

Prof. Dr. Rainer Schröder

unter Mitarbeit von

Jan Thiessen, Wissenschaftlicher Mitarbeiter

Maren Bedau, Wissenschaftliche Mitarbeiterin

Alexander Holmer, Wissenschaftlicher Mitarbeiter

Robert Stieglitz, Wissenschaftlicher Mitarbeiter

Schuldrecht

Lehrtext und Fälle

Berlin

2002

Humboldt Universität zu Berlin
2002

Gliederung

1. EINLEITUNG	14
1.1 Begriff des Schuldverhältnisses – Relativität	15
1.2 Problemschwerpunkte	17
1.3 Literaturhinweise	18
2. VERTRAGLICHE SCHULDVERHÄLTNISSE – LEISTUNGSSTÖRUNGEN UND SACHMÄNGELGEWÄHRLEISTUNG	19
2.1 Einteilung der Leistungspflichten	19
2.1.1 Haupt- und Nebenleistungspflichten	19
2.1.1.1 Hauptleistungspflichten	19
2.1.1.2 Neben(leistungs)plichten	20
2.1.2 Gegenseitige und einseitige Leistungspflichten	21
2.1.3 Gattungsschulden und Stückschulden	22
2.2 Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers	23
2.3 Das System der Leistungsstörungen im deutschen Recht	24
2.4 Unmöglichkeit	25
2.4.1 Objektive und subjektive Unmöglichkeit	25
2.4.2 Anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit	26
2.4.2.1 Nachträgliche Unmöglichkeit	26
2.4.2.1.1 Nachträgliche objektive Unmöglichkeit	26
2.4.2.1.2 Nachträgliche subjektive Unmöglichkeit (nachträgliches Unvermögen)	27
2.4.2.1.3 Nachträgliche Unmöglichkeit bei einseitigen Pflichten	27
2.4.2.1.4 Nachträgliche Unmöglichkeit bei gegenseitigen Pflichten	28
2.4.2.1.4.1 Von niemandem zu vertretendes Unmöglichwerden	29
2.4.2.1.4.2 Vom (Sachleistungs-)Gläubiger zu vertretendes Unmöglichwerden	29
2.4.2.1.4.3 Vom (Sachleistungs-)Schuldner zu vertretendes Unmöglichwerden	29

2.4.2.2	Anfängliche Unmöglichkeit	31
2.4.2.2.1	Anfängliche objektive Unmöglichkeit	31
2.4.2.2.2	Anfängliche subjektive Unmöglichkeit (anfängliches Unvermögen)	32
2.4.3	Dauernde und vorübergehende Unmöglichkeit	32
2.4.4	Rechtliche und tatsächliche Unmöglichkeit.	33
2.4.5	Teilweise und völlige Unmöglichkeit	34
2.5	Vertretenmüssen	34
2.5.1	Vorsatz	34
2.5.2	Fahrlässigkeit	35
2.5.3	Haftungsbeschränkungen und Erweiterungen	35
2.5.4	Zurechnung des Verschuldens Dritter	36
2.6	Verzug	36
2.6.1	Schuldnerverzug	36
2.6.1.1	Nichtleistung	36
2.6.1.2	Fälligkeit	36
2.6.1.3	Mahnung	37
2.6.1.4	Entbehrlichkeit der Mahnung	37
2.6.1.5	Vertretenmüssen	38
2.6.1.6	Verzögerungsschaden	38
2.6.1.7	Verzugszinsen	38
2.6.1.8	Schuldnerverzug im gegenseitigen Vertrag	38
2.6.2	Gläubigerverzug	39
2.7	Gefahrübergang	40
2.8	Abschließender Fall zu Unmöglichkeit und Verzug	41
2.9	Positive Vertragsverletzung (pVV)	41
2.9.1	Einleitende Bemerkungen	41
2.9.2	Hauptanwendungsfälle	42
2.9.2.1	Schlechtleistungen	42
2.9.2.2	Nebenpflichtverletzungen	43
2.9.2.2.1	Leistungstreuepflichten	43
2.9.2.2.2	Schutzpflichten	43
2.9.2.2.3	Aufklärungs-, Anzeige- und Beratungspflichten	44
2.10	culpa in contrahendo (cic)	44
2.10.1	Pflicht zu „besonderer Rücksicht“, § 311	45

2.10.2	Schutz nicht nur für absolute Recht, sondern auch für Nichtvermögensrechte	46
2.10.3	Anwendung der entwickelten Rechtsprechung	46
2.10.4	Nichtzustandekommen des Vertrages	47
2.10.5	Zustandekommen inhaltlich nachteiliger Verträge	47
2.10.6	Empfohlenes Prüfungsschema:	47
2.11	Störung der Geschäftsgrundlage oder auch Wegfall der Geschäftsgrundlage, § 313	48
2.11.1	Allgemeines	48
2.11.2	Subsidiarität	48
2.11.3	Begriff der Geschäftsgrundlage	48
2.11.4	Rechtsfolgen einer Störung der Geschäftsgrundlage	48
2.11.5	Typische Fallgruppen	49
2.11.5.1	Zweckstörung	49
2.11.5.2	Wirtschaftliche Unmöglichkeit – Äquivalenzstörung	50
2.11.6	Empfohlenes Prüfungsschema	50
2.12	Behandlung von Dauerschuldverhältnissen	50
2.12.1	Allgemeines	50
2.12.2	Wichtiger Grund; Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Dauerschuldverhältnisses	51
2.12.3	Kein Verschulden erforderlich	51
2.12.4	Grundsätzlich Abmahnung bzw. Abhilfeverlangen erforderlich	52
2.12.5	Kündigung innerhalb angemessener Frist	52
3.	ÜBERGANG VON RECHTEN UND PFLICHTEN AUF DRITTE, WECHSEL DER AKTIV- ODER PASSIVLEGITIMATION	53
3.1	Einleitung	53
3.2	Wechsel der Aktivlegitimation (Gläubigerwechsel)	53
3.2.1	Forderungsabtretung, § 398	53
3.2.1.1	Voraussetzung	53
3.2.1.1.1	Wirksamer Abtretungsvertrag	53
3.2.1.1.2	Bestehende, abzutretende Forderung	53
3.2.1.1.3	Bestimmtheit der abzutretenden Forderung	54
3.2.1.1.4	Übertragbarkeit	54
3.2.1.1.5	Rechtsfolgen	54
3.2.1.2	Schuldnerschutzvorschriften	54

3.2.1.2.1	Rechtshandlungen gegenüber dem bisherigen Gläubiger, § 407	54
3.2.1.2.2	Mehrfache Abtretung, §§ 408 i.V.m. 407	55
3.2.1.2.3	Abtretungsanzeige, § 409	55
3.3	Wechsel der Passivlegitimation, Schuldnerwechsel	55
3.3.1	Schuldübernahme	55
3.3.1.1	Übernahmevertrag	56
3.3.1.1.1	Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer	56
3.3.1.1.2	Vertrag zwischen Alt- und Neuschuldner, §§ 415 f	56
3.3.1.2	Einwendungen des Übernehmenden, § 417	56
3.3.1.3	Erlöschen akzessorischer Sicherungsrechte, § 418	57
3.4	Einbeziehung von Dritten auf Seiten des Gläubigers	57
3.4.1	Mit-/Gesamt- und Teilgläubigerschaft	57
3.4.1.1	Mitgläubiger	57
3.4.1.2	Teilgläubiger / Gesamtgläubiger	57
3.4.2	Verträge zugunsten Dritter	58
3.4.2.1	Echter Vertrag zugunsten Dritter, §§ 328 ff	58
3.4.2.2	Unechter Vertrag zugunsten Dritter	58
3.4.3	Universalsukzession, § 1922	58
3.4.4	Dingliche Surrogation	58
3.5	Einbeziehung von Dritten auf Seiten des Schuldners	59
3.5.1	Teilschuldnerschaft, § 420	59
3.5.2	Gesamtschuldnerschaft, §§ 421	59
3.5.2.1	Unteilbare Leistung	59
3.5.2.2	Selbständige Verpflichtung auf das Ganze	60
3.5.2.3	Dasselbe Leistungsinteresse	60
3.5.2.4	Innere Verbundenheit der Forderungen	60
3.5.3	Schuldnergemeinschaft	60
3.5.3.1	Gesamthandsschuld	60
3.5.3.2	Gemeinschaftliche Schuld im engeren Sinne	60
3.5.4	Schuldbeitritt	61
3.5.5	Erbe als Schuldner für Erblasser- und Erbfallschulden gemäß § 1967	61
4.	GEWÄHRLEISTUNGSRECHTE	62
4.1	Einleitung	62
4.2	Sachmängelgewährleistung beim Kauf	63

4.2.1	Literaturtipps	63
4.2.2	Überblick	63
4.2.2.1	Der Regelungsgegenstand	63
4.2.2.2	Die Rechte des Käufers	63
4.2.2.3	Der Prüfungsaufbau für die Gewährleistungsvoraussetzungen	64
4.2.3	Die Voraussetzungen im einzelnen	65
4.2.3.1	Der Begriff des Sachmangels	65
4.2.3.1.1	Wegfall der Bagatellklausel	66
4.2.3.1.2	Der subjektive Fehlerbegriff	67
4.2.3.1.3	Der objektive Fehlerbegriff	67
4.2.3.1.3.1	Die Regelung des § 434 I 2 Nr. 2	67
4.2.3.1.3.2	Der Einfluss öffentlicher Äußerungen, insbesondere der Werbung	68
4.2.3.1.4	Die fehlerhafte Montage (§ 434 II)	70
4.2.3.1.5	Die Falsch- und die Zuweniglieferung	70
4.2.3.1.5.1	Die Falschlieferung	71
4.2.3.1.5.2	Die Zuweniglieferung	71
4.2.3.2	Wegfall der „zugesicherten Eigenschaft“	72
4.2.3.2.1	Allgemeines	72
4.2.3.2.2	Der Garantiebegriff	73
4.2.3.3	Zeitpunkt	74
4.2.3.4	Der Ausschluss der Sachmängelhaftung	75
4.2.3.4.1	Ausschluss durch vertragliche Vereinbarung	75
4.2.3.4.2	Überblick über die gesetzlichen Ausschlussgründe	76
4.2.4	Die Rechte des Käufers bei Sachmängeln	77
4.2.4.1	Der Nacherfüllungsanspruch	78
4.2.4.1.1	Wahlrecht des Käufers	79
4.2.4.1.2	Verweigerung der Nacherfüllung	79
4.2.4.1.3	Unmöglichkeit der Nacherfüllung	79
4.2.4.1.4	Fehlschlagen der Nacherfüllung	80
4.2.4.1.5	Unzumutbarkeit der Nacherfüllung	81
4.2.4.2	Der Rücktritt	81
4.2.4.2.1	Voraussetzungen des Rücktritts	82
4.2.4.2.1.1	Sachmangel	82
4.2.4.2.1.2	Nachfristsetzung	82
4.2.4.2.1.3	Erhebliche Pflichtverletzung	83
4.2.4.2.2	Rechtsfolgen des Rücktritts	83
4.2.4.3	Die Minderung	83
4.2.4.4	Der Schadensersatz statt der Leistung	84

4.2.4.4.1	Schadensersatz statt der Leistung	85
4.2.4.4.1.1	Haftung für unbehebbar Sachmängel	85
4.2.4.4.1.2	Haftung für behebbar Sachmängel	85
4.2.4.4.1.3	Haftung für zugesicherte Eigenschaften	86
4.2.4.4.2	Schadensersatz statt der ganzen Leistung	86
4.2.4.4.3	Inhalt des Schadensersatzanspruchs	87
4.2.4.4.3.1	Die Schadensberechnung	87
4.2.4.4.3.2	Der Umfang des Schadensersatzes	88
4.2.4.5	Aufwendungsersatz nach § 284	88
4.2.5	Besonderheiten beim Gattungskauf	89
4.2.6	Verjährung	89
4.2.6.1	Frist	90
4.2.6.1.1	Der Grundsatz der 2jährigen Verjährung	90
4.2.6.1.2	Die Ausnahmen	91
4.2.6.1.2.1	30 Jahre	91
4.2.6.1.2.2	5 Jahre	91
4.2.6.1.2.3	3 Jahre	91
4.2.6.1.2.4	Die vertragliche Verlängerung der Verjährungsfrist	91
4.2.6.2	Erhaltung der Mängelreue, § 438 IV, V	92
4.2.6.3	Erhaltung des Aufrechnungsrechts	92
4.2.7	Konkurrenzen	92
4.2.7.1	Die Anfechtung	93
4.2.7.2	Die Unmöglichkeit	94
4.2.7.3	Die positive Forderungsverletzung (pVV)	95
4.2.7.4	Die culpa in contrahendo (cic)	95
4.2.7.5	Der Wegfall der Geschäftsgrundlage (WGG)	96
4.2.7.6	Die unerlaubte Handlung	96
4.3	Rechtsmängelhaftung beim Kauf	96
4.3.1	Literaturtipps	96
4.3.2	Systematik der Rechtsmängelhaftung	97
4.3.3	Begriff des Rechtsmangels	97
4.3.3.1	Rechtsmangel beim Sachkauf	98
4.3.3.2	Rechtsmangel beim Rechtskauf, § 453	98
4.3.4	Ausschluss der Rechtsmängelhaftung	99
4.3.5	Verjährung	99
4.4	Sonderregelungen zum Verbrauchsgüterkauf	99
4.4.1	Einleitung	99

4.4.2	Begriff des Verbrauchsgüterkaufs, § 474 I	100
4.4.3	Persönlicher Anwendungsbereich	100
4.4.4	Sachlicher Anwendungsbereich	100
4.4.5	Sondervorschriften für den Verbrauchsgüterkauf	100
4.4.5.1	Die Regelung des § 475	101
4.4.5.2	Abweichende Gefahrtragungsregel, § 474 II	101
4.4.5.3	Beweislastumkehr, § 476	101
4.4.5.4	Sonderbestimmungen für Garantieerklärungen, § 477	101
4.4.5.5	Rückgriff des Unternehmers gegen seinen Lieferanten, §§ 478 ff	102
4.5	Parallelen, Unterschiede und Besonderheiten beim Werk- und Mietvertrag	
	103	
4.5.1	Einleitung	103
4.5.2	Die Gewährleistung beim Werkvertrag	103
4.5.2.1	Erfüllungsansprüche bei mangelhaftem Werk	103
4.5.2.2	Gewährleistungsansprüche bei mangelhaftem Werk	104
4.5.2.3	Das Verhältnis von § 635 zur pVV	105
4.5.3	Die Gewährleistung beim Mietvertrag	105
4.5.3.1	Voraussetzungen der Mängelgewährleistung	106
4.5.3.2	Die Rechtsfolgen der Mängelgewährleistung	106
5.	GESETZLICHE SCHULDVERHÄLTNISSE	107
5.1	Einführung	107
5.2	Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA)	107
5.2.1	Einleitung	107
5.2.1.1	Literaturtipps	107
5.2.1.2	Begriff und Systematik der GoA	108
5.2.2	Berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag	109
5.2.2.1	Voraussetzungen im einzelnen	109
5.2.2.1.1	Besorgung eines fremden Geschäfts	109
5.2.2.1.2	Der Fremdgeschäftsführungswille	110
5.2.2.1.3	Problemfall: Das auch fremde Geschäft	111
5.2.2.1.4	Ohne Auftrag	111
5.2.2.1.5	Berechtigung zur Geschäftsbesorgung	112
5.2.2.1.5.1	Die Voraussetzungen des § 683 S.1	112
5.2.2.1.5.2	Der Sonderfall: § 683 S. 2 iVm § 679	113
5.2.2.1.5.3	Die Genehmigung des Geschäftsherrn gem. § 684 S. 2	113
5.2.2.1.6	Geschäftsfähigkeit der Beteiligten	113

5.2.2.2	Rechtsfolgen	114
5.2.2.2.1	Pflichten des Geschäftsherrn	114
5.2.2.2.2	Pflichten des Geschäftsführers	115
5.2.3	Unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag	115
5.2.3.1	Voraussetzungen	115
5.2.3.2	Rechtsfolgen	116
5.2.4	Unechte (uneigentliche) Geschäftsführung ohne Auftrag	117
5.2.4.1	Irrtümliche Eigengeschäftsführung, § 687 I	117
5.2.4.2	Angemaßte (unerlaubte) Eigengeschäftsführung, § 687 II	117
5.2.4.2.1	Ansprüche des Geschäftsherrn	117
5.2.4.2.2	Ansprüche des Geschäftsführers	118
5.2.5	Übersichtsschema	119
5.3	Bereicherungsrecht	120
5.3.1	Einführung	120
5.3.1.1	Sinn des Bereicherungsrechts	120
5.3.1.2	Die Systematik der §§ 812-822	120
5.3.1.3	Literaturtipps	121
5.3.2	Leistungskonditionen	122
5.3.2.1	Prüfungsreihenfolge	122
5.3.2.1.1	Etwas erlangt	122
5.3.2.1.2	Durch Leistung	124
5.3.2.1.2.1	Das Leistungsbewusstsein	124
5.3.2.1.2.2	Die Zweckbestimmung	124
5.3.2.1.3	Auf dessen Kosten	126
5.3.2.1.4	Ohne Rechtsgrund	126
5.3.2.2	Die einzelnen Kondiktionstatbestände	126
5.3.2.2.1	Der Grundtatbestand: <i>Condictio indebiti</i> (§ 812 I 1 1. Alt.)	126
5.3.2.2.1.1	Der Anwendungsbereich	126
5.3.2.2.1.2	Die Erweiterung durch § 813	127
5.3.2.2.2	<i>Condictio ob causam finitam</i> (§ 812 I 2 1. Alt.)	127
5.3.2.2.3	<i>Condictio ob rem</i> (§ 812 I 2 2. Alt.)	128
5.3.2.2.4	Die Leistungskondiktion wegen verwerflichen Empfangs, § 817 S. 1	129
5.3.2.3	Ausschlusstatbestände (Kondiktionssperren)	130
5.3.2.3.1	§ 814	130
5.3.2.3.2	§ 815	130
5.3.2.3.3	§ 817 S. 2	130
5.3.2.3.3.1	Der Grundgedanke von § 817 S.2	131

5.3.2.3.3.2	Der erweiterte Anwendungsbereich	131
5.3.2.3.3.3	Wertungsprobleme	131
5.3.3	Bereicherung in sonstiger Weise (Nichtleistungskonditionen)	132
5.3.3.1	Überblick	132
5.3.3.2	Das Verhältnis zur Leistungskondition (Subsidiarität)	132
5.3.3.3	Die Eingriffskondition	133
5.3.3.3.1	Eingriff	133
5.3.3.3.2	Auf Kosten	133
5.3.3.3.3	Fehlen des Rechtsgrundes	134
5.3.3.3.4	Abschließender Fall zur Eingriffskondition	135
5.3.3.4	Die Rückgriffskondition	135
5.3.3.5	Die Verwendungskondition	136
5.3.3.6	Sondertatbestände	137
5.3.3.6.1	Entgeltliche Verfügung eines Nichtberechtigten	137
5.3.3.6.1.1	Tatbestandsvoraussetzungen	138
5.3.3.6.1.2	Umfang des Herausgabeanspruchs	139
5.3.3.6.2	Unentgeltliche Verfügung eines Nichtberechtigten	139
5.3.3.6.2.1	Bedeutung	139
5.3.3.6.2.2	Abgrenzung zu § 822	140
5.3.3.6.2.3	Spezialproblem: Rechtsgrundlos = Unentgeltlich?	140
5.3.3.6.3	Leistung an einen Nichtberechtigten	141
5.3.4	Der Bereicherungsausgleich im Mehrpersonenverhältnis	141
5.3.4.1	Problemstellung	141
5.3.4.2	Das Zusammentreffen mehrerer Leistungsverhältnisse	142
5.3.4.2.1	Grundlagen zum Dreipersonenverhältnis	142
5.3.4.2.2	Einzelne Dreipersonenverhältnisse	143
5.3.4.2.2.1	Leistungskette, Durchlieferung und Doppelmangel	143
5.3.4.2.2.2	Anweisungsverhältnisse	143
5.3.4.2.2.3	Weitere Fallgruppen	145
5.3.4.3	Das Aufeinandertreffen von Leistungs- und Nichtleistungskondition	145
5.3.5	Der Inhalt des Bereicherungsanspruchs	145
5.3.5.1	Der Bereicherungsgegenstand	145
5.3.5.1.1	Herausgabe von Nutzungen und Surrogaten	146
5.3.5.1.2	Wertersatz	146
5.3.5.2	Der Wegfall der Bereicherung	147
5.3.5.2.1	Bedeutung und Voraussetzungen	147
5.3.5.2.2	Berücksichtigung von Einbußen des Schuldners	148
5.3.5.2.3	Berücksichtigung der Gegenleistung	149

5.3.5.2.3.1	Saldotheorie versus Zweikondiktionentheorie	149
5.3.5.2.3.2	Ausnahmen der Saldotheorie	150
5.3.5.3	Besonderheiten bei verschärfter Haftung	151
5.3.5.3.1	Tatbestände der verschärften Haftung	151
5.3.5.3.2	Folgen	152
5.3.5.4	Bereicherungseinrede	153
5.4	Deliktsrecht	154
5.4.1	Einführung	154
5.4.2	Überblick über die wichtigsten Anspruchsgrundlagen	155
5.4.3	Literaturtipps	156
5.4.4	Haftung für die Verletzung von Rechten und Rechtsgütern iSd § 823 I	156
5.4.4.1	Leben	157
5.4.4.2	Körper und Gesundheit	157
5.4.4.3	Freiheit	158
5.4.4.4	Eigentum	159
5.4.4.5	Sonstige Rechte	161
5.4.4.5.1	Besitz	161
5.4.4.5.2	Allgemeines Persönlichkeitsrecht – Quasinegatorischer Beseitigungsanspruch	162
5.4.4.5.3	Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb	163
5.4.4.6	Verletzungshandlung	165
5.4.4.7	Haftungsbegründende Kausalität	166
5.4.4.8	Rechtswidrigkeit	167
5.4.4.9	Verschulden	168
5.4.4.10	Schaden	169
5.4.4.11	Haftungsausfüllende Kausalität	169
5.4.5	Haftung für Verstöße gegen Schutzgesetze	170
5.4.5.1	Vorbemerkung	170
5.4.5.2	Begriff des Schutzgesetzes	170
5.4.5.3	Rechtswidrigkeit	171
5.4.5.4	Verschulden	171
5.4.6	Haftung für vorsätzliche sittenwidrige Schädigungen	172
5.4.7	Haftung für Verrichtungsgehilfen	173
5.4.8	Gefährdungshaftung	174
5.4.8.1	Vorbemerkung	174
5.4.8.2	Haftung des Tierhalters für Luxustiere	174
5.4.8.3	Haftung des Fahrzeughalters	175

5.4.8.4	Haftung für das Inverkehrbringen fehlerhafter Produkte	
	– Abgrenzung zu den Grundsätzen der Produzentenhaftung	176
5.4.9	Haftung mehrerer Verantwortlicher	177
5.4.10	Einzelheiten zum Schadensumfang	178
5.4.10.1	Allgemeines	179
5.4.10.2	Grundsatz der Naturalrestitution	180
5.4.10.3	Ersatz der Herstellungskosten	180
5.4.10.4	Schadensersatz in Geld nach Fristsetzung	181
5.4.10.5	Schadensersatz in Geld ohne Fristsetzung	181
5.4.10.6	Entgangener Gewinn	182
5.4.10.7	Ersatz immaterieller Schäden in Geld	183
5.4.10.8	Mitverschulden des Geschädigten	184
5.4.10.9	Ausweitung des Begriffs des Vermögensschadens – Frustrationsgedanke – Kommerzialisierungsgedanke	184
5.4.10.10	Zusammenfassung der zur Feststellung von Art und Umfang des Schadens erforderlichen gedanklichen Schritte	186
5.4.11	Verjährung der Schadensersatzansprüche	187

1. Einleitung

Im Mittelpunkt der Ausbildung in diesem Semester steht das Zweite Buch des BGB, das „Recht der Schuldverhältnisse“, oder kurz, das Schuldrecht.

Der Gesetzgeber hat mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26.11.2001 (BGBl. I S. 3138), das zum 1.1.2002 in Kraft getreten ist, die wohl umfassendste Reform des BGB seit dessen Inkrafttreten durchgeführt. Die wichtigsten Änderungen finden sich im Verjährungsrecht und in den Regelungen über die Leistungsstörungen. Die Regelverjährung wurde erheblich verkürzt und beträgt jetzt nur noch 3 Jahre. Auch wurde versucht, die bisherige Parallelität zwischen allgemeinem und besonderem Leistungsstörungenrecht durch Einführung einer umfassenden Verweisungstechnik aufzuheben. Darüber hinaus wurden bisher nicht kodifizierte Rechtsinstitute wie die positive Vertragsverletzung (pVV), das Verschulden bei Vertragsverhandlungen (*culpa in contrahendo*, kurz cic) und die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in den Gesetzestext aufgenommen. Eine Anzahl von verbraucherschützenden Spezialgesetzen wurde in das BGB integriert. Zu nennen sind das AGB-Gesetz, das Verbraucherkreditgesetz und das Teilzeit-Wohnrechtsgesetz, das Haustürwiderrufsgesetz und das Fernabsatzgesetz.

Dieses Skript wurde daher einer umfangreichen Überarbeitung unterzogen. Es soll dem Studenten die neuen Regelungen anhand verständlicher Beispiele und Fälle näher bringen. Es ist aber nicht seine Aufgabe, sich dezidiert vergleichend mit den Vor- und Nachteilen der neuen Regelungen auseinander zu setzen. Kritik am neuen Schuldrecht wird an anderer Stelle zur Genüge geübt.¹

Das Zweite Buch des BGB ist unterteilt in einen Allgemeinen und einen Besonderen Teil. Wie schon beim Ersten Buch des BGB, das Sie im ersten Semester kennengelernt haben, sind im Allgemeinen Teil bestimmte Vorschriften ‘vor die Klammer gezogen’,² die für alle Schuldverhältnisse gleichermaßen gelten. Im Besonderen Teil sind einzelne Vertragstypen

¹ Die umfangreichen Abhandlungen zu diesem Thema aufzuzählen, würde den Rahmen des Skriptes sprengen.

² Vgl. Schröder, Einführung in das Bürgerliche Recht, 2.2.1; Zitierung im weiteren „Einf BR“.

geregelt, die besonders häufige Rechtsbeziehungen betreffen, sowie die sog. gesetzlichen Schuldverhältnisse.

1.1 Begriff des Schuldverhältnisses – Relativität

Was ein Schuldverhältnis ist, wird in § 241³ ansatzweise erklärt. Es handelt sich demnach um eine *Rechtsbeziehung* von *mindestens zwei Personen* (Schuldner und Gläubiger), kraft derer eine Person (Gläubiger) von einer anderen Person (Schuldner) *eine Leistung zu fordern berechtigt* ist. Dieses Recht, eine Leistung *fordern* zu können, wird auch oft als *Forderung* bezeichnet. Nach § 241 Satz 2 kann die Leistung auch in einem Unterlassen liegen. Liest man jetzt § 194, erkennt man, dass „das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch)“ und das Recht, „von dem Schuldner eine Leistung zu fordern“, die „auch in einem Unterlassen bestehen“ kann, in der Formulierung sehr ähnlich sind. Anspruch und Forderung sind daher praktisch identische Begriffe, die auch synonym verwendet werden. Im Schuldrecht beschäftigt man sich folglich hauptsächlich mit Ansprüchen bzw. Forderungen.

Über diesen (engen) Begriff des Schuldverhältnisses hinaus wird als Schuldverhältnis (im weiten Sinne) auch die *Gesamtheit der Rechtsbeziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner* bezeichnet. § 241 II deutet dies schon an und stellt klar, dass das das Schuldverhältnis nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten kann.

In einem Kaufvertrag bestehen z.B. mehrere Ansprüche, und zwar nicht nur bei gegenseitiger Betrachtung, sondern auch auf einer Seite. So hat der Käufer aus § 433 I 1 den Anspruch auf Übergabe und Eigentumsverschaffung in bezug auf den Kaufgegenstand; er hat aber z.B. auch einen Anspruch darauf, dass der Verkäufer die Kaufsache ordnungsgemäß verpackt. Umgekehrt hat der Verkäufer nicht nur einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung, sondern auch auf Abnahme (§ 433 II). Kommt es im Rahmen der Abwicklung dieser Ansprüche zu Schwierigkeiten (sog. *Leistungsstörungen*), so hat dies Einfluss auf die Entwicklung der Rechtsbeziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner, so dass all die angesprochenen Problemkreise in ihrer Gesamtheit das Schuldverhältnis im weiteren Sinne bilden.

³ Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

In Lehrbüchern und Kommentaren ist oft von der „*Relativität* der Schuldverhältnisse“ die Rede. Damit ist gemeint, dass in einem Schuldverhältnis Ansprüche zwischen dem jeweiligen Gläubiger und Schuldner bestehen, aber auch *nur* zwischen diesen, eben *relativ*. Im Gegensatz dazu wirkt ein *absolutes* Recht (z.B. das Eigentum, § 903) gegenüber jedermann.

Fall 1: Antiquitätenhändler A schließt mit seinem Kunden B einen Kaufvertrag über einen bestimmten Louis-seize-Stuhl. Sie vereinbaren, dass B drei Tage Zeit hat, das Geld zu besorgen. Während dieser Zeit kommt C zu A, sieht das Möbelstück und möchte es gegen sofortige Bezahlung mitnehmen. Von dem Geschäft mit B weiß C nichts. A freut sich über die ‘schnelle Mark’ und schließt einen erneuten Vertrag mit C ab, der den Stuhl sofort mitnimmt. Kann B gegen C bzw. gegen A vorgehen?

Das Kriterium der Relativität stellt ein Ordnungsprinzip dar. Es ist der Grund dafür, dass die Normen des Schuldrechts im Zweiten Buch und nicht an anderer Stelle geregelt sind. Das Dritte Buch des BGB, das Sachenrecht, beschäftigt sich hingegen weitgehend mit absoluten Rechtspositionen, die gegenüber jedermann wirken. Allerdings bestehen bei dieser Zuordnung auch Ausnahmen. Die Abtretung einer Forderung (§§ 398 ff.) z.B. bewirkt eine unmittelbare Änderung der dinglichen Rechtslage und stellt somit eine Verfügung dar. Derartige Vorgänge sind aber sonst im Sachenrecht geregelt (z.B. für die Übereignung in §§ 929 ff., 873 ff.). Wegen des engen Zusammenhangs mit den Normen, die die weitere Gestaltung der schuldrechtlichen Beziehungen regeln (v.a. §§ 404 ff.), ist die Abtretung aber im Kontext dieser Normen geregelt. Im allgemeinen wird das Prinzip der Relativität jedoch gewahrt.

Für den Studenten haben diese hochabstrakten Erwägungen vor allem einen Sinn: Wird einem in einem Klausursachverhalt ein unbekanntes Problem präsentiert, stellt sich zunächst die Frage, wo man die einschlägigen Normen findet.

Beispiel I: Es könnte z.B. gefragt sein, ob ein Spieler den Gewinn aus einem Glücksspiel einklagen kann.

In der Ausbildung spielt dieser Problemkomplex eine verhältnismäßig geringe Rolle. Der Spieler will eine Leistung vom Spielveranstalter; er will hingegen nicht etwa seinen gewonnenen Preis gegen einen Dieb verteidigen. Dem Problem liegen also rechtliche Beziehungen zugrunde, innerhalb derer eine Leistung gefordert werden soll. Wie aus § 241 ersichtlich, handelt es sich also

um eine typische schuldrechtliche Fragestellung. Weiß man außerdem noch, dass der Gesetzgeber bestimmte Vertragstypen besonders geregelt hat, muss man nur noch das besondere Schuldrecht durchsuchen und findet früher oder später §§ 762 ff.

1.2 Problemschwerpunkte

Einen Überblick über das Schuldrecht haben Sie bereits im ersten Semester erhalten; das Skriptum „Einführung in das bürgerliche Recht“ kann (und soll) also zur Wiederholung von Ihnen herangezogen werden.⁴ In der Kürze eines Semesters das allgemeine und besondere Schuldrecht darstellen zu wollen, zwingt zu einer pointierten Schwerpunktbildung, die notwendig viele Fragen offen lassen muss. Die zivilrechtlichen Klausuren, die Sie in Übungen und im Examen schreiben müssen, sind sämtlich dadurch gekennzeichnet, dass ein Gutachten von Ihnen verlangt wird. In diesem Gutachten sind immer die Ansprüche darzustellen, die die Parteien des Sachverhaltes gegeneinander haben (könnten). In diesem Skriptum werden folglich Ansprüche dargestellt, wie sie in Klausursachverhalten häufig zu finden sind. Oftmals wird ein einfacher Fall mehrfach modifiziert werden, damit Sie vor allem die Unterschiede zwischen den jeweiligen Fallkonstellationen erkennen.

Wie ein (vertraglicher) Anspruch entsteht, wissen Sie ebenfalls aus dem ersten Semester. Maßgeblich sind dafür in erster Linie die Regeln des Allgemeinen Teils, wie z.B. Angebot, Annahme, Zugang, Stellvertretung und Anfechtung.⁵ Schuldrechtlich von besonderem Interesse ist hingegen die Frage, wie ein Anspruch sich weiter entwickelt. Dies erklärt sich dadurch, dass ein rechtlicher Konflikt sich nicht nur an der Frage entzünden kann, *ob* ein Anspruch gegeben ist. Mindestens ebenso häufig treten Konflikte auf, wenn ein Vertrag nicht so zur Abwicklung gelangt, wie die Parteien sich das vorgestellt haben. Dies führt zum Recht der **Leistungsstörungen** bzw. zur **Sachmängelgewährleistung**. Manchmal besteht jedoch von vornherein kein Vertrag, oder er ist nicht das einzige rechtliche Bindeglied zwischen zwei Personen:

- Eine Person, die nach einem Verkehrsunfall bewusstlos ist, kann einen Vertrag nicht selbst schließen und möchte dennoch von einem Arzt behandelt werden, der hierfür wiederum eine Vergütung erwartet. Fälle wie dieser werden unter dem Stichwort **„Geschäftsführung ohne Auftrag**

⁴ Einf BR 7.

⁵ Einf BR 6.

(GoA)“ behandelt, geregelt in §§ 677 ff. Kennzeichnend ist hierfür, dass gerade „ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung“ (§ 677), d.h. vor allem ohne vorherigen Vertragsschluss gehandelt wird.⁶

- Wird ein Vertrag angefochten und wurden die Leistungen nach dem Vertrag schon ausgetauscht, fehlt es an einem rechtlichen Grund für das Behaltendürfen der Leistung. Diese Fälle werden nach den Grundsätzen über die **ungerechtfertigte Bereicherung** gelöst, §§ 812 ff.⁷
- Wird eine Person durch eine andere Person körperlich verletzt, so ist klar, dass die geschädigte Person eines Ausgleichs bedarf. Ob ihr dieser zusteht, wird im Recht der **unerlaubten Handlungen** entschieden, ohne dass überhaupt vertragliche Beziehungen zwischen Schädiger und Geschädigtem bestehen müssen, §§ 823 ff.⁸

In den letzten drei Fällen lag ein Vertrag nicht oder nicht mehr oder nicht allein vor. Dennoch knüpft die Rechtsordnung an das Bestehen der geschilderten Situationen eine Vielzahl von Rechten und Pflichten. Eine Gesamtheit von Rechtsbeziehungen zwischen Personen, von denen eine eine Leistung verlangen kann und die andere sie erbringen muss, wurde aber oben als Schuldverhältnis im weiteren Sinne bezeichnet. In den geschilderten drei Fällen, in denen kein Vertrag vorlag bzw. vorliegen musste, handelt es damit um Schuldverhältnisse, die kraft Gesetzes bestehen, also um **gesetzliche Schuldverhältnisse**.

1.3 Literaturhinweise

Zum neuen Schuldrecht ist inzwischen eine stattliche Anzahl an Literatur erschienen. Die nachfolgende Liste kann daher nicht abschließend sein. Die genannten Werke bieten aber für den Studenten einen guten Überblick über die Materie und sind zum Lernen und Wiederholen gut geeignet.

- Dauner-Lieb/Arnold/Dötsch/Kitz, Fälle zum Neuen Schuldrecht, 2002
- Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Das Neue Schuldrecht, 2002
- Lorenz/ Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002
- Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002

⁶ Vgl. Einf BR 7.4.2.1 und 7.6.1.

⁷ Vgl. Einf BR 7.4.2.2 und 7.6.2

⁸ Vgl. Einf BR 7.7.

2. Vertragliche Schuldverhältnisse – Leistungsstörungen und Sachmängelgewährleistung

Im Mittelpunkt der *vertraglichen Schuldverhältnisse*, also der Rechtsbeziehungen, die durch Vertrag begründet werden, steht die Erbringung oder der Austausch von Leistungen. Ein Vertrag wird von den Parteien ja gerade zu dem Zweck geschlossen, dass diese Leistungen auch wirklich erbracht werden, der Vertrag also erfüllt wird. Umstände, die der ordnungsgemäßen Erfüllung der Leistungspflichten im Wege stehen, führen daher zu Konflikten, für die die Rechtsordnung eine Lösung bereitstellen muss.

2.1 Einteilung der Leistungspflichten

Wenn zwei Parteien eine vertragliche Vereinbarung treffen, enthält diese unter Umständen eine Vielzahl von Bestimmungen. Selbstverständlich ist nicht jede Bestimmung von gleich großer Bedeutung, so dass auch die Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung einer vertraglichen Pflicht je nach Wichtigkeit der Pflicht unterschiedlich ausgestaltet sind. Daher ist immer, wenn die Verletzung einer Leistungspflicht in Frage steht, zu prüfen, welchen Charakter die Pflicht hat.

2.1.1 Haupt- und Nebenleistungspflichten

Nach der Bedeutung der Leistungspflichten unterscheidet man daher in *Hauptleistungspflichten* und *Nebenleistungspflichten*.

2.1.1.1 Hauptleistungspflichten

Hauptleistungspflichten sind die Leistungspflichten, die für die Eigenart des jeweiligen Schuldverhältnisses und für die Einordnung in den einen oder anderen Vertragstyp bestimmend sind.

- Der Verkäufer hat die Sache zu übergeben und an den Käufer zu übereignen, der Käufer hat den Kaufpreis zu bezahlen (§ 433).
- Der Vermieter hat die Mietsache dem Mieter zum Gebrauch zu überlassen, der Mieter hat den vereinbarten Mietzins zu zahlen (§ 535).
- Der Dienstverpflichtete muss die vereinbarten Dienste leisten, der Dienstberechtigte die vereinbarte Vergütung zahlen (§ 611)
- Der Werkunternehmer hat das Werk herzustellen, der Besteller hat den Werklohn zu entrichten und das Werk abzunehmen (§§ 631, 640).

All diese Verpflichtungen sind für den jeweiligen Vertrag typisch, und ihre Vereinbarung führt dazu, dass es sich um einen Vertrag des jeweiligen Typs handelt. Hauptleistungspflichten können aber auch entstehen, wenn die Erfüllung einer auf den ersten Blick nicht vertragstypischen Pflicht für eine oder beide Parteien von besonderer Bedeutung ist. Oben wurde z.B. die Abnahme des Werks durch den Besteller zu dessen Hauptpflichten gezählt. Dies erklärt sich daraus, dass nach dem Gesetz die Fälligkeit des Werklohns an die Abnahme geknüpft ist (§§ 640 f.). Die Abnahme ist daher für den Werkunternehmer von besonderer Bedeutung, was ihre Zuordnung zu den Hauptleistungspflichten des Bestellers rechtfertigt.

2.1.1.2 Neben(leistungs)plichten

Verträge können jedoch auch weitere Pflichten enthalten, die zwar nicht typbildend, für den jeweiligen Gläubiger aber auch nicht ohne Bedeutung sind. Diese sog. Nebenpflichten werden danach unterschieden, ob sie leistungsbezogen sind oder lediglich weitere Verhaltensanforderungen an eine der Parteien stellen. Die Nebenleistungspflichten dienen der Vorbereitung, Durchführung und Sicherung der Hauptleistung. Zum Beispiel ist der Verkäufer verpflichtet, die Kaufsache so zu verpacken, dass sie den Transport zum Käufer übersteht. Weitere Nebenpflichten beziehen sich auf den Schutz der anderen Vertragspartei vor Schäden, so dass z.B. bei einem technischen Gerät die Beratung oder die Aufklärung über Risiken als Nebenpflicht geschuldet sein kann. Dass diese Nebenleistungspflichten zu dem jeweiligen Schuldverhältnis gehören, ergibt sich schon aus § 241 II.

Eine typische Nebenleistungspflicht kann aber unter Umständen auch den Charakter einer Hauptleistungspflicht annehmen.

Fall 2: K betreibt ein italienisches Restaurant. Als sein Koch krank wird, entschließt er sich, (fertig hergestellte) Desserts bei dem Delikatessenhändler V zu kaufen. V weist K darauf hin, dass das von K in großer Menge bestellte Tiramisu mit rohem Eigelb hergestellt wird und daher nur wenige Tage haltbar ist. K müsse daher die Desserts termingerecht abholen. Handelt es sich bei der Abnahme um eine Haupt- oder eine Nebenleistungspflicht?

Neben dem Verkauf leicht verderblicher Ware ist der häufigste Fall, in dem die Abnahme auch beim Kaufvertrag als Hauptleistungspflicht angesehen wird, dass eine große Warenmenge *erkennbar* zum Zweck der Lagerräumung verkauft wird.

2.1.2 Gegenseitige und einseitige Leistungspflichten

In einer vertraglichen Vereinbarung können die Leistungspflichten in unterschiedlicher Intensität miteinander verknüpft sein. Es ist sogar möglich, dass nur eine Seite zu einer Leistung verpflichtet ist, folglich ein *einseitig verpflichtender Vertrag* vorliegt.

Beispiel II: Aus Anlaß des mit Bravour bestandenen Examens beschließt die Großmutter G, ihrem Enkel E, der nunmehr bald ein ‘Dr. jur.’ werden will, ein Notebook zu schenken, um ihm die Recherchen in der Bibliothek zu erleichtern.

Aus dem Schenkungsvertrag (§ 516) ist nur die G zu einer Leistung verpflichtet. Der E ist nur insoweit gebunden, dass er in bestimmter Weise Rücksicht nehmen muss, um sich nicht z.B. des groben Undanks (§ 530) schuldig zu machen. Wichtig: Das Schenkungsversprechen bedarf zu seiner Wirksamkeit der notariellen Beurkundung (§ 518 I).

Die vertraglichen Pflichten können auch so ausgestaltet sein, dass nur eine Partei die für den Vertragstyp bestimmende Leistung zu erbringen hat, wohingegen die Leistungspflicht der anderen Partei erst durch die Leistung der Gegenseite und nicht schon durch den Vertragsschluss entsteht.

Beispiel III: A gestattet dem B, einen Tag lang sein Auto unentgeltlich zu benutzen.

Geht man davon aus, dass auf beiden Seiten der Rechtsbindungswille zum Abschluss eines Leihvertrages (§ 598) vorhanden ist und es sich nicht nur um eine Gefälligkeit handeln soll, so ist A aus dem Leihvertrag zur unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung an B verpflichtet. B treffen aus dem Vertrag zunächst noch keine Pflichten (z.B. zu einer Entgeltzahlung); seine Verpflichtung zur Rückgabe (§ 604) wird erst durch die Überlassung begründet.

Derartige Gestaltungen werden als *unvollkommen zweiseitige Verträge* bezeichnet.

Meistens werden die Parteien aber ihre Leistung nicht erbringen wollen, ohne eine Gegenleistung dafür zu erhalten. Eine Warenverkehrsgesellschaft, die nach Marktgrundsätzen organisiert ist, wird eben dadurch geprägt, dass Leistungen am Markt angeboten und nachgefragt werden. Vereinfacht kann man sagen, dass sich im Spannungsfeld von Angebot und Nachfrage herausbildet, welche Gegenleistung für welche Leistung verlangt werden kann. Die Leistung wird in derartigen Vertragsbeziehungen nur versprochen, um in den Genuss der Gegenleistung zu kommen; es gilt der Grundsatz des „do ut des“ („Ich gebe, damit Du gibst“). Das Gegenseitigkeitsverhältnis wird als

Synallagma, die gegenseitigen Verträge werden als *synallagmatische* Verträge bezeichnet. Der Verkäufer verkauft die Sache, damit er den Kaufpreis erhält; der Käufer kauft die Sache, damit er sie übereignet und übergeben bekommt. Der Vermieter überlässt die Mietsache, um den Mietzins zu bekommen; der Mieter zahlt den Mietzins um in den Genuss des Gebrauchs der Mietsache zu kommen.

Beispiel IV: wie Beispiel III, jedoch gestattet der A dem B die Benutzung des Autos nur gegen ein Entgelt von 100,- DM pro Tag. Hier überlässt A dem B das Auto, um 100,- DM ‘zu verdienen’; B zahlt, damit er mit dem Auto fahren kann. Leistungspflichten des B entstehen im Gegensatz zum Beispiel III hier also schon mit Vertragsschluss und nicht erst mit Überlassung. Gebrauchsüberlassung und Mietzinszahlung sind in § 535 geregelt.

2.1.3 Gattungsschulden und Stückschulden⁹

In Verträgen wird oft vereinbart, dass der Schuldner eine ganz bestimmte Sache leisten muss, die es in dieser Weise nur einmal gibt, z.B. ein Kunstgegenstand oder ein Gebrauchtwagen (jeder Gebrauchtwagen ist ‘anders gebraucht’). Bei derartigen Schulden handelt es sich um sog. Stückschulden. Mindestens ebenso häufig sind aber die Fälle, in denen es dem Gläubiger nicht darauf ankommt, einen ganz bestimmten neuen Fernseher, einen ganz bestimmten neuen Drucker oder einen ganz bestimmten Joghurtbecher zu erwerben. Die Leistung ist dann ‘nur der Gattung nach bestimmt’, der Schuldner ‘hat eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten’ (§ 243 I), also eine Sache, die dem entspricht, was von einem neuen Fernseher, einem neuen Drucker oder einem neuen Joghurtbecher erwartet werden kann. Diese Schulden werden als Gattungsschulden bezeichnet. Allerdings muss im Laufe der ‘Lebens’ eines Schuldverhältnisses irgendwann einmal festgelegt (‘konkretisiert’) werden, welche bestimmte(n) Sache(n) eigentlich Gegenstand des Schuldverhältnisses sein sollen. Andernfalls ließe sich nur schwer feststellen, ob der Schuldner den Vertrag in bezug auf den geschuldeten Gegenstand auch erfüllt hat. Die Konkretisierung des Schuldverhältnisses auf eine Sache tritt ein, wenn ‘der Schuldner das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche getan hat’ (§ 243 II).¹⁰ Erforderlich ist zunächst, dass er eine vertragsgemäße Sache *auswählt* und *aussondert*. Was er darüber hinaus tun muss, hängt von der Art der Schuld ab, insbesondere vom Leistungsort, der aus dem Vertrag zu ermitteln ist. § 269 greift dabei nur ein, wenn die

⁹ Vgl. Einf BR 7.1.2.1.

¹⁰ Vgl. Einf BR 7.1.2.2.

Bestimmung des Leistungsortes dem Vertrag nicht zu entnehmen ist. Zur Wiederholung seien hier noch einmal die aus dem vereinbarten Leistungsort resultierenden Arten der Schuld genannt:

- *Bringschuld*: dem Gläubiger muss die Sache an seinem *Wohnsitz tatsächlich angeboten* werden,
- *Schickschuld*: es genügt die Auslieferung der Sache an *eine Transportperson*,
- *Holschuld*: Konkretisierung tritt mit dem *Aussondern* und dem *wörtlichen Angebot* an den Gläubiger ein.

Wichtig: Leistungsort und *Erfüllungsort* werden vom Gesetz synonym verwendet. Damit gemeint ist der Ort, an dem die *Leistungshandlung* zu erbringen ist. Gegenstück ist der *Erfolgsort* = Ort, an dem der *Leistungserfolg* eintritt. Bezogen auf die drei genannten Arten der Schuld ist wie folgt nach Leistungs- und Erfolgsort zu differenzieren:

- *Holschuld*: Leistungs- und Erfolgsort beim *Schuldner*
- *Schickschuld*: *Leistungsort* beim *Schuldner*, *Erfolgsort* beim *Gläubiger*
- *Bringschuld*: Leistungs- und Erfolgsort beim *Gläubiger*.

2.2 Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers

Nachdem gezeigt wurde, welcher Art die unterschiedlichen Leistungspflichten sein können, stellt sich nun die Frage, welche Konsequenzen das Gesetz mit der Nichteinhaltung der jeweiligen Pflichten verbindet. Ein Gesetzgeber, der diesen Fragenkreis regeln möchte, hat grundsätzlich zwei Wege zur Auswahl.

Der eine Weg besteht darin, schon auf der Tatbestandsseite nach der Art der Leistungsstörung zu differenzieren. So kann es vorkommen, dass die Leistung nicht mehr erbracht werden kann, also unmöglich wird. Der Schuldner kann zu spät leisten, der Gläubiger die Leistung zu spät annehmen. Möglich ist, dass eine Leistung nicht vertragsgemäß ist (Schlechtleistung) oder dass die erbrachte Leistung eine völlig andere ist als die geschuldete (*aliud*). Der Schuldner kann es versäumen, den Gläubiger über bestimmte Umstände aufzuklären, wodurch dieser einen Schaden erleidet. Eine solche Aufklärungspflicht kann auch schon im Vorfeld eines Vertrages bestehen, z.B. in der Phase, in der die Parteien erst in rechtsgeschäftlichen Kontakt treten, und es kann in gleicher Weise ein Schaden entstehen wie innerhalb einer Vertragsbeziehung. Letztlich ist auch denkbar, dass die Parteien beim Vertragsschluss von bestimmten Voraussetzungen ausgegangen sind, die dann

aber nicht eintreten oder nachträglich wegfallen. Für jeden dieser Fälle hatte das deutsche Recht eine besondere gesetzliche oder zumindest eine gewohnheits- bzw. richterrechtliche Lösung. Für den Studenten bedeutete dies einen erheblichen Aufwand beim Verstehen und Lernen der einzelnen Rechtsinstitute, und zwar nicht nur in bezug auf die Tatbestandsmerkmale und ihre Rechtsfolge, sondern auch in bezug darauf, wie man die einzelnen Rechtsinstitute voneinander abgrenzt.

Mit der Schuldrechtsreform wurde ein generalklauselartiger Tatbestand geschaffen, der *jede* Störung innerhalb einer Leistungsbeziehung erfasst. Der neue § 280 BGB bestimmt in Abs. 1: *„Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.“* Die Absätze 2 und 3 des § 280 enthalten dann Differenzierungen für die Fälle des Verzuges und für die Fälle, bei denen der Schuldner von seiner Leistungspflicht frei wird. Hierzu zählen auch die Fälle der Unmöglichkeit, nunmehr geregelt in § 275 BGB.

Ähnliche Mechanismen gibt es z.B. unter dem anglo-amerikanischen common law. Auch hier ist die Vertragsverletzung („breach of contract“) der Grundfall einer Leistungsstörung. Das UN-Kaufrechtsabkommen sieht in Art. 25 ebenfalls die wesentliche Vertragsverletzung als Grundtatbestand an. Einen ähnlichen Weg ging auch das ZGB der DDR in § 82.

2.3 Das System der Leistungsstörungen im deutschen Recht

Das neue Leistungsstörungsrecht wird gekennzeichnet durch den zentralen Begriff der **Pflichtverletzung** und der zentralen Norm des **§ 280**. Die schuldhafte Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis ist Tatbestandsvoraussetzung des § 280 und damit für die resultierenden Schadensersatzansprüche. Dennoch wird auch im neuen Leistungsstörungsrecht unterschieden zwischen verschiedenen Arten von Leistungsstörungen:

- Unmöglichkeit (objektiv/subjektiv; anfänglich/nachträglich; tatsächlich/rechtlich; dauernd/vorübergehend; teilweise/völlig;

- unverschuldet/verschuldet; bei einseitigen Pflichten oder im Gegenseitigkeitsverhältnis), geregelt in §§ 275, 326.¹¹
- Verzug (Schuldner- und Gläubigerverzug; bei einseitigen Pflichten oder im Gegenseitigkeitsverhältnis), geregelt in §§ 286 ff., 293 ff. in Verbindung mit §§ 281, 323.¹²
 - positive Vertragsverletzung (pVV), jetzt ebenfalls von § 280 umfasst¹³
 - Verschulden bei Vertragsverhandlungen („culpa in contrahendo“ – cic), nunmehr gesetzlich normiert in §§ 311 II, 241 II¹⁴
 - Wegfall der Geschäftsgrundlage, geregelt in § 313.
 - spezielle Regeln zur Sachmängelgewährleistung im Kauf und Werkvertragsrecht gibt es zumindest in Bezug auf die Rechtsfolgen nicht mehr. Das parallele Sachmängelgewährleistungsrecht ist einem System gewichen, das auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht verweist.¹⁵

2.4 Unmöglichkeit

2.4.1 Objektive und subjektive Unmöglichkeit

Eine Leistung ist *objektiv unmöglich*, wenn sie *von niemandem* erbracht werden kann.

Beispiel V: Ein Liebespaar geht in einer mond hellen Nacht spazieren. Wenn einer der Liebenden sagt „Ich hole Dir die Sterne vom Himmel“, so ist dies zwar sehr romantisch, aber gleichwohl eine von niemandem zu erbringende, mithin objektiv unmögliche Leistung. Vorher wäre schon zu prüfen, ob insoweit überhaupt ein Rechtsbindungswille besteht.

Eine Leistung ist subjektiv unmöglich, wenn sie *von dem Schuldner* nicht erbracht werden kann, ein anderer bzw. der Schuldner zusammen mit einem anderen die Leistung jedoch erbringen könnte.

Beispiel VI: Zivilrechtsprofessor P verpflichtet sich, ein Gutachten über den Geisteszustand einer Person zu erstellen, deren Geschäftsfähigkeit (§§ 104 f.) im Rahmen eines Rechtsstreits in Frage steht. Mangels medizinischer Ausbildung ist er hierzu jedoch nicht in der Lage. Ein Psychologe hingegen könnte das gewünschte Gutachten erstellen. Die Leistung, zu der sich der P verpflichtet hat (es handelt sich typischerweise um einen Werkvertrag iSd § 631), ist dem P somit subjektiv unmöglich.

¹¹ Vgl. Einf BR 7.2.1.

¹² Vgl. Einf BR 7.2.2.

¹³ Vgl. Einf BR 7.2.3.2 und 7.2.4.1.

¹⁴ Vgl. Einf BR 7.2.5.

¹⁵ Vgl. Einf BR 7.2.3, 7.5.2.2 und 7.5.4.2.

Das neue Schuldrecht trennt nicht mehr zwischen subjektiver und objektiver Unmöglichkeit. § 275 I spricht davon, dass der Leistungsanspruch ausgeschlossen ist, soweit die Leistung für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist. Der Schuldner ist allerdings zum Schadensersatz verpflichtet.

2.4.2 Anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit

Nach dem Zeitpunkt, an dem die Unmöglichkeit eingetreten ist, wird zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit unterschieden. Anfängliche Unmöglichkeit liegt vor, wenn die Leistung schon vor Begründung des Schuldverhältnisses nicht mehr erbracht werden konnte, bei der nachträglichen Unmöglichkeit ist das Leistungshindernis nach Entstehung des Schuldverhältnisses eingetreten.

2.4.2.1 Nachträgliche Unmöglichkeit

2.4.2.1.1 Nachträgliche objektive Unmöglichkeit

Nachträgliche Unmöglichkeit liegt vor, wenn die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes unmöglich wird.

Wird dem Schuldner die Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich, so wird er von seiner Leistungspflicht frei.

Fall 3: V verkauft an K ein Bild, das K am nächsten Tag abholen soll. In der Nacht zwischen dem Vertragsschluss und der geplanten Abholung schlägt der Blitz trotz Vorhandenseins eines Blitzableiters in das Haus des V ein, das – inklusive Bild – vollständig abbrennt. Kann K von V Übereignung und Übergabe des Bildes verlangen?

Fraglich ist aber, was mit der Leistungspflicht geschieht, *wenn* der Schuldner den Eintritt der Unmöglichkeit zu vertreten hat. Was der Schuldner zu vertreten hat, ist in § 276 genannt. Danach hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Was damit gemeint ist, wird unten (2.6.1.5) noch ausführlich erklärt. An dieser Stelle kommt es nur darauf an, die Struktur zu verstehen.

Fall 4: Wie Fall 3, nur diesmal hatte V das – versicherte – Bild zerstört, um die Versicherungssumme zu kassieren. Kann K nunmehr von V Übereignung und Übergabe verlangen?

2.4.2.1.2 Nachträgliche subjektive Unmöglichkeit (nachträgliches Unvermögen)

§ 275 I erfasst alle Fälle der subjektiven und objektiven Unmöglichkeit. Auch die nachträgliche subjektive Unmöglichkeit führt mithin zu einer Befreiung von der Primärleistungspflicht.

Fall 5: Wie Fall 3, aber diesmal hatte V das Bild nach dem Vertragsschluss mit K an den D verkauft und sogleich übereignet und übergeben, da D einen höheren Preis gezahlt hat. Kann K von V Übereignung und Übergabe verlangen?

2.4.2.1.3 Nachträgliche Unmöglichkeit bei einseitigen Pflichten

Oben¹⁶ wurde zwischen einseitigen und gegenseitigen Pflichten unterschieden. Diese Unterscheidung ist nicht Selbstzweck; vielmehr bestehen bei der Verletzung einseitiger bzw. gegenseitiger Pflichten unterschiedliche Rechtsfolgen.

Wird eine einseitige Pflicht unmöglich, so wird der Schuldner von seiner Leistungspflicht nach § 275 I frei, ohne dass es für diese Befreiung darauf ankommt, ob der Schuldner das Unmöglichwerden zu vertreten hat oder nicht.¹⁷ Jedoch trifft den Schuldner im Falle des Vertretenmüssens eine Schadensersatzpflicht nach §§ 280, 283.

Fall 6: A und B wohnen in einer Wohngemeinschaft zusammen. Den Mietvertrag mit dem Vermieter V hat aber nur A abgeschlossen. A und B vereinbarten jedoch, dass B die Hälfte der Miete direkt an V zahlen soll. Als die Miete wieder einmal fällig wird, denkt sich B, ihm könne ja nichts passieren, da ja nur V im Vertrag stehe, und weigert sich gegenüber A zu zahlen. Von V aufgefordert, zahlt A zähneknirschend selbst. Kann A von B Zahlung in Höhe des halben Mietzinses an sich selbst verlangen?

