der freien Selbstbestimmung unvereinbar und deshalb unwirksam, wenn die Täuschung von dem Geschäftspartner selbst oder von einer Person verübt wird, die nicht Dritter i.S. des § 123 Abs. 2 BGB ist. Das gilt auch im Verhältnis zu durch die Vertragserklärung begünstigten Dritten.

¹¹ Bearbeitet von R'Ref. Martin Geismann.

b. Tatbestand:

I. Die Klägerin begehrt aus eigenem und von vier Schwestergesellschaften abgetretenem Recht von der Beklagten als führendem Versicherer anteilige Versicherungsleistungen aus einer von Unternehmen der HEROS-Gruppe (im Folgenden: HEROS-Gruppe) mit mehreren Versicherungsunternehmen abgeschlossenen "Valorenversicherung". Deren Versicherungsbedingungen (im Folgenden: VB) lauten - nach der zuletzt ausgestellten Police Nr. 7509 - auszugsweise wie folgt:

"11. BESTIMMUNGEN FÜR DEN SCHADENFALL

...

11.3.1 Schadenzahlungen können mit befreiender Wirkung nur direkt an die Auftraggeber der Versicherungsnehmerin für die vom Schaden betroffenen Transporte erfolgen. Das Aufrechnungsrecht des Versicherers gemäß § 35b VVG ist insoweit ausgeschlossen.

...

13. OBLIEGENHEITEN

...

13.4 Verstöße gegen Obliegenheiten, sonstige Rechtspflichten und Sicherheitsauflagen durch die Versicherungsnehmerin beeinträchtigen den Versicherungsschutz nicht. Diese Vereinbarung gilt ausschließlich zugunsten der jeweiligen Auftraggeber.

...

15. SCHLUSSBESTIMMUNGEN

...

15.3 Mitversicherung

Alle der Führenden gegenüber und von dieser abgegebenen Meldungen, Anzeigen und Erklärungen sowie mit der Versicherungsnehmerin getroffene Vereinbarungen ... sind in jeder Weise auch für die beteiligten Gesellschaften verbindlich. ..."

Die Klägerin und ihre Schwestergesellschaften sind Versicherte dieses Vertrages. Sie behaupten Schäden aus Bargeldentsorgungen aus der Zeit vom 14. bis zum 17. Februar 2006. Hiermit war die HEROS Transport-GmbH auf Grund von mit der Kl. und ihren Schwestergesellschaften geschlossenen Rahmenverträgen beauftragt. Die Versicherer der Police Nr. 7509 übersandten den jeweiligen Versicherten eine "Versicherungsbestätigung", welcher der Abschluss der Versicherung für die HEROS-Gruppe, ferner unter anderem die versicherten Interessen, die Haftungshöchstsummen sowie Umfang und Gegenstand der Versicherung zu entnehmen waren.

Im Februar 2006 kam es zum Zusammenbruch der HEROS-Gruppe. Zahlreichen Auftraggebern, darunter nach ihrer Behauptung auch der Klägerin und ihren Schwestergesellschaften, wurde den HEROS-Gesellschaften Mitte Februar zur Entsorgung überlassenes Bargeld nicht mehr (vollständig) auf ihren Konten gutgeschrieben. Nachdem im April 2006 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der HEROS-Gruppe eröffnet worden war, focht die Beklagte den Versicherungsvertrag im Januar 2007 wegen arglistiger Täuschung an.

Die Parteien streiten insbesondere darüber, ob diese Anfechtung wirksam und die Beklagte schon daher leistungsfrei ist [...]

(Insofern stand im Verfahren im Raum, ob die Versicherer bereits deswegen nicht haben arglistig getäuscht werden können, weil sie Kenntnis vom Geschäftsgebaren der Heros-Gruppe hatten. Von

Klägerseite wurde insofern vorgebracht, ein Mitarbeiter der Versicherer sei mit dem Geschäftsführer der Heros-Gruppe eng befreundet gewesen.)

c. Aus den Gründen:

- Tz. 8: 1. Die Anfechtung einer Willenserklärung nach § 123 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass der Erklärende zu ihrer Abgabe durch eine arglistige Täuschung bestimmt worden ist. Das ist dann der Fall, wenn diese Täuschung einen Irrtum des Erklärenden hervorgerufen und dadurch dessen Entschluss zur Willenserklärung beeinflusst hat [...] hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft festgestellt.
- Tz. 9: a) Es geht davon aus, bei der HEROS-Gruppe hätten spätestens seit Mitte der 1990er Jahre erhebliche finanzielle Schwierigkeiten bestanden. Unter anderem um Liquiditätsengpässe auszugleichen, seien laufend die im Zuge von Transportaufträgen entgegengenommenen Gelder nicht sogleich den Konten der jeweiligen Auftraggeber gutgebracht, sondern zu Teilen zur Befriedigung anderweitig offen stehender Forderungen verwendet worden. Der Ausgleich für die dadurch zunächst geschädigten Auftraggeber sei zeitverzögert durch einen entsprechenden Zugriff auf spätere Geldtransporte erfolgt. Daraus habe sich eine vielfach als "Schneeballsystem" bezeichnete Dynamik wachsender Finanzierungslücken entwickelt. Von all dem habe die Beklagte bei Abschluss der Police Nr. 7509 jedoch noch keine Kenntnis gehabt.
- Tz.10: Das stützt sich unter anderem auf folgende Erwägungen: Die HEROS-Verantwortlichen hätten ihr Geschäftsgebaren bei Vertragsschluss nicht offengelegt. Selbst wenn der Beklagten einzelne Unregelmäßigkeiten aus den 1990er Jahren und seit dem Jahre 2000 bekannt gewesen wären, folge daraus nicht, dass sie in den Jahren 2000 und 2001 bereits aktuelles und positives Wissen über die erheblichen Fehlbeträge und die Insolvenzsreife der HEROS-Gruppe gehabt habe. Bloße Verdachtsmomente genühten für eine solche Kenntnis nicht. Es komme hinzu, dass einzelne möglicherweise zunächst aufgetretene Probleme von HEROS stets "beseitigt" worden und deshalb weitgehend keine Versicherungsfälle abzuwickeln gewesen seien. Bis in die Spätphase habe das Schneeballsystem noch funktioniert. Auch die Klägerin habe vorgebracht, es sei bei ihr abgesehen von wenigen, nicht regelmäßigen Verzögerungen zu keinen Auffälligkeiten gekommen. Weiter hätten auch eine im Jahre 1993 ausgesprochene Kündigung, Schadensfälle aus den Jahren 1997 und 2001 und Prämienrückstände in der Zeit von 1998 bis 2000 noch keine ausreichenden Rückschlüsse auf den wirtschaftlichen Zustand der HEROS-Gruppe bei Abschluss der Police Nr. 7509 zugelassen.
- Tz. 11: Allein aus der Freundschaft zwischen dem HEROS-Geschäftsführer W. und dem Mitarbeiter der Beklagten Harald S. könne ebenfalls nicht gefolgert werden, die Beklagte sei konkret in das Schneeballsystem eingeweiht gewesen und habe Kenntnis von der wirtschaftlichen Lage der HEROS-Gruppe gehabt. Dagegen sprächen die Angaben des Zeugen W. anlässlich seiner polizeilichen Vernehmung im März 2006, wonach die Versicherer bis ins Jahr 2004 nicht gewusst hätten, dass die von HEROS geschuldeten Einzahlungen nicht fristgerecht und taggleich erfolgt seien.
- Tz. 12: b) Damit hat das Berufungsgericht das Recht der Klägerin auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt.
- Tz. 13: Es durfte einen Irrtum der hier für darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten nicht feststellen, ohne zuvor den von der Klägerin beantragten Beweis über die dieser Feststellung entgegenstehende Behauptung zu erheben, der Mitarbeiter der Beklagten S., der zahlreiche Zuwendungen von Verantwortlichen der HEROS-Gruppe erhalten habe, sei über sämtliche Vor-

gänge bei HEROS unterrichtet gewesen und habe insbesondere gewusst, dass der Lebensstil des HEROS-Geschäftsführers W. aus Unterschlagungen und Veruntreuungen finanziert worden sei.

Tz. 14 – 19: [...]

Tz. 20: a) Gegen die Annahme des Berufungsgerichts, bei der Police Nr. 7509 handele es sich um den Abschluss eines neuen, zum 1. Dezember 2001 in Kraft getretenen Versicherungsvertrages und nicht lediglich um eine Änderung der zuvor bestehenden Police Nr. 7265, ist revisionsrechtlich nichts zu erinnern.

Tz. 21: aa) Ein neuer Vertrag liegt vor, wenn der aus den gesamten Fallumständen zu ermittelnde Wille der Vertragsparteien darauf gerichtet war, die vertraglichen Beziehungen auf eine selbstständige neue Grundlage zu stellen und sich nicht damit zu begnügen, einzelne Regelungen des bestehenden Vertrages zu modifizieren. Für einen neuen Vertrag spricht die Veränderung wesentlicher Vertragsinhalte, z.B. des versicherten Risikos, des versicherten Objekts, der Vertragsdauer, der Vertragsparteien und der Gesamtversicherungssumme [...].

Tz. 22: bb) Unter Beachtung dieser Maßstäbe und Heranziehung der den Einzelfall prägenden Umstände ist das Berufungsgericht ohne durchgreifenden Rechtsfehler zu dem Ergebnis gelangt, die Police Nr. 7509 sei als neuer, zum 1. Dezember 2001 in Kraft getretener Vertrag anzusehen. Entscheidungserheblichen Vortrag oder relevante Beweisangebote der Klägerin hat es - entgegen der Auffassung der Beschwerde - nicht übergangen. Die Angriffe der Revision erschöpfen sich im Wesentlichen in dem revisionsrechtlich unbehelflichen Versuch, die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts unter abweichender Bewertung einzelner Indizien durch eine vermeintlich bessere eigene Würdigung zu ersetzen.

Tz. 23: Auf der Grundlage der vom Berufungsgericht vorgenommenen Gesamtschau zahlreicher Umstände, die sich insbesondere auch nicht als willkürlich i.S. von Art. 3 Abs. 1 GG erweist, schließt der Senat weiter aus, dass einzelne von der Revision herausgegriffene Aspekte das Berufungsgericht zu einer anderen Entscheidung veranlasst hätten, mögen sie auch für sich betrachtet auf eine Verlängerung der früheren Police hindeuten.

Tz. 26: (II. 2.) b) Ziffer 13.4 VB enthält, selbst wenn man den Wortlaut der Klausel auch auf eine vorvertragliche arglistige Täuschung des Versicherungsnehmers beziehen wollte, keinen wirksamen Ausschluss der Arglistanfechtung.

Tz. 27: aa) Ein im Voraus vereinbarter Ausschluss des Anfechtungsrechts aus § 123 Abs. 1 BGB ist nach allgemeiner Auffassung unwirksam, wenn die Täuschung vom Geschäftspartner selbst oder von einer Person verübt wird, die nicht Dritter i.S. des § 123 Abs. 2 BGB ist [...].

Tz. 28: § 123 BGB schützt die rechtsgeschäftliche Entschließungsfreiheit [...], indem die Vorschrift gewährleistet, dass eine Willenserklärung, die nicht als Ausdruck freier rechtsgeschäftlicher Selbstbestimmung angesehen werden kann, weil die Willensbildung des Erklärenden von Täuschung oder Drohung beeinflusst ist, der Anfechtung unterliegt [...].

Tz. 29: Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Willenserklärung einer juristischen oder natürlichen Person in Rede steht. Das aus Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitete Recht auf freie Willensbildung steht, da es korporativ betätigt werden kann [...], juristischen und privaten Personen gleichermaßen zu [...].

Tz. 30: bb) Für das Verhältnis zwischen der Beklagten als Versicherer und der Klägerin und ihren Schwestergesellschaften als von Ziff. 13.4 VB begünstigte Versicherte gilt nichts anders.

- Tz. 31: Auch wenn den Versicherern die Berufung auf eine Arglistanfechtung lediglich gegenüber den Versicherten verwehrt bliebe, wären Erstere der Willkür der täuschenden Versicherungsnehmerin ausgeliefert und ihrer freien rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung beraubt. Da Versicherungsleistungen nach Ziffer 11.3.1 Abs. 1 Satz 1 VB an die Versicherten zu erbringen sind, liefe der Schutz des § 123 BGB gerade dann ins Leere, wenn die durch Täuschung geschaffene Verpflichtung gegenüber den Versicherten bestehen bliebe.
- Tz. 32: cc) § 334 BGB steht der Geltendmachung der Anfechtungsfolgen gegenüber der Klägerin und ihren Schwestergesellschaften ebenfalls nicht entgegen. Als Versicherte des zwischen der HEROS-Gruppe und den beteiligten Versicherern geschlossenen Vertrages können sie Rechte nur so erwerben, wie die Versicherungsnehmerin sie gestaltet hat [...]. Ihnen stehen nach § 334 BGB alle Einwendungen entgegen, die dem Versicherer aus dem Vertrag oder auch dessen Nichtigkeit erwachsen. Dazu zählt der Einwand der Anfechtung (vgl. nur BK/Hübsch, VVG § 74 Rn. 27).
- Tz. 33: dd) Auch aus den Versicherungsbestätigungen, die die Beklagte den Versicherten übersandt hat, erwachsen Letzteren in Bezug auf die Arglistanfechtung keine weitergehenden Rechte. Das Berufungsgericht hat diese Bestätigungen zu Recht als lediglich deklaratorische Informationsschreiben angesehen, die dazu dienten, die Versicherten über den Abschluss einer Versicherung zwischen der Beklagten und der HEROS-Gruppe zu unterrichten und den Inhalt dieses Vertrages zusammenzufassen. Eine gesonderte Begründung, Stärkung und Sicherung von Rechten der Versicherten folgt daraus nicht [...]. Die Beklagte hat mit den Bestätigungen keinen über die Regelungen des Versicherungsvertrages hinausgehenden Sicherungszweck verfolgt [...]. Sie war deshalb auch nicht gehalten, diese Bestätigungen gesondert anzufechten.
- Tz. 34: c) Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Frage, ob die Klägerin und ihre Schwestergesellschaften den Anfechtungsgrund kannten, für die Wirksamkeit der Anfechtung ohne Bedeutung ist, weil § 123 Abs. 2 BGB hier nicht anzuwenden ist. Sowohl § 123 Abs. 2 S. 1 als auch Abs. 2 S. 2 BGB setzen voraus, dass die Täuschung von einem Dritten ausgeht, und können mithin nicht eingreifen, wenn allein eine Täuschung durch den Erklärungsgegner - hier die HEROS-Gruppe als Versicherungsnehmerin - in Rede steht [...].
- Tz. 35: d) Ohne Rechtsfehler nimmt das Berufungsgericht an, die HEROS-Gruppe habe der Beklagten bei Abschluss der Police Nr. 7509 ihr bis dahin praktiziertes Geschäftsverhalten (vgl. zum Schneeballsystem unter II 1 a) offenbaren müssen.
- Tz. 36, 37: [...]
- Tz. 38: (1) Zwar muss ein Vertragspartner im Allgemeinen nicht über alle Umstände aufgeklärt werden, die für seine Entscheidung von Bedeutung sein können. Anderes gilt aber dann, wenn eine solche Mitteilung aufgrund der konkreten Gegebenheiten nach der Verkehrsauffassung erwartet werden darf [...]. So liegt der Fall hier. Angesichts der unlauteren Geschäftspraktiken der HEROS-Gruppe drohten bereits zur Zeit des Vertragsschlusses jederzeit die Entdeckung und der Zusammenbruch des Schneeballsystems mit der Folge, dass die Unternehmen der HEROS-Gruppe insolvent werden und zahlreiche Auftraggeber in diesem Fall die den HEROS-Unternehmen zum Transport übergebenen Gelder beziehungsweise deren Gegenwert verlieren konnten. Losgelöst von der Frage, ob die so entstehenden Ausfälle in jedem Fall einen Versicherungsfall dargestellt hätten, stand für die Verantwortlichen der HEROS-Gruppe jedenfalls zu erwarten, dass die Versicherer im Falle der Entdeckung des Schneeballsystems und dem dann unvermeidlichen Zusammenbruch der Geschäfte durch zahlreiche Versicherte in Anspruch genommen würden. Daher lag allein im Betreiben dieses Schneeballsystems bereits ei-

ne anzeigepflichtige unmittelbare Gefährdung des Vertragszwecks der Versicherung [...]. Durch Verschweigen der geschilderten Gefahren verlagerte die HEROS-Gruppe ihr eigenes wirtschaftliches Wagnis zum Teil auf die Versicherer und belastete diese bewusst mit einem Risiko, das über die mit dem Abschluss einer Valoren-Transport-Versicherung normalerweise verbundenen Gefahren erheblich hinausging [...].

- Tz. 39: (2) Dabei ist es hier unerheblich, dass sich die Verantwortlichen der HEROS-Gruppe bei Offenbarung ihrer Geschäftspraktiken gegenüber den Versicherern unerlaubter Handlungen hätten bezichtigen müssen [...]. Aus dem strafprozessualen Privileg, sich nicht selbst einer Straftat bezichtigen zu müssen, erwächst kein Anspruch darauf, ungeachtet des Verschweigens solcher Umstände dennoch private Rechte voll durchzusetzen [...] oder sich gar versicherungsvertragliche Vorteile zu erschleichen.
- Tz. 41: e) Die Anfechtungserklärung der Beklagten vom 8. Januar 2007 leidet an keinem ihre Wirksamkeit ausschließenden Mangel.
- Tz. 42: Sie ist an den Insolvenzverwalter der HEROS-Gruppe gerichtet, auf die Police Nr. 7509 bezogen, wurde ausdrücklich im Namen aller Mitversicherer abgegeben und war geeignet, nicht nur den mit der Beklagten im Rahmen einer offenen Mitversicherung geschlossenen Vertrag, sondern den Versicherungsvertrag als Ganzes zu erfassen.
- Tz. 43: aa) Die Anschlussklausel in Ziffer 15.3 VB verleiht - für einen durchschnittlichen, juristisch nicht vorgebildeten Versicherungsnehmer einer Transportversicherung ohne weiteres erkennbar [...] - der Beklagten als führendem Versicherer die Befugnis, Willenserklärungen im Namen der übrigen Mitversicherer abzugeben und diese aktiv zu vertreten [...]. Sie wird dadurch auf der Seite der Versicherer mit der umfassenden Wahrnehmung aller aus dem Vertragsverhältnis erwachsenden Aufgaben betraut. Dies umfasst auch Erklärungen, die sich auf den Bestand des Vertrages auswirken können. Angesichts dieser bereits im Versicherungsvertrag erteilten Bevollmächtigung war für eine Zurückweisung der Anfechtung nach § 174 Satz 1 BGB durch den Insolvenzverwalter kein Raum.
- Tz. 44: bb) Einer zusätzlichen Anfechtungserklärung gegenüber den Versicherten bedurfte es nicht. Bei der hier genommenen Versicherung für fremde Rechnung sind grundsätzlich alle Erklärungen, die den Vertrag als solchen und nicht lediglich Pflichten der Versicherten oder deren Rechtsausübung betreffen [...]. Auf die Wirksamkeit der von der Beklagten dennoch auch gegenüber Versicherten abgegebenen Anfechtungserklärungen kommt es deshalb nicht an.
- Tz. 45: f) Ob einerseits die Anfechtungsfrist des § 124 Abs. 1 BGB eingehalten und andererseits der Versicherungsvertrag möglicherweise gemäß § 144 BGB bestätigt wurde, kann abschließend erst entschieden werden, wenn geklärt ist, in welchem Umfang und ab welchem Zeitpunkt die Beklagte oder ein ihr möglicherweise gleichstehender Wissensvertreter Kenntnis von denjenigen Tatsachen hatte, über die sie nach ihrer Behauptung getäuscht worden ist.
- Tz. 46: aa) Die Jahresfrist des § 124 Abs. 1 BGB beginnt mit der Entdeckung der Täuschung durch den Anfechtungsberechtigten zu laufen, also mit der Entdeckung des Irrtums und des Umstandes, dass dieser durch eine Täuschung veranlasst worden ist. Nicht ausreichend ist ein bloßes Kennenmüssen; auch ein bloßer Verdacht, getäuscht worden zu sein, genügt nicht [...].
- Tz. 47: Das hat das Berufungsgericht seinen Überlegungen zutreffend zugrunde gelegt. Seine weiteren, im Übrigen rechtsfehlerfreien Ausführungen zur Wahrung der Anfechtungsfrist gehen allerdings von der fehlerhaft getroffenen Feststellung aus, die Beklagte habe sich bei Abgabe ihrer Vertragserklärung in einem Irrtum über die Geschäftspraktiken der HEROS-Gruppe befunden.

den. Da dieser Punkt weiterer Aufklärung bedarf, kann noch nicht abschließend entschieden werden, ob und gegebenenfalls wann die Anfechtungsfrist zu laufen begonnen hat.

- Tz. 51: III. Der Senat weist für das weitere Verfahren auf Folgendes hin:
- Tz. 52: Greift die Anfechtung bezüglich der Police Nr. 7509 nach § 123 Abs. 1 BGB durch, wird neu zu prüfen sein, ob sie auch die einvernehmliche Aufhebung der Vorgänger-Police Nr. 7265 erfasst und im Ergebnis zu deren Wiederaufleben führt.
- Tz. 53: Soweit das Berufungsgericht dies bisher verneint hat, begegnet die Begründung des Berufungsurteils rechtlichen Bedenken.
- Tz. 54: 1. Ist der Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, wird davon gemäß § 139 BGB das gesamte Rechtsgeschäft erfasst, es sei denn die Fallumstände rechtfertigen die Annahme, der nicht unmittelbar von der Nichtigkeit betroffene Teil des Rechtsgeschäftes wäre auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden. § 139 BGB erfordert damit zunächst eine Klärung der Frage, ob ein einheitliches Rechtsgeschäft vorliegt, welches lediglich teilweise der Anfechtung unterliegt, oder ob zwei selbständige Rechtsgeschäfte abgeschlossen worden sind, auf die § 139 BGB keine Anwendung findet.
- Tz. 55: 2. Ein einheitliches Rechtsgeschäft i.S. von § 139 BGB liegt vor, wenn der Wille der Parteien dahin geht, dass die möglicherweise äußerlich getrennten Rechtsgeschäfte miteinander stehen und fallen sollten, mithin das eine nicht ohne das andere von den Parteien gewollt war [...].
- Tz. 56: Dafür spricht hier, dass nach den Feststellungen des Berufungsgerichts mit dem Abschluss der zum 1. Dezember 2001 in Kraft tretenden Police Nr. 7509 zugleich die vorzeitige Aufhebung der anderenfalls noch bis einschließlich Dezember 2001 geltenden Police Nr. 7265 einhergehen sollte. Insoweit liegen nicht einmal äußerlich getrennte Vertragserklärungen vor, sondern die vorwiegend die neue Police betreffenden Erklärungen erfassten zugleich stillschweigend die Vorgänger-Police.
- Tz. 57: Dennoch hat das Berufungsgericht ein einheitliches Rechtsgeschäft mit der Erwägung verneint, es habe im Falle einer erfolgreichen Arglistanfechtung nicht dem Willen der Parteien entsprochen, auch den Aufhebungsvertrag betreffend die Police Nr. 7265 zu vernichten und letzterer auf diese Weise wieder Geltung zu verschaffen. Für die Versicherungsnehmerin sei vielmehr offensichtlich gewesen, dass die Beklagte bei Kenntnis der ihr verschwiegenen Gefahrumstände den alten Versicherungsvertrag jederzeit hätte kündigen können.
- Tz. 58: 3. Das ist nicht frei von Rechtsfehlern, denn bei der Ermittlung des für die Einheitlichkeit maßgeblichen Parteiwillens ist auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts abzustellen [...] und nicht danach zu fragen, welche Parteiinteressen bei Erklärung der Arglistanfechtung bestanden. Für die Annahme eines einheitlichen Rechtsgeschäfts kann im Übrigen der diesbezügliche Wille einer der Vertragsparteien genügen, wenn er für die andere Partei erkennbar war und von ihr gebilligt oder jedenfalls hingenommen wurde [...].
- Tz. 59: Das Berufungsgericht hat insoweit nicht geprüft, ob die Aufhebung des bestehenden Versicherungsvertrages (Police Nr. 7265) bei den Verhandlungen über die Police Nr. 7509 zumindest von der Versicherungsnehmerin nicht ohne den gleichzeitigen Neuabschluss gewollt war und ob dies für die Annahme eines einheitlichen Rechtsgeschäfts deshalb ausreichte, weil die Beklagte bei Abschluss der Police Nr. 7509 erkannt und akzeptiert hat, dass beide Rechtsgeschäfte jedenfalls für die Versicherungsnehmerin miteinander stehen und fallen sollten. Demgegenüber kommt es auf die Frage, ob die Beklagte bei Kenntnis der Geschäftspraktiken der HEROS-

Gruppe berechtigt gewesen wäre, die Police Nr. 7265 jederzeit fristlos oder ordentlich zu kündigen, nicht an. Maßgeblich ist allein, ob der ursprüngliche Versicherungsvertrag nach der Vorstellung der Parteien auch ohne den Neuabschluss hätte aufgehoben werden sollen. Das ist ohne Berücksichtigung des später erkannten Anfechtungsgrundes und nicht allein anhand der Interessen der Beklagten zu beurteilen.

d. Gutachten:

I. Zahlungsanspruch der Klägerin gegen die Versicherung aus Versicherungsvertrag zwischen Heros und Versicherung, § 328 Abs. 1 BGB

1. Anspruch entstanden

Durch Vertragsschluss zwischen Heros und den Versicherern

2. Anspruch durch Anfechtung erloschen, §§ 142 Abs. 1, 123 Abs. 1 Var. 1 BGB

a) Anfechtungsgrund: Arglistige Täuschung § 123 Abs. 1 Var. 1 BGB

(aa) Täuschung ist das Hervorrufen Aufrechterhalten oder Bestärken einer Fehlvorstellung über Tatsachen.

- Die Täuschungshandlung kann entweder in einem aktiven Tun oder einem Unterlassen liegen. Bei der Täuschung durch **Unterlassen** ist weitere Voraussetzung, dass Heros eine rechtliche Pflicht hatte über die mit dem Vertrag zusammenhängenden Tatsachen aufzuklären. Heros hat die Versicherer nicht aktiv falsch über das praktizierte Geschäftsmodell informiert. Insofern muss eine Aufklärungspflicht von Heros bestanden haben. Eine solche besteht, wenn die Versicherer nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) unter Berücksichtigung der Verkehrssitte redlicherweise Aufklärung erwarten durfte.¹² Schon zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses drohte die Entdeckung und damit der Zusammenbruch des von der Heros Gruppe praktizierten Schneeballsystems und letztlich der Insolvenz der Heros Gruppe. „Losgelöst von der Frage, ob die so entstehenden Ausfälle in jedem Fall einen Versicherungsfall dargestellt hätten, stand für die Verantwortlichen der Heros Gruppe jedenfalls zu erwarten, dass die Versicherer im Falle der Entdeckung des Schneeballsystems und dem dann unvermeidlichen Zusammenbruch der Geschäfte durch zahlreiche Versicherte in Anspruch genommen würden. Daher lag allein im betreiben des Schneeballsystems bereits eine anzeigepflichtige unmittelbare Gefährdung des Vertragszweckes [...]. Durch das Verschweigen der geschilderten Gefahren verlagerte die Heros Gruppe ihr eigenes wirtschaftliches Wagnis zum Teil auf die Versicherer und belastete diese bewusst mit einem Risiko, dass über die mit dem Abschluss einer Valoren-Transportversicherung normalerweise verbundenen Gefahren erheblich hinausging.“ (Tz. 38) Damit bestand eine Aufklärungspflicht.

– Es müsste auch **durch** das Verhalten der Heros Gruppe ein **Irrtum** bei den Versicherern hervorgerufen worden sein. Ein Irrtum liegt aber nur dann vor, wenn die Versicherer als juristische Person keine Kenntnis von den tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnissen der Heros Gruppe und dem praktizierten Geschäftsmodell hatten.

– Juristischen Personen, wie den Versicherern, wird insofern die **Kenntnis** ihrer Organe und Vertreter **zugerechnet**, § 166 Abs. 1 BGB. Da größere Betriebe durch eine Aufspaltung des Wissens nicht begünstigt werden dürfen ist eine Wissenszurechnung auch dann möglich, wenn die Person mit Kennt-

¹² Palandt/Ellenberger, 70. Aufl. 2011, § 123, Rn. 5.

nis der Sachlage überhaupt nicht an dem konkreten Vertragsschluss beteiligt war.¹³ Der Mitarbeiter der Versicherung war mit dem Geschäftsführer der Heros Gruppe befreundet und hat zahlreiche Zuwendungen von Verantwortlichen der Heros Gruppe erhalten.

Beachte:

Allein aus diesem Umstand darf aber nicht eine Kenntnis abgeleitet werden. Insbesondere hätte eine weitere Beweisaufnahme erfolgen müssen. In einer Klausur wäre zur Kenntnis des Mitarbeiters unstreitiger Sachverhalt zu erwarten. Insbesondere könnte dann die schwierige Frage aufgeworfen werden, inwiefern das Wissen eines Mitarbeiters eines Unternehmens einer Unternehmensgruppe den anderen beteiligten Unternehmen zugerechnet werden kann. Insoweit ist eine wertende Gesamtbetrachtung vorzunehmen.¹⁴ Es bietet sich hier in der Klausur eine eingehende Argumentation an.

b) Anfechtungserklärung, § 143 Abs. 1 BGB

Die Versicherung war befugt auch für die Mitversicherer die Anfechtung zu erklären. Dies ergibt sich aus 15.3. Versicherungsbestimmungen.

- gegenüber dem Anfechtungsgegner

Anfechtungsgegner ist nach § 143 Abs. 2 HS. 1 BGB der andere Teil des Vertrages, also die Heros Gruppe. Dieser gegenüber wurde die Anfechtung auch erklärt. Einer weiteren Anfechtungserklärung gegenüber der Klägerin bedurfte es insofern nicht.

- Anfechtungsfrist ist nach § 124 Abs. 1 BGB ein Jahr. Diese beginnt ein Jahr ab Entdeckung der Täuschung und des arglistigen Verhaltens des anderen Teils.¹⁵ Das Schneeballsystem der Heros Gruppe ist erst im Jahr 2006 zu Tage getreten. Nach der Kenntnis dieses Geschäftsgebarens war den Versicherern auch klar, dass die Heros Gruppe vorsätzlich, also arglistig, täuschte. Bis zur Anfechtungserklärung war bis dahin noch kein Jahr vergangen.

c) Widerrechtlichkeit der Anfechtung

Die Täuschung müsste auch widerrechtlich gewesen sein. Die Täuschung durch Unterlassen ist dann nicht widerrechtlich, wenn die Heros Gruppe das praktizierte Schneeballsystem nicht den Versicherern offenlegen musste, weil die betroffenen Geschäftsführer sich dadurch einer Straftat hätten selbst bezichtigen müssen. Das Recht sich nicht selbst zu belasten ist ein strafprozessuales Privileg, das nicht aus sich selbst heraus dazu führen kann, dass wie hier Versicherungsleistungen erschlichen werden können. (Tz. 39) Damit kann dies nicht zu einer Verneinung der Widerrechtlichkeit der Anfechtung führen.

c) kein Ausschluss der Anfechtung durch 13.4 der Versicherungsbestimmungen:

- Ein Ausschluss der Anfechtung durch arglistige Täuschung ist in jedem Falle unwirksam, da sonst Sinn und Zweck des § 123 Abs. 1 BGB unterlaufen werden könnte (vgl. Tz. 28).¹⁶ § 123 BGB dient dem Schutz der freien Willensbildung. Eine solche ist bei arglistiger Täuschung aber gerade nicht möglich. Ein Ausschluss würde dem Täuschenden einen mit der gesetzgeberischen Wertung nicht in Einklang bringenden Vorteil verschaffen.

¹³ Palandt/Ellenberger, 70. Aufl. 2011, § 166, Rn. 8; Schramm, MüKo, 6. Aufl. 2012, § 166, Rn. 26.

¹⁴ Schramm, a.a.O.

¹⁵ Palandt/Ellenberger, 70. Aufl. 2011, § 124, Rn. 2.

¹⁶ Palandt/Ellenberger, 70. Aufl. 2011, § 123, Rn. 1.

- Insbesondere auch Willensbildung von juristischen Personen und Korporationen sind von § 123 BGB geschützt. „Das aus Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitete Recht auf freie Willensbildung steht, da es korporativ getätigt werden kann (Art. 19 Abs. 3 GG) juristischen und privaten Personen gleichermaßen zu.“ (Tz. 29)

- Auch bei der Anfechtung von Verträgen zu Gunsten Dritter (§§ 338 ff BGB) kann nichts anderes geltend, da die Folgen der Beeinträchtigung der Willensfreiheit genauso nachteilig sein können wie bei (einfachen) zweiseitigen Verträgen. Die Versicherung könnte sonst trotz arglistiger Täuschung an den vertraglichen Verpflichtungen festgehalten werden. Die wirtschaftlichen folgen wären dann dieselben, wie bei einer Unwirksamkeit der Anfechtung.

- Aus §§ 334 BGB ergibt sich dem entsprechend, dass der Schuldner alles Einwendungen gegen den Vertrag auch gegen den Leistungsberechtigten geltend machen kann. Hierzu gehört auch die Anfechtung des Vertrages über § 123 Abs. 1 Var. 1 BGB.

II. Keine vertragliche Verpflichtung der Versicherung aus der Zusendung der „Versicherungsbestätigung“ aus §780 BGB.

Es fehlt insofern der Rechtsbindungswille eine von der Versicherungspolice unabhängige Leistungsverpflichtung zu begründen.

III. Kein Wiederaufleben der ursprünglichen Versicherungspolice, §§ 142 Abs. 1, 139 BGB

Merke: Der Sachverhalt gibt hierzu aus prozessualen Gründen keine Anhaltspunkte. Der BGH führt hierzu jedoch in den Tz. 51 ff einige Erwägungen aus. Es ist insofern zum Sachverhalt zu ergänzen, dass bereits vor dem Vertragsschluss des Versicherungsvertrags bereits ein entsprechender Vorgängervertrag bestand.

Durch die Anfechtung ist der Im Jahr 2006 geschlossene Versicherungsvertrag als von Anfang an nichtig anzusehen, § 142 Abs. 1 BGB. Von dieser Wirkung der Anfechtung könnte auch der Aufhebungsvertrag bezüglich des vorangegangenen Versicherungsvertrags erfasst sein.

Dies ist dann der Fall, wenn der Aufhebungsvertrag und der Abschluss des neuen Versicherungsvertrags ein einheitliches Rechtsgeschäft bilden und der eine mit dem anderen stehen und fallen soll. (Tz. 55) Maßgeblich sind die Parteiinteressen im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts.¹⁷

Mithin kommt es darauf an, ob die Parteien die ursprüngliche Versicherungspolice unabhängig vom Abschluss einer neuen Versicherung aufheben wollten. Dies ist eine Auslegungsfrage, §§ 133, 157 BGB.

IV. Stellvertretung

7. Haftung des falsus procurator bei Nichtexistenz des Vertretenen

BGH, Urt. v. 12.11.2008 - VIII ZR 170/07, BGHZ 178, 307 = NJW 2009, 215

a. Leitsätze

1. Auch wenn ein vollmachtloser Vertreter im Namen eines nicht existierenden Rechtsträgers handelt, ist seine Haftung nach § 179 Abs. 1 BGB bereits dann ausgeschlossen, wenn der Vertragspartner Kenntnis vom Fehlen der Vertretungsmacht hat (§ 179 Abs. 3 Satz 1 BGB); nicht erforderlich ist für

¹⁷ Palandt/Ellenberger, 70. Aufl. 2011, § 139, Rn. 5.

den Haftungsausschluss, dass der Vertragspartner darüber hinaus auch Kenntnis davon hat, dass der Vertretene nicht existiert.

2. Dem vollmachtlosen Vertreter ist es nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) nur dann verwehrt, sich auf den Haftungsausschluss (§ 179 Abs. 3 Satz 1 BGB) zu berufen, wenn der andere Teil aufgrund besonderer Umstände - insbesondere entsprechender Erklärungen des Vertreters - auf das Wirksamwerden des Vertrages vertrauen durfte (Bestätigung von BGH, 8. Juli 1974, II ZR 180/72, BGHZ 63, 45 ff. und BGH, 20. Oktober 1988, VII ZR 219/87, BGHZ 105, 283 ff.).

b. Aus dem Tatbestand

„[...] Am 31. 10. 2001 wurde ein notarieller Kaufvertrag über die Geschäftsanteile der Kl. [Verkäuferin] an der K-GmbH geschlossen. [...] Auf der Käuferseite trat der Bekl. auf, der [...] erklärte, er handle „nicht für sich selbst im eigenen Namen, sondern als vollmachtloser Vertreter“ für R, S und B, „und zwar als Gesellschafter der zwischen ihnen geschlossenen ‚R & Partner-GbR‘“. [Später legte der Bekl. für die Verkäuferseite] eine von R unterzeichnete Erklärung vom 9. 11. 2001 vor, in der R die Erklärungen des Bekl. im notariellen Vertrag vom 31. 10. 2001 unter Berufung auf eine ihm erteilte notarielle Vollmacht vom 24. 10. 2001 mit Wirkung für sich und seine Söhne S und B – „als Gesellschafter der zwischen ihnen geschlossenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts ‚R & Partner-GbR‘“ – genehmigte. [...] [Tatsächlich bestand aber weder eine GbR zwischen R und seinen Söhnen S und B, noch war die Genehmigungserklärung vom 9. 11. 2001 S und B gegenüber wirksam geworden; denn diese Erklärung war von der Vollmacht, die S und B ihrem Vater R erteilt hatten, nicht gedeckt.] [Nachdem R vermögenslos ist und die Söhne S und B nicht zahlen wollen,] nimmt die Kl. [mit ihrer Klage] den Bekl. als vollmachtlosen Vertreter beim Abschluss des Kaufvertrags vom 31. 10. 2001 auf Schadensersatz i.H. von 244.773,47 Euro in Anspruch.“

c. Aus den Gründen

Tz. 9: „Der Klägerin steht der ihr vom Berufungsgericht dem Grunde nach zuerkannte Schadensersatzanspruch aus § 179 Abs. 1 und 2 BGB gegenüber dem Beklagten nicht zu. Denn die Haftung des Beklagten für sein Handeln als vollmachtloser Vertreter beim Abschluss des notariellen Vertrages vom 31. Oktober 2001 ist nach § 179 Abs. 3 Satz 1 BGB ausgeschlossen, weil der Klägerin als Vertragspartnerin der Mangel der Vertretungsmacht des Beklagten bekannt war.“

Tz. 10: „Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Vorschrift des **§ 179 BGB** über die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht **entsprechend anzuwenden ist, wenn jemand im Namen eines nicht vorhandenen Rechtsträgers vertragliche Vereinbarungen trifft, der angeblich Vertretene also nicht existiert, so dass Vertretungsmacht nicht bestehen kann** (st. Rspr. [...]).“

Tz. 13: R konnte den Vertrag auch nicht genehmigen gemäß § 177 Abs. 1 BGB. Genehmigung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft. Hier ist Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig, § 180 BGB.

ratio legis des § 180 BGB: Schutz des anderen Teils vor der mit der schwebenden Unwirksamkeit verbundenen rechtlichen Unsicherheit. Der andere Teil kann die Abgabe der Erklärung durch den falsus procurator nicht verhindern; das (einseitige) Rechtsgeschäft ist nicht mitwirkungsbedürftig.