Unter Umständen erlangt der Schuldner einen Ersatz für den geschuldeten Gegenstand, gerade weil dieser untergeht. Dann erscheint es naheliegend, dass der Gläubiger in irgendeiner Weise daran partizipieren soll.

Fall 7: Wie **Fall 4:** V hatte die Versicherungssumme (entgegen § 61 VVG) von der Versicherung erhalten, die von der vorsätzlichen Zerstörung des Bildes nichts wusste. K möchte jetzt wenigstens die Versicherungssumme von V haben.

¹⁶ 2.1.2.

¹⁷ Vgl. 2.4.2.1.

2.4.2.1.4 Nachträgliche Unmöglichkeit bei gegenseitigen Pflichten

Bei gegenseitigen Pflichten stehen sich Leistung und Gegenleistung gegenüber. Bisher wurde nur beschrieben, welche Rechtsfolge eintritt, wenn die *Leistung* unmöglich wurde. Der Schuldner wurde nach § 275 I von seiner Leistungspflicht frei. Die *Leistungsgefahr*, also die Gefahr, trotz Untergang noch einmal leisten zu müssen, entfällt für den Schuldner, so dass Gläubiger die Gefahr trägt, keine Leistung zu erhalten. Dies gilt aber nur bei einer Stückschuld bzw. einer konkretisierten Gattungsschuld (§ 243 II)¹⁸ Ist die Gattungsschuld noch nicht konkretisiert, was u.a. mit dem vereinbarten Leistungsort zusammenhängt,¹⁹ trägt der Schuldner die Leistungsgefahr, solange die Leistung aus der Gattung noch möglich ist (vgl. § 279 a.F., jetzt § 276 I 1: Übernahme eines Beschaffungsrisikos). Eine nur der Gattung nach bestimmte Leistung wird nur unmöglich, wenn die Gattung als solche untergeht oder die Leistung aus der Gattung nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, wobei die Vertragsauslegung bestimmt, was unverhältnismäßig ist und was nicht. Über das Schicksal der *Gegenleistung* trifft § 275 keine Aussage; insoweit ist § 326. einschlägig. Sie entscheiden also die Frage, wer die *Gegenleistungsgefahr* zu tragen hat, also die Gefahr, die Gegenleistung trotz Unmöglichkeit der Leistung erbringen zu müssen.

Typischerweise stehen sich bei einem gegenseitigen Vertrag die Verpflichtung zu einer Sachleistung und die Verpflichtung zu einer Geldleistung gegenüber. Verkäufer, Vermieter und Werkunternehmer müssen eine Kaufsache übergeben und übereignen, eine Mietsache überlassen bzw. ein Werk herstellen, während Käufer, Mieter und Besteller jeweils eine Geldleistungspflicht trifft.²⁰ Unmöglich werden kann in diesen Fällen immer nur die Sachleistung. Zwar kommt es – leider sehr häufig – vor, dass der Geldschuldner seinen Pflichten nicht nachkommen kann, weil er kein Geld mehr hat. Der Geldschuldner kann sich jedoch nicht ‘herausreden’, dass er nicht leiste, weil er insolvent ist. Dies wurde von der Rechtsprechung aus § 279 a.F. hergeleitet, und Geld gewissermaßen als Gattung behandelt, aus der die Leistung immer möglich ist. Die Literatur lehnte die Ableitung aus § 279 a.F. ab, folgt aber dem Grundsatz, dass der Schuldner für seine finanzielle

¹⁸ Zu Stück- und Gattungsschulden vgl. Einf BR 7.2.1.1.

¹⁹ Zur Konkretisierung sowie zu Hol-, Schick- und Bringschuld vgl. Einf BR 7.2.1.2 sowie oben 2.1.3.

²⁰ Eine Ausnahme von diesem Grundmuster bildet der Tausch iSd § 480, da hier eine Geldleistungspflicht nicht zu den vertragstypbildenden Pflichten gehört.

Leistungsfähigkeit einzustehen habe. An dem Grundsatz hat sich auch durch die Schuldrechtsreform nichts geändert. Die Geldschuld ist nicht explizit geregelt worden. Man kann zusätzlich anführen, dass die Insolvenzordnung, die sich ja gerade mit den Folgen eines insolventen Schuldners befasst, sonst überflüssig wäre. Zusammengefasst gilt also: ‘Geld muss man haben.’ In den meisten klausurrelevanten Sachverhalten, in denen es um Unmöglichkeit geht, wird also eine Sachleistung unmöglich werden, und es steht die Frage im Raum, was dann mit der Geldleistungspflicht wird.

2.4.2.1.4.1 Von niemandem zu vertretendes Unmöglichwerden

Fall 8: A hat ein sehr altes Haus gekauft und möchte es sanieren lassen. Hierzu vereinbart er mit dem Elektriker B, dass dieser die alten elektrischen Leitungen durch neue ersetzt. Bevor B mit der Arbeit beginnen kann, stürzt das Haus bei einem Sturm ein. Kann B gleichwohl von A die vereinbarte Vergütung verlangen?

Die Leistungsgefahr hatte hier der (Sachleistungs-)Gläubiger zu tragen; er erhielt die ihm nach dem Vertrag zunächst zustehende Leistung nicht. Die Gegenleistungsgefahr trägt nach § 326 I der Schuldner, da auch er seines Anspruchs verlustig geht.

2.4.2.1.4.2 Vom (Sachleistungs-)Gläubiger zu vertretendes Unmöglichwerden

Fall 9: Wie Fall 8, jedoch hatte diesmal der A tragende Wände entfernen lassen, weil ihm die Zimmeraufteilung nicht mehr gefiel. Das Haus stürzt ein, und B besteht auf Zahlung. Allerdings hatte der D, der gehört hatte, dass B überraschend freie Termine hatte, dem B angeboten, an seinem Haus zu arbeiten. B meint, auf jeden Fall von A sein Geld zu bekommen, und sagt dem D ab. A ist hingegen der Auffassung, dass dies zu weit gehe. Er möchte die Zahlung an B insoweit kürzen, als B in der für das Haus des A vorgesehenen Zeit bei D hätte Geld verdienen können. Wie ist die Rechtslage?

Die Gegenleistungsgefahr wird nach § 326 II also in Abweichung von § 326 I dem Gläubiger auferlegt, allerdings nur in dem Maße, wie der Verdienstaussfall beim Schuldner allein auf das Verhalten des Gläubigers zurückzuführen ist.

2.4.2.1.4.3 Vom (Sachleistungs-)Schuldner zu vertretendes Unmöglichwerden

Fall 10: Wie Fall 8, jedoch geschah der Einsturz des Hauses hier dadurch, dass B beim Aufstemmen der Wände etwas zu gründlich war. A möchte von B den Wert des Hauses ersetzt haben.

Exkurs: 'Wie erfinde ich die h.M.?'

In der Falllösung zu **Fall 10** wurde ein umfangreicher Meinungsstreit dargestellt. Dies wird in Klausuren von Ihnen fast immer anhand eines bestimmten Problems erwartet. Nun ist es auch für den fleißigsten Studenten ausgeschlossen, jeden Meinungsstreit auswendig zu lernen. Dennoch werden Sie – mit etwas Erfahrung, die Sie im Laufe der Semester sammeln – merken, dass an einer bestimmten Stelle des Sachverhaltes ein Problem gegeben ist. Dann gilt es immer, die sich bietenden Möglichkeiten zu analysieren. Hält man also eine Frage überhaupt für diskussionswürdig, so lassen sich immer mindestens zwei bis drei Möglichkeiten aufzeigen: Der Anspruch besteht – vielleicht – nicht. Die Norm ist – vielleicht – nicht – anwendbar. Ausgangspunkt des Problems in Fall 10 war folgendes: A wollte Schadensersatz; es war jedoch nicht klar, wie dieser ermittelt wird, insbesondere, ob er noch die dem B geschuldete Gegenleistung erbringen muss. Dann gibt es folgende Möglichkeiten: A *muss* die Gegenleistung erbringen. A muss sie *nicht* erbringen. A muss sie unter Umständen *vielleicht* bzw. *kann* sie erbringen. Dies führt zu folgender Überlegung: Will A den vollen Schadensersatz, wäre es unbillig, wenn B keine Gegenleistung dafür erhielte (Surrogationstheorie). Behält A die Gegenleistung, so wird diese auf den Schadensersatzanspruch angerechnet (Differenztheorie). A hat Interesse an der Erbringung der Gegenleistung, oder er hat sie schon erbracht (abgeschwächte Differenztheorie). Nach der Nennung der möglichen Lösungswege sind also die dafür und dagegen sprechenden Argumente zu nennen und abzuwägen. Zwar kann man dann nicht schreiben „Die Rspr. sagt ...“ oder „Die Lit. meint ...“ oder „Nach h.M. ...“. Aber man hat argumentiert, und dies bessert die Laune des Korrektors ungemein.

Nicht immer ist der Schadensersatz aber die beste Möglichkeit für den Gläubiger, auf die eintretende Unmöglichkeit zu reagieren.

Fall 11: A und B schließen einen Kaufvertrag über einen Gebrauchtwagen. Dieser ist, was keiner der Beteiligten zu diesem Zeitpunkt weiß, 10 Jahre alt und hat nur noch einen geringen Wert. Gleichwohl zahlt B noch vor der Übergabe des Wagens 10.000,- DM hierfür. Zwischenzeitlich entführt Crash-Kid C den Wagen und findet das Lösegeld an einem Baum. A hatte den Wagen offengelassen; der Schlüssel steckte im Zündschloss. Die Untersuchung der Trümmer des völlig zerstörten Wagens (C kommt mit dem Schrecken und einem Erlebnisurlaub in Australien davon) ergibt das wahre Alter und damit den viel geringeren Wert des Wagens, der nur 1.000,- DM beträgt. Welche Möglichkeiten hat B, gegen A vorzugehen?

2.4.2.2 Anfängliche Unmöglichkeit

Verpflichtet sich jemand zu einer Leistung, die er von Anfang an, also schon im Zeitpunkt des Eingehens dieser Verpflichtung nicht erbringen konnte, so kann er selbstverständlich zur Erbringung dieser Leistung auch nicht durch ein Gericht gezwungen werden. Fraglich ist aber, wer in welcher Weise die Konsequenzen der anfänglichen Unmöglichkeit tragen muss.

2.4.2.2.1 Anfängliche objektive Unmöglichkeit

Die anfängliche objektive Unmöglichkeit führte nach der früheren Rechtslage dazu, dass nach § 306 a.F. ein auf eine (objektiv) unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig war. Nach der Schuldrechtsmodernisierung hat sich die Rechtslage grundlegend geändert. § 306 a.F. wurde abgeschafft. Ein auf eine von Anfang an unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nicht mehr nichtig (vgl. § 311a I), sondern führt für den Schuldner nach § 275 zum Erlöschen seiner Leistungspflicht. Die Rechte des Gläubigers richten sich in einem solchen Fall nach § 311a II. Er kann wahlweise Schadensersatz "statt der Leistung" oder Aufwendungsersatz nach § 284 verlangen. In der Regelung des § 311a I kommt der Grundsatz *pacta sunt servanda* zum Ausdruck, der unter anderem durch die Schuldrechtsmodernisierung gestärkt werden sollte.

Fall 12: Musikliebhaber M meint, in seinem Safe das Autograph des 3. und 4. Satzes der „Unvollendeten“ von Schubert zu haben. Tatsächlich handelt es sich um die Fälschung, die ein zu Recht vergessener Komponist irgendwann in der Hoffnung angefertigt hatte, auf diese Weise wenigstens einmal aufgeführt zu werden. M hatte das Autograph vor Jahren auf einem Flohmarkt erworben. Nunmehr hat er Geldsorgen und verkauft, ohne von der Fälschung zu wissen, das Manuskript als ‘echt Schubert’ an den Neureichen N, der sein Geld anlegen will. N geht jedoch, bevor er zahlt, zu dem Sachverständigen S, um zu hören, wie viel seine neue Errungenschaft wert ist. S erklärt dem N, dass die „Unvollendete“ nicht ohne Grund so heißt und er sein Geld nicht in den Sand setzen soll. N gibt M das Manuskript zurück und möchte von M die Reisekosten und die Kosten für Telefon und Porto ersetzt haben, die er in Vorbereitung des Treffens mit M gehabt hat.

§ 311a II 2 differenziert also danach, ob der zur Leistung Verpflichtete die Unmöglichkeit kannte oder kennen musste. Dies ist Ausdruck der bestehenden Interessenlage. Ist es nämlich demjenigen, der sich zu einer unmöglichen Leistung verpflichtet, möglich und zumutbar, sich Gewissheit darüber zu verschaffen, ob die Leistung erbracht werden kann, dann ist es nur gerecht, wenn der andere Teil einen Ausgleich erhält.

Fall 13: Wie Fall 12, jedoch war das Papier, als M das Manuskript erwarb, blütenweiß und ohne jede Spur der Alterung. Inzwischen hat es bei M jedoch erhebliche ‘Patina’ angesetzt.

Der Vertragspartner des zu einer unmöglichen Leistung Verpflichteten ist aber nur dann schutzwürdig, wenn er selbst die Unmöglichkeit nicht kannte oder kennen musste. Nur dann durfte er auf die Gültigkeit des Vertrages vertrauen.

Fall 14: Wie Fall 12, jedoch ist N hier ein Dirigent, der für seine Schubertaufnahmen schon mehrfach mit dem „Grammy“ ausgezeichnet wurde und den ein Blick in die Partitur über die Fälschung aufgeklärt hätte.

2.4.2.2 Anfängliche subjektive Unmöglichkeit (anfängliches Unvermögen)

Die Fälle der objektiven und subjektiven, der anfänglichen und nachträglichen Unmöglichkeit werden nach dem neuen Schuldrecht grundsätzlich gleich behandelt. Das bedeutet: Auch ein auf eine subjektiv unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist wirksam. Es entstehen gegenseitige Ansprüche. Allerdings ist der Anspruch auf die unmögliche Leistung wegen dauernden Unvermögens gemäß § 275 I ausgeschlossen. Die Rechte des Vertragspartners richten sich dann nach §§ 275 IV, 311a II.

Fall 15: Startenor S unterschreibt, obwohl er gerade eine Stimmbandoperation hinter sich hat, bei Manager M einen Vertrag über ein Konzert „S in der Waldbühne“, das eine Woche nach der Operation stattfinden soll. S wird bis zum Konzert nicht mehr einsatzbereit. M hatte bereits sämtliche Karten verkauft. Nachdem die Zuhörer sämtlich die Karten gegen Erstattung des Kartenpreises zurückgegeben haben, verlangt M nun von S den Betrag, den er nach Abzug seiner Kosten übrigbehalten hätte.

Handelt es sich bei dem Vertrag um einen Kaufvertrag, ergab sich früher die eben dargestellte Haftung auch aus §§ 440, 325 a.F. Die Konzeption des neuen Schuldrechts brachte jedoch die Aufhebung der Parallelität zwischen dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht und dem besonderen Leistungsstörungsrecht des Kaufrechts. Wird eine Leistungspflicht aus dem Kaufvertrag unmöglich, richten sich die Rechtsfolgen - wie gewohnt - nach §§ 275 IV iVm. §§ 280, 283-285, 311a, 326.

2.4.3 Dauernde und vorübergehende Unmöglichkeit

Die bislang dargestellten Fälle zur Unmöglichkeit betrafen sämtlich Konstellationen, in denen die Leistung für immer, d.h. dauernd, nicht – mehr – erbracht werden konnte. Dass im Gesetz neben der Unmöglichkeit der Verzug geregelt ist,²¹ der Schuldner also anders behandelt wird, wenn er ‘nur’ zu spät mit seiner Leistung ist, legt nahe, dass auch Verzug und nicht Unmöglichkeit

²¹ Dazu unten 2.6.

zu prüfen ist, wenn der Schuldner die Leistung nur vorübergehend nicht erbringen kann.

Beispiel VII: A verpflichtet sich gegenüber B, ein Haus auf dem Grundstück des B in der Nähe von Frankfurt an der Oder zu errichten. Als der Termin des Baubeginns näherrückt, macht das ebenso näherrückende Oderhochwasser alle Bauarbeiten 'unmöglich'.

Hier ist davon auszugehen, dass nach dem Zurückgehen des Hochwassers das Haus errichtet werden kann. Die Unmöglichkeit ist also nur eine vorübergehende. Für die Anwendung der Unmöglichkeitsvorschriften besteht aber kein Anlaß, wenn die Leistung, wenn auch später, noch nachgeholt werden kann. Vorrang haben dann die Verzugsregeln, bei denen es auf das Vertretenmüssen ankommt (§ 286 Abs. 4).

Möglich ist aber auch, dass die nachträgliche Erbringung der Leistung nach Behebung der vorübergehenden Unmöglichkeit den von den Parteien angestrebten Leistungserfolg nicht mehr herstellen kann.

Beispiel VIII: Wie Beispiel VII, jedoch hatten A und B diesmal vereinbart, dass A ein unbeheiztes Zirkuszelt auf dem Grundstück des B errichten soll. Als das Hochwasser zurückgeht, ist es zu kalt, um in einem ungeheizten Zirkus zu betreiben.

Hier kann nach Wegfall des Leistungshindernisses der Geschäftszweck nicht mehr erreicht werden; auf den Wegfall zu warten, kann dem B nicht zugemutet werden. Hier steht die vorübergehende der dauernden Unmöglichkeit gleich.²²

2.4.4 Rechtliche und tatsächliche Unmöglichkeit.

Bisher wurden häufig Fälle dargestellt, in denen aus tatsächlichen Gründen die Erbringung der Leistung unmöglich (geworden) war. Für den Gläubiger macht es aber keinen Unterschied, wenn der Leistungserfolg aus Rechtsgründen nicht eintreten kann.

Beispiel IX: D verkauft A eine Sache, die er dem B gestohlen hat. Zwar kann D sich in einem Kaufvertrag hierzu verpflichten. Nach § 935 I kann A aber Eigentum an der Kaufsache auch gutgläubig nicht erwerben und ist dem Herausgabeanspruch des B aus § 985 ausgesetzt.

²² Zur Vertiefung und um den wichtigen Fall des absoluten und relativen Fixgeschäfts kennen zu lernen, lesen Sie bitte die kurze Kommentierung bei *Palandt-Heinrichs*, § 275 Rn 17-19, § 271 Rn 16. Fixgeschäfte werden Ihnen im Arbeits- und Handelsrecht noch häufig begegnen.

2.4.5 Teilweise und völlige Unmöglichkeit

Außer den Fällen, in denen die Erbringung der Leistung völlig unmöglich geworden ist, geschieht es häufig, dass nur ein Teil der vereinbarten Leistung nicht erbracht werden kann. Solche Fälle sind in §§ 281 I und 326 I geregelt.

Fall 16: A verpflichtet sich, dem B ein Hausgrundstück für 200.000,- DM zu verkaufen. Durch ein Erdbeben wird das Haus (Wert 100.000,- DM) zerstört. B hat kein Interesse an dem Grundstück ohne Haus. Kann A gleichwohl den Kaufpreis oder wenigstens die Hälfte verlangen?

2.5 Vertretenmüssen

Schon mehrfach war von „Vertretenmüssen“ oder „Verschulden“ die Rede, ohne dass ausführlich darauf eingegangen worden wäre, was diese Begriffe zu bedeuten haben. Systematisch korrekt müsste man also im voraus erklären, was Vertretenmüssen eigentlich heißt. Aus didaktischen Gründen geschieht dies aber erst an dieser Stelle, nachdem Sie in verschiedenen Fällen bereits gesehen haben, warum es auf das Vertretenmüssen überhaupt ankommt.

Das Gesetz spricht fast immer von „Vertretenmüssen“ (z.B. §§ 280, 286 311a). Vertretenmüssen und Verschulden stehen aber dergestalt in Beziehung zueinander, dass der Schuldner, wenn er etwas „zu vertreten“ hat (z.B. Unmöglichkeit), dieses auch verschuldet hat. Nach § 276 I 1 hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Eine strengere oder mildere Haftung kann sich aber aufgrund Vereinbarung oder aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses ergeben. Die Vorschrift führt als Beispiele die Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos auf.

2.5.1 Vorsatz

Vorsatz bezeichnet man als das Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung im Bewusstsein der Rechtswidrigkeit dieses Erfolges.²³

Beispiel X: Im Fall 4 hatte V das Bild zerstört, um die Versicherungssumme zu kassieren. Er wusste, dass er dann dem K das Bild nicht mehr würde übergeben können, und nahm dies billigend in Kauf (sog. bedingter Vorsatz, lat. *dolus eventualis*). Das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit spielt hingegen vor allem im Deliktsrecht eine Rolle und müsste hier nicht eigens erwähnt werden.

²³ Die strafrechtliche Vorsatzdefinition ist ganz ähnlich, jedoch muss dort nach h.M. der Vorsatz die Rechtswidrigkeit nicht umfassen.

2.5.2 Fahrlässigkeit

Fahrlässigkeit ist in § 276 II definiert als die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Welche Sorgfalt ist jedoch im Verkehr erforderlich? Anders als im Strafrecht gilt im Zivilrecht kein individueller, sondern ein auf allgemeine Verkehrsbedürfnisse ausgerichteter objektiver (typisierter) Sorgfaltsmaßstab. Wer nicht die nötige Fachkenntnis hat, um eine Bremsanlage zu reparieren, sollte eine solche Verpflichtung also nicht übernehmen. Tut er es doch und kommt es zu einem Unfall, kann er sich nicht damit entschuldigen, dass er von Bremsen nichts verstünde. Im Zivilrechtsverkehr, der auf privatautonomem Entscheidungen der Rechtssubjekte beruht, muss jeder darauf vertrauen können, dass der andere die zur Erfüllung seiner Pflichten erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten hat. Welche Kenntnisse und Fähigkeiten erforderlich sind, bemisst sich nach der Sorgfalt, die von einer Person des jeweiligen Verkehrskreises verlangt werden kann. Es kommt folglich auf die *typischen* Kenntnisse und Fähigkeiten z.B. der Berufsgruppe, zu der der Schuldner gehört. Die subjektiven Kenntnisse und Fähigkeiten des Schuldners können aber, wenn sie die typischen Kenntnisse und Fähigkeiten übersteigen, auch zu Lasten des Schuldners in Ansatz gebracht werden. So wurden in Fall 14 auch die besonderen Kenntnisse des N berücksichtigt.

2.5.3 Haftungsbeschränkungen und Erweiterungen

Wer eine Garantie für die Beschaffenheit einer Sache übernimmt, haftet für das Fehlen dieser Beschaffenheit ganz unabhängig davon, ob er dies im Sinne von Vorsatz oder Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Sichert der Verkäufer eines gebrauchten PKW etwa die Unfallfreiheit des Fahrzeuges zu, dann muss er unabhängig von seinem eigenen Verschulden haften, wenn sich der PKW doch als Unfallfahrzeug herausstellt.

Ebenso trägt der Verkäufer einer Gattungssache das Beschaffungsrisiko bis zur Konkretisierung der Sache. Hat Bauer B die Lieferung von Saatkartoffeln versprochen und wurde eine Bringschuld vereinbart, dann tritt Konkretisierung erst zu dem Zeitpunkt ein, in dem der B die Kartoffeln bei seinem Abnehmer anbietet. Gehen sie auf dem Weg zum Abnehmer unter, muss B neue Kartoffeln liefern, unabhängig davon, ob er den Untergang zu vertreten hat oder nicht.

Einzelheiten werden im Kaufrecht besprochen.

2.5.4 Zurechnung des Verschuldens Dritter

In einer arbeitsteiligen Gesellschaft wird ein Schuldner häufig nicht allein bei der Erfüllung der Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger tätig. Er bedient sich vielmehr dritter Personen. Er profitiert von der Arbeitsteilung, indem er mehr Aufträge übernehmen kann. Dann wäre es aber unbillig, wenn er gegenüber dem Gläubiger sich darauf berufen dürfte, dass nicht er, sondern z.B. ein Angestellter für ihn gehandelt habe. Dieser besonderen Konfliktlage trägt § 278 Rechnung.

Fall 17: Wie Fall 8, doch diesmal ließ B den Lehrling L die Stemmarbeiten durchführen, worauf das Haus einstürzt. A möchte von B den Wert des Hauses ersetzt haben.

Wirken Dritte in irgendeiner Weise mit dem Schuldner zusammen, ist also stets an § 278 zu denken. § 278 ist eine *Zurechnungsnorm* für *fremdes* Verschulden. Hier liegt der wesentliche Unterschied zu § 831. Diese Norm wird im Deliktsrecht noch ausführlich dargestellt. An dieser Stelle soll die Feststellung genügen, dass § 831 eine *Anspruchsgrundlage* ist, bei der haftungsbegründend das *eigene* Verschulden des Anspruchsgegners wirkt.

2.6 Verzug

2.6.1 Schuldnerverzug

Anders als bei der Unmöglichkeit, bei der die Leistung überhaupt nicht – mehr – erbracht werden kann, wird beim Verzug die Leistung zu spät erbracht. Nach der Grundnorm des § 286 I liegt Verzug vor, wenn trotz Fälligkeit und Mahnung schuldhaft (§ 286 IV) nicht geleistet wird.

2.6.1.1 Nichtleistung

Die Nichtleistung ist aber nur dann verzugsbegründend, wenn die Leistung noch nachgeholt werden kann. Liegt hingegen eine dauernde Unmöglichkeit vor, so ist die Anwendung der Verzugsregeln ausgeschlossen.²⁴

2.6.1.2 Fälligkeit

Der Verzug setzt nach § 286 I voraus, dass der Schuldner „nach dem Eintritte der Fälligkeit“ nicht leistet. In Ermangelung einer besonderen Vereinbarung „kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen“ (§ 271 I), die Leistung ist also sofort fällig.

²⁴ Zur Abgrenzung von dauernder und vorübergehender Unmöglichkeit vgl. oben 2.4.3.

Fall 18: A veranstaltet im Hinterzimmer einer Kneipe Würfelspiele, bei denen es um viel Geld geht (Vgl. oben 1.1) Beispiel **I:** Es könnte z.B. gefragt sein, ob ein Spieler den Gewinn aus einem Glücksspiel einklagen kann.). B gewinnt und möchte seinen Gewinn ausgezahlt haben. A weigert sich. Ist die Leistung fällig? (Auf straf-, delikts- und bereicherungsrechtliche Fragen ist nicht einzugehen).

Fälligkeit setzt also Klagbarkeit voraus. Die Leistung ist aber auch dann nicht fällig, wenn dem Anspruch eine Einrede entgegengehalten werden kann.

Fall 19: A verkaufte B seinen gebrauchten Fernseher, weil er vor lauter Werbeunterbrechungen ohnehin nichts mehr vom Programm hatte. Als B zur vereinbarten Zeit nicht zahlen kann, sagt A, B könne „sich Zeit lassen“. Nun möchte A aber sein Geld doch haben. Ist die Leistung fällig?

2.6.1.3 Mahnung

Grundfall des Eintritts des Verzugs ist die Mahnung durch den Gläubiger (§ 286 I 1). Mahnung ist die einseitige empfangsbedürftige Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner zur Leistungserbringung. Durch die Mahnung soll dem Schuldner klargemacht werden, dass er noch einmal Gelegenheit zur Leistung hat und andernfalls Konsequenzen drohen.

Fall 20: Wie Fall 19, aber ohne Stundung. Die Zahlung des Kaufpreises sollte eine Woche nach Übergabe erfolgen. Zwei Tage nach der Übergabe sagt A zu B, er solle daran denken, dass er bald zahlen müsse. Ist eine Mahnung wirksam erfolgt?

2.6.1.4 Entbehrlichkeit der Mahnung

Die Mahnung ist aber nicht in allen Fällen Voraussetzung für den Verzugseintritt.

Fall 21: Wie Fall 20, aber diesmal war Zahlung eine Woche nach Pfingsten vereinbart. Zwei Wochen nach Pfingsten überlegt A, ob der den B nicht mahnen sollte. Ist eine Mahnung erforderlich?

Aber auch ohne kalendermäßige Bestimmung kann es unbillig sein, den Gläubiger darauf zu verweisen, dass er hätte mahnen müssen.

Fall 22: Wie Fall 20, aber diesmal erklärte B, nachdem er den Fernseher mitgenommen hatte, A könne lange auf sein Geld warten, und für das alte Gerät müsste A ihm ja noch Entsorgungsgebühren zahlen. Muss A die Zahlung anmahnen?

2.6.1.5 Vertretenmüssen

§ 286 IV bestimmt, dass der Schuldner nicht in Verzug kommt, solange die Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unterbleibt.

Fall 23: Fleischgroßhändler F verpflichtet sich gegenüber dem Einzelhändler E, 500 kg britisches Rindfleisch zu liefern. Nach Vertragsschluss, aber vor dem Liefertermin ordnet der Bundesgesundheitsminister ein auf einen Monat befristetes Einfuhrverbot für britisches Rindfleisch an. Befindet sich F in Verzug?

2.6.1.6 Verzögerungsschaden

Durch den Verzug können dem Gläubiger Schäden entstehen, für die das Gesetz einen Ausgleich schaffen muss.

Fall 24: Wie Fall 23, jedoch ohne Einfuhrverbot. Statt dessen kam der von F mit der Anlieferung beauftragte LKW-Fahrer L mit dem LKW auf der Autobahn durch Fahrlässigkeit ins Schleudern, so dass der LKW umstürzte und die Ladung unbrauchbar wurde. F kann dadurch den Liefertermin nicht einhalten. E beschafft sich kurzfristig bei dem Konkurrenten K Ersatz, der aber „Expreszuschlag“ kostet. Diesen möchte E von F ersetzt haben.

2.6.1.7 Verzugszinsen

Nach § 288 I 1 ist eine Geldschuld während des Verzuges zu verzinsen. Der Verzugszinssatz beträgt für das Jahr fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.

Fall 25: G gewährt S ein zinsloses Darlehen. Dieses soll S drei Monate nach der durch G erfolgenden Kündigung zurückzahlen. G kündigt; S vergisst aber die Zahlung. Kann G Zinsen verlangen?

2.6.1.8 Schuldnerverzug im gegenseitigen Vertrag

Im gegenseitigen Vertrag stehen sich Leistung und Gegenleistung gegenüber. Solange der Schuldner nicht zahlt, kann der Gläubiger die Leistung verweigern (§ 320). Es ist aber in diesen Fällen oft ungewiss, ob der Schuldner überhaupt noch einmal leisten wird. Während dieser Zeit muss der Gläubiger aber seine Gegenleistung auch bereithalten. Diese Ungewissheit beenden zu können, ist Aufgabe der §§ 280, 281, 323. Der Verzögerungsschaden kann daneben gemäß §§ 280 II, 286 verlangt werden. Schadensersatz statt der Leistung kann nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 281 I verlangen. Der Gläubiger muss dem Schuldner zunächst eine Nachfrist setzen und kann Schadensersatz erst nach ihrem fruchtlosen Ablauf verlangen oder – verschuldensunabhängig – gemäß § 323 I vom Vertrag zurücktreten.

Fall 26: V verkauft an K in einem notariellen Vertrag ein Hausgrundstück. Der Kaufpreis soll fällig sein nach Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten des Käufers im Grundbuch (§ 883). Als dies geschehen ist, zahlt K nicht. Was muss V tun, um sich vom Vertrag lösen zu können?

2.6.2 Gläubigerverzug

Nicht nur der Schuldner kann in Verzug kommen, auch der Gläubiger muss es dem Schuldner überhaupt ermöglichen, die vertragsgemäße Leistung zu erbringen. Schuldnerverzug und Gläubigerverzug unterscheiden sich aber insofern, als der Schuldnerverzug eine schuldhafte Verletzung einer Leistungspflicht darstellt, während der Gläubigerverzug eine verschuldensunabhängige Obliegenheitsverpflichtung darstellt, die grundsätzlich keinen Schadensersatzanspruch zur Folge hat. Eine Ausnahme besteht aber dann, wenn Abnahme kraft Vereinbarung zu einer Hauptleistungspflicht erhoben wurde; in diesen Fällen ist Schadensersatz nach § 280 möglich. Eine Obliegenheit unterscheidet sich also von der eigentlichen Rechtspflicht dadurch, dass sie vor allem im eigenen Interesse eingehalten werden sollte, um nicht in eine schlechtere Rechtsposition zu gelangen.

Der Gläubigerverzug bewirkt für den Schuldner vor allem eine Haftungserleichterung: Nach § 300 I hat er nur noch Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten, so dass bei leichter Fahrlässigkeit z.B. §§ 280, 283 nicht zur Anwendung kommen.

Der Annahmeverzug des Gläubigers tritt aber nur ein, wenn der Schuldner die Leistung am *rechten Ort* (§§ 269, 270 oder nach Vereinbarung) zur *rechten Zeit* (§ 271 oder nach Vereinbarung) und in der richtigen Weise (z.B. bei Gattungsschuld Sache mittlerer Art und Güte, § 243 I) angeboten hat.

Grundsätzlich muss der Schuldner die Leistung dem Gläubiger tatsächlich anbieten (§ 294). Ein wörtliches Angebot (§ 295) reicht bei Verweigerung der Annahme oder Nichterbringen einer Mitwirkungshandlung durch den Gläubiger. Das Angebot ist überflüssig (§ 296), wenn Gläubiger eine kalendermäßig bestimmte Mitwirkungshandlung unterlässt.

Die Leistung darf nicht unmöglich sein. Ist die Leistungserbringung dauernd unmöglich, gelten §§ 275 ff., 323 ff. Bei vorübergehendem

Leistungsunvermögen des Schuldners kommt der Gläubiger wegen § 297 nicht in Verzug.

2.7 Gefahrübergang

An dieser Stelle ist es Zeit, den Begriff des Gefahrübergangs näher zu erklären. In einem Lehrbuch müsste dies vorausgeschickt werden. Didaktisch sinnvoll erscheint es aber, diesen Begriff zu behandeln, wenn er auch sogleich angewendet werden kann. Im Bereich des Gläubigerverzugs beschäftigen sich gleich zwei Vorschriften mit dem Gefahrübergang, und zwar §§ 300 II, 326 II.

Wir erinnern uns:²⁵ Bei einer Gattungsschuld trägt der Schuldner die Leistungsgefahr bzw. das Beschaffungsrisiko, d.h. die Gefahr, trotz Untergangs einer bestimmten Sache noch einmal leisten zu müssen. Wird die Gattungsschuld hingegen nach § 243 II auf eine bestimmte Sache konkretisiert, geht die Leistungsgefahr auf den Gläubiger über, was in § 275 I zum Ausdruck kommt. Geht die Sache unter, wird der Schuldner von seiner Leistungspflicht frei; die Gefahr, bei Untergang des Anspruchs auf die Leistung verlustig zu gehen, trägt der Gläubiger. Umgekehrt musste aber der Schuldner nach § 326 I 1 die Gegenleistungsgefahr tragen, d.h. die Gefahr, seinen Anspruch auf die Gegenleistung zu verlieren. Von dieser grundsätzlichen Gefahrverteilung macht das Gesetz aber verschiedentlich Ausnahmen, d.h. die Gefahr geht auf die jeweils andere Person über.

Nach § 446 trägt die Gegenleistungsgefahr, also die Gefahr, den Kaufpreis trotz Untergangs der Sache zahlen zu müssen, nach der Übergabe der Sache der Käufer. Die Gefahr geht also mit der Übergabe auf den Gläubiger der Sachleistung über.

§ 447 verlagert diesen Zeitpunkt noch etwas weiter vor: Hier versendet der Schuldner der Sachleistung, also der Verkäufer, die Sache auf Veranlassung des Gläubigers an einen anderen Ort als den, an dem der Schuldner selbst wohnt. Da der Schuldner dann nicht allein das Risiko tragen soll, geht die Gegenleistungsgefahr (Preisgefahr) mit Übergabe an die Transportperson auf den Gläubiger (Käufer) über.

²⁵ Vgl. oben 2.4.2.1.4.

Das gleiche gilt auch im Annahmeverzug des Gläubigers nach § 326 II. Nimmt der Gläubiger die ihm vom Schuldner angebotene Leistung obliegenheitswidrig nicht an, so ist nicht einzusehen, warum der Schuldner dann auch noch die Gefahr tragen sollte, seine Gegenleistung nicht zu bekommen. Die Gefahr, trotz Untergang der Sache die Gegenleistung erbringen zu müssen, trägt also in Abweichung von § 326 I 1 der Gläubiger.

§ 300 II hingegen betrifft wieder die Leistungsgefahr, also die Gefahr, noch einmal leisten zu müssen, wenn der ursprüngliche Leistungsgegenstand untergegangen ist. Die Norm ist nur bei Gattungsschulden anwendbar. Ist der Gläubiger also im Annahmeverzug, muss er auch die Gefahr tragen, die Leistung nicht mehr zu bekommen. § 300 II hat eine geringe praktische Bedeutung, da zumeist die Leistungsgefahr bereits mit Konkretisierung nach § 243 II auf den Gläubiger übergegangen ist.

Diese hochabstrakten Probleme sollen nun an einem Fall veranschaulicht werden.

2.8 Abschließender Fall zu Unmöglichkeit und Verzug

Fall 27: Cand. iur. C hat am 24.02.98 mündliche Prüfung im ersten juristischen Staatsexamen. In der Voraussicht, einen Grund zum Feiern haben zu werden, bestellt er bei dem Getränkehändler G, der am Ort wohnt, einen Kasten Champagner, den G am Abend ins Haus bringen soll. Nach der überstandenen Prüfung ist C so glücklich, dass er gleich in der Nähe des Justizprüfungsamtes in ein Restaurant einkehrt und die passenden Getränke den ganzen Abend lang dort zu sich nimmt. G versucht vergeblich, bei C die Getränke abzuliefern. Auf dem Rückweg zu seinem Geschäft verursacht G leicht fahrlässig einen Verkehrsunfall, bei dem die Flaschen zerstört werden. G möchte von C den Kaufpreis ersetzt haben.

2.9 Positive Vertragsverletzung (pVV)

2.9.1 Einleitende Bemerkungen

Die Rechtsprechung und das ganz überwiegende Schrifttum sahen in dem vor der Schuldrechtsmodernisierung entwickelten Regelungssystem von Unmöglichkeit und Verzug einerseits und Gewährleistungsrecht andererseits wesentliche Leistungsstörungsprobleme unberücksichtigt und entwickelten deshalb lückenfüllend und rechtsfortbildend das Institut der positiven Forderungsverletzung (pFV bzw. pVV).²⁶ Unter diesem Institut wurden alle Pflichtverletzungen im Rahmen eines bestehenden Schuldverhältnis gefasst,

²⁶ Zurückzuführen ist dieses Institut auf einen Vortrag von *Staub* für den deutsche Juristentag im Jahre 1902.

die weder Unmöglichkeit noch Verzug herbeiführen und deren Folgen nicht von den gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften erfasst wurden.

Im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung wurde nunmehr ein einheitlicher Haftungsgrundtatbestand entwickelt, in dessen Mittelpunkt der Begriff der Pflichtverletzung steht (§ 280 BGB). Auf diese Weise soll ein in sich geschlossenes lückenloses Leistungsstörungenrecht gewährleistet werden. Dementsprechend ist es ohne Bedeutung, auf welchen Gründen die Pflichtverletzung beruht und welche Folgen sie hat, denn der Begriff der Pflichtverletzung deckt alle Leistungsstörungen ab: Unmöglichkeit, Verzögerung, mangelhafte Leistung sowie die Verletzung leistungsbezogener oder leistungsbegleitender Nebenpflichten. Allein für den Schadensersatz anstatt der Leistung sowie für den Verspätungsschaden ist die Abgrenzung der pFV von Unmöglichkeit und Verspätung der Leistung noch von Bedeutung, da § 280 II, III hier auf zusätzliche Tatbestandsvoraussetzungen verweisen, die je nach Art der Leistungsstörung divergieren.

2.9.2 Hauptanwendungsfälle

An der Art der erfassten Nebenpflichten wollte der Gesetzgeber durch die gewählte Formulierung weder etwas ändern, noch wollte er die Rechtsprechung auf den gegenwärtigen Stand der Rechtsentwicklung beschränken. Somit ergeben sich nach wie vor folgende Hauptanwendungsfälle:

2.9.2.1 Schlechtleistungen

Beispiel XII a: Der Arbeitnehmer A bringt sein Lieblingscomputerspiel auf Diskette mit zur Arbeit und speist das Programm in den dortigen Computer ein. Leider ist die Diskette mit einem besonders heimtückischen Virus behaftet. Die komplette Software des Unternehmens wird unbrauchbar.

Die Schlechterfüllung der Hauptleistungspflicht ist hinsichtlich des Äquivalenzinteresses, d.h. des Interesses des Gläubigers an einer fehlerlosen und rechtzeitigen Hauptleistung, Gegenstand der besonderen Regelungen über den Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III i.V.m. §§ 281, 283 oder nach § 311a II bzw. über den Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung nach § 280 I, II i.V.m. § 286. Die Nebenpflichtverletzung spielt insofern keine Rolle und greift nur dann ein, wenn die entsprechende Leistungsstörung nicht durch eine besondere Regelung erfasst wird.

Beispiel XII b: Der Futterlieferant F liefert Tierfertigfutter, in das er Tiermehl von BSE-kranken Rindern gemischt hat, an den Rinderzüchter R. Dadurch wird die Herde des R ebenfalls infiziert.

Hier ist zweifelsohne das Futter selbst mangelhaft iSd § 434 I. Den sich aus der Mangelhaftigkeit des Futters ergebenden Schaden nennt man Mangelschaden. Der Schaden, der an anderen Rechtsgütern des Käufers, hier an den Rindern des R eintritt, wird hingegen als Mangelfolgeschaden bezeichnet. Diese Mangelfolgeschäden unterfallen nunmehr § 280 I.

Fall 28: Wie Fall 11 („Crash-Kid-Fall“). Diesmal geht der B wirklich zum Rechtsanwalt R, der ihn ständig bei seinen rechtlichen Problemen in allen Lebenslagen berät. R rät dem B, Schadensersatz zu verlangen und nicht vom Vertrag zurückzutreten. B möchte nun die Differenz zu dem von ihm gezahlten Kaufpreis von R erstattet haben.

2.9.2.2 Nebenpflichtverletzungen

Nebenpflichten sind alle Pflichten, die nicht kennzeichnend für den jeweiligen Vertrag sind, ohne die aber ein Vertrag sinnvollerweise nicht abgeschlossen werden kann. Hierzu existiert eine unübersehbare Kasuistik, aus der hier nur die wichtigsten Fallgruppen angeführt werden sollen.

2.9.2.2.1 Leistungstreuepflichten

Als Leistungstreuepflicht bezeichnet man die Pflicht, den Vertragszweck nicht zu beeinträchtigen oder zu gefährden.

Fall 29: Bereits vor Fälligkeit verweigert der K gegenüber dem V endgültig und ernsthaft die Erfüllung des Vertrages. V möchte sich gern von dem Vertrag lösen.

2.9.2.2.2 Schutzpflichten

Unter dem Begriff der Schutzpflichten fasst man die aus § 242 folgende allgemeine Rechtspflicht zusammen, bei der Vertragsabwicklung alles zu tun, damit Rechtsgüter des Vertragspartners nicht geschädigt werden.

Beispiel XIII: Handwerker H soll bei D einen Kronleuchter aufhängen. Bei den Arbeiten stellt sich der von H ausgesuchte und beaufsichtigte Lehrling L ungeschickt an, fällt von der Leiter und stürzt auf D's Sammlung von Porzellan-Engelchen. Die Figuren gehen kaputt. Kann D von H Schadensersatz verlangen?

1. D könnte gegen H einen Schadensersatz aus §§ 280 I, 241 II haben. Dann müsste H Pflichten aus einem mit D bestehenden Schuldverhältnis verletzt haben. Zwischen H und D bestand mit dem Werkvertrag über die Anbringung des Kronleuchters ein Schuldverhältnis. Nach dem neuen § 241 II kann ein Schuldverhältnis nach seinem Inhalt jeden Teil zur

Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichtet. Die Formulierung „kann“ legt zwar nahe, dass es sich um eine Ausnahmvorschrift handelt, also in der Regel keine Schutzpflichten bestehen. Jedoch ist seit jeher anerkannt, dass sog. Schutzpflichten in nahezu allen Sonderverbindungen existieren. Da der Entwurf hieran nichts ändern will²⁷, ist also weiterhin davon auszugehen, dass sich die Parteien so verhalten müssen, dass die Rechtsgüter und Interessen des andern nicht verletzt werden. Gegen diese Pflicht hat H schuldhaft verstoßen, da er sich das Verschulden des L nach § 278 zurechnen lassen muss. Der dem D durch die Pflichtverletzung entstandene Schaden ist nach §§ 280 I, 241 II zu ersetzen.

2. Ein Schadensersatzanspruch nach § 813 I scheidet aus, da H den L sorgfältig ausgesucht und beaufsichtigt hat.

2.9.2.2.3 Aufklärungs-, Anzeige- und Beratungspflichten

Aus dem Schuldverhältnis können sich die vielfältigsten Pflichten ergeben, dem Vertragspartner unaufgefordert Zugang zu Informationen zu verschaffen, die man selbst hat, die für den Vertragspartner wichtig sind und über die dieser nicht selbst verfügt.

Beispiel XIV: Bankkunde K schließt mit der Bank B einen Vertrag über einen Investmentfond ab. Eines Tages nimmt Anlageberater A ein sehr risikoreiches Wertpapier in den Fonds auf. In einem solchen Fall hat er den Kunden unaufgefordert darüber aufklären, dass die von ihm empfohlene Anlage mit erheblichen Risiken verbunden ist.

Sollte der Schuldner tatsächlich eine Pflicht nach § 241 II verletzen, so ist in diesem Zusammenhang § 282 zu beachten, nach dem der Gläubiger auch Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann, wenn ihm die Leistung durch den Schuldner nicht mehr zuzumuten ist.

Würde im Beispiel XIII also dem H aufgrund seiner „Tollpatschigkeit“ diese Missgeschick mehrmals wiederfahren und dem D dadurch weiterer Schaden zugefügt werden, der ihm die Vertragserfüllung unzumutbar macht, könnte dieser nach § 282 Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

2.10 culpa in contrahendo (cic)

Auch vor Abschluss eines Vertrages kann es passieren, dass eine Person durch seinen potentiellen Vertragspartner geschädigt wird. Allerdings umfassten die Normen des bisherigen BGB solche Fälle nicht umfassend, sodass von der Rechtsprechung schon wenige Jahre nach Inkrafttreten des BGB im Wege der Rechtsfortbildung das Rechtsinstitut der culpa in contrahendo (cic) entwickelt wurde²⁸, wonach bereits im Vorfeld eines Vertragsschlusses Pflichten

²⁷ Vgl. BT-Drs. 14/6040, 283.

²⁸ Im Wesentlichen entwickelt von Rudolf von Ihering (1818-1892).

zwischen den Parteien entstehen können, deren schuldhaft Verletzung zu einem Schadensersatzanspruch führen kann. Dieses war im bisherigen BGB nicht geregelt und fand lediglich in der Regelung des § 11 Nr. 7 AGBG a.F. einen Niederschlag. Nunmehr hat die cic als ein zum Kernbereich des deutschen Zivilrechts gehörenden Rechtsinstituts ihren Platz im BGB.

§ 311 II bestimmt, dass ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 auch entsteht durch

- die Aufnahme von Vertragsverhandlungen, § 311 II Nr. 1,
- die Anbahnung eines Vertrages, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, § 311 II Nr. 2 (sog. Sachwalterhaftung), oder
- durch ähnliche rechtsgeschäftliche Kontakte, § 311 II Nr. 3.

Durch § 311 II Nr. 3 wird klargestellt, dass die in Nr. 1 und 2 genannten Situationen nicht abschließend zu verstehen sind

Darüber hinaus stellt § 311 III klar, dass ein derart begründetes Schuldverhältnis auch im Verhältnis zu Personen entstehen kann, die selbst nicht Vertragspartei werden sollen, wenn diese Personen aufgrund eines für sich in Anspruch genommenen Vertrauens die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst haben.

Grund dieser vorvertraglichen Haftung ist, dass sich schon vor dem Zustandekommen des Vertrages ein Partner auf den anderen verlassen können muss. Jeder muss auf die Rechtsgüter des anderen Rücksicht nehmen. Die zukünftigen Vertragspartner stehen sich schließlich näher als Fremde. Außerdem erschien die deliktische Haftung hierfür nicht ausreichend, da dort der reine Vermögensschaden nicht ersetzt wird und eine Exkulpationsmöglichkeit (§ 813 I 2) besteht.

2.10.1 Pflicht zu „besonderer Rücksicht“, § 311

Die Verpflichtungen, die ein gemäß § 311 II und III begründetes Schuldverhältnis auslöst, werden in § 241 II dahingehend beschrieben, dass ein solches Schuldverhältnis „nach seinem Inhalt jeder Teil zu besonderer Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichtet werden kann. Durch die Formulierung „besondere“ Rücksicht soll

deutlich gemacht werden, dass die Schutzpflichten über das Maß der Pflichten hinausgehen, die nach allgemeinem Deliktsrecht bestehen. So verlangt etwa die allgemeine Verkehrssicherungspflicht von demjenigen, der eine Gefahrenquelle schafft lediglich, dass er die notwendigen Vorkehrungen zum Schutz der durch die Gefahrenquelle gefährdeten Rechtsgüter schafft. Über diese Verpflichtung geht § 241 II hinaus, wenn dem Adressaten der Vorschrift eine „besondere Rücksicht“ abverlangt wird.

2.10.2 Schutz nicht nur für absolute Recht, sondern auch für Nichtvermögensrechte

Dadurch, dass § 241 II neben den Rechten, auf die besondere Rücksicht genommen werden muss, auch den Begriff Rechtsgüter erwähnt, wird deutlich, dass über den begrenzten Schutzbereich des § 823 I hinaus auch das bloße Vermögen geschützt sein kann. So kann z.B. auch derjenige Schadensersatzansprüche haben, der durch falsche Beratung zu für ihn nachteiligen Vermögensdispositionen veranlasst wurde.

§ 241 II nennt neben den Rechten und Rechtsgütern auch die „Interessen des andern Teils“. Hieraus ergibt sich, dass der Schutzbereich der Vorschrift sehr weit gefasst ist. Auch Interessen, die keinen Vermögenswert haben oder sich nur mittelbar im vermögensrechtlichen Bereich auswirken können, wie etwa die Entscheidungsfreiheit einer an einem solchen Schuldverhältnis beteiligten Person, sind geschützt.

2.10.3 Anwendung der entwickelten Rechtsprechung

Aus der Tatsache, dass die gesetzliche Regelung der cic nicht alle Einzelheiten beinhaltet und somit auch nicht abschließend sein kann, ergibt sich, dass die umfangreiche Rechtsprechung, die zu dem Rechtsinstitut in der Zeit entwickelt wurde, als es noch nicht Gegenstand einer gesetzlichen Regelung war, weiterhin Geltung beanspruchen kann und bei der Rechtsanwendung berücksichtigt werden muss.²⁹ Damit werden insbesondere folgende bekannten Fallgruppen weiterhin umfasst:

- Verhinderung eines wirksamen Vertragsschlusses
- Abbruch von Vertragsverhandlungen
- Aufklärungspflichtverletzung
- Schutzpflichtverletzung (Pflicht, vorhandene Rechtsgüter zu achten)

²⁹ vgl. dazu die Kommentarliteratur aller gängigen Kommentare.

Als Rechtsfolge ist Schadensersatz zu leisten. Ob der Schadensersatz sich nur auf Geldzahlung bezieht oder sich gegebenenfalls auch auf Vertragsaufhebung gerichtet sein kann, lässt der Gesetzgeber offen. Insoweit kann ebenfalls auf die alte Rechtsprechung zurückgegriffen werden (Palandt/Heinrichs § 276 Rn. 79, 102).

2.10.4 Nichtzustandekommen des Vertrages

Aus cic haftet z.B., wer bei dem anderen Teil das Vertrauen in den bevorstehenden Abschluß eines Vertrages weckt und dann grundlos die Vertragsverhandlungen abbricht. Durch die Pflichtverletzung entstanden ist hier der Schaden, der auf dem Vertrauen in das Zustandekommen des Vertrages beruht, also z.B. Fahrkosten, um zum Ort des Vertragsschlusses zu gelangen.

2.10.5 Zustandekommen inhaltlich nachteiliger Verträge

Hat wie im oben bei der pVV dargestellten Anlageberaterbeispiel (Beispiel XIV) der Anlageberater im Vorfeld des Vertragsschlusses den Kunden nicht darüber aufgeklärt, dass der von ihm empfohlene Fond, in den der Kunde investieren soll, risikoreich ist und kommt der Vertrag zustande, so kann der Kunde die Rückgängigmachung des Vertrages aus cic (§ 280) iVm § 249 Satz 1 verlangen.

2.10.6 Empfohlenes Prüfungsschema:

Der **Anspruch auf Schadensersatz wegen Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht** ergibt sich aus § 280 I, nicht aus §§ 241, 311! Als Anspruchsgrundlage ist zu zitieren: §§ 280 I, 241 II, 311 II, III BGB.

1. Bestehen eines Schuldverhältnisses nach § 311 II oder III
2. Pflichtverletzung (Verletzung von vorvertraglichen Pflichten, etwa Obhuts-, Schutz- oder Informationspflichten)
3. Vertretenmüssen des Schuldners (§ 280 I 2 i.V.m. § 276 ff)
4. Schaden (§ 280 I 1)
5. Rechtsfolge
 - Schadensersatz neben der Leistung, §§ 280 I, 311 II, 241 II
 - Schadensersatz statt der Leistung, §§ 280 I, 311 II, 241 II i.V.m. §§ 280 III, 281
 - Aufwendungsersatz, §§ 280 I, 311 II, 241 II i.V.m. §§ 280 III, 284

2.11 Störung der Geschäftsgrundlage oder auch Wegfall der Geschäftsgrundlage, § 313

2.11.1 Allgemeines

Wirksam zustande gekommene Verträge müssen grundsätzlich erfüllt und eingehalten werden (*pacta sunt servanda*). Trotz dieses Grundsatzes ist seit jeher anerkannt, dass dieser Grundsatz nicht einschränkungslos gilt. Nach der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage sind Verträge unter bestimmten Umständen anzupassen oder sogar aufzulösen, wenn dies der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242) erfordert weil das Festhalten am Verträge mit dem unveränderten Inhalt als rechtsmissbräuchlich angesehen wird.

2.11.2 Subsidiarität

Der Gedanke des Wegfalls der Geschäftsgrundlage kommt auch in bestimmten gesetzlichen Vorschriften zum Ausdruck, die gegenüber § 313 spezieller sind (z.B. §§ 519, 528, 530, 626, 723, 779, 1301, 1612a, 2077, 20799). Weiterhin gehen dem Wegfall der Geschäftsgrundlage vor:

- die ergänzende Vertragsauslegung, §§ 133, 157
- die Unmöglichkeitregeln
- die Gewährleistungsregeln
- die Irrtumsregeln mit Ausnahme des beiderseitigen Irrtums
- die Zweckverfehlungskondiktion gemäß § 812 I 2 2. Alt.

2.11.3 Begriff der Geschäftsgrundlage

Eine Geschäftsgrundlage wird gebildet durch die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobenen, beim Vertragsschluss aber zutage getretenen, dem Geschäftspartner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellung des anderen Teils oder durch die gemeinsamen Vorstellungen beider Teile vom Vorhandensein oder künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille auf diesen Vorstellungen aufbaut (zuletzt BGH NJW 1997, 3371).

2.11.4 Rechtsfolgen einer Störung der Geschäftsgrundlage

Die Geschäftsgrundlage kann bereits von Anfang an gefehlt haben oder erst nach Vertragsschluss weggefallen sein. Allerdings genügt bei weitem nicht jede

(anfängliche oder nachträgliche) Abweichung von den Vorstellungen der Parteien für die Anwendung des § 313. Erforderlich ist vielmehr eine „schwerwiegende Veränderung“, die dazu führt, dass das unveränderte Festhalten am Vertrag für eine Partei unzumutbar ist.

Die grundsätzliche und vorrangige Rechtsfolge bleibt dann die Anpassung des Vertrages an die geänderten Umstände (vgl. *pacta sunt servanda*), § 313 I.

Nur für den Fall, dass eine Anpassung entweder nicht möglich oder einem Vertragsteil nicht zumutbar ist, sieht § 313 III die Rücktrittsmöglichkeit für den benachteiligten Teil vom Vertrag vor. Gemäß § 313 III 2 tritt im Falle von Dauerschuldverhältnissen an die Stelle des Rücktrittsrechts das Recht zur Kündigung.

Im Ergebnis kann auch im Bereich des § 313 umfassend auf die Rechtsprechung zum Rechtsinstitut des Fehlens/Wegfalls/Störung der Geschäftsgrundlage zurückgegriffen werden.

Die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage ist insoweit nicht unproblematisch, weil die privatautonom handelnden Rechtssubjekte es in der Hand haben sollten, ihre Vertragsbeziehungen so zu regeln, dass die maßgeblichen Umstände Berücksichtigung finden.

Beispiel XV: Jurastudent J kauft den Münchener Kommentar, der mehrere Tausend DM kostet. Nach zwei Semestern gibt er das Studium auf. Hier kann er nicht erwarten, dass der Buchhändler, der ihm den Kommentar verkauft hat, die Bücher zurücknimmt.

2.11.5 Typische Fallgruppen

2.11.5.1 Zweckstörung

Grundsätzlich ist es das Risiko jeder Partei, zu welchem Zweck sie die erhaltene Leistung einsetzt und ob dieser Zweck erreichbar ist, so dass beim Fortfall der Verwendungszwecks die Grundsätze des § 313 wegen der anderweitigen Risikoverteilung nicht zur Anwendung kommen. In Ausnahmefällen kann jedoch auch der Verwendungszweck einer Partei zur (gemeinsamen) Geschäftsgrundlage werden. Dafür genügt nicht, dass er der anderen Partei lediglich mitgeteilt wird; vielmehr muss sich die andere Partei den Zweck zu eigen gemacht haben. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn er bei der Preisbemessung berücksichtigt wurde.

Fall 30: M mietet von V ein Zimmer in der Nähe des Buckingham Palace, um von dort aus die Hochzeit von Prinz William verfolgen zu können, worüber er auch mit V gesprochen hat. Die angekündigte Hochzeit war jedoch eine Ente der „Sun“. Kann M die Vertragsauflösung verlangen? (Anwendbarkeit des deutschen Rechts wird vorausgesetzt.)

2.11.5.2 *Wirtschaftliche Unmöglichkeit – Äquivalenzstörung*

Fall 31: U verpflichtet sich gegenüber B, ein Haus zu errichten, und zwar zum Preis von 200.000,- DM. Bei den Bauarbeiten stellt sich heraus, dass der Boden besondere Sicherungsvorrichtungen für das Fundament erforderlich macht. Die Kosten würden dadurch um 100.000,- steigen. Wie ist U zu helfen?

Die Lehre von der wirtschaftlichen Unmöglichkeit wurde ursprünglich während und nach dem ersten Weltkrieg entwickelt, als die Schuldner in allgemeinen Notlage über die „Opfergrenze“ hinaus belastet worden wären, wenn sie ihre Leistungen unvermindert hätten erbringen müssen. In diesen Zusammenhang gehört auch die Fallgruppe der Äquivalenzstörung: In Zeiten der Inflation erhielt der Sachleistungsschuldner, der seine Leistung voll zu erbringen hatte, infolge der überdurchschnittlichen Geldentwertung kein Äquivalent mehr für seine Leistung. Auch hier wurde durch die Gerichte eine Vertragsanpassung vorgenommen.

2.11.6 *Empfohlenes Prüfungsschema*

1. Anwendbarkeit (Subsidiarität)
2. Reales Element: mindestens eine Partei muss den in Frage stehenden Umstand erkennbar für die andere Partei vorausgesetzt haben
3. Reales Element: Schwerwiegende Veränderung dieser Umstände, § 313 I, oder wesentliche Vorstellungen sind falsch, § 313 II
4. Hypothetisches Element: Die Parteien hätten den Vertrag bei Kenntnis der Veränderung nicht oder nicht so geschlossen
5. Normatives Element (§ 242): Das Festhalten am Verträge ist dem einen Teil unzumutbar geworden und der andere Teil hätte sich nach Treu und Glauben auf die Berücksichtigung dieses Umstandes einlassen müssen.

2.12 *Behandlung von Dauerschuldverhältnissen*

2.12.1 *Allgemeines*

§ 314 normiert den in Rechtsprechung und Literatur anerkannten Rechtsgrundsatz der Kündigung aus wichtigem Grund bei Dauerschuldverhältnissen.

Ein Dauerschuldverhältnis wird herkömmlich als ein Schuldverhältnis definiert, das sich nicht in einmaligen Erfüllungshandlungen erschöpft, sondern

eine Verpflichtung zu einem fortlaufenden Tun, Unterlassen oder Verhalten begründet.³⁰ Zu den gesetzlich normierten Dauerschuldverhältnissen zählen u.a. Miete, Pacht, Leihe Darlehen, Dienstvertrag etc.. Die dortigen Regelungen bzgl. einer Kündigung sind gegenüber dem § 314 lex spezialia. Daneben existieren auch nicht normierte Dauerschuldverhältnisse wie Leasing, Factoring, Franchising usw..

Bei einem sog. Sukzessivlieferungsvertrag wird ein gesetzlich nicht als Dauerschuldverhältnis konzipiertes Vertragsverhältnis (idR ein Kaufvertrag) durch Parteivereinbarung als Dauerschuldverhältnis ausgestaltet (Bsp. sog. Bierlieferungsvertrag). Wichtigstes Kriterium eines solchen Dauerlieferungsvertrages ist, dass die zu liefernde Menge nicht von vornherein vereinbart wurde. Bei einem Dauerlieferungsvertrag richtet sich der Umfang der zu erbringenden Leistung nach dem Bedarf des Vertragspartners.

2.12.2 Wichtiger Grund; Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Dauerschuldverhältnisses

Nach der in Abs.1 gegebenen Definition liegt ein wichtiger Grund vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Im Rahmen einer Prognoseentscheidung müssen also die Gründe, die die Auflösung des Dauerschuldverhältnis rechtfertigen, für die Zukunft Gewicht haben. Die Gründe werden dabei regelmäßig in der Verletzung von Pflichten aus dem Vertrag liegen, wobei es sich neben der Verletzung von Hauptpflichten auch um eine Verletzung von Schutzpflichten handeln kann. Der Grund für die Kündigung kann aber auch in anderen Umständen liegen.

2.12.3 Kein Verschulden erforderlich

Ein Verschulden des Kündigungsgegners ist weder erforderlich noch ausreichend. Weiterhin können Störungen aus dem eigenen Risikobereich grundsätzlich kein Kündigungsrecht geben. Entscheidend ist letztlich, dass die Fortsetzung des Dauerschuldverhältnisses für den Kündigenden unzumutbar ist und dass schutzwürdige Interessen des Kündigungsgegners nicht entgegenstehen.

³⁰ MüKo / Kramer, vor § 241 Rn 6.

2.12.4 Grundsätzlich Abmahnung bzw. Abhilfeverlangen erforderlich

Wenn sich der Kündigungsgrund aus der Verletzung von Pflichten ergibt, sieht § 314 II als grundsätzliche Regelung vor, dass dann der Kündigung eine erfolglose Abmahnung oder ein erfolgloses Abhilfeverlangen vorauszugehen hat. Von diesem Grundsatz wird bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 323 II, auf den § 314 II 2 ausdrücklich verweist, eine Ausnahme gemacht. Danach ist ein Abhilfeverlangen oder eine Abmahnung entbehrlich

- wenn der Kündigungsgegner die Erfüllung der Pflicht, deren Missachtung abgemahnt werden soll, ernsthaft und endgültig verweigert
- wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Kündigung rechtfertigen

2.12.5 Kündigung innerhalb angemessener Frist

§ 314 III sieht vor, dass die Kündigung nur innerhalb einer angemessenen Zeit seit Kenntnis vom Kündigungsgrund zu erfolgen hat. Es wird also nicht auf den Zeitpunkt des Entstehens des Kündigungsgrundes, sondern auf das subjektive Moment der Kenntnis auf Seiten des Kündigenden abgestellt. Eine bestimmte Kündigungsfrist ist wegen der Vielgestaltigkeit von Dauerschuldverhältnissen bewusst nicht genannt. Deshalb muss diesbezüglich ein Abwägung der beiderseitigen Interessen erfolgen.

3. Übergang von Rechten und Pflichten auf Dritte, Wechsel der Aktiv- oder Passivlegitimation

3.1 Einleitung

Aufgrund der Vertragsautonomie (§§ 241; 305; Art. 2 I GG) ist es bei Zustimmung aller Beteiligten grds. möglich, dass eine Vertragspartei durch eine andere ausgewechselt wird.³¹ Kraft Gesetzes ist eine solche Auswechslung z.B. in den §§ 566, 613a vorgesehen.

Wichtiger ist dagegen der bloße Wechsel der Gläubiger- oder Schuldnerposition, also der Aktiv- bzw. Passivlegitimation. Ein Gläubigerwechsel kann durch Legalzession, Forderungspfändung und v.a. Abtretung erfolgen. Ein Wechsel der Schuldnerposition erfolgt insbesondere durch Schuldübernahme.

3.2 Wechsel der Aktivlegitimation (Gläubigerwechsel)

3.2.1 Forderungsabtretung, § 398

3.2.1.1 Voraussetzung

Gemäß § 398 ist die Abtretung die Übertragung der Forderung von einem Gläubiger (Zedent) auf einen anderen (Zessionar) und damit eine Verfügung.

3.2.1.1.1 Wirksamer Abtretungsvertrag

Grds. ist der Abtretungsvertrag formfrei, auch wenn eine Forderung aus einem formbedürftigen Vertrag (z.B. § 313) abgetreten wird. (Beachte die Ausnahme des § 1154).

Nach dem Trennungsprinzip ist es insbesondere im Rahmen der Abtretung wichtig, den verfügenden Abtretungsvertrag vom zugrundliegenden schuldrechtlichen Vertrag genau zu trennen.

3.2.1.1.2 Bestehende, abzutretende Forderung

Die abzutretende Forderung muss bestehen, da ein gutgläubiger Forderungserwerb grds. nicht möglich ist. Davon zu unterscheiden sind aber die zukünftigen Forderungen, deren Abtretung nach h.M. aber möglich ist.

³¹ BGH, JZ 1985 1093; Larenz, Schuldrecht I, § 35 III.

3.2.1.1.3 Bestimmtheit der abzutretenden Forderung

Die abzutretende Forderung muss, wie jeder Gegenstand einer Verfügung, bestimmt oder, bei einer zukünftigen Forderung, zumindest bestimmbar sein.

3.2.1.1.4 Übertragbarkeit

Die Übertragbarkeit einer Forderung ist durch sog. Abtretungsverbote eingeschränkt (vgl. §§ 717, 399 2. Alt.)

3.2.1.1.5 Rechtsfolgen

Mit der Abtretung wird die Person des Gläubigers ausgewechselt. Damit verliert der alte Gläubiger (Zedent) das Recht, vom Schuldner die im Anspruch bestimmte Leistung zu fordern, der neue Gläubiger (Zessionar) erwirbt es, § 398 S. 2.

Gemäß § 401 gehen mit der Forderung auch die akzessorischen Sicherungsrechte (z.B. Hypothek, Pfandrecht, Bürgschaft) auf den Zessionar über. Damit steht die Geltendmachung der Sicherungsrechte nunmehr ausschließlich diesem zu.

3.2.1.2 *Schuldnerschutzvorschriften*

Da die Forderungsabtretung ohne Mitwirkung und ohne Wissen des Schuldners erfolgen kann, wird dieser durch die §§ 404 ff geschützt. Der Grundgedanke dieser Vorschriften ist, dass die Rechtsposition des Schuldners durch die Abtretung nicht verschlechtert werden soll. Die tatsächliche Position für den Schuldner kann dadurch aber natürlich verschlechtert werden, denn unter Umständen erhält er statt eines nachsichtigen einen besonders strengen Gläubiger.

Gemäß § 404 kann der Schuldner dem neuen Gläubiger gegenüber sämtliche Einwendungen entgegenhalten, die im Zeitpunkt der Abtretung dem Zedenten gegenüber bereits begründet waren. Dabei bezieht sich § 404 auf sämtliche rechtshindernde Einreden und rechtsvernichtende Einwendungen, da der Begriff der Einwendungen hier im weitesten Sinne zu verstehen ist.

3.2.1.2.1 Rechtshandlungen gegenüber dem bisherigen Gläubiger, § 407

Da wie schon dargestellt die Abtretung ohne jegliche Beteiligung des Schuldners erfolgen kann, weiß der Schuldner oft von dem Gläubigerwechsel

gar nichts und leistet daher unter Umständen nichtsahnend an seinen bisherigen Gläubiger (Zedenten).

Gemäß § 407 muss der neue Gläubiger eine Leistung des Schuldners an den bisherigen Gläubiger gegen sich gelten lassen, es sei denn, der Schuldner hatte positive Kenntnis von der Abtretung. § 407 fingiert hier die Empfangszuständigkeit des bisherigen Gläubigers bei Gutgläubigkeit des Schuldners, so dass dieser auch bei einer Leistung an den Altgläubiger von seiner Schuld befreit wird.

Das gleiche gilt gem. § 407 II für einen zwischen Schuldner und Zessionar nach der Abtretung anhängig gewordenen Rechtsstreits.

3.2.1.2.2 Mehrfache Abtretung, §§ 408 i.V.m. 407

Nach § 408 I findet § 407 entsprechende Anwendung, wenn die Forderung vom Zedenten nach der Abtretung erneut an einen Dritten abgetreten wird, und der Schuldner nun in Unkenntnis der ersten Abtretung an den Zweitzessionar leistet.

3.2.1.2.3 Abtretungsanzeige, § 409

Den umgekehrten Fall zu § 407 regelt § 409, denn danach wird der Schuldner in seinem guten Glauben an die Wirksamkeit einer ihm extra mitgeteilten Abtretung der gegen ihn gerichteten Forderung geschützt, auch wenn die Abtretung dann nicht erfolgt oder Unwirksam ist, § 409 I S. 1.

Im Unterschied zu § 407 wird der Schuldner jedoch auch dann von seiner Leistungspflicht nach § 409 I S.1 frei, wenn er der Mitteilung entsprechend an den (Schein-) Zessionar leistet, obwohl er die Unrichtigkeit der Mitteilung positiv kannte.³²

3.3 Wechsel der Passivlegitimation, Schuldnerwechsel

3.3.1 Schuldübernahme

Ein Schuldnerwechsel ist mittels einer sog. befreienden Schuldübernahme möglich, § 414 ff.

³² Palandt, § 409 Rn. 5.

3.3.1.1 *Übernahmevertrag*

Zur Übernahme einer Schuld ist ein Vertragsschluss erforderlich der zum einen zwischen dem Gläubiger und dem Übernehmer aber auch zwischen Übernehmer und Altschuldner möglich ist, §§ 414, 415.

Der Abschluss des Übernahmevertrages ist grds. formlos möglich. Sofern die übernommene Verpflichtung aber ihrerseits zur Begründung einer bestimmten Form bedarf, muss diese auch bei der Übernahmewahrt bleiben.³³

3.3.1.1.1 Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer

Wird der Übernahmevertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer geschlossen (§ 414), bedarf es keinerlei Mitwirkung des Altschuldners.

3.3.1.1.2 Vertrag zwischen Alt- und Neuschuldner, §§ 415 f

Die Schuldübernahme kann aber auch nur zwischen dem Alt- und dem Neuschuldner vereinbart werden. Dieser Übernahmevertrag bedarf jedoch dann der Genehmigung des Gläubigers, § 415 I S.1.

Die Genehmigung ist deshalb erforderlich, da der Übernahmevertrag auch eine Verfügung über die Forderung des Gläubigers darstellt. Insoweit ist das Genehmigungserfordernis des § 415 ein Ausdruck des in § 185 I enthaltenen Grundsatzes. Damit wird natürlich auch verhindert, dass das Interesse des Gläubigers beeinträchtigt wird, einen ihm genehmen (solventen) Schuldner zu haben bzw. zu behalten.

3.3.1.2 *Einwendungen des Übernehmenden, § 417*

Dadurch, dass durch die Schuldübernahme nur die Person des Schuldners wechselt, nicht jedoch der Inhalt der Schuld modifiziert wird, kann der Neuschuldner dem Gläubiger sämtliche Einwendungen entgegenhalten, welche dem Altschuldner gegen die Forderung zustanden, § 417 I S. 1.

Einwendungen, die sich aus dem einer Schuldübernahme nach § 415 regelmäßig zugrundeliegenden Rechtsverhältnis zwischen Alt- und Neuschuldner herleiten, kann der Neuschuldner gem. § 417 II dem Gläubiger gegenüber nicht entgegenhalten.

³³³³ Palandt, vor § 414 Rn.1.

3.3.1.3 Erlöschen akzessorischer Sicherungsrechte, § 418

Mit der Schuldübernahme erlöschen die für die Verbindlichkeiten des Altschuldners bestellten akzessorischen Sicherungsrechte, § 418 I S. 1 z.B. (Pfandrechte, Bürgschaften).

3.4 Einbeziehung von Dritten auf Seiten des Gläubigers

Nicht immer beschränken sich die Rechtsbeziehungen auf die unmittelbar Handelnden oder die von ihnen Vertretenen. So können sowohl auf der Gläubiger- als auch Schuldnerseite Dritte mit einbezogen werden.

3.4.1 Mit-/Gesamt- und Teilgläubigerschaft

Mit-/Gesamt- und Teilgläubigerschaft bilden Fälle der Gläubigermehrheit.

3.4.1.1 Mitgläubiger

Wichtigster Fall der Gläubigermehrheit ist die in § 432 geregelte Mitgläubigerschaft. Hier kann der einzelne Gläubiger einer unteilbaren Leistung Erfüllung nur an alle Mitgläubiger verlangen. Der Schuldner kann nur durch Leistung an alle erfüllen und sich von seiner Schuld befreien.

Beispiel: A, B und C bestellen sich ein Taxi.

3.4.1.2 Teilgläubiger / Gesamtgläubiger

Die Teilgläubigerschaft ist in § 420 geregelt und liegt vor, wenn eine teilbare Leistung von mehreren Gläubigern nur anteilmäßig gefordert werden kann. Der Nachteil für den Schuldner besteht darin, dass er die Leistungshandlung (über einen Teil der Leistung) so oft erbringen muss, wie Teilgläubiger vorhanden sind, und er muss wissen, welcher Gläubiger zu welchem Bruchteil berechtigt ist.

Beispiel: A und B verkaufen als Miteigentümer ein Auto. Im Kaufvertrag ist vereinbart, dass der Kaufpreis je zur Hälfte an A und B gezahlt werden muss.

Anders als der Teilgläubiger kann der Gesamtgläubiger (§§ 428, 430) die gesamte Leistung an sich fordern, der Schuldner kann nach seinem Belieben an jeden der Gesamtgläubiger mit befreiender Wirkung leisten.

Beispiel: gemeinschaftliches Konto mehrerer Inhaber; gesetzlich angeordneter Fall: § 2151 III

3.4.2 Verträge zugunsten Dritter

Auch durch Verträge zugunsten Dritter werden am Vertragsschluss nicht unmittelbar beteiligte Personen in der Vertrag mit einbezogen. Für die Frage, ob dem Dritten ein eigenständiges Forderungsrecht zusteht ist zwischen dem gesetzlich in §§ 328 geregelten echten Vertrag zugunsten Dritter und dem nicht normierten unechten Vertrag zugunsten Dritter zu unterscheiden.

3.4.2.1 Echter Vertrag zugunsten Dritter, §§ 328 ff

Beim echten Vertrag zugunsten Dritter vereinbaren der Versprechende (Schuldner) und der Versprechensempfänger (Gläubiger), dass dem Dritten, zu dessen Gunsten die Leistung zu erbringen ist, ein eigenes Forderungsrecht gegenüber dem Versprechenden zusteht. Der Dritte erwirbt damit originär ein selbständiges Forderungsrecht, tritt allerdings nicht in die Rechtsposition des Versprechensempfängers ein.

Beispiel: Die Eltern des kranken Minderjährigen M schließen zu seinem Gunsten einen Behandlungsvertrag mit dem Arzt ab; A schließt einen Versicherungsvertrag zugunsten seiner Frau ab

3.4.2.2 Unechter Vertrag zugunsten Dritter

Beim unechten Vertrag zugunsten Dritter kann nur der Versprechensempfänger die Leistung an den Dritten verlangen. Der Dritte selbst hat keinen eigenen Leistungsanspruch. Gesetzliche angesprochen wird der unechte Vertrag zugunsten Dritter in der Auslegungsregel des § 329 für den Fall der Erfüllungsübernahme.

3.4.3 Universalsukzession, § 1922

Der Erbe als nicht am Vertrag Beteiligter kann nach § 1922 im Wege der Universalsukzession in die Rechtspositionen des Erblassers eintreten und somit Ansprüche aus vom Erblasser geschlossenen Verträgen geltend machen.

3.4.4 Dingliche Surrogation

Auch in den Fällen des sog. dinglichen Surrogation kann ein Dritter den Leistungsanspruch erwerben.

Beispiel: §§ 2018,2019

3.5 Einbeziehung von Dritten auf Seiten des Schuldners

Auch auf der Schuldnerseite ist es möglich, dass weitere Personen einbezogen werden. Unterschieden wird hier zwischen Teilschuldnerschaft, Gesamtschuldnerschaft und Schuldnergemeinschaft.

3.5.1 Teilschuldnerschaft, § 420

Gemäß § 420 sind teilbare Leistungen, wenn sie von mehreren geschuldet werden, im Zweifel anteilig zu erbringen. Jeder Schuldner muss also nur einen reellen Bruchteil des Ganzen leisten.

3.5.2 Gesamtschuldnerschaft, §§ 421

Häufigster Fall der Schuldnermehrheit ist die in den §§ 421-427 auch am ausführlichsten geregelte Gesamtschuld. Der Gläubiger kann von jedem Schuldner die ganze Leistung fordern, ist aber nur einmal zur Forderung der Leistung berechtigt. Leistet einer der Schuldner, werden auch die anderen Schuldner von ihrer Schuld frei, § 422 I.

Der Vorteil der Gesamtschuld für den Gläubiger liegt darin, dass sich dieser den zahlungskräftigsten Schuldner aussuchen und von diesem die gesamte Leistung fordern kann. Andererseits steht es ihm frei, die einzelnen Schuldner jeweils nur auf einen Teil der Gesamtleistung in Anspruch zu nehmen.

Das Gesetz ordnet oft die gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Schuldner ausdrücklich an:

- bei gemeinsamer vertraglicher Haftung, § 427 (z.B. bei einem Mitbürgen, § 769)
- nach § 840 bei gemeinschaftlicher Verantwortung für ein Delikt
- Zulasten der Mitglieder von Gesamthandsgemeinschaften
- bei Verpflichtung mehrerer zu einer unteilbaren Leistung, § 431.

Das Gesetz gibt allerdings keine Definition, wann von Gesamtschuldnerschaft und wann von Teilschuldnerschaft auszugehen ist.

3.5.2.1 Unteilbare Leistung

Schulden mehrere Personen eine unteilbare Leistung, so ordnet § 431 zwingend an, dass die Schuldner als Gesamtschuldner haften (z.B. Auflassung eines Grundstücks, Herausgabe einer Sache).

3.5.2.2 Selbständige Verpflichtung auf das Ganze

Unstreitig müssen selbständige Verpflichtungen mehrerer Schuldner gegenüber demselben Gläubiger auf das Ganze vorliegen, der die Leistung aber nur einmal erhalten soll.

3.5.2.3 Dasselbe Leistungsinteresse

Ferner müssen die mehreren Verpflichtungen zur Befriedigung desselben Leistungsinteresses des Gläubigers dienen. Vollkommene Identität ist dabei allerdings ebenso wenig erforderlich wie ein identischer Rechtsgrund. So ist Gleichartigkeit des Leistungsinteresses bejaht worden, wenn eine Schuld auf Naturalherstellung oder Nachbesserung, die andere auf Geldersatz geht.³⁴

3.5.2.4 Innere Verbundenheit der Forderungen

Gefordert wird des Weiteren eine besondere innere Verbundenheit der Forderungen. Wie diese zu bestimmen ist, wurde sehr kontrovers diskutiert.

Von der Literatur eingeführt, und mittlerweile von der Rechtsprechung übernommen, ist das Merkmal der Gleichstufigkeit der Schuld.³⁵ Es liege dann Gesamtschuld vor, wenn die Leistungen eines Schuldners wechselseitige Tilgungswirkung auch für die anderen Schuldner habe.

3.5.3 Schuldnergemeinschaft

Bei der gemeinschaftlichen Schuld sind die Schuldner in ihrer Verbundenheit zur Erbringung der Leistung verpflichtet. Jeder einzelne schuldet also nur seine Mitwirkung an der Erbringung der (einheitlichen) Leistungshandlung. Anders als bei dem Gegenstück der Mitgläubigerschaft fehlt jede gesetzliche Regelung. Es gibt dabei folgenden Fallgruppen:

3.5.3.1 Gesamthandsschuld

Als Gesamthandsschuld besteht die gemeinschaftliche Schuld, wenn sich die Forderung gegen ein gesamthänderisch gebundenes Sondervermögen richtet (z.B. die Erbengemeinschaft).

3.5.3.2 Gemeinschaftliche Schuld im engeren Sinne

Eine gemeinschaftliche Schuld im engeren Sinne kann vorliegen, wenn mehrere sich zu einer Leistung verpflichten, die sie aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nur gemeinsam erbringen können. (z.B. Verpflichtung zur

³⁴ BGH, GrZS 43, 232; 39, 264.

³⁵ Larenz, § 37 I, MüKo, Rn. 7.

Aufführung eines Streichquartetts, Verpflichtung mehrere Grundstückseigentümer einen Notweg gemäß § 917 zu dulden). Andererseits kann in diesen Fällen auch Gesamtschuld vorliegen (Auslegungsfrage!).

Vorteil für den gemeinschaftlichen Schuldner gegenüber der Gesamtschuld ist, dass er zwar nur bei gemeinschaftlicher Leistung aller einen Erfüllungsanspruch erwirbt. Er haftet aber auch nur für seine eigene und nicht die ganze Leistung.

3.5.4 Schuldbeitritt

Beim vertraglichen Schuldbeitritt (auch kumulative Schuldübernahme verpflichtet sich der Übernehmer, neben dem bisherigen Schuldner für dessen Schuld als eigene einzustehen. Der bisherige Schuldner wird nicht befreit. Der vertragliche Schuldbeitritt ist gesetzlich nicht geregelt.

3.5.5 Erbe als Schuldner für Erblasser- und Erbfallschulden gemäß § 1967

Auch der Erbe haftet als Dritter für von ihm nicht begründete Verbindlichkeiten, vgl. § 1967. Es handelt sich hierbei um Erblässerschulden, die schon in der Person des Erblassers entstanden sind (z.B. vom Erblasser geschlossener und nicht bezahlter Kaufvertrag) und um Erbfallschulden, die erst durch den Erbfall entstehen (z.B. Vermächtnis).

Erben mehrere, so ergibt sich ihre Verpflichtung als Erbengemeinschaft aus §§ 2058 ff.

4. Gewährleistungsrechte

4.1 Einleitung

Früher waren die allgemeinen Leistungsstörungen der Unmöglichkeit und des Verzuges unabhängig vom Vertragstyp im allgemeinen Schuldrecht geregelt (§§ 306 ff, 275 ff, 320 ff. a.F.)³⁶. Im Unterschied dazu waren die Rechtsfolgen einer „Schlechtleistung“, die weder Unmöglichkeit noch Verzug darstellt, für die einzelnen Vertragstypen im Besonderen Schuldrecht speziell geregelt. Soweit eine solche Regelung fehlte, war an die nicht kodifizierte pVV zu denken.

Das neue Schuldrecht hat die Parallelität zwischen allgemeinem und besonderem Leistungsstörungenrecht weitestgehend aufgehoben. So findet sich im Kaufrecht beispielsweise eine Definition des Mangels, hinsichtlich der Rechtsfolgen bei Vorliegen eines Mangels wird aber – mit Ausnahme des Nacherfüllungsanspruches des § 439 – auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht verwiesen.

Eine Unterscheidung zwischen Sach- und Rechtsmängeln besteht hinsichtlich der Rechtsfolgen nicht mehr. § 437 regelt die Rechte des Käufers bei „Mängeln“ nunmehr umfassend. Dennoch bestehen zwei Arten von Mängeln grundsätzlich fort, Sach- und Rechtsmängel. Insoweit will auch dieses Skript zunächst die Sachmängelhaftung darstellen (Abschnitt 3.2). Die Beschreibung der Rechtsmängelhaftung (Abschnitt 3.3) kann sich dann weitestgehend auf die Erläuterung des Begriffs des Rechtsmangels beschränken und hinsichtlich der Rechtsfolgen auf die Erläuterungen zur Sachmängelgewährleistung verweisen. Die Schwierigkeit des Gewährleistungsrechts besteht darin, das Verhältnis der einzelnen Mängelgewährleistungsansprüche zueinander zu erkennen und sich mit der Verweisungstechnik vertraut zu machen. Darüber hinaus ist es sinnvoll, sich Gemeinsamkeiten und Unterschiede vom Kaufvertragsrecht mit anderen Vertragstypen zu verdeutlichen (Abschnitt 3.4).

³⁶ Vgl dazu Ausführungen unter dem 2. Abschnitt dieses Skriptes.

4.2 Sachmängelgewährleistung beim Kauf

4.2.1 Literaturtipps

Gerade die Sachmängelgewährleistung beim Kauf hat eine umfassende Änderung durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz erfahren. Es kann daher grundsätzlich auf die oben bei 1.3 dargestellte Literatur verwiesen werden.

4.2.2 Überblick

4.2.2.1 Der Regelungsgegenstand

Eine wichtige Neuregelung ist bereits in § 433 zu verzeichnen. Gemäß § 433 I 2 ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Kaufsache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Damit hat der Gesetzgeber den alten Streit zwischen der Gewährleistungs- und der Erfüllungstheorie zugunsten der letzteren entschieden. Die Lieferung einer mangelhaften Sache kann somit nicht mehr als Erfüllung angesehen werden. Da ist es nur konsequent, dass der Käufer bei Vorliegen eines Sachmangels zunächst Nacherfüllung nach § 439 verlangen kann.

Der Begriff des *Sachmangels* ist in § 434 umfassend definiert. Er wird in Abschnitt 3.2.3 eingehend erörtert. Die Unterscheidung von Fehlern und zugesicherten Eigenschaften besteht nicht mehr. Die Bagatellgrenze des § 459 II 2 a.F. wurde abgeschafft. Die Rechte des Käufers bei einem Mangel, werden übersichtlich in § 437 dargestellt, der seinerseits auf die §§ 439 bis 441 sowie die allgemeinen Vorschriften über die Leistungsstörungen verweist. Die Vorschriften gelten entsprechend für den Rechtskauf und den Kauf sonstiger Gegenstände³⁷ (§ 453), beim Tausch (§ 480)³⁸ sowie für die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Sachen (Werklieferungsvertrag, § 651).

4.2.2.2 Die Rechte des Käufers

Wenn eine verkaufte Sache zur Zeit des Gefahrübergangs mit Mängeln iSv. § 434 (Sachmängel) oder § 435 (Rechtsmängel, dazu später) behaftet ist, muss der Verkäufer dafür einstehen. Die Rechte des Käufers bei einem Mangel sind übersichtlich in § 437 dargestellt. Er kann zunächst Nacherfüllung verlangen (§

³⁷ Etwa eines Unternehmens.

439). Hat der Käufer dem Verkäufer eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt und ist diese fruchtlos verstrichen, kann er den Kaufpreis nach § 441 mindern oder gemäß §§ 280 I 1, 281 I 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Ist die Pflichtverletzung des Verkäufers erheblich, kann der Käufer darüber hinaus gemäß §§ 323, 326 V vom Vertrag zurücktreten oder nach §§ 280 I 1, 281 I Satz 1 und 3 Schadensersatz statt der **ganzen** Leistung verlangen.

Daraus folgt, was zwar nach dem Gesetzeswortlaut nicht offensichtlich ist, aber bei genauerer Betrachtung deutlich wird: Es besteht ein Subsidiaritätsverhältnis. Die Nacherfüllung des § 439 hat Vorrang vor den sonstigen Gewährleistungsrechten. Dies ergibt sich daraus, dass für den Schadensersatzanspruch und für den Rücktritt grundsätzlich eine Nachfristsetzung erforderlich ist (vgl. §§ 281 I 1, 323 I). Die Minderung kann der Käufer wählen, „statt zurückzutreten“ (§ 441 I 1). Daraus folgt, dass grundsätzlich auch die Voraussetzungen des Rücktritts für die Minderung vorliegen müssen. Da aber ausdrücklich § 323 V 2 nicht gelten soll, ist Voraussetzung für die Minderung nur die Fristsetzung und eben nicht die Erheblichkeit der Pflichtverletzung. Schadensersatz statt der **ganzen** Leistung und Rücktritt sind nur möglich, wenn die Pflichtverletzung erheblich ist (vgl. § 281 I 3 und § 323 V 2). Darum werden diese Rechte als „große“ Rechte bezeichnet, während der Schadensersatz statt der Leistung und die Minderung nur den fruchtlosen Ablauf einer gesetzten Nachfrist voraussetzen, sie sind daher „kleine“ Rechte.

4.2.2.3 Der Prüfungsaufbau für die Gewährleistungsvoraussetzungen

1. Gültiger Kaufvertrag gem. § 433 (nicht angefochten gem. § 142 I)
2. Sachmangel iS des § 434 oder Rechtsmangel im Sinne von § 435
3. Im Zeitpunkt des Gefahrübergangs (§§ 446, 447)
4. Keine positive Kenntnis des Käufers vom Vorhandensein des Mangels beim Vertragsschluss (§ 442 I 1). Ist dem Käufer der Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, dann kann er die Mängelgewährleistungsrechte nur geltend machen, wenn der Verkäufer den Mangel entweder arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat (§ 442 I 2).

³⁸ Das war auch früher schon so, vgl. § 515 a.F.

4.2.3 Die Voraussetzungen im einzelnen

4.2.3.1 Der Begriff des Sachmangels

Der Begriff des Sachmangels ist in § 434 niedergelegt. Grundsätzlich gilt als Sachmangel aber auch nach der Neuregelung die negative Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit. Im einzelnen regelt § 434 folgende Sachmängel:

- Abweichen der tatsächlichen von der vereinbarten Beschaffenheit (Abs. 1 Satz 1),
- Abweichen der tatsächlichen von der nach dem Vertrag vorausgesetzten Beschaffenheit (Abs. 1 Satz 2 Nr. 1),
- Abweichen der tatsächlichen von derjenigen Beschaffenheit, die von einer solchen Sache allgemein erwartet werden kann (Abs. 1 Satz 2 Nr. 2), dazu zählt das Fehlen einer durch öffentliche Äußerungen, insbesondere durch Werbung, erwarteten Eigenschaft einer Sache (Abs. 1 Satz 3)
- Mangelhafte Montage oder Montageanleitung (Abs. 2, Satz 2 wird als sog. „IKEA-Klausel“ bezeichnet)
- Lieferung einer anderen Sache oder einer zu geringen Menge (Abs. 3)

Der Gesetzgeber wollte den Begriff der *Beschaffenheit* nicht definieren und es insbesondere offen lassen, ob darunter nur Eigenschaften fallen, die der Sache unmittelbar physische anhaften oder auch solche Umstände heranzuziehen sind, die außerhalb der Sache selbst liegen (etwa Umwelteinflüsse).³⁹ Diese Entscheidungsunfreudigkeit wurde damit begründet, dass durch die Eingliederung der Sachmängelgewährleistung in das allgemeine Leistungsstörungenrecht, die weitgehende Übereinstimmung der Rechtsfolgen und die Neuregelung des Verjährungsrechts die diesbezügliche Rechtsprechung einen Großteil an ihrer Bedeutung einbüße. Daraus folgt aber, dass man grundsätzlich vom bisherigen Begriff der Beschaffenheit ausgehen kann.⁴⁰ Dahinter verbirgt sich die Summe ihrer natürlichen Eigenschaften wie das Material, aus dem sie hergestellt ist (Metall, Holz), der Zustand, in dem sie sich befindet (neu, gebraucht, stark abgenutzt), ihre Widerstandsfähigkeit gegen Umwelteinflüsse (nicht rostend, farbbeständig bei Sonneneinstrahlung), als auch ihre Beziehung zur Umwelt⁴¹. Letztere sind jedoch nur dann als ein

³⁹ BT-Drs. 14/6040.

⁴⁰ So Lorenz/Riehm Rn. 482.

⁴¹ Vgl. Larenz, SchuldR II 1, § 41 I a (S: 39 f).

Beschaffenheitsmerkmal anzusehen, wenn diese Beziehungen nach der Verkehrsanschauung für ihre Brauchbarkeit oder ihren Wert bedeutsam sind, ihr für eine gewisse Dauer anhaften und in der Sache selbst ihren Grund haben.

Die fehlende gesetzliche Regelung lässt aber auch andere Interpretationen des Beschaffenheitsbegriffs zu. So regen sich durchaus Meinungen, die von einer Ausdehnung des Beschaffenheitsbegriffs ausgehen und sämtliche Fälle von gegenwärtigen und zukünftigen Beschaffenheitsabweichungen in das Sachmängelgewährleistungsrecht einbeziehen wollen. Es bleibt abzuwarten, wie die Rechtsprechung den Beschaffenheitsbegriff definieren wird.

Nach dem alten Recht wurden für den Begriff des Sachmangels zwei Theorien vertreten. Nach der subjektiven Theorie war die Parteivereinbarung für die Bestimmung der Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit maßgeblich. Die objektive Theorie legte hingegen – wie der Name schon sagt – objektive Kriterien an und stellte grundsätzlich auf die Verkehrserwartung ab. Die Neuregelung geht primär vom subjektiven Fehlerbegriff aus, enthält aber auch Elemente des objektiven Fehlerbegriffs. Dies wird im Folgenden näher erläutert.

4.2.3.1.1 Wegfall der Bagatellklausel

Nach § 459 I 2 a.F. kam eine durch den Fehler bewirkte Wert- oder Tauglichkeitsminderung nicht in Betracht, wenn sie unerheblich war. Dies wurde unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere des Verwendungszwecks und der Verkehrsanschauung ermittelt. Das neue Schuldrecht enthält eine solche Bagatellklausel nicht mehr, so dass grundsätzlich jede negative Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit zu einem Sachmangel führt. Allerdings kann der Schuldner die Nachlieferung verweigern, wenn sie für ihn einen unverhältnismäßig hohen Aufwand darstellen würde (vgl. § 275 II, 439 III). Ein Rücktrittsrecht ist ausgeschlossen, wenn der Mangel unerheblich ist, denn dann liegt keine erhebliche Pflichtverletzung vor (vgl. § 323 V 2). Ebenso wäre ein Anspruch auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung bei einer bloß unerheblichen Pflichtverletzung ausgeschlossen (vgl. § 281 I 3 BGB). Ein Minderungsrecht besteht zwar auch bei unerheblichen Mängeln dem Grunde nach, allerdings dürfte die Berechnung der Minderungssumme nach § 441 III bei ganz unerheblichen Mängeln zu einem zu vernachlässigenden Betrag führen. Denn im Rahmen der Minderung wird die ursprüngliche Wertrelation zwischen

Leistung und Gegenleistung beibehalten. Der Preis wird also nicht auf den „realen Wert“ herabgesetzt, sondern eben nur verhältnismäßig gemindert.⁴²

Beispiel XVI: Ein Kratzer auf der Wandseite des Schrankes stört niemanden, er stellt aber grundsätzlich einen Sachmangel dar. Nur wird der Käufer hieraus keine Rechte herleiten können, weil der Verkäufer eine Nachbesserung mit gutem Grund verweigern darf. Ist hingegen ein zum Abriss verkauftes Haus baufällig, liegt schon kein Fehler vor.

4.2.3.1.2 Der subjektive Fehlerbegriff

Dem subjektiven Fehlerbegriff liegen die Regelungen des § 434 I 1 und I 2 Nr. 1 zugrunde. Damit folgt die Sachmangeldefinition zunächst dem subjektiven Fehlerbegriff der früher herrschenden Meinung. Den alten Meinungsstreit hat der Gesetzgeber somit im Sinne dieses Fehlerbegriffs entschieden. Die Sache ist frei von Mängeln, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat oder diejenige, die nach dem Vertrag vorausgesetzt wird. Die Beschaffenheitsvereinbarung ist damit Teil des Kaufvertrages, mag sie im Falle des § 434 I 2 Nr. 2 auch durch Auslegung (§§ 133, 157) zu ermitteln sein.

Fall 32: V verkauft an K ein Haus, welches nach dem Inhalt des Vertrages einen unverbaubaren Blick auf den Wannsee haben soll. Nach dem Einzug stellt K fest, dass ihm ein achtstöckiges Hotel vor die Nase gesetzt wird und der Seeblick dahin ist. Ist das Grundstück fehlerbehaftet ?

Fall 33: K kauft bei V ein Bild, das dieser als echter Rubens für 120.000 € ausgewiesen hat. Nachdem K das Bild zu Hause aufgehängt u. den Kaufpreis bezahlt hat, stellt ein Fachgutachten fest, dass es sich um meisterhafte Fälschung handelt. Liegt ein Sachmangel vor ?

4.2.3.1.3 Der objektive Fehlerbegriff

4.2.3.1.3.1 Die Regelung des § 434 I 2 Nr. 2

Gemäß § 434 I 2 Nr. 2 ist die Kaufsache auch dann frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Ist also weder die Beschaffenheit vereinbart, haben noch die Parteien eine bestimmte Verwendung vorausgesetzt, dann kommt es darauf an, ob sich die Sache für die gewöhnliche Verwendung eignet. Die Sache muss eine Beschaffenheit

⁴² Denn der 'objektive' Wert als defektes Fahrzeug beträgt 50.000,- €. Da der A aber um 33 % mehr versprochen hat als der Listenpreis, ist diese Relation auch bei der Minderung aufrecht zu erhalten. Dem objektiven Wert von 50.000,- € ist also 1/3 hinzuzurechnen.

aufweisen, die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann und die bei Sachen der gleichen Art üblich ist. Subsidiär greift das Gesetz also auf den objektiven Fehlerbegriff zurück.

In Fall 33 wäre ein Sachmangel nach § 434 II 2 Nr. 2 wohl zu verneinen, denn ein falscher Rubens ist nicht von der gleichen Art wie ein echter Rubens. Diese Art von Mangel wird aber von § 434 III abgedeckt. Nach dieser Vorschrift führen jetzt auch Falschlieferungen zu einem Sachmangel. Ein falscher Rubens ist nämlich kein fehlerhafter echter Rubens, sondern ein Aliud. Auf § 434 III wird später noch näher eingegangen.

Fall 34: A kauft beim Discount-Möbelhaus I einen Esszimmer-Stuhl. Er baut ihn auch ordnungsgemäß anhand der beiliegenden Anleitung zusammen. Beim ersten Ausprobieren durch (den im übrigen normalgewichtigen) A bricht der Stuhl jedoch zusammen, weil er konstruktionsbedingt nur ein Gewicht von 20 kg tragen kann.

Ergänzend zum Begriff des Sachmangels noch der klassische „Haakjöringsködfall“⁴³. Hier wirkte sich früher der Meinungsstreit aus, ob zur Bejahung eines Sachmangels der objektive oder der subjektive Fehlerbegriff heranzuziehen sei. Nunmehr wird auf jeden Fall ein Sachmangel zu bejahen sein.

Fall 35: V verkauft dem K 214 Fass Haakjöringsköd, die auf dem Dampfer Jessika verladen sind. Beide glauben, dass Haakjöringsköd Walfleisch bedeutet. In Wirklichkeit bezeichnet das norwegische Wort aber Haifischfleisch. Kann K Gewährleistungsrechte geltend machen ?

4.2.3.1.3.2 Der Einfluss öffentlicher Äußerungen, insbesondere der Werbung

§ 434 I 3 gibt nähere Aufklärung darüber, welche Beschaffenheit von einer Kaufsache im Rechtsverkehr üblicherweise erwartet werden kann: Zu der Beschaffenheit nach § 434 I Satz 2 Nr. 2 gehören auch Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers (§ 4 Abs. 1 und 2 ProduktHG) oder seines Gehilfen insbesondere in der Werbung oder bei der Kennzeichnung über bestimmte Eigenschaften der Sache erwarten

⁴³ Nach RG 99, 147.

kann (etwa Benzinverbrauch eines Kraftfahrzeuges⁴⁴). Dies gilt nicht, wenn der Verkäufer die Äußerung nicht kannte und auch nicht kennen musste oder sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in gleichwertiger Weise berichtigt war oder sie die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte.

Erwartet werden kann also, was der Kunde in der Öffentlichkeit, insbesondere in der Werbung von den Eigenschaften des Produkts erfährt. Dabei werden diejenigen Anpreisungen des Verkäufers, die dieser individuell gegenüber dem Käufer bei den Vertragsverhandlungen äußert, eher als eine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne von § 434 I 1 anzusehen sein. Interessanter ist insofern eine Werbung durch den Hersteller.⁴⁵ Der Verkäufer wird sich im Lichte der Verbreitung von Werbung durch die modernen Massenmedien (Fernsehen, Rundfunk, Internet) insofern kaum auf eine mangelnde Kenntnis berufen können. Allerdings muss die Werbung geeignet sein, dem Käufer bestimmte Beschaffenheitsmerkmale zu suggerieren. Reißerische und marktschreierische Anpreisungen allgemeiner Art können daher keine objektive Verkehrserwartung begründen.⁴⁶ Das Gesetz gibt eine weitere Einschränkung vor: Ein Sachmangel lässt sich nicht begründen, wenn die angepriesenen Beschaffenheitsmerkmale im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in adäquater Weise berichtigt worden sind oder sie die Kaufentscheidung des Käufers gar nicht beeinträchtigen konnten.

Fall 36: K möchte ein verbrauchsgünstiges Fahrzeug kaufen. Er entscheidet sich für ein Modell des Herstellers X, weil dieses nach der umfangreichen Werbung im Fernsehen und auf Plakaten nur 2,99 Liter / 100 km im Stadtverkehr verbraucht. Er kauft den PKW beim Vertragshändler V. Im alltäglichen Gebrauch stellt sich heraus, dass das Fahrzeug im Stadtverkehr ganze 5 Liter Kraftstoff verbraucht. K möchte wissen, ob ihm Sachmängelgewährleistungsrechte zustehen.

Fall 36 (Abwandlung): Wie wäre zu entscheiden, wenn K das Fahrzeug auf jeden Fall gekauft hätte, weil ihm das Design so gut gefällt.

⁴⁴ Siehe hierzu BGHZ 136,94, wonach eine Abweichung im Benzinverbrauch von weniger als 10 % nur eine unerhebliche Minderung des Fahrzeugwertes im Sinne von § 459 I 2 a.F. darstellen sollte. Nach der neuen Rechtslage stellt bei entsprechender Anpreisung auch eine um weniger als 10 % negativ abweichende Verbrauchsangabe einen Sachmangel dar. Allerdings dürften die „großen“ Rechte wie Rücktritt und Schadensersatz statt der ganzen Leistung ausgeschlossen sein, weil eine unerhebliche Pflichtverletzung vorliegt.

⁴⁵ So Lorenz/Riehm, Rn. 487.

⁴⁶ Lorenz/Riehm ebenda, die das passende Beispiel „Red-Bull verleiht Flügel“ bringen (man kann schließlich nicht ernsthaft vermuten, nach dem Genuss eines solchen Energy-Drinks wirklich fliegen zu können...) und im übrigen darauf hinweisen, dass unabhängig davon noch die Frage nach der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit solcher Werbung nach §§ 3, 4 UWG im Raum stehe.

4.2.3.1.4 Die fehlerhafte Montage (§ 434 II)

Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz neu aufgenommen wurde die Vorschrift des § 434 II. Nach Satz 1 liegt ein Sachmangel auch dann vor, wenn die vereinbarte Montage durch den Verkäufer oder dessen Erfüllungsgehilfen unsachgemäß durchgeführt worden ist. Dies ist in der Sache nichts Neues, konnte doch auch früher schon die Montageverpflichtung aus Haupt- oder Nebenpflicht in den Vertrag aufgenommen werden. Der Käufer hatte, soweit die Sachmängelgewährleistungsvorschriften nicht eingriffen, bei fehlerhafter Montage zumindest einen Anspruch aus pVV des Kaufvertrages. Nunmehr stellt das Gesetz klar, dass die fehlerhafte Montage die Sachmängelgewährleistungsrechte des Käufers nach § 437 auslöst.

Nach Satz 2 begründet auch die fehlerhafte Montageanleitung einen Sachmangel. Allerdings gilt dies nicht, wenn die Kaufsache trotz der fehlerhaften Anleitung ordnungsgemäß zusammengebaut wurde.

Fall 37: K kauft bei dem schwedischen Möbelhaus V einen Schlafzimmerschrank. Beim Zusammenbau hält er sich genau an die beigelegte Montageanleitung. Der Schrank steht auch zunächst in seiner ganzen Pracht im Schlafzimmer, um nach ca. 5 Minuten Standzeit vollständig in sich zusammen zu brechen. Eine gründliche Untersuchung des Vorfalles ergibt, dass der in der Anleitung dargestellte Aufbau keinesfalls zum Erfolg führen konnte. K fragt, ob er Mängelgewährleistungsrechte geltend machen kann.

Fall 37 (Abwandlung): K, der handwerklich geschickt ist, schafft es, den Schrank auch ohne die Anleitung aufzubauen. Und siehe da, er steht noch 20 Jahre. Liegt wegen der fehlerhaften Anleitung ein Sachmangel vor?

4.2.3.1.5 Die Falsch- und die Zuweniglieferung

§ 434 Abs. 3 stellt klar, dass nun auch Falsch- und Zuweniglieferungen wie Sachmängel zu behandeln sind. Damit sind die früher zum Teil schwierigen Abgrenzungen zwischen der Sachmängelgewährleistung und der Falsch- bzw. Zuweniglieferung entbehrlich geworden. In der Gesetzesbegründung zum neuen Schuldrecht heißt es hierzu:

„Insbesondere die Unterscheidung zwischen mangelhafter Lieferung und Aliud-Lieferung, die wegen der Konsequenzen für die Verjährungsfrist von erheblicher Bedeutung ist, bereitet in der Praxis die größten Schwierigkeiten. Es fehlt an einem überzeugenden Maßstab, und die Entscheidung wird häufig im Hinblick auf die Angemessenheit der Rechtsfolgen für den konkreten Fall getroffen, wobei es oft geradezu beliebig erscheint, ob eine Abweichung von der Sollbeschaffenheit als Qualitätsabweichung oder als Gattungsunterschied definiert wird. Beim Handelskauf ist durch § 378 HGB das Problem auf die Abgrenzung zwischen genehmigungsfähigem und nicht genehmigungsfähigem aliud verlagert, ist hier aber ebenso schwer zu lösen. Wegen der Parallelregelung von aliud und Zuweniglieferung in § 378 HGB erstreckt sich die Schwierigkeit der Abgrenzung dort auch auf die Zuweniglieferung.“

...

Absatz 3 stellt die Falschlieferung und die Zuweniglieferung ausdrücklich einem Sachmangel gleich. Die sich dadurch ergebenden Rechtsfolgen erscheinen sachgerecht. Im Falle der Falschlieferung wird der Anspruch auf Nacherfüllung (§ 439 RE) in der Regel nur in der Form der Lieferung einer mangelfreien anderen Sache in Betracht kommen. Beim Gattungskauf unterscheidet sich dieser Anspruch - mit Ausnahme der Unverhältnismäßigkeitsklausel des § 439 Abs. 3 RE - nicht wesentlich von dem primären Erfüllungsanspruch, der ohne die Einbeziehung in das Sachmängelrecht in Betracht käme.“

4.2.3.1.5.1 Die Falschlieferung

Eine Falsch- oder Aliud-Lieferung ist gegeben, wenn statt der vereinbarten Sache eine andere geliefert wird. Beim *Stückkauf* bereitet diese Abgrenzung keine Probleme. Wird die individuell bestimmte Sache nicht geliefert, hat der Verkäufer seine Vertragspflichten nicht erfüllt. Es liegt ein aliud in Form einer *Identitätsabweichung* vor.

Beispiel XVII: Statt des Geben Sie hier Ihre Frage ein, und klicken Sie auf "Suchenausgesuchten Kühlschranks mit 2 Sterne Fach wird das teurere Modell mit 3 Sternen geliefert.

Beim *Gattungskauf* erweist sich diese Abgrenzung dagegen als schwierig, weil es keine individuell bestimmte Sache und damit auch keine Identitätsabweichung gibt. Somit ist von der vereinbarten Gattung auszugehen. Nach der Rspr. liegt eine Falschlieferung dann vor, wenn die gelieferte Sache nicht der vertraglich vereinbarten Gattung angehört; ein Fehler ist dagegen zu bejahen, wenn die zur vereinbarten Gattung gehörende Sache einen *Qualitätsmangel* aufweist⁴⁷.

Für die Praxis wird die genaue Unterscheidung von Sachmangel und Falschlieferung nunmehr wegen § 434 III entbehrlich.

Fall 38: Bäckermeister K will seine Backstube erweitern und bestellt deshalb bei beim Händler V Wellstegträger. V sichert ihm zu, 40 cm hohe Wellstegträger seien für die Konstruktion geeignet. Versehentlich werden nur 32 cm hohe Wellstegträger geliefert. Nach dem Einbau zeigt sich, dass sie zu schwach sind und das Dach durchhängt. Kann K Nachlieferung oder Schadensersatz verlangen? Es ist davon auszugehen, dass die Träger wieder problemlos ausgebaut werden können.

4.2.3.1.5.2 Die Zuweniglieferung

Eine Zuweniglieferung liegt bei einem Quantitätsmangel vor. Sie ist aber nur dann gegeben, wenn der Verkäufer diese Mindermenge als Erfüllung seiner

⁴⁷ BGH NJW 1989, 218 (Glykolweinfall), dazu Besprechung von Wank, JuS 1990, 95.

ganzen Verbindlichkeit liefert und die auch zum Ausdruck bringt. Dann liegt nach § 434 III ein Sachmangel vor und es stehen dem Käufer die Sachmängelgewährleistungsrechte nach § 437, 439-441 zu. Anderenfalls liegt nämlich eine Teillieferung vor, die der Käufer nach § 266 zurückweisen oder bezüglich der ganzen Verbindlichkeit nach § 323 zurücktreten bzw. nach §§ 280, 281, 286 Schadensersatz statt der Leistung oder seinen Verzugschaden ersetzt verlangen kann.

Beispiel XVIII: Statt der verkauften 100 kg Kartoffeln schickt V nur 80 kg. Hier kann K Lieferung der restlichen 20 kg gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 I und, soweit die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs vorliegen, Ersatz des Verspätungsschadens verlangen.

4.2.3.2 Wegfall der „zugesicherten Eigenschaft“

4.2.3.2.1 Allgemeines

Das neue Schuldrecht unterscheidet nicht mehr zwischen Fehlern und zugesicherten Eigenschaften. Der Begriff der zugesicherten Eigenschaft, wie er noch in § 459 II a.F. enthalten war, ist aus dem Gesetzeswortlaut verschwunden. Früher war der Begriff vor allem von Bedeutung, weil der Käufer nach der Regelung des § 463 a.F. nur bei Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft und arglistigem Verschweigen eines Fehlers Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen konnte. Das neue Schuldrecht gewährt generell einen Schadensersatzanspruch bei Vorliegen eines Sachmangels (vgl. § 437 Nr. 3), allerdings erst nach dem fruchtlosen Ablauf einer gesetzten Nacherfüllungsfrist.

Die Zusicherung von Eigenschaften kann aber weiterhin von Bedeutung sein. Hieraus kann sich nämlich für den Verkäufer einer Garantiehaftung herleiten, aus der sich eine Erschwerung der Haftung des Verkäufers und eine Verbesserung der Rechtsstellung des Käufers ergibt. Das Gesetz erwähnt die „Garantie für die Beschaffenheit“⁴⁸ einer Sache“ noch in § 442 und § 444. Nach § 442 darf der Käufer auch bei grob fahrlässiger Unkenntnis von einem Mangel die Gewährleistungsrechte geltend machen, wenn der Verkäufer für das Vorhandensein einer bestimmten Beschaffenheit eine Garantie übernommen hat. § 444 schließlich führt dazu, dass sich der Verkäufer, der eine Garantie übernommen hat, nicht auf einen Haftungsausschluss berufen kann. Darüber hinaus führt die Übernahme einer Garantie gemäß § 276 I 1

⁴⁸ Der Begriff der Beschaffenheit ist bereits oben näher erläutert worden, vgl. Abschnitt 3.2.3.1

letzter HS zu einem Vertretenmüssen außerhalb der Kategorien von Vorsatz und Fahrlässigkeit. Bezieht sich die Garantie des Verkäufers nicht auf eine Beschaffenheit der Sache, kommt eine Haftung des Verkäufers nur aus einem selbständigen Garantievertrag gem. § 305 in Betracht. Die Umweltbeziehungen müssen in der Beschaffenheit des Kaufgegenstandes selbst ihren Grund haben und dürfen sich nicht erst durch Heranziehung von außerhalb des Kaufgegenstandes liegenden Umständen und Verhältnissen - insbesondere in der Person des Erwerbers - ergeben.

Fall 39: K kauft von V ein Grundstück, weil dieser ihm erklärt hatte, es werde demnächst als Bauland ausgewiesen. Im notariellen Kaufvertrag wiederholt V diese Erklärung. Nach Auflassung und Übergabe des Grundstücks stellt sich heraus, dass für eine Ausweisung als Bauland auf absehbare Zeit keine Aussicht besteht. K möchte deshalb den Erwerb rückgängig machen. Kann er das ?

4.2.3.2.2 Der Garantiebegriff

Unter dem Begriff der „Garantie“ ist der Sache nach in erster Linie die Zusicherung einer Eigenschaft gemeint, so dass im Hinblick auf die Konkretisierung des Garantiebegriffs auf die bisher zur Zusicherung von Eigenschaften entwickelten Rechtsbegriffe zurückgegriffen werden kann.⁴⁹ Eine Zusicherung lag nur dann vor, wenn die Erklärung des Verkäufers, für das Vorhandensein der Eigenschaft einzustehen, Vertragsinhalt geworden war. Erforderlich war, dass der Verkäufer die Einstandspflicht für alle Folgen des Fehlens zugesicherter Eigenschaften übernommen hatte; er musste einen *gesteigerten Haftungswillen* geäußert haben. Die gleichen Grundsätze müssen nun auch für eine Garantieübernahme gelten.

Ob eine Garantie vorliegt, ist durch Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 zu ermitteln. Bei der Annahme einer konkludenten Garantie ist jedoch Vorsicht geboten. Abzustellen ist darauf, ob der Verkäufer nicht nur die Gewähr für das Vorhandensein der Eigenschaft übernehmen, sondern gleichzeitig auch für die Folgen des Fehlens der Eigenschaft eintreten will⁵⁰. Bloße Wissenserklärungen, allgemein gehaltene Werbeaussagen, bloße Warenbeschreibungen reichen nicht aus.

⁴⁹ Dauner-Lieb in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Schuldrecht, Anwaltskommentar, Bonn, 2002, § 276 Rn. 19 f.

⁵⁰ BGH NJW 1991, 912.

Indizien für eine Garantie sind: Das besondere Vertrauen des Käufers in die Angaben des Verkäufers, zB. wenn er keine Sachkunde oder Überprüfungsmöglichkeit hat und sich auf die Angaben des Verkäufers verlassen muss; wichtig ist auch, ob und welche Schadensrisiken das Fehlen der Eigenschaft für den Käufer mit sich bringt.

Bei den Gebrauchtwagenfällen sind die von der Rechtsprechung entwickelten Aufklärungspflichten zu beachten⁵¹. In diesen Sonderfällen werden von der Rspr. an das Vorliegen einer konkludenten oder stillschweigende Zusicherung geringere Anforderungen gestellt, da die Gebrauchtwagenhändler sich regelmäßig durch AGB von der Gewährleistung frei zeichnen (mehr dazu unter Abschnitt 3.2.3.5).

Hat der Verkäufer eine Garantie für eine bestimmte Beschaffenheit der Kaufsache übernommen, haftet er unabhängig von seinem Verschulden für den Fall, dass der Sache die Beschaffenheit trotz allem fehlt. Dies stellt § 276 I 1 letzter HS klar.