Tz. 14: Aber: Haftungsausschluss zugunsten des Bekl. gemäß § 179 Abs. 3 S. 1 BGB, da dieser ausdrücklich erklärt hatte, für den Käufer „als vollmachtloser Vertreter“ zu handeln. Daraus folgt Kenntnis des Kl. vom Fehlen der Vertretungsmacht.

Tz. 15f.: Fehlende Kenntnis des Kl. von der Nichtexistenz der vom Bekl. vertretenen Gesellschaft

schadet im Rahmen von § 179 Abs. 3 S. 1 BGB nicht. Grund für Fehlen der Vertretungsmacht (rechtlich oder tatsächlich, z. B. fehlende Geschäftsfähigkeit des Vertreters oder wie hier: Nichtexistenz des Vertretenen) ist unerheblich.

- **Wortlaut** der Vorschrift: „maßgeblich [...] ist alleine die Kenntnis vom Fehlen der Vertretungsmacht.“

- **Sinn und Zweck** des Haftungsausschlusses: anderer Teil bedarf des Schutzes durch § 179 Abs. 1 BGB nicht, wenn er weiß, dass anderer Teil keine Vertretungsmacht hat. Dann darf er auf das Wirksamwerden des Vertrages nicht vertrauen. Anderer Teil (Kl.) hätte Klärung herbeiführen können bzgl. Genehmigung.

- „Dass die Kl. [Verkäuferin] annahm, der Vertrag sei mit der von R [Vater] abgegebenen Genehmigungserklärung wirksam geworden, und nicht anhand der ihr vorgelegten Vollmachtsurkunde erkannte, dass diese Genehmigung nichtig war und daher nicht zur Wirksamkeit des Vertrags mit der im Vertrag genannten Gesellschaft und deren (vermeintlichen) Gesellschaftern führen konnte, ist nicht dem Bekl. anzulasten.“

Tz. 18: „[Der Bekl.] hatte auch nicht durch eine **besondere rechtliche Verbindung mit dem Vertretenen oder durch besondere Erklärungen schutzwürdiges Vertrauen** der Kl. in das Wirksamwerden des Vertrages erweckt.“ [Vgl. Kriterien des § 311 III BGB im Fall der Sachwalterhaftung].

d. Einbettung in ein mögliches Gutachten

(1) Anspruch des Kl. gegen den Bekl. auf Ersatz des positiven Interesses aus § 179 Abs. 1 BGB?

- Auftreten des Bekl. als Vertreter der angeblichen GbR R und Partner (+)

- Keine Vertretungsmacht? Hier Sonderfall: Vertretung einer nichtexistenten Person, § 179 Abs. 1 BGB analog (+, allg. M.)

- Auch kein Wirksamwerden der Erklärung durch Genehmigung

- Genehmigung wurde nicht durch sämtliche Gesellschafter der (nichtexistenten) GbR erteilt.

- R als Vertreter seiner Söhne S und B, aber vollmachtlos. Genehmigung als einseitiges Rechtsgeschäft ist nicht einmal schwebend unwirksam, § 180 BGB, es sei denn, es greift Ausnahme S. 2 ein (Einverständnis des anderen Teils – hier: Kl.).

- Haftungsausschluss gemäß § 179 Abs. 3 S. 1 BGB (+), da Bekl. fehlende Vertretungsmacht offengelegt hatte.

- Bekl. ist die Berufung auf § 179 Abs. 3 S. 1 BGB auch nicht gemäß § 242 BGB verwehrt. Das wäre nur der Fall, wenn er darüber hinaus durch bei Vertragsschluss in besonderem Maße persönliches Vertrauen darauf, dass der Vertrag wirksam wird, in Anspruch genommen hat (vgl. die Voraussetzungen der Sachwalterhaftung gemäß § 311 Abs. 3 BGB).

(2) Aus demselben Grund scheidet auch eine Haftung des Bekl. aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 3 BGB (Sachwalterhaftung) aus.

e. Merke

1. Wer im Namen als Vertreter einer nichtexistenten Person auftritt, haftet wie ein Vertreter ohne Vertretungsmacht analog § 179 Abs. 1 BGB (unstreitig).

2. Problematisch ist, ob die Kenntnis des anderen Teils vom Fehlen der Vertretungsmacht die Haftung des Vertreters der nicht existenten Person ausschließen, § 179 Abs. 3 S. 1 BGB.

- In der Vergangenheit hat der BGH die Haftung des Vertreters der nicht existenten Person in solchen Fällen dennoch bejaht (insbesondere Urt. v. 20.10.1988, BGHZ 105, 283 = NJW 1989, 894). Zur Begründung rekurrierte der BGH auf den Umstand, dass der Vertreter **weitere Erklärungen abgegeben habe, die ein schutzwürdiges Vertrauen des anderen Teils in das Wirksamwerden des Vertrages begründet haben** (vgl. die parallele Wertung in § 311 Abs. 3 S. 2 BGB). Der Haftungsausschluss § 179 Abs. 3 S. 1 BGB könne in solchen Fällen nur greifen, wenn der andere Teil die Unrichtigkeit auch dieser weiteren vertrauensbegründenden Umstände habe.
- Fehlt es – wie vorliegend – an solchen Umständen, ist der Vertreter von der Haftung befreit, § 179 Abs. 3 S. 1 BGB.

f. Entscheidungsbesprechungen

Wolf-Dietrich Walker/Ben Findeisen, LMK 2009, 275409

Markus Fehrenbach, NJW 2009, 2173 - 2177, zeigt überzeugend auf, weshalb die Differenzierung der Rechtsprechung in dogmatischer Sicht wenig überzeugend ist. Er will stattdessen danach unterscheiden, ob unmittelbare (§§ 164ff. BGB) oder mittelbare Stellvertretung gewollt war. In letzterem Falle sei die Eigenhaftung des Vertreters selbstverständlich. Als Abgrenzungskriterium zwischen den beiden Varianten der Stellvertretung will er auf § 311 Abs. 3 S. 2 BGB analog zurückgreifen.

B. Allgemeines Schuldrecht

I. Allgemeines Schadensrecht

8. Umfang des deliktischen Schadensersatzanspruchs bei Täuschung durch einen Dritten

BGH, Urt. v. 18.01.2011 – VI ZR 325/09, BGHZ 188, 78 = NJW 2011, 1962

a. Leitsatz

Der gegen einen Dritten gerichtete Schadensersatzanspruch des arglistig getäuschten Käufers gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB ist darauf gerichtet so gestellt zu werden, wie er stünde wenn die Täuschung nicht erfolgt wäre.

b. Tatbestand:

„Mit notariellem Vertrag vom 1. September 1998 erwarb der Kläger [Käufer] von der G. GmbH [Verkäufern] ein mit einem Mehrfamilienhaus und einer Gewerbehalle bebautes Grundstück zum Preis [von 740.000 DM]. Der Beklagte, der damals einer der beiden Geschäftsführer der Verkäuferin war, hatte dem Kläger vor Abschluss des Vertrages mehrfach erklärt, das Dach der Gewerbehalle sei kurz zuvor erneuert worden. Tatsächlich hatte er 1997 auf dem schadhaften Dachbelag nur eine neue Schalung und darauf eine Bitumenbahn sowie eine Schweißbahn aufbringen lassen. In der Folgezeit kam es zu Feuchtigkeitsschäden im Bereich des Dachs. Ausweislich eines von dem Kläger eingeholten Angebots beliefen sich die Kosten für den kompletten Abriss der Dacheindeckung und die vollständige Erneuerung des Dachs auf 259.891,14 DM. Der

Kläger zahlte auf den Kaufpreis nur 680.000 DM. Er erklärte zunächst die Minderung und später in Höhe des Restkaufpreises die Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch von mindestens 60.000 DM.“ Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Verkäuferin verlangt der Kläger nur noch vom Beklagten weiteren Schadensersatz in Höhe von 199.891,14 DM nebst Zinsen.

c. Aus den Gründen:

- Tz. 5: 1. Da das Berufungsgericht offen gelassen hat, ob die subjektiven Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB erfüllt sind, ist der diesbezügliche Sachvortrag des Klägers im Revisionsrechtszug zu seinen Gunsten zu unterstellen.
- Tz. 6: [Der Kläger macht] vorliegend keinen Gewährleistungsanspruch, sondern einen deliktischen Schadensersatzanspruch geltend, und zwar gegen den Beklagten, der am Kaufvertrag nicht als Verkäufer beteiligt war und für dessen Haftung die sich aus §§ 459 ff. BGB a.F. ergebenden Beschränkungen nicht zum Tragen kommen.
- Tz.8: a) Ob ein zu ersetzender Vermögensschaden vorliegt, ist nach der sogenannten Differenzhypothese grundsätzlich durch einen Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die sich ohne dieses Ereignis ergeben hätte, zu beurteilen [...]. Der nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB zum Schadensersatz Verpflichtete hat lediglich den **Differenzschaden** zu ersetzen [...]. Davon zu unterscheiden ist der Anspruch auf Ersatz des **Erfüllungsinteresses**. Dieses ist zu ersetzen, wenn der Anspruchsinhaber verlangen kann, so gestellt zu werden, als ob eine Verbindlichkeit ordnungsgemäß erfüllt worden wäre. Da die deliktische Haftung nicht an das Bestehen einer Verbindlichkeit und deren Nicht- oder Schlechterfüllung anknüpft, stellt sich im Deliktsrecht die Frage nach dem Erfüllungsinteresse als solche nicht [...]. Der deliktische Schadensersatzanspruch richtet sich allein auf das "**Erhaltungsinteresse**" [...].
- Tz. 9: [...] Der Käufer kann nur von dem Verkäufer Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Die unerlaubte Handlung eines Dritten kann nicht dazu führen, dass dieser haftungsrechtlich wie ein Verkäufer behandelt wird [...].
- Tz. 10: Allerdings muss der Differenzschaden nicht notwendigerweise geringer sein als das **positive Interesse** des Geschädigten an der Vertragserfüllung. So ist anerkannt, dass die Anwendung der Differenzhypothese in dem Fall, in dem der Geschädigte nachweist, dass er ohne die für den Abschluss des Vertrages ursächliche Täuschungshandlung einen anderen, günstigeren Vertrag - mit dem Verkäufer oder einem Dritten - abgeschlossen hätte, im Ergebnis das Erfüllungsinteresse verlangen kann, und zwar deswegen, weil der Schaden in diesem Ausnahmefall dem Erfüllungsinteresse entspricht [...].
- Tz.11: b) Nach diesen Grundsätzen geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, dass der **Kläger verlangen kann, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn der Beklagte ihn nicht über den tatsächlichen Umfang der durchgeführten Dacharbeiten getäuscht hätte**. Mit hin könnte er gegebenenfalls beanspruchen, so gestellt zu werden, als habe er den Kaufvertrag über das Grundstück nicht abgeschlossen. Einen Anspruch auf **Rückabwicklung** des Vertrages macht er jedoch nicht geltend. Vielmehr will er das Kaufgrundstück behalten und **daneben** den ihm "aus dem Erwerb entstandenen Schaden" ersetzt erhalten. Diesen

Schaden will er anhand der Kosten berechnen, die nach seiner Behauptung zur **Mängelbeseitigung** erforderlich sind. In der Sache ist sein Begehren mithin darauf gerichtet, so gestellt zu werden, als wäre das Dach der Gewerbehalle, wie vom Beklagten vor Vertragsabschluss erklärt, tatsächlich erneuert worden. Damit beansprucht er aber das Erfüllungsinteresse, denn er möchte im Ergebnis so gestellt werden, als hätte die Verkäuferin den Kaufvertrag ordnungsgemäß erfüllt. Ein solcher Anspruch steht ihm jedenfalls gegenüber dem Beklagten als Drittem nach den für Ersatzansprüche aus unerlaubter Handlung gemäß § 249 Satz 1 BGB a.F. maßgebenden Grundsätzen der Differenzhypothese nicht zu.

Tz.12: [...] Dafür, dass der Kläger einen **geminderten Kaufpreis** hätte zahlen müssen, wenn der Beklagte nicht erklärt hätte, dass das Dach der Gewerbehalle vor kurzem erneuert worden sei, ist jedoch nichts ersichtlich. Sachvortrag dazu zeigt die Revision auch nicht auf. Soweit sie geltend macht, nach ständiger Rechtsprechung könne der Käufer den Wertunterschied zwischen der mangelfreien und der mangelhaften Sache durch Ermittlung der für eine Herichtung des Kaufgegenstands in einen mangelfreien Zustand erforderlichen Kosten berechnen, lässt sie außer Acht, dass der Kläger gegen den Beklagten keine **kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche** hat und der von ihm allein auf unerlaubte Handlung gestützte Schadensersatzanspruch eben nicht auf das Erfüllungsinteresse gerichtet ist.

d. Gutachten

Anspruch des Kl. gegen den Bekl. auf SE aus §§ 823 Abs. 2 BGB iVm 263 StGB

1. Haftungsbe gründender Tatbestand:

- a. Schadenszufügung einschließlich reiner Vermögensschäden (+)
- b. (Bedingter) Vorsatz (+)
- c. Sittenwidrigkeit (+)

2. Haftungsausfüllender Tatbestand

Kl. ist so zu stellen, wie er stünde, wenn Bekl. ihn nicht getäuscht hätte (§ 249 I BGB). Die Mängelbeseitigung ist davon nicht erfasst, Kl. kann nicht verlangen so gestellt zu werden, als sei das Dach renoviert worden.

e. Merke

Im Zusammenhang mit einem Vertrag muss bei der Schadensberechnung sauber getrennt werden zwischen negativem Interesse (Integritätsinteresse) und dem vertraglichen Erfüllungsinteresse (positives Interesse). Eine besondere Bedeutung kann dies haben, wenn der Täuschende ein vertragsfremder Dritter (hier: Geschäftsführer der Verkäuferin) ist.

Beide Interessen können, müssen aber nicht übereinstimmen. Es kommt insofern darauf an wie die Vermögenslage des Käufers ohne die arglistige Täuschung aussähe:¹⁸

- Kann der Käufer nachweisen, dass er den Vertrag zu besseren Konditionen hätte abschließen können, haftet der Täuschende auf die Preisdifferenz (negatives Interesse, das dem Erfüllungsinteresse im Betrag entsprechen, ja in Ausnahmefällen dieses sogar übersteigen kann).

¹⁸ Vgl. Gutzeit, Anmerkung zu BGH Urt. v. 18.01.2011 –VI ZR 325/09, NJW 2011, 1962, 1964.

- Hätte der Käufer den Vertrag ohne die Täuschung nicht abgeschlossen, kann er die „schadensrechtliche Rückabwicklung“ des Vertrages verlangen (Naturalrestitution). Konkret: Erstattung des Kaufpreises (Zug um Zug gegen Rückgabe der Kaufsache).
- Hätte der Käufer ohne die arglistige Täuschung ein anderes Geschäft mit einem Dritten geschlossen, haftet der Täuschende auf die entgangene Leistung aus diesem (entgangenen) Geschäft.
- Hat die Täuschung dazu geführt, dass der getäuschte Käufer seine vertraglichen Gewährleistungsansprüche nicht (mehr) durchsetzen kann (etwa wegen Verjährung derselben), haftet der Täuschende auf diese Gewährleistungsrechte (Erhaltungsinteresse entspricht hier ausnahmsweise dem Erfüllungsinteresse).

f. Literatur

Martin Gutzeit, NJW 2011, 1964 (Anmerkung)

9. Vorteilsausgleichung in der werkvertraglichen Leistungskette

BGH, Urt. v. 28.6.2007 - VII ZR 81/06, BGHZ 173, 83 = NJW 2007, 2695 – *Fenstermontage*

a. Leitsatz

Steht im Rahmen einer werkvertraglichen Leistungskette fest, dass der Nachunternehmer von seinem Auftraggeber wegen Mängeln am Werk nicht mehr in Anspruch genommen wird, so kann er nach dem Rechtsgedanken der Vorteilsausgleichung gehindert sein, seinerseits Ansprüche wegen dieser Mängel gegen seinen Auftragnehmer geltend zu machen (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 24. März 1977, VII ZR 319/75, BauR 1977, 277 [= NJW 1977, 1819]).

b. Tatbestand (leicht vereinfacht)

Der Kl. verlangt Schadensersatz wegen Lieferung mangelhafter Fenster. Er war Inhaber einer Einzel-firma für Fenstermontage und wurde von der ARGE Ba (im Folgenden: Generalunternehmer) im Juli 1996 mit der Durchführung sämtlicher Fensterarbeiten an einem Bauvorhaben in L. beauftragt. Der Kläger hatte den Auftrag zur Beschaffung und zum Einbau sämtlicher Fenster für insgesamt 315 Wohnungen in mehreren Mehrfamilienhäusern. Er bestellte auf Grund des Leistungsverzeichnisses des Generalunternehmers sämtliche Fenster bei der Becl., einer Fensterbaufirma, für 1,1 Mio. DM. Die 1620 Fensterteile wurden von der Becl. auf Abruf direkt an das Bauvorhaben in L. geliefert und vom Kläger bis September 1997 eingebaut. Anlässlich eines anderen gemeinsamen Bauvorhabens der Parteien stellte sich im Rahmen eines selbstständigen Beweisverfahrens Mangelhaftigkeit der dort gelieferten Fensterteile heraus. Dies nahm der Kläger zum Anlass, auch für die in L. eingebauten Fensterteile im Jahr 2001 ein selbstständiges Beweisverfahren gegen die Becl. einzuleiten. Das dort erstattete Gutachten kam zu dem Ergebnis, dass die Rahmeneckverbindungen der untersuchten Fensterteile teilweise nicht vollflächig verklebt waren, was zu vereinzelt Undichtigkeiten in Form von offenen Fugenbereichen führte. Dies stellt nach dem Ergebnis der Begutachtung im selbstständigen Beweisverfahren einen Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik dar. Der Bauherr machte ebenso wenig wie der Generalunternehmer Mängelansprüche wegen der Fenster geltend. Gewährleistungsansprüche gegen den Kläger sind mittlerweile ebenso verjährt wie solche gegen den Generalunternehmer. Der Kläger forderte die Becl. unter Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung mehrfach vergeblich auf, die Mängel zu beseitigen. Mit der Klage begehrt er Schadensersatz in Höhe der geschätzten Mängelbeseitigungskosten von 368.698,54 Euro.

Bauherr - ARGE Ba. (Generalunternehmer) – Kläger (Fenstermontage) – Herstellerin (Becl.)

c. Aus den Entscheidungsgründen

Tz. 12: Schadensersatzanspruch des Klägers besteht dem Grunde nach.

„Ob der Anspruch in Höhe der gesamten Mängelbeseitigungskosten besteht oder ob sich die Kl. die Vorteile, die daraus resultieren, dass der Nachunternehmer wegen der mangelhaften Fenster nicht in Anspruch genommen wird und dies auch nicht mehr werden kann, anrechnen lassen muss, richtet sich nach dem Rechtsgedanken der **Vorteilsausgleichung**.“

Tz. 13f.: „[Der] Schadensersatzanspruch der Kl. ist in Höhe der gesamten Mängelbeseitigungskosten entstanden.“

Tz. 15: Grundsätzlich sind die Vertragsverhältnisse zwischen Kl. und Bekl. einerseits sowie zwischen Kl. und Generalunternehmer andererseits **unabhängig voneinander zu beurteilen**.

Abweichend von § 249 S. 1 BGB sind Mängelbeseitigungskosten geschuldet. „Dass der Nachunternehmer weder vom Generalunternehmer noch vom Bauherrn auf Mängelbeseitigung in Anspruch genommen wurde, berührt seinen mangelbedingten Schaden zunächst nicht.“

Tz. 16: **Geschädigter Kl. ist zur Disposition über Mängelbeseitigungskosten befugt.** „Ihm steht der volle Schadensbetrag unabhängig davon zu, ob und in welchem Umfang er den Mangel tatsächlich beseitigen lässt.“

Tz. 17f. Da Kl. wirtschaftlich keinen Nachteil erlitten hat – es werden keine Ansprüche gegen ihn geltend gemacht – ist **Vorteilsausgleichung** zu erwägen. Es geht um Zurechnung von Vorteilen, die „dem Geschädigten [...] in **adäquatem Zusammenhang** mit dem Schadensereignis zufließen. Es soll ein gerechter Ausgleich zwischen den bei einem Schadensfall widerstrebenden Interessen herbeigeführt werden. Der Geschädigte darf nicht besser gestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde; dem steht das aus der strikten Anwendung der Differenzhypothese folgende **schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot** entgegen [...]. Andererseits sind nicht alle durch das Schadensereignis bedingten Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, sondern nur solche, deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt, das heißt **dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet**. Vor- und Nachteile müssen bei wertender Betrachtungsweise gleichsam zu einer Rechnungseinheit verbunden sein. Letztlich folgt der Rechtsgedanke der Vorteilsausgleichung aus dem in **§ 242 BGB** festgelegten Grundsatz von Treu und Glauben [...].“

Tz. 20: „In einer Fallkonstellation, wie sie hier gegeben ist, kann der Rechtsgedanke der Vorteilsausgleichung herangezogen werden, wenn feststeht, dass derjenige, der Schadensersatz wegen eines Mangels gegen seinen nachgeschalteten Vertragspartner geltend macht, seinerseits nicht mehr wegen dieses Mangels von einem vorgeschalteten Vertragspartner in Anspruch genommen werden kann.“

Demgegenüber gibt Berger (LMK 2007, 239768) zu bedenken: „Erst durch die Schadensersatzleistung des Schädigers würde dem Geschädigten ein **Vorteil** zuwachsen; der der Kompensation dienende Schadensersatz fällt aber nicht unter den Vorteilsausgleich. In dem Nichtgeltendmachen von Regressansprüchen seitens des Generalunternehmers liegt kein „Vorteil“,

der dem Nachunternehmer aus dem Schadensereignis erwächst. Es fehlt schon an der Kausalität.“ (Hervorhebung vom Verf.)

Tz. 21: „**Wirtschaftlich betrachtet ist der Nachunternehmer [Kläger] lediglich Zwischenstation innerhalb der werkvertraglichen Leistungskette vom Werklieferanten über den Nachunternehmer [Kläger] und den Generalunternehmer zum Bauherrn.** Der Nachunternehmer [Kläger] erbringt seine Leistung regelmäßig am Bauvorhaben des Bauherrn. Diesem kommt im wirtschaftlichen Ergebnis die Leistung zugute, er ist von dem Mangel des Werks des Lieferanten betroffen. Der Nachunternehmer [Kläger] dagegen wird mit der Mangelfrage nur wegen der besonderen durch die Leistungskette gekennzeichneten Vertragsgestaltung befasst, da zwischen dem Lieferanten und dem Bauherrn keine vertraglichen Beziehungen bestehen. Auch im Gewährleistungsfall ist der Nachunternehmer [Kläger] nur Zwischenstation. Die finanzielle Einbuße, die er durch den vom Lieferanten verursachten Mangel erleidet, richtet sich wirtschaftlich gesehen danach, in welchem Umfang er vom Generalunternehmer oder Bauherrn in Anspruch genommen wird.“

Vertiefung: Als weiterer Beleg für die Richtigkeit des vom BGH nunmehr gefundenen Ergebnisses ist auf die in § 641 Abs. 2 BGB geregelte „Durchgriffsfälligkeit in der Leistungskette“ (Sprau, in Palandt, § 641 Rz. 7) zu verweisen. Die Vorschrift reflektiert ebenfalls die vom BGH zutreffend beschriebenen wirtschaftlichen Realitäten im Fall der (werkvertraglichen) Leistungskette. Der Nachunternehmer (hier: Kläger) tritt hier sowohl als Besteller – im Verhältnis zum Subunternehmer (hier: Lieferanten der Fenster) – als auch als Unternehmer – im Verhältnis zum Besteller (hier: Generalunternehmer) – auf.

Hier ist Vorteilsausgleichung heranzuziehen, was zu einer Weitergabe der Vorteile in der Lieferkette führt.

Tz. 23: „Der Nachunternehmer [Kl.] wurde weder vom Generalunternehmer noch vom Bauherrn wegen der mangelhaften Fenster in Anspruch genommen; dies beruht darauf, dass zu keiner Zeit Bedenken gegen die Funktionstüchtigkeit der Fenster aufgetreten sind. Inzwischen sind alle diesbezüglichen Ansprüche gegen ihn ebenso verjährt wie Gewährleistungsansprüche des Bauherrn oder der Wohnungserwerber gegen den Generalunternehmer; **der Nachunternehmer wäre gegebenenfalls zwecks Minderung des Schadens zur Erhebung der Verjährungseinrede gehalten.**“

d. Gutachten

Anspruch des Kl. gegen Bekl. auf Schadensersatz wegen der mangelhaften Fenster aus §§ 634 Nr. 4 (alternativ §§ 437 Nr. 3 BGB wegen § 651 BGB), 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB

(1) Haftungsbegründender Tatbestand

- Abschluss eines Werk(lieferungs)vertrags.
- Mangelhaftigkeit der Fenster.
- Erfolglose Fristsetzung.
- Zwischenerg.: Ein Anspruch auf Schadensersatz besteht.

(2) Haftungsausfüllender Tatbestand

- (a) Ein ersatzfähiger Schaden ist dem Kl. durch Lieferung der defekten Fenster zunächst einmal entstanden.

- (b) Wiederherstellungs- oder (nur) Wertersatzinteresse?

Anspruch des Kl. auf Ersatz der fiktiven Wiederherstellungskosten, § 249 Abs. 2 BGB?

Nach der Systematik des Gesetzes eigentlich ausgeschlossen bei Unmöglichkeit der Wiederherstellung (arg. e § 251 Abs. 1 BGB: „Soweit die Herstellung nicht möglich [ist]...“). Hier liegt Unmöglichkeit aufgrund Weiterveräußerung der Fenster vor.

Aber: Es entspricht der Dispositionsfreiheit des Geschädigten, den zur Wiederherstellung erforderlichen Betrag dennoch verlangen zu können. Der einmal begründete Anspruch geht durch die nachträglich eingetretene Unmöglichkeit nicht mehr unter.

Arg.: Andernfalls könnte Schädiger bei weiterzuverkaufenden Gütern die Erstattung herauszögern und auf diese Weise seine Pflicht zum Ersatz der Wiederherstellungskosten in eine Pflicht zum Ersatz des Wertes verwandeln.¹⁹

- (c) Vorteilsausgleichung?

Möglicherweise greifen aber die Grundsätze über die Vorteilsausgleichung (§ 242 BGB)²⁰ ein.

Das schädigende Ereignis (Lieferung mangelhafter Fenster) muss zugleich auch das vorteilsstiftende Ereignis gewesen sein. M. a. W.: das schadensstiftende Ereignis muss kausal mindestens im Sinne der Äquivalenztheorie für den eingetretenen Vorteil (welcher?, siehe oben) beim Geschädigten sein. Umstritten ist, ob zusätzlich auch Kausalität im Sinne der Adäquanztheorie erforderlich ist.²¹ Weiterhin müssen folgende Voraussetzungen vorliegen²²:

- Anrechnung des Vorteils ist Geschädigtem zumutbar.
- Anrechnung entspricht dem Zweck des Schadensersatzanspruchs.
- Anrechnung entlastet den Schädiger nicht unbillig.

Zwischenergebnis (BGH): Die Vorteilsausgleichung greift zugunsten des Bekl. ein.

- (3) Kl. (Fenstermonteur) kann vom Bekl. (Hersteller) nicht Ersatz der Wiederherstellungskosten in Höhe von 368.698,54 Euro verlangen.

¹⁹ BGH, Urt. v. 6.11.1986 - VII ZR 97/85, BGHZ 99, 81 = NJW 1987, 645, 647: „Dies gilt umso mehr, als der auf Schadensersatz in Anspruch genommene Schuldner die Erfüllung seiner Verpflichtung hinauszögern kann, wenn er etwa weiß, dass der Gläubiger die mangelhafte Sache weiterveräußern will, was durchaus nicht selten vorkommt.“

²⁰ An verschiedenen Stellen im Gesetz finden sich Spezialregeln wie z. B. §§ 326 Abs. 2 S. 2; 642 Abs. 2 BGB (Vorteilsausgleichung) und §§ 843 Abs. 4, 844 Abs. 2, 845 BGB (keine Vorteilsausgleichung). Vgl. zur Problematik des *pass on* im Kartelldeliktsrecht auch § 33 Abs. 3 S. 2 GWB, dazu BGH, Urt. 28.6.2011 – KZR 75/10 – ORWI, BGHZ 190, 145).

²¹ Bejahend die Rspr., verneinend die herrschende Auffassung in der Literatur.

²² *Schiemann*, in Staudinger, BGB, 2005, § 249 Rz. 140: „Leerformeln, die erst an Fallgruppen konkretisiert werden müssen.“

e. Varianten zur Vertiefung

Das Erfordernis der Adäquanz des Vorteils für das Eingreifen des Einwands wird man in zwei Konstellationen verneinen müssen:

1. Das Zwischenglied (hier: der Kläger) weiß von dem Mangel der Leistung des Subunternehmers (hier: Beklagter), bevor die Leistung von seinem Auftraggeber (hier: Generalunternehmer) abgenommen wird. Hier unterbricht entweder die Kulanz des Auftraggebers am unteren Ende der Vertragskette oder das Verhandlungsgeschehen des Klägers den Kausalzusammenhang zwischen dem Vorteil des Klägers einerseits und seiner Bereicherung andererseits.

2. Der Kläger und sein Auftraggeber gestalten das Schuldverhältnis im Hinblick auf den Mangel der in der Kette erbrachten Leistung um.

Beispielhaft steht die Entscheidung des BGH im Fall Pflastersteine (siehe Nachweis unten): Die Subunternehmerin stritt mit der Generalunternehmerin über deren Ansprüche wegen mangelhaft ausgeführter Pflasterarbeiten auf dem Parkplatz der dritten Bauherrin. Die Subunternehmerin berief sich gegenüber ihrer Vertragspartnerin auf Vorteilsausgleichung. Die Generalunternehmerin hatte von der Bauherrin keine Inanspruchnahme wegen der mangelhaften Werkleistung der Subunternehmerin mehr zu befürchten. Im Folgenden sei unterstellt, dass der Vortrag der Gläubigerin zutrifft. Danach standen der dritten Bauherrin nur deshalb keine Gewährleistungsrechte mehr zu, weil sie nachträglich mit der Generalunternehmerin einen Gewährleistungsvergleich geschlossen hatte. Der zwischen der dritten Bauherrin und dem Generalunternehmer geschlossene Vergleich sah unter anderem eine Verlängerung der Verjährungsfrist sowie eine pauschalisierte Entschädigungszahlung vor. Aus dem Umstand, dass die beiden Kettenglieder, die Generalunternehmerin und die Subunternehmerin sich vergleichsweise über die wirtschaftlichen u. rechtlichen Folgen der mangelhaft erbrachten Werkleistung geeinigt haben, wird man schließen können, dass die Bauherrin den Mangel berechtigterweise und rechtzeitig gerügt hat. Andernfalls hätte sich die Generalunternehmerin kaum auf die für sie belastende Vereinbarung eingelassen. Die Vereinbarung der beiden Kettenglieder (Bauherrin und Generalunternehmerin) wandelt die ursprüngliche Verpflichtung der Generalunternehmerin zu mangelfreier Leistung um in eine besondere Gewährleistungsverpflichtung.

Das von der Generalunternehmerin hierbei möglicherweise bewiesene Verhandlungsgeschehen vermag – genauso wie im gegenteiligen Fall eines für die Generalunternehmerin ungünstigen, d. h. teuren Vergleichs über die Schadensabwicklung – die grundsätzliche Einstandspflicht der Subunternehmerin für den der Generalunternehmerin verursachten Haftungsschaden weder zu verhindern noch umfangmäßig zu beeinflussen. Die Anwendung der Grundsätze über die Vorteilsausgleichung hat daher – anders als vom Bundesgerichtshof im konkreten Fall in Erwägung gezogen – in dieser Konstellation zu unterbleiben.

Auch rechtspolitisch ist das im Verhandlungsweg zwischen der dritten Bauherrin und der Generalunternehmerin über den Ausgleich des Schadens im Fall *Pflasterarbeiten* gefundene Ergebnis grundsätzlich zu begrüßen. Es verwirklicht die Privatautonomie und ist vermutlich effizienter als eine pauschale Schadensersatzzahlung der Generalunternehmerin an die dritte Bauherrin. Letztere ist aufgrund des ihr grundsätzlich zustehenden Schadensersatzanspruchs in einer starken Verhandlungsposition. Nicht zuletzt im Hinblick auf die aufzuwendenden Transaktionskosten erscheint es sinnvoll, die Verhandlungen über Art u. Umfang des Schadensersatzes erst zu führen, wenn der Schaden eingetreten und in seinen Spezifika erkennbar wird. Einen Anreiz zu solchen Verhandlungen hat die Generalunternehmerin aber nur, wenn sie nicht befürchten muss, dass der gesamte Gewinn, den sie durch ihre Verhandlungen erzielt, durch die Anwendung der Grundsätze über die Vorteilsausgleichung wieder aufgezehrt wird.

Hingewiesen sei schließlich auf einen nicht zu unterschätzenden praktischen Vorteil dieser Lösung. Folgte man dem Bundesgerichtshof, müssten die Instanzgerichte den Inhalt einer Vereinbarung wie derjenigen zwischen der Generalunternehmerin und der dritten Bauherrin im Rahmen der Vorteilsausgleichung im Verhältnis zwischen der Generalunternehmerin und der Schuldnerin berücksichtigen.

Das schließt unter anderem die Aufgabe mit ein, die Kosten der von der Generalunternehmerin der dritten Bauherrin zugesagten verlängerten Gewährleistung in Euro umzurechnen.

f. Entscheidungsbesprechungen

Christian Berger, LMK 2007, 239768, der auf die fehlende Kausalität des Vorteils hinweist (siehe oben).

Florian Faust, JuS 2007, 1148

Axel Metzger, JZ 2008, 498ff.

Gottfried Schiemann, NJW 2007, 3037

g. Merke

Bislang hatten RG und BGH den Einwand der Vorteilsausgleichung im Rahmen von Leistungsketten nicht berücksichtigt (insbesondere BGH, Urt. v. 24.3.1977, NJW 1977, 181 – *Aluminium-Rasterelemente*). Das ist nun anders. Voraussetzung für die Anerkennung des Einwands der Vorteilsausgleichung im Verhältnis des General- zum Subunternehmer ist, dass feststeht, dass der Generalunternehmer vom geschädigten Bauherrn nicht mehr in Anspruch genommen wird.

h. Aktuelle Fortführungen der neueren BGH-Rechtsprechung zur Vorteilsausgleichung in werkvertraglichen Leistungsketten

BGH, Urt. v. 28.6.2007 - VII ZR 8/06 – *Pflasterarbeiten*, NJW 2007, 2697

OLG Zweibrücken, Urt. v. 16.1.2008 - 7 U 29/07, IBR 2008, 263: kein Recht des Hauptunternehmers, den seinem Subunternehmer geschuldeten Werklohn zurückzuhalten.

BGH, Urt. v. 10.7.2008 - VII ZR 16/07 - *Mängelbeseitigungskosten*, NJW 2008, 3359

OLG Saarbrücken, Urt. v. 29.6.2010 - 4 U 250/05 - 135 - *Trockenmauer*, BeckRS 2010, 17127 (außerdem abrufbar unter juris.de), allerdings ohne Bezugnahme auf die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

II. Unmöglichkeit der Leistung

10. Vertragliche Übernahme des Risikos der Unmöglichkeit einer Lebensberatung, die sich auf magische Kräfte gelegter Karten gründet

BGH, Urt. v. 13.1.2011 – III ZR 87/10, NJW 2011, 756 – *Kartenlegerin*

a. Leitsatz

Zur Frage der objektiven Unmöglichkeit einer Leistung, die unter Einsatz übernatürlicher, magischer Kräfte und Fähigkeiten erbracht werden soll (hier: Lebensberatung in Verbindung mit Kartenlegen), und der Auswirkungen auf den Vergütungsanspruch.

b. Tatbestand

Die Parteien streiten um die Zahlung einer Vergütung für Lebensberatung in Verbindung mit Kartenlegen. Die Kl. ist als Selbstständige mit Gewerbeanmeldung tätig und bietet Lebensberatung („Life-Coaching“) insbesondere durch Kartenlegen an. In einer durch Beziehungsprobleme ausgelösten Lebenskrise stieß der Bekl. im September 2007 im Internet auf die Kl. In der Folgezeit legte die Kl. dem Bekl. am Telefon in vielen Fällen zu verschiedenen – privaten und beruflichen – Lebensfragen

die Karten und erteilte Ratschläge. Hierfür zahlte der Bekl. im Jahr 2008 mehr als 35 000 Euro. Für im Januar 2009 erbrachte Leistungen verlangt die Kl. mit ihrer Klage Zahlung von 6723,50 Euro.

c. Aus den Entscheidungsgründen

Tz. 8: Rechtsverhältnis ist Dienstvertrag (§ 611 BGB).

Tz. 9: Objektive Unmöglichkeit der von der Kl. versprochenen Leistung, § 275 Abs. 1 BGB.

Tz. 10: „Eine Leistung ist objektiv unmöglich und kann deshalb nicht verlangt oder gar erzwungen werden (§ 275 I BGB), wenn sie nach den Naturgesetzen oder nach dem Stand der Erkenntnis von Wissenschaft und Technik schlechthin nicht erbracht werden kann. [...] [Die] Existenz magischer oder parapsychologischer Kräfte und Fähigkeiten [ist] nicht beweisbar [...]. [Diese] Kräfte und Fähigkeiten können [...] vom Richter nicht als Quelle realer Wirkungen anerkannt werden, sondern sind in rechtlicher Beziehung nicht als Mittel zur Herbeiführung irgendwelcher Veränderung in der Welt des Tatsächlichen anzusehen.“

Das gilt auch für das Kartelegen im Sinne einer Wahrsagetechnik.

Anderer Ansicht ist das LG Ingolstadt, NStZ-RR 2005, 313f.: „Zudem liegt auch *keine objektiv unmögliche Leistung* vor, denn die Erbringung der **Leistung des Kartenlegens ist sehr wohl möglich**. Hierbei geht es anders, als in den Fällen, bei denen es um Phänomene wie Partnerzusammenführung auf Grund Hexerei oder Geisterbeschwörung geht, lediglich darum, auf Grund der Deutung einer bestimmten Reihenfolge u.ä. von Karten dem Leistungsempfänger irgendwelche Deutungen meistens über die Zukunft mitzuteilen. Dies ist vergleichbar mit dem Erstellen von Horoskopen etc., wobei auch bei diesem Fall ebenso wie beim Kartelegen jedem selbst überlassen ist, inwieweit er den Angaben und Deutungen Glauben schenkt.“

Tz. 11: „Hiervon abzugrenzen sind Fälle, in denen es allein um die Erbringung allgemeiner Lebensberatung geht oder tatsächlich nicht der Einsatz magischer Kräfte und Fähigkeiten, sondern nur eine jahrmarktähnliche Unterhaltung erwartet und geschuldet wird.“ Kriterium (§§ 133, 157 BGB) u. a. Höhe der verabredeten Vergütung.

Tz. 14: Vorliegend ging „es den Parteien nicht lediglich um eine allgemeine Lebensberatung, sondern um den Einsatz übernatürlicher, magischer Kräfte und Fähigkeiten, vor allem durch das Kartelegen [...]“

Tz. 15: „Aus dem Umstand, dass ein Anspruch auf die versprochene Leistung wegen objektiver Unmöglichkeit ausgeschlossen wäre (§ 275 I BGB), folgt jedoch nicht zwingend, dass der Vergütungsanspruch der Kl. für die von ihr vorgenommene Tätigkeit nach § 326 I 1 BGB entfällt.“

Tz. 16: „Anders als nach § 306 BGB a. F. ist ein Vertrag, der auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet ist, zivilrechtlich nicht allein aus diesem Grund nichtig. Zutreffend macht die Revision weiter darauf aufmerksam, dass **§ 326 I 1 BGB durch Individualvereinbarung abbedungen werden kann [...]**.“ Möglich ist, dass Gläubiger ausdrücklich oder stillschweigend das Risiko übernimmt, dass sich das Leistungshindernis verwirklicht. Folge: Anwendbarkeit von **§ 326 II BGB**.