Fall 40: K kaufte bei V, einem Gebrauchtwagenhändler, einen aus der USA reimportierten Pkw Fiat Spider 124 für 9.900 DM. Der V verwendete als Vertragsurkunde ein im Kfz-Handel übliches Formular. Neben dem vorgedruckten Satz „Das Fahrzeug ist fahrbereit“ unterstrich V handschriftlich das Wort „ja“. Das Fahrzeug wurde unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung verkauft. Schon auf der Fahrt nach Hause fielen dem K verschiedene Mängel auf, insbesondere an den Bremsen, die er bei der Probefahrt nicht bemerkt hatte. Wegen eventueller Schadensersatzansprüche fragt er Sie, ob der PKW mangelhaft ist.

4.2.3.3 Zeitpunkt

Der Sachmangel muss nach § 434 I 1 im Zeitpunkt des (Preis-)Gefahrübergangs vorhanden sein. Das ist frühestens mit Annahmeverzug (§§ 293 ff) der Fall, weil dann nach § 326 II die Preisgefahr übergeht, sodann mit Übergabe der Kaufsache (§ 446) bzw. Übergabe an die Versandperson (§ 447)⁵². Dabei kommt es nicht auf den Zeitpunkt an, an dem der Mangel hervortritt, sondern auf den Zeitpunkt, in dem der Grund für den Mangel angelegt ist. Der Verkäufer haftet also für Mängel auch dann, wenn sie erst nach Vertragsschluss, aber noch vor Gefahrübergang entstehen.

⁵¹ Vgl. BGH NJW 1988, 1378; näheres hierzu nach altem Recht: Palandt, § 459 Rdnr. 30.

⁵² Vgl. Abschnitt 2.7.

Nach der Neuregelung ist die sachmangelfreie Lieferung der Kaufsache Erfüllungspflicht des Käufers. Für den Fall, dass ein Sachmangel sich bereits vor Gefahrübergang zeigt, ergeben sich Unterschiede in Bezug auf die Rechtsbehelfe des Käufers nur in Bezug auf die Verjährung und die Möglichkeit der Minderung.⁵³ Bei einem behebbaren Sachmangel kann der Käufer die Annahme der mangelhaften Kaufsache als nicht zur Erfüllung geeignet ablehnen und die Zahlung des Kaufpreises nach § 320 verweigern, solange der Mangel durch die Nacherfüllung behebbar ist. Der Käufer behält seinen ursprünglichen Erfüllungsanspruch. Ist der Sachmangel nicht behebbar, ist der Anspruch des Käufers auf (mangelfreie) Erfüllung ausgeschlossen, § 275 I. Bei einem nicht unerheblichen Mangel kann der Käufer sofort gemäß §§ 326 V, 323 zurücktreten. Im Falle des Vertretenmüssens des V kann K Schadensersatz verlangen. Dieser ergibt sich bei einer anfänglichen Unmöglichkeit aus § 311a II, sonst aus §§ 280, 283.

Fall 41: K ist Inhaber einer Selbstbedienungsladenkette. Er kauft von V, einem Fleischimporteur 200 kg tiefgefrorenes argentinisches Hasenfleisch. Die dem K am 27.2. gelieferte Ware stammt, was K bei Kauf und Abnahme nicht weiß, aus einer Importlieferung, die am 15.2. wegen Verdachts auf Salmonellengefahr beschlagnahmt worden war. Am 25.2. war die Beschlagnahme wieder ausgehoben worden, weil bei Proben kein Salmonellenbefall festgestellt werden konnte. Über die behördliche Aktion wird am 28.2. von der überörtlichen Presse berichtet. Kann K vom Kaufvertrag, wenn er darauf hinweist, dass das Hasenfleisch wegen des Verdachts nun unverkäuflich sei?

4.2.3.4 Der Ausschluss der Sachmängelhaftung

Ein Ausschluss der Sachmängelhaftung kommt aus vertraglichen oder gesetzlichen Gründen in Betracht.

4.2.3.4.1 Ausschluss durch vertragliche Vereinbarung

Die Normen über die Gewährleistung sind weitgehend dispositiv. Daher können die Parteien im Rahmen der Vertragsfreiheit die Sachmängelhaftung weitgehend ausschließen oder modifizieren. Schranken für die inhaltliche Gestaltung ergeben sich aber aus § 138 und aus § 444, wonach eine solche vertragliche Vereinbarung dann nichtig ist, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Diese Vorschrift schränkt die Vertragsfreiheit ein und sichert dem Verkäufer einen zwingenden Mindestschutz zu. Für die

⁵³ Lorenz/Riehm, Rn. 566.

Regelung der Sachmängelhaftung durch AGB ergeben sich Schranken aus §§ 307 und 309 Nr. 8b⁵⁴.

Beispiel XIX: Beim Kauf **neu hergestellter Sachen** ist die gesetzliche Gewährleistung gem. § 309 Nr. 8b unabdingbar. Beim gewerblichen und privaten **Gebrauchtwagenkauf** ist ein völliger Gewährleistungsausschluss - auch für verborgene Mängel - selbst in AGB zulässig. Daneben bleibt die Haftung des Verkäufers im Falle einer Garantieübernahme unberührt.

Fall 42: V veräußert dem K sein Rad. Einen 1,5 cm langen Rahmenriss hat er vorher mit einem Zierband überklebt. In dem schriftlichen Kaufvertrag heißt es, dass das Rad „wie besichtigt“ verkauft wird. Als K 14 Tage später den Mangel entdeckt und Wandelung verlangt, beruft sich V auf den „vereinbarten Gewährleistungsausschluss“. Zu Recht?

4.2.3.4.2 Überblick über die gesetzlichen Ausschlussgründe

1. § 442 S.1, wenn der Käufer den Mangel beim Abschluss des Kaufvertrages kennt.
2. § 442 S.2, wenn dem Käufer der Fehler der Kaufsache infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist und wenn der Verkäufer nicht die Abwesenheit des Fehlers garantiert oder den Fehler arglistig verschwiegen hat.
3. § 445 in Fällen, in denen die Kaufsache aufgrund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung und unter der Bezeichnung als Pfand verkauft wird; beachte. §§ 445 findet keine Anwendung beim Verbrauchsgüterkauf (§ 474 II)
4. Nach § 377 HGB bei Verletzung der Rügepflicht.

Fall 43: Wie Fall 39, nur ist der Rahmenriss durch Farbe überstrichen worden. K, der den Fehler bei der von ihm vorgenommenen Besichtigung des Rades ohne weiteres hätte erkennen können, verlässt sich auf die Zusicherung des V, dass der Rahmen einwandfrei wäre. Nun wendet V gegen das Wandelungsverlangen des K ein, er hafte nicht, weil K den Mangel grob fahrlässig übersehen habe. Hat V Recht?

Fall 44: K kauft einen Kühlschrank. Als er ihn wenige Tage später geliefert bekommt, übersieht er infolge grober Fahrlässigkeit Lackschäden. Sind Sachmängelgewährleistungsansprüche des K ausgeschlossen ?

⁵⁴ Zu der Systematik der Regelungen der §§ 305-310 über die Einbeziehung von AGB vgl. Einf BR 6.6.

4.2.4 Die Rechte des Käufers bei Sachmängeln

Die Rechte des Käufers bei Sachmängeln ergeben sich aus § 437 Nr. 1 – 3 BGB mit ihren Rechtsgrundverweisungen auf die §§ 439- 441 und die Vorschriften des allgemeinen Leistungsstörungenrecht. Man kann § 437 daher als „Drehscheibe“ des kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechts ansehen.

Der Gesetzgeber hat mit dieser Technik die bisherige Parallelität zwischen Sachmängelgewährleistungsansprüchen im Kaufrecht und dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht zu Gunsten einer besseren Übersichtlichkeit und Einheitlichkeit der Rechtsfolgen aufgehoben.

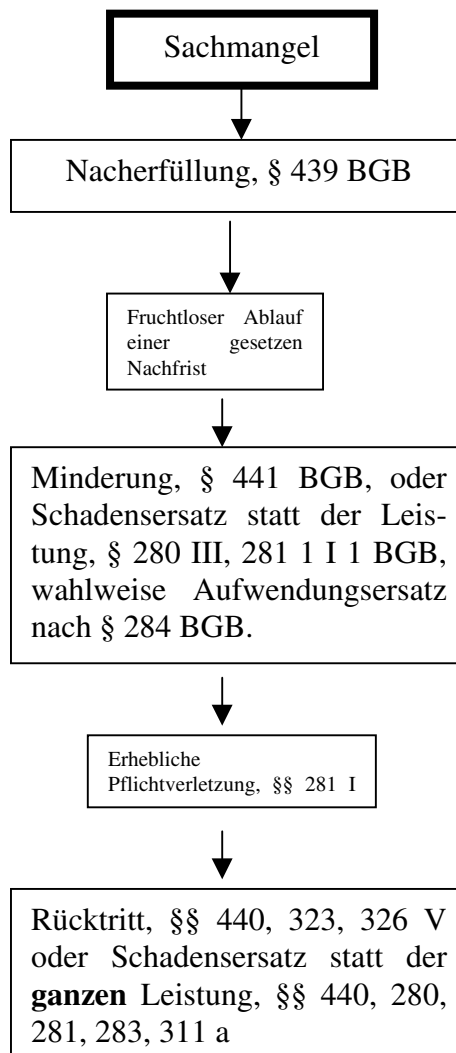
Zugleich hat er den Grundsatz des *pacta sunt servanda* gestärkt, indem er dem Käufer bei Sachmängeln zunächst einen Nacherfüllungsanspruch nach § 439 einräumt. Da ist es nur konsequent, dass gemäß § 433 I 2 die Lieferung einer mangelhaften Sache nicht mehr als Erfüllung der Leistungspflichten des Verkäufers angesehen werden kann. Damit hat sich der Gesetzgeber von der Gewährleistungstheorie abgewandt und sich der Erfüllungstheorie angenähert. Nach der Gewährleistungstheorie war auch die Lieferung einer mangelhaften Kaufsache als Erfüllung anzusehen und der Käufer auf die Sachmängelgewährleistungsrechte beschränkt. Dies hatte insbesondere das Eingreifen der kurzen Verjährungsvorschriften des § 477 a.F. zur Folge. Nach der Erfüllungstheorie hat der Verkäufer bei Lieferung einer mangelhaften Sache gerade noch nicht erfüllt und der Käufer behält seinen ursprünglichen Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache.

Ist der gelieferte Kaufgegenstand also mit einem behebbaren Mangel behaftet, so kann der Käufer die Zahlung des Kaufpreises gemäß § 320 mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages verweigern. Solange also der Käufer einen fälligen und durchsetzbaren Nacherfüllungsanspruch hat, kann die die Zahlung des Kaufpreises vollständig verweigern. Denn der Verkäufer ist seiner Leistungspflicht noch nicht nachgekommen.

Außer dem Nacherfüllungsanspruch hat der Käufer aber auch die weiteren Rechte des Schadensersatzes, des Rücktritts und der Minderung. Anders als der Nacherfüllungsanspruch setzen diese Rechte aber grundsätzlich ein Verschulden des Verkäufers voraus. Sie können darüber hinaus erst geltend gemacht werden, nachdem der Käufer dem Verkäufer eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Dies ergibt sich aus §§ 281 I 1 und 323 I. Die weiteren Mängelgewährleistungsrechte können also erst nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist geltend gemacht werden. Die sogenannten „großen“

Mängelgewährleistungsrechte, also Rücktritt und Schadensersatz statt der **ganzen** Leistung, kann der Käufer nur geltend machen, wenn dem Verkäufer eine erhebliche Pflichtverletzung zur Last fällt, vgl. §§ 281 I 3 und 323 V 2.

Insofern ergibt sich folgendes Stufensystem der Ansprüche:



Das System zeigt bereits, dass Schadensersatz jetzt grundsätzlich wegen jedes Sachmangels verlangt werden kann. Der Wegfall der Unterscheidung zwischen Fehlern und zugesicherten Eigenschaften bringt hier eine Gleichbehandlung aller Sachmängel.

4.2.4.1 Der Nacherfüllungsanspruch

Das neue Schuldrecht gewährt dem Käufer bei einem Sachmangel zunächst einen Nacherfüllungsanspruch, § 439 I. Der Nacherfüllungsanspruch ist von einem Verschulden des Verkäufers unabhängig. Dies erscheint konsequent, denn er hat ja auch seine primäre Leistungspflicht noch nicht erfüllt. Der

Nacherfüllungsanspruch ist grundsätzlich vorrangig vor den sonstigen Mängelgewährleistungsrechten. Denn diese erfordern normalerweise eine Nachfristsetzung. Der Vorrang entfällt allerdings dann, wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung verweigert oder die Nacherfüllung fehlgeschlagen ist. Dies folgt aus der Regelung des § 440 (bitte lesen). Die Regelungen der §§ 439 III, 440 beinhalten eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe. Wann dem Verkäufer der Nacherfüllungsanspruch unzumutbar oder für ihn mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist, wird sich erst mit der Schaffung entsprechender richterrechtlicher Leitlinien einigermaßen trennscharf abgrenzen lassen.

4.2.4.1.1 Wahlrecht des Käufers

Der Käufer hat die Wahl: Er kann entweder die Beseitigung des Mangels oder Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. Bei einem Stückkauf wird die Lieferung einer mangelfreien Sache jedoch in der Regel ausgeschlossen sein. Kauft der Verkäufer einen bestimmten antiken Schrank und stellt sich bei diesem Wurmbefall heraus, dann kann der Verkäufer keinen vergleichbaren Schrank liefern. Hier muss sich der Nacherfüllungsanspruch des Käufers auf die Mangelbeseitigung beschränken. Der Verkäufer wird insoweit von der anderen Art der Nacherfüllung nach § 275 I frei.

4.2.4.1.2 Verweigerung der Nacherfüllung

Der Verkäufer kann die vom Käufer gewählte Nacherfüllung gemäß § 439 III verweigern, wenn sie für ihn mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist. Die Regelung gewährt dem Verkäufer eine Einrede und damit ein über die allgemeinen Leistungsverweigerungsrechte des § 275 II, III hinausgehendes Recht zur Verweigerung der Nacherfüllung. Die Schwelle zur Bejahung eines solchen Rechts wird man insofern niedriger ansetzen müssen, als bei § 275 II und III. § 439 III 3 2. HS stellt dabei klar, dass dem Verkäufer auch beide Arten der Nacherfüllung unzumutbar sein können. Dann kann der Käufer nach § 440 Satz 1 die sonstigen Mängelgewährleistungsrechte geltend machen, ohne dass es einer Fristsetzung bedarf. Diese wäre ja auch überflüssig, soll sie den Verkäufer doch hauptsächlich an seine Leistungspflicht erinnern und ihm eine „letzte Chance“ zur freiwilligen Erfüllung gebieten.

4.2.4.1.3 Unmöglichkeit der Nacherfüllung

Der Verkäufer muss sich nicht auf sein Verweigerungsrecht nach § 439 III berufen, wenn die Nacherfüllung bereits unmöglich ist. Der Verkäufer wird

dann bereits nach § 275 I von seiner Leistungsverpflichtung frei. Damit ist aber nur die Pflicht zur mangelfreien Leistung gemeint. § 275 IV stellt klar, dass dem Käufer in diesem Falle immer noch die Sekundäransprüche, insbesondere also Schadensersatzansprüche und die Rücktrittsmöglichkeit bleiben.

Von der Unmöglichkeit des Nacherfüllungsanspruchs kann man nur sprechen, wenn ein Sachmangel weder durch Neulieferung, noch durch Mängelbeseitigung behoben werden kann.

Bei einem Stückkauf liegt Unmöglichkeit bei einem irreparablen Sachmangel vor.

Beispiele: Der gekaufte Gebrauchtwagen ist so stark vom Rost befallen, dass er nie wieder fahrbereit sein wird. Der Holzwurm hat dem einmaligen Antikschrank so stark zugesetzt, dass er nicht mehr zu retten ist. Das gekaufte Meisterwerk erweist sich als Fälschung.

Bei einem Gattungskauf kann von Unmöglichkeit zur Nacherfüllung nur gesprochen werden, wenn der Verkäufer aus der Gattung nicht mehr leisten kann, etwa weil die gesamte Gattung untergegangen ist oder weil der Sachmangel allen Gegenständen aus der Gattung anhaftet. Dies dürfte aber wesentlich seltener der Fall sein.

Beispiele: Die gelieferten Kartoffeln sind verschimmelt, alle anderen Kartoffeln aus dieser Ernte sind bereits verkauft worden und ein Deckungskauf ist ebenfalls nicht mehr möglich. Ein Fahrzeug soll einen Kraftstoffverbrauch von 4,2 Litern/100 km haben. Es stellt sich heraus, dass alle Fahrzeuge dieses Typs in Wahrheit 8 Liter/100 km verbrauchen.

Liegt tatsächlich Unmöglichkeit vor, kann der Käufer, ohne eine – in einem solchen Fall in der Tat überflüssige – Nachfristsetzung vom Vertrag zurücktreten (§§ 326 V, 323). Er kann aber auch gemäß § 441 den Kaufpreis mindern.

4.2.4.1.4 Fehlschlagen der Nacherfüllung

Bei einem Fehlschlagen der vom Käufer gewählten Nacherfüllung kann er ohne Fristsetzungserfordernis die sonstigen Mängelgewährleistungsrechte, also Schadens- oder Aufwendungsersatz, Rücktritt und Minderung nach § 440 I geltend machen. Er ist nicht gehalten, die andere Form der Nacherfüllung zu dulden. Der Verkäufer verliert seine Nachbesserungsbefugnis.

Zum Begriff des Fehlschlagens verweist die Gesetzesbegründung auf die Rechtsprechung zum bisherigen § 11 Nr. 10 b AGBG, wonach ein „Fehlschlagen“ anzunehmen sei bei objektiver oder subjektiver Unmöglichkeit, Unzulänglichkeit, unberechtigter Verweigerung, ungebührlicher Verzögerung und bei einem misslungenen Versuch der Nachbesserung bzw. Ersatzlieferung.

Daneben seien Fälle anerkannt, in denen eine Nachbesserung wegen Unzumutbarkeit für den Käufer nicht in Betracht kommt.⁵⁵

Ist als Nacherfüllung Nachbesserung vereinbart, gilt der Nacherfüllungsanspruch nach der zweiten erfolglosen Nachbesserung als fehlgeschlagen, und zwar **unwiderleglich** (§ 440 S. 2). Es darf sich nach dem Gesetzeswortlaut aber aus der Art des Mangels, der Sache oder den sonstigen Umständen etwas anderes ergeben. Eine Kasuistik hierzu fehlt noch. Man wird aber annehmen dürfen, dass abweichende vertragliche Vereinbarungen, der Wert und die Komplexität der Kaufsache oder die Schwierigkeit der Reparaturbedingungen hier Abweichungen im Sinne von einer Verringerung oder Erhöhung der Anzahl der Nachbesserungsversuche bringen können. Es kommt also auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalles an. Dabei wird auch stets zu berücksichtigen sein, dass der Gesetzgeber in Satz gerade eine ungebührliche Verzögerung der Nacherfüllung sanktionieren wollte.

4.2.4.1.5 Unzumutbarkeit der Nacherfüllung

§ 440 Satz 1 verweist außer auf das Fehlschlagen auch auf die für den Käufer unzumutbare Art der Nacherfüllung. Auch hierzu fehlt noch eine Kasuistik, die den unbestimmten Rechtsbegriff der Unzumutbarkeit näher umgrenzen könnte. In der Gesetzesbegründung zum Regierungsentwurf wird auf die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie abgestellt. Unzumutbarkeit liegt danach insbesondere dann vor, wenn mit einem Nachbesserungsversuch „erhebliche Unannehmlichkeiten“ für den Käufer verbunden sind.⁵⁶ Einen Sonderfall der Unzumutbarkeit stellt die Sonderregelung des § 478 I dar.⁵⁷ Danach kann im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs (dazu später ausführlich) bei einer Veräußerungskette der Verkäufer die Sachmängelgewährleistungsrechte nach § 437 gegenüber seinem Lieferanten ohne Fristsetzungserfordernis geltend machen, wenn er seinerseits die Kaufsache von seinem Käufer aufgrund der Mangelhaftigkeit zurücknehmen musste.

4.2.4.2 Der Rücktritt

Das bisherige Recht der Wandelung ist entfallen. Im Zuge der Vereinheitlichung des Leistungsstörungenrechts wird dem Käufer bei Vorliegen eines Sachmangels stattdessen ein Rücktrittsrecht nach §§ 323, 326 V eingeräumt. Auf ein Verschulden des Verkäufers in Bezug auf den Mangel

⁵⁵ BT-Drs. 14/6040, S. 233.

⁵⁶ BT-Drs. 14/6040 S. 233-234.

⁵⁷ Lorenz/Riehm, Rn. 513.

kommt es hier nicht an. Bei dem Rücktrittsrecht handelt es sich um ein echtes Gestaltungsrecht, das durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ausgeübt wird (§ 349 BGB). Der bisherige Streit über die Rechtsnatur und Ausübung des Wandelungsrechts ist damit obsolet geworden.⁵⁸ Die Verweisung des § 437 S. 2 auf das Rücktrittsrecht im allgemeinen Teil des Schuldrechts ist eine reine Rechtsgrundverweisung. Es ergibt sich aus § 323. Die Verweisungen auf §§ 440 und 326 stellen lediglich Abweichungen in Bezug auf die Erforderlichkeit einer Fristsetzung dar.

4.2.4.2.1 Voraussetzungen des Rücktritts

4.2.4.2.1.1 *Sachmangel*

Voraussetzung des Rücktritts ist zunächst einmal das Vorliegen eines Sachmangels. Insofern kann auf die ausführliche obige Darstellung verwiesen werden. Der Verkäufer, der eine mangelhafte Sache liefert, erbringt damit die Leistung nicht vertragsgemäß im Sinne von § 323 I.

4.2.4.2.1.2 *Nachfristsetzung*

Ferner muss der Käufer dem Verkäufer zunächst eine angemessene Nachfrist zur Erbringung der Leistung gesetzt haben. Die Fristsetzung ist jedoch in verschiedenen Fällen entbehrlich. Allen Fällen ist gemeinsam, dass sich eine Fristsetzung nur als unnötige Förmlichkeit erweisen würde, weil von vornherein klar ist, dass sich der Mangel, aus welchen Gründen auch immer, nicht beheben lässt. Regelungen hierzu trifft zunächst § 323 II. Gemeint sind die Fälle, in denen der Schuldner (hier wäre es der Verkäufer) eine Nacherfüllung ernstlich und endgültig verweigert, wenn der Schuldner zu spät leistet und der Gläubiger (also der Käufer) bereits im Vertrag deutlich gemacht hat, dass er bei Verzögerung der Leistung kein Interesse mehr an ihr habe oder wenn besondere Umstände des Einzelfalles vorliegen, die den sofortigen Rücktritt rechtfertigen (es kommt hier auf den jeweiligen Einzelfall an, wobei sich eine Kasuistik hierzu erst noch durch die Rechtsprechung entwickeln muss).

Ein Beispiel: Hat A bei dem Optiker B ein Fernglas bestellt und deutlich gemacht, dass er es nur für eine ganz bestimmte Jagd an einem bestimmten Termin benötigt, danach aber kein

⁵⁸ Vergleiche zur früheren Unterscheidung zwischen Vertrags-, Herstellungs- und gemischter Theorie sowie der Theorie vom richterlichen Gestaltungsakt Palandt/Putzo, BGB, 60. Auflage, § 465 Rn. 2 ff.

Interesse mehr daran hat, so kann er gemäß § 323 II Nr. 2 sofort zurücktreten, wenn der Optiker das Fernglas erst nach der Jagd liefert.

§ 326 V ordnet darüber hinaus die Entbehrlichkeit der Fristsetzung an, wenn der Verkäufer gemäß § 275 I von seiner Leistungspflicht frei geworden ist. Nach § 323 IV wird sogar ein Rücktrittsrecht für die Zeit vor dem Gefahrübergang eingeräumt, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn der Verkäufer bereits vor Lieferung der Kaufsache eine etwaige Nachbesserung ernsthaft und endgültig verweigert oder eine Nachbesserung von vornherein unmöglich ist.

4.2.4.2.1.3 Erhebliche Pflichtverletzung

Bei dem Rücktritt handelt es sich um ein sogenanntes „großes“ Recht. Es bedarf also noch eines zusätzlichen Erfordernisses für den Rücktritt. Dies macht § 323 V 2 deutlich. Der Rücktritt ist nämlich ausgeschlossen, wenn dem Schuldner nur eine unerhebliche Pflichtverletzung vorzuwerfen ist.

4.2.4.2.2 Rechtsfolgen des Rücktritts

Die Rechtsfolgen des Rücktritts regeln die §§ 346 ff. Zunächst entfallen die primären Leistungspflichten und das Schuldverhältnis wandelt sich um in ein sogenanntes Rückabwicklungsschuldverhältnis. Gemäß § 346 sind die gegenseitigen Leistungen zurückzugewähren. Ist die Rückgewähr nicht möglich, hat der Schuldner Wertersatz zu leisten, § 346 II, der allerdings in den Fällen des § 346 III entfallen kann, also insbesondere dann, wenn die Unmöglichkeit der Rückgewähr aus Umständen herrührt, die der Gläubiger zu vertreten hat.

4.2.4.3 Die Minderung

Auch das neue Schuldrecht sieht die Möglichkeit der Herabsetzung des Kaufpreises wegen der Mangelhaftigkeit der Kaufsache vor. Die Minderung ist in § 441 geregelt. Die Norm schreibt ausdrücklich vor, dass der Käufer mindern kann, **statt** zurückzutreten. Es liegt also ein Alternativverhältnis zwischen Rücktritt und Minderung vor. Für die Minderung gelten grundsätzlich die gleichen Voraussetzungen, wie für den Rücktritt. Allerdings ist die Minderung auch bei einer unerheblichen Pflichtverletzung durch den Verkäufer zulässig. Denn die Vorschrift des § 323 V 2 soll gerade keine Anwendung finden. Das Minderungsrecht wird durch Erklärung gegenüber

dem Verkäufer ausgeübt, es ist also wie das Rücktrittsrecht ein Gestaltungsrecht.

Für die Berechnung der Minderung gilt nach § 441 III folgende Formel: Der Wert der mangelhaften Sache verhält sich zum objektiven Wert der mangelfreien Sache wie der zu errechnende geminderte Kaufpreis zum vereinbarten Preis. Sinn dieses Rechenwerks ist, dem Käufer die Vorteile eines eventuell erzielten „Schnäppchenkaufs“ zu erhalten. Diese Methode erhält also die selbstgewählte Relation Kaufpreis zu Wert aufrecht.

Hat der Käufer bei Bestehen eines Minderungsrechts mehr gezahlt, als der geminderte Kaufpreis ausmachen würde, kann er vom Verkäufer gemäß § 441 IV in Verbindung mit den Rücktrittsvorschriften der §§ 346, 347 Rückzahlung des Mehrpreises verlangen.

Fall 45: V veräußert K seinen Rasenmäher für 600 DM. Auf entsprechende Nachfrage versichert er, das Gerät sei 1 Jahr alt und wäre noch nicht in Reparatur gewesen. Nach viermonatiger Benutzung stellt sich heraus, dass der Rasenmäher 2 Jahre alt und mehrfach in Reparatur gegeben wurde. Kann K zurücktreten oder mindern, wenn zu unterstellen ist, dass der Rasenmäher - hätten die Angaben des V zugetroffen - einen Wert von 650 DM gehabt hätte, während sein jetziger Wert bei 500 DM liegt ?

4.2.4.4 Der Schadensersatz statt der Leistung

Statt zurückzutreten oder zu mindern, kann der Käufer auch Schadensersatz nach den §§ 437 Nr. 3, 280, 281, 283, 311a verlangen. Damit verweist das neue Kaufrecht vollständig auf den Allgemeinen Teil des Schuldrechts und bleibt somit dem Grundsatz der Abschaffung einer Parallelität zwischen allgemeinen und kaufrechtlichen Leistungsstörungen treu. Die spezielle Vorschrift des § 463, die einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur bei Arglist und dem Fehlen von zugesicherten Eigenschaften gewährte, ist entfallen. Schadensersatz kann also nach dem neuen Schuldrecht wegen eines jeden Sachmangels geltend gemacht werden. Allerdings setzt auch der Anspruch auf Schadensersatz in der Regel zunächst den fruchtlosen Ablauf einer gesetzten Nachfrist voraus, vgl. § 281 I 1. Die Schadensersatzansprüche des allgemeinen Schuldrechts sind vom Vertretenmüssen des Schuldners abhängig. Maßgeblich hierfür sind die §§ 276, 278. Für das Vertretenmüssen reicht also in der Regel schon leichte Fahrlässigkeit aus. Insofern beinhaltet das neue Schuldrecht eine Verschärfung der Haftung, denn § 463 a.F. sah neben einer Haftung für das Fehlen zugesicherter Eigenschaften einen Schadensersatzanspruch nur dann vor, wenn ein Mangel arglistig verschwiegen wurde.

4.2.4.4.1 Schadensersatz statt der Leistung

§ 437 Nr. 3 verweist hinsichtlich des Schadensersatzes auf die Vorschriften der §§ 280, 281, 283 und §§ 311 a. Dabei sind für Mangelschäden die Vorschriften des §§ 281-283 einschlägig. Dies stellt § 280 III klar, der für den Fall des Schadensersatzes statt der Leistung wegen einer nicht oder nicht wie geschuldet (nämlich mangelhaft) erbrachten Leistung auf diese Paragraphen verweist. § 280 I gilt dementsprechend nur für sonstige Schäden, die sich aus schuldvertraglichen Pflichtverletzungen ergeben. Das können Schäden aus Nebenpflichtverletzungen oder auch aus Mangelfolgeschäden sein.

Grundsätzlich ist für die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs zu unterscheiden zwischen behebbaren und unbehebaren Sachmängeln. Denn von den entsprechend einschlägigen Normen hängt es ab, ob eine Nachfristsetzung erforderlich ist.

Schon der Name „Schadensersatz **statt** der Leistung“ weist auf eine weitere Beachtlichkeit hin: Hat der Käufer erst einmal Schadensersatz statt der Leistung verlangt, schließt § 281 IV für den Fall der nicht oder nicht wie geschuldet erbrachten Leistung den Anspruch auf die Leistung aus.

4.2.4.4.1.1 Haftung für unbehebbarer Sachmängel

Liegt ein unbehebbarer Sachmangel vor, ist wiederum zwischen anfänglichen und nachträglichen Mängeln zu unterscheiden.

Bei einem unbehebbarer anfänglichen Sachmangel wird der Verkäufer von seiner Pflicht zur Lieferung einer mangelhaften Sache frei, § 275 I. Einen Schadensersatzanspruch kann der Käufer dann nur über §§ 437 Nr. 3, 311a II geltend machen. Eine Nachfristsetzung ist hier entbehrlich. Die wird in § 311a II 3 klargestellt, der gerade nicht auf § 281 I 1 verweist. Der Verkäufer haftet auf Schadensersatz statt der Leistung, wenn er nicht nachweist, dass er den Mangel nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat.

Tritt die Unbehebbarkeit des Sachmangels zwischen Kaufvertragsabschluss und Gefahrübergang ein, haftet der Verkäufer gemäß § 437 Nr. 3, 280 I, III, 283 auf Schadensersatz statt der Leistung. Auch hier bedarf es keiner vorherigen Fristsetzung durch den Käufer, denn § 283 S. 2 verweist ebenfalls nicht auf § 281 I 1. Auch hier muss der Verkäufer aber den Mangel zu vertreten haben.

4.2.4.4.1.2 Haftung für behebbare Sachmängel

Die Haftung für behebbare Sachmängel ergibt sich aus §§ 437 Nr. 3, § 280 I, III, 281 BGB. Wichtigster Unterschied zu den Fällen der unbehebbarer

Sachmängel: Es ist eine Fristsetzung nach § 281 I 1 erforderlich. Dies ist auch konsequent. Eine Fristsetzung macht nämlich dann keinen Sinn, wenn der Verkäufer ohnehin nicht nachbessern oder nachliefern kann. Dann muss er auch nicht eindringlich an seine Leistungspflichten erinnert werden. Dennoch kann in auch in den Fällen des behebbaren Sachmangels eine Nachfristsetzung unter den Voraussetzungen der §§ 440, 281 II entbehrlich sein. Dies sind die Fälle der berechtigten oder endgültigen und ernsthaften unberechtigten Verweigerung der Nachbesserung, des Fehlschlagens oder der Unzumutbarkeit der Nacherfüllung.

4.2.4.4.1.3 Haftung für zugesicherte Eigenschaften

Für die Sachmängel ist die Unterscheidung zwischen Fehlern und dem Fehlen von zugesicherten Eigenschaften aufgehoben worden. Allerdings ist die Unterscheidung dennoch bedeutsam, und zwar auf der Ebene des Verschuldens. Wer eine Eigenschaft bzw. Beschaffenheit zusichert, der übernimmt in der Regel eine Garantie für ihr Vorhandensein. Gemäß § 276 I 1 wird bei Übernahme einer Garantie die Schwelle für das Vertretenmüssen herabgesetzt. Der Verkäufer haftet hier ganz unabhängig davon, ob er den Mangel im Sinne von Vorsatz oder Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Die Haftung für das fehlen zugesicherter Beschaffenheiten ist also verschuldensunabhängig.

4.2.4.4.2 Schadensersatz statt der ganzen Leistung

Man unterscheidet zwischen Schadensersatzansprüchen statt der Leistung und Ansprüchen auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung. Dahinter verbergen sich die Kategorien des kleinen und großen Schadensersatzes. Auf die Unterscheidung wird später im Rahmen des Umfangs des Schadensersatzanspruchs noch genauer eingegangen. Der Schadensersatzanspruch statt der ganzen Leistung wird allerdings in § 281 I 3 unter die zusätzliche Voraussetzung gestellt, dass es sich um eine erhebliche Pflichtverletzung handeln muss. Darum ist er, ebenso wie der Rücktritt ein sog. „großes“ Recht. Die Beweislast für die Unerheblichkeit des Mangels (der Pflichtverletzung) liegt beim Verkäufer.

Fall 46: K schließt mit A, der in Vertretung des V auftritt, einen Kaufvertrag über ein Einfamilienhauses. 2 Monate nach Übergabe stellt K fest, dass der gesamte Dachstuhl mit einem holzerstörenden Pilz befallen ist. Davon hatte A im Zeitpunkt des Vertragsschlusses Kenntnis. K verlangt von V Schadensersatz. Dieser weigert sich mit der Begründung, er habe nichts vom Pilzbefall gewusst und A schon gar nicht zum Lügen ermächtigt. Kommt V damit durch, wenn man davon ausgeht, dass es sich um einen (anfänglich un-) behebbaren Sachmangel handelt?

4.2.4.4.3 Inhalt des Schadensersatzanspruchs

Das neue Schuldrecht verwendet anstelle des Begriffes Schadensersatz „wegen Nichterfüllung“ den Begriff „statt der Leistung“. Die Bedeutung ist aber synonym zu verstehen. Der Käufer ist vermögensmäßig so zu stellen, wie er stünde, wenn der Vertrag vom Schuldner ordnungsgemäß erfüllt worden wäre (*sog. positives oder Erfüllungsinteresse*). Ersatzfähig sind also der Minderwert der eigentlichen Leistung und die aus der Mangelhaftigkeit entstehenden Folgeschäden, insbesondere der entgangene Gewinn

4.2.4.4.3.1 Die Schadensberechnung

Der Käufer hatte früher ein Wahlrecht zwischen zwei Arten der Schadensberechnung, nämlich des „kleinen“ und „großen“ Schadensersatzes. Diese Unterscheidung findet man auch heute noch, allerdings in der Terminologie des neuen Schuldrechts. Es wird Schadensersatz statt der (ganzen) Leistung gewährt. Allerdings kann Schadensersatz statt der ganzen Leistung nicht verlangt werden, wenn es sich um eine unerhebliche Pflichtverletzung (einen unerheblichen Mangel) handelt, § 281 I 3. Das Wahlrecht ist also insofern begrenzt.

- ◆ Beim „kleinen“ *Schadensersatzanspruch* (Schadensersatz statt der Leistung) behält der Käufer die mangelhafte Sache und verlangt im übrigen so gestellt zu werden, als ob gehörig erfüllt worden wäre. Er kann als *Differenzschaden* Ersatz dessen verlangen, was erforderlich ist, um die Sache in einen mangelfreien Zustand zu versetzen.

Beispiel XX: Ersatz des für die Mängelbeseitigung gemachten und erforderlichen Aufwands, entgangener Gewinn aus einem gescheiterten Weiterverkauf.

- ◆ Beim „großen“ *Schadensersatzanspruch* (Schadensersatz statt der ganzen Leistung) stellt der Käufer die mangelhafte Sache zur Verfügung und verlangt Ersatz des Schadens, der ihm durch die Nichterfüllung, d.h. Nichtdurchführung des gesamten Vertrages entstanden ist. Soweit der Käufer sich für den Schadensersatz statt der ganzen Leistung entscheidet, kann der Verkäufer das bisher Geleistete nach § 281 V und den Rücktrittsregelungen der §§ 346-348 zurückverlangen.

Beispiel XXI: Rückzahlung des geleisteten Kaufpreises als Mindestschaden, Erstattung der Vertragskosten, der in Folge der Mangelhaftigkeit nutzlosen Aufwendungen.

Fall 47: Ausgangslage wie Fall 42 (Rasenmäher). Als Kaufpreis hatten K und V 600 DM für den Rasenmäher vereinbart. Dieser hätte jedoch einen Wert von 650 DM gehabt, hätten die

Angaben des V der Wahrheit entsprechen. Sein jetziger Wert liegt bei 500 DM. Welche Möglichkeiten hat K, seinen Schadensersatzanspruch geltend zu machen ?

4.2.4.4.3.2 *Der Umfang des Schadensersatzes*

Der Schadensersatz statt der Leistung umfasst immer den Mangelschaden, darüber hinaus u.U. auch Mangelfolgeschäden. Unter *Mangelschaden* versteht man alle Nachteile, die dem Käufer aus der Mangelhaftigkeit der Kaufsache selbst erwachsen (der bleibende Minderwert, Nutzungsausfall und Gewinnentgang), sowie alle Aufwendungen zur Beseitigung des Mangels. Darunter fallen Transport-, Gutachter-, und Reparturkosten. *Mangelfolgeschäden* sind demgegenüber die an anderen Rechtsgütern des Käufers, wie etwa seine Verletzungen infolge des defekten Reifens, nicht aber an der Kaufsache selbst entstehenden Schäden.

Der Schadensersatzanspruch für Mangelfolgeschäden ergibt sich aus § 280 I. Es handelt sich hier nämlich nicht um einen Schadensersatz statt der Leistung, sondern um einen Anspruch **neben** der Leistung. Es ist das Integritätsinteresse des Käufers geschädigt, also das Interesse, dass er an der Schadlosigkeit seiner sonstigen Rechtsgüter hat. Auf den früheren Streit, inwieweit der Schadensersatzanspruch auch Mangelfolgeschäden umfasst, kommt es wegen der Neukonzeption des Mängelgewährleistungsrechts nicht mehr an. Denn als Schaden ist jede aus einer vertraglichen Pflichtverletzung resultierende Vermögensminderung anzusehen (vgl. § 280 I).

Fall 48: K kauft bei V einen Kleber für Styroporplatten, nachdem V versichert hat, dieser Kleber sei eigens für die Verlegung solcher Platten entwickelt worden. Nach einiger Zeit lösen sich die Platten bei K zuhause von den Decken. Der Klebstoff erweist sich als ungeeignet zum Befestigen von Styroporplatten. Kann K die ihm aus den Nachbesserungsarbeiten entstandenen Materialkosten von V ersetzt verlangen ?

4.2.4.5 *Aufwendungsersatz nach § 284*

Anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung kann der Käufer nach § 437 Nr. 3, 284 auch Aufwendungsersatz verlangen. Hiernach kann der Käufer den Ersatz derjenigen Aufwendungen verlangen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Sache gemacht hat und billigerweise machen durfte. Ersatzfähig sind also grundsätzlich frustrierte Aufwendungen. Daher kommt es auf die nach früherer Rechtslage vom BGH angeführte Rentabilitätsvermutung nicht mehr an. Denn nach der Definition des positiven Interesses (Käufer soll so gestellt werden, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung gestanden hätte) hätte der Käufer diese

Aufwendungen ggf. sowieso gehabt, so dass der BGH die Ersatzfähigkeit damit begründen musste, dass der Käufer diese Aufwendungen bei ordnungsgemäßer Erfüllung wieder „reingeholt“ hätte. Dies war aber schwer zu beweisen und insbesondere dann schon nicht anwendbar, wenn der Käufer die Sache nur aus ideellen Gründen erworben hat. Die neue Regelung folgt hinsichtlich des Aufwendungsersatzes insofern der Schadensbestimmung nach dem negativen Interesse. Der Käufer ist so zu stellen, wie er stünde, wenn er nie etwas von dem Vertrag gehört hätte.

4.2.5 Besonderheiten beim Gattungskauf

Das neue Schuldrecht unterscheidet im Rahmen der Mängelgewährleistung nicht mehr zwischen Stück- und Gattungsschulden, so dass sich eine gesonderte Darstellung erübrigt. Auch bei Stückschulden wird jetzt ein Nacherfüllungsanspruch gewährt. § 480 a.F. wurde somit überflüssig und konnte entfallen. Der Wegfall der Unterscheidung hat aber nicht die konzeptionelle Unterscheidung von Stück- und Gattungsschulden hinfällig gemacht. So ist bereits darauf eingegangen worden, dass die Unmöglichkeit zur Nacherfüllung bei einem Gattungskauf wesentlich schwerer zu begründen sein wird, als bei einem Stückkauf. Auch im Rahmen der Verantwortlichkeit des Schuldners (§ 276) wird man bei einer Gattungsschuld eine Haftungsverschärfung annehmen dürfen, denn der Verkäufer trägt hier ein Beschaffungsrisiko.

Fall 49: K bestellt bei V einen Fön der Marke X. Der Fön ist mangelhaft. Welche Rechte hat K?

4.2.6 Verjährung

Verjährungsvorschriften dienen dem Rechtsfrieden. Je kürzer die Frist, desto eher kann sich der andere Teil in der Sicherheit wiegen, von seinem Vertragspartner nicht mehr mit Erfolg, etwa wegen eines Sachmangels, in Anspruch genommen werden zu können.⁵⁹ Es ist aber ein gerechter Ausgleich zwischen dem Interesse des Verkäufers an der schnellen Abwicklung eines Kaufvertrages und demjenigen des Käufers an der Geltendmachung von Mängelgewährleistungsrechten zu finden.

⁵⁹ Zu beachten ist aber: Im Prozess muss sich der Betreffende auf die Einrede der Verjährung berufen, das Gericht prüft sie nicht von Amts wegen (Merksatz: „Über Einreden muss man reden.“)

Nach § 477 a.F. verjährten die Gewährleistungsansprüche gemäß § 438 bei beweglichen Sachen in sechs Monaten ab Ablieferung bzw. bei Grundstücken in einem Jahr ab Übergabe, soweit keine Arglist des Verkäufers vorlag. Diese Fristen haben sich in der Rechtspraxis als zu kurz herausgestellt und wurden im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung verändert und verbraucherfreundlicher ausgestaltet. Die neuen Verjährungsfristen ergeben sich für Sachmängel beim Kauf aus § 438. Zu beachten ist eine Besonderheit für den Rücktritt und die Minderung: Sie sind Gestaltungsrechte. Sie können eigentlich nicht verjähren. Nichtsdestoweniger werden sie von der Regelung des § 438 umfasst. § 438 IV und V bestimmen, dass auf sie § 218 anzuwenden ist. Danach sind Rücktritt und Minderung unwirksam, wenn im Falle der nicht vertragsgemäß erbrachten Leistung der Nacherfüllungsanspruch verjährt ist und sich der Verkäufer (der Schuldner) hierauf beruft.

4.2.6.1 Frist

Die allgemeine Frist zur Verjährung der Ansprüche aus § 437 Nr. 1 bis 3 beträgt 2 Jahre (§ 438 I Nr. 3). Ansprüche wegen dinglicher Rechte eines Dritten, aufgrund derer dieser die Herausgabe der Kaufsache verlangen kann, und Ansprüche wegen Mängeln von Rechten, die im Grundbuch eingetragen sind, verjähren in 30 Jahren. In fünf Jahren verjähren Sachmängelgewährleistungsansprüche an einem Bauwerk und solche bezüglichlichen Sachen, die üblicherweise für ein Bauwerk verwendet worden sind und dessen Mangelhaftigkeit verursacht haben. Hat der Verkäufer einen Mangel arglistig verschwiegen, gilt die regelmäßige Verjährungsfrist. Diese beträgt nunmehr 3 Jahre (§ 195 BGB).

Die Verjährungsfrist beginnt bei Grundstücken mit der Übergabe, im übrigen mit der Ablieferung der Sache. Im übrigen gelten für die kaufrechtliche Verjährung die allgemeinen Vorschriften, insbesondere über die Hemmung und den Neubeginn, § 203 ff.

4.2.6.1.1 Der Grundsatz der 2jährigen Verjährung

Mit der Festschreibung einer regelmäßigen 2jährigen Verjährungsfrist für Mängelgewährleistungsansprüche hat der Gesetzgeber eine grundlegende Abänderung zu § 477 a.F. geschaffen. Diese Frist wurde als zu kurz angesehen, wenn sich Sachmängel häufig erst nach dem Ablauf von 6 Monaten zeigen.⁶⁰ Interessant ist, dass auch der Nacherfüllungsanspruch in 2 Jahren verjährt,

⁶⁰ vgl. Begründung RegE BT-Drs. 14/6040 S. 228

obwohl es sich hierbei um den eigentlichen Erfüllungsanspruch handelt, für den eigentlich die regelmäßige 3jährige Verjährungsfrist des § 195 gelten müsste. Die 2-Jahres-Frist ist aber aus der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie übernommen worden. Im übrigen trägt dieser Zeitraum dem Gedanken des Rechtsfriedens und der raschen Abwicklung von Kaufverträgen eher Rechnung.

4.2.6.1.2 Die Ausnahmen

4.2.6.1.2.1 30 Jahre

Bei den sog. Eviktionsfällen verjähren nach § 438 I Nr. 1 Ansprüche des Käufers wegen dinglicher Herausgabeansprüche Dritter gegen ihn und solche aus Buchbelastungen in 30 Jahren. Dies erscheint sachgerecht, wie das nachfolgende Beispiel zeigt.

Beispiel XXII: Verkauft der Dieb V dem ahnungslosen K eine goldene Uhr, dann kann dieser hieran keinen gutgläubigen Eigentumserwerb begründen (§ 935 I). Der Eigentümer kann die Uhr binnen 30 Jahren von K zurückfordern (§ 197 I Nr. 1). Es wäre hier unbillig, dann keine Mängelgewährleistungsansprüche gegen den V mehr zuzulassen.

4.2.6.1.2.2 5 Jahre

Die Regelung des § 438 Nr. 2 dient der Angleichung der Verjährungsvorschriften von Mängeln im Kauf- und Werkvertragsrecht. Die 5jährige Verjährungsfrist findet sich auch in § 634a I Nr. 2. Die Verlängerung der Verjährungsfrist auf 5 Jahre lässt sich daraus erklären, dass sich bei Bauwerken Mängel regelmäßig erst spät zeigen. Bei Sachen gilt die 5jährige Verjährung aber nur dann, wenn ihre Mangelhaftigkeit ursächlich für den Mangel des Bauwerks war.

4.2.6.1.2.3 3 Jahre

Die regelmäßige 3jährige Verjährungsfrist gilt in den Fällen, in denen der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Dabei stellt Satz 2 klar, dass die Verjährungsfrist des Abs. 1 Nr. 2 niemals unterschritten werden darf

4.2.6.1.2.4 Die vertragliche Verlängerung der Verjährungsfrist

Die Verjährungsvorschriften sind grundsätzlich dispositives Recht. Es bestehen aber Grenzen: So schreibt § 202 vor, dass die 30jährige Verjährungsfrist nicht durch vertragliche Vereinbarung verlängert werden und die Verjährung der Vorsatzhaftung nicht im Voraus erleichtert werden darf. Nach § 444 dürfen die

Rechte des Käufers bei einem Mangel auch nicht beschränkt werden, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Beschaffenheitsgarantie übernommen hat. Im übrigen gelten die allgemeinen, die Vertragsfreiheit begrenzenden Vorschriften, so z.B. § 138.

4.2.6.2 Erhaltung der Mängelreede, § 438 IV, V

Gemäß § 438 IV, V kann der Käufer trotz der Unwirksamkeit des Rücktrittsrechts respektive der Minderung die Zahlung des Kaufpreises in dem Maße verweigern, als er dazu bei einem wirksamen Rücktritt/ einer wirksamen Minderung berechtigt sein würde. Allerdings wird der Käufer auch für den Fall des verjährten Anspruchs auf Nacherfüllung bei der endgültigen Verweigerung der Zahlung dem Verkäufer zuvor eine Nacherfüllungsfrist setzen müssen. Denn Minderung und Rücktritt bedürfen (von den besprochenen Ausnahmen abgesehen) des fruchtlosen Ablaufs einer gesetzten Nachfrist. Die vollständige Verweigerung des Kaufpreises dürfte im Falle der Berufung auf einen Rücktritt auch nur dann möglich sein, wenn dem Verkäufer eine erhebliche Pflichtverletzung zur Last fällt (vgl. § 323 V 2).

4.2.6.3 Erhaltung des Aufrechnungsrechts

Eine Aufrechnung mit einer verjährten Forderung ist gemäß § 215 allgemein möglich. Die Regelung des § 479, der es auch nach Ablauf der Verjährungsfrist möglich machte, mit einem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung aufzurechnen, wenn der Käufer dem Verkäufer den Mangel angezeigt oder wenigstens die Mängelanzeige abgesandt hat, ist somit überflüssig geworden und entfallen.

4.2.7 Konkurrenzen

Die §§ 434 ff. ergeben zusammen mit den allgemeinen Vorschriften des Leistungsstörungsrechts ein umfassendes Regelwerk für die Haftung des Verkäufers für Sachmängel. Problematisch ist, inwieweit beim Vorliegen eines Mangels neben der Sachmängelhaftung die allgemeinen Vorschriften gelten. Dazu sind viele Einzelfragen streitig, weshalb im Rahmen dieses Skripts nur ein Überblick geboten wird. Einigkeit besteht einzig über den Grundsatz, wonach die speziellen Regelungen der Sachmängelgewährleistung nicht durch die Konkurrenz mit allgemeinen Vorschriften umgangen werden dürfen.

4.2.7.1 Die Anfechtung

Ein Konkurrenzproblem mit den Anfechtungsregeln der §§ 119 ff⁶¹ kann überhaupt nur bestehen, wenn sich der Irrtum auf eine Eigenschaft der Kaufsache beziehen, wegen der dem Käufer Gewährleistungsrechte zustehen können. Hier stellen z.B. die vergleichsweise langen Fristen gem. §§ 121, 124 einen Vorteil für den Käufer dar.

Eine Anfechtung nach §§ 119 I wegen Inhalts- oder Erklärungsirrtum ist nicht ausgeschlossen, da der Irrtum über die Erklärungsbedeutung bzw. -handlung nichts mit der Mangelhaftigkeit der Kaufsache zu tun hat. Ebenso ist dem Käufer stets möglich, den Vertrag wegen arglistiger Täuschung gem. § 123 anzufechten, auch wenn sich die Täuschung auf einen Sachmangel bezieht. Es besteht kein Grund, den Verkäufer, der vorsätzlich falsche Angaben macht, zu begünstigen.

Fall 50: K hat den Kaufvertrag über einen Pkw mit V wegen dessen arglistiger Täuschung angefochten. V hatte außerdem wider besseren Wissens zugesichert, dass der Wagen unfallfrei sei, was sich nachträglich als falsch herausgestellt hat. Kann K zusätzlich einen Schadensersatzanspruch aus § 437 Nr. 3, § 311a II geltend machen ?

Allein das Verhältnis der §§ 434 ff zum Eigenschaftsirrtum nach § 119 II ist problematisch. Nach Gefahrübergang ist das Anfechtungsrecht für den Käufer nach § 119 II regelmäßig ausgeschlossen. Denn die §§ 434 ff regeln gerade den Fall, dass die Kaufsache verkehrswesentliche Mängel aufweist und knüpfen daran Rechtsfolgen, die als Sondervorschrift der allgemeinen Vorschrift des § 119 II vorgehen. Auch würde das Nacherfüllungsrecht des Käufers gemäß § 439 unterlaufen und durch das Gewährleistungsrecht mit seiner regelmäßig kürzeren Verjährung gem. § 438 I Nr. 3 die bezweckte schnellere und endgültige Abwicklung umgangen. Dem Verkäufer, der sich über einen Sachmangel geirrt hat, steht das Anfechtungsrecht nach § 119 II dann nicht zu, wenn er sich durch die Anfechtung der Gewährleistungspflicht entziehen würde.

Beispiel XXIII: Ist ein als Imitation verkaufter Ring echt, kann V nach § 119 II anfechten; ist hingegen der als echt verkaufte Ring eine Imitation, kann V nicht nach § 119 II anfechten, da er sich sonst der Gewährleistungshaftung entziehen würde.

⁶¹ Vgl. Einf BR, Abschnitt 6.3.2 und Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Schuldrecht, § 437 Rn. 26.

Auch vor Gefahrübergang kommt ein Anfechtungsrecht des Käufers nicht in Betracht, denn er hat erst mit Gefahrübergang ein Recht auf Mangelfreiheit.⁶² Für den Fall, dass bereits vor Gefahrübergang ein Sachmangel sichtbar wird, der auch nicht behoben werden kann, etwa weil der Verkäufer dies ernsthaft und endgültig verweigert, enthält das Mängelgewährleistungsrecht Regelungen. Der Käufer kann sofort nach § 323 I, II Nr. 1 zurücktreten oder gemäß §§ 280 I, III, 281 I, II Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Es wird daher die Ansicht vertreten, dass eine Anfechtung nach § 119 II auch vor Gefahrübergang durch die Gewährleistungsvorschriften ausgeschlossen wird. Die h.M. gestand nach der alten Rechtslage dem Käufer dagegen auch in diesen Fällen ein Anfechtungsrecht zu, da die Befugnis, die Rechte aus §§ 459 ff a.F. ausnahmsweise schon vor Gefahrübergang geltend zu machen, im Interesse und zugunsten des Käufers erfolgt, so dass ihm daraus keine Nachteile erwachsen und ihm insbesondere nicht das Anfechtungsrecht beschnitten werden dürfe. Diese Ansicht wird man auch heute noch so vertreten können. Sinnvoll erscheint auch eine Abgrenzung dahingehend, dass man nach der grundsätzlichen Möglichkeit des Auslösens der Mängelhaftung fragt, wobei auf die konkrete mangelhafte Eigenschaft der Kaufsache abzustellen ist.⁶³ Kommen Mängelgewährleistungsansprüche erst gar nicht in Betracht oder erscheinen sinnlos, dann spricht nichts für einen Vorrang des Gewährleistungsrechts. Diese Sichtweise gilt unabhängig vom Zeitpunkt des Gefahrübergangs.

Fall 51: K hat bei V eine Harley-Davidson zum Preis von 24.000 DM gekauft. Als er nach einem Jahr bei einer TÜV-Untersuchung erfährt, dass das Motorrad nicht mit einem original Harley-Davidson-Rahmen ausgestattet ist, ficht er den Kaufvertrag wegen Eigenschaftsirrtum an. Als Begründung führt er an, er sei beim Kauf davon ausgegangen, eine Original-Harley-Davidson-Maschine zu erwerben. Statt des ursprünglichen Rahmens sei ein Ersatzrahmen eingebaut worden, in der die Original-Nummer des Fahrzeugs nachgeschlagen worden sei. K möchte den Kaufpreis zurück.

4.2.7.2 Die Unmöglichkeit

Durch die einheitliche Verweisung des Sachmängelgewährleistungsrechts auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht sind Konkurrenzprobleme weitestgehend entfallen. Auch ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nunmehr wirksam, vgl. § 311a. Wird der Verkäufer gem. § 275 I

⁶² Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring ebenda.

⁶³ Vgl. Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 14, Rn. 5 f.

von seiner Pflicht zur mangelfreien Lieferung frei, stehen dem Käufer die Sachmängelgewährleistungsrechte des § 437 Nr. 2-3 zur Verfügung, ohne dass es einer Fristsetzung bedarf. Bei einer anfänglichen Unmöglichkeit ergeben sich die Rechte aus § 311a II.

4.2.7.3 Die positive Forderungsverletzung (pVV)

Durch die Aufnahme der pVV in das System der gesetzlich geregelten Leistungsstörungen entfallen auch hier Konkurrenzprobleme weitgehend. Ersatz für (Mangelfolge-) Schäden, die aufgrund der mangelhaften Kaufsache selbst entstanden sind, wird nunmehr unproblematisch über §§ 437 Nr. 3, 280 gewährt. Problematisch ist allerdings die Haftung für mangelbezogene Nebenpflichtverletzungen. *Huber/Faust* bringen zwei Beispiele:⁶⁴ (1) Der Verkäufer unterlässt es schuldhaft, den Käufer auf einen nach Vertragsschluss ohne Verschulden des Verkäufers unbehebbarer Sachmangel hinzuweisen. (2) Der Verkäufer hat durch schuldhaft schlecht ausgeführte Verpackung einen unbehebbarer Mangel verursacht. Hier erscheint es sachgerecht, § 280 im Wege der Anspruchskonkurrenz neben den Gewährleistungsrechten zuzulassen, allerdings die Norm den kaufrechtlichen Besonderheiten, insbesondere der Verjährung nach § 438 zu unterwerfen.⁶⁵ Dieses Problem ist jedoch noch nicht abschließend erörtert. Eine weitere Problematisierung würde auch den Rahmen dieses Skriptes sprengen.

Fall 52: K ist Transportunternehmer. Zu seinem Fuhrpark gehören Lkw's des Typs „S“, für die der Hersteller die Verwendung von Kühlfrostschutzmitteln in einer bestimmten Zusammensetzung vorschreibt. Am 24.1996 bestellt K beim Kfz-Händler V 200 l Frostschutzmittel. Eingesetzt wird das Mittel von K im Oktober des Jahres, im Mai 1997 stellt K fest, dass drei seiner Lkws Motorschäden aufweisen, die laut Gutachten auf das Frostschutzmittel zurückzuführen sind. V weigert sich, für den Schaden iH von 30.000 DM aufzukommen, K erhebt daraufhin am 2.8.1997 Klage. Wie ist die Rechtslage ?

4.2.7.4 Die culpa in contrahendo (cic)

Die cic ist nunmehr in § 311 II gesetzlich niedergelegt. Einigkeit besteht darüber, dass ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, 241 II, 311 II neben den §§ 434 ff anwendbar ist, soweit vorvertragliche Pflichten verletzt werden, die sich nicht auf die mangelhafte Beschaffenheit der Kaufsache richten.

⁶⁴ Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 14 Rn. 17.

⁶⁵ Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Kap. 14 Rn.20.

Beispiel XXIV: Falsche Information über Gebrauch und Wartung eines Kaufgegenstandes⁶⁶.

Die §§ 434 ff. sind hingegen abschließend, wenn sich die vorvertragliche Pflichtverletzung auf eine Eigenschaft der Kaufsache bezieht, die grundsätzlich geeignet ist, die Sach- oder Rechtsmängelhaftung auszulösen. Hat der Verkäufer unrichtige oder unvollständige Angaben über die Beschaffenheit der Kaufsache gemacht, ist dies abschließend nach den §§ 434 ff. zu beurteilen.

4.2.7.5 *Der Wegfall der Geschäftsgrundlage (WGG)*

Die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313)⁶⁷ werden durch die Sonderregelung über die Sachmängelgewährleistung verdrängt. Der Vorrang der §§ 434 ff gilt nur insoweit, als es um einen Mangel zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs (§ 434 I 1) geht.

4.2.7.6 *Die unerlaubte Handlung*

Ansprüche des Käufers aus unerlaubter Handlung können neben den Sachmängelansprüchen bestehen. Die vertragliche Haftung zum Schutz des Äquivalenzinteresses steht unabhängig von der deliktischen Haftung aus §§ 823 ff zum Schutz des Integritätsinteresses. Streitig ist in diesem Zusammenhang vor allem, ob ein deliktischer Anspruch wegen Eigentumsverletzung besteht, wenn infolge eines Mangels durch sogenanntes Weiterfressen unversehrte Sachteile der Kaufsache beschädigt werden (*sog. weiterfressender Mangel*)⁶⁸.

Beispiel XXV: Wird ein gebrauchter Sportwagen mit vorschriftswidriger Bereifung verkauft und der Wagen später durch das Platzen des Reifens zerstört, ist die Haftung aus §§ 823 ff von Bedeutung, da möglicherweise die Mängelansprüche schon verjährt sind (Zweijährige Frist nach § 438 I Nr. 3, im Unterschied zur dreijährigen Frist des § 195, der jetzt auch für die deliktischen Schadensersatzansprüche gilt.)⁶⁹.

4.3 *Rechtsmängelhaftung beim Kauf*

4.3.1 *Literaturtipps*

- Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht;
- Bitter/Meidt, Nacherfüllungsrecht und Nacherfüllungspflicht der Verkäufers im neuen Schuldrecht, ZIP 2001, 2114 ff;

⁶⁶ BGH WM 1985, 463.

⁶⁷ Vgl dazu Abschnitt 2.11.

⁶⁸ Genaueres dazu unter Abschnitt 6 im 2. Teil dieses Skriptes.

⁶⁹ BGH NJW 1978, 2241.

- Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform

4.3.2 Systematik der Rechtsmängelhaftung

Wie bereits nach bisherigen Recht unterliegt auch die Rechtsmängelhaftung den Regelungen des allgemeinen Schuldrechts. Der entscheidende Unterschied zum Bereich der Sachmängelhaftung bestand nach bisherigen Recht darin, dass der Verkäufer nicht zu sachmängelfreier, wohl aber zu rechtsmängelfreier Lieferung verpflichtet war (§ 434 BGB a.F.) und der Käufer demzufolge einen Erfüllungsanspruch hatte.

Nach der Neuregelung wird die Haftung für Sach- und Rechtsmängel weitestgehend einheitlich behandelt. Dies ergibt sich daraus, dass auch die Sachmängelhaftung dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht unterliegt und die kaufrechtlichen Sondervorschriften über die Ansprüche des Käufers bei Mängeln (§§ 437 ff) nicht zwischen Sach- und Rechtsmängeln unterscheiden.

Sachlich neu ist allerdings, dass das anfängliche Unvermögen des Verkäufers (Verkauf einer fremden Sache) nunmehr keine gesetzliche Garantiehafung, sondern lediglich eine Haftung für (vermutetes) Vertretenmüssen nach § 311 a II nach sich zieht. Weiterhin neu ist auch, die Möglichkeit einer Minderung im Fall eines Rechtsmangels.

4.3.3 Begriff des Rechtsmangels

Die Kaufsache ist gemäß § 435 frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug auf die sie keine oder nur die im Kaufvertrag übernommenen Rechte gegen den Käufer geltend machen können.

Ein Rechtsmangel liegt auch vor, wenn im Grundbuch ein Recht eingetragen ist, das nicht besteht (§ 435 S. 2 BGB). In diesen Fällen des § 435 S. 2 besteht zwar kein Recht eines Dritten, das den Käufer beeinträchtigen könnte, aber aufgrund der Eintragung eines nicht bestehenden Rechts im Grundbuch besteht die Gefahr eines gutgläubigen Erwerbs mit der Folge, dass das eingetragene Recht tatsächlich besteht.

Rechtsmängel könne auch öffentlich-rechtliche Rechtspositionen sein, z.B. Erschließungsbeiträge oder sonstige Anliegerbeiträge für Maßnahmen, die bis zum Tage des Vertragsschlusses bautechnisch begonnen wurden (§ 436 I).

Für das Vorliegen eines Rechtsmangels ist es unerheblich, ob ein Dritter das ihm zustehende Recht tatsächlich gegen den Käufer geltend macht. Ebenso ist

es unerheblich, ob der Käufer durch das Recht des Dritten in der von ihm beabsichtigten Nutzung der Kaufsache tatsächlich beeinträchtigt wird.

Nach dem Dargestellten ist der Verkäufer somit verpflichtet, dem Käufer die Sache lastenfrei zu verschaffen. Dies entspricht, wie schon oben dargestellt, der alten Rechtslage und die Differenzierung zwischen Sach- und Rechtsmängeln wird an Bedeutung verlieren, da nach jetziger Rechtslage die Rechtsfolgen die gleichen sind. § 437 beschreibt nämlich die Rechte des Käufers bei einem „Mangel“. Steht also fest, dass ein Mangel jedenfalls einen Sach- oder Rechtsmangel darstellt, kann in der Rechtspraxis eine filigrane Abgrenzung im Einzelfall dahingestellt bleiben. Allerdings führen Rechtsmängel nach wie vor unabhängig davon zu Gewährleistungsansprüchen, ob sie die Verwendung des Kaufgegenstandes zum gewünschten Zweck beeinträchtigen oder nicht.

Hieraus ergeben sich die häufigsten Fälle des Rechtsmangels.

4.3.3.1 *Rechtsmangel beim Sachkauf*

Der Verkäufer ist durch seinen Kaufvertrag gem. § 433 I 1 verpflichtet, dem Käufer Eigentum an der Sache zu verschaffen.

(1) Der Verkäufer verschafft *kein* Eigentum.

Fall 53: V verkauft und übereignet dem K eine dem Eigentümer E gestohlene Halskette. Hat er mangelfrei erfüllt ?

(2) Der Verkäufer verschafft Eigentum, das mit einem *dinglichen Recht eines Dritten belastet* ist, also kein lastenfreies Eigentum.

Beispiel XXVI: V verkauft dem K einen Lkw, der mit einem Pfandrecht des B belastet ist. Auch hier kann selbst bei Gutgläubigkeit des K hinsichtlich des Nichtbestehens der Belastung wegen § 936 II keinlastenfreies Eigentum erworben werden.

(3) Der Verkäufer verschafft dem Käufer Eigentum, das mit einem obligatorischen Recht (Miete, Pacht) eines Dritten belastet ist.

4.3.3.2 *Rechtsmangel beim Rechtskauf, § 453*

Da gemäß § 453 die Vorschriften über den Kauf von Sachen auch auf den Kauf von Rechten und sonstigen Gegenständen Anwendung finden, kann bzgl. des Rechtsmangels zu den obigen Ausführungen verwiesen werden.

Nach § 453 ist der Verkäufer bei einem Verkauf über ein Recht, das zum Besitz einer Sache berechtigt, verpflichtet, dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu übergeben. Insofern kann ebenfalls auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

Beispiel XXVII: V verkauft dem K eine nicht bestehende oder mit einem Gegenrecht (z.B. Anfechtung) belastete Darlehensforderung

Fall 54: V verkauft dem K ein Grundstück mit Haus. Dieses ist, was K nicht wusste, an den M vermietet. Welche Rechte hat K ?

Beispiel XXVIII: Kaufvertrag über Leichenteile aus der Anatomie oder über Cäsium 137 innerhalb der EU, woran kein Eigentum erworben werden kann.

4.3.4 Ausschluss der Rechtsmängelhaftung

Da die Rechts- und Sachmängelhaftung nunmehr in den Rechtsfolgen keine Unterschiede aufweisen, kann bzgl. eines Ausschlusses der Rechtsmängelhaftung wiederum auf die obigen Ausführungen, insbesondere auf § 442, verwiesen werden.

4.3.5 Verjährung

Auch die Ansprüche des Käufers wegen Rechtsmängeln unterliegen der Verjährungsregelung des § 438. Für den Fall des Rechtsmangels, das einem Dritten ein dingliches Recht zusteht, welches diesem einen Herausgabeanspruch zugesteht, ist in § 438 I Nr. 1a) eine 30-jährige Frist vorgesehen. Damit wird die Gewährleistungsfrist mit der Verjährungsfrist dinglicher Ansprüche in § 197 I Nr. 1 „synchronisiert“ und vermieden, dass Rechtsmängelansprüche etwa des Käufers einer gestohlenen Sache, der wegen § 935 I auch gutgläubig kein Eigentum erwerben konnte und vom wahren Eigentümer nach § 985 auf Herausgabe in Anspruch genommen werden kann, zu diesem Zeitpunkt bereits verjährt sind.

4.4 Sonderregelungen zum Verbrauchsgüterkauf

4.4.1 Einleitung

Die Sonderregelungen über den Verbrauchsgüterkauf befinden sich in den §§ 474 ff in einem neu eingefügten, eigenständigen Untertitel im Rahmen der kaufrechtlichen Vorschriften. Sie sind Teil der Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zu bestimmten

Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter vom 25. Mai 1999. Zweck der Regelung ist der Verbraucherschutz. Die Regelungstechnik ist von folgenden Grundsätzen geprägt:

- aufbauend auf den allgemeinen Kaufrechtsvorschriften erfährt das Recht des Verbrauchsgüterkaufs eine ergänzende (nicht verdrängende) Normierung
- die gesetzlichen Kaufrechtsvorschriften (einschließlich denen betreffend den Verbrauchsgüterkauf) werden weitestgehend zugunsten des Verbrauchers für zwingend erklärt. Somit soll ein unabdingbarer Mindestschutz gewährleistet werden.

4.4.2 Begriff des Verbrauchsgüterkaufs, § 474 I

Gemäß § 474 I liegt ein Verbrauchsgüterkauf vor, wenn ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache kauft. Vom Begriff des Verbrauchsgüterkauf werden demnach nicht umfasst:

- Kaufverträge über unbewegliche Sachen
- Kaufverträge zwischen Unternehmen
- Kaufverträge zwischen Verbrauchern
- Kaufverträge zwischen Verbraucher als Verkäufer und Unternehmer als Käufer.

4.4.3 Persönlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich der § 474 ff wird bestimmt durch die Begriffe Verbraucher und Unternehmer. Somit kann diesbezüglich auf die in den §§ 13, 14 enthaltenen Definitionen Bezug genommen werden.

4.4.4 Sachlicher Anwendungsbereich

Gemäß Art. 1 II b der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sind folgende Bereiche vom Begriff des Verbrauchsgüterkaufs ausgenommen:

- Grundstücke
- Sachen, die aufgrund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden
- Wasser und Gas, sofern nicht in bestimmter Menge oder in begrenztem Volumen abgefüllt, sowie Strom.

4.4.5 Sondervorschriften für den Verbrauchsgüterkauf

Die §§ 474 enthalten folgende Sondervorschriften für den Verbrauchsgüterkauf:

4.4.5.1 Die Regelung des § 475

§ 475 schließt die Möglichkeit abweichender vertraglicher Vereinbarungen weitgehend aus, insbesondere im Bereich des Gewährleistungsrechts.

Die gesetzlichen Verjährungsfristen betragen bei neuen Sachen zwei Jahre und bei gebrauchten Sachen ein Jahr. Diese Fristen dürfen durch Vertrag nicht verkürzt oder ganz abbedungen werden (§ 475 II).

Weiterhin ist die Begrenzung oder gar der vollständige Ausschluss der Mängelhaftung im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs ganz generell nicht mehr möglich.

4.4.5.2 Abweichende Gefahrtragungsregel, § 474 II

Grundsätzlich geht die Gefahr auf den Käufer bei einem Versandungskauf mit Auslieferung an die Frachtperson über, § 447. Gemäß § 474 II findet diese Vorschrift aber auf den Verbrauchsgüterkauf keine Anwendung. Es bleibt daher im Bereich des Verbrauchsgüterkauf auch im Falle des Versandungskauf bei dem Grundsatz des § 446, wonach die Gefahr erst mit der Übergabe bzw. dem Annahmeverzug auf den Käufer übergeht. Als Konsequenz entfällt für den Bereich des Verbrauchsgüterkaufs der bisher im Wege der sog. Drittschadensliquidation gelöste Problemfall, dass die versendete Sache während des Transportes zum Käufer beschädigt wird oder untergeht und derjenige, der Inhaber von Ansprüchen gegen den Schädiger wegen dieser Beschädigung ist (Verkäufer) und derjenige, der den Schaden erleidet, weil er die Gefahr trägt (Käufer), auseinanderfallen. Letztendlich heißt dies, dass der Käufer die Sache nicht bezahlen muss, wenn sie auf dem Weg zu ihm zerstört wird.

4.4.5.3 Beweislastumkehr, § 476

§ 476 sieht mittels widerleglicher Vermutung eine Beweislastumkehr zugunsten des Verbrauchers für die Mängelbehauptung bereits zum Gefahrenübergang vor, wenn sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrenübergang ein Sachmangel zeigt. Dies gilt nicht, wenn diese Vermutung mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist (z.B. Kaufverträge über gebrauchte Sachen).

4.4.5.4 Sonderbestimmungen für Garantieerklärungen, § 477

§ 477 regelt ergänzend zu § 443 die formellen und inhaltlichen Anforderungen an eine im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs von einem Hersteller, dem

Verkäufer oder einem Dritten (Garantiegeber) abgegebenen Garantie. § 477 stellt an eine im Rahmen des Verbrauchsgüterkaufs abgegebene Garantieerklärung folgende (zusätzliche) Anforderungen:

- die Garantieerklärung muss einfach und verständlich abgefasst sein, § 477 I
- den Hinweis auf die gesetzlichen Rechte des Verbrauchers sowie darauf, dass sie durch die Garantie nicht eingeschränkt werden, also neben und zusätzlich zu den Rechten aus der Garantie bestehen und
- den Inhalt der Garantie und alle wesentlichen Angaben, die für die Geltendmachung der Garantie erforderlich sind, insbesondere die Dauer und den räumlichen Geltungsbereich des Garantieschutzes sowie Namen und Anschrift des Garantiegebers.

Die Wirksamkeit der Garantieverpflichtung ist durch eine Nichteinhaltung der in § 477 I und II genannten Anforderungen gemäß § 477 III gerade nicht abhängig. Verstöße gegen die statuierten Verpflichtungen durch den Unternehmer sollen nicht zu Lasten des Verbrauchers gehen.

4.4.5.5 Rückgriff des Unternehmers gegen seinen Lieferanten, §§ 478 ff

Die §§ 478 I, II regeln den Rückgriff des Unternehmers gegen seinen Lieferanten für den Fall, dass er von dem Verbraucher erfolgreich im Wege der Gewährleistung in Anspruch genommen worden ist. Ziel der Regelung ist im Wesentlichen der Schutz der Einzelhändler.

Dabei soll nicht nur der Letztverkäufer bei seinem Lieferanten Regress nehmen können, sondern es soll der Rückgriff innerhalb der gesamten Distributionskette möglich sein. Der Rückgriff soll dabei aber immer nur innerhalb der jeweiligen Vertragsbeziehungen vorgenommen werden.

Zu beachten ist, dass die § 478 ff nur Kaufverträge über neu hergestellte Sachen erfassen.

Weiterhin sind in diesem Zusammenhang die Vorschriften des § 478 I 1 (Entbehrlichkeit der Fristsetzung), des § 478 III (Beweislastumkehr), des § 478 II (eigene Anspruchsgrundlage auf Ersatz der Aufwendungen), § 478 VI (Verhältnis zu § 377 HGB), § 478 IV S. 3 (Abdingbarkeit der Regelungen), des § 479 (Verjährung der Rückgriffsansprüche) zu berücksichtigen.

4.5 Parallelen, Unterschiede und Besonderheiten beim Werk- und Mietvertrag

4.5.1 Einleitung

Im diesem letzten Abschnitt zu den Gewährleistungsrechten geht es allein darum, die wichtigsten Unterschiede zwischen dem System der kaufrechtlichen Mängelhaftung einerseits und im Werk- und Mietvertragsrecht andererseits herauszuarbeiten. Auf eine allgemeine Darstellung dieser beiden Vertragstypen wurde verzichtet, es wird vielmehr auf das Grundwissen aus den Abschnitten 7.5.2 und 7.5.4 des Skripts „Einführung in das Bürgerliche Recht“ vom letzten Semester aufgebaut.

4.5.2 Die Gewährleistung beim Werkvertrag

Die Mängelgewährleistungsrechte von Werk- und Kaufvertragsrecht sind durch die Schuldrechtsmodernisierung weitgehend angeglichen worden. Anders als das Kaufvertragsrecht hat das Werkvertragsrecht aber keine umfassende Neuregelung erfahren.

Wie beim Werkvertrag gem. § 633 I ist die mangelfreie Lieferung der Kaufsache nach § 433 I 2 nunmehr Teil der Hauptleistungspflicht. Schlechterfüllung ist deshalb in beiden Fällen Nichterfüllung. Dem Besteller stehen in erster Linie Ansprüche auf Vertragserfüllung zu. Die eigentlichen Gewährleistungsansprüche können grundsätzlich erst geltend gemacht werden, wenn dem Unternehmer Gelegenheit zur ordnungsgemäßen Erfüllung gegeben wurde.

Hinsichtlich der Definition des Mangelbegriffs ist § 634 II an § 434 angepasst worden. Das Werk ist frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Beschaffenheit hat oder sich für die gewöhnliche Verwendung eignet. Es besteht daher eine weitgehende Parallele zum neuen Kaufrecht.

4.5.2.1 Erfüllungsansprüche bei mangelhaftem Werk

Vor *Abnahme* des mangelbehafteten Werkes (§ 640) kann der Besteller uneingeschränkt Erfüllung, dh Herstellung eines einwandfreien Werkes verlangen (§§ 631, 633 I). Unter Abnahme gem. § 640 versteht man die körperliche Entgegennahme der Leistung des Unternehmers durch den Besteller, verbunden mit der Erklärung des Bestellers, dass er die Leistung als Erfüllung anerkenne. Ist das Werk mangelhaft, gelten die Vorschriften der §§ 634, 635 ff., der ganz ähnlich wie §§ 437, 439 ff. aufgebaut sind. Der Besteller

hat zunächst einen Anspruch auf Nacherfüllung gemäß § 635, kann nach erfolgloser Nachfristsetzung im Rahmen der Selbstvornahme (§ 637) vorgehen, zurücktreten oder Schadensersatz verlangen.

Auch der Nacherfüllungsanspruch ist der Verjährung nach § 634a unterworfen. Er verjährt daher abweichend von § 195 grundsätzlich in zwei Jahren bei Herstellung, Wartung, Veränderung einer Sache oder der Erbringung von Planungs- und Überwachungsleistungen (Nr. 1), in fünf Jahren bei einem Bauwerk und einem Werk, dessen Erfolg in der Erbringung von Planungs- und Überwachungsleistungen für ein Bauwerk besteht (Nr. 2), sonst gemäß § 195 (Nr. 3), also nach der regelmäßigen Verjährung von drei Jahren. Die Verjährung beginnt nach § 634a II mit der Abnahme, es sei denn, es ist die regelmäßige Verjährungsvorschrift des § 195 einschlägig, dann gilt § 199.

Nach Abnahme bleiben dem Besteller die Mängelgewährleistungsrechte erhalten, wenn er sie sich vorbehalten hat (§ 640 II).

Fall 55: U hat auf dem Grundstück des B eine Klär- und Versickergrube errichtet. Als sich kurze Zeit nach Inbetriebnahme Mängel zeigen und B vergeblich um Nachbesserung nachsucht, behebt er schließlich zusammen mit seinem Sohn den Schaden selbst und verlangt von U Ersatz für die verwendeten Materialien und die aufgewendete Arbeitszeit. Zu Recht ?

4.5.2.2 Gewährleistungsansprüche bei mangelhaftem Werk

Die Gewährleistungsansprüche bei einem mangelhaften Werk ergeben sich aus dem Katalog des § 634. Danach besteht zunächst ein Nacherfüllungsanspruch nach § 634 Nr. 1, 635. Grundsätzlich ist die Regelung mit derjenigen des § 439 vergleichbar. Wesentlicher Unterschied gegenüber der Regelung des § 439 BGB ist allerdings, dass das Wahlrecht zwischen den beiden Formen der Nacherfüllung (Mängelbeseitigung und Neuerstellung des Werks) nach § 635 Abs. 1 BGB beim Unternehmer liegt. Da er das Werk hergestellt hat, hält ihn der Gesetzgeber für kompetenter, die Frage zu entscheiden, welches die sinnvolle Art der Nacherfüllung ist.

Bestehen bleibt als werkvertragliche Besonderheit das in § 637 BGB näher geregelte Recht zur Selbstvornahme, das nun aber nicht mehr vom Verzug des Unternehmers, sondern vom erfolglosen Ablauf einer Frist zur Nacherfüllung abhängen wird. Ein Vertretenmüssen des Unternehmers ist also nicht mehr Voraussetzung für die Selbstvornahme.

Hinsichtlich des Rücktritts, Schadens- bzw. Aufwendungsersatzes und der Minderung ergeben sich keine Besonderheiten, so dass an dieser Stelle auf die Darstellung beim Kaufrecht verwiesen werden kann.

4.5.2.3 Das Verhältnis von § 635 zur pVV

Das Problem der Abgrenzung der Schadensersatzansprüche des Werkunternehmers aus §§ 635, 638 BGB a.F. einerseits (unmittelbarer Mangelfolgeschaden) und aus positiver Forderungsverletzung (entfernter Mangelfolgeschaden) andererseits wird wie das kaufrechtliche Parallel-Problem durch die Beseitigung des besonderen werkvertraglichen Gewährleistungsrechts im Großen und Ganzen hinfällig. Der gesamte adäquat kausal verursachte Schaden ist aus **§ 280 Abs. 1 S. 1 BGB** zu ersetzen. Die Begründung zu § 634 RE führt hierzu aus:⁷⁰

§ 634 Nr. 3 RE regelt den Anspruch des Bestellers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Mangelhaftigkeit des Werks durch eine alle Schadensersatzansprüche umfassende Verweisung auf die allgemeinen Vorschriften. Durch die Verweisung auf § 280 RE wird klargestellt, dass der Besteller, wenn die Pflichtverletzung vom Werkunternehmer zu vertreten ist, Ersatz seines Schadens verlangen kann, gleichgültig ob der Schaden durch den Mangel entstanden ist, nicht mit dem Mangel zusammenhängt oder zwar mit dem Mangel zusammenhängt, aber dessen entferntere Folge ist. Damit wird die überaus unbefriedigende Unterscheidung zwischen Mangelschaden, Mangelfolgeschaden und sonstigen Schäden entbehrlich.

Zur Veranschaulichung dienen die folgenden Fälle:

Fall 56: U hat im Hause des B 1972 die Wasserleitung installiert. 1979 bricht ein Rohr; das ausströmende Wasser verursachte einen Sachschaden an den Möbeln und Kleidern von B in Höhe von 3.000 DM. Kann B den Schaden ersetzt verlangen, wenn feststeht, dass der Rohrbruch auf eine Fehler des U zurückzuführen ist ?

Fall 57: B lässt bei U am 11.1. einen Ölwechsel vornehmen. Der Motor erleidet am 7.2. einen Schaden, weil die Ölpumpe verstopft war. Dies beruht darauf, dass U es unterlassen hat, das vorhandene Altöl vollständig abzulassen. Am 30.7. erhebt B Klage.

4.5.3 Die Gewährleistung beim Mietvertrag

Die Gewährleistungsvorschriften der §§ 536 ff sind eine Folge der aufgrund § 535 bestehenden Leistungspflicht des Vermieters, dem Mieter den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren.

⁷⁰ BT-Drs 14/6040 S. 263.

4.5.3.1 Voraussetzungen der Mängelgewährleistung

Die Rechte des Mieters bei einem Mangel ergeben sich aus §§ 536 ff. Bei dem Mangelbegriff kann auf die gleichen Kriterien zurückgegriffen werden wie im Kaufrecht.

Wie beim neuen Kaufrecht werden Rechts- und Sachmängel gleich behandelt (§ 536 III). Schadensersatz kann der Mieter unbeschadet der in § 536 enthaltenen Rechte verlangen, wenn ein Mangel schon bei Vertragsschluss vorhanden ist, sich später aufgrund eines Umstandes, den der Vermieter zu vertreten hat, zeigt oder der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug gerät. Dies regelt § 536a.

4.5.3.2 Die Rechtsfolgen der Mängelgewährleistung

Außer dem Erfüllungsanspruch auf Beseitigung der Mängel (§§ 535) eröffnen sich dem Mieter folgende Rechte:

- (1) Befreiung vom Mietzins bzw. Minderung des Mietzinses kraft Gesetzes, ohne dass es einer hierauf gerichteten Erklärung des Mieters bedarf (§ 536 I 1).
- (2) Anspruch auf Aufwendungsersatz, wenn der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug ist und der Mieter den Mangel selbst beseitigt hat (§ 536a II).
- (3) Anstelle des Rücktritts die fristlose Kündigung des Mietvertrags nach § 543 I.
- (4) Letztlich der Schadensersatzanspruch aus § 536a.

Bei dem Anspruch auf Schadensersatz gem. § 536a ist zu beachten, dass dieser – ebenso wie im Kauf- und Werkvertragsrecht – auch sämtliche Mangelfolgeschäden umfasst. Dies erklärt sich auf dem Hintergrund der Argumentation, die auch der Rechtfertigung der verschuldensunabhängigen Haftung in § 536a für anfängliche Mängel dient: Der Mieter soll sich darauf verlassen können, dass er bei vertragsmäßigem Gebrauch der Sache keinen Schaden erleidet.

Fall 28: M mietet von V eine Neubauwohnung. Infolge eines von V nicht erkennbaren Fehlers an der Stromleitung kommt es kurz nach dem Einzug zu einem Brand, bei dem einige Möbel des M zerstört werden. M verlangt von V Ersatz seiner Schäden. Mit Recht ?

5. Gesetzliche Schuldverhältnisse

5.1 Einführung

Ein Schuldverhältnis wird entweder durch Rechtsgeschäft kraft privatautonomen Willens gem. § 311 I begründet oder weil das Gesetz das Entstehen einer entsprechenden (schuldrechtlichen) Sonderverbindung anordnet, somit kraft Gesetzes.

Der regelmäßige Entstehungsgrund für ein rechtsgeschäftliches Schuldverhältnis ist der Abschluss eines Vertrages, ausnahmsweise lässt das Gesetz auch die Begründung durch ein einseitiges Rechtsgeschäft wie etwa das der Auslobung gemäß § 657 zu (vgl. § 311 I).

Zu einer privatrechtlichen Verpflichtung zweier Personen, einer Obligation, kann es jedoch nicht nur dann kommen, wenn die Personen die Rechtsfolgen wollten, sondern - quasi als privatrechtliche Sanktion - auch dann, wenn eine Person diese Rechtsfolge gerade nicht wollte.

Beispiel XXIX: Wegen überhöhter Geschwindigkeit fährt der A mit seinem Kfz den B an. A ist dem B wegen Körperverletzung aus § 823 I zu Schadensersatz verpflichtet, obwohl er diese Rechtsfolge nicht herbeiführen wollte.

In diesem Beispielfall entsteht das Schuldverhältnis zwischen A und B durch die Verwirklichung des Tatbestandes, der die Verpflichtung des Schuldners zu einer bestimmten Leistung ausspricht (hier § 823 I). Es handelt sich um ein gesetzliches Schuldverhältnis, das den allgemeinen Regeln über Schuldverhältnisse unterliegt.

Die praktisch wichtigsten gesetzlichen Schuldverhältnisse sind im zweiten Buch des BGB geregelt. Zwischen dem Vertragsschuldrecht und dem Deliktsrecht als den beiden Extrempositionen stehen einige weitere gesetzliche Schuldverhältnisse, nämlich die Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) und die ungerechtfertigte Bereicherung (mit der - vertragsähnlichen - Leistungskondiktion und der - deliktsähnlichen Eingriffskondiktion)

5.2 Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA)

5.2.1 Einleitung

5.2.1.1 Literaturtipps

– Brox, Besonderes Schuldrecht, 22. Auflage 1997, § 32 Rdnr. 357.

- Henssler, Grundfälle zu den Anspruchsgrundlagen im Recht der GoA, JuS 1991, 924 ff.
- Martinek/Theobald, Grundfälle zum Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag, JuS 97, 612 ff, 805ff, 992 ff, JuS 98, 27 ff.

5.2.1.2 Begriff und Systematik der GoA

Das Recht der GoA lässt sich umschreiben als das Ausgleichs- und Abwicklungsrecht für all jene Fälle, in denen eine Tätigkeit vom Handelnden zumindest auch als Besorgung fremder Angelegenheiten betrachtet wird. Voraussetzung ist jedoch, dass zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn keine vertragliche oder gesetzliche Grundlage für das Tätigwerden existiert.

Indem der Geschäftsführer für einen anderen tätig wird, dessen Angelegenheit wahrnimmt, greift er in dessen Rechtskreis oder Geschäftsbereich ein. Dieses unerbetene Eingreifen wird dem Geschäftsherrn zum Teil erwünscht sein,

Beispiel XXX: A entdeckt während einer längeren Abwesenheit seines Nachbarn N, dass der Sturm in dessen Haus ein Fenster zerbrochen hat. Um zu verhindern, dass es hineinregnet, dichtet A das Fenster ab.

manchmal aber auch als Einmischung in seine eigenen Angelegenheiten eher unerwünscht sein.

Beispiel XXXI: A ärgert sich schon lange über die Auffassung seines Nachbarn N, die dieser über seinen schönen Hausgarten vertritt. Als N in den Urlaub fährt, nutzt A die Gelegenheit, um im Garten des N mal so richtig Ordnung zu schaffen.

Für die Rechtsordnung ergibt sich nun die Aufgabe, zwischen den Fällen zu unterscheiden, in denen die Geschäftsführung als helfende Tätigkeit Anerkennung verdient, und den Fällen, in denen sie dem Geschäftsherrn eher lästig als nützlich ist und dieser daher nach Möglichkeit vor ihr zu schützen ist. Aus dieser Differenzierung nach dem Interesse des Geschäftsherrn ergibt sich die für das systematische Verständnis der GoA unentbehrliche Einteilung in die berechnete und die unberechnete GoA.

Diese Einteilung tritt jedoch im Gesetz nicht ausdrücklich hervor, vielmehr ergeben sich aus der Systematik der §§ 677 ff sogar vier verschiedene Ausprägungen der Fremdg Geschäftsführung, an die sich jeweils andere Rechtsfolgen knüpfen. Das BGB trennt zunächst entsprechend der subjektiven Willensrichtung des Handelnden zwischen der echten und der unechten GoA. Nur wenn der Geschäftsführer überhaupt im fremden Interesse tätig werden

will (echte GoA), ergeben sich regelungsbedürftige Sonderprobleme. Entsprechend der Schutzwürdigkeit des Geschäftsherrn wird - wie bereits beschrieben - die berechnigte GoA von der unberechnigten abgegrenzt.

§ 687 regelt die Fälle der unechten GoA. Hier behandelt jemand ein Geschäft trotz objektiver Fremdheit als eigenes. § 687 I erwähnt dabei den Fall der irrtümlichen (auch vermeintlichen) Eigengeschäftsführung, auf die die Regeln der GoA nicht anwendbar sind. Hier erfolgt der Ausgleich allein über das Bereicherungs- bzw. das Deliktsrecht. § 687 II gibt letztlich dem Geschäftsherrn im Fall der angemäßen GoA (zum Teil auch unerlaubten bzw. unechten GoA i.e.S.) das Recht, die eventuell günstigeren Rechte der §§ 677 ff zu sichern.

5.2.2 Berechnigte Geschäftsführung ohne Auftrag

Die berechnigte GoA setzt voraus, dass jemand ein Geschäft für einen anderen besorgt, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechnigt zu sein (§ 677). Als schutzwürdig sind die Interessen des Geschäftsführers nur dann anzuerkennen, wenn die Geschäftsführung dem Interesse und dem Willen des Geschäftsherrn entspricht (§ 683 S. 1) oder sie von ihm genehmigt worden ist (§ 684 II). Bei dieser Geschäftsführung entsteht ein dem Auftragsrecht nachgebildetes gesetzliches Schuldverhältnis.

5.2.2.1 Voraussetzungen im einzelnen

5.2.2.1.1 Besorgung eines fremden Geschäfts

Der Begriff der Geschäftsbesorgung entspricht dem beim Auftrag (§ 662), so dass er im weitesten Sinn zu verstehen ist. Hierunter sind Tätigkeiten aller Art zu fassen, also Rechtsgeschäfte in gleicher Weise wie tatsächliche Handlungen.

Beispiel XXXII: Verwahrung fremder Sachen; Vertreiben von Einbrechern vom Nachbargrundstück.

Das Geschäft muss zumindest teilweise einem fremden Interessenkreis zugehören ("für einen anderen" § 677); es muss sich also um Angelegenheiten handeln, die eigentlich (auch) der Sorge eines anderen obliegen würden. Daraus ergibt sich, dass die Regeln der GoA schon von vorhinein nicht greifen, wenn ein Geschäft besorgt wurde, dass ausschließlich dem eigenen Interessenkreis des Geschäftsführers zugeordnet ist. Ein fremdes Geschäft ist einfach zu bejahen, wenn das Geschäft bereits äußerlich erkennbar zu einer

fremden Interessensphäre gehört bzw. die Rechtsordnung von vornherein eine andere Zuständigkeit begründet als die des Geschäftsführers (objektiv fremdes Geschäft).

Fall 59: Bauer B umzäunt eine Wiese, die von Bahngleisen durchschnitten wird. Er will verhindern dass seine Kühe den Bahnkörper betreten. Handelt es sich dabei um ein fremdes Geschäft (der Bundesbahn), so dass B von dieser Ersatz seiner Umzäunungskosten verlangen kann ?

Schwieriger ist es dagegen, wenn ein äußerlich neutrales Geschäft vorgenommen wurde. Neutral ist ein Geschäft, bei dem die äußeren Umstände nicht erkennen lassen, ob das Geschäft den Handelnden selbst angeht oder einen anderen. Hier wird der Fremdbezug erst durch die Absicht des Geschäftsführers hergestellt, dass er das Geschäft für einen anderen tätigen will (subjektiv fremdes Geschäft).

Beispiel XXXIII: Abschluss eines Rechtsgeschäfts im eigenen Namen.

Die Fremdheit des Geschäfts wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Geschäftsführer mit der Geschäftsführung eigene Interessen verbindet.

Beispiel XXXIV: U, der Untermieter des M löscht in dessen Räumen einen Brand, der auch sein Zimmer bedroht. In diesem Fall führt U sowohl ein fremdes als auch ein eigenes Geschäft. Um eine GoA handelt es sich allerdings nur, wenn U den Willen hatte, auch für M tätig zu werden. Dies ist eine Frage des Fremdgeschäftsführungswillens (dazu sogleich).

5.2.2.1.2 Der Fremdgeschäftsführungswille

Für einen anderen handelt der Geschäftsführer, wenn er den Willen hat, in fremde Rechtszuständigkeiten einzugreifen, er muss also wissen und wollen, dass die Vorteile des Geschäfts einem anderen zugute kommen (Fremdgeschäftsführungswille)⁷¹. Bei einem objektiv fremden Geschäft wird der Fremdgeschäftsführungswille widerlegbar vermutet, d.h. dass für die Annahme, dass ausschließlich ein Eigengeschäft geführt werden soll, besondere Umstände vorliegen müssen⁷². Bei einem subjektiv fremden Geschäft führt der Geschäftsführer ein neutrales Geschäft im Bewusstsein und mit dem äußerlich erkennbaren Willen, dass dies für einen anderen geschehen soll.

⁷¹ Schwark, Der Fremdgeschäftsführungswille bei der GoA, JuS 84, 321.

⁷² Wichtiger Fall: „Waldbrand“ BGHZ 40, 28.

Unerheblich ist dabei, ob der Geschäftsführer den Geschäftsherrn kennt. Ausreichend ist insoweit, dass er für einen anderen handeln will. Dies ergibt sich aus § 686, wonach der Irrtum über die Person des Geschäftsherrn unschädlich ist.

Beispiel XXXV: Wenn A bei einem fremden Haus ausströmendes Gas bemerkt und die Feuerwehr anruft, liegt Geschäftsführung für einen anderen vor. A braucht sich keine Vorstellungen über die Person des Eigentümers zu machen. Stellt er sich fälschlicherweise den B als Eigentümer vor, darf ihm daraus kein Nachteil entstehen.

5.2.2.1.3 Problemfall: Das auch fremde Geschäft⁷³

Die Feststellung des Fremdgeschäftsführungswillens bereitet in den Fällen Schwierigkeiten, in denen der Geschäftsführer neben den Fremdinteressen auch eigene verfolgt (sog. Auch-Gestion oder Auch-Fremdgeschäftsführung). Grundsätzlich schließt ein Handeln des Geschäftsführers im Doppelinteresse die Anwendbarkeit des § 677 nicht aus. Die Abgrenzung im einzelnen ist jedoch umstritten. Zu den umstrittenen Fallgruppen zählen jene Fälle, in denen der Geschäftsführer zur Geschäftsbesorgung aufgrund Gesetzes (allgemeine/spezielle öffentlich-rechtliche Pflicht) oder Rechtsgeschäfts (vertragliche Pflicht gegenüber einem Dritten) verpflichtet ist (sog. pflichtengebundener Geschäftsführer⁷⁴).

Fall 60: Der Tankzug des A verunglückt; das geladene Heizöl läuft aus. Die Feuerwehr der Stadt Berlin beseitigt das Öl. Die Stadt verlangt von A die für die Säuberung der Straße entstandenen Kosten ersetzt. Liegen die Voraussetzungen einer berechtigten GoA vor ?

5.2.2.1.4 Ohne Auftrag

Ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung handelt der Geschäftsführer, wenn er weder vertraglich noch gesetzlich - etwa als Organ einer juristischen Person oder Eltern gegenüber Kindern - gegenüber dem Geschäftsherrn zur Tätigkeit verpflichtet ist. Liegt ein Auftrags- oder sonstiges Berechtigungsverhältnis iS des § 677 vor, kann der Geschäftsführer entweder eine vertragliche Vergütung oder die Erstattung seiner Aufwendungen aus Vertrag oder Gesetz verlangen. Die Regeln der GoA finden in diesem Fall keine Anwendung.

⁷³ Schreiber, Das „auch fremde“ Geschäft bei der GoA, Jura 91, 155 ff; wichtig hierzu: „Radfahrerfall“ BGHZ 38, 270 ff; Frank, Die Selbstaufopferung des Kraftfahrers im Straßenverkehr, JZ 82, 737.

⁷⁴ Vgl. dazu den „Funkenflugfall“: BGHZ 40, 28 ff, Besprechung von Wollenschläger JA 79, 126 ff.

Strittig ist hier, ob auch dann auf die Vorschriften der GoA zurückgegriffen werden kann, wenn der Vertrag, der den Geschäftsführer gegenüber dem Geschäftsherrn zum Tätigwerden berechtigt und verpflichtet, nichtig ist⁷⁵.

Fall 61⁷⁶: A und B schließen einen Vertrag, der B zu bestimmten Dienstleistungen in der Firma des A verpflichtet. Der Vertrag ist nichtig, was beide nicht wissen. Als die Nichtigkeit festgestellt wird, verlangt B aufgrund des § 683 Ersatz seiner Aufwendungen, die er im Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages getätigt hat. Sind die Regeln der GoA anwendbar ?

5.2.2.1.5 Berechtigung zur Geschäftsbesorgung

Eine berechtigte GoA liegt dann vor, wenn einer der drei im Gesetz genannten Berechtigungsgründe vorliegt (§§ 683 S. 1, 683 S. 2, § 684 S. 2).

5.2.2.1.5.1 Die Voraussetzungen des § 683 S.1

Nach § 683 S. 1 liegt eine berechtigte GoA immer dann vor, wenn die Übernahme (objektiv) dem Interesse und (subjektiv) dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht. Diese Voraussetzungen müssen im Zeitpunkt der Übernahme gegeben sein⁷⁷.

Inwieweit die Geschäftsführung dem Interesse des Geschäftsherrn entspricht, beurteilt sich nach ihrer objektiven Nützlichkeit im konkreten Fall unter Berücksichtigung der persönlichen Interessenlage des Geschäftsherrn⁷⁸. Wirklicher Wille iS des § 683 S. 1 ist nur der vom Geschäftsherrn tatsächlich zum Ausdruck gebrachte Wille. Ist er nach außen erkennbar, so ist er - neben dem Interesse des Geschäftsherrn - selbst dann maßgebend, wenn er objektiv unvernünftig oder dem Geschäftsherrn unbekannt ist. Ist der wirkliche Wille nicht feststellbar, so ist der mutmaßliche Wille des Geschäftsherrn zu ermitteln. Er ergibt sich daraus, ob der Geschäftsherr bei objektiver Beurteilung der Gesamtumstände der Geschäftsübernahme zugestimmt hätte. Daher wird er in der Regel mit dem objektiven Interesse identisch sein.

Das Verhältnis von Interesse und Wille ist umstritten. Nach dem Wortlaut des Gesetzes scheinen Interesse und Wille des Geschäftsherrn gleichrangige Voraussetzungen für eine berechtigte GoA zu sein. Zweifelhaft ist jedoch, ob eine GoA dann unberechtigt ist, wenn sie zwar nicht dem Interesse, wohl aber dem wirklichen Willen des Geschäftsherrn entspricht. Hier geht nach Stimmen

⁷⁵ BGH NJW 1993, 3196.

⁷⁶ Vgl. BGHZ 37, 258; BGH BB 93, 95.

⁷⁷ Vgl. Einf BR/Lösungen, Fall 117 a, Lösung S. 86.

⁷⁸ Gursky, AcP 185 (1985), 13, 44.

der Literatur der tatsächlich geäußerte Wille dem Interesse des Geschäftsherrn vor.

Fall 62: F erwirbt für H eine Vase zu einem Überpreis im eigenen Namen. Er weiß aufgrund mehrfacher Äußerungen gegenüber Dritten, dass diese zur gesammelten Kollektion des H gehört und H diese gleichfalls zu einem überhöhten Preis erworben hätte, da er genau diese Vase seit langem zur Vervollständigung seiner Sammlung sucht. F verlangt von H Erstattung des Kaufpreises gegen Übereignung der Vase. Zu Recht ?

5.2.2.1.5.2 *Der Sonderfall: § 683 S. 2 iVm § 679*

Der wirkliche oder mutmaßliche Wille ist nur unter den Voraussetzungen des § 679 unbeachtlich. Ein solcher Sonderfall liegt zum einen dann vor, wenn durch die Geschäftsbesorgung eine Rechtspflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt und die andernfalls nicht rechtzeitig erfüllt worden wäre, nachgekommen ist.

Ob die Ausnahmeregelung des § 679 zum anderen auch für die Rettung eines Selbstmörders heranzuziehen ist, wird kontrovers diskutiert.

Fall 63: Des Lebens überdrüssig will S sich von einer Autobahnbrücke stürzen. A kommt gerade noch früh genug, um S zurückzureißen. Dabei kommen beide zu Fall. A zerreißt sich seine Kleidung. Als er von S Ersatz verlangt, wendet dieser ein, vor "Besserwissern" durch Gesetz geschützt zu sein. Ist das Vorgehen des A als eine berechnete GoA zu beurteilen ?

5.2.2.1.5.3 *Die Genehmigung des Geschäftsherrn gem. § 684 S. 2*

Der dritte Grund, der die GoA zur berechtigten macht, ist die Genehmigung durch den Geschäftsherrn (§ 684 S. 2). Sie kann auch stillschweigend erfolgen, zum Beispiel wenn der Geschäftsherr das aus der Geschäftsbesorgung Erlangte herausverlangt.

5.2.2.1.6 *Geschäftsfähigkeit der Beteiligten*

Die berechnete GoA kann auch gegenüber einem geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen *Geschäftsherrn* erfolgen. Soweit es dabei auf den Willen des Geschäftsherrn ankommt (§§ 683, 684), ist auf den Willen des Vertreters abzustellen. Ob die berechnete GoA Geschäftsfähigkeit des *Geschäftsführers* voraussetzt, ist streitig. Angesichts der Pflichten, die sich für einen Geschäftsführer aus §§ 677 ff ergeben, stellt sich hier die Frage des Minderjährigenschutzes, der eine möglichst einheitliche Behandlung sämtlicher Geschäftsführungen (sei es rechtsgeschäftlicher bzw. tatsächlicher

Natur) garantiert. Eine genauere Darstellung des Streitstandes kann den angegebenen Aufsätzen entnommen werden⁷⁹.

5.2.2.2 Rechtsfolgen

Durch die Übernahme einer berechtigten GoA entsteht zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer ein gesetzliches Schuldverhältnis, das inhaltlich weitgehend dem Auftrag entspricht. Dieses Rechtsverhältnis schafft einen Rechtfertigungsgrund für Eingriffe, die der Geschäftsführer im Rahmen seiner Geschäftsbesorgung in Rechtsgüter des Geschäftsherrn vornimmt, so dass deliktische Ansprüche gegen den Geschäftsführer insoweit ausgeschlossen sind. Weitere Bedeutung erhält die berechtigte GoA als Rechtsgrund im Sinne des Bereicherungsrechts für Vermögensverschiebungen, die zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer vollzogen werden, so dass auch Kondiktionsansprüche hierfür ausscheiden (dazu später mehr). Letztlich hat der Geschäftsführer auch ein Recht zum Besitz iS des § 986, soweit dies zum Zweck der berechtigten Geschäftsführung erforderlich ist.

5.2.2.2.1 Pflichten des Geschäftsherrn

Bei der berechtigten GoA besteht die wichtigste Pflicht des Geschäftsherrn darin, die Aufwendungen des Geschäftsführers zu ersetzen, im gleichen Umfang wie sie ein Beauftragter beanspruchen kann (§ 683 S. 1 iVm § 670). Dem Geschäftsführer sind sämtliche freiwillige Vermögensopfer, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte, zu erstatten.

Nach allgemeiner Ansicht umfasst der Anspruch auch Schäden, die aus einer mit der Geschäftsleitung verbundenen typischen Gefahrenlage entstanden sind (tätigkeitsspezifisches Risiko). Umstritten ist jedoch die dogmatische Herleitung: Nach h.M. ergibt sich die Ersatzpflicht aus der analogen Anwendung des § 670, weil der Geschäftsführer das Risiko eines Schadenseintritts freiwillig übernommen habe⁸⁰, nach a.A. leitet sie sich aus dem allgemeinen Prinzip der Risikozurechnung im Falle einer Tätigkeit im fremden Interesse her, wie es seinen Ausdruck in § 110 HGB findet. Dienstleistungen sind dagegen regelmäßig keine Aufwendungen. Sie werden nach h.M. analog § 1835 II nur dann vergütet, wenn sie zum Beruf oder Gewerbe des Geschäftsführers gehören⁸¹.

⁷⁹ Diederichsen, MDR 64, 891; Knoche, Minderjährige als Geschäftsführer ohne Auftrag, MDR 64, 193.

⁸⁰ BGHZ 38, 270; Otto, JuS 84, 684, 685.

⁸¹ BGHZ 65, 384, 390.

Fall 64: Der Arzt A wird zufällig Zeuge eines Verkehrsunfalls. Er hilft bei der Bergung des schwer verletzten H und leistet ihm Erste Hilfe. Kann er für diese Handlungen von H die übliche Vergütung verlangen ?

5.2.2.2 Pflichten des Geschäftsführers

Nach § 677 hat der Geschäftsführer das Geschäft ordnungsgemäß zu führen, so wie es das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen erfordert. Bei dieser Prüfung ist darauf zu achten, dass es im Unterschied zu § 683 nicht um die Übernahme, sondern um die Durchführung der Geschäftsbesorgung geht. Interesse und Wille des Geschäftsherrn sind somit in zweifacher Hinsicht bedeutsam: Zum einen bestimmen sie bei der Übernahme der Geschäftsführung, ob es sich um einen Fall der berechtigten GoA handelt, zum anderen stecken sie für den Geschäftsführer den Rahmen ab, innerhalb dessen er das Geschäft zu besorgen hat.

In § 681 werden, teils durch Verweisungen auf das Auftragsrecht, die wichtigsten Nebenpflichten des Geschäftsführer geregelt. Von besonderer Wichtigkeit ist die Pflicht, das aus der Geschäftsführung Erlangte dem Geschäftsherrn herauszugeben (§ 681 S. 2 iVm § 677). Diese Herausgabepflicht erstreckt sich auch auf einen Gewinn, der bei der Geschäftsführung erzielt wird. Eine wichtige Ausnahme ergibt sich aus § 682 für den geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Geschäftsführer. Dieser ist nur nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung herausgabepflichtig.

Verletzt der Geschäftsführer schuldhaft seine Pflichten aus § 677 oder § 681 und entsteht dem Geschäftsherrn daraus ein Schaden, so ist der Geschäftsführer nach den allgemeinen Regeln zum Schadensersatz verpflichtet (§§ 280 ff, 286 ff, 823 ff). Nicht zu vergessen ist dabei die Haftungsbeschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit durch § 680, wenn die Geschäftsführung der Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr bezweckt hat.

5.2.3 Unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag

5.2.3.1 Voraussetzungen

Die unberechtigte GoA unterscheidet sich von der berechtigten dadurch, dass ein Berechtigungsgrund fehlt, d.h. in den meisten Fällen, dass die Geschäftsbesorgung nicht dem Interesse und dem Willen des Geschäftsherrn

entspricht⁸². Alle anderen Voraussetzungen der berechtigten GoA müssen jedoch vorliegen.

Fall 65: S schuldet dem G 500 DM aus Darlehen. B bezahlt die Schuld. Kann dieser Fallgestaltung ein Anspruch des B aus berechtigter GoA §§ 683 S. 1, 677, 670 entnommen werden ?

5.2.3.2 Rechtsfolgen

Das gesetzliche Schuldverhältnis der berechtigten GoA entsteht hier nicht, so dass auch die § 677 und § 681 nicht anwendbar sind. Vielmehr handelt der unberechtigte Geschäftsführer rechtswidrig, ihm bleibt folglich auch der Aufwendungsersatzanspruch gemäß §§ 677, 683, 670 verschlossen. Die Beziehung der Beteiligten werden nach Bereicherungsrecht (§§ 812 ff) und Deliktsrecht (§§ 823 ff) abgewickelt.

Statt des Aufwendungsersatzanspruchs aus § 670 steht dem unberechtigten Geschäftsführer lediglich der bereicherungsrechtliche Anspruch auf Herausgabe des Erlangten gem. §§ 684, 818 f zu. Es wäre nämlich unbillig, wenn der Geschäftsherr die Vorteile der Geschäftsführung genießen dürfte, während der Geschäftsführer gleichzeitig auf seinen getätigten Aufwendungen sitzen bliebe. § 684 S. 1 enthält nach h.M. eine Rechtsfolgenverweisung auf das Bereicherungsrecht, so dass die Tatbestandsvoraussetzungen des § 812 nicht vorzuliegen brauchen. Nach der Gegenauffassung stellt die Vorschrift jedoch eine Rechtsgrundverweisung dar, so dass der Geschäftsführer im Hinblick auf die dann geltenden §§ 814, 815, 817 S. 2 gegenüber anderen Bereicherungsschuldern nicht bessergestellt ist (mehr dazu später).

Wenn der unberechtigte Geschäftsführer ohne Auftrag seine Nichtberechtigung bei Übernahme des Geschäfts hätte erkennen können, haftet er dem Geschäftsherrn auch ohne weiteres Verschulden auf Schadensersatz, § 678 (sog. Übernahmeverschulden). Jedoch greift auch hier die Privilegierung des Notstandshelfers gem. § 680 ein, da der Gesetzeszweck der Ermutigung zur Hilfeleistung in Notsituationen auch dann zutrifft, wenn die Gefahr vom Geschäftsführer nur irrtümlich angenommen wird.

Fall 66⁸³: H nahm zusammen mit F und anderen Kollegen an einer Feier teil. Am Abend hatten alle Teilnehmer große Mengen von Alkohol genossen. So auch H, der sich völlig betrunken (über 2 Promille) zu seinem Auto schleppte. F - selbst nicht mehr ganz nüchtern (über 1,1 Promille)- sieht ihm dabei zu und will den H davon abbringen, mit dem Auto nach

⁸² Vgl. Einf BR/ Lösungen, Abwandlung Fall 117 a, S. 86.

⁸³ Zum sog. Trunkenheitsfahrt-Fall: BGH, NJW 1972, 475; Schwerdner, Jura 1982, 645.

Hause zu fahren. Dies gelingt ihm nur dadurch, dass er sich selbst hinters Steuer setzt. Bei der Fahrt verursacht F einen schweren Unfall. Kann H von F seine Schäden ersetzt verlangen ?

5.2.4 Unechte (uneigentliche) Geschäftsführung ohne Auftrag

5.2.4.1 Irrtümliche Eigengeschäftsführung, § 687 I

An einem bewussten Eingriff in einen fremden Rechtskreis fehlt es, wenn der Geschäftsführer in der irrigen Annahme handelt, es liege ein eigenes Geschäft vor. Der Regelungsgegenstand der GoA ist in diesem Fall der irrtümlichen Eigengeschäftsführung überhaupt nicht berührt (§ 687 I); die Regelungen, die das Schuldrecht in den §§ 812 ff und §§ 823 ff bereit hält, reichen aus. Auch eine Genehmigung vermag die Anwendbarkeit der §§ 677 ff nicht zu begründen.

Fall 67: D hat den neuen Pkw des E, der nur etwa 5.000 km gefahren worden ist, gestohlen und an den K veräußert. Aufgrund der geschickt gefälschten Kfz-Papiere konnte K keinen Verdacht hinsichtlich der Nichtberechtigung des D schöpfen. K lässt die defekte Kupplung reparieren. Nachdem der Diebstahl aufgeklärt wurde und E seinen Wagen zurückerhalten hat, verlangt K von E Ersatz der Reparaturkosten. Zu Recht?

5.2.4.2 Angemaßte (unerlaubte) Eigengeschäftsführung, § 687 II

Bei der angemaßten oder unerlaubten Eigengeschäftsführung (§ 687 II) führt der Handelnde ein objektiv fremdes Geschäft wissentlich ausschließlich zum eigenen Vorteil. Erforderlich ist insoweit seine positive Kenntnis. Bloß fahrlässige Unkenntnis von der Fremdheit des Geschäfts und der Nichtberechtigung reicht nicht aus: In diesem Fall gilt § 687 I. Für diesen bewussten Eingriff in einen fremden Rechtskreis bietet ebenfalls das Bereicherungs- und Deliktsrecht geeignete Abwehr- und Ausgleichsinstrumentarien. Die Rechtsposition des Geschäftsführers verdient keinen Schutz, es besteht vielmehr eine deutliche Vorrangstellung der Belange des Geschäftsherrn.

5.2.4.2.1 Ansprüche des Geschäftsherrn

Das Verhalten des Geschäftsführers ist nicht gerechtfertigt, er haftet daher nach den Vorschriften über unerlaubte Handlung und ungerechtfertigte Bereicherung.

Ergänzend dazu hat der Geschäftsherr die Möglichkeit, das Geschäft an sich zu ziehen, indem er die Rechte des Geschäftsherrn der GoA (§§ 677, 678, 681, 682) geltend macht, so dass ihm die danach gegebene - eventuell günstigere -

Rechtsposition erhalten bleibt (Haftung für Zufalls- und reine Vermögensschäden, § 678) und keine Wertungswidersprüche zum Recht der GoA entsteht. Zu diesen Ansprüchen gehört insbesondere der Anspruch auf Herausgabe des durch die Geschäftsbesorgung Erlangten (§§ 687 II, 681 S.2, 667).

5.2.4.2.2 Ansprüche des Geschäftsführers

Nur wenn der Geschäftsherr die in § 687 II 1 genannten Ansprüche geltend macht, ist er zum Ersatz der Aufwendungen gem. §§ 687 II, 684 S. 1 verpflichtet. Geht der Geschäftsherr dagegen aus §§ 812 ff oder aus §§ 823 ff vor, so kommt ein Aufwendungsersatzanspruch nicht in Betracht. Durch diesen Anspruch wird der Geschäftsherr nicht etwa der Vorteile aus der Geschäftsbesorgung wieder beraubt. Der Anspruch besteht lediglich, soweit der Geschäftsherr bereichert ist.

Beispiel XXXVI: Gleiche Ausgangslage wie Fall 66, nur wusste K, dass der Pkw gestohlen war. K ließ sich den Wagen bei voller Kenntnis über dessen Fremdheit zu seinem eigenen Vorteil reparieren. Mangels Fremdgeschäftsführungswille handelt es sich um eine angemäÙte Eigengeschäftsführung.