- Tz. 17: „Danach können Vertragsparteien im Rahmen der **Vertragsfreiheit** und in Anerkennung ihrer **Selbstverantwortung** wirksam vereinbaren, dass eine Partei sich – gegen Entgelt – dazu verpflichtet, Leistungen zu erbringen, deren Grundlagen und Wirkungen nach den Erkenntnissen der Wissenschaft und Technik nicht erweislich sind [...] Dies gilt im Hinblick auf § 611 II BGB insbesondere für dienstvertragliche Leistungen, und zwar auch für solche, mit denen eine wie auch immer geartete Lebensberatung verbunden ist. „Erkauft“ sich jemand derartige (Dienst-)Leistungen im Bewusstsein darüber, dass die Geeignetheit und Tauglichkeit dieser Leistungen zur Erreichung des von ihm gewünschten Erfolgs rational nicht erklärbar ist, so würde es Inhalt und Zweck des Vertrags sowie den Motiven und Vorstellungen der Parteien widersprechen, den Vergütungsanspruch des Dienstverpflichteten mit der Begründung zu verneinen, der Dienstverpflichtete sei nicht in der Lage nachzuweisen, tatsächlich mittels Einsatzes magischer oder übersinnlicher Kräfte bestimmte Voraussagen machen oder auf die Willensbildung Dritter Einfluss nehmen zu können.“
- Tz. 18: „Wenn sich der Bekl. bei dieser Sachlage gleichwohl entschloss, der Kl. für das Kartenlegen ein Entgelt zu versprechen – und diese Leistungen über einen längeren Zeitraum auch tatsächlich in Anspruch genommen und vergütet hat –, so liegt die Annahme nicht fern, dass die Kl. nach dem Willen der Parteien die vereinbarte Vergütung ungeachtet des Umstands beanspruchen konnte, dass die „Tauglichkeit“ der erbrachten Leistung rational nicht nachweisbar ist.“
- Tz. 21: Fraglich, ob Vereinbarung der Parteien nach § 138 BGB nichtig ist. Zu berücksichtigen sind folgende Aspekte: Dienstberechtigte sind häufig in schwieriger Lebenssituation, es handelt sich bei ihnen oftmals „um leichtgläubige, unerfahrene oder psychisch labile Personen“. Daher sind „keine allzu hohen Anforderungen an einen Verstoß gegen die guten Sitten i. S. des § 138 I BGB“ zu stellen.

d. Gutachten

1. Anspruch des Bekl. gegen Kl. auf Erbringung von Dienstleistungen, § 611 I BGB?

- Einordnung als Dienstvertrag, da kein bestimmter Erfolg, sondern lediglich Bemühen durch Einsatz magischer Kräfte geschuldet.
- Auslegung des Vertrages: Versprochen wurden nicht nur jahrmarktähnliche Unterhaltung („Zaubertricks“) oder bloße Lebensberatung, sondern Einsatz magischer Kräfte.
- Nichtigkeit der Willenserklärung des Bekl. gemäß § 105 BGB?
- Nichtigkeit des Vertrages, § 138 I BGB? Kriterien: Höhe der Vergütung, zeitlicher Einsatz der Kl., Bekanntheit der Kl., Umstände des Vertragsschlusses (Lebenskrise des Dienstberechtigten).
- Wirksame Anfechtung des Vertrages, § 123 I 1. Alt. BGB (argl. Täuschung)?

Wirksamkeit der Vereinbarung wird im Folgenden unterstellt:

- Unmöglichkeit der Leistung?

- BGH: Ja, diese Leistung ist im Rechtssinne obj. unmöglich, da nach den Naturgesetzen und dem Stand der Erkenntnis von Wissenschaft und Technik nicht erbringbar. Auch keine Beweisbarkeit des Einsatzes magischer Kräfte möglich.

- a. A (LG Ingolstadt, Schermeier): Nein, Kartenlegen und darauf basierende Lebensberatung sind möglich, einen bestimmten Erfolg hat Kartenlegerin nicht versprochen (Dienstvertrag).

- Erg.: Kein Anspruch, § 275 I BGB (str.).

2. Anspruch des Bekl. gegen Kl. auf Schadensersatz, § 311a II BGB?

Nein, abbedungen, da Bekl. in Kenntnis von der fehlenden naturwissenschaftlichen Beweisbarkeit der Leistung der Kl. das Risiko übernommen hat, dass die Leistung nicht erbringbar ist.

Nach a. A. greift § 311a Abs. 2 BGB schon deshalb nicht, weil keine (anfängliche) Unmöglichkeit gegeben ist.

3. Anspruch der Kl. gegen den Bekl. auf Vergütung, § 611 I BGB?

- Grundsätzlich nein, § 326 I, da Sachleistung unmöglich (a. A.: § 326 I greift nicht, da keine Unmöglichkeit, s. o.).

- Hier ist § 326 I aber abbedungen durch Übernahme des Risikos des Fehlschlagens durch Bekl.

- Daraus folgt Anwendung von § 326 II BGB: Leistungshindernis fällt in die Sphäre des Bekl.

- Erg.: Kl. hat Anspruch gegen Bekl. auf Bezahlung (zum selben Ergebnis gelangt auch die a. A., die gar keinen Anlass hat, § 326 überhaupt anzuwenden).

e. Merke

1. Bei Fällen, in denen die Unmöglichkeit der Sachleistung in Betracht kommt, sind regelmäßig drei Fragen zu unterscheiden:

a. Besteht der Anspruch auf die Sachleistung? (Primäranspruch)

→ § 275 BGB.

b. Besteht ein Anspruch auf Schadensersatz? (Sekundäranspruch)

→ § 280 Abs. 1 u. 3, 283 BGB bzw. § 311a Abs. 2 BGB (anfängliche Unmöglichkeit).

c. Besteht der Anspruch auf die Gegenleistung (Vergütung)?

→ § 326 Abs. 1 BGB (grundsätzlich, soweit nicht abweichende Risikoverteilung).

2. Im Hinblick auf die erste Frage (a) unterscheidet der BGH drei Konstellationen:

a. Sachleistungsschuldner verspricht ausschließlich den Einsatz übernatürlicher Kräfte.

→ Obj. Unmöglichkeit, kein Leistungsanspruch, § 275 Abs. 1 BGB.

b. Sachleistungsschuldner verspricht lediglich scheinbare Magie im Rahmen einer jahrmarkt-ähnlichen Unterhaltung. Es besteht Einvernehmen, dass keine echte Magie geschuldet.

→ (Unterhaltungs-)leistung ist im Rechtssinne möglich, Anspruch besteht, § 275 Abs. 1 BGB (-).

c. Sachleistungsschuldner verspricht Lebensberatung, die mindestens teilweise auf den Einsatz übernatürlicher (magischer) Kräfte gestützt ist (z. B. Kartenlegen). Dieser Aspekt darf nicht bloße Unterhaltungsfunktion haben. Indiz: Höhe der Vergütung.

→ Obj. Unmöglichkeit, kein Leistungsanspruch, § 275 Abs. 1 BGB.

3. Die Wirkung von § 326 Abs. 1 BGB (c) ist abdingbar (Privatautonomie). Es bedarf des Bewusstseins, dass die Sachleistung nicht beweisbar und ihre Tauglichkeit für den erhofften Zweck rational nicht erklärbar ist.

4. Vereinbarung über Einsatz übernatürlicher Kräfte kann sittenwidrig sein mit der Folge der Nichtigkeit, § 138 Abs. 1 BGB. Dabei sind u. a. folgende Aspekte zu berücksichtigen: Höhe des Honorars, Umfang der Leistungen (Dauer), Bekanntheit des Magiers (Amateur oder internationaler „Star“), Umstände der Beauftragung (Lebenskrise), Persönlichkeit des Auftraggebers (labiler Charakter).

f. Entscheidungsbesprechungen

Florian Faust, JuS 2011, 359 - 361

Thomas Pfeiffer, LMK 2011, 314413, der zutreffend darauf hinweist, dass auch der Schuldner (Magier) der unmöglichen Sachleistung das Risiko übernehmen kann, dass seine übernatürlichen Bemühungen von Erfolg gekrönt sind. In diesem Fall besteht zwar wegen objektiver Unmöglichkeit – wie im BGH-Fall auch – kein Anspruch des Gläubigers auf die primär geschuldete Sachleistung, hier: den durch Magie herbeizuführenden Erfolg (§ 275 Abs. 1 BGB). Der Schuldner (Magier) macht sich im Fall des Misserfolgs jedoch schadensersatzpflichtig, § 311a Abs. 2 BGB. Auf Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Schuldners von der Unmöglichkeit kommt es nicht an. Ihn trifft wegen der Risikoübernahme vielmehr eine Garantiehafung.

Martin Schermeier, JZ 2011, 633 (Anmerkung), der auf S. 636f. überzeugend einen alternativen dogmatischen Lösungsweg aufzeigt: Der BGH hätte anstatt auf den Erfolgseintritt auf das Tätigwerden der Kartenlegerin abstellen können und – wie das LG Ingolstadt (NStZ-RR 2005, 313f.) siehe Zitat oben – auch von Möglichkeit der Leistung des Kartenlegens hätte ausgehen können. Für einen Rückgriff auf § 326 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB besteht dann kein Anlass. Grenzen: §§ 138 und 123 BGB.

III. Schuldnerverzug

11. Ersatzfähigkeit der Mehrkosten eines Deckungskaufs

BGH, Urt. v. 3.7.2013 – VIII ZR 169/12, NJW (Biodiesel)

a. Leitsatz

Mehrkosten eines eigenen Deckungskaufs des Käufers sind nicht als Verzögerungsschaden nach §§ 280 I, II, 286 BGB ersatzfähig. Es handelt sich um einen an die Stelle der Leistung tretenden Schaden, den der Gläubiger nur unter den Voraussetzungen von §§ 280 I, III, 281 I BGB und somit nicht neben der Vertragserfüllung beanspruchen kann.

b. Tatbestand

Der Kl. begehrt Ersatz der wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung eines Kaufvertrags entstandenen Mehrkosten eines Deckungskaufs. Der Kl. ist [mittlerweile] Insolvenzverwalter über das Vermögen der Firma WP Güternah- und Fernverkehr, die eine Spedition betrieb (im Folgenden: Insolvenzschildnerin). Die Becl. vertreibt Heizöl, Kraft- und Schmierstoffe. Am 31. 10. 2007 kaufte die Insolvenzschildnerin bei der Becl. 2 000 000 l Biodiesel [...] zu einem Preis von 66 Euro pro 100 l [...]. Die Lieferungen sollten in der Zeit vom 16. 4. 2008 bis zum 30. 9. 2008 erfolgen. In den Monaten April und Mai 2008 lieferte die Becl. insgesamt 355 495 l Biodiesel an die Insolvenzschildnerin. Mit Schreiben vom 4. 6. 2008 teilte die Becl. der Insolvenzschildnerin mit, dass ihre Lieferantin in Insolvenz gefallen sei und die Lieferungen an sie eingestellt habe und dass es ihr nur noch möglich sei, Biodiesel im Spot-Geschäft zu Tagespreisen einzukaufen. Zu einer weiteren Belieferung der Insolvenzschildnerin war die Becl. nicht bereit. Die Insolvenzschildnerin deckte sich zwischen dem 29. 5. 2008 und dem 30. 9. 2008 mit Diesellieferungen unterschiedlicher Lieferanten ein. Da sich die Biodieselpreise gegenüber dem am 31. 10. 2007 vereinbarten Kaufpreis erhöht hatten, wendete die Insolvenzschildnerin für diese Lieferungen 475 085,58 Euro mehr auf, als sie bei Belieferung durch die Becl. auf Grund des Kaufvertrags hätte aufwenden müssen. In einem Vorprozess wurde die Becl. verurteilt, an die Insolvenzschildnerin die noch ausstehenden 1 644 505 l Biodiesel [...] Zug um Zug gegen Zahlung von 1 582 789,90 Euro zu liefern. Die Becl. nahm daraufhin die Lieferungen wieder auf. Die Insolvenzschildnerin begehrt Zahlung von 475 085,58 Euro nebst Zinsen und Rechtsanwaltskosten.

c. Aus den Gründen

Tz. 27 „Mehrkosten eines eigenen Deckungskaufs des Käufers sind nicht als Verzögerungsschaden nach §§ 280 I, II, 286 BGB ersatzfähig. Denn bei derartigen Kosten handelt es sich nicht um einen Verzögerungs- oder Begleitschaden, sondern um einen Schaden, der an die Stelle der Leistung tritt und den der Gläubiger deshalb nur unter den Voraussetzungen der §§ 280 I, 280 III, 281 I BGB und somit nicht neben der Vertragserfüllung beanspruchen kann.

Tz. 28 Wie die Revision zutreffend ausführt, wäre der Kl., falls ihm neben der im Vorprozess erfolgreich geltend gemachten Vertragserfüllung ein Anspruch auf Erstattung der Mehrkosten des eigenen Deckungskaufs zugebilligt würde, zum Nachteil der Becl. so gestellt, als hätte er die bestellte Dieselmenge zu dem vertraglich vereinbarten Preis doppelt zu beanspruchen. Hieran wird besonders deutlich, dass die Kosten des eigenen Deckungskaufs des Käufers, der an die Stelle der vom Verkäufer geschuldeten Leistung tritt, nicht neben dieser Leistung als Verzögerungsschaden geltend gemacht werden können.

Tz. 29 Der Kl. kann den geltend gemachten Anspruch auf Ersatz der Kosten des Deckungskaufs auch nicht auf §§ 280 I, 280 III, 281 I BGB stützen. Zwar lagen die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung zunächst vor, weil die Becl. die Vertragserfüllung nach den Feststellungen des BGH endgültig verweigert hatte und es deshalb keiner Fristsetzung mehr bedurfte. Grundsätzlich hat der Gläubiger auch die Wahl, ob er Schadensersatz statt der Leistung verlangt oder auf Vertragserfüllung besteht; auch lässt das Erfüllungsverlangen des Gläubigers grundsätzlich dessen Befugnis unberührt, wieder zu einem Schadensersatzanspruch statt der Leistung überzugehen [...]. Der Gläubiger kann aber – selbstverständlich – nicht beides verlangen. Deshalb erlischt der Anspruch des Gläubigers auf die Leistung, wenn er statt der Leistung Schadensersatz verlangt (§ 281 IV BGB).

d. Gutachten

1. Anspruch auf Ersatz der Mehrkosten des Deckungskaufs aus § 280 I, III, 286 (-),

da kein Verzögerungsschaden (SE neben der Leistung), sondern SE statt der Leistung.

2. Anspruch auf Ersatz der Mehrkosten des Deckungskaufs aus §§ 280 I, 280 III, 281 I BGB (-),

Voraussetzungen sind zwar grundsätzlich erfüllt, der Anspruch erlischt aber, wenn Gl. – wie hier – Erfüllung verlangt (vgl. zum Alternativverhältnis der beiden Ansprüche § 281 IV BGB).

e. Literatur

Schwab, Entscheidungsbesprechung, JuS 2014, 167

Gsell, Entscheidungsbesprechung, LMK 2013, 353035 (zustimmend)

Hilbig- Lugani, Anmerkung, NJW 2013, 2961, die die zu knappe Begründung kritisiert

Nietsch, Schadensersatz beim Deckungskauf trotz Erfüllung, NJW 2014, 2385 (kritisch)

12. Kein Verzugseintritt durch bloßes Übersenden einer Rechnung

BGH, Urt. v. 25.10.2007 - III ZR 91/07, BGHZ 174, 77 = NJW 2008, 50 - Nachsendeauftrag

a. Leitsatz

Die Übersendung einer Rechnung mit der einseitigen Bestimmung eines Zahlungsziels durch den Gläubiger vermag ohne die erforderliche Belehrung des Verbrauchers (§ 286 Abs. 3 S. 1 BGB) einen Verzug des Schuldners nicht zu begründen.

b. Tatbestand

Die Kl. betreibt eine Praxis für Physiotherapie. Die Bekl. nahm in der Zeit vom 23. 7. bis 9. 8. 2004 als Privatpatientin Leistungen der Kl. in Anspruch, für die ihr die Kl. unter dem 14. 9. 2004 insgesamt 543 Euro berechnete. Die Rechnung schließt mit dem Hinweis: „Den Rechnungsbetrag überweisen Sie bitte bis zum 5. 10. 2004 auf das rechts unten angegebene Konto.“ Ein Rechnungsausgleich erfolgte zunächst nicht. Ende September 2004 zog die Bekl. um und erteilte der Post einen Nachsendeauftrag. Die Kl. versandte unter dem 25. 5. und 9. 11. 2005 erfolglos weitere Zahlungsaufforderungen an die – fehlerhaft bezeichnete – frühere Adresse der Bekl.; die Bekl. hat den Zugang der Mahnungen bestritten. Mit Schreiben vom 3. 2. 2006 bestellte sich der spätere Prozessbevollmächtigte der Kl. für diese und verlangte von der Bekl. bis zum 13. 2. 2006 Zahlung der Hauptsumme sowie Erstattung von Verzugskosten. Daraufhin zahlte die Bekl. an die Kl. am 10. 3. 2006 die Hauptsumme von 543 Euro. Mit der Klage hat die Kl. Ausgleich vorgerichtlicher Rechtsanwaltsgebühren von 70,20 Euro, ihrer Kosten für eine Anfrage beim Einwohnermeldeamt von 3,58 Euro sowie Zinsen in Höhe von 45,42 Euro für die Zeit vom 3. 11. 2004 bis zum 10. 3. 2006, insgesamt 119,20 Euro, zuzüglich Prozesszinsen gefordert.

<i>Juli/August 2004</i>	<i>Behandlungen</i>
<i>14.9.2004</i>	<i>Rechnung mit Bitte um Zahlung bis 5.10.2004</i>
<i>Ende 9/2004</i>	<i>Umzug der Bekl., Nachsendeauftrag</i>
<i>Mai/November 2005</i>	<i>Mahnungen, falschadressiert, nicht zugegangen</i>
<i>3.2.2006</i>	<i>RA-Schreiben: Mahnung</i>
<i>10.2.2006</i>	<i>Zahlung der Hauptsumme</i>

c. Gutachten

Fraglich, ob Kl. einen Anspruch gegen Bekl. auf Ersatz des Verzugs Schadens gemäß §§ 280 I, II, 288 I i.V. mit § 286 BGB hat.

Verzug der Bekl. mit der Bezahlung?

Voraussetzungen des Schuldnerverzugs:

- *Vollwirksam* entstandener Anspruch, insbesondere *Durchsetzbarkeit* des Anspruchs.
- *Fälligkeit*²³ des Anspruchs.
- *Obj. Verzögerung* der Leistung.
- *Mahnung* des Schuldners bzw. deren Entbehrlichkeit.

(1) Der Anspruch der Kl. ist entstanden durch Abschluss des Behandlungsvertrags mit der Bekl. Der Anspruch ist insbesondere durchsetzbar, Einreden der Bekl. (Verjährung, § 320 BGB...) sind nicht ersichtlich.

(2) Der Anspruch auf Bezahlung wurde spätestens mit der Rechnung fällig, § 271 I BGB.

(3) Die bekl. Privatpatientin hat nicht gezahlt, damit war ihre Leistung objektiv verzögert.

(4) Mahnung bzw. Entbehrlichkeit?

(a) Grundsätzlich bedarf es der Mahnung, § 286 I 1 BGB (siehe sogleich unten d und e).

(b) Mahnung entbehrlich gemäß § 286 II Nr. 1 BGB?

Leistungszeit muss nach ganz h. M. **einvernehmlich** bestimmt werden, eine einseitige Leistungszeitbestimmung ist – vom Fall des § 315 BGB abgesehen – nicht möglich.

Auslegung von § 286 II Nr. 1 BGB:

- Wortlaut ist nicht eindeutig, die „Bestimmung“ eines Termins kann sowohl einseitig als auch vertraglich erfolgen.
- Historisch-gentische Argumente
 - Begründung zum Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (BT-Dr 14/6040, S. 145f.), wo es heißt, wie bisher genüge für § 286 II Nr. 1 BGB in der Fassung des Entwurfs eine einseitige Bestimmung nicht.
 - Art. 3 I lit. a der Zahlungsverzugsrichtlinie²⁴: Zinsen sind ab dem Tag zu zahlen, der auf den „vertraglich“ festgesetzten Zahlungstermin oder das „vertraglich“ festgesetzte Ende der Zahlungsfrist folgt.

²³ Eine Leistung ist fällig, wenn sie vom Gläubiger verlangt werden kann.

²⁴ Art. 3 Abs. 1 lit. a der Richtlinie vom 29.6.2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (ABl. EG v. 8.8.2000, L 200/35) lautet:

„(1) Die Mitgliedstaaten stellen folgendes sicher:

a) Zinsen gemäß Buchstabe d) sind ab dem Tag zu zahlen, der auf den vertraglich festgelegten Zahlungstermin oder das vertraglich festgelegte Ende der Zahlungsfrist folgt.“

Schmidt-Kessel (s. u.) weist demgegenüber zutreffend auf Art. 6 II RiLi²⁵ hin, wonach die europäische Vorgabe lediglich einen Mindeststandard des Gläubigerschutzes setzt, den deutschen Gesetzgeber also nicht daran gehindert hat, strengere Verzugsvoraussetzungen (z. B. Recht des Gläubigers zur einseitigen Bestimmung einer Leistungszeit) anzuordnen.

- Systematische Argumente
 - Gläubiger kann gemäß § 286 I und III BGB auf anderem Wege unschwer einseitig Verzug des Schuldners begründen. Er erscheint nicht schutzwürdig.
 - Auch im Hinblick auf die sachlich verwandte Norm § 271 I BGB betreffend die Fälligkeit wird einhellig davon ausgegangen, dass es sich um eine vertragliche (eilvernehmliche) Regelung handeln muss.

(c) Verzug gemäß § 286 III S. 1 BGB?

Nein, es fehlt gegenüber Verbraucher (§ 13 BGB) an der Belehrung (§ 286 III S. 1 2. HS BGB).

(d) Mahnung durch Schreiben vom 14.9.2004, § 286 I BGB?

- Grunds. genügt als verzugsbegründende Mahnung „jede eindeutige und bestimmte Aufforderung, mit der der Gläubiger unzweideutig zum Ausdruck bringt, dass er die geschuldete Leistung verlangt.“
- Es bedarf nicht des Hinweises auf die Rechtsfolgen eines Verzugs (anders iFd § 286 III 1 BGB).
- „Eine Mahnung kann zudem mit der die Fälligkeit begründenden Handlung verbunden werden und kann deswegen auch in einer Rechnung enthalten sein, selbst wenn nach den vertraglichen oder gesetzlichen Bestimmungen erst mit deren Zugang die Forderung fällig wird.“²⁶
- Hier vorliegende Rechnung mit Zahlungsziel wird nach Ansicht des BGH vom Verkehr aber nicht als Mahnung aufgefasst. Sie ist vielmehr als Stundungsangebot²⁷, das still-

²⁵ Art. 6 Abs. 2 der oben genannten Richtlinie lautet:

„Die Mitgliedstaaten können Vorschriften beibehalten oder erlassen, die für den Gläubiger günstiger sind als die zur Erfüllung dieser Richtlinie notwendigen Maßnahmen.“

²⁶ Achtung: Der Wortlaut von § 286 I 1 BGB („Mahnung des Gläubigers [...]“, die **nach** dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt“ scheint das Gegenteil nahezulegen.

²⁷ Die Stundung schiebt die Fälligkeit hinaus, dem Schuldner steht eine Einrede zu. Sie lässt aber die Erfüllbarkeit der Forderung unberührt (*Krüger*, in *MüKoBGB*, 2012, § 271 Rz. 21). Wichtigstes Beispiel für die Stundung ist die von der Regel des § 320 BGB abweichende (auch stillschweigende) Vereinbarung einer Vorleistungspflicht der einen Partei.

schweigend angenommen werden kann, § 151 BGB, oder als pactum de non petendo²⁸, zu interpretieren.

Der Hinweis von *Gsell* (s. u.) wonach die (stillschweigende) Annahme des Stundungsangebots durch die Bekl. bei objektiver Auslegung nicht anzunehmen sei, da sie die Rechtsfolge des § 286 II Nr. 1 BGB zeitigen würde, kann nicht überzeugen. Zwar fallen im Fall von § 286 II Nr. 1 BGB Fälligkeit und Verzugseintritt regelmäßig zusammen. Das ändert aber nichts daran, dass beide Rechtsfolgen durch die Stundung entkoppelt werden können. Die Stundung verschiebt nämlich allein den Fälligkeitszeitpunkt nach hinten. Insoweit ist sie für den Schuldner günstig. Die Stundung impliziert aber keine darüber hinausgehende Vereinbarung über die Leistungszeit mit der für den Schuldner ungünstigen Rechtsfolge des § 286 II Nr. 1 BGB. Mit anderen Worten: Nimmt man – wie vom BGH erwogen – an, dass die Formulierung auf der Rechnung als Stundungsangebot aufzufassen war, da die Bekl. durch Nichtbezahlung konkludent angenommen hat, so kann die Kl. die Bezahlung von der Bekl. erst ab dem 5.10.2004 verlangen. Verzug tritt zu diesem Zeitpunkt aber noch nicht ein.

(f) Mahnung durch falsch adressierte Schreiben von Mai und November 2005, § 286 I BGB?

- Inhaltliche Bestimmtheit:

Es kann vorliegend davon ausgegangen werden (der SV ist insoweit unergiebig), dass die weiteren Zahlungsaufforderungen ausreichend bestimmt waren, um als Mahnungen i. S. d. § 286 I BGB qualifiziert werden zu können.

- Zugang?

Die Mahnung ist zwar keine Willenserklärung, sondern lediglich geschäftsähnliche Handlung (Rechtsfolgen treten – wie bei den Realakten – unabhängig vom Willen des Handelnden ein). Es gelten die Vorschriften über Rechtsgeschäfte aber größtenteils sinngemäß. Das gilt auch für das Erfordernis des Zugangs.

Zugegangen ist eine Erklärung/geschäftsähnliche Handlung, wenn sie

- derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist,
- dass bei Annahme gewöhnlicher Verhältnisse damit zu rechnen ist, dass von ihr Kenntnis genommen wird.

Daran fehlt es vorliegend, da die Bekl. die Schreiben aus dem Jahr 2005 nicht erhalten hat.

Möglicherweise kann die Bekl. sich aber gemäß § 242 BGB nicht auf den nicht erfolgten Zugang berufen.

- Ein Fall arglistiger Zugangsvereitelung ist auszuschließen.
- In Betracht kommt aber die Fallgruppe der fahrlässigen Zugangsvereitelung im Rahmen einer bestehenden Geschäftsverbindung. Immerhin war die

²⁸ Der Unterschied zur Stundung besteht darin, dass sie die Fälligkeit unberührt lässt, gleichzeitig aber die prozessuale Geltendmachung hinauszögert (*Krüger*, in *MüKoBGB*, 2012, § 271 Rz. 21).

Rechnung für die in Anspruch genommenen Dienste der Physiotherapeutin noch offen. Es erscheint fraglich, ob das Erteilen eines (befristeten) Nachsendeauftrags diesem Erfordernis genügt. Auf der anderen Seite stellt sich die Frage, ob auch die Kl. alles Erforderliche und ihr Zumutbare getan hat, damit ihre Erklärung die Adressatin erreichen konnte.²⁹ Dagegen spricht, dass die Kl. die weiteren Schreiben versehentlich falsch adressiert hatte.

- Eine Zugangsfiktion gemäß § 242 BGB ist daher zu verneinen (a. A. vertretbar).

(g) Verzug gemäß § 286 II Nr. 4 BGB?

Dafür lässt sich immerhin anführen, dass „der Umzug bei bestehenden offenen Rechnungen [...] eine Mitteilung der neuen Anschrift an den Gläubiger erfordert und deren Fehlen eine abweichende Risikoverteilung hinsichtlich des Zugangs [der falsch adressierten Mahnungen] erfordert“ (*Schmidt-Kessel*, LMK 2008, 254603).

(3) Erg.: Mangels verzugsbegründender Mahnung ist ein Verzugsschadensersatz nicht geschuldet (a. A. gut vertretbar).

d. Entscheidungsbesprechungen

Beate Gsell, NJW 2008, 52

Martin Schmidt-Kessel, LMK 2008, 254603, der u. a. auf den Wertungswiderspruch zwischen § 309 Nr. 4 einerseits und § 286 III 1 BGB hinweist und schließlich kautelarjuristische Hinweise (Klausel über Anzeigeobliegenheit bei Adresswechseln) gibt.

IV. Rücktritt vom Vertrag

13. Fristsetzung zur Nacherfüllung durch unmissverständliche Aufforderung zum Austausch der Ware

BGH, Urteil vom 18.3.2015 – VIII ZR 176/14, NJW 2015, 2564 (Krankes Turnierpferd – „Kissing Spines“)

a. Leitsätze

1. Zu den Anforderungen an eine Fristsetzung zur Nacherfüllung gem. §§ 281 I, 323 I BGB (Aufforderung, den Kaufgegenstand auszutauschen, mit der Ankündigung, anderenfalls rechtliche Schritte zu ergreifen; Fortführung von BGH, NJW 2009, 3154
2. Für eine Fristsetzung im Sinne der vorgenannten Vorschriften genügt es, wenn der Gläubiger durch das Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung oder durch vergleichbare Formulierungen deutlich macht, dass dem Schuldner für die Erfüllung nur ein begrenzter (bestimmbarer) Zeitraum zur Verfügung steht. Der Angabe eines bestimmten Zeitraums oder eines bestimmten (End-)Termins bedarf es nicht.

²⁹ Siehe zu dieser Abwägung BGHZ 137, 205, 209f. = NJW 1998, 976, 977 (offene Abwägung).

b. Tatbestand

Die Kl. erwarb von der Bekl. am 3.5.2011 für 15.000 Euro einen Fuchswallach der Rasse Quarter Horse. Mit Anwaltsschreiben vom 2.8.2012 erklärte die Kl. den Rücktritt vom Kaufvertrag unter Berufung darauf, dass das Pferd an einer unheilbaren „Kissing Spines“-Erkrankung leide, die bereits bei Übergabe vorhanden gewesen sei. [Zuvor hatte der Kl. auf dem Gestüt des Bekl. erklärt: „Entweder wird das Pferd ausgetauscht oder wir gehen rechtlich gegen Euch vor.“] Die Kl. begehrt Rückzahlung des Kaufpreises, Erstattung von bezifferten Aufwendungen sowie die Feststellung, dass die Bekl. verpflichtet sei, ihr alle weiteren mangelbedingten Aufwendungen zu erstatten. Ferner verlangt sie die Feststellung des Annahmeverzugs sowie Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten. Die Klage ist in den Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Kl. ihr Klagebegehren weiter.

c. Aus den Gründen

Tz. 11 Für eine Fristsetzung im Sinne der vorgenannten Vorschriften genügt es, wenn der Gläubiger durch das Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung oder durch vergleichbare Formulierungen deutlich macht, dass dem Schuldner für die Erfüllung nur ein begrenzter (bestimmbarer) Zeitraum zur Verfügung steht. Der Angabe eines bestimmten Zeitraums oder eines bestimmten (End-)Termins bedarf es nicht. Weder lässt sich dem Begriff der Fristsetzung entnehmen, dass die maßgebliche Zeitspanne nach dem Kalender bestimmt sein muss oder in konkreten Zeiteinheiten anzugeben ist, noch erfordert es der Zweck der Fristsetzung gem. §§ 437 Nr. 2, 323 I oder nach §§ 437 Nr. 3, 281 I BGB, dass der Gläubiger für die Nacherfüllung einen bestimmten Zeitraum oder einen genauen (End-)Termin angibt. Dem Schuldner soll mit der Fristsetzung vor Augen geführt werden, dass er die Leistung nicht zu einem beliebigen Zeitpunkt bewirken kann, sondern dass ihm hierfür eine zeitliche Grenze gesetzt ist. Dieser Zweck wird durch eine Aufforderung, sofort, unverzüglich oder umgehend zu leisten, hinreichend erfüllt.“

d. Literatur

Gutzeit, Anm. unter BGH, Urteil vom 18.3.2015 – VIII ZR 176/14, NJW 2015, 2565, der darauf hinweist, dass Art. 3 Abs. 5 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie (RL 1999/44/EG) den Käufer bereits dann zur Vertragsauflösung berechtigt, wenn der Verkäufer nicht binnen angemessener Frist Abhilfe geschaffen hat, eine vorherige Fristsetzung – anders als § 323 Abs. 1 BGB – durch den Käufer nicht verlangt.

14. Rücktritt vom Vertrag trotz fortbestehenden Gläubigerinteresses an der Leistung wegen fehlender Teilbarkeit der Gläubigerleistung (Eigentumswohnung gegen Werkleistungen)

BGH, Urt. v. 16.10.2009 - V ZR 203/08, NJW 2010, 146

a. Leitsatz

§ 323 V 1 BGB setzt neben der Teilbarkeit der Leistung des Schuldners auch die Teilbarkeit der Leistung des Gläubigers voraus. Fehlt es daran, kann der Gläubiger auch dann vom ganzen Vertrag zurücktreten, wenn sein Interesse an der Teilleistung des Schuldners nicht entfallen ist.

b. Tatbestand

Der Kl. verkaufte dem Bekl. mit notariellem Vertrag vom 18.12.2002 eine Eigentumswohnung für 31.000 Euro. Der Kaufpreis sollte wie folgt berichtigt werden: 16.000 Euro in Geld, 7.000 Euro durch Anrechnung von vor Vertragsschluss erbrachten Planungs- und Bauleistungen und 8.000 Euro durch Durchführung [bestimmter] Werkleistungen am Gemeinschaftseigentum: [...] Der Bekl. zahlte 16.000 Euro und führte einen Teil der zu erbringenden Leistungen aus. Mit Schreiben vom 22.6.2004 wies der Kl. den Bekl. darauf hin, dass die zu erbringenden Bauleistungen noch teilweise ausstünden, und behielt sich vor, nach Setzung einer angemessenen Nachfrist von dem Vertrag zurückzutreten. Mit weiterem Schreiben vom 7.9.2004 setzte der Kl. dem Bekl. eine Nachfrist bis zum 30.9.2004, die von ihm geschuldeten Bauleistungen zu erbringen. Diese blieb fruchtlos. [...] Mit Schreiben vom 4.10.2004 erklärte der Kl. den Rücktritt vom Kaufvertrag. [...] Der Kl. verlangt, soweit hier von Interesse, Räumung und Herausgabe der Wohnung und Zustimmung zur Löschung der eingetragenen Auflassungsvormerkung.

c. Aus den Gründen:

Tz. 14. „Der Kl. war berechtigt, von dem ganzen Vertrag zurückzutreten.

Tz. 15 Dem steht nicht entgegen, dass der Bekl. den Barkaufpreis gezahlt und einen Teil der ihm noch obliegenden Bauleistungen erbracht hat. Eine Teilleistung des Schuldners berechtigt den Gläubiger zwar nach § 323 V 1 BGB zum Rücktritt vom ganzen Vertrag nur, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Ein Fortfall des Interesses des Kl. an der Leistung des Bekl. kann hier auch nicht ohne Weiteres angenommen werden, weil die erbrachten Bauleistungen des Bekl. notwendig waren, um das Gebäude in einen ordnungsgemäßer Verwaltung entsprechenden Zustand zu versetzen. Das kann indessen offen bleiben, weil die Vorschrift hier nicht anwendbar ist.

Tz. 16 Sie setzt nämlich voraus, dass nicht nur die Leistung des Schuldners teilbar ist, sondern auch die des Gläubigers. Daran fehlt es.

Tz. 17 Mit § 323 V 1 BGB hat sich der Gesetzgeber für den Grundsatz des Teilrücktritts entschieden. Bei einem teilweisen Ausbleiben der geschuldeten Leistung soll dem Gläubiger im Regelfall kein Rücktritt vom ganzen Vertrag, sondern nur ein Teilrücktritt möglich sein. Damit will der Gesetzgeber erreichen, dass der Vertrag bei einer Teilleistung des Schuldners nicht immer vollständig rückabgewickelt werden muss, sondern sich auf die durchführbaren oder durchgeführten Teile beschränkt. Etwas anderes soll nur gelten, wenn der Gläubiger an dem durchgeführten Teil des Vertrags kein Interesse hat (Begründung des Entwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes in BT-Dr 14/6040, S. 186). Dieses Regelungskonzept setzt gedanklich voraus, dass der als Regelfall gedachte Teilrücktritt möglich ist. Das ist bei dem typischen Anwendungsfall, der dem Gesetzgeber dabei vorschwebte, der Erbringung einer teilbaren Sachleistung gegen Entgelt, regelmäßig der Fall. Hier führt der Teilrücktritt zu dem angestrebten Ergebnis, dass sich die wechselseitigen Rechte und Pflichten aus dem Vertrag auf den durchgeführten Teil beschränken. Anders liegt es aber dann, wenn der **teilbaren Leistung des Schuldners eine nicht teilbare Leistung des Gläubigers gegenübersteht**. In einer solchen Konstellation lässt sich das mit dem Teilrücktritt angestrebte Ergebnis einer Beschränkung „des Vertrags“ auf den durchgeführten Teil nicht erreichen. Der Gläubiger kann

seine – unteilbare – Leistung nicht auf einen Teil beschränken, der der Teilleistung des Schuldners entspricht. Er kann sie nur ganz erbringen oder ganz davon absehen. Eine solche Konstellation lässt sich auch nicht mit dem Erfordernis eines Interessefortfalls sinnvoll beherrschen. Dieses Abgrenzungskriterium erfasst nicht das Problem, dass sich der Vertrag selbst bei bestehendem Interesse des Gläubigers an der Leistung des Schuldners nicht eingeschränkt rückabwickeln lässt. Diese Möglichkeit setzt die Norm vielmehr stillschweigend voraus. Daran fehlt es, wenn nur die Leistung des Schuldners, nicht auch die Leistung des Gläubigers teilbar ist.

Tz. 18 Dieser Fall liegt hier vor. Zwar sind die Leistungen, zu denen der Bekl. verpflichtet ist, teilbar. Ihnen steht aber die Verpflichtung des Kl. gegenüber, dem Bekl. die verkaufte Eigentumswohnung zu übergeben und aufzulassen. Diese Leistungen sind nicht teilbar. Damit scheidet ein Teilrücktritt von vornherein aus. Es kommt nur ein Rücktritt vom ganzen Vertrag in Betracht.“

d. Gutachten

I. Anspruch des Kl. (V) auf Zustimmung zur Löschung der Auflassungsvormerkung, § 894 BGB analog?

1. Keine unmittelbare Anwendbarkeit: Es geht nicht um Recht an einem Grundstück, lediglich um die Sicherung des Anspruchs auf Einräumung solchen Rechts. Wegen vergleichbarer Interessenlage ist aber analoge Anwendbarkeit auf Fall der Eintragung einer Vormerkung geboten (allg. M.).

2. Vormerkung ist zugunsten des bekl. K eingetragen.

3. Grundbuch ist unrichtig, weil die Vormerkung möglicherweise erloschen. Das wäre der Fall, wenn entweder gar kein zu sichernder Anspruch bestand oder dieser Anspruch zwischenzeitlich untergegangen ist (Vormerkung als streng akzessorisches Recht).

a. Anspruch auf Übereignung der Wohnung entstanden durch Abschluss des notariellen Kaufvertrags, §§ 433 I, 311b I 1 BGB

b. Anspruch untergegangen durch wirksamen Rücktritt, § 323 I BGB?