5.2.5 Übersichtsschema

Geschäftsführung ohne Auftrag			
Echte GoA Fremdgeschäftsführungswille		unechte GoA ohne Fremdgeschäftsführungswillen	
berechtigte - § 683 Wille, Interesse (+) - § 684 S. 2 Genehmigung (+)	unberechtigte - keine Berechtigung	vermeintliche - §687 I irrtümliche Eigengeschäftsführung	angemaßte - § 687 II fremdes Gesch. wissentlich als eigenes geführt
Rechtsfolgen daraus Geschäftsführer gegen den Geschäftsherrn			
Aufwendungsersatz §§ 683, 677, 670 § 823 (-), da ber. GoA rechtfertigt § 987 ff. (-), da Recht zum Besitz	Aufwendungsersatz str. §§ 684 S. 1, 812	§§ 812 ff. §§ 987 ff.	Aufwendungsersatz §§687 II 2, 684 S. 1, 812 HerausgabeA §§ 812 ff. EBV §§ 987 ff.
Rechtsfolgen daraus Geschäftsherr gegen den Geschäftsführer			
1. Ausführungs- verschulden - pVV - § 280 2. Herausgabe §§ 681 S. 2, 667	1. Übernahme- verschulden § 678 2. Ausführungsver- schulden (str.) pVV 3. Herausgabe (str.) §§ 681 S. 2, 667	§§ 812 ff. §§ 987 ff.	1. Schadensers. §§ 687 II 1, 678 bei Ausführungs- verschulden 2. Herausgabe §§ 687 II S. 1, 681 S. 2, 667

5.3 Bereicherungsrecht

5.3.1 Einführung

5.3.1.1 Sinn des Bereicherungsrechts

Sinn und Zweck des Bereicherungsrechts ist es, Ausgleich in den Fällen zu schaffen, in denen jemand etwas - in der Regel einen Vermögensvorteil - erlangt hat, das ihm nach der Rechtsordnung nicht zukommt. Im Gegensatz zum Schadensersatzrecht besteht die Aufgabe des Bereicherungsrechts nicht darin, dem Entreicherten die erlittene Vermögenseinbuße auszugleichen, sondern allein darin, den Vermögenszuwachs des Bereicherten zugunsten des Entreicherten abzuschöpfen.

5.3.1.2 Die Systematik der §§ 812-822

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat die Regelungen des Bereicherungsrechts unangetastet gelassen. Die §§ 812 ff. greifen auf die Rechtstradition des römischen Kondiktionsrechts zurück. In der Literatur sind heute noch die lateinischen Bezeichnungen für die einzelnen Leistungskonditionen gebräuchlich und werden daher zur frühzeitigen Gewöhnung den folgenden Ausführungen jeweils beigelegt. Die heutige Bereicherungslehre beruht im Kern auf Savignys Arbeiten, der als erster versucht hat, die verschiedenen überlieferten Konditionen auf eine feste dogmatische Basis zu stellen⁸⁴.

Die heute h.M. unterscheidet zwischen den beiden Alternativen des § 812 I 1 und trennt dementsprechend die Leistungskonditionen von den Nichtleistungskonditionen⁸⁵. Besonderheiten gelten im Mehrpersonenverhältnis.

- Die *Leistungskondition* greift ein, wenn das Etwas dem Empfänger zugewandt worden ist, um einen bestimmten Zweck zu erreichen. Sie dient also der Rückabwicklung von Vermögensverschiebungen, die

⁸⁴ Loewenheim/Winkler, JuS 1982, 434.

⁸⁵ Zu dem Streit zwischen der Trennungstheorie (h.M.) und der Einheitstheorie, wonach § 812 I 1 einen einheitlichen Bereicherungstatbestand enthält, bietet Komionka, JuS 1992, 845 einen Überblick.

aufgrund des Abstraktionsprinzips wirksam sind⁸⁶. Kraft Abstraktionsprinzips ist die Wirksamkeit von dinglichen Geschäften unabhängig von den (möglicherweise vorhandenen oder nicht vorhandenen) schuldrechtlichen Geschäften. Daraus folgt häufig bei nicht vorhandenem oder später weggefallenem schuldrechtlichen Geschäft eine „unrichtige“, d.h. der schuldrechtlichen Situation widersprechende sachenrechtliche Zuordnung (Abschnitt 4.3.2).

- *Nichtleistungskonditionen* sollen eine ungerechtfertigte Bereicherung ausgleichen, bei denen die Bereicherung nicht auf einer Leistung beruht⁸⁷. Hier hat sich der Anspruchsgegner vielmehr das Etwas selbst verschafft, oder es ist ihm in sonstiger Weise zugeflossen. Erscheinungsformen dieser Bereicherung „in sonstiger Weise“ (§ 812 I 1 2. Alt.) sind die Eingriffskondiktion, die Rückgriffskondiktion und die Verwendungskondiktion (Abschnitt 4.3.3).
- Die Regeln des *Mehrpersonenverhältnisses* sind anzuwenden, falls der Vermögensvorteil durch eine Leistung erlangt worden ist, aber gleichzeitig das Vermögen eines Dritten betroffen wird (Abschnitt 4.3.4).
- Ist geklärt, ob die Tatbestandsvoraussetzungen eines Bereicherungsanspruches vorliegen, regeln die §§ 818 - 820 die Rechtsfolgenseite bzw. den *Umfang* des Anspruches. Dabei unterscheidet das Gesetz zwischen normaler und verschärfter Haftung. Von Bedeutung ist diese Differenzierung für die Frage, ob sich der Bereicherungsschuldner erfolgreich auf den Wegfall der Bereicherung gem. § 818 III berufen kann (Abschnitt 4.3.5).

5.3.1.3 Literaturtipps

- Brox, Besonderes Schuldrecht, 22. Auflage 1997, Rdnr. 385 - 435.
- Giesen, Grundsätze der Konfliktlösung im Besonderen Schuldrecht, Die ungerechtfertigte Bereicherung, Jura 1995, 169 ff.; 234 ff.; 281 ff.
- Kamionka, Der Leistungsbegriff im Bereicherungsrecht, JuS 1992, 845 ff, 929 ff.

⁸⁶ Vgl. dazu Einf BR Abschnitte 7.4.2.2 und 7.6.2.1.

⁸⁷ Vgl. dazu Einf BR Abschnitt 7.6.2.2.

- Koppenheimer/Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, 18.Auflage 1988.
- Martis, Bereicherungsrecht, 1994.

5.3.2 Leistungskonditionen

In Anlehnung an die römischen Vorbilder regelt das BGB fünf verschiedene Einzelfälle der Leistungskondiktion. Diese Unterscheidung der einzelnen Kondiktionsarten hat im wesentlichen nur noch für die Ausschlusstatbestände der §§ 814, 815, 817 S. 2 sowie für die Fälle der Haftungsverschärfung gem. §§ 819 II, 820 Bedeutung. Aus diesem Grund ist es gerechtfertigt, in den genannten fünf Fällen verkürzt von „der Leistungskondiktion“ zu sprechen. Grundtatbestand der Leistungskondiktion ist die *condictio indebiti* (§ 812 I 1 1. Alt.). Sie liegt vor, wenn ein Rechtsgrund für eine durch Leistung bewirkte Vermögensverschiebung von Anfang an nicht vorhanden war. In dieser Funktion erfüllt die Leistungskondiktion in einer wegen § 818 III für den Schuldner meist milderer Weise die gleiche Funktion wie die Rückgewährvorschriften des Rücktrittsrechts (§§ 346-348, 987 ff.)⁸⁸.

5.3.2.1 Prüfungsreihenfolge

Es ist kein Schema zu lernen, denn die Prüfungsreihenfolge ergibt sich völlig zwingend aus dem System des BGB sowie den Normen selbst. So ist z.B. in Klausuren die Problematik der Anwendbarkeit der §§ 812 ff. nur dann als erster Punkt zu thematisieren, wenn eine „Kollisionslage“ mit vorrangigen Normen wie etwa den privilegierenden Regelungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses (§§ 987 ff.) besteht⁸⁹.

5.3.2.1.1 Etwas erlangt

Die Bereicherungshaftung der §§ 812 ff. wird überhaupt nur dann ausgelöst, wenn der Bereicherungsschuldner „etwas erlangt“ hat. Das ist bei jeder Verbesserung der Vermögenssituation zu bejahen, wobei der Begriff des Vermögens in einem weiten Sinne verstanden wird. Danach

⁸⁸ Ausführlich zu den Unterschieden und Gemeinsamkeiten der §§ 346 ff. und §§ 812 ff.: Medicus, JuS 1990, 689).

⁸⁹ Es wäre zu ausufernd, im Rahmen dieses Skriptes auf dieses Problemfeld gesondert einzugehen. Eine gute Orientierung bietet jedoch Palandt/Bassenge, BGB, Vorbem v § 987 Rdnr. 15; § 988 Rdnr. 4, 5.

gilt als Vermögensvorteil alles, was im Rechts- oder Wirtschaftsverkehr irgendeinen Wert hat.

Beispiel XXXVII: Alle dinglichen und persönlichen Rechte (Eigentum, Anwartschaftsrecht oder eine Forderung), die Befreiung von einer Verbindlichkeit (z.B. der Erlass einer Schuld, vgl. auch § 812 II), sonstige vorteilhafte Rechtspositionen wie Besitz oder Erwerb einer Grundbuchposition.

Diese begriffliche Weite soll nicht darüber hinweg täuschen, dass das erlangte Etwas immer möglichst präzise zu bestimmen ist, d.h. es ist zu fragen, was der Anspruchsgegner tatsächlich erworben hat. Dies dient nicht allein als Möglichkeit, in der Klausur gedankliche Schärfe zu zeigen, vielmehr können insbesondere beim Klausuraufbau häufige Fehlerquellen umschifft werden.

Fall 68: Für den nach § 104 Nr. 2 geschäftsunfähigen K wurde Betreuung angeordnet. Zum Betreuer wurde B bestellt. K, der im Hinblick auf seine Geschäftsfähigkeit völlig unauffällig wirkt, erwirbt vom Händler H einen tragbaren CD-Player für 400 DM. Weder K noch B bezahlen die Rechnung. Wie ist die Rechtslage?

Die Bestimmung des erlangten Etwas bereitet Schwierigkeiten in den Fällen, in denen der Bereicherungsschuldner nicht „ein gegenständlich fassbares Etwas“ erlangt hat, sondern nichtkörperliche Vorteile. Dabei ist vor allem an Nutzungs- und Gebrauchsvorteile an einer Sache des Bereicherungsgläubigers oder an die Ausnutzung fremder Arbeit zu denken. Hier ist strittig, ob das erlangte Etwas in dem Gebrauchsvorteil bzw. der Arbeitsleistung unmittelbar zu sehen ist oder nur dann, wenn der Bereicherungsschuldner Aufwendungen erspart hat. Der BGH setzt hier „etwas erlangt“ gleich mit Bereicherung. Danach kann von einer Bereicherung iS der §§ 812 ff. in der Regel nur gesprochen werden, wenn und soweit der Bereicherte eine echte Vermögensvermehrung - und sei es allein durch Ersparnis von Aufwendungen - erfahren habe. Die überwiegende Ansicht in der Literatur steht dagegen auf dem Standpunkt, dass bei nichtgegenständlichen Zuwendungen das Etwas bereits in dem nichtgegenständlichen Vorteil selbst besteht und nicht erst in den Auswirkungen dieses Vorteils auf das Empfängervermögen. Diese Ansicht entspricht dem Gesetz, das in den §§ 812 ff. zwischen dem erlangten Etwas (§ 812 I) und der Bereicherung (§ 818 III) unterscheidet.

Diese Problematik wird Ihnen später im Abschnitt 4.3.5 im berühmten „Flugreise-Fall“⁹⁰ wieder begegnen und wird dort (didaktisch sinnvoller) im Zusammenhang mit der Bestimmung des Umfangs des Bereicherungsanspruchs behandelt.

5.3.2.1.2 Durch Leistung

Der Konditionsschuldner muss den Bereicherungsgegenstand durch eine Leistung des Konditionsgläubigers erlangt haben. Leistung ist jede gewollte und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens.

5.3.2.1.2.1 *Das Leistungsbewusstsein*

Das *Leistungsbewusstsein* ist gegeben, wenn dem Bereicherungsgläubiger bei Erbringung der Leistung klar ist, dass er fremdes Vermögen mehrt.

Fall 69: A füttert mit eigenem Futter das Vieh des B. Er geht dabei irrig davon aus, das Futter gehöre B. Liegt eine Leistung des A an B vor?

5.3.2.1.2.2 *Die Zweckbestimmung*

Nach der älteren Lehre lag eine Leistung schon dann vor, wenn der Gläubiger die Vermögensverschiebung bewusst herbeigeführt hat (z.B. Zahlung eines Geldbetrages). Der bloße Wille zur Vermögensmehrung war demnach ausreichend. Heute wird entscheidend auf das Kriterium der *Zweckgerichtetheit* abgestellt, so dass eine Leistung nur dann angenommen wird, wenn der (bewusst) Leistende auch einen bestimmten Zweck verfolgt (im Beispiel: Tilgung einer Schuld). Dies erklärt sich damit, dass sich die Feststellung, ob eine Leistung fehlgeschlagen ist, nur aus dem mit ihr verfolgten Zweck ergeben kann. Wichtig ist dieses Kriterium insbesondere im Mehrpersonenverhältnis, um dort die Leistungsbeziehungen zu bestimmen (mehr dazu unter Abschnitt 4.3.4).

Beispiel XXXVIII: Überweist eine Bank auf Weisung ihres Kunden an dessen Gläubiger eine bestimmte Summe, so mehrt die Bank zwar bewusst das Vermögen dieses Gläubigers. Aber zwischen der Bank und dem Gläubiger liegt keine Leistung vor, weil die Bank ihm gegenüber keinen Leistungszweck verfolgt. Zweckgerichtet ist die Überweisung im Verhältnis der Bank zu ihrem Kunden, da die Bank ihren Vertrag mit ihm erfüllen will. Außerdem liegt eine Leistung im Verhältnis des Kunden zu

⁹⁰ Lesenswert: Teichmann, Die Flugreise-Entscheidung (Anmerkung zu BGHZ 55, 128), JuS 1972, 247.

seinem Gläubiger vor, da der Kunde mithilfe der Bank eine gegenüber dem Gläubiger bestehende Schuld tilgen will.

Leistungszweck kann grundsätzlich jeder von der Rechtsordnung erlaubte Zweck sein.

Es gibt im wesentlichen drei Leistungszwecke:

(1) Erfüllung einer Verbindlichkeit (Leistung solvendi causa)

Dieser Leistungszweck befindet sich gewissermaßen zwischen der Verpflichtung und der Erfüllung. Der Zuwendende will einerseits einen Vermögensgegenstand zuwenden, dies andererseits aber nur deshalb, weil er sich verpflichtet glaubt. Es kommt nicht darauf an, ob die Verpflichtung tatsächlich besteht. Dies ist eine Frage des Rechtsgrundes. Mit diesem Leistungszweck kann man weit über 90 % aller Fälle abdecken.

(2) Schenkung (Leistung donandi causa)

In dem sehr seltenen Anwendungsfall der Handschenkung nach §§ 516, 518 bedarf es eines speziellen Rechtsgrundes, da bei der Handschenkung das Schenkungsversprechen nicht beurkundet ist und somit bis zu dem Zeitpunkt, in dem die Leistung bewirkt ist, kein Rechtsgrund besteht.

(3) Herbeiführung eines bestimmten Verhaltens, auf das der Leistende keinen Anspruch hat (Leistung causa data causa non secuta, ob rem)

Dieser Leistungszweck wird zum Teil im Gesetz selbst geregelt (§ 812 I 2) und bereitet die größten Schwierigkeiten. Näheres dazu unter Abschnitt 4.3.2.2.4.

Die Rechtsnatur der Zweckbestimmung ist umstritten. Bedeutung hat dieser Streit bei der Frage, ob auch Geschäftsunfähige und Minderjährige wirksam leisten können. Nach h.M. handelt es sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft bzw. um eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung, auf die §§ 105 ff, 145 ff. zumindest entsprechend anwendbar sind⁹¹.

⁹¹ Näheres zu diesem Problem: Erman/Westermann, BGB, § 812 Rdnr. 13.

5.3.2.1.3 Auf dessen Kosten

Das Merkmal „auf dessen Kosten“ hat nach heutiger Dogmatik für die Leistungskonditionen keine Bedeutung. Früher zog man daraus das Erfordernis der Unmittelbarkeit der zu kondizierenden Vermögensverschiebung, d.h. ob der Gewinn des Bereicherten auch dem Verlust des Entreicherten entsprach. Wie später gezeigt wird, kommt diesem Merkmal bei den Nichtleistungskonditionen eine eigene Bedeutung zu (Abschnitt 4.3.3.2).

5.3.2.1.4 Ohne Rechtsgrund

Eine Leistung kann nach § 812 I 1 nur dann kondiziert werden, wenn sie ohne rechtlichen Grund erbracht wurde. Dies ist dann der Fall, wenn der Leistungszweck, eine Verbindlichkeit zu erfüllen, nicht erreicht wurde. Diese allgemeine Definition darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass gerade in diesem Prüfungspunkt einzelne Typen der Leistungskondition voneinander abzugrenzen sind.

5.3.2.2 Die einzelnen Konditionstatbestände

5.3.2.2.1 Der Grundtatbestand: *Condictio indebiti* (§ 812 I 1 1.Alt.)

5.3.2.2.1.1 Der Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich der *condictio indebiti* wird auf den Leistungszweck „Erfüllung einer Verbindlichkeit“ beschränkt. Dieser Leistungszweck wird dann mit der Folge des § 812 I 1 1. Alt. nicht erreicht, wenn die zu erfüllende Verbindlichkeit nicht bestand (Fall) oder wenn zwar ein wirksames Schuldverhältnis als Grundlage bestand, aber durch die Leistung nicht erfüllt wurde (Beispiel XLI).

Beispiel XXXIX: Leistung zur Erfüllung einer Gattungsschuld, wenn die gelieferte Ware nicht von mittlerer Art und Güte ist und daher keine Erfüllung eintritt (vgl. § 243 I). Hier stellt die bestehende Forderung aus dem Kaufvertrag einen Rechtsgrund nur für die geschuldete Leistung dar, nicht aber für die tatsächlich erbrachte. Diese kann gem. § 812 I 1 1.Alt kondiziert werden.

Fall 70: Der minderjährige M ist glücklich. Er „veräußert“ ohne Wissen der Eltern an K sein neues Mountain-Bike. Als „Kaufpreis“ erhält er die Vespa des K. Als seine Eltern von dem Geschäft erfahren, verweigern sie die Genehmigung. Kann K von M über § 812 I 1 1.Alt. die Herausgabe der Vespa verlangen?

5.3.2.2.1.2 Die Erweiterung durch § 813

§ 813 enthält eine tatbestandliche Ergänzung zu § 812 I 1 1. Alt.: Dem Nichtbestehen der Schuld wird der Fall gleichgestellt, dass die Verbindlichkeit zwar besteht, aber mit einer dauerhaften (*peremptorischen*) Einrede behaftet ist (etwa §§ 821, 853)⁹². Hier befreit sich der Leistende von einer Verbindlichkeit, die aufgrund der dauerhaften Einrede praktisch eine Nichtschuld ist. Sie hätte nämlich nicht durchgesetzt werden können. Der Zweck der Leistung, die Verbindlichkeit zu erfüllen, wird zwar erreicht. Doch will der Schuldner regelmäßig nur die Forderung erfüllen, die letztlich gegen ihn durchgesetzt werden kann, gegen die er sich auf Dauer also nicht zur Wehr setzen kann.

Die Kondiktion aus § 813 greift dagegen nicht bei lediglich aufschiebenden (*dilatorischen*) Einreden, wie etwa §§ 273, 320.

Eine gesetzliche Ausnahme bildet die Verjährungseinrede. Obwohl sie eine dauernde Einrede ist, führt sie nach §§ 813 I 2, 214 II nicht zu einem Bereicherungsanspruch aus § 813 I. Der Grund hierfür liegt in dem Ziel der Verjährung, der Schaffung von Rechtsfrieden. Dieses kann nicht erreicht werden, wenn die auf eine verjährte Schuld erbrachte Leistung zurückverlangt werden könnte.

Fall 71: K zahlt an V die aufgrund eines Kaufvertrages geschuldeten 500 DM. Später fällt ihm auf, dass ihm die Einrede des § 320 zustand. Außerdem hat er übersehen, dass er mit einer anderen Forderung hätte aufrechnen. Kann K von V das Geleistete zurückverlangen?

5.3.2.2.2 *Condictio ob causam finitam* (§ 812 I 2 1. Alt.)

Im Gegensatz zur *condictio indebiti* behandelt die *condictio ob causam finitam* Fälle, bei denen zum Leistungszeitpunkt zunächst ein Rechtsgrund bestand, dieser jedoch später weggefallen ist. Der Begriff „rechtlicher Grund“ ist hier derselbe wie in § 812 I 1 1. Alt., Leistungszweck muss daher auch bei der Kondiktion aus § 812 I 2 1. Alt. die Erfüllung einer Verbindlichkeit sein.

⁹² Vgl. Einf BR 4.1.7.

Hauptanwendungsfälle sind die auflösende Bedingung gem. § 158 II, die Befristung gem. §§ 163, 158 II und die einverständliche Aufhebung von Verträgen.

Fall 72: A ist bei der Versicherungsgesellschaft B gegen Diebstahl versichert. Am 1.5.1997 wird sein wertvolles Bild gestohlen; am 5.6.1997 erhält er die Versicherungssumme ausgezahlt. Am 8.6.1997 wird das Bild von der Polizei gefunden und dem A zurückgegeben. Kann B die Versicherungssumme zurückverlangen?

Umstritten ist die Anwendbarkeit der *condictio ob causam finitam* bei der Anfechtung des zugrundeliegenden Schuldverhältnisses⁹³. Für die Anwendung spricht, dass das Geschäft bis zur Anfechtung als wirksam zu behandeln ist. Die Gegenmeinung verweist auf die Rückwirkung der Anfechtung nach § 142 I, so dass das Rechtsgeschäft nach erfolgter Anfechtung von Anfang an (*ex tunc*) nichtig ist, als habe es nicht existiert⁹⁴.

5.3.2.2.3 *Condictio ob rem* (§ 812 I 2 2. Alt.)

Die *condictio ob rem* (bzw. *condictio causa data causa non secuta*) gem. § 812 I 2 2. Alt. setzt voraus, dass „der mit einer Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt“. Hier ist der gesetzliche Wortlaut nicht sehr aussagekräftig, da nicht deutlich wird, worin genau der Unterschied zur *condictio indebiti* bestehen soll. Daher prägt man sich am besten ein, dass die *condictio ob rem* (nach h.M.) nur für solche Leistungen von Bedeutung ist, die nicht zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit erbracht werden (denn soweit ist § 812 I 1 1.Alt. schon einschlägig)⁹⁵. Als Leistungszweck kommt insbesondere die Herbeiführung eines vom Leistungsempfänger nicht geschuldeten Verhaltens in Betracht. Die Vornahme dieser nicht erzwingbaren Gegenleistung ist „der mit der Leistung bezweckte Erfolg“, der den Empfänger zum Behaltendürfen berechtigt. Bei Nichteintritt des Erfolges tritt die *condictio ob rem* an die Stelle der - bei einer nicht geschuldeten Leistung nicht möglichen - Klage auf Erfüllung. Die größten

⁹³ Pro: Palandt/Thomas, BGB, § 812 Rdnr. 77; contra: Giesen, Jura 1995, 179.

⁹⁴ Zur Wiederholung der Anfechtung sei verwiesen auf Einf BR, Abschnitt 6.3.2.1.

⁹⁵ Zur Problematik der Anwendbarkeit der *condictio ob rem* in den Fällen eines über die Vertragsausfüllung hinausgehenden bezweckten Erfolges, vgl. Brox, Besonderes Schuldrecht, Rdnr. 400.

Schwierigkeiten bei der Prüfung bereitet die Voraussetzung der Zweckvereinbarung, denn die Parteien müssen sich zumindest konkludent über den Zweck der Leistungserbringung geeinigt haben, ohne dass dieser Einigung der Charakter einer vertraglichen Bindung zukommt. Für die *condictio ob rem* ist nämlich nicht ausreichend, wenn sich lediglich einseitige Erwartungen, Handlungsmotive nicht erfüllt haben⁹⁶.

Fall 73⁹⁷: A leistet seinem Großonkel O jahrelang Dienste gegen ein geringes Entgelt. Dafür hofft A, was O auch weiß, dass er von ihm als Erbe eingesetzt wird. Nach einigen Jahren überlegt sich O, dass er viel lieber den Tierschutzverband T bedenken möchte. Er ändert sein Testament. Kann A über die *condictio ob rem* Wertersatz nach § 818 II für die nicht vergüteten Dienstleistungen beanspruchen?

5.3.2.2.4 Die Leistungskondiktion wegen verwerflichen Empfangs, § 817 S. 1

Die *condictio ob turpem vel iniustam causam* gem. § 817 S. 1 ist die letzte Form der Leistungskondiktion und stellt einen Sonderfall dar. Danach kann eine Leistung kondiziert werden, wenn (nur) der Empfänger durch die Annahme gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten verstoßen hat. Im Gegensatz zu den anderen bislang behandelten Leistungskonditionen wird hier die Rückabwicklung nicht wegen fehlender Zweckerreichung zugelassen, sondern weil der verfolgte Leistungszweck von der Rechtsordnung missbilligt wird und der Empfänger die Leistung daher die Leistung nicht soll behalten dürfen.

Die praktische Bedeutung dieser Vorschrift ist gering, da in aller Regel bei einem Gesetzes- oder Sittenverstoß auch das Kausalgeschäft nach §§ 134, 138 nichtig ist. In diesen Fällen greift schon die *condictio indebiti* gem. § 812 I 1 Alt. 1 ein. § 817 S. 1 ist daher nur auf solche Fälle anwendbar, in denen die *condictio indebiti* gem. § 814 ausgeschlossen ist oder aber das Grundgeschäft gültig ist, weil ein Gesetzes- oder Sittenverstoß nur des Empfängers nicht zur Nichtigkeit führt.

Fall 74: Der Bruder B des reichen Fabrikanten F ist von C entführt worden. C fordert Lösegeld von 1 Mio DM. F zahlt die Summe, worauf B freigelassen wird. Hat F einen Anspruch auf Rückzahlung des Lösegeldes?

⁹⁶ Zur Vertiefung: M. Weber, Bereicherungsansprüche wegen enttäuschter Erwartungen?, JZ 1989, 25.

⁹⁷ Mehr zu diesem Schulfall: Loewenheim/Winckler, JuS 1983, 441.

5.3.2.3 Ausschlussstatbestände (Konditionssperren)

Die §§ 814, 815 und 817 S. 2 schließen je für ihren Anwendungsbereich die entsprechende Leistungskondition aus.

5.3.2.3.1 § 814

§ 814 ist eine Ausprägung des Grundsatzes des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben und bildet einen Konditionsausschluss nur für § 812 I 1 1. Alt. in zwei Fällen:

- Die *condictio indebiti* ist zum einen ausgeschlossen, wenn der Leistende im Zeitpunkt der Leistung wusste, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war. Hier verdient der Leistende keinen Schutz. Wichtig ist hier, dass nur positive Kenntnis der Sach- und Rechtslage schadet, nicht schon grob fahrlässige Unkenntnis oder bloße Zweifel.

Fall 75: K ist sich sicher, dass der von V geltend gemachte Kaufpreisanspruch nicht besteht, da die gesetzlich erforderliche Form nicht gewahrt wurde (§ 125). Da V ihn aber zur Zahlung drängt, zahlt K unter Vorbehalt die von V geforderte Summe aus. Wenig später bereut er seine Dummheit und verlangt sein Geld zurück. V lehnt dies unter Berufung auf § 814 ab, schließlich habe K ja gewußt, dass der Kaufvertrag nichtig sei. Zu Recht?

- Der Bereicherungsanspruch besteht auch dann nicht, wenn die Leistung einer sittlichen oder Anstandspflicht entsprach.

Beispiel XL: Gewährung von Unterhalt an einen Verwandten, dem gegenüber keine gesetzlichen Unterhaltspflichten bestehen.

5.3.2.3.2 § 815

Der Ausschlussgrund des § 815 ist ausschließlich auf die *condictio ob rem* (§ 812 I 2 2.Alt.) anwendbar. Danach ist der Bereicherungsanspruch ausgeschlossen, wenn der Leistende weiß, dass der Eintritt des Erfolges unmöglich ist (gleicher Gedanke wie § 814 1.Alt) oder er den Erfolgseintritt wider Treu und Glauben verhindert hat (allgemeiner Rechtsgedanke, siehe auch § 162 I).

5.3.2.3.3 § 817 S. 2

Als Konditionssperre, die in der Praxis die größte Rolle spielt, gebührt § 817 S. 2 erhöhte Aufmerksamkeit.

5.3.2.3.3.1 *Der Grundgedanke von § 817 S.2*

Vom Wortlaut her ist § 817 S. 2 nur anwendbar, wenn der Leistende das Geleistete nach § 817 S. 1 deshalb zurückfordert, weil der Empfänger gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßen hat („gleichfalls“ in § 817 S. 2). Bei § 817 S. 2 geht es um die Versagung eines Anspruchs: Wer eine Leistung unter Verletzung der Rechtsordnung erbringt, soll sich zur Rückerlangung nicht dieser Rechtsordnung bedienen dürfen.

5.3.2.3.3.2 *Der erweiterte Anwendungsbereich*

Aus der Funktion des § 817 S. 2 ergeben sich zwei Erweiterungen des Anwendungsbereichs des § 817 S. 2 über seinen Wortlaut hinaus:

- Der KondiktionsAusschluss gilt nicht nur für § 817 S. 1, sondern darüber hinaus analog für alle Fälle der Leistungskondiktion. Da bei einem Gesetzes- oder Sittenverstoß idR auch das Grundgeschäft nach §§ 134, 138 nichtig ist, könnte der Leistende - statt nach § 817 S. 1 - nach § 812 I 1 1. Alt. kondizieren.
- § 817 S. 2 ist auch anzuwenden, wenn nur der Leistende (und nicht auch noch der Leistungsempfänger) gesetzes- oder sittenwidrig gehandelt hat, obwohl der Wortlaut der Vorschrift verlangt, dem Leistenden müsse der Verstoß „gleichsam“ zur Last fallen. Zu überlegen ist nämlich, dass ansonsten der verbots- und sittenwidrige handelnde Leistungsempfänger privilegiert würde: Dieser kann nämlich die Herausgabe des Erlangten nach § 817 S. 2 verweigern, während ein „untadeliger“ Empfänger sich dagegen nicht auf § 817 S. 2 berufen darf. Dies kann jedoch nicht gewollt sein.

5.3.2.3.3.3 *Wertungsprobleme*

Die Anwendung des § 817 S. 2 hat zur Folge, dass bei zweiseitigen Rechtsgeschäften, insbesondere bei gegenseitigen Verträgen, der Vorleistende auf eigenes Risiko handelt, da er wegen der Nichtigkeit weder Erfüllung verlangen noch die von ihm erbrachte Leistung zurückfordern kann. Diese Bevorzugung des Empfängers wurde früher mit dem Strafcharakter der Norm gerechtfertigt. Daran wird heute jedoch nicht mehr festgehalten, vielmehr wird mit verschiedenen Methoden versucht, den Anwendungsbereich der Norm einzuschränken. Als

klausurrelevanten Klassiker sollten Sie sich die zwei wichtigsten Fallgruppen für den Ausschluss des § 817 S. 2 durch § 242 einprägen⁹⁸.

Fall 76: W führte für B Handwerksarbeiten durch, ohne in der Handwerksrolle eingetragen zu sein oder seinen Gewerbebetrieb angemeldet zu haben. B war das bekannt; er hatte betont, dass die Arbeiten im Gesamtumfang von etwas 18.000 DM „schwarz“ ausgeführt werden sollen, weil er Kosten sparen wolle. Für die Arbeiten des W bezahlte B zunächst 4.000 DM; Steuern und Versicherungsabgaben führte W nicht ab. Nach Beendigung seiner Tätigkeit verlangt W von B den restlichen „Werklohn“. Kann W diesen Anspruch auf bereicherungsrechtliche Vorschriften stützen?

5.3.3 Bereicherung in sonstiger Weise (Nichtleistungskonditionen)

5.3.3.1 Überblick

Der Begriff „Nichtleistungskondiktion“ ist ein Oberbegriff für mehrere Kondiktionsformen, in denen die Bereicherung nicht durch eine Leistung, sondern „in sonstiger Weise“ zustande gekommen ist (vgl. § 812 I 1 2. Alt.). Bei dem durch § 812 I 1 2. Alt. verkörperten Grundtypus wird zwischen Eingriff-, Rückgriffs- und Verwendungskondiktion unterschieden. Spezielle Formen der Nichtleistungskondiktion enthalten §§ 816 und 822.

5.3.3.2 Das Verhältnis zur Leistungskondiktion (Subsidiarität)

Bevor die unterschiedlichen Erscheinungsformen der Nichtleistungskondiktion dargestellt werden, gilt es, ein wichtiges Strukturprinzip des Bereicherungsrecht vorzustellen: *den Grundsatz der Subsidiarität der Nichtleistungskonditionen.*

Liegt eine Bereicherung durch eine Leistung vor, schließt dies eine Bereicherung in sonstiger Weise hinsichtlich desselben Bereicherungsgegenstandes aus. Anders ausgedrückt: Derselbe Bereicherungsgegenstand kann danach entweder durch eine Leistung oder in sonstiger Weise erlangt sein. Dieses Prinzip gilt im Zweipersonenverhältnis uneingeschränkt, während es im Mehrpersonenverhältnis zunehmend durch wertende Überlegungen ersetzt wird (mehr dazu unter Abschnitt 4.3.4). Dieser Grundsatz erklärt

⁹⁸ BGH NJW 1990, 2542 (Schwarzarbeit); BGH NJW 1983, 1422 (Wucher-Darlehen).

sich für das Zweipersonenverhältnis durch die bestehende schuldrechtliche Sonderbeziehung, die durch eine Leistungskondiktion rückabgewickelt wird. Demgegenüber tritt der Güterschutz, der durch die Nichtleistungskondiktion (insbesondere deren häufigster Fall der Eingriffskondiktion) gewährt wird, als allgemeiner Rechtsbehelf zurück⁹⁹. Der Vorrang der Leistungskondiktion kann nur für das gelten, was gerade durch Leistung erlangt ist¹⁰⁰.

5.3.3.3 Die Eingriffskondiktion

Die Eingriffskondiktion bildet den eigentlichen Hauptfall der Nichtleistungskondiktion gem. § 812 I 1 2. Alt.¹⁰¹. Kondiziert werden soll im Rahmen der Eingriffskondiktion eine Rechtsposition, die der Schuldner in anderer Weise als durch Leistung (des Bereicherungsgläubigers) auf dessen Kosten ohne rechtlichen Grund erhalten hat. Entscheidendes Merkmal ist hierbei, dass der erlangte Vorteil (die Tatbestandsvoraussetzung des „erlangten Etwas“ wird bei allen Kondiktionen - somit auch bei den Nichtleistungskondiktionen - gleich geprüft) von der Rechtsordnung einem anderen „zugewiesen“ ist.

5.3.3.3.1 Eingriff

Ein Eingriff kann nicht nur in der bewussten Verletzung eines fremden Rechts durch den Bereicherungsschuldner selbst, sondern auch in der Handlung eines Dritten, in einer gesetzlichen Anordnung oder in Natureinwirkungen liegen.

Beispiel XLI: Die landwirtschaftlich genutzten Grundstücke von A und B liegen nebeneinander. Infolge starker Regenfälle werden Düngemittel, die auf dem Grundstück des A lagern, auf das Grundstück von B geschwemmt. Dem B ist das hochwillkommen, weil er sich dadurch das Düngen seines Landes sparen kann.

5.3.3.3.2 Auf Kosten

Anders als bei der Leistungskondiktion hat das Tatbestandsmerkmal „auf dessen Kosten“ bei der Eingriffskondiktion eine eigenständige Bedeutung. Allerdings ist nicht erforderlich (und somit auch nicht zu

⁹⁹ Hierzu im Fall 76 (Kinowerbung).

¹⁰⁰ Vgl. hierzu den Jungbullen-Fall (BGHZ 55, 176).

¹⁰¹ Weitergehende Ausführungen können Sie folgendem Aufsatz entnehmen: Hüffer, Die Eingriffskondiktion, JuS 1981, 263 - 268.

prüfen), dass beim Anspruchsteller durch den Eingriff eine Vermögenseinbuße eintritt. Dies erklärt sich - wie schon in der Einführung erläutert wurde - mit dem Sinn des Kondiktionsrechts, der anders als im Schadensersatzrecht eben nicht darin besteht, erlittene Vermögenseinbußen auszugleichen, sondern eine Bereicherung rückgängig zu machen, die dem Bereicherten nicht gebührt. Dieses Tatbestandsmerkmal dient dazu, den Gläubiger des Bereicherungsanspruchs zu bestimmen.

Fraglich ist dabei, wie der Begriff des Eingriffs „auf Kosten“ eines anderen zu definieren ist. Nach der früher herrschenden Rechtswidrigkeitstheorie war die Eingriffskondition von der Rechtswidrigkeit der Verhaltensweise des Bereicherungsschuldners abhängig. Inzwischen hat sich jedoch die sog. *Lehre vom Zuweisungsgehalt* durchgesetzt. Danach wird darauf abgestellt, ob in den Zuweisungsgehalt eines Rechtsgutes eingegriffen wird, dessen wirtschaftliche Verwertung bzw. Nutzung dem Bereicherungsgläubiger vorbehalten ist¹⁰².

Fall 77: A betreibt in Berlin ein Kino. In unmittelbarer Nähe steht das Haus des B, dessen Nachbargrundstück zur Seite des A hin unbebaut ist. A stellt einen Projektionsapparat auf und lässt täglich nach Einbruch der Dunkelheit Reklamebilder auf die helle Seitenwand des Hauses von B projizieren. Als B dies erfährt, verlangt er als Eigentümer der von A benutzten Hauswand ein Entgelt. A widerspricht dem jedoch, B habe die Wand ohnehin nicht vermieten können. Hat B einen Anspruch gegen A?

5.3.3.3 Fehlen des Rechtsgrundes

Die Tatbestandsvoraussetzung „ohne rechtlichen Grund“ folgt anders als bei der Leistungskondition nicht aus der Zweckverfehlung, sondern aus dem Widerspruch zu der für den Fall maßgeblichen Güterzuordnung. Die Bereicherung ist demnach ohne rechtlichen Grund erlangt, wenn der erlangte Vorteil nach der Rechtsordnung einem anderen zugewiesen ist. Hat der Rechtsinhaber vertraglich die Nutzung seines Rechts - womöglich erst nachträglich- gestattet, ist der Eingriff nicht länger unberechtigt.

¹⁰² Ein besonders examensrelevanter Fall stellt BGH NJW 1964, 1853 (Unberechtigte Untervermietung) dar; vgl. auch: Mutter, Die unberechtigte Untervermietung und ihre bereicherungsrechtliche Behandlung, MDR 1993, 303.

Rechtsgrund für einen Erwerb durch Eingriff kann auch eine gesetzliche Regelung sein. Hier ist jedoch genau darauf zu achten, dass die kraft Gesetzes erfolgte Zuordnung dann nicht mit Rechtsgrund erfolgt, wenn diese Zuordnungsänderung nur eine sachenrechtliche Reaktion auf faktische Veränderungen (wie etwa Verarbeitung, Verbindung, Vermischung, §§ 946 ff) ist und einzig der sachenrechtlichen Zuordnung der Sache zu einer Person dienen.

Beispiel XLII: So erwirbt der Finder nach § 973 zwar das Eigentum an der gefundenen Sache, bleibt aber noch drei Jahre dem Bereicherungsanspruch ausgesetzt (§ 977). Auch die §§ 946 ff beinhalten keinen Rechtsgrund zum Behaltendürfen, § 951 verweist ausdrücklich auf das Bereicherungsrecht¹⁰³.

Kondiktionsfest ist der gesetzliche Erwerb dagegen, wenn die Vorschrift im Verkehrsinteresse den Rechtserwerb ermöglicht und diesen auch als endgültigen bezweckt.

Beispiel XLIII: Rechtsgrund in diesem Sinne ist der Gutgläubenserwerb, da diese Vorschriften eine endgültige Güterzuordnung bezwecken¹⁰⁴.

5.3.3.3.4 Abschließender Fall zur Eingriffskondiktion

Fall 78: Der geschäftstüchtige Kinobetreiber A (Fall) hat eine neue Idee: Er schaltet nun Werbeanzeigen in allen einschlägigen Berliner Stadtmagazinen. Dabei wirbt er mit dem Bild des bekannten Schauspielers Harald J., das diesen gerade mit amüsiertem Grinsen beim Verlassen des Kino-Gebäudes von A zeigt, ohne um dessen Einverständnis gebeten zu haben. Hat Harald J. einen Anspruch gegen A aus § 812 I 1 2. Alt.?

5.3.3.4 Die Rückgriffskondiktion

Einen weiteren Unterfall der Nichtleistungskondiktion stellt die *Rückgriffskondiktion* dar.

Sie bezieht sich auf Fälle, in denen der Bereicherungsgläubiger auf fremde Schuld zahlt, ohne dass darin eine Leistung an den Dritten liegt. Zu merken ist sich hier insbesondere der Fall der Tilgung einer fremden Schuld nach § 267. Einen großen Anwendungsbereich hat die Rückgriffskondiktion allerdings nicht, da sie gegenüber anderen Formen des Regresses - etwa aus GoA - subsidiär ist (die berechtigte GoA stellt

¹⁰³ Einen ausführlichen Fall zu dieser Problematik finden Sie im Abschnitt 5.3.4.3.

im übrigen - was in Klausuren gerne übersehen wird - einen Rechtsgrund iS von § 812 I dar)¹⁰⁵. Häufig wird der zahlende Dritte auch durch eine die Rückgriffskondiktion ausschließende gesetzliche Abtretung (*cessio legis*)¹⁰⁶ geschützt (vgl. §§ 268 III, 774 I).

5.3.3.5 Die Verwendungskondiktion

Eine dritte Fallgruppe der Nichtleistungskondiktion bildet die *Verwendungskondiktion*. Sie kommt in Betracht, in denen jemand eigene Vermögenswerte auf fremdes Gut verwendet, ohne jedoch dem Eigentümer dadurch eine Leistung zu erbringen. Dies ist dann der Fall, wenn der Kondiktionsgläubiger mit eigenen Mitteln ohne Mitwirkung oder Zustimmung des Schuldners werterhöhende Aufwendungen auf dessen bewegliche oder unbewegliche Sachen macht (etwa weil er annimmt, diese gehörten ihm) und dadurch das Schuldnervermögen mehrt. Zu beachten ist auch hier, dass die Verwendungskondiktion (wie auch die Rückgriffskondiktion) durch Sonderregelungen außerhalb des Bereicherungsrechts verdrängt wird (§§ 677 ff, 994 ff), wobei viele Einzelfragen umstritten sind¹⁰⁷.

Fall 79 Die achtzigjährige G übertrug im Jahre 1989 ihrer volljährigen Enkelin E in notarieller Form das Eigentum an ihrem Hausgrundstück. 1992 nahm S, ihr Sohn, diverse Arbeiten am Haus vor. Er dachte, dies würde ihm später zugute kommen, da er nach dem Tode der G das Haus erben werde. Als er kurze Zeit später von der Übereignung an E erfährt, verlangt er von dieser Vergütung der von ihm gemachten Arbeits- und Materialaufwendungen.

Ein besonderes, im Einzelfall hochkompliziertes Problemfeld kann bei der Verwendungskondiktion (seltener auch bei der Rückgriffskondiktion) in Form der *aufgedrängten Bereicherung* auftreten¹⁰⁸. Dahinter verbirgt sich der Schutz des Schuldners vor der Situation, aufgrund der

¹⁰⁴ Zum umstrittenen Fall der Ersitzung iS des § 937, Palandt/Bassenge, § 937 Rdnr. 2.

¹⁰⁵ Zur umstrittenen Anwendung der Rückgriffskondiktion auf die Fallgruppe der „irrtümlichen Zahlung fremder Schulden“: BGH NJW 1986, 2700; Stolte, Das Wahlrecht bei irrtümlicher Zahlung fremder Schulden, Jura 1988, 246.

¹⁰⁶ Zur (rechtsgeschäftlichen) Abtretung nach § 398 vgl. Einf BR Abschnitt 7.1.4.

¹⁰⁷ Diese Problematik wird eingehend behandelt in: Schildt, Konkurrenzprobleme im Bereicherungsrecht, JuS 1995, 953; Haas, Die Verwendungsersatzansprüche im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und die aufgedrängte Bereicherung, AcP 176 (1976) 1 - 27.

Verwendungs-/Rückgriffskondition Aufwendungen ersetzen zu müssen, die er selbst gar nicht vorgenommen hätte. Damit der Schuldner also nicht etwas vergüten muss, was zwar objektiv eine Bereicherung darstellt, er subjektiv aber gar nicht haben wollte, werden unterschiedliche Lösungswege diskutiert¹⁰⁹. Es kann sogar so weit gehen, dass der Bereicherungsanspruch ausnahmsweise entfällt, wenn die objektive Bereicherung subjektiv für den Konditionsschuldner wertlos ist.

Das Problem der aufgedrängten Bereicherung wird zwar auf der Ebene des Umfangs des Bereicherungsanspruchs im Rahmen des § 818 II diskutiert und gehört somit in den Themenbereich des Abschnitts 4.3.5 (Inhalt des Bereicherungsanspruchs). Diese Problematik ist jedoch mit dem Erscheinungsbild der Verwendungskondition so eng verknüpft, dass eine „vorgezogene“ Darstellung den Zusammenhang verdeutlicht und somit das Verständnis erleichtert.

Fall 80: Was gilt im obigen Fall 79, wenn E einwendet, sie hätte in das alte Haus keinen Pfennig reingesteckt? Sie plane ohnehin, das Haus abzureißen.

5.3.3.6 Sondertatbestände

§ 816 enthält Spezialformen der Eingriffskondition. Aufgrund dieser Spezialität ist diese Vorschrift stets vor § 812 zu prüfen. In § 816 werden drei Tatbestände unterschieden:

- entgeltliche Verfügung eines Nichtberechtigten (§ 816 I 1),
- unentgeltliche Verfügung eines Nichtberechtigten (§ 816 I 2),
- Leistung an einen Nichtberechtigten (§ 816 II).

5.3.3.6.1 Entgeltliche Verfügung eines Nichtberechtigten

In § 816 I 1 ist die Herausgabepflicht des Nicht-(Verfügungs-)Berechtigten bestimmt, der eine dem (Verfügungs-)Berechtigten gegenüber wirksame Verfügung vornimmt. Zu berücksichtigen ist hierbei, dass grundsätzlich nur der Berechtigte wirksam verfügen kann. Nur in Ausnahmefällen sieht das Gesetz im Interesse der Rechtssicherheit vor, dass auch ein Nichtberechtigter

¹⁰⁸ Der Klassiker hierzu (vom BGH mehrfach entschieden): Grindelhochhäuser BGHZ 27, 204; 41, 157; kritisch dazu: Haas, AcP 176 (1976), 1 - 27.

¹⁰⁹ Eingehend Münchner Kommentar, Lieb, § 812 Rdnr. 262.

wirksame Verfügungen treffen kann. Beispiel dafür sind die Regeln des gutgläubigen Erwerbs beweglicher Sachen nach §§ 932 ff. Durch § 816 I 1 soll u.a. das unbillige Ergebnis des Gutgläubenschutzes¹¹⁰ korrigiert werden, da der Berechtigte einen Rechtsverlust erleidet, während der Nichtberechtigte, sofern er gegen Entgelt verfügt hat, einen Vermögensvorteil (Kaufpreis etc.) aus seiner Rechtsanmaßung zieht.

Fall 81: B verkauft und übereignet das geliehene Buch des A an den gutgläubigen C. Dass B das Buch von A nur geliehen und nicht geschenkt bekommen hatte, war ihm in diesem Moment nicht mehr bewußt. Welche Ansprüche hat A gegen B und C?

5.3.3.6.1.1 Tatbestandsvoraussetzungen

Unter Verfügung ist ein Rechtsgeschäft zu verstehen, durch das ein bestehendes Recht unmittelbar aufgehoben, belastet oder inhaltlich geändert wird¹¹¹.

Nichtberechtigter iS des § 816 I 1 ist derjenige, der sich eine Rechtsposition anmaßt, die er nicht innehat, der somit ohne Verfügungsmacht handelt. Hier gilt es, auf zwei besonders gelagerte Fälle zu achten:

- Nichtberechtigt kann auch der eigentliche Inhaber des Rechts sein, der aber in seiner Verfügungsmacht eingeschränkt ist (bspw. der Gemeinschuldner nach § 8 KO).
- Berechtigt ist dagegen auch derjenige, der zwar nicht Inhaber des Rechts, aber vom Rechtsinhaber wirksam zur Verfügung ermächtigt wurde (zB eine Einwilligung nach § 185 I). § 816 I ist dann nicht einschlägig.

Ob die Verfügung des Nichtberechtigten gegenüber dem Berechtigten wirksam ist, beurteilt sich in erster Linie nach den Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb (insbesondere §§ 932 ff, 892; 366 HGB).

Es kommt weiterhin häufig vor, dass die Wirksamkeit der Verfügung eines Nichtberechtigten durch die Genehmigung des Berechtigten herbeigeführt wird (§§ 185 II, 184 I). Die Genehmigung bewirkt allerdings nicht, dass der verfügende Nichtberechtigte zum Berechtigten wird, sondern führt allein zur Wirksamkeit der Verfügung mit der Rechtsfolge des § 816 I 1. Der bisherige Eigentümer verliert dadurch

¹¹⁰ Vgl. zum gutgläubigen Erwerb: Einf BR Abschnitt 8.2.1.4.

¹¹¹ Vgl. dazu: Einf BR Abschnitt 3.2.1.

zwar sein Eigentum (und dadurch seinen Herausgabeanspruch aus § 985), auf der anderen Seite gibt ihm die Genehmigung die Möglichkeit, sich einen finanzstarken Schuldner herauszusuchen, dessen Geschäft er genehmigen kann.

Letztlich muss die Verfügung entgeltlich erfolgen (arg. e § 816 I 2), das heißt, es muss ein Kauf- oder Tauschvertrag zugrunde liegen.

5.3.3.6.1.2 Umfang des Herausgabeanspruchs

Aus § 816 I 1 erfolgt die Herausgabepflicht des „durch die Verfügung Erlangten“. Dies ist insoweit eine ungenaue Formulierung, da durch die Verfügung selbst nichts erlangt wird (Folge des Abstraktionsprinzips). Unter dieser Formulierung wird jedoch verstanden, dass der Verfügende die vom Erwerber nach dem zugrunde liegenden Geschäft erbrachte Gegenleistung herausgeben muss. Hat der Nichtberechtigte ein Entgelt erhalten, was unterhalb des Wertes des Gegenstandes liegt, beschränkt sich seine Herausgabepflicht auf den tatsächlich erhaltenen Erlös. Gestritten wird dagegen um den erzielten Gewinn. Hier vertritt eine Mindermeinung, dass in einem solchen Falle nur der objektive Wert herauszugeben sei, der durch die Verfügung erzielte Gewinn beruhe auf der Geschäftstüchtigkeit des Nichtberechtigten und sei zudem dem Berechtigten gütermäßig nicht zugewiesen. Für die h.M., die den Gewinn in die Herausgabepflicht des Nichtberechtigten einbezieht, spricht neben dem Wortlaut des § 816 I 1 („das ... Erlangte“) die Überlegung, dass das Recht, eine Sache gewinnbringend zu verwerten, einzig dem Berechtigten zu steht.

Fall 82: Ein Unbekannter (U) stiehlt dem Eigentümer E ein Bild im Werte von 10 000 DM. Für 8000 DM veräußert U es an den gutgläubigen K. Diesem gelingt es, das Bild für 14 000 DM an den H zu verkaufen, der von der Vorgeschichte auch nichts weiß.

1. Kann E von K 14 000 DM fordern?
2. Kann K den an U gezahlten Kaufpreis iH von 8000 DM abziehen?

5.3.3.6.2 Unentgeltliche Verfügung eines Nichtberechtigten

5.3.3.6.2.1 Bedeutung

Verfügt der Nichtberechtigte wirksam, aber unentgeltlich - etwa aufgrund einer Schenkung - über den Bereicherungsgegenstand, so richtet sich entgegen § 816 I 1 der Bereicherungsanspruch nicht mehr

gegen den Nichtberechtigten, sondern gem. § 816 I 2 unmittelbar gegen den Erwerber. § 816 I 2 enthält einen Sonderfall im Bereicherungsrecht: Es kommt zum bereicherungsrechtlichen Durchgriff gegen einen Dritten, der aufgrund eines gültigen Kausalgeschäfts unentgeltlich etwas erlangt hat. Dadurch wird die geringere Schutzbedürftigkeit des unentgeltlichen Erwerbs ausgedrückt.

Fall 83: B hat sich von A ein Buch geliehen. B verschenkt es an den gutgläubigen C. A möchte das Buch von C zurück.

5.3.3.6.2.2 Abgrenzung zu § 822

Einen ähnlichen Sonderfall bildet auch § 822. Auch hier tritt die Entscheidung des Gesetzgebers zutage, den unentgeltlichen Erwerb weniger zu schützen als den entgeltlichen, bei dem dem Berechtigten der direkte Zugriff auf den Erwerber verschlossen ist. Anders als bei § 816 I 2 behandelt § 822 aber den Fall, dass ein Berechtigter verfügt, dessen eigener Erwerb jedoch kondiktionsbehaftet war.

Fall 84: Wie Fall 83, nur hatte B das Buch von A aufgrund eines nichtigen Kaufvertrages erworben. Kann A von C das Buch herausverlangen?

5.3.3.6.2.3 Spezialproblem: Rechtsgrundlos = Unentgeltlich?

Umstritten ist, ob im Rahmen des § 816 I 2 eine rechtsgrundlose Verfügung (z.B. der zugrundeliegende Kaufvertrag ist nichtig) der in § 816 I 2 genannten unentgeltlichen Verfügung gleichzustellen ist¹¹². Der rechtsgrundlose Erwerber entrichtet letztlich für seinen Erwerb kein Entgelt (er kann die Zahlung schlicht verweigern oder später das Geld gem. § 812 I 1 1.Alt. von seinem Vertragspartner, dem nichtberechtigten Verfügenden kondizieren). Erfordert dies eine Gleichbehandlung mit dem unentgeltlichen Erwerb?

Ein Teil der Lehre (*sog. Lehre von der Einheitskondition*) bejaht eine analoge Anwendung des § 816 I 2 in diesen Fällen. Zu beachten ist hierbei, dass nach diesem Lösungsweg die dem Erwerber eventuell gegen den Nichtberechtigten zustehenden Einwendungen aus dem Kausalvertrag abgeschnitten wird. Die h.M. (*sog. Lehre von der*

¹¹² Dieses Problem begegnet Ihnen (später) beim Eigentümer-Besitzer-Verhältnis bei § 988 wieder; hierzu Palandt/Bassenge, BGB, § 988 Rdnr. 4,5.

Doppelkondiktion) lehnt deshalb die Gleichsetzung von unentgeltlicher und rechtsgrundloser Verfügung ab. Danach liegen in diesen Fällen zwei Kondiktionsansprüche vor:

Dem Nichtberechtigten steht gegen den Erwerber der Anspruch aus § 812 I 1 1. Alt. zu.

Der Berechtigte kann gegen den Nichtberechtigten nach § 816 I 1 vorgehen und erreicht die Herausgabe des durch die Verfügung erlangten, hier in Form einer Abtretung. Denn erlangt hat der Nichtberechtigte kein Entgelt (da ja rechtsgrundlos geleistet wurde), sondern den Kondiktionsanspruch gegen den Erwerber. Deshalb spricht man in diesen Fällen auch von der „Kondiktion der Kondiktion“.

Fall 85: A leiht B sein Sportrad. B veräußert das Rad dem minderjährigen C, der hierfür 200 DM bezahlen soll. Die Eltern des C verweigern die Genehmigung des Geschäfts. Welche bereicherungsrechtliche Ansprüche hat A gegen B und C?

5.3.3.6.3 Leistung an einen Nichtberechtigten

Aus § 816 II ergibt sich der schuldrechtliche Ausgleich in den Fällen, in denen an einen Nichtberechtigten geleistet wurde und diese Leistung dem Berechtigten gegenüber wirksam ist. Hinter dieser abstrakten Formulierung verbirgt sich die folgende Grundkonstellation, der Zahlung nach erfolgter Abtretung an den Altgläubiger.

Fall 86: S schuldet dem A, seinem alten Schulfreund, 1000 DM, die S nach einem Streit in jüngster Zeit mit A nicht mehr bezahlen möchte. Als A selbst in Geldnöten gerät, tritt er seine Forderung gegen S an den neutralen N ab. Bevor S darüber informiert wird, überlegt S sich, dass er den A in seinen Geldnöten nicht hängen lassen kann und händigt diesem mit den Worten: „Wer wird denn schon nachtragend sein!“ 1000 DM aus. Die Versöhnung wird angemessen gefeiert und A ist über die Geste des S so glücklich, dass er vergißt, den S über die neue Situation zu informieren. N kann sich gar nicht mitfreuen, sondern verlangt die 1000 DM. Egal von wem. Wer muss zahlen?

5.3.4 Der Bereicherungsausgleich im Mehrpersonenverhältnis

5.3.4.1 Problemstellung

Die Rückabwicklung einer Vermögensverschiebung nach §§ 812 ff wirft besondere Probleme auf, wenn mehr als zwei Personen beteiligt sind. Für das Mehrpersonenverhältnis ist kennzeichnend, dass der Zuwendende

einen Vermögenswert auf den Empfänger überträgt und durch diese Zuwendung das Vermögen eines Dritten berührt. Diese Konstellation kann sowohl bei der Verbindung mehrerer Leistungsverhältnisse (das klassische Dreiecksverhältnis, dazu unter 4.3.4.2), als auch beim Zusammentreffen einer Leistungs- mit einer Nichtleistungskondition auftreten (dazu unter 4.3.4.3)¹¹³.

5.3.4.2 Das Zusammentreffen mehrerer Leistungsverhältnisse

5.3.4.2.1 Grundlagen zum Dreipersonenverhältnis

Wird bei Beteiligung mehrerer Personen die Kondition der Leistungen erforderlich, so ist häufig zweifelhaft, zwischen welchen der beteiligten Personen die Rückabwicklung vorzunehmen ist, wer von den Beteiligten also Konditionsschuldner und wer Gläubiger ist. Anspruchsberechtigt ist nämlich nicht schon derjenige, der die Vermögensverschiebung vorgenommen hat, und als Anspruchsverpflichteter kommt nicht automatisch derjenige in Betracht, welcher den Gegenstand in Empfang genommen hat.

Wird der Leistungszweck gegenüber einem anderen verfolgt, als dem, der die tatsächliche Zuwendung erhält, spricht man von einer *Leistung im Dreiecksverhältnis*¹¹⁴. Bei Fehlern in den einzelnen Leistungsbeziehungen stellt sich die Frage des Bereicherungsausgleichs, der im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist. Hierbei gilt es, folgende Kriterien als Ausprägung des Grundgedankens von gerechter Risikoverteilung und von Verkehrs- und Vertrauensschutz zu berücksichtigen:

- *Einwendungserhalt*
Jeder Partei eines fehlgeschlagenen Kausalverhältnisses müssen ihre jeweiligen Einwendungen gegen den anderen Teil erhalten bleiben.
- *Schutz vor Einwendungen Dritter*
Keine Partei darf mit Einwendungen belastet werden, die aus dem Verhältnis zwischen dem anderen Teil und Dritten herrühren.
- *Gerechte Verteilung des Insolvenzrisikos*

¹¹³ Schreiber, Der Bereicherungsausgleich im Mehrpersonenverhältnis, Jura 1986, 539.

¹¹⁴ Grundlegend: Canaris, Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis, Festschrift für K. Larenz, 799 - 865.

Das Risiko der Zahlungsunfähigkeit einer Partei soll nur ihr Vertragspartner zu tragen haben und nicht ein Dritter, der mangels Auswahl keine Risikoeinschätzung vornehmen konnte.

5.3.4.2.2 Einzelne Dreipersonenverhältnisse

5.3.4.2.2.1 *Leistungskette, Durchlieferung und Doppelmangel*

Bei der Durchlieferung wird der Gegenstand - anders als bei einer sog. Leistungskette (Fall87) - vom Schuldner nicht an den Gläubiger geliefert, sondern gleich an eine von diesem bestimmte Person, die ihrerseits dem Gläubiger gegenüber forderungsberechtigt ist. Die Rückabwicklung erfolgt in diesen Fällen ausschließlich zwischen den jeweiligen Parteien des Kaufvertrages. Hier besteht zwar grundsätzlich ein Streit, ob die Festlegung der Leistungsbeziehungen allein durch den Leistungsbegriff oder vorrangig unter Heranziehungen der unter 4.3.4.2.1 genannten Wertungskriterien zu erfolgen hat. In den Fällen der Leistungskette bzw. der Durchlieferung stimmt der Leistungsbegriff mit den Wertungskriterien überein.

Fall 87: A verkauft und übereignet an B ein Buch. Dieses Buch verkauft B weiter an C. Später stellt sich heraus, dass der Kaufvertrag A - B nichtig war. Welchen Anspruch hat A gegen B?

Die Rückabwicklung im jeweils betroffenen Vertragsverhältnis gilt auch in den Fällen des *sog. Doppelmangels*, der vorliegt, wenn beide Kaufverträge nichtig sind. Ein Durchgriff des Schuldners an die dritte Person kommt nur unter den Voraussetzungen des § 822 in Betracht.

5.3.4.2.2.2 *Anweisungsverhältnisse*

Rechtsprechung und Literatur haben die Grundsätze zur Zuwendung im Dreiecksverhältnis an der Zuwendung auf Weisung entwickelt. Diese bildet quasi ein „Modell“ der Kondiktion im Dreiecksverhältnis. Die dort entwickelten Grundsätze können auf andere Fallgruppen übertragen werden.

Der Begriff der Anweisung wird in einem weiteren Sinne verstanden als in § 783 (hier wird als Anweisung eine schriftliche Leistungsermächtigung wie etwa der Scheck bezeichnet). So kann man auch die Weisung von A an B bei der Durchlieferung als Anweisung im weiteren Sinne bezeichnen.

In einem Anweisungsfall erbringt der Schuldner die vertragliche Leistung nicht gegenüber seinem Gläubiger, sondern unmittelbar auf dessen Anweisung an einen Dritten. Gegenüber dieser dritten Person ist wiederum der Gläubiger zur Leistung verpflichtet. Dies bedeutet, dass mit nur einer tatsächlichen Zuwendung des Zuwendenden Z an den Empfänger zwei Vertragspflichten erfüllt werden. Bei der Anweisung im weiteren Sinne sind folgende Bezeichnungen der Kausalverhältnisse üblich, die die weitere Bearbeitung durch Unterscheidbarkeit erleichtern: Das Verhältnis des Anweisenden zum Angewiesenen heißt *Deckungsverhältnis*, denn aus diesem Verhältnis erhält der Angewiesene einen Ausgleich (quasi eine „Deckung“) für die von ihm erbrachte Zuwendung an den Dritten. Der Grund, warum der Anweisende eine Leistung an den Dritten erbringen lässt, bildet die Rechtsbeziehung zwischen diesen beiden Personen, das sog. *Valutaverhältnis*. Die sichtbare Vermögensbewegung selbst wird *Zuwendung* genannt.

Fall 88¹¹⁵: A schuldet dem E 1000 DM aus einem Kaufvertrag. Er überweist an B 1000 DM von seinem Konto bei der Z-Bank. Bestimmen Sie das Deckungs- und das Valutaverhältnis !

Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung erfolgt in den Anweisungsfällen grundsätzlich genau wie in den Fällen der Durchlieferung. Die besondere Schwierigkeit erhält diese Fallgruppe erst durch die Problematik der fehlerhaften Anweisung. Anders als bei der Durchlieferung wird ausnahmsweise auch bei fehlerhaftem Deckungsverhältnis eine Direktkondition des Angewiesenen gegen den

Zuwendungsempfänger zugelassen¹¹⁶:

Fall 89 E hat eine Werklohnforderung gegen D iHv 25.000 DM. Der nicht vertretungsberechtigte Architekt A des D überweist dem E unter Einschaltung der Z-Bank den Betrag. Da A keine Vertretungsmacht hatte und D der Belastung seines Kontos widerspricht, verlangt die Z-Bank von E den gezahlten Betrag heraus.

¹¹⁵ Vgl. Beispiel XXXVIII im Abschnitt 5.3.2.1.2.2 Die Zweckbestimmung.

¹¹⁶ Weitere wichtige Fälle in BGH NJW 1994, 2358 (Widerrufener Dauerauftrag); BGHZ 89, 376 (Widerruf einer Zahlungsanweisung); Erman/Westermann, BGB, § 812 Rdnr. 22 a (Geschäftsunfähigkeit des Anweisenden; gefälschter Überweisungsauftrag).

5.3.4.2.3 Weitere Fallgruppen

Die Rückabwicklung im Mehrpersonenverhältnis kennt weitere Fallkonstellationen, die in der Kürze dieses Skriptes nicht behandelt werden können, jedoch in Rechtsprechung und Literatur rege Beachtung erfahren haben.

- 1) Zahlung auf abgetretene Forderung¹¹⁷
- 2) Leistung auf fremde Schulden¹¹⁸
- 3) Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 I)¹¹⁹

5.3.4.3 Das Aufeinandertreffen von Leistungs- und Nichtleistungskondiktion

Bei einem Drei- oder Mehrpersonenverhältnis gibt es - anders als im Zweipersonenverhältnis - Konstellationen, in denen bezüglich desselben Gegenstandes sowohl ein Leistungsvorgang (der Gegenstand wird durch eine Person geleistet) als auch ein Eingriff (in das Recht einer anderen Person) gegeben ist, etwa beim Eigentumsverlust durch gutgläubigen Erwerb (§§ 932 ff), durch Verarbeitung oder durch Verbindung (§§ 946 ff). Hier gilt es zu klären, ob auch in diesen Fällen stets vom Vorrang der Leistungsbeziehungen auszugehen ist oder ob dieses Prinzip hinter andere Wertungen zurücktritt.

Fall 90: Grundstückseigentümer E schließt mit dem Bauunternehmer B einen Vertrag auf Erweiterung seines Einfamilienhauses. B bezieht die Baumaterialien beim Baustoffhändler H, der sie unter Eigentumsvorbehalt liefert. Nach Fertigstellung der Baumaßnahme fällt B in Konkurs. da B den Kaufpreis der gelieferten Materialien noch nicht gezahlt hat, will sich H an E halten. Zu Recht?

5.3.5 Der Inhalt des Bereicherungsanspruchs

5.3.5.1 Der Bereicherungsgegenstand

Liegen die Voraussetzungen eines Bereicherungsanspruchs vor, so ist in erster Linie das Erlangte herauszugeben. Wie die Herausgabe zu erfolgen hat, richtet sich nach der Art der Bereicherung (Rückübereignung einer Sache, Übertragung des Besitzes, Rückgabe einer erlangten

¹¹⁷ Kohler, Bereicherungshaftung in Zessionsfällen, WM 1989, 1629; Lieb, Zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung von Zession, Jura 1990, 359.

¹¹⁸ BGH NJW 1991, 919 (Bereicherungsansprüche bei Zahlung fremder Schuld).

¹¹⁹ BGHZ 58, 184 ff (Kondiktion beim fehlerhaften Vertrag zugunsten Dritter).

Grundbuchposition durch Zustimmung zu ihrer Löschung). Nur bei Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung geht der Bereicherungsanspruch nach §§ 951 I, 812 I 1 2. Alt. von vornherein auf Geldersatz.

5.3.5.1.1 Herausgabe von Nutzungen und Surrogaten

Herauszugeben sind auch die aus dem erlangten Gegenstand vom Bereicherungsschuldner gezogenen *Nutzungen* (§ 818 I 1. Hs). Das sind nach § 100 die Früchte und Gebrauchsvorteile. Dabei beschränkt sich die Haftung auf die tatsächlich gezogenen Nutzungen.

Beispiel XLIV: Das Kalb der Kuh; die Zinsen einer Forderung; die Lizenzgebühr für ein Patentrecht.

Die Herausgabepflicht erstreckt sich auch auf bestimmte *Surrogate*, also auf Gegenstände, die an die Stelle des Erlangten getreten sind (§ 818 I 2. Hs):

„Aufgrund eines erlangten Rechts“ ist ein Surrogat erlangt, wenn der Bereicherungsschuldner es in bestimmungsgemäßer Ausübung des Rechts erhalten hat, etwa durch Einziehung einer rechtsgrundlos erlangten Forderung oder durch Verwertung eines rechtsgrundlos erlangten Sicherungsrechts.

Fall 91: B veräußert das von A rechtsgrundlos erworbene Bild (Wert 1000 DM) für 2000 DM an C weiter. Kann A den Verkaufserlös herausverlangen?

„Als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes“ erworbene Surrogate sind insbesondere Versicherungsleistungen oder Schadensersatzansprüche des Bereicherungsschuldners gegen Dritte.

Fall 92: B hat von A rechtsgrundlos ein Fahrrad erworben. Bevor er es an A zurückgeben kann, zerstört C schuldhaft das Fahrrad. Nur noch ein Haufen Schrott bleibt übrig. Geht der Bereicherungsanspruch des A nun ins Leere?

5.3.5.1.2 Wertersatz

Nach § 818 II muss der Bereicherungsschuldner Wertersatz leisten, wenn entweder die Herausgabe unmöglich ist. Dabei gibt es auch hier Fälle der objektiven Unmöglichkeit (bei empfangenen Dienstleistungen,

Verbrauch des erlangten Gegenstandes) oder der subjektiven Unmöglichkeit (bei Weiterveräußerung).

Geschuldet wird der Verkehrswert (objektiver Wert), nicht der Veräußerungserlös (anders als bei § 816)¹²⁰ und erst recht nicht der Schaden des Bereicherungsgläubigers.

5.3.5.2 Der Wegfall der Bereicherung

5.3.5.2.1 Bedeutung und Voraussetzungen

Nach § 818 III entfällt die Pflicht des Bereicherungsschuldners zur Herausgabe bzw. zum Wertersatz, wenn er nicht mehr bereichert ist. Dies erklärt sich mit dem Sinn des Bereicherungsrechts: Es soll eine Vermögensmehrung abgeschöpft werden. Die Herausgabepflicht soll aber darüber hinaus nicht zu einer Verminderung des Vermögens führen. Dies wird zum Teil als oberster Grundsatz des Bereicherungsrechts bezeichnet¹²¹.

Kann sich der Bereicherungsschuldner erfolgreich auf die Bereicherung berufen, trägt somit der Gläubiger das Risiko, den kondiktionsbehafteten Gegenstand nicht zurückzubekommen (*sog. Entreichungsrisiko*).

Der Schuldner ist entreichert, wenn sich weder der Vermögensgegenstand selbst noch dessen Wert in seinem Vermögen befinden. Das ist z.B. dann der Fall, wenn der Gegenstand untergegangen ist, der Schuldner ihn verbraucht oder verschenkt hat.

Fall 93: Vater V schenkt seinem Sohn S ein Segelboot zum bestandenen Examen. Bereits beim ersten Törn wird das Boot bei einem Sturm schwer beschädigt. Vater V ist sauer. Als sich nunmehr herausstellt, dass der Schenkungsvertrag unwirksam ist, verlangt er von S das Boot und Wertersatz. Zu Recht?

Die Entreichung iS des § 818 III wird nach wirtschaftlichen Kriterien beurteilt. Es ist daher zu untersuchen, ob das ursprünglich Erlangte - wenn nicht selbst, dann aber in seinem Wert - im Vermögen des Konditionsschuldners noch vorhanden ist.

¹²⁰ Siehe dazu Abschnitt 5.3.3.6.1.2.

¹²¹ BGHZ 55, 128, 131.

Beispiel XLV: Schenkt jemand einen kondiktionsbehafteten Gegenstand an einen Freund, so befindet sich der Gegenstand zwar nicht mehr im Vermögen des Schenkers, aber wohlmöglich hat er Aufwendungen für ein anderes Geschenk gespart.

Ein Wegfall der Bereicherung liegt jedoch nicht vor, wenn und soweit der Bereicherte durch Weitergabe oder Verbrauch des Erlangten eigene Aufwendungen erspart hat. Anders ist es, wenn mit rechtsgrundlos erlangten Geld Ausgaben getätigt werden, die der Bereicherte normalerweise nicht gehabt hätte (*sog. Luxusaufwendungen*).

Beispiel XLVI: Hat Renterin R eine Luxusreise erlangt, die sie ansonsten nicht unternommen hätte, ist ein Bereicherungsanspruch wegen § 818 III ausgeschlossen. Der mit der Reise erlangte Vermögensvorteil ist nämlich nicht mehr in ihrem Vermögen vorhanden, weil sie keine Aufwendungen erspart hat.

5.3.5.2.2 Berücksichtigung von Einbußen des Schuldners

Im Bereicherungsrecht ist nicht geregelt, ob der Bereicherungsschuldner auch die mit dem Bereicherungsvorgang entstandenen Nachteile ersetzt erhält. So fehlt z.B. eine Regelung darüber, ob der Empfänger, der die Sache instandsetzt oder verbessert, die Verwendungen ersetzt erhält bzw. ob der Empfänger Ersatz für Schäden, die die rechtsgrundlos erlangte Sache an anderen Rechtsgütern des Empfängers verursacht, verlangen kann¹²².

Grundvoraussetzung für eine bereicherungsmindernde Berücksichtigung erlittener Vermögensnachteile, ist die Kausalität zwischen dem bereichernden Vorgang und der Vermögenseinbuße beim Kondiktionsschuldner. Nach überwiegender Auffassung kann nur die mit der Bereicherung kausal verknüpfte Aufwendung von Bedeutung sein, die der Kondiktionsschuldner im Vertrauen auf den Fortbestand des Erwerbs getätigt hat. Als zusätzliches Kriterium wird für die Frage der Abzugsfähigkeit von Vermögenseinbußen der Gesichtspunkt der angemessenen Risikoverteilung herangezogen. Berücksichtigt wird dadurch, welcher Partei nach der objektiven Interessenlage oder nach dem Willen der Vertragsparteien das Entreicherungsrisiko zugewiesen ist.

¹²² Zur Frage der Abzugsfähigkeit des Kaufpreises bei § 816 I 1: Abschnitt 5.3.3.6.1.2 Fall .

Fall 94: A hat von B einen Hund für 200 DM gekauft. Als sich herausstellt, dass der Kaufvertrag unwirksam ist, hat A den Hund inzwischen für 200 DM weiterverkauft. Als B nach §§ 812 I 1 1. Alt., 818 II Wertersatz verlangt, wendet A ein, sie habe inzwischen 100 DM für feinstes Hundefutter und weitere 50 DM für das Flickern eines Teppichläufers, dem liebsten Spielzeug des kleinen Beißwunders, ausgegeben. Kann sie sich diesbezüglich auf Entreicherung berufen?

5.3.5.2.3 Berücksichtigung der Gegenleistung

Die §§ 812 ff regeln nur Lebenssachverhalte, in denen der Empfänger - einseitig - eine Leistung erhalten hat, ohne hierfür eine Gegenleistung erbracht zu haben. Sie gehen von einem einseitigen Bereicherungsanspruch aus. Wie die Rückabwicklung fehlgeschlagener Austauschverträge, die zur Leistung und Gegenleistung verpflichten, erfolgen soll, ist umstritten.

5.3.5.2.3.1 *Saldotheorie versus Zweikondiktionentheorie*

Bei der Rückabwicklung eines nichtigen, aber von beiden Seiten erfüllten Vertrages bestehen auf beiden Seiten Bereicherungsansprüche. Für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung stellt sich nun die Frage, ob jede Partei einen selbständigen Kondiktionsanspruch erwirbt mit der Folge, dass zwei von einander unabhängige Bereicherungsansprüche bestehen (so die sog. *Zweikondiktionentheorie*) oder aber ob sich das synallagmatische Verhältnis der beiden Leistungspflichtigen auch im Bereicherungsrecht fortsetzt (so die sog. *Saldotheorie*¹²³).

Bei der Zweikondiktionentheorie kann eine Verknüpfung der Konditionen nur durch Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts (§§ 273, 274) oder - bei Gleichartigkeit - durch Aufrechnung (§§ 387 ff) herbeigeführt werden.

Die wirtschaftliche Verknüpfung der von den Parteien erbrachten Leistungen nach der Saldotheorie zeigt dagegen folgenden Konsequenzen:

- Sind die zu kondizierenden Leistungen beide noch vorhanden, so kann bei ungleichartigen Bereicherungsansprüchen jeder Vertragspartner

¹²³ Beuthien, Das Rätsel Saldotheorie, Jura 1979, 532; Honsell, Die Saldotheorie - Erweiterung oder Restriktion des § 818 III BGB?, JZ 1980, 802.

die Rückgewähr der hingegebenen Leistung nur Zug um Zug gegen die Rückgabe der seinerseits empfangenen Leistung verlangen.

- Bei gleichartigem Leistungsinhalt (Geld) besteht von vornherein nur ein Bereicherungsanspruch auf den Saldo. Leistung und Gegenleistung werden - ohne Aufrechnungserklärung oder Berufung auf ein Zurückbehaltungsrecht - verrechnet. Nur der Vertragspartner, zu dessen Gunsten ein Überschuss festgestellt wurde, ist zur Herausgabe verpflichtet.
- Ist eine Partei entreichert und gemäß § 818 III nicht mehr zur Rückgewähr der von ihr empfangenen Leistung verpflichtet, so wird der Wert der untergegangenen Leistung vom Bereicherungsanspruch des Entreicherten abgezogen (Ausnahme zu § 818 III).

Fall 95: V verkauft dem K einen Opel Manta für 8000 DM. Kurze Zeit nach der Kaufpreiszahlung fährt K das Auto gegen einen Baum. Nun stellt sich heraus, dass der Kaufvertrag unwirksam war. K verlangt den Kaufpreis zurück. Zu welchen Ergebnissen führen Zweikonditionen- und Saldotheorie?

5.3.5.2.3.2 *Ausnahmen der Saldotheorie*

Die Saldotheorie wurde von der Rechtsprechung entwickelt, um die unbilligen Ergebnisse, die durch die Zweikondiktionentheorie erzielt werden (vgl. Fall), zu vermeiden. Da es sich bei der Saldotheorie somit um eine Billigkeitskorrektur des § 818 III handelt, muss sie weichen, wenn übergeordnete Gesichtspunkte die Anwendung der Zweikondiktionentheorie erfordern.

Aus diesem Grund ist insbesondere anerkannt, dass die Saldierung niemals zulasten eines Minderjährigen oder Geschäftsunfähigen kommen kann, weil dies zur Folge hätte, dass die durch §§ 104 ff geschützte Person entgegen den gesetzlichen Wertungen faktisch am Vertrag festgehalten würde¹²⁴.

Teilweise wird auch vertreten, die Risikoverteilung unter den Parteien des Rückabwicklungsverhältnisses lasse sich statt mit der Saldotheorie besser mit einer *modifizierten Zweikondiktionenlehre* erreichen, die den Anwendungsbereich des § 818 III einschränkt. Im einzelnen ist hier aber fast alles streitig. So sollen z.B. die §§ 346 ff entsprechend herangezogen

¹²⁴ Keine Anwendung der Saldotheorie zugunsten eines arglistig Täuschenden, BGHZ, 57, 137.

werden. Danach kann sich der Bereicherungsschuldner dann nicht auf die Entreicherung nach § 818 III berufen, wenn er die Verschlechterung oder den Untergang der Sache nach §§ 350, 351 verschuldet hat¹²⁵.

Fall 96: Was ändert sich in Fall5 (Opel Manta), wenn sich die Nichtigkeit des Kaufvertrages aus einer unerkennbaren Geisteskrankheit des K ergibt?

5.3.5.3 Besonderheiten bei verschärfter Haftung

Die Möglichkeit, eingetretene Entreicherungen gem. § 818 III von dem Umfang Bereicherungsanspruchs abzuziehen, privilegiert denjenigen Bereicherungsschuldner, der auf die Rechtsbeständigkeit des rechtsgrundlosen Erwerbs vertraut hat und vertrauen durfte, der deshalb schutzwürdig ist. Dagegen regeln die §§ 818 IV, 819, 820 Fälle verschärfter Haftung, in denen der Bereicherungsschuldner ein solches Vertrauen nicht hatte. Ihm wird daher das Privileg des § 818 III versagt¹²⁶.

5.3.5.3.1 Tatbestände der verschärften Haftung

Die §§ 818 IV, 819, 820 enthalten unterschiedliche Tatbestände der verschärften Haftung.

- *Rechtshängigkeit des Kondiktionsanspruchs, § 814 IV*

Ab Rechtshängigkeit der Klage (d.h. ab Zustellung der Klage an den Beklagten, §§ 261 I, II, 253 I ZPO) bzw im Mahnverfahren ab Zustellung des Mahnbescheids (§ 696 III ZPO)¹²⁷. Ab diesem Zeitpunkt muss der Empfänger damit rechnen, dass er herauszugeben oder zu zahlen hat.

- *Kenntnis vom Mangel des Rechtsgrundes, § 819 I BGB*

Bereits vor der Rechtshängigkeit der Klage kann den Bereicherungsschuldner eine verschärfte Haftung treffen, wenn er von der Rechtsgrundlosigkeit der empfangenen Leistung weiß. Dabei ist positive Kenntnis erforderlich, fahrlässige Unkenntnis ist nicht ausreichend. Gem. § 142 II steht die Kenntnis der Anfechtbarkeit der

¹²⁵ Erman/Westermann, BGB § 818 Rdnr. 44, 45 mwN.

¹²⁶ Medicus, Die verschärfte Haftung des Bereicherungsschuldners, JuS 1993, 705.

¹²⁷ Zum Zivilprozeß vgl. Einf BR Abschnitte 12.1, 12.2.

Kenntnis des durch die Anfechtung bewirkten Wegfalls des Rechtsgrundes gleich.

Umstritten ist die Frage, ob die verschärfte Haftung nach § 819 I auch den Minderjährigen treffen kann. Zum Teil wird allein auf die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters abgestellt. Nur so sei dem Minderjährigenschutz nach §§ 104 ff Rechnung zu tragen. Nach aA soll es allein auf die Deliktsfähigkeit des Minderjährigen nach § 827 - 829 ankommen. Die h.M. trennt dagegen zwischen Leistungs- und Eingriffskondiktion. Bei der Leistungskondiktion, die der Rückabwicklung von Vertragsverhältnissen dient, greift der Minderjährigenschutz durch. Hier ist die Bösgläubigkeit des gesetzlichen Vertreters entscheidend. Die Eingriffskondiktion steht näher zum Deliktsrecht. Hier gibt die Deliktsfähigkeit des Minderjährigen nach §§ 827 - 829 den Ausschlag¹²⁸.

- *Verwerflicher Empfang, § 819 II BGB*

Die Haftungsverschärfung nach § 819 II bezieht sich auf die Fälle des § 817 S. 1, in denen der Empfänger durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen hat.

- *Ungewisser Erfolgseintritt, § 820 BGB*

Die verschärfte Haftung gilt nach § 820 auch dann, wenn mit der Leistung ein Erfolg bezweckt, dessen Eintritt aber als ungewiss angesehen wurde, und dieser Erfolg nicht eingetreten ist. Hier konnte der Bereicherungsschuldner mit dem Ausbleiben des Erfolgs rechnen. Er durfte daher nicht darauf vertrauen, dass Erlangte behalten zu dürfen.

5.3.5.3.2 Folgen

Wenn die Voraussetzungen der verschärften Haftung vorliegen, kann sich der Bereicherungsschuldner nicht mehr nach § 818 III auf Entreicherung berufen. Er haftet vielmehr nach den allgemeinen Vorschriften. Es besteht eine Haftung nach §§ 292, 292, so dass der

¹²⁸ Müller, Die Bösgläubigkeit des Minderjährigen im Falle des § 819, JuS 1995, L 81.

Konditionsschuldner, der eine Sache herauszugeben hat, nach den Vorschriften über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis in Anspruch genommen werden kann¹²⁹. Von Bedeutung in diesem Zusammenhang ist die Paragraphenkette der §§ 819 I, 818 IV, 292, 987 - 1003.

Die Haftungsverschärfung führt zur Verschuldenshaftung (§§ 292, 989), bei Verzug sogar zur Zufallshaftung (§§ 292, 287 S. 2). Während für gezogenen Nutzungen der Bereicherte grundsätzlich nach § 818 I haftet, wird dies für den verschärft Haftenden auch auf schuldhaft nicht gezogene Nutzungen ausgedehnt (§§ 292, 994 II). Andererseits sind nur notwendige Verwendungen auf den Gegenstand anrechnungsfähig (§§ 292, 994 II).

Fall 97: Der minderjährige B flog als blinder Passagier mit der Lufthansa (L) von Hamburg nach New York. Es folgte dabei einem spontanen Entschluß. Einen regulären Flug nach New York hätte M nämlich niemals gebucht. Weil er jedoch kein Visum für die Vereinigten Staaten hatte, wurde ihm in New York die Einreise verweigert. Die Lufthansa beförderte ihn daraufhin zurück nach Deutschland und verlangt zunächst die Bezahlung des Hinfluges. Die Eltern verweigern die Zahlung. B weist daraufhin, dass die Maschine gar nicht ausgebucht gewesen sei.

5.3.5.4 Bereicherungseinrede

Das Bereicherungsrecht gibt nicht nur einen Bereicherungsanspruch, sondern auch eine Bereicherungseinrede (§ 821). Die Vorschrift betrifft zunächst allein den Fall, dass jemand eine Verpflichtung eingegangen ist, derer er sich im Wege des bereicherungsrechtlichen Anspruchs auf Befreiung von einer Verbindlichkeit hätte erledigen können. Dieser Kondiktionsanspruch muss verjährt sein.

Beispiel XLVII: Hat jemand ohne rechtlichen Grund ein abstraktes Schuldversprechen gem. § 780 abgegeben und ist „sein“ Kondiktionsanspruch gegen den Gläubiger des Schuldversprechens verjährt, so kann er die Inanspruchnahme einredehalber verweigern.

Dem § 821 wird man nach den neuen Verjährungsregelungen einen größeren Anwendungsbereich zusprechen können. Denn der Bereicherungsanspruch verjährt, ebenso wie zumeist der Anspruch aus der rechtsgrundlosen Forderung, nicht mehr in 30, sondern in 3 Jahren (vgl. § 195 BGB). Einen weitergehenden Anwendungsbereich ergibt sich

¹²⁹ Zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, vgl. Einf BR Abschnitt 8.3.

darüber hinaus, wenn man aus § 821 die Befugnis des Schuldners ableitet, auch schon vor Eintritt der Verjährung die Erfüllung der rechtsgrundlos eingegangenen Verpflichtung zu verweigern, um den Bereicherungsgegenstand nicht erst nach erfolgter Leistung wieder zurückzufordern. Allerdings ergibt sich diese Befugnis auch aus der allgemeinen Vorschrift des § 242 in seiner anerkannten Funktion als Verbot widersprüchlichen Verhaltens (*dolo facit, qui petit, quod statim redditurus est*)

5.4 Deliktsrecht

5.4.1 Einführung

Das Deliktsrecht dient mit seinen Anspruchsgrundlagen dem Ausgleich von Schäden, die der Anspruchsteller idR durch eine „unerlaubte Handlung“ (so die Überschrift zum 25. Titel, der die §§ 823-853 enthält) erlitten hat. Wichtige Prinzipien des Deliktsrechts und die Prüfung deliktsrechtlicher Ansprüche wurden bereits im ersten Semester kurz dargestellt, worauf im folgenden aufgebaut wird.¹³⁰ Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ist das Deliktsrecht bis auf eine Ausnahme nicht geändert worden. Die in § 852 geregelte Sonderregelung zur Verjährung ist aufgehoben worden. Hinsichtlich der Verjährung wird auf die allgemeine Vorschrift des § 195 zurückgegriffen. Zu beachten ist aber, dass die Verjährung nicht mehr in dem Zeitpunkt beginnt, in dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen hat (vgl. § 852 I a.F.), sondern nach § 199 zu beurteilen ist. § 852 enthält nunmehr eine Sonderregelung für die Behandlung von dinglichen Herausgabeansprüchen nach dem Eintritt der Verjährung, auf die aber später genauer eingegangen wird.

„Unerlaubt“ ist oftmals nicht die Handlung als solche, sondern nur eine Handlung, durch deren Vornahme auch weitere Voraussetzungen erfüllt werden.

Beispiel XLVIII: Wenn der A mit seinem Auto die Straße Unter den Linden entlang fährt, so ist dagegen an sich nichts zu sagen. Anders kann die Beurteilung sein, wenn er dabei den Passanten P anfährt, der hierdurch verletzt wird.

¹³⁰ Vgl. Einf BR 7.7.

Es können folglich auch grundsätzlich erlaubte Handlungen dazu führen, dass der Handelnde sich Ansprüchen ausgesetzt sieht. Dies wird immer dann der Fall sein, wenn der Handelnde widerrechtlich in einen fremdem Rechtskreis eingegriffen hat.¹³¹ Dabei ist zu betonen, dass es – anders als im Vertrag, wo die Parteien einander im Regelfall ausgesucht haben – im Deliktsrecht um Rechtsbeziehungen geht, die zwischen *allen* Rechtssubjekten bestehen. Anders gewendet, führt die – grundrechtlich abgesicherte – Freiheit zu bestimmten Handlungen dazu, auch für die Folgen dieser Handlungen haften zu müssen, wenn dadurch die Freiheit eines anderen, von Beeinträchtigungen seines Rechtskreises verschont zu bleiben, berührt ist.

Ähnlichkeiten von deliktsrechtlichen Normen mit strafrechtlichen Tatbeständen treten häufig auf, ohne dass das Deliktsrecht die Aufgabe hätte, den Schädiger zu bestrafen; im Vordergrund steht vielmehr die bereits angesprochene Ausgleichsfunktion.¹³²

Beispiel XLIX: Wenn der D dem E ein Buch wegnimmt, so kann darin bei Vorliegen bestimmter subjektiver Voraussetzungen ein Diebstahl im Sinne des § 242 StGB liegen. Gleichzeitig sind deliktsrechtlich §§ 823 I, II BGB iVm § 242 StGB, 826 BGB zu prüfen. Dieser scheinbare „Gleichlauf“ besteht jedoch oftmals nicht, soweit Fahrlässigkeit gegeben ist. So führt die fahrlässige Sachbeschädigung zu § 823 I, während sie strafrechtlich irrelevant ist, wie sich aus §§ 15, 303 StGB ergibt.

5.4.2 Überblick über die wichtigsten Anspruchsgrundlagen

Das BGB und andere Gesetze, in denen unerlaubte Handlungen geregelt sind, unterscheiden zunächst danach, ob die Verletzung des fremden Rechtskreises *verschuldet* oder *unverschuldet* war, also zwischen Verschuldens- und Gefährdungshaftung. Eine weitere Unterscheidung ergibt sich aus dem Haftungsgrund der unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen: So wird für die Verletzung von bestimmten besonders wichtigen, idR *absolut geschützten Rechtsgütern* des Geschädigten gehaftet (§ 823 I). Neben diese Haftung tritt die Haftung wegen der Verletzung von Gesetzen, die eigens zum Schutz bestimmter Individualgüter geschaffen wurden, sog. *Schutzgesetze* (§ 823 II iVm

¹³¹ Palandt/Thomas, Einf v § 823 Rdnr. 1.

¹³² MüKo/Mertens, vor §§ 823-853 Rdnr. 41.

dem Schutzgesetz). Nach Ansicht der Gesetzgeber des BGB besonders zu regeln war die Haftung für *vorsätzliche sittenwidrige Schädigung* (§ 826). Alle diese unerlaubten Handlungen können auch von *mehreren* begangen werden, worauf die §§ 830, 840 abstellen. Der Tatsache, dass sich Personen bei der Vornahme von Handlungen oft dritter Personen bedienen, trägt die Haftung für den Verrichtungsgehilfen Rechnung (§ 831), wobei schon hier darauf hinzuweisen ist, dass Haftungsgrund hierbei ein *eigenes* Verschulden des Geschäftsherrn ist. Des weiteren knüpft das Gesetz z.B. an die Innehabung der tatsächlichen Gewalt über Tiere, Bauwerke, Kraftfahrzeuge etc. sowie an das Inverkehrbringen von Produkten bestimmte Verhaltensnormen, bei deren Verletzung Schadensersatzansprüche entstehen können (z.B. §§ 833, 836, 7 StVG, 1 ProdHaftG).

Wegen der besonderen Klausurrelevanz werden im Rahmen dieses Skriptums auch die Normen über den Inhalt der Schadensersatzansprüche (vor allem §§ 249 ff. BGB) dargestellt, die aber nicht nur für Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung, sondern allgemein für alle Schadensersatzansprüche gelten.

5.4.3 Literaturtipps

- Medicus, Grundwissen zum Bürgerlichen Recht, 3. Auflage 1997, §§ 23-25
- ders., Schuldrecht II, Besonderer Teil, 8. Auflage 1997, §§ 134 ff.
- Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 2, 13. Auflage 1994, §§ 75 ff.
- Kupisch/Krüger, Grundfälle zum Recht der unerlaubten Handlung, JuS 1980, S. 270 ff., 422 ff., 574 ff., 727 ff.; JuS 1981, S. 30 ff., 347 ff., 584 ff., 737 ff.

5.4.4 Haftung für die Verletzung von Rechten und Rechtsgütern iSd § 823 I

Wie bereits angedeutet, statuiert § 823 I eine Haftung auf Schadensersatz für den Fall, dass durch eine Handlung des Anspruchsgegners bestimmte Rechtsgüter widerrechtlich und schuldhaft verletzt werden und hierdurch ein Schaden entsteht. Die Aufzählung der in § 823 I genannten Rechte und Rechtsgüter ist nicht abschließend, wie sich aus der Formulierung

„oder ein sonstiges Recht“ ergibt. Dies eröffnet u.a. den Weg zu den sog. Rahmenrechten.¹³³

5.4.4.1 *Leben*

Nicht jeder Angriff auf das Leben (z.B. ein versuchter Mord iSd §§ 211, 212, 22 StGB) führt dazu, dass das Rechtsgut „Leben“ iSd des § 823 I verletzt ist. Dies ist vielmehr nur dann der Fall, wenn der Träger des Rechtsguts *getötet* wird. Eine versuchte Tötung, die „nur“ zu einer Körperverletzung führt, wird aber durch die Rechtsgüter „Körper“ und „Gesundheit“ auch iRd § 823 I erfasst.

Problematisch ist, dass die Rechtsfähigkeit des Menschen, die nach § 1 mit der Vollendung der Geburt beginnt, mit dem Tod endet. Dem Getöteten kann folglich ein Recht nicht mehr zustehen, also auch kein Recht, von einem anderen ein Tun, z.B. die Zahlung von Schadensersatz, zu verlangen (vgl. § 194), mithin kein Schadensersatzanspruch. Allerdings hinterlässt ein Verstorbener regelmäßig Erben, die nach § 1922 I die Gesamtrechtsnachfolge antreten. Auf die Erben können aber nur solche Rechte übergehen, die der Verstorbene (der Erblasser) selbst hatte. Da das potentiell anspruchsbegründende Ereignis (der Tod) identisch ist mit dem die Erbfolge auslösenden Ereignis, kann ein Schadensersatzanspruch wegen der Tötung eines Menschen folglich von niemandem auf § 823 I gestützt werden. Die in § 823 I normierten Anspruchsvoraussetzungen sind jedoch vorgreiflich für die Ansprüche nach §§ 844, 845.

5.4.4.2 *Körper und Gesundheit*

Mit den Rechtsgütern „Körper“ und „Gesundheit“ schützt § 823 I die körperliche Integrität eines Menschen gegen Störungen der körperlichen, geistigen oder seelischen Lebensvorgänge. Die Körperverletzung umfasst Beeinträchtigungen der *äußeren* körperlichen Integrität, während die Gesundheitsbeschädigung sich auf die *innere* körperliche Integrität bezieht. Äußerlich kann schon die Schmerzfügung ausreichen, die nicht notwendig zu einer medizinisch relevanten Störung der inneren Vorgänge führen muss. Umgekehrt kann die Beibringung von Gift (z.B.

¹³³ Vgl. Einf BR 7.7.2.3.

durch ein Getränk) zu inneren Störungen führen, ohne dass äußerliche Veränderungen eintreten. Eine Unterscheidung zwischen den beiden Rechtsgütern wird allerdings häufig unnötig sein, weil zumeist beide gleichzeitig verletzt sind.

Fall 98: Der Patient P fühlt Schmerzen an der rechten Seite und begibt sich in ein Krankenhaus. Der Arzt A stellt eine akute Blinddarmentzündung fest und lässt den P sofort operieren. P ärgert sich, nachdem er aufgewacht ist, über die – unvermeidliche – Narbe. Er fragt sich, ob darin nicht eine Körperverletzung zu sehen ist.

Ein besonderes Problem stellt die Verletzung des nasciturus dar. Das werdende Leben ist im Bürgerlichen Recht insoweit nicht geschützt, als die Rechtsfähigkeit des Menschen nach § 1 erst mit der Vollendung der Geburt beginnt, womit zivilrechtlich der vollständige Austritt der Leibesfrucht aus dem Mutterleib gemeint ist.¹³⁴ Allerdings beschäftigen sich mehrere Normen mit Rechten, die einem Kind nach dessen Geburt zustehen können, auch wenn diese Rechte an Vorgänge anknüpfen, die im Zeitpunkt vor der Geburt liegen.¹³⁵ Auch die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Art. 1 I und 2 II GG gebieten den Schutz von Würde, Leben und körperlicher Unversehrtheit des nasciturus, dem sich das Zivilrecht wegen der Drittwirkung der Grundrechte nicht entziehen kann. Kommt also ein Kind zur Welt, das im Mutterleib geschädigt wurde, so kann dieses *nach* der Geburt einen *eigenen* Schadensersatzanspruch gemäß § 823 I geltend machen.

5.4.4.3 Freiheit

Freiheit iSd § 823 I meint die körperliche Fortbewegungsfreiheit, also die Freiheit, einen bestimmten Ort verlassen zu können. Nach allgemeiner Ansicht ist also nicht die Allgemeine Handlungsfreiheit, wie sie in Art. 2 I GG grundrechtlich gewährleistet ist, Schutzgut des § 823 I.

Beispiel L: A und B sind Teilnehmer einer AG für Referendare am Landgericht Berlin, die am späten Nachmittag stattfindet. Weil die Gerichtsverhandlungen typischerweise nur bis zum frühen Nachmittag terminiert sind, schließt der Wachmann W das Hauptportal ab und geht nach Hause, ohne sich über die zu dieser Zeit stattfindende AG informiert zu haben. A und B sind somit gezwungen, die Nacht „bei Gericht“ zu verbringen, und müssen sich die Zeit mit dem Schönfelder vertreiben. Am schlimmsten ist aber, dass sie ihrer genehmigten Nebentätigkeit bei einem Rechtsanwalt nicht

¹³⁴ Der strafrechtliche Schutz setzt früher an, vgl. §§ 218 ff. StGB.

¹³⁵ Vgl. §§ 331 II, 844 II, 1923 II.

nachgehen können und somit einen Verdienstausschlag erleiden. Damit sind sie in ihrer körperlichen Fortbewegungsfreiheit eingeschränkt, so dass bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen ein Anspruch aus § 823 I in Betracht kommt.¹³⁶

Ob die körperliche Fortbewegungsfreiheit eingeschränkt ist, kann durchaus umstritten sein.

Fall 99: A fährt auf der Autobahn in Richtung Nürnberg, weil er zu einer Aufführung der Bayreuther Festspiele möchte, für die er nach siebenjähriger Wartezeit eine Karte bekommen hat. Der Fernfahrer F, der nach 16 Stunden am Steuer völlig übermüdet ist, kommt auf gerader, trockener Fahrbahn ins Schleudern und stürzt um. Die von ihm geladenen Milchtüten laufen aus und blockieren die gesamte Fahrbahn. Der sich bildende kilometerlange Stau löst sich erst nach sechs Stunden auf. Da in dieser Zeit auch die längste Wagner-Oper sich ihrem Ende zuneigt, versäumt A die Aufführung. Zunächst möchte er nur wissen, ob es für diese „Freiheitsberaubung“ eine Anspruchsgrundlage gibt, mit der er Schadensersatz verlangen kann.

5.4.4.4 Eigentum

Neben Körper- und Gesundheitsverletzungen dürfte die Verletzung des Eigentums die größte Rolle iRd § 823 I spielen. Eigentumsverletzungen sind in vielfältiger Gestalt denkbar.

Naheliegend ist die Fallgruppe der *Substanzverletzungen*. Diese ist zunächst dann gegeben, wenn eine Sache *beschädigt* oder *zerstört* wird, z.B. bei einem Verkehrsunfall. Schwieriger kann es schon sein, die *Verunstaltung* als Eigentumsverletzung festzustellen.

Fall 100: Sprayer S ist davon überzeugt, dass er ein großer Künstler ist. Seine Spezialität ist es, frischgestrichene Fassaden etwas „aufzulockern“, da einfarbig und eintönig in seinen Augen dasselbe ist. Vermieter V aus Charlottenburg hat nach der Wende ein Mietshaus in Prenzlauer Berg zurückübertragen bekommen, das früher seinen Eltern gehört hatte. Im Rahmen einer umfangreichen Luxussanierung lässt er auch die Jugendstilfassade blütenweiß anstreichen. S kommt des Wegs und freut sich über das neue Betätigungsfeld, das er sofort in Angriff nimmt. V ist von dieser „Verschönerung“ alles andere als begeistert und verlangt von S Schadensersatz für die Entfernung der – sehr gekonnten – Sprühwerke nach § 823 I. Zu Recht?

¹³⁶ Dieser Fall könnte auch unter dem Gesichtspunkt der Amtshaftung diskutiert werden.

Auch in der Zuführung von Stoffen (Immissionen) kann eine Eigentumsverletzung liegen. Schadensersatzansprüche können dann entstehen, wenn keine Duldungspflicht gemäß § 906 besteht.¹³⁷

Ein weiterer wichtiger Fall der Eigentumsverletzung ist die *Sachentziehung*. Das Eigentum wird hier vor allem dadurch verletzt, dass eine Sache gestohlen oder eine geliehene Sache durch den Entleiher an einen gutgläubigen Erwerber veräußert wird.

Häufig schwer zu lösen sind Fälle, in denen eine Sache weder beschädigt oder entzogen, der Eigentümer aber am bestimmungsgemäßen Gebrauch der Sache gehindert wird.

Fall 101:¹³⁸ Der Binnenschiffer B hatte mit dem Mühlenbesitzer M vereinbart, Getreide zu transportieren. U war zur Unterhaltung der Wasserstraße verpflichtet, hatte aber fahrlässigerweise die Befestigung der Uferböschung vernachlässigt, so dass diese nachgab und die Wasserstraße zugeschüttet und unpassierbar wurde. Drei Schiffe des B, die noch auf dem Weg waren, konnten die Mühle nicht mehr erreichen und waren somit ausgesperrt. Ein Schiff des B lag an der Mühle fest und war eingesperrt. Bis das Schiff frei kam, konnte B andere Aufträge nicht wahrnehmen und erlitt einen Verdienstausfall. B verlangt nun von U Schadensersatz nach § 823 I. Zu Recht?

Der Fleetfall ist in seiner Konstruktion sehr ähnlich dem oben angesprochenen Fall, dass ein Fahrzeug im Stau eingesperrt ist. Gleichwohl wird in den Staufällen nicht von einer Eigentumsverletzung gesprochen. Begründet wird dies mit dem unterschiedlichen Schutzzweck der vom Schädiger verletzten Pflichten: Während die Unterhaltungspflicht für Wasserwege dazu dient, diese passierbar zu halten, haben die Verhaltenspflichten im Straßenverkehr, die in der StVO geregelt sind, vor allem den Sinn, Schäden an Leib und Leben und Substanzschäden am Eigentum zu verhindern.¹³⁹ Beim Zuparken von Autos im Straßenverkehr wird hingegen die Eigentumsverletzung bejaht. Diese Differenzierungen sind nicht immer verständlich, so dass es in der Klausur, wenn man die h.M. gerade nicht kennt, auf die Begründung ankommt, mit der man sich für die eine oder andere Lösung entscheidet.

¹³⁷ Vgl. hierzu Einf BR 8.3.2.2.

¹³⁸ BGHZ 55, 153 – Fleetfall; hierzu Medicus BR Rdnr. 613; Larenz/Canaris, SchR II 2, § 76 II 3 c.

¹³⁹ Larenz/Canaris aaO.

5.4.4.5 Sonstige Rechte

Mit der Aufzählung der bisher behandelten Rechtsgüter lässt es § 823 I bewenden, öffnet aber den Tatbestand durch die Formulierung „oder ein sonstiges Recht“. Sonstiges Recht in diesem Sinne bedeutet aber nicht „irgendein Recht“; andernfalls wäre die Schadensersatzhaftung – zumindest in bezug auf die geschützten Rechtsgüter – uferlos. Aus der systematischen Stellung des Begriffes „sonstiges Recht“ nach den ausdrücklich aufgeführten Rechtsgütern wird geschlossen, dass das sonstige Recht Ähnlichkeiten mit den aufgezählten – absoluten – Rechten, insbesondere mit dem unmittelbar voranstehenden Eigentum haben muss. Einem absoluten Recht immanent ist die Ausschlussfunktion (vgl. §§ 903, 1004) und die Nutzungsfunktion (vgl. § 903).¹⁴⁰ Unter Berücksichtigung dieser Voraussetzungen werden u.a. beschränkt dingliche Rechte wie Erbbaurecht, Dienstbarkeit, dingliches Vorkaufsrecht, Hypothek, Grundschuld und Pfandrecht, Anwartschaftsrechte, Aneignungsrechte, Immaterialgüterrechte, bestimmte familienrechtliche Positionen sowie mit Einschränkungen der Besitz, das Allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb geschützt.¹⁴¹

5.4.4.5.1 Besitz

Die Nennung des Besitzes im Zusammenhang mit § 823 I ist überraschend, da der Besitz gerade kein Recht (wie z.B. das Eigentum) darstellt, sondern nach § 854 nur die rein tatsächliche Herrschaft über eine Sache unabhängig von der rechtlichen Beziehung des Besitzers zur Sache beinhaltet. Die h.M. gewährt daher nur dem rechtmäßigen Besitzer den Schutz aus § 823 I.

Beispiel LI: Der K kauft bei V eine Espressomaschine. Beide vereinbaren Ratenzahlung. Das Eigentum behält sich der V bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung vor (§§ 449, 929 Satz 1, 158 I), und K nimmt die Espressomaschine mit. Aufgrund der kaufvertraglichen (schuldrechtlichen) Vereinbarung ist K auch dem Nocheigentümer V gegenüber zum Besitz berechtigt, auch wenn er (dinglich) noch nicht Eigentümer ist. K ist daher gegen Besitzbeeinträchtigungen durch § 823 I geschützt.

¹⁴⁰ Medicus BR Rdnr. 607; Canaris aaO § 76 II 4 spricht anstelle der Nutzungsfunktion vom Zuweisungsgehalt.

¹⁴¹ Zur Vertiefung sei Palandt/Thomas, § 823 Rdnr. 11 ff. empfohlen. Zu den dinglichen Rechten vgl. auch Einf BR 8.1.2. Wichtige sonstige Rechte werden im folgenden dargestellt.

Es kommt aber häufig auch vor, dass ein Besitzer nur annimmt, zum Besitz berechtigt zu sein.

Beispiel LII: V schließt mit K einen Kaufvertrag, der auf die Veräußerung einer bestimmten Sache gerichtet ist. V war dabei unerkannt geisteskrank, was zumindest in Lehrbüchern und Fallsammlungen nicht selten vorkommt. In Durchführung eines Kaufvertrages wurde dem K der Besitz durch Übergabe von Seiten des V verschafft. Nach §§ 104 Nr. 2, 105 I sind sowohl der Kaufvertrag iSd § 433 als auch die Einigung iSd § 929 Satz 1 nichtig. Der Besitzübertragung als tatsächlicher Handlung (Realakt) tut die Geschäftsunfähigkeit hingegen keinen Abbruch. K, der von der Geisteskrankheit nichts weiß, ist damit zumindest vermeintlich zum Besitz berechtigt.

Nach Medicus¹⁴² soll sich auch der gutgläubige Besitzer, solange er nicht auf Herausgabe verklagt ist (§§ 261, 253 ZPO), auf § 823 I berufen können, da er nach §§ 993 I 2. HS sogar die Nutzungen, vor allem also die Vorteile, die aus dem Gebrauch der Sache resultieren (§ 100) behalten dürfte.¹⁴³ Hierfür spricht, dass der vermeintlich berechtigte Besitzer dann nicht nur die Abwehrrechte aus §§ 861 ff., sondern auch die Nutzungsbefugnis für den Zeitraum bis zur Klageerhebung bzw. bis zum Eintritt der Bösgläubigkeit innehat.

Fall 102: M ist seit vielen Jahren Mieter einer dem V gehörenden Wohnung. V wittert die Chance, die Wohnung teurer zu vermieten, und versucht den M mittels gut gesteuert (weil rechtzeitig gelöscht) Brandstiftung aus der Wohnung zu treiben. M kann die Wohnung bis auf weiteres nicht nutzen und muss sich in einer Pension einmieten. Kann M die Kosten für die Wiederherstellung der Wohnung und für die Pensionsunterbringung von V nach § 823 I ersetzt verlangen?

5.4.4.5.2 Allgemeines Persönlichkeitsrecht – Quasinegatorischer Beseitigungsanspruch

Die in § 823 I genannten Rechte stellen im allgemeinen ziemlich leicht fassliche Begriffe dar: Ob das Eigentum verletzt ist, eine Person in ihrer Freiheit beeinträchtigt oder körperliche oder gesundheitliche Fehlfunktionen eingetreten sind, lässt sich – ungeachtet aller Streitigkeiten im Einzelfall – relativ problemlos feststellen. Davon abgesehen, gibt es aber Konstellationen, in denen allein aufgrund der

¹⁴² Medicus BR Rdnr. 607.

¹⁴³ Diese Fallkonstellation führt in das bei den Studenten berüchtigte Eigentümer-Besitzer-Verhältnis. Um Sie damit zu traktieren, bietet das 3. Semester noch hinreichend Gelegenheit. Um auf den Geschmack zu kommen, vgl. Einf BR 8.3.3 Lösung zu Fall 154 und 155.

Person des Anspruchstellers die Ersatzfähigkeit bestimmter Positionen in Frage steht. Diesem Problem trägt das von der Rechtsprechung aus Art. 2 I, 1 I GG abgeleitete allgemeine Persönlichkeitsrecht Rechnung.¹⁴⁴ Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht kann definiert werden als einheitliches, umfassendes subjektives Recht auf Achtung und Entfaltung der Persönlichkeit.¹⁴⁵ Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht wird konkretisiert durch verschiedene Vorschriften (z.B. §§ 22-24 KUG, 11 UrhG oder Datenschutzgesetze), weshalb bei Verletzung dieser konkret geschützten Rechtspositionen auf § 823 I nur zurückgegriffen werden muss, wenn diese Normen keinen eigenen Schadensersatzanspruch begründen.

Fall 103:¹⁴⁶ Die Zeitschrift X, deren Inhalt zum großen Teil darin besteht, aus der Welt der Reichen und Schönen zu berichten, veröffentlichte auf der Titelseite ein Foto der Prinzessin Caroline von Monaco (C). Daneben stand als Schlagzeile: „Caroline – Tapfer kämpft sie gegen Brustkrebs“. Im Innenteil der Zeitschrift wird darüber berichtet, dass C selbst nicht an Brustkrebs erkrankt ist, sich aber im Rahmen eines wohltätigen Engagements für Vorsorgeuntersuchungen zur Erkennung von Brustkrebs einsetzt. Als C von der Veröffentlichung erfährt, beauftragt sie den – auch dem Namen nach sehr gut zu ihr passenden – Rechtsanwalt P, ihre Interessen zu vertreten. P rät C, von V, dem Verleger der Zeitschrift X, eine Richtigstellung des Inhalts, dass C nicht erkrankt sei, zu verlangen, da die Schlagzeile eine Erkrankung suggeriere und dieser Eindruck durch die Berichterstattung im Innenteil nicht ausreichend korrigiert würde. Die Richtigstellung müsse, um Wirkung zu erzielen, auf der Titelseite erscheinen. Im übrigen könne C eine erhebliche Geldentschädigung verlangen. Hat P recht?

5.4.4.5.3 Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

Wer ein Gewerbe betreibt, wird idR eine Organisationsstruktur geschaffen haben, die es ihm ermöglicht, den Gewerbebetrieb aufrechtzuerhalten: Er erwirbt oder mietet Grundstücke und/oder Gebäude, stellt Arbeitnehmer an, erwirbt Maschinen, kommuniziert mit Kunden usw. Er tätigt also erhebliche Investitionen. Ein Anreiz für diese volkswirtschaftlich erwünschten Investitionen kann darin bestehen, dass

¹⁴⁴ Vgl. hierzu Degenhard, Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG, JuS 1992, 361. Die dogmatischen Grundlagen und die Anwendung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts sind ausführlich dargestellt bei Larenz/Canaris, SchR II 2, § 80.

¹⁴⁵ Palandt/Thomas, § 823 Rdnr. 176.

¹⁴⁶ Nach BGH NJW 1996, 984 – Caroline von Monaco (vereinfacht). Vgl. zum gleichen Thema auch BGH NJW 1995, 861; Prinz, Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen in den Medien, NJW 1996, 953; Rosengarten, Der Präventionsgedanke im deutschen Zivilrecht, NJW 1996, 1935.

diese durch das Recht geschützt werden, im Verletzungsfalle also Ersatz verlangt werden kann. Dieser Interessenlage tragen eine Vielzahl von Rechtsnormen Rechnung, z.B. Normen des Urheber-, Gebrauchs- und Geschmacksmusterrechts sowie des Wettbewerbs- und Markenrechts. Das Eigentum an den zum Betrieb des Gewerbes erworbenen Sachen wird durch § 823 I geschützt. Es treten jedoch immer wieder Konstellationen auf, die durch die genannten Normen nicht erfasst werden; der Gewerbetreibende ist insoweit schutzlos. Um diese Konsequenz zu vermeiden, hatte zunächst das RG¹⁴⁷ das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb für Fälle entwickelt, in denen ein Gewerbetreibender wegen der angeblichen Verletzung eines dem Verwarner in Wahrheit nicht zustehenden gewerblichen Schutzrechts verwarnt wurde, daraufhin seinen eigenen Gewerbebetrieb einstellte und bis zur Feststellung, dass die Schutzrechtsverwarnung ungerechtfertigt erfolgt war, erhebliche Vermögenseinbußen erlitten hatte. Der BGH hat diese Rechtsprechung übernommen und weiterentwickelt.¹⁴⁸ Auf der anderen Seite wurde in der Literatur jedoch immer wieder zu bedenken gegeben, dass Kunden, Lieferanten, Umsatz, Verdienstmöglichkeit und good will eines Unternehmens ständig im Wettbewerb mit anderen Unternehmern behauptet werden müssen.¹⁴⁹ Daher ist das Recht am Gewerbebetrieb gegenüber den gesetzlichen Regelungen auch streng subsidiär. Dies bedeutet, dass etwa die Beschädigung einer Fabrikhalle durch Straßenbauarbeiten am Merkmal der Eigentumsverletzung iSd § 823 I festzumachen ist und es eines Rückgriffs auf das Recht am Gewerbebetrieb nicht bedarf. In der Praxis wird ein Eingriff in das Recht am Gewerbebetrieb folglich auch häufig verneint.

Fall 104:¹⁵⁰ Straßenbauunternehmer S kappt mit seinem Bagger ein den Stadtwerken gehörendes Stromkabel, durch das der Brütetrieb des B versorgt wird. Infolge des Stromausfalls verderben die in elektrischen Öfen liegenden angebrüteten Eier. B verlangt von S Schadensersatz. Zu Recht?

¹⁴⁷ RGZ 58, 24.

¹⁴⁸ Grundlegend BGHZ 3, 270.

¹⁴⁹ Medicus BR Rdnr. 611, Larenz/Canaris, SchR II 2, § 81 II 1.

¹⁵⁰ Nach BGHZ 29, 65; 41, 123 (vereinfacht); vgl. Medicus BR Rdnr. 612.