(1) Rücktrittsgrund: Teilweise Nichterfüllung des Vertrags durch Bekl. (K)

(2) Erfolgslose Fristsetzung

(3) Rücktrittserklärung, 349 I BGB

(4) Interessefortfall, § 323 V 1 BGB?

Die Regelung ist nur anwendbar, wenn auch die Gegenleistung des Gläubigers (Kl., V) teilbar ist, weil ansonsten das Festhalten an vom bekl. Schuldner (K) nur teilweise erfülltem Vertrag nicht möglich ist. Daran fehlt es hier. Die Leistung des Kl., die Übergabe und Übereignung der Wohnung, kann nicht geteilt werden. Damit stellt § 323 V BGB hier keine Schranke dar.

(5) Zwischenergebnis: Anspruch ist wegen Rücktritts untergegangen, § 323 I BGB.

c. Zwischenergebnis: Die eingetragene Vormerkung besteht nicht mehr. Damit stimmen der Inhalt des Grundbuchs und die materielle Rechtslage nicht mehr überein.

4. Ergebnis: Kl. (V) kann vom Bekl. (K) die Zustimmung zur Löschung der Vormerkung verlangen, § 894 BGB analog.

e. Merke

Ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung von § 323 V 1 BGB (Rücktritt vom ganzen Vertrag wegen Teilleistung nur bei Interessenfortfall) ist die Teilbarkeit auch der Gegenleistung. Das ist im Normalfall, in dem der rücktrittswillige Gläubiger Geld, der – nur teilweise leistende – Schuldner eine Sachleistung (hier: Sanierungsarbeiten) versprechen, kein Problem. Fehlt es jedoch wie hier, wo der Gl. seinerseits eine (unteilbare) Sachleistung als Gegenleistung versprochen hat, an der Teilbarkeit (Eigentumswohnung!), richtet sich das Rücktrittsrecht des Gläubigers der nur teilweise erbrachten Leistung allein nach § 323 I BGB.

f. Entscheidungsbesprechung

Johannes Cziupka, LMK 2010, 295516 (recht abstrakt)

15. Anwendbarkeit von § 346 Abs. 2 S. 2 BGB über den Wertersatz auch im Fall des Rücktritts wegen Zahlungsverzugs des Schuldners

BGH, Urt. v. 19.11.2008 - VIII ZR 311/07, BGHZ 178, 355 = NJW 2009, 1068 - *Pferd gegen Fahrstunden*

a. Leitsatz

Die Bestimmung des § 346 Abs. 2 S. 2 BGB, nach der bei der Berechnung des Wertersatzes die im Vertrag bestimmte Gegenleistung zu Grunde zu legen ist, findet auch im Falle des Rücktritts wegen Zahlungsverzugs des Schuldners Anwendung.

b. Tatbestand:

Die Parteien schlossen am 25. 7. 2005 einen Vertrag, in dem sich die [...] Kl. verpflichtete, dem Bekl. den Zweibrücker Wallach L zu übergeben und zu übereignen. Der Bekl., ein Kraftfahrzeug-Fahrlehrer, verpflichtete sich „im Gegenzug, alle Aufwendungen zu übernehmen“, die der Kl. bis zur Erteilung der Fahrerlaubnis der Klasse B entstehen; darin sollten „alle Fahrstunden, Theoriestunden und Gebühren“ eingeschlossen sein. Die Kl. begann ihre Fahrausbildung bei dem Bekl., wechselte aber nach 24 Fahrstunden im Einvernehmen mit dem Bekl. zur Fahrschule M. Nach erfolgreichem Abschluss der Fahrausbildung im Jahr 2006 stellte diese Fahrschule der Kl. für die weiteren 28 Fahrstunden und 12 Sonderfahrten sowie die Prüfungs- und sonstigen Gebühren einen Betrag von 1531,72 Euro in Rechnung. Die Kl. bezahlte die Rechnung am 31. 7. 2006 und forderte den Bekl. mit Schreiben vom 7. 8. 2006 – unter Androhung des Rücktritts von der Vereinbarung vom 25. 7. 2005 – vergeblich auf, ihr diesen Betrag bis zum 15. 8. 2006 zu erstatten. Sie erklärte am 23. 8. 2006 den Rücktritt vom Vertrag und verlangte vom Bekl. die Herausgabe des Pferdes. Der Bekl., der das Pferd bereits im Frühjahr 2006 seiner Tochter übereignet hatte, [...] lehnte die Herausgabe des Pferdes ab. [...] Mit ihrer Klage verlangte die Klägerin Wertersatz für das Pferd in Höhe von 6.000 Euro.

Klägerin – Beklagter – Tochter des Beklagten

c. Aus den Entscheidungsgründen:

Tz. 9: „Das BGH ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Bekl. nach dem wirksamen Rücktritt der Kl. [...] Wertersatz zu leisten hat, weil er das ihm übereignete Pferd L auf Grund der Ver-

äußerung an seine Tochter der Kl. nicht mehr zurückgeben kann (§§ 323 I, 346 I, II 1 Nr. 2 BGB). [Es geht] nur noch um die Frage, ob für die Höhe des Wertersatzes der Verkehrswert des Pferdes, der nach der Behauptung der Kl. 6000 Euro beträgt, oder der Wert der Gegenleistung maßgebend ist. Das BerGer. hat mit Recht angenommen, dass sich die Bemessung des Wertersatzes gem. § 346 II 2 BGB nicht nach dem Verkehrswert des Pferdes, sondern nach dem Wert der Gegenleistung richtet, das heißt nach den vom Bekl. zu übernehmenden Aufwendungen für die Fahrausbildung, deren Wert das BerGer. – von beiden Parteien nicht angegriffen – mit 2290,72 Euro veranschlagt hat.“

- Tz. 10: „Eine Gegenleistung des Bekl. für die Übereignung des Pferdes ist in der Vereinbarung vom 25. 7. 2005 „bestimmt“, das heißt vereinbart worden. Sie besteht in der Verpflichtung des Bekl. zur Übernahme aller Aufwendungen (Fahrstunden, Theoriestunden und Gebühren), die der Kl. bis zur Erteilung der Fahrerlaubnis der Klasse B entstehen. Diese Gegenleistung des Bekl. ist auch nicht, wie die Revision meint, unbestimmt. Da der Bekl. vereinbarungsgemäß „alle“ Kosten für die Fahrausbildung der Kl. zu übernehmen hat, lässt der Vertrag nicht offen, welche Gegenleistung der Bekl. gegenüber der Kl. zu erbringen hat; die Verpflichtung des Bekl. zur umfassenden Kostenübernahme ist eindeutig.“
- Tz. 11 „§ 346 II 2 BGB setzt nicht voraus, dass auch der Geldwert der Gegenleistung in der Vereinbarung bestimmt worden ist. Haben die Vertragsparteien den Geldwert der vereinbarten Gegenleistung – wie etwa bei einem Tausch – nicht beziffert, so steht dies der Anwendung des § 346 II 2 BGB nicht entgegen [...]. Es reicht aus, wenn der Geldwert der Gegenleistung durch Auslegung der Vereinbarung – notfalls unter Zuhilfenahme einer Schätzung (§ 287 ZPO) – bestimmbar ist.“
- Tz. 12 „[Kl. hatte] – aus der Sicht bei Vertragsschluss – Anspruch auf Erstattung der Kosten [...], welche sie für eine vollständige Fahrausbildung bei einer Fahrschule voraussichtlich zu zahlen hätte. [...] Der Umstand, dass die genaue Höhe dieser Kosten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht absehbar war, hat nicht [...] zur Folge, dass die Vorschrift des § 346 II 2 BGB nicht anwendbar wäre, sondern führt nur zur Notwendigkeit einer Schätzung der Kosten nach § 287 ZPO, soweit diese nicht genau zu beziffern sind. Mit dem Abschluss der Fahrausbildung der Kl. stand die Höhe der vom Bekl. zu übernehmenden Kosten für die Fahrausbildung der Kl. jedoch fest, so dass sich der Erstattungsanspruch der Kl. von da an vereinbarungsgemäß auf die Übernahme der tatsächlich entstandenen Kosten konkretisierte; dies gilt jedenfalls dann, wenn diese Kosten – wie es hier nach den unangegriffenen Feststellungen des BerGer. der Fall ist – im Rahmen des Üblichen liegen. Einer Schätzung der Höhe der voraussichtlichen Kosten aus der Sicht bei Vertragsschluss – etwa nach Maßgabe durchschnittlicher Kosten für eine Fahrausbildung – bedarf es deshalb nicht mehr, nachdem die tatsächlich entstandenen Kosten, auf deren Erstattung die Kl. Anspruch hat, zu beziffern sind.“
- Tz. 13: Abzulehnen ist die Literaturansicht, „nach der die Vorschrift des § 346 II 2 BGB im Falle des Rücktritts eines Geldgläubigers wegen Zahlungsverzugs des Schuldners auf Grund einer teleologischen Reduktion keine Anwendung finden soll, wenn der Wert der Leistung, für die Wertersatz geschuldet ist, höher ist als der Wert der Gegenleistung [...].“
- Tz. 14 „Weder der Wortlaut noch der Sinn und Zweck des § 346 II 2 BGB rechtfertigen es, die Vorschrift für den Fall des Rücktritts wegen Zahlungsverzugs nicht anzuwenden. Die gesetzliche

Regelung differenziert nicht nach verschiedenen Arten von Rücktrittsgründen und erfasst damit auch den Rücktritt wegen Zahlungsverzugs. Auch die **Gesetzesmaterialien** enthalten keinen Hinweis darauf, dass der Wert der Gegenleistung entgegen dem Wortlaut der Vorschrift im Falle eines Rücktritts wegen Zahlungsverzugs nicht maßgeblich sein sollte [...].“

- Tz. 15 „Soweit die Forderung nach einer **teleologischen Reduktion des § 346 II 2 BGB** für den Fall des Zahlungsverzugs damit begründet wird, dass der Rücktritt durch die wortgetreue Anwendung von § 346 II 2 BGB zum „**stumpfen Schwert**“ würde, weil der Wertersatzanspruch dann dieselbe Höhe hätte wie der Kaufpreisanspruch und der Rücktritt damit sinnlos wäre [...], überzeugt dies nicht, weil der Rücktritt dem rücktrittsberechtigten Verkäufer [...] auch bei einer Orientierung am Wert der Sache keinen finanziellen Vorteil bietet, wenn der Kaufpreis dem Wert der Sache entspricht oder höher als dieser ist. Im Übrigen haben die Regelungen über die Rückabwicklung eines Vertrags auf Grund eines vertraglichen oder gesetzlichen Rücktritts auch **keinen Sanktionscharakter**.“
- Tz. 16 „Nach der Gesetzesbegründung erscheint es interessengerecht, die Parteien an den vertraglichen Bewertungen von Leistung und Gegenleistung festzuhalten; die objektiven Wertverhältnisse sollen dagegen nur ausnahmsweise dann maßgebend sein, wenn eine Bestimmung der Gegenleistung – eine privatautonom ausgehandelte Entgeltabrede – fehlt.“
- Tz. 17 „Für die gesetzliche Regelung [keine teleologische Reduktion von § 346 Abs. 2 S. 2 BGB, FB] sprechen auch praktische Gründe. [Sie vermeidet] einen nahe liegenden Streit über den „wahren“ Verkehrswert der Sache [...], der im Nachhinein meist nur durch Sachverständigenbeweis ermittelt werden könnte und mit zahlreichen Unsicherheiten verbunden wäre.“
- Tz. 18 „Ob es Ausnahmefälle geben mag, in denen sich der zum Wertersatz Verpflichtete nach Treu und Glauben nicht auf die Regelung des § 346 II 2 BGB berufen kann – das BerGer. spricht den Fall an, dass der in Zahlungsverzug geratene Käufer in Kenntnis der Rücktrittsandrohung des Verkäufers die Sache noch vor dem Rücktritt weiterveräußert, um deren höheren Verkehrswert für sich zu realisieren –, bedarf keiner Entscheidung. Ein solcher Sachverhalt liegt hier nicht vor.“

d. Gutachten

(A) Ansprüche der Kl. gegen den Bekl.

(I) Anspruch auf das Pferd

(1) Anspruch der Klägerin gegen den Bekl. aus § 812 I 1 bzw. § 818 II (Verkehrswert) wegen Nichtigkeit des Vertrags aus § 138 BGB (Wucher)

(a) Auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung. Problem hier: Die tatsächlichen Aufwendungen des Bekl. standen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht fest. Er trug insoweit ein gewisses finanzielles Risiko.

(b) Zudem bedurfte es des Vorliegens einer verwerflichen Gesinnung des Bekl., die angesichts des übernommenen Risikos problematisch ist. Angesichts der Unsicherheit bzgl. des Werts der vom Bekl. versprochenen Leistung erscheint es auch schwierig, die verwerfliche Gesinnung des Bekl. angesichts eines besonders groben Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung (über 200 Prozent) zu vermuten.

(c) Ergebnis offen (vom BGH nicht thematisiert)

(2) Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Herausgabe (Wiedereinräumung des Besitzes und Übereignung) des Pferdes aus § 346 Abs. 1 BGB?

- Wirksamer Rücktritt?

- Rücktrittserklärung, § 349 BGB (+)

- Rücktrittsgrund, § 323 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB?

- Kaufvertrag (+)

- erfolgloser Fristablauf (+)

- § 323 V 1 BGB hier nicht anwendbar, da Gegenleistung (Pferd) unteilbar (siehe vorangehender Fall oben)

- Ausschluss der Rückgewährspflicht aufgrund Unmöglichkeit, § 275 Abs. 1 BGB?

- H. M.: Grundsätzlich trifft den Rückgewährsschuldner (Bekl.) die Pflicht, den veräußerten Gegenstand (Pferd) vom Zweiterwerber (Tochter) zurück zu erwerben (vgl. BGH, Urt. v. 10.10.2008 - V ZR 131/07, BGHZ 178, 182 = NJW 2009, 63 Tz. 15ff. und 27f. betreffend Verpflichtung des Rückgewährschuldners, die Belastung des empfangenen Grundstücks zu beseitigen). Grenze: § 275 Abs. 2 BGB (grobes Missverhältnis zwischen Aufwand des Schuldners und Leistungsinteresse des Gläubigers). Mögliches Problem hier: Soweit Tochter des Bekl. nicht voll geschäftsfähig, steht der Rückübertragung des Pferdes an den Beklagten § 181 BGB (Verbot des Insichgeschäfts) entgegen. Evtl. § 1909 Abs. 1 S. 1 (Ergänzungspflegschaft).

Unmöglichkeit der Rückgabe ist ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal von § 346 Abs. 2 BGB.

- A. A.: Dem Gesetz ist eine Pflicht zum Rückerwerb oder zur Beseitigung der Belastung nicht zu entnehmen, vielmehr hat Gesetzgeber in § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 BGB den Fall der Unmöglichkeit eigenständig geregelt (z. B. Gaier, in MüKoBGB, § 346 Rn. 39 mwN).

Geht man von einem Ausschluss der primären Rückgabepflicht des Beklagten aus (§ 275 Abs. 2 BGB), ist wie folgt weiter zu prüfen:

(II) Anspruch auf Schadensersatz

Anspruch der Klägerin gegen den Bekl. auf Schadensersatz wegen Nichtherausgabe des Pferdes gemäß §§ 346 Abs. 4, 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB (-), da die Klägerin dem Beklagten hier keine Frist für die Herausgabe gesetzt hat, die erfolglos hätte ablaufen können. Davon abgesehen hätte die Klägerin wegen der Zugum-Zug zu erfüllenden Rückgewährpflichten (§§ 348, 320 BGB) dem Beklagten in Annahmeverzug begründender Weise die Rückgewähr der vom Beklagten empfangenen Leistungen anbieten müssen (BGH, Urt. v. 10.10.2008 - V ZR 131/07, BGHZ 178, 182 = NJW 2009, 63 Tz. 29). Daran fehlt es ebenfalls. Schließlich ermannt es einem Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB an der erforderlichen Pflichtverletzung i. S. d. § 346 Abs. 4 BGB (siehe oben: Unmöglichkeit der Herausgabe, die damit gar nicht geschuldet ist, § 275 I BGB).

(III) Anspruch auf Herausgabe des Verkaufserlöses

Anspruch der Klägerin gegen den Bekl. auf Herausgabe eines evtl. Verkaufserlöses, § 285 Abs. 1 BGB (commodum ex negotiatione)?

- Schuldverhältnis, gerichtet auf Leistung eines Gegenstandes (+), Rückgewährschuldverhältnis, §§ 346ff. BGB

- Leistungshindernis iSd § 275 Abs. 1 – 3 BGB (+)

- Erlangung eines Ersatzes durch den Bekl. (+), Kaufpreis
- Kausalzusammenhang zwischen Ursache für Leistungshindernis („auf Grund dessen“) und Ersatzerlangung („infolge“)?
 - a. A.: (-), es ist zwischen der zur Unmöglichkeit führenden Verfügung des Beklagten an die Tochter gemäß § 929, 1 BGB und seinem schuldrechtlichen Anspruch auf Bezahlung des Kaufpreises (§ 433 Abs. 2 BGB) zu unterscheiden ist (Trennungsprinzip!).
 - H. M.: (+), wirtschaftliche Betrachtungsweise: Übereignungsvorgang und Kaufvertrag bilden eine wirtschaftliche Einheit.

(IV) Anspruch auf Wertersatz

Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Wertersatz für den Wallach, § 346 Abs. 2 BGB (+), Rückgabe des Pferdes ist unmöglich (hier unterstellt, siehe oben).

- Wertersatz bestimmt sich grundsätzlich nach der Gegenleistung, § 346 Abs. 2 S. 2 BGB.
- Vereinbarung eines Geldwertes ist nicht erforderlich, vielmehr genügt die Bestimmbarkeit durch Auslegung der Vereinbarung, notfalls unter Zuhilfenahme einer Schätzung (§ 287 ZPO).
- Gegenleistung hier: vollständige Fahrausbildung.
- Wert dieser Gegenleistung: Orientierung an den tatsächlich angefallenen Kosten möglich, jedenfalls wenn diese Kosten im Rahmen des Üblichen lagen. Es bedarf in diesem Fall keiner Schätzung.
- Teleolog. Reduktion von § 346 II 2 BGB, wenn Wert der Gegenleistung niedriger als der Wert der Leistung, für die Ersatz geschuldet wird?
 - e. A. (+), da Rücktritt ansonsten „stumpfes Schwert“ (*Canaris*, FS H. Wiedemann, S. 22). Wertersatz ist in diesem Fall am Wert der Leistung (hier: Pferd) zu orientieren.
 - H.M. (-). Arg.:

- Rücktritt hat keinen Sanktionscharakter; Verzugsschadensersatz kompensiert einen evtl. materiellen Schaden des Rückgewährläubigers;
- auch wenn Gegenleistung bzw. Kaufpreis (hier: Fahrstunden) gleich oder höher als der Wert der Leistung (hier: Pferd), würde Rücktritt dem Verkäufer (hier: Klägerin) keinen wirtschaftlichen Vorteil bieten;
- es ist interessengerecht, die Parteien an dem vereinbarten Äquivalenzverhältnis festzuhalten;
- praktischer Vorteil: Tatrichter muss den Verkehrswert der Leistung (hier: Pferd) nicht ermitteln;
- hier auch kein Verstoß gegen Treu und Glauben, da Beklagter die Leistung (hier: Pferd) nicht in Kenntnis der Rücktrittsdrohung an seine Tochter weiterveräußert hat.

- Ergebnis zu IV: Der Klägerin steht gegen den Beklagten ein Anspruch auf Wertersatz in Höhe der tatsächlich angefallenen Kosten für den Fahrunterricht bei M zu, § 346 Abs. 2 S. 2 BGB. (Zusätzlicher Wertersatz für die bereits erhaltenen Fahrstunden durch den Bekl. ist nicht zu gewähren. A. A. offenbar die Vorinstanz, das OLG Frankfurt a. M., das der Kl. 2290,70 EUR (1.531,72 EUR für die Fahrschule M und 759 EUR als Wert der vom Bekl. erhaltenen Fahrstunden.)

(B) Ansprüche der Kl. gegen die Tochter

(I) Anspruch der Klägerin gegen die *Tochter* auf Herausgabe des Pferdes aus § 816 I 2 BGB (-), mangels Unwirksamkeit des Vertrages zwischen Kl. und Bekl. (Rechtsgrund ist gegeben, wenn man § 138 II BGB nicht bejaht, siehe oben). Außerdem hat Beklagter mangels Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts als Berechtigter verfügt hat. Darüber hinaus hätte die Veräußerung an die Tochter unentgeltlich erfolgen müssen.

(II) In Betracht kommt ein Anspruch aus § 822 BGB (Bekl. hat als *Berechtigter* verfügt): Allerdings liegt hier Rechtsgrund (wirksamer Vertrag zwischen Kl. und Bekl., s. o.) vor, zudem müsste Unentgeltlichkeit gegeben sein, wobei allerdings auch teilweise Unentgeltlichkeit genügt hätte („überschießender Teil“).

e. Merke

1. Rückgewährschuldverhältnis: Der Anspruch auf Rückgewähr der geleisteten Sache (§ 346 I BGB, Primäranspruch) geht dem Anspruch auf Wertersatz gemäß § 346 II BGB (Sekundäranspruch) vor (str.). Grenze der primären Rückgewährpflicht: § 275 II BGB.

2. Der Wertersatzanspruch aus § 346 II BGB bestimmt sich gemäß S. 2 der Vorschrift auch dann nach dem Wert der Gegenleistung (hier: Kosten der Fahrprüfung), wenn diese weniger Wert ist als die Leistung (hier: Pferd), für die Ersatz zu leisten ist (a. A. Canaris: teleologische Reduktion, da Rücktritt ansonsten „stumpfes Schwert“ in der Hand des Rücktrittsberechtigten).

f. Anmerkung

C.-H. Witt, NJW 2009, 1070 (Anmerkung)

F. Faust, JuS 2009, 271 (kritisch und mit anregenden Variationen des Falls, die die Fragwürdigkeit der gesetzlichen Entscheidung in § 346 II 2 BGB jedenfalls ins Ausnahmesituationen illustrieren mögen)

V. Störung der Geschäftsgrundlage

16. Anpassungsanspruch bei beiderseitigem Eigenschaftsirrtum³⁰

BGH, Urt. v. 30.09.2011 – V ZR 17/11, NJW 2012, 373 (vorgesehen zur Veröffentlichung in BGHZ)

a. Leitsätze

1. Der Anspruch der durch eine Störung der Geschäftsgrundlage benachteiligten Partei auf Vertragsanpassung verpflichtet die andere Partei, an der Anpassung mitzuwirken. Wird die Mitwirkung verweigert, kann die benachteiligte Partei auf Zustimmung zu der als angemessen erachteten Anpassung oder unmittelbar auf die Leistung klagen, die sich aus dieser Anpassung ergibt.

2. Die Verletzung der Verpflichtung, an der Anpassung des Vertrags mitzuwirken, kann Schadensersatzansprüche nach § 280 Abs. 1 BGB auslösen. Zu einem Rücktritt vom Vertrag berechtigt sie die benachteiligte Partei nur unter den Voraussetzungen des § 313 Abs. 3 BGB.

b. Tatbestand

Mit notariellem Vertrag vom 4. November 2008 verpflichtete sich der Beklagte eine unvermessene Fläche "von ca. 28.699 m²", welche auf einem dem Vertrag beigelegten Lageplan eingezeichnet ist, an die klagende Stadt zu übertragen. Als Gegenleistung übertrug die Stadt ein 28.699 m² großes Flur-

³⁰ Unter Mitarbeit von Herrn Ref. iur. Martin Geismann.

stück an den Beklagten. Ferner verpflichtete sie sich, einen auf einem Grundstück des Beklagten gelegenen Weg in näher bestimmtem Umfang in Bitumen herzustellen. Unter der Überschrift "Mangelhaftung" schlossen die Parteien Rechte wegen eines Sachmangels aus und hielten ferner fest, dass wechselseitig keine Garantie für Größe, Güte und Beschaffenheit des jeweiligen Kaufgegenstandes übernommen werde.

Die Vermessung der in dem Lageplan eingezeichneten Fläche ergab eine Größe von nur 18632 m². Die Kl. Forderte daraufhin den Beklagten, welcher zwischenzeitlich als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen worden war, zu einer Anpassung des Vertrages auf. Nachdem der Beklagte weder dem Anpassungsvorschlag der Klägerin zugestimmt noch einen anderen Anpassungsvorschlag unterbreitet hatte, erklärte diese im Januar 2010 den Rücktritt vom Vertrag. Die Klägerin verlangt die Rückkauflassung des an den Beklagten übertragenen Grundstücks, hilfsweise die Zahlung von 18.120,60 Euro als Wertausgleich, sowie Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten.

c. Aus den Gründen

- Tz. 8: II 1. Rechtsfehlerfrei nimmt das Berufungsgericht allerdings an, dass der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag nicht wegen fehlender inhaltlicher Bestimmtheit der an die Klägerin verkauften Teilfläche unwirksam ist.
- Tz. 9: Entgegen der Ansicht der Revision kommen der schriftlichen Größenangabe ("ca. 28.699 m²") im Text des Vertrages und der zeichnerischen Darstellung in dem Lageplan, die eine Fläche von nur 18.632 m² umfasst, keine gleichrangige Bedeutung mit der Folge zu, dass das Vereinbarte wegen der daraus folgenden Unbestimmtheit seines Inhalts keine Bindung zu erzeugen vermag [...]. Wird bei dem Verkauf einer noch nicht vermessenen Grundstücksfläche der Vertragsgegenstand - wie hier - in der notariellen Urkunde sowohl durch eine bestimmte Grenzziehung in einem maßstabsgerechten Plan als auch durch eine als ungefähr bezeichnete Flächenmaßangabe bestimmt, geht der objektive Inhalt der Verkäufer- und der Käufererklärung in der Regel dahin, dass bei Differenzen zwischen der bezifferten und der der Grenzziehung entsprechenden umgrenzten Flächengröße die Bezifferung ohne Bedeutung und die Umgrenzung allein maßgeblich ist [...]. So liegt es auch hier.
- Tz. 10: Der Einwand der Revision, der Klägerin sei es auf ein Tauschverhältnis 1:1 und damit auf die Größe der an sie zu übertragenden Fläche angekommen, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Die unzutreffende Vorstellung der Klägerin, die in dem Plan eingezeichnete Fläche entspreche - zumindest annähernd - der Flächenangabe im Vertragstext, ändert nichts daran, dass ihr objektiv erklärter Wille dahin ging, die in dem Plan eingezeichnete und auf dieser Grundlage zu vermessende Fläche zu erwerben. **Dass diese Erklärung von einem Irrtum bei der Willensbildung beeinflusst war, ist für die Bestimmung des Leistungsgegenstands ohne Bedeutung.**
- Tz. 11: 2. Rechtsfehlerhaft ist aber die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin könne sich wegen dieses Irrtums nicht auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 BGB berufen.
- Tz. 12: a) **Richtig ist zwar, dass § 313 BGB im Anwendungsbereich der Sachmängelhaftung nicht herangezogen werden kann, da andernfalls die den Bestimmungen der §§ 437 ff. BGB zugrunde liegende Risikoverteilung über die Annahme einer Störung der Geschäfts-**

grundlage verändert würde [...]. Das gilt auch dann, wenn die Voraussetzungen einer Mängelhaftung im Einzelfall - etwa aufgrund eines wirksamen Haftungsausschlusses - nicht vorliegen.

- Tz. 13: b) **Allerdings besteht der Vorrang nur insoweit, als der maßgebliche Umstand überhaupt geeignet ist, Sachmängelansprüche auszulösen** [...]. Das trifft auf die Größenangabe einer unvermessenen Teilfläche im Vertragstext nicht zu, wenn die verkaufte Fläche, wie hier, auf einem maßstabsgerechten und mitbeurkundeten Plan eingezeichnet worden ist. Wie das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang zutreffend erkennt, bestimmt sich die zu übertragende Fläche in einem solchen Fall nämlich allein nach der mitbeurkundeten Planzeichnung. Das hat zur Folge, dass sich auch die Sollbeschaffenheit des Grundstücks hinsichtlich Lage, Zuschnitt und Größe nach der Zeichnung richtet. Mit der herausgemessenen Fläche von 18.632 m² erhält die Klägerin mithin den Kaufgegenstand in der vereinbarten Beschaffenheit; ein Sachmangel liegt gerade nicht vor.
- Tz.15: 3. a) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht auch der wechselseitige vertragliche Ausschluss der Sachmängelhaftung und einer Garantie für die Größe, Güte und Beschaffenheit der Grundstücke einem Anspruch wegen Störung der Geschäftsgrundlage nicht entgegen. **Zwar ist § 313 BGB nicht anwendbar, wenn sich durch die Störung der Geschäftsgrundlage ein Risiko verwirklicht, das nach den vertraglichen Vereinbarungen in den Risikobereich einer der Parteien fällt** [...]. So verhält es hier aber nicht [sic!].
- Tz. 16: Nach den im Berufungsurteil in Bezug genommenen und mangels förmlicher Gegenrüge auch für das Revisionsverfahren zugrunde zulegenden Feststellungen des Landgerichts ist Geschäftsgrundlage die Annahme der Parteien bzw. die dem Beklagten erkennbar gewordene und von ihm nicht beanstandete Vorstellung der Klägerin geworden, dass die zu tauschenden Grundstücke zumindest annähernd dasselbe Flächenmaß haben. Objektiver Ausdruck dessen ist die Angabe der Größe der an die Klägerin zu übertragenden unvermessenen Fläche im Vertragstext ("ca. 28.699 m²"), die der ebenfalls in den Vertrag aufgenommenen Größe des als Gegenleistung an den Beklagten zu übereignenden Grundstücks (28.699 m²) entspricht. Die maßgebliche Annahme bezieht sich dabei allerdings nicht auf eine bestimmte Beschaffenheit des einzelnen Grundstücks, sondern auf das Flächenverhältnis der Grundstücke zueinander und damit auf das Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung (Tauschverhältnis 1:1).
- Tz. 17: **Das Risiko einer erheblichen Verschiebung dieses Äquivalenzverhältnisses** - sei es zu Lasten der Klägerin, sei es zu Lasten des Beklagten, wenn die in den Plan eingezeichnete Fläche deutlich größer als angenommen gewesen wäre - **ist durch den Ausschluss jeglicher Mängelansprüche nicht der hierdurch benachteiligten Vertragspartei auferlegt worden**. Einer solchen Annahme steht bereits entgegen, dass es sich bei der Differenz zwischen der bezifferten und der Grenzziehung im Lageplan entsprechenden Flächengröße weder um einen Sachmangel noch um die Abweichung von einer bestimmten Beschaffenheit handelt (vgl. oben II. 2. b). Der Ausschluss darauf bezogener Rechte enthält also keine Aussage darüber, wer das Risiko einer Störung des angestrebten Äquivalenzverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung tragen sollte.
- Tz. 18: b) Ebenso wenig kommt es darauf an, dass die Vorstellung, die in dem Lageplan ausgewiesene Fläche entspreche 28.699 m² und damit der Größe des von der Klägerin an den Be-

klagten tauschweise zu übereignenden Grundstücks, auf einen Fehler im Verantwortungsbereich der Klägerin bei der Einzeichnung in den Lageplan zurückgehen dürfte. **Ansprüche wegen beiderseitigen Irrtums über die für die Preisbildung maßgeblichen Umstände setzen nicht voraus, dass die Fehlvorstellung auf Seiten des Anspruchstellers unverschuldet ist**; auch führt der Umstand, dass eine zur Geschäftsgrundlage erhobene fehlerhafte Berechnung, Bewertung oder sonstige Einschätzung von einer der Parteien stammt, grundsätzlich nicht dazu, dass der anderen Partei eine Anpassung des Vertrages von vornherein unzumutbar wäre.

- Tz. 21: III 1. a) Angesichts der dem Tauschvertrag zugrunde liegenden Vorstellung, beide Grundstücke seien aufgrund übereinstimmender Größe wertgleich (§ 313 Abs. 2 BGB; siehe oben zu II. 3. a) und einer Flächendifferenz von mehr als 10.000 m² - dies entspricht einer **Abweichung von 35 %** gegenüber der von den Parteien zugrunde gelegten Größe - ist der Klägerin ein Festhalten an dem Vertrag in seiner ursprünglichen Form nicht zuzumuten, während dem Beklagten ein Abgehen von dem Vereinbarten, beispielsweise durch Rückübertragung eines der Größendifferenz entsprechenden Teils der ihm übertragenen Fläche, angesonnen werden konnte.
- Tz. 22: b) Obwohl eine Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 BGB in erster Linie zu einem Anspruch auf Vertragsanpassung führt, ist die Klägerin berechtigt, sich von dem Vertrag zu lösen.
- Tz. 23: aa) Dies folgt allerdings nicht schon daraus, dass der Beklagte vorprozessual die Aufforderungen zu Verhandlungen über eine Vertragsanpassung ignoriert und die Klägerin daraufhin den Rücktritt vom Vertrag erklärt hat.
- Tz. 25: **Grundsätzlich besteht ein Rücktrittsrecht [...] nicht allein deshalb, weil der von einer Störung der Geschäftsgrundlage Begünstigte trotz entsprechender (und berechtigter) Aufforderung, die Mitwirkung an einer Vertragsanpassung verweigert.** Der Rücktritt ist in § 313 Abs. 3 BGB nur nachrangig für den Fall vorgesehen, dass eine Vertragsanpassung nicht möglich oder einer der Parteien nicht (mehr) zumutbar ist [...]. Angesichts der Möglichkeit, den Anpassungsanspruch gerichtlich durchzusetzen, führt die Weigerung des Begünstigten, an einer Vertragsanpassung mitzuwirken, für sich genommen nicht dazu, dass dem Benachteiligten ein weiteres Festhalten an dem Vertrag und dessen (künftige) Anpassung unzumutbar wird [...] Auch der Klägerin wäre es zumutbar gewesen, ihren Anspruch auf Anpassung des Vertrages gerichtlich durchzusetzen.
- Tz. 26: (2) **Ein Rücktrittsrecht lässt sich auch nicht auf die Vorschrift des § 323 Abs. 1 BGB stützen; diese wird durch die speziellere, vorrangig auf eine Aufrechterhaltung des Vertrages gerichtete Regelung des § 313 Abs. 3 BGB verdrängt [...].**
- Tz. 27: bb) **Auch ohne wirksamen Rücktritt kommt es aber dann zu einer von der benachteiligten Partei gewünschten Rückabwicklung des Vertrages, wenn die Gegenseite im Prozess nur die Voraussetzungen des § 313 Abs. 1 bzw. Abs. 2 BGB in Abrede stellt, ohne sich für den Fall, dass das Gericht eine Störung der Geschäftsgrundlage annehmen sollte, gegen die Rückabwicklung des Vertrages als deren Rechtsfolge zu wenden. Angesichts der Pflicht, an einer Vertragsanpassung mitzuwirken, kommt einem solchen Verhalten der objektive Erklärungswert zu, mit dem Vorschlag der Gegenseite (Rückabwicklung) einverstanden zu sein [...].** Die in § 313 Abs. 3 BGB angeordnete Nachrangigkeit des Rücktritts

steht dem nicht entgegen. Sie beruht auf dem Gedanken, dass die Auflösung eines Vertrages tiefer in die Privatautonomie eingreift als dessen Anpassung [...], kommt also nicht zum Tragen, wenn beiden Parteien nicht (mehr) an einer Aufrechterhaltung des Vertrages gelegen ist.

- Tz. 28: So liegt es auch hier. Der Beklagte hat in den Vorinstanzen zwar in Abrede gestellt, dass die Klägerin aus der Flächendifferenz Rechte herleiten kann, aber für den Fall, dass ein Anspruch nach § 313 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 BGB besteht, sich weder gegen die Auflösung des Vertrages als dessen Rechtsfolge gewendet noch die Wirksamkeit des Rücktritts wegen Vorrangs der Vertragsanpassung in Zweifel gezogen. Die mögliche Bereitschaft des Beklagten zu Zugeständnissen im Rahmen eines auf die Beendigung des Rechtsstreits gerichteten Vergleichs steht einem solchen Einwand nicht gleich.
- Tz. 32: c) Auf die Anschlussberufung der Klägerin sind ihr die geltend gemachten vorgerichtlichen Anwaltskosten unter dem Gesichtspunkt des Verzuges zuzuerkennen (§ 280 Abs. 1 i.V.m. § 286 BGB).
- Tz. 33: aa) Nach den Feststellungen des Landgerichts ist der Beklagte vorprozessual zunächst von der Klägerin selbst aufgefordert worden, an der Vertragsanpassung mitzuwirken. Indem er hierauf nicht reagiert hat, ist der Beklagte in Verzug geraten (§ 286 Abs. 1 Satz 1 BGB). Denn der durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26. November 2001 (BGBl. I S. 3138) eingeführte Anspruch auf Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB verpflichtet die durch eine Störung der Geschäftsgrundlage begünstigte Vertragspartei, im Zusammenwirken mit der anderen Partei eine Anpassung des Vertrages herbeizuführen. Hierbei handelt es sich um eine **vertragliche Mitwirkungspflicht, deren Verletzung Schadensersatzansprüche nach § 280 Abs. 1 BGB auslösen kann [...]**.
- Tz. 34: Der dagegen erhobene Einwand, eine Verhandlungspflicht könne nicht vollstreckt werden und sei daher abzulehnen [...], überzeugt nicht. Mit dem Anspruch der benachteiligten Partei auf Vertragsanpassung korrespondiert die Verpflichtung der begünstigten Partei, an dieser Anpassung mitzuwirken. Anspruch und Verpflichtung sind zwei Seiten desselben Rechts. Durchgesetzt wird die Mitwirkungspflicht demgemäß durch die gerichtliche Geltendmachung des Anpassungsanspruchs. **Hierzu kann die benachteiligte Partei eine von ihr formulierte Änderung des Vertrages zum Gegenstand der Klage machen [...] oder aber unmittelbar auf die Leistung klagen, die sich aus der von ihr als angemessen erachteten Vertragsanpassung ergibt.** Letzteres ist nicht nur die Geltendmachung des Anspruchs aus der Anpassung, sondern zugleich die Durchsetzung des Anspruchs auf Anpassung [...].
- Tz.35: bb) Die Beauftragung eines Rechtsanwalts durch die Klägerin stellte eine durch den Verzug bedingte und zweckentsprechende Maßnahme zur Rechtsverfolgung dar. Dass der Anwalt nach einer letztmaligen Aufforderung zur Mitwirkung bei der Vertragsanpassung den Rücktritt vom Vertrag erklärt und anschließend mit der Rückkauflassung des Grundstücks eine andere Leistung als die angemahnte Leistung von dem Beklagten verlangt hat, ändert nichts daran, dass seine Inanspruchnahme durch den Verzug des Beklagten bedingt und zur Durchsetzung der Rechte der Klägerin erforderlich war [...].

d. Gutachten

I. Anspruch der Klägerin aus § 346 Abs. 1 BGB, § 313 Abs. 3 bzw. § 323 BGB

1. Wirksamer Vertragsschluss

Für einen Anspruch müsste zunächst der Tauschvertrag (§ 480 BGB) über die Grundstücke wirksam zu Stande gekommen sein.

a) Auch für den Tausch von Grundstücken gilt das Formerfordernis des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB, das hier mit dem notariellen Vertrag eingehalten wurde.

b) Die Parteien müssten sich auch über alle wesentlichen Punkte des Vertrages geeinigt haben. Hierzu müssen zumindest die Gegenstände des Tauschgeschäfts hinreichend bestimmt sein. Die Parteien haben insbesondere das unvermessene Grundstück des Beklagten auf dem Lageplan genau umrandet, so dass die zu übertragende Fläche ohne Zweifel feststeht.

c) Die Einigung könnte deswegen unwirksam sein, weil die Bezifferung der Grundstücksfläche mit ca. 28.699 m² und die Einzeichnung auf dem Lageplan in einem unauflösbaren Widerspruch stehen (sog. Perplexität³¹). Insofern ist durch Auslegung zu ermitteln, was die Parteien mit der Einzeichnung und der Größenbezeichnung unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung ausgedrückt haben, §§ 133, 157 BGB. Der Umstand, dass die Parteien lediglich eine ungefähre Flächengröße angegeben haben, führt aber zu einer Auslegung dahingehend, dass es den Parteien in erster Linie nicht um ein Grundstück einer bestimmten Größe ging, sondern vielmehr um das konkret auf dem maßstabsgetreuen Flächenplan eingegrenzte Grundstück. Dieses ist Leistungsgegenstand. Insofern kann hier nicht von einem unauflösbaren Widerspruch ausgegangen werden.

d) Ein etwaiger Irrtum bei der Willensbildung (hier: Annahme, die beiden eingezeichneten Grundstücke hätten ungefähr dieselbe Größe) ist ohne Bedeutung für die Bestimmung des Leistungsgegenstandes.