5.4.4.6 Verletzungshandlung

Die Verletzung von Rechtsgütern kann nur zu einer Schadensersatzhaftung führen, wenn der Inanspruchgenommene auch etwas getan hat, um diese Haftung auszulösen. Dies wird durch das Tatbestandsmerkmal der Verletzungshandlung gewährleistet. Regelmäßig wird das Vorliegen der Verletzungshandlung als solcher unproblematisch zu bejahen sein, während bei der Beziehung zwischen Handlung und Rechtsgutsverletzung die Probleme liegen werden. Gleichwohl kann nicht jedes beliebige Verhalten des Schädigers haftungsbegründend wirken.

Beispiel LIII: A steht an der Balkonbrüstung seiner Wohnung in der 3. Etage. Aufgrund der hochsommerlichen Temperaturen wird er bewußtlos und fällt über die Brüstung in die Tiefe. Er fällt auf den Passanten B, der sich das Schlüsselbein bricht.

Der B könnte hier versuchen, von A die Behandlungskosten¹⁵¹ ersetzt zu

verlangen, da ja seine körperliche Integrität verletzt ist. Dem steht jedoch entgegen, dass A im Zeitpunkt der Verletzungshandlung bewußtlos war. Als Verletzungshandlung kommt also nur ein Verhalten in Betracht, das *beherrschbar* ist, was für einen Bewußtlosen ebensowenig zutrifft wie für denjenigen, der durch willensausschließende Gewalt (*vis absoluta*) zur Vornahme einer „Handlung“ gebracht wird. Anders liegt es nach § 827 Satz 2 nur, wenn der Verletzer sich selbst in den Zustand gebracht hat, in dem er sein Verhalten nicht mehr steuern kann.

Die deliktsrechtliche Haftung kann aber auch dadurch ausgelöst werden, dass der Verletzer es unterlassen hat, eine Handlung vorzunehmen. Dies setzt jedoch voraus, dass der Verletzte gerade gegenüber dem Verletzten zum Handeln verpflichtet war, ihn also eine *Garantenpflicht* trifft. Diese kann sich aus Vertrag (z.B. Babysitter), Gesetz (z.B. Eheleute nach § 1353), vorangegangenem gefahrbe gründendem Tun (sog. Ingerenz, z.B. Autofahrer fährt Passant an und lässt ihn liegen, wodurch sich dessen Zustand verschlechtert) oder aus Verkehrssicherungspflichten

¹⁵¹ In der Praxis gehen Schadensersatzforderungen häufig nach § 116 SGB X auf den Krankenversicherungsträger über, der die Behandlung idR bezahlt, sog. *cessio legis*. In Übungsfällen ist hingegen, außer bei besonderer Erwähnung, davon auszugehen, dass der Anspruchsteller die Behandlungskosten bezahlen musste.

(z.B. aus dem Inverkehrbringen eines potentiell gefährlichen Produkts) ergeben.

5.4.4.7 Haftungsbe gründende Kausalität

Wie bereits angesprochen, muss zwischen der in Frage stehenden Handlung und der Rechtsgutsverletzung eine Beziehung der Art bestehen, dass die Verletzung auf die Handlung zurückzuführen, die Handlung also *kausal* für die Verletzung ist. Diese Beziehung wird als *haftungsbe gründende Kausalität* bezeichnet. Dabei kann diese Beziehung von unterschiedlicher Intensität sein.

Nach der *Äquivalenztheorie* ist ein Umstand kausal, der nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass auch der Verletzungserfolg entfielen (sog. *condicio-sine-qua-non*-Formel). Führt man diesen Gedanken zu Ende (oder *ad absurdum*), findet man immer entferntere Ursachen für einen Verletzungserfolg. Der Schädiger aus Berlin, der mit der Bahn nach München fährt und dort eine unerlaubte Handlung begeht, hätte diese nicht dort begehen können, wenn ihn die Bahn nicht dorthin gebracht hätte. Die Bahn in Anspruch zu nehmen, käme einem jedoch ebenso lächerlich vor wie die Inanspruchnahme der Mutter, die den Schädiger auf die Welt gebracht hat. Es besteht folglich Einigkeit darüber, dass die Äquivalenztheorie nicht uneingeschränkt Geltung beanspruchen kann.

Eine derartige Einschränkung wird durch die *Adäquanztheorie* bewirkt. Danach darf die Möglichkeit eines Schadenseintritts *nicht außerhalb aller Wahrscheinlichkeit* liegen, damit der Schaden dem Handelnden zugerechnet werden kann. Damit wird verhindert, dass völlig atypische Kausalverläufe eine Handlung auslösen. Ein solcher Fall ist z.B. gegeben, wenn eine geringfügige Beleidigung zu einer Gehirnblutung führt.¹⁵² Abgesehen von diesen Fällen werden aber die meisten Kausalverläufe nicht völlig unwahrscheinlich sein.

Als weiteres Korrektiv greift die Lehre vom *Schutzzweckzusammenhang* ein. Danach ist ein Schaden nur zuzurechnen, wenn es sich um Nachteile

¹⁵² Palandt/Heinrichs, Vorbem v § 249 Rdnr. 68.

handelt, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen wurde, d.h., wenn der Schaden vom Schutzzweck der Norm umfasst ist.

Fall 105: A unternimmt eine Fahrradtour und macht an einem Imbißstand eine Rast. Plötzlich sieht er den B, der auf einem Fahrrad wegfährt, das dem Fahrrad des A äußerst ähnlich sieht. A nimmt die Verfolgung auf, knickt um und bricht sich den Fuß. Kann er von B Ersatz der Heilungskosten verlangen?

Möglich sind aber nicht nur tatsächliche Reaktionen des Verletzten wie ein Verfolgungsentschluss, sondern auch seelische Reaktionen, bei denen die Ersatzfähigkeit von Schäden in Frage steht.

Fall 106: M ist die Mutter des Fernfahrers F. Dieser wird auf der Autobahn durch Unachtsamkeit des X in einen schweren Verkehrsunfall verwickelt und erleidet erhebliche Verletzungen, deren Folgen noch nicht absehbar sind. Die M erleidet, als sie von dem Unfall erfährt, einen Schock und ist einen Monat lang arbeitsunfähig. Kann Sie von X den Verdienstaussfall ersetzt verlangen?

5.4.4.8 Rechtswidrigkeit

Das Merkmal der Rechtswidrigkeit trägt dem Umstand Rechnung, dass es Fälle geben kann, in denen der Verletzer gar nicht „anders konnte“, als eine Verletzung herbeizuführen. Wer angegriffen wird, muss die Möglichkeit haben, sich zur Wehr zu setzen, auch wenn der Angreifer dabei verletzt wird. Rechtfertigungsgründe wie die Notwehr (§ 32 StGB, § 227) führen folglich dazu, dass die Rechtswidrigkeit nicht gegeben ist, so dass in diesen Fällen Ansprüche aus § 823 I entfallen.

Bei der Feststellung der Rechtswidrigkeit ist umstritten, ob an die Verletzungshandlung oder an den Verletzungserfolg angeknüpft werden muss.¹⁵³ Nach der Lehre vom *Erfolgsunrecht* ist bei jeder Verletzung der in § 823 I genannten Rechtsgüter die Rechtswidrigkeit indiziert. Dies kann der Schädiger nur abwenden, wenn er einen Rechtfertigungsgrund für sich in Anspruch nehmen kann. Eine Ausnahme besteht nur bei den sog. Rahmenrechten (Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Recht am Gewerbebetrieb), bei denen die Rechtswidrigkeit positiv festgestellt werden muss. Dies erfolgt durch eine Abwägung zwischen den Interessen von Schädiger und Geschädigtem, d.h. ob das Interesse des Schädigers überwiegt, die schädigende Handlung vorzunehmen (in den

obigen Fällen also die Veröffentlichung von Presseerzeugnissen bzw. die Ausführung von Straßenbauarbeiten), oder das Interesse des Verletzten, von den Folgen derartiger Handlungen verschont zu bleiben (z.B. dem Entstehen unzutreffender Eindrücke bei Lesern oder Stromausfall in einem Betrieb).

Die Lehre vom *Handlungsunrecht* hält dagegen eine Rechtsgutsverletzung nur für rechtswidrig, wenn der Handelnde gegen eine von der Rechtsordnung aufgestellte spezielle Verhaltensregel verstoßen oder die zur Vermeidung des Schadenseintritts generell erforderliche Sorgfalt missachtet hat. Zumindest gegen letzteres Kriterium kann man aber einwenden, dass die Grenze zwischen den vom Wortlaut des § 823 I selbst genannten Tatbestandsmerkmalen („widerrechtlich“ und „fahrlässig“) verwischt wird.

Vermittelnd wird zwischen unmittelbaren Eingriffen und mittelbaren Beeinträchtigungen unterschieden.¹⁵⁴ Bei unmittelbaren Verletzungen (z.B. ein Arzt gibt dem Patienten eine falsch dosierte Injektion) ist die Rechtswidrigkeit indiziert, während bei mittelbaren Verletzungen (z.B. ein an sich fehlerfreies Produkt wird durch die falsche Art seiner Benutzung gefährlich) die an sich erlaubte Handlung (Inverkehrbringen des Produkts) nicht ausreicht, wohl aber die sachwidrige Benutzung.

Fall 107:¹⁵⁵ Der Straßenbahnfahrer S hielt an einer Haltestelle. Nachdem er sich überzeugt hatte, dass niemand aus- und einsteigen wollte, schloss er die Türen. Passagier P, der vergessen hatte, dass er an dieser Haltestelle aussteigen wollte, sprang im letzten Moment durch die sich schließende Tür und erlitt Quetschungen. Hat S rechtswidrig gehandelt?

5.4.4.9 Verschulden

§ 823 I spricht davon, dass die Haftung eintritt, wenn der Schädiger „vorsätzlich oder fahrlässig“, also schuldhaft handelt. Es gelten also die Maßstäbe, die zu § 276 entwickelt worden sind.

Voraussetzung ist zunächst, dass der Schädiger zurechnungsfähig ist, § 276 I 2 iVm §§ 827, 828. Neben den allgemein unzurechnungsfähigen

¹⁵³ Palandt/Thomas, § 823 Rdnr. 33.

¹⁵⁴ Larenz/Canaris, SchR II 2, § 75 II 3 b.

Personen iSd § 827 Satz 1 (Bewusstlose, Geisteskranke), bei denen eine Schadensersatzpflicht ausgeschlossen ist, kann die Verantwortlichkeit auch nach § 828 II entfallen. Dabei kommt es auf die *Einsichtsfähigkeit* von Jugendlichen im Alter von sieben bis 18 Jahren an. Kinder unter sieben Jahren sind demnach nicht deliktsfähig. Bei Jugendlichen über sieben Jahre ist erforderlich, dass der Jugendliche die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hat, er also imstande ist, das Unrecht seiner Handlung gegenüber den Mitmenschen sowie die Verpflichtung zu erkennen, in irgendeiner Weise für die Folgen seiner Handlung eintreten zu müssen. Es kommt nicht darauf an, ob der Jugendliche auch die Steuerungsfähigkeit hat, sich dieser Einsicht gemäß zu verhalten.¹⁵⁶

Zur Frage, was Vorsatz und Fahrlässigkeit im einzelnen bedeuten, wird auf den ersten Band dieses Skriptums verwiesen, in dem diese Problematik im Zusammenhang mit den Leistungsstörungen bereits dargestellt wurde.¹⁵⁷

5.4.4.10 Schaden

Selbstverständlich setzt die Haftung auf Schadensersatz voraus, dass ein Schaden entstanden ist. Ein Schaden ist nach der Differenzhypothese gegeben, wenn der hypothetische Wert des Vermögens ohne das schädigende Ereignis höher ist als der tatsächliche Wert des Vermögens mit dem schädigenden Ereignis; der Schaden ist somit die Differenz zweier Vermögenslagen, was bereits von der positiven Vertragsverletzung her bekannt ist.¹⁵⁸ Die für alle deliktsrechtlichen Anspruchsgrundlagen geltenden Einzelheiten zur Schadensbemessung werden unten im Zusammenhang dargestellt.¹⁵⁹

5.4.4.11 Haftungsausfüllende Kausalität

Es genügt nicht nur, dass die Verletzungshandlung kausal für die Rechtsgutsverletzung ist, vielmehr muss die Rechtsgutsverletzung auch kausal für den konkret eingetretenen Schaden sein. Dieser

¹⁵⁵ Nach BGHZ 24, 21 (vereinfacht).

¹⁵⁶ Palandt/Thomas, § 828 Rdnr. 3.

¹⁵⁷ Abschnitt 2.5.

¹⁵⁸ Vgl. hierzu Abschnitt 2.9.3.

Zusammenhang wird unter dem Stichwort „haftungsausfüllende Kausalität“ behandelt.

Fall 108: Ladenlieb D lässt im Geschäft des Ladeninhabers L einige Dinge mitgehen und steckt sie in seine Jackentasche. L hatte aber schon vorher eine audiovisuelle Überwachungsanlage installiert und einen Ladendetektiv angestellt, weshalb der D festgenommen werden kann. L möchte wissen, ob er den D nach § 823 I an den hierfür entstandenen Kosten „beteiligen“ kann.

5.4.5 Haftung für Verstöße gegen Schutzgesetze

5.4.5.1 Vorbemerkung

Der soeben dargestellten Schadensersatzhaftung aus § 823 I ist eigen, dass zunächst festgestellt werden muss, ob ein bestimmtes Recht oder Rechtsgut verletzt worden ist. Wird primär das Vermögen und keines der genannten Rechtsgüter verletzt, kommt eine Haftung aus § 823 I nicht in Betracht. Der fehlende Schutz vor *primären* Vermögensschäden in § 823 I gehört zu einer Erscheinung, die man die „Schwäche des Deliktsrechts“ nennt. Kann hingegen eine Verletzung der genannten Rechtsgüter festgestellt werden und resultiert *daraus* ein Vermögensschaden, so können diese *sekundären* Vermögensschäden nach § 823 I ersetzt verlangt werden. Im Rahmen des § 823 II sind hingegen auch primäre Vermögensschäden geschützt, mit der nicht unbedeutenden Einschränkung, dass „gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz“ verstoßen worden sein muss.¹⁶⁰

5.4.5.2 Begriff des Schutzgesetzes

Schutzgesetz ist eine Norm, die gerade dazu dienen soll, neben dem Schutz der Allgemeinheit auch den einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines Rechtsgutes zu schützen.¹⁶¹ Der Schutz des Individuums darf also nicht nur Reflex des Schutzes der Allgemeinheit sein. Schutzgesetz kann jede Rechtsnorm ohne

¹⁵⁹ Unten Abschnitt 5.4.10.

¹⁶⁰ Auch der noch zu behandelnde § 826 umfasst primäre Vermögensschäden, wobei die Schädigung aber vorsätzlich und sittenwidrig erfolgt sein muss. Eine weitere Schwäche des Deliktsrechts besteht in der Exkulpationsmöglichkeit des Geschäftsherrn iRd § 831.

¹⁶¹ Palandt/Thomas, § 823 Rdnr. 141.

Beschränkung auf formelle Gesetze sein, was sich aus Art. 2 EGBGB ergibt.

Beispiel LIV: Häufig zu prüfende Schutzgesetze sind eine Vielzahl von strafrechtlichen Normen (z.B. §§ 223, 230, 242, 246, 263 StGB) und Normen der StVO.

5.4.5.3 Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit ist indiziert durch die Verletzung des Schutzgesetzes. Wie bei § 823 I sind es also die Rechtfertigungsgründe, die den Schädiger „retten“ können. Dabei ist zu beachten, dass iRd häufig als Schutzgesetz zu prüfenden Strafgesetze die Rechtswidrigkeit schon geprüft wurde.

5.4.5.4 Verschulden

Strafgesetze setzen ihrerseits Verschulden voraus. Liegt ein Strafgesetz vor, so gilt der Verschuldensmaßstab des Strafrechts, also nach h.M. bei vorsätzlicher Verwirklichung die eingeschränkte rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie. Die im Zivilrecht geltende Vorsatztheorie, nach der Vorsatz Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung *im Bewusstsein der Rechtswidrigkeit* voraussetzt, kommt insoweit nicht zur Anwendung. Anders ist es hingegen in den Fällen des § 823 II 2, d.h., wenn das Schutzgesetz auch ohne Verschulden verletzt werden kann. Für fahrlässige Verstöße gilt der Maßstab des § 276 II.

Fall 109: A findet in der Nähe seiner Wohnung keinen Parkplatz, so dass er letztlich den Wagen auf dem sehr schmalen Gehweg abstellt. Es ist kein Zeichen „Parken auf Gehwegen“ aufgestellt. Fußgänger haben keine Chance, auf dem Gehweg am Wagen des A vorbeizukommen, es sei denn, sie nehmen sich ein Beispiel an dem Münchener Autokletterer („Auf dem Bürgersteig dürfen nur Bürger steigen“, d.h. auch über Autos). Fußgänger B hält es mit einem früheren Prime Minister („no sports“), will sich die Anstrengung, das Hindernis zu überwinden, nicht zumuten und weicht spontan auf die Straße aus. Dort wird er von dem Wagen des C, der dies trotz aufmerksamster Fahrweise nicht verhindern kann, erfasst und kommt zu Schaden. B meint, Parken auf Gehwegen sei doch wohl das allerletzte, weshalb er zunächst den A auf Ersatz der Behandlungskosten in Anspruch nehmen will.

5.4.6 Haftung für vorsätzliche sittenwidrige Schädigungen

Die Haftung nach § 826 setzt weder voraus, dass ein bestimmtes Rechtsgut verletzt noch dass gegen ein Schutzgesetz verstoßen wurde. Diese Erleichterung im haftungsbegründenden Tatbestand wird dadurch kompensiert, dass § 826 in subjektiver Hinsicht verschärfte Anforderungen stellt, da die Schädigung *vorsätzlich* erfolgt sein muss. Wer vorsätzlich einen anderen schädigt, haftet dann aber auch für primäre Vermögensschäden. Des Weiteren muss die Schädigung auch *sittenwidrig* sein. Der Sittenwidrigkeitsbegriff entspricht dem des § 138. In bezug auf den Vorsatz ist auch *dolus eventualis* ausreichend, der sich nicht nur auf die *Schädigung*, sondern auch auf die *Sittenwidrigkeit begründenden Umstände* beziehen muss.

Wie die Sittenwidrigkeit nach § 138, an die § 826 anknüpft, ist auch die Schadensersatzhaftung für vorsätzliche sittenwidrige Schädigungen durch Fallgruppen geprägt.¹⁶² Hierzu gehört zunächst die Ausnutzung einer formalen Rechtsstellung, beispielsweise die Zwangsvollstreckung aus einem Urteil, das durch Prozessbetrug seitens des Vollstreckenden erlangt wurde. In den Fällen des § 123, d.h., wenn ein Vertragspartner

durch arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt wurde, kann er die Willenserklärung anfechten, damit den Vertrag ex tunc vernichten und eventuell bereits ausgetauschte Leistungen nach Bereicherungsrecht zurückverlangen. Dabei ist er aber an die Jahresfrist des § 124 I gebunden. Ist diese verstrichen, bietet sich die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs aus § 826 an, der der Verjährung nach § 195 unterliegt. Unter § 826 werden auch Fälle des Kontrahierungszwangs behandelt, wenn ein Monopolist den Vertragsschluss mit dem Anspruchsteller verweigert, auf den dieser angewiesen ist.¹⁶³ Eine weitere Fallgruppe liegt in der Verleitung zum Vertragsbruch.

¹⁶² Vgl. zu den Fallgruppen Palandt/Thomas, § 826 Rdnr. 20 ff.

¹⁶³ Zur Abgrenzung zum Kartellrecht vgl. Palandt/Heinrichs, Einf v § 145 Rdnr. 8 ff.

Fall 110: A sammelt Briefmarken, unter denen sich auch einige wertvolle Stücke befinden. Als er in finanzielle Nöte gerät, inseriert er in einer Zeitung, dass er die berühmte „grüne Malediven“ verkaufen wolle. B kauft die Zeitung abends nach einem Konzertbesuch, als neben Brezeln auch die Zeitungen des folgenden Tages verkauft werden. B ruft noch in der Nacht den A an, wird mit ihm handelseinig und vereinbart, am nächsten Abend vorbeizukommen. Am nächsten Morgen ruft C an und möchte die Marke ebenfalls haben. A gibt zu Bedenken, dass er ja dem B schon „im Wort“ sei. C entgegnet, er würde ihm das Doppelte bieten, und der B solle nur kommen, er, C, werde den A dann nicht „hängen lassen“. A verkauft und übergibt die Marke an C. Als B abends davon erfährt, überlegt er, wie er gegen C vorgehen kann.

5.4.7 Haftung für Verrichtungsgehilfen

§ 831 behandelt die Konstellation, dass sich eine Person der Hilfe einer dritten Person bedient und diese einen Schaden verursacht. Hier gilt: Wer die Vorteile der Arbeitsteilung für sich in Anspruch nimmt, soll (grundsätzlich) auch die daraus erwachsenden Nachteile tragen. Diese Interessenlage ist von § 278 bekannt. Beide Normen sind aber strikt voneinander zu trennen: § 278 ist Zurechnungsnorm für fremdes Verschulden, § 831 hingegen Anspruchsgrundlage für vermutetes eigenes Verschulden. Damit ist auch schon auf einen Unterschied zu den bisher behandelten Anspruchsgrundlagen hingewiesen: Nach § 831 I 2 besteht eine Exkulpationsmöglichkeit für den Geschäftsherrn, d.h. er kann die Vermutung, dass ihn ein Verschulden trifft, widerlegen.¹⁶⁴

Kennzeichnend für den Begriff des Verrichtungsgehilfen ist, dass dieser in einem Abhängigkeitsverhältnis zu dem Geschäftsherrn steht, innerhalb dessen er an die Weisungen des Geschäftsherrn gebunden ist.

Fall 111: T betreibt eines der neuen Telekommunikationsunternehmen, die nach dem Wegfall des Telekommunikationsmonopols in den Markt drängen. Bisher beschäftigte er sich allein mit Vermittlungsdienstleistungen, ohne ein eigenes Netz zu betreiben. Aufgeschreckt durch Pressemeldungen, nach denen die Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation in Erwägung ziehe, bei Wettbewerbern, die kein eigenes Netz betreiben, für die Nutzung der Leitungen der Telekom höhere Nutzungsentgelte zu genehmigen, möchte T so schnell wie möglich ins Festnetz. Eilig stellt er Arbeiter an, die unterirdische Telefonkabel für ihn verlegen sollen, darunter auch den U. Nachdem T alle rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen für die Verlegung der Leitungen

¹⁶⁴ Ähnlich konstruiert sind auch die Haftung des Aufsichtspflichtigen nach § 832, die Haftung des Tierhalters bei Nutztieren nach § 833 Satz 2 sowie verschiedene Haftungstatbestände in bezug auf Gefahren, die von Gebäuden ausgehen, §§ 836 ff.

geschaffen hat, erhält U den Auftrag, in der Straße Unter den Linden den Gehweg aufzubaggern. U, der dazu neigt, bei Arbeiten im Freien ohnmächtig zu werden, schafft es nicht mehr, die durch ihn ausgehobene Grube durch Bänder abzusperren. T hatte sich nicht darum gekümmert, ob seine Arbeiter auch gesundheitlich ihrer Aufgabe gewachsen sind. S, der eilig der Universität zustrebt, sieht die Grube zu spät, fällt hinein und bricht sich ein Bein. Er möchte von U oder von T die Behandlungskosten ersetzt haben.

5.4.8 Gefährdungshaftung

5.4.8.1 Vorbemerkung

Die deliktsrechtlichen Anspruchsgrundlagen, die bis jetzt behandelt wurden, basierten sämtlich auf dem Verschuldensprinzip: Der Schädiger musste vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben, um in Anspruch genommen zu werden. Das BGB machte von diesem Grundsatz nur in § 833 Satz 1 in bezug auf die Tierhalterhaftung eine Ausnahme. Die technische Entwicklung nach Inkrafttreten des BGB führte jedoch dazu, dass eine Vielzahl von Gefahren entstand, die man vor allem im Interesse der wirtschaftlichen Entwicklung hinnahm. Auf der anderen Seite musste für die Personen, die diesen Gefahren mehr oder weniger schutzlos ausgesetzt waren, ein Ausgleich in Gestalt verschuldensunabhängiger Schadensersatzansprüche geschaffen werden. Kennzeichnend ist aber, dass nur tatbestandsspezifische Gefahren die Haftung auslösen. Es muss sich folglich die Gefahr realisiert haben, die der Gesetzgeber im Auge hatte, als er die Norm erließ.

Im folgenden sollen wichtige und besonders klausurrelevante Gefährdungshaftungstatbestände im einzelnen dargestellt werden.

5.4.8.2 Haftung des Tierhalters für Luxustiere

§ 833 Satz 1 begründet die Haftung des Tierhalters für Schäden, die durch das Tier verursacht werden. Die Haftung ist verschuldensunabhängig ausgestaltet, da tierisches Verhalten sich menschlicher Berechenbarkeit entzieht, ein Rückgriff auf Vorsatz und Fahrlässigkeit folglich regelmäßig nicht weiterführen würde, auf der anderen Seite die Gefahren (man denke in heutiger Zeit nur an Kampfhunde) aber erheblich sein können. Eine Ausnahme im Sinne

vermuteter Verschuldenshaftung macht § 833 Satz 2 nur unter dem Aspekt, dass der Tierhalter auf das Tier angewiesen ist.

Fall 112:¹⁶⁵ Die A und die B trafen sich eines Tages in einer Reitanlage, in der sie seit längerem ihre Reitpferde untergestellt hatten. Sie (A und B, nicht die Pferde) waren aufgrund ihrer gemeinsamen Zugehörigkeit zum Reitstall sportkameradschaftlich¹⁶⁶ verbunden, wenn nicht gar befreundet. Die A – eine erfahrene Reiterin – konnte an diesem Tag ihr Pferd nicht reiten, da dieses verletzt war, weshalb die B ihr Pferd der A für die folgende Reitstunde zur Verfügung stellte. Da das Pferd lustlos ging, setzte die A die Gerte ein, worauf das Pferd buckelte und die A abwarf. A erlitt erhebliche Verletzungen und verlangt von B Ersatz der Behandlungskosten und Schmerzensgeld. Zu Recht?

5.4.8.3 Haftung des Fahrzeughalters

Angesichts des stetig zunehmenden Autoverkehrs stellt die in § 7 StVG geregelte Haftung des Fahrzeughalters für bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs entstandene Schäden einen der häufigsten Anwendungsfälle der Gefährdungshaftung dar. Die Gefährdungshaftung des § 7 StVG bedeutet insoweit eine Erleichterung für den Geschädigten, da er dem Halter ein Verschulden nicht nachweisen muss. Da diese Erleichterung aber den Geschädigten auch nicht schlechter stellen darf, sind nach § 16 StVG andere Vorschriften, nach denen der Halter haftet (insbesondere §§ 823 I, II iVm Vorschriften der StVO, § 230 StGB), neben § 7 StVG anwendbar. Die Haftung des Halters wird der Höhe nach begrenzt durch die in § 12 StVG genannten Haftungshöchstgrenzen.

Fall 113: Wie oben Fall 109, nur dass der B diesmal den C in Anspruch nehmen will, der ihn mit seinem Wagen erfasst hat und dies trotz aufmerksamster Fahrweise nicht verhindern konnte.

Wie bei allen unerlaubten Handlungen kann auch bei der Gefährdungshaftung die Frage auftreten, ob die Haftung dem Schutzzweck der Norm entspricht.

Fall 114:¹⁶⁷ Spediteur S hat für eine Nacht seinen Lastwagen dem Dieb D überlassen, damit dieser das Diebesgut aus einem Einbruch abtransportieren könne. Unglücklicherweise wird D von dem Polizisten P angehalten, der die Ladung und die (naturgemäß nicht vorhandenen) Frachtpapiere kontrollieren möchte. Als P hinten die

¹⁶⁵ Fall nach BGH NJW 1992, 2474.

¹⁶⁶ O-Ton BGH.

¹⁶⁷ Fall nach BGHZ 37, 311; Medicus Rdnr. 635.

Türen geöffnet hat und den Laderaum inspiziert, fährt D schnell rückwärts, um den P „aus dem Weg zu räumen“. P überlebt schwer verletzt und macht Behandlungskosten geltend.

5.4.8.4 Haftung für das Inverkehrbringen fehlerhafter Produkte – Abgrenzung zu den Grundsätzen der Produzentenhaftung

Ein häufiges deliktsrechtliches Problem besteht darin, dass ein Käufer ein bestimmtes Produkt von einem Verkäufer erwirbt, der nicht selbst der Hersteller ist. Unter Umständen kann es infolge der Fehlerhaftigkeit eines solchen Produktes zu Schäden kommen, bei denen es unbillig wäre, den Verkäufer allein haften zu lassen. Andererseits ist der Hersteller des Produkts häufig nicht der Vertragspartner des Käufers = Geschädigten. Auch die Inanspruchnahme des Herstellers durch den Verkäufer mag ins Leere gehen, wenn Untersuchungs- und Rügepflichten nach §§ 377 HGB nicht erfüllt worden sind und die Ware als genehmigt gilt. Hat der Hersteller gegenüber dem Erwerber keine selbständige Garantie übernommen, so wäre der Geschädigte gegenüber dem Hersteller also auf deliktische Ansprüche angewiesen, die vor allem auf der Beweisebene schwer durchzusetzen sein können. Dieser Problemlage trägt das *Produkthaftungsgesetz* Rechnung, das im Umsetzung einer EG-Richtlinie erlassen wurde und am 1. Januar 1990 in Kraft getreten ist. Davon zu unterscheiden sind die Grundsätze der *Produzentenhaftung*. Diese wurden von der Rechtsprechung bereits vor Inkrafttreten des ProdHaftG im Bereich der §§ 823 ff. entwickelt und stellen vor allem Beweiserleichterungen für den Geschädigten dar. Beide Bereiche werden häufig zusammen in einem Fall berührt sein, jedoch ist auf terminologische Genauigkeit unbedingt zu achten.

Das ProdHaftG ist sehr genau formuliert und enthält eine Reihe von Legaldefinitionen (Produkt, Fehler, Hersteller). Klausurfälle lassen sich idR relativ problemlos unter die Normen des ProdHaftG subsumieren, so dass auf die folgende Falllösung verwiesen wird.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Für Problemfälle, z.B. im Rahmen einer Hausarbeit, ist selbstverständlich auf Kommentierungen etwa im Palandt zurückzugreifen.

Fall 115:¹⁶⁹ Die Eheleute E waren „frisch“ verheiratet und feierten ihre Hochzeit zusammen mit etwa 50 Gästen in dem kleinen Restaurant des R, das dieser allein betreibt. Kurz nach dem Essen erkrankten die E und ein Teil ihrer Gäste an einer Salmonellenvergiftung, weshalb die Feier abgebrochen werden musste. Eine Untersuchung ergab, dass sich Salmonellenkeime in dem als Nachtisch gereichten Pudding befanden. Des Weiteren wurde festgestellt, dass der R Salmonellenausscheider war. Der Pudding war am Abend vor der Hochzeitsfeier von R aus verschiedenen Zutaten, u.a. Eiern, eigens für die Hochzeitsfeier hergestellt worden. Die E verlangen von R die Rückzahlung der Kosten für das Essen, Ersatz der Behandlungskosten und ein angemessenes Schmerzensgeld. Zu Recht?

5.4.9 Haftung mehrerer Verantwortlicher

Häufig werden unerlaubte Handlungen von mehreren Personen begangen. Es stellt sich dann die Frage, wer in welchem Umfang haftet. Dabei sind mehrere Konstellationen zu unterscheiden. § 830 enthält hierzu mehrere selbständige Anspruchsgrundlagen, die jedoch eine unerlaubte Handlung nach § 823 ff. voraussetzen.

§ 830 I 1 geht von einer gemeinschaftlich begangenen unerlaubten Handlung aus. Hier ist auf die Grundsätze der Mittäterschaft im Strafrecht zurückzugreifen. Voraussetzung ist folglich ein arbeitsteiliges Handeln aufgrund gemeinsamen Tatentschlusses, mithin ein *vorsätzliches* Zusammenwirken. Dem gleichgestellt sind Anstifter und Gehilfen (§ 830 II). Beide Begriffe sind wie im Strafrecht zu verstehen, so dass auch insoweit Vorsatz erforderlich ist.

Beispiel LV: Am 1. Mai findet wie jedes Jahr eine „friedliche“ Demonstration am Prenzlauer Berg statt. A und B befinden sich inmitten einer kleinen Gruppe gewalttätiger Demonstranten. A nimmt einen Pflasterstein hoch, und B sagt zu ihm, er sei gespannt, wie genau der A zielen könne. A wirft den Stein in Richtung einer Polizeieinheit, wodurch ein Polizist verletzt wird. B ist angesichts dessen ganz ausgelassen und ruft dem A zu: „Das saß!“

Hier wird man den B als Gehilfen, wenn nicht gar als Anstifter bezeichnen können. Er ist nach § 830 II, I 1 ebenso verantwortlich wie der A. Anders wäre dies hingegen bei Teilnehmern einer großen, nicht überschaubaren Demonstration. Hier kann die bloße Teilnahme nicht

¹⁶⁹ Fall nach BGH NJW 1992, 1039 (abgewandelt).

ohne weiteres als der Mittäterschaft gleichzusetzende Beihilfe angesehen werden.¹⁷⁰

§ 830 I 2 dient der Beseitigung von Zweifeln bei der Verantwortlichkeit mehrerer in Betracht kommender Schädiger, die als Alternativtäter¹⁷¹ bezeichnet werden können. Kennzeichnend ist, dass beide aufgrund ihrer Beziehung zum Geschehen als Verantwortliche in Frage kommen, jedoch nicht feststeht, ob und in welchem Umfang sie tatsächlich verantwortlich sind. Davon zu unterscheiden sind die fahrlässig handelnden Nebentäter.

Beispiel LVI: A und B schlagen mehrfach auf den C ein. Plötzlich fällt dieser tot um. Es lässt sich nicht feststellen, wer den letztlich tödlichen Schlag geführt hat.

Hier sind nach § 830 I 2 beide verantwortlich.

Beispiel LVII: A und B betreiben unabhängig voneinander Chemieunternehmen am Rhein. Beide leiten Schadstoffe ein, von denen sie fahrlässigerweise nicht wissen, dass diese gefährlich sind. Es setzt ein Fischsterben ein.

Hier haftet A wie B nach § 823 I. Dabei ist zu unterscheiden, ob die eingeleiteten Schadstoffe allein oder erst zusammen das Fischsterben ausgelöst haben. Im ersten Fall haften beide unabhängig voneinander, im zweiten Fall gesamtschuldnerisch nach § 840 I. Eines Rückgriffs auf § 830 I 2 bedarf es in beiden Fällen nicht.

Es ist jedoch im Einzelfall genau zu prüfen, ob die Verursachung tatsächlich unklar ist.

Fall 116:¹⁷² A fährt mit seinem Auto den Mofafahrer M an, so dass dieser auf die Straße stürzt und dort liegen bleibt. Wenig später wird er von B überfahren und schwer verletzt. Es ist nicht klar, ob M diese Verletzungen auch erlitten hätte, wenn er von B nicht überfahren worden wäre. Kann M gegen A, gegen B oder gegen beide vorgehen?

5.4.10 Einzelheiten zum Schadensumfang

Bislang wurde in den behandelten Fällen mehr oder weniger oberflächlich festgestellt, dass Schadensersatz zu leisten bzw. nicht zu leisten ist. Auf der Rechtsfolgenseite der Schadensersatznormen (nicht

¹⁷⁰ Vgl. Larenz/Canaris, SchR II 2, § 82 I 2 e, Medicus BR Rdnr. 792.

¹⁷¹ Larenz/Canaris, SchR II 2, § 82 II.

¹⁷² Fall nach BGHZ 72, 355; Medicus BR Rdnr. 792 a.

nur der deliktischen) ist jedoch zu beachten, dass es einen ganzen Komplex von Vorschriften gibt, die Art und Umfang des Schadensersatzes sehr detailliert regeln.

5.4.10.1 Allgemeines

Schaden in einem *natürlichen Sinn* ist zunächst jede *unfreiwillige Einbuße an Gütern des Geschädigten*. Der Anspruchsteller muss folglich in irgendeiner Weise in ihm zustehenden Rechtspositionen negativ betroffen sein. Der Begriff der unfreiwilligen Einbuße umfasst somit sowohl Vermögens- wie auch Nichtvermögensschäden.

Ein *Vermögensschaden* ergibt sich – wie schon mehrfach erwähnt – aus der *Differenz zweier Vermögenslagen*, und zwar aus der tatsächlichen Situation *mit* dem schädigenden Ereignis und der hypothetischen Situation, wie sie *ohne* das schädigende Ereignis bestünde. *Nichtvermögensschäden* sind hingegen solche, bei denen sich die Vermögenslage des Geschädigten nicht geändert hat, aber andere Rechtsgüter beeinträchtigt sind.

Beispiel LVIII: Wenn ein Unfallopfer angefahren wird und sich einen Arm bricht, so ist der Körper bzw. die Gesundheit betroffen. Zunächst liegt also ein Nichtvermögensschaden vor. Muss der Geschädigte hingegen Geld für die ärztliche Behandlung aufwenden, so ist sein Vermögen tatsächlich geringer, als es hypothetisch ohne den Unfall wäre, so dass ein Vermögensschaden vorliegt.

Art und Umfang des Schadensersatzes werden im wesentlichen durch die §§ 249 ff. geregelt, die für alle Schadensersatzansprüche gelten, sei es aus vertraglichen oder kraft Gesetzes entstehenden Anspruchsgrundlagen. Darüber hinaus bestehen einige Besonderheiten: §§ 842, 843 konkretisieren Art und Umfang des dem Verletzten zu leistenden Schadensersatz bei Verletzung der Person (im weiteren Sinne, also auch bei Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts) bzw. der körperlichen Integrität des Geschädigten. Sondergesetzlich geregelte Gefährdungstatbestände enthalten idR Sonderbestimmungen, wobei insbesondere die Haftungshöchstgrenzen zu nennen sind, die als Korrektiv zu der verschuldensunabhängigen Haftung normiert wurden (vgl. z.B. §§ 9 ff. StVG, 6 ff. ProdHaftG).

5.4.10.2 Grundsatz der Naturalrestitution

Nach § 249 Satz 1 hat der Ersatzpflichtige grundsätzlich den Zustand herzustellen, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde (sog. Naturalrestitution). Dabei kommt es darauf an, dass der gleiche *wirtschaftliche* Zustand hergestellt wird. Diese Einschränkung beruht u.a. darauf, dass eine *Wiederherstellung* in den allermeisten Fällen nicht möglich ist; eine zuvor beschädigte und dann reparierte Sache ist zwar wieder funktionstüchtig, aber eben „anders“, als die Sache zuvor war.

Nähme man den Grundsatz der Naturalrestitution beim Wort, so müsste der Schädiger den Geschädigten selbst verarzten oder das beschädigte Auto selbst reparieren. Da dies aufgrund der häufig nicht vorhandenen Fähigkeiten des Schädigers nicht sachgerecht wäre, kann sich der Schädiger bei der Naturalrestitution selbstverständlich Dritter bedienen.

Im Gesetz und in der Praxis wird der Grundsatz der (reinen) Naturalrestitution aber häufig durchbrochen.

5.4.10.3 Ersatz der Herstellungskosten

Wurde eine Person verletzt oder eine Sache beschädigt, kann der Geschädigte statt der Herstellung auch die dafür erforderlichen Kosten verlangen, § 249 Satz 2. Der Grund hierfür liegt in dem schon oben angesprochenen Umstand, dass der Schuldner in aller Regel nicht die zur ordnungsgemäßen Herstellung erforderliche Kompetenz haben wird. Es wäre daher nicht im Sinne des Schadensersatzrechts, wenn der Geschädigte gezwungen wäre, die beschädigte Sache oder (noch schlimmer) sich selbst dem Schädiger anzuvertrauen, der doch durch die Schädigung zumeist schon „bewiesen“ hat, dass er nicht der Sorgfältigste ist. Daher wird dem Geschädigten eine sog. *Ersetzungsbefugnis* eingeräumt, d.h. er kann entscheiden, ob er dem Schädiger die Herstellung überlässt oder das hierzu erforderliche Geld verlangt.

Fall 117: A ist vom Stau auf der Stadtautobahn genervt und schaltet das Autoradio ein, um die Verkehrsnachrichten zu hören. Abgelenkt durch das Einstellen des Senders, fährt er auf den Wagen des B auf. Der Wagen des B wird hinten eingedrückt, B schlägt mit dem Kopf durch die Windschutzscheibe, wobei diese zerstört und B sich einige Schnitte zuzieht, die Narben hinterlassen. B verlangt von A das Geld, das erforderlich ist, um das Autoheck richten und die Windschutzscheibe ersetzen zu lassen, des

weiteren die Kosten, die ein plastischer Chirurg für die Narbenkorrektur verlangen würde. Unklugerweise lässt er dem A gegenüber verlauten, dass er nur die Scheibe ersetzen lassen wolle; mit dem zerbeulten Heck und den Narben im Gesicht könne er leben. A meint, dann müsse er dem B hierfür auch nichts bezahlen. Zu Recht?

5.4.10.4 Schadensersatz in Geld nach Fristsetzung

Steht fest, dass der in Anspruch Genommene Schadensersatz leisten muss, kann es dennoch einige Zeit dauern, bis der Schädiger dieser Pflicht nachkommt. Ein Mittel zur Beschleunigung der Schadensersatzleistung stellt § 250 dar, weil der Geschädigte die Möglichkeit hat, durch Fristsetzung und Ablehnungsandrohung die Naturalherstellung in einen Anspruch auf Geldersatz umzuwandeln, wenn der Schädiger nicht rechtzeitig die Herstellung in Angriff nimmt. Große praktische Bedeutung hat der § 250 nicht, da Schädiger und Geschädigter sich oftmals einverständlich auf die Zahlung von Geldersatz einigen, auch wenn die Voraussetzungen, unter denen kraft Gesetzes die Herstellung durch Geldleistung ersetzt werden kann, nicht erfüllt sind.

5.4.10.5 Schadensersatz in Geld ohne Fristsetzung

§ 251 regelt mehrere praktisch sehr bedeutsame Fälle, in denen von vornherein Geldersatz und nicht Naturalrestitution geschuldet ist. Nach § 251 I ist dies zum einen der Fall, wenn die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist.

Fall 118: A lädt seine Freunde, unter anderem auch den B, zu einem Herrentagsumtrunk in sein Haus ein. Auf der Terrasse kommt es zu einem „hochgeistigen“ Disput, und B schlägt den von A selbst getischlerten Gartentisch zu Kleinholz. A möchte wissen, in welcher Weise B für den entstandenen Schaden aufkommen muss.

Fall 119: Der Neuwagen des A wird durch einen Unfall, den der B fahrlässig verursacht hatte, stark beschädigt. Die Herstellung in einer Fachwerkstatt ist dennoch möglich und wird von B veranlaßt und durchgeführt. Allerdings hat der Wagen trotz der technisch einwandfreien Reparatur einen merkantilen Minderwert in Höhe von 5.000,- DM. Kann A diese von B verlangen?

§ 251 II 1 enthält eine Ersetzungsbefugnis des Schuldners für den Fall, dass die Herstellung mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden ist.

Fall 120: A verursacht einen Auffahrunfall, bei dem das Auto des B beschädigt wird. Der auf dem Rücksitz des Fahrzeugs befindliche Hund des B wird verletzt. Die zur Behandlung des Hundes erforderlichen Tierarztkosten übersteigen den Betrag, den B für den Hund bezahlt hat, um ein Vielfaches. A meint daher, nur Geld in Höhe dieses Betrages zu schulden. Den Tierarzt solle B selbst bezahlen.

5.4.10.6 *Entgangener Gewinn*

Ein Schaden beschränkt sich häufig nicht auf die unmittelbar im Zeitpunkt der Schädigung entstehenden Nachteile. Ein Taxifahrer, dessen Fahrzeug beschädigt ist, hat nicht nur Nachteile durch die Wertminderung des Fahrzeugs bzw. durch die zur Herstellung erforderlichen Kosten, sondern kann das Taxi für gewisse Zeit nicht als Einnahmequelle verwenden. An sich umfasst § 249 diese Nachteile komplett; schließlich würde ja auch der Ausfall der Einnahmen, der sog. *entgangene Gewinn*, bei hypothetischer Betrachtung ohne das schädigende Ereignis nicht eingetreten sein. § 252 Satz 1 hat daher nur klarstellende Bedeutung dafür, dass auch entgangener Gewinn zu ersetzen ist. Die eigentliche Bedeutung liegt somit in § 252 Satz 2: Dieser enthält nämlich eine Beweiserleichterung für den Geschädigten, nach der als entgangen der Gewinn gilt, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen des Falles zu erwarten war.

Beispiel LIX: Ein Taxifahrer, dessen Fahrzeug durch einen von dem Unfallgegner verursachten Unfall beschädigt wurde, muss folglich nicht konkret nachweisen, dass ihm z.B. aus einer Taxifahrt von Berlin-Köpenick zum Flughafen Tegel eine Einnahme von DM 80,- entgangen ist, sondern muss nur die Umstände darlegen, aus denen sich ergibt, dass der Gewinn aller Wahrscheinlichkeit nach eingetreten wäre. Es würde genügen darzulegen, wie oft, wie lange und mit welchen durchschnittlichen Einnahmen der Taxifahrer gefahren ist, um daraus den entgangenen Gewinn abzuleiten. Das Gericht entscheidet dann nach § 287 ZPO in freiem Ermessen.

Beispiel LX: Wie Beispiel L (die eingesperrten Referendare), wo A und B ihrer Tätigkeit beim Rechtsanwalt nicht nachgehen konnten. Hier kommt es nicht allein darauf an, dass A und B am Einsatz ihrer Arbeitskraft gehindert waren. Die Arbeitskraft ist nämlich ebenso wie die Erwerbsfähigkeit eine persönliche Eigenschaft und nicht an sich ein vermögenswertes Gut. Vielmehr kommt es darauf an, dass A und B ihre Arbeitskraft aller Wahrscheinlichkeit auch eingesetzt hätten. Sie müssen folglich darlegen, dass sie für diesen Abend mit dem Rechtsanwalt ausgemacht hatten, für ihn zu arbeiten.

5.4.10.7 Ersatz immaterieller Schäden in Geld

Mit der Entscheidung des § 249 Satz 1, dass grundsätzlich die Herstellung des ohne das schädigende Ereignis bestehenden Zustandes (also Naturalrestitution) geschuldet ist, korrespondiert die Vorschrift des § 253: Für Nichtvermögensschäden soll Entschädigung in Geld grundsätzlich nicht möglich sein, wenn dies nicht im Gesetz ausdrücklich vorgeschrieben ist. Dies darf nicht zu dem (häufig auftretenden) Mißverständnis führen, Nichtvermögensschäden seien überhaupt nicht ersatzfähig. Im Gegenteil kann natürlich z.B. bei der Verletzung der Gesundheit einer Person diese nach § 249 Schadensersatz verlangen, und zwar entweder die Herstellung durch den Schädiger oder den zur Herstellung erforderlichen Geldbetrag. In diesen beiden Fällen (auch im letzteren) wird nicht etwa Entschädigung in Geld geleistet, vielmehr kommt es auf die tatsächliche Herstellung an, so dass fiktive Herstellungskosten nicht zu ersetzen sind.¹⁷³ Der Ersatz für Nichtvermögensschäden darf sich folglich im Grundsatz nicht in einer Geldentschädigung niederschlagen.

Von diesem Grundsatz macht das Gesetz allerdings einige wenige Ausnahmen. Die bedeutsamste ist das bereits angesprochene Schmerzensgeld nach § 847.¹⁷⁴ Das Schmerzensgeld hat zunächst eine *Ausgleichsfunktion*, es soll dem Geschädigten Annehmlichkeiten ermöglichen, die die erlittenen Nachteile ausgleichen sollen. Darüber hinaus soll das Schmerzensgeld dem Geschädigten auch *Genugtuung* verschaffen, dass der Schädiger in gewissem Umfang für die dem Geschädigten zugefügten Nachteile seinerseits Nachteile hinnehmen muss.

Eine weitere Ausnahme sieht § 651f II für vertane Urlaubszeit vor.

Fall 121: Student hat soeben den kleinen Schein erfolgreich bestanden und bekommt von seinen Eltern hierfür das Geld für eine Reise für eine Woche auf eine Ferieninsel geschenkt. Weil das von S gebuchte Hotel von dem Reiseveranstalter R, der zugleich Hotelier ist, in Erwartung der Versicherungssumme niedergebrannt wird, hat S in der Woche kein Dach über dem Kopf; der R ist verhaftet worden und kann folglich nicht für Ersatz sorgen. Da alle Flüge ausgebucht sind, kann S kein früheres Flugzeug zurück

¹⁷³ Vgl. oben Fall .

nehmen und muss die ganze Woche am Strand kampieren, was wegen der Nachbarschaft von Ameisen nicht sonderlich angenehm ist. S möchte von R eine angemessene Geldentschädigung für den „verkorksten“ Urlaub haben.

5.4.10.8 Mitverschulden des Geschädigten

Im „richtigen“ Leben wirken häufig mehrere Faktoren an der Entstehung eines Schadens mit. Auch wenn der Schädiger die Entstehung des Schadens verursacht hat, kann das Verhalten des Geschädigten mit dazu führen, dass der Schaden entsteht, sich ausweitet oder nicht begrenzt wird. Auf diese Konstellation bezieht sich § 254. Wichtig ist, dass das Mitverschulden des Geschädigten nicht etwa im Rahmen des Verschuldens des Schädigers, also beim haftungsbegründenden Tatbestand geprüft wird, sondern erst bei der Bemessung des Umfangs des zu ersetzenden Schadens.

Fall 122: Wie Fall (der genervte Staufahrer). B hatte sein Autoradio bereits eingeschaltet und hörte gerade die Nachricht, dass Guildo Horn für Deutschland beim Grand Prix Eurovision de la Chanson auftritt. Voll Entsetzen (oder Freude) macht er eine Vollbremsung. Dem bekanntlich abgelenkten A wird es dadurch noch schwieriger, den Zusammenstoß zu vermeiden. A meint, dann sei er ja nicht allein schuld gewesen, und weigert sich, den gesamten Schaden zu ersetzen. Zu Recht?

5.4.10.9 Ausweitung des Begriffs des Vermögensschadens – Frustrationsgedanke – Kommerzialisierungsgedanke

In der heutigen Zeit kann praktisch alles zu Geld gemacht oder für Geld erworben werden. Der durch die Differenzhypothese geprägte Begriff des Vermögensschadens wird unter diesen Umständen häufig zu eng, um angemessen auf Umstände reagieren zu können, die von den Beteiligten als nachteilig angesehen werden.

Im oben genannten Taxifahrerbeispiel (Beispiel LIX) war der Fahrer durch die Beschädigung des Fahrzeugs daran gehindert, seinem Beruf nachzugehen und Geld einzunehmen. Sein Schaden war unter dem Aspekt des entgangenen Gewinns (§ 252) ersatzfähig. Hätte er in den nach dem Unfall liegenden Tagen nicht Taxi fahren wollen, wäre ihm „nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge“ kein Gewinn entstanden, der

¹⁷⁴ Vgl. oben Fall 112 und Fall.

ihm hätte entgehen können. Gleichwohl bietet das Fahrzeug aber Gebrauchsvorteile, die während der für die Herstellung erforderlichen Zeit nicht genutzt werden können. Aus diesem Grunde ist – nicht nur bei Taxifahrern – anerkannt, dass für den Nutzungsausfall eines Kfz eine Entschädigung zu leisten ist.¹⁷⁵ Unterschiedlich ist allerdings die Begründung.

Der *Frustrationsgedanke* stellt darauf ab, dass der Halter Aufwendungen für den Unterhalt des Fahrzeugs hat (z.B. Kfz-Steuer, Haftpflicht- und Kaskoversicherung), die davon unabhängig sind, ob er das Fahrzeug benutzt. Kann ein Fahrzeug infolge eines fremdverschuldeten Unfalls nicht genutzt werden, werden diese Aufwendungen vergeblich erbracht. Diese „frustrierten“ Aufwendungen sollen daher nach dem Frustrationsgedanken ersatzfähig sein. Allerdings hat sich diese Meinung nicht durchgesetzt, da sie in letzter Konsequenz zu ausufernden Schadensersatzforderungen führen würde. Wird z.B. ein an seiner Gesundheit Geschädigter daran gehindert, seine Wohnung zu nutzen, so könnten die laufenden Aufwendungen ersetzt werden, obwohl in den Bestand der Wohnung nicht eingegriffen wurde. Die Haftung wäre insbesondere bei gehobenem Lebensstil des Geschädigten unangemessen hoch.¹⁷⁶

Durchgesetzt hat sich hingegen der *Kommerzialisierungsgedanke*. Damit ein Gebrauchsvorteil ersatzfähig ist, muss er zunächst gegen Entgelt erworben werden können. Der so messbare Nachteil stellt bei Entziehung einer solchen Sache einen Vermögensschaden dar. Dies ist eine Abweichung von der Differenzhypothese: Wenn nämlich ohnehin Aufwendungen für den Gebrauch der Sache gemacht werden, dann sind diese nicht auf die Schädigung zurückzuführen. Daher ist die bloße Kommerzialisierbarkeit auch nicht die einzige Voraussetzung für die Ersatzfähigkeit. Erforderlich ist vielmehr, dass es sich bei dem für gewisse Zeit nicht gebrauchsfähigen Gegenstand um einen solchen handelt, dessen ständige Verfügbarkeit für die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung von zentraler Bedeutung ist (z.B. Wohnung), in dessen

¹⁷⁵ Palandt/Heinrichs, Vorbem v § 249 Rdnr. 20 ff.

Gebrauchsmöglichkeit als solche eingegriffen worden ist (also nicht bei anderweitiger Hinderung an der Nutzung) und bei dem eine fühlbare Beeinträchtigung eingetreten ist (also nicht nur bei kurzfristigen Störungen).¹⁷⁷

Fall 123: Wie Fall 99 (der Bayreuth-Reisende, der im Stau festsetzt und die Aufführung verpasst). A möchte von F die Kosten für die Eintrittskarte in Höhe von 300,- DM ersetzt haben.

5.4.10.10 Zusammenfassung der zur Feststellung von Art und Umfang des Schadens erforderlichen gedanklichen Schritte

Aus den in Abschnitt 5.4.10 bisher dargelegten Grundsätzen lässt sich ein Schema der Schritte zusammenfassen, die zur Feststellung von Art und Umfang des Schadens erforderlich sind. Diese Schritte sind nicht im einzelnen in der Klausur darzustellen, vielmehr sollen sie bei den Vorüberlegungen, welche Positionen in welcher Weise ersatzfähig sind, Hilfe leisten.

- Zunächst ist festzustellen, ob ein *Schaden im natürlichen Sinn*, d.h. eine unfreiwillige Einbuße an Rechtsgütern eingetreten ist.
- Der Umfang des Schadensersatzes richtet sich nach §§ 249 ff.
- Ausgangspunkt ist die Naturalrestitution nach § 249 Satz 1, 2
- ist diese nicht möglich oder nicht genügend oder mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden, ist Entschädigung in Geld zu leisten, § 251
- die Geldentschädigung ist jedoch im Prinzip ausgeschlossen, wenn ein immaterieller Schaden vorliegt, § 253
- zu prüfen ist daher das Vorliegen eines Vermögensschadens
 - Ausgangspunkt ist die Differenzhypothese, wobei die Wertminderung einer Sache bereits ausreichen kann
 - wurde vom Geschädigten Geld aufgewendet, ist zu fragen, ob dies aufgrund des schädigenden Ereignisses (z.B. zur Heilbehandlung) erfolgte (haftungsausfüllende Kausalität)

¹⁷⁶ Palandt/Heinrichs, Vorbem v § 249 Rdnr. 33, wo der Fall gebildet wird, dass der Geschädigte über Butler, Düsenjet und mehrere Villen verfügt.

¹⁷⁷ Palandt/Heinrichs, Vorbem v § 249 Rdnr. 26 ff.

- wurde das Geld bereits vor oder unabhängig von dem schädigenden Ereignis aufgewendet, ist zu fragen, ob mit dem Geld ein Anspruch erworben wurde, der durch das schädigende Ereignis entwertet wurde
- ist auch dies zu verneinen, kann ein Vermögensschaden unter Rückgriff auf Frustrations- und Kommerzialisierungsgedanken festgestellt werden
- ist auch dies zu verneinen, muss geprüft werden, ob eine Ausnahme von § 253 vorliegt.

5.4.11 Verjährung der Schadensersatzansprüche

Nach früherem Recht verjährten deliktische Schadensersatzansprüche in 3 Jahren ab dem Zeitpunkt, in dem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangte (relative Verjährung, § 852 I 1. HS a.F.). Ohne Rücksicht auf die Kenntnis verjährten die Ansprüche in 30 Jahren (2. HS).

Nach der Neukonzeption des Verjährungsrechts gilt nun auch für deliktische Ansprüche die allgemeine Regelung des § 195. Damit bleibt die Verjährungsfrist von 3 Jahren gleich. Unterschiedlich geregelt ist jedoch der Beginn der Verjährung. Hierfür ist nunmehr § 199 einschlägig. Nach Abs. 1 Nr. 2 der Vorschrift muss der Geschädigte keine positive Kenntnis von der Person des Schädigers mehr haben, sondern es genügt die grob fahrlässige Unkenntnis. Die Verjährungsfrist beginnt erst mit dem Ende des Jahres, in welchem der Anspruch entstanden ist und der Geschädigte von der Person des Schädigers Kenntnis hatte oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte haben müssen.

Soweit sich der Schadensersatzanspruch aus einer Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit ergibt, verjährt er ohne Rücksicht auf die Entstehung und die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in 30 Jahren von der Begehung der unerlaubten Handlung an (§ 199 II).

Nach der absoluten Verjährungsregelung des § 199 III verjähren Ansprüche in 10 Jahren von ihrer Entstehung an, sonst in 30 Jahren. Die Regelung entspricht dem § 852 I 2. HS.

Der neue § 852 betrifft eine Sonderregelung für den Fall, dass gegen den Schädiger Herausgabeansprüche auf das durch die unerlaubte Handlung Erlangte gestellt werden. Diese bereicherungsrechtlichen oder dinglichen

Ansprüche verjähren in 10 Jahren ab ihrer Entstehung, ohne Rücksicht auf die Entstehung in 30 Jahren.