2. Wirksamkeit der Kündigung des Vertrages

a) Formell: Die Klägerin hat den Rücktritt vom Vertrag erklärt, § 349 BGB

b) Materiell: Ein Rücktrittsrecht könnte sich für die Klägerin aus § 313 Abs. 3 BGB ergeben.

(aa) Anwendbarkeit von § 313 BGB

Zunächst stellt sich die Frage, ob die Vorschrift des § 313 BGB über die Störung der Geschäftsgrundlage Anwendung findet. Bei Kauf- und Tauschgeschäften ist diese im Anwendungsbereich der Mängelgewährleistung ausgeschlossen. Andernfalls würde nämlich die vom Gesetzgeber angeordnete spezielle und daher vorrangige Risikoverteilung der §§ 437ff. BGB betreffend Sachmängel ausgehöhlt.

Damit ist zunächst zu prüfen, ob vorliegend die Sachmängelgewährleistung eingreift. Das setzt voraus, dass ein Sachmangel im Sinne des §§ 480, 434 Abs. 1 BGB vorliegt, das Grundstück also bei Gefahrübergang nicht die Sollbeschaffenheit aufgewiesen hat.

Ausgehend vom subjektiven Mangelbegriff ist die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit des Grundstücks zu ermitteln, § 434 Abs. 1 S. 1 BGB. Die vertraglichen Abreden sind nach §§ 133, 157 BGB auszulegen. Die Parteien haben hier durch die Markierung der Grundstücksfläche gerade unzweifelhaft

³¹ Definition: Willenserklärung bleibt auch nach Ausschöpfung aller Auslegungsmöglichkeiten unklar bzw. widersprüchlich. Ihre Bedeutung (Rechtsfolge) kann nicht bestimmt werden.

zum Ausdruck gebracht, dass sie das Grundstück mit der eingezeichneten Fläche als vertragsgemäß akzeptieren wollten. Es kam ihnen gerade auf dieses Grundstück in der bestimmten Lage an (siehe schon oben). Dass die Gegenleistung nach der fälschlich angenommenen tatsächlichen Größe des Grundstücks berechnet wurde, kann für die Bestimmung der Vertragsgemäßheit des Grundstücks keine Rolle spielen.

Damit weicht die tatsächliche Beschaffenheit nicht von der Sollbeschaffenheit ab. Es liegt folglich kein Mangel i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB vor.

§ 313 BGB ist damit anwendbar, da das Mängelgewährleistungsrecht keine Anwendung findet.

(bb) Tatbestand von § 313 Abs. 1 und 2 BGB (beiderseitiger Irrtum über die Geschäftsgrundlage)

Voraussetzung ist zunächst, dass die Geschäftsgrundlage des Grundstücktausches nach § 313 Abs. 1, Abs. 2 BGB gestört ist. Hier ist einzig ein Fall der anfänglichen Störung nach § 313 Abs. 2 BGB denkbar (beiderseitiger Irrtum über die Geschäftsgrundlage). Es müsste sich eine wesentliche Vorstellung der Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses als falsch herausgestellt haben und das Festhalten am Vertrag zumindest für eine Partei unzumutbar sein. Im Einzelnen:

i. Geschäftsgrundlage: Die Parteien haben sich beide vorgestellt, dass das auf dem Flächenplan eingegrenzte Grundstück eine Grundstücksfläche hat, die nicht wesentlich von der Quadratmeterzahl von 28.699 m² abweicht. Dies ist auch in der Bestimmung der Gegenleistung deutlich geworden: Diese ist ein Grundstück von entsprechenden 28.699 m². Die Parteien wollten mithin erkennbar ein Tauschverhältnis von 1:1 erreichen. Die fälschlich angenommene Größe und damit der entsprechende Wert des Grundstücks waren ausschlaggebend für den konkreten Vertragsinhalt, also wesentliche Grundlage des Vertrages.

ii. (Anfängliches) Fehlen der Geschäftsgrundlage („faktisches Element“): Diese Vorstellung der Parteien war von Anfang an fehlerhaft, denn das vom Beklagten an die Klägerin übereignete Grundstück ist tatsächlich lediglich 18.632 m² groß. Das von den Parteien angestrebte Äquivalenzverhältnis (1:1) ist damit nicht erreicht. Das Größenverhältnis beträgt vielmehr 2/3:1.

iii. („hypothetisches Element“): Die Parteien hätten den Vertrag nicht so abgeschlossen, wie er abgeschlossen wurde, hätten sie die tatsächlichen Größenverhältnisse gekannt.

iv. Unzumutbarkeit („normatives Element“): Das Festhalten am Vertrag könnte hier für die Klägerin unter Abwägung aller Umstände des Vertrages unzumutbar sein. Insbesondere ist hier die gesetzliche oder vertragliche Risikoverteilung zu beachten. Die Parteien haben den Vertrag unbewusst in Unkenntnis der tatsächlichen Sachlage geschlossen. Es liegt insofern ein beiderseitiger Eigenschaftsirrtum der Parteien vor. Sie haben deswegen auch keine vertragliche Risikoverteilung vorgenommen, denn hierzu wäre es notwendig gewesen, dass sie ihre Unkenntnis in den Geschäftswillen aufgenommen haben. Aus diesem Grund kann auch der Ausschluss aller Mängelgewährleistungsrechte nicht zu einer Risikozuweisung an die Klägerin führen. Hinzukommt, dass dieser Gewährleistungsausschluss nur bei einer Mängelhaftung sachlich greifen kann. Wie dargelegt, handelt es sich aber bei der Abweichung von der vorgestellten Größe des Grundstücks nicht um einen Sachmangel.

Hier könnte man gut auch zu einem anderen Ergebnis als der BGH gelangen: Mit der ca.-Angabe betreffend die Größe der Grundstücke haben die Parteien ihre mangelnde Kenntnis der genauen Größenverhältnisse zu Protokoll gegeben. Zudem haben die Parteien wechselseitig eine Garantie für die Größe des Grundstücks ausdrücklich verneint. Es lässt sich daher gut argumentieren, dass die Parteien die Unkenntnis der genauen Größe der Grundstücke in ihren

Geschäftswillen aufgenommen, die Möglichkeit irgendwelcher Rechte wegen einer abweichenden Größe damit ausgeschlossen haben.

Bei der Abwägung ist es unerheblich, dass der Klägerin möglicherweise ein Verschulden dahingehend zur Last fällt, dass sie sich nicht über die tatsächliche Größe des Grundstückes in Kenntnis gesetzt hat. Ansprüche wegen beiderseitigen Irrtums über die für die Preisbildung maßgeblichen Umstände setzen nicht voraus, dass die Fehlvorstellung auf Seiten des Anspruchstellers (hier: Klägerin) unverschuldet ist.

(cc) Zwischenergebnis: Die Voraussetzungen von § 313 Abs. 1 und 2 BGB sind erfüllt. Damit besteht für die Klägerin zunächst ein Anspruch auf Vertragsanpassung.

(dd) Vorliegend ist weiter zu fragen, ob der Klägerin ausnahmsweise sogar ein Rücktrittsrecht zusteht.

i. Weitere Voraussetzung dafür ist gemäß § 313 Abs. 3 S. 1 BGB grundsätzlich, dass die Anpassung nach Abs. 1 der Vorschrift für einen Teil nicht zumutbar ist.

Alleine der Umstand, dass der Beklagte nicht an der Anpassung des Vertrages durch eigene Anpassungsvorschläge oder ein Eingehen auf den Vorschlag der Klägerin mitgewirkt hat, macht eine Anpassung für die Klägerin nicht unzumutbar. Der Klägerin obliegt es in solchem Fall vielmehr, ihren Anspruch auf Vertragsanpassung gerichtlich geltend zu machen (ggf. durch Klage unmittelbar auf die aus der Anpassung resultierende Leistung, z. B. Rückübertragung eines Teils des Grundstückes).

c) Ein Rücktrittsrecht lässt sich auch nicht auf die Vorschrift des § 323 Abs. 1 BGB stützen; diese wird durch die speziellere, vorrangig auf eine Aufrechterhaltung des Vertrages gerichtete Regelung des § 313 Abs. 3 verdrängt.

3. Ergebnis: Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Rückübertragung des Grundstückes aus §§ 346 Abs. 1 BGB.

II. Anspruch auf Rückübereignung des Grundstückes aus vertraglicher Vereinbarung

Möglicherweise steht der Klägerin ein Anspruch auf Rückübereignung aufgrund entsprechender Vereinbarung mit dem Beklagten zu. Vorliegend hat die Klägerin die Rückübertragung verlangt. Dieses Verhalten lässt sich als Angebot auf Abschluss eines Änderungsvertrages verstehen. Fraglich ist, ob der Beklagte dieses Angebot angenommen hat. Eine ausdrückliche Annahmeerklärung liegt nicht vor. Das Schweigen des Beklagten hat vorliegend aber angesichts der Pflicht des Beklagten zur Mitwirkung an der Vertragsanpassung ausnahmsweise den objektiven Erklärungswert, er erkläre sich mit dem Vorschlag der Klägerin (Rückabwicklung) einverstanden. Damit haben beide Parteien zum Ausdruck gebracht, dass ihnen an der Aufrechterhaltung des Vertrages nicht mehr gelegen ist. Der Anspruch auf Rückübereignung der Klägerin gegen den Beklagten aus Vertrag besteht somit.

II. Anspruch auf Rückübereignung des Grundstückes aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB

Daneben³² kommt eine Anfechtung des Tauschvertrags durch die Klägerin gemäß § 119 Abs. 2 BGB (Irrtum über die Größe des Grundstückes als verkehrswesentliche, da wertbildende Eigenschaft) in Betracht. Das Rücktrittsverlangen lässt sich möglicherweise als Anfechtungserklärung auslegen

³² Instruktiv zum Verhältnis von Anfechtung gemäß § 119 Abs. 2 BGB einerseits und Störung der Geschäftsgrundlage andererseits die Darstellung bei *Kanzleiter*, Der beiderseitige Irrtum über die Größe der verkauften Grundstücksfläche als Beispiel eines beiderseitigen Eigenschaftsirrtums Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 30.1.2004, V ZR 92/03, MittBayNot 2004, 401.

(§§ 133, 157 BGB). Die Anfechtung müsste allerdings in der Frist des § 121 Abs. 1 S. 1 BGB erfolgen. Rechtsfolge ist zum einen Anspruch auf Rückübereignung des Grundstücks aus Leistungskondition, § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB, zum anderen aber auch die Schadensersatzpflicht gemäß § 122 Abs. 1 BGB.

IV. Anspruch auf Zahlung der vorgerichtlichen Anwaltskosten in Höhe von nach § 280 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 286 BGB

Die Klägerin könnte einen Anspruch auf Ersatz der vorgerichtlichen Anwaltskosten nach §§ 280 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 286 BGB haben.

1. Der Beklagte müsste hierzu mit einer vertraglichen Pflicht in Verzug geraten sein. „§ 313 Abs. 1 BGB verpflichtet die durch eine Störung der Geschäftsgrundlage begünstigte Vertragspartei, im Zusammenwirken mit der anderen Partei eine Anpassung des Vertrages herbeizuführen. Hierbei handelt es sich um eine vertragliche Mitwirkungspflicht, deren Verletzung Schadensersatzansprüche nach § 280 Abs. 1 BGB auslösen kann“ (Tz. 33).

„Der dagegen erhobene Einwand, eine Verhandlungspflicht könne nicht vollstreckt werden und sei daher abzulehnen ... überzeugt nicht. Mit dem Anspruch der Partei auf Vertragsanpassung korrespondiert die Verpflichtung der begünstigten Partei, an dieser Anpassung mitzuwirken. Anspruch und Verpflichtung sind zwei Seiten desselben Rechts. Durchgesetzt wird die Mitwirkungspflicht demgemäß durch die gerichtliche Geltendmachung des Anpassungsanspruchs.“³³(Tz. 34) Der Mitwirkungspflicht ist der Beklagte nicht nachgekommen. Er hat auf das Anpassungsverlangen der Klägerin nicht reagiert.

2. Die Anwaltskosten müssen auch durch den Verzug bedingt und erforderlich gewesen sein um die vertragliche Mitwirkungspflicht geltend zu machen. Die Klägerin verlangt für Anwaltskosten Ersatz, die dadurch entstanden sind, dass der Beklagte nicht an einer Anpassung des Vertrages mitgewirkt hat. Sie waren insofern auch erforderlich um die Mitwirkungspflicht des Beklagten aus § 313 BGB gerichtlich durchzusetzen. „Dass der Anwalt nach einer letztmaligen Aufforderung zur Mitwirkung bei der Vertragsanpassung den Rücktritt vom Vertrag erklärt und anschließend mit der Rückauflassung des Grundstücks eine andere Leistung als die angemahnte Leistung von dem Beklagten verlangt hat ändert nichts daran, dass seine Inanspruchnahme durch Verzug des Beklagten bedingt und zur Durchsetzung der Rechte der Klägerin erforderlich war.“ (Tz. 35)

3. Damit hat die Klägerin auch einen Anspruch auf Ersatz der vorgerichtlichen Anwaltskosten, nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB.

e. Merke

1. Zentral im Rahmen der Subsumtion unter § 313 BGB ist häufig die Voraussetzung der Unzumutbarkeit. Hier wird vor allem nach der Verteilung der Vertragsrisiken gefragt. Wer sie zu tragen hat, kann wegen ihrer Realisation keine Vertragsanpassung verlangen. Während derjenige, der die spätere Änderung der Verhältnisse (§ 313 Abs. 1 BGB) verschuldet hat, regelmäßig keine Vertragsanpassung verlangen kann, gilt im Fall des beiderseitigen Irrtums (§ 313 Abs. 2 BGB) etwas anderes: Der Umstand, dass eine Partei den beiderseitigen Irrtum verschuldet hat, hindert sie nicht daran, sich auf die Störung der Geschäftsgrundlage zu berufen.

2. Grundsätzlich ist der Rücktritt subsidiär zur Vertragsanpassung (§ 313 Abs. 3). Die Verweigerung der Mitwirkung an der Vertragsanpassung bzw. das Schweigen zu der Frage, in welcher Form sie

³³ Palandt/Grüneberg, 70. Aufl. 2011, § 313, Rn. 41.

stattfinden könnte, wenn ein entsprechendes Begehren der anderen Partei berechtigt wäre, deutet der BGH als Zustimmung zum Angebot der anderen Partei auf Vertragsauflösung.

3. Das Verhältnis zwischen der Irrtumsanfechtung und der Berufung auf § 313 Abs. 2 BGB ist umstritten (ausführliche Darstellung bei *Finkenauer*, in MünchKommBGB, 2012, § 313 Rn. 146ff.). Nach zutreffender Ansicht konkurrieren beide Regime miteinander. Möglich ist daher ein Anspruch sowohl aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 (nach Anfechtung) als auch aus § 313 Abs. 1 bzw. der Rücktritt gemäß Abs. 3 der Vorschrift BGB.

4. Die Vorschrift § 313 Abs. 1 BGB gewährt einen Anspruch auf Zustimmung zur Vertragsanpassung. Dieser Anspruch ist mit Leistungsklage zu verfolgen. Die Vollstreckung erfolgt gemäß § 894 ZPO (Fiktion der Abgabe der Willenserklärung). Prozessökonomischer und zulässig ist aber auch die sofortige Klage auf die angepasste Leistung. Zweckdienlich erscheint eine Stufenklage analog § 254 ZPO (Klage zunächst auf Anpassung, dann auf Leistung).

f. Literatur

Thole, Renaissance der Lehre von der Neuverhandlungspflicht bei § 313 BGB?

VI. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Drittschadensliquidation

17. Keine Schutzwirkung der Vertragsverhältnisse zwischen den Banken zugunsten des dritten Bankkunden, aber Drittschadensliquidation

BGH, Urt. v. 6.5.2008 - XI ZR 56/07, BGHZ 176, 281 = NJW 2008, 2245 – *Geldwäsche*

a. Leitsatz

„2. Im bargeldlosen Zahlungsverkehr entfalten die Vertragsverhältnisse zwischen den beteiligten Banken **keine Schutzwirkung zugunsten Dritter** (Aufgabe von BGH, 28. Februar 1977, II ZR 52/75, BGHZ 69, 82, 85 ff. [- Lastschrift; ...]).“

b. Tatbestand (vereinfacht)

Klägerin ist eine GbR, in der sich geschädigte Kapitalanleger zusammengeschlossen haben. Die GbR nimmt die Bekl., eine Bank, im Zusammenhang mit der Veruntreuung von Anlagegeldern auf Schadensersatz in Anspruch.

X hatte die V-GmbH gegründet und für sie bei einer Filiale der bekl. Bank ein Girokonto eröffnet, für dessen Betreuung die Angestellte A der bekl. Bank zuständig war. Die GmbH warb in der Folgezeit durch Telefonverkäufer mit attraktiven Renditeversprechen Anleger, Gelder für Börsengeschäfte auf ihrem Konto bereitzustellen. Die Anleger nahmen vom 19. 10. 2000 bis zum 19. 3. 2001 mittels Überweisung, teilweise von bei anderen Filialen der Bekl. geführten Konten, mittels Scheck und bar insgesamt 116 Einzahlungen in Höhe von insgesamt 995.633,31 Euro vor. X veruntreute diese Gelder. Er und von ihm beauftragte Personen hoben zwischen Oktober 2000 und Februar 2001 regelmäßig, teilweise bis zu fünfmal am Tag, vier- bis fünfstelligen Beträge in Höhe von insgesamt 687.268,32 Euro von dem Konto ab. Ende Februar und Anfang März 2001 überwies X einen Betrag von 317.000,97 Euro in mehreren Raten auf sein Konto bei einer Bank in der Türkei. Einem sich ihr aufdrängenden Verdacht der Veruntreuung ging A nur zögerlich nach. Auszahlungen aus dem Girokonto durch X ließ sie weiterhin zu, eine Warnung der einzahlenden Kunden unterblieb.

GbR (Kl'ın) der geschädigten Kapitalanleger – eig. Bank der Anleger – bekl. Bank – Angestellte A

c. Aus den Gründen

- Tz. 15 „Nach diesen Grundsätzen hat ein Kreditinstitut, das auf Grund massiver Anhaltspunkte den Verdacht hegt, dass ein Kunde bei der Teilnahme am bargeldlosen Zahlungsverkehr durch eine Straftat einen anderen schädigen will, diesem gegenüber eine **Warnpflicht**. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Täter in einer dem Missbrauch der Vertretungsmacht vergleichbaren Weise als mittelbarer Stellvertreter des zu warnenden Kunden handelt.“
- Tz. 18 Die bekl. Bank muss sich das Wissen der A gemäß § 166 I BGB zurechnen lassen.
- Tz. 20 „Die Pflicht, das Bankgeheimnis gegenüber der GmbH zu wahren, hinderte sie nicht, ihre Warnpflicht gegenüber den Einzahlern zu erfüllen. Die Kollision zwischen diesen Pflichten ist durch Interessenabwägung zu lösen [...]. Angesichts des massiven Verdachts von Straftaten zum Nachteil der Kapitalanleger überwog die Warnpflicht die Verschwiegenheitspflicht der Bekl.“

[Zum Fehlen der Voraussetzungen für die Annahme einer drittschützenden Wirkung des Vertrages zwischen den Banken:]

- Tz. 29 [Gläubignähe:]
„Schon die bestimmungsgemäße Leistungsberührung des Bankkunden fehlt [...]. Erforderlich ist eine gegenständliche oder zumindest unmittelbare Leistungsberührung [...]. Der Bankkunde kommt hingegen mit den wechselseitigen vertraglichen Leistungen der beteiligten Banken im bargeldlosen Zahlungsverkehr weder bestimmungsgemäß noch faktisch unmittelbar in Kontakt. Er hat angesichts der bestehenden Girovertragskette nur mit der von ihm beauftragten Bank zu tun.“
- Tz. 30 [Einbeziehungsinteresse:]
„Weiter fehlt es an einem erkennbaren berechtigten Interesse der Banken an einer Einbeziehung ihrer Kunden.“
- Tz. 31 „Ein **personenrechtlicher Einschlag**, der ein Einbeziehungsinteresse begründen kann [...] ist im bargeldlosen Zahlungsverkehr im Verhältnis zwischen der Bank und ihrem Kunden ersichtlich nicht gegeben. Im allgemeinen Überweisungs-, Scheck- oder Lastschriftverkehr werden Banken nur zur technisch einwandfreien, einfachen und schnellen Abwicklung des Zahlungsverkehrs tätig und müssen sich grundsätzlich nicht um die Interessen ihrer beteiligten Kunden kümmern [...].“
- Tz. 32 „Der Charakter des bargeldlosen Zahlungsverkehrs als einheitlich praktiziertes **Massengeschäft** ist entgegen der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht geeignet, den personenrechtlichen Einschlag als Abgrenzungskriterium zu ersetzen. Er spricht vielmehr dagegen, die Schutzpflichten der beteiligten Kreditinstitute über ihre unmittelbaren Kundenbeziehungen hinaus zu erweitern.“
- Tz. 33 „Ein Einbeziehungsinteresse ergibt sich auch nicht etwa aus einer **ergänzenden Vertragsauslegung** [...]. Einer entsprechenden Auslegung der Giroverträge zwischen den Kreditinstituten stehen die Rahmenabkommen der Banken über die Abwicklung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs entgegen. Diese bestimmen ausdrücklich, dass die Abkommen Rechte und Pflichten nur zwischen den beteiligten Kreditinstituten begründen (Nr. 6 des Überweisungsabkommens; [...]).“
- Tz. 34 [Schutzbedürftigkeit]

„Schließlich fehlt es auch noch an der **Schutzbedürftigkeit** des Bankkunden. Er wird auch ohne Einbeziehung in die Schutzwirkung des Girovertrages der Banken durch andere Ersatzansprüche ausreichend geschützt. Diese können sich nicht nur aus dem Zahlungsvorgang zu Grunde liegenden Valutaverhältnis und aus dem Giroverhältnis zu seiner Bank, sondern gegenüber den ihm vertraglich nicht verbundenen Banken auch aus § 826 BGB ergeben.“

- Tz. 35 „Darüber hinaus hat der Bankkunde die Möglichkeit, bei Sorgfalts- oder Warnpflichtverletzungen durch vertraglich mit ihm nicht verbundene Banken Schadensersatzansprüche aus abgetretenem Recht seiner Bank nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation geltend zu machen.“

[Ansprüche des Kunden gegen seine Bank auf Abtretung von Ansprüchen der Bank aus DSL]

- Tz. 36 „Da der Bankkunde einen **vertraglichen Anspruch gegen seine Bank auf Abtretung ihres Schadensersatzanspruchs** gegen die von ihr beauftragte Bank hat, wird er durch die Grundsätze der Drittschadensliquidation nicht wesentlich anders gestellt als bei der Annahme einer Drittschutzwirkung. Bei dieser bestimmt sich der Inhalt der haftungsbegründenden Schutzpflichten der Bank **ebenfalls nach dem Vertrag zwischen den Banken; insbesondere muss sich der Bankkunde im Interbankenverhältnis geltende Haftungsausschlüsse oder -begrenzungen entgegenhalten lassen [...]**. Der Einwand, bei der Annahme von Drittschutz werde der Schadensersatzanspruch nicht durch das Vermögen der Bank geleitet und damit nicht deren Verrechnungs-, Zurückbehaltungs- und Pfandrechten ausgesetzt (Staub/Canaris, HGB 4. Aufl. Bankvertragsrecht Rdn. 26, 395), übersieht, dass der Bankkunde damit besser gestellt würde als bei einer Haus- oder Filialüberweisung, bei der er diesen Einwendungen ebenfalls ausgesetzt ist.“

Beachte: Richtig ist, dass zwischen einem vertraglichen Direktanspruch der Dritten (hier: Klägerin, GbR) gegen die Schuldnerin (hier: bekl. Bank) auf der Grundlage des VmSchzD und eines Vorgehens des Dritten gegen die Schuldnerin aus dem abgetretenen Anspruch der Gläubigerin (hier: zwischengeschaltete Hausbank) auf Ersatz des der Dritten entstandenen Schadens (Drittschadensliquidation) keine Unterschiede bestehen im Hinblick auf die Berücksichtigung von vertraglichen Modifikationen des Haftungsmaßstabs zwischen der Gläubigerin und der Schuldnerin. Diese Modifikationen schlagen vielmehr gleichermaßen durch auf das Verhältnis der Dritten gegen die Schuldnerin. Im Fall des VmSchzD zieht die h. M. den Rechtsgedanken des § 334 BGB heran.

Unterschiede mögen aber im Hinblick auf die Frage bestehen, ob Modifikationen des Haftungsmaßstabs zwischen der Dritten (hier: Bankkunde) und der Gläubigerin (hier: Hausbank) die Rechtsposition des Dritten im Verhältnis zur Schuldnerin (bekl. Bank) tangieren. Beim VmSchzD ist das weniger evident als im Fall der Konstruktion mittels DSL. Der Abtretungsanspruch der Dritten gegen die Gläubigerin unterliegt möglicherweise besonderen Beschränkungen, die aus der vertraglichen Vereinbarung im Verhältnis der Dritten (Bankkunde, hier: Kl. GbR) zur Gläubigerin (Eigene Bank) herrühren. Das gilt insbesondere für die vom BGH angesprochenen etwaigen Zurückbehaltungsrechte der Gläubigerin oder den Fall ihrer Insolvenz. Versucht man hingegen, die Pflichtverletzung des beklagten Bank (Schuldnerin) mittels der Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zu bewältigen, gelingt eine anspruchsmindernde bzw. -ausschließende Berücksichtigung von Haftungsbeschränkungen im Verhältnis der Dritten gegenüber der Gläubigerin (z. B. Verzicht auf Haftung) nur, indem man die Schutzbedürftigkeit der Dritten verneint.³⁴

³⁴ Bsp.: OLG Hamm, Urt. v. 10.3.1986 – 17 U 78/84 – *Wassereinbruch*, NJW-RR 1987, 725 (Kette: Mieter [Kl.] - H-GmbH und Co. KG [Vermieterin] - W-GmbH [Baubetreuer] - Ingenieur [Bekl. 1]/ Elektriker [Bekl. 2]).

Für Spezialisten: In der Literatur findet sich die Ansicht, d. Dritte (GbR) könne in Fällen wie dem vorliegenden seinen gegen den Gläubiger gerichteten Anspruch auf Abtretung (häufig: § 285 BGB analog oder ergänzende Vertragsauslegung) des Anspruchs des Gläubigers gegen den Schuldner auf Drittschadensliquidation im Fall der Insolvenz des Gläubigers (hier: eigene Bank) aussondern (§ 47 InsO) und Drittwiderspruchsklage erheben (§ 771 ZPO). Als Vorbild dient den Literaturvertretern die Regelung in § 392 Abs. 2 HGB: Im Fall der Insolvenz des Kommissionärs („Gläubiger“) genießt der Kommittent („Dritter“) Schutz, die Forderung des Kommissionärs („Gläubiger“) gilt im Verhältnis zum Schuldner als Forderung des Kommittenten („Dritter“).

18. Schutzbedürftigkeit des Dritten trotz anderweitigen Anspruchs (Bautenstandsbericht)

BGH, Urt. v. 25.9.2008 - VII ZR 35/07, NJW 2009, 217

Siehe auch das beinahe gleichlautende Urt. v. 25.9.2008 – VII ZR 37/07, BeckRS 2008, 22768

a. Leitsatz

Verpflichtet sich der vom Veräußerer einer noch zu errichtenden Eigentumswohnung mit der Bauleitung beauftragte Architekt diesem gegenüber zur Erstellung von Bautenstandsberichten, die Grundlage für die von den Erwerbern bei der finanzierenden Bank zu beantragende ratenweise Auszahlung des Erwerbspreises sein sollen, kommt dem Vertrag drittschützende Wirkung zu Gunsten der Erwerber zu.

b. Tatbestand (vereinfacht)

Der Bekl. zu 1 war Eigentümer eines eingeschossigen Einfamilienhauses. Er erwirkte auf der Grundlage der von dem Bekl. zu 2, einem Architekten, gefertigten Pläne eine Baugenehmigung für den Ausbau des Dachgeschosses mit Wohnraum. Unter Bezugnahme auf die Baugenehmigung begründete der Bekl. zu 1 (Veräußerer) Wohnungseigentum mit mehreren Miteigentumsanteilen. Eine der im Dachgeschoss geplanten Wohnungen verkaufte der Bekl. zu 1 an die Kläger (Erwerber). Der Erwerbspreis war in acht Raten nach einem Zahlungsplan zu entrichten. Die für die Raten erforderlichen Bautenstandsberichte waren im Auftrag des Bekl. zu 1 (Veräußerer) von dem mit der Bauleitung beauftragten Bekl. zu 2 (Architekt) zu erstellen. Mit einem zur Vorlage bei der den Erwerbspreis finanzierenden Bank bestimmten Schreiben erklärte der Bekl. zu 2 verbindlich, der verantwortliche Bauleiter des Bauvorhabens zu sein und die von der Bank genehmigten und mit Prüfvermerk versehenen Baupläne einschließlich der dazu gehörigen Baubeschreibung zu kennen. Er bestätigte, dass das Bauvorhaben nach diesen Plänen errichtet werden solle. Außerdem gab er an, nach Baubeginn, Rohbaufertigstellung und Bezug/Fertigstellung unter Beachtung der ihm überlassenen Unterlagen eine dem jeweiligen Bautenstand entsprechende Bestätigung abzugeben. Der Bekl. zu 2 fertigte sieben Bautenstandsberichte an. Die Kläger bezahlten die vereinbarten Raten. Die tatsächliche Bauausführung entsprach nicht der im Erwerbsvertrag in Bezug genommenen Baugenehmigung. Außerdem wiesen sowohl das Sondereigentum als auch das Gemeinschaftseigentum erhebliche Mängel auf. Die Kläger (Erwerber) verlangen vom Bekl. zu 2 (Architekt) Schadensersatz, weil er weder in den Bauten-

2)/Installateur [Bekl. 3]): „Es besteht kein Interesse daran, einer Person [Dritte], die ihrem eigenen Vertragspartner [Gläubiger] gegenüber auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen verzichtet, über den Umweg des Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter zu einem Anspruch [gegen den Schuldner] zu verhelfen.“

standsberichten auf die Mängel des Baus noch auf die Abweichung von dem ursprünglich genehmigten Bauvorhaben hingewiesen habe.

Bank – Erwerber (Kl.) – Veräußerer/Bauherr (Bekl. 1) – Architekt (Bekl. 2)

c. Aus den Gründen

Tz. 18: „Ein Schadensersatzanspruch der Kl. scheitert auch nicht daran, dass ihnen [...] ein **gleichgerichteter Schadensersatzanspruch** gegen den Bekl. zu 1 zusteht. [...] Die Bautenstandsberichte [...] zwei bis acht dienten dem Zweck, dem Bekl. zu 1 nur Zahlungen zukommen zu lassen, die dem Wert des vertragsgemäß zu erstellenden Bauvorhabens entsprachen und damit der Absicherung der Kl. im Hinblick auf eine eventuell unzureichende Leistungserbringung durch den Bekl. zu 1. In einem solchen Fall, in dem die Tätigkeit des Architekten **gerade dazu dient, die Kl. vor Überzahlung und damit letzten Endes vor einem Verlust dieser Zahlung bei Zahlungsunfähigkeit ihres Vertragspartners zu schützen, entfällt ihre Schutzwürdigkeit nicht deshalb, weil sie Schadensersatzansprüche gegen den Bekl. zu 1 besitzen.**“

d. Gutachten

Anspruch der Kläger gegen den beklagten Architekten auf Schadensersatz aus § 280 I BGB i.V.m. Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (VmSchzD)?

Erwerber („Dritte“) – Veräußerer („Gläubiger“) – Architekt („Schuldner“)

- Vertrag zwischen bekl. Architekten [Schuldner] und Veräußerer (Bekl. 1) [Gläubiger]

- drittschützende Wirkung des Vertrages zugunsten der Kläger [Dritter]?

- Leistungsnähe (+),

Bautenstandsberichte waren für die Auszahlungsaufträge der Kläger als Darlehensnehmer unmittelbar bedeutsam.

- Erkennbarkeit (+),

Architekt bescheinigte seine Bautenstandsberichte auch auf einem von ihm und den Klägern zu unterzeichnenden Auszahlungsauftrag für ein Grundschulddarlehen.

- Einbeziehungsinteresse?

Problem hier: vermutete Gegenläufigkeit zwischen den Interessen des Veräußerers auf der einen und des Erwerbers auf der anderen Seite.

Aber: Einbeziehungsinteresse ist nicht erforderlich, wenn Fallgruppe der sog. Expertenhaftung vorliegt:

- eine Person, die über besondere, vom Staat anerkannte Sachkunde verfügt (+),

Bekl. zu 2 ist Architekt,

- auftragsgemäß (+),

im Auftrag des Bekl. zu 1,

- ein Gutachten oder Testat abgibt (+),

Bautenstandsberichte

- das erkennbar zum Gebrauch gegenüber Dritten bestimmt ist (+),

s. o. Erkennbarkeit

- und deshalb in der Regel nach dem Willen des Bestellers mit einer entsprechenden Beweiskraft ausgestattet sein soll (+),

bekl. Architekt hat sich als solcher gegenüber der finanzierenden Bank ausgewiesen und zugesagt, dass er in seiner Funktion als Bauleiter eine entsprechende Bestätigung über den Baufortschritt abgeben werde.

- Schutzbedürftigkeit des Klägers?

Grundsätzlich nein, wenn ein gleichwertiger Anspruch gegen einen Dritten (hier: Bekl. 1, Erwerber) besteht. Hier: Vertragliche Schadensersatzansprüche der Kläger (Erwerber aus §§ 433, 434, 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 1. Alt. BGB gegen den Bekl. zu 1 (Veräußerer) wegen der Baumängel und der Abweichungen von den genehmigten und im Kaufvertrag in Bezug genommenen Plänen.

Aber hier: Zweck der Bautenstandsberichte war es, die rechtliche Position gegenüber dem Bekl. zu 1 gerade für den Fall von dessen Zahlungsunfähigkeit abzusichern.

- Pflichtverletzung (+),

fehlerhafter Bautenstandsbericht: weder waren die Mängel noch waren die Abweichungen von der Baugenehmigung vermerkt.

- Schaden (+),

Kläger haben Zahlungen veranlasst und müssen aufgrund des Darlehensvertrags die Kreditraten zurückzahlen.

- Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden (+),

Kläger hätten Zahlungen nicht veranlasst, Bank hätte Zahlungsaufträge nicht ausgeführt, wenn Bautenstandsberichte den tatsächlichen Stand widerspiegelt hätten.

- Erg.: Anspruch der Kläger gegen den beklagten Architekten auf Schadensersatz aus § 280 I BGB i.V.m. Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (+).

Gesamtschuldnerische Haftung der Bekl. zu 1 und zu 2.

e. Merke

Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter:

1. Das Interesse des Gläubigers (hier: Veräußerer) an der Einbeziehung des Dritten (hier: Erwerber) ist in den Fällen der Expertenhaftung (häufig ist die Interessenlage gegenläufig!) nicht erforderlich.

2. Die Schutzbedürftigkeit des Dritten ist trotz eines grundsätzlich bestehenden gleichwertigen Anspruchs gegen den Gläubiger (unmittelbarer Vertragspartner des Dritten) zu bejahen, wenn das Tätigwerden des Schuldners gerade dem Zweck diene, den Dritten gegenüber der Insolvenz des Gläubigers zu bewahren.

f. Literatur

Hein Kötz, Vertragsrecht, Tübingen: Mohr Siebeck 2009, Rz. 516.

VII. Gesamtschuldnerausgleich

19. Auswirkung der Verjährung des Gläubigeranspruchs gegen den anderen Gesamtschuldner auf den Ausgleichsanspruch

BGH, Urt. v. 18.6.2009 - VII ZR 167/08, BGHZ 181, 310 = NJW 2010, 60

Siehe auch Urt. v. 9.7.2009 - VII ZR 109/08, NJW 2010, 62

a. Leitsätze

1. Der Ausgleichsanspruch unter Gesamtschuldnern unterliegt unabhängig von seiner Ausprägung als Mitwirkungs-, Befreiungs- oder Zahlungsanspruch einer einheitlichen Verjährung. Auch soweit er auf Zahlung gerichtet ist, ist er mit der Begründung der Gesamtschuld i. S. des § 199 BGB entstanden.
2. Für eine Kenntnis aller Umstände, die einen Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB begründen, ist es erforderlich, dass der Ausgleichsberechtigte Kenntnisse von den Umständen hat, die einen Anspruch des Gläubigers gegen den Ausgleichsverpflichteten begründen, von denjenigen, die einen Anspruch des Gläubigers gegen ihn selbst begründen, sowie von denjenigen, die das Gesamtschuldverhältnis begründen, und schließlich von den Umständen, die im Innenverhältnis eine Ausgleichspflicht begründen.

b. Tatbestand (geringfügig vereinfacht)

Der Architekt *G* macht gegen die Bekl. einen Ausgleichsanspruch gem. § 426 Abs. 1 BGB geltend, nachdem *G* wegen Baumängeln in Anspruch genommen worden war. Die Bekl. hat die Einrede der Verjährung erhoben. *G* schloss im Jahr 1993 mit der katholischen Kirchengemeinde *M* einen Architektenvertrag über die Instandsetzung einer Friedhofsmauer. Die Bekl. wurde von *M* ebenfalls im Jahr 1993 mit der Durchführung der Verputzarbeiten beauftragt. Im Sommer 1996 traten Schäden am Putz auf, worauf noch im selben Jahr *G* mit der Bekl. Schriftverkehr über die Verantwortlichkeit für die aufgetretenen Schäden führte. Im April 2002 leitete *M* gegen *G* und die Bekl. ein selbstständiges Beweisverfahren zur Feststellung der Ursachen der Putzschäden und die Frage der Verantwortung hierfür ein. Der dort beauftragte Sachverständige kam in seinem Gutachten vom 11.4.2003 zu dem Ergebnis, dass sowohl *G* als auch die Bekl. verantwortlich seien. Auf Aufforderung der *M* vom 30. 8. 2004 zahlte die Kl. [Versicherung des *G*, FB] für *G* an *M* unter anderem 8.642 Euro für Mängelbeseitigungskosten. Hiervon begehrt sie die Erstattung von 70% von der Bekl. im Wege des Gesamtschuldnerausgleichs. *G* hat am 31.12.2004 den Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids eingereicht. Den vom Mahngericht am 26.1.2005 nach Widerspruch der Bekl. angeforderten Vorschuss für die Durchführung des streitigen Verfahrens hat er im Januar 2007 eingezahlt. Im Frühjahr 2005 fand ein Schriftwechsel zwischen den Parteien [*G* und Bekl., FB] über den geltend gemachten Anspruch statt. Das letzte Schreiben datiert vom 13. 5. 2005. In diesem unterbreitete ein Vertreter der Bekl. dem *G* einen Vorschlag zur vergleichweisen Erledigung. Eine Reaktion hierauf durch *G* erfolgte nicht mehr.

1993	Vertragsschluss <i>M</i> – <i>G</i> und <i>M</i> – Bekl.
1996	Auftreten von Schäden
2002	Selbstständiges Beweisverfahren
2003	Gutachten des gerichtlich bestellten SV: <i>G</i> und Bekl. sind verantwortlich
30.8.2004	Kl. Versicherung des <i>G</i> zahlt an <i>M</i> 8.624 EUR Mängelbeseitigungskosten
31.12.2004	<i>G</i> beantragt Mahnbescheid gegen Bekl.

26.1.2005	Nach Widerspruch der Bekl. fordert Amtsgericht G zunächst vergeblich zur Zahlung des Gerichtskostenvorschusses auf.
Frühjahr 2005	Schriftwechsel G und Bekl. betreffend geltend gemachten Anspruch
13.5.2005	Vergleichsvorschlag durch Vertreter der Bekl.; bleibt unbeantwortet von G
Januar 2007	G bezahlt Gerichtskostenvorschuss.

c. Aus den Gründen

Tz. 12 „Es entspricht gefestigter Rechtsprechung, dass der Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB bereits in dem Augenblick entsteht, in dem die mehreren Ersatzpflichtigen dem Geschädigten ersatzpflichtig werden, also mit der Begründung der Gesamtschuld [...]. Er besteht zunächst als Mitwirkungs- und Befreiungsanspruch und wandelt sich nach Befriedigung des Gläubigers in einen Zahlungsanspruch um.“

Tz. 13 „Hieraus folgt, dass der Ausgleichsanspruch unabhängig von seiner Ausprägung als Mitwirkungs-, Befreiungs- oder Zahlungsanspruch einer einheitlichen Verjährung unterliegt. Auch soweit er auf Zahlung gerichtet ist, ist er mit der Begründung der Gesamtschuld i.S. des § 199 BGB entstanden.“

Tz. 15 „Die Anknüpfung der Verjährung an die Zahlung [so die Vertreter der Gegenansicht, FB] würde dazu führen, dass der Eintritt der Verjährung von dem Verhalten des Ausgleichsberechtigten abhinge und dieser es somit in der Hand hätte, den Verjährungsbeginn und die Notwendigkeit verjährungshemmender Maßnahmen beliebig hinauszuzögern [...] Das ist mit den wesentlichen Zwecken des Rechtsinstituts der Verjährung – dem Schuldnerschutz und dem Rechtsfrieden – nicht zu vereinbaren.“

Siehe auch die weiteren Argumente des erstinstanzlich zuständigen LG Ulm, Urt. v. 21.2.2008 - 6 O 48/07, BeckRS 2009, 21944: „Da der Anspruch schon mit Ausführung der mangelhaften Bauweise entsteht, kann der Architekt nicht darauf vertrauen, die 3-Jahresfrist beginne erst ab dem Zeitpunkt, in dem er selbst den Schaden ersetzt. Andernfalls könnte ein durch den Eintritt der Verjährung des Gewährleistungsanspruchs des Gläubigers haftungsbegünstigter Unternehmer bei einer Inanspruchnahme als Gesamtschuldner durch den Architekten schlechter stehen und sich nicht auf den Eintritt der Verjährung berufen, nur weil das Bauvorhaben zusätzlich noch durch einen Architekten betreut wurde. Außerdem hätte es der Gesamtschuldner auf der Grundlage der klägerischen Auffassung in der Hand, die Regelverjährung und die Höchstfrist des § 199 Abs. 4 BGB von 10 Jahren für den Ausgleichsanspruch durch Umwandlung des Mitwirkungsanspruchs in einen Zahlungsanspruch mittels Zahlung an den Gläubiger zu verlängern. Die Regelung des § 199 Abs. 4 BGB liefe teilweise ins Leere.“

Tz. 21 „Für [die nach § 199 I Nr. 2 BGB erforderliche] **Kenntnis aller Umstände, die einen Ausgleichsanspruch nach § 426 I BGB begründen**, ist es erforderlich, dass der Ausgleichsberechtigte [hier: G] Kenntnisse von den Umständen hat, die einen Anspruch des Gläubigers [hier: M] gegen den Ausgleichsverpflichteten [hier: Bekl.] begründen, von denjenigen, die einen Anspruch des Gläubigers gegen ihn selbst begründen, sowie von denjenigen, die das Gesamtschuldverhältnis begründen, und schließlich von den Umständen, die im Innenverhältnis eine Ausgleichspflicht begründen. Ob und inwieweit das BerGer. dies annehmen will, hat es nicht ausgeführt oder begründet. Insbesondere reicht es hierfür nicht aus, den im Bauwerk zu Tage getretenen Mangel zu kennen, weil daraus nicht ohne Weiteres die Kenntnis der für einen Anspruch des Bestellers gegen die Baubeteiligten notwendigen weiteren Voraussetzungen abzuleiten sein muss.“

d. Gutachten

Möglicherweise hat die kl. Versicherung des G gegen die Bekl. einen Anspruch aus § 86 Abs. 1 VVG

Die kl. Versicherung hat der M den an der Mauer eingetretenen Schaden ersetzt.

Fraglich ist weiterhin, ob der Versicherungsnehmer G gegen die Bekl. einen durchsetzbaren Anspruch aus § 426 Abs. 1 BGB hat.

- Sind G und die Bekl. Gesamtschuldner i. S. d. § 421 BGB?

- Verpflichtung von G und der Bekl. ist auf dasselbe Leistungsinteresse gerichtet (+), Näheverhältnis besteht zwischen Mängelhaftung des Architekten und des Bauunternehmers wegen des gemeinsam zu verantwortenden Baumangels.

- Zwischenergebnis: Es besteht der Anspruch des G gegen die Bekl. aus § 426 I BGB.

- Inhalt des Anspruchs aus § 426 I BGB: Nach Zahlung durch den einen Gesamtschuldner (hier: G) besteht Zahlungsanspruch gegen den anderen Gesamtschuldner (hier: Bekl.)

- Durchsetzbarkeit des Anspruchs? Verjährung?

- Hier: dreijährige Regelverjährung gemäß § 195 BGB

- Beginn der Regelverjährung gemäß § 199 BGB

- Problem: Entstehung des Anspruchs, § 199 I Nr. 1 BGB

- e. A.: Entstehung des Zahlungsanspruchs erst in dem Augenblick, in dem ausgleichsberechtigter Gesamtschuldner (hier: G) an den Gläubiger (hier: M) zahlt.

- h. L./BGH: Entstehung des einheitlichen Mitwirkungs-, Befreiungs- oder Zahlungsanspruchs in dem Augenblick, in dem die mehreren Ersatzpflichtigen dem Geschädigten ersatzpflichtig werden.

Arg.: - dogmatisch: es handelt sich bei § 426 I BGB um einen einheitlichen Anspruch, der zunächst als Mitwirkungs- und Befreiungsanspruch entsteht und sich erst im Zeitpunkt der Befriedigung des Gläubigers in einen Zahlungsanspruch umwandelt.

- sachlich: Schuldnerschutz und Rechtsfrieden: andernfalls hätte es der Ausgleichsberechtigte in der Hand, durch sein Verhalten (späte Zahlung) den Verjährungsbeginn beliebig hinauszuzögern.

- Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis des Gläubigers (hier: G) von den Anspruch begründenden Tatsachen, § 199 I Nr. 2 BGB. Im Einzelnen bedarf Ausgleichsberechtigter der Kenntnis folgender Umstände:

- Umstände, die einen Anspruch des Gläubigers gegen den Ausgleichsverpflichteten begründen,

- Umstände, die einen Anspruch des Gläubigers gegen ihn selbst begründen,

- Umstände, die das Gesamtschuldverhältnis begründen,

- Umstände, die im Innenverhältnis eine Ausgleichspflicht begründen.

Das ist Tatfrage, die bloße Kenntnis von der Mangelhaftigkeit des Werks genügt nicht.

Unterstellt, die subjektiven Voraussetzungen des § 199 I Nr. 2 BGB waren spätestens am 31.12.2001 erfüllt:

- Beginn der (dreijährigen) Verjährung am 1.1.2002, Art. 229 § 6 IV EGBGB (nach § 195 BGB a. F. lief eine 30jährige Frist).

- Hemmung I

- Beginn: ab 31.12.2004 durch Eingang des Mahnbescheids bei Gericht (§ 204 I Nr. 3 BGB iVm § 167 ZPO³⁵).

- Ende: sechs Monate nach dem Einschlafenlassen des Verfahrens, § 204 Abs. 2 S. 2 BGB. G hat den geforderten Gerichtskostenvorschuss nicht rechtzeitig bezahlt hat.

Hier: Ende der Hemmung frühestens im Juli 2005.

- Hemmung II

- Beginn: Frühjahr 2005 durch Verhandlungen, § 203 BGB.

- Ende der Hemmung: drei Monate nach dem „Einschlafen der Verhandlungen“, § 203 BGB. Einschlafen hier spätestens sechs Monate nach dem letzten Schreiben der Bekl. vom 13.5.2005 (spätestens zu diesem Zeitpunkt wäre Antwort zu erwarten gewesen, so das BerG)

Hier: Ende der Hemmung also spätestens Mitte Februar 2006.

- Verjährungsfrist für Anspruch des G gegen Bekl. im Jahr 2006 abgelaufen. Der Anspruch des G gegen Bekl. ist nach Erhebung der entsprechenden Einrede durch Bekl. nicht mehr durchsetzbar.

Ergebnis: Auch die kl. Versicherung kann den gemäß § 86 Abs. 1 VVG auf sie übergegangenen Anspruch des G gegen Bekl. aus § 426 I BGB nicht mehr durchsetzen.

e. Merke

1. Unterschiede zwischen dem **Anspruch auf Innenausgleich gemäß § 426 I** einerseits und den **Übergang der Gläubigerforderung auf den leistenden Gesamtschuldners gemäß § 426 II BGB** andererseits. Jener wandelt sich von einem Mitwirkungs- und Befreiungsanspruch in einen Zahlungsanspruch im Augenblick der Befriedigung des Gläubigers durch einen Gesamtschuldner.

2. Unterschiede bestehen bei der Dauer der Verjährung: Der Ausgleichsanspruch gemäß § 426 I BGB unterliegt der dreijährigen Regelverjährung gemäß § 195 BGB. Der Anspruch aus § 426 II BGB beruht auf Legalzession. Damit unterliegt er gemäß §§ 412, 404 BGB denselben Einreden einschließlich der Verjährung wie der ursprüngliche Anspruch des Gläubigers gegen den Gesamtschuldner.

3. Die Verjährung des (Zahlungs-)Anspruchs aus § 426 I BGB beginnt gemäß § 199 BGB I Nr. 1 und 2 BGB mit seiner **Entstehung** und ab **Kenntnis** bzw. grob fahrlässiger Unkenntnis der den Anspruch begründenden Umstände. Im Einzelnen:

³⁵ § 167 ZPO lautet: „Soll durch die Zustellung eine Frist gewahrt werden oder die Verjährung neu beginnen oder nach § 204 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gehemmt werden, tritt diese Wirkung bereits mit Eingang des Antrags oder der Erklärung ein, wenn die Zustellung demnächst erfolgt.“

a. Der Anspruch **entsteht** im Zeitpunkt der Begründung der Gesamtschuld, nicht erst mit der Zahlung durch den ausgleichsberechtigten Gesamtschuldner (str.), § 199 I Nr. 1 BGB.

b. Im Einzelfall kann es damit zu der Situation kommen, dass der Gesamtschuldner, um der Verjährung des Ausgleichsanspruchs zu entgehen, aus § 426 I BGB vorgehen muss, bevor er selbst vom Gläubiger in Anspruch genommen wurde. Das mag nicht sehr prozessökonomisch sein, wenn sich später herausstellt, dass der Gläubiger auf eine Inanspruchnahme der Gesamtschuldner verzichtet.

b. Die nach § 199 I Nr. 2 BGB für den Beginn der Regelverjährung erforderlichen **subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen** sind allerdings erst erfüllt, wenn der ausgleichsberechtigte Gesamtschuldner Kenntnis bzw. grob fahrlässige Kenntnis in vierfacher Hinsicht hatte:

- Umstände, die einen Anspruch des Gläubigers gegen den Ausgleichsverpflichteten begründen,
- Umstände, die einen Anspruch des Gläubigers gegen ihn selbst begründen,
- Umstände, die das Gesamtschuldverhältnis begründen und
- Umstände, die im Innenverhältnis eine Ausgleichspflicht begründen.

f. Entscheidungsbesprechung

Thomas Pfeiffer, NJW 2010, 23.

C. Besonderes Schuldrecht

I. Kaufrecht

20. Ersatz von Aus- und Einbaukosten: Umfang des verschuldensunabhängigen Nacherfüllungsanspruchs gegen den Verkäufer mangelhafter Ware

EuGH, Urte. v. 14.6.2011 – verb. Rs. C-65/09 und C-87/09, NJW 2011, 2269 – Weber und Putz

Siehe außerdem BGH, Urte. v. 15.7.2008 - VIII ZR 211/07, BGHZ 177, 224 = NJW 2008, 2837 – *Parkettstäbe* (Einbau mangelfreier Ware), Beschl. v. 14.1.2009 - VIII ZR 70/08, NJW 2009, 1660 – *Bodenfliesen* (Ausbau der mangelhaften Ware - Vorlagebeschluss); Urte. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, BGHZ 192, 148 = NJW 2012, 1073 (auch Ausbau und Abtransport der mangelhaften Kaufsache sind bei RiLi-konformer Auslegung von § 439 I Alt. 2 BGB erfasst); Urte. v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11, BGHZ 195, 135 = NJW 2013, 220 – *Granulat* (Keine Übertragbarkeit der RiLi-konformen Auslegung auf B2B-Verträge); Urte. v. 2.4.2014 - VIII ZR 46/13, BGHZ 200, 337 = NJW 2014, 2183 (kein Anspruch des Handwerkers gegen Baustoffhändler wegen gegenüber dem privaten Bauherrn geschuldetem Aus- und Einbau).

a. Leitsätze

1. 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 ist dahin auszulegen, dass, wenn der vertragsgemäße Zustand eines vertragswidrigen Verbrauchsguts, das vor Auftreten des Mangels vom Verbraucher gutgläubig gemäß seiner Art und seinem Verwendungszweck eingebaut wurde, durch Ersatzlieferung hergestellt wird, der Verkäufer verpflichtet ist, entweder selbst den Ausbau dieses Verbrauchsguts aus der Sache, in die es eingebaut wurde, vorzunehmen und das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut in diese Sache einzubauen, oder die

Kosten zu tragen, die für diesen Ausbau und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts notwendig sind. Diese Verpflichtung des Verkäufers besteht unabhängig davon, ob er sich im Kaufvertrag verpflichtet hatte, das ursprünglich gekaufte Verbrauchsgut einzubauen.

2. Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 1999/44 ist dahin auszulegen, dass er ausschließt, dass eine nationale gesetzliche Regelung dem Verkäufer das Recht gewährt, die Ersatzlieferung für ein vertragswidriges Verbrauchsgut als einzig mögliche Art der Abhilfe zu verweigern, weil sie ihm wegen der Verpflichtung, den Ausbau dieses Verbrauchsguts aus der Sache, in die es eingebaut wurde, und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts in diese Sache vorzunehmen, Kosten verursachen würde, die verglichen mit dem Wert, den das Verbrauchsgut hätte, wenn es vertragsgemäß wäre, und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit unverhältnismäßig wären. Art. 3 Abs. 3 schließt jedoch nicht aus, dass der Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der Kosten für den Ausbau des mangelhaften Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts in einem solchen Fall auf die Übernahme eines angemessenen Betrags durch den Verkäufer beschränkt wird.

b. Sachverhalt

Rechtssache C-87/09

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.

c. Gutachten

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

e. A.: Weder die Ausbau- noch die Einbaukosten sind zu ersetzen.

a. A.: Nur der Ausbau ist geschuldet.

a. A.: Der Anspruch auf Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 1 BGB erfasst sowohl den Ausbau 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 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 Ansicht 1 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 hinaus gehenden 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, 346ff. Spiegelbildlich zum Anspruch des Verkäufers auf Rückgabe der mangelhaften Sache könne der Käufer Rücknahme der Sache verlangen.

Da die Auslegung von § 439 Abs. 1 BGB kein eindeutiges Ergebnis zutage führt, ist höher-rangiges Unionsrecht als Interpretationshilfe heranzuziehen. Die nationale Vorschrift bedarf der Auslegung von § 439 Abs. 1 BGB im Lichte von Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 VerbrGüterKRL³⁶:

³⁶ 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.

(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,

- Wortlaut: Der in der Richtlinie verwendete Begriff „Ersatz“ 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.

- 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.

Beachte: Darüber hinaus (§ 325 BGB) kommt ein Anspruch auf Schadensersatz in Betracht:

- §§ 433, 434 I 2 Nr. 2, 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 Alt. 2 wg. der mangelhaften Lieferung (-), da Verschulden des Herstellers dem Verkäufer nach h. M. nicht über § 278 BGB zugerechnet wird.
- §§ 433, 434 I 2 Nr. 2, 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 Alt. 1 wegen unterlassener Nachlieferung (+). Umfang: Neue Spülmaschine und Ersatz der Ausbau- und Einbaukosten.

d. Entscheidungsbesprechungen

F. Faust, JuS 2011, 744.

J. Bauerschmidt/R. Harnos, JuS 2011, 810ff. (Fortgeschrittenenklausur).

F. Bien, ZEuP 2012, 644.

-
- 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.“

21. Anspruch auf Ersatz von Aus- und Einbaukosten im B2B-Bereich

Urt. v. 2.4.2014 - VIII ZR 46/13, BGHZ 200, 337 = NJW 2014, 2183 – Aluminium-Profileisten

a. Leitsatz

Beim Kaufvertrag ist der vom Verkäufer eingeschaltete Hersteller der Kaufsache nicht Erfüllungshilfe des Verkäufers; gleiches gilt gem. § 651 S. 1 BGB beim Werklieferungsvertrag, wenn der Lieferant einen Dritten mit der Bearbeitung der Sache betraut (Bestätigung von BGHZ 48, 121 = NJW 1967, 1903).

b. Tatbestand

Der Kl., ein Schreiner, hatte sich gegenüber einem privaten Bauherrn zum Einbau von insgesamt 19 Fenstern in einen Neubau verpflichtet. Zur Herstellung dieser Fenster bestellte er bei der Bekl., einer Baustoffhändlerin, aluminiumbeschichtete Profileisten. Diese wiederum ließ die Beschichtung der selbst gestellten Profileisten bei der Nebenintervenientin, die ein Pulverbeschichtungswerk betreibt, vornehmen. Nachdem der Kl. die fertiggestellten Fenster eingebaut hatte, erwies sich die von dem Dritten erstellte Profilbeschichtung als mangelhaft. Der Kl. verlangt nunmehr vom Bekl. u.a. den Ersatz der Kosten (rund 43.000 EUR), die ihm gegenüber dem Bauherrn durch den Austausch der bereits eingebauten Außenprofile der Fenster einschließlich erforderlicher Verputzarbeiten etc. entstehen.

Bauherr – Kl. (Schreiner) – Bekl. (Baustoffhändlerin) – Nebenintervenientin (Pulverbeschichtungswerk)

c. Gutachten

I. Anspruch des Kl. gegen Bekl. aus § 478 II (-), da Vertrag zwischen Bauherrn und Kl. kein Kauf- oder Werklieferungsvertrag mit Montageverpflichtung, sondern ein Werkvertrag.

II. Anspruch des Kl. gegen Bekl. aus § 439 I (-), da sich die RiLi-konforme Auslegung des Anspruchs auf den B2C-Bereich beschränkt.

II. Anspruch des Kl. gegen Bekl. aus §§ 433, 434 I 2 Nr. 2, 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 Alt. 2 (-), da Bekl. weder eigenes Verschulden trifft noch sie sich das Verschulden der Nebenintervenientin (Pulverbeschichterin) gemäß § 278 BGB zurechnen lassen muss. Das gilt unabhängig davon, ob es sich beim Vertrag zwischen den Parteien um einen Kauf- oder um einen Werklieferungsvertrag handelt.

22. Nutzungsersatz nach Rücktritt vom Kaufvertrag

BGH, Urt. v. 16.9.2009 – VIII ZR 243/08, BGHZ 182, 241 = NJW 2010, 148

a. Leitsatz

Bei Rückabwicklung eines Verbrauchsgüterkaufs steht einem Anspruch des Verkäufers auf Nutzungswertersatz gem. § 346 Abs. 1 BGB europäisches Recht (hier: Verbrauchsgüterkaufrichtlinie) nicht entgegen.

b. Tatbestand (vereinfacht)

Die Kl. kaufte vom Bekl., einem Kraftfahrzeughändler, mit Vertrag vom 9.5.2005 einen gebrauchten Pkw BMW 316 i mit einer Laufleistung von 174 500 km für 4.100 Euro. [...] Das Fahrzeug hatte einen Unfallschaden (Rahmenschaden) erlitten und war mit nicht zugelassenen Teilen (Reifen, Felgen und Auspuff) versehen. Nachdem die Kl. dem Bekl. vergeblich eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hatte,

erklärte sie den Rücktritt vom Kaufvertrag. Sie ist mit dem Fahrzeug 36.000 km gefahren. Die Parteien streiten um die Frage, ob der Bekl. mit einem Anspruch auf Nutzungsersatz aufrechnen kann.

c. Aus den Gründen

Tz. 15 „Entgegen der Auffassung der Revision steht europäisches Recht einem Anspruch auf Nutzungswertersatz im Falle der Rückabwicklung eines Verbrauchsgüterkaufs nicht entgegen. Die Entscheidung des *EuGH* vom 17. 4. 2008 (NJW 2008, 1433 = EuZW 2008, 310 – Quelle-AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände) bezieht sich auf das **Recht des Verbrauchers auf Ersatzlieferung**, an dessen Geltendmachung dieser nicht durch eine Verpflichtung zu Nutzungswertersatz gehindert werden soll, nicht aber auf eine **Rückabwicklung des Vertrags, bei der der Käufer – anders als bei der Nacherfüllung – seinerseits den gezahlten Kaufpreis nebst Zinsen zurückerhält.**“

Der Hinweis des BGH auf die Pflicht zur Zinsherausgabe erscheint einigermaßen theoretisch. Die Pflicht zur Herausgabe von Zinserträgen besteht nur, soweit sie tatsächlich erzielt wurden. Anders als nach früherem Recht (§ 347 S. 3 BGB a. F.) sieht der neu gefasste § 347 Abs. 1 BGB keine Verzinsungspflicht des Rückgewährschuldners mehr vor. In Betracht kommt danach nur noch ein Verstoß gegen die Grundsätze einer „ordnungsgemäßen Wirtschaft“. Eine Anlagepflicht wird man aber insbesondere bei kleineren oder nur für kurze Zeit zur Verfügung stehenden Beträgen nicht annehmen können (so auch die Begr. RegE, BR-Drucks. 338/01, S. 458). Hat der Verkäufer den erhalten Kaufpreis verwandt, um eine Geldschuld zu tilgen, hat er die auf diese Weise ersparten Zinszahlungen allerdings als Vorteile aus dem Gebrauch des Geldes zu erstatten (siehe noch unten).

„Zu Recht verweist die Revisionserwiderung auf den 15. Erwägungsgrund der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABIEG Nr. L 171, S. 12; im Folgenden: Verbrauchsgüterkaufrichtlinie), der es ausdrücklich gestattet, die Benutzung der vertragswidrigen Ware im Falle der Vertragsauflösung zu berücksichtigen; [...]. Auch in der Literatur wird – soweit ersichtlich – nicht vertreten, dass die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie entgegen ihrem eindeutigen 15. Erwägungsgrund einer Regelung des nationalen Rechts entgegensteht, die – wie § 346 I BGB – den Käufer im Fall des Rücktritts verpflichtet, gezogene Nutzungen herauszugeben oder hierfür Wertersatz gem. § 346 II BGB zu leisten.“

Die einschlägigen Passagen in der Richtlinie über bestimmte Aspekte des Verbrauchsgüterkaufs ... (Abl. L 171/12 v. 7.7.1999) lauten:

Erwägungsgrund 15:

„Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass eine dem Verbraucher zu leistende Erstattung gemindert werden kann, um der **Benutzung der Ware** Rechnung zu tragen, die durch den Verbraucher seit ihrer Lieferung erfolgt ist. Die Regelungen über die Modalitäten der Durchführung der **Vertragsauflösung** können im innerstaatlichen Recht festgelegt werden.“

Art. 3 II RiLi:

„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.“

Art. 3 IV 3 RiLi:

„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.“

Der EuGH hat im erwähnten *Quelle*-Urteil (a.a.O.) ausgeführt:

Tz. 38:

„Was zum einen die Bedeutung angeht, die dem 15. Erwägungsgrund der Richtlinie beizumessen ist, der gestattet, die Benutzung der vertragswidrigen Ware durch den Verbraucher zu berücksichtigen, ist darauf hinzuweisen, dass sich der erste Teil dieses Erwägungsgrundes auf eine dem Verbraucher zu leistende „Erstattung“ bezieht, während der zweite Teil die „Modalitäten der Durchführung der Vertragsauflösung“ betrifft. Diese Worte stimmen mit denen überein, die im Gemeinsamen Standpunkt des Rates verwendet werden, auf den sich auch die deutsche Regierung bezogen hat.“

Tz. 39 „Diese Terminologie lässt klar erkennen, dass der 15. Erwägungsgrund nur den in Art. 3 V der Richtlinie vorgesehenen Fall der **Vertragsauflösung** betrifft, in dem der Verkäufer dem Verbraucher gemäß dem Grundsatz der gegenseitigen Herausgabe der erlangten Vorteile den Kaufpreis des Verbrauchsguts erstatten muss. Anders als die deutsche Regierung meint, kann der 15. Erwägungsgrund somit nicht als allgemeiner Grundsatz verstanden werden, der die Mitgliedstaaten ermächtigt, in sämtlichen Fällen, in denen sie dies wünschen, einschließlich des Falls, in dem lediglich gem. Art. 3 III der Richtlinie eine Ersatzlieferung verlangt wird, die Benutzung eines vertragswidrigen Verbrauchsguts durch den Verbraucher zu berücksichtigen.“

Tz. 16 Einer „Vorlage des Rechtsstreits an den EuGH zur Vorabentscheidung dieser Frage gem. Art. 234 III i.V. mit Abs. 1 lit. b EG bedarf es [...] nicht “ da die „richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum mehr bleibt („*acte clair*“).“

Möglich ist aber, dass ein anderes Gericht in Zukunft vorlegt.

d. Gutachten

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

- Abgrenzung Nutzungsersatz (§ 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 Nutzungsersatz (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*, BGB, 2012, § 346 Rn. 15.)

- Voraussetzung: Rücktritt von gegenseitigem Vertrag?

- Kaufvertrag (+)

- wirksamer Rücktritt?

- Rücktrittserklärung, § 349 BGB (+)

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

- Kaufvertrag (+), s. o.
- Mangel i. S. d. § 343 I 2 Nr. 2 BGB (+), Unfallwagen, nicht zugelassene Teile
- erfolglose Nachfristsetzung (+)
- Zwischenergebnis: Rücktritt wirksam, Anspruch auf Nutzungsersatz besteht grundsätzlich.
- Kein Ausschluss des Anspruchs auf Nutzungsersatz, § 474 V 1 BGB n. F. (= Abs. 2 a. F.) analog.
Arg. des BGH:
 - Unterschiedliche Behandlung ist sachlich gerechtfertigt, da auch Verkäufer Nutzungsersatz zu leisten hat (insbesondere ersparte Schuldzinsen, BGH, Urt. v. 6.3.1998 - V ZR 244–96, NJW 1998, 2354³⁷ 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.
- Umfang des Nutzungsersatzanspruchs: §§ 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 (näher *Gaier*, in MüKoBGB, § 346 Rz. 27). Nicht herauszugeben sind (fiktive) Mietwagenkosten.

e. Merke

1. Unterscheide zwischen dem Anspruch des Verkäufers auf Nutzungsersatz der bereits in Gebrauch genommenen Kaufsache im Fall der Neulieferung (§§ 439 IV, 346 BGB) einerseits und im Fall des Rücktritts (§ 346 BGB) andererseits.
2. Als Antwort auf das Quelle-Urteil des EuGH hat der deutsche Gesetzgeber § 474 II BGB neu gefasst. Danach ist beim Verbrauchsgüterkauf im Fall der Neulieferung (§ 439 I Alt. 2 BGB) der Anspruch auf Nutzungsersatz des Verkäufers ausgeschlossen.
3. Für eine analoge Anwendung der neuen Bestimmung auf den Fall des Rücktritts besteht nach Ansicht des BGH kein Anlass. Arg.: Beide Parteien, auch der Verkäufer, sind hier zum Nutzungsersatz verpflichtet.

f. Entscheidungsbesprechung

Clemens Höpfner, NJW 2010, 127 (insbesondere mit Ausführungen zur Frage, ob ein Wertungswiderspruch zwischen der Behandlung des Käufers im Fall des Rücktritts einerseits und des Schadensersatzes andererseits besteht und wie er aufzulösen ist).

³⁷ 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.

23. Nacherfüllungsverlangen des Käufers muss seine Bereitschaft umfassen, dem Verkäufer die Überprüfung der erhobenen Mängelrügen zu ermöglichen

BGH, Urt. v. 10.3.2010 – VIII ZR 310/08, NJW 2010, 1448

a. Leitsatz

Die Obliegenheit des Käufers, dem Verkäufer Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben, beschränkt sich nicht auf eine mündliche oder schriftliche Aufforderung zur Nacherfüllung, sondern umfasst auch die Bereitschaft des Käufers, dem Verkäufer die Kaufsache zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen zur Verfügung zu.

b. Tatbestand

Der Kl. kaufte von der Bekl., einer Renault-Niederlassung, auf der Grundlage einer Bestellung vom 23. 4. 2005 einen Renault-Neuwagen zum Preis von 18 500 Euro brutto. Das Fahrzeug wurde ihm am 10. 6. 2005 gegen Zahlung des Kaufpreises übergeben. Mit Schreiben vom 23. 6. 2005 beanstandete der Kl. Mängel im Bereich der Elektronik des Fahrzeugs. Die Bekl. antwortete mit Schreiben vom 27. 6. 2005, dass ihr die Mängel nicht bekannt seien, und bat den Kl., ihr das Fahrzeug nochmals zur Prüfung vorzustellen. Dem kam der Kl. nicht nach. Er vertrat im Schreiben vom 3. 7. 2005 die Auffassung, es sei ihm unzumutbar, sich auf Nachbesserungen einzulassen, weil er befürchte, dass Defekte der Elektronik trotz Nachbesserungen immer wieder auftreten würden; mit dieser Begründung verlangte er unter Fristsetzung bis zum 11. 7. 2005 „eine komplette Lieferung eines anderen Fahrzeugs, das der Bestellung entspricht“. Weiter heißt es in dem Schreiben: „Selbstverständlich kann Renault – früher oder später – das Fahrzeug untersuchen lassen – dies sofort, falls Sie sich mit einer Ersatzlieferung, wie von mir jetzt verlangt, einverstanden erklären.“ Die Bekl. antwortete mit Schreiben vom 13. 7. 2005, sie könne auf die vom Kl. begehrte Ersatzlieferung nicht eingehen, erklärte sich aber für den Fall, dass nachweislich ein Mangel vorliegen sollte, zu dessen Beseitigung bereit; sie bot an, das Fahrzeug durch ihren hauseigenen Abschleppdienst abzuholen und dem Kl. für die Zeit des Werkstattaufenthalts einen kostenfreien Ersatzwagen zu stellen. Im Anschluss an das Schreiben des Kl. vom 15. 7. 2005, mit dem dieser nochmals darauf beharrte, dass ihm ein Anspruch auf Mangelbeseitigung in Form der Ersatzlieferung eines kompletten Neuwagens zustehe, bestand die Bekl. mit Schreiben vom 20. 7. 2005 darauf, dass der Kl. ihr, bevor sie weitere Schritte einleiten könne, Gelegenheit geben müsse, das Fahrzeug in ihrem Haus zu überprüfen und gegebenenfalls auftretende Mängel zu beseitigen. Nach weiterer Korrespondenz erklärte der Kl. mit Schreiben vom 30. 11. 2005 den Rücktritt vom Kaufvertrag.

c. Aus den Gründen

- Tz. 10 „An einem den Anforderungen der §§ 323 I, 439 I BGB entsprechenden Nacherfüllungsverlangen des Kl. fehlt es, so dass die Voraussetzungen für ein Rücktrittsrecht des Kl. nach § 437 Nr. 2 i.V. mit § 323 BGB nicht erfüllt sind.“
- Tz. 11 Zwar hat der Käufer grundsätzlich ein **Wahlrecht** hinsichtlich der verschiedenen Formen der Nacherfüllung. Hier hat er Nachbesserung abgelehnt. Mit seiner an die Bekl. gerichteten Aufforderung, einen neuen mangelfreien Wagen zu liefern, „ist der Kl. jedoch seiner **Obliegenheit, der Bekl. Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben**, nicht in gehöriger Weise nachgekommen.“
- Tz. 12 Das Erfordernis eines **Nacherfüllungsverlangens** als Voraussetzung für die Rechte des Käufers aus § 437 Nrn. 2 und 3 BGB umschreibt keine Vertragspflicht, sondern eine **Obliegenheit** des Käufers [...]. Diese Obliegenheit, der der Käufer im eigenen Interesse nachzukommen hat,

wenn er die in § 437 Nrn. 2 und 3 BGB aufgeführten Rechte geltend machen will, beschränkt sich nicht auf eine mündliche oder schriftliche Aufforderung zur Nacherfüllung, sondern umfasst auch die Bereitschaft des Käufers, dem Verkäufer die Kaufsache zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen für eine entsprechende Untersuchung zur Verfügung zu stellen. Der Verkäufer ist nicht verpflichtet, sich auf ein Nacherfüllungsverlangen des Käufers einzulassen, bevor dieser ihm nicht Gelegenheit zu einer solchen Untersuchung der Kaufsache gegeben hat. Denn dem Verkäufer soll es mit der ihm vom Käufer einzuräumenden Gelegenheit zur Nacherfüllung gerade ermöglicht werden, die verkaufte Sache darauf zu überprüfen, **ob der behauptete Mangel besteht und ob er bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen hat, auf welcher Ursache er beruht sowie ob und auf welche Weise er beseitigt werden kann** (vgl. § 439 III BGB), und hierzu gegebenenfalls **Beweise zu sichern** [...]. Der Verkäufer kann von der ihm zustehenden Untersuchungsmöglichkeit nur Gebrauch machen, wenn ihm der Käufer die Kaufsache zu diesem Zweck zur Verfügung stellt.

Tz. 13 „[Von] den Feststellungen des Verkäufers zur Ursache eines etwa vorhandenen Mangels und dazu, ob und auf welche Weise dieser beseitigt werden kann, hängt ab, ob sich der Verkäufer auf die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung einlassen muss oder ob er sie nach § 275 II und III oder § 439 III BGB verweigern kann.“

d. Gutachten

Wirksamer Rücktritt des Käufers vom Kaufvertrag, §§ 433, 434 I 2 Nr. 2, 437 Nr. 2, 323 I Alt. 1 BGB, wegen unterlassener Neulieferung nach Ablauf einer gesetzten Frist?

- Kaufvertrag (+)
- Sachmangel bei Gefahrübergang (+), hier unterstellt
- Wirksames Nacherfüllungsverlangen (-), Obliegenheitsverletzung des Käufers: Verkäufer hatte keine Möglichkeit, den Wagen zu untersuchen. Die vom Käufer aufgestellte Bedingung hierfür war unzulässig: Verkäufer muss sich nicht anhand einer Beschreibung des (angeblichen) Mangels durch den Käufer auf die vom Käufer gewählte Form der Nacherfüllung einlassen. Erst die Untersuchung versetzt ihn in die Lage,
 - sich im Hinblick auf die Verweigerungsmöglichkeit gemäß § 439 III BGB ein Bild zu machen.

Darüber hinaus dient die Untersuchung dem Verkäufer dazu festzustellen,

- ob ein Mangel besteht,
- ob dieser Mangel zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs bestand,
- ob und wie er zu beheben ist,
- im Hinblick auf diese Fragen Beweise zu sichern.

Erg.: Die Obliegenheitsverletzung durch den Käufer steht dem Nacherfüllungsanspruch gegen den Verkäufer aus §§ 433, 434, 437 Nr. 1, 439 I 2. Alt. BGB entgegen.

e. Merke

Nacherfüllungsverlangen ist Obliegenheit des Käufers. Sie umfasst auch die Bereitschaft des Käufers, dem Verkäufer die Kaufsache zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen für eine entsprechende Untersuchung zur Verfügung zu stellen (Tz. 12).

24. Bestimmung des Erfüllungsortes bei Nacherfüllungsansprüchen³⁸

BGH, Urt. v. 13.04.2011 – VIII ZR 220/10, BGHZ 189, 196 = NJW 2011, 2278 – *Faltanhänger*

a. Leitsätze

1. Der Erfüllungsort der Nacherfüllung hat im Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches keine eigenständige Regelung erfahren. Für seine Bestimmung gilt daher die allgemeine Vorschrift des § 269 Abs. 1 BGB.

2. Danach sind in erster Linie die von den Parteien getroffenen Vereinbarungen entscheidend. Fehlen vertragliche Abreden über den Erfüllungsort, ist auf die jeweiligen Umstände, insbesondere die Natur des Schuldverhältnisses abzustellen. Lassen sich auch hieraus keine abschließenden Erkenntnisse gewinnen, ist der Erfüllungsort letztlich an dem Ort anzusiedeln, an welchem der Verkäufer zum Zeitpunkt der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hatte (§ 269 Abs. 2 BGB).

b. Tatbestand:

Die in Frankreich wohnhaften Kläger erwarben mit Kaufvertrag vom 23. Februar 2008 bei der in P. ansässigen Beklagten einen neuen Camping-Faltanhänger zum Preis von 7.370 €. In der Auftragsbestätigung vom 25. Februar 2008 ist unter der Rubrik "Lieferung" aufgeführt: "ab P. , Selbstabholer". Dennoch lieferte die Beklagte den Anhänger am 30. April 2008 an den Wohnort der Kläger.

Die Kläger, die den Anhänger in einem Urlaub nutzten, rügten in der Folgezeit verschiedene Mängel. Mit Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 4. Juni 2008 forderten sie die Beklagte unter Fristsetzung zum 18. Juni 2006 auf, den Faltanhänger abzuholen und die Mängel zu beseitigen. Ein daraufhin vereinbarter Abholtermin bei den Klägern scheiterte. Der Anhänger war entsprechend den Gepflogenheiten in Frankreich, nach denen ein Anhänger über das Zugfahrzeug zugelassen wird, nicht angemeldet, so dass für den Transport ein - von den Mitarbeitern der Beklagten nicht mitgeführtes - rotes Überführungskennzeichen erforderlich gewesen wäre. Mit Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 10. Juli 2008 setzten die Kläger der Beklagten erneut eine Frist zur Abholung des Faltanhängers bis zum 14. Juli 2008. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist erklärten die Kläger mit Schreiben vom 14. Juli 2008 die "Wandlung"³⁹ des Kaufvertrags.

c. Aus den Gründen:

Tz. 12: Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Kläger nicht gemäß § 437 Nr. 2, § 323 Abs. 1, § 346 BGB die Rückabwicklung des Kaufvertrags verlangen können. Zwar ist für das Revisionsverfahren davon auszugehen, dass der Camping-Faltanhänger im Sinne des § 434 Abs. 1 BGB mangelhaft war und die Mängel die Erheblichkeitsgrenze des § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB überschritten. Der von den Klägern mit Schreiben vom 14. Juli 2008 erklärte Rücktritt vom Vertrag ist jedoch unwirksam, weil die Kläger den Anhänger nicht zur Vornahme der Nacherfüllung (§ 439 BGB) an den Firmensitz der Beklagten verbracht haben.

³⁸ Unter Mitarbeit von Ref. iur. Martin Geismann, wiss. Mitarbeiter.

³⁹ Vor der Schuldrechtsreform 2002 nannte sich der Rechtsbehelf Rücktritt vom Kaufvertrag „Wandelung“

- Tz. 13: 1. Das Recht des Käufers, wegen Mängeln der Kaufsache nach § 437 Nr. 2, §§ 440, 323 BGB vom Vertrag zurückzutreten, setzt nach dem in § 323 Abs. 1 BGB zum Ausdruck kommenden Vorrang der Nacherfüllung grundsätzlich voraus, dass der Käufer dem Verkäufer zuvor eine angemessene Frist zur Nacherfüllung nach § 439 BGB gesetzt hat [...]. Dabei kann der Käufer gemäß § 439 Abs. 1 BGB nach seiner Wahl Nacherfüllung durch Beseitigung des Mangels oder durch Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. Zwar haben die Kläger der Beklagten eine Frist zur Beseitigung der gerügten Mängel gesetzt. Sie sind hiermit jedoch ihrer Obliegenheit, der Beklagten Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben [...], nicht in gehöriger Weise nachgekommen, da sie den Faltanhänger für die Mängelbeseitigung nicht zum Sitz der Beklagten verbracht, sondern die Beklagten zur Abholung des Anhängers in Frankreich aufgefordert haben.
- Tz. 14: 2. Die Verpflichtung des Verkäufers zur Nacherfüllung ist auf die Vornahme der hierzu erforderlichen Handlungen am Erfüllungsort begrenzt. Erfüllungsort der Nacherfüllung war vorliegend - wie das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend angenommen hat - der Firmensitz der Beklagten in P. . Die Beklagte war also nicht verpflichtet, den Faltanhänger bei den Klägern in Frank-reich abzuholen.
- Tz.15: 3. Die Frage, an welchem Ort seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl. I S. 3138) am 1. Januar 2002 im Kaufrecht der Verkäufer die von ihm geschuldete Nacherfüllung zu erbringen hat, ist höchstrichterlich bislang nicht geklärt. In der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum werden hierzu unterschiedliche Ansichten vertreten.
- Tz. 16: a) Vielfach wird der Erfüllungsort für die Nacherfüllung nach § 439 BGB mit dem bestimmungsgemäßen aktuellen Belegenheitsort der Sache gleichgesetzt [...]. Vereinzelt wird erwogen, auf den Belegenheitsort der Sache nur im Anwendungsbereich 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 (Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, ABl. EG Nr. L S. 12) abzustellen [...].
- Tz. 17: b) Nach der Gegenansicht ist der ursprüngliche Erfüllungsort der Primärleistungspflicht auch für den Nachbesserungsanspruch aus § 439 Abs. 1 BGB als Erfüllungsort maßgebend [...]. Dabei werden teilweise für nicht oder nur schwer zu transportierende Gegenstände Ausnahmen zugelassen [...].
- Tz. 18: c) Teilweise wird auch eine differenzierende Betrachtungsweise gefordert, die die Beurteilung des Erfüllungsorts maßgebend von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls [...], insbesondere von der Interessenlage und der Verkehrsanschauung [...], abhängig macht. Hierbei sollen vor allem die Art der Sache, insbesondere deren Transportfähigkeit und Transportüblichkeit sowie die Verhältnismäßigkeit der Transportkosten [...], oder etwa der Umfang der Instandsetzungsmaßnahmen [...] ausschlaggebend sein.
- Tz. 19: d) Eine weitere speziell für den Bereich des Autokaufs vertretene Auffassung sieht in Anwendung der in § 269 Abs. 1 BGB genannten Kriterien bei einem Nachbesserungsverlangen wegen der dabei voraussichtlich erforderlichen Diagnose- und Instandsetzungsmaßnahmen regelmäßig den Betriebssitz des Händlers als Erfüllungsort an [...]. Bei der Ersatzlieferung liege der Erfüllungsort, wenn sich den Umständen nichts anderes entnehmen

lasse, ebenfalls am (Betriebs-)Sitz des Verkäufers; insoweit gelte die Auffangregelung des § 269 Abs. 1 BGB, wonach im Zweifel der Sitz des Schuldners maßgebend sei [...].

- Tz. 20: 4. Der Senat hat die Frage des Erfüllungsorts der Nacherfüllung im neu-en Kaufrecht bislang offen lassen können (Senatsurteil vom 15. Juli 2008 - VIII ZR 211/07, BGHZ 177, 224 Rn. 27). Er entscheidet sie nunmehr dahin, dass der Erfüllungsort für die Nacherfüllung nach der allgemeinen Vorschrift des § 269 BGB zu bestimmen ist.
- Tz. 21: a) § 269 BGB als Bestimmung des allgemeinen Schuldrechts ist anwendbar, weil das Kaufrecht des BGB keine spezielle Regelung zum Erfüllungsort der Nacherfüllung enthält. Eine solche lässt sich auch nicht aus der Entstehungsgeschichte oder der Systematik der aktuellen Gesetzesfassung ableiten.
- Tz. 22: aa) Die in § 439 Abs. 1 BGB verwendete Formulierung, wonach der Käufer im Rahmen der Nacherfüllung die "Lieferung" einer mangelfreien Sache verlangen kann, lässt nicht den Schluss zu, der Gesetzgeber habe hierdurch zum Ausdruck bringen wollen, dass die Nacherfüllung stets eine Bringschuld sei, deren Erfüllungsort beim Käufer liege [...]. Zwar weicht der Wortlaut des § 439 Abs. 1 BGB insoweit von der Terminologie des § 433 Abs. 1 BGB ab, welcher den Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Sache zu "übergeben" und das Eigentum an der Sache zu "verschaffen". Dieser begrifflichen Unterscheidung kommt jedoch schon deswegen keine signifikante Aussagekraft zu, weil der Gesetzgeber bei der Novellierung des Kaufrechts auch im Zusammenhang mit dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch des Käufers aus § 433 Abs. 1 BGB die Formulierung "Lieferung" gebraucht [...] und damit zu erkennen gegeben hat, dass er diesem Begriff keine über die Verschaffung der Sache hinausgehende Bedeutung zugemessen hat. Zudem sagt die Formulierung "Lieferung" ohnehin nichts darüber aus, an welchem Ort die Lieferverpflichtung zu erfüllen ist [...].
- Tz. 23: bb) Auch aus der Bestimmung des § 439 Abs. 2 BGB, nach der der Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten, zu tragen hat, lässt sich keine Regelung über den Erfüllungsort bei der Nacherfüllung ableiten. Die Kostenregelung des § 439 Abs. 2 BGB beruht ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs zur Modernisierung des Schuldrechts auf Art. 3 Abs. 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, nach dem die Nacherfüllung für den Verbraucher unentgeltlich, insbesondere ohne Versand-, Arbeits- und Materialkosten durchzuführen ist [...]. Dafür, dass der Gesetzgeber über die Umsetzung der Richtlinie hinaus eine eigenständige Regelung des Erfüllungsorts für Nacherfüllungsansprüche treffen wollte, bestehen keine tragfähigen Anhaltspunkte [...]. Entgegen einzelnen Stimmen im Schrifttum und in der Instanzrechtsprechung kann die Kostentragungsregelung des § 439 Abs. 2 BGB auch nicht als Auslegungshilfe für die Bestimmung des bei der Nacherfüllung maßgeblichen Erfüllungsorts herangezogen werden.
- Tz. 28: dd) Schließlich lassen sich die zum Erfüllungsort der Rückgewähransprüche nach erfolgtem Rücktritt gemäß § 437 Nr. 2, §§ 440, 346 BGB, der vielfach an dem Ort angesiedelt wird, an dem sich die Sache vertragsgemäß befindet [...], entwickelten Grundsätze nicht auf die Nacherfüllung nach § 439 BGB übertragen [...]. Das Rücktrittsrecht und das Nacherfüllungsrecht sind in ihrem dogmatischen Ausgangspunkt und ihren Rechtsfolgen so verschieden, dass es an einer Vergleichbarkeit der beiden Rechte fehlt. Während Nachbesserung und Ersatzlieferung der Herbeiführung des Leistungserfolgs im Rahmen des fortbe-

stehenden Vertrags dienen, geht es beim Rücktritt um die Rückabwicklung des Vertrags [...]. Dasselbe gilt für die Regelung des § 357 Abs. 2 BGB, die für den Widerruf ausdrücklich eine Rücksendepflicht des Verbrauchers statuiert. Das Widerrufsrecht nach § 355 BGB ist ein besonders ausgestaltetes Rücktrittsrecht [...]. Auch hier gilt daher, dass sich der Vertrag im Falle der Ausübung eines Widerrufsrechts in ein Rückabwicklungsverhältnis umwandelt [...], weswegen keine Vergleichbarkeit mit der Nacherfüllung nach § 439 Abs. 1 BGB besteht [...].

- Tz. 29: b) Da die Frage des Erfüllungsorts bei der Nacherfüllung im Kaufrecht keine eigenständige Regelung erfahren hat, ist für dessen Bestimmung die allgemeine Vorschrift des § 269 Abs. 1 BGB maßgebend [...]. Danach sind in erster Linie die von den Parteien getroffenen Vereinbarungen entscheidend. Fehlen - wie hier - vertragliche Abreden über den Erfüllungsort, ist auf die jeweiligen Umstände, insbesondere auf die Natur des Schuldverhältnisses abzustellen. Lassen sich auch hieraus keine abschließenden Erkenntnisse gewinnen, ist der Erfüllungsort letztlich an dem Ort anzusiedeln, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohn-sitz beziehungsweise seine gewerbliche Niederlassung (§ 269 Abs. 2 BGB) hatte.
- Tz. 30: Zu den beim Fehlen vertraglicher Vereinbarungen maßgebenden Umständen zählen anerkanntermaßen die Ortsgebundenheit und Art der vorzunehmenden Leistung [...], die Verkehrssitte, örtliche Gepflogenheiten und eventuelle Handelsbräuche [...].
- Tz. 31: Diese Maßstäbe finden auch beim Nacherfüllungsanspruch Anwendung. Sein Erfüllungsort entzieht sich einer allgemeinen Festlegung. Insbesondere kann nicht mit dem Argument, er sei im Hinblick auf die dogmatische Verwandtschaft von Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch (§ 433 Abs. 1 Satz 1, § 439 BGB) stets mit dem Erfüllungsort des Anspruchs aus § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB identisch, auf eine an den jeweiligen Umständen ausgerichtete Prüfung verzichtet werden. Umgekehrt kann der Erfüllungsort der Nacherfüllung beim Kauf - anders als der Bundesgerichtshof dies für das Werkvertragsrecht entschieden hat [...] - nicht generell mit dem Belegenheitsort der beweglichen Sache gleichgesetzt werden. Entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung [...] ist für die Ermittlung des Erfüllungsorts nicht allein der Umstand entscheidend, dass die Kauf-sache nach Abschluss des Kaufvertrags dem Käufer übergeben wurde und sich daher - für beide Vertragsparteien vorhersehbar - bestimmungsgemäß nicht mehr beim Verkäufer befindet. Eine solche Anknüpfung ist schon deswegen nicht tragfähig, weil damit nur ein einzelner Gesichtspunkt und nicht - wie von § 269 Abs. 1 BGB gefordert - alle prägenden Umstände des betroffenen Schuldverhältnisses als Beurteilungsgrundlage herangezogen werden.
- Tz. 32: c) Die Bestimmung des § 269 Abs. 1 BGB ermöglicht eine an den konkreten Umständen ausgerichtete Festlegung des Erfüllungsorts der jeweils geschuldeten Leistung und führt damit auch im Rahmen der Nacherfüllung (§ 439 BGB) zu sachgerechten Ergebnissen. Dagegen lassen sich - wie noch näher auszuführen sein wird - weder bei einer generellen Gleichsetzung des Erfüllungsorts der Nacherfüllung mit dem jeweiligen Belegenheitsort der Kaufsache noch bei einer automatischen Übertragung des Erfüllungsorts der ursprünglichen Primärleistungspflicht auf die Nacherfüllung für alle typischen Nacherfüllungssituationen überzeugende Lösungen finden [...].

- Tz. 33: aa) In vielen Fällen wird der Erfüllungsort nach den Umständen des Falles am Sitz des Verkäufers anzusiedeln sein. Bei Geschäften des täglichen Lebens, etwa beim Kauf im Ladengeschäft, entspricht es der Verkehrsauffassung, dass die Kunden ihre Reklamationen regelmäßig unter Vorlage der mangelhaften Ware am Sitz des Verkäufers vorbringen [...]. Beim Fahrzeugkauf vom Händler erfordern Nachbesserungsarbeiten in der Regel technisch aufwändige Diagnose- oder Reparaturarbeiten des Verkäufers, die wegen der dort vorhandenen materiellen und personellen Möglichkeiten sinnvoll nur am Betriebsort des Händlers vorgenommen werden können [...]. Hinzu kommt, dass der Belegenheitsort gerade bei verkauften Fahrzeugen variabel ist. Fahrzeuge befinden sich typischerweise und bestimmungsgemäß nicht nur am Wohnsitz des Käufers, sondern unterwegs zu den verschiedensten Zielen, wie etwa der Arbeitsstätte, dem Urlaubsort oder sonstigen Reisezielen [...].
- Tz. 34: bb) Dagegen erweist sich eine Gleichsetzung des Erfüllungsorts der Nacherfüllung mit dem Sitz des Verkäufers insbesondere in den Fällen als unangemessen, in denen es um die Nachbesserung von Gegenständen geht, die der Käufer an ihrem Bestimmungsort auf- oder eingebaut hat, oder in denen ein Rücktransport aus anderen Gründen nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen zu bewerkstelligen wäre.
- Tz. 35: d) Die Bestimmung des Erfüllungsorts nach § 269 Abs. 1 BGB unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls steht auch mit Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Einklang. Die Richtlinie erfordert es nicht, als Erfüllungsort der Nacherfüllung stets den Belegenheitsort der Sache anzusehen. Die nach der Richtlinie eröffneten Wertungsspielräume werden im Rahmen der nach § 269 Abs. 1 BGB zu berücksichtigenden Umstände bei richtlinienkonformer Auslegung gewahrt und sachgerecht ausgeschöpft.
- Tz. 36: aa) Art. 3 Abs. 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie räumt einem Verbraucher bei Vertragswidrigkeit der Kaufsache einen Anspruch auf unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung nach Maßgabe von Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie ein. Nach Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie kann der Verbraucher vom Verkäufer die unentgeltliche Nachbesserung des Verbrauchsgutes oder eine unentgeltliche Ersatzlieferung verlangen, sofern dies nicht unmöglich oder unverhältnismäßig ist. 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. Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie stellt klar, dass sich der Begriff der Unentgeltlichkeit auf alle für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts notwendigen Kosten erstreckt, insbesondere auf Versand-, Arbeits- und Materialkosten.
- Tz. 38: cc) Die weitere Vorgabe der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, dass die **Nacherfüllung ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher** erfolgen muss, eröffnet gewisse Wertungsspielräume, die auch **bei der Bestimmung des Erfüllungsorts zu beachten** sind. (Hervorhebung durch Bearbeiter)
- Tz. 41: (3) Es ist daher auf den allgemeinen Sprachgebrauch zurückzugreifen. Danach lassen sich der Vorgabe, dass eine Nacherfüllung ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen muss, mehrere Aussagen entnehmen. Zum einen ist der Verbraucher im

Rahmen einer Nacherfüllung nicht gehalten, Handlungen vorzunehmen, die für ihn eine erhebliche Unannehmlichkeit darstellen, sondern kann deren Vornahme vom Unternehmer verlangen. Zum anderen braucht der Verbraucher keine Nacherfüllungsmaßnahmen des Unternehmers zu dulden, aus denen für ihn erhebliche Unannehmlichkeiten entstehen. Dabei ist zu beachten, dass der Begriff der "erheblichen Unannehmlichkeiten" nach allgemeinem Verständnis nicht auf finanzielle Aspekte beschränkt ist. Dies wird auch durch die Systematik der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bestätigt. Da den im Zusammenhang mit der Nacherfüllung entstehenden wirtschaftlichen Belastungen des Käufers schon durch das in Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie aufgestellte Postulat der Unentgeltlichkeit der Nachbesserung und Ersatzlieferung Rechnung getragen wird, muss sich das zusätzliche Erfordernis der Vermeidung erheblicher Unannehmlichkeiten zwangsläufig auch auf andere Erschwernisse beziehen.

- Tz. 42: Erhebliche Unannehmlichkeiten können sich damit auch daraus ergeben, dass der Verbraucher die Sache zur Vornahme der Nacherfüllung zum Verkäufer bringen oder an diesen versenden muss. Zwar hat die Kosten eines solchen Transports oder Versands der Verkäufer zu tragen. Der Käufer muss jedoch in gewissem Umfang Zeit und Mühe aufwenden, um Verpackung und Transport vorzunehmen oder zu organisieren. Diese Leistungen können nicht von vorn herein und in allen Fällen als lediglich unerhebliche Unannehmlichkeiten qualifiziert werden [...]. Denn abhängig von der Art der Kaufsache, dem Ort, an dem sie sich - ihrem Zweck entsprechend - befindet, und der vom Käufer gewählten Form der Nacherfüllung können hiermit durchaus erhebliche Mühen für den Käufer verbunden sein.
- Tz. 43: (4) Allerdings erfordert die Richtlinie nicht, den Verbraucher vor sämtlichen Unannehmlichkeiten zu schützen, was sich eindeutig aus dem Zusatz "erheblich" ergibt (in der englischen Fassung "significant"; in der französischen Fassung "majeur"). Ein gewisses Maß an Unannehmlichkeiten ist dem Verbraucher mithin zumutbar.
- Tz. 47: dd) Bei der nach § 269 Abs. 1 BGB mangels entsprechender Parteivereinbarungen gebotenen Ermittlung des Erfüllungsorts anhand der für das Schuldverhältnis bedeutsamen Umstände kann dem von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie eröffneten Wertungsspielraum hinreichend Rechnung getragen werden. Die im Hinblick auf Art. 3 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zu stellende Frage, ob die Durchführung des Transports oder dessen Organisation erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher mit sich bringen, ist im Rahmen einer richtlinienkonformen Auslegung bei der Anwendung des § 269 Abs. 1 BGB zu berücksichtigen [...]. Da der deutsche Gesetzgeber sich dafür entschieden hat, die Vorgaben der Richtlinie nicht isoliert für den Verbrauchsgüterkauf umzusetzen, sondern im Wesentlichen das gesamte Kaufrecht nach der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie auszugestalten [...], beschränkt sich diese richtlinienkonforme Auslegung nicht auf Kaufverträge mit Verbrauchern, **sondern gilt für alle Käufer.** (Hervorhebung durch den Bearbeiter)
- Tz. 48: e) Schließlich widerspricht auch die Rechtsnatur des Nacherfüllungsanspruchs nicht einer beim Fehlen einer Parteivereinbarung von den jeweiligen Umständen des Schuldverhältnisses abhängigen Ermittlung des Erfüllungsorts der Nacherfüllung nach § 269 Abs. 1 BGB.
- Tz. 49: aa) Zwar handelt es sich beim Nacherfüllungsanspruch aus § 439 Abs. 1 BGB um eine Modifikation des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs aus § 433 Abs. 1 BGB (BT-Drucks. 14/6040, S. 221). Denn mit der Nacherfüllung soll nach der gesetzgeberischen Konzeption

lediglich eine nachträgliche Erfüllung der Verkäuferpflichten aus § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB durchgesetzt werden [...]. Der Käufer soll mit der Nacherfüllung das erhalten, was er vertraglich zu beanspruchen hat [...]; dem Verkäufer soll eine "letzte Chance" eingeräumt werden, seine Pflicht aus § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB durch Beseitigung des Mangels oder Lieferung einer mangelfreien Sache - wenn auch erst im zweiten Anlauf - noch zu erfüllen, um den mit einer Rückabwicklung des Vertrags regelmäßig verbundenen wirtschaftlichen Nachteil abzuwenden [...]. Grundsätzlich gilt daher, dass der Nacherfüllungsanspruch nicht weiter geht als der ursprüngliche Erfüllungsanspruch [...].

- Tz. 50: bb) Jedoch folgt hieraus nicht, dass der Erfüllungsort des Nacherfüllungsanspruchs zwingend mit demjenigen des Primärleistungsanspruchs übereinstimmt [...]. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass nach der gesetzgeberischen Konzeption der Nacherfüllungsanspruch nicht identisch ist mit dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch, sondern gewisse Modifikationen aufweist, die sich aus dem wegen des Mangels der gelieferten Sache unzulänglichen Erfüllungsversuch ergeben [...]. Der Unterschied zum Erfüllungsanspruch besteht - neben der speziellen Verjährungsfrist des § 438 BGB - im Wesentlichen darin, dass Gegenstand des Nacherfüllungsanspruchs nicht mehr die erstmalige Lieferung einer mangelfreien Kaufsache ist, sondern die Herstellung ihrer Mangelfreiheit durch Nachbesserung oder durch Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache [...].
- Tz. 51: Dieser vom ursprünglichen Erfüllungsanspruch des § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB abweichende Anspruchsinhalt kann Auswirkungen auf den bei fehlenden Parteiabsprachen sich nach § 269 Abs. 1 BGB aus den Umständen des Schuldverhältnisses ergebenden Erfüllungsort haben. Denn auch die Art der vorzunehmenden Leistung (hier: Herstellung der Mangelfreiheit der ausgelieferten Ware) gehört zu den Umständen, die bei der Ermittlung eines Erfüllungsorts zu berücksichtigen sind. Allein schon dieser gegenüber dem Erfüllungsanspruch aus § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB modifizierte Anspruchsgehalt der Nacherfüllung (§ 439 BGB) kann dazu führen, dass der Nacherfüllungsanspruch an einem anderen Ort zu erfüllen ist als der ursprüngliche Erfüllungsanspruch.
- Tz. 55: b) [...] Das Nacherfüllungsverlangen der Kläger betrifft Mängel eines Camping-Faltanhängers, deren Beseitigung - ähnlich wie die Vornahme von Reparaturen bei Kraftfahrzeugen - den Einsatz von geschultem Personal und Werkstatttechnik erfordert. Dies macht grundsätzlich die Verbringung des Anhängers in eine mit geeigneten Vorrichtungen ausgestattete Werkstatt des Verkäufers notwendig. Dass vorliegend eine Mängelbehebung auch vor Ort möglich gewesen wäre, ist nicht ersichtlich. Für die Kläger stellt es auch keine erhebliche Unannehmlichkeit dar, den Anhänger an den Firmensitz der Beklagten zu verbringen. Der Sitz der Beklagten liegt nicht so weit vom Wohnort der Kläger entfernt, dass ein Transport des Anhängers zwischen diesen beiden Orten (oder wenigstens dessen Organisation) den Klägern nicht zuzumuten wäre. Auch beim Kauf des Anhängers hatten sie sich ursprünglich für eine Selbstabholung entschieden. Nach den Umständen ist die von den Klägern verlangte Nacherfüllung daher am Sitz der Beklagten zu erfüllen, so dass die Kläger den Anhänger zum Zwecke der Nacherfüllung dorthin hätten verbringen müssen.

d. Gutachten:

Anspruch der Kläger gegen Bekl. auf Rückzahlung des Kaufpreises aus §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1, 346 BGB?

Voraussetzung: Wirksamkeit des Rücktritts, §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB.

1. Mangelhaftigkeit der gekauften Sache (Faltanhänger), § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB
2. Keine Unerheblichkeit des Mangels, § 323 Abs. 5 S. 2 BGB
3. Erfolgloser Ablauf der zur Nacherfüllung gesetzten Frist, § 323 Abs. 1 BGB?

Erforderlich ist

a. erfolgloser Ablauf der zuvor von den Klägern gesetzten angemessenen Nacherfüllungsfrist
und

b. Ermöglichung der geschuldeten Nacherfüllung am Erfüllungsort (Obliegenheit). Es kommt daher auf Erfüllungsort, d. h. die Frage nach dem Ort, an dem die Leistungshandlung vorzunehmen ist, an.

(1) Meinungsstand:

- (a) e. A.: Bestimmungsgemäßer Belegenheitsort der mangelhaften Kaufsache
- (b) a. A.: Ursprünglicher Erfüllungsort der Primärleistungspflicht (Übergabe der Kaufsache)
- (c) BGH: § 269 BGB: die von den Parteien getroffene Vereinbarung ist maßgeblich. Fehlt es an ausdrücklicher Vereinbarung und liegen auch keine sonstigen Anhaltspunkte wie insbesondere die Natur des Schuldverhältnisses vor, ist der Erfüllungsort der Primärleistungspflicht aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB maßgeblich.

(2) Subsumtion: nach Ansicht (a) bestünde keine Pflicht zur Übersendung, nach Ansicht (b) hätte der Faltanhänger (auf Kosten des Verkäufers, § 439 II BGB!) von Käufer nach Deutschland gesandt werden müssen. Es bedarf daher einer Streitentscheidung. Die Subsumtion unter (c) muss ggf. noch vorgenommen werden.

(3) Diskussion der verschiedenen Ansichten

- (a) Vertraglichen Abreden gebührt der Vorrang.
- (b) Einzelfallbetrachtung erscheint angezeigt, da es andernfalls zu nicht interessengerechten Lösungen kommen kann. Beispiele: Bargeschäfte, Autokäufe einerseits, eingebaute Sachen andererseits.

Faust (s. u.) weist dagegen darauf hin, dass dem Käufer, der ja ohnehin die Kosten der Rücksendung gemäß § 439 II BGB ersetzt verlangen kann, mit Rechtssicherheit eher gedient gewesen wäre.

(c) Daher erscheint BGH-Lösung vorzugswürdig.

(4) Ermittlung im Einzelfall unter Berücksichtigung der vom BGH in Tz. 30 genannten Kriterien:

- (a) Ortsgebundenheit und Art der zu erbringenden Leistung

- (b) Verkehrssitte
- (c) örtliche Gepflogenheiten
- (d) ggf. Handelsbrauch
- (e) Lassen sich – wie hier – anhand dieser Kriterien keine abschließenden Erkenntnisse gewinnen, ist auf § 269 Abs. 1 a. E. BGB abzustellen: Wohnort des Schuldners (Verkäufer)
- (f) Einschränkung: Der so ermittelte Erfüllungsort des Nacherfüllungsanspruchs darf nicht zu einer erheblichen Unannehmlichkeit i.S.d. Art. 3 Abs. 2 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie führen → Tatfrage

e. Literatur

Faust, JuS 2011, 748 (Kurzbesprechung, lesenswert)

Augenhofer, Nacherfüllungsort und Aus- und Einbaukosten, JuS 2011, 680 (Aufsatz)

Gsell, JZ 2011, 988 (Anmerkung)

25. Unverhältnismäßige Mängelbeseitigungskosten nach Grundstückskauf

BGH, Urt. v. 4.4.2014 – V ZR 275/12, BGHZ 200, 350 = NJW 2015, 468 („echter Hausschwamm“)

a. Leitsätze

1. Stellen sich die zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten als unverhältnismäßig dar [hier: 635.000 EUR] so kann der Käufer von dem Verkäufer nur Ersatz des mangelbedingten Minderwerts [hier: 93.000 EUR] der Sache verlangen.
2. Ob die Kosten unverhältnismäßig sind, ist auf Grund einer umfassenden Würdigung der Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der in § 439 Absatz 3 BGB genannten Kriterien festzustellen.
3. Bei Grundstückskaufverträgen kann als erster Anhaltspunkt davon ausgegangen werden, dass die Kosten der Mängelbeseitigung unverhältnismäßig sind, wenn sie entweder den Verkehrswert des Grundstücks in mangelfreiem Zustand oder 200 % des mangelbedingten Minderwerts übersteigen.
4. Für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit der Kosten kommt es auf den Beginn der Mängelbeseitigung durch den Käufer an. Stellt sich während deren Ausführung heraus, dass die Kosten höher als erwartet sind, steht dies einer Ersatzpflicht nur entgegen, wenn ein wirtschaftlich denkender Käufer die Arbeiten auch unter Berücksichtigung der angefallenen Kosten nicht fortführen würde bzw. fortgeführt hätte.

b. Tatbestand

Mit notariellem Vertrag vom 29. März 2004 kauften die Klägerin und Dr. V. von den Beklagten ein mit einem Mietshaus bebautes Grundstück zu einem Preis von 260.000 €. In dem Kaufvertrag garantierten die Verkäufer, dass der Dachstuhl des Vorderhauses und des Seitenflügels nicht von Holzbock befallen ist und die Beseitigung eines durch ein holzschutztechnisches Gutachten festgestellten Anobienbefalls einen Kostenaufwand von höchstens 2.500 € brutto erfordert. Im Übrigen wurde ein Ausschluss der Haftung für Sachmängel vereinbart. Nach der Übergabe des Grundstücks stellte sich heraus, dass der Dachbereich mit echtem Hausschwamm befallen war.

Dr. V. an den die Klägerin ihre Ansprüche abgetreten hatte, nahm die Beklagten auf Zahlung von Schadensersatz in Anspruch, woraufhin zunächst deren Schadensersatzpflicht dem Grunde nach festgestellt wurde. In dem Betragsverfahren wurden die Beklagten durch Teilurteil vom 28. Juni 2007 zur Zahlung von 89.129, 86 € (85.231, 67 € Sanierungskosten auf Gutachtenbasis für Holzbauteile Dachgeschoss, Balkenanlagen und Dachverband; 3.898, 19 € Sachverständigenkosten) verurteilt. Ferner wurde festgestellt, dass die Beklagten verpflichtet sind, Dr. V. auch den weitergehenden Schaden zu ersetzen, der darauf zurückzuführen ist, dass das Haus mit echtem Hausschwamm befallen ist und deshalb Sanierungsarbeiten durchgeführt werden müssen. Mit Schlussurteil vom 23. April 2009 wurden die Beklagten zur Zahlung weiterer 45.000 € als Ausgleich des nach der Schwammsanierung verbleibenden merkantilen Minderwerts verurteilt. Alle vorgenannten Urteile sind rechtskräftig.

Dr. V. trat seine Ansprüche an die Klägerin ab, die die Beklagten auf Zahlung von weitergehendem Schadensersatz in Anspruch nimmt. Im Rahmen der Schwammbeseitigungsmaßnahmen seien weitere Sanierungskosten in Höhe von 499.728, 86 € angefallen bzw. noch zu erwarten (Sanierung von Wohnungen und Fassade, Mietausfall, Auslagerungs- und Sachverständigenkosten; Umsatzsteuer für die zwischenzeitlich durchgeführte Sanierung der Holzbauteile). Diese hätten die Beklagten ebenso zu ersetzen wie vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 5.371, 66 €.

Das Landgericht hat die Beklagten antragsgemäß verurteilt. Deren Berufung hat das Kammergericht zurückgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgen sie ihren Klageabweisungsantrag weiter.

c. Gutachten

Anspruch der Kläger gegen Bekl. auf Nacherfüllung im Rahmen der Mängelbeseitigung nach §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB

I. Anspruch entstanden

1. Mangelhaftigkeit der gekauften Sache (Haus) durch Vorhandensein eines Hausschwammes, § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB

2. bei Gefahrübergang, § 446 BGB

II. Anspruch durchsetzbar

1. Einrede nach § 439 III BGB

hier: aufgrund Unmöglichkeit der Nachlieferung verursacht die Mängelbeseitigung an sich unverhältnismäßig hohe Kosten (absolute Unverhältnismäßigkeit)

- Beschränkung des Schadensersatzes in entsprechender Anwendung des § 251 II 1 BGB aufgrund Verkäuferschutzes auf den mangelbedingten Minderwert (wie bei § 439 III BGB)

- Bestimmung der Unverhältnismäßigkeit:

e.A.: Heranziehung der Rechtsprechung zu KFZ-Schäden, wonach die Wiederherstellungskosten bis zu einer Höhe von 130% der Ersatzbeschaffungskosten ersatzfähig sind

BGH: keine Heranziehung der KFZ-Rechtsprechung auf die Fälle der Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung, keine Festlegung auf starre Grenzwerte. Es ist jeweils auf die Gesamtumstände des Einzelfalls abzustellen. Grenzwerte lediglich als Anhaltspunkte.

→ Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung bei Grundstücksverträgen indiziert, wenn die Kosten der Mängelbeseitigung den Verkehrswert des Grundstücks in mangelfreiem Zustand oder 200% des mangelbedingten Minderwerts übersteigen

hier: Verkehrswert des mangelhaften Grundstücks von 507.202 EUR, während der Verkehrswert in mangelfreiem Zustand bei (mindestens) 600.000 EUR lag

2. Zwischenergebnis

Erhebliche Mängelbeseitigungskosten übersteigen 200% des mangelbedingten Minderwerts. Der Schadensersatz statt der Leistung umfasst folglich entsprechend § 251 II 1 BGB ausnahmsweise keine Erstattung der Mängelbeseitigungskosten.

III. Ergebnis

Es besteht kein Anspruch auf Schadensersatz

d. Literatur

Gutzeit, Unverhältnismäßige Verkäuferhaftung beim „kleinen“ Schadensersatz, NJW 2015, 445

II. Dienstvertragsrecht

26. Vorrang der Nacherfüllung bei Vorliegen eines ärztlichen Behandlungsfehlers

OLG Jena, Urt. v. 29.6.2012 – 4 U 549/11, NJW 2012, 2357

a. Leitsätze

1. Im Arzthaftungsrecht muss – nach fehlerhafter Behandlung – der Patient den Arzt nicht zur Nacherfüllung auffordern, wenn er anschließend Schadensersatz und Schmerzensgeld von dem behandelnden Arzt wegen dessen Behandlungsfehler verlangt.
2. Der Eigenart des Arzt-Patienten-Verhältnisses und dem Inhalt der nach dem Behandlungsvertrag geschuldeten Leistung widerspräche es, wenn der Patient nach fehlerhafter Behandlung Nacherfüllung verlangen müsste.
3. Dieses gesetzliche Erfordernis eines Nacherfüllungsverlangens (§ 281 BGB) kann nur für solche Schadensersatzpositionen relevant werden, die dem Komplex Schadensersatz statt Erfüllung zuzu-rechnen sind; das sind zum Beispiel Nachbehandlungskosten für eine wegen des Behandlungsfehlers notwendig gewordene Nachbehandlung.
4. Für den „einfachen“ – materiellen und immateriellen – Schadensersatz nach §§ 280, 253 II BGB ist eine Aufforderung zur Nacherfüllung entbehrlich. Dies folgt schon aus dem Umstand, dass ein Nacherfüllungsanspruch nach Beendigung des Behandlungsvertrags (d. h. mit Erbringung der Hauptleistungen aus diesem Vertrag) nicht (mehr) besteht.
5. Ein Behandlungsabbruch seitens des Patienten (wegen verlorenen Vertrauens) ist dabei im Regelfall als Kündigung des ärztlichen Behandlungsvertrags anzusehen.

b. Tatbestand

Die Kl. nimmt den Bekl. wegen streitiger ärztlicher Fehlbehandlung auf Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes sowie auf Schadensersatz in Anspruch.

Die Kl. ist privat krankenversichert. Sie befand sich ab dem Jahr 2000 bis Dezember 2006 beim Bekl. in zahnärztlicher Behandlung. Zu einem nicht näher aufgeklärten Zeitpunkt setzte der Bekl. der Kl. am Zahn 27⁴⁰ zunächst eine Kunststofffüllung, danach ein Goldinlay⁴¹ ein. Wegen dieses Zahnes fand am

⁴⁰ Lies: „2 – 7“. Das ist der letzte Zahn oben rechts.

10. 7. 2006 beim Bekl. eine Behandlung statt. Der Bekl. wies die Kl. in diesem Zusammenhang darauf hin, dass an diesem Zahn Behandlungsbedürftigkeit bestehe. Die Kl. befand sich weiterhin wegen des Zahnes 36 beim Bekl. in Behandlung. Am Zahn 36⁴² wurde am 8. 12. 2006 eine vorhandene Altkrone entfernt und eine neu angefertigte Vollkeramikkrone eingesetzt. Nach dem 8. 12. 2006 erschien die Kl. nicht mehr beim Bekl. zur Behandlung. Die Kl. befand sich in der Nacht vom 9. 2. 2007 auf den 10. 2. 2007 in der Universitätsklinik Jena in zahnärztlicher Notbehandlung wegen „Schmerzen“. Hinsichtlich des Zahnes 27 wurde am 7. 5. 2007 eine Sekundärkaries⁴³ unter dem Inlay festgestellt. Der Zahn 27 wurde durch den Nachbehandler, Zahnarzt Dr. H, am 26. 9. 2007, 5. 11. 2007 und 15. 11. 2007 nachbehandelt. Am Zahn 36 wurde am 7. 6. 2007 distal⁴⁴ Sekundärkaries am Kronenrand festgestellt. Für den Zahn 36 begab sich die Kl. im Zeitraum vom 29. 8. 2007 bis zum 5. 8. 2008 in weitere zahnärztliche Behandlung.

Es sei unterstellt, dass der Bekl. bei der Untersuchung und Behandlung von Zahn 27 und Zahn 36 eine bereits vorhandene (Rand-)Karies übersehen hat (OLG Jena, NJW 2012, 2357, 2358f.).

Chronologie

2000	Behandlungsbeginn
später	Inlayeinsatz an Zahn 27 durch Bekl.
10. 7. 2006	Behandlung von Zahn 27 durch Bekl.
8.12.2006	Behandlung von Zahn 36 durch Bekl.
9./10.2.2007	Notfallbehandlung in Uniklinik
7.5.2007	Feststellung von Sekundärkaries an Zahn 27
7.6.2007	Feststellung von Sekundärkaries an Zahn 36
9 – 11/2007	Nachbehandlung von Zahn 27 durch dritten Zahnarzt
8/2007 – 8/2008	Nachbehandlung von Zahn 36 durch weiteren Zahnarzt

c. Aus den Gründen

Im Grundsatz zutreffend hat das LG die rechtlichen Anspruchsgrundlagen für den klägerseits verfolgten Anspruch auf materiellen und immateriellen Schadensersatz primär in den Regelungen über die Vertragshaftung nach den §§ 280 I, 252 II, 611, 253 II, 276 BGB gesehen, begründet auf der – behaupteten – Verletzung der aus dem ärztlichen Behandlungsvertrag vom 10. 7. 2006 (Zahn 27) und 8. 12. 2006 (Zahn 36) resultierenden (dienst-)vertraglichen Pflicht zur Behandlung nach dem zum Zeitpunkt der Behandlung geltenden zahnärztlichen Facharztstandard. Die aus diesen Rechtsgrundla-

⁴¹ Definition Inlay (aus Wikipedia): Eine in einem zahntechnischen Labor hergestellte Zahnfüllung, die in den Zahn eingesetzt wird.

⁴² 3 – 6 – vorletzter Zahn unten links.

⁴³ Definition Sekundärkaries (aus Wikipedia): Auftreten von Karies an bei handwerklich mangelhafter Behandlung neu geschaffenen Problemstellen auftritt, beispielsweise an einem überstehenden, unpolierten oder schadhafte Füllungs- oder Kronenrand.

⁴⁴ Diese Angabe bezieht sich auf die anatomische Lage: zum Ende des Zahnbogens hin (distal - „entfernt“ von der Mitte, Gegenteil von mesial – zur Mitte hin). Hier also zwischen dem vorletzten und letzten (Weisheits-)Zahn.

gen resultierende – mögliche – Haftung des Bekl. kann nach den derzeit unzureichenden sachlichen Feststellungen mit der vom LG gegebenen Begründung nicht verneint werden.

Nicht entscheidend ist der vom LG hervorgehobene Umstand, ob die Kl. den Bekl. gem. §§ 280 III, 281 I BGB zur Nacherfüllung aufgefordert hat. Die vom LG vertretene Auffassung, hinsichtlich aller streitgegenständlicher Ansprüche auf Schadensersatz und Schmerzensgeld sei unterschiedslos und zwingend eine Aufforderung zur Nacherfüllung i. S. von §§ 280 III, 281 BGB vorauszusetzen, wird so weder von der obergerichtlichen Rechtsprechung vertreten (...) noch vom erkennenden Senat geteilt. Hinsichtlich der jeweiligen gesetzlichen Voraussetzungen ist vielmehr die im Gesetz selbst angelegte Differenzierung zu berücksichtigen. Das gesetzliche Erfordernis des Nacherfüllungsverlangens i. S. der §§ 280 III, 281 BGB ist erst für diejenigen Schadensersatzpositionen relevant, die dem Komplex des Schadensersatzes statt der Leistung entsprechen (...), was hier lediglich bei einem Teil der streitgegenständlichen Ansprüche der Fall ist. Weder für einen „einfachen“ Schadensersatzanspruch nach § 280 I BGB noch für einen Schmerzensgeldanspruch nach § 253 II BGB normiert das Gesetz die Notwendigkeit eines Nacherfüllungsverlangens, so dass dessen Fehlen die Entstehung des Anspruchs nicht hindert.

Soweit ein Teil der klägerseits begehrten Ansprüche der rechtlichen Anspruchskonstellation des Schadensersatzes statt der Leistung zuzurechnen sind (Nachbehandlungskosten), ist eine solche Aufforderung zur Nacherfüllung gem. § 281 I 1 BGB vorliegend aus mehreren Gründen entbehrlich.

Eines Nacherfüllungsverlangens bedarf es nicht, da der Nacherfüllungsanspruch nach Beendigung der vertraglichen Hauptleistungspflichten nicht mehr besteht. Wie das LG im Tatbestand des angefochtenen Urteils zutreffend hervorhebt, ist es zwischen den Parteien unstreitig, dass die Kl. die Behandlung beim Bekl. spätestens im Dezember 2006 auch für diesen erkennbar beendet hat. Der ärztliche Behandlungsvertrag ist gem. § 627 I BGB als Vertrag über **Dienste „höherer Art“** jederzeit kündbar. Der Behandlungsabbruch seitens des Patienten und die Nichtwahrnehmung weiterer Behandlungsangebote ist regelmäßig als zumindest konkludent erklärte Kündigung des ärztlichen Behandlungsvertrags anzusehen (...).

Hat der Patient den Dienstvertrag wirksam durch Kündigung beendet, dann enden die beiderseitigen vertraglichen Hauptpflichten. Über den Zeitpunkt der Beendigung hinaus hat der Patient keinen Erfüllungsanspruch gegen den behandelnden Arzt; der behandelnde Arzt seinerseits hat keinen Anspruch darauf, dass ihm Gelegenheit zur Nachbesserung seiner ärztlichen Leistung gegeben wird. Ist der ärztliche Behandlungsvertrag damit durch wirksame Kündigung beendet, ist für das Nachbesserungsverlangen gem. § 281 I 1 BGB kein Raum mehr.

Eines Nacherfüllungsverlangens bedarf es auch deshalb nicht, weil vorliegend besondere Umstände vorliegen, welche die Notwendigkeit eines Nacherfüllungsverlangens ausschließen (§ 281 II Alt. 2 BGB), wobei es offen bleiben kann, ob die Eigenart des Arzt-Patienten-Verhältnisses allgemein dazu führt, dass im ärztlichen Behandlungsvertrag ein Nacherfüllungsverlangen verzichtbar ist (...). Für ein Nachbesserungsverlangen ist hier weder nach dem Inhalt der geschuldeten Leistung noch nach der Art der konkret gerügten Mängel Raum.

Der Bekl. schuldet im Grundsatz die zahnärztliche Behandlung in Therapie und Diagnose nach dem aktuellen Stand der zahnärztlichen Wissenschaft. Maßstab ist hier – auch, soweit die Behandlung und Versorgung mit Inlays und Kronen betroffen ist – das Dienstvertragsrecht der §§ 611 ff. BGB.

Zwar kann für den „**rein technischen**“ Teil der Vertragserfüllung im Hinblick auf die passgenaue Anfertigung des Zahnersatzes und dessen Eingliederung in das vorhandene Gebiss der Kl. eine Einstandspflicht des Bekl. nach **werkvertraglichen Gewährleistungsgrundsätzen** in Betracht kommen;

die zentralen Behauptungen der Kl. gehen jedoch in der Sache gerade dahin, dass der Bekl. beim Einsetzen der Krone bzw. des Inlays zwei dort bereits vorhandene Kariesherde übersehen haben soll. Dies hat das LG auch zutreffend als Kern des Sachvortrags der Kl. erfasst; die im angefochtenen Urteil angesprochene Rüge der fehlenden Passgenauigkeit war ersichtlich nur ein Hilfsargument der Kl. zur Begründung der Ursache des schließlich im Mai 2007 dokumentierten Kariesbefundes.

Die Abklärung entsprechender Verdachtsbefunde bei der Vorbereitung der zahnprothetischen Leistung gehört zur dienstvertraglich geschuldeten zahnärztlichen Versorgung. Die Rüge der fehlerhaften Behandlung berührt damit hier die Fallgruppe der **fehlerhaft unterlassenen Befunderhebung**. Ein Nachbesserungsverlangen ist damit in der Sache verfehlt. Denn die auf Grund bestimmter Verdachtsmomente im Juni 2006 bzw. im Dezember 2006 geschuldete und medizinisch indizierte Befunderhebung ist einer **späteren Nacherfüllung nicht mehr** zugänglich. Eine spätere Erhebung der Befunde hätte – den Vortrag der Kl. als richtig unterstellt – ein bereits deutlich fortgeschrittenes Krankheitsbild gezeigt, hätte also damit nicht zur zeitnah geschuldeten Abklärung der Verdachtsbefunde geführt.

d. Gutachten

I. Kein Anspruch der Klägerin gegen Beklagten auf Rückzahlung des Zahnarzthonorars aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB, da Zahlung nicht rechtsgrundlos, vielmehr zur Erfüllung des bestehenden Behandlungsvertrags erfolgt. Der Honoraranspruch des Arztes (Dienstvertrag!) entfällt nicht mit dem Behandlungsfehler.

FB: Das wäre – nach Abnahme – auch beim Werkvertrag nicht der Fall.

Auch aus § 614 S. 1 BGB (Fälligkeit der Vergütung) lässt sich nicht herleiten, der Vergütungsanspruch sei abhängig von der fehlerfreien Arbeit des Zahnarztes.

II. Auch nicht aus § 812 I 2 Alt. 2 BGB (Zweckverfehlung, *condictio ob rem* oder *causa data non secuta*) scheidet ein Anspruch aus, da Arzt den Behandlungserfolg nicht verspricht.

Entfallen des Honoraranspruchs auch nicht wegen unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB), jedenfalls dann nicht, wenn kein grober Behandlungsfehler vorliegt.

III. Auch kein Anspruch aus § 346 I infolge Rücktritts. Dieser wurde weder vertraglich vereinbart noch ist gesetzlich für den Dienstvertrag vorgesehen, vielmehr lediglich Kündigung für Zukunft, § 314 BGB, möglich.

IV. Auch keine entsprechende Anwendung des § 346 I aufgrund § 628 I 3. Die Regelung ist in Fällen der Schlechterfüllung nicht anwendbar (str.). Telos: Regelung von abschnittsweiser Vergütung einer Dienstleistung, die dann nicht mehr (ganz) erfüllt werden kann, wenn gekündigt wird.

V. Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Schmerzensgeld aus §§ 630a, 280 I⁴⁵, 253 II BGB

- Schuldverhältnis: Behandlungsvertrag, §§ 630a ff. BGB (anwendbar sind gemäß § 630b grundsätzlich die Regelungen über den Dienstvertrag)
- Pflichtverletzung: abhängig davon, ob man Werk- oder Dienstvertrag annimmt: entweder Sekundärkaries oder der Behandlungsfehler. Ersteres gilt, wenn Fehler bei der Passgenauigkeit

⁴⁵ Die Vorschriften über den Behandlungsvertrag enthalten keine eigene SE-Grundlage, vielmehr bleibt § 280 I BGB anwendbar.

des anzufertigenden Zahnersatzes lag, zweites, wenn – wie hier – Fehler in der unterlassenen Befunderhebung (Übersehen von Kariesherden) liegt. (Hier wird letzteres unterstellt⁴⁶).

- Vertretenmüssen (wird vermutet⁴⁷)

V. Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Ersatz der Nachbehandlungskosten aus §§ 611, 280 I, III, 281 I 1 Alt. 2 BGB

- Kein SE-Anspruch mangels Fristsetzung durch Kl.?
- Grundsätzlich erforderlich, da SE statt Leistung, somit §§ 280 I, III, 281 I 1 Alt. 2 BGB anwendbar.
- Möglicherweise hier aber kein Nacherfüllungsrecht des Arztes?
 - o Weil keine Hauptpflichten des Behandlungsvertrags mehr bestehen nach wirksamer Kündigung (so OLG Jena).

FB: Es ist zweifelhaft, dass der Umstand, dass der Patient keine Nacherfüllung mehr verlangen kann, auch dem Arzt die Möglichkeit nimmt, sich der Pflicht zum Schadensersatz statt der Leistung durch Nacherfüllung zu entziehen.

- Möglicherweise Ende der vertraglichen Hauptpflichten durch wirksame Kündigung gemäß §§ 630b, 627⁴⁸?
 - Fristlose Kündigung gemäß §§ 630b, 627⁴⁹ (Dienstvertragsrecht ist gemäß § 630b BGB anwendbar, außer bei bestimmten Leistungen, deren Erfolg ganz in der Hand der Ärzte liegen, z. B. Anfertigung einer Prothese)
 - Behandlungsvertrag ist Vertrag über „Dienste höherer Art“
 - Konkludente Erklärung der Kündigung liegt im Behandlungsabbruch seitens des Patienten und Nichtwahrnehmung weiterer Behandlungsangebote
- o Weil die Eigenart des Arzt-Patienten-Verhältnisses ein Nacherfüllungsverlangen insgesamt verzichtbar macht
- o Weil besondere Umstände iSd § 280 II Alt. 2 BGB vorliegen (so OLG Jena). Hier: die Befunderhebung kann nicht nachgeholt werden, da später sich ein deutlich fortgeschrittenes Krankheitsbild gezeigt hätte.

FB: Wenn Befund von drittem Arzt schon behoben, kann man ihn nicht mehr erstmalig erheben (Fall der Unmöglichkeit in Form der Zweckerreichung).

⁴⁶ Zur Beweislast § 630h: „(1) Ein Fehler des Behandelnden wird vermutet, wenn sich ein **allgemeines Behandlungsrisiko verwirklicht** hat, das für den Behandelnden voll beherrschbar war und das zur Verletzung des Lebens, des **Körpers** oder der Gesundheit des Patienten geführt hat.“

⁴⁷ Genauer: Den Schuldner trifft diesbezüglich die Darlegungs- und Beweislast, § 280 I 2 BGB.

⁴⁸ Anwendbar, *Katzenmeier*, NJW 2013, 817, 818.

⁴⁹ Anwendbar, *Katzenmeier*, NJW 2013, 817, 818.

e. Merke

Am 26.3.2013 ist das „Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten – Patientenrechtegesetz (PatRG)“ in Kraft getreten. Die neuen §§ 630a - §§ 630 h BGB regeln einen neuen Vertragstypus, den Behandlungsvertrag.

f. Literatur

Schwab, Schuldrecht: Vorrang der Nacherfüllung bei ärztlichem Behandlungsfehler, JuS 2013, 256
Ballhausen, NJW 2012, 2359 (Anmerkung)

Allgemein zur Nacherfüllungsproblematik in Arzthaftungsfällen

Henssler/Deckenbrock, [LMK 2011](#), 318889 (Anmerkung zu BGH NJW 2011, 1674)

Ballhausen, Der Vorrang der Nacherfüllung beim Behandlungsvertrag, NJW 2011, 2694 (Besprechung von BGH NJW 2011, 1674)

III. Werkvertragsrecht

27. Verlängerung der Gewährschaftshaftung des Werkunternehmers, dessen Subunternehmer Mängel seiner Leistung arglistig verschweigt

BGH, Urt. v. 11.10.2007 - VII ZR 99/06, BGHZ 174, 32

a. Leitsätze

1. Der Werkunternehmer, der ein Bauwerk arbeitsteilig herstellen lässt, muss die organisatorischen Voraussetzungen schaffen, um sachgerecht beurteilen zu können, ob das Bauwerk bei Ablieferung mangelfrei ist. Unterlässt er dies, so verjähren Gewährleistungsansprüche des Bestellers – wie bei arglistigem Verschweigen eines Mangels – erst nach 30 Jahren, wenn der Mangel bei richtiger Organisation entdeckt worden wäre (Bestätigung von BGHZ 117, 318 = NJW 1992, 1754). Diese Organisationspflicht ist keine vertragliche Verbindlichkeit gegenüber dem Besteller, sondern eine Obliegenheit des Unternehmers. Dem Unternehmer kann eine Obliegenheitsverletzung nicht allein deshalb angelastet werden, weil sein Nachunternehmer die Herstellung des ihm übertragenen Werks seinerseits nicht richtig organisiert. Eine Zurechnung über § 278 BGB kommt nicht in Betracht.

2. Soweit Leistungen zur Herstellung von Bauteilen an einen Nachunternehmer vergeben werden, die der Unternehmer mangels eigener Fachkunde oder mangels Lizenzierung nicht selbst vornehmen kann, genügt der Unternehmer grundsätzlich seinen Obliegenheiten, wenn er den Nachunternehmer sorgfältig aussucht.

b. Tatbestand (vereinfacht)

Die Kl. verlangt von der Bekl. Schadensersatz in Höhe von 597.210,37 Euro nebst Zinsen wegen Mängeln ihrer Werkleistung. Die Kl. erteilte der Bekl. den Zuschlag für eine Konstruktion mit 30 Nagelplattenbindern. Die im Angebotspreis enthaltene Statik wurde von der T-AG gefertigt, die über eine Zulassung des von ihr entwickelten Systems verfügte. Die Herstellung der Nagelplattenbinder wurde von der Bekl. der H-KG überlassen, einem in der Branche anerkannten Fachunternehmen, das im Gegensatz zur Bekl. über die entsprechende Lizenz verfügte. Nach Durchführung der Arbeiten im Jahr 1982 erfolgte am 23. 3. 1983 die Abnahme durch die Kl. ohne Beteiligung der H-KG. Am 25.8.2000

stürzte das Dach der Halle ein. Ursache hierfür war die unzureichende Statik der Nagelplattenbinder im Bereich des westlichen Auflagers. Die Herstellung der Binder war abweichend von der Statik der T-AG vorgenommen worden, so dass die notwendige Lastübertragung verhindert wurde und die statische Konstruktion versagte. Die Kl. hat die Bekl. wegen des entstandenen Sachschadens in Anspruch genommen.

1982 Arbeiten
23.3.1983 Abnahme durch Kl.
25.8.2000 Einsturz der Halle

T-AG (Statik)

I

Kl. (Bestellerin) - Bekl. (Hauptunternehmerin) - H-KG (Nachunternehmerin)

c. Aus den Gründen

- Tz. 8 „Das für die Beurteilung maßgebliche Recht richtet sich nach den bis zum 31. 12. 2001 geltenden Gesetzen (Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB)“, also dem alten Schuldrecht [mit 30jähriger Regelverjährung, FB].
- Tz. 13 „2. Die von der Bekl. erhobene Einrede der Verjährung kann entgegen der Auffassung des BerGer. begründet sein.“
- Tz. 14 Die bekl. Werkunternehmerin hat den Mangel nicht arglistig verschwiegen, da sie ihn nicht wahrgenommen hat.
- Tz. 15 Die bekl. Werkunternehmerin muss sich die mangelnde Organisation und Endkontrolle des Herstellungsprozesses durch ihre Subunternehmerin nicht gemäß § 278 BGB zurechnen lassen.
- Tz. 16 „Der Werkunternehmer, der ein Bauwerk arbeitsteilig herstellen lässt, muss die organisatorischen Voraussetzungen schaffen, um sachgerecht beurteilen zu können, ob dieses bei Ablieferung mangelfrei ist. Unterlässt er dies, verjähren Gewährleistungsansprüche des Bestellers erst nach 30 Jahren [heute: dreijährige Regelverjährung gemäß § 195 BGB], wenn der Mangel bei richtiger Organisation entdeckt worden wäre. Denn der Besteller ist dann so zu stellen, als wäre der Mangel dem Unternehmer bei Ablieferung des Werks bekannt gewesen (BGHZ 117, 318 = NJW 1992, 1754). Anknüpfungspunkt für die 30-jährige Verjährung [s. o.] ist allein die Verletzung der Organisationspflicht des mit der Herstellung beauftragten Unternehmers. Dieser kann sich seiner vertraglichen Offenbarungspflicht bei Ablieferung des fertigen Werks nicht dadurch entziehen, dass er sich unwissend hält oder sich keiner Gehilfen bei der Erfüllung dieser Pflicht bedient (BGHZ 66, 43 [46f.] = NJW 1976, 516). Er ist daher gehalten, den Herstellungsprozess angemessen zu überwachen und das Werk vor Abnahme auf Mangelfreiheit zu überprüfen. Er muss die organisatorischen Voraussetzungen schaffen, um sachgerecht beurteilen zu können, ob das fertiggestellte Werk bei Ablieferung den vertraglichen Vereinbarungen entspricht und keine Fehler aufweist.“
- Tz. 17 „Diese Organisationspflicht ist, anders als das BerGer. offenbar annehmen will, keine vertragliche Verbindlichkeit gegenüber dem Besteller. Sie ist vielmehr eine **Obliegenheit**, deren Verletzung zu einer für den Unternehmer nachteiligen Verjährung führt. Es liegt in seinem eigenen Interesse, seinen Betrieb so zu organisieren, dass er sich nicht dem Vorwurf aussetzt, er habe durch Arbeitsteilung von vornherein verhindert, arglistig zu werden. Die Rechtspre-

chung des *Senats* zur Gleichstellung einer Organisation, die Arglist verhindert, mit arglistigem Verhalten schafft keinen neuen vertraglichen Haftungsgrund mit 30-jähriger Verjährung, sondern schließt Lücken im Bereich der Verjährung bei Arglist.“

- Tz. 18 „Dem Unternehmer kann eine solche Obliegenheitsverletzung nicht allein deshalb angelastet werden, weil sein Nachunternehmer die Herstellung des ihm übertragenen Werks seinerseits nicht richtig organisiert. Eine Zurechnung über § 278 BGB kommt nicht in Betracht, weil sich der Unternehmer regelmäßig nicht des Nachunternehmers zur Erfüllung seiner eigenen Organisationspflichten im Rahmen der dargestellten Obliegenheit bedient. Die ordnungsgemäße Organisation des Herstellungsprozesses beim Nachunternehmer ist regelmäßig allein dessen Angelegenheit und wird nicht im Fremdinteresse durchgeführt.“

d. Merke

1. Grundsätzlich beträgt die werkvertragliche Verjährungsfrist zwei, bei Bauwerken fünf Jahre ab Abnahme, § 634a I und II BGB. Hat der Unternehmer einen Mangel arglistig verschwiegen, greift die regelmäßige Verjährungsfrist ein, § 634a III BGB. Sie beträgt zwar nur drei Jahre, § 195 BGB. Allerdings beginnt sie erst am Ende des Jahres zu laufen, in dem der Anspruchsberechtigte (hier: Besteller) von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Verpflichteten (hier: Werkunternehmer) Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen, § 199 BGB. Die Mindestverjährungsdauer entspricht auch im Fall der Arglist ohnehin den normalen werkvertraglichen Gewährleistungsfristen, § 634a III 2 BGB.
2. Der Werkunternehmer soll sich seiner Pflicht zur Offenbarung von Mängeln nicht dadurch entziehen können, dass er die Herstellung arbeitsteilig organisiert. Daher gelten folgende Grundsätze:
 - a. Fehlt es beim Werkunternehmer selbst an der Kenntnis des Mangels, ist ihm das arglistige Verschweigen seiner Erfüllungsgehilfen einschließlich seines Subunternehmers zuzurechnen, § 278 BGB.
 - b. Darüber hinaus muss der Werkunternehmer seinen Herstellungsprozess so organisieren, dass ihm eine angemessene Überwachung und Überprüfung der vom Subunternehmer erbrachten Werkleistung möglich ist. Fehlt es daran und wäre der Mangel des Werks bei richtiger Organisation entdeckt worden, muss er sich behandeln lassen, als hätte er den Mangel arglistig verschwiegen.
 - c. In beiden Fällen verjähren Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche in der dreijährigen regelmäßigen Verjährungsfrist.
3. Inkonsequent erscheint die in der vorliegenden Entscheidung erfolgte Einschränkung der ausgeführten Grundsätze durch den BGH: Den Schritt, auch noch das Organisationsverschulden der Subunternehmerin zuzurechnen, will der BGH nicht machen. Damit steht die kl. Bestellerin durch die von der bekl. Werkunternehmerin arbeitsteilig organisierten Herstellung im Ergebnis doch wieder schlechter. Weder eine Kompensation ihres Schadens noch eine Haftung der Subunternehmerin ist ersichtlich. Deliktische Direktansprüche gegen die eigentlich verantwortliche Subunternehmerin scheiden mangels Rechtsgutsverletzung (§ 823 I BGB) regelmäßig aus. Ansprüche der Werkunternehmerin gegen die Subunternehmerin aus Drittschadensliquidation in Verbindung mit einem Anspruch der kl. Bestellerin gegen die bekl. Werkunternehmerin auf Abtretung werden – soweit ersichtlich – nicht diskutiert. Die anerkannten Fallgruppen sind nicht einschlägig. Zudem könnte die bekl. Werkunternehmerin ge-

gegenüber dem etwaigen Abtretungsanspruch der kl. Bestellerin auf Grundlage der Rechtsprechung ohnehin Verjährung einwenden.

IV. Geschäftsführung ohne Auftrag

28. Vornahme nicht geschuldeter Schönheitsreparaturen durch Mieter ist keine Geschäftsführung für den Vermieter

BGH, Urt. v. 27.5.2009 – VIII ZR 302/07, BGHZ 181, 188 = NJW 2009, 2590

a. Leitsätze

1. Ein Mieter, der auf Grund einer unerkannt unwirksamen Endrenovierungsklausel Schönheitsreparaturen in der Mietwohnung vornimmt, führt damit kein Geschäft des Vermieters, sondern wird nur im eigenen Rechts- und Interessenkreis tätig, weil er eine Leistung erbringen will, die rechtlich und wirtschaftlich Teil des von ihm für die Gebrauchsüberlassung an der Wohnung geschuldeten Entgelts ist.

2. Der nach § 818 II BGB geschuldete Wertersatz, den der Vermieter an einen Mieter zu leisten hat, der die Mietwohnung vor seinem Auszug auf Grund einer unwirksamen Endrenovierungsklausel in Eigenleistung renoviert hat, bemisst sich üblicherweise nur nach dem, was der Mieter billigerweise neben einem Einsatz an freier Zeit als Kosten für das notwendige Material sowie als Vergütung für die Arbeitsleistung seiner Helfer aus dem Verwandten- und Bekanntenkreis aufgewendet hat oder hätte aufwenden müssen.

b. Tatbestand (vereinfacht)

Die Kl. hatten von Mai 1999 bis Mai 2006 eine Wohnung des Bekl. gemietet. Der dabei vom Bekl. verwendete Formularmietvertrag (MV) enthält zur Frage der Schönheitsreparaturen unwirksame Bestimmungen (starre Fristenregeln).

Vor Auszug weißten die Kläger die Wohnung. Mit der Behauptung, der Bekl. habe ausdrücklich auf Durchführung einer Endrenovierung bestanden, um die Wohnung in einem frisch renovierten Zustand weiterzuvermieten, beanspruchen die Kl. Erstattung der für das Weißen der Wand- und Deckenflächen getätigten Aufwendungen, die sie mit 9 Euro/m² ansetzen.

c. Aus den Gründen

Tz. 10 „Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des *BGH*, dass ein Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch die **Verwendung unwirksamer Klauseln seine vorvertragliche Pflicht zur Rücksichtnahme** gegenüber seinem Vertragspartner verletzen und sich bei Verschulden diesem gegenüber schadensersatzpflichtig machen kann, wenn der Vertragspartner in Unkenntnis der Unwirksamkeit der Klausel Aufwendungen tätigt.“

Eine Besonderheit der Konstellation liegt darin, dass die vorvertraglich, nämlich durch die Einbeziehung unwirksamer AGB begangene Pflichtverletzung vorliegend zum Eintritt eines Schadens erst nach Vertragsabschluss führt, nämlich der Durchführung nicht geschuldeter Renovierungsarbeiten. Das ändert jedoch nichts an dem Umstand, dass Schadensersatz für die Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht (c.i.c) verlangt werden kann.

Tz. 11 „Bei der hier gegebenen Fallgestaltung kann dem Bekl. indessen kein zur Ersatzpflicht führender **Verschuldensvorwurf** gemacht werden, [...] weil zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine solche Klausel noch nicht beanstandet worden [war] und dem Bekl. deshalb kein Verschuldensvorwurf gemacht werden [kann].“

Hinweis: Nach dem Urteil des BGH vom 23. Juni 2004 - VIII ZR 361/03, NJW 2004, 2586, sind wegen Verstoßes gegen die AGB-Vorschriften unwirksam (§ 307 I 1 BGB: unangemessene Benachteiligung wider Treu und Glauben) mietvertragliche Formulklauseln, „durch die dem Mieter die Ausführung der Schönheitsreparaturen nach einem „starren“ Fristenplan auferlegt wird. Vorformulierte Fristenpläne für die Ausführung von Schönheitsreparaturen müssen, um der Inhaltskontrolle standzuhalten, so abgefasst sein, dass der durchschnittliche, verständige Mieter ohne weiteres erkennen kann, dass der Fristenplan nur ein Näherungswert ist, von dem wegen des guten Erhaltungszustands der Mieträume - namentlich wegen Verwendung „langlebiger“ Materialien - auch nach oben abgewichen werden kann.“ (aus den Leitsätzen).

Die im zitierten Urteil vom BGH beanstandete Klausel lautete: „Der Mieter ist insbesondere verpflichtet, auf seine Kosten die Schönheitsreparaturen (...) in den Mieträumen, wenn erforderlich, **mindestens** aber in der nachstehenden Zeitfolge fachgerecht auszuführen. ... Die Zeitfolge beträgt: bei Küche, Bad und Toilette 2 Jahre, bei allen übrigen Räumen 5 Jahre.“ (Hervorhebung vom Verf.).

- Tz. 15 „Entgegen der Auffassung der Revision steht den Kl. auch kein Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen aus einer **Geschäftsführung ohne Auftrag** (GoA) zu.“
- Tz. 16 „Zwar bestimmt **§ 539 I BGB**, dass der Mieter vom Vermieter Aufwendungen auf die Mietsache, die der Vermieter ihm nicht gem. § 536a II BGB zu ersetzen hat, nach den Vorschriften über die GoA (§§ 677, 683 S. 1, 670 BGB) ersetzt verlangen kann. Indessen handelt es sich bei dieser Bestimmung um eine **Rechtsgrundverweisung**, die erfordert, dass zugleich die gesetzlichen Voraussetzungen einer GoA vorliegen. Daran fehlt es hier.“
- Tz. 18 „Die Regeln über die GoA setzen voraus, dass der Geschäftsführer ein Geschäft „für einen anderen“ besorgt. Das kann nach der Rechtsprechung des BGH bereits dann der Fall sein, wenn er das Geschäft nicht nur als eigenes, sondern auch als fremdes führt, d. h. in dem Bewusstsein und mit dem Willen, **zumindest auch im Interesse eines anderen** zu handeln. In diesem Zusammenhang wird zwischen objektiv und subjektiv fremden Geschäften unterschieden. Bei objektiv fremden Geschäften, die schon ihrem Inhalt nach in einen fremden Rechts- und Interessenkreis eingreifen (z. B. Hilfe für einen Verletzten [...]; Abwendung der von einem unbeleuchteten Fahrzeug drohenden Gefahren [...], Tilgung fremder Schulden [...], Veräußerung einer fremden Sache [...]), wird regelmäßig ein ausreichender **Fremdgeschäftsführungswille vermutet**. Das gilt grundsätzlich auch für Geschäfte, die zugleich objektiv eigene als auch objektiv fremde sind. Dabei kann es genügen, dass das Geschäft seiner äußeren Erscheinung nach nicht nur dem Besorger, sondern auch einem Dritten zugutekommt, insbesondere wenn dessen Interesse an der Vornahme der Handlung im Vordergrund steht oder gar vordringlich ist. Hingegen erhalten **objektiv eigene oder neutrale Geschäfte** ihren (subjektiven) Fremdcharakter allenfalls durch einen Willen des Geschäftsführers zur vordringlichen Wahrnehmung fremder Interessen. Hierfür besteht grundsätzlich keine tatsächliche Vermutung; der Wille, ein solches Geschäft in erster Linie oder zumindest zugleich für einen anderen zu führen, muss vielmehr hinreichend deutlich nach außen in Erscheinung treten [...].“

Echte Geschäftsführung ohne Auftrag – Voraussetzungen gemäß § 677 BGB:

1. Geschäftsbesorgung („ein Geschäft [...] besorgt“)
2. Fremdgeschäftsführungswillen („für einen anderen“)

- a. Fremdheit des Geschäfts: Vier Fallgruppen (vgl. Tz. 18 des Urteils):
- (1) Objektiv fremdes Geschäft: Fremdgeschäftsführungswille wird vermutet.
 - (2) Objektiv neutrales Geschäft: Innerer Wille, ein fremdes Geschäft zu führen, muss nach außen erkennbar geworden sein.
 - (3) Objektiv eigenes Geschäft: Wille oder Glaube, ein fremdes Geschäft zu führen, machen objektiv eigenes Geschäft nicht zu einem fremden.
 - (4) „Auch-fremdes-Geschäft“:
 - GF führt auch ein (ausschließlich) eigenes Geschäft: GoA (+).
 - Fälle der Selbstaufopferung: GoA (+), str.
 - GF ist zu seiner Tätigkeit kraft Amtes oder aus Vertrag mit einem Dritten verpflichtet ist.

Rspr.: GoA (+); Lit.: (-), Kostenerstattung richtet sich nach öff. Recht bzw. GF muss sich an seinen Vertragspartner halten.

b. Unerheblich ist ein Irrtum über die Person des GH, § 686 BGB

3. Ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung

Die Anwendung der §§ 677 BGB ist ausgeschlossen bei

- Auftrag,
- anderen Rechtsverhältnissen, insbes. Verträgen, auch nichtigen (a. A., BGH) sowie
- bei gesetzlichen Sonderregeln wie Vormundschaft.

Tz. 20 „Ein Mieter, der auf Grund vermeintlicher vertraglicher Verpflichtung Schönheitsreparaturen in der Mietwohnung vornimmt, führt damit kein Geschäft des Vermieters, sondern wird nur im eigenen Rechts- und Interessenkreis tätig. Der für eine Fremdgeschäftsführung erforderliche unmittelbare Bezug zum Rechts- und Interessenkreis des Vermieters [...] ist entgegen der Auffassung der Revision nicht schon deswegen gegeben, weil die Renovierungsmaßnahmen zu einer Verbesserung der Mietsache führen und damit dem Vermögen des Vermieters zugutekommen. Denn mit der Vornahme von Schönheitsreparaturen will der Mieter eine Leistung erbringen, die **rechtlich und wirtschaftlich als Teil des von ihm für die Gebrauchsüberlassung an der Wohnung geschuldeten Entgelts** anzusehen ist [...]. Eine dadurch bewirkte Vermögensmehrung auf Vermieterseite stellt ebenso wenig wie die Zahlung der Miete eine Wahrnehmung von Vermieterinteressen und damit eine Geschäftsführung dar, welche eine Anwendung der Vorschriften über die GoA rechtfertigen könnte.“

Tz. 21 „Mit der vom BerGer. gegebenen Begründung kann jedoch ein Anspruch der Kl. auf **Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 I, 818 II BGB)** nicht verneint werden.

Neben der berechtigten GoA würden §§ 812ff. BGB als Anspruchsgrundlage ausscheiden. Die berechtigte GoA gilt insofern als rechtlicher Grund im Sinne des § 812 BGB. Um Inzidentprüfungen zu vermeiden, empfiehlt es sich sehr, wie der BGH (oben) im Gutachten Ansprüche aus GoA vor denjenigen aus ungerechtfertigter Bereicherung zu prüfen.

- Tz. 22 „Die Mieter haben die von ihnen vorgenommenen Schönheitsreparaturen auf Grund einer unwirksamen Endrenovierungsklausel und damit ohne rechtlichen Grund erbracht.“
- Tz. 23 „Da die von den Kl. rechtsgrundlos erbrachte Leistung nicht in Natur herausgegeben werden kann, hat der Bekl. nach § 818 II BGB Wertersatz zu leisten. Dieser ist entgegen einer verbreitet vertretenen Auffassung [...] allerdings nicht darauf gerichtet, eine durch die Renovierungsmaßnahmen eingetretene Wertsteigerung der Mieträume in Form von Vorteilen auszugleichen, die der Vermieter aus einem erhöhten objektiven Ertragswert der Mietsache tatsächlich erzielen kann oder hätte erzielen können. Diese für einen Ausgleich von Grundstücksverwendungen maßgebliche Sichtweise [...] passt hier deshalb nicht, weil die Leistung der Kl. darin bestanden hat, einen rechtlich und wirtschaftlich als Teil des von ihnen für die Gebrauchsüberlassung an der Wohnung vermeintlich geschuldeten Entgelts durch Vornahme der Schönheitsreparaturen und damit durch eine Werkleistung zu erbringen [oben Tz. 20].“
- Tz. 24 „[...] Dabei muss allerdings berücksichtigt werden, dass Mieter bei Ausführung von Schönheitsreparaturen vielfach von der im Mietvertrag regelmäßig eingeräumten Möglichkeit Gebrauch machen, die Arbeiten in Eigenleistung zu erledigen oder sie durch Verwandte und Bekannte erledigen zu lassen. In diesem auch hier gegebenen Fall bemisst sich der Wert der Dekorationsleistungen üblicherweise nur nach dem, was der Mieter billigerweise neben einem Einsatz an freier Zeit als Kosten für das notwendige Material sowie als Vergütung für die Arbeitsleistung seiner Helfer aus dem Verwandten- und Bekanntenkreis aufgewendet hat oder hätte aufwenden müssen [...]. Den Wert der von den Kl. erbrachten Eigenleistungen, der im Allgemeinen nur einen Bruchteil des Betrags ausmacht, den der Mieter bei Beauftragung eines Handwerkers hätte aufbringen müssen, wird das BerGer. gem. § 287 ZPO zu schätzen haben [...]. Zugleich wird es zu klären haben, ob ein höherer Wert etwa deshalb anzusetzen ist, weil die Ausführung der Schönheitsreparaturen zugleich Gegenstand eines von den Kl. in selbstständiger beruflicher Tätigkeit geführten Gewerbes war. Mit einem dahin weisenden Vorbringen der Kl., wonach der Kl. zu 2 beruflich als Maler und Lackierer tätig sei, hat sich das BerGer. – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – bislang nicht befasst.“

Kritisch *Häublein*, in *MüKoBGB*, 2012, § 535 Rn. 126: „Da §§ 812 ff. nicht darauf zielen, den Vermögensverlust des Bereicherungsgläubigers auszugleichen, sondern den ungerechtfertigten Vorteil beim Schuldner abschöpfen, der Vermieter aber idR die Kosten eines Fachbetriebes erspart, bleibt ein Bruch in der Argumentation des BGH. Ein geringerer Wert der Mieterleistungen lässt sich zwar mit den Nachteilen begründen, die der Vermieter dadurch erleidet, dass ihm keine Gewährleistungsansprüche zustehen. Es ist nicht recht verständlich, weshalb der BGH hier einerseits zwischen dem Erfolg der Leistung (gestrichene Wohnung) und der Tätigkeit (Streichen) differenziert.“

d. Gutachten

1. Ansprüche des Mieters gegen den Vermieter aus c.i.c. (§§ 280 I, 241 II, 311 II) (-), mangelndes Verschulden, da Rechtsprechungsänderung.
2. Ansprüche des Mieters gegen Vermieter aus GoA (§§ 677, 683, 670) (-),

da kein fremdes Geschäft, Schönheitsreparaturen sind vielmehr Teil des geschuldeten Entgelts (Miete).

Die Verweisung in § 539 I BGB ändert hieran nichts, da es sich um eine Rechtsgrundverweisung handelt.

Dasselbe gilt für § 951 BGB, der auf die §§ 812ff. BGB verweist. Zwar ist hinsichtlich der Farbe der Tatbestand des § 946 BGB erfüllt. Die Vorschrift § 951 BGB ist aber ebenfalls Rechtsgrundverweisung.

3. Ansprüche des Mieters gegen Vermieter aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 I 1 Alt. 1, 818 II) (+)

Schönheitsreparaturen sind Leistung an Vermieter, die ohne entsprechende Verpflichtung (Unwirksamkeit der Klausel) erbracht wurden.

Höhe: üblicher Werklohn für Bekannte/Freunde des Mieters, nicht für Fachbetrieb.

e. Merke

1. Nach den – freilich nicht zwingenden – Vorstellungen des Gesetzgebers obliegt die Durchführung von Schönheitsreparaturen dem Vermieter, §§ 535 I 2, 538 BGB. Verpflichtet sich der Mieter vertraglich zu ihrer Durchführung, so handelt es sich nach der überzeugenden Ansicht des BGH um einen Teil des vom Mieter geschuldeten **Entgelts** für die Überlassung der Mietsache. Wird dieser Teil des Entgelts rechtsgrundlos, nämlich aufgrund einer unwirksamen Reparaturklausel erbracht, handelt es sich genauso wenig um einen Fall der Geschäftsführung ohne Auftrag für den Vermieter (§ 677 BGB) wie wenn der Mieter eine Monatsmiete zu viel überweist. Die Rückabwicklung der rechtsgrundlosen Leistung folgt vielmehr den Regeln der §§ 812ff.
2. Die erbrachten Schönheitsreparaturen können nicht herausgegeben werden, § 812 I 1 1. Alt. BGB. In Betracht kommt nur Wertersatz für die rechtsgrundlos erbrachten Werkleistungen gemäß § 818 II BGB. Deren Wert hat sich nach der **üblichen Vergütung** zu orientieren. Der BGH will hier die miettypische Besonderheit berücksichtigen, dass Streifarbeiten am Ende der Mietzeit regelmäßig vom Mieter, ggf. zusammen mit Freunden und Verwandten, in Eigenregie erbracht werden. Daher seien auf Grundlage von §§ 812, 818 II BGB im Normalfall (Ausn.: Mieter ist selbst professioneller Maler) nur Ersatz der Materialkosten und eine Art Trinkgeld (Verpflegungskosten etc.) für die Helfer, nicht aber der (wesentlich höhere) Handwerkerlohn geschuldet.

f. Entscheidungsbesprechung

Stephan Lorenz, NJW 2009, 2